**מבוא למוסד המשפחה ולדיני משפחה: הזכות למשפחה וגבולות המשפחה**

שני הצירים של קורס דיני משפחה בישראל:

1. חברה ומשפחה - המשפחה כמוסד חברתי ומשפטי; מהות המשפחה (פרטי/ציבורי); גבולות האוטונומיה; מי המוסד הראוי לעצב את המשפחה; שוויון מגדרי.

2. דת ומדינה - הביטוי הברור ביותר של היעדר הפרדת דת מהמדינה, לב הסכסוך, המקום שאליו מתנקז עימות המדינה היהודית-דמוקרטית; משפט ופוליטיקה; ביד"ר מול בג"צ.

פתחנו את הקורס בדיון על ביגמיה, אולם לא ניתן לנתק את הביגמיה מההקשר הכללי של **הפטריארכיה - צורת ארגון חברתי שבה הגבר המבוגר ביותר הוא ראש המשפחה והשושלת.** הקרבה המשפחתית וההורשה מתבצעים על בסיס הקו הזכרי. החברה כולה מחקה את ההתארגנות המשפחתית, ומי שעומד בראשה הם הגברים (לרוב המבוגרים יותר, הנחשבים לבעלי החוכמה, הידע והניסיון). כך, כל שיטת ארגון שבה הכוח והשליטה נמצאים בידי גברים, המחליטים איזה חלק נשים ייטלו - נחשבת לפטריארכיה (כאשר הכישורים המיוחסים לנשים מצויים כולם מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית).

מאיפה הכל התחיל? מבחינה פרה-היסטורית, הארגון החברתי היה מבוסס דווקא על האם - שסביבה התקבצו הילדים והזכרים. האישה הייתה במעמד "אלוהי" בעוד שמקום הזכר בתהליך ההולדה היה לא ידוע. עם המהפכה החקלאית התגלה רעיון "הזרע" והיוצרות התהפכו. האישה נתפסה כרחם שיש להזריע, לכבוש ולעבד, בעוד שהגבר הוא בעל העוצמה והשליטה. המהפכה התעשייתית היוותה את ערש הולדתה של המשפחה המודרנית.

מורשת המשפחה הפטריארכלית במשפט המקובל ובחברה

1. **"תורת המיזוג":**
* אובדן אישיותה המשפטית של האישה עם נישואיה (במשפט המקובל)
* שיעבוד גופני לבעל - החובה להיעתר ליחסי מין בכל עת. עבירת אינוס בנישואין הונהגה באנגליה רק ב-1992.
* זכות החינוך (באמצעים אלימים) של האישה לבעל.
* אובדן זכות האישה לרכוש עם נישואיה.
* קיבוע שלטון הבעל במשפחה (שם המשפחה)
1. **מיתוס המשפחה:** יצירת המשפחה "המודרנית-מסורתית" בעקבות המהפכה התעשייתית.
2. **אידיאולוגיית אי-התערבות במשפחה (אלימות במשפחה).**

השאלה העכשווית של עד כמה המדינה יכולה להתערב במשפחה נעוצה באותה תפיסה של המשפחה כמקום סגור, שעוטף את האדם ומגן עליו מהסביבה החיצונית. אולם, יש אנשים שעבורם המשפחה היא המקום המסוכן ביותר. אם האידיאולוגיה השלטת בחברה ובקרב מקבלי ההחלטות גורסת כי אין להתערב במשפחה/בספירה הפרטית - מבינים למה עמוק בתוך שנות ה-80 אין חקיקה שאוסרת על אלימות במשפחה.

1. **חלוקת תפקידים במשפחה וביטוייה הכלכליים.**

הזכות החוקתית לחיי משפחה (ברק וחשין בפס"ד עדאללה)

**פס"ד עדאללה** הוא המשמעותי ביותר בנושא הזכות החוקתית לחיי משפחה. פסק הדין עסק באיזון משפחות של פלסטינים תושבי ישראל. בהתנגשות בין זכות זו לזכויות אחרת מבצעים איזון נקודתי ולא לפי הכללים הרחבים.

*השופט ברק: "נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה 'יחידה חוקתית' וככזו זוכה להגנה חוקתית. הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם, ונשענת גם על הזכות לפרטיות. הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי היא חלק מהזכות לכבוד האדם. אחד מהמרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו... התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם".*

*השופט חשין: "הברית בין איש ואישה, חיי המשפחה, נוצרו לפני היות המדינה ולפני שזכויות וחובות באו לעולם... המדינה באה ופרשה חסותה על מה שהכתיב לנו הטבע... החברה והמדינה קידשו את ברית האיש והאישה בנישואין, וכך נולדה הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה..."*

ברק וחשין מצביעים על כך שהמשפחה היא הבסיס הראשוני לכינונה של חברה. עם זאת, הזכות לחיי משפחה לא זכתה להכרה רשמית באף אחד מחוקי היסוד של מדינת ישראל. מדינות אחרות בעולם בחרו להעניק ביטוי ספציפי, נפרד ומפורש לאינטרס החוקתי שיש למדינה בקיומה של המשפחה ובהגנה עליה – למשל רואנדה, בוליביה, איטליה וכו'.

מה נגזר מכך שהמדינה רוצה להגן על המשפחה? המשפחה כגרעין הבסיסי והמכונן של החברה.

מה **המשמעות של חיי משפחה כזכות חוקתית?** אם זו זכות חוקתית, אפשר לדרוש מהמדינה לאפשר לאמץ/להיכנס להיריון באמצעות טיפולי פוריות, או לאפשר לזוגות חד מיניים לאמץ.

**ציר דת ומדינה**

למה המצב כל כך מסובך? למה אין בישראל נישואין אזרחיים?

הדין הדתי בישראל התקבל בירושה מהשלטון העות'ומאני, שקבע שענייני המעמד האישי מתנהלים ע"י הדין הדתי הרלוונטי ובסמכות ערכאות השיפוט הדתיות. המנדט הבריטי שימר את המצב כמו שהוא (ברובו), וכך נוצרה מורשת פוסט-קולוניאלית בדומה למדינות אחרות במזה"ת.

התחום של דיני המשפחה הוא הברור ביותר בהיבט של היעדר הפרדת דת ומדינה בישראל. לא רק שאין הפרדה אלא חיבור, קשר בלתי ניתן להתרה.

שמירת עקרון הדין האישי

הגדרה: עקרון הדין האישי קובע כי **עניינים משפטיים בתחום דיני המשפחה נשלטים ע"י הדין הדתי, אך רק כל עוד הם מסווגים כ"ענייני המעמד האישי", 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 והאפוטרופסות וכו').

* דין טריטוריאלי - דין אחיד לכל מי שנמצא במדינה.

**סימן 47 לדבר המלך** הוא אחד הטקסטים החשובים בהקשרי דת-מדינה, כי הוא זה שקבע סמכות שיורית לבתי המשפט האזרחיים. סימן 53 נמחק עם חקיקת חוק שיפוט בי"ד רבניים בשנת 1953.

ס' 1 מדבר על סמכות השיפוט - נישואין וגירושין של יהודים אזרחי או תושבי המדינה יהיו בשיפוטם **הייחודי** של בתי הדין הרבניים.

ס' 2 מדבר על הדין - נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל ע"פ **דין תורה.**

* יש תחומים שבמקור היו חלק מהדין האישי אבל הוצאו ממנו בהדרגה (כמו ענייני רכוש).

הסיפא של סימן 47 אומר **שגם בתי המשפט האזרחיים,** אם עניין מסוים מתגלגל לפתחם, **צריכים לפסוק לפי המצב האישי** (הדין הדתי). זאת, אלא אם ישנו חוק טריטוריאלי בנושא.

כל זה מוביל לפיצול בדין (דתי מול טריטוריאלי-אזרחי) ובדיין (בי"ד דתי מול בימ"ש למשפחה).

**מבוא ועקרונות בסיסיים של סמכויות שיפוט (עם הדס)**

**המאפיינים המרכזיים של דיני המשפחה בישראל**

1. שתי מערכות דינים: דתית ואזרחית.

**א. דין אישי בענייני המעמד האישי (סימן 47 לדבר המלך) -**

הנושאים שחוסים תחת "המעמד האישי" (סימן 51 לדבר המלך) הולכים ומצטמצמים עם השנים בפסיקה ובחקיקה, וכיום כוללים בעיקר נישואין, גירושין ומזונות.

כתוצאה מכך **הדין החל אינו אחיד בין בני הדתות השונות.** למשל, אצל יהודים גט מתקבל בהסכמת הצדדים; אצל הנוצרים בהחלטת ביה"ד; אצל המוסלמים הגבר מגרש את האישה, ובמקרים מסוימים גם לביה"ד השרעי יש סמכות לפרק את הקשר.

* לגבי מי שאינו בן עדה דתית מוכרת - אם הוא אינו אזרח המדינה, הדין שיחול לגביו הוא הדין המדינתי לפי אזרחותו. אם הוא אזרח המדינה, הולכים לפי דתו בבימ"ש אזרחי.

**ב. דין אזרחי בענייני משפחה שאינם ענייני המעמד האישי -**

מה קורה כשלבתי הדין הדתיים מגיעה סוגיה רכושית? בעבר - **פס"ד וילוז'ני -** קבע השופט אלון שבית הדין הרבני דן לפי דין תורה בכל נושא שמגיע אליו, אלא אם יש חוק אזרחי שמחייב את תחולת הדין המדינתי. כיום ההלכה היא לפי **בג"צ בבלי,** שבו קבע השופט ברק שבנושאי הרכוש מחילים דין מדינתי. בפועל ביה"ד לא תמיד מציית לכך...

יש מצבים שבהם הדין האזרחי הוא קוגנטי ולא ניתן להתנייה (כמו אימוץ) ויש מצבים שהוא דיספוזיטיבי (למשל, חוק הירושה שמאפשר החלת דין דתי בהסכמת הצדדים).

2. שתי ערכאות שיפוט: דתית ואזרחית.

ההשלכות לקיומה של מערכת שיפוט כפולה הינן פיצול סמכויות ודינים ו"מירוץ סמכויות".

**א. פיצול סמכויות ודינים בענייני מעמד אישי.**

כיצד נקבע למי הסמכות לדון בעניינם של בני זוג?

1. **סמכות בלעדית לביד"ר** לדון בתביעה (ס' 1 + 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים)
2. **סמכות שיורית בלעדית לביהמ"ש לענייני משפחה** (סימן 47 לדבר המלך, למשל פרשנות הסכם)
3. **סמכות מקבילה.**

בעניינים שיש בהם סמכות מקבילה סמכותו של ביה"ד הרבני יכולה להירכש בשתי דרכים:

* ס' 3 לחוק שיפוט ביד"ר (**שיפוט אגב גירושין -** לא כולל כריכה, שהיא סמכות בלעדית!)
* ס' 9 לחוק שיפוט ביד"ר (**שיפוט על פי הסכמה**).

עקרונית, בעניין מזונות (לא אגב גירושין) יש לאישה בחירה אם לפנות לביד"ר או לבימ"ש (ס' 4).

**ב. "מרוץ הסמכויות" - תוצאה של מערכת שיפוט כפולה.**

במצב שבו לשתי ערכאות שונות יש סמכות לדון באותם נושאים, כל אחד מבעלי הדין מנסה לתפוס את סמכות הערכאה שעדיפה לו מבחינה טקטית. זאת, משום **שבערכאת שונות מתקבלות החלטות שונות.** לדוגמה, בתביעה למזונות אישה אמורים להחיל דין דתי. אם הנושא יעלה לדיון בביד"ר, והאישה בגדה או התנהגה בצורה לא צנועה - ביה"ד עשוי לשלול את מזונותיה. מנגד, אם התביעה תוגש בענייני משפחה, יש סיכוי גבוה יותר שביהמ"ש יפסוק לה מזונות חרף "הוללותה".

גם בנושאים שבהם אמורים להחיל דין אזרחי, כמו חינוך (נכלל תחת נושא המשמורת, שעליו חל עקרון טובת הילד), יש פער בין הערכאות. ביד"ר יטה ללכת עם הצד שיציע לילד חינוך דתי יותר, בעוד שבימ"ש לענייני משפחה צפוי להכריע לפי ההתאמה האישית לילד.

בירור שאלת הערכאה המוסמכת והדין החל

מלכתחילה - לאיזו ערכאה כדאי להגיש את התביעה?

בדיעבד - כיצד יש לתקוף את פסק הדין שניתן?

1. האם פסה"ד ניתן בערכאה מוסמכת?
2. האם הדין הנכון הוחל?

מאין הגיע הסטטוס קוו?

כאמור, הסטטוס קוו הינו מורשת פוסט-קולוניאליסטית ששומרה ע"י האבות המייסדים של ישראל. בערבות הימים הסדר זה הפך להיות סלע מחלוקת ומרכיב מרכזי מאוד ביחסים הנפיצים שבין הדת למדינה בישראל. האם היו ניסיונות לקרוא עליו תיגר?

**"התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בא"י"** (1919) היה הארגון הפמיניסטי הראשון בארץ ישראל שהוקם בתגובה ליישוב הישן והחרדי, שהתנגד לכך שנשים ייקחו חלק שווה בהנהגת היישוב. מאבקו בנושא הבחירות הצליח, אבל כל המאבקים שנגעו למעמד האישי כשלו.

**למה ההסדר המנדטורי נשמר עם פקודת סדרי שלטון ומשפט, ואף הורחב עם חקיקת החשבד"ר** (חוק שיפוט בתי דין רבניים)? עד לחקיקת החשבד"ר, לבתי הדין הייתה סמכות רק לגבי יהודים שהיו רשומים בפנקס העדה הדתית היהודית, והחוק החדש הרחיב את הסמכות לכל יהודי ויהודייה באשר הם. בנוסף, ס' 3 קבע את אפשרות "הכריכה" (ההרחבה הדרמטית ביותר), שלמעשה יוצרת סמכות לבתי הדין הרבניים באופן כפוי. הצד שהגיש ראשון תביעת גירושין וכרך בה את שאר הנושאים כופה סמכות על הצד השני. הרציונל מאחורי ס' 3 היה תמים (הקלה על הצדדים וסיום תהליך הגירושין בערכאה אחת). בפועל המחיר שנשים משלמות על כך כבד.

קבוצת חוקרים (להב, טריגר וקמיר) בחנו את חקיקת החשבד"ר והאם תהליך הרחבת הסמכות אכן היה תמים, משיקולים משפטיים או פוליטיים "נקיים" - או שאולי היה כאן משהו אחר. לטענתם, **החוק מנציח את הפער בין הגברים והנשים ונותן כוח עצום בידי "הגבר היהודי".** קמיר כותבת על כך שהגברים של מפא"י היו צריכים להיאבק בדימוי של הגבר היהודי החלש והרכרוכי, והם ניסו להאדיר את עצמם ופעלו במודע כדי להשיג יתרונות.

**מדוע נשמר ההסדר שמעניק בלעדיות לדין הדתי?** הלפרין-קדרי ויעקב ידגר כתבו על כך מאמר, והסבירו שנישואים דרך הרבנות נועדו למנוע נישואי תערובת - דהיינו, **מניעת התבוללות.** יש כאן הנצחה ברורה מאוד של גבולות הקולקטיב, הן היהודי והן הערבי. בפועל מי שבאמת רוצה להתחתן מוצא את הדרך (ידועים בציבור, נישואין בחו"ל וכו'), יש לזה חשיבות בעיקר הצהרתית - מדינת ישראל היא היחידה שמונעת התבוללות בניגוד ליהודי התפוצות.

שמירת דינים לנצח?

ברק במאמרו על "חוקת המשפחה" הסביר שהחשבד"ר לא בוטל חרף היותו פוגע באופן ישיר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (הזכות לחיי משפחה היא זכות בת של הזכות לכבוד האדם). זאת, משום העניין הפורמלי של שמירת דינים - החשבד"ר חוקק בשנת 1953 כך שנשמר חרף חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדבריו, גם אם לא היה סעיף שמירת דינים, **פסקת ההגבלה אומרת שלא פוגעים בזכות חוקתית אלא בחוק התואם את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.** דהיינו, זוהי פגיעה מוצדקת שנועדה להגשים את תכלית שמירת מדינת ישראל כמדינה יהודית. מנגד, אפשר לטעון שזה מתנגש עם היותה של המדינה דמוקרטית.

הטיעון המרכזי הוא שסיום הבלעדיות של הנישואין והגירושין הדתיים בישראל משמעותו יצירת פילוג בעם, שבטווח הארוך יוביל להתבוללות וחדלת קיומו של העם היהודי. בשם הטענה הזו מצדיקים את הפגיעה בזכות הפרט לחופש מדת ולאפשרות של נישואין ללא כפייה דתית. זו פגיעה מוצדקת לצורך התכלית של המשך קיומו של העם היהודי.

**בג"צ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט:** זוגות בני אותו מין ביקשו להינשא בישראל ונדחו. השופט רובינשטיין אמר שהענקת האפשרות לבני זוג בני אותו מין להינשא בישראל היא עניין למחוקק בלבד. השופטת 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.

דיון במונח הסטטוס:

המשמעות של סטטוס היא **"קניית מעמד שיש לו השלכות משפטיות פורמליות ברורות ופועלות כלפי כולי עלמא".** סטטוס מאוד ברור, למשל, הוא קטין/בגיר. בתחום המעמד האישי שאלות הסטטוס כבדות משקל ומורכבות. זוגות בני אותו מין נאבקים על הזכות לנישואין למרות שמאפשרים להם להיות ידועים בציבור. הם נאבקים על כרטיס הכניסה למוסד הנישואין. האם למושג הסטטוס בדיני המשפחה כיום יש עוד משמעות וחשיבות בכלל? נדון בזה בהמשך.

מיהות ביה"ד

תפיסת ביה"ד בעיני עצמו לעומת תפיסתו בעיני המערכת המדינתית. פרשיות פלונית, כ"ץ וסימה אמיר מדגימות את המתח בין התפיסות הסותרות בין איך שביה"ד הרבני תופס את עצמו לבין האופן שבו המערכת האזרחית רואה אותו.

**פס"ד פלונית (יהדותה של קטינה):** האם בסמכות בי"ד רבני? האם לביה"ד יש סמכות לנקוט בדרכי פעולה או פונקציות נוספות מעבר לאלו שמסורות לו על פי דין?

**פס"ד כ"ץ:** "בג"צ פה לא קובע" - הנרטיב של השופט טל מול הנרטיב של השופט זמיר. השופטים זמיר ודורנר אומרים לטל **שביה"ד הוא מוסד שיפוטי שהוקם ע"י המדינה** **ומהווה גוף סטטוטורי הפועל לפי חוק -** ולפי עקרון החוקיות סמכויותיו מוגבלות רק למה שהחוק נתן לו. ניגוד בין תפיסת עולם דתית לחילונית. השארה מכוונת של שאלת סמכות הבוררות בצריך עיון.

**פס"ד סימה אמיר:** עסק בשאלת סמכות הבוררות. בהסכם הגירושין הייתה תניית שיפוי בנוגע לגובה המזונות שהבעל יידרש לשלם לאישה. מכיוון שמדובר בעניין רכושי לביה"ד אין סמכות, וגם לא הייתה סמכות מהסכמה (ס' )9. האם לביה"ד יש סמכות לדון בנושא מכוח חוק הבוררות? פרוקצ'יה קבעה שלביה"ד אין סמכות לדון כבורר. לדעת רה"ק זו הייתה טעות להתייחס עקרונית לנושא של ביה"ד כבורר ועדיף היה לקבוע כי קונקרטית לא מדובר בהסכם בוררות. זה "חזר בהפוכה" עם ניסיונות לחוקק "חוק עוקף סימה אמיר" שיקנה לביה"ד סמכות של בורר.

**פס"ד עודד גז:** האם מותר לביה"ד להעניק סעד "שיימינג", מעבר לסמכות שמסורה לו ע"פ דין?

מי יהיו הדיינים?

ס' 13 לחוק הדיינים קובע את התנאים למי כשיר להיתמנות למנהל בתי הדין הרבניים: דיין מכהן או אדם הכשיר להיבחר לרב העיר לפי תקנות הדיינים (תנאי הסמכה וסדריה). תנאים אלו אינם יכולים להתקיים אצל נשים.

פס"ד בתיה כהנא-דרור נ' השר לשירותי דת: עתירה שהוגשה לאחר שנשללה מועמדותה של העותרת מתפקיד מנכ"לית בתי הדין הרבניים כיוון שהיא לא עומדת בתנאי התפקיד (היעדר כשירות לכהן כרב עיר). העותרת טענה שמדובר בתנאי שחוסם אוטומטית מינוי של נשים. מה אפשר לעשות? דרך אחת, שנתמכה גם ע"י היועמ"ש, היא לפרש את ס' 13 ברוח חוק הפרשנות, שאומר שבכל מקום שנאמר בלשון זכר זה רלוונטי גם לנקבה. אפשרות נוספת היא לבטל את ס' 13 עקב היותו סותר את חוק שיווי זכויות האישה, שקובע שלא ניתן להפלות וכל אישה יכולה למלא כל תפקיד (אלא אם כן במהותו של התפקיד יש משהו שמונע ממנה). אולם, אז נתקלים בקושי של שמירת דינים. לחלופין, רובינשטיין מציין מתווה מפורט למסלול נוסף שבאמצעותו אפשר יהיה לבחון את כשירותם של המועמדים לתפקיד – למשל, בעל רישיון טוען רבני או בעל תואר שני במשפט עברי או תלמוד, בעל ניסיון של שבע שנים בהופעה בבתי דין רבניים וכו'.

לדבריו של רובינשטיין, תפקיד מנכ"לות בתי הדין הרבניים הינו תפקיד אדמיניסטרטיבי במהותו ולא דתי. לפיכך, אין מניעה מלתת לנשים למלא אותו לנוכח עקרון העל של השוויון.

המאבק ממשיך גם בסוגיית מינוי הדיינים, שנקבעת בוועדה מיוחדת (הוועדה למינוי דיינים). בעבר לנשים לא היה מקום בוועדה ונעשו כל מיני ניסיונות מצד לשכת עורכי הדין לשלוח נציגה. חוק שהעבירה ח"כית עליזה לביא הוסיף מקום שמור בוועדה לטוענת רבנית שתיבחר ע"י שר המשפטים, וכן קובע מכסה שלפיה מספרן של הנשים בוועדה למינוי דיינים לא יפחת מארבע. מדובר בפעם הראשונה שבה יש התערבות בשק"ד של גופים שממנים לתפקיד סטטוטורי.

סוגיה נוספת היא שאלת מינוי נשים לדיינות. בשנת 1940 הרב עוזיאל ניתח את הסוגיה הזו ונתן את דבורה הנביאה כדומה לשופטת הראשונה. מצד אחד הוא אומר ששפיטה היא כמו עדות – אם אישה לא כשירה להעיד, הרי שאינה כשרה לשפוט. מצד שני, לדבריו הציבור יכול למחול על כך ולאפשר לנשים להיות דיינות. כלומר, למרות שהוא חושב **שהלכתית כן ניתן לאשר לנשים להיות דיינות -** הוא חושב שלא נכון להתקין תקנה כזו, שכן היא תפגע בהנהלת משק הבית הישראלי ותשנה "סדרי עולם". הוא מדבר על ההבדלים הפסיכולוגיים בין נשים לגברים, שנשים חוננה ברגשות רחמים רבים. אולם, התנאים להיות דיין ושופט אינם רק "אמיץ ברוחו" אלא גם בעל אמפתיה, לחשוב בשפה של מערכות יחסים ורגשות.

**מערכת היחסים בין המערכת האזרחית לדתית**

אז מה זה משנה, בעצם, אם אנחנו בביה"ד הרבני או בביהמ"ש האזרחי?

עקרונית, על ענייני המעמד האישי אמור לחול הדין הדתי של הצדדים. זה בעייתי מאוד ששופטים "אזרחיים" צריכים לדון לפי המשפט העברי, שמעולם לא עבר קודיפיקציה מסודרת ועל כן נטול "תשובות ברורות". לחלופין, בעניינים שבהם אמור לחול הדין הטריטוריאלי - יכול להיות מצב שבו דיינים דתיים החסרים השכלה משפטית אזרחית יצטרכו להחיל כללים שלא מוכרים להם.

מעבר לשאלת הידע, ישנה שאלה עמוקה יותר - שאלה תפיסתית. שופטים בעלי תפיסה חילונית וביקורתית כלפי הדין הדתי צריכים להחיל דין הנתפס בעיניהם כבעייתי ומפלה, ודיינים צריכים להחיל כללים שמקורם בעולם ערכי שונה לחלוטין מתפיסותיהם האישיות.

**הבדלים בין הערכאות:**

ברמת המעטפת (להבדיל מהתוכן)

השופט זילברג ("כללי המשחק הלגיטימיים"): "לא הרי דיני ישראל הנדונים בביהמ"ש האזרחי, כהרי דיני ישראל הנדונים בביה"ד הדתי. שונה (1) **הגישה,** שונות (2) **דרכי הדיון** ושונה לפעמים גם (3) **התוכן הממשי** של פסק הדין". [פס"ד כהן נ' בוסליק]

למה זילברג התכוון? להבדלים הלגיטימיים שמתייחסים להתנהלות הפנימית בביה"ד:

**(1) גישה = כללי ברירת דין.** כללי המשפט הבינ"ל הפרטי עוזרים להכריע כאשר לא ברור איזו מערכת דינים אמורה לחול בסיטואציה מסוימת. למשל, מכונית שיוצרה בצרפת ונרכשת ע"י אזרח בלגי בגרמניה, ועושה תאונה בהולנד עם אזרח תורכי. מתי יתעוררו שאלות כאלו בדיני משפחה? כאשר ישנם **נישואין אזרחיים מחוץ לישראל.** האם נפעיל את הדין של המדינה שבה נישאו בני הזוג או את הדין הישראלי? ואם את הדין הישראלי - את האזרחי או את הדתי?

זילברג יצר חידוש גדול ואמר **שבתי הדין הרבניים אינם כפופים לכללי ברירת הדין של המשפט הישראלי.** אם בתי הדין הרבניים לא מחילים הוראות של משב"ל ודין זר, ייתכן שתביעות של בני זוג יוכרעו בדרך שונה בביד"ר ובביהמ"ש לענייני משפחה. זילברג קרא לזה "גישה", כי עד שניגש לדין עצמו - יש לשאול איזה דין נחיל בכלל. כך, בביהמ"ש לענייני משפחה ינסו להכריע אם הנישואין תקפים, בהתאם לדין שיוחל לפי כללי ברירת הדין (קודם קובעים איזה דין חל ורק אז דנים בתביעה עצמה; הליך דו-שלבי, יושם לראשונה בפס"ד בכר-גולדברג ואח"כ בפס"ד שמואל).

שלבי הניתוח הללו שונים **בביד"ר, שלא שואל את עצמו את השאלות המקדמיות** הללו.

**ס' 76 לחוק בתי המשפט:** סמכות נגררת ("סמכות אגב אורחא"). הובא עניין כדין לביהמ"ש, והתעוררה בו דרך אגב **שאלה שהכרעתה דרושה לבירור העניין - רשאי ביהמ"ש להכריע** **בה לצורך אותו עניין,** אף אם העניין שבשאלה נתון בסמכותו הייחודית של בימ"ש או בי"ד אחר. למשל, אישה שנישאה בנישואין אזרחיים ותובעת בבימ"ש אזרחי מזונות מבעלה.

1. **דרכי הדיון (סדרי דין) -** סדרי הדין שונים בבתי הדין הרבניים (פס"ד לב).
2. נוקשות הדיון: ישנה **גמישות** גדולה יותר בבתי הדין הרבניים (היעדר פורמליות).
3. סופיות הדיון: עיקרון זה אינו קיים בהלכה ובסדרי הדין הרבניים. באופן תיאורטי, גם כאשר מסתיים דיון בבי"ד רבני אפשר לפתוח אותו מחדש.
4. אין **תקדים מחייב** במשפט העברי! בפועל רואים היסוס מצד פוסקים מאוחרים ובני זמננו ביחס לפוסקים גדולי דור שקדמו להם - אך זה אינו כלל נוקשה שעובד כמו התקדים המחייב במערכת האזרחית, ונתון לשיקול דעתו של כל פוסק ופוסק.
5. **אין מעשה בית דין** ביחס לקביעות של ערכאות אחרות.

מעשה בי"ד הינה דוקטרינה מהמשפט הבריטי שאומרת שממצא שהתקבל בהליך שיפוטי ע"י ערכאה בעלת סמכות מחייב את הצדדים בהליכים אחרים. מעשה בי"ד מתחלק לממצאים עובדתיים ("השתק פלוגתא") וממצאים משפטיים/הכרעה בתביעה ("השתק עילה"). במקום שבו אין "השתק עילה", גם דחיית תביעה אינה סוף פסוק. חשוב לזכור **שדוקטרינה זו אינה דו-סטרית אלא עוברת רק מביה"ד הרבני לאזרחי, ולא להיפך.** לדוגמה, אם במהלך תביעת גירושין ביד"ר קובע כממצא עובדתי שהאישה בגדה בבעלה, הקביעה הפוזיטיבית הזו הינה קביעה ע"י ערכאת שיפוט בעלת סמכות וניתן לעשות בה שימוש בדיון בבית המשפט בענייני משפחה**. אם נרצה לעשות שימוש בקביעה של ביהמ"ש האזרחי בביה"ד הרבני, לא נוכל - כי אין בביה"ד עקרון של "מעשה בית דין".**

1. **הבדלים בראיות.** במשפט האזרחי, הכל כשרים לעדות (למעט חריגים נקודתיים). התפיסה ההלכתית שונה לגמרי וישנה שורה שלמה של מגבלות, כאשר היחידים שכשרים להעיד בפועל הינם גברים שומרי תורה ומצוות. כיום המצב שונה ביחס לחילונים, כי נקבע שזה שאדם שלא שומר שבת לא מעיד בהכרח על אופיו ואמינותו (כי הרוב המוחלט לא שומר שבת). כיום גם נשים מעידות בפני ביה"ד הרבני, שיכול להתרשם מכל מה שהוא רוצה.

כל אלו הם הבדלים לגיטימיים הנוגעים להתנהלות הפנימית בבית הדין הרבני.

**בפס"ד לב** ראינו את ההתנגשות בין התפיסות הערכיות של בית הדין הרבני וביהמ"ש האזרחי. שלום בית כמבטא שאיפה לשמר את היחידה המשפחתית, שגוברת במידה מסוימת על הזכויות של הפרטים שמרכיבים את היחידה הזו. **בתפיסה הדתית יש מקום לסוג של כפייה -** גם אם לא לאלץ אנשים להישאר יחד לנצח, יש לגיטימציה לכפות עליהם ניסיון לשמר את הקשר לפרק זמן מסוים, גם כאשר הם אינם מעוניינים בכך. בתפיסה האזרחית זה לא יעלה על הדעת. **הבדלי ההשקפה הללו עומדים בבסיס הכרעתו של השופט ברק בפרשת לב.**

פסק דין זה היה הפלטפורמה שבה ברק קבע **מה בדיוק הגדרים והתנאים למתן צו עיכוב יציאה מהארץ.** כאשר בתי הדין הרבניים פוגעים בזכויות אדם, הפגיעה עשויה להיות מותרת - אבל רק כפי שהיא מותרת במערכת הכללים האזרחית. **כל עוד יש השפעה על זכויות אדם, חלים על ביה"ד כללי המשפט האזרחי.** זהו החידוש הגדול באמת של פסק דין לב. פסק דין זה מהווה תקדים מחייב גם לצורך הפעלת סדרי דין אזרחיים.

הבדלים לא לגיטימיים (עדיין ברמת המעטפת):

(1) זלזול בסדרי דין

**(2) הרכב חסר.** מצבים (שרווחו בעבר וכיום מתמעטים אך קיימים) שבהם, כאשר מגיעים המתדיינים לביה"ד, הם מגלים שאחד הדיינים לא התייצב. **פס"ד חמד** קבע כי דיון בהרכב חסר - דינו להתבטל. עם זאת, פס"ד מאוחר יותר - **פס"ד אליהו** - קבע שיש להבחין בין דיון בהרכב חסר שהוא קריטי להכרעת התיק לעומת דיון שהתייחס לעניין שולי. במילים אחרות, **הבטלות של פס"ד שניתן בהרכב חסר אינה מוחלטת אלא יחסית.**

**(3) אי ציות לערכאת ערעור** (להבדיל מאי-תחולת עיקרון התקדים המחייב, שהוא בגדר לגיטימי). ערעור אינה מושג שמוכר במערכת ההלכתית, שבה אין "היררכיות" שכאלה, ולעשה נכפה על בתי הדין הרבניים. רוב הרכבי בתי הדין האזוריים כן מתיישרים לפי מושג ערכאת הערעור, שמחייב אותם ברמה המנהלית. עם זאת, ישנם (בעיקר בעבר) מצבים שבהם ביה"ד האזורי סירב לקבל על עצמו את הנחיית ביד"ר הגדול. היו על כך עתירות לבג"ץ שביטל את הנחיות ביה"ד האזורי.

**הבדלים ברמת התוכן (להבדיל מהמעטפת)**

"הדין הוא כביכול פונקציה של הדיין".

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **הנושאים** | **ביה"ד הדתי** | **ביהמ"ש האזרחי** |
| **ענייני המעמד האישי** | דין דתי | דין דתי (מהו?) |
| **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 (הלכת בבלי) | דין אזרחי |

*)הוראות חוק טריטוריאליות רלוונטיות: חוק שיווי זכויות האישה; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; חוק יחסי ממון בין בני זוג; בהקשרים מסוימים - חוק הירושה; חוק האימוץ; חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).*

כאמור, בענייני המעמד האישי אמור לחול דין דתי בשתי הערכאות.

בדיני ראיות וסדרי דין - בביד"ר חל דין דתי (בכפוף לסייגים של הלכת לב). בביהמ"ש - דין אזרחי.

בעניינים שמעבר לענייני המעמד האישי - יחול דין אזרחי גם בביה"ד הרבני (לפי הלכת בבלי).

**פס"ד בבלי:** המשטר הרכושי הנוהג בביד"ר היה הפרדה רכושית - מה שרשום על שם האיש נותר אצלו, ומה שרשום על שם האישה נשאר אצלה (שוויון פורמלי ולא מהותי). במצב החברתי הכלכלי הרווח בעולם כולו רוב הרכוש רשום על שם הגבר, כך שמשטר של הפרדה רכושית פוגע מאוד בנשים. בבלי כרך את הנושא הרכושי והמזונות כדי לקבל יתרון בביד"ר. הנושא הגיע לבג"ץ (כי היה מדובר בהרבה כסף).

הניתוח של ברק אמר שמלכתחילה כל ענייני הרכוש בין בני הזוג הם אזרחיים-חוזיים ולא ענייני המעמד האישי. הוא פירט את התהליך ההדרגתי שבמסגרתו כל ההשלכות הממוניות של נישואין הפכו לקטגוריה שמחוץ לענייני המעמד האישי, כתוצאה מהתפתחות הלכת השיתוף (המבוססת על כוונה חוזית) וכן על חוק שיווי זכויות האישה. אז איזה דין חל? כאשר יש חוק טריטוריאלי, הוא אמור לחוק גם במערכת הדתית וגם במערכת האזרחית. השאלה שעמדה לדיון בפרשה הייתה **מה קורה כשיש ענייני ממוני שלא חל עליו חוק טריטוריאלי** (הזוג בבלי נישא לפני חוק יח"מ)?

**עד לפרשת בבלי "הדין הולך אחר הדיין..."** כל עוד אין חוק טריטוריאלי שמחייב אותו, ביה"ד הרבני ידון לפי הדין הדתי (פס"ד וילוז'ני, השופט אלון - ביטא את הנוסחה המקובלת).

**בפס"ד בבלי התבצע "היפוך נוסחה".**

ברק מציע שתי אסטרטגיות:

1. הראשונה והמסורתית (עד אמצע פסק הדין) הולכת לפי חוק שיווי זכויות האישה, שאוסר להפלות (שוויון מהותי). כך, **משטר רכושי מפלה עומד בניגוד לחוק, ולכן ביד"ר לא יכול לנהוג לפיו וחייב לפסוק חלוקת רכוש שוויונית.** אולם, אסטרטגיה זו **קונקרטית וספציפית** רק למקרה זה ופיצול הקניין ימשיך לעמוד בסוגיות אחרות, שלא יקבלו מענה (הותרת "קטגוריות סיוטיות").

2. הרדיקלית - **היפוך הנוסחה.** החלת הדין האזרחי הכללי על בתי הדין הרבניים בכל הנושאים, **מלבד** בענייני המעמד האישי (התמודדות עם וילוז'ני ובעהם). **תורת האחידות של ברק:** פס"ד לב בהיבטי זכויות אדם ופס"ד בבלי בהיבטי זכויות רכושיות. יש לצרף את פסקי הדין כדי להגיע להחלת דין אזרחי על ביד"ר בכל הנושאים מלבד המעמד האישי, וכך ליישם את תורת האחידות.

**תגובת אלון** **בפס"ד בעהם** (נכתב במקביל לבבלי) - ביה"ד הרבני רשאי לפסוק לפי הדין הדתי, ואישה שבגדה מפסידה את זכויותיה הממוניות. הורי הבעל קנו דירה שנרשמה על שם בני הזוג, ולימים האישה בגדה והבעל כרך את הרכוש לתביעת הגירושין. ביד"ר אמר שהמתנה (הדירה) היא רק של הבעל, והאישה מאבדת את זכויותיה הרכושיות. אלון הסתמך על פס"ד וילוז'ני ואמר שלא מדובר בענייני מעמד אישי אך ביה"ד רשאי לפסוק לפי המשפט העברי, שלפיו אישה שבגדה לא תזכה לחלק בדירה (המתנה היא בתנאי לנאמנות, וללא קיום התנאי המתנה שבה לבעליה).

פוסט בבלי - פרטי וכללי

בפועל גברת בבלי לא קיבלה דבר. התיק חזר לביד"ר שלא היה מסוגל (נפשית...) להחיל את הלכת השיתוף, והדיונים נדחו. כעבור שנתיים ממתן פסק הדין של העליון חשפו עורכי הדין של הבעל הסכם ממון משנת 1980, שלא אושר לפי חוק יחסי ממון (יח"מ). ביה"ד הרבני היה בבעיה - מצד אחד החוזה מציל את בית הדין ופוטר אותו מהחלת החקיקה השיפוטית שבה אינו מכירים (תנאי שבממון קיים). מצד שני, ההסכם לא אושר. ביה"ד נקט בפרשנות אקטיביסטית מאוד - למרות שיש חוק פרטיקולרי בדיני חוזים, הוא בחר לקבוע שהחוזה תקף חרף היעדר האישור. דוגמה לפס"ד אזרחי שהלך בדרך כזו אקטיביסטית (קיום הסכם ממון על אף שלא אושר) הוא **פס"ד רודן.** זה מאוד לא אופייני שבי"ד רבני מפנה לפסיקה אזרחית ומסתמך עליה כדי ליישם את ההסכם. אלא ש"החוק" משמעו החוק כפי שהיה ונהג ב-1980, או למצער בעת שנפרדו - 1986. כלומר, כל נכסי הקריירה (פנסיות וכו') לא כלולים. כאן הפרשנות פורמליסטית מאוד.

**פס"די לידאי ורון** קבעו שפנסיות כן כלולות ברכוש בר החלוקה, אולם הם ניתנו ב-1987 ו-1988, ולפני 1995 (השנה שבה ביה"ד הרבני יישם את ההסכם).

לביה"ד הרבני יותר קל להחיל דין טריטוריאלי בגלל שקיימות קונסטרוקציות הלכתיות (מנהג, דינא דמלכותא וכו') שמקלות על קהילה דתית לקבל נורמות שלא נקבעו ע"י הקהילה עצמה. זאת, למעט דיני איסור והיתר בנישואין וגירושין, שלא ניתן להתנות עליהם (ולכן גם חוק שיווי זכויות האישה מחריג אותם, ס' 5).

כאשר מדובר בחקיקה שיפוטית, לכאורה נשאלת השאלה "מי שמם"? שופטי ביהמ"ש העליון לא מייצגים את "שבעת טובי העיר" בעיני הדיינים החרדים. אולם, הלכת השיתוף מבוססת על מחשבה חוזית, מעין הסכם מכללא שבין בני הזוג. בהחלט אפשר היה ליצור את הלכת השיתוף גם מתוקף המשפט העברי, אולם הרוב מתנגדים לכך.

**ביהמ"ש לענייני משפחה וחוק הסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (עם הדס)**

באילו נושאים עוסקים דיני המשפחה?

ס' 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה:

1. תובענה בענייני המעמד האישי (בעיקר מזונות, גירושין ונישואין)
2. תובענה אזרחית בין אדם לבין בן משפחתו, שעילתה סכסוך בתוך המשפחה
3. תובענה למזונות או למדור (בקשה להישאר באותה קורת גג).
4. תובענה לאבהות או לאימהות.
5. תובענה והליכים לפי חוקים שונים (המצוינים בחוק).

חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014

החוק קובע שכל צד שרוצה להגיש תביעה צריך להגיש לערכאה שיפוטית (בי"ד או בימ"ש) בקשה ליישוב סכסוך. כלומר, **כל סכסוך משפחתי צריך להיפתח בבקשה ליישוב סכסוך** (הליך עם גורמים טיפוליים). **רק אם התהליך נכשל עוברים להליך משפטי בבימ"ש.**

ס' 1 מסביר שמטרת החוק הינה לסייע לבני זוג ולהורים ולילדיהם ליישב סכסוכים משפחתיים בהסכמה ובדרכי שלום, ולצמצם את הצור בקיום התדיינות משפטית.

* בכל ערכאה יש יחידת סיוע עם עורכי דין, עובדים סוציאליים, פסיכולוגים וצוות מקצועי שמלווה את בני הזוג.

על מי ומה חל החוק? (ס' 2)

(1) **תובענה** (למעט בקשה לאישור הסכם, ערעור ובקשת רשות ערעור)

(2) בעניין של **סכסוך משפחתי** בין בני זוג, בין הורים או בין הורים לילדיהם

(3) בנושאי **נישואין וגירושין;** יחסי **ממון** בין בני זוג (למעט ירושה); **מזונות או מדור;** כל עניין הנוגע **לילדים** לפי חוק הכשרות והאפוטרופסות (למעט ילדים חטופים); **אבהות או אימהות.**

מה כוללות פגישות המהו"ת? (ס' 3(ג))

1. מתן מידע על ההליכים המשפטיים והשלכות הגירושין/כל עניין אחר בסכסוך.
2. מתן מידע על הדרכים שבהן אפשר ליישב את הסכסוך בהסכמה ובדרכי שלום.
3. היכרות עם הצדדים כדי להעריך יחד את צורכיהם, רצונותיהם וטובת ילדיהם.
4. קביעת הסדרים זמניים בהסכמה בעניין מזונות או החזקות ילדים, או מתן המלצה לצדדים ולגורם שאליו יופנו להמשיך הליך יישוב הסכסוך.

אופן הטיפול בבקשה ליישוב סכסוך (ס' 3)

ס' 3 קובע את אופן הגשת הבקשה (הבקשות מינימליות ולא כוללות את טענות הצדדים).

* **לאחר הגשת הבקשה ישנם 45 ימים שבמהלכם מנהלים עד ארבע פגישות מהו"ת** (מידע, היכרות ותיאום) - ס' 3(ב). במקרים מסוימים יסתפקו בפגישה אחת.
* **תוך 10 ימים מהפגישה הראשונה לצדדים יש הזדמנות לתת תגובה** (ס' 3(ד)) האם הם רוצים ללכת לגישור/לבימ"ש. באותם עשרה ימים יש הקפאה ואי אפשר ללכת לערכאות.
* אחרי 10 ימי התגובה יש **15 ימי צינון שבמהלכם אי אפשר לעשות דבר או להגיש תביעה.**
* אחרי תקופת הצינון יש **15 ימים שבהם יש זכות קדימה לצד שהגיש את הבקשה ליישוב סכסוך לקבוע לאיזו ערכאה לפנות.**

הגשת תובענה (ס' 4)

ס' 4 קובע את זכות הקדימה לצד שהגיש את הבקשה ליישוב הסכסוך. אם אישה הגישה בקשה ליישוב סכסוך לבימ"ש לענייני משפחה ובמשך 15 ימי ההגשה היא לא מנצלת את זכות הקדימה, הבעל יכול לבחור לאיזו ערכאה להגיש תביעה (גם בי"ד רבני). לחלופין, אם האישה ניצלה את זכות הקדימה באופן חלקי (למשל, לגבי משמורת) הבעל יכול להגיש תביעות בנוגע לשאר הנושאים באיזו ערכאה שירצה.

תקנה 5 - פגישות המהות בתקופת עיכוב ההליכים

ס' (ב) לתקנה אומר מה נכלל בפועל בפגישות המהו"ת. **הפגישה הראשונה נועדה להיכרות עם הצדדים ולהערכת הסכסוך, ללא נוכחות עורכי דין.** היא לא מיועדת ליישוב הסכסוך אלא לכל היותר הסכמה לגבי הסדרים זמניים. ס' (ג) **המשך הפגישות ייקבע לפי שיקול דעת יחידת הסיוע.** אם הוחלט להגיע להסכם יתאפשר לצרף את עורכי הדין לפגישות. ס' (ה) קובע שבמהלך הפגישות **הצדדים לא יקבלו על עצמם התחייבות משפטית ללא הזדמנות להתייעץ עם עו"ד.**

ס' 3(ט) - מתן תוקף של פס"ד להסדר

אם הצדדים הגיעו להסדר במהלך הפגישות, ערכאה שיפוטית יכולה לתת לו תוקף של פסק דין.

סוגיית מאבקי ההסכמות

1ס' 3 לחשבד"ר יצר מרוץ סמכויות באמצעות אפשרות הכריכה. לפיכך ביהמ"ש האזרחי פיתח כל מיני מבחנים כדי לוודא שהכריכה "כשרה" ונעשתה בצורה הגונה. המבחנים יהיו רלוונטיים במקרים הבאים:

**1. במקרה שנכשלו פגישות המהו"ת ותמו תקופות עיכוב ההליכים והצינון** (בחרו להגיש תביעה).

**2. במקרה שהוגשה תביעה בהתאם לס' 3(י) לחוק הסדר התדיינויות** (אם עברה פחות משנה מאז שפתחו בהליך הגשת בקשה ליישוב סכסוך אפשר לגשת ישר לערכאות ולא צריך בקשה חדשה).

**הזיקה העניינית לצורך סעיף 1 לחוק השיפוט: ענייני המעמד האישי**

מהם ענייני המעמד האישי שלגביהם חל הדין האישי?

 ס' 51 לדבה"מ נותן שורה ארוכה של ענייני מעמד אישי, כשבפועל החקיקה והפסיקה צמצמו את החוק לנישואין, גירושין ומזונות.

**מהם ענייני המעמד האישי?**

1. **ענייני נישואין וגירושין**
2. **מזונות**
3. ענייני אבהות (רק לגבי מוסלמים בעקבות חוק הפרוצדורה העות'ומאנית)

**פס"ד בוארון נ' ביד"ר אזורי ת"א**: אישה תבעה מזונות מאבי בנה. האב הודה שמדובר בילדו וביה"ד קבע שהוא האב ועליו לשלם מזונות. האב עותר **לבג"צ שקובע שנושא האבהות אינו נושא של מעמד אישי אצל יהודים ולכן לביה"ד אין סמכות לדון בכך.** רק בימ"ש אזרחי יכול להכריע.

**פס"ד 3077/90 פלונית נ' פלוני** (מוסלמים): אישה רווקה מגיעה עם ביתה ומבקשת שאבי הילדה ישלם מזונות על הילדה. ביה"ד השרעי קבע שאותו אדם אינו אביה של הילדה משום שנולדה מחוץ לנישואין. אצל מוסלמים אבהות נמנית על ענייני מעמד אישי ולפיכך יש לביה"ד סמכות. עם זאת, **לבימ"ש אזרחי יש סמכות לקביעת "אבהות אזרחית"** (לצורך חוקים מסוימים).

* חשוב: המרת דת (שאלת יהדותו של קטין) אינה נכללת בענייני המעמד האישי!

**בג"צ 3023/90 פלונית (קטינה) נ' ביה"ד הרבני:** ילדה מאומצת מארה"ב לאחר שעברה תהליך גיור. ההורים רצו לרשום אותה כיהודייה והופנו לביד"ר שקבע שהיא אינה יהודייה כי הוריה לא מקיימים מצוות. ההורים עתרו לבג"ץ שקבע כי הנושא של **המרת דת אינו עניין של מעמד אישי -** כלומר, לביה"ד הרבני אין סמכות לדון בנושא וביהמ"ש האזרחי הוא בעל הסמכות בעניין.

**הזיקה העניינית**

ס' 1 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים קובע **סמכות ייחודית לבתי הדין הרבניים (1) בענייני נישואין וגירושין (3) של יהודים (4) בישראל,** אם הם **(4) אזרחי המדינה או תושביה.**

מהם ענייני נישואין?

1. תוקף הנישואין או בטלותם
2. כשרות להינשא (בג"צ גיתייה)
3. שלום בית (בג"ץ נעים)

**פס"ד גיתייה נ' הרבנות הראשית:** גיתייה היה מהעדה האתיופית ורצה להתחתן. האחראי על הרישום הפנה אותו לביד"ר שיחליט על יהדותו. ביד"ר שלח אותו לרבנות הראשית שקבעה כי עליו לעבור טקס גיור בטבילה. גיתייה סירב וטען שלביד"ר לא הייתה סמכות להתערב בנושא הכשרות לנישואין. **בג"ץ קבע שהכשרות להינשא נמצאת בסמכותו הייחודית של ביה"ד הרבני.**

**בג"צ נעים נ' ביה"ד הרבני:** האישה הגישה תביעה לשלום בית ובמסגרתה קיבלה שלושה צווים: צו העוסק בווילה משותפת של הזוג; צו העוסק בביקורי הבן אצל האב; צו להחזרת התמונה. הבעל עתר לבג"צ בטענה שביה"ד חרג מסמכותו. **בג"צ קבע ששלום בית הוא עניין של נישואין, ובתוכו עניין המגורים בווילה, שנועדה לחיי המשפחה.** שאר הנושאים מהווים חריגה מסמכות.

 מהם ענייני גירושין?

1. תביעת גירושין ומתן פסק דין גירושין
2. תביעת בעניין הפרת הסכם גירושין (ע"א מרום נ' מרום)

**ע"א מרום נ' מרום:** בני זוג חתמו על הסכם שלפיו הבעל ייתן לאישה גט והאישה מתחייבת לקבל אותו - ואם אחד מהם יפר את ההסכם עליו לפצות את הצד השני. הצדדים החלו ללכת לערכאות השיפוטיות ולנהל דיונים בביהמ"ש. בשלב מסוים האישה הגישה לביהמ"ש המחוזי תביעה לאכיפת הסכם הגירושין (כי הבעל התחייב לתת לה גט והוא לא נתן לה). ביהמ"ש אמר שאין לו סמכות לדון בנושא כי זה נושא של גירושין שתחת סמכות ביה"ד הרבני. האישה פנתה לבג"צ. **השופט קיסטר קבע שהסכם גירושין חוסה תחת ענייני גירושין -** ולכן לביה"ד הרבני יש סמכות ייחודית בעניין. בנוסף, השופט ברנזון העלה נימוק נוסף של **חשש לגט מעושה.**

מה לא נכלל בענייני נישואין וגירושין?

תביעות הנוגעות לרכוש ויחסי ממון בין בני זוג

1. רכוש והסכמים בענייני ממון

2. הלכת שיתוף נכסים (**בג"צ בבלי -** רכוש אינו עניין של נישואין וגירושין ולכן חל דין אזרחי)

3. אכיפת הסכם שיפוי (בג"ץ סימה לוי)

**פס"ד סימה לוי:** בני זוג התגרשו וחתמו על הסכם גירושין שבו נקבע סכום מסוים שהגבר ישלם כמזונות. אם בהמשך הילדים יבקשו להגדיל את המזונות, נקבע שהאישה תשפה את הבעל. האישה תבעה מזונות ובביהמ"ש קבעו שעל הבעל לשלם יותר מזונות מהסכום שהוחלט. הבעל הלך לביד"ר ואמר שעל האישה להחזיר לו את הכסף בהתאם להסכם. ביהמ"ש קבע **שהסכם שיפוי אינו עניין של נישואין וגירושין ולכן אין לביה"ד סמכות לדון בו** (כי לא נכרך לנושא).

**הזיקה הדתית והמדינתית לצורך סעיף 1 לחוק השיפוט**

"של יהודים" - הזיקה הדתית

**בג"צ בנקובסקי:** בחורה התגיירה בגיל 15. היא התחתנה כדמו"י ולאחר מספר שנים מתגרשת. ביד"ר חקר אותה וגילה שאינה מקיימת אורח חיים דתי. לפיכך קבע שהגיור שלה בטל ומבוטל והיא לא נחשבת ליהודייה, ולכן הנישואין בטלים והיא לא זכאית לדבר מהרכוש המשותף. האישה עתרה לבג"צ והשופט ברק פסק **שזכותו של ביה"ד לקבוע שהיא לא יהודייה, אבל מרגע שעשה כן - אין לו סמכות לדון בגירושין (ס' 1) וחלוקת הרכוש תיקבע רק בביהמ"ש האזרחי.**

"בישראל" - סמכות טריטוריאלית

בעבר דרשו ששני בני הזוג יהיו בישראל בזמן הגשת תביעת הגירושין. לאט לאט הנושא התפתח ונקבע **"כלל הנוכחות הקונסטרוקטיבית".** מבחינת התובע, הנוכחות הקונסטרוקטיבית תוסק מעצם הגשת תביעה בישראל באמצעות מיופה כוח (עו"ד). מבחינת הנתבע, בבג"ץ ורבר נקבע שיש לפרש את המילה "בישראל" כזיקה בין הנתבע למדינה (אך לא בהכרח כדרישה לתושבות).

**בג"צ ורבר נ' ורבר**: בני זוג התחתנו בישראל וגרו במדינה 25 שנים. לאחר מכן עברו לארה"ב וגרו שם עשר שנים. הם החליטו להתגרש. הגבר הגיש תביעת גירושין לביה"ד בישראל והאישה הגישה תביעה לביהמ"ש בארה"ב. ביה"ד הרבני קבע שיש לו סמכות לדון בתביעת הגירושין והאישה ערערה על כך - הבעל אומנם הגיש את התביעה בישראל אבל האישה הייתה בארה"ב. השופט זמיר קבע **שלצורך קביעת נוכחות קונסטרוקטיבית של הנתבע בישראל די להראות זיקה בין הנתבע למדינה -** לאו דווקא תושבות של קבע. האישה רשומה במרשם התושבים, מבקרת את משפחתה, בעלת חשבונות בנק וכו' ולכן בעלת זיקה מספקת לקביעת נוכחות קונסטרוקטיבית המעניקה לביה"ד סמכות לדון בנושא.

"אזרחי ישראל או תושביה" - הזיקה הפרסונלית

**בג"צ כובאני נ' ביה"ד הרבני הגדול (2003):** בני זוג נישאו כדמו"י בתימן ועברו לגור בלונדון. יחסיהם עלו על שרטון. הבעל ביקר בישראל והוצא נגדו צו יציאה מהארץ. האישה הגישה תביעת גירושין ויום למחרת גם תביעה למזונות אישה. על אף שאינם אזרחים או תושבים, ביד"ר טען שיש לו סמכות לדון בתביעתם. הבעל עתר לבג"צ. השופט ברק קבע שלביה"ד יש סמכות דרך ס' 4 לחשבד"ר (מזונות אישה) - "הגישה אישה יהודייה לביד"ר תביעת מזונות שלא אגב גירושין, לא תישמע טענת הנתבע שאין לביד"ר שיפוט בעניין". די בהגשת תביעת מזונות כדי להעניק סמכות.

**בג"צ סבג נ' ביה"ד הרבני הגדול (2004):** בני זוג שנישאו במונקו (כדמו"י ואזרחי) התגרשו גירושין אזרחיים. האישה ביקשה גט דתי אבל הבעל סירב להעניק לה. כעבור שלוש שנים הגבר הגיע לביקור בארץ והאישה הגישה תביעת מזונות לפי ס' 4 + תביעת גירושין לביד"ר. ביד"ר הוציא נגד האיש צו עיכוב יציאה מהארץ. הגבר טען שלביה"ד אין סמכות לדון בנושא. דעת הרוב של פרוקצ'יה פסקה ההיפך מפס"ד כובאני - ס' 4 מדבר רק על מזונות שלא אגב גירושין. כלומר, **אם יש תביעת גירושין, לביה"ד הרבני אין סמכות לדון בנושא במסגרת ס' 4.** לפי דעת המיעוט של רובינשטיין כן **יש סמכות כי מדובר בתביעת מזונות מחמת היותה "מעוכבת מחמתו להינשא" -** הבעל מנע ממנה להינשא לאדם אחר ולכן נרצה שישלם לה מזונות כל עוד אינה יכולה להתחתן.

סמכות מבחינה בינ"ל לתביעה לגירושין - ס'4א

ס' 4א חוקק בגלל מציאות שבה יהודים שלא היו אזרחים או תושבי ישראל רצו בסמכות ביד"ר. הסעיף כולל **מספר זיקות שמעניקות לביד"ר סמכות שיפוט ייחודית, ללא קשר לשאלת האזרחות או התושבות** (למשל, על בסיס מקום מגורים).

ס' 4א(ב)(1) - גם אם הוגשה לביד"ר תביעה מכוח הסעיף, **אין בכך כדי למנוע מבימ"ש מוסמך במדינה אחרת לדון בתביעה לגירושין אזרחיים בין בני הזוג**.

ס' 4א(ב)(2) - אם הוגשה תביעה לגירושין אזרחיים בבימ"ש בחו"ל, ביה"ד הרבני לא יוכל לדון בגירושין האזרחיים (מעין זכות קדימה).

ס' 4א(ג) - אם בני הזוג נישאו כדמו"י והתגרשו לפי דין זר, **ביד"ר יהיה מוסמך לדון בתביעת הגירושין** (או בתביעה להסרת מניעה להינשא כדמו"י) **גם אם רק אחד מהם אזרח ישראל.**

ס' 4א(ה) - הסעיף לא מקנה לביד"ר סמכות שיפוט בעניינים הכרוכים בגירושין (מזונות/משמורת).

**בג"ץ 2123/08 אבקסיס נ' אבקסיס:** שני יהודים אזרחי צרפת נישאו כדמו"י במרוקו ועברו לגור בגוואדלופ. לאחר שנתיים הם נישאו אזרחית בצרפת. בשלב מסוים הם התגרשו גירושין אזרחיים והבעל סירב לתת גט דתי. שני הצדדים ביקרו בארץ והאישה הגישה תביעת גירושין לביד"ר וביקשה צו עיכוב יציאה מן הארץ. הגבר "נכלא" בארץ וביקש לשלול את סמכות ביד"ר בנושא.

דעת הרוב של השופטת ארבל אומרת **שס' 1 לחשבד"ר דורש תושבות, אך עם השנים הורחב מונח התושבות לזיקותיו השונות של האדם לישראל** (בחינה מהותית). במקרה המדובר בני הזוג מבקרים בארץ מספר פעמים בשנה; בעלי נכסים משותפים רבים בארץ; משפחתם המורחבת גרה בישראל; יש להם בארץ חשבונות בנקים וכספות; רופאי הגבר גרים בארץ; אביו של הגבר נקבר בישראל; וכן הוסכם בין בני הזוג שיחיו את שארית חייהם בישראל. כלומר, יש להם מספיק זיקות כדי להיחשב כתושבים מכוח ס' 1.

בנוסף, אומרת ארבל, ניתן להקנות **סמכות לביה"ד מכוח ס' 4א,** היות שמתקיים זיקת "מקום מושבו של הנתבע בישראל", כאשר **מקום מושב מוגדר בחוק כ"מקום שבו נמצא מרכז חייו או מקום מגוריו הרגיל".** מקום מושבו של הגבר בישראל לפי ההגדרות הללו.

דעת המיעוט של השופט מלצר בדעת מיעוט אומרת שאפשר לתת סמכות לביד"ר רק מכוח ס' 4א(א)(1), כלומר **רק אם מראים שהאדם באמת תושב של קבע** תהיה לביד"ר סמכות לדון בעניין.

**בג"ץ 8121/11 פלוני נ' ביה"ד הרבני הגדול:** גבר אזרח מרוקו ותושב צרפת נישא כדמו"י לאזרחית ותושבת צרפת. נוצר ביניהם קרע והם החלו להתדיין בערכאות בצרפת. הם נסעו לישראל בנפרד כתיירים. האישה הגישה בארץ תביעת גירושין נגד הבעל + צו עיכוב יציאה, ובהמשך גם הגישה תביעת מזונות לפי ס' 4. **השופט רובינשטיין אמר באוביטר שאולי כן נכון לחזור לפס"ד כובאני** (יצירת סמכות לביד"ר מתוקף ס' 4, חרף קביעת פרוקצ'יה בפס"ד סבג שאי אפשר להשתמש בס' כאשר ישנה במקביל תביעת גירושין). עם זאת, לעניין זה ניתן להכריע לפי ס' 4א(א) משום שהאישה התאזרחה ועל כן לביד"ר יש סמכות שיפוט ייחודית.

**בג"ץ 5387/13 פלונית נ' ביה"ד הרבני האזורי בפ"ת:** אזרחי ישראל נישאו כדמו"י בישראל. כעבור שנים עברו לגור בדרום אפריקה והיו תושבים שם 25 שנה. היחסים עלו על שרטון והם החלו לנהל בדר"א הליכי גירושין אזרחיים. במקביל הגבר הגיש בארץ תביעת גירושים + מזונות ורכוש. נשאלת השאלה האם לביד"ר יש סמכות לדון בנושא. ס' 1 לחשבד"ר לא מתקיים כי הם לא "בישראל" (וגם אין זיקות לארץ). השופט הנדל אמר שלכאורה לביד"ר יש סמכות לפי ס' 4א(א)(2), שכן בני הזוג הינם אזרחי ישראל. עם זאת, ס' 4א(ב)(2) אומר שביד"ר לא יכול להכריע בגירושין אזרחיים אם כבר הוגשה תביעה לבימ"ש בחו"ל. בנוסף, ס' 4א(ה) אומר שאין לביה"ד סמכות בעניינים הכרוכים לגירושין. כלומר, הסמכות שקיימת לביד"ר בפועל מאוד מוגבלת.

**יחסי הגומלין בין הערכאות (עם הדס)**

סמכות הכריכה (שיפוט אגב גירושין - ס' 3 לחשבד"ר)

הרציונלים מאחורי מנגנון הכריכה הינם שימור הסכסוך בערכאה אחת עם שופט שמכיר את המשפט, מניעת הכרעות סותרות וכו'.

מה הבעייתיות במנגנון הכריכה? מרוץ סמכויות: שתי ערכאות שונות עם סמכות לדון באותם נושאים; כל צד מנסה לתפוס את סמכות הערכאה שעדיפה לו מבחינה טקטית.

הגבלות על מנגנון הכריכה

**1. שלב מקדים - באיזה מצבים ניתן לכרוך?**

* ניתן לכרוך רק לתביעת גירושין. לא ניתן להגיש לביה"ד תביעת משמורת/רכוש סתם כך (חריג לכך: תביעה למזונות אישה שלא אגב גירושין).
* הסכם גירושין שכרוכים בו עניינים שונים מהווה "כריכה משותפת" (בג"ץ עמרני).
* לא ניתן לכרוך לתביעה לשלום בית (ע"א 155/83 ברמן נ' ברמן).
* כשתביעת הגירושין נדחית נופלת עמה גם כל תביעה שנכרכה בה (פס"ד יהלומי).
* לא ניתן לכרוך לאחר הגירושין (בג"ץ 2898/03 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול [הגירה])
* כשהדיון בתביעת הגירושין מפוצל מהדיון בנושאים הכרוכים (בג"ץ שרעבי).

**פס"ד עמרני נ' ביד"ר הגדול -** הסכם גירושין אושר בביה"ד ולאחר מכן הגבר פנה לבג"ץ וטען שלביה"ד לא הייתה סמכות לדון ברכוש כי הוא לא נכרך לתביעה (לא היה אקט אקטיבי של כריכה). בג"ץ קובע **שבמצב של הסכם גירושין מדובר במעין "כריכה משותפת של בני הזוג"**, ולכן לביה"ד תהיה סמכות לדון במצב כזה.

**פס"ד יהלומי:** אישה הגישה תביעת גירושין וכרכה בה את ענייני הרכוש. ביד"ר דחה את תביעתה אך הליכי הגירושין נמשכו. הגבר ניסה לטעון שהסמכות לדון ברכוש נתונה לביד"ר כיוון שהאישה בעצמה כרכה בשעתו את הנושא. נקבע **שמשום שתביעת הגירושין שלה נפלה, כל הכרוך בה נפל.**

**פס"ד פלונית (הגירה-סמכות נמשכת):** בני זוג התגרשו עם הסכם גירושין שכלל הסכם משמורת. האישה רצתה להגר לארה"ב והגבר הגיש לביד"ר תביעת משמורת. בפסק הדין נקבע **שלא ניתן לכרוך לאחר הגירושין.** כלומר, לאחר שתביעת הגירושין נסגרה הגבר לא יכול להגיש תביעה נוספת מכוח ס' 3, בהתבסס על הסמכות שהוענקה לביד"ר במסגרת הכריכה בתביעה המקורית.

**פס"ד שרעבי:** בעל הגיש תביעת גירושין וכרך לה משמורת. האישה התנגדת לכריכה וביד"ר הציע שקודם ידונו בתביעת הגירושין ושלאחר מכן בני הזוג ישלחו לו את טענותיהם לגבי המשמורת. ביד"ר קבע שהצדדים צריכים להתגרש, וכשהגיע מועד הדיון על המשמורת האישה טענה שלביה"ד כבר אין סמכות בנושא כי סיים לדון בגירושין, ולפיכך "הסתיימה" סמכותו לדון בשאר הנושאים. הנושא הגיע לבג"ץ שקבע **שאין זה משנה שהדיון בתביעת הגירושין פוצל מהנושאים האחרים - כל עוד הנושא הוגש בזמן ונכרך בתביעת הגירושין, לביד"ר יש סמכות לדון בו.**

**2. הגבלות הקשורות במועד** (שמירת סמכויות)

ס' 25(ב) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה קובע **שמירת סמכויות -** **לביהמ"ש לענייני משפחה יש סמכות כל עוד לביה"ד הרבני לא הוגשה תביעה קודם** (בעניינים שיש בהם סמכות מקבילה). כלומר, ביה"ד/ביהמ"ש שאליו הוגשה תביעה קודם - יקבל את הסמכות (מרוץ סמכויות).

**בג"ץ 58/08 פלונית נ' ביד"ר אזורי בחיפה** (פרשת 15 הדקות) - אישה הגישה תביעה לביהמ"ש לענייני משפחה בנושא רכוש. לאחר 15 דקות הגבר הגיש לביד"ר תביעת גירושין וכרך בה את עניין הרכוש. למי יש סמכות לדון ברכוש? **בבג"ץ נקבע שמבחן הזמן קובע -** מי שיקבל את הסמכות הוא מי שהוגשה אליו התביעה ראשון, גם אם בדקות בודדות.

**3. הגבלות הקשורות במהות (**האם מדובר בעניין שניתן לכרוך אותו?)

(1) עניינים שמעצם טיבם וטבעם כרוכים בתביעת הגירושין (למשל, משמורת פיזית; פס"ד שרעבי) (2) עניינים הניתנים לכריכה (שלא כרוכים מעצם טיבם וטבעם; פס"ד גולדמן).

**בג"ץ שרעבי:** בעל הגיש תביעת משמורת עם תביעת הגירושין. האישה ניסתה לטעון שלביד"ר אין סמכות. בג"ץ טען **שלא רק שמשמורת ניתנת לכריכה, אלא שהיא מהווה עניין שכרוך מעצם טיבו וטבעו ואפילו לא צריך לציינו.**

**ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן:** בני זוג פתחו בהליכי גירושין. האישה הגישה תביעה, הליך אזרחי של "סילוק יד" והגבר ניסה לטעון שלביה"ד יש סמכות לדון בנושא הרכוש כי הוא כרוך בתביעת הגירושין. ביהמ"ש קבע שלביה"ד אין סמכות כי אף אחד מבני הזוג לא כרך מפורשות את נושא הרכוש בתביעת הגירושין. **נדרש אקט של כריכה מפורשת.**

אופן ביצוע הכריכה

* נדרש אקט של כריכה מפורשת (פס"ד גולדמן)
* כריכה בדרך של התנהגות (בג"ץ פלוני נ' מ"י)
* טופס סטנדרטי של ביה"ד אינו בגדר כריכה (בג"ץ פלונית נ' פלוני)
* אי עמידה בתנאי סף פרוצדורליים (בג"ץ פלונית נ' ביד"ר אזורי ירושלים [אנאלפבית])

**בג"ץ 5679/03 פלוני נ' מ"י:** בני זוג התגרשו ללא כריכה מפורשת, אבל האישה כל הזמן העלתה טענות רכושיות והבעל לא התנגד. בשלב כלשהו ביד"ר קבע שהגבר הוא סרבן גט. הגבר ערער לביה"ד הרבני הגדול והעלה טענות רכושיות. ביה"ד הגדול קבע כי הגבר סרבן גט ודחה את הערעור שלו. הגבר עתר לבג"ץ וניסה לטעון שלביה"ד אין סמכות לדון מכיוון שלא נעשתה כריכה מפורשת. בג"ץ (ברק) קבע כי **כריכה יכולה להיות בדרך של התנהגות.** הרחבת דרך הכריכה.

**בג"ץ 787/14 פלונית נ' פלוני:** זוג פתח בהליכי גירושין והאישה מילאה טופס סטנדרטי שעל גביו רשמה שהיא רוצה שביה"ד יקבע מזונות שיאפשרו לה לגדל את הילדים בכבוד. הגבר רצה לכרוך את הנושא הרכושי לתביעה בביד"ר וטען שבמילוי הטופס גם היא התכוונה לכרוך (למרות שנעשה כדרך אגב). בג"ץ קבע שהאישה לא התכוונה לכרוך בעת מילוי הטופס ולכן אין סמכות לביה"ד.

**בג"ץ 2862/14 פלונית נ' ביד"ר אזורי ירושלים (אנאלפבית):** הבעל הגיש טופס תביעה שאחיו מילא עבורו כי הוא אנאלפבית. במילוי הטופס נפלו טעויות והוא הוגש מבלי לעמוד בתנאי הסף הפרוצדורליים - כתב התביעה לא היה חתום ולא אומת ע"י מזכיר ביה"ד הרבני. האישה טענה שזה פוסל את הכריכה. בג"ץ קבע שהפגמים לא יורדים לשורשו של העניין ושכל מקרה צריך לבחון לגופו ונוכח השלכותיו על הצד השני.

ניתן לכרוך נושאים בתביעת גירושין אפילו אם אינם מענייני המעמד האישי, בהינתן שני תנאים:

1. אקט של כריכה מפורשת
2. ההכרעה דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה.

הנושאים שניתן לכרוך הינם:

* רכוש
* מזונות אישה
* משמורת רוחנית על הילדים (חינוך)?

באופן כללי, אין הכרעה בפסיקה האם ניתן לכרוך חינוך. מה שכן עלה בנושא הוא דיון בשאלה האם חינוך קשור לנושא המשמורת או לא.

**הלכת פלורסהיים:** נושא המשמורת נידון בביד"ר ואח"כ האישה פנתה לביהמ"ש כדי שידון בחינוך. עלתה השאלה האם ביד"ר הוא בעל הסמכות לדון בחינוך היות שקודם הוגשה אליו תביעת המשמורת (כלומר, האם תביעת משמורת מעניקה לו סמכות אוטומטית לעסוק גם בחינוך). בהלכה נקבע **שהסמכות לדון במשמורת בביה"ד הרבני לא כוללת אוטומטית את נושא החינוך,** וניתן לפנות לביהמ"ש האזרחי כדי שידון בשאלת החינוך.

**בבג"ץ עליזה אמיר** היה מקרה הפוך - האישה קודם כל הגישה תביעת משמורת ומזונות לביהמ"ש האזרחי ואז הגבר הגיש תביעת גירושין לביה"ד וביקש לכרוך את נושא החינוך. האישה רצתה שהילד יתחנך בחינוך ממלכתי דתי והגבר רצה שהילד יתחנך במוסד של חב"ד.

בבג"ץ **השופט חשין קבע שבמצב שבו תביעת המשמורת הוגשה קודם לביהמ"ש האזרחי, היא תכלול אוטומטית גם חינוך.** כלומר, חוסר תחולה להלכת פלורסהיים ביחס לערכאה האזרחית. הנימוק שלו התבסס על הסמכות השיורית (לבימ"ש אזרחיים יש סמכות רחבה יותר בהשוואה לסמכות הייחודית הרבנית).

עניינים שאינם ניתנים לכריכה

* מזונות ילדים (עד היום לא ברור בדיוק אם ניתן לכרוך או שרק השבת מזונות)
* ברית מילה

**בר"ע 110/69 שרגאי נ' שרגאי:** הגבר כרך את מזונות הילדים לתביעת הגירושין. האישה טענה שלביה"ד אין סמכות לדון בנושא. בג"ץ עשה הפרדה בין מצב שבו הקטין תובע - ואז אין סמכות לביה"ד הרבני לדון במזונות ילדים (כלל לא ניתן לכרוך לתביעת הגירושין) לבין מצב שבו ההורה תובע. לפי קביעתו, מה שניתן לכרוך הוא נושא השבת הוצאות (כאשר אחד ההורים, לרוב האישה, מבקש החזר כספי על הוצאות הילדים), כאשר הרציונל הוא טובת הילד - או שהצדדים יסכימו ללכת לביה"ד מכוח ס' 9 או שיגישו תביעה נפרדת לביהמ"ש האזרחי. לסיכום, **אי אפשר לכרוך מזונות ילדים אלא רק השבת מזונות.**

**בג"ץ 5933/14 פלונית נ' פלוני:** הגבר כרך את מזונות הילדים בתביעת הגירושין. ביה"ד האזורי קבע שאין לו סמכות לדון במזונות הילדים עקב הלכת שרגאי. הגבר ערער לביה"ד הרבני הגדול שקבע שכן יש לו סמכות לדון בניגוד להלכה הקיימת. האישה עתרה לבג"ץ. השופט הנדל, בניגוד להלכות הקודמות, קבע שיש לביד"ר סמכות בנושא וציין שכבר נקבע בהלכה שניתן לכרוך מזונות ילדים (לא ברור למה התכוון, לדעת המתרגלת מדובר בטעות). האישה ביקשה דיון נוסף בבג"ץ, ובו השופט גרוניס לא הפך את פסיקתו של הנדל אבל ציין שלא נקבעה הלכה חדשה או כזו שסותרת הלכות קודמות, כי עדיין ניתן לכרוך השבת הוצאות (ניסה לגרום לזה לא להיראות כמו חידוש). העניין הכרוך הוא במישור היחסים בין בני הזוג לעניין השבת הוצאות.

**בג"ץ 787/14 פלונית נ' פלוני:** האישה לכאורה כרכה מזונות ילדים בטופס. הסוגיה לא הוכרעה.

**בג"ץ 8533/13 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול** (ברית מילה): בני זוג התגרשו. כשבנם היה בן שמונה חודשים הבעל אמר בדיון בביה"ד הרבני שהילד לא עשה ברית מילה. ביה"ד הורה לעשות לילד ברית מילה תוך שבעה ימים, אחרת האישה תשלם קנס של 3,500 ₪ ועל כל יום עיכוב 500 ₪ נוספים. האישה הגישה עתירה לבג"ץ ועלתה השאלה האם לביד"ר יש סמכות לדון בנושא ברית המילה במסגרת הכריכה.

**השופטת נאור** אמרה שלא ניתן לכרוך לתביעת גירושין מחלוקת בנוגע לברית מילה, שכן זה משהו שלרוב לא קשור לגירושין ולא מחבר באופן שוטף את חיי בני הזוג (כלומר, לא הכרעה שדרושה לחיסול יעיל של יחסי בני הזוג). לדבריה, בגלל שנושא ברית המילה מורכב ומעלה שאלות הקשורות לחופש דת, חשוב שיקבל במה ראויה בבימ"ש אזרחי.

**השופט רובינשטיין** אמר שישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית וברית המילה חשובה מאוד. כל כן, ראוי שבמסגרת הגירושין יותר לבני הזוג לדון בנושא בביד"ר. לדבריו, באותו מקרה קונקרטי ביה"ד הרבני לא בחן את השאלה מבחינת טובת הילד כי היה עליו למנות מומחה שיבדוק רפואית מה טוב לילד. על כן יש להחזיר את התיק לביה"ד.

**השופט הנדל** ציין שלא צריך לקבוע כלל גורף ששולל את האפשרות לכרוך ברית מילה לתביעת הגירושין. לדבריו, בגלל חשיבותה של ברית המילה והשפעתה יוצאת הדופן על זהות הילד, יש להשאיר פתח שבמקרה המתאים יאפשר לביד"ר סמכות לדון בנושא. מבחינת התוצאה האופרטיבית במקרה הקונקרטי, לא אמורה להיות סמכות לביה"ד כי הכריכה לא הייתה כדין (זכות הטיעון של האם נפגעה).

מבחני הכריכה (הגבלות לפי בג"ץ פייג-פלמן)

**א. האם תביעת הגירושין כנה?**

* האם בכתב התביעה פורטה עילה הלכתית לגירושין (פס"ד מרים תורג'מן)
* התנהגות הצדדים במהלך הדיונים (גבר שמסרב לתת גט; אישה שמגישה תביעת גירושין ואז מסרבת לקבל גט)
* הגשת תביעה לשלום בית ולחלופין תביעה לגירושין (2 גישות: פס"ד מאירוביץ ושרגאי)

**פס"ד תורג'מן:** הוגשה תביעת גירושין והגבר כרך לה כל מיני נושאים. האישה הגישה תביעת מזונות לביהמ"ש האזרחי. הגבר ניסה לטעון בביהמ"ש האזרחי שאין לו סמכות לדון כי היא נתונה לביה"ד הרבני. ביהמ"ש האזרחי קיבל את דבריו. האישה ערערה למחוזי ונקבע **שתביעת הגירושין לא הייתה כנה בגלל שלא הייתה עילת גירושין.** יש לבדוק תמיד שיש עילת גירושין הלכתית. ביהמ"ש קבע שבמצב כזה תביעת הגירושין אינה כנה והיא נופלת.

**פס"ד 787/14 פלונית נ' פלוני:** הגבר הגיש תביעת גירושין שבה התנה את מתן הגט בכל מיני תנאים ("מבקש לחייבה בגירושין בכפוף לתנאים שיהיו בהסכמתי בלבד".

**בפס"ד מאירוביץ** (1962) נקבע שהגשת תביעה לשלום בית ולחלופין גירושין הינה תקינה, כי כמעט תמיד כשזוגות רוצים להתגרש ביה"ד מנסה לעשות שלום הבית - ולכן זה לא מעיד על חוסר כנות ששוללת את הכריכה.

**בפס"ד שרגאי** (1969) נקבע שיש חוסר כנות בהגשת תביעה לשלום בית ולחלופין לגירושין.

**ב. האם הכריכה התבצעה כדין?**

* האם העניינים נכרכו בתביעת גירושין?
* האם מדובר בעניינים שלפי מהותם ניתנים לכריכה?
* יש לכרוך במפורש ובפירוט את העניינים הנלווים לתביעת הגירושין.

**ג. האם הכריכה כנה?**

* פיצול תביעות בערכאות השונות מעיד על חוסר כנות (פס"ד תורג'מן)
* חוסר פירוט של הרכוש הכרוך יכול להעיד על חוסר כנות
* התעלמות מפסיקת ביד"ר בעניין מזונות יכולה להעיד על חוסר כנות

**פס"ד תורג'מן:** הגבר הגיש תביעת גירושין לביה"ד ואח"כ הגיש תביעה בביהמ"ש לענייני משפחה לפירוק שיתוף. כשהאישה הגישה תביעה בביהמ"ש הוא טען לחוסר סמכות עקב כריכה בביד"ר. האישה ערערה לביהמ"ש המחוזי, שקבע שיש חוסר כנות בכריכה כי הבעל פיצל את התביעות.

**בג"ץ 5747/03 פלוני נ' פלונית:** האישה לא כתבה את הרכוש שהיה רשום על שמה בלבד.

**בג"ץ פלונית נ' ביד"ר אזורי ירושלים (האנאלפבית):** "לכרוך הכל + הכל".

**בג"ץ 787/14 פלונית נ' פלוני:** הבעל לא שילם את המזונות שנקבעו, מה שתרם לקביעה כי כריכת המזונות נועדה לחסום את דרכם של הילדים לביהמ"ש ולהתחמק מתשלום מזונות.

בחינת תום לב בהעלאת טענת חוסר סמכות של ביד"ר

**בג"ץ 566/81 עמרני נ' ביד"ר הגדול:** אישה שחשבה שבעלה הפר את הסכם הגירושין פנתה לביה"ד כדי שיאכוף את ההסכם. האזורי דחה אותה והיא ערערה לביה"ד הרבני הגדול שקיבל את תביעתה. הבעל "נזכר" שלביה"ד אין סמכות לדון בנושא כי הגירושין כבר הסתיימו. נקבע כי מכוח ס' 39 לחוק החוזים, לא תישמע טענה של חוסר סמכות כאשר מדובר בשימוש בטענה שלא בדרך מקובלת ובתום לב. אם הבעל באמת היה חושב שיש חוסר סמכות הוא היה "קופץ" קודם, שהרי כבר התקיימו שני דיונים בביה"ד בנושא.

הסמכות להכריע בשאלת הכריכה - "מרוץ ההחלטות"

**בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן:** הבעל הגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני וכרך אליה כל מיני נושאים. לאחר מכן האישה פנתה לביהמ"ש האזרחי בתביעה דומה. למי נתונה הסמכות? ביהמ"ש קבע שלו יש את הסמכות כי הבעל הגיש תביעה לא כנה לביה"ד ואף התנה את הגירושין בתנאים. עתרו לבג"ץ בנושא, ושם נקבע כי **לשתי הערכאות יש סמכות לדון בטענות שנוגעות לסמכותן ולהכריע בשאלת התקיימות תנאי הכריכה.** כל עוד אף ערכאה לא הכריעה בשאלת הכריכה, כל ערכאה תוכל - לפי שיקול דעתה - לעכב את הדיון בתביעה שהוגשה בפניה, עד שהערכאה המקבילה תחליט בשאלת תוקף הכריכה. **אם אחת הערכאות כבר הכריעה בשאלת הכריכה, על הערכאה המקבילה להימנע מלדון בכך,** לאור עקרון הכיבוד ההדדי, **אלא אם מתקיים "טעם מיוחד" שמצדיק זאת.**

מהו טעם מיוחד?

* חוסר חוקיות או פגם חמור אחר היורד לשורש הסמכות.
* חריגה ברורה מכללי הצדק הטבעי (למשל, זכות טיעון)
* סוגיה שאינה ניתנת לכריכה (ברית מילה, מזונות ילדים?)

**בג"ץ 2862/14 פלונית נ' ביד"ר האזורי ירושלים:** ביה"ד לא נימק את החלטתו אלא התבסס על חוות דעת של היועמ"ש. האישה ערערה על כך שלא ניתנו נימוקים. באותו מקרה זה לא עלה כדי פגיעה מהותית בזכויותיה, כי תוך שנתיים ניתן פס"ד מדויק.

* **אם במבחן נראה היעדר הנמקה מצד ביה"ד, זה יכול להוות פגם שיורד לשורש ההליך.**

בחינת חוסר תו"ל דיוני בפניה לביהמ"ש לענייני משפחה

**בג"ץ 58/08 פלונית נ' ביד"ר האזורי בחיפה** (פרשת 15 הדקות): במקרים חריגים, סמכותם של בתי המשפט האזרחיים לפי מבחן הזמן כפופה גם היא לתו"ל דיוני.

**ס' 9 לחוק השיפוט: סמכות בהסכמה**

ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים - שיפוט על פי הסכמת הצדדים.

התנאים המצטברים הנדרשים לצורך תחולת ס' 9:

1. רק עניינים שנכללים בענייני המעמד האישי לפי ס' 51 לדבר המלך ואינו בסמכות שיפוטית ייחודית של ביד"ר. ענייני ממון/רכוש לא נכללים!
2. שני הצדדים הסכימו כי העניין ידון בפני ביד"ר (באופן מפורש/מכללא)

**בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' ביד"ר הגדול:** שני בני זוג חתמו על הסכם גירושין והכניסים בו תניית שיפוי במקרה שבו האישה תדרוש את עיכוב יציאת הבעל מהבית או את הגדלת המזונות. עלתה השאלה האם לביה"ד הרבני יש סמכות לדון בנושא במסגרת הסכמת הצדדים בהסכם לגשת לבוררות בכל תביעה עתידית. **אי אפשר להסכים על אכיפת תביעה רכושית,** זה לא נושא של מעמד אישי ולביה"ד אין סמכות לדון בנושא כבורר - הוא ערכאה ממלכתית ולא פרטית.

הסכמות של ההורים בנושא לעניינים של קטינים

מזונות ילדים - האם ניתן לכרוך או שניתנת סמכות לביד"ר רק בהסכמת הצדדים?

בעבר נאמר שאי אפשר לכרוך (הלכת שרגאי), אולם הנדל בפסיקה מאוחרת יותר חשב שכן.

האם הקטין מחויב להסכמות של הוריו?

**בג"ץ 78/03 כץ נ' ביד"ר הגדול:** סרבן גט דרש שביה"ד ידון בכל הנושאים, כולל ילדם הקטין של בני הזוג. בני הזוג הסכימו על הרכב מיוחד של שלושה דיינים ספציפיים בביה"ד הרבני הגדול שידון בנושא הילד. שניים מהדיינים פרשו ונשאלה השאלה האם לביה"ד הרבני הגדול עדיין יש סמכות לדון בנושא. האישה אמרה שלא כי היא הסכימה רק להרכב ספציפי. הנושא הגיע לבג"ץ.

דעת הרוב של השופטת פרוקצ'יה אמרה שהסדרים מוסכמים שהושגו בין ההורים לגבי הסמכות הדיונית וגם לגבי נושאים מהותיים לא מחייבים את הקטין כאשר הוא לא היה צד להסכם. במקרה הזה עיקר הנושא היה הגט ולא הקטין וטובתו ולכן לא היה צד לדיון והסכמת ההורים לא מחייבת אותו.

דעת המיעוט של השופט טירקל אמרה שיש למנות לקטין אפוטרופוס נפרד שאינו אחד מהוריו, והוא זה שיקבע איזו ערכאה עדיפה לקטין.

**בג"ץ 2898/03 פלונית נ' ביד"ר הגדול** (הגירה): השופטת ביניש אמרה שהסכם גירושין בין הורים יחייב את הקטינים רק אם **ברמה הדיונית ענייניהם של הקטינים נבחן לגופו כעניין עצמאי** ונפרד מיתר סוגיות הגירושין של ההורים, **וברמה המהותית** - הערכאה המוסמכת שוכנעה כי **ההסכם בין ההורים משרת את טובת הקטין.**

**בג"ץ 4407/12 פלוני נ' ביד"ר הגדול** (2013): בני זוג הגיעו להסכם גירושין, הסכימו על מזונות הילדים וביה"ד הרבני נותן להסכם תוקף של פסק דין. אחרי תקופה מסוימת הם הגיעו להסכם חדש וגם אותו אישר ביה"ד הרבני. אחרי שנה בלבד האישה הגישה תביעה בשם הילדים להגדלת המזונות. הגבר טען שלביה"ד יש סמכות לדון בנושא כי לא מדובר בתביעה עצמאית של הקטינים אלא בקשה לשנות את ההסכם הקיים. האישה עתרה לבג"ץ. כל השופטים הגיעו לאותה תוצאה - לא מדובר בתביעה עצמאית של הקטינים אלא תביעה לשינוי המזונות (ולכן יש סמכות נמשכת).

**השופט עמית** אמר שבעבר היה **מבחן פרוצדורלי -** כדי שההסכם יחייב את הקטין יש (1) להגיש תביעה נפרדת בשמו של הקטין (2) לקיים דיון נפרד בעניינו של הקטין, שלא במסגרת הסוגיות האחרות בתביעת הגירושין. עם חלוף הזמן ניתן דגש **למבחן המהותי -** די בכך שביהמ"ש דן לגופו של עניין מזונות הילדים, ובחן את ההסכם שנערך בין בני הזוג תוך התייחסות לטובת הילדים ומזונותיהם. דעתו של השופט עמית **היא שהמבחן המהותי חל בענייני מזונות, בעוד שבנושאי משמורות, מגורים, הסדרי ראיה וחינוך הפסיקה נוטה למבחן הפרוצדורלי.** למבחן המהותי שני שלבים: (1) האם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים? (2) האם בפועל קופחו הקטינים בסכום המזונות שנפסק לזכותם בעת אישור הסכם הגירושין? **אם אין קיפוח - לא פותחים את ההסכם.**

**השופט הנדל** הצטרף לחוות הדעת של עמית, אך אמר שהמבחן המהותי חל גם על ענייני משמורת וכו'. הוא לא קיבל את המבחן הדו-שלבי ואמר **שיש להשתמש רק במבחן המהותי -** **האם עניינם של הקטינים נדון לגופו של עניין תוך שטובתם נשקלת באופן ברור ונפרד מיתר ענייני הגירושין?**

**השופט רובינשטיין** מצטרף לחוות הדעת המהותית של עמית בנושא המזונות ומסכים לתוצאה. לדבריו, **בכל ענייני הקטין המבחן הוא המהותי** (מסכים עם הנדל, לא מפצל כמו עמית).

**בע"מ 3984/15 פלונית נ' פלונית** (זכות תביעה עצמאית של קטינה למזונות): אמא של ילדה בת שלוש מגישה תביעה לבימ"ש לקביעת אבהות. ביהמ"ש קובע מי אביה ומחייבו בתשלום מזונות. בערבות השנים האם והילדה הגיעו להסכם עם האב שיוותרו לו על כל המזונות אם יכיר בילדה ויהיה איתה בקשר. האב חתם על ההסכם אבל הפר אותו ולא שמר על קשר. הילדה הגישה תביעה עצמאית נגד האבא. כל אחד מהשופטים חשב שלילדה עומדת זכות תביעה עצמאית.

רובינשטיין: **עקרונית אין לילדה זכות לתביעה עצמאית.** ההסכם, לאחר דיון מהותי, נעשה לטובת הילדה. עם זאת, יש **שינוי נסיבות מהותי שמכוחו הילדה זכאית לתבוע מחדש.**

מזוז: **לא התקיים בעניינו "דן ופסק", לא דיונית ולא מהותית.** הילדה ויתרה על כל מזונותיה כדי לפגוש את אביה, וזה לא קרה. יש להכיר בתביעתה העצמאית.

הנדל: לפי כל הגישות בפסיקה יש הצדקה לניהול תביעה עצמאית של הילדה. מבחינה דיונית ביהמ"ש לא "דן ופסק" בעניינה של הקטינה בעת שאישר את ההסכם. מהותית הוויתור על מזונותיה מעורר את התהייה האם ההסכם הזה אכן לטובת הקטינה. **ראוי לקבוע כלל שלפיו הסדר שבו קטין מוותר על זכות קיימת למזונות תמורה היכרות עם הורה מבסס מהותית עילה לתביעה עצמאית.** ייתכן שכלל זה אינו מוחלט ותיתכן אפשרות לחריג במקרים מסוימים.

מהו הדין החל?

**בג"ץ 9734/03 פלונית נ' ביד"ר הגדול:** אישה נכנעה בפני סרבן גט והסכימה ללכת לביה"ד הרבני, אולם לא הסכימה שידון לפי הדין הדתי. השופט רובינשטיין אמר **שהסכמה לשיפוט ביד"ר אינה מהווה בהכרח הסכמה להחלת דין דתי.** הצדדים צריכים להסכים לכך מפורשות.

**סמכות נמשכת**

סמכות נמשכת היא מצב שבו ערכאה מסוימת דנה במשהו ובעתיד מתעוררת מחלוקת באותו נושא. למשל, אם ביה"ד נתן החלטה בנושא משמורת ובעתיד תעלה מחלוקת בנושא – הערכאה במקורית תוכל לדון בו. יש בכך רציונלים של יעילות דיונית, היכרות עם התיק ומניעת מצבים של סיכול החלטות באמצעות פניה לערכאות אחרות.

התנאים שהותוו בפסיקה להקניית סמכות לדון בעניין מכוח כלל הסמכות הנמשכת:

**1. הייתה סמכות מקורית לדון באותו עניין.**

למשל, החלטה של בי"ד לעניין משמורת נעשית מתוך סמכות. אבל אם מדובר בהחלטה לגבי ברית מילה, אין סמכות ולכן גם לא תהיה סמכות נמשכת.

**2. העניין הינו בעל אופי מתמשך.**

למשל, משמורת; מזונות ילדים. ישנם דברים שאינם בעלי אופי מתמשך.

**בג"ץ סימה לוי:** הסכם עם תניית שיפוי לגבי הגדלה עתידית של מזונות הילדים. הבעל פונה לביה"ד הרבני כדי לקבל החזר כספי על תביעת הילדים למזונות. נקבע שהנושא הינו רכושי (תניית שיפוי) ולכן אינו בעל אופי מתמשך. **החלטות רכושיות הן החלטות סופיות** שלגביהן אין סמכות נמשכת. להחלטות לגבי מזונות יש אופי מתמשך וגם להחלטות לגבי משמורות.

**3. הצדדים להליך החדש הם אותם צדדים.**

לדוגמה, זכות התביעה העצמאית של קטינים.

**בג"ץ 2898/03 פלונית נ' ביד"ר הגדול:** הסכמים בין הורים לעניין משמורת הקטין ולעניין הערכאה השיפוטית שתדון בסוגיה זו לא יחייבו את הקטין אם טובתו לא נבחנה במעמד הצדדים כעניין העומד לעצמו בנפרד מיתר סוגיות הגירושין (נדון גם בבג"ץ כץ).

**4. "דן ופסק" בסוגיה הספציפית המועלית מחדש כעת.**

**בג"ץ 6021/10 פלונית נ' ביד"ר האזורי ירושלים:** בי הזוג הגיעו להסכם משמורת בביה"ד אבל אח"כ החליטו להתגרש. האישה הגישה תביעה לבימ"ש לגבי הגירה עם הילדים והגבר הגיש תביעה לביה"ד הרבני וניסה לטעון שיש לו סמכות נמשכת כי אישר בעבר את ההסכם. נקבע שלביה"ד אין סמכות לדון בעניין כי הוא לא "דן ופסק". **כדי שלביה"ד תהיה סמכות נמשכת בנושא מסוים, עליו לדון ולפסוק בו באופן מהותי** (כאן הוא רק אישר הסכם, מעין חותמת גומי).

החריג לדרישת "דן ופסק" הוא כאשר ניתן **פס"ד המעגן כלשונו הסכם ממון בין הצדדים.** שינוי, תיקון או ביטול של הסכם כזה אפשרי רק בפניה לערכאה המקורית שאישרה אותו. לחלופין, **אם הצדדים אומרים במפורש שהם מסכימים לסמכות נמשכת עתידית** לערכאה שאישרה את ההסכם בנושאים הנזכרים בו (בג"ץ ורבר).

**5. כלל הסמכות הנמשכת אינו כולל נושאים שלא הוזכרו בהסכם.**

**בג"ץ 5385/95 ורבר נ' ורבר:** בני הזוג גרו בעבר בישראל. האישה הגישה תביעת גירושין. בעבר השניים ניסחו הסכם גירושין לגבי המזונות וחלוקת הרכוש. ביהמ"ש קבע שהמזונות עד הגירושין לא יכללו בהסכם כי הוא ההסכם עסק במה שיקרה אחרי הגירושין בלבד.

**6. הסוגיה המאוחרת קרובה במידה מספקת למקורית, כך שנשמר צביונו המתמשך של העניין.**

כלומר, צריכה להיות קרבה בין ההחלטה המקורי למה שקורה כעת. למשל, בפס"ד ורבר היה ריחוק בזמן של 15 שנה. בנוסף היה ריחוק במקום (הם גרו בארה"ב ולא בארץ).

**הכלל: בקשה לשינוי או ביטול של פס"ד בשל שינוי נסיבות תידון בפני הערכאה שנתנה את פסק הדין.** אולם, זה לא כולל:

1. בקשה לאכיפה הסכם (בג"ץ סימה לוי - הסכם עם תניית שיפוי).
2. בקשה לפרשנות ההסכם (בג"ץ חליווה)
* כדי שהתביעה תתקבל נדרש **שינוי מהותי** בנסיבות.

**בג"ץ 8578/01 חליווה נ' חליווה:** בני הזוג הגיעו להסכם שעסק בין היתר במזונות ילדים. כאשר מדובר בשאלה של פרשנות הסכם אין סמכות נמשכת ואפשר לפנות לאיזו ערכאה שרוצים.

הסכמה לשינוי הסמכות

**ע"א 159/82 ויז'נסקי נ' רידר:** גבר הגיש תביעת גירושין ומשמורת לביה"ד. שני הצדדים הגיעו להסכם בבימ"ש. הגבר ויתר על תביעת המשמורת. לאחר חתימת ההסכם הבעל הגיע לביהמ"ש וביקש להוציא את הילד לחו"ל בהתאם לקבוע בהסכם. האישה הלכה לביהמ"ש ואמרה שהסמכות נתונה לביה"ד הרבני, כי הבעל הגיש את התביעה בהתחלה לביה"ד. ביהמ"ש העליון קבע כי **הצדדים יכולים לשנות את הסמכות בהסכמה.**

**חריג לכך - כשמדובר בהסכמים לפי חוק יחסי ממון.** לפי ס' 2(א) לחוק יחסי ממון, שינוי של הסכם ממון צריך להיערך באותה דרך שבה נערך ההסכם מעיקרו.

**ע"א 394/88 מאייר נ' מאייר:** נערך ממון בבימ"ש, שאחריו הלכו לביה"ד ועשו הסכם ממון חדש. התפתחה מחלוקת בשאלה איזה הסכם תקף. ביהמ"ש אמר שההסכם הראשון תקף לפי ס' 2(א).

בקשה "משותפת" לגירושין ע"ב הסכם מקפח קיצוני

**בג"ץ 10991/07 פלונית נ' ביד"ר הגדול:** הצדדים הגיעו לביה"ד עם הסכם גירושין ("היות והאישה אפתית וחסרת יוזמה בזוגיות... שקרנית בוגדנית... לא מתפקדת במחנכת ואמא..."). ביה"ד עדיין לא החל לדון בו והאישה עברה למעון לנשים מוכות ומשם הגישה תביעות לביהמ"ש האזרחי. הגבר הגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני וכרך אליה הכל. האם ביה"ד קנה לעצמו סמכות מכך שהגישו אליו את הסכם הגירושין במקור? בג"ץ קובע כי ההסכם לא מקנה לביה"ד הרבני סמכות כיוון **שאי אפשר לתת סמכות על בסיס הסכם מקפח קיצוני.**

מעשה בית דין

כאשר ערכאה דנה בסוגיה במסגרת סמכותה והכריעה בה - ההחלטה מהווה "מעשה בית דין".

**רע"א 4982/92 טביב נ' טביב (1994):** פסק דין שניתן ע"י ביה"ד הרבני **במסגרת סמכותו** מחייב את בעלי הדין בכל התדיינות אחרת ביניהם לפני ביהמ"ש האזרחי.

**פיקוח שיפוטי**

מקור סמכות הביקורת השיפוטית של בג"ץ על ביה"ד הרבניים מצוי בחוק יסוד: השפיטה, ס' 15(ד)(4). ס' 15(ג) הוא סעיף סל, שמעניק את מקור הסמכות הבג"צית.

לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם... ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר 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.

עילות התערבות:

**א. "חוסר סמכות פונקציונלית" -** פסיקה בהרכב חסר. בעבר (פס"ד חמד) מצב כזה הוביל לבטלות מוחלטת; הלכת אליהו קבעה בטלות יחסות (לא בכל מצב, רק כשמדובר בעניין מהותי).

**ב. חוסר סמכות עניינית** (פס"ד פלונית - גיור קטינה). אי העלאת התנגדות לסמכות בהזדמנות הראשונה אינו מרפא חוסר סמכות עניינית.

**ג. אי קיום תנאי הסמכות** **של חוק השיפוט** (הזיקות הפרסונליות השונות למעט "יהודים")**.** אם לאחד הצדדים אין תושבות או אזרחית יש בעיה בסמכות ביה"ד. אולם, אם לא הועלתה הטענה בהזדמנות הראשונה, לא ניתן לטעון זאת (תמונת ראי של ס' 9 הנוגע להסכמת הצדדים).

**ד. פגיעה בכללי הצדק הטבעי:** למשל - הפרת כללי דיון בסיסיים, אי מתן זכות טיעון, חוסר הנמקה וכו'. בפס"ד לב קיבלו "לבוש" של הפרת זכויות אדם, בפס"ד מיכל דוד - טובת הילד.

**ה. התעלמות מנורמה אזרחית:** פס"ד פלונית (ראיות פסולות), מעבר על חוק הגנת הפרטיות.

**פס"ד פלונית (ראיות פסולות):** בעל צילם את אשתו מקיימת יחסי מין עם גבר אחר. מצד אחד זה היווה ראיה ממשית לבגידתה ומצד שני הוא פגע בפרטיותה. יש התנגשות בין החוק האזרחי, שלא מאפשר שימוש בראיות שהושגו בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, לבין הדין דתי שלפיו בגידה ("אישה שזנתה") מהווה עילת גירושין מובהקת שאוסרת באופן מיידי את האישה על בעלה ועל בועלה. כלומר, הראיה הפסולה היא הראיה החותכת - בלעדיה לא ניתן יהיה ליישם את הדין הדתי ולפסוק בהתאם לאמת ההלכתית והמשפטית. ברק דחה את פסיקת ביה"ד וקבע שהוא בטל. הוא לא קיבל את טיעון ההכבדה על יישום הדין הדתי ואת הטענה שחוק הגנת הפרטיות חל רק בבתי משפט אזרחיים (מצטט את הרב דיכובסקי שאמר שלטעמו החוק להגנת הפרטיות לא מתאים ליחסים שבין בני זוג, וכי כל מהות הנישואין הוא הרחבת הפרטיות הנפרדת למשותפת. זהו ביטוי לגישה דתית שרואה בנישואין את האיחוד - "דבק איש באשתו והיו בשר אחד"). עם זאת, ברק לא מתמודד עם הקושי האמיתי, שלפעמים באמת יהיו מקרים שבהם האמצעי הפסול הוא הראיה היחידה להוכחת מעשה בגידה. יש כאן התנגשות ברורה וברק לא באמת מתמודד איתה.

האם התערבות בג"ץ מפקיעה סמכות?

**התערבות בג"ץ "מפקיעה" סמכות רק במקום שבו לא הייתה סמכות מלכתחילה** (לא הפקעה אמיתית למעשה). אולם, ביטול פסק הדין לא באמת מפקיע את הסמכות אלא פשוט מחזיר את הקייס לביה"ד הרבני שיפסוק שנית. כך, למשל, ישנה שורת פסקי דין שבהם בתי הדין הרבניים מוצאים דרכים ותחבולות שלא לפסוק לפי הלכת השיתוף (חרף הנחיית ביהמ"ש העליון).

**בפס"ד גבאי** השופט ברק אמר באוביטר "האם לא הגיע הזמן לסיים את הפרשה..." - הוא כבר הבין מה קורה בפרשות כמו בבלי, שבהן החזרת התיק לביד"ר לא גורר את יישום הנחיות העליון. **אולי צריך "לחתוך" ושביהמ"ש העליון יפסוק בעצמו, במקום להחזיר את הדיון לביד"ר.**

כך, למשל, בנושא הקידושין הפרטיים (ניסיון של זוגות מנועי חיתון בעבר לייצר ביניהם קשר המדמה נישואין ולהירשם כנשואים). ביה"ד הרבני לא יכול היה לתת פס"ד המכיר בהם כנשואים, וכתוצאה מכך החל פינג פונג בין בג"ץ לביה"ד הרבניים עד שבשלב כלשהו נמאס לבג"ץ **ובפס"ד רודניצקי** השופט לנדוי קבע שביד"ר לא מסוגל לציית להנחיות ועל כן הוא "יעשה את העבודה" והורה לפקיד הרישום לרשום אותם כנשואים (יישום בפועל של גישת ברק בפס"ד גבאי).

לאחרונה מסתמן כיוון חדש:

**בג"ץ 8214/07 פלונית** (הסיבוב השני של פס"ד אליהו) - ההליכים התנהלו 25 שנים שבמהלכן בסה"כ רבו על הדירה והחלת הלכת השיתוף. לבסוף השופטת ארבל פסקה בנושא חלוקת הרכוש באופן נונשלנטי, כאילו בדרך אגב. באותן נסיבות ברור מדוע עשתה כן (כדי לסיים את הסיפור), אבל השאלה העקרונית היא האם בג"ץ יכול לפסוק בעצמו במקום להחזיר את התיק לביד"ר?

גבולות הפיקוח השיפוטי

עד כמה בג"ץ יכול להתערב בפעילות ביה"ד הרבני? יש להבחין בין המעטפת לבין המהות. **במעטפת ניתן להתערב** (הכללים שעוטפים את תוכן הדינים עצמם – הראיות, הפרוצדורה, ההתנהלות הכללית, איזה גוף נורמות מחילים וכו'), **בעוד שהתוכן עצמו, הדין המהותי של הנישואין והגירושין** (חרף בעייתיותו, עליה נדבר בהמשך) - **חסין מפני התערבות.**

**פס"ד ויקי לוי:** השופט זילברג קבע את הבסיס לכך - "אין הדין הדתי חייב למצוא חן וחסד בעיני ביהמ"ש האזרחי...". הוא קבע את גבול הפיקוח/ההתערבות השיפוטית על בסיס ס' 2 לחשבד"ר.

**בפס"ד היהדות המתקדמת לישראל**, השופט אלון קבע שהמונח "דין תורה" מתייחס ליהדות הרבנית לדורותיה, דרך השולחן ערוך, אבן העזר והשו"ת. דובריה המוסמכים נכון להיום הם בתי הדין הרבניים הממלכתיים. כל מה שתחת דין תורה בהקשר של נישואין וגירושין חסין מפני התערבות שיפוטית. אולם, בתוך הדין הדתי יש קשת שלמה של דעות ועמדות. פרשת העגונה מצפת ממחישה עד כמה המונח דין תורה נותר עמום ופתוח - ולראיה, חלק מהרבנים אמרו שהאישה מותרת וזכאית לגט וחלק אמרו שהיא אסורה.

**פרשת העגונה מצפת:** הרב יוסף, הרב הראשי לישראל, אמר שאישה שבעלה הפך ל"צמח" בעקבות תאונת דרכים עדיין נשואה. הרב לביא ושני דיינים נוספים מצפת השתמשו בקונסטרוקציה של "גט זיכוי" כדי להתירה מעגינותה. שנתיים לאחר מכן הגיש "סתם יהודי" בקשה לביטול פסק הדין, ומשנדחה על הסף ערער לביה"ד הרבני הגדול, שקבע מועד לדיון בהרכב מורחב. הדיון שהתנהל בנושא בבג"ץ לא עסק בשאלה ההלכתית של התרת הגט אלא האם לאותו אדם יש זכות ערעור. זוהי המחשה מצוינת של ההבחנה בין התערבות בפרוצדורה לבין אי התערבות במהות: "שאלת התרת העותרת מעגינותה היא שאלה הלכתית סבוכה ומורכבת... **בשאלה הלכתית זו כשלעצמה אין בכוונתנו להתערב...** ענייננו כעת... בפן הדיוני בלבד..." (רובינשטיין). כך, מלצר עשה שימוש בס' 15(ד) לחוק יסוד השפיטה, שמאפשר לבג" להורות לביה"ד הרבני להימנע מלדון בנושא.

**פס"ד רפאלי:** מקרה קלאסי של עיכוב גט לצורך סחיטת כספים והתניית ביקורי ילדים מצדו של בעל אלים. הבעל חויב בגט וערער על כך לביה"ד הרבני בגדול בטענה שלא התרו בו וכן הלאה. האישה עתרה לבג"ץ, על אף שמדובר בליבת נושא הגירושין שלכאורה "חסין" מהתערבות (אי אפשר להתערב בקביעה למתן גט). השופט אור ביטא את העמדה המקובלת - **בג"ץ אינו ערכאת ערעור לבתי דין רבניים, ומשפסק ביה"ד לפי דין תורה - אין עילה להתערבות בג"ץ** (רק אם ההליך לא היה תקין, כאן היה מדובר בהליך תקין לפי דין תורה)**.** זה נובע מסעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמעניק חסינות לס' 2 לחשבד"ר. אי אפשר לעשות ביקורת שיפוטית מכוח חו"י על דברי חקיקה שהיו קיים קודם לחקיקת חוקי היסוד.

השופט חשין היה בדעת יחיד, והעלה את עילת מאיס עליי, שיש לגביה דעה בהלכה כי כוללת מצב שבו אישה הינה "כשבויה שתיבעל לשנוא לה". למרות שבג"ץ לא יכול להורות לביד"ר להפעיל הלכה קיימת, חשין טוען שאם ביד"ר יכול לעשות זאת הרי שיש מקום לכך. הוא לא מבין מדוע ביד"ר לא מיישם את העילה אם ההלכה מאפשרת זאת. באוביטר הוא אמר שכן היה מוכן להעביר את התוכן של הדין הדתי תחת שבט ביקורתו - פרשנות חדשה למונח "חקיקה טריטוריאלית"?

**פרשת "בעלה ובועלה":** לפי המשפט העברי, אישה שזנתה תחת בעלה אסורה על בעלה ועל בועלה (האיש שעמו קיימה יחסי מין). בעת הגירושין רושם ביה"ד תוספת למסמך שנקרא "מעשה בית דין" ומציינים למי האישה אסורה מלהינשא בהמשך. הנחיות היועמ"ש בנושא "רשימות מעוכבי נישואין" משנת 1976 (עודכנו ב-2003) התירו לבתי הדין הרבניים לקיים רשימות כאלו. הבסיס לכך הוא שללא "הרשימות השחורות", בתי הדין לא יכולים לקיים את סמכותם להשיא לנישואין וגירושין לפי דין תורה. הפסלויות השונות הן חלק אינטגרלי מדין התורה, ולכן נקודת המוצא היא שרשימות אלו יש לקיים. באותו פסק דין בכלל לא היה סכסוך בין בני הזוג, הגירושין נעשו בהסכמה ועדיין ביה"ד קבע במעשה בית דין שהאישה אסורה להינשא הן לפלוני (שעמו כנראה ניהלה מערכת יחסים) והן לבעלה. האישה עתרה נגד זה והעלתה טענות נגד עצם קיומן של "הרשימות השחורות", המכונות בעתירה "רשימות ניאוף". אחרי כמה שנים האישה ויתרה על העתירה ובג"ץ התחמק מלהיכנס לנושא בטענה ש"העתירה מיצתה את עצמה".

מאז הגשת העתירה עודכנו ההנחיות (שנת 2003) כך שנוסחו בצורה ניטרליות יותר מבחינה מגדרית. בנוסף, ההנחיות המעודכנות שמרו על איזון בין אי התייחסות לצד ג' (אם אינו צד להליך ומדובר בגירושין בהסכמה) אלא אם האישה עצמה או אותו צד ג' מבקשים לברר את אפשרותם להינשא בעתיד כבר בשלב הגירושין (כלומר, כדי לדעת מראש האם עלולה להתעורר בעיה). איך ניתן לעשות זאת מבלי לפגוע משמעותית בזכות לפרטיות? (הבירור מצריך עדים למעשה הניאוף). השופט ברק ניסה להפחית את עוצמת הפגיעה באמצעות שימוש בראיות פחותות כמו סטייה מקוד ההתנהגות המינית שאישה מחויבת בה (עילות לגיטימיות המבססות עילת גירושין, כמו עוברת על דת משה/יהודית, הפרת כללי צניעות). עם זאת, לדעת רה"ק עילות אלו לא מבססות פסלות נישואין, המחייבת הוכחת המעשה עצמו (פס"ד פלונית, ראיות פסולות).

**בג"ץ 2232/03 פלונית (בני נוח/נישואי קפריסין):** בני זוג יהודים ישראלים התחתנו בנישואין אזרחיים בקפריסין. לפי ס' 1 לחשבד"ר, בשביל להתגרש עליהם לפנות לביה"ד הרבני. הגבר רצה להתגרש והאישה לא, והוא הגיש תביעה לביד"ר. ביה"ד פסק שהם כלל לא נשואים, וזה הפריע לאישה (כנראה מסיבה אישית). היא ערערה לביה"ד הרבני הגדול, ושם הרב דיכובסקי הפנים משהו מאוד עמוק - אם ביה"ד הרבני ימשיך בגישה שמשתמע ממנה חוסר הכרה מוחלט בנישואין אזרחיים, הוא יסכן את סמכותו לדון בהם. כלומר, אם ביד"ר לא מכיר בנישואין אזרחיים, פרשנות יצירתית של בג"ץ לס' 1 יכולה לקבוע שנישואין וגירושין של יהודים יהיו בסמכותו של ביד"ר רק אם הוא מכיר בהם. הפתרון של דיכובסקי הוא הצגת המצב כך: נישואין אזרחיים הנם נישואין של "בני נוח", המהווה רמה 1 של נישואין, בעוד שנישואין כדמו"י הם רמה 2 של נישואין. כלומר, **נישואין אזרחיים הם לא "כלום" אלא סוג מסוים של נישואין הכרוך בפרוצדורה להתרתם, כאשר העילה לכך היא "תום הנישואין"** (קיימת רק ביחס לנישואין אזרחיים). כלומר, גם ללא קידושין כדמו"י יש לנישואין אזרחיים משמעות הלכתית וצריך אקט שיפוטי כדי לחסלם.

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 כאמור הוא חל רק לגבי נישואין אזרחיים. ברק, לדעת רה"ק, 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 הלך שולל אחרי זה וחשב שיש כאן הזדמנות ל"האחדת דינים" בליבם של דיני הנישואין והגירושין, והתעלם מהמחירים הכבדים של השארת הדיון בנישואין אזרחיים בביה"ד. בכך הוא החמיץ הזדמנות פז לסלול דרך לנישואין וגירושין אזרחיים בישראל, באמצעות מסלול עוקף ביד"ר.

גבולות הפיקוח השיפוטי ברמה המעשית

אם שאלת ענייני הנישואין היא מחוץ לסמכות בג"ץ, מה קורה במצב שבו אישה שהתגיירה בגיור רפורמי בישראל מבקשת להינשא כדמו"י, ורושם הנישואים מסרב לרושמה? היא לא תוכל לעתור על זה, שכן **בג"ץ לא יכול לחייב בי"ד רבני להשיא או לגרש.**

**מצוקת העיגון**

שורש הבעיה

הקידושין והגירושין בהלכה הינם בבסיסם **אקט פרטי** שנמצא בשליטת בני הזוג. קצת בדומה לסיום חוזה, זהו אקט בעל השלכות משפטיות שלא נעשה ע"י גורם חיצוני. הזוג הוא הריבון על הסטטוס. כך, בספר דברים מסופר שאיש לוקח אישה, בועל אותה ואם הוא לא רוצה אותה יותר - הוא כותב לה ספר כריתות ומשלח אותה מביתו. הכל מתרחש בספירה הפרטית, ללא דרישת פומביות. בנוסף, למרות שזה לכאורה נתון לשליטת הזוג - **בפועל זה חד צדדי. הבעל שולט באקט.**

לשם מתן תוקף וכשירות לקידושין יש צורך בשני עדי קיום, העברת כסף או שווה כסף מהאיש לאישה ואמירת "הרי את מקודשת לי" (הבהרה שמעשה הקניין נועד לצורך הקידושין). אלו הם שלושת האלמנטים ההכרחיים ליצירת תוקף הקידושין, ללא צורך ברב או גורם חיצוני.

בשביל הגירושין צריך את ספר הכריתות. ישנה מסכת שלמה בגמרא (מסכת גיטין) שדנה בנושא. הנוכחות של בית הדין הכרחית כדי לוודא שהגט יהיה כתוב לפי הפרטים והדקדוקים, אבל **ביה"ד לא יכול לעשות את הגירושין עצמם.** גם במיינסטרים של ההלכה האורתודוכסית ביה"ד לא יכול לתת את הגירושין בעצמו (שונה משמעותית מהמצב בגירושין אזרחיים).

כאשר חכמים הגיעו למסקנה שהאופי הפרטי בנישואין כדמו"י יכול להביא לשורה שלמה של בעיות, ונושא חשוב כמו סטטוס צריך להיות נתון לפיקוח מצד החברה - התפתחה שורת **תקנות שמטרתן להעביר את ההתרחשות מהמישור הפרטי לציבורי.** למשל, חרם דירושלים - תקנות הרבנות הראשית מ-1950 אומרות מפורשות שאסור לכל איש מישראל לקדש שלא בנוכחות מניין, עדי קיום ואדם שהוסמך לכך מטעם הרבנות הראשית. עם זאת, מדובר בתקנות של הרבנות - אם מישהו יקדש אישה תוך מילוי שלושת התנאים שהזכרנו, הקידושין עדיין יהיו תקפים.

התפיסה המערבית: גירושין ללא אשם, לפי דרישת צד אחד

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"קרביים" 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 הבינ"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. **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 מטרתן המוצהרת של יחידות אלו הייתה לאחות את הקרע או להניא את בני הזוג מהגירושין, כיום מטרתן העיקרית היא להגיע להבנות (בעיקר בנושא לילדים).

התפיסה ההלכתית

המפתח לגירושין הוא הסכמה, אולם כאן מתגלה הא-סימטריה: הסכמתו (רצונו החופשי) של הבעל נדרשת מדאורייתא, ולכן מהווה דין אבסולוטי ובלתי משתנה. רצון האישה, לעומת זאת, נדרש רק מדרבנן (חרם דרבנו גרשום). כלומר, **ניתן לוותר על רצון האישה אבל לא על רצון האיש.**

זה בעייתי במיוחד נוכח קיומם של **הבדלים קוטביים בנחיצות הגט עבור האישה לעומת האיש,** היות שאשת איש היא בגדר איסור עריות מדאורייתא (אישה שיוצרת קשר אינטימי עם גבר אחר שאיננו בעלה עוברת על האיסור החמור ביותר מדאורייתא), בעוד שאין איסור מקביל על אדם נשוי שמקיים קשר עם אישה פנויה. גורם הבעלות/הקניין לא קיים עבור נשים ביחס לגברים.

מסכת קידושין (פרק א) "האישה נקנית..."; מסכת קידושין (פרק ב) "האישה מתקדשת..."

למה יש שימוש במילה "נקנית"? ללמדנו מגזירה שווה שהאיש קונה את האישה. המשמעות של הקניין פה אינה בעלות על פי דיני המשפט הפרטי אלא הקידושין, שמביעים את האלמנט של האיסור. **בזה שהאיש מקדש את האישה הוא אוסר אותה על כולם.** כל המונחים הללו נכונים כדי לתאר את קשר הקידושין כדמו"י - אבל רק בכיוון אחד. אלו הם **קידושין חד צדדים של האיש כלפי האישה.** האישה לעולם לא מקדשת את האיש.

מה המשמעות של אשת איש שעוברת על אותו איסור? הילדים שתביא כתוצאה מהקשר האסור הינם ממזרים. זה נותן לגבר כוח עצום על האישה בכך שהוא יכול להחזיק איום נגדה - אם לא תעמדי בתנאים שאקבע, אשים מחסום על יכולתך להביא ילדים. שום אישה בישראל לא תיקח על עצמה את המשא של להביא לעולם ילד ממזר. ממזרים נחשבים לפסולים חברתית מלבוא בקהל ה' ופסולים להינשא למי שאינו ממזר. כתם הממזרות מתועד במאגר הרישום של הרבנות הראשית. זאת, בניגוד למצב שבו גבר נשוי חובר לאישה אחרת ומביא עמה ילדים. הילדים הללו לא פסולים ופגומים בשום צורה. יש כאן חוסר סימטריה אדיר שמהווה אפליה שורשית וקיומית.

ההשלכות המעשיות

* **הבעל רוכש גישה אקסקלוסיבית לאישה,** שמיוחדת לו באופן בלעדי (סממן של קניין). אישה שקנויה לאיש אחד לא יכולה להיקנות ע"י אחר- אך הגבר לא מקודש לה באותו אופן.
* אישה נשואה הקושרת קשר אינטימי עם גבר אחר מסתכנת בלידת ממזרים.
* ההכרח ברצון הבעל מדאורייתא גורם **לחשש מחיובו לגט,** בעת שאת רצון האישה ניתן לעקוף דרך חיוב בגט ביתר קלות ודרך מתן היתר 100 רבנים. רצון האישה אינו גורם קריטי בכשרות הגט. **כוח המיקוח של הגבר, לעומת זאת, הינו בלתי מוגבל** (אם הוא מוכן ללכת לכלא).
* **סחטנות בחסות החוק האזרחי: התליית איזון המשאבים בגירושין. מאז** שנחקק חוק יח"מ (35 שנה) היו מצבים שנשים נאלצו לחכות כדי לקבל את חלקן ברכוש המשפחתי כל עוד לא ויתרו כדי לקבל את הגט, משום שהחוק מאפשר לבצע את חלוקת הרכוש רק לאחר הגירושין.

**פס"ד 3151/14:** "סרבנית גט". בעל רצה לעזוב את אשתו זה 30 שנה, אולם היא לא עבדה מעולם והייתה נטולת יכולת קיום עצמאית. ביה"ד לא יחייב אותה בגט בעל כורחה.

**גירושין בישראל**

בישראל נפתחים מדי שנה כ-17,000 תיקי גירושין בבתי הדין הרבניים, מתוכם כ-10,000 תיקי גירושין בהסכמה. לבתי הדין יש העדפה ברורה שלא להכריע (=להוציא פסקי דין) אלא לכל היותר להמליץ על גירושין מתוך חשש למצב של גט מעושה.

פתרונות לסרבנות גט (בהינתן אי-פעולה מצד בית הדין)

1. **פתרונות מ"בפנים": פתרונות פנים-הלכתיים.**
2. **פתרונות מ"בחוץ":** **הימנעות מקידושין כדמו"י -** כגון ניהול חיי זוגיות כידועים בציבור או נישואין אזרחיים מחוץ לישראל (האומנם פתרון מוחלט? הגירושין עדיין נעשים בביה"ד הרבני, יכולות להיות עגונות ומסורבות גט גם בשל נישואין אזרחיים).

האם ניתן לגייס את המערכת האזרחית בדרך של עימות ישיר מול המערכת הדתית, כאשר יש נישואין כדמו"י?

**פס"ד רפאלי**: ביה"ד האזורי חייב בגט וביה"ד הרבני הגדול הפך את ההחלטה. השופט חשין רמז שהיה מבקר את הדין הדתי אבל כבר הסברנו שזה לא אפשרי עקב גבולות הפיקוח השיפוטי. השופט אור שם את הדברים על השולחן - **לא ניתן להכריח את ביה"ד הרבני לחייב או לכפות גט.**

**פס"ד אברהם:** אישה הסכימה לתנאי הגירושין שהבעל הציב כדי לקבל את הגט, ולאחר מכן חזרה בה. ביה"ד הרבני נתן פסק דין **שביטל את הגט אחרי שכבר סודר, כי הוא "הוצא במרמה".** האישה פנתה לבג"ץ, שדחה את עתירתה כי מדובר בליבת סמכות הגירושין.

**פס"ד 5490/92 פגס:** פס"ד מ-1994. אחרי נישואים מלאי אלימות קשה, שכללו אשפוזים בבתי חולים, האישה נכנעה לדרישות הבעל וויתרה על כל חלקה ברכוש המשותף. היא קיבלה גט ואז פנתה לביהמ"ש המחוזי (עדיין לא קמו בתי המשפט לענייני משפחה) וביקשה להשתמש בדיני החוזים (עילת עושק וכפייה) כדי לבטל את ההחלטה הרכושית. השופט שמגר לא ביטל את ההסכם ואמר ש"הנטייה של ביהמ"ש היא לכבד את רצונם המוצהר של הצדדים, גם כשמדובר בהסכמי גירושין". השימוש בשפה חוזית-מסחרית מעיד על אטימות והיעדר אפתיה והבנה של חוסר הסימטריה ופערי הכוחות בין האישה לבעל המכה. **הלכה זו עדיין לא נהפכה ואישה שתפעל באופן דומה תסתכן ב"גט מוטעה" והותרת הנישואין על כנם** (כמו בפס"ד אברהם).

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

* תביעות נזיקין בגין עגינות וסרבנות גט (בפועל עובד, הנשים מקבלות את הגט מבלי שנפסל)
* "קרן עגונות"?

**בג"ץ מרכז צדק לנשים:** סחטנות גט בחסות במדינה. המדינה עמדה מאחורי מנגנון של "תשלום הגט" באמצעות המחלה על חובות של ביטוי לאומי לסרבני גט. נוצר ויכוח אידיאולוגי האם זה לגיטימי להמשיך ולקיים את המנגנון הזה, שלמעשה מכשיר סרבנות גט (אבל בפועל משיג תוצאות). ביניש משלימה עם האמירה שאכן קצרה ידם של בתי הדין הרבניים מהתרת נשים מעגינותן. רה"ק לא מסכימה. אם המערכת האזרחית מקבלת את זה אנחנו משלימים עם זה שבתי הדין הרבניים "לא יכולים" ולכן נאלצים לשחד. זה לא נכון!

בעיית סרבנות גט קיימת בכל קהילה יהודית. אלו פתרונות אפשריים קיימים במערכת ההלכתית?

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 (מורדת מאיס עליי, שיטת רבינו ירוחם)**

כאשר יש רצון בגירושין, יש לבדוק האם יש עילה ומהי דרגה. עילת גירושין חזקה מאוד מאפשרת כפיית גט, בעוד שעילה בעוצמה פחותה תגרור אמצעים פחות דרסטיים. עילות שאין עליהן מחלוקת באופן מסורתי הן בורסקאי (אדם שעוסק במלאכה שגורמת לכך שידבק בו ריח בלתי נסבל) או למשל סיכן את חייה (נקבע שאם מפני ריח הפה כופים, קל וחומר שמפני חיי נפש).

**מאיס עליי:** כבר בתקופת הגאונים נקבע שכל אישה שתאמר לבעלה "אני לא רוצה אותך", כופים את הבעל לגרשה מיד, כדי שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה (הנשים איימו שיתגרשו בערכאות של גויים). כלומר, שיקולים מטא-הלכתיים, סוציולוגיים ופוליטיים גברו על החשש מהגט המעושה. זה התקבל גם ע"י הרמב"ם, שסיפק הסבר פסיכולוגי שלפיו אישה לא צריכה להיות שבויה בידי מי שהיא שונאת. רבינו תם, נכדו של רש"י, אמר שיש חשש שהוא לא באמת מאוס עליה אלא שהיא רוצה להיות עם אחר - וכך נחסמה הגישה הליברלית של "מאיס עליי". הרא"ש סיפק עוד נימוק נגד העילה וטען שהיא תוביל לפירוק מוסד הנישואין. עד היום יש הבחנה בנושא בין עמדות פוסקים אשכנזים וספרדים (השימוש בעילה נפוץ יותר אצל דיינים ספרדים).

 **שיטת רבינו ירוחם:** כאשר בני זוג חיים בנפרד (12 או 18 חודשים לפי שיטות שונות) אפשר להגיע לכפיית גט בצירוף עם עילות אחרות ובנימוקים שונים.

**"מות הנישואין":** לפי דיכובסקי, "מות הנישואין" מקביל לגירושין ללא אשם, כאשר ברור לחלוטין שבני הזוג כבר לא יחזרו להיות יחד (למשל, אם הגבר הקים משפחה חדשה).

1. **דרכי הכפייה העומדות לרשות בתי הדין (חידושי השנים האחרונות)**

ביה"ד יכול להטיל עונש מלקות או קנס גבוה מאוד על הבעל. איך זה לא יוצר גט מעושה? הרמב"ם הסביר שכלים אלו מאפשרים לאדם להתגבר על היצר הרע ולשחרר את רצונו האמיתי.

1. **הרחבת המנגנון של "כפייה עקיפה" או "כפייה בדרך ברירה"**

שימוש באמצעי לחץ שמזרזים את מתן הגט, אך אינם נחשבים לאמצעי כפייה ממש (המותרים רק כאשר ישנה עילת כפייה). דרכים אלו מכונות **"הרחקות רבינו תם".** אלו הם אותם אמצעים שעמדו לרשות קהילה יהודית בעבר - סנקציות חברתיות עוצמתיות ואפקטיביות כמו איסור להעלות את הסרבן לתורה, איסור על מסחר עימו וכו' (חרם). הלכידות החברתית אפשרה להשתמש באמצעים שלא דורשים הפעלת כוח של ממש. כלומר, לא מאפשרים למורדת לצאת בקלות מקשר הנישואין (אין הפעלת אמצעי כפייה מתוך חשש לגט מעושה), אבל נותנים לבעל לבחור: להיות מוחרם ולהמשיך להחזיקה בשבי הנישואין, או לתת גט.

גם כיום, בהיעדר "קהילות" במובנן המקורי, ניתן להפעיל סנקציות חברתיות. בג"ץ השיימינג הוא דוגמה מובהקת לכך שמאלצים אדם לבחור האם לספוג את ההתנכרות כלפיו או לתת את הגט.

סוגים שונים של כפייה בדרך ברירה

1. **חוק קיום פס"ד לגירושין (חוק הסנקציות) -** החוק הטלת סנקציות על סרבנים כגון שלילת רישיון נהיגה, הגבלת חשבון בנק ואשראי, עיכוב יציאה מהארץ ואף מאסר (=המקבילה ההלכתית למלקות, ניתן לעשות שימוש במאסר רק כשיש עילת כפייה).
2. **מזונות מדין מעוכבת -** מקור החיוב הוא בגמרא, מסכת כתובות. רש"י אומר שבמצב שבו לא ברור אם האישה מגורשת או לא בגלל מעשי הבעל, ומהווה למעשה "מעוכבת מחמתו" (אי יכולתה להינשא נגרם בגלל הבעל) - הוא חייב במזונותיה. מכאן אפשר להקיש לכל מקום שבו הבעל יכול לגרש אך לא מגרש, ובכך מונע ממנה להתפרנס מאחר. אלו מזונות גבוהים יחסית כי לא מקזזים מהם את מעשה ידיה (קיזוז שנועד למנוע איבה בין בני הזוג, לא רלוונטי פה).
3. **מימוש התחייבות כספית שהבעל הסכים לה מראש - הסכם קדם נישואין** (בהמשך).

מי רשאי לחייב בעל במזונות מעוכבת? רק ביד"ר או גם בימ"ש?

ס' 4 לחשבד"ר מתיר לביהמ"ש לענייני משפחה לפסוק מזונות אישה ברמה העקרונות. אומנם לביה"ד הרבני יש סמכות ייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין, אבל יש סמכות נגררת לפי ס' 76 לחוק בתי המשפט. במצב כזה אישה יכולה לפנות לביהמ"ש בעניין מזונותיה (כדין), ולצורך העניין ביהמ"ש יכריע כי הבעל מחויב לתת לה גט ולכן היא זכאית למזונות מחמת מעוכבת להינשא.

ס' 76 לחוק בתי המשפט: סמכות נגררת ("סמכות אגב אורחא"). הובא עניין כדין לביהמ"ש, והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור העניין - רשאי ביהמ"ש להכריע בה **לצורך אותו עניין,** אף אם העניין שבשאלה נתון בסמכותו הייחודית של בימ"ש או בי"ד אחר.

עם זאת, עורכי דין לרוב לא מעלים זאת בבתי המשפט. כשהנושא עלה לדיון בביה"ד נאמר שאם יינתנו מזונות מעוכבת בביהמ"ש לענייני משפחה ולאחר מכן הגבר יסכים לתת גט, יווצר חשש לגט מעושה (כלומר, שהחיוב במזונות הגבוהים גרם לו לשנות את דעתו ואין הסכמה אמיתית). לפי ביה"ד הרבניים, לא יהיה הסדר גט עד שהאישה לא תמשוך את תביעתה למזונות מעוכבת.

הסכמי קדם נישואין: האתגר

חשוב - לא מדובר בהסכם ממון שנועד להסדיר את מערכת היחסית הרכושית במצב שבו בני הזוג עשויים להתגרש. **הסכם קדם נישואין עומד בפני עצמו, ונועד להתמודדות עם בעיית סרבנות הגט.** חלק גדול מנוסחי הסכמי הקדם נישואין מאתגרים, כי צריך שהם יהיו כשרים הלכתית (כדי שביה"ד יסכים לו) אך עדיין שתהיה אפשרות אכיפה אזרחית. כלומר, מנגנון אופטימלי צריך להיות כזה **שייצור את החיוב ללא קשר לדרישת הגט** (מזונות מוגדלים), **ויסיים את החיוב ללא קשר למתן הגט.** יצירת הפרדה וניתוק בין יצירת החיוב ומימושו לבין אי מתן הגט.

הדרך: התחייבות ממונית למזונות מוגדלים/מדין מעוכבת מבלי ליצור קישור לסירוב הגט.

ההסכם לכבוד הדדי הוא הכי פחות רדיקלי במובן הזה ועושה שימוש במנגנון של המזונות המוגדלים. ישנם הסכמים רדיקליים יותר שבהם המנגנון הוא קידוש על תנאי או תנאי בקידושין.

רעיון הסכם קדם נישואין קיים לפחות 25 שנה ומהווה חלק אינטגרלי ביהדות האורתודוכסית של ארה"ב. הניסיון ליצור מנגנון דומה בישראל לא ממש צלח - הקונצנזוס בקרב הדיינים בישראל הוא נגד אישור ההסכמים הללו (הרב לביא פרסם קריאה ברורה נגד הנושא מתוך חשש לגט מעושה). החזון הוא שהשימוש בהסכמים יצמח "מלמטה למעלה", ויותר זוגות צעירים יעשו בהם שימוש אפילו אם ביה"ד עדיין לא מכיר בכך. יש לזה ערך חינוכי גדול.

ההבדל בנקודה זו בין ישראל למדינות שבהן קיימים נישואין אזרחיים

**נשים בחו"ל יכולות להתגרש אזרחית מבלי להיחשד בביגמיה.** בארץ נשים לכל היות יכולות להמשיך את פרק ב' כידועות בציבור, וגם אז הן לא יוכלו ללדת ילדים מבלי שייחשבו לממזרים. אומנם איום הממזרות קיים גם בארה"ב אבל השפעתו על חיי היום יום פחות משמעותית. כתוצאה מכך בתי הדין הרבניים בחו"ל נוקטים ביד רכה יותר כלפי נשים כדי לשמר את כוחם.

יש מדינות שבהן המדינה עצמה נטלה את האחריות וחוקקה חוקים שנועדו לסייע בהתמודדות עם מצבי סרבנות גט בקהילות דתיות שמקיימות נישואין דתיים. הביקורת העיקרית נגד פרקטיקה זו היא שמדובר בפגיעה בחופש הדת, יש כאן "כפייה" על אנשים לעבור טקס דתי של גירושין.

לפני מספר שנים הקימה בלו גרינברג בי"ד בינ"ל לבעיות עגונות. היא מצאה רב נחשב בעולם האורתודוכסי שהיה בעל גישה מאפשרת ו"נועזת" יותר בנוגע להתרת עגונות באמצעות כלים הלכתיים, היא גייסה כספים ורבנים נוספים והחלה להפעיל מעין ערכאה א-טריטוריאלית.

כאמור, **שורש הבעיה הוא שבתפיסה הדתית המיינסטרימית רק מתן גט מרצון חופשי של הבעל מסיים את הנישואין** (או מוות). אי אפשר שגורם חיצוני יעשה זאת.

עקירת הבעיה מן השורש: עקיפת הצורך בשיתוף הפעולה של הבעל

**א. הפקעת קידושין -** רק כאשר הגט נעשה "שלא כהוגן" (הבעל שלח גט ואז התחרט). זאת, כי נאמר שכל המקדש עושה זאת על דעת החכמים ולכן בדעתם הם יכולים להפקיע את הגט.

* הקונצנזוס הוא שהפקעת קידושין מצומצמת רק למצבים שהבעל נהג שלא כהוגן וכן כשיש התחלת גט (ניתן שטר גט, החפץ היה קיים). במצבי סרבנות מודרניים זה לא יעבוד.

**ב. ביטול קידושין -** הרב פרופ' עמנואל רקמן אמר שהקידושין הם למעשה חוזה, עסקה. כלומר, מצב שבו אישה מגלה שבעלה "פגום" באופן שלא מאפשר לקיים חיי נישואין מהווה "מקח טעות". אפשר לתרגם זאת לימינו כך שאם אישה נישאה והתברר לה שבעלה אלים, פדופיל, הומוסקסואל או כל פגם אחר שיורד לשורש הזוגיות, ניתן יהיה לבטל את הנישואין בבחינת מקח טעות. הרב סלובייצ'יק ענה לו שקיימת בגמרא חזקה של ממש שאומרת **"טב למיתב טן דו" -** שלאישה עדיף באופן אבסולוטי להיות נשואה מאשר בודדה. זהות העומק האינהרנטית של האישה היא שהיא זקוקה לזוגיות, ותמיד תעדיף זוגיות על פני להיות לבד. בשנות ה-90 הרב רקמן ניסה להקים בי"ד שיתבסס על שימוש במכשיר ביטול גירושין מחמת מקח טעות, אך המהלך זכה לביקורת חריפה מאוד. המיזם של בלו גרינברג מנסה להקים את זה שוב אבל כרגע "חדש מדי".

**ד. הרשאה למתן גט -** לפני מלחמה היו חיילים שנתנו הרשאה לסדר גט במקרה שלא ישובו מן המלחמה. אבל: חשש לביטול ההרשאה (כולל בעצם החיים המשותפים).

**ה. גט זיכוי -** אבל: רק כאשר הדבר ייחשב לבעל לטובה.

**האם בכלל אפשר לחשוב על מבנה שיעקור את הבעיה מהשורש - קידושין לא קנייניים?** כן, אבל לא רואים רצון מצד המערכת הדתית לקבל את זה. דוגמה לכך היא היתר הרמב"ם לטבילת פנויה, שלמעשה מכשיר מצב שבו אישה מקיימת קשר אינטימי עם בן זוג ללא נישואין, ובלבד שהקשר הוא מונוגמי ושומרים על טהרת המשפחה.

מכת הנגד - נשק יום הדין: תנאי בגט וביטול גט

מזה מספר עשורים בתי הדין האזרחיים "מבצעים מתקפה" על בתי הדין הרבניים. הם מצמצמים את סמכויותיהם בשלל אופנים, ותגובת בתי הדין הגיעה בצורת "תנאי בגט" ו"ביטול גט".

זוהי טקטיקה מוכרת - הבעל מגיע לביה"ד ואומר שהוא מוכן לתת גט "אבל בתנאי...". תגובת ביה"ד תלויה בעמדתו ביחס לשאלת האפשרות להתנות תנאי למתן הגט. **ביד"ר שמאפשר תנאי לגט יימנע מלדון בשאלת חיוב או כפיית הבעל לגט.** ביד"ר שמאפשר תנאי לגט **עשוי גם לאפשר ביטול רטרואקטיבי של הגט אם הופר התנאי,** למרות פרוצדורת "ביטול מודעות" שנעשית לפני סידור הגט (הצהרת הבעל על ביטול כל תנאי למתן הגט).

* **מבחינת ביה"ד מדובר בהזדמנות להגדיל את סמכותו.**

**פס"ד אברהם:** היה חיוב בגט ב-1996 ואף הוטלו על הבעל סנקציות, אבל הבעל אמר שהוא ייתן גט רק בתנאי שהסמכות לדון בנושאים הרכושיים תהיה נתונה לביד"ר. למרות שהייתה עילת חיוב בגט, ביה"ד אחז בעמדה שהתנאי לגיטימי - כי הוא הכיר בעדיפות המערכת הרבנית על האזרחית ולכן מרחיב את סמכות ביה"ד הרבני. במצב כזה ביה"ד יבטל את החיוב. יתרה מכך - ביה"ד מאמין שאפשר לבטל גט רטרואקטיבית במצבים שבהם הבעל - במפורש או במכללא - התנה בגט, והתנאי הופר ע"י האישה.

**הרטוריקה היא שהאישה כאילו מעגנת את עצמה בכך שהיא מסרבת לתנאי.**

יש פסקי דין שבהם ביה"ד מיוזמתו מעלה את נושא כשרות הגט והאפשרות לבטלו רטרואקטיבית, גם אם הבעל לא פונה אליו.

**כיום יש התגברות משמעותית של הגישה המאפשרת את התנאת הגט בתנאי, גם במקרים שבהם יש עילת חיוב ואף כפייה. זוהי סחטנות גלויה על פי ההלכה. מדובר בריאקציה ברורה של המערכת הדתית לצמצום סמכויותיה ולאימפריאליזם השיפוטי של המערכת האזרחית.**

מדובר ב"נשק יום הדין" של ביטולי גיטין, שלכאורה חסין בפני ביקורת של בג"ץ.

הזירה החדשה: פיצויי נזיקין בגין סרבנות גט

עם הופעת הכלי של פיצויי נזיקין בגין סרבנות גט לא ברור אם הגענו למצב של "תיקו" או למלחמת עוג ומגוג של המערכת האזרחית בדתית.

ביה"ד הרבני אמר שלא יהיה מוכן לסדר את הגט או להורות לבעל לתת את הגט בהינתן תביעה נזיקית. הדיון בתביעת הגירושין יופסק, בדומה לתרגיל של התנאי בגט. אלו ניסיונות של המערכת הרבנית לעצור את הסחף של תביעות הנזיקין. עם זאת, לא היה מקרה שבו אישה מצאה את עצמה קרחת מכאן ומכאן, **ולאחר שנשים ויתרו על תביעותיהן הנזיקיות הן קיבלו את הגט.**

**בע"מ 3151/14:** האם ביה"ד יכול לקצוב זמן שבו האישה יכולה לקבל מזונות, במצב שבו היא כנראה סרבנית גט? הערכאות הנמוכות אמרו שכנראה היא מוגבלת לשנתיים או שלוש, כי אחרת לא יהיה לה תמריץ להתגרש. התעוררה שאלה האם לביהמ"ש האזרחי יש סמכות להחליט אם האישה סרבנית גט. מתוך הדילמה הזו עלתה דילמת הנגד - אם לביהמ"ש אין סמכות להחליט אם אישה היא סרבנית גט, גם אין לו סמכות להכריע אם גבר סרבן גט. כלומר, בתביעות נזיקיות על פיצויים בגין סרבנות גט המערכת האזרחית כפופה למערכת הרבנית ולא יכולה להטיל פיצוי כל עוד ביה"ד לא הכריז על הגבר כסרבן. דעות השופטים היו חלוקות. זילברטל ורובינשטיין אמרו שהמערכת האזרחית רשאית להכריע אגבית בשאלה. ברק ארז אמרה שהמערכת האזרחית כפופה לביד"ר, אך יצאה נגד הסימטריה המדומה שבין הכרה בקיום סרבנות בתביעה נזיקית לבין הכרה בקיום סרבנות לצורך שלילת מזונות. לדעת רה"ק **ההשוואה הנכונה היא בכלל למזונות מעוכבת.**

**הזכות לנישואין ומגבלותיה**

הזכות לנישואין מוכרת במשב"ל כזכות אדם בסיסית, וכוללת זכות לשוויון בכל שלבי הנישואין: יצירתם, מהלכם ופירוקם. הפרת השוויון מתרחשת ע"ב לאומי, ע"ב השתייכות דתית וע"ב מגדרי.

מגבלות אוניברסליות: גיל מינימום; ריבוי נישואין; קרבת משפחה מדרגה ראשונה; בני אותו מין.

מגבלות החיתון בהלכה היהודית (ייחודיות למשפט הישראלי, שמאמץ לתוכו את ההלכה):

**א. אסורים ובטלים (קשרים בלתי אפשריים ללא משמעות הלכתית ומשפטית)**

עריות מדיאורייתא: קרבת משפחה מדרגה ראשונה; אשת האח שנתאלמנה כאשר אין דין ייבום; אחות אשתו; **ואשת איש.** ילדים הנולדים כתוצאה מקשרים כאלו הינם ממזרים.

**ב. אסורים מלכתחילה, תופסים בדיעבד** (קשרים שההלכה רואה בעין שלילית אך מייחסת להם משמעות משפטית, מבלי שיצמיחו זכויות ממוניות לאישה):

חייבי לאווין מדאורייתא ושניות לעריות: נישואי כהן לגרושה/חלוצה/גיורת; נישואי יהודי/ה לממזר/ה; אשת איש שזנתה ואסורה לבעלה ולבועלה לאחר גירושיה. במצבים הללו ביד"ר יהיה נכון להטיל את כל הסנקציות האפשריות כדי לגרום לבעל לתת גט (הכי שכיח - כהן וגרושה).

**מצוקות החיתון וקידושין פרטיים**

קבוצות המצוקה שנגרמות מכוח הדין עצמו:

* מנועי/פסולי חיתון אשר הקידושין ביניהם אסורים מלכתחילה אך תופסים בדיעבד
* זוגות בני דתות שונות
* עגונות (מבחינת סטטוס מנועות חיתון)
* בני אותו מין

קבוצות המצוקה עקב מניעים אידיאולוגיים

**בבג"ץ רודניצקי:** בג"ץ הבדיל בין מי ששייך לקבוצת המצוקה מתוך כורח הדין לבין מי ששייך לקבוצת המצוקה עקב מניעים אידיאולוגיים. כך, מצוקתם של "מנועי החיתון" נחשבת לאמיתית ואקוטית ולכן ראויים לסעד אם מתאפשר; בעוד ש"פנויי החיתון" יכולים להינשא ברבנות אבל בוחרים שלא לעשות כן מטעמים אידיאולוגיים ולכן לא זכאים לסעד. זו הנמקה קצת מאולצת אבל היא קולעת לס' 15(ג) - יינתן סעד רק בהיעדר אפשרות אחרת.

שאלת ההכרה בקידושין פרטיים

בשנות ה-60 וראשית שנות ה-70 היה "פינג פונג" בין ביה"ד לבג"ץ, שנבע מזוגות חילוניים (במיוחד קיבוצניקים) שלא רצו ללכת בדרך המלך של כפיית הנישואין הדתיים. הם גילו את האופי הפרטי של הקידושין כדמו"י, ואת העובדה שבשביל לייצר קשר תקף של קידושין לא צריך באמת לעבור את כל הדרישות שהתקנות מציבות ולהירשם במשרדי הרבנות. די בשני עדי קיום כשרים, שיהיה מעשה קניין והקשר יתפוס. אותם זוגות ביקשו מהמדינה לרשום אותם כנשואים כדי לקבל זכויות סוציאליות והכרה. מוסד הידועים בציבור לא היה מוכר אז, והאפשרות של להתחתן בחו"ל לא הייתה מקובלת ואפשרית. בג"ץ אמר שהוא מבחין בין אלו שאכן מצויים במצוקה (מנועי חיתון), אבל רק אם אקט הנישואין באמת מבסס נישואין תקפים (רק אלו שאסורים מלכתחילה ותקפים בדיעבד). השופט לנדוי **בפס"ד רודניצקי** אמר **שהמשפט הישראלי קלט לתוכו את החלק המשפטי של ההלכה - ובכך הוא מתכוון לנפקותו של האקט המשפטי של הנישואין - אך לא קלט את החלק האיסורי,** הרכיב התיאולוגי שמושתת על איסורים דתיים. כלומר, הבחנה בין המישור המנהלי (הרישום והשלכותיו, בעיקר בין הזוג לרשויות) למישור המשפטי-מהותי (תוקף הנישואין, השלכות פנימיות בעיקר).

\*הבעיה בקידושין פרטיים היא שאין תיעוד במרשם הנישואים, כלומר - אין דרך לדעת אם אישה נשואה. זוהי סיטואציה מועדת להולדת ממזרים.

האופי המשתנה של הקידושין הפרטיים

כיום מי שמבצע נישואין מחוץ לרבנות הם בעיקר חבר'ה אורתודוכסים צעירים שמחויבים להלכה ומבקשים לקיים זוגיות לגיטימית מכוחה, אבל לא דרך הרבנות. הקבוצות האחרות יכולות להינשא בנישואין אזרחיים בחו"ל ואח"כ להירשם בארץ. החבר'ה האורתודוכסים לא רוצים להיות רשומים כנשואים כי אז יאלצו לפנות לרבנות כדי להתגרש. הם לא רוצים את אחיזת המדינה בהיבט המשמעותי הזה. עם זאת, עדיין יכולה להתעורר בעיה אם הבעל יתגלה כסרבן גט.

במסגרת זאת, הממסד הרבני עמד מאחורי תיקון לפקודת הנישואין והגירושין (רישום), שקובע מאסר של שנתיים למי שלא דואג לרישום הנישואין או הגירושין שלו. הסיבה לכך ברורה: להוות תמרור אזהרה לאותם דתיים שמקדשים כדמו"י באופן פרטי אך לא נרשמים, כדי להימנע מלעבור דרך מערכת דתי הדין הרבניים. הביקורת על כך היא שישראל היא המדינה היחידה בעולם שבה מי שעושה בה נישואין כדמו"י עלול להיות מועמד לדין.

**ידועים בציבור: חיי משפחה ללא נישואין**

באופן פרדוקסלי, דווקא בגלל המגבלות הקשות על הנישואין והגירושין בישראל, המערכת האזרחית פיתחה דרך מילוט עוקפת ורחבה מאוד. כיום "החבילה" כמעט זהה עבור מי שחי בזוגיות ללא נישואין ועבור מי שחי בזוגיות בעקבות נישואין רשמיים.

האם מוסד הידועים בציבור הינו מוסד ליברלי או אנטי-ליברלי? פרופ' שחר ליפשיץ כתב שיכולים להיות מצבים שבהם מה שנחזה להיות ליברלי, באופן אפקטיבי מייצר תוצאות ל- ליברליות ואף כופות ופוגעניות. המערכת עצמה לא מספיק רגישה ועד לאחרונה הפסיקה נטתה שלא לבדוק באמת את הסיבות לכך שזוג חי ביחד ללא נישואין. לא הייתה מספיק רגישות כדי שתהיה התייחסות דיפרנציאלית. למשל, לא בטוח שסטודנטים שגרים יחד אבל לא מייחסים למערכת יחסים שלהם "רצינות" ארוכת טווח זכאים למלוא החבילה של ידועים בציבור. עד לאחרונה הפסיקה לא טרחה לפתח מבחנים כאלו, מה שיצר תוצאות אבסורדיות.

הקושי ההגדרתי בראייה היסטורית

השופט זילברג בפס"ד דרדיאן נ' עמידר אמר שהגדרתה המשפטית המדויקת של "הידועה בציבור כאשתו" קשה כקריעת ים סוף או כפתרון בעיית ריבוע העיגול...".

בפס"ד נסיס נ' יוסטר בוססו שני היסודות לידועים בציבור:

* קיום יחסי אישות כבעל ואישה תוך קשירת גורל זה בזה
* ניהול משק בית משותף כפועל יוצא מחיי המשפחה המשותפים

האנומליה ביחס למוסד הנישואין בישראל עומת נישואין מחוץ לישראל

האם יכול להיות מצב שבו מר אלפא נשוי לגברת ביטא, ומר אלפא גר עם גברת גמא וגברת בטא חיה עם מר דלתא - והמערכות המקבילות הללו מוכרות כמערכות של ידועים בציבור? כן. זו החריגות של המשפט הישראלי ביחס לכל שיטות המשפט האחרות שיש בהן הכרה במצבים של זוגיות ללא נישואין. זאת, כי יכול להיות שאלפא "מעגן" את ביטא - אין להם אפשרות להשתחרר מקשר הנישואין שלהם ולכן הם יוצרים קשרים דה פקטו שעונים על היסודות המהותיים של קשר כבעל ואישה. ההקשר היחיד שבו זה בלתי אפשרי הוא ס' 55 לחוק הירושה, שקובע כתנאי לזכות בירושה מכוח קשר של ידועים בציבור שבשעת המוות איש מהם לא היה נשוי לאחר.

החריגות של ס' 55 הפכה לעניין פוליטי. מצב שבו אישה נשואה יכולה להיות מוכרת כידועה בציבור של איש אחר מהווה אמירה משמעותית של מערכת המשפט הישראלית, שנוגדת את אחד היסודות ההלכתיים המשמעותיים ביותר. **המשפט הישראלי נותן לגיטימציה ואולי אפילו מעודד מצבים בעייתיים ואסורים מבחינה הלכתית** (אשת איש - עריות מדאורייתא). האפשרות שידועים בציבור יהיו מוכרים כידועים בציבור גם אם הם עדיין נשואים לאחרים מהווה התפתחות פסיקתית. בפסיקה התרחשו דיונים ומחלוקות בשאלה האם לגיטימי להכיר במצבים של ידועים בציבור כאשר האישה (בעיקר) נשואה לאדם אחר. הדעות נחלקו על בסיס דתי-אידיאולוגי.

חוק הירושה (אמצע שנות ה-60) כמעט ולא עבר בגלל נושא הידועים בציבור. הפשרה שהתקבלה היא כפולה: לא אומרים את המילים המפורשות ("ידועה בציבור") וזכות הירושה מכוח זוגיות ללא נישואין מוגבלת רק למקרים שבהם בני הזוג החיים יחד ללא נישואין לא נשואים לאחרים.

התפתחות החקיקה

1. חקיקה סוציאלית:

מוסד הידועים בציבור התפתח בחקיקה שנעוצה במצב ההיסטורי הקשה שבו הייתה שרויה החברה בישראל עם קום המדינה (פוסט השואה). אנשים רבים לא ידעו מה עלה בגורל בני זוגם ולכן לא יכלו לעגן מערכות יחסים באופן פורמלי. נוצר מצב של חברה שהכילה בתוכה הרבה אנשים ובעיקר נשים שקשריהם האישיים לא הוסדרו ודרשו התייחסות והגנה מצד המדינה.

שני דברי החקיקה הראשונים שהתייחסו לידועים בציבור הם חוק נספים במערכה (תגמולים ושיקום) (1950) וחוק נכי המלחמה בנאצים (1954). אח"כ היה חוק הנכים (תגמולים ושיקום). **החקיקה הסוציאלית התייחסה לבת זוג הזכאית לקצבה/גמלה גם אם הייתה ידועה לו בציבור.** הרוב המוחלט של דברי החקיקה לאחר אותן שנים ראשונות לא קבע זאת בסעיף ההגדרות בצורה מפורשת אלא בטכניקה עקיפה (בני זוג כהגדרתם בדברי החקיקה הראשונים - הפניה אחורה).

בהמשך **החקיקה נגעה גם במערכת הפנימית של בני הזוג** (למשל, חוק הירושה שלא מתייחס לצדדים שלישיים כמו המדינה או רשויות המיסוי). נחקקו גם **חוקים המטילים עלויות, חובות ואחריות על ידועים בציבור.** למשל, חוקים המעניקים הטבות להורה יחידני, שישללו אם מי שתובע אותן חיה כידועים בציבור (השלכות שנוטלות זכויות מסוימות). חוקים המטילים חובות ואחריות באים לידי ביטוי, בין השאר, בעבירות אלימות במשפחה, פגיעה בחסרי ישע, עבירות מין במשפחה וכו'. כל המערכת החקיקתית הזו כוללת גם ידועים בציבור תחת ההתייחסות לבני זוג ולילדי בני זוג. זהו השלב היותר מתקדם **בהכרה בזוגיות מכוח החיים המשותפים ללא נישואין, שמייחסת להם את כל מה שמגיע עם זוגיות פורמלית** (הגנה מפני ניצול, התעללות, אלימות).

התפתחות פסיקתית

שני פסקי הדין שמלמדים בצורה הברורה ביותר על השינוי הערכי ועל ההתייחסות התהליכית המשתנה מבחינת קובעי העמדות וההנהגה המשפטית הם פס"ד אפרת ופס"ד לינדורן.

**פס"ד ורסנו נ' כהן**: הראשון שהעלה אפשרות תיאורטית למחויבות כלכלית הדדית פנימית בין בני הזוג מכוח הסכם מכללא (דיני חוזים). מצוטט בפס"ד 8256/99 (ברק על מזונות אזרחיים). **עצם החיים המשותפים יוצרים הסכמה לשאת בנטל ההדדי**. זה לא נפסק להלכה באותו פסק דין, אך עורר את השאלה האם הסכם מזונות בין ידועים בציבור נוגדת את תקנת הציבור (אם מדובר בחוזה, הרי שחוזה שנוגד את תקנת הציבור בטל). חוזה שכזה ללא נישואים פורמליים יכול להיחשב כנוגד את תקנת הציבור וחותר תחת מוסד הנישואים. טיעונים אלו נדחו לכל אורך הדרך עד **שבפס"ד לינדורן** נאמר מפורשת שידועים בציבור לא נוגדים את תקנת הציבור ואף מהווים חלק מתקנת הציבור המודרנית בישראל.

**פס"ד אפרת** (לא ברשימת הקריאה) עסק בשאלת שמם של הידועים בציבור, והזכות של בת הזוג הידועה בציבור לשנות את שם משפחתה לשמו של בן זוגה. לבסוף הוכרה זכותה של הידועה בציבור לקחת את שמו של בן זוגה (באופן שהפך פסיקה קודמת של ביהמ"ש העליון משנות ה-50). בפסק דין זה השופט ברק סקר את ההתפתחויות החקיקתיות לצד הפסיקתיות בנושא, וקבע שלא רק שהוא לא נוגד את תקנת הציבור אלא שמוסד הידועים בציבור הפך לתקנת הציבור בישראל היות שהוא מסייע בפתרון מצוקות החיתון וסיום הנישואין (עגונות).

האם להיות ידועים בציבור בישראל זה כמו להיות נשואים בישראל?

1. רישום: ידועים בציבור לא רשומים בשום מקום, בניגוד לוודאות שמקנים הנישואין.
2. פירוק הקשר: זוג שחי יחד ללא נישואין לא צריך לעשות פעולה משפטית לשם כך.
3. התייחסויות בחקיקה: כל עוד בהגדרות של החוק או התקנות נאמר מפורשות שהם כוללים ידועים בציבור, אין הבדל. אם החוק "שותק" ברירת המחדל היא שלא כולל.
4. מיסוי: ידועים בציבור נמצאים במצב טוב יותר מזוגות נשואים שמשלמים יחד יותר מס.
5. רכוש: חוק יחסי ממון לא חל על ידועים בציבור, רק הלכת השיתוף (פרי הפסיקה).

**פס"ד בע"מ 714/18 (דנציגר על מזונות ילדי ידועים בציבור):** האם בן הזוג של אישה שאימצה ילדים חייב במזונותיהם? כן, אבל לא מכוח חוק המזונות (שמשתמש רק במונח "בן זוג"). זה בעייתי כי מצד אחד אומרים שברירת המחדל לא כוללת ידועים בציבור ומצד שני אומרים שלפעמים כן. קייס אחרי קייס ועתירה אחרי עתירה מתגלים שינויים בעניינים מסוימים - החוק לא השתנה אבל המדיניות משתנה, כמו בסוגיית האימוץ.

**פס"ד בר נהור נ' עזבון המנוח אוסטרליץ':** לא ברור מה ההלכה שנקבעה. האם לעולם לא ניתן להתנות על הסטטוס של ידועים בציבור, או שמא הוא מצומצם לנסיבות של מזונות מן העזבון? לפי הניסוח של סעיף המזונות מן העזבון אי אפשר להתנות על כך. אין תשובה ברורה.

**פס"ד שנצר נ' ריבלין:** ס' 55 מחיל על ידועים בציבור את כל סעיפי חוק הירושה. ס' 11א(2) מדבר על אמת מידה של שנים.

פס"S סיגל ביטון: יוצא דופן כי שם דובר על מגורים משותפים במשך ארבעה חודשים בלבד, והחתונה תוכננה סמוך למועד המוות. היות שאלמנות צה"ל "קדושות" בישראל אי אפשר ללמוד מפסק הדין הזה על כל הקשת הרחבה של מצבי ידועים בציבור.

שאלת ההגדרה ומבחני הידועים בציבור - במבט עכשווי

**משך הזמן:**

* המישור הפנימי (שנצ נ' ריבלין)
* המישור החיצוני (סיגל ביטון – ארבעה חודשים בלבד!)

**תנאים נוספים כפי שעולים בפסיקה:**

* מגורים משותפים (פס"ד פלונית דירות נפרדות, תנאי חשוב אך לא חובה)
* יחסים אינטימיים (סלם נ' כרמי, לא ברור האם צריך להוכיח)

**היבטים חוזיים:**

* 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?

במקרה של "**המיליארדר הקמצן",** היו לו ולידועתו בציבור ארבעה ילדים, והוא הצליח להתנגד לטיעוניה בהסתמך על כך שלאורך כל הדרך המשותפת הוא הקציב לה סכומים מסוימים להוצאות הבית, ואף החתים אותה על הסכם שבו היא מודה שאין ביניהם שיתוף. גישת המשפט הישראלי היא שחתימה על חוזה נעשית הבנה והסכמה, ועל כן התוצאה הייתה די צפויה מראש.

נטל ההוכחה של ידועים בציבור בחזקת השיתוף

**בע"מ 4589/05** השופט רובינשטיין אמר שהנטל על ידועים בציבור כבד יותר (משמר את ההבחנה בין זכויות ידועים בציבור לזוגות נשואים) אבל קיומם של ילדים משותפים כנראה מרים אותו...

* אם זוג ידועים בציבור רוצים להגר ולהסתמך על הדרכון האירופי של אחד מהם, עליהם להתחתן. אף מדינה בעולם לא תסתמך על המעין סטטוס של ידב"צ של מדינה אחרת כדי להקנות זכויות/מעמד אצלה. זהו הבדל דרמטי בשאלה האם ידב"צ זה סטטוס או לא.

**נישואין אזרחיים**

תוקפם של נישואין אזרחיים

כששואלים האם נישואין אזרחיים תקפים בישראל לא מתכוונים לשאלה האם יוכלו להירשם כנשואים בישראל (כי יש על כך תשובה ברורה **בפס"ד פונק-שלזינגר,** שקבע שלפקיד הרישום אין שיקול דעת וחובה עליו לרשום ברגע שמציגים בפניו תעודה הנחזית ככשרה). זאת, משום **שבישראל יש פער בין הרישום למצב האמיתי בפועל.** למשל, שאלת מיהו יהודי לצורך נישואין נחתכת לפי הדין הדתי - בעוד ששאלת מיהו יהודי לצורך הכרה מתוקף חוק השבות נחתכת לפי קריטריונים שונים. יש פער בין הרישום כיהודי לבין המצב "האמיתי".

פער זה מתבטא גם ברישום כנשואים - כל השלכות סטטוס הנשואים באות לידי ביטוי, אבל האם כללי ברירת הדין של המשפט הישראלי מכירים בתוקף הפנימי של הנישואין? כדי לדון במשהו שנעשה מחוץ לישראל יש לפנות לאותה מערכת דינים הבוררת לפי איזה דין נבחן את משמעות האקט המשפטי שנערך מחוץ לישראל. הייתה אנדרלמוסיה במשך שנים וטרם פרישתו הוציא השופט ברק סדרת פסקי דין (החשובים שבהם הם פס"ד בני נוח ופס"ד נישואי רומניה לצורך חוק הירושה) שבהם ניסה לתת תשובות לשאלה הזו.

**בבג"ץ 2232/03** השופט ברק מציע כמה אפשרויות לקביעת תוקפם של הנישואין:

1**. כללי ברירת דין אמריקניים (גישת דין מקום עריכת הנישואין**) - מתאימים לפדרציה; אם עונים על הדרישות באותן מדינות אפשר להכיר גם בנישואין חד מיניים.

2. **כללי ברירת דין אנגליים (סימן 46) -** הבחנה בין כושר להינשא לצורת הטקס; מי רשאי לשאת את מי? שאלה הכושר להינשא נחתכת לא לפי מקום הטקס אלא **לפי מקום המגורים -** ואז חסר דת לא יכול להינשא ליהודייה; לא ברור מה המצב לגבי פסולי חיתון כמו כוהן וגרושה.

3**. הכל נחתך לפי הדין האישי (סימן 47) -** כל מה שקשור בענייני נישואין וגירושין נקבע לפי הדין האישי; אין חסר ולכן הולכים לפי ההלכה ולא הדין האנגלי.

דין אישי יהודי – מה ההתייחסות ההלכתית לנישואין אזרחיים

נאמר ש"האישה נקנית בשלוש דרכים: בכסף, בשטר ובביאה". אפשר לטעון שנישואין אזרחיים תקפים **כקידושי ביאה** (לפי חזקת אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות). אולם, לא ברור מתי היא חלה, מה היקפה ומה הראיות הנדרשות לכך. רוב הפוסקים אומרים שכדי לייחס משמעות של קידושין או ספק קידושין לקיום יחסים צריך שתהיה כוונת קידושין. לדעת הריב"ש, מי שנישא אצל הכומר לא עשתה ביאתו מפורשות לצורך קידושין. זאת, כיוון שהחזקה של "אין אדם עושה ביאתו ביאת זנות" תקפה רק ביחס ליהודים שומרי מצוות ולא על פרוצים שהולכים לעבודה זרה. **רוב הפוסקים הולכים בדרך זו ולא מייחסים קידושין לזוגות שנישאו בנישואין אזרחיים.**

אולם, בפס"ד בני נוח קיבלנו את ההפך הגמור. שאלת הנישואין האזרחיים עברה פוליטזציה. נעשתה סוג של הכרה בנישואין האזרחיים במסגרת "התרגיל" של דיכובסקי, כך שאנחנו לא באמת יודעים אם נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל תקפים בישראל.

במהלך השנים ביהמ"ש העליון דאג באופן עקבי להימנע מלהכריע בנושא ההכרה ("הסטטוס"). במקביל התפתחה סדרה שלמה של דברי חקיקה שנותנים "תשובות" לכל מיני השלכות שעשויות לנבוע מאותה שאלה גדולה של הכרה בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל. למשל, לעניין ריבוי נישואין –-ישנה התייחסות ספציפית שאומרת שזה לא משנה אם לנישואים המשניים יש תוקף או לא. **לצורך עבירת הפוליגמיה לא צריך לדעת אם הנישואים תקפים.**

חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בינ"ל) קובע **שבנישואין "בין-דתיים"** (נישואין שאינם בסמכות שיפוטו הייחודית של ביד"ר - שני אנשים מדתות שונות) **התרת הנישואין תהיה בסמכותו של ביהמ"ש לענייני משפחה.** זאת, ללא קשר לתקפותם של הנישואין.

סעד הרישום וההבחנה בין הרישום לבין ההכרה (התוקף)

התקדים של **פס"ד פונק-שלזינגר** פילס את הדרך להימנע מהדיון בשאלת הנישואין האזרחים. כאשר הפקיד סירב לרשום את בני הזוג כנשואים, ביה"ד טען שהנישואין לא תקפים ולכן אין לרשום אותם. השופט זוסמן אמר שכל **מהותו של המרשם הינה סטטיסטית בלבד** (המדינה צריכה לדעת כמה זוגות נשואים, מה הצפי לגידול האוכלוסייה) **ואין לרישום משמעות מהותית.**

הדבר יושם בפועל **בפרשת בן-ארי ושומן,** כאשר כמה בני זוג הומוסקסואלים התחתנו בחו"ל וביקשו להירשם בארץ. השופט ברק אמר שפס"ד פונק-שלזינגר היה "ההמצאה הגאונית ביותר בדיני המשפחה בעולם" כי מצד אחד הוא מאפשר למדינה להגיד שהיא לא מכירה בתוקף ובמשמעות האמיתית של נישואין בין בני אותו מין, ומצד שני מאפשר לרשום אותם כנשואים במרשם (מוביל בפועל לגילויי סטטוס ברובד החיצוני בין בני הזוג לצדדים שלישיים).

הענקת גילויי הסטטוס במישור מערכת היחסים בפנימית של בני הזוג

**הנושא המשמעותי ביותר שבו יש משמעות לעניין הסטטוס הוא מזונות.**

עד לפס"ד של ברק **בפרשת 8256/99 פלונית (מזונות אזרחיים)** לתוקף הנישואין הייתה משמעות ביחס לשאלה האם פלונית זכאית למזונות מבני זוגה. איש ואישה צעירים נישאו בגיל 20, הנישואין ארכו שנה וחצי. לא היה צריך להגיד לבעל לשלם מזונות ילדים כי עוד לא היו ילדים. לדעת ברק, יש שתי דרכים להשיב על השאלה האם פלונית זכאית לקבל מזונות מבן זוגה במצב של נישואין אזרחיים:

1. הדרך המקובלת, "דרך הסטטוס", שלפיה קודם שואלים האם נוצר סטטוס מחייב על פי המשפט הפנימי של מדינת ישראל, ואם התשובה לכך חיובית - עוברים לשלב השני שבו שואלים האם במצב של נישואין תקפים ישנה חובת מזונות בין האיש לאישה (פס"ד בכר-גולדברג). השופט ברק אומר שמסלול זה הינו מסלול בעייתי כי שאלת התוקף לא פשוטה.
2. דרך דיני החוזים, **"מזונות מכוח תום הלב".** מזונות אלו שונים מהמזונות "הדתיים" **ונועדו להבטחת רמת חייו של בני הזוג ולשקמו ברמה הפיזית** (ואינם נגזרים מסטטוס הנישואין). לא ברור כיצד לחשבם, אבל הם יוצרים מכשיר חדש - מזונות אזרחיים.

לצורך ההיבט הפנימי לא צריך לדעת האם יש תוקף לנישואין או לא, זה כבר לא רלוונטי. גם לא לצורך יחסי ממון, כיוון שתמיד יש את ההשלכות של ידועים בציבור וחזקת השיתוף, ובפרקטיקה הערכאות הדיוניות מחילות גם את חוק יחסי ממון על ידועים בציבור.

**פס"ד פלונית (נישואי רומניה):** אדם מבוגר הלך לעולמו בעת שהיה נשוי למטפלת הסיעודית שלו. הם נישאו ברומניה והמשיכו לחיות יחד כזוג נשוי עד לפטירתו. היא תבעה להיות מוכרת כיורשת שלו. בפסק דין 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". עם זאת, הוא **הכיר בנישואין אזרחיים לצורך חוק הירושה** (גם לבני דתות שונות ולבני זוג מאותו מין).

תגובת הנגד של ביה"ד הרבני - המלחמה על הנישואין האזרחיים

רצף הפסיקות של ברק ערב פרישתו (מזונות אזרחיים, בני נוח, "תערובת", בן ארי ושומן - בני אותו מין) יצרו מסלול עוקף מושלם לחלוטין. הוא היה יכול להביא את מהפכת הנישואין האזרחיים לישראל לישראל אם רק היה עוצר צעד אחד קודם בבג"ץ בני נוח ואומר שבגלל שבתי הדין לא מכירים בנישואין אזרחיים הם לא יכולים לדון בהם. כיוון שלא עשה זאת כל הסמכות נותרה בידי בתי הדין הרבניים, שמצאו מקום להשיב ממנו מלחמה – נושא הגירושין - ולבצר את כוחם בכל יתר הנושאים. כך, למרות שברק אמר שאין לביה"ד סמכות לדון בעניינים הכרוכים בגירושין בעקבות נישואין אזרחיים (כי יש בעיה של כנות - הקונסטרוקציה שהוזכרה בפס"ד בבלי), זה נעשה באוביטר בלבד ובתי הדין לא מקשיבים לו.

* **כריכה גם בנישואין אזרחיים למרות האוביטר של ברק**
* בניגוד גמור לקו שהוביל דיכובסקי, ובניגוד לכל המקובל עד כה, **יצירת מצבי עגינות ברורים בנישואין אזרחיים** (היה מקובל שכאשר לזוג יש אפשרות להינשא כדמו"י ובחר שלא אין לייחס להם קידושין, אלא צריך רק גט לחומרא מטעמי "מראית עין"; ואם יש עגינות או סרבנות משחררים את האישה ללא גט בטענה שייתכן שהנישואין לא היו מעולם).

הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל? (חוץ מברית הזוגיות לחסרי דת)

* הזכות לנישואין כזכות יסוד; האם דמוקרטיה רשאית להגבילה מסיבות דתיות?
* אחת לכמה שנים עולות הצעות שונות - האם יוגדרו בין איש לאישה או בין אדם לאדם?
* מה יקרה אם נישואין אזרחיים ונהגו בישראל? החשש העיקרי הוא מפני פיצול העם.
* ההצעות השונות: מסלולים מקבילים או נישואין אזרחיים בלעדיים.
* איפה הבעיה, בנישואין או בגירושין? ואולי בכלל בגיור?

הבעיה האמיתית היא כנראה בעיית ההתבוללות. פחות לגיטימי בישראל ליצור זוגיות מעורבת.

**זוגות בני אותו מין**

ספקטרום ההתייחסות מצד המדינה:

* גישה אוסרנית (בעיקר במדינות אפריקה ובמדינות מוסלמיות)
* גישה "סובלת" - דה-קרימינליזציה (ביטול עבירת "מעשה סדום")
* גישה מגוננת (הגנה מפני אפליה בעבודה בשנת 1992)
* גישה תומכת (הנחיות היועמ"ש; פסיקה אחרונה)

סקירה מקיפה **בפס"ד הבית הפתוח לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים** (השופט עמית) .

שיא הגישה התומכת הוא בהכרה בזכויות של הומואים ולסביות בחיי משפחה.

נכון להיום המשב"ל לא מחייב הנהגת נישואין לבני אותו מין, אך ביה"ד האירופי לזכויות אדם הורה כי מדינה המאפשרת ברית זוגיות, חייבת להנהיגה גם ביחס לזוגות בני אותו מין.

**פס"ד דנילוביץ** לא יצר שוויון מלא אלא ראה את תפקיד המדינה במקום של "מגנה מפני הפליה".

האם בני זוג בני אותו מין הינם "בני זוג"? האם הם ידועים בציבור? האם הם "איש ואישה"?

**פרשת בירוס-חקק:** האם בני זוג בני אותו מין הינם "בני זוג" או ידועים בציבור? האם הם "איש ואישה"? באותו מקרה נשאל האם אישה לסבית יכולה לאמץ את הילד הביולוגי של בת זוגה. כל אחת מהן ילדה ילד מאותו תורם זרע והן רצו לאמץ האחת את הילד הביולוגי של השנייה.

הנחיות היועמ"ש: יש לפרש את המונח 'בן זוגו' לעניין ס' 3(1) בחוק האימוץ ככולל גם בן זוג מאותו המין המבקש לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוגו.

בערכאות הנמוכות עשו דרך פתלתלה ואמרו שאפשר ללכת עם החריג שלס' 3(1) עם ס' 25, שבנסיבות מיוחדות מאפשר לסטות מהסייגים הללו.

דעת המיעוט אמרה שאפשר ללכת בדרך המלך של ס' 3(1), לראות בבני זוג ידועים בציבור שהם שתי נשים בנות אותו מין. זה פתח את הפתח לאימוץ בקרב ידועים בציבור הטרוסקסואלים.

פס"ד דרמטי אפילו יותר אמר **שלצורך ס' 55 לחוק הירושה,** שמדבר מפורשות על "איש ואישה" - **כוללים גם איש ואיש.** היועמ"ש החליט לא לערער על כך.

את שיא ההתייחסות המאפשרת של המדינה רואים דווקא ביחס לזכויות הורות של זוגות להטב"ים ולאו דווקא במבחן הנישואין. הלגיטימציה שהמשפט הישראלי נותן לזוגות להט"בים בהקשרי הורות מגיעה למצב של כמעט שוויון (למעט למצב של פונדקאות בתוך ישראל).

**פס"ד 2788/18 (הסדרי ראייה בהורות משותפת):** זוג לסביות שהקימו יחד משפחה. האחת לא יכלה להיכנס להיריון מבעיות בריאותיות והוחלט שהשנייה תהיה האם הביולוגית. ניתן צו אימוץ לילד הראשון, אבל הן נפרדו חודש לפני שהאימוץ הושלם ונולד הילד השני. האם לא אפשרה לאקסית לראות את הילדים. ביהמ"ש קבעה שהיא חייבת לתת לה לראות את הילדים נוכח טובת הילד (שתי דמויות הוריות, שני אחים). ביהמ"ש קבע שיש להוציא צו אימוץ גם לילד השני.

**בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' שר הפנים (Google Baby):** שתי עתירות שאוחדו, בשתיהן דובר בהולדת ילדים לזוגות בני אותו המין בהליך פונדקאות בחו"ל. בשני המקרים הוצאו תעודת לידה ופס"ד הצהרתי מקומי הקובע הורות שני בני הזוג. הרישום הותנה בבדיקה גנטית ובאימוץ ע"י ההורה הלא ביולוגי (ריכוך עמדת המדינה - די בצו הורות ע"י בימ"ש בישראל). אלו הן דרישות שלא הופנו כלפי בני זוג הטרוסקסואלים שהביאו ילד באמצעות הליך פונדקאות בחו"ל.

ואיפה מתגרשים?

יישום ישיר של תזת אי-ההכרה.

**פרשת עוזי אבן ועמית קמה:** ביד"ר לא מכיר בזוגיות של בני אותו מין ולכן אין לו סמכות לדון בגירושין שלהם. הסמכות להתרת הנישואין נתונה לביהמ"ש לעניי משפחה.

השופט שילה (דצמבר 2013): **בני זוג חד מיניים שנרשמו כנשואים צריכים להתגרש לצורך הרישום** ("צו הצהרתי" לצורכי המרשם בלבד). אין תשובה ברורה לשאלת התוקף של הנישואין הללו, אולם אם נלך **לפי כללי ברירת המחדל האמריקניים - יש תוקף לקשר בישראל ויש צורך בהליך לסיום הנישואין.** השופט שילה אמר חד משמעית שהנישואין לא מוכרים בישראל ופסק הדין ניתן מתזת אי ההכרה לצורכי רישום בלבד.

השופטת מילר (פברואר 2014): בנות זוג שלא נרשמו כנשואות ביקשו פס"ד הצהרתי על כך שאינן נשואות. היות שהן לא נרשמו מלכתחילה, השופטת מבינה שההצהרה כנראה אמורה לבטא רובד רגשי, רצון להשיג ביטוי חיצוני-רשמי לסיום הזוגיות. זה לא אומר דבר על שאלת התוקף.

הפרדוקס הכי גדול הוא שהזוגות היהודים היחידים שיכולים להתגרש אזרחית בישראל הם הומואים ולסביות. **דווקא המונופול הדתי הוא שהביא להכרה הנרחבת בישראל במיסודה** (ובפירוקה) **של זוגיות בין בני אותו מין.**

**ההשלכות הכלכליות של הנישואין**

מהם ביטויי המשפחה הפטריארכלית? נשים עובדות יותר מגברים באופן ברור, אבל 75% מעבודתן הינו ללא שכר (טיפול בילדים, בהורים מזדקנים, עבודות משק בית וכו').

הדפוס שלא משתנה בין נשים וגברים הוא הדפוס בספירה הפרטית. נשים עובדות פי שתיים מגברים בעבודות בית. המשא ומתן שמתנהל בין בני הזוג מושפע מהמצב במשק.

איך זה משפיע על הזוגיות והמשפחה?

* הביטוח הלאומי מדבר על פער של 46% אחוזים במשכורות של גברים ונשים.
* ב-75% מהזוגות הנשואים הגבר מרוויח יותר.
* **אימהות משלמות מחיר על הולדת ילדים. אבות** לא משלמים על כך. בעוד שהתועלת של ילודה מתפרשת על החברה כולה, העלות של הולדת הילדים נופלת על כתפי האימהות.

המשטר הרכושי בישראל: בין חוזים למשפחה

מה הדרך הנכונה לפרק את החבילה הכלכלית המשותפת שנוצרת כשבני זוג חוברים יחד?

ההסדרים המרכזיים הם:

1. **הלכת השיתוף -** חלה על זוגות שנישאו לפני 1974 ועל ידועים בציבור.
2. **הסדר איזון המשאבים -** חל על כל מי שנישא (כנראה כל מי שרשום כנשוי) אחרי ינואר 1974.

הלכת השיתוף נקטה שפה חוזית מאוד, ונשענה בכבדות על קונסטרוקציות של משפט פרטי (דיני שליחות, דיני נאמנות וכו'). כל זה בא ממקום פוליטי-טקטי מובהק שנועד להוציא את התחום הכלכלי מאחיזת הדין האישי וביד"ר למישור האזרחי (הן מבחינת הסמכות והן מבחינת הדין). עם זאת, בדרך הלך לאיבוד ייחודיות השיתוף ששייך למערכת יחסים אינטימית ומלאת דקויות. כיום רואים שהשפה החוזית הזו שמה אותנו במצבים בעייתיים מבחינת התאמה למערכות יחסים משפחתיות-זוגיות ועשויה לדרדר לשימוש בהנמקות שמקומן ברובד העסקי-מסחרי.

עם זאת, הבעיה הכי גדולה של התפתחות התחום הרכושי בישראל הינה חקיקתו של חוק יחסי ממון - החוק הכי רע בתחום המשפטי הפרטי ודיני המשפחה בפרט (לדעת רה"ק). בעיה זו נותרה עד נובמבר 2008, אז נכנס תיקון מס' 4 לחוק. חוק יח"מ התנה את הסדר איזון המשאבים בפקיעת הנישואין (במוות או בגט). לפי כן לא ניתן היה לחלק את הרכוש, מה שיצר קרקע פורייה לסחטנות ולסרבנות גט (מי ששולט בגט הוא בעל הכוח). רק בשנת 2008 נתנו החרגות לדחיית חלוקת המשאבים שעוזרות להתמודד עם בעיית הסחטנות.

למה שאלת הסימולטניות הייתה כל כך קריטית (לפני תיקון חוק יחסי ממון ב-2008)?

**הלכת השיתוף יוצרת שיתוף קנייני מיידי בין בני הזוג** האחד בנכסי רעהו (פס"ד שלם נ' טווינקו, פסק דין מנחה בעניין שיתוף בחובות). טיב הזכויות שהלכת השיתוף יוצרת הן קנייניות או מעין-קנייניות (כי בהיבטים של התנגשות זכויות ומול צד ג' יש לפעמים סימני שאלה). זאת, להבדיל מהזכויות הקנייניות שיוצר חוק יחסי ממון, שהן זכויות אובליגטוריות (לא חפציות בנכס עצמו). חוק יחסי ממון עובד לפי הערכת שווי, אומדנא של נכסי בני הזוג והשוואה בין מצבם. לא מדובר בשיתוף קנייני אלא **אובליגטורי-דחוי.**

אולם, נשים שנישאו אחרי 1974 ולפני 2008 היו כפופות להסדר איזון המשאבים של חוק יחסי ממון. על פניו, ס' 4 לחוק יחסי ממון מאיין את הלכת השיתוף.

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

**פס"ד קנובלר-יעקבי:** גב' קנובלר התחתנה בשנת 1980 אך בעלה היה סרבן גט, כך שלא יכלה לקבל את חלקה ברכוש שצריך היה להיחשב לרכוש משותף עד למועד שבו יתקבל גט. אם היא תצליח לשכנע את ביהמ"ש שהלכת השיתוף חלה במקביל לחוק יחסי ממון באופן סימולטני, היא תוכל לקבל את זכויותיה ברכוש המשותף באופן מיידי. עד היום לא ברור מה אמרה ההלכה. שני שופטים אמרו שהלכת השיתוף לא יכולה לחול במקביל לחוק יחסי ממון, אבל שאפשר לשחק עם מועד איזון המשאבים (שטרסברג כהן). שמגר ודורנר אמרו שהלכת השיתוף חלה במקביל לחוק יחסי ממון, כי היא לא חלה מתוקף הנישואין אלא מתוקף החיים המשותפים שיוצרים חוזה מכללא (פרשנות מרחיקת לכת לדעת רה"ק).

נהוג לומר **שהלכת קנובלר-יעקבי** הוא מה שמסוכם מפי השופטת שטרסברג-כהן בפס"ד אבו-רומי: **הלכת השיתוף הספציפי אומרת שאפשר להוכיח שיתוף בנכסים ספציפיים ובראשם דירת המגורים.** כאן **צריך להוכיח קצת יותר מהלכת השיתוף הקלאסית** (שבה די בחיים משותפים), "דבר מה נוסף" כדי לגבש את השיתוף הספציפי בנכס מסוים.

לא ניתנה תשובה ברורה לגבי תחולתה הסימולטנית של הלכת השיתוף בהינתן חוק יחסי ממון. כיום החוק שונה ולכן כבר לא צריך לחכות לגט כדי לממש את איזון המשאבים.

**תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון:** האם ניתנה תשובה? הרלוונטיות של שאלת הסימולטניות הייתה לעניין האפשרות לממש את הזכויות הרכושיות (הקדמת חלוקת הרכוש עוד לפני שהתקבל גט), וקיבלה פתרון במסגרת תיקון מס' 4.

עם זאת, שאלת הסימולטניות רלוונטית גם בהיבטים אחרים. **כל אימת שנמצא הבדל בין היקף וטיב השיתוף בין הלכת השיתוף להסדר איזון המשאבים, השאלה האם עדיין אפשר להחיל את הלכת השיתוף עדיין רלוונטית וטעונה הכרעה.** רה"ק מדגישה שיהיו מצבים שבהם הסימולטניות כן תהיה חשובה – למשל, בהקשר של הון אנושי, שיש הבדל בין האופן שבו הלכת השיתוף תופסת אותו לבין האופן שהסדר איזון המשאבים תופס אותו.

* בי"ד רבניים מחילים באופן שונה את חוק יח"מ, בדגש על ס' 8 שנוגע לשק"ד של ביה"ד.

התפתחות הלכת השיתוף (ר' למשל סקירה בפרשת חסל; ואצל השופט ריבלין)

* **היסודות המסורתיים:** חזקה על בני זוג המנהלים "אורח חיים תקין ומאמץ משותף" שהרכוש שנצבר ע"י מי מהשניים מצוי בבעלותם המשותפת (פס"ד חסל).
* **הרחבה מנכסים "אישיים" לנכסים "עסקיים"** תוך הבחנה ברמת הראיה הנדרשת להוכחת שיתוף או הקלת סתירתו (פס"ד בסיליאן; בריל; סלם נ' כרמי).
* **הרחבה גם לחסכונות ולקופות גמל ("נכסי העתודה הכלכלית"):** פס"ד רון, לידאי; הוזכר גם בפס"ד בבלי, שבו ביה"ד נקט עמדה פורמליסטית בשאלה מה נכלל בשיתוף של בני הזוג (והתעלם מהפסיקה שהרחיבה את השיתוף גם לנכסים כגון קופות גמל ופנסיה).
* **זניחת הרכיב של חיים "תקינים":** עד כמה היו עליות ומורדות, מה היחס לאלימות.
* **זניחת רכיב "המאמץ המשותף":** פתיחת הדרך להכנסת נכסים שנחשבים חיצוניים/פרטיים, כמו ירושה או מתנה. "די בקיום חיים משותפים כדי להקים את חזקת השיתוף, שנסתרת רק אם מוכחת כוונה שלא להקימה" (פס"ד חסל, העדפת הרציונל הנורמטיבי על פני ההסכמי).
* בנוגע לנכסים חיצוניים מחילים את דוקטרינת השיתוף הספציפי.

תהליכים אלו מייצגים **מעבר הדרגתי מבסיס חוזי-קנייני לבסיס של צדק חברתי**: "מטרתה של חזקת השיתוף היא צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים" (פס"ד חסל, טווינקו).

בעבר חזקת השיתוף עוגנה בשיח חוזי המבוסס כוונה, אולם כיום היא למעשה מוסד נורמטיבי-קוגנטי, "המלביש" את עצמו על כל התנהלות זוגית המושתתת על חיים משותפים (וכמעט לא משנה מה טיבם). עם זאת, בשנים האחרונות רואים כרסום מסוים בקוגנטיות ובעיגון שלה.

הרציונלים: אוטונומיית הצדדים ועקרון השוויון (ברק בפס"ד טווינקו, הש' ריבלין).

תוצאות ההתפתחויות ברציונל השיתוף:

* **הקלה בתנאי הכניסה.**
* **צמצום אפשרות הסתירה.**
* **מועד סיום גמיש** (פס"ד חסל). לא תמיד מועד הגירושין הוא מועד סיום השיתוף; יש מצבים שבהם צדדים נפרדו פיזית הרבה לפני מועד הגירושין בפועל. יכול להיות מסוכן לצד החלש כי הצד החזק יכול לעזוב את הבית בכוונה בידיעה שצפויה עליית ערך.
* **החלה הדרגתית על נכסים פרטיים** (נכס מלפני הנישואין, או מתנה/ירושה במהלכם).
* **ניתוח אנליטי של תכליות הלכת השיתוף:** פס"ד שלם נ' טווינקו (שותפות בחובות).

הכרה בחיי הנישואין כחיי שיתוף; קידום השוויון בין בני הזוג; שימור האוטונומיה והזהות העצמאית; הענקת ביטחון כלכלי ובני הזוג לאחר פירוק הקשר.

**פס"ד שלם נ' טווינקו:** מדובר בזוג שהתחתן לפני 1974 (ולכן חלה עליו הלכת השיתוף). דירת הזוג הייתה רשומה על שם הבעל, ונושה הטיל עליה עיקול בשל חובות הבעל וביקשה להיפרע מחלקה של האישה בדירה. עלתה השאלה האם להחיל את הלכת השיתוף גם על חובות בן הזוג השני? כלומר, האם השיתוף בחובות בן הזוג האחר סימטרי לשיתוף בזכויות? עקרונית יש חפיפה בין זכויות לחובות, אבל השופט ברק הפעיל "גישת ביניים" באשר למועד התגבשות השיתוף, המכירה במועדים שונים לסוגי נכסים שונים. לפיכך, "השיתוף בנכסים משפחתיים מובהקים, ובראשם דירת המגורים, מתגבש במועד שבו מתמלאים התנאים של הלכת השיתוף (כלומר ניהול אורח חיים תקין ומאמץ משותף). אין הוא נדחה ל"מועד קריטי" של משבר בחיי הנישואין. לעומת זאת, **השיתוף בכלל הזכויות והחובות הוא בבחינת שיתוף קנייני דחוי, המתגבש רק ב"מועד קריטי".** לפיכך טרם התגבש חובה של בת הזוג במסגרת השיתוף בנכסים העסקיים. זו קונסטרוקציה שעושה הבחנה בין נכסי משפחה לנכסים עסקיים, שבהם עוד לא התגבשה הלכת השיתוף (תתגבש רק כשתתפרק החבילה). זו החלה דיפרנציאלית של השיתוף בנכסים בהתאם לסוגיהם השונים.

**הון אנושי**

על מה מדברים כששואלים האם הסדרי חלוקת רכוש בעקבות פירוד מביאים בחשבון הון אנושי?

המונח "נכסי קריירה" כולל גם זכויות עתידיות שאינן בהכרח חלק ממה שמכונה "ההון האנושי". **בתוך נכסי קריירה כלול הון אנושי** (אולי המרכיב הכי שנוי במחלוקת ומרחיק לכת) **וכל הזכויות הכלכליות הקשורות למקום העבודה** (פנסיה, פיצויי פיטורים, ביטוחי מנהלים).

כשאומרים הון אנושי, יש לבחון **מהי דרכו של האדם שאליו מתייחסים להפיק הכנסה.** אם מדובר בשכר אזי עוסקים בכושר השתכרות; אם מדובר בעצמאי אולי עדיף לדבר על מוניטין (ולהבחין בין מוניטין אישי ועסקי). את המוניטין העסקי לא מכניסים לדיון בנכסי קריירה אלא להרחבת הלכת השיתוף לנכסים עסקיים. **המוניטין האישי קשור לשאלת ההון האנושי.**

**בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית (ריבלין סוגיית ההון האנושי):** פס"ד הדין המנחה בנושא הון אנושי וחלוקתו בעת הפירוד. קבע **שהצמיחה והגידול בהון האנושי הוא נכס בר חלוקה שיש להתחשב בו בעת החלוקה,** והוא נכנס לנכסים שיש לחלק לפי הלכת השיתוף. ההצדקה לכך הינה ש"הזמן המשפחתי הוא אחד, והוא נוצר בשניים". השקעת האישה, המכוונת כלפי פנים, מניבה הנאה ותועלת בעיקר פנים-יחידתית ומעט חברתית (חינוך, דמוגרפיה וכו') אבל חסרת כל ערך שוק חיצוני (ואפילו מוריד את ערך השוק של האם). השקעת האיש, המכוונת כלפי חוץ, מניבה הנאה ותועלת פנים-יחידתית וחברתית בעל ערך שוק חיצוני.

ישנן ביקורות על הטענה הזו (באותו פסק דין וכן בפד"ר 824780/2).

* חוסר צדק מהותי, מדובר ב"כישורים האישיים של האיש".
* איך אפשר להעריך ולכמת? זוג שנפרד בגיל 40, אולי עכשיו הגבר בשיא ובקרוב יפרוש?
* מדובר בעבדות מודרנית (גישת בתי הדין הרבניים), הגבר רוצה לפרוש מעבודתו אבל משועבד.
* לחלופין, **יוצר תלות ומעודד נשים לא לטפח כישורים** כי יהיה מי שידאג להן בעת גירושין.
* נוגד את גישת "הפירוד הנקי" - אנשים רוצים לפרק את החבילה (לא תקף עם ילדים ממילא).

ריבלין עונה לביקורות ומסביר שהצורך להזדקק לחלוקת נכסי הקריירה יתעורר בעיקר במצבים מובהקים שבהם אחד מבניהזוג בפער מהשני עקב הנישואין. **"מדובר אך ורק בפער שנוצר במהלך הנישואין, עקב הנישואין.** יש לגרוע מן הפער את התרומה לכושר ההשתכרות שבאה מכישרון אישי וכן את זו שנוצרה קודם לתחילת הקשר הזוגי או לאחר שפורק." לא ברור איך. אין כמעט פסיקה בנושא כי לרוב מגיעים לפשרה.

באותו פס"ד הרואה חשבון והיועצת החינוכית היו נשואים 28 שנה והיו להם חמישה ילדים. לאיש היה מחזור שנתי של K800 ₪ עם מוניטין שהוערך ב700K- ₪. נפסק פיצוי חד"פ של 250,000 ₪.

הון אנושי? או פיצויי שיקום? או מזונות אזרחיים?

העיסוק בהון האנושי עשוי לחפוף עם פיצויי שיקום או מזונות משקמים/אזרחיים.

את המזונות האזרחיים פגשנו בפס"ד 8256/99 (המזונות האזרחיים של ברק), שעסק בזוג צעיר שנישא בפרגוואי והתגרש ללא ילדים. ברק יצר עבורם כלי של מזונות אזרחיים-חוזיים. לדבריו, **המזונות האזרחיים "ממלאים את התמיכה הכספית של בן הזוג האחד בשני, הם נועדו להבטחת רמת חייו של בן הזוג ולאפשר את שיקומו לאחר הפרידה בפיזית בין הצדדים".**

השופטת דפנה ברק-ארז בבע"מ 3151/14 אמרה ש"האפשרות לפסוק מזונות משקמים היא השלמה מתבקשת להכרה בהתחשבות ב"נכס קריירה" במסגרת חלוקת רכוש". לדבריה ולדברי זילברטל, המשפט חייב לספק מענה לנשים במצבים כאלו, שהן לא עבדו שנים ועם הגירושין נותרות חסרות כל. ברק-ארז נסמכת על המזונות האזרחיים לשם כך. אולם, כאן לא מדובר בנישואין אזרחיים - **האם אפשר להחיל על נישואין כדמו"י מזונות אזרחיים?**

ברוב המקרים האיש והאישה יוצאים מהנישואין במצב שונה לחלוטין מבחינת יכולת קיום כלכלית. גם המכשיר של ההון האנושי וגם המכשיר של המזונות המשקמים באים לתת מענה על אותה הבעיה בדיוק - אולם האם הרציונלים ממש זהים? האם המענה הוא בדיוק אותו מענה? **ההון האנושי נתפס כחלק מפול הנכסים שאותם מחלקים בין בני הזוג.** מזונות משקמים לא מתייחסים בהכרח לאותם פערים שנולדו דווקא כתוצאה מהנישואין או בעקבותיהם, ולא באים לאמוד את הפער באופן מדויק ולחלקו חצי-חצי. מבחינת ריבלין, הון אנושי נעשה באמצעות אקטואריה ואז מוסיפים סכום מסוים לחלוקה. **המזונות המשקמים נותנים מענה לנשים שיוצאות מהקשר בלי יכולת קיום עצמאית ואמורים לאפשר לה קיום כלכלי.** ברק-ארז נותנת להבין שמדובר בדבר קצוב בזמן, אבל לא מנחה לכמה זמן.

לסיכום, יכולים להיות הבדלים בין המכשירים האלו, שנועדו לתת מענה לאותו פער. האם אפשר לקבל את שניהם? שני פנים של אותו מטבע: אם ניתנה ההתחשבות של חלוקת ההון האנושי אין מקום לשיקום, ואם ניתנו מזונות משקמים ניתן מענה לפער בין בני הזוג.

הסדרת סוגיית ההון האנושי בחוק יחסי ממון - סעיף הסמכויות המיוחדות

**ההון האנושי לא נחשב לנכס בר חלוקה לפי חוק יח"מ,** כי התיקון לחוק משתמשים במילים המפורשות "נכסים עתידיים לרבות כושר ההשתכרות". אם המחוקק היה רואה בכך נכס בר חלוקה הוא היה מגדיר זאת בס' 5. המחוקק בחר להכניס זאת **לסעיף שיקול הדעת,** כך שמדובר בפרמטר נוסף למצב שבו רוצים לעשות חלוקה לא שווה, שאינה 50-50. זוהי תוצאה קשה מאוד שמקטינה בפועל את סך ההתחשבות בהון אנושי בעת חלוקת רכוש.

ישנן 42 מדינות בארה"ב שבהן השיתוף הרכושי אינו קנייני אלא משאיר את ההחלטה כיצד לחלק את הנכסים המשפחתיים לשיקול דעת ביהמ"ש ומפרט רשימת פרמטרים (משך הנישואין, מספר ילדים, דפוסי עבודה, אלימות וכו'). במצב כזה החלוקה כמעט לעולם לא תעמוד על 50-50. מחקרים מראים **שכשיש שיקול דעת לביהמ"ש הסטייה היא כמעט תמיד לטובת הגבר, שנתפס** כבעל כישרון טבעי, עובד קשה וזכאי לקבל את מלוא זכויותיו. ברגע שממשיגים את ההון האנושי כשיקול ולא נכס, התוצאות פחות צודקות מבחינת האישה.

**בע"מ 8206/14 פלונית נ' פלונית ("שיתופיות מוחלשת")**: הבעל ניהל שתי מערכות יחסים (ביגמיסט דה-פקטו) בידיעתה של אשתו. ביהמ"ש אמר שמגיע לה רק 30% מהרכוש, המחוזי מיתן זאת ל-40% כי היה "נוכח נפקד" בבית. השופט רובינשטיין קרא לזה "שיתופיות מוחלשת".

סיכום משמעות ההבחנות בין התייחסות להון האנושי לפי שני המשטרים (הלכת השיתוף ויח"מ):

* **הבחנה מהותית בין זכות מוקנית** (הון אנושי כנכס שבבסיס החלוקה) **לבין התחשבות שבשק"ד של ביהמ"ש, מתוך רציונל הקרוב יותר לחסד/נזקקות** (בדומה למזונות משקמים).
* ס' 8 מאפשר לביהמ"ש לתגמל את הצד בעל כושר ההשתכרות המוחלש **רק מתוך הנכסים המוחשיים** (הקטנת "הפול" כיוון שההון האנושי הוא לא "נכס"); מאידך, הפעלתו לא תלויה בשאלת מקור ההון האנושי ומקור הפער (כנובע מהזוגיות), ובכך דומה למזונות המשקמים.

**בהלכת השיתוף ההון האנושי** המוגבר/כושר השתכרות עתידי/מוניטין אישי (כל המושגים שאפשר להעריך את ערכם הכלכלי) **הופכים מבחינה רעיונית-עקרונות הופכים לחלק מהפול הכללי של הנכסים ברי החלוקה.** ברמה העקרונית, צריך לחלק את כל ההון האנושי המוגבר שניתן לייחס לתקופת החיים המשותפים לחצי-חצי ולתת לבן הזוג בעל היכולת הנמוכה יותר. **לפי חוק יחסי ממון, לעומת זה, ההון האנושי לא נחשב לנכס אלא גורם שניתן להביאו בחשבון** תחת סעיף הסמכויות המיוחדות שבחוק יחסי ממון.

הקושי שבהצבעה על הון אנושי כנכס (לפי הלכת השיתוף) הוא ההצבעה על אותה עלייה בכושר ההשתכרות/השבחה של המוניטין האישי (שבאמת נזקפים לפרק הזמן של החיים המשותפים) **ככאלו שניתן לייחס לפרק הזמן של החיים המשותפים** ולדינמיקה של החיים המשותפים והחלוקה הכלכלית. בס' 8 לא צריך להצביע על כך. כך שלא מדובר בדיוק באותו מנגנון, למרות ששניהם באים לתת מענה לאותה בעיה של חוסר שוויון ופערים.

**התפיסה ההוליסטית של ההשלכות הכלכליות של פירוק חיי משפחה** (כל הנושא של חלוקה רכוש, יחסי ממון, עלויות גידול ילדים) רוצה **להביא לאיזון בין המצב הכלכלי של בני הזוג כשהם יוצאים מהחיים המשותפים, בהינתן כל הנסיבות הייחודיות של בני הזוג.** זה מאתגר מאוד ולא פשוט ואף מדינה בעולם לא גיבשה מנגנון ונוסחה שתיתן מענה לאידיאל הזה של האיזון.

האומנם שאלת הסימולטניות "כבר לא אקטואלית"? ההבדלים המרכזיים בין שני המשטרים:

האם הלכת השיתוף קיימת במקביל לחוק יחסי ממון? חשוב לדעת את זה כי יש כמה הבדלים ביניהם, כאשר אחד מהם הוא שלפי הלכת השיתוף גם נכסים שאינם פרי המאמץ המשותף נכללים בעוד שחוק יח"מ ברמה הפורמליסטית לא עושה כן. גם לגבי ההון האנושי יש הבדל.

1. **שיתוף בנכס פרטי -** לצורך כך נולדה דוקטרינת השיתוף הספציפי.
* בע"מ 1398/11: שיתוף בדירת מגורים, 16 שנות נישואים רוויי התעללות, הפניה לס' 8(2) זילברטל במיעוט.
* לעומתו בג"ץ 2533/11: אישור פס"ד הרבני ששלל שיתוף בדירת מגורים ושלל את ס' 8(2).
* בע"מ 9884/16: דחיית הרחבת הדוקטרינה אל מעבר לדירת המגורים ("פיתוח דפיתוח").
1. **סוגיית ההון האנושי:** האם בגדר נכס או רק כמרכיב שניתן להתחשב בו במסגרת בס' 8?
2. **"שיתופיות מוחלשת"?**

**בע"מ 8206/14 פלונית נ' פלונית (שיתופיות מוחלשת):** רובינשטיין מכניס את כל רכיב הכוונה בהלכת השיתוף בדלת האחורית, על אף שמדובר בזוג שכפוף להסדר איזון המשאבים לפי חוק יח"מ. רובינשטיין מתייחס לאורח החיים של הזוג (שהבעל היה ביגמיסט דה פקטו) ועל כן כוונת השיתוף לא הייתה מלאה. אולם חוק יח"מ לא מדבר על כוונה אלא מדבר על שיתוף שמולבש על כל מערכת יחסים שנעשית פורמלית באמצעות נישואין. זהו פסק דין דרמטי מאוד.

טשטוש בין שני המשטרים?

דוקטרינת השיתוף הספציפי למעשה מתעלמת לגמרי מלשונו המפורשת של חוק יח"מ ומהתפיסה הזוגית שבבסיסו, ומכניסה בדלת האחורית את מושגי הלכת השיתוף ("מאמץ משותף").

בע"מ 1398/11: שיתוף דירה מלפני הנישואין, 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: דנציגר עושה סלט, פוסק מזונות אזרחיים לגבי בני זוג שנישאו כדמו"י לפני 1974 (מפעיל את ס' 8 לחוק יח"מ אפילו שמדובר על בני זוג הכפופים להלכת השיתוף). הוא מגיע לתוצאה צודקת אבל זה לא מסודר ואי אפשר לדעת על מי חל מה.

סיכום הגבולות המטושטשים, השאלות הפתוחות והאתגרים

* בין הלכת השיתוף לחוק יח"מ?
* בין סעד רכושי ל"מזונות" (תשלומים עיתיים)?
* בין נשואים כדמו"י לזוגיות אלטרנטיבית?

ישנם הבדלים ברורים בין פסיקת ביד"ר לפסיקת ביהמ"ש האזרחיים, בעיקר ביחס להפעלת ס' 8, הלכת השיתוף הספציפי ושאלת ההון האנושי.

מקום הכוונה הסובייקטיביות וההתנהגות הלא-שיתופית, ומשמעותה בהלכת השיתוף ובהסדר איזון המשאבים (בע"מ 1398/11 דעת המיעוט של זילברטל, שלפיה בן הזוג המתעלל והמתאכזר יכול לסכל בעצם התנהגותו את השיתוף הספציפי).

**מבוא להסכמי ממון**

הסכם ממון יכול להיות קדם הנישואין, אבל רוב הסכמי הממון בישראל הם הסכמי גירושין.

**ס' 2: הסכם ממון שלא אושר ע"י הערכאה המוסמכת** (ביהמ"ש לענייני משפחה או בי"דר עם סמכות שיפוט) **או שלא אומת ע"י נוטריון או רושם הנישואין אינו תקף.** ראה פרשת בבלי.

**ס' 1: דרישת כתב.** הרציונל הוא להבטיח את גמירות הדעת, להגן מהתקשרויות פזיזות וכן מגלה הבנה שבני זוג שרוצים לממש את הבטחותיהם זה לזו צריכים לעשות זאת בבירור ומתוך כוונה.

אם המטרה של הפיקוח השיפוטי הינה הגנה מפני התקשרויות פזיזות, **אולי צריכה להיות מטרה נוספת - בדיקת הגינות ההסכם ומניעת קיפוח אפשרי.** לא בטוח שזה מושג, כי לא ברור שהחוק אכן מתייחס לבדיקת תוכן ההסכם. ס' 2(ב) לחוק מראה שביהמ"ש רצה לבדוק אם יש הסכמה וגמירות דעת, אך לשון הסעיף לא מרמזת על מניעת ניצול, קיפוח או יחסים בלתי שוויוניים. האם דרישת האישור והאימות היום, כפי שהחוק מיושם, אכן משיגה את המטרה? סביר להניח שלא. **כיום אישור הסכמים נעשה "במסות" וספק אם ביהמ"ש ממש בוחן כל הסכם לגופו.**

על מי חלה חובת האישור כתנאי לתקפות ההסכם?

הלכת ונציה: זוג נשוי (בין אם נישא לפני או אחרי 1974) חייב שהסכם הממון שלו יעבור אישור לפי ס' 2 לחוק יח"מ כדי שיהיה לו תוקף. כל הסכם בין ידועים בציבור יוכרע לפי דיני החוזים.

אפשרות לשאלה במבחן: אם יש סיטואציה שבה בני זוג שהתחתנו ב-1970 גיבשו הסכם שמסדיר את היחסים הרכושיים ביניהם, וההסכם לא אושר. אחד הצדדים טוען שההסכם חסר תוקף. על מי חלה חובת האישור? כדי להכריע צריך לשאול את עצמנו האם כדי לתת תוקף להסכם היו חייבים לאשרו. זוהי שאלה כי בני הזוג התחתנו לפני כניסתו לתוקף של חוק יח"מ. **הפסיקה (פס"ד נציה) נתנה תשובה ברורה בנושא: כל זוג נשוי (בין אם נישאו לפני 1974 או אחרי), כדי שלהסכם הממון יהיה תוקף - חובה לעבור אישור לפי ס' 2 לחוק יח"מ.** חשוב לשים לב שכל הסכם בין ידועים בציבור מוכרע לפי דיני החוזים!

אפשרות מורכבת יותר היא זוג שנישא בקפריסין ב-1980, נרשם כנשואים והסכם הממון שלהם לא אושר. האם חוק יח"מ חל עליהם ללא קשר לתקפות נישואיהם? אין תשובה ברורה בפסיקה.

**מהו "הסכם ממון"?** (הלכת שי): הסכם המתייחס ליחסי הרכוש בין בני הזוג למקרה של מוות או גירושין, גם אם אינו מסדיר את מכלול יחסיהם הרכושיים. **המבחן הוא האם את ההסדרה עושים כשצופים פני מוות או פרידה** (בדומה לחוק יח"מ, שמכניס לתוקף את איזון המשאבים עם סיום הנישואין). ברגע שהסדרה כלכלית נעשית מתוך צפיית אירוע של פרידה או מוות, זה נכנס לקטגוריה של הסכם ממון (גם אם מדובר רק בנכס אחד).

**הסכמים למניעת עגינות** **שאינם כוללים חלק של הסדרת הרכוש** אלא קובעים מנגנון תשלום כספי במקרה של סירוב לגט, **אינם "הסכמי ממון" הדרושים באישור.** הסכמים אלו אינם הסכמי ממון כי לא קשורים לממון אלא לסכנת סחטנות וסרבנות גט!

יש לזכור **שקיימים תקדימים להפעלת הסכמי ממון גם אם לא עמדו בדרישת האישור, כפי** שנעשה בגלגול של פרשת בבלי עם חזרתה לביה"ד הרבני. ביה"ד נסמך על פסיקת העליון (למשל פס"ד רודן). זאת, בהתאם לדיני החוזים שמדברים על אינטרס הסתמכות, מניעות וחוסר תו"ל.

מזונות בני זוג במשפט הישראלי

עד לא מזמן מזונות שיחקו תפקיד משמעותי בתביעות גירושין במשפט הישראלי. חשיבות המזונות הלכה ופחתה ככל שנשים הפכו לחלק הולך וגדל בכוח העבודה. הדין שחל על מזונות בני זוג בישראל הוא הדין הדתי, ואחד הכללים הבסיסיים שבו ביחס למזונות הוא "מעשה ידיה כנגד מזונותיה" - טענת קיזוז שאומרת שאם לאישה יש הכנסה מעבודה מחוץ לבית, זה מתקזז מהמזונות שהבעל חייב לתת לה. מכאן הלכה ופחתה חשיבות המזונות.

ישנה שורה שלמה של התדיינויות בשאלה **האם ניתן לקזז את יכולת ההשתכרות של אישה שלא עובדת מחוץ לבית?** התשובה הייתה **שעקרונית כן,** ניתן לקזז את יכולת ההשתכרות שלה - אבל רק בתנאי שמדובר באישה שילדיה בגרו, עיתותיה בידיה ואין מניעה שתצא לעבוד. אבל אז נכנסים לדינמיקה שדיברנו עליה בהקשר של בע"מ 3151/14 (ברק ארז וזילברטל) שדיבר על האם ניתן לקצוב את מזונותיה של "סרבנית גט". אישה בת 50 שמעולם לא עבדה מחוץ לבית, אם ביהמ"ש יכריז עליה ככזו שאין מניעה שתצא לעבוד, ברור שתנאי המשק והיעדר הניסיון התעסוקתי מונעים ממנה דה פקטו לצאת לעבוד ולהשתכר (אלא אם תעבוד בניקיון, למשל).

השאלה האקוטית שעומדת היום בנושא מזונות עוסקת דווקא במזונות שונים מבעבר - מזונות אזרחיים-חוזיים. עד כמה הם מיושמים וניתן לתבוע בגינם? האם חלים לגבי מי שנישאו כדמו"י?

**בפס"ד 8256/99 פלונית (מזונות אזרחיים)** ברק לא קבע לגבי תחולת המזונות האזרחיים לגבי בני זוג שנישאו כמו"י. היו בתי משפט שאמרו שלא חלים והיו כאלו שאמרו שכן (כמו דנציגר בפס"ד שקבע בו מזונות שיקום; דפנה ברק ארז באוביטר של סרבנית הגט).

**אלימות מבוססת מגדר נגד נשים במשפחה (הושלם הודות לשיר)**

מדי שנה נרצחות בישראל כ-20 נשים ע"י קרוביהן. תיאוריית מעגל האלימות מגבשת מבנה שמאפיין סיטואציות של אלימות המופנית כלפי בת הזוג: דחיסה, הסלמה, התפרצות אלימה, הפוגה, חרטה, ירח דבש מדומה, זהירות, הימנעות מליבוי, התפרצות אלימה נוספת, הישרדות (שיתוק או עימות), סערת רגשות, מחילה ורצון לשיקום, ירח דבש מדומה וחוזר חלילה.

בשנות ה-80 החלו לדבר על האישה המוכה. פסק הדין בעניין כרמלה בוחבוט תרם למודעות בנושא – ההגה בפלילים של "סינדרום האישה המוכה". שולמית לפיד טענה שזו בעיה שמדברים על נשים מוכות במקום על גברים מכים.

ההיסטוריה של אלימות במשפחה

השינוי התודעתי החשוב ביותר של המהפכה הפמיניסטית הוא הצפת נושא האלימות של גברים נגד נשים. אלימות הינה הכלי העוצמתי ביותר של הפטריארכיה לשימור הכוח הגברי על נשים, הן פיזית והן כלכלית, פסיכולוגית וכו'. לפיכך נדרשו הפמיניסטיות "לשים הכל על השולחן". גם בתרבות מועברים מסרים בעייתיים שעושים רומנטיזציה לאלימות, ומכשירים את הדרך להסתכל על ביטוי אלימים כחלק מהסדר הנורמלי של יחסים זוגיים.

במשפט המקובל, עד תחילת המאה ה-20 אישה נשואה הייתה חסרת כל אישיות משפטית עצמאית. היא הפכה, לפי החוק, לנתונה לשליטתו הבלעדית של הבעל (כולל זכותו הבלעדית להכותה כדי לחנכה). עד היום יש תריסרי מדינות באפריקה ומדינות מוסלמיות שבהן "חובת הציות" של אישה נשואה לבעלה עודנה עומדת. בחלק משיטות המשפט המקובל אף היה פטור מוחלט מרצח של אישה ע"י בעלה. זהו ביטוי אולטימטיבי להבניה של המשפט את הסדר החברתי, שבו לגברים הייתה שליטה מוחלטת בנשים.

ישנה שאלה ביקורתית שתמיד מופנית כלפי נשים - למה הן לא עוזבות את בני הזוג המכים? מחקרים מראים שהבחירה להישאר הינה הבחירה הרציונלית, שכן אישה שעוזבת מגדילה את הסיכון שלה להיות קורבן לאלימות קשה מצד בן הזוג ואת הסיכוי שלה להירצח. בנוסף, אם יש לה ילדים צריך לקחת בחשבון מצב שבו אין לה יכולת כלכלית עצמאית או רכוש לכלכל אותם. התלות הכלכלית, היעדר מענה מהחברה ורשת ביטחון - כל אלו תורמים להפנמת האחריות של האישה לסיטואציה. השאלה לא צריכה להיות למה היא לא עוזבת אלא למה הוא מכה.

ניתן לסמן את קו פרשת המים בעבודתה של הוועדה לבחינת מדיניות האכיפה והתביעה במקרים של אלימות בין בני זוג (1989). החוק למניעת אלימות במשפחה הוא תוצר ישיר של פעילותה של יהודית קרפ בוועדה. **יש להכיר את הסעדים שהחוק נותן ואת** **ההגדרה הרחבה של בני משפחה.**

**הורים וילדים**

סכסוכי משמורת

שתי וועדות ממלכתיות (וועדת שניט ו-וועדת שיפמן) נועדו להסדיר שאלות של משמורת ומזונות. **בשתיהן היו יסודות חיוביים - רצון להשוות את הנטל העקרוני על האם והאב,** למשל - אבל הן **פעלו במקביל ללא כל אינטראקציה וסנכרון,** והותירו נושאים מסוימים בלתי מטופלים באופן שיצר דינמיקה הרסנית של רפורמות "כאילו" המציאות מסביב כבר מתוקנת. **הוועדות פעלו כאילו אין דין דתי בישראל** וכאילו הכל פועל כמו במדינות מערביות ומפותחות - אין מסורבות גט, אין סחטנות והכל שווה - ובהתאם לכך יש לקבוע הסדרים.

בעקבות המלצות הוועדות הללו (שטרם יושמו בחקיקה) הרבה השתנה בשטח. וועדת שיפמן אמרה שמרגע שילד לן אצל הורה אחר יותר מחמישה לילות על פני שבועיים אז סכום המזונות שההורה האחד (הלא משמורן) צריך להעביר לאחר היה צריך לרדת בבת אחת ב-30%. יש לצרף את זה לוועדת שניט, שדגלה בביטול חזקת הגיל הרך, ומקבלים את התוצאה בשטח שבה **כל סכסוך גירושין מתחיל בתביעה למשמורת** (משותפת לכל הפחות, אם לא בלעדית). זהו שינוי של 180 מעלות בהשוואה ללפני עשור, כאשר הילדים לא היו קלף מיקוח ונשארו מחוץ "למלחמה". בעבר היה ברור שהמשמורן הוא בעל המשמורת הפיזית (בעוד שהמשמורת המשפטית – האפוטרופוסות - תמיד זהה כלפי שני ההורים).

התוצאה המעשית של הוועדות:

* הכנסת הילדים לחזית המאבק והפיכתם לקלף מיקוח.
* הגברת האדוורסריות, הסלמת הסכסוך והימשכות ההליכים.
* הפיכת ילדים לעניים יותר.

השורה התחתונה היא **שבמקום להקל על הסתגלות ילדים לגירושין או לתרום לרווחתם, ככל שהסכסוך קשה יותר וממושך יותר כך הילדים מסתגלים פחות ונפגעת רווחתם הנפשית.**

שניט ושיפמן - עקרונות מוסכמים

* יש מקום **לעבור לטרמינולוגיה פחות היררכית** והסדרת יחסי משפחה, כולל הורים וילדים, בדרך יותר דמוקרטית.
* יש מקום **להפחתת מקומם של מומחים והפחתת פניות לחוו"ד מומחים** בסכסוכים הנוגעים להסדרת האחריות ההורית.
* יש מקום **להחיל דין אזרחי שוויוני בתחום המזונות** על כלל אזרחי המדינה.
* **נטל המזונות ראוי שיתחלק בין האב לאם הנושאים באחריות המשותפת** על ילדיהם.
* **הימים שבהם שוהה הילד אצל ההורה שאינו משמורן** ("ימי הורות") כרוכים בעלות מסוימת שאותה ראוי **לקזז מסכום המזונות** שאותו הורה יעביר לאחר.

יש מדינות מחוץ לישראל אפשר לראות בהן מעבר להעדפה של משמורת פיזית משותפת כברירת מחדל (אבל זה לא כתוב מפורשות בחקיקה). לעומת זאת, בחלק מהמדינות רואים חזרה אחורה תוך הודאה בכך שהעדפה של זכויות ההורים להיות בקשר עם ילדים על פני טובת הילדים אינה נכונה, וכי **יש להתמקד מחדש בטובת הילדים** (שמחייב הבטחת שלומם הפיזי והנפשי). זה מכניס את נושא האלימות במשפחה לתמונה. **בהצעת החוק המקורית לא הייתה התייחסות לאלימות**, ומשרד המשפטים התנגד להכניס את זה כי הם מתנגדים לטענה שילדים שנחשפו לאלימות (גם אם לא הופנתה כלפיהם ישירות) מצויים גם הם בסיכון.

מזונות מכוח הדין האישי (ביהדות)

בגמרא הוטלו מזונות על הצרכים ההכרחיים של הילדים עד גיל 6 (אוכל, ביגוד, מדור, רפואה וכו'). חוגים וכו' או מזונות לילדים מעל גיל 6 הינם דין צדקה (ואז חלים שווה בשווה גם על האם וגם על האב, לפי יכולתם הכלכלית).

תקנת אושא העלתה את גיל 6 לגיל 12 לבנות ו-13 לבנים. המחלוקת הגדולה הייתה מה נקבע בדיוק בתקנת הרבנות הראשית מ-1954, שמשכה משהו עד גיל 15. האם מדובר בחיוב האבסולוטי בצרכים הכרחיים של האב, או שכל מה שהשתנה הוא שיש אפשרות פורמלית לאכוף את "דין צדקה". אם הולכים לפי הפרשנות השנייה, שאומרת שהחיוב האבסולוטי על האב חל רק עד גיל 6 ומעליו החיוב העקרוני מתחלק שווה בשווה בין ההורים בהתאם להכנסותיהם, זה תואם תפיסה שמחפשת שוויון (לפחות פורמלית). התפיסה השנייה, שאומרת שהחיוב האבסולוטי על האב מתפרש עד גיל 15 לכאורה מעמיקים את האפליה לרעה של אבות ואת אי-השוויון המגדרי.

**בע"מ 919/15:** השתנתה הבנת תקנות הרבנות הראשית תש"י-1954. אם קודם לכן הובן שהחיוב המוחלט על האב עלה עד גיל 15, ויש להתחלק שווה בשווה רק לאחר מכן (או במה שמעבר לצרכים ההכרחיים), כעת נקבע שההבנה הנכונה של הדין היא **שרק עד גיל 6 הצרכים האבסולוטיים מוטלים על האב,** וכל מה שמעל 6 מוטל שווה בשווה על האם והאב. בנוסף, יש **שינוי מושגי ביחס להוצאות של הילדים - יש הוצאות תלויות שהות והוצאות שאינן תלויות שהות.** הקביעה המשמעותית היא לגבי ההוצאות התלויות שהות. במצבים שבהם המשמורת הפיזית שווה לחלוטין, והיכולת הכלכלית של ההורים דומה ואף שווה - ההוצאות מתקזזות ולא מעבירים מזונות הורה אחד לאחר. **בפועל השופטים מחילים את הבע"מ הזה גם אם המשמורת לא באמת משותפת.** נקודה קטסטרופלית נוספת ביחס לבע"מ הזה היא ששופטי העליון לא נתנו מענה לשאלה דרמטית - **האם תחולת ההלכה היא מכאן והלאה או למפרע?** זה הוביל להרבה בקשות לפתוח מחדש הסדרי מזונות, אפילו כאלו שנקבעו בהסכם.