דיני משפחה

פרופ' רות הלפרין- קדרי

נעמי בינדר

שנה ב'- תשע"ד

**דיני משפחה**

פרופ' רות הלפרין -קדרי

נוכחות לא חובה

5 בחנים: הראשון ב 12.3

הבחנים הם לא חובה- סה"כ 10% (ציונים 0/1/2).

מי שעושה 5 בחנים מתוך 6 יקבל 10%.

אפשר לעשות את כל 6 הבחנים ויבחרו את הציונים הטובים.

עבודה 10% - חובה ע"מ לגשת למבחן. מועד הגשה מהחזרה מחופשת הפסח.

23.2.2014

**שיעור 1**

**נושא 1: מבוא לציר הדת והמדינה**

**מבוא לקורס**

בדיני המשפחה בישראל יש ייחודיות, לעומת דיני המשפחה בעולם.

יש 2 צירים: חברה ומשפט, ודת ומדינה.

יש חוקות בעולם הקובעות שהמשפחה היא הגרעין של החברה.

אינטראקציה בין המשפט המעצב את המשפחה ושינויים של נורמות משפטיות המשפיעות על המשפחה ולהפך.

שאלת הסיווג- האם דיני המשפחה האם חלק מהמשפט הציבורי או הפרטי? זה סוג של בין לבין.

למדינה יש עניין עמוק בהסדרתו קיומו והבטחתו של מוסד המשפחה. לעיתים במתכונות כזאת ולא אחרת. המתח בין הפרטי לציבורי מקרין להרבה היבטים של המשפחה (כמו אלימות במשפחה).

דיני משפחה בישראל הם לב הסכסוך המתמשך בין הדת למדינה. המקום של הדת בחיי המדינה. מקום הדת היהודית בעיצוב פניה של המדינה. אנחנו פוגשים את עיצוב הספירה האישית. כי הדרך היחידה לנישואין וגירושין בארץ היא דתית.

הדין הדתי הוא למעשה דין המדינה בנישואין וגירושין ובעניינים נוספים הנלווים בכך.

בין דין רבני (בד"ר) מול בג"צ.

**עקרון הדין האישי והפיצול הכפול בדין ובדיין-**

כשמגיע אלינו בו זוג שרוצה להתגרש. דבר ראשון נשאל מהי הדת שלו והאם שני בני הזוג נמנים על אותה הדת. הטקטיקה אותה נבחר תהיה לפי המין של הפונה אלינו (לגבר או לאישה נייעץ באופן שונה).

בכל מבחן/בוחן/שאלה-

דבר ראשון- נשייך את המידיינים לפי הזיקה האישית שלהם (שהגורם המשמעותי ביותר בו הוא הזיקה הדתית. גורמים נוספים הם האזרחות והתושבות- כלומר הזיקה המדינתית).

דבר שני- הזיקה העניינית : איך נגדיר את הנושא בו אנו דנים. האם הוא מוגדר כענייני נישואין או מעמד אישי או משהו מעבר למעמד האישי?

לאחר השאלות האלה נדע האם הנושא נמצא בסמכות ההכרעה של בין דין רבני (או שרעי או דרוזי וכו') או האם מדובר במסכות של בית הדין לענייני משפחה. כמו כן נדע האם יחול על הנושא דין דתי או דין אזרחי.

* המאפיין את דיני המשפחה בישראל הוא הפיצול הכפול: פיצול בדין ובדיין.
* המדינה היחידה שדומה לישראל מבחינת הרבה עדות דתיות מוכרות היא לבנון. גם שם יש פיצול בין המערכת האזרחית לדתית.
* **"מרוץ הסמכויות"-** מי שרץ קודם יקבל עדיפות בבחירת הערכאה השיפוטית המתאימה לאותו בן/בת זוג.

הדבר מוביל לכך שהעו"ד אומר ללקחו לרוץ לערכאה השיפוטית ולא מפנה אותו לגישור או לדרך שאינה שיפוטית על מנת לאפשר את המשך ההורות המשותפת.

* השיטה הדתית מבוססת על עולם ערכי של היררכיה, של ציווים הלקוחים מסמכות דתית עליונה. התופסת את המערכת הזוגית כמערכת מקובעת עם תפקדי מגדר מוגדרים. המקום של הבחירה החופשית, של הרצון של האינדיבידואל, וזכויות הפרט בהקשר הזה הוא מאוד מצומצם.
* המערכת האזרחית שמה את הפרט במרכז. מערכת הנשענת על שוויון מגדרי ולא על היררכיה.

*ש"ב-*

*לתרגול ביום רביעי: לקרוא את פריט 3+4 ברשימת קריאה מס' 1.*

*לשיעור ביום א': לקרוא את פריט מס' 1+2.*

*\*כשהיא כותבת "קריאה כללית"- מספיק לקרוא רציו.*

26.2.2014

**שיעור 2- תרגול ראשון** (הושלם מרחלי)

**מבוא לעקרונות בסיסיים בסמכות שיפוט-**

סעיף 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה- מגדיר מהם "ענייני משפחה".

המאפיין הייחודי לדיני המשפחה בישראל היא מערכת הדינים הכפולה. – דין דתי ודין אזרחי. הכפילות אינה קיימת רק ברמת הדין, אלא ישנה כפילות גם בשתי מערכות שיפוט. ( ומכאן נובע הסיבוך העיקרי). – נובע על כל אזרחי המדינה וכל בעלי הדתות. מלבד מחוסרי הדת שרק הם יכולים להינשא נישואין אזרחיים.

המקור הנורמטיבי של דיני המשפחה בישראל הוא **דבר המלך למועצתו-** חוק עות'מני במקור שנשמר בתקופה המנדטורית כמעט ללא שינויים ויובא לדין הישראלי ובמהלך השנים נעשו בו מעט שינויים. התפקיד של החוק בזמנו הייתה להעניק אוטונומיה לכל הקבוצות השונות שחיו בתוך האימפריה העות'מנית. אחד הדברים שקובע דבר המלך: העיקרון המשפטי שחל בתחום דיני המשפחה הוא **עיקרון הדין האישי**- הדין שחל על כל אחד הוא לפי הדין של הדת שאליו הוא משתייך. (זהו דין חריג מאוד וכמעט לא חל בשום תחום אחר). וכבר אז נקבע שמי שיהיה אחראי על יישום הדין האישי אלה הם בתי הדין הדתיים. אבל הבינו שזה ייצור עומס ולכן קבעו בסעיף 47 לדבר המלך גם סמכות שיורית לבתי משפט אזרחיים. (כיום בתי המשפט לענייני משפחה).

עד היום עיקרון הדין האישי חל על עניינים שנחשבים " ענייני המעמד האישי". מהם? גם זה קבוע בסעיף 51 לדבר המלך. הרעיון היה שגם בבתי הדין האזרחיים ידונו לפי הדין האישי הדתי. במובנים מסוימים זה חל גם היום.

יש נושאים שנחשבים לחלק מהמעמד האישי ועליהם חל החוק הרלוונטי, ויש נושאים שהם בדיני משפחה אבל הם לא חלק מהמעמד האישי ולכן עליהם יחול הדין האזרחי.

נושאי המעמד האישי: נישואין וגירושין, מזונות אישה וילדים.

נושאים אזרחיים: אימוץ ( חוק הכשרות, חוק הנוער), ירושה( חוק ירושה) , רכוש משותף ( חוק יחסי ממון שקדמה לו "הלכת השיתוף") . ( פעם כל אלה היו תחת המעמד האישי והחוקים האזרחיים שמדינת ישראל חוקקה הוציאו את הנושאים האלה מהמעמד האישי).

\* משמורת- ?

ישנה הרבה תסבוכת בין הנושאים האזרחיים לדתיים.

- דוגמא לענייני המעמד האישי: אחת הסוגיות העיקריות כיום היא סוגיית הגירושין: בנישואין יהודים, על מנת להיפרד מבחינה הלכתית נדרש גט שניתן מהגבר לאישה שאמורה לקבל אותו. משמע ללא הסכמת הגבר לתת את הגט אי אפשר לגרש את הזוג. בית הדין לא יכול להכריז על פירוד הזוג ללא תנאים אלה.

- למערכת השיפוט הכפולה יש שתי השלכות מרכזיות:

**1. מירוץ הסמכויות-** בגלל שיש שתי מערכות דינים ושתי מערכות שיפוט, יש בעצם שתי אפשרויות ( בהתאם לנושאים שדיברנו עליהם והחלוקה ביניהם). לכאורה כל אחד ידון בנושאים שלו. אבל קיים שוני בין שתי המערכות הללו, גם מבחינת הדין וגם מבחינת האווירה והדיינים עצמם. עצם השוני גורם לכך שלכל אדם יש העדפה משלו למערכת מסוימת. כאשר יש מחלוקת בין בני הזוג- ישנה בעיה, לאיזו מערכת נפנה? הפיתרון של המשפט הישראלי- **כלל המועד**: מי שהגיע ראשון, לפיו נלך. היה בג"ץ שאמר שגם אם אחד הצדדים הקדים את השני ברבע שעה, הסמכות לבית הדין של הראשון בזמן. בעיות: זה מסלים סכסוכים במשפחה, מונע הליכים של שלום בית ( כי כל אחד רץ מהר להכפיש את השני ישר איך שהסכסוך התחיל מבלי לנסות לעבוד על הקשר), זה יוצא הרבה בעיות אח"כ גם- כי נוצר **מאבק סמכויות** בין בית הדין הרבני לביהמ"ש, כל מערכת אומרת שזה שייך לה. ( היה תיק שרבו 8 שנים רק למי הולכת הסמכות השיפוטית).

עד שנות ה90, לנשים בסוגיות של רכוש, באמת היה עדיף לפנות לבית המשפט לענייני משפחה שהדין בו היה שוויוני. ( וזה היה עדיף מבית הדין הרבני שדן לפי הדין הדתי). בשנות ה90, היה את פס"ד בבלי- עשה מהפכה ואמר שכשיש דין אזרחי שחל לגבי הסוגיה, בית הדין הרבני חייב לנהוג לפי הדין האזרחי הקיים. היום יש מגמה בבתי הדין הרבניים לפסוק בענייני רכוש לפי חוק יחסי ממון ולא לסטות ממנו. ( למרות היותו דין אזרחי). ולכן רוב הסיכויים הם שהתוצאה תהיה זהה בין שתי המערכות ביחס לרכוש. אבל נשים היום מעדיפות בכל זאת את בית המשפט הרגיל כי בבית הדין הרבני לפעמים מסכימים לתת גט אם היא תהיה מוכנה לוותר על חלק מהרכוש שלה.

מזונות ילדים- עד היום דוחות הביטוח הלאומי מוכיחים כי מזונות הילדים בבתי המשפט הם גבוהים יותר. וכלן מי שרוצה מזונות ילדים, תהיה לו העדפה לבית המשפט ומי שנתבע ממנו מזונות יעדיף את בית הדין הרבני. לדוג' נשים מוסלמיות תמיד יעדיפו את בתי המשפט לעומת בתי הדין השעריים שפוסקים מזונות מאוד נמוכים.

במזונות ילדים העיקרון השולט הוא טובת הילד. – חל חוק הכשרות והאפוטרופסות: ילדים עד גיל 6 הם במשמורת האמא (המשמורת המרכזית). זה תואם את ההלכה היהודית והמוסלמית. בתי הדין שומרים על זה ובתי המשפט כן הולכים לפעמים בצורה שוויונית ולא רק לטובת האישה ולכן גברים יעדיפו ללכת הרבה פעמים בענייני משמורת לבתי המשפט הרגילים.

( למה אי אפשר לשנות את החוק? כי החוק חל עוד מלפני קום המדינה ולכן חל סעיף שמירת הדינים).

**2. פיצול התיקים בין הערכאות**- כשבאים לבחון סוגיה בדיני משפחה, ישנן שתי שאלות:

א. מיהי הערכאה המוסמכת? ישנן 3 אפשריות:

*#סמכות ייחודית ( בלעדית)-* של בית הדין הדתי. יש סמכות ייחודית רק בתחום אחד והוא בענייני **נישואין וגירושין**. נדון בהמשך מה נכלל בזה. סוגיית הגט תמיד תידון בבית הדין הדתי. עד 2001 הסמכות הייחודית בבתי הדין המוסלמים הייתה גם על תחומי המזונות, המשמורת והרכוש. ( זה היה מכוח דבר המלך, שאז היה חוק מוסלמי ולבית הדין המוסלמי היו סמכויות מאוד רחבות. ב2001 השוו את הסמכויות של בית הדין המוסלמים לשאר בתי הדין).

*# סמכות שיורית* – של בית המשפט למשפחה. מקרים שהסמות השיורית נובעת מכך שלבית הדין הדתי כלל אין שום סמכות כי זה לא עניין של מעמד אישי ולכן זה הולך לאזרחי. ( לדוג' אימוץ).

*# סמכות מקבילה*- של שתיהן. ישנם תחומים שהסמכות היא מקבילה: משמורת, מזונות ( מזונות אישה ומזונות ילדים), רכוש. ועל אלה חל מירוץ הסמכויות! מכוח מה רכשו בתי הדין את הסמכות לדון באותם תחומים? – שתי דרכים: **א. כריכה**- מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים, בסעיף 3- אם הגשת תביעת גירושין, אתה יכול לכרוך עליה את כל העניינים נלווים לתביעה. זו כפייה של צד אחד על הצד השני לפי מירוץ הסמכויות באופן לא רצוני. זה הסעיף הבעייתי. **ב. הסכמה**- סע' 9 לדבר המלך- אפשר לגשת לכך בשתי הערכאות. ( משמורת, מזונות, רכוש, צוואות).

אם פונים לבית המשפט לענייני משפחה- הוא מוסמך לדון כל עוד לא הוגשה בבית דין אחר. אין צורך בכריכה, אלא זו פשוט הגשת תביעות.

ב. מהו הדין החל?

*# בנישואין וגירושין*- חל דין דתי קוגנטי. זה הדין היחידי. לעתים רחוקות בתי המשפט האזרחיים נדרשים באופן נלווה ומקרי לענות על השאלה של נישואין וגירושין. אמנם הם לא מוסמכים לדון בזה, אבל לפעמים הם צריכים לענות על שאלה אחרת ( לדוג' רכושית) וכדי לענות עליה הם צריכים להגיד מתי הם התגרשו- את זה הם יעשו ע"י החלה של הדין הדתי.

*# במשמורת*- חל דין עיקרון טובת הילד. זהו עיקרון אזרחי אבל מפרשים אותו בערכאות הדתיות לפי הדין הדתי , אבל הוא דיספוזיטיבי ואפשר להחליט להסכים על משהו אחר. זה בעייתי כי אין חוק ברור אחד שקובע ולכן כן חל הדין האישי מצד שני חל עיקרון טובת הילד שהוא אזרחי וחל על הכל ולכן הם חייבים להתייחס אליו. תמיד יתחילו מעיקרון טובת הילד ואז יצאו לדין הדתי.

*# מזונות ילדים*- דין דתי דיספוזיטיבי, אבל בתי משפט פוסקים לפי עקרונות אזרחיים ( התפתחות פסיקתית). אבל בעיקרון זה הדין הדתי. יש גם חוק אזרחי – חוק המזונות: קובע שהמזונות יחולו על כל אדם לפי הדין האישי שחל עליו אלא אם אין דין אישי ( אדם ללא דת) ואז יחול עליו הדין האזרחי.

*# מזונות אישה*- כנ"ל. דין דתי דיספוזיטיבי. כיום כן יש זליגה בבתי המשפט לכיוון הדין האזרחי.

*# רכוש-* דין אזרחי דיספוזיטיבי. חל בכל הערכאות. ( רק אם שניהם יסכימו הם יכולים לדון לפי דין תורה).

- יש שתי אפשרויות לבחון תיק משפטי בדיני משפחה:

1**. מלכתחילה**- ישנה שאלה טקטית לאיזו ערכאה להגיש? ( לדוג' לנשים לרוב עדיף בית המשפט למשפחה כדי למנוע סחטנות מצד בית הדין הרבני בעניין הגט).

2**. בדיעבד**- ניתן כבר פס"ד ורוצים לתקוף אותו. שואלים שתי שאלות: האם הפס"ד ניתן בסמכות? (משמע האם לבית הדין שפסק היה מותר לפסוק?) ומה הדין החל? אם משהו אנו כשורה והפס"ד ניתן שלא כדין, ניתן לתקוף אותו ע"י ערעור: אם הפס"ד ניתן בבית הדין למשפחה: מערערים למחוזי ומשם לעליון. ( כי בית הדין למשפחה הוא ערכאת שלום). בבית הדין הדתי: מהאזורי זה עולה לבית הדין הרבני הגדול/ השרעי לערעורים/ בתי דין כנסייתיים לערעורים ( המחוזי של המרוני נמצא בלבנון!) . ערעור על בית הדין הגדול- פניה לבג"ץ ואפשרי רק בטענה של חריגה מסמכות. משמע בג"ץ הוא לא ערכאת ערעור באמת אלא רק בחריגה.

**נושא 4: השתייכות דתית**

המקרים הקלים הם אם שני ההורים מאותה הדת. המקרים המורכבים הם נישואי תערובת או מקרים של המרת דת. הפס"ד הראשון שעסק בזה הוא פס"ד אלצאפאדי 86/63: הייתה ילדה שנולדה לאמא יהודיה ואבא מוסלמי. ( לפי היהדות הולכים לפי האם ולפי האסלאם הולכים לפי האבא). האמא נפטרה וגדלה אצל קרובים. לאחר כמה שנים הגיע סכום כסף מגרמניה שהלך לילדה והאבא פתאום התעורר ותבע משמורת בבית הדין השרעי. היועץ המשפטי לממשלה בתור אופוטרופוס כללי טען כי הסמכות לא הולכת לבית הדין השרעי. בית המשפט העליון קבע את המונח **" כפולת דת"-** מקרה בו האמא היא יהודייה והאבא מוסלמי/ נוצרי. ( אם זה היה הפוך היה הייתה חסרת דת). האם יש כאן מירוץ סמכויות ולמי הסמכות? אין כאן מרוץ סמכויות כי מרוץ סמכויות הוא בין בית דין דתי לאזרחי. ולא בין שני בתי דין דתיים, במקרה כזה פשוט צריך להכריע. העליון הציג שתי עמדות מרכזיות:

**- השופט חיים כהן-** **מבחן הדת האפקטיבית:** כשיש שתי אזרחויות, האזרחות שקובעת היא האזרחות האפקטיבית. מהי? האזרחות שלפיה הוא חי. הבעיה בתיק הייתה שהילדה הייתה קטינה. חיים כהן פותר זאת ע"י החלת עיקרון טובת הילד ( שהוא כללי וחל על הכל) על עיקרון הדת האפקטיבית. משמע- איזו דת תהיה לטובת הילד? הוא קבע כי במקרה הזה הדת היהודית היא לטובת הילד ולכן זה צריך לדון בבית הדין הרבני.

**- השופט זילברג**- מקבל את מבחן הדת האפקטיבית של חיים כהן אבל אומר שלא ניתן להחיל אותו על קטינים. הוא כן מסכים שיש לעשות שימוש בעיקרון טובת הילד אבל אי אפשר לשלב בשני העקרונות. הוא פונה **לסעיף 55 לדבר המלך** שאומר שאם יש התנגשות בין שתי דתות, פונים לנשיא בית המשפט העליון והוא יכריע. סעיף 47 קובע סמכות שיורית, ולכן ברגע שפונים לבית המשפט האזרחי- הסמכות שלו ( אם לא פנו לפני זה לבית דין דתי). ולכן הוא אומר שאין מכוח כך אין תוקף לבית הדין המוסלמי אלא לבית המשפט האזרחי. ( ולכן אין טעם לפנות לנשיא בית המשפט העליון כרגע אבל בעיקרון כן צריך).

פס"ד יעל ברק- אישה יהודיה נישאה לגבר מוסלמי. לפני שהתחתנה היא המירה את דתה לאסלאם. נולד להם ילד שנרשם כמוסלמי. לאחר כמה שנים הם התגרשו בבית הדין המולסמי מבלי להכריע בסוגיית המשמורת. לאחר כמה שנים האישה שבה ליהדות. הילדה נשארה אצל האמא והאבא החליט שהוא גם רוצה משמורת. הוא הגיש בקשה לבית הדין השרעי והיא לבית הדין הרבני. הוא הגיש לפניה. הגישה בבית הדין השרעי היא שאם האמא המירה את הדת, הילד ילך אוטומטית לאבא. היא טענה שאין סמכות לבית הדין השרעי כי הילד הוא כפול דת. נשאלה השאלה מהי דת הילד? מבחינת הדין הדתי, הילד הוא יהודי ( למרות שהאם המירה את דתה). לפי האסלאם, הילד הוא מוסלמי כי האבא מוסלמי. משמע- הילד הוא כפול דת לפי הדין הדתי. ע"פ הדין האזרחי, המרת הדת של האמא הייתה בתוקף כשהילד נולד ולכן הוא מוסלמי. - לפי פקודת ההמרה הדתית שחלה כאן. האישה עשתה את כל השלבים הנדרשים בדין האזרחי לשינוי דת ולכן הילד הוא מוסלמי. אבל בג"ץ לא רצה שהתיק יידון בבית הדין המוסלמי, ולכן הוא קבע שגם פה חל סעיף 55 לדבר המלך: פנייה לנשיא בית המשפט העליון. הוא אמר שבגלל שהאמא שוב יהודיה זה עונה על הקריטריון שנדרש בסעיף 55: שני אנשים בני דתות שונות . ולכן ניתן לפנות לנשיא בית המשפט העליון. וכך ביטלו את סמכות בית המשפט השרעי והתיק נידון בבית המשפט לענייני משפחה.

סיכום: איך המשפט האזרחי מסתכל על זה: או שהילד הוא כפול דת או חסר דת- מבחינה דתית ובית המשפט יכבד זאת/ יכריע בהתאם- ילך לסעיף 55 לדבר המלך . אבל אם הייתה המרת דת- עשיתי פעולה אזרחית שיש לה תוקף משפטי אזרחי במדינת ישראל והיא גוברת על הכרעת הדין הדתי. ולכן נלך לפי הדין האזרחי במקרה של המרת דת.

פס"ד שמואל- 148/84: אישה יהודייה נישאה לגבר הודי. הם נישאו בחו"ל ובזמן הנישואין הוא התגייר. הוא הגיש תביעת גירושין אח"כ. היא טענה כי לבית הדין הרבני אין סמכות לדון בכך כי הוא בכלל הודי ( כי מבחינת הדין ההודי אין כזה דבר לעזוב את הדת ההודית). אם הם היו מתגרשים לפני הגיור- הם היו עוברים הליך אזרחי של התרת נישואין ( בגלל שהם נישואי תערובת). היא טוענת כי הסמכות היא לבית המשפט האזרחי כי הוא התגייר רק כדי לאמלל אותה בהמשך. בית המשפט אמר ש4(2) לא חל עליה, כי הוא לא חל על עדות דתיות שלא מנויות בדבר המלך ( מנויות רק אסלאם יהדות ונצרות). משמע זה לא תופס בהמרה דתית ואין תוקף לכל שהדין ההודי אוחז באיש הזה. – האדם הוא יהודי. סעיף 4(2) הוא סעיף שמירה על סמכות שיפוט.

2.3.2014

**שיעור 3**

בין דין דתית אמור להכיל גם דין אזרחי וגם די. וגם בימ"ש לענייני משפחה אמור להכיל גם דין דתי וגם אזרחי.

חלוקת הסמכויות בתחום הזה בישראל מכילה את שתי מערכות הדינים ולפי כל מיני כללים שנדון עליהם בהמשך.

היסטוריה

המתח בין דת ומדינה, סמכות אזרחית מדינית מול סמכות רוחנית.

המשנה "מלך לא דן"- למה מלך לא יכול לדון?

העימותים של דת ומדינה היו תמיד בהיסטוריה. גם בנצרות (הליכה לקנוסה, מהפכת הכמרים).

כיום יש מאבקים חוזרים ונשנים, הם שונים בישראל מאשר מדינה מערבית אחרת.

לפני הרבה שנים חשבו על הרעיון שתהיה חוקה לאיחוד האירופאי, ואחד הוויכוחים הכי סוערים היו האם להזכיר את אלוהים בחוקה.

בישראל בהגדרה אין הפרדה בין דת למדינה. בכל מדינה מערבית אחרת יש הפרדה בין דת למדינה. אבל זו רק אמירה כללית, כי יש מידות הפרדה שונות. למשל אפילו בחוקת ארה"ב, הסעיף הראשון הוא איסור מיסוד דת (כמו לחוקק חוקים דתיים) אבל זו לא הפרדה הרמטית כי הדת נמצאת כל הזמן בספירה הציבורית הפוליטית וגם בחקיקה.

בישראל בהגדרה הדת היא חלק ממשפט המדינה. יש מעורבות של המדינה בדת ולהפך. החל מהמימון, מינוי וכו'.

זה ההבדל הדרמטי ביניינו לבין מדינות אחרות בעולם המערבי.

למה זה ככה?

עוד החל מהשלטון העות'מני ב 1517 עד 1917 הם השאירו לנו את **עקרון הדין האישי.**

ההגדרה- עקרון הדין האישי קובע כי עניינים משפטיים בתחום דיני המשפחה נשלטים ע"י הדין הדתי.

העקרון שהנחה את העות'מני הוא שרק למי שהוא מוסלמי מאמין יש זכות להישלט ע"י האיסלםם. מי שהוא כופר אין לו את הזכות לחסות בצל הדין המוסלמי. אלא שהוכרו כאומה בפני עצמה ("מילאת") היו זכאים לנהל את ענייניהם האישיים.

כל ענייני המעמד האישי הם חלק מהדין הדתי.

ב1917 הבריטים מקבלים את כתב המנדט מחבר העמים וקובעים שכל מה שהיה לפני כן הוא שיהיה. משמרים את המצב הקיים עם שינוי מסויים. לפי שיטת המילאת הערכאה השיוריות (לשום ערכאה אחרת אין סמכות אז לה יש את הסמכות) היתה בין הדין השרעי, הבריטים שינו שהערכאה השיוריות תיהיה ביהמ"ש האזרחי.

בקום המדינה שומרים את הדין הקיים, הדין הדתי הוא לפי כל אחד וההשתייכות הדתית שלו.

בראשית הדרך השארנו את זה יותר מכוח האינרציה, אבל בהדרגה זה הפך להיות סלע מחלוקת פלוטי.

נק' השינוי המשמעותית ביותר התרחשה ב 1953 עם חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים- (לדעת בע"פ 2 סעיפים ראשונים). בן גוריון אמר שחוקקנו אותו על תנאי בתנאי שהדתיים יסכימו לייישם את המשפט הדתי בהתאם לערכי השיוויון. לאחר מכן בן גוריון אמר שהם לא מילאו את התנאי הזה. החוק משנת 53 הרחיב את סמכויות בתי הדין הרבניים, ביטל את התנאי להשתייכות לכנסת ישראל (הגוף שאיגד את הקהילה היהודית בפלשתינה, אבל לא כולם נמנו על כנסת ישראל). השיפוט של בתי הדין הרבניים משתרעת על כל יהודי אזרחי או תושבי ישראל, בלי קשר להשתייכות לאותו הגוף של כנסת ישראל. עוד הרחבה- הסמכות היא גם ביחס לאזרחים זרים. ועוד התפתחות חשובה- סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, המקנה את **סמכות הכריכה.**

הסיפור הזה הוא סיפור היסטורית שהחל עם שליטתה של האימפריה העותמנית והמשיך עם המנדט הבריטי, ואז מבינים שאנחנו חלק מהסיפור של כל העולם. זו למעשה המורשת של הקולניאליזים. רואים קווים מקבלים של החקיקה של הבריטים בקולוניות השונות שהיו להם. המורשת הזו הפוסט- קולוניאליסטית מוסיפה ללוות מדינות רבות.

הפרטים בישראל מורכבים עוד יותר בהקשר של עקרון הדין האישי, מאשר במדינות אחרות.

כי ברוב המדינות כאשר נוהג דין דתי, יש רק ערכאה אחת. והיא מכונה לעיתים ערכאה אזרחית אך לאמיתו של דבר היא מחילה דין דתי. אבל אין את מרוץ הסמכויות, ואין את הכפילות ואין את המצב האבסורדי ששופטים אזרחיים צריכים להחיל דין דתי או שופט רבני צריך להחיל דין אזרחי. ברוב המוחלט הדינים האלו עברו קודיפיקציה, תהליך של כתיבה וחיקוק של מערכות דינים שחלקן היו כתובות, חלקן מסורת שבע"פ. מטרת הקודיפיקציה לקחת את כל הגוף הרחב, קאזואיסטי לעיתים, ולאגד את כל זה לקודקס אחד כתוב. ברוב המדינות שמוסיפות לקיים את הדין האישי, החוקים עברו קודיפיקציה, אבל בישראל זה לא כך.

כל הדינים הדתיים החלים בישראל הם לא דינים כתובים! גם "שולחן ערוך" לא נחשב לחוק כתוב. למשל הדין הדתי הדרוזי הוא לחלוטין לא כתוב. הכל מועבר בע"פ מדור לדור. גם הדין השרעי לא כתוב.

למה נשמרו ההסדרים האלה?

האם היו ניסיונות לקרוא תיגר?

בתק' השלטון העות'מני היו הנשים שעשו זינוק גדול ביותר לאחר שהבריטים נכנסו לארץ- "התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בישראל". הזכות לבחור ולהיבחר לא היו מוקנות להן בכלל. המאבק הסתיים בהצלחה ב 1926.

זה היה מאבק קשה כי הוא נתפס כמחליש את הקהילה היהודית מול המנדט הבריטי.

זה דפוס חוזר כל אימת שאיזשהי אומה נאבקת על עצמאותה. היא תמיד מלווה את מאבקי הלאומיות, כאשר נשים נוטלות חלק מאוד משמעותית במאבק הלאומי הגדול. הן נדרשות לוותר על התביעות שלהן לשוויון מול השותפים שלהם בקהילה עצמה.

פק' סדרי שלטון ומשפט- אקט טכני על מנת למנוע ריק חקיקתי, היו חייבים להגיד שכל מה שהיה ימשיך להתקיים.

אבל מדוע חוק בתי הדין הרבניים הרחיב מאוד את סמכויותיהם של בתי הדין הרבניים?

התפיסה הפטריארכלית היתה מאוד שורשית בקרב מנהגי ראשית המדינה. וזו היתה הסיבה האמיתית שעמדה בבסיס חקיקת חוק השיפוט בתי הדין הרבניים (לפי ספרם של טריגר וקמיר).

היה משהו שורשי ועמוק שביקש לעגן את האפליה החוקתית נגד נשים.

אז מדוע ההסדר הזה ממשיך להתקיים גם כיום?

מאמינים שזה נובע מהשליטה הדתית, כוחם יותר גדול מאז שנת 53. קשה לראות איך אפשר לגבש קואליציה בלי חרדים או דתיים. הטענה של המרצה יחד עם ידגר, היא שהשארתו של הדין האישי הפך להיות חלק מהסכסוך המדיני בישראל. הוא קשור קשר גורדי לקונפליקט. מדוע? כי ברגע שהדרך היחידה להינשא בישראל היא דרך הדין הדתי, לא אפשרי נישואי תערובות בין דתות. ישראל לא מאפשרת מבחינה חוקית נישואי בין דתות שונות.

השאלה האם המצב ניתן לשינוי הפך לשאלה הרבה יותר קשה, ולא רק שאלה פנימית של הדת היהודית. אלא שאלה הקשורה לסכסוך הערבי- יהודי בישראל. זה נוח לשני הצדדים להשאיר את המצב כמו שהוא. כי אם יחוקקו נישואים אזרחיים, אז לא יהיה ניתן לאסור כבר נישואי תערובת.

דברי המלך במועצתו ס' 46- שיפוט בענייני המצב האישי:

ס' 1+2 חוק שיפוט בתי הדין הרבניים (גירושין ונישואין):

שני בני הזוג צריכים להיות יהודיים, הנישואין יערכו על פי דין תורה, בנישואים דתיים בלבד.

דין תורה הוא כל ההלכה הרבנית לאורך הדורות שכוללת את הספרות השו"ת, ובאה לידי ביטוי כיום בפסיקתם של בתי הדין הרבניים בישאלה (ההלכה האורתודוכסית).

כלומר יש מיסוד מלא של זרם מסויים של היהודית (אורתודוכסים).

*בשיעור הבא-*

*נדבר על פסד כץ ,לקרוא סעיף 2 + 3.*

5.3.2014

**שיעור 4** (סיכום של רחלי)

**מבוא לציר החברה והמשפט**

מסע אל אלף התום של א.ב יהושוע. : הסיפור מתמקד בגיבור ששמו אבלואעפיה מצפון אפריקה. יש לו שותפות מסחרים עם דוד שלו בן עטר. – ייבוא מוצרים מצפון אפריקה לאירופה ( תבלינים ובשמים ומאירופה מביאים בדים וכו'). יש לו בת שלוקה במום או משהו ( טוענים שהיא מכושפת) והאם התאבדה . לכן הוא מרבה בנדודים. הוא מגיע לעיירה בשם בורמייזה הוא פוגש שם אלמנה יפה ונבונה ונקשר ביניהם קשר רומנטי, הם רוצים להינשא. ....והכל מתחיל להסתבך, היא מוכנה להתחתן איתו רק אם הוא יפרק את השותפות עם דוד שלו שיש לו שתי נשים. הדוד שומע על זה ומביא איתו את שתי נשותיו מטנג'יר יחד איתו ועם רב שישפוט ביניהם.

שאלות ונקודות העולות מן הסיפור:

זה בעצם מציב את המסורת המזרחית בסוף האלף הראשון של ריבויי נשים אל מול המסורת האשכנזית שהתגבשה באותם זמנים שתבע רבינו גרשום לגביי ריבויי נשים- תקנת החרם ( שלא עושים את זה יותר). לאחר ההכרעה ע"י בית של הדיוטות, האישה רוצה להתגרש ומכריזה על עצמה כמורדת- תובעת ממנו גט ואינה מוכנה להמשיך את חייה איתו.

הדגש כאן הוא בעימות בין אשכנז לספרד ובין צפון לדרום. העליונות וההתנשאות של הצפון אל מול הדרום/ המזרח.- ואלו קולות ששומעים עד היום. רואים את המתח הזה במקרים שונים ( כמו לדוג' להצדיק רצח על כבוד המשפחה בשם ערכים תרבותיים ושימורם).

מבחינת הדין הדתי בסיפור: הועלתה **טענת דין המורדת-** דין קדום שקבעו אותו גאוני בבל שכן היו הדור האחרון של הפוסקים לעומת חרם דרבנו גרשום.

**פלורליזם משפטי-** כאשר על אדם אחד או קבוצה משפטית חלים כמה דינים, יש יותר ממערכת משפט אחת בו זמנית. זה בעמם המצב של דיני משפחה היום בישראל. ( עיקרון הדין האישי במקביל למערכת המשפט האזרחית). הפלורליזם המשפטי הזה במקרה שלנו מגובה ע"י המדינה עצמה. לדוג' בצרפת זה גם ככה כי יש המון מהגרים שללא הכרה של המערכת האזרחית- הם לא יוכרו כנשואים ע"י המדינה ולכן הם חייבים להשתמש במערכת האזרחית אבל בו זמנית הם ממשיכים להשתמש מן הסתם במערכת הדתית שלהם. וכנראה שההכרעות שמשפיעות עליהם יותר אלה אותם בתי דין שרעיים. ( ובקהילות יהודית, הרבה בפעמים בקהילות סופר אורתודוכסיות כפופים הרבה יותר להכרעה של בתי הדין הרבניים בקהילה מאשר המשפט המדיני).

מהי פעילות שיפוטית? מהו מהות בית הדין? מי קובע מהי פעילות הדיינים? האם נשים יכולות להיות דיינות?

**- פוליגמיה- ריבוי נשים:**

- **איסור פוליגמיה כנורמה משפטית בינ"ל**: כל המדינות שחתמו על אמנות בינ"ל לזכויות אדם מחוייבות לבאר ריבויי נשים. **המציאות היא שהנורמה שמתירה ביגמיה קיימת ברוב המדינות המוסלמיות, האפריקאיות ומדינות הפסיפיק**. – מעניין לראות את המדינות המוסלמיות שכן עשו מהפכות. מי שעברו תהליכי קודיפיקציה, זה בדר"כ מלווה במיתון ההיבטים הפטריארכלים של הדין הדתי. בתוניס/ מרוקו לדוג' לא באמת יש ריבוי נשים יותר. ( באחת זה בלתי אפשרי ובשניה זה אפשרי בחוק אבל לא עושים את זה). גם בישראל זה טכנית יכול לקרות- כאשר הגבר מקבל היתר מהרבנים להינשא לאישה שנייה ( וזאת כאשר הוא אינו מסוגל לגרש את אשתו הראשונה). אישה לעומת זאת לעולם לא יכולה להיות מקודשת ליותר מגבר אחד. ולכן גם אם היא כן קושרת קשר אינטימי עם מישהו אחר אופ אפילו מקיימת איכשהו טקס נישואין עם מישהו אחר כל עוד היא עדיין נשואה לבעלה הראשון,. הטקס השני לא יתפוס מבחינה הלכתית וגם לא מבחינת דין המדינה- סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים שקובע שנישואין וגירושין יהיו לפי דין תורה.

- נורמה בסיסית גם בהלכה מדאורייתא, חדר"ג, כוחו המוגבל של חדר"ג

- לא ניתן לנתק את הביגמיה מההקשר הכללי של הפטריארכיה.

- **פטריארכיה**:

פטריארכיה היא צורת ארגון חברתית שבה הגבר המבוגר ביותר הוא ראש השושלת/ המשפחה. וכל מה שנגזר מזה ( הורשה לדוג')- כל מתבצע על בסיס הקו הזכרי ( הקו הפטריליניאלי). – מליון קולינס. הגדרה אחרת ע"י פמיניסטית: כל שיטת ארגון שבה הכוח והשליטה נמצאים בידם של גברים, המליטים איזה חלק נשים ייטלו, כאשר הכישורים המיוחסים לנשים מצויים כולם מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית ( ג'נט ריפקין).

- מאין הכל התחיל?- סקירה היסטורית:

 בתקופת האדם הקדמות הייתה תרבות מטרי לוקאלית- הייתה אם גדולה אחת במרכז היחידה החברתית וסביבה היו ילדיה, הגבר לא היה שם. הגברים היחידים שהיו שם היו האחים שלה ( באו מאותה אם כמו שלה לפני כן). מדוע לא היה שם גבר? כי לא צריך גבר בכלל. מבחינתם, הם לא ידעו שעצם האקט זה מה שגורם לה להיכנס להריון ולכן חשבו שהיא נכנסת להריון יש מאין- ולכן היא האם של כולם והיא במעמד אלוהי אפילו. ( מתחבר לאלות הפיריון והמעמד הגבוה שהיו בתרבויות קדומות). לא ידעו שצריך גבר בשביל להוליד ילדים כי לא ישרו בין האקט להיריון.

בערך ב10,000 לפנה"ס ( המהפכה החקלאית- ההומוספיאנס). התחילה התפיסה של קניין אדמה וחשיבותו. באותו הזמן החל גם להתגלות תפקיד הזכר בהליך ההולדה והמשוואה התהפכה לחלוטין, כי כשהתברר שללא הזרע של הגבר אין יצירת תינוקות, האישה הפכה להיות כלי שללא ההזרעה ( כמו האדמה), היא לא תצמיח כלום. ולכן צריך לשלוט עליה ולכבוש אותה ולדאוג שהיא לא תקבל זרע מאף אחד אחר. אבל לא ידעו שבשביל ההפריה צריך גם ביצית. ( את זה גילו רק במאה ה19). ולכן בתקופה ההיא היה היפוך שלם של תפקידים ונוצרה היררכיה בין גברים ונשים. ולכן היה צורך של עיצוב כללים משפטיים שיימנעו מהאישה כל יכולת לקבל זרע של גבר אחר כדי שהוא יידע בטוח שאלו הילדים שלו. מכאן נגזרות כל המסורות של הדתות שאנו מכירים כיום.

- המאה ה19: המשפחה המודרנית המסורתית שאנו מכירים כיום התחילה להתפתח אז, במהפכה התעשייתית. עד העידן המודרני במאה ה19, מוסד המשפחה היה נראה אחרת. התקופה המכוננת שקדמה למהפכה התעשייתית הייתה התקופה הפיאודלית שבה מוסד המשפחה היה כזה שכלל את ראש המשפחה ואת כל מי שמסתפח אליו כולל צמיתים ואריסים. המגורים היו משותפים לכל מי שהיה חלק ביחידה הכלכלית הזו. אורח החיים היה כזה שכל משפחה קיימה את עצמה באופן עצמאי- משק אוטרקי. וכל הצרכים שלהם מולאו ע"י היחידה עצמה: הקיום הפיזי ( קורת גג ומזון), צורכי חינוך ועוד. לא הייתה הפרדה מוחלטת בין הבפנים לבחוץ. התהליך הדרמטי שהתרחש עם כינונה של המפכה התעשייתי שינה הכל לחלוטין- עם התחלת יצירתם של מרכזי תעשייה מחוץ למקומות המגורים הרגילים, המקומות האלה החלו לשאוב אליהם כוח עבודה ( גברי) ובהדרגה מהירה של כמה עשורים, נוצרה פולריזציה מאוד נקשה בין הספירה החיצונית לבין הפנימית. בחוץ יש את עולם התעשייה והוא מאוד קר ומנוכר, תחרותי, תובעני, מנצל ( כל אותם מפעלי sweat shops) ופנים הבית באופן הדרגתי מקבל ערכים שאמורים למעשה להיות תמונת ראי מה שיש בחוץ- ככל שהחוץ יותר קר ומנוכר ונצלני, הפנים הופך להיות יותר ויותר אלטרואיסטי, חם, פועל לפי ערכים של אהבה וכו'. מבחינה מעשית אותן פונקציות שמולאו עד אז ע"י הבית במשק האוטרקי הוצאו החוצה- לדוג' יצרנו וכו', חינוך מוצא מהבית אל מוסדות חינוך ציבוריים/ מחוץ לבית פשוט, התפתחה רפואה ממוסדת שנותנת מענה למספר גדול של חולים וכו' הפונקציה היחידה שנשארת בבית היא ההולדה. וזו ערש הולדתה של המשפחה המודרנית המסורתית כפי שאנו מכירים אותה כיום. ככל שההפרדה בין הספירה החיצונית לפנימית נעשית יותר מוגדרת, נשים יותר מקובעות לספירה הביתית. אז מתחילה להתפתח האידיאולוגיה "כת הביתיות" שמבקשת לתת הצדקה מלכתחילה לכך שנשים צריכות להיות בבית וזה בא לידי ביטוי בייחוס כל מיני תכונות עילאיות ואציליות לנשים- אלטרואיזם, רוגע, הקרבה עצמית וכו'. ממש בעלות מוסרות נעלה שלא מתלכלכות בעבודה או בפוליטיקה, כוח והנהגה, נשים הן מעל לכל זה.

ביטויים משפטיים לתפיסה הזו ולתפקידי המגדר הנפרדים במשפט המקובל:

- **תורת המיזוג מהcommon law**: מאמצע המאה ה18 ע"י בלקסטון שהעלה אותם על כתב. מדבר על אובדן אישיותה המשפטית של האישה עם נישואיה- אין לה שום כשרות משפטית, היא לא יכולה להיתבע לא בנזיקין ואף לא בפלילים, אלא בעלה ייתבע במקומה. ולבעלה יש את הזכות לחנך אותה ( כלל האצבע- כלל שאמר שלבעל יש זכות לצורך חינוכה של האישה להכות אותה עם מכר כל עוד עובי המקל לא עולה על רוחב של אצבע). זה נמשך עד סוף המאה ה19 ורק ב1880 פלוס בוטלה השליטה המלאה של הבעל ברכוש האישה אותו הביאה עימה לנישואין. שיעבוד גופני לבעל- החובה להיעתר ליחסי מין בכל עת. עבירת אינוס בנישואין הונהגה באנגליה רק ב1992. משמע לא יכול להיות כזה דבר אונס בנישואין בכלל. זכות החינוך של האישה לבעל, אובדן זכות האישה לרכושה עם נישואיה, ריבוע שלטון הבעל במשפחה ( שם משפחה- שנשאר עד היום ומסמל כזכר לאותו ביטוי).

השפעות המשפחה הפטריאכלית כיום:

- דוג' מתוך שנתון סטטיסטי שלהלמ"ס תיאר איך הם הניחו מיהו "ראש משק בית": הגבר המבוגר בבית.

- מישור חלוקת משאבים: חלוקת דפוסי עבודה בעולם כולו: ממחקר שעשה סוכנת האו"ם לפיתוח אנושי רואים כי אם מסתכלים על העבודה האנושית כמחולקת למגדרים ומחלוקת בין עבודה שמקבלים עליה שכר ולא מקבלים עליה שכר- נשים עובדות המון בעבודות שאין עליהן שכר. – משמע חלוקת זמני עבודה בתשלום ( השתתפות בתעסוקה וכוח העבודה האזרחי) לעומת עבודה ללא תשלום. שני שליש מזמן הנשים זו עבודה לא מתוגמלת בשכר. – הרבה טיפול לא רק בבית עצמו אלא גם טיפולים חיצוניים בבני משפחה מורחבת, הורים זקנים וכו'. כשמצרפים הכל ביחד את כל המדדים יוצר שנשים עובדות יותר מגברים אבל בו זמנית הן בעלות של פחות מ10% מהנכסים בעולם. החלוקה הזו של עבודה מתוגמלת ועבודה לא מתוגמלת מתקשרת לחלוקה של עולם הפנים והחוץ שדיברנו עליו מקודם.

9.3.2014

**שיעור 5**

**נושא 2: מבוא למוסד המשפחה ולדיני המשפחה: הזכות למשפחה וגבולות המשפחה**

מהות המשפחה, מהם גדרי של הזכות למשפחה. כל האתגרים האלה ברובד העמוק הם מתכתבים עם כל הנושאים שדיברנו עליהם בשיעור הקודם. השאלה מה השפיע על עיצוב מוסד המשפחה לפני אלפיים שנה או עשרת אלפים שנה, או היום , הן למעשה אותן שאלות, רק שהתנאים שבהם השאלות הלאה מתעוררות הן כמובן תנאים שונים לחלוטין.

**בג"צ ממט-מגד נ' שר הפנים-**

מציב בפניינו מסגרת שונה של תנאים, או "מבחן" שונה לגמרי של מהי המשפחה או מהות המשפחה.

המסגרת הראשונה שבתוכה מתנהל הדיון של מהי משפחה, זו המסגרת של השינויים שהתרחשו בעשרות השנים האחרונות ביחס לאפשרות ההולדה.

בפס"ד זה רואים אחד מסדרה שלמה של פסקי דין, והוא הגיע לעליון ולכן הוא כה חשוב (אם נכתוב עבודות על משפחות בני אותו מין, נראה פסדים שרובם הסתיימו בבית דין לענייני משפחה, וכולם עוסקים בזכות להכרה בהורות המתגבשת במסגרת של תנאים משפחתיים של בני אותו מין).

מדובר בפס"דים על אפשרויות שקיימות כיום ברפואה ליצור משפחה, שלא היו קיימות לפני 20 שנה.

הטענה שנשמעת הרבה פעמים על מערכת המשפט שהיא לא מדביקה את קצב ההתפתחויות הטכנולוגיות.

הכתיבה של ג'ובראן רדיקלי ביותר מכל השופטים.

מדובר על הזכות של זוג הומוסקסואלים להיות הורים, ובדרך שתבטיח קשר ביולוגי לאחד מהם (להביא ילדים).

להיות הורים אפשר גם בדרכים אחרות כמו אימוץ אך הדרך הזו כמעט ולא פתוחה בפני זוגות הומוסקסואלים. מבחינה מעשית בישראל, הם יהיו בסוף הרשימה של המתנה לאימוץ. בעבר ניתן היה באופן גורף לאמץ אך ורק ע"י זוג הטרוסקסואלי. כלומר כיום המצב הוא שאין מניעה בחוק, אך מבחינה מעשית הם בתחתית סדר העדיפויות.

בד"כ לא יכולים לפנות לאימוץ בחו"ל.

אין היום אף מדינה בעולם המאפשרת אימוץ של בני זוג בני אותו מין.

אם בוחנים את הזכויות של אותם זוגות,

הורים חד מיניים חייבים את עזרת המדינה כי הם חייבים גישה להליך הפונדקאות (חוק ההסדרים לנשיאת עוברים= "חוק הפונדקאות"). השאלה אם הנגישות לחוקי הפונדקאות פתוחה גם בפני נשים בודדות או גבר בודד (חד הורי) או בני זוג בני אותו מין. במקרה הנ"ל ההיזקקות למדינה היא כדי שהמדינה תאפשר להם להביא את הילדים שלהם בחו"ל שעברו תהליך פונדקאות בארה"ב, ושהמדינה תכיר בהם כהורים.

המדינה שואלת את עצמה האם העובדה שבלעדי הם לא יכולים להגשים את זכותם להורות, האם זה מקנה לי את הלגיטמציה להעמיד אותם בכל מיני מבחנים, שאת הזוגות "הרגילים" אני לא מעמידה. כמו כן היא לא מציבה מבחני הורות ביחס לפרוצדורה של תרומת זרע או הפריה חוץ גופית.

הדיון התחלק לשני חלקים, בזכות להורות ושאלה על שוויון ואפליה בין זוגות מאותו מין, סחר וניצול נשים וכו'.

הובאו מחקרים של ההשלכות שיש או עלולות להיות בהיבטים של פונדקאות, סחר בנשים וכו'. ביהמש נמנע מלנקוט עמדה. הוזכר הדו"ח של ועדה בראשות פרופ' מור-יוסף, שתפקידה היה לגבש המלצות לגבי הפרקטיקה של פונדקאות בינ"ל. אחד הדברים המעניינים בהמלצות הוועדה, היא שהיתה דעת מיעוט. נחלקו בשאלת ההתייחסות לגבי התרת פונדקאות של בני זוג מאותו מין. הוועדה המליצה על התרה יותר ליברלית של הליך הפונדקאות בתשלום. כמו כן המליצה על סוג של סחר בביציות. הגישה בכללי היתה של פתיחת "השוק". אבל ביחס לבני זוג מאותו מין, הוועדה המליצה שהפונדקאות תותר אך ללא תמורה (ללא תשלום, כלומר פונדקאות אלטרואיסטית). ההנמקה של הוועדה בהקשר הזה לא היתה מאוד משכנעת. המחקרים מראים באופן משכנע (את המרצה) שאין שום בעיה עם ילדים שגדלים במשפחות של זוגות בני אותו מין, ואין עליה בשיעור הומוסקסואליות בקרב ילדים שנולדו לזוג הומוסקסואלי. כמו כן אין בעיה לגבי ההסתגלות החברתית, או הלימודים שלהם. ואף יש מחקרים האומרים שהם במצב טוב יותר.

אז מדוע לעשות הבחנה בין זוגות רגילים לבין זוגות בני אותו מין, אם הם מאמצים גישה כה ליברלית?

היו כאן 2 עתירות בפס"דים האלו, הם קיבלו בארה"ב צו שיפוטי הקובע את שני בני הזוג כהורים.

**ההלכה הפסוקה היא שפקיד הרישום במשרד הפנים בישראל, כאשר מובא בפניו צו שיפוטי מחו"ל, צריך לרשום אותם כפי שכתוב בצו (הלכת פונק-שלזינגר).**

במקרה הנ"ל הם סירבו לעשות בדיקה גנטית שתוכיח קשר לפחות אחד משני האבות של הילד. המדינה כאשר לא בשליטה על הליך הפונדקאות, חייבת לעשות בדיקה גנטית על מנת למנוע טעויות. בפונדקאות יש חשש כי התינוק הוא לא מהליך פונדקאות אלא העובר הוא מזרעו של בן זוג אחר של הפונדקאית.

בסיפור של הזוג השני, היתה בדיקה שהוכיחה כי יש קשר ביולוגי עם אחד האבות. המדינה אמרה שהגבר הזה שיש לו קשר גנטי עם הילד הוא יחשב "להורה המאמץ", והגבר השני לא נחשב.

ביהמ"ש לא קיבל את עמדת המדינה. דעת הרוב של נאור- לא רצתה להיכנס לשאלת השוויון ואפליה כי כן יש כאן שוויון פורמאלי כי גם בני זוג הטרוסקסואלים שרק אחד מהם הוא ההורה הביולוגי, המדינה מחייבת את השני לאמץ.

ג'ובראן- מאוד רדיקלי ברטוריקה שלו (פסקה 10).

**בג"צ 7052/03 עדאלה-**

השאלה המשפטית שעמדה להכרעה בפס"ד עדאלה היא **האם הזכות למשפחה היא זכות חוקתית ומה תוכנה? האם הוא כולל את הזכות להגשים את הזכות הזו בשטחי ישראל?**

האתגר פה הוא אתגר מסוג אחר, הנסיבות שבהן התעורר האתגר הזה הוא בנסיבות של הסכסוך בין העם היהודי ללאום הפלשתינאי על רק הסכנה לטרור, והשיקולים הביטחוניים.

פס"דים שברק לא הצליח לשכנע בעימות בין ברק לחשין (בייניש היתה עם ברק).

הפעם הראשונה שבית המשפט העליון מנהל דיון כה משמעותי ומקיף שקבע שהזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית, היא דווקא בהקשר של זכותם של אזרחי ישראל שאינם יהודים (פלשתינאים) לחיי משפחה.

נקבעת קביעה ברורה **שהזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית.** הדעות חלוקות לגבי כיצד יש למלא את הזכות הזו.

**תמ"ש 32405/01-**

משמורת חיות מחמד.

היתה פה דחייה מאוד לא אופיינית של המלצת המומחה מטעם ביהמ"ש. השופט מגיע לחוות דעת שונה לגמרי.

**נושא 3: מבוא למערכת היחסים בין המערכת האזרחית לדתית**

**בית דין רבני או בימ"ש- מה זה משנה? ההבדלים בין הערכאות.**

הדינים שאמורים לחול בשתי הערכאות הם למעשה אותם דינים.

בנושאים שיש חקיקה אזרחית ברורה שהחוק קובע שהוא חל גם בערכאות הדתיות, אז בד"ר חייב להחיל את הדין האזרחי. ובחוק כתוב בשעניני נישואין וגירושין יחול הדין הדתי.

**מהי תפיסתו של בית הדין הרבני?**

נשאל איך בד"ר רואה את עצמו? ואיך קבוצת ההתייחסות רואה אותו?

נדבר על פס"דים פלונית, כץ וסימה אמיר- כמדגימות את המתח בין התפישות הסותרות.

**האם בד"ר יכול לשמש כבורר בסדרה שלמה של נושאים שהוא לא הוסמך לדון בהם מכוח החוק?**

הפסד הראשון שבו התקיים דיון מעמיק בשאלה הזו הוא **פסד פלונית.** השאלה הנקודתית היתה **האם שאלת ההשתייכות הדתית היא שאלה שמצויה בסמכותו של בד"ר?** כלומר האם היא חלק מענייני המעמד האישי ובתור שכזו היא מצויה בסמכות בד"ר. התשובה בפס"ד היא שזה **לא חלק מענייני המעמד האישי.** ההורים כן רצו שהילדה תרשם כיהודיה. הבעיה היתה כי כאשר היא תרצה להתחתן, אז שאלת האם היא יהודיה או לא יהודיה (שאלת ההשתייכות הדתית), אז שאלת ההשתייכות הדתית תהיה שאלה של ענייני המעמד האישי, כי ידובר בנושא הנישואין (שאלת הכשירות להינשא).

לבד"ר יש כמה כובעים: כבורר, שופט דת וכו'.

ברק לא אמר במפורש שלבד"ר אין סמכות לדון כבורר. הוא נמנע מלהכריע. זה בעייתי כי יש נושאים שלא ניתן להכריע בבוררות (כמו להכריע שאני בת 30 הוא השתייכות דתית).

ברק דיבר גם על המסר שעובר לציבור, על כך שנוצרת הטעיה. הוריה של הילדה סברו שלבד"ר כן יש סמכות, והם לא סברו שהפניה אליו היא ככובעו כבורר או שופט דת. כלומר יש שימוש לרה במוסד פורמאלי במוסד של המדינה.

ברק לא אמר שאין לו סמכות כבורר.

דיון מעמיק יותר בשאלות האלה התקיים בפס"ד כץ.

**פס"ד כץ-**

שאלת בד"ר את עצמו מול תפיסת המערכת האזרחית את בד"ר.

הנרטיב של השופט טל מול השופט זמיר.

מתחילים לראות את הדינמיקה של הרכבי בגץ בכל פעם שנציבים בפני שאלות של דת ומדינה.

כלומר תמיד נמצא בהרכב שופט דתי.

עמ' 617- קיומו של בד"ר תלוי בדבר החקיקה (בחוק שיפוט בתי דין רבניים), ללא החוק אין קיום .

רואים עימות חזיתי בין תפיסות עולם מנוגדות לחלוטין. התפר של ההתנגשות והקוטביות.

מצד אחד אומרים שבלי חוק של המדינה אין קיום למוסד הזה, ומצד שני יש האומרים שבית הדין הרבני הוא המשך של בית הדין של משה רבינו הוא תמיד יהיה בלי קשר למדינה.

טל אומר שבג"צ לא רלוונטי.

זמיר מפעיל את התפיסה ההוראתית של המשפט. המדינה דומיננטית, גם אם פועלות כמה שיטות משפט במקביל, ולמדינה יש סמכות עליונה. מה שהיא קובעת באמצעות האורגנים המוסמכים שלה, כמו בג"צ היא הקובעת.

אבל זמיר נמנע מלקבוע שבד"ר אינו מוסמך לדון כבורר.

המרצה טוענת בביקורת שלה שההימנעות הזו שלו היתה מכוונת רצון למנוע הסלמה של החיכוך בין שתי מערכות המשפט.

**פס"ד סימה אמיר-**

השופט פרוקצ'יה בפס"ד **סימה אמיר**, הפעילה שיקולים אחרים. אמרה שאין להם סמכות לדון כבוררים.

הרבה פעמים כשזוגות מתגרשים הם מגיעים עם הסכם מוכן (כי בד"ר נמנע מלהכריע) שכולל הכל: משמרות, מזונות, רכוש. הבעל הסכים לשלם 1000 ₪ לשלושת הילדים. היה סעיף שיפוי, שהאישה מתחייבת שאם הילדים יתבעו אחר כך הגדלת מזונות, היא תחזיר לו. השאלה היתה האם סעיף השיפוי הוא ענייני המעמד האישי או לא?

הטענה היתה שזה לא, כי זה חוזה אזרחי לכל דבר. ואם כך, אז אולי בד"ר יכול להכריע בשאלת השיפוי כבורר.

פרוקציה אמרה באופן סופי שאין להם סמכות לדון כבורר.

12.3.2014

**שיעור 6 – תרגול שני**

**נושא 5: הזיקה העניינית לצורך סעיף 1 לחוק השיפוט: ענייני המעמד האישי**

**+ נושא 6: הזיקה הדתית והמדינית לצורך סעיף 1 לחוק השיפוט**

**סעיף 1 – לחוק שיפוט בדתי דין רבניים**

תחום הנישואין והגירושין הוא אך ורק בתחום סמכותו של בית הדין הרבניים.

התנאים המנויים בסעיף:

1. **"ענייני נישואין"-**

בג"צ גיתייה- בעניין ה"**כושר להינשא"** זה עניין של נישואין שבסמכותו של בד"ר. אבל שאלת המרת הדת (האם באמת בוצעה המרת דת כהלכה) הנדונה בפס"ד פלוני 3023/90 היא לא שאלה של ענייני נישואין וגירושין ולכן היא לא בסמכותו של בד"ר. הבעיתיות היא מפני שברור כאשר אנחנו דנים בכושר הנישואין של אדם אז דנים לצורך זה באשר ליהדותו (האם ההמרה היתה כהלכה).בד"ר לא יכול לקבוע האם אדם יהודי או לא.

פס"ד נעים- תביעה **לשלום בית** היא בסמכותו של בד"ר לדון בו. כי זה קשור לענייני הנישואין וגירושין. מכוח תביעת שלום בית קבע העליון בפס"ד זה שצו שדורש מהגבר לא להפריע לאישה לחיות בבית המשותפת שלהם הוא בסמכות בד"ר. זה חשוב לעניין הנפקות של תביעת שלום בית. ברור שאפשר לתבוע שלום בית בבד"ר, אבל השאלה היא אילו צוים ניתן לקבל במסגרת תביעה זו. בפס"ד יש חלוקה יפה. האישה ביקשה 3 צווים: צו בעניין משמרות הילדים, צו בקשר לתמונה שהוא לקח (רכוש), וצו שהוא לא יפריע לה ולילד שלהם לגור בוילה המשותפת שלה. בד"ר אומרת **שמשמורת ורכוש זה לא ענייני נישואין וגירושין.** הנושאים האלו לא בסמכות בד"ר מכוח ס' 1, אלא ניתן למצוא אותו מכוח ס' 3 של כלל הכריכה.

**הסכם פירוק המשפחה (גירושין)** יכולים לעלות בו הרבה נושאים (ממון, משמורת, מזונות, תניות שונות).

בג"צ סימה לוי- תניית שיפוי: אם יופר משהו מהסכם המזונות אז אחד הצדדים יוכל לתבוע שיפוי.

כדי שלבד"ר יהיה סמכות לדון בדבר שקרה אחרי שההסכם כבר אושר, חייבת להיות לו סמכות מקורית.

יכול להיות שסמכותו המקורית תהיה מכוח ענייני נישואין וגירושין/ מסעיף 9/ אין לו סמכות וצריך לפנות לבימ"ש לענייני משפחה. תניית השיפוי הזו היא תנייה חוזית לחלוטין ואין קשר בינה לבין נישואין וגירושין. כמוכ ן אין קשר בין תניית הישפוי ליתר הנושאים שהופיעו בהסכם שלגביהם ניתן לדון בבד"ר.

פס"ד לוי ופס"ד מרום-

בלוי אומרים שהסכם זה לא ניתן לבוא לבד"ר. במרום ניתן לבוא לבד"ר. במרום נקבע לגבי הגט סוגיית פיצוי וזה כן בסמכות בד"ר. אין הגט לא ניתן בצורה לא חופשית זה נקרא **גט מאוסה (**ואם יוולדו לאישה ילדים הם יחשבו ממזרים). במבחינה הלכתית. במרום הם הסכימו שהגבר יתן לאישה גט במועד מסויים, עוד הוסכם שאם הוא לא יתן את הגט הוא יתן לה פיצויים. העליון אומר שהסוגיה חייבת להיות בסמכות בד"ר כי החשש הוא שהגבר יתן עכשיו את הגט רק כי הוא חושש ממתן הפיצויים ואז זה יהיה גט מאוסה (שאינו מרצון חופשי).

הסיטואציה כיום היא שנשים תובעות בימ"ש אזרחי תביעת נזיקין לתשלום פיצויים למסורבות גט. זה הגיע לבימ"ש העליון והוא לא רצה לקבוע האם יש סמכות לבימ"ש אזרחי לקבוע בתביעות הנזיקין האלה או לא. לדעת המתרגלת, זה ברור שאי אפשר לחסום גישה לערכאות של נשים שניזוקו. מצד שני ברור שיש התערבות בתוך הסמכות של בד"ר באופן משמעותי.

**אבהות-** לא חלק ענייני נישואין וגירושין. אך לבית הדין השרעי כן יש סמכות לדון בזה. אם השאלה תעלה בהקשר של נישואין וגירושין (למשל תובעת מזונות ואז הוא אומר לי "אני לא האבא") הם כן ידנו.

באיסלם אם הילד לא נולד מנישואין הוא לא ממזר, אבל לא נחשב לילד של האבא. הוא רק של האמא ולא זכאי למזונות מהאבא.

1. **"יהודים"**

אם אחד מבני הזוג לא יהודי אין סמכות לבד"ר לדון בעניינים.

פס"ד בנקובסקי- ביה"ד מיוזמתו שאל את האישה באשר ליהדות שלה וקבע שהיא לא יהודייה. בג"צ אמר שמרגע שקבעתם שהיא לא יהודיה לא הייתם אמורים כבר לדון בתיק. כי ס' 1 מאפשר לדון רק בשני צדדים יהודיים.

1. **"בישראל" (הגשת התביעה בישראל)**

פס"ד ורבר- נקבע שיש סמכות לבד"ר לדון למרות שהזוג אינם תושבי או אזרחי ישראל כי הוכחה **נוכחות קונסטרוקטיבית.**

יש שיקול נסיבתי ויש שיקול ערכי. ביהמ"ש לא הסתפק רק בנסיבות שהאישה מבקרת הרבה בישראל, יש לה נכסים וחשבונות בנק וכו'.

אלא מדגיש את הרובד הערכי- שהוא שבד"ר הוא הגוף היחיד בעולם בעל סמכות מדינתית לתת פס"ד מחייב גירושין (בבד"ר בחו"ל הוא יכול לתת פס"ד הצהרתי אבל המדינה בה הוא נמצא לא מכירה בו).

1. **אזרחי המדינה או תושביה"-**

ישנו קשר אדוק בין סעיף 1 לסעיפים 4 ו4א. :

סעיף 4: **אישה יכולה לתבוע מזונות שלא אגב גירושין נגד אישה היהודי או נגד עזבונו ולא תשמע תלונת הנתבע כי אין זה בסמכות בית הדין**. משמע אין פה שום תנאי כמעט- זו צריכה להיות אישה יהודיה שתובעת מזונות אישה מבעלה היהודי. התנאי היחיד לפי סעיף זה הוא שזה לא אגב גירושין. למה? כי הסמכות במזונות אגב גירושין היא מובנית מאליה( שיפוט אגב גירושין כולל מזונות- כריכה הוא בסעיף 3). הסעיף הזה מוסיף על סעיף 3. כי לפעמים האישה תרצה לבקש מזונות אישה גם אם היא לא רוצה להתגרש- הבעל הפסיק לתת לה כסף. הייחוד של סעיף 4 שהוא לא דורש שפ סמכות טריטוריאלית או פרסונאלית מבחינת אזרחות ( בניגוד לסעיף 1). התנאי היחידי שהם צריכים להיות יהודים. בפועל הסעיף הזה משמש הרבה נשים יהודיות מחו"ל.

סעיף 4א: **- "סמכות חו"ל ".** נותן סמכות רחבה לבתי הדין הרבניים על מנת למנוע מצב של עגונות של נשים יהודיות מחו"ל. ( נדחף על ידי ארגוני נשים). הוא בא להוסיף על סעיף1 ולא לגרוע ממנו. הוא מפרט שורה של מקרים (6) שבהם תהיה סמכות לבית הדין הרבני- רשימה של זיקות. מדובר ביהודים שהם לא אזרחי המדינה או תושביה.

פס"ד פלוני 8121/11 – שני אזרחי צרפת. תחילה הגישה רק תביעת גירושין ולא מזונות. והי קשה לקבוע שתביעת המזונות היא לא אגב הגירושין. קרב בין השופטת נאור לבין שני עורכי הדין באשר לפרשנות של מה נקבע בהלכות של כובאני, סבג ופלוני, ואיך זה משליך על המקרה הזה.

**פס"ד כובאני-** בני הזוג היו מתימן והיגרו לאנגליה והגיעו לביקור בישראל. האישה רצתה להתגרש. שלושת התנאים הראשונים התקיימו. אבל לא היו אזרחים ולא תושבים. האישה הגישה 2 תביעות: גירושין והשניה מזונות אישה. במקביל הגישה צו עיכוב יציאה מהארץ. העליון רצה לתת סמכות לבד"ר לפסוק לחייב את הבעל לתת גט.

**ברק** אומר שסעיף 4 מאפשר להשאיר את הבעל בארץ. כי הסעיף לא דורש סמכות פרסונאלית ולכן הוא משאיר אותו בארץ עד שישלם מזונות. באשר לתביעת הגירושין הוא חושב שיש לה מספיק זיקות לארץ המספיקות לאפשר לה להגיש את תביעת הגירושין. אבל התמקד בסמכות מכוח ס' 4.

**פס"ד סבג-** השופטת פרוקצ'יה הפתיעה אותנו. היא היתה מאוד פורמאליסטית. אין להם זיקות מספיקות לאזרחות או תושבות. האם יש סמכות מכוח ס' 4 לדון במזונות ולעקב את היציאה שלו מהארץ? לא. היא הגישה תביעת גירושין יחד עם מזונות, אז איך תטען שזה לא קשור לגירושין? אז גם סעיף 4 נופל פה.

ס' 1 לא מתקיים, אבל לא לחלוטין סותרת את מה שנאמר בכובאני ואומרת שמבחינת הנסיבות במקרה לא עומדות בסעיף 4 ו 1.

**פס"ד אבוקסיס-** השופטת ארבל אומרת שיש סמכות גם מכוח ס' 4 א. מקום מושב של הנתבע הוא ישראל לאחר שנתנה פרשנות מרחיבה. נתנה סמכות מרחיבה לביה"ד לדון בתיק הזה.

מלצר חולק עליה, לא ניתן להרחיב את "תושב" יותר מדיי. ס' 4 א הוא חוק חדש וגם ככה מרחיב את הפרשנות, אז יש להישאר שם ולא להרחיב מעבר.

**פס"ד פלוני 8121**- זוג חי בצרפת, נפרדו לפני עשר שנים והגבר לא מוכן לתת גט עד שהאישה תוותר על הרכוש. חי עם אישה אחרת הרבה שנים. זוג חרדים עם 5 ילדים. הגבר נוסע לארץ לצורך עסקים והיא באה בעקבותיו ומגישה תביעת גירושין. 3 התנאים הראשונים מתקיים, אך הם לא אזרחים ולא תושבים. האישה ברגע שהגישה בבד"ר העו"ד שלה ייעץ לה להגיש בקשה להתאזרחות בישראל והיתה לה כוונה לעלות לישראל על ילדיה. לשניהם היה רכוש רב בארץ ומשפחה. בד"ר עיכב את היצאה של הגבר מהארץ. בד בבד העו"ד של האישה הבין שכנראה שגם ס' 4 א לא יעזור לאישה הזו כי כנראה היא לא עומדת באף אחד מהתנאים המנויים בסעיף.

לכן העו"ד ייעץ לה להגיש תביעת מזונות כדי שהיא תוכל לעכב את יציאתו מהארץ לפי ס' 4 , אם לא יידנו בתביעת הגירושין שלה.

השופטת נאור מביאה פס"ד איציק לוי נ' לשכת עו"ד. בו סטודנטים ערעור על 4 שאלות בבחינות הלשכה, בינהם שאלה אחת על פס"ד כובאני. בערעור של הסטודנט נקבע שבעצם פס"ד סבג לא קבע הלכה שתמיד יהיה אפשר להגיש תביעת מזונות אגב תביעת גירושין, אלא בנסיבות הספציפיות תביעת הגירושין נפלה (דיברו על היחס בין סעיף 1 ל 4). כלומר אומרת שהשופטת פרוקצ'יה עצמה אומרת שהלכת כובאני לא בוטלה. לכן ניתן לפסוק על פיה ולהגיד שיש סמכות לדון.

רובינשטיין אומר שלפי ההלכה לדרוש "מזונות מדין מעוכבת" (אני דורשת פיצוי כי הוא מעב אותי להינשא למישהו אחר). ס' 4 מאפשר את זה. בכל מקרה יש סמכות לעיכוב היציאה מהארץ. לגבי תביעת הגירושין אומר שבגלל האישה כבר סיימה את תביעת האזרחות אז הוא שולח אותה לבית הדין לדון מחדש. ואז כמובן שהיא נכנסת לגדרי ס' 4 א.

הפס"דים האלה מרחיבים באופן מאוד משמעותי את הסמכות של בד"ר לדון גם על מי שאינו תושב או אזרח ישראל.

**בבחינת מקרה:**

**שאלה ראשונה- מי הערכאה המוסמכת?**

**שאלה שניה- מאיפה נגזרת הסמכות?**

הסמכות של בד"ר מתחילה מסתיימת בחוק שיפוט בד"ר והתנאי הראשוני הוא שהזוג יעמוד בתנאי ס' 1. אם הם לא עומדים הזה הדרך לא פתוחה לסעיפי החוק הבאים (3, 9).

כשבאים לבחון מקרה- נבחן את תנאי ס' 1 בזה אחר זה.

19.3.2014

**שיעור 7 (הושלם מרחלי)**

*להשלים 10 דק' ראשונות ( מיהות ביה"ד?) – עד פס"ד סימה אמיר*

גם ברק בפלוני אומר שדעתו אינה נוחה מפעילותן של בתי הדין כבוררים בעניינים שאין להם סמכות לדון בהם. ובכל זאת הוא משאיר את זה בצריך עיון ומאפשר את זה. לא מונע.

פרוקצ'יה חתכה את זה בסימה אמיר ואמרה שלבית הדין הרבני אין סמכות לדון כבורר בעניינים שאין לו סמכות.

פרו' קדר אומרת שזו הייתה טעות, כי זה גרר ריאקציה: החל מ2003, בכל הסכם קואליציוני, יש הסכם לחוקק חוק עוקף בג"ץ סימה אמיר. ( וכמובן שיש חשש להרחבה נוספת של הסמכות, לדוג' בוררות בהסכמה וכו'). ארגוני הנשים מנהלות מאבקים נגד ניסיונות הרחבת סמכויות אלו. למרות בגץ סימה אמיר, עדיין יש הרכבים שמתכנסים פעמיים בשבוע שהם לא ענייני המעמד האישי או ענייני משפחה. אלו הם עניינים מזרחיים טהורים, אלא הצדדים פשוט מסכימים לבוררות הזו. זוהי לא עבירה פלילית.

בנוסף, אולי יש ציבור שלם שכן מבקש להיות נידון בבית הדין הרבני ולא בבית דין פרטי אחר. ( יש עוד הרבה סוגים שלבתי דין דתיים בישראל מלבד הרבני). למה לא לאפשר להם אם זו בחירתם? יש נימוקים לכאן ולכאן. בהינתן כל השיקולים, פרופסור קדר חושבת שהפס"ד של פרוקצ'יה היה שגוי. הנסיונות של הרחבת הסמכות לא צלחו עד עכשיו, אבל זה לא אומר שהם יפסיקו.

כאשר שואלים אם יש מקום לאפשר סמכות שיפוט בעניינים שהם מעבר לענייני המעמד האישי ועולות שאלות שכאלה של תיקון חוק, צריך להיות ערים להבחנה בין סכסוכים בנושאים כספיים/ רכושיים בהקשר של גירושין ( בין בני זוג) לבין סכסוכים משפטיים בהקשרים אחרים, למשל במערכות יחסים של ספקי שרות ולקוחות, קבלנים וקונים, בנקים וכו'. יש הבחנה ברורה בין שני המצבים הללו. לדעתה של פרו' קדר, במצבים שבהם הסכסוך הוא זוגי, כאשר התשתית המשפטית היא של נישואין לפי ההלכה- מראש ובאופן מובנה, יחסי הכוח בין הצדדים הם בלתי שוויוניים והמטוטלת נוטה לטובת צד אחד במשוואה. במצב כזה, אין מקום לדבר על הסכמה אמיתית ונטולת לחצים לשיפוט ע"י בית הדין הרבני. – דין שמפלה בהגדרתו צד אחד לרעה. זה רלוונטי כי על הפרק מונחים כל מיני הסדרים ששוקלים אותם. במסגרת הניסיונות החקיקתיים לעשות שינוי ולסיים את מרוץ הסמכויות ( לבטל את סעיף 3) יש ניסיון לעשות מו"מ עם הרבנים. אולי אפשר לעשות איזושהי עסקה ולתת להם משהו בתמורה- לדוג' לחזר לעניין סימה אמיר וכן להרחיב את הסמכויות. – סמכות שיפוט מלאה בקשת שלמה של נושאים מסחריים כאשר יש הסכמה בין שני הצדדים, רק לא כאשר מדובר בין בני זוג- רק קשרים עסקיים גרידא. זה כמובן בעייתי כי הם לא מסכימים והם רוצים סמכות שיפוט דווקא בעניינים הקשורים לנישואין.

- מיהם הדיינים?

חוק הדיינים(1955) . מכוחו גם תקנות הדיינים וכללי מינוי דיינים.

סעיף3 לחוק הדיינים- כשירותם של רבנים. מינוי של שר המשפטים וכו'.

תקנות הדיינים קובעות כי גם יש בחינות שיש לעמוד בהם, יש ועדה בוחנת שבודקת בין היתר ניסוח פס"ד במשפט לדוג'. – זה בא להבטיח שהדיינים יודעים להתנסח באופן שקהל היעד יוכל להבין. – לא באמת קורה בפועל. ידיעת תקנות וסדרי דיום וכו'.

כללי מינוי הדיינים- יורדים לרזולוציה מפורטת יותר. יש את **הועדה למינוי דיינים**. הועדה ממנה ועדת משנה שאמורה לראיין את כל המועמדים. כללי המינוי קובעים כי הועדה צריכה להתייחס לאמות מידה לבחירת דיין: ידע, סמכותיות, כושר לנהל דיון, סבלנות, פתיחות, עצמאות, אי תלות, יכולת ניהול, ידע כללי או משפטי ועוד רשימה ארוכה- לא דרושה בכלל השכלה משפטית כתנאי סף!! . בנוסף, תינתן עדיפות למועמד שמעורה בחברה הישראלית- שירת בצבא או פעל בשירות ציבורי. ספק אם הדיינים באמת עומדים בקריטריונים האלה. אלה קריטריונים מאוד כלליים וזה בעייתי. ארגוני הנשים מנסות להכניס דרישה של תואר ראשון במשפטים. – הסיכוי לזה כנראה נמוך.

**הועדה למינוי דיינים**- זה הגוף שממנה את הדיינים. סעיף 6 לחוק הדיינים מדבר על ועדת המינויים. פעם היו 10 חברים ( בועדה למינוי שופטים יש 9. למה היה הבדל? כי במע' הרבנית יש רב ראשי אשכנזי ורב ראשי ספרדי). אבל בכנסת הזו הולך להיות רב ראשי אחד. אז העניין הזה הולך להשתנות והם יהיו מספר אי זוגי. **הרכב הועדה:** שני דיינם של בית הדין הרבני, שני רבנים ראשיים, שר/שרת המשפטים, שר אחר ( תמיד שר הדתות/ סגנו- בדר"כ דתי), 2 חברי כנסת, 2 נציגים של לשכת עורכי הדין. ארגוני הנשים דוחפים שיהיו נציגות של לשכת עורכי הדין שהן נשים כדי לאזן הכל. בבחירות האחרונות אבל של לשכת עורכי הדין היה שינוי בעולם ההשכלה הגבוהה וההשכלה המשפטית בפרט: בשנים האחרונות יש כניסה של חרדים וחרדיות שנכנסים לפרקטיקה המשפטית. והם נכנסים גם ללשכת עורכי הדין. זה בעייתי לדעת פרו' קדר כי הם לא רואים אישה בדמות סמכותית גם בלימודים שלהם. הם השיגו המון תמיכה והם דאגו שנציג שלהם יהיה בוועדה למינוי דיינים וכך ניטרלו את האפשרות שתהיה נציגה שהיא אישה. כתגובה- עליזה לביא העבירה את דבר החקיקה הראשון של הכנסת הנוכחית- החוק שמשריין 4 מקומות לנשים בוועדה למינוי דיינים ומגדיל את מספר חברי הועדה מ10 ל11. – מה שמשאיר מקום לטוענת רבנית בנוסף להרכב שאנו מכירים כיום.

בעקבות זה תוקן גם חוק הועדה למינו שופטים- עבר תיקון שמשריין מקום ל4 נשים בוועדה.

**הטוענות הרבניות**- טוענים האם אלה שמופיעים בבתי הדין הרבניים ולהיות באי כוחם של הלקוחות מבלי שיצטרכו להיות עורכי/ עורכות דין. עורכי דין תמיד יכלו להופיע וייצג בבתי דין רבניים. פעם היה מאוד קשה להתקבל ללימודי משפטים מהיום ולכן פעם זה היה יותר רלוונטי. ולכן כיום זה פחות רלוונטי כי הטוענים כבר השלימו את ההשכלה המשפטית. עד תחילת שנות ה90, נשים לא יכלו להיות טוענות רבניות- רק גברים. כי התקנות דרשו לימודים במוסד שמועצת הרבנות הראשית מכירה בו ועמידה במבחנים שמועצת הרבנות הראשית קבעה אותם. מהו אותו מוסד? ישיבה. – השכלה תורנית גבוהה לגברים בלבד. בהתחלה קם מכון להכשרת טוענות רבניות בראש נורית הינון. המכון הכשיר נשים וביקשו הכרה ממועצת הרבנות הראשית שסירבה. הייתה עתירה לבג"ץ והיה צו ביניים שאילץ את המועצה להכיר במוסד. אחוז ההצלחה של הנשים בבחינות היו כפול מהצלחת הגברים. המועצה דרשה להכפיל את כמות הלימודים- כל יום כל היום. והנשים שהיו אמהות לא יכלו לעמוד בזה. – רק גברים. לכן בסס השני רוב הנשים נכשלות. בג"ץ דורש להביא אליו את המחברות- ונענה כי הן נעלמו. עתירה התקבלה ונקבע כי תנאי רציפות הלימודים והכפלת חומר הלימוד בוטל. כיום מעמדן כן מבוסס וכן יש להן כבר יוקרה מקצועית.

**- האם נשים יכולות להיות דיינות?** תשובת הרב עוזיאל : אין מניעה לכך במידה ויש הסכמה ( לדוג' חוק של הכנסת יביע הסכמה של הציבור). למה אי אפשר בכל זאת לדעתו? 1. זה פוגע במשק הבית הישראלי שחייב אישה שתטפל בילדים בבית. 2.נשים שונות מגברים, מבחינה תרבותית. מדוע? רגש לעומת ההיגיון הגברי, אמפתיה לעומת שיקולים חדים של זכויות, אתיקה של דאגה לזכויות לעומת משפט. – יש פמיניסטיות מהזרם התרבותי שיסכימו עם הרב עוזיאל והטיעון השני. אבל הן יסכימו כל עוד ההבדלים האלה לא מונעים מהאישה להיות דיינית.! הבעייתיות היא שהוא חושב שזה מונע מהן להיות דייניות טובות. הפמיניסטיות התרבותיות יגידו שאלו תכונות טובות לדייניות – הן חלק לא פחות חשוב מהתכונות שהרב עוזיאל מפרט כ"גבריות". המסקנה הצרה פה מדברי הרב עוזיאל שנשים בעיקרון כן יכולות להיות דיינות. יש המון כתיבה על כך. יש כמה מסגרות לימודיות כיום לנשים בעלות השכלה תורנית שלומדות במסלול להכשרת פוסקות הלכה והכשרת דיינות. ( בעיקר בעניינם של כשרות וטהרת המשפחה). כשההכשרה תהיה מקיפה יותר- יהיו נשים שיוכלו לעבור את המבחנים של הדיינים ואז אולי תהיה עתירה לבג"ץ שתאפשר להם להיכנס פנימה.

פעם לא היו **בוועדה למינוי דיינים** ספרדים, אלא רק אשכנזים. כיום זה מאוזן. בוועדה למינוי דיינים לדוג' יהיו חצי חצי. הבית היהודי מנסה להפוך את זה ל2 חרדים ספרדים, 2 חרדים אשכנזים, 2 דתיים לאומיים- אחד ספרדי ואחד אשכנזי.

בית הדין הקבוע הוא מצווה מדאורייתא. **מבחינת בתי הדין הרבניים, הערכאות של בתי הדין האזרחיים גרועים יותר מערכאות של גויים**. יש לכך השלכות מעשיות- גם ככה יש מאבק. ואם מערכת רואה את האחרת שלא לגיטימית ופועל בגדר איסור הלכתי, ברור שזה יקרין על ההתדיינויות. הם יפגינו אהדה כלפי טענות של עותרים שלא מוכנים לדון בבתי הדין האזרחיים ואפילו אם נקבע משהו לטובת האישה בבית דין אזרחי- זה יהיה בגדר גזל אולי. (זה חל מהדיינים חושבים כך אך לא כולם). תחושת הטוטאליות של המערכת הדתית עדין קיימת היום אצל חלק מהדיינים.

**הבדלים בין הערכאות:**

אם הדין אחיד, אז למה יש מרוץ סמכויות?

- הבדלים ברמת המעטפת: ( משמע מה שעוטף את הדין, כי הרי הדין עצמו אמור להיות אחיד בבית הדין הרבני ובביה"מ למשפחה – הדין של שולחן ערוך). הבדלים לגיטימיים ולא לגיטימיים:

השופט זילברג: הוא יצר את המערכת של דיני המשפחה בישראל. הוא אמר שכללי המשחק יכולים להיות שונים ולגיטימיים כי אכן יש שוני בין שתי הערכאות: הגישה שונה, דרכי הדיון שונות, ולכן הפסק בסוף יהיה שונה. מה הכוונה בכך שהגישה שונה? הכוונה היא לא לאידיאולוגיה אלא לנגישות מבחינה משפטית.

# הבדלים לגיטימיים:

- **כללי משפט בינ"ל פרטי**: לדוג' קייס שיש בו אלמנט זר. כמו חתונה בחו"ל. או מקרים בהם הנישואים הזוג לא יצא מגבולות המדינה, אבל הם נעשו ע"י מדינה זרה ע"י מיופי כוח. פס"ד שמואל. פס"ד בכר גולדברג- שמואל נשען עליו. בכר גולדברג דיבר על נישואין בין בני זוג אזרחים ותושבי ישראל שהתחתנו בקפריסין. פה ביהמ"ש העליון הציג את התזה של מהלך דו שלבי. השאלה הייתה האם הבעל חייב במזונות האישה. טענת ההגנה של הבעל הייתה שמכיוון שהם התחתנו בחו"ל-.הנישואין לא תקפים לפי ההלכה. ולכן לפי ההלכה הוא כלל לא נשוי ולכן לא חייב במזונות. השופטים עשו **ניתוח דו שלבי:** 1. האם לפי כללי משפט בינ"ל פרטי ( כללי ברירת הדין הוא שם נוסף), האם הזוג נחשב לנשוי? לשאלה הזו נענה לפי כללי ברירת הדין הנוהגים בישראל.- כללי משפט בינ"ל. 2. אם התשובה היא חיובית והם נחשבים נשואים, נשאל האם הוא חייב במזונות- ואת זה נבחן לפי הדין הדתי , כי מזונות זה לפי הדין הדתי. מהלך שכזה מאפיין רק את הדין האזרחי ולא הרבני, כי אצל הרבני " מלוא כל הארץ כבודו" והוא חל על הכל מבחינתם ללא הבחנה. ( אם זה היה מגיע לבית הדין הרבני , הוא היה מחליט שהנישואין האלה שנעשו לפי דין אחר, אינם תקפים ולכן אין כאן מזונות). למה בית המשפט האזרחי בישראל בכלל דן בזה? זה נושא של נישואין וגירושין וזה לכאורה עניין רק של מעמד אישי- בית הדין הרבני. למה? יש כאן **סמכות שבגררא/ סמכות אגב אורחא/ סמכות נלווית**- סעיף 76 לחוק בתי המשפט: בית המשפט רשאי להכריע במקרה מסויים אם יש צורך בכך כדי להכריע בשאלה אחרת, גם אם השאלה היא בסמכות בית דין אחר. – בית המשפט פה צריך לדון בתוקף הנישואין כדי לדון בחובת המזונות. יש כאן סמכות בגררא. המסקנה שבית המשפט יגיע אליה, תחייב אותו לשאלת תוקף המזונות. משמע לא מצפים מבית המשפט הישראלי לעצור הכל- להחזיר את השאלה לבית הדין הרבני ואז אחרי שהרבני יכריע זה יחזור לאזרחי.

**- סדרי דין-** משמע דרכי דין. פס"ד לב : בית המשפט הוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ. צו עיכוב הוא שלילת חירות, והוא אחת הפגיעות בחמורות בחופש התנועה- זכות בסיסית. ברק אומר שזה לא דבר שאפשר לעשות בשגרה מבלי לבדוק ולעמוד בדרישות מסוימות. ברק אומר שמצד אחד לבתי הדין הרבניים יש סמכות טבועה לקבוע לעצמם סדרי דין. אבל הכל בתנאי שזה עומד בסטנדרטים של זכויות אדם. אסור שאותם סדרי דין ייפגעו הזכויות האדם המוכרות בשיטת המשפט בישראל. ולכן נוצר מצב אבסורד שפס"ד לב היה הפס"ד המנחה של סעדים זמניים ( סד"א). שם ברק פורש את כל הקריטריונים ואמות המידה שגם בית המשפט האזרחי וגם ביה"ד הרבני חייבים לעמוד בהם כדי לא לפגוע בזכויות אדם כאשר הם מוציאים צו עיכוב יציאה. פס"ד לב מחיל על בתי הדין הרבנים את מכלול זכויות האדם. יחד עם בבלי- גם את זכויות האדם הכלליות ולא רק הדיוניות.

**- ראיות-** ראיות שונות ( חלק קצת מסדרי דין) בביה"ד הרבני מהמערכת האזרחית. במעכ' האזרחית- כולם כשרים להעיד. במערכת הדתית: **רק גברים שהם לא עבריינים יכולים להעיד** ( מבחינה הלכתית, משמע דתיים) יכולים להעיד. משמע נשים וגברים חילוניים לא יכולים להעיד. יש דרכיפ לעקוף את האיסורים האלה, והם כן מעידים כדי לאפשר את ההתנהלות השוטפת. אחרת אי אפשר היה להפעיל את המערכת. מוצאים דרכים יצירתיות.

20.3.2014

**שיעור 8 -תרגול שלישי**

בסוף תרגיל מס' 6 תינתן העבודה- החומר לעבודה הוא החומר של התרגילים.

**נושא 7: יחסי הגומלין בין הערכאות**

**סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים-**

זהו הסעיף של **הסמכות הנכרכת.** הסעיף הבעייתי.

הרציונאלים לסעיף 3-

1. הסעיף הוא המקור הגורם לזה שיש מרוץ סמכויות.

2. ONE FAMILY ONE JUGDE – עד 95 לא היו בתי משפט לענייני משפחה. שופט אחד שמכיר את התיק של המשפחה ומטפל בה. כלומר הגשנו תביעת גירושין אז כבר נכרוך את כל מה שקשור בזה כדי ששופט אחד ידון בכל הנושאים הקשורים בתיק. אבל בפועל המצב שקורה הוא שהעניינים מפוצלים בין שתי הערכאות במקביל.

2 רכיבים מרכזיים של סעיף 3 (תנאים חלופיים, לא מצטברים)-

1. סמכות בנושאים הקשורים מעצם "טיבם וטבעם".

2. עניינים הנכרכו בתביעת הגירושין ודרושים לשם חיסול יעיל של ענייני הצדדים.

**פס"ד גולדמן-**

הוגשה תביעת גירושין לבד"ר ע"י הבעל. לאחר מכן הגישה האישה תביעה לסילוק יד בבימ"ש מחוזי (תביעה במקרקעין בו אני מבקשת שיורו לצד המשתמש בנכס שלא ישתמש בנכס, כמו צו אי שימוש) לדירת המגורים המשותפת שלהם.

הוא טען שאין למחוזי סמכות לדון בזה. הוא טען שהוא הגיש קודם תביעה לבד"ר ויש לו סמכות לדון בענייני רכוש, ולכן אין סמכות למחוזי לדון בתיק. השופטים ניתחו את ס' 3. י ש2 אופציות שתביעה לסילוק יד יכולה להיכנס בגדר ס' 3-

1. נושא הקשור מעצם טיבו וטבעו- נושא שאי אפשר לדון בעניין גירושין ללא דיון בנושא הזה. למשל בנושא דירת מגורים משותפת לא חייב לדון מייד כאשר דנים בגירושין.

2. נושא הנכרך בתביעת גירושין ודרוש לשם חיסול יעיל של ענייני הצדדים- דירת המגורים נכנסת בסייפת הסעיף, כי ברור שזה קשור לשם חיסול ענייני הצדדים. אבל במקרה הזה הגבר לא ביקש לדון על זה מראש (לא כרך את הנושא בתביעת הגירושין מראש כאשר הגיש את תביעת הגירושין).

**אילו סוגיות ניתן לכרוך?**

1. **משמורת ילדים**

2. **כתובה**

\* שני הנושאים לא כתובים בחוק, אלא יציר הפסיקה.

שני הנושאים קבועים בפסיקה כקשורים "מעצם טיבם וטבעם". כלומר כאשר אני מגישה תביעת גירושין, עניין משמורת הילדים והכתובה (סכום כסף שהאיש משלם לאיש ביום הגירושין כמעין פיצוי) הם קשורים באופן אוטומטי וטבעי. כלומר אין צורך לציין אותם בכתב התביעה (למרות שמומלץ).

אבל אנחנו רואים מקרים בהם רק עניין המשמרות נדון בבימ"ש למשפחה. אז מדוע? כי יתכן שלפני הגשת תביעת הגירושין בבד"ר, מגישים את תביעת המשמורת לבימ"ש למשפחה. ואז כבר לא ניתן לדון בו בבד"ר (כי כבר נדון בבימש למשפחה). לכן שאלת משמורת הילדים היא המקרה הכי חריף הבא לידי ביטוי במירוץ הסמכויות.

3. סוגיה נוספת שבפסיקה מכונה "**חינוך הילדים" או "משמרות רוחנית" .**

משמורת ילדים כרוכה מעצם טיבה וטבעה בתביעת הגירושין, אבל בפסיקה הועלתה השאלה האם זה כולל גם את חינוך הילדים? נקבע ב**פס"ד 5507/95 חשין קבע ש**הכריכה היא רק המשמורת במובן הצר (הפיזי). אם אני רוצה לכרוך את המשמורת הרוחנית אני צריך לכרוך זאת באופן מפורש. אבל אם הגשתי תביעה בבימ"ש לענייני משפחה- לא צריך לכרוך כי זה מובן מאליו שהתכוונת לכל עניני המשמורת. מדוע? כי איפה אפשר לפרק את המשפחה מבלי לדעת איפה הילד ישן מחר. לעומת זאת לשאלה איפה הילד ילמד בבית הספר זה לא עניין דחוף שיש לדון בו בתביעת הגירושין. אם מישהו רוצה לדון בזה אז יבקש במפורש. לעומת זאת בבימש למשפחה הסמכות השיורית בכל מה שקשור לענייני משמורת היא לבימש לענייני משפחה, וזה כבר כולל את הכל.

\*\*כלומר: בבד"ר לא כותבים בתביעת הגירושין גם תביעת משמורת.

בבימש לענייני משפחה- כותבים בתביעה את הכל!

4. **רכוש משותף-** ניתן לכרוך.

5**. מזונות אישה**- ניתן לכרוך. מדובר בסכום כסף שעל פי ההלכה היהודית האיש חייב לאישה (זה לא הכסף של הכתובה). סכום חודשי או תקופתי שהאיש משלם עד לגט. לאחר מכן הוא לא חייב לשלם. לא תמיד חייבים לשלם. יש עילות שבגינן האישה לא תקבל (לא נרחיב בנושא). ניתן לתבוע מזונות אישה בבימש למשפחה, אבל זה פחות מקובל בבימש אזרחי. התפתחו בשנים האחרונות דוקטרינות של מזונות הדדים לבין הזוג, שאת זה כן ניתן לתבוע בבימש למשפחה.

6. **מזונות הילדים-** אי אפשר לכרוך! לא ניתן להביא את המזונות הללו לבד"ר תחת ס' 3. הרציונאל ההופיע בפסיקה בהקשר הזה הוא **פס"ד שרגאי**. מזונות ילדים זו זכות קניינית של הילדים. כשבני הזוג רבים בינהם יש חשש שהזכות הקניינית של הילדים תפגע. לכן נקבע שלילדים יש זכות בתיעה עצמאית להגישה תביעת מזונות ילדים ללא קשר היכן התיק נידון. הפסיקה קובעת שכדי שלבד"ר תהיה סמכות לדון בנושא זה- כל הצדדים הנוגעים בדבר צריכים להסכים (האישה, האיש, הילדים). כולם יודעים שהסכמת הילדים היא פיקציה כי הילד יכול להיות בן שנתיים או 15 שלא מעורבים בתביעה. החזקות הן:

א. אם הזוג הסכים לדון בבד"ר אז מניחים שזה גם רצון הילדים וזה טובתם, אבל משאירים פתח לכך שהילדים יגידו בעתיי שטובתם לא נשקלה, והם מגישים תביעה לבימש למשפחה.

ב. כשההורים לא מסכימים- בגלל ההנחה שלילדים יש סמכות תביעה עצמאית, אז החזקה היא שאם אחד ההורים לא מסכים לדון בבד"ר אז גם הילדים לא מסכימים, אז לכן אין סמכות לבד"ר.

בשנה האחרונה ניתנו 2 פסדים של העליון, שבכל אחד מהם היה ערעור על ההלכה של שתי החזקות הנ"ל. בעקבותיהם ניתן פסד של בד"ר הגדול לאחרונה – שקבע שיש לו סמכות לדון במזונות הילדים (הגישו על זה בג"צ, אבל טרם הוא נידון). כלומר חשוב לדעת שהשאלה הזו לא לחלוטין ברורה. בד"ר הגדול אומר מדוע רק את מזונות הילדים לא ניתן לכרוך? אז אומר שכן ניתן לכרוך.

\*הפסיקה סותרת את מה שכתוב בס' 3 ששם כן כתוב בשניתן לכרוך מזונות ילדים).

**כיצד ניתן לכרוך? (תנאים מצטברים)**

1. נדרשת תביעת גירושין-

פס"ד2898/03 – הצצדים הסכימו בינהם על כל מיני דברים וקיבלו תוקף להסכם שלהם בבד"ר. לאחר כמה זמן הבעל רצה לדון בעניין המשמורת בבד"ר. אמרו לו שהוא כבר לא יכול להשתמש בסעיף 3 כי כבר תביעת הגירושין הסתיימה. לכן הוא לא יכול לכרוך את המשמרות בתביעת הגירושין ולבקש שהעניין ידון בבד"ר.

לעומת זאת בפס"ד שרעבי- הוגשה תביעת גירושין שנכרך בה נושא המשמורת. סוגיית הגט סודרה, אבל לא נדונה סוגיית המשמרות. אם תביעת המשמורת נכרכה לתביעת הגירושין שהיתה קיימת (כרכו אותה מראש) אז כן ניתן לדון בה בבד"ר.

2. כריכה מפורשת או בהתנהגות-

צריך לכתוב במפורש את הנושאים אותם אני רוצה לכרוך. אבל בפסיקה בפס"ד שרעבי אמרו שגם אם לא כרכתי בתביעה במופרשות את הנושא, אבל בכל דיון העלתי את הנושא והיה דיון בנושא עם הצד השני, וכל עוד הצד השני לא התנגד לכריכה בהתנהגות, אז יש סמכות לבד"ר לדון בזה (כי למעשה היתה כריכה בהתנהגות).

3. מבחני הכריכה-

**פס"ד פייג-פגלמן (חשוב)-**  כאשר רוצים להבין האם יש סמכות לפי ס' 3 וכבר נעשתה כריכה, לא מספיקה עצם הכריכה, אלא נדרשים 3 מבחנים משנה:

א. שמדובר בתביעת גירושין כנה

ב. שמדובר בכריכה כדין

ג. שמדובר בכריכה כנה

העקרון המוביל את כל המבחנים הללו הוא עקרון תום הלב.

\*אף אחד מהמבחנים לא ברור ותמיד הוא נתון לפרשנות ושק"ד.

**א. תביעת גירושין כנה-**

דוגמא- בעל מגיש תביעת גירושין בבד"ר ויחד עם זאת הוא אומר שיתן את הגט רק אם האישה תתין לו 70% מהבית, ותוותר על המזונות שלו כו' וכו', זו יכולה להיות אינדיקציה לכך שזו לא תביעת גירושין כנה, אלא הוא ניסה להפעיל סחטנות ביחס לגט.

דוגמא אחרת- זוג מגישת תביעת גירושין ושלום בית ( לכאורה דבר והיפוכו). הנטיה בפסיקה היא כן להכיר בתביעות כאלה ולאפשר אותן. אבל זו טענה טובה לטענת חוסר כנות, כי אם הוא מגיש תביעת גירושין וגם שלום בית זה לא כנה. כי הוא לא רוצה בכלל גירושין.

ברגע שנקבע שתביעת הגירושין איננה כנה- כל תביעת הגירושין נפלה. אין יותר סמכות לבד"ר בכל הנושאים הכרוכים.

**ב. מדובר בכריכה כדין-**

לא מאוד ברור. לדוג' אם אי אפשר לכרוך מזונות ילדים ובכל זאת כרכתי מזונות ילדים ( לדג' אם אין הסכמה בין ההורים).

**ג. מדובר בכריכה כנה-**

אם רואים שהיא נובעת מסחטנות לדוג'.

עקרון תום הלב מוביל את שלושת התנאים הללו. אף אחד מהמבחנים הוא לא לחלוטין ברור. רוב הפעמים זה ייפול על התנאי הראשון של תביעת גירושין לא כנה.

בפס"ד פייג בפלדמן האיש הגיש תביעת גירושין כרוכה בכל הנושאים לביה"ד , והאישה הגישה אח"כ תביעה לבית משפט למשפחה בנושאים שהוא כרך. לכאורה אין סמכות לבית המשפט. ובכל זאת בית המשפט קבע כי תביעת הגירושין שלו לא הייתה כנה, ולכן אין תביעה וכריכה וכן יש סמכות לבית המשפט למשפחה. בית הדין הרבני אמר שזו לא סחטנות וכן יש סמכות לבית הדין הרבני. ביה"ד הרבני דעת הרוב קבעה שיש סמכות. בג"ץ: א. שתי הערכאות מוסמכות לדון בשאלות של כריכה ( מבחני הכריכה). ב. ערכאות מחויבות בכלל " כיבוד הדדי". אם אף אחת מהערכאות עדיין לא הכריעה בשאלה של כריכה, לכל אחת מהערכאות יש שיקול דעת לעכב את ההכרעה שלה כדי לתת לערכאה השנייה להחליט- מתוך כיבוד ערכאות. בפלדמן הוא אמר לבית הדין לעכב את ההחלטה שלו כי בית המשפט לענייני משפחה דן עכשיו בענייני הכריכה ובתום הלב של הבעל. ג. אם אחת הערכאות כבר הכריעה בענייני הכריכה, הערכאה השנייה מנועה מלהכריע אלא אם קיים טעם מיוחד. ולכן לא באמת סידרו את עניין מרוץ הסמכות כאן בגלל הטעם המיוחד שמחזיר אותו בחזרה. ולכן היא לא פתרה כלום.

ד. כלל המועד- ניתן לכרוך נושא כל עוד לא תבעו אותו בבית המשפט לענייני משפחה. פה מצטרף כלל נוסף שמופיע בפס"ד 58/08- פרשת 15 הדקות: האישה הקדימה את הגבר ברבע שעה. עלתה שאלת הסמכות, האם רבע שעה היא באמת הקדמה? ביה"ד אמר שלא כי זה נחשב אותו הזמן ולכן הסמכות היא לבית הדין. בג"ץ אמר ש15 כן נותנות יתרון. אבל באותו מקרה, האישה אומנם הקדימה אבל היא לא מסרה לו את התביעה שלה במשך 4 חודשים שקדמו לכך. היא לא רצתה שהוא יידע שהיא הגישה את התביעה. נקבע בבג"ץ שמדובר בחוסר תום לב דיוני מטעם האישה. זה חשוב כי באותו פס"ד בג"ץ מסביר כי מבחני הכריכה לא חלים ביחד לבית המשפט למשפחה, אלא רק לבית הדין- כי רק שם יש כריכה. אבל העיקרון של תום לב חל גם על בית המשפט למשפחה. לכן בג"ץ אמר כי בעיקרון כלל המועד קובע, אבל אם נעשה חוסר תום לב דיוני על ידי אחד הצדדים, נקבע כי התביעה שלו לא תופסת סמכות. ולכן התביעה של האישה לא תפסה סמכות והתביעה הלכה לבית הדין הרבני.

23.3.2014

**שיעור 9** (הושלם)

המשך הבדלים בין הערכאות-

דיברנו על כך שסדרי הדין והראיות בבית הדין הרבני הם לפי המשפט העברי. פס"ד לב מציב סייגים למערכת הדתית באותה הפעלה קטגוריות של הדין הדתי בתחום הפרוצדורה והראיות.

**- מבי"ד ( מעשה בית דין)-** זוהי פרוצדורה. הכוונה פה לבית דין היא ערכאה שיפוטית כלשהי ולא רק לביה"ד רבני. הכוונה היא למעשה עשוי. כאשר ניתנה הכרעה בעילת תביעה ע"י ערכאה שיפוטית בעלת סמכות, ההחלטה הזו היא מעשה עשוי. או שהיא מתייחסת לממצא מסויים ( לדוג' טענה עובדתית) ויכול להיות שההחלטה היא לגבי התביעה כולה- לקבל או לדחות אותה. **כאשר ההכרעות האלה התקבלו ע"י ערכאה שיש לה סמכות לדון באותן עילות, ההכרעות הן סופיות והן מונעות התדיינות מחודשת באותן שאלות בערכאה אחרת/ הליך שיפוטי אחר.** דוג': נגיד היה דיון על אלימות במשפחה ובאמת נקבע כי הייתה אלימות. אח"כ יש דיון בערכאה אחרת על תביעת משמורת. האם ידונו שוב בנושא האלימות? לא- כי כבר יש הכרעה ומממצאים עובדתיים בנושא. **השתק פלוגתא**. **הדוק' של מעשה בית דין עובדת במע' האזרחית אך לא במערכת הרבנית!. חד כיווני**. ( משמע משהו שנקבע במעכ' האזרחית אי אפשר להעלות אותו לדיון במע' הרבנית. לדוג: במהלך גירושין הועלתה טענה ע"י הבעל שהאישה אינה מתנהגת כראוי מבחינה מינית. בית הדין קבע כממצא שהיא אכן "עוברת על דת"- זה נקבע בתביעת הגירושים שבסמכות ביה"ד. בתביעת מזונות שהאישה הגישה בביהמ"ש לענייני משפחה הבעל מעלה את הטענה שהיא "עוברת על דת". הוא רוצה להתגונן מפני תביעת המזונות. ופה נכנס השתק פלוגתא- פסק הדין של ביה"ד הרבני מהווה השתק פלוגתא עבור הדיון בביהמ"ש לענייני משפחה. אי אפשר לסתור את זה עכשיו- זהו ממצא קיים ומחייב את בימה"ש לענייני משפחה. יש פה המון כוח למערכת הרבנית וזה יכול להשפיע על הרבה עניינים במעכ' האזרחית מבלי שיתבררו. אך משהו שנקבע במעכ' האזרחית ( לדוג' ממצא לגבי אלימות במשפחה) – אי אפשר לבוא לבית הדין הרבני ולהגיד שיש מעשה בית דין על אלימות במשפחה. – זה לא מחייב אותם. הדוק' לא חלה בביה"ד. למה? כי הדוק' נשאבה מסימן 46 לדבר המלך שמתייחס רק למעכ' המשפט האזרחית ולא הדתית. ולכן זוהי סיבה פורמאלית למה הדוק' לא חלה על המעכ' הרבנית. זה אבסורד ולכן המעכ' האזרחית פיתחה כלל שנועד לאזן את חוסר הסימטריה הזה- **כיבוד הדדי בין ערכאות**: הוא יכול לפעול בהרבה כיוונים. אך הוא פחות מוגדר וברור והא יכול להוות איזשהו איזון למצבים שבהם אנו כן רוצים שהמעכ' הרבנית כן תכבד משהו שנקבע במעכ' האזרחית. ולכן לפעמים ניתן להעלות טענה מכוח כיבוד ערכאות , אבל עדיין דוק' מעשה הבית דין היא הרבה יותר חזקה.

# הבדלים לא לגיטימיים:

**- אי ציות לערכאת ערעור-** יש תופעה שבמסגרתה יכול לקרות שבית דין אזורי לא יציית להוראה שמגיעה אליו מביה"ד הרבני הגדול.כשמערערים לערכאה גבוהה יותר- הערעור יכול להתקבל ולפסוק מחדש פס"ד חלוט או אפשר להחזיר חזרה את התיק לבית משפט קמא. מחזירים אותו יחד עם הנחיות והוראות. ערכאת ערעור במערכת הרבנית היא מושג זר, היא לא פעלה לפיו לפני אלא הוא נכפה על בתי הדין הרבניים ע"י הבריטים. זה מסביר את התפיסה העצמית של חלק מהדיינים שלא מכיירם בכך שלדייני בית הדין הרבני הגדול יש סמכות יתר עליהם או מעמד עודף. ולכן יכול לקרות שתיק יחזור לבית הדין האזורי והוא יחזור ויפסוק בדיוק כמו שפסק קודם לפני הערעור. מה עושים? – פונים לבג"ץ: פס"ד פריד. ( ערערו לבג"ץ על התעלמות בית דין אזורי בהחלטת ביד"ר גדול). הרב דיחובסקי מביה"ד הגדול קרא לדיינים בביה"ד האזורי "זקנים ממרים".

**- הרכב חסר-** לפעמים הדיין פשוט לא מגיע ואין הרכב. זה לא קורה הרבה כמו פעם, אבל עדיין קורה. לפעמים הם אפילו קמים ועוזבים באמצע הדיון. אי אפשר להמשיך בדיון. מה עושים? העו"ד שואלים אם אתם מוכנים לקיים את הדיון בהרכב חסר. הרבה אנשים אומרים כן בגלל שהם כבר רוצים לסיים עם הסחבת. ניתן פס"ד בהרכב חסר, והרבה פעמים הצד שיצא לא מרוצה מהפס"ד פונה לבג"ץ בטענה של חוסר סמכות. ההלכה שנקבעה בפס"ד חמד ואח"כ בפס"ד מסילתי : **הרכב חסר מהווה חוסר סמכות פונקציונאלית שאין לה כל מרפא, גם לא בהסכמת הצדדים.** לכן הפס"ד בטל ומבוטל. פסS" ורבר: היה גם סיפור עם הרכב חסר. ההלכה הזו רוככה מעט בפס"ד אליהו: התדיינות של 16 שנים בין בני הזוג שבסופן ביה"ד פסק פיצוי סמלי של 5,000 דולר וכל הרכוש הלך לבעל. באותן 16 שנים היו כמה דיונים שהיו בהרכב חסר בהסכמת הצדדים. בג"ץ אח"כ עשה הבחנה בין מצב שבו הפגם בדיון של ההרכב החסר יורד לשורשו של עניין או כאשר אפשר להגיד שאם במהלך דיון מסויים אחד הדיינים לא נכח, זה לא באמת גורם לפגם בשורש הדיון. – **הבטלות היחסית: לא כל דיון שהיה בהרכב חסר בטל באופן אוטומטי ( בניגוד לחמד ומסילתי). אלא לפי אליהו צריך לבדוק האם הפגם חמור שהתוצאה שלו צריכה להיות בטלות הפסק**.

**- זלזול בסדרי דין-** כיום אין כל כך זלזול בסדרי הדין, אבל פעם היה. פעם היו נותנים פסקי דין בלי נימוקים או בלתי מובנים לאדם שלא יודע ארמית. היו עתירות לבג"ץ על כך שלא ניתן בכלל לבעלי הדין לדבר או הוציאו אותם מהאולם ללא סיבה במהלך הדיון.

תוצאה: זילברג: "הדין הוא כביכול הפונקציה של הדיין". ראינו עד עכשיו שיש המון הבדלים ולכן ניתן להבין את אמירתו

הבדלים ברמת התוכן-

האם התוכן אחיד או שיש בו הבדלים? יש טבלה במצגת של הדין החל- להעתיק ולהסתכל.

כל מה שמופיע בטבלה – הדין החל בכל ערכאה סוייג בהלכת לב: אסור שפרוצדורות הראיות וסדרי הדין ייפגעו בזכויות אדם. בנוסף ביה"ד הרבני חייב לכבד את הוראות החוק הטריטוריאליות.

התעוררה שאלה בפס"ד בבלי- האם עניינים שאינם הנוגע למעמד האישי ואינם בנוגע להוראות טריטוריאליות צריכות לידון לפי הדין האזרחי או הדתי? מה הדין שביה"ד צריך להחיל שאין עליהן הוראות חוק טריטוריאליות? זה היה קשור להאם ביה"ד כפוף לחוק יחסי ממון? על בבלי לא חל חוק יחסי ממון כי החוק חל על זוגות שנישאו אחרי ינואר 74 ובני הזוג נישאו לפני כן. כיצד השאלה הזו לא הגיעה לפני כן לביהמ"ש העליון לפני בבלי? כי צריך שיהיה מדובר בהרבה מאוד כסף. הסכסוך יהיה על סדר גודל משמעותי. וכך קרה בבבלי. – היו "נישואי עקרת הבית" חלוקת תפקידים מאוד מסורתית מבחינה מגדרית. האישה הייתה פעם מורה ואח"כ הפכה להיות עקרת בית והבעל היה קברניט באל על. לבני הזוג היה רכוש רב : וילה בסביון, שתי חנויות, מגרש ועוד הרבה נכסים. חלק הארי ברכוש היה כל אותן זכויות שנלוות לעבודה שלו בתור קברניט באל על. ( מוגדר כ"הרכוש החדש"/ "קניין חדש"- פנסיה וכו'. ) בהתדיינות בביה"ד הרבני הוא הפעיל כלל של הפרדה רכושית= נלך לפי הבעלות הרשומה. הבית בסביון רשום על שניהם אז פה אין בעיה. אבל כל הזכויות שקשורות לעבודה ( פנסיה, קופות גמל וקרנות וכו') רשומות על שם הבעל ולכן הוא יקבל את זה. למה זה נידון בכלל בביה"ד הרבני? כי הוא כרך את זה בתביעת הגירושין ולכן יש סמכות לביה"ד לדון בזה. למה זה הגיע לעליון? כי זה הגיע לבג"ץ אבל כדי שזה יגיע לבג"ץ צריך למצות הליכים- משמע צריך לערער קודם עד הערכאה הגבוהה ביותר. לכן היה קודם ערעור לביה"ד הרבני הגדול שאישר את מה שהאזורי קבע. שהמקרה הגיע לבג"ץ הבינו שמדובר בשאלה משמעותית.

לפני בבלי- פס"ד וילוז'ני אמר שכל עוד אין חקיקה טריטוריאלית, בית הדין הרבני דן לפי הדין הדתי. בבבלי ברק היה צריך להתמודד עם וילוז'ני. ובזמן ההתדיינו הגיע פס"ד בעהם: הבעל רצה להתגרש כי האישה בגדה. לפני זה היא קיבלה מתנה בזמן שהם היו נשואים- דירה. . בית הדין קבע לפי הדין הדתי- כי המתנה חוזרת. אבל לפי חוק המתנה ( החוק האזרחי) מתנות לא חוזרות אלא אם הורע מצבו הכלכלי של נותן המתנה. ונקבע ע"י ביה"ד כי הדירה הולכת לבעל. אלון בעליון אישר את פס"ד. עו"ד של האישה נתלה בהיותו של חוק המתנה טריטוריאלי, ובכבוד האדם לחירותו וטוען כי הקניין של האישה נפגע. לא ייתכן שפסיקת בית דין רבני תפגע בזכות היסוד הקניינית שלה. אלון דחה את זה- חוק המתנה הוא לא טריטוריאלי וכי חוק יסוד כבוד האדם לא מכוון לבתי הדין הרבני. ברק נאלץ להתמודד בבבלי גם עם הפס"ד של אלון בבעהם.

בבלי נחלק לשני חלקים:

1. הניתוח המסורתי: מגיע עד אמצע הפס"ד. ( פסקה 23).

2. החלק הרדיקלי: ההלכה עצמה. מפסקה 23.

הייתה הצעה בתחילת הפס"ד לדחות את העתירה מחוסר תום לב ( גישתו של פרופסור רוזנצבי) - הכריכה שלו של ענייני הממון בתביעת הגירושין היא לא כנה. כי כל תביעת רכשו לפי כריכה שכפופה להלכת השיתוף היא בעייתית כי אנחנו מראש יודעים מה תהיה תשובת בית הדין. עו"ד של האישה העלה את זה. אבל ברק רצה לעשות מהלך אחר לא דרך זה. הוא אומר שהיה סיבוב קודם שבמסגרתו טענו נגד הכריכה והיא כבר נדחתה ולכן יש פה כבר מעשה עשוי- מעשה בית דין שהכריכה כן תופסת. ( האמת היא שהסיבוב הקודם שתקף את הכריכה היה רק בהקשר לכריכת המזונות ולא הרכוש. משמע אילו ברק רצה לנקוט בגישת רוזנצבי הוא היה יכול). למה? כי רוזנצבי אמר שכל כריכה של רכוש שכפוף להלכת השיתוף תידחה. מעשית כל עו"ד היה יודע שאי אפשר לכרוך רכוש, משמע זו הייתה יכולה להיות החלטה שמפקיעה מבית הדין את הסמכות לדון ברכוש! ולמה זה היה מוביל? מחאה מאוד גדולה מצד בית הדין הרבני כי יש כאן הפקעת סמכות.

**התוצאה שברק הגיעה אליה היא שיש סמכות לבית הדין הרבני לדון אבל זה חייב להיות כפוף לדין האזרחי כאשר לא מדובר בענייני המעמד האישי. ( יחד עם מסקנות פס"ד לב). – תורת האחידות.** התפיסה של פרו' הלפרין היא שדווקא התוצאה שבסוף נקבעה ע"י ברק היא דווקא יותר קשה מאשר אילו התקבלה הדרך של שלילת סמכות כריכת תביעת רכוש מבית הדין. כי זה מחיל את הדין האזרחי על הכל כמעט מלבד מעמד אישי.

הבעל ניסה לטעון ( ובית הדין הרבני הסכים איתו) היא לשוויון פורמאלי כביכול- כל אחד יקבל את מה שהוא עבד כדי להשיג אותו. ולכן לא מגיע לה את הזכויות שלו. ברק אומר שזו לא תפיסת השוויון המקובלת בישראל כי אנחנו מחילים שוויו מהותי שמסתכל על כלל השיקולים . ותמיד הפרדה רכושית שכזו תביא לתוצאות שיפלו את האישה ויפרו את הוראות חוק שוויון זכויות לאישה. – זהו פיתרון חלקי בלבד. למה? זה נותן תשובה רק בנקודה הקטנה מהפן של שוויון וחוק זכויות האישה, אבל זה לא נתן תשובה כללית לגבי חוקים אזרחיים אחרים- כמו בבהעם וחוק המתנה. ולכן כל פעם אפשר יהיה להגיע לתשובה אחרת. ברק רצה להגיע לתשובה סופית ומוחלטת ולכן הגיע החלק השני של פס"ד שהיא תוצאה רדיקלית של היפוך הנוסחא.

26.3.2014

**שיעור 10** (הושלם מרחלי)

בבבלי יש את פירוט ההשתלשלות של הוצאת ענייני הרכוש והנושאים המומוניים של ענייני המעמד האישי ( בפס"ד זיסרמן). ברק שלל את הגישה של רזנצבי ולא הפקיע סמכות לגמרי מביד"ר , אב ל לדעת הלפרין התוצאה היא הרבה יותר קשה בסופו של דבר לביד"ר.

וכך היה היפוך הנוסחא: הדין האזרחי חל כיום באופן כללי בבית הדין הרבניים מלבד ענייני המעמד האישי.

למה ברק היה צריך להתמודד עם וילוז'ני ובעהם? את וילוז'ני ברק הכיר את בעהם נחת עליו בהפתעה כשכבר כתב את הפס"ד. כיצד הוא בוחר להתמודד עם שניהם? הוא מאבחן: טוען שיש הבדל בנסיבות ולכן זה מצדיק סטיה מהתקדים שהיה לפני. ברק ניסה לאבחן את שני פסקי הדין, ואמר שהקביעה בוילוז'ני שביד"ר ידון לפי הדין הדתי היא מיותרת. משמע- זהו אוביטר. ברק אומר את זה גם לגבי וילוז'ני וגם לגבי בעהם.- אלו אמרות אגב וזה לא היה נחוץ.

הלפרין מבקרת את הדרך שברק בחר בה. מי שמבקר אותו הוא כמובן גם אלון. לאחר בבלי ולב אלון כבר פרש ולכן הוא לא יכל להפוך בחזרה את ההלכה. הוא כן יכול היה לכתוב מאמר על כך. הוא כתב את המאמר "אלו הן אמרות אגב". ( שזהו ציטוט של ברק מפס"ד בבלי). אין לו בעיה עם כך שברק רצה להפוך את ההלכה- כך בימ"ש עליון נוהג. אך הוא התרגז על כך שברק אמר כי דבריו של אלון בשני פסקי הדין הם אוביטר.

**תורת האחידות:** לב ובבלי הולכים ביחד. בבלי ניתן קודם. אבל הם נכתבו ביחד- במקביל. כאשר לברק הייתה תמונה ומטרה ברורה והיא – **תורת האחידות:** צריכים להגיע לתוצאה אחידה בשני המערכות כי לא יתכן שנשלים עם שתי הקטגוריות הסיוטיות שקיימות כיום, משמע שבכל ערכאה יש תוצאה אחרת- זה לא הגיוני להמשיך עם זה. ולא ניתן להשלים עם כל שיש מערכת שיפוטית שלמה שלא תהיה כפופה לזכויות אדם ואזרח. – זה מכיוון שאלון בבעהם מדבר על חוק יסוד זכויות האדם והוא אומר כי בית הדין הרבני חסין מפניהם. סיכום: לב- זכויות אדם, בבלי- זכויות רכושיות . וביחד- המערכת האזרחית חלה על הכל חוץ מענייני המעמד האישי, הושלמה תורת האחידות על ידי שני הפס"דים האלה.

**פוסט בבלי:** אז מה קרה אח"כ? בבלי יצר רעידת אדמה. זו הייתה תקופה שהיה בה עליהום גדול על ביהמ"ש העליון וברק בפרט. ( גם בגלל פס"ד דנילוביץ' שעסק בזכויות של בני זוג בני אותו מין. הייתה הטבה שניתנה לעובדי אל על – האם היא יכולה להינתן גם לבן זוגו של הטייס?). במישור הפרטי של בני הזוג בבלי- התיק חזר לביד"ר. למה? כי להם הסמכות. הכריכה הייתה בסדר. הוא חזר לביד"ר עם הנחיה כי הוא חייב לפסוק לפי הלכת השיתוף. ביד"ר לא יוכל לעשות את זה. עד היום הדיין היחיד שאמר בצורה גלויה כי ניתן לפסוק לי הלכת השיתוף גם בקונסטרוקציה הלכתית היה הרב דיחובסקי. הוא התעמת הרבה עם הרב שרמן בנושא. התפיסה המקובלת אצל רוב בדיינים היא שפסיקה לפי הלכת השיתוף נוגדת את ההלכה ורכוש שניתן לבני זוג לפי הלכת השיתוף- ניתן לא כדין ולכן זה גזל. בבבלי: כל הזמן הדיונים התבטלו אח"כ. ואף אחד לא יכל להתעסק עם הנושא. אבל אז מתגלה פתאום שהיה הסכם שבאי כוח הבעל שולפים . ההסכם לא אושר לפי חוק הסכם יחסי ממון, היו לו רק 13 סעיפים. הוא אמר שאם יתגלו חילוקי דעות: הבן יהיה המפרש והפוסק לפי והבנתו והוא חתום על ההסכם גם. חוק יחסי ממון קובע במפורש שהסכם ממון חייב לעבור אישור נוטריוני/ רשם נישואין (רק לפני), או בית דין ( במקרה של הסכם גירושין). כדי לוודא הסכמה מלאה וכו'. ההסכם המדובר לא אושר לפי חוק יחסי ממון והוא קובע בין היתר שהוילה בסביון תימכר אם לא יהיה שלום בית ותהיה חלוקה לפי הנקבע בחוק. אין דיבור על שאר הנכסים. ביד"ר פוסק כי למרות שההסכם לא אושר, יש לנהוג לפיו! גישה מאוד אקטיביסטית- חיפוש פתרונות מחוץ לחלל הפוזיטיביסטי של החוק כדי להגשים תוצאה צודקת יותר. ביד"ר עושה פה החלה אקטיביסטית למרות שהוא לא נוהג כך. קל לו לפסוק כך כ יש הפניה בהסכם לחוק יח"מ- שהוא חוק טריטוריאלי. אבל ההסכם היה מ1980, וביד"ר אומר שהכוונה בהסכם היא לחוק כפי שנהג ב או לכל היותר ב1986!! וזה בעייתי כי אח"כ חוק יח"מ עבר תהפוכה ב1990! ואז כל הזכויות הקשורות לעבודה ( שנידונו גם בפס"ד בבלי) לא היו אמורות להתחלק בין בני הזוג! הזכויות שייכות לרכוש הכללי רק מ1990. ולכן התוצאה בבבלי, בגלל שההסכם היה מ1980- היא שכל הרכוש החדש ( הזכויות) נותרות רק למר בבלי והאישה לא מקבלת כלום. ובגלל שהיא נשארה לגור בויל,ה היא גם חייבת לשלם לו דמי שימוש ראויים!

פס"ד גבאי מדגים את הלך הרוחות אחרי בבלי. לביד"ר קשה להחיל את הלכת השיתוף, אבל כשעותרים לבג"ץ ובג"ץ קובע כי הפס"ד של ביד"ר בטל וכן מחיל את הלכת השיתוף.

**נושא 8: פיקוח שיפוטי**

**עילות להתערבות בג"ץ – פיקוח שיפוטי:** ( מתי בג"ץ יתערב?)

כל פסקי הדין ממחישים דרכים שונות שבהן המערכת האזרחית מפקחת על פעילותם של בתי הדין הרבניים.

מכוח מה בג"ץ יכול להתערב? 15ג ו15 ד(4) לחוק יסוד השפיטה.

*חריגה מסמכות:*

**- חוסר סמכות פונקציונאלית:** היה בהתחלה את פס"ד חמד שקבע כי תהיה בטלות מוחלטת במקרה של הרכב חסר. אח"כ היה את פס"ד אליהו חידש את התפיסה שמצב של הרכב חסר לא בהכרח יביא לביטול אוטומטי של פס"ד הרבני. אבל ישנ הפסיקה מאוחרת יותר- פס"ד י'ל' : פרוקצ'יה: לא חוסכת את שבטה מביד"ר: היה סיפור של סרבנות גט קשה. הבעל ניסה להתכחש לפס"ד הסופי של ביד"ר וניסה לטעון כי ההרכב היה חסר. ביד"ר הגדול אישר את הפס"ד של ביד"ר אזורי והערעור שלו נדחה. על זה הבעל ערער לבג"ץ בטענה כי ההליכים הם בטלים מכיוון שהיו דיונים בהרכב חסר. ( למרות שהוא הסכים לזה כי זה נדרש על מנת לבצע דיון בהרכב חסר). מבחינת הצדק זה בעייתי להיענות לדרישת הבעל כי זה לתת פרס לסרבן גט. אבל בכל זאת פרוקצי'ה קובעת כי הפס"ד הרבני בטל והיא חוזרת להלכה כי הסכמה או השתק לא מרפאות את הפגם הבסיסי של חוסר סמכות פונקציונאלית. נאור נמצאת בו בדעת מיעוט וחוזרת לדוקטרינת הבטלות היחסית ואומרת שבנסיבות האלה שבהם התוצאה תגרום לחוסר צדק כל כך משווע, צריך להפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית ( למרות שהיא מסכימה שבדר"כ הסכמה לא מבטלת את הבעייתיות של דיון בהרכב חסר).

**- חוסר סמכות עניינית**- כאשר לביד"ר פשוט אין סמכות לשפוט בעניין. לדוג' פס"ד פלונית ( עם הגיור של הילדה) – שלא נחשב כחלק מענייני המעמד האישי.

**- אי קיום תנאי הסמכות –** **הזיקות הפרסונאליות** השונות של חוק השיפוט: לדוג' לביד"ר סמכות אם שני בני הזוג או אחד מהם הוא לא יהודי. סמכות ביד"ר היא רק אם שני בני הזוג הם יהודיים. או זיקות אחרות כמו זיקות פרסונאליות מדינתיות- לדוג' אף אחד מהם לא בנוכחות פיזית או קונסטרוקטיבית בישראל. פה נכנס גם סעיף 4א לחוק שיפוט בתי דין רבניים שדיברנו עליו.

- הכל נכנס תחת סעיף 15 (ד) (4)- עילה להתערבות בג"ץ היא כאשר ביד"ר דתי חורג מסמכותו.

האם זה עקרוני לדעת אם ההתערבות היא מ15ד או מ15ג?

כאשר מבקשים לטעון נגד סמכות ביד"ר וכי הוא חרג מסמכותו, חייבים לעשות זאת בהזדמנות הראשונה. כי אם לא העלתם את זה, זה אומר שהסכמתם לכך. אבל חשוב לזכור שהסכמה כזו ( מכללא או בשתיקה) יכולה לרפא חריגה מסכמות רק בתנאי שיש סמכות עניינית. אבל אם אין סמכות עניינית, לא משנה כלום ( אם הסכמתם או לא), תמיד ניתן יהיה לטעון כי אין לביד"ר סמכות.

15 ג- סוג של סעיף סעד. כי הוא לא מדבר בכלל על בתי דין דתיים. אלא פשוט על סמכות בית המשפט העליון באופן כללי וסמכותו לתת סעד כשיש בכך צורך למען הצדק. – זהו סל מאוד רחב של שיקולי צדק כלליים. ( בפסיקה- שיקולי צדק טבעיים). או שיקולי הפרת צדק כלליי- ( לדוג' לא לתת לאחד הצדדים לדבר). שיקולי צדק דיוני ( לתת לכל אחד את יומו, זכות הטיעון, זכות התשובה, לתת הנמקות ולא החלטות שירותיות בלתי מנומקות) .

פס"ד מיכל דוד – חשין לוקח מפס"ד לב ואומר כי הפרת זכויות אדם היא עילה להתרבות בג"צ במסגרת סעיף הסל של 15 ג.

**האם התעלמות מנורמה אזרחית מביאה להתערבות דרך 15 ג או דרך 15ד(4)?** נורמה אזרחית הכוונה היום היא כל הנורמות האזרחיות ( כל החוקים). בגלל שאחרי בבלי זה כבר לא רק טריטוריאלי. פס"ד סידיס: אי החלת החוק הטריטוריאלי מהווה עילה להתערבות בג"ץ. סידיס הראשון עסק בהיבט הרכושי. ביד"ר התעלם מחוק שיווי זכויות האישה. בג"ץ קובע כי אי החלת חוק הטריטוריאלי מהווה עילה להתערבות בג"ץ. השאלה איזו? חריגה מסמכות מכוח 15ד (4)או שזו טעות שבדין ואז זה 15ג? למה זה משנה? כי אם זו חריגה מסמכות- הפס"ד בטל מעיקרו void. אבל אם זו לא חריגה מסמכות אלא טעות- זה ניתן לביטול רק. (voidable). –רואים את המחלוקת הזו בפס"ד נגר: הייתה התעלמות מחוק הכשרות והאפוטרופסות וטובת הילד. שמגר: אמר כי התעלמות מחוק טריטוריאלי גורם לבטלות הפס"ד. אלון: זוהי רק טעות ולכן זה רק ניתן לביטול. – הייתה מחלוקת. בפס"ד גבאי ( פסקה 14). בבבלי ניתן להבין מברק כי ההתעלמות מהחוק האזרחי היא בטלות מעיקרא ( משמע חריגה מסמכות). אך לכך יש פסיקה מאוחרת- מיכל דוד: חשין: מתייחס להכל דווקא דרך 15ג: הוא כאילו אומר כי 15ד(4) הוא רק מקרה אחד בתוך 15ג. הוא נותן להבין כי כל הפעילות של בגץ בשיפוטו את בית הדין הרני באה תחת 15ג ולא 15ד(4). האם יש הבדלים בין מה שצריך להוכיח בין 15ג ל15ד? – בג" ייכנס רק כשבאמת צריך לתת סעד למען הצדק, משמע היה עיוות. הבעיה היא שהקשת מאוד רחבה. אבל כן ניתן להגיש שככל שהתפיסה הפוליטית של בג"ץ זהירה ורגרסיבית יותר והוא חושש מלקחת חלק במאבקי כוח בעלי גוון פוליטי, אז הוא פחות ישתמש בהתערבות למען הצדק כסיבה להתערבות.- יהיה יקשה יותר תהפעיל את זה.

פס"ד פלונית ( הראיות הפסולות): דוג' לנורמה אזרחית של פרטיות. הכבדה על יישום הדין הדתי. לבגידה של אישה יש הרבה יותר משמעות מאשר בגישה של הבעל. ( דרשים ממנו פחות מבחינה מוסרית). בגלל המערכת הדתית. תיאורטית, בגלל שזה משליך גם על המזונות שנידונים במערכת הדתית- זה אמור להשליך גם על המערכת האזרחית . הבעל הגיש תביעה לגירושין, והאישה מתנגדת. הבעל מראה תמונות של האישה כאשר היא שוכבת עם גבר אחר. התמונות האלה מפרות את חוק הגנת הפרטיות וחוק יסוד כבוד האדם ( הוא פרת לבית שלה כדי להשיג את התמונות). במערכת האזרחית, הראיות האלה יהיו לא קבילות. אבל פה גם ביד"ר ע"י הרב דיחובסקי כן מקבל ברמה העקרונית את תחולתו של חוק הגנת הפרטיות וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אבל הוא אומר כי יש הגנות בחוק הגנת הפרטיות: יש חובה להציג את הראיות בנסיבות מסויימות ( מקרים של איסור תורה וכו'). ולכן בגלל ההגנות האלה, התמונות האלה נכנסות לחריג וכן ניתן להשתמש בהן. מוסד הפרטיות בנישואין שונה ממוסד הפרטיות מחוץ לנישואין. חוק הגנת הפרטיות אינו מתאים ליחסים בין בני זוג. הפרטיות המשותפת של שניהם היא חטיבה אחת- אינטימיות אחת. גם כאשר הם מסוכסכים, כל עוד הם עוד לא התגרשו- הפרטיות שלהם משותפת. ברק לא מקבל את זה בכלל- ואומר כי הפרטיות וחירות הגוף היא גם של אדם כלפי בן זוגו ( לדוג' אונס בנישואין). כל אחד בנפרד זכאי לפרטיותו. האוטונומיה של הפרט היא גם אוטונומיה כלפי בן הזוג. ביד"ר אומר שבלי שימוש בתמונות האלה, הוא לא יכול להגיע לרמת ההוכחה הנדרשת שאכן היה פה ממש מגע מיני אסור של אישה נשואה עם גבר זר. ורמת ההוכחה היא מאוד גבוהה ( נדרשים שני עדים). לכאורה ניתן להוכיח את זה רק דרך התמונות האלה שהושגו דרך החדירה לפרטיות. אם אי אפשר להשתמש בראיות האלה, אי אפשר להפעיל דין תצורה ולקבוע גירושין. ולכן ההשלכה על האישה היא כי היא אסורה- לה ולבועלה. ( כי זה מה שקורה לאישה נשואה שבוגדת).

האם ברק מתמודד עם הקושי המהותי הזה או מחליק אותו? לפי הלפרין הוא מחליק אותו ולא מתמודד באופן ישיר עם השאלה הזו. הוא אומר כי הבית הדין היה יכול לממצוא דרכי הוכחה אחרות כדי לעמוד בדרישות של דין תורה. זוהי דוג' לכך שהתערבות בג"ץ באמת מסכלת את ההפעלה של דין תורה.

האם התערבות בג"ץ מפקיעה סמכות מביד"ר? משמע אם בג"ץ מתערב, ביד"ר לא יכול יותר לדון בתיק? תלוי-

- אם הייתה סמכות מלכתחילה, לביד"ר יש סמכות בסיסית ולכן התיק חזר אליו.

- אם לא הייתה סמכות מלכתחילה- (הרכב חסר, חוסר סמכות עניינית/ פונקציונאלית או הכריכה לא תופסת)- אז התיק נשאר המערכת אזרחית.

פס"ד נגר: נידון בבי"מ ( כאשר לא בטוח אם יש לביד"ר סמכות ייחודית. היום לא משתמשים בזה הרבה כי ביד"ר לא מקים אותם כי הם תמיד גם ככה במיעוט). במהלך הדיון בנגר ובדוד- הילדים ישבו כל הזמן הזה בבית ולא הלכו לבי"ס עד הפס"ד מבג"ץ.

פס"ד גבאי: פוסט בבלי. אחרי בבלי הייתה סדרה של פס"דים שביד"ר נאלץ להתמודד עם הלכת בבלי- חובתו לפסוק בהתאם להלכת השיתוף וכפי שאמרנו, הוא לא מסוגל לעשות את זה. היו 20 שנות נישואין ו4 ילדים. האזורי קבע כי הרכוש יחולק לפי הפרדה רכושית. – המון מהרכוש נשאר אצל הבעל. האישה עותרת לבג"ץ שנותן פס"ד בהסכמה של הצדדים- האישה מסכימה לקבל את הגט אבל הדיון חוזר לביד"ר אזורי. שנותן החלטה שנייה ובה הוא אומר כי הם מגיעים לאותה מסקנה. האיש שוב מערערת לביד"ר הגדול שאומר כי ביד"ר אזורי קבע את פסק דינו כפשרה הוגנת. בקיצור- הם מאשרים את הפס"ד של ביד"ר אזורי שהוא פשרה. הוא משתמש במושג פשרה כי הוא חושב שיש כאן פתח מילוט. הוא לא מתעלם מהלכת בבלי והדין האזרחי, אלא הוא נוהג לפי כלי שיפוטי שיש לו והוא יכול להשתמש בו. זה מגיע לבג"ץ: פרוקצ'יה: אומרת שזה לא ייתכן והפשרה הזו נוגדת את הלכת בבלי. אבל בעמוד האחרון של פסק הדין, ברק כותב כי באמרת אגב מרומזת כי הגיע הזמן להפסיק את המצב האבסורדי הזה.

פס"ד פלונית אליהו 2: ארבל פוסקת לחלוקתה הרכוש בנונשלנטיות. היא אפילו לא נכנסת לכל הסיבוך הזה.

*לשיעור הבא: נסיים פיקוח שיפוטי ונתחיל את פריט מס' 9- יצירתם של דיני משפחה אזרחיים. בלי פס"ד אקנין.*

27.3.2014

**שיעור 11 – תרגול רביעי** (הושלם מרחלי)

דיברנו על מבחני הכריכה ואיך בוחנים אם הכריכה שבוצעה בבית הדין הרבני באמת תופסת סמכות. בבית המשפט למשפחה אין מבחן כריכה כי הסמכות היא מקורית שיורית מהסוג שלא דורש איזשהי פעולה – רק להגיש את התביעה. בבית משפט למשפחה גם אין תביעת גירושין לכרוך אליה.

מה שכן, בעקבות פסק הדין של הפער בין 15 דקות בין ההגשה של האיש לבית הדין הרבני להגשה של האשה לבית המשפט למשפחה אמרנו שני דברים – אפילו פער של רבע שעה די לוכדי לתפוס סמכות ובבג"ץ הספציפי הזה החליט שלבית משפט לא הייתה סמכות כי היה חוסר תום לב דיוני מצדה של האשה כי היא לא יידעה את הגבר על שהגישה את התביעה לפניו. זו טקטיקה די "מלוכלכת" מצד העו"ד שלה לא לגלות לגבר, כי הם רצו לראות קודם מה יקרה בבית הדין הרבני ורק אם הם יראו שלא מתאים להם – יטענו שבעצם הם תבעו קודם בבית משפט למשפחה ולכן אין לבית הדין הרבני סמכות. ברמת העיקרון כל פעם שמגישים תביעה לא משנה באיזו ערכאה, צריך להגיד זאת לצד שכנגד.

היום יש אפשרות להגיש לבית משפט למשפחה בקשה ליישוב סכסוך – כלומר במקום להגיש תביעה, פותחים את היך הגירושין ביישוב סכסוך שבמיאים את האנשים ליחידות לסיוע שהם של משרד הרווחה ושל משרד המשפטים – יושבים שם עו"ס, עורכי דין, מגשרים, יועצים זוגיים והתפקיד שלהם הוא לקחת את הזוג ולנסות להבין איזה סוג של הליך הסכמי מתאים להם לפרק בהסכמה את התא המשפחתי. משהו שהוא הרבה יותר מתאים לדיני משפחה ומתאים יותר לצרכי המשפחה (דרך אלטרנטיבית ליישוב סכסוכים). מבחינתנו חשוב לדעת שקיימת האופציה הזו להגיש בקשה ליישוב סכסוך. עכשיו השאלה היא מה קורה בעניין הסמכות – אם הוגשה בקשה ליישוב הסכסוך בבית משפט למשפחה, אם ההליך ההסכמי לא הולך – האם מתחיל מחדש מירוץ הסמכויות או האם יש סמכות לערכאה שאליה כבר פניתי?

גם כאן יש איזשהי אפליה, כשמגישים בקשה ליישוב סכסוך בלית משפט למשפחה היא כוללת את כל הדברים הקשורים ליחסים של בני הזוג (ילדים, מזונות וכו') והיא תופסת סמכות להכל! זה כמו הגשת תביעה בכל העניינים הקשורים ביחסים בין בני הזוג.

לעומת זאת, הגשת בקשה מהסוג הזה לבתי הדין הרבניים לא תופסת סמכות (אפשר להגיש בקשה ליישוב סכסוך גם בבתי הדין הרבניים – אין הבדל מהותי ביניהם אך כן יש הבדל בצביון – יותר עובדים דתיים אבל זה לא מחייב למשל ביחידת הסיוע בתל אביב אין בכלל צביון דתי ובירושלים ופתח תקווה כן. אז יש יחידות סיוע שצמודות לבתי הדין הרבניים ששם הבקשה לא תופסת סמכות ובבתי המשפט למשפחה זה כן תופס סמכות).

5918/07 פלוני נ' בית הדין הרבני – שם דנו בסוגיה הזו של תפיסת הסמכות ואמרו באופן כללי שאכן בקשה ליישוב סכסוך תופסת סמכות בבית משפט למשפחה אבל זה גם כפוף לעקרון תום הלב. הנסיבות שם היו – שני תיקים שהגיעו באותה שאלה.

באחד מהתיקים תפסו שהבקשה ליישוב סכסוך תפסה סמכות ובשניה היא לא תפסה סמכות (שאלות דומות באותו בג"צ אבל הגיעו לתוצאה אחרת).

ההבדל בין התיקים היה נסיבתי – איפה שהבקשה לא תפסה סמכות הנסיבות היו שהאשה עשתה זאת באופן מובהק כדי לתפוס סמכות, לא הייתה לה שום כוונה להגיע לפגישות או לגישור ולנסות לפתור את הסכסוך בהסכמה.

נקבע בפסיקה שהמעקף של בקשה ליישוב סכסוך היא לא לגיטימית כאשר אין כוונה אמיתית ליישב את הסכסוך.

 לעומת זאת בתיק השני הבקשה ליישוב סכסוך כן תפסה סמכות.

יש הבדל מאוד גדול באגרות בין בית הדין הרבני לבין בית המשפט, בבית הדין הרבני גם לא צריך עו"ד ומגיעים ומקבלים תופס שרוצים להתגרש ומה רוצים לכרוך מהתביעה – זה מוצג באופן מאוד פשוט, רק מסמנים "וי" בטופס. כמובן שאח"כ צריך טוען רבני ועו"ד כדי להצליח בתביעה אבל מאוד קל לתפוס סמכות, הגשת התביעה מאוד מאוד פשוטה. לעומת זאת בבתי המשפט למשפחה צריך להגיש תביעה בכל עניין בנפרד – צריך לשלם אגרה על כל אחד, צריך שהעו"ד יכתוב את התביעה.

לעומת זאת בקשה ליישוב סכסוך זה גם כן מילוי טופס (דומה להגשת תביעה בבית הדין הרבני) לכן מאוד קל ללכת רק למלא את הטופס לבקשה ליישוב סכסוך על מנת לתפוס סמכות.

יש הצעת חוק עכשיו שמציעה שכל הליך בדיני משפחה יתחיל באופן של פגישות מהו"ת (יישוב סכסוכים).

הרבה יותר קל לגשת לבית הדין הרבני, בגלל האגרות הנמוכות, הפרוצדורה שהרבה יותר קלה וכו'. הם הרבה יותר נגישים, לא חייבים עו"ד. לעומת זאת בביהמ"ש לענייני משפחה צריך להגיש כל תביעה בנפרד. ( מזונות, רכוש וכו') וזה צריך להיכתב ע"י עו"ד כבר מראש.

יש היום נסיונות לחוקק חוק שכל הליך בענייני משפחה ייפתח בהליך של יישוב סכסוך. דומה לפגישות מהות.

**סעיף 9- לחוק שיפוט בתי דין רבניים:**

מבקש מאיתנו שני תנאים:

1. הסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר- הכוונה היא לאיש ולאישה וגם לילדים. ( אם העניין נוגע אליהם- משמורת ומזונות). גם כאן היו מחלוקות בפסיקה.

2. הענייני המעמד האישי- שולח אותנו להגדרה בסעיף 51 לדבר המלך. על רוב הנושאים אין מחלוקת לגבי מה נכנס בסעיף 51 לענייני המעמד האישי ומה לא. המחלוקת העיקרית היא לגבי הרכוש.

מהתנאים האלה נגזרות שתי שאלות:

א. על מה ניתן להסכים? ( מבחינת מה נכלל במעמד האישי)

# **רכוש**- באופן עקרוני רכוש כן היה חלק מענייני המעמד האישי ונכלל תחת סעיף 51. מקובל לומר כי פס"ד בבלי הוציא את ענייני הרכוש מגדר ענייני המעמד האישי. פסקי דין מאוחרים יותר אמרו דברים אחרים קצת: פס"ד סימה לוי: הייתה תנית שיפוי, היה הסכם שבו האישה התחייבה שאם מתישהו היא תתבע הגדלה של מזונות הילדים, היא תפצה אותו על הסכום הזה. ונקבע כי תניה מהסוג הזה היא לא חלק מהמעמד האישי ולכן לביד"ר אין שום סמכות לדון בכך. וההתרחשות שלה הייתה הרבה אחרי הגירושין. פס"ד סימה אמיר: פרוקצ'יה כתבה פס"ד ממש ארוך. בתי הדין הרבניים עשו פה טעות, היועץ המשפטי שלהם טען שהסמכות לדון בתניה השיפוי הזו נובעת משני מקורות: 1. סעיף 9 ( שנפסל בגלל סימה לוי) 2. לבית הדין יש סמכות כללית כבוררים לדון בכל נושא אזרחי כאשר יש הסכמת הצדדים. בסימה אמיר קבעו שלא יכול להיות ששופט/ דיין מטעם המדינה ומקבל משכורת מטעם המדינה יכול לשמש דיין פרטי. החוק לא מקנה לבית הדין הרבני סמכות כזו. לא מכוח סמכות כללית ולא מכוח סעיף 9. מאז ביד"ר מנסה להשיג כל פעם את הסמכות הזו בחזרה. – סימה לוי וסימה אמיר מדברים רק על תנית שיפוי ולכן לא ברור אם כל ענייני הרכוש הוצאו מהמעמד האישי או רק תניית שיפוי.

צריך להפריד בין תקופת זמן שבה יש תביעת גירושין תלויה ועומדת- ואז אפשר לכרוך לעומת תקופת זמן שבה אין תביעת גירושין תלויה ועומדת. – נגיד בני הזוג עוד לא התגרשו, רוצים לדחות את הגירושין אבל רוצים כבר עכשיו להפריד כוחות ולחלק רכוש. האם הם יכולים? כנראה שלא. גם לא מכוח סעיף 9. – זה פשוט עוד לא הגיע לבג"ץ.

רכוש אי אפשר לקחת אותו רק לפי סעיף 9. – אין לו משמעות כלפי רכוש ( אלא יותר כלפי מזונות ומשמורת).

**# ענייני הקטינים**- **מזונות הילדים ומשמורת הילדים**: יש פה התפתחות מעניינת של הפסיקה. הסברנו בשבוע שעבר שאי אפשר לכרוך מזונות ילדים. ההלכה אומרת שאפשר לדון במזונות בביד"ר רק בהסכמה של שני הצדדים. ההכלה הזו נובעת מפס"ד שרגאי: הגבר הגיש תביעת גירושין לביד"ר וכרך שם הכל. והאישה הגישה תביעת מזונות ילדים בשם הילדים לביהמ"ש המחוזי ( היה בשנות ה70). התיק הגיע עד לעליון. העליון קבע שני דברים : א. כאשר אחד הצדדים כורכים את נושא מזונות הידלים לביד"ר בכרכיה, המשמעות היחידה של זה זו תביעה להשבת הוצאות. דוג'- הילידם גרו עם האמא איזו תקופה, והיא תובעת עכשיו מהאב כסף עבור התקופה הזו והתקופה הקרובה. אבל זו לא תביעה קבועה. אם הם רוצים לתבוע מזונות באופן קבוע- הם יכולים לתבוע רק לפי סעיף 9 שמאפשר שהמזונות יידונו בביד"ר כל עוד יש הסכמה של כל הצדדים. והסיבה היא המעמד העצמאי של הקטינים. הזכות למזונות ילדים היא זכות של האישה ולא של הילד. אם אחד ההורים החליט שהנושא יידון בביד"ר- זה לא מחייב את הילד. אפילו אם שני ההורים הסכימו, זה לא בהכרח מחייב את הילד. אבל אז הוא יצטרך להוכיח שטובתו לא נשקלה במסגרת ההסכמה של ההורים. משמע גם אם שני ההורים הסכימו לידון במזונות בביד"ר, הילד יכול לשנות זאת אם הוכיח. **ההלכה שנקבעה בשרגאי לגבי סעיף 9- אפשר להסכים תמיד לדון לפי סעיף 9, אבל אם לא תשקלו את טובת הילד בדיון/ בהסכם אז לילד ( ולהורה בשמו) תהיה זכות להגיש תביעה מחודשת לאיזו ערכאה שהוא רוצה.** בפס"ד מאוחר יותר מ2003- פס"ד כץ (78/03): היה מקרה קלאסי שממנו נובעת הלכה: האמא הסכימה לסמכות ביד"ר בנושא מזונות הילדים רק בגלל שהיא רצתה כבר לקבל את הגט. האבא התנה את הגט במזונות הילדים. אח"כ האישה הגישה תביעת מזונות ילדים חדשה לביה"מש למשפחה. בג"ץ אמר שזו בשיוק המהות של הלכת המעמד העצמאי של הקטינים- הייתה פה סחטנות ולאישה לא הייתה ברירה אלא להסכים לה. והיא לא חשבה שזו טובת הילד. וגם האבא לא חשב בכלל על טובת הילד ולכן הנושא יכול להתדיין מחדש בבית המשפט לענייני משפחה. ( המזונות). ההלכה חזרה על עצמה בפס"ד פלוני 2898/03: גם שם נידונה השאלה האם בני הזוג שקלו את טובת הקטינים בהסכם. פה המחלוקת לא הייתה על מזונות ילדים אלא על משמורת. **ההלכה של המעמד העצמאי של קטינים הורחבה גם לענייני משמורת.** נקבע שההסכם בכלל לא הזכיר את הקטינות כצד להסכם. ושהנושא שההורים חלוקים עליו בכלל לא עלה בהסכם הגירושין, ולכן לא יכול להיות שההורים הסכימו עבור הילדים בנושא הזה.- אז איך האבא בכלל יכול לטעון שהייתה הסכמה לסמכות בנושא אם הם בכלל לא דיברו על זה? **בפס"ד חוזרים על ההלכה שאם ההורים מסכימים על סמכות, כנראה שהם כן שוקלים את טובת הילד, וצריך הוכחה כדי לטעון ההפך** ( שהם לא שקלו). פס"ד 4407/12 פלוני נ' ביד"ר הגדול: השופט עמית: בג"ץ חשב שלא נכון לפוח את ההסכם ושטובת הילד כן נשקלה, האמא סתם מנסה לנצל את ההליך כדי לפתוח מחדש את נושא המזונות. השופט עמית עושה בלאגן במקום לעשות סדר. הוא שאל – מהו המבחן שצריך להחיל במקרים האלה שהקטין מגיע ומנסה לפתוח את הסכם הגירושין ( בנושא המשמורת/ המזונות) לאחר שההורים שלו הסכימו על כך? איך נדע אם התביעה היא לגיטימית או משהו הקשור בחוסר תום לב? הוא קבע **שהמבחן הוא מבחן מהותי**. משמע המשקל של אינדיקציות כמו השם של הקטין לא הופיע בהסכם- אלה הן אינדיקציות נמוכות. **האינדיקציה המשמעותית היא מבחן מהותי הבוחן באופן ענייני האם טובת הילד באה לידי ביטוי בהסכמות בין ההורים**- זה עמום. הוא אומר שבדר"כ ההורים כן שקלים את טובת הילד ובדר"כ יש איזשהו איזון – לדוג' גובה המזונות יושפע מגודל הרכוש שכל אחד יקבל. ( עושים איזון בין מזונות, משכנתא וכו' לדוג'). הוא אומר שאי אפשר לנתק את תביעת המזונות מהרכוש. זו הסתכלות חלקית. עוד הוא אומר כי אי אפשר להטיל ספק כל הזמן בשיקולי ההורים לגבי טובת הילד. לדעת עדי הוא קצת מייפה את המציאות. ולדעת עדי צריך להיזהר עם זה. היתה מחלוקת בין הנדל ורובינשטיין לבין עמית- הם אמרו שההלכה **חלה על כל ענייני הילדים- גם מזונות וגם משמורת** – על שניהם מחילים את המבחן המהותי ועל שניהם צריך להוכיח שטובת הילדים לא נשקלה.

ב. כיצד נסכים?

כמו בכריכה- אפשר להסכים באופן מפורש ( משמע ממש לכתוב את זה) ואפשר להסכים בהתנהגות מכללא. לדוג'- אחד הצדדים מגיע לדיון, מעלה את סוגיית המשמורת בדיום והצד השני מסכים. משמע- אפשר להסכים גם בלי לכתוב את זה.

צריך לזכור שההסכמה כפופה **לטובת הקטינים**, אך היא כפופה גם **לעקרון תום הלב** כמו כל דבר. משמע זה משנה איך השגת את החתימה הזו של ההסכמה. ( יש מקרים של סחטנות, רמאות וכו').

מה הדין החל בהקשר לסעיף 9? בסעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון: אני יכולה להסכים כשאני מתדיינת בביד"ר בעניינ רכוש להתדיין לפי דין תורה. זה לא כל כך סותר את בבלי כי בבלי מדבר על הלכת השיתוף ולא חוק יחסי ממון.

פס"ד 9734/03– בני הזוג רצו להעביר את תביעת הרכוש מבית המשפט לבית הדין. ביד"ר פירש את ההסכמה שלהם לא רק להעביר את נושא הרכוש, אלא גם לדון לפי דין תורה. האישה לא הסכימה לכך כי רצתה לדון לפי חוק יחסי ממון. בג"ץ קבע שכדי שסעיף 13(ב) יחול- משמע כדי לדון לפי דין תורה, חייבת להיות הסכמה מפורשת של שני הצדדים.

30.3.14

**שיעור 12**

המשך לנושא הפיקוח השיפוטי-

מה קורה כאשר העליון מתערב בפסיקה של בד"ר ומבטל אותו? למעשה התיק אמור להישאר במערכת הרבנית, אלא אם מדובר בביטול מחמת חוסר סמכות ממש. הביטול עצמו לא אמור להפקיע את הסמכות, והיא נותרת במערכת הרבנית (אלא אם כן לא היתה סמכות מלכתחילה).

**בפס"ד גבאי** ברק מעלה את השאלה שאולי ביהמ"ש יכריע אך הוא מתעלם מהבעייתיות של סוגיית הקידושין הפרטיים- כשהמערכת האזרחית מכריעה מבלי שתהיה לה הסמכות הפורמאלית, הבסיסית.

השופטת ארבל **בפרשת אליהו** עושה זאת- באותה פרשה הייתה התדיינות ממושכת (אין ספק שמשך הזמן וההבנה שיש פה דיונים אינסופיים שקשה להעלות על הדעת- 25 שנים של התדיינות משפטית) והמחלוקת הקונקרטית שעמדה על הפרק הייתה דירת מגורים (באספקלריה של חיי משפחה, 25 שנים שלמעשה רק ה10 שנים האחרונות הולכים וחוזרים לדיונים בין ערכאות). ארבל פשוט פוסקת, מגיעה למסקנה שהפסיקה של בית הדין הרבני בלתי מספקת ומנוגדת להלכת השיתוף, ביה"ד רבני פסק שם על בסיס של הפרדה רכושית ובסיבוב הראשון פסיקת הרבני נתנה 15 אלף ש"ח לאישה וכל יתר הרכוש שרשום על שם הבעל ניתן לו מבלי שלאישה חלק בדירה. ואז היה בג"צ אליהו הראשון, פסק הדין הרבני בוטל ואז התיק חוזר לרבני-מ במקום בו הסמכות העקרונית קיימת אז התיק חוזר לרבני.

חלקות הרכוש נותרה אותה חלוקה רק במקו שקלים הפכו זאת לדולרים- כעת היא קיבלה 5 אלף דולר. ובית הדין הרבני הגדול מאשר זאת ואז האישה פנתה לבג"צ ושם הש' ארבל ביקרה קשות את ביה"ד הרבני על כך שהוא מתעלם מפס"ד בבלי. היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים (עו"ד יעקבי) ניסה לטעון שבית הדין האזורי כן החיל את הלכת השיתוף אך בדרכו- הסכם מכללא בין הצדדים וכאשר מדובר בהסכם יש מרחב תמרון של פרשנות וייחוס כוונה כזו או אחרת לצדדים.

יעקבי ניסה בצורה מתחכמת להגיד שיש פה החלה של הלכת השיתוף רק שהדרך פרשנות שונה מדרכה של בית המשפט האזרחי (זו טקטיקה שבתי דין ניסו להשתמש לא פעם אחת). הש' ארבל טענה שמדובר פה בהפרדה רכושית ולא בנסיון של שיתוף ולכן פוסקת בלי להכנס בכלל לשאלה - אצל מי נמצאת הסמכות לדון בתיק הזה בכלל!.

כיום אם זה יקרה התשובה לא ברורה- את התוצאה הסופית של ספקות משפטיים לא ניתן לחזות ולומר בצורה סופית ומדוייקת מה צריכה להיות התוצאה בביהמ"ש העליון.

**תקיפה עקיפה**

עקרונית היא אפשרית כאשר פס"ד רבני בטל או כאשר הוא חסר סמכות עניינית מלכתחילה.

הניסוח הראשוני ראינו בפס"ד נגר. איילון יוצר את האבחנה הברורה בין 15 ג ל 15 ד (4).

הסעיף אשר מאפשר את ההתערבות בתקיפה עקיפה הוא 15 ד (4).

השאלה היא מתי זה עוזר לנו? מתי רלוונטי לעשות תקיפה עקיפה? בנגר זה מה שניסו לעשות. האם פנתה למחוזי למרות ששאלת אחזקת הילדים וחינוכם היתה בסמכות בד"ר , אך פנתה למחוזי שיפסוק באותו ענין.

יכולים להיות מקרים שבהם בד"ר חסר את הסמכות העניינית מלכתחילה ואז אם הפסד הרבני בטל (מחוסר סמכות עניינית) כך שהסמכות היא לבימש אזרחי.

או מקרים אשר שאינם מענייני המעמד האישי או כאשר זה לא נכרך כמו שצריך.

**פס"ד פלמן-**

מדבר על מירוץ ההחלטות, אמר שההחלטה שתינתן ראשונה היא תקבע. פס"ד חשוב בנושא הסמכויות (לקרא!).

אם מגישים תביעה בנושא שנכרך בבד"ר ומגישים גם תביעה בבימש למשפחה בטענה שהכריכה לא תופסת (לפי מבחני הכריכה) אז למעשה מבקשים מבימש למשפחה להתערב במקום בג"צ= לעשות תקיפה עקיפה!

זה לא נאמר בפסד הזה. אבל המרצה מביאה לנו אותו מזווית אחרת של לגיטימיות ההתערבות.

הקונסטרוקציה היא של תקיפה עקיפה. אם היא תצליח (אם הצלחנו לשכנע את בימש לעניני משפחה שאכן הפסד הרבני בטל אז נוכל להשאיר את התיק בבימש למשפחה. כי תקפנו את נושא הסמכות).

דוגמא לכך שאנחנו יכולים לערער על מרכיב אחד בפסיקת בדר וגם אם הסמכות כולה נותרת בידי בד"ר, עדיין על אותו מרכיב ניתן להתעלם ממנו במערכת האזרחית.

למשל בפס"ד פלונית (דיברנו בשיעור שעבר) בנושא הראיות הפסולות בעניין תביעת גירושין.

אחת מטענות ההגנה של הגבר בפני תביעת מזונות היא להגיד שהתנהגותה של האישה היתה לא ראויה (למשל בגדה או דברים אחרים פחותים מזה). נניח בד"ר פסק שהאישה בגדה באמת. הבעל יציג בבימש לענייני משפחה את הפסיקה של בד"ר על מעשי האישה. והוא אומר שזה "מעשה בית דין". ולכן היא לא זכאית למזונות. זו הנק' שבה ניתן וצריך לבקש מבית משפט למשפחה באסטרטגיה של תקיפה עקיפה. לא מערערים על כל הפס"ד הרבני (את זה ניתן לעשות בבג"צ). פה רק מערערים על הקביעה העובדתית בטענה שהיא חסרת תוקף כי בד"ר השתמש בראיות פסולות בניגוד לחוק הפרטיות ובניגוד לכבוד האדם וחירותו.

**גבולות הפיקוח השיפוטי**

ההבחנה בין המעטפת למהות-

מעטפת היא סדרי הדין והפרוצדורה והמהות היא התוכן של הפסקי דין.

בשאלת ההתערבות – ההתערבות היא במעטפת בעיקר.

**התוכן עצמו חסין מפני התערבות בג"צ!**  (פס"ד רפאלי).

ס' 5 לחוק שיווי אישה- כל הנושא של נישואין וגירושין לא יושפע מחוק שיווי זכויות האישה !!

לכאורה מאז תחילת חקיקת החוק הזה היה צריך להגיד שיש לשנות את כל מערך הנישואין והגירושין, אך זה לא קרה.

ח"כ יעל דיין הובילה מהלך לחקיקה מחדש של חוק שיווי האישה ולהעלות אותה לרמה של חוק יסוד! אך מהר מאוד התברר שהסיכוי היחיד שזה יעבור הוא רק אם נשמר את סעיף 5. המרצה ואחרות הבהירו לה שזה לא יתכן, כי החסינות הזו הניתנת לדין הדתי תהפוך ע"י כך לחוק יסוד אשר יעגן את חוסר השיווין (בקיצור- סעיף 5 הוא לא שייוני, למרת שנמצא בתוך חוק שויי זכויות, ואם הח"כ תעגן את זה בחוק יסוד, זה גם יעגן את חוסר השווין, כלומר מצב של אוקסימורון).

**פס"ד רפאלי (מכונה יותר מאוחר : פלונית)-**

מקרה קלאסי של סרבן גט שמעכב את הגט כדי להשיג כסף וכן התנה על ביקורי הילדים.

השופט אור לא מתייחס לכל ההיסטוריה המשפחתית של בני הזוג.

הגט משמש כקלף מיקוח לצורך שיפור תנאי הגירושין.

כמו כן בפסד זה יש התייחסות של בד"ר לאלימות נגד נשים.

השופט אור מבטא את העמדה המקובלת "איננו יושבים כערכאת ערעור על החלטות בתי דין אלה".

חשין בדעת יחיד אומר "עברתי בקפידה על הראיות.. ואני מסכים.." , "אילו הכרעת הדין של ביה"ד הרבני הגדול.. היה מקום להוסיף ולעיין בסוגיה".

פסקה 9 של חשין = חשובה. למעשה חשין אומר שהוא היה מתערב במהות הפס"ד.

כלומר חשין מוכן לדון גם בנושאים המהותיים ובתוכן.

**פס"ד פלונית (בני נוח) –** מאוד חשוב !! לקרוא!

דרמטי מבחינת האינטרקציה שהיתה בין המערכת הדתית לאזרחית.

זוג תושבי ואזרחי ישראל, שאין להם מניעה להתחתן בישראל, התחתנו בקפריסין. לאחר מכן הם נרשמו במרשם כנשואים.

הם רצו להתגרש, היה סכסוך בבית משפט לענייני משפחה. היא הגישה תביעה לשלום בית והוא כעבור שנתיים הגיש תביעה לפסד הצהרתי כי הצדדים אינם נשואים כדמו"י. בד"ר האזורי קובע שהם לא נשואים ולכן אין צורך בגט. והוציא פס"ד שהוא יכול להינשא. האישה ערערה לבד"ר הגדול בטענה שבדר התעלם מהנישואים האזרחיים מהם ולא יכול לבטל את המעמד של הנישואים האזרחיים בינהם. בדר הגדול מקבל את הערעור של האישה וקובע שבדר מוסמך להתיר נישואים של בני זוג יהודים בין בגט ובין באמצעות פס"ד. הרבני הגדול אומר שיש להוסיף לפס"ד של בדר האזורי הוא משפט אחד שבדר יתיר את נישואי הזוג. כלומר בדר הגדול חושש שהם יעתרו לבגצ. מפני שבדר התעלם מהנישאים האזרחיים, אז העתירה לבגצ תהיה בכך שלבדר אין בכלל סמכות לדון בנישואים אזרחיים.

בפסדים אחרים ראינו שלא משנה איפה הזוג נישא, אם בדתי או אזרחי, על מנת להתגרש הם חייבים לעבור בבדר.

אחרי פסד הרבני הגדול, האזורי עשה מה שהגדול אמר לו לעשות. והוא התיר להם את הנישואים. האישה בכל זאת עתרה לבגצ. לא ברור מדוע היא עתרה לבגצ ומה היא רצתה להשיג בכך. כנראה שחרה לה מאוד שהעובדה שהיא נשואה עשרים ומשהו שנים ובדר לא התייחס למעמד שלהם כלל. לאחר מכן כאשר בדר הגדול אמר לאזורי שהוא כן צריך לתת משמעות לעובדה שהם היו נשואים, אז מדוע היא עתרה לבגצ לאחר שהעניין נפתר למעשה.

השופט ברק מקבל את בקשת עו"ד יעקובי (היועץ המשפטי לבד"ר).

בדר הגדול ענה לבג"צ

העתירה מגיעה לברק וברק מקבל פה את בקשתו של עו"ד יעקבי- היועץ המשפטי לבתי דין רבניים והוא מורה להשלים את הנמקת פסק הדין של בית הדין הרבני.

חלק ח' לפסה"ד של ברק:"העילה להתרת הנישואין".

\*\*לקרוא את מה שדיכובסקי אמר לברק \_(חשוב מאוד!!).

פסקה 36 בפסד של ברק- הוא חוזר על דבריו של דיכובסקי ואומר שעילת הגירושין היא קרע בין בני הזוג שאינו ניתן לגישור. לא מדובר באשמה של צד אחד. הרס חיי הנישואין הוא עילה לגירושין בפני עצמו. הוא אומר "גישה זו מקובלת עליי"- למעשה שוב זו כניסה לתוך התוכן של הדין הדתי!! העברת הדין הדתי בשבט הביקורת האזרחית. ברק לא יכול להכריח בית דין רבני לעשות משהו אחר מאשר הדין הדתי שלו! אין מה לעשות, אלו הם הגבולות של המערכת השיפוטית.

אומנם זה היה באוביטר, אבל חשוב להכיר אותם.

2.4.2014

**שיעור 13**

**נושא 9 : יצירת דיני משפחה אזרחיים**

עד כה דיברנו על מה קורה עם הדין האזרחי במערכת הדתית. עכשיו נדבר על השאלה המקבילה:

מה קורה עם הדין הדתי במערכת האזרחית?

כל ענייני המעמד האישי, למעט אילו שיש לגביהם חקיקה טריטוריאלית, יחול בו הדין הדתי והמערכת האזרחית אמורה להחיל אותו.

שאלה מעשית- איך בכלל יכולים שופטים שאין להם הכשרה במסגרת הדתית ואין להם נגישות או ידע, איך ברמה המעשית יפתרו נורמות הלכתיות (מה הם אמורים לפתוח את שולחן ערוך? )? או אולי בכלל זה בכלל שפטים לא יהודיים .או שאלו הם שופטים יהודיים שצריכים להחיל דין שרעי או דרוזי.

לכך מתווספים תשאלה יותר מהותית ערכית- יש שתי מערכות קוטביות המבוססות על נורמות שונות לגמרי.

המערכת הדתית מדברי על מערכת זוגית שיש לה מקום משמעותי ליחידה הזוגית, לפעמים על חשבון הפרט והאוטונומיה שלו ("היחידה מול היחיד"- ליפשיץ). היחסים מבוססים על היררכיה ברורה (פטריאררכיה), חלוקת תפקידים מגדרית מסודרת. יש תבנית ברורה שיש להתנהל לפיה והיא אף נכפת על הזוג לפי המודל הראוי.

התפיסה האזרחית הפוכה לגמרי, מטרת הזוגיות והמשפחה היא מיקסום האושר האישי, ולא דווקא על פרו ורבו. היחסים מושתתים על שווין, כבוד, הדדיות (הערכים הליברלים). אין חלוקת תפקידים ברורה ונוקשה.

לשאלה הטכנית שהצגנו קודם, מצטרפת לשאלה המשמעותית הערכית.

מתעוררת השאלה – מה קורה עם הדין הדתי במערכת האזרחית. מה קורה כאשר שופטים צריכים לשפוט לפי נורמות מנוגדות להם וסותרות לאני מאמין של השופט/ת.

המרצה תציג את התיזה שמתגבשת מערכת אזרחית שלמה של דיני משפחה בישראל.

נבהיר שזה שתיווצר מערכת אזרחית כזו זה ברור, ולא מפתיע שזה קורה, אלא הכוונה היא להתוות של מערכת אזרחית במחוזות שלא היתה אמורה להתקיים (זה אמור היה להשאיר מחוץ לתחום).

התחומים שלא מפתיע שתתהווה מערכת אזרחית- מסגרת "הידועים בציבור". חיים משותפים ללא נישואין. כל המסגרת הזו פשיטא שתהיה אזרחית מפני שכולה נועדה לעקוף את המגבלות והנוקשות והבעייתיות של המערכת הדתית. מראשיתה נוצרה להוות אלטרנטיבה. ברור שלא כפופה לדין הדתי. המסגרת של נישואים אזרחיים אמורה לפתח דינים אזרחיים ולא ברור כמו המערכת של הידועים בציבור. נדבר בהמשך על זה.

יש את כל התחומים שאמור לחול בהם הדין הדתי והמערכת האזרחית צריכה להחיל אותם, וגם שם לטענת המרצה , מתפתחת מערכת שלמה של דיני משפחה אזרחיים.

**מזונות**

מזונות בני זוג- הם בעיקר מזונות אישה.

אישה זכאית למזונות רק כל עוד מתקיים הקשר של הנישואין. אין מזונות אישה לאחר הגט לפי ההלכה.

הילדים זכאים למזונות בלי הקשר למה שקורה להורים. כלומר גם ההורים לא היו נשואים מעולם, הם זכאים למזונות משני ההורים. עיקר הנטל הוא על האב. במקומות אחרים, לא בהלכה, ילד מחוץ לנישואים נקרא "לא לגיטימי (לא חוקי)". ההשלכות של ילד לא חוקי הן השלכות קשות. כאילו לא מתייחסים שיש לו אבא, כי יודעים שיש לו אמא, אבל אבא לא בדויק יודעים מיהו. בדין הקנוני והמוסלמי מכירים במושג הזה של ילד לא חוקי. כמו כן במדינות מערביות רבות הכירו הזה. רק לפני כמה שנים מדינות כמו אנגליה ומלטה ביטלו את המעמד הזה של הילד הנולד מחוץ לנישואין, אשר לא היה לה זכויות מאביהם. בישראל מעולם לא היה מושג כזה כי לפי המשפט העברי זה לא משנה אם ההורים נשואים או לא.

מושג הממזר- לא מדבר על שאלת האבהות. הוא מתאר מצב בו ילד נולדו לאישה נשואה מאיש שאינו בעלה. הממזר נפגע במעמד הדתי החברתי שלו. אבל לא בזכויות שלו כלפי הוריו.

**מזונות בני זוג- בעיקר מזונות אישה**

אישה זכאית למזונות כל עוד הנישואין מתקיימים.

למעשה יש פרדוקס כי את מגישה את תביעת המזונות כי את רוצה להתגרש.

התרחש מהלך של בניית תשתית שלמה של מזונות אזרחיים, בעיקר ע"י שמגר (ולא ע"י ברק) אשר הכשיר את הקרקע לברק (פס"ד 8256/99 פלונית המזונות החוזים/אזרחיים -**חשוב**).

פסיקת המזונות של שמגר

כנגד תביעת מזונות של אישה יש טענות הגנה שהבעל יכול להשמיע כנגד האישה בהסתמך על התנהגות לא נאותה של האישה (סטיה של האישה מהתנהגות מינית מצופה ממנה). ההלכה לא מסתפקת רק בדרישת חובת אמון, אלא פירוט של קוד בירור של איך צריך לנהוג. הקוד הזה הוא לא סימטרי. הדרישה הזו מעוגנת לא בדין תורה, אלא בדרבנן. האישה לעולם לא יכולה להיות נשואה ליותר מאיש אחד (הגבר יכול).

הפרה של הקוד המוסרי המיני מצד האישה יש השלכות דרמטיות מאשר כאשר האיש מפר את הקוד הזה.

כשהאישה מפרה זה מתרגם מייד לזכויות כלכליות. מתרגם לכתובה, לכך שהיא מפסידה את כתובתה וכנגזרת מכך את זכותה למזונות. להפרה הזו יש כמה רמות:

1. אם אישה קיימה קשר מיני אינטימי אסור עם איש אחר ("זנתה תחת בעלה") זו ההפרה החמורה ביותר- ההשלכה המיידית היא אובדן זכותה למזונות. על מנת להוכיח את זה צריך רמת ראיות מאוד גבוהה. נדרשות ראיות של שני עדים כשרים שיכולים להעיד שהם ראו בשעת מעשה את המעשה עצמו. ללא העדים, לא ניתן להתייחס לרמה חמורה זו. ויורידם רמה אחת מתחת:

2. "עושה מעשה כיעור"- יש מספיק הוכחות שהיא היתה עם מישהו אחר אבל לא ניתן להוכיח זאת ברמת ההוכחות הנדרשות הלכתית.

3. התנהגות לא ראויה- אישה לא מתנהגת בדרכי הצניעות הנדרשת מהן. התנהגות מתירנית. אבל אי אפשר להוכיח דברים כאלה. ("עוברת על הדת היהודית").

גם שופטים אזרחיים צריכים להתייחס לדין הנ"ל.

שמגר בסדרה של פסקי דין הוביל מהלך הדרגתי של פסיקת מזונות החורגת מההלכה הנ"ל.

נשווה את הדרך שברק פעל מול שמגר.

ברק מכריז שהוא נותן מזונות אזרחיים חוזיים. שמגר לא מצהיר זאת, אבל לבסוף זה פשוט קורה בצורה הדרגתית בפסיקותיו. חלק מהפסדים של שמגר כלל לא פורסמו בפד"י כי לא אזכרו פסיקה קודמות ולא אזכרו תקדימים, היו מאוד קצרים, והעורכים שלה הפד"י לא חשבו שהם חשובים ולכן לא פרסמו אותם.

שלב ראשון: החלה לכאורה של הדין הדתי (פרידמן, גל)

**פס"ד פרידמן-**

של סוף שנות ה 80 .

תביעת מזונות במחוזי, הבעל טוען שהוא פטור כי האישה בגדה. הוא יודע זאת כי היא סיפרה לאדם שלישי. חוצמזה הוא עשה הליך של כינוי וסתירה- פרוצדורה הלכתית בה הבעל מזהיר את האישה לבל תסתר עם פלוני (תהיה עם פלוני).

אלו הם פרוצדורה ודיני ראיות דתיים. שמגר יכל להגיד שיחיל את דיני הראיות וסדרי דין אזרחים. אמנם היינו מגיעים לאותה תוצאה. קיבלה מזונות. אבל שמגר הלך בדרך אחרת.

הוא פותח את ספרו של ד"ר הרב בן ציון שרשבסקי, אשר ריכז בספרו את כל החומר ההלכתי העוסק בדיני המשפחה הנוהגים היום ושיש להם השלכה מעשית כיום כפי שמוחלים בבד"ר היום.

למעשה זה הפתרון שהשופטים האזרחיים עושים- פותחים את הספר שלו.

בהיבטים הממוניים ההלכה מסתפקת בהודאת בעל דין. פה היא הודתה במעשה הבגידה ולכן לא היה צריך את שני העדים על מנת להגיע למסקנה הזו. אז מדוע שמגר לא התייחס לזה? כי הוא רצה להגיע לתוצאה של לתת לה את המזונות, אך יחד עם זאת ללכת לפי הדין הדתי. כלומר גם ע:י הדין הדתי להגיע לתוצאה צודקת וראויה לדעתו

**פס"ד גל-**

זוג שחי בנפרד הרבה שנים. הוא עזב את הארץ. היא הגישה תביעת מזונות בטענה שבגדה.

יש לו ראיות- תמונות שצילמו את האישה עם השלישי במכונית בחוף הים, וברור מה הולך שם. יש חוקר פרטי שראה אותו הולך אליה הביתה וכו'. אפשר להגדיר את זה "כמעשה כיעור". שמגר מקבל את הערעור מהמחוזי.

טוען שלא היתה התייחדות מינית ולא ניתן לייחס לה מעשה כיעור כי הבעל מרצונו לא נמצא איתה, והיא נפגשת עם מכר ומותר לה. ברור שלשמגר מפריע שהבעל גם לא מתנהג כראוי, כי הוא לא רוצה לשלם לה מזונות. שמגר כאילו משתמש בדין הדתי, אבל באופן מאוד חלש ולא באופן שבד"ר היה מחיל אותו. במילים אחרת הוא "כאילו" מחיל את הדין הדתי אך זה לא באמת זה. הוא רק עושה את הרושם.

שלב שני: החלת הדין הדתי תוך העברת ביקורת ישירה (גרינהאוז, כהן)

**פס"ד גרינהאוז-**

מראשית שנות ה80. תביעת מזונות של האישה במחוזי ותביעת גירושין בבד"ר. במסגרת הגירושין המליץ בד"ר לצדדים לנהל מו"מ לגט וקבע שיש רגליים לדבר קצת "כי האישה עוברת על דת" (רמה 3). כלומר יש כאן **מעשה בית דין** (קביעה עובדתית של בד"ר). יש **השתק פלוגתא** כי בד"ר קבע כממצא עובדתי שהאישה עוברת על דת ולכן יש לזה השלכות.

עליון אומר שזו לא סוף פסוק, זו רק עובדה אחת ממכלול עובדות. שאחת מהן נמצאת גם דרך התנהגותו של הבעל. כי גם הבעל עושה כמוה (הבעל פירסם מודעה בעיתון על "גבר פנוי"). לאישה היו הקלטות של שיחות עם גברים. מגר אומר שהוא לא מתחשב בזה. יש מבחן חדש. **האישה יכולה לישון בביתו של גבר אחר בעוד שניתן להכויח שגם הגבר לא נמנע מעשים דומים.** הוא יודע שהוא נותן פסד מרחיק לכת ולכן מפנה לפסד של בד"ר האומר שכדי להיפטר מעילת מזונות של עוברת על דת, הבעל צריך להיות כזה שההתנהגות הזו מפריעה לו. אבל מהפסד שהמשפט הזה לקוח היה ברור מעל לכל ספק שהאישה לא קיימה שום קשר מסוג זה כי היא היתה אחות סיעודית ולנה בביתו של גבר קשיש. כלומר עובדות המקרה של הפסד הרבני ששמגר הפנה לא באמת דומים. הוא רק לקח משפט שהתאים לו כדי ליצור שוויון והדדיות בין בני הזוג. ברור שיש כאן קו של לקחת את הדין הדתי לאן שהוא רוצה .

הביקורת היא על הבעל וכבר הרבה יותר ברורה.

**פס"ד כהן-**

תביעת מזונות במחוזי וגירושין בבד"ר. האישה הודתה בבדר שהיא בגדה ובד"ר חייב אותה בגט.

יש מצבים שבהם פסיקת בד"ר מהווה יצירת מציאות עובדתית משפטית חדשה. הפסד עצמו הופך להיות פסד קונסטיטוטיבי. לכן פסד שמחייב אישה לגט הוא כזה. כי בעקבות זה היא בכל מקרה כבר לא זכאית למזונות. כלומר אובדן המזונות הוא לאו דווקא בשל זה שהיא בגדה, אלא בשל זה שבד"ר חייב אותה לתת גט. למעשה שמגר היה צריך לקבל את העובדה שהיא בגדה. הוא לא מזכיר את זה בכלל. כל הפסד שלו מתמקד בתרעומת כנגד האיש וביקורת נגד הדין הדתי. האיש עזב והקים משפחה חדשה עם ילדים ואישה, ולכן לא יכול להתלונן על האישה שעזבה את הבית בעוד הוא עושה מעשים כאלה בעצמו.

שלב שלישי: התעלמות מן הדין הדתי עצמו (כהנא, סולומון)

**פס"ד סולומון-**

לא התפרסם בהתחלה כי לא היה נראה חשוב כי לא עסק בבני זוג יהודים. האישה יהודיה, הבן יווני אורתודוכסי. היה צריך להחיל דין יווני אורתודוכסי.

**טענת הגנה נוספת מפני תביעת מזונות מסוג קיזוז על פי המשפט העברי- "**מעשה ידיה כנגד מזונותיה". אישה שמשתכרת למחייתה (עובדת תמורת שכר) מקזזים את משכורת מסכום המזונות שאולי היו מגיעים לה. לכן בהרבה מקרים האישה לא תקבל מזונות כי היא משתכרת. לכן זו הסיבה שבעבר עו"ד היו ממליצים לאישה להפסיק לעבוד. לא קיים היום בפרקטיקה. הדין הזה לקוח מהמשפט העברי. שמגר מדבר פה על "אמות מידה רגילות המקובלות בבתי המשפט". אמות המידה המקובלות תלויות בהשתייכות הדתית של הצדדים. אין סיבה שתקבל מזונות כי היא לא נזקקת כי היא משתכרת. ברור ששמגר פועל לפי התוצאה שהוא רוצה להגיע אליה. הוא אומר שכן יש דין כללי ואמות מידה מקובלות. כלומר הולך למה שנראה לו נכון מתוך הדין הדתי. הוא נותן תמונה של אמות מידה מקובלות וכתימוכין נותן את חוקי היסוד. הדין הדתי שאמור היה להיות מופעל כאן- לא נמצא בפס"ד שלו!

**פס"ד כהנא-**

אמצע שנות ה 90. כהן וגרושה התחתנו בקפריסין, עברו 30 שנה ונזכרו שהם לא יכלו כלל להתחתן והם אסורים, לכן מקבל מייד בבד"ר חייוב לגירושין. בד"ר מורה לאישה לקבל את הגט ומפסיק בד בבד את זכותה למזונות.

שמגר אומר שאם ניתן לבס את זכותה של האישה למזונות לא דווקא מכוח נישואין אלא מכוח התחייבותו של הבעל , מחייב הצדק שלא תישלל זכותה של האישה למזונות גם לאחר שניתן פסק דין המחייב בגירושין.

שמגר מבסס את חובת המזונות על עקרונות מאוד מופשטים המבוססים על עקורנות הצדק.

לא קיים כאן התייחסות לדין האישי. יש כאן מסלול עוקף דין אישי.

**האבהות האזרחית של חשין-**

היתה פעוטה מוסלמית שנולדה כאשר אבא שלה היה נשוי לאישה אחרת, וחשין מכנה אותה "שתוקית" (לא אומרים לה מי זה אבא שלה). האבא לא מכיר בה ומתכחש אליה. לפי חלוקת הסמכויות שהיתה קיימת עד תיקון 2011 לחוק ביהמש לענייני משפחה- לפי חלוקת הסמכויות המקורית בין בית הדין השרעי למוסלמי, לשרעי היתה סמכות ייחודית לדון במזונות ילדים. חשין לא יכול להשלים עם המצב הזה. חשין בחר בדרך בה יש יצרת אבהות אזרחית. נכון שבית הדין השרעי לא מכיר שפלוני הוא אביה של הפעוטה, אבל זו אבהות במושגים הדתיים השרעיים. יש במערכת האזרחית סדרה של חוקים ודינים שמבנים אבהות על בסיס קשר ביולוגי גנטי (אבהות אזרחית. כשאומרים שלבית דין דרעי יש סמכות ייחודית לדון בשאלת האבהות והנגזרות אליה, מתכוונים רק לאותו מוסד אבהות שהדין הדתי מכיר בו. אבל כשמדברים על האבהות האזרחית (מוכיח שהמוסד הזה קיים בשיטה המשפטית שלנו) זה מחוץ להישג ידו של בית הדין השרעי. בגלל זה כל הדיון הזה נמצא רק במערכת האזרחית וזו לא פגיעה במערכת הדתית, כי מלכתחילה זה לא קיים אצלה (מלכתחילה היא לא מכירה באבהות ביולוגית).

**המזונות החוזיים של ברק: רע"א 8256/99 פלונית (12/03) – לקרוא חשוב**

התחתנו ב 1996 בנישואי פראגאויי (ללא נוכחותם בפראגויי). תוך שנה היחסים התערערו, תובעת גירושין ב 1997 לבסוף התגרשו ב 2000.

תביעת המזונות התייחסה רק לשנה וחצי. כי לאחר מכן נכנסה להריון ממישהו אחר.

עובדות הפס"ד לא היו מתאימות ליישם את התיזה של ברק , אבל בכל זאת עשה זאת כי עמד לפרוש ורצה להשאיר חותם.

יש מסלול של סטטוס ויש מסלול של חוזה (מה שרוכשים באמצעות מעמד ומה שרוכשים באמצעות חוזים).

דיברנו על זה בפס"ד שמואל. יש מסורת של פסיקה שהולכת במסלול הזה. דורש שראשית נבדור האם נכנסים לסטטוס ואז מהן הנגזרות של הכניסה. אז מדוע לא להיכנס למסלול הזה, אם הוא כבר קיים?

אומר ששאלת תוקף הנישואים האזרחיים אינה פשוטה בכלל. אז עדיף שלא נתמודד עם זה. נימוק לא משכנע!!

הוא רצה להוריד את הדרך של הסטטוס, כי החוזה יתן לנו תשובות יותר מקיפות. ויתכן שיחול גם על ידועים בציבור שלא נישאו כלל.

ברק שואל מה תוכנו של המזונות החוזיים האלה? הם יבטיחו את רמת חייו של בן הזוג "החלש" ויאפשרו את שיקומו לאחר הגירושין. נגזרת מחובת תום הלב.

השאלה החשובה בהקשר זה- **על מי חלה המסגרת של המזונות החוזיים?** במקרה זה חל על נישואים אזרחיים. כמו כן על ידועים בציבור. נותרת השאלה האם זה חל על נישואין כדמו"י?

כל הרטוריקה לא מבחינה בין נישואים אזרחיים לידועים בציבור לדמו"י. לא ניתן להגיד שהכוונות והרצונות של אלו שבחרו להינשא אזרחית שונים מאלו של מי שנישא כדמו"י או של שמי שבחר להיות ידועים בציבור.

ברק אומר שהפסד שלו לא בוחן מערכת זו. למעשה נבנתה מערכת שלמה של מזונות אזרחיים.

ברק מבסס תיזה עם משקל משמעותי ומהותי ופותחת את הפתח למזונות גם במצב שבו מסתיים הקשר (מזונות משקמים). לפוטנציאל יש מקום בנסיבות בהן אנשים חיים יחד הרבה מאוד אנשים והאישה יותר פועלת בבית ולא משתכרת כמו הגבר.

3.4.2014

**שיעור 14- תרגול 5**

**המשך לנושא 7: יחסי הגומלין בין הערכאות**

**כלל הכיבוד ההדדי בין הערכאות**

הפסיקה חוזרת שוב ושוב על זה שיש כיבוד הדדי בין הערכאות. למשל פס"ד פלדמן .

**פס"ד ראש חודש 2626/90-**

בני הזוג היו בהליכי גירושין בבית הדין. במקביל היו הליכים לפירוק שיתוף בדירת המגורים בבימש אזרחי.

במסגרת תביעת הגירושין האישה כרכה את מזונות האישה (במסגרת תביעה של אישה למזונות אישה מותר לה לתבוע "מדור ספציפי" כלומר להמשיך לגור באותו בית שהיא גרה בו, כל עוד היא זכאית למזונות. הזכאות של אישה למזונות אישה זה רק עד הגט). במקרה זה כבר התבקשו צווים בהקשר של פירוק השיתוף בבית המגורים ובמקביל היא ביקשה "מדור ספציפי" שלא לפנות אותו מביתה. כלומר יש שתי בקשות לסעדים שלכאורה סותרות. טענת הבעל היתה שהיא לא יכולה לבקש לדון בנושא המדור בבדר כי כבר הבעל כבר הקדים אותה בזמן כאשר הגיש תביעה לפירוק שיתוף במחוזי.

בעיקרון במזונות אישה ורכוש הם שני דברים שונים לכן אין את המבחן של הזמן וזה לא משנה מה קדם למה.

הבקשה של האישה למדור ספציפי התקבלה בבדר עוד בטרם ניתנה החלטה בבימש למשפחה.

העליון קבע שאכן יש פה סעד בסמכות מקבילה (נושא המדור) אבל במסגרת שתי תביעות שהן שונות לחלוטין (פירוק שיתוף/ מזונות אישה). אמנם הסמכות לדון ברכוש בדירת המגורים עצמה נמצא בבימש מחוזי ואף אחד לא מערער על הסמכות הזו. אבל מאחר ולבד"ר יש סמכות לדון במזונות אישה, יש לו גם סמכות לפסוק צו ביחס למדור (לדירת המגורים). ואם הוא קודם להחלטה של בימש למשפחה הוא מחייב את הערכאה האזרחית רק ביחס לסעד הספציפי הזה.

המקור לכל זה הוא כלל הכיבוד בין הערכאות, הרעיון הוא לעשות סדר וברגע שערכאה אחת פוסקת אז יש מעשה בין דין והחלטתו סופית ויש לכבד אותה. שתי הערכאות צריכות לכבד אחת את השניה.

מכוח העיקרון הזה נקבע כלל נוסף:

**כלל הסמכות הנמשכת**

הרעיון הוא לא לפתוח כל פעם מחדש את מירוץ הסמכויות. הצורך בדיון שוב ושוב נובע מאופיין של הסוגיות שהן בעלות אופי מתמשך. למשל בסוגיית משמורת הנסיבות משתנות (נגיד ילד קטן שצריך יותר משמרות מסוג אחד, ואז הוא גדל וכבר יכול לסוע באוטובוס ויכול יותר בקלות להגיע גם לאבא שלו..או ילד שיש לו קושי בלימודים וצריך שיעורים פרטיים ויש לחלק את ההוצאות בין ההורים וכו'.).

סמכות נמשכת היא חריג לעקרון נוסף **עקרון הברירה בין הערכאות-**

יש הנחה מקדמית בדיני משפחה שיש "שוק של ערכאות" וניתן לבחור בינהם, למי לפנות.

העקרון הוא עיקרון חשוב שמאפשר לכל אדם בפני איזו ערכאה לבחור להביא את עניינו.

עקרון הברירה אומר שאם כבר ערכאה מסויימת דנה בסוגיה שלך, אז בכל פעם שאתה רוצה להמשיך לדון בנושא אתה צריך לפנות לאותה ערכאה שכבר דנה בנושא.

מתי יש סמכות נמשכת?

**פס"ד 4111/07- חשוב למבחן (פס"ד מנחה בנושא הזה)**

של אדמונד לוי- ניסה לעשות סדר בנושא של הסמכות הנמשכת.

מקרים בהם תהיה סמכות נמשכת:

1**. מקרה שהיתה הכרעה מכוח תביעה-**

יש 4 תנאים העוזרים להכריע האם יש סמכות נמשכת בסוגיה:

1. כלל דן ופסק- האם ביהמ"ש קיים דיונים בנושא הזה ופסק בהם. בד"כ הכלל הזה מתקיים, כי אם כבר הוגשה תביעה אז ברור שבימ"ש ידון בזה (אלא אם פתאום החליטו ללכת לפשרה לפני הפסיקה).
2. סוגיה קרובה בזמן ומקום- לוודא "שהדן ופסק" היה לגבי אותה סוגיה שרוצים לדון בה עכשיו. למשל אם ביהמש דן ופסק בסוגיית המשמרות, ועכשיו אני רוצה לדון בסוגיית הגירה של הילדים לחו"ל, אני לא יכול כי הסוגיה לא נדונה ואינה קרובה לנושא שכבר נדון בבימ"ש (למשל בפס"ד ורבר).
3. סוגיה בעלת אופי מתמשך- בעיה עם הפסיקה כי מצד אחד לכולם ברור שמשמורת ומזונות הם נושאים בעלי אופי מתמשך. השאלה הבעייתית היא בנושא הרכוש. בפס"ד סימה לוי וסימה אמיר נקבע שסוגיית הרכוש אינה סוגיה מתמשכת. אבל זו לא ההלכה. בפס"ד של אדמונד לוי הוא משאיר את סוגיית הרכוש בצריך עיון.
4. אותם צדדים- כלל הסמכות הנמשכת מחייבת את שני הצדדים שהיו צד להליך (לא מחייב את הילדים. לכן עו"ד טוב יכניס גם את הילדים לתביעה הראשונית).

**2. מקרה שהיה אישור הסכם-**

ערכאה מסוימת אישרה הסכם גירושין שבו היו מפורטות הסוגיות שהטרידו את הצדדים. השאלה היא האם הערכאה שאישרה את הסכם הגירושין היא הערכאה המוסמכת לדון בסוגיות האלה בהמשך הדרך?

הפסיקה אומרת שאישור הסכם טכני בלבד לא מקנה סמכות נמשכת לערכאה שאישרה אותו (בו בימש נתן חותמת בלבד לאחר הסכמת הצדדים, ולא בדק את הנסיבות). מתי כן תהיה סמכות נמשכת?

* אם אושר הסכם בו יש הסדרי **משמורת והסדרי מזונות-** כדי לברר האם יש סמכות נמשכת לערכאה המקורית, צריך לעבור את 4 התנאים לעיל. פה זה יותר מורכב במקרה הראשון למעלה. כי הרבה פעמים יכולה להתעורר מחלוקת בעת אישור ההסכם. כלומר אם עברנו את 4 התנאים לעיל אז יש סמכות נמשכת.
* לגבי **רכוש**- לא עוברים את 4 התנאים כי לפי חוק יחסי ממון ס' 2 (אישור הסכם ממון) הסכם ממון טעון אישור של בימ"ש לעניני משפחה או בד"ר. הסעיף פורש כמקנה סמכות נמשכת לעניין ההסכם באופן אוטומוטי בעניין יחסי ממון. השופט לוי אומר שלאחר שערכאה מסוימת אישרה את הסכם הממון בענייני רכוש- אז כל פעם שרוצים לשנות אותו צריכים לחזור אל אותה הערכאה. כלומר יתכן שזה עניין של ממון אבל הוא לא אושר באותו הסכם אז כן ניתן לפנות ערכאה אחרת (פחות סביר, אבל למשל אחרי 5 שנים שכבר התגרשו פתאום יש איזו ירושה חדשה..).

בשינוי, ביטול או תיקון של הסכם – יחולו הכללים לעיל.

אבללל הפסיקה מבחינה בין שינוי ביטול או תיקון של הסכם שכבר אושר לבין תביעה לאכיפה/פרשנות של הסכם.

* הפסיקה אומרת שכאשר רוצים **לשנות** הסכם- **יש סמכות נמשכת**.
* כשמבקשים **אכיפה/פרשנות** הסכם (או תנאי בהסכם)- אין יתרון לערכאה המקורית! **אין סמכות נמשכת.**
* כשנפל **פגם בהליך אישור** ההסכם (כפיה עושה וכו') – בוודאות **יש סמכות נמשכות**. כי הטענה היא שבעצם הליך אישור ההסכם היו פגמים , לכן ברור שאותה הערכאה תמשיך לדון בו.

*\*\*הסמכות הנמשכת לא יהיה בעבודה. יהיה במבחן.*

**"מבחן הסיכול"** של השופט לוי- שאלה חשובה אותה נשאל: האם יש חשש לסיכול של ההכרעה המקורית?

כדי לבדוק מה היתה הכוונה האמיתית ברצון להתדיין בערכאה אחרת.

**חזרה כללית על נושאי התרגול**

2 השאלות החשובות שאותן נשאל בדיני המשפחה הן:

1. מהי הערכאה המוסמכת?

2. מהו הדין החל?

* **נישואין וגירושין**- ערכאה דתית מוסמכת, הדין הדתי יחול
* **מזונות אישה-** שתי הערכאות מוסמכות, הדין דתי.
* **מזונות ילדים-** אי אפשר לכרוך מזונות ילדים, אלא אם כל הצדדים הנוגעים בדבר מסכימים (אמא אבא ילדים). אם אין הסכמה הסמכות היא בית משפט למשפחה. הדין החל הוא דין דתי, כאשר יש זליגה אזרחית.
* **רכוש**- סמכות לשתי הערכאות (=סמכות מקבילה). הדין אזרח (חוק יחסי ממון או חזקת השיתוף).
* **משמורת-** סמכות מקבילה. הדין אזרחי (חוק האפוטרופסות).

כשכותבים את העבודה- לעבור על כל הסעיפים של חוק שיפוט בד"ר.

ס' 1- אם לא מתקיים, אין סמכות לבד"ר. 4 התנאים שלו ופרשנותם.

ס' 4- חריג בהקשר של מזונות אישה לא חייב תביעת גירושין, ניתן להגיש תביעת מזונות אישה גם בלי תביעת גירושין תלויה ועומדת.

ס' 4 א- דיברנו על איזה צורך הוא משמש.

ס'3- הסמכות בכריכה. מתי מותר ואיך. מבחני הכריכה.

ס' 9- בעיתיות סוגיית הרכוש. הסכמה בנקודות שונות בזמן (כשיש תביעת גירושין תלויה ועומדת /אין תביעה).

הצורך בהסכמת כל הנוגעים בדבר. פס"ד שרגאי המבחן המהותי של השופט אמיר.

* מבחן הסמכות הנמשכת- מרחף מעל הכל.
* נושא המרת הדת- היחס בין זה לבין ס' 1 לחוק שיפוט בד"ר.

**העבודה**

בנושא הסמכויות

הסילבוס לעבודה הוא הסילבוס של התרגיל.

עבודה לא קלה ובכוונה. לאתר את כל הסוגיות ולדון בהן.

ממליצה לקרוא את העבודה פעם אחת, ואז לקרוא את כל שיעורי התרגיל במחברת. היא הפנתה לפסדים המשמעותיים ואז ראשית לפנות אליהם (אפשר רק רציו וחלקים חשובים בפס"ד). תוך כדי לסמן איזה סוגיות שדיברנו בשיעור עולות גם בעבודה.

* הסמכות הנמשכת לא תהיה בעבודה.
* רק 5 תרגילים שלה יהיו לעבודה.
* ביססה את העבודה בעיקר על התרגיל, ולא על השיעורים עם רות.
* לעבוד עם חוק שיפוט בד"ר, פקודת ההמרה, ודבר המלך במועצתו.
* לעבוד צמוד עם החוק ולא נפספס ככה סוגיות.

6.4.2014

**שיעור 15** (הושלם משיראל)

סיכום כלשהו של מערכת היחסים המסובכת בין ביה"ד הרבני לביהמ"ש האזרחי:

המתקפה האזרחית- תזת שלושת השלבים:

המתקפה הקונבנציונאלית על סמכויות ביה"ד כוללת 3 דרכים:

1. הראשון הוא לנסות ולצמצם את סמכויות ביה"ד הרבני. הם עשו זאת לפי:

א. צמצום סמכויות הכריכה. לא כל פסקי הדין הם כאלה ויש יוצאים מן הכלל שלא פעלו לפי זה אבל רובם כן היו במגמה הזו

ב. צמצום מעשה בית דין- פחות מכפיפים את האזרחי לקביעות של הדתי

ג. צמצום סמכות נמשכת+ סמכות בהסכמה

ד. צמצום סמכויות ביה"ד לגבי קטינים במצבי גירושין- הקטינים הם ישות עצמאית, נפרדת מההורים ולכן הם כביכול בוחרים איפה להתדיין ולא ניתן לכרוך את זה לגירושין אלא רק בהסכמה של הילדים (של האפוטרופוס)

2. השני הוא תחומים שאמורים להיות בידי המערכת הדתית אבל הסמכות נלקחה ועברה לערכאה האזרחית. הנושא המובהק הוא רכוש- בתחילה הוא היה חלק מנישואין וגירושין ומקובל לחשוב שבבלי הוציא את זה מהמערכת הדתית והפך את זה לעניין חוזי, לעניין שקשור להלכת השיתוף, זה מנותק מנישואין ולכן זה שייך לאזרחי.

3. עקיפת המסגרת הדתית כולה:

א. הם יצרו מסלולים שעומדים בפני עצמם אך הם שייכים לאזרחי- נישואין אזרחיים (אפשר להירשם כאן אם מתחתנים בחו"ל), מסגרות ללא נישואין כמו ידועים בציבור

ב. השתלטות על משהו שלא שייך לאזרחי וניכוס תחומים כאלה למערכת אחרת. זה נקרא אימפריאליזם שיפוטי- זה לא נעשה ע"י המחוקק אלא ע"י ביהמ"ש. מדובר על מערכת שיפוט אזרחית שמתייחסת למוסד של ביה"ד הרבני- התוצר של ערעורים של בג"צ מופנה אל המערכת הדתית, הוא זה שצריך לנהוג לפי ההלכות שנקבעו. דוגמא לכך- פס"ד בבלי ולב

ג. יצירה של דיני משפחה אזרחיים- בעיקר בתחום המזונות. ברק קובע את המזונות האזרחיים ועוקף את המסגרת הדתית בנושא מזונות. המסלול הזה חל על פרט ומופנה אליו- כשאדם מתחתן הוא יודע שיש לו מסלול דתי ומסלול אזרחי. זה לא משהו שחל במערכת הדתית.

*תחילת חלק שני של הקורס*-

**נושא 12: עריכת הנישואין**

**מבוא לנושא של נישואין וגירושין כדמו"י**

**הזכות לנישואין:**

זוהי זכות אדם בסיסית- מכח אמנות בינלאומיות רבות. אנחנו חתומים על האמנות אבל עם הסתייגות בנושאים מסוימים בגלל הדת. ההסתייגות אומרת שאם יש סעיפים שנוגדים את הדין הדתי, ישראל לא מקבלת על עצמה. בתוך הזכות עצמה יש 2 מרכיבים:

1**. צורני-** הזכות היא שלא יכפו עליו טקס שאנחנו לא מעוניינים בו כמו טקס דתי. טקס דתי הוא כל טקס בעל מרכיב כלשהו דתי. הזכות היא שאו נבחר באיזה צורה לעשות את הטקס של הנישואין.

2. **מהותי-** למי יש זכות להינשא, מי זכאי להינשא ועם מי הוא רשאי?. הזכות אומרת שלכולם.

הזכות עצמה כוללת את הזכות לשיוויון לנישואין- שלא תהיה אפליה. השיוויון חל על כל 3 השלבים- כניסה לנישואין, במהלך הנישואין, ביציאה מהנישואין. המשפט הישראלי כמובן מפר את הזכות בכל 3 השלבים. יש מגבלות שהן לגיטימיות ואוניברסליות:

א. גיל מינימום. בישראל השוו את הגיל ל18 כמו כל שאר העולם לפני כחצי שנה. בעבר, בין 16 ל17 היה ניתן לקבל היתר בהסכמת הורים. גם מתחת ל16 היו נותנים מבחינת החוק היתר נישואין- במצבי היריון היו מאפשרים ללא הגבלת גיל להתחתן. בפס"ד אנגל דובר על ילדה בת 14 שנכנסה להיריון ממדריך בפנימייה. זה אונס מבחינת החוק. במקום להרשיע אותו באונס נותנים לו רשות להתחתן. כיום, מתחת לגיל 16 אין יותר אפשרות לקבל היתר לנישואין.

ב. פוליגמיה- מגבלה אוניברסלית. לא ניתן להתחתן עם יותר מאישה אחת. המגבלה הזו נפוצה אבל יש מקומות שכן מאפשרים את זה מכח החוק. בישראל מצד אחד יש עבירה כזו אבל מצד שני ביה"ד יכול לתת היתר. ביה"ד נותן רק לגבר יהודי- גם כאן יש אפליה מגדרית ודתית.

ג. קרבת משפחה מדרגה ראשונה- הורים,, אחים. יש דיון לגבי השאלה האם אחים או הורים מכח אימוץ זה אפשרי או לא. אין אחידות בעולם.

ד. בעבר הייתה מגבלה על נישואין בין בני אותו מין. זה לא היה נחשב כהפרה של הזכות לנישואין. כיום זה כבר לא כך, יש מגמת שינוי גדולה מאוד.

בהלכה היהודית יש מס' מגבלות על נישואין:

1. איסורי עריות שמקורם מדאורייתא והעונש עליהם הוא החמור ביותר- מוות בידי ה' או אדם

2. איסורי חייבי לאו מדאורייתא+ שניות לעריות מדרבנן- מדאורייתא זה פחות חמור, מדרבנן זה אותו דבר אבל בגלל שזה מהרבנים זה פחות חמור ולא מוות.

האבחנה היא בין מי נתן את האיסור ובנוסף, מה חומרת האיסור.

הקטגוריה הראשונה- התוצאה המשפטית של נישואין כאלה הוא כלום ז"א לא התקיימו נישואין כאלה, בטל מעיקרו.

הקטגוריה השניה- התוצאה המשפטית של הנישואין האלה הם שהם קיימים אבל אסורים.

בקטגוריה הראשונה נכנס- קרבת משפחה מדרגה ראשונה, לשאת אישה של האח שנפטר ואין דין ייבום (חייבים לייבם רק כשאין ילדים וכ"ו, לפעמים אין חובה כזו ולכן אסור לו לשאת את האישה האלמנה), אדם שמתגרש מאישתו ומתחתן עם אחותה של גרושתו (אם הוא התאלמן אז זה אפשרי), אשת איש- אישה שנשואה לאדם אחד לא תוכל לעולם להתחתן עם אדם אחר בעודה נשואה. הילדים מאחד מהקשרים האסורים יהיו ממזרים.

בקטגוריה השנייה נכנסים- פסולי חיתון- כהן וגרושה, כהן ומגוירות, ממזר עם יהודי, אשת איש שבגדה ומתחתנת עם אותו אחד שבגדה איתו (היא אסורה לבעלה ולבועלה). באחד מהמקרים האלה הילדים לא יהיו ממזרים. קשר כזה הוא אסור מלכתחילה אבל תופס בדי

23.4.2014

**שיעור 16**

בהמשך נעסוק ב:

* הבניית המגדר: הנישואין כדמו"י שמבנים את יחסי המגדר לפי תפיסת ההלכה היהודית.
* המגבלות הקיימות במסגרת המסלול הרשמי הקיים לנישואין בארץ.
* מצוקת הנישואין: אלו שאינם יכולים להינשא בארץ תחת המגבלות ( ונעסוק בתופעת הקידושין הפרטיים במטרה לעקוף את המגבלות של הדין דתי).
* סרבנות גט ועגינות.
* הרצאת אורח של דיין מבד"ר.
* יחסי ממון: ההשלכות הכלכליות של הנישואין.

**נושא 13: מצוקת החיתון וקידושין פרטיים**

**מגבלות החיתון בהלכה היהודית**

1. **אסורים ובטלים-** מעולם נישואין כאלה לא יוכלו לתפוס:

עריות מדאורייתא- קירבת משפחה מדרגה ראשונה: אשת האח שנתאלמנה כאשר אין דין ייבום, אחות אשתו, אשת איש.

התוצאה המשפטית של ילדים הנולדים מקשרים כאלה הם ילדים ממזרים. (למשל לרצון גואל נולדו ילדים מבנותיו שלו- גם הם ממזרים).

2. **אסורים מלכתחילה, תופסים בדיעבד-**

\*חייבי לאווין מדאוריתא ושניות לעריות: כהן לגרושה/חלוצה/גיורת, יהודי/ה לממזר/ת,

\*אשת איש שזנתה לבעלה ולבועלה.

כל אלה מנועי חיתון (=או פסולי חיתון) המנועים מהלינשא בדרך הרשימית, אבל אם כן מתבצע טקס נישואין פרטי יש השלכות משפטיות והם **כן תופסים**. אם זה נעשה בדיעבד זה כן תקף, מלכתחילה זה אסור (לעומת הקטגוריה הראשונה שבה לעולם הנישואין לא יתפסו).דוגמת פס"ד רודינצקי.

**קבוצות המצוקה**

הזכות למשפחה/נישואין לא קיימת באופן מלא בארץ:

* קבוצות מצוקה הנגרמת מכוח הדין עצמו:
	+ מנועי/פסולי חיתון אשר הקידושין בינהם אסורים מלכתחילה אבל תופסים בדיעבד.
	+ זוגות מעורבים (דתות שונות)
	+ עגינות
	+ בני אותו מין
* מניעים אידיאולוגים שאינם נובעים ממגבלות הדין הדתי-

הדין אמנם מאפשר להם, אבל הם לא רוצים להינשא בדרך הרשמית מטעמים אידיאולוגים אישיים. מטעמים אלה הם אינם רואים עצמם יכולים לסטטוס באופן שבו ישראל מציעה להם את זה. לכן נבחין בהמשך הדיון בין מנועי חיתון מכוח הדין לבין אלא המנועים מטעמים אידיאולוגים (או נמנעים..). ניתן להתווכח האם מידת ההפרה בזכויות אדם היא אותה פגיעה בין הקבוצה הראשונה לשניה.

**שאלת ההכרה בקידושין הפרטיים**

ייחודיות האופי ה"פרטי" של הקידושין כדמו"י-

הטקס של הקידושין בהלכה היהודית הוא מלכתחילה טקס פרטי ומי ששולט על יצירת הקידושין הם ני הזוג עצמם באמצעות מעשה הקידושין שהגבר מקדש את האישה. האקט הבסיסי עצמו הוא פרטי. הנוכחות של איש דת איננה הכרחית בכלל כדי ליצור סטטוס. התנאי הוא שיהיו 2 עדים. הפונקציה של העדים היא לא רק ראייתית זו פונקציה קונסטיטוטיבית (מקיימת, יוצרת). הנוכחות שלהם הכרחית הטקס הקידושין. העדים חייבים להיות: גברים, בגירים, אין קרבת משפחה לבני הזוג, מקיימי מצוות.

למעשה לא מדברים על משהו ציבורי ואינו חייב להתקים בפרהסיה.

הבעייתיות בטקס הפרטי היא שאנשים לא ידעו שהיא נשואה ואז עלולים להיווצר מצבים של קשרים עם אשת איש.

כמו כן לא יודעים מהן הזכויות הנובעות מהקשר הזה. יתרה מזאת, יתכן ואלו יהיו נישואי חטיפה, מתחת לגיל הנישואין הלגיטימי, בכפייה וכו'. לאורך הדורות המצבים האלה גרמו להרבה מאוד בעיות והרבנים היו ערים לבעייתיות שבטקס הפרטי, ולכן הם הסדירו את הנוכחות המחייבת של איש דת שיפקח, יסדיר ויראה שהבעיות הנ"ל לא קורות.

תיקון שהיה נקרא **"חרם דירושלים"** כנס של הרבנות הראשית ושר הדתות- מחייבת רישום במשרדי מועצת הרבנות הראשית, מחייבת שרק רב מוסמך לכך ורק בנוכחותו יהיה אפשר לערוך נישואין וקידושין כדמו"י. כמו כן נדרש מיניין (10 אנשים). חייב להיות קהל. התוצאות על מעבר על חרם דירושלים, כלומר האם הנישואין תקפים או לא- הם כן תקפים.

כל אותן תקנות שנתקנו במהלך הדורות המבקשות להטיל מגבלות (האוסרות על נישואי סתר, נישואין תחת הגיל הלגיטימי וכו') לא יכולות להוביל לכך שהקידושין לא יהיו תקפים. הן יכולות רק להטיל מגבלות אבל לא להפקיע את הנישואין.

למעשה זה ניסיון לעקור דבר מדאוריתא- וזה לא יצליח. הקידושין מדאוריתא הם כן תקפים (למשל נישואי קטינים).

היו מקרים שכן הפקיעו דבר מדאורייתא- וזה האפיק שמנסים ללכת על מנת לתת פתרונות למצבים שברור שכן צריך להפקיע את הנישואין.

החברה הישראלית של שנות ה 50 וה 60-

חברה הטרוגנית, פחות דתית מכפי שהיא היום. הרבה קולות אנטי דתיים. מבחינה כלכלית זו חברה שיותר סגורה בגבולות המדינה. רלוונטי לשאלה של האפשרות למצוא אלטרנטיבות למסלול הרשמי.

מצוקת החיתון היתה אותו דבר כמו היום. לגבי הנמנעים מטעמים אידיאולוגים לא ניתן להגיד בוודאות אם כיום הם יותר או פחות. בוודאי שלא היתה אז הקבוצה הגדולה של 400 אלף עולי בריה"מ שכיום הם פסולי חיתון.

מכאן עולה המודעות שניתן לערוך טקס נישואין פרטי שיהיה תקף, גם אם לא נרשמים ברבנות.

זו התחלה של תופעת הקידושין הפרטיים. ואז ביהמ"ש מצא עצמו בבעיה.

נחלק בין 2 מישורים המבטאים את הסטטוס של הנישואין:

1**. המישור המנהלי**- בא לידי ביטוי בעיקר ברישום במרשם האוכלוסין במשרד הפנים (ביטוי בת"ז). משמעות הרישום היא פומביות, הכרה לצרכי מס, כל המו"מ שיש לזוג מול רשויות המדינה (ביטוח לאומי, מס הכנסה, קופ"ח, בנקים). כלומר כל מה שדורש את ההוכחה שאני נשוי.

2**. המישור המשפטי-מהותי-**  זה למעשה המישור האמיתי של הסטטוס. האם הרישום מעיד על כך שהקשר אכן תקף מבחינה משפטית מהותית? לא. כל סדרת פס"דים המדברת על שאלת ההכרה בגיורי חו"ל (האם ירשמו אנשים שהתגיירו בקהילה רפורמית או קונסרבטיבית בארץ/בחו"ל). יש פער בין הרישום לבין המציאות. וזה לא קיים בשום שיטת משפט אחרת בעולם.

ההשלכות של הנישואין

* המשמעות ההלכתית של הנישואין היא שהיא אשת איש ואסורה לאחרים, ואם רוצים להתגרש הם צריכים להסדיר גט.
* מזונות וזכויות בין בני הזוג.

בתקופה של שנות ה 50 -60 הרצון של בני הזוג היה להשיג את הרישום (המישור המנהלי).

לכן מתחילה תופעה של זוגות הפונים לדרך הטקסים הפרטיים.

**פס"ד רודניצקי-**

הזוג הראשון עושה טקס פרטי ומבקש לשנות את הרישום במשרד הפנים-

פקיד הרישום מבקש הוכחה מבד"ר שיקבע אם הזוג נשוי או לא. בד"ר בבעיה כי אם יגיד שכן הוא מסייע לעוברי עבירה. כי אם מדובר על זוגות כמו כהן וגרושה הם עוברים על איסור דאורייתא. אם בד"ר יקבע שהם לא נשואים אז גם יש בעיה כי אז הוא משחרר אשת איש היכולה להינשא לאחר וממזרים יתרבו בישראל. כמו מלכוד. לכן בד"ר נמצא במבוי סתום ומחפש דרכים לעקוף את המלכוד הזה. לכן בפס"ד רודנינצקי בד"ר אמר שאמנם בני הזוג אינם נושאים זה לזה, אבל אם הם רוצים להינשא לאחרים הם צריכים להסדיר גט. על סמך החלטה בד"ר בפרשת גורפינקל חקלאי פקיד הרישום רשם אותם כנשואים, ואז הזוג רודניצקי מבקש שיצהר עליהם כפנויים או לחלופין אותו נוסח שניתן בגורפינקל. בד"ר מחליט ברודניצקי הוא מחליט שלא להחליט (בגלל שמצא סתירות בשני העדים וסימני שאלה באשר לכשרותם של העדים).

לנדוי אמר שאם בד"ר לא מסוגל להתמודד עם העניין, אז המערכת האזרחית יקבל את ההחלטה. ההחלטה שאכן בני הזוג נושאים לנדוי מקבל על סמך ההבחנה בין החלק המשפטי של ההלכה לבין החלק האיסורי של ההלכה.

לנדוי צריך להכריע לפי דין תורה האם הם נשואים או לא. השופטים הדתייים (קיסטר) אומרים שלפי דין תורה אסורה להם להתחתן. לנדוי אומר שכן יש תוקף לפי ההלכה לנישואין הללו. לנדוי אומר שהשלטת דין תורה לפי ס' 2 בחוק בד"ר אין זהה לכל החלקים שבדין. **כלומר חוק שיפוט בתי דין רבניים לא קלט לדין המדינה את החלק האיסורי של הדין, אלא רק את שאלת התוקף.** אמירה מרחיקת לכת וגורפת. לנדוי עושה מהלך מעבר לאמירה הזו- הוא נוטל לעצמו תפקיד שאין לו (התפקיד של בד"ר). הוא מצדיק את הסמכות שלו לעשות זאת כי בתור בג"צ יש לו סמכות לפקח על פקיד הרישום במשרד הפנים. ואגב זה יש לו את הכוח להחליט האם הם נשואים או לו. בעצם לנדוי עושה תחבולות.

הרעיון הוא לחייב את בד"ר לחתן כהן וגורשה או יהודי וגיורת. ביהמ"ש לא יכול לחייב לחתן, אבל את הפקיד הוא יכול לחייב לרשום אותם כנשואים! כל מה שלנדוי אמר היה אוביטר ולא ניתן להתלות בו.

רבנים קונסרבטיבים או רפורמים מבקשים הכרה כרושמי נישואי ובאים בפני בג"צ באומרם ששר הדתות חייב לתת להם את הסמכות לרשום ניושאין כי לפי ס' 2 הם עומדים בו כי מחתנים לפי דין תורה. הם לא מאפשרים נישואים שבאיסור, ומשיאים רק את מי שמותר. ניסו לעשות זאת ב**פס"ד היהדות המתקדמת**  עתרו רבנים קנסרבטיבים לבג"צ כדי לקבל את הסמכות להיות רבנים רושמי נישואין (תחילת שנות ה90). השופט אילון קבע שזה לא ניתן. זה הפס"ד המשמש לנו את **התקדים המשמעותי ביותר הקובע שדין תורה כאמור בחוק שיפוט בד"ר הוא דין תורה כפי שנתפרש ברבנות האורתודוכסית**, כולל פסיקות בד"ר ושו"ת**.**  זה סתם את הגולל על המהלך של הטקסים הפרטיים, כיום לא ניתן לעשות בו שימוש .

האופי המשתנה של הקידושין הפרטיים

אחרי פרשת רודניצקי בד"ר הבינו שהם הפסידו במאבק הזה ולפחות לגבי אלה שהם מנועי חיתון המערכת האזרחית כן נתנה את הסעד. לפנויי חיתון יש אלטרנטיבה -יכולים ללכת בדרך הרשמית אבל לא רוצים לעשות את זה לכן פחות רואיים לסעד ממנועי החיתון שלהם אין שום אלטרנטיבה.

לכן כאשר פנו אליהם זוגות של מנועי חיתון הם כן נתנו את האפשרות התחתן.

כיום האלטרנטיבה היא להתחתן בחו"ל.

כיום מי שפונה לטקסים הפרטיים, הם בד"כ שומרי מצוות אבל תפיסתם הדתית מביאה אותם להתנגדות עמוקה כלפי הממסד הדתי כפי שמתקיים כיום בישראל. הם מבקשים לנצל את האופי הפרטי של טקס הקידושין כדמו"י ומלא אחר כל מרכיביו. הם לא מעוניינים לעשות זאת בחסות הממסד הרבני וכן לא רוצים שיקרה מצב שם יעבור בבד"ר, ולשם כך עליהם **להימנע מרישום.** זאת בניגוד לזוגות של שנות ה50 שחשקו ברישום. המנעים האידיאולוגים שונים מאשר שנות ה 50, חלק גדול לא רצו את הפן הדתי שבטקס הנישואין. כיום הם דווקא כן מבקשים לחיות לפי הדת, אבל לא כפי שההלכה האורתודוכסית מציגה אותה.

מרכיבי טקס הקידושין כדמו"י-

2 עדים כשרים (עדי קיום)

הקניית הטבעת מהאיש לאישה- הגבר קונה/ מקדש את האישה.

אומר את המילים "הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדמו"י".

מרצונו של האיש והאישה

זוגות הרוצים טקס פרטי דואגים לקיום כל המרכיבים הנ"ל, אחר עוברים על חרם דירושלים. זו התקנה שקבעה שאסור לאדם לקדש אלא רק במניין, רב מסדר קידושין וכו'. הם עוברים על התקנה כי הם לא עושים זאת עם רב המסדר קידושין (זה מעוגן גם בעוד תיקון בחוק הרבנות הראשית- אחת מסמכויות הרבנות הראשית היא להסמיך את הרב להסדיר נישואין. עד אז זה היה מעוגן בפקודת הנישואין והגירושין מ 1919. שהיא גם עד היום מסדירה את הנישואין והגירושין). תיקון נוסף לפקודה הוא חוק צוהר – הציע שניתן להתחתן אצל כל רב ללא קשר לאזור הרישום הנישואין (פתיחת אזורי הרישום).

**נושא 14: מהלך חיי הנישואין**

**"המסלול הרשמי"- הבניית המגדר בדיני נישואין וקידושין בהלכה**

שורש הבעיה-

זה שהקידושין יכולים להיעשות באופן פרטי, זה אומר שגם הגירושין צריכים להיות פרטיים. זה לא שהגירושין "פרטיים" במובן שלא נדרשת נוכחות של גורם מפקח, אלא פרטי במובן שליטה- השליטה נמצאת אצל בני הזוג, שני בני הזוג הם הריבון להחליט להיכנס לצאת מהסטטוס. היציאה מהסטטוס נעשית באמצעות שטר הגט שנותן האיש לאישה מרצונו החופשי של האיש ובהסכמתה של האישה. רק אחרי מתן הגט הזה הם פנויים להינשא לאחרים. אין אפשרות לשום גורם חיצוני להתיר (להפקיע) את קשר הנישואין הזה מבחוץ.

מה הבסיס לגירושין עצמם? דברים כ"ד א .

מדאורייתא בגלל הפסוק הזה , האיש מגרש רק מרצונו, אבל אישה מתגרשת מרצונה או שלא מרצונה. הרצון החופשי של הבעל הוא הכרחי וללא קיומו הגט לא תופס, ואילו הרצון (ההסכמה) של האישה אינה הכרחית, אלא רק נחוצה מדרבנן (חרם דרבינו גרשום- חדר"ג- אסור לקחת יותר מאישה אחת).

איש יכול להיות נשוי ליותר מאישה אחת בו"ז. אישה שהיא אשת איש זה ערווה מדאורייתא ואיסור חמור ביותר לשאת גבר אחר.

במסכת קידושין פרק א'- הפרק מתחיל ב"האשה נקנית..". כלומר יש מעשה קניין. מעשה הקניין הוא אקט ש הגבר, הוא של הבעל הקונה את האישה. המילה בעל מבטאת בעלות בקניינו.

רכיב הקניין ומשמעותו לימיינו-

* שלוש הדרכים בהן האשה נקנית- מתקדשת
* היתכנו קידושין הלכתיים ללא קניין?
* היתכנו נישואין הלכתיים ללא איסור?
* הטעון שמדובר בסמנטיקה בלבד
* מה המשמעות המעשית של רכיב הקניין בקידושים ובנישואין ההלכתיים?

הדין של האישה המורדת יותר קשה מהדין של איש מורד.

הפרה של חובות מיניים של הבעל כלפי אישתו תהיה במעט הפעמים לכפייה לגירושין, בד"כ ישמש רק כעילת הגירושין.

30.4.2014

**שיעור 17**

**נושא 15: מצוקת העיגון**

**הגירושין בישראל**

התפיסה המערבית: **גירושין ללא אשם,** לפי דרישת צד אחד.

המבוי הסתום נובע בגלל הדיסונס שבין התפיסה המקובלת בעולם המערבי כאל מסגרת הנועדה גם להשיא (למקסם) את האושר של הפרט ונעדה להתקיים כל עוד שני הצדדים מעוניינים בקיומה, היא אכן מקובלת ברוב החברה בישראל. היא מביאה לשימוש במנגנון של גירושין ללא אשם. זו תפיסה האומרת שכאשר הזוגיות הגיעה לסיומה מבחינה רגשית ופסיכולוגית, זה הזמן לסיים את הקשר. יכול לקרות גם רק לפי רצון של צד אחד כי מספיק שרק צד אחד לא מעוניין בנישואין כדי שהזוגיות כבר לא מתקיימת. כל התפיסה הזו עומדת בסתירה מוחלטת **לתפיסת הגירושין לפי ההלכה, לפיה הגירושין יתקיימו רק בהסכמת שני הצדדים.** למרות שגם ההלכה כבר הכירה בחריגים מסוימים לזה. זה יוצר את בעיית העיגון. הרעיון של "זכות היציאה" הוא מושג מוכר בספרות הפילוסופית ומדעי המדינה כמנגנון החיב להתקיים כל אימת דמברים על מסגרות חברתיות שיש בהן אלמנטים מסוימים של כפייה או שלא משרתים תמיד את הרצון המלא של החברים באותה חברה. ברגע שיש את אפשרות היציאה זה לכאורה נותן את המענה ברמת הזכויות למצבים הבעיתים האלה. **בנישואין ההלכתיים אין "זכות יציאה" (THE RIGHT TO EXIT).** הנשים מציות בסכנת עיגון גדולה יותר מאשר הבעל. היא הפאסיבית והוא האקטיבי, הוא המקדש. האיש אינו מוציא גט אלא לפי רצונו, לעומת האישה שקבלת הגט מצידה קורת בקלות מבחינה טכנית. ההכרח ברצון הבלע מדאורייתא גורם לחשש מחיובו לגט, בעוד שאת רצון האישה ניתן לעקוף דרך חיובן בגט ביתר קלות, ודרך מתן היתר 100 רבנים. איום ממזרות ילדים עתיידים קיים רק על נשים.

אישה כמעט אף פעם לא תוכל לעמוד בסירובה לקבלת הגט לאורך זמן כיוון שהמנגנונים לאכוף את הסירוב שלה קיימים, ובראשם היתר מאה רבנים. במקור ההיתר נועד לתת מענה לנשים שנעלמו (למרות שפחות קרה, כי בעיקר גברים יצאו למלחמה נניח ונעלמו), או אי כשירות לקבל את הגט (אישה במצב של צמח). המנגנון נועד מלכתחילה להפעיל הרבה מנגנוני בקרה פנימיים לפני מתן היתר 100 רבנים. יש צורך ב 100רבנים מ 3 מחוזות שונות. אבל היום בעידן המודרני זה מאוד קל להשיג. באופן הדרגתי החלו להחיל את המכניזים של היתר מאה רבנים גם במצבים שאישה חויבה לקבל גט (לפי עילות הגירושין נגד האישה) אך מסרבת, ניתן להתגבר על הסירוב שלה באמצעות היתר מאה רבנים. לא ניתן לקבל היתר מאה רבנים עבור הבעל. ההיתר הזה מאפשר לגבר לשאת 2 נשים במקביל, וזה הופך את הגבר לעובר על חוק פלילי (עבירת ריבוי נישואין)- ביגמיה. אך סעיף 179 לחוק העונשין אומר שלא יורשע אדם לפי סעיף 176 לחוק (ריבוי נישואין) אם ניתן פסק דין המתיר את הנישואים עם האישה שניה (ע"י היתר מאה רבנים).

ביחס לנשים מסורבות יש 300 תיקים של סרבני גט מדי שנה. 7 סרבני גט יושבים כיום בבית הכלא. סרבן גט אחד ברח ממשמורת השב"ס, נעלמו עקבותיו ואשתו נותרה עגונה.

המצב אצל הגברים: יש עליה ענקית במתן היתרי נישואין לשאת אישה שניה החל משנת 2010. (כנראה שמספר ההיתרים הנמוכים יותר לפני שנת 2000 לא באמת מעידים שהיו מעט היתרי נישואין, כנראה פשוט לא היו מתעדים אותם).

למעל מ 75 היתרים ניתנים בשנה לגבר לשאת אישה שניה.

אין תשובה אחת לכמה מסורבות גט. כי יש גם וויכוח באשר להגדרת "מסורבת גט". יש רמות שונות לפסיקה המורה על גירושין: יש כפיה, יש חיוב, ועוד כמה הדרגות מתחת. מבחינת ביד"ר רק מי שהגיע לדרגת "חיוב בגירושין" ולא נותן גט רק הוא נחשב לסרבן גט. פסקי דין לחיוב במתן גט נתנים רק עשרות בשנה. פסקי דין לכפיית מתן גט כמעט ואינם ניתנים.

לפי הגדרת ארגוני הנשים- סרבן הוא כל מי שעבר פרק זמן מסוים (שנה – שנה וחצי) ועדיין לא נתן את הגט.

חוק יחסי ממון קבע שאיזון המשאבים יתקיים רק אחרי הגט או אם אחד בני הזוג מת. למה זה גרם? כי בד"כ לגבר יש יותר משאבים כלכליים, ואם הוא לא יתן את הגט אז האישה לא תוכל להתקיים מבחינה כלכלית. לכן האישה זקוקה לגט לא רק כדי לפתוח חיים חדשים עם גבר חדש, אלא גם זקוקה למשאבים הכלכליים.

גירושין בישראל-

כ 17 אלף תיקי גירושין נפתחים בבית הדין הרבניים בכל שנה. מתוכם: 9000 תיקי גירושין בהסכמה. כלומר הצדדים כבר באים עם הסכם לביד"ר. המנגנון של יישוב סכסוך בבימ"ש נועד לאפשר לזוג להתגרש בהסכמה ולא ע"י המנגנון הדיוני בביד"ר (מנגנון אדברסרי).

8000 תיקי תביעות גירושין, כמחציתן ע"י נשים. כ 10 אלף זוגות יהודים מסיימים את הליך הגירושין בשנה.

זמן המתנה לגט:

בתביעת גירושין בהסכמה- ממוצע המתנה של שנה.

בתביעות גירושין חד צדדיות- המתנה של שנה ו 4 חודשים.

\*הנתונים לקוחים מדו"ח מבקר המדינה באחת השנים.

לפני נתוני מרכז רקמן-

 כ 8% מהמתגרשים ממתינים 4 שנים ומעלה למתן הגט. למשל פס"ד רחל אברהם (20 שנה למתן הגט!!).

**פתרונות לסרבנות גט** (בהינתן אי-פעולה מצד בתי הדין)-

* יש פתרונות מ"בחוץ"- הימנעות מקידושין כדמו"י ע"י מערכת הידועים בציבור הנותנים ביטחון כמעט מלא באי הצורך להיפגש אם ביד"ר. עוד פתרון הוא נישואין אזרחיים מחוץ לישראל, אך היא לא פותרת את הבעיה בהגעה לביד"ר בעת רצון להתגרש.
* פתרונות מ"בפנים"- פתרונות פנים הלכתיים (נרחיב עוד מעט).
* האכזבות מניסיונות גיוס המערכת האזרחית- המדינה חוקקה את חוק שיפוט ביד"ר ואת חוקי היסוד עם שמירת הדנים. היא האחראית למלא את כל התחייבויותיה לשמור על זכויות האזרח והאדם של תושביה ותושבותיה. לכן המהלך הראשון שיש לעשות הוא לפנות למדינה כדי לפתור את המצוקה באופן כללי, ובאופן פרטני של כל מקרה אינדיבידואלי.
	+ **פס"ד פגס-** 15 שנים של סרבנות גט, מערכת יחסים אלימה. ההסכם קבע שהבעל יוצא עם כל הרכוש והאישה תשלם חלק מהמשכנתא. האישה פונה לבימ"ש המחוזי (לפי עידן ביהמ"ש למשפחה) וטוענת להפרת הסכם (הפרת חוזה) בעילות של עושק, כפיה, הטעיה. שמגר הולך בגישת חופש החוזים, גישה עסקית טהורה. אומר שתמיד שיש צד שרוצה יותר וצד שרוצה פחות ולעיתים צריך לוותר. כלומר התפיסה היא שהגט זה איזשהו "מוצר" שצריך להתאמץ כדי להשיגו ויש לו מחיר, שמשתנה ממקרה למקרה. אם יש אישה הסובלת מאלימות היא צריכה לשלם יותר די לקנות את המוצר הזה. זה הפוך לחלוטין של תפיסת "זכות היציאה", האפשרות לצאת מהקשר היא דבר שהמערכת המשפטית והמדינה בראשה חייבת לאפשר אותה. עדיין עד היום הלכה ברמת העליון שהופך את ההלכה הזו. (פסד מ 1994).
	+ **פס"ד אברהם-** חשוב כי הוא הראשון והיחיד שהגיע לדרגה הגבוהה ביותר במערכת האזרחית עם סיפור של ביטול גט. האישה קיבלה את הגט 30 שנה לאחר בקשת הגט!!. הפסד ממחיש את הדינמקה הקשה ביותר המאפשרת לבעל להתנות תנאים למתן הגט כשהנשק בסופו של דבר שיכול לעמוד ברשותם הוא לבטל באופן רטרואקטיבי את הגט (המרצה מכנה אותו נשק יום הדין). האישה מנסה להתגרש בשנת 1976. במערכת בית המשפט האזרחי הם התפשרו על הנושאים הרכושיים (נסגרו ענייני הרכוש). ב 1996 ביהד האזורי מחייב את הבעל לגרש ומטיל עליו סנקציות כולל מאסר, מאחר שיש עילות גיורושין מספיק מוצקות. הוא מערער לביד"ר הגדול ומשתמש בטקטיקת נשק יום הדין. אומר שהוא מוכן לגרש אבל מבק שכל הנשואים הרכושיים ישובו ויידונו בד"ר הגדול למרות שכבר נסגרו במחוזי. ביד"ר הגדל אומר שהאישה היא זו שמעגנת את עצמה כי היא לא מסכימה לתנאים שלו. כאילו זה אשמתה של האישה שהיא לא מקבלת את הגט, כי בעצם היא לא רוצה. והוא לא נחשב לסרבן. היא הודיעה לאחר מכן לבידר הגדול שהיא מסכימה לתנאי הזה, ועל בסיס ההסכמה הזו בידר הורה על מתן גט וקבע שלאחר מכן ידונו בכל ענייני הרכוש בלי שתהיה לה זכות ערעור לאחר מכן הגט סודר. לאחר מכן בידר הגדול הוציא צו לאישה שהיא מעוכבת להינשא לאחר. אמרו שה"גט מעוכב". אך המשמעות האמיתית היא שהגט מבוטל!! בעצם גט שכבר סודר, והאנשים כבר התגרשו ופתאום ביד"ר אומר שהגט מבוטל. זה מזכיר את כל הלך הרוח של ביטולי הגיור. אותם הרכבים שביטלו גיורים, ביטלו גם גירושין בדיעבד.

ביד"ר מבטל רטרואקטיבית את הגט! כי אומר שהגט הזה הוא מוטעה כי הבעל נתן אותו כי האישה אמרה שהיא מסכימה לתנאים (שביד"ר ידון בכל הרכוש) ולכן הסכים לתת את הגט. לכן האישה מעוכבת נישואין. על זה היא עותרת לבג"צ. העתירה נדחתה. השופט מצא כמעט נוזף באישה באומרו שהיא מניפולטיבית ומנסה לחלץ מהגבר את הגט. והיתה צריכה לעמוד בהסכמות. אומר לה שבאה בידיים לא נקיות. ואולי באמת הן אינן נקיות אבל זה בגלל שהמערכת כה מלוכלכת.

* + **פס"ד רפאלי-** אישה עותרת לבג"צ על כך שביד"ר לא מחייב את הבעל בגט למרות שיש ראיות על אלימות מצד הבעל.
	+ **ולעומתם-** 4072/12 לקרוא. הארכת מאסר סרבן גט למעלה מעשר שנים. השאלה היתה האם ניתן להאריך מאסר של סרבן גט מעבר לשתי תקופות של 5 שנים, כקבוע בחוק הסנקציות. הסרבן בפסד זה מסרב כבר 20 לתת גט, מסיים כבר 10 שנים בכלא. השופט בסוף קבע שכן ניתן להאריך את המאסר. לרות קשה עם הפס"ד הזה כי יתכן שהאיש הזה ישב בכלא עד סוף חייו. ורק אז האישה תוכל לקבל גט לאחר מותו. זה מעיד על אוזלת היד של המדינה, כי אין מה לעשות עם סרבן גט מעבר לתת לו להיות בכלא לתקופה ארוכה או אף כל חייו. אבל לא ניתן לעשות מעבר. וכל הזמן שהוא בכלא האישה עדיין עגונה.
* אסטרטגיה משולבת-
	+ תביעות נזיקין בגין עגונות וסרבנות גט.
	+ "קרן עגונות"- בג"צ מרכז צדק לנשים. לביד"ר יש קרן ממנה היא משלמת לגברים על מנת שיתנו את הגט. או בשיתוף עם הביטוח הלאומי מוחקים לגבר חובות של מזונות ילדים ואישה על מנת שיתרצה ויסכים לתת את הגט. יש גם נדבן ידוע משוויץ שתורם הרבה כספים לנשים מסורבות גט. בבגצ מרכז צדק לנשים נאמר שהדבר מוביל לסחטנות מצד הגברים, כי הם יודעים שיש ביכולתו של ביד"ר לשלם להם. אפילו בייניש מקבלת בבגצ שאין פתרון לבית המשפט לעזור באמת לפתור את מצוקת העגונות. הדרכים היחידות של מדינת ישראל היא לזרוק אותו לכלא או לתת כספים מהקרנות של המדינה. אבל אף אחד מהפתרונות לא באמת עוזר. בינייש באופן מאוד מצער משלימה עם המצב הקשה הזה.

*"בכל קהילה יהודית בעולם יש שלושה דברים: בית חב"ד, קוקה קולה, ואישה עגונה" – רות קדרי*

**שלושת מישורי הפתרון ההלכתיים:**

**פונקציה משולבת של נסיבות המקרה (כלומר עוצמת העילה) עם האמצעים הננקטים (עוצמת הפעלת הלחץ)-**

1. הדרך הלכתית השמרנית ביותר לפתור בעיה של עגינות היא להרחיב את עילות הכפיה לגט. כלומר יכירו ביותר מצבים ככאלה שמקימים עילת כפיה לגירושין והמשמעות מבחינה מעשית הוא שניתן להפעיל את אמצעי הלחץ הקשה ביותר. באופן הלכתי היסטורי זה היה : מלקות וקנסות ענקיים. ניתן לעשות זאת במצבים שבהם ההלכה מכירה שהם כה קיצוניים שהם מצדיקים כפיה לגט. איך מסתדר כפיה עם הבסיס ההלכתי של גט החייב להינתן מרצון חופשי? יש כאן סתירה!. **הרמב"ם** פותר את הכל – אמנם מכים את בעל ומפעילים לחץ אבל על ידי כך זה מוציא את "האני האמיתי" של האדם וככה רצונו האמיתי יוצא. **חת"ם סופר** מעלה קושי בדבריו של הרמב"ם כי דבריו נכונים וטובים כאשר יש אחידות דעים בקרב החכמים שאכן יש עילת כפייה ושהבעל מחוייב לתת גט. אבל פי שאנחנו יודעים יש תמיד מחלוקות בהלכה, וכמעט כל עילת כפיה (כמו שראינו בשרשבסקי) יש עליה דעות חלוקות האם לכפות או רק לחייב. חלק גדול מדיני ביד"ר (בעיקר חרדים אשכנזים) יקבלו את דברי חת"ם סופר ויגידו שהם אינם יסכימו לכפות גט. עילת המורדת היא העילה הכי רלוונטית לימיניו אנו כי זה למעשה גירושין ללא אשמה, פשוט כי היא לא רוצה לחיות איתו ("עילת מות הנישואין"- פס"ד בני נוח). מצבים של נשים שלא חפצו יותר בנישואין היו קיימים מאז ומעולם. לקראת המאה ה 10 תיקנו בדינא דמטיבתא, שכל אישה שתאמר לבעלה שאינה רוצה אותו יותר, **יכפו** על הבעל לתת גט. בימי הביינים אמרו שהסיבה שתיקנו עילת כפיה היתה סיבה פוליטית כי נשים שרצו להתגרש ראו שבתי דין יהודיים לא שומעים להם, הם פנו לערכאות של גויים ובאמצעות קיבלו סעד של גירושין. הרמב"ם גם קיבל את אותו רעיון בלי קשר לנסיבות הפוליטיות ונתן ניתוח פסיכולוגי כ"שם שבויה שאינה תבעל לשנוא לה". **רבינו תם** היה הראשון שאמר שאולי "נתנה עיניה באחר" ולכן מדובר כנראה בניצול לרעה של העילה, ולכן לא נכפה עליו מתן גט. אם כן ניתן כפייה לבעל במצב של מורדת יקרה מצב שנפתח פתח ל"מרד הנשים". כלומר תחילתה של מגמה של התעצמות כוחן של הנשים ומלחמת המינים. זה הכלי שהחכמים השתמשו בו כדי לעצור את הנשים המורדות.

2.הרחבת המנגנון של "כפייה עקיפה"( או "כפייה בדרך ברירה")- שימוש באמצעי לחץ שמזרזים את מתן הגט, אך אינם נחשבים לאמצעי כפיה ממש, המותרים רק כאשר קיימת עילת כפיה.

* סוגים שונים של כפייה בדרך ברירה:
	+ נידוי והרחקת הבעל הסרבן- היו קהילות מסויימות שבבית הכנסת ראש הקהילה היה מפסיק את התפילה עד שהסרבן בקרבם יתן את הגט, כי הקהילה לא יכולה להמשיך להתקיים עם הרעה החולה הזו. או אם יש סרבן, כל נשות הקהילה מודיעות שהן לא הולכות למקווה יותר (כלומר לא יכולות לשכב עם בעליהן) עד שיתן גט. אבל על זה אין ממש עדויות היסטוריות.
	+ בימינו יש את חוק הסנקציות (1995)- זה התרגום המודרני של המכשיר של "הרחקות רבינו תם". המדרג הוא: מאסר, שלילת רישיון לעסוק במקצוע, שלילית רשיון נהיגה , עיכוב יציאה מהארץ, עיקול חשבון בנק. וכו'. לכאורה הסנקציות הן אפקטיביות אבל הבעיה היא שביד"ר לא מנצל את הסנקציות העומדות לרשותו!

4.5.14

**שיעור 18**

המשך –

* האם מותר להטיל את האמצעים הללו בכל פעם שהבעל מסרב לתת גט או מעל סף מסוים?
* במסורת אשכנז כאשר נחסם אותה תקנת מורדת (דינא דמטיבתא)- הפתרון שרבינו תם נתן היה להפעיל את המנגנון של אמצעי כפיה נמוכים יותר אבל עדיין לגיטיימים, ואלו כונו "הרחקות רבינו תם".
* כיום התרגום המודרני של הרחקות רבינו דת הוא "חוק הסנקציות"- שלילת זכויות בדרגות שונות. (להכיר את החוק). השאלה האם החוק הזה אפקטיבי? לא כל כך. עיין בעיית סרבנות הגט קיימת. הבעיה היא יישום החוק.
* דו"ח פא"י של מרכז רקמן- (יש מצגת במודל) פרוייקט אכיפה ויישום. טוענות שם בדו"ח שלא מדובר במניפולציה של נתונים, אבל הסבך של הנתנונים והערפול שלהם מכוון, ויש רצון שלא נבין את הנתונים כדי שלא נוכל לשים את האצבע על מקור הבעיה.
	+ חוק הסנקציות סעיף 1 א- כל אימת שיש סירוב לתת גט ניתן להשתמש בחוק הסנקציות. בד"ר מטיל את העונשים לפי החוק, ולכן חזקה על ביד"ר שהם לא יטילו את הסנקציה במקום שהם סבורים שהגט עשוי להיות מעושה.
	+ לפי הנתונים של חוק- 90% מהחלטות ביד"ר הם פס"ד לגירושין, וגם בהם ניתן להטיל סנצקיות. כל היתר הן הדרגות של "המלצה לגט" (מצווה לתת את הגט)/ "חיוב לגט"/ "כפיה לגט". הגישה באופן כללי של ביד"ר היא מאוד מחמירה. רק בפחות מעשרה אחוז מהמקרים המגיעים לפניהם, הם מגיעים למסקנה שיש עילה בעוצמה חזקה יחסית. זאת לעומת מה שקראנו בשרשבסקי שראינו שיש קשת מאוד רחבה של עילות גירושין.
	+ מספר צווי הגבלה בשנה אחת- ניתנו 271 פס"דים לחיוב לגט. 9 פס"דים של כפיה לגט. 87 פס"דים של צוויי הגבלה.
	+ **המחוקק האזרחי אומר שסנקציות ניתן להטיל בכל מקרה שיש פס"ד לחיוב גירושין. אבל ביד"ר אומרים שמקובלת עליהם הגישה שהסנקציות ניתן להטיל רק כאשר יש מינימום של נסיבות המקימות לפחות עילת חיוב.**
	+ עשו פילוח של בדיקת השונית בין בתי הדין הרבניים השונים- בתל אביב פחות מאחוז אחד של החלטות לגט שניתנו שם ב 2008- ניתנו סנקציות. בחיפה ניתנו סנקציות בלמעלה מעשרה אחוז. השוני טמון בהרכב הדיינים.
	+ **ב 2008 מתון 3281 פס"דים של גירושין ב 2% בלבד הוטלו סנקציות!!**
	+ מה שקורה הוא שהאישה נאלצת לפתוח בעצמה תיק נוסף בביד"ר למתן צווי הגבלה, למרות שלבי"דר כמובן יש את כל האמצעים למתן הסנקציות לפי חוק הסנקציות.

עוד סוג של כפיה בדרך ברירה:

**מזונות מדין מעוכבת-**

האפשרות להטיל על הבעל מזונות שיהיו יחסית מזונות גבוהים ומקורם לא בדיני המזונות עצמם (מה שהתחייב בכתובה), אלא במשנה וגמרא. אז היתה סיטואציה שהבעל נתן לאישה את שטר הגט אבל זה לא הגיע ממש לרשותה, והיא לא באמת קיבלה אותה. כלומר היא במין סטטוס ביניים של "מגורשת בל לא מגורשת". ואם היא במין סטטוס ביניים כזה הוא עדין חייב במזונותיה, כי היא מעוכבת והיא לא יכולה להתפרנס (להיות ניזונה) מבעל אחר.

"קיזוז מעשי ידיה"- המשכורת שלה מתקזזת מסכום המזונות שהיא זכאית לו. אבל במזונות מדין מעוכבת אין את זה. כי הדין המקורי הותקן כדי למנוע איבה ושנאה בין בני הזוג. כדי שהבעל לא יגיד שהיא מתפרנסת כבר אז מדוע הוא צריך לשלם לה גם הוא. לכן מזונות מדין מעוכבת יכולים להיות בסכומים גבוהים. יש פה פוטנציאל מאוד משמעותי. אז נשאלת השאלה, ברמת ההתדיינות בגירושין בישראל, השאלה היא מי יכול לחייב בעל במזונות מדין מעוכבת? האם בימ"ש למשפחה או ביד"ר? ( תמ"ש 17820/96) . **הפס"ד מבהיר שגם בימ"ש אזרחי יכול להטיל מזונות מדין מעוכבת.** מפני שהתביעה היא תביעת מזונות ולכן זה בסמכותו.

שאלה קשה יותר היא- מתי בימ"ש אזרחי יכול לפסוק את המזונות הללו? האם בימ"ש אזרחי יכול להטיל מזונות מדין מעוכבת רק כאשר יש הכרעה בפסק דין מדרגה של חיוב לגט ומעלה? . אבל לפי הנתונים יש רק מעט פסדים של חיוב לגט. איך בימ"ש לענייני משפחה בכלל יכול לשאול את עצמו האם י עילת גירושין? האם יש נסיבות של מעוכבת מחמתו? כי מדובר בשאלה בנושא גירושין והיא נמצאת בסמכות של ביד"ר. התשובה היא **הסמכות הנגררת**. כי בתוך השאלה של האם האישה מעוכבת מחמתו הוא צריך להיכנס גם לכל הנסיבות של העילה. לכן צריך להגיע למסקנה האם יש עילה לחיוב לגירושין.

האישה צריכה לבחור האם לתבוע גירושין בביד"ר או לתבוע מזונות מדין מעוכבת בבימ"ש אזרחי. זה אומר שעל אף הפוטנציאל הגבוה של הכלי של מזונות מדין מעוכבת הוא לא ממומש כל כך.

עוד דרך של כפיה תחת ברירה:

**הסכם קדם נישואין-**

בתוך יש התחייבויות של הבעל והאישה התחייבות מראש לתת כסף לצד אחד שלא רוצה להתגרש.

זה נכנס תחת כפיה בדרך ברירה כי מגשימים את רעיון הברירה. יש הטלת חובת כספי אבל הוא חוב שהבעל (כי בדרך כלל הסרבנות היא מצדו) נתן מהסכמתו וברצונו החופשי, ויש בידו את הברירה להחליט. כלומר מנצלים את האופי המיוחד של הגירושין ההלכתיים הנתונים לשליטת בני הזוג עצמם, ובונים מנגנון שנעשה מיוזמתם ומהסכמתם של בני הזוג עצמם, וזאת כדי למנוע מצב של עגינות. האתגר העומד בבסיס של הסכם קדם נישואין הוא אתגר כפול: יש למצוא הסכם שגם יהיה כשר מבחינה הלכתית, כלומר שלא תהיה אפשרות לטעון שהגט שניתן בעקבותיו הוא גט מעושה ולא גט כשר. כמו כן שההסכם יאפשר את האכיפה האזרחית, בה המחסום עלול היות תפיסה שאומרת שזה עניין של גירושין ולכן הוא לא בסמכות בית המשפט האזרחי. ואם בימ"ש אזרחי יכפה את הגט הוא יתן גט מעושה. יתרה מכך, אנחנו רוצים לבנות מנגנון שניתן יהיה לבוא איתו להוצל"פ וזה יחסוך לנו את הצורך בהגשת תביעה לאכיפת הסכם.

*"הסכם לכבוד הדדי"- יש במודל את החוברת של מרכז רקמן של כמה אופציות להסכמים כאלו.*

המסקנה היא שיש ליצור הפרדה לעצם קיומו של החוק ומתי צריך לממש אותו, לבין העובדה שיש כאן סרבנות גט. זה הרי ניתוק פיקטיבי, כי החיוב הזה נועד למנוע סרבנות גט, אבל כדי שזה יעבור מבחינה הלכתית ניתן להצדיק את זה רק אם נגיד החיוב קיים באופן עצמאי, מרגע הקידושין. הוא מושהה במהלך החיים המשותפים. הדרך להצדיק חיוב כזה הוא באמצעות מכשיר המזונות.

יש הבדל גדול במצב בישראל לעומת הסכמים כאלה שמנסחים אותם עבור ציבור שחי מחוץ לישראל. ציבור כזה נישא נישואים אזרחיים וגם דתיים. ואם מחליטים להיפרד אם קודם מתגרשים אזרחית. ואז ניתן להגיד שהם כבר לא נשואים מבחינה אזרחית ולכן הוא חייב לשלם לה מזונות אם הוא לא מביא לסיום הנישואין מבחינה הלכתית (או אותו דבר לגבי האישה, אם היא מסרבת להביא לסיום הקשר). בישראל לא ניתן לעשות את זה כי אין נישואין אזרחיים.

ההסכם הוא לא פתרון קסמים כי עדיין נדרשת הסכמתו של הגבר למתן הגט.

**האם יש מנגנונים שאוכפים לגמרי את הצורך במתן הגט ע"י הבעל?**

**עיקרת הבעיה מן השורש: עקיפת הצורך בשיתוף הפעולה של הבעל**

מחפשים איפה יש מנגנון שלא תלוי בהחלטת הבעל, אלא בגורם חיצוני לבני הזוג.

הספקטרום הקיים בהלכה (**אף אחד מהם לא מקובל ע"י ביד"ר**):

* **הפקעת קידושין-**

הכוונה שלא היו קידושין מלכתחילה. כל מי שמקדש תולה את הקידושין שלו בהסכמת חכמים ומשכך לחכמים יש להם את הסמכות להפקיע ממנו את הקידושין. אבל-כל התקדימים הללו בגמרא מתארים מצבים שהבעל נהג שלא כהוגן ולכן נעשה לו אותו דבר. למשל בעל ששלח את הגט אבל אז ביטל את השליח, וזה דבר אסור לעשות. ולכן חכמים יעשו לו שלא כהוגן ויפקיעו לו את הקידושין. היתה התחלה של כתיבת שטר גט ולכן רוב המוחלט של הפוסקים האורתודוכסים קיום יגידו שניסיון לעשות הפקעה במצב של סרבנות, כשברור שאין התחלה של רצון של מתן גט, זה בלתי אפשרי. בכל זאת מדיי כן נראה שימוש במילים "הפקעת קידושין" אבל זה לתיאור מצבים אחרים. למשל ללכת אחורה ולהגיד שעדי הקידושין היו פסולים ולכן ביד"ר יגיד שהוא מפקיע את הקידושין. במאה ה19 ו ה 20 היו הצעות לחזור ולעשות שימוש בכלי הזה. פרופ' ברכיהו ליפשיץ הציע הצעת חוק למנגנון הפקעת קידושין. כל התקדימים מן העבר היו נכונים למצבים שבהם הבעל לא נמצא, או שיש רצון משותף של בני הזוג לחזור לחיות יחד, אבל מצב של סרבנות כאשר הבעל נמצא ועומד לפניינו אבל אומר שהוא מסרב לתת את הגט או מתנה תנאים למתן הגט, מצבים כאלה לא מאפשרים שימוש בכלי של הפקעת קידושין.

* **ביטול קידושין-**

מתמקד באופי החוזי (ההסכמי) של קשר הקידושין לפי ההלכה. הקידושין הם למעשה סוג של חוזה והסכם. הגמרא בכמה מקומות מדברת על ידני מקח וממכר ומציגה מצבים שבהם קיימת לכאורה **טעות או הטעיה בהתקשרות הבסיסית** וכן מדברת על מצבים שבהם איש קנה פרה והתברר שהפרה לא מניבה/קנה שדה והשדה לא מניב או קנה אישה והתברר שיש באישה מום קשה מאוד. הגמרא מתייחסת לכל המצבים האלה כמצבים דומים בהם יש טעות בשורש התקשרות. לפי דיני החוזים טעות חמורה מאשרת ביטול של ההתקשרות. הגמרא שאלה הא םגם במצבים הפוכים שבהם הפגם מצוי באיש ולא באישה, וניתן לומר שאילו האישה ידעה על כך מראש היא לא היתה מתקשרת בקידושי הללו, האם אפשר לומר שיש בעצם מצב של ביטול קידושין? של אפשרות כזו? באותם מקומות שנשאלת השאלה הזו מופיע המשפט **"טב למיתב טן דו**"= האישה תמיד תעדיף לחיות בזוגיות (בשניים) מאשר לחיות לבד. רות טוענת שהמשפט הזה יותר מתאים למצב שהיה לפני אלפיים שנה בו האישה תעדיף לחיות עם גבר לא משנה איזה בעיה יש לו, העיקר להיות עם גבר . הגמרא חסמה את האפשרות של טענת מקח טענות ביחס לאישה שטען כלפי האיש. אבל הגמרא כן מביאה מקרים שהשתמשו בכלי של ביטול קידושין. פוסקים לאורך השנים אמרו שלא תמיד "טב למיתב טן דו", למשל אם הבעל מוכה שכין, חסר כוח גברא, או המיר את דתו. האם ניתן לעשות שימוש בכלי הזה כדי לפתור את בעיית הסרבנות? הרב רקמן החליט להקים בית דין פרטי בארה"ב שהרעיון היה לעשות שימוש בכלי של ביטול קידושין. הרציונאל היה שהיסודות המאפשרים ביטול קידושין הם להצליח להוכיח שיש פגם בבעל מאוד מאוד עמוק, כדי שאישה תוכל לטעון מקח טעות בהתקשרות עצמה. הפגם הזה צריך להיות קיים **לפני** הנישואין. כי אם ניתן להגיד שהיא ידעה על הפגם ובכל זאת התחתנה, לא תוכל לטעון את הטענה הזו. אבל- חלק ניכר מהמקרים של סרבנות הגט מתייחסים לגברים אלימים, לאוו דווקא פיזית. יש שיגידו שסרבנות גט היא סוג של אלימות. אבל כל הדרך לביסוס הקונסטרוקציה המשפטית ההלכתית צריכה להיות יצרתית כדי להגיע למסקנה הזו. הגישה הזו לא מקובלת בביד"ר כיום. צריך להוכיח שהמבנה הנפשי של הבעל היה מראש אלים ולכן היה צפוי שיהיה אלים בהמשך ולא יתן את הגט.

* **קידושין על תנאי-**

קשור לרעיון של הסכם קדם נישואין. כדי להגיע למצב שיש תנאי בקידושין, יש להסכים מראש על כך שבהתקיים תנאים כלשהם הקידושין הללו יפקעו מעצמם. ההצעות הרדיקליות שהועלו בסוך המאה ה 19 בצרפת ובטורקיה דיברו על התקנת תקנה כללית שתקיים את כל הקידושים מכאן ולהבא שכולם יהיו תלוים בכך שבני הזוג יוסיפו להיחשב נשואים לפי הדין האזרחי.כי התקנות האלו הותקנו כאשר הונהגו נישואין אזרחיים במדינות המערב כדרך של חובה. אז לראשונה נתקלו הקהילות היהודיות בבעית רחת ההיקף של יצירת עגונות כי לראשונה התאפשר מצב של זוגות שנישאו נישואין אזרחיים (כי זו הדרך המחייבת לפי המדינה), נישאו גם לפי דמו"י, התגרשו באופן אזרחי, ולא ניתן גט. ואז מה שהטריד את הפוסקים זה שהיא אשת איש. היא יכולה מטעם המדינה וברשות להינשא לאחר, אבל לפי הדת היא אשת איש. לכן מדובר על בעיית ממזרות ולא על סרבנות גט. אחד הפתרונות הרדיקלים שהותקנו ע"י האורתודוכסים, הוא להתקין תקנה כללית שתייחס תנאי לכל הקידושין, שהם יפקעו ברגע שיש גירושין אזרחיים. חבור חיבור מאוד ידוע- "**אין תנאי בגירושין**". תגובות שליליות אליו. מאז כל הניסיונות להציב תנאים לגירושין נתקלו בחומות. פרופ' פריימן הראה מחקר היסטורי שהראה את כל התקופות והמקומות שבהם כן עשו שימוש בעולם הלכה במנגנון הקידושין על תנאי. בהקדמה לספרו הוא כתב שלמרות המחקר המשכנע, אי אפשר להתקין תקנה כזו. כי אם נתקין תקנה כזו אז אנחנו הורסים את המערכת של הקידושין (לפי הרב ויינברג).

* **הרשאה למתן גט-**

גם היא דורשת את שת"פ של הבעל מראש. מנגנון שנעשו בו שימוש פורמאלי מוסדר למשל ע"י הרב הרצוג בתקופת מלחה"ע ה 2 כאשר כל חייל יהודי שיצא למלחמה הניח הרשאה לתת גט במידה ולא יחזור מהמלחמה. הבעיתיות היא רק אם הבעל מסכים מראש ואז בעצם החיים המשותפים לאחר מכן עם האישה מבטלים מכללא או במשתמע את אותה הרשאה קודמת. ניתן לתת את הזכות הזו גם אם האדם לא אומר שהוא מסכים לה, אם הסכים לה מראש.

* **גט זיכוי-**

אם נותנים לאדם זכות, אפשר לעשות זאת כאשר הוא לא נוכח. ואז חכמים נסמכו על כך כדי לתת את גט זיכוי גם כאשר הבעל לא נוכח. לאחרונה, הרב לביא של ביד"ר בצפת לקח על עצמו באופן נועז להקנות גט זיכוי לאישה שבעלה שרוי במצב של צמח כבר כמה שנים. הנימוקים לפס"ד הזה לא פורסמו, הייתה הרבה דרמה.

* **עקירת הבעיה מן השורש העמוק יותר- קידושין לא קנייניים.**

אם אפשר ליצור מבנה של זוגיות לגיטימית לפי ההלכה בלי האלמנט הקנייני, אז עקרנו את הבעיה מן השורש. מראש יוצרים מצב שלא תהיה אפשרות של שליטה של הבעל על הגט. הועלו אפשרויות הנסמכות על מנגנון היתר הפילגשות, שהרמב"ן היתר. כלומר יצירת קשר מונוגמי בלי כתובה ובלי כל המכלול הקנייני של הקידושין. העולתה אפשרות של הרב פרופ' שמחה פלדבלום, כאשר בקידושין המילה תהיה "הריי את מיוחדת לי" ולא "הרי את מקודשת לי".

7.5.14

**שיעור 19**

לבוחן- פריטים 17+18

**נשק יום הדין: תנאי בגט וביטול גט**

התגובה של המערכת הרבנית מתרחשת בנקודה הזו של השליטה על הגט. היא מנצלת את כל החד צדדיות הזאת כדי "להחזיר" מלחמה למערכת האזרחית.

מדובר במצבים שבהם (ראינו בפס"ד אברהם) הבעל בא בפני ביד"ר ואומר "אני מוכן לתת גט **אבל..**". אם ביד"ר אוחז בגישה הלכתית הקיימת שניתן לתת תנאים למתן הגט- הוא ימנע מלדון בשאלת חיוב/פיית הבעל לגט (הדוה"ד 27 מס' 11 ביד"ר גדול 22.6.09 קריאת רשות). הרבנים יכולים דרך המכשיר הזה ליטול בחזרה את כל הסמכויות שהמערכת האזרחית נתנה להם. חמור מכל הוא המצב שבו בייד"ר מאשר תנאי לגט עשוי גם לאפשר בהמשך לכך לאפשר **ביטול רטרואקטיבי של הגט אם התנאי הופר** (פס"ד אברהם). ביד"ר ביטל את הגט כי אותו תנאי שעל בסיסו ניתן הגט הופר בפס"ד אברהם. למרות שבפרוצדורה של סידור הגט יש הליך מאוד ברור המכונה "ביטול מודעות", במסגרתו הבעל מצהיר כלפי כולי עלמא שאין לו שום תנאי לגט לפני או אחרי. למרות שיש חרם שקבע בעבר רבינו תם שאסור לערער בתוקפו של הגט ("לעז על הגט") כי אז יש סכנה ליצירת ממזרות. אם האישה כבר הביאה ילדים מגבר חדש ואז מערערים על הגט, אילו אומרים שלמעשה היתה עדיין נשואה. אז יוצא מצב שהילד ממזר.

"האישה מעגנת את עצמה בסירובה לדון לפי דין תורה"- הרב פרובר

**ד"נ תיק סא/82**

זוג שהיה נשוי 24 שנים, מתוכן 18 שנים חיו בנפרד. כעבור 18 שנים הבעל חיוב בגט. כשהאישה ביקשה להטיל סנקציות,

הבעל התחיל עם הטקטיקה להעביר את כל העניינים שנדנו כבר והוכרעו להעביר לדיון בביד"ר. כולל מחיקת חוב שהוא חייב לביטול לאומי של מאות אלפי שקלים (למרות שלא קשור כלל לאישה) מתוך הטלת תנאים למתן הגט.

**פס"ד אברהם-**

ב 2006 ביד"ר הגדול הורה הגט כן כשר, כלומר הוא מחק אותה מרשימת מעוכבי החיתון, וקבע שאותו גט שניתן כן כשר.

**מה נשתנה? דעת היחיד של המהרשד"ם הופכת ל"כולי עלמא מודים.."**

המהרשד"ם- נתן תשובה נידחת עוד בתקופתו (בערך מאה 14). פוסקים דחו את גישתו. לטענתו לגיטימי להתנות את הגט מצד הבעל. אך התשובה היא מאוד מצומצמת לנסיבות מיוחד. בכלל דובר על ייבם שהיה אמור לחלוץ את האישה.

זו חדשנות הלכתית- כי נאחזים בתשובה מאוד נידחת ואיזוטרית של המהרש"דם והופכים אותה למכשיר וכלי שעושים בו שימוש כל הזמן בביד"ר. סוג של אקטיביזים שיפוטי בביד"ר. האירוניה היא שזה נעשה על מנת בעצם לפגוע בנשים. זו בפירוש טקטיקה במסגרת מאבק הסמכויות בין ביד"ר למערכת האזרחית.

התנאים שביד"ר מוכנים לקבל אותם ומאמצים אותם, הם לפעמים גם כאלו שאין להם שום הצדקה על פי כל דין.

דוגמאות קיצוניות לטקטיקה כזו – ביד"ר עצמו יוזם את הפניה להתניית תנאים או אפילו לביטול הגט. לדוגמא:

**9322-29-1**  הגט סודר, האישה בהריון מאיש אחר עוד במהלך סידור הגט (היה ממזרות, אבל ביד"ר לא מדבר על זה). מדובר במזונות לילדה המשותפת. הבעל מסכים לשלם לה 500 ₪ בחודש. 8 ימים בלבד לאחר סידור הגט, הגיש בא כוח האישה תביעה לבית משפט להגדלת מזונות האישה. ביהמ"ש חייב את הבעל לשלם 1700 ₪ בחודש. בעקבות זאת פנה הבעל לביד"ר לביטול מזונות ובדיקת רקמות (בדיקת אבהות). בדיון ביד"ר הפנה תשומת הלב לבא כוח האישה בעינין כשרות הגט כי היא הפרה את הגירושין זמן קצר לאחר מתן הגט. בסוף הדיון עוכב נישואייה של האישה. הבעל פטור מכל חיוב לאישה. דוגמא קלאסית למצב בו ביד"ר מעצמו מיוזמתו מעורר את המכניזים הזה. הבעל לא התנה את מתן הגט בתנאי שהסכם הגירושין יקויים. מה שקרה הוא שביד"ר **עושה שימוש במסגרת של תנאי מכללא.** ביד"ר אומר שכל מתן גט יש בו מן תנאי מכללא שההסדרים הסובבים את מתן הגט אכן יקויימו, ואם לא יקויומו מכל סיבה שהיא, יכול להיות כאן טענה של **גט מוטעה.** כי התנאי לא קיום אחר כך לכן היתה כאן כאילו הטעיה. ניתן לומר שכשאשר האישה הסכימה ל 500 שח. היא ידעה כבר שהיא תבע בשם הקטינה להגדלת מזונות בבימ"ש. אכן עשתה זאת מעט ימים לאחר מכן, מה שמעורר את החשד הזה. מכאן הדרך לטענה שהגט היא גט מוטעה היא מאוד קצרה. **אם ביד"ר אומר מיוזמתו שיש ספק באשר לכשרות הגט- הוא למעשה מוציא "לעז לגט"!! כלומר פועל בניגוד להלכה.**

**פרשת איריס אבני-** (ביטול גט + תנאים למתן גט)

נחתם הסכם בביד"ר, סודר הגט. הגט שנישל את האישה מזכויותיה בדירה. היא פנתה לבימ"ש בניסיון לבטל את ההסכם. בעל לשעברה שהתחתן בנתיים, פנה לביד"ר וטען שהגט מוטעה.

הגיעו להסכם פשרה בבימש לעניני משפחה. בעקבותיה, הבעל שלעבר פנה לביד"ר ואמר שמושך בחזרה את התביעה של לביטול הגט. ביד"ר אמר שהוא לא מסכים, כי ביד"ר עצמו **כן ממשיך לדון** בעניין. אם ביד"ר באמת יבטל את הגט, מה שקרה לבסוף, הוא הביא את הבעל לשעבר למצב של ביגמיה, נשוי לשתי נשים. בעוד שאיריס אינה יכולה להתחתן עם אחר, כי היא אשת איש. ערעורו בביד"ר הגדול ואז הבעל לשעבר נזכר שיש לו תנאים למתן הגט השני(לא ביטול הגט הראשון). מבקש פיצוי בגין עוגמת הנפש שנגרמה לו.

מרכז רקמן שטיפל בתיק, הגיש גם **תביעה נזיקית לבית משפט למשפחה**- ובעקבותיו ובזכותו התיק לבסוף נגמר והוא נתן את הגט בו במקום בביד"ר הגדול (דבר שבד"כ נעשה בביד"ר המחוזי).

**נשק יום הדין (נשק לא קונבנציונאלי) של ביטול הגט-**

למערכת האזרחית אין שום אפשרות להתערב.

בימש אזרחי לא יכול להכריח את ביד"ר להשיא זוגות. האם בג"צ יכול להכריח ביד"ר להטיל סנקציה? לבטל את ביטול הגט? לא! כל זה מחוץ להישג ידה של המערכת האזרחית.

**יש כאן פוטנציאל לסכל כל הישגי המערכת האזרחית במאבק הסמכויות.**

**ההיבט ההלכתי- אסכולת הרב איזירר**

הרב דיכובסקי היה היחד בביד"ר לחסום את המהלך הזה שהוביל הרב איזירר.

תחת האסכולה הזו היו כל אלה המצדדים בתנאים שאינם קשורים לדין תורה. כלומר גם אם הבעל יבוא ויגיד שהוא יתן את הגט רק אם האישה תפסיק ללבוש שמלה אדומה- זה תנאי לגיטימי. (פס"ד בסילבוס על זה).

המחלוקת היתה על מזונות שני הילדים, הבעל התנה את מתן הגט בלרדת ב 400 ₪ בדמי המזונות (מ 2400 שח לבקשת האישה, לבין 2000 שח לבקשת הבעל). ביד"ר קבע שזה תנאי לגיטמי. מרכז רקמן עתר לבג"צ, למרות שאין בסמכות בג"צ להתערב !! המרכז הסתמך על האוביטר של חשין בפס"ד רפאלי. בנתיים מה שהצליח זה שהרב איזירר פירסם "השלמת נימוקים" שפורסם בדואר רשום, בו הוא חוזר בו מאותם משפטים מרחיקי הלכת שניתן להתנות כל תנאי, כלל מאכלים או לבוש של האישה. הוא ביטל את זה, ואמר שניתן להתנות רק תנאים הקשורים בגירושין. אבל במקרה זה אמר שהתנאי של 400 ₪ פחות זה כן קשור לגירושין ולכן זה תנאי לגיטימי של הבעל.

**אסכולת הרב דיכובסקי-**

אי אפשר להתנות כל תנאי. אי אפשר להתנות תנאים בנוגע לילדים למשל. זה אף גובל בחילול השם.

**אילו היתה מתקבלת שיטת הרב איזירר**- למעשה בכל דיון בחיוב לגט ביד"ר יכול לפתוח מחדש את כל הנושאים לרבות אלא שכבר הוכרעו, בין בביד"ר ובין בבימ"ש , בכדי לבדור האם יכולה אישה לוותר. התוצאה היא סיכול כל השגי המערכת האזרחית. ברמה האינדיבידואלית של כל אישה ואישה שהתגרשה- בעצם היא אף פעם לא יכולה להיות בטוחה ומשוכנעת שתמצא את עצה נשואה מחדשה לבעל לשעבר. האיום הזה בכלי שיכול לטרוף האת הקלפים ולגרום לה להיזקק לגט שני, כמו בפרשת איריס אבני, גורם לנשים להימנע ממהליכים שעלולים להביא לסכנה של ביטול הגט.

**הגבול: ריסון עצמי בפרשת הממזרת (הפס"ד שדיברנו עליו קודם)-**

האישה היתה כבר בהריון מגבר אחר, ואם ביד"ר מבטל אתה הגט, הילד שיוולד בעתיד יהיה ממזר עקב כך. ביד"ר היה מוכן ללכת רחוק ולגרום לממזור הילד/ה. וזה לא היה הבקשה של הבעל, אלא ביד"ר העלה את החשש לכשרות הגט. כשהגיע המקרה הזה לביד"ר הגדול, הוא **ביטל את הביטול של הגט**. ואומר שזה גורם לנזקים חמורים ופגיעה במעמדה האישי של האישה ובייחוסם של ילדיה מנישואיה השניים.

**הזירה החדשה: פיצויי נזיקין בגין סרבנות גט**

**תמ"ש 3950/00**- השופט גרינברגר נתן אור ירוק בתיק זה לאפשרות למתן פיצויי נזיקין בגין סרבנות גט. (פסד חשוב).

השופט הכהן ב **תמ"ש 19270/03** באמת נתן פיצויים נזיקים בגין עגינות על סך 400 אלף ₪.

השופטים נחלקו בשאלה האם פיצויים ינתנו רק על סרבנות כאשר יש פסיקה של ביד"ר לחיוב גט. או שינתנו על כל סרבנות שלעצמה.

**תמ"ש 24782/98** של השופטת סיוון- נתנו פיצויים בסך 700 אלף שח על 10 שנות סרבנות, כאשר לא נפסק חיוב בגט אלא רק המלצה.

בערעור של הפס"ד הזה למחוזי הוא אושר. כלומר המחוזי מכיר בקיומה של עוולה בגין סרבנות גט.

**תמ"ש 22158-97** פס"ד המטיל חיוב על האח של הבעל כי הוכח שם קשר מאוד הדוק בין הבעל הסרבן לאח, והאח הוא זה שהסיט את הבעל לעמוד בסרבנות. השופט הכהן מחייב גם אותו במתן פיצויים.

תגובת ביד"ר

נעמד מול מערכה חדשה שיכולה להפעיל לחץ על הגברים למתן הגט. איך יעמדו בזה? **ביד"ר יאיימו שהגט שיסודר הוא גט מעושה. ולכן לא יסדרו את הגט הזה עד שלא תוסר תביעת הנזיקין אנחנו לא נסדר את הגט.**

כמו כן ביד"ר כותבים בפסקי הדין שהם ממליצים לעו"ד שלא לתבוע בנזיקין כי אם יעשו כן ביד"ר בחיים לא יתן לה את הגט, ולכן היא תוכל להגיש תביעת רשלנות מקצועית נגד העו"ד עצמו. כלומר עוד חזית בה ביד"ר נלחם אף מול העו"ד.

**תיק מס' 272088/6**- ביה"ד האזורי נתניה. חשוב בעניין זה. במצגת של יש ציטוטים של הפס"ד. המדבר על "מלחמת עולם". קוראים לבימ"ש עליון להתערב.

**תיק 52875/6 ביד"ר חיפה**- בעל חויב בנזיקין בבימש למשפחה, כבר שילם סך 192 אלף שח. בידר רואה בהחלטת ביהמש לחייוב הבעל בנזיקין התערבות שאינה ראויה מצד בימש בהליך הגירושים אשר נתון לסמכותו הבלעדית של ביד"ר.

מה נעשה כעורכי דין?

האם להגיש תביעת נזיקין או לא? תלוי באורח הרוח של הלקוחה.

11.5.2014

**שיעור 20**

נחדד עוד בנושא הסכם קדם נישואין-

החשיבות של חתימה על הסכם קדם נישואין לפני הנישואין. אבל אין נתונים אם ההסכמים האלה באמת עובדים. מבחינת ביד"ר- גיטין שידרשו להיות מסודרים על סמך הסכם כזה, יתכן שיחשבו לגיטין מעושים.

בכל זאת, היתרונות של ההסכמים- החשיבות החינוכית: לחנך למודעות לחוסר השוויון בנישואין כדמו"י. ככל שירבו הסכמים כאלה לביד"ר יהיה קשה להדוף את ההסכמים הללו, ויאלצו להתמודד איתם.

*חלק שלישי בקורס-*

**נושא 16: מזונות בין בני זוג**

**מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי) שוויון**

המזונות הם בעצם פן אחד של ההשלכות הכלכליות של הנישואין. תחום המזונות ודיני המזונות עדיין נלמדים בנפרד מיחסי הממון. אך למרות זאת יש מכלול של ההיבטים הכלכליים של זוגויות, נישואין, חיי משפחה, ובעת פירוק של היחידה הכלכלית שנוצרה. גם הסעד של המזונות הוא היבט אחד במכלול החבילה הזו של ההיבטים הכלכליים של המשפחה.

איפה נכנסת תביעת המזונות בדינמיקה של סכסוכי גירושין בישראל (רק בנישואין כדמו"י)?

המשוואה של מאזן הכוחות המגדרי מאוד מוטה לטובת הבעל בגלל היסוד של אפשרות של הבעל לשלוט על עצם סיום הקשר. זה מראש יוצר את אי השיווין המובנה במשוואת הגירושין כשמדובר בנישואין כדמו"י.

תביעת המזונות מקנה לאישה איזשהו כוח מנגד. נגד אותו כוח עודף שיש לגבר.

בגלל **שהמזנות בהלכה הם מזונות חד-סטריים**. **הם ניתנים רק מן הגבר אל האישה.** ולא ההפך (רק במקרים נדירים).

המזונות הם זכות שקיימת רק כל עוד הנישואין מתקיימים. כלומר זה יכול לשמש כאמצעי זירוז למתן הגט. זה בדרך כלל הפוטנציאל של תביעת המזונות בגירושין.

יש כאם סוג של פרדוקס,- האישה תובעת זכות מכוח הנישואין עצמם (וניתנים לה רק כל עוד הם נישואין) אך המטרה שלה היא למעשה לסיים את הנישואין ולהשיג את הגט. זה דומה לתביעת שלום בית. כי המטרה היא לקיים את שלום הבית. אך האבסורד הוא שמגישים תביעת שלום כאשר רוצים להתגרש למעשה. בעצם זו תביעה טקטית. לכן גם תביעת מזונות האישה היא תביעה טקטית.

יש פוטנציאל לשני כיווני השפעה מנוגדים- למשל אישה לא צעירה שאין לה יכולת השתכרות עצמאית בגלל שהיתה עקרת הבית. לכן תביעת המזונות היא אמצעי הקיום היחיד שלה. לכן במקרה הזה האפקט הוא הפוך- היא לא תרצה להתגרש כי אז לא יהיה לה ממה להתקיים. אם היתה אפשרות של מזונות לאחר הגט אז אותה אישה לא היתה נמצאת במלכוד הזה.

**עקרונות הדין האישי היהודי בקביעת מזונות**

* עקרונות מזונות אישה לפי ההלכה
* המזונות "חד סטריים" : רק האישה זכאית מכוח הדין (נכתב בכתובה: עונה, כסותה, שארה).
* הזכות למזונות תלויה באופן הדוק בהתנהגות האישה
* המזונות ניתנים רק במהלך הנישואין. ברגע שיש גט אין יותר זכות למזונות. גם ברגע שיש פס"ד שמחייב את האישה לקבל את הגט (פס"ד קונסטיטוטיבי, הוזכר פעם בקשר לפס"ד פורר שקבע את ההלכה) מאותו רגע פוסקים המזונות.
* עקרונות מזונות ילדים לפי ההלכה
* החיוב המרכזי מכוח הדין הוא על האב בלבד, חובת האם משנית בלבד. הכוונה היא לצרכים ההכרחיים. המינימום שבמינימום שנדרש כדי שהילד לא יגווע ברעב. מדובר בכמה מאות שקלים.
* אופי החובה משתנה בהתאם לגיל הילד ובהתאם לצרכיו. יש הבדל בין "קטני קטנים" (מתחת לגיל 6), לבין גיל בגרות בהלכה( 12 לבת, 13 לבן), לבין גיל מעל 15.
* תפישה דתית מול אזרחית
* **הדתית:** עקרונות מסורתיים שמרניים: תפיסה מסורתית של משפחה (שונות מובהקת בין המינים, חלוקת תפקידים נוקשה, סטנדרט כפול של התנהגות מינית, חיבור בין המישור המיני לכלכלי).
* **האזרחית**: יש להניח שהתפישה הפוכה. תצפה לשוויון, כמובן שנשאל איזה שוויון? פורמאלי/ מהותי? עד כמה הוא חייב להתחשב בתנאים החברתיים-כלכליים?
* התוצאה: מלאכת ההתאמה. השופטים ינסו להתאים את הכללים הדתיים שהם צריכים לפעול לפיהם, לעקרונות האזרחיים שאותם הם מעדיפים.

**מלאכת ההתאמה של העקרונות והכללים ההלכתיים למערכת הערכים, העקרונות והנורמות האזרחיים**

* במסגרת הגנות נגד תביעת מוזנות אישה:
* **הכיוון הראשון: בהגנה מסוג קיזוז- הרחבת ההגנה.** הגברת המשמעות הכלכלית המיוחסת לעבודת האשה בדרך של קיזוז פוטנציאל ההשתכרות של האישה. כלומר כאשר אישה שאיננה עובדת מחוץ לבית, מגישה תביעת מזונות, לפי הדין האישי היא צריכה לקבל מזונות בגובה ("עולה עמו ואינה יורדת עמו" = לפי אורח החיים שהזוג היה רגיל לו) מקסימלי. לכן בעבר עו"ד המליצו לאישה להפסיק לעבוד על מנת שתקבל מזונות בגובה מקסימלי.

**הכיוון השני: בהגנה מסוג פטור- צמצום ההגנה.** הפחתת המשמעות המיוחסת לסטיית האשה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה בדרך של הכנסת ממד של הדדיות להערכת ההתנהגות.

* **כיוון שלישי (סמוי): אזרוח מלא.** יצירה של דיני מזונות שהם אזרחיים לחלוטין, המנותקים לגמרי מהדין האישי הדתי.

**"מעשה ידיה"- שאלה הכפיה במלאכות הרווחה**

* "צאי מעשה ידיך במזונותיך": הבעל יכול להגיד תשתכרי בעצמך, זה אומר שניתן לקזז מתביעת המוזונות גם את פוטנציאל ההשתכרות שלה.

נרחיב:

**הכיוון הראשון-**

התפתחת הפסיקה הרבנית בשנות ה90- אומרים שהעבודה של הנשים היו בהוראה ובפקידות זה כמו המלאכות של פעם כמו טוות הצמר וכו'. אז כמו שבעבר יכול היה להגיד לכי להשתכר בעצמך, אז זה אפשרי גם היום.

פס"ד ביקל, פדן- סוטים מהלכת מזור שהיה פס"ד ישן שאמר שמתביעת מזונות אישה אפשר לקזז רק השתכרות שלה בפועל. זו היתה ההלכה עד שנות ה90 . בשנות ה 90 התרחש במהלך, במקביל למהלך שהתרחש בביד"ר. הוא בא לידי ביטוי בפסדים ביקל, פדן ואברהם (לקרוא) המדברים על נשים שלא עבדו מחוץ לבית, ובהם העליון אמר להם שהן יכולות לעבוד, ולכן סכום המזונות המגיע לכן נמוך ברבה מהסכום אותו תבעתם. הנסיבות של פס"ד ביקל- היו נסיבות שניתן להזדהות עמן. עצת אחיתופל שעו"ד גרוע נתן לאישה. אמר לה להפסיק לעבוד. והעליון אמר מדוע עשתה כן? רק בגלל היתרון הטקטי שניתסה להשיג? לא איפשר לה לעשות את זה. בפס"ד פדן ואברהם ביהמ"ש עשה חשבון שהיא כן יכולה לעבוד נניח החל מגיל 6 של הילד, ומכל זה ביהמ"ש התעלם . הפסדין האלו מגלמים את המגמה של בית המשפט להגיד לנשים לצאת לעבוד.

**סיכום ביניים**

* אימוץ נלהב למדי של מהלך קיזוז כושר ההשתכרות, למרות סיוגו המסוים בפלולי, תוך הדגשת רטוריקת שוויון.
* אימוץ מסויג יותר של מהלך צמצום טענות הפטור, הדגשת ההנמקות הראייתיות-טכניות והיסוס לגבי הכנסת הדדיות

וריכוך הסטנדרט המיני הכפול.

* הדגשת רטוריקת השוויון גם באימוץ הנלהב למדי של פסה"ד של פרוקצ'יה בנוגע למזונות ילדים.
* הטיעון: זהו שוויון מדומה וחלול.

14.5.2014

**שיעור 21**

**מהלך שלישי: אזרוח מזונות בני זוג** (קיים במצגת)

מהלך נוסף הוא אזרוח מלא של מזונות בני הזוג.

שני המהלכים הראשונים הם: במסגרת התאמות הדין האישי לתפיסת העולם האזרחי- דיברנו על הגדלת הגנת הקיזוז עד כדי קיזוז פוטנציאל השתכרות האישה, וכן על קנת האפשרות להתגונן מפני תביעת מזונות בטיעונים שקשורים להתנהגות האישה.

**פס"ד כהנא-**

אם ניתן לבסס את זכותה של האישה למוזנות לאו דווקא מכוח הנישואין אלא מכוח התחייבותו של הבע, מחייב הצדק שלא תישלל זכותה של האישה למוזנות גם לאחר שניתן פסק דין המחיב בגירושין (לפחות כל זמן שאין גירושין למעשה ושבני הזוג חיים יחד בכפיפה אחת).

כלל חשוב: בנישואי איסור (כמו כהן וגרושה) אינם מקנים לאישה שום זכויות.

**פס"ד סולומון-**

פס"ד קונסטיטוטיבי, יוצר מציאות משפטית חדשה. הוא פוסק את זכותה של האישה למזונות.

למרות שהדין האישי פוטר אותו ממזונות בגלל שמדובר בנישואי איסור, שמגר פוסק מזונות בכל זאת מכוח הצדק.

**רע"א 8256/99 פלונית ( השופט ברק)- הפס"ד המכונן של המזונות האזרחיים**

הוא אומר מפורשת שהמזונות שלפניינו הם מזונות אזרחיים "הנועדים לאפשר את שיקומו לאחר הפרידה הפיזית בין הצדדים, אין הם מזונות כמשמעות דיבור זה בדיני המשפחה".

כלומר אומר במפורש שזה משהו חדש, ולא מזונות הלכתיים. במקרה הזה היו נישואים אזרחיים ולא כדמו"י.

הוא לא הולך במסלול של סטטוס שהיה מחייב אותו קודם לשאול האם הם בכלל נישואים, כי זו דרך קשה.

נשאל- האם המכשיר הזה חל גם במצב של נישואין כדמו"י?

האם המכשיר הנפלא של מזונות אזרחיים חל גם על נישואין כדמו"י ולא רק על נישואין אזרחיים?

ניתנו 2 פס"דים בבית משפט למשפחה של השופט שוחט והשופטת מימון.

ברק בפס"ד המכונן שלו של המזונות האזרחים (עמ' 27) אומר הערת הבהרה- הפס"ד שלי מתייחס לזוגות שנישאו בנישואים אזרחים מחוץ לישראל, או ידועים בציבור. על זוגות שנישאו כדמו"י או זוגות שספק נשואים- עליהם חל הדין האישי. ופסק דיני לא עוסק בזוגות אלה.

שופטי המשפחה למדו מהמילים של ברק ש**אין מזונות אזרחיים בנישואין כדמו"י.** אבל ברק רק התכוון שהוא **לא בדק עדיין את הנושא,** ולא שזה לא אפשרי. כל התשתית שברק מבסס מכוח כוונה או התחייבות מכללא, מכוח הסתמכות, מכוח שיקולים של צדק וכו'- אין ספק שכל זה רלוונטי (לדעת המרצה) גם לנישואין כדמו"י.

ההצדקות התיאורטיות המשפטיות רלוונטיות בדיוק באותה מידה. ובכל זאת באה אותה הערת הבהרה. שופטי המשפחה נשענו על הערת ההברה הזו, וכן אמרו שיש מערכת דינים (הדין האישי), והוא זה שיכתיב מה היקף זכות המזונות, מה הפטור מהמזונות וכו'. לכן לא ניתן להגיד שיש מערכת אחרת.

אילו כן ניתן היה להחיל את המזונות האזרחיים גם על נישואין כדמו"י- למה זה היה יכול לשרת אותנו?

אנחנו פותחים פתח לשחרור מהעול של הדין הדתי בתחום מאוד משמעותי.

ניתן גם לתבוע פה (מה שאי אפשר לתבוע מכוח מזונות דתיים) מזונות אחרי גירושין. זה אולי הדבר המשמעותי ביותר. אנחנו יודעים שאין בישראל מזונות לאחר הגט, כי הדין האישי קובע שהזכות למזונות קיימת כל עוד הנישואין מתקיימים.

ברק אומר שהמטרה בכלל היא לשקם **אחרי** הפירוד, ולא אומר עד מתי הם יחולו. הקונספט הוא של מזונות משקמים.

אילו ניתן היה להחיל את המבנה הזה גם על נישואין כדמו"י זה פותח פתח עצום.

לכן **בפס"ד תמ"ש 26992/08 של השופטת מימון בבימ"ש למשפחה**-

היו כהן וגרושה, והתביעה היתה **למזונות משקמים** מכוח דין אזרחי. השופטת מסתמכת על פס"ד כהנא כדי כן לפסוק מזונות, ששמגר שם בפס"ד כן פסק מזונות למרות שמדובר בנישואי איסור של כהן וגרושה. בפס"ד זה, הם התגרשו 3 חודשים לאחר התביעה, ולכן מימון פוסקת מזונות אישה, אבל דוחה את המזונות המשקמים שלאחר הגירושין לפי מה שהבינה את הפס"ד של ברק (המזונות האזרחיים).

בהפעלת המנגנון של מזונות אזרחיים בנישואין כדמו"י- אנחנו יוצרים מערכת לא ברורה. וכן יתכן שיתבטל התמריץ של להימנע ממתן המזונות לאישה בתקופה שבין הגשת התביעה ועד הגט עצמו, וע"י כך לתת את הגט מהר יותר (כדי לא לשלם). המרצה לא מקבלת כל כך את הטיעון הזה.

**מנגנון המזונות אחרי הגירושין מקביל לסעד של חלוקת המוניטין** (חלוקת פוטנציאל השתכרות וכו').

מצד שני, אולי כן יש אפשרות למזונות אזרחיים בנישואין כדמו"י :

**740/08 פס"ד המחוזי בחיפה של השופטים וסרקרוג, כהן, עמית** (עמית שעכשיו בעליון)-

הם מפנים לפס"ד המוזנות האזרחיים של ברק. אומרים שכל עוד יש סטטוס נישואין צריכים להיות מזונות. (לקרוא- פסקה 9). הסעד הסופי שניתן (פיסקה 10) – דרך ההשוואה לפלונית המזונות האזרחיים והפס"ד של ריבלין (חלוקת המוניטין), **הם יוצרים האחדה של שני סעדים: מזונות אזרחיים +מוניטין נכסי קריירה. מחילים את זה על זוג שנישא כדמו"י.**

**פס"ד 4751/12 של דנציגר בעליון (2013)-**

עוסק בתביעה אחרת של בנות שאומצו ע"י אישה שחיתה בזוגיות כידועה בציבור. האימוץ נעשה במהלך החיים המשותפים בהסכמת בן הזוג. אך הן אומצו רשמית ע"י האישה בלבד. הן לא יכולות להשתמש ב**חוק התיקון לדיני משפחה (מזונות).**  זה לכאורה חוק המזונות האזרחיים בישראל, אבל הוא לא רלוונטי לכמעט שום מצב.

**זירת הפסיקה בנושא מזונות האישה: סיכום ביניים**

* ביהמ"ש העליון עסק במלאכת התאמה בין העקרונות והכללים ההלכתיים לבין העקרונות, הערכים והנורמות האזרחיים.
* שני כיווני פעולה שונים בעלי השלכה שונה על יחסי הכוח המגדריים בסכסוכי גירושין.
* כיוון ראשון: אימוץ פסיקה חריגה יחסית של ביה"ד וקיזוז פוטנציאל השתכרות האשה, סיוג משמעותי.
* כיוון שני: הכנסת ממד הדדיות ליחסי הזוג ודחיית טענות הגנה מצד בעלים שלא עמדו בעצמם בקוד ההתנהגות הנדרש.
* בסה"כ, צמצום כללים הלכתיים הנתפשים כבלתי-הולמים ובלתי-שוויוניים, אבל המסר איננו חד-משמעי.

**גישת בתי המשפט לענייני משפחה**

* אימוץ הכיוון הראשון, של הגברת המשמעות הכלכלית המיוחסת לפעילות האשה, למרות סיוגו בפסיקת העליון.
* הימנעות מפסיקה ברוח הכיוון השני, למרות המגמה האחידה שהסתמנה בפסיקת העליון בקשר אליו.
* התחלה של פסיקת מזונות אזרחיים, אך דחייתם במערכת נישואין כדמו"י.
* במקרים רבים נפסקים מזונות אזרחיים כסעד זהה לפסיקת חלוקת הון אנושי במסגרת תביעה רכושית.

**נושא 17: שיתוף נכסים**

**ישראל: השלכות כלכליות של גירושין**

* 97% מהמשפחות החד-הוריות עומדות בראשן נשים. כאשר 70% מהן כתוצאה של גירושין.
* בשנת 2010 הגיע מספק המשפחות החד הוריות בישראל ל 129 אלף, שהם 12.4% מסך המשפחות עם ילדים בארץ, ומספר הילדים בהן הגיע ל 215477, שהם 8.6% מסך הילדים בארץ.
* כל ילד שלישי במשפחה חד הורית נמצא מתחת לקו העוני, לעומת כל ילד רביעי משפחה דו הורית.
* בשנות ה70 קרתה מהפכת "הגירושין ללא אשם". אם בעבר התפיסה שהיתה מעוגנת בדין הדתי, הגירושין יכולים להתרחש רק כאשר אחד מהצדדים אשם, מפר משהו מיסודות הנישואין. סתם ככה לא ניתן להתגרש. כל זה השתנה בעקבות עליית התנועה הפמיניסטית אבל לא רק בגללה. בקליפורניה זו המדינה שהיתה ראשונה להנהיג גירושין ללא אשם. בהמשך שאר המדינות בארה"ב הצטרפו. באירופה רוב המדינות נוהגות כיום בגירושין ללא אשם. זה הביא לעליה גדולה במקרי הגירושין. כמו כן היתה כניסה מאסיבית בשנות ה 70 של נשים בארה"ב לשוק העבודה, וצוברות יותר נכסים בעצמן. כל אלו הביאו לעליה בגירושין.
* היה מחקר בחו"ל שמצא שלאחר הגירושין יש עלייה גדולה מאוד במצבו הכלכלי של הגבר, לעומת מצבה הכלכלי של האישה לאחר הגירושין שצונח. גם אם יש גברים שמצבים הכלכלי ירד לאחר הגירושין, הגבר מחזיר את מצבו הכלכלי למה שהיה קודם תוך שנים ספורות.

**הרקע החברתי כלכלי: פערי שכר בין גברים לנשים-**

* 2007: ההכסה לשעה של גברים שלמדו 16+ שנים גבוהה ב 30% מזו של הנשים בעלות אותה השכלה.
* ההכנסה לשעה של מנהלים (גברים) גבוהה ב 14% מזו של מנהלות.
* 2010: הכנסת נשים בשרות המדינה נמוכה ב 19% מזו של גברים, בברוטו הפער הוא 23%.
* גברים עובדים בשכר 29% יותר שעות מנשים, אך משתכרים 63% יותר מנשים.

**מהם ביטויי המשפחה הפטריארכלית כיום?**

שני שליש מזמן העבודה של הגברים הוא בשכר ופחות משליש זה עבודה ללא שכר (עבודות הבית, הילדים וכו'). אצל הנשים התמונה היא בדיוק הפוכה – שני שליש של הנשים היא עבודה ללא שכר, ושליש עבודה בשכר.

**ישראל: זירת הגירושין**

חשוב לזכור שהגירושין בישראל הם "גירושין קשים"- אי אפשר לסיים את קשר הנישואין ללא הסכמה.

במסגרת הסעדים הממוניים**, חלוקת הרכוש היא למעשה הסעד הבלעדי בעת הגירושין**, כי אין את האפשרות של מזונות לאחר הגירושין. התשתית המשפטית יוצרת פערי כוח מגדריים. מחזקת את החזק, מחלישה את החלש.

חוק יחסי ממון יצר עד לתיקון של 2008 חיזוק של הגברים עוד יותר. כי סעד איזון המשאבים יכול היה להתבצע רק לאחר מתן הגט, ומי שמעכב את הגט (סרבן גט) מעכב גם כן את חלוקת הרכוש.

ברוב המקרים, כשלוקחים משק בית אחד ומפרקים אותו לשניים, מה שקורה זה ששני החלקים חלשים הרבה יותר.

אם מפרקים את הנכס המרכזי של הזוג, הדירה, ומשאירים את הבית אצל ההורה המשמורן, אז החלק של המזונות נופל על הצד השני.

**התפתחות הלכת השיתוף**

1. הלכת השיתוף היא הסדר משפטי שהונהג בשיטת המשפט הישראלית ע"י ביהמ"ש העליון שפיתח אותה בהיעדר חוק שאמור היה להסדיר את היחסים הרכושיים בין בני זוג, והיא קובעת חזקה שזוג המנהלים "אורח חיים תקין ומאמץ משותף" – הרכוש שנצבר ע"י מי מהשניים מצוי בבעלותם המשותפת. (ראה פס"ד חסל, קריאת רשות, חשוב). מדובר על הסכמה מכללא, שלמעשה הסכמנו שמה שנצבר ע"י שניינו יחולק בחלקים שווים.
2. הרחבה מנכסים "אישיים" לנכסים ,עסקיים" (בסילאין, בריל, סלם נ' כרמי). תוך הבחנה ברמת הראיה נדרשת להוכחת שיתוף או הקלת סתירתו(בסילאן).
3. הרחבה גם לחסכונות וקופות גמל (נכסי העתודה הכלכלית) . פס"ד רון, לידאי.
4. זניחת רכיב החיים ה"תקינים", זניחת רכיב המאמץ המשותף, די בחיים משותפים (העדפת הרציונאל הנורמטיבי על פני ההסכמי). למשל אם ההורים קנו לאישה דירה במתנה בגיל 20 , ובגיל 26 התחתנה, סביר להניח שאותה דירה כן תחולק באופן שווה בת הגירושין.
5. מעבר הדרגתי מבסיס חוזי-קנייני לבסיס של צדק חברתי : "כידוע מטרתה של חזקת השיתוף היא צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים" (פס"ד חסל).
6. מעבר מחזקה עובדתית-הסכמית לחזקה נורמטיבית-קוגנטית (חקיקה שיפוטית).

18.5.2014

**שיעור 22** (הושלם מאביתר)

ממשיכים בנושא של יחסי ממון, מדובר בנושא כבד. יהיו כאן הרבה אזכורים של פסיקה שלא נתעמק בהם [יש צורך לעשות זאת לבד]. הדרך שבה הנושא יועבר- נדבר באופן כללי על הלכת השיתוף והתפתחויותיה, יש לנו שתי משטרים שמסדירים עניינים שיתופיים בין בני זוג- הלכת השיתוף, שהיא גולת הכותרת של פרי יצירה חקיקתי; לאחריה חוקק חוק יחסי ממון, שחל על זוגות שנישאו לאחר ינואר 74', בו מעוגן הסדר איזון המשאבים. הנושאים שנדון בהם:

* הנושא של ההון האנושי- השאלה של החלוקה שלו, ודרכי ההתחשבות בהון האנושי- זה יהיה הנושא במסגרת הדיון להלכת השיתוף.
* לאחר נושא זה, נדבר על חוק יחסי ממון, על הבעייתיות שהיתה בו במשך 36 השנים הראשונות לנוכחותו במשפט הישראלי, וכיצד היא נפתרה בפסיקה- פס"ד קנובלר יעקבי, אבו-רומי ועוד.
* כמו כן נדבר על יישומים של חוק יחסי ממון, בייחוד נדבר על ס' 8.
* כמו כן נדבר על הסכמי ממון בהתאם לחוק.

החזקה שעומדת ביסוד הלכת השיתוף- בני זוג המנהלים אורח חיים תקין ומאמץ משותף, הרכוש שנצבר במהלך חיי הנישואין, מצוי בבעלותם המשותפת. הלכת השיתוף למעשה קובעת איזה סוג של שיתוף יהיה- מהו טיב הזכויות הקנייניות, השיתוף הוא בעין, וההיקף הוא היקף של 50-50. מתי בעצם נכנסת לתוקף הבעלות הקניינית בחלקים שווים? מרגע שבני הזוג מקיימים חיים משותפים תקינים. פס"ד שענה על כך- **פס"ד שלם נ' טווינקו**. השיתוף הקנייני בחלקים השווים מתגבש כאשר ניתן באמת לדבר על חיים משותפים. מרגע שנוצרו התנאים האלה והתגבשה אותה בעלות קניינית משותפת, בכל אותם נכסים שנחשבים כנצברו ע"י מי מבני הזוג, השיתוף הינו מידי- וניתן לממשו בכל רגע נתון. למשל- בדרך של פנייה לביהמ"ש ע"מ לבקש פסק דין הצהרתי, כדי להבטיח את הזכויות של מי מבני הזוג על אותו רכוש משותף, גם אם אינו רשום על שמו. זה שונה מהמשטר של חוק יחסי ממון. נצביע כבר עכשיו על נפקות מאוד משמעותית- יחסים של בני זוג שאינם נשואים. ההסדר הרכושי שחל על בני זוג ידועים בציבור- הלכת השיתוף, ולא חוק יחסי ממון! כך שאם ישנה אישה ששוקלת את השיקולים הכלכליים, וחושבת מראש באיזו מע' יחסים יהיה לה יותר קל לממש את הזכויות שתצבור לאחר פרק זמן משמעותי של חיים משותפים, אז הזכויות שהלכת השיתוף מעניקה הן זכויות הרבה יותר חזקות ומוצקות. ניתנות למימוש בקלות יותר רבה בהשוואה להסדר איזון המשאבים. כל זה נכון לפני תיקון מס' 4 ב2008. עד 2008, בהקשר של מימוש השיתוף הרכושי, היה פער גדול לטובת הגבר והמצב של ידועים בציבור היה טוב יותר עבור האישה. בפסד" בבלי, חסן (של השופט טירקל), רבלין ההון האנושי, רואים את הסקירה של ההתפתחויות של הלכת השיתוף, בביסוסה במשפט הכללי, המשגת תכליותיה, וכל התפתחויות אלה הביאו לכך שאם בהתחלה השיתוף צומצם לנכסים אישיים, בשימוש יומיומי של המשפחה, והיתה הפרדה בין רכוש משפחתי לעסקי, הפרדה זו בוטלה בשלב די מוקדם. **פס"ד אבולוף** דיבר על חנות פרחים של בני זוג. השופט בך תיאר את מע' היחסים בין בני הזוג ככזו שלא מלווה בפנקסנות ובניהול חשבונאות מתמיד בין בני הזוג, כך שלא נכון לעשות הפרדה בין השיתוף שהוחל על דירת המגורים לבין החנות של בני הזוג. בהדרגה ההלכה הוחלה גם על נכסים עסקיים פרופר- **בפס"ד סלא נ' כרמי**- העסק של הזוג היה אדריכלות, הומחש כי במקרים מסוימים עדיין ניתן לשחק עם השאלה של מידת ראיות- לסתור את הלכת השיתוף בקשר לנכסים משפחתיים, הוא נורא קשה עד בלתי אפשרי. לסתור את השיתוף ביחס לנכסים עסקיים- יותר אפשרי.

חשוב להבין שכל פעם שאנו מדברים על נכסי עתודה כלכלית ועל נכסי קריירה, לפעמים משתמשים בכותרות האלה בין נכסים של קופות גמל וקופות חיסכון, ביטוחי מנהלים וכל מיני נכסים פיננסיים אלה- שהם נכסים מוחשיים, גם אם לא ניתן לממשם הם נכסים ממשיים ובדרך של אקטואריה אין שום בעיה להעריך ואז לחלק בין בני הזוג. זה ללא ספק נכנס לשיתוף בין בני הזוג, בתחילה זה לא היה כך, אך בשנות ה80 זה אכן נחשב. נכסים פחות מוחשיים- כמו פוט' השתכרות, מוניטין וכד' לא כלול בשלב זה בשיתוף. חשוב לעשות הבחנה בין אלו.

**פס"ד קנובלר**- ביקר את הנטישה של היסודות ההסכמיים ולמעשה גם את היסודות הקנייניים מבחינת הרציונאלים של הלכת השיתוף. מה שקרה לאורך השנים זה שגם הרכיב של אורח חיים תקין, ורכיב של מאמץ משותף, נזנחו. הפסיקה היתה אחידה- היא אמרה שלא מעניין אם הזוג רב או לא רב. כל זוג רב מתישהו, ולא ניתן למריבות הללו בעצם לסיים את הייחוס של אותו הסכם של שיתוף פיננסי כלכלי, רכושי. כמובן שההסכם הזה מסתיים באיזשהו שלב- שאינו קבוע אלא גמיש. באיזשהו שלב אולם אותו הסכם מכללא מסתיים, ומגמישים כל מקרה לפי נסיבותיו. אז את אורח החיים התקין בהחלט כבר זנחנו, ולכאן תיוחס התפיסה שהרציונאל ההסכמי ננטש. וכן המרכיב של המאמץ המשותף- זה שהצדיק את האופי הקנייני של השיתוף, כי גם אם הבעלות הפורמאלית נרכשת ע"י אחד מבני הזוג באמצעות רישום, ברגע שקיים מאמץ משותף- שמדובר על משהו שהתגבש במהלך החיים המשותפים, יותר מובן כאן האלמנט הקנייני. אבל אם אנחנו אומרים שהמאמץ המשותף לא תמיד מעניין אותנו, אז הרבה יותר קשה באמת לייחס לזה שיתוף קנייני. אבל בכל זאת הפסיקה עושה זאת- והפסיקה של הלכת השיתוף כבר בסוף שנות ה80, מדברת על הכללתם של נכסים שמלפני הנישואין, באותו שיתוף קנייני מלא שנוצר בין בני הזוג במהלך החיים המשותפים. פס"ד קנובלר יעקבי, חסל, שלם נ' טווינקו, ריבלין- ניתן בהחלט לומר שמה שאנו רואים בהתפתחות של הלכת השיתוף- רואים העדפת רציונאל נורמטיבי לעומת הסכמי- כלומר יצירה של הסדר שהוא כמעט קוגנטי. לסתור את הלכת השיתוף מאוד קשה עד בלתי אפשרי. כיצד ניתן להימנע ממנה? תמיד ניתן להתנות ולעשות הסכם ממון. אך בהיעדר הסכם ממון, ההסדר של הלכת השיתוף כבר התנתק מהיסודות ההסכמיים שלו והפך לנורמטיבי קוגנטי. ההצדקה לשיתוף- "צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים". המבקרים אומרים שההסכם הזה מכללא מהווה פיקציה.

מה התוצאות לכך?

* הקלה בתנאי הכניסה להכלת השיתוף. שאלה של משך הזמן בהחלט נזילה. ושאלות אלו נראה כאשר נדבר על ידועים בציבור כאשר מדובר בבני זוג נשואים- ההלכה קמה עם קיום הנישואין. ברגע שנעשה טקס, והוא מבטא את אותה הסכמה, אז ההלכה כבר מוחלת. בידועים בציבור- משך הזמן יותר משמעותי.
* צמצום אפשרות הסתירה
* מועד סיום גמיש- חסל- האם מועד הסיום הוא מתי שהבעל עזב את הבית? או בהגשת התביעה ע"י האישה? או עם תחילת קרע בני בני הזוג? או מתי שפתחו חשובות בנק נפרדים? אלו נק' ציון שעל כל אחת מהן ניתן למצוא פסיקה שאוחזת בנק' ציון כזו או אחרת. יש פה מרחב תמרון גדול. בד"כ מועד הפרידה הפיזי, היום שממנו והלאה כבר לא חיים יחד במשק בית משותף, זה בד"כ נתפס מועד הסיום.
* החלה הדרגתית על נכסים פרטיים
* ניתוח אנליטי של תכליות הלכת השיתוף- **בפס"ד שלם נ' טווינקו**. מאוד תמציתי. מאוד חשוב לקרוא. בקצרה-

הכרה בחיי הנישואין כחיי שיתוף;

קידום השוויון בין בני הזוג- לא משנה מה התרומה של בני הזוג לרווחת המשפחה – אם כספית או אם מהווה תרומה באמצעים של עבודה ללא תשלום. השיתוף הוא אותו שיתוף והוא מלא. ההתייחסות היא שווה לגמרי ביצירת השיתוף הכלכלי בין בני הזוג;

שימור האוטונומיה והזהות העצמאית- כשברק אומר שקיימת גם התכלית של שימור אוטונומיה, הוא מתכוון לכך שבהפעלה דווקנית של העקרונות המשפטיים שמקודם נוסחו כיוצרים זכות קניינית מידית של שני בני הזוג בכלל הרכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים, הפעלה דווקנית היתה מוליכה למצב שלא ניתן להתנהל כאינדיבידואלים, אלא כל התנהלות עסקית פיננסית היתה דורשת פע' משותפת. זה בעצם מצב שיש בו כמובן מחיר כבד לתכליות הראשונות. לכן צריך למצוא איזון מתאים ע"מ שההתנהלות הכלכלית לא תיהפך לבלתי אפשרית, ושתישמר אותה אוטונומיה וזהות עצמאית במהלך החיים המשותפים. יש למצוא איזון בין הבטחת זכויות לבין צדדים שלישיים, והבטחת האפשרות להתנהל כאינד' ולר להיפגע מהחלת השיתוף הנ"ל. (אנו נכנסים לנושא של יחסי ממון בין בני זוג צדדים שלישיים- יש פס"ד ברשימת הקריאה, פס"ד בן גהה נ' הכשרת היישוב. ברשימת הקריאה. לא ניכנס לכך לעומק.);

הענקת ביטחון כלכלי לבני הזוג לאחר פירוק הקשר- ברק מדגיש שמרכז הכובד של ההלכה הוא לעת פירוק הקשר. התכלית היא להעניק ביטחון כלכלי לבן הזוג. יש להבחין בין בן זוג שצובר את הנכסים ורשום עליהם, לבין בן הזוג הלא רשום. יש לתת ביטחון כלכלי לבן הזוג הלא רשום, עת השיתוף הכלכלי מסתיים. השיתוף יכול להסתיים במועד פטירה למשל, כאשר בן הזוג שנותר עלול להילחם על זכויותיו מול יורשים שונים שטוענים לירושה.

נקדיש מעט מילים **לפס"ד שלם נ' טווינקו**- פס"ד מאוד אלגנטי לפי המרצה. מי שקורא את העובדות- ברור לו מה צריכה להיות התוצאה. ברור כשקוראים פה את העובדות, ברור שרוצים להגיע למצב שהאישה כן תישאר עם החלק שלה ברכוש, ובמיוחד בדירת המגורים. אם צעדנו באופן כ"כ רחב לשיתוף מלא בכל הנכסים, אז המתקוממים יגידו שאין זכויות בלי חובות. ולא יכול להיות שהאישה תיהנה רק מהרווחים והזכויות, ללא שהחובות יבואו בצידן (מה שבערך נפסק בפס"ד זה). שותפות בחובות של הבעל מצד האישה, זו התוצאה שאלמלא פס"ד שלם היתה מתרחשת. מה שקרה בערכאות נמוכות. ובכל זאת, הם החריגו מהשיתוף חובות שנעשו בדרך שבעצם חורגת מההתנהלות העסקית התקינה, חובות שקשורים להוצאות פרטיות שלא קשורות לאישה, והדוגמאות הן- מי שהפסיד כספים בהימורים, או עסקים לא כשרים למשל.

מה שברק בעצם מצליח לעשות כאן- עושה הפרדה בין שני מועדים. החוב שנוצר כאן- חוב שהאישה עקרונית יכולה להיות שותפה לו, היא שותפה לחוב כמו ששותפה לרווחים. אך העניין הוא שלא היה עדיין מועד קריטי- יכול להיות שהוא יתרחש, אך הוא לא ממש קרה מתי שפנתה להצהיר על זכויותיה בדירה. כל מה שקשור לשיתוף בנכסים המובהקים, כבר כן קיים, ולכן יכולה לקבל סעד של פס"ד הצהרתי על זכויותיה בדירה שלא נרשמה על שמה. אבל מצד שני, כל מה שקשור לשיתוף ברכוש העסקי בעצם עוד לא התגבש. ומכיוון שזה עוד לא התגבש, אז היא לא חייבת בחובות שקשורות לאותו רכוש עסקי. החוב עצמו נוצר כאשר עדיין לא נוצר שיתוף בכל מסת הרכוש העסקי. זהו פיתרון מאוד אלגנטי, יישום של פיתרון זה נמצא בפס"ד בן גהת נ' הכשרת היישוב שנראה בהמשך.

**נושא ההון האנושי**-

מה מקומו של ההון האנושי בזמן הפירוד? פס"ד המנחה של השופט רבלין. הוא פורש שם את כל ההצדקות וכל ההתנגדויות. הוא עושה זאת בצורה מאוד ברורה ומשכנעת. המשפט הכי יפה שמה- "הזמן המשפחתי הוא אחד והוא נוצר בשניים"- הוא מבטא בצורה מתומצתת ופיוטית את ההצדקה לרעיון שבעת הפירוד יש להתחשב גם באותו דבר שמתייחס אל העתיד. אנו מדברים בעצם על מצבים שבהם זוגות בתק' הביניים בחיים נפרדים. מה קורה כאשר זוג נישא בגיל 23 ונפרדים לפני גיל 30? ולמשל אין ילדים. מבחינת המצב הכלכלי של שני בני הזוג- בד"כ אין כ"כ מה לחלק. יכול להיות שההורים קנו דירה, אך צמודה לה משכנתא ויש לחלקה, או שפשוט מוכרים אותה. אותם בני זוג הם עצמאים כלכלית בעולם התעסוקה, ואם אין ילדים אין חלוקת תפקידים מגדרית, מחירים וויתורים או השלכות כלכליות של אותה שותפות כלכלית. מה עם זוגות בעשור השישי לחיים? סביב גיל 60. הילדים כבר מזמן לא בבית, ויכול להיות שבמהלך החיים המשותפים היתה חלוקה מגדרית מאוד ברורה. למשל כמו בבלי- רק במקום גיל 45 גיל 60. אותו זוג עבר נתח שלם של תק' העבודה- הם לקראת גמלאות, ובגיל 60 אדם זה כבר השיג מה שהשיג, הפוט' כבר מומש. בד"כ אנשים בנק' זמן זו נמצאים במצב שבו הגשימו ומימשו את הפוטנציאל. בגיל זה כנראה כבר יש מה לחלק, וכנראה שאותו פוט' השתכרות שכבר הגשים את עצמו, כבר צבר את הנכסים, וניתן לחלק את החלוקה בעין, הנכסים הם כבר מוחשיים, לא כ"כ רלוונטי לדבר כבר על פוט' השתכרות. כי פוט' זה כבר יבוא לידי ביטוי בפנסיה, הוא מוחשי.

איפה הבעיה? בזוגות שהם בין לבין. אלה שחיו 20 שנה ביחד, בין גיל 25 ל45. ב20 שנה אלה התנהלו כיחידה כלכלית משותפת, הולידו ילדים. כמו כן היו תוצרים כלכליים. באותם 20 שנה חלוקת התפקידים היתה כזו- השקעת האישה היתה מכוונת יותר כלפי פנים מאשר כלפי חוץ. בד"כ היא עבדה גם מחוץ לבית, אך זה היה משני לעבודה בבית. כל התפיסה של השקעה חיצונית שונה לגמרי עבור האישה. ההשקעה המירבית היא במשפחה. היא מניבה את ההנאה והתועלת הפנית יחידתית. האם להשקעה זו יש ערך כלכלי? לא. האם להשקעה זו היה מחיר כלכלי? המון. בספרות מדברים על **the motherhood penalty**. המחקרים שמעידים על כך- מחקר שקיבץ כמה תריסרי מחקרים שבדקו כל אחד בפני עצמו את ירידת כושר ההשתכרות של נשים לאורך שנות התעסוקה שלהן, עם כל לידה נוספת. התוצאות קשות. ישנה צניחה של 7% בהשתכרות עם כל ילד. בישראל לא מעטות הנשים שמגיעות למעשה ל"דפיציט".

נמשיך- לאישה מחיר כלכלי ברור, אבל התועלת שהיא מניבה אין לה בעצם ערך שוק אלא יש לה תועלת פנים בלבד. אצל הגבר- המצב הוא תמונת ראי. ההשקעה של האיש מכוונת כלפי חוץ, היא כמובן מניבה תועלות פנימיות מאוד משמעותיות. ההכנסה שלו וכושר ההשתכרות שלו הוא זה שמניע חלק משמעותי יותר בקיום הכלכלי של אותה יח' משותפת. לאורך כל הדרך הוא משיא את אותו כושר השתכרות, את המוניטין האישי שלו. כשאנו מגיעים למצב שאין ילדים במשוואה הזו- אז לדעת המרצה אין מה לדבר על שאלות של הצדקת חלקות הון אנושי.

את ההתנגדויות לחלוקה זו ראינו אצל ריבלין בצורה ברורה-

1. מדובר בכישורים אישיים של הגבר או מי שפיתח את כושר ההשתכרות שלו, ואין סיבה שהאישה תהיה טרמפיסטית על כישרונו הייחודי.

2. נימוקים מסוג של קשיי הערכה

3. שיעבוד של האיש- אנו צופים קדימה מה כושר ההשתכרות שלו, ואת זה מכניסים למשוואה של חלוקת הרכוש, יש השלכה לכך שאומרת שעד גיל 65 הוא לכאורה צריך להיות עו"ד כמו שהוא עכשיו. מקבעים אותו בהתאם למה שהוא עכשיו.

4. יש את אלה שמוסיפים פה מנק' מבט מהסתכלות על האישה- מצב זה ינציח את החולשה שלה ואת התלות שלה בבעל.

5. הפרידה הנקייה- כשזוג מגיע לסוף דרכו צריך לעשות הכל, כדי שזה באמת יהיה הסוף. שלא יהיה שום קשר מתמשך.

המרצה מנסה להראות את ההצדקות לכך, ונותנת תשובות לטענות לעיל:

* נחזור לזוגות הביניים- למשל הבעל סמנכ"ל כספים והוא עתיד להיות מנכ"ל החברה. המשכורת שלו אמורה לתפוח מאוד בשנים הקרובות, והפער בינו לבין האישה גדול. הפער הזה נוצר כתוצאה מהנישואין, כתוצאה מחלוקת התפקידים ביניהם. ייתכן והמאמצים המשותפים האלה ימשיכו להניב תוצאות ששני בני הזוג ייהנו מהם במשותף. ואם השיתוף הזה נקטע באותו גיל ביניים, אז אין שום הצדקה שאותה בת זוג תישאר כשהיכולת הכלכלית שלה כ"כ יותר נמוכה מהיכולת הכלכלית של בן הזוג.
* קשיי הערכה- התשובה יחסית טריוויאלית. מדובר בדיני נזיקין גרידא, בביטוח לאומי, בחישוב של תאונות עבוד הוכד'.
* שיעבוד- שאלה יותר קשה. אחת הדרכים להתמודד עם זה, הוא ליצור כלי של תשלומים איטיים- תשלומי איזון איטיים. לא תשלום חד פעמי שייתכן ויהיה מאוד לשלמו. היתרון של התשלומים האיטיים הוא שהוא נועד למנוע את השיעבוד- אם למשל הבעל סוגר את המשרד שלו בגיל 50, אז ייתכן והתשלומים האלה ייפסקו. במכשיר של תשלומים איטיים ישנה הגמשה רבה.
* העניין של פירוד נקי- הוא פיקציה. הרי יש ילדים, והקשר אף פעם לא באמת מסתיים. אלא אם כן אחד מבני הזוג פשוט נעלם. אך ברמה של המחויבות ההורית, הקשר של ההורים הוא קשר שלא מאפשר את הפיקציה של הפרידה הנקייה. חשוב להדגיש שמדובר בהורים לילדים.

ריבלין מדבר על אותם מקרים מובהקים בהם נוצר פער ממשי וברור. כשיש לנו מקרה ביניים זו בהחלט שאלה האם ליצור שיתוף כזה.

התוצאה של ריבלין בפס"ד- לאחר 28 שנים, 5 ילדים, המוניטין הוערך ב700,000 שקל, והפיצוי החד פעמי הוערך בגובה 200,000 שקל. זהו תשלום של פחות מ10 שנים של מזונות, לפי הקביעה של בתי המשפט הנמוכים יותר. האישה מקבלת 7 שנים נוספות של תשלום חודשי של 4500 שקל.

בפסיקה היו התפתחויות- שני פס"ד של רובינשטיין. לא נתעכב עליהם.

התלכדות עם מגמת המזונות האזרחיים?

מזונות משקמים הם תת זן של המזונות האזרחיים, בשיעור שעבר שאלנו האם ניתן להחלים במצבים של נישואין כדמו"י- ביהמ"ש מאוד מהסס עם זה. יש פה אולי התלכדות עם הרעיון של חלוקת ההון האנושי. הרטוריקה של ריבלין עצמו היא רטוריקה שמאוד מתחברת רעיונית לאותה רטוריקה של מזונות משקמים- דגש על הצורך ביצירת איזון בין בני הזוג כאשר הם יוצאים מהקשר, צמצום הפער ביניהם.

האם באמת מדובר בשתי פנים של אותו מטבע, או שיש הבחנה ונפקויות בין הרציונאלים של מזונות משקמים מול חלוקת הון אנושי? נשאיר את השאלה הזו פתוחה לבינתיים.

נעבור לתמ"ש של השופטת פלאוט 67910/00, אותם בני זוג מפרשת בני נוח התכתשו בין היתר על ההסדרים הרכושיים ביניהם. השופטת פלאוט אומרת שהפרמטר של סיום החבות במזונות זה לא בהכרח הפירוד או התרת הנישואין, אלא יש לבדוק את היכולת מצד אחד ונזקקות מצד שני. זה יילקח בחשבון כשהיא תבוא לבדוק את תביעת האישה בחלקות המוניטין, כי הא בהא תליא. זה שתי פנים של אותו מטבע- גם ההון האנושי בא לפצות על הפער, וגם המזונות המשקמים באים לגרום לכך שכשהמצב הכלכלי של בני הזוג בסיום הקשר הוא לא מאוזן, אז יש צורך במזונות אלה כדי ליצוא איזון. המטרות הן אותן מטרות- אך הרציונאלים שונים- חלוקת הון אנושי- הוא חלוקת הון משותף שנצבר לכאורה יחד ע"י בני הזוג. מזונות אזרחיים באים על רקע הצורך לגרום לכך שבן הזוג שיש לו יכול כלכלית ימשיך לסייע לבן הזוג הנזקק. יכולות להיות הבחנות בין שני סוגי הסעדים, למרות שבפסיקה כן מלכדים ביניהם. פה היה מדובר בילדה אחת ו14.5 שנות נישואין, האישה היתה מזכירה של הבעל. נפסק פה 5000 ₪ למשך 5 שנים.

בשיעור הקודם דיברנו על מזונות אזרחיים, והובא אותו פס"ד של חיפה של עמית וורסרקרוג- השופטת וסר' היא זו שבעצם מדברת בצורה מאוד ברורה, מדברת על פס"ד של ברק המזונות האזרחיים והפס"ד של ריבלין. נפסק שם תשלום שנקרא פיצויי שיקום, בשל אובדן לעתודה כלכלית של האישה. זהו רציונאל של הון אנושי- על כך שהאיש ממקסם את כושר ההשתכרות שלו והאישה להיפך. יש פה בעצם ערבוב שלם של שני היסודות האלה- ועמית מדבר על עסקת חבילה של כל התוצאות הכלכליות.

בפס"ד של דנציגר- מגיע שיא הטשטוש ביניהם. לדנציגר הגיע ערעור מאוד דומה לפס"ד של חיפה. פס"ד זה היו נישואין כדמו"י, הזוג התחתן לפני 74', פסקו שם מזונות לפי הדין האישי, וגם מזונות משקמים. זה נוגד את מה שאמרנו על אי פסיקה מזונות משקמים על נישואין כדמו"י. בכל זאת פסקו שם הכל. זו שאת מחשבה קלאסית למבחן- לתת את פס"ד דנציגר ולתת ביקורת עליו. יש פה טשטוש מוחלט- בין נישואין כדמו"י לבין אזרחיים לעניין מזונות משקמים, טשטוש בין הון אנושי למזונות משקמים. לכאורה זוגות שחל עליהם חוק יחסי ממון- לכאורה אמור לחול עליהם משהו אחר- פס"ד זה של דנציגר מטשטש את כל התחומים. דנציגר- "זו תוצאה חלוקתית צודקת". האם זה מסתדר עם כל הכללים הברורים שנקבעו לעיל? דנציגר פשוט עשה סלט אחד גדול מכל ההסדרים והרציונאלים שהזכרנו לעיל, והסיבה לכך היא כדי להגיע לתוצאה חלוקתית צודקת.

**נושא 18: איזון משאבים**

21.5.2014

**שיעור 23** (הושלם מאביתר)

עכשיו אנו ניצבים בפני הצורך להתמודד עם דין אזרחי שהוא בעייתי. הבעייתיות של הדין האזרחי נעוצה באותה בעייתיות של הדין הדתי. מה היה המוקש בחוק יחסי ממון, שעשה אותו קשה עד כדי שהפך לאות מתה? ההגדרה בחוק היתה שהנישואין מסתיימים עקב מוות או עקב גירושין- כלומר עד שאין גט אין חלוקת רכוש. מי שפחות נלהב לחלק את הרכוש, זה אותו אחד שיש לו שליטה על הגט, בשל הצירוף של המציאות ההלכתית עם המציאות החברתית כלכלית המערבית. 35 שנה ניסו לתקן את חוק יחסי ממון, לפחות 7 הצעות חוק לתקן את החוק, הגיעו לשלבים מאוד מתקדמים במליאה, נתקעו תמיד בקריאה שנייה או שלישית. בפס"ד קנובלר רואים סקירה רחבה של שמגר על המאמץ לשנות את החוק ואת ההתנגדויות ההלכתיות שהיו, מצד ח"כים דתיים. המנטרה היתה שאם יפורק הרכוש לפני שיש גט, הגט יהיה גט מעושה. איך בדיוק ולמה? לא ננסה להבין את המהלך ההלכתי הזה, כי לדעת המרצה זה פשוט טיעון מופרך, הוא לא מחזיק מים מבחינה הלכתית. להגיד שהגט שיינתן אחרי חלוקת רכוש הוא מעושה, לא ברור. יש לנו הרי עשרות אלפי זוגות שמגרשים לפי הלכת השיתוף, וחלוקת הרכוש נעשית לפני קבלת גט. ברגע שאחד מבני הזוג מגיש תביעה, בכפוף למציאת מדור הולם לילדים, ניתן לפרק את השיתוף בכל רגע נתון. פה לעומת זאת, אומרים הח"כים הדתיים- שכל זוג שהרכוש אצלו חולק לפני מתן גט, למעשה מדובר בגט מעושה לדידם. וזה לא הגיוני. מדובר בטיעון הלכתי חסר בסיס, ברור שהטיעונים הללו היו פוליטיים. הכל שוב חזר לשאלה של כוח וסמכויות, ביד"ר ידעו שברגע שמתאפשר פירוק השיתוף ללא קשר לגט, הם בעצם מאבדים שליטה בנפח התיקים שיופנו אליהם, וישנם שיקולים פוליטיים- מסוג יחסי כוח מגדריים; המע' הדתית כשוביניסטית- השלטת הנשים ע"י הבעלים והחזקת הנשים תחתם; העובדה היא שבדינאמיקה של סכסוכי משפחה, נשים יוזמות יותר גירושין מבעלים. בתי הדין בסירובם להקדמת איזון המשאבים, למעשה מחזיקים יותר נשים במסגרת הנישואין, כל עוד חוק יחסי ממון הוא במתכונתו המקורית. בכל אופן, כל זה השתנה ב08'. מדובר במהלך משולב של כלל ארגוני הנשים, ביניהם מרכז רקמן, ובניווט היה פרופ' בן ששון, שהיה אז יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, הוא הצליח לתמרן את ש"ס. את השינוי המשמעותי ניתן לראות בפסיקה- הס' שמתחיל לככב בביהמ"ש לענייני משפחה הוא ס' 8, של הנסיבות המיוחדות. אם נעשה חיפוש בנבו, של פסיקה של ס' 8, עד 09 לא נמצא פסק דין אחד. כי לא היה שימוש בחוק יחסי ממון, ביהמ"ש פשוט לא הפעיל אותו. הוא היה אות מתה. זירת הגירושין מאז הפעלתו בפירוש השתנתה, מדובר אולי בשינוי הדרמטי ביותר בדינאמיקת הגירושין בישראל.

לפני תיקון 08'- **פס"ד קנובלר יעקבי** ניסה לענות על השאלה האם להחיל במקביל את הלכת השיתוף והסדר איזון המשאבים? הבעיה היתה שיש זוג, והאישה מעוניינת בחלקה ברכוש, בגלל החוק היא לא יכולה לזכות בזה. היא טוענת שלמרות חוק יחסי ממון, הלכת השיתוף עדיין חלה במקביל אליו. ס' 4 בחוק אומר שאין בכריתת הנישואין כדי לפגוע בנכסים של בן הזוג. ס' זה נחקק על רקע הלכת השיתוף, אז בהפעלה פשוטה של פרשנות חוק, ס' 4 שהלכת השיתוף לא חלה, כי מהותה היא להקנות לבן הזוג האחד את נכסיו של בן הזוג האחר. ס' 5 בנוסחו האחר אומר שהסדר איזון המשאבים יופעל לאחר הגט. ואילו ביעקבי רוצים להפעיל את ההסדר לפני הגירושין. לא מתיישב כלל עם נובח החוק. בקנובלר יש לנו 5 שופטים- אחד אומר שלא ניתן להחיל את ההסדרים במקביל, ואילו 4 אחרים מנסים באקרובטיה משפטית להחיל את הלכת השיתוף לפני מתן גט.

**פס"ד אבו רומי**- מסכם את קנובלר יעקבי. מה הסיכום שעולה באבו רומי ועליו חוזרים בשלם נ' טווינקו, ובן גיאת נ' הכשרת היישוב? מה הדרך שבה מקובל להבין מה שנפסק ביעקבי? שאמנם גם אם הלכת השיתוף לכשעצמה, הלכת השיתוף המלאה ומרחיקת הלכת, אז גם אם היא אמנם לא מוסיפה לחול במקביל על זוגות שנישאו אחרי ינואר 74', אז הדינים הכלליים כן ממשיכים לחול. יש פה את הרציונאל ההסכמי חוזי ולא הנורמטיבי. יש כאלו שאומרים שמדובר בהלכת שיתוף כחושה במתכונתה, או כזו שמתייחסת לנכס ספציפי.

ייתכן ואבו רומי וקנובלר לא רלוונטיים, כי התיקון החדש לחוק אולי מייתר אותם. האמנם? האם נפתרה הדילמה? האם קנובלר יעקבי ואבו רומי מיותרים, האם שאלת הסימולטניות הפכה ללא רלוונטית?

נעשה מעבר מהיר על חוק יחסי ממון- ננסה לחשוב לאור הלכת השיתוף, ולאור השאלות שהתעוררו באבו רומי וקנובלר. פרק א' של חוק יחסי ממון מתחיל ברעיון של הסכם ממון- קובע לנו שיש את דרך המלך להסדיר יחסים רכושיים בין בני זוג- לעשות הסכם. בפועל, לא הרבה זוגות עושים הסכם כזה, למעט אלה שיש להם מודעות מאוד גבוהה לנושאים של עגינות וכד'. ס' 3 אומר שאם לא נעשה הסכם ממון, הזוג כפוף להסדר איזון המשאבים כתחליף. ס' 5 ו5א רבתי הם המרכזיים היום. ס' 5- זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג. כיצד זכות זו מכונה? למה זכאים בעצם? בהלכת השיתוף שותפים בנכסים עצמם בעין. ואילו פה, מדובר בזכות לשווי- זה הבדל בין זכות אובליגטורית לקניינית. בהסדר איזון המשאבים מדובר בזכות אובליגטורית נדחית- למועד איזון המשאבים- או מוות או לפי ס' 5א. מדובר במחצית השווי של כלל הנכסים, למעט- נכסים שהיו להם ערב הנישואין, או מתנה / ירושה, כלומר נכסים פרטיים, כאלה שהם בעצם לפי הס' המפורש של החוק הם נכסים חיצוניים לשיתוף. ס' 5ג- פנסיה, קופות גמל ועוד נכללים בחילוק הנכסים, אלה נכסי קריירה מהסוג היותר מסורתי (פס"ד רון ולידאי הכניסו נכסים אלה לשיתוף ובעקבות כך החוק). זה לא כושר השתכרות ולא מוניטין אישי- שאלה נכסי הון אנושי מהסוג הלא מוחשי, נכסי מוניטין. ס' 5א- ביצוע איזון המשאבים ייעשה לאחר מועד מסוים (שנה? להשלים) אם קיים קרע בין בני הזוג, או חיים בנפרד משך שנה, ניתן לקצר את המועד האמור. ניתן לקצר זאת עוד בנסיבות של אלימות במשפחה. ס' 5א רבתי ב קטן מפרט שורה של נסיבות שמכירות בקיומה של אלימות, ומעניקות הענקת סעד של חלוקת הרכוש עוד הרבה לפני שחולפת שנה בפתיחה בהליכים.

האם חוק יחסי ממון מאפשר להוסיף נכסים? לא, הוא מאפשר להחריג עוד נכסים. ס' 8(2) מאפשר איזון משאבים לפי חישוב אחר, לא 50-50, תוך התחשבות בכושר ההשתכרות. איפה חוק יחסי ממון את הקונספט של הון אנושי, מוניטין, פוט' השתכרות? אלו נסיבות מיוחדות שמאפשרות חלוקה שונה מחצי-חצי. האם הלכת השיתוף מאפשרת חלוקה שאינה חצי לכל בן זוג? באופן עקרוני, השיתוף במסגרתה הוא שווה. באיזון משאבים- נק' המוצא היא חצי-חצי אך ניתן לסטות מזה. ישנן נסיבות נוספות בהן ניתן לסטות מחילוק של חצי-חצי.

המרצה טוענת ששאלת הסימולטניות עדיין רלוונטית, למרות התיקון של חוק יחסי ממון- הלכת השיתוף התפתחה באופן הרבה יותר רחב מהשיתוף שקבוע בחוק. כל הכנסת הנכסים הפרטיים, בשלם נ' טווינקו ובן גיאת, ממחישים את הצורך לפנות להלכת השיתוף ולדינים הכלליים, שעדיין קיימים למרות חוק יחסי ממון, כדי להכניס עוד נכסים להסדר השיתוף.

25.5.2014

**שיעור 24** (הושלם מאביתר)

**נושא 20: הצד האפל של המשפחה- אלימות במשפחה**

**- הרצאת אורח של הדר דנצינגר:**

בשיעור המרצה תיתן רקע סוציולוגי על מנת להבין את המטריה המשפטית של אלימות במשפחה.

ישנו מיתוס שאין הרבה נשים מוכות, או בני משפחה מוכים, ישנו סקר שנעשה בשנת 2011, המטרה של המחקר הזה היה לנסות ולמפות את השיעורים של התופעה הזו בישראל. עד שנת 2001 לא היה מחקר כזה בישראל, אומנם בארצות שונות בחו"ל היו סקרים כאלו ודרכם נעשו השלכות למחקר הישראלי. המחקר שנעשה בשנת 2011 בדק את הנשים ביחס לשנה האחרונה בחייהן. הנתונים הראו כך:

* 13% מהנשים דיווחו על אלימות, על היותן נשים מוכות פיזית.
* 57% דווחו על אלימות מילולית כלפיהם.
* 10% דיווחו על איומים.
* בישראל, מתוך כלל מקרה הרצח מדברים על 15% של מקרי רצח על רקע מערכת יחסים זוגית. 8% מהנשים דיברו על מצב של גילויי שליטה מצד בן הזוג שלהם.
* 40,000 נשים בישראל מדווחות על פי הסקר הזה על היזקקות לטיפול רפואי.
* 15,000 נדרשו לאשפוז.
* רק 5% דיווחו על מעשי האלימות למשטרה. בערך 2% מגיעים בכלל לספירה המשפטית, זאת מתוך ה-5% שמדווחות.

המחקר מראה בצורה מובהקת שגבר שמכה פעם אחת, ברור שזה יקרה פעם נוספת, רוב הסיכויים שזה לא מקרי וזה תלוי נסיבות.

אלימות כלפי נשים היא גורם מספר אחת שמביא נשים לבית חולים, אפילו יותר מלידות.

המרצה משתמשת כל הזמן בנשים כנפגעות וגברים כאלימים, בשנים האחרונות יש המון דיווחים על נשים כמכות גברים, אך הסטטיסטיקה המובהקת היא שעדיין אחוז הנפגעות אלו נשים ואחוז הפוגעים אלו גברים. המרצה משתמשת במילים "פוגע" ו"נפגעת" בגלל שסטטיסטית אלו הרוב.

מהי אלימות?

בכל תופעה חברתית, השלב של NAMING הוא שלב משמעותי על מנת שנוכל להציע פיתרון מתאים. מדובר בסטריאוטיפ של אישה הסופגת מכות (כרמלה בוחבוט), בעבר הייתה מקובלת הגדרה מצומצמת, הכוללת רשימה סגורה של התנהגויות מסוימות שרובן קושרות להיבט הפיזי של האלימות. אולם, בשנים האחרונות, החלו להכיר בהגדרה מרחיבה של אלימות, אלו שבוחנות מדוע הנפגעת הופכת להיות עושת דברו של הגבר, מדוע היא משפיטה את עצמה והופכת להיות כלי בידיו. כלומר, ישנו מערך שלם של התנהגויות מלבד האלימות הפיזית. ההגרה היא שכל מה שנכנס להתנהגות שיוצרת אצל האישה טרור, פחד, שליטה, נכנס להגדרת האלימות. כלומר, כל התנהגות שהיא חוליה בשרשרת של התנהגויות שיוצרות דפוס שליטה מתמשך, נחשב אלימות.

התובנה הזו הגיעה כתוצאה מהרבה טיפולים שגרמו להבנה שישנה קשת רחבה של התנהגויות שמובילות לתחושה של שליטה. כך שיכול להיות שאם נשים יחוו התנהגות מסוימת של אלימות, אולם נשים אחרות לא יגדירו חוויה זו כאלימות בהכרח. בעבר, הייתה הגדרה אובייקטיבית- כל מי שחטפה סטירה, זו אלימות. אולם, הגיעה הגדרה רחבה יותר, כך שההגדרה הינה סובייקטיבית. בתחום הטיפול, אחת הטענות הייתה שיש חיסרון להגדרה המרחיבה, מאחר וכל אישה יכולה להיחשב נפגעת אלימות בהתאם לחוויה שלה, כך שאנו יוצרים מצב שאין הבחנה בין אלימות אמיתית לבין חוויה אישית, בנוסף, ישנו עניין של משאבים. מצד שני, הטענה הייתה שהחשיבות של ההגדרה הרחבה היא הגדרה מוצדקת, כי מבחינה סימבולית לא רק אישה שסופגת מכות היא נפגעת אלימות, אלא גם אישה שחווה אלימות נפשית.

אם אנו מדברים על טיפול, בספרות הקלינית מקובל לתאר את מעגל האלימות כמעגל שבנוי מכמה רבדים:

1. **אלימות פיזית**, שהיא הכי ברורה.
2. **אלימות מילולית**.

מערכת יחסית נקראת אלימה שזה מתמשך, במובן כזה שאלו החיים- דינאמיקה שמובילה את מערכת היחסים. בנוסף, כאשר הגילויים הללו הם חד סטריים, מהאחד אצל השניה. דפוס שהוא שיטתי ותמיד צד אחד הוא המתעלל ותמיד צד שני הוא הקורבן. למרות שאנו יכולים להבין שקו הגבול הוא חמקמק, לא שחור או לבן.

1. **אלימות רגשית**- אלימות שהיא מאוד חזקה, קשה לפעמים לשים את האצבע על התנהגות ספציפית שהיא מהווה אלימות רגשית. דוגמאות: עלבונות חוזרים ונשנים, השפלות, איומים, התפרצויות זעם, גילויי קנאה, בידוד חברתי- הגבלה על קשרים עם משפחה, חברים ועוד. בנוסף, גבר שמונע מהאישה גישה למוסדות שיכולים להוות מבחינת האישה סוג של עזרה, לדוג' להגיע לטיפול רפואי, למוסד ביטוח לאומי ועוד.
2. **התעללות פסיכולוגית**- התעללות מתוחכמת שמכניסה את האישה לחרדה מתמדת, פאניקה עד פרנויה, היא מרגישה שהבעל כל הזמן נמצא שם, הן כל הזמן מסתכלות לצדדים, כל טלפון יוצר בהלה, זה משהו שהופך להיות פוסט טראומה.
3. **אלימות מינית**- כל מגע בכפייה, לפגיעה מינית ישנן השלכות שלא קיימות בפגיעה פיזית רגילה. מדובר בכפייה של מגע או יחסי מין בין בני זוג. בנוסף, כל התנהגות מינית שמהווה פגיעה באישה. לכאורה יחסים בין בני זוג הם דבר שהוא טריוויאלי, אולם, כאשר זה נעשה בכפייה יש בזה אלימות. בזוגות שהם סובלים מאלימות, אלימות מינית יוצא בצורה נורא מורכבת. בד"כ אישה שסובלת באלימות לאורך היום, ברור שבסופו של דבר היא לא תרצה לקיים יחסים עימו. לעיתים האישה תישבר ותסכים אבל כמובן שלא מרצונה החופשי. תמיד הנושא הזה של אלימות מינית עולה אם בכלל ממש בסוף, הרבה פעמים למרצה יצא לדבר עם נשים על אלימות מינית, אולם זה עלה רק בסוף למרות שזה היה העיקר. הרבה יותר קל לדבר על אלימות פיזית, ישנו משהו מאוד קשה, לא רק ב-NAMING אלא גם בהטלת האשמה. הרבה פעמים נשים אומרות שהן נכשלו בלקיים את תפקידן כנשים.
4. **הרס רכוש**- תופעה שהרבה פעמים אנו יכולים לראות אותה- טריקה של דלתות, שבירת צלחות, התעללות בבעלי חיים, שפיכה של אוכל על הרצפה. למה זו אלימות? החוויה הזו של חיים בפחד ובאימה, הליכה על ביצים בשביל שזה לא יקרה מהווה אלימות.
5. **אלימות כלכלית**- כתיבה חדשה. אלימות מתוחכמת שמאפיינים חתכים שונים באוכלוסייה. הכוונה היא חוסר יכולת של האישה לקבל החלטה או להרגיש עצמאות כלכלית. ישנן נשים שהיו מקבלות משכורת, אך המשכורת הייתה עוברת באופן ישיר לבעל. נשים שאינן יכולות להוציא כסף מבלי להתחנף לבעל, לעשות מה שהוא רוצה. לא מדובר בהוצאות להנאתה של האישה, אלא הוצאות לצורך הבית. כמובן שזה יוצר באישה תחושה של שליטה מתמשכת. המבחן הוא כל מה שיוצר באישה תחושה של שליטה מתמשכת.

ישנן כל מיני תיאוריות שמנסות להבין מדוע קיימת תופעה של אלימות משפחה? אחד המיתוסים היותר מוכרים היא העובדה שמדובר בתחום פרטי, ולכן המדינה צריכה פחות להתערב, מדובר באלימות פרטית ואינטימית.

התיאוריה הפמיניסטית- הטענה היא שאלימות במשפחה היא לא תופעת שנוצרת בין שני בני זוג בחלל ריק, הטענה היא שאנו נולדים לחברה שמחנכת לתפקידי מגדר מאוד ברורים, ולכן אלימות במשפחה מהווה כלי למגדר החזק- הגברים, לשלוט במגדר החלש- נשים. שהרי זה לא סתם שמבחינה סטטיסטית ישנן יותר נשים כנפגעות. עצם העובדה שקיימת התופעה הזו בין בני זוג, מי שנהנה ממנה אלו כל הגברים, במידה מסוימת הם נהנים מזה שישנה תופעה של נשים נחותות מאחר וזה מנציח ומחזק את המעמד הגברי. מדובר בטענה פמיניסטית רדיקאלית. הפחד שקיים אצל הנשים משפיע על איכות החיים שלהם, ולכו זה גורם להן להיות יותר נחותות וכך מנציחים את המעמד הגברי. בגלל ההבנה שאלימות כלפי נשים במשפחה, מושפע מכל האטמוספרה הכללית, כל מקרה פרטי בין בני זוג הוא פוליטי, מייצג תופעה חברתית, ציבורית שמנסה להעלות תופעה של אי שוויון מגדרי ("האישי הוא הפוליטי"). מה שמדהים הוא שהתופעה של אלימות במשפחה היא אוניברסאלית, ולא רק שהיא אוניברסאלית במובן המספרי, אלא גם בדפוסים שלה ובדינאמיקה שלה. השאלה היא למה? מה זה משהו ביולוגי? לא, זה פשוט קשור לעולם כולו שאנו נולדים אליו. ישנו מחקר שחילקו לאנשים היגדים על תופעת האלימות במשפחה, לדוג' צריך להרביץ לאישה שלא מוכנה לעשות את מה שהגבר עושה, במקרה זה גם נשים וגם גברים חשבו שזה מוצדק. וזה בעצם מחזק את זה שזו לא תופעה פרטית, זה ביטוי בתוך הספירה הפרטית שרלוונטית לעולם כולו.

למה נשים לא עוזבות?

התיאוריה הקלאסית הבסיסית שמתארת את מעגל האלימות של ווקר. התיאוריה הזו מנסה להסביר איך זוגות שנקלעים למערכת יחסית אלימה מוצאים עצמם חוזרים לאותו הדפוס, ולעיתים זה אף מתגבר.

להלן השלבים של התיאוריה:

1. **שלב היווצרות המתח**- שלב זה נוצר מכל מיני סיבות. גבר שמגיע מיום עבודה קשה, הגבר עצמו סובל מחרדות ועוד. התחושה של הגבר היא שהוא סובל מחוסר סבירות רצון מהאישה. ישנם כל מיני מאמרים על מהו הטייפ של הגבר האלים. בגדול, האישה כאשר היא חשה את התחושות שלו היא מנסה לרכך. אך כאשר היא לא מצליחה, הכעס אצל הגבר הולך וגדל, מדובר בתחושה פנימית שמלווה אותו. בשלב מסוים, האישה מרגישה שהיא מותשת מלהרגיע אותו ולכן היא משדרת רפיון וייאוש, הגבר חש בתחושות האלו וזה יוצר בגבר חרדת נטישה. הרף הולך וגועה עד שמגיעים לשלב השני.
2. **שלב ההתפרצות**- השלב שבו ישנה אלימות לפי כל אחד ממקרי האלימות שציינו לעיל. מיד אחריה חל איזה שהוא רגיעה.
3. **השקט שאחרי הסערה**- שלב החרטה (ירח דבש מדומה). השלב שבו הגבר נבהל ממה שהוא עשה, הוא חש חרטה, הוא מרגיש אכזר. מדובר בשלב מדומה, באותו רגע שהגבר מתחרט הוא אומנם באמת מרגיש חרטה. אבל בשלב הזה הרבה פעמים הגבר עושה מאמצים שנועדו לפצות את האישה, האישה רוצה להאמין שהיא יותר לא תסבול וזה אכן לא יקרה עוד פעם, שהרי מי רוצה בגלל אפיזודה אחת לפרק משהו גדול. בשלב הזה, הקורבניות של האישה מושלמת. במקום שבו האישה אחרי השלב הזה תישאר שם ותסלח, ותקטין את הדברים שקרו, זה השלב שמייצר את ההסתברות המאוד גבוהה שזה יקרה שוב. התקווה והאמונה של האישה להשלים עם המצב כזה, יוצר בעיה גדולה מון גברים אלימים בפוטנציאל.

אחרי שנים רבות, מעגל האלימות הולך להיות היווצרות מתח והתפרצות, מאחר ולגבר אין שום תמריץ להתחרט מאחר והאישה כבר תמיד תישאר שם. נוצר מצב במערכת היחסים, בדינאמיקה ביניהם, שמייצרת את הסיפור הזה שוב ושוב.

חשוב להכיר את התיאוריה הזו, מאחר ולפעמים כאשר המתח מתחיל להיות בלתי נסבל אצל האישה היא יכולה לשלוט בתזמון של שלב ההתפרצות. מאחר ולחיות במצב שהמתח עלול להגיע אך היא לא יודעת מתי, האישה מעדיפה לעשות טריגר על מנת שזה יקרה כבר, ולא להיות דרוכה כל הזמן. ולכן, בתוך המערך של התיאוריה הקלינית זו ההוכחה לכך שהאישה נמצאת עמוק בתוך מערכת היחסים האלימה. האישה רוצה להרגיש לפחות סוג של שליטה על התזמון הזה, אם לא נכיר במעגל הזה לא נצליח להבין מה המטרה של האישה לעשות את הטריגר הזה.

עם השנים האישה מפתחת **חוסר אונים נרכש** (מושג ווקר גם כן). ישנו חוקר בשם זליגמן שביצע ניסוי מכלבים, הוא הכניס שני קבוצות כלבים לשני כלבים, הוא נתן שוקים חשמליים לכל אחד מהכלובים. לכלוב אחד הוא נתן שוקים חשמליים בעוצמה קבועה ואילו בכלוב השני לא הייתה חוקיות. בכלוב שבו השוקים החשמליים היו בעוצמה קבועה ובזמן קבוע, הכלבים למדו להימנע מהשוקים. ואילו בכלוב השני, כאשר השוקים באו בלי התרעה, ראו שהכלבים כבר מוותרים, נשארו והמשיכו לחטוף. הייאוש בתחושה שאין שום דרך לדעת מתי התוצאה הלא רצויה הזו תבוא, היא כל כך מייאשת שהיא מורידה כל תמריץ להימנע מהתוצאה הזו.

תהליך דומה מזהים אצל נשים, כאשר האישה, למרות הניסיונות שלה, לא מצליחה לשלוט על ההתפרצויות של הגבר, היא נכנסת לשלב של חוסר אונים, היא נכנסת למצב של דחק שמתורגם להישרדות- חוסר אונים נרכש. הוא הולך ונרכש עם הזמן.

ישנו מושג נוסף שווקר טבעה- **צמידות טראומטית**- מושג שלקוח מתחום אחר. מושג שמתאר את הקשר והתלות שיש בין הגבר האלים לבין האישה המוכה. קשר שמצמיד אותם אחד לשני סביב הטראומה במערכת היחסים. מושג זה לקוח מיחסים של שובה ושבוי- כאשר שובה שומר על שבוי בכלא, נוצר ביניהם מערכת יחסים. כל שהשבוי מזדהה עם השובה שלו. הרעיון הוא שישנו הליך פסיכולוגי, הטענה היא שיש תלות הפוכה בין השובה לשבוי. בין מדוע השבוי זקוק לשובה שלו, הוא זקוק למים ואוכל. אולם, גם השובה זקוק לשבוי, שזו העבודה שלו. כך שגם השובה הוא בעל תלות מסוימת בשבוי. איך זה קשר אלינו? הגבר מרגיש שהעוצמה והכוח שלו ניזונים מהנוכחות של האישה החלשה לצידו. הקונפליקט של עוצמה ותלות, יוצרת את זה ששניהם בו זמנית נשלטים וחלשים. שהרי הגבר בלעדי האישה הוא כלום, ישנו סוג של תחושה שבגלל שממילא אין לגבר כלום, והחיים שלו לא פשוטים גם ככה. האמביוולנטיות שיש בין היחסים- מצד אחד, אלימות. מצד שני, תלות ברורה. התחושה של האישה היא שמי עוד יאהב אותה ככה בעולם, מי עוד יגיד לה שהוא ימות למענה. כאשר האישה התרחקה מהמשפחה שלה, מהחברים שלה, היא נמצאת בתוך סיטואציה שהבעל המכה הוא האדם היחיד שמוכן לעשות בשבילה הכל, מי יאהב אותה ככה. המורכבות הזו יוצרת מערך לא פשוט ביחסים. הסוד הזה שגם הגבר הוא בעל תלות באישה יוצר בידוד חברתי.

סטטיסטית אנו יודעים שנשים מוכות שעוזבות את הבית, חוזרות ועוזבות בממוצע שש פעמים. האחוז שבאמת בסוף עוזבות הוא מזערי. השאלה היא מדוע?

* **תיאוריית המלכוד**- נשים כאלו הן הרבה פעמים חלשות מבחינה כלכלית פוטנציאלית, מבחינה חברתית, הקושי והבושה ועוד. לבוא ולומר שצריך לקום ולעזוב, זה לא ריאלי. לאן היא תקום ותלך? אלו נשים שאין להן באמת יכולת אמיתית לקום ולעזוב.
* **תיאורית הבחירה**- תיאוריה הנוגדת אינטואיציה. התיאוריה הזו אומרת שהרבה פעמים נשים לא עוזבות לא כי אין להן ברירה, אלא מבחירה. הן בוחרות להישאר במערכת היחסים מאחר וישנו הבדל בין התרבויות השונות. קיימים הבדלים מבחינה מגדרית בין נשים לגברים באופן שבו הם מתבוננים על המקום של היחיד במערכת יחסים. נשים הרבה פעמים זקוקות למערכת יחסים הרבה יותר מגברים, הן נוטות להגדיר את עצמם דרך מערכת יחסים, דרך קשרים. הן רואות קשר עם הזולת המשמעותי בחיים שלהם, כמשהו שמעצב את האישיות שלהם, זאת בשונה מגברים. ולכן הרבה פעמים נשים בוחרות להישאר בקשר, במחיר אדיר של אלימות, מאחר והן רואות בקשר עצמו כחלק בלתי נפרד מחייהן. האישה ביודעין "מקריבה" את עצמה למען הקשר.

בהרבה מקרים, האישה מרגישה שהיא נכשלה בכך שהיא שברה את הכלים והלכה. מדובר בנשים שעברו דברים איומים, ובכל זאת הן מרגישות שהן האשמות, הן האגואיסטיות.

האם זה יכול לקרות לכל אחד? ישנן שתי שאלות:

1. איפה עובר קו הגבול בין מערכת יחסים אלימה לבין מערכת יחסים נורמטיבית? אין פה תשובה חד משמעית. ישנן כל מיני מקרים שאמורים להדליק נורה אדומה.
2. מקובל היה לחשוב בעבר שזה לא יכול לקרות לכל אחד, צריך מבנה אישיותי מסוים, ישנם אנשים חזקים שלעולם לא יפלו בתוך הדבר הזה. אולם, בעשורים האחרונים התפיסה הזו הולכת ומתנפצת, כך שזה יכול לקרות לכל אחד. מדוע? מאחר ולא מדובר במבנה אישיותי מסוים, אלא כן מדובר בדינאמיקה שהיא זו שיצרה את זה. כאשר נשים מספרות איך הן התחילו את המערכת היחסים, הן הרבה פעמים מדברות שזה התחיל מתקופה קשה, שהן היו חייבות חום ואהבה. כל שהן לא באמת ראו את המציאות נכונה. אולם, שלב הכניסה לקשר, יכול לקרות לכל אחד. מדובר במידע שמעביר לכל אחד מאיתנו סוג של אחריות בבחירה שלנו.

1.6.2014

**שיעור 24**

המשך הנושא משיעור 22 (בלי ההרצאה של הדר)- יחסי ממון

**תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון- איזון משאבים**

האם אחרי תיקון מס' 4 נפתרו כל הדילמות של השאלה של הלכת השיתוף מול הסדר איזון המשאבים?

התשובה היא שמה שנפתר זה רק השאלה של האפשרות להקדים את מועד האיזון. ניתן לחלק את הרכוש עוד לפני שיש גט, בעקבות תיקון מס' 4 (הנקודה שהביא לנו את פרשיות יעקבי וקנובלר).

**מה לגבי שאלת ההון האנושי? איך חוק יחסי ממון מתייחס אליו?**

נשאל שאלה מקדימה- או מהי ההתייחסות להון האנושי בהלכת השיתוף (הפסד של ריבלין)?

ההתייחסות הטרמינולוגית של "נכס". כלומר הון אנושי הוא נכס. האם זה נכס שצריך לחלוק בו? האם זה נכס שנצבר במהלך החיים? או יש אלמנטים בו שקיימים מלפני החיים המשותפים? כל אלה שאלות ששואלים אותן ייחס לכלי של ההון האנושי. כל אלו נמצאים בפס"ד של ריבלין (חייב לקרוא- פס"ד מרכזי).

אם זה באמת נכס, כמו קופות גמל או קרן השתלמות, אז החלוקה צריכה להיות חצי חצי. ואם כך יש לעשות את ההפרדה הברורה של מה היה קודם, ומה נצבר במהלך החיים המשותפים. וכאשר מדובר בהון אנושי יש קושי להעריך את זה.

דוגמא לנכס הון אנושי- בעל שנמצא בתפקיד של מנכ"ל בנק. זה הכישרון שלו והוא מרוויח הרבה מאוד, ולכן האישה זכאית לחצי, אולי גם מההשתכרוית העתידיות שלו (\_?? לבדוק).

בארה"ב הלכו לפתרון של תשלום שילך שלני הצדדים, ולא היה מדובר על איזשהו נכס בר- חלוקה. אלא על משהו אחר המתבסס על צדק חלוקתי ושוויוני.

יש לעשות הבחנה ברורה בין נכסי קריירה (המעוגנים בפסיקה ובחקיקה- המעוגנים בסעיף 5 ג', פנסיה, קופות גמל וכו').

מה שלא נכס ב 5ג'- זה הון אישי, כושר השתכרות ומוניטין אישי. אלא יופיעו בסעיף 8 (2).

מבחינה מושגית חוק יחסי ממון תופס את ההון האנושי לא כנכס, אלא כ"משהו אחר". לא כנכס.

סעיף 8 (2) הוא סעיף המאפשר לבתי משפט להפעיל את שק"ד כדי להגיע לתוצאה, שהחלוקה לא תהיה חצי חצי אלא יחס אחר, המביא בחשבון פערי השתכרות ואת המצב שכל אחד מבני הזוג יוצאים מהשותפות הכלכלית הזו.

כדי להגיע לצדק חלוקתי יותר נכון יש את סעיף 8 (2) שמבטיח זאת.

כלומר יש הבדל ברור בין הלכת השיתוף לבין חוק יחסי ממון.

**האם שאלת הסימולטניות "כבר לא אקטואלית"?**

היא כן עדיין אקטואלית. כי אם אומרים שהלכת השיתוף עדיין פועלת במקביל לחוק יחסי ממון. אז ניתן להגיד שגם את ההון האנושי ניתן לחלק כי הלכת השיתוף ממשיכה להתקיים.

בתי משפט אזרחיים יחד עם חוס יחסי מון, כן מאפשרים להתחשב בהון האנושי כאילו הוא נכס בר חלוקה.

השאלה נשארה פתוחה והיא תלויה בטיב הסימולטניות.

טשטוש בין המשטרים- 3 הפסדים שכתובים במצגת (בלי בן גיאת) ממחישים את זה.

למה פסקה על סעיף 8 היא פסיקה מהשנים האחרונות בלבד? כי עד לתיקון פשוט לא הופעל החוק. מ 2008 מתחילים להיות מוצפים בפס"ד של סעיף 8- סעיף הנסיבות המיוחדות.

**שאלות נוספות ביחס לחוק יחסי ממון-**

* **סעיף 8 "נסיבות מיוחדות"**
* לקרוא את בג"צ 8928/06 בגידה אינה "נסיבות מיוחדות", "לאם היחסי בפירוק הנישואין אין ולא כלום עם הזכויות ברכוש המשותף".
* אוביטר באבו רומי (סוף פסקה 11) – " יתכן גם שניתן לבוא לקראת בן הזוג החלש שממנו נשללת דירת המגורים על ידי חלוקה לא שוויונית של הרכוש בעת איזון המשאבים".
* 20674/04 (השופ' מימון): עיגון ממושך, נתק כלכלי וכלל אלימות פיזית ונפשית.
* בג"צ 2533/11: אישור החלטת ביד"ר שלא לפסוק חלקוה לא שווה ואף לא להורות על "פיצויי גירושין", דירה נותרה חיצונית.
* **בע"מ 7272/10**: אלימות קשה מצדיקה הפעלת ס' 8. של השופטת דפנה ברק ארז. בעל שהורשע בניסיון לרצח אישתו. הוא רצה לקחת גם את הפנסיה של אשתו. השאלה האם זה נחשב נסיבות מיוחדות? לפי **דוקטרינת המניעות-** אילו הצליח בניסיון הרצח כמובן שהיא לא היתה בחיים וממשיכה לעבוד ולצבור זכויות פנסיה, לכן הוא לא יכול לתבוע את אותו דבר שלמעשה הוא ניסה להכשיל ולמנוע מלהתקיים. המהלך הזה נשען על דוקטרינת המניעות. יש כאם פסיקה צרה באשר לנושא הפנסיה. נשאל האם דוקטרינת המניעות תחול גם על דברים אחרים? ואמנם השופטת מדברת באופן רחב יותר שכאשר האלימות כל כך קשה עד שהיא מגיעה לידי שלילת האנושיות. השופט מלצר הוא המרחיב והשופט הנדל הוא המצמצם. הוא מוכן לקבל את זה שההתחשבות לצורך חלוקה שונה תהיה מוגבלת רק לאותם היבטים שבהם האלימות פגעה למעשה בכושר ההשתכרות. (לקרוא לפחות את הרציו של הפס"ד ולהכיר את הגישות השונות של השופטים).
* סעיף 5 א (ד): עיכוב ביצוע איזון המשאבים: עמ"ש 33197-2-11 ,המחוזי ירושלים, בעל מעכב גט).

הסעיף מאפשר לעכב את ביצוע איזון המשאבים. נסיבות של סרבן גט. המחוזי הפעיל את הסעיף הזה ואיפשר את איזון הרכוש מהבעל אל האישה. אבל עיכב את האיזון ההפוך מהאישה אל הבעל. כלומר האישה קיבלה את הסעד הכלכלי והבעל לא קיבל מפני שהוא לא נתן את הגט. פס"ד חריג, אבל החוק מאפשר את זה.

**עמ 740/08-**יש סעד של מזונות אזרחיים גם בנישואין כדמו"י.

**הרחבה מרחלי (מסעיף 8 עד לפה):**

למה פסיקה לפי סעיף 8 היא מהשנים האחרונות בלבד? בגלל התיקון. עד התיקון לא הופעל החוק. מ2008, מתחילים להיות מוצפים בפסד"ים העוסקים בסעיף 8. ביד"ר 8928/06.

באבו- רומי:מקרה מאוד נפוץ של חמולה. האישה באה לגור עם המשפחה של הבעל וילדה הרבה ילדים. הבעל רצה להביא אישה נוספת ועל רקע זה יש משבר. האישה נשארת בסוף עם כלום. זהו פס"ד מזעזע. לא ברור למה אבל לא הפעילו פה את 8(2). למה? פשוט כי זה לא נטען! אבל עקרונית היה אפשר להפעיל פה את הסעיף הזה ולהגיע לתוצאה צודקת יותר. לא ברור למה גם השופטים לא כיוונו לשם. אבל האוביטר באבו רומי הוא עדיין חשוב.

20674/04 תמ"ש ( תיק משפחה) - נסיבות קשות של אלימות פיזית ומילוית שממש מזמינות את החלוקה הלא שוויונית. הבעל תבע את הזכויות בפנסיה שלה כי היא עבדה כל השנים אחרי שהכה אותה כל השנים- כביכול חלק מהחצי חצי. השופטת נילי מיימון אומרת עד כאן ועושים חלוקה שונה .

(מה עוד ניתן לעשות במסגרת סעיף 8(1)? לקבוע נכסים אשר לא נכללים לאיזון. היה אפשר לעשות את זה עם הפנסיה- היא פשוט לא תיכנס לאיזון. ).

בג"ץ 2533/11- אישור החלטת ביד"ר ע"י העליון- רובינשטיין:ביד"ר סירב להפעיל את 8(2) וסירב לתת פיצויי גירושין – או בטרמינולוגיה שלנו מזונות משקמים. ביד"ר דחה את תביעות האישה ובג"ץ אישר את זה. הייתה דירה שהאישה רצתה להכניס ובסוף הדירה נשארה בחוץ בגלל הפסיקה. בג"ץ לא מתערב אבל רק בגלל שאין פה חריגה מסמכות. הוא אמר אבל שאם המקרה היה מלכתחילה נמצא בערכאה אזרחית- הפרשנות הייתה שונה ולכן התוצאה הייתה יכולה להית שונה. אבל ביד"ר לא חרג מסמכות אלא רק פירש בצורה שונה, הוא לא התעלם ב8(2) ואף התייחס אליו, פשוט פירש בצורה שונה. ולכן בג"ץ לא יכול להתערב- כי זו לא ערכאת ערעור.

בע"מ ( בקשת ערער משפחה) 7272/10- הפס"ד של דפנה ברק ארז: אלימות קשה מצדיקה הפעלת סעיף 8. הבעל הכה, התעלל והורשע בנסיון לרצח שלה. השאלה הייתה האם אפשר להפעיל את הנסיבות המיוחדות של סעיף 8? – הוא רצה חצי מהרכוש ונקודתית הוא רצה חצי מהפנסיה שלה. השופטת אמרה שהוא שלל את האנושיות שלה ע"י מעשיו- הוא לא יכול מצד אחד לתבוע זכויות הנובעות מאנושיותה ומצד שני לשלול אותה. השופטת משתמשת **בדוקטרינת המניעות**- אם הוא היה מצליח לרצוח אותה, לא הייתה לה פנסיה והוא לא היה מקבל כלום הרי. לכן הוא לא יכול לתבוע עכשיו משהו שהוא בעצמו ניסה לשלול במעשיו. זוהי פסיקה צרה כי זהו מקרה דיי מיוחד. ברק אזר כן מדברת גם באופן רחב יותר על הנסיבות הכל כך קיצוניות שבהן האלימות כל כך קשה עד כדי שלילת אנושיות. היא כן הייצה מוכנה להרחיב את זה לסוגים אחרים של רכוש מלבד פנסיה. השופט מלצר הוא המרחיב יותר בפס"ד הזה והנדל דווקא המצמצם יותר: הוא מוכן לקבל את זה שההתחשבות לצורך חלוקה שונה תהיה מוגבלת רק לאותם היבטים שבהם האלימות פגעה למעשה בכושר ההשתכרות.

**סעיף 5א: הקדמת איזון המשאבים. הוא מאפשר גם לעכב את איזון המשאבים: 5א(ד**). עמ"ש 331972-11: סרבן גט: ביהמ"ש המחוזי הפעיל את הסעיף של העיכוב ואפשר את איזון הרכוש מן הבעל לאישה, אבל עיכב את האיזון ההפוך מן האישה אל הבעל. משמע האישה קיבלה את הסעד הכלכלי והבעל לא קיבל מכיוון שהוא לא נתן את הגט. זהו פס"ד חריג, אבל החוק מאפשר את זה.

ע"מ 740/08: יש סעד של מזונות אזרחיים גם במקרים של נישואיןם כדמו"י. פ הלסתכל במצגת.

**נושא 19: הסכמים בין בני-זוג**

**סיכום הגבולות המטושטשים**

* בין הכלת השיתוך לחוק יח"מ
* בין סעד רכושי ל "מזונות" (תשלומים עיתיים )
* בין נישואין כדמו"י לזוגיות אלטרנטיבית
* הבדלים ברורים בין פסיקת ביד"ר לפסיקת בתיה"מש האזרחיים, בעיקר ביחס להפעלת סעיף 8 ולשאלת ההון האנושי.

הסכמי ממון

* דרישת הכתב
	+ מה המטרה? האם היא מיושמת?
	+ פיקוח פרוספקטיבי/רטרואקטבי?
	+ הגנה מפני התקשרויות פזיזות? (אבל ראו פס"ד קהלני)
	+ כאשר יש דרישת כתב ניתן יהיה למנוע מצבים של ניצול פערי כוחות בין בני הזוג, או התקשרות פזיזה וכו'. קשת של מצבים שלמחוקק חשוב למנוע אותם.
	+ פס"ד קהלני – האישה טענה שהיא חתנה אך לא היתה מודעת למשמעות של הוויתור שלה. העו"ד של הבעל החתים אותה על סעיף שאומר שאין לה שום תביעות יותר כלפי הבעל. למעשה היא וויתרה על שני מיליון שקלים.
* על מי בעצם חלה חובת האישור (כתנאי לתקפות ההסכם)?
* איזה הסכם הוא "הסכם ממון" (הלכת שי): הסכם המתייחס ליחסי הרכוש בין בני הזוג למקרה של מוות או גירושין, גם אם אינו מסדיר את מכלול יחסיהם הרכושיים (אבל השוו לפס"ד גמליאל).
* בין חוזים למשפחה- דיני חוזים משפחתיים?
	+ ולנטןי, לוין
	+ פגס

**מי צריך את האישור המשפטי כתלות לתוקף ההסכם?**

* רק בני זוג נשואים.
* האם חלה רק על זוגות שנישאו לפני 1974 או אחרי? – לכאורה לפי לשון החוק נראה שהוא מדבר רק על זוגות שנישאו אחרי 1974.אך הפסיקה קבעה הפוך. פרק 2 מדבר רק על זוגות שנישאו אחרי 74. אף פרק 1 המדבר על דרישת הכתב, חל גם על זוגות שנישאו לפני 74.

**מהו הסכם ממון?**

**פס"ד שי-** זו ההלכה. על מנת שהסכם יחשב להסכם ממון ואז הוא טעון אישור, הוא צריך לצפות מוות או גירושין.

לא חייבת להיות התייחסות לכלל נכסי בני הזוג. מספיק שזה יתייחס לפחות לנכס אחד אבל הכי חשוב שידבר על מקרה של מוות או גירושין.

מצד שני **פס"ד גמליאל**  מתייחס רק לנכס אחד במקרה של גירושין. בהימ"ש אומר שזה לא הסכם ממון, וגם ללא אישור שלו הוא כן יכול להיות תקף. יש פה סתירה בין שני הפסיקות והסתירה הזו עדיין לא יושבה וזה מאוד בעייתי.

**אם מסמך כלשהו הוא אכן הסכם ממון ולא אישרנו אותו, האם בכל זאת יש לו משמעות או לא?**

התוצאה הפשטנית של החוק- הסכם ממון שלא אושר לא תקף.

אבל הפסיקה לא יכולה לקבל את זה, וכאשר החוק יכול להביא לחוסר צדק, הם יכניסו דוקטרינות מדיני החוזים: חוסר תו"ל, ציפיה והסתמכות, מניעות וכו'. סדרה שלמה של כלים שבית משפט יכול להשתמש.

לכן למרות שקיימת דרישת הכתב בחוק, אבל בפועל גם כאשר הסכם ממון לא אושר- ביהמ"ש כן יאכפו אותו.

חזרה על פס"דים חשובים-

**פס"ד שי**- מגדיר מהו הסכם שיחשב להסכם ממון, לכן ללא אישורו לא ניתן יהיה לאכוף אותו.

**פגס-** פגס וולנטין מדגימים לנו משני כיוונים שונים את השאלה הגדולה של הצורך להתאים את דיני החוזים לחומר המיוחד של דיני משפחה בכללי וחיי זוגיות בפרט. שמגר פועל כאחרון הדיינים מבחינת האטימות למצוקת האטימות. כי בפגס יה פס"ד ללא ספק מקפח ועושק הנגוע בכפייה ובאונס מאוד קשים. האישה וויתרה על הכל ולא קיבלה כלום. לצערנו אין הרבה פסדים שסוטים ממנו, למעט אחד מה"פלוני" שברשימת הקריאה (למדנו אותו גם על סמכות נמשכת), בו האישה הוחתמה על הסכם נוראי שהאישה לא עושה כלום ולכן היא לא תקבל כלום. המסר שעולה ממנו הוא שהוא מוכן לעשות את ההתאמה הנדרשת בין דיני החוזים לבין דיני המשפחה בהקשרים הזוגיים. ההתייחסות היא לדין האישי שמבנה את יחסי הכוח בין בני זוג ביחס לגירושין. כלומר יש הכרה בכך שיש חוסר איזון מוחלט בין האיש לאישה בעת משבר וגירושין. פגס היה אטום לזה לחלוטין, אך פס"ד פלוני מציג גישה קצת אחרת.

**ולנטין-** רציו מספיק. מעלה את אותה שאלה אבל ממקום אחר. האישה עבדה על בעלה על זה שבגדה בו והגבר טוען להטעיה. זמיר ושטרסברג- כהן דנים לעומק בשאלה מה היקף חובת "הגילוי" הנדרשת מצד בני זוג בעת הסכם גירושין? האם ניתן להשליך לכאן את אותן אמות אמידה שגיבשנו בהקשרים אחרים, כמו מערכות יחסית עסקיות, מסחריות וכו'. שם נדרשת חובת גילוי גבוהה וחובת תו"ל גבוהה. השופטים אומרים שבעת פירוד וגירושין זה עולם אחר לגמרי. זה פס"ד שמדגים התמודדות עם "חוזים זוגים".

**\*גמליאל**- לא צריך

8.6.2014

**שיעור 25**

**נושא 23: ידועים בציבור, חיי משפחה ללא נישואין**

**"ידועים בציבור"**

זוגיות לא פורמאלית בהיקף חסר תקדים והוא הרחב ביותר מבחינה השוואתית למוסדות דומים בעולם כולו.

למשל במדינות מוסלמיות חיי אישות ללא נישואין נחשב לחטא דתי ועבירה פלילית. דיברנו כל הקורס על הנישואין הקשים והגירושים הקשים בשיטת המשפט, ופתאום ישנה אפשרות גמישה ולא פורמאלית, וזה במבט ראשון נראה פרדוכסלי. איך פותרים אותו? מדוע זה לא באמת פרדוכס? בגלל המגבלות הקשות על הגירושין שכמעט כולן נובעות מן הדין הדתי, המערכת האזרחית היתה חייבת לפתח אפיק מילוט שתשחרר מעט את הלחץ. אילולא הפיתוח המרחיק לכת של דרכי המעקף האלה מזמן היינו במקום אחר ביחס לשליטה של המערכת הדתי בנישואין ובגירושין.

האם זה מוסד ליברלי או אנטי ליברלי?

הורגלנו לחשוב ככל שמוסד הידועים בציבור התפתח בחקיקה ובפסיקה, חוקים שכללו את הידועים בציבור במסגרת הזכויות והחובות- אנחנו הורגלנו לחשוב שהכל באור חיובי, מצאנו פתרון. זה נשמע משהו ליברלי ורצוי. אבל מצאנו את עצמינו מתעוררים למציאות שבה זוג שספק רב אם ראה בעצמו נכנס למערכת של מחייבות, ערכת שלמה של חובות וזכויות, ואז באה המדינה ומלבישה עליהם את כל החבילה הזו.

למשל דוגמא קיצונית מאוד, תקדים של העליון: פס"ד סיגל ביטון נ' קצין התגמולים, בו הזוג התגורר יחד רק 4 חודשים וכבר הוכר כידועים בציבור ("נישואין דה פקטו"). נניח הגבר לא היה נפטר, והם היו ממשכים לחיות יחד, האם הם באמת ראו עצמם ידועים בציבור? האם התכוונת לקבל עליכם את כל החבילה של הידועים בציבור? לכן אולי זה למעשה מוסד אנטי ליברלי, המשליך על בני זוג כפייה של מערכת שאולי לא חפצו בה כלל.

**42/65 דרדיאן נ' עמידר-**

פסיקה מראשית הדרך, זילברג מדבר על כך שצריך להוכיח שהציבור משוכנע, טועה לחשוב, שהם נשואים. רק אם נענה על הקריטריון הזה אז הם יוכרו כידועים בציבור. תחילה דיברו רק על האישה, האם היא ידועה בציבור. לא דיברו על הגבר.

**פס"ד סיגל ביטון נ' קצין התגמולים-**

היסוד הראשון מורכב מיחסים אינטמיים, מסירות, נאמנות , קשרו עצמם זה בזה.

היסוד השני- ניהול משק בית משותף כפועל יוצא טבעי מקשר של בעל ואישה. לא מתוך נוחות כלכלית למשל.

מתעוררת בשנים האחרונות יותר ויותר השאלה של האם צריך לעשות הבחנה בין קטגוריות שונות של זוגות שחיים כידועים בציבור?

האם יש לשאול את עצמינו מדוע הם חיים בציבור? האם יש לעשות הבחנה דיפרנציאלית? לדעת המרצה זה נראה לה מובן מאליו שיש לעשות הבחנה כזו.

הרבה יותר קל ליצור מסגרת מחייבת כאשר מדובר בזוג **מנועי חיתון**´ ולהכיר בהם כידועים בציבור, מאשר ביחס לזוגות שהיתה להם האפשרות להתחתן כדמו"י אך בחרו שלא לעשות כן. לכן בפס"ד ורסנו הם אומרים ש"היא לא היתה גרושה והוא לא היה כהן", לכן לכאורה יהיה קשה להכיר בהם כידועים בציבור.

**פס"ד סלם נ' כרמי (חשוב**)- החלת הלכת השיתוף בידועים בציבור, האם היא רק ביחס לזוגות נשואים?

כאשר בני הזוג פנויי חיתון אנו דורשים נטל הוכחה יותר גבוה של קיום התנאים של ידועים בציבור, לעומת מצב של בני זוג מנועי חיתון. לא כל הפסיקה היתה ערה להבחנות האלה, בוודאי שלא הפסיקות הישנות יותר.

האם מדובר ב"מעין ביגמיה?"

סיטואציה שיש את אלפא וביתא. אלפא נשוי לגברת אלפא. גברת ביתא נשוא למר ביתא. כלומר שני זוגות הנשואים בקשר פורמאלי, האם נכיר בקשר של אלפא וביתא כידועים בציבור? שום שיטת משפט אחרת, לא תעלה על דעתה אפשרות של הכרה כלשהי בין בעניין חובות ובין לזכויות, קשר לא פורמאלי שהוא מחוץ לנישואין במובן של אחד מבני הזוג או שניהן הטוענים לקשר בינהם, נשואים לאחרים. זה לא יתכן. בשיטת המשפט שלנו באמת קיים סייג כזה בסעיף 55 לחוק הירושה. הסייג המתנה את ההכרה בידועים בציבור בכך ששני בני הזוג הנטענים לידועים בציבור הם לא נשואים לאחר, קיים הסייג רק בחוק הירושה ולא בהקשרים אחרים במשפט הישראלי. בכל שיטות המשפט האחרות המכירות בידועים בציבור, זה תנאי אלמנטרי ששני בני הזוג הנטענים יהיו פנויים ולא נושאים אחרים. אצלנו זה לא אלמנטרי בגלל מצוקת הגירושין וסרבנות הגט. אחת המצוקות שלהן מוסד היודעים בציבור מבקש לתת פתרון הוא מצוקת הגירושין ומענה לבעית מסורבות ומסורבי הגט. וכיצד זה קורה? בדיוק בגלל הנקודה הזו שאין תנאי בכל החוקים לכך שבני הזוג צריכים להיות פנויים. רק בחוק הירושה יש תנאי שהזוג יהיה פנוי. ולמה זה ככה? למה רק שם?

הסיבה היא סיבה פוליטית. חוק הירושה נחקק ב 55 (או 65?? לבדוק). מוסד הידועים בציבור היה בחיתוליו. כל חקיקה שנתנה זכויות נוספות למוסד הזה נחשבה כבעייתית מאוד המפרה את הסטטוס קוו הדתי, ולכן הכנסה של סעיף כזה לחוק הירושה, ה"מחיר" שלו היה שיתנו את מעבר החוק רק אם יהיה תנאי בחוק של "אף אחד לא נשוי לאדם אחר". למעשה הכנסת נותנת זכויות למישהי שהיא אשת איש. המפלגות הדתיות לא יכולות לתת לזה יד, כי זה קשר בדרגת האיסור החמור ביותר מדאורייתא. (במבחן).

המחוקק רצה להגיד שידועים בציבור הם כמו נשואים לעניין הירושה. אז מדוע נדרשות 4 שורות כדי להגיד את זה ואין פשוט את המילים "ידועים בציבור"? מפני הסיבות הפוליטיות שתוארו קודם. לכן לבסוף הסכימו לא לקרוא לילד בשמו, לא להגיד את המילים "ידועים בציבור", ולהתנות את זה בכך שהזוג פנוי מנישואין עם אחר.

התוצאה היא אבסורד של אפשרות של מערכת זוגית כפולה. הם כמו ביגמיסטית. המערכת של ידועים בציבור מתגמלת וכן מכירה במצבים של מעין ביגמיה. למשל: מר אליפא או ביתא הוא סרבן גט. או אחד מן הזוגות או שניהם לא חשים צורך לסדר גט כדמו"י. זה היה המצב **בפס"ד אפרת**(חשוב, אבל לא בסילבוס). עוזי היה עדיין נשוי לבת הזוג הראשונה שלו, היו בפירוד המון שנים אבל לא טרחו להסדיר גט. היו לעוזי ולאפרת כבר שני ילדים. היא ביקשה להוסיף את שם משפחתו לשלה , מפני שלילדים שלה יש את שם המשפחה של האבא, והיא רצה להיות חלק מהמשפחה. לפי חוק השמותש היה אז לא היה ניתן לקבל בקשה של אישה המבקשת לשנות את השם של הגבר. החוק ממש פלש ליחסים האינטיימים העומדים מאוחרי הרצון ליצור זהות עצמית חדשה. בעקבות הפס"ד שונה חוק השמות (לא למבחן).

כאשר מר אלפא מנהל שתי מערכות יחסים מקבילות זה מעין ביגמיה. אבל לא ביגמיה כהגדרתה לפי החוק.

**פס"ד עמ"ש 1165/09 פלונית-** הקשר בין פלונית לבין הגבר הנשוי נמשך 11 שנים, היתה להם ילדה משותפת. אין ספק שהנשוי ניהל 2 מערכות מקבילות. השאלה האם המערכת הזו שהנשוי ניהל עם אמם ילדותו, הטוענת להיותם ידועים בציבור, השאלה האם הקשר הזה עונה על ההגדרה של ידועים בציבור. השופט שנלר נותן תשובה שלילית. לדעת המרצה זה בגלל שהשופט דתי, והתשובה יכלה להיות שונה בהרכב שופטים אחר.

11.6.2014

**שיעור 26**

*המשך ידועים בציבור-*

יש שמצבים שבהם ההכרה בידועים בציבור יכולים להביא אותנו לאפשרות של ביגמיה דה-פקטו.

לא ניתן לדעת בוודאות האם זוג יוכר כידועים בציבור, כי הכל תלוי בנסיבות. כאשר מדברים על בני זוג המנהלים 2 מערכות יחסים, יש לבדוק האם שתי המערכות יש בהן זוגיות ומשפחתיות (ולא רק זוגיות ומשפחתיות עם מערכת יחסים אחת, ומערכת היחסים השניה היא רק פורמאלית אך לא מתקיימת בפועל).

**פס"ד עמ"ש 1165/09 פלונית-** העובדה שנוהלה כאן מערכת יחסים מקבילה באמת מצדו של האיש, והעובדה שהאיש היה נשוי בעת שניהל מערכת מקבילה של 11 שנים עם אישה אחרת שהיתה פנויה, לא היא זאת שגרמה לאי-ההכרה בקשר הזה של ידועים בציבור. למה השופט שנלר לא נעת לתביעה הרכושית של אותה בת זוג על אף מערכת יחסים של 11 שנים ובת משותפת? מפני שמסגרת הנישואין שהאיש ניהל במקביל היתה עם תוכן אמיתי (אומנם לא מדהימה...אבל קיימת) ושיתוף מלא עם בת הזוג החוקית. אבל עדיין היתה מערכת יחסים עם בת הזוג האחרת, כולל אפילו בת משותפת, וניהול משק בית משותף. מדוע לא ניתנה ההכרה לבת הזוג הזו לקבל חלק מרכושו?

השופט זילברג היה מראשוני הדרך שדיבר על כך שיש בעיה עם תקנת הציבור בזוגיות המקבילה הזו (תפיסת עולם דתית המשפיעה באופן משמעותי על העמדות השיפוטיות על ההקשרים של ידועים בציבור).

על מה שנלר התעכב? יסוד עובדתי חשוב שאנחנו מבקשים להחיל שיתוף בנכסים, לא רק על המציאות בפועל, אלא **איך בני הזוג ראו עצמם (=יסוד הכוונה).** האיש לא התכוון לשתף את רכושו עם האישה. אמנם לאישה היתה כוונת שיתוף, אבל לא לאיש. הקושי הנובע משאלת הכוונת תמיד תתעורר כשהסכסוך הוא פנימי בין שני בני הזוג. הסכסוכים הכי קשים הם ביחס לילדים היורשים של הידועים בציבור. הזכות ההדדית לירושה היא נוגעת למערכת היחסים הפנימית של בני הזוג, בדומה לשאלת המזונות. הבעייתיות של יסוד הכוונה עולה באופן מאוד קשה בכל אחד מסוגי הסכסוכים האלה. כי תמיד יש צד אחד שיתנגד ואז יעלה את הטענה שלא התכוונתי לסוג היחסים הזה.

איך אפשר למנוע מראש טענה כזו של "לא התכוונתי"? **הסכם.** לכאורה זה מנטרל מראש נגד מצב של הוכחת ידועים בציבור. למה לכאורה? כי לפי פס"ד **בר נהור** מציב סימן שאלה לגבי המכשיר ההסכמי, לגבי עד כמה הוא באמת יכריע את הכף. בכל זאת המכשיר ההסכמי כן חשוב.

**בית המשפט יבחון 2 שאלות נסיבתיות:**

**1. שאלה עובדתית- מה היתה בדיוק מערכת היחסים.**

**2. שאלת הכוונה- המימד הסובייקטיבי:**

א. עמ"ש חיפה 418-12-08 של וילנר- הסיבה להיותו של אחד מבני הזוג נשוי לאחר בעודו מנהל מערכת של ידועים בציבור עם צד שלישי, הסיבה לכך, יש לה חשיבות. כלומר אם הסיבה היא אי האפשרות לצאת מהקשר הפורמאלי הקודם, בגלל מצב של סרבנות גט מצד בן/בת הזוג הפורמאלי, אז כמובן שיהיה הרבה יותר קל להכיר בקיום של מערכת הידועים בציבור ויהיה הרבה יותר קל ליחס לה את כל מה שבא יחד עם המערכת של הידועים בציבור, כמו השיתוף הרכושי. אך אם הסיבה כמו פס"ד הזה הוא קשר הנישואין הקודם היה עדיין קיים, ברור שזה ישליך על אפשרות ההכרה המלאה בקיומו של קשר הידועים בציבור.

ב. המרכיב הסובייקטיבי של הכוונה הוא מרכיב בעייתי כי כאשר יתגלע סכסוך בין שני בני הזוג עצמם במישור היחסים הפנימיים, מרכיב הכוונה תמיד יעלה וצד יגיד "לא התכוונתי" אז למעשה כאילו מטיל וטו לתת הכרה פוזיטיבית בקשר של הידועים בציבור. כדי להתגבר על זה מגיע **היסוד הנורמטיבי.** כשדיברנו על הלכת השיתוף וההתפתחות שלה לאורך הדרך, אמרנו שהיא התחילה מהיצמדות לחוזים ולקונסטרוקציה הזו של הסכם מכללא שניתן לייחס לשני בני הזוג היוצרים חיים משותפים וזה אומר שהם מתכוונים לחיים המשותפים. בהמשך ראינו בפס"ד בבלי, קנובלר, ההון האנושי, חסל- באופן הדרגדתי הפסיקה החלה להכיר בכך שהרציונאל של הלכת השיתוף עבר להיות יותר רציונאל נורמטיבי, של צדק חלוקתי, שוויון מגדרי והיסוד של הכוונה הסובייקטיבי כבר פחות משמעותי. כלומר את היסוד הנורמטיבי אנחנו יכולים לייבא לשאלות שמתעוררות בהקשר של ידועים בציבור.

בסיפור של הילדה המשותף בקשר של 11 שנים, המרצה יכולה לראות שופטים אחרים שיגידו שהרי ברור שהאיש יגיד שהוא לא התכוון לקשר. נשארת שאלת הצדק- עד כמה נוצרה בקשר תלות, עד כמה נוצרה הסתמכות, עד כמה היא לא טיפחה את יכולת הקיום העצמאית שלה וכו' להסתכל על כל הגורמים האלה, ולשים את שאלת הכוונה בצד.

**התפתחות החקיקתית**

1.חקיקה סוציאלית-

חוק חיילים משוחררים (לגבי הירושה של החיילים שנהרגו). למשל בתחילת שנותיה של המדינה שמייד לאחר שעלו לארץ נשלחו למלחמה ונהרגו, ולא הספיקו לדעת מה המעמד האישי של החייל (נשוי? רווק? ידוע בציבור??). התופעה של הידועים בציבור בראשית ימיה של המדינה היא לא תופעה שבאה ממקום אידיאולוגי או פתרון לבעיות בנישואין הדתיים, אלא כורח המציאות. של חיילים צעירים שלא הספיקו להינשא ונהרגו. לכן יש צורך לתת מענה גם לאלה שמסגרת הזוגיות שלהם לא היתה פורמאלית. מכאן זה התחיל ולא התעוררו אז הוויכוחים מול המפלגות הדתיות. אבל באופן הדרגתי המוסד הזה הפך להיות פתח המילוט של מנועי חיתון ושל מתנגדים אידיאולוגית. ואז בד בבד נוצרת התנגדות. כל חוק שמנסים להכניס את המילים "ידוע בציבור" הופך לכזה המערער את הסטטוס -קוו. נמצא הרבה פעמים בחוקים שונים הגדרה לבני זוג הפניה לחוקים הסוציאלים מקום המדינה כמו (חוק חיילים משוחררים, חוק בני זוג לניצולי שואה ופשעי הנאצים—*לבדוק את השם המדויק).*

2. חוקי מעמד אישי הנודעים למערכת הפנימית של בני הזוג

בראשם **חוק הירושה** אולי החוק המשמעותי ביותר המעניק הכרה חקיקתית למערכת הזוגית הלא פורמאלית במישור היחסים הפנימיים של בני הזוג. כשמדברים על חקיקה סוציאלית (תגמולים וקצבאות למינהם) מדובר על המערכת של המדינה מול הזוג (היחסים החיצונים של הזוג). כשעוברים לרובד המעמד האישי מדברים על המעגל הפנימי של בני הזוג.

חוק נוסף **חוק השמות** (מומלץ לקרוא- איזה מקום נותנים לידועים בציבור במתן השמות לילידים המשותפים שלהם).

3. חוקים המטילים עלויות

חוקים הגורמים לכך שלמערכת של ידועים בציבור יש גם מחירים. לא רק לקבל זכויות וקצבאות וכרה פוזיטבית מטעם המדינה. אולי גם יגרום לכך שישללו זכויות. למשל **חוק משפחות חד הוריות** מעניק כמה זכויות מטעם המדינה (הנחה בארנונה, מענק לימודים, משליך על הזכאות לקצבת הבטחת הכנסה וכו'). גם את חיה כידועה בציבור (או נישאת מחדש) אז את מאבדת את סל הזכויות הזה. למרבה הצער נוצרה המציאות שחוקרי הביטוח הלאומי נכנסים לבתים לבדוק שאכן האישה שהצהירה שהיא חד הורית היא אכן כזו ולא חיה אף לא כידועה בציבור. כי אם את ידועה בציבור אז תאבדי את הזכויות.

4. חוקים המטילים חובות ואחריות

**החוק למניעת אלימות במשפחה**-כולל הידוע בציבור. לא משנה אם הזוג היה נשוי או ידוע בציבור, החוק הזה חל עליו.

**התפתחות פסיקתית**

**פס"ד ורסנו נ' כהן-** היתה שאלה של הסכם למזונות ביחס לידועים בציבור. ברק אמר שם שאולי ניתן יהיה להתסמך על הסכם מכללא. עלתה הטענה שזה הסכם שנוגד את תקנת הציבור, אך היא נדחתה.

ניתן לראות את השינוי הערכי ביחס לכמה פס"ד: זמר, פלונית (מזונת אזרחיים של ברק), לינדורן.

הפס"ד בו הדברים נאמרים בצורה המפורשת ביותר הוא **פס"ד אפרת**, שם ברק אומר שלא רק שמוסד הידועים בציבור לא נוגד את תקנת הציבור בישראל, אלא להפך, הוא עצמו חלק מתקנת הציבור. בין היתר בכך שנותן מענה לפסולי חיתון. הוא המסגרת שהמדינה מאפשרת לאנשים בישראל לממש את הזוגיות שלהם, את הזכות לחיים זוגיים שיזכו להכרה מטעם המדינה. יתרה מכך, הוא אומר שגם כאשר קיים מוסד הידועים בציבור יש למדינה אינטרס לשמור על **פער בין מוסד הנישואין הפורמאלי לבין מוסד הידועים בציבור.** ברק אומר שזה לא נכון, אי אפשר לומר ששמירה על הפער הזה זה גם חלק מתקנת הציבור בישראל. הוא דוחה את הטענה שחייב להישמר פער. בכל מדינה מתוקנת אחרת זה ברור שלמדינה יש אינטרס להגיד שיש מוסד אחד שהוא מעל לכל- המוסד לנישואין הרשמיים הוא העליון, והרצון שאנשים ילכו בדרך הרשמית. יחד עם זאת המדינה מוכנה להכיר במסגרות זוגיות נוספות.

\*\*יש לזכור ששאלת זכויות הילדים מנותקת לחלוטין משאלת יחסי ההורים\*\*

עדיין קיים פער בין הנישואין לידועים בציבור . למשל באשר להלכת השיתוף- נטל הוכחת השיתוף בידועים בציבור הוא כבד יותר מאשר ביחס לזוגות נשואים (אבל ההבדל הוא מזערי עד לכדי לא קיים אם הסיבה שהזוג לא התחתן הוא כי הם פסולי חיתון). אם כמו בפסד סלם נ' כרמי- נטל ההוכחה יהיה יותר כבד (קשר למטרות עסקיות---לבדוק??).

פס"ד זמר- האם כאשר יש הסכם כזה מבחינת הזכויות והחובות כן הושווה המעמד?

זה שזוג מוכר כידוע בציבור זה עדיין לא בהכרח מכתיב שחד משמעית חלה עליו הלכת השיתוף.

אם זה שיש הסכם לזוג הידוע בציבור, זה אומר שבאמת הוא שווה לגמרי בזכויותיו לזוג נשוי?

מה ההבדל המעשי בין זוג ידוע בציבור לבין זוג נשוי? ידוע בציבור צריך להוכיח כל פעם מחדש, בסיטואציות שונות, שהוא ידוע בציבור. מה שיכול לעזור זה **פס"ד הצהרתי המצהיר שהם ידועים בציבור**. אין פרקטיקה ברורה בבית המשפט למשפחה, כי יש שופטים שעדיין ימנעו מלתת פס"ד הצהרתי עבור ידועים בציבור. הבעיה היא שאם היום בית המשפט יתן פס"ד הצהרתי ולאחר מכן אתם תיפרדו ואז תנצלו את ההטבות הנובעות מכך ולבית המשפט למדינה לא תהיה דרך לארוב ולעקוב אם הם ניפרדו לאחר מכן. **אין גירושין בידועים בציבור**. אין למדינה דרך לפקח ולעקוב מה קורה עם בני הזוג. המדינה יכולה להגיד לאנשים שהם מנועי חיתון היא שאתם יכולים להיות רשומים כנשואים (מעשית) בחו"ל ואז לחזור לארץ ולהיות רשומים כנשואים בארץ.

האם ידועים בציבור הם "בני זוג" בכל הקשר ובכל חוק?

**פס"ד לינדורן-** ס' 78 המדבר על "תלויים" ומכניס גם ידועים בציבור כ"בני זוג" לצורך החוק. לפי ברק והפרשנות התכליתית קל לבסס את הטיעון שבני זוג תלויים צריך לכלול גם את הידועים בציבור במידה והם באמת תלויים.

עד לפס"ד הזה היתה הלכה קבועה מבחינת פרשנות חוקים- התקדים המחייב היה שכל אימת שכתוב בחוק "בן זוג" ברירת המחדל היא זה רק בני זוג נשואים.לא כולל ידועים בציבור. רק כאשר בחוק אמר במפורש שזה כולל ידועים בציבור או "כהגדרת בחוק חיילים משוחררים...". למעשה לינדורן סטה מתקדימים ופתח את זה באופן מאוד רחב המפרש תכליתית. **חוק יחסי ממון לא כולל ידועים בציבור.** בחוק יחסי ממון ברור מסעיפיו השונים המדברים על פרוצדורת הנישואין והמסגרת הזו, הוא לא כולל ידועים בציבור.

פס"ד דנצינגר של הילדים של הידועה בציבור (לקרוא!!)- זוג ידוע בציבור שהאישה אימצה 2 ילדות בהסכמת הבן זוג שלה ולאחר שנפרדו הוא מתנער מהילדות ומסרב לשלם מזונות. **חוק לתיקון דיני משפחה מזונות** היה אמור לתקן את המצב הזה. החוק אומר במפורש שיש לבת זוג שלך ילדים , אפילו שאינם הביולוגים שלך, אתה חייב במזונותיהם. אם הדין האישי פותר אותך אז החוק יחייב אותך במזונות האלה. אז מדוע לא ניתן היה להשתמש בחוק הזה במזונות האזרחיים של דנצינגר? כי החוק מדבר על בן זוג. אין סעיף הגדרות. אם הסעיף שותק- בן זוג= רק בן זוג נשוי. דנצינגר די במובלע מבלי לדון לעומק, אומר בצורה החלטית שלא ניתן להעזר בחוק הנ"ל כי הוא מדבר על בן זוג ולא חל על ידועים בציבור. לא מסביר מדוע. לא קיבלנו את כל הפיתוח המשמעותי ביחס למזונות האזרחיים, ואולי דווקא בגלל זה, כי דנציגר לא רצה להיכנס למקום הזה. **חוק לתיקון דיני משפחה –מזונות לא חל על ידועים בציבור**.

**פס"ד בר נהור- האם אי אפשר להתנות על המעמד של ידועים בציבור?**

ס'??לחוק הירושה- אי אפשר להתנות על הזכות למזונות מהעיזבון. כלומר לא משנה מה הזוג כתב בהסכם, הזכות למזונות מהעיזבון תמיד נשארת. השאלה האם אפשר להתנות על מעמד של ידועים בציבור נותרה בסימן שאלה ולא הוכרעה.

**האם יש יתרונות לידועים בציבור?**

הם לא צריכים להתגרש ברבנות וזה הדבר המשמעותי ביותר. האישה מבטיחה לעצמה שלא תהיה מסורבת גט.

**מבחני הידועים בציבור –מבט עכשווי**

א. משך הזמן-

- **המישור החיצוני לבני הזוג:** פס"ד סיגל ביטון- הדרישה היתה דרישה שמופנית כלפי המדינה. אחרי 4 חודשים של מגורים משותפים הם הוכרו כידועים בציבור.

פס"ד של השופטת לוי תמ"ש 7525-02-09 אחרי 7 שנות קשר שנפרדו היא תובעת ממנו זכויות במניות וכו'. בודקים את משך הזמן, אבל אין קשירת גורל חיים משותף. פס"ד ביטון הוא החריג, הפס"ד של לוי הוא המשקף יותר את התפיסה הנכונה.

- **המישור הפנימי של בני הזוג:** שנצר נ' ריבלין- דובר על המשוררת יונה וולך, הוויכוח היה על הירושה של יונה וולך שהלך לאח שלה לבין בן הזוג הנותר בחיים. החוק מאפשר לבן הזוג להוסיף להתגורר בדירה שגרו בה בני הזוג יחד. האח אמר שלפי ס' 55 הוא באמת יכול לרשת אותה. אבל לגבי הדירה הוא לא יכול להוסיף לגור בה כי לפי ס' 11 בחוק הירושה הסעיף מדבר רק על נשוי.

ב. תנאים נוספים-

- האם צריך מגורים משותפים? פס"ד פלוני של השופטת ארבל- תלוי נסיבות. אין הכרעה חד משמעתית.

- האם יש צורך ביחסים אינטימיים? פס"ד סלם נ' כרמי- סלם טען שהיו שנים שלא היו יחסים אינטימיים ולכן אז אין להכיר בהם כידועים בציבור. אך בית המשפט אמר שהוא לא יבדוק מה קורה בדיוק בינהם באופן אינטימי ויתן דגש על קשירת גורל החיים זה בזו וכו'.

ג. ידועים בציבור מול "שותפות זוגית"-

ניתוח חוזי מול נורמטיבי- מה שדיברנו בתחילת השיעור. עמ"ש חיפה 418-12-08 וילנר דוגלת בהיצמדות לכוונת הצדדים. השופט עמית אומר שהכוונה מאוד חשובה אבל גם השיקולים הנורמטיביים יש להם מקום. ויהיו פעמים שנפגין שיקולים נורמטיביים למרות אי בהירות ביחס לכוונת הצדדים.

ד. ההיבטים החוזיים-

בר נהור, למי הכוונה ב"כוונת הצדדים"? כוונה של מי? (פלונית של שנלר).—לא הרחיבה פה.

הזכות לעיזבון היא קוגנטית ולא ניתן להתנות עליה. אין המשך פסיקתי של בר נהור. אין פסדים מאוחרים יותר מבהירים כיצד יש להבין את הפסד.

15.6.2014

**שיעור 27**

**האם הסכם + פס"ד הצהרתי= נישואין פורמליים?**

האם הסכם בין בני זוג (כמו ההסכם שהיה בפסד זמר) יחד עם השגה של פס"ד הצהרתי, שווה למעשה לנישואין פורמליים? האם נכון ליצור משוואה כזאת? **לא**. יש הבדלים בסיסיים ויש כל הזמן להזכיר אותם, כל מנת שלא נתבלבל בין נישואין פורמליים לידועים בציבור. ההבדל הראשון- הוא **הרישום.** ידועים בציבור פורמאלית הם פנויים. כלומר יכולים להינשא לבני זוג אחרים. הקשר עם בן הזוג הידוע בציבור (גם אם הוא בן עשרות שנים ועם ילדים משותפים) ניתן להינשא לאחר. ועוד- **פירוק הקשר** של הידועים בציבור שונה מהפירוק של נשואים. אין צורך להסדיר רישום של פירוד מפני שאין סטטוס. **ידועים בציבור זה לא סטטוס.** אולי ברמת גילויי הסטטוס (ההשלכות של קשר הנישואין, בעיקר ההשלכות הממוניות: מזונות, חלוקת רכוש, ירושה) חלק גדול מהם, אם לא כולם, נתונים היום גם לידועים בציבור, למרות שידועים בציבור הם לא ססטוס. הרובד הבסיסי של הסטטוס, הבא לידי ביטוי בטקסי מעבר (הכניסה לסטטוס ויציאתו ממנו- טקסי הנישואין והגירושין), המקבלים את ביטויים ברישום פורמלי (שינוי סטטוס מפנוי לנשוי או מנשוי לגרוש)- כל זה לא מתקיים בידועים בציבור. זה ההבדל הבסיסי.

**האם יש יתרונות לידועים בציבור?**

היתרונות משמעותיים יותר אולי ביחס לנשים מאשר לגברים בעולם דיני הנישואין והגירושין בישראל. במקום בו נשים עלולות להגיע למצב של סירוב גט או עגינות. מהפרספקטיבה הזו וודאי שיש יתרון גדול ללהיות ידועה בציבור מאשר להיות נשואה. בעבר היה יתרון פרדוקסלי בתחום דיני המס (לא למבחן- ענייני המס).

למשל הזכאות להנחה במשכנתא היא לנשואים, ולא לידועים בציבור.

מה זה אומר? אין אחידות, אין קו עקבי בנושא הידועים בציבור. במדינות אחרות יש זוגיות מוכרת ע"י המדינה. יש ספקטרום בין הקל ביותר (ידועים בציבור) לבין הקשה ביותר (נישואין) ובאמצע יש עוד כל מיני סוגי קשרים מוכרים ע"י המדינה. בישראל אין את כל הקשת הזו.

 הקו האחיד שהיינו מצפים שיווצר הוא בפסיקה אם המחוקק לא יכול להתמודד עם זה. אך אם תחילת הדרך דיברה על חיי משפחה ומשק בית משותף, כמה מפסקי הדין המאורחים יותר ממחישים לנו שאין אחידות ואין קביועת בשאלה משך הזמן עד שהזוג יוכר כידוע בציבור (מינימום זמן וכו').

\* לזכור: שנצר נ' ריבלין (מספיק לקרוא רצוי) - ס' 55 קובע זכאות של ידועים בציבור בהקשר של ירושה, בכל היבטי הירושה.

**האם יש צורך במגורים משותפים?**

בהגדרה יש צורך בחיי משפחה ומשק בית משותף, אך **לא תמיד צריך מגורים משותפים.**

פס"ד פלוני של השופטת ארבל (עם הבנים שהתנגדו לכך שהבת זוג של אביהם שנפטר תירש אותו , כי הם לא גרו באותה דירה, למרות שהיה ברור שהם לא גרו באותה דירה כי האבא רצה להתחשב בבניו).

גם יחסים אינטימיים לא תמיד הכרחיים על מנת להכיר בזוג כידב"צ. בפס"ד סלם נ' כרמי הקשר נמשך המון שנים, במהלך השנים הקשר שינה את אופיו ולא היו יחסים אינטימיים, אבל עדיים נמשכה השותפות, נמשך קשר הגורל המשותף. ביהמ"ש אמר שלא מעניין אותו שבנקודת זמן מסוימת הם הפסיקו לישון באותה מיטה, כל עוד המכלול נמשך והמחוייבות ההדדית נמשכה.

**המתח בין הניתוח החוזי לנורמטיבי-**

הפס"ד של וילנר עם השותפות הזוגית.

הפס"ד של שנלר במחוזי והביתיות שבו. הניתוח של שנלר לא מקבל את תביעתה של האישה שחיה עם בן זוגה 11 שנים +ילדה משותפת ותביעתה לזכויות ברכושו נדחתה. שנלר מדגים לנו ניתוח חוזי מובהק עם דגש על אלמנט כוונת הצדדים. המרצה מדגישה שזה עלול להיות בעייתי בדיוק במקרה כמו זה שדנים בו בפס"ד. הפתרון יכול להיות **ניתוח על בסיס המימד הנורמטיבי** המאפשר הכנסה של שיקולי מדיניות, צדק, שיקולים כלליים יותר כמו שקרה בהלכת השיתוף (מעבר מהרובד החוזי הדבקני אל הרוב הנורמטיבי).

**נושא 21 (אין 22) : נישואין שלא כדמו"י- נישואין אזרחיים מחוץ לישראל**

**בין יהודים ובין בני דתות שונות (נישואי תערובות) או ספק יהודים או חסרי דת**

ספק יהודים= יוצאי בריה"מ לשעבר, שחלקם חסרי דת וחלק ספק יהודים.

**שאלת תוקפם של נישואים אזרחיים מחוץ לישראל** (פס' 24-28 בבג"צ 2232/03 "בני נוח")

*\*בג"צ חשוב, לקרוא הכל.*

בבג"צ זה ברק מפרט את 3 הגישות השונות של האפשרות של הכרה בתוקפם של אפשרות הנישואים האזרחיים בישראל.

*\*\*במודל יש קובץ WORD המסכם את "תוקפם של הנשו"א מחוץ לישראל".*

יש רצף של 4 פס"דים של ברק בנושא הנשו"א:

1. בני נוח

2. נישואי רומניה 9607/03

3. בני הזוג בני אותו מין (בן ארי נ' שומן)

4. פס"ד המזונות האזרחיים

**3 הגישות להכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל**

1. הגישה הראשונה- הגישה המקלה והמרחיבה (כללי ברירת הדין האמריקני)

 כאשר מתעוררת שאלה של תוקפם של נישו"א שהתרחשו מחוץ לישראל, היא מערבת שאלה של **אלמנט זר** ואז נצטרף לפנות לגוף דיניים הנקרא משפט בינלאומי פרטי (- כללי בררית דין). אחת הגישות אומרת שאנחנו נחיל את מה שמקובל בארה"ב. כלומר כללי ברירת הדין האמריקניים. האם אומרים את הדבר הפשוטביותר- **כל פעם שיש אקט משפטיש בוצע בחסות דין זר, אם הדין הזר מכיר בתוקפו של אותו האקט המשפטי- אז גם אנחנו בישראל נכיר בתוקפו.**במילים אחרות, אם הנישואים מחוץ לישראל תקפים בהתאם לאותו מקום בו הם נערכו- התוצאה היא שאנחנו נכיר בתקופה. כלומר כל זוג שנישא בקפריסין או מקום אחר, בהנחה שעמדו בקריטריונים (תשלום, פנויים, בגירים, אולי לשהות לילה אחד בקפריסין- יש דרישה כזאת), והתקיים הטקס וקיבלתם תעודת נישואין תקפה- אז אם הכל התמלא, גם אם שניכן חסרי דת או נישואי תערובות או ממזר ויהודיה או כהן וגרושה- כל הצירופים – **תקפים בישראל**. **זו הגישה הכי מקלה, הכי מרחיבה. ברק בפס"ד נישואי רומניה-** ברק באוביטר אמר שהגיע הזמן לאמץ את הגישה הראשונה בגלל שהם המרחיבים ביותר, המכירים ביותר, בייחוד במדינת ישראל הקולטת עליה עם מאות אלפי אנשים שחסרי זכאות להינשא בארץ. **השופט רובינשטיין** כתב פס"ד משלים לו החולקת על ברק בדעת יחיד- **המתנגד לברק.** כתב שיש פגיעה אנושה בנישואים ויש עידוד לנישואי תערובות. מצב של נישואי תערובות בישראל היא מציאות חיים עגומה עבור העם היהודי, ומציאות כזאת לא לנו לעודד אותה.

2. הגישה השניה- סימן 46

אל לנו לפנות כללי ברירת הדין האמריקני, יש לנו כללי ברירת דין משלנו המצויים בדבר המלך. גישה אחת אומרת שהם לא בדיוק מצויים בדבר המלך, אלא הוא אומר לנו בסעיף 46 שכשאין תשובה בחוק הפנימי שלנו, אז פונים למשפט האנגלי. הגישה השניה של סימן 47 היא שאין שום לקונה בחוק. **סימן 46 אומר שאם יש לקונה יש ללכת לדין האנגלי.** הדין האנגלי יוצר הבחנה בין השאלה של צורת הטקס (היבטים צורניים, חיצוניים , פורמאליים) לבין שאלתה כושר להינשא. כאשר צורת הטקס תחתך לפי דין מקום עריכת הטקס (כאן זה דומה לאמריקני מהגישה הראשונה). אבל השאלה המהותית יותר היא האם בכלל אתם רשאים להינשא זה לזה. כלומר האם יש לכם כשירות ליצור קשר נישואין תקף בינכם. שאלת הכושר להינשא היא צריכה להיחתך לפי **דין מקום מושבכם.** אם מדובר בבני זוג ישראלי, אם הם יהודים הדין האישי יחול (דהיינו כל אחד ואחת לפי ההשתייכות הדתית שלהם). אם זה זוג מעורב של נוצרי ויהודיה אין להם כושר להינשא זה לזה כי הדין האישי של היהודיה (ההלכה היהודית) לא מכירה באפשרות ליצור קשר נישואין תקף בין יהודי ללא יהודי.

**הבדל הקריטי בין 2 הגישות- הוא לגבי זוגות מעורבים (בני דתות שונות), הכולל גם ספק יהודי וחסרי דת. כל אלה לפי גישת סימן 46- לא יכירו בהם. ברירת דין אמריקני – יכירו בהכל.**

*לפעמים נותנת במבחן-*

**אז מה קורה עם כהן וגרושה?** יש להם כושר להינשא או לא??? אסור אבל אם כן נישאו אז לבסוף כן יש אישור הלכתי. כלומר אין תשובה חד משמעתית!. כל פעם שהנושא מגיע לבית המשפט- הוא מנסה להתחמק מהלכריע בשאלת תוקפם של הנישואים האלה ומה באמת כללי ברירית הדין שיש להחיל על השאלות האלה.

3. הגישה השלישית- סימן 47

מה פתאום לפנות לאנגליה ולאמריקה, יש תשובה בישראל בסימן 47 האומר בפשטות שענייני המעמד האישי יוכרעו לפי הדין האישי. אז מה זה משנה אם הנישואין נערכו בחו"ל?

התוצאה של הגישה- **אי אפשר להכיר אף פעם בנישואי תערובות.**

**דין אישי יהודי: מה השקפת ההלכה אודות נישואין אזרחיים?**

למה יש אפשרות שההלכה כן תייחס תקפות לנישואים אזרחיים?

המשנה בקידושין פותחת ואומרת שהאישה נקנית ב 3 דרכים: בכסף, שטר וביאה.

כלומר הדרך שאולי באמת מתעוררת היא **ביאה**. אפשרות של קידושי ביאה, של ייחוס משמעות הלכתית לקידושי ביאה מתעוררת גם בידועים בציבור (!). התשובה היא שנכון שמבחינה תאורטית השאלה מתעוררת גם בקשר של ידב"צ.

או לאוו דווקא בידב"צ, כי יש כאלו שאינם ידב"צ המקיימים קשר אינטימי.

היו מקרים בודדים שהגיעו לביד"ר על בסיס הטענה על קשר זוגיות שכלל קשר אינטימי אכן יצר מצב של קידושי ביאה. במקרה אחד הטענה אכן התקבלה, אך מקרה חריג וקיצוני. בת הזוג הפגועה שהבן זוג שלה זרק אותה היא העלתה את הטענה, היא רצתה פיצויים ממנו. יש כאן "גט מספק".

**קידושי ביאה-**

הקונסטרוקציה הזו של קידושי ביאה נובעת מהעילה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

כלומר אם לגבר יש 2 אפשרויות: לנהוג בדרך לא לגיטימית מבחינה הלכתית או הלכתית, חזקה שהוא יעדיף את הקשר הלגיטימי של ביאה שתביא לנישואין.

אבל האם זה חל על כל אדם? מה אם אנחנו יודעים בוודאות שהאדם לא התכוון ליצור קשר נישואין? ואולי יודעים בוודאות שהוא נמנע מקידושין כדמו"י ונמנע מטקס של כניסה לסטטוס פורמאלי, אז האם החזקה תחול? מה היקפה? יש לה סייגים? מה הראיות הנדרשות לשם עצם האקט? מה ראיות לשאלת ייחוס החזקה או שלילת החזקה?

תשובת הריב"ש-

זוג שעבר טקס נוצרי (סוג של המקבילה של טקס אזרחי כיום), אומר שזה שהם גרו יחד וקיימו קשר אינטימי לא אומר בפירוש שיש כאן רצון לקידושין. אלא יש צורך בהתכוונות.

ההשלכה לסיטואציה של זוגות שבכוונה טסים לקפריסין על מנת שלא לקיים קידושין הלכתיים, שלא על דרך הרבנות, בדיוק על זה הריב"ש דיבר. אומר **אין חשש של קידושין.** אז למה בכל זאת יש תשובות ופסדים רבניים שכן מייחסים קידושין. יש כאן שיקולי מדיניות מנוגדים וסותרים.

**שיקולי מדיניות סותרים-**

משני צידי המתרס, גם הדתיים וגם האזרחיים.

לא צריך שתהיה כוונה של קידושין כדמו"י לא לא מספיק שהבעל התכוון יצור קשר מונוגמי, זה כבר יוצר חשש של קידושין. הריב"ש מצד אחד אבל רבנים אחרים אומרים גישות אחרות.

נניח אישה מתגרשת אזרחית היא פנויה להינשא מבחינת המדינה לאדם אחר, אבל אולי הקשר הראשון של הנישואים האזרחיים אולי כן יצר חשש של נישואין כדמו"י ולכן אולי יש ספק שהיא אשת איש, והילדים הם ספק ממזרים.

כלומר שיקולי המדיניות הם לא ליצור ספק ממזרים.

שיקולי המדיניות מצד הדתי- אם נכיר בנישואין אזרחיים אנחנו פתחנו פתח לעקוף את כל הדרך ההלכתית.

זה בעצם עידוד של יציאה נגד האקסלוסיביות של הדין הדתי. לכן ביד"ר לא יכול להכיר בנישואים כאלה.

השיקולים מן הצד האזרחי- זה יצור הגדלה של מספר מסורבות הגט הפוטנציאליות. אם המערכת הדתית תכיר בנישואים כאלה מתוך הכרה ב"ספק הקידושין" אז יש צורך גם בגירושין לפי **גט מספק (שהוא גט כל דבר ועניין!)**ושוב אותו סיפור של גט מרצונו החופשי של הבעל..וכל הבעיות של מצוקות הגירושין.

**מלכוד של המערכת האזרחית-**

לדעת המרצה ברק לא הטיב להבין את זה, והלך שולל אחר מקסם השווא של הגישה הכאילו נאורה שניבאה מספיקתו של ביד"ר בפרשת "בני נוח". היא מגלמת את המלכוד של הנשו"א בצורה מושלמת. הכל התחיל שם בכך שהאישה באה ואמרה שלא יתכן שביד"ר אומר לי "לא היו דברים מעולם"- אתם לא הייתם נשואים מעולם. אך היא כן רשומה כשנשואה מרשם האוכלוסין לאחר שנישאה בקפריסין (לקרוא את כל פס"ד בני נוח!!!)

הרב דיכובסקי נותן פס"ד שחשבנו שהוא מהפכני. עולה ממנו שיש משמעות לנשו"א גם מבחינה הלכתית. ואז ברק קופץ על זה ואומר שהנה סוף סוף גם המערכת הדתית מכירה בנשו"א כשווה משהו.אבל המחיר הוא גבוה מאוד.

18.6.2014

**שיעור 28 -אחרון**

ריב"ש - נישו"א אזרחיים לא יוצרים כל זיקת קידושין.

הרב הנקין- לשם יצריתה של זיקת קידושין די לכך שלבעל היתה כוונה ליצור קשר אקבלוסיבי מונוגמי, לאוו דווקא קידושין כדמו"י.

מה השיקולים שהם לאוו דווקא הלכתיים משפטיים טהורים, אלא מה השיקולים שהם מעבר? שיקולי מדיניות, מדיניות דתיים, ופוליטים (במובן של יחסי כוח בין המערכות הדתית והאזרחית והבין הערכאות- ביד"ר בימ"ש למשפחה).

**שיקול 1-** החשש מיצירת אשת איש. מי שרואה בקשר הזה קשר תקף מבחינה הלכתית יהיה מוטרד מכך שאישה נשאה בקשר כזה, שיש סברה ואפשרות לראות בקשר הזה "ספק קידושין", המשמעות ההלכתית היא שהאישה היא "ספק אשת איש" ואם תתגרש רק גירושין אזרחיים ותוכל לקשור קשר עם קשר אחר, אז הילדים יהיו "ספק ממזרים" מבחינה הלכתית. זה עשוי להניע את הצדדים הדתיים בכיוון של יחוס משמעות או ספק של תוקף לאקט האזרחי הזה.

**שיקול 2- פוליטי:** נגד ההכרה בנשו"א. כשביד"ר יגידו שהיא ספק אשת איש והיא צריכה גט, אז יגידו שהנה ביד"ר כן הכיר בתוקפם של נשו"א. לכן זו עשויה להיות טעות טקטית מבחינת המסגרת הדתית.

**שיקול 3- אזרחי:** עדיף לנו שהמערכת הרבנית לא תכיר בזה כדי שיהיה ברור שאין מקום לדו- שיח או פשרה בנושא. שיהיה ברור שהמערכת הדתית אטומה ביחס למבנים אזרחיים כאלה ע"מ שתהיה הפרדה מוחלטת ואז ניתן יהיה לפעול ברמה הפוליטית של הכנסת והחקיקה ע"מ להציב מערכת נפרדת מנותקת לגמרי. הצד האזרחי יגיד שהוא רוצה שהמערכת הרבנית כן תייחס משמעות לאקט האזרחי הזה. זה מה שקרה בבג"צ בני נוח.

קשור לפס"ד של השופטת פלאוט – יוצר זיקה בין ההון האנושי לסעד חלוקת רכוש.

ברק הולך בעקבות החשיבה של האישה מבג"צ נוח, ומפנה את השאלה לביד"ר- תנמק איך הגעת להחלטת שהנשואין בינהם בטלים. לאחר שמקבלת את תשובת ביד"ר (פסקה 28 )- הגענו לחיבור בין הגישה האזרחית לנוש"א לבין הגישה ההלכתי לנשו"א. ברק למעשה נופל לבור והולך שולל אחרי הרמה הרעיונית של האחדת דינית ( דומה ל"תורת האחידות" של ברק בבבלי ולב). דיכובסקי בבני נוח אומר שיש מבנה של משפט עברי של תרי"ג מצוות החלים רק על יהודים. אבל זה לא שלהלכה אין מה להגיד ביחס לכל יתר האנושות. המערכת הזו נקראת "מצוות בני נוח" ( 7 מצוות בני נוח). במסגרתה יש מערכת מובנית של קשרי זוגיות שבעבר זה היה לגור ביחד ולהיפרד. אבל ככל שהעמים האחרים התפתחו נוצרה מסגרת משפטית מובנית יותר ביצירת הזוגיות הזו והיא דורשת טקס של כניסה והליך ביציאה. זה למעשה מה שההלכה גם היא דורשת כדי לייחס משמעות למערכת זוגית מוכרת למי שאינם יהודים. כלומר עבורם יש נישואין, אך לא קידושין המיוחסים רק ליהודים. גם מי שלא יהודי נכנס למערכת של נישואין. המשמעות היא שע"מ לצאת מהקשר הזה יש לעבור הליך, לא של גט כדמו"י , אלא די בהחלטה שיפוטית של גוף בעל סמכות כדיי לסיים את הקשר הזה. מה תהיה עילת הגירושין? "משבר שלא ניתן לאיחוי" (לפי דיכובסקי). או לפי ברק "תום הנישואים". בכך דיכובסקי מגיש לברק לכאורה מבנה הלכתי שמייחס משמעות לנשו"א. וברק "קונה" את זה. מבחינתו יש כאן כאילו האחדה של שתי הגישות.

לדעת המרצה זו טעות אחר טעות אחר טעות. למה דיכובסקי אמר מה אמר, עוד לפני שברק הפנה אליו את השאלות, לפני העתירה לבג"צ? כבר אז דיכובסקי קלט את הסכנה שיפקיעו מהם את הסמכות! אם לא מכירים בנוש"א אז יקחו מאיתנו את המקום הריק הזה וירצו להשלים אותו באמצעות מערכת אזרחית מקבילה. וזה החשש הכי גדול של ביד"ר.

לפי ס' 1 לבי"דר לא משנה איפה הזוג היהודי נישא- הם צרכים להתגרש בביד"ר. שבועיים אחרי שניתן הפס"ד הרבני, הרב שרמן אמר שלמרות שהוא חתום על הפס"ד הוא לא מקבל מילה ממה שכתוב שם.

**תגובת הנגד ביד"ר- המלחמה על הנישואין האזרחיים**

* פס"ד 764411/1 של האזורי בנתניה- אומר לברק שהשאיר להם את הסמכות לדון בגירושין בעקבות נשו"א וחשבת שאתה בעצם מגן על המערכת האזרחית בכך שאמרת שהסמכות מצומצמת אך ורק להתרת הנישואין ולא לדיון לשאר הנושאים. כלומר **אי אפשר לכרוך בתביעת גירושין של נוש"א-** אמירה באוביטר של ברק. ניתוח הלכתי מתוחכם בפס"ד, אך הוא אומר שעקרונית בית דין רבני בהחלט עשוי להעניק זכויות ממוניות על בסיס נשו"א. לכן כל הניתוח של ברק עם האוביטר ביחס לאי אפשרות הכריכה. כריכה כזאת לא יכולה להיות כנה (למה??? לא הבנתי! לקרוא את הפס"ד).

ביד"ר אומר שהם אפילו עשויים לתת מזונות בעקבות נשו"א. אבל זה לא באמת קורה בפועל!

* ברגע שביד"ר אמר שיש משמעות לנישואין האלה, נפתח הפתח להגיד שסיום הנשואין האלה למעשה גם הוא צריך להיות ע"י גט. יש 2 מקרים של נשים שמצאו עצמן מסורבות גט למרות שהתחתנו אזרחית.
* לכן כל המסלול העוקף של המערכת האזרחית עם הפתרונות האולטיבים של ידועים בציבור ושל הכרה בנשו"א. אך היום בעקבות בגצ בני נוח והפסיקה הרבנית שבאה בעקבותיה- יש לנו את תמרורי האזהרה: שנישו"א נמצאים גם הם בסמכות ביד"ר. והכי חמור גם בנשו"א יכול להיות מצב של עגינות.
* כדי לעשות טקס נישואין הרבה מדינות מאפשרות לזוגות מכל העולם לבוא ולהינשא. **נישואין הוא אקט מנהלי, בעוד גירושין הוא אקט שיפוטי.** לכן מדינה מתוקנת דורשת זיקות שונות למדינה, כגון אזרחות או שהות או תושבות במדינה על מנת להעניק את סמכות השיפוט שלה על מי שמבקש את הסעד השיפוטי של להתגרש.

**התפתחויות משפטיות – מה קורה במערכת האזרחית בין לנשו"א**

* הפסיקה באופן עקבי התחמקה מהשאלה האם יש תוקף לנוש"א שנעשו מחוץ לישראל או אין תוקף. אין הכרעה ב3 הגישות שלמדנו ביעור שעבר. למה? כי כל הגילויים המשפטיים של הסטטוס (מזונות, רכוש, ירושה) כבר הוכרעו על בסיס חוזי. בהסתמך על כך שנשו"א טובים לפחות כמו מעמד הידועים בציבור. רואים זו בצורה הבולטת ביותר בפס"ד פלונית המזונות האזרחיים.
* פס"ד קפריסין (בני נוח), רומניה (תערובות), טורנוטו (בן ארי).
* ברק בפרשת בני נוח נתן גישה שלפיה יש להכריע היא גישת **סימן 46.** לפנות לכליי ברירת הדין של אנגליה. אז ביס לשאלת הכושר להינשא נפנה לדין האישי. לכן התוצאה היא **שזוג יהודי שהם פנויי חיתון הקשר שלהם יהיה מוכר בישראל.** זה היה המקרה של בני נוח. האם ברק היה בכלל צריך להתמודד עם השאלה הזו? לא.
* בפסד רומניה- הנישואין בין היהודי לאישה הלא יהודיה, ברק אומר שנכון בבני נוח אמרתי שנלך לפי סימן 46, אבל עכשיו אני חושב שהגיעה הזמן לאמץ את הגישה האמריקאית כי היא תיתן תוקף ליותר מקרים. ותתן תוקף לנישואי תערובות. עדיין מדובר באוביטר!. בפסד עמדה על הפרק שאלת הירושה. אז למה יש להכריע האם הם נשואים לצורך חוק הירושה או לא? כי הם לכל הפחות ידועים בציבור אז יש את ס' 55 לחוק הירושה שפותר את הבעיה הזו. אבל זה לא פותר את כל הבעיות. נניח שזוג נישא בנוש"א וחי שנים ארוכות יחד ולאחר מכן רוצים להיפרד. שנתיים לא חיים ביחד, הם עדיין נשואים, ואחד הולך לעולמו. ס' 55 לא עוזר לנו כי הם כבר לא חיים ביחד. לענין זכויות רכושיות לענין הלכת השיתוף הם אמנם נצברו, אבל בעניין הירושה- אם הם לא חיים ביחד זה בעיה. אך במקרה הזה הם נשואים אז אם מסתכלים על זה יש זכאות לרשת. לכן יש משמעות להבחנה בין ידועים בציבור לבין נשו"א. השורה התחתונה של פסד רומניה**- נשו"א של בני זוג בני דתות שונות – המדינה מכירה בהם אך רק לצורך חוק הירושה. אין אמירה שהם תקפים באופן אבסולוטי. לכן אין הכרעה סופית.**
* לשם מה לנו סטטוס? מבחינה מעשית פרקטית? לכל ההשלכות של חלוקת רכוש ומזונות ולענייני ילדים- התוצאות תהיינה אותן תוצאות בין אם מכירים בתוקפם של נשו"א ובין אם לא.

**סיכומון- נשואים אזרחיים**

רישום – נשו"א כן רשומים לפי הלכת פונק שלזינגר.

מזונות- יש. תחילה לפי פס"ד שמואל . בהמשך לפי םפסד המזוונת האזרחיים

שיתוף נכסים- יש, מכוח הלכת השיתוף (שלא משנה לה אם הם נשואים או לא).

ירושה- כן. נחשבים לנשואים לפי חוק הירושה.

**איפה מתגרשים זוגות מעורבים שנישאו בחו"ל?**

***(קשור לנושא 22: גירושין אזרחיים ותחליפי גירושין בישראל. לא הרחבנו בכיתה)***

לביד"ר יש סמכות לגרש זוג יהודי שנישאו בחו"ל. אך מה לגבי זוג מעורב?

עד שנת 1969 לא היתה סמכות לאף בית דין בישראל להתיר נישואין של זוגות מעורבים, ואז נחקק חוק שיפוט בענייני התרת נישואים (מקרים מיוחדים). כיום נקרא מקרים מיוחדים בסמכות בינ"ל.

החוק אומר שכל אימת שיש לסיים קשר נישואין ואין סמכות לאף בית דין דתי- החוק יהיה **בסמכות בית משפט למשפחה.**

חל גם על זוג שהם יהודי וספק יהודי או יהודי וחסר דת.

**הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל**

**חוק ברית הזוגיות לחסרי דת מ 2010-**  החוק ניסה למצוא פתרון. ליברמן אמר שהנה הוא קיים את הבטחתו ל 300 אלף מחוסרי דת בישראל. אבל זה לא נכון, כי החוק מאפשר רק לשני בני זוג חסרי דת להירשם בברית הזוגיות. אך החוק הזה לא באמת עוזר. כי מדובר במקרים בודדים. ורוב המקרים הבעייתים הם כאשר יהודי רוצה להינשא עם חסר/ת דת. ואז אין להם פתרון. כמו כן זה לא באמת פתרון כי לא נותנים פה מעמד של נישואין כדמוי, אלא רק "ברית זוגיות."

יש האומרים שזה מבשר פתח לחוקים נוספים בנושא.

ההצעות השונות העומדות על הפרק

1. **ברית הזוגיות** -ההצעה של "יש עתיד", שאמורה להיות פתוחה לכולם, כולל בני אותו מין.

2. **הצעת חוק החיים המשותפים-** של משרד המשפטים. מגביל מילים רק ל"איש ואישה". כלומר לא פותח שעריו בפני בני אותו מין.

* ההבדל הדרמטי בינהם הוא שאלת הנושאים לבני אותו מין.
* למה הכותרות השונות? נותיר את המונופול על הנישואין כסטטוס תחת הערכאות השיפוטיות של הדין דתי. כאשר יוצרים מבנה זוגיות שכותרתו שונה, והיא אולי קצת פחות מסטטוס הנישואין (הבאים לידי ביטוי בזכות הכניסה לבן/בת הזוג לישראל, אם הוא לא אזרח/ית ישראל, או ביחס לשאלת האימוץ). ברמה הסימבולית ההצעתית המפלגות המציעות אומרות שהן מציעות מבנה שהוא קצת פחות מסטטוס נישואין של ממש, מתירים את הנישואין בסמכותם של ביד"ר. היצירה של מערכת מקבילה לא פוגעת בביד"ר ואין הפרה של סטטוס קוו. האם המפלגות יכולות לקבל את זה? למה ההתנגדות?
* אם העמדה של ביד"ר תהיה כמו של הריב"ש שאין חשש קידושין בנישואין אזרחים, ואם זוג בחר להתחתן אזרחית אז אין כוונה וחשש לנישואין כדמוי, ואין חשש לאשת איש, ולכן לא איכפת לבידר כי לא היה כלום מבחינתם. השאלה מה תהיה ההתייחסות הממסד הרבני היא מאוד קשה.
* אם מה שמטריד את הממסד הרבני הוא **ריבוי ממזרים**. אבל הבעיה העמוקה יותר היא שנישואין אזרחיים יצרו **נישואי תערובות** ואז המדינה מאבדת את האפשרות להגביל את קשרי הזוגיות הלגיטימית והמוכרת במדינה ליהודים בין יהודים בלבד. (או מוסלמים עם מוסלמים וכו'). חשש נוסף הוא **שיהודי/ה יתחתן עם מוסלמי/ת** וזה חשש המשותף לכל המפלגות: הדתיות, החילוניות, והערביות. כל הצדדים לא רוצים שהמדינה תתיר את הנישואים של שני עמים הנמצאים בקונפליקט במדינה. אך בפועל אין אפשרות למנוע את נישואי התערובות כי הם כן מוכרים כנשואים בארץ אם נישאו בחו"ל. אבל יש האומרים שלפחות שמדינת ישראל לא תיתן לזה לקרות בשטחה.
* התבוללות- מבחינת הקיום של העם היהודי, הטענה אומרת שזו לא סיבה שלא להנהיג נשו"א. הטענה ממשכיה ואומרתש הקושי שיתרחש כאשר יהיה נישו"א ולמעשה יהודי יוכל להתחתן גם עם חסר דת/ ספק יהודי וכו', כלומר ההבטחה שיהודים יתחתנו עם יהודים- את כל זה יש לפתור לא באמצעות הנשו"א אלא באמצעות שינוי ההתיחסות לכניסה לעם היהודי, הגיור. ולא באמצעות המשך ההגבלה והשליטה הקשה על הזכות לנישואין.

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

קורס בדיני משפחה, תשע"ב

פרופ' רות הלפרין-קדרי

**סיכום סוגיית נישואי תערובת[[1]](#footnote-1) (כשאחד מבני הזוג יהודי)**

# ותוקפם בישראל[[2]](#footnote-2):

# המצב המשפטי עובר לשלושת פסה"ד האחרונים של הנשיא ברק בעניין נישואין אזרחיים[[3]](#footnote-3)

1. סיכום זה מתייחס לסוגיית נישואי התערובת כאשר היא עולה בפני בימ"ש אזרחי. השאלה יכולה להתעורר באופן ישיר, מכוח סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה (כאשר ראוי לציין, כי טרם תיקון תשס"ה לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), שאלה זו יכולה היתה להתעורר, בין מכח סמכותו השיורית של בהמ"ש המחוזי (סי' 47 לדבה"מ, ס' 40 (2) לחוק בתי-המשפט), ובין בעקבות הפניית העניין אליו ע"י נשיא ביהמ"ש העליון ע"פ סי' 55 (רישא) לדבה"מ); וכן באופן עקיף, במסגרת תביעת מזונות או כיו"ב כאשר נדרשת הכרעה מוקדמת בשאלת תוקף הנישואין.
2. קיימים מספר עניינים מסויימים שבהם חלים כללים ספציפיים, שמקורם בחקיקה מיוחדת או בפסיקה, אותם יש להחיל בשאלת תוקף הנישואין, בשונה מכללי ברירת הדין הרגילים שיחולו בד"כ בסוגיית נישואי התערובת. הכוונה לעניינים הבאים: רישום הנישואין במרשם האוכלוסין, עבירת "ריבוי נישואין", התרת נישואין.
3. בנוסף לעניינים אלה, בעקבות פסה"ד של הנשיא ברק בעניין המזונות האזרחיים-חוזיים,[[4]](#footnote-4) הפך גם נושא המזונות לנושא עצמאי העומד במנותק משאלת תוקפם של הנישואים.
4. עניין רישום הנישואין במירשם האוכלוסין: בעקבות פרשת **פונק שלזינגר**, אין בדיקת תוקף הנישואין מעניינו של פקיד הרישום, ודי בראייה לכאורה להוכחת טקס הנישואין כדי לחייבו לרשום את בני הזוג כנשואים. תעודת נישואין זרה מהווה ראיה כזו. אין הרישום מהווה אפילו ראייה לכאורה בשאלת תוקף הנישואין[[5]](#footnote-5). אך יש לו ערך חשוב ביחס לנושאים שונים, העולים במהלך המגעים היום-יומיים של האזרח/ית עם רשויות המדינה, כגון הביטוח הלאומי, רשויות המס וכיו"ב[[6]](#footnote-6).
5. עניין עבירות "ריבוי נישואין": לצורך הרשעה בעבירת הביגמיה יש התייחסות ספציפית בחוק העונשין, ס' 178(1), לפיה די בכך שהנישואין הקודמים תקפים לפי דין המדינה שבה נערכו או לפי הדין הדתי שלפיו נערכו, בכדי להוות מניעה לעריכת נישואין חדשים, ולא משנה מה תוקפם לפי כללי ברירת הדין הרגילים בסוגיה זו.
6. עניין התרת נישואין: לעניין זה חל חוק התרת נישואין, המתווה את הדרך היחידה לצורך התרת נישואי תערובת בישראל, והקובע כללי ברירת דין אותם יחיל בית המשפט לענייני משפחה . כללי ברירת דין אלה שונים באופן יסודי מכללי ברירת הדין הרגילים החלים במשפט המקומי בסוגייה זו, ומיוחדים לענייני התרת הנישואין, ונראה כי אין להקיש מהם לאספקטים אחרים של הסוגיה כגון תוקפם המשפטי באופן כללי של הנישואין האלה[[7]](#footnote-7).
7. מונחי יסוד – הבחנה בין צורה לכושר: ע"פ כללי המשפט הבינ"ל הפרטי האנגליים יש להבחין לעניין תוקפם של נישואין, שנערכו מחוץ לגבולות המדינה, בין שאלת תוקפם מבחינת הצורה, הנחתכת לפי דין מקום עריכת הנישואין, לבין שאלת תוקפם מבחינת המהות (כאשר כשרותם להינשא היא בגדר מהות) הנחתכת לפי דין הדומיסיל (הדין האישי) בעת עריכת הנישואין.

**סיטואציה א: נישואי תערובת שנערכים בישראל בין אזרחי המדינה ותושביה**

1. ס' 2 לחוק השיפוט חל רק כששני בנה"ז יהודים, לכן אין בו לכשעצמו כדי למנוע נישואי תערובת בישראל.
2. במקרה של התנגשות דינים בין דיניהם שאישיים של שני בנה"ז (שהם, ע"פ ס' 47 והפסיקה דיניהם הדתיים) ניתן להעזר בדרך של אנלוגיה בעקרונות המשפט הבינ"ל הפרטי.
3. לפיכך יש להחיל את השיטה הקומולטיבית לבדיקת תוקף הנישואין, לפיה מספיק שהנישואין אינם תקפים ע"פ הדין הדתי של אחד מבנה"ז, כדי שביהמ"ש האזרחי לא יכיר בהם.

מסקנה: אין תוקף משפטי לנישואי תערובת הנערכים בישראל בין בנ"ז אזרחי המדינה, כשאחד מהם הוא יהודי.

**סיטואציה ב: נישואי תערובת שנערכו בחו"ל בעת היותם נתינים זרים, וכיום הם אזרחי ישראל**

1. הסיטואציה מעוררת את שאלת המבחן ה"בינזמני" לעניין הדין האישי שיש להחיל אל שאלת תוקף נישואין אלה: האם את הדין האישי של בנה"ז כפי שהיה להם בעת עריכת הנישואין (שהוא דינם הלאומי דאז, לפי סי' 64(2), או את הדין האישי כפי שהוא כיום בעת הדיון המשפט (שהוא דינם הדתי, לפי סי' 47 והפסיקה). הפסיקה (הילכת **סקורניק** ופס"ד **הירשנהורן**) הכריעה לטובת הדין הלאומי כפי שהיה ביום עריכת הנישואין.

מסקנה: אם ע"פ דינם הלאומי של הצדדים בעת עריכת הנישואין היה להם תוקף, גם ביהמ"ש האזרחי יצהיר על תקפותם כיום, מבלי לייחס נפקות לשוני בין הדתות ולעובדה שע"פ הדין העברי נישואין אלו חסרי תוקף.

**סיטואציה ג: נישואי תערובת שנערכו בחו"ל בין אזרחי המדינה (כולל "נישואי מקסיקו" וכיו"ב)**

1. ביהמ"ש העליון נמנע מלהכריע בסוגיה זו עד לפסה"ד של ברק בעניין **נישואי קפריסין** ("בני נוח"). ספק האם ההכרעה שם הינה בגדר רציו של פסה"ד, שכן ניתן לטעון כי כלל לא הייתה צריכה לגוף פסה"ד.
2. פרופ' שאווה מאתר בפסיקה שלוש תשובות אפשרויות לשאלה ע"פ איזה דין יש להכריע בשאלת תוקף נישואי התערובת בסיטואציה זו.
3. האפשרות הראשונה היא בדיקת תוקף הנישואין ע"פ חוק מקום עריכת הנישואין. כך יש לעשות לדעת אלה הסבורים כי בהוראות החקיקה המקומית (בעיקר דבר מהלך) אין תשובה לסיטואציות הבעייתיות של נישואי תערובת או נישואין אזרחיים מחוץ מדינה. אפשרות זו הובעה ע"י הש' זוסמן באוביטר, בפרשת **פונק שלזינגר**, והיא מסתמכת על כללי ברירת הדין האמריקאיים, הנוחים יותר להפעלה, לדבריו, מאלו האנגליים. אפשרות זו נשללת ע"פ פרופ' שאווה (ראו נימוקים במקור), תוך הדגשת אי קיומו העצמאי של כלל ההיזקקות לחוק מקום הטקס בשיטה המשפטית שלנו. לכלל זה יש תחולה רק במידה ויש להחיל את כללי המשפטי הבינלאומי הפרטי האנגליים, המבחינים בין שאלת תוקף הנישואין מבחינת הצורה (שנחתכת לפי דין מקום הטקס) לבין שאלת תוקפם מבחינת כושר הצדדים להינשא זה לזה (הנחתכת לפי דין הדומיסיל של הצדדים בעת הנישואין, וכשלא היה דומיסיל משותף, תופעל השיטה הקומוליטיבית)[[8]](#footnote-8). למרות היותה בלתי-מקובלת, בחר השופט ברק להעלותה מחדש בפרשת **נישואי רומניה** ולקבוע את עדיפותה על פני האחרות, תוך הדגשת שיקולי מדיניות הקשורים להיותה של מדינת ישראל מדינת הגירה הקולטת יהודים. עם זאת, היה זה באוביטר בלבד.
4. דיעה זו מוליכה לאפשרות השניה, והיא החלת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגליים, דרך סי' 46 לדבה"מ. לפי אפשרות זו יש כאמור הבחנה בין שאלת תוקף הנישואין מבחינת הצורה (דין מקום הטקס) לבין שאלת תוקפם מבחינת הכושר (דין מקום המושב בעת עריכת הנישואין). תמיכה באפשרות זו מוצאים בדיעותיהם של הש' ויתקון והש' אולשן בפשרת **סקורניק**. ע"פ הש' ויתקון, למשל, הפניה לכלי ברירת הדין האנגליים דרך סי' 46 נשענת על התפיסה שסי' 47 קובע ברירית דין רק מבחינת המשפט הפנימי, ואינו חלק מכללי המשפט הבינ"ל הפרטי של ישראל. באותה גישה נקטו לאחרונה כמה פס"ד של ביהמ"ש לענייני משפחה. הפעלתה המעשית של גישה זו היא כלהלן: שאלת תוקפם של נישואי תערובת נוגעת לשאלת כשרות הצדדים להינשא. לפיכך, יש חשיבות למקום מושבם של בני הזוג בעת עריכת הנישואין. אם מקום מושבם (או לפחות של היהודי מביניהם) היה ישראל, יוחל הדין הדתי של הצדדים (מאחר ודין המושב – ישראל – מפנה את השאלה לדינים הדתיים), והנישואין חסרי תוקף. אם מקום מושבם בעת עריכת הטקס היה במדינה זרה, המכירה בתוקף נישואי התערובת, יכיר בהם בימ"ש אזרחי בישראל, אפילו שניהם אזרחי המדינה.
5. פרופ' שאווה דוחה מבחינה עקרונית את האפשרות השניה, שכנראה הנחתה את הש' ויתקון ואולשן בפרשת **סקורניק** (ראו נימוקיו במקור), ומעדיף את האפשרות השלישית שהנחתה את הש' אגרנט בפרשת **סקורניק.** אפשרות זו לבדיקת תוקף נישואי התערובת בסיטואציה זו היא החלת הדינים האישיים של שני בני הזוג בעת עריכת הנישואין. זו האפשרות אותה מחיל פרופ' שאווה על כל נישואין אזרחיים שנערכו בחו"ל בין אזרחי המדינה[[9]](#footnote-9). אפשרות זו מבוססת על כך שדבר המלך נותן תשובה גם לשאלת תוקף הנישואין בסיטואציה הזו. התשובה מצויה בסי' 47, שהוא חלק מן המשפט הבינ"ל הפרטי שלנו, המפנה לדין האישי של הצדדים, שהוא – לגבי אזרחי ישראל – דינם הדתי. יש לשים לב לכך שהזיקה הקובעת לגבי הדין לפיו יקבע תוקף הנישואין היא זיקת האזרחות, ולא מקום המושב. כך שבסיטואציה דנן, הדנה בבני זוג שהיו אזרחי ישראל בעת עריכת הנישואין, שאלת תוקפם תידון ע"פ הדין הדתי של כל אחד מהם. במקרה ואין אחיזות בהתייחסות, יש לנפות אל המשפט הבינ"ל הפרטי האנגלי[[10]](#footnote-10), ולאמץ את הפתרון הניתן על פיו לשאלה זו, דהיינו השיטה הקומולטיבית.

מסקנה: לפי האפשרות הראשונה (פיסקה 2 לעיל) דין מקום הטקס מכריע את שאלת תוקף הנישואין, ובכל מקרה בו נערכו הנישואין במדינה המאפשרת נישואין אזרחיים, הם יוכרו כתקפים. לפי האפשרות השניה (פיסקה 3) יש חשיבות למקום מושב בני הזוג ובהתאם לו עשויה להשתנות התוצאה. ואילו לפי האפשרות השלישית (פיסקה 4) נישואי תערובת בין אזרחי ישראל, ולא משנה מה מקום מושבם, כשאחד מבני הזוג יהודי – יהיו חסרי תוקף, מאחר והדין העברי אינו מכיר בנישואין כאלה.

למרות שבאופן טכני גישתו של פרופ' שאווה, המצדדת באפשרות השלישית, נראית נכונה ותואמת את ההסדר החוקי כפשוטו, אין להתעלם מאותם פסקי הדין שלא הלכו בדרך זו. יתכן שאותם פסקי הדין, בצירוף דעת שניים מהשופטים בפס"ד סקורניק, ובצירוף לדעתו האגבית של הש' זוסמן בפרשת פונק שלזינגר, מצביעים על מגמה מסויימת בכיוון של נסיון להכשיר במידת האפשר כל טקס נישואין שנערך בחסות דין זר ע"פ אותו הדין. יתכן ששיקולי מדיניות כלליים יוליכו לחיזוק מגמה זו, אשר גם אם קיים ספק מה לגבי היותה נכונה מבחינה משפטית, אפשר בכל אופן למצוא לה תימוכין משפטיים.

באשר לנישואין אזרחיים בין יהודים, כאן ברור שהגישה השנייה, גישת סימן 46, היא המאפשרת הכרה רחבה יותר, במיוחד כשאינם מנועי חיתון, ולכן, יש להניח, היא המועדפת על בתהמ"ש. זו למעשה הסיבה בגינה הכריע הנשיא ברק בפרשת בני נוח לטובת גישה זו.

**נושא 24: זוגות בני אותו מין**

האם המגבלה על זכותם של בני אותו מין להינשא, האם היא קונספטואלית היא אכן מגבלה על זכות אדם בסיסית? או שמא היא הגבלה לגיטימית בקרב מדינות דמוקרטיות?

**ספקטרום ההתייחסות מצד המדינה**

* גישה אוסרנית- קרימינליזציה של הקשר. בישראל הגישה הזו בוטלה דה יורה ב 1988. דה פקטו בוטלה עוד קודם.
* גישה סובלנית- דה קרמנילזציה (ביטול עבירת "מעשה סדום" 1988)
* גישה מגוננת (הגנה מפני הפליה בעבודה) – דבר החקיקה המרכזי- הוא אותו חוק שלא יסור הפליה בעבודה. הכנסת האיסור- על הפליה מחמת נטייה מינית. ב**פס"ד דנילוביץ'** נסמכו על אותו תיקון. יש הבחנה גדולה בין הפסיקה של ברק לדורנר בדנילוביץ'. ברק נסמך על התיקון בחוק- מרגע שהתווסף איסור על הפליה מחמת נטייה מינית, ניצוק תוכן חדש לזכות לשוויון. לעומת זאת דורנר נותנת פס"ד יותר מקיף, שמדבר על שוויון כללי, על עקרון חוקתי בסיסי של שוויון כולל, שאוסר על הפליה מחמת נטייה מינית, בכל תחום והקשר. פס"ד של ברק מצומצם לתחום דיני העבודה. למרות הבחנה זו, פס"ד זה הפף להיות הדגל והקו המוביל שעליו נסמכו לאחר מכן כל הנחיות היועמ"ש והפסיקות האחרונות. דנילוביץ' הפך לסמל לקידום זכויותיהם של להטב"ים בישראל. שבוע שעבר היה כנס באונ' ת"א, של 20 שנה להלכת דנילוביץ'. דורנר השתתפה בפנל. היא באה ודיברה על כך שהיא היתה מאוד מודעת להבחנה בין גישת ברק לשלה. מה שמעניין, במסגרת עבודת מחקר, זה לקחת פסק דין הנ"ל שההלכה פרופר של דנילוביץ' היא יחסית צרה, ולבחון כיצד זה הפך להיות מצב שפסק הדין של דורנר הוא הלכת דנילוביץ', ולא של ברק.
* גישה תומכת (הנחיות היועמ"ש, פסיקה אחרונה)
* סקירה מקיפה בעע"ם 343/09 הבית הפתוח, השופט עמית.

כיום יש 15-16 מדינות בארה"ב שמכירות בנישואין בני אותו מין. אובמה הוא הנשיא הראשון בארה"ב שאוהד את המאבק של להט"בים.

המרצה אומרת שזוגות בני אותו המין נחשבים לרוב ההקשרים בארץ- כידועים בציבור, ולכן מבחינה תוצאתית ההכרה בבני זוג אלה היא מאוד רחבה בארץ. ולכן התפיסה השמרנית בנוגע לישראל היא טיפה מנותקת.

ישנן מדינות שעדיין מטילות עונש מוות על כך- סודאן, סעודיה, תימן, איראן. בקניה- יש תהליך של חקיקה לגבי קביעת עונש מוות למי שמקיים יחסים עם בני מינו.

השינוי המשמעותי ביותר שהיה בשנה שעברה בארה"ב בפס"ד וינזור, היה ביטולו של החוק שהיה ידוע בכינוי הDOMA- חוק שמטרתו היתה למנוע הכרה של תוקף של נישואי בני אותו מין, שנערכו במדינה אחת בארה"ב ע"י מדינה אחרת בארה"ב. ראינו שיש מדינות שמאפשרות נישואין ממש, ויש כאלו שאוסרות נישואין לבני אותו מין. החוק הזה כאשר נחקק, נועד לאפשר למדינות שונות בארה"ב להחליט בפני עצמן על כך שכעקרון כל מדינה צריכה לכבד החלטות שיפוטיות של מדינה אחרת, והחוק הזה נועד שאמנם יש לכבד אקטים שיפוטיים של כל אחת מהמדינות, אבל לא כשזה מגיע לנישואין של בני אותו מין. שנה שעברה בחודש מרץ, ביהמ"ש העליון פסק שהחוק אינו חוקתי.

**נסויונות גיבוש עק' מנחים-**

לפני 10 שנים, בעקבות הנחיות היועמ"ש, אפשר היה לומר שיש הבחנה בין המישור הכלכלי לבין המישור הערכי. כשהיועמ"ש בעצם אמר שכל מה שקשור למישור הכלכלי- חוק ירושה, מזונות, רכוש. מישור חיצוני- קצבאות, רווחה, מיסים. היועמ"ש אמר שלכ מה שקשור לעניינים הכלכליים- הדין חייב להיות אחיד בין שלל סוגי הזוגות. כל מה שקשור למישור הערכי- זה עניין למחוקק- בראש המישור הערכי ניצבת זכות לנישואין, אבל עוד היבט שקשור בעצם למישור הערכי- היבט של ילדים, הזכות להורות. הזכות להורות היתה למעשה ועודנה הזכות המשמעותית ביותר שעליה נאבקת הקהילה הלהטב"ית. מה שמעניין זה שהקהילה הזו בתוך עצמה, שרויה בדיונים פנימיים וויכוחים פנימיים האם זה באמת נכון להיאבק על כך, והאם במאבק לזכות להורות, כמו במאבק על הזכות לנישואין, אין משום שת"פ עם הסדר ההגמוני ששואף לתבנת לפי דגם אחד אחיד, והדגם האחיד- זה נישואין לצורך הולדת ילדים. באים אלה בתוך הקהילה הלהטבית, ואומרים להפסיק להיאבק על כך, כי במאבק זה הם מחזקים את ההגמוניה של דגם אחד אחיד שהוא זה שאמור להיות נכון לכל האנשים הבוגרים במדינה. הם אומרים למה בעצם לא קוראים תיגר על כך שכולם חייבים להינשא וכולם חייבים להוליד ילדים. ישראל ייחודית בכך ששיעור הלהט"בים בישראל שמגדלים ילדים, הרבה יותר גבוה משיעור במדינות מערביות אחרות. מה שבאמת מדברים כיום, זה שברגע שזוכג להט"ב יש לו ילדים, אז כל החששות של המשפחה, וכל המעגל החברתי הקרוב יותר נרגע, וזה נותן להם את כרטיס הכניסה המלא לחברה בישראל.

נקבל את המצגת בתקשוב- השקפים מנתחים את הנושא, לא צריך למבחן. מתארים מאבקים ראשונים על גידול ילדים.

**המבחן**

3 שעות

חומר פתוח, לאזכר פס"דים ואם יש להם שמות של "פלוני" אז לכתוב את שם השופט והמקרה. אם יש את מספר ההליך אז לכתוב אותו פשוט.

יהיה תרגול עם עדי נפתור איתה מבחן.

תשלח סילבוס ממוקד למבחן.

חלק של אירועון- דומה לעבודה.

חלק שני- שאלת מחשבה. סוג של אנסין. אולי הצעת חוק או פסקה מפס"ד- מבקשים הבעת דעה או ניתוח. הצעת חוק- מה הרקע שלה, מה נועדה להשיג, תעבור או לא (לדעתינו). פסד- מה הרקע שלו, נגד מה הוא יוצא? האם משנה הלכה או לא?

\*\*\*

1. הסיכום מתייחס לנישואי תערובת אך רלבנטי באותה מידה לנשו"א בין יהודים. [↑](#footnote-ref-1)
2. סיכום זה מסתמך בעיקר על המקורות הבאים: ע"א 191/51 **סקורניק נ. סקורניק**, פ"ד ח 141; בג"צ 143/62 **פונק שלזינגר נ. שר הפנים**, פ"ד י"ז 225; ע"א 778/77 **פרקש נ. פרקש,** פ"ד לג(2) 469; ע"א 566/81 **שמואל נ' שמואל**, פ"ד לט(4) 399; מ' שאווה **הדין האישי בישראל** כרך שני (1991) 575-635 (מופיע גם כמאמר ב**עיוני משפט** ה 526, ו 14); מ' שאווה "על נישואי מקסיקו בישראל" **הפרקליט** לב 320 (1979). פרופ' שאווה מחלק את סוגיית נישואי התערובת לארבע סיטואציות. החלוקה לסיטואציות בסיכום זה אינה מקבילה במלואה לחלוקתו של פרופ' שאווה, הסיטואציה השניה אצלו הדנה בנישואין קונסולריים הושמטה כאן, אבל ראו על כך לאחרונה בג"צ 2888/92 **גולדשטיין נ. שר הפנים** נ (5) 89 (פס"ד זה מאשר את הילכת **פונק שלזינגר**, וקובע כי למרות שקיים ספק לגבי סמכותו של הקונסול להשיא בני-זוג אזרחי מדינתו, אשר אחד מהם הוא גם אזרח ישראל, עדיין חייב פקיד הרישום לרשמם כנשואים על סמך תעודת הנישואין שהוציא להם הקונסול. השופט ברק השאיר בצריך עיון את שאלת תוקף נישואי בני הזוג במקרה זה, ואת שאלת תוקפה של תקנה 4(ב) לתקנות הקונסולים שבהסתמך עליה השיא הקונסול את בני הזוג). [↑](#footnote-ref-2)
3. הכוונה לפסה"ד הבאים: בג"צ 2232/03 פלונית נ. ביה"ד (בני נוח, נישואי קפריסין); בע"מ 9607/03 פלוני נ. פלונית (נישואי תערובת, רומניה); ובג"צ 3045/05 בן-ארי ושומן נ. מנהל מינהל האוכלוסין (נישואי טורונטו). [↑](#footnote-ref-3)
4. רע"א 8256/99 **פלונית נ. פלונית** [↑](#footnote-ref-4)
5. ראו ס' 3 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה1965-, וכן ראו ס' 40 לחוק. [↑](#footnote-ref-5)
6. גם מצד האספקט הדיוני של חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג1973-, היינו לצורך אישור הסכם ממון ע"פ החוק, די אם בני הזוג רשומים במירשם האוכלוסין, ראו ע"א 640/82 **כהן נ. היוהמ"ש**, פ"ד לט(1) 673. [↑](#footnote-ref-6)
7. אבל ראו את התבטאויותיו של הש' שמגר בפרשת **פרקש**, וכן בע"א 641/88 **לעפאדאטו נ. מידן**, פ"ד מג(2) 261. [↑](#footnote-ref-7)
8. שיטה זו, כזכור, בוחנת את תוקף הנישואין ע"פ הדין האישי הרלבנטי של כל אחד מבני הזוג, ורק אם לפי שני הדינים השונים הנישואין תקפים, הם יוכרו כתקפים לפי שיטה זו. [↑](#footnote-ref-8)
9. דהיינו גם לגבי נישואין אזרחיים בין שני יהודים אזרחי המדינה, כפי שניתן לראות במקורות שהוזכרו בהערה 6 לעיל. [↑](#footnote-ref-9)
10. דרך סי' 46 לדבה"מ, מאחר ומדובר בלאקונה לגבי השאלה הספציפית של חוסר אחידות בהתייחסות לתוקף הנישואין מצד שני הדינים הרלבנטיים. [↑](#footnote-ref-10)