

5	משפחה בין החברה והמשפט.....
6	עקרון הדין האישי והפיצול הכפול בדין ובדין.....
9	ציר החברה והמשפט.....
9	מבוא לציר החברה והמשפט.....
9	המשפחה כערש הפטריארכיה.....
10	פרטי אל מול ציבורי.....
11	תורת המיזוג.....
12	סוגיית המשפחה בדין.....
12	איפה במשפט שלנו אנו רואים את סוגיית המשפחה?.....
12	ברמה הבינלאומית.....
12	סטטוס קוו, שמירת דינים, ובתי הדין הרבניים.....
13	מיהות ביה"ד.....
15	זהות הדיינים בבתי הדין הרבניים.....
15	"אבל מי יהיו הדיינים?!" (ציטוט מספרו של א.ב. יהושע).....
15	מהם התנאים למינוי דיינים?.....
16	האם נשים יכולות להיות דיינות בביה"ד רבני?.....
16	פיקוח שיפוטי.....
17	ההבדלים בין הערכאות בין המערכת האזרחית למערכת הדתית.....
17	הבדלים ברמת המעטפת, להבדיל מהתוכן.....
20	הבדלים ברמת התוכן: הדין החל.....
22	מקור הסמכות ועילות לביקורת השיפוטית.....
22	1. ס'15(ג) לחו"י השפיטה – נחוץ סעד למען הצדק – סעיף סל:.....
22	2. ס'15(ד)(4) לחו"י השפיטה – התערבות בג"צ בפסיקת ביד"ר כשבדי"ר פעל בחריגה מסמכות/חוסר סמכות עניינית:.....
22	מה היחס בין ס'15(ג) לס'15(ד)(4)?.....
23	שימוש בס'15(ד)(4) בפס"ד:.....
24	3. התערבות בג"צ כשבדי"ר פוסק בהרכב חסר/חוסר סמכות פונקציונאלית:.....
24	4. התערבות בג"צ בסמכות בד"ר בשל פגיעה בכללי צדק טבעי:.....
25	5. התערבות בג"צ בסמכות בד"ר בשל התעלמות מנורמה אזרחית שאמורה לחול על בד"ר:.....
25	האם התערבות בג"צ מפקיעה סמכות?.....
26	מהן גבולות הפיקוח השיפוטי.....
28	לסיכום הנושא – גבולות הפיקוח השיפוטי ברמה המעשית:.....
29	מצוקת הגירושין והעיגון.....
29	שורש הבעיה.....
30	התפיסה המערבית: גירושין ללא אשם, לפי דרישת צד אחד.....
31	התפיסה ההלכתית.....
31	השלכות מעשיות של קשר הנישואין על האשה.....
33	החלטות על כפייה לגט.....
33	גירושין בישראל.....
33	פתרונות לסרבנות גט גם מחוץ לכלים הפנים-הלכתיים:.....
35	מצוקת העניינות ומצוקת הגט.....
35	האמנם אוזלת ידה של המערכת ההלכתית?.....
35	שלושת מישורי הפתרון ההלכתיים:.....
39	שימוש במנגנונים שעוקפים את הצורך במתן הגט (רדיקלי ביותר).....
39	הפקעת קידושין.....
40	ביטול קידושין מחמת מקח טעות.....
40	קידושין על תנאי.....
40	הרשאה למתן גט.....
41	גט זיכוי.....
41	מכת הנגד – נשק יום הדין: התנאי בגט וביטול גט.....
41	הזירה החדשה – פיצויים נזיקיים בגין סרבנות גט.....
42	היבטים ממוניים למשפחה: מזונות בין בני זוג.....
42	משוואת הכוחות המגדריים.....
42	מקומה של תביעת מזונות אישה בתביעת הגירושין.....
42	עקרונות הדין האישי היהודי בקביעת מזונות בני זוג.....
42	עקרונות מזונות אישה לפי ההלכה.....
43	תפיסה דתית מול אזרחית.....
43	נראה את הניסיונות להחדיר מושגי שוויון: שני כיווני הפעולה דרך הגנות מפני תביעת מזונות.....
43	הגנת הקיזוז.....
44	מהלך צמצום הגנות הפטור הכרוכות בהתנהגות האשה.....
44	המהלך השלישי: אזורח מזונות בני זוג.....
46	מהם ביטויי המשפחה הפטריארכלית?.....
47	המשטר הרכושי בישראל: בין חוזים למשפחה.....

49	התפתחות הלכת השיתוף
49	היסודות המסורתיים
49	המרת החיים ה"הרמוניים" ב"אורח חיים תקין" (בריל, ארגוב), ובהמשך גם זניחת תנאי ה"תקינים" (חסל)
50	הרחבה מנכסים "אישיים" לנכסים "עסקיים" תוך הבחנה ברמת הראיה הנדרשת להוכחת שיתוף או הקלת סתירתו (אבולוף, בסיליאן, בריל, סלם נ. כרמי)
50	הרחבה לנכסים פרטיים/חיפזניים (נכס מלפני הנישואין, או מתנה/ירושה במהלכם)
52	הרחבת בסיס השיתוף, כלומר הרחבת מושג ה"נכס", כך שכולל גם כושר השתכרות עתיד/הון אנושי/מוניטין אישי ("נכסי קריירה") (בע"מ 623/04 הש"ר ריבלין – הון אנושי)
52	מה ההבדל בין מוניטין אישי למוניטין עסקי?
52	הבעיות במודל הזה (מודל ההון האנושי) –
53	הון אנושי? או פיצוי שיקום? או מזונות אזרחיים?
53	התפתחות הרציונליים
54	מהות השיתוף, היקפו וגבולותיו בזמן
56	חוק יחסי ממון מול הלכת השיתוף
58	האם למרות חוק יחסי ממון עדיין חלה הלכת השיתוף? – שאלת הסימולטניות
59	האם הלכת השיתוף מוסיפה לחול במקביל לחוק יחסי ממון? – שאלת הסימולטניות
59	תיקון מס' 4 לחוק יחסי-ממון: האמנם ניתנה תשובה
60	השאלות שנוותרו פתוחות: הון אנושי; נכסים חיפזניים
60	הסדרת סוגיית ההון האנושי בחוק יחסי ממון – סעיף הסמכויות המיוחדות
60	הבחנות בין התייחסות להון האנושי ע"פ שני המשטרים:
61	שאלת אופן התשלום: הניתן להורות על תשלומים עיתיים גם במסגרת איזון המשאבים
62	האמנם שאלת הסימולטניות "כבר לא אקטואלית"?
62	ההבדלים המעשיים המרכזיים בין שני המשטרים:
64	טשטוש בין שני המשטרים
64	הסכמי ממון
65	דרישת הכתב
65	מה המטרה? האם היא מיושמת? פיקוח פרוספקטיבי או רטרואקטיבי? הגנה מפני התקשרויות פזיזות? ומה לגבי הבטחת הוגנות והגנה מפני ניצול פערי כוח?
65	על מי בעצם חלה חובת האישור (כתנאי לתקפות ההסכם)?
65	איזה הסכם הוא הסכם ממון?
65	האמנם שללא כתב ואישור לא יהיה תוקף להסכם ממון?
66	הזכות לנישואין, מגבלותיה, מצוקת הנישואין ונישואין מחוץ לרבנות
66	הזכות לנישואין
66	המגבלות האוניברסליות על הזכות לנישואין
67	מגבלות החיתון בהלכה היהודית
68	קבוצות המצוקה במשפט הישראלי – מצוקות הנישואין/מצוקות החיתון
68	שאלת ההכרה בקידושין הפרטיים
68	הקידושין הפרטיים בסיבוב הקודם
70	האופי המשתנה של הקידושין הפרטיים
71	נישואין מחוץ לרבנות בימינו
72	ידועים בציבור
72	הפרדוקס הלכאורי בשיטת המשפט בישראל
72	איך נכון להסתכל על מוסד הידועים בציבור – מוסד ליברלי או אנטי ליברלי?
72	קושי 1 בידועים בציבור – הקושי ההגדרתי בראייה היסטורית
73	קושי 2 בידועים בציבור – קבוצות המצוקה ושאלת ההתייחסות הדיפרנציאלית
73	קושי 3 בידועים בציבור – מצב של מעין ביגמיה (למעט לצורך חוק הירושה)
74	קצת נתונים
75	התפתחות החקיקתית
75	הבחנה בין המעגל הפנימי לחיצוני
75	חקיקה סוציאלית
76	חוקי מעמד אישי הנוגעים למערכת הפנימית של בני הזוג
76	חוקים המטילים "עלויות"
76	חוקים המטילים חובות ואחריות
76	התפתחות פסיקתית
77	"לא נוגד את תקנת הציבור" (ה"כיסא הדתי") (מופיע בפס"ד ורסנו, בדחיית הטיעון שהסכם למזונות ידועים בציבור נוגד את תקנת הציבור)
77	שינוי מעמדי ערכי: בר נהור, אפרת, לינדורן, זמר, פלוגית (מזונות אזרחיים)
77	האמנם הושווה המעמד?
77	לעניין החלת הלכת השיתוף (נטל הוכחת שיתוף כבד יותר):
78	האם הסכם (שמכסה את שאלת ההשלכות הכלכליות) + פס"ד הצהרתי / רישום במוסד לביטוח לאומי = נישואין פורמאליים
78	האם ידועים בציבור הם "בני זוג" בכל הקשר וכל חוק? (לינדורן, אלמוני מזונות ילדי ידועים בציבור)
78	האמנם לא ניתן להתנות על מעמד של ידועים בציבור? (פס"ד בר נהור – מזונות לידועים בציבור מעיזבון)
78	האם יש יתרונות לידועים בציבור?
78	שאלת ההגדרה ומבחני הידועים בציבור במבט עכשווי כמשקפת את דימוי המשפחה במשפט

78	משך הזמן
79	תנאים נוספים
79	מגורים משותפים (בכלל ובירושה)
79	יחסים אינטימיים
79	מטרת הולדת ילדים
80	היבטים חוזיים (בר נהור); למי הכוונה ב"כוונת הצדדים"? כוונה של מי?
80	החלת ההגדרה של ידועים בציבור ב"סיבוב שני"
80	גבולות המוסד: הלכת פישבין – התעקשות על מרכיב החיים האינטימיים
80	נישואין שלא כדת משה וישראל – נישואין אזרחיים מחוץ לישראל
80	שאלת תוקפם של נישואין אזרחיים מחוץ לישראל
82	התפתחויות משפטיות בזירת המאבק על הנישואין האזרחיים בישראל
82	חקיקה
82	התחמקות משאלת ההכרה (התוקף/ה"סטטוס") לאורך כל השנים
83	סעד הרישום וההבחנה בין הרישום לבין ההכרה (התוקף) – פונק שלזינגר; יישום בפרשת בן-ארי (מוביל בפועל לגילויי סטטוס ברובד החיצוני בין בנה"ז לצדדים שלישיים)
83	הענקת גילויי הסטטוס במישור מערכת היחסים הפנימית של בני הזוג
83	רצף פסיקות של ברק ערב פרישתו
83	האם בכל זאת יש הכרעה בשאלת ברירת הדין?
84	לשם מה לנו סטטוס?
84	גירושין אזרחיים
84	תגובת הנגד של ביה"ד הרבני – המלחמה על הנישואין האזרחיים
85	קצת נתונים
85	בעד או נגד הנהגתם של נישואים אזרחיים בישראל
85	הזכות לנישואין כזכות יסוד; האם דמוקרטיה רשאית להגבילה מסיבות דתיות (ר' עמדת היועמ"ש בפרשת נישואי רומניה, פסקה 10)?
86	ההצעות השונות העומדות על הפרק
86	איפה הבעיה – בנישואין או בגירושין?
86	מאיפה ההתנגדות הכל כך עמוקה להנהגתם של נישואי אזרחיים? הקשר בין הסכסוך הלאומי לשאלת הנישואין האזרחיים
87	זוגות בני אותו מין
87	ספקטרום ההתייחסות מצד המדינה
87	גישה אוסרנית
87	גישה "סובלת" – דה-קרימינליזציה (ביטול עבירת "מעשה סדום" 1988)
87	גישת זכויות אדם – גישה מגוננת
88	מבחן הלגיטימציה האולטימטיבי ליחידה המשפחתית של בני אותו מין
88	הכרה בזוגיות
88	הכרה בחורות
88	האם בני זוג בני אותו מין הינם איש ואישה?
88	שאלת הלגיטימציה החברתית-דתית
88	הזכות הורות לחד מיניים
89	המהלך בירוס חקק
89	פרשת ברנר-קדיש
90	פרשת בן ארי ושומן
90	האם תא משפחתי של הומוסקסואליים הוא ראוי? – המלצות ועדת מור יוסף (2012)
91	צו הורות פסיקתי
92	ואיפה מתגרשים בני אותו מין?
92	הורים וילדים
93	בקליפת אגוז
93	היסודות החיוביים בשני הדוחות
94	הקושי בעבודת הוועדות
94	התוצאה המעשית
95	לא נכון שאמנת האו"ם מחייבת משמורת פיזית משותפת
95	שניט ושיפמן – עקרונות מוסכמים שיש בשני הדוחות
95	ועדת שניט
95	ועדת שיפמן
96	לא נכון שמחקרים מוכיחים כי משמורת פיזית משותפת היא המיטיבה ביותר עבור ילדי גירושין
96	לא נכון שהמרת חזקת הגיל הרך בעיקרון טובת הילד תצמצם קונפליקטים
97	מושכלות יסוד – מזונות מכוח הדין האישי ביחס לילדים יהודים
97	בע"מ 919/15
97	מזונות במשמורת משותפת
98	משמורת פיזית משותפת
99	הקריטריונים לפסיקת משמורת פיזית משותפת:

99	הערת האזהרה – החשש מפני הניצול לרעה עקב הקשר שבין המשמורת למזונות
99	סיכום הלכת 919/15
99	שאלות פתוחות – מהו היקף הלכת 919?
100	אלימות במשפחה
101	התכנסות של הנושאים המרכזיים עליהם דיברנו לאורך הקורס
101	המתקפה האזרחית : מערכת (שיפוטית) בשלושה שלבים
101	השלב הבסיסי : מלחמה קונבנציונאלית
102	שלב 2 : אימפריאליזם שיפוטי מוסדי
102	שלב 3 : אימפריאליזם שיפוטי טריטוריאלי
102	מכת הנגד?
102	שלב חדש : מלחמת גוג ומגוג?

מרצה: ד"ר רות הלפרין קדרי ruth.kaddari@biu.ac.il

מתרגלת: עו"ד הדס רייכלסון

התוכנית של הקורס נמצאת בקובץ במודל, והיא נתונה לשינויים.

הרחבה הכרחית של מבוא לנושא המשפט והשיפוט – קישור

שיעור מרצה 1 – 05/03/2019

משפחה בין החברה והמשפט

שני צירים של קורס דיני משפחה בישראל

יש ציר של חברה ומשפט וציר של דת ומדינה:

- **הציר של חברה ומשפט** מורכב ודן במשפחה כמוסד חברתי, מהות המשפחה – פרטי/ציבורי, גבולות האוטונומיה, מי המוסד הראוי לעצב/לתבנת את המשפחה, שאלות של שוויון מגדרי, המקום אליו מתנקזת מלחמת המינים.
- **הציר של דת ומדינה** מורכב ודן בביטוי הבור ביותר של היעדר הפרדת הדת מהמדינה, לב הסכסוך, המקום אליו מתנקז עימות יהדות הדמוקרטית ומשפט ופוליטיקה. בתי הדין הרבניים מול בג"צ – נראה בצורה החזקה ביותר את העובדה שהזרוע השיפוטית – בין אם אלו ערכאות דתיות/אזרחיות – הן "שחקניות" פוליטיות לכל דבר ועניין. אי אפשר לטעון שדיני המשפחה נטולי אינטרסים ומתנהלים בצורה ברורה רק ע"פ החוק, אלא – לשחקנים יש השפעה רבה. אילו היינו דנים בדיני משפחה במדינות המערב, אשר הדת אינה כלי בלתי נפרד מחוקי וכללי המדינה לא היינו דנים כלל בציר של דת ומדינה בכל הנוגע לדיני משפחה, אך בישראל וכן במדינות נוספות בהן הדת היא מרכיב מרכזי בדיון המדינה והתנהלותה אין מנוס מדיון בכך.

תחת הכותרת של משפחה בין החברה והמשפט נדבר על המשפחה כמוסד שנתקשה אולי להגדיר אותו – האם הוא נוצר אורגנית מתוך יחסים של התפתחות החברה האנושית או שזה משהו שהמדינה מכתיבה ומגדירה את הגבולות שלו? האם זה מוצר משפטי או דתי? איזה שאלות נכנסות תחת המושג הזה של דיני המשפחה שהוא גם דתי וגם משפטי (היבריד)? מי בודק את המרכיבים מבחינה חברתית/מבחינת ההכרה המדינית משפטית נכסים תחת ה"גג" של משפחה? אולי המדינה אוסרת את ההכרה במשפחה במקרים מסוימים? אולי המדינה אוסרת את התופעה החברתית שנוצרת באופן טבעי (למשל: נישואין חד מיניים)? האם משפחה זה מוסד פרטי או ציבורי? – התוויות הללו של פרטי או ציבורי יכולות לקבל משמעות שונה תחת נושא המשפחה. מי רשאי לעצב ולהבנות את המשפחה? ברמה הפוליטית הוויכוחים הגדולים הם בין בהמ"ש האזרחי לדתי, בין הזרוע השופטת לזרוע המחוקקת – אנחנו ניתקל בלא מעט פס"ד בהם בהמ"ש יפסוק כי כאן עובר הגבול והנושא מיועד להחלטת המחוקק (נישואים חד מיניים, אימוץ חד הורלי), ומנגד נראה פעמים לא מעטות בהן בהמ"ש ייקח לידי את ההחלטות וינקוט בגישה של אקטיביזם שיפוטי. הקורס הזה רצוף בהתנגשויות מעין אלו. התשובות לשאלות אלו לא בהכרח החלטיות וברורות, אנחנו גם לא בהכרח נגבש תשובה לשאלות אלו – מדובר בשאלות שצפות פעמים רבות כשמדברים על משפחה.

התחום של דיני המשפחה בישראל זה הביטוי הברור ביותר מבחינה פורמאלית, מבחינה של חוקים ושל זכויות וחובות, וחוקים שנוגעים לכולנו בספירה האישית והפרטית ביותר, בו יש התנגשות בין התחום האזרחי/חילוני לדתי (ניתן לראות התנגשות זו גם בעניין תחב"צ בשבת למשל) – בתחום זה יש היעדר ברור הפרדה בין דת למדינה, פה מתמקד לב הסכסוך היהודי-דמוקרטי כיוון שפה מדובר במקרה המהותי ביותר של פגיעה בזכויות אדם – באי מתן תחב"צ בשבת אין בפועל מניעה של חופש התנועה, אבל בתחום המשפחה אנחנו מדברים על זכות הנישואין המהווה אחת זכויות האדם החשובות והבסיסיות ביותר שאין להגביל אותה בעוד המדינה אכן אוסרת ומגבילה במקרים מסוימים את זכות זו מהמקום של החיבור הדתי למדיני – על כן זהו לב ליבו של הסכסוך המדיני דמוקרטי, כאמור. תפיסתה הפרטית של המרצה – מדינת ישראל אינה דמוקרטית ככל שמדובר בתחום של נישואין וגירושין, וכמובן שהמשפט והפוליטיקה נכנסים פה ברמה הכי בוטה שיש.

שמירת עקרון הדין האיש –

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

ישראל משמרת את עקרון הדין האיש. עקרון זה קובע שבתחום דיני המשפחה, השאלות, העניינים והנושאים נשלטים ע"י הדין הדתי, אבל כל עוד הם מוגדרים כענייני המעמד האיש – כלומר יש לנו קטגוריה, עליה נדבר יותר עם מתרגלת הקורס, ומה שמוגדר כענייני המעמד האיש נשלטים ע"י הדין הדתי אלא אם כן המחוקק בא וקבע חוק שמכונה טריטוריאלי (חקיקה טריטוריאלי קובעת שהחוק הקבוע חל גם בערכאות הדתיות, החוק חל על כל אחד ואחת ללא קשר למעמדו הדתי – למשל: יש סעיף מפורש בחוק יחסי שקובע שהחוק הזה חל גם בערכאות הדתיות).

שלב 1 – איפה כל התחום מעוגן?

התחום של דיני המשפחה הוא היחיד שדבר החקיקה הבסיסי שלו הוא מתקופת המנדט.

סימן 47 לדבר המלך במועצה על א"י, 1922-1947

"בכפוף להוראות חלק זה של דבר מלך זה יהא לבתי המשפט האזרחיים גם שיפוט בענייני המעמד האיש, כמוגדר בסעיף 51, של אנשים בישראל. בשיפוט זה ישתמשו בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנות שיונהגו או יוחקו להבא, ובכפוף לאלה, לפי הדין האיש הנהוג לגבי בעלי הדין".

הרישא – מעגן את מה שאנו מכנים "הסמכות השיורית" של ערכאות השיפוט האזרחיות – זוהי סמכות שיורית כיוון שהמילים הראשונות בסימן מפנות אותנו לסעיפים הבאים, ואלו הם הסעיפים שבהם הן מצוינות סמכויות השיפוט של בתי הדין הדתיים. הרישא קובעת שבסעיפים הבאים של דברי המלך יפרטו מהם הנושאים שבהם הולכים לבי"ד רבני, אך ככל שהנושא לא מופיע באותם סעיפים – הסמכות תהיה שיורית ונתונה לבהמ"ש האזרחיים – שהיום הם בהמ"ש לענייני משפחה. **הרישא מתייחסת לדיין**.

- בהמ"ש לענייני משפחה הוקמו בשנת 1955. עד אז לא היו בהמ"ש לענייני משפחה, אלא בהמ"ש מחוזי הוא שנשא בסמכות לדון בענייני משפחה.

הסיפא – קובעת שהדין שלפיו ישפטו וישפטו, הדין שיופעל בכל השאלות של ענייני המצב האישי, הוא הדין הדתי של בעלי הדין. הכוונה בחוק המצב האישי הוא החוק הדתי של בעלי הדין. **הסיפא מתייחסת לדין**.

שלב 2 – חוק שיפוט בתי הדין הרבניים נישואים וגירושין, התשי"ג

הרישא קובעת כי בהמשך הפרק נראה את חלוקת הסמכויות לביה"ד הדתיים, ואכן, עד שנת 1953 – סימן 52-53 פירטו את הסמכויות של ביה"ד הרבניים. בשנת 53 נפל דבר, ואותו סימן בהמשך הפרק ההוא של דבר מהלך בוטל, ובמקומו נחקק חוק-שהוא החוק החשוב ביותר שלנו – **חוק שיפוט בתי הדין הרבניים נישואים וגירושין, התשי"ג - 1953** (להלן: חוק השיפוט). הסעיפים החשובים ביותר בחוק הזה הם 3 הסעיפים הראשונים:

ס' 1- שיפוט בענייני נישואים וגירושין

מתייחס לדיין. סעיף זה קובע את עקרון הנורמה הבסיסית של דיני המשפחה של יהודים בישראל – לפיו לבי"ד רבניים יש סמכות שיפוטית ייחודית בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל – אזרחי המדינה או תושביה.

ס' 2- עריכת נישואין וגירושין

מתייחס לדין. הסעיף קובע כי על הנישואים והגירושין של יהודים בישראל חל לא סתם הדין הדתי – אלא דין תורה. מהו דין תורה? יש הרבה דעות ופרשנות למענה על שאלה זו. מי מגדיר דין תורה? לפי ההתפתחויות בשנים האחרונות, ביה"ד בישראל אינם מכירים בגירוס שנערכו ע"י רבנים אורתודוקסים בארה"ב. בג"צ **בפסה"ד היהדות המתקדמת** [מקרה בו רבנים רפורמיים ביקשו את ההכרה כרושמי נישואין, כבעלי סמכות מטעם המדינה להשיא ולרשום נישואי זוגות מהקהילה, **השופט אלון** (כשופט דתי: נראה לאורך הקורס כי כל אימת שמתעוררת שאלה בין דת-ומדינה תמיד יהיה בהרכב מי שבאותה עת ישב על "הכיסא הדתי". לפני אלון היו שופטים דתיים נוספים: **השופט זילברג** היה זה שעיצב את "כללי המשחק" היה בשנים המכוננות, היוצרות של דני המשפחה בא"י, ואחריו הגיעו אלון, **טל, טירקל** לעיתים, **אנגלרד, רובינשטיין** וכו']. פסה"ד קבע כי דין תורה הוא המשפט העברי כפי שמובן, מפורש ומיושם בזרם הרבני האורתודוקסי בא"י – ולכן בתי הדין הרבניים הם המוסמכים.

ס' 3- שיפוט אגב גירושין

הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על פ האישה ואם ע"י האיש, יהא לביה"ד רבני שיפוט **ייחודי** כל עניין **הכרוך** בתביעת גירושין, לרבות מזונות האישה. לרבות מזונות לאישה ולילדי הזוג.

האם תחום דיני המשפחה הוא בגדר דין כתוב?

הטענה היא שזה דין לא כתוב, הוא לא כתוב בשום מקום. אין שום שיטת משפט אחרת בעולם הדמוקרטי שמפנה תחום שלם של דינים למשהו שהוא לא כתוב, לא מוגדר ולא ברור. הוא נתון לדינמיות ושינויים כל העת ואי אפשר לדעת מהו באמת הדין. **בדין כתוב הכוונה לספק החוקים**, אילו נשארנו רק ברמה של שולחן ערוך אבן העזר – היינו יכולים לומר שדיני המשפחה הם דין כתוב, משפט עברי. אולם לא נשארנו רק בגדרות הללו, ולכן זה לא דין כתוב – מתחילים מהלכות השולחן הערוך אבל לא מסיימים שם, כל המהלך המתמשך מוציא אותנו מגדרי "דין כתוב" – ומכניס את דיני המשפחה בגדרי oral law (דין בע"פ). אין שום שיטת משפט אחרת שמפנה תחום שלם של דינים למשהו שלא כתוב. הדין הכתוב זה ספרי חוקים, אבל זה לא המשפט העברי.

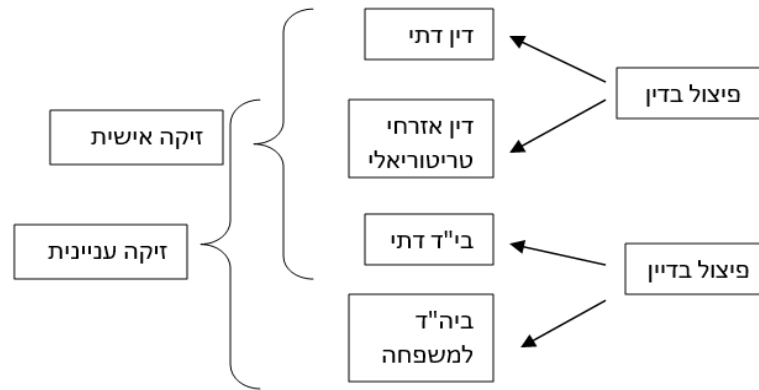
עתירות רבות מתחילות להתקבל בייחוד לאור **חוו"י: כוה"ח**, אבל התשובה הניצחת מנגדת היא שמירת הדינים – כל עוד המפה הפוליטית לא תשתנה לא נצליח להביא לשינוי. דיני המשפחה זה התחום בו אנו מבחינים בהכי הרבה חוסר וודאות, וזה אמור להיות בדיוק ההפך – מדובר בדינים שבהם אנו עוסקים בסוגיות שרווחות בחיי היום יום ומשפיעות בצורה קיצונית על חיי האדם.

איך נקבע המעמד הדתי וההשתייכות הדתית?

מעמד האישי נקבע מלידה, לפי "הכללים הפנימיים של הדת האוחזת" – כלומר הדת שאומרת שהיא אוחזת בנולד/באדם, ולכן גם מי שמצהיר על עצמו כ"אתאיסט" כנעני – זה לא מתקבל, היהדות לא מכירה בהשתחררות ממנה, ולכן גם אם מישהו מנסה להצהיר כי אינו דתי – טענתו לא מתקבלת והוא נידון לפי הכללים של הדין הדתי לפיו נולד.

שיעור מרצה 2 – 06/03/2019

עקרון הדין האישי והפיצול הכפול בדין ובדיין



אנו רואים כי ברמה הטכנית, פרקטית יש לנו כאן תחום שהמאפיין המרכזי והמשמעותי שלו הוא **הפיצול**. אם אנו אף נפתור אירועון במבחן, בו זוג קיימו טקס של נישואין וחיו יחד – הנישואין נשאו בתוכם עליות ומורדות, ואף אלימות. כעת יש סכסוך בין בני הזוג – האשה רוצה לגור בא"י והוא רוצה לעבור לאנגליה. היא טוענת כי הבעל בזז את הכסף – מה יפסק בתביעות? אילו היינו רואים את האירועון בחו"ל, היינו יכולים לדעת מיד את התשובה אבל כאן – אם זה בארץ, אנו צריכים לדעת מי מגיש, איזו תביעה ולכן, ומהי ההשתייכות הדתית שלהם? **המאפיין העיקרי בהתרחשות בדיני המשפחה בא"י הוא הפיצול – והתשובה הראשונה לשאלות אלו היא כי הדין לפיו נפעל אינו חד משמעי באופן מיד, המצב תלוי בהשתייכות הדתית ולכן מגישים את התביעות ולמי יש סמכות.**

אנו רואים את הפיצול בדין וגם הפיצול בדיין שפוסק. ובהתאם לכך אנו רואים את החוליות שיכונו אותנו לנק' בהיבט של הדין ולמקומות בהיבט של הדיין. לא רק שהפיצול הוא בין דין דתי לאזרחי (בהמ"ש לענייני משפחה), אלא גם בתוך בתי הדין הדתיים יש פיצולים שתלויים בהשתייכות הדתיות של כל אינדיבידואל. כדי שנדע "לשבץ" את המקרים – אנו צריכים לדעת את התשובות.

הזיקה האישית – מורכבת הן מהשתייכות דתית והן מהשאלה של אזרחות, תושבות, על זה אמנם לא נדבר אבל צריך לדעת שיש נפקויות לשאלה אם לא מדובר באזרחים תושבים. בנוסף לצורך **סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים** – אנו נדון בהימצאות הפיזית של המילה "בישראל" – היו פסה"ד רבים ונדון בכך בהמשך.

בעניין הזיקה העניינית – תחתיה מצויות השאלות של סיווג העניין – האם מדובר בענייני המעמד האישי או שמא מדובר בענייני נישואין וגירושין שנכללים בתוך המעמד האישי.

יש לזכור את עניין הסמכות השיורית מכוח ס' 47 לדבר המלך – אבל עד שנת 67' הם לא היו יכולים להתגרש בא"י, וזה מכיוון שלא היה דין לפיו יפסקו בעניין התרת נישואין של זוגות חסרי דת למשל, אבל אז נחקק חוק שעוסק בכך – מקנה את הסמכות לביהמ"ש לענייני משפחה. אבל עולה השאלה – האם הם יכולים להתחתן בא"י כחסרי דת? עד שנת 2010, התשובה הייתה לא באופן חד משמעי – צורת הנישואין היחידה שהיה ניתן להינשא בה הייתה נישואין דתיים, בשנת 2010 נחקק **חוק ברית הזוגיות לחסרי דת** (נדון בזה בחטיבה של דרכים חלופיות) – החוק הזה הציג לראשונה סוג של נישואין דתיים בישראל. **אך רק אם 2 בני הזוג הם חסרי דת, הם יוכלו ללכת במסלול זה**, הדבר גורם לכך שמסלול זה נותן מענה מאוד מצומצם, ומעט מאוד זוגות יכולים ללכת במסלול זה.

שאלת הנישואין האזרחיים היא שאלה מאוד טעונה בעידן הנוכחי, אך אין מדובר בשאלה חדשה שצפה אף בנושא שנדון זה זמן רב. המצב שדיני המשפחה מתנהלים בא"י **לפי עיקרון הדין האישי (סימן 47 לדבר המלך)** – כל אדם וכל אישה נדונים לפי השתייכותם הדתית) זה מצב פוסט קולוניאלי. כל מדינות המזרח התיכון, צפון אפריקה, אפריקה התיכונה, דרום מזרח אסיה וכו' מאופיינות בכך שהיו נתונות לשליטה קולוניאלית, חלקן אפילו עד המאה ה-20, ועיקרון הדין האישי שלט במדינות אלו. בישראל, על אף שלא הייתה קולוניה בריטית, אחז בעבר שלטון המנדט אשר נהג באותם עקרונות שאפיינו את השליטה הקולוניאלית, והרי המנדט הופקד בידי המעצמה הקולוניאלית הבריטית, על כן בדומה למדינות אלו, **גם בישראל הדין היה הדין המנדטורי שהותיר שאריות מוחשיות שמלוות אותנו גם כיום – השליטה של הדין האישי.**

כשמדברים היום על השליטה של הדין האישי במדינות אלו, הן מתייבבות בפני **סידו** (ועדה באו"ם לענייני זכויות אדם) אשר אומרת להן כי עליהן לבטל את עקרון הדין האישי או לאפשר לאנשים בחירה ואלטרנטיבה של נישואין אזרחיים, וכי **עליהן לדאוג שהדין האישי יחדל מלהיות דין מפלה**. הכרעה זו מתיישבת עם אחת מהנחות היסוד שלנו, לפני נתון יסודי הוא שכיום מה שמאפיין את כל הדינים הדתיים הוא **היותם פטריארכליים – כולם מפלים לרעה נשים וכולם נותנים את השליטה והכוח בידי הגברים. סידו**, וכן גם יתר ועדות זכויות האדם, אומרות למעשה למדינות אלו כי צריך לשים לכך סוף.

המדינות בתגובה, טוענות כי אמנם זה רעיון יפה להביא לסוף הפטריארכיה הדתית, אך מדובר בחלק מהזהות והתפיסה העצמית של מדינות אלו כיום, הן רגילות לנומרות אלו לפיהן חיים בשטחן, וכך הן רוצות להמשיך. המדינות מוסיפות וטוענות עמוד 71

כי אמנם שלטונו של עקרון הדין האישי נבע מכך שהשלטון הקולוניאלי הכריח אותן לנהוג כך בעבר, אך כעת ה"מעבר" לא יכולים לכפות עליהן נורמות אחרות. **בשיח של הרב-תרבותיות, או רלטיביות-תרבותית, יש לכאורה הצדקה לשימור העיקרון הזה של הדין האישי על אף היותו מפלה ופוגעני** – לכן מבחינת מדינות אלו יכולה להיות הצדקה למצב זה.

חשוב להבין כי כאשר המעצמות הקולוניאליות והמנדט הבריטי בא וביקש כי "הנתינים" יתנהלו לפי הדינים שלהם, והם לא יהיו כפופים לדינים שלנו – הם לא עשו את זה מתוך הרצון לשמר את התרבות היקרה של אותם ילידים, אלא הם עשו את זה מתוך תפיסה של התנשאות- אותם ילידים, נתינים לא ראויים להיות תחת אותם נתינים וחוקים שלנו.

נדגיש, כי למעשה, גם המנדט הבריטי בא"י לא המציא דבר – מי שהמציא את המערך של הדין האישי הוא האימפריה העות'מאנית. במשך 400 שנה, הם שלטו בא"י – הם אלו שהציגו את מה שכונה בזמנו **"שיטת המילט"** – אומה. הטורקים בעצם אמרו כי הדין ששולט, בכל מה שקשור ביחסי משפחה ועניינים דתיים אחרים (ביניהם נכלל ונתפש גם תחום דיני המשפחה): כולל רכוש, הקדשים דתיים, כל מה שמגדיר תפקידים את אנשי וכהני דת – זה הדין המוסלמי, אבל, אם יש בשליטה של האימפריה העות'מאנית קבוצות דתיות אחרות בעלות דינים דתיים שלהן – שיטת המילט קבעה סוג של אוטונומיה דתית לאותן קבוצות דתיות. אנו רואים כי מהבחינה הזו מדובר באימפריה פלורליסטית שאפשרה לקבוצות בתוכה להתנהל לפי הדינים הדתיים שלהן – זה בעצם היווה את הבסיס למה שהמנדט הבריטי שימר לאחר מכן. אבל מה שהשתנה הוא שאם באימפריה העות'מאנית הערכאה השיפוטית הייתה ביה"ד השרעי, הבריטים החליפו את ביהמ"ש האזרחי להיות הערכאה השיפוטית.

מורשת פוסט קולוניאלית – (נשמרה במזרח התיכון וצפון אפריקה וחלק ממדינות אפריקה, דרום מזרח אסיה (הודו), פקיסטן וכו'):

1. **צומת משולש**: דת, פוליטיקה ומגדר.
2. **מדוע נשמר ההסדר העות'מאני?** האם היו ניסיונות לקרוא תיגר? האם היו ניסיונות לאתגר את ההסדר?
התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בא"י (1919) המטרה החשובה ביותר – זכויות הנשים אמנם התקבלו רק ב-1926 אבל זה התחיל עוד לפני. הייתה אפילו הצעה לקיים משאל עם בנוגע לשאלה האם יש לתת זכות בחירה לנשים – זאת ע"י קלפיות כשרות בהן קולו של כל גבר נספר פעמיים (קולו שלו וקול אישתו). אנו רואים את הנחות הייסוד, כי ברור שאשתו של הגבר בעצם נטמעת בתוכו וזה מגלם את הפטריארכיה בצורה הטובה ביותר, אבל הצעה זאת ממילא לא התקבלה. גם בסרט "גט" אנו רואים כי יש אישה אחת באולם ובעולם של גברים. אותן נשים עבריות קמו לפני שנים רבות ורצו להילחם בכך. **אבל המצב הזה לא באמת השתנה, אותן בעיות מופיעות גם היום והניסיונות לשינוי המצב ולאתגר, נכשלו.**

בתאריך 15.5.48 נחקק דבר החקיקה החשוב, הראשון, בו היה צורך בהקמת המדינה: **פקודת סדרי שלטון ומשפט** – **בפקודה זו נקבעה למעשה שמירת דינים, לפיה "מה שהיה הוא שיהיה לאחר הקמת המדינה"** – כלומר, שגם הסדר הדין האישי בתחום דיני המשפחה נשמר לאחר הקמת המדינה, כחלק מדיני המדינה.

בראשית שנות ה-50 נחקק **חוק שיפוט בתי הדין הרבניים**. איך חוק זה הגיע לעולם? איך למעשה קרה שהחוק הזה, לא רק קיבע בחקיקה ישראלית אזרחית את ההסדר שהיה קבוע בדבר המלך המנדטורי, אלא אף הרחיב את סמכויות בתי הדין הרבניים? **בייחוד בסוגיית הכריכה**. למעשה, הכריכה מביאה לכך ששורה שלמה של עניינים שקודם לכן לא היו בסמכות ייחודית של ביה"ד הרבניים – כעת יכולים להיות בסמכות ייחודית שלהם. **מדובר בהרחבה היסטורית של סמכות בתי הדין הרבניים.**

איך דבר זה קרה? דוד בן גוריון, באותה תקופה, מנסה מצד אחד ללכת "לקראת" הדתיים – הוא מנהל איתם מו"מ וכעבור מס' שנים הוא מודיע כי השיג התחייבות מאלו כי סמכותם נשמרת, אך לא מורחבת וכי הם מתחייבים להפעיל את סמכותם לפי אמות מידה של הגינות, צדק ושוויון. אך, זמן קצר לאחר מכן מתברר כי הם לא באמת קיימו את התחייבותם.

הדעה המקובלת היא ש**חוק שיפוט בתי הדין הרבניים** מתחיל את סוגיית הניצול הדתי – כלומר, ניצול העובדה שללא המפלגה הדתית-לאומית (מפד"ל) לא תהיה ממשלה וכו'. אך מספר היסטוריונים (**פנינה להב**, **צביקה טריגר** וכו'), בדקו איך באמת התקבל החוק והאם היה הכרחי לתת את החוק כסוג של מחיר/תמורה לשם המשך תמיכת הדתיים בבן גוריון – הם הגיעו למסקנה שלא היו חייבים "להיכנע" לדתיים. **מי שבפועל העבירו את החוק היו ח"כ הגברים של מפא"י (מפלגת פועלי א"י) שלהם היה אינטרס מאוד ברור**. אמנם מדובר בפרשנות רדיקאלית של החוק, אבל לחלוטין לא היה מדובר בכפייה דתית אלא בהסכמה מרצון. עולה השאלה האם הרצון הזה היה בכדי להשיג מהלך של ניצחון ויתרון של הגברים על פני נשותיהם, יתרון שימקם אותם בעמדה גבוהה? או שמא מדובר ברצון אחר? **אבל לחלוטין לא ניתן להגיד כי מדובר בכפייה דתית.**

מדוע המצב נשמר מאז?

ברגע שהמדינה "מתפרקת" מהאחריות ומהסמכות שלה לקבוע בחוק מפורש מערך שלם של דיני משפחה, נישואין וגירושין והיא בעצם מאצילה אותה למע' דינים דתיות, אותן מערכות דתיות – מעבר לכך שהן פטריארכליות ומפלגות נשים לרעה, היא למעשה **שומרת על גבולות הלאום**. מנקודת המבט היהודית מערכות הדינים הדתיות מונעות התבוללות – מונעות נישואין בין-דתיים, מונעות את המעבר מקבוצה לאומית אחת לקבוצה לאומית אחרת. קבוצות הלאומים האחרים בישראל הן קבוצות עוינות, שלכולן, לא רק ליהודים יש אינטרס בשמירה על הגבולות. מי שקובע את הגדרות ושומר על הגבול הוא הדין הדתי.

שני האופנים שמבחינת פרקטיקה מצטרפים לדת היהודית: גיור, ונישואין. המדינה בעצם אומרת כי בצורה גלויה היא אינה יכולה לממש את הרצון להפרדה דתית – אלא עליה להשאיר את המצב "כמו שהיה קודם" ומי שיהיה אחראי על זה אלה אותם נציגי הדתות. **זה בעצם היה האינטרס.**

ציר החברה והמשפט

מבוא לציר החברה והמשפט

התייחסויות מעמיקות לחיבור בין דיני המשפחה לשאלה הבסיסית של יחסי המגדר, זכויות נשים ומעמד האישה והביקורת הפמיניסטית – אנו רואים כי כל הזמן אנו במתח בין משפט-משפחה ומגדר.

המשפחה כערש הפטריארכיה

פטריארכיה = צורת ארגון חברתי שבה הגבר המבוגר ביותר הוא ראש המשפחה, והשושלת, הקרבה המשפחתית, וההורשה מתבצעים על הקו הזכרי, וכן, כל חברה המבוססת על שיטה זו.

כל הקישורים ששייכים לעולם הנשי בעצם נמצאים מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית – זו אחת הנק' המשמעותיות שכיום אנו מתייחסים להפרדה בין הפרטי לציבורי בכפוף למוסד הפטריארכיה.

אסתר פרידמן מדברת על כך **שהפמיניזם** הוא השוויון בערך של כל פרט ופרט. אנו מדברים על השוויון בערך, ולא בכך שנשים שוות לגברים – כי ברגע שממשיגים את זה כך אנו מקבלים את אמת המידה הגברית כמודל, שהוא המוחלט. ואנו לא רוצים את זה. שוויון בערך – יש בעצם הנחה כי יכולים להיות כל מיני זהויות ואפיונים, יכולות, תכונות ומגבלות – אבל לכולן יש להעניק את אותו הערך והמקום. כאן כמובן **שברמה המשפטית נגזרת המסקנה שהזכויות והמעמד חייבים להיות שווים**. התרגום המעשי הוא שצריך להיות גם מוענק כוח שווה (כוח) = אנו מגלמים הרבה מאוד מושגים אחרים, לא בהכרח כוח פיזי, אלא כוח של החלטות, בחירות וכו'. הפמיניזם משמעותו מחויבות לשאוף לכך שלכל פרט ופרט יהיה אותו מערך בדיוק של כל מה שפורט לעיל.

פמיניזם גם אומר כי נק' המוצא בהתבוננות במציאות שבה אנו מצויים, מראה שלאורך כל התקופות והדורות כל החברות והמדינות – גברים מוערכים יותר מנשים, הם בעלי פריבילגיות יותר מנשים, ופמיניזם מנתח את כל המציאות והמוסדות שבתוכה (כלכליים, תעסוקתיים, דתיים ומשפטיים) מנק' **מבט ביקורתי ושאיפה לשינוי ולתקן את המצב**. והכרה נוספת שגם היא חלק אינטגרלי ממחויבות פמיניסטית – ההשתייכות המגדרית, הבדלי המין – הם לא היסודות היחידים ליצירת היררכיות ופריבילגיות. יש שפע של פרמטרים ואפיונים אחרים, והאתגרים הקשים ביותר הם **ההצטלבות שנוצרות בין הפרמטרים הללו**. ועל מנת לעבור את כל המהלכים הללו נדרשת עשייה עצומה שממש לא כולה בידי המדינה. כך שפמיניזם הוא בוודאי לקבוצות חברתיות שמניעות שינויים.

כל שיטת ארגון שבה הכוח והשליטה נמצאים בידי גברים, המחליטים איזה חלק נשים ייטלו, כאשר הכישורים המיוחדים לנשים מצויים כולם מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית.

מאין הכל התחיל?

לפני שההפרדה הזו התחילה – **מבחינה פרה היסטורית**: יש לנו עדויות גיאולוגיות, עדויות של ממצאים פרה היסטוריים שגורמים לנו להבין כי ההתארגנות האנושית של האדם הקדמון הפרה היסטורי, ההומו ננדי, הייתה סביב הנשים. אישה מבוגרת הובילה את הקבוצה החברתית שנעה ונדה. הם היו מאורגנים סביב אישה וילדה, ואם היו גברים – אלו היו האחים של אותה אישה. לא היה בעל בתקופה זו, ולא היה גבר בוגר שהוא המקביל של האישה. האימא מביאה את הילדים, הילדים הם שלה, והיא במרכז – לא ידעו שיש דבר כזה זרע, לא ידעו שיש מקום לגבר בתהליך הולדת הילדים. על פניו זה נשמע תמונה, אבל זה הגיוני – מניין להם לדעת? הם לא קישרו בין יחסי מין לבין התעברות האישה. "משהו" קורה לה, ואז היא מביאה חיים לעולם. מכאן ניתן להבין את תפיסתן של הדתות הפרה היסטוריות, לפיהן גופה של האישה ההרה מואדר, לכן היא במרכז – היא האלוהות.

התיארוך של גילוי הזרע מקביל לתיארוך של המהפכה החקלאית הראשונה (ההתחלה של האפשרות לעבד את האדמה ולאגור את התבואה) אז התרחש הגילוי שבעצם **בלי הזרע, בלי הגבר – אישה לא יכולה להביא ילדים לעולם**.

שלב זה, לא רק שמתרחש הגילוי הזה, אלא מתרחש אף מהפך, הבינו שחייב לוודא מי האב, אבל האישה היא כמו אדמה – היא רק כלי, לא ידעו שיש לה חלק בהולדה – לא הכירו את הביצית. כמו שעל האדמה אתה צריך לשלוט – כך גם על האישה. המהפך הזה מביא לכך שמקום האישה הופך להיות בתחתית, הגבר הופך להיות המואדר, בעל הסמכות והכוח. וע"מ לוודא באמת את הקשר של הילדים, מכאן מתחילים לקבל את כל חוקי הנישואין שניתן לראות אותם בצורה גלויה, בוטה וברורה במשפט העברי – הכל נועד ע"מ להבטיח את הוודאות המלאה של האבהות. **דוגמא:**

- **ממזר**: ילד שנולד לאישה מאיש שאינו בעלה (ב.ע.ל = בועל, בעילה, בעלות) – הילד נושא אות קין לאורך כל חייו.
- **גילוי עריות**: איסור עריות הוא איסור בעילת אשת איש. **הכל נועד כדי להבטיח את הוודאות השליטה של הגבר.**

המהפכה התעשייתית- ערש הולדתה של המשפחה המודרנית:

במהפכה התעשייתית נולדו השורשים לדמות המשפחה כפי שאנחנו מכירים אותה כיום. עד לפני המהפכה התעשייתית, המשפחה המודרנית לא הייתה קיימת, ולכן כינוי המשפחה המודרנית כ"משפחה מסורתית" זה סתם מיתוס, כיוון שהיא לא הייתה קיימת באמת לפני המהפכה. עד המהפכה היה סוג של **"משק אוטרקי"** שבראשו עומדים איש ואישה וילדיהם, וכל מי שמתלווה לאותו משק אוטרקי (שמקיים את עצמו ומספק את הצרכים שלו) – כל הנספחים שהם לאו דווקא בני משפחה (השוליות),

העוזרים, המשרתים וכו'), כולם חיים באותה יחידת המשפחה בעולם המערבי, לפני פרוץ המהפכה. במשך הזה התפקידים של האיש ושל האישה הם זהים, אין חלוקת תפקידים מגדרית, כולם עושים את הכל. ובנוסף לכך, אין ילדות, הם הופכים להיות מהר מאוד יצרנים ביחידה האוטארקית.

מהמהפכה: כל הפונקציות שאותן יחידות שתוארו קודם קיימו בתוכן "יוצאות החוצה", מתחילים להתפתח מוסדות חינוך, התמקצעות של תחום הרפואה. המוקדים של הייצור הופכים להיות ייצור תעשייתי ומישהו צריך לעבוד שם – הגבר. הוא יוצא מהבית, ומתרחשים מהלכים מקבילים – העולם הופך להיות קר, מנוכר, אינטרסנטי – וככל שהעולם הופך להיות בעל מאפיינים קשים, הבית הופך להיות מחוז חפץ, מעין מפלט. נוצר מצב של **פולריזציה – של החוץ, הציבורי לעומת הפרטי:** ככל שאחד הפך להיות קיצוני, האחד הופך לממוסד ונחוץ יותר. **הפולריזציה היא שמשותת כיום את הפטריארכיה – שמשקפת מצב של הפרדה ברורה בין הפנים לבין החוץ הציבורי.** המדינה יכולה לשלוט על מה שקורה "בחוץ" וזה מאפשר לכל הגברים לקחת חלק בשלטון ולא רק למלך ולעריצים, "האמנה" הזאת בעצם מוציאה מגדר הפוליטיקה את כל מה שקורה בספירה הפרטית – שם נותרת ההיררכיה של גברים בראש לעומת נשים בתחתית.

במקביל, האישה שנותרת בבית איבדה משהו משמעותי – אם מקודם היא הייתה גם פרודוקטיבית, היא כבר לא כזו, היא רי-פרודוקטיבית, כל האיכויות שהיו לה עברו לאותם מרכזים תעשייתיים מחוץ למשקים האוטונומיים.

יחד עם ההאדרה של הבית ונשים בעלות יכולות של חום, נתינה ואלטרואיזם (הקרבה למען אחרים) – האישה איבדה את המעמד היצירני שלה, ולשם אנו בעצם מתעדים וממקמים את הולדתה של המשפחה המסורתית כפי שאנו מכירים אותה כיום.

שיעור מרצה 3 – 12/03/2019

בשבועות הקרובים נעמיק יותר בהיבטים של הדת והמדינה. נמשיך בנושא המשפחה כגורם בו אנו מתבוננים מתפיסות של משפט וחברה, המשפט כמשפיע, מושפע, מכונן ומגב. נמשיך עם ציר החברה והמשפחה, כיצד המשפחה תופסת מקום מרכזי בעולם הזה – המשפט כערש הפטריארכיה.

פרטי אל מול ציבורי

בשיעור הקודם דיברנו על מושג הפטריארכיה. לצד מושג הפטריארכיה חשוב להציג את אותן קטגוריות של הפרטי-ציבורי. מדובר בקטגוריות משמעותיות שמסייעות לנו להתבונן על מערכות מדיניות וחברתיות. עם זאת, מדובר גם בקטגוריות נזילות, למשל בנושא של שוק העבודה – אנו יכולים להצדיק התייחסות אל שוק העבודה כחוסה תחת המינוח הפרטי, ובד בבד אנו יכולים להסתכל עליו כגוף ציבורי. בחשיבה על העולם העסקי של חברות עסקיות – אנו יכולים להגיע הן ממקום ציבורי (חברות ממשלתיות, המגזר הציבורי וכו') והן ממקום פרטי (חברות שנסחרות בבורסה, או חברות פרטיות). מול המשפחה, לכל העולם של חברות, כלכלה, משפחה נשים את הכותרת של ציבורי. הקטגוריות האלה הן לא מוחלטות.

בתחילת התפתחותה של הכלכלה המודרנית, באה תפיסתו של **אדם סמית**, אשר הבנה את העולם הכלכלי כמתנהל ע"ב חוזים והסכמות, ומסקנתו הייתה שהעולם העסקי מושתת על מע' חוזים פרטיות בין הפרטים לבין עצמם.

אך בעולם המודרני, ההתייחסות לעולם המשפחה הפכה להתייחסות בעלת תפיסת ציבורית – כל העולם העסקי הוא עולם ציבורי עם חלוקה נוקשה בין המשפחה הפרטית לבין כל מה שבחוץ. החלוקה הקטגורית והחשיבות שלה היא **שכל מה שנמצא בספירה הפרטית – בעצם לא אמור להיות נתון להתערבות של המדינה והחברה "החיצונית"**, של המוחק והנורמות החברתיות. **המשפחה היא מעין "מרחב מוגן" מפני התערבות חיצונית.** כל מה שקורה במשפחה לא צריך לעניין את המדינה, הוא פרטי- להבדיל מציבורי, והוא אישי- להבדיל מפוליטי (לא פוליטיקה במובן הצר, לא פוליטיקה פורמאלית מאורגנת של מפלגות ומדינה, אלא כל מה שמניע ומנהל את ההתנהלות החברתית, כל מה שמתבצע ברמות הכוללות של החברה ומונע באמצעות כוח חברתי).

ההפרדה הדיכוטומית בין המשפחה לבין מה "שבחוץ" הוקבלה גם לאישי לעומת הפוליטי – המשמעות הייתה שמה שמתנהל בתוך המשפחה "פנימה" הוא למעשה חסר משמעות ועניין ליחסים הפוליטיים, כלל מה שמניע את הכוחות החברתיים החיצוניים.

כיצד כל זה קשור לפטריארכיה?

כל המדינות שהתפתחו לתוך מדינות דמוקרטיות הן תוצר של תקופת הנאורות ועליית הליברליזם, כאשר ההוגים הפוליטיים של אותה תקופה מכוננת של עידן הנאורות היו אלה שדחו את הסמכות האבסולוטית של האל. עד לאותה עת, הסמכות להנהגה ולשליטה בכוח החברתי והפוליטי נתפסה כמשהו שמואצל ע"י האל אל כל מיני שליטים (אל האפיפיור, המלך, הקיסר, הצאר וכו') שבתפיסה דאז, טרום הליברליזם וטרום הנאורות, קיבלו את הכוח מכוח הסמכות האלוהית. מבשרי הנאורות והליברליזם (**הובס** ואחרים) דחו את אותם מקורות הסמכות האבסולוטית האלוהיים, וטענו כי החברה מתארגנת על בסיס אמנה חברתית – הסכמה בלתי כתובה בין הפרטים לבין מי שהם מעניקים להם את הסמכות מרצון, כך, במצב זה, הם "מוותרים" על הכוח הפרטי שלהם ומעניקים אותו למי שנמצא בראש החברה, זאת מכוח אותה הסכמה על בסיס אותה אמנה חברתית. כל זה שייך לאותה ספירה פוליטית-ציבורית שהלכה והתגבשה על בסיס רעיון של חוזה חברתי – כל זה שייך פן "החוץ" של ענייני המשפחה.

רק במבט ביקורתי, שנדרשו אליו הוגות פמיניסטיות, הבינו בדיעבד כי באותה הסכמה לא היה מקום לנשים – על כן, הוגות אלו (**קרול פייטמן**) הוסיפו נדבך נוסף – מעבר לסיפור המכונן של האמנה החברתית, ובמקביל לאותה אמנה חברתית מכוננת המשויכת לגברים, יש חלק מושתק שבמסגרתו ובמקביל אליו נוצרה סוג של אמנה אחרת – **"החוזה המיני" בין הגברים לבין עצמם** על חשבון הנשים, ובמובן מסוים גם **בין הנשים לבין הגברים**, תמורת השירותים המיניים (שירותי ההולדה) של הנשים – כך הן יקבלו הגנה, מחסה ומענה לצרכים החומריים שלהן, אך הן לא לוקחות חלק באותה ספירה ציבורית חיצונית (שם נמצאים רק הגברים). בנוסף, כחלק מאותה אמנה חברתית של הגברים בינם לבין עצמם, כל אחד ואחד מהם זוכה בכוח פרטי משלו בבית שלו, קרי – בעצם ביחס לאישה שלו. הכוח הפרטי הזה מוגן מפני התערבות המדינה.

על פניו זה מתואר בצורה סכמתית, אבל עדין אנו רואים את החוט המקשר בין התהליך הפנימי הזה – שלא נעשה באופן גלוי (בכל הנוגע להיווצרות הסדרים חברתיים אלה) – לבין קטגוריות הפרטי והציבורי. אם נחשוב על קטגוריות אלו, ההפרדה הזו תראה לנו, לכאורה, מאוד טבעית וברורה. למעשה, ההצלחה של המנגנון הפטריארכלי היא בעצם הצלחתו בהטמעת התפיסות הללו בנו, אשר על פניו, נראות לנו ברורות ומובנות מאליהן. אנחנו נבין כי זה לא כך בפועל.

קייט מילט – "המוסד העיקרי של הפטריארכיה הוא המשפחה, המשפחה היא בעת ובעונה אחת בבואה של החברה הרחבה והקשר אליה; היא יחידה פטריארכלית, בתוך השלם הפטריארכלי".

ישנה מורכבות בקטגוריות "הפרטי והציבורי" – לא תמיד הכל ברור ונכנס בדיוק תחת אחת הקטגוריות. **לדוגמה** – **מוסד הנישואין**: מוסד זה הוא, לכאורה, עניין פרטי של המשפחה אך הדיון סביבו הוא לחלוטין ציבורי (איפה מתחתנים, עם מי "מותר", למי מותר/אסור להתחתן – כמו נישואין חד מיניים). למעשה, יש התייחסות פוליטית-חברתית לנושא שאמור להיות במגזר הפרטי-משפחתי. על כן, הקטגוריות הן לא חד משמעיות, הן תלויות מבט והקשר.

עבור ההתפתחות בשאלת נשים, זכויות נשים ומעמדן – בתקופה המכוננת של היווצרות אותה משפחה "מסורתית", בורגנית, מודרנית – ההתקבעות של ההפרדה בין הפרטי והציבורי הייתה מאוד משמעותית. ולכן, אחת הסיסמאות, העיקריות והחשובות ביותר, של התנועה הפמיניסטית בשנות ה-60 של המאה הקודמת [הגל ה-2 של הפמיניזם] הייתה **"האישי הוא פוליטי, הפרטי הוא ציבורי וההפך"**. המטרה באמירה זו הייתה להצביע על כך שגם מה שמתרחש מחוץ למשפחה בעצם משפיע בצורה מאוד ישירה על המשפחה פנימה, וההפך – כלומר, גם האופן בו בנויה המשפחה משפיע על יחסי הכוח החברתיים והמגדריים מחוץ למשפחה. למעשה, באמירה זו יש מטרה כפולה –

1. להצביע על כך שההפרדה הזו היא חסרת הצדקה.
2. ובמקביל, לקרוא לפעולה – לקרוא לכך ש"החומה" הזו בין המדינה, החברה, המשפט והחקיקה לבין המשפחה צריכה להיסדק/להתפורר. הנקודה הבעייתית מבחינת התנועה הפמיניסטית היא הנקודה שמראה שאותה חומה שחסמה את ההתערבות של המדינה במה שמתרחש במשפחה פנימה **נתנה למעשה סוג של חסינות לבעלי הכוח במשפחה שמנצלים לרעה את כוחם** (החל מכוח פיזי וכלה בכוח כלכלי ואמצעים אחרים). האידיאולוגיה הברורה הזו של ההפרדה בין הפנים לחוץ הביאה לאי התערבות שלטונית במשפחה. ההפרדה הזו נתנה להם חסינות עד לסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת.

תורת המיזוג

נושא זה עוסק במיזוג שנוצר בנישואי האישה לבעלה. לפי ה - common law, ברגע שאישה נישאת היא מאבדת מהישות המשפטית העצמאית שלה – יש לה אפילו חסינות פלילית, כי כל מה שהיא עושה נזקף הן לזכותו והן לחובתו של בעלה, כלומר שמי שאמור להיות מועמד לדין הוא בעלה. עפ"י תיאורו של **בלאקסטון** אשר הוביל לגיבוש הנורמות של ה - common law, ולפיו – האישה מתמזגת לבעל והופכת להיות תחת הכנפיים וההגנה שלו – אנו מבחינים באובדן מוחלט של עצמאותן של הנשים (ממש בדומה לקטין) – האישה משועבדת לבעל. בנוסף, על פניו, ההגנה תחת כנפי הבעל נשמע דבר מעודד, אך מצדו השני של המתרחש ישנו, כאמור, שיעבוד מוחלט לבעל – עד לרמה שלבעל יש זכות לחינוכה של האישה (עפ"י כלל האצבע). **כלל האצבע** – המקור של כלל האצבע נבע מכך שמותר היה לבעל להכות את אשתו במקל אשר העובי שלו לא עלה על עובי האצבע. על כן, חובת הציות של האישה כלפי הבעלה הייתה מעוגנת בחוק, כשלו יש האפשרות לאוכפה – הבעל למעשה היה, במלוא מובן המילה, הבעלים של האישה. כמו כן, במדינות כמו ערב הסעודית, בהן הולכים לפי "השריעה", עוגנה האפוסטרופסות בחוק – נשים לא יכולות לצאת מהמדינה ולקבל דרכון. נציין כי לא מדובר על מדינות ה - common law. כך, עד תחילת המאה ה-20 אנו יכולים לראות את מערכת הזכויות של הנשים אל מול הגברים.

דבר נוסף שעולה תחת תורת המיזוג הוא סוגיית שמות המשפחה המהווה ביטוי של אותה מורשת פטריארכלית. עם זאת, ישנם ביטויים יותר מהותיים ומשמעותיים לכך **הקשורים לחלוקת התפקידים המוגדרת במשפחה וביטוייה הכלכליים** – עפ"י נתונים, נשים מבצעות, למעשה, **עבודה ללא שכר** בבית אשר מכלה 2/3 מזמן מעבודתן היומיומית (הכוללת בין היתר: טיפול בילדים, בבני משפחה חלשים, טיפול במשק הבית וכו'), זאת לעומת 1/3 מזמן עבודתן עליו הן כן משתכרות. בפועל, נשים

עובדות פי 2 יותר זמן ללא שכר – וזה משהו שנותר בעינו, אמנם, על פניו, נושא הפטריארכיה לא קיים בעולם המשפטי (עולם יחסי הממון וכו'), אך נושא הפטריארכיה עדין קיים בסוגיות של נישואין וגירושין.

סוגיית המשפחה בדין

חשוב לציין כי במציאות המשפטית בה מדינות רבות בעולם מסכימות וחושבות כי המשפחה היא אכן המוסד המשמעותי ביותר בחיי החברה ולבריאותה של המדינה – ולכן יש להגן עליה, כולל **אף ברמה חוקתית**. חוקות כתובות אלו נחשבות יחסית מודרניות היות והן כוננו רק במאה ה-20. בישראל, אמנם אין חוקה כתובה, אך במדינות רבות ההגנה על המשפחה נמצאת בחוקה (בוליביה, רואנדה, איטליה). גם בבחירות הנוכחיות בישראל, ישנה מפלגת "זהות" שאומרת דברים אלו, אך באותו נשימה ובאותו מצע היא מבקשת שלא ירשמו את נישואין, ויבטלו את המרשם – כלומר, היא שרוצה לבטל את סטטוס נישואין (נתפס כמעין סתירה פנימית).

איפה במשפט שלנו אנו רואים את סוגיית המשפחה?

פסה"ד המכונן בו ביהמ"ש העליון התייחס לסוגיה של הזכות לחיי משפחה וטיבה, באופן מעט פרדוקסאלי, היה **בפסה"ד עדאללה** הגן בייחוד משפחות פלסטינאים, כלומר – באפשרותם של אותם אזרחים ערביים, תושבי ישראל, לייחוד עם ערבים שאינם תושבי ישראל. **בפסה"ד: ברק** מדבר על כבוד האדם, אך יש לשים לב שהוא לא מדבר על **הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה**, זאת בניגוד **לחשין**. ברק מדבר על **התא המשפחתי** – ואומר כי התא המשפחתי מבחינתו מדבר על קשרים משפחתיים במובן רחב, לא דווקא על הקשר הזוגי.

נשאלת השאלת האם המחלוקת בין השופטים היא בנוגע להיקף הזכות? אין לשאלות אלו תשובות, אבל חשוב לשים לב לכך שיש הבדלים בין דעותיהם של השופטים.

ברמה הבינלאומית

ס' 16 לאמנת סידו (נורמה בינ"ל) מעגן בחובו שוויון מגדרי לענייני משפחה.

בס' זה אנו רואים את ההתחייבויות של כל המדינות: כל אחת מתחייבת להעניק את הזכויות הללו, אך בה בעת מתחייבת זכויות אלו יהיו על בסיס של שוויון בין גברים לנשים – כלומר, אותה זכות להתקשרות בנישואין, לבחור באופן חופשי את בן הזוג, זכויות וחובות במהלך נישואין ופירוקן, זכויות וחובות בנושאי הורות (טובת הילדים), החלטה על כמות ילדים, זכות לבחירת שם משפחה, מקצוע ועיסוק.

בישראל ניתן לראות כי יש הסתייגות לכל ההתחייבויות הללו – כלומר, שבמשפט הבינלאומי יש אפשרות להצטרף לאמנות תוך הימנעות מקבלה על עצמך חלקים מהאמנות (כמובן שאי אפשר להסתייג מכל האמנה, או מהתכלית הבסיסית של האמנה). **ס' 16** על פניו נראה ס' בפני עצמו, אך על פניו ניתן גם לומר כי הוא הבסיס לאמנה. **וועדת סידו** פרסמה אמרה כי אסור להסתייג מס' 2, 16 של האמנה כיוון שזה נוגד את התכלית והמהות של האמנה כולה.

שיעור מרצה 4 – 13/03/2019

רוב הדיונים בענייני משפחה הם דיונים בדלתיים סגורות – לכן פסקי דין בדיני משפחה (הן של ביהמ"ד לענייני משפחה והן בבתי הדין הרבניים), כברירת מחדל, אינם מפורסמים. חלק קטן מההחלטות מפורסם ונגיש – אך בפילמות (הפרטים המזוהים נמחקים טרם הפרסום). הפרסום לא מתבצע בהליך רשמי, כיוון שאין הליך כזה בדין הישראלי, אלא הפרסום נעשה באתרי האינטרנט של המשפט. יש פער בין מה שמפורסם לבין מה שבאמת נגיש ולבין מה שקרה בפועל בבתי הדין – הדבר משפיע על הרושם של הציבור בפסיקות ועניינים אלו ואף ביכולת לדעת מהי גישתם של בתי המשפט בעניין מסוים. בבתי הדין הרבניים המצב אף יותר גרוע, משום שעד לפני כ-15 שנים לא פורסמו פסיקות בתי הדין הרבניים. אחד הדברים שמרכז רקמן הוביל היה פרסומם של פסיקות בתי הדין הרבניים ב"דין והדיין", בהסכמתם, לאחר זאת בתי הדין הרבניים החלו לפרסם את פסיקותיהם הנבחרות. ברגע שבתי הדין הרבניים החלו לפרסם פסיקות נבחרות הם למעשה החלו לשלוט על "מה שיוצא החוצה" – מתפרסמים יותר פס"ד בהם ידה של האישה על העליונה, יותר ממש שבפועל – ולכן, הרושם שיש על הציבור ביחס לדיני המשפחה והנטייה של בהמ"ש לעניינים אלו הוא מוטעה. בנוסף, עוה"ד לענייני משפחה אמורים להסתמך ולהתבסס, בין היתר, על פסיקותיו של בהמ"ש – אך זה מייצר לו מצו שווא, וכל מה שנחקר הוא לא לגמרי מדויק ביחס למתרחש במציאות. ב"דין והדיין" מפרסים פסיקות שבתי הרבניים אינם מפרסמים, ה"דין והדיין" למעשה משמש מעין "כלב שמירה" שמאותת לבתי הדין הרבניים לשים לב למה שהם מפרסמים היות ופסיקות שהם לא דווקא היו רוצים שיפורסמו עשויות להתפרסם.

סטטוס קוו, שמירת דינים, ובתי הדין הרבניים

בשבוע שעבר דיברנו על ההיבטים ההיסטוריים ועל הסטטוס קוו שהביאו אותנו למצב הזה הנוכחי כיום – של שליטה מלאה ומוחלטת של ערכאות השיפוט הדתיות על נושאים של נישואין וגירושין. אך, **עולה השאלה** – איך בכל זאת, מבחינה משפטית פורמלית, קורה שההסדר הזה עדיין נשמר, ולא רק מבחינה פוליטית? הרי לכאורה הוא עומד בניגוד גמור לזכויות האדם שמעוגנות כזכויות יסוד בחוקי היסוד שלנו – איך אנחנו מכשירים פגיעה זו?

בג"צ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט

האגודה לזכויות הפרט היא אחר הארגונים המרכזיים בישראל העתירה שלהם הייתה להגיע למצב שתהיה אפשרות לבני זוג בני אותו מין להינשא. **התשובה שניתנה** להם שאין זאת מסמכותו של בג"צ משום שענייני נישואין וגירושין הם בסמכותו לביהמ"ד

הרבניים. האפשרות היחידה של יהודים להינשא היא בביה"ד הרבניים בהתאם לדין תורה, וזאת בהתאם **לס' 1 לחוק השיפוט** – דין תורה לא מאפשר נישואין לבני אותו מין. החלטה זו נותרה בעינה בשל סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד. **ס' שמירת הדינים** בחוקי היסוד מקנה חסינות (נראה שהיא מלאה/גמורה/מוחלטת) לאותו הסדר חוקי שקובע את הסמכות הבלעדית על נישואין וגירושין לבתי דין רבניים **ומעניק חסינות למעשה לדין הדתי מפני שינוי וביקורת שיפוטית** בענייני נישואין וגירושין לפי דנים בתי הדין הרבניים. **רובינשטיין** אמר בפסה"ד שעל רקע ס' שמירת הדינים, ולמרות שלבג"צ ולבהמ"ש ישנה הסמכות להעניק סעד מן הצדק כשאין שום אפשרות לקבלת סעד מכל מקום אחר, מדובר בעניין למחוקק בלבד בכל הנוגע לנדון בפסה"ד. בפסה"ד ישנה הסכמה עם השופטת **ענת ברון** בעניין זה: כי לא מן הנמנע כי תגיע העת שבה לא יעמוד עוד כוחה של הוראת שמירת הדינים לבלום הליכים חוקתיים, ובפרט את בחינת התאמת דיני המעמד האישי למציאות בת ימנו ולפסיפס החברתי-דתי שממנה היא מורכבת. ברור כי **מדובר במעין אוביטר כי לא היא קבעה את ההלכה בפסה"ד הזה**, אך על אף היותה של אמירה זו אמרת אגב, היא היחידה שכשופטת אמרה זאת, וכפי שביהמ"ש העליון נראה כרגע – קשה להאמין כי יהיו שופטים שיצטרפו לדעה זו ויתנו לה מעין רוח גבית לאמירה זו, **ועם זאת יש לשים לב כי מדובר באמירה חשובה**.

לכאורה, העתירה הזו מלכתחילה הייתה חסרת סיכוי – היו כבר בעבר עתירות להנהגת נישואין אזרחיים שלא צלחו, אז על בסיס מה הסתמך עוה"ד? למה לא דחו אותו על הסף? עוה"ד אמר: נישואין בין בני אותו מין, מבחינת הדין הדתי, אינם כמו נישואין בין בני זוג בני מינים מנוגדים, וזאת משום **שנישואין בין בני זוג בני אותו מין אין זוכים להתייחסות או הכרה בדין הדתי** – להפך, ישנה התייחסות חמורה לעצם הקשר ו"המעשה הפסול". עוה"ד הסתמך על **תזת אי ההכרה (אותה הגתה רה"ק) לפיה אם הדין הדתי לא מכיר בכלל בזוגיות הזו/במשוהו מסוים, אין לו, מבחינה לוגית, סמכות לדון במשוהו שמבחינתו לא קיים. אסוציאטיבית, קו זה מתקשר לשאלת הסמכות שעלתה בפסה"ד אמיר** – עוה"ד ניסה ללכת על הקו של תזת אי ההכרה, בשונה מהקו בו הלכו העתירות הקודמות שאתגרו המצב החוקתי ודנו בפגיעה בזכויות האדם של בני הזוג הללו. במצב של נישואין בני דתות שונות הדין הדתי מייחס לכך משמעות אחרת (**בג"צ פלוני – בג"צ בני נוח**) – מצב זה מנוגד לסוגיית בני זוג בני מינים שונים המבקשים להינשא, אז לביה"ד ישנה סמכות וקשה לומר שהסמכות נשללת מעיקרה, אך כשמדובר בבני זוג בני אותו מין כן ניתן לנסות לומר זאת. **השופט רובינשטיין** אמר בפסה"ד כי ההכרעה היא עניין למחוקק. עוה"ד הסתמך על פס"ד נוסף – **פס"ד רודניצקי**, שדן בקידושים פרטיים ועשה הבחנה בין החלק האיסורי שבדין העברי לבין החלק המשפטי שמתייחס לתוצאות משפטיות ונורמטיביות של ההכרעות.

- **הערה** – בקיומו של ההסדר החיובי של נישואים דתיים בישראל, יש בהכרח הסדר שלילי של אי קיומם של נישואים אזרחיים בישראל.

מיהות ביה"ד

מיהם בה"ד הרבניים, מהי תפיסתם את הערכאות השיפוטיות האחרות שיחד איתן הם אמורים לחלוש על התחום של נישואין וגירושין?

יש לנו בעצם 2 מערכות מנוגדות וקוטביות לחלוטין זו לזו – מערכת השיפוט הדתית ומערכת השיפוט האזרחית, שבגלל ההסדרים ההיסטוריים שנשמרו לאורך השנים במדינת ישראל היום, שמגדירה עצמה מדינה דתית ויהודית, אמורים לפעול בצוותא ולהסדיר את התחום הרגיש, החשוב והאינטימי ביותר של כל אחד ואחת – על אף היותם לחלוטין מנוגדים וקוטביים זה לזה.

מערכת המשפט הדתית, מעצם טיבה וטבעה היא שמרנית, היא חותרת לשמר את המצב הקיים ונרתעת משינויים. מערכת המשפט היהודית הדתית יונקת את תוקפה מכוח הסמכות הדתית העליונה של ההתגלות החד-פעמית, וכל ההתפתחויות שהתרחשו בה תמיד מוגבלות ויכולות להתרחש לפי כללים מאוד ברורים פנימיים. כשמדובר בתפיסה של משפחה וזוגיות – מערכת המשפט העברי, הדין הדתי היהודי, רואה לנגד עיניה קודם כל את המשפחה כיחידה וזהו מוקד העניין שלה, אותו היא חותרת לקדם ולשמר – הנישואין נועדו למטרה מאוד ברורה של הבאת ילדים לעולם (פרו ורבו) **והערך העליון הוא השמירה על המשפחה**. אף מינוח ה"קידושין" (משורש ק.ד.ש) נמצא גם כדי לוודא את ההתייחסות הערכית לכך שיש קדושה בנישואין.

בהסתכלות על חוקות העולם שמדברות על כך שהמשפחה היא הגרעין היסודי של החברה ויש לה מקום קריטי בשמירה על הטוב שבחברה והסדר החברתי – ברור שזה תואם גם את התפיסה של המערכת הדתית. המערכת הדתית רואה את היחסים בתוך המשפחה גם כיחסים היררכיים שיש בהם דרגות שונות של סמכות, של כוח, של אפשרות לקבל החלטות – יש מערכת חובות וזכויות מאוד ברורה על בסיס חלוקה מגדרית שאין לסטות ממנה. מבחינת תפיסה דתית יש מקום מצומצם לשאלה של בחירה חופשית, חירות מן המערכת – הכניסה למערכת הנישואין היא כן שאלה של הסכמה ורצון לפי הדין העברי, אך גם עיקרון זה עלול להידחק הצידה בנסיבות מסוימות.

המערכת האזרחית, במאה ה-21, רואה לנגד עיניה קודם כל את הפרט, את היחיד, ומה שמניע את המערכת האזרחית במדינה ליברלית דמוקרטית זה למקסם את החופש של הפרט, את הטוב שלו. **עקרונות החירות והבחירה החופשית הם עקרונות יסוד של אמורים לסוגה**. המערכת האזרחית לא מבוססת על היררכיה, אלא על שוויון בין החברים במערכת הזוגית הזו. **למעשה, המערכת האזרחית הפוכה מהמערכת הדתית**. על כן, כל הפערים, המתחים וההתנגשויות הם בלתי נמנעים – בשום מערכת

נורמלית לא היו קובעים את 2 המסגרות המנוגדות הללו לשמש כ-2 מלכויות בכפיפה אחת בתחום הכל כך רגיש, חשוב ועקרוני של דיני המשפחה – הנישואין וגירושין.

בהמשך לדברים אלו, מבחינת הדין הדתי, עלינו להבין שהתפיסה העצמית שלו היא תפיסה שהוא **רואה בעצמו את מי שיש לו למעשה סמכות לדון על הכל** – מבחינת ביה"ד הרבני הוא למעשה הזרוע השיפוטית שהייתה אמורה לחלוש על כל התחומים ומבחינה עצמית צריכה להיות לו סמכות לכפות התדיינות אצלנו. אנו רואים באמירות של דיינים ביחס לבתי משפט אזרחיים שהם מתייחסים אליהם כמעין "ערכאות של גויים" ומוסיפים ואומרים שעל פניו אפילו עדיף ללכת לדון בבי"ד זרים, של גויים, מאשר לפנות לבתי הדין האזרחיים בארץ – מבחינת הדין הדתי, למעשה, אין מקום להתקיימותם של בתי הדין האזרחיים מלכתחילה. עם זאת, **מדובר בדעה שמשנתה בדור החדש** – דור זה של הדיינים כיום, בחלקו, לא אווזים בדעות קיצוניות אלו. ובכל זאת, **הערכאות הדתיות, כאמור, רואות בערכאות השיפוטיות האזרחיות כמנוגדות לדין הדתי, מייחסות לביהמ"ש האזרחיים דין של ערכאות של גויים שאסור להתדיין בפניהם, ולכן גם היום יהיו דיינים דתיים שיראו את מי שדן בפני ערכאות שיפוט אזרחיות ומשיגי הישגים ממוניים כעושה מעשה אסור לפי דין תורה, ובשל כך אותם הישגים יהוו למעשה גזל – משהו שהוא פסול ונורא.**

הקו שמנחה את ביה"ד הרבניים נמצא כל הזמן במתח בשל הצורך שלהם לקבל לגיטימציה מהקהל החרדי בארץ. בניגוד לאופן שבו בתי הדין הרבניים התנהלו לאורך כל ההיסטוריה של העם היהודי – בצורה של צמיחה "אורגנית מלמטה", ע"י אנשי הלכה, שמייצרים לעצמם את הקהילה שבתוכה הם חיים ונבנים על בסיס אנשים שרואים בהם כמנהיגים הלכתיים "נכונים וראויים" – כיום, הדיינים של ביה"ד בעצם ממונים ע"י המדינה. לכן, **למרות שלפעמים יכולה להיות התאמה בין המבנה האורגני לבין המינוי המדיני – אנו רואים בשנים האחרונות פער עצום בין המעמד ההלכתי התורני שעומדים בראש המערכת לבין התפקיד הפורמאלי בביה"ד.** כלומר, קבוצת ההתייחסות האמתית של אותם ביה"ד היא הקבוצה החרדית שאינה רואה בהם כבעלי מעמד הלכתי אמיתי ונכון ולא מייחסת להם לגיטימציה ולכוחם. **לכן אנו רואים דינמיקה מבחינה הלכתית שמושכת לכיוון חרדי – שפוסקת לכיוון יותר מחמיר ושמרני שמסרבת לקבל שינויים שמסרבת להקל ולקבל פתרונות – פסיקה לחומרא ולא לקולא (מסתכלים "ימינה" – לכיוון יותר שמרני ומחמיר).**

עם זאת, בפועל, הרוב המוחלט של המתדיינים הם אנשים לא דתיים – אנשים שלא היו רוצים להתדיין בפני הדין הדתי אילו הייתה ניתנת להם האפשרות. לכן אנו רואים את הפער והמתח בין קבוצת ההתייחסות של ביה"ד הדתיים לבין הקהל היעד שלהם. אנו נבחין לאורך כל הקורס בפער הזה.

פסקי דין שעוסקים בשאלת סמכות של ביה"ד הרבניים ומידת סמכותם לדון בנושאים שלא מופיעים בחשבד"ר:

בג"צ 3023/90 פלוגית, קטינה נ. ביה"ד הרבני, מה(3) 808

עובדות – מדובר בגיור אורתודוקסי של קטינה לאחר שאומצה מחו"ל. הורי הקטינה הגיעו איתה לארץ ורצו לרשום אותה במרשם האוכלוסין. פקיד המרשם מפנה אותם לביה"ד הרבני כי הוא חושב שלביה"ד הרבני יש סמכות לדון בסוגיות של השתייכות דתית גם אם זה לצורך רישום [מדובר במשרד הפנים בשנות ה-80 שהיה בשליטת ש"ס (אלמנט פוליטי שרלוונטי), לכן זה לא מפתיע שפקיד הרישום מפנה אותם לביה"ד].

בג"צ אומר כי אין לביה"ד הרבני סמכות לדון בסוגיה זו – **יש להם סמכות לדון בסוגיית גיור רק כאשר זה חלק מנישואין וגירושין** (כלומר, שיש לבד"ר סמכות בעניין רק בנוגע לשאלה האם בני הזוג רשאים להינשא זה לזה). **מדובר בפסה"ד חשוב**, גם בגלל הדיון בשאלה הרחבה – האם לביה"ד דתיים יכולות להיות סמכויות מעבר לסמכות שנתן להן החוק עצמו, אשר השאיר שאלות פתוחות שהובילו **לפרשת כץ** להלן.

בג"צ 3269/95 כץ נ' ביה"ד הרבני, ג(4) 590

רקע – מדובר על הוצאת כתבי סירוב בנושאי ממון – אנשים שמעוניינים לקבל הכרעה בענייני שיפוט בנושאי ממון אך מקבלים כתבי סירוב מצד ביה"ד. לכתב הסירוב יכולות להיות משמעויות דתיות-חברתיות רבות, הוא מאפשר:

1. תיאור עובדתי שאומר כי בסכסוך בין אברהם ליצחק אברהם רוצה ללכת לפי דין תורה, ובגלל סירובו של יצחק, לאברהם יש אפשרות ללכת לדון בערכאה אחרת, וזה לא יהווה בעיה;
2. למרות הסירוב של יצחק – אנו כביה"ד כופים על יצחק את ההתדיינות בביה"ד ע"י כך שנפעל בשיימינג (השפלה) חברתי;
3. דרך זו מתקשרת לשנייה – הטלת סנקציות על המתדיין המסרב ע"מ שכתב הסירוב יהיה יעיל.

עלתה השאלה האם ביה"ד הרבניים יכולים להוציא כתבי סירוב במסגרת פעילותם בענייני ממון?

כץ פוקד 3 פרשיות שונות שבכל אחת מהן הוציא כתב סירוב, זה חשוב כי העניינים שדנו שם היו במסגרת ענייני ממון. דרך הפעילות השיפוטית של ביה"ד הרבניים הוגדרה שם כבוררות. כאן מתקשר הדיון בפרשת פלוגית: **ברק הצביע כל מיני קשיים שמצטברים בפעילות של ביה"ד ממלכתיים כבוררים**, כמו: למה שבד"ר לא יוכלו לדון כבוררים? משראות דיינים שממונים ע"י המדינה יושבים במוסד מדינתי וממומן ע"י המדינה (מאחוריהם סמל המדינה), הניירות הם של המדינה, אבל לאמיתו של

דבר הם פועלים בנושא שאין להם סמכות לפעול בו, והם גורמים להטעיה – אין לנדונים שמקבלים את אותם כתיב זימון מביה"ד דרך לדעת את סמכותם של ביה"ד והם יכולים לחייבם או לאו.

אלה בעצם הדברים שעמדו בבסיס הדיון בפרשת כץ, אבל פסה"ד בו נקבע בצורה מפורשת כי לביה"ד אין סמכות לדון כבוררים הוא פסה"ד אמיר – בו, על בסיס הקשיים שפורטו לעיל, השופטת פרוקצ'יה קבעה חד משמעית שאין לבד"ר סמכות לדון כבוררים.

פרקוצ'יה בעצם הכריעה בשאלה שלא הוכרעה בפסה"ד כץ, שם לא נשאלה בכלל השאלה הבסיסית: אולי בכלל אסור לבד"ר לדון כבוררים. מדוע לא הכריעו בשאלה הבסיסית הזו? כשקוראים את פסה"ד כץ לעומק, ניתן לראות כי הוא גילם התנגשות בין תפיסות עומק שורשיות – אזורית מול דתית. בבג"צ התפיסה הדתית באה לידי ביטוי ע"י השופט טל (הכיסא הדתי) – הוא מספר סיפור אחר לחלוטין מהסיפור של השופטים זמיר ודורנר:

מבחינת טל, בתי הדין הרבניים הם ישות עצמונית והם פועלים מכוח ההלכה, מכוח הסמכות האלוהית שניתנה להם מימי הדורות כשהולכים אחורה עד למשה רבינו ('ביה"ד הרבני קדם לתקומתה של מדינת ישראל'). בנוסף, בכל הנוגע לכתבי הסירוב, טל אומר כי מסרב לדין תורה שנידויו הותר בבג"צ הוא יצור לא ברור וצו הסירוב יישאר בעינו. הוא מוסיף כי בג"צ לא יכול לבטל כתב סירוב של ביה"ד הרבני.

מנגד, טוענים דורנר וזמיר לעיקרון החוקיות שמכפיף את ביה"ד הרבני ואומר כי הסמכות המוענקת לו היא הסמכות שהוא מקבל מכוח החוק – וזאת מתוקף הטענה שביה"ד הרבני הוא יציר המדינה. בהבדלים בין הפסיקות אנו רואים גילום של ההתנגשות הברורה בין התפיסה האזרחית לבין התפיסה הדתית.

המרצה כתבה ביקורת על פסה"ד אמיר ועל דבריה של פרוקצ'יה – לדעתה התוצאה של פס"ד אמיר שימחה את ארגוני הנשים, אבל למעשה מדובר בפס"ד מסוכן וחבל שהשופטת ביטלה את הסמכות של ביה"ד הרבני לדון כבוררים כי בכך אנחנו "נקבל" חוק עוקף של פסה"ד שיכונן את סמכותם של ביה"ד הרבניים לדון כבוררים – זה "יעורר את המתים". בעצם בפס"ד כץ הבינו את המשמעות ולכן לא ביטלו את סמכות זו לחלוטין ובאופן מפורש. לרוב תהיה אוכלוסייה דתית שלא רוצים ללכת לביה"ד הפרטיים "ממש", ולכן כדאי כן לאשר גם לביה"ד הממלכתיים לדון כבוררים להמשיך לדון מבלי לייצר התנגשות חזיתית כפי שהייתה בפס"ד אמיר.

זהות הדיינים בבתי הדין הרבניים

"אבל מי יהיו הדיינים?!" (ציטוט מספרו של א.ב. יהושע)

ציטוט זה של א.ב. יהושע מעלה את התימות שמועלות לאורך הקורס: אישה מורדת, ריבוי נשים וכו'. באמצע הסיפור שתבע א.ב. יהושע מתרחשת סצנה של דיון משפטי – התדיינות בין היהודים שהגיעו מהדרום לבין יהודי הצפון, וכדי שיהיה דיון בדין תורה יש צורך בהקמת בית דין. כתוצאה מכך, עולה דיון חי כיצד מקימים אותו בית דין – קבוצת המתדיינים מהדרום שואלים מדוע סופרי סת"ם יהיו כשירים להיות כדיינים? למה שלא נבחר דיינים מהקהל?

החוק שלנו הוא: חוק הדיינים, התשט"ו-1955.

○ תקנות שבאו מכוחו: תקנות הדיינים (תנאי הסמכה וסדריה) תשט"ו-1955.

מינוי בעלי תפקיד שיפוט בישראל מתבצע באמצעות וועדה שהחברות בה אמורה לשקף איזון כוחות בין 3 הזרועות: מחוקקת, מבצעת ושופטת. בוועדה יש נציגות הזרוע השופטת בה מדובר: שני הרבנים הראשיים בישראל (המקביל לנשיא בעליון); שני דיינים של ביה"ד הרבני הגדול; שני שרי ממשלה (אחד מהם שר המשפטים); שני ח"כים (במסורת זה אחד מהאופוזיציה ואחד מהקואליציה); שני עו"ד. כאשר מדובר על בד"ר יהיו בוועדה 10 חברים, בשונה מ-9 כשמדובר במינוי שופט לעליון.

עד לשנת 2013 לא ישבה אישה בוועדה, אך לשכת עוה"ד במשך מס' שנים, קבעה עיקרון שאחד מנציגיה תהיה אישה. הדבר החזיק מעמד עד שהתחיל להשתנות הרכב עוה"ד בישראל, החלו להיכנס חרדים ודתיים למקצוע. הדבר הראשון שהם עשו היה "דיל", לפיו הגברים תמיד יהיו נציגי הלשכה.

בשנת 2013 נעשה תיקון לחוק; לראשונה הוגדרה מכסה מגדרית קבועה בחוק, זאת באמצעות שינוי ס' 6 לחוק הדיינים, לפיו כיום, הוועדה תהיה בת 11 חברים, אחת מהחברים תהיה טוענת רבנית מוסמכת שתיבחר ע"י שר המשפטים ולפחות אחד מנציגי הממשלה, הכנסת והלשכה יהיו נשים – כלומר יש מכסת מינימום של 4 נשים. הוגדרה מכסת נשים רק בחלק ממקומות הנציגים, מאחר שיש מקומות שמיועדים רק לגברים, למשל: יש שני רבנים ראשיים גברים. שינוי זה הוביל גם הוביל לשינוי בהרכב הוועדה של ביהמ"ש העליון.

למעשה, 4 הנשים מהוות גוש חוסם למינוי דין לביה"ד הרבני הגדול, מאחר שלפי ס' 7(ג)(2) חייב רוב של 8.

מהם התנאים למינוי דיינים?

גם שם יש מבחנים, אבל יש גם אפשרות לקבלת פטור מהם, למשל תוך התחשבות ב: אמות מידה מוסריות, ידע בשפות, תינתן עדיפות למועמד היושב בתוך עמו וכו'.

מכל תנאים אלו אנו רואים כי יש צורך בהכרת החוק בישראל (למרות שנדרשת השכלה כללית והכרה כללית). אנו בעצם מלינים על התנהלות של דיינים ופסיקותיהם, אך אנו צריכים בעצם להלין על עצמנו ועל המחוקק – שבגלל אילוצים עדיין מוסיפים להחזיק את התקנות והכללים הפחות דורשניים. ההשתדלות והקריטריונים של הנשים היו נוקשים יותר.

האם נשים יכולות להיות דיינות בבית דין רבני?

אם נסתכל בס'3 ובחוק הרבנות הראשי, נראה כי "רב" מקבל סמכות מכוח חשבד"ר ומתוקף דבר המלך, בנוסף רב יכול להיות רק גבר. פרשנות סוגיה זו עלתה **בפרשת מנכ"לית בתי הדין הרבניים**, לפני שנבחן את הדין האזרחי כיום והתמודדות עם הביטוי, נבחן את הדין הדתי:

אם נסתכל על הפרשנות של הדין הדתי עצמו נראה כי **בתשובתו של הרב עוזיאל**, משנת 1940, לשאלה האם אישה יכולה להיות רבנית, הוא עושה ניתוח הלכתי ורמאלי ומראה כי **בניתוח הלכתי אין מניעה שאישה תשמש בתפקיד דיינות**. אך, הוא מגיע לחלק האחרון של תשובתו ו"עושה פניית פרסה" – ואומר כי "מהאמור אנו למדים כי אין איסור להתדיין בפני אישה, ואפילו לפוסלים כי מדמים דין לעדות – יש להכשיר, וקיבלו עליהם כיצד התקנה (בעלת כוח מאוד מרכזי) כאפשרית. אלא שלדעתנו מפני חשיבות של עניין דין בישראל לא נכון לעשות כן כי היא פוגעת בהנהלת משק הבית והחינוך הדתי שלא יכול להיעשות ע"י אם רחמנייה" – **יש כאן שיקול קהילתי-תועלתני**, אם האישה תהיה רבנית היא לא תהיה אמא ולא תטפל בילדיה וזה יביא להתפוררות מוסד המשפחה.

מעבר לכך, הרב עוזיאל משתמש בביטוי נוסף: **"אין הדין יכול להיות אמת בשל עדינות רגשותיה וכו' – ולכן אין ממנים אותה לדון"** – לעניין הסירוב להתחשב בעדינות רגשותיה של האישה גם פמיניסטיות יכולות להסכים ולחתום על כך, אבל לא על יתר תירוציו. הפמיניזם התרבותי יאמר כי נכון שיש לנשים תפיסה ששמה דגש על דאגה לזולת וכו' – אבל אלו תכונות חיוביות שראוי שיהיו לאנשים שישבו על כס השיפוט וכס הדיינות, ולמרות צריך שהם יהיו אנשי חייל אמיצים ברוחם אבל גם בעלי רגשי רחמים ואמפתיה מצד הדיינים. בתפיסה של הרב עוזיאל, הדמות הזאת, המודל של מי שאמור לעמוד בראש תפקיד קבלת ההחלטות והשיפוט, היא דמות חד ממדית המחזיקה בכל התכונות שמיוחסות בד"כ לגברים. תשובתו של הרב עוזיאל ממחישה לנו מעבר לכך גם ניתוח הלכתי של השיקולים ההלכתיים, והכנסה של שיקולים "מטה-הלכתיים", כלומר שיקולים שהם מעבר לשיקולים הצרים (אלו כל אותם פרמטרים חברתיים, "פוליטיים", שאלה של יחסי חברה).

לדעת המרצה, שיקולים אלו שהוצגו ע"י הרב עוזיאל לא נכונים לימינו. הרי היום, במגזר החרדי הנשים הן אלו שמפרנסות בעוד שהגברים לומדים תורה. וגם במגזר החילוני, אנו רואים כי דברים אלו לא מתאימים. **קיימים פוסקים אורתודוקסיים שמעוניינים לבחון את הסוגיה של נשים בתפקידי רבנות ואף כדיינות**: הרבנית רחל קרן, הרבנית דבורה עברון ובנות חכמים נוספות – אלו אומרות כי הן השקיעו השקעה רבה בלמידתן בדיוק כמו הגברים, וכעת הן מעוניינות לעבור בחינות הסמכה לרבנות כמו הגברים.

שאלה מינוי מנכ"לית ביה"ד עלתה באופן חד בפרשייה להלן:

בג"ץ 8213/14 בתיה כהנא-דרור נ' השר לשירותי דת (15.8.2017):

לאחר פינג-פונג מינוי אישה לתפקיד סמנכ"לית, במהלכו רובינשטיין מתבטא בחריפות אודות אי השוויון המובנה במערכת ביה"ד הרבניים בשל היעדר כדיינות. הוא קובע את הכללים עצמם לכשירות אישה לכהן כמנכ"לית.

ישנה בעיה עם **ס' 13 לחוק הדיינים**, לפיו מי שכשיר להתמנות הוא: או דיין או אדם שכשיר להיבחר כרב עיר.

השופט רובינשטיין: מעביר ביקורת חריפה על אי-שוויון המובנה במערכת הזו ואומר שמדובר בתפקיד מנהלי שאישה יכולה להתמנות אליו, ולא מדובר בתפקיד דתי. הפרמטרים של התפקיד לא אמורים להיות מוכתבים ע"י ההלכה.

הוא קובע את הכשירות לכהן כרב עיר, כך שגם נשים תוכלנה להיכנס למשבצת הזו. הוא לא אומר רב אומר גם אישה, אולם לוקח על עצמו את תפקיד מחוקק המשנה, וקובע שהקריטריונים צריכים להיות גם קריטריונים שגם נשים יכולות לעמוד בהן: תושב ישראל, בעל רישיון טוען רבני או עו"ד עם תואר שני במשפט עברי/תלמוד... (פסקה כ"ו לפסה"ד). למעשה, **רובינשטיין**

קובע קריטריונים ל"רב" רק לצורך תפקיד המנכ"ל. אולם הוא לא קובע שרב יכול להיות גם אישה.

העתירה הראשונה ומס' עתירות בהמשך הוגשו ע"י מרכז רקמן, בתחילה נדחו מאחר שאין בשלות לעתירה. נטען שהם לא הראו שלא מוכנים לראיין אישה. לאחר מכן, לאחר שהסתיים ההליך, ומונה רב, בג"ץ אמר שזה מאוחר מדי.

ואז הוגשה העתירה לעיל – **בג"ץ 8213/14 בתיה כהנא-דרור נ' השר לשירותי דת (15.8.2017)**.

בימים אלו מתגבשת עתירה של ארגון עיתים ומרכז רקמן באשר למתן אפשרות לאישה להיות מנכ"לית.

שיעור מרצה 5 – 26/03/2019

פיקוח שיפוטי

בד"ר או בהמ"ש – מה זה משנה?

ברמה העקרונית הדין, הן בביד"ר והן בבהמ"ש האזרחי, אמור להיות אותו הדין – כלומר שכל מה שמסווג כענייני המעמד האישי יוכרע לפי הדין הדתי וכל מה ששייך לחקיקה טריטוריאלית יוכרע לפי הדין האזרחי ללא קשר לסוג הערכאה השיפוטית בו נדון העניין. אז למה בכל זאת ישנם הבדלים בהכרעות בין הערכאות האלו? למה יש את אותו "מרוץ סמכויות"? – בשום מקום בעולם אין פיצול כמו שיש בארץ ואין מערכות דינים מקבילות (במקבילות הכוונה לנושאים שניתנים לכריכה ולכן ניתן לדון בהם בשני סוגי הערכאות), לכן אין מרוץ סמכויות כדוגמת המרוץ הקיים בארץ בשום מערכת שיפוט בעולם, גם במדינות בהן יש תחולה של הדין האישי.

ההבדלים בין הערכאות בין המערכת האזרחית למערכת הדתית

השופט זילברג ענה על השאלה ביחס להבדלים הללו וקבע את "**כללי המשחק הלגיטימיים**", לפיו: "לא הרי דיני ישראל הנדונים בביהמ"ש האזרחי, כהרי דיני ישראל הנדונים ביה"ד הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדיון, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק". כתוצאה מכך מגיעים למצב שהתוצאה עשויה להיות שונה – כלומר "הדין הוא כביכול פונקציה של הדין" ובגלל שהגישה, דרכי הדיון והתוכן הממשי שונים גם התוצאה שונה בין הערכאות השיפוטיות השונות.

הבדלים ברמת המעטפת, להבדיל מהתוכן

- כש**השופט זילברג** מדבר על גישה לכאורה נדמה כי מדובר על תפיסת עולם/השקפה/אידיאולוגיה של השופט, אך לא לכך הכוונה – למעשה בדבריו הוא התכוון לשאלה מה אנחנו צריכים לעבור כדי "לגשת" לתוכן עצמו, מה יש בדרך. אילו היה מתכוון לתפיסת עולמו של השופט, היה מתייחס זילברג לדין המהותי, לתוכן – לכן, ניתן להבין כי הוא דיבר בעצם על הבדלים ברמת המעטפת (מה עוטף את הדין המהותי).

○ כללי המשב"ל הפרטי ודיון אגב אורחא:

מאחורי המילה גישה, אליה התכוון זילברג, עומד הבדל מאוד עקרוני בין 2 סוגי הערכאות ששייך לתחום של כללי המשב"ל הפרטי.

למעשה, כל אימת שיש "אלמנט זר" בסיטואציה/בעובדות מקרה מסוים מתעוררת שאלה של משב"ל פרטי (לחילופין: כללי ברירת דין). אך לכאורה, דיני המשב"ל הפרטי מתייחסים לסיטואציות שלא מתקשרות לדיני המשפחה – אז איך בכל זאת? למעשה, כללי ברירת הדין מגדירים את הגישה לפיה נברור ונדע איזה דין יחול באיזו סיטואציה והמקרה הנפוץ ביותר בו העניין מתקשר לדיני משפחה הוא בהקשר של נישואין מחוץ לישראל – שם ישנו הבדל משמעותי בהתייחסות והניתוח של בד"ר לעומת ביהמ"ש האזרחיים כיוון שבביה"ד הרבניים לא חלים כללי ברירת הדין בעוד בביהמ"ש האזרחי הם כן חלים, זאת מ-2 סיבות:

1. סיבה פרוזאית (שגרתית) – כללי ברירת הדין (המשב"ל הפרטי) נשאבו לשיטת המפלט שלנו דרך סימן

46 לדבר המלך – שאומר כי במקרה של חסר/לקונה יחול קודם לכן אותו הדין שחל באנגליה – אך הפרשנות המקובלת לסימן זה היא כי ההפניה הזו למשפט האנגלי לא חלה על ביה"ד הדתיים, אלא רק בביהמ"ש האזרחיים, לכן כללי המשב"ל הפרטי לא חלים בביד"ר.

2. סיבה מהותית – מבחינת הדין הדתי (האם הם תקפים או לא) אימוד הנישואין נעשה לפי הדין הדתי,

אשר לא מבחין בין זמן ומקום ולא מתייחס לשאלה היכן נישאו בני הזוג. לעומת זאת, לפי הדין האזרחי, בבחינת תוקף הנישואין, נאלץ לפנות לכללי ברירת הדין ונשאל: מה המערכת אומרת, לפי איזה דין צריך לבדוק האם הנישואין תקפים או לא? – כלומר, בביהמ"ש האזרחי נעבור 2 שלבים: (1) נבדוק את משמעות הנישואין, כנראה לפי דין זר, בהתאם לכללי ברירת הדין; (2) בהנחה שהנישואין תקפים, נבחן מה המשמעות של הנישואין. למעשה, בדין הדתי לא יהיו 2 שלבים, ולא תהיה כניסה של דין אחר, אלא הדיון ובחינת העניין תעשה רק לפי הדין הדתי. (פס"ד בכר גולדברג, פד"י כג, 665 – זהו פס"ד תקדימי שקבע את ההלכה בביהמ"ש האזרחי של המהלך הדו שלבי).

הסיבה המהותית מעלה שאלה:

אם לבד"ר ישנה הסמכות הייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין, איך יתכן הדבר שתחת המהלך הדו שלבי בביהמ"ש האזרחיים, במסגרת כללי ברירת הדין, בחינת תוקף הנישואין יעשה עפ"י הדין האישי בענייני נישואין וגירושין? איך בביהמ"ש האזרחי מקיים בחינה מעין זו?

תשובה:

פה נכנס עניין "דין אגב אורחא". ס' 76 לחוק בתי המשפט קובע את הסמכות נגדרת (=דיון אגב אורחא): "הובא ענין כדן לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור העניין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו עניין אף אם העניין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר". [נדגיש כי לא מדובר פה בסמכות שיורית שנקבעת לפי ס' 47 לדבר המלך אשר אומרת שאם לא נקבעה הוראה/סמכות מפורשת אז הגוף לו הסמכות הכוללת ידון בעניין לפי הדין שלו, אלא מדובר פה בגוף שיש לו סמכות ייחודית].

לדוגמה: **סעיף 4 לחשבד"ר** והסמכות השיורית שיש לביהמ"ש האזרחי בתחום דיני המשפחה, נותן לאישה ברירה בתביעת מזונות במנותק מתביעת גירושין, לתבוע בביהמ"ש האזרחי במקום ע"י כריכת העניין לתביעת הגירושין בביה"ד הדתי, ולצורך השאלה האם בן הזוג שלה חייב במזונות – בהמ"ש לענייני משפחה סבור שעליו להכריע קודם כל בשאלה האם בני הזוג נשואים [הארת אגב – בהמשך הקורס נראה שהנחה זו כי בהמ"ש לענייני משפחה צריך קודם לברר לעצמו האם בני הזוג נישואים אינה אקסיומטית בכלל ויכול להיות שיהיו מזונות גם אם בני הזוג לא נישואים כלל – כמו במצב של ידועים בציבור או מזונות אזרחיים].

לאורך שנות ה-70'-90', בהמ"ש חשב כי עליהם לברר את שאלת תוקף נישואי בני הזוג טרם הדיון בשאלת המזונות ולמרות שהשאלה הזו נמצאת בסמכותו הייחודית של ביה"ד הרבני (לפי ס'1 לחשבד"ר). תיאורטית היה אפשר להגיד שבכל פעם שתביעה הובאה לבהמ"ש האזרחי בסמכות, אך עלתה שאלה שאינה בסמכותו, יש לעצור את הדיון ולהפנות שאילתה לאותה ערכאה שיפוטית לה הסמכות להכריע בשאלה, ולפי התשובה לשאלה הזו להמשיך את הדיון – יכול להיות שיש בכך מן ההיגיון, זאת אם היינו רוצים ליצור מצב של אחידות וזהות מוחלטת בין הדינים, אבל אין בכך יעילות כלל וזה לא יכול לעבוד, משום שאם כל פעם ערכאת שיפוט הייתה עוצרת את הדיון ומפנה שאלות לערכאות אחרות היינו צריכים להרים מנגנונים למתן תשובות כאלה שהיו דורשים משאבים רבים שלא לצורך.

בכדי לפתור את בעיית הסמכות הייחודית ולמנוע מצב תיאורטי זה, נולד ס'76 לחוק בתי המשפט אשר מעתיק מנגנון שנמצא בשיטות משפט רבות ומגוונות, ואף לקוח משיטת המשפט הבריטית – כל שהוא אומר זה שלא נעצור את הדיון והערכאה שנדרשת לשאלה הזו כן תכריע בה, אבל ההכרעה תהיה רק לצורך העניין שהובא בפניו – כלומר שאם בהמ"ש לענייני משפחה יכריע לפי כללי ברירת דין שהנישואין תקפים ושהבעל חייב במזונות לאשתו – ההכרעה החיובית בנוגע לתוקף הנישואין רלוונטית רק לשאלת המזונות ולא לשום עניין אחר, ויכול להיות שאם בני הזוג הללו יגיעו בתביעות אחרות לבד"ר, הוא לא יראה בנישואיהם כתקפים. בנוסף, הרעיון מאחורי הכריכה, גם הוא, היה כדי להביא למצב שתהיה ערכאה אחת שתדון בכל העניינים, ללא צורך בהפניית שאילתות למיניהן, ומאחורי חיקוק ס'76 לחוק בתי המשפט עמד חוסר הרצון לתת את כל הסמכות לביה"ד הדתיים.

*** על הסיבוכים שהמצב הזה מעורר, ופס"ד בהם התעוררו פיצולים וחוסר אחידות נדבר כשנדבר על עניין הנישואין האזרחיים. בבהמ"ש האזרחי, ברגע שיש אלמנט זר, פונים לכל מכלול כללי ברירת הדין ושואלים לפי איזה דין צריך להכריע – על שאלה זו נדבר כשנדבר על נישואין אזרחיים, זו שאלה סבוכה שיש בה גישות רבות.

- כשהשופט זילברג מדבר על "שונות דרכי הדיון" הוא מתייחס לסדרי דין ודיני ראיות. אלו עדיין מתייחסים לרמת המעטפת – סדרי הדין הם פרוצדורה שעוטפים את המערכת, וכך גם דיני הראיות שעונים על השאלה – מה אפשר להביא ולהוכיח כדי להפעיל את הדין המהותי.

סדרי הדין:

כאן מתקשר פס"ד לב' שמדבר על ההבדל בין בהמ"ש האזרחיים והדתיים בתחום סדרי הדין. בפס"ד זה נקודת המוצא היא **שלביה"ד הדתיים יש סמכות טבועה לקבוע לעצמם את סדרי הדין שלהם**. הנחה זו נופלת תחת אותה תפיסת עולם אחר של בד"ר, להם יש אוטונומיה להפעילה, לפיה גם בסדרי הדין ביה"ד הדתיים יכולים, רשאים וצריכים להפעיל את הדינים, ההסדרים והנהלים שלהם. עם זאת, בפס"ד לב', לאחר שהוסכם כי ישנה סמכות זו לביה"ד הדתיים נאמר כי **הכל חייב להיעשות תוך שמירה על זכויות אדם ואם הפעלת סדרי הדין הדתיים מביאה לפגיעה בזכויות האדם אז זה לא לגיטימי ומדובר על חריגה מסמכות**. זה מביא לכך שבאופן כמעט פרדוקסלי, במשך שנים פסה"ד התקדימי המשמעותי ביותר בשאלת צווי עיכוב יציאה מהארץ היה פס"ד לב' שנאמר ביחס לביה"ד רבניים – זאת משום שברק קבע שם מתי ערכאת שיפוט רשאית להוציא צו עיכוב יציאה מהארץ באופן שלא מבדיל בין ביה"ד הדתי לבין בהמ"ש האזרחי – כלומר שכל הפרמטרים שברק קבע חלים באופן שווה הן בערכאות דתיות והן בערכאות אזרחיות, כי העיקרון השולט הוא שמירה על צדק דיוני וזכויות אדם – דבר שחל באותו אופן ב-2 סוגי הערכאות.

עד לפס"ד לב', הקלות להוצאת צווי עיכוב יציאה מהארץ הייתה בלתי נסבלת – היום לא כ"כ קל להוציא צווי עיכוב יציאה מהארץ – בגלל שינוי בהתנהלות של ביה"ד הרבניים ולא רק בגלל פס"ד לב' – ועדיין, נמצא לא מעט מקומות בהם סדרי הדין בביה"ד הדתיים יהיו שונים מסדרי הדין בביהמ"ש האזרחיים – לפעמים אף שונות לכדי פגיעה בזכויות אדם, פה באחריות הנפגע לעתור לבג"צ על פגיעה זו.

לדוגמה – מהם ההבדלים בסדרי הדין בין ביהמ"ש האזרחי לביה"ד הדתי? ("שונות דרכי הדיון"):

1. **בדיון בביה"ד רבני מותר להעלות דברים שלא הועלו בכתבי בי"ד קודם לכן** (בכתבי תשובה, הגנה, תביעה וכו') – יש יותר גמישות בדיון וזאת אפילו בבהמ"ש לענייני משפחה להם יש הוראה מפורשת בחוק בהמ"ש לענייני משפחה שמאפשרת לשופטי משפחה להיות יותר גמישים אם הם רואים שזה לצורך קידום הדיון – המחוקק מראש ער לכך שתחום דיני המשפחה הוא שונה – שמערכות היחסים הנדונות הן אחרות ודורשות התייחסות רגישה יותר ופחות נוקשה מבערכאות אחרות. אך עדיין יש שיאמרו כי בביה"ד העניין הרבה יותר גמיש, עד לכדי רמה של "שוק". בערכאת שיפוט אזרחית לא ניתן לסטות מהטענות שעלו בהתחלה, אף אם תו"כ הדיון עלה לנו רעיון חדש – אפשר לבקש לתקן את כתב הטענות וכי אך לא ניתן במהלך הדיון בע"פ, סתם כך, להעלות טענות חדשות.

2. **בבד"ר אין דבר כזה תקדים מחייב** – הכלל התורת משפטי שקיים במערכת האזרחית, לפיו המערכת מחויבת לכללי משפטיים שנקבעו בערכאות העליונות, כשהכרעת העליון היא מכריעה והכרעת מחוזי עמוד 181

מנחה, לא קיים בבי"ד רבני – וזאת למרות שגם כל כללי ההלכה מתבססים על חכמים שקדמו האחד לשני – אך אין בד"ר נמוכים בערכאה אינם כפופים להכרעה בתיקים דומים קודמים אפילו במצב של כלל נוקשה ומוחלט שאומר, למשל, שאם בד"ר הגדול פסק שאלמוות רגשית, היא עילת גירושין ואפשר להוציא/לחייב בעל לגרש.

כמו כן, אם מדובר באותו תיק, בו ביה"ד הרבני הגדול קבע בעניין והחזיר את הדיון לביה"ד האזורי אשר סירב לקבל את קביעה זו (מסיבות הלכתיות כאלה ואחרות) עולה למעשה בעיה, משום שאסור לביה"ד הרבני האזורי אסור להתעלם מהנחיית בד"ר הגדול, ואם הוא לא מציית לקביעתו תעלה עילה לבג"צ. מבחינת התפיסה הדתית של ההתנהלות ההלכתית אין הבדל בין פסיקות של בד"ר רבני גדול לפסיקות של בד"ר אזורי משום שמבחינת התפיסה העצמית של בד"ר אזורי, הם באותה מידת סמכות ולגיטימיות דתית-חברתית – בדיוק כמו דייני בד"ר הגדול. הערכאות הללו קיימות מתוך "המצאה" של הבריטית – הבריטים הציבו כתנאי להמשך אוטונומיה שיפוטית פנימית של הקהילה היהודית את הדרישה לצדק דיוני שיאפשר ערכאות ערעור – אך אין לכך נפקות מבחינה הלכתית והדבר לא השפיע על התפתחותה של ההלכה. עניין זה מעיד על כך שיש לנו משהו שלכאורה לא יכול לעבוד, ואיתו אנחנו עובדים כבר שנים רבות על כל הלקונוות והקשיים שעולים ממנו.

דיני ראיות:

עניין הראיות פותח לכאורה מעין "תיבת פנדורה". **ס' 2 לפקודת הראיות** אומר שכולם כשרים להעיד, בעוד ההלכה קובעת רשימה של אנשים שלא יכולים להעיד (כמו: נשים פסולות לעדות, המלך פסול לעדות, בעלי הדין פסולים לעדות וכו'), אך אם ניכנס היום לביה"ד נראה, למשל, שנשים כן מעידות – מדובר למעשה בסוגים שונים של עדות, כך למשל ב"עדות קיום" – לה יש משמעות קונסטיטוטיובית, (יוצרת משהו חדש, כמו עדות על תחילת חודש שיוצרת חודש חדש) – נשים לא יכולות להיות עדות, עם זאת ניתן למצוא מנגנונים הלכתיים שכן מאפשרים להעיד בעזרתם למשל חילונים ונשים מעידים בבד"ר. כל העניין של פסולי עדות נובע מתוך דעות קדומות כאלו ואחרות – למשל – לפי בד"ר הגדול לא מקבלים עדות של חילוני משום שלא ניתן להאמין לו – החילוניות שלו מעידה על פגם מוסרי מאוד עמוק, אך כיום רוב המתדיינים בפני בד"ר הם חילונים ולא ניתן לפסול את כולם, אחרת בד"ר לא יוכל לקיים את הסמכות שניתנה לו – בד"ר למעשה שואלים האם נורמה חברתית של אי שמירת מצוות בהכרח מעידה על חוסר אמינות? לא, לכן בד"ר גדול "מאפשרים" לחילונים להעיד.

אין מעשה בית דין:

זה נושא כבד ורציני בפני עצמו שלא נלמד השנה בקורס. מעשה בית דין עשוי להזכיר סמכות נגררת ותקדים אך זה לא אותו דבר. מעשה בית דין מתייחס לסיטואציה בה יש דיון בין בעלי דין מסוימים ובמסגרת הדיון הזה נמצאים כל מיני ממצאים – בהמ"ש מכריע בכל מיני שאלות שצריך להכריע בהן לא מבחינת התוצאה המשפטית, אלא מבחינת ממצא עובדתי למשל: כשאשה מבקשת צו הגנה מפני בן הזוג שלה בגין אלימות במשפחה, ובהמ"ש קובע כי הבעל הפעיל אלימות חוזרת ונשנית כלפי אותה אישה ומוציא צו הגנה זה. לאחר מכן מתעוררת תביעה משפטית אחרת בין בני הזוג, כשלשאלת האלימות עשויה להיות משמעות – אז כלל **מעשה בית הדין מסוג של השתק פלוגתא**, אומר שהאשה לא תצטרך להוכיח מחדש את שאלת קיומה של האלימות. אם בהמשך, כך גם האשה מגישה תביעת משמורת, גם לעניין האלימות יכולה להיות רלוונטיות, וגם אז האשה לא תצטרך להוכיח את קיומה של האלימות. בנוסף יש **מעשה בית דין מסוג של השתק עילה** – אז לא ניתן לתבוע בגין עילה שכבר הוכרעה, למשל אם נקבע כי בני הזוג בכלל לא נישואים, אי אפשר לתבוע שוב מזונות על בסיס הנישואין, כי יש מעשה בית דין מסוג השתק עליה, כי עניין המזונות מכוח הנישואין הוכרע כבר, לכן אם האשה תנסה לתבוע שוב היא למעשה מושתקת בגלל הכלל של מעשה בית דין.

הקישור לעניינו הוא בכך שהכלל המשפטי של **מעשה בית דין על שני סוגי קיים רק במערכת האזרחית ולא קיים במערכת הרבנית**. הסיבה לכך היא כי מדובר על כלל דיוני שנשאב דרך **סימן 46 לדבר המלך** ומשום כך אינו חל במערכת הדתית אלא רק בזו האזרחית (מדובר באותה סיבה פרוזאית שהוזכרה לעיל). יש לאי קיומו של מעשה בית דין משמעות ענפות – למשל בעניין האלימות, כשאותה אישה אשר נגד בעלה הוצא הצו הגנה כעת מבקשת להתגרש – אם היה מעשה בית דין בין המערכת האזרחית לדתית לא הייתה האשה צריכה להוכיח שוב את האלימות, אך בד"ר אינו כפוף לממצאים שמצא בהמ"ש האזרחי כי כלל המעשה בית דין לא עובד אצלו – אך להפך כן – אם למשל במסגרת נישואין דתיים זנתה אישה תחת בעלה (בגדה) והיא תובעת מזונות בבהמ"ש האזרחי – נסיבות כאלה של בגידה גורמות להפסד מידי של מזונות מבחינה הלכתית (טענה טובה של הגבר בתביעת מזונות כי היא מפסידה כתובתה ואת הזכויות מהכתובה), אך בגלל שהמעשה בין דין כן עובד מהכיוון של ביה"ד רבני לבהמ"ש אזרחי – יכול הבעל לבוא ולטעון שבד"ר מצא כי היא בגדה, ולא מגיעים לאישה מזונות – פה ניתן לראות גם את הפוטנציאל אם עוה"ד די מתוחכמים וחושבים קדימה, הם יוכלו להצטייד מראש בכל מיני ממצאים כאלה מבד"ר שיכולים לשרת אותם אח"כ בהתדיינות בבהמ"ש לענייני משפחה (חשוב לזכור זאת להמשך). בגלל שהמזונות הם עניין של מעמד אישי, גם בהמ"ש לענייני משפחה כפוף לכלל שאם אישה הפרה אמונים לבעלה (בכל רמה – גם לא ביחסים מיניים) היא עשויה להפסיד את המזונות, עם זאת בהמ"ש האזרחיים

מאוד לא אוהבים את התוצאה הזו ומנסים "לתמרן" מסביב לכלל זה. תביעה של מזונות אישה פחות ופחות נפוצה היום מכיוון שעלות ניהול התביעה לא יהיה משתלם אלא במצבים בהם האישה חסרת כל יכולת השתכרות, במצבים בהם נשים כן משתכרות המצב הוא שמזונותיהם הם תחת מעשי ידיה והשכר שלה הוא המזונות שלה.

הבדלים ברמת התוכן: הדין החל

הנושאים	בית הדין הדתי	בית המשפט האזרחי
ענייני המעמד האישי	דין דתי	דין דתי
דיני ראיות וסדרי דין	דין דתי (בכפוף לסייגים שמציבה הלכת לב)	דין אזרחי
הוראות חוק טריטוריאליות	הוראות החוק האזרחי	הוראות החוק האזרחי
עניינים שמעבר לענייני המעמד האישי	דין אזרחי (זו הלכת בבלי)	דין אזרחי

הערות:

- כשהממ"ש האזרחי דן בענייני מעמד אישי הוא דן לפי הדין הדתי וייתכן שהערכאות האזרחיות ימצאו בכך קושי, אך אין זה מאיין את העובדה שלפיו יידון.
- בית דין רבני נותן לעצמו ביסוס הלכתי ליישום מנגנונים אזרחיים עפ"י סיתומתא ותקנות קהל – אלו מאפשרים לבד"ר לקבל כללים שהציבור קבע לעצמו בדרך שהיא תקינה ומתקבלת גם מבחינה הלכתית. חקיקת הכנסת נתפסת לצורך כך כסוג של תקנות קהל.

הטבלה הזו הייתה ברורה ופשוטה מאוד עד שהגיעה לפרשת בבלי. הטבלה ממחישה בצורה טובה מה בדיוק הייתה השאלה המשפטית המאתגרת בפרשת בבלי.

פס"ד בבלי עורר את השאלה של תחולת הלכת השיתוף בבד"ר משום שהלכת השיתוף היא אינה חקיקה טריטוריאלית. אילו דובר בזוג שנישא אחרי שנת 73' ההסדר הרכושי שהיה חל עליהם היה חוק יחסי ממון שהוא חוק טריטוריאל, ולא הייתה מתרחשת ההתנגשות של פס"ד בבלי מכיוון שבד"ר כן מחילים את חוק יחסי ממון (אמנם לא לפי טווחי שיקוי"ד והיישום שיש בבהמ"ש האזרחיים). בפס"ד בבלי דובר על זוג שנישא בשנות ה-50' לכן הדין שחל עליהם הוא פרי הפסיקה. ענייני השיתוף לא מוגדרים כענייני המעמד האישי (הוצאו מעניינים אלו במהלך הדרגת), ומספר פס"ד אמרו ששאלת מערכת היחסים הרכושית היא שאלה של החיים המשותפים וכוונת הצדדים, ומבחינה מושגית אנחנו משחקים בשאלת חוזית-אזרחית שאינה קשורה לענייני המעמד האישי. עם זאת, אם עניני השיתוף הם לא עניין של מעמד אישי ולא חקיקה טריטוריאלית – איזה כלל יחיל בד"ר? ישנו כלל שאם אין חוק שקובע אחרת ידון בד"ר לפי הדין הדתי לפיו הוא דן (המשפט העברי) (זאת אמר השופט אלון בפס"ד וילוזני, שם עוגנה הנורמה הברורה שהייתה קיימת עד לפס"ד בבלי), זאת מהות בד"ר והוא לא יכול אחרת – וזה הכלל שהיה עד לפס"ד בבלי (וכך אף אמר זילברג באמירתו לעיל). בד"ר לא יכול מבינה תיאולוגית לפסוק בניגוד לדין הדתי – זה סותר את כל מהות קיומו של בד"ר וקיומם של הדיין – לכן לא ניתן לצפות אחרת מהם – כך היה לפי עד לפס"ד בבלי.

התגלגלות פרשת בבלי: איך לא הגענו לפס"ד כאלה קודם? פעמים רבות צדדים הסכימו ביניהם, וההסכמות אליהם הגיעו היו לעיתים הסכמות של להחיל את הדין העברי, ולעיתים להחיל את הדין האזרחי. ככל הרבה צדדים הגיעו הסכימה איך בדיוק לחלק את הרכוש משום שללא הסכמה אין גט – הפסיקות בהם בד"ר מפעילים את סמכותם לחייב/להורות/לכפות גט הם מאוד מצומצמים – כדי להגיע להסכמה משחק מקח וממכר והכוח היחסי של הצדדים, ההלכה נותנת את השליטה על הגט לגבר, דבר שמראש יוצר הטיה משמעותית לכוח מוגבל של הגבר, אשר לרוב אף הוא בעל הרכוש (פערי שכר, צבירת הון) – לכן ההסכמות שמגיעים אליהן תלויות לרוב בכוח המנוגד של האישה (ככל שיהיה לאישה יותר כוח כך אולי תוכל לקבל יותר בחלוקת הרכוש ופערי הכוחות יתאזנו). בפס"ד בבלי לא הגיעו להסכמה משום שהצדדים רבו על הרבה מאוד כסף ורכוש (הרבה מעבר מ11 דולר של שנות ה-90') – אלו היו צריכים להגיע לפשרה שמצד האישה הייתה כואבת מידי, לכן התביעה עברה הרבה מאוד גלגולים והתדיינות עד שהגיעו לדיון המכריע בפני ההרכב של ברק, שמגר ולוי – בהרכב זה לא היה שופט בכיסא דתי, את פסה"ד המשמעותיים עד פס"ד בבלי נתן השופט אילון, אילון לא נתן את פס"ד בבלי משום שבאותם שנים הייתה יכולת הכוונה לנשיא בהמ"ש העליון בקביעת ההרכבים ולנר לקח את בנו של השופט אילון, עוה"ד בפלילים, לייצג את העותרת – לכן אילון לא יכול היה לפסוק בתיק (היום יטענו שהרכב השופטים נקבע באמצעות שיקולים אחרים ואין לנשיא בהמ"ש העליון באת טון בהכרעת ההרכבים – המרצה מפקפקת בכך). תגובתו של השופט אילון לפס"ד בבלי הייתה מאמר מאוד כואב שנגע להתייחסותו של ברק לאמרותיו של איילון – להן קרא טעות ביסודן.

ניתוח פסק דינו של ברק:

ברק מציע תחילה אסטרטגיה מסורתית, כיוון שהיא נשענת על **חוק שיווי זכויות האישה** – הדבר מבוסס על כך שאם יש חוק טריטוריאלי ביה"ד חייב לפסוק לפיו. חוק שיווי זכויות האישה הוא חוק טריטוריאלי ולכן ביה"ד הרבני כפוף אליו. החוק אומר שהפסיקה צריכה להיות דומה ביחסה הן לגבר והן לאישה. בד"ר טענו שפסק דינם אינו אי שוויוני, אלא ניטרלי מגדרי (שוויון פורמאלי) כיוון שהוא מוחל ומתייחס באופן זהה הן לאישה והן לגבר בעניין הנדון. ברור שבמקרה של הזוג בבלי, ההפרדה הרכושית לא הייתה מביאה לשוויון ולכן לא עולה בקנה אחד עם חוק שיווי זכויות אישה. מה שכן יכול להביא לשוויון ולעלות בקנה אחד עם החוק זה לא בהכרח הלכת השיתוף, משום שהחלוקה יכולה הייתה להיות אחרת, ולא בהכרח חצי-חצי. לכן, ברק אומר שהוא יכול היה לסיים בכך שהוא פוסק לפי חוק שיווי זכויות אישה ואומר שיש דרכים שונות להגשים את השוויון, אותן יקבע ביה"ד הרבני ובלבד שיקיים את עקרון השוויון, אבל זה היה משאיר אותנו בגדר ה"קטגוריות הסיוטיות" – "פיצול הבעלות" – אלו כל המקרים בהם בבד"ר יצאו בחלוקת רכוש אחת, ובבהמ"ש האזרחי בחלוקת רכוש אחרת – הדין היה מוחל באופן שונה בשני הערכאות, ובדיני המשפחה אנחנו בלאו הכי סובלים מקטגוריות אלו אשר מבחינת הדין הדתי קורה דבר אחד ומבחינת הדין האזרחי קורה דבר אחר, לכן אין לנו עניין להוסיף עליהם – אלא אף לצמצם את הקטגוריות הללו – מסיבה זו אומר ברק כי הדרך אותה פירט בחלק ה-I לפס"ד נדחתה.

אי אפשרות הכריכה – במהלך פסק דינו **ברק** מעלה אפשרות אחרת לפתרון שנדחתה מידית. זה רעיון שהעלה **פרופ' רוזן צבי** המנוח, לפיו כולנו יודעים שכאשר הגבר כרוך את שאלת הרכוש בתביעת הגירושין זה לא בגלל שהוא באמת רוצה שביה"ד יגיד לו כמה מהרכוש שלו (כך הוא תופס אותו) לתת לאישתו, אלא בעצם כדי להגיע למצב שהוא לא יצטרך לתת לה כלום – הוא יודע שהמשטר הרכושי שבד"ר דן לפיו הוא של הפרדה רכושית, מה שאומר שמה ששלו יישאר רק שלו ולא יתחלק עם האישה. אז אומר רוזן צבי שזה חוסר כנות – יש פה כריכה טקטית ברורה, ולכן מעצם טיבה וטבעה היא לא יכולה להיחשב ככריכה כנה ואחד ממבחני הכריכה הוא כנות – לכן נאמר אפריוריות (מלכתחילה) כי כריכת רכוש כפוף להלכת השיתוף לא יכולה להיחשב לכריכה כנה. רבים ביקרו את הצעתו של רוזן צבי מתוך הטענה שהחוק והדין מאפשר את הכריכה, אז אין מה לגנות את ההתנהלות הטקטית הזו, כיוון שהצדדים תמיד מתנהגים כך. ברור שברק מבחינתו לא הלך בדרך הזו שהייתה שוללת את עצם האפשרות לכרוך משום שהדרך הזו הייתה מביאה לכך שבד"ר לא היה יכול לפסוק ברכוש אגב גירושין ובדברים אחרים כפתח. ברק כן רצה להשאיר את הסמכות בבד"ר ולהכפיף את בד"ר לדין האזרחי ועקרונות היסוד.

אילו ברק היה הולך בדרך של רוזן צבי הוא היה שולל סמכות מבד"ר, אך כשלא עשה זאת הוא הפך את הנוסחה לחלוטין – לפני בבלי כל עוד לא היה דין מפורש שמורה אחרת בד"ר הלך לפי הדין הדתי, ולאחרי פסה"ד, ברק חתר לתורת אחידות – הוא הביא לכך שהם כפופים למשפט האזרחי והדין שמוחל בערכאות האזרחיות והדתיות יהיה אחיד. ברק בנה את פס"ד לב ופס"ד בבלי בדרך שמייצרת את תורת האחידות, אליה לא היה יכול להגיע אם היה הולך בדרך של רוזן צבי. ברק דחה את הדרך של רוזן צבי בטיעון פורמלי – כי לא ניתן לעשות זאת מבחינה מעשית, אך הוא בפועל לא רצה בכלל ללכת בדרך הזו ומשום כך טען שהכריכה כנה, הוא רצה להגיע לתורת האחידות. כל שהתרחש אחרי פס"ד בבלי הראה שהדרך בה בחר ברק לא הייתה נכונה פוליטית וחברתית – היא גרמה לכך שבד"ר לא היו מסוגלים ליישם את בבלי והם בכלל לא יישמו את הפסיקה הזו במשך שנים וההתדיינויות בבג"צ בכך הלכו ופחתו משום אותה סיבה פרוזאית שהוזכרה לעיל, בקושי התגרשו זוגות שנישאו לפני שנת 73' וחקיקת חוק יחסי ממון אליו כפופים בד"ר. מטרתו של בג"צ והכפייה הזו על בד"ר היא בלתי אפשרית למערכת הדתית. **בנוסף**, הריאקציה הפוליטית והמשפטית שהכפייה הזו הביאה הייתה כבדה מאוד – ברק נקט במהלך מאוד כבד ביחס לבד"ר.

פוסט פרשת בבלי (ברמה הפרטית):

חוזה בבלי עד היום לא ראתה שקל מהכרעת בג"צ בבלי – זה קרה משום שלאחר שניתן פסה"ד בבג"צ, ברק לא קבע מה תהיה חלוקת הרכוש, ביה"ד צריך לקבוע את זה כי זה היה כרוך והכריכה לא הייתה פגומה לפי פסיקתו של ברק, לכן בג"צ החזיר את התיק לבד"ר. בד"ר לא מסוגל להחליט לפי הלכת השיתוף.

יש אמנם אסכולה בבד"ר אותה הוביל **הרב דוכובסקי**, שאומרת כי הלכת השיתוף לא סותרת ההלכה והדין הדתי, ויכולה לעלות בקנה אחד איתה כיוון ש"תנאי שבממון קיים" בו גם מכיר גם המשפט העברי, של הסכם מכללא לפיו זוג שמקיים אורח חיים תקין ומאמץ משותף מסכים מכללא שכל הרכוש המשפחתי שייך לשניהם שווה בשווה – אסכולה זו הייתה אסכולה שבמיעוט, רוב הדיינים הסכימו עם **הרב שרמן** שחלוקת רכוש לפי הלכת השיתוף (מתן רכוש לאישה למרות שלא כתוב על שמה) זה גזל ונוגד את ההלכה. כתוצאה מכך, התיק לא זו ומר בבלי הוציא הסכם ממון משנת 1980 עליו חתמו הזוג (היו הרבה עליות ומורדות בין בני הזוג לאורך השנים, כחלק מאותן עליות ומורדות הזוג חתמו על הסכם). פרק א' של **חוק יחסי ממון** מדבר על הסכמי ממון ופרק ב' אומר מה הצדדים יעשו אם אין הסכם ממון – פרק ב' של חוק יחסי ממון חל רק על זוגות שנישאו רק אחרי 1974, ואילו פרק א' חל על כל הזוגות הנשואים (גם על אלה שנישאו לפני 1974) – **הכלל היסודי בפרק א' לחוק יחסי ממון הוא שהסכם ממון טעון כתב ואישור** (של רושם הנישואין לפני הנישואין או של ערכאה שיפוטית מוסמכת לאחר הנישואין), ללא כתב ואישור ההסכם לא תקף. **בני הזוג לא אשרו את ההסכם, ולכן לכאורה אינו תקף.** לבד"ר כן יש אינטרס ללכת לפי ההסכם, משום שכך לא יצטרכו ללכת לפי הלכת בבלי ולהמשיך את המעגל השוטה הזה. לפי בד"ר מכיוון שיש הסכם ברור ומפורש אין צורך בהלכת השיתוף כלל – תנאי שבממון תנאו קיים ולכן יש ללכת לפי ההסכם. בהסכם נקבע כי בני הזוג יחלקו את הרכוש לפי שנקבע בחוק יחסי ממון. **למרות שההסכם לא אושר, בד"ר פסק שיש לנהוג לפיו.** בד"ר יכול לעשות את זה בגלל שיש פסיקה שמתייחסת להסכמי ממון שלא אושרו שאומרת שייתכן שזוג עשה הסכם, לא אישר אותו אבל

כן נהג לפיו לאורך שנים – אם כעבור שנים רבות יבוא אחד הצדדים ויטען שההסכם לא אושר, זה כבר יהיה חתום ולכן הפסיקה הזו של העליון אומרת שאמנם חוק יחסי ממון דורש כתב ואישור אך יהיו מצבים נדירים שנאמר כי ההסכם כן תקף. ניתן לראות בפסיקה זו סוג של אקטיביזם שיפוטי – בכך שלא הולך הוא לפי דברי החוק – לא היינו מצפים כלל שבד"ר ינהג באופן כה אקטיביסטי.

בנוסף, כל הזכויות הסוציאליות עצמדות למקום העבודה לא הוכרו בחוק יחסי ממון בהסדר המשאבים כחלוקה שווה בשווה בעת שחתמו בני הזוג על ההסכם, החוק שונה בשנות ה-90' לאחר מכן וכלל את הפנסיה והזכויות הסוציאליות כחלק מהרכוש המשותף – אך בד"ר אמר כי יש לקיים את החוק כפי שהיה בעת שחתמו על ההסכם, ולכן חווה בבלי יצא ללא כסף כלל. יתרה על כן, בד"ר אף פסק כי עליה לשלם דמי שימוש על הדירה בה היא גרה – דמי שימוש אלו התקזזו עם הרכוש שהיה להם והיא למעשה נותרה בתום החלוקה ללא דבר.

שיעור מרצה 6 – 27/03/2019

מקור הסמכות ועילות לביקורת השיפוטית

בכל פסה"ד בהם עסקנו עד כה בג"צ בחן את פעילותו של בד"ר – אך מי שם את שופטי בג"צ להכריע בעניין, ומהיכן הם נוטלים את הסמכות להתערב בפעילות בד"ר? במבט ראשון, התשובה לכך מאוד פשוטה כי **מקור הסמכות של הביקורת השיפוטית של בג"צ הוא מתוקף ס'15 לחו"י: השפיטה**, אך בהסתכלות חוזרת על הסעיף נראה כי הוא מחולק בעניין זה ל-2 סעיפים והעניין לא פשוט כפי שנראה: **ס'15(ג) לחו"י: השפיטה** – מגדיר את הסמכות הבג"צית בכלל ואת עילת התערבות בג"צ בפסיקת בד"ר כי נחוץ סעד למען הצדק; **ס'15(ד)(4) לחו"י: השפיטה** מגדיר את עילת התערבות בג"צ בפסיקת בד"ר כשבד"ר פעל בחריגה מסמכות.

1. ס'15(ג) לחו"י השפיטה – נחוץ סעד למען הצדק – סעיף סל:

15. (ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.

ישנן דוגמאות לסעיף סל בהרבה דברי חקיקה שונים אשר למעשה באים כשהמחוקק רוצה לאפשר שיקו"ד רחב לבהמ"ש ולא מעוניין לצפות מראש ולהגביל את המקרים בהם יחול הסעיף. סעיף זה בא לפני **ס'15(ד)(4) לחו"י** ומגדיר את בהמ"ש העליון כסמכות בג"צ. **לפי הסעיף בג"צ יכול להתערב כשהוא חושב שהדבר נחוץ למען הצדק** – ובעצם מדובר במשהו מאוד אמורפי.

יש כמה וכמה תנאים לפנייה לבג"צ – בין היתר; מיצוי הליכים, כלומר שאם יש דרכים אחרות לקבל סעד מערכאה אחרת, אזי לא ניתן לפנות לבג"צ כיוון שלפי הסיפא של ס'15(ג) לבג"צ מהווה המענה האחרון.

2. ס'15(ד)(4) לחו"י השפיטה – התערבות בג"צ בפסיקת בידי"ר כשבדי"ר פעל בחריגה מסמכות/חוסר סמכות עניינית:

15. (ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק – (4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא יזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהייתה לו; ואם לא הייתה לו הזדמנות סבירה לעורר את שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

זהו סעיף ספציפי שמדבר באופן מפורש על בד"ר. בסעיף לא מוגדרת מהי חריגה מסמכות, אך ברור שלבג"צ יש סמכות לפקח על פעילות בד"ר כשזה פעל בחריגה מסמכות.

מצב של חוסר סמכות עניינית/פונקציונאלית הוא מצב מובהק בו ברור כי פסה"ד של בד"ר בטלים מעיקרם. מדובר על מצבים בהם נתקלנו בעבר כשדיברנו על תנאי הסמכות הבסיסיים של בד"ר. לדוגמה: **פרשת פלונית (גיוור קטינה)** בה דובר על השתייכותה הדתית של ילדה שאומצה על ידי בני זוג בחו"ל אשר גיירו אותה בחו"ל ורצו לרשום אותה כיהודייה בארץ. פקיד הרישום טעה ואמר להם שהם צריכים להגיש בקשה לבד"ר. בג"צ פסק כי הסמכות הדתית נתונה לבד"ר רק בענייני נישואין וגירושין ולא בענייני השתייכות דתית. **מדובר למעשה בטענת סמכות עניינית וזה לא כפוף לכלל ההזדמנות הראשונה המוגדר בסעיף כיוון שבכל מצב אם אין סמכות עניינית, כך היא תישאר ומלכתחילה לא הייתה סמכות לדון בעניין.**

מה היחס בין ס'15(ג) לס'15(ד)(4)?

האם הם חיים זה לצד זה? איך הם עובדים האחד עם השני? האם משנה לדעת מתי בג"צ מתערב לפי **ס'15(ג)** או לפי **ס'15(ד)(4)**?

המונח "למען הצדק" שבס'15(ג) הוא הרבה יותר כללי מהמונח "חוסר סמכות" שבס'15(ד)(4) (למרות שאנחנו עדיין לא יודעים מה זה חוסר סמכות היות ואין הגדרה בס'). למעשה, **ס'15(ג)** נותן טווח מאוד גדול של שיקו"ד אותו לא נותן **ס'15(ד)(4)**. בנוסף, **ס'15(ד)(4)** מוגבל באופן בו **ס'15(ג)** אינו מוגבל – העותר (הטוען לחוסר סמכות פעולת בד"ר) חייב להעלות את הטענות

הזה בהזדמנות הראשונה שיש לו (נציין כי טענות המתנגדים לעתירות תמיד תהיה שיהיו הטענה של העותר בדיוק בשל הגבלה זו).

שימוש בס' 15(ד)(4) בפס"ד:

בג"ץ 9261/16 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים (העגונה מצפת):

בפסה"ד נטען כי היה שיהיו מצד האישה, בעוד זו התעקשה על כך שהעלתה את הטענות הללו בכל הזדמנות שעלתה בפניה. **השופט מלצר** מצטרף בהסכמה לפסה"ד של **השופט רובינשטיין** ואומר:

"הצו המוחלט שאנו מוציאים כאן הוא **מכוח סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה, שעל-פיו יש בכוחנו להורות למשיבים 1 ו-2 להימנע מלדון, או להוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם**. בהקשר זה אציין כי **העותרת 1 עוררה את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהייתה לה לעשות כן, וחזרה והעלתה השגותיה בנושא מספר פעמים ורק משלא נענתה – הוגשה העתירה שבפנינו**".

האישה בפסה"ד הייתה במצב מאוד קשה כשארין לה שום דרך להשתחרר מהנישואין כיוון ובעלה נפגע בתאונה, ונותר במצב "צמח" בו הוא חיי לחלוטין ויכול להמשיך ולהתקיים במצב הזה שנים רבות אך אין לו שום יכולות קוגניטיביות, וכנראה גם שהמצב הזה בלתי הפיך. בד"ר האזורי בצפת מצא לנכון להגיע אף פעמיים להתרשם ממצבו. **הבעיה בעניין היא שבכדי לתת גט חייבת להיות מודעות והרצון החופשי של הבעל הכרחי כדי שהגט יהיה כשר** – לכן, האישה עדיין נשואה. האישה מצפת מצאה את עצמה ב"מבוי סתום" כשהיא אינה יכולה להשתחרר מקשר הנישואין אלא באמצעות מכשיר הלכתי הנקרא "**גט זיכוי**" (עליו נדבר בהמשך הקורס).

למכניזם ההלכתי של "גט זיכוי" יש תקדימים רבים בהלכה (מקרים שהיו ומתווים דרך גם למקרים עתידיים) – כלומר שיש תשובות שעשו שימוש בכלי הזה **והרב לוי** מבד"ר האזורי בצפת לא המציא את המנגנון אלא היה לו על מה לסמוך. עם זאת, הכלי הזה אינו מקובל ע"י רוב הדיינים – לכן, בד"ר האזורי בצפת, מעצם יראת ההוראה, הפנה, כבר בראשית הדרך, את המקרה הטראגי הזה לרב הראשי בישראל (בנו של הרב עובדיה אשר הביע את דעתו נגד השימוש בכלי "גט הזיכוי"). הרב הראשי לישראל לא יפסוק בניגוד לדעת אביו ולכן אמר שכל שאפשר לעשות הוא רק לבכות על מר גורלה של האישה. **הרב לוי לא קיבל את הכרעת הרב הראשי לישראל**, ובמהלך אמיץ הלך בניגוד להוראת הרב הראשי תוך פירוט נימוקיו ההלכתיים. בד"ר האזורי מאשר את הגירושין והאישה נרשמת כגרופה. **[משמעות המהלך מבחינה פוליטית: מבחינת המערכת הרבנית של דייני בד"ר יש רעידת אדמה משום שדיין בד"ר מעז לפסוק בניגוד להוראת רב מאוד מכובד לו ישנה סמכות הלכתית. למעשה, בפסה"ד הרב לוי הלך ביוזעין נגד החרדים ופסל כל סיכוי שהיה לו להתמנות לדיין בבד"ר הגדול]**.

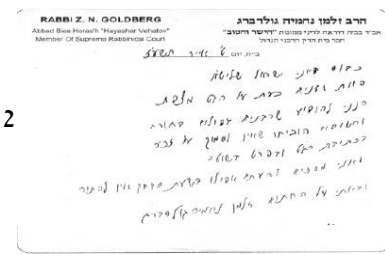
כעבור זמן צץ אדם פלוני אשר מגיש ערעור ב"שם כל עם ישראל" בו הוא טען שהגט אינו כשר ואם האישה תביא ילדים עם גבר אחר שאינו בעלה אלו יהיו ממזרים, פלוני מוסיף וטוען שאם ילדי עם ישראל ינשאו עם ילדים אלו יהיו לכך הלשכות הלכתיות חמורות מאוד. בד"ר האזורי דחה על הסף הערעור. פלוני פנה לבד"ר הגדול, אשר לא זרק אותו מכל המדרגות משום שברור שאותו פלוני משרת את עמדת בד"ר הגדול. עם זאת, בד"ר הגדול יודע שהוא נמצא במצב בעייתי – לכן הוא מכנס דיון בכדי לדון, על פניו, רק בשאלה האם לאותו פלוני יש מעמד שמאפשר לדון בערעור. הדיון כלל את כל דייני בד"ר הגדול (דבר שקרה רק פעם אחת בעבר). בד"ר הוסיף כי אולי במסגרת הדיון, כן תעלה שאלת כשרות הגט ולכן זימן גם את דייני בד"ר האזורי מההרכב המקורי, ופניו יום דיונים מלא. **[משמעותו של מהלך בד"ר הגדול: הוא טען שהדיון הוא פרוצדורלי בלבד, אך הקרין כי עשוי להתפתח הליך של דיון מהותי ואף נערך לשם כך – יש פה מעין ניסיון לפתוח את התיק למרות שלכאורה לפלוני אין זכות ערעור, כיוון שאינו מהווה צד לעניין, וללא ערעור כדן לא יוכל בד"ר לדון בתיק ולהפוך את החלטת בד"ר האזורי]**. עמותת "מבוי סתום" שייצגה את האישה מצפת לכל אורך הדרך התריעה החל מההזדמנות הראשונה שעלתה נגד פתיחת הפתח לערעור בפני אותו פלוני, וכשהטענות שלה לא נענו היא עתרה לבג"צ.

השופט רובינשטיין נתן פסה"ד המרכזי ובו לא נכנס לשאלה מכוח מה בדיוק הוא מוצא לנכון להתערב ולמה פסה"ד של בד"ר הגדול לא יכול לעמוד על כנו. **לעומתו השופט מלצר** מדגיש כי בד"ר הגדול חרג באופן ברור מסמכותו וכי סמכותו של בג"צ לדון בעניין נובעת מס' 15(ד)(4) לח"י השפיטה.

בפסיקתו, אמר בג"צ כי לפלוני אין מעמד וכללי הפרוצדורה לא מאפשרים להקנות לו מעמד בשום מצב. נציין כי **מעמדו של פלוני שונה ממעמדה של "עמותת מבוי סתום" אשר הגישה את העתירה וייצגה את האישה לאורך כל הדרך** – משום שיש הבדל בין התדיינות בין פרטים במסגרתה זכות הערעור ניתנת רק לצדדים להליך; לבין התדיינות בעתירה אותה כל אחד יכול להגיש. "עתירה" למעשה משויכת לתחום המשפט הציבורי ומעלה מעצם טיבה וטבעה את מהותו של בג"צ לאפשר לציבור להשמיע את קולו באמצעותה. המשפט הציבורי בישראל התפתח באופן שזכות העמידה בבג"צ מאוד הורחבה, ולכן אין מה להשוות בין הטיעונים של פלוני להיות צד בערעור לבין הטיעונים של העמותה לעתור לבג"צ כאשר ניראה להם שבד"ר הגדול חרג מסמכותו.

- בפסה"ד יש התייחסות למינוי אפוטרופוס לבעלה של האישה אשר אכן מונה וצייד באישה העגונה. בד"ר לא הכריע בשאלה האם יוכל האפוטרופוס לתת גט לאישה.

פוסט "העגונה מצפת":



נטען שבד"ר האזורי התייעץ עם **הרב נחמיה גולדברג** (שיש לו מעמד נחשב מבחינה הלכתית) בכדי לקבל היתר להשתמש במנגנון "גט זיכוי". לאחר התגלגלות המקרה, הרב נחמיה פרסם מכתב בו טען כי הוא לא נתן הסמכתו לשימוש במנגנון זה וכל השיח בעניין היה תיאורטי בלבד.

בנוסף, האישה שינתה את שמה בכדי שבמקרה בו תכיר אדם איתו תרצה להתקשר, היא תוכל למנוע מצב שאנשים יטילו ספק בכשרות הגט שלה ויפגעו בה מבחינה רגשית.

בגלל השאלה מה בדיוק מעמדו של פסה"ד הרבני "הבעיית" בפס"ד העגונה מצפת נגדו טוענים, מקובל גם לומר שיש הבדל נוסף בין ס'15(ד)4 לבין ס'15(ג) מתוקפם מתערב בג"צ בפסיקות בד"ר:

- ס'15(ד)4 – התערבות בשל חוסר סמכות: ניתן להבין מהסיפא של ס'15(ד)4 כי תחת עילת התערבות בג"צ זו, כל עוד בג"צ לא ביטל את פסה"ד הרבני הוא עומד כתקף – כלומר שפסה"ד רק ניתן לביטול, אך אינו בטל מעיקרו.
- ס'15(ג) – התערבות בשל צורך ליתן סעד למען הצדק: יש שטוענים כי אם מדובר בהתערבות בג"צ תחת עילה זו פסה"ד בטל מעיקרו.

ברמה התורת משפטית ההבדל עשוי להיות דרמטי. בלימודי משפט מנהלי, ניתקל במושג "תקיפה עקיפה" של פעולה של רשות מנהלית. תקיפה ישירה היא תקיפה של פעולה בבג"צ, בעוד תקיפה עקיפה יכולה להיות באמצעות כל מיני אמצעים משפטיים אחרים ועל הדרך לטעון שהפעולה של רשות מנהלית בטלה. אך באופן תיאורטי אפשר לעשות את זה גם נגד בד"ר בטענה שנגדו את הצדק הטבעי ולכן פסיקותיהם בטלות מעיקרן, ואם הן בטלות מעיקרן אפשר אולי לפנות אפילו לבהמ"ש לענייני משפחה באותו נושא, למרות שהסמכות הייתה של בד"ר אם נטען למעשה כי פסה"ד לא קיים ולא היה מעולם. עם זאת בפרקטיקה לא עושים את זה בגלל שהגישה של המערכת האזרחית היא כי אם יש טענות נגד התנהלות בד"ר אז הדרך להעלות את הטענות היא מאוד ברורה – אם הטענה היא נגד פס"ד של בד"ר רגיל אז צריך לערער לבד"ר הגדול, ואם הטענה היא על פס"ד של בד"ר הגדול יש לפנות למהלך של תקיפה עקיפה בבג"צ.

3. התערבות בג"צ כשבד"ר פוסק בהרכב חסר/חוסר סמכות פונקציונאלית:

זהו מצב מובהק בו ברור כי פסה"ד של בד"ר בטלים מעיקרם. הדיון לא נעשה בפני גדול ההרכב הקבוע בחוק. בעבר זה היה קורה הרבה, אך היום זה קורה פחות ופחות – זאת משום שסגן השר אלי בן דהן, ששימש כמנכ"ל בד"ר במשך כ-19 שנים, עשה שינויים רבים וביניהם הייתה שימת לב והקפדה על קיום דיונים בפני הרכבים מלאים עפ"י החוק כמו גם שימת סוף ל"שוק" שהיה בבד"ר לפני כהונתו.

הפסיקה קראה למצב זה "חוסר סמכות פונקציונלית" (את מונח זה נמצא רק בהקשר של בד"ר). התפיסה בעבר (הלכת חמד) הייתה שפס"ד שניתן בהרכב חסר הוא חסר כל תוקף ומשמעות ומדובר בבטלות מוחלטת, אך כיום, בג"צ 6334/96 אליהו הטיל ספק בתפיסת ה"בטלות המחולטת" והציג את הקונספט של "בטלות לא בכל מצב" כאשר התנאים לכך נותרו פתוחים ולא ברורים (לכן לא ניכנס לעומק בעניין) – על כן, עקרונית ניתן לטעון שפסיקה בהרכב חסר היא בטלה לחלוטין, אך בגלל הלכת אליהו המצב לא חד משמעי. האחריות מוטלת על המערכת האזרחית בשל חוסר הבהירות ואי הוודאות בהם ניתקל לאורך הקורס.

בנוסף, ישנם מצבים נוספים בהם יטענו נגד סמכות בד"ר:

4. התערבות בג"צ בסמכות בד"ר בשל פגיעה בכללי צדק טבעי:

המקרים היותר שכיחים של טענות נגד סמכות בד"ר הם מקרים של פגיעה בכללי הצדק הטבעי – גם אז פסה"ד בטלים. מדובר למשל על מקרים של זכות טיעון, החלטות במעמד צד אחד, החלטות שנוגעות לאנשים שהם לא צד לדיון כלל.

דוגמה – בג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (האישה הבוגדת):

מדובר על אישה שהפרה חובת אמונים לבעלה כשהדבר הוכח בבד"ר בהסתמך על ראיות מצולמות שאסף הבעל ללא ידיעת האישה.

בד"ר מוציא פס"ד שהאישה חייבת לקבל גט, ובהליך הפרוצדורלי שנקרא מעשה בית דין (לא מדובר על אותו מעשה בית דין שדובר לעיל אלא מדובר על המשך דיון) נקבע כי עפ"י ההלכה האישה אסורה להינשא לבעלה ולבועלה (איתו בגדה). אך, האדם איתו בגדה אינו צד להליך, ובכל זאת בד"ר הוציא פסיקה שמשפיעה על מעמדו שלו. בסדרה של פס"ד נפסק כי בד"ר לא יכול לפסוק ביחס לצד ג' מבלי לתת לאותו צד ג' הזדמנות להיות צד להליך ולטעון להגנתו היות ומדובר בכללי הצדק הטבעי ובכללי הדיון הבסיסיים.

את המקרה זה ראינו גם בפס"ד לב ובפס"ד דוד בו נתן חשין את הכותרת של "פגיעה בזכויות אדם" לכל מה שנופל תחת פגיעה בכללי צדק טבעי – דבר זה יותר ממקם אותנו בס'15(ג), אך נראה גם פס"ד בהם זה ייפול תחת ס'15(ד)4 – לכן לרוב נראה דיון בפסיקה בשניהם במקביל תוך פירוט כל עילות ההתערבות.

5. התערבות בג"צ בסמכות בד"ר בשל התעלמות מנורמה אזרחית שאמורה לחול על בד"ר:

מדובר במקרים המשמעותיים ביותר להתערבות בג"צ.

ניתן לראות דוגמה לכך בפס"ד בבלי בו התחפכה הנוסחה ובד"ר הכופף לכל הנורמות האזרחיות. בנוסף, ניתן לראות זאת גם בבג"צ 6650/04 פלונית הראיות הפסולות בו נדונו חוק הגנת הפרטיות, וחוי"כ כוה"ח אשר אינם טריטוריאליים ולא מחילים עצמם במפורש על בד"ר.

בפס"ד באהם אותו נתן אילון בסמוך לפס"ד בבלי נאמר במפורש כי חוי"כ כוה"ח לא חל על בד"ר בדיוק מהסיבה שאינו מחיל עצמו עליהם במפורש ואינו מהווה דין טריטוריאלי, אך בעקבות פס"ד בבלי ופס"ד לב כל אלו ואחרים לבסוף כן חלים על כל בתי הדין הרבניים.

בפס"ד באהם נדון אותו עניין של פס"ד בבלי: החלת הדין האזרחי בבד"ר, ואף בשאלה ספציפית יותר מצומצמת. אילון דיבר על אותן סוגיות בהן דן בבלי: חוי"כ כוה"ח, זכות הקניין, שוויון וכו' – כאשר הוא אומר, כאמור, שאלו לא חלים על בד"ר – אך פס"ד באהם ניתן כשבוע לפני שפורסם פס"ד בבלי.

לבהמ"ש העליון יש 2 דרכים להתמודד עם תקדימים שלא מקובלים עליו:

1. להגיד שככה בהמ"ש העליון חשב בעבר והתפיסה השתנתה כיום;
 2. לאבחן – כלומר, להגיד שיש תקדים אך הוא נכון לגבי מקרים מסוימים בעוד המקרה הנדון דומה אך שונה ולכן נדרש לפסוק אחרת. בדרכי האבחונים אינם מוצלחים וניתן להרגיש כי הם מאולצים ורק מבקשים לסטות מתקדים.
- ברק ביחס לפס"ד וילוזני ולפס"ד באהם פעל בדרך של אבחון אשר על פניו אינו מוצלח. אלו טען במאמרו שאמירתו היסודית לפסה"ד באהם קיבל יחס של אמרת אגב בפסה"ד של ברק בפרשת בבלי.

בפס"ד 17 לבג"צ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (האישה הבוגדת) ניתן לראות את הניתוח של העיקרון לפיו לבד"ר ישנו שיקו"ד רחב בניתוח כללים אך מודגש כי על הניתוח להיות עפ"י עקרונות היסוד של המשפט הישראלי. אך האמור אינו סוף פסוק בפרשת פלונית ובפס"ד 14-15 בפסה"ד מסביר ברק מה השאלה: הבעל לא גר בבית ונכנס אליו לאחר שידע שאשתו תהיה שם עם בן זוגה החדש וכך צילם אותה "בעת מעשה". ברק אומר בפס"ד כי ישנה פגיעה בפרטיות האישה ללא תלות בבעלות הבעל בבית. בד"ר, תוך הסתמכות על התמונות קבע שהאישה אכן זנתה תחת בעלה והיא מחויבת לקבל את הגט עם כל ההשלכות הנובעות מכך – על זאת הייתה העתירה לבג"צ.

המחוקק האזרחי-חילוני הוא זה שקבע שלבד"ר ישנה הסמכות הייחודית לדון בענייני גירושין ונישואין, וזאת עפ"י הדין הדתי. בד"ר מחויב לפסוק פסיקותיו תחת זאת לפי דין איסור והיתר, כשביחס אליהם המשמעות היא מעבר למשמעות של תוצאות כלכליות – אם האישה זנתה תחת בעלה היא אסורה לבעלה ובעלה. לפי ברק, עולה קושי – משום שבד"ר יכול להפעיל את הדין הדתי רק כך ולתת פסיקותיו – אנשי האמונה הדתיים לא יכולים לתת פסיקה שהיא אינה נכונה מבחינה הלכתית – לכן ישנן התנגשויות אינהרנטיות ביחס לטענה שחוק הגנת הפרטיות חל על בד"ר, משום שרק כך יכול הוא להוכיח בגידה.

בד"ר קיבל על עצמו במקרה זה את חוק הגנת הפרטיות באותו הקשר: בחוק הגנת הפרטיות יש סעיפים שכן מאפשרים לפגוע בזכות הפרטיות. הרב דייכובסקי טען כי עניין פסה"ד נכנס תחת ההגנות בחוק וברור שיש על הבעל החובה המוסרית והדתית אם האישה עוברת על האיסור החמור ביותר מדאורייתא עליו להראות זאת לדייני בד"ר – זה מעבר ללהגיע לחקר האמת, אלא הוא מבקש למנוע עבירה חמורה מאוד עם השלכות קשות מבחינה דתית. דייכובסקי לא חושב שמושג הפרטיות רלוונטי ליחסים בין בני זוג, כיוון שהם בנישואיהם הופכים את הפרטיות שלהם לגורם אחד מאוחד של שניהם, ובן זוג אחד לא יכול לפגוע בזכות הפרטיות של האחר – תפיסה זו קוטבת לחלוטין לתפיסת בהמ"ש האזרחיים אותה נושא ומגדיש ברק בפסיקתו. בגלל תפיסת הפרטיות הזו, ובגלל שהוא נושא את דגל הדין הדתי מאפשר דייכובסקי ומקבל את הראיות אותן הביא הבעל.

ברק לא מביא לנו תשובה לשאלה על ההכבדה ליישום הדין הדתי – שאם נלך עם זה עד הסוף בד"ר לא יוכל להגשים את המוטל עליו. ברק אף די מתחמק, לפיו פסיקתו, בפס"ד 35 לפסה"ד, ואומר כי בד"ר יכול היה להגיע להכרעה זו ללא שימוש בראיות הפסולות – אך תוצאה זו עשויה כאמור להשפיע באופן קשה מאוד על בד"ר והדין הדתי. בפרשה זו לא עלה ההיבט הפלילי של הסגת גבול ולכן זה לא רלוונטי למקרה זה.

האם התערבות בג"צ מפקיעה סמכות?

האם כשברק מבטל פס"ד רבני לבד"ר אין סמכות יותר והדיון בסמכות בג"צ או שיכול הוא לדון מחדש בעניין? בפרשת בבלי, לאחר הפסיקה הוחזר הדיון לבד"ר.

סמכות בג"צ מפקיעה סמכות רק אם לא הייתה סמכות עניינית מלכתחילה (כשלא מתקיימים תנאי הסמכות) – משום שזו לא הפקעת סמכות בכלל.

אם הסמכות רק הופעלה באופן לא נאות, הסמכות נשארת בסמכות בד"ר וחוזרת אליו לדיון לאחר פסילת פסה"ד.

תחת עניין זה עלינו להכיר 2 פרשות:

פרשת גבאי – היה אחד המקרים הראשונים אחרי פרשת בבלי שבד"ר לא פסק לפי הלכת השיתוף. ברק, בהארת אגב, אמר "שאלתי את עצמי האם לא ראוי לסיים פה את הפרשה" – הזוג גבאי היו 20 שנה בהליכים בבהמ"ש, ובג"צ למעשה תהה האם

לא לסיים את הדיון בבג"צ ולא להחזיר את המקרה לבד"ר. פרשת גבאי נדונה על דירה אשר שוויה למעשה כבר הוצא על כל ההליכים.

פרשת אליהו – בני הזוג היו למעלה מ-25 שנים בדיונים בבהמ"ש. **השופט ארבל** עושה מה שברק אמרה בהארת אגב בפרשת גבאי, ופוסקת בחלוקת הרכוש, זאת מבלי להסביר אף איך היא שוללת את סמכותו של בד"ר מהמקרה. זו לא הלכה אך ראוי להכיר מקרה זה.

מהן גבולות הפיקוח השיפוטי

הגבול מאוד וחזק ברור והוא שאם בכלל יש התערבות בתוכן הפסיקה, היא תהיה רק ביחס לשאלה איזה דין צריך להחיל, אך בעצם הנורמה הדתית לא ניתן להתערב.

עם זאת, זה גבול מאוד נוקשה ובעייתי משום שאם הדין קובע למשל שאישה שזנתה אסורה לבעלה ובועלה, אך גבר שפעל באותו אופן לא מקבל אותו יחס – מדובר ביחס לא שוויוני. אך אם עותרים נגד קביעה זו לבג"צ, כל שהוא יכול להגיד זה שהוא סולד מהלכה זו, אבל זה התוכן של הדין הדתי ובהמ"ש לא יכול להתערב בתוכן זה.

פסה"ד שממחיש את העניין בצורה הטובה ביותר הוא **בג"צ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי** (יש מקומות בו הוא מופיע כפלוגית): **עובדות:** מדובר על תביעת גירושין של אישה בגין אלימות חוזרת ונשנית כלפיה מבעלה. בד"ר אזורי מצאו עילה לחייב את הבעל בגט. בד"ר הגדול קבע כי אין חובה לכפות על גבר גט משום עילת אלימות ועילת בגידה – הן משום שלא הוכחה האלימות והן משום שממילא לא קיבל התראה כי עליו לשוב לדרך הישר. [נציין כי יש עדיין הרכבים שיתעקשו על הפרוצדורה הלא ברורה של התרעה, אך רבים כבר לא מתייחסים לכך היות וכאשר יש אלימות הם כן יפעילו את עילת אלימות כעילת גירושין]. עוד נקבע, כי עילת "מאס עליו" אינה מספיקה כדי לחייב את הגבר ליתן גט אלא יכולה להוות בסיס להמליץ על גט בלבד. מכאן העתירה המבקשת לבטל את החלטתו של בית הדין הרבני.

היום רוב הפסיקות של בד"ר מסתיימות רק בהמלצה להתגרש לבני הזוג ללא הכרעה או אילוץ בגירושין – זאת מתוך חשש לגט מאוסה [על המשמעויות של פסיקות ביד"ר ביחס לעילות חיוב ועילות גירושין בהסכמה].

השופט אור בג"צ אמר כי דיון העתירה להידחות משום **בג"צ אינו מהווה ערכאת ערעור על בד"ר הרבני**. ובנוסף, במקרה **זה לא יכול בג"צ לשנות את ההחלטה משום שמדובר בדין דתי משום שבד"ר הגדול פירש את הדין הדתי וההלכה היהודית כפי שמצא לנכון** ואין ערכאת ערעור גבוהה מבד"ר הגדול. הוא מוסיף, כי למרות שהתוצאה אינה ראויה, אין זה מסמכותו של בג"צ להתערב.

אך **פס"ד רפאלי** עדיין מאוד חשוב למרות שנגמר כך, בגלל פסה"ד של בדעת יחיד של **חשין** – חשין אמנם הצטרף להכרעת הדין, אך הוא הוסיף כי עובדתית הדינמיקה של הגירושין תלויה בכסף ועד שהאיש לא יקבל כסף הוא לא יתרצה – מדובר למעשה בסרבנות גט קלאסית (אלים מינית, פיזית, מילולית ומנצל את הכוח שהדין הדתי נתן לו). **הדבר החשוב שעולה מפסק דינו של חשין הוא השאלה מדוע עבר חשין על הראיות?** הרי בג"צ אינו ערכאת ערעור ובכלל גם אם היה לא היה אמור לעבור ולהתערב בראיות, ובנוסף אם כבר חשין עבר על הראיות בקפידה, איך יתכן שהוא לא אמר דבר על כך שהבעל הכה את האישה מול בד"ר? חשין אומר שבד"ר לא פסק את מה שהוא פסק בגלל האמירות של בד"ר הגדול לפיהן גם אם האישה מוכיחה שבעלה בגד בה או הכה אותה, אם לא הייתה התראה לפני כן אין עילה לגירושין, אלא פסק בגלל שלא הוכחה אלימות – על כך מוסיף **חשין כי אם היה מכריע לפי דין זה הוא כן היה מוצא מקום להתערב בתוכן הדין הדתי** בשל הקושי ביחס לדין השוויוני וההלכות הבעייתיות של הדין הדתי שנוגדות את עקרון השוויון וכבוד האדם וכי לפי הדין הדתי ניתן היה להגיע לפתרון באמצעות הלכות אחרות שאינן פוגעות כדוגמת "מאס עליו". דבריו של חשין הם אפילו לא אובייקטיבי, משום שבסופו של דבר הוא כן הצטרף לדבריו של השופט אור, והוא גם לא חזר על דברים אלו בשום פרשה אחרת לכן **הפרשנות של חשין לדין לא מהווה פרשנות חדשה למונח חקיקה טריטוריאלית ולביקורת על הדין הדתי.**

שיעור מרצה 7 – 02/04/2019

המשך – גבולות הפיקוח השיפוטי על פעילות בד"ר

כאמור, הכלל המנחה אותנו בנושא של הפיקוח השיפוטי בשאלה של מה בדיוק נמצא באפשרות של המערכת האזרחית לפקח ולהתערב בפעילות בד"ר עוזר לנו להבחין בין מה שעוטף את הדין המהותי לבין התכנים של הדין המהותי – **תכנים אשר חסינים מפני הביקורת השיפוטית**. תכנים אלו עטופים בשאלות של כללי ברירת דין (לא רק במובן של משב"ל פרטי אלא גם ביחס לשאלה של איזה תכנים ולא רק התוכן של התכנים, כלומר – האם מדובר על תכנים אזרחיים או דתיים שבד"ר צריך להחיל), דיני ראיות, כללי צדק טבעי וכו'. ראינו מספר דוגמאות לכך – למשל, ביחס לאופני הפיקוח שמפעיל בהמ"ש האזרחי על בד"ר, **פרשת העגונה מצפת** ממחישה לנו את הביקורת על ההליך פרוצדורלי – כלומר, שימת הדגש של בהמ"ש האזרחי על הצדק הדיוני וכללי הצדק הטבעי.

התוצאה של החסינות בענייני הנישואין והגירושין:

העיגון החקיקתי לחסינות זהו נמצא בס' 2 לחשבד"ר לפיו נישואין וגירושין של יהודים בישראל יערכו לפי דין תורה, ומעבר לכך, גם כל הכללים המהותיים של הנישואין והגירושין בישראל הם כללים של דין תורה (חשבד"ר המשיך את המצב שהיה בתקופה העות'מאנית והוסיף עוד סמכויות לבד"ר באמצעות הכריכה, אך חשבד"ר לא חידש דבר אלא קיבע את החסינות שעוגנה עוד בס' 46-47 **לדבר המלך**).

בנוסף, לעיגון החסינות שבס' 2 לחשבד"ר ישנו עיגון לכך גם בס' 5 לחוק שיווי זכויות האישה. חוק זה הוא אחד החוקים הראשונים שנחקקו במדינת ישראל הצעירה (נחקק בשנת 1951) – הדבר מעיד על כך שבין הכללים המאוד דחופים שנדרש לחוקק, הכנסת מצאה לנכון לעגן את זכויות הנשים. עם זאת, חה"כ שהציעה וקידמה את החוק – חה"כ רחל קגן כהן – הצביעה נגדו בשל אותו ס' 5 לחוק שיווי זכויות האישה אשר נותן ומעגן את החסינות של בד"ר ושל אותם כללים של נישואין וגירושין מפני התערבות של ערכאות שיפוט אזרחיות – התערבות שיכולה הייתה להיעשות בשמו של חוק שיווי זכויות האישה משום שהעיקרון החרוט בבסיס החוק היה שוויון מלא בכל פעולה משפטית לאיש ולאשה. זהו עקרון מאוד מתקדם, אשר מעטות היו המדינות שחרטו על דגלן עקרון זה, אך באותה הנשימה ס' 5 למעשה פגע בעקרון באמצעות מתן החסינות הזו. 50 שנה לאחר חקיקת החוק, הוא עבר תיקון משמעותי, אותו הובילה חה"כ יעל דיין – אשר רצתה להפוך את חוק שיווי זכויות האישה לחוק יסוד. למהלך זה התנגדו רבים וביניהם היה מרכז רקמן משום שהיה ברור שס' 5 לא ישתנה ויישאר מקובע בספר החוקים – בכך למעשה הייתה ממוסדת החסינות של בד"ר ומתווסף מכשול אף מעבר לשמירת הדינים שבחו"כ: כה"ח שמעניק כוח לבד"ר – ולמרות הרצון להעלות את השוויון המגדרי למעמד על חוקי, לא ניתן לתמוך במהלך שבאותה נשימה יחזק עוד את החסינות של הדין הדתי.

בפסה"ד שלמדנו עד כה ראינו כי ישנם "ניצנים" של שופטי בג"צ שנסחפים לומר קצת אחרת בכל הנוגע לחסינות הדין המהותי הדתי, וזאת מבלי לחשוב על מה שהם אומרים – הבולט מכל הוא השופט חשין בפס"ד רפאלי – בו הבעל, סרבן הגט, היה גם אלים כלפי האישה, ובד"ר הגדול הפך את פסיקת בד"ר האזורי – בבד"ר הגדול אמרו שהאלימות לא הוכחה וגם אם הוכחה הייתה צריכה להיות התראה נגד הבעל אשר לא הייתה, ולכן אין עילת גירושין. חשין אמנם הצטרף לדחיית העתירה, בשל חסינות הדין הדתי מפני הביקורת השיפוטית, אך כתב עמודים רבים בפס"ד שמהווים למעשה כניסה למהות ולתכנים של הדין הדתי, על אף החסינות האמורה.

בג"ץ 2232/03 פלונית (בני נוח/נישואי קפריסין):

עובדות:

זהו פס"ד משונה משום שיש פה מעין 'פינג פונג' בין בג"צ לבד"ר. בפסה"ד דובר על זוג שנישא בנישואין אזרחיים, ולאחר מכן בטקס דתי ע"י רב רפורמי, אך הבסיס לנישואין היו מחוץ לישראל, בקפריסין. לימים, נקלעו בני הזוג לסכסוך והאיש תבע תביעת גירושין בבד"ר (משום שסמכות הגירושין היא סמכות ייחודית לבד"ר גם ביחס למי שנישא מחוץ לישראל וזאת במידה ושני בני הזוג יהודיים). האישה סירבה לסמכות בד"ר, אך בד"ר פסק בכל זאת ובפס"ד קבע שאין בכלל קשר של נישואין בין בני הזוג, הם מעולם לא תיקפו את נישואיהם. על אמירה זו מערערת האישה לבד"ר הגדול שהותיר את פסה"ד על כנו, ולאחר מכן היא עותרת לבג"צ.

העתירה שהגיעה לבג"צ היא קצת משונה משום שלא ברור למה האישה עותרת לבג"צ – היות שמבחינה משפטית-מעשית-ממשית לא הייתה משמעות לעתירה – לכן כנראה שכל העתירה נבעה ממניעים זהותיים-אישיים: האישה למעשה אומרת שהיא בכל זאת הייתה נשואה והם היו בני זוג, היא הייתה רשומה כנשואה, היה לה מעמד וכולם ידעו שהם נשואים – כלומר שחברתית, זהותית, תפיסתית האישה הייתה נשואה – והאישה עותרת על האמירה של בד"ר שאומר לה כי כל חייה היו למעשה שקר ומעולם היא לא הייתה נשואה. (לא מעט מההתדיינות בדיני משפחה מבטאים את הסימבוליקה ולא דווקא את המשמעות המשפטית המעשית).

ניתוח:

עוה"ד ש. יעקובי שעבד על התיק כעו"ד פרטי ונהג ביצירתיות לאורך כל הדרך – [הוא מכהן היום כיועץ של בד"ר – מדובר ביריב שניצב נגד ביהמ"ש ומהווה מתחרה "ראוי" שיכול להשתמש במעורמו של המשפט האזורי] – המליץ לברק לפנות לבד"ר לפני הכרעה בעתירה, זאת ע"מ לקבל "הזדמנות נוספת". כך, ברק עצר את הדיון בבג"צ, דרש מבד"ר לנמק את החלטתו ושלא אליו סדרה של שאלות – שאלות שצריכות לגרום לנו לתהייה משום שיש בהן משום ביקורת על תוכן הדין הדתי. השאלות אותן הפנה ברק בפסה"ד לבד"ר (פס' 7):

"עצם העובדה שבני זוג יהודים נשואים בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לגבולות המדינה ואינם נשואים כדת משה וישראל אינה יכולה להוות, כשהיא לעצמה, עילה להתיר את נישואיהם האזרחיים. מכאן שההחלטה להתיר את הנישואין שלא בהסכמה, שמבוססת על עצם הנישואין האזרחיים, אינה חוקית ודינה להתבטל. העתירה נשמעה בפנינו (ביום 9.7.2003). בתום הדיון, ועל פי הצעתו של עו"ד שי יעקובי – היועץ המשפטי לשיפוט הרבני - הפנינו בקשה לבית הדין הרבני הגדול, כי ישלים את הנמקתו לפסק דינו, בטרם נמשיך לדון בעתירה. וכך ציינו בהחלטתנו: '...התעוררו מספר שאלות, כגון, על פי איזה דין נערכה התרת הנישואין? מהן העילות לכך? האם די בבקשת צד אחד?...' "

כשברק מבקש לדעת מהן העילות של בד"ר לפסיקתו הוא לוקח לעצמו סמכות לבדוק את הדין המהותי ומפעיל את הביקורת השיפוטית שלו על התכנים שבאים לידי ביטוי בעילות של בד"ר לסיום הנישואין.

בתגובה לשאלותיו של ברק, הרב דיכובסקי הרים את הכדור שברק זרק לבד"ר וכתב פס"ד מאוד ארוך, בו פרס משנה שהיא חידוש גדול בעולם האזרחי בכך שניתח את כל מבנה הנישואין האזרחיים לפי 7 מצוות בני נוח בהן כלל האנושות מחויבת. הוא קבע כי **הנישואין האזרחיים הם לא "לא היו דברים מעולם" ולמעשה הם כן מהווים סוג של קשר זוגי לגיטימי שמוכר בהלכה היהודית בגדר מצוות בני נוח** – מדובר בסוג של התקשרות זוגית חוזית, פורמלית ולגיטימית שכלל האנושות מחויבת בה, כמו גם לגבי היהודים. דיכובסקי הוסיף כי הנישואין האזרחיים הם היקומה ראשונה למבנה הנישואין כשיהקומה הנוספת לקשר הזה הם הטקס הדתי "כדת משה" – לכן גם **מי שנישא בנישואין אזרחיים אמנם עלה רק קומה אחת, ולא את השנייה – אך עדיין יש תוקף לנישואין**.

דיכובסקי, בפסק דינו, אמר שבגלל שהייתה הקומה הראשונה כן יש 'משהו' שצריך לסיים כחלק מתביעת הגירושין, אך לא באמצעות גירושין ע"י גט כדת משה וישראל (משום שאין פה נישואין כדת משה וישראל) – אלא, שבכדי לפרק את הנישואין, נדרשת הכרעה שיפוטית של בד"ר כי התקיימה **"עילת תום הנישואין"/"הנישואין הגיעו למשבר לאו בר שיקום"** וכשבד"ר מסיק כי זה המצב אז ייתן פס"ד שמתיר (מסיים) את הנישואין.

לאחר תגובתו זו של הרב דיכובסקי, **ברק** עובר לנתח את אמירותיו תחת סעיף ח' לפסה"ד, ובפס"ד 36 לפסה"ד אמר:

"עילת הגירושין" לה נזקק בית הדין נעוצה בקיומו של קרע בלתי ניתן לאיחוי בין בני הזוג. גישה זו מקובלת עלי. היא תואמת את הגישות המודרניות באשר לעילות הגירושין, שאינם מבוססות אך על אשמה ואינן מוגבלות אך להסכמה... גישת בית הדין אינה הופכת את הנישואין האזרחיים, כשלעצמם, לכלי להשגת גירושין באופן מיידי ואוטומטי. הרס חיי הנישואין הוא "עילת גירושין" העומדת בפני עצמה..."

אך, מאיין הסמכות של ברק לשפוט ולהעריך את העילה המהותית שלפיה בד"ר קובע שיש כאן באמת מקום לתת פס"ד שמסיים את הנישואין?! אין תשובה לשאלה זו, אך **המרצה רואה בפסה"ד חריגה מסמכות של בג"צ** בהתערבות בהחלטתו של בד"ר. עם זאת, אין לזה שום משמעות – אמנם מצד אחד יש פה מהלך שמביע תעוזה משמעותית של השופט ברק, אך, מצד שני, כל מה שהמהלך הזה עשה היה מעין סיבוב שלם של 360 מעלות **שמאשרר את המהות ואף בעצם משאיר את הסמכות של הדיון בגירושין בעקבות נישואין אזרחיים בבד"ר**.

זה מבטא את המהלך "המבריק" של **עוה"ד יעקובי**. בעצם, עוה"ד יעקובי על פניו "גלגל את הכדור" לרב דיכובסקי, וממנו בחזרה לשופט ברק שפספס לגמרי את האפשרות – אם ברק לא היה מקשיב לעוה"ד יעקובי ו"הולך שבי אחריו" הוא יכול היה להפעיל את **"תיזת אי ההכרה"** ולהגיד שמשום שבד"ר האזורי ובד"ר הגדול הבינו שיש בעיה כי למעשה אינם מכירים בנישואין אזרחיים אלו, ולמרות שכותרת ההליך היא 'גירושין', אין לבד"ר הסמכות לדון במשהו שמבחינתו לא קיים. אך, עוה"ד יעקובי קלט שזה דבר שיכול לקרות ולכן משך לכיוון חו"ד נוספת של בד"ר שינמק את אמירותיו במטרה לתת לו "הזדמנות שניה" לדון בנושא. למעשה, **הרב דיכובסקי** הבין את ההשלכות האפשריות של החלת "תיזת אי ההכרה" ואמר באופן מפורש בפסיקתו **שאם הוא לא יכנס לגופו של עניין ולא באמת ידון במשמעות המעשית הלכתית של הנישואין האזרחיים בכך בד"ר ישמטו במו ידיהם את הסמכות שהחוק נתן להם**.

ברק נפל שבי ו"שמח" שהתלכדו תפיסותיהם של בד"ר ובהמ"ש הדתי. – אבל זה נכנס רק לעילות של נישואין אזרחיים, הרטוריקה הליברלית כביכול של גירושין ללא אשמה – כבודה במקומה הוא רק במצב של נישואין אזרחיים [וגם זה לא מקובל ע"י הרוב המוחלט של ביה"ד הרבני הגדול].

ביה"ד הרבני השתמש במצג שווא ובביטויים אזרחיים המשקפים "ליברליות". ברק הלך שולל אחר הניתוח של דיכובסקי וחשב שיש כאן התחלה של הכרה בעילת "תום הנישואין" באופן כללי. אומנם מדובר בחידוש עצום מצד דיכובסקי, אבל **הוא חל רק לגבי נישואין אזרחיים**. ברק, לדעת המרצה, התפתה ל"זרום" עם הדרך שדיכובסקי הציע – סיום נישואין על בסיס עילת "תום הנישואין", המהווה למעשה ביטוי של **"גירושין ללא אשם"**. זוהי תפיסה מודרנית שאינה מוכרת בהלכה. יכול להיות שברק "נפל בשבי" וחשב שיש כאן הזדמנות ל"האחדת דינים" בליבם של דיני הנישואין והגירושין, והתעלם מהמחירים הכבדים של השארת הדיון בנישואין אזרחיים בידי בד"ר. בכך הוא החמיץ הזדמנות פז לסלול דרך לנישואין וגירושין אזרחיים בישראל, באמצעות מסלול עוקף בד"ר, ומצד שני הוא כן נתן לנו את האפשרות של הכניסה לתכנים של הדין הדתי – אבל זה היה חסר כל משמעות בסופו של יום.

למרות כל האמור לעיל, עדיין יש לנו את **בג"צ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט** אשר דן בזוגות בני אותו מין שביקשו להינשא בישראל ונדחו. בפסה"ד, **השופט רובינשטיין** אמר שהענקת האפשרות לבני זוג בני אותו מין להינשא בישראל היא עניין למחוקק בלבד. **השופט ברון** אמרה **שלא מן הנמנע כי בעתיד הוראת שמירת הדינים לא תוכל לבלום תהליכים חוקתיים, ובפרט בחינת התאמתם של דיני המעמד האישי למציאת בת ימינו**, על הפסיפס החברתי-תרבותי-דתי שממנו היא מורכבת (כלומר, שאולי, בדרך כלשהי, יפתח הפתח אותו סגר ברק).

לסיכום הנושא – גבולות הפיקוח השיפוטי ברמה המעשית:
איפה אין פיקוח שיפוטי?

- **בהתחלה:** אם שאלת **ענייני הנישואין** היא מחוץ לסמכות בג"ץ, מה קורה במצב שבו אישה שהתגיירה בגיור רפורמי בישראל מבקשת להינשא כדת משה וישראל, ורושם הנישואים מסרב לרושמה? היא לא תוכל לעתור על זה, שכן **בג"ץ לא יכול לחייב ביד"ר רבני להשיא או לגרש**.
- **בסוף:** **בענייני גירושין**, האם ניתן לחייב בד"ר לגרש? בג"ץ לא יכול לחייב את בד"ר ולהתערב בסמכותו להפעיל עילת גירושין גם אם היא מחויבת או קיימת בהלכה (ראינו זאת **בפס"ד רפאלי**). אין זה בסמכות בג"ץ להגיד לביה"ד הרבני כי טעה בהפעלת ההלכה ולכפות עליו לתת גט ע"י הפעלת חוק הסנקציות. בג"ץ לא יכול להתערב בצורה זו.

איפה יש פיקוח שיפוטי?

ראינו כי ישנה אפשרות לבג"ץ להפעיל ביקורת שיפוטית כשבד"ר חורג מסמכות – **אחת הנסיבות שבהן בד"ר חורג מסמכות היא כאשר בד"ר לא מפעיל ולא משתמש בד"ר האזרחי**.

עולה השאלה: האם מתחילה מגמה חדשה בשאלת הפיקוח השיפוטי/התרבות בג"ץ בפסיקת ביה"ד הרבני? העניין עולה **בפס"ד הבוגדת**: מדובר בבית מגורים שנבנה לאחר נישואי בני הזוג, על מגרש שהיה רשום על שם הבעל (אותו קיבל מעט לפני הנישואין). בבד"ר האזורי נפסק כי האישה זכאית למחצית מדירת המגורים, אך הוא לא התייחס לשאלת הפרת נאמנות, בגידה וכו' כשיקול של חלוקת הרכוש. ולכן, **בד"ר הגדול** קבע כי עצם בגידתה של האישה אומרת כי היא לא מעוניינת במע' היחסים ביניהם. 2 מבין 3 הרבנים ייחסו משקל ברור לגורם הבגידה הנטענת ע"י האישה, כאשר הוא קבע כממצא כי היא בגדה ולכן חייבת להתגרש. מבחינת בד"ר הגדול זה **גורם לכך שאין להקנות לה את מחצית דירת המגורים** (וזאת לאחר 21 שנים של מגורים באותה דירה 30 שנות נישואין). מדובר בנסיבות שבהן אילו המקרה היה נדון בביהמ"ש האזרחי האישה הייתה מקבלת **חצי מהדירה**.

למעשה, כך קבע **השופט עמית בדעת מיעוט** שאמר כי מגיע לאישה חצי מהדירה. לדעת עמית, **בפסה"ד בבלי** היווה נק' מפנה וציון דרך משמעותי ביחס לשאלת התערבותו של בג"ץ ובחינת הגבולות השיפוטיים – נק' זו סימנה את מערכת היחסים בין בהמ"ש האזרחי בעשיה של בד"ר – ולכן, לדעת עמית אם פסה"ד הזה של ביד"ר יתקבל, **הוא בעצם יחזיר אותנו אחורה למצב שהיה לפני הלכת בבלי**, ומשום כך לא יתכן כי נאפשר לפסה"ד הרבני הזה לעמוד על כנו.

לעומתו, השופטים **מינץ ושיטין** אשר היוו דעת הרוב בפסה"ד, החליטו בניגוד לשופט עמית כי הם מעוניינים להותיר את ההלכה של ביד"ר על כנה. כמו כן, **היועמ"ש** אף אמר כי בפסיקת בד"ר לא התחדשה הלכה ואין סטייה וחזרה אחורה מהלכת בבלי, ולכן הוא מקבל את פסה"ד של דעת הרוב **מינץ ושיטין** וקובע כי אין מקום לבקשה לד"ר.

אך, לדעת המרצה הדעות של שיטין ומינץ שגויות ויש מקום לקיים ד"ר ע"מ לברר את השאלות הפתוחות שנתרו:

- **שאלת השיתוף הספציפית** מתייחסת למצב שיש רכוש שרשום רק על אחד מבני הזוג, והרכוש הזה – כולו או חלקו – שייך לו, אפילו עוד מלפני הנישואין. **חוק יחסי ממון** יוצר בעצם את השיתוף וקובע כי "המסה" של הרכוש המשותף כוללת רק את הרכוש שנצבר בתוך מסגרת הנישואין. לעומת זאת, **הלכת השיתוף** התפתחה בדרך שכן מאפשרת **הכללת הרכוש שנצבר גם מלפני הנישואין במסגרת הרכוש המשותף**. **אנו רואים כאן הבדל גדול בין משטר הלכת השיתוף לבין משטר איזון המשאבים שנוצר בחוק יחסי ממון**. כדי לענות על הפער בין המשטרים, ולהגיע למצב שניתן יהיה לראות ברכוש הנצבר קודם לנישואין כרכוש בר איזון – **הפסיקה פיתחה את הלכת השיתוף הספציפי**.

מצוקת הגירושין והעיגון

שורש הבעיה

לאחר שדנו במבואות, כעת נדון בדינים עצמם – **דרך המלך של ענייני נישואין וגירושין היא הדין הדתי**. על פניו היינו צריכים להתחיל בשאלת הנישואין, ורק לאחר מכן לדון בשאלת הגירושין, למרות זאת, קודם נדון **בשאלת הגירושין** – משום שהמצוקה של הסוף: בעיית העיגון וסרבנות הגט – היא שעומדת בבסיס הבעיה בדיני המשפחה ומקרינה אחורה על מכלול מערכת היחסים של הנישואין בישראל. האפקט שנמצא בסוף הנישואין מקרין על הכוח היחסי של נשים לעומת גברים בישראל. כדי להבין מאיפה נמצאת בעיית הגירושין נבחן את יסודות הנישואין בהלכה.

על מנת להבין מאין נולדת מצוקת הגירושין בישראל עלינו לדבר על אלמנט הקידושין בהלכה אל מול שיטות משפט אחרות. צריך להבין כי **ישנו הבדל יסודי ביניהם** –

- **נישואין בשיטת משפט אחרות:** בבחינת סצנות נישואין שאנו מכירים מהסרטים נראה כי את סטטוס הנישואין יוצר האדם/הגוף שמחתן את בני הזוג. אך, מאיפה לאותו כומר/פקיד העירייה וכו' יש סמכות לחתן? **הסמכות לחתן נובעת ומוענקת לאותו גורם מהמדינה**. למעשה, מי שיוצר את הסטטוס של הנישואין, שמשמעותו הוא שלכל דבר ועניין כלפי כולא עלמא יש לנישואין האלה נפקות (כלומר, כלפי רשויות המס, ואף כלפי מדינות חיצוניות) – זו המדינה שמתוקף כוחה זה היא מאצילה את הסמכות ליצור את הסטטוס לאותם גורמים מחתנים – המדינה היא הריבון על הסטטוס.

- **אלמנט הקידושין/הנישואין בהלכה:** לעומת המצב בשיטת המשפט האחרות, בהן המדינה היא הריבון על הסטטוס, אין זה המצב בנישואין ההלכתיים. בנישואין ההלכתיים מי שיוצר את הסטטוס הוא הזוג – זה אקט פרטי של הזוג עצמו, לכן, על פניו, אין צורך ברב או בכל צד ג' שיאשר את הנישואין – אלא כל שצריך זה 2 עדי קיום שיעידו על כך שהאיש קידש את האישה באמצעות פרוטה או שווה פרוטה – כלומר, בטבעת, בליווי המילים "הרי את מקודשת לי" שמבטאות את הרצון לקדש את האישה ובכך בא לידי ביטוי הקשר. על כן, בנישואין ההלכתיים, לכאורה, יצירת המצב הזה נמצא בשליטת בני הזוג, ותוקף הנישואין לא תלוי בגוף המדיני.

המצב במערכות אלו דומה גם בכל הנוגע ל"קו הסיום" של הנישואין – הגירושין:

- עניין סיום **הנישואין האזרחיים** נמצא בשליטת המדינה שמבקשת לקיים דיון משפטי – כלומר, שהליך הגירושין האזרחיים מחייב בירור משפטי והכרזה/ביטוי/החלטה של ערכאה שיפוטית מוסמכת שתקבע כי הנישואין הגיעו לקיצם.

- לא כך הדבר **בנישואין ההלכתיים**. מכיוון שלמעשה מדובר באקט פרטי – גם הגירושין נמצאים בשליטת בני הזוג ולא בשליטת המדינה. בגירושין ההלכתיים, כפי שנאמר ב**ספר דברים כ"ד פס' א'**: "כי ייקח איש אישה ובעלה... וכתב לה ספר כריתות ושילחה מביתו" – הבעל בעצם שולט. כלומר, **שלמרות שמצופה שהזוג ישלוט גם על הגירושין – אנו רואים שבפועל הגירושין נמצאים בשליטת הבעל**: אם הבעל רוצה לגרש – הוא מגרש ואם לא אז לאו. בשביל הגירושין צריך את "ספר הכריתות". ישנה מסכת שלמה בגמרא (מסכת גיטין) שדנה בנושא. הנוכחות של ביה"ד הכרחית כדי לוודא שהגט יהיה כתוב לפי הפרטים והדקדוקים, אבל ביה"ד לא יכול לעשות את הגירושין עצמם, אלא הגט אותו נותן הבעל לאישה **מרצונו החופשי** הוא מה שיוצר את סיום הנישואין. על כן, לערכאת שיפוט מוסמכת מטעם המדינה, מעיקרו של דבר, אין יכולת ליצור את הגירושין עצמם. כל מה יש לה זה רק את היכולת לנקוט בכל מיני דרכים וסנקציות על מנת לתמרץ את הבעל לתת את הגט מרצונו החופשי לאישה, אך בד"ר לא יכול להיכנס לנעליו של הבעל ולתת במקומו את הגט לאישה.

התפיסה המערבית: גירושין ללא אשם, לפי דרישת צד אחד

סוגיה זו עולה **בפרשת בני נוח** – ביה"ד הרבני אימץ שם את עילת "גירושין ללא אשם" – דבר שמהווה, כאמור, התפתחות משמעותית במה שקשור למוסד הנישואין במדינות המערביות הדמוקרטיות – התפתחות שמתנתקת מתפיסות דתיות קודמות שנעוצות בעיקרן בתפיסה של הכנסייה הקתולית. גם דיני הנישואין והגירושין בעולם המערבי דתיים בבסיסם, ונולדו על רקע של שליטה ממושכת של הכנסייה והדין הקנוני על התחום. בתפיסה הקתולית הנישואין הם אחד משלושת טקסי הקודש, ויש בהם קשר לאלוהים – **ומה שהאלוהים איחד, שום אדם לא יכול להפריד**. עם זאת, גם בתפיסה הקתולית ניתן, בנסיבות מסוימות, להפקיע את הנישואין.

חלק ניכר מהתפיסה הפרוטסטנטית בא לאפשר את ההתפתחות בנושא הנישואין והתרתם. אולם, זה נעשה רק באמצעות עילות המבטאות אשם (fault) של אחד מבני הזוג. עילות אלו נוגעות כולן לפגיעה בקשר הנישואין עצמו – בגידה, נטישה, אלימות, הזנחה, התעללות וכו'. **כדי שהצד המבקש יוכל להשתחרר מהנישואין, עליו להוכיח את קיום האשם אצל הצד השני**. ברגע שהוכח אשם כזה די בקביעת ביהמ"ש שהוכחה העילה כדי להכריז על סיום הנישואין – התערבות חיצונית משמעותית ב"קריביים" של מערכות יחסים. זה הוביל למצב שבו גם בני זוג שרצו לסיים את הנישואין בהסכמה נאלצו להעליל זה על זה כדי להטעות את ביהמ"ש.

בשנות ה-60 הביא הגל השני של הפמיניזם להכרה בכך שנישואין לא יכולים עוד לשמש ככלא עבור נשים. הם נתפסו כמטילים מגבלה קשה על האפשרות של נשים לתפקד באופן שווה בספירה הציבורית, בחברה, ובעולם התעסוקה. לצד התנועה הפמיניסטית התחילו לנוע גלגלי חשיבה של רפורמה בדיני הגירושין. הגל השני של הפמיניזם צמח במקביל לתנועה כללית לזכויות האזרח שהתמקדה בשוויון לשחורים בארה"ב, אבל גם לה היה אפקט של הנעת חשיבה ליברלית שמבוססת על שוויון מעבר לזכויות שחורים או נשים. כל ההתרחשויות הללו הביאו לרפורמה המשמעותית ביותר בדיני המשפחה בעולם המערבי – **הגירושין ללא אשם**, לא צריך להוכיח אשם. די בכך שהגירושין הגיעו למצב שכונה בתחילה "נישואין שהגיעו למשבר לא בר איחוי".

בשלב מתקדם יותר הגיעו לתפיסה שדי בכך שצד אחד רוצה להתגרש כדי שהקשר לא יוכל להימשך. ישנה זכות יציאה. זה מתחבר לתיאוריות ליברליות שלפיהן לכל אחד יש זכות להיות בקשר ולצאת מקשר. אומנם הזכות לגירושין עדיין לא הוכרה כזכות אדם בשיח הביני"ל, אך היא מדשדשת קרוב לשם. ישנן יותר ויותר פסיקות של ערכאות בינ"ל שמדברות על כך שמדינה צריכה לספק את האפשרות לצאת מנישואין. יש לכך השלכות משמעותיות על מדינות בעולם שעדיין נוהגות לפי הנצרות הקתולית. למשל, עד לא מזמן באיטליה ובפיליפינים לא היו גירושין. היום בכל המדינות בעולם יש אפשרות להתגרש, אפילו בלא דמוקרטיה. **התפיסה המערבית המקובלת כיום היא שלא צריך להוכיח כלום ודי בדרישת צד אחד**. אומנם יש מקומות שבהם נדרשת תקופת המתנה, או שבני הזוג נדרשים לקבל סיוע (בדומה ליחידות הסיוע בישראל) – אבל אם בעבר מטרות המוצהרת של יחידות אלו הייתה לאחות את הקרע או להניא את בני הזוג מהגירושין, ואילו כיום מטרותן העיקרית היא להגיע להבנות (בעיקר בנושא לילדים).

שיעור מרצה 8 – 03/04/2019

התפיסה ההלכתית

כאמור, התפיסה המערבית דוגלת בתפיסה שמנטרלת את גורם האשמה – לפיה אין עניין למדינה ולחברה בבירור האינטימיות והמהות של יחסי הזוגיות של הצדדים, אין חשיבות לשאלה האם האישה בגדה והאם יש לה אשמה, אלא די בכך שברגע שהקשר זוגי הגיע לנקודה שבה אחד מהצדדים כבר אינו מעוניין בשיקום הקשר – אז הנישואין הגיעו לקיצם, יש לו **"זכות היציאה"** **מהנישואין** מבלי צורך בהוכחת אשם.

"זכות היציאה" נחשבת למנגנון חשוב כל אימת שישנה סיטואציה מסוימת שלא רצויה/בעייתית/מזיקה עבור אחד הצדדים, משום שמתן אפשרות היציאה מתקנת את הבעייתיות והפגיעות שבאותו המצב. זכות היציאה ממצבי נישואין (כלומר, סיום הקשר בגירושין), נתפסת כזכות מאוד יסודית, אך אינה מוכרת כזכות יסוד ממש במש"ל – אין זה נכון לומר שזכות הגירושין היא באותה רמה מבחינת זכויות אדם כמו הזכות לנישואין. **הזכות לנישואין היא זכות אדם יסודית שכל מדינה חייבת להבטיח לכל פרט שמצוי בה, ואילו זכות הגירושין, מבחינת המש"ל, היא ברמה פחותה ביחס אליה ולא נחשבת כזכות יסוד.** עם זאת, אמנות זכויות אדם דורשות שמדינות יקדמו ככל האפשר את הזכות של כל פרט ופרט לצאת מקשר שהוא אינו מעוניין בו וגם **אם המדינות לא מעגנות את הגירושין באופן פתוח לכולם, למדינה אסור ליצור ולהסדיר את הגירושין באופן לא שוויוני** – יש למדינה חובה במישור זכויות האדם הבינלאומיות לדאוג ולגרום לכך שיחסי הכוחות ומערך הזכויות והחובות של שני הצדדים לקשר יהיה שווה. **את החובה הזו אין ספק שמדינת ישראל מפרה**, כיוון שהתפיסה ההלכתית היא שהיציאה מן הקשר, כמו הכניסה אליו, נמצאת בשליטה מלאה של הזוג עצמו וחייבת להיעשות בהסכמה – למעשה, לפי הגין הדתי אין גירושין ללא הסכמה.

ההכרח ברצון החופשי של הבעל הוא מדאורייתא ואילו ההכרח ברצון החופשי של האישה הוא מדרבנן. ההיררכיה בין נורמות מדרבנן לבין התפיסות ההלכתיות מדאורייתא מוכרת לכל – לפי התפיסה האורתודוקסית, לא ניתן לשנות ולעקוף את הנורמות מדאורייתא (דין התורה), וכל מה שנוסף מדרבנן על הדין לאורך הדורות נמצא ברמת סמכות נמוכה יותר. **ההכרח ברצון הבעל בגט, מעוגן בספר דברים (כ"ד, א')** (זה הדאורייתא) **ונחשב לאלמנט קריטי והכרחי לכשרות הגט – ללא הרצון החופשי של הבעל הגט הוא אינו גט**, ואם היה גט (עבר המסמך לאישה) **הוא נחשב לגט מעושה ולא כשר.**

מאזן הכוחות שהיה בעבר, מדאורייתא, לפיו האישה מתגרשת מרצונה ושלא מרצונה בעוד האיש מקדש ומגרש ברצונו, צרם כבר לחז"ל בתקופתם. על מנת לתקן את חוסר האיזון הזה הותקנו כמה וכמה תקנות, שהחשובה והבולטת ביותר בהן היא **תקנת דרבנו גרשום מאור הגולה**, אשר התקין תקנה כפולה: (בערך בשנת 1000 לספירה).

1. **אסור לגרש אישה בניגוד לרצונה** כי הרצון החופשי של האישה גם הוא חשוב.

2. **לאיש אסור לשאת יותר מאישה אחת** – תקנה זו תוקנה בכדי למנוע עקיפת איסור גירוש האישה בניגוד לרצונה ע"י ההיתר כי לאיש מותר לשאת יותר מאישה אחת, אשר באמצעותו, אם האישה מסרבת להתגרש עדיין יוכל הבעל לשאת לו אישה אחרת.

בתקופות מאוחרות יותר, חכמים דיברו על כך **שחדר"ג** (= חכמנו דרבנו גרשום מאור הגולה) ביקש למעשה להשוות את כוחה של האישה לכוחו של האיש, אך החדר"ג לא הצליח, למרות שזו הייתה השאיפה שלו. **החדר"ג לא יכול היה להצליח ולהשוות באופן מלא את יחסי הכוחות משום ההיררכיה של הסמכות** – כלומר, שאת הרצון החופשי של הבעל אי אפשר לבטל או לעקוף כי הוא מדאורייתא, בעוד שהרצון החופשי של האישה אינו מדאורייתא, אלא רק מדרבנן, ולכן הוא פחות קריטי ובנסיבות מסוימות אפשר לוותר עליו ולהתעלם ממנו.

מה שיוצר בראשיתו של דבר את ההבדל הקריטי בין הכוח של האיש לכוח של האישה זה מידת נחיצות הגט – האישה היא זו שזקוקה לגט על מנת להמשיך בחייה ולפתוח "בפרק ב'", אך לאיש זה הרבה פחות קריטי. זאת משום, שלפי הדין הנאמר **בספר ויקרא כ' י'**: "איש אשר ינאף את אשת רעהו מות יומת הנואף והנואפת" – אשת איש אסורה באופן קטגורי לגברים אחרים וזו מהות הנישואין והקידושין. למילה "קדושה" בשפה ההלכתית יש כמה משמעויות וביניהן (1) קדושה; (2) בלעדיות האישה רק לגבר אליו נישאה. אך, **הבלעדיות הזו היא חד צדדית** – האישה מיוחדת רק לבעלה אבל הוא לא לה, משום שעפ"י דאורייתא (דין תורה) איש יכול לשאת כמה נשים שהוא רק מבקש, ללא הגבלה, ובלבד שכל אחת מהנשים האלו פנויה, ואילו האישה לא. אז בא **החדר"ג** וקבע כי גבר יכול לשאת רק אישה אחת, בדיוק כמו שהאישה יכולה לשאת רק גבר אחד, אבל הקביעה הזו היא מדרבנן, ולכן:

- אם גבר נושא יותר מאישה אחת, לפי דין תורה **הנישואין תקפים** לכל דבר ועניין ואין בעיה עם ילדים שנולדים מנישואין כאלה. נישואין אלו אמנם מנוגדים לחדר"ג, ומסיבה זו אולי יש עילת גירושין אך תוקף הנישואין עומד.

- עם זאת, אם אישה נשואה נשאר לגבר אחר, אזי **הנישואין לאחר לא יהיו תקפים** ונחשבים כלא היו מעולם (אין צורך בגירושין כי לא היו נישואין). האיסור הזה הוא אותו **איסור עריות חמור** מדאורייתא שהעונש עליו הוא מוות לנואף ונואפת וילדים שנולדים כתוצאה מקשר עריות כזה הם ממזרים (איום הממזרות קיים רק על ילדיה של אישה מקשר עם גבר אחר ולא קיים על ילדים של גבר מקשר שיש לו עם אישה אחרת שהיא אינה אישתו).

השלכות מעשיות של קשר הנישואין על האישה

1. **רכיב הקניין ומשמעותו המעשית לימינו**

קידושין פרק א: "האישה נקנית בשלוש דרכים וקונה את עצמה בשתי דרכים..."
קידושין פרק ב: "האיש מקדש בו ובשולחו האישה מתקדשת בה ובשולחה..."

הגמרא שואלת למה יש הבדל בשימוש בפועל בין 2 המקורות שלעיל – למה באחד **קונה** ובשני **מקדש**? תשובתה לכך היא כי רצו להשמיע לנו את הרכיב של הקניין ושל הכסף במעשה הקידושין. אלמנט הכסף נלמד מהמשפט בספר דברים "ויקח איש אישה".

אמירה זו דיי מבלבלת, משום שזה בעצם מפנה אותנו לתחום דיני הקניין – יש לנו פה עסקה של מכר (של אישה) תמורת כסף (כתובה), זה מה שעל פניו המקורות הללו משמיעים לנו ואף מחדדים זאת באמצעות המונחים בהם הם משתמשים. עם זאת, לא מדובר על אותו קניין עליו למדנו בקורס דיני הקניין – האישה היא אינה רכוש הבעל והבעל אינו רכוש את האישה כמו שאברהם רכש את מערת המכפלה. עם זאת, זה כן מחדד את אלמנט שייכות האישה אל האיש שמגולמת במונח של "קידושין", ושל איש שליטה על חירותה של האישה מבחינת היכולת שלה להתקשר עם איש אחר. זה מחדד את המשמעות לכך שאותה השליטה מתפרסת גם על כישורי הרבייה של האישה – זה המנגנון שמבטיח לבעל את כוח הבעלות על הילדים העתידיים של האישה ולמעשה, גם את הוודאות שהילדים שלה הם באמת שלו, כל זאת דרך האיסור של אישה להתקשר עם איש אחר והסנקציה הקשה של ממזרות. למעשה, נוצר פה מעגל שליטה מלא לבעל שהדין הדתי היהודי יוצר דרך קשר הנישואין לפי המשפט העברי. לשליטה הזו, מצד אחד אין משמעות מומשגת לפי דיני הקניין המקובלים, אך מצד שני, היא כן בעלת משמעות קונקרטית בזמן הגירושין – השליטה הזו חוזרת לדין התורה מדאורייתא, ועל אף שלאורך הדורות היו ניסיונות של חכמים לצמצם את הפער ולהקטין את השליטה, הם לא יוכלו לשנות את מערך הכוחות הא-סימטרי והמפלה מדאורייתא.

2. איום ממזרות ילדים עתידיים קיים רק על הנשים

3. ההכרח ברצון הבעל מדאורייתא גורם לחשש מחיובו לגט, בעוד שאת רצון האישה ניתן לעקוף דרך חיובו בגט ביתר קלות, ודרך מתן היתר 100 רבנים

הבדל קונקרטי נוסף והשלכה מעשית, לאותו שוני בין ההכרח לרצון הבעל מדאורייתא לבין הכרח לרצון האישה מדרבנן, בא לידי ביטוי באפשרות של בעל, שאשתו לא יכולה להביע רצון/לא רוצה לקבל את הגט בכך, לקבל היתר לשאת אישה אחרת. את רצון האישה אפשר למעשה לעקוף דרך חיובו בגט ביתר קלות ודרך מתן היתר 100 רבנים לבעל.

נחזור לפסח"ד עגונה מצפת, שהייתה עגונה עקב התאונה של בעלה. גם נשים עוברות תאונות ויש נשים נשואות שנמצאות במצב של קומה, בעליהן לא ימצאו את עצמם במצב של העגונה מצפת, בגלל שקיים מנגנון של היתר מהרבנים (בעבר נדרשה הסכמה של 100 רבנים מארבעה מחוזות שונים, אך כיום זה נעשה בדרך אחרת, זה יותר פשוט, זמין וקל להשגה), יש לו פתרון והוא יכול להמשיך בחייו.

***במהלך בירור תביעת הגירושין – אם בי"ד מגיע למסקנה שיש עילת גירושין נגד האישה והיא מסרבת לקבל את הגט – בהחלט יכול להיות ביה"ד יאפשר לבעל להפקיד את הגט במזכירות ביה"ד הרבני, והוא יוכל לשאת אישה שנייה, וזה אפילו לא יגיע למצב של "היתר בי"ד רבני". אבל למה בפועל לא מגיעים למצב הזה בכלל? עוה"ד של האישה ימליצו לה לקבל את הגט – כיוון שאין לה משהו אמתי להסתמך עליו, אין לה כוח בידיים. אם ביה"ד הרבני מוצא עילת גירושין, האישה לא באמת יכולה להתמיד בסירובה – כי בסופו של דבר לבעל יש מוצא (היתר 100 רבנים), ואילו האישה מענישה את עצמה. לעומת זאת, גבר שמסרב יכול להמשיך בסירובו כיוון שלאשתו לא יהיה מוצא, ולכן יש כוח בידיו.

4. "תרומת" החוק האזרחי עד לתיקון 4 לחוק יחסי ממון (לפני 10 שנים)

עד 2008, חוק יחסי ממון שנחקק ב-1973, קבע שאיזון המשאבים בין בני הזוג (חלוקה של חצי-חצי), תתקיים רק בסוף הנישואין (מוות או גירושין), כלומר שהסעד הרכושי הותנה במתן הגט. דבר זה חיזק את הבעל מבחינת יחסי כוח, כי עד שהאישה לא תקבל את הגט היא לא תקבל כלום. הגבר שולט על הגט, ובד"כ יש לו יותר רכוש והוא פחות רוצה להגיע לחלוקת רכוש, בעוד היא זקוקה יותר לחלוקת הרכוש ולסעד הרכוש מהעל משום שכוח הכלכלי של נשים נחות באופן משמעותי משל גברים. החוק האזרחי הוא זה ש"נתן מתנה" לבעלי הכוח – הוא שנתן שליטה משמעותית לבעל על כל הליך הגירושין ואפשרות לסחטנות, משום שברגע שהוא מעב את הגט, הוא מעב את חלוקת הרכוש. בשנת 2008 ארגוני הנשים, מרכז רקמן, הובילו מהלך באמצעות פרופ' מנחם בן ששון שעמד בראש ועדת חוקה, חוק ומשפט בשיתוף פעולה והביאו לכך שחוק יחסי ממון תוקן, תיקון מס' 4, אשר נתן חחרגות לדחיית חלוקת המשאבים שעוזרות להתמודד עם בעיית הסחטנות, התיקון מתקן את העיוות במצב ומפחית מכוחו של הבעל (נדבר על התיקון בהמשך).

החלטות על כפיה לגט

יש בשנה בין 10 ל-20 מקרים בהם בד"ר מגיע למסקנה שיש מקום לכפות על בעל לתת גט לאישה. אבל יש לזכור כי **כשבד"ר נותן היתר לגבר לשאת אישה נוספת, הבעל העגון השתחרר, בעוד שכאשר בד"ר כופה גט על הבעל, אם הוא לא נתן את הגט בפועל – היא עדיין עגונה.**

גירושין בישראל

יש כ-17,000 תיקי גירושין שנפתחים מדי שנה – כמחצית בהן הסכמה ומחצית מהן הן תביעות חד צדדיות (רק צד אחד רוצה להתגרש).

מה עומד מאחורי ההסכמה? בני הזוג באים לבד"ר עם הסכם (מאושר כבר או שמאשרים אותו שם) ומבקשים לפתוח תיק גירושין בהסכמה, כלומר, לקבוע מועד לסידור הגט. הדינמיקה שעומדת מאחורי ההסכמה, מה שהיה לפני שהגיעו עם ההסכם, להסכמה קדמו הרבה דיונים (לא בבימ"ש, בבית או קרוב לוודאי במשרדי עו"ד או גישור). זה חוזה, עושים מעין מו"מ. מגיעים אליו ובאים לאשר אותו. גם ההסכמות האלו הם תוצר של יחסי הכוח. יחסי הכוח הם תוצר של כסף, ילדים, סיבת הגירושין, חוסן נפשי, תמיכה מהסביבה. ועוד. כל אלו גורמים שמייצרים את יחסי הכוח בגירושין. חלקם נתונים לשליטת הפרט – אם אני טיפוס חברותי, כנראה שתהיה לי תמיכה ויהיה לי קל להתמודד עם משבר בזוגיות. אם באתי ממשפחה קשת יום עם יחסים מעוררים במשפחה אז אני נטולת מנגנוני חוסן, וזה כבר לא תלוי בי. מה לא תלוי בי – הגט. השאלה של אצל מי הכוח לתת את הגט זה תלוי במדינה. שהעניקה את השליטה בתחום לדין הדתי שמעניק את השליטה על הגט לגבר. זה חיצוני לנו, זה לא בשליטתנו. זה רכיב כוח רציני בזירת הגירושין. גם כוח כלכלי ברובו תלוי בחברה והכלכלה והתנהלות המדינה (ולא בנו). מה שיוצר את הפערים הכלכליים בין גברים לנשים. אלו גורמים חיצוניים לזוג והם מייצרים את יחסי הכוח.

מה עומד מאחורי התביעות החד צדדיות? חצי מוגשות ע"י נשים וחצי ע"י גברים. כ-10,000 זוגות מסיימים הליך גירושין בשנה. הסיבה שזה כך, שההליכים נמשכים יותר משנה לרוב.

זמן המתנה לגט – כשמדובר בגירושין בהסכמה, בין חצי שנה לשנה. בגירושין חד צדדיים, יותר משנה. בממוצע 411 ימים.

פתרונות לסרבנות גט גם מחוץ לכלים הפנים-הלכתיים:

בהינתן שיש לנו בעיה שההלכה יוצרת, יש למשפט העברי פתרונות, אבל יש גם אסטרטגיה אחרת שאומרת שיש מערכת שיוצרת בעיה, היא לא נותנת פתרונות מספקים לבעיה, ונמצא פתרונות מחוץ למערכת להתמודד עם הבעיה הזו.

- **מעקף:** הימנעות מנישואין כדת משה וישראל – חלק ניכר מהזוגות שלא נישאים בישראל יגידו שזה כדי להימנע ממצב של סרבנות גט. 2 האופנים בהם בישראל ניתן לעשות את המעקף:

- **ידועים בציבור.**
- **נישואין אזרחיים.** האמנם זה פתרון מוחלט? לא, כי הגירושין עדיין יהיו בביד"ר ויעשו לפי הדין הדתי וההלכה. ברגע שנרשמים כנשואים על בסיס נישואים אזרחיים מחוץ לישראל, הזוג חייבי לעבור דרך ביד"ר אם הם רוצים לסיים את קשר הנישואין.

***** הרחבה על נישואין אזרחיים:** עד לפני 10 שנים, היה ניתן לומר שנישואין אזרחיים יתנו שקט נפשי, כי אמנם יש מעבר בביד"ר בגירושין אבל זה יהיה הליך מהיר וקליל מאוד כי מבחינת ביד"ר זה לא באמת נישואין, זה סוג של נישואין ללא אשמה. כל זה השתנה (ולא בסמוך לבג"צ בני נוח), כי כמו שנראה עוד ועוד, יש מלחמה בין ביד"ר לביהמ"ש האזרחי, במסגרתה כל צד מנסה לבצר את סמכותו וכוחו יותר ויותר. במסגרת זאת, ביד"ר מתייחס גם לנישואין אזרחיים כשטח שיכול להקנות לו עוד כוח. לכן, בהנמקות הלכתיות, יש גם דיינים ובתי דין שכן מייחסים משמעות של ספק קידושין גם לנישואין אזרחיים. במצב של ספק קידושין, יש צורך בספק גט. אם הבעל מסרב לתת את הגט הנחוץ מספק, אז יש עגונה. יש היום עגונות ומסורבות גט גם כתוצאה מנישואין אזרחיים. **לכן מעקף דרך נישואין אזרחיים הוא לא פתרון מוחלט.**

- **האכזבה מניסיונות גיוס המערכת האזרחית בדרך של עימות ישיר:** נעשו ונכשלו בסדרה של 3 פסקי דין. פסקי הדין מתארים ניסיון לקבל סעד מביהמ"ש כדי לתקן את מה שהמערכת ההלכתית יוצרת.

פס"ד פגס – זה פס"ד משנות ה-90 שבו אישה מסורבת גט "נסחטה" וויתרה על הכל (כולל מזונות הילדים, מזונותיה שלה וחלקה ברכוש המשותף). בדיון במחוזי היא אף ויתרה על החזקת הילדים, אך המחוזי התערב ולא אישר את הרכיב הזה. היא קיבלה את הגט והתגרשה מאוחר יותר, האישה פנתה למערכת האזרחית בניסיון לבטל את ההסכם, מכוח עילות עושק וכפייה ולהחזיר לעצמה את זכויותיה למזונות. **שמגר** בעליון נתן פס"ד מאוד קשה, שמבטא חוסר הבנה מוחלט לדינמיקה של גירושין וסחטנות גט. הוא דיבר על כך שבכל מו"מ ובכל הסכמה, יש צד שמעוניין יותר והשני פחות – והצד שמעוניין יותר צריך לוותר לפעמים, והיא רצתה מאוד את הגט, ולכן שילמה על זה וזה בסדר. הגט הוא מעין "מוצר" שעובר לסוחר (לאישה) ואישה שחפצה מאוד בגט צריכה לשלם ולוותר.

***אם היום ינסו לבטל הסכם כזה מחמת עושק/כפייה/חוסר תו"ל, האם המערכת האזרחית הייתה מתערבת? כפי שראינו במשפט המבוים במרכז רקמן, נראה שהמערכת האזרחית אמורה לסייע לנשים במקרי קיצון אלו. עם זאת, זה עדיין לא קרה.

פס"ד רפאלי – האם המערכת האזרחית מתעמתת ישירות עם הדין הדתי? בסיפור הזה, האישה ניסתה לפנות למערכת האזרחית וחשבה באופן חסר כל בסיס, שבג"ץ יכול לעזור לה ויגיד לביה"ד הרבני שהוא חייב לחייב את הבעל לתת לה גט. מבחינת חסינות הדין הדתי, זה מהלך חסר כל סיכוי מלכתחילה.

פס"ד אברהם – ההתדיינות בפני בג"ץ הייתה כאשר הצדדים היו נשואים 20 שנה, מתוכן 17 שנים היא עגונה. הם עברו כמה סיבובי התדיינות. במהלכם, אחרי שניתן פס"ד שמטיל סנקציות על הבעל כולל מאסר, ואז בביד"ר הגדול הוא נקט בטקטיקה שיותר ויותר בעלים נוקטים בה – אני מוכן לתת גט אבל בתנאי... התנאים האלו בד"כ לובשים אופי כלכלי או של משהו שידבר אל ביד"ר, לתת לו סמכות (למשל, אתן גט אם ביד"ר יתעסק בכל הסוגיות שעולות, גם אם כבר דנו בערכאה אזרחית).

ביה"ד הרבני מוכן לפתוח את כל הסוגיות – והבעל כבר לא חשוב סרבן גט. **הדינמיקה הזו של תנאי בגט** הלכה והתפתחה ונוצר עיוות כזה שהרכבים מסוימים של ביה"ד רבני בנסיבות דומות אומרים **שתנאי למתן גט גורם למחשבה שמי שמונע את הגט עכשיו זו האישה ועם סרבנותה להתדיין בדין תורה – היא מעגנת את עצמה**. הוא אומר שהוא מוכן לתת גט בתנאי, ביד"ר מבטל את כל הסנקציות, האישה מוצאת עצמה במצב קשה ומרימה ידיים. דנים בביד"ר. אחרי שניתן הגט היא אומרת שהיא לא התכוונה, סחטו אותה, היא לא מוכנה באמת לפתוח הכל בביד"ר. ביד"ר מבטל את הגט בתגובה. **זה המקרה הראשון שהתפרסם ושהגיע לבג"צ של ביטולי גט**. ביד"ר במשך שנים הכחישו ביטולי גט. זה המקרה שהוכיח שזה קיים. על זה היא עותרת לבג"צ. **בג"צ אומר שזה לא בסמכותו, אלו ענייני גירושין הנמצאים בסמכות ייחודית של ביד"ר ולכן, לבג"צ אין סמכות להתערב**.

מרצה – הרטוריקה של מצא קצת מהדהדת את הרטוריקה של שמגר 20 שנה קודם **בפס"ד פגס**. הוא מתאר את החזרה של האישה בה כחממה, או תחבולה, או השגת גט בדרכי עורמה. אין שום מילה על התוצאה הנוראית שערכאת שיפוט נותנת פס"ד של סטטוס שביד"ר משנה, היא עדיין נחשבת לנשואה אחרי שהיא כבר הייתה גרושה. זו תוצאה שאין דומה לה בשום ערכאה שיפוטית בעולם. זה דומה לביטולי גיר. שינוי המעמד האישי. על ביטולי הגיר כל המדינה נזעקה, אבל זה לא קרה על ביטול גיטין. בסופו של דבר גב' אברהם קיבלה את הגט השני (היא הייתה מסורבת 21 שנים).

• **רתימת המערכת האזרחית בשירות הכלים ההלכתיים:** רתימת המערכת האזרחית לא לעימות ישיר, אלא לשרת את הכלים ההלכתיים. כאן נפגוש את פסקי הדין של השנים האחרונות, שמגלמים הקשחה של התייחסות מצד המערכת הרבנית והאזרחית לסרבני גט. **פס"ד עודד גז (שיימינג)**.

פס"ד גורדצקי (מאסר למעלה מ-10 שנים) – באופן עקרוני, ישנה הגבלה של עד 10 שנים מאסר מכוח **חוק הקיום** (שלא נועד כדי להעניש אלא כדי להביא לקיום פסק הדין). למעשה, לא האמינו שיהיו אנשים שיסכימו להינמק בכלא ולו בכדי להתאכזר לאישה. אך, בפסה"ד אמרו שגבר שלא נתן גט לאחר 10 שנים כנראה כבר לא ייתן גט, ובשל כך ניתן להגיד שאם הגבר יודע כי לאחר 10 שנים הוא יצא לחופשי, אולי הוא יסכים לקבל את המאסר על עצמו. בפועל, יש חוק ספציפי שמגביל את המאסר, אך **חוק כפיית ציות מפנה לפקודת ביזיון בית המשפט**, ששם המאסר לא מוגבל ובפסה"ד הגיעו לשאלה פרשנית של חוק ספציפי מול חוק כללי. אולי מפס"ד זה נוכל לראות יותר הבנה ואמפתיה של השופטים מאשר **שמגר ומצא**, ואולי גם לקיחת אחריות של המערכת האזרחית, בכך שיגידו בצורה ברורה שאנחנו, המדינה, אחראיים למצב הזה (הדבר לא נאמר עדיין, אבל זו ציפייה, שהמדינה תיקח אחריות).

פס"ד אבי הסרבן – מדינה דמוקרטית מאפשרת לעצור את האבא של הסרבן ולעכב את יציאתו מארץ, כדי שהאישה תקבל את הגט. זה מאוד קשה להסביר איך זה קורה במדינה דמוקרטית. ישראל עושה את זה לא על עבירה פלילית. סרבנות גט היא לא עבירה פלילית בישראל. מדובר על הפעלת כלים שבד"כ הם כלים שמיועדים רק לתחום האכיפה הפלילית על תחום אזרחי לחלוטין – דיני המשפחה, כדי לפתור בעיה שהדין הדתי יוצר.

כל אחד מהם עושה שימוש בכלי הלכתי – כאשר ההלכה מאפשרת להפעיל לחץ על בעל שמחויב ואף ניתן לכפות אותו לתת את הגט. ההלכה מאפשרת במקרים קיצוניים להפעיל אמצעי לחץ קשים נגד סרבני גט, כשיש עילת כפייה, והמערכת האזרחית מגויסת לתת את הכוח הזה למערכת ההלכתית וגם להפעיל כוח משל עצמה (**פס"ד גורדצקי** ממחיש זאת). בכל פסקי הדין האלו, נראה צעדים של לקיחת אחריות ע"י המדינה, שכן מאשרים את האמצעים האלו.

• **אסטרטגיה משולבת – עימות עקיף מצד המערכת האזרחית, ופתרון "עקום" מבפנים:**

- תביעות נזיקין בגין עגונות וסרבנות גט – נחזור לכך בסוף הדיון על סרבנות גט בשבוע הבא.
- "קרן עגונות" – בתי הדין הרבניים מחזיקים קרן כספים לצורך סיוע לעגונות. רובו של הכסף מוקדש לאיתור בעלים שנעלמו, וחלק ממנו מוקדש לתשלום לסרבני גט כדי לשכנעם לתת גט לנשותיהם. כפי שלמדנו **מפרופ' בנימין שמואלי**.

פס"ד קרן עגונות – מי שמשלם זו המדינה, כלומר, כולנו משלמי המסים. הרי אם הביטוח הלאומי מבטל ומוותר על חובות באופן שיטתי לסרבני גט, ואם הנהלת ביה"ד הרבניים מעבירה תקציב לקרן העגונות שמשמעות העניין היא תשלום לסרבן, זה אומר שאנחנו משלמים יותר מיסים. יש טענה שהמדינה מתמרצת פה סרבנות גט – סחטנות גט בחסות המדינה. מי שעתר כנגד המנגנון הזה הוא "מרכז צדק לנשים", שנקט בעמדה מאוד נועזת ולא פשוטה. מצד אחד, קרן העגונות משחררת עגונות. יש לא מעט נשים שהשתחררו בזכות קרן העגונות. מצד שני, לא ייתכן שהמדינה תיתן את ידה לסחטנות גט ותתמרץ את הסרבנים הבאים, שיודעים שהמדינה תשלם. דווקא ארגון שנאבק למען סחטנות וסרבנות גט עתר כנגד המנגנון הזה. התוצאה בבג"צ הייתה שממשיכים לקיים את המנגנון, עם זאת, שינו את הנהלים כך שהועדה שמחליטה מתי יפעילו את הקרן תהיה שם אישה אחת. יש משפט קשה של **ביניש** שמתארת את הנשים הללו: "עניינן של הנשים אשר קצרה ידם של ביה"ד הרבניים ממצאית פתרון שייתרון מעגיותן". היא למעשה מקבלת את הסיפור שבד"ר "מוכר לה", שאומר שאין לבד"ר פתרון. אך אין זה נכון, יש פתרונות אחרים חוץ מזה שהמדינה תשלם להם.

שיעור מרצה 9 – 10/04/2019

מצוקת העגונות ומצוקת הגט

למבחן – מה שמחייב אלו עילות הגירושין של **שרשבסקי** (יש סיכום) ומה שלא מדברים עליו לא.

בשיעור שעבר הצגנו את האפשרויות השונות להינשא מחוץ להלכה, דנו בדרכים שבהן המערכת האזרחית מתגייסת למערכת הדתית ומעניקה לה כוח בשל מצוקת העגונות.

בפסה"ד קרן עגונות הצגנו כי היה איתגור של המכניזם בו ביד"ר מחזיקים קרן כספים לצורך סיוע לעגונות, מכניזם זה נולד מתוך כך שהנהלת ביד"ר עצמה הכניסה סעיף תקציבי ממנו הועידו חלק מכספים לתשלום לסרבני גט כדי לשכנעם לתת גט לנשותיהם. מנגנון נוסף שהיה חלק מקרן העגונות היה ויתור על חוב של סרבני גט לביטוח הלאומי – בדרך זו ניסו לקנות את הגט של האישה. מרכז הצדק אתגר זאת בתיק הנדון. בסופו של דבר, המנגנון הזה נותר על מכונו תוך הוספת פרוצדורה ברורה מתי יעשה שימוש בכספים ומתי לא, ותוך הבטחה שיהיה ייצוג של נשים בוועדה האמונה על סוגיה זו. **ביניש** בעצם דנה באותה השלמה עם אוזלת היד של המערכת ההלכתית.

האמנם אוזלת ידה של המערכת ההלכתית?

ניתן להתבונן על הפתרונות שקיימים במערכת דרך פרמטרים:

1. הנסיבות שעשויות להקים עילת גירושין (בהתאם למה שנאמר במאמר של **שרשבסקי**).
2. מן הצד האחר, האמצעים שבהם ניתן לנקוט על מנת להביא לידי מתן גט.

יש קשר בין הנסיבות לבין האמצעים – ככל שהנסיבות יותר חמורות, ולפיכך אולי מקימות עילה משמעותית יותר (המלצה, חיוב וכפייה), כך ניתן יהא לנקוט באמצעים חמורים יותר, **לדוג'**: ככל שהנסיבות יותר קרובות לעילת כפייה, ניתן לנקוט באמצעים חמורים יותר.

שלושת מישורי הפתרון ההלכתיים:

פונקציה משולבת של נסיבות המקרה (עוצמת העילה) עם האמצעים הננקטים (עוצמת הפעלת הלחץ) – מהקל אל הכבד.

1. הרחבת עילות הכפייה לגט (מאיס עלי, שיטת רבנו ירוחם) –

ראינו כי אין איש מגרש **אלא לרצונו**, אז אך ניתן לכפות על גט? איך עוקפים את עניין הצורך ברצון? הרי אם יש כפייה אז בעצם אין לנו רצון. כאן נכנסת **המשגתו של הרמב"ם** אשר אומר בצורה ברורה, כי **יש נסיבות בהן הדין עצמו מאפשר את הכפייה**, ומי שהדין "כופין" אותו לגרש ולא רצה – ביה"ד מכין אותו עד שיגרש, ניתן לנקוט אף באמצעי חמור של מלכות. זה שאינו רוצה לגרש – כיוון שאמר "רוצה אני" כבר גירש מרצונו. מדובר בהסבר פסיכולוגי – הרמב"ם מדבר על החלק "האמיתי והמזויף" של האדם, והכפייה מבחין בעצם משחררת את האני האמיתי שלמעשה כן רוצה לשמוע לדברי חכמים, ולכן מתקבלים דבריו "רוצה אני". **מותר לכפות גט רק כשהדין מאפשר להכות, רק כשיש עילת כפייה מוכרת מן הדין**. מתי יש עילת כפייה מוכרת מן הדין? פה מתחילה מחלוקת הלכתית, ונכנסת השאלה: מהי דרך ההלכה הקונצנזואלית ואיזה משקל נותנים לכל טענה? הגאונים פיתחו את העילות והרחיבו אותן.

(1) מורדת מאיס עלי:

לפי תפיסת חכמים, יש 2 סוגים של נשים, שאומרות כי הן לא רוצות והן מורדות:

א. **ישנה אישה שרוצה להמשיך בנישואין אבל רוצה להשיג כל מיני "טובות" ודברים מהבעל** – היא רוצה לאמללו ולצערו, כלומר שהיא רוצה אותו אבל רוצה לצער אותו – אך, לא עליה מדובר כעת.

ב. **ישנה אישה שאומרת כי היא לא רוצה את הבעל** (זו למעשה סוג של אמירה בת זמננו, של העידן המודרני, לפיה האישה לא רוצה להיות נשואה לגבר הנ"ל יותר, אולי אפילו ללא סיבה) – אישה זו רלוונטית לדיונונו כעת.

עילת **מורדת "מאיס עלי" מתקשרת לרעיון של גירושין ללא אשם**, והפוטנציאל להכניס ולהתיר את העילה הזאת. אך, האם לכך התכוונו חכמים בשעתו? האם רצו לאפשר גירושין ללא אשם? כשהולכים אחורה, בעצם ניתן לגלות כי ישנו

מתח הרצון בין ללכת "עד הסוף" עם האישה שלא מעוניינת בבעלה, ולאפשר את הגירושין, לבין הטענה כי לא יכול להיות שאישה תוכל להשתחרר מקשר הנישואין ללא שום הצדקה ומבלי לתת סיבה. **האישה חייבת לתת סיבה לרצונה בגירושין**, (טרמינולוגיה: "מורדת באמתלא מבוררת") – סיבה כגון: הבעל אליס, חסר כוח גברא, "לא זן ולא מפרנס", עזב אותה וכו'.

ברם, כל הסיבות הללו יכולות להוות לכשעצמן עילות גירושין, ומכך נוצר מתח ביחס לעילת הגירושין "מאס עלי": מחד, יש הטוענים כי האישה המורדת צריכה עילה טובה לגירושין ולכן, בדרכ, תצטרך עילה נוספת שתצטרף לעילת "מאס עלי". מאידך, יש הטוענים כי אם האישה אמרה ש"היא לא רוצה יותר בבעלה", ואם התרו בה, הסבירו לה שהיא תאבד את כל יכולותיה הכלכליות, עשו שימוש בכל הדרכים שנקטו בהלכת הגאונים **דינא דמתיבתא**, והיא עדיין עומדת בסירובה למשך 12 חודשים, אזי כופים את הבעל לגרשה מיד, כדי שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה (הנשים איימו שיתגרשו בערכאות של גויים).

הלכת **דינא דמתיבתא** אינה המקור היחיד בו נעשה שימוש בעילת הגירושין "מורדת כי מאס עלי". גם אצל **הרמב"ם** ישנה פסיקה ברורה, **לפיה הוא פיתח את עילת "מאס עלי" כעילת כפייה ממש**. הרמב"ם אף לא הסתמך על תקנת הגאונים, אלא למד זאת ישירות מן הגמרא עצמה. גם כאן סיפק הרמב"ם הסבר פסיכולוגי לפיו שסיפק הסבר פסיכולוגי שלפיו אישה לא צריכה להיות שבויה בידי מי שהיא שונאת, ולכן כשאשה אומרת "מאס עלי" יש לכפות את הגבר לגרשה מיד.

תיאורטית, יכולנו להיות כאן עם כמות של פוסקים מבני עדות המזרח, שלכאורה היו אמורים לאמץ את הלכת הרמב"ם הלכה למעשה, ואכן, באמת הייתה תפיסה וצפייה לאורך שנים כי ההרכבים של דיינים כאלו בבירור יפסקו כדמותו. **הלכה זו למעשה מבטיחה כי תהיה אפשרות לנקוט בתפיסה זו, שמהווה תפיסה ליברלית המתכתבת עם הרעיון של המדינות הליברליות של גירושין ללא אשם.**

בפועל, זה לא עבד: **רבינו תם**, נכדו של רש"י, אמר שיש חשש שהבעל לא באמת מאוס על האישה, אלא שהיא רוצה פשוט להיות עם גבר אחר – וכך נחסמה הגישה הליברלית של "מאס עלי". **הרא"ש** אף סיפק עוד נימוק נגד עילה זו, וטען שהיא תוביל לפירוק מוסד הנישואין. עד היום יש הבחנה בנושא בין עמדות פוסקים אשכנזים וספרדים (השימוש בעילה נפוץ יותר אצל דיינים ספרדים).

(2) שיטת רבנו ירוחם:

בשנים האחרונות אנו רואים יותר ויותר דיינים שמשתמשים בנסיבות אחרות בכדי להפעיל, בכל זאת, תפיסה ליברלית של הרחבת עילות הכפייה, למשל **תפיסת רבנו ירוחם**. בשיטה זו הייתה פסיקה זנוחה לאורך השנים, אשר בשורה התחתונה אומרת כי **אם זוג חי בנפרד במשך 18 חודשים, אזי ישנה עילת כפייה**. הרציונל שעומד מאחורי שיטה זו הוא שבעצם אין מקום לצפייה שהזוג יחזרו האחד לשנייה אחרי שנה וחצי של חיים בנפרד, אין טעם לנסות לשמר את הקשר, וכל התעקשות אחרת מגבירה את הכוח של הצד שלא רוצה בסיום הקשר לסחוט ויתורים. מדובר במגמה שיש בה יותר ויותר פוסקים בשנים האחרונות, ולא קשה לנחש איזה "סוג" של דיינים ממגזר כזה או אחר יקדמו את התפיסה ואילו לא.

על פניו אנו רואים 2 עילות סל רחבות (מאס עלי ורבנו ירוחם).

מנגנון הרחבת עילות הכפייה:

קיימות עילות יותר מצומצמות. בעולם ההלכה יש גדולה למנגנון ההלכתי בראשית הדרך, אשר בשונה מתפיסה דתית אחרת, מהתפיסה הקתולית, **עולם ההלכה לא העלה על דעתו שנישואין הם קשר טוטאלי**, דטרמיניסטי לאו בר התרה. בהלכה, כבר בתקופת המשנה, רואים נסיבות שבהן אפשר להגיד "יוציא ויתן כתובה" (היינו עילות גירושין) שבהן אף ניתן לכפות על הבעל גירושין. **הנסיבות עליהן מדברת המשנה הן מאוד מצומצמות**, ששייכות למי שעוסק במלאכות שבגינן אי אפשר לחיות לצידו, מלאכות שגורמות לריח בלתי נסבל, והחיים לצד אדם כזה הם בלתי נסבלים.

כמו כן, הגמרא הוסיפה 2 נסיבות הרבה יותר משמעותיות:

- א. אינו זן ואינו מפרנס.
- ב. מי שלא מוליד, חסר כוח גברא ולא יכול להביא ילדים לעולם.

הדרך בה הגמרא הוסיפה את העילות הללו היא מעניינת, משום שהמשנה היא אוטוריטה הלכתית גבוהה יותר מהגמרא, אך כאן הגמרא למעשה מוסיפה על המשנה. נאמר בגמרא כי **"אם מפני ריח הפה כופין, הדרך של הלמידה היא של קל וחומר"** – כלומר, שאם ריח מסריח מהווה עילה לגירושין, אז קל וחומר **שמחשש לפגיעה בחיי נפש יאפשרו כפייה** משום שאם הבעל **לא זן ולא מפרנס** את האישה, היא תמות.

אך הפגיעה בחיי הנפש עליה אנו מדברים כיום היא פגיעה כתוצאה מאלימות. על כן, למה שלא "ניקח" את ה'קל וחומר' עליו מדברת הגמרא, אשר במסגרתו מדברת היא על עילת "לא זן ולא מפרנס", ולדון במסגרתו, היום, על עילת גירושין בשל אלימות (בעיקר פיזית, אך גם כלכלית כי היא מונעת מהאישה אמצעי מחייה)? אלה השאלות שעליהן אין קונצנזוס.

אם ישנה עילה לכפייה, מה זה אומר? באילו דרכי כפייה ניתן לנקוט?

בעבר, העונש יכול היה להיות עונש מלקות, או קנס ממון (= השתת סכום כסף אסטרונומי על הבעל). זה מחזיר אותנו **לבש"פ גורדצקי** שמאריך את המאסר למעל 10 שנים, ובנוסף הוא גם הורשע בפלילים. מדובר בסרבן הגט הראשון בעולם שמורשע בפלילים, אבל לא על סרבנותו (משום שהדבר לא מהווה עבירה לפי חוק העונשין) אלא הורשע על הפרת חובה חקוקה. מדובר במהלך חדשני מרחיק לכת, ויהיו כאלה שאף יאמרו כי מדובר במהלך איום ונורא, כי נוצרת מעין השלמה עם ההנחה שבה"ד לא יכול לעשות דבר.

תחת סוגיה זו, של **פסה"ד גורדצקי**, נכנס **פסה"ד של ביה"ד הפרטי של הרב שפרבר** (חומר עזר בס'9א' בסילבוס) **בעניינה של צביה גורדצקי מיוני 18' + סגירת תיק**: אותו גורדצקי שמסרב לשחרר את צביה אשתו, אמנם הורשע בפלילים, אך אותה צביה, לפי תפיסה הלכתית מסוימת **כבר אינה נשואה לו**. (נדון בכך בהמשך – זה מביא אותנו לדרך הרדיקלית, שמיתרת את הצורך בגט). ביה"ד הממלכתי לא קיבל את גישתו זו של שפרבר. **מקרה זה ממחיש לנו את המורכבות והבעייתיות, ואת אוזלת היד של המערכת הממלכתית.**

2. הרחבת המנגנון של כפייה עקיפה / כפייה בדרך של ברירה (האמצעים ומתי אפשר לנקוט בהם) –

אלו אמצעים יכולים להביא לידי מתן גט, אך לא נחשבים לאמצעים הקיצוניים ביותר שאותם ניתן להפעיל כאשר יש עילת כפייה (כפייה ישירה)? **מדובר כאן באמצעים שיביאו אותנו גם למתן גט, אבל נכנה אותם כאמצעים לכפייה בדרך ברירה/כפייה עקיפה.**

קיימת התפתחות באמצעים אלו, אשר מתחברים לניסיון להרחיב את עילות הכפייה ולעילת **מורדת מאיס עלי**. לאורך הדורות אנו יכולים לראות את אלו שמצדדים בעילות כפייה ומתחברים לרעיון חירות האישה והגירושין ללא אשם, בעוד שלעומתם עומדים אלו שמנסים "לחסום" את הגישה הליברלית. דוגמה לאחרונים ניתן למצוא בתשובתו של **הרא"ש** לעילת מאיס עלי, אשר, כאמור, טען כי לא יתכן לאפשר את עילת המורדת מאיס עלי באופן כה חופשי, שכן, בנות ישראל שחצניות הן, ותתנה עינן באיש אחר – כלומר, שלדיו של הרא"ש, ישנו חשש למעשה מפני שימוש יתר וניצול לרעה של עילה זו ע"י כל בנות ישראל אשר בכלל חושקות במישהו אחר, ומתוקף עילה זו יוכלו להשתחרר מבעליהן ללא כל עיכוב ועילה. היינו שמבחינתו, **אם אישה רוצה איש אחר, לא מדובר בעילה שניתן להשתמש בה לשם תירוצ גירושין.**

דבר דומה אף נאמר ע"י **רבנו תם**, אשר גם הוא, כמו הרא"ש, סבר כי אל לנו להיות כה ליבראליים ולאפשר ל"מורדת מאיס עלי" להשתחרר מקשר הנישואין מיד, ולכן אין לאפשר עילה זו כעילת כפייה. **עם זאת, הוא אמנם קבע כי אין זו עילת כפייה ולא ניתן לנקוט בעונש מלקות וקנס ממון, אך הוא אינו רוצה להותיר את הנשים ללא מוצא כלל, ומשום כך הוסיף כי כן ניתן לנקוט באמצעים אחרים**: למשל, לא לשאת ולתת איתו, לא לבקר בעת חוליו ← **אלו הרחקות, בעצם לעשות עליו חרם, לדוג' –**

- פס"ד עודד גז** (שיימינג) – אלו הן הרחקות רבנו תם, שבשעתו היו מאוד ברורות ואפקטיביות.
- פס"ד כץ** – ביה"ד הוציא כתב סירוב בנוסח של חרם בעל משמעות חברתית מרחיקת לכת בקרב הקהילה הדתית המלוכדת.

סוגים שונים של כפייה בדרך ברירה:

כפייה באמצעות חוק הסנקציות:

התרגום המודרני של הרחקות **באות לידי ביטוי בחוק הסנקציות – חוק קיום פס"ד לגירושין**, אשר באמצעותו לוקחים למעשה את המערכת האזרחית, ומונעים מהבעל זכויות אזרח בסיסיות, למשל: מכניסים אותו למעצר, מעכבים יציאתו מהארץ וכו'. הדבר קורה כי הוא לא נותן גט, כאשר מתן הגט הוא בעצם הדרך הדתית לסיום הנישואין ואף הדרך היחידה לכך המוכרת בישראל. **עם זאת, מצד אחד**, מדובר במהלך שמעיד על שילוב והתאמה של השיטה המודרנית עם הדין הדתי אשר מייצרת לו כלים, אך **מצד שני**, זה מעלה את השאלה האם זה באמת נכון במדינה שלא מגדירה את עצמה כמדינת הלכה. ולמרות שעל פניו, **לחוק הסנקציות** יש פוטנציאל רב, בבחינת השימוש או אי השימוש בו בפועל, בהתאם לביה"ד, נוכל לראות כי אין בו שימוש.

הטרמינולוגיה בה נוקט **הרב שרשבסקי** אינה זהה לטרמינולוגיה ולסוגי ההחלטות שנקטות כיום. כיום, בד"ר משתמשים במונחים כמו **המלצה לגט, כפייה לגט, חיוב לגט פס"ד לגירושין** (מהווה 90% מההחלטות, בהן ביה"ד אומר כי על הזוג לנהל מו"מ לגירושין, כלומר שהם צריכים להתגרש אך עליהם לנהל מו"מ). כך, מבחינת בד"ר, אישה שלא נכנעת לתנאי של הבעל להעניק גט, ולא מוכנה להעביר את הסמכות לבד"ר, או מסרבת לשתף פעולה – היא בעצמה אינה נחשבת כמסורבת, אלא היא מביאה את המצב הזה על עצמה מבחינת בד"ר, ונוצר **היפוך מלא, משום שהאישה הופכת להיות המסורבת, והבעל המסורב.**

עם זאת, לפי לשון חוק הסנקציות, בד"ר יכולים לעשות שימוש בסנקציות גם כשהם נותנים פס"ד לגירושין (כלומר שגם באותם 90% מהמקרים מבחינת החוק האזרחי, בד"ר יכול להטיל סנקציות). אך מבחינת בד"ר – אם הוא לא נוקט עמדה, הוא לא יכול לנקוט בסנקציה, כיוון שהם יכולים לנקוט בסנקציה רק כאשר הם נוקטים בעמדה. **ומכאן עולה בעיה**, משום שמבחינה מספרית המקרים בהם ביה"ד מורה על חיוב לגט/ממליץ על גט/מורה על כפייה הם מעטים מאוד ← **מדובר למעשה בגישה שנמנעת מנקיטת עמדה של בד"ר ומשימוש בכלים האזרחיים משום חשש מגט מעושה**. מבחינה תיאולוגית, איש הלכה אמתי חרד מכך שאם הדין הורה על כפייה או שימוש באמצעי כפייה בדרך ברירה, במסגרת נסיבות

שבהן מצד הדין ההלכתי האמיתי אין מקום לעשות כן, אז כשהדין לא נותן לכפות, וכפו שלא כדין הגט הוא גט מעושה. כלומר, שהדין גרם לכך שהאישה קיבלה גט אבל מבחינה הלכתית היא עדין נשואה, ואם היא תתחתן עם איש אחר מדובר בעריות והילדים יהיו ממזרים. **בעצם, עבור אנשים הלכה שמקבלים את התפיסה הזו "עז הסוף" – יש לכך משמעות והם חרדים לכך. הנשים, שאינן דתיות הרי כן מקיימות יחסים גם במצבים שבהם הן עדיין נחשבות "אשת איש" והן אפילו, למרות איום הממזרות, מחליטות כן להביא ילדים. יש כאן עשייה הלכתית בעייתית, שיכולה להביא להגדרתם של ילדים כממזרים באופן פורמאלי.**

• כפיה באמצעות "מזונות מדין מעוכבת":

מדובר בדין שקיים בהלכה וכמעט לא עושים בו שימוש כיום. יתכן שחלק מהסיבה לכך היא שעו"ד לא מכירים את הדין ולא יודעים מתי ניתן לאפשרו. מעבר לכך, גם כאן בד"ר לא ממהר להפעיל את הכלי ואם בהמ"ש יפעילו, אזי בד"ר יאמר כי מדובר בגט מעושה.

כשהנישואין של בני הזוג עוד עומדים, הבעל מחויב לזון את אשתו, וחובת המזונות הזו עומד כל זמן שהאישה עם בעלה וכל עוד הם נשואים. אך, ברגע שאישה אינה נשואה לו עוד, לא מגיע לה מזונות (אחד מתנאי הכתובה הקיימים כל זמן שהם נשואים). עם זאת, מתוארת סיטואציה בגמרא בה אישה מגורשת אך לא מגורשת – הסיטואציה מתוארת כאישה שבעלה זרק בפניה את הגט, אבל הגט נזרק ולא נפל בטריטוריה שלה ולכן לא ברור אם היא קיבלה את הגט (כלומר, שהיא ספק מגורשת), ועד שלא יהיה גט וודאי וברור, היא אינה יכולה להינשא לאחר, ואין מי שיזון אותה – לכן במצב כזה אומרים שבגלל שהיא אינה יכולה להינשא לאחר, היא מהווה "מעוכבת מחמתו" (אי יכולתה להינשא נגרם בגלל מעשי הבעל) ולכן הגבר עדין צריך לזון אותה. **מכאן ניתן להקיש לכל מקום בו הבעל, באופן תיאורטי, חייב לגרשה, לא עושה כן ובכך מונע ממנה מלהתפרנס מאחר.**

במצב זה יש פוטנציאל למזונות גבוהים יחסית, כי לא מקזזים את "מעשה ידיה" – המזונות במהלך הנישואין הם מזונות שמהם מקזזים את עבודתה (השתכרותה) של האישה, בעוד שכאן בעצם לא מקזזים זאת, במצב של "מגורשת ואינה מגורשת", כי היא "מעוכבת מחמתו" להינשא לאחר. מבחינת ההלכה, הרציונל שעומד בבסיס קיזוז "מעשה ידיה" של האישה הוא כי זה נועד למנוע איבה בין בני הזוג, כלומר למנוע מהבעל להגיד שהוא לא חייב לפרנס את אשתו כי היא יכולה לדאוג לעצמה. אך אם יש עילת גירושין, האיבה כבר קיימת ולכן אין מקום לאותו רציונל, ולכן הפוטנציאל של המזונות מאוד גבוה. **זהו למעשה בכלי בעל כוח חזק, בשל השפעתו של החיוב הכספי על הבעל – אבל בד"ר לא ששים משימוש בו מתוך החשש לגט מעושה.**

תיאורטית, בפועל, האישה יכולה לתבוע מזונות אישה מכוח דין מעוכבת גם דרך בהמ"ש, אך בהמ"ש האזרחי תלוי בבד"ר כי צריך לפסוק שיש עילת חוב ועילת גירושין. עם זאת, נציין כי ישנם מקרים בהם לבהמ"ש יש סמכות לדון בעילת הגירושין כבהמ"ש לענייני משפחה מכוח הסמכות הנגררת, אלו מקרים בהם עילת הגירושין נדרשת אגב אורחא דרך בירור תביעת המזונות. אך, היו בהמ"ש לענייני משפחה שעשו כן, ובד"ר קבע כי על מנת שיוכל לדון ביתר הנושאים, עליו לבטל את כל החלטות בהמ"ש לענייני משפחה, משום שאם לא יעשה כן, הדבר עשוי להגיע למצב של גט מעושה – גם זה מצב של מרוץ הסמכויות בין בד"ר לבין בהמ"ש לענייני משפחה.

• הסכם "קדם נישואין":

הרעיון של הסכם קדם נישואין אומר כי עוד לפני שבני הזוג נישאים הבעל לקח על עצמו, מראש, לשלם לאישה במידה והיא תרצה להתגרש והוא לא ירצה לשתף איתה פעולה. כלומר, שהוא, מרצונו החופשי, לקח על עצמו את ההתחייבות החוזית, ולכן אם יגיעו לנסיבות מסוג זה – ניתן לאכוף עליו את התחייבותו החוזית. ובכך, אנו בעצם מיישמים את הרצון החופשי של 2 הצדדים.

במצב זה, אולי אף יאפשרו מזונות מוגדלים כי האישה בעצם הופכת להיות מעוכבת לכל דבר, לכן מדובר במשהו שמתמרץ את הגבר לתת גט.

ההסכם הזה הוא אתגר משום שצריך שיהיה ניתן לאכוף אותו אזרחית וגם שיהיה כשר מבחינה הלכתית.

בשוק יש סוגים רבים של הסכמי קדם נישואין (במחברת של מרכז רקמן יש הסבר אבל זה לא למבחן), למשל:

מנגנון שב"הסכם לכבוד הדדי – ההסכם שארגון "צוהר" בנה עליו. בהסכם יש התחייבות הדדית של 2 הצדדים, מנוסח בשפה ניטרלית. הסכם זה עדין לא נבדק ע"י בד"ר הרבני, ומעבר לכך – יש יסוד סביר להניח שרוב הדיינים לא יקבלו אותו ויסרבו לסדר גט כאשר הבעל יגיד כי הסיבה היחידה שהוא מעניק את הגט היא ההסכם שנוהל קודם.

ברמה החינוכית והתודעתית ההסכם הזה עוזר, משום שאם אישה מאמינה שיש חשיבות להסכם וזה עקרוני מבחינתה, ויש מבחינת הבעל דחייה מוחלטת וחוסר מוחלט של שת"פ זה אמור לשמש כנורת אזהרה.

3. מנגנונים שמיתרים לגמרי את הצורך בגט –

זוהי השיטה הרדיקלית ביותר שלא מעוניינת לשנות "מבפנים" אלא להתנתק, לפרק ולנסות לשנות מדעיקרו.

אנחנו רואים שיש כאן הליכה מתוך "הפנים" אל עבר השוליים.

שיעור מרצה 10 – 30/04/2019

תתי הנושאים שעסקנו בהם עד כה: תמונת המצב, ניסיונות להבין מה אפשר לעשות ואילו פתרונות יש, כאשר התמקדנו בפתרונות שבדין הדתי היהודי והמסר היה להראות שהפתרונות קיימים, אך שיקולים שונים שדיברנו עליהם, אשר חלקם הלכתיים טהורים של כל המתודה הלכתית והתפתחות ההלכה וחלקם גם שיקולים פוליטיים גרידא (הכוונה לפוליטי מבחינת זירת יחסי הכוח שמלווה אותנו לכל אורך הדרך בין המערכת הדתית לבין המערכת האזרחית החילונית שמחוץ לבד"ר), מונעים לעיתים שימוש בפתרונות אלה. לאחר מכן עברנו לדבר על הרחבת עילות הגירושין – ביניהן אלו שמהוות סיבה קונקרטית לחייב ולעיתים לכפות גט (ומכך גם אמצעי כפייה כמו מאסר המחליף את דרך המלקות הקדומה), ובין עילות שהן פחות מכפייה המאפשרות להפעיל אמצעי לחץ אפקטיביים אחרים (הרחקות רבנו תם, חוק הסנקציות, חוק קיום פס"ד לגירושין, מזונות מדין מעוכבת, הסכם קדם נישואין למניעת סרבנות גט – כפייה בדרך ברירה/כפייה עקיפה כדי למנוע כפייה פסולה מצד ההלכה אך כן להביא למתן הגט), כעט נעבור לדבר על לשולי הקונצנזוס ההלכתי האורתודוקסי (הכולל בין היתר מתודות פנים הלכתיות ליתור הגט).

*** **רבנו גרשום** התקין תקנות שאוסרות על איש לקחת יותר מאישה אחת, בניגוד למה שהדת מאפשרת, כאשר התקנה המשלימה לזה היא שלא ניתן לגרש אישה בניגוד לרצונה (כלומר, **הלכות מניעת ביגמיה**). **רבנו תם**, לעומת זאת, מדבר על הכלים שמשמים זרזים למניעת סרבנות גט.

שימוש במנגנונים שעוקפים את הצורך במתן הגט (רדיקלי ביותר)

בסקירת הפתרונות התחלנו מהקל לכבד. כעת הגענו לקצה השני של הספקטרום מבחינה הלכתית והוא גירושין באמצעות עקיפת הצורך במתן גט.

הבעייתיות בפתרונות האלה היא שנדרש רצון חופשי של הבעל, ולכן אם יש איזשהו ספק / פגם ברצון של הבעל / בשיתוף הפעולה שלו, אז האישה היא אשת איש ואסור לא להתחתן שנית. אבל אם אנחנו לא צריכים בכלל את הסכמת הבעל, אז למעשה אנו מנטרלים את אי השוויון המגדרי בין האיש והאישה לפי היהדות.

במשקפים פוליטיים של יחסי כוח, בין אם מדובר ביחסי כוח של הכוחות הדתיים הרבניים מול הכוחות האזרחיים, ובין אם מדובר ביחסי כוח מגדיים- כוח גברים מול כוח הנשים ← משתי הפרספקטיבות האלה, ניתן לראות איזה פוטנציאל נפיץ יש בפתרונות הבאים. ליד כל אחת מהמתודות הבאות יש כותרת, נדון בנושא, אך מיד מגיעה גם המילה "אבל", כי הפתרונות הללו טובים ויפים מבחינה תאורטית, אבל מעשית הם לא מתקבלים.

המרצה – לדעתה הפתרונות הללו לא עובדים בגלל הפוטנציאל הנפיץ ← מי שמופקדים על העניין הזה בהלכה רוצים לשמר את העיסוק בעניין הזה אצלם ולכן הפתרונות האלו לא עובדים והמצב לא משתנה.

להלן מתודות פנים הלכתיות שמיתרות לחלוטין את הגט:

הפקעת קידושין

כל מי שמקדש למעשה מקדש באמצעות תוקף דעתם של החכמים, ולכן אם הם הגיעו למסקנה שהקידושין הללו לא תקפים הם יכולים להפקיע את הקידושין הללו למפרע. אכן לכל הדורות עשו שימוש במתודה הזו- בדרך של הפעלה כללית או במקרים אינדיבידואליים. יש כמה ספרים רציניים שנכתבו במאה ה-20 ע"י אנשי משפט והלכה שהפריכו את התפיסה שרווחה במאה ה-19 ובתחילת ה-20, לפיה, החל מהמאה ה-18 כבר לא עשו שימוש בתקנות האלה כיוון שכוחם של חכמים מאוחרים יותר לא היה ככוחם של חכמים בתקופת המוקדמות (הולך ופוחת הדור), ואין לחכמים שאחרי חתימת התלמוד אותו כוח להפקיע כו זה שהיה לחכמים לפני חתימת התלמוד. האורתודוקסיה היא יצירה שנוצרה כראקציה לזרמים החדשים (הרפורמים), הנאולוגים ועוד שנוצרו במערב עם התפתחות המודרנה)- האורתודוקסיה הייתה צריכה לבסס את עצמה מול הרפורמה, ולכן הם טענו שלחכמים כבר אין כוח כמו החכמים של פעם להפקיע את הנישואין.

רבנים אחרים העידו שדווקא עשו שימוש בדרך הזו לאורך כל הדורות.

אבל – רק כאשר עשה "שלא כהוגן" לדעת חכמים – כלומר, רק כאשר יש "תחילת גט". כלומר, הגבר מסר גט לאישה, השליח בדרך לאישה אך עוד לא הגיע אליה, והגבר מחליט לבטל את הגט. כשהגט מגיע לאישה, האישה לא יודעת שהגבר חזר בו מהחלטתו, אז מבחינתה היא קיבלה גט, אבל בפועל הגבר ביטל את השליחות ← הגבר "עשה שלא כהוגן" – על אף שיש לו כוח לבטל את השליחות, זו עשייה לא הוגנה. ← פה החמים מתערבים ומוכנים להפקיע את הגירושין- הבעל עשה שלא כהוגן ולכן גם הם יעשו שלא כהוגן ויפקיעו את הגירושין.

אבל אי אפשר לעשות שימוש בפתרון הזה באופן גורף כדי לפתור את הבעיה של סרבנות גט.

לסיכום, הפקעת קידושין לא מהווה פתרון מעשי לפי תפיסת בד"ר היום.

ביטול קידושין מחמת מקח טעות

הרציונל מאוד פשוט – הקידושין הם למעשה סוג של עסקה הלכתית-משפטית. ניתן לראות בגמרא מקומות שבהם אדם קונה שדה, אדם שקונה פרה ואדם שקונה אישה. הגמרא מדברת בנשימה אחת על כל העסקאות האלה – חזרנו לשאלה של הרכיב הקנייני. בקידושין יש אלמנטים של עסקה וקניין. הגמרא ממשיכה ושואלת את עצמה שאלות בדיני חושים- מה קורה במקרה שיש פגם במכר- באותה סחורה (באישה)? מה יעשה אדם ש"קנה" אישה וגילה שיש בה מום?

הגמרא קובעת שאם התגלו פגמים שיוצרים טעות שיוצרת לשורש העניין ← אז בעצם גם אישה שנכנסה לעסקה של קידושין, ומתברר הבעל הוא פגום (מוכה שחין או חסר כוח גברה)- אז גם מצידה הייתה טעות שיוצרת לשורש העניין ולכן מותר לה לבטל את הנישואין.

אבל – "טב למיתב טן דו..." ← כלומר, עדיף לאישה להיות בשניים מאשר להיות בודדה. **הרב סולובייצ'יק** טען שזו אמירה אקזיסטנציאליסטית שהיא ממש הלכה למשה בסיני ואי אפשר לסתור אותה. **הרב רקמן** התעמת איתו על זה – הוא טען שבעל אלים, בעל אישיות אלימה, זה דבר שקיים באדם ויש לו שורשים, אזי הבעיה של האלימות הייתה קיימת גם כשנעשו הקידושין (השורש היה קיים בו תמיד) – אז במקרה כזה אפשר להפעיל את הפתרון הזה של ביטול קידושין מחמת מום. וזה הדין לגבי כל פגמים שטבועים בגברים והיו קיימים בשעת הנישואין – אז יהיה אפשר לבטל מכוח נישואים. הרב רקמן הפעיל את דעתו הלכה למעשה בבי"ד פרטי שהקים בארה"ב, אבל הדעה הזו לא נתפסה בתור מהלך שתפס תמיכה משמעותית.

אבל – זו הדרך שבה נהג ביה"ד הפרטי של **הרב שפרבר** **בפרשת גורודצקי** – צביה גורודצקי פנתה לביה"ד הפרטי של הרב שפרבר (זהותו האורתודוקסית לא שנויה במחלוקת), והוא דן במקרה שלה ופוסק שיש פטור לצביה גורודצקי – מבטל את הנישואים שלה. אולם בישראל, מעמדה של צביה הוא "נישואה", לפס"ד של הי"ד הפרטי אין שום משמעות משפטית ברמה הארצית המשפטית.

לצד ביה"ד הפרטי הזה, יש גם **בי"ד פרטי בחו"ל – IBD** (בי"ד בינ"ל לבעיות עגונות) – שמאשר ביטול קידושין מחמת מקח טעות.

אם יש בתי דין פרטיים שמוכנים לקבל את הפתרון הזה, למה ביה"ד הרבני הגדול לא מוכן לקבל את הפתרון הזה?

כי גם הנשים שקיבלו את הפטור מביה"ד של רקמן, לא באמת ראו את עצמן גרושות.

הנשים שקיבלו פטור מביה"ד הפרטי בחו"ל, כן רואות את עצמן גרושות וכן מתחתנות.

המבחן האמיתי שיבדוק האם הפסיקה של רקמן בעניין ביטול הקידושין התקבלה יהיה בעניין הילדים – במידה וביה"ד הארצי יהיה מוכן להכיר בילדים כמותרי חיתון, אז זה סימן לכך שהתקבלה הפסיקה של רקמן והיה תוקף מצד ביה"ד הארצי לביטול הנישואים. אולם, אם הילדים ייחשבו ממזרים ולא יוכלו להתחתן לדעת המדינה, סימן שהפסיקה של ביה"ד הפרטי של רקמן לא התקבלה.

למה המבחן יהיה עוד 20 שנה רק באמצעות הילדים?

כי חלק מהנשים הללו שהתגרשו באמצעות ההיתר של ביטול הנישואין לא מנסות בכלל להתקשר שנית בנישואים הלכתיים – ולכן הבחינה האמיתית תהיה רק במידה וילדים שלהם יעלו לארץ וירצו להתחתן בנישואים הלכתיים.

קידושין על תנאי

זה מכשיר שעושה שימוש בכלים חוזיים די פשוטים- לפיו אפשר להכניס מראש תנאי בחוזה. הגמרא מדברת על תנאים שונים שהגבר יכול להוסיף בהסכם הנישואים- תנאי ראשון הוא שהאישה הזאת תהיה מקודשת לי בתנאי שאני אקבל כסף מאביה. תנאי אפשרי נוסף הוא "תנאי מפסיק" – שנישואים האלה יחדלו מלהתקיים אם אני הולך למלחמה ולא חוזר.

כאשר המדינה עברה לרישום של נישואין וגירושין בדרך אזרחית- אז יהודים ויהודיות שנישאו אזרחית וסיימו את הנישואים שלהם בדרך אזרחית לפני המדינה ולא בדרך הלכתית בגלל סרבנות גט – אז הנשים ראו את עצמן כרשאיות להתחתן שוב. הקהילה היהודית מצאה את עצמה בסיטואציה שלא הייתה קיימת קודם לכן – בבעיה מאוד רחבה שבה עשות מאות ואלפי נשים שהם עדיין נשואות ובכל זאת מתחתנות שוב כי המדינה מאשרת את זה. הבעייתיות היא שלמעשה בפעולה זו תולים את כל קדושת ישראל בגויים – בדין האזרחי.

אבל – "אין תנאי בקידושין" – אסור לעשות תנאים בהסכם הגירושין. (קיים רק בהסכם קדם נישואין)

הרשאה למתן גט

גם למתודה זו יש תקדימים- במלחמת העולם השנייה ובמלחמת יו"כ נקבע שכל מי שיוצא למלחמה יפקיד גט בידי שלית, שייתן את הגט לאישה בידה והאיש לא יחזור מהמלחמה.

אבל – הייתה התנגדות גורפת למתודה הזו, בגלל חשש לביטול הרשאה- למעשה, כל מי שמתחתן יפקיד מראש גט אצל שליח וכך יהיה אפשר לבטל את הנישואין. אבל מבחינת דיני חוזים ומבחינת דיני שליחות- ההרשאה הזו היא לא אמיתית אם הזוג חי ביחד והחיים המשותפים מתחדשים מיום ליום – עצם החיים המשותפים מבטלים את מתן ההרשאה לביטול גט.

גט זיכוי

מותר לתת גט זיכוי, לזכות את האישה בגט גם כשהבעל מסרב, במידה וזה לטובתם.

אבל – מתודה זו מותרת רק כאשר הדבר ייחשב לבעל לטובה. ההמשגה ההלכתית שאומרת "זכין לאדם שלא בפניו" – זה רק כאשר המעשה הזה חשב לאדם כטובה מבחינתו. ואם אנחנו רוצים לעשות גט זיכוי לאדם שהוא סרבן גט – זה לא נחשב לו לזכות, כי הוא לא רוצה לתת את הגט, הוא לא רוצה שהאישה תהיה מגורשת..

לסיכום, יש דרכים הלכתיות אפשריות לפטור נישואים, אבל אין רצון- ולכן כל הדרכים הללו לא עובדות, הן לא ריאליות בביה"ד הארצי בישראל.

כל הבעייתיות בפתרונות הללו נגזרת מההסכם הקנייני הראשוני – שהאיש קונה את האישה. אם היינו מפתחים זוגיות לגיטימית ללא בסיס קנייני, היינו מצליחים להציב את האיש והאישה באותו מצב לחלוטין ואז לא היה קניין לבעל שנותן לו שליטה אם מלכתחילה לא יידרש הגט כי לא יהיה קניין של הבעל, היינו פותרים את הבעיה לחלוטין מהשורש. יש כתיבה הלכתית על קשר שהכותרת שלו מאוד לא ערבה לאוזן- "קשה של פילגשות"- ולא קשר של קידושין. תחת הכותרת הזו עומד בדיוק הרעיון שמתקיים קשר של זוגיות מונוגמית בין איש לאישה אבל בלי קניין ובלי קידושין.

מכת הנגד – נשק יום הדין: התנאי בגט וביטול גט

במה בדיוק מדובר? "אני מוכן לתת גט בתנאי ש..."

מהן ההתפתחויות שקיימות היום בנושא של נשק יום הדין – תנאי בגט וביטול גט?

פס"ד אברהם – הייתה אישה שעתרה לבג"ץ, אחרי שביה"ד הרבני האזורי והגדול ביטלו את הגט שלה, בגלל היא חזרה בה מההסכמה אחרי שהבעל אמר שהוא מוכן לתת גט בתנאי שיפתחו מחדש את הנושא של הסכסוך הרכושי שכבר נסגר במחוזי, בזמנו היא הסכימה לתנאי הזה, ואז היא חזרה בה. ולכן ביה"ד קבע שבגלל שהיא חזרה בה – הגט מעוכב והאישה לא יכולה להתחתן עכשיו.

השלב החמור יותר הוא שביה"ד תופס את הגט כגט שאפשר להכניס בו תנאי- בבי"ד כזה, לא ידונו בתביעת הגירושין של האישה במידה והגבר מוכן להתגרש בתנאי מסוים. ביה"ד יתייחס רק לתנאי של הגבר במידה והתנאי לגיטימי, במקום לבדוק האם יש עילת גירושין שמצדיקה גירושין גם ללא תנאי מצד הבעל.

הבסיס ההלכתי – התקדים שמאפשר את כל המכשיר של ביטול גט על תנאי- שנוי במחלוקת כיוון שיש גם קולות הלכתיים שאומרים שברגע שבעל נותן גט, ביה"ד מבקש ממנו מראש לבטל את כל המודעות וכל התנאים שאולי כן היה יכול להכניס בגט הזה- ולא רק שנדרשת מהבעל פרוצדורה של "ביטול מודעות", אלא יש גם חרם מי שמוציא לעז על הגט – כלומר, אסור להגיד שגט היה לא נכון/מוטעה/לא כדין.

דעת המהרשד"ם – כן יש נסיבות שבהן אפשר להגיד שהגט בטל.

למה הפתרון הזה נקרא "נשק יום הדין"?

ביטול הגט זהו נשק לא קונבנציונלי- כיוון שהוא חסין מפני התערבות בג"ץ.

הנושא נמצא בסמכות ייחודית של ביה"ד הרבני- השאלה האם הגט כשר או לא כשר זו שאלה שנתונה לביה"ד הרבני ולכן זהו נשק יום הדין של ביה"ד והמערכת האזרחית לא יכולה להתערב.

הזירה החדשה – פיצויים נזיקיים בגין סרבנות גט

הפוטנציאל פה הוא פוטנציאל עצום- כאשר מוגשת תביעת פיצויים נזיקיים- עו"ד של הסרבן מייעץ לו לשלם/ לתת גט. התביעה/ החיוב הכספי לא יתבטלו עם נתינת הגט, אבל בדרך של מו"מ אפשר להפחית את הפיצוי הכספי.

הרבה פעמים סרבן הגט עושה לעצמו חשבון ובדוק האם שווה לו להיות מחויב בפיצוי כספי או ששווה לו לתת גט ולהוריד מכתפיו את החיוב הזה.

מהי תגובת בתי הדין הרבניים?

זה לא מרצון חופשי של הבעל, אלא תחת החרב המתהפכת של הפיצויים הנזיקיים. ולכן ביה"ד הרבני דורש מהאישה לבטל את התביעה, אחרת הם לא מוכנים לדון ולא מוכנים לאשר את הגט. ביה"ד ממליצים לעו"ד שלא להגיש תביעות נזיקין- כיוון שאם יגישו, הלקוחה עשויה למצוא את עצמה עגונה עד סוף ימיה, כי שום ביה"ד לא יסדר לה גט, ואז העו"ד, יושמו בתובענה של רשלנות מקצועית.

אבל בשורה התחתונה – באופן שיטתי, מילים לחוד ומעשים לחוד – ביה"ד הרבניים כן סידרו את הגיטין גם בתיקים כאלה שבהם הוגשה תביעת נזיקין הכלי הזה כן עובד.

אבל –

פס"ד בע"מ 3151/14 פלוני נ' פלוני

אישה נשואה 30 ומשהו שנה ואם תתגרש עכשיו לא יהיה לה אפשרות מחיה, ולכן היא סרבה לגט. אין עילת גירושן נגד האישה, ולכן ביה"ד קובע שהגבר ישלם לאישה 100 אלף ₪ פיצויים במידה והוא רוצה להתגרש. אבל עו"ד של הבעל יגיש תביעת נזיקין על הסירוב של האישה. ביה"ד מבין את המהלך הזה מראש ולכן הוא נותן גט ואוסר על הבעל להגיש תביעת פיצויים נזיקית נגד האישה. הסמכות הזו שייכת לביה"ד.

עמית ושוהם – אומרים שהתוצאה מקובלת אבל הם לא באמת מחווים דעה בשאלה הזו האם מותר לביה"ד להתנות צו שיפוטי באי פניה לערכאה שיפוטית.

שיעור מרצה 11 – 01/05/2019

היבטים ממוניים למשפחה: מזונות בין בני זוג

משוואת הכוחות המגדרית

מקומה של תביעת מזונות של אישה בזירת הגירושין בישראל. יש אבסורד משום שמבחינת הדין האישי לאישה יש זכות למזונות רק כשהיא נשואה, אך תביעת מזונות מוגשת רק כשרוצים להתגרש ויש פה מעין סתירה. כבר מההבנה הטכנית הזו ניתן לראות שתביעת מזונות היא תביעה טקטית בישראל אשר מאותה לבעל כי הפנים מועדות לגירושין. ברגע שזכותה של אישה למזונות מותנת בהיותה נשואה, המשמעות המעשית של הזכות למזונות, אם נקבע שהיא אכן זכאית למזונות וכשהסמכות להכריע בעניין המזונות הוא של בד"ר ע"י כריכה או ע"י בהמ"ש לענייני משפחה לפי ס' 4 בתביעה עצמאית – אם באחת הערכאות נקבע שלאישה יש זכות למזונות התביעה משמשת תמריץ לאישה לסרב לגט או לגבר לזרז את מתן הגט לאישה ← זו משוואת הכוחות המגדרית.

מקומה של תביעת מזונות אישה בתביעת הגירושין

עד כמה השאלות של גובה המזונות קריטי בזירה של סכסוכי הגירושין? יש להם חשיבות רבה, ניתן לראות זאת בפס"ד הבאים:

בע"מ 3151/14 פלוני נ' פלוני – משוואת הכוחות המגדרית.

זה פס"ד מאוד חשוב עליו נרחיב בהמשך הדיון בעניין. משוואת הכוחות המגדרית באה לידי ביטוי פה בצורה מאוד ברורה וזה שיש פוטנציאל להשפעה ע"י שני צדדים מנוגדים כאמור – הבעל כדי לגרש ולהיפטר מהחוב במזונות או לאישה לסרב לגירושין במצב בו אין תשלום עיתי לאחר הגירושין בלעדיו תמצא עצמה ללא יכולת קיום עצמאית, במיוחד אם יש ילדים וסכומי מזונות הילדים מאוד נמוכים.

* האם אפשר להגיש תביעת מזונות משקמים לאחר נישואין כדמו"י? לא בטוח. לא בטוח שזה שווה את השקעת העלויות של התביעה, כי זה עדיין לא שם.

עקרונות הדין האישי היהודי בקביעת מזונות בני זוג

עקרונות מזונות אישה לפי ההלכה

מזונות נקבעים לפי הדין האישי, כאשר אצל יהודים זה לפי המשפט העברי.

- **המזונות ניתנים רק במהלך הנישואין.**
- **מזונות האישה הם "חד סטריים"** – רק האישה זכאית להם. ההלכה מאפשרת פתח צר למקרה בו האישה תחויב במזונות האיש שלה. אבל זה לא קורה. זה יכול להיות מדין צדקה, אבל הנסיבות של דין צדקה מאוד רחוקות. זה צריך להיות שהבעל חסר כל וחסר כל יכולת השתכרות וצריך שהאישה תהיה עתירת נכסים וממון בשביל שזה יקרה. כאמור, זה כמעט לא קורה.
- **מזונות האישה נגזרים מרמת החיים שקיימו בני הזוג ("עולה עימו ואינה יורדת עימו").**
- **הזכות למזונות תלויה באופן הדוק בהתנהגות האישה.** המזונות הם נגזרת של התובנה, כלומר נובעות מהכתוב בכתובה. הגבר מתחייב לכמה דברים, ולו עומדות ארבע זכויות כנגד ההתחייבויות שלו כלפיה. הכי חשוב במשוואה הזו זה מעשי

ידיה כנגד מזונותיה, האישה מחויבת בכללים מאוד ברורים של התנהגות, כאשר **ישנם מקרים בהם האישה מפסידה את כתובתה, ואז היא מפסידה את מזונותיה**.

מהן ההתנהגויות במסגרתן האישה מפסידה את הכתובה? **"כל ההתנהגויות המיניות שהאישה מחויבת בהן"** – על האישה לשמור על קודים של התנהגות מינית, ואסור לה לסטות מהקוד הזה. כאשר יש 3 דרגות של סטייה מהדרגות האלה:

- **עוברת דת יהודית** (למשל: מתלבשת לא צנוע).
- **עושה מעשי כיעור** – כיש כל מיני ראיות, יסודות להניח שלאשה יש קשר אינטימי עם אחר אבל אין לכך ראיות ברורות, כלומר שני עדים שראו את האקט עצמו.
- **זנתה תחת בעלה**.

תחת כל אלו יש הפסד של הכתובה, ואיתה המזונות.

תפיסה דתית מול אזרחית

הדתית: דין אישי עם עקרונות ברורים שמבטאים תפיסה של זוגיות, מסגרת משפחתית, תפיסה שמרנית של תפקידי מגדר מאוד ברורים. סטנדרט כפול של התנהגות מינית שמבטאת את רצון המערכת לשמר את כוחו של האיש על האישה. חיבור בין המישור המיני לכלכלי. עיסוק באשמה של האישה מבחינה מינית-מוסרית.

האזרחית: יש להניח שתפיסה אזרחית של מערכת זוגית ושאלת המזונות במערכת היחסים הזוגית, היא שונה מהתפיסה הדתית. שופטים בבהמ"ש לא באים עם תפיסת עולם של אידיאולוגיה שמרנית ומסורתית.

במזונות אפשר לראות את ההתנגשות בין שני העולמות בצורה מאוד ברורה. התזה היא שהמערכת האזרחית, שלכאורה צריכה ליישם את המשפט הדתי עם האידיאולוגיה השמרנית-מסורתית-פטריארכלית על המקרים שבאים בפניהם. **בתי המשפט מאוד מנסים להתאים ונמנעים מלעקוף את הדין הדתי שמבחינתם מבטא תפיסות שהם לא יכולים להסכים איתן**.

נראה את הניסיונות להחדיר מושגי שוויון: שני כיווני הפעולה דרך הגנות מפני תביעת מזונות

אם מייצגים גבר שנתבע מזונות ע"י אשתו, ומבקש להתגונן, **יש שני סוגי הגנה מפני תביעת מזונות**:

- א. **כיוון ראשון – הגנה מסוג של קיזוז**: היא **לא צריכה** את הכסף כי יש לה ממעשי ידיה. היא עובדת מחוץ לבית, היא משתכרת. אם כך, זו הגנה מסוג של קיזוז, כלומר שמהסכום של המזונות שתיאורטית היא זכאית לו, בהתאם לרמת החיים של הזוג, מקזזים את ההשתכרות שלה. אם אנו נרחיב את ההגנה בכיוון השני, זה יחזק את הגבר. השאלה שעולה זה האם מקזזים רק את המשכורת בפועל או גם את הפוטנציאל של ההשתכרות (**פס"ד פלול**)? אם מקזזים גם את הפוטנציאל, זה אומר שנרחיב את טענת ההגנה הזו ונחזק את הגבר.
- ב. **כיוון שני – הגנה מסוג של פטור**: היא איבדה את הזכות למזונות כי היא התנהגה שלא כהוגן. המערכת האזרחית, שתהיה ניצבת מול השאלה של איך מתייחסים לדרישות ההלכתיות מצד האישה בנוגע להתנהלות המינית? האם זה מוצדק שכל פגיעה בצניעותה תשלול את מזונותיה? מה גם שזה חד סטרי? סביר שהמערכת האזרחית תהסס מלקבל את זה בתור הגנה. היא תחפש דרכים שלא להתחשב בזה בתור הגנה. אם היא מצמצמת את ההגנה, היא מחזקת את האישה.

דרך הכיוונים האלו, המערכת האזרחית תנסה לפלס את הדרך שתתאים לעקרונות של שוויון.

הגנת הקיזוז

ביד"ר אמר שמקזזים את המשכורת שלה, ויותר מזה – הוא **פתח את הפתח לקזז את פוטנציאל ההשתכרות ולהשתמש במשפט "צאי מעשה ידיך במזונותך"**. זה עיקרון הלכתי באמצעותו בעל יכול היה לומר לאשתו – אני לא מפרנס אותך, את מוכשרת, תעשי את זה ותעבדי ותחיי מזה. אני לא אבקש ממך את כספך. כך שביד"ר פתח את הפתח לקזז את פוטנציאל ההשתכרות הזה. **המערכת האזרחית חושבת שזה מאוד צודק, הוגן ונכון**, בגלל שהיו בעבר מקרים בהם עורכי דין נתנו עצות רעות מאוד לנשים כדי להשיג יתרון טקטי לקראת הגירושין ואמרו להן להפסיק לעבוד כדי להוציא ממנו מזונות גבוהים יותר. זו עצה נוראית. הזהות של כל אחד מאיתנו נבנית מהקשרים שלנו, אבל גם מה שאנחנו עושים ומייצרים. עבודה זה חלק אינטגרלי מהאישיות שלנו. להגיד לאישה להפסיק לעבוד זה מזעזע. מהר מאוד השתנתה המפה של השיקולים הטקטיים, והמערכת האזרחית החלה אומרת לא, הרי את עבדת והפסקת לעבוד חצי שנה לפני שתבעת מזונות – לכן לא מגיעים לך מזונות.

פס"ד ביקל הוא פסה"ד הראשון שאימץ את המהלך הרבני של קיזוז פוטנציאל ההשתכרות. **פס"ד פלול** קצת סייג את זה, כי הייתה שם סיטואציה של נישואין בני 35 שנים, הבעל עזב את האישה. לאורך כל השנים הוא בגד בה וניהל מערכת משפחתית כפולה. נולדו לו גם שני ילדים מבת הזוג האחרת תו"כ נישואין. הוא היה סרבן גט, אלים, כולל ניסיון רצח. הוא מנע ממנה לעבוד כל השנים. כשהיא הגישה תביעת מזונות הוא אמר שהיא צריכה לצאת לעבוד. זה הגיע לעליון כי המחוזי קיבל את הטענה שלו. **סירקל** בעליון אמר – עד כאן. **במצב של אישה שהיא בגיל שאין לה יכולת למצוא עבודה בשכר אחרי שכל השנים הבעל הוא זה**

שמנע ממנה לעשות ולממש את כושר ההשתכרות – אין מקום לקזז את מעשי ידיה, עם זאת נראה כי היום כן מקזזים פוטנציאל השתכרות.

מהלך צמצום הגנות הפטור הכרוכות בהתנהגות האישה

יש בעניין סדרת פסקי דין של שמגר, משנות ה-80 וה-90:

פס"ד גל – 1994. יש צילומים של חוקר פרטי שרואה את האישה במכונית על שפת הים עם גבר שהוא לא בעלה, מרחוק אפשר להבין שיש תנוחה אינטימית של חיבוק ונשיקה. זה מעשה כיעור. המערכת האזרחית צריכה להחיל את הדין הדתי, לפיו צריך לשלול מזונות. אם זה היה מתנהל בביד"ר הוא היה שולל מזונות. המחוזי שלל מזונות. שמגר אומר שיש לזכור שהבעל נסע לזמן לא מוגבל לאירופה. אי אפשר לצפות שבזמן הזה היא לא תצא מהבית ותבלה.

פס"ד גרינהאוז – 1997. היה כבר דיון בביד"ר במסגרת תביעת גירושין. ביד"ר אמר שיש רגליים לדבר קצת כי האישה עוברת על דת. בטרמינולוגיה של מערכת יחסים בין המערכות, יש לנו ממצא עובדתי של ביד"ר. ביד"ר קבע את הממצא כי הוא הביא הקלטות של שיחות טלפון שלה. היה די ברור מהשיחות שיש לה מערכת יחסים אינטימית עם גבר אחר. זה ממצא עובדתי של ביד"ר. אך, האם יש לו משמעות בביהמ"ש? כן. זה נקרא מעשה בית דין מסוג של **השתק פלוגתא**. הממצא הזה צריך לחייב את ביהמ"ש האזרחי. הבעל אומר בביהמ"ש שביד"ר קבע שהאישה עוברת על דת. השופטים צריכים לדון לפי הדין הדתי, לכן התוצאה ברורה – יש לשלול מזונות. הכלל של מעשה ביד"ר פועל ככה, והממצא העובדתי שנקבע בביד"ר מחייב את ביהמ"ש. המחוזי כבר אמר פה שזה מעשה ביד"ר, אבל זה רק עובדה אחת מתוך מכלול עובדות, שביניהן התנהגות הבעל. וגם הוא נוהג כך, ולכן הוא לא נמנה עם האנשים שזה מפריע להם, הסיבה לכך שהוא פרסם את עצמו בעיתון כפנוי שמחפש זיווג. המחוזי אומר שזה לא מפריע לו ולכן זה לא פוטר אותו ממזונות. שמגר מאמץ את זה ויותר מכך – הוא אומר **שהמבחן הוא מעין חתך של המנהגים המקובלים אצל שני הצדדים**. אישה יכולה לישון בבית של גבר אחר ללא חשש מפגיעה במזונות, כל עוד תוכיח שגם הגבר נוהג כך. הוא אומר שזה בטח נשמע מוזר, אבל הוא מפנה לפס"ד רבני שלטענת שמגר נקבע בו אותו הדבר. פסה"ד הרבני היה מדובר על אישה שעובדת כאחות שמתפרנסת גם מלדת עבדות סיעוד בבתיים של קשישים, משמרות לילה. בעלה אמר לה שזה בסדר. אח"כ כשהיא תבעה מזונות הוא אמר שהיא ישנה בבית של גבר זר. ביד"ר אמר שיש גבול. על זה שמגר הסתמך בפס"ד גרינהאוז. אז האם המערכת האזרחית באמת ממלאת את חובתה לקיים את הדין הדתי? ספק גדול. **תחילה שמגר עושה רושם כאילו הוא כן מחיל את הדין הדתי, אבל לא באמת. הוא מעוות את הדין הדתי ובהמשך הוא גם מתעלם מהדין הדתי. הגישה הזו לא תפסה בבתי המשפט לענייני משפחה.**

המהלך השלישי: אזרחי מזונות בני זוג

כשאנחנו מדברים על מזונות אזרחיים, פס"ד **רע"א 8256/99 פלוגי** ו**בע"מ 3151/14 פלוגי**, הם פס"ד מאוד משמעותיים. אבל, קדמו להם אותם פסקי דין של שמגר בסוף הסדרה שדיברנו עליה לעיל:

פס"ד כהנא – ניתן לראות את הרציונל של המזונות האזרחיים. היה כהן וגרושה. הם נישאו בקפריסין, כעבור 30 שנים, כשביקשה להתגרש הוא נזכר שזה נישואין אסורים ולכן אין מזונות. אין היגיון לתת סעד שישאיר את המצב של הנישואים האסורים. עם טענת ההגנה הזו הוא בא למערכת האזרחית. שמגר אמר שכבר לפני 25 שנה היה מקרה זהה, וביהמ"ש העליון אמר "כאלה הם דיני המשפחה בישראל אך אין בידי להושיע". **שמגר** חשב שזו אמירה קשה, הוא לא יגיד אותה, ולכן הוא **ממציא דיני מזונות אזרחיים**. הוא כמובן לא אמר את זה. ברק אמר את זה, שמגר עשה את זה קודם רק בלי רעש וצלצולים. הוא אמר שניתן לבסס את זכותה של אישה למזונות לא מכוח נישואין אלא מכוח הצדק. זו ההתחלה של המזונות האזרחיים-חוזיים. **לבעל יש התחייבות עם נישואים, זה הסכם**, הסכם מכללאל.

פס"ד סולומון – שנתיים אחרי כהנא. על מנת שהאישה תוכל לתבוע מזונות היא הייתה צריכה להוכיח מה אומר הדין היווני-אורתודוקסי בנוגע למזונות אישה, כי מזונות זה נוגע לדין האישי של החייב והבעל היה יווני-אורתודוקסי. היא לא הוכיחה. שמגר אומר שזה לא משנה שהיא לא הוכיחה, כי בכל מקרה, לפי אמות המידה המקובלות מחילים על דיני מזונות את **חז"י: כבה"א**. הפקרת בן זוג למחסור ורעב הן בגדר פגיעה בכבוד האדם. הוא אומר שאלו אמות המידה הקובלות בבתי המשפט. האם יש אמות מידה כאלו? לא. כי זה לפי הדין האישי והוא שונה בין דת לדת. אין אמות מידה מקובלות. הוא יצר יש מאין דיני מזונות אזרחיים.

כל זה היה פרולוג לקראת הדרמה של **רע"א 8256/99 פלוגי**, שנחשב כיום ליסוד של דיני מזונות אזרחיים, כי שם **ברק** אומר זאת מפורשות. הוא מזכיר את כהנא וסולומון, אבל זה הבסיס. זוג שהתחתן בנישואי פרגוואי, נישואים אזרחיים מחוץ לישראל. האם זה המקרה המתאים לפרס את כל התזה של מזונות מכוח שוויון, הוגנות, תום לב, הסכם? לא. אבל ברק נתן את פסה"ד 2003, כי הוא פרש ב-2005. זו הייתה ההזדמנות שלו לפרוץ את המזונות האזרחיים והוא לא החמיץ אותה. אבל הם לא חלים על נשואים כדמו"י, שגם הם זקוקים לזה. ברק אומר שזה לא חל על נשואים כדמו"י בישראל. על נישואים אלו חל המשפט העברי ופסה"ד לא בוחן מערכת זו. זה לא אומר שהוא לא מחיל את זה. כאשר זוג נישא כדמו"י, הוא מקבל על עצמו את כל המערכת ההלכתית. את מערכת החובות והזכויות לפי הדין הדתי. גם לפי דיני החוזים, זה החוזה שהזוג נכנס אליו. אז אי אפשר להגיד שבמקביל יש מערכת חוזית-אזרחית שתמלא לנו לאקוונות כשאנחנו לא מרוצים מהחוזה האחד של דת משה וישראל. זה

טיעון חזק אבל הוא מביא לתוצאות קשות. מנגד, אפשר להגיד בקשר לדיני חוזים שזה תנאי מקפח או שאין גמירות דעת. נשים לא יודעות מה הפרטים וההקדוקים שנוגעים לנושא המזונות כשהן מתחתנות.

בע"מ 3151/14 פלוני נ' פלוני – היו שני נושאים בהם שלושת השופטים נחלקו. הזוג היה נשוי כדמו"י במשך כשלושה עשורים. היא לא עבדה, הוא עבד. היחסים עלו על שרטון. הוא תבע גירושין. היא סירבה לקבל את הגט. ביד"ר לא קבע שהיא סרבנית. בבתי המשפט הכירו שהיא סרבנית ולכן קצבו לה את תקופת המזונות. היא ערערה כדי שיתנו לה מזונות ללא הגבלה. מכאן עולות שתי סוגיות – שאלת הסמכות הערכאה האזרחית להכריע בשאלת סרבנות גט – **כאן הייתה מחלוקת בין ברק-ארז לרובינשטיין וזילברטל**. דווקא היא אומרת שהאזרחי לא יכול לפסוק פה. זו שאלה שנמצאת בסמכות בלעדית של ביד"ר. הם אמרו שיש סמכות לביהמ"ש זו שאלה הנוגעת הרי לסמכות הייחודית של ביד"ר. אז למה הם אומרים שכן? סמכות אגבית, ורק לצורך השאלה שלפניהם. כי תביעת המזונות נמצאת אצלם בסמכות. לכן מכוח **ס' 76 לחוק בתי המשפט**, אפשר להכריע בזה רק לצורך תביעת המזונות. בגלל שהיא אומרת שאסור להם להכריע, ולא נפסק בביד"ר שהיא סרבנית גט אז תיאורטית, אם אישה היא סרבנית גט באמת לא מגיעים לה מזונות. אבל במקרה הקונקרטי הזה, היא זכאית להמשיך ולקבל את המזונות כל עוד לא הייתה פסיקה של ביד"ר שהיא סרבנית. היחיד שאמר שנגמרת זכותה למזונות כעבור 2-3 שנים. הוא אומר שיש סמכות לאזרחי להגיד שהיא סרבנית, והיא אכן סרבנית. אם היא מסרבת ייתכן שנגרמת זכותה למזונות. **זילברטל** אומר שלאזרחי יש סמכות לקבוע אם היא סרבנית, ובה הוא משרת את תביעת הפיצויים הנזיקיים. והוא אומר שיש בעיה קשה, שנישואי עקרת הבית, אישה שהייתה נשואה 35 שנה ולא עבדה. היא גידלה כמה ילדים והיא לא פיתחה את כושר ההשתכרות שלה. היא ניסתה לתבוע חלוקת רכוש יותר לטובתה (80% לה), זה נדחה. לא ברור למה. הוא אומר שזה אבסורד שזה קורה במנותק מתביעת המזונות. הוא אומר שזה בעיה שהוא לא יודע כי הוא לא יודע אם היא באמת מסכנה. איך אפשר לעשות צדק אמיתי גם איתה וגם איתו במצב הזה. בכל זאת, האמפטיה כלפיה, אישה מבוגרת שלא עבדה ואין לה סיכוי להשתלב בשוק העבודה, הביאה גם אותו להגיע למסקנה שאין לקצוב את תקופת הזכאות. יש אפשרות לסייע לה רק דרך מזונות אזרחיים-משקמים. אבל אין מזונות אזרחיים בנישואים כדמו"י. אך מפסה"ד אולי נלמד שכן: אם **ברק** מחדד את נושא החוזים והחווה שהם נכנסו אליו הוא חווה אחיד מסוג של כדמו"י, במודעות, בו אין מזונות לאחר המזונות – אז גם **ברק-ארז** וגם **זילברטל** דיי בורחים מהשפה החוזית **ולא קוראים לזה "מזונות חזויים" אלא "מזונות משקמים"** כאשר הדגש במקרה הזה הוא המצוקה, ערבות הדדית ותו"ל וכו' – כלומר שהם לא נובעים מהחווה. על כן, אם מהחוזים הייתה לנו בעיה להחיל מזונות כדמו"י, אז אם הולכים לכיוון עניין השיקום זה כבר פחות בעייתי.

סיעור מרצה 12 – 07/05/2019

שבוע שעבר דנו על ההשלכות הכלכליות של הגירושין פירוק חיי משפחה – בהמשך למזונות ולהיבטים הדתיים של חובת המזונות [בהקשר לכללים של קיזוז כושר ההשתכרות של האישה]

השיא של המזונות האזרחיים – הרעיון נשתל בע"א שדיברנו עליו, בפס"ד של **ברק-ארז וזילברטל**, בעצם השאלה האם המכשיר של המזונות האזרחיים קיים גם לרוב המוחלט – אלו שנישאים במסלול הרשמי, עומד לרשותם? השאלה הזו נותרה פתוחה.

בע"מ 3151/14 פלוני נ' פלוני מחבר אותנו לנושא של יחסי ממון וחלוקת רכוש. נדבר על הסעד הרכושי ונגיד כמה מילים בהקשר של סעד המזונות כי חשוב מאוד לראות איפה הם מתחברים. החיבור ביניהם בא דרך המכשיר של המזונות האזרחיים משום שהסעד של המזונות האזרחיים בא לתת מענה במוקדי קושי של מצוקה שמתחברים להיבט הרכושי, זאת בעניין הפערי במצב הכלכלי מבחינת יכולת ההשתכרות העתידית בין האיש והאישה, המזונות האזרחיים מאפשרים לתת סעד של מזונות / סעד כספי לאחר הגט, זאת בשונה ממזונות האשה מהדין העברי שניתנים רק כל עוד הנישואין מתקיימים (זה הבדל חשוב בין המזונות האזרחיים לדתיים ולכן השאלה של המזונות האזרחיים בנישואין כדמו"י כל כך חשובה)..

[חשוב לדעת אם מזונות אזרחיים כן יכולים לתת מענה כשהמזונות הדתיים לא נותנים מענה, משום שניתן לתת מזונות אלו כאשר יש טענות פטור ממזונות שנשענים על הדין הדתי, דבר שעשוי ליצור חוסר צדק מבחינת מערכת היחסים הכלכלית של בני הזוג – כך באותם מצבים בהם האיש פטור ממזונות אישתו בהתבסס על טענות פטור אלו, המזונות האזרחיים יתנו מענה – בכך חשיבותו של המכשיר הזה גם בנישואין כדמו"י].

*** הערה – שלילת כתובה אומרת שלילת מזונות, ברגע שאישה מפסידה כתובתה, היא מפסידה גם את זכותה למזונות.

מהם המשטרים של יחסי ממון בא"י:

- הלכת השיתוף** – חלה על זוגות שנישאו לפני שנת 1974, וכן על זוגות ידועים בציבור.
- חוק יחסי ממון** – חל על כל הזוגות שנישאו לאחר שנת 1974, אך לא חל על ידועים בציבור (היות ואינם נשואים). לגבי יחסים אזרחיים, כנראה שחוק זה חל עליהם, אך העניין לא "סגור הרמטית" ב-100% ונדבר על כך בהמשך.

שאלת השאלות לגבי היחס בין הלכת השיתוף בטלה לאחר חוק יחסי ממון? האם לזוגות שנישאו לאחר שנת 1974 מוסיפה לחול הלכת השיתוף בנוסף לחוק יחסי ממון, או לא? (נדון בכך בהמשך).

מהם ביטויי המשפחה הפטריארכלית?**Human Development Report 1995 (מצגת פערי שכר מהמייל)**

סכמה זו מדבר על עבודות, כאשר יש מודעות בסכמה הזו ל-2 סוגים של עבודות –

א. **עבודה בשכר** – מחוץ לבית.ב. **עבודה ללא שכר** – עבודת בית.

2/3 מעבודתן של נשים בעולם כולו מתבצע ללא שכר, בעוד 1/3 מעבודתן בשכר. המצב אצל הגברים הפוך בדיוק: 3/4 מעבודתם מתבצע בשכר ו-1/4 מעבודתם מתבצעת ללא שכר. אלו נתונים משנת 1995, אך המצב עד היום לא השתנה מאוד.

רוב העבודות ללא שכר למעשה מתמקדת בטיפול בקשישים, אך המודעות בישראל לטיפול בקשישים לא הייתה מאוד אקוטית בדורות של ייסוד המדינה משום שלחלק ניכר לא היו הורים (שואה), לכן המודעות לרובד העבודות ללא שכר החל להתפתח במדינה רק בשנים יותר מאוחרות לעומת יתר העולם.

הנושא של שכר הוא רלוונטי וחשוב כל כך משום שכאשר נדון **בסוגיית כושר השתכרות פוטנציאלית** – הוויכוחים מתנהלים תוך תמונת עולם נאיבית, אשלייתית שמתעלמת מפערי ההשתכרות העמוקים בין נשים לגברים.

*** כשעושים את כל החישובים של התוצר הלאומי הגולמי ושל התפוקה של המשק (כל החישובים של מאקרו כלכלה) מתייחסים רק לעבודה בשכר. יש עבודות ביקורתיות של כלכלנים מפרספקטיבה פמיניסטית שמראים את הפערים שבין המינים.

*** ההבדלים של כמויות שעות העבודה לא מבטאים אפליה, אך גם כשבוחנים גם את השכר לשעת עבודה נטו רואים פערי שכר מפלים כאלה.

כל המידע הזה הובא כדי לחדד את ההבנה שכניסה לחיי משפחה היא זו שגורמת לכל הנתונים שאנחנו רואים במצגת מבחינת פערי השכר בין גברים לנשים. ההבחנה היא בעצם בין Mothers and others **ההבחנה היא למעשה בין אימהות, לבין כל מי שאינם אימהות**, כלומר, לכל השאר. לכן, חשוב להבין את הנתונים כשאנו שואלים מה צריכה להיות החלוקה ההוגנת של הרכשו המשפחתי בכל היבטיו הכלכליים של פירוק חיי משפחה.

עם זאת, כשנסתכל על הנתונים של זמן עבודה ושכר – **תמיד יהיו חריגים, ויש לזכור זאת.** ברור שיש שינויים ושהמציאות החברתית היום היא, **בכל זאת, יותר שוויונית מכפי שהייתה לפני עשרים שנים**, אבל אם ראינו בשקפים כי מבחינת שכר ייקח עוד 100 שנים עד שנגיע לשוויון, כך ייקח גם בעניין הבחירה בחיי המשפחה בין גברים ונשים בניהול הבית.

כיצד משפיעה העבודה שבתא המשפחה יש ילדים מתחת לגיל בית ספר על דפוסי העבודה של נשים וגברים [במשרה מלאה, משרה חלקית, או מחוץ לשוק העבודה]? עפ"י הממצאים במצגת, אנחנו מבחינים בממצאים מאוד בולטים – אחד הדברים שניכר בשני המינים הוא שאין כמעט הבדל בין השנים שבהם נערכה הבדיקה (1994-2012). בהשוואה בין הנשים לגברים – ההבדל בין שיעור הגברים שעובדים במשרה מלאה לבין נשים (כשיש ילדים קטנים) הוא עצום; 90% מהגברים עובדים במשרה מלאה, וההפך קורה אצל נשים – 30% עובדות במשרה חלקית, לעומת גברים אצלם הרעיון של משרה חלקית בכלל לא קיים.

מבחינת שעות עבודה – ניתן לראות על פי הממצאים שבמצגת, נשים עובדות משמעותיות יותר שעות מאשר גברים (הדבר כולל את שעות העבודה ללא שכר – כלומר, בבית).

כשנקרא את פסקי הדין נראה רטוריקה של שופטים אשר שונה לחלוטין מכל נתוני המחקרים במצגת – דבר שהמכוון את נושא המזונות לשוויון. המרצה מכנה זאת **שוויוניזציה** – הדבר אינו אמיתי, מנסים לייצר תחושת שוויוניות למרות שאינה קיימת בחברה בפועל.

איך חלוקת התפקידים בבית ופערי השכר במשק מקרינים על המצב שבו גברים ונשים יוצאים ממערכת של נישואין?

- **משפחות חד הוריות** – בראש 91% מהמשפחות החד הוריות עומדות נשים. לכן, כשאומרים משפחות חד הוריות בישראל, מדובר על רוב של משפחות אשר בראשן עומדות נשים – 70% מהן הן בשל גירושין, בעוד הישאר הן בשל התאלמנות, ובשל אימהות יחידיניות מבחירה.

- **תחולת העוני במשפחות של נשים גרושות** – נראה כי למעלה מ-50% מהן נמצאות מתחת לקו העוני.

- **פערי שכר** – נותר כפי שראינו כבר לעיל.

- **אחוז מקבלי הגנה גבוה יותר בקרב בני זוג נשואים** – כאשר הפער לטובת נשים עולות הטענות בעניין תשלום המזונות לנשים והשאלה האם זה הוגן, צודק וראוי. אך למרות שברבע מהמשפחות יש פער לטובת נשים (דבר שווה ממה שהיה

בעבר, עדיין באותן משפחות (75%) בהן גברים מרוויחים יותר מנשים – הם מרוויחים משמעותית יותר מנשים. **כלומר, שאם מסתכלים על תמונת ההכנסה של גברים לעומת נשים, ניתן לראות כי בכל זאת היא נותרת מוטת מאוד לטובת גברים.**

בסופו של יום, ה"פרויקט" של גידול הילד, ברובו "נופל" על האמא – לדבר זה למעשה יהיה משמעות גם בגירושין ובהשפעה על הכנסתה של האישה, שיהיה לה פחות פנאי לעבוד. כל העבודה של הטיפול בילד מכתובה ובאה לידי ביטוי בשאלת מי בוחר לצאת ממעגל העבודה, מי בוחר לעבוד במשרה חלקית ומי בוחר שלא לצמצם בכלל את שעות העבודה – כאשר למעשה, האישה היא זו שעושה את מירב הבחירות האלו, ונושאת ברוב המחיר הזה.

The wage penalty for motherhood – זה היבטו הכלכלי המבטא את "קנס האימהות", כלומר מבטא כמה האישה מאבדת מכוח ההשתכרות שלה מהיום שפכה לאם – מדובר על 7% עם כל ילד. נשים משלמות את המחיר הזה. עם זאת, התועלות שבאות עם האימהות, משרתת את החברה כולה, הילדים, השנים ובעיקר את מעסיקי הגברים אשר מבחינתם יש להם את העובד הטוב. המחיר מושט באופן לא פרופורציונלי על הנשים ולכן אנחנו מדברים בסופו של יום על המשפט הזה Mothers and others.

שיעור מרצה 13 – 14/05/2019

המשטר הרכושי בישראל: בין חוזים למשפחה

נדון ב-2 הסדרים רכשיים שקיימים בשיטת המשפט הישראלי. שני משטרים אלו צריכים להתמודד עם המתח בין תפיסות חוזיות לבין תפיסות שתואמות את המוסד חברתי-משפטי המשפחתי. מתח זה בין חוזים לבין משפחה, כלומר השאלות האם ההסדרים הנורמטיביים שאנו אמורים להפעיל על מוסד המשפחה וההשלכות הרכושיות/כלכליות בחיי המשפחה, קיימות בכל שיטת משפט באשר היא ומתח זה אינו ייחודי לדיני המשפחה ולהתמודדות המשפט הישראלי. מה שכן ייחודי להתמודדות של המשפט הישראלי עם המתח הזה הוא כל התשתית הנורמטיבית שעל הרקע שלה נשאלות השאלות האלה – למשל: מה קורה עם הקטע הכלכלי של המשפחה?

עד כה, דיברנו ברמת הדין המהותי על הנישואין עצמם, על הכניסה אליהם ועל סיומם, כאשר רוב השאלות דנו בנקודת הסיום, שהיא הפירוק של הנישואין ושל המשפחה (כלומר, מה קורה עם הרכוש, מה יהיו ההסדרים בנוגע לילדים וכו'). כמו כן, דנו בקושי שקיים בגירושין בישראל ובאי הסימטריה והאפליה המובנית במצב של סיום הנישואין בארץ – לכן אנו רואים כי בישראל, התשתית הנורמטיבית שמסדירה את עצם סיום הקשר ואת האפשרות לסיימו, היא קשה ובעייתית, ויוצרת הסדרים שאינם שוויוניים. עובדה זו ייחודית, באספקלריה של שיטות משפט במדינות ליברליות אחרות לשיטת המשפט הישראלית (כלומר הבעייתיות נובעת מן הדין הדתי וקיימת רק בישראל).

בראשית הדרך, בשנות ה-60, היה חוסר בדין האזרחי בכל מה ששייך לשאלות הנוגעות להשלכות הכלכליות – לא היה חוק, הרי **חוק יחסי ממון נחקק רק בשנת 1973**, עד אז, אמנם הייתה ההבנה שמתעוררות שאלות ובעיות בעקבות הפרידה (האם אפשר להתגרש, עילות, ילדים, חלוקת רכוש) – אך, המשפחה היא גם יחידה כלכלית, וכשזוג מתחיל לחיות יחד, נוצרת אותה יחידה כלכלית אחת (ברוב המקרים). ואכן, אמנם הייתה קיימת הבנה לצורך בחוק, אבל עדיין אנו מוצאים את עצמנו בקושי של חיקוק וחידוש תכנים נורמטיביים למערכת הרגילה של דיני משפחה כי יש כבר דין דתי ובניגוד לחוק האזרחי, **לדין הדתי כן יש מה להגיד בנוגע להשלכות כלכליות** (למשל: האבחנה בין נכסי מלוג לבין נכסי צאן ברזל – אחד נשאר בבעלות מלאה של האישה והאחר עובר) – אך, אין תפיסה של שיתוף רכושי במסגרת הדין הדתי, אלא רק של הפרדה רכושית, והעדפת הגבר על האישה.

ניתן לראות את ההפרדה הרכושית העומדת בבסיס הדין הדתי, במלא הדירה, בפס"ד בבלי – הפרדה זו עומדת בבסיסן של כל שיטות המשפט הדתיות ואין תפיסה של שיתוף רכושי.

במאמר מוסגר – קיימות גם שיטות משפט "מודרניות" – מתקדמות וליברליות מאוד שדוגלות גם כן בהפרדה רכושית, אבל זה יבוא מכיוון אחר לגמרי – דווקא בחלק מהמדינות הסקנדינביות, שבהן יש פערי כוח על בסיס מגדר – דווקא בהן יש תפיסה של הפרדה רכושית כדי לחזק את מעמד האישה, שתהיה יותר עצמאית. הרציונל – השיתוף הרכושי עלול להנציח את הכוח של הגבר, ומצד האישה – להנציח תלות. המדינות הנורדיות רוצות לעודד את הנשים לפתח את הכוח העצמאי שלהן. שוק העבודה במדינות הללו הוא מאוד שוויוני, פערי השכר מאוד מצומצמים (לא מדויק), יש העדפה מתקנת, חלוקת נטל גידול הילדים היא שוויונית (קיימים הסדרים שיווניים לגבי חופשת לידה – 2 בני הזוג יכולים לקחת חופשת לידה למשך שנה, מקום ההבטחה מובטח, ההכנסה מובטחת גם אם לא במלואה, יש מימון לילדים וכו').

על כן, **ניתן להבחין בתקופה זו (היינו – בעבר) בהעדר סימטריה בין גברים לנשים, בשתיקת המחוקק ובהעדר חקיקה** – זאת בשל העובדה כי הדין הזה נתפס בזמנו כדתי ונתון לשליטת הדין הדתי, וזאת מפני שדינים אלו הוגדרו כענייני נישואין ממש – התפיסה הייתה שברגע שאדם מתחייב בפני אישה, ההשלכות של הרכוש גם הן נגזרות מתנאי הכתובה, והכתובה היא חלק אינטגרלי מהנישואין עצמם. (דוגמת פרשת סידיס). **(בפסה"ד בבלי** – ישנה סקירה היסטורית והצגת הגישה שהייתה נהוגה דאז).

הגענו למצב בו יש דין דתי שהוא בעייתי מבחינת הסדרים רכושיים, אבל הוא נתפס כשולט בתחום הזה. המצב לא ראוי. כל ענייני הרכוש נתפסו כשייכים לדין הדתי, ולכן **המחוקק "משותק" ואינו יכול להיכנס לתחום שנמצא בסמכות הדין הדתי.**

כשהמחוקק הישראלי כבול, אבל הציבור לא מרוצה מהמצב הקיים – מה קורה? איך משתנה המצב?

בעקבות כל האמור לעיל, **מתפתחת חקיקת שיפוטית בצורת הלכת השיתוף**, אשר מהווה אחת מגולות הכותרת של חקיקה שיפוטית בישראל. אכן, היה תהליך של יצירה שיפוטית ענפה בה מתעוררות אינספור שאלות בנוגע למהות השיתוף, גדריו, מה הוא כולל, מתי נוצר, איך נוצר, מתי מוחל ומתי לא מוחל, האם זו חזקה והאם היא ניתנת לסתירה, מה היסודות שלה וכו' – כלומר **אין אמירה המנוסחת בצורת כלל, אלא פריסה בלתי רגילה וענפה שכל כולה יצירה שיפוטית ולא מעוגנת בחוק.**

מכיוון שהתגבשה תפיסה שהלכה זו אינה מקובלת, **התקבל חוק יחסי ממון בין בני זוג, אך הוא עדין לא סתם את הגולל ולא העניק מזור מלא ללאקונה זו במשפט במשך 30 שנים, וזאת בגלל שאיזון המשאבים היה תלוי בסיום הנישואין.** החקיקה נועדה לענות על דין דתי בעייתי המבוסס על תשתית נורמטיבית בעלת יסודות של אפליה מובנית ועל חוסר נורמטיבי במישור האזרחי.

ברגע שביהמ"ש "מחליט" שצריך לפתח את הדין בנוגע ליחסי ממון, הוא אומר לעצמו כי נכון להיום, יחסי ממון בין בני זוג מוגדרים כענייני נישואין וגירושין, ולכן נמצאים במסגרת הסמכות הייחודית של ביד"ר תחת החוק הדתי, אם כך – איך בהמ"ש אזרחי יכול להתערב באופן כזה ולהגדיר מחדש את סוגיית יחסי הממון בין בני זוג וההשלכות הכלכליות שבין בני זוג. **זה הבין כי ניתן בעצם לומר שכל העניין של חלוקת הרכוש אינו נובע מהנישואין, אלא משהו שנובע מההסכמות ההדדיות שנוצרות בין בני זוג כאשר הם חיים יחד, בין שבנישואין ובין שלא בנישואין.** מהרגע שחלוקת הרכוש מוצדקת גם כשאין גירושין, יש מקום לדין האזרחי – כיוון שהדין הדתי הוא בעל סמכות בלעדית ביחס לנישואין ולגירושין גרידא.

וכך, הרי אחד מפסה"ד החשובים שמתאר את **הלכת השיתוף** הוא **פסה"ד שחר נ' פרידמן** (לא ברשימת הקריאה ועליו נדבר בהמשך). בו עסקו בחלוקת רכוש בין ידועים בציבור, ולא במסגרת הדין הדתי משום שאלו לא היו נשואים, ולכן לא היו גם גירושין. לכן, על פניו הייתה הצדקה תיאורטית לסוגיית הרכוש השיתופי, אבל **הסיבה המרכזית לפיתוח זה הייתה מתוך הרצון והצורך לנכס את הסמכות למערכת האזרחית ולהוציא את הנושא הזה משליטת הדין הדתי והסמכות הייחודית של ביד"ר.**

בזמנו **הרטוריקה, עד לפיתוח הלכת השיתוף, הייתה רטוריקה של חוזים.** למעשה, הייתה התעלמות משאלות שנוגעות להיבטים של זוגיות, יחסים הדדיים, נזקקות, חלוקת תפקידים והסכמות שנגזרות ונובעות מהרקע של המערכת הזוגית – הלא היא מערכת שונה מאוד מכל מערכת חוזית-הסכמית אחרת.

פס"ד 8214/07 פלוני נ' פלוני – בעקבות **פס"ד בבלי** התרחש דין ודברים בין דייני ביד"ר הגדול (**הרב דיכובסקי והרב שרמן**), בנוגע לשאלה האם ההלכה כן יכולה להכיר בשיתוף רכוש?

באופן פרדוקסאלי, פסה"ד הראשונים שיצרו את הלכת השיתוף היו **אפטא, בריקר ובראלי**, כאשר שניים מהם ניתנו דווקא ע"י שופטים שישבו על **"הכיסא הדתי" (השופט זילברג והשופט קיסטר)**. הם ביקשו להראות, מתוך הדין הדתי עצמו, שכן יש שיתוף רכוש – במה? החוזה. "תנאי שבממון תנאו קיים" – כלומר, ניתן להתנות על ההסדרים שההלכה קובעת. אם אנחנו אומרים שכל מערכת נישואין כוללת בחובה כל מיני תנאים (כולל תנאים מכללא – כמו הסכמות שנלמדות על בסיס מנהג המקום, והסכמות אחרות הנוגעות לשיתוף), אז זו הוכחה לכך שניתן גם לגבש שיתוף רכוש אף תחת המערכת ההלכתית של המשפט העברי. **אך תפיסה זו נדחתה ע"י בתי הדין הרבניים.**

חקיקת החוק והבעייתיות בו:

בעקבות כל אלה, בשלב שבו המחוקק הבין כי צריך להסדיר את הסוגייה בחקיקה של הכנסת, נחקק **חוק יחסי ממון בין בני זוג.**

חוק זה נחשב למאוד בעייתי עד **לתיקון מס' 4** בשנת 2008 – וזאת מפני שאיזון המשאבים התרחש במסגרתו רק בתום הנישואין, ועד לשנת 2008 "יתום הנישואין" יכול היה להיות רק במצב של גירושין או מוות – כלומר, כל המכשיר של איזון המשאבים יכול להתרחש רק אחרי שיש גט וגט שמתקבל רק בהסכמת ביד"ר. לעיתים, הגט מתקבל בהסכמה ובדרך ידידותית, אך ברוב המקרים הדרך לגט רצופה בתנאים ובוותורים שברובם וויתורים כלכליים. לכן, עד 2008 **חוק יחסי ממון** היה למעשה **"כאות מתה בספר החוקים"** (דברים אלו נאמרו ע"י שופטי ביהמ"ש העליון, ובראשם **הנשיא שמגר, בפסה"ד קנובלר יעקובי** – בהמ"ש איגד דיון בין 2 זוגות. בפס"ד זה ניסה בהמ"ש להתמודד עם "המלכוד" של **חוק יחסי ממון** ושל התליית איזון המשאבים במתן הגט וגירושין).

התליית איזון המשאבים וההסדר הנ"ל (קרי, לקיחת "העוגה המצרפית" של בני הזוג, כלומר כלל המשאבים שלהם, אמידתם מבחינת שווים הפיננסי וחלוקתם) בעצם מחזק את החזק מלכתחילה (הגבר) ומחליש את החלש מלכתחילה (האישה). כל אלה היו אמורים להיפטר עם **תיקון 4 לחוק יחסי ממון** בנובמבר 2008, אך גם התיקון לא היה טוב כי הוא מגביל ירושות ומתנות, מצמצם את התחולה של הלכת השיתוף. ולכן התפתחה הלכת השיתוף הספציפית.

בכפוף לכך עולה השאלה מדוע אנחנו עדיין רואים פסיקה שעוסקת בהלכת השיתוף ולא נמצאים רק תחת המשטר של חוק יחסי ממון?

התפתחות הלכת השיתוף

(ראה למשל: סקירה בג"צ 1000/92 בבלי נ' ביה"ד הרבני, רע"א 8791/00 אניטה שלם נ' טווינקו בע"מ, בג"צ 8214/07 פלונית נ' פלוני, ובע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית בדבריו של ש' ריבלין)

היסודות המסורתיים

ניתן לראות ההשתלשלות של הלכת השיתוף – כאשר החזקה למעשה מתרחבת וחלה על יותר מקרים.

פס"ד אלו (פס"ד בבלי, בג"צ 8214/07, בע"מ 4623/04) עוזרים להבין את הלכת השיתוף לעומק – כל אחד ממחיש, ברמה התיאורטית מסגרתית, היבט אחר במורכבות ההלכה הזו.

בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית (ריבלין – ההון האנושי):

בפס"ד זה השופט ריבלין חידש את הכנסת כל סוגיית ההון האנושי לסוגיית בני הזוג, לדבריו: "חזקה על בני זוג שחיים בצוותא תוך כדי קיום אורח חיים הרמוני חיים משותפים, שהרכוש שנצבר ע"י מי משניהם מצוי בבעלותם המשותפת" – זה למעשה התיאור המסורתי של הלכת השיתוף. בראשית הדרך. אנו רואים כי יש פה חזקה שנלמדת מהעולם, "מבחוץ", מתוך ניסיון חיים/התבוננות כוללת והתחקות אחר נורמות חברתיות מקובלות. כמובן שחזקה זו ניתנת לסתירה.

המרת החיים ה"הרמוניים" ב"אורח חיים תקין" (בריל, ארגוב), ובהמשך גם זניחת תנאי ה"תקינים" (חסל)

ביהמ"ש חוזר בו מההגדרה של חיים הרמוניים, וטוען כי מספיק שהחיים המשותפים יהיו נורמליים ותקינים כדי להחיל שיתוף רכוש.

בעקבות כך, ניתן להבחין כי באופן הדרגתי, האופן של קיום מערכת יחסים הרמונית מתמסמסת – מגיעים מקרים לבהמ"ש בהם עו"ד (בעיקר של הגברים) מבקשים לחלץ את הרכוש מהשיתוף המשותף, בטענה כי לא מדובר באורח חיים תקין, כי מערכת היחסים הייתה רוויה בחיכוכים ולעיתים אף אלימות, בגידות חוזרות ונשנות ובשל כך הרי שלא ניתן לתאר ולומר כי ישנה הסכמה לשיתוף בין בני הזוג. החלו עולים פס"דים במסגרתם נפסק כי אמנם מתבקש אורך חיים הרמוני, עפ"י ריבלין, לשם הקביעה כי כל המצוי ברשותם הוא בבעלותם המשותפת, אבל לא תמיד ניתן להעניק הערכות לשאלת ההרמוניה בין בני הזוג ומספיק שתהיה זוגיות "נורמאלית", וכל עוד "הנורמלי" והתקין, עדיין יהיה מיוחס להלכת השיתוף.

בפס"ד חסל – נקבע כי הלכת השיתוף נסתרת רק אם קיימת טענה מוכחת שלא להקים אותה. כלומר, רק כשיש כוונה מפורשת שלא יהיה שיתוף. עניין זה נכנס כשמדברים על נטלי ההוכחה – הוא יועבר אל זה שמבקש לסתור את חזקת השיתוף. החזקה כמה מעצם החיים המשותפים, ולא צריך להוכיח מעבר, ומי שמבקש לסתור את חזקת הלכת השיתוף ← עליו נטל ההוכחה.

בג"צ 8214/07 פלונית נ' פלוני (ביטול פס"ד רבני בשל אי יישום חזקת השיתוף על דירת מגורים של בני הזוג)

במקרה דנן, האישה עזבה פעמים רבות את הבית, וביד"ר אמר כי בשל כך, הלכת השיתוף נסתרה ואין מקום להחילה. זה ממחיש שביה"ד הרבני לא יכולים להגיד שהם לא כפופים להלכת השיתוף, אלא הם כפופים "כמו שהם מבינים", והם יכולים לטעון כי קיימת מחלוקת עובדתית – ולדעתם מבחינה עובדתית, הלכת השיתוף לא התקיימה ולבהמ"ש אין סמכות להתערב.

בג"צ 4602/13 פלונית נ' ביד"ר הגדול (בג"צ הבוגדת – אי-שיתוף ספציפי בדירת מגורים עקב מעשה בגידה) בבג"צ הבוגדת, הוזן בהלכת השיתוף הספציפית, אנו רואים סוג של גלגול של הלכת השיתוף הכללית (יתכן שהתנאים של הלכת השיתוף הספציפית לא לגמרי זהים לתנאים של הלכת השיתוף הכללית). בפס"ד זה ניתן להבחין בהמחשה לכך שתחילה, לפני פס"ד בבלי, ביד"ר אמרו כי הם אינם מחויבים להלכת השיתוף, וכעת הם אמנם מסכימים לכפיפותם להלכה זו, אך זו תעשה בהתאם להבנתם ופרשנותם את ההלכה.

בג"צ 8214/07 פלונית נ' פלוני המחלוקת היא עובדתית: ביד"ר אומרים כי עובדתית לא התקיימה הלכת השיתוף ומבחינת בהמ"ש לענייני משפחה היא כן התקיימה – בשל העובדה שהמחלוקת היא עובדתית, בהמ"ש לענייני משפחה אינו יכול להתערב בהחלטת ביד"ר. זה לא בדיוק הלכת השיתוף, אבל יש סתירה של חזקת השיתוף הספציפי, שהיא למעשה סוג של גלגול והמשכיות של הלכת השיתוף הכללית. התנאים של הלכת השיתוף הספציפי לא בהכרח זהים לכל הגדרות של הלכת השיתוף הכללית. ההנחה הבסיסית העומדת בבסיס החזקה היא שהחיים הראויים הם של שיתוף.

על כן, רואים מכל פסה"ד לעיל כי ההלכה הולכת ומתרחבת ← הקלת התנאים לשם הוכחה וכניסה למשטר של שיתוף ובמקביל – הקשחת התנאים הלכת השיתוף.

כעת נדבר על מקרים בהם נשים יכולות לקבל את חלקן ברכוש המשפחתי, הזוגי, שרשום גם על שם הבעל, ונראה במסגרת מערכות היחסים הקלאסיות את הדפוס של "נישואי עקרת הבית". לדוגמה: **בבע"מ 3151/14** תחת פסק דינה של **השופטת דפנה ברק ארז**, ניתן לראות התייחסות לשאלה האם ניתן לקצוב את המזונות במצב של סרבנות גט – הסרבנות מצידה של האישה הייתה על הרקע של אובדן כל מקורות המחיה מפני שהיא הייתה עקרת בית. ברור מפסיקת בהמ"ש העליון כי יש לו רגישות גבוהה למצבים של אי הצדק והעוול שנוצר במידה ולא יהיה שיתוף רכוש.

הרחבה מנכסים "אישיים" לנכסים "עסקיים" תוך הבחנה ברמת הראיה הנדרשת להוכחת שיתוף או הקלת סתירתו (אבולוף, בסיליאן, בריל, סלם נ. כרמי)

בתחילת הדרך דיברנו רק על נכסים אישיים-משפחתיים, אך מהר מאוד אנו רואים כי השיתוף מוחל גם על הנכסים העסקיים, שבכל זאת, ברמת הרטוריקה נשמרת אבחנה מסוימת כאשר בהמ"ש אומרים כי מצד אחד אין שום הצדקה שלא לכלול את הרכוש העסקי, כי אם נחזור לרציונל ההסכמי, החוזי, הרי השיתוף מבוסס על ההסכמות ההדדיות שבין בני הזוג ותחת זאת, אף בתחום הנכסים העסקיים עשויות להיות הסכמות מעין אלו: למשל **בפס"ד אבולוף** – הרכוש העסקי היה חנות שצמודה לבית הזוג, שנרכשה בדמי מפתח (אמנם לפני הנישואין ע"י הבעל, אבל ממש בסמוך לנישואין), והזוג אף ניהלו אותה יחדיו (למרות שהייתה רשומה על שם הבעל). אבל מצד שני, צריך יותר הוכחות כדי להצדיק את קיומה של הלכת השיתוף / צריך שיהיה יותר קל לסתור את החזקה של השיתוף לעניין רכוש עסקי.

בפס"ד "הבוגדת" (שאמנם מדבר על הלכת השיתוף הספציפי), וגם **בפס"ד בריל** – ראינו את אפשרות הסתירה של הלכת השיתוף. עם זאת, באמירות כמו: "יידרש סף ראיות גבוה כאשר מדובר ברכוש עסקי" וכו' – יש משום מס שפתיים, ונדירות הפעמים שאכן אפשרו לסתור את השיתוף (רק במקרים נדירים וחריגים בהם היה ברור כי אין אפשרות להחיל את השיתוף, דוגמת מצב בו ל-2 מבני הזוג היו נכסים/עסקים נפרדים וכו').

נדגיש כי אין ספק כי כאשר זוגות היו בנישואים ראשוניים ארוכים עם ילדים, יהיה יותר קשה ואף בלתי אפשרי לסתור את הלכת השיתוף. אך, ככל שהנישואין קצרים יותר, או שמא מדובר "בסיבוב שני" יהיה יותר קל לסתור את הלכת השיתוף.

הרחבה גם לחסכונות וקופות גמל – "נכסי העתודה הכלכלית":

נכסים עסקיים יכולים להתחלק למס' סוגים:

1. תחילה, הפסיקה התייחסה לנכסים קלאסיים, נכסים עסקיים ברמה המצומצמת כמו: חנות הפרחים (אבולוף), בית חרושת, עסקים של קבלן מסוים וכו'.
 2. לאחר מכן החלו לעשות הרחבות במושג הנכס העסקי: החל מעבר מנכסים עסקיים גרידא לנכסים נלווים לקריירה, כמו: זכויות, פנסיה לצורך העניין, קריירה. כיום, הרכוש של האדם במציאות של מדינה מפותחת ומתועשת, הוא אינו עוד רק ה-real property, אלא, זה גם מקום העבודה, וכל מה שנגזר ומגיע ממנו (הביטחון הכלכלי שצמוד למקום העבודה, פנסיה, קרן השתלמות וכו') – זה גם מה שהחיל והוסיף בהמ"ש העליון להלכת השיתוף. כלומר השיתוף לא חל רק על הרכוש המשפחתי (בראש ובראשונה דירת המגורים), אלא חל גם על הנכסים העסקיים. (תפיסה מסורתית של עסקים, פשוטו כמשמעו) ובסוף שנות ה-80 הרחיבו את התחולה אפילו יותר וקבעו שנכסים עסקיים זה לא נכסים רק מהעבודה עצמה, אלא גם כל מה שנלווה אליה.
- כך, בשנות ה-90, בעקבות פס"ד רוזן ופס"ד לידאי ואף בפס"ד בבלי ובע"מ 4623/04 (ריבלין) – ההון האנושי – אנו יכולים להבחין כי השיתוף בהחלט מתפרס גם על הנכסים מהסוג הזה – כלומר גם על נכסי העתודה הכלכלית, היות ואלו בעצם מבטאים את הביטחון הכלכלי של האדם העובד, שיש לו מקור השתכרות. השלב הבא הוא התפרסות על אותה עתודה כלכלית, שהיא למעשה עוד לא קיימת כלל, אלא קיים הפוטנציאל שלה, פנסיה, קרנות השתלמות וביטוחים, אלו נכסים שכבר קיימים, אלא שהם אולי עוד לא גמלו, לא הבשילו (עוד אי אפשר לממשם).

ההצדקה להלכת השיתוף על הרכוש שנצבר במהלך החיים משותפים, היא שיש חוזה לא כתוב של חלוקת תפקידים שהיא במידה רבה מגדירת – יש מי שמשקיע את העבודה "בחוף" וצובר רכוש, נכסים, כאשר מי שמשקיעה את העבודה "בפנים" מאפשרת להשקעה החיצונית להתבצע. הלא, ללא עבודת הטיפול בבית, לא ניתן לקיים את העבודה בשכר בחוף ולקדם את צבירת הרכוש, זהו רכיב המאמץ המשותף שמכיר "בתרומה" גם של העבודה ללא שכר.

הרחבה לנכסים פרטיים/חיצוניים (נכס מלפני הנישואין, או מתנה/ירושה במהלכם)

זניחת רכיב ה"מאמץ המשותף":

ניתן לראות באמור בפס"ד חסל ("די בקיומם של חיים משותפים כדי להקים את חזקת השיתוף; היא נסתרת רק אם מוכחת כוונה שלא להקים אותה"), ובפס"ד בריל מול פס"ד אבולוף (שם הרכוש העסקי היה חנות פרחים שצמודה לבית הזוג, שאמנם הגבר רכש טרם נישואיו אבל כל חייהם הזוג עבד שם יחד) – כי כל האמור מוביל לרטוריקה של המאמץ המשותף. כלומר, חוזה

לא כתוב של חלוקת תפקידים שהיא במידה רבה מגדרית, של מי שמשקיע את מרצו מחוץ לבית וצובר רכוש/נכסים, כאשר מי שמשקיעה את העבודה בפנים מאפשרת להשקעה החיצונית להתבצע. הרי ללא עבודת הטיפול בבית, לא ניתן לקיים את העבודה בשכר בחוץ ולא ניתן לקדם את צבירת הרכוש וצבירת הנכסים. כל זה כאשר מדובר על מה שנצבר במהלך החיים המשותפים. המאמץ המשותף מכיר בתרומת העבודה ללא שכר.

אך, בהתחשב ברטוריקה זו, מה קורה עם נכסים שלא הגיעו כתוצאה מהמאמץ המשותף? למשל: ירושה או מתנה. כיצד ניתן להצדיק את השיתוף בהם? הרי הרכוש של המאמץ המשותף אינו רלוונטי כאן. כאן אנו רואים חשיבות לרכיב ההסכמי, לרכיב הכוונה. כשמדובר בדירה שהורי אחד מבני הזוג קנו ורשמו אך על שם ילדם:

- הלכת השיתוף נותנת תשובה ברורה: זה גם חלק מהרכוש המשותף אבל יכול להיות שיהיה קל יותר לסתור את כוונת השיתוף כשמדובר בנכסים חיצוניים. כלומר שנוצרה הבחנה ברמת הראיה הנדרשת להוכחת שיתוף או הקלת סתירתו (בפס"ד אבולוף, בסילאן, בריל, סלם נ' כרמי). כך, זה לא שאין פסקי דין שמאפשרים סתירה, אך לאמיתו של דבר, המילים שאומרות "יידרש סף ראיות גבוה יותר כשמדובר בשיתוף עסקי" או שיהיה קל יותר לסתור את השיתוף כשמדובר על הרכוש העסקי – הרי שמדובר במס שפתיים, ולכן קיימים מקרים בודדים (נישואין קצרים שבהם מהתחלה נשמרה הפרדה – חשבונות בנק נפרדים, או במקרים בהם לפני בני הזוג היו עסקים שונים ונפרדים בין בני הזוג) בהן נסתרה ההלכה.
- לעומת זאת, חוק יחסי ממון מחריג מהשיתוף נכסים שהגיעו לפני הנישואין וכן ירושות ומתנות. ולכן, התפתחה הלכת השיתוף הספציפי (שאומרת שאפשר להוכיח שיתוף בנכסים ספציפיים, בעוד שזו הכללית/קלאסית די בחיים משותפים).

שיעור מרצה 14 – 15/05/2019

צריך לשים לב כי ברגע שהרחבנו את השיתוף לנכסים החיצוניים אנו "מתפזרים" לשאלת הרציונל. בפס"ד בריל של השופט מצא אשר עסק בנכס שהבעל הביא איתו לנישואין, נכס "חיצוני" והתוצאה היא שיש שיתוף בנכס החיצוני, אנו יכולים לראות את ההתלבטות – מצא בעצם מעניק לנו את היסודות כן להכיר באפשרות לקיים שיתוף בנכסים "חיצוניים": "להסכמת בן-זוג לשתף את בן-זוגו גם בנכסיו החיצוניים יש משקל מכריע, וביטוי להסכמתו לכך עשוי להימצא גם באיכות יחסיהם של בני-הזוג...".

הרציונל שמצא מדבר עליו הוא המאמץ המשותף – בהכרה שמערכת המשפט מעניקה לחלוקת התפקידים בין בני הזוג, וההכרה גם בעבודתה של בת הזוג "הביתית" כתורמת למיקסום של צבירת הנכסים וההון ע"י בן הזוג החיצוני, אנו בעצם מאפשרים את הרחבת השיתוף גם לנכסים חיצוניים שהיו לאחד מבני הזוג לפני תחילת החיים או במצב של קבלת נכס שלא התקבל תוך מאמץ אך במהלך החיים המשותפים (כמו מתנה וירושה) – עולה השאלה האם אנו מוצאים הצדקה בהסכמה, כוונה מקיפה בין בני הזוג באופן עקרוני, על כך שכל מה שמשתמשים בו והוא חלק מהיחידה שלהם אכן שייך לשניהם יחד, או לא? (כלומר הולכים ל"רציונל הנורמטיבי" שמציג מצא).

כל פסקי הדין המאוחרים יותר (שנות ה-90 וה-2000) מתלכדים סביב המונח של הרציונל הנורמטיבי – פה יש מקום לקרוא את מה שמצא מתייחס אליו בתמצית לשאלה של האם נכסים חיצוניים יכולים להיכלל במסגרת השיתוף או לא:

"להסכמת בן-זוג לשתף את בן-זוגו גם בנכסיו החיצוניים יש משקל מכריע, וביטוי להסכמתו לכך עשוי להימצא גם באיכות יחסיהם של בני-הזוג. בנישואים הרמוניים הנמשכים שנים רבות נטמע רכוש כזה ברכוש המשותף. אלא שלא כל נישואים הרמוניים נמשכים שנים רבות, ולא כל נישואים הנמשכים שנים רבות הם הרמוניים".

ברציונל שמצא מדבר עליו, הוא לא מחפש ביטוי מפורש וגלוי להסכמה הנדרשת, לא בכתב ולא בע"פ – הביטוי להסכמה יכול אף להתבטא באיכות של הזוגיות בין בני הזוג, שגם תאפשר את השיתוף של נכסים חיצוניים – כשאלו חיים בהרמוניה זה יכול להעיד על כך שגם הנכסים החיצוניים נכנסים לגדר השיתוף – כל אלה עדין מקיימים את הרציונל ההסכמי, אך פשוט אנו מאפשרים הרחבה שלו. אנו עדין מונעים פשוט ממניעים של צדק חלוקתי ושוויון.

הרחבנו מאוד את רעיון ההסכמה, וההתבוננות על איכות היחסים – אם לא היינו מדברים על נושא הלכת השיתוף ומונעים ע"י צדק חלוקתי, שוויון והוגנות – יש מעין תפיסה של היטמעות הנכסים החיצוניים בנכסים האחרים, ואותה הסכמה ערטילאית מקימה את השיתוף גם בהם.

"שורש המחלוקת בשאלה אם ככלל יש תחולה להלכת השיתוף על נכסים חיצוניים של בני-זוג, נעוץ ביסוד התפיסה הרעיונית שעליה מבוססת הלכת השיתוף. הסוברים כי הבסיס להחלטה של הלכת השיתוף הוא קיום "הסכם מכללא" בין בני-הזוג, ייטו מטבע הדברים לפקפק בצדקת החלטה של הלכת השיתוף על נכסים חיצוניים. ברוח זו ציין השופט גולדברג בע"א 806/93 הדרי נ' הדרי (דרח), בעמ' 696, כי "...אורח חיים תקין, כשלעצמו, אפילו הוא מתמשך על פני תקופה ארוכה, אינו יכול לשמש יסוד לחזקת שיתוף בנכס שרכש אחד מבני הזוג לפני הנישואין", וכי "נכס שהיה שייך לאחד מבני-הזוג טרם הנישואין אינו יכול להפך נכס משותף, במהלך חיי הנישואין, רק מכוח הסכם משתמע בין הצדדים". להכרעה שונה ניתן לכאורה להגיע מנקודת מבט הרואה

בהלכת השיתוף ביטוי ל"חקיקה שיפוטית" המבקשת להגשים תפיסה ערכית הנגזרת מעקרונות-
על של צדק ושוויון

מצא כמובן מבין כי לא כל נישואים משותפים הם הרמוניים שיקיימו את הנחת ההסכמה, אבל – מי שסוברים שההסכם הוא הסכם מכללא, יטו בד"כ לפקפק בהחלת הלכת השיתוף על נכסים חיצוניים, אבל יש כאלה שיראו בהלכת השיתוף כיצירה של נורמה שיפוטית, הרציונל הנורמטיבי – בהמ"ש מבקש להגשים תפיסה ערכית להגשים עקרונות על של צדק ושוויון. בבסיס רציונל זה אנו מגיעים להכנסתם של נכסים חיצוניים אלו.

בשורה של פס"ד לאחר מכן הוחלה הלכת השיתוף גם על הנכסים החיצוניים – ונראה האם אפשר להחיל את זה גם על זוגות שנישאו לאחר **חקיקת חוק יחסי ממון** בשנת 1974.

הרחבת בסיס השיתוף, כלומר הרחבת מושג ה"נכס", כך שכולל גם כושר השתכרות עתידי/הון אנושי/מוניטין אישי ("נכסי קריירה") (בע"מ 4623/04 (הש' ריבלין – הון אנושי))

(מדובר על נכסים קיימים שאולי טרם הבשילו, לא ניתן עדיין לממשם (כמו: פנסיה בעוד X שנים) אולם הזכות כן קיימת כבר).

מה ההבדל בין מוניטין אישי למוניטין עסקי?

מוניטין אישי זה קידום השם האישי שלי, והמוניטין העסקי זה קידום העסק שלי. המוניטין העסקי הוא חלק מהשווי של הרכוש העסקי והוא בר-חלוקה ללא כל ספק. לעומת זאת, אם אדם כלשהו מפתח טכניקה מדהימה בתחום מסוים, הוא צובר לעצמו שם טוב ואפשר לצפות כי העתיד שלו מזהיר מבחינת הגדלת צפי הפירות שהוא עוד יניב לעצמו באמצעות מקסום המוניטין האישי שלו.

למשל – מסלול קריירה שבו אין ספק שמדובר על האיש עצמו בלבד הוא מוסיקה. מוסיקאי מחונן שבמשך 15 שנים פיתח את השם הבינלאומי שלו והשקיע לילות כימים באימונים בסטודיו, נסע מהופעה להופעה ואז זכה בתחרות רובינשטיין, דרכו הלאה סלולה. אין ספק שמדובר במוניטין האישי של האדם.

מה ההבדל מבחינת בת הזוג מבחינת כל השיקולים של הצדק החלוקתי על רקע כל השנים שחיו ביחד, לגבי קבלת חלקה מהנכסים הללו? למה כ"כ ברור שכאשר מדובר בבית חרושת – במוניטין העסקי – זה כן יכול גם לאישה, ובדברים האחרים – מוניטין אישי/כושר השכרות עתידי/הון אנושי ("נכסי קריירה") – זה פחות ברור לנו?

בע"מ 4623/04 פלוני "ההון האנושי" – השופט ריבלין בפס"ד מוביל ודרמטי זה, הכיר בנכסי הקריירה כחלק מאותם נכסים ברי-חלוקה.

לדבריו, **ההצדקה** לכך היא כי "הזמן המשפחתי הוא אחד והוא נוצר בשניים" ← כלומר, שיש יחידה כלכלית אחת ששותפים לה באופן מלא שני בני הזוג,

תחולה: יש לבחון את הפער שנוצר בין בני הזוג עקב הנישואין ולאזן אותו בכסף/שווה כסף. מדובר במקרים שבהם הפער נוצר דווקא במהלך הנישואין, עקב הנישואין. יש לגרוע מן הפער הזה את התרומה לכושר ההשתכרות שבאה מכישורן אישי וכן את זו שנוצרה קודם לתחילת הקשר הזוגי או לאחר שפורק. כלומר, **הלכה זו לא תחול בכל מקרה של גירושין ולא תתבצע באופן סטנדרטי כברירת מחדל, אלא זו תחול רק במקרים בהם נוצר פער ממשי וברור בין בני הזוג מבחינת כושר השתכרות, כאשר פער זה נובע מכך שאחד מבני הזוג ויתר על ההתפתחות האישית שלו ואפשר לבן הזוג השני להתפתח.** ריבלין מתמקד בסיטואציה שבה חלוקת התפקידים המגדרית היא מובהקת וההגבלה של האישה מאוד ברורה, היא עקרת בית, ולכן יש ציפייה מצידה שהבעל יניב את התמיכה הכלכלית ליחידה המשפחתית.

המרצה שואלת – אבל, מה יקרה במקרים פחות מובהקים – למשל, במקרים בהם האישה בחרה להיות דוקטור והבעל בחר להיות הייטיקיסט? כלומר, שכושר ההשתכרות של האישה לא הגיע למקסימום בגלל החלטה מושכלת, ולא בגלל שבחרה להיות עקרת בית. **תשובתה לכך** היא כי **ההחלטה הזו תמיד מתבצעת במסגרת משא ומתן "מאחורי הקלעים" בין בני הזוג** – כאשר הם מסכימים ביניהם שאחד ילך לקריירה מניבה יותר ואחד ילך לקריירה מניבה פחות, ויכול להיות שההשקעה בבית לא תהיה שוויונית מטעמים כלכליים – שעדיף שמי שמשתכר פחות יישאר בבית לעזור. זו התלבטות אמיתית ויש להצביע על פער משמעותי ועל "מחיר" שהצד החלש שילם למען הצלחת הצד המניב.

ההתנגדות: ברוב המדינות האחרות, את הפערים במצב הכלכלי בין בת הזוג הביתי לבן הזוג החיצוני ניתן לאזן באמצעות **"alimony"** – סוג של מזונות אחרי הגירושין לבן הזוג החלש יותר. כלומר, מה שאנחנו תופשים כמובן מאליו בכלל לא מובן מאליו במדינות אחרות.

הבעיות במודל הזה (מודל ההון האנושי) –

– **במהות** – יש **חוסר צדק** מסוים בקביעה הזו, משום שאפשר לטעון שהאיש הצליח בזכות כישוריו האישיים ולא בגלל שהאישה הייתה עקרת בית. **זה לא "נכס"** – זה לא משהו גשמי שאפשר לתפוס ולסחור בו.

- **קושי הערכה – שיעבוד האיש** – אם אנחנו מתייחסים לכושר ההשתכרות כנכס, אנחנו מקדמים תפיסה של שיעבוד של בן הזוג המוצלח. מוניטין אישי איננו סחיר ואינו נכס שניתן למכור בשוק החופשי. האם ניתן לראות באדם כ"מכונה לייצור כסף" ולשעבד את כושר ההשתכרות העתידי שלו לבן זוגו לאחר שהתגרשו? האם אין זה הסדר שיעבוד מודרני עם הכשר של בית דין?
- **הגברת תלות האשה** – מתוך הסתמכות על בעלה, תתפתח פחות בכוח עצמה.
- **נוגד את תפיסת הפירוד הנקי** – אולם ריבלין טוען כי זו פיקציה.

← ריבלין קובע שנכסי קריירה נכללים בגדר המונח כסף. כמו כן, ההגדרה של כושר ההשתכרות כמונח כלכלי מוכרת לנו מדיני נזיקין (**פס"ד אטינגר**) – הלכת השנים האבודות. למעשה, יש לנו יכולת לבנות מנגנון מספיק מתוכנן שיצפה את העתיד, תוך התחשבות בשינויים אפשריים – ולכן אולי נעדיף תשלום עיתי ולא תשלום חד-פעמי. אולם, תשלום עיתי פוגע בסיום הקשר, בפירוד הנקי. ריבלין יענה לכך כי ה"פירוד הנקי" זו פיקציה לא אמיתית – כי 80 אחוז מהמתגרשים בישראל הם זוגות עם ילדים ולכן לא באמת נפרדים באופן נקי, יש להם ילדים משותפים, מזונות ואולי גם נכדים.

התוצאה בפס"ד: 28 שנות נישואין, 5 ילדים, האיש רו"ח עצמאי בעל מחזור שנתי של 800 אלף ₪, מוניטין המשרד 700 אלף, האשה יועצת חינוכית, נפסק פיצוי חד פעמי בסך 250 אלף ₪. ← לא מסתכם באמת לחצי-חצי.

הון אנושי? או פיצוי שיקום? או מזונות אזרחיים?

מבחינת ההצדקות – ההצדקה של המזונות המשקמים היא אותה הצדקה שנתנו לנכסי קריירה. ברוב מקרי הגירושין, בני הקשר יוצאים מהקשר הזוגי בעמדות כלכליות שונות – מסיבות של אילוצים/שתלטנות/חלטות כלכליות משותפות שהתקבלו. לא משנה מה הסיבות, בסופו של דבר יש פער כלכלי גדול בין האיש לאשה. אם מתגרשים בגיל מאוד מאוחר – הפערים לא כ"כ זועקים כי רוב הקריירה כבר מאחור, כושר ההשתכרות כבר נוצל, "נקצרו" הפירות של חלוקת התפקידים המגדרית השונה לאורך השנים, ואז אין בעיה לחלק את הנכסים ואין עוררין על כך שהכל יתחלק חצי בחצי. אולם גירושין בגיל 40-45 הם הקשים ביותר – הילדים כבר גדלו, ואז מי שעבדה לאורך השנים במשרה חלקית נמצאת במעמד חלש ביחס לגבר שפיתח קריירה ענפה.

אולם, מבחינת הרציונליים – אם הולכים עם ההון האנושי של ריבלין וממשיגים את כושר ההשתכרות העתידי כנכס לכל דבר ← אז יש פה זכות, ואולי אפילו זכות קניינית, כי זה חלק מהרכוש המשותף שצריך להתחלק שווה בגירושין. **כלומר, אם הרציונל הוא זכות קניינית לנכס – התשלומים יהיו גבוהים יותר.**

ואם הולכים על הרציונל של המזונות האזרחיים – "**המזונות החוזיים**" של **ברק** (**רע"א 8256/99 פלונית**) – **הרציונל הוא של שיקום – נזקקות וצרכים – ולכן כנראה שהתשלומים יהיו נמוכים יחסית.**

← מצד אחד הרציונליים וההצדקות הם מאוד דומים, אבל מצד שני – ההמשגה המשפטית של המושגים האלה יכולה להביא אותנו לתוצאות שונות – אם מגדירים את נכסי הקריירה כזכות קניינית – סביר שהפיצויים יהיו גבוהים ומשמעותיים יותר. לעומת זאת, הגדרת התשלומים האלו כתשלומי שיקום וסעד – מדמים את התשלומים כחסד מצד הבעל, האשה לא זכאית בזכות לנכסים, ולכן כנראה שיהיו יותר נמוכים. **ברק** חזר על כך **בבג"ץ 2232/03 נישואי קפריסין**. מופיע גם בדברי **ברק ארז** (**בע"מ 3151/14, פסקה 52**).

התפתחות הרציונליים

- נראה כי יש מעבר הדרגתי מרציונל חוזי-קנייני לבסיס של **צדק חברתי**, ומרציונל הסכמי ל**רציונל נורמטיבי**. (ניתן לראות **פס"ד חסל, פס"ד בריל, פס"ד טווינקו**).
- עשינו מעבר ברור מחזקה עובדתית שמעוגנת בעובדות של כל מקרה ומקרה ל**חזקה נורמטיבית**, אך לאמיתו של דבר ברור מאוד כי כל האמירות אודות ההסכם שמעוגן ביחסים בין בני הזוג הן בעיקרן "מס שפתיים", ואנחנו למעשה מדברים על חזקה נורמטיבית. ביטויים לכך בפס"ד: **עמית בפס"ד בן גיאת + השופט טל בפס"ד קנובלר-יעקובי** – מדבר על הקוגנטיות של הלכת השיתוף – כלומר, אי אפשר להתנות עליה והיא לא תלויה בעובדות. האם זו חזקה הניתנת לסתירה?
- חיזוק הרציונליים של **אוטונומיות הצדים ועקרון השוויון** – **שלם נ' טווינקו** – **ברק** נותן פירוט תאורטי של מה הלכת השיתוף באה להגשים. הפירוט הוא תחת הרציונל הנורמטיבי – החקיקה השיפוטית שביהמ"ש יוצר, וברק מסביר לשם מה באה החקיקה השיפוטית הזו ובין מה למה הלכת השיתוף צריכה לאזן. **הלכת השיתוף מכירה בנישואין, נועדה לקדם את השוויון בין בני הזוג, ויחד עם זאת – היא אמורה לשמר את האוטונומיה והזהות העצמאית של כל אחד מבני הזוג.** ברק מכיר בנקודת המוצא של השיתוף ואומר שבתוך השיתוף קיים סיכון – יש מחירים לשיתוף – כדוגמת אובדן עצמאות ויצירת תלות (המדינות הנורדיות חוששות מהדברים הללו). כל זה מבואה לשאלה שעמדה לנגד עיניו של ברק **בפס"ד טווינקו** – כיצד נכון לערוך את האיזונים?

מהות השיתוף, היקפו וגבולותיו בזמן

כמה שאלות קונקרטיות בנוגע להלכת השיתוף:

- **מתי נוצר השיתוף?** האם מרגע הנישואין? מרגע הכניסה לחיים המשותפים? ומתי מסתיים – בגירושין? בסיום החיים המשותפים? נראה כי יש קונצנזוס לגבי סיומו עם הגשת התביעה (**אבנר**). באיזשהו שלב, כשכבר ברור שיש חיים משותפים (נישואין/ידועים בציבור אחרי שנתיים או אחרי שהולידו ילד) ברור שאפשר להחיל את הלכת השיתוף. **חוק יחסי ממון** מאוד ברור כי הדבר קורה מרגע הנישואין, אבל יש סייג – יש סעיף של שיקול דעת שנוגע לשאלת האיזון. לפיכך, **חוק יחסי ממון** יותר ברור מהלכת השיתוף לגבי העניינים האלה.
- **אופי הזכויות** – קנייני? מעין קנייני? זכויות שבישור? מה השלכות אופי הזכויות? ככלל, הלכת השיתוף קובעת כי הזכות צומחת מכוח הסכם מכללא כאשר בני הזוג חיים ביחד בהרמוניה חיים משותפים – שכל הרכוש שייך לשני הצדדים במשותף, כלומר – לשניהם יש בעלות קניינית על הרכוש. וזה הפתח הגדול ביותר לסדרה שלמה של שאלות. מה ההשלכה של האופי הקנייני של השיתוף ע"פ הלכת השיתוף? כאשר יש נכס משותף, כל אחד מהבעלים יכול לדרוש "פירוק שיתוף" בכל רגע נתון, בלי קשר לנישואין, ואז מגיעים למצב של "גירושין דה-פקטו", אפשר לקום וללכת ולהקים משפחה חדשה, אמנם בלי גט, אבל בפועל זה אפשרי. לפי **חוק יחסי ממון**, הזכויות הן לא קנייניות – **חוק יחסי ממון** לא יוצר שיתוף קנייני בניגוד להלכת השיתוף שכן יוצרת שיתוף קנייני.
- **השפעה על צדדים שלישיים** – כחלק מההשלכות הנוספות של קנייניות הזכויות: איזה בעיות נוצרות מכך שנכס מסוים רשום רק על אחד מבני הזוג? גם צדדים שלישיים מושפעים, לא רק הזוג עצמו – למשל:
 - **קונה / נושה: פס"ד בן-גיא** (**פס"ד חשוב!!**) זוג נשוי, הדירה רשומה על שם הבעל. מר בן-גיא משכן את הזכות שלו על הדירה לטובת הלוואה שהוא לקח למען העסק שלו. הוטלה משכנתא על הדירה, והיא כבר רשומה. אם מפעילים את העסקאות הנוגדות לפי ס' 9 – לכאורה, התוצאה צריכה להיות שהמשכנתא מנצחת כי היא זכות קניינית לעומת הזכות של האישה שהיא מעין קניינית/קניינית אבל לא רשומה. **השופט עמית** – קובע כי חברת הכשרת היישוב היא נושה מקצועי, ולכן עליהם לפעול בתום לב. במקרה זה הבנק לא פעל בתו"ל, היה עליו לדעת שכאשר נותנים משכנתא על בסיס דירת מגורים – יש לבדוק אם יש משפחה, בן זוג, ילדים וכו' שצריך לצרף להסכם המשכון, הבנק לא עשה זאת ולכן נפגע תום הלב שלו והאישה מנצחת. כלומר, **נושה מקצועי חייב לפעול בתו"ל, ואם לא עשה כן – מפסיד את זכותו**. פס"ד זה הוא מורכב כי הוא גם מציג בפנינו את הלכת השיתוף הספציפי (כיוון שכל זכותה המתנגשת של הגברת בן-גיא כאן מסתמכת על הלכת השיתוף הספציפי), ובנוסף לזה על בסיס הלכת השיתוף הספציפי – פסק הדין מבנה את ההתנגשות בין זכותה של בת הזוג לבין זכותו של בעל משכנתא, ומציג את הפתרון לפיו נושה מקצועי חייב לבדוק את מצב הדירה ואם הוא לא עשה כן – תום ליבו נפגע וזכותה של האישה גוברת.
 - **חריג דירת המגורים (שמגר)? ניתוח לפי עסקאות נוגדות (ברק)? שלילת תוה"ל של נושה מקצועי (השופט עמית): פס"ד בן צבי נ' סיטין** – דובר בזוג שחלה עליהם הלכת השיתוף, התחתנו לפני שנת 1974. צד ג' היה בעל התחייבות לרשום משכנתא לטובתו (קונה שרצה להבטיח את הקניין שלו באמצעות משכנתא). הבעל היה הבעלים הרשום והתחייב כלפי הקונה לרשום לו משכנתא. יש פה זכות מעין קניינית של האישה מול התחייבות לעשות עסקה במקרקעין (ס' 9 לחוק המקרקעין) – לפי דיני קניין, הראשון בזמן גובר – כלומר, האישה. **ברק** מדבר על עסקאות נוגדות וקובע **שהאישה זכאית לקבל את החלק שלה כי היא הראשונה בזמן. שמגר** דיבר על כך **שלדירת מגורים יש דין מיוחד** – לכן מעבר לבדיקה בטאבו, כל צד ג' שקונה דירת מגורים ממישהו חייב לבדוק את המצב המשפחתי של המוכר.

שיעור מרצה 15 – 21/05/2019

נקודה זו מציגה לנו את הקשיים וההשלכות שיוצרות בעיה לא פשוטה אם אנחנו הולכים בהתאם לתיאוריה של הלכת השיתוף והזכויות בעלות האופי הקנייני שהיא מעניקה. **הענקת זכויות קנייניות ברכוש שאינן רשומות לאותן נשים (כך שמבחינת דיני הקניין הכלליים לא מתקיים אלמנט של פומביות) יוצרת קושי של יחסי מסחר ועסקאות רגילות בשוק החופשי.** (למשל מצב של בנק או עסק להענקת הלוואות שכלל לא יכולים לדעת על זכות מעין קניינית בעוד שהם מעניקים הטבות – הם מגלים שאותו נכס שהם חשבו ששועבד לשם הבטחת חוב וכו', לא היה כלל בבעלות מלאה של מי שאיתו ערכו את המו"מ. אין לכך מקבילה בשם שיטת משפט אחרת – **מדובר על אנשים שחלה עליהם הלכת השיתוף: היינו על זוגות שנישאו לפני 1974 ועל זוגות ידועים בציבור.** מדובר בקבוצה מאוד גדולה שמולה אותם בנקים ומעניקי הלוואות וכו' נתקלים בסיטואציה שמעמידה אותם בסיכון.

- **חזקת שיתוף בחובות:**

- **פס"ד עמית** – קובע שהשיתוף בזכויות כולל בחובו גם שיתוף בחובות – ביחס לחובות שנצברו בדרך הרגילה ע"י אחד מבני הזוג, ולהוציא חובות שהם בעלי אופי אישי מובהק אשר מעצם טבעם אין צדק לשתף את בני הזוג בעולם. הדוגמא הקלאסית בפסיקה לחובות שאותם לא ראוי לשתף הם – הימורים, הוצאות על מאהבות, וכו'. הפסיקה מאוד לא אוהבת להכניס את האישה לחובות שהבעל צבר.
- **הבחנה בין נכסים משפחתיים לעסקיים לעניין מועד התגבשות הזכויות** – **שלם נ' טווינקן (מאוד חשוב!!)** – מה קורה בעקבות זה:

עובדות: מדובר על זוג שנישאו כדת וכדין בשנת 1970 (לפני כניסת **חוק יחסי ממון**). נישוי של גבר מעוניינים לממש את דירת המגורים של בני הזוג, שרשומה ע"ש הבעל ולא ע"ש האישה – כאשר מדובר בעיקול ולא במשכנתא רשומה אשר הוטל במסגרת העסקים שניהל הגבר. האישה טוענת כי מחצית הזכויות בדירה מגיעות לה מכוח הלכת השיתוף ולכן זו מבקשת לממש את זכותה בדירה. החוב נוצר מהעסק. הדירה נרכשה 20 שנים לאחר שהם נישאו.

נוצר פה מצב של אי וודאות באחד התחומים החשובים ביותר מבחינת מערכת המשפט והספירה הכלכלית – וודאות הקניין. בבבלי **ברק** דיבר על זה הרבה, שם הוא אמר שבד"ר צריכים להיות כפופים להלכת השיתוף כדי שלא יהיה פיצול בקניין, צריך להיות בזה וודאות. ופה בלי קשר לפיצול הזה, יש כאוס גם בתחום שנשלט לחלוטין ע"י הדין האזרחי, ותחת הלכה שהיא מאוד מאוד ארוכה.

הנושה טוען 2 דברים:

(1) בת הזוג (אניטה שלם) אומרת שיש לה זכויות בדירה למרות שהיא אינה רשומה (זו זכות מעין קניינית) והיא מתחרה עם זכותו של הנושה המעקל, המהווה בעל התחייבות לעסקה (וללא משכנתא רשומה) ולכן מדובר פה זכות אובליגטורית בלבד, ולא זכות קניינית (כמו בפס"ד **בן גיאת**). כלומר, שעלה ויכוח במישור הזכויות הנוגדות. חברת **טווינקו טענו שהזכות שלהם מכוח העיקול גוברת על הזכות של האישה מכוח הלכת השיתוף**. אבל, טענה זו בעייתית משום שכבר בפס"ד **בן צבי נ' סיטין** ראינו תחרות של אישה מכוח הלכת השיתוף מול התחייבות לרשום משכנתא (זכות אובליגטורית) ושם הייתה תשובה כי השיתוף בדירת המגורים נוצרה הרבה קודם לפני ההתחייבות לרשום את המשכנתא. לכן, גם כאן הגברת שלם הייתה, מבחינת ציר הזמן, הקודמת בזמן וזכותה נוצרה לפני הטלת העיקול.

(2) בשל העובדה כי טווינקו מבינים שאין להם אפשרות לטעון את שטענו בהתאם לציר הזמן, הם טוענים כי למרות שיש לאישה זכות בדירה מכוח הלכת השיתוף והשיתוף עצמו מתפרש גם על הנכסים העסקיים, עדיין **עומדת לצד הלכת השיתוף בזכויות גם הלכת השיתוף בחובות. לכן, בדיוק כפי שגברת שלם שותפה לזכויות, כך היא שותפה גם בחובות ומשום כך חברת טווינקו יכולים לגבות גם את מהחלק שלה במגורים.** **עלתה השאלה – האם להחיל את הלכת השיתוף גם על חובות בן הזוג השני? כלומר, האם השיתוף בחובות בן הזוג האחר סימטרי לשיתוף בזכויות – היינו, האם האישה, לצד זכאותה בדירה, חייבת גם בחובות שמוטלים על הדירה/הבעל?**

טיעונם השני של חברת טווינקו אכן, לכאורה, הוא טיעון מנצח אשר התקבל בערכאות הנמוכות וללא סייג. הערכאות התחתונות קבעו כי יש לחייב את האישה – משום שיש נישואין ארוכים, חיים ביחד, עסק חיי וקיים, לאישה תהיינה זכויות לרווחים שהעסק מניב, ולכן לא ניתן לחלץ אותה מאחריות לחובות. כמו שהיא שותפה בזכויות – היא שותפה גם לחובות. אך המקרה עלה בערעור לבהמ"ש העליון. בבהמ"ש העליון, נקודת המוצא עליה הסכים **ברק** הייתה כי באמת מדובר בהלכת השיתוף בחובות, כאשר זה מנה את החריגים להלכה זו בפס' 16 לפסק דינו – היינו, היכן השיתוף בחובות נעצר:

"בפסיקה גובשו כמה חריגים המקרים מעוקצה של הלכת השיתוף בחובות, ובכלל זה חובות בעלי אופי אישי מובהק; חובות שנוצרו מהוצאות על רכוש נפרד; הוצאות אשר נעשו תוך כדי הפרת נאמנות, למשל לשם החזקת מאהב או מאהבת. על רקע זה לא הוכר כמשותף חוב שנוצר כתוצאה מפעולה חריגה, שהוגדרה כ"מניפולציה כספית", של אחד מבני הזוג. כבהלכת השיתוף בזכויות, כך גם ביחס להלכת השיתוף בחובות: נטל ההוכחה כי חוב מסוים יוצא מתחולת השיתוף בחובות הוא על הצד הטוען זאת."

עם זאת, החרגות אלו לא עוזרות לגברת שלם. כאמור, מדובר בזוג שהתחתן לפני שנת 1974 ולכן חלה עליו הלכת השיתוף ולא **חוק יחסי ממון**.

זהו פס"ד **"ברקי"** מופתי – בעניין הזה שברור לאן רצה ברק להגיע, בשונה מהתוצאה של הערכאות התחתונות. אנחנו מבינים שיש לברק מטרה ומה המוטיבציה למטרה – בהמ"ש רצה לשחרר את האישה מהחובות. למעשה, לא רק שהפסיקה שקדמה למקרה הייתה מעוניינת לעזור לסייע לאישה, אלא שאף בהמ"ש **לא רצה שאותה הלכה שפותחה לצורך הבעת ההדדיות בכל המובנים בין בני הזוג, תביא לתוצאה שמסייעת לצדדים שלישיים (נושים) שנמצאים מחוץ ליחידה הזוגית האינטימית**. כלומר, מבחינת ההכרעה של הערכאות הקודמות, נוצר מצב שאותה הלכה שמטרתה הייתה לקדם את הערבות ההדדית בין בני הזוג בעצם תשרת את הצד השלישי שנמצא מחוץ ליחידה הכלכלית, שלא לכך היא נועדה. חברת טווינקו ניסו לעשות שימוש בפיתוח הפסיקתי הנ"ל למטרה שלדעת ברק לא הייתה ראויה. עניין זה אף מסביר את המוטיבציות של פסקי הדין בהם אנו רואים באופן עקבי כיצד בת הזוג "מחולצת" מהמצב של האחריות לחובות.

אז איך הוא מגיע למטרה הזו ומשיג אותה? ברק פורש תזה חדשה לחלוטין – לדידו הלכת השיתוף והשיתוף בחובות חיי וקיים, אך יש הבחנה בין סוגים שונים של נכסים. הרי, כל הרציונל של הלכת השיתוף הוא כשפנייה מועדות לקראת סיום הקשר בדרך כזו או אחרת. על כן, עלינו לשאול את עצמינו מתי נוצר שיתוף בכל סוג נכסים לפי הרציונל של מה השיתוף נועד לקיים. מכך, **ברק** נותן 3 גישות למתי נוצר השיתוף:

- (1) השיתוף נוצר באופן מידי בכל הנכסים ולא בעת הכניסה לנישואין, לא ברור מתי בדיוק זה קורה;
- (2) **גישת ביניים** – מבחין בין נכסים עסקיים למשפחתיים ובראשם דירת המגורים, בהם השיתוף מידי (ברק מציע מספר נכסים נוספים שכדאי להכניס אותם למסגרת של הרכוש המשפחתי) – כאן, ברק מוסיף את השקול של התנהלות עסקית תקינה. אם נגיד שהשיתוף נוצר גם במידי ברכוש העסקי, זה יגרום לכך שכל מי שמנהל עסק צריך כל הזמן אישור של בן הזוג הלא רשום – זו המשמעות של השיתוף המידי וזה לא סביר. זה יוצר גם קושי עצום כלפי צדדים שלישיים שלא יוכלו לסמוך על התנהלותם מול רק אחד מבני הזוג ולכן במקרה של נכסים עסקיים השיתוף נוצר רק לאחר שקורה "אירוע קריטי";
- (3) השיתוף נדחה לסיום הקשר (המשטר שאומר את זה הוא **חוק יחסי ממון** גם לפני ואחרי תיקונו) והגדרת סיום הקשר מופיעה **בתיקון 8 לחוק יחסי ממון**.

אכן, במצבם של בני זוג עליהם חלה הלכת השיתוף (נישאו לפני 1974, וידועים בציבור), המוצא להכפפת בת זוג לחוב נמצא דרך שאלת מועד גיבוש השיתוף על בסיס 3 המועדים/גישות שלעיל. **עקרונית ישנה חפיפה בין זכויות לחובות, אבל ברק, באופן לא מפתיע, בוחר בגישת הביניים באשר למועד התגבשות השיתוף** – לפיה צריך להבחין בין הנכסים המשפחתיים שבהם השיתוף הוא מידי לבין הנכסים העסקיים שבהם השיתוף נדחה, אך הוא לא נדחה לסיום הנישואין, אלא עד להתרחשותו של "אירוע קריטי" – השאלות מהו אירוע קריטי, ומהם הנכסים המשפחתיים נותרו פתוחות (לפי ברק אולי לא מדובר רק בדירת המגורים כרכוש משפחתי – אלא אולי יש עוד נכסים שיכנסו תחת קטגוריה זו). כלומר, שמועד התגבשות השיתוף משתנה לפי סוג הנכס עליו מדובר. מכך מסיק ברק כי השיתוף בנכסים המשפחתיים המובהקים, ובראשם דירת המגורים של בני הזוג, מתגבש במועד שבו מתמלאים התנאים של הלכת השיתוף (היינו – ניהול אורח חיים תקין ומאמץ משותף) ואין שיתוף בנכס זה נדחה למועד התרחשותו של "אירוע קריטי" כדוגמת משבר בחיי הנישואין (בפס"ד 29, ברק – הוא מפרט דוגמאות לאירועים קריטיים אך לא נותן הגדרה מפורשת לכך). לעומת זאת, **השיתוף בכלל הזכויות והחובות העסקיים הוא בבחינת שיתוף קנייני דחוי, המתגבש רק במועד התרחשותו של "אירוע קריטי"**. לפיכך, **טרם התגבשה חובה של בת הזוג במסגרת הנכסים העסקיים**. זו קונסטרוקציה שעושה הבחנה בין נכסי משפחה לנכסים עסקיים, שבהם עוד לא התגבשה הלכת השיתוף (אלא זו תתגבש רק כשתפרק החבילה). זו החלה דיפרנציאלית של השיתוף בנכסים בהתאם לסוגיהם השונים.

עם זאת, מדבריו של ברק נוצר מצב וסכנה של אי הגנה על השיתוף ברכוש העסקי **טרם התרחשותו של "אירוע קריטי"** (תואם את המודל של הניהול הבלעדי) – כלומר, שבמהלך השיתוף של ההתנהלות העסקית, וכל עוד לא מדובר ב"אירוע קריטי", הבעל יכול לרוקן את בת זוגתו מכל הנכסים ולהותיר את האישה ללא כלום. ואכן, אמנם יש מנגנונים של מניעת הברחת נכסים (בס' 11 לחוק יחסי ממון), אותם גם אפשר לקבל מכוח הלכת השיתוף – אך כל זה כרוך בנקיטת הליכים משפטיים וזה לא באמת עוזר לנו. כלומר, הסכנה הוא שאולי אפילו לא במזיד, אולי לא כדי להבריק נכסים, אלא כי פשוט מדובר בניהול לא מוצלח מבחינה עסקית, למעשה אין לבני הזוג אפשרות להבטיח את זכויותיהם ולמנוע מצב שכל רכושם יחוסל וירוקן.

בנוסף, סיכון/תוצאה עוד יותר בעייתית פה היא שכאשר כן מתרחש "אירוע קריטי" ומתגבש שיתוף מלא גם ברכוש העסקי, אז נוצר שיתוף מלא וחבות מלאה בחובות העסק אליהם הרכוש העסקי חשוף – האחריות לחובות היא שווה ואפשר להיפרע גם מבת הזוג, גם מהרכוש המשפחתי – דבר זה עשוי להביא לחשיפת חבות גם מנכסים משפחתיים עד כדי נישול של בן הזוג של החייב מנכסיו.

מה בכל זאת יכולה הייתה להיות הדרך להימנע מהתוצאות הלא רצויות האלה? האם אפשר היה לייצר הגנה הרמטית על הנכסים המשותפים – כלומר, לדבר על כך שגם כאשר מתגבש שיתוף ברכוש העסקי הכולל שיתוף בחובות – עדיין לא יוכלו הנושים להיפרע מהנכסים המשפחתיים, אלא שעדיין ההיפרעות מהחובות שנוצרו ביחס לנכסים העסקיים תתאפשר רק מתוך הרכוש העסקי? כלומר, ברצוננו ליצור הפרדה בין הנכסים המשפחתיים המובהקים לבין הנכסים העסקיים, לייצר חסינות לנכסים המשפחתיים ולאפשר היפרעות מהנכסים המשפחתיים רק כשמדובר בחוב שנוצר ביחס לדירה עצמה או לנכסים המשפחתיים עצמם. **פרופ' ליפשיץ** כתב על זה.

אלו הצעות שמועלות, אך אפשר לראות רמז לדרך זאת **בפס"ד בן גיאת** (ס' 5, עמית), שהוא מאוחר **לפס"ד שלם נ' טווינקו**. אך, הצעות אלו לא פותחו ואין לנו על זה פסיקה מפורשת וברורה. כמו כן, לאמיתו של דבר **פס"ד שלם נ' טווינקו** לא נבחן באופן מעשי עד היום בבהמ"ש העליון. פסה"ד היחיד שמיישם את **שלם נ' טווינקו** הוא **פס"ד ר.ב.נ.א.ב. מהמחוזי (נחוץ לעבודה)**.

חוק יחסי ממון מול הלכת השיתוף

- תחולה:

- **חוק יחסי ממון** – חל על זוגות נשואים בלבד, ולא על זוגות ידועים בציבור.

- **הלכת השיתוף** – הלכת השיתוף (הכללית והספציפית) חלה על זוגות ידועים בציבור, בעוד הלכת השיתוף הכללית (ולא הספציפית) חלה על זוגות נשואים (שנישאו לפני שנת 1974).

- ההבחנה הבסיסית ביותר ביניהם היא **באופי הזכויות ואופי השיתוף**:

- **לפי הלכת השיתוף** – בני הזוג שותפים באופן מדי ברכוש הזוגי המשפחתי.
- **לפי חוק יחסי ממון** – השיתוף אינו מדי. כלומר, **שחוק יחסי ממון** לא באמת יוצר שיתוף, אלא הוא **יוצר את הזכות האובליגטורית הדחיה** לעת מועד איזון המשאבים. **ס'4 לחוק יחסי ממון** אומר את זה במפורש בכותרתו:

העדר תוצאות במשך הנישואין

4. אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקניינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני.

כלומר **שהסעיף קובע כי אין יותר הלכת שיתוף, אין יותר שיתוף ולא ניתן באמת לקרוא את זה אחרת**. אך בכל זאת, **דורנר ושמגן** מצליחים לקרוא את זה אחרת לגמרי **בפס"ד קנובלר יעקובי** – שם הם אמרו כי אמנם יש את **ס'4**, אך מכוח הלכת השיתוף יש בנישואין לפעול אחרת. כלומר, אלו אומרים כי אמנם, נחקק חוק יחסי ממון, ובכל זאת הלכת השיתוף חיה, קיימת ובוטת. **אך**, קריאה פשוטה של **ס'4** לא יכולה להביא אותנו לתוצאה הזו וההבנה לא יכולה להיות אחרת מאשר כי מרגע שנחקק **חוק יחסי ממון** אין קיום יותר להלכת השיתוף.

אז מה כן יש? יש את **ס'5** אשר כותרתו היא **"זכות לאיזון בפגיעת הנישואין"**. כלומר, **שעם התרת הנישואין או פגיעת עקב מותו של בן הזוג, זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג**.

- **מה נכנס לגדר הנכסים ברי השיתוף**: **ס'5 לחוק יחסי הממון** מגדיר מהם כלל נכסי בני הזוג ומה לא נכנס במסגרתם:

- **לא נכנס לגדר הנכסים ברי השיתוף**: נכסים חיצוניים, גמלאות, פיצוי בגין נזק גוף, ונכסים שבני הזוג הסכימו בכתב שהשווי שלהם לא יאוזן.
- **כן נכנס לגדר הנכסים ברי השיתוף**: כלל נכסי בני הזוג לרבות זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קופות תגמולים וחשכונות – אלו חלק מנכסי הקריירה והעתודה הכלכלית של בני הזוג.
- **למה אין התייחסות בהגדרה?** מוניטין, הון אנושי, כושר השתכרות פוטנציאלי וכו'.
- **ס'6 לחוק יחסי ממון מסביר איך ממשים את הזכות לאיזון**: יש זכות למחצית השווה של כלל נכסי בני הזוג, ואם על חלק מהנכסים יש חובות, לאחר התרת הנישואין ובעת איזון המשאבים העוגה תקטן והיתרה תחולק בין 2 בני הזוג באופן שווה. זאת אלא אם החובות הם ביחס לנכסים שאין לאזן את שווים, היינו – נכסים חיצוניים או נכסים שהסכימו בכתב כי הם לא נכנסים ל'פול' הכללי.

מסקנה: אם **פסה"ד שלם נ' טווינקו** היה על זוג שחל עליו **חוק יחסי ממון**, אז הגברת שלם הייתה בבעיה הרבה יותר גדולה כי היא הייתה חייבת בחובות לפי החוק, כי הרכוש העסקי הוא כן חלק מ'העוגה', יש חובות מהרכוש העסקי ולפי **ס'6** צריך להוריד את החובות האלה מהרכוש של בני הזוג בעת ביצוע האיזון. כלומר, **לפי חוק יחסי ממון**, בעת התרת הנישואין מתגבשת לה זכות אובליגטורית בכלל הנכסים – וביניהם החובות העסקיים והדירה של בני הזוג ולכן יש לנכות את החובות העסקיים בעת איזון המשאבים גם מהרכוש שמקבלת האישה בחלוקה.

מה הגברת שלם הייתה יכולה לנסות לעשות אם היא הייתה מתחנתת אחרי 1974? משהו קצת דומה למה שעשו **בבן-גיאת** – שם כן חל **חוק יחסי ממון**, ולמרות זאת בן-גיאת נחלצה מהחוב כי היא טענה לזכות לשיתוף ספציפי, כי הדירה הייתה רשומה על שם הבעל מלפני הנישואין (בשונה מהמקרה הזה). בסיטואציה של שלם, אם הם היו מתחנתים אחרי 1974, היה לה הרבה יותר קשה להגיד את מה שאמרה בן-גיאת, כי הדירה נרשמה על שם הבעל **במהלך הנישואים**. אמנם, היא כן הייתה מנסה להגיד את זה, שנכון, לפי התחולה הפשוטה של **חוק יחסי ממון** אבוד לה, ואי אפשר לחלץ אותה, וגם החלק שלה בדירה כפוף לחובות האלה.

לפי **בג"צ 8928/06, נאור (בג"ץ הבוגדת הקודמת)** – בו בג"ץ פסל את פסק הדין הרבני ששלל מבית הזוג את הזכות למחצית מהדירה. בפס"ד זה בית הדין הרבני טען כנגד זכויות האישה: "ממילא הזכויות שלה לא קנייניות, אז אנחנו לא באמת פוגעים בזכות הקניינית שלה, אלא בזו האובליגטורית בלבד – רק בזכות לתביעה כספית לעת פגיעת הנישואין, ולכן מותר להם להפעיל את השיקולים האלה (היינו – מה אופייה של הזכות). אך בג"ץ לא מאפשר לשיקול את השיקולים האלה, כלומר שאין קשר מה אופי הזכויות. בהמ"ש הפעיל את שיקול הדעת, ולכן לא פוגע בקניין האישה כי זו זכות אובליגטורית בלבד.

- **לפי הלכת השיתוף, החלוקה תהיה חמישים – חמישים, מקום שיקוה"ד השיפוטי**:

בעלים במשותף, הם תמיד בעלים בחלקים שווים. אך לפי **חוק יחסי ממון, ס'8(2)** החלוקה לא בהכרח תהיה חצי-חצי. בחוק יחסי ממון יש הכנסה ברורה ומפורטת של שיקול דעת שיפוטי, שמופיע בעיקר **בס'8**. בפסקי דין של הלכת השיתוף אין מקום של דרך המלך של הפעלת שיקול דעת שיפוטי. אפשר יהיה לראות את ההתפתחויות שנוגעות להכרה בהון האנושי, חלוקת ההון האנושי, ובמקביל פסקי הדין שמדברים על המזונות האזרחיים המשקמים. בפסיקה שמנסה לקדם

ולחציג לשיטת המשפט שלנו את הסעד של המזונות המשקמים והאזרחיים, ניתן לראות הפעלת שיקול דעת שיפוטי. אבל זה לא מובנה ו-וודאי לא מוסדר כמו בחוק יחסי ממון.

- **ההתייחסות לרכיב ההון האנושי, מקום שיקוה"ד השיפוטי:**

- **לפי הלכת השיתוף** מכירים בהון האנושי כחלק מהרכוש המשותף באופן חלקי, בעקבות פסק הדין של ריבלין. ההנחה היא שיש פסיקה עניה ושהזוגות סוגרים את זה במשא ומתן ביניהם. גם ריבלין כשנתן את פסק הדין בהכרה בהון האנושי, צמצם את זה לנסיבות בהם יש פערים משמעותיים. למשל: אם יהיה זוג שכירים שהוא מרוויח 18 לחודש והיא 14 לחודש, וזה צפי ההשתכרות שלהם בשנים הקרובות, סביר להניח שלא יהיה על מה לדבר בהון אנושי. תיאורטית, לפי הלכת השיתוף הון אנושי/מוניטין אישי/השתכרות פוטנציאלית, הם כן סוג של נכס שניתן לחלק.
- **לפי חוק יחסי ממון**, לא ניתן היה לחלק רכוש של הון אנושי, עד לתיקון מס' 8. עד אז, לא הייתה התייחסות בחוק להון האנושי. במסגרת התיקון הוכנסה התייחסות אליו – הוא לא נכס, אלא במסגרת שיקול דעת שיפוטי של בית המשפט. יש כאן סטייה מאוד משמעותית מההתפתחות של הפסיקה, סטייה שנעשתה באופן מודע. מי שהשתתף אז במסגרת הדיונים בוועדה היו מודעים לזה.

- **"הפיל (שהיה) שבחדר" – מועד האיזון:**

ההבחנה בין הזכות לשיתוף בין הלכת השיתוף לבין חוק יחסי ממון הוא המועד:

- **לפי הלכת השיתוף** – בכל רגע נתון יכול אחד מבני הזוג לדרוש את פירוק השיתוף (עם מגבלות מסוימות – ס' 40 **לחוק המקרקעין**, שאם מדובר בפירוק שיתוף בדירה שמשמשת למגורים על ילדיהם הקטינים, צריך למצוא מקום חלופי) עד שמוצאים מקום חלופי – דוחים את מימוש הביצוע. כך, אין כאן אפשרות של סחטנות.
- לעומת זאת, **לפי חוק יחסי ממון** מ-1974 – עד 2008, 35 שנה של עוצמה בלתי רגילה של שליטה גם על הגט, שחוזקה עוד יותר בגלל השליטה על המשאבים: כל עוד אין גט אין זכויות רכושיות. ב-2008, שונה החוק, במסגרת תיקון 4, שהכניס את ס' 5א הדן בהקדמת המועד לאיזון המשאבים, בו מופיעים המועדים בהם החוק היום מאפשר להגשים את הזכות לאיזון המשאבים, שנטרל במידה לא מבוטלת את הסחטנות על בסיס השליטה על הגט. בין השנים האלה, 35 שנה של קושי עצום, של אי האפשרות לממש את הזכויות הכלכליות של בת הזוג. לכן נולדה השאלה האם הלכת השיתוף מוסיפה לחול לפי חוק יחסי ממון; השאלה האם למרות חקיקתו של חוק יחסי ממון קיימת הלכת השיתוף וזכויות מכוחה – שאלה זו התעוררה בגלל שהזכות לאיזון המשאבים הייתה תלויה במתן הגט.

האם למרות חוק יחסי ממון עדיין חלה הלכת השיתוף? – שאלת הסימולטניות

השאלה התעוררה בגלל שהזכות לאיזון המשאבים הייתה תלויה במתן הגט. אז מגיעים **לפס"ד קנובלר יעקבי**. זהו אחד מפסקי הדין המורכבים ביותר של בהמ"ש העליון, אך הוא לא יכול להתהדר בו, כי יש בו 5 שופטים שכל אחד מהם נתן פס"ד אחר ואי אפשר לחלץ ממנו את ההלכה.

פס"ד קנובלר יעקבי

השאלה המשפטית הייתה האם אפשר לחלק את הרכוש לפני מתן הגט?

עובדות: דובר על שתי נשים שבעליהן סירבו לתת להן את הגט, ולמעשה התנו את מתן הגט, בווייתורים רכושיים, כשבנות הזוג לא יכלו להתנגד אליהם. אך, אלו יכלו להגיד שיש את הלכת שיתוף, ולכן את הזכויות הרכושיות שלהן הן יכולות להגשים ולקבל גם לפני הגט.

הכרעה:

בפסה"ד **דורנר ושמגר** אמרו שלמרות ס' 4 **לחוק יחסי ממון**, הלכת השיתוף ממשיכה לחול במקביל, באמצעות אקרויטיקה פרשנית. הם אמרו בצורה פשוטה שהחוק הוא אות מתה, וחוק רע.

מנגד, **שטרסברג כהן וטל** פסקו אחרת לגמרי (מופיע גם בפס"ד אבו-רומי, שאותו חייבים לקרוא, שבתוכו יש גם את סיכום הדעות של קנובלר יעקבי, לכן אפשר להסתפק בו). כאן אפשר לראות את יצירתה של **הלכת השיתוף במתכונתה "הכחושה"**, **כלומר הלכת השיתוף הספציפית:** שלמרות ס' 4, אין הלכת שיתוף כללית, כי זה מה שאומר הסעיף, אבל ס' 4 לא שולל את המשך קיומם של הלכות מכוח דינים אזרחיים רגילים: חוזים, קניין, שלחות, נאמנות, תום לב. ומכוח כל הדינים הכלליים האלה, עדיין יכול להתפתח שיתוף בנכס ספציפי, בנכס מסוים. זהו שיתוף שכן דורש הוכחה ברורה יותר של הסכמה – יותר מהסכמה מכללית. אמנם, כן יכולה להיות הסכמה מכללית, אך שאינה נובעת מכוח השיתוף הכללי שמוכר לפי הלכת השיתוף, אלא כזה פה ההלכה דורשת הוכחה יותר גדולה. זו ההתחלה של הלכת השיתוף הספציפית – הלכה שכל כולה נועדה לענות על הבעיה של המועד העולה מחוק יחסי ממון. הלכה זו היא מה שעזר בנושא עד לתיקון מס' 4 של החוק, שהקדים את האפשרות לאיזון המשאבים, וזה מה שייתר את התלות בגט. הלכת השיתוף הספציפית עדין נותרה, ונותנת מענה לשאלות של הון אנושי ונכסים חיצוניים.

עם זאת, מעולם לא הגיעו ליישם את הסדר איזון המשאבים כי הכל נסגר על הסכמים על בסיסם ניתן הגט. לכן, נעזוב את החוק וצריך ללכת לפי הלכת השיתוף.

שיעור מרצה 16 – 28/05/2019

הרחבה ביחסי ממון יש בעבודה שקיבלנו. (ינוסחו משפטים מדויקים יותר כדי להבהיר יותר את הדברים ביחס לשאלות שנשאלו).

מחר יש בוחן – על יד"צ. בחלק הראשון של השיעור מחר נדבר על נישואין מחוץ לרבנות – זה נושא שנכלל ברשימת הקריאה הקודמת שעסקה בנישואין וגירושין כדמו"י (ידובר על קידושין פרטיים ונישואין מחוץ לרבנות).

נסה להתחבר בחזרה לתסבוכת שני המשטרים שפועלים על השלכות היחסים המשפחתיים בישראל – הלכת השיתוף וחוק יחסי ממון. שאלת השאלות הייתה האם הלכת השיתוף מוסיפה לחול במקביל?

האם הלכת השיתוף מוסיפה לחול במקביל לחוק יחסי ממון? – שאלת הסימולטניות

תיקון מס' 4 לחוק יחסי-ממון: האמנם ניתנה תשובה

היו הניסיונות לתת לזה תשובה בפס"ד קנובלר יעקובי (הרציו וניסיון חילוץ ההלכה שלו מופיע בפס"ד אבו-רומי של שטרסברג כהן, בהקשר לפס"ד זה דיברנו על התפיסות השונות והאקרוטיקה הפרשנית של דורנר ושמגר, ועל האקרוטיקה הלא פחות מתוחכמת ואולי אפילו מופרכת של שטרסברג-כהן כשלצידה השופט טל).

בפס"ד קנובלר יעקובי למעשה התעוררה השאלה האם תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון נתן לנו תשובה סופית ומוחלטת לשאלת הסימולטניות?

הקושי שעלה בפס"ד היה שבעלי הנשים סירבו לתת להן גט, וניסו לסחוט אותן לשם כך, זאת על רקע היכולת שלהם לעכבר את הגירושין ובאמצעות כך למנוע מבנות הזוג שלהן את הסעד של איזון המשאבים שהיה קבוע באותו זמן בחוק, כאיזון שמתבצע רק לאחר תום הנישואין. כלומר, שהקושי של חוק יחסי ממון התבטא בכך שלא ניתן היה לעשות את איזון המשאבים. התיקון למעשה הקדים את מועד איזון המשאבים בין בני הזוג לפני תום הנישואין, כאשר עד לתיקון בשנת 2008 אפשר היה לאזן את המשאבים רק כשכבר היה גט או במצב של מות אחד מבני הזוג. (חשוב!) יש להכיר בדיוק את הפרמטרים לתביעת איזון משאבים ללא גט או מוות המופיעים בס' 5א לחוק יחסי ממון – הקדמת המועד לאיזון המשאבים:

הקדמת המועד לאיזון המשאבים (תיקון מס' 4) תשס"ט-2008

5א. (א) הזכות לאיזון משאבים לפי סעיף 5 תהיה לכל אחד מבני הזוג אף בטרם פקיעת הנישואין אם הוגשה בקשה לביצוע של הסדר איזון משאבים לפי פרק זה והתקיים אחד מהתנאים המפורטים להלן:

(1) חלפה שנה מיום שנפתח אחד מההליכים האלה:

(א) הליך להתרת נישואין;

(ב) תביעה לחלוקת רכוש בין בני הזוג, לרבות תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין המשותפים לבני הזוג לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, תביעה לפסק דין הצהרתי בדבר זכויות בני הזוג ברכוש, בקשה לביצוע הסדר איזון משאבים לפי פרק זה או בקשה לפי סעיף 11;

(2) קיים קרע בין בני הזוג או שבני הזוג חיים בנפרד אף אם תחת קורת גג אחת במשך תקופה מצטברת של תשעה חודשים לפחות מתוך תקופה רצופה של שנה; בית המשפט או בית הדין רשאי לקצר את התקופה האמורה בפסקה זו אם ניתנה החלטה שיפוטית המעידה על קיומו של קרע בין בני הזוג.

(ב) בית המשפט או בית הדין רשאי בהחלטה מנומקת בכתב, לקצר את התקופות האמורות בסעיף קטן (א) או, אם הוגשה בקשה לביצוע הסדר איזון המשאבים לפי פרק זה ומצא בית המשפט או בית הדין כי קיימות נסיבות המצדיקות זאת, להקדים את המועד לביצוע ההסדר אף אם לא התקיימו הוראות סעיף קטן (א), בהתקיים אחד מאלה:

(1) ניתן כלפי בן הזוג של המבקש צו הגנה לפי חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, צו לפי חוק למניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001, או צו הרחקה להבטחת מדור שקט, והכל בדיון שנקבע למעמד שני הצדדים;

(2) הוגש כתב אישום נגד בן הזוג של המבקש הכולל אישום בעבירת אלימות שבוצעה במבקש או בילדו;

(3) בית משפט ציווה על מעצרו של בן הזוג של המבקש לאחר ששוכנע כי קיים חשד סביר שהוא עבר עבירת אלימות שבוצעה במבקש או בילדו וכי קיים ייסוג סביר לחשש שהוא יסכן את ביטחונו, או ציווה על שחרורו ממעצר בנסיבות האמורות, בתנאים המפורטים בסימן ו' לפרק ב' בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, אם קבע כי התנאים, כולם או חלקם, נועדו להגן על המבקש או על הילד.

(ג) בית המשפט או בית הדין שנתן פסק דין לאיזון המשאבים רשאי להתנות את ביצועו בהפקדת כתב הסכמה להתרת נישואין, לרבות כתב הסכמה למתן גט או לקבלת גט, מצד המבקש, בבית הדין או בבית המשפט המוסמך להתיר את נישואי בני הזוג.

(ד) בית המשפט או בית הדין שנתן פסק דין לאיזון המשאבים רשאי לעכב את ביצועו אם סבר כי המבקש פועל בחוסר תום לב בעניין התרת הנישואין; ואולם לא יראו סירוב של המבקש לוותר על זכויות שהוא או ילדו זכאים להן על פי דין, כחוסר תום לב.

(ה) בקשה לביצוע הסדר איזון משאבים לא תידחה או תימחק בשל כך שטרם חלפה שנה מיום שנפתח הליך כאמור בסעיף קטן (א)(1/ב), ובית המשפט או בית הדין רשאי לעכב את הדיון בבקשה כאמור.

על כן כתשובה לשאלה זו, נציין כי היה מקובל לומר למשך תקופת זמן מסוימת כי התיקון מהווה כפתרון ותשובה לשאלת הסימולטניות. לכן, אילו בני הזוג יעקבי וקנובלר היו מגיעים למשבר הליך הגירושין הזה כאשר **חוק יחסי ממון** כבר היה אחרי **תיקון מס' 4** הם לא היו מגיעים לערעורים ולערכאות עד לבהמ"ש העליון שכן בהתאם לפרמטרים של **ס' 5א** היו מתקיימים כנראה ואפשר היה לאזן את המשאבים וזה מה **שתיקון מס' 4** פתר.

השאלות שנותרו פתוחות: הון אנושי; נכסים חיצוניים

עם זאת, לדעת **המרצה תיקון מס' 4** אך הוא לא פתר באמת את השאלה האם אפשר להמשיך להחיל את הלכת השיתוף במקביל לחוק יחסי ממון אלא פתר רק את בעיית האיזון, כאמור. (הלכת השיתוף אמנם מוסיפה לחול על ידי"צ כי הם לא נשואים) למעשה, שאלת ההון האנושי ושאלת הנכסים החיצוניים לא נענתה בתיקון ובחלל זה נכנסה הלכת השיתוף הספציפי – מכיוון שנותרו הקשיים בנוגע לשאלות האם בכל זאת יש שיתוף מחוץ לנישואין ושיתוף בהון האנושי (מפסה"ד של ריבלין) ושאלת הסימולטניות עדיין מאוד רלוונטית ואקטואלית לגביהן.

הסדרת סוגיית ההון האנושי בחוק יחסי ממון – סעיף הסמכויות המיוחדות

סעיף 8 בחוק יחסי ממון הוא הסעיף, שלכאורה, נותן אפשרויות של תמרון שאולי יאפשרו לתת תשובה לשאלות שיתוף גם אם לא נאמר שהלכת השיתוף הכללית מוסיפה לחול במקביל לחוק יחסי ממון.

בעצם, בניגוד למה שחשבו, חוק יחסי ממון כן התייחס בצורה מאוד מדויקת לשאלת ההון האנושי – כלומר, שלמרות שאמרנו ששאלת ההון האנושי היא עדיין אחת השאלות שנותרו פתוחות ושחשוב לדעת לגביהן האם עדיין ניתן לפסוק לפי הלכת השיתוף הכללית, הרי שבעצם החוק נתן תשובה ברורה לשאלת זו **בס' 8(2) לחוק יחסי ממון**:

סמכויות מיוחדות (תיקון מס' 4), תשס"ט-2008

8. ראה בית המשפט או בית הדין נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, רשאי הוא, לבקשת אחד מבני הזוג – אם לא נפסק בדבר יחסי הממון בפסק דין להתרת נישואין – לעשות אחת או יותר מאלה במסגרת איזון המשאבים:
(2) לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שיקבע בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות בכומר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג;

ס' 8(2) אומר שאפשר לסטות מהחלוקה של החצי-חצי ואפשר לחלק את הרכוש ביחס אחר (למשל: 60%, 40%) בהתחשב בנכסים אחרים ובהתחשב ביכולת ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג.

דוגמה: אנחנו מייצגים לקוחה שמאוד חשוב לה לגבש תביעה ביחס לאותו כומר השתכרות עתידי יוצא מן הכלל של בן זוגה, מנתח כירורגי בעלי שם עולמי, שפיתח את עצמו ואת כישוריו בעוד היא נותרה בבית לגדל את ילדיהם לבד, כעת השתכרותו עולה עוד והוא מחליט לפרק את החבילה. כלומר, יש פה צפי של כספים בכמויות מרקיעות שחקים, והוויכוח פה יהיה על כומר ההשתכרות העתידי של הגבר. על כן, מול הטענה שהלכת השיתוף הכללית מוסיפה לחול במקביל לחוק יחסי ממון, נטען בהתאם כי יש תשובה בחוק יחסי ממון – לכן לפי עקרונות מקובלים של חקיקה לפיהם חוק ספציפי גובר על עקרונות וחקיקה כללים, וכאשר יש לנו בעצם הסדר מפורש ומדויק של המחוקק על המצב הזה, הרי שקשה לטעון שאפשר עדיין לחלק את ההון האנושי כאילו הוא נכס מנכסי בני הזוג לפי הלכת השיתוף שלכאורה ממשיכה לחול במקביל לחוק יחסי ממון. המחוקק נתן את דעתו וידע שבפסיקה קודם הרעיון שההון האנושי הוא ממש נכס, ובחר שלא לכלול את זה בהגדרת הנכסים – זאת על אף שהייתה הצעת חוק שנדחתה, אותה קידמו ארגוני הנשים, אשר ביקשה במסגרת תיקון מס' 4 להכניס את ההון האנושי **לס' 5(ג)** המגדיר מהם כלל נכסי בני הזוג ואילו במקום נוסח זה הכנסת אימצה את הכנסת ההון האנושי **לס' 8(2)**.

הבחנות בין התייחסות להון האנושי ע"פ שני המשטרים:

מהן למעשה הנפקויות להתחשבות בהון האנושי כאילו הוא נכס (הלכת השיתוף) לבין התחשבות בהון האנושי כאילו המופיע **בס' 8(2) לחוק יחסי ממון**?

ראשית, ישנה הבחנה מהותית בין זכות מוקנית (לפי הלכת השיתוף – הון אנושי כנכס שהוא בבסיס החלוקה) לבין התחשבות שבשיקול דעת, לפי חוק יחסי ממון, מתוך רציונל שקרוב יותר לחסד או נזקקות (בדומה למזונות משקמים) – כלומר, **ס' 8(2)** אומר לנו שנתחשב, נפעיל שיקול"ד, אך זה לא אומר שלא ישהיה יש זכות מוקנית ל-50% מהון הנכסים העתידיים ומכומר ההשתכרות של בן זוגה מהדוגמה לעיל. כל מה שהסעיף אומר זה שאפשר להתחשב, ולא רק להתחשב אלא אף התחשבות כך ש"העוגה" הקיימת אפילו תחולק עכשיו לא בצורה לא שוויונית ביניהם, כלומר היא לא חצי-חצי אלא ביחס אחר – למשל: 70-30.

אבל אם בעוגה שקיימת עכשיו יש להם רק בית אחד, שתי מכוניות ומשכנתא על הבית, הצפי הוא שכן הזוג שקיבל ניהול של מחלקה יתחיל להרוויח סכומי עתק של כסף אך כל שיחולק הוא מה שיש בעוגה עכשיו – זה לא עוזר לה שבהמ"ש יחלק את הרכוש 70-30 ולא 50-50, יש לה 4 ילדים שיקבלו אמנם מזונות עד גיל 18 – כלומר, זה לא משאיר אותה כמעט עם כלום. עם זאת, אם ההון האנושי של בן הזוג הוא כן נכס בר חלוקה אז ניתן להבין בעצם את המשמעות הכלכלית של ההבדל בין 2

המשטרים האלה – של חוק יחסי ממון והלכת השיתוף. כלומר, **שההבחנה השנייה היא שס'8 בעצם מאפשר לבהמ"ש לתגמל את הצד בכל כושר ההשתכרות המוחלט רק מתוך הנכסים המוחלשים, בעוד הלכת השיתוף כללה גם את כושר ההשתכרות בתוך נכסי החלוקה.**

למעשה, ככל שמדובר בהלכת השיתוף זה לא לגמרי נכון לומר שכל כסף עתידי שבני הזוג ירוויחו יחולק ביניהם חצי-חצי באופן חד משמעי – אנחנו לא נכנסו לפרט את האופן בו החישובים האלה יתנהלו, אלא הזכרו שמדובר פה בעצם בתחום של "שמאות" כמו שמתבצע כשתובעים פיצויים בנזיקין בגין נזקי גוף – גם שם וגם פה מעריכים את המצב בהתאם לנסיבות, מתבוננים לעתיד, שוקלים את יכולותיהם האישיות של הצדדים – האישה אינה זכאית מראש לחצי-חצי. יש כל מיני הצעות לשאלה איך לשקלל את כל הגורמים – ילדים, משך חיי הנישואין, יכולות בני הזוג מבחינת השתכרות אפשרית של בן הזוג, צפי לעתיד בעניין השתכרות וכו' – אך אין לנו פסיקה שאומרת לנו איך לעשות את זה (לא ביחס לחוק יחסי ממון ולא ביחס להלכת השיתוף). **ריבלין בבע"מ 4623/04 פלוני "ההון האנושי"** הגיע לתוצאה שהיא לא לגמרי מפיסה את הדעת – לא ברור לנו איך הוא הגיע לסכומי החלוקה אליהם הוא הגיע ואלו בפועל מגלמים סכומים של כ-5 שנים ולא משהו באמת משמעותי. אחת הסיבות שאין לנו את פסקי דין כאלה היא כי בפרקטיקה כשמגיעים לפערים הנובעים מוויתור האישה לשם קידום העסקים של הבעל הם נפתרים במשרדי עוה"ד ולא מגיעים לבהמ"ש.

אם נשים בצד את מה ששאלת הלכת השיתוף עשתה ליחסים ונתייחס למצב כאילו אנחנו רק במשטר של חוק יחסי ממון נראה שהכנסת עניין ההון האנושי לס'8(2) הוא צעד מאוד משמעותי לטובת "בן/בת הזוג הביתני", משום שבכך המחוקק אומר במפורש לבהמ"ש להסתכל טוב-טוב על המצב הכלכלי הכולל של בני הזוג כשהם יוצאים מהנישואין ואם רואים שיש פער גדול בין מה שצפוי בעתיד לאיש לעומת האישה (או להפך), אז יש להתחשב בכושר ההשתכרות העתידי הזה בעת איזון המשאבים ביניהם, **כלומר שס'8(2) הוא בפירוש לטובת בן הזוג עם כושר ההשתכרות הנמוך יותר.** כמו כן, בפועל זה לא משנה למה נוצר הפער העתידי הזה משום שהעניין יחול בין אם מדובר בכישרון אישי אדיר סמוי שיש לאיש או לאישה שנתגלה בגיל מאוחר, או שמא מדובר במשהו אחר – היינו; הפעלתו של הסעיף אינה תלויה בשאלת מקור ההון האנושי ומקור הפער כנובע דווקא מתוך ובמהלך קשר הזוגיות, ובכך הוא דומה יותר מזונות משקמים.

עם זאת, אם נחזיר את משטר הלכת השיתוף למשוואה אל מול חוק יחסי ממון ונעמיד אותם זה מול זה נראה שבמצב של אדם שלאורך הנישואין פיתח את כישוריו והונו האנושי במידה רבה על חשבון אשתו וויתוריה, הרי שלפי הלכת השיתוף זו ראה בהון האנושי כנכס בר חלוקה (היות וקמות פה זכויות קנייניות) כאשר תוצאת החלוקה תהיה שצריך לחלק את הרכוש הזה חצי-חצי בין בני הזוג. זאת בעוד לפי **חוק יחסי ממון** יתכן כי היא תקבל יחס נמוך יותר. כלומר, **שהלכת השיתוף נותנת בפועל יותר ממה שס'8(2) נותן מבחינת התוצאה.**

שאלת אופן התשלום: הניתן להורות על תשלומים עיתיים גם במסגרת איזון המשאבים

קודם למהפכת הגירושין ללא אשם הגירושין היו קשים, היה צריך להוכיח התנהגות אשמה של בן הזוג, היה צריך להביא כל מיני עדויות, המשיכו לתת לאישה מזונות לאחר הגירושין לאורך שנים רבות (alimony) וכו'. מהפכת הגירושין ביקשה לעזוב ולהתנתק לחלוטין מהסדר הישן הזה, וכעת להביא למצב של "שבר נקי" במסגרתו הגירושין יהיו ללא אשמה ולפי דרישה של צד אחד. אך אלו היו סיסמאות ריקות מתוכן שביקשו למכור לנו במחצית השנייה של המאה ה-20 יחד עם עוד כל מיני סיסמאות אחרות, משום שבפועל כשבני זוג נפרדים אין באמת "שבר נקי" ופרידה נקייה כשלאילו יש ילדים.

כלומר, שתוך זמן קצר מאוד היו חייבים להכיר בכך שאין כזה דבר התנתקות מלאה, היות והקשרים לצורך ילדים הם תמיד קשרים כלכליים (נוסף על החינוך וההחלטה הקשורות אליהם) שתמיד ישאירו במשוואה לא משנה כמה ננסה לייצר שבר נקי – לכן, זה לא מוסיף ולא מוריד אם נוסיף לרכיב של ההשלכות הכלכליות התחשבות גם בשאלה מה הכושר העתידי של בני הזוג האחד לעומת השני.

אכן, אמנם "עול" ההשלכות הכלכליות של הילדים מוגבל בזמן, בעוד לכאורה כושר ההשתכרות העתידי הוא לא, אך נבחר כי גם בנוסחאות שכן מפתחים עדיין במשרדי עוה"ד, שמי קו גבול מסוים – לא אומרים כי לפי הלכת השיתוף מגיע לה חצי מההתחשבות והשקלול של ההון האנושי אלא שבמשאים ומתנים הללו בסוף מגיעים לקו אמצע של חלוקה ואותו מגבילים בפרק זמן.

בנוסף, בדרי"כ לא ניתן לצפות שכן הזוג שייחוב בתשלומים אלו יתן את כל הסכום בתשלום חד פעמי – משום שמדובר בחישוב לעתיד ואלו סכומים שאין לו בפועל עדיין. כמו כן, יש לקחת בחשבון מצבים בהם הוא יחליט לשנות את כיוון התעסוקה שלו או שיקרה משהו שגורם לכך שיש להעריך את האיזון מחדש. **אלא שהדבר תלוי באמת בהתקדמות החיים – זה לא שזה נקבע פעם אחת ולתמיד – לכן, בעצם המפתח היותר נכון הוא לדבר על תשלומי איזון עיתיים שיוצרים סינתזה כלשהי בין ההתחשבות בהון האנושי כנכס קיים שבאמת כן צריך לחלק בעתיד, לבין ההתחשבות במסגרת שאלת שיקו"ד של ס'8(2).**

עם זאת, **הרעיון של תשלומי איזון עיתיים הוא לא כלי שקיים בארגז הכלים הפסיקטי שלנו** – **המרצה** אמנם מאמינה שזה משהו שאנחנו הולכים לקראתו, וזה משהו שצריך לחבר בין כל מה שאנחנו מדברים עליו עכשיו לבין המזונות המשקמים. כלומר שכלי תשלומי האיזון העיתיים הוא אינו הלכה פסוקה, אלא זו הצעה של המרצה לפתרון. **דנציגר ועמית** **בבע"מ 1398/11** מדברים על כך שבארגז הכלים הפסיקטי יש את המזונות המשקמים, את כושר ההשתכרות, את ההון האנושי ומתפקידו של בהמ"ש "לשלוף" מארגז הכלים הזה את מה שנכון לפסוק באותו מקרה – אך הכל עדיין מאוד עמום ואין לנו הנחיות ברורות איך לעשות את זה.

האמנם שאלת הסימולטניות "כבר לא אקטואלית"?

ההבדלים המעשיים המרכזיים בין שני המשטרים:

(1) סוגיית ההון האנושי: האם בגדר נכס, או רק כמרכיב שניתן להתחשב בו במסגרת שיקו"ד של סעיף 8?

דובר במסגרת הדיון לעיל.

(2) שיתוף בנכס פרטי:

התשובה היא שהיא כן אקטואלית ומכך נוצרה דוקטרינת השיתוף הספציפי. לצורך כך נולדה דוקטרינת הלכת השיתוף הספציפי.

פס"ד בנושא שמתייחסים למה צריך לשים לב בכל אחד מפסה"ד:

- **בע"מ 1398/11** – דובר על מקרה בו היה שיתוף בדירת מגורים, כאשר בני הזוג היו נשואים 16 שנים בנישואין רוויי התהעלות. פסה"ד בדרי"כ נתפס כפסה"ד בו **עמית** מפרט מה באמת צריך כדי ליצור בסיס שיתוף ביחס לנכס ספציפי למרות שבני הזוג כפופים לחוק יחסי ממון – אותו "דבר מה נוסף". בפסה"ד **עמית ודנציגר** דיברו על זה שהשיתוף הספציפי הוא לא באמת להכניס בדרך האחורית את הלכת השיתוף הכללית (כדי לדחות את הביקורות עליהם), אלא **שהם דורשים "דבר מה נוסף" כדי להוכיח את השיתוף בנכס המסוים**. הרי אמרנו שהשיתוף הכללי בזוגות שנישאו לפני 73, וביד"צ נוצר מעצם החיים המשותפים (כאשר ההצדקה לכך הוא היחסים החוזיים), ועמית ודנציגר בפס"ד זה אומרים שזה לא שמעצם החיים המשותפים יש שיתוף ספציפי בנכס, אלא נדרש "דבר מה נוסף" – אך הדבר מה נוסף הזה הוא דיי מאוד מאולץ – למשל: נישואין ארוכים, גידול בבית את ילדיהם, שלאורך כל השנים התייחסו לנכס כנכס משותף או שעשו שיפוף משמעותי (גם אם זה דירה של ההורים שלא נרשמה על שם בן הזוג השני). כלומר שהשיתוף הספציפי מכניס את אותן גדרות של השיתוף הכללי אלא שכעת הוא מתייחס לנכס אחד ספציפי.
- **בפס"ד בן גיאת עמית** כבר לא מתייחס ל"דבר מה נוסף" והלכת השיתוף הספציפי ממש נשמעת כמו הלכת השיתוף הכללי בפסה"ד זה.
- **בבע"מ 9884/16** הניסיון להרחיב את השיתוף הספציפי לנכס שהוא מעבר לדירת המגורים נדחה לעת עתה ע"י **רובינשטיין**. רובינשטיין אמר שהלכת השיתוף הספציפי היא פיתוח בעצמה, ולא נעשה פיתוח נוסף ונרחיב מעבר.

(3) גישת בתי הדין הרבניים – בג"צ 4602/13 (פרשת הבגידה לאחרונה):

לאחר מכן יש לנו פס"ד בהם ביד"ר נדרש לשאלת השיתוף הספציפי – אותו כמובן לא אהב ביד"ר (כמו גם את הלכת השיתוף הכללית). ברגע שנחקק חוק יחסי ממון אשר במסגרתו הוקדם איזון המשאבים ביד"ר למעשה "נשם לרווחה" והיה לו יותר קל עם החוק משום שהכנסת אמרה במפורש שביד"ר כפוף לחוק יחסי ממון ולפי תקנות הקהל ודינא דמלכותא דינא הוא יכול לחיות עם זה. אך כעת הלכת השיתוף הספציפי צצה לה ושוב קשה לביד"ר עם זה. לכן, ביד"ר יכולים לעשות "כאילו" הם פוסקים לפי הלכת השיתוף הספציפי אבל להגיד שהיא לא התקיימה, ולא באמת נוצר שיתוף פה. ניתן לראות את זה בצורה מובהקת ביותר **בג"צ 4602/13** (ניתנו ע"י **שטיין ומניץ** – מכונה **הבוגדת לאחרונה**) – **אם הפסיקה תישאר על כנה תהיה לנו נסיגה מאוד משמעותית וקשה אחורנית**.

עם זאת, יש לשים לב שכן היו דברים מעולם, וביד"ר כן הצליח שלא להחיל את הלכת השיתוף הספציפי: **בבג"צ 2533/11** בו שלל ביד"ר שיתוף בדירת מגורים ואת **ס' 8(2)** ולא דובר על בגידה שבגינה לא החיל ביד"ר את הלכת השיתוף הספציפי, אלא הוא נתן בפסה"ד פשוט שורה של סיבות למה לדעתו לא חלה הלכת השיתוף הספציפי באותו מקרה. אז, כאשר עוה"ד של האישה הבינו שהם לא יצליחו להשיג את מבוקשם בעזרת הלכת השיתוף הספציפי, הם ניסו לטעון לתחולת **ס' 8(2)** על מנת להגדיל את חלקה בחלוקה – כדי שלפחות תקבל חלק כלשהו במקום שלא תקבל כלום – אך ביד"ר דחה גם את זה ואמר ש"נסיבות המקרה שלפנינו אינן מצדיקות החרגת איזון משאבים לטובת האישה מעבר לאמור בתיק והסעיף הני"ל (**ס' 8(2)**) מתייחס למקרים חריגים שהתנהגותו של צד מהצדדים חרגה במשמעותיות מאשמתו לגירושין" – ביד"ר **למעשה מפרש את ס' 8(2) בצורה מאוד מצומצמת למצבים שבהם צד אחד ממש אשם בגירושין ובגלל אשמו זו אנחנו נעניש אותו וניתן לו פחות**. על כך **עמית** הגיב

בבג"צ 2533/11 ואמר בפס"ב לפסק דינו כי **ס'8(2) לא בא להכניס בדלת האחורנית את יסוד האשם בגירושין אל תוך היחסים הרכושיים בין הצדדים.**

(4) מה מקומו של האשם בחלוקת הרכוש: אשם מוסרי לעומת אלימות קשה (בב"מ 7272/10)

בביד"ר יש מקום לשיקולי אשם מבחינתו והרבה מקום – זו אשמה מהסוג של האשמה המוסרית, מינית, מוסרנית (תעתוע של מוסר), ואילו **בהמ"ש האזרחי דוחה את שיקולי האשם.**

פסה"ד הקודם שבו ביד"ר כן ניסה לשלול שיתוף בגלל שהיו נסיבות של בגידה ובג"צ התערב בזה והפך את פסה"ד הרבני – הוא **בג"צ 8928/06** מפי **השופטת נאור** (בזמנו). פס"ד זה חשוב משום ש**נאור** מפרטת שם את כל הרציונאליים של הלכת השיתוף ומסבירה למה אין מקום לשיקולי אשמה ובגידה. פסה"ד זה חשוב גם משום **שרואים בו את חילוקי העמדות בתוך ביד"ר עצמו באופן שמאוד מזכיר את בג"צ הבוגדת האחרון** – ביד"ר האזורי בשני פס"ד אלו לא שללו מהאישה את השיתוף בגלל הבגידה הנטענת, **ובבג"צ 8928/06** גם בביד"ר הגדול יש מחלוקת מאוד ברורה בין **הרב דיכובסקי** בשעתו לבין הרבני **איזר ושרמן**. דיכובסקי משתמש באמירה מאוד ידועה מהגמרא לפיה האישה "זנתה ונכסיה לא זנו" – כלומר שאמנם האישה נהגה שלא כשורה אך אין קשר בין זה לבין נכסיה – אולי לגבי השיתוף בנכסים לאחר המעשה הבגידה והפרת האמונים לא תוחל הלכת השיתוף, אך הזכויות שנרכשו בנכסים טרם הבגידה לא נפגעות בגין את.

בב"מ 7272/10 דובר על הגבר שהורשע בפלילים בניסיון לרצח אישתו. הגבר תבע מהאישה את הזכויות העתידיות שלה (פנסיה, גימלה, קיצבה וכו') – המכונים נכסי קריירה). התוצאה והאמירה צריכה להיות פה כי יש להתחשב בזה בחלוקה ולהפעיל את **ס'8** – "הרצחת וגם ירשת":

סמכויות מיוחדות (תיקון מס' 4) תשס"ט-2008

8. ראה בית המשפט או בית הדין נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, רשאי הוא, לבקשת אחד מבני הזוג – אם לא נפסק בדבר יחסי הממון בפסק דין להתרת נישואין – לעשות אחת או יותר מאלה במסגרת איזון המשאבים:

(1) לקבוע נכסים נוספים על המפורטים בסעיף 5 ששוויים לא יאוזן בין בני הזוג; – כלומר, לא לאזן. היינו להגיד שיש להוציא נכסים מהעוגה והעוגה קטנה כתוצאה מכך. מה שהוצא לא מאוזן. זה סעיף מאוד חשוב שיש לזכור אותו.

(2) לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שיקבע בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג; – חריגה מיחס החצי-חצי, כלומר שלא נוגעים ב"עוגה", וכאשר מגיע מועד האיזון מוציאים את החובות ובמקום לחלק חצי-חצי מחלקים ביחס אחר.

(3) לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה לפי שוויים במועד איזון המשאבים, אלא לפי שוויים במועד מוקדם יותר שיקבע; – יש את העוגה, אבל כשרוצים לקבוע כמה העוגה שווה לוקחים מועד אחר ולא את מועד האיזון עצמו (מועד פשיטת רגל שאמורה להיות מנותקת ממערי היחסים, מועד של פיצוץ ביניהם וכו'). – יש את העוגה, אבל כשרוצים לקבוע כמה העוגה שווה אנחנו לוקחים מועד אחר לצורך קביעת בחינת כלל העוגה ולא יהיה זה מועד ביצוע איזון המשאבים עצמו.

(4) לקבוע שאיזון המשאבים לא יתייחס לנכסים שהיו לבני הזוג במועד איזון המשאבים אלא לנכסים שהיו להם במועד מוקדם יותר שיקבע. – דומה לס'8(3) אך מתייחס למעשה לזיהוי של הנכסים עצמם, להגדרת העוגה מבחינת הנכסים ולא מבחינת השווי, כלומר שאם היה פער של שנתיים בהם נוספו נכסים שלא הוגן שלא להכליל אותם באיזון כן נכליל אותם.

אין פסיקה של העליון על **ס'8(3)** ו**ס'8(4)** משום שההפעלה של **חוק יחסי ממון** הייתה מאוד איטית (יכול להיות שכן יש פסיקה כזו בערכאות הנמוכות יותר).

בב"מ 7272/10 ברק-ארז הפעילה את **ס'8(1)** בפס"ב 49 לפסק דינה שם יש את השורה התחתונה שאומר כי מתוך נכסי בני הזוג מוציאים החוצה את זכויותיה הפנסיוניות של האישה:

"...בנסיבות העניין אין להביא בחשבון איזון המשאבים את זכויות הגימלה הנובעות מעבודתה של המבקשת בשירות הציבורי – זכויות לתשלום חודשי של פנסיה "תקציבית" (הרבה מאוד כסף שהוצא מרכוש בני הזוג). שאר הרכוש המשפחתי, ובכלל זה קופת הגמל וקופת ההשתלמות של המבקשת (שהזכויות בהן אינן תלויות בחייה של המבקשת), יתחלק שווה בשווה כפי שהורה בית המשפט לענייני משפחה, לאחר שבחן את מכלול נסיבות העניין..."

ברק ארז הייתה צריכה להתמודד עם הטענה לפיה להתחשב באלימות זה בעצם לעשות את מה שביד"ר עשה כשרצה להתחשב בבגידה – היא התמודדה עם השאלה האם אלימות פיזית ובגידה זה אותו דבר מבחינת ההצדקה, המוסר, האתיקה, הדבר הנכון לעשות כששואלים האם כן נכון להביא את זה בחשבון במסגרת איזון משאבי בני הזוג? האם נכון לשים את אותה כותרת של אשם? מסיבה זו זה פס"ד מאוד ומעניין וכדאי להשוות בין פסה"ד של **ברק-ארז** לעומת פסה"ד של **דנציגר**:

לאורך פסה"ד **ברק-ארז** כן מבקשת לשכנע אותנו שהתחשבות באלימות ממש לא מנביעה התחשבות בשיקולי מוסר "אחרים". היא מדברת על המשמעות של הפעלת אלימות פיזית ברמות קשות עד כדי "שלילת אנושיות" ולכשהאלימות בעצם מגיעה למחיקה טוטאלית של בן הזוג האחר (או בת הזוג).

***חשוב לדעת שמכלל מקרי המוות המכוונת של בני זוג אינטימיים 80% הן נשים – כלומר שעבור כל אלו שמבקשים לטעון שאלימות היא סימטרית ונשים אלימות אל פחות מגברים וכו' – הרי אותה אלימות שמגיעה כדי שלילת אנושיות וכדי רצח ממש היא מאוד ממוגדרת כלפי נשים, ואלימות כזו, לפי **דפנה ברק-ארז**, היא משהו אחר לגמרי ובכלל לא באותה סקאלה שכל השאלות של יחסים בין בני זוג שאולי יש בהם אולי עליות ומורדות, הפרת אמונים, בגידה וכו'. **אין שום הצדקה, כל עוד מדובר באיפיונים האלה של מערכות היחסים, כדי לקשר ביניהם לבין השיתוף הכלכלי ופירוק השיתוף הכלכלי ופירוקו** – כל אותה פסיקה אזרחית שדיברה על כך שלא מכניסים שיקולי אשמה מסורתית למכלול הנושאים הכלכליים בעינה עומדת אבל אלימות פיזית זה משהו אחר לגמרי. באיזשהו מקום **ברק-ארז** מכניסה בפסה"ד גם את האלמנט לפיו יש הצדקה מיוחדת להביא בחשבון את האלימות הפיזית כשמדובר באותם חלקים של הרכוש שלמעשה נובעים מעצם החיים שאותם ביקש בן הזוג האלים לשלול. פה מבינים את ההבחנה של דפנה ברק ארז בפס' 49 בין להוציא את הפנסיה התקציבית מהאיזון, לעומת יתר זכויות האשה שכן נותרו בתוך מה שבן הזוג האלים כן יקבל (עולה פה השאלה מדוע).

לעומת זאת – מפסה"ד של **דנציגר** משתמע אחרת, שהוא היה מוציא החוצה גם את הגימלאות האחרות ויותר מרחיק לכת **מברק-ארז** בשאלה של מה לא מגיע, מה נוציא מהאיזון, עד כמה יפעילו את שיקוי"ד לפי ס' 8 וכו'.

טשטוש בין שני המשטרים

שקף זה מסכם עד כמה הדברים לא ברורים ונותן "הבלחות" לאותם דברים מהפסיקה שמותירים כל מיני שאלות שנותרות פתוחות לאחר קריאתם.

- דוקטרינת השיתוף הספציפי למעשה מתעלמת לחלוטין מלשונו המפורשת של חוק יחסי ממון, ומהתפישה הזוגית שבבסיסו, ומכניסה בלתי אחורית (או הקדמית?) את מושגי הלכת השיתוף ("מאמץ משותף", ויסוד הכוונה); כך למעשה גם ה"שיתופיות המוחלטת"
- בע"מ 1398/11** (שיתוף בדירה מלפני הנישואין, פסקה 20 מודעות לסכנת הטשטוש); **בע"מ 9884/16** (דחיית שיתוף ספציפי בנכס חיצוני שאינו דירת מגורים, תוך הבהרה שכאשר מדובר בדירה, הוכחת השיתוף קלה ביותר).
- בע"מ 4867/12 פלוני (דנציגר)**, 8.11.12 (מזונות אזרחיים-שיקום לנשואים כדמו"י, לאחר שנפסקו גם לפי הדין האישי לפני הגירושין, והמשגתם כאיזון כולל בדרך של חלוקה לא שווה למרות שנישאו לפני 74, "ארגז כלים" "הסדר רכושי כולל").

סיכום הגבלות המטושטשים, השאלות הפתוחות והאתגרים

השאלות הפתוחות שנותרו:

- בין הלכת השיתוף לחוק יח"מ.
- בין הלכת השיתוף הספציפי להלכת השיתוף הכללי.
- היחס בין סעד רכושי (שמביא בחשבון את ההון האנושי המוגבר) לבין ה"מזונות המשקמים" – יש את פסה"ד של דנציגר, של זילברטל ואין אמירה אחת ברורה. הגבולות לא ברורים, מאוד מטושטשים. (תשלומים עיתיים)
- בין נשואים כדמו"י לזוגיות אלטרנטיבית.
- הבדלים כן ברורים בין פסיקת ביד"ר לפסיקת בהמ"ש האזרחיים, בעיקר ביחס להפעלת סעיף 8, הלכת השיתוף הספציפי, ושאלת ההון האנושי. ברור שהאשה תקבל יותר בבהמ"ש האזרחי והדבר משליך על מירוף הסמכויות – לכן כל מי שטען כי למירוף זה אין רלוונטיות בעצם טועה, משום שכשעומד על הפרק התחשבות בהון האנושי, התחשבות בבגידה, התחשבות בס' 8, הצורך להפעיל את הלכת השיתוף הספציפי אז יש משמעות מאוד גדולה לשאלה להיכן הוגשה התביעה.
- היעדר תמונה מלאה של כלל ההשלכות הכלכליות (ראו **בע"מ 3151/14** אצל זילברטל בפסקה 13).

הסכמי ממון

יש התייחסויות להסכמי ממון בחוק יחסי ממון.

פרק ראשון: הסדר מוסכם

הסכם ממון

- הסכם בין בני זוג המסדיר יחסי ממון שביניהם (להלן – הסכם ממון), ושינוי של הסכם כזה, יהיו בכתב. **אישור ואימות (תיקון מס' 3) תשנ"ה-1995**
- (א) הסכם ממון טעון אישור בית המשפט לענייני משפחה (להלן – בית המשפט) או בית הדין הדתי שלו סמכות השיפוט בענייני נישואין וגירושין של בני הזוג (להלן – בית הדין), וכן טעון שינוי של הסכם כזה אישור כאמור.

(ב) האישור לא יינתן אלא לאחר שנוכח בית המשפט או בית הדין, שבני הזוג עשו את ההסכם או את השינוי בהסכמה חופשית ובהבנים את משמעותו ואת תוצאותיו.
(ג) בהסכם ממון שנכרת לפני הנישואין או בשעת עריכתם, יכול אימות **רושם הנישואין** לבוא במקום אישור בית המשפט או בית הדין. (רושם נישואין הוא מי שהוסמך ע"י הרבנות הראשית, זה לא דיין ולא מדובר על ערכאה שיפוטית).
(ג1) הסכם ממון שנכרת לפני הנישואין **יכול שיאומת בידי נוטריון** לפי חוק הנוטריונים, תשל"ו-1976, ובלבד שהנוטריון נוכח שבני הזוג הניצבים בפניו עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבנים את משמעותו ותוצאותיו.
(ד) הסכם בין בני הזוג **שאושר בפסק דין להתרת נישואין על ידי בית הדין**, דינו כדין הסכם ממון שאושר לפי סעיף זה; בחוק זה, "התרת נישואין" – לרבות גירושין, ביטול נישואין, הכרזה שהנישואין בטלים מעיקרם או פירוד לפי דין דתי שאינו מאפשר גירושין.

דרישת הכתב

מה המטרה? האם היא מיושמת? פיקוח פרוספקטיבי או רטרואקטיבי? הגנה מפני התקשרויות פזיזות? ומה לגבי הבטחת הוגנות והגנה מפני ניצול פערי כוח?
הסכם יחסי ממון צריך להיעשות בכתב ולעבור אישור בהמ"ש או בית דין דתי עפ"י דרישות החוק. נציין כי ככל שמדובר בהסכם לפני הגירושין, גם נוטריון יכול לאמת את ההסכם.

הדרישה לכתב עולה כי המחוקק הבין כי מערכות יחסים אלו מועדות אולי לניצול לרעה של פערי כוח שיכולים להביא לקיפוח, התכחשות או אף מועדות למתן הבטחות פזיזות למיניהן בנסיבות של התלהבות/סערת רגשות – הפסיקה מחוץ לישראל כינתה הבטחות אלו "הבטחות על כריות"; היינו – הבטחות שניתנו לבן הזוג השני במיטה – והמחוקק רצה למעשה להבטיח שכל מה שבני זוג מבטיחים לבן הזוג השני ומתכוונים לו, במסגרת מערכת יחסים אינטימית, יהיה במסגרת הבנה מלאה, גמירות דעת, וודאות, יציבות ואלמנטים נוספים עליהם דיברנו בקורס בדיני חוזים.

אם לא היה הסכם בכתב לפי הפרק ה-1 לחוק, או שהוא לא אומת כנדרש בס'2 אז האיוון ביניהם יבוצע לפי פרק 2 המדבר על איוון המשאבים. הפרק השני הוא הפרק המהותי של החוק כי הוא קובע את הסדר איוון המשאבים.

על מי בעצם חלה חובת האישור (כתנאי לתקפות ההסכם)?

עולה השאלה – מי חייב לאשר הסכם אחרת להסכם לא יהיה תוקף?

- **כל הדרישות של הפרק הראשון לא חל על יד"צ** – הסכמים שנוגעים לרכוש אשר נערכו ע"י יד"צ יכולים להיות תקפים גם אם לא הועלו על הכתב או אושרו על ידי בהמ"ש אך כן נכתבו וכו'.
- **דרישות החוק כן חלות על זוגות נשואים, כולל זוגות נשואים שנישאו לפני שנת 1974.** רק הפרק הראשון חל 2 המקרים, בעוד שהפרק השני לא חל על זוגות שנישאו לפני כניסת החוק – על כך מדבר **פס"ד נציה ופס"ד נפיקס**. כלומר, **שההוראות הפרוצדורליות של חוק יחסי ממון – היינו הכתב והאישור, וגם הסעיפים 11 והלאה, חלים על זוגות שנישאו לפני שנת 1974 ואילו רק הסדר המשאבים לא חל עליהם.**

איזה הסכם הוא הסכם ממון?

מה זה בעצם הסכם ממון? איזה סוג של הסכם יהיה מוגדר כהסכם ממון שללא כתב ואישור לכאורה אין לו שום תוקף?
הלכת שי – כל הסכם שמתייחס ליחסים הכלכליים של בני הזוג וצופה מוות או גירושין הוא הסכם ממון הטעון אישור וכתב בשביל שיהיה לו תוקף, גם אם הוא מדבר פריט רכושי אחד – ההסכם לא חייב לכלול את כלל נכסי בני הזוג.

האמנם שללא כתב ואישור לא יהיה תוקף להסכם ממון?

פה עולה סידרה של פס"ד:

- **פס"ד רודן** – אחרי פס"ד זה היו עוד פס"ד רבים. בפס"ד אלו אנחנו רואים את בהמ"ש "מתפתלים" ומנסים בכל זאת כן לתת תוקף ומשמעות להסכמים כאלה גם אם הם לא אושרו ע"י בהמ"ש (**אך כן הועלו על הכתב**), זאת לפי דוקטרינות של דיני חוזים – תו"ל, מניעות, הסתמכות וכו'. **יש לשים לב כי בכל פסה"ד האלה כן היה משהו כתוב, לא הלכו כל כך רחוק!**

פס"ד בבלי הועלה לפתע מסמך "מתהום הנשייה", עליו היו חתומים בני הזוג ואחד הילדים כעד, אך הם לא אישרו אותו בבהמ"ש. במקרה זה ביד"ר, בהסתמך על הפסיקה של רודן וזו שבאה בעקבותיה, אומר שטענה כי לאחר 15 שנים לבוא ולטעון שלא אושר ההסכם בבהמ"ש ומסיבה זו אינו תקף זה טענה שנגועה **בחוסר תו"ל**.

בפס"ד אחרים אחרו שאמנם לא אושרו ההסכמים בבהמ"ש אך במקרים אלו בני הזוג פעלו לפי ההסכם הזה לאורך השנים ונהנו ממנו, לכן יהא זה **חות"ל** לטעון שההסכם לא תקף לאחר שנהנו מהשלכותיו.

דוקטרינה נוספת לפי אפשר לטעון נגד ההסכם היא **הסתמכות** – כלומר, ניתן לומר שהצד השני כבר הסתמך על כך שההסכם הזה תקף.

כמו כן, בשל כך יש עוד דוקטרינה המכונה **מניעות/השתק** – ההסכם נעשה לפני 15, ידעת שהוא לא אושר ושתקם כל השנים, לכן גם כעת הצדדים הללו מושתקים מלטעון כנגד ההסכם.

דוקטרינות אלו לא תמיד יחולו ויעבדו – אלא מדובר על מקרים קיצוניים, מקרים בהם התוצאות הלא מוצדקות ומעוותות זועקות, ובהמ"ש יגיד אמנם יש דרישה לאישור הסכם כזה אך אין זה אומר שללא האישור אין להסכם הזה כל משמעות ועדיין ניתן לדון בחוזה כחוזה רגיל, למרות זאת. אבל עדיין זה לא יאייץ את **ס' 1' וס' 2' לחוק יחסי ממון** כשלעצמו.

הלכת קהלני – השופטת ארבל בפס"ד זה מותירה את פסה"ד הרבני על כנו שגרם לאישה להפסיד מיליון שקלים. היא נמנעת מלהתערב משום שביד"ר שקל את כל השיקולים הרלוונטיים, אך **האוביטר של ארבל הוא מה שחשוב והוא שממחיש לנו את דרישת הכתב, גמירות הדעת, הצורך לוודא שהצדדים מבינים עד הסוף את כל מה שנאמר בהסכם – מבינים למה התחייבו ובעיקר על מה הם מוותרים** (על מה היא מוותרת) – כלומר, שכשהאישה אומר ש"אין לה יותר טענות ומענות" הרי שחייבים לוודא שלכולם ברור, שהכל שקוף וידוע והמוותר יודע על מה וויתר. לכן, אותו אוביטר של פס"ד זה ידוע כהלכה למרות שזה רק אוביטר.

שיעור מרצה 17 – 29/05/2019

הזכות לנישואין, מגבלותיה, מצוקת הנישואין ונישואין מחוץ לרבנות

על חלק מהדברים כבר דיברנו לאורך כל הדרך – גם אם לא נתנו בדיוק את הכותרות המדויקות.

הזכות לנישואין

הזכות לנישואין כזכות אדם בסיסית –

דיברנו בשיעורים הקודמים על הזכות לנישואין עצמה. זכות זו מעוגנת במסמכי היסוד של זכויות האדם הבינלאומיות שמכירים בזכות לנישואין כזכות אדם בסיסית.

מרכיבי הזכות לנישואין –

זו נקודה חשובה כשאנחנו דנים, הן ברמה התיאורטית והן ברמה המעשית, בשאלה האם מדינה מסוימת והאם שיטת משפט מסוימת אכן מבטיחה את אותה זכות אדם בסיסית, היינו – את אותה זכות יסוד לנישואין.

אנחנו נוהגים להתייחס בשיח של זכויות אדם בינלאומיות לשני מרכיבים באשר לאותה זכות לנישואין:

1. **עצם האפשרות להינשא.** זו השאלה המהותית של עצם האפשרות ליצור קשר של נישואין שיוכר על ידי המדינה ושיהיו כרוכות בו כל הזכויות שבאות עם סטטוס הנישואין של אדם.
2. **הדרך של הנישואין או הצורה שבה נישאים.**

בשיח זכויות האדם הבינ"ל הזכות לנישואין כוללת את הזכות לשוויון ב-3 שלבי הנישואין –

בשיח הזכויות הבינלאומיות, הזכות לנישואין אינה מנותקת מהאפיון של הזכות כנושאת בחובה את הזכות ליחס שווה לאורך כל שלושת שלבי הנישואין: (1) כניסה/יצירת הנישואין; (2) מהלך הנישואין; (3) יציאה/פירוק הנישואין. מדינה שמכבדת את זכויות האדם הבינלאומיות צריכה להבטיח שוויון ואפשרות שווה ב-3 שלבים אלו לכל אזרחיה ותושביה ביחס לאותו נושא של הזכות לנישואין. עליה להבטיח זאת ללא כל מגבלות (חוץ מהמגבלות המקובלות באופן אוניברסלי שיפורטו בהמשך).

הפרת זכויות אלה במשפט הישראלי –

ישראל למעשה מפרה את המחויבות הבינלאומית הזו לכל אורך הדרך של הנישואין: ביצירתם, במהלכם וביציאה מהם. ההפרות של אותה זכות יסוד אוניברסלית מתרחשות על בסיס אפליה שנוהגת בשיטת המשפט הישראלית – אפליה הן על בסיס לאום ודת והן אפליה על בסיס מין (אפליה מגדרית).

המגבלות האוניברסליות על הזכות לנישואין

כאמור, המדינה אמנם חייבת להבטיח את הזכות לנישואין ללא מגבלות, למעט אותן מגבלות שמוכרות באופן אוניברסלי.

המגבלות –

1. **גיל נישואין מינימאלי** – בישראל החוק שונה רק בשנת 2013, כך שגיל הנישואין המינימאלי עלה והוא תואם היום את הסטנדרט הבינלאומי. לפני השינוי גיל הנישואין המינימאלי לנשים היה גיל 17, בעוד לגברים לא הוגדרה הגבלה בחוק וניתן

- לסעון שההגבלה שחלה הייתה זו הקבועה בהלכה ובדין הדתי, כלומר גיל בר מצווה (13) – זאת משום שהנישואין כפופים למגבלות הדתיות וזו הייתה המגבלה הדתית לגיל נישואין לעניין גברים. אחרי התיקון הגיל המינימאלי הוא גיל 18.
2. **קירבת משפחה מדרגה ראשונה** = איסור עריות. [בג"ץ 5384/16 פלוני נ' שר הפנים (21.08.2017) – מקרה מצמרר. לא נכנס אלין].
3. **ריבוי נישואין** – הזכרנו את הנושא של איסור הביגמיה וההתנגשות הרב תרבותית סביב נושא איסור ריבוי הנישואין בתחילת הקורס תחת השיח על משפט וחברה, כאשר הצגנו את האינטראקציה בין ההסדרה המשפטית לבין ההסדרים התרבותיים/מנהגיים/מסורתיים וכו'. איסור הביגמיה הוא איסור שמוכר וקיים ברמה של זכויות אדם בינלאומיות ונמצא תחת הכותרת של "מנהגים מזיקים" (harmful practices). כלומר שהביגמיה נתפסת כמנהג פוגעני שלעיתים מבוססת על המסורת (harmful traditional practices), לכן הוא אסור וכל אחת מהמדינות שקיבלו על עצמן את אמנות זכויות האדם הבינלאומיות מחויבות לאסור ריבוי נישואין.
4. **בני אותו מין** – בעבר, אכן הייתה הגבלת נישואין אוניברסלית על בני זוג בני אותו מין להינשא. זה התחום שבו חלו התמורות המהירות ביותר ומרחיקות הלכת באופן המשמעותי ביותר מחוץ לישראל – כיום במדינות רבות הזכות לנישואין פתוחה בפני זוגות בני אותו מין כמעט באותו אופן בו היא פתוחה בפני בני זוג ממינים שונים. נדבר על כך בהמשך.

מגבלות החיתון בהלכה היהודית

בישראל עלינו להכיר גם את מגבלת החיתון בהלכה היהודית, כיוון שאלו המגבלות שקיימות בשיטת המשפט בישראל מעבר לאותן מגבלות אוניברסליות שראינו לעיל.

מגבלות החיתון בהלכה היהודית נחלקות ל-2 קטגוריות. להבחנה זו ביניהן יש משמעות גדולה, כאשר ההבחנה היא על בסיס הנפקות המשפטיות-הלכתיות של יצירת קשרים שנופלים לאחת מהקטגוריות האלה:

1. **אסורים ובטלים** –

- א. **איסור עריות**: פה כלולים אותם קשרים שהם בגדר איסור עריות מדאורייתא. **בפרשת קדושים בספר ויקרא** מפורטים כל אותם קשרים שהם איסור עריות זה, כמו כן מפורטת שם ההשלכה ההלכתית-משפטית בגין יצירת קשרים אלו והיא עונש מוות – "כרת בידי שמיים". השלכות נוספות לכך הם כי הילדים מקשרים אלה יהיו ממזרים, והדבר המשמעותי ביותר הוא שלא רק שהקשרים האלה אסורים, אלא הם בטלים לחלוטין ואם אדם ביקש ליצור קשר עם מישהי שהיא אסורה עליו בגדר איסור עריות מדאורייתא אז אין לקידושין האלה שום משמעות והם בטלים לחלוטין.
- ב. **אשת איש**: מבחינת ההשלכות למציאות של ימינו אנו, הקטגוריה המעשית ביותר והרלוונטית ביותר היא הקטגוריה של אשת איש: לפיה אם אישה שנשואה לאדם אחד, מתקדשת לאדם אחר, אז אין נפקות לקשר עצמו ולנישואין אלה. אך יש להם נפקות משפטית אחת מאוד משמעותית והיא כי במידה ויש ילדים מהקשר הזה, ילדים אלו יהיו ממזרים.

כל קשר בקטגוריה הזו של אסורים ובטלים שמביא לילדים – הילדים האלה ממזרים.

האיסורים: קרבת משפחה מדרגה ראשונה; אבות שאונסים את בנותיהן; קשר אסור בין אח לאחות; אשת האח שנתאלמנה כאשר אין דין ייבום; אחות אשתו; אשת איש (זה המקרה הנפוץ ביותר כיום).

2. **פסולי חיתון: קשרים אסורים מלכתחילה, אבל תופסים בדיעבד** –

זה מצב מאוד יוצא דופן מבחינה תורת משפטית ומבחינה הנהגה של מערכת משפט שמצד אחד אוסרת על משהו, אבל מהצד השני כן מייחסת לו משמעותות שאולי עשויות להיות אפילו חיוביות ואולי עשויות לתמרץ את הקשר והדבר האסור הזה. (עניין זה נותן את המבוא לקידושין פרטיים בישראל ונישואין מחוץ לרבנות).

בתוך הקבוצה הזו כלולים כל אותם קשרים שמכונים "פסולי חיתון" – אלה שמבחינה הלכתית, הזכות שלהם להינשא זה לזה היא מוגבלת/לא קיימת ואסורה. **למשל**: יהודים כשרים לא יכולים להינשא לממזרים; אישה שזנתה אסורה לבעלה ולבעלה לאחר גירושה; כהן לא יכול לשאת גרושה/מגורית/חליצה (שיש אישה שבה הזוג שלה הלך לעולמו מבלי שהיו להם ילדים, אז באופן עקרוני קם דין ייבום והיא צריכה להינשא לאח של בעלה. דין ייבום לא קיים בימינו, אך עדיין, גם היום אישה כזו שרוצה להינשא לאחר צריכה לעבור פרוצדורה של חליצה. כיום ישנן אף מעוגנות חליצה – כלומר אחים של מי שהלכו לעולמם שמסרבים לקחת חלק בטקס החליצה, בין היתר כדי לסחוט כסף מהאישה. נציין כי כל התפיסה של דין ייבום משקפת את התפיסה שהאישה היא רכוש שנועדה לשמש כלי לשימור שם האב, הגנים והשושלת המשפחתית. מעניין לציין כי ניתן למצוא את דין הייבום בעשרות מדינות באפריקה, אסיה וכל המדינות שחיו לפי המסורת המוסלמית. כלומר, שלמעשה בכל החברות המסורתיות הללו עדיין ישנו עיגון במערכת המשפט לתפיסה הזו של הרצון לגרום לכך ששושלת ההורשה וההמשכיות הגברית תמשיך להתקיים באמצעות האישה, וגם אם זה לא צלח אז שהאישה תמשיך לשמש כלי לקיום השושלת דרך האחים של הגבר שהלך לעולמו ללא ילדים).

***** הערה** – ממזרות הוא מעמד הילכתי שעובר לאורך כל הדורות, ולמעשה עד עולם – אי אפשר להיפטר מהממזרות אלא באמצעות קונסטלציות הלכתיות שלאורך כל הדורות ניסו לעשות בהם שימוש. עם זאת, בשנים האחרונות התפיסה ההלכתית של הרבנות היא שונה לחלוטין, ובמקום לאמץ את הגישה שאומרת לא לדקדק בממזרים, ומשפחה שנטמעה נטמעה (היינו – אם יש ממזר או ממזרתא שלא שמו לב, כו נישאו ליהודי כשר ועכשיו לא לגמרי בטוחים אם כן היו או לא

היו ממזרים אז מעלימים עין ואומרים שנקבל את צאצאיהם לקהל ה' ללא קונסטלציות הלכתיות), אנחנו רואים שהגישה היא שלא ניתן יהיה להיפטר מכתם הממזרות ואם יש ממזר/ממזרתא היום, כל ילדיו לאורך כל הדורות יהיו ממזרים גם הם ולא יוכלו להינשא כדמויי בארץ ישראל.

הכוונה בכך שהנישואין תופסים בדיעבד היא לכך שאם זוג בקטגוריה הזו (לרוב זה כהן שנושא גרושה) מקיימים את טקס הקידושין לפי כל הכללים ההלכתיים הנדרשים והתקיימו כל הדרישות ההלכתיות ← אזי הקידושין כן תופסים; בני הזוג נישואים למרות שהם לא היו יכולים לעשות זאת מלכתחילה. כלומר, שאם זה כן נעשה, זה תופס בדיעבד.

קטגוריה נוספת שרלוונטית לימינו: אשת איש שזנתה תחת בעלה כעת אסורה על בועלה ובעלה (זה איסור בגדר איסור עריות) – אך אם לאחר שהאשה התגרשה מבעלה היא מתחנת עם בועלה למרות שאסור לה היות והם פסולי חיתון, הנישואין הללו כן תופסים בדיעבד.

כלומר שכל הנישואין של פסולי החיתון בארץ מצויים במצב משונה – הם לכאורה לא יכולים להירשם לנישואין ברבנות בישראל, משום שהם רשומים במועצות הדתיות כפסולי חיתון (על כל הסיבות), אבל הם כן יכולים לעשות טקס דתי שלא במסגרת הרבנות ובמידה ויקיימו את כל הכללים של הטקס הדתי הם משנים את הסטטוס שלהם מבחינה הלכתית ונחשבים בגדר נישואים ולא בגדר פנויים. כלומר, שאם הם ירצו להתגרש לאחר מכן הם יהיו חייבים בגט. הילדים מקשרים של הורים שנישאו על פי ההלכה מחוץ למועצות הדתיות/לרבנות לא יהיו ממזרים (אלא אם כן אחד ההורים שלהם הוא ממזר).

קבוצות המצוקה במשפט הישראלי – מצוקות הנישואין/מצוקות החיתון

כאמור, ישראל לא מקיימת את הזכות השווה לנישואין בקרב כל אזרחיה ותושביה. יש כמה וכמה קבוצות מצוקה אותן נפרט כעת:

1. קבוצות מצוקה הנגרמות מכוח הדין עצמו –

- תחת קטגוריה זו מדובר על אותם אנשים שמבחינה מעשית אינם יכולים להתחתן, הם:
- **מנועי/פסולי חיתון** אשר הקידושין ביניהם אסורים מלכתחילה אבל תופסים בדיעבד.
 - **זוגות בני דתות שונות ויהודים המבקשים להינשא לספק יהודים** – היינו; יהודי ולא יהודי, יהודי וספק יהודי (מדובר על כ-400 יוצאי ברית המועצות לשעבר שיש ספק לגבי יהדותם).
 - זוהי למעשה קבוצת המצוקה הגדולה ביותר בישראל ולא ברור לנו איך זה לא "פצצה" שהתפוצצה כבר מזמן. הסבר לכך יכול להיות שיש כל מיני מכניזמים לצמצם את המצוקה הזו ולתת לה מענים בכל מיני דרכים שעוקפות את מגבלות החיתון הללו, כמו: ידועים בציבור, קידושין פרטיים, נישואין אזרחיים מחוץ לישראל.
 - אלו מוגדרים קבוצות מצוקה, כיוון שאם יש דרך אחת להינשא במדינה והדרך הזו, שהיא דרך המלך האחת והיחידה, מדירה קבוצה כל כך גדולה (גם אם זו הייתה קבוצה קטנה) שלא יכולה להינשא, אלא באמצעות יציאה מהמדינה זו מהווה הפרה של החובה הנובעת מהחוקים הבינלאומיים ומכך נובעת המצוקה.
 - **ספק יהודים** הם למעשה חסרי דת מבחינת חוק המדינה ולצורך מענה לקבוצת מצוקה זו נחקק **חוק ברית הזוגיות לחסרי דת (2010)** שהיה אמור לספק להם תשובה, אך החוק הזה לא באמת עזר משום שהיחידים שיכולים להיכנס להכניס לברית הזוגיות במסגרת החוק הם רק זוגות ששניהם חסרי דת. בדרי"כ קבוצת המצוקה הזו מבקשים להינשא לאדם שיהדותו וודאית ולכן החוק לא מספק באמת מענה.
 - **מסורבות/מסורבי הגט – תופעת העגינות** – מדובר על אלו שדה פאקטו הנישואין שלהם היא קליפה ריקה מתוכן, הם נשואים רק על הנייר ואינם יכולים להתגרש משום שאחד מהם לא משתף פעולה או אינו יכול לשתף פעולה בשל מצבו הרפואי. כל אלו אנם יכולים להינשא שוב בישראל.
 - **בני אותו מין** – בישראל זוגות בני אותו מין לא יכולים להינשא.

מצוקתם של כל אלה נובעת מכך שלדין הדתי יש שליטה אקסקלוסיבית וזה אינו מאפשר להם להינשא.

2. קבוצה שמונעת ממניעים אידיאולוגיים שאינם נובעים ממגבלות הדין הדתי –

מדובר על אנשים שיש להם כשירות להינשא, אך מסרבים להינשא בטקס דתי, משום שאינם חפצים בנישואין דתיים או אפילו מדובר על זוגות שמאוד רוצים את טקס הנישואין הדתיים אך לא דרך הממסד הרבני הממלכתי הדתי בישראל כיום. (צוהר הוא חלק מהממסד, כי רוב רבני צוהר יכולים לשמש כרושמי נישואין מכוח הרבנות הראשית).

איך עוקפים את הבעיה הזו? ידועים בציבור; נישואין אזרחיים מחוץ לישראל; נישואין מחוץ לרבנות.

שאלת ההכרה בקידושין הפרטיים

הקידושין הפרטיים בסיבוב הקודם

פס"ד רודניצקי – (אפשר להסתפק רק ברצו של פסה"ד) פסה"ד הוא אחד מרצף של פס"ד בעניין. הוא דיבר על זוגות שהיו מנועי חיתון שביקשו בכל זאת להינשא ולקבל הכרה במדינה כנשואים (כל הזוגות האלה היו כהנים וגרושות). פסה"ד מתאר תופעה מעניינת מאוד של הקידושין הפרטיים בסיבוב הקודם, תופעה שהתרחשה בשנות ה-60-70.

כיום, זוגות אלה כנראה יטו להינשא בחו"ל בנישואין אזרחיים, או לחילופין יחיו כידועים בציבור – דבר שמהווה אופציה לא רעה לזוגות אלה כיום (חיים משותפים ללא נישואין בישראל שממלאים את התנאים של יד"צ מקבלים מעמד כמעט כמו נישואין

רגילים בארץ לכל דבר ועניין, זאת למעט הרישום שלהם (כפנויים). עם זאת, בשנות ה-60-70 לא היו אופציות אלו – יד"צ רק התחיל להתהוות, וטיסה לחו"ל לשם נישואין לא הייתה בכלל אופציה – מדובר על מצב מציאותי שונה לחלוטין ממה שיש היום בארץ וזה לא היה ריאלי. לכן, כהן וגרושה שרצו למסד את הנישואין שלהם ולקבל הכרה מהמדינה יכלו לעשות זאת רק בניסיון של עקיפת האיסור הזה.

ייחודיות הנישואין ביהדות –

ביהדות, הנישואין הם בעצם אקט מאוד פרטי וכדי שטקס קידושין יתפוס לא צריך רב, לא צריך אנשים רבים כנוכחים, אלא כל שצריך זה 2 עדים שיהיו גברים, בגירים, יהודים כשרים שומרי מצוות וצריך את מעשה הקידושין עצמו הכולל את העברת הכסף או שווה הכסף (טבעת) שבעלות האיש (קנה אותו מכספו), אותו הוא מעביר לאישה ובאמצעותו הוא קונה את האישה. כמו כן, האקט הזה צריך להיות מלווה במילים שמבטאות את כוונת הקידושין – "הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל". כל הטקס צריך להיות מלווה בנוכחות אותם 2 עדים שמשמשים למעשה עדי קיום, כלומר שהנוכחות שלהם בטקס היא לא רק ראייתית אלא היא קונסטיטוטית ובלעדיהם לא יהיה קיום למעשה הקידושין. מכך ניתן להבין כי **כל הטקס הזה יכול להתבצע בפרטיות מוחלטת**.

פרטיות אקט הקידושין הוא דבר שהביא להרבה תקלות לאורך הדורות – קידושי סתר, קידושי חטיפה, קידושי צחוק וכו'. כל ההשלכות הבעייתיות של האופי הפרטי של הקידושין הביאו לכך לאורך הדורות הותקנו תקנות, כשהאחרונה שבהן היא **תקנות הרבנות הראשית, התש"י-1950** שהותקנו עוד כשהרבנות הראשית התקנתה תקנות, לפיהן לא יקדש כל איש בישראל ללא נוכחות של מניין ולאחר רישום בלשכת הרבנות הראשית וכו'. **המטרה של התקנות הייתה לייצר פומביות ולגרום לכך שהקידושין יתבצע מפרטיים לציבוריים**. יש פה תהליך שבניגוד למקובל בהרבה שיטות משפט ומסורות אחרות, הוא תהליך של העברת הנישואין ביהדות הוא העברה מהפרטי לציבורי.

עם זאת, למרות תקנות אלו, אין הדבר מונע את העובדה שאם האקט יתבצע באופן פרטי הוא עדיין יהיה תקף והיו לו נפקויות. את הפרצה הזו גילו כל הזוגות האלה (שבאופן מעניין כולם היו קיבוצניקים) **מפס"ד רודניצקי** ומהסדרה של התביעות המשפטיות בעניין, ולכן, הקשרים של הכהנים והגרושות אמנם אסורים, אך אם התבצעו גם לא דרך הרבנות אלא באופן פרטי הם עדיין תקפים כל עוד קיימו את כל הדרישות ההלכתיות של טקס הקידושין.

אחד הקווים המעניינים של הפסיקות בתביעות האלה הוא ההבחנה בין **המישור המנהלי** (הרישום: ההשלכות הן בעיקר בין הזוג לרשויות) לבין **המישור המשפטי מהותי** (התוקף: ההשלכות הן בעיקר פנימיות לבני הזוג בינם לבין עצמם). הסעד שהם תמיד עתרו לו היה סעד הרישום שיביא להכרה בהם כנשואים מבחינת המדינה (היינו – התוקף). את סעד זה ראינו **בפס"ד רודניצקי** שכוון נגד פקיד הרישום במשרד הפנים אשר סרב לרשום את הזוג כנשואים משום שהוא רצה לקבל אישור של תעודה ציבורית מביד"ר (לו הסמכות הייחודית בעניין) שיכריע האם הזוג הזה אכן נשוי או לא. במקרה זה ביד"ר מצא עצמו במצב בלתי אפשרי משום שמבחינה הלכתית היה לו ברור שהזוגות נשואים, האישה היא אשת איש ואם יאמרו שהם לא נשואים, אולי יחשבו שהיא מותרת ואז ייוולדו ממזרים. עם זאת, אם יאמרו שהם נישואים למעשה בכך יתירו את האיסור של נישאת גרושה לכהן וייסעו לעוברי עברה במתן סעד זה. מלכוד זה הוא מה שהצמיח את סדרת פסה"ד הללו. הניסיון של ביד"ר היה להגיד שהם לא נשואים, אך אם הם רוצים להינשא לאחרים הם זקוקים לגט – זה ממש לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה.

פקיד הרישום קיבל את פסה"ד, ואמר שזה מספיק טוב עבורו ורשם אותם כנשואים. מכך ביד"ר הבין שעליו לפסוק אחרת במקרים האחרים ונוצר מצב של "פינג פונג" בין בג"צ לביד"ר – שם אנחנו רואים את ביד"ר מנסה לדחות את הקץ ופשוט לא להכריע ולתת פס"ד בעניינם. למשל: בפס"ד רודניצקי ביד"ר אמר שהוא לא יכול להכריע האם האישה הזו מקודשת או לא כי היה סתירות הזויות בדברי העדים.

בעקבות כך **לנדוי** אמר שאולי הטילו על ביד"ר משימה קשה מידי ואם הוא לא יכול לעשות את העבודה אז בג"צ ייקח אליו את הסמכות להכריע בנושא בשל היותו הגוף שנותן סעד מן הצדק (זאת לפי **ס'15(ג) לחוק יסוד השפיטה** לפיו לבג"צ יש סמכות לתת סעד כל אימת שאין גוף אחר שיכולת לתת סעד זה). על כן, הוא הורה לפקיד הרישום לרשום את הזוג כנשואים. אם חשבנו **שהאקטיביזם, החדירה לתחומים של מערכות אחרות** זה חידוש של השנים האחרונות או השופט ברק, למעשה בפסה"ד זה לנדוי הוא דוגמה לכך שהדבר עוד קרה בשנות ה-70, ועוד ע"י אחד השופטים השמרנים ביותר של אותה העת. לנדוי למעשה אומר **שנכון שלביד"ר ישנה הסמכות הייחודית לפסוק בעניינים נישואין וגירושין של יהודים בישראל אבל כשהוא לא עושה את זה מישור חייב לעשות את זה והמישהו הזה זה הוא**.

האם האמירה של לנדוי ופעולתו מעידה על כך שבני הזוג האלה באמת נשואים? אפשר לתרץ את זה בכל מיני דרכים, למשל אפשר להגיד שזה לא שבג"צ הכריע שהם נשואים, אלא שההלכה הכריעה כך וכל מה שעשה לנדוי בבג"צ זה להגיד שמבחינה הלכתית הם יותר קרובים לנשואים מאשר ללא נשואים, לכן, למען הסדר הטוב, בכדי שלא יהיה בלגן בסטטוס בחברה הישראלית ובכדי שאנשים ידעו מי פנוי ומי לא אז מורים לפקיד הרישום לרשום את הזוג כרשומים ← זוהי החלטה מינהלית.

עם זאת, יש פה גם תחבולה – משום שהעתירה הייתה נגד פקיד הרישום. אכן, פקיד הרישום צדק בכך שלא רשם את הזוגות כנשואים. בג"צ בכלל היה צריך לבדוק את עצם סבירות ההתנהלות המנהלתית של פקיד הרישום, אך בג"צ הלך הרבה יותר רחוק, התערב ואמר לו לרשום אותם כנשואים.

בנוסף, יש לשים לב לאמירה של לנדוי בפסה"ד לפיה הוא אומר שפקיד הרישום צריך לרשום אותם כנשואים משום שהאיסור ההלכתי לנישואי בני הזוג הוא אינו חלק ממשפט המדינה, בעוד **שמה שכן נקלט מההלכה למשפט המדינה זה רק ההיבטים המשפטיים/ההשלכות/נפקויות של אותו טקס דתי**. על כן, אם מבחינת ההשלכות המשפטיות הם כן נשואים ואסורים על אחרים, אז זה המצב המשפטי שנקלט למשפט המדינה והתוצאות **מקליטה זו מחייבות אותנו מבחינת המערכת אזרחית** – כלומר שכל חיוב זה כן יש לרשום את בני הזוג כנשואים.

בג"צ יצר הבחנה בין מי שראוי לתת לו את סעד הרישום במצב של קידושין פרטיים לבין מי שלא. בג"צ הדגיש כי סעד הרישום יינתן רק למי שהוא מנוע חיתון עפ"י ההלכה היהודית – כלומר, מוגבלים להינשא מבחינת ההלכה היהודית. במקרה דנן, נדחו כל יתר הקיבוצניקים שכבר אז התנגדו לכפייה הדתית, שרצו למצוא דרך להיחשב לנישואים מבלי לעבור דרך הרבנות הראשית, ושחשבו שהם יכולים לעשות זאת באמצעות טקס קידושין פרטי ולקבל את הסעד הרישומי הזה במשרד הפנים. הרציונל של בג"צ היה שבג"צ נותן סעד רק למי שאין לו מוצא אחר, כלומר שאלו שהם פנוי חיתון אך בוחרים ממניעים אידיאולוגיים להינשא בדרך של קידושין פרטיים אז אין הצדקה לתת להם סעד כי יש להם מוצא אחר והם **בחרו** שלא ללכת ב"דרך המלך" לנישואין. **בג"צ בעצם אומר שמבחינתו זה שהם מתנגדים לאלטרנטיבה זה לא נימוק מספק ומשום כך אינם ראויים לסעד**.

האופי המשתנה של הקידושין הפרטיים

ראשית עלינו להבין שהמטרות של מי שמבקשים לעשות את טקס הקידושין הפרטי הן שונות מאוד ממי שביקש זאת בשנות ה-60-80.

הרי הדרך שעמדה בשעתו למי שביקשו לקבל הכרה בקשר ביניהם הייתה רק ע"י נישואין, ואילו היום ישנן חלופות כאמור – יד"צ, נישואין אזרחיים מחוץ לישראל. אז אם יש פתרונות היום – למה שאנשים ירצו להינשא מחוץ לרבנות?

- פערים תרבותיים המתירים נישואי קטינות** – יש כמה קבוצות בחברה הישראלית כמו קהילות יהודיות ממוצא קווקזי בהן שם רווח נוהג של נישואי קטינות. ניתן להבחין בכך גם בחלק מהתרבות החרדית; בחברה הבדואית (שם גם יש נוהג של ריבוי נישואין). בשל מקורם התרבותי של קבוצות אלה, יש לא מעט קבוצות בחברה הישראלית שנוקטות בדרך של נישואין אזרחיים.
- קבוצות שרוצות לשמור על המסורת היהודית אך להימנע מרישום הנישואין וממוסד הרבנות הראשית** – חלק לא מבוטל מהטקסים שמאפיינים אנשים בחברה הישראלית כן נעשים עם אלמנטים מאוד מובהקים של המסורת היהודית: שמלה לבנה, חופה, שלבי הטקס וכו'. תחת קבוצה זו מנויים האנשים אשר חפצים בשמירת המסורת היהודית, אך לא במסגרת מוסד הרבנות הראשית הממלכתית ולא באמצעות רבניה רשמי הנישואין. אנשים אלה לא פונים דווקא לנישואין אזרחיים מחוץ לישראל משום שהם רוצים לעשות חתונה, להזמין את כל החברים, המשפחה – הם רוצים שכולם ידעו שהם התחתנו. כל העניין של הפומביות והציבוריות של טקס הנישואין הוא הרבה מעבר לשאלה האם הרשויות מכירות בהם או לא, אם הם נשואים או לא, אלא יש בכך גם עניין חברתי מובהק. למעשה, אנחנו כל הזמן על התפר בין המשפחה כמוסד משפטי לבין המשפחה כמוסד חברתי כשהאקט של אותה מסיבת חתונה הוא עניין חברתי מובהק שחלק גדול מאוד מהציבור לא רוצה ומוכן לוותר עליו ולא רואים סיבה לוותר עליו – לכן כן מקיימים את הטקסים האלה בישראל.
- קבוצת הציבור הדתי שמתנגד למוסד הרבנות הממלכתית ולסמכויותיו** – שנה קבוצה נוספת בישראל, שהולכת וגדלה בשנים האחרונות. קבוצה זו היא קבוצה של זוגות שבאים מתוך הציבור הדתי שמחויבים לחלוטין להלכה ולטקס הדתי, רוצים להיות מוכרים כנשואים מבחינה דתית (כלומר שהם רואים קושי בקיום חיים זוגיים מבלי הקידושים הדתיים), אך בשום פנים ואופן הם לא רוצים לתת דריסת רגל לממסד הדתי הממלכתי היום בישראל או לחילופין בגלל ביקורת שיש להם על המוסד הזה, או שהם לא רוצים להיות רשומים כנשואים – בכך אנחנו הפוכים לחלוטין מהמטרה בסיבוב הקודם של הקידושין הפרטיים שכן רצו ברישום כי זה מה שהבטיח להם את כל ההטבות כנשואים. הזוגות תחת קבוצה זו לא רוצים להיות רשומים כנשואים בגלל שאם הם רשמים כנשואים ורוצים לפרק את הקשר, אז הם בוודאות יאלצו לעבור דרך ביד"ר הרבני הממלכתי ומבחינתם זו דרך אסורה. את הגירושין, בעת פירוק הקשר, יבצעו בדרך אחרת. כלומר, אנשים אלו יהיו מתואמים מראש עם כמה רבנים בציבור הדתי הציוני אשר אומרים שהם מוכנים לשמש עבורם כביד"ר פרטי. אין לנו עוד שום יכולת לדעת אם כל המבנה הזה שמראש מקים נכונות/מנגנון מצד גופים פרטיים, אותם רבנים שמוכנים לשמש כביד"ר פרטי, באמת יכול לעבוד. יש פה סיכון עצום עליו נעמוד בהמשך.

התיקון האחרון לפקודת הנישואין והגירושין (רישום), התש"י-1950:

מוטיבציות אלה של הציבור הדתי הזה הביאו לתיקון פקודת הנישואין והגירושין (רישום) (2013) הקובע בס"ד כי מי שעשה טקס פרטי ולא רושם את נישואיו, דינו ודין מי שסידר את הנישואין הרשעה בפלילים ושנתיים מאסר. התיקון הזה הוכנס לתיקון פקודת הנישואין והגירושין (רישום) בין קריאה שנייה לשלישית – כלומר מבלי להופיע בדפים הכחולים של

הצעות החוק ואפשרות להתדיין ולהתנגד כמו שצריך לתיקון. זה מחטף לכל דבר ועניין. הסיבה של התיקון הזה היא ההתנגדות של הרבנות הממסדית נגד האיום של הדתיים החדשים, אותה קבוצה דתית אידיאולוגית חתרנית לה יש את הכוח המשמעותי ביותר לאתגר את הכוח של הממסד הרבני ההלכתי (או לפחות כך הרבנות ראתה את זה). נציין כי היום אין ממש אכיפה בפועל, אך קצת לאחר העברת התיקון כן הייתה עצירה מסוימת בביצוע הקידושין הפרטיים מתוך חשש מההשלכות של ביצוע קידושין אלה, אך כיום כן ניתן להבחין בקיומם.

נישואין מחוץ לרבנות בימינו

יש היום מיזם בראשות הרב אהרון ליבוביץ' (מי שעמד בראש המיזם של "השגחה פרטית" המספק כשרות בלי הרבנות) לחתונות פרטיות (המיזם נקרא "חופות"). מיזם זה פועל במקביל לפעילות ענפה שמתקיימת לא רק באורתודוקסיה, אלא גם בזרמים של הקונסרבטיביים והרפורמיים שמקיימים במשך שנים פעילות שהולכת ומתרחבת. פעילות זו קיבלה "פוש" מאוד רציני מהפדרציות היהודיות של צפון אמריקה שתורמות כספים רבים לעולם היהודי בכלל ולישראל בפרט – פדרציות אלו נמנעו להיכנס במשך שנים לוויכוחים שהם תפסו אותם כוויכוחים פנים ישראליים, לדדם כל מה שקשור לדת ומדינה שייך לישראלים ואינו נוגע אליהם היות ואינם חיים בכלל בישראל. אך מערכת היחסים של ישראל מול קהילות יהודיות מחוץ לישראל השתנתה עקב משבר הכותל (מעצם ההפרדת רחבות התפליה והמניעה מנשים לשמש כרבניות ולהתעטף בטליתות) ומשבר הגיורים. ב-10 שנים האחרונות החל היפוך "מושלים" בהכרה בגיורים מחוץ לישראל. אי הכרה זו לא הייתה רק בגיורים של רפורמיים וקונסרבטיביים שמעולם לא הוכרו בארץ, אלא אף החלה אי הכרה בגיורים של אורתודוקסיים שלדעת הרבנות נתפסו קצת יותר מידי מודרנאורתודוקס והרשימות של באילו גיורים הרבנות מכירה הלכו והצטמצמו. משברים אלו הביאו לכך שהארגון של הפדרציה של צפון אמריקה שינה לגמרי את הכיוון שלו והגיעו להכרה בכך שמה שקורה בישראל הוא חלק אינטגרלי שמשפיע ומקרין על היהדות שלהם ועל כל העולם היהודי למרות שאלו לא חיים בישראל. הפדרציות קיבלו החלטה אסטרטגית להזרים כספים לטובת פעילות בתחומים של דת ומדינה בישראל. הנושא הראשון אליו הם נכנסו הוא הנושא של פלורליזם בנישואין בישראל.

ברשימת הקריאה שלנו הופנינו לחוברת שהוצאה ע"י מרכז רקמן, כחלק מהתרומה של פדרציות צפון אמריקה. חוברת זו מכילה מיפוי של כל מה שמתרחש בזירת הנישואין מחוץ לרבנות בישראל – איזה ארגונים מציעים את האפשרות של נישואין מחוץ לרבנות והמשמעותיות של ביצוע טקס מחוץ לרבנות מבחינה משפטית.

כדי להבין את המשמעותיות המשפטיות עלינו מספר דברים:

אם זוג רוצה להתחתן מחוץ לרבנות בישראל עלינו להבין מה המוטיבציה שלהם לכך –

1. **האם מעשית?** משום שאינם יכולים להינשא ב"דרך המלך", בדרך הרשמית.
2. **האם אידיאולוגית?** משום שאינם רוצים בכך.

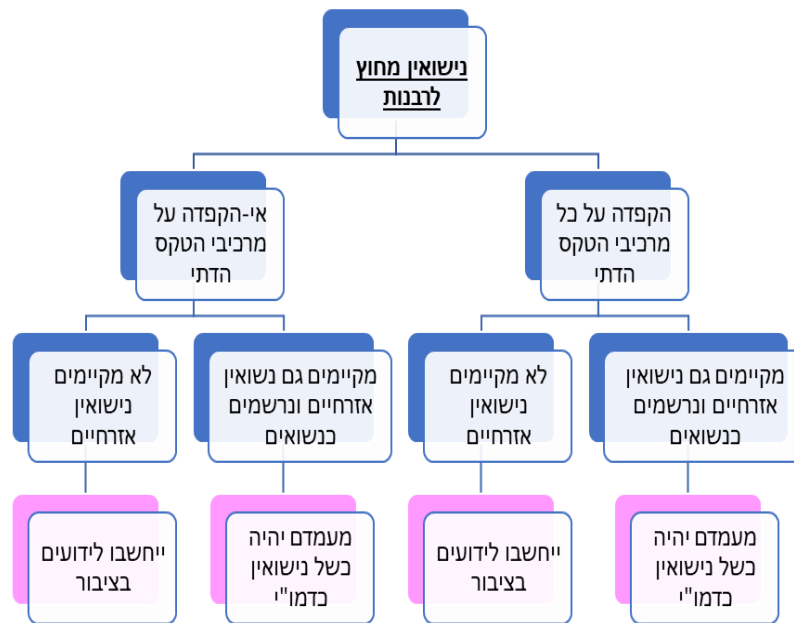
- **ואם אידיאולוגית – האם בגלל התנגדות לטקס הדתי עצמו או מתוך התנגדות לממסד הדתי הרבני היום בישראל?**

i. **התנגדות לטקס הדתי** – אם הם מתנגדים לטקס הדתי עצמו, כנראה שהם לא יקיימו טקס לפי הכללים ההלכתיים. אם הם לא יקיימו טקס לפי הכללים ההלכתיים, כנראה שמבחינה הלכתית הם לא ייחשבו לנשואים ומבחינת משפט המדינה הם לא ייחשבו לנשואים כי הרי משפט המדינה יקבע אם הם נשואים או לא לפי דינם הדתי – הם כן ייחשבו, בוודאות כמעט מוחלטת, לידועים בציבור. אם זוגות אלו יקיימו גם נישואין אזרחיים מחוץ לישראל הרי שהם עושים את זה כדי להבטיח שירשמו כנשואים. אם הם נרשמו כנשואים, כנראה שהמעמד שלהם יהיה זהה כמעט לגמרי למעמד של נשוי כדמו"י בישראל.

ii. **התנגדות לממסד הדתי** – (תחת קבוצה זו נכנסת הקבוצה של הדתיים החתרניים שמתנגדים למוסד הרבנות). אלו כנראה יקיימו טקס לפי הכללים ההלכתיים, כנראה ייחשבו לנשואים מבחינה הלכתית ומבחינת משפט המדינה:

1. אם הם לא יקיימו בנוסף נישואין אזרחיים מחוץ לישראל, הם כנראה, בוודאות כמעט מוחלטת, ייחשבו לידועים בציבור מבחינת משפט המדינה.
2. אם זוגות אלו יקיימו גם נישואין אזרחיים מחוץ לישראל הרי שהם עושים את זה כדי להבטיח שירשמו כנשואים. אם הם נרשמו כנשואים, כנראה שהמעמד שלהם יהיה זהה כמעט לגמרי למעמד של נשוי כדמו"י בישראל.

תרשים זרימה המתאר מהלך זה:



ידועים בציבור

הפרדוקס הלכאורי בשיטת המשפט בישראל

מה הפרדוקס –

מצד אחד יש מערכת מאוד קשה, נוקשה ומדירה ביחס לנישואין בישראל, יש מגבלות מאוד קשות – יש דרך אחת ויחידה של נישואין דתיים, יש קבוצות מצוקה שמוגבלות מכוח הדין הדתי, ואף מאוד קשה להתגרש בישראל.

מצד שני, יש לנו מכשיר משפטי שנקרא "ידועים בציבור" (שיטות משפט אחרות מכנות זאת בכינויים אחרים – de-facto relation, de-facto marriage, non-marital relations, co-habitation) ואין שום שיטת משפט בעולם שהיקף ההכרה במצבים האלה של זוגיות ללא נישואין הוא כל כך רחב כמו בשיטה הישראלית.

על כן, במבט ראשון זה פרדוקס, אך ממבט זה שני ברור שזה לא פרדוקס. עניין זה מתקשר לשאלה איך זה שעדיין לא התפוצצה הפצצה של הציבור שלא יכול להינשא בארץ, הרי המערכת האזרחית פיתחה את הכלי הזה שזוכה להכרה כל כך ענפה בכדי לשחרר את "סיר הלחץ" של מצוקות הנישואין וגירושין בישראל ולעמם את הקושי העצום.

איך נכון להסתכל על מוסד הידועים בציבור – מוסד ליברלי או אנטי ליברלי?

במשך שנים מקובל היה להתייחס לכלי המשפטי של "ידועים בציבור" כאל התפתחות שמגלמת את שיא הליברליות במשפט הישראלי, בין היתר בגלל שזה נתן מענה לכל מי שאינו יכול להינשא בישראל בדרך היחידה הקיימת הרשמית, בגלל שזה מתכתב עם נורמות חברתיות שנתפסות כליברליות יותר של היכולת לחיות ביחד מבלי להינשא.

אך בהדרגה החלו להישמע קולות יותר סקפטיים שאמרו שיש לשים לב לכך כי ישנם אנשים שהחלו לחיות יחד מבלי להתחתן כי הם באמת לא רוצים בכך – הם לא רוצים להתחייב ובכוונה לא מתחתנים משום שאינם רוצים לקבל על עצמם את כל המערכת של החובות והזכויות שבאה יחד עם הנישואין. ההכרה הכל כך נרחבת באפשרות של החיים ביחד ללא נישואין לא פעם מתלבשת בכוח על זוגות כאלה – למשל: זוג סטודנטים שחיים ביחד, מבלי שיהיה ביניהם קשר שהאידיאל שלה זה הנישואין, אלא משום שנוח להם לחלוק דירה במהלך התואר ואין להם שום כוונות לעתיד. **מסיבה זו יש להיות ערים לדקויות ולכך שלא בהכרח נכון לתאר את מוסד הידועים בציבור כליברלי, משום שלעיתים הוא כן מתפקד דווקא כאנטי ליברלי.**

קושי 1 בידועים בציבור – הקושי ההגדרתי בראייה היסטורית

השאלה איך אנחנו מגדירים בדיוק מצב של ידועים בציבור הוא אחד האתגרים שעמדו מול המערכת המשפטית עוד מראשית שנות ה-50.

- ע"א 42/65 דרדיאן נ' עמידר – בפס"ד זה **זילברג** ציין כי "ההגדרה המשפטית המדויקת של "הידועה בציבור כאשתו", היא קשה כקריעת ים סוף, או בלתי אפשרית כפתרון בעיית ריבוע העיגול. ניתנו לנו שלושה נתונים: ידועה, בציבור, כאשתו, ולא נתפרש לנו לא מקורו של היידע, לא זהותו של הציבור, ואף לא מהותה של ה"אישות", שהציבור הידוע מייחס לזוג הבלתי נשוי. הוזה אומר: משלושה נעלמים, עלינו לעשות נגלה אחד". **כלומר, הוא הדגיש כי נורא קשה להגדיר את הידועים בציבור.**

- עם זאת הפסיקה כן הציעה ניסיון להגדרה מסוימת בע"א 621/69 נ' יוסטר, כאשר הציטוט מפסה"ד חזר על עצמו בפסיקות רבות לאחר מכן כהגדרה לידועים בציבור (הציטוט חוזר על עצמו בפס' 18 לפסה"ד סיגל ביטון), לפיו:

נדרש כי יהיה מדובר על בני זוג:

1. שיש ביניהם קיום יחסי אישות כבעל ואישה, תוך קשירת גורל זה בזה.
2. וכן נדרש ניהול משק בית משותף, כפועל יוצא מחיי המשפחה המשותפים.

- בעבר **השופט ברנזון** נתן הגדרה אחרת לידועים בציבור שחזרה על עצמה בפסיקה, לפיה זוג ייחשבו לידועים בציבור על עוד יש להם: חיי משפחה משותפים, במשק בית משותף כשהאישה משמשת לו עקרת בית אלו ייחשבו לידועים בציבור. אך את זה אנחנו כבר לא רואים היום.

כלומר שיש פה **2 יסודות מצטברים**:

1. קיום יחסי אישות כבעל ואישה, תוך קשירת גורל זה בזה.
2. ניהול משק בית משותף, כפועל יוצא מחיי המשפחה המשותפים.

שאלת אופן ההוכחה של יסודות אלה היא שאלת השאלות. הקושי להוכיח מתעורר בעיקר במצבים שהסכסוך המשפטי הוא לא בין בני הזוג עצמם אלא בין הילדים של בני הזוג ← בין היורשים של האיש הנפטר לבין האישה שחיה איתו שנים רבות, אולי אף טיפלה בו לפני שנפטר. מצבים אלה מתעוררים בעיקר כאשר תוחלת החיים של האישה ארוכה יותר משל הגבר וכאשר מדובר בפרק ב' של החיים. הוויכוח פה הוא כי אם האישה מוכרת כידועה בציבור ובמצב זה היא זכאית למחצית מהעזבון (גם אם לא מתוך כוולו אלא רק מתוך החלק שנצבר בעת חייה המשותפים), בעוד שאישה שאינה ידועה בציבור אינה זכאית לכך (העזבון כולו ילך לילדים). הילדים במצב זה יטענו שאין זה משנה כל מה שהאישה עשתה למען הגבר משום שלא מגיע לה כלום מהירושה – הם ינסו לטעון שלא היה קשר אינטימי ובשל כך לא הושלמו הרכיבים ולא מגיעה לה מזונות. אלו המצבים המכוערים ביותר. אם חשבנו שבביד"ר יש כל מיני סיטואציות כואבות וקשות, הרי שכל הסכסוכים המשפטיים האלה מסביב לנושא הידועים בציבור זה לא פחות מכך.

קושי 2 בידועים בציבור – קבוצות המצוקה ושאלת ההתייחסות הדיפרנציאלית

המערכת של ידועים בציבור נותנת מענה לכל האנשים שנכנסים תחת קבוצות המצוקה עליהם דיברנו לעיל – אלו אשר אינם יכולים להינשא בדרך הרשמית בישראל. מערכת זו פותחת בפניהם את האפשרות של חיים משותפים ללא נישואין בארץ. **בהמ"ש לא תמיד ערים להבחנה בין אלה שבגלל המצוקה ובגלל חוסר האפשרות להינשא חיים ביחד לא נשואים, לבין אלה שחיים יחד לא נשואים מסיבות אחרות.**

הרבה פעמים מקריאה פסה"ד אנחנו לא יכולים להבין את הסיבות בגין הם חיים כידועים בציבור:

- מצד אחד, ישנם פס"ד כמו **פס"ד ורסנו נ' כהן** בו נאמר: "המערכת גרושה והמשיב הינו כהן" ומפה אנחנו מבינים שהיא גרושה והוא כהן ולכן הם חיים ביחד מבלי להיות נשואים.

- מצד שני, ברוב פסה"ד אנחנו לא רואים מצבים כאלה ברורים; לדוגמה: **בפסה"ד סלם נ' כרמי** מתואר מצב שבו בני הזוג לא הצליחו להגיע להחלטה להינשא לאורך שנים – למרות ששאלת הנישואין כן עמדה על הפרק הם לא הצליחו להסתנכרן ביניהם על כך. מצבם מעלה השאלות כמו האם אנחנו כן נייחס להם את השיתוף הרכוש; האם כן נשליך על מערכת היחסים הזו מחויבות הדדית של מזונות? עד כמה השאלות של הכוונה, או הסיבות שבגינן הם נמנעים מלהינשא צריכות להקרין על ההכרעה השיפוטית של מה כן מלבישים ומייחסים למערכת הזו ומה לא? כל אלה אלו הן שאלות מאוד קשות.

קושי 3 בידועים בציבור – מצב של מעין ביגמיה (למעט לצורך חוק הירושה)

מדובר על מצב של אנשים שהם נשואים לאחרים, ובגלל סרבנות גט הם עדיין נחשבים כנשואים להם, אך במקביל הם מנהלים מערכת זוגית אחרת עם בני זוג חדשים כלפיהם הם מוכרים כידועים בציבור כיוון שהם לא יכולים להינשא להם בשל היותם נשואים לבני זוגם הקודמים.

במצבים אלה הם כן יהיו מוכרים כידועים בציבור, ויהיו להם זכויות לכל דבר ועניין, אלא למעט בכל שנוגע **לחוק הירושה** אשר קובע:

מעין צוואה

55. איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה, ומת אחד מהם ובשעת מותו אף אחד מהם לא היה נשוי לאדם אחר, רואים את הנשאר בחיים כאילו המוריש ציווה לו מה שהנשאר בחיים היה מקבל בירושה על-פי דין אילו היו נשואים זה לזה, והוא כשאין הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת, בצוואה שהשאיר המוריש.

הסעיף בלתי אפשרי להבנה – הסיפא של הסעיף פתלתלה ועקלקלה.

האלמנטים המצוינים בסעיף: חיי משפחה; משק בית משותף; אינם נשואים זה לזה ← הם בדיוק האלמנטים של ידעים בציבור, אל המילים "ידועים בציבור" אינן נאמרות בו במפורש, זאת משום שבשנת 1965 (בה נחקק החוק) המילים "ידועה/בציבור" היו טאבו מבחינת מפלגות דתיות. המושג של "ידועה בציבור" (מגדרית – האישה) הוא מושג נורא מבחינה דתית משום שמוסד זה מאפשר לאישה לחיות כידועה בציבור עם גבר אחד בעודה נשואה לגבר אחר (היינו – היא אשת איש).

המשפט הישראלי מכיר בזוג כידועים בציבור על כל המשתמע מכך, בעוד שאחד מהצדדים או שניהם עדיין נשואים. כלומר שהאיסור הדתי החמור ביותר (איסור עריות מדאורייתא) בעצם מוכר, מתוגמל ואף מתומך במשפט הישראלי באמצעות מוסד הידועים בציבור.

כשנחקק חוק הירושה המפלגות הדתיות אמרו כי הם לא מוכנים להעביר את החוק אם מושג הידועה בציבור בפנים, ולכן החליטו:

1. לא לקרוא לילד בשמו ← מכך נולד הניסוח החמקמק בסעיף 55.
2. להגביל ← הזכות לירושה לא תינתן במצב שאחד מבני הזוג או שניהם נשואים לאחרים במקביל להיותם ידועים בציבור.

מבחינת סל ההכרה בידועים בציבור, ס' 55 לחוק הירושה הוא המקום היחיד בו מוחרגים ידועים בציבור שנשואים לאחרים – כל יתר הנפקויות המשפטיות והאלמנטים כן ניתנים גם לידועים בציבור שנשואים לאחרים.

שיעור מרצה 18 – 04/06/2019

קצת נתונים

אכן, כשנמצאים בשכבת גיל מסוימת ובאופי אוכלוסייה מסוים יש שיעור אחר של זוגות שחיים ביחד ללא נישואין, אך כשלקוחים בחשבון את כלל הזוגות בישראל (שכוללים את כל הגילאים, כלל אופיי האוכלוסייה, כל ההשתייכויות הדתיות והאתניות וכו') מדובר למעשה ב-5% בלבד שחיים כידועים בציבור (על פי נתוני הלמ"ס – הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה) – מתוך 1,729,000 זוגות ב-2015, 87,000 חיים יחד ללא נישואין. כמו כן, זוגות ידועים בציבור מתאפיינים בגיל צעיר יותר, ולרובם (68%) אין ילדים.

לעומת זאת, במדינות אחרות שיש בהן אפילו ממדים של שמרנות המזכירים את ישראל (בחינת היות חלק לא מבוטל מהאוכלוסייה מזדהה מאוד עם הכנסייה הקתולית), אנחנו נמצא אחוזים גבוהים יותר של זוגות החיים יחד ללא נישואין (14% - ספרד, אירלנד, וגרמניה), כאשר האחוזים הגבוהים ביותר נמצאים בעיקר במדינות הנורדיות (25% - דנמרק, 32% בשבדיה). התמונה בארה"ב היא אחרת לגמרי, שם הסיבות למחיה ללא נישואין של זוגות הן סוציולוגיות, פוליטיות ומבוססות מאוד רקע אתני לכן לא נבחן זאת כי זה לא מוקד השוואה נכון.

*** נתוני הלמ"ס הם נתונים שנלמדים מתוך סקרי אוכלוסייה, כל אדם שעלה במדגם חייב בחוק לענות על סקרים אלו.

מנגד, יש גם נתונים רשמיים של גופים אחרים, שאינם הלמ"ס, כדוגמת הביטוח הלאומי (מכיוון שיש לו כמה ממשקים בהם זוגות ידועים בציבור זכאים להטבות וקצבאות אם עמדו בתנאים מסוימים) – נתוני הביטוח הלאומי נמוכים יותר מנתוני הלמ"ס.

אנחנו מסתכלים על מוסד הידועים בציבור במשקפיים של הצורך שלנו בארץ לתת מענה לנישואין הקשים, הגירושין הקשים, הכפייה הדתית וההיטה הייחודית של הדין הדתי, כאשר מוסד הידועים בציבור הוא מה שמשחרר את סיר הלחץ הזה. אך בכל העולם הדמוקרטיה הליברלית, בו הנישואין הם נישואין אזרחיים, כאשר זו הדרך שמוכרת על ידי המדינה, דרך שאינה מטילה הגבלות על רקע דתי/רקע מעמדי/רקע מגדרי (השתייכות מינית) עדיין ניתן לראות אחוזים גבוהים של זוגות שחיים יחד ללא נישואין – הסיבה לכך לא ברורה.

סוגייה זו מחזירה אותנו לכך שהמוסד של הידועים בציבור לעיתים כופה את עצמו על זוגות שאינם רוצים את כל חבילת הנישואין. הרי סיבה לכך שיש שיעור כל כך גבוה של זוגות שחיים יחד ללא נישואין היא בעיקר בשל אי רצונם להשתייך לסטטוס הנישואין (כיוון שהם לא רוצים לקבל על עצמם את החבילה של התמריצים והזכויות שכרוכה גם בחובות ונטלים). מכך עולה השאלה איך המדינות האחרות כן מתמודדות עם המצב בו זוגות שחיים יחד שנים רבות, אך אינם נשואים ועדיין הקימו מערכת כלכלית משותפת ומחייבת ביניהם כאשר עליהם לא באמת אפשר לכפות את כל הנורמות המוטלות על זוגות נשואים – זה אתגר מאוד משמעותי בכך המדינות היום. כאמור, המדינה מחויבת ולהגן לעודד את המשפחה היות והיא המוסד החברתי הגרעיני הבסיסי ביותר וזו הכרחית ליציבות של המדינה – על כן, יש מדינות באמריקה הלטינית שכוללות במפורש בחוקה שלהן כי הנורמות המחולות על משפחות של זוגות נשואים רלוונטיות גם לזוגות שחיים יחד מבלי להינשא, בעוד במדינות אחרות אין הכרה לזוגות שחיים ביחד ללא נישואין.

ברבות מהמדינות המערביות יש מבנה נוסף על מבנה הנישואין שמכונה שותפות רשומה/שותפות אזרחית – כל המבנים האלה נוצרו לאורך שנות ה-90, משום שאלו היו המנגנונים שהמדינות המערביות (צרפת, אנגליה, המדינות הנורדיות, מדינות מרכז אירופה, דרום אפריקה, קנדה, ניוזילנד, חלק ממדינות ארה"ב וכו') הקימו כחלק מתחילתו של עידן ההכרה בזכויות להט"בים

ואיסור אפליה כנגדם. כחלק מהכרה זו ואיסור האפליה הבינו שצריך לאפשר להם את הזכות לחיי זוגיות באופן שיקבל הכרה מצד המדינה. ההתפתחות העצומה של פתיחת הדלת לנישואין לזוגות אלו היא משהו של עשור האחרון, ובשנות ה-90 פותח המדרג הזה בו זוגות נשואים זה "סוג א'" בעוד השותפות הרשומה לסוגיה זה "סוג ב'" כאשר מתחתיה נמצאים הזוגות שחיים יחד ללא נישואין מתוך הנחה שזו בחירה מודעת שלהם של אי רצון להיכנס ל-2 המסגרות הללו.

ההתפתחות החקיקתית

המצב הזה שבו ידועים בציבור יוכרו ככאלה לכל דבר ועניין, למעט הירושה, גם אם הם נשואים לאחרים הוא ייחודי למשפט הישראלי. למעשה, שום שיטת משפט אחרת, לא מכירה במצבים כאלה שאחד מבני הזוג נשוי לאחר במקביל – כל שיטות המשפט דורשות לסיים את הנישואין הקודמים לפני כן. אך דרישה זו אינה מתאפשרת בישראל בשל סוגיית מסורבות הגט – בשל כך עולה הצורך המערכתי לתת מענה למצבים שבגלל המערכת ובגלל המשפט עצמו לא ניתן לצאת מהקשר הקודם.

הבחנה בין המעגל הפנימי לחיצוני

כשמדברים על השלכות הסטטוס (המעמד האישי של נישואין או זוגיות רשומה) / הימצאות במערכת בין אישית מסוימת נחלקות ל-2 סוגים/רבדים:

1. **המעגל הפנימי** – דן בבני הזוג בינם לבין עצמם כפרטים. במסגרת המעגל הפנימי נכנסות שאלות של מערכת היחסי הרכושית/כלכלית, מזונות, ירושה, היציאה מהנישואין והכניסה אליהם, שם המשפחה (חוק השמות מאוד פתוח וליברלי, כאשר אופיו הליברלי תוקן ונוסף בעקבות **פס"ד אורנן-אפרת** (עסק בידועים בציבור, לא ברשימת הקריאה). למעשה שם המשפחה הוא החלטה פנימית של בני הזוג), **נציין כי יחסי הורים וילדים אינו תוצאה של השלכות הסטטוס או הקשר בין ההורים.**
2. **המעגל החיצוני** – דן ביחידה הזוגית עצמה לעומת החברה/המדינה/צדדים שלישיים. במסגרת המעגל החיצוני נכללות עשרות רבות של חקוקים ותקנות הדנים בשאלות בעניין טיב מערכת היחסים של המעגל הפנימי: נשואים, ידועים בציבור, ברית זכויות לחסרי דת וכו'. כלומר, מדובר למעשה על מערכת היחסים של בני הזוג מול רשויות המדינה (ביטוח לאומי, מס הכנסה, הנחות בעסקים פרטיים למיניהם כבני זוג וכו').

כשרוצים להשוות בין זוגיות שנכנסת למעגל של ידועים בציבור לבין זוגיות שנכנסת למעגל של נישואין תמיד צריך לזכור את ההבחנה בין המעגל החיצוני לפנימי – מעמדם מול המדינה ולעומת היחסים ביניהם כפרטים.

חקיקה סוציאלית

כשהולכים אחורה ובוחנים מתי נחקקו החוקים הראשונים שמכירים במה שהיה ידוע אז כ"ידועה בציבור כאשתו" נראה כי אלו חוקקו כבר שבשנת 1949-1951 כדוגמת חוק הפיצויים לנכי הנאצים ומשפחותיהם; חוק החיילים המשוחררים; חוק הנכים – בעוד שמה שמאפיין את כל החקיקה הזו הוא שהיא חקיקה סוציאלית שנחקקה ברקע מלחמת.

מעמדם המשפחתי של שארית הפליטה שהגיעו ארצה מהתופת של הנאצים לא היה ידוע ובלתי ניתן להוכחה (האם הבעל/האישה נותרו בחיים או לא). לצד זאת חלה השתקמות בלתי נתפסת של אותה שארית פליטה – אנשים אלו יצרו התקשרויות ומערכות זוגיות חדשות אשר בפועל לא ניתן היה למסדן ולהופכן לפורמאליות משום שלא ידעו אם אותם אנשים היו פנויים. אך מערכות אלו אכן נוצרו והמשפט היה חייב לתת להן מענה.

כמו כן, באותה תקופה השתוללה מלחמת העצמאות שגם בה נופלו קורבנות כאשר רבים מהנופלים היו בזוגיות שטרם הספיקו למסד (היות ולא היה זמן, אנרגיה, משאבים וכו' לדאוג לנישואין פורמאליים באותו מצב מלחמתי). על כן, גם לאלו נדרש היה לתת מענה.

זהו הרקע הסוציולוגי לצורך האקוטי של החברה הייחודית שהייתה בישראל. הנסיבות, בחברה שהייתה בישראל מיד לאחר הקמת מערכת המשפט, היו מאוד ייחודיות ושונות מאשר במקומות אחרים, שיטות משפט וחברות אחרות, בנוסף לאותם אתגרים איתם מתמודדת המערכת המשפטית בארץ לאורך כל השנים בשל השליטה הבלעדית של הדין הדתי בכל מה שקשור לסטטוס (הנישואין). חשוב לזכור את הרקע הסוציאלי לפני שמדברים על ההתפתחויות החקיקתיות והפסיקטיות.

כל המצבים החברתיים המאוד קשים הללו, מורכבים וייחודיים לחברה הישראלית בראשית שנות המדינה, הם אלה שבאמת הביאו לכורח ולהבנה שצריך לתת הכרה לידועים בציבור גם אם הם אולי כן נשואים לאחרים במקביל ולא משנה מה הסטטוס של הזוגיות שכן דורשת את ההכרה.

ההכרה באה מהכיוון הסוציאלי – בתוך אותם דברים שהמדינה נותנת לאנשים (קצבאות, גמלאות של משפחות נפגעי הנאצים, קצבאות שארים וכו') וזה מה שאפיין את החקיקה בראשית הדרך.

על רקע המציאות הקשה והמאתגרת הזו אנחנו יכולים להבין את הדור הראשון של כל החוקים שלמעשה העניקו זכויות סוציאליות. כל החקיקה הראשונה דיברה על "הידועה בציבור כאשתו" משום שהדבר שיקף את מערכת היחסים הכלכלית-

חברתית שהבנתה את הצורך הגדול בהרבה של בנות הזוג בכל אותן הטבות כלכליות – קצבאות השארים, גמלאות וכו', למרות שהחוקים כן כללו בחובם גם את הגברים.

מעניין לשים לב שסעיף ההגדרות של חוק חיילים משוחררים, חוק הפיצויים לנכי הנאצים ומשפחותיהם, חוק הנכים וכו' הגדיר בן זוג כ"נשוי לרבות הידועה בציבור כאשתו", אך עם השנים דברי החקיקה שהצטרפו להענקת הזכויות לידיעים בציבור כבר לא השתמשו במילים האלה אלא הגדירו בני זוג ע"י האמירה: "כהגדרתם בחוק חיילים משוחררים/חוק הנכים וכו'" ← כלומר שלא אמרו את מהמילים "הידועה בציבור כאשתו" אלא בחרו להפנות להגדרות בחקיקה הראשונה של שנים 1949-1951. הטכניקה החקיקתית המסורבלת הזו נבעה מכך שכאשר ניתנה ההכרה הראשונית בזוגות אלו בשנים הראשונות המעצבות למדינה, כל מערכת היחסים הפוליטית לא הייתה מעוצבת/מהודקת דיה וחלוקת הכוח ביחס למה ניתן להשיג באמצעי לחץ פוליטיים עוד לא התעצב ועוד לא היו ערכים למשמעויות של המוסד הזה של הידועה בציבור כאשתו. כמו כן, בוודאי לא היו מודעים לכך שכפי שהדבר התפרש בפסיקה הידועה בציבור כאשתו יכולה להיות גם אישה נשואה לאחד בעוד היא ידועה בציבור של אחר. כשהתחילו להבין את זה, אז הבינו גם שהידועה בציבור כאשתו הפך לעניין כבד משקל ונתון למחלוקת פוליטית.

את התוצאה של התפתחות זו ניתן לראות בחוק הירושה אשר מחריג את האנשים אשר עודם נשואים לאחר – אלו אינם יכולים להיחשב ידיעים בציבור של אחר לעניין הירושה.

עם זאת, בחקיקה מאוחרת יותר אפשר לראות חזרה לשימוש במושג "ידיעים בציבור". אך התפתחויות אלו מציגות למעשה עד כמה מוסד הידיעים בציבור הוא אינטגרלי לחקיקה הישראלית, לזוגות במדינה ולמערכת הפוליטית ומאזני הכוח של המפלגות הדתיות במציאות הישראלית החברתית.

חוקי מעמד אישי הנוגעים למערכת הפנימית של בני הזוג

לאט אט אנחנו מתקדמים בחקיקה ומגיעים לחוקים שנוגעים במעמד האישי ובמערכת הפנימית של בני הזוג בינם לבין עצמם. החקיקה הסוציאלית נוגעת למערכת היחסים שבין הזוג למדינה ולחברה כולה (צדדים שלישיים – מעגל חיצוני), בעוד חוקי המעמד האישי הם חוקים שנכנסים לתוך המערכת הפנימית ונוגעים לבני הזוג בינם לבין עצמם: חוק הירושה, חוק השמות וכו'.

כאן, בראש וראשונה מדובר על חוק הירושה אשר מחריג, כאמור, ידיעים בציבור אשר עודם נשואים לאחרים. חוק נוסף שמחריג ידיעים בציבור הוא חוק יחסי ממון, זאת באופן מפתיע. אחת הסיבות שחוק יחסי ממון לא נכנס היא שידעו שהידיעים בציבור לא נותרים ללא מענה משום שיש את הלכת השיתוף שמסדירה את יחסי השיתוף ביניהם (אולי אפילו באופן יותר טוב).

חוק שכן נכנס פה הוא למשל חוק השמות בו כלולים ידיעים בציבור.

חוקים המטילים "עלויות"

אלו חוקים שלא רק מקנים זכויות, הכרה "חיובית" והטבות – אלא מדובר על חוקים שגם מטילים חובות, עלויות ואחריות על הידיעים בציבור, בדיוק כמו על בני הזוג הנשואים.

אם עד עכשיו ראינו שהכרה בזוג כידיעים בציבור היא דבר שיש בו הרבה יתרונות מבחינת ההכרה המדינית (קצבאות, הנחות וכו') ← כל החבילה של הזכויות הסוציאליות שנועדה לתמרץ זוגיות יציבה בה המדינה רואה את אחד המפתחות לניהול חברה צומחת, יציבה ובריא גם אם זה לא מופיע בחוקה שלה). עם זאת, אנחנו מגיעים גם לשלב בו הכרה כזוג כידיעים בציבור טומנת בחובה נטלים ועלויות – למשל: חיים כידיעה בציבור מאיינים את הזכות של האישה להיות מוכרת כחד הורית (דבר אשר מלווה בסיוע מהמדינה); נשים הזכאיות לפנסיה לאלמנות צה"ל מאבדות את הזכות הזו בעת נישואים לאחר, לכן נשים רבות בחרו להיות יותר כידיעות בציבור – אך בעקבות גלגול פסיקתי, כעת גם ידיעות בציבור נכללות תחת איבוד זכות זו.

חוקים המטילים חובות ואחריות

יש גם חוקים שמטילים חובות פנימיים על אותה מערכת יחסים, מעבר לעלויות הכלכליות – מדובר על חוקים שמתייחסים לאלמנות במשפחה:

- **חוק העונשין** שמטיל אחריות מוגברת כשמדובר בעבירות מין במשפחה או כשמדובר בהפרת חובות והפקרת חסרי ישע;
- **החוק למניעת אלימות במשפחה** מפליל התנהגויות אלימות בתוך המשפחה, קובע סעדים/צווי הגנה וכו'.

← כל מערך חוקים זה לא מבחין בין משפחה כתוצאה מזוגיות של נישואין לבין משפחה כתוצאה מזוגיות של ידיעים בציבור. **הן חוק העונשין והן החוק למניעת אלימות במשפחה** כוללים במפורש תחת בן זוג גם בן זוג לשעבר, ידוע בציבור לשעבר, בן זוג נוכחי, בעל וכו' – כלומר שההשוואה לעניין הטלת האחריות המוגברת היא השוואה מלאה.

בעצם, רואים מגמה מאוד ברורה עד לרף כמעט אחד לזוגות ידיעים בציבור ולזוגות נשואים. עם זאת, ההשוואה היא לא מלאה.

התפתחות פסיקתית

להתפתחות החקיקתית נוספה גם התפתחות פסיקתית.

"לא נוגד את תקנת הציבור" (ה"כיסא הדתי") (מופיע בפס"ד ורסנו, בדחיית הטיעון שהסכם למזונות ידועים בציבור נוגד את תקנת הציבור)

כשמסתכלים על הפסיקה צריך לחזור לאותן שנים מעצבות, כאשר החקיקה כבר יציבה וההכרה ב"ידועה בציבור" כאשתו מופיעה במספר חוקים – אז התחילו להגיע תיקים לבהמ"ש העליון.

פס"ד לינדורן ניתן לראות בו סקירה פסיקתית של פסה"ד בתחילת הדרך בהם ניסו להעלות את הטענה שחיים ביחד ללא נישואין היא התנהגות שנוגדת תקנת הציבור, ובשל כך היא לא יכולה להצמיח הטבות – ומסיבה זו, לטענתם, לא ניתן להקים זכויות ממשהו שנוגד את תקנת הציבור.

הדגש לפגיעה בתקנת הציבור הושם במיוחד כשהיה מדובר במצבים בהם אישה היא ידועה בציבור של אחד בעודה נשואה לאחר. תקנת הציבור שנפגעה במקרים אלו הייתה תקנת הציבור הדתית – אישה נשואה שחיה איש אחר בוודאי מתנהלת באופן שהוא מתירס לחלוטין נגד הערכים הדתיים, הדין הדתי ותפיסה העולם הדתית.

- **"הכיסא הדתי"** – מדובר על אותם שופטים (בשעתו בעיקר **זילברג**) שתמיד היו בדעות מיעוט בפס"ד אלו וטענו שידועים בציבור נוגד את תקנת הציבור בפרט כשמדובר באישה נשואה לאחד וידועה בציבור לאחר.

דחיית הטיעון הזה: פס"ד ורסנו נ' כהן – הוא פסה"ד שבו הועלתה לראשונה האפשרות שבני זוג שחיים יחד כידועים בציבור יוצרים ביניהם חבות של תמיכה הדדית גם בדרך של חובת מזונות. ראינו את זה מבטל ב"ע"א 8256/99 (נישואי פרגוואי) (**ברק הנישואין האזרחיים**), שם ברק הפנה לפס"ד ורסנו. בפס"ד ורסנו ברק העלה לראשונה את הרעיון של ההסכם מכללא אשר אינו מתייחס רק לרכוש אלא לחובת מזונות. בעקבות אמירה זו רבים יצאו נגדו ואמרו שהסכם שנוגד את תקנת הציבור אינו תקף – כלומר שגם אז, בשנות ה-80, ניסו להעלות את הטענה שכל המערכת של זוגות שחיים יחד ללא נישואין זה לא מוסרי/נורמטיבי ונוגד את תקנת הציבור ולכן חוזה שמבוסס על זה בטל ואין הצדקה לתגמל מערכת שכזו בזכויות.

שינוי מעמדי ערכי: בר נהור, אפרת, לינדורן, זמר, פלונית (מזונות אזרחיים)

ישנה שורה שלמה של פס"ד בהם ניתן לראות איך המבנה של חיים ביחד ללא נישואין הופך להיות באופן הדרגתי כמקבל את מלוא הלגיטימציה עד כדי **שבפס"ד אורנן-אפרת ברק** אומר כי **לא רק שמבנה של ידועים בציבור אינו סותר את תקנת הציבור אלא הוא עצמו חלק מתקנת הציבור.**

פס"ד אורנן-אפרת –

עובדות: בני הזוג אורנן היו עדיין נשואים זה לזו, ולא טרחו מעולם להתגרש. עוזי אורנן חיי עם מיכל אפרת במשך שנים רבות כידועים בציבור. מיכל אפרת ביקשה לשנות את שמה ולהוסיף אליו את שמו של עוזי אורנן, הידוע בציבור שלה. אך המדינה התנגדה משום שצריך לשנות את שמה דרך משרד הפנים, והאישה "החוקית", גב' אורנן, שעדיין הייתה נשואה לעוזי התנגדה גם היא.

טענתה של גב' אורנן הייתה כי שינוי שמה של מיכל אפרת באופן זה נוגד את תקנת הציבור ומטעה את הציבור משום שהציבור יטה לחשוב שמיכל אפרת נשואה לעוזי אורנן בעוד שאין כך הדבר, והיא זו שנשואה לו. המדינה אימצה את טענתה.

חוק השמות במתכונתו דאז אפשר התנגדות על רקע של פגיעה בתקנת הציבור או הטעיה והוא זה שהביא לפס"ד אפרת שסוקר את כל ההתפתחות של מוסד הידועים בציבור ולאמירתו של **ברק** כי הדבר לא רק אינו נוגד את תקנת הציבור אלא הוא חלק מתקנת הציבור משום שמוסד הידועים בציבור למעשה נותן מענה לכל קבוצות המצוקה עליהם דיברנו בשיעורים הקודמים.

*** את השינוי המעמדי ערכי הזה ניתן לראות גם בכל פס"ד לינדורן, בפס"ד המזונות האזרחיים (נישואי פרגוואי) וכו'.

האמנם הושווה המעמד?

האם ניתן לומר כי בעצם לאורך כל ההתפתחויות החקיקתיות והפסיקתיות ההתייחסות לידועים בציבור שווה להתייחסות לבני זוג נשואים? והאם ניתן לומר כי זוג שחיי כידועים בציבור עשו ביניהם הסכם שמכסה את כל ההשלכה של ההשלכות הכלכליות ומשיגים פס"ד הצהרתי, או לחילופין הם רשומים כידועים בציבור משתווים בכך לזוגות נשואים?

לעניין החלת הלכת השיתוף (נטל הוכחת שיתוף כבד יותר):

- **סיבוב ראשון:** מעמדם הוא אותו דבר כמו זוגות נשואים.
- **סיבוב שני:** לפי ההלכה נטל הוכחת שיתוף כשבני הזוג הם ידועים בציבור בסיבוב שני (פרק ב') הוא כבד יותר (סלם; אהרונב, פ"ד מה(3) 159: "הנטל להוכחת השיתוף המוטל על הצד התובע בין בני זוג שאין קשרם הזוגי הראשון הוא כבד יותר").
- **לא משנה באיזה סיבוב:** אם יש להם ילדים נטל ההוכחה הורם. (יישום בבע"מ 4589/05 – הנטל הורם).

לכן, למרות שעוד ניתן למצוא הבחנות בהקשר הלכת השיתוף בין ידועים בציבור לזוגות נשואים ההבחנות האלו מינימאליות (עדיין צריך לטעון **במבחן** שבידועים בציבור לא קמה הלכת השיתוף בין בני הזוג – נשקול את הסיבות לכך שהם לא נשואים, האם יש להם תעודה מהביטוח הלאומי שמכירה בהם כידועים בציבור, האם זה סיבוב ראשון).

כלומר שיש הבדל בין ידועים בציבור לבין נשואים משום שידועים בציבור תמיד צריכים להוכיח, בעוד שכשנשואים הרישום מקנה את הסטטוס – הנישואין יוצרים סטטוס והמשמעות של הסטטוס היא שהוא עובד לכל הרבדים וכלפי כולא עלמא (ברגע שנכנסתם למעמד הנישואין הזה, אז ההשלכות של הסטטוס קיימות גם ברובד הפנימי וגם ברובד החיצוני ואין צורך להוכיח בכל הקשר, בכל דבר ובכל עניין בעוד שאם הזוג חיים כידועים בציבור חובת ההוכחה לקיומו עליהם תמיד).

האם הסכם (שמכסה את שאלת ההשלכות הכלכליות) + פס"ד הצהרתי / רישום במוסד לביטוח לאומי = נישואין פורמאליים

הרעיון של פס"ד הצהרתי לא נותן מענה משום שבהמ"ש לענייני משפחה לא ימהרו לתת פס"ד הצהרתי כזה לידועים בציבור משום שכל הרעיון של ידועים בציבור הוא שהקשר שלהם תמיד יכול להשתנות ולהסתיים – לכן שופט המשפחה יטען כי אולי נכון לעכשיו ברור שבני הזוג ידועים בציבור, חולקים זוגיות יציבה וכו', אך המצב הזה עשוי להשתנות בעתיד – אמנם, גם אצל נשואים לא יודעים את זה אך הסטטוס פה משתנה בגירושין במשרד הפנים ליגרושים' וכולם ידעו שהזוג כבר אינו נשוי, בעוד בידועים בציבור אין דבר כזה והרישום נותר תמיד זהה, אנשים לא ידעו שהזוג כבר אינו יחד. לכן בהמ"ש לענייני משפחה לא יתנו פס"ד הצהרתי זה, אך אולי יתנו אותו לצורך מסוים וספציפי – אבל אין לזה השלכה מבחינת אותו רעיון של סטטוס ושינוי סטטוס כמו בנישואין וגירושין. **ידועים בציבור זה לא סטטוס – הרעיון של פס"ד הצהרתי הוא יצירת סטטוס, לכן בהמ"ש לא יעשו את זה היות והם לא יכולים לעמוד מאחורי ההצהרה הזו ויצירת סטטוס הוא עניין למחוקק ולא נושא ליצירת פסיקה.**

האם ידועים בציבור הם "בני זוג" בכל הקשר וכל חוק? (לינדורן, אלמוני מזונות ילדי ידועים בציבור)

תשובה לשאלה זו ניתנה **בפס"ד לינדורן ובפס"ד אלמוני (מזונות ילדי ידועים בציבור)** שם נאמר כי הגדרת **ס' 3 בחוק המזונות** ל'בן זוג' כוללת רק את מה שמוכר כ'מערכת זוגית' קלאסית' של זוגות נשואים, ובכל חוק הגדרה זו משתנה. כלומר - **ברירת המחדל היא שהגדרת 'בן זוג' בחקיקה לא כוללת ידועים בציבור, אלא אם מוסד זה נכלל במפורש בהגדרה.** זאת, אלא אם כן עפ"י הפרשנות התכליתית, יעדי החוק ומטרותיו מובילים להנחה שכן (לפי פס"ד לינדורן).

האמנם לא ניתן להתנות על מעמד של ידועים בציבור? (פס"ד בר נהור – מזונות לידועים בציבור מעיזבון)

אין לנו תשובה על זה – אנחנו עד היום לא יודעים באמת האם **פס"ד בר נהור** אומר שלא ניתן להתנות על מצב של ידועים בציבור או שהוא אכן מצומצם לנסיבות של מזונות מעיזבון לפי **חוק הירושה** והסעיפים המוגדרים. המצב באמת תלוי באותו מקרה נתון, בנסיבות, בטענות עוה"ד, לאן השופטים רצו להגיע וכו'.

לכאורה, ניתן להתנות על מצב של ידועים בציבור – למשל: אם זוג שחיי יחד (ללא תלות בגיל/פרק א' או ב' וכו'), שחולק משק בית משותף, שיש ביניהם יחסים אינטימיים אך לא רוצים להיחשב לידועים בציבור בשום מצב יכולים לנסח הסכם אשר על פי שמגדיר כי זוג זה, למרות היותו זוג שחיי ביחד וכו', אינו רואה בעצמו ידועים בציבור ואינו מעוניין בכך שאחרים יראו בזוג זה ידועים בציבור. עם זאת, עדיין יכול לבוא אדם ולטעון כי לפי **פס"ד בר נהור (1994) לא ניתן להתנות על זה בו נאמר שבהתנהגותם הם למעשה ביטלו את החוזה.**

*** ביצוע של רישום מסודר של ידועים בציבור מביא אותנו למקום של סטטוס ← לא המדינה ולא הידועים בציבור רוצים בזה.

האם יש יתרונות לידועים בציבור?

- **מוסד הידועים בציבור מאפשר לנשים להימנע ממצב של סרבנות גט. כניסה למערכת של סטטוס פורמאלית אינה כדאית לנשים כן עוד הן חיות בישראל.**
- **הבדל נוסף, מאוד דרמטי, הוא ההבחנה בין חוק יחסי ממון להלכת השיתוף – חוק יחסי ממון מאפשר אופי אובליגטורי בעוד הלכת השיתוף היא בעלת אופי קנייני, מאפשר מימוש השיתוף לפני פרידה ומחילה שיתוף רחב יותר מחוק יחסי ממון.**
- **ישנם יתרונות נוספים הקשורים לשאלה במה עוסקים בני הזוג? לידועים בציבור אין תיק משותף במס הכנסה (מס הכנסה עובד רק על זוגות נשואים ולא על ידועים בציבור) – יכול להיות חיסרון כי לא יקבלו ני"ז להקלות במס, אך בו זמנית ההכנסות של בני זוג ידועים בציבור לא ייצברו האחד על השני וזה יקל עליהם מבחינת מדרגות המס.**

שיעור מרצה 19 – 05/06/2019

שאלת ההגדרה ומבחני הידועים בציבור במבט עכשווי כמשקפת את דימוי המשפחה במשפט

משך הזמן

ישנן כל כך הרבה שאלות פתוחות בדיני המשפחה בארץ כשאחת מהן היא איך יודעים האם זוג נכנס או לא נכנס למשבצת של ידועים בציבור. הייתה צריכה להיות לנו תשובה דיי ברורה של פרק זמן מינימלי – נחזור לדוגמה על זוג הסטודנטים ששוכרים

דירה יחדיו, תחילה מטעמי נוחות ויעילות כשלאט לאט מתפתח ביניהם קשר רומנטי ואינטימי ← מאיזו נקודת זמן נראה בהם ידועים בציבור? האם זה משנה האם הם רואים בעצמם ידועים בציבור או לא? הרי מתחילת לימודיהם הם מנהלים משק בית משותף (זו הייתה תכלית המעבר הראשונית).

מישור פנימי

פס"ד שנצר נ' ריבלין – לא דיברה עליו.

מישור חיצוני

פס"ד סיגל ביטון מתחיל להתמודד עם שאלת פרק הזמן המינימלי. במקרה זה דובר על בני זוג שחיו ביחד כ-4 חודשים בלבד, כאשר בן זוגה של סיגל נהרג בתאונה בפעילות צבאית. לאורך כל תקופת הקשר שלהם הם למעשה חלקו את הדירה עם עוד שותפים (למרות שהם כן גרו ביחד). בפסה"ד דובר על כוונותיהם של בני הזוג לעתיד – היה להם כבר תאריך לחתונה. אך המגורים המשותפים ממש לא ענו במקרה זה להגדרה הקלאסית של מגורים משותפים לצורך ידועים בציבור ולא היה להם חשבון משותף, למרות שהם כן רכשו ציוד יחד לקראת החתונה שלהם. כשעניין החתונה יכול ללכת ל-2 כיוונים: (1) התכוונו להגיע למצב של יחידה זוגית מוכרת; (2) **מנגד** הם עדיין לא נשואים למרות שהתכוונו להיות בעתיד.

אנחנו מעלים פה את שאלת ההתייחסות אליהם (מישור חיצוני/פנימי) משום שסיגל ביטון תובעת פה לעניין היחס החיצוני – היא רוצה להיות מוכרת כאלמנת צה"ל. פסה"ד הזה מאוד חריג בנוף של התייחסות ליחסים של זוגיות ללא נישואין בעולם הרחב. אם נציג את פסה"ד בפני שיטות משפט אחרות בהן יש הכרה מסוימת ביחסים דפקטו, הם פשוט לא יאמינו שההגדרה הזו תופסת ומוחלת תוך 4 חודשים בלבד – במדינות אלה יש פרקי זמן מינימאליים להכרה (בדרי"כ כ-3 שנים), או לחילופין קיומם של ילדים משותפים. גם בנוף הישראלי פסה"ד הוא מאוד חריג – ניתן לראות זוגות (צעירים שנפרדו וחזרו מס' פעמים) שחיו יחד 7 שנים וניהלו חשבונות משותפים ועדיין לא הוכרו. **המרה** חושבת שתוצאה של פסה"ד נבעה מהעניין לגופו – התביעה כנגד צה"ל לשם הכרה בה כאלמנת צה"ל – יש פה רלוונטיות לתחושת ההקרבה למען הציבור הישראלי הן של הקורבנות והן של הנשים שלהם, אשר זוכה ליחס שונה. לדיתה, אם זו הייתה תביעה בה בן זוגה נהרג בתאונת דרכים וסיגל הייתה תובעת קצבת שארים לפי הפלתי"ד לא בטוח בכלל שהיא הייתה זוכה.

כמו כן, אם היינו לוקחים את זה למישור הפנימי – מזונות למשל, קשה לטעון שהיא פיתחה תלות בגבר ואף אם כשהיו ביחד 4 חודשים בתקופה זו הגבר הרוויח הון גדול – לא היינו מצליחים כנראה לגבש פה זכות. **צריך לשים לב להבחנה בין 2 המישורים האלה ולקדושה המיוחדת לה זוכה עניין אלמנות צה"ל בציבור ובמשפט הישראלי.**

מימד הזמן הוא אינדיקציה מאוד חזקה לשאלה האם עוברים את הסף או לא, אך אין לנו תשובה ברורה לתקופת הזמן הנדרשת ← התשובה בדרי"כ ניתנת לפי מקרה לגופו ולא נקבעו כללים מוגדרים. כך עובד ה-common law – הוא קובע בהתאם לנסיבות.

תנאים נוספים

מגורים משותפים (בכלל ובירושה)

בע"מ 3497/09 (ארבל) אליו מפנים בדרי"כ כשמעלים את השאלה אם המגורים המשותפים הם תנאי או לא. עד לפס"ד זה, זה היה די ברור שזה המהות של משק בית משותף – לחלוק את אותה קורת גג, אולי אף את אותה מיטה וחדר. אך, פס"ד זה דובר על זוג, שזה פרקם השני ואולי אף השלישי, שהחליטו לא לעבור לגור יחד בכדי לא לפגוע בילדיהם (שהיו כבר מבוגרים אמנם, אך לא רצו לגרום להם לאי נוחות וכו') – הם גרו קומה מעל קומה, ושהו זו בדירתו של זה וזה בדירתה של זו. המנות הלך לעולמו ולא הותיר אחריו צוואה. הילדים התנגדו לכך שבת הזוג תקבל חלקים מהרכוש – אותם ילדים שבגינם הם לא עברו לגור ביחד. הגיעו 31 עדים כדי לברר האם הם היו ידועים בציבור, הסיפור נמשך 4 שנים וזה היה אחד המקרים הכי מקומיים במשפט הישראלי (כמובן שאחרי 4 שנים אלו כבר לא נותר רכוש רב לחלוקה). עם זאת, **התוצאה של פס"ד זה היא הורדת התנאי של המגורים המשותפים לשם הכרה כידועים בציבור.**

יחסים אינטימיים

פס"ד סלם נ' כרמי. גם שאלה זו איבדה מעט מתוקפה. גם אם בני הזוג לא קיימו שנים יחסים אינטימיים, הם עדיין יחשבו ידועים בציבור.

מטרת הולדת ילדים

בג"צ 4178/04 דן בשאלה האם הזוגיות צריכה להיות זוגיות שיכולה להביא להולדת ילדים נחשב לאחד האלמנטים שיוצרים את הדמיון של נשואים לעומת ידועים בציבור (חיקוי מוסד הנישואין – אם מטרת הנישואין היא להביא דור המשך, אז גם כדי להכיר בידועים בציבור יש להיות פוטנציאל להבאת ילדים) ← אך גם זה נזנח. דובר בפסה"ד זה על אדם שכבר היו לו ילדים ולא התכוון להביא עם בת זוגתו החדשה ילדים. בג"צ קבע כי תנאי מטרת הולדת הילדים הוא אינו אחד מהתנאים להכרה בזוג כידועים בציבור.

בבני זוג שנשואים כדמו"י לא בודקים את כל העניינים האלה לשם מתן כל ההטבות ← זו בדיוק המשמעות של הסטטוס, זה כרטיס הכניסה בהכרה של המדינה בזוגיות. לכן יד"צ הם לא כמו נשואים, בסופו של יום.

היבטים חוזיים (בר נהור); למי הכוונה ב"כוונת הצדדים"? כוונה של מי?

כוונת הצדדים (משחק תפקיד לא רק במבנה הידועים בציבור אלא גם בשאלת קיומה והוכחתה של הלכת השיתוף).

המוסד של הלכת השיתוף נשען במידה רבה על הכוונה וההיבטים ההסכמיים במערכת היחסים. אולם, מה קורה כשהכוונה אינה משותפת או משתנה לאורך הדרך? איזו משמעות יש להסתמכות של צד אחד?

החלת ההגדרה של ידועים בציבור ב"סיבוב שני"

(דיברנו על זה לעיל).

בע"מ 4589/05 פלוני – הנטל להוכחת היותם ידועים בציבור אמנם כבד יותר, אך ילדים משותפים כנראה מרימים אותו, גם כאשר מדובר בזכויות סוציאליות ונכסי פרישה.

גבולות המוסד: הלכת פישבין – התעקשות על מרכיב החיים האינטימיים

כאמור, גם אם בני הזוג לא קיימו יחסים אינטימיים אין זה משנה והם עדיין ייחשבו כידועים בציבור גם לאורך כל אותה תקופה. בנוסף, גם דרישת מטרת הולדת הילדים נזנחה לעניין ההכרה בזוגות כידועים בציבור.

פס"מ פישבין (אחיות שביקשו הכרה כידועות בציבור לצורך קבלת הטבות מביטוח לאומי וכו'). בפס"ד זה בג"צ שם לנו גבול מאוד ברור לאן מגיעים גבולות מוסד הידועים בציבור. הפסיקה נעצרת פה בהכרה בידועים בציבור. **בג"צ קבעו כי יש דרישה לחיי זוגיות כשיש בהם פוטנציאל של חיי אינטימיים.** בהמ"ש למעשה אומר לנו שהגבול הזה הונח משום שמוסד הידועים בציבור הוא המוסד שכביכול דומה למוסד הנישואין, והוא אמור לחקות אותו ולכן אחיות לצורך העניין לא יכולות להיכלל תחת כותרת הזו משום שאין נישואין בין קרובי משפחה מדרגה ראשונה.

האחיות הללו הזדעזעו מאמירותיו של בג"צ וקראו להם סוטים, הן לא הבינו למה נכנסים להן לחדר המיטות.

מטרת ההכרה במוסד בידועים בציבור היא "החזרת" המשענת הכלכלית והטיפול בחוסר הכלכלי שנוצר בעקבות מותו של בן הזוג. הפסיקה מדברת על כל הקצבאות מהמדינה (שארים, ביטוח לאומי וכו'). על כן, לדעת **המרצה** חוסר/חלל זה מתקיים באחיות פישבין שחיו ביחד שנים רבות, הן נותרות ללא המשענת הזו. אז למה נדרש פוטנציאל כזה לחיי אישות?

דוגמה: 2 סטודנטיות גרות יחד (יחסים אפלטוניים) ואחת מהן מתה, השנייה תוכל תיאורטית לטעון להיותן ידועים בציבור לשם קבלת זכויות, אם היא הייתה רוצה לקבל למשל נכסים משמעותיים שעומדים על הפרק. במקרה זה יחילו את המבחן של פס"ד פישבין – היינו, הבחינה האם יכול להתקיים ביניהן קשר אינטימי – היא תנסה לטעון למשיכה חד מינית וזוגיות בין 2 השותפות האלה ואולי זה יעבוד לה.

הערה: נציין כי הסכם שסוקר אחד לאחד את כל ההיבטים של השלכות זוגיות, כשעל כל אחד מההיבטים האלה מציינים כי בני הזוג נותרים נפרדים ושומרים על האוטונומיה האישית שלהם לעניין הרכושי וכו', ואף מאשרים אותו גם בבהמ"ש, על מנת לתת לו תוקף, אז אף אחד לא יכפה על בני הזוג הללו את ההשלכות של הגדרת הידועים בציבור ← זאת על אף **פס"ד בר נהור**.

******* ככל שמדובר על בני זוג נשואים – לא מחילים את הדרישות האלה (לענייני ירושה, רכוש, קצבאות וכו'), גם אם הם היו נשואים תקופה קצרה ואף טרם עברו לגור ביחד ומימשו את הנישואין שלהם ← זו המשמעות של הכניסה ל"סטטוס" הנישואין. זאת בעוד על ידועים בציבור מוטל נטל הוכחה כבד יותר, תחת כל דרישות אלה.

******* כל הרציונאלים של הסכם מכללא נדחו בתחת פס"ד זה, למרות שלכאורה התקיימו במקרה דנן.

נישואין שלא כדת משה וישראל – נישואין אזרחיים מחוץ לישראל

******* מדובר על נישואין אזרחיים מחוץ לישראל משום שאין נישואין אזרחיים בישראל.

נושא זה מכסה קשת שלמה של אפשרויות – החל מנישואין אזרחיים בין בני זוג ששניהם יהודים, דרך נישואין אזרחיים בין בני דתות שונות (נישואי תערובת), בין חסרי דת, בין ספק יהודים, בין בני זוג מאותו מין וכו'.

שאלת תוקפם של נישואין אזרחיים מחוץ לישראל

כדי לדעת אם נישואין אלה תקפים במשפט הישראלי עלינו לפנות לדיני המשפט הבינלאומי הפרטי. דיברנו על כך כשדיברנו על ההבדלים בין בתי דיני רבניים (דתיים) לבין בתי משפט לענייני משפחה (אזרחיים) – במשפט אזרחי, אם יש לנו נושא שמעורב בו אלמנט זר (משהו שמתקיים או התקיים מחוץ לישראל / נתון לדין מחוץ לישראל) עלינו קודם לעבור דרך המשפט הבינלאומי ואז להגיע למשפט שלנו.

זה התחום העיקרי בו מתעוררות שאלות של משפט בינלאומי.

אנחנו פונים לכללי המשב"ל הפרטי – כללים אלו מסוכמים **בבג"צ 2232/03 בני נוח** (פסקאות 24-28), שם **ברק** מסכם את 3 הגישות:

1. **גישת כללי ברית הדין האמריקני** – כדי לדעת אם נישואין שנערכו במדינת פלוגית באמת בעלי תוקף, נשאל את אותה מדינה פלוגית (האם לפי הדין שלה הנישואין תקפים). אם התשובה תהיה חיובית, אז גם אנחנו נצטרך להכיר בנישואין אלה. במקרים אלו אנחנו כמעט תמיד נקבל תשובה חיובית וגישה זו מאוד פשוט משום שבארה"ב מדובר על מדינה פדרלית, המורכבת מ-51 מדינות, ובכדי שנישואין שנערכו במדינה אחת יוכרו גם בכל המדינות האחרות חייב להיות כלל כיבוד כזה (comity) בכל מדינה כך שתכיר בסטטוס שנרכש בחסות המדינה השכנה. הבעיה הגדולה של ארה"ב החלה כשחלק מהמדינות החלו להכיר בנישואין חד מיניים, בעוד אחרות סירבו להכיר בהם. **למעשה אלו הכללים הכי פשוטים.**
2. **גישת כללי ברית הדין הבריטיים (נקראת גם גישת סימן 46)** – **סימן 46 לדבר המלך** היה הצינור שדרכו ייבאו את כל הדין האנגלי, במקום שאין תשובה בדין הפנימי הישראלי. כלומר, משום שאין תשובה לשאלה מה תוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין תושבי/אזרחי ישראל אנחנו נפנה לדין האנגלי מתוקף סי' 46 לדבר המלך. הדין האנגלי יותר מורכב מהדין האמריקאי – הוא מבחין בין הצורה של הטקס לבין שאלת הכושר להינשא: (1) את צורת הטקס אנחנו גוזרים לפי הדין של אותה שיטת משפט זרה בה הטקס נערך; (2) שאלת הכושר להינשא דנה בשאלה האם אדם יכול לנהל קשר תקף עם בן הזוג (האם בגירים, האם יהודי או לא יהודי, האם כבר נשואים, הגבלות פנים דתיות) – כלומר, ששאלת הכושר להינשא נגזרת לפי הדין האישי של בני הזוג, לכן אם האישה יהודה והגבר לא אז אין לבני הזוג כושר להינשא. עם זאת, אם 2 בני הזוג יהודיים, אך פשוט אינם רוצים לעבור את הטקס הדתי בישראל, וצורת הנישואין התקיימה כדין ← אז השיטה האנגלית מקבלת את תוקפם של נישואין אלה. **הדבר פותר את הבעיה של האידיאליסטיים בלבד.**
3. **גישת סימן 47** – גישה זו תוהה למה ללכת לסימן 46, משום שיש תשובה במשפט הפנימי – בדין האישי. אם קוראים היטב את סימן 47 בהחלט אפשר להעלות ממנו את הטענה שהכל נחתך לפי הדין האישי. כל מה שקשור בענייני נישואין וגירושין נקבע לפי הדין האישי; אין חסר שנדרש להשלים.

מהי תפישת ההלכה לעניין נישואין אזרחיים?

שאלה זו רלוונטית גם למצב בו יהיו נישואין אזרחיים בישראל עצמה – משום שיהיה לנו חשוב לדעת מה ההלכה אומרת על נישואין מעין אלו. לכאורה לא צריכה לעלות פה שאלה משום שלפי ההלכה אין אישות לישראל אלא בקידושין, ואם אין קידושין לא מכירים בנישואין בכלל ולא צריך אפילו גט. עם זאת, העסק מסתבך משום שיש 3 דרכים קידושין/לקניית האישה: (1) קידושי כסף (2) קידושי שטר (3) קידושי ביאה. אין רלוונטיות בנישואין האזרחיים לקידושי השטר (תעודה חתומה אינה מהווה קידושי שטר/כסף).

קידושי ביאה אומרים כי יתכן שבאמצעות היחסים האינטימיים מתקיים אותו מעשה קניין של הבעל שבוועל את האישה. ההלכה מייחסת כאן את האפשרות של רכישת קניין האישות באמצעות הבעילה עצמה. (רלוונטי רק לזוג יהודים). כל זה מסתבך כשמוסיפים לכך את הקונסטרוקציה והחזקה ש"אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כשיש לו אפשרות לעשות אותה בעילה לשם קידושין" – כלומר, החזקה אומרת שאדם תמיד יבקש לנהוג קשורה וכדין לפי אמות המידה המצופות ממנו כיהודי כשר (פה מדובר על הגבר במקרה זה) ולא בדרך לא מוסרית – אם יש לו אפשרות לקיים את יחסיו האינטימיים לשם קידושין הרי שיעשה זאת עפ"י החזקה, עם זאת היא ניתנת לסתירה.

אך מתי חזקה זו חלה? מה היקפה? האם יש לה סייגים? מה הראיות הנדרשות להוכחת הביאה והכוונה?

כמו כל סוגייה הלכתית יש לנו המון מקורות שהתמודדו עם השאלות האלה:

- **ריב"ש** (סוף המאה ה-14) התשובה הקלאסית ממנה מתחילים כל הדיונים, אף העכשוויים לעניין נישואין אזרחיים. הוא התייחס לגבי זוג שעבר טקס נוצרי (עוד לא היו נישואין אזרחיים) הגבר עזב אותה והיא נותרה בהריון. עלתה השאלה האם האישה צריכה גט או שלא היו פה בכלל נישואין והיא עדיין פנויה להינשא. הוא פסק כי **בנישואין לפי טקס גויים אין חשש קידושין**, משום שלא היה מתן קניין ואמירת הקידושין, אלא הכומר הוא זה שעושה את הברכה ומתן הטבעות. למתן הטבעות אין שום משמעות הלכתית ובכך הוא טיפל בצורת הטקס. הוא עובר לעניין הביאה – לדידו הביאה לצורך קידושין צריכה להיות מפורשת – שהוא מקדש אותה. זה רלוונטי לשאלה של נישואין אזרחיים משום שאנשים מלכתחילה עושים את הנישואין האזרחיים ע"מ של יהיו קידושין כדמויי. על מנת שביאה באמת תיצור קידושין היא צריכה להיות לשם יצירת קידושין – וכל מי שמקיים טקס אזרחי או חיים כידועים בציבור אפילו לא מבקש לעשות קידושין במפורש מתוקף מעשיו כך. אמנם, כבר היו דברים מעולם בהם הכירו בקידושי ביאה כקידושין, אך כיום קרוב לוודאי שהדבר לא יוחל לא על ידועים בציבור ולא על נישואין אזרחיים – משום שנדרשת כוונה ממש של קידושין כדמויי. כמו כן, הוא מוסיף שהחזקה הזו תוחל רק לגבי כשרים בעוד לגבי הפרוצים היא תיסתר – קידושי הביאה הכורו כקידושים כדמויי לגבי הכשרים שיכולים ליצור קידושין ממש במקום בו נאסרו קידושין דתיים ספרד, ברית המועצות וכו' ← לגביהם יכירו בקידושין וודאי או בספק קידושין ואז יידרש גט (לא גט לחומרא, אלא האישה תהיה חייבת בגט כדי לא להיחשב עגונה).

לפי הדין האישי היהודי, עד לבג"צ 2232/03 פלונית (בני נוח), התפיסה המקובלת הייתה שבהסתמך על תשובה הריב"ש ורבים אחריו – נישואין אזרחיים לא יוצרים קידושין משום שהחזקה הזו לא מוחלת בדורנו, היא לא מוחלת ביחס לחילונים שלא שומרים תורה ומצוות והיא לא מוחלת במקום שברור שהנישואין האזרחיים נעשו ע"מ להתחמק מהדין הדתי ולא להיחשב כנישואים כדמו"י. לכן, לא צריך גט מלכתחילה במצבים אלו. עם זאת, היו פעמים ביד"ר, אליו חייבים להגיע (בשל סמכותו הייחודית לענייני נישואין וגירושין), בהם הוא סידר גט אבל הגט הזה היה גט לחומרא – כלומר, שמשיקולים של "נראות" ומשיקולים של "מניעת הטעיית הציבור" לא רצו שאישה שנחשבה לנישואה תהיה מותרת להינשא לאחר ללא הגט, אך אם לא ניתן לסדר את הגט הזה (כמו במצבים של סחיטה, היעדרות, סרבנות) אז ניתן לוותר עליו.

כל זה היה המצב עד לבג"צ 2232/03 פלונית (בני נוח) – שם לא דרשו גט, אלא אמרו שהנישואין חסרי משמעות ואינם תופסים מלכתחילה, מסיבה זו פקיד הרישום יכול לשנות את הרישום מנישואים לפנויים (ולא גרושים אפילו) – זה מה שהפריע לאישה והתביעה שלה ממש לא נגעה לשיקולים כלכליים אלא נגעה לשאלת ההכרה, הנראות והסימבוליקה בהיותה נשואה, היא חשה פגיעה בזהותה באופן עמוק כשביד"ר אמרה שתקופת נישואיה לא היו מעולם. כך התחיל ה"פינג-פונג" של ביד"ר הגדול שאומר לביד"ר אזורי שכן היה צורך במתן פס"ד שאומר כי היה פה "משהו", ולכן כשמסיימים את הקשר נדרש איזה "משהו" לשם כך. הדבר הגיע לבג"צ, כשב"ק עוצר פה את הדיון ומקבל את הצעתו של הרב יעקבי להפנות שאלה לביד"ר – על בסיס מה הם מסיימים את הקשר הזה? האם רק משום שזה קשר אזרחי? ואם כן, אז לכאורה, מהרטוריקה של ברק, עולה כי היה מוכן להתערב בשיקולים המהותיים של ביד"ר בשאלה של סיום הקשר האזרחי הזה. הרב דיקובסקי מבין היטב שאם התשובה תהיה שביד"ר בכלל לא מכיר בנישואין אזרחיים ולא מייחס למוסד זה שום משמעות, אז עולה פה הסכנה של נטילת סמכות ע"י בג"צ (תיזת אי ההכרה) של המרצה – אם משהו מבחינתך לא קיים אתה לא יכול לדון בו). דיקובסקי בנה תורה שלמה, שהיא חידוש עצום בדורנו, תוך הסתמכות על מקורות עתיקים, לפיה יש 2 קומות של נישואין:

- נישואין אזרחיים – קשר זוגיות שמקבל הכרה מדינית. זוהי דרך שתופסת וחייבים בה כל האנושות (כל בני נוח).
- קידושין כדת משה וישראל – יוצרים קומה שנייה שתופסת רק לגבי יהודים שחייבים לקיימה.

מכאן משתמע שגם לנישואין האזרחיים יש משמעות מבחינה הלכתית – הם אומנם לא מחייבים בגט כי הם לא קידושין, אך יש פה משהו ונדרשת התערבות של ביד"ר לשם סיום ה"משהו" הזה, כאשר יש גם עילות לסיום אותו "משהו". פה דיקובסקי הלך הרבה יותר רחוק ומציג את עילת "תום הנישואין" לפיה הנישואין הגיעו למשבר שלא ניתן להגבר עליו ומדובר באלו גירושין ללא אשמה. הדבר גורם לברק להתלהב מכך שביד"ר מדבר בשפה אזרחיסטית ליברלית של גירושין ללא אשמה, אך הוא שכח שהעילה של "תום הנישואין" תוחל רק במקרה של נישואין אזרחיים ולא לגבי בני הזוג בישראל הנישואים בקידושין כדמו"י. הייתה פה הזדמנות פז לברק לגרום לכך שכל המכלול של הנישואין האזרחיים יצא מסמכות ביד"ר ויהיה נתון לשליטה אזרחית בלבד אך הוא החמיץ אותה באמצעות שיתוף הפעולה עם ביד"ר במקרה זה.

התפתחויות משפטיות בזירת המאבק על הנישואין האזרחיים בישראל

חקיקה

עלינו לזכור שיש לנו הוראות ספציפיות לכמה סוגיות שנוגעות לעבירות נישואין, למשל:

- ריבוי נישואין – לפי חוק העונשין עבירת הביגמיה חלה בין אם הנישואין של בני הזוג תקפים או לא (זאת גם אם הזוג לא התבקש להציג הוכחת רוקות, כמו בוואס למשל).
- התרת נישואין – מדובר על חוק השיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בינלאומית) (1969). חוק זה בא לתת מענה לזוגות נשואים שנישאו מחוץ לישראל (טרם עלייתם לארץ) שעד אז לא הייתה להם אפשרות להתגרש בישראל משום שהסמכות של בתי הדין הדתיים מותנה בכך ששני בני הזוג הם בני אותה דת – כלומר, שאם ישנו זוג "מעורב", אין מי שיגרש אותם. עם זאת, לבהמ"ש האזרחי יש סמכות שיורית לגרש, אך לא היה דין לכך ובגלל זה נחקק החוק הנ"ל שהיום מקנה את הסמכות לבהמ"ש לענייני משפחה. חוק זה מונה עילות לסדר את התרת הנישואין. בכל זאת, היו שניסו לטעון שבגלל שיש דין שמפרט עילות להתרת הנישואין האלה אנחנו למדים מכך שנישואין האלה תקפים בישראל – אך טענות אלו נדחו ואמרו שזה שיש דין שמאפשר לסדר התרת נישואין לא אומר שלנישואין אלה יש תוקף.
- ברית הזוגיות לחסרי דת – בשנת 2010 נחקק חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, אך כאמור יש קבוצה מאוד מצומצמת של אנשים שיכולים להיכנס תחת ברית זאת – שני בני הזוג חייבים להיות חסרי דת.

התחמקות משאלת ההכרה (התוקף/ה"סטטוס") לאורך כל השנים

התחלנו את הדיון מהגישות לפיהן בוחנים האם הנישואין האזרחיים תקפים, אך איזו גישה נבחרה מהגישות שפרטנו לעיל? למעשה, לא התקבלה תשובה לשאלה הזו משום שהפסיקה התחמקה מהשאלה הזו באופן שיטתי!

סעד הרישום וההבחנה בין הרישום לבין ההכרה (התוקף) – פונק שלזינגר; יישום בפרשת בן-ארי (מוביל בפועל לגילויי סטטוס ברובד**החיצוני בין בנה"ז לצדדים שלישיים)**

בראש ובראשונה הסעד שהתבקש בנושא של נישואין אזרחיים היה הסעד של רישום. פה יש לנו פס"ד שנישא בגאון **פרשת פונק שלזינגר** – מדובר על זוג שנישאו בנישואין אזרחיים, וביקשו להירשם כנשואים בישראל. הפרשה הזו מפורטת החל מפס"ד **בפס"ד בן-ארי ושומן** (זוג חד מיני שנישאו בנישואין אזרחיים בטורונטו שהייתה המחוז הראשון שהכיר בנישואין בין בני אותו מין והזמין את כל באי העולם להתחתן שם, בעוד כל המדינות האחרות שהכירו בנישואין אלו אפשרו זאת רק לאזרחי אותה המדינה). ההלכה שנפסקה בפס"ד פונק שלזינגר היא כי פקיד הרישום חייב לרשום כל עוד הציגו לפניו משהו שעל פניו נחזה להראות אותנטי ולא מזויף, אלא אם כן מה שמבקשים לרשום מפקיד הרישום נראה מזויף או לא נכון על פניו.

לאורך השנים התפתחה פה הפרדה בין שאלת הרישום לבין שאלת התוקף עצמו, שאלת המצב המשפטי ה"אמיתי" – היינו, הסטטוס. בין 2 שאלות אלו אמורה להיות תאימות משום שאם הגיור/הנישואין תופסים מבחינת סטטוס גם הרישום צריך להיות בהתאם. למעשה, לפי הלכה זו אם מכירים ברישום אנחנו מנטרלים את שאלת ההכרה והצורך בבחירה בין הגישות.

הענקת גילויי הסטטוס במישור מערכת היחסים הפנימית של בני הזוג

בהדרגה, אנחנו מגלים שאנחנו לא צריכים לדעת את איזה גישה נבחרה, כי זה לא רלוונטי לשום דבר, משום שמבחינת יחסי המדינה, המישור החיצוני, בו המדינה מול הזוג, הרישום מספיק ועושה את כל העבודה (מס הכנסה, ביטוח לאומי, צבא, קאנטרי והכל עובד) וכך אנחנו מגלים שגם במישור הפנימי אנחנו לא צריכים לדעת את זה.

שיתוף נכסים –

חל במישור הפנימי. הלכת השיתוף בוודאי שחלה, וגם **חוק יחסי ממון** כי הם רשומים כנשואים (היו פסיקות שניסו להגיד אחרת אבל נפנפו אותם). נכון להיום, בערכאות הנמוכות מחילים את **חוק יחסי ממון** גם על נישואים אזרחיים.

ירושה –**בפס"ד נישואי רומניה ("תערובת")**

עובדות: דובר על אדם מבוגר שהלך לעולמו בעת שהיה נשוי למטפלת הסיעודית שלו. הם נישאו ברומניה, נישואי תערובות (בין דתיים) והמשיכו להיות יחד כזוג נשוי עד לפטירתו. היא תבעה להיות מוכרת כיורשת שלו.

דיון והכרעה: בפס"ד זה יש מעין הכרה בסטטוס, שכן ניתן לראות מצב שבו יהיו השלכות לנישואין לעומת חיים משותפים ללא נישואין לצורך **חוק הירושה**. אבל כנראה שזה לא באמת משנה, כי קשה לחשוב על מצבים שבהם באמת יהיה קריטי לדעת אם הנישואין תקפים או לא אחרי שקיבלנו תשובה לגבי **חוק הירושה**, מזונות וההיבטים האחרים. **לברק** היה חשוב לומר שתוקפם של הנישואים האזרחיים מחוץ לישראל הינו לפי כללי ברירת הדין האמריקניים משום שהם המאפשרים ביותר, אך הוא לא אמר זאת ברציו כי הבין שמדובר ב"חבית נפץ" ← הדגשה שאין בפסיקתו הענקת סטטוס. עם זאת, הוא הכיר בנישואין אזרחיים לצורך **חוק הירושה** (גם לבני דתות שונות ולבני זוג מאותו מין).

ברק לא הכריע לפי ס' 55 **לחוק הירושה** ואמר שהיא ידועה בציבור משום שלא נטענה הטענה הזו ומשום שהדבר דרש חזרה אחורה לבחינת העובדות בערכאה קמא. ברור לנו שהוא רצה להגיע פה להכרה בנישואין בין דתיים בפס"ד לפחות לצורך **חוק הירושה**.

רצף פסיקות של ברק ערב פרישתו

הוא רצה להספיק לשנות, לפני שהוא פורש.

- **פס"ד נישואי רומניה ("תערובת")** – לעיל.
- **בג"צ 2232/03 (נישואי קפריסין) (בני נוח)** – שאלת ההכרה בנישואין אזרחיים כתקפים.
- **פס"ד בן-ארי ושומן (טורונטו)** – נישואין של בני זוג חד מיניים.
- **רע"א 8256/99 פלונית (נישואי פארגוואי) (ברק המזונות האזרחיים)** – לעניין היחסים הפנימיים. שם ברק דיבר על מזונות. בחלק הראשון של פסה"ד ברק אמר שיש 2 דרכים להכריע בשאלת המזונות – (1) דרך הסטטוס; (2) דרך החוזה, אך הוא בוחר בדרך החוזה משום לטענתו זה מאוד מסובך ולא ברור ואולי נגיע לתשובה שהסטטוס לא תופס ובכל מקרה נאלץ ללכת בדרך חוזה, לכן עדיף להתחיל מדרך החוזה מלכתחילה.

האם בכל זאת יש הכרעה בשאלת ברירת הדין?

עדיין, יש מצבים בהם קיבלנו מעין תשובה לעניין בחירת הגישה. יש לנו אוביטרים של **ברק** בהם הוא אומר:

- **בג"צ 2232/03 (נישואי קפריסין) (בני נוח)** – **ברק** אומר באוביטר, כי מהגישות הגישה הנכונה היא גישת סימן 46.
- **פס"ד נישואי רומניה ("תערובת")** – **ברק** הלך יותר רחוק ואמר שאנחנו מדינה של קיבוץ גלויות ופליטת עליה ולכן עלינו לבחור בדרך שמייצרת לנו הכי הרבה הכרה ותשובות חיוביות – כלומר, הדין האמריקאי.

אך עדיין אין לנו הכרעה בפסיקה.

לשם מה לנו סטטוס?

עם זאת, עולה השאלה למה בכלל נחוצה לנו ההכרעה? למה נחוץ הסטטוס? כלומר, האם הנישואין האזרחיים מחוץ לישראל תקפים?

שאלת הסטטוס מדברת לכאורה על ההשלכות אותן חשוב לדעת כדי ללכת איתן כלפי כולא עלמא. אך **אנחנו כנראה בכלל לא צריכים את זה באופן מעשי** – משום שבמישור החיצוני הרישום מספיק, ולצורך המישור הפנימי יש לנו תשובות נקודתיות לכל הבעיות שעולות. לכן, אין לנו באמת עניין בשאלת הסטטוס כי כל התשובות התקבלו בפסיקה.

המאבק שנשאר הוא כדי להביא למצב שאת הנישואין האזרחיים אפשר יהיה לעשות בישראל, מבלי לבצעם בחו"ל.

גירושין אזרחיים

תמ"ש 11264/12 פלוגי נ' משרד הפנים של **השופט אליהו** היה הראשון שעשה שימוש בתיזת אי ההכרה. בפס"ד זה הגיעו 2 גברים שביקשו לפתוח תיק גירושין בביד"ר. ביד"ר שלחו אותם החוצה כל פעם מחדש, ולבסוף הם פנוי לבהמ"ש לענייני משפחה. יותר אי הכרה מזה לא יכולה להיות – הם לא יכולים פתוח תיק גירושין וביד"ר לא יודע מה לעשות עם זה. השופט אליהו אמר שביד"ר לא מכיר בנישואין אזרחיים, הזוג מבקש להתגרש, ולכן באופן שיורי יש לו הסמכות בבהמ"ש לענייני משפחה. **בעקבותיו הגיעו עוד פס"ד רבים.**

באופן פרדוקסלי, מי שמחפש את המעטפת האזרחית ביותר, לגירושין אזרחיים בישראל, הם זוגות חד מיניים, הם היהודים היחידים בישראל שיכולים להתגרש בישראל שלא דרך בית הדין הרבני.

תגובת הנגד של ביה"ד הרבני – המלחמה על הנישואין האזרחיים**הגבלת הכריכה**

בג"צ 2232/03 פלוגית (בני נוח) אמנם **ברק** שיתף פעולה עם **הרב דוכובסקי**, אך הוא כן הגביל את הסמכות שלהם. הוא אמר שאמנם יש להם סמכות לדון בגירושין בנישואין אזרחיים, אך אין לו סמכות כריכה של שום נושא אחר – הוא יכול לדון רק בגירושין של נישואין אזרחיים בביד"ר. זאת בשל חוסר כנות הכריכה – משום שזוג שנישאו בנישואין אזרחיים לא רצה להיות כפוף למוסד הזה, אז למעשה בעצם הכריכה התוצאה שניסו להגיע אליה הוא הפקעת זכויות ואין לאפשר זאת.

ביד"ר לא מקבל את דבריו של ברק – התקבלו פס"ד שניסו להילחם בברק ואמרו שניתן לכרוך גם בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל וכי אין פה שום תיזת אי הכרה.

ב 764411/1 אזורי נתניה 3.10.10 עלה עניין הכריכה בנישואין אזרחיים. היה שם דיון הלכתי ארוך בדבר מעמדו ההלכתי של **חוק יחסי ממון** ועל השאלה האמנם יש חיוב הלכתי בתשלום מזונות במקרה של נישואין אזרחיים. המסקנה (המפתיעה...) בסיומו היא שמכוח "מנהג המדינה" ביה"ד כפוף לחוק, ואף לחובת המזונות בנישואין אזרחיים! ולכן הכריכה כנה...

מסורבות גט

בניגוד גמור לקו שהוביל **דיכובסקי** **בפרשת בני נוח**, ובניגוד לכל מה שהיה מקובל עד אותה הנקודה, כי נישואין אזרחיים לא יוצרים קידושין ולא ספק קידושין וכי אם יידרש גט יהא זה רק גט לחומרא – אנחנו רואים יותר ויותר **מצבי עגינות ברורים בנישואים אזרחיים!!** יותר ויותר פסקי דין רבניים שאומרים שהם לא יכולים להיות בטוחים שלא הייתה כאן כוונת קידושין – לכן יש ספק גט, וזה יוצר מצבי סחטנות, סרבנות ועגינות ברורים.

בכך ביד"ר למעשה מנכסים לעצמם את הסמכות בכל הנוגע לנישואין אזרחיים, דבר שעשוי לאותת לנו גם על העתיד, במצב בו ניתן יהיה לערוך נישואין אזרחיים אף בישראל – אז אולי יראו בנישואין אלו ספק קידושין.



*** הקוביות זה המתקפות של המערכת האזרחית לתוך המערכת הדתית – נגיסת הסמכויות של המערכת האזרחית בדתית. ואילו האליפסות זה התגובות של המערכת הדתית לכך.

שיעור מרצה 20 – 11/06/2019

קצת נתונים

(תרשים 1.15) כמו הרבה דברים בציבוריות הישראלית, בוודאי דברים שנוגעים לפוליטיקה וליחסים הקשים בין דת למדינה, יש הרבה מאוד מידע שגוי. אמנם שמענו הרבה על ירידה באחוזי הנישואים ברבנות אך עפ"י נתונים עדכניים ניתן לראות כי עדיין יש אחוזים גבוהים מאוד של נישואים דתיים בישראל – הנתונים נשארים יציבים ואין עליה מטורפת בנישואים בתוך ומחוץ לישראל. (מופיע במצגת – נישואים אזרחיים)

ניתן לראות אשליה אופטית באחוזי הנישואים מחוץ לישראל בין 2013 לבין 2015 ← זאת משום שלוקח להם זמן לדווח על שינוי הסטטוס, או שחלקם אף לא מדווחים כלל.

טבלה זו מראה רק את מי שעשו נישואים, ולא מציגה לנו את הזוגות שחיים יחד ללא נישואים (ידועים בציבור, טקס פרטי וכו') – אולי שם יש עליה מטורפת כמו שהאידיאולוגיים טוענים (אך, בפועל, אין באמת עליה).

(תרשים 1.19) ניתן לראות כי רוב הנישואים בחו"ל הם זוגות מעורבים ← כלומר שרוב מי שנוסע להינשא מחוץ לישראל הם זוגות שלא יכולים להינשא בכלל בארץ או אידיאולוגיים (מופיע במצגת – נישואים אזרחיים)

למעשה, בדרך כלל אלה שמבקשים לקדם את הנהגתם של נישואים אזרחיים בישראל ומדברים על הנהירה הגדולה לחו"ל הם האידיאולוגיים. אך הנתונים מראים אחרת – מי שעושה את זה עושה את זה בליט ברירה היות ואינם יכולים בישראל (עם זאת זו סיבה מספיק גדולה כדי להנהיג נישואים אזרחיים בארץ).

בפועל, הרוב "מתיישרים" על דרך המלך ונישואים דרך הרבנות – כנראה משום שההורים מכריחים / משום שנוח יותר / יותר זול / הגשמת חלום וכו'....

בעד או נגד הנהגתם של נישואים אזרחיים בישראל

האם יש להנהיג נישואין אזרחיים באופן בלעדי ללא אופציה אחרת? האם יש להנהיג נישואין אזרחיים כאופציה נוספת על הנישואין הדתיים? ואם יש 2 מסלולים – האם אפשר לפרק קשר אזרחי בדרך דתית? ואם יש רק נישואין אזרחיים – האם זה אומר שאין בכלל הכרה בנישואין דתיים? ← למעשה יש סדרה שלמה של שאלות שצריך ללבן בעניין הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל.

הזכות לנישואין כזכות יסוד; האם דמוקרטיה רשאית להגבילה מסיבות דתיות (ר' עמדת היועמ"ש

בפרשת נישואי רומניה, פסקה 10)?

אנחנו דנים פה באחת מזכויות היסוד, האזרח, הבסיסיות ביותר של כל אדם והשאלה הגדולה, שיש עליה תשובה במשב"ל, היא האם דמוקרטיה רשאית לפגוע בזכות היסוד הזו מסיבות דתיות? התשובה: לא!

ההצעות השונות העומדות על הפרק

- **פרשת נישואי רומניה** – ברק הכיר בנישואים בין דתיים כנישואים שמקנים זכויות לצורך חוק הירושה.
- **הצעתו של שיפמן** – פרסם חוברת שנקראה "מי מפחד מנישואין אזרחיים". הוא ביקש לשנות את המשטר החוקתי בישראל כך שהדרך היחידה להינשא ולהתגרש תהיה רק בדרך האזרחית. זאת בעוד הזוגות שיחפצו בכך יהיו רשאים להוסיף גם טקסים דתיים (כפי שקורה בכל מקום בעולם בו יש קהילה יהודית).
- **הצעתו רוזן צבי** – דגל במסלולים מקבילים. כשמדובר על מסלולים מקבילים הכוונה היא שחייבת להיות בחירה עקרונית בראשית הדרך, והבחירה הזו מלווה את הזוג לאורך כל הדרך (גם בגירושין). זה אומר כי אם יש מסלולים מקבילים, המדינה חייבת להכריע בשאלת מי זה המסלול הדתי – ברגע שמשאירים מסלול דתי שיהיה מוכר מטעם המדינה, אנחנו שוב באותו מקום של הגבלת ההכרה המדינתית בזרוע דתית – העולם הדתי בנוי מכל מיני זרמים, ואם נכיר רק זרם אחד זה מייצר בעייתיות. לכן במובנים רבים, הצעתו של שיפמן להנהגת נישואים דתיים באופן בלעדי והותרת הבחירה במסלול הדתי לאחר מכן לזוג היא הגיונית.

איפה הבעיה – בנישואין או בגירושין?

הלב של הבעיה הוא הגירושין. זו הבעיה איתה מתמודדות קהילות יהודיות בכל מדינה שבה קיימות קהילות יהודיות מאמינות, כשההסדר המדינתי הוא הסדר אזרחי. הזכרנו את זה כשדיברנו על מצוקת הגירושין, אז דיברנו על כל מיני ניסיונות לפתרון מתוך ההלכה עצמה – בין היתר, תנאי בקידושין. פתרון זה נהגה כשהחלו להנהיג את הנישואין האזרחיים בצרפת. הגירושין במצב זה הוא ללא אשמה, הנישואין והגירושין מתבצעים באופן אזרחי. אך, אם אותו זוג עשה גם טקס דתי, לאחר הגירושין האזרחיים מעמדם הדתי הוא עדיין כנישואים – ברמה האזרחית הם יכולים להינשא שוב, אך ברמה הדתית עדיין לא (האישה היא עדיין אשת איש ונוצרת סכנת ממזרים).

מדינות בהן יש הפרדה בין דת למדינה ויש ריכוז מאוד גבוה של יהודים בעלי כוח פוליטי (ארה"ב, צרפת, אוסטרליה וכו') חוקקו חוקי גט בכדי לתת לבעיה זו מענה. החוקים הללו, שנחקקו בשנת 1984, קובעים כי כל מי שמבקש להתגרש ובנוסף לנישואין האזרחיים נישא בטקס דתי, חייב להצהיר שהם הסירו את המכשולים בפניו בן הזוג לנישואין דתיים חוזרים. הדבר עורר דיונים רבים, בעיקר בשל ההפרדה בין הדת למדינה, אך גם בשל הקושי ההלכתי (גט מעושה, האם זה תופס וכו'). בסופו של דבר החוק הזה לא היה מאוד אפקטיבי, משום שהוא מכריח רק את הגבר, התובע, אך אישה לא יכולה להסיר בעצמה את ההגבלה והיא לא יכולה להצהיר את זה – כאן זה באמת יהיה גט מעושה. בשנת 1995 תיקנו את עניין חלוקת הרכוש אשר היא לפי שיקו"ד שיפוט, ולא לפי הלכת השיתוף. ישנם מספר גורמים שבהמשך צריך לקחת בחשבון בעת החלוקה, ביניהם עיכוב נישואין חוזרים של בן הזוג.

אלו השיטות שניסו להתמודד עם הקושי הדתי בנישואים האזרחיים, אותם קשיים שעשויים להתעורר אם נישואים אזרחיים יונהגו בישראל. בישראל אם זה יהיה הכיוון, לא תהיה בעיה לחוקק את כל הכלים האזרחיים שיש בהם לשנות את המאזן ולתת פתרון לגירושין עצמם.

מאיפה ההתנגדות הכל כך עמוקה להנהגתם של נישואי אזרחיים? הקשר בין הסכסוך הלאומי לשאלת הנישואין האזרחיים

ההתייחסות המקובלת היא שלא מפעילים את החזקה של "אין אדם עושה בעילתו..." לכן, מבחינה הלכתית נישואין אזרחיים אינם נישואים מבחינת ההלכה – הגבר לא התכוון לקדש את האישה כדמו"י במסגרת יחסיהם האישיים. עם זאת, עדיין ניתן ליחס פה ספק קידושין. על כן, השיקולים שעומדים תחת ההחלטה להתיר את הנישואין האזרחיים הם שיקולים פוליטיים – יחסי כוח, מה יהיה נכון יותר עבור הממסד הרבני וכו'.

עם זאת, אם תישאר הגישה של היום, שלא מייחסת חשש קידושין לנישואין אזרחיים, הבעיה ההלכתית היא בכל זאת בגירושין עבור אלו שעשו נישואין דתיים ואותה אנחנו יכולים למתן ברגע שנאמץ את המנגנונים שקבעו לכך מדינות אחרות. הבעיה הלאומית שכן נותרת היא בעיה של התבוללות – **אנחנו מאפשרים ככה נישואין בין דתיים** – כל עוד הנישואין המתירים בישראל הם נישואין דתיים, הדתות שומרות על הגבולות המוגדרות שלהן. מה שמדינת ישראל, המחוקק האזרחי הלא דתי, עוד כשלא היה כוח למפלגות הדתיות, בשימור ההפרדה הדתית בענייני נישואין וגירושין היה ייפוי כוחם של הדתיים הדתיים לשמור על הגדרות הלאומיים ולשמור על כך שהכניסה לקולקטיב היהודי לא תהיה באמצעות נישואין ולא תתאפשר שום כניסה לקולקטיב היהודי שלא בדרך דתית של גיור (כאשר גם בגיור ישנן מלחמות בשל השליטה הדתית לה הוא נתון). המפלגות החילוניות, להן היה הכוח הפוליטי המירבי, עשו את זה משום שזה משרת את האינטרסים שלהן – אם יחוקקו חוק נישואין אזרחיים לא יעלה על הדעת שימנעו נישואין בין דתיים, לכן מה שהמפלגות האלה עשו נוח לכולם (לערבים, ליהודים, לנוצרים וכו') – שהדת עושה את העבודה "המלוכלכת" הזו ומגבילה את הנישואין הבין דתיים. **מסיבה זו כל עוד הסכסוך הלאומי ממשיך אין סיכוי להנהגת נישואין אזרחיים בישראל.**

עם זאת, **כן יש נישואין אזרחיים בישראל** – משום שאנחנו כן מכירים בנישואין שהתקיימו מחוץ לישראל. אך בבחינת הנתונים יותר לעומק, נבחין כי אין נישואין בין יהודים למוסלמים – הסכסוך הלאומי הוא כל כך עמוק שהקשרים הזוגיים האלה הם לא בגדר אפשרות ריאלית.

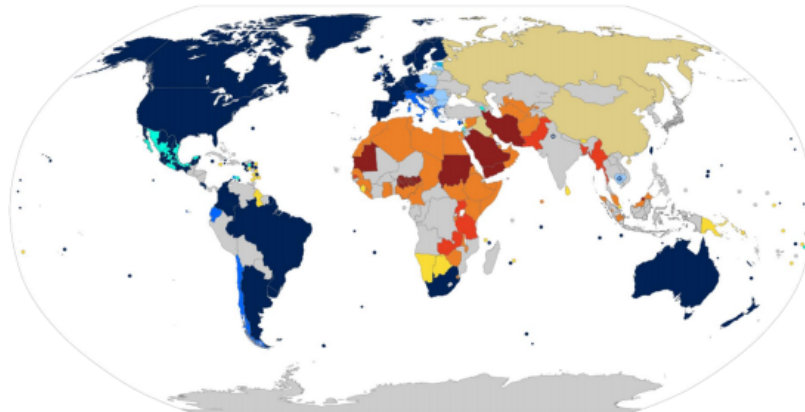
על כן, בסופו של דבר, בנקודת הכניסה כן יש בחירה מסוימת, עדיין בנקודת הגירושין אין להם בחירה והם מגיעים למוסד הדתי.

זוגות בני אותו מין

ספקטרום ההתייחסות מצד המדינה

מצב זכויותיהם של להט"בים נכון להיות בעולם:

יוני 2019



הומוסקסואליות בלתי-חוקית / מוגבלת בחוק:

מדינות בהן קבועה ענישה בחוק, אך הוא אינו נאכף
מדינות בהן החוק מגביל את חופש הביטוי וההתאגדות של להט"בים
מדינות בהן נהוג עונש מאסר ללהט"בים
מדינות בהן נהוג מאסר עולם ללהט"בים
מדינות בהן נהוג עונש מוות ללהט"בים

הומוסקסואליות חוקית:

מדינות המאפשרות נישואים חד-מיניים
מדינות המאפשרות סוגים אחרים של שותפות, כגון איחוד אזרחי
מדינות המכירות בנישואים חד-מיניים שנערכו במדינות אחרות
הכרה בנישואים חד-מיניים ברמה הפדרלית, אך לא ברמת המדינה
מדינות שלא מאפשרות איחוד אזרחי או נישואים חד-מיניים

הערה: עיגול צבעוני מציינ חקיקה מקומית או פסיקות בודדות של שופטים מקומיים.

יש ספקטרום של התייחסות מצד המדינה: (1) גישה אוסרנית; (2) דה-קרימינליזציה; (3) גישה מגוננת; (4) גישה תומכת.

גישה אוסרנית

קרימינליזציה, ענישה ברמות שונות. הגישה הזו רווחת ב-72 מדינות בעולם, בעוד 14 מהן מטילות עונש מוות.

בישראל גישה זו נזנחה בשנת 1988 באופן רשמי, וקודם לכן, כבר בשנות ה-50 – חיים כהן, היועמ"ש לממשלה, הורה שלא לאכוף את העבירה 'מעשה סדום' / 'משכב זכר' – בעוד רק בשנת 1988 מילים אלו נמחקו מהחוק.

גישה "סובלת" – דה-קרימינליזציה (ביטול עבירת "מעשה סדום" 1988)

לא נוקטת שום עמדה, אך לא מתירה במפורש או אוסרת במפורש.

גישת זכויות אדם – גישה מגוננת

לפיה צריך להגן מפני הפליה – יחס שולל זכויות ולא מאפשר / מעלים ענין מהפליה / אלימות / רדיפה של אנשים על בסיס נטייתם המינית וזהותם המגדרית. כל אימת שאנשים מופלים לרעה על בסיס נטייה מינית או זהות מגדרית המדינה חייבת לאסור את זה ולהגן מפני הפליה כזו.

בישראל, הצעד הראשון בכיוון הזה נעשה בשנת 1992 כאשר בחוק שווי הזדמנויות בעבודה נוספה עילה שאוסרת הפליה על בסיס נטייה מינית (הם הפכו לקבוצה מוגנת).

את השינוי הזה יש לזקוף לזכות האגודה להגנה על זכויות הפרט. ארגון זה הוקם בראשית שנות ה-70, כארגון הראשון שהוקם להגנה על זכויות להט"בים. הם נרשמו על שם זה משום שרשם העמותות סרב לרשום אותם, תחת האיסור הפלילי על מעשי סדום בחוק העונשין.

התיקון משנת 1992 יותר משמעותי מאשר עצם האיסור על אפליה בעבודה – הוא חלק מהתפתחות המשפטית בשאלות של שוויון חוקתי בישראל. תיקון זה עמד בבסיס **פס"ד דנילוביץ** (אל על) – שהוא אחר מפסה"ד המשמעותיים והדרמטיים ביותר, הוא פסה"ד שפתח את הפתח של עליהם על ברק בתור אויב העם, עוד לפני **פס"ד בבלי**, פס"ד דנילוביץ עמד אף בבסיס ההפגנה נגד בהמ"ש העליון וברק. פס"ד זה הוא אחד מאותם פסה"ד שברק לא היה מחויב לתת אותם באופן שנתן היות וניתן היה להגיע עמוד 87

לאותה תוצאה מבלי להשתמש ברטוריקה הגבוהה לתיאור זוגיות בין בני אותו מין כזוגיות שווה לחלוטין לזוגיות הטרוסקסואלית. אכן, פס"ד זה פתח את הפתח לסדרה שלמה של פס"ד והתפתחויות משפטיות נוספות כמו **גישה תומכת** בדמות הנחיות היועמ"ש לאורך השנים, פסיקה, חקיקה ורגולציה.

מבחן הלגיטימציה האולטימטיבי ליחידה המשפחתית של בני אותו מין

עם זאת, כל ההחלטות הרגולטוריות לא הביאו להשוואה באופן מלא. השאלה היא לאיזה זוגות בני מינים מנוגדים אנחנו משווים את הזוגות בני אותו מין – אם אנחנו מחפשים השוואה מלאה לכל מי שיכולים להינשא בישראל, אז ברור שאין להם מעמד שווה; אך אם נבחן זוגיות בישראל ככוללת באופן מלא ושווה את הידועים בציבור וגם את מי שנישא מחוץ לישראל עדיין נראה שיש פער לעניין הזוגות החד מיניים בהיבטי הורות.

מבחן הלגיטימציה האולטימטיבי ליחידה המשפחתית של בני אותו מין נחלק ל-2:

הכרה בזוגיות –

כל עוד אין נישואין אזרחיים בישראל, אז ברור שלא יהיה גם נישואין חד מיניים בישראל. בבחינת ההתפתחויות הפוליטיות – המפלגה היחידה שהגישה הצעות חוק לברית הזוגיות וכללה בני מינים מנוגדים הייתה מרץ. אכן, ישראל נחשבת לאחת המדינות היותר מכירות ויותר מאפשרות לזוגות להט"בקים, משום שהם לכאורה מקבלים כמעט את כל מה שמקבלים הזוגות הלא נשואים / נשואים בנישואין אזרחיים.

הכרה בהורות –

פה ההתפתחויות הדרמטיות ביותר בשנים האחרונות. נכון להיום, לא מאפשרים לזוגות חד מיניים לבצע הליכי פונדקאות, אך כן מאפשרים להם להיות הורים בדרכים אחרות.

ע"א 10280/01 טל ירוס-חקק נ' היועמ"ש, נט" (5) 64 (אימוץ יחיד במשפחה של שניים בני אותו מין)

זה היה פסה"ד הראשון בו בהמ"ש העליון התמודד עם שאלת ההכרה באימוץ של בת הזוג האחת את הילדים של בת הזוג האחרת. המהלך שם היה מאוד מסובך בגלל שחוק האימוץ קובע בס'3 כי אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד – כלומר שזוגות חד מיניים לא יכולים לאמץ יחדיו. עם זאת, הסעיף מאפשר אימוץ ע"י אקרויטיקה פרשנית, תוך שימת דגש על טובת הילד.

פסה"ד מתמקד בשאלה האם תא משפחתי של זוג חד מיני נכון עבוד הילדים? כשבוחנים את השאלה הזו צריך להבין שמדובר על מצב קיים, אליו נולדו כבר הילדים – וזה לא אותו דבר כמו לשאול האם אפשר לאפשר אימוץ חיצוני, של ילדים שאינם קשורים להורים מבחינה ביולוגית? בפס"ד זה דיברו בפירוש על סיטואציה שקיימת כבר עכשיו כשההכרעה הייתה לאפשר את זה.

בעקבות פסה"ד קיבלנו את הנחיות היועמ"ש משנת 2008 – "יש לפרש את המונח 'בן זוג' לעניין **סעיף 3(1)** ככולל גם בן זוג מאותו המין המבקש לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוגו. לפיכך, בנסיבות של אימוץ ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוג חד מיני, יש לנקוט בהליך לפי **סעיף 3(1)** כאמור, שהוא דרך המלך ההולמת מקרים אלה, ולא בהליך העקיף והמלאכותי לפי **סעיף 3(2)** ביחד עם **סעיף 25(2) לחוק**".

האם בני זוג בני אותו מין הינם איש ואישה?

ע"א 3245/03 מחוזי נצרת – הדיון היה על ס'55 **לחוק הירושה** שמדבר על איש ואישה, נקבע שהם כן יכולים להכלל תחת ההגדרה של איש ואישה. המדינה וגורמים אחרים החליטו שלא להערער על החלטה זו וזה נשאר הדין נכון להיום. עם זאת, לצורך ס'11 בני זוג חד מיניים לא הוכרו כאיש ואישה עדיין.

שאלת הלגיטימציה החברתית-דתית

ישנן התפתחויות רבות בתחום הזה. ניתן לראות במצגת תמונות שנראות לגמרי כמו חתונה דתית, אלא שמתחת לחופה עומדים זוג גברים. עם זאת נציין כי הקבלה הזו לא רווחת בקרב כל הציבור עדיין.

שיעור מרצה 21 – 12/06/2019

הזכות הורות לחד מיניים

הדילמות / סוגיות שעומדות לפתחנו בהקשר של הורות של בני זוג בני אותו מין נותנים לנו זווית מאוד מסוימת ומאוד מדויקת לשאול את השאלות הגדולות באמת – שאלות שאנחנו לא כל כך נותנים עליהם את הדעת – כמו: מהי משפחה? ממה היא נוצרת? האם היא יצירה אורגנית? אולי זה מוסד שהחברה / מדינה / משפט יוצרים? אולי היא שילוב של שני הדברים? מה קורה כשהיצירה האורגנית של המשפחה משתבשת והאם צריך להבחין בין הסיבות לשיבושים אלו? האם צריך להבחין בין זוגות חד מיניים שזקוקים להתערבות של הטכנולוגיה החדשות בהולדה, לבין זוגות שאינם יכולים להביא ילדים בדרך טבעית בשל משהו ביולוגי? **כל שאלות אלה עומדות בבסיס סדרה של פסה"ד בהן השאלות הללו התעוררו. לכאורה, המחוקק הוא זה שצריך לפתור שאלות אלה, אך כשהוא לא עושה כן אז זקוקים לפתרונות של הערכאות השיפוטיות בפס"ד כמו ברנר קדיש, ממט-נגד, ירוס חקק וכו'.**

בהרבה מפסה"ד יש לנו את שמות הצדדים משום שהם דווקא רוצים את ההכרה הזו, בהם כזוגות – הם למעשה פונים בבקשה מיוחדת לבהמ"ש לפרסם את השמות שלהם משיקולים של מלחמה אידיאולוגית וקידום שוויון.

לאחרונה, שונה חוק הפונדקאות באופן שמאפשר לנשים יחידיניות לבצע הליכי פונדקאות, בעוד לגברים לא מתאפשר הדבר – מה שבקצהו פוגע גם בגברים החד מיניים. גם במחאה הזו, על הפונדקאות, חלק מפסה"ד שלנו נטלו בהם חלק.

המהלך בירוס חקק

נקטו בפסה"ד באקורבטיקה פרשנית, כאמור, בחוק האימוץ.

מה שחשוב לנו הם דברי היועמ"ש לממשלה: "יש לפרש את המונח 'בן זוג' לעניין **סעיף 13(1)** ככולל גם בן זוג מאותו המין המבקש לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוגו. לפיכך, בנסיבות של אימוץ ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוג חד מיני, יש לנקוט בהליך לפי **סעיף 13(1)** כאמור, שהוא דרך המלך ההולמת מקרים אלה, ולא בהליך העקיף והמלאכותי לפי **סעיף 25(2)** ביחד עם **סעיף 25(2) לחוק**".

רציונל הנחיות היועמ"ש לממשלה לאחר פרשת ירוס חקק:

"הגישה העקרונית המנחה את היועמ"ש לממשלה היא כי יש להבחין בין עניינים ממוניים-סוציאליים, בהן צריך לנקוט עמדה פרקטית וגמישה ברוח הזמן והמציאות החדשה, לבין ענייני מעמד אישי ויצירת סטטוס, בהם יש לנהוג בזהירות, ובדרי"כ הסדרתם היא עניין למחוקק"

היועמ"ש מבחין בין יצירת הסטטוס – אשר נתון לשליטת הדין הדתי, ולכן הוא אומר שרק המחוקק יכול להכריע בעניינים אלו; לבין עניינים ממוניים-סוציאליים.

היועמ"ש הדגיש כי הוא לא יוצר באמירותיו משפחה חדשה – כדי להימנע מהביקורת הרבה.

יש לשים לב לכך שלאחר פסה"ד שהכיר באיש ואיש ואישה לצורך חוק הירושה, היועמ"ש החליטה לא לערער.

העניינים שיהיו תחת עניינים ממוניים-סוציאליים – היועמ"ש מקבל את השינוי המציאותי ואת התאים הזוגיים והמשפחתיים החדשים ולכן מחיל עליהם את כל מה ששייך להיבטים של ההשלכות הכלכליות של חיי משפחה, בין אם מדובר על הרוב של היחידה הזוגית מול המדינה (בדרי"כ הביטוח הלאומי), ובין אם מדובר בתוך המערכת הזוגית עצמה (כמו ירושה)

עם זאת, **העניינים שיהיו תחת ענייני מעמד אישי ויצירת סטטוס** אותם היועמ"ש מונע מבני זוג חד מיניים – הוא לא מכיר בזוגות לצורך עניינים אלו, כאיש ואישה.

מנגד, אפשר לחשוב גם על הכרה באימהות / אבהות (הורות) הם סטטוס לכל דבר – ולאמירותיו של היועמ"ש בעניין יצירת הסטטוס יש השפעות על זוגות חד מיניים – לא הולכים רחוק עד כדי לקבוע סטטוסים חדשים ואת זה הוא מותיר למחוקק. אך, האם בעקבות ההנחיות **בירוס חקק** הוא לא יצר דרך להורות אחרת באמצעות חוק האימוץ? הוא אמר שלא, אלא שהוא פתח את הערוץ הקיים גם למצבים של 2 אימהות, כשהמצב הקיים בשטח הוא שלילד באמת יש אימהות (בין אם זה באימוץ ובין אם זה בדרך של הפריה חוץ גופית – הן מתפקדות כ-2 אימהות וכל שנתן זה הכרה). עם זאת, זה לא אומר שמלכתחילה אפשר לתת את האימוץ לזוגות חד מיניים – לא מתאפשר אימוץ ילד "חדש" לזוגות חד מיניים, אלא ניתן רק לאמץ ילד ביולוגי או מאומץ של ההורה ה-1, ע"י בן זוגו החד מיני. כלומר שכל מה שהיועמ"ש עשה היה לאפשר התאמת ה"כותרת המשפטית" למצב הקיים בשטח.

עם זאת, כיום, זוגות בני אותו מין כן יכולים לאמץ, אך רק ילדים "פחות רצויים" ע"י הזוגות ההטרסקסואליים – כלומר, ילדים מעל גיל 4-3 (לא תינוקות) או ילדים שסובלים ממומים כלשהם (נוצר פה מעין מדרג).

פרשת ברנר-קדיש

עובדות: פרשת ברנר קדיש היה סיפור על בנות זוג ששהו בארה"ב לצורך לימודים עברו שם הליך של אימוץ – האחת ילדה והאחרת קיבלה צו אימוץ שמכיר בהיותה אם נוספת של הילד הביולוגי של בת הזוג שלה – היו להן 3 ילדים, כש-2 כבר היו רשומים בכל מיני קונסטלציות כילדים של שתיהן, בעוד המאבק המשפטי היה על הילד השלישי – כלומר שהיו פה פערים בעניין הסטטוס בין 3 ילדים שגדלים כאחים לכל דבר ועניין, כש-2 יש 2 אימהות ול-1 יש אמה אחת. בנות הזוג מגיעות לפקיד הרישום עם צו האימוץ האמריקאי אך הוא מסרב לרשום את הילד. בנות הזוג ביקשו לפתור את העניין בהתאם **להלכת פונק-שליזינגר** – שלפקיד הרישום אין שיקוי"ד כאשר מונח לפניו מסמך שנראה אמין ואותנטי, אלא אם כן מה שהונח לפניו נראה כטעות גלויה על פניה. במקרה דנן, פקיד הרישום אמר לבנות הזוג שלא יתכן כי לילד יש 2 אימהות – כלומר שהמקרה נכנס לחריג של **הלכת פונק-שליזינגר**. מכאן הערעור לבג"צ.

עלתה השאלה – האם זה עוד פס"ד בסדרת פונק שליזינגר (שהיו בענייני רישום נישואין אזרחים והכרה ורישום בגיורים שנעשו מחוץ לישראל)?

בעקבות **פונק-שלינגר** נוצרת ההבחנה בין הרישום לבין הסטטוס ← אנחנו מאפשרים את הרישום, אך אומרים כי הדבר לא מהווה סטטוס. בכך אנחנו נכנסים לשאלה האם הדבר משקף את המציאות באופן אותנטי ומגדירים כי יש פה 2 מישורים.

על ברנר-קדיש הייתה ביקורת לא מבוטלת – כי לא ניתן עוד לעשות הבחנה בין הרישום לבין הדברים כמו שהם (היינו – האם יש פה באמת הורות ע"י 2 אימהות) – משום שצו האימוץ הוא צו משפטי שיוצר זיקת הורות במקום שאין זיקה ביולוגית, לכן לא ניתן להגיד שזה יישום של **הלכת פונק-שלינגר**. (רה"ק לא נכנסה לדעותיה על הביקורת). בפסה"ד אף הייתה גם דעת מיעוט של **השופט זועבי** (כיסא דתי).

בהתחלה, משרד הפנים סרב לקיים את הכרעת בג"צ וביקש להמתין עם הרישום עד לתום הדיון הנוסף, אך בג"צ סרב להמתין.

בדיון נוסף, בג"צ משך את ההחלטה במשך תקופה ארוכה, ובסופו של דבר בג"צ המליץ על משיכת הבקשה בשל פס"ד אחרים שיצאו בינתיים. העתירה אכן נמחקה **תוך זה שהמדינה מגבילה ואומרת שהיא מכירה באופן זה רק במצבים שניתן צו אימוץ מחוץ לישראל, וכל שמבקשים הוא רישום בהתבסס על זה.**

בהמשך נראה כי למרות ההסתייגויות האלה, ההשלכות של ברנר-קדיש הן יותר רחבות והדבר הפך להלכה מנחה בכל יצירת הורות מחוץ לישראל.

פרשת בן ארי ושומן

גם פה נשאלה השאלה האם גם פס"ד הוא מרצף **פס"ד פונק-שלינגר**, או שגם פה יש משהו שונה שמחריק אותנו מהעניינים הטכניים של רישום בפני פקידי הרישום.

המדינה טענה כי זה לא עוד פס"ד ברצף **פס"ד פונק-שלינגר** משום שאין תבנית מסוימת לזוגיות של בני אותו מין – כלומר שפקיד הרישום יכול לסרב לרשום משהו שלא קיים.

פס"ד פונק שלינגר ניתן בראשית שנות ה-2000, בעולם בו רק מדינות בודדות מאפשרות הכרה כלשהי בנישואין/זוגיות חד מינית. ואמנם כן ראינו הכרה כידועים בציבור של זוגות חד מיניים. אך, הטיעון של המדינה באותה העת אינה מופרכת וניתן לטעון שה"תבנית" הזו אינה נוכחת עוד באותו שלב – זאת גם בספירה הבינלאומית, שם הזכות לנישואין של בני זוג חד מיניים היא אינה עוד זכות מוקנית לפי הדינים הבינלאומיים. גם באירופה עצמה, וכן ביתר העולם – עדיין לא הכירו בזכותם של בני אותו מין לנישואין, בוודאי שבמקומות רבים עוד הייתה הגבלה על עצם קיומה של הזוגיות.

עם זאת, המשפט הבינלאומי כן אמר שאם יש במדינה משהו שהוא פחות מנישואין, כן צריך לאפשר את זה לבני זוג חד מיניים.

מי שכן קיבל את הטיעון של המדינה היה **השופט רובינשטיין** שהיה בדעת מיעוט.

*** הן **זועבי** **פרשת ברנר-קדיש** והן **רובינשטיין** **בפרשת בן ארי ושומן** היו "הכיסא הדתי" – כלומר שבכל הדיונים בעניין תמיד נראה את הפערים בין הדעות האידאולוגיות שלהם.

בפסה"ד **רובינשטיין** הסיר את המסווה מעל ההבחנה המלאכותית בין רישום לבין הכרה וגורס כי **הלכת פונק-שלינגר** כבר נמתחה מעל ומעבר: "הדם מן היישוב אינו מבחין בין הרישום לבין ההכרה בסטטוס" – כלומר **שאינן מה לעבוד על כולם בעניין, ובסופו של יום אין באמת הבחנה בין הרישום לסטטוס** ← ברגע שזוג רשום כנשוי הוא יקבל את כל התנאים שזוגות שנישאו כדמו"י יוכרו, הורים הטרנסקסואליים יקבלו וכו' – ההבחנה היא משחק למשפטנים ובפועל לא באמת יש הבחנה בין מה שרשום למה שקורה ברמת ההכרה. לכן, **רובינשטיין לא מקבל את הדרישה לרישום במקביל לאי ההכרה – משום שכן נוצר סטטוס חדש של הכרה בבני זוג חד מיניים. הוא מסרב להכיר בזוגות אלו, משום שלדיו לא קיימת תבנית כזו וכו'.**

האם תא משפחתי של הומוסקסואליים הוא ראוי? – המלצות ועדת מור יוסף (2012)

ועדת מור יוסף (2012) הוקמה על רקע של הרבה מאוד טענות, ביקורת והסגות על ההסדרים המשפטיים שקיימים בישראל בנוגע לאפשרויות שקיימות בישראל ביחס לטכנולוגיות החדשות בחולדה.

תחת טכנולוגיות אלו נכללות (מהקל אל לכבד ביחס למה האשה עוברת): תרומת זרע והזרעה מלאכותית, טיפולי פוריות, הפריה חוץ גופית, נשיאת עוברים ע"י אם נושאת (פונדקאות).

ביחס לפונדקאות עולות שאלות רבות – הלכתיות (הורשת היהדות, מי יכולה להיות אם נושאת, מה ההשלכות), פיצול אימהות (יש ל-3 נשים) וכו'.

בחוק הפונדקאות ישנם הסדרים רבים והזויים שנקבעו בהתבסס על בעיות הלכתיות – (1) שאלות בעניין העברת היהדות בירושה; (2) האם ממזרות נוצרת רק כאשר אישה נשואה מקיימת יחסי אישות עם גבר שאיננו בעלה או שאולי ביצית של אישה נשואה מופרית בזרע שהוא לא של בעלה? בפסיקה ההלכתית עלו דעות לכאן ולכאן, בעוד המחוקק שלנו נקט בגישה המחמירה.

לכן, תרומת הביציות חייבת להיות מאישה רווקה, ואם הפונדקאית נשואה לא ניתן לעשות שימוש בביצית שלה ← מסיבה זו ההסדרים של חוק הפונדקאות תמיד יהיו בהפריה חוץ גופית.

היבטים אחרים שקשורים בפונדקאות, שישו בבנק הזרע וכו' הייתה המון ביקורת – לכן הוקמה ועדה בראשותו של ד"ר מור יוסף. הועדה נתנה לא מעט המלצות בנושא חוק הפונדקאות, כשבין היתר החליטו לאפשר לאימהות יחידניות לעשות שימוש בחוק הפונדקאות לפי החוק בישראל (דבר שכלל גם נשים בזוגיות חד מינית), וכן לאפשר לבני זוג גברים לעשות שימוש בפונדקאות אך רק בפונדקאות אלטרואיסטיות – כלומר שרק אם הם מוצאים אישה שמוכנה לשאת עבורם הריון ללא תמורה, באמצעות זרע של אחד מהם. חוק הפונדקאות בישראל מאפשר פונדקאות בשכר בלבד. מכך עלו השאלות של **פרשת ממת-נגד** – ביחד למסחור ילודה ורבייה של נשים. **בוועדה הייתה גם דעת מיעוט** שאמרה שבגלל הקושי של המסחור בנשים, הקומונדיפיקציה, מסחור בילדים – כל הפונדקאות בישראל צריכה להיות אלטרואיסטית ללא הבחנה בין הטרוסקסואליים להומוסקסואליים.

בג"ץ 566/11 ממת-נגד נ' שר הפנים (24.1.14) (google baby)

בשנת 2012 היו 2 עתירות תלויות ועומדות של 2 זוגות חד מיניים. שתי העתירות אוחדו, בשתייהן דובר בהולדת ילדים לזוגות בני אותו המין בהליך פונדקאות בחו"ל, בשני המקרים הוצאו תעודת לידה ופס"ד הצהרתי מקומי בקובע הורות שני בהני"ז.

בפס"ד ממת-נגד היו זוג שעשו הליכי פונדקאות מחוץ לישראל, בארה"ב (יש הבדל בין הליכי פונדקאות בארה"ב לבין הליכים דומים במקומות אחרים בעולם). זוג זה עומד מאחורי הפונדקאות חוץ הגבולות שמתוארת בסרט – GOOGLE BABY. הסרט מתאר את האופן בו הזוג הזה עלו על רעיון אדיר, לקיחת ביציות מנשים בארה"ב (משום ששם אין רגולציה בכלל) המעמד הבינוני ומתה – הקפאתן – הטסתן להודו – מציאת בתי החולים, הרופאים וכו' בהודו שיבצעו את ההפריה החוץ גופית – השתלת הביציות הללו בנשים מהודו, סרי-לאנקה, תיאלנד ← כלומר שממש יצרו חוות פונדקאות.

בפסה"ד הם עשו הליך פונדקאות בארה"ב, קיבלו צו הורות מבלי לבדוק בכלל קשר ביולוגי. הם הגיעו לישראל אם הצו לפקיד הרישום. באחד מהמקרים פקיד הרישום התנה את הרישום בבדיקה גנטית, בעוד המקרה השני לפקיד הרישום הייתה הוכחה לקשר גנטי לאחד ההורים אותו הוא רשם, בעוד הוא דרש הליך אימוץ ע"י ההורה השני לשם הרישום.

פסה"ד מדבר על דברים רבים – שוויון, רגולציה, קפיטליזם וכו'.

בסופו של דבר התקבלה עמדת ביניים – יש לערוך בדיקה גנטית והיא לגיטימית, משום שלא ניתן לתת את הסטטוס הזה מבלי הוכחה לקשר ביולוגי לאחד מבני הזוג; אך ברגע שיש הוכחה כזו, כן ניתן לרשום את ההורה השני בהסתמך על צו הורות שניתן ע"י ערכאה שיפוטית מוסמכת בארה"ב.

בנוגע לשאלות של הפליה בזכות להורות בין בני אותו מין נאמר בפסה"ד כי אין הפליה – משום שהזוגות שזקוקים בד"כ להליכי פונדקאות הם זוגות הטרוסקסואליים שלא יכולים להרות באופן טבעי וגם מהם דורשים בדיקה גנטית בדיוק כמו שדורשים מההומוסקסואליים, ובנוסף כמו שדרשו מההטרוסקסואליים בתחילה אימוץ ככה יש לדרוש מההומוסקסואליים.

השופט ג'ובראן הסביר פרק מאוד חשוב בשוויון – ביחס להבחנה בין מה שנחזה להיות שוויוני-ניטרלי למה שמפלה. הוא אומר כי מי שזקוק להורות כזו הם לרוב גברים בני אותו מין, לכן מה שנחזה להיות ניטרלי לפעמים, מבחינת האפקט שלו הוא פוגע הרבה יותר באוכלוסייה נחלשת שסובלת משורה שלמה של פרקטיקות מפלות נגדה ולכן אי אפשר להתייחס לדרישות האלה כאן כדרישות שאינן מפלות.

צו הורות פסיקתי

ההתפתחות האחרונה בפסיקה היא **בבע"מ 4880/18 (24.1.19)**. לכאורה השאלה הייתה מאוד פשוטה – לא דובר על הורות בחו"ל, פונדקאות, זוג גברים וכו'.

פסה"ד זה דיבר על זוג נשים שאחת מהן נכנסה להריון באמצעות תרומת זרע אנונימית.

השאלה שעלתה – איך האישה השנייה תהיה מוכרת כאם?

לכאורה **פס"ד ירוס-חקק** דיבר בערך על אותו דבר ומספק לנו תשובה כי על האישה השנייה לבצע הליך אימוץ, אך הן מבקשות צו הורות – חוק האימוץ דורש את המעורבות של השירות למען הילד והתהליך מאוד ארוך, כמו כן משמעות האימוץ מבחינה ערכית היא שעד האימוץ אין הורות ולאחר האימוץ נוצר הקשר המשפטי של ההורות, זאת בעוד צו ההורות הוא הליך הרבה יותר פשוט. על כך הוויכוח בבע"מ זה.

אכן, חוק הפונדקאות מקים את קשר ההורות של ההורים המיועדים לילד שנולד באמצעות צו הורות – בכך הוא מחדש מכשיר משפטי שלא היה קיים קודם לכן. צו זה שונה מצו אימוץ בשל כל הפרוצדורות השונות שלו כשהתוצאה שלו היא אותה תוצאה – מי שניתן עבורם צו הורות הופכים להיות ההורים של הילד לכל דבר ועניין ממש כמו באימוץ. ניתן לראות השתלשלות לא

קצרה של זוגות שמעדיפים את הליך צו ההורות על פני צו האימוץ – **בבע"מ 4480/18** ניתן לראות את ההתפתחויות בפסיקה בעניין.

בע"מ זה נדחה ע"י **השופט מזוז**, אך הוא קיבל את התזה שנקבעה בפסיקה קודמת – **לפי יש 4 דרכים ליצירת הורות במציאות הישראלית**:

1. הקשר הגנטי.
2. ההיריון והלידה – זיקה פיזיולוגית.
3. זיקה לזיקה – מכוח היותו של אדם בן / בת זוג של מי שהוא ההורה הגנטי.
4. אימוץ.

על בסיס כל אחת מאפשרויות אלו ניתן לתת צו הורות – אך אז נשאלת השאלה, מה מהות צו ההורות הזה?

המאבק בפסה"ד היה להביא להכרה בכך שצו ההורות מצהיר על מצב קיים ולא יוצר מציאות – כלומר, מכיר בקיומה של הורות שכבר קיימת ולא זקוקה ולמשפט שיבוא ויכיר בה, לבין אקט שיפוטי שיוצר את המציאות וקודם לקיומו המציאות לא הייתה קיימת. היינו – יש פה הבדל ערכי, מהותי, תודעתי וכו', אך אין ממש נפקויות משפטיות להבחנה הזו.

כמו כן, יכול להיות הבדל מבחינת לחוח הזמנים – אם מדברים על צו הצהרתי בלבד (שההורות כבר קיימת) זה אומר שבת הזוג של היולדת היא אמא מהיום שהתינוק נולד, אך אם הצו הוא רק מכונן נוצר וואקום עד למועד יצירת ההורות.

המדינה הסכימה כי בהמ"ש יקבע את צו ההורות אך רק רטרואקטיבית ← כלומר שהצו עדיין קונסטיטוטבי ולא הצהרתי.

מזוז אומר כי נכון שאותה אישה מתפקדת כאמא, ונכון שהזוגיות שלה עם האם הביולוגית היולדת היא מה שיוצר את ההורות בפועל – אך היא מתקיימת רק בשל ההקשר החברתי שמאפשר את המציאות הזו, בעוד המשפט הוא חלק מזה, ולכן מבלי ההכרה המשפטית לא ניתן להגיד שיש את ההורות הזו שיש לה קיום מכוח עצמה באופן טבעי או מכוח ההסכמים שבין בני הזוג.

כלומר, **הורות לא יכולה להיווצר מכוח הסכם** – אמנם להסכם יש משמעות חזקה וזה מה שמאפשר את הזוגיות, אך ההסכמה הזו לא יכולה ליצור את ההורות, אלא ישנה דרישה לחותמת של מערכת המשפט שיוצרת את האימהות הנוספת.

ועדיין, לא נראה שיש לכך משמעויות משפטיות – אך הזוגות החד מיניים כן דורשים הכרה מלכתחילה. העניין היחיד שאולי תהיה בה השפעה זה אם הזוג נפרד ורק לאחר הפרידה בן הזוג / בת הזוג מבקשים הכרה בהורות – בעוד משמורת כן תתאפשר אולי, בשל שיקולי טובת הילד.

ואיפה מתגרשים בני אותו מין?

לכאורה זה צריך היה להיות בביד"ר – משום שלהם סמכות ייחודית ביחס ליהודים בישראל לענייני נישואין וגירושין.

אז הגיע פסה"ד של **השופט אליהו בתמ"ש 11264-09-12 (פרשת עוזי אבן ועמית קמה)** – הגיעו זוג הומוסקסואליים להתגרש ברבנות, כשהרבנות שלחו אותם יום ביומו החוצה וביקשו שיחזרו למחרת. השופט אליהו אמר כי במקרה דנן ישנה החלה של **תיזת אי ההכרה** באופן מובהק ולא ניתן לצפות מביד"ר לסדר דבר שלא קיים משום שבעיניו אין נישואים בין חד מיניים ולכן אין לו סמכות. מכך מחילים את הסמכות השירותית של בהמ"ש לענייני משפחה בעניין.

האם החגיגה שהייתה לאחר פסה"ד של השופט אליהו, כי לאחריו יהיו גירושין אזרחיים בישראל היא חגיגה נכונה? הופננו לתור דעה של **רה"ק**, לפיו **דווקא המונופול הדתי הוא מה שהיא לביסוסה ופירוקה של זוגיות בין חד מיניים בישראל מבלי שום נגיעה ש המערכת הדתית בהם, אלא באופן אזרחי בלבד**.

הורים וילדים

בע"מ 919/15 פס"ד זה מנקז לתוכו את 2 הנושאים הגדולים והכבדים ביותר שנמצאים בחזית הדיון הציבורי בהקשרים של הורים וילדים בישראל.

ראוי היה לפתוח בדיון במנותק מהשאלות בהן עוסק בע"מ 919, ולפתוח אותו מנקודה הרבה יותר גבוה ולבחון את ההתפתחות ביחס לילדים בתקופות עברו וכו'.

כל מה שמכונה היום "ילדות" הוא המצאה של העת המודרנית – עד לעת האחרונה ילדים היו פשוט יצור אנושי שנכנסו למאמץ המשפחתי ברגע שהם מסוגלים. אך מאמצע המאה ה-20 אנחנו נפגשים במושג חדש לחלוטין שנקרא **"זכויות הילד"** (מסוף המאה ה-19 עד אמצע המאה ה-20 היה זה עידן זכויות האישה, גם במשפחה).

מה שמגלם את עידן זכויות הילד בצורה המשמעותית ביותר בספירה המשפטית זה **אמנת זכויות הילד (1989)** (על אמנה זו חברות הכי הרבה מדינות בעולם, בעוד ארה"ב לא חתומה עליה בשל הרבה סיבות פוליטיות – משום שיש חשש מחשיפת המערכת הפדרלית של ארה"ב ל"מומחים" זרים בכל מה שקשור לזכויות, אך גם משום שלארה"ב יש תפיסה שמכונה "האמריקאיות היוצאת מן הכלל" לפיה הם יותר טובים מכולם בין היתר ולכן הם לא זקוקים לכן הכלים הללו – ישנן עוד סיבות רבות נוספות).

אכן, הנושא של ילדים במשפט ויחסי הורים וילדים הוא הרבה יותר רחב ממה שכן נתעמק בהם שבוע הבא. 2 הנושאים הללו עומדים בראש המאבק המגדרי בין זכויות נשים לזכויות גברים: (1) משמורת ילדים; (2) מזונות (מי יישא במזונות יותר ופחות).

ברמה החקיקתית, החוק שאמור להסדיר את השאלה של משמורת, חזקה, ראייה, הסדר שהות וכו' הוא **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות** – בעיקר ס' 25 שקובע כי:

קביעת בית המשפט באין הסכם בין ההורים

25. לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת.

הסעיף מעגן את חזקת הגיל הרך שנותן אוטומטית לאמא את החזקה על הילד, אך היא יכולה להיסתר. חזקה זו בוטלה ע"י הפסיקה הלכה למעשה, אך היא עדיין קיימת בחוק הישראלי עלי ספר.

על השאלות של רפורמה במשמורת ילדים ישבה **ועדת שניט** (בראשותו של **דן שניט**) במשך 8 שנים, החל משנת 2005. ועדה זו הייתה אמורה להציע הסדר חדש לחלוטין לכל הפרק שעוסק ביחס בין הורים וילדים **בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות** ובין היתר להתמודד עם השאלה של הותרת חזקת הגיל הרך או לא. בפעם הראשונה שהועדה מסרה את המלצותיה הם לא התייחסו לחזקה זו, אך השר לא הסכים לקבל את חוות דעת מבלי לסגור את ההכרעה בשאלה הזו. בדו"ח הסופי הם המליצו לבטל את חזקת הגיל הרך ולקבוע עקרון על של טובת הילד, בצירוף מס' פקטורים של מה כוללת טובת הילד.

יש שמתעלמים מהחזקה במפורש ויש כאלה שבתחתית דבריהם – זה מה שגורם לכך שבהמ"ש הודיעו מלכתחילה להורים שהמשמורת תהיה משותפת והשאלה לא על השולחן, בעוד במצבים חריגים אולי יחשבו אחרת. כיום עניין הילדים פתוח.

הילדים הפכו להיות סלע המחלוקת בסכסוכים בין ההורים משום מזונות הילדים צריכים להפסק תחילה לפי דין אישי (דין תורה) המבחין בין ילדים מתחת לגיל 6 לבין ילדים מעל גיל 6, וכן מבחין בין צרכים עקרוניים לצרכים אחרים. ברמה העקרונית הנטל של המזונות ההכרחיים של הילד הוא על האב ולא על האם, בעוד כל מה שמעבר לכך מתחלק בין האב לבין האם.

בע"מ 919/15 – בהמ"ש העליון ניסה לעשות סדר בפסיקות סותרות של ערכאות נמוכות שבאופן הדרגתי ניסו להשתחרר ממה שנחזה להיות הפליה בדין האישי בהקשר למזונות ילדים נגד אבות, כשהפסיקות של הערכאות הנמוכות הגיעו לכל מיני מצבים שהמכנה המשותף שלהן הוא שנטל המזונות יתחלק בין 2 ההורים ויושפע מהכנסות וזמני הזהות של הילד עם הוריו. הדבר תואם את המלצות **ועדת שפמן** שישבה במקביל **לועדת שניט**, אשר דנה רק במזונות הילדים (חברי הועדה לא נפגשו האחת עם השנייה – למרות שהן ישבו על הנושאים הכי לחוצים ומעוררי מחלוקת בזירת הגירושין בישראל, שהקשר ביניהן ברור לכל). לכן הפסיקה מצאה עצמה צריכה להתמודד עם מושכלות היסוד בחברה הישראלית, דבר שהיא הצליחה לעשות בפס"ד זה.

שיעור מרצה 21 – 18/06/2019

בקליפת אגוז

היסודות החיוביים בשני הדוחות

אנחנו נדבר במקביל על 2 נושאים ששזורים ביחד – (1) הסדרי משמורת החזקת ילדים / שהות עם ההורים (נושא שנמצא בהרבה מאוד שינויים ותנועה), (2) מזונות ילדים.

ב-2 נושאים אלו עבדו וועדות ממלכתיות שמסרו שורות של המלצות אשר הגיעו עד לכדי הצעות חוק.

- בראש ועדת המשמורת עמד **פרופ' דן שניט**.
- בראש ועדת המזונות עמד **פרופ' פנחס שפמן**.

תשתית חקיקתית בשני התחומים:

- הדין הקיים פורמלי בנושא **משמורת ילדים** – **חזקת הגיל הרך** הקבועה בס' 25 **לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות** (זהו חוק טריטוריאלי – משום שנאמר באחד מסעיפי המשנה כי החוק חל גם על ביד"ר כשהם דנים בנושא הזה בסמכותם).

- הדין הקיים פורמלי בנשוא **מזונות** – **הדין האישי**.התבוננות מלמעלה על הדוחות:

2 הדוחות מכילים יסודות מאוד חיוביים:

- (1) **המלצות דוח ועדת שיפמן** – מכיל חלק (עליו לא נדון) שאמור להסדיר את פעילותם של מומחים ומומחיות שבתי המשפט לענייני משפחה וביד"ר מבקשים להיעזר בהם.
- (2) **המלצות דוח ועדת שניט** – מכיל חלק הדן באופן ההתמודדות עם ניסיון של הצפת בהמ"ש בעדויות של מומחים לנושא של התפתחויות הילד (פסיכולוגית, פסיכיאטרית וכו').

מבחינת השאלה המרכזית ביותר – בעניין ההעדפה שיש לאם על פני האב בשאלות של החזקת ילדים מתחת לגיל 6, **ועדת שניט** אומרת כי אין יותר מקום לחזקות שהן חזקות מגדריות (אם על פני האב) ויש למצוא הסדר חלופי אחר.

הבעיה המרכזית בהמלצות ועדת שניט בהיבט הזה, היא שהוועדה המליצה לבטל את חזקת הגיל הרך ולא לתת שום כלל מכוון חלופי אלא להותיר את השאלה פתוחה לחלוטין תוך התמקדות בעיקרון של טוב הילד – כאשר בתזכיר החוק יש שורה של פרמטרים שמבטאים את טובת הילד.

בכך נוצר "מרוץ שדים" כאשר לאורך 5-6 השנים האחרונות יש כל הזמן ניסיונות לגרום לכך שתזכיר החוק של שניט יעבור עם אותם פרמטרים של מה אמור להבנות את שיקו"ד בהמ"ש בבואו להכריע בשאלת טובת הילד. פה מצד אחד, ארגוני הנשים מבקשים לקבוע עדיפות להורה המטפל העיקרי, משום שטובת הילדים היא לשמור ככל שאפשר על רצף טיפולי ועקביות בחיי הילד (לפעמים מדביקים לזה את הכינוי "כלל השיתוף") – כלומר, "מה שהיה הוא שיהיה" ואם הייתה חלוקת תפקידים מאוד ברורה בין ההורים ואחד עשה את הפונקציות של הטיפול היום יומי לצורך העניין, כך המצב יישאר, פחות או יותר, לאחר הפירוד ברמת חלוקת הזמנים, זאת כדי לאפשר הסתגלות קלה ככל האפשר של הילד. מנגד, נטען כי העדפת המטפל העיקרי היא "אותה גברת בשינוי אדרת" משום שבבחינת המציאות הרווחת הנשים הן המטפלות העיקריות. ארגוני הנשים ענו לטענת נגד זו בכך שהאישה היא אכן הנותנת, כאשר הטענה היא שהחוק/משפט/הסדרים שמערכת המשפט קובעת לאחר פירוד זה לא המקום לעשות "ניסויים חברתיים" ולעשות שינויים חברתיים, אלא השינויים צריכים לבוא ביומיום בגידול השוטף של הילדים לאורך כל הדרך ולא רק לאחר הפירוד.

בכנסת ה-20 עברה הצעת חוק שבין היתר קבעה על ס' 25' 2 הסדרים מנוגדים לחלוטין –

- (1) **הגרסה הראשונה** קבעה כי תהיה העדפה להורה בעל היכולות הכלכליות הגבוהות יותר וכי בהמ"ש לא אמור להתחשב בחלוקת התפקידים בין ההורים לפני הגירושין (ניתן להניח כי מי שקידמו את גרסה זו היו אלו שהתנגדו לטענת ארגוני הנשים).
- (2) **הגרסה השנייה** אמרה כי השיקול של חלוקת התפקידים בין ההורים, השמירה על רצף ועקביות בחיי הילדים יהיה שיקול קודם לשיקולים האחרים (ניתן להניח כי ארגוני הנשים קידמו את גרסה זו של החוק).

זה די אבסורד שהמליאה מקבלת הצעות חוק כל כך מנוגדות והדבר משקף את עוצמת הוויכוחים והיריבויות סביב השאלה של חזקת הגיל הרך.

הקושי בעבודת הוועדות

למרות הקשר ההדוק בין העבודה של 2 הוועדות – בין המזונות לבין המשמורת – הייתה פעולה מקבילה של שתי וועדות ללא כל אינטראקציה וסנכרון, תוך הותרת יתר הנושאים הטעונים תיקון בלתי מטופלים. מדובר על דינמיקה הרסנית של רפורמות "כאילו" המציאות סביב כבר מתוקנת, המוליכה לתוצאות הרות אסון. (אף בע"מ 919/15 דן בקשר הברור בין 2 עניינים אלו).

2 ועדות התעלמו מכל הנושאים שגורמים לעיוותים בדיני הגירושין בישראל. הרי הנושא שגורם לעיוותים הקשים ביותר בחיי הנישואין הוא הגירושין – אשר משמש ככלי מיקוח, סחטנות וניצול לרעה של החוק – ועניין זה בכלל לא טופל ונדון במסגרת הוועדות האלה. הוועדות הללו התייחסו לגירושין בארץ כאילו הם "ללא אשם" עפ"י דרישה, כמו בכל מדינה מערבית אחרת, וכל מה שצריך לדבר עליו במסגרת הדיון זה הילדים בצורה חפה מכל אפשרויות ניצול ומניפולציה של המערכת.

התוצאה המעשית

עד לפני 5 שנים, כשזוגות היו לקראת גירושין וידעו שאפשר להתווכח על הרכוש וחלוקתו, הם ידעו כי הם לא יכולים להתווכח על המשמורת של הילדים – כי האישה היא זו שתקבל את המשמורת במסגרת המצב החברתי הקיים בישראל בצירוף אולי לינה כפעמיים בשבוע אצל האב. זאת בעוד המזונות המינימליים היו מוטלים על האב המעביר אותם לאם (כאשר גובה המזונות הוא 1300-1400 ללא קשר למקום המגורים, דבר בעייתי כשלעצמו היות וסכומים אלו לא תמיד גבוהים דיים). אכן, הורים שמסכימים בניהם ויכולים לנהל את הסכסוך בסיוע מגשר (אלו בדר"כ הורים שההורות ביניהם הייתה שוויונית עוד לפני הפירוד) היו יכולים להסכים על הורות משותפת או קרובה למשותפת – אך אם יש סכסוך והולכים לבהמ"ש היה ברור שהילדים בטוח מחוץ לתמונה.

לאחר מתן המלצות הביניים של ועדת שניט ומתן ההמלצות של ועדת שיפמן נוצר מצב בו הדבר הראשון עליו קם הסכסוך הוא על הילדים. במצב זה, האבות, במסגרת הניסיון להקטין הוצאות שיוטלו עליהם, מבקשים לקבל משמורת כדי לא לשלם מזונות או לשלם כמה שפחות.

על כן, התוצאה המעשית של הועדות הללו היא (1) הכנסת הילדים לחזית המאבק והפיכתם לקלף מיקוח; (2) הגברת האדוורסריות, הסלמת הסכסוך והימשכות ההליכים; (3) הפיכת הילדים לעניים יותר.

בשורה התחתונה: באופן ודאי נעשו מהלכים הפוכים בדיוק למה שיכול להקל על הסתגלות הילדים לגירושין ולרווחתם, למרות כל הצעותיהם וזעקותיהם של הועדות והמומחים.

לא נכון שאמנת האו"ם מחייבת משמורת פיזית משותפת

חלק מהוויכוח בעמדה שטוענת כי צריכה להיות משמורת משותפת מתבססת על אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. אך הדבר לא נכון משום שאין שום הסדר באמנה שמרמז על הסדר כזה או אחר, לבד מההסדר הקבוע בסעיף 18 לאמנה לפיו: "הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו".

למעשה העניין היחיד שמודבר באמנה הוא על אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו – היינו אפטרופסות (משמורת משפטית משותפת). המשמורת המשפטית המשותפת הוא ההסדר הקבוע מלכתחילה הן בחיים משותפים של ההורים והן לאחר פירוד ההורים, ביחס לילד. זאת אלא אם כן נקטו במהלך לפי הכריזו על הילד כעל קטין נזקק – אז בהמ"ש יכול להגביל גם את המשמורת המשפטית. העיקרון של משמורת משפטית משותפת הוא עקרון שנשמר במשפט הישראלי לאורך כל הדר.

נוסף על כך ההסדר הקבוע בס' 9(ג) לאמנה לפיו "מדינות חברות יכבדו את זכות הילד המופרד מהורה אחד או משניהם לשמור על יחסים אישיים ומגע ישיר עם שני ההורים על בסיס סדיר...". אין שום דבר בהסדרים הקיימים היום במשפט הישראלי שלפיהם ישנה משמורת לאם והסדרי ראייה לאב אשר סותרים את הוראות ס' 9(ג) והוא ממש לא אומר שההסדר שצריך להיות הוא משמורת פיזית משותפת.

שניט ושיפמן – עקרונות מוסכמים שיש בשני הדוחות

עיקרי ההחלטות אליהן הגיעו:

- יש מקום לעבור לטרמינולוגיה פחות הירארכית והסדרת יחסי משפחה, כולל הורים וילדים, בדרך דמוקרטית.
- יש מקום להפחתת מקומם של מומחים והפחתת הפניות לחו"ד מומחים בסכסוכים הנוגעים להסדרת האחריות ההורית.
- יש מקום להחיל דין אזרחי שוויוני בתחום המזונות על כלל אזרחי המדינה.
- נטל המזונות ראוי שיתחלק בין האם לב הנושאים באחריות משותפת לילדיהם.
- הימים בהם שוהה הילד אצל ההורה שאינו משמורה ("ימי הורות") אכן כרוכים בעלות מסוימת שאותה ראוי לקזז מסכום המזונות שההורה האחד יעביר לאחר.

ועדת שניט

אמרנו כי יש עקרונות חיוביים.

ועדת שיפמן

דרוש שינוי של דברים שלא קיימים בדיני המזונות לפי הדין האישי:

- זה שהיום דיני המזונות נתונים לדין האישי, כך שלמעשה אין דין מזונות אחיד לילדים בישראל (כתוצאה מההבדל הדתיים) היא אבסורד ודבר שצריך להשתנות.
- זה שאפריורית, בדיני מזונות בילדים יהודים, יש נטל מוגבר על אבות ללא קשר ליכולת השתכרות זה מעוות וצריך להשתנות.
- בחלוקה בנטל המזונות צריך לבוא לידי ביטוי התחשבות יכולת ההשתכרות וזמני שהותם של ילדים אצל שני ההורים.

כל האמור לעיל הם עקרונות שעלו בדוח שיפמן, אך למרות שהם נכונים ישנה בעיה ביישום שלהם.

הבעיה בדוח שיפמן היא שנקבע מדרגה של 5 לילות שבהם ילד לן אצל ההורה האחר על פני שבועיים כשברגע שעוברים את הסף של 5 לילות על פני שבועיים, אז סכום המזונות שנקבע לפי נוסחה מסוימת פוחת בבת אחת ב-35%. הנוסחה לכשעצמה הייתה מאוד בעייתית והתבססה על כלכלן אחד שהיה חבר בוועדת שיפמן, בהתבסס על נתונים של הלמ"ס תוך קביעת עלויות גידול ילדים ליום. במסגרת הדוח היה ברור שתהיה השלכה מאוד גדולה על ילדים רבים בארץ, וחוות הדעת היחידה שהתקבלה הייתה של חבר בוועדה – זה דבר מאוד בעייתי. הנוסחה הזו לא הייתה חפה מדברים שלא התחשבו בהם. (ועדת שיפמן ביקשה, בין היתר, לבטל את עניין 'דין צדקה' ולכמת הכל ולמעשה, הסכומים שהועדה הגיעה אליהם היו מינוריים ואבסורדים ביותר).

אכן, **ההשלכה המרכזית של קריטריון 5 הלילות הוא הכנסת הילדים לתוך המלחמה על המשמורת** משום שברור שיהיו פה כעת אינטרסים מנוגדים – היות וההורה הלא משמורן ידחוף ל-5 לילות בשבוע (ויותר מזה, משום שלפי ועדת שיפמן ברגע שמגיעים ל-7 לילות בשבועיים המוזנות מתאפסים) ולכן, התביעה הראשונה שתוגש תהיה תמיד תביעת משמורת. שינוי זה קרה אוטומטית, מיד עם פרסום ההמלצות המקדימות של ועדת שמיט ובוודאי לאחר פרסום ההמלצות של ועדת שיפמן.

- מסקנות ממשפט משווה מניסיון של מדינות אחרות שעשו מהלכים של מעבר למשמורת פיזית משותפת: הלך ששלמד הוא שמעבר נמהר מידי תוך התעלמות משורה של גורמים אחרים, למעשה הביאה להכרה בכך שבשם של זכויות הוריות לקשר עם ילדיהם ובשם אינטרסים של הורים, במידה רבה, סיכנו את טובת הילדים, זכויותיהם והאינטרסים שלהם, ואת ושלומם. כמו כן, ישנה הכרה נרחבת בכך שהמהלכים הקודמים גרמו לאימהות להימנע מלהעלות האשמות בדבר אלימות במשפחה מחשש שיתפשו "כחורה לא ידידותית".
- יתרה מכך נדגיש כי אלימות כלל אינה נזכרת בשיקולים בהצעת חוק הורים וילדים! (הרחבה בהמשך)

לא נכון שמחקרים מוכיחים כי משמורת פיזית משותפת היא המיטיבה ביותר עבור ילדי גירושין

- **מקינטוש, סמיית' ואח':** שני מחקרים עבור ממשלת אוסטרליה, האחד 133 משפחות בקונפליקט גבוה עם ילדים בגיל בייס, האחר מדגם של 2059 משפחות עם ילדים עד גיל 5 (מקרב מאגר מחקר ממשלתי העוקב אחר 10,000 ילדים ומשפחותיהם).
- **נמצא כי במצבי קונפליקט גבוה, משמורת משותפת הינה ההסדר כי פחות טוב לילדים** (4 שנים לאחר תחילת ההסדר, במיוחד כאשר אין בו גמישות, הילדים דיווחו על רמות גבוהות יותר של קונפליקט ושל חוסר שביעות רצון).
- **נמצא כי ילדים רכים בשנים (מתחת לגיל 4) בהסדרי לינה לסירוגין מציגים בעיות התנהגות קשור יותר.**
- הגורמים המשמעותיים ביותר לרווחת ילדי גירושין: איכות הקשר וטיבו, קונפליקט בין הורי נמוך ויכולת שת"פ, ושל חוסר שביעות רצון.
- **אין קשר ישיר בין הזמן שילד מבלה עם ההורה לבין רווחתו והישגיו לאחר הגירושין.**
- **קולם של מומחי התפתחות הילד כמעט ולא נשמע לאורך עבודת ועדת שניט; בדוח ניתן מקום לאסכולה אחת בלבד, שיש רבי החולקים עליה.**

אפשר לעשות הסדר ביניים אם האבות באמת מבקשים משמורת משותפת כנה כדי לבחון את האפשרות לכך ואת עמידתם של האבות באשר התחייבו אליו (כאשר במבחן המציאות לרוב הם לא עומדים בהתחייבויות אלו).

לא נכון שהמרת חזקת הגיל הרך בעיקרון טובת הילד תצמצם קונפליקטים

ישנה ביקורת קשה ומתמדת על העמימות האינהרנטית ואי ההחלטיות שבעיקרון טובת הילד. **פרופ' לוי סקוט ופרופ' רוברט אמרי** אמרו:

"THE VAGUENESS AND INDETERMINACY OF THE STANDARD MAKE OUTCOMES UNCERTAIN AND GIVES JUDGES BROAD DISCRETION TO CONSIDER ALMOST ANY FACTOR THOUGHT TO BE RELEVANT TO THE CUSTODY DECISION. THIS ENCOURAGES LITIGATION IN WHICH PARENTS ARE MOTIVATED TO PRODUCE HURTFUL EVIDENCE OF EACH OTHER'S DEFICIENCIES THAT MIGHT HAVE A LASTING, DELETERIOUS IMPACT ON THEIR ABILITY TO ACT COOPERATIVELY IN THE ACTUAL BEST INTERESTS OF THEIR CHILDREN"

מיד בעקבות הרפורמה באוסטרליה בשנת 1996 הוכפלו התביעות בבהמ"ש לענייני משפחה בעניין "צווי קשר"; כך גם באנגליה; כך גם במדינת וושינגטון בעקבות המעבר ל"תכנית הורית".

מה מלמד המחקר המשווה אודות ההשלכות ארוכות הטווח?

- אי ההבחנה בדוח שניט (ובמחקר של רוברט באוזרמן שנסק בו) בין הסדרי משמורת פיזית משותפת לבין הסדרי משמורת משפטית משותפת; וכן בין הסדרים שהושגו בהסכמה לבין כאלה שניכפו על ההורים.
- **אוסטרליה** – 73% מההורים שנכפת עליהם משמורת פיזית משותפת דיווחו על אי יכולת שת"פ; 93% דיווחו שאינם מצליחים להגן על הילדים מפני הקונפליקט ביניהם.
- כעבור שלוש שנים מקביעת הסדר המשמורת הפיזית המשותפת, בפחות ממחצית המשפחות אכן נהגו בהתאם לסדר זה; ילדים במשמורת משותפת מדווחים על פגיעות גבוהה יותר; הסדרי משמורת משותפת מסכנים במיוחד ילדים רכים בשנים.
- **קליפורניה** – רק 52% מהסדרי משמורת פיזית משותפת אכן נותרו בפועל כאלה, בכל היתר האם הייתה בפועל ההורה המשמורן.

סה"כ רובם המכריע של הסדרי משמורת בכל המדינות נותרו במתכונת של משמורת פיזית לאם.

מושכלות יסוד – מזונות מכוח הדין האישי ביחס לילדים יהודיםזו התשתית עליה ניתן **בע"מ 919/15**.

בדין האישי הקיים יש הבחנה בין ילדים עד גיל 6 ומגיל 6:

- **"קטני קטנים" עד גיל 6** – מוטל החיוב על האב **בצרכים ההכרחיים** (הנאמדים כיום בכ-1400 ₪) כאשר החיוב הוא מוחלט ללא קשר לזמני שהות, להכנסה שלו ולהכנסת האם.
- **כל מה שמעבר לגיל 6 וכל מה שמעבר לצרכים ההכרחיים** – הצרכים של הילדים לא מסתיימים בצרכים ההכרחיים (1300-1400 ₪ לחודש), אלא ישנם גם **צרכים שאינם הכרחיים**, על אלו מדובר על חלוקת התשלומים בדין צדקה ומחולק בין ההורים באופן שווה כאשר דין צדקה הוא גמיש יותר והוא בהתאם לצורך וליכולת של כל הורה (כלומר, בעצם האמירה "לפי היכולת" אנחנו מביאים במסגרת השיקולים גם את ההכנסות ההדדיות של ההורים). עם זאת, **בפועל** כל מה שהיה מעבר למזונות על הצרכים ההכרחיים נחלק גם **להוצאות חריגות** (למשל: חינוך מעבר לחינוך בסיסי, פסיכולוגים, רפואת שיניים וכו') ("הוצאות חריגות" זה המצאה של בהמ"ש כדי ליישם את הדין האישי באופן קצת יותר אופרטיבי – ע"מ לדאוג לכך שתהיה פסיקה ברורה לגבי ההוצאות החריגות שברור שיהיו) והמקובל היה כי הוצאות אלו נקבעות במחציות – כלומר:
- (1) מתעלמים מ'דין צדקה' שמתחשב בהכנסות ההורים השונות וזמני שהות ומחלקים פשוט חצי חצי בין ההורים).
- (2) תחת ההסברים שהילדים רוב הזמן אצל האם, ברור שההוצאות המרכזיות נופלות על האם ולא מסתכמות במזונות שהאבות משלמים.

לאורך השנים הורחב החיוב של האב בצרכים ההכרחיים:

- **תקנת אושא** הרחיבה זאת עד לגיל בגרות (12/13).
- לאחר מכן, **תקנות הרבנות הראשית, תשי"ד-1954** העלתה את החיוב עד לגיל 15: **"לחייב את האב בחיוב משפטי גמור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשרויות החוקיות, לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל חמש-עשרה שנה"**.

עולה השאלה: האם הורחבה מתכונת (אופי) החיוב עצמה עד לגיל 15, או שמא נוספה לו רק אפשרות כפייה פורמלית? **במילים אחרות, (1)** האם הפך החיוב בצרכים ההכרחיים לחיוב מוחלט על האב גם עד גיל 15 ולא רק עד גיל 6? או שמא **(2)** מעל גיל 6 אופי החיוב נותר מדין צדקה בלבד (ומוטל שווה בשווה בין ההורים), אלא שכעת ניתן גם לאכוף אותו?

לפי החוק וההלכה, כל דבר שמוגדר כדין צדקה לא ניתן לאכוף כי זה כאילו התנדבות. גם בהמ"ש בתקופת המנדט, כשראו את הכותרת 'דין צדקה' לא ראו בחיוב כבר אכיפה היות ומדובר בצדקה שהיא וולונטרית.

אך כעת, לאחר **תקנות הרבנות הראשית** – מעצם ההרחבה עד 15 – האם מדובר על הרחבה ההסדר בין גיל 6 לגיל 15 שנתן כותרת של דין צדקה גם לגבי צרכים ההכרחיים ולא הכרחיים הופך לבר אכיפה ע"י בהמ"ש וזה לא משנה את החלוקה הפנימית בין האב לאם או מבדיל בין הקטיגוריה של הכרחי ולא הכרחי?

רוב פסה"ד, הן של ביד"ר והן של בהמ"ש האזרחי, הבינו את התקנה הזו לפי ההבנה הראשונה – שמושכת את ההסדר שהיה לפי גיל 6 ומשיכה אותו עד גיל 15 – כלומר שיש הבדל בין צרכים ההכרחיים ללא הכרחיים בעוד ההכרחיים מוטלים רק על האב והאחרונים מוטלים על שניהם לפי היכולות היחסיות שלהם. **זה נתן את התשתית לטענה שההסדר הזה הוא הסדר מפלה לרעה את האבות – משום שהוא מתעלם לחלוטין ממצבים בהם יכולות ההשתכרות שוות ואף גבוהות יותר אצל האם, וכן הוא מתעלם מזמני שהות שונים** (למשל: האב מגדל את הילדים אצלו בדיוק אותו זמן כמו האם).

על כן, **דוח שיפמן** (הדן במשמורת) זה מה שנתן את התשתית **לבע"מ 919/15**.

בע"מ 919/15**מזונות במשמורת משותפת**

פס"ד זה שינה את כל התמונה. מדובר על 2 תיקים שאוחדו, כאשר בשניהם יש משמורת פיזית משותפת והשתכרות כמעט זהה לחלוטין של שני ההורים.

במקרה הראשון בבהמ"ש לענייני המשפחה **השופט יעקב כהן** קובע קיזוז מוחלט – אין מזונות, אלא כל הורה נושא בעול גידול הילד כשהוא אצלו. האם ערערה למחוזי והשופט בערער קבע הפחתה של 50% (היינו – כן יהיו מזונות, אך האב יעביר לאם רק חצי ממה שהיה נפסק במצב רגיל, אילו לא הייתה נפסקת משמורת פיזית משותפת). **במקרה השני** הייתה הפחתה של 30%.

2 האבות ערערו לבהמ"ש העליון אשר איחד את 2 התיקים בדיון.

הביקורת של **המרצה** על ועדת שיפמן ועל הכאוס במצב המזונות טרם פסיקת 919/15:

הטענה במאמר של **המרצה** היא שתמיד בפועל יש את ההורה שהוא בכל זאת ההורה האחראי/ראשי שאליו פונים מבלי לשאול את הילד לאיזה מן ההורים להתקשר – גם אם נקבע משמורת פיזית משותפת. על כן, צריך תמיד לסמן את ההורה זה ולקבוע **מנגנון של "הורה מרכז" כבירית מחדל**, במצבי משמורת פיזית משותפת – כאשר ההורה הזה יהיה הורה שמרכז את כל **ההוצאות שאינן תלויות שהות** ← כלומר, יהיה הורה שירכז את כל עניין ההוצאות שאינן תלויות שהות, כאשר ההוצאות יוטלו על שני ההורים; אצל הורה זה היה סכום של הוצאות שמשקף את כל ההוצאות שאינן תלויות שהות.

פס"ד 919 גרם למעשה לביטול ההבחנה בין הוצאות לצרכים הכרחיים ולא הכרחיים תוך מעבר לדיבור על הוצאות שהן תלויות שהות (כלומר, כל מה שקשור מחייה שותפת של הילד בבית) והוצאות שאינן תלויות שהות. אכן, כאשר ילד חיי בשני בתים יש לו הוצאות מחייה שוטפות ב-2 הבתים וההורים מוציאים את ההוצאות האלה כל אחד בדירתו כשהילד גר אצל שני ההורים (כי אם מדובר רק על לינה פעם בכמה זמן ההוצאה יהיו שונות).

[כאמור, דוח שיפמן דיבר על עלויות גידול ילדים – אך הוא לא הביא בחשבון שאם לילד יש 2 בתים, זה אומר שגידול הילד הזה עולה הרבה יותר מאשר גידול ילד בבית אחד. לכן, כל נקודת המוצא של דוח שיפמן היא שגויה – כי אם אנחנו עוברים למציאות שבה ליותר ויותר ילדים יש 2 בתים, הרי שהטבלה שלנו צריכה להיות שונה – צריכה להיות טבלה לילדים שגדלים בבית עיקרי אחד לעומת ילדים שגדלים ב-2 בתים. על כן, הנוסחה של שיפמן שביקשה לתת מענה כולל ומקיף לכל המצבים, כולל מצבים של משמורת פיזית משותפת, לא נכונה].

בחזרה לפס"ד

פס"ד 919 בחר את הפרשנות השנייה של תקנות הרבנות הראשית – משום שבמסגרתה ניתן לחלק את ההוצאות. השופטים אומרים כי הם עדיין כפופים לדין האישי והחוק לא השתנה, אך אם ברור שניתן לפרש את חוק המזונות באופן שוויוני ברור שזה מה שיש לעשות. כל זה נוגע רק לילדים מעל גיל 6, בעוד מתחת לגיל 6 הדין האישי חד משמעי – הבחנה בין הוצאות הכרחיות ולא הכרחיות כאשר המוקדמות מוטלות על האב.

במסגרת פסה"ד הילדים היו מעל גיל 6, ובהמ"ש קבע שאין עוד להבחין בין הוצאות הכרחיות ללא הכרחיות, אלא יש להבחין בין הוצאות תלויות שהות לבין הוצאות שאינן תלויות שהות.

- **בהוצאות תלויות שהות** כל הורה יישא בהוצאות שלו כשהילד אצלו, וכשההכנסה של ההורים זהה הדבר משפיע עליהם במידה דומה.
- **בהוצאות לא תלויות שהות** (למשל: חוגים, טיפולי בריאות, טלפון נייד וכו') הן מתחלקות בין ההורים לפי היכולות היחסיות של ההורים ואם הם משתכרים אותו דבר לא צריכה להיות פה העברה.

כלומר, במצב של 919 בו ההשתכרות הייתה מאוד קרובה וזמני שהות שווים לא צריכה להיות העברה של מזונות כלל.

עם זאת, **השופטת דפנה ברק-ארז והשופט מזוז** (זו אינה דעת מיעוט) העלו חשש וטענה כי בכל מה שקשור להוצאות שאינן תלויות שהות, לכאורה אין צורך בהעברות למיניהן כשההשתכרות שווה, כמו במקרה דן. אך בפועל – עשוי להיווצר מצב שהורה אחד יפנה את הילד לשני ואף הורה לא ירים את הנטל במימון:

פס" 19 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז:

"פסיקת המזונות במצב של משמורת משותפת אמורה להבטיח שלא יהיו צרכים של הילדים ש"יפלו בין הכסאות", דהיינו שלא תהיה כתובת ברורה ביחס לזהותו של הנושא באחריות להם. כאשר ילדים מתגוררים בשני בתים עשוי להיות מצב שבו יקבלו כפליים, אך עשוי להיות גם מצב שבו צורך מסוים לא ייענה כלל – בין בשל בעיות תקשורת וקשיי תיאום ובין משום שכל אחד מן ההורים "יפנה" את הילד למציאת מענה במחצית השנייה של השבוע אצל ההורה השני. אף חשש זה צריך לעמוד נגד עינו של בית המשפט".

פס" 7 לפסק דינו של השופט מזוז:

"תורת הניהול וניסיון החיים מאז ומעולם מלמדים כי "מקום שיש שני אחראים אין אף אחראי" ("אין שני מלכים משמשים בכתר אחד")."

לכן, שניהם קבעו כי צריכה להיות זהירות מופלגת בקביעה של משמורת פיזית משותפת ויש לקבוע מנגנון שייתן מענה לכך – הורה מרכז כבירית מחדל!

משמורת פיזית משותפת

הביטוי משמורת פיזית משותפת, הנזכר בפסה"ד לכל אורכו, מתייחס לחלוקה שווה של זמני שהיית הקטין אצל כל אחד מן ההורים. ההקפדה על השימוש בביטוי משמורת פיזית משותפת לאורך כל פסק הדין אינה מקרית, ומצומצמת יותר מההגדרה "משמורת משותפת" אשר נפסקת לעיתים גם כאשר זמני שהות של הקטין אצל הוריו אינם שווים.

הקריטריונים לפסיקת משמורת פיזית משותפת:

- מסוגלות הורית טובה שווה או דומה של שני ההורים.
- רמה גבוהה של שיתוף פעולה בין ההורים וטיב התקשורת ביניהם.
- רצון הילד.
- מעורבות רבה של שני הורים בחיי הילדים.
- קיומו של קשר טוב ותקין בין שני ההורים לבין כל אחד מהילדים
- מגורי ההורים בסמיכות זו לזו
- תפיסת הילדים את שני הבתים כבתים מרכזיים בחייהם.

כל הקריטריונים האלה קבועים כבר בפסיקה אך המציאות מראה שלא כל בהמ"ש לענייני משפחה בוחנים את הקריטריונים האלה לפני קביעת משמורת משותפת, וכן הרבה פעמים נותנים כותרת של משמורת משותפת כאשר למעשה המשמורת אינה משותפת כלל (לינה בזמנים לא שווים, מגורים מרוחקים של ההורים אחד מהשני וכו').

שופטי 919 ניסו לעשות סדר ולהדגיש כי **הקריטריונים האלה צריכים להבחן בעת ההכרעה בדבר קביעת משמורת פיזית משותפת בכל התקופה לפני הפירוד ולא רק מה שההורים אמרו לבהמ"ש שיהיה לאחר מכן.**

הערת האזהרה – החשש מפני הניצול לרעה עקב הקשר שבין המשמורת למזונות

כל השופטים המקדימים דיון מהותי לשאלת המשמורת הפיזית המשותפת מציינים את החשש מפני ניצול לרעה על ידי מי מההורים אשר יבקש להתחמק מהעברת סכומי מזונות לילדיהם באמצעות בקשת המשמורת הפיזית המשותפת. זאת תוך שהם מסייגים חשש זה ומציינים כי יש להיזהר מפני יצרת הכללות.

מזוז אף הוסיף כי יש לשים לב לכך שנשים בישראל עלולות להיות חשופות להפעלת לחץ בלתי הוגן מצד גברים בהליכי גירושין (סחטנות גט) שנערכים על פי דין תורה, בהיתן המסגרת הנורמטיבית שעליה עמדו. על רקע זה ישנו חשש כי בחלק מהמקרים האב ינצל את כוחו העודף כדי להשיג מן האם הסכמה למשמורת פיזית משותפת גם כשמניעיו לא כנים, וכשהמטרה העיקרית היא לזכות בהפחתת דמי המזונות.

דבריו של מזוז הם דברי אמת של מציאות אשר אכן קיימת במסגרת הגירושין ודיני המזונות בישראל.

סיכום הלכת 919/15

- שני השופטים שכתבו את פסה"ד המרכזיים (**פוגלמן וברק ארז**) **תחמו את מסגרת הדיון למקרים שבהם מתקיימים שני היסודות: משמורת פיזית משותפת והשתכרות שווה.**
- בהתאם לכך, היישום כולל שלושה מרכיבים:
 - קיזוז בעין של הוצאות תלויות השהות;
 - קביעת הורה מרכז (או מנגנון אחר להבטחת צרכיו האחרים של הילד בדרך שווה);
 - העברת מחצית מסכום ההוצאות שאין תלויות שהות להורה המרכז, **רלוונטי רק למצבים אלה.**
- **המרכיב השלישי בהלכה**, קרי העברת החלק היחסי מן ההוצאות שאין תלויות שהות להורה המרכז, בהתאם לפערי ההכנסות, אינו מהווה בעיה. **אך מה באשר למרכיב הראשון? האם גם במצב של פערי הכנסה, בהסדר של משמורת פיזית משותפת, יקוזזו בעין כל הוצאות תלויות השהות, כולל המדור? (היא לא דיברה על זה בביתא)**

שאלות פתוחות – מהו היקף הלכת 919?

כשמחלצים הלכה מפס"ד עלינו תמיד לשים לב לנסיבות הפסיקה, והגבלת ההלכה רק לנסיבות המתאימות – מזונות בהשתכרות שווה ומשמורת פיזית משותפת.

בהמ"ש לענייני משפחה אומרים כי נותרו עדיין שאלות פתוחות כמו: האם גם במצב של פערי הכנסה? האם גם במצבי משמורת שאינה משותפת? האם גם בילדים מתחת לגיל 6? האם התחולה רטרואקטיבית – האם גם על מצבים של הסכמי מזונות שנחתמו בגירושין לפני פסה"ד, האם גם בעניינים שהיו קודם ההלכה, האם זה בכלל שינוי נסיבות או רק שינוי הלכה שלא מאפשר פתיחת תיקים (הרי שינוי הלכה זה לא שינוי נסיבות)? האם חלה גם בבית"ד הרבני?

השופטים 919/15 הייתה צריכה להגיד שהיא חלק רק מכאן ולהבא, דבר שלא קרה – וזה מה שהוביל לפתיחת פסיקות של מאות פסיקות מזונות ע"י אבות, בעוד הנשים לא רוצות לנהל תביעה נוספת על ענייני המזונות שנפסקו כבר כרוך בהוצאות וזמן רב ולכן מושכות להסדרים שאולי פוגעים בהן.

הכאוס רק גבר והפיל שנוטר בחדל הוא **האלימות במשפחה** – המכנה המשותף בכל המדינות הוא שהמעבר להסדרים של משמורת פיזית משותפת תוך הפחתת מזונות, מה שמביא לכך שלגברים יש תמריץ לבקש משמורת פיזית משותפת, הוביל להגברת הסיכון של ילדים לחשיפה של אלימות במשפחה ולכן אותן מדינות שהסיקו מסקנות ושינו מחדש את הדינים אצלן

קובעות כעת כי אחד הפרמטרים המרכזיים כאשר בהמ"ש שוקלים את הסדרי ההורות הוא הבטחת שלומם של הילדים ומניעת חשיפתם לאלימות במשפחה כולל גם כאשר האלימות לא מופנית כלפיהם אלא כלפי בני משפחה אחרים (בראש ובראשונה כלפי ההורה האחר).

הרוב הגדול של האלימות במשפחה הם מקרים חד כיווניים של אלימות גברים כלפי נשים והמחקרים מראים שחשיפת ילדים לאלימות כזו מסכנת את שלומם ורווחתם לא פחות מאשר חשיפתם לאלימות ישירה כלפיהם. הן בוועדת שניט והן בוועדת שיפמן לא מוזכר נושא האלימות. הפרמטרים שוועדת שניט אומרת שצריך להביא במסגרת קביעת המשמורת לא כוללים בחובם את עניין האלימות. יש הטוענים כי ברור מאיליו כי בהמ"ש לוקחים זאת במסגרת שיקוליהם, אך אין זה נכון והמציאות מראה שמטילים ספק באמיתות טענותיהן של נשים בעניין אלימות במשפחה ככל שמדובר בטענות שמועלות בדיונים ביחס למשמורת לילדים.

על כן, ההסדרים הקיימים היום מביאים לתוצאה מאוד גרועה – ילדים חשופים יותר לעוני ולאלימות במשפחה.

שיעור מרצה 23 – 19/06/2019

שיעור אחרון 69

אלימות במשפחה

החוק – חוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 כן יהיה במבחן.

השיחה עם ד"ר הדר דנציג על אלימות במשפחה כלפי נשים – לא תהיה במבחן.

כהמשך לשיחה של הדר:

- הושמע השיר ניגון עתיק / נתן אלתרמן – הדברים הנאמרים בשיר מתחברים למלכוד בו נשים נמצאות "מי עוד יאהב אותי כמו הבעל שמאיים להתאבד" "הסיכוי להירצח אם תעזוב". השירים האלו מכתבים לנו מעין הבניה חברתית של ה"אהבה המזוקקת" תוך ניתוק ריאליסטי מהמציאות הקשה הזו של אלימות במשפחה.
- **כשהמרצה** הקים את מרכז רקמן, תחילה היא סרבה לקחת תיקים של אלימות במשפחה מתוך מחשבה של היעדר מקצועיות והאפשרות להפריד בין תיקי משפחה לבין אלימות במשפחה ← אך התגלה בפניה כי אין אפשרות כזו בנמצא והדברים נשואים האחד בשני. מהנתונים על הפניות למרכז רקמן, על אף שרובן מנשים שלכאורה מצויות בשכבות אוכלוסייה סוציאקונומית נמוכה יותר, ניתן לראות כי לעניין שאלת חוויית האלימות שחווי הרי שלמעלה מ-50% מהפונות למרכז הסיוע מדווחות על אלימות במשפחה. מכלל הנשים בישראל שעברו גירושין בישראל, 1/3 דיווחו כי חוו אלימות בנישואין (על כל סוגיה – נפשית, מינית, כלכלית, פיזית וכו').
- קוצר היד של מרכזי הסיוע והמגורים של נשים מוכות הוא דבר שלא ניתן לתאר.
- הדינמיקה שמתרחשת במשפחה בין האב ואם ביחד לילדים כשהילדים חשופים לאלימות בין ההורים: זה יכול לקחת 2 דפוסים שונים: (1) סמכות האם כלפי הילדים נשברת לחלוטין והיכולת שלה להמשיך ולמלא את התפקיד ההורי לא קיימת יותר מתוך ההשפלה והנחיתות שהילדים חוזים בה. דבר זה עשוי לגרום לכך שהילדים יחקו בבוא העת את האב, ואף אם יהיה פירוד בין ההורים, הילדים יתרחקו מהאם ויכנסו לקטגוריה של "ניקור הורי". זהו מודל בו האלימות של האב נגד האם ממשיכה ומקבלת ביטוי לכך שההורים מתקרים מהאם ומדירים אותה מחייהם; (2) מנגד, יתכן תהליך הפוך בו הילדים תופסים מקום של להגן על האם מפני האב – כאשר יש אלימות חוזרת ונשנית בתא המשפחתי הילדים ניזוקים בכל מקרה והם חייבים לקחת צד, פה הם ייקחו את הצד שלה תוך הזדהות והגנה על האם. במצב זה, אם מתרחש פירוד הילדים לוקחים את צד האם ומתרחש "ניקור הורי" ביחס לאב (מה גם שפעמים רבות האלימות אינה אך כלפי האם אלא אף כלפי הילדים). תחת זאת מתעצם סיר הלחץ של מאבקי משמורת ילדים ותרגומו של המאבק מתוך המאבקים הכלכליים – כאן, במידה והילד לא רוצה להיות אצל האב, הוא יאלץ לשלם מזונות ומכך הוא יעלה טענות הגנה כי האם מסיתה ומנקרת.
- תופעת האלימות במשפחה הדינמיקה הזו קיימת בכל העולם המערבי.
- עם זאת, זה מאוד קשה – משום שיתכנו מקרים בו ההורים משתמשים בילדים נגד ההורה האחר, למרות שלא הייתה כלל התנהגות אלימה לאורך חייהם – זה קורה במודע או לא במודע.
- ברגע שיש כבר תעשייה שלמה של מטפלים בניקור הורים והתפתחות ענפה בכל התחום בכל שנוגע לכך, **התפתחה טענה של רייארד גארנר** שמעודדת פדופיליה מתוך הטענה שילדים משקרים. לדידו, עפ"י התיאוריה שלו, ברגע שעולה טענה נגד אחד ההורים יש להוציא אותו מחזקת ההורה השני ולהעביר אותו לחזקת ההורה נגדו טען. זה נשמע לנו מאוד מעוות וקשה, אך בפועל בהמ"ש בארץ כן עשו שימוש בקו זה.
- בהבנת היקף התופעה של האלימות במשפחה ניתן להבין את ההשלכות החמורות של זה בדינמיקה בתוך העניינים שנוגעים למשמורת ילדים ומוזננות.

- אכן, ישנם מקרים בהם ההורים משקרים במקרי אלימות, כדי לקבל משמורת וכו' אך יש לנו מחקרים שמעידים כי אחוז תלונות השווא נגד אלימות במשפחה אינם דווקא ההורה המשמורן (לרוב, האם) אלא גורם חיצוני וכו'. אחוזי התלונות השווא מאוד נמוך (8%) במקרים של אלימות במשפחה. הרבה פעמים בהקשר של עבירות מין דורשות במשפט הפלילי אחוזי הוכחה מאוד גבוהים (מעבר לכל ספק סביר) שלא ניתן להגיע אליהם, אין זה אומר כי הגבר לא היה מעולם אלא שפשוט לא הצליחו להוכיח.

התכנסות של הנושאים המרכזיים עליהם דיברנו לאורך הקורס

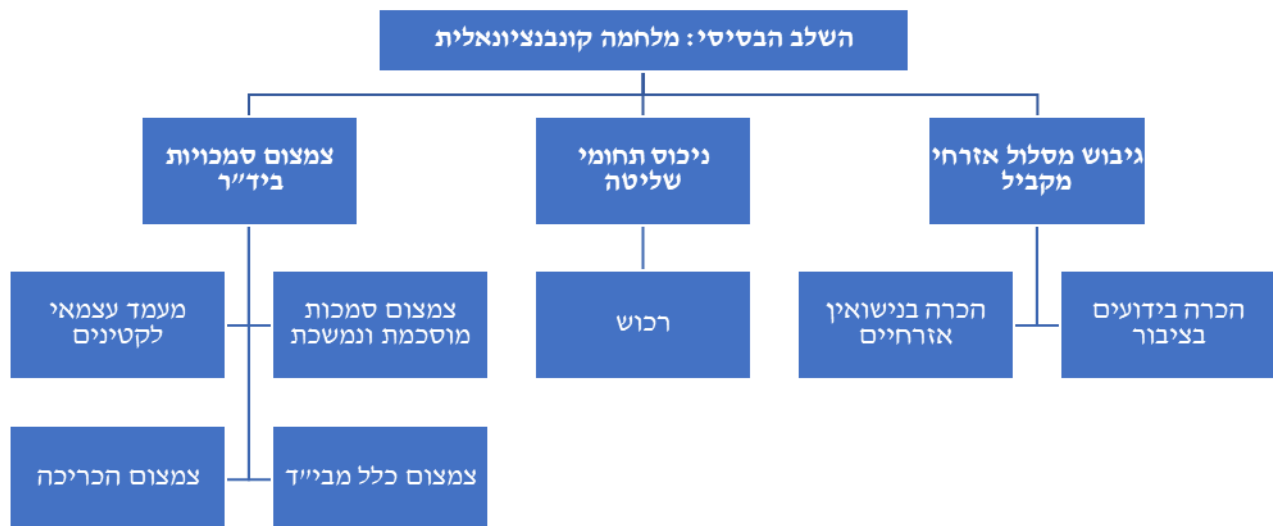
זירת דיני המשפחה בישראל היא מעין זירת מלחמה, כשהמלחמה בכל מקום בעולם לובשת מקום מגדרי בין נשים לגברים, בעוד בישראל המלחמה היא בין מערכתית בין המערכת הדתית לאזרחית.

למרבה הצער, בדרי"כ יש דפוס קבוע בו ביד"ר מזדהים עם צד מגדרי אחד, קרי הגברים; בעוד המערכת האזרחית מזדהה עם צד מגדרי אחר, קרי הנשים. אכן יש חריגים, אך זה מה שקורה בדרי"כ.

ניתן להבין את המצב בישראל כמערכה ב-3 שלבים שבעיקרה היא מתקפה אזרחית – הצד של המערכת האזרחית שתוקף את המערכת הדתית (בעיקר הרבנית).

המתקפה האזרחית: מערכת (שיפוטית) בשלושה שלבים

השלב הבסיסי: מלחמה קונבנציונאלית



- מלחמה קונבנציונאלית – פועלת לפי הכללים שנקבעו בראשית המדינה, בשנות ה-50. כל המשבצות פה הולכות לפי הכללים הקונבנציונליים האלה.

- מקרא:

- **משמאל** – צמצום סמכויות ביד"ר ואיך זה נעשה (נלמד עם הדס).
- **אמצע** – מתודה לנכס שליטה למערכת האזרחית בעיקר בענייני רכוש.
- **ימין** – גיבוש המסלולים האזרחיים המקבילים שעוקפים את כל השליטה של הדין הדתי (ידועים בציבור, הכרה בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל והכרה בהם כנישואים לכל דבר ועניין ללא קשר לשאלת התוקף של הנישואין).

*** הפירוט אינו בהכרח כרונולוגי, הכל התרחש במקביל. גם כשנאמר 'המערכה הראשונה' אין הכוונה כי הדינמיקה הזו נפסקה, אלא היא מלווה אותנו לאורך כל הדרך.

שלב 2: אימפריאליזם שיפוטי מוסדי

פס"ד בבלי פס"ד לב מהווים שינוי של כללי המשחק שהיו עד כה של כללי המלחמה הקונבנציונליים. ברק הלך מעבר למה שהיה קודם לכן. מדובר באימפריאליזם משום שישנה פה השתלטות של המערכת האזרחית על הדתית, תוך ניסיון הכפפת המערכת הדתית לתוך המערכת האזרחית.

שלב 3: אימפריאליזם שיפוטי טריטוריאלי

מדובר על פיתוח דיני משפחה אזרחיים טריטוריאליים. כלומר, פיתוח דיני משפחה אזרחיים. האם דיני המזונות האזרחיים ברע"א 8256/99 מבשרים זאת?

זה האופן בו ניתן להסתכל על כל האינטראקציות האלה ועל מערכת היחסים הסבורה והפתולוגית בין המערכת האזרחית לבין הדתית.

מכת הנגד?



ראשית דיברנו על המתקפה האזרחית, אך ביד"ר לא ישבו כנגד זה בשקט.

מכת הנגד היא בעיקר בנישואין אזרחיים – אותה השארת סמכות בידי ביד"ר לדון בגירושין בעקבות נישואין אזרחיים בגלל **ברק בג"צ בני נוח** השמיע לנו את האוביטר שתהיה להם סמכות לדון בגירושין אך לא בעניינים הכרוכים, אך ביד"ר כן לוקחים לעצמם סמכות ופסיקת ביד"ר במקרים אלו שמה בסיכון של הנשים בנישואין אזרחיים להיות נתונות לעגינות.

שלב חדש: מלחמת גוג ומגוג?

- הנשק הכי חזק של ביד"ר – תנאים בגט וביטול גיטין. זה התשובה שלהם נגד מה שלכאורה חסין מפני ההתערבות האזרחית.

מול

- תביעות נזיקין בגין סרבנות גט.
- נראה כי יש פה מעין איזון בין 2 המגזרים. מה גם שכאן מתלכדות שתי זירות הקרב: המגדרי והמערכת.

מבחן:

- מפקטור תוך כדי בדיקה.
- המבחן בנוי כך שניתן יהיה לתת ביטוי ללמידה יסודית יותר.
- העבודה שניתנה השנה יותר קשה משנים קודמות, אך הציונים יהיו כציוני מגן. ייקח עוד כשבוע עד שנתקבל את התשובות.
- לקראת המבחן תפורסם רשימת קריאה מאוחדת.
- דרישה לגבי פס"ד: לדעת את ההלכה. יש לשים דגש על פס"ד חשובים יותר. אם יש שמות לפס"ד יש לזכור אותם, אך אם אין כן יש לדעת עדיין את ההלכה.
- אפשר להיכנס עם סילבוס למבחן, אך ללא רישומים עליו (כולל הסוגריים שיש באתר – היינו, הסילבוס המאוחד).
- חקיקה כן יכולה להיכנס איתנו למבחן. אסור לסמן על החקיקה – מותר למרקר מירקורים. כן ניתן לדגלן את הקובץ.
- מבנה המבחן:
 - 65%-70% אירועון שעשוי להיות מחולק לתתי שאלות (כמו בעבודה);
 - 25%-30% שאלת מחשבה – השאלה יכולה להיות הצעת חוק / כתבה / מאמר תוך בקשה להתייחסות לכך.
- זמן: 3 שעות. מומלץ לחשוב לפני שמתחילים לכתוב. יש הקפדה על הגבלת מקום.