בס"ד

**דיני משפחה-מחברת בחינה- אדוה בן אור**

בכל מקרה בדיני משפחה ישנן 2 שאלות מקדמיות:

1. לאיזה מערכת פונים- אזרחית/דתית?
2. איזה כללים יחולו- אזרחיים/דתיים?

**מבוא לדיני משפחה**

מאפייני הנישואין במאה ה19- מעבר מקדושה לעניין חוזי:

* נישואין הם לא חוזה אלא מוסד ציבורי- גירושין אפשריים רק שישנה אשמה לאחד הצדדים.

פס"ד מיינדר- חוזה הנישואין הוא חוזה בעל שלושה צדדים- בני הזוג והמדינה. פס"ד ריינגלוס- בעניין ביגמיה, חופש דת חשוב אבל לכל מדינה יש זכות להגדיר את המוסר שלה- חשיבה מוסרית קולקטיבית שמשפחה היא חשובה ומגנים עליה.

* תפיסת המשפחה כיחידה בניגוד לאוסף של יחידים- אדם לא יכול להתנתק מהמשפחה על דעת עצמו. יש חובת מזונות אחרי הפרידה והם מתאפיינים ב: מגדר(הבעל משלם), ללא הגבלת זמן(מוות/נישואי האישה), מותנה באשמה(אישה אשמה לא מקבלת). אישה לא יכולה לתבוע את בעלה. פס"ד בלפור-
* אי שיווין- המערכת מגדרית (דוג' -חזקת הגיל הרך)

במאה ה20 מתרחשים שינויים בדיני המשפחה:

* דיני הגירושין- עוברים למודל גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה. בכל המדינות עילת האשמה פחות חשובה.
* דיני המזונות- שפה עיוורת מגדר, המזונות נגמרים בפרידה(חוץ ממזונות משקמים), לא תלויי אשמה. המודל החדש הוא שותפות כלכלית שמתפרקת בעת פרידה.

השינויים הללו משקפים 3 תהליכים:

1. הפרטה- גישה פרטית שמדגישה את ההיבט הפרטי של מוסד הנישואין, התפיסות הסמויות בה: המשפחה היא כבר לא בעלת תפקיד כלכלי,המדינה מדינת רווחה, הייחודיות של משפחה היא בקשר האינטימי שלה ולכן אין לגיטימציה להתערבות המדינה. ההפרטה מבהירה למה צדדים יכולים להתגרש- לסיים את ההסכם האישי ביניהם, היבט האשמה דרכו המדינה שלטה בהתנהלות בעת הגירושין לא תקף עוד. בגלל ההפרטה מכבדים הסכמים של ידועים בציבור.
2. אינדיבידואליזם- מעבר מיחידה לאוסף של יחידים- קל להפרד, ושנפרדים אין יותר מחויבות בין הצדדים.
3. מהפכה שיווניות- מעבר לגישה עיוורת מגדר מבחינת זכויות וחובות.

הבעיות במגמה החדשה:

* עלייה דרמטית בשיעורי הגירושין- רמת החיים של הנשים יורדת כי אין לבני זוג נכסים רציניים, והמשכורת של הגבר לא מתחלקת ביניהם (פס"ד אובריין).
* השפעת הגירושין על הילדים- איכות החיים של הילדים יורדת.

**המתח בין המערכות**

יש מתח בין ביה"ד הרבני לבין ביהמ"ש לענייני משפחה. ביהמ"ש מחוייב יותר לתפיסה שיוויונית בעוד

הדין הדתי מחוייב לתפיסה הציבורית - דוג':

1. כשירות להנשא- רק כשירות שמגשימה את התכליות של החברה- יש איסורים רבים על הכשירות להתחתן: בני זוג מאותו המין, אחים ואחיות וכו'
2. גירושין תלויי אשמה- דרך האשמה המדינה מנהלת את מוסד הגירושין

הדין הדתי מחוייב לתפיסת המשפחה כיחידה:

1. גם גבר וגם אישה נדרשים לעילת גירושין
2. הגנה על שלום הבית

הדין הדתי מחוייב לתפיסה לא שוויונית:

1. מזונות אישה- הגבר חייב במזונות בלבד
2. מזונות ילדים- מחויבות האב הרבה יותר גבוהה
3. בגידה- בגידה של אישה היא בלתי נסלחת ומהווה עילת גירושין בניגוד לבגידת גבר.

לעומת זאת, הדין האזרחי נוקט בגישה ההפוכה- פרטית-שוויונית. הוא נוקט בגישה עיוורת מגדר:

1. בעניין מזונות- במקרה שהמזונות הם דין אזרחי, חל תיקון לדיני משפחה וס' 2 מראה שהוא עיוור מגדר ("אדם"). לעומה"ז, בחזקת משמרות אין עיוורות מגדר ורואים שמעדיפים את האם, יש נטייה בעולם לצמצם את זה.

הדין האזרחי נוקט בגישה של אוסף של יחידים לעומת יחידה:

1. ביטול החסינות מפני התביעות במשפחה (יש אמנם הסדר בפק"ר שאישה לא תעיד נגד בעלה במקרים מסוימים)
2. פירוק השיתוף- עד 95 הגישה הייתה אינדבדואליסטית קיצונית שהתייחסה לכך כמו פירוק שיתוף רגיל. תיקון החוק במקרקעין- לא ניתן לפרק שיתוף בלי לדאוג למדור לילדים.

הדין האזרחי נוקט בגישה של פרטיות:

1. מושג האשמה אינו פונקציה בחלוקת הרכוש(יש אשמה בגירושין כי זה דין דתי), לא מענישים את הבוגד. וולנטין- האישה בוגדת בבעלה וגם מקבלת חצי מהדירה.

לשופט אזרחי יש 2 מלחמות לנהל: עם הדין הדתי (נושאים שבסמכותו לדון ועליו להפעיל דין דתי), ועם הדיין הדתי.

תביעה איצנדטלית- ביהמ"ש צריך לדון באופן אגבי לתביעה שבסמכותו בנושאים שאינם בסמכותו לפי הדין הדתי וכאן מתחילה הבעיה במישור הראשון.

המישור הראשון: התמודדות עם הדין הדתי- הסמכות לביהמ"ש אזרחי והדין דין דתי- **דרכי התמודדות:**

1. הפרדה בין פרוצדורה למהות- הדין הולך אחרי הדיין- סדרי דין מפעילים לפי ביהמ"ש בו דנים ללא קשר לאיזה דין מחילים, באמצעות הפרוצדורה אפשר להגיע לתוצאות מהותיות- לדוג': רישום נישואין שנערכו בחו"ל (פונק שלזניגר)
2. כאשר בדין הדתי יש מחלוקת, ביהמ"ש יבחר את הדעה ההלכתית שמייצגת את העקרונות שלו גם אם זו דעת מיעוט- דוג': מדור ספציפי שהוא חובה הלכתית, יש זרם בהלכה שפירש אותו כמדור כללי בלבד וביהמ"ש מאמץ את הדעה הזו בכליפה נ' גולד. פוטנציאל השתכרות- פעם לא היה ניתן להכריח אישה לצאת לעבוד, הייתה דעה בביה"ד הרבני שניתן לקזז בצורה מסויימת והש' נצמדים לדעה זו בבייקל ופדן.
3. פרשנות מניפולטיבית של הדין הדתי- בד"כ בדקו רק את אשמת האישה לעניין מזונות עד שהיו פס"ד של שמגר ששינו את זה: מקרה של הזוג שחיו בבסיס חיל האוויר- שמגר קובע כי כאשר המידע על הבגידה בא מהאישה עצמה היא לא יכולה להעיד על עצמה- לכאורה זהו יישום של הדין הדתי אבל לא בפרק הנכון (זה נאמר על אישה שרוצה לקבל גט מהר). מקרה נוסף- אישה שבוגדת וגם בעלה בוגד, שמגר לומד מפרק אחר שהבעל לא יכול להבנות מהעובדה שהאישה התנהגה לא בסדר אם הוא בעצמו עשה את זה(כהן נ' כהן).
4. פיתוח משפט אלטרנטיבי גם בתחומים בהם אמור לנהוג דין דתי-הטכניקה הרדיקלית ביותר-

* פלונית נ' פלוני: הילדה המוסלמית שאין לה אבא לפי הדין המוסלמי ולפיכך אין מזונות- תוצאה קשה מבחינה אזרחית- חשין מפתח מהלך חדש ואומר שבמקרה של פגיעה בזכויות אדם, זכויות יסוד אני מייצר מכוח זכויות היסוד משפט אזרחי עצמאי- חלק מכבוד האדם הוא לדעת מי הם הוריו ומכוח זה הוא יוצר משפט אלטרנטיבי לדין הדתי.
* סלומון נ' סלומון- אישה יהודיה וגבר נוצרי- הוא לא חייב מזונות לפי הדין הנוצרי/היהודי,במקרה של נזקקות מוכחת היו ניתנים מזונות מכוח כב"ה.
* מזונות אזרחיים מתוקף עקרון תו"ל- בני זוג שמתחתנים בנישואים אזרחיים. כהנא-שתי טענות: הוא אומר שהנישואים לא תקפים והוא לא חייב מזונות וגם מבקש חיוב גט מביה"ד. פעם לשופטים לא היה מה לעשות עם טענה כזו אבל כשזה מגיע לברק ב2002 הוא מייצר מסלול אלטרנטיבי דרך עקרון תו"ל.

המישור השני- ההתמודדות עם הדיין

1. במישור הסמכות(תרגול)-בג"צ מנסה לצמצם את סמכויות ביה"ד ולהוציא מידיו כמה שיותר סמכות.
2. הפיקוח השיפוטי על הפעילות הפרוצדוראלית בביה"ד- יש שני מצבים שבג"צ יתערב מכוח 1(ג)לחו"י השפיטה:

* חריגה מסמכות
* פרוצדורה פוגענית:

1. פגיעה בכללי הצדק הטבעי-אסיבס- השופט השרעי היה בקשר עם העו"ד וזה נפסל
2. כפיפות לחו"י- לב- פגעו בזכויות יסוד של האישה(חופש התנועה) בסעד זמני ללא מידתיות. בג"צ ביה"ד נתניה- איסור שימוש בראיות שהושגו בדרך של פגיעה בחוק הפרטיות.
3. הכפפת ביה"ד הרבני לדין האזרחי המהותי בכל נושא שאינו מעמד אישי- במקרה של תביעות אינצנדטליות וכריכה(תביעות שלא בסמכות ביה"ד מגיעות אליו). עד הלכת בבלי היה הכלל הדין הולך אחר הדיין גם במהות ולא רק פרוצדורה. 3 חוקים שמחייבים את ביה"ד לפסוק לפי דין אזרחי:

* חוק שיוויון זכויות האישה- מונע פגיעה בקניין האישה בעניין הכלכלי
* ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות- טובת הילד היא עקרון על בנושא המשמורת
* חוק יחסי ממון- הסדר איזון משאבים ביה"ד חייב לקיים אותו.

בכל נושא אחר ביה"ד הדתי מפעיל את הדין הדתי באישור בג"צ. בני זוג שהתחתנו לפני 74- בביה"ד לא קיימו את חזקת השיתוף כמו בביהמ"ש והבעל הרוויח מזה, וזה היה המצב עד בבלי-גם ביה"ד הרבני חייב ליישם את חזקת השיתוף- נושא אזרחי שהוא לא מעמד אישי תמיד יהיה אזרחי גם אם הוא מגיע לביה"ד הרבני. זה יוצר סערה בביה"ד, היום הדיינים הצעירים מיישמים את הלכת בבלי אבל בצורה מצומצמת- לא על רכוש מלפני הנישואין ומתחשבים בבגידה. בג"צ בהתחלה הסתפק בזה אך לאחרונה נהיה יותר אדוק ולא מסכים לצמצום.

1. הכפפת ביה"ד לפרשנות אזרחית של החוק הדתי גם בנושאי מעמד אישי- מגמה שנבלמה בפס"ד אקנין- רק חשין בדעת מיעוט מקבל את טענת הבעל שיש לפרק שיתוף והאישה לא יכולה לקבל מדור ספציפי כי בביהמ"ש היא לא הייתה מקבלת את זה.

**דיני הזוגיות**

יצירת נישואין בדין הדתי:

1. כושר- מי כשיר להינשא?

* גיל- בדין היהודי- 13/12. בדין המוסלמי גם גיל נמוך מאד.
* בריאות נפשית וקוגנטיבית- קיימת בכל הדתות- יכולת להבין מה אתה עושה שאתה מתחתן.
* קרבה משפחתית- קיים כמעט בכל תרבות איסור על כך(חשש גנטי וחשש מניצול). בדין הדתי(היהודי והמוסלמי)- כאשר הקרבה לא מבוססת על דם לא אוסרים אותה. בנוצרי- יותר רחב.
* בני זוג חד מיניים- במדינות שמרניות עם דת חזקה יש איסור מוחלט, במדינות ליברליות מכירים בהם, במדינות ביניים יש מוסד נפרד להם(איחוד אזרחי).
* ביגמיה- בנצרות ובדרוזים- איסור מוחלט וסימטרי, באסלאם- מותר, ביהדות- הדין התלמודי מתיר, האשכנזים- חדר"ג קוגנטי, ספרדים- אפשר לקבל היתר, החרם מאומץ בכתובה וניתן להחריגו.
* נישואים מעורבים בין דתות- נוצרים ויהודים- לא מכירים, אסלאם- מוסלמי שמתחתן עם לא מוסלמית אך לא עובדת אלילים מכירים.
* פסולי חיתון על בסיס דת-ביהדות:

1. פסול חיתון מוחלט-אם מתחתן הנישואים לא תקפים ועונש מוות במקרה של יחסים. דוג'- נישואי עם דודה,אשת איש, אחות גרושתך.
2. פסול חיתון חלקי- אם מתחתן הנישואים תקפים ועונשם חייבי לאווים. דוג'- כהן וגרושה.
3. צורה:

* דרישת הכתב- מראה שמדובר באנשים שמבינים שהם מתחתנים
* פומביות- בגלל שזה נותן זכויות גם מול המדינה.

בנצרות- נישואין יכולים להתבצע כעניין פרטי אך הדרישה של אורגן אזרחי הופנמה לבסוף.

באסלאם- העסקה נעשית באמצעות שטר נישואין, אין חובה לקאדי.

ביהדות- כיום הקידושין הם: נתינת שווה כסף, נוכחות של שני עדים כשרים וכוונה להתקדש. כיום יש דרישה לרב ומניין- אך גם אם אין הנישואין עדיין ייתפסו. לעומת זאת טקס רפורמי לא יתפוס.

לסיכום, תלונות הדין האזרחי על הדין הדתי:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **כושר** | **צורה** |
| **פחות מידי מגבלות בדין הדתי** | גיל, קרבת משפחה(שאינה מבוססת על דם), ביגמיה | פומביות, מעורבות מדינה |
| **יותר מידי מגבלות בדין הדתי** | בני זוג מאותו המין\*  נישואים מעורבים  פסולי חיתון על בסיס דת | דרישה לטקס דתי של זרם אורתודוכסי מסוים, רב מסוים(רבנות) |

**הסדרה אזרחית ישירה של דיני הנישואין**

במקרים בהם יש פחות מידי מגבלות בדין הדתי- בכושר הנישואין:

* גיל- חוק גיל נישואין קובע גיל מינימום לנישואין- 18, אבל אין סנקציה-זו עבירה פלילית אך הם נחשבים לנשואים בגלל שחל הדין הדתי. החוק נותן היתר נישואין לנערה בהיריון ללא הגבלת גיל. אליהו אנג'ל- התירו לילדה בת 14 להנשא. היתר נוסף- נסיבות מיוחדות ובני זוג בני 16.
* ביגמיה- ביגמיה היא עבירה פלילית ס' 176 לחוק העונשין, לא משנה לפי מה היו הנישואין הקודמים. כן מכירים בנישואין אבל זו עבירה. קיים היתר נישואין- בדין תורה לא מפורטות עילות ספציפיות(179), לפי דינים אחרים(180)- יש מקרים מוגבלים בהם ניתן היתר: אי מסוגלות קוגנטיבית של בן הזוג להפקיע את הנישואין/ בן זוג נעדר. שטרייט: מגבלות להיתר לפי דין תורה, מצמצמים מאד במקרים שהם לא שיטיון/נעדרות. בורנובסקי- ביטול הלכת שטרייט, יש שק"ד לביה"ד. ההיתר ניתן ע"י הרב הספרדי. אצל המוסלמים יש אמנם פחות היתרים אבל הם מוצאים דרך להתחתן עם עוד נשים.
* קרבת משפחה- המדינה לא מתערבת, חוק האימוץ לא משנה את דיני הנישואים והגירושים.

פחות מידי מגבלות- בצורת הנישואין:

* פומביות- יש את פק' רישום נישואין שמתארת פרוצדורה איך רושמים. זה מתחלק לשניים- רושם הנישואים במועצה דתית, ועורך הנישואין. אדם שלא מוסמך לערוך טקס דתי וערך- זוהי עבירה פלילית לפי פס"ד גנור, לא ניתן לאכוף זה לא נחשב טקס מבחינת הרבנות.

יותר מידי מגבלות בדין הדתי:

* בכושר- הפתרון היחידי הוא פסולי חיתון- המדינה נותנת מענה את ברית הזוגיות לחסרי דת ופסולי חיתון.
* בצורה- אין שום פתרון אזרחי.

**תחליפי הנישואין**

1. נישואין פרטיים- נישאים לא ע"י גורם מוסמך ומבקשים לקבל הכרה. יש הבחנה בנושא הרישום:

* אידיאולוגים- לא רושמים כנשואים את הקיבוצניקים לפי פס"ד..
* פסולי חיתון- פונים לרבנות פעמיים- תעודת נישואין+רווקות, סירוב ממשרד הפנים ואז רושמים אותם

הרישום של פסולי החיתון לא מעניק זכויות אוטמטי, מול צד ג' -צריך כל פעם לבדוק האם הזוג נשוי, סכסוך ביניהם- דיון מהותי בקשר לכשרות הנישואין, אם הטענה היא חוזית- צונן נ' שטל.-שמגר אומר כי לא מכירים במזונות מכוח התחייבות מכללא. מבחינה משפטית אין תוקף לקידושים פרטיים ולכן לא בודקים תוקף מבחינה דתית.

אנשים שאינם רשומים צריכים להוכיח שהם נשואים ע"פ ההלכה.

1. ידועים בציבור- במשפט הישראלי:

* חקיקה- אין חוק ידועים בציבור, יש ס' בחוקים שאומרים ידוע בציבור=נשוי. כשמדובר בחוק סוציאלי-הטבות כלכליות יהיה ס' כזה בד"כ למרות שיש חוקים סוציאלים ששכחו את הס' הזה-כמו הפלת"ד. חוקים שלא נמצא בהם את הס'- עוסקים בילדים(פונדקאות, אימוץ), שימור שלום בית.
* פסיקה- שמרנית עד לינדורן:

1. אם לא מופיע במפורש בחוק "כולל ידועים בציבור" לא מעיזים להגיד שזה כולל אותם. אוחיון נ' סנה- לא ניתנו פיצויי תאונת דרכים לידוע בציבור, מילה- פנסיה של עובדי ציבור לא ניתנה לידועה בציבור.
2. מלחמת השמות- לא מסכימים לשנות את שם המשפחה של הידועה בציבור עד פס"ד אפרת- זוהי זכות פרטית לשנות את השם, שינוי התפיסה- ביהמ"ש רוצה לעזור לידועים בציבור. אלן עיזרי- אדם רשאי לשנות את שם המשפחה שלו.

השינוי- לינדורן נ' קרנית: מפרשים תכליתית את החוק וקובעים שלצורך חוק הפלת"ד נשוי=ידוע בציבור. פס"ד פתח את הפתח להרחבה נוספת של זכויות הידועים בציבור. לבנון- ניתנו הטבות במס שבח. כל הזמן ביהמ"ש מרחיב את לינדורן.

הקריטריונים להגדרת ידועים בציבור- צ'ק ליסט:

1. משך הקשר- בפסיקה, זוגיות של למעלה מ3 שנים בעקרון מוכרת כידועים בציבור. היו מקרה של אפילו 3 חודשים שגם הכירו בהם.
2. מגורים משותפים- אין חוק שקובע כמה זמן. (היו מקרים שהכירו גם בחדרים נפרדים/דירות סמוכות ואי קיום יחסים אינטימים)
3. אינטימיות- בפסיקה נאמר במפורש שלא חייב להוכיח קיום יחסים ולא בלעדיות.
4. הצגה חברתית כבני זוג- החברה צריכה להסתכל עליהם כמו שמסתכלים על נשואים
5. משק בית משותף, רכוש משותף- הפסיקה קבעה במפורש שלא חייב חשבון משותף אלא קופה משותפת.
6. ילדים משותפים- מעיד על כוונה רצינית
7. פסולי חיתון/נישאו בנישואין אזרחיים- מחזק את העניין שהם ידועים בציבור
8. מניעה כלכלית להתחתן- כמו אלמנות צה"ל.
9. כוונה ליצור התחייבות

אין דרישה שהאדם לא יהיה נשוי לאחרת- למעט בחוק הירושה. פסלר- אין להרחיב את המגבלה מחוק הירושה גם לחוקים אחרים. בעקרון, בג"צ כמעט ולא עומד מאחרי הגדרת הידועים בציבור ונותן זכויות גם למי שלא עומד בהגדרה- הבעיה היא שידוע בציבור מקבל המון זכויות ומאידך הכניסה להגדרה קלה.

היחסים הפנימיים בין הידועים בציבור:

**משפט משווה:** בעולם נק' המוצא היא מאד שמרנית ואפילו אם הידועים בציבור עשו הסכם ביניהם שיש מחוייבות של נישואין הסכם כזה היה פסול. במרווין- ביהמ"ש אומר שאם היו עושים הסכם מפורש היו מכבדים אותו וכן שניתן ללמוד מנסיבות החיים עצמם על התחייבות להחלת דיני הנישואין(חוזה מכוח התנהגות). מצד שני- בניו יורק העמדה היא שאם אין הסכם מפורש מפרשים את זה כדחיית המחוייבות להתחתן- צריך לכבד את הבחירה שלהם. יש כמה קבוצות בידועים בציבור:

* נישואי ניסיון- אי אפשר להגיד מבחינה חוזית לאדם שבודק שמבחינתנו אתה נשוי.
* לא רוצים את ביהמ"ש/הסכם ג'נטלמני- אם נאכוף את ההסכם זה יפגע בבחירה של האדם

הטענה היא: בהחלת דיני הנישואין על ידועים בציבור פוגעים ביכולת הבחירה של האדם.

הבעייתיות בכך: פערי כוחות, דיני המשפחה לא חייבים לשקף את הרצון המשוער של הצדדים(ז"א אפשר לתת זכויות מכוח הסתמכות, ע"ע ועוד), הדינמיקה בחיים- לא כולם ג'נטלמנים/נישואי ניסיון- יש כאלה שלא עשו החלטה מודעת לא להתחתן אלא זרמו עם החיים וזה לא הוגן שלא יקבלו זכויות. ז"א, שמצד אחד במדינות ליברליות לא ישוו את זכויות הנשואים לידועים בציבור, ומצד שני אם הם לא מקבלים זכויות זה לא הוגן מכוח שיקולים אחרים.

**מודל הביניים של ליפשיץ:** באופן בסיסי יש הבחנה ביניהם ויש לתת משמעות לבחירה שלא להנשא. אבל זה לא אומר שלא מגיעה שום זכות- נמנע ניצול של בן הזוג הביתי באמצעות מתן פיצוי וכו' אבל השיתוף לא יהיה מלא כמו בנישואין. ז"א, אם לא התחתנתם- לא ביטאתם כוונה לשיתוף מלא אך מגיע פיצוי שיבטא את ההפסדים/התרומה לקשר.

**בישראל:**לידועים בציבור מוענקות זכויות נרחבות ביניהם- חזקת השיתוף חלה עליהם(גם אחרי 74),במזונות- המזונות לא נגמרים תמיד בפרידה (ורסנו, יגר נ' פלביץ)🡨 רמת ההגנה הכלכלית לידועים בציבור ברכוש ובמזונות גבוהה יותר מאשר לנשואים! בנושא הירושה- לפי ס' 55- ידועים בציבור שלא נשואים לאחרים ולא עשו צוואה רואים אותם כאילו בחרו להוריש אחד לשני. בלאו נ' פוזש- ידוע בציבור שלא עשה צוואה יורש כמו אדם נשוי.

מבחינת היקף הזכויות- היקף זכויות חסר תקדים, ותנאי הכניסה- הורדת הדרישות דווקא במישור היחסים הפנימי. בישראל הטיעון הליברלי לא תופס משום שהידועים בציבור אצלנו הם הרבה פעמים לא מבחירה אלא מברירת מחדל- פסולי חיתון וביהמ"ש מעוניין לייצר להם תחליף נישואים. יש שני קבוצות של ידועים בציבור בישראל:

* אוניברסאליים- בחרו במודע לא להתחתן(נישואי ניסיון/הסכם ג'נטלמני)- אם נחיל עליהם את דיני הנישואין נחתור תחת הבחירה שלהם- הטיעון הליברלי תופס פה.
* תוצרת הארץ- בכל מקום אחר היו מתחתנים לא מתחתנים מסיבות ישראליות:

1. פסולי חיתון
2. אידיאולוגים- לא רוצים את המוסד הדתי אבל רוצים מחויבות. אם נחיל עליהם את דיני הנישואין הדתי נפגע בבחירה שלהם- יש לעשות להם דין שמשקף מחויבות אזרחית של נישואין.

ביהמ"ש מניח שרוב הידועים בציבור הם תוצרת הארץ וקשה להבחין ולכן מחילים על כולם את הכללים. בפועל רוב הפס"ד הם של ידועים בציבור אוניברסאלים.

הרכוש- שחר נ' פרידמן, אלון נ' מנדלסון- הפסיקה מחילה את חזקת השיתוף על ידועים בציבור, חלק מהשופטים מפעילים אותה באופן חשדני שכן אולי עצם העובדה שלא התחתנו מעידה על חוסר כוונה לשתף- החזקה ניתנת לסתירה אבל חלק גדול מהשופטים מתעלם מכך. סלם נ' כרמי- הם היו ידועים בציבור אוניברסאליים וביהמ"ש מפעיל את חזקת השיתוף עם כוכבית- היא לא מקבלת הכל.הם לא קיימו יחסים, חיו בחדרים נפרדים, הפרדה כלכלית- ז"א ההגדרה בכלל לא מתקיימת פה. כרמי נתן לה את החצי מהפרויקט בצוואה ומזה למדו על כוונה לשתף- מניפולציה על רצון הצדדים משום שצוואה ניתנת לשינוי בשונה ממתנה. כל הבעייתיות בהגדרה לא מפריעה לביהמ"ש להגדיר אותם כידועים בציבור ולהפעיל את חזקת השיתוף. בזמן האחרון מתחילה "חזרה בתשובה" מתחילים להבחין בין ידועים בציבור אוניברסאלים לתוצרת הארץ. קו ההגנה ביחסי רכוש: לא היינו כלל ידועים בציבור, וגם אם היינו נסתרה חזקת השיתוף כי לא הייתה כוונה לשתף. בירושה זה יותר בעייתית כי ידוע בציבור כפוף אוטומאטית לדיני הירושה.

מזונות אישה- הדין הדתי לא מכיר במזונות לידועים בציבור. יגר נ' פלביץ- יינתנו לידועה בציבור מזונות מכוח דיני החוזים ובלבד שתראה חוזה כתוב. ורסנו- חוזה יכול להיות גם בהתנהגות ולא חובה להראות חוזה כתוב, אפשר ללמוד את זה גם מנסיבות החיים המשותפים. לינדורן- באוביטר ברק אומר שאם ידרשו מזונות לידועה בציבור הוא ייתן. יוצא שידועים בציבור מקבלים יותר מנשואים משום שאין את הגט שמפסיק את המזונות. למה זה מוצדק? לאישה נשואה זה יש את ההגנה שלא יהיו גירושים חפוזים אבל לידועה בציבור אין ולכן הגיוני לייצר עבורה את הסעד של מזונות אחרי הפרידה. **לדעת ליפשיץ,** בידועים בציבור צריך לפתח מזונות משקמים אזרחיים שיהיו בעלי תכונות של העדר מגדריות, זמן ממוקד, ונייטרלים- ללא אשמה. **בפועל** בביהמ"ש מקיימים רק את העדר המגדריות. יקותאלי- ביהמ"ש קובע מזונות ולא קובע עד מתי. בעניין האשמה- בורסנו- ברק אומר שאם הגבר עזב ללא הצדקה יש הסכם מכללא והוא ישלם מזונות- ז"א, הוא בודק אשמה של הגבר. פס"ד של הש' מימון- אם לגבר אין אשמה היא לא נותנת מזונות. עצם הרעיון של מזונות לידועים בציבור הוא נכון אבל יש לדמותו למזונות משקמים. בזמן האחרון יש מגמה של חזרה בתשובה לגבי הקריטריונים. הגנה אפשרית: להגיד שהם ידועים בציבור לתק' קצרה בלבד.

ירושה- לפי ס' 55, ברגע שמגדירים את בני הזוג כידועים בציבור מפעילי אוטומטית את דיני הירושה וזה אומר שמגיע לאישה חצי מהירושה לפחות. היינו מצפים שבגלל זה תהיה יותר הקפדה על הגדרת הידועים בציבור ורגישות לכוונת הצדדים אך בפועל פס"ד השערורייתים ביותר מבחינת ההגדרות הם בנושא הירושה- יש פס"ד שאומרים שמספיקים 3 חודשים בלבד שהם היו ביחד כדי להחשב ידועים בציבור. אמיר נ' זגר- משווים את הידועים בציבור תק' קצרה לנשואים תק' קצרה ונותנים לאישה לרשת. ההבדל הוא שבידועים בציבור עצם החיים המשותפים יוצרים זכויות לעומת נישואין שהם עצמם יוצרים את הזכויות. פלונית- דנצינגר רואה שההגדרה האובייקטיבית רופפת אך מבחינה סובייקטיבית ההתנהגות שלהם מראה שהם תופסים את עצמם כידועים בציבור וזה מה שחשוב. בני הזוג הסכימו ביניהם שהם לא מורישים אחד לשני אבל לא עשו צוואה וזה לא תופס לפי ס' 55.

הסדרה הסכמית של חיים כידועים בציבור

הפתרון הפשוט הוא שידועים בציבור ייעשו הסכמי ממון וצוואה. הפתרון הזה לא כ"כ פשוט כי תוך 3 חודשים הם כבר נחשבים ידועים בציבור ואנשים לא מודעים לזה, חלק מהידועים בציבור לא מעוניינים במשפט ומיסוד,ולא תמיד ביהמ"ש מכבד הסכמים כאלה.

בלאו נ' פוזש- פירוש "מעין צוואה" שבס' 55- הס' אומר שידוע בציבור מוריש לבן זוגו כאילו עשה מעין צוואה- אפשר הי לנסות להבין את זה שבמקרה שאדם הבהיר לנו בצורה כלשהי שהוא לא מעוניין להוריש לידועה בציבור שלו זה נחשב מעין צוואה. אם נקבל את הנוסחה שידוע בציבור=נשוי, זה לא יתפוס, אך אם נבדוק את אומד דעת הצדדים זה יכול לתפוס. בפס"ד ביהמ"ש בוחר באופציה הראשונה ואומר שידוע בציבור= נשוי. **לדעת ליפשיץ** זה בעייתי- אם היינו רוצים פורמאליות בידועים בציבור היינו צריכים להפעיל אותה בתנאי הכניסה להגדרה ולעשות אותם ברורים! בפס"ד ביהמ"ש כלל לא מכיר בהסכם שערכו הצדדים אם לא עשו צוואה. בר נהור- בני זוג שעשו הסכם על כך שהם לא ידועים בציבור-הסכם כזה לא תופס כי עצם העובדה שהם מילאו אחר התנאים הופך אותם לכאלה וזה לא ניתן להתניה. כמו שנשואים לא יכולים לוותר על חובותיהם כך ידועים בציבור. כהן נ' כהן-חתמו על הסכם שהם לא נחשבים לידועים בציבור והרכוש לא משותף. בפס"ד הש' זמיר אומר שעשיתם הסכם אבל בהתנהגותכם שיניתם אותו. במבחן יש לומר שנעשה עושק וכפייה בחוזה הזה ולכן הוא לא תקף. **לדעת ליפשיץ,** במצבים של פערי כוחות אמיתיים או שינוי דרמטי יש מקום לחריגה מההסכם.

מעמדו של ידוע בציבור שהוא ידוע בציבור של אדם אחד ונשוי לאחר:

* ס' 55 לחוק הירושה- הוא לא נחשב לצורך חוק הירושה כידוע בציבור שהחוק כולל אותו.
* בחוקים אחרים- הסייג הזה לא מופיע במפורש ועלתה השאלה האם ניתן לייבא את הסייג מחוק הירושה לחוקים אחרים. פסלר- לא מייבאים את הסייג הזה לחוק ביטוח לאומי. פס"ד הופך את מוסד הידועים בציבור גם לתחליף לגירושים. אילון טוען שזה מעודד סוג של ביגמיה/סרבנות גט. פאם- אין לתת אוטומטית לאישה נשואה אפשרות להחשב כידועה בציבור אלא צריך לבדוק את הנסיבות למה היא לא התגרשה.

חובות של צדדים שלישיים כלפי ידועים בציבור:

אלמנת צה"ל שנישאת שנית מאבדת את זכויותה מהמדינה ולכן נוצר לה תמריץ לחיות כידועה בציבור, אחרת היא לא תקבל את זכויותיה. בשנים האחרונות יש שינוי בנושא:

* חקיקה- המחוקק שינה את החוק וקבע שהנישואין לא ישללו מהאלמנות צה"ל את זכויותיהן
* פסיקה- אלמנות רגילות- נשללה מהם הקצבה. בוארון- לא יכול להיות שתהיה העדפה לידועה בציבור- העובדה שהיא הופכת להיות ידועה בציבור שוללת לה את הזכויות בדיוק כפי שהיה אם הייתה נישאת.

1. נישואין אזרחיים מחוץ לישראל- תחליף הנישואין הכי מוצלח:

הערכאה השיפוטית המוסכמת לדון בכך היא ביה"ד הרבני- הסמכות שלהם בלעדית לדון בנישואין/גירושין.

עמדת הדין הדתי לגבי נישואין אזרחיים- יש 3 גישות לגבי תוקף הנישואין הללו:

1. חסרי משמעות לפי ההלכה- לא צריך גט אם רוצים להתחתן שוב
2. גט לחומרה- מחשש דחוק דורשים גט וכן בגלל רצינות הנישואין(מראית עין)
3. ספק נישואין- הכי גרוע- לא מקבלים זכויות מחמת ספק ולא יכולה להתחתן מחדש ללא גט.

עד לפני כמה שנים הלכו בעיקר לפי הגישה השנייה, אבל אז הרב דיכוטבסקי הוליך לטובת הגישה הראשונה כשהוא מבחין בין שני מצבים: אנשים שנישאו נישואים אזרחיים בגלות כי לא הייתה אופציה אחרת- נדרוש גט לחומרה, אנשים שנישאו בארץ בצורה כזו- הגישה הראשונה כי הם לא התכוונו להתחתן לפי ההלכה.

ההתמודדות האזרחית הישירה עם נישואין אזרחיים:

בגלל שהם נערכו בחו"ל ידונו בתוקף שלהם לפי הכלל של המקום בו נערכו הנישואין. יש הבחנה בין שתי קבוצות:

1. עולים חדשים- התחתנו בחו"ל ועלו לארץ- מכירים בנישואים שלהם
2. הקופצים- אזרחי ישראל שקפצו לחו"ל להתחתן וחזרו- יש 3 גישות במשפט הישראלי(פונק-שלזניגר):

* פרו' שאווה- התחולה של החוק הינה פרסונאלית ולא גיאוגרפית. לכן, החוק שאומר שענייני הנישואין יהיו לפי הדין הדתי חל עליך גם אם התחתנת בחו"ל- החוק הוא הסדר שלילי.
* ויתקון- יש לאקונה בחוק שלא אומרת לנו מה קורה אם התחתנת בחו"ל. משלים את הלקונה לפי המשפט האנגלי- בכשירות זה יהיה לפי מקום המושב, ובצורה- לפי מקום עריכת הטקס. לכן ויתקון יכול לעזור רק למי שאין לו בעיית כשירות.
* זוסמן- משלים את הלקונה לפי הדין האמריקאי- הכושר והצורה הם לפי מקום עריכת הטקס- הוא עוזר לכל מי שהתחתן בחו"ל לקבל הכרה.

בפועל ביהמ"ש הולך לפי הגישה השנייה.

ההתמודדות האזרחית העקיפה עם נישואין אזרחיים:

* ידועים בציבור- רוב האנשים שקופצים לחו"ל להתחתן חיו ביחד לפני זה ולכן נגדיר אותם כידועים בציבור- הבעיה: יש זכויות שלא מקבלים וידוע בציבור מחייב להדיין כל פעם מחדש וזה לא עובד בכל הרשויות
* רישום- פונק שלזינגר: אמרו שלא מספיק להם להחשב ידועים בציבור והם דורשים להרשם כנשואים. ביהמ"ש מכריע שהם יירשמו שכן המרשם הוא פרוצדורה ולא מהות. לכן, כל מי שהתחתן בנישואין אזרחיים נרשם כנשוי. קומבינת המרשם תעבוד בעיקר שעובדים מול צד מרוחק, אך כשעובדים מול חוק הירושה יטענו שהם לא נשואים באמת, ופה תבוא לעזרתנו ההגדרה של ידועים בציבור.

בעיה: אדם שנישא אזרחית, ונפרד מבת זוגו. האישה נפטרה, והוא רוצה לרשת אותה.

1. האם הם נשואים? בודקים לפי 3 הגישות. לפי שאווה לא נשואים אבל אפשר להגיד שהם ידועים בציבור.
2. האם הם ידועים בציבור? העובדה שהם נישאו אזרחית מחזקת את העובדה שהם רצו קשר מחייב- קו ההגנה הזה לא טוב כי חוק הירושה דורש שהם יהיו בני זוג בשעת המוות והם היו פרודים.
3. פלונית נ' פלוני- הגדרת נישואין לצורך ספציפי- בפרשנות תכליתית אין עניין להבחין פה בין נשוי הלכתית לנשוי אזרחית, ולכן לצורך חוק הירושה נשוי אזרחית נחשב לנשוי.

* יחסי רכוש- כמו בידועים בציבור חלה חזקת השיתוף- אבל פה היא בלי כוכבית כי עצם זה שהם התחתנו מראה על כוונה לשיתוף.
* גירושין- חוץ מחסרי דת להם יש את חוק התרת נישואין, כל השאר הולכים לביה"ד- שפועל לפי הרובד הראשון- הנישואין כלל לא תקפים/גט לחומרה/ספק נישואין. טליסמן- ביה"ד קובע גט לחומרה, ואז מבטל את הגט ואומר שהם כלל לא נישאו.
* מזונות- פה זה חמור יותר- כי המזונות הם לפי הדין הדתי שלא מכיר בנישואים אזרחיים ולכן לא ייתן מזונות. (בכל המקרים האחרים יכולנו להסתדר כי הנישואין היו פרמטר לקביעת חוק אזרחי). כהנא ופורר- פסולי חיתון שנישאו בנישואין אזרחיים ומתחמקים ממזונות בשני טענות חלופיות- א. לא נשואים כלל ב. חיוב גט מביה"ד כי הוא חי בחטא- והאישה לא מקבלת מזונות. השופטים לא מרוצים מהתוצאה אבל אין ברירה. השינוי מתרחש בפס"ד שמואל- ברק עושה מהלך מורכב שיאפשר לתת לאישה מזונות:
* המזונות- לפי משב"ל הם כן נשואים ולכן היא צריכה לקבל מזונות
* חיוב הגט אמור להפסיק מזונות- בודק את הסיבה בגלל נתנו את החיוב גט- אם הסיבה היא שהם לא מכירים בנישואים שביהמ"ש כן היה מכיר בהם, אז לא מתחשבים בחיוב הגט הזה.

בסופו של דבר המהלך תיאורטי בלבד ונשאר בצ.ע. כי החיוב גט ניתן מסיבות אובייקטיביות. בשנת 2000 ההלכות המחייבות הן עדיין כהנא ופורר.

פרשת בורכוביץ- לפי המשב"ל ועמדת פרו' שאווה הם אינם נשואים. ברק מגיע למסקנה שמגיע לה מזונות מכוח הסכם מכללא.ומאמץ את מודל המזונות המשקמים. פס"ד בני נוח- דיכוטסקי: יהודים שנישאו נישואים אזרחיים, אינם זקוקים לגט אולם זקוקים להתרת נישואין (העילות: אם הקשר התמוטט ולא ניתן לשקמו) בביה"ד מכוח 7 מצוות בני נוח. אין מזונות אחרי התרת נישואין. על פס"ד זה הוגש בג"צ, ברק אומר שהקריטריונים להתרת נישואין אינם כמו בדין הדתי, אינם נישואי חטא אלא- גירושין ללא אשמה והתמוטטות הקשר תוך התייחסות לקשר בצורה רצינית. לא כל אחד יקבל התרת נישואין ואין להקל ראש בהליך כזה. לגבי מזונות אזרחיים- ביה"ד לא יתעסק בזה גם אם תהיה כריכה- הכלל הוא שכריכה בנישואים אזרחיים אינה כנה! בעצם ברק נותן לביה"ד להשתמש בכלי התרת נישואין כגירושין אזרחיים ובלבד שלא ייתנו את זה סתם ככה ולא יתעסקו במזונות. (לבדוק מאיפה זה) זו הפעם הראשונה שמכירים במזונות אזרחיים בארץ. זוג שנישא ע"פ ההלכה והאישה בגדה-יוכל לבקש מזונות אזרחיים? יש לוגיקה שיכולה לאפשר את זה אבל ברק הבטיח שזה לא יקרה וזה יכול לאיין את המזונות הדתיים לגמרי.

**גירושין**

הגירושין הם בסמכות ייחודית של ביה"ד הרבני וכפופים לדין הדתי עם חריג חוק התרת נישואין במקרים מיוחדים. עקרונות בגירושין:

* הגירושין הם אקט פרטי של מתן גט מהבעל לאישה
* הגט הוא אקט רצוני- ניתן מרצון ומתקבל ברצון ולא זה גט מעושה
* אם התקיימו עילות הגירושין- מותר לכפות על הבעל להתגרש-הכפייה תוציא ממנו את רצונו האמיתי.

ביה"ד יכול להכריע במס' דרכים:

1. אין עילה להתגרש
2. מצווה להתגרש- מבחינה הלכתית ראוי שתתגרשו אך אין שום השלכה משפטית
3. חיוב להתגרש- יש חובה הלכתית להתגרש ויש לחובה זו משמעות

מתי כופים גט? בתלמוד יש רשימה של עילות שהורחבה ובשנים האחרונות מצומצמת בגלל הפחד מ"גט מעושה". לכן, מי שרוצה להתגרש צריך או כפייה או הסכמה וזה יוצר תמריץ לא להסכים ולגרום לבן הזוג "לקנות" את הגט.

ההיבט המגדרי- החובה שהגט יהיה רצוני היא לגבי הבעל בלבד, אבל חדר"ג קובע שגם האישה צריכה להסכים, אבל גם אחרי החרם יש פגיעה חמורה בנשים:

* אין סימטריה בעילות הגירושין שמאפשרות לגבר לתבוע גירושין לבין העילות של האישה
* לבעל יש חלופה דתית לגט(היתר נישואין) ולאישה אין
* החלופה החילונית לגירושין- ידועים בציבור, אישה שתעשה זאת ילדיה ייחשבו לממזרים ותפסיד מזונות

כל זה גורם לסחטנות בוטה של הגברים את הנשים.

פתרונות אפשריים בדין הדתי- אם היו מאומצים כיום הבעיות היו נפתרות לנו, אבל הם לא:

* הלכת מורדת- במקור זו הלכה נגד נשים- הבעל לא נותן גט כי אשתו מורדת בו- לא רוצה לקיים איתו יחסים כי הוא מאוס עליה, בתקנת הגאונים זה התהפך: אישה מורדת- שמואסת בבעלה- עצם זה זו עילת גירושין. הרמב"ם גם תיקן תקנה דומה. היו טענות נגד התקנה הזאת: אמרו שאין להם סמכות לתקן אותה, וכן שאחרי חדר"ג שיצר שיוויון בין גברים לנשים- שניהם צריכים סיבה התקנה הזאת יוצרת הפלייה לטובת האישה, רבנו תם אומר שזה לא מתאים לנשים של ימינו.היום לא משתמשים בזה כמעט בביה"ד.
* תקנת ח"י חודשים של הרב אליהו פלאג'י- בני זוג שחיים בנפרד יותר משנה וחצי ביה"ד מגיע למסקנה שהקשר אבוד וכופה עליהם גירושים. אין כמעט פסיקות של ביה"ד היום שמיישמות את זה.
* הפקעת נישואין- הפקעת תוקף הנישואים אם לא פעלת לפי הכללים(הבעל ששלח שליח והתחרט)

שני מהלכים/פתרונות שכן קיימים היום בביה"ד:

* כפיית גט (הלכת רבנו ירוחם)- אדם שהתנהגותו מבטאת הסכמה לגט אך בקול אומר שלא מסכים-(עזב את הבית ומסרב להתגרש בגלל סרבנות) מתייחסים לזה כהסכמה.
* הרחקות ר"ת וחוק כפיית פס"ד של גירושין- החלת סנקציות חברתיות וכלכליות על הסרבן.

הפתרונות במשפט האזרחי:

* הדין הקיים- יש את חוק כפיית פס"ד של גירושין אולם הוא מדבר על מצב בו ביה"ד כבר נתן חיוב כפיית גט וצריך רק להוציא לפועל, וזו הבעיה בעצם- שביה"ד לא מוכן לעשות זאת כמעט.
* בפסיקה- יש 3 סוגי פס"ד:

1. הרע- רוזנצוויג- כפו עליו לתת גט באמצעות "מזונות הפחדה", הבעל עותר לבג"צ בטענה שזה לא חוקי, ביהמ"ש אומר שאסור לביה"ד להמציא אמצעי אכיפה אבל בכ"ז משאיר את פס"ד על כנו ואומר שאלה מזונות רגילים של האישה ואם הוא רוצה להפטר מהם שייתן גט. בעקבות פס"ד זה לא ניתנו יותר מזונות הפחדה.
2. המתלהם- פלונית נ' פלוני- בג"צ לא רואה מקום להתערב בקביעת ביה"ד שאין לכפות גט אך חשין מאיים שבפעם הבאה הוא יתערב.
3. הטוב- אבן צור- סרבן הגט פונה לבג"צ ומתלונן שלא מתנהגים אליו יפה ובג"צ לא מתערב ואומר לו תתן את הגט ותמנע מעצמך את זה.

* קביעה איצידנטלית של חיוב גט- נוני: אם הבעל לא נותן גט, אין לבעל זכות לקיזוז. אם ביה"ד נותן חיוב גט, אז יש לבעל זכות לקיזוז מעשה ידיה של האישה. ביה"ד חייב לקבוע קודם חיוב גט ואז ביהמ"ש יכול להפעיל את המכניזם של טענת הקיזוז. אם היה מאומץ אופן הפעולה- שביהמ"ש יוכל גם אם אין פס"ד של ביה"ד לקבוע שיש פה מצב של חיוב גט זה היה כלי טוב. אבל זה לא אומץ.
* תביעות נזיקין נ' סרבני גט- האישה תובעת בנזיקין את הסרבן שבגלל סרבנותו הוא גרם נזק ועוולה נזיקית לאישה. יש כמה שאלות בעניין:

1. איזו עוולה הסרבן עיוול? צריך חיוב גט כדי שתהיה עוולה ויש שופטים שמרחיבים מעבר.
2. איך מחשבים את הנזק? יש תעריפים שונים שנותנים.
3. אך ביה"ד יגיב? הוא יסים לטפל בגט לאותו אדם? ביה"ד ידון בגט רק אם תוסר התביעה הנזיקית.

**יחסי רכוש בין בני זוג**

הסמכות היא מקבילה, והדין החל הוא הדין האזרחי. אם זהו דין אזרחי למה לא להשתמש בכללי הקניין? כי הם פורמליסטים מידי למשפחה ולא ייתנו ביטוי לתרומה של "בן הזוג הביתי". מדוע שיטת משפט מעדיפה הסדר של שיתוף?

* רציונל הסכמי של שיתוף- נותן ברירת המחדל- מגשים את רצון הצדדים: מה רוב האנשים שלא עשו הסכם היו עושים? הם היו אומרים שכל הרכוש משותף לא משנה על מי הוא רשום.
* רציונל נורמטיבי- גם אם כוונת הצדדים הייתה לחלק את הרכוש לפי הרישום, הרכוש שייך לשני הצדדים- אובייקטיבית יותר צודק שהם יתחלקו ולא מסתכלים על הכוונה הסובייקטיבית שלהם.

יש הבדל ברציונלים. הרציונל ההסכמי- הוא דיספוזיטיבי מכיוון שהוא מבוסס על רצון הצדדים, והרציונל הנורמטיבי- אינו משקף את הסכמת הצדדים ולכן הוא קוגנטי. פס"ד אורון- בני זוג שכל צעד בחייהם הוכיח שלא התכוונו לשיתוף- פי הרציונל ההסכמי- אין טעם לכבול אותם בהסכם שיתוף שלא התכוונו אליו, ברירת המחדל מתנפצת. הרציונל הנורמטיבי- רוצה את השיתוף מטעמי צדק, אבל אם שופט יבוא ויגיד לצד החלש שמגיע לו חצי ועדיין ירצו בהפרדה- זה יאפשר התנייה על השיתוף, בחברה בה ברור לנו שלא רוצים שיתוף והשופט מחייב אותם – זה לא משקף את רצונם אלא את תפיסת הצדק(מודל דיספוזיטיבי חצי קוגנטי).

* רציונל נוסף בתוך הנורמטיבי-גילוי מידע: אם הנורמטיבי יחייב את בני הזוג לעשות הסכם לפני הנישואין זה יגרום לבן הזוג הביתי לדעת שלא משתלם לו להשקיע יותר מידי ולא יתן לחזק להשלות את החלש.

במשפט הישראלי יש שני הסדרי שיתוף: חזקת השיתוף וחוק יחסי ממון.

1. חזקת השיתוף- תחולה: חלה על בני זוג שהתחתנו לפני 1974. נכנסה בפס"ד: בריקר, ברגר ובראל בסוף שנות ה60.

תשובה במבחן תתייחס ל: תנאי הכניסה לחזקה, על אילו נכסים חלה, ויכולת סתירה.

**3 המודלים של חזקת השיתוף**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **תנאי הסף** | **היקף נכסי** | **יכולת סתירה** |
| דור ראשון: הסכמי  סוף שנות ה60 עד תחילת ה80.  השופטים עוסקים במה שהצדדים התכוונו | 1. מאמץ משותף.  2. אורך חיים תקין- כי אנחנו מסתכלים על מה שהם התכוונו, ואם חייהם לא תקינים לא ניתן להניח שהם מתכוונים לשיתוף.  3. \* (רק חלק מהשופטים הכירו) דרישה לדבר מה נוסף המעיד על כוונת שיתוף: הוכחה פוזיטיבית לשיתוף. | 2 הבחנות:  1. פס"ד ליברמן – אבחנה בין נכס משפחתי, שלגביו חלה חזקת השיתוף, לנכס עסקי שלא חלה עליו החזקה.  2. פס"ד גלבוע- אבחנה בין פנסיה למשכורת. | א. כוונת הצדדים לא הייתה לשיתוף.  ב. דיספוזיטיבי אמיתי – אפשרות ריאלית לסתירת החזקה. במיוחד ביחסים פטריאכלים. |
| דור שני:  נורמטיבי  אמצע שנות ה80 עד סוף שנות ה90 | 1. מאמץ משותף.  2. חיים תחת קורת גג אחת- פס"ד אורון. | פס"ד רוזנצברג- ביטול ההבחנה בין נכס משפחתי לעסקי.  לידאי- גם הפנסיה מחולקת  בפנים: נכסי מאמץ משותף- במהלך הנישואין מעבודה משותפת.  בחוץ: נכסים חיצוניים לפני הנישואין, מתנות וירושות. | בנוגע לנכסי מאמץ משותף:   * הסכם ממון סותר. * דיספוזיטיבי –חצי קוגנטי (ניתן לעשות הסכם) (ללא הסכם לא ניתן לסתור- קוטלר) |
| דור שלישי:  יחידה משפחתית  מסוף שנות ה90 ועד היום | 1. נישואין ארוכים.  2. רצוי נישואין ראשונים.  3. אורח חיים תקין. | \* הבחנה בין נכס עסקי לנכס משפחתי.  \* הדרי-מפעיל את השיתוף לגבי נכסים מלפני הנישואים (+ההבחנה): הנסיבות: מקום מגורים, נישואים ארוכי טווח, תרומת בן הזוג, נישואים ראשונים/ללא ילדים | ע"י מצב אובייקטיבי ברור.  י.י – כיום מגמת שינוי. |

במודל ההסכמי: פס"ד סלמן- מממש את המודל ההסכמי ומראה למה הוא בעייתי🡨במשפחה פטריאכלית שהבעל אחראי על כל הרכוש האישה לא קיבלה כלום.

**כיום הפסיקה מפעילה בו זמנית את הקריטריונים של דור 2+דור 3 ביחד:**

* בנכסי מאמץ משותף- נדרשים תנאי סף של מאמץ משותף+ חיים תחת קורת גג אחת. אין הבחנה בין נכס משפחתי לעסקי, הסתירה היא רק במקרה בו נעשה הסכם ממון.כמו דור 2)
* ירושות, מתנות ונכסים מלפני הנישואין- לפי הדור ה3. יש הבחנה בין נכס עסקי לנכס משפחתי- בדירת מגורים יותר ייטו לשיתוף, אבל עסק שהוא עם גוון משפחתי חזק כן ישתפו(אבולוף).
* רגישות לכוונת הצדדים- התנהגות שיצרה הסתמכות יוצרת שיתוף.

1. חוק יחסי ממון-1974

תחולה: חל על מי שהתחתן אחרי 1974. יש שני מודלים של השיתוף:

1. הסדר שיתופי קנייני מידי- השיתוף חל כבר בנישואין ולכן בכל רגע נתון אני יכול לבקש סעד הצהרתי שיצהיר שחצי מהרכוש שלי- ככה חזקת השיתוף עובדת.
2. שיתוף אובליגטורי דחוי- בזמן הנישואים כל אחד הוא הבעלים של הרכוש שרשום עליו אך כאשר מתרחש אירוע מפקיע- גירושין/מוות- עושים טבלת איזון משאבים, הזכות היא זכות כספית. נכס שהיה לפני הנישואין והשביח בנישואין- מחלקים את הערך שלו- לפני הנישואים- נחשב לנכס מלפני הנישואים. ככה עובד חוק יחסי ממון. מדוע העולם העדיף את המודל הזה?

* עידוד האוטונומיה- חירות האדם לתפקד באופן חופשי
* וודאות המרשם- הגנה על צד ג' שעושה עם אחד מבני הזוג עסקאות.

ישראל העתיקה מגרמניה את המודל הזה אבל זה בעייתי- בישראל יכול הבעל לסכל את הגירושין ולגרום לאישה לא לקבל את הזכויות הכלכליות.

מקרים שמייצגים את הבעייתיות בחוק יחסי ממון: ב1996- בפס"ד יעקובי- לבעל יש חברה שרשומה על שמו, ודירה שרשומה על שניהם. הבעל דורש פירוק שיתוף בדירת המגורים המשותפת ומאידך מתנגד לגירושין- וכך האישה לא מקבלת כלום מהחברה שרשומה על שמו שכן חוק יחסי ממון חל רק עם הגירושין/מוות. תביעתו מתקבלת. קנובלר- קנובלר רוכש דירה עם אשתו ורושם על שמו, הוא מגיש בקשה לסילוק ידה מן הנכס- הדירה שלו והאישה לא יכולה לקבל חצי. מנסים לפטור את זה בעליון ויש כמה טיעונים:

1. טיעון הסימולטניות- חוק יחסי ממון חל **בנוסף** לחזקת השיתוף, ולכן האישה יכולה לתבוע שיתוף מכוח החזקה. הטיעון חלש משום שזה מרוקן את חוק יחסי ממון מתוכן- לא ישאר כלום לאזן.
2. הקדמה דתית של מועד האיזון- פירוש המילה גירושים שבחוק בהרחבה- אם הכריזו על חיוב גט זה גירושים לצורך החוק. טיעון חלש כי גירושים זה מילה דתית וחיוב גט אינו גירושין.
3. הגדרה חילונית למועד האיזון- לצורך איזון משאבים ניתן הגדרה חילונית לגירושין: חיים בפירוד, מיטוט הקשר. זאת לא ממש כוונת המחוקק.

אף טיעון לא התקבל ברוב קולות בביהמ"ש. אך עדיין בתוצאה הסופית הנשים זכו כי הרוב היו בעדם למרות שכל אחד הסכים לנימוק אחר. הבעייתיות: זה לא יכול ליצור תקדים כי אין לשופט קטן על מה להסתמך. יש שופטים שפוסקים על סמך התוצאה של פס"ד. המוצא: פסקה בדברי הש' שטרסברג, שלמרות שהיא לא מסכימה לטיעון הסימולטניות היא אומרת שניתן ליצור גם אחרי 74 חזקת שיתוף מכוח הדין הכללי- ז"א, גם אם יש רכוש שכתוב רק על שם הבעל האישה תוכל לדרוש זכויות מכוח הדין הכללי. שטרסברג לא דורשת הסכם בכתב כפי שנדרש בעסקאות מקרקעין אלא מניחה שיש הסכם כזה מכוח המשפחה🡨 יצרה לעו"ד טענה חדשה, לדרוש שיתוף מכוח הדין הכללי ולהתגבר על הבעייתיות.

אבו רומי- בני זוג שנישאו אחרי 74, הדירה רשומה על שם הבעל מלפני הנישואין. הם מתגרשים והאישה דורשת חצי מהדירה. לא ניתן להפעיל את איזון המשאבים שכן הוא לא חל על נכסים מלפני הנישואין. עו"ד מנסה לטעון את שיתוף מכוח הדין הכללי אולם הש' שטרסברג אומרת שנדרשת לשם כך הוכחה פוזיטיבית לשיתוף- מפרשת את זה באופן מאד מצומצם.

**תיקון 5א לחוק:** ב2008 מוצעת הצעת חוק שמנסה לתקן את המצב הבעייתי, ולתיקון לחוק(**ס' 5א**) התקבלו 3 מסלולים בהם ניתן לקבוע שהתרחשו "גירושין חילוניים" לשם חוק יחסי ממון,לפי שטרסברג-

1. הפרידה הפיזית- אם בשנה לפני הפרידה הם חיו בנפרד לפחות 9 חודשים ניתן להפעיל את איזון המשאבים. חריג: אם יש אלימות במשפחה ביהמ"ש יקצר את הזמן הנדרש.
2. שנה מיום הגשת התביעה לפירוק שיתוף/הסדר איזון משאבים/מזונות(גם כאן תופס חריג האלימות)
3. קרע שלא ניתן לאחות- חיים עדיין ביחד אבל ביהמ"ש רואה שלא יצא פה שלום בית.

ההצעה לא מזדהה עם הרעיון של גירושים מידיים ללא סיבה, אלא מבדילה בין סתם פירוק שיתוף לפירוק משפחתי. התיקון לחוק עזר לאנשים שלא היו זקוקים לגט דתי. מי שזקוק עדיין לגט- יכולים לסחוט אותו להחזיר את מה שקיבל ע"י התיקון עמ"נ לקבל גט. בס' קטן ג' המחוקק מנסה לעזור למסורבות הגט- במצב בו רוב הרכוש רשום על שם האישה, והבעל מסרב לתת גט- ביה"ד רשאי למנוע מהצד הסרבן איזון משאבים. ס' קטן ד' אומר שלא יראו במישהו שעומד על זכותו בתו"ל כסרבן וימנעו ממנו איזון משאבים- יש מצבים שהאישה יודעת שלא תקבל כלום לכן עומדת על זכותה.

אם אני ליברל וחושב שאין שום הצדקה לסרבנות גט🡨 אני מצדד בס' קטן ג'.

אם אני חושב שלעיתים יש הצדקה לסרבנות גט🡨 אני מצדד בס' קטן ד'. אם יהיו מנגנונים שיגנו על האישה כלכלית אין הצדקה להשתמש בס' הזה.

**בקיצור...אם יש שאלה במבחן לגבי שיתוף נכסים:**

בני זוג שהתחתנו לפני 74- חזקת השיתוף- דור 2 ודור 3 משולב: נכס מאמץ משותף- החזקה פועלת כמעט קוגנטית, נכס לפני הנישואין- יש תנאי סף ורגישות לכוונת הצדדים . במבחן כותבים שהפסיקה בעבר הקפידה על המגבלות הללו אבל כיום פחות מקפידים.

ידועים בציבור לפני 74- אותו דבר, אבל חזקת שיתוף יותר חלשה כי אולי לא התכוונו לשיתוף בגלל שלא התחתנו.

בני זוג שהתחתנו אחרי 74- ומדובר בנכסי מאמץ משותף- מחכים לפקיעת הנישואין(גירושין, מוות, גירושין חילוניים), ומפעילים איזון משאבים מכוח חוק יחסי ממון.

בני זוג שהתחתנו אחרי 74 ומדובר בנכס לפני הנישואין, ירושות או מתנות- שיתוף מכוח הדין הכללי. במקור הוא פורש ע"י שטרסברג בפרשנות מצומצמת והוכחה פוזיטיבית לשיתוף (אבו רומי), יש זרם בינוני שמחיל באנלוגיה את חזקת שיתוף דור 3- בזהירות ורגישות הסכמית אך לא כמו שטרסברג כהן, ויש זרם אולטרה קיצוני ליברלי שאומר שדירת מגורים תמיד משותפת לא משנה מי הביא אותה.

**תוספת לכושר השתכרות(ההון האנושי, נכס מסוג כושר מקצועי, ניסיון בעבודה, פוטנציאל הכנסה)**

פס"ד אובריאן, בארה"ב- מתמחה שהתחתן עם אחות, האחות הייתה בן הזוג הביתי כדי שיוכל להשקיע וכשהוא נהיה מומחה מיד הם מתגרשים. ביום הגירושין אין כמעט מה לחלק. זה יצר חוסר שוויון.

טיעונים בעד חלוקת "ההון האנושי":

* בהחלטות משפחתיות רוצים לעודד אנשים לחשוב בצורה אובייקטיבית ולא בצורה אגואיסטית.

טיעונים נגד:

הנימוקים החלשים:

* התנגדות פורמליסטית- הון אנושי אינו נכס ולא ניתן לחלקו. הטיעון אינו משכנע כי יש לנקוט בפרשנות תכליתית, נכס משמעו גם תועלת כלכלית.
* קושי בהערכת ההון האנושי- חלש-יודעים להעריך את זה בדיני הנזיקין
* בעיית המימוש- אם יש פוטנציאל שעדיין לא התממש, איך הבעל יפצה?

הנימוקים החזקים נגד:

* איך נבחין בין כישרון אישי לבין התוספת שנרכשה במהלך הנישואין?
* בעיית המימוש- איך יחלקו את הפוטנציאל?
* כימות, תשלום עיתי קבוע- בתשלומים. היתרון-כושר התשכרות הוא נכס שערכו יכול לעלות או לרדת, אבל אני קניתי אותו בעסקת אשראי אז זה לא משנה. וכן לא צריך לבדוק כל פעם מחדש כמה הבעל מרוויח. החסרון: אדם שמקבל בסוף פחות ממה שצפו, אדם שמבחירה עבר למקצוע שמרוויחים בו פחות.
* התשלום יהיה חלק מתוך משכורת בפועל. חסרונות:אין ניתוק בין הבעל לאישה,האישה תנסה לעשות מניפולציות ולא לעבוד וכו',צבירת יכולות וכשרונות חדשים עם הזמן- ולמה שהוא יתחלק איתה בזה?

הבעיות בחלוקת ההון האנושי- מנסים מצד אחד לפתור את הבעיה המגדרית שנשים שמתגרשות המצב הכלכלי שלהם פחות טוב אבל מצד שני יוצרים להם תמריץ לשבת בבית- מסכנים את אידאל העבודה של שני בני הזוג. שנית, אם האישה בחרה להשאר בבית היא גם צריכה לשאת באחריות.

פס"ד פלונית נ' פלוני- זוג סטודנטים שהתחתנו לפני 74, אחרי שנים הבעל רו"ח בעסק מצליח ורוצים להתגרש. האישה תובעת ורוצה את ההון האנושי. ביהמ"ש נותן לאישה סכום חד"פ כדי למנוע בעיות, אבל נותנים סכום נמוך כי עדיין חוששים. פס"ד חשוב מאד- פעם ראשונה שביהמ"ש שם על השולחן את רעיון ההון האנושי אבל לא מתמודדים באמת עם הנימוקים.

ההלכה שנקבעה:לפי פס"ד לעיל, בבני זוג שהתחתנו לפני 74 ניתן לחלק את ההון האנושי.

ההתמודדות עם הנימוקים החזקים:

1. איך מאבחנים בין כשרון אישי למאמץ משותף? ההצעה של ליפשיץ היא להשתמש בפוטנציאל השתכרות- כמו בנזיקין- המשכורת שהוא מרוויח כיום פחות המשכורת שהוא היה מרוויח לפי פוטנציאל ההשתכרות שלו לפני הנישואין, ההפרש ייחשב למאמץ משותף. הבעייתיות:

* אדם שכישרונו הבליח רק במהלך הנישואין- יצטרך להתחלק עם האישה ברוב הרווחים שלו, האישה תטען שהיא תרמה לכשרון להבשיל.
* אדם שהמשכורת שלו לא משתנה- סטטיסטיקה שכוללת בתוכה בן זוג ביתי ואז יוצא שהאישה מקבלת 0.

במבחן- אם יש חזקת שיתוף יש לציין שנקבע להלכה שיש להתחלק בהון האנושי, לספר על הנוסחה והבעייתיות שבה.

1. המימוש- יש שני פתרונות אפשריים:

* לעשירים- שיש להם נכסים ממשיים, הבעל "קונה" מהאישה את החלק שלה בכושר ההשתכרות שלו באמצעות סכום חד"פ. מורידים לה היוון ומקדם סיכון שכן הבעל מסתכן בקניית החלק.
* לעניים- תשלום עיתי קבוע עם מנגנון "שינוי נסיבות"- לא כל חודש משתנה אלא רק שינוי משמעותי, ורק אם השינוי הוא שהבעל מרוויח פחות. הגישה מרחיקה אותם מביהמ"ש.

**הפסד קריירה של בן הזוג הביתי-** שמסתכלים רק על התוספות למשכורת במשך הנישואין יכול להווצר מצב שבן הזוג הביתי לא יקבל כלום ואולי אפילו ייאלץ להתחלק במשכורתו(אם התחיל לעבוד רק בנישואין).

**ההון האנושי בחוק יחסי ממון-** בס' 8 לחוק, נאמר שניתן לסטות מחלוקה של חצי חצי בנסיבות מיוחדות ובהתחשב בפערי כושר השתכרות של הצדדים. הס' לא מתיר בפירוש לחלק את ההון האנושי, אלא נותן אפשרות לסטות מחלוקת הנכסים הממשיים חצי-חצי ולכן זה לא יעיל לעניים שאין להם נכסים ממשיים.

**חזקת השיתוף נ' צד ג'-**עימות בין בן זוג מול הנושה.

1. עסקאות נוגדות- אדם שמשעבד את הדירה המשותפת לטובת הנכס, הנושה רוצה לממש את השעבוד אולם בת הזוג טוענת כי חצי מהדירה כפופה לזכויותיה. פה עובדים לפי ס' 9 לחוק המקרקעין (תו"ל , רישום)
2. בין הנושה לבין בן הזוג של החייב- עסק שרשום על שם הבעל והוא נכס מאמץ משותף של בני הזוג. אם העסק מפסיד והם מתגרשים, בעקרון האישה שותפה גם בהפסדים למעט חריגים: דוד- חובות של הימורים/פילגש- האישה לא תתחלק איתו בהפסדים. אם האישה לא מעלה את טענת השיתוף בעסק, הנושה יכול לבוא ולטעון אותה- הוא בא בנעלי הבעל וטוען שהאישה חייבת ביחד ולחוד משום שהיא שותפה בעסק. זוהי יכולה להיות טענה חלופית במקרה שהבעל שיעבד את הדירה לטובת העסק והאישה זוכה בעסקאות הנוגדות- שם היא טענה שהם שותפים בדירה ובהכל, לכן בא פה הנושה ואומר לה- אתם שותפים בהכל אז גם בעסק ואת צריכה לשלם.
3. בעל הרפתקן, הדירה רשומה על שם האישה והוא מסתבך- קודם כל הנושה יטען שהיא שותפה בעסק שלו, אם היא תצליח להוכיח שנסתרה כוונת השיתוף והיא לא שותפה בעסק, הוא יטען שהבעל הוא שותף שלה בזכויות בדירה ובא בנעליו ודורש את הזכויות הללו. כאן חזקת השיתוף בדירה פועלת נגד האישה.

ניתוח הסיטואציות:

1. עסקאות נוגדות- בתחרות בין השעבוד של הבנק לשותפות האישה- מי מנצח? בעבר, הפסיקה הייתה בעד וודאות המרשם ולפיכך בעד צד ג' למעט חריג הקנוניה(הברחת נכסים). זה השתנה בבן צבי נ' סיטין- נעשתה הבחנה בין נכס עסקי- נשארים בעד צד ג' בוודאות, לנכס משפחתי- דירת מגורים- כאשר הציפייה מצד ג' שהוא רואה שהאדם נשוי היא לבדוק את הזכויות בדירה. יש לבדוק את מטרת הדירה ואם יש אישה.
2. שותפות בזכויות היא גם שותפות בחובות- היו שני כיוונים:
3. השיתוף בחובות פועל רק בין בני הזוג ולא כלפי נושה- נשאר בצ"ע.
4. בשותפות בחובות סותרים את חזקת השיתוף- האישה לא הייתה מעורבת בנכס, וכו'. יש לכך מחיר- בעקבות כך יכולים לפסוק שאין לאישה גם שותפות בזכויות.

שלם נ' טויטו- ברק קובע שיש סימטריה בשיתוף ודוחה את שני הכיוונים לעיל. ברק אומר שהשותפות בנכסים המשפחתיים קמה מיד לאחר הנישואין, בעוד השותפות בעסק קמה רק ברגע שהנישואין יופקעו. ולכן, גב' טויטו אומרת לבנק: לגבי הדירה- בעיה שלכם, לא בדקתם, ולגבי העסק- אנחנו לא שותפים בו משום שאנחנו נשואים עדיין. הבעייתיות: ברגע שיתגרשו הנושה יתבע ממנה חצי מהכסף.

בפרקטיקה, בני זוג מביימים סכסוך גירושין כדי להגיע להסדר טוב יותר של המזונות- אבל זה חושף את האישה לתביעת הנושה.

ידועים בציבור- יש להיות כמובן רגישים לשאלה האם נסתר השיתוף, אך גם אם הוכחנו שיש שיתוף- הבנקים מחתימים את בן/בת הזוג על וויתור זכויות השיתוף. טרם נקבע בפסיקה.

אחרי 1974- בזמן הנישואין השיתוף לא חל לא בנכס המשפחתי ולא בנכס העסקי, ולכן הנושה ינצח כי זכותו קודמת. איך עוזרים לאישה? דרך שיתוף מכוח הדין הכללי כמו באבו רומי(צריך ראיות פוזיטיביות לשיתוף) אבו גיאת- בדירת מגורים דעת הרוב אמרה שבן הזוג לא יהיה חשוף והנושה מפסיד. הש' פוגל עושה הבחנה:

* נושה רצוני/מקצועי- בנק- הפתרון שלהם הוא להחתים את האישה מראש
* נושה לא רצוני/לא מקצועי- לא היה צריך לדעת על הדירות

לאור פס"ד זה – אם הנושה ידרוש מהם את הזכויות הן מוגנות, ואם הוא ידרוש מהם את החובות- צריך להוכיח שהם היו פעילות בעסק(לא הבנתי, לבדוק.)

1. לבעל יש עסק ולאישה דירה שרשומה על שמה-הנושה בא בנעלי הבעל ורוצה לדרוש את הזכויות. ורד נ' עצמון: מלומדים ניסו בעבר לטעון כי צד ג' לא יכול לטעון לשיתוף בשם הבעל אבל ביהמ"ש קובע שנושה כן יכול לבוא בנעלי החייב ולטעון לשיתוף בדירת המגורים. חזקת השיתוף ניתנת לסתירה- אם רשמו בכוונה את הדירה על שם האישה אולי כוונתם הייתה לא לשיתוף?
2. שיתוף מכוח הדין הכללי אחרי 74- בנק לאומי נ' דוד: הנושה דורש שיתוף מכוח הסדר איזון משאבים. ביהמ"ש אומר שנסתר השיתוף בדירת המגורים. בעקרון הנושה יכול לדרוש שיתוף.

**הורים וילדים**

קביעת הורות- מיהו ההורה?

* הגדרה ביולוגית- לגבי גבר, ההגדרה ברורה אבא ביולוגי=אבא גנטי. לגבי אישה פחות ברור.
* הגדרה הסכמית-אבא/אמא זה מי שהוסכם שהוא יהיה אבא/אמא🡨מבחן המיועדות.
* המבחן הפונקציונאלי- מי בפועל מגדל את הילד.
* מבחן משפטי פורמאלי- אימוץ.

ישנם סיטואציות שונות אפשריות:

1. המשפחה המסורתית- כל ההגדרות מתאחדות.
2. ילד שנולד מחוץ לנישואין לאישה רווקה- ברור מי האמא ולא ברור מי האבא, כי אין בעל. אצל המוסלמים אבא הינו הבעל של האמא ולכן לילד כזה אין אבא. פס"ד פלונית: חשין מדבר על חשיבות הביולוגיה וקשר הדם, ומראה שהגישה השולטת בישראל היא ההגדרה הביולוגית. למרות שלפי האסלאם ילד כזה לא אמור לקבל מזונות, הוא נחשב כילד של אביו אצלנו- מכוח חוקי היסוד ותקנ"צ.
3. הורות של אישה רווקה מחוץ לנישואין-
4. אנשים שעושים הסכם שהאבא לא ייחשב לאבא- הסכם כזה לא שווה כלום, זה סותר את תקנ"צ. הזעזוע פה הוא מהאבא שמתנער מהילד- לא מקבלים הגדרה הסכמית ודבקים בהגדרה הביולוגית.
5. פלונית 942/92- אישה שחושדת שאדם מסוים שהוא האבא, אם היא רווקה המשפט הולך איתה וקובע שאם הוא מסרב לבדיקת רקמות זוהי ראייה שהוא האבא ויצטרך לשלם מזונות. בחוק מידע גנטי כבר כופים לבצע את הבדיקה.

**סוגיית אבות בעל כורחם**- גברים שטוענים לגניבת זרע- גם שם ביהמ"ש מחייבם לקחת אחריות אבל אפשר לתבוע את האם הגנבת בנזיקין בשיפוי, בפסיקה נקבע כי ניתן לתבוע בנזיקין אך אם זה ייפגע בילד יש לממש רק אחרי שהוא עובר גיל 18.

1. ילד שנולד לאישה נשואה מחוץ לנישואין- לכאורה, האבא הביולוגי הוא האבא ולא הבעל. בפועל, במשפט האזרחי וכן בהלכה אימצו כאן את המבחן המשפחתי- "רוב בעילות אחר הבעל"- לכאורה היום יש את פתרון בדיקת רקמות אבל:

* **לפני חוק מידע גנטי-** הפסיקה אוסרת לבצע בדיקת רקמות בשם הילד- לא רוצים שהילד יהיה ממזר. מצד אחד, מבחינת תביעה יש לילד אינטרס שהאבא יעבור את הבדיקה כדי לדעת מיהו אביו, מצד שני הוא לא רוצה להיות ממזר. הפסיקה הולכת אחר הכלל של רוב בעילות אחר הבעל- התוצאה היא שהבעל משלם מזונות על הילד שאולי כלל לא שלו. הביקורת על כך:
* הבעלים- מטילים עליהם אחריות גם אם הם לא האבא האמיתי
* הילד- נפגע, כי אוסרים את הבדיקה והבעל חי במחשבה שהילד לא שלו ויכול להיות שהוא כן שלו.
* מצב שאין חשש ממזרות- גם לא נותנים לעשות את הבדיקה
* **אחרי חוק מידע גנטי**-ס' 28ו מכריח לעבור בדיקת רקמות, ס' 28ה מדבר על מצב שבו יש חשש לממזרות- לא עושים את הבדיקה אלא באישור נשיא ביה"ד (חשש למחלה גנטית)
* אדם שרוצה להוכיח שהוא לא האבא בדרך אחרת- עקר, לא היה בארץ וכו'- אין תשובה לזה בפסיקה והיה מקרה בו אסרו זאת.

במבחן- אם יש מקרה של חשש לממזרות, האם ייתנו לעשות בדיקת רקמות? לפי החוק- לא, לפי הפסיקה הישנה- כן, לפי הפסיקה החדשה- לא.

באיזה סיטואציות מתעורר חשש האבהות?

1. האישה תובעת את הבעל במזונות והוא טוען שהוא לא האבא
2. האישה תובעת את המועמד לאבהות להיות אבא
3. פס"ד מארה"ב- מיכאל אייץ- אישה שוכבת עם השכן בזמן שהבעל עזב את הבית ונולד ילד. החוק שם היה שרוב הבעילות אחר הבעל ולכן אומרים לשכן שהוא לא האבא- אבא שאנחנו יודעים בוודאות שהוא האב הביולוגי לא מקבל זכויות הוריות!
4. הפרייה מלאכותית- בני הזוג נפרדים והאבא טוען שהילד לא שלו- צריך רק תעודה רפואית שאומרת שהילד נולד בהפרייה. בפועל, זה סוג של מבחן פונקציונאלי- הוא תפקד כאבא של הילד ולכן נחשב לאבא. זוהי בעצם סוג של הורות מכוח התחייבות חוזית: פס"ד סלמה: ביהמ"ש מדבר על קונסטרוקציה חוזית- אתה התחייבת לזון את הילד הזה ולכן אתה נחשב לאביו. הבעייתיות: הההתחייבות החוזית עובדת רק בין הצדדים לחוזה ולא כלפי צדדים שלישיים. יהוד נ' יהוד: הסבא התחייב לגדל את הילדים, כשהוא מת ויש ירושה ביהמ"ש לא מוכן להכיר באימוץ דה פקטו לצורך ירושה.
5. הפרייה מלאכותית(תרומת זרע) לאם חד הורית- לאור ההגדרה הביולוגית, האבא האמיתי הוא תורם הזרע ואין לו שום הגנה. ההגנה היחידה היא שיש לו אנונימיות. הסכמים- המשפט הישראלי לא מוכן לקבל כי זה פוגע בתקנ"צ, אולם במקרה של הפרייה- האם עשתה בדיקת מסוגלות לגידול הילד לבד, ואין פה התנערות בוטה של האב. ההסברים נראים טיפה בעייתים.

במבחן- אם יש חשש ממזרות- עובדים לפי חוק בדיקה גנטית, אם אין- לפי הפסיקה הישנה עושים בדיקה ולפי הביקורת על הפסיקה הישנה לא יעשו את הבדיקה.

**חוק תרומת ביציות**

מי האם הביולוגית? תורמת הביצית או זו שילדה את הילד? בנושא תרומת ביציות החוק מנתק את התורמת ממעמד ההורות- גם אם ייפרץ מאגר הביציות ויוודע מי התורמת אין לה שום חובות,( בניגוד לבנק הזרע.) יש שני מקרים:

1. תרומת ביצית בלבד- לפי החוק, האם היולדת היא האמא. ע"פ ההלכה יש חילוקי דעות- עד לאחרונה מרבית הדעות הלכו על היולדת, לאחרונה הרב עמאר בפס"ד משמעותי הטיל משקל לטובת התורמת.
2. תרומה שמערבת פונדקאות- המקרה הטריוואלי של אישה שנזקקת גם לתרומת ביצית וגם לאם פונדקאית שתישא את התינוק. יש מצבים שנזקקים רק לפונדקאית. נושא הפונדקאות עבר פולמוס בעולם, יש התומכים בזה ויש שאוסרים (ובדיעבד מתמודדים).

* התומכים בפונדקאות-השיקולים:
* הזכות להורות במקרה של אנשים שלא יכולים רפואית/בני זוג מאותו המין
* בישראל הזכות להורות משמעותית ולכן המשפט מתגייס לאפשר זאת
* בני זוג מאותו המין- זהו סוג של מאבק פוליטי.
* המתנגדים לפונדקאות- השיקולים:
* ניצול הפונדקאית
* קומדיפקציה- מעבירים את הפעולה הזו מלא מסחרי למסחרי וזה משנה לכולם
* שינוי נסיבות- אחרי הלידה הנסיבות השתנו והפונדקאית יכולה פתאום לרצות את הילד.

בישראל, חוק הפונדקאות נחקק בשנת 1996- הראשונים בעולם. החוק קובע כללים נוקשים לגבי מי יכולים להיות הורים מיועדים ומי יכולה להיות הפונדקאית. הורים מיועדים חייבים להיות נשואים, הפונדקאית חייבת להיות רווקה בעקרון, מעל גיל 22 וכבר ילדה. יש וועדה שעוברים דרכה. התשלום לפונדקאית הוא בנוסף לכל ההליך המייגע. יש לפונדקאית זכות להפלה. כשהילד נולד, מעבירים אותו לאם המיועדת אך האופטרפוס היא פקידת הסעד עד ההליך המשפטי בו מבקשים צו הורות. זה חלון הזמן בו היולדת יכולה לתבוע אם היא מתחרטת. ההגדרה בחוק ל"אמא" היא אם מיועדת- המבחן לא ביולוגי- הזכויות של האמא כאשר היא אינה בעלת הביצית וגם נזקקת לפונדאית הוא מכוח היותה מיועדת- זוהי סוג של תפיסה הסכמית חדשה.

בני זוג מאותו המין/חד הוריים- לא יכולים בכלל להכנס לגדר החוק, הוגש בנושא בג"צ מטעם משפחה חדשה: זה גם פוגע בשויון, וגם בפרשנות תכליתית- ניתן למתוח את גבולות החוק ולהכניס כמה שיותר זוגות. הבג"צ הוקפא כי הוקמה ועדת מור יוסף.

אנשים שלא עברו את הסלקציה/אין להם כסף- נוסעים לעשות את הפונדקאות בחו"ל. חוזרים לארץ ומבקשים אזרחות לילד והכרה בהורות:

* בני זוג מאותו המין שאחד מהם הוא האבא הביולוגי- הנוהל: מגיעים לשגרירות, עושים בדיקת רקמות שמוכיחה שהוא האב, ביהמ"ש מצהיר עליו כהורה ובן הזוג מאמץ את הילד. היה מקרה שהאב לא הסכים לבדיקת רקמות- ביהמ"ש לא מוכן להכיר בהם כהורים ללא בדיקה.
* אישה שהיא בעלת הביצית וגם האם המיועדת- היא צריכה לאמץ את הילד כי היולדת=האמא, למעט חוק הפונדקאות והיא לא פעלה לפי החוק הזה. היה מקרה שהאישה לא הסכימה, וביהמ"ש פסק שלא צריך אימוץ- לא ברור אם זה בגלל שהיא האם הגנטית או המיועדת.
* פונדקאות ותרומת ביצית- אין את הטענה הגנטית, יש התנגדות שכן האישה לא קיימה את חוק הפונדקאות והחוק הזה חשוב כי הוא משרת תכליות של הגנה מפני ניצול, התחרטות ועוד. היה מקרה של אישה נכה שהשיגה את כל התורמים הנדרשים ורוצים לקחת לה את הילד לאימוץ כי היא לא עשתה את זה חוקית.

וועדת מור יוסף- מסקנות הוועדה- הם עשו פשרה: בפונדקאות מהסוג הקיים הם השאירו את החוק על כנו- רק בני זוג נשואים יכולים. אבל ייצרו עוד שני מסלולים:

1. פונדקאות אלטרואיסטית- אישה שמתנדבת לכך, פתחו את זה לחד הוריות ולבני זוג מאותו המין
2. מסלול מסודר של פונדקאות חו"ל- ואז יכירו בזה.

בעצם החוק עוסק במקרים מסויימים ואט אט מתחילה זליגה וזה נפתח לכולם- כמו ידועים בציבור. אם פתחנו מסלול בחו"ל, זה גורם לכך שהפסדנו את הערך המהותי של ביקורת המדינה על ההליך. כולם מפסידים פה.

במבחן- יש לעשות הבחנה בין המצב החוקי לפסיקה, להזכיר את הוועדה וההצעה שלה, ולדבר על השיקולים הערכיים ואיזה סוג הורות נטענת בכל מקרה.

**מסלולי הורות הקיימים בפני בני זוג מאותו המין**

* זוג נשים- עושות תרומת זרע (לאור הבג"צ שקבע שזו הפלייה למנוע זאת מהן), יש את האם הביולוגית ובת הזוג מאמצת את הילד. ברנר קדיש: נשים שנסעו לחו"ל, בת הזוג נרשמה כאמא וחזרה לארץ וביקשה להרשם כאם לאור קומבינת המרשם. פונק-שלזינגר: היה רישום של נישואין חד מיניים שאיפשרו, בן ארי: מבחינת הורות, המרשם הוא טכני בלבד אולם יש דעת מיעוט של הש' זועבי שאומר שכתוב במפורש שלעניין הורות בניגוד לנישואין המרשם לא מהווה ראייה לתוכנו. ירוז חקק: נותנים לבת הזוג לאמץ. בשלב הראשון של הנושא הזה היה אימוץ בחו"ל ואז רישום בארץ, והיום אפשר כבר לאמץ בארץ.
* בני זוג מאותו המין- קשה יותר, יש להם כמה אופציות:

1. לטעון שבמסגרת חוק האימוץ מותר להם לאמץ- למרות ההגדרה של "איש ואישה" יש את ההחלטה של היועמ"ש מזוז שיש לתת לכך פרשנות מרחיבה לפי חו"י ולתת להם לאמץ. בפועל לא מכירים.
2. פונדקאות בחו"ל- בהתאם להלכת ירוז חקק
3. הסכם הורות- עם אם חד הורית, ומתקשרים בהסכם שבו יש הסדרי ראייה וזכות הורות לכל הצדדים.

במבחן- מה דינו של הסכם כזה? מה מעמדו של בן הזוג שלא שותף ביולוגי לילד? ההסכמים שנרתענו מהם הם הסכמים שהאב מתנער מאחריות, פה זה הפוך- הילד מקבל עוד אחריות אקסטרא, אם יתגרשו- לגרוש אין שום מעמד.

במבחן-

* מה סיכויי האימוץ לבני זוג מאותו המין? לפי חוק האימוץ זה רק "איש ואישה", לינדורן- בני זוג זה גם ידועים בציבור(יש לעשות את ההבחנה מלינדורן-לשונית ותכליתית), ישנה הנחיית היועמ"ש שלא מתממשת.
* פונדקאות בארץ ובחו"ל- החוק אוסר לבני זוג מאותו המין, יש בג"צ שהוקפא ויש את וועדת מור יוסף- הם יכולים לעשות פונדקאות בחו"ל ואז ייחיבו אותם בבדיקת רקמות, אם הוא לא יסכים- לא ייתנו לו הורות, אם כן, בן הזוג השני מאמץ את הילד לפי הלכת ירוז חקק.
* הסכם הורות

**הסכמי גירושין**

כשמתגרשים עורכים שני הסכמים:

1. הסדר רכושי
2. מזונות ומשמורת הילדים

המו"מ לקראת ההסכם מושפע ממי שצריך את הגט יותר- הצד השני יכול לסחוט אותו, ולגרום לו לשלם בשתי צורות:

1. דרך ההסדר רכוש- לתת לו יותר מביהמ"ש
2. מזונות ילדים נמוכים

ההסדר הרכושי: סימה לוי: אישור ההסכם ע"י ביה"ד לא נותן לו סמכות נמשכת, זה הופך להיות עניין חוזי- ביהמ"ש יכול לפתוח את ההסכם בטענה הזו אולם הוא לא עושה את זה. פאגס: האישה טוענת לעושק בחוזה וביהמ"ש דוחה את טענתה בטענת "חופש החוזים"- בעיה שלך, שילמת עבור הגט שלך. אברהם: ביהמ"ש לא מתערב במקרה של האישה שוויתרה על כל חלקה ברכוש תמורת הגט. הרעיון שעומד מאחרי אי ההתערבות של ביהמ"ש הוא שאם הוא כן יתערב ויבטל את הסכם הגירושין העושק, בפעם הבאה הבעל לא יהיה מוכן לתת גט כי הוא ידע שלא משתלם לו וההסכם העושק יבוטל.

מזונות ילדים: הסכם במסגרתו הבעל יתן מזונות מונמכים תמורת הגט🡨 ביהמ"ש מתערב בדרך עקיפה. מבחין בין מה שהאישה יכולה לחתום עבור עצמה, לבין מה שהיא חותמת עבור הילדים-הטענה היא כי לפני קבלת הגט היא ויתרה בשם הילדים על המזונות הגבוהים יותר בגלל האינטרסים שלה ולא שלהם. המבחן הוא מהותי- אם בזמן הדיון לא ערכו דיון מהותי באינטרסי הילד, ההסכם בטל. נוצר מצב שהגברים סיכמו עם הנשים שאם הילד יתבע מזונות גבוהים יותר אז הגבר ישתפה מהאישה- הלכת עד שתעשיר: אם האם לא עשירה, לא נפגע בילד ולא נממש את תביעת השיפוי של הגבר אלא עד שתעשיר או עד שהילד יהיה בן 18. התגברות על הלכה זו: דרך ערב, אם האישה לא תשלם הערב ישלם- קוט נ' קוט: איך מיישמים את דיני הערבות על הלכת עד שתעשיר? יש 3 אופציות:

1. הלכת עד שתעשיר פועלת רק בין הזוג ולא בין הערב לאישה- הערב יכול לגבות מהאישה
2. הלכת עד שתעשיר פועלת גם בין הערב לאישה. זה לא צודק כי הערבים יפרנסו את הילד, ואף אחד לא ירצה לתת ערבות- כולל המשפחה שלה.
3. הלכת עד שתעשיר פועלת בין הערב לבין האב- האב לא יוכל לגבות מהערב

בפס"ד ביהמ"ש בוחר באופציה השנייה- הערב משלם.

ההתמודדות עם הערבות:

1. האפשרות השלישית- מיושמת בפס"ד מילנר, במקרה נדיר בו האם סמוכה על שולחן הערב מפעילים את הלכת עד שתעשיר במישור היחסים בין הערב לבין האב. בכל מקרה בו הפנייה לערב תפגע בילד נפעיל הלכה זו.
2. וואוואיה- ביהמ"ש מבטל את הסכם השיפוי בדיעבד משום שהוא נוגד את תקנ"צ.
3. שופטים כיום לא מאשרים הסכמי שיפוי מלכתחילה.

הקישור בין שני חלקי הסכם הגירושין:

1. ראינו כי בהסדר הרכושי ביהמ"ש לא מסכים לעזור ובמזונות כן- זה צבוע מצידו כי ברור שגם מהסדר רכושי עושק הילדים יפגעו.
2. האיום שראינו בהסדר הרכושי- נשים שישארו עגונות כי לא יהיה שווה לבעל לתת גט- קורה גם כאן.

**סיכום תרגולים**

בכל תביעה במשפחה ראשית שואלים 2 שאלות:

1. למי סמכות השיפוט? -לביה"ד או לביהמ"ש.
2. מהו הדין החל? - דין דתי לפי המעמד האישי או דין אזרחי.

סמכות השיפוט- יש סמכות ייחודית ויש סמכות מקבילה.

לפי *ס' 25ב לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה-* ערכאה שהחלה לדון בנושא מסוים, והוגשה תביעה מקבילה בערכאה השנייה- התביעה תתברר בערכאה הראשונה. אם יש עניין שנתון בסמכות מקבילה, ביהמ"ש מוסמך לדון כל עוד אין ביה"ד הדתי דן בו.

לפי ס' 15ג+ד לחו"י השפיטה- ניתן להגיש עתירה לבג"צ כערכאה מפקחת על ביה"ד, כאשר הוא חורג מסמכותו:

* לא ממלא הוראות חוק שעליו למלא
* דן בעניינים שאינם בסמכותו
* פגיעה בכללי הצדק הטבעי, פס"ד לא מנומק

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **התביעה** | **למי הסמכות** | **הדין החל** | **אסמכתא** |
| נישואין | ביה"ד | דתי | ס' 51+47 לדבר המלך, ס' 1+2 לחוק שיפוט ביה"ד הרבניים |
| גירושין | ביה"ד | דתי | ס' 51+47 לדבר המלך, ס' 1+2 לחוק שיפוט ביה"ד הרבניים |
| מזונות אישה | מקבילה | דתי (של החייב) | ס' 51+47 לדבר המלך, ס' 1(1),1(3) 3- לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, ס' 2(א) תיקון לדיני משפחה(מזונות) |
| מזונות ילדים | מקבילה (בד"כ באזרחי כי הילדים לא כפופים להליכים של ההורים בביה"ד) | דתי | ס' 51+47 לדבר המלך, ס' 3 לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, 3(א) לתיקון דיני משפחה (מזונות) |
| רכוש | מקבילה | אזרחי | לא חלק מענייני המעמד אישי |
| משמורת | מקבילה | אזרחי | ס' 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות |
| אימוץ | מקבילה  התנאים לדיון בביה"ד דתי: הסכמת המאמצים והמאומץ אם הוא מעל גיל 9 | אזרחי | חוק אימוץ ילדים |
| ירושה | מקבילה | אזרחי, בהסכמת הצדדים ניתן להסכים על דין דתי | ס' 156(ב) לחוק הירושה |

כאשר הסמכות מקבילה, הסמכות המקורית היא לביהמ"ש לענייני משפחה אולם יש כמה דרכים בהם ביה"ד הרבני יכול לרכוש סמכות:

1. מנגנון הכריכה-ס' 3 לחוק ביה"ד הרבניים:
2. עניין שכרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת הגירושין-לא צריך לכרוך במפורש, עם הגשת התביעה לביה"ד הוא כרוך מטבעו- זהו עניין המשמורת בלבד.
3. כל עניין אחר שצריך לכרוך בפועל-מזונות אישה, חינוך ילדים, חלוקת הרכוש. לעניין חינוך ילדים: פלורסהיים: מה שכרוך מעצם טיבו זה רק משמורת וחינוך יש לכרוך במפורש. אמיר: כשמגישים תביעה לביהמ"ש לענייני משפחה החינוך כרוך כבר ואין צורך לכרוך במפורש.

* מזונות ילדים לא ניתנים לכריכה. החריג: במזונות ילדים, אם האישה מגישה תביעת שיפוי על הוצאות על הילדים ניתן לכרוך ובכ"מ אם הילדים יגישו שוב זה מה שייקבע.

מבחני הכריכה: בן יאיר: נטל ההוכחה הוא על הצד שמבקש לכרוך.

* תנאי מקדמי: ההליך בביה"ד הרבני הוגש ראשון.
* תביעת גירושין כנה- רצון אמיתי להתגרש. בן יאיר: האמצעים בעזרתם בודקים את הכנות, דותן: ביה"ד בודק אם יש עילת גירושין ולפי זה מחליט. פלדמן: התניית מתן גט בוויתור כספי היא סממן מובהק להעדר כנות התביעה. סממן נוסף- סרבול בתביעה. בר טל: אם האישה פתחה בהתדיינות המשפטית היא לא יכולה לטעון שהבעל אינו כנה. מה דינה של תביעת שלום בית ולחלופין תביעת גירושין בה כורכים?
* שאווה+פס"ד שביט: תביעה חלופית לא פוגעת בכנות תביעת הגירושין.
* שרגאי: תביעה חלופית פוגמת שכן היא מראה שהוא לא באמת רצה להתגרש.
* כריכה כדין- כריכה מפורשת ומפורטת, רלוונטי בתביעות רכוש- צריך לפרט את כל הנכסים!
* כריכה כנה- בן יאיר: הקריטריונים לכנות הכריכה- טענת הבעל שהוא לא רוצה להתרוצץ בין שתי ערכאות לא פוגמת בכנות הכריכה, אם הוצע במסגרת תביעת המזונות סכום סביר- כנה, אם הוצע סכום נמוך- לא כנה. אם הבעל מעלה טענת הגנה זה לא מעיד על אי כנות, אם היו מס' פעמים של תביעות גירושין ורק בפעם ה3 כרכו- העדר כנות. העדר פירוט נכסים מעיד על חוסר כנות, וכן פיצול התביעה הרכושית.

מירוץ הסמכויות- בג"צ פלדמן: האישה הגישה תביעת גירושין וכרכה את נושא הרכוש, והבעל הגיש אחריה לביהמ"ש- למי הסמכות? בג"צ קובע כי:

1. אם ערכאה שיפוטית אחת נתנה החלטה בנושא הסמכות, הערכאה האחרת צריכה להמנע מלדון משום "כלל כיבוד הדדי בין ערכאות". החריגים לכלל: כאשר הערכאה הראשונה דנה בשאלת הסמכות במחטף, ללא דיון במבחני הכריכה וללא נימוקים. או, שהיא פעלה בחוסר חוקיות/פגם היורד לשורש סמכותה.
2. אף אחת מהערכאות לא דנה בשאלת הסמכות, יש להם שק"ד לעכב את הדיון עמ"נ לאפשר לערכאה האחרת לדון בכך. איך מחליטים לעכב?

* ערכאה שכבר התחילה לדון בגופו של ההליך תהיה מוסכמת לדון בשאלת הסמכות
* איזו ערכאה שכבר החלה לדון בשאלת הסמכות.

לאור בג"צ פלדמן הנק' הקריטית להחלטה למי הסמכות היא המועד בו ניתנה ההחלטה בנוגע לשאלת הסמכות.

1. **הסכמה-** מכוח ס' 9 לחוק שיפוט ביה"ד הרבניים- כל הצדדים צריכים להסכים, ונושא שנכלל במעמד אישי לפי ס' 51. לפי סימה אמיר זה צומצם למזונות, משמורת וירושה בלבד🡨תביעת רכוש לא ניתן. פס"ד פלונית: ביה"ד הרבני לא יכול לרכוש סמכות מכוח הסכם שמתעלל באישה.
2. **סמכות נמשכת-** בעקרון, פס"ד שניתן הינו חלוט.אולם בענייני משמורת, מזונות ילדים שהינם דינמיים ניתן לפתוח את פס"ד ולשוב אל אותה ערכאה שדנה בנושא במקרה של שינוי נסיבות מהותי:נוספו נסיבות חדשות, שלא היו ידועות/צפויות במועד הדיון הראשון. ע"פ כלל הסמכות הנמשכת, ניתן להגיש את התביעה רק לאותה ערכאה שכבר דנה בנושא. הכללים:
3. ביה"ד דן ופסק בנושא
4. הכלל ניתן לוויתור בהסכמת הצדדים
5. מדובר באותם צדדים להליך- בפס"ד פלונית ובכץ נקבע כי הילדים לא חייבים לפנות לאותה ערכאה משום שהינם בה"ד עצמאיים(אלא"כ עניינם נידון באופן נפרד ומהותי מתביעת הגירושין).

סימה לוי: תביעה לאכיפת הסכם גירושין אינו בגדר סמכותו הנמשכת של ביה"ד הרבני. פלונית: הסכם גירושין אינו מחייב את הקטינים לעניין הערכאה שההורים הסכימו להדיין בה.

1. **סמכות נגררת/אינצדנטלית** – לפי ס' 76 לחוק בתי המשפט,ערכאה שיפוטית יכולה לדון בעניין שאינו בסמכותה אם התעורר אגב דיון שבסמכותה.

**ההשתייכות הדתית**

* לפי ס' 1 חוק שיפוט ביה"ד הרבניים- ענייני נישואין וגירושין של יהודים ידונו אך ורק שם.
* החוק לתיקון דיני משפחה(מזונות)- מזונות הם בעיקרון דין דתי, אם על מישהו לא חל הדין הדתי אז החוק הזה חל עליו.
* חוק ברית הזוגיות- לחסרי דת.

מקרים שבני הזוג לא שייכים בוודאות לאחת מ4 הדתות המוכרות בישראל (דרוזים, ערבים, נוצרים, יהודים), כאן רלוונטי *חוק השיפוט לענייני התרת נישואין 1969*:

1. זוגות מעורבים- כל אחד שייך לדת אחרת. הסמכות- פונים לביהמ"ש לענייני משפחה-

* אם יש הסכמה בין בני הזוג- *לפי ס' 5(ג),*הסמכות להתרת הנישואין היא לביהמ"ש לענייני משפחה.
* אין הסכמה- *לפי ס' 3*, פונים לביה"ד של הדתות הרלוונטיות ונותנים 3 חודשים להשיב, אם ביה"ד לא מגיב דנים בביהמ"ש,ואם ביה"ד אומר שחייבים מכוח הדין הדתי שהתרת הנישואין תהיה אצלו מפנים אותם להליך גירושין שם אך כל העניינים הכרוכים בגירושים ידונו בביהמ"ש.
* אם אחד מבני הזוג שייך לעדה מוכרת והשני לא, ידונו לפי המוכרת (שמואל)

1. חסרי דת- שום דת לא מכירה בו(אבא יהודי,אמא נוצריה), או שאינו שייך לאחת מ4 העדות המוכרות בארץ, או שעלה ממדינה קומוניסטית, או גיור שמוטל בספק- דנים לפי הפרוצדורה לעיל.
2. כפולי דת- (אמא יהודיה ואבא מוסלמי). כפולי דת נידונים אף הם לפי הפרוצדורה לעיל. לפי פק' העדה הדתית המרה, אם המיר אדם את דתו ורשם במרשם האוכלוסין את דתו החדשה הוא שייך אליה ואינו כפול דת. הולכים לפי הדת שהייתה בזמן הנישואין(4(2) לפק'). לפי פס"ד ברק: מה שקובע זה מירב הזיקות, לאיזה דת הוא יותר קשור. אל צאפדי: במקרה של קטין בודקים את טובתו ולא זיקות.

אבו רסיטבי- מוסלמי ונוצריה, בוחנים את שני הצדדים לסכסוך ולפי זה מחליטים למי הסמכות:

* מזונות אישה, מערכת היחסים היא בן האיש לאישה וזה מקרה של זוגות מעורבים- והסמכות תהיה לביהמ"ש לענייני משפחה.
* משמורת, זה סכסוך בין ההורים על הילד, ולכן, הסמכות תהיה לביהמ"ש לענייני משפחה.
* מזונות ילדים-הסכסוך בין האבא לילדים- הם גודלו כמוסלמים, לפי הדת המוסלמית הם מוסלמים כי אביהם מוסלמי ולכן ביה"ד השרעי יקבע את המזונות- כי שני הצדדים מוסלמיים.

**מזונות אישה**- דין דתי לפי ס' 2(א) לתיקון. הסמכות היא סמכות מקבילה- ס' 4 לחוק שיפוט ביה"ד הרבניים- האישה יכולה לבחור היכן להגיש את תביעתה למזונות, או לחלופין לכרוך.

ההצדקה הנורמטיבית למזונות בן הזוג- מכוח תו"ל וכב"ה, להמשיך לתמוך בבן הזוג שהיה נתמך. חבות המזונות הינה מיום הנישואין ועד פקיעתם, ולכן הדיון רלוונטי מיום הפרידה ועד מתן הגט.

היקף החיוב- רחב ביותר- "עולה עימו ואינה יורדת"- רמת החיים שהיא הורגלה אליה. אם התחתנה עם בעל עשיר, הוא חייב לספק לה לפי עושרו. ביהמ"ש מפרש את הכלל בצורה מצומצמת והוא בוחן את רמת החיים של הזוג בפועל במהלך הנישואין ולא את עושרו של הבעל.

טענות ההגנה העומדות לבעל:

* טענות פטור- פוטרות אותו כליל מחובת המזונות:

1. מעין מורדת-האישה עזבה את הבית. הוא לא יהיה פטור אם היא עזבה מסיבה מוצדקת. גישת ביה"ד: מצומצמת, נטל ההוכחה על האישה להוכיח שהסיבה הייתה מוצדקת. גישת ביה"ש: נטל הוכחה יותר קל- כמעט כל סיבה היא מוצדקת- מילר: נדרש "משקל נוצה" בלבד, אלא"כ הסיבה היא קיצונית והיא עזבה בגלל מאהב. אם הסיבה נובעת משני הצדדים, ביהמ"ש יהיה לטובת האישה.
2. היות האישה מורדת- מסרבת לקיים יחסי אישות עם בעלה מהסיבה שהיא רוצה לצער אותו. נטל ההוכחה הוא על הבעל שצריך להוכיח שיש סירוב לקיום יחסים ושהסירוב נועד לצערו.

עילת המורדת יכולה לעלות הן במסגרת תביעת הגירושין והן במסגרת המזונות. אם יש תביעות מקבילות בביהמ"ש ובביה"ד- בביהמ"ש תביעת המזונות- עילת מורדת כטענת פטור, ובביה"ד תביעת הגירושין- עילת המורדת היא עילה לחיוב גט. מה קורה אם יש סתירה בהחלטות שלהם? דוק' מעשה בית דין- אם ביה"ד כבר פסק בשאלה הזו זה מחייב את ביהמ"ש. אבל הפוך-זה לא עובד- ביהמ"ש לא מחייב את ביה"ד. בסיטואציה בה ביהמ"ש פסק ראשון, ביה"ד קבע הפוך ואז הבעל חוזר לביהמ"ש להציג את החלטת ביה"ד כטענת פטור, נקבע במקייטן: ביהמ"ש יכול לעמוד מאחרי ההחלטה שלו, החלטה מאוחרת של ביה"ד לא תחייב אותו מלבד שני חריגים:

1. שינוי נסיבות- ההחלטה המאוחרת של ביה"ד התבססה על עובדות חדשות
2. פס"ד קונסטיוטובי- אם ביה"ד פסק שהאישה מורדת ופסק חיוב גט- זה יצר מציאות חדשה שמחייבת את ביהמ"ש. (לפעמים ביהמ"ש קובע שהיא מורדת ונותן לה רק אזהרה-פס"ד דקלרטיבי-לא מחייב)
3. בגידת האישה- אישה שבגדה מפסידה את מזונותיה. ביה"ד נצמד לכלל, לעומת זאת בביהמ"ש העליון מצמצמים את העילה הזו:
4. פנייה לדיני הראיות בדין הדתי- פרידמן: מבחינה ראייתית בדין הדתי הודיית האישה אינה מספקת להוכחת טענת הניאוף ויש צורך בעדים, וכך לא מקבלים את טענת הבעל שהיא בגדה.
5. עקרון ההדדיות- כהן: כאשר הבעל גם בוגד, הוא לא יכול להשמיע את הטענה הזו כלפי האישה.
6. מעשה כיעור- ראיות נסיבתיות שהיא בוגדת בבעלה. טביב: למרות שביה"ד נתן חיוב גט, וקבע שהאישה עשתה מעשה כיעור ביהמ"ש מתערב- יש פה נסיגה מהחריג של פס"ד קונסטיוטובי.
7. עוברת על דת משה- מכשילה את הבעל בכשרות ושבת.
8. עוברת על דת יהודית- מתנהגת לא בצניעות.

טענות קיזוז- לא פוטרות את הבעל מחובתו אלא מפחיתות ממנה:

1. נכסי האישה- *לפי ס' 2(א) לחוק המזונות*, במסגרת חישוב המזונות ניתן לקזז את ההכנסות שהאישה מפיקה מנכסיה. חקק: התיקון נעשה במסגרת חוק המזונות שכלל אינו חל על הדין האישי. אולם ההלכה היא שניתן לקזז מנכסי האישה.
2. מעשה ידיה- קיזוז ההכנסות שלה. בעקרון הכנסות האישה שייכות לבעל ולכן ניתן לקזז,היא יכולה לוותר על המזונות ולהשאיר אצלה את ההכנסות. האם ניתן להתחשב בכושר השתכרות פוטנציאלי?

* בהלכת מזור נקבע כי לא ניתן להכריח את האישה לצאת לעבוד וזכות הקיזוז קמה רק אם האישה עובדת.
* בייקל- אישה שעבדה כל חייה והתפטרה לכבוד הגירושין- הקיזוז מאושר.
* פדן- סטודנטית, אישרו קיזוז למרות שהיא לא עובדת.
* פלולי- מיתן את פדן. לא מקזזים בכל מקרה, הקריטריונים: גיל האישה, האם יש ילדים קטנים, משך הנישואין, היכולת של האישה להשתלב בשוק העבודה- אם ביהמ"ש משתכנע כי יש סיבה מוצדקת שהיא לא יוצאת לעבוד אז לא יאשרו את הקיזוז.

**הזכות למדור-** נגזרת מ3 כיוונים:

1. מכוח חלוקת הרכוש בין בני הזוג
2. במסגרת מזונות אישה
3. ס' 40(א)(א) לחוק המקרקעין- הורה יכול לבקש שלא ימכרו את הדירה עד שימצאו לו ולילדיו פתרון.

יישום זכות המדור:

בביה"ד הרבני: האישה זכאית למדור ספציפי- דירת המגורים שלהם. המבחן הוא "עולה ואינה יורדת" ביה"ד מבין את המבחן הזה שאישה עם ילדים חייבת להשאר בדירה בה היא גרה ערב הפירוד.

בביהמ"ש: נקבע בהלכת כליפא כי בני הזוג ימכרו את הדירה כדי לפרק את השיתוף, ושהאישה תגור בשכירות ברמת חיים דומה. המדור מתפרש כ: דמי שכירות, משכנתא והוצאות החזקת הבית. אישה שרוצה להשאר הגישה תביעה לביה"ד הרבני מכוח ס' 4 לחוק שיפוט ביה"ד.

נוצר מצב של שתי הלכות סותרות- יש שני פס"ד שעיצבו את הכללים בנושא:

* ראש חודש- הצו לפירוק השיתוף גובר על הצו למדור ספציפי במקרה שניתן ראשון.
* אקנין- ביה"ד נתן זכות למדור ספציפי ולאחר מכן ביהמ"ש נתן צו לפירוק שיתוף, ביהמ"ש העליון קבע כי פירוק השיתוף יתעכב כל עוד יש לאישה זכות למדור ספציפי בדירה. חשין בדעת מיעוט אומר שיש לפרק את השיתוף.

ביה"ד מנסה להתחכם ואומר שאם הבעל ידרוש פירוק שיתוף הוא חייב לקנות לאישה דירה באותו שווי.

הרב דיכובסקי החליט שבהתקיים התנאים הבאים יתאפשר לביה"ד לתת מדור לא ספציפי:

1. בני הזוג מתגרשים
2. הבעל הציע הסדר הוגן והאישה סרבה כדי להשיג יתרון טקטי
3. האישה פיצלה באופן טקטי את התביעה(מזונות בביהמ"ש ומדור בביה"ד)

🡨יש לזכור שעד 1995 פנו לביהמ"ש השלום ומ1995 פונים לביהמ"ש לענייני משפחה/לביה"ד הרבני.

**אלימות במשפחה**

1. הגנה משפטית מפני אלימות:
2. צו מכוח דיני המדור- יש זכות למדור שליו- משמעות הצו היא הרחקת בן הזוג האלים מהבית. איזה סוג אלימות נכללת? בפס"ד ניר ושלטון: זה כולל גם אלימות רוחנית, נתנו צווים לתק' ארוכות וזה הוביל לסחף ולכן בפס"ד סדן נקבע שהצו ינתן רק במקרי אלימות חמורים, תקדם לו אזהרה לצד המכה, בודקים שזו לא פרובקציה מצד האישה, והצו לא יינתן ליותר משנה.
3. צו מכוח החוק למניעת אלימות במשפחה-"צו הגנה"- מרחיב את האנשים כלפיהם אפשר להוציא את הצו- חמות, כלה וכו'. ס' 2 לחוק קובע גם איסורים רחבים של הטרדה בכל אמצעי, אוסר על המחויב בצו לשאת נשק, וניתן לחייבו להפקיד כסף כדי להבטיח את קיום הצו.הצו ניתן ל3 חודשים עד חצי שנה.

דמי שימוש בדירה- האם בן הזוג שנשאר בדירה צריך לשלם? בזרקא נקבע כ יש לשלם רק במקרה שאחד השותפים מנע מיתר השותפים לעשות שימוש לפי ס' 33 לחוק המקרקעין. בפועל, לא נמנע שימוש, זו אשמתו שהרחיקו אותו מהבית. אם בני הזוג הגיעו להסכמה- זה מכוח הסכמה ביניהם, אם בן הזוג בחר לעזוב את הבית בגלל בגידה- יראו אותו כמוותר.

יש ביקורת על הלכה זו ויש אומרים שזה עשיית עושר ולא במשפט וראוי שמי שנשאר בדירה ישלם.

**ידועים בציבור**

קריטריונים:

* משך הקשר- בפסיקה למעלה מ3 שנים, היו מקרים של 3 חודשים במקרה של מוות שקטע את הקשר.
* מגורים משותפים/יחסים אינטימיים- היו מקרים שהכירו גם בדירות סמוכות,וכאלה שישנו בחדרים נפרדים ולא קיימו יחסים.
* הכירו אותם כזוג- גם אם האישה נשואה זה לא משנה
* משק בית משותף
* פסולי חיתון/נישאו בנישואין אזרחיים/ילדים משותפים-מעיד על כוונה רצינית
* מניעה כלכלית להתחתן כמו אלמנות צה"ל
* רכוש משותף
* כוונה ליצור התחייבות

כשבודקים האם חלה עליהם חזקת השיתוף, יש לשים לב לנק' הבאות:

* סוג הנכס- בדירת מגורים ניטה יותר להכיר בשיתוף מאשר נכס עסקי
* משך הקשר- כאשר הקשר קצר לא נכיר בשיתוף וכאשר הוא ארוך כן. פס"ד הדרי: הדירה נרכשה ע"י הבעל מלפני הנישואין, הם היו 30 שנה ביחד ודעת הרוב אמרה שיש שיתוף. שחר נ' פרידמן: מחילים את חזקת השיתוף על ידועים בציבור, הנטל מוגבר להוכחת השיתוף
* במקרה של נכס מעורב- 2 גישות: בהדרי- נקבע כי הנכס משותף, בלידאי: הקרקע הייתה שייכת לאחד והדירה של שניהם, נקבע כי הנכס ישאר אצל בעל הקרקע והצד השני יקבל החזר על חלקו בבנייה. אבולוף: אפילו שמדובר בעסק שנרכש לפני הנישואין נקבע שהוא משותף משום ששניהם עבדו בעסק וגם הילדים.

**מזונות ילדים-** סמכות מקבילה, דין דתי, ניתן לכרוך/בהסכמה לפי ס' 9.

הדין החל הוא הדין האישי של הילדים, בד"כ הולכים לפי הדין של האבא כי הוא משלם מזונות. אם אין דין אישי חל חוק דיני המזונות.

איך מגישים? ההורה האפוטרופוס מגיש בשם הילד תביעה למזונות.

שינוי מזונות- אין סופיות דיון במזונות, מגישים כאשר יש שינוי נסיבות, יתקבל בעיקר כאשר ביהמ"ש לא בחן את הדברים לעומק בפעם הראשונה.

בתביעת המזונות:

1. יש לפרט את צרכי הילד- הוצאות מדור, מזון, לבוש ונעליים, חינוך, טיפולים רפואיים ועוד.
2. הרצאת פרטים- משכורות ההורים, קצבאות וכו'
3. תשלום אגרה
4. מסירת כתב התביעה לצד המשלם
5. דמי טיפול של האישה בילד
6. הוצאות חריגות

מזונות הילדים משולמים מידי חודש, ניתן לעשות מזונות זמניים.

האם ניתן להגיש מזונות על תק' שחלפה(רטרו אקטיבי)?

אביטבול- לגבי התק' בה הזוג נפרד אך עדיין לא היה גט- רואים את האישה כאילו מחלה על המזונות של התק' הזו. לגבי התק' ממתן הגט ואילך- היא צריכה להציג קבלות על הוצאות ויתנו לה את המזונות.

איך מחשבים תביעת מזונות?

* לפי הדין העברי- בנוי משני מעגלי תשלום: חיוב לפי דין(1300 ₪ לא כולל מדור), חיוב מדין צדקה- אם האבא עשיר יגבו ממנו יותר. לפי הש' גייפמן מעבירים כמה שיותר לחיוב צדקה כדי שיוכלו להתחשב באבא אם הוא עני. הדין העברי במקור מדבר על מזונות עד גיל 6, מאז זה התקדם: הרבנות הראשית קבע שיש חיוב לפי דין במזונות עד גיל 15, בפועל משלמים עד גיל 18.

אופן החישוב:

* עד גיל 6- משלמים לפי חיוב דין ולפי צדקה גם אם יש לו פחות כסף
* גילאי 6-15- חיוב לפי דין וצדקה רק אם יש לו יכולת
* 15-18- חיוב לפי צדקה בלבד, תלוי ביכולת ההורים.

הילד המרדן- אם ילד מסרב לפגוש את אביו אומרים שהוא מרדן ואין לו מזונות. לא ממהרים להכריז על ילד כמורד. קטן: גם ילד שמתחצף אם הוא יגיע לחרפת רעב ואם הוא מתנהג כמו ילד בגילו לא יכריזו עליו כמורד.

מגמה חדשה בפסיקה- הש' זגורי וועדת שיפמן שמציעה מחשבון טכני למזונות- כמה זמן הילד אצל כל הורה, הכנסות ועוד וזה הופך את זה לעניין פשוט ומהיר- מכניסים נתונים ויוצאת תוצאה וזהו, וזה גם מביא בחשבון את עניין המשמורת המשותפת. לפי הדין העברי האבא חייב תמיד במזונות, אך אם המגמה החדשה תתפוס אז לא תמיד האבא יתחייב.

**דיני הירושה-** סמכות מקבילה, הדין הוא דין אזרחי לפי חוק הירושה. הדיון בביהמ"ש הוא מכוח ס' 151, והדיון בביה"ד מכוח ס' 155א- אם כל הצדדים שנוגעים בדבר הסכימו לכך.

איך מתחילים לבדוק ירושה?

1. היקף העזבון- זוג שיש להם רכוש משותף והבעל נפטר- קודם כל חצי שייך לאישה, החצי שנותר הוא העזבון.
2. חובות העזבון- החובות של הנפטר, לוקחים אותם מהעזבון לפני שמחלקים- ס' 104
3. משלמים עלויות הלוויה ומצבה(בהסכמת כל היורשים), שכר למנהל העזבון, כתובה, אם נשאר- מזונות. את החובות משלמים מהכסף המזומן-ס' 100 ואם אין מספיק מתחילים למכור נכסים.
4. בודקים אם יש צוואה, ולפיה מחלקים את מה שנשאר
5. אם אין צוואה- הכללים לפי הדין.

חלוקת הנכסים

* אם הם נשואים- בודקים מתי התחתנו
* אם לא נשואים- בודקים אם הם ידועים בציבור. ס' 55 מתייחס לידועים בציבור שיורשים את בני זוגם(רק בתנאי שהם לא נשואים). בלאו, בר נהור: ידוע בציבור שנשוי לאחרת לא נחשב כידוע בציבור לצורך חוק הירושה, ניתן להתנות ע"כ בצוואה.
* זוגות חד מיניים- גם נכללים בידועים בציבור לפי פס"ד 3245/03.
* בני זוג שהתחתנו בחו"ל- נישואיהם תקפים לצורך החוק
* זוג שהתחתן בארץ שלא באמצעות הרבנות- נחשבים לידועים בציבור
* זוג בהליכי גירושין- אם אין צוואה בן הזוג הנותר יורש לפי הדין- פס"ד סבג.

לא כל הנכסים נכללים בעיזבון, גם אם המנוח הורישם בצוואה:

1. פיצויי פיטורין
2. דיור מוגן
3. בן ממשיך בנחלה חקלאית
4. מניות ניהול- פס"ד ברדיגו
5. ביטוח החיים לפי ס' 147 לחוק הירושה

🡨מה שכלול בעיזבון-לא ממוסה. עדיף שכמה שיותר נכסים יהיו מחוץ לעזבון שכן מהעזבון גובים חובות.

🡨אין לעשות עסקאות בירושה לפי ס' 8 ו27 לחוק הירושה.

הצוואה:

עורכים בפני עו"ד עם שני עדים, עדיף להפקיד ברשם הירושות. לעו"ד יש 3 תפקידים:

1. לערוך את הצוואה בדקדוק
2. ערעור על הצוואה לאחר פרסומה- יש 14 יום
3. ניהול העיזבון

תקיפת צוואה:

1. השפעה בלתי הוגנת על המוריש- ס' 30
2. יורש שהיה מעורב בכתיבתה- ס' 35
3. המנוח לא היה כשיר להוריש
4. טעות בצוואה- ביהמ"ש רשאי לתקן

פרשנות הצוואה- לפי ס' 54 לחוק הירושה- מפרשים צוואה לפי אומד הדעת של הצדדים, בדרך שבוחרת לקיים את הצוואה. פס"ד טלמציו.