**מחברת:**

**מבוא**

## ההיבט האוניברסאלי של דיני המשפחה

עד שנות ה-70 החוק בכל העולם המערבי אמר **שגם אם שני בני הזוג רוצים להתגרש – עליהם להסביר מדוע ולשכנע את הש'**. לכן, כדי שהגט יינתן עליהם להמציא תרחיש מסוים. כך בארה"ב ביהמ"ש אומר שזה חוזה מיוחד ולו 3 צדדים – שני בני הזוג והמדינה ומכאן שהש' יכול לקבוע האם ואיך הם יתגרשו.

1. מאפייני עילת הגירושין בתקופה זו:
2. **נדרשת הסכמה של שני הצדדים**.
3. **אדם לא יכול להתגרש לבדו**.
4. **עילות האשמה הן שמביאות לגירושין** והן מדברות בשפה מוסרית ולא בשפה פרקטית.
5. התוצאות הכלכליות של הגירושין בתקופה זו: כשמתגרשים יש **alimony** ויש למנגנון 3 תכונות מרכזיות:
6. **מגדריות** – רק גברים משלמים מזונות לנשים ולא להיפך.
7. **לא מוגבל בזמן** – עד שהבעל ימות, עד שהאישה תמות או עד שהאישה תתחתן מחדש.
8. **תלות באשמה** – הבעל אשם? ישלם. האישה אשמה? ייתכן שהבעל פטור.

כך, עד לשנת 70' ביהמ"ש יבטל הסכם שנוגד את הסדר הטבעי של חיי הנישואים עקב סתירה לתקנת הציבור. דוג' לכך זה פס"ד גרהאםמאנגליה משנת 40' שם האישה כורתת הסכם עם בעלה לפיו היא המפרנסת העיקרית והיא גם זו שתקבע את מקום מגוריהם. ביהמ"ש מסרב לאכוף וטוען שהוא סותר את תקנת הציבור.

### המשפחה כעניין ציבורי

המדינה היא חלק מהעסק ב-2 מובנים: (1) **אינטרס ציבורי משמעותי** – יש סדר חברתי מאוד חשוב וצריך לשמור עליו; (2) **חשיבה מוסרית** – המדינה רוצה להכתיב את הדרך הנכונה למוסד הנישואים לדעתה.

### המשפחה כיחידה אחת (תא שלם)

* המשפחה היא יחידה אחת במקום אוסף של יחידים. **אין זכויות פרט אלא זכויות של יחידות**.
* תביעות בתוך המשפחה: בפס"ד בלפור המדינה לא רוצה להתערב בדיני המשפחה - היא לא רוצה להיכנס לתוך התא המשפחתי של בני הזוג. כנ"ל בנזיקין ובעונשין – אסור לבני משפחה להעיד אחד נגד השני.

### הגישה הלא שוויונית

דיני המשפחה עד אמצע המאה ה-20 מדברים במונחים של **אי שוויון מגדרי**. במאה ה-18 החוק הגדיר את הבעל כראש המשפחה וכמי שמקבל את הילדים במקרה של סכסוך משמרות. במאה ה-19 היו מתחמים – הגבר מטבעו מתאים למתחם השוק המסחרי וחסר הלב והאישה למתחם הבית. לכן, במאה ה-19 האישה משמורנית היות והיא בבית (=חזקת הגיל הרך) למרות שבמאה ה-18 האב הוא זה ששלט גם בכסף וגם בילדים.

## תחילת המאה ה-20 - תהליך הליברליזציה של דיני המשפחה

### דיני החוזים משנות ה-60 והלאה

* **שינוי #1 (הבולט ביותר) - דיני הגירושין**:מעבר לשיטה של Unilateral no fault divorce. למה?
1. הסכמת הצדדים הפכה להיות מחייבת – אם שני הצדדים רוצים להתגרש כעת יש לכבד את רצונם.
2. צד אחד רוצה להתגרש והשני מסרב **–** כעת עיקרון הגירושין ללא אשמה מופעל לא רק כאשר שני הצדדים רוצים להתגרש אלא אפילו כאשר רק אחד מהם רוצה להתגרש.
3. ירידת עילות האשמה **–** עם זאת, יש מדינות שהשאירו אותן והן **בעלות משמעות כלכלית**.
* **שינוי #2 - דיני המזונות**:
1. מגדריות: כבר לא מדברים בשפה של מגדר ומי שמשתכר יותר הוא זה שישלם את המזונות.
2. זמן: נרצה לנתק גם את המחויבות הכלכלית לאחר הגירושין ולכן מתהווה אידיאולוגיה שנקראת "Clean slate". מה שכן ייתכן זה **מזונות משקמים** (לאישה לרוב).
3. אשמה: המזונות נגזרים משאלת הצורך ולא משאלת האשמה (שמתנתקים ממנה).

**התפיסה החדשה הזו משקפת צמיחה של שלושה תהליכים**:

1. **במקום ציבוריות - תהליך הפרטה**: עולה גישה פרטית הרואה שני צדדים בלבד. המדינה פחות מתערבת.
2. **במקום יחידה משפחתית - אוסף של יחידים (אינדיבידואליזציה)**:התפיסה החדשה מדגישה את האוטונומיה של בני הזוג בצורה חדה (כך למשל ייתכנו גירושין ביוזמה חד צדדית וגם ה-Clean slate).
3. **מהפכה שוויונית**:עוברים לשפה עיוורת מגדר שלא מדברת על זכויות וחובות שנובעות משאלת המגדר.

|  |  |
| --- | --- |
| **מאות 20-18** | **סוף המאה ה-20 עד שנת 2000** |
| ציבורי | פרטי |
| יחידתי | אינדיבידואלי |
| אי שוויוני | שוויוני |

## דוגמאות לדין הדתי ישראלי (גישת העבר)

1. **ההיבט הציבורי**: כשירות לנישואים - בדין הדתי יש הגבלות רבות – ממזר, נישואי כהן וגרושה, נישואים חד-מיניים, נישואים בין דתות וכהנה. השיקולים הציבוריים מתבטאים כאן לא ע"י האל אלא ע"י המדינה.

נושא האשמה - המע' הדתית מבוססת על אשמה (בגידת האישה = חיוב גט).

1. **ההיבט היחידתי**: גירושין – עצם הרצון שלך להתגרש לא מספיק מבחינת הדין הדתי בבד"ר. **חייבים הסכמה**.
2. **ההיבט הלא שוויוני**: הדין הדתי נותן זכויות וחובות על פי מגדר במפורש:
* מזונות אישה **–**הבעל הוא שחייב במזונות אישתו ולא להיפך.
* מזונות ילדים **–** האב חייב מזונות לילדיו ולאם יש חובות פחותות יותר (רק חלק מסוים ורק מדין צדקה).
* עילות הגירושין **–**בגידה של אישה היא לא נסלחת בעוד שאצל גבר בגידה חד פעמית היא כן.

## מנגד, דוגמאות למשפט הציבורי האזרחי (הגישה המודרנית)

1. **ההיבט הפרטי**: האשמה–בישראל האשמה נשארה דווקא בגירושין אך לא ברכוש (היחידה בעולם).

אדם שניסה לרצוח את אשתו. מגיע לו חצי מהפנסיה שלה? ביהמ"ש מבין שהוא לא יכול לחלק את הפנסיה אבל אומר שאסור להכניס שיקולי מוסר לחלוקת הרכוש, ולכן הש' ניסו לאלתר כדי להגיע לתוצאה הנכונה. לדעת **המרצה** היה עליהם לחרוג **מהכלל הגדול לפיו לא מכניסים שיקולי מוסר ואשמה לחלוקת הרכוש**.

לפעמים מרוב להיטות ביהמ"ש לא מפעיל אפילו את הכללים שהוא היה צריך להכניס דרך דיני חוזים: בפס"ד ולנטין האישה נסעה לאילת עם מאהב וסיפרה שהיא עם חברים, חזרה וביקשה מבעלה להירשם בדירה כי אין לו אמון בה. כך נעשה ואחרי 3 שבועות היא תובעת גירושין. כשהוא מגלה את הבגידה הוא טוען שצריך לבטל חוזית את ההסכם עקב הטעיה. **שט"כ** מציגה אידאולוגיה של חלוקת רכוש ללא אשמה ואומרת שדיני המשפחה מתעלמים מחוקרים פרטיים והיא לא מוכנה להכניס אותם מהחלון באמצעות דיני החוזים. **שט"כ סוטה מדיני החוזים המקובלים כדי להגשים את רעיון הגירושין ללא אשמה**.

1. **ההיבט האינדיבידואלי**: חסינויות משפחתיות:בישראל היתה חסינות בנזיקין ואז המחוקק ביטל אותה, אך חוקק חוק אזרחי שנקרא **חוק הסדר התדיינות בין בני זוג** שנתן לביהמ"ש למנוע נקודתית תביעה ספציפית אם הנזק לשלום הבית מהתביעה עולה על התועלת. פירוק שיתוף בדירת מגורים: עד 95' פירוק שיתוף בדירת מגורים בדרך של המרצת פתיחה, ונתפס כתחליף חילוני לתביעת גירושין. על רקע זה מתקן המחוקק את **חוק המקרקעין** ומוסיף את **ס' 40א** שקובע כי לא ניתן לפרק שיתוף מבלי שיש דיור מתאים לילדים ('מדור אלטרנטיבי ספציפי'). כאן המחוקק החילוני סוטה מהתפיסה האינדיבידואליסטית.
2. **ההיבט השוויוני**: מזונות: חסרי דין דתי חוסים תחת **החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות)**. חוק זה מראה את הגישה האזרחית למזונות והיא עיוורת מגדר. חזקת הגיל הרך: פה, למרות שהחוק הוא חוק אזרחי במ"י עדיין דנים במושגים מגדריים – זוהי חזקה הניתנת לסתירה שטובת הילד להיות אצל אימו (עד גיל 6).

**השופט מול הדין הדתי:**

1. **הבחנה בין פרוצדורה ומהות-** לדוג'-

**1.** 'כלל משקל הנוצה' עזיבת האישה מהבית- במזונות- ראיות קטנות בהרבה מהנדרש בדין הדתי.

**2.** דיני רישום הנישואים- דין בינלאומי לפי מקום הנישואין או רישום פרוצדורלי אצל רשם הנישואין (בג"ץ שלזינגר).

1. **ביהמ"ש בוחר את הדעה שנוחה לו מבין הדעות בהלכה-** לדוג':
1. מדור ספציפי- הוא לא אוהב כי זה פוגע בזכות הקניין ומכביד על פירוק החבילה, הלך עם דעת המיעוט והחיל מדור כללי.
2. מימוש פוטנציאל כושר ההשתכרות ע"י האישה- ביה"ד לא מחייב אותה לצאת לעבוד, ביהמ"ש הלך עם הדעה שאפשר לקזז פוטנציאל השתכרות (בייקל- הפסיקה לעבוד בכוונה אחרי שהתגרשו, ופדן- אם חד הורית סטודנטית ללא עבודה מעשית).
2. **פרשנות מניפולטיבית של הדין הדתי-** לדוג'- מזונות: לא אוהב את אי האשמה ואי ההדדיות בבגידה בין בני הזוג. פס"ד פרידמן- אמרו כי אישה לא יכולה להעיד על עצמה שבגדה. פס"ד גט- אדם לא יכול לטעון על אותו מעשה שהוא בעצמו עושה- עקרון הדדיות. פס"ד כהן- אדם בוגד לא יכול להימנע מהמחויבות לדין. ביקורת- נראה בפס"ד כי היא הייתה סרבנית גט- כאן ביהמ"ש מעודד סרבנות במקום להילחם בה.
3. **הכפפה גלויה לעקרונות יסוד אזרחיים-**
4. **מכוח משפט הטבע:** פס"ד פלוני- לא הגיוני כי לילדה לא יהיה אבא (אמה רווקה בדין מוסלמי) ולכן מכוח משפט הטבע יש מסלול אזרחי אלטרנטיבי והוא ייחשב אביה למרות שהדין המוסלמי אינו אומר כך.
5. **מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו:** מכוחו ניתן מזונות ב- פס"ד סלומון.
6. **מכוח דיני החוזים ועקרון תו"ל:** פס"ד פלונית- התחתנו בנישואין אזרחיים בחו"ל והבעל טען שאינו חייב מזונות- ברק קובע כי מכוח דיני החוזים ועקרון תו"ל נוצרת חובת מזונות אזרחיים.

**התמודדות השופט האזרחי מול הדיין:**

1. **מרוץ הסמכות:**
	1. המחוקק והפסיקה – מצמצמים את סמכות בד"ר;
	2. מרוץ הסמכות / בין המתדיינים – כאשר יש סמכות מקבילה, יש מרוץ למי יש סמכות;
	3. מאבק מוסדי – **מחלוקת בשאלת הסמכות / הכריכה** (בד"ר קובע שיש סמכות וביהמ"ש קובע שאין לו)**:**
		1. **תקיפה ישירה** – פונים לבג"צ שפוסק היעדר סמכות;
		2. **תקיפה עקיפה** – טענה שמועלית אגב ההתדיינות בערכאה;
	4. מרוץ הפסיקה – פירוק שיתוף מול מדור ספציפי –
		1. הלכת ראש חודש: כלל כיבוד הדדי – יש לכבד את ההחלטה שהתבצעה בערכאה אחרת.
		2. בהלכת פלמן הלכו עם הלוגיקה הזו אם התקיים דיון בביה"ד והוא אמר שיש לו סמכות, **נקבע שלא פותחים מחדש** את שאלת הסמכות אלא אמורים לקבל את מה שביה"ד עשה אא"כ יש הפרה קיצונית ובוטה [וגם אם הוא התחיל לדון בשאלת הסמכות או בהליך- נחכה להכרעתו].
2. **פיקוח שיפוטי על הליך פרוצדורלי בביה"ד:**
	1. עד 92 – התערבות בפגיעה בכללי צדק טבעי [אי ייצוג, הש' קרוב משפחה - פס"ד אסי].
	2. אחרי 92 – כפיפות לעקרונות טבעיים וחוקי יסוד בסעדים זמניים + הליכים פרוצדורליים [זכות יציאה מארץ- פס"ד לב, הגנת פרטיות – פס"ד נתניה].
3. **הכפפת בד"ר לדין האזרחי בנושא שאינו מעמד אישי:**
	1. בעבר: "הדין הולך אחרי הדיין", למעט- חוק שיווי האישה- קניינה לא מפסיק בנישואין**;** חוק הכשרות **–** התחשבות בטובת הילד**,** חוק יחסי ממון – חובה לפעול לאורו.
	2. השינוי – בג"צ בבלי – לא הפעילו את חזקת השיתוף כלפי האישה. **שמגר:** חוק שיווי האישה – שוויון מהותי ולא רק פורמלי, **ברק: תורת האחידות – בד"ר יפעל בהתאם לדין אזרחי שהוא לא מעמד אישי.**
4. **הכפפת בד"ר לפרשנות אזרחית בתחומי מעמד אישי:** פס"ד אקנין- הבעל טען שזכות המדור בבד"ר גם צריכה להתפרש לפי פרשנות אזרחית- מדור כללי. נדחה, אך השופט חשין קיבל בדעת מיעוט.

**דיני נישואין – כושר וצורה:**

**כושר:**

**קטגוריות אוניברסליות-**

1. **גיל:**
	1. דין דתי: 12/13.
	2. דין אזרחי: גיל 18, **חריג:**  ס' 5: אם היא בהריון אפשר לבקש היתר נישואים בכל גיל, אם היא לא בהריון צריך נסיבות מיוחדות בשביל ההיתר. **חשוב: יש לנישואין תוקף למרות האיסור הפלילי.**
2. **קרבה משפחתית:** דין דתי: מותר מאומצים. אין הגבלה אזרחית.
3. **יכולת קוגניטיבית:** צריך להבין את משמעות המעשה.
4. **חד מיניים:** דין דתי: אין כשירות. הולך ונהיה פרטיקולרי דתי
5. **ביגמיה:**
	1. דין דתי: מתחלק בין **תימנים** – מותר; **אשכנזים** – חרם דרבנו גרשום / קוגנטי למעט מקרים נדירים; **ספרדים** – חרם דרבנו גרשום / דיספוזיטיבי.
	2. דין אזרחי: איסור מוחלט בחוק העונשין – אבל יש תוקף לנישואין.

מוסלמים – זה מותר למוסלמי, ואין צורך באישור ביה"ד שרעי, אך באזרחות הגבילו זאת רק בעילות של נעדרות ושיטיון.

יהודים – מותר בהיתר של בד"ר. נותנים היתר במקרה סרבנות\עקרות, נתון לשיקול דעת הדיין.

 פס"ד שטרייט – אישור בד"ר רק במקרים של נעדרות ושיטיון. פס"ד ברונובסקי-ביטל את שטרייט.

**המרצה:** התוצאה של ברונובסקי טובה יותר לצורך פתרון של סרבנות גט.

**קריטריונים של דין דתי**

1. דתות מעורבות – אסור.
2. פסולי חיתון:
	1. **יחסי- (מלקות)** 'חייב לאווין' כהן וגרושה\אלמנה, ממזר ואישה רגילה [מותר רק לגר או ממזר]. **(אם התחתנו תקף בדיעבד).**
	2. **מוחלט (מיתה)**- נישואי אדם עם דודתו, אשת איש, אחות גרושתך כל עוד גרושתך בחיים, חד מיניים, דתות מעורבות, אח ואחות, אבא וביתו, כולל ביתו החורגת.
3. **דין אזרחי:** ברית זוגיות לחסרי דת.

**צורה:**

1. נצרות- פרוטסטנטים: צריך כנסייה, 25 איש, כומר.
2. אסלאם: יש חוזה (פומביות) אבל אין קשר למדינה.
3. יהדות: שימרו רק את שלב **שווה הכסף:** 2 עדים כשרים, מסירת טבעת וכוונה להינשא כדמו"י (בוטלו הביאה וקידושי שטר).
	1. **מלכתחילה**: דין דתי: תקנות הרבנות- צריך **רב** (עורך נישואין מעם הרבנות) **ומניין**. דין אזרחי: לרשום **ברשם נישואין.**
	2. **בדיעבד**:יש תוקף לנישואין גם ללא אלו.

**תחליפי נישואים**

**נישואים פרטיים:**

פס"ד רודניצקי – כהן וגרושה שנישאו פרטית בנישואין בארץ שלא דרך הרבנות.

1. **רישום:** פסולי חיתון יחסיים: בג"ץ ייתן להם אחרי שיבקשו **תעודת רווקות** מביה"ד, שיסרב להם. אידיאולוגים: לא יתנו רישום בגלל שפוגעים בסדר הציבורי.
2. **צד ג':** פסולי חיתון שנרשמו: יש זכויות צד ג'. אידיאולוגים: צריכים להוכיח נישואין - 2 עדים + טבעת + כוונה.
3. **יחסים פנימיים – מזונות בין בני הזוג:** לגבי 2 הסוגים – 1. לבדוק האם נשואים ע"פ הדין הדתי 2. מזונות אזרחיים - מישור חוזי והתחייבות מכללא למזונות. 3. אלון- חסם מקדמי פס"ד צונן – לא נכריע בנישואין ולא נאשר אותם (וכך גם לא יינתנו מזונות) לאידאולוגים כי זה נוגד את תקנת הציבור.

**במבחן: שנקבל מקרה שדן בצד ג' ויחסים פנימיים במקרה של אידיאולוגים:** צריך להגיד שעקרונית היינו אמורים לדון על פי התוקף המהותי של הנישואים, אבל אם בית משפט יישם את דעתו של השופט אילון בפסק הדין צונן (סתירת תקנת הציבור), יתכן שאם היה מדובר באנשים שהייתה להם ברירה אחרת, בית המשפט יעשה להם **חסם מקדמי** ולא יסכים לתת את ההכרעה האם הם נשואים ולכן לא ייתן מזונות (ואולי גם בנוגע לצד ג' לא יתן את הפנסיה –אנאלוגיה גם בנוגע לצד' ג) **ליפשיץ** – במקום בדיקה מהותית של הנישואין אפשר לבדוק אם היתה מחויבות חוזית וגמירת דעת למזונות.

**ידועים בציבור:**

בעבר לא הכירו בידב"צ, שינוי מגמה בפסיקה:

* לינדורן: אישה שבעלה מת בת"ד, ורצתה לקבל פיצויים כבת זוג. **האם זה רק נשוי או גם ידב"צ?**

**ברק:** 1. לשוני- 'בן זוג' יכול להכיל את הידוע בציבור 2. תכליתית- אם התכלית הולמת את הפירוש, אין שוני רלוונטי בין נשואים לידבצי"ם.

**המרצה:** ייתכן שבחוק לא סוציאלי [למשל אימוץ ופונדקאות] התכלית שונה ולא יחילו את זה על ידב"צ. כמו כן, אם רשום "בעל ואישה" / "נשוי" זה פחות נתון לפרשנות מאשר "בן זוג".

* מלחמת השמות: 1. מותר לשנות את השם כי זה הקניין של האדם (אפרת). 2. מותר לשנות את השם גם אם הסיבה היא אידיאולוגית-עקרונית (נזרי).

**קריטריונים להגדרת הידועים בציבור:**

1. **מגורים משותפים:** דירות סמוכות, לילות קבועים, 3 חודשים.
2. **אינטימיות:** לאו דווקא יחסי אישות, גם אם יש עוד מישהו שהיא יוצאת איתו.
3. **משק בית משותף:** לאו דווקא חשבון משותף, העיקר שרעיונית הכל יהיה משותף.
4. **הצגה חברתית:** מספיק שיחשבו שהם בני זוג לא חייב שיחשבו שהם נשואים, גם כשזה נשמר בסוד ביהמ"ש לא פוסל על הסף.
5. **משך הקשר.**
* **פס"ד פסלר - אדם לא צריך להיות רווק כדי להיחשב לידב"צ, למעט בחוק הירושה.**

**יחסי רכוש** בידועים בציבור:

* **משפט משווה:**

מרווין : טיעון חוזי- הסכם מכללא – התחייבות למחויבות, או מנגד - אי גמירות דעת כלומר אין רצון להתחייב. אם זה חוזה הוא לא סותר את תקנת הציבור ואם יוכיחו כוונת שיתוף אפשר להחיל עליו חובות.

 טיעון פונקציונאלי- בפועל ידב"צ זה אותו הדבר כמו נשואים.

* **ישראל:**

הבחנה בין ידב"צ: **אוניברסליים** – בודקים את הקשר / לא רוצים להתחתן. **תוצרת הארץ** – פסולי חיתון, ואידאולוגיים – רוצים להתחתן אבל לא ברבנות.

**המרצה**  מציע מודל לאוניברסליים – 3 שנים ללא מחויבות עם נק' יציאה, לאחר מכן (או אחרי ילד) סל זכויות וחובות, ולאחר 20 שנה זכויות וחובות מלאות.

**מזונות אזרחיים:**

מתי נחייב במזונות בידב"צים?

* יגר: רק אם יש הסכם כתוב נאפשר מזונות.
* ורסנו נ' כהן: **ברק** מקבל עקרונית את הטענה ומסכים עם **הסכם מכללא** בהתנהגות אבל הוא לא מחיל אותה במקרה הקונקרטי. לינדורן נ' קרנית ברק מחיל מזונות מכוח **הסכם מכללא / קשר חוזי** / **חו"י: כבוד האדם** למרות שהמקרה הזה דיבר בכלל על פיצויים נזקיים של ת"ד ולא על מזונות.
* **לפי המרצה**: צריך שהמזונות יהיו נטולי אשמה, עיוורי מגדר ולתקופה קצרה (משקמים). בפועל, המזונות אינם מגדריים ונותנים מזונות אזרחיים לשני הצדדים, אך אינם מוגבלים בזמן (יקותאלי) ותלויי אשמה לרוב כמו הדין הדתי (ורסנו).

**ברכוש:**

* שחר נ' פרדימן: **חזקת שיתוף** חלה על הידבצי"ם עם כוכבית שהחזקה ניתנת לסתירה.
* סלם כרמי: חזקת שיתוף מופעלת בחשדנות כאשר הם **אוניברסליים. \*\*** כלומר, יש להבחין בין אוניברסליים- לא רוצים מחויבות, לתוצרת הארץ- רוצים מחויבות.
* קו ההגנה: 1. בני הזוג כלל לא ידועים בציבור 2. נסתרה חזקת השיתוף.
* במבחן: שאלת הרכוש תתברר לפי שחר נ' פרידמן והאפשרות להחיל את חזקת השיתוף על ידב"צים (עם כוכבית של בדיקה קשה יותר). עם זאת, יש לציין שבפסיקה יש את:
1. המגמה הנוקשה של כרמי שמפעילה חזקת שיתוף עוצמתית על ידב"צים כאילו הם היו נשואים.
2. מנגד, יש את המגמה שאנחנו ניסינו להדגיש בשיעור שמעדנת ומנסה להבחין בין ידב"צים משני הסוגים ולהגיע לפתרונות אמצע (אוניברסליים או תוצרת הארץ).

**בירושה:**

* ידב"צ יורש לפי ס'55, אפילו אם רבו לקראת הסוף. בירושה אין הגנה, מרגע שעמדו בהגדרות ידוע בציבור, הבן זוג יורש (אך ניתן להתניה בצוואה).
* התנאי הוא שהם [1] לא יהיו פרודים בזמן המוות [2] ולא נשואים. **החזקה לא ניתנת לסתירה, טענת הנגד היחידה היא שהם לא ידבצ"ים.**
* בלאו נ' פוזש - הסדרה הסכמית: גם אם עושים הסכם שלא מורישים (שאינו צוואה) הסכם כזה לא תופס.
* אמיר זגר- כשם שיורשים בנישואים קצרים כך יורשים בידועים בציבור קצרים- אפילו 3 חודשים.

**הערה:** (בר נהור) **אי אפשר להגדיר את מערכת היחסים! 🡨** בית המשפט קובע שזוג ידב"צים אפילו אם הם אמרו בפירוש שלא התכוונו לכך!

**נישואים אזרחיים:**

**נציין-** כי כל הזוגות הישראלים שנישאו בנישואים אזרחיים הינם **ידועים בציבור תוצרת הארץ**- פסולי חיתון או אידיאולוגים, ולא אוניברסליים! [גם בנישואין פרטיים]

**תוקף הנישואים:**

**גישת הדין הדתי:**

1. לא נשואים (דיכמובסקי)- **הגישה המקובלת**.

2. לא נשואים, אבל צריך **גט לחומרא** (הילד לא ממזר והאישה לא עגונה).

3. **גט מחמת ספק**.

**גישת הדין האזרחי:**

1. **הגישה הישירה**: משב"ל פרטי. הבחנה בין עולים לקופצים:

**עולים-** אם הם נחשבים נשואים במדינה שלהם אז גם במ"י הם נשואים. לא משנה כושר / צורה.

**קופצים-** א. שאווה: הולכים לפי ההלכה, לרבנות מונופול על מוסד הנישואין ולכן אין תוקף לנישואים (ראה לעיל).

ב. ויתקון: פס"ד פונק-שלזינגר לאקונה בחוק- הולכים לדין האנגלי והמשפט המקובל, כושר לפי הארץ וצורה לפי חו"ל. (עוזר ל-'חייבי לאוין' ולאידיאולוגים)

 ג. זוסמן: פונק-שלזינגר כושר וצורה לפי חו"ל – משפט אמריקאי- הכל תקף.

* + פס"ד פלונית - **ברק: ביטל את שאווה, לא הוכרע בין זוסמן לויתקון, נטייה לזוסמן.**

 2. **הגישה העקיפה:**

1. **קומבינת המרשם** (שלזינגר) - חל גם על כל מי שבא עם תעודת נשואים מחו"ל, גם על חד מיניים (בן ארי). עוזר מול צד ג' אך לא במישור היחסים הפנימיים (כי זה לא הכרה מהותית) - ירושה ורכוש [ואז נלך לידב"צ].
2. **ידב"צ – יחסי הרכוש / ירושה / מזונות:** מחד אפשר לטעון שיחסי רכוש / ירושה / מזונות חל על נשואים לפי הדין הדתי, ולכן לא חל בנישואין אזרחיים שניתן לטעון שלא תקפים. אבל כטענת נגד אפשר להגיד שהם ידבצי"ם (קל להוכיח כי התחתנו) וכפופים ליחסי רכוש / חוק הירושה / מזונות מכוח הסכם מכללא.
3. **ברק -מבחן פונקציונאלי:** פס"ד פלונית – (יוצאים מנק' הנחה שהם נשואים- החלת הסדרים עליהם) בפועל חיים ביחד ואין שוני רלוונטי, אז **נשוי אזרחית זה כמו נשואים בדין הדתי** (בפס"ד זה היה לעניין ירושה**,** אולי ניתן להשליך לרכוש)**.**

**במבחן** אם יש שאלה על זכויות בנישואים אזרחיים יש שלושה רבדים:

(1) האם הם נשואים לפי המשב"ל;

(2) האם ניתן לתת להם פתרון דרך ידב"צות + רישום;

(3) פרשנות לפי המהלך של ברק והמבחן הפונקציונאלי.

**ירושה:**

* **מבחן פונקציונלי – פס"ד פלונית** – הולכים לתכלית החוק ונשוי זה גם נשוי אזרחית מבחינה מהותית ולכן חוק הירושה חל.
* אם הם חיו ביחד עד המוות – אם לא יראו בהם נשואים יטענו לידב"צ וזה לא ישנה. אם הם לא חיו ביחד עד המוות – פה ידב"צ לא יעזור וצריך לבדוק אם הם נשואים לפי הדין הדתי. בעיה.

**גירושין:**

* לפי הגישה של **גט לחומרא** - אם הוא בורח היא יכולה להתחתן שוב והילד שלה לא ממזר- ביהמ"ש תמך בביטול ביה"ד בנישואין (טליסמן).
* פס"ד בני נוח התרת נישואין לבני נוח לנשואים אזרחית אך לא לחד מיניים (ולא גט כי הם לא נשואים לפי דכימובסקי). אפשר לעשות היקש לחוסר ההתרה גם לפסולים מוחלטים. בכדי שגט מבד"ר לעניין נישואין אזרחיים יהיה בעל תוקף, צריך שתהיה עילה מעבר לעובדה שזה נישואים אזרחיים, שלא יראו זילות במוסד ויתנו גט לכל אחד.
* **במבחן** אם בד"ר אמר שהוא מתיר את הנישואים לפי בג"ץ זה (בני נח) זה לגיטימי, אך אם נשתכנע שהוא לא מכבד את הנישואים האזרחיים זה לא יעבור (אם בד"ר לא שמע אפילו את הצד השני למשל). **צריך עילה אזרחית ולא סתם לבטל**!

**מזונות (בעיה):**

* פס"ד כהנא ופורר: הבעל טוען לחוסר תקפות הנישואין, ולחילופין מקבל גט מבד"ר- ואז אין חובת מזונות.
* פס"ד שמואל: **ברק:** את המושג נשוי מפרשים לפי המשב"ל- לכן הנישואין תקפים ומגיע מזונות. את המזונות נותנים לפי הדין הדתי. **בעיה:** עדיין הבעל יכול לבקש התרת נישואין וכך לא לתת מזונות.
* פס"ד פלונית: מזונות אזרחיים מכוח **דיני החוזים ותו"ל** + **כבוד האדם**.
* פס"ד בני נוח: ביד"ר מתיר נישואין בעילת קרע בלתי ניתן לאיחוי, הקשר התמוטט, ולא בכל מקרה תינתן התרת נישואין- יש למצות שלום בית- יש ערך אזרחי שלא יהיה פירוק מהיר של התא המשפחתי (אצל **חד מיניים** לא בטוח שכלל יפעיל את הלכת בני נח).
* **ברק:** מזונות אזרחיים לא נכרכים בבד"ר (כריכה לא כנה) אלא רק בביהמ"ש דנים בזה, ונותנים **מזונות אזרחיים- משקמים לטווח קצר.**
* דעת המרצה: פסה"ד פתח אופציה למזונות אזרחיים **גם לאחר הנישואין גם לנשואה בנישואין דתיים.**
* **נניח שמגיע מקרה במבחן** – איך מנתחים היום? **סמכות הגירושין** תהיה לביה"ד. ככל שהוא יהיה חכם וירשום שהקשר התמוטט ולכן הוא מבטל אותו - תהיה לו סמכות. אם הוא יזלזל בנישואים האזרחיים ייקחו לו אותה. **לגבי המזונות** – נלך לפי פס"ד בני נח (התרת נישואים) אבל במודל של מזונות משקמים לטווח קצר ולא לכל החיים.

**תזכורת:**

**מזונות לנשואים פרטיים:** מכוח הסכם מכללא- התחייבות חוזית / בחינת תוקף הנישואין.

**מזונות לידועים בציבור:** (1) מכוח הסכם מכללא + כבוד האדם (וסרנו, לינדורן - ברק) (2) רק כשיש הסכם כתוב (יגר- הלכה ישנה)

**מזונות לנשואים אזרחיים:** (1) נשוי= נשוי מכוח משב"ל, ואז מזונות לפי דין דתי (שמואל) (2) מכוח דיני החוזים ותו"ל + כבוד האדם (פלונית) (3) מזונות משקמים לטווח קצר – לא ניתנים לכריכה בבד"ר (בני נוח) (4) לא נשואים? נלך למזונות לפי ידועים בציבור

**גירושין בדין הדתי:**

**יסודות הגירושין:**

1. אקט פרטי -בין הבעל לאישה
2. אקט רצוני- לא גט מעושה
3. עילות גירושין

בתביעת גירושין – בד"ר: דחיית תביעה + ציווי לתת גט [אין משמעות] + לחייב לתת גט [סנקציות חברתיות] + כפיית גט [מאסר].

**גירושין בתלמוד והמשנה:**

**מתי בעל יסלק את אשתו?**

1. בית שמאי – רק אם האישה בגדה;
2. בית הלל – לא מרוצה ממנה, לאו דווקא בגידה;
3. רבי עקיבא – אפילו מצא אחרת יפה ממנה.
* הגבר יכול לגרשה ללא הסכמה, בניגוד לאישה. חריג: אם הוא חולה או עקר ניתן לכפות עליו להתגרש.

חרם דרבנו גרשום: אסור לגרש אישה בעל כורחה (נזכיר: זה עולה בהקשר לגירושין וביגמיה)

אך בפועל זה לא יצר שוויון בין הבעל לאישה – [1] אין סימטריה בעילות גירושין – אישה בוגדת ישר מגרשים אותה שלא כמו בעל; [2] לגבר יש חלופות להינשא שוב, ולאישה אין חלופות; [3] לאישה יהיו ממזרים.

**גירושין כיום:**

במצב טוב: שני הצדדים מעוניינים להתגרש- במקרה כזה אין צורך בסיבה מיוחדת.

במצב רע: אחד הצדדים לא מוכן להתגרש ואז הצד שרוצה חייב להראות עילת גירושין לפי הדין הדתי -

* עילות גירושין לבעל: מעין מורדת\מורדת\עוברת על דת יהודית\עוברת על דת משה\מעשה כיעור\בוגדת\עקרות.
* עילות גירושין לאישה: מאיס עלי \ עקרות וחולי \ מורד.

אם אחת מהעילות מתקיימת אז ביה"ד יכול לצוות\לחייב(סנקציות)\לכפות גט(מאסר) וזה לא ייחשב לגט מעושה.

 אם הבעל לא מקשיב לציווי \ לחיוב- נוצרת בעיית הסרבנות גט.

הצעות מפעם לפתרונות לסרבנות גט:

1. **מורדת:** כשהאישה מואסת בבעלה תוכל לסלקו – הרמב"ם תמך בזה. בשלב מסוים- זה ירד מהפרק בגלל: [1] היעדר סמכות [2] הרס מוסד המשפחה [3] פוגע בשוויון מצד הגברים.

2. **תקנת ח"י החודשים:** אצל בני זוג שפרודים יותר משנה וחצי וביה"ד חושב שהקשר שלהם התמוטט, גם הגבר וגם האישה יכולים לדרוש גירושין וביה"ד יכפה על הסרבן.

3. **הפקעת קידושין:** חכמים מחליטים שהנישואים הם סוג של חוזה ושבכל נישואים יש תנאי מכללא – שהנישא יתנהג על דעת החכמים. כשהבעל עשה מעשה נבזי הוא לא פעל בהתאם לדעת החכמים ולכן מתממש התנאי המפסיק של הקשר ונישואיו פקעו **בלי גט**.

פתרונות מיושמים לסרבנות גט:

1. **הרחקות רבנו תם - סנקציות חברתיות וכלכליות:** בג"ץ רוזנצוויג לא מאפשר לתת מזונות הפחדה. בג"ץ בן צור מאפשר עיכוב של יציאה מהארץ ופתיחת חשבון בנק בטענה של הוא יוכל לעשות זאת אם יתן את הגט, כלומר הסרבן הוא מקשה על עצמו.
2. **כפיית גט רבנו תם** – מאסר.
3. **הסכם כבוד:** הבעל מתחייב למזונות גבוהים והאישה מתחייבת לוותר עליהם אם ישתף פעולה בגירושים (חשש לגט מעושה).
4. **תביעות נזיקין** של הפרת חובה חקוקה\פגיעה באוטונומיה. האישה רשאית לתבוע בנזיקין על סרבנות הגט של בעלה - רק במקרה בו ניתן **חיוב גט** לאחר שביה"ד דן בתביעת הגירושין. אבל נוצרה בעיה כי ביה"ד אמר שהוא יהיה מוכן לדון בתביעה רק אם היא תסיר את תביעת הנזיקין שלה, ולכן זה מצד אחד פגע בנשים מצד שני נתן טריגר לביה"ד לתת גט- ריבלין.

**תחליפי הגירושין**

במקרים שלא ניתן להכיר כגרוש ניתן תוצאות משפטיות כאילו היית גרוש –

1. אפשר לחיות כידב"צ.
2. פירוק ושיתוף.
3. החלת חזקת שיתוף / חוק יחסי ממון / שיתוף ספציפי כללי - בלי גירושין.
4. פס"ד פסלר- אישה נשואה וחיה כידבצי"ת. הידב"צ מת והיא רוצה זכויות מביטוח לאומי. **ליפשיץ** **אם היא מסורבת מגיע לה, אם היא סרבנית אז לא. בפועל אין הבחנה.**

סוגיית **הידב"ץ הנשוי**: למרות שאתה נשוי אני מכיר בכ"ז בזוגיות החדשה שלך כידב"צות. בעיות:

1. התחליפים **מרוקנים מתוכן את השליטה של הדת** בתחום הנישואים והגירושין.
2. נוצרה פרקטיקה של **אנשים שחיים בפירוד למרות שהם נשואים** - קשרים בעייתיים מבחינה הלכתית.

פסה"ד המפורסם בעניין **הידב"ץ הנשוי** הוא פס"ד פסלר - אישה נשואה לאדם אחד וחיה כידב"צית עם אחר. כשהידב"ץ נפטר היא תובעת זכויות מכוח הביטוח הלאומי. **נכון לאפשר את זה רק לבן זוג מסורב ולא לסרבן אך יוצא שמי שנהנה מהמוסד הוא דווקא הסרבן**.

בפרשת כץ יש אדם שלא נותן גט לאשתו למרות שביה"ד מחייב אותו להתגרש, אבל הוא חי עם אישה אחרת. לכץ יש פנסיה תקציבית. ביהמ"ש שוקל ואומר שאומד דעתו היא לתת את הפנסיה לידבצ"ית ולא לאישה ונותן לה אותה ואין בכך היגיון. בפס"ד פסלר הוא ממש רצה להתגרש ואף שילש גט אבל היא חיה עם אחר ופשוט חיכתה לראות מי מהם ימות קודם.

נישואים אזרחיים זה לא דבר שיעבור **והמרצה** בדק למה?

1. **טענת הממזרים** – אם היא לא נשואה הלכתית מראש ותקיים יחסים עם גבר אחר אז אין חשש לממזרות.
2. **אחדות העם** – זו בעיה נגזרת מבעיית הממזרות ואם בעיה זו נפתרה, אז גם זו נפתרה.
3. **נישואי תערובת**.
* מכאן הגיע הרעיון של ברית הזוגיות ולשם נתקדם כרגע.

## ברית הזוגיות

הרעיון פה הוא לקחת את ההטבות מהידבצ"ות – עשיית מרשם זוגיות - ולומר לאנשים שאם הם רוצים מחויבות אזרחית אבל לא דתית עליהם להירשם ברישום הזוגיות. מי שירשם כאן יחתום על תצהיר שהוא לא מתכוון להינשא בנישואים הלכתיים, ולכן ניתן כאן קו הגנה שני, **ומי שיירשם יקבל את כל הזכויות האזרחיות בדיוק כמו נשוי** (=נכניס את פס"ד לינדורן בדרך המלך). בנוסף, תהיה לו פרוצדורת התרת קשר נפרדת. עם פיתרון זה, מי שלא נרשם בברית לא יקבל את כל הזכויות וזה מצמצם גם את מוסד הידב"צות. במשך שנים ניסו להכניס את ברית הזוגיות אבל זה לא צלח וכל מה שקיים עד היום זה הצע"ח ברית הזוגיות.

**חזקת השיתוף:**

**דור 1 – מודל הסכמי:** דגש על כוונת הצדדים.

**תנאי כניסה:**

1. מאמץ משותף ב. חיים תקינים ג. הוכחת דבר מה נוסף שמעיד על שיתוף.

**היקף נכסים:** [ליברמן]

1. נכסים משפחתיים – לא לפי רישום. נכסים עסקיים – בוחנים לפי רישום (אם שניהם רשומים- פירוק שיתוף). אבל אם יש אינדיקציות לשיתוף, אז זה של שניהם.
2. משכורת, ולא פנסיה.
3. נכסים מלפני הנישואין / ירושה / מתנה – יש אופציה שיהיה משותף אבל סביר להניח שלא. מופעל בצורה מוחלשת.

**אפשר לסתור את החזקה:**

1. אפשרות התניה בהסכם ממון.
2. אפשרות סתירה בהתנהגות (סלמן) - הבעל נתן לאשתו דמי כיס ומכאן שלא הייתה כוונת שיתוף.

**דור 2 – מודל נורמטיבי:**

**תנאי כניסה:** א. מאמץ משותף ב. קורת גג אחת (לידאי).

**היקף הנכסים:** נכסים ממאמץ משותף במהלך הנישואין. **לא כולל-** ירושות, מתנות, ונכסים מלפני הנישואים.

* **מבטל את ההבחנה בין רכוש עסקי למשפחתי** + **ביטל הבחנה בין פנסיה למשכורת.**
* נכס מעורב- לידאי: הפרדה בין קרקע לבית- הקרקע היא של האישה (ירושה או נכס מלפני הנישואין), וערך הבית מתחלק בין בני הזוג. מצד שני- תיאוריית המיזוג – בשלב מסוים הנכסים מתערבבים ולא ניתן להפריד ביניהם. גדסי- מחלקים חצי-חצי, כי צד אחד ירש חורבה והתוספת של שיפוץ הבית היתה משמעותית ולכן הנכס משותף. (במודל הסכמי סביר שלא יעשו הפרדה מתוך הכרה ברצון הצדדים...)
* פס"ד קוטלר- הבעל לא הסכים לאשתו לטפל בעניינים הכספיים של המשפחה והיא קיבלה דמי כיס, אך לעומת סלמן ביהמ"ש אמר כי אין בכך ראיה לחוסר כוונה בשיתוף.
* פס"ד ראדי- דרוזי טוען כי בכפר שלהם הנכסים הם של הבעל ולכן אין כוונת שיתוף, ביהמ"ש לא מקבל את ההבחנה בין הדרוזים לשאר החברה הישראלית. נראה כי ביהמ"ש רוצה כי היא תקבל חצי מהרכוש.
* משפחה מוסלמית ביגמית- למרות צורת החיים שבחרו, ביהמ"ש אומר כי לא כוונת הצדדים היא שחשובה אלא הצדק.
* בבלי אומר במפורש שעברנו למודל נורמטיבי.
* לשים לב לכך שנכס מלפני הנישואין שהשתבח משמעותית בנישואין- ניתן להחיל עליו את דור 2- רק על הסכום שגדל.

**אפשר לסתור את החזקה ע"י:** הסכם ממון בלבד. אם אין הסכם ממון, ברירת המחדל היא שיתוף.

**דור 3 – קהילה משפחתית:**

רק **בנכסים מלפני הנישואין / ירושות / מתנות** – לא ממאמץ משותף!

**תנאי כניסה:** פרמטרים -

1. נישואים ראשונים **ב.** נישואים ארוכים **ג.** אורח חיים תקין **ד.** ילדים משותפים (לא חובה)

**היקף הנכסים:** נכסים משפחתיים / מעין משפחתיים אפילו **שלא ממאמץ משותף**. גם נכס שעבר כמה גלגולים מירושה ייכנס לכאן אבל אם השתבח בזמן הנישואין, הסכום שגדל יכול להיכנס לדור 2.

 פס"ד הדרי: **יחידה אחת -** דירת עבר של הבעל שלא שופצה, אומרים שבנסיבות מסוימות ניתן לשתף. אבולוף: **הסתמכות-** חנות מלפני הנישואין שמצבה לא השתנה, ושבני הזוג עבדו בה יחד.

**אפשר לסתור את החזקה ע"י:** הסכם ממון / רגישות- ניתן לחרוג מהשיתוף כאשר הנסיבות מראות שזה לא כוונת הצדדים או אפילו כאשר הבעלים הרשום מציג מצג חד משמעית מלכתחילה שהוא לא מתכוון לחלוק.

**דור 4:**

**תנאי סף**: גם אם תנאי הכניסה לא מתקיימים בבירור- פחות שנות נישואין או נישואין שניים, ההגדרה של אורך חיים תקין רחבה יותר (במיוחד בדירת מגורים- כיוון סוציאלי), גם אם היחסים בין בני הזוג לא טובים.

**היקף נכסים:** מוכנים להחיל שיתוף גם על נכסים מלפני הנישואין / ירושות או מתנות באופן אגרסיבי יותר- בעיקר כשמדובר בדירת מגורים שנרכשה לפני הנישואים.

**יכולת חריגה**: חלק מהשופטים דורשים הסכם מפורש.

**לעניין ידב"צ!!!** – לקיים דיון – האם הם אוניברסליים או תוצרת הארץ? שחר נ' פרדימן כוכבית בדיקה קשה יותר / מנגד בכרמי החילו בצורה רחבה. על תוצרת הארץ יש שיתוף מוגבר בגלל הרצון להתחייב.

**במבחן** – כשיש שאלה לגבי בני זוג מנישואים שניים למשל (או בני זוג עם דירת מגורים מלפני הנישואים והבעל הבהיר באופן חד משמעי שאין כוונה לשיתוף) נכתוב שלפי הדור השלישי של הפסיקה במקרה זה לא התקיימו תנאי הסף (או שהם התקיימו אבל הבעל סתר את השיתוף באופן ברור). אולם(!) בשנים האחרונות מתגבש מודל חדש שמקל על הכניסה ומקשה על היציאה ואם המודל הזה יילך ויתחזק גם אם אין הסכם שיתוף פורמאלי ייתכן שהאישה כן תקבל מחצית מהדירה ויחילו עליה את חזקת השיתוף. **בונוס** – **המרצה לא אוהב אותה.**

**איזון משאבים:**

**מודל אובליגטורי דחוי (שנבחר) על פני קנייני מיידי:**

רק כשקורה מאורע מפקיע (מוות או גירושין) מבצעים חלוקת שווי בשוויון מלא (חצי חצי)- של נכסים במהלך הנישואין.

לא כולל: נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות- עליהם ניתן להחיל **שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי.**

ס' 8 מאפשר לסטות מחלוקה של חצי-חצי – לציין בכל מקרה!

בעייתיות: ניתן להחיל רק בעת הגירושין / המוות. לכן, מעודד סרבנות גט.

פס"ד קנובלר + יעקובי: **התרגיל המשולש:** תביעת שלום בית + דחייה על הסף של בקשה לאיזון משאבים כי אין גט + פירוק שיתוף בבימ"ש אזרחי.

טענות נגד: 1. סימולטניות של חזקת השיתוף 2. הקדמה דתית (חיוב גט) 3. הקדמה חילונית (חיים בפירוד) = הכל נדחה אבל התוצאה – חלוקת רכוש לאישה – הנחתה ערכאות נמוכות.

**פתרון פסיקתי:**

שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי, במקרים של: **נכסים חיצוניים או שלא ניתן להפעיל חלוקה בהתאם לעילות ב-ס'5[א]:**

**3 גישות לשס"כ-**

 1. **הגישה המצמצמת**- שיתוף רק עם ראיה ברורה- הש' שטרסברג פס"ד אבו רומי / ש' דנציגר.

2. המרצה: מודל 3- נישואים ארוכים וראשונים, ילדים משותפים, אורח חיים תקין + נכס משפחתי + רגישות לכוונת הצדדים. גם נישואין שניים עם קשר טוב יכולים להיכנס לפה לדעת המרצה.

3. **הגישה המרחיבה** שפירא: אם זה בית מגורים- תמיד משותף- ברירת המחדל.

פתרון חקיקתי: **הקדמת מועד האיזון** במקרים הבאים ס' 5א :

(1) ביהמ"ש התרשם שיש קרע בלתי הפיך; (2) חלפה שנה מיום הגשת תביעה לפירוק שיתוף או להתרת נישואים; (3) הזוג פרוד כבר תשעה חודשים מתוך תקופה של שנה רצופה (4) אלימות חמורה (5) צו הגנה והרחקה שניתן לבן הזוג.

* חריג שנועד למנוע מסרבן גט להשיג איזון משאבים: ס'5א(ג) – אם אתה רוצה איזון תתחייב לתת גט. אין מדובר בגט מעושה שכן אם החרטה הינה ממניעים מניפולטיביים- ניתן לכפות והוא לא יהיה מאוסה לדעת הראשונים.
* חריג שנועד לאפשר איזון משאבים לסרבן גט מוצדק: ס'5א(ד) – ביהמ"ש יעכב איזון אם סבר כי המבקש פועל בחוסר תום לב בעניין התרת הנישואין. אא"כ- אם רוצים איזון משאבים, אבל לא רוצים להתגרש מסיבה מוצדקת כמו נזקקות למזונות, לא יעכבו את האיזון. ליפשיץ: עכשיו יש חלוקת הון אנושי אז לא צריך את ס'5א(ד).
* **האם לתת לאישה סרבנית מזונות?**

פס"ד אקנין- אישה סירבה להתגרש ודרשה מזונות מתוך נזקקות. בפועל נתנו לה מזונות אך ביהמ"ש הכיר ביכולת להפסיק מזונות עקב סרבנותה של האישה! **דפנה ברק ארז** קבעה שזה לא ראוי להכניס קריטריון אזרחי סמוי לדיני גירושין, צריך חיוב גט מביה"ד, לכן לא ניתן להפסיק מזונותיה; **רובינשטיין** – מותר להחיל שיקולים אזרחיים במזונות ולא צריך חיוב גט של ביה"ד – נותן לגיטימציה להפסיק מזונות לאישה עקב סרבנותה; **זילברטל** – מצטרף לרובינשטיין. **המרצה** אומר שצריך לתת לה מזונות משקמים ולעודד אותה לתת גט.

כשדירה רשומה ע"ש שני בני הזוג? אין צורך **בחוק יחסי ממון** כי דיני הקניין מאפשרים פירוק מיידי ומכאן שסרבן כן ייהנה מחלוקת הרכוש. לכן, התיקון עוזר רק כשהדירה רשומה ע"ש אחד מהצדדים.

ליפשיץ- להחיל את ס' 5א(ג) גם על פירוק שיתוף (התחייבות לתת גט כדי לאפשר זאת) כך שלא יתאפשר פירוק לסרבן.

* ס' 6ד(3) קובע שאחד השיקולים בפירוק שיתוף יהיה פגיעה **בילדי הזוג**, ובאיזון משאבים יש עדיפות שהילדים יישארו בדירה כמה שניתן.
* ביעקובי בית המשפט אמר שלא ניתן לטעון לפירוק שיתוף כל עוד אתה דורש שלום בית.

**לסיכום 🡨**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **נכסי מאמץ משותף** | **נכסים חיצוניים** |
| **בני זוג שנישאו לפני שנת 74' / ידב"צים** | **חזקת שיתוף דור 2** (מודל חצי קוגנטי). | **חזקת שיתוף דור 3**:בבני זוג מנישואים ראשונים, טובים וארוכים נחיל את הלכת השיתוף עם רגישות לכוונת הצדדים ולמצגי הבעלים הרשום. |
| **בני זוג שנישאו לאחר שנת 74'** | **איזון משאבים**: בהתאם לס' 5א (=הקדמה אזרחית של מועד האיזון) או במועד פקיעת הנישואים (מוות/גט). | לא ניתן להפעיל את חזקת השיתוף ולא את הסדר איזון המשאבים. לכן: **שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי**. 3 גישות לעיל! |

**הון אנושי**

פס"ד ברייאן – המנחה.

בעיות בחילוק הון אנושי: 1. פורמלית זה לא נכס. 2. סכום ספקולטיבי – לא יודעים בכמה להעריך את זה. 3. מימוש – איך בפועל משלמים את זה? 4. הבחנה בין כישרון לתוספת – הטיעון הכי טוב. **איך נתמודד עם הטיעון זה?**

אפשרות א'- **נכמת** כמה ירוויח ב20 שנה הקרובות וניקח את האחוז שלה מהרווח ואותו הוא יהיה חייב לה, דרך המימוש- פריסה לתשלומים שכן מדובר בכסף עתידי.

יתרונות: א. גרמנו לכל אחד לקבל חלק מהנכס ב. לא צריך לחשב כל פעם מחדש.

חסרונות: א. בעיית המפסידנים- עלולים לשלם יותר ממה שירוויחו כי לא הרוויחו כפי שצפו. ב. יש פגיעה באוטונומיה- מכריח אדם להישאר במקצוע שלו.

אפשרות ב'- כל שנה תקבל **אחוז** מסוים מהרווח המשתנה שלו.

חסרונות: א. כל שנה צריך לעשות חישוב מחדש. ב. מתמרץ לא לעבוד. ג. מחייב לשמור על קשר.

פס"ד פלוני נ' פלונית- (1971) אישה דורשת לקבל חלק מנכסי הקריירה של בעלה. ריבלין- מצד אחד הכיר באופציה לחלוקת כושר השתכרות ומצד שני פחד ונתן סכום נמוך של 250,000 ₪. שורה תחתונה- ניתן לטעון מצד אחד לחלוקה ומצד שני לומר כי זהו סכום המקסימום שניתן לתת.

בחלוקת הון אנושי לביהמ"ש יש 5 אפשרויות:

1. **חלוקה קניינית-** יש למצוא נוסחה לחלוקה קניינית עם אקטואר שיסביר את הפוטנציאל תוך התחשבות בנסיבות. נגיע לחלוקה דרך ס' 8 או דרך פיתולים שהמרצה מציע:

הפתרונות:

א. **הבחנה בין כישרון לתוספת:** דיני נזיקין חכמים – לוקחים פוטנציאל ביום הנישואים, לעומת יום הגירושים. **דוג':** בנישואין – סטודנט למשפטים מצטיין – פוטנציאל 40 אלף. בגירושין: מרוויח 50 אלף. החלוקה היא בהפרש של 10 אלף- חצי חצי. \*\*\*\* לשים לב **לכישרון המתגלה** (רועה צאן שהתגלה כצייר אחרי הנישואין – הנוסחה לא מתאימה).

ב. **מימוש:** עשירים- תשלום חד פעמי- **א.** היוון טכני- שיערוך המשכורת העתידית. **ב.** מקדם סיכון- הפחתה לאור הסיכון שהבעל לוקח. עניים- תשלום עיתי + אופציה לשינוי נסיבות.

1. **לזרוק מספר / אומדנא** - זו הטכניקה שריבלין עשה. איך ייקבע המספר? ריבלין קבע את הסכום העליון.
2. **פיצוי על נכסי קריירה:** לנסות לאמץ בארץ טכניקה דומה לפיצוי על נכסי קריירה (במקרה שלבעל לא גדל ההון האנושי ורק היא התעכבה בקריירה).
3. **אין חלוקה:** לא לעשות דבר. פשוט לא לחלק את ההון האנושי ולהתעלם ממנו. למשל כאשר שניהם קרייריסטים וכל אחד עשה בחירה, לא צריך לחלק את ההון האנושי.
4. **המודל המושלם- ס' 8 מייצר שוויון בנקודת היציאה מהמשפחה-** צריך לדאוג שהם יצאו בנקודת התחלה שווה. המרצה חושב שזה מנוגד לרעיון הגירושין.

**לפני 74 + ידב"צ:**

חלה עליהם חזקת השיתוף – החלוקה תהיה חצי חצי. האישה תטען שיש להחשיב בחלוקה את ההון האנושי=יכולת ההשתכרות כנכס מאמץ משותף, כי היא תמכה בו ובזכותה הגיע לאן שהגיע, נשארה בבית טיפלה בילדים וכו'.

**אחרי 74:**

האם יש להכניס את זה לאיזון משאבים? 3 גישות:

1. נכסי קריירה אינם ניתנים לחלוקה.
2. הון אנושי הוא נכס לכל דבר.
3. **ההלכה- פתרון ביניים** - ס' 8- שיקול דעת לביהמ"ש בחלוקת הרכוש כאשר יש הון ממשי.

ס' 8 = שיקול דעת – עוזר רק שהון ממשי מעל הון אנושי. אם יש הון ממשי נמוך מהון אנושי – הפורמליזם של ס' 8 ו-5 לא מאפשר לכאורה חלוקת הון אנושי, כי ס'5 מאפשר מאזן של הון ממשי בלבד! אם כי יש שופטים שמחלקים בכ"ז, ויש אף כאלו שאומרים שהון אנושי הוא נכס לכל דבר לפי ס' 5.

\*\* **המרצה בעד חלוקה גם כשההון הממשי נמוך לפי שיטת העניים ועשירים.**

**בנוסף:** ניתן לתת לאישה את כל ההון הממשי, אם זה נמוך בהשוואה לאנושי.

**שיקולי אשמה**

האם שיקולי אשמה או התנהגות הצדדים הם שיקול שצריך לקחת לסטייה מחלוקה של חצי חצי? בעבר עשו שימוש בס' 8 על מנת להפחית, אך העליון שם לזה סוף.

**במבחן- אם אדם בגד, יש להזכיר שגם על פי הערעור האזרחי וגם לפי בג"ץ, לא ניתן להפעיל שיקולי אשמה בחישובי החלוקה.**

בשנתיים האחרונות זה מתעורר מחדש בנושא האלימות:

בנושאי אלימות התעוררה השאלה האם אלימות היא שיקול שיכול להשפיע על שלילה / הפחתה של זכויות על פי חוק יחסי ממון? פס"ד שבו גבר ניסה לרצוח את אשתו ואז רצה את הפנסיה שלה, השופטים:

1. **דפנה ברק ארז:** מפעילה השתק, רצה להרוג אותה ולא היה מקבל פנסיה, ולכן גם לא יקבל.
2. **הנדל:** יש צורך בהוכחה של אלימות שגרמה לנזק.
3. **מלצר:** לא רק בניסיון לרצח תהיה הפחתה, אלא גם במקרים של אלימות קשה / הכאה חמורה.

**פנסיה**

**פנסיה היא נכס ע"פ חוק יחסי ממון ולכן צריך לחלקה בעת הגירושין.**

* **פנסיה צוברת**- כל חודש אתה מפריש לפנסיה, וכשאתה מגיע לגיל פרישה אקטואר ממיר את הכסף לזכויות ומחליט כמה מגיע לך כל חודש.
* **פנסה תקציבית**- אם אתה עובד X שנים אתה מקבל 70 אחוז מהמשכורת שלך ב3 שנים האחרונות. בפנסיה הזו אין המרה לזכויות ומי ששם את הכסף זה המדינה ולא אתה מפריש.

הבעיות שנוצרו בפרקטיקה כאשר באו לחלק את הפנסיה:

1. **בעיית המימוש:** הקרן מעבירה את הכסף רק לעמית, ולכן האישה תלויה בחסדי העמית. אם העמית מתחמק אין אפשרות ללחוץ עליו כי אסור לעקל פנסיה.
2. **בעיית השליטה:** א. העמית יכול לנהל בסיכון גבוה (מניות) ב. העמית יכול להוון את הפנסיה.
3. **בעיית השארה:** (רק בפנסיה תקציבית!) הגרושה לא נחשבת לשארה ולא מקבלת מקצבת השארים (לעניין הפנסיה לאחר המוות).

פתרונות פסיקתיים לפני החוק:

1. **חריג המזונות:** "גרושה שמקבלת מזונות נחשבת נשואה".

הנשים היו מקבלות חיוב למזונות אחרי הגירושין שהיה מספק להן פנסיה ואז קצבת שארים כשהעמית מת (היו קוראים לזה מזונות- טכניקה של עו"ד(.

שלב 1: אם האישה התגרשה ומקבלת מזונות מהבעל (למרות שזה לא מהדין לא רק מהתחייבות חוזית) נחשבת נשואה אז נראה אותה כנשואה גם לעניין קצבת שארים וככה היא תוכר ע"י הפנסיה.

שלב 2: אם האישה התגרשה והבעל צריך להביא לה מהקצבת פרישה/שארים יראו את זה כמזונות (בהנחה שככה עו"ד כתב את זה) והיא תחשב נשואה גם לעניין הפנסיה.

1. **פנסיה מהעיזבון:** אם יש כסף בעיזבון אפשר לתבוע את קצבת השארים מהעיזבון (פס"ד פלונית).

פתרונות בחוק לאחר התיקון:

**פנסיה צוברת:**

**גירושים כשהוא עובד:**

פתרון לבעיית המימוש והשליטה – חלוקת רוחב: קופה נפרדת מהגירושין אבל יש עדיין בעיות:

1. **חיתום –** הכסף "טיפש" כמו תוכנית חסכון ולא כסף פנסיוני, אם היא רוצה פנסיוני היא צריכה לעבור חיתום.

2. **בעיית המעביד** – חלק מהפנסיה זה על חשבון פיצויי הפיטורין, חלק זה בקופה שלה יהיה 'צבוע' ולכן רק כשהוא יפוטר או יגיע לגיל פנסיה היא תוכל למשוך את הכסף הזה (כי אם העובד מתפטר הוא לא זכאי לפיצויי פיטורין)- יצר בעיית כפיפות לבן הזוג.

3. **מס שבירה** – מונע התחמקות ממס.

**גירושים כשהוא פנסיונר:**

הגרושה: תקבל את החלק שלה. אישה שניה: לא מקבלת כלום כי לא תמחרו אותה.

* אין בעיית שארה וניהול כי יש לה קופה משלה!

**פנסיה תקציבית:**

**גירושים כשהוא עובד:**

1. פתרון בעיית המימוש – **חלוקת אורך:** קובעים בפס"ד אחוז מסוים שמגיע לה מתוך השנים שהיו ביחד, הקרן תביא לה את הכסף שמגיע לה כשהוא יצא לפנסיה. הבעל מקבל את הפנסיה והאישה השנייה חיה יחד איתו.
* הנוסחה: **כשהוא עובד**- השנים שהיו ביחד **חלקי** השנים שהוא עבד בכלל **כפול** 1/2 – מה שמגיע לה.
* דוגמא: חיו ביחד 10 שנים והוא עבד 30 שנה בכללי. כלומר 3\1 שנים היו ביחד \* 2\1= 6\1. לאישה מגיע שישית מהפנסיה.
1. פתרון בעיית הניהול: מנהלים ביחד.
2. פתרון בעיית השארה של הגרושה (הבעל מת): ההצעה של ליפשיץ- נחלק את הסכום שמגיע לאשתו- חצי לה וחצי לגרושה, והמדינה תרוויח כי הגרושה תמות מוקדם יותר. זה דורש תוספת אבל לא יקרה מדי.

הפתרון בחוק: **הגרושה** ממנת את הפנסיה ומקבלת 70% מחלק שלה. היא צריכה לבוא לקרן עם פס"ד שהיא צריכה לקבל מהפנסיה ומפחיתים לה קצת [מממנת את זה] אם היא רוצה לקבל קצבה כשארה – 70%. **האישה השנייה** – מקבלת 70% ממה שהלך לבעלה.

**גירושים כשהוא פנסיונר:**

הגרושה: **כשהוא חי**- מביאים לגרושה את האחוז שמגיע לה מתוך תקופת החיים המשותפת, היא מקבלת את הכסף ישר, בניגוד כשהוא עובד ואז היא צריכה לחכות עד הפרישה. **כשהוא מת** – מקבלת מקצבת השארים מהחלק שלה 70% אם אמרה לקרן מראש על הפס"ד.

האישה השנייה: **כשהוא חי-** חיה איתו במשותף לא מקבלת משהו בנפרד. **כשהוא מת-**  מקבלת מקצבת השארים מהחלק שלו 70%.

**האם ידועה בציבור מקבלת מהפנסיה אם הוא נשוי?**

1. גישת העליון: תלוי ב**אומד דעת** העמית, מבחן סובייקטיבי האם הוא התכוון לתת או לא.

2. גישת המרצה: תלוי אם הוא **סרבן גט או מסורב**.

**ירושה-** ידועה בציבור לא יורשת. **ביטוח לאומי-** שתיהן.

**ביטוח מנהלים:**

* ביטוח מנהלים גובר על ירושה / צוואה ולכן חשוב לעדכן כל הזמן.
* ביטוח מנהלים הוא מלבר נושים ומלבר עזבון, וגם גובר על הסדר רכוש.

**חובות לצד ג':**

**אבטיפוס ראשון**: הכל רשום על שם הבעל (הבית והעסק) – היא מתחילה איתו

**לפני 74:**

האישה טוענת: **מישור הזכויות נוגדות:** פס"ד בן צבי:

1. זכויותיה הקנייניות מתחילות בתחילת הנישואין מכוח חזקת השיתוף, ולכן זכותה קודמת = בדירה יש שיתוף ולכן חצי שלה.
2. הנושה חסר תו"ל משום שלא בדק איתה (רק בבית מגורים ולא בנכס עסקי!).

הנושה טוען: **טענת החובות:** אם יש שיתוף אז גם בחובות (למעט חובות הימורים\פילגש).

תשובת הפסיקה:

1. לא נותנים שיתוף בחובות עקב נסיבות עובדתיות (לא מספיק מכירה את העסק וכו')
2. שמגר: שיתוף בחובות רק אם החובות קשורים לרכוש משותף.
3. פס"ד שלם: הבחנה בין נכס משפחתי לנכס עסקי – **ברק:** **בנכס משפחתי** – יש לאישה זכות מעין קניינית מרגע הנישואים ולכן אם יש עיקול היא גוברת (אהרונוב), ואם יש שעבוד על הבית היא גוברת כי היה חוסר תו"ל שלא בדקו איתה. **בנכס עסקי (דירת השקעה) –** יש שיתוף בחובות, אבל רק אם מתרחש אירוע מפקיע – מוות / גירושין.
4. תשובת הספרות: הבחנה בין זוג לאנשים אחרים. בני זוג לא חייבים בחובות אלא רק בזכויות.
* פס"ד שלם דיבר על דירת מגורים אבל מה קורה בדירת השקעה- האם זה נכס עסקי או משפחתי? אם הרציונל הוא רגשי- אז דירת ההשקעה זו לא דירת מגורים, אבל אם הרציונל הוא סוציאלי- אז זה כן נחשב לדירת מגורים.
* לגבי **ידועים בציבור** טענת החוסר תו"ל של בן צבי לא בטוח תעבוד – כי עכשיו נושה יבדוק אם לכל אחד יש בת זוג? נשאר בצריך עיון.

**אחרי 74:**

1. **זכויות נוגדות:** לכאורה הנושה גובר כי היה לפני הפרידה ולפי חוק יחסי ממון כל אחד מבני הזוג אדון לנכסיו עד הגירושין עד לאיזון המשאבים. לכן, בת הזוג טוענת ל**שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי** (כי עוד אין שיתוף לפי איזון משאבים). אבו גיאת- בדירת מגורים דעת הרוב אמרה שבן הזוג לא יהיה חשוף והנושה מפסיד.

הש' פוגלמן עושה הבחנה: **נושה רצוני/מקצועי**- בנק- צריכים לדעת מראש ואם לא נהגו כך- חוסר תו"ל- האישה מנצחת. **נושה לא רצוני/לא מקצועי**- לא היה צריך לדעת על זכות האישה- נושה מנצח. רובינשטיין **–** לא מקבל את הטענה ואומר שהיא הייתה צריכה לרשום ה"א. עמית- מקבל את הטענה כמו בחזקת שיתוף.

1. **חובות:** מה עושים כשהנושה טוען לשיתוף חובות מכוח הדין הספציפי? דוחים אותו מנסיבות עובדתיות.

**אבטיפוס 2:** (דירה ע"ש האישה ועסק ע"ש הבעל) – הוא מתחיל איתה:

**לפני 74 / ידבצי"ם**

הנושה טוען: (1) שיתוף **בחובות** העסק. (2) שלבעל מגיע מכוח **חזקת שיתוף** חצי מהבית של האישה, ולכן הנושה יכול לקחת את החלק הזה בשביל לשלם על החובות (פס"ד ורד).

תשובת הפסיקה:

(1) "**שותפות עד ה-0**"- כשהאישה לא מבקשת כלום ("לא התחילה איתו") אז הנושה לא יכול לטעון כנגדה מיוזמתו.

(2) חזקת השיתוף של הבעל ניתנת לסתירה ואם רק האישה רשומה אז סתרו את החזקה ( אבסורד[[1]](#footnote-1)!).

(3) בעניין החובות – מוכיחים על בסיס עובדתי שאיננה שותפה בחובות.

(4) **הספרות:** הנושה לא יכול לטעון לשיתוף בחובות או לחזקת שיתוף כי זה טענות שמיועדות לבעל ולא לצד ג'.

**אחרי 74:**

האישה רשומה על הדירה והזכות היא שלה ולכן מצבה טוב, אבל -

הנושה טוען: 1. לזכות הגבר מכוח שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי. 2. את שותפה בעסק ולכן גם בחובות.

תשובת הפסיקה:

פס"ד בנק לאומי: 1. נסיבות עובדתיות שמוכיחות שנסתרה חזקת השיתוף מכוח הדין הכללי, ושהבעל לא שותף בדירה. 2. נסיבות עובדתיות שמראות שהיא לא שותפה בעסק.

**חריג**: **ערבוב נכסים** - מקרה שהנושה ניצח- פס"ד כרמי נ' רביב- הידוע בציבור נקלע לחובות והעביר לבת זוגתו העשירה את נכסו היחיד ששווה 700 אלף ₪ (צריף). נטען כי היה שיתוף בנכסים למרות שנפרדו כבר ולכן הנושים מקבלים חצי מזכויות ביתה של האישה שהיה שווה 4 מיליון= קיבלו 2 מיליון.

**הספרות:** 1. טענה שלא מיועדת לצד ג' 2.לנושה אין טענה של שיתוף בחובות כי האישה לא טוענת לשיתוף.

**\*\*הערה-** ברק פתח אופציה ל:

1. כאשר מדובר בדירת מגורים אבל הזוג עצמו חי בדירה אחרת בשכירות- ניתן לטעון לשני הכיוונים, הנושה יאמר כי מדובר בדירת השקעה ואילו הזוג יאמר כי זו דירתם היחידה ומשכך דירת מגורים.
2. חשבון בנק- ניתן לומר כי מדובר בנכס כמו דירת מגורים.

**הורים וילדים:**

1. **קריטריון ביולוגי**.

קריטריונים

אפשריים

להורות

1. **קריטריון משפחתי** – אבא הוא הבעל של אמא.
2. **קריטריון פונקציונלי** - הורה הוא מי שמתפקד כהורה.
3. **הגדרה הסכמית** – הורה הוא מי שהוסכם שהוא ישמש ככזה.
4. **הגדרת טובת הילד** – הורה הוא מי שטובת הילד תקבע שיהיה הורה.
5. **אימוץ** – הורה הוא מי שהמדינה הכריזה עליו כהורה.

**תמיכה נחרצת בהורות ביולוגית:**

#1 - אישה רווקה שמביאה ילד:

1. בפס"ד השרעי מכירים באב מוסלמי למרות הדין הדתי שאומר אחרת ( = רק בעל של האימא הוא אב).
2. הסכם שמוריד מהאב את האחריות בטל, מכיוון שזה סותר את תקנת הציבור.
3. כשהאישה לא נשואה מחייבים בדיקת רקמות ואם האבא מסרב, רואים בסירוב כהסכמה לכך שהוא האב.

**רטוריקה ביולוגית אבל בפועל הורות משפחתית:**

#2 - אישה נשואה שמביאה ילד מחוץ לנשואים:

1. לא מאפשרים בדיקת רקמות כי זה יפגע בטובת הילד שיהיה ממזר.

2. הולכים לפי הכלל ההלכתי של 'רוב בעילות אחר הבעל' – חזקה שהילד של הבעל.

פס"ד מנחה של אילון- במצב שאין חשש ממזרות, לדוג' האישה הרתה לפני הנישואין וילדה אחרי או שההיריון מגוי, אין חשש לכן נתיר בדיקה. אילון (והדין הישראלי) דואג לילד רק בעניין הממזרות. **אבל אם יש חשש- אסור!**

בחוק מידע גנטי: כשהאישה נשואה אסור לעשות בדיקת רקמות עקב פגיעה בילד, אבל כשהאישה רווקה מחייבים לעשות את הבדיקה.

יש ביקורות על כך שלפעמים טובת הילד שיש לעשות את הבדיקה או לא:

1. זכות האבא שלא להיות מחויב על מזונות שלא של ילדו / לדעת מיהו ילדו.

2. האבא מתנכר לילדיו היות והוא לא בטוח שהם באמת שלו ביולוגית.

3. האינטרס של הילד לדעת מיהו אביו האמיתי.

4. גם כשאין חשש ממזרות צריך לאסור את הבדיקה בגלל היבטים פסיכולוגיים.

הביקורת הזו התבטאה בפסיקה ב2 אופנים:

1. הרחבת האיסור על הבדיקה גם כשהאישה לא נשואה.
2. הורו על בדיקה על אף חשש מממזרות מכוח חוק יסוד כבוד האדם.
* **שאלה:** אם מוכיחים באמצעים אחרים שהבעל הוא לא האב?האם זה מותר?
* **תשובה:** מצד אחד, למה לא? זה לא אסור בחוק כי זה לא בדיקת רקמות, ופס"ד של הש' אלון שמכיר בראיות אחרות ואומר שזה לא יכול לממזר את הילד בגלל שזה אזרחי. מצד שני, הרציונל זה לא לפגוע בילד אז גם הוכחה באמצעים אחרים תביא לידי אותה פגיעה ומשכך זה עדיין אסור.

**רטוריקה ביולוגית ובפועל הורות הסכמית:**

#3 - ילד שנולד לאישה נשואה מהפריה מלאכותית (=תרומת זרע):

* פס"ד סלמה - מחייבים את האב במזונות על אף שהילד לא ביולוגית שלו מכוח **התחייבות מכללא**, כלומר מחילים את המבחן ההסכמי אבל רק לגבי מזונות.
* **הבעיה:** רלוונטי למזונות אבל יש דברים שאי אפשר לעשות התחייבות מכללא למשל **ירושה ורכוש** ואז זו בעיה. ביהמ"ש מוכן לדבר רק במובן של התחייבות מכללא ולא מבחן הסכמי.
* פס"ד יהוד (תימן): לא הסכימו להכניס לצוואה את הנכדים כחלק מהילדים הביולוגיים כי אין כזה דבר הורות בהסכמה וצוואה לא יכולה להיות מכללא.

**רטוריקה ביולוגית ובפועל הורות פונקציונאלית:**

#4 - ילד שנולד לאישה רווקה מהפריה מלאכותית (=תרומת זרע):

התורם הוא האב של הילד מבחינה ביולוגית אך הפרטים שלו אנונימיים ולכן הילד לא יודע מי הוא.

**תמיהה**: זה דומה למצב שאישה רווקה מביאה ילד באופן טבעי רק ששם המדינה לא מעודדת את זה (אמרו שסותר את תקנת הציבור) ואילו פה המדינה מאפשרת ותומכת בזה. למה להכיר בהסכם כזה?

* המבחן הוא עדיין **ביולוגי** במובן של אם התורם נחשף הוא יהיה חייב במזונות והכל. אך אם היינו הולכים לפי מבחן **פונקציונאלי- הסכמי** זו לא הייתה בעיה וגם אם הוא נחשף לא היו מטילים עליו חובות ומגנים על הזכות שלו לאנונימיות.
* בתורם לא אנונימי צריך לדון במבחן הביולוגי לעומת המבחן ההסכמי.

**טכניקות הולדה**

#5 – תרומת ביצית: האם היא היולדת-נתרמת, ואין קשר בין תורמת הביצית לילד.

#6 – פונדקאות: לפי החוק במ"י, אסור שהביצית תהיה של הפונדקאית, זה יכול להיות או של האם המיועדת או של תורמת אחרת. החוק נותן **צו הורות** **לאם המיועדת** לאחר הלידה, דבר חדש כי היה לפני זה רק ביולוגי או אימוץ. אחרי הצו הורות נותק הקשר בין הפונדקאית לילד, אם היא מתחרטת היא יכולה לעשות זאת רק לפני הצו וביהמ"ש יכריע על פי הנסיבות. הפונדקאות בישראל מיועדת רק **לגבר ואישה** נשואים ולכן לא רלוונטית לחד מיניים.

#7 – פונדקאות חו"ל- לבני זוג נשואים שלא מעוניינים בפרוצדורה של פונדקאות בארץ או לבני זוג חד מיניים שלא יכולים להשתמש בפונדקאות בארץ.

**בני זוג מאותו המין**

**שתי נשים:**

1. **קומבינת הרישום:** ברנר-קדיש המרשם אינו ראייה לתוכנו ולכן הנשים יכולות ללכת למדינה שבה מכירים שתי אימהות להירשם שם ולחזור לארץ ולהירשם כשתי אימהות. הבעיות: 1. **ירושה-** הילד לא יירש את האם הלא ביולוגית 2. **פרידה -** אם הן ייפרדו אין לאם הלא ביולוגית זכות בילד. 3. למצוא מדינה שתכיר בהן כאימהות.
2. **אימוץ ע"י האם הלא ביולוגית:** האימוץ נותן לאם הלא ביולוגית להיות אפוטרופסית של הילד אבל זה פחות מלהיות הורה ממש (ירוס חקק).
3. **אימוץ חו"ל – פס"ד הורות:** להשיג פסק דין בחו"ל שיכיר בהם כאימהות ואז לבקש לאכוף את הפסק דין. זה רק תיאורטי ולרוב משתמשים בשתי החלופות לעיל.
* יש דעה של מני מזוז שאומרת שיש לאפשר אימוץ לבני זוג מאותו מין.

**שני גברים:**

**פונדקאות חו"ל (רלוונטי גם לבני זוג סטרייטים):**

שני שלבים:

1. לבחור מדינה שזה אפשרי ושהפונדקאית לא נחשבת לאם.

2. לעשות בדיקת רקמות בכניסה לארץ כדי להוכיח שהילד שלך וככה אפשר לתת לו אזרחות.

בעיה 1: יש הורים שלא מסכימים לעבור את השלב השני של בדיקת רקמות. פתרון: יש בתי משפט שהסכימו שיביאו הוכחה אחרת שהיא לא בדיקת רקמות.

בעיה 2: האב הלא ביולוגי רוצה שיכירו בו. פתרון: 1. קומבינת **המרשם** ברנר-קדיש 2. **אימוץ אפוטרופסות** חקק 3. **צו הורות** פסיקתי.

**התקשרות הסכמית:** אמא, אבא שנותן זרע ואב בן זוג מנסים ליצור באמצעות ההסכם מעמד גם להורה השלישי. נכון להיום בתי המשפט רחוקים מלהכיר בהסכם כזה, וביהמ"ש יבצע הבחנה בין שאלת ההורות ההסכמית לבין שאלת ההשלכות.

אם נקבל במבחן שאלה כזו עלינו לומר שבמצב המשפטי הקיים ביהמ"ש כנראה ידחה את התביעה של בן הזוג אא"כ הוא יכיר **בהורות הסכמית או בהורות פונקציונלית.** מנגד, אם נקבל מצב שרוצים לסלק הורה שהיה הורה טוב - **ייתכן שעיקרון טובת הילד דווקא ימנע זאת.**

**מעמדם של ההורים לגבי הילדים:**

1. עד המאה ה18- הילדים הם **הקניין** של ההורים.
2. במאה ה19- הילדים לא רכוש ועומדים בפני עצמם אבל המשפחה היא **יחידה אוטונומית** שיכולה לקבוע מה טוב לילד בעצמה ולא מתערבים.
3. במאה ה20- עקרון **טובת הילד** הופך לעקרון על ולכן לפעמים נסדקת היחידה המשפחתית וזכות ההורים לגבל את ילדיהם ללא התערבות המדינה.
4. זכויות הילד- המצב לאחר השינוי: לא מדברים על טובת הילד בצורה פטרנליסטית מצד ההורה אלא שומעים גם את הקול של הילד לפני שמקבלים החלטות לגביו.
5. היום, מדברים על **הזכות להורות**- זכות שהיא גם חובה.

**יש פרדוקס**- מצד אחד התפיסות הליברליות מדברות על הזכות להורות כזכות מתפתחת וחשובה (בענייני הפרייה שלא בודקים שיקול של טובת הילד), ומצד שני, ברגע שהוא נולד- יש לשקול את טובתו שגוברת על הזכות להורות.

* פס"ד באקו- עבירה פלילית על הכאת ילדים. ביהמ"ש קבע כך בניגוד לעקרונות של אוטונומיה הורית.
* פס"ד אמין- אם חורגת שסגרה בפני הילדים את הבית וכשהם התבגרו הם תבעו את האב בנזיקין וזכו.

**הסכם ממון**

הסכם ממון הוא הסכם שצופה פני גירושים\מוות. כל הסכם אחר הוא לא הסכם ממון. אם ההסכם מעורב יש ל"גזור" את החלקים הרלוונטיים למוות \ גירושים ורק זה יהיה ההסכם ממון.

**הסכם ממון לפני הנישואין:**

אימות: ע"י ביהמ"ש/בד"ר/רשם נישואין/נוטריון. **טכני:** לא בודקים את תוכן החוזה ואם הוא נעשה מרצון חופשי זה נועד רק בשביל לוודא גמירות דעת שלא יעשו את זה כבדרך אגב כל מה שעושים בתכל'ס רק לוודא שאתה פלוני אכן פלוני.

**הסכם ממון במהלך הנישואין:**

אישור: ע"י ביהמ"ש/בד"ר. **מהותי:** מקריאים את תוכן החוזה ובודקים שנעשה מרצון חופשי בגלל פוטנציאל לפערי הכוחות.

* לא כתוב בחוק שהמאמת רשאי שלא לאשר.

**מה קורה כשלא ניתן אימות\אישור להסכם? מה תוקפו?**

1. גישה אחת: החוזה לא תקף.

2. גישת הפסיקה: יש תוקף חוזי (המרצה לא מסכים עם גישה זו כי מלכתחילה זה חוזה)

3. גישת המרצה: לתת תוקף רק אם יש חוסר תו"ל + ביצוע בפועל (היקש מקלמר נ' גיא)

**האם ידועים בציבור יכולים לעשות הסכם ממון?**

לא חובה לאשר בשביל לתת תוקף לחוזה אבל אם הם רוצים ניתן לאשרו [פס"ד זמר]. במידה ולא אישרו עדיין יהיה לזה תוקף מכוח חוק החוזים.

**הסכמי הורים וילדים:**

**יחסי רכוש:**

אישה חותמת על הסכם גירושין מחפיר כדי שבעלה הסרבן יסכים להתגרש. לאחר מכן הולכת לביהמ"ש כדי לבטלו.

אם הסכם הממון כבר אושר או אומת, טענות כמו כפייה\עושק\טעות\הטעייה לרוב לא יתקבלו בביהמ"ש. פגס- שמגר התייחס לכך כחוזה מסחרי שעושים בו ויתורים – המרצה לא אהב את זה. אברהם- גם האישה נהגה שלא כהוגן שכן הוציאה היא את הגט בתחבולה ולא ויתרה באמת על זכויותיה. **הרציונל הוא לצמצם את תופעת סרבנות הגט.**

**לדעת המרצה** צריך לאפשר ביטול של הסכמים אלו, כי ככה לסרבני גט לא תהיה סיבה לסרב כי בכל מקרה לא ישיגו את מבוקשם.

* אין סמכות נמשכת בהסכמי ממון.

**מזונות:**

**הבעיה:** הבעל מתנה את נתינת הגט בהסכמה לקבלת מזונות נמוכים לילדים.

שלבים בדרך לפתרון:

1. לאחר שהאישה הסכימה למזונות נמוכים היא תובעת בשם הילד.
2. נקבע שהיא לא יכולה לקבוע בשביל הילד כי זה לא לטובתו.
3. תגובת נגד של הבעל: חובת שיפוי של האישה לבעל.
4. "עד שתעשיר" – בימה"ש אמר שהאישה לא תשפה את הגבר עד שיהיה לה מספיק כסף, כלומר החוב מוקפא.
5. תגובת נגד: דרישה לערבות על החוב.

ד"נ קוט - הפסיקה קבעה **שהערב יהיה חייב לשלם את החוב** ועליו לא תחול הלכת "עד שתעשיר", אך הוא לא יכול לדרוש מהאימא את החוב חזרה. התוצאה היא שהאישה נרתעת ולא תובעת בשם הילד, כי היא יודעת שהוריה ישלמו ולבסוף הילד נפגע.

הפתרון:

1. הלכת מילר- עשו חריג שאם הילד לבסוף יפגע מזה אז נחיל את הלכת "עד שתעשיר" גם על היחסים בין הערב לאבא. החריג הפך לכלל.
2. פתרון חוזי (פס"ד וואיה)- החוזה נוגד את תקנת הציבור (מזונות מוקטנים) ולכן הוא בטל, ומשבטל החוב בטלה הערבות.
3. מרד שופטי משפחה- מלכתחילה לא מאשרים הסכמים עם שיפוי.
4. **במזונות ילדים יש כלל של שינוי נסיבות:** הפס"ד הוא לא סופי ואם אחד מהם התעשר / נעשה עני יותר, אפשר לשנות את המזונות.

סיכול הפתרון-

* ביה"ד בת"א אמר שאם פותחים את ההסכם מחדש התוקף של הגט מתערער.
* הפתרון לא יחול על נשים עשירות- כלומר הן ישלמו את השיפוי / היתרה של מזונות מוקטנים של הבעל.
* כעת נק' המוצא היא שההסכמים שאושרו הם לטובת הילד, ולכן יש צורך להוכיח שהם לא כאלה.

**המרצה** טוען שיש לפעול באותה הצורה גם ביחסי רכוש מכוח טובת הילד- כלומר לא לאפשר קיפוח של האישה וכפועל יוצא של הילד, בהסכמים הללו.

**ירושה**

**קודם כל**: אם יש מוטבים בביטוחים – קודמים לירושה ורכוש.

**לאחר מכן:** בודקים את היחס הרכושי ביניהם האם לפי הלכת השיתוף או חוק יחסי ממון.

1. **אם חל חוק יחסי ממון \ הלכת השיתוף** אז ממה שנשאר לאחר חלוקת הרכוש, מחלקים את הירושה לפי צוואה או ירושה ע"פ דין. דוגמא: מגיע לה 50% מהרכוש מכוח איזון משאבים ואז נשאר עוד 50% שזה העיזבון. מתוך זה מגיעה לה חצי מכוח ירושה – כלומר 25%. סה"כ מגיע לה 75%.
* ירושה עפ"י דין = שהאישה מקבלת חצי והילדים חצי.

2. **אם יש הסכם ממון** שאומר שלא מגיע לה כלום אז אין חלוקת רכוש והכל נחשב עזבון (100% עיזבון) ומהעיזבון לוקחים מכוח ירושה 50%. סה"כ יש לה 50%.

* שאלה: אם כתבו בהסכם ממון שלא מגיע לה מהירושה האם זה תקף?

גישה אחת: זה לא נחשב, אם הוא רוצה לנשל אותה מהירושה  **חייב** לרשום את זה בצוואה כי אין הסכם לאחר המוות למעט צוואה (ס' 8).

גישה שניה של פרופ' שיפמן: הוראה בהסכם ממון גוברת על דיני ירושה ולכן זה גובר ואז היא לא תקבל כלום.

3. אם יש הסכם ממון שאומר שלא מגיע לה כלום ויש צוואה שכתוב שלא מגיע לה כלום אז היא מקבלת 0%- כלומר לא מקבלת כלום.

4. **אם יש ביטוח מנהלים** זה גובר על ירושה ויחסי רכוש כי זה נחשב **משאב לבר עיזבון.**

* בירושה תמיד לשים לב לידב"צ הנשוי – אם נשוי למישהו לא יירש אותו; אם פרוד גם לא. אם מדובר בנישואין אזרחיים – לבדוק אם הם תקפים ובהתאם לנתח לפי נישואין או ידב"צ.
1. הרי בשביל מה הומצאה חזקת השיתוף- בדיוק בשביל מקרים שהדירה נרשמה רק על שם אחד מהם. [↑](#footnote-ref-1)