**סיכום בדיני משפחה:**

**בדיני משפחה יש לדון תמיד ב-2 שאלות מקדמיות:**

1. **למי הסמכות:** בוחנים לאיזו ערכאה הסמכות לדון באותו נושא – לביה"ד הרבני או לבימ"ש לענייני משפחה.
2. **איזה דין יחול**: דין אזרחי או דין דתי.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **שיפוט אזרחי** | **שיפוט דתי** |
| **דין אזרחי** | 1. אימוץ. 2. ירושה. | 1. יחסי רכוש. 2. משמורת (בדיון נפרד). |
| **דין דתי** | 1. מזונות אישה.2. מזונות ילדים. | 1. נישואים. 2. גירושין (פרט לחריג). |

**מהלך אזרחי שנעשה: ידועים בציבור.**

מדובר באנשים שחיים כמו נשואים אך מבלי להתחתן. ישנן 2 קבוצות עיקריות: א. **פסולי חיתון** ב. **אידיאולוגים.**

עם השנים ביהמ"ש ביצע מהלכים דרמתיים בעניין הידועים בציבור:

1. הגדלה דרמטית של היקף הזכויות (וגם חובות כמו מזונות).
2. ריכוך של הכללים המגדירים מיהם ידועים בציבור – אין דרישת מינימום של זמן שצריכים להיות הם ביחד, אין צורך בחשבון בנק משותף ואף אין צורך לגור באותו הבית.

**בישראל קיימים 2 סוגים של ידועים בציבור:**

1. **ידועים בציבור אוניברסליים** – אם נרחיב כל כך את ההכרה בידועים בציבור זה יפגע בקבוצה זו. מדובר בקבוצה שהשלב שבו עברו בני הזוג לגור ביחד מייצג יותר מחויבות אולם לא בהכרח רוצים הם את שלב הנישואין. קרי, לא רוצים עדיין את המחויבות המשפטית.
2. **ידועים בציבור תוצרת הארץ** – אנשים שבכל מקום אחר בעולם היו מתחתנים, אין להם בעיה של מחויבות, אלא הסיבה שהם לא מתחתנים היא כי הם פסולי חיתון / לא רוצים את הרב.

כיצד ניתן להבחין בין 2 קבוצות אלו?

רוב פסקי הדין שמגיעים לביהמ"ש הם ידועים בציבור אוניברסליים כיוון שרוב הידועים בציבור תוצרת הארץ מתחתנים בחו"ל. עם זאת, ביהמ"ש התעלם מהטיעון הליברלי שלהם בכך שהוא מכיר בהם כידועים בציבור וכפועל יוצא – חלים עליהם הזכויות והחובות כמעט כמו של נשואים.

**מבוא לדיני המשפחה בעולם המערבי:**

אחד המקרים הבולטים שעסקו בדיני הגירושין בארה"ב – זוג שהכיר במקום העבודה, התחתנו וילדו ילדים, העתיקו את מקום עבודתם ומקום מגורם למקום אחר בעקבות רילוקיישן של החברה והאישה הפסיקה לעבוד. הבעל רצה להתגרש כיוון שהכיר מזכירה חדשה. גברת כהן סירבה להתגרש כי רצתה לשמור על התא המשפחתי. נניח שהזוג התחתן בנישואים אזרחיים.

**הצדקות לסיום קשר של נישואין מרצון חד צדדי, ללא אשמה:**

1. **טענה פרקטית** – ניתן להכריח אותם להיות נשואים אולם לא ניתן להכריח חיי נישואין כפי שהאישה רוצה. אפשר לחייב את הבעל לשלם מזונות ולא להינשא לאחרת אך כל זה ללא משמעות אמיתית.
2. **טענה ערכית** – הגירושין כזכות יסוד. אם יש את הזכות להינשא, כנגזרת ממנה יש את הזכות להתגרש.
3. **אין אלטרנטיבה אחרת** – אם נאמר שמר כהן לא יכול להתגרש, יש למצוא עילות גירושין. זה לא תמיד קל כיוון שככל שהחברה יותר ליברלית – יהיה קשה יותר להסכים על עילות. בנוסף, תהיה פולשנות לחיי המשפחה – אם נאמר שאי קיום יחסי אישות זו עילה לגירושין, המשפט נכנס לתוך חיי המשפחה.

**קיימים 2 מודלים בעניין הכסף בגירושין:**

1. **מודל שותפות:** בזמן הנישואין הייתה שותפות כלכלית, לכן כל רווח שצמח – יש לחלקו. מודל שתואם את החוק הקיים כיום של פירוק שותפות בישראל. כל אחד יכול לפרק וכל אחד יקבל חצי. (הוא חלקי, לא מחלק את כושר ההשתכרות ולכן אם רק הבעל עובד – יכולה להיווצר בעיה).
2. **מודל חוזי של הפרה:** בהקבלה לסיפור לעיל, מר כהן הוא שהפר את חוזה הנישואין בכך שהתחיל לצאת עם בחורה אחרת, יכולים להיווצר נזקים משניים נוספים – כלכליים / נפשיים ולכן הוא יישא בתוצאות. המודל אומר שהגירושין עצמם הם ללא אשמה אולם **התוצאות** הכלכליות כן יהיו בלשון אשם. תיווצר פה בעיה וחלק מהטיעונים להצדקת גירושין ללא אשמה שהצגנו לעיל יעלו פה שוב: גירושין זו זכות – אם נאמר שזו זכות אזי לא ניתן לומר שהוא מפר חוזה.

**בעולם המערבי**, במאה ה-19 הנישואין, הגירושין והשיפוט – הינם **אזרחיים.**

**דיני הגירושין בעולם המערבי מתחילת המאה ה-19 ועד לתחילת המאה 20 מבוססים על מודל של אשמה, לו כמה מאפיינים:**

1. **עילה של אשמה** – גם אם שני בני הזוג רוצים להתגרש, השופט יבקש סיבה לכך. ז"א, הסכמת שני הצדדים לא מהווה עילה מספקת לגירושין ויש צורך בעילה. מכאן – תמיד יהיה צד אשם.
2. **הנורמות של העילות הן מגדריות** – ציפייה שונה מבחינת ההתנהגות בנישואין ומי שלא עומד בה – הוא המפר. מהבעל מצופה לפרנס, מהאישה מצופה לעמוד בחובות הבית.

**כאשר מתגרשים, הגירושין הם לא מוחלטים (בניגוד למצב היום) כיוון שקיימת עדיין חובת האלימוני (מזונות אישה). לכך, 3 תכונות:**

1. **הן מגדריות** – לא משנה מה מצב האישה או הבעל, תמיד תוטל חובת הבעל לשלם לאישה.
2. **ארוכת טווח** – עד למות האישה / נישואיה מחדש.
3. **תלוית אשמה** – אם האישה אשמה היא לא תקבל אלימוני, אם הבעל אשם – ישלם.

פס"ד Maynard v. Hill מארה"ב: ביהמ"ש אומר שהנישואין הם חוזה מיוחד שיש לו שלושה צדדים: שני הצדדים עצמם והמדינה כצד שלישי. בעצם פס"ד אומר שמאחורי הנישואין והגירושין עומדות 3 תפיסות:

1. **ציבורית** – הנישואין זה מוסד ציבורי, לא סתם חוזה בין שני בני זוג, הילדים הם חלק ממנו ולמדינה ישנה אחריות לשם יציבות חברתית. בתוך ההיבט הציבורי יש 2 היבטים נוספים: א. **סוציולוגי** – המשפחה היא מדינת הרווחה ויש לנו אינטרס איך היא תראה. ב. **מוסרי** – לחברה תפיסה ערכית כיצד להתנהג וישנם כללים משפטיים שמשקפים זאת, לכן לדוג' יש איסור על ביגמיה. מכל זה עולה – עד 1980 בני זוג שרצה לחיות בהסכם ללא נישואים – זה היה נוגד את תקנ"צ.
2. **יחידתית** – המשפט קובע שלשימור היחידה המשפחתית יש ערך שהוא לעיתים גבוה יותר מערכים אינדיבידואליים של בני המשפחה.
3. **אי שוויוניות** – עד המאה 18: גישה היררכית – הבעל הוא ראש המשפחה, אחר כך האישה ואז הילדים. במצב של פרידה הילדים הולכים עם האב. מאה 19: גישה תפקידית – לבעל ולאישה תפקידים שונים. במשמורת, הילדים הולכים עם האם אולם עם זאת האב יכול לקבוע את מקום המגורים כיוון שהוא המפרנס ובכל מקרה חלה עליו חובת המזונות.

**דיני הגירושין – בעשורים האחרונים של המאה 20 מתחולל שינוי ועוברים למודל של גירושין ללא אשמה ביוזמה חד צדדית, 3 היבטים לכך:**

1. הסכמת הצדדים **מהווה עילת** גירושין.
2. כאשר רק צד אחד רוצה להתגרש – **תלוי מדינה.** בסופו של דבר, ברוב המדינות, אם יש צד אחד שרוצה להתגרש ללא אשמה, הוא יוכל לקבל זאת אך תלוי בתנאים שמציבה כל מדינה.
3. עילות האשמה – יש מדינות שהעילות לגירושין **הן רק אובייקטיביות** כמו פרידה, הסכמה, התמוטטות הקשר וכו'. אך יש מדינות שבהן החוק הוסיף את העילות ללא האשמה לעילות האשמה כמו בגידה (בעצם החליש את האשמה, היא לא הכרחית אבל אפשרית).

**דיני המזונות:**

**בשנות ה-80 של המאה 20 נעשו שינויים משמעותיים לעניין האלימוני:**

1. **העדר מגדריות**: החוק החדש מנוסח בשפה לא מגדרית כך שאדם חייב במזונות לאדם התלוי בו על פי הצרכים והיכולת.
2. **משך אלימוני** – לאחר הגירושין יש צורך בנתק בין בני הזוג ולכן המודל הופך להיות מודל של מזונות משקמים – לתקופה מסוימת אחרי הגירושין, במידה ואחד מבני הזוג פרנס, תקבל האישה מזונות רק לתקופה קצובה.
3. **אשמה** – אין תלות באשמה, גם אם האישה סיימה את הקשר, תוכל לקבל מזונות.

**בעצם, התפיסות המודרניות הפוכות מהתפיסות הקודמות. כך בעצם:**

1. **במקום התפיסה הציבורית, ישנה תפיסה פרטית** –בחוזה הנישואין יש רק שני צדדים ולא שלושה. ירידת תפיסת האשמה מתאימה למודל של תפיסה פרטית, המדינה בעצם לא מכתיבה נורמות כיצד להתנהג.
2. **במקום התפיסה היחידתית יש תפיסה אינדיבידואלית:** התפיסה החדשה מדגישה את האוטונומיה של בני הזוג בצורה חדה. השאיפה היא שלא יהיו מזונות ואם יש זה יהיה רק לתקופה קצרה ומה שבאמת נרצה זה שכל צד יוכל לחיות את חייו בנפרד ולהתפתח בפני עצמו. בנוסף, ביטול של חסינות ובן זוג כן יכול לתבוע את בן הזוג האחר במקרים מסוימים והם נבחנים כשני זרים ולא כיחידה.
3. **במקום התפיסה האי-שוויונית יש תפיסה עיוורת מגדר**: מדברים בשפה של הורים-בני זוג ולא בזכויות וחובות שנובעות משאלת המגדר (במשמורת עדיין קיימת חזקת גיל הרך).

**מבוא למשפט הישראלי:**

**המתחים בתפיסות היסוד בין הדין הדתי לדין האזרחי:**

מדובר בשני גופים הניזונים מאידיאולוגיות הפוכות: **הדין הדתי** בהרבה היבטים אימץ את המודל הציבורי, יחידתי ואי שוויוני, ואילו **הדין האזרחי** כפי שעולה מניתוח המשפט הישראלי נוטה ללכת לפי המודל הפרטי, אינדיבידואלי ושוויוני.

**מאפייני הדין הדתי:**

דוגמאות לכך שהדין הדתי מעדיף סוג מסוים של מודלים –

1. **המתח הציבורי:**
2. **דיני הכשירות לנישואין:** מי רשאי להתחתן עם מי – ככל שהמערכת פרטית יותר, היא לא תרצה מגבלות על הכשירות להתחתן. הדין הדתי מאמץ יותר את הגישה הציבורית שמטילה מגבלות שונות, ביניהן מגבלות הייחודיות לדין הדתי כמו האיסור חיתון של כהן וגרושה.
3. **שיקולי אשמה:** עניין האשמה משקף את ציפיות החברה של איך ראוי להתנהג בנישואין. כללי האשמה לא אהובים על מדינות ליברליות. המשפט הדתי בישראל לא מקבל את הרעיון של גירושין ללא אשמה, אלא להפך, דורש עילות, ביניהן בגידה שגם ממנים חוקר פרטי כדי להוכיח. (לעומת הגישה הפרטית שאומרת שפחות צריך להתערב בחיי האזרחים)
* הדין הדתי הוא ציבורי **באופן יחסי** לדין האזרחי. ביחס לדתות אחרות הוא יותר פרטי (מתחתנים בצורה פרטית ע"י 2 עדים וטבעת לעומת הנצרות שזה בכנסייה והכומר הוא שמחיל את הנישואין).
1. **הגישה היחידתית:** הדין הדתי מקשה על האפשרות להתגרש. במידה ושני בני הזוג מסכימים להתגרש, הדין הדתי יתיר זאת אולם במידה וזה חד צדדי – הדין הדתי יקשה על הגירושין מאוד.
2. **הציר האי שוויוני** – דוגמאות בהן הדין הדתי שהוא המשפט הנוהג, מדבר בשפה לא שוויונית:
3. **דיני מזונות אישה:** לפי הדין הדתי, אדם חב במזונות **אשתו**, בניגוד לדין האזרחי שבו נאמר שאדם חב במזונות בן זוגו.
4. **מזונות ילדים** – ישנם "צרכים הכרחיים" שרק האב חב בהם, מעבר לצרכים אלו, שני ההורים חבים בהתחשב ביכולת הכלכלית שלהם. לעומת זאת, בדין האזרחי החל במקרים קיצוניים – הורים חייבים במזונות ילדיהם ע"פ יכולתם ולפי צרכי הילדים.

**מאפייני הדין האזרחי:**

1. **הציר השיוויני:**
2. **מזונות בן זוג:** החוק האזרחי בדבר מזונות כמעט שלא מיושם, עם זאת, סעיף 2א מדבר על מזונות בן זוג ואומר ש"אדם חייב במזונות בן זוגו".
3. **מזונות ילדים:** לפי ס' 3 הורים חייבים במזונות ילדיהם.
4. **משמורת ילדים:** עדיין יש שפה שאינה שוויונית והינה חזקת גיל הרך, עם זאת החזקה ניתנת לסתירה. ישנה ועדת שמיט שהציעה לבטל את החזקה. בעצם, המגמה היא לכיוון השוויון אך זה לא באופן מוחלט.
5. **המגמה האינדיבידואלית:**
6. **דיני הנזיקין:** בעבר היה כלל החסינות המשפחתית שקבע שבן משפחה לא יכול לתבוע בן משפחה אחר. הרציונל היה שהמשפחה היא יחידה אחת אוטונומית. עם זאת, הכלל בוטל אבל בכל זאת המשפט הישראלי לא זנח לגמרי את היחידתית. ישנו חוק שאומר שלביהמ"ש נתון שק"ד להקפיא תביעה בין בני משפחה באם היא תסכן את שלום הבית. בכל זאת, לא השתמשו אף פעם בסעיף הזה וזה מעיד על גישה אינדיבידואלית.
7. **דיני עונשין**: פחות אינדיבידואלי. כלל החסינות אומר שלא ניתן להעיד על בן זוג אלא אם מדובר במקרה אלימות. ישנו כבוד ללכידות המשפחתית.
8. **נושא פירוק שיתוף:** המשפט האזרחי רוצה להקל על פירוק שותפויות בגלל שהוא לא אוהב להכריח אדם להיות בתוך מסגרת ומעדיף את הגישה האינדיבידואלית. הוא עושה זאת באמצעות סדרי דין – ישנו הליך של המרצת פתיחה שבו נתון לשופט שק"ד להחליט ע"פ תצהירים מבלי לראות את הצדדים. בפירוק שיתוף ניתן היה לפנות להליך של המרצת פתיחה. כאשר דירת המגורים היא משפחתית – החל משנת 95 – עברו תיקונים שממתנים את הגישה האינדיבידואלית הקיצונית (= אין לילדים זכויות קניין בדירה) ונקבע שלא ניתן לפרק שותפות בדירה עד שלא מוצאים מדור לילדים. בנוסף, הקימו בימ"ש לענייני משפחה שביטל את הפנייה להמרצת פתיחה.
9. **הגישה הפרטית:** שיקולי אשמה – גם המזונות וגם הגירושין בדין הדתי מבוססים מאוד על אשמה. במשפט האזרחי, יחסי רכוש בין בני זוג כפופים למשפט האזרחי. **בפס"ד דרור נ' דרור** ביהמ"ש קבע כלל טכני שאמר שכל מה שהופק במהלך חיי הנישואין יתחלק חצי חצי, ללא שום קשר להטלת אשמה כמו בגידה. ישראל היא המדינה היחידה בעולם שבה יש אשמה בגירושין (זה רק לפי הדין הדתי) אך אין אשמה ברכוש. היו 2 מקרים שונים שבאחד מהם התיר ביהמ"ש לגרש ילד מנישואין קודמים של בת הזוג, שחיו בדירה בבעלות של אותו בן זוג שדרש בסילוקו. במקרה השני לעומת זאת, התיר ביהמ"ש לאישה להזמין את בן זוגה החדש על אף בקשתו לסילוק יד של הבן הזוג הקודם.

נראה כי המתח הזה בין 2 מערכות המשפט יוצר מתחים נוספים עליהם נסתכל מנק' מבטו של השופט האזרחי:

1. מתח בין השופט האזרחי ל**דין** הדתי.
2. מתח בין השופט האזרחי ל**דיין** הדתי.

**התמודדות השופט האזרחי עם הדין הדתי:**

לשופט האזרחי יש 4 אסטרטגיות באמצעותן מתמודד עם החלת הדין הדתי:

1. **הבחנה בין פרוצדורה למהות:** יפעיל דין דתי אולם פרוצדורה (סדרי דין, ראיות, משפט בינלאומי וכו') שהיא אזרחית. המשפט הרלוונטי הוא "הדין הולך אחרי הדיין". הפרוצדורה יכולה להוביל לתוצאות המשביעות את רצונו של השופט על אף שנראה שמה שמכריע זה המהות. הדגמה:

**א. דיני המזונות:** יש את כלל "משקל הנוצה" – דיני מזונות אישה הם לפי הדין הדתי (למרות הסמכות המקבילה). האם אישה שעזבה את הבית עדיין זכאית למזונות? לפי ההלכה זה תלוי בתשובה לשאלה למה היא עזבה. אם עזבה כי הגבר היה לא בסדר – זכאית, אם עזבה מרצונה החופשי – לא זכאית. יש לבדוק מה המניע לכך ובתי הדין הדתיים מביאים ראיות איך התנהגו הצדדים אחד עם השנייה. בתי המשפט האזרחיים לכאורה יכלו לפעול באותה הדרך אולם הם לא אוהבים את הגישה בשל שנכנס בעצם ההיבט הציבורי וגם שיקולי אשמה. כאן בעצם נכנסים דיני הראיות. בתביעת מזונות האישה היא זו שצריכה להביא הוכחות ולכן בתי המשפט קבעו רף "כמשקל נוצה" – מספיק שתאמר שהיא לא יכולה לחיות יותר עם הגבר הזה ויפסקו לטובתה מזונות. בעצם, מאפשרים לה עזיבת הבית ועדיין לקבל מזונות.

**ב. דיני רישום הנישואין:** מגיעים חזרה לארץ, אחרי נישואין אזרחיים בחו"ל זוג שאחד יהודי והשני לא. הסמכות הייחודית לדון בתוקף הנישואין נתונה לביה"ד הרבני. אולם כאן נכנסת הסמכות האגבית – נניח שהגבר כעת נפטר והאישה צריכה להגיש תביעה לביה"ד לעבודה נגד ביטוח לאומי. כביכול, הסמכות נתונה לביהמ"ש האזרחי אולם יש פה שאלה מהותית בדבר תוקף הנישואין. לכן, המשפט הישראלי הכניס את הסמכות האגבית שאומרת שאם ערכאה דנה בנושא בסמכותה ותוך כדי הדיון הערכאה נתקלת בדיון שלא בסמכותה הראשית לדון בו אך נדרש לצורך אותה התביעה – מותר לה לדון בזה באופן אגבי. לכאורה עדיין ניכר קושי כיוון שביהמ"ש יכול לומר שמדובר בזכות יסוד ולכן הם נשואים, מנגד ביה"ד אוסר על נישואים בין יהודי לגוי. איך הפרוצדורה עוזרת לנו ב-2 רמות?

 **1. רמת המשפט הבינלאומי הפרטי:** ביהמ"ש האזרחי אומר שנכון שההלכה אומרת שהם לא נשואים אולם אין צורך להפעיל את ההלכה כיוון שהם נישאו בחו"ל ולכן יהיה ניסיון להחיל על הזוג הזה את הדין של אותו מקום בו התחתנו.

 **2. רשם נישואין:** הפקיד במשרד הפנים הוא שרושם את הזוג במרשם הנישואין. **בבג"ץ פולק**: מדובר היה ביהודי וגרמנייה שהתחתנו בחו"ל ואילו הפקיד לא הסכים לרשום אותם. הבג"ץ קבע שהרשם לא קובע זכות מהותית אלא כל עוד הזוג מביא איתו תעודה ציבורית מאותה מדינה בה נישאו – יש לקבלה וזה עניין פרוצדוראלי, מדובר בדיני המרשם ולא דיני הנישואין. ז"א, מהותית יכול להיות שהם לא נשואים אולם מבחינת הרישום כן.

1. **בחירת ההלכה שיותר נוחה:** כאשר יש מחלוקת פנימית בתוך ההלכה, גם בדין המהותי, המשפט האזרחי יבחר את ההלכה שנוחה לו יותר לצרכיו גם אם היא בדעת מיעוט. יש פה עליה באקטיביזם כיוון שמדובר בדין המהותי. דוגמאות לכך:

**א. מדור ספציפי:** על הבעל מוטלת החובה במזונות כלפי אשתו וזה כולל גם את החובה לספק לה מדור עד לגט. בנושא הזה יש מחלוקת בתוך ההלכה האם מדובר במדור ספציפי או מדור כללי. מדור ספציפי – הדירה רשומה ע"ש הבעל נניח והאישה דורשת להישאר באותה הדירה כיוון שאליה הורגלה (או אם מדובר במקרה שהדירה רשומה ע"ש שניהם והבעל רוצה לפרק שותפות ולמכור את הדירה). רוב בתי הדין הרבניים נוקטים בגישה של מדור ספציפי. **בפס"ד כליפא** שהגיע לעליון ביהמ"ש הגיע למסקנה **שאין הצדקה למדור ספציפי** **ואמר שניתן להסתפק בכללי** (למרות דעת הרוב). זאת בשל 2 סיבות: 1. **זכות הקניין**: זה פוגע בזכות הקניינית של הגבר. 2. **תחליפי גירושין**: אם האישה לא רוצה להתגרש לדוגמא אולם הבעל כן, המדור הספציפי מכביד על פירוק החבילה.

**ב. מימוש פוטנציאל כושר השתכרות ע"י האישה:** מלבד חובת המזונות שקמה לזכות האישה, היא עצמה מחויבת בלתת את הפירות משכרה. אם היא מרוויחה יותר מהמזונות היא יכולה לוותר על המזונות ולשמור את המשכורת לעצמה. אם מעשי ידיה פחותים מתשלום המזונות, נעשה קיזוז (אם המזונות שווים 10 אלף, היא משתכרת בכ-4 אלף -> ישלם לה 6 אלף). במידה והיא הפסיקה לעבוד במכוון, בשל הסכסוך – בתי הדין הרבניים גם פה הלכו לטובת האישה ואמרו שלא מחשבים פוטנציאל השתכרות אלא רק השתכרות בפועל. לאחר כמה שנים, היה רב אחד שניסה להוביל מהלך בו כן יחשבו את הפוטנציאל השתכרות שלה בצורה מעודנת. **פס"ד ביקל**: 2 בני הזוג עבדו, בעקבות הסכסוך התפטרה האישה מעבודתה. נפסק כי מקזזים לה גם את הפוטנציאל השתכרות שלה. מקרה נוסף, **פס"ד פדן**: סטודנטית שנישאה לאדם מבוגר ממנה ולהם נולד ילד משותף, לא עבדה מעולם. ביהמ"ש יצא מנק' הנחה שבתום לימודיה תצא לעבוד ולכן מחשב פוטנציאל השתכרות. בעצם ביהמ"ש ניסה ללכת למערכת עיוורת מגדר – הדחקת הבדלים בין גבר לאישה בכך שמצפים מהנשים לעבוד.

1. **פרשנות מניפולטיבית ולעיתים שגויה של הדין הדתי בכדי להגיע לתוצאה אזרחית רצויה:**

**א. דיני מזונות:** לבעל יש כל מיני טענות הגנה נגד תביעת המזונות של האישה, דוגמת קיזוז או חוסר נאמנות כלפיו. הדין האזרחי לא אוהב את זה לכאורה כיוון שזה נוגד את העיקרון נגד האשמה שלא רוצה המשפט האזרחי לבחון. בנוסף, יש פה חוסר הדדיות כיוון שגם אם הבעל עצמו בגד, זה לא ישלול ממנו את הזכות לטעון לטענת הגנה של בגידה במידה והאישה גם כן בגדה. בשנות ה-80 וה-90, ישנם כמה פסקי דין שביהמ"ש מצליח להתגבר על האשמה ואי ההדדיות:

**פס"ד פרידמן:** עוסק באשת טיס שבגד בה. היא סיפרה לרב שהיא תמיד הייתה נאמנה מלבד פעם אחת. הרב מבין שלפי ההלכה היא אסורה כעת לבעל ולכן סיפר לו על זה. בני הזוג נפרדו והאישה הגישה תביעה למזונות כנגד הבעל ואילו הוא מביא את הרב לעדות שיספר שהאישה בגדה בו בטענה שלא מגיע לה מזונות. השופט נסמך על הספר "ז'רז'בסקי לדיני משפחה" שבו, בפרק של גירושין הוא מוצא שאם הידע היחיד על הבגידה נובע מהאישה עצמה אז לא מאמינים לה כיוון ש"אין אדם משים עצמו רשע". לכן העדות לא התקבלה והאישה קיבלה מזונות. אממה, מתברר שהשופט לקח את זה מהפרק הלא מתאים שדיבר על גירושין שמחייב עדות חיצונית, אולם בפרק של המזונות הרלוונטי לעניין, נאמר שאדם על סמך עדותו כן יכול לחייב עצמו. בעצם העתקה מהפרק הלא נכון הובילה לתוצאה שרצויה על ביהמ"ש.

**פס"ד גט ופס"ד טביב:** בשני המקרים מדובר על בעל שעזב את הבית ועבר לגור בגלוי עם אישה אחרת. הבעל באחד המקרים פנה לחוקר פרטי שצילם את האישה שתבעה למזונות, בחברת גבר אחר. ביהמ"ש שוב פונה לאותו הספר שבו יש קטגוריה "עוברת על דת יהודית" – לדוגמא, האישה גורמת לבעל לחלל שבת. בפרק הזה קיים עיקרון ההדדיות ונאמר שהאישה לא יכולה להחטיא את הגבר באם הוא עצמו נוהג כך ומחלל שבת. ברק ושמגר החילו את זה על המקרים לפניהם ואמרו שאם הוא עצמו עושה מעשה כיעור הוא לא יכול לטעון כך כנגד אשתו. אולם, ישנו פרק שאומר שבמעשי כיעור, עצם המעשה, האישה שוללת את המזונות שלה ללא קשר למעשי הבעל. פסקי דין אלו מראים שגישתו של ביהמ"ש האזרחי הוא שאם גבר בוגד, הוא לא ייתן לו להימנע מתשלום חובת המזונות בטענה שהאישה בוגדת.

1. **הכפפה גלויה של הדין הדתי לעקרונות יסוד אזרחיים:**

**פלוני נ' פלוני:** לפי הדין המוסלמי האבא הוא הבעל של האמא, ואם הם לא נשואים אז בעצם לילדה אין אבא ולכן לא ניתן לתבוע ממנו מזונות. **חשין** טוען כי במקרים קיצוניים של פגיעה בזכויות יסוד, נייצר מכוח זכויות היסוד משפט אזרחי עצמאי. אדם זכאי לכבוד ולחירות, וחלק מכבודו זה לדעת מיהו אביו ושיהיה לו אבא. לכן, מכוח משפט הטבע וחוקי היסוד הוא יוצר מסלול אזרחי אלטרנטיבי גם כאשר לפי הכללים הפורמאליים היו אמורים להפעיל כאן את הדין המוסלמי. יש לשים לב שמדובר במערכת אלטרנטיבית להתמודדות עם מצבים של **פגיעה קיצונית** בזכויות היסוד.

**פס"ד סלומון:** מדובר בנישואי תערובת כשהבעל אינו יהודי. אדם חייב לשלם מזונות לפי הדין האישי שחל עליו. הדין היהודי לא מכיר בנישואי תערובת, ולכן לא חייב במזונות אבל שמגר אומר שאם היא הייתה נזקקת ולא היה לה אמצעים הוא היה נותן מזונות מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אם הדין הדתי לא היה עובד. היה מייצר מקור סמכות אלטרנטיבי.

**פס"ד פלונית:** מדובר בבני זוג שנישא בנישואים אזרחיים בפרגוואי. לפי הדין הדתי לא ניתן להעניק מזונות כי הם לא נשואים הלכתית. **ברק** מייצר מסלול אלטרנטיבי – נשואים אזרחית = **הסכמה מכללא** מכוח **תוה"ל** ולכן מחייב אותם במזונות. ברק מדגיש שזה רלוונטי רק לנשואים אזרחית אך מאז כבר יצא פס"ד מחוזי שהפעיל זאת גם בזוג שנישא הלכתית.

**התמודדות של השופט האזרחי עם הדיין הדתי:**

1. **התמודדות במישור הסמכות**: מאחר ויש 2 אידיאולוגיות שונות אז רמה אחת של מאבק היא למי יהיו יותר סמכויות. המאבק הוא בכמה רבדים:

**א. רמת המחוקק:** המחוקק האזרחי יוזם צמצום סמכויות של ביה"ד הרבני.

**ב. רמת הפסיקה:** הפסיקה מפרשת את הסעיף של סמכות ביה"ד בצמצום. לבג"ץ בנוסף יש תפקיד כמפקח על בתי הדין הרבניים, כך שאם ביה"ד יחרוג מהכללים – בג"ץ יכפה אותם עליו.

**ג. בין המתדיינים עצמם:** בני הזוג יפנו כל אחד לערכאה שהם חושבים שתוביל אותם לתוצאה טובה יותר בעבורם. מדובר בעיקר במצב של מירוץ סמכויות והשאלה שעולה היא האם ניתן לכרוך תביעות בביה"ד (כריכה – מדובר בנושאים אזרחיים אולם אם הגשת תביעת גירושין לבי"ד, ניתן יהיה לכרוך בה נושאים נוספים כמו החזקת ילדים, רכוש ומזונות). הסיטואציה גורמת להחרפת הסכסוך בעצם.

**ד. מירוץ פסיקה:** כל ערכאה דנה בנושא שבסמכותה. האישה תובעת למדור ספציפי בבי"ד ואילו הבעל תובע לפירוק שיתוף קנייני בבימ"ש. **בהלכת ראש חודש** נקבע שביהמ"ש רשאי לחכות להחלטתו של ביה"ד באותו נושא שהגיע אליו, אך הוא לא חייב. עם זאת נקבעה "הלכת הכיבוד ההדדי" שבה יש לכבד את ההחלטה הראשונה המתקבלת.

1. **הכפפת ההליך בביה"ד הדתי לעקרונות יסוד אזרחיים:** הפרוצדורה נתונה להחלטתו של ביה"ד, אך בכל זאת ישנה הגבלה והכפפה לדין האזרחי. חל שינוי משמעותי:

**א. עד חוקי היסוד – כללי צדק טבעי:** התערבו רק במקרים בוטים של פגיעה בכללי הצדק הטבעיים. יש צורך בהליך צודק. למשל: לא ניתן לנהל הליך כאשר רק צד אחד נוכח או כאשר השופט קרוב משפחתו של אחד הצדדים. לכן ההתערבויות יהיו רק במקרים נדירים.

**ב. מחוקי היסוד, החל משנות ה-90:** כל הסעדים הזמניים וההליכים הפרוצדוראליים כפופים לעקרונות הטבעיים ולחוקי היסוד. פס"ד לב: הבעל תבע לשלום בית, האישה מצידה רצתה לצאת לחו"ל להיפגש עם בן זוגה / מאהב. הבעל טען שאם יתירו לה לעשות זאת – היא תהיה אסורה לו ואז תסוכל תביעת השלום בית. בג"ץ טען שהזכות לצאת מהארץ היא זכות יסוד והתביעה אינה מצדיקה פגיעה בזכות הזו. בג"ץ בעצם מכפיף את ביה"ד לחוקי היסוד גם כן וקובע שהם חלים גם עליו כחלק מההליך.

1. **הכפפת ביה"ד לדין האזרחי המהותי בכל מה שאינו מעמד אישי:** מדובר בנושאים שלמרות שהם מנוהלים בביה"ד הרבני, הם ינוהלו ע"פ הדין האזרחי. היו 3 הוראות חוק ספציפיות שנאמר שביה"ד מחויב לציית להם:

**א. הוראות בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות**- נוהגים תמיד לפי הוראות טובת הילד.

**ב. חוק יחסי ממון**- חוק שעסק בזוגות שהתחתנו אחרי 74, ההוראה הזו במפורש חלה גם על בתי הדין- נאמר לבתי הדין שהם צריכים לעשות איזון משאבים.

**ג. חוק שיווי זכויות אישה** דן בפירות נכסי מלוג וקבע שכשהאישה מתחתנת יש נכסים שבבעלותה- כמו דירה, פירות השכירות עוברים לבעלה לרווחת המשפחה. הכלל פוגע בשוויון הפורמלי והמהותי. נקבע שלא ניתן לפגוע בקניינה של האישה.

התפתחות נוספת נעשתה **בפסק הדין בבלי.** עד אליו, נקבעה בחוק האזרחי חזקת השיתוף שאומרת שלא משנה על שם מי הנכסים שנצברו במהלך הנישואין, זה של שני בני הזוג ותהיה חלוקה שוויונית. אולם זה לא הוחל בביה"ד הרבני ושם חילקו את הרכוש בין בני הזוג לפי מה שרשום על שם מי. בעצם הכלל של "הדין הולך אחרי הדיין" הפסיק להיות כזה ברגע שהגיע הנושא הזה לפתחו של ביה"ד. ואז הגיע **פס"ד בבלי:** הוא טייס והיא מורה ובמהלך הנישואים נצבר פער משמעותי לטובתו בחיסכון. כשיחסיהם התדרדרו הבעל רץ לבד"ר וכרך את ענייני המזונות וחלוקת הרכוש. האישה טענה כי ע"פ הלכת השיתוף היא זכאית למחצית הרכוש. בד"ר דחה את טענתה ולפני הבג"ץ - היא אמורה להפסיד. נעשים 2 מהלכים, אחד של שמגר ואחד של ברק:

**א. שמגר – מהלך יותר נקודתי – הרחבת חוק שיווי זכויות האישה:** שמגר מפרש את החוק כקובע דרישת שוויון מהותי ולא רק פורמאלי (=יחול גם על רכוש שלא רשום על שמה). שמגר לא קבע כלל גורף שהדין הולך אחרי הדיין. לכן, בג"ץ לא מסכים שבד"ר יאמר שכל אחד יהיה בעלים של הרכוש שרשום על שמו בלבד. בכל מקרה הוא לא חולק על החלת הדין הדתי.

**ב. ברק - יוצר את "תורת האחידות"** ובנושא מהותי – מה שקובע לדעתו זה האופי המקורי של החוק. אם זה ענייני משפט אזרחי 🡨 זה לא נושא ששייך לענייני המעמד האישי וגם אם זה הגיע לבד"ר דרך כריכה - **תמיד יש חובה להפעיל את המשפט האזרחי –** זה לא מאבד את האופי שלו. בעצם אומר שאין דבר כזה "הדין הולך אחרי הדיין" בעניין של מהות – בכל נושא אזרחי, ביה"ד לא יכול לומר שמשום שהוא רכש את הסמכות אז הוא יכול להפעיל דין דתי. מכאן, שאין צורך במירוץ סמכויות.

* **ההלכה היא גישת תורת האחידות של ברק.** בסיטואציה שבה בית דין דתי עוסק בעניין שאינו מעמד אישי הוא יפסוק לפי הלכת ברק **וגם דיין דתי ידון לפי הדין האזרחי**. את שמגר אפשר להוסיף (בונוס).
1. **הכפפת בתי הדין הדתיים לפרשנות האזרחית של הדין הדתי גם בתחומי המעמד האישי:** \*\*תיאורטי בלבד, לא קיים בפועל. **בג"ץ אקנין**: בני זוג שלהם 6 ילדים, האישה עקרת בית, הבעל היה רופא. הוא הגיש תביעת גירושין לבי"ד הרבני ובמקביל תביעה לפירוק שיתוף בביהמ"ש השלום. האישה הגישה תביעת מזונות לבי"ד הרבני ובמסגרתה תבעה למדור ספציפי – וקיבלה. הבעל, שרצה פירוק שיתוף טען טענות נגד: נתחיל במה שלא עוזר לו לטעון: סמכות – נתונה לבי"ד רבני, מירוץ פסיקה – לא עוזר כיוון שהיה שני בזמן, פגיעה בכללי צדק ועקרונות יסוד – לא עוזר, וגם תורת האחידות לא עוזרת כיוון שאכן מדובר בעניין מהמעמד האישי. לכן טען ל- 2 טענות:

א. **פגיעה בזכויות קניין**: המדור יוצר זכויות קניין ולא יכול להיות שהדין הדתי "ירוויח" את דיני הקניין כאשר מדובר בדינים אזרחיים.

ב. **תורת האחידות של ברק:** טוען שזה צריך לחול גם בעניין פרשנות. טוען שבתי הדין צריכים לפרש את עניין המדור כמו בתיהמ"ש האזרחיים ולקבוע מדור כללי.

השופט **חשין** משתכנע מטיעוניו ומסכים איתו. יתר השופטים היו שמרניים יותר ואמרו שמדור זה לא קניין אלא זה חלק מהדין הדתי. בנוסף טענו לגבי הטענה השנייה שלו שמופרך מדי לחייב את ביה"ד הרבני, בעניין דתי, להחיל פרשנות אזרחית.

* אם **במבחן** תגיע סוגיה של טכניקה #4 – יש להזכיר שהנושא נדון **בבג"ץ אקנין** אך נותר בדעת מיעוט של חשין. לכן, הדיון הוא תיאורטי בלבד.

**דיני הנישואין:**

**שאלת הסמכות:** סמכות ייחודית לביה"ד הרבני.

**שאלת הדין:** דין דתי (גם כאשר זה נידון בביהמ"ש האזרחי כסמכות אינצידנטלית –אגבית)

**נושא הנישואין מורכב מ-2 שאלות:**

1. **כושר –** האדם אדם יכול להינשא? והאם אותם בני זוג יכולים להינשא?
2. **צורה –** בהנחה שלזוג יש כשירות להינשא, מהי צורת הנישואין האפשרית לגביהם?

הנושא של כשירות לנישואים הוא לא נושא ישראלי ייחודי, בכל שיטת משפט יש כשירות לנישואין. יש להבחין בין:

* כושר אוניברסאלי הקיים בכל שיטה.
* כושר פרטיקולרי דתי – ייחודי לדין הדתי.

**כשרות אוניברסאלית:**

1. **גיל:** ברוב מדינות העולם, גיל הנישואין המינימאלי הוא 18. ההצדקות: חוזי – רוצים בגמירות דעת. ציבורי – דרישה לאחריות. תרבותי – לא לפגוע בהתפתחות המקצועית של האישה או בהסכמתה.

**במשפט הישראלי:**

לפי הנצרות – גיל 18.

לפי האיסלאם – גיל נמוך מאוד.

**לפי היהדות** – **בנים:** החל מגיל 13, **בנות:** החל מגיל 12 או לחלופין, אם אביה משיא אותה אז אפילו מגיל 3. יש תקנות אזרחיות מאוחרות המנסות להגביל יותר את גיל הנישואין ולהעלות אותו.

1. **בריאות נפשית וקוגניטיבית:** יכולת הבנה של מה שאתה עושה.
2. **קרבת משפחה – נישואי קרובים:** כאן יש חשש **מבעיות גנטיות** (שיקול ביולוגי) וחשש **מניצול מיני** (שיקול חברתי). חשוב להבין שלא תמיד יתעוררו שני השיקולים האלה, כי **כשמדובר באימוץ** למשל לא מופיע החשש מבעיה גנטית אך כן מופיע החשש מניצול והרצון החברתי שלא לאפשר יחסים בתוך המשפחה. בדין הדתי – באסלאם אין קטגוריה שהופכת מאומצים לקרובי משפחה מבחינת הדת. יש לשים לב גם מי נחשב לקרוב משפחה – בנצרות, עד בן דוד בדרגה רביעית נחשב קרוב משפחה. **ביהדות** – יש פחות איסורים על משפחת האם מאשר על משפחת האב. היהדות לא מכירה באימוץ ומבחינה הלכתית לאחים מאומצים יש כשירות להינשא.
3. **בני זוג מאותו מין:** בעבר זה היה אוניברסאלי שהדבר אסור, כיום מנגד, ניתן לראות את כל האפשרויות: ישנן מדינות שלא מאפשרות כלל וישנן מדינות שמכירות בנישואים חד מיניים כנישואים לכל דבר. זה הפך להיות יותר פרטיקולארי.
4. **מונוגמיה:** הדרישה האוניברסלית בד"כ ששני בני הזוג יהיו פנויים. ההצדקות לכך: חוסר שוויון – בפועל מה שיקרה זה שלגבר יהיה מותר להינשא מספר פעמים ואילו לאישה לא. דתי – כך יישמרו דיני הגירושין, הרי שאם נאשר ביגמיה, לא תהיה חשיבות לגירושין.

**במשפט הישראלי ישנה הבחנה בין דתות שונות:**

* בנצרות – יש איסור מוחלט על ביגמיה גם על גברים וגם על נשים.
* אסלאם – לאישה אסור בכלל, ואילו לגבר מותר לשאת 2 נשים כל עוד יכול לפרנס את שתיהן.
* יהדות – מתחלק ל-3 מסורות:
* **המסורת הבבלית** – הדין הקדום – תימנים: איסור הביגמיה חל רק על האישה ואילו הגבר יכול להינשא לכמה נשים (לא קיבלו את חרם דרבנו גרשום).
* **מסורת אשכנזית**: קיבלו עליהם את חרם דרבנו גרשום (תקנה), חרם הקובע איסור ביגמיה סימטרי הן על הגבר והן על האישה. האיסור הוא ברמה של חוק קוגנטי ולא ניתן להתנות עליו אלא במקרה מאוד קיצוני בו מרשים לגבר לשאת יותר מאישה אחת, אך הדבר דורש פרוצדורה מסובכת (לא כל בי"ד יכול לאשר, יש צורך ב-100 רבנים, העילות נדירות כמו בריחת האישה).
* **מסורת ספרדית –** **גישת הביניים:** קיבלה על עצמה את חרם דרבנו גרשום אך **לא באופן קוגנטי,** אלא הוא מאומץ ע"י הצדדים בכתובה במסגרת תניית המונוגמיה. זה לא אומץ כחרם אלא כפרוצדורה של התחייבויות חוזיות. בהרבה כתובות ישנה תניית המונוגמיה - שהגבר מתחייב שלא לשאת אישה נוספת. אם הגבר יפר זאת, האישה תוכל ליזום גירושין ולקבל כתובתה.

**הבחנות עיקריות בין ספרדים לאשכנזים:**

* הספרדים לא מאמצים את חרם דרבנו גרשום באופן קוגנטי ולכן ניתן לסגת ממנו במקרים רבים יותר, באמצעות פרוצדורה קלה יותר. ישנו ניסוח שהוא הדיפולט של הכתובה אך ניתן לשינוי.
* עילות ההפרדה: אצל האשכנזים צריך 100 רבנים והעילות נדירות יותר, ואילו אצל הספרדים מאפשרים יותר בקלות את ההחרגה מהחרם כשהמקרה הבולט הוא העדר פריון שמהווה סיבה להיתר נישואין נוספים.

**קטגוריות פרטיקולאריות הקשורות לדין הדתי:**

1. **השתייכות דתית / מעורבות דתית:** גם **הנוצרים וגם היהודים** לא מכירים בנישואים מעורבים, בין דתיים. טקס שנעשה חרף זאת יהיה Void. אצל **המוסלמים** זה תלוי: הדין המוסלמי לא מכיר בנישואי מוסלמית ללא מוסלמי (כמו מוסלמית ליהודי), אך מוסלמי יכול להינשא לאישה שאינה עובדת אלילים גם אם היא לא התאסלמה קודם (=יהודייה או נוצריה זה מותר).
2. **חסר דת:** אדם שלא מוכר מבחינת דת כלשהי / הדת היהודית המוכרת, לא יכול להתחתן בישראל. דוגמא: אב יהודי, אם נוצרייה – הילד שלהם חסר דת.
3. **פסולי חיתון הלכתיים:** בהלכה יש קטגוריות שהמפורסמות ביניהם זה נישואי כהן עם גרושה, חסרי דת, ממזרים (ממזר יכול להינשא רק לממזרת או לגר) ועוד. בהלכה יש **2 קטגוריות של פסולי חיתון:**
* **פסלות מוחלטת:** אתה לא יכול להתחתן, גם אם עשית את הטקס הנדרש ("הרי את מקודשת לי" וכו'), מבחינה הלכתית לא קרה פה כלום, לא רק שיש איסור אלא גם אין להם את היכולת להתחתן. המעשה הוא חסר משמעות בעצם. גם מלכתחילה לא יאפשרו להם להינשא וגם בדיעבד לא יקבלו את נישואיהם כתקפים.
* **פסלות חלקית:** מלכתחילה זה אסור אך בדיעבד - אם התבצע הטקס כהלכתו - הנישואים יהיו תקפים. אסור להתחתן עם הבן אדם מראש אולם אם התחתנת – אתה נשוי. יכול להיות שההלכה תאמר לך שאתה צריך גט, אולם העובדה שאתה צריך גט, לא אומר שאתה לא נשוי. בפסול יחסי – אם תבוא לרבנות ותבקש להתחתן הם יאמרו שהם לא יכולים לחתן אותך אולם תוכל להינשא בכל זאת בטקס אחר ללא רב.

**איך נבחין באיזה פסול מדובר?**

בודקים מה היה קורה אם הם היו מקיימים יחסי אישות. יש לשאול איזה עונש יגיע להם ע"פ התורה? אם התשובה היא עונש מוות (ע"י בי"ד/שמיים) זהו **פסול מוחלט** (ואם יוולדו ילדים הם ייחשבו כממזרים). אם הם חייבי לאוין – איסור מהתורה שאין עליו עונש מוות (אלא מלקות) – מדובר **בפסול יחסי**.

* **פסולים יחסיים – "חייבי לאוין":** כהן וגרושה, ממזר עם אישה רגילה ולא עם ממזרת.
* **פסולים מוחלטים – "חייבי מיתה":** יחסי אישות עם אשת איש, יחסי אישות עם אחות גרושתו כל עוד הגרושה בחיים, נישואין של קרובי משפחה (גם חורגים) כמו אח ואחות, אב וביתו, אדם עם דודתו.

**צורת נישואין:**

בעולם המודרני יש 2 צורות מרכזיות:

1. **דרישת כתב מוגברת** - חתימה פורמלית המהווה הסכמה.
2. **פומביות** - לנישואין השלכות חברתיות. יש צורך במתן ביטוי כלפי כולי עלמא. משום שישנם גם זכויות לנשואים, ביטוח לאומי, הרצון להימנע מביגמיה ועוד – יש צורך במעורבות של אורגן המדינה (רשם הנישואין). יש מדינות שאף דורשות אמירות טקסיות מסוימות.

**הדרישות בדתות השונות בישראל:**

* **בנצרות:** בעבר ע"פ הקתולים התפיסה הייתה פרטית, מספיק היה בהחלפת טבעות. זה יצר חששות ולכן טענת הפרוטסטנטים הייתה שכדי שנישואין יהיו תקפים צריך איש דת, אישור של המשפחה, מקום פומבי להינשא. אט אט הקתולים אימצו את התפיסה הזו ובסופו של דבר הפומביות הפכה להיות תנאי נדרש לצורך הנישואים בנצרות.
* **אסלאם:** מדובר **בעסקה**. הנישואים הם עסקה הנעשית באמצעות שטר הנישואים (השונה מהכתובה). על השטר חותם הבעל ומהצד השני הכלה/משפחת הכלה. חתימת הקאדי היא תוספת מכובדת אך הנישואים יהיו תקפים גם בלעדיה (אין צורך באיש דת בהכרח). יש פומביות באמצעות השטר אולם אין צורך במעורבות המדינה בכדי שיחשבו נשואים.
* **יהדות**: הייתה התפתחות – בהלכה המקורית הייתה הבחנה בין שלב הקידושין לשלב הנישואין. הקידושין נעשו באחת מ-3 דרכים:
1. **קידושי כסף:** חפץ ששווה **לפחות פרוטה**, כיום נהוגה הטבעת. יש צורך **ב-2 עדים** **כשרים** שמכוננים את המעשה של נתינת החפץ שווה הכסף. בנוסף, **הנתינה צריכה להיות מתוך רצון להתחתן כדמו"י** (ע"פ ההלכה).
2. **נתינת שטר**: על השטר כתוב "הרי את מקודשת לי", יש צורך ב-2 עדים שחותמים עליו וכוונה לקדש את האישה. יש למסור את השטר לאישה בפני העדים בכדי ליצור נישואים (הכתובה מדברת על המחויבות הכלכלית של הבעל כלפי האישה וזה שונה מהכסף לעיל).
3. **ביאה:** צורך בקיום יחסי אישות, עדים לכך (קונסטרוקטיבית) וכוונה ליצור נישואים.
* לאחר שלב הקידושין הזה, האישה נחשבת למאורסת ולא לנשואה עד לשלב שבו הגבר מכניס את האישה לבית וזה מכונן את שלב הנישואין.

**כיום, יש 2 שינויים חשובים:**

1. **ביטלו** את השלבים של השטר והביאה – עושים רק קידושי כסף.
2. **אין פיצול** בין שלב הקידושין לשלב הנישואין (החופה עצמה היא שמייצגת את הכוונה ואת שלב הנישואין).

**מה חסר לנו?**

1. **פומביות** – ידיעת הציבור (רק 2 עדים נוכחים בעת העברת הטבעת).
2. **מעורבות המדינה** – טקס ע"י רב.

**התפתחות שנעשתה כדי להפוך את זה לפומבי:**

* בתחילת המאה 20 רבני ירושלים קבעו תקנה, הינה **"חרם ירושלים".** תקנה זו קובעת שאסור לאנשים להתחתן ללא **רב** וללא קיום **מניין** אנשים. עם זאת, יש לשים לב!!! – **מבחינת ההלכה**, אם התקיימו התנאים המינימליים המקוריים המופיעים בדרישה ה"כסף" – **הנישואים יהיו תקפים** למרות החרם. כלומר, **מלכתחילה** כן נדרש טקס דתי עם רב אורתודוקסי מוכר ע"י הרבנות, אולם **בדיעבד** מכירים בזוג כנשואים באם עמדו בתנאים המקוריים.

**דוגמא למקרה:** רבנית רפורמית שמשיאה בני זוג. האם הנישואים תקפים ע"פ הדין הדתי וכפועל יוצא גם עבור המדינה? יש תחילה לשים לב שמלכתחילה יש דרישה לרב מסוים, אולם **בדיעבד מותר** שזה ייעשה גם **בלי רב.** שנית, יש לשים לב **לדרישת הצורה להינשא** – יש לבחון אם זה בוצע לפי התנאים המקוריים (שווה פרוטה, 2 עדים כשרים, כוונה להינשא כדמו"י), יש לבחון אפילו אחורה את עניין **הכשירות** (גיל, מעורבות דתית וכו'). מה ההשלכה של אותו טקס דתי ע"י רבנית רפורמית? יש פה עבירה פלילית ע"פ **פס"ד גנור,** אולם בפועל לא מענישים. יש לשים לב בנוסף שאם הוכחנו שהם נשואים מבחינה דתית – יהיו זכאים לזכויות מהמדינה כזוג נשוי.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **בדין הדתי יש פחות מדי מגבלות** | **בדין הדתי יש יותר מדי מגבלות** |
| **כושר – מנועי החיתון** | **1**. **גיל**- הדין הדתי לא מגביל מדי גם ביהדות וגם באיסלם.**2**. **ביגמיה-** בדין האזרחי יש קונצנזוס על איסור ביגמיה מלא ודו צדדי, ובדין הדתי פחות כפי שפורט לעיל.**3**. **קרבה עקב אימוץ**- מבחינה הלכתית אחים מאומצים יכולים להתחתן, לעומת הדין האזרחי. | **1**. **בני זוג מאותו מין**- הדין הדתי לא מאפשר זאת, לעומת הדין האזרחי.**2**. **נישואים מעורבים** (יש כאלה שיצדיקו זאת מבחינה לאומית למרות שאין הצדקה אוניברסלית).**3**. **חסרי דת****4**. **פסולי חיתון הלכתיים** |
| **צורה- האידיאולוגיה** | **1**.**חוסר פומביות****2**.היעדר דרישת **רישום מדינתי** | **1.** הדרישה לטקס דתי בכלל ולפי זרם מסוים בפרט.**2**. הדרישה לדרך מסוימת |

נבחן כעת האם החקיקה האזרחית נותנת מענה לבעיות שנוצרו ואם לא – נראה את ההתמודדות האזרחית.

**המשפט האזרחי הרשמי**

החקיקה האזרחית הרשמית: נסקור את החוקים האזרחיים שמתמודדים עם הדין הדתי.

**בעניין הכושר, ראינו שיש 3 תלונות אפשריות של המשפט האזרחי – גיל, ביגמיה וקרבת משפחה:**

1. **גיל הנישואים:** יצרו את **חוק גיל הנישואים**. החוק קובע נורמה אזרחית והיא שגיל הנישואים יהיה לפחות 18. החוק יוצר עבירה פלילית שתוטל על מי שיפר את זה ויתחתן בגיל הנמוך מ-18, אולם עם זאת תוקפם של הנישואים עצמם יבחנו בכל זאת לפי הדין הדתי. **במבחן** - אם אדם בן 16 נשא אישה אמנם **נקבע שיש כאן עבירה פלילית אך התשובה לגבי שאלת הנישואים תהיה תלויה בדרישות שלמדנו לעיל** (לא היו פסולי חיתון באופן מוחלט, עמדו בדרישת הכושר והצורה וכו'). מה לגבי זכאויות מבחינה אזרחית? (כמו לקחת משכנתא כזוג נשוי וכו') גם כאן ייבחנו לפי ההלכה כדי לבדוק האם האדם נשוי.

**חריג לחוק:** יש בכל זאת אופציה חריגה- אם אתה רוצה להתחתן בגיל צעיר, יש ס' שאתה יכול לפנות לבית משפט מראש ולבקש היתר לנישואים. היה שינוי בחוק- פעם הייתה הבחנה אם האישה בהיריון או לא. היום החוק מדבר על גיל 16 המאפשר לביהמ"ש להתיר לאותו קטין להינשא וזאת אם מצא לנכון שמתקיימות נסיבות מיוחדות הקשורות בטובת הקטין.

1. **ביגמיה:** יש פרק שעוסק בביגמיה בתוך חוק העונשין. כאן המחוקק קובע סנקציה חזקה - לא משנה מה מותר ע"פ ההלכה - **מבחינת הדין האזרחי זה אסור וזו עבירה פלילית**. שוב, עולה הבעייתיות כמו קודם – תוטל אחריות פלילית, אולם לעניין שאלת תוקף הנישואין – יכולה התשובה להיות חיובית, **הנישואים יהיו תקפים** ויהיו הם זכאים לזכויות של נשואים.

אותם אנשים שרוצים להינשא בשנית אבל לא רוצים לעבור עבירה פלילית- ישנה פרוצדורה שדורשת היתר של הרבנות. **יש הבחנה בין דין תורה לדתות אחרות:**

* **ביהדות, דין תורה - ס' 179 לחוק העונשין בפרק הביגמיה**: אם יש לאותם הנישואים אישור של **ביה"ד הרבני** ואישור של **נשיא ביה"ד הרבני** (=הרב הראשי) אז אין כאן עבירה פלילית. לכאורה, אין פה הגבלות. עם זאת, זו לא דרישה קלה. המקרים הטיפוסיים שבהם יותרו נישואים שניים הם סרבנות גט ארוכת שנים ועקרות.
* **לא דין תורה – בפועל מוסלמים – ס' 180:** לא סומכים על הדין המוסלמי כיוון שבניגוד לרוב העדות הדתיות היהודיות בהן ביגמיה אסורה, בביה"ד המוסלמי השרעי הדבר כלל לא פסול. זה מחולק ל- 2 עילות: **לשיטיון** (מחלת נפש שבגינה נבצר מצד אחד לקחת חלק בהליך הגירושין) **ונעדרות** (לא נודעו עקבותיו, אדם אבוד).

**פסקי דין בהם דנו בחריגים לאישור נישואי ביגמיה:**

**בג"ץ שטרייט:** יש בני זוג פרודים לתקופה ממושכת, האישה מסרבת להתגרש. בית הדין לא כופה עליה להתגרש, אבל כן נותן היתר נישואים לגבר. האישה פונה לבג"ץ בטענה שיש **אי שוויון כפול:** גם בין גברים לנשים וגם בין מוסלמים ליהודים. ביהמ"ש אומר שגם בית הדין **כפוף ל-2 העילות של שיטיון** **ונעדרות.**

**פס"ד ברונובסקי:** בפס"ד זה ביהמ"ש **מבטל את הלכת שטרייט** ומחזיר את מה שהמחוקק אמר. לפיכך, הוא **מאפשר לביה"ד לפעול לפי העילות הדתיות** ולתת את היתר הנישואים ללא מגבלת הנעדרות והשיטיון.

**הבדלי מדיניות בין 2 פסקי הדין:**

נראה כי מבחינת **עקרונות החוק** פס"ד ברונובסקי נכון יותר למרות שיש בו משהו "לא אסתטי". עם זאת, עצם ההיתר של הביגמיה פוגע בשוויון כל עוד זה חד צדדי ולכן **משיקולי מדיניות** פס"ד שטרייט נכון יותר.

1. **קרבת משפחה:** חוק האימוץ אומר באופן בולט שאם אחים מאומצים מתחתנים הם נשואים לכל דבר ועניין ולמשפט האזרחי אפילו מלכתחילה אין כאן מילה ושום ניסיון להתערב.

**מבחינת בעיות של צורה:**

**פומביות:** המשפט האזרחי מתערב, ויש את פקודת רישום הנישואין וגירושין- הפקודה הזו קובעת שיש פרוצדורה של נישואין - **רושם נישואין (**עובד מדינה, צריך להירשם קודם) **ועורך נישואין** (זה לא חייב להיות עובד מדינה זה יכול להיות רב שקיבל היתר מהרבנות, זה טקסי). מי שרוצה להתחתן צריך ללכת לרשם הנישואים ולבדוק את כללי הסף והכשירות. בהמשך, צריך עורך נישואים: רב שהוסמך לערוך טקס נישואים ולא כל אדם (ואף לא כל רב) יכול לעשות זאת.  **בבג"ץ מסוים התקבלה ההחלטה שרק הרבנות יכולה למנות עורכי נישואים מטעמה**. **בפס"ד גנור** העמידו לדין פלילי אדם שערך נישואים באופן פרטי. כלומר, המדינה ניסתה מצד אחד לתקן את הבעיה בהיבט האזרחי ולכאורה היא כן טיפלה **בצד שמאל של הטבלה** (פחות מדי הגבלות) אבל בכל המקרים הללו היא טיפלה רק בהיבט הלכתחילי (=הדין הפלילי) ולא בהיבט הבדיעבדי כי הנישואים הדתיים כן יהיו תקפים.

**יכול להיות שבמבחן נקבל שאלה כזו:** רבנית קונס' הרוצה לערוך טקס ניסויים ופונה לרבנות לקבל אישור. היא מסורבת והיא פונה לבג"ץ -> לפי בג"ץ לא ניתן יהיה לאשר לה. בשאלה הבאה יסופר כי היא ערכה טקס כזה ונצטרך לספר על **פס"ד גנור** שלא אכפו את האיסור יותר מדי, אולם כיום יש את סעיף 7 שאם היא לא תספר על זה – היא תעבור עבירה פלילית. ואז בשאלה הבאה נשאל האם הנישואין תקפים – נאמר שאם הייתה טבעת, כוונה ועדים כשרים – תקף.

**לעניין פסולי חיתון** - החוק היחיד שעבר- ברית זוגיות אבל רק לחסרי דת. בית המשפט בנושא הזה לא מתערב ואומר שיפנו למחוקק על מנת לערוך שינויים.

בעצם יוצא שמבחינה אזרחית פתרנו רק חלק מהבעיות וגם אותן – בצורה חלקית.

**התערבות עקיפה ותחליפי נישואין:**

המשפט האזרחי יצר סדרת פתרונות לאותם האנשים שלא עומדים בכללי הנישואים (לפסולי חיתון ואדיאולוגים).

* **נישואים פרטיים:** רב שלא הוסמך מטעם הרבנות שעורך טקס לפי ההלכה. נעשית הבחנה בין אידיאולוגים לפסולי חיתון.
* **ידועים בציבור:** אנשים שמבחינה סוציולוגית מתנהגים כמו נשואים, אבל, מבחינה משפטית הם לא נחשבים כנשואים – או שלא היה להם כושר או שהם לא עשו את הטקס הנדרש לצורך יצירת הנשואים.
* **נישואים אזרחיים מחוץ לישראל**: חוזרים לארץ עם תעודה ונרשמים כנשואים.

**נישואים פרטיים:**

**הסיטואציה:** הזוג לא פונה לרבנות או כי לא רוצה להתחתן ע"י הרבנות או כי הוא מפסולי חיתון. הזוג יודע שעל מנת להתחתן הוא לא מחויב ברב, אלא מה שצריך זה עדים, טבעת ורצון להתחתן. אז הזוג משתמש במשפט הדתי כנגד עצמו- מקיים טקס לא פורמלי – מחתרתי, באמצעות פנייה לרב שאינו מוסמך ע"י המדינה (רבנות) אבל מנסה לנהל את הטקס בהתאם לכללים ההלכתיים.

**התהליך:** כדי שירשמו כזוג נשוי במשרד הפנים, על בני הזוג להביא תעודת נישואין מהרבנות. הרבנות כמובן לא תאשר זאת כיוון שזה לא נעשה לפי הנוהל הקיים. בני הזוג יבקשו לקבל תעודת רווקות אולם גם את זה הרבנות לא תעניק להם מהחשש שמא הם באמת נשואים. לכן, בני הזוג יפנו לבג"ץ.

**בג"ץ:** עושה הבחנה בין נישואים של **פסולי חיתון** (כמו כהן וגרושה) לבין נישואים של **אידיאולוגים.**

כאשר מדובר **בפסולי חיתון** – ברגע שהרבנות תסרב לתת להם תעודת רווקות זה יהווה **ראייה מספקת** לכך שהם נשואים.

לעומת **אידיאולוגים** – במקרה שלהם בג"ץ **לא מוכן לאשר** להם את רישום הנישואין. הם כן יכולים להינשא ברבנות, אך מעדיפים לעשות זאת באופן פרטי. בפעולה זו הם פגעו בסדר הציבורי ומכאן שבג"ץ לא יסייע להם ולא יכריז עליהם כעל נשואים.

**כל זה קרה עד שנות ה-80** כיוון שלאחר מכן כבר התפתחו תחליפים נוחים יותר.

כל פסה"ד עוסקים ברישום **ורישום כשלעצמו לכאורה לא נותן זכויות.** באופן תיאורטי, גם על אלו שבג"ץ לא הסכים להכריז עליהם כנשואים (האידיאולוגים) לא נסתם הגולל לגמרי אלא בכל מקרה בחיים הם יצטרכו "פשוט" להוכיח מחדש את היותם נשואים לפי הדין הדתי.

**לגבי מזונות:** פס"ד המנחה בנושא- **פס"ד צונן נ' שטל:**

**עובדות המקרה:** האיש התגרש בארה"ב ובטרם השלמת ההליך הוא מקדש אישה אחרת באמצעות הענקת טבעת ו-2 עדים. לאחר שנפרדו, האישה תובעת למזונות. הגבר טען שהנישואין לא היו לפי הרבנות ולכן אינם תקפים. טענת האישה: יש תוקף מבחינה חוזית.

**החלטת ביהמ"ש:** יש 3 דעות של השופטים – 1. דעת רוב – **אין מדובר בחוזה,** זה לא עמד בכללים החוזיים. 2. השופט אילון אומר שגם אם יש כאן חוזה עליו להתבטל כי הוא **נוגד את תקנ"צ** (חוזר להבחנה שבין אידיאולוגים שנאמר שהם פוגעים בסדר החברתי לעומת פסולי חיתון שמאפשרים להם). 3. דעת מיעוט – יש חוזה.

**טענה משפטית של עו"ד האישה שלא הועלתה:** בפועל, מבחינה דתית הם נשואים (בדיעבד). במקרה פה היה כוונה ליצור נישואים תקפים מבחינה דתית ולמרות שלא היה רב של הרבנות הם תקפים לפי ההלכה ולכן יש חובת מזונות.

**אם נקבל מקרה בו מדובר על מזונות בנישואים פרטיים:** עקרונית צריך לדון לפי הדין הדתי, אבל אם ביהמ”ש יישם את עמדתו של **הש' אלון** [שהייתה להם אפשרות אחרת (פשוט לחכות למסמכים ולהינשא כדת וכדין)] אז ביהמ"ש לא ידון בזה בכלל אלא לפי החוזה– אלון פתח פתח להכניס "עילת סף" מסוימת. נעלה את האופציה של החוזה – שבן הזוג התכוון לקחת מחויבות לזון את האישה, ומנגד את מה שנטען בפס"ד - שלא בטוח שיש גמירות דעת וגם אם כן זה סותר את תקנת הציבור. ונעלה את האופציה שאולי ביהמ"ש היה הולך צעד נוסף ומונע גם מהאידיאולוגים זאת / אילון לא היה מסייע להם גם מהותית.

**סיכום ביניים:** נישואים פרטיים זה לא תחליף נישואים טוב - כי אם אתה אידיאולוג, אתה לא מקבל את הרישום ואז כל פעם מול צד ג' תצטרך להוכיח שהתחתנת לפי ההלכה. אם אתה פסול חיתון יחסי אתה יכול לקבל זכויות מול צד ג' ורישום אבל לא מיד מזונות, צריך להוכיח שנשואים לפי הדין הדתי.

טבלת סיכום:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **רישום** | **זכויות מול צד ג'** | **מזונות** |
| **פסולי חיתון חלקיים\*** | Vמאשרים נישואים | Vהרישום מוביל לכל הזכויות המהותיות. | תלוי בהוכחת נישואים ע"פ הדין הדתי (קיום דיון מהותי). בפועל, בדיעבד יכול להיות שהם נשואים מבחינה דתית. |
| **אידיאולוגים** | Xלא מאשרים נישואים | זה תלוי בהוכחת הנישואים בהתאם לדין הדתי על אף שאינם רשומים. | תלוי בהוכחת נישואים ע"פ הדין הדתי. |

* יש לשים לב: מדובר על פסולי חיתון חלקיים בלבד, כי פסולי חיתון מלאים - הרבנות לא יהיה לה בעיה להביא להם תעודת רווקות כי הנישואים אצלם לא תופסים כלל.

**ידועים בציבור:**

מדובר באנשים שחיים יחד כמו נשואים אבל הם לא ערכו טקס נישואים דתי ולכן הם **לא נחשבים נשואים לפי ההלכה ולא לפי המדינה** (משפטית). המחוקק נתן זכויות רבות לידועים בציבור ולכן, בהרבה חוקים שעוסקים בזכויות של נשואים יהיה סעיף שיאמר "לרבות ידועים בציבור". עם זאת, **אין חוק ספציפי למוסד זה.**

**חוקים בהם לא נראה פנייה לידועים בציבור:**

1. **חוקים העוסקים בילדים:** אימוץ ופונדקאות – כיוון שרוצים לאפשר זאת רק לבעלי קשר יציב יותר.
2. **חוקים שאינם ממוקדים בסעדים כלכליים אלא בשימור שלום הבית:** דוג' – החסינות שקיימת שבן זוג לא יכול להעיד כנגד בת זוגו (ולהיפך) אינה קיימת לידב"צים. מטרת החוק היא לשמור על היחידה המשפחתית מהפרעה וזה ניתן רק לנשואים.

**חוקים שלא מופיע בהם במפורש המונח "לרבות ידועים בציבור":**

1. **חוק פיצויי תאונות דרכים:** רשום המונח "בן זוג" אך לא רשום לרבות ידועים בציבור. **בפס"ד אוחיון** נקבע שזה **לא כולל ידבצ"ים** כיוון שזה לא כתוב במפורש.
2. **פנסיה של עובדי ציבור בכירים**: יש 2 חוקים שעוסקים בכך, חוק הגמלאות "הרגיל" המכיל ידועים בציבור, והחוק לבכירים בעלי הפנסיה התקציבית בו לא כתוב שזה תקף גם לגבי הידבצים. **בד"נ לוי,** העליון קבע שאין להוסיף זכויות לידב"צ מעבר לחקיקה.

נראה שביהמ"ש לא היה אקטיביסט בעניין זה באותה העת, **אולם החל שינוי בסוף שנות ה-80**:

**פס"ד אפרת:** אישה לא מתגרשת מבעלה אך כן יש לה בן זוג חדש והיא מגיעה לפקיד כדי שנות את שם משפחתה לשלו. ההתנגדות היחידה קמה מצידו של הפקיד. האישה עותרת לביהמ"ש שמבסס את זכותה של האישה לשנות את השם על זכות פרטית. הרטוריקה הגלויה של פסה"ד ממוקדת בשינוי שם כקניין אינדיווידואלי.

**פס"ד ניזרי:** היה רופא שהיה נשוי לאחות אחת וחי בפועל עם אחות אחרת מאותו ביה"ח. האחות האחרת רוצה לשנות את שמה לשם משפחתו והאישה החוקית רצתה למנוע זאת כדי שזה לא יפגע בה כי אנשים יחשבו שהם התגרשו. ביהמ"ש מאשר את שינוי השם ומוכן לתת את הסיוע לידועה בציבור ולא רק כשמדובר על דברים חומריים אלא גם בנושאים אידיאולוגים-עקרוניים.

**שינויים משמעותיים יותר החל משנות ה-90:**

**פס"ד לינדורן נ' קרנית:** הגבר מת בתאונת דרכים וזוגתו הייתה ידבצ"ית ולהם ילדים משותפים. היא תבעה את קרנית לפיצויים והמחוזי דחה תביעתה על הסף כיוון שסעיף 78 לא מונה ידבצית כאחת מהתלויים הזכאים לפיצויים. היא ערערה על כך וערעורה התקבל. ברק, יחד עם הרכב שמרני, פוסק **לטובת זכויות** "ידועים בציבור". ברק לא נסמך על פסיקה קודמת של המחוזי שקבעה כי יש לפרש את המילה "בן זוג" לאור חוקי היסוד ולאור השוויון ולכן כל זכות שמגיעה לנשוי מגיעה גם לידועים בציבור, אלא עושה זאת באופן פרשני יבש: בשלב הראשון הוא אומר שיש **לפרש את המונח "בן זוג"** -> ובשלב הבא לעבור **לפרשנות תכליתית**. מה ההיגיון בפיצוי בן זוג כאשר השני נהרג? מדובר **בקשר רגשי חזק שיש בו שותפות כלכלית ולכן מגיע פיצוי** (לא רלוונטי לתכליות אלה אם אדם עבר טקס נישואין או לא). מכאן, שאם זו התכלית, אין סיבה להניח שהיא נכונה רק לנשואים ולא גם לידב"צים. ברק בעצם כלל לא דן בשאלה המהותית ובהבדלים בין נשוי לידוע בציבור. בכל זאת, פס"ד הוא יחסית מתון כיוון שהוא מתייחס לחוק שבו מופיע המונח "בן זוג" ובנוסף בודקים בכל מקרה לגופו את התכלית.

לדעת המרצה, לבחירה של ברק לא להתמודד עם השאלה המהותית יש מחיר והוא כזה: הבעייתיות תתעורר בחוקים שבהם מישהו **כן יטען שיש שוני רלוונטי בין ידב"צים** לבין נשואים בשביל להעצים את מוסד הנישואים. כך למשל, אם יש פטור בעסקאות בין בני הזוג כמו הטבת מס – החוק מצפה שבשביל לקבל את ההטבה בני הזוג יינשאו וייחשבו לבני זוג.

**דוגמא אפשרית לשאלה למבחן בעקבות השינוי:**

נניח שנקבל מקרה של חוק חדש שעוסק בטכניקה מלאכותית של הולדה ובחוק יהיה כתוב ש"**בעל ואישה** המעוניינים להוליד בטכניקה זו זכאים לסכום X מהמדינה". כעת באים זוג ידב"צים ומבקשים לקבל זכות זו.

* **עד לינדורן** – אם לא כתוב במפורש "ידועים בציבור" זה לא מתקבל.
* **החל מלינדורן** – יש לשים לב **שבאופן מילולי** בלינדורן התייחסו למונח "**בן זוג**" ולא "בעל ואישה". כאן ביהמ"ש יצטרך לעשות מהלך נוסף כדי להחשיבם כבעל ואישה. **מבחינה תכליתית:** בלינדורן היה מדובר בזכות סוציאלית שבה קל יותר לומר שלא צריך להיות הבדל בין נשוי לבין ידוע בציבור אך כשמדובר בנושא של גידול ילדים - יהיו כאלה שיאמרו שהמחוקק לא עשה זאת בטעות ושאכן יש הבדל לצורך העניין.

המסקנה היא **שפס"ד לינדורן,** פָתח פֶתח להרחבה נוספת של זכויות הידבצים בהשוואה לנשואים (על אף שבפועל יש להם הרבה זכויות), אולם כיום **המבחן הוא עדיין תכליתי.**

**מי נחשב לידוע בציבור?**

בישראל, מבחינת תנאי הסף להיכנס להגדרה – **קל להיכנס,** מבחינת הזכויות שמקבלים – מקבלים הרבה.

בחוק אין הגדרה למי יחשב ידוע בציבור **אולם הפסיקה פיתחה כמה מאפיינים:**

1. **חיים משותפים:** ההגדרה של כמות הזמן הנדרשת לא מוגדרת באופן קבוע וברור. יש פס"ד שקבע ש-**3 חודשים** נחשבים ככאלו. היה גם פס"ד שעסק בשני אנשים שחיו ביחד **דירה ליד דירה** ועדיין ביהמ"ש העליון הגדיר אותם כידועים בציבור.
2. **אינטימיות:** בחינה לא מוגדרת גם כן, יש פה מעין פגיעה בפרטיות. יש פס"ד שאומרים מפורשות שלא חובה להוכיח שהיו הרבה יחסי אישות ובמיוחד כשיש סכסוך.
3. **משק בית משותף – שיתוף כלכלי**: אין דרישה לחשבון בנק משותף. ביהמ"ש דיבר על **קופה רעיונית משותפת** ולא חייבים חשבון משותף.
4. **היבט חברתי:** מספיק **שהציבור יחשוב שהם בני זוג**. **פס"ד פסלר** – העו"ד היה נשוי עם ילדים, עם זאת הייתה לו אישה נוספת מהעבודה שהיה מבלה איתה ואף 2 ילדים ממנה. כאשר הוא נפטר, אותה אישה שנייה הגישה תביעה מכוח דיני הרכוש וטענה שמשום שהיא ידבצית, יש להחיל עליה את הלכת השיתוף. האישה שהייתה נשואה לו התנגדה לכך בטענה שהקשר בין השניים היה סודי ולא ידעו עליהם שהם בני זוג. זה נגמר בפשרה בין השתיים אולם מעצם העובדה שביהמ"ש לא דחה זאת על הסף ניתן לראות שגם רכיב ההצגה החברתית מתרכך.
* **בחוק הירושה:** ישנה דרישה כתנאי להיותך ידב"ץ שאף אחד מבני הזוג לא יהיה נשוי (לא הנפטר ולא היורש). ביתר החוקים אדם לא צריך להיות רווק כדי להיחשב לידב"ץ.
* **לנוכח ההגבלות על פסולי החיתון ועל המתנגדים האידיאולוגים** החקיקה והפסיקה מיצבו את הידב"צות כתחליף לנישואים והם אמרו שזה נכון שלא ניתן להכיר בהם כנשואים אבל גם אם הם לא נשואים – **ייבנו להם מוסד אלטרנטיבי** שיקנה להם את **מלוא הזכויות** המקבילות למוסד הנישואים.השופט בארץ מרגיש שכך הוא מתקן את העובדה של בעיית ריבוי המגבלות מצד ההלכה לפיכך, נושא הידב"צים הופך להיות נושא אידיאולוגי.

**היחסים הכלכליים בין הידועים בציבור:**

נדבר על היחסים הכלכליים בין הידועים בציבור, **בינם לבין עצמם**. (היחסים ביניהם ולא מה שהם מקבלים מהמדינה – רכוש, מזונות וקבלת עיזבון למשל).

**עד שנות ה-80,** עצם הגישה הציבורית של המשפחה ומהטענה שזה נוגד את תקנת הציבור - עמדת המוצא לגבי הידב"צים הייתה שמרנית - החיים ככאלה לא נתנו להם שום זכויות ואפילו אם הם עשו הסכם מפורש שבמערך היחסים הפנימי הם ייקחו על עצמם מחויבות של נשואים.

**החל משנות ה-80 חל שינוי:**

**פס"ד מרווין** – מרווין היה שחקן קולנוע, שהתגרש מאשתו הראשונה והחליט שלא רוצה להינשא בשנית. הכיר את לידיה, סטודנטית שעברה לחיות איתו, נטשה את לימודיה והחלה לעבוד איתו. היא רצתה להתחתן והוא סירב אך העניק לה טבעת בטענה שזה במקום טבעת נישואין, אך בדגש – הם לא נישאים. עם זאת, היא מחליפה את שם משפחתה לשם משפחתו. לאחר 7 שנים הם נפרדים, היא תובעת למזונות (בארה"ב יש מזונות לאחר פרידה – alimony). **ללידיה** – טענה חוזית - **ההתנהגות שלו ועצם החיים ביחד** יצרו התחייבות שבמערך היחסים הפנימי הוא יהיה חייב לה את הזכויות כמו של אישה נשואה. **מרווין טוען שהם לא נשואים**, שהוא נמנע מכך מהסיבות האלו וזה יהווה פגיעה בו. **העליון** יצר שינוי דרמטי כי הוא אמר **שהסכם כתוב לא סותר את תקנת הציבור** ויותר משמעותי – **הוכחה מהנסיבות לכוונה לשיתוף כן תחיל מחויבות** (ז"א **אפילו הסכם מכללא**). בערכאה שנייה הערעור שלו מתקבל והיא לא קיבלה שום דבר (לאחר דיון בשש ערכאות).

**טענות להחלת/ אי החלת חובת הנישואים במדינות בהם יש נישואים אזרחיים (כמו ארה"ב):**

1. **טיעון חוזי** – מערך היחסים בין הצדדים הוא כזה שהליכה לפקיד זה אמנם סוג של חוזה אבל את החוזה הזה אפשר לכרות גם בדרכים אחרות (נסיבות המקרה או עצם החיים המשותפים שיוצרים חוזה מכללא). מנגד, לדיני חוזים צריכים שני צדדים ודווקא בעולם אזרחי ההתנגדות שלו היא ע"ב אי רצון לקחת מחויבות של נישואים, אי רצון למשפט את הקשר ועוד - לא הייתה לו כוונה ליצור יחסים משפטיים. אם כך, השאלה שתשאל: **האם הייתה כאן כוונה ליצור יחסים משפטיים?**
2. **טיעון פונקציונאלי:** זהו טיעון דומה למהלך **שברק** עשה בלינדורן. אם ישנה מע' יחסים זהה בין הצדדים - למרות שהם לא נשואים ניתן להם זכאויות (והיא תקבל מזונות) לפיכך, כל הדברים כאן מתייחסים לדפוס החיים שבין הזוג מרווין והליכה לפקיד הרישום לא הייתה משנה מהותית את המרקם ביניהם.

**כך אנחנו מגלים שבעיקר בחברה הליברלית יש טיעונים ליברלים חזקים מאוד נגד ההשוואה בין הידועים בציבור לנשואים.**

**לדעת המרצה:** לא הכל בעולם מבוסס על חוזים, יש טיעונים לבר חוזיים כמו צדק, הסתמכות והגנה על הצד החלש. **לפיכך,** ניסה להציע **מודל משולב** במאמר שהוא כתב שמכבד את **הטיעון הליברלי** כנגד השוואת הידב"צים לנשואים אבל גם לא מקבל מסקנה שאומרת שצריך לעשות השוואה מוחלטת**.** ע"פ המודל יש שלב ראשון של שלוש שנים שבהן הם לחלוטין ידב"צים וכ"א מהם יכול לעזוב בתקופה זו ללא התחייבות למזונות וכדומה. בהמשך, (או אם יש ילד) צריכה להיות 'חבילת זכויות וחובות' לידב"צים אבל היא צריכה להיות מותאמת – בוחנים את כל מקרה קונקרטי.

**המצב בישראל:**

1. **יחסי רכוש:** על בני זוג שנישאו **עד לשנת 1974** חלה **חזקת השיתוף** (הרכוש שנצבר במהלך הנישואים הוא משותף בלי קשר לרישום) אך היא **ניתנת לסתירה באמצעות התנהגות**. **בפס"ד פרידמן** ביהמ"ש אמר שחזקת השיתוף חלה גם על ידב"צים. עם זאת, נקבע גם שיותר קל לסתור את החזקה אצלם ונטל השכנוע על הידב"צים הוא גבוה יותר. על בני זוג שנישאו **לאחר שנת 1974** חל **חוק יחסי ממון** שנותן דווקא **פחות** מחזקת השיתוף לבני הזוג (החזקה טובה יותר בהיקף הנכסים ובמועד תחילת השיתוף). חוק זה חל רק על נשואים **ולא על ידב"צים.** לכן, הפסיקה מחילה על הידב"צים שהתחילו 'לצאת' **לאחר ולפני שנת 74'** את **חזקת השיתוף** ואף מקלה על הכוכבית של דרישת הנטל הגבוה יותר. יוצא מצב אבסורד בו השיתוף בין הידב"צים הוא חזק יותר משל נשואים. עם זאת, מאחר שהם לא התחתנו יכול להיות שנהיה יותר חשדניים שאולי זה שהם לא התחתנו הם לא התכוונו לשיתוף, אז היכולת לסתור בידועים בציבור תהיה יותר קלה מאשר אצל נשואים.
2. **מזונות:** הדין החל פה הוא הדין הדתי. מזונות אישה חלים עד לשלב הגירושין בישראל. עם זאת, על ידב"צים לא יחולו מזונות לפי הדין הדתי כיוון שלא נחשבים לנשואים. פס"ד יגר עסק בידב"צית שתבעה מזונות וטענה טענה הסכמית – אמנם לא מגיע לה בדין הדתי אבל מכוח החיים המשותפים שלהם החיים עצמם יצרו מחויבות דמוית נישואים. ביהמ"ש מקבל את האפשרות לעשות הסכם כתוב אבל הוא **לא מוכן** לקבל הסכם מכללא ולכן, משום שלא המציאה חוזה כתוב – נדחתה תביעתה. פס"ד ורסנו: **ברק אומר שחוזה ניתן לעשות גם בהתנהגות ולא רק בכתב ולכן ניתן לומר שיש חוזה לדעתו**, עם זאת, זה נותר כאוביטר כיוון שלא הוכיחו עובדתית את הטענה הזו. בפס"ד לינדורן לעיל, ברק מחיל את זה למרות שהמקרה הזה דיבר בכלל על פיצויים נזיקיים ולא על מזונות.
* **ההלכה היא שכן יינתנו מזונות לידב"צים עקב חוזה מכללא**. במזונות אצל נשואים התביעה מגיעה בשלב בקשת הגט. עם זאת, אצל ידב"צים זה קורה לאחר פרידה (כי אין זמן אחר) ובעוד שנשואים משלמים עד הגט – ידב"צים משלמים גם אחרי וזה מקנה זכות יתר.
1. **ירושה**: לגבי אדם נשוי יש ירושה ע"פ דין או ירושה ע"פ צוואה (בהעדר צוואה יש ירושה לפי דין לפיה האישה מקבלת חצי מזה). לכן, ס' 55 לחוק הירושה אומר שלמעשה הידבצים הם כמו נשואים. (בתנאי שאף אחד מהם לא היה נשוי לאדם אחר באותה עת). כלומר, יש לדמיין שהידב"צ הנפטר כאילו הותיר צוואה לנותר בחיים. לכן, **בהיבט הירושה ידב"ץ = נשוי**.

**סיכום וביקורת:** כשהשופט הישראלי רואה מול העיניים את סוגיית הידב"צים הוא בכלל לא חושב על אנשים שבודקים את הקשר (אוניברסאליים) אלא הוא **רואה שתי קבוצות – פסולי חיתון ומתנגדים אידיאולוגית** ולכן הוא מפרש את הפנייה למוסד זה כרתיעה מהרכיב הדתי ולא כחוסר רצון לעמוד בהתחייבויות הכלכליות. הוא לא אמר שכשמדובר על יחסים בין בני זוג צריך לתת להם כבוד לבחירה לא להתחתן, אלא **את אותו מהלך של השוואה בין ידועים בציבור כשמדובר על זכויות מהמדינה** (זכויות חיצוניות) **המשיכו את זה גם לגבי הזכויות והחובות שביניהם** (מישור פנימי).

**בישראל, 2 סוגים של ידב"צים:**

1. **ידב"צים אוניברסאליים:** כאלו שלא מתחתנים בישראל בלי קשר לרב ולתהליך בארץ, אלא **יש להם חוסר רצון להתמסד** או שהם בודקים עדיין את הקשר (בעצם, לא היו מתחתנים גם בחו"ל**)**. לגביהם כל מה שאמרנו לעיל רלוונטי ואם נתעלם מבחירתם – נפגע ברצונם.
2. **ידבצ"ים תוצרת הארץ**: אלו האנשים שבכל מקום אחר בעולם **היו מתחתנים** אבל בארץ הם לא מתחתנים משתי סיבות: (1) **פסולי חיתון; (2) אידיאולוגים.** יש לתת להם **לחוב במחויבויות אזרחיות** כי הם רצו אותן אבל הן צריכות להיות **שונות** מהדין הדתי.

בעולם אידיאלי היינו מפלחים בכל מקרה באיזה סוג מדובר. אם הוא אוניברסאלי יש להפעיל את המודל שהמרצה הפעיל ואם מדובר בידב"צ תוצרת הארץ צריך לתת כללים אחרים. בתי המשפט לא עשו את ההבחנה הזו והם מפעילים על כל הידב"צים את הכללים של ידב"צים תוצרת הארץ = השוואה לנשואים והנמכת תנאי הסף. ההנחה של ביהמ"ש היא שקשה מאוד להבחין.

**בחינת היחסים הפנימיים לפי הפסיקה:**

1. **בעניין הרכוש:** **סלאם נ' כרמי** – שניהם היו גרושים. הם חיו יחד 11 שנים והיה להם ילד. כשהוא קיבל את הגט מאשתו הוא רצה להתחתן איתה, אבל היא סירבה. לקראת סוף הקשר ביניהם, היא רצתה להתחתן איתו אך הוא סרב. היו להם חשבונות נפרדים, אבל היה **חשבון אחד משותף** אליו הוא העביר באופן ספורדי את הכסף ומשכורתו לא נכנסה ישירות לבנק. בתקופה ארוכה שבה נצברו הנכסים היה משבר ביניהם והם חיו **בחדרים נפרדים ולא קיימו יחסי אישות**. ביהמ”ש אומר **שחזקת השיתוף חלה** אך יש להיזהר כיוון שמדובר בידב"צים, אולם בכל זאת **נותן לה חצי מהפרויקט** הגדול שלו.

**נבחן לאיזו קטגוריה הם שייכים:** שניהם רצו להתחתן אך לא באותה תקופת זמן, כלומר, **הם ידב"צים מהסוג האוניברסאלי**. החיים שלהם יחדיו היו ארוכים. בתקופת רוזמרין, הם חיים בחדרי שינה נפרדים ויש עדויות שהיא בקשרים עם אדם אחר. בהיבטים כלכליים - כל הכסף נכנס לחשבון העסקי שלו שממנו היא ממודרת. למה ביהמ”ש החליט לתת לה דווקא חצי מפרויקט רוזמרין? אדון כרמי הגיע לעו"ד שלו, ואמר לו שעושה פרויקט חדש והוא רוצה שבת זוגו תקבל חלק, העו"ד אמר לו שיש שתי דרכים- 1. הסכם שותפות, אבל אז אין התחרטות אחר כך. 2. צוואה- בזה ניתן להתחרט. אדון כרמי החליט שהולך על צוואה. מפה בימה"ש למד שיש כוונת שיתוף.

יש לשים לב זהו מקרה שבו לא נכרת חוזה; במונחים סוציולוגיים – קשה להגדיר אותם כידב"צים –אין יחסי אישות ביניהם תקופה ארוכה, יש מידור בחשבונות בנק, אך זה לא מפריע לביהמ”ש להפעיל את חזקת השיתוף עליהם. יש לזכור גם שהם היו יחד תקופה ממושכת – 11 שנים, היה ילד משותף והיא לקחה על עצמה את התפקיד בבית בזמן שהוא השקיע בקריירה. על כן, ביהמ”ש נתן לה פיצוי של חצי מהפרויקט, כך שהוא הגיע לתוצאה סבירה שגם מבחינה אוניברסאלית היה צריך לתת. **ביקורת המרצה**: היה על ביהמ”ש להגיד שמגיע לה פיצוי משום שהיא **הייתה האחראית על פנים הבית וגידלה את הילדים** אך הוא היה צריך להדגיש **שלא הייתה כוונה לשתף.**

**במבחן**: ראשית יש לבדוק האם הם בכלל ידב"צים. **אם כן**, שאלת הרכוש תתברר לפי **פס"ד פרידמן** והאפשרות להחיל את חזקת השיתוף על ידב"צים (עם כוכבית של בדיקה קשה יותר). עם זאת, יש לציין שבפסיקה יש כמה הנחיות סותרות – יש את המגמה הנוקשה של **כרמי** שמפעילה חזקת שיתוף עוצמתית על ידב"צים כאילו הם היו נשואים. מנגד, יש את המגמה שאנחנו ניסינו להדגיש בשיעור שמעדנת ומנסה להבחין בין ידב"צים משני הסוגים ולהגיע לפתרונות אמצע (גישת השופטת בייניש).

* ביחסי רכוש יש **שני קווי הגנה**: **הראשון** - לא היינו ידב"צים; **השני** - גם אם היינו ידב"צים - נסתרה חזקת השיתוף כי לא הייתה כוונת שיתוף.
1. **מזונות:** בפס"ד ורסנו: הש' ברק אמר שגם אם לא יהיה הסכם מפורש – ייתכן שבידב"צים נלמד על **הסכם מכללא ושעצם החיים המשותפים הם אינדיקציה למחויבות למזונות** (ז"א לא חייב חוזה כתוב אלא יכול להיות חוזה בע"פ או לפי התנהגות).

**המרצה** רוצה לטעון שיש לוגיקה מסוימת בכך שאישה נשואה לא מקבלת מזונות אחרי הגט אבל הידב"צית כן – **הנשואה** אמנם לא מקבלת אחרי אבל היא כן **מקבלת לפני.** השילוב של חרם דרבנו גרשום שלא מאפשר לזרוק אותה מתי שרוצים עם העובדה שהיא כן זכאית למזונות מגן על האישה – הצד החלש. כך, דיני הגירושין כן מַגֶנים על האישה. אצל ידבצית, הפירוד נעשה בזמן קצר ולא כמו הגט, אם לא ניתן מזונות זה ייפגע באופן אנוש בידב"צית ולכן יש מקום לשלם מזונות גם **אחרי** הפירוד כדי להגן עליה.

**ישנם שלושה מאפיינים שצריכים להתקיים אצל הידב"צים כדי שההנחה הזו תהיה תקפה ולגיטימית:**

1. **חוסר מגדריות:** גם במקרים בהם האישה פרנסה את הבעל זה צריך לחול וצריך שתהיה סימטריה. אין הצדקה להעתיק מהדין הדתי מה שלא מתאים.
2. **תקופת הזמן:** זה צריך להיות לתקופת זמן קצרה ולהיות מזונות **משקמים בלבד.**
3. **חוסר אשמה:** בניגוד למזונות בדין הדתי שמושפעים בצורה הדוקה מהאשמה, בידב"צים הגרעין הקשה של המוסד הזה הוא שהאדם לא מתחתן דווקא בגלל שהוא לא רוצה להיות מואשם בשאלות כמו "למה עזבת" (בייחוד אצל אוניברסאליים). לכן, לדעת המרצה זה חייב להיות נטול אשמה.

**האם הפסיקה בפועל עומדת בתנאים הללו?**

1. **בנושא עיוורון המגדר כן עומדים** - כיוון שזה מזונות אזרחיים לא יהיה הבדל בין גברים לנשים**.**
2. **בנושא תקופת הזמן זה קצת אחרת**: **בג”ץ יקותיאלי** קבע מזונות לידב"צית אך **לא קבע עד מתי.** יש פס"ד מסוים שאמר שזה יהיה ל-3-5 שנים אבל זה כבר לא טווח קצר אלא ארוך מאוד.
3. **לגבי האשמה** - ברק **בורסנו** אומר שיש הסכם מכללא - אם תעזוב ללא צידוק תצטרך לשלם מזונות**. בעצם, היו מחילים את הדין הדתי.**
4. **ירושה:** כאן עולה **בעייתיות כפולה:** יש תנאי סף נמוכים מאוד בכדי להיחשב ידבצים -> אחרי שהוא הגדיר אותם ככאלה רואים לפי סעיף 55 **כוונה** **להוריש** לאחר כאילו היו נשואים. **המרצה טוען** שלא נכון לומר שמי שלא רוצה להיכנס לברירת המחדל הזו יכול פשוט לכתוב צוואה / הסכם ממון, כי לא כולם יודעים שהם צריכים מיד להסדיר את הקשר שלהם מבחינה משפטית. **בפס"ד בלאו** ביהמ"ש אמר שחייב שתהיה צוואה סותרת לשם הוכחה שרצה שלא להוריש לידבצית. **פס"ד אמיר:** אלמן וגרושה שחיים יחד 3 חודשים. האישה מבקשת חצי מהרכוש לאחר שנפטר. האישה טענה שטרם נישאו עדיין משום שהיו רק 3 חודשים יחד אולם תכננו לעשות זאת בעתיד (אוניברסאליים). ביהמ"ש מקבל את תביעתה.

**פס"ד נהור:** אלמן ואלמנה שהתחילו קשר והיו מסודרים מבחינת ההתנהלות שלהם – לכל אחד החשבון האישי שלו בנפרד ובנוסף **חשבון משותף** אליו הם מעבירים סכום כסף בכדי לרכוש יחד דירה. שניהם מסכימים בינם לבין עצמם שהם לא ידבצ"ים. לאחר שנתיים וחצי הגבר נפטר והאישה תבעה מהעיזבון למזונות בהתאם לחוק הירושה. העיזבון טען ששניהם הסכימו על כך שהם לא ידבצ"ים חרף כל מה שהתנהל ביניהם. **ביהמ"ש** דחה את הטענה ואמר **שבחינת הידועים בציבור היא אובייקטיבית** ללא קשר למה שהם אמרו ביניהם. העיזבון ניסה לטעון שבכל זאת הם וויתרו על הזכויות המשפטיות שלהם אולם ביהמ"ש אמר שמדובר בחוק קוגנטי ואין זה ניתן להתנאה.

**נישואים אזרחיים מחוץ לישראל:**

לדעת **המרצה** הנישואים האזרחיים הם התחליף הכי מוצלח שקיים. ידב"צים מקבלים זכויות אמנם אך אין סטטוס כולל של זכות כלפי כולי עלמא (חברות ביטוח, פנסיה וכו').

כאשר בני הזוג מגישים תביעה בשאלה אם הם נשואים – **למי יש סמכות לדון בה?** כשכותרת התביעה היא "**תביעה להכרה בנישואים**" זה תמיד יהיה **בבי"ד דתי**. כשהכותרת תהיה **לתביעה אחרת** ויצטרכו להכריע בשאלת נישואיהם **בצורה אגבית** זה יכול להיות **בביהמ"ש האזרחי כהליך אינצידנטלי.** הדין הוא בכל מקרה **דין דתי**.

**מה אומר הדין הדתי לגבי תוקפם של נישואים אזרחיים?**

**לגבי כושר** – שום דבר לא משתנה בהשוואה לחומר שלמדנו בעבר. אנשים חסרי כשירות שנישאים בחו"ל **לא עושים משהו שמכשיר אותם**. יש לזכור גם שיש קבוצות חסרות **כושר מוחלט** (יהודי ולא יהודייה למשל) ויש חסרי כושר שלא יכולים להינשא אך יכירו בהם כנשואים **בדיעבד** (כהן וגרושה למשל).

**לגבי צורה** – האם נישואים של **בעלי כושר** **בצורה של נישואים אזרחיים** יוכרו כנישואים תקפים?

**בנושא זה יש בהלכה שלוש גישות (לגבי מעמדם ההלכתי של נישואים אזרחיים):**

1. **הנישואים האזרחיים הם חסרי משמעות הלכתית**. למה? הגישה יודעת שצריך **שלושה גורמים לקידושין**: טבעת בשווי פרוטה, עדים כשרים וכוונה להינשא כדמו"י וזה לא קורה לרוב בנישואים אזרחיים. לכן, לפי גישה זו **הנישואים הם חסרי משמעות** עד כדי כך שאפילו **לא צריך גט** (יכולים להינשא לאחר חופשי).
2. **הנישאים האזרחיים לא נשואים אבל צריך גט לחומרא**. מצב כזה קורה כאשר הרב חושב שהאיש הזה **לא באמת נשוי**. עם זאת, יש שני דברים שמטרידים אותו: (1) נושאים כמו גילוי עריות וגירושין הם כה חמורים עד כדי כך שיש להחמיר ולהעדיף שכן יינתן כאן גט ליתר ביטחון גם אם הוא לא חושב בכנות שהם נשואים; (2) מוסד הנישואים – לא נרצה לייצר זילות של המוסד ולכן נדרוש בכל זאת גט כדי למנוע את זה. לפי גישה זו יש השלכות נוספות: (1) במידה ולאישה נולד ילד מגבר אחר, בגט מחומרא **לא יממזרו ילד.** (2) במידה וגבר בורח ונעלם – **לא תחשב האישה לעגונה**. בעצם יש פה הבדל בתפיסה וגם בתוצאות.
3. **הנישואים האזרחיים תקפים הלכתית מכוח הספק.** המשמעות: שמצד אחד הם לא זכאים לזכויות (אישה לא זכאית למזונות כיוון שהיא ספק נשואה) ומנגד הם צריכים להתגרש לפי ההלכה (תחשב לעגונה במידה והגבר בורח, ובמידה ויוולד לה ילד מגבר אחר הוא יחשב לספק ממזר שזה גרוע יותר מממזר). **המרצה** מציין שזוהי הקטגוריה שהכי בעייתי להשתייך אליה. חשוב לזכור שספק נישואים זה הפסד מכל העולמות ולא כדאי.

**מה קורה בפועל?** בשנים האחרונות יש מהלך אותו יוזם **הדיין דיכובסקי**. הטיעון שלו הוא כזה – מתי אני יכול לחשוב ברצינות שאולי **נישואים אזרחיים תקפים** בכ"ז ע"י ההלכה? **במציאות שבה נישואים דתיים לא נגישים** (למשל יהודים ברוסיה הקומוניסטית). עם זאת, כשאנשים נמצאים בארץ והסמכות הייחודית היא של ביה"ד הרבני והם **טורחים לנסוע לחו"ל כדי לא להינשא כדתיים** – הרי **שלא מדובר בנישואים** (יצטרכו לקבל היתר נישואין שנדבר עליו בהמשך). במידה ואתה פסול חיתון – מצופה שתקשיב להלכה ולא תינשא.

**ע"פ הגישה המקובלת בארץ (גישה 1 ומעט גישה 2) הנישואים האזרחיים לא תקפים לפי ההלכה!**

**מה שקורה לפי הדין האזרחי:**

שלוש הגישות של ההלכה הם בהנחה שנגיע לבית הדין בכותרת לתביעת הכרה בנישואין, אבל הכותרת הזו עשויה להגיע לבית דין אזרחי בתביעה אגבית- אינצידנטלית. ביהמ"ש אזרחי יצטרך להכריע האם הם נשואים ולכאורה המצב מאד קשה. אז נכון שבחלק מהמקרים זה יכול להיפתר ע"י ידב"צות אבל זה מייתר את מוסד הנישואים האזרחיים וזה לא נכון. על רקע זה המשפט הישראלי ניסה לברר איך בכ"ז הוא עוזר להם ומוצא מסלול הכרה.

**המשפט הישראלי פיתח 2 שיטות: ישירה ועקיפה –**

* **הישירה:** משתמשת **במשפט הבין לאומי הפרטי**. בהנחה שהזוג נישא מחוץ לישראל ולא בפנים – המשפט הבינלאומי יציל אותם ויחול עליהם.
* **עקיפה:** הכרה עקיפה בנישואים לצורך מסוים. כלומר, מסלול זה אומר שהוא מבטיח לאדם הנשוי (אזרחית) **כל זכות שהוא יבקש מבלי לומר באופן רשמי שהוא נשוי.** נותנים תוצאה מעשית של נשואים אך מבלי לקבוע שהם נשואים.

**\*\* במבחן**- נפרט קודם את הדרך התמודדות ישירה ואז עקיפה.

**הגישה הישירה- הכרה בנישואים האזרחיים באמצעות המשפט הבינלאומי הפרטי:**

**יש להבחין בין 2 מצבים: העולים החדשים והקופצים.**

1. **עולים:** מבחינת המשב"ל הפרטי – **שאלת תוקף הנישואים תיקבע בהתאם לדין המדינה בחו"ל.** בסיטואציה בה הגבר לצורך העניין נפטר והאישה רוצה לרשת אותו - השאלה האם היא נשואה תידון לפי **המדינה בה הם נישאו,** **ואילו את דיני הירושה נפעיל לפי הדין של המקום בזמן המוות** – דיני הירושה הישראלים - והיא תירש חצי. יש לשים לב ששאלת תוקף הנישואים תיבדק לפי תוקפם ע"פ אזרחותם ביום הנישואים, ואם המדינה שלהם הכירה בנישואיהם - בכל חוק אזרחי אנחנו **נתייחס אליהם כאילו הם נשואים בישראל גם אם אין להם כושר וצורה**.
2. **הקופצים:** מדובר באנשים שהם אזרחי ישראל אשר "קפצו" לחו"ל כדי להינשא וחזרו לכאן ורוצים הכרה. **יש שלוש גישות להחלת המשב"ל הפרטי עליהם**:
3. **גישת שאוה** – **אף פעם לא.** הוא מסתכל פרסונה, אם התושב הוא תושב ישראל אז מבחינתו זה שהוא נסע לחו"ל לא אמור לשנות זאת כי חל עליהם הדין הדתי. **אין כאן לאקונה אלא יש הסדר שלילי** – זה שהחוק לא קבע הוראה מיוחדת על נישואים בחו"ל זה אומר שמבחינתו הדין שיחול על אדם הוא **הדין הדתי.** לכן, לפי גישה זו, **כשהמשפט האזרחי צריך לדון בתוקף נישואיו של האדם הוא יבדוק את שלוש הגישות לפי ההלכה** (כשהמקובלת היא שאין לנישואין תוקף).
4. **גישת ויתקון:** טוען שבנושא זה יש לאקונה. אומר שבדבר המלך למועצה אין סעיף כזה ולכן טוען שאין הסדר שלילי, אלא החוק שותק לגבי מצב של אלמנט בינלאומי. **מבחין בין כושר לבין צורה** ושואב את זה מהמשפט האנגלי. **כושר** - הכושר נקבע לפי **מדינת התושבות**, לפי מדינת המקור. ז"א אם אני תושב אנגליה ושם לא מכירים בנישואי בני זוג מאותו המין ואני נוסע לדרא"פ ונישא שם – כשאני אחזור לאנגליה יאמרו לי שאני לא נשוי. (פה אפשר ליפול מבחינת ההכרה יותר בקלות).

**צורה:** בשאלות אלה יחול **מקום** **עריכת הטקס**. לכן, אם אני אזרח אנגלי ויש לי כושר להינשא באנגליה אבל התחתנתי בקליפורניה בטקס שלא מוכר באנגליה, אנגליה תצטרך להכיר בטקס שלי ולהחשיב אותי לנשוי.

**הגישה של ויתקון עוזרת לאידיאולוגים** כי יש להם כושר להתחתן בארץ והבעיה שלהם היא הצורה (לא מעוניינים ברב). בנוסף, הגישה הזו **עוזרת לכהן וגרושה** – יש להם **כושר בדיעבד** ולכן זה מיטיב עם **חייב לאוין** (לעומת גישתו של שאוה שאין לנישואים שלהם תוקף). לעומת זאת, **לבני זוג מאותו המין ויתקון לא עוזר** (כי אין כושר).

1. **גישת זוסמן:** מתחיל כמו ויתקון ואומר שיש פה לאקונה (בניגוד לשאוה שאומר שמדובר בהסדר שלילי) לדעתו, את הלאקונה משלימים **מהמשפט האמריקאי** ולא מהמשפט האנגלי. למה? כי המשפט האמריקאי הוא הכי ליברלי – **אין הבחנה בין כושר לצורה והכל הולך לפי מקום עריכת הטקס.** בגישתו, זוסמן הכי מרחיק לכת כיוון שיוצא שברגע שמצאת מדינה שתחתן אותך - גם אם לא היה לך כושר אתה אמור לקבל הכרה כנשוי.
* לשים לב שאת הדיון על שלוש הגישות יש להציג רק במקרה של קופצים!!!

שאלה לדוגמא: אחמד ושרה נישאו בנישואים אזרחיים בקפריסין אחרי היכרות של שבוע וחזרו לארץ (קופצים!) ושרה מתה בטיסה. אחמד טוען שהוא נשוי ומבקש לרשת אותה – שאוה יגיד שהם לא נשואים. הש' ויתקון יעשה הבחנה בין כושר לצורה: לא היה כושר (כי הוא מוסלמי) ובעיית הכושר לא נפתרת ולכן זה גם לא יהיה תקף. לפי זוסמן אין הבחנה בכלל והוא ייחשב לנשוי. כלומר, יוצא שבמקרה הזה רק לפי זוסמן הוא יירש.

לעניין הגישה הישירה – נראה כי לא הייתה הכרעה בדבר הגישה המועדפת. ברק בפסיקתו אמר שאין להתייחס לגישתו של שאוה, ואף לא הכריע בין הגישות של ויתקון וזוסמן (נטה לזוסמן). הדבר לא הוכרע כיוון שכיום משתמשים לרוב בגישה העקיפה שייתרה את זה.

**הגישה העקיפה:**

לפי גישה זו אתה תקבל את התוצאה האזרחית של להיות נשוי גם בלי להכריע אם אתה באמת נשוי או לא. **נתייחס אלייך כאל נשוי בכאילו**.

**איך זה מתבצע?**

1. **דרך ידבצים:** **פס"ד לינדורן** פתח כזכור את הדלת להשוואה מוחלטת בין ידב"צ לבין נשוי. אם הידב"צ ירצה זכות של אדם נשוי – ברוב גדול מהמקרים לא יסתבכו בשאלה אם הוא נשוי או לא ויגידו שניתן לתת לו את הזכויות גם בלי זה. בכל זאת יש אנשים שלא היו מוכנים לקבל את הדרך הזו.
2. **מרשם:** **בג"ץ שלזינגר** - יהודי ולא יהודייה נישאים בנישואים אזרחיים בגרמניה ומבקשים מהפקיד לרשום אותם כנשואים והוא מסרב (לפי הגישה הקודמת רק לפי זוסמן הם נשואים). ביהמ"ש אומר **שלא צריך לבחון את שאלת התוקף מבחינה מהותית** לפי המשב"ל, **אלא שהשאלה היא רק טכנית** – האם יש להם תעודת נישואין ואם כן אז יש לרשום אותם. זה בעצם יותר גישת זוסמן כי לא משנה מאיזו מדינה תביא תעודה – כל עוד תביא – אקבל אותך כנשוי. זה אפילו הורחב - **בפס"ד בן ארי** כבר היה מדובר בבני זוג מאותו המין. **ביהמ"ש אומר שאותה הלוגיקה חלה גם פה וקובע שיש פיצול בין המרשם לבין הדין המהותי**. באמצעות הפיצול – ככל שמדובר בדרישת זכויות לא באמת צריך להכריע בשאלה אם הם נשואים או לא ופתרון זה פותר את כל הסוגיות מול צד ג'.
* **השילוב של דיני הנישואים האזרחיים יחד עם הרישום מקל על הוכחת ידב"צות**. **המרצה מציין שמי שנישא בנישואים אזרחיים הוא ידב"ץ נוסח תוצרת הארץ** – הבעיה שלו היא עם הרב ולא עם מוסד הנישואים הדתיים!

**רכוש וירושה:**

* **ברכוש** - זה מול בן הזוג שדווקא כן יודע איפה התחתנתי. בן הזוג יכול לטעון בבימ"ש שלא ניתן להישען על הרישום כי הרישום בוצע בקומבינה רק בגלל שהם נשואים אזרחיים וביהמ"ש אמר **בפס"ד שלזינגר** ש**הרישום הוא לא ראייה לתוכנו אלא רק עניין פרוצדוראלי.** עכשיו נניח שהאישה תדרוש חצי מהרכוש לפי **חוק יחסי ממון** – הוא יאמר לה שהיא לא נשואה ולכן לא זכאית לזכויות שבחוק ולכן היא תדרוש מכוח **חזקת השיתוף** ופה היא צריכה להיות זכאית מעצם היותם **ידב"צים** ולהוכיח זאת. לטענת הידבצים - אם הם נישאו אזרחית (טרחו וטסו לחו"ל) ונרשמו, **זה מעיד על רצון לרמה גבוהה של שיתוף!** כלומר, או שאני נשוי ואז מגיע לי חצי מכוח היותי נשוי או שמגיע לי חצי מכוח היותי ידב"ץ (לא מוחלש).
* **בירושה** – זה דומה לרכוש מבחינת זה שהמשפחה שיודעת היכן נישאו תטען שהנישואים לא תקפים ואילו הבן זוג השני יטען לפחות לידבצות. עובדת הנישואים יחד עם הרישום מורידה את רף ההוכחה הנדרש לקשר הידב"צות ביניהם. **הבעייתיות** תתעורר בסיטואציה שבה אדם נישא אזרחית, חי ביחד, **נפרד** אך לא התגרש ומת לאחר שנתיים. במקרה הזה דיני **הידב"צות לא יעזרו לו** **כי בירושה בודקים את מי שחי יחדיו בזמן המוות.** מה שקובע זה אם היינו ידב"צים בשעת המוות ולכן במקרה הזה הם לא ידב"צים והוא לא יירש. לעומת זאת, אם הם נשואים – הוא כן יירש ולכן פה זה יהיה קריטי לדעת אם הם נשואים. לכן, במקרה כזה מיוחד ביהמ"ש יידרש לבחון **לפי ההלכה** את המצב והשאלה תוכרע רק על פי המשב"ל הפרטי והגישות השונות.
1. **קו הגנה שלישי – המבחן הפונקציונאלי / פרשנות תכליתית**: **פס"ד פלונית נ' פלוני** - יהודי ולא יהודייה נישאו אזרחית בחו"ל, נרשמו כנשואים והאחד נפטר. השני הגיש בקשה לצו ירושה ואמר שהם נשואים. עוה"ד שלו שכח שהקומבינה של המרשם היא רק קומבינה והוא לא טען בכתב הטענות שהם ידב"צים (לחילופין). ביהמ"ש אומר שהם לא נשואים בנישואים שמוכרים בישראל (אלא אזרחיים). בחוק הירושה כתוב את המילה "נשוי". ברק צריך לפרש האם המילה נשוי בחוק הירושה יכולה להתפרש כנשוי בנישואים אזרחיים או רק בנישואים דתיים? הוא **בוחן את תכלית חוק הירושה ואומר שזה נכון גם בנישואים אזרחיים**. לפיכך, **חוץ ממזונות וגירושין** – **בכל שאר המקרים הנשואים האזרחיים יקבלו את הזכויות גם מבלי שיוכרע אם הם נשואים באמת או לא -** דרך הקומבינה של המרשם או דרך המבחן הפונקציונאלי של ברק.

**סיכום ביניים לקווי ההגנה שיש לבחון כאשר יש נישואים אזרחיים:**

1. האם הם נשואים לפי המשב"ל.
2. השילוב של נישואים אזרחיים ורישום – ואז הם לפחות ידבצים.
3. השלמה ע"י פרשנות תכליתית של החוק (המבחן של ברק).

**סיכום ביניים:** דיברנו על הנישואים האזרחיים וראינו שתוקפם אמור להיקבע לפי **הדין הדתי**. כאשר הנושא עולה **בסמכות אינצידנטלית** זה אמור להיות גם כן לפי הדין הדתי. ראינו שיש **שלוש גישות** לגבי תוקף הנישואים **בהלכה**: (1) לא תקפים בכלל; (2) לא נשואים וגט לחומרא; (3) נשואים וגט לספק וזה רק נגדך ולא לטובתך.

ישנן 2 קבוצות שרצו להסדיר את המצב איתם: **עולים וקופצים. הרובד הישיר** אמר שכל מה שאנחנו אומרים על הדין הדתי נכון לגבי נישואים שהתרחשו בישראל אבל **בנישואים שהתרחשו מחוץ לישראל נפעיל משפט אזרחי שנקבע ע"י המשב"ל**. ראינו שאצל **הקופצים** יש להחיל את **שלוש הגישות לתחולת המשב"ל** (שאוה, ויתקון וזוסמן) ולכן המצב מורכב יותר **מהעולים** שיקבלו זכויות אזרחיות אוטומטית.אח"כ דנו **ברובד העקיף** ולמדנו שלא משנה באיזו גישה נלך מבחינת העמדות ההלכתיות אנחנו פותרים כמעט את הכל [דרך **רישום כנשוי** מבלי לגעת במהות (בג"ץ פונק שלזינגר) או כקו הגנה שני דרך **הידב"צות** (פס"ד לינדורן)]. **לעניין הרכוש** – גם אם לא ניתן להחיל את חוק יחסי ממון, עצם הנישואין בחו"ל + המרשם -> מעידים על **כוונה לשיתוף** ולכן יהיה ניתן לטעון **להלכת השיתוף** החלה על ידבצים. **בירושה** – ניתן לראות שפנייה לידבצים עלול להוות בעיה במידה והזוג נפרד בטרם מות השני ולכן, לפי **המבחן התכליתי** של ברק – בוחנים האם המילה "נשואים" המופיעה בחוק מכילה גם נישואים אזרחיים ונקבע שכן.

**מה קורה במזונות וגירושין:**

גם אם ע"פ המשב"ל אני נשוי, בשורה התחתונה אני **מתגרש** לפי הדין הדתי. **במזונות** – גם אם זה ביה"ד וגם אם זה ביהמ"ש הדין שחל הוא הדין הדתי ודין זה **לא מכיר סוגיות של מזונות אזרחיים.**

* **גירושין**- **בג"ץ טליסמן** - הבעל מעגן את אשתו ובורח במסגרת הליך הגירושין ואם הוא בורח לא יהיה גט. משום שמדובר בנישואים אזרחיים, ביה"ד דרש ממנו לתת גט לחומרא ואמר שלאישה מותר להינשא. טליסמן הגיש בג"ץ בטענה שביה"ד מזלזל בביהמ"ש האזרחי ומורה על היתר נישואים לאישה תוך התעלמות מהפסיקה שלהם. בג"ץ נותן לביה"ד לגיטימציה להתעלם מהדין האזרחי**.**
* **מזונות** - פס"ד כהנא ופס"ד פורר (מקרה אחד של אידיאולגיה והשני של כהן עם גרושה): שני הגברים נתבעים במזונות, הם טוענים שמזונות בישראל זה לפי הדין הדתי שלא מכיר בנישואיהם לכן 🡨 הוא גם לא אמור להכיר בחובה לשלם מזונות. טיעון נוסף שלהם – הוא התביעה לגט. וביה"ד אומר שאלו נישואים אסורים ומחייב מתן גט (משום שזה אזרחית אז ניתן גט לחומרא מהר), זאת בשביל להראות לביהמ"ש שהם גרושים וכבר לא חייבים במזונות. השופטים, חרף שכעסו מהעניין, קראו למחוקק לשנות זאת ובכל זאת קובעים שהאישה לא זכאית למזונות. זאת ההלכה עד סוף שנות ה-90.

**השינוי בעניין המזונות - התפתחות:**

* **מתחיל** **בפס"ד שמואל**: פס"ד זה עוסק בזוג שנישא **בנישואים אזרחיים** בהודו. אדון שמואל עושה את המהלך הכפול שזה עתה דנו בו – לא מגיע לך מזונות כי נישאנו בנישואים אזרחיים ומנגד פונה לביה"ד לקבל חיוב גט. **ברק** אומר: כששואלים **האם הם נשואים** לא נענה לפי הדין הדתי אלא **נענה לפי המשב"ל** וכשהתשובה תהיה כן – **נפעיל עליהם את סוגיית המזונות לפי הדין הדתי** (מנגד) ולפי דין זה אישה נשואה זכאית למזונות עד הגירושין. בפועל, ברגע האמת הוא **מחליט להשאיר זאת בצ"ע.** ברור היה שביה"ד נתן את הגט כיוון שמדובר בנישואים אזרחיים (ולא כי באמת לפי דיני הגירושין היו צריכים להפרד).
* **בשנות ה-2000 מגיע** **רע"א פלונית נ' פלוני** (**מזונות אזרחיים**): דובר בבני זוג **ש"קפצו"** להינשא בפרגוואי עם ייפוי כוח ואחרי תקופה **קצרה יחסית** נפרדו. המחוזי פוסק **לפי שאוה** וזה אומר שהנישואים האזרחיים לא תקפים ושהוא לא נותן מזונות. מכאן ערעור האישה לעליון. המרצה המליץ **לברק** לפנות **לפס"ד לינדורן** שם הוא נתן **מזונות לידב"צים מכוח דיני החוזים** ולא מכוח דיני הסטטוס, וממליץ לו להכניס מזונות מכוח עיקרון תום הלב (יתרה מכך, גם אם הם רק ידבצים, הייתה כוונה לקחת התחייבויות שונות לפי הנישואים). **מאז הפס"ד נודע כפס"ד המזונות האזרחיים. יש לשים לב** בפס"ד שמואל החובה לתת מזונות היא **חובה דתית**. כאן מנגד החיוב הוא מתוך **עיקרון תוה"ל ודיני החוזים** – מה שמהווה שיטה אזרחית לחלוטין שלא מערבת את הדת.
* פסה"ד בעניין בני נח – פלוני נ' ביה"ד הרבני האזורי ת"א: שני אנשים שנישאו בנישואים אזרחיים מגיעים לבד"ר שם הבעל תובע גט והם מגיעים לדיין דיכובסקי. איך בן נח מתגרש? הוא נישא בנישואים אזרחיים ומתגרש בגירושין אזרחיים (=התרת נישואים) גם כן. אצל יהודי שנישא בנישואים אזרחיים – מבחינת דיכובסקי - הנישואים האלה לא תקפים כנישואים דתיים ולכן לא צריך גט אבל הם כן דומים למצב של גוי (בני נח) שצריך פרוצדורה משפטית של התרת נישואים. לכן, **הוא ממציא המצאה חדשה ואומר שבנישואים אזרחיים לא צריך גט, אבל כן צריך התרת נישואים** (שזה חידוש הלכתי עצום). בעולם עילה של התמוטטות בלתי הפיכה של קשר מביאה לכך שלא מכריחים אנשים להישאר יחדיו. ולכן דיכובסקי אומר **שאם הם פרודים כבר תקופה ממושכת – יש לבצע התרת נישואים. אם ביצעו התרת נישואים לא מחילים את הדין הדתי ולכן אין פסיקה למזונות**. **במבחן** אם יינתן מקרה דומה וביה"ד אמר שהוא מתיר את הנישואים נאמר שלפי בג"ץ זה (בני נח) זה לגיטימי!

\*\*\*לראות סיכום לכל זה אצל טללון בעמ' 59.

**על פס"ד זה מוגש הבג"ץ ע"י האישה, כאשר הדיון הוא באלו:**

1. **סמכות** – האישה מנסה לטעון שמכיוון שביה"ד לא מכיר בנישואים אזרחיים אז לא הגיוני שהוא יהיה הערכאה שתדון בזה וזה צריך להיות בבימ"ש אזרחי. **טענה זו נדחית וברק אומר שלפי החוק הסמכות נתונה לבי"ד** (התרת נישואי יהודים תהיה בבי"ד דתי).
2. החלת נורמות אזרחיות ע"י ביה"ד: **טענה זו נדחית** וברק אומר שכל עוד בד"ר יידבק במדיניות אזרחית סבירה ויפעיל כללים סטנדרטיים זה יהיה בסדר אם הוא לא יחיל את הנורמות הדתיות כאן (לדוגמא: **יפעיל עילה אזרחית סבירה של התמוטטות הקשר**).
3. **נושא המזונות** – זוהי הנקודה החשובה. **ברק קובע כלל שאומר שאי אפשר לכרוך מזונות בבד"ר במקרה של נישואים אזרחיים** (כי חשב שלא ייתנו לה מזונות ואז הכריכה בעצם לא כנה). ביהמ"ש מפתח כאן לראשונה את מנגנון ה-alimony שנותנים מזונות גם לאחר פסק הגירושין. ברק דן כאן במזונות שלא לכל החיים אלא בצורה של **מזונות משקמים לטווח קצר**. עוד הוא אומר שהקריטריון לא צריך להיות של אשמה אלא של התחייבות אזרחית **וכך ברק פיתח לראשונה הגנה כוללת על זוגות שנישאו בנישואים אזרחיים** דרך כלי אזרחי.
* במקרה של בני זוג מאותו מין בד"ר לא יהיה מוכן להפעיל אפילו את הלכת בני נח.

**דיני גירושין:**

**הסמכות:** לבי"ד הרבני.

**חריג:** ביהמ"ש לענייני משפחה – התרת נישואין – במידה ומדובר על בני זוג ללא דת / נישואים מעורבים.

**הדין החל:** הדין הדתי.

לפי המשנה, המקרים בהם אדם יכול לגרש את אשתו:

1. בית שמאי – הגבר **כפוף לגירושין עם אשמה,** ז"א רק אם האישה בגדה / חסרת נאמנות.
2. בית הילל – שתהיה לו **טענה כלשהי פשוט**, אפילו "לא מרוצה ממנה" יספיק.
3. רבי עקיבא – קיצוני. אפילו **מצא יפה ממנה**. **זו ההלכה.**

**לפי ההלכה, בכדי שיהיו גירושין יש צורך בתנאים:**

1. **הבעל נותן שטר גירושין (גט) לאישה (אקט פרטי**): לפי ההלכה הבעל נותן פיזית את הגט לאישה ואם הוא נעלם/ברח אין גירושין וייתכנו **נשים עגונות** (הבעל נעלם) **ומסורבות גט** (הבעל נמצא ומסרב).
2. **הגט הוא אקט רצוני**: אם יכריחו בעל לתת גט הוא פסול (='גט מעושה').
3. **כאשר הגבר לא רוצה לתת גט (האישה צריכה להתבסס על אשמה):** קיומן של עילות הגירושין שמאפשרות כפיית מתן גט (תחת העילות ניתן לכפות וזה לא ייחשב מעושה).

יש חוסר שיוויון בעצם בין האישה לגבר.

**חרם דרבנו גרשום:** החרם אוסר לגרש את האישה בעל כורחה. לא ניתן לגרש את האישה סתם אלא צריך את הסכמתה. עילות הגירושין סימטריות.

**הבעיות שיצר החרם**:

1. **נניח שיצר שוויון, זה יצר פגיעה קשה באוטונומיה**, ששני הצדדים יהיו בכלא, כל צד יצטרך כתנאי לגירושים לקבל את ההסכמה של בן זוגו.
2. **חוסר שוויון מבחינת העילות**: אם אישה בגדה פעם אחת זה מספיק כדי לכפות עליה לתת גט ואילו אם הגבר בגד פעם אחת, לא יכפו עליו למסור את הגט אלא רק אם ייחשב לבוגד סדרתי.
3. **חלופות דתיות:** אם האישה מסרבת לקבל את הגט, הגבר בשלב מסוים יוכל לקבל היתר נישואין ולהינשא בשנית. לאישה אין אופציה כזו במידה והגבר מסרב לתת לה את הגט. זה יוצר בעיה במידה והיא רוצה להביא ילדים מגבר אחר כי אז הם ייחשבו לממזרים (ובמצב כזה היא גם תפסיד את המזונות שלה במידה ותהיה עם גבר אחר).

**פתרונות למצוקת מסורבי הגט בהלכה**:

1. **עילת המורדת**: מתקינים תקנה רדיקלית לפיה אישה שמואסת בבעלה (ולכן מורדת) לא צריכה להיכנס לעילה מוכרת כלשהי בתלמוד וזה מאפשר לביה"ד לכפות עליו לתת לה גט. הרמב"ם מסכים עם זה ואומר שמותר לה לדעתו לדרוש גירושין וכופים על הבעל לתת את הגט. בשלב הזה ישנה מתקפה כנגד עילת המורדת:
2. היעדר סמכות ליצור תקנה בניגוד לתלמוד.
3. זה נעשה אחרי חרם דרבנו גרשום שאומר שלגבר אסור לגרש את האישה בעל כורחה, כשככה סתם נמאס לו, ואז נוצרת פה בעצם חוסר סימטריה – כשהיא מאסה בו, יכפו עליו לגרש אותה.
4. הרס התא המשפחתי – נשים ישתמשו בזה סתם.
5. **תקנת ח"י החודשים:** אצל בני זוג שפרודים יותר משנה וחצי וביה"ד חושב שהקשר שלהם התמוטט גם הגבר וגם האישה יכולים לדרוש גירושין וביה"ד יכפה על הסרבן. דרושה לפחות שנה וחצי וביה"ד צריך **להתרשם שהיה פירוק ממש.**
6. **הפקעת קידושין:** פתרון רדיקלי. חכמים מחליטים שהנישואים הם סוג של חוזה ושבכל נישואים יש תנאי מכללא – שהנישא יתנהג על דעת החכמים. כשהבעל עשה מעשה נבזי הוא לא פעל בהתאם לדעת החכמים ולכן מתממש התנאי המפסיק של הקשר ונישואיו פקעו בלי גט (בעצם מייתרים את האקט הפרטי של מתן הגט).

אלו פתרונות שלא מיישמים אותם!

**מהלכים שקיימים בהלכה ומאמצים אותם:**

1. **סנקציות חברתיות וכלכליות**: (רבנו תם קבע סדרה של סנקציות חברתיות): זו לא כפייה פיזית אלא סנקציות חברתיות – לא נעלה אותך לתורה, לא נעשה איתך עסקים, לא נגיע לשמחות שלך וכולי.

בג"ץ רוזנצוויג - האישה תבעה גט מכוח התנהגות רעה של הבעל ואי מתן פרנסה. הרבנים פסקו לטובת האישה **והאשימו אותו בברוטליות בלתי אנושית כלפי אשתו**. בערעור ביה"ד הכפיל את מזונותיו (מעין כפייה כלכלית במקום פיזית) והוא עתר לבג"ץ וטען שהמזונות הוכפלו למטרת כפייה (="**מזונות הפחדה**"), מה שסותר את ס' 6 לחשבד"ר (ז"א, בניגוד לחוק). **זילברג** קיבל את טענתו מבחינה משפטית, אך קבע כי מבחינה עובדתית לא היו אלה מזונות עונשיים אלא מזונות רגילים ונדרשים, ואם חיוב המזונות בדין יסודו – זה תקין, לגיטימי ולא בכפייה. **פסה"ד ביטל את האפשרות למזונות הפחדה.**

בג"ץ בן צור (שהפך לימים להיות פלונית): החוק של רבנו תם אסר יציאה מהארץ עד שייתן גט. הוא נזכר בפס"ד לב ואמר שפוגעים לו בחוק יסוד ולכן צריך לבטל את איסור היציאה. ביהמ"ש נפנף אותו ואמר לו שאף אחד לא מפריע לו לנסוע לחו"ל ולנהל חשבון בנק אך **כל מה שהוא צריך לעשות זה רק לתת קודם לכן את הגט**.

**במבחן** – מה יקרה אם נראה ניתוח אקטיביסטי מאוד של ביה"ד שלקח סנקציה שלא כתובה במפורש בחוק והחיל אותה? יש לשחזר את פס"ד רוזנצוויג ולהסביר שנרצה שביה"ד יפעל לפי החוק אבל נרצה גם לתת מענה.

1. **הסכם לכבוד הדדי:** זהואקט הצהרתי מסוים שלא תתקיים סרבנות ביניהם. קובעים בהתחלה שהבעל ישלם סכום גבוה של מזונות – אם הבעל ישת"פ עם הגט, היא תמחל לאחר כמה חודשים על חיוב המזונות ותוותר עליהם. אם האישה מסרבת לשת"פ עם הגט, לאחר כבר חודשים היא לא תקבל את המזונות. **זה הסכם שנוצר באופן הדדי בין השניים כשהמטרה היא לתמרץ שלא להיות סרבן גט**.
2. **תביעות נזיקין** בבימ"ש אזרחי של הפרת חובה חקוקה \ פגיעה באוטונומיה. אפשר לתבוע זאת רק בשלב שבו יש חיוב גט / בימ"ש יכול לדון בנושא בעצמו. בתי"הד לא אוהבים את זה בטענה שזה יגרום לגט מעושה ולכן אומרים שלא ידונו בגט עד שתביעת הנזיקין תבוטל (הכי פחות טוב לאישה). מצד שני נראה כי אמפירית זה כן עזר לנשים כי זה היווה טריגר לביה"ד לתת גט.

**היחסים הכלכליים ויחסי הממון בין בני זוג:**

**חל דין אזרחי, סמכות מקבילה – בעקרון דן ביהמ"ש אזרחי, אא"כ הייתה כריכה. ריכוך בדרישת הכתב- רוב האנשים במשפחות תקינות מתכוונים להיות שותפים גם אם לא יעלו זאת על הכתב**. דיני הקניין הרגילים לא משקפים את כוונת הצדדים. ההיגיון שלא להחיל את דיני הקניין (הסתמכות על המרשם) נובע מ-2 רציונליים: **הרציונל ההסכמי** - במשפחה רוב האנשים לא רוצים ליצור הסכמים כתובים כמו ביחסים כלכליים רגילים, **והרציונל הנורמטיבי** - במשפחה שבה שני הצדדים תורמים (בין אם אחד עובד בחוץ והשני מטפל בבית), למרות ששניהם תרמו הרכוש יירשם על שמו של בן הזוג החיצוני לרוב וזה לא צודק -> שני אלה קובעים ברירת מחדל של שיתוף הניתנת לסתירה (אם יש הסכם בין השניים אז לא נכפה עליהם את ברירת המחדל, אולם Once לא עשו הסכם – מפעילים את ברירת המחדל לשותפות באופן קשיח).

**הסדרי השיתוף ויחסי הרכוש בישראל:**

1. **חזקת השיתוף** – הסדר פסיקתי שחל על בני זוג שנישאו לפני שנת 1974 וגם על ידב"צים עד היום.
2. **איזון המשאבים של חוק יחסי ממון –** הסדר חקיקתי שחל רק על בני זוג שנישאו אחרי שנת 1974 ולא חל על ידב"צים.

**חזקת השיתוף:**

חזקת השיתוף היא יציר הפסיקה ועוצבה ב-3 פסקי דין מרכזיים: ברגר, בריקר ובראלי. ההלכה היא שברירת המחדל היא לא הרישום הקנייני אלא שהצדדים מתכוונים לשיתוף אבל שלושתם מאפשרים גם לחרוג ממנו.

**במבחן יש לבחון:** 1. תנאי כניסה: נישואין לפני 74 או ידוע בציבור לא מחילה אוטומטית את החזקה, אלא יש לבדוק אם נתקיימו תנאי הכניסה לגבי בני הזוג. 2. האם החזקה חלה לגבי הנכס המסוים. 3. לבדוק האם יש יכולת לחרוג מהחזקה – למשל: הסכם פורמלי.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **מודל** | **תנאי כניסה** | **היקף הנכסים** | **יכולת חריגה** |
| **הסבר:** | אם תנאי הכניסה לא התקיימו חזקת השיתוף לא חלה על הזוג ולא רלוונטית. | גם אם יש חזקת שיתוף, לא כל הנכסים ייחשבו לנכסים משותפים | כבר מכך שהיא חזקה, זה לא כלל חלוט אלא כלל שניתן לסטות ממנו (דרך הסכם או בהתנהגות). |
| **הסכמי** | 1.אורח חיים **תקין**.2.מאמץ **משותף**.3.דבר מה נוסף עם הוכחת **כוונה**- זה רק חלק משופטים דורשים ראיה נוספת- כמו ערבוב נכסים או שיחה מסוימת שניתן דרכה להבין שהם התכוונו לשיתוף.  | 1.הבחנה בין נכסים **משפחתיים** (לא ע"פ רישום) לבין **נכסים עסקיים** (ע"פ רישום)2. פנסיה למול משכורת. | דיספוזיטיבי מלא1.אפשרות התניה **בהסכם ממון** פורמלי.2.אפשרות **סתירה בהתנהגות**, כוונה שונה. |
| **נורמטיבי** | 1.מאמץ **משותף**2. חיים תחת **קורת גג** אחת (פס"ד לידאי) | \*\*אין פה הבחנה בין נכס עסקי לנכס משפחתי.נעשית הבחנה בין **נכסי מאמץ משותף** נ' **נכסים חיצוניים** (לא מאמץ משותף):1.נכסים מלפני הנישואים.2. ירושות.3. מתנות | 1. אפשרות התניה **בהסכם ממון** פורמלי.2. דיספוזיטיבי חצי קוגנטי-במציאות, בניגוד לרטוריקה כמעט בלתי אפשרי לסתור בהתנהגות. **לא מתחשבים בכוונת הצדדים שלא היה שיתוף לפי התנהגות.** עם זאת יש לשים לב שיש מספר שופ' המסכימים לסטות מדיפולט השיתוף ע"ס העדר מוחלט של מאמץ משותף. |
| **קהילה משפחתית** | 1.אורח חיים **תקין.**2.נישואים **ארוכים**.3.נישואים **ראשונים** (או לפחות שבנישואים הראשונים לא היו ילדים). | חוזרת ההבחנה בין **נכס משפחתי לנכס עסקי,** אם כי בצורה לא חדה, יותר נטייה לראות זאת כנכס משפחתי (הבחנה בין נכס משפחתי מובהק לנכס מעין משפחתי). | חזרה למודל דיספוזיטיבי טהור: **הסכם ממון / התנהגות.**חוזרת יכולת החריגה או באמצעות התנהגות נוגדת שיתוף, או אפילו באמצעות מצגים חד צדדיים אובייקטיביים שוללי הסתמכות (הנסיבות מראות שזו לא כוונת הצדדים / הבעלים הרשום מציג מצג **שמלכתחילה** לא התכוון לשתף) |

**פירוט הטבלה:**

**תנאי כניסה:**

* **במודל ההסכמי:** מדובר על תנאים מצטברים –
1. **מאמץ משותף** –שניהם מתאמצים ונותנים יד.
2. **אורח חיים תקין** – נניח שבני הזוג לא סובלים אחד את השנייה ויש אפילו אלימות וצעקות (אבל עדיין הם ביחד). לא ניתן להניח שהרישום (הנפרד והלא שיתופי) לא משקף את כוונותיהם (ההסכמה > הצדק).
3. יתרה מכך, השופטים שדרשו **הוכחת דבר מה** **מעבר** מחמירים בכך אפילו יותר.
* **המודל הנורמטיבי:**
1. **מאמץ משותף** – נשאר. אין הנחה ששני הצדדים תרמו באופן שווה אבל ברגע שהיה מאמץ משותף נוצרה שותפות בין הצדדים ויחס התרומה לא משנה.
2. **חיים תחת קורת גג אחת** בפס"ד לידאי מחליפים את אורח החיים התקין בדרישה לחיות תחת קורת גג אחת. כל עוד היחידה מתפקדת ביחד, זה מספיק.

**היקף הנכסים:**

* **במודל ההסכמי**:
1. **ההבחנה הראשונה היא בין נכס עסקי לנכס משפחתי** (בפס"ד ליברמן): נכס משפחתי = דירת המגורים ודברים הקשורים במשפחה 🡨 נבחן שלא ע"פ הרישום. נכסים עסקיים = מניות או חנות וכדומה 🡨 נבחן ע"פ הרישום. אם האדם הרוויח כסף ושם לטובת הדירה המשותפת - נניח שהתכוון לשיתוף. אבל אם אדם הפריד בין העסק למשפחה ואת הכסף שלו שמר בעסק, לא ניתן להניח את ההנחה שכוונתו הייתה לשיתוף.
2. **ההבחנה בין פנסיה למשכורת:** ישנה טענה שאומרת שמה שאני מרוויח כעת, המשכורת – מגיעה גם לאשתי. אם אני מהוון את הפנסיה שלי, קרי, הופך אותה למזומן בגיל 40 אז בעצם הטענה היא שהכסף הוא משותף, אולם אם הגירושין היו לפני ההיוון אז הכסף רק של הבעל. הטענה הזו מופרכת כיוון שאדם עובד מקבל רכיב פנסיוני בהווה והאישה מקבלת חלק מזה, אז אם ככה זכאית היא גם לקבל בעתיד. האם הייתה כוונה לשתף לגבי הפנסיה. הש' **כהן** בפס"ד ליברמן אומר שכשמדובר בנכס עסקי לא הוכח כי הבעל רצה לשתף את אשתו ושכל מה שהש' צריכים לעשות זה **למצוא את אומד דעת הצדדים.** עם זאת, אתה לא באמת בוחן את אומד דעת הצדדים אלא כל הזמן חושב מנקודת מבטו של בעל הפנסיה – האם רצה לשתף או לא. שורה תחתונה: משכורת – משותפת, פנסיה – לא משותפת תמיד.
* **במודל הנורמטיבי**:

המשפחה היא שותפות ולכן מה שנוצר מהשותפות זה משותף ומה שכל אחד הביא איתו מלפני כן – זה נפרד. פס"ד נופרבר מבטל את ההבחנה בין רכוש עסקי למשפחתי ולידאי מבטל את ההבחנה בין פנסיה למשכורת. כאן עוברים לדון **בנכסי מאמץ משותף מול נכסים שאינם מאמץ משותף** (מתנות, ירושות ונכסי עבר). **למעט חריג אחד:** אם זוג נישא ולגבר יש קרקע והוא ואשתו בנו בית על הקרקע במאמץ משותף, לפי מודל זה הקרקע היא נטו שלו ורק את הבית עצמו נחלק לפי החזקה שווה בשווה בין בני הזוג. זה מה שקרה בפס"ד לידאי. כלומר, גם אם יש הבחנה רעיונית מסוימת, **בשלב מסוים זה מתמזג**. פס"ד גדסי (שקדם מעט לפס"ד לידאי) מדבר על **'תיאוריית המיזוג**' לפיה הנכסים כבר ממש התמזגו וחולקו באופן שווה. במודל נורמטיבי טהור יבדקו מה היה בדיוק לפני, מה נוסף במהלך וייקבעו כמה מגיע לכ"א.

**יכולת חריגה:**

* **במודל ההסכמי:**

אפשרות ראשונה לחרוג היא כמובן הסכם הממון (הפורמאלי). עם זאת, כאפשרות שנייה - אם הזוג לא עשה הסכם ממון ביהמ"ש יהיה פתוח להשתכנע שהם כן רצו להפריד בנכסים מסוימים. כך קרה למשל בפס"ד סלמן: כשהם מתגרשים, הבעל אומר שזה לא לגיטימי לומר שהיא שותפה כי הוא היה "שליט הכספים" (היה מביא לה דמי כיס). ביהמ"ש קבע שנסתרה חזקת השיתוף למרות שתנאי הכניסה היו תקינים ולמרות שעברנו את מכשול היקף הנכסים כי הנסיבות הן כאלה שמוכיחות שהצדדים לא התכוונו לקיים שיתוף ביניהם.

* **במודל הנורמטיבי:**

ניתן לסתור באמצעות הסכם ממון פורמלי אולם בפועל, כשמדובר על נכסי המאמץ המשותף קשה לסתור את חזקת השיתוף בהסתמך על התנהגות. **בפס"ד קוטלר** (הבעל נותן למזכירה לנהל את הדירות) כשהם מתגרשים הוא אומר שלא הייתה כוונת שיתוף וביהמ"ש אומר שהוא לא נתן לאישה לנהל את העסק בגלל שהיא בזבזנית, אבל זה לא אומר שאין כוונה לשותפות. **פס"ד ראדי** – מדובר בדרוזים, האישה תובעת לחזקת השיתוף אולם הגבר אומר שלפי הכפר אצלם, הבית שייך לגבר ולכן זה שונה. ביהמ"ש קובע שאין להבחין בין החברה הישראלית לדרוזית ולכן, לפי המודל הנורמטיבי, בצורה מכוונת פוסק לאישה שתקבל חצי מהרכוש. המרצה אומר שהחלטת ביהמ"ש לא נכונה כי הרי ברור שזוהי לא כוונת הצדדים.

פס"ד לידאי מהווה מעבר מהמודל ההסכמי לנורמטיבי. בבג"ץ בבלי שמגיע לאחר לידאי אומר במפורש שעברנו למודל הנורמטיבי. בעצם גם הרטוריקה וגם ההתנהגות נורמטיביות.

**המודל השלישי - הקהילה המשפחתית:**

מגיעים כמה פסקי דין המשנים את המצב –

**פס"ד הדרי** – תחילת שנות ה2000 - הזוג חי בדירת מגורים שהובאה לנישואים מהעבר ע"י הגבר. כאן הדירה נותרה ממש כפי שהייתה / שינויים מזעריים, והוא מאוד בטוח בעצמו כי היא לא אמורה להיכלל בשיתוף. גולדברג מסכים איתו והולך לפי המטפורה של השותפות המסחרית (מודל נורמטיבי), אולם שמגר וחשין מתנגדים ו**טוענים שבנסיבות מסוימות נכון להפעיל את חזקת השיתוף גם על נכסים מלפני הנישואים.**

**פס"ד אבולוף:** לפני הנישואים הבעל רכש זכות לדיירות מוגנת בחנות ודמי השכירות שולמו מהקופה המשותפת. הבעל טען שזה נכס עסקי מהעבר ולכן היא לא זכאית. **בך** פסקשאם ביהמ"ש השתכנע שבחייהם הייתה **כוונה ממשית לשיתוף**, ניתן להחיל את החזקה גם על נכסים שנרכשו ע"י צד אחד בעבר. לדעת **המרצה** **לא מדובר כאן בנכס עסקי פרופר אלא בנכס עסקי מעין משפחתי**. האישה גם עבדה שם והילדים גם עבדו שם ולכן זה לא בדיוק נכס עסקי.

לכן, **בנכס ממאמץ משותף** ממשיכים לפעול **לפי המודל הנורמטיבי** והשיתוף חצי קוגנטי. **בנכס שאינו מאמץ משותף מנגד, המודל ה-3 פותח פתח להפעיל את השיתוף בתנאים חדשים (=גם על נכסי עבר).**

* **הש' חשין** **בפסקי דין הדרי ונאפיסי** אומר שבמשפחה תקינה(!) כמו בנישואים ראשונים (ולא בנישואים שניים למשל שם לכל צד יש ילדים מהעבר ולכן המיזוג הוא לא מוחלט) זה יהיה מלאכותי להתחיל לחשוב מי הביא מה.
* **יש גם הסתמכות –** כמו במקרה אבולוף בו האישה עבדה שנים רבות בחנות ולא חשבה שהחנות היא לא גם שלה.
* **במקרה של גברת הדרי –** אמנם האישה לא עבדה, אולם הייתה דואגת לפרנסתה במידה ולא הייתה מסתמכת על כך שזה גם ביתה.
* **באורון –** להפך, רואים שאין הסתמכות בכלל כיוון שלבני הזוג היו הסדרים נפרדים לכל דבר. לכן, כשהוא ירש דירה – האישה לא חשבה שיש לה חלק בה (אין להחיל מאמץ משותף).

**בפועל בפסיקה היום- הפסיקה ממשיכה לשמר בו זמנית גם את הרציונל הנורמטיבי וגם את רציונל הקהילה המשפחתית**:

* כאשר מגיע לפתח ביהמ"ש **נכס מאמץ משותף** הפסיקה ממשיכה להפעיל את **הגישה הנורמטיבית.**
* לעומת זאת, כאשר יהיה מדובר **בנכס לפני הנישואין, ירושה או מתנה**- היא נכונה להפעיל את השיתוף אבל אז היא דורשת יותר תנאי כניסה כמו שניתן לראות בטבלה והיקף הנכסים שונה.

**\*\*\*לכן במבחן-** אם נקבל שאלה על חזקת השיתוף - על נכס שהוא **מאמץ משפחתי** אנחנו ננתח לפי **המודל הנורמטיבי** אבל אם מדובר **בנכס מלפני הנישואין,** ירושה ומתנה- **נלך למודל המשפחתי** (ונבחין בין נישואים ראשונים לשניים וכו').

אם **במבחן** נקבל עובדות של בני זוג שחיים כמו ילדים טובים שנים רבות והכל טוב ואז נישאל על סוגים שונים של נכסים נניח שהם משותפים. אם בשאלה ב' ישאלו איך התשובה תשתנה אם מדובר בנישואים שניים ויאמרו שהיחסים בעייתיים כבר משלב מוקדם ושצד אחד אומר לשני שהוא אורח בלבד בדירה למשל אז **בנכסי מאמץ משותף** חלה חזקת השיתוף ואין הבחנה בין נישואים ראשונים לשניים והדרך היחידה לסתור את החזקה היא פורמאלית בהסכם ממון. **בנכסי עבר מנגד כן נבחין** בין נישואים ראשונים לשניים ונבחן גם את אורכם.

**\*\*חשוב לשים לב**: היום יש ניצנים לדור רביעי אבל לדעת **המרצה** הוא פחות טוב. דור זה מטשטש את ההבדל בין מאמץ משותף לנכס עבר ולפחות לגבי דירת מגורים הוא במגמה שגם אם זה נישואים שניים ובינוניים וגם כשתנאי הכניסה לא מתקיימים באופן ברור - **מפעילים את חזקת השיתוף על דירת המגורים (מהעבר) לפחות ומקשים על הסתירה אם לא נעשה הסכם מפורש** (ושוב, בעיקר על דירת מגורים).

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

**איזון המשאבים – חוק יחסי ממון:**

**שתי טכניקות אפשריות - שיתוף קנייני מיידי או שיתוף אובליגטורי דחוי:**

1. **קנייני מיידי**: לא צריך להתגרש כדי לממש זכויות. כל צד יכול ללכת לבימ"ש ולהגיש תביעה לסעד הצהרתי שיאמר שחצי מהרכוש שייך לצד הדורש. תחת הצהרה כזו ניתן לבקש פירוק שיתוף. שני היבטים: (1) **מיידיות** – כבר משעת הנישואים יש לצד השני זכויות (שאינן רשומות) מבלי לחכות לאירוע מפקיע; (2) **קנייניות** – זכות חפצית קניינית להירשם כשותף על כל גרגיר. זו חזקת השיתוף.
2. **אובליגטורי דחוי** (**שנבחר**): במהלך חיי הנישואים יש פירוד מוחלט וכל צד הוא הבעלים של נכסיו בעצמו. רק כשקורה מאורע **מפקיע** נישואין (מוות/ גירושין/ סעיף5) - מבצעים חלוקת שווי בשוויון מלא (חצי חצי). דוגמא לחלוקה: הבעל הגיע עם קרקע ששווה 200 אלף, במהלך הנישואים היא עלתה לשווי של מיליון -> 800 אלף הופכים להיות נכס משותף למרות שרשום על שמו. האישה הגיעה עם חברה שתחילה הייתה שווה 50 אלף ובמהלך הנישואים היא צמחה ושווה כעת 650 אלף -> 600 אלף משותפים לשניהם (מחלקים את מה שצמח ביניהם במהלך הנישואין)

|  |  |
| --- | --- |
| בעל | אישה |
| 800 אלף | 600 אלף |

במודל זה, בפרידה כל אחד יקבל 700 אלף.

**מרבית מדינות העולם העדיפו את המודל הדחוי. למה?**

1. **שמירה על האוטונומיה של הפרט** – רק בסוף עושים קיזוזים ולא באמצע.
2. **זה מקל מאוד על הפירוד** – קל יותר לבצע את חלוקת הרכוש ואת האיזון בצורה פיסקלית.
3. **הגנה על צדדים שלישיים (הכי חשוב)** –פועלים לפי המרשם והוא וודאי (כשאדם מכר לצורך העניין את הבית בזמן שהוא היחיד שהיה רשום במרשם, הבית באמת רק שלו ולא מתעוררת הבעייתיות שהאישה מגיעה ואומר שחצי שלה).

העתיקו את חוק יחסי הממון הגרמני אבל **"שכחו" להעתיק את חוק הגירושין הגרמני שמנתק את הקשר בין הגירושין הכלכליים לגירושין הדתיים**. ברגע שהחוק אומר שאתה יכול לקבל את הזכויות הכלכליות רק בגירושין או במוות – לצד שעלול להפסיד אין שום אינטרס להתגרש ולכן זה יעודד סרבנות גט. בגרמניה הגירושין הם ללא אשמה ולכן אין דבר כזה סרבנות ועיכוב גט. כך, אם אדם אינו רוצה לחלק את הרכוש כי הוא יודע שיפסיד אין לו תמריץ להתגרש והוא הופך לסרבן גט.

**שני נדבכים בעייתיים**: (1) לרוב נשים צריכות את האיזון; (2) לרוב האישה היא זו שצריכה את הגט ולא הבעל.

נוצר מצב של סחיטת נשים- אם את רוצה לקבל את הגט תחתמי על הסכם ויתור על איזון המשאבים וכך למעשה חוק יחסי ממון הפך להיות כמעט אות מתה.

**על רקע זה מגיעים 2 פסקי דין שריכזו אותם יחד בעליון ודנו בהם:**

**פס"ד יעקובי וקנובלר**: אדונים יעקובי וקנובלר מגישים תביעה לשלום בית לביד"ר, כשהאישה מגישה פירוק שיתוף על יתר הנכסים לבימ"ש הם מגישים תביעה לדחייה על הסף כיוון שאין פס"ד של גירושין ולגבי הדירה הוא מבקש פירוק שיתוף כי היא רשומה על שניהם- נקרא התרגיל המשולש! עד שבימ"ש עוצר אותו.

**עורכי הדין של הנשים מעלים 3 טענות יצירתיות:**

1. **טענת הסימולטניות:** ניסו לטעון שבמקרה שבו חל הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון, חלה סימולטנית-גם הלכת שיתוף הנכסים בין בני זוג**.**
2. **טענת הקדמת מועד איזון חילונית:** עו"ד אמרו שחוק יחסי ממון הוא אזרחי, אז נפרש אותו במובן אזרחי- נפרש את המילה גירושין שלא לפי המובן הדתי אלא לדוגמא כאשר הקשר התמוטט בצורה בלתי הפיכה. ואז מאותה נקודה יהיה ניתן להפעיל את טבלת האיזונים שבין הבעל לאישה.
3. **טענת הקדמת מועד איזון דתית:** לא נחכה לגירושין עצמם, מספיק שביהמ"ש הורה על מתן הגט.

טענות ההקדמה הדתית נדחו, כמו כן נדחו טענות ההקדמה החילונית ובנוסף לא החילו את חזקת השיתוף במצב של נשואים אחרי 1974 - **כל 3 הטענות נדחו**, לכאורה הנשים הפסידו אך התוצאות היו לטובת הנשים כיוון שהן קיבלו חצי מהרכוש.

המהלך הבא- **שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי (חוזים, קניין ועוד) עם הנחת משפחה** (למעשה התוצאה של שטרסברג כהן **ביעקובי** עם הקלה מבחינת הרישום). נפעיל את הדין הכללי המהותי (כי הרי את חזקת השיתוף אחרי 74' כבר אי אפשר, ואת איזון המשאבים יהיה אפשרי רק לאחר מתן הגט) שמאפשר לאנשים לייצר שותפות בהסכמה, אבל אנחנו נסכים לרכך את הדין הכללי בנושאים פרוצדוראליים מאחר שבמשפחה לא נוטים לעשות הסכמים. כך לדוגמה, אין דרישה לחוזה בכתב במקרקעין (כדרוש ע"פ ס' 8 לחוק המקרקעין)**.**

**ליפשיץ-** בפועל זוהי חזקת השיתוף **דור אחד** (חזקת שיתוף הסכמית – לא מכניסים ערכים נורמטיביים אלא מבוסס על כוונת הצדדים ויש הנחה שהם רוצים לשתף ויש מאמץ משותף) משמע, שבמהות אימצו מנגנון שדומה יותר לסימולטניות בין חזקת השיתוף לחוק יחסי ממון**.**

**פס"ד אבו רומי:** גבר מוסלמי קיבל מקרקעין בירושה מאביו, ובנה עליהם דירה. בניית הדירה מומנה על ידי אחותו ואמו. לאחר מכן, האיש נישא, וגר יחד עם אשתו בדירה. בני הזוג התגרשו לאחר 14 שנים. האישה הגישה תביעה לבית משפט לענייני משפחה, להצהרה על זכותה במחצית הדירה**.** היא הסתמכה על 3 טענות: שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי, היא רוצה שיתוף על נכס שהגיע מלפני הנישואין בעוד ביעקבי היה מדובר בנכס שנצבר במהלך חיי הנישואין ולכן העו"ד שלה טוען שזה לא לפי חוק יחסי ממון אלא לפי חזקת השיתוף ואז זה יכול להיות אפשרי. טענה נוספת היא שביעקבי היה מדובר על זוג שטרם התגרש וכאן מדובר בזוג שהתגרש וחוק יחסי ממון אמור לפעול.

שט"כ אומרת שאי אפשר באמת להחיל פה את חזקת השיתוף ושאפשר רעיונית להחיל את השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי (שמשמעותו גם אם צריך הסכם והוא לא כתוב נוותר להם על הצורך הזה) אבל כל עוד היא לא ראתה הוכחות וראיות לכוונת הצדדים לשיתוף הם לא יקבלו**.**

* **עכשיו יש לנו שלושה מסלולים**: חזקת השיתוף, חוק יחסי הממון והשיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי. **שיתוף זה הוא למעשה חזקת שיתוף דור אחד מאוד חלשה**.

**תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בשנת 2008- המחוקק קובע הפרדה בין הגירושין הכלכליים לגירושין הדתיים. הוא קובע בסעיף 5א שלושה מקרים בהם ניתן יהיה להקדים את מועד איזון המשאבים ולא יהיה צורך לחכות לגט:**

1. **סעיף 5א(א)(1)- חלפה שנה** מיום שהוגשה תביעה להתרת נישואין או לתביעת חלוקת רכוש (איזון משאבים).
2. **סעיף 5א(א)(2)-** שנה שבתוכה בני הזוג חיו מתוכה 9 חודשים בפירוד.
3. **סעיף 5א(א)(2)-** קיים קרע בלתי הפיך בין בני הזוג.

**למי התיקון עוזר?** לכל מי שלא צריך גם את הגט הדתי – נשים שלא אכפת להן שיהיה להן ממזר / לא רוצות עוד ילדים. **למי התיקון לא עזר?** למי שרוצה את הגט הדתי עצמו.

**עזרה למסורבי גט:**

* **בסיטואציה בה הסרבן הוא שרוצה להקדים את האיזון** – **ישנו ס' 5א(ג)** שנתן לביהמ"ש שק"ד– אם ביהמ"ש התרשם שמבקש האיזון הוא הסרבן - ביהמ"ש יכול להתנות את הדרישה לאיזון המשאבים בכך שיפקיד כתב הסכמה להתרת נישואין לרבות כתב הסכמה למתן/ קבלת גט.
* **סעיף 5א(ד)-** "בית המשפט או בית הדין שנתן פסק דין לאיזון המשאבים רשאי לעכב את ביצועו אם סבר כי המבקש פועל בחוסר תום לב בעניין התרת הנישואין" – דוגמת סיטואציה בה אדם חתם על איזון משאבים ובחוסר תו"ל מורח את הגט. סיפא: " ואולם לא יראו **סירוב של המבקש** לוותר על זכויות שהוא או ילדו זכאים להן על פי דין, כחוסר תום לב" –בעיקר בסיטואציה של אישה שזקוקה למזונות אישה ולא במקרה של סחטנות. **פס"ד אקנין:** הוא איש עסקים והיא עקרת בית. יש לו משכורת יפה ויש להם דירה עם משכנתא. כשהם מתגרשים היא מבקשת מזונות והיא תלויה בו לחלוטין. היא בת 50 ועד לקבלת הפנסיה יש זמן. פירוק שיתוף = דירה פחות חוב המשכנתא לחלק לשניים וזה סכום מאוד נמוך. לכן, מה שיעזור לה זה רק מזונות ואי מתן גט. נניח שהיא רוצה רק איזון משאבים מבלי להתגרש – לפי הסעיף הקודם ניתן לומר שהיא הסרבנית אולם לפי הסעיף הזה אנו רואים שזה לא מסחטנות ולא מחוסר תו"ל. בשל דעתה של ברק ארז ותמיכתו של זילברטל נפסק שהיא תקבל מזונות בכל זאת. (למרות שטענו שזה נוגד את התביעות נזיקין בעצם). **לדעת ליפשיץ יש לפרש את הסעיף באופן מצמצם.** בנוסף, חושב שהיה צריך לפסוק לה מזונות משקמים המותנים בכך שהיא תשתף פעולה עם הגט.
* כשדירה רשומה ע"ש שני בני הזוג? אין צורך **בחוק יחסי ממון** כי דיני הקניין מאפשרים לי פירוק מיידי ומכאן שסרבן כן יהנה מחלוקת הרכוש. לכן, **התיקון עוזר רק כשהדירה רשומה ע"ש אחד מהצדדים**. **המרצה** מציע שבאמצעות עיקרון תוה"ל יש להחיל גם על פירוק שיתוף קנייני את המכניזם של **ס' 5א(ג)**.

ס' נוסף שחשוב בחוק יחסי ממון-התיקון מתקן את ס' 6ד(3) וקובע שאחד השיקולים בפירוק שיתוף יהיה פגיעה בילדי הזוג, ולכן לתת העדפה שהילדים יהיו בדירה ככל שניתן.

**אילו נכסים נכללים בשיתוף**? חזקת השיתוף דור 3 כללה גם נכסי עבר אך ס' 5(א) לחוק אומר בבירור שנכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות לא ייכנסו לאיזון.

כלומר, ידבצ"ים ובני זוג שנישאו לפני שנת 74' ממשיכים לקבל את חזקת השיתוף ולכן אצלם **נכסי עבר** כן ייכנסו לשיתוף (פס"ד הדרי) בעוד שזוג שנישא אחרי שנת 74' לא יקבל את הנכסים האלה.

לכן – פונים למודל של שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי (**אבו רומי)**.

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

**בתוך הקובייה של השיתוף הספציפי יש 3 זרמים:**

1. **ממשיכי שט"כ באבו רומי:** אם אדם יביא הוכחה קונקרטית כמו ששט"כ דרשה (כמו ערבוב נכסים בפס"ד גדסי) אז נוכל להחיל את איזון המשאבים גם על הנכסים שהוצאו. אך ורק עם כוונה מוכחת לשיתוף עם ראיות (ולא עצם הנישואים). גם **הש' דנציגר** נוקט בשיטה הזו בפס"ד מסוים (הצהרתית בלבד).
2. **שיטה שהמרצה הציע במאמר**: החלת חזקת השיתוף דור 3 = אם מדובר בנישואים ראשונים ארוכים נראה שהיה רצון לשתף. אם מדובר בבני זוג מנישואים שניים, קצרים אבל הם חיו ביחד חיים טובים וארוכים אז נחיל את חזקת השיתוף המרוככת ונבקש להוכיח כוונת שיתוף יותר קשוחה (ש' שאימצו – **זילברטל ועמית**).
3. **מבקר המדינה (יוסף שפירא):** בדירת מגורים ברירת המחדל = שיתוף **ומי שלא רוצה לשתף צריך הסכם**.
* **המשמעות** – למרות שהחוק אומר שנכסים חיצוניים הם לא ברי איזון, ייתכן מאוד שזה כן ייכנס לפול.

**שיתוף בהון אנושי וכושר השתכרות:**

**פס"ד ברייאן:** קיבל תואר לרפואה וביום קבלת הדיפלומה מתגרש מזוגתו שבהתחלה מימנה את המשפחה ואת הלימודים ולאחר שנולד להם ילד – ירדה לעבוד בחצי משרה. מה דיני הרכוש של ניו יורק יתנו? יחולקו רק נכסי המאמץ המשותף כי זה נישואים קצרים אך **מה נשאר לכ"א באמת?** לו יש פוטנציאל השתכרות עצום בתור מנתח ולה יש קריירה מדשדשת כאחות שלא התפתחה**. בארה"ב** ובמקומות אחרים יש את המושג של alimony ולכן זה מתאזן איכשהו.

**בפסה"ד ובספרות, שדחו את רעיון השיתוף בנכסי ההון האנושי, עלו טענות שונות:**

* **התנגדות פורמליסטית**: נשוא השיתוף אמור להיות נכס בעוד שויסמן מגדיר נכס כמשהו שאפשר למכור אותו. אולם פרשנות תכליתית תאמר שזה תוצאה של מאמץ משותף ושיש להתחלק.
* **טיעון ספקולטיבי**: איך אפשר לחשב דבר כזה? אך ממילא עושים זאת בנזיקין בכך מחשבים אובדן כושר השתכרות ונותנים פיצויים על כך.
* **בעיית המימוש**: עוד אין מה לחלק כי הנכס לא קיים כרגע אבל ניתן לקבוע חלוקה עתידית.
* **ההבחנה בין הכישרון האישי לבין התוספת שנרכשה עקב המאמץ המשותף -** ב-O’Brien לקחו משכורת ממוצעת של בוגר קולג' ושל רופא מנתח והחסירו. אומר האדון - הנוסחה מתעלמת מכישוריי שהיו שם עוד קודם **ושהפילוח בין הכישורים האישיים לבין התוספת מבן הזוג הוא קשה**. הטיעון הזה כבר סביר.

גם אם נניח שהיינו מוצאים טכניקה לחישוב מדויק ומבחינים בין הכישור האישי לתוספת - עדיין נצטרך לצלוח את השלב השני - חלוקת כושר ההשתכרות ביניהם.

**אפשרות ראשונה:** נכמת. נניח שמגיע לה רבע מהסכום העתידי שהוא ירוויח (לדוגמא רבע מ-200 אלף עד לפנסיה). **בעיית המימוש** – הכסף עתידי ולא בחשבון עכשיו ולכן נעשה לו פריסה בתשלומים - **חוב עיתי קבוע**. יתרון:אם כושר השתכרות הוא נכס אז באמת כ"א קיבל את חלקו בו. עוד יתרון:לא צריך לחשב כל פעם מחדש. חסרונות: (1) '**המפסידנים'** – מי שירוויח פחות מהצפי ישלם יותר סתם; (2) **'דורון שפר'** – מכריח להמשיך לעבוד בעבודה באותה עבודה = פגיעה באוטונומיה.

**אפשרות שנייה:** אחוז מתוך המשכורת בפועל - ייקבע ל-25% מכל רווח שלו בשנים הבאות. חסרונות: (1) צריך לחלק את ההפרש בכושר ההשתכרות. זה אומר שבכל שנה הוא יצטרך לעשות סיכום של הרווחים שלהם, לעשות את ההפרש ולחשב מתוכו באחוזים. **מחייב אותם לשמור על קשר** **ומתמרץ אותם לא לעבוד**; (2) אי ניתוק כלכלי למרות שהכוונה הייתה להפריד בין הגירושים הדתיים לכלכליים.

**מהם 2 הטיעונים המנצחים?**

1. **קושי באבחנה** בין כישרון אישי לתוספת שהיא כתוצאה מהמאמץ המשותף (=מאמץ הבן זוג)**.**
2. **בעיית המימוש**: א. מה יקרה אם לא יצליח בסוף בקריירה? לא ירצו להמשיך לעבוד? ב. ישלם אחוז מסוים מההפרש בין המשכורות של בני הזוג- לאישה לא יהיה תמריץ ללכת לעבוד**. למעשה, מכריחים אותי כאן לעבוד וזו פגיעה באוטונומיה.** איך לממש בפועל את השותפות? **מודל ראשון** – הקפאת ידע בזמן הגירושין (וחישוב תשלום עיתי קבוע); **מודל שני** הפרשת אחוז מהמשכורת החודשית**.**

**סיכום ביניים:** דיברנו על כך שגם חזקת השיתוף וגם חוק יחסי ממון מחלקים את הנכסים ושאלנו מה קורה בהיבט ההון האנושי והיכולת להרוויח כסף – קביעות, כושר השתכרות, ניסיון אישי ועוד. את הדברים האלה אנחנו לא רואים בהכרח כנכסים שיש לחלק ובכך אנו לא מגיעים לתוצאה שוויונית. ראינו גם שבעולם יש alimony, מה שמאזן את זה ובמ"י זה לא קיים. דיברנו על שתי בעיות בחלוקת הנכסים האלה: (1) איך אני מפלח את הכישור האישי הראשוני והתוספת?. בדוג' של O’Brien זה צף – האם האישה גרמה לו לעשות את הקפיצה מרופא רגיל למנתח? לא. סביר להניח שנתח משמעותי מזה היה שם כבר קודם; (2) איך ממשים את זה? איך מחלקים זאת? **(אפשרויות לכך לעיל).**

**מה קורה בישראל?**

בפס"ד פלוני נ' פלונית (הון אנושי):רו"ח מצליח בעל נכסי קריירה. **בקושי בפילוח ריבלין** אומר שצריך להבחין ממקרה למקרה. **בקושי במימוש** הוא פוסק סכום חד"פ כי יש להם כסף (250,000 ₪) אך לא מסביר איך הוא מגיע לסכום. יש לו דיסוננס – הוא הבין שצריך לחלק אבל נבהל מעצמו ומתמחר חששות. ההלכה היא **לא המספר** אלא שכושר השתכרות זה נכס ושניתן לחלק אותו.אם נייצג את האישה – נשאל למה סכום נמוך, אם נייצג את הגבר נאמר ש-250 זו התקרה. **מה יכול לתת מענה לקשיים לדעת המרצה?**

* **פילוח** – נשתמש בדיני הנזיקין (החכמים = שיראו את הפוטנציאל האמיתי שלו בשכר, את החיזוי העתידי שלו ולא להסתכל עליו כ"סטודנט בלבד"). צריך גם להתחשב **בכישרון המתגלה** (ע"ע קדישמן) שלא ניתן לייחס אותו ליום הנישואים כי אז זה מתעלם מהכישרון האישי שלו שהתגלה**.**
* כימות ותשלומים זה בעייתי אך גם תשלום עיתי קבוע הוא לא אופטימלי. **המרצה** מציע שני פתרונות**:**
* **לעשירים:** ללכת על סכום חד פעמי אבל לשלב אותו עם שני מקדמים: **היוון טכני לחלוטין** (=שיערוך צופה פני עתיד) **ומקדם סיכון** (העובדה שרק הבעל לוקח את הסיכון בעוד שהיא מקבלת Cash ביד)**. ז"א שבמקום שאנליטית היא תקבל 350 -> תקבל 250** כיוון שבימ"ש צריך להסתכל לא רק על הממוצע אלא גם על **התנודתיות.**
* **לעניים:** נוסחה שתאמר כמה הוא ישלם כל חודש עם פתח תקופתי לשינוי בבימ"ש עקב שינוי נסיבות.הפתרון הזה נכון לעניים כמו ברייאן שיש להם את הדיפלומה והיכולת אולם לא את הכסף.

**איזו עמדה היה עדיף לאמץ בפסה"ד (לדעת המרצה)?**

אם נישאו לפני 74' וידב"צים נחיל את פסה"ד ונחלק הון אנושי. אם נישאו אחרי תופס **חוק יחסי ממון** וכשתיקנו אותו ב-08' התייחסו בכנסת גם לנושא הזה והיו שלוש גישות: (1) **לבטל את פסה"ד** ולומר שנכסי קריירה לא יחולקו; (2) לכתוב במפורש שהון אנושי הוא נכס לכל דבר – **לחשב הכל תמיד**; (3) פיתרון ביניים – **שימוש בס' 8 והשארת הנושא לשק"ד ביהמ"ש**. הס' מאפשר לא לחלק את הרכוש שווה בשווה (כמו שאומר סעיף 5 על חלוקת שווי כלל הנכסים) אלא בשיעור אחר.

**סעיף 8 לחוק אומר שביהמ"ש יכול להפעיל את שק"ד ולקבוע בין היתר:**

* 8(2): " לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, **לא יהיה מחצה על מחצה,** אלא לפי יחס אחר שיקבע בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, **לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג**.

לביהמ"ש יש אפשרות לסטות מחצי חצי במקרים של כושר השתכרות ואז נכפר על הפערים באמצעות ההון הממשי. השופט לא חייב לעשות את זה כי הון אנושי לא מופיע בס' 5 אבל הוא יכול מכוח ס' 8. בעייתיות: **עובד טוב רק שההון הממשי גבוה מהאנושי. אם ההון הממשי מעל האנושי אז אפשר לדבוק בחלוקה הקניינית (דרך סעיף 8)**. לעומת זאת, מקרה מסוג זה שהיה לנו עכשיו, שההון הממשי נמוך מהון האנושי – זה בעייתי.

**בחלוקת הון אנושי לביהמ"ש יש 4 אפשרויות:**

1. **חלוקה קניינית של כושר השתכרות** – בעצם אומרים שכושר השתכרות זה נכס ויש להשתמש בסעיף 8. יש לשים לב שאת סעיף 8 ניתן להפעיל רק אם ההון הממשי עולה על ההון האנושי. יש למצוא נוסחא לחלוקה קניינית עם אקטואר שיסביר את הפוטנציאל תוך התחשבות בנסיבות. נגיע לחלוקה דרך ס' 8 או דרך פיתולים **שהמרצה** מציע.
2. **אומדן**: זו הטכניקה **שריבלין** עשה. מסתכלים נניח על הנכסים הממשיים של הבעל וזורקים מס' בהערכה, שלפיו יעשו את החלוקה בין הבעל ואישה. יש שאומרים שהתקרה היא קביעתו של ריבלין (250 אלף).
3. **לנסות לאמץ בארץ טכניקה דומה לפיצוי על נכסי קריירה** – בעל שממשיך לעבוד במקום עבודתו והאישה עובדת בעבודה פחות מאמצת כדי להיות עם הילדים - הוא שמר על עבודתו יחד עם המשפחה והיא לא מיצתה את הפוטנציאל שלה ויש לה הפסד קריירה. מסתמכים פה על השותפות בין בני הזוג בנישואין ולכן הנוסחה בוחנת את הפערים הכלכליים שבין בני הזוג אחרי הנישואים ועל פיה לעשות את החלוקה.
4. **לא לעשות דבר**. פשוט לא לחלק את ההון האנושי ולהתעלם ממנו. סעיף 5 לא אומר שהון אנושי נחשב לנכס והוא לא מאפשר שק"ד – לכן אין חובה להחשיבו ככזה. יש מקרים בהם לדעת המרצה לא צריך לחלק כושר השתכרות: סיטואציה של **2 קרייריסטים** שגידלו באופן שווה את הילדים. הבעל מרוויח 20 אלף ומדובר בנכס של קביעות, האישה מרוויחה 40 אלף עם פוטנציאל אפילו להרוויח יותר אולם ללא קביעות. אם הולכים לפי הון אנוש כנכס – צריך לבחון כמה היא תרוויח עד סוף חיה ולתת לבעל את חלקו לפי איזונים. לדעת המרצה זה לא ראוי בסיטואציה הזו.
5. **שימוש בס' 8 כדי לייצר שוויון בעת נק' היציאה** –שהם יצאו שווים בנק' היציאה. המרצה טוען שהשופט סימן בחר בדרך של חסד להביא לה ולא משום הפנמת העובדה שכושר השתכרות ברמה הרעיונית זה נכס שצריך לחלק אותו.

לדעת **המרצה**, במקרים שבהם שני בני זוג עובדים אבל ניתן להצביע בבירור על מפרנס עיקרי ועל פער – כאן יש לבחור בין אופציות 1-3. אם אין פער או שהוא ממש שולי או לא תוצר של התנהלות חיי הנישואים – כאן אפשר להעדיף את האופציה הרביעית ולא להתערב**.**

**במבחן:** מקרה של בני זוג שהתחתנו לפני 74 או ידועים בציבור עדיין חלה חזקת השיתוף וזה קנייני. אם אחרי 74 במקרה מהסוג שתיארנו לעיל אפשר להגיע לאותה תוצאה במסגרת סעיף 8, אבל בצורה מוגבלת, צריך לעשות את הדיון של עשירים מול עניים, ועניים שאין להם הון ממשי- להגיד שלפי שחר סעיף 8 יש שק"ד לשופט האם לחלק או לא את כושר ההשתכרות ואיזה יחס.

**האם יש להתחשב בשיקולי אשמה שיגרמו לאי חלוקה חצי חצי?**

בעבר היו משתמשים בסעיף 8 (הפעלת שק"ד) כשיקול להפחתה מסוימת מהזכויות או כשולל אותם. אולם לפי ערעור אזרחי שהגיע לבג"ץ נקבע **שלא מפעילים שיקולי אשמה.**

**שיקולי אלימות:**

בנושאי אלימות התעוררה השאלה האם אלימות היא שיקול שיכול להשפיע על שלילה/ הפחתה של זכויות על פי חוק יחסי ממון. לאחרונה היה פס"ד ייחודי בעליון: אדם ניסה לרצוח את אשתו והועמד לדין פלילי, הורשע וישב בכלא. הוא הגיש תביעה לאיזון משאבים ורצה חצי מהפנסיה שלה, שכן, זה הנכס המרכזי שלהם. פנסיה זה נכס לכל דבר (לא כמו כושר השתכרות). האישה טענה שלפי סעיף 8 יש לדחות תביעתו. לפני אותו פס"ד הרי נקבע שלא מכניסים שיקולי אשמה כמו בגידה ולכן מנסה להימנע מלעשות שימוש בשיקולי אשמה.

**דעת השופטים:**

* **השופטת דפנה ברק ארז:** לוגיקה של השתק. אומרת שכדי שהוא יקבל את הפנסיה שלה היא צריכה לחיות והוא בניגוד לכך ניסה להמיתה. משום שבמקרה **שהיית הורג אותה** – **לא היית מקבל -> לא תקבל.** באוביטר אומרת שאם בעתיד יהיה מקרה של אלימות שפוגעת באוטונומיה – תתחשב בכך.
* **השופט הנדל:** מוכן להתחשב רק **באלימות שגרמה נזק** ולכן מניח שזה עלול **לפגוע בכושר ההשתכרות** של אישה מוכה. במקרה דנן אומר שהייתה לזה השפעה על חייה וזה פגע בה.
* **השופט מלצר:** עושה מיקס בין 2 השיטות. במקרה **שהתובע הוא המכה** ומדובר **בהכאה חמורה**, אז ניתן יהיה לעשות **הפחתה בפיצויים**.

**חלוקת פנסיה בין בני הזוג:**

מאז **פס"ד לידאי:** יש מעריך שאומר מה החלק בפנסיה שייחשב עבור תקופת החיים המשותפת שבו בני הזוג יתחלקו.

בחוק יחסי ממון זה כתוב במפורש: "לרבות נכסי פרישה".

**סוגי פנסיה:**

1. **פנסיה צוברת – צבירת כספים:** הפנסיה העיקרית שיש כיום. מצב בו אתה מקבל משכורת ובה כל אחד מהצדדים מפריש חלק- המעביד והעובד, והסכום נשמר בקרן. כשמגיעים לגיל פרישה, אם כתוב בתלוש שיש לנו מיליון שח', הולכים לאקטואר והוא ממיר את הסכום- מביא נוסחה שאומרת שאתם תקבלו קצבת פרישה, ואם יש לכם בן זוג, הוא יקבל אחוז מסוים מקצבת הפרישה ואחוז מסוים שיגיע לילדים עד גיל 21. הפנסיה נותנת גם פנסיית נכות- אם הפסדת את כושר העבודה לפני גיל פרישה, ואם נפטרת בטרם עת השארים שלך מקבלים קצבת שארים.
2. **פנסיה תקציבית – צבירות זכויות**: החל מ-95' אין פנסיה תקציבית. אין קרן אליה מפרישים אלא ישנה התחייבות של המעביד לשלם בעת הצורך כספים המגיעים מתקציבו, מבלי שהעובד נאלץ להפריש. גובה הפנסיה מחושב לפי אחוז מסוים מהמשכורות האחרונות של העובד במקום העבודה. אם אדם מגיע לגיל פרישה - מקבל 70% מהמשכורת הרגילה שלו, ואותן זכויות כמו מקודם- אם אתה נפטר בן הזוג והילדים שלך יקבלו. מקור הזכות – החוק.

**בעיות ביישום בגירושין:**

1. **בעיית המימוש:** סיטואציה – מקרה קלאסי של עובד מדינה/ צבא (פנסיה תקציבית): האיש התחתן, החל לעבוד בגיל 30, התגרש בגיל 40, יצא לפנסיה בגיל 60. לאישה תיאורטית מגיע שישית. רק בגיל 60 בעצם הוא מקבל את הכסף והאישה תרצה כעת שיבצעו חישוב לשם קבלת זכויותיה (החישוב נכון גם לצוברת). קרן הפנסיה / המדינה/ הצבא בעצם אומרים לה שהיא **לא מוכרת כ"עמית",** העמית הוא האדם שצבר את הכסף ולכן עליה לפנות להוצל"פ שיקחו את הכסף מהבעל. הבעיה: פנסיה לא ניתן לעקל. **פס"ד צר:** אלמנת צה"ל. העליון האמר שהצבא צודק, לפי החוק אסור לו להעביר את הפנסיה למי שהוא לא עמית. העליון מסכים עם זה שיש בעיה אך אומר שהמחוקק יפתור אותה. קמה וועדה שהציעה תיקון לחוק ואמרה שבמקרה של גירושין יעשו חישוב כמה מגיע בהסתמך לנתונים שהיו במקרה, ולפי הסכום הסופי יוכלו לחשב ואז לתת לאישה ישירות את כספה.
2. **בעיית השליטה:** בכל תקופת הביניים רק העמית מקבל את ההחלטות והן יכולות להיות דרמטיות. יש ניגוד עניינים בין הצדדים הרבה פעמים. דוגמאות לבעיות שליטה – (1) יש מסלולים שונים של קרנות פנסיה, אחד עם סיכון גבוה ואחד עם נמוך. בעל הפנסיה יכול לבחור במסלול עם הסיכון הגבוה בעוד שהכסף הזה מהווה כרית ביטחון לאישה והיא תעדיף סיכון נמוך. (2) בפנסיה תקציבית יש אפשרות להוון את הכסף, לכן אם הבעל ירצה אותו נזיל – יוכל לקבלו תוך היוון. האישה לעומת זאת תעדיף שהכסף יישאר בפנסיה כי יש ריבית נמוכה. בשתי הסיטואציות בשורה התחתונה הבעל בוחר את המסלול.
3. **בפנסיה התקציבית גרושה לא נחשבת כשארה (לא תקבל קצבת שארים)** – בעיה חמורה. הבחנה בין ביטוח לפנסיה: בביטוח כותבים מי המוטבים אחרת תהיה ירושה ע"פ דין. בפנסיה לעומת זאת, **התקנון** הוא שמגדיר מי השארים והם **ילדים** עד גיל מסוים, **אשתו**, **ידב"צ** בזמן המוות (מול הקרן עוד אפשר לנסות להתווכח). בעצם **לא כולל גרושה**. בפנסיה צוברת **חלוקת רוחב** תפתור את כל הבעיות - בגירושין **לכל אחד יש קופה משלו** וכל אחד בפרישה יקבל את כספו שלו. לעומת זאת בפנסיה תקציבית לא ניתן לעשות זאת כיוון שאין קופה עם כסף אלא רק בגיל פרישה מקבלים. לכן, בסיטואציה של פנסיה תקציבית תתאים **חלוקת אורך** לפיה אחרי הפרישה יחלקו את הפנסיה באופן יחסי. עם זאת, זה יעורר את בעיית הגרושה ובעיית השליטה.

**פתרונות שלפעמים עזרו לבעיה השלישית (תקציבית), לפני כינון החוק (כי הראשונה והשנייה לא פתירות):**

1. **הרחבת חריג מזונות:** היו נשים שבגלל הפנסיה לא רצו להתגרש מהבעל. המחוקק עשה תיקון מסוים לחוק הגמלאות כדי למנוע מצב כזה, וקבע שאם בני זוג חיים בפירוד שלוש שנים, דין האישה לצורך החוק הזה כגרושה. **סייג לכך:** בחוק יש מקום שכתוב שגרושה שמקבלת מזונות **נחשבת כנשואה**. אם היא נחשבת כנשואה זה אומר שאפשר להחשיב אותה כשאירה. היו שופטים שבמקרים מאוד חריגים הסכימו להתייחס להתחייבויות חוזיות של אדם לאשתו למזונות לאחר הגט כמזונות שהופכים אותו לשארה. אמנם אלה לא מזונות לפי דין המעמד האישי, אבל השתמשו בזה כדי להגדיר אותה שארה. אפשרות עוד יותר נועזת היא לקרוא לקצבת הפרישה "מזונות" והיו שופטים שהסכימו עם זה במטרה להחשיבה כשארה.
2. **קרן הפנסיה לא תשלם אלא יש תביעה לתשלום נגד עיזבון:** השופט רובינשטיין בפלונית: אם הייתה התחייבות חוזית (לשלם קצבה) שקרן הפנסיה לא יכולה למלא (כי יכולה להעביר רק ל"עמית"), החובה חוזרת לעיזבון והוא צריך למלא אותה. זה פתרון שעוזר רק אם לעיזבון יש מספיק כסף ויש יריבות אמיתית מול אישה חדשה.

**פתרונות לבעיה ע"י החוק:**

לכאורה, הפתרון האידיאלי הוא חלוקת רוחב בכדי למנוע שמירת קשר אחרי גירושין. עם זאת, היה בעייתי ליישם אותו בפנסיה תקציבית ולכן הוועדה הבחינה בין 2 המקרים:

* **פנסיה צוברת**:
1. **עושים חלוקת רוחב**. בפס"ד השופט צריך לקבוע מה נצבר בזמן החיים המשותפים. בהינתן פס"ד הקובע על חלוקת זכויות פנסיה ואיזונן בין שני בני זוג המתגרשים, תפוצל קרן הפנסיה כך שיעשה חישוב נפרד לכל בן זוג**. יש 3 בעיות עם פתרונות:**
2. **חיתום:** יש דמי ניהול לקופת הפנסיה ומאפיינים של הבעל על הכסף שלה. משום שהאישה עלולה לשלם יותר בהתאם לסכום שיושב בקופה / תכונות הבעל (חולני), יש לה אפשרות שיהפכו אותה ל"עמית מוקפא" (מקבל את התכונות של האישה) שמקבל את הכסף במכה רק בעת הפרישה ולא כפנסיה*.*
3. **בעיית המעביד:** המעביד מפריש גם הוא סכום שחלק גדול ממנו הוא ע"ח פיצויי הפיטורים. אם העובד מתפטר – לא זכאי לפיצויים. הפתרון כדי לא לפגוע במעביד הוא שפשוט צובעים את החלק הזה בתוך החלק שלה והוא לא יצא מהקופה עד שהבעל לא יפוטר/יעזוב.
4. **מס שבירה:** המס הוא בהתאם לסכום וישנה תקרת מס. לאחר שחולק הכסף יש חשש שהם לא מגיעים לתקרה ולכן אין צורך בתשלומי מס. לכן, הפתרון הוא שבזמן ההפרדה הם יצטרכו לשלם את המס המגלם את **הרווח הצפוי**.
* נותן פתרון לבעיית המימוש והשליטה כי כבר יש 2 קופות נפרדות (בעיית הגרושה היא רק בתקציבית!)
1. (**לא בדיוק פתרון אלא יותר בעיה)** סיטואציה בה האיש קודם יוצא לפנסיה, מקבל קצבה ורק לאחר מכן יש גירושין. בחלוקה הכירו כבר באישה הראשונה **ותמחרו כבר את זכויותיה** אולם זאת בלי לקחת בחשבון שיתכן שתגיע **אישה שנייה**. כבר לא ניתן להוסיף זכויות לאישה הזו כיוון שהכסף כבר חולק. יוצא שהאישה הראשונה היא שארה.

**סיכומון:** יש לבחון האם העמית היה עובד או פנסיונר בזמן הגירושין. בהנחה **שהיה עובד בזמן הגירושין** והבן זוג השני לא עובד – עושים חלוקת רוחב: פותחים קופת פנסיה לבן הזוג אליה מעבירים את הסכום החלקי לפי תק' החיים המשותפים (מחצית מהסכום). החיתום של הקרן יכולה להוביל כך שהאישה תעדיף להיות "עמית מוקפא" ואז הקופה היא כמו קופת חיסכון. יש התחשבות בזכויות המעביד. כאשר מפצלים את הקופה, הכסף מופחת וכפועל יוצא גם המס על הקופה ולכן יש שבירת מס. **העמית היה פנסיונר ואז התגרשו:** יש חילוק של כספי הפרישה בין הגרוש לגרושה ואין הכרה באישה שנייה.

* **פנסיה תקציבית:**
1. **פתרון לבעיית המימוש: חלוקת אורך,** העמית נשאר אותו עמית אולם **נורה לקרן הפנסיה להיות הצינור כאשר הם מתגרשים.** ההוראה לקרן תגיע מהפס"ד שיאמר שחיו בני הזוג X שנים יחד ולכן מגיע לה 50%. את יתר החישוב תבצע הקרן (לפי כמה שנים עבד).
2. **פתרון לבעיית הניהול: קובעים מנגנוני ניהול משותף וקובעים ברירות מחדל** כמו – אסור להוון, ובשביל לסטות מהם יש צורך באישור 2 הצדדים.
3. **פתרון לבעיית הגרושה שאינה שארה:** הוסיפו את הגרושה כשארה, אולם ברגע שבני הזוג מתגרשים, בכדי להבטיח את זכותה להיחשב כשארה היא צריכה לממן את קרן הפנסיה (באמצעות הפחתה של הקצבה באחוז מסוים).לכן מתוך ה-50% מהצד שלה היא תקבל 70%.

**סיכומון:** כאשר מתגרשים כשהוא עוד עובד עדיין לא יודעים מה יהיה גובה הפנסיה (אם התגרש אחרי הפנסיה קל לחשב). לכן ישנה חלוקת אורך – כאשר הם מתגרשים הקרן מהווה צינור ומעבירה ישירות לאישה בהתאם לפס"ד שאומר כמה שנים חיו יחד, בנוסף קבעו ברירות מחדל לגבי ניהול הפנסיה. לגבי גרושה – תחשב כשארית ותקבל את חלקה היחסי אולם עם הפחתה מהסכום. אם יש לגבר אישה חדשה אז היא תקבל את חלקו של הגבר מהפנסיה (אם ימות) והגרושה את חלקה.

**מה קורה אם לאדם יש גם אישה (פרודים) וגם ידב"צ:**

* **בירושה** – הידב"צ לא יורשת אם הוא עדיין נשוי.
* **ביטוח לאומי** – שתיהן יתבעו.
* **קרן פנסיה** – בעליון מבצעים **מבחן סובייקטיבי לפיו בוחנים את אומד דעתו של האיש,** את מי העדיף מבין השתיים. עם זאת, **לדעת המרצה** יש לבחון לפי מי הצד שסירב לתת את הגט.

**חוץ מפנסיות יש ביטוח חיים וביטוחי מנהלים:**

סעיף 147 לחוק החוזים מדבר על קביעת מוטבים בביטוחים הללו. בהגדרת מוטבים לפי סעיף זה, הם גוברים על הצוואה ודיני הירושה. דוגמא: אם אדם רשם כמוטב את אשתו הראשונה ושכח לשנות זאת לאחר נישואיו השניים, הראשונה היא שתירש אותו*.* **בחובות:** ביטוח מנצח נושים. אם נהרגת והיו לך חובות אז העיזבון ישלם אותם, אך הביטוח לא מפסיד לנושים, ולכן אם אתה רוצה להתחמק מחובות ומנושים אתה יכול להגדיל את הביטוח משמעותית.

**הסכמי ממון:**

ביחסי רכוש עד כה ההנחה שלנו הייתה שבני הזוג לא עשו הסכם ממון.

כשיצוין שבני זוג עשו הסכם מסוים יש לבחון האם מדובר בהסכם ממון או סתם חוזה רגיל. לא כל חוזה הוא הסכם ממון אלא כזה הצופה פני גירושין או מוות. אם הוא מכיל גם חוזה רגיל וגם הסכם ממון – יש לפרק את החוזה לשניים, מה שהוא רגיל – יש לו תוקף, מה שהוא הסכם ממון – ישנה פרוצדורה.

**אם מדובר בהסכם ממון, הוא צריך אישור או אימות:**

* **אימות:** כאשר ההסכם נעשה **לפני** תחילת הנישואין. **רשאי לאמת:** שופט (של בימ"ש למשפחה), דיין, רשם נישואין ונוטריון (ובלבד שהנוטריון נוכח שבני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית תוך הבנת משמעותו ותוצאותיו). הדרישה היא טכנית אצל השופט, הדיין והרשם – לא בודקים את רצון הצדדים או תוכן ההסכם אלא שני הצדדים מגיעים נטו להראות שהם החותמים.
* **אישור:** כאשר ההסכם נעשה **לאחר** הנישואין. ישנה הבחנה בין 2 קבוצות אותה לא מבצע החוק: (1) אנשים הרוצים להתגרש ומסכמים על חלוקת הרכוש. (2) אנשים במהלך נישואיהם שרוצים להמשיך יחד ותוך כדי כתבו הסכם. **מי רשאי לאשר**: שופט ודיין. **בעת האישור:** על השופט/ דיין להיווכח שהצדדים עשו זאת תוך הסכמה חופשית והבנת המשמעות (וישנה דרישת הכתב כמובן). ההיגיון שכאן הבחינה מהותית כן נדרשת – נוצרים פערי כוחות לאחר הנישואין. החוק לכאורה לא מסמיך את ביהמ"ש שלא לאשר את ההסכם ולכן הם מוגבלים ועושים זאת כהליך מזורז.

**כאשר לא מתקבל אישור / אימות:**

לכאורה לפי החוק – אין לו תוקף. אולם היו פסיקות שאמרו שאין לו תוקף של הסכם ממון אך **כן של הסכם חוזי רגיל** (המרצה חושב שזה מוזר וזה באמת מוזר).

**מקרה שקרה:** הוא אלמן, היא גרושה, נישאים וכורתים הסכם שאין איזון משאבים – כל אחד ורכושו. עם זאת אין לו בעיה לפרנס אותה ואת ילדיה הקודמים אולם בגירושין כל אחד מקבל את רכושו בלבד. מי שאימת להם את זה היה הרב שערך את טקס הנישואין – שלו אין הרשאה לעשות זאת. כשנפרדו היא תבעה לחצי מהרכוש והוא מצידו אמר שלפי ההסכם התביעה צריכה להידחות. האישה בנוסף טענה שמדובר בחוזה לא תקף – וביהמ"ש קיבל טענתה. כעת יש קושי מבחינת הכתב – כי בשביל שלא יהיה איזון משאבים יש צורך בהסכם כתוב. לכן המרצה ממליץ לגבר: (1) יש פה חוסר תו"ל של האישה שידעה שהעורך לא רשאי לאמת את ההסכם ולכן זה גובר על דרישת הכתב. (2) יישום החוזה בפועל כהסכם חוזי רגיל, כי הרי שמוכיח שהוא עומד בחלקו ע"י מתן פרנסה לה ולילדיה. קיבלו זאת.

**אצל ידועים בציבור:**

חוק יחסי ממון לא חל עליהם ולכן גם לא קיימת הדרישה לאשר/ לאמת להם את ההסכמים.

**בפס"ד זמר**- קבע ביהמ"ש אמנם אין חובה לאשר את ההסכמים של הסכמי ממון, אבל אם הם רוצים הם יכולים לאשר זאת בפרוצדורה מיוחדת- חוק ביהמ"ש לענייני משפחה [סעיף 3(ג) אומר שלגבי כל עניין שבסמכות ביהמ"ש לענייני משפחה יהיה **רשאי** ביהמ"ש ליתן להסכם תוקף של פס"ד]. לשים לב שביהמ"ש **רשאי** ולא חייב.

**במבחן:** אם הידבצים לא הלכו לאשר את ההסכם שלהם, משום שהם לא חייבים, החוזה תקף מבחינת דיני החוזים הרגילים. בשינוי השאלה לאיך התשובה תשתנה באם מדובר בזוג נשוי? להסכם ממון אין תוקף. אולם ניתן לומר שיש לו תוקף חוזי רגיל / חוסר תו"ל.

**שיתוף בחובות לצדדים שלישיים:**

עימות בין אחד מבני הזוג לבין נושה (כשהבן זוג השני בחיים). **יש 2 מקרים:**

1. **הבית והעסק רשומים על שם הבעל החייב-** יכול להיות מצב שהבעל שיעבד את הבית לטובת העסק / נתן ערבות אישית שלו לעסק. העסק קרס, הנושה מטיל עיקול על הבית כי זה חלק מנכסי החייב, ורוצה לממש אותו. האישה תטען שהבית גם שלה ולכן מגיע לה חצי ממנו. בעצם יש פה זכויות מנוגדות. יש כמה שאלות: א. זכותו של מי ראשונה? האם זכותה של האישה התחילה בעת הנישואין או תתחיל בעת הפרידה שזה כבר אחרי העיקול? (זכות מיידית / אובליגטורית) ב. סיווג הזכות – מעין קניינית/ אובליגטורית. ג. כאשר הנושה יודע שהאיש נשוי ובכל זאת מחתים אותו על משכנתא ללא חתימת האישה – פועל בחוסר תו"ל? ד. בהנחה שיש לאישה זכות, אם לא רשמה אותה / ה"א, האם פועלת בחוסר תו"ל?

**לנושה 2 טענות חלופיות**: 1. זכותו גוברת 2. שיתוף בחובות.

**יש להבחין בין מקרים:**

* **אנשים שהתחתנו לפני 74' וחלה חזקת השיתוף:**

**במישור הזכויות הנוגדות:** פעם הפסיקה הייתה לטובת הנושים בשל הסתמכות על המרשם. שינוי ראשון **בפס"ד בן צבי** – שמגר מבצע הבחנה בין נכס משפחתי לעסקי. **בעסקי** – אפשר להסתמך על המרשם, **בדירת מגורים** – אם לא בדק קיום וזכויות בן הזוג, הנושה הוא **חסר תו"ל.**

**טענת שיתוף בחובות:** הייתה קורלציה בין הזכויות לחובות בין בני הזוג. כאשר העסק הצליח הייתה מקבלת חצי וכך חבה במידה ויש חובות. **חריגים שהאישה לא תהיה שותפה לחובות**: 1. אם הוכח שלאדם יש חוב כדי לפרנס פילגש. 2.חובות שנבעו מהימורים. אולם במקרה הזה מי שרוצה את השיתוף בחובות הוא לא הבעל **אלא הנושה**. **כמה גישות:** 1. דעות בספרות – טענת שיתוף בחובות קמה לבני הזוג בלבד. 2. פסיקה – הושאר בצריך עיון ופוסקים לפי בסיס עובדתי, לרוב טענו שהאישה לא מעורבת.

**שינוי - פס"ד שלם:** הבעל לקח ערבות אישית, הכונס מטיל עיקול. האישה טוענת לחצי מהדירה ושחצי מהעיקול לא תקף. ברק לא בוחן סימטריה בין חובות לזכויות אלא מחלק לשיתוף **קנייני מיידי:** אומר שכאשר מדובר בנכס משפחתי כמו דירת מגורים, קמה לה זכות מעין קניינית שמתחילה מיד עם תחילת הנישואין. לפי **הלכת אהרונוב**, זכות קניינית מנצחת מעקל מאוחר. כאשר מדובר בשעבוד יש צורך בתו"ל וחובה על בעל השעבוד לבדוק את דירת המגורים לראות שקיימת שם אישה עם זכויות. בנכסים עסקיים יש **שיתוף דחוי** והוא מרחף עד שמתרחש אירוע מפקיע (מוות, גירושין, גירושין כלכליים, פשיטת רגל) שהופך את בן הזוג לשותף בחוב. שורה תחתונה: לפי אהרונוב זכותה גוברת ואין שיתוף חובות.

**\*\*\*לגבי ידבצים:** **פס"ד אורש** השאיר בצריך עיון את השאלה האם יהיה הנושה חסר תו"ל כשלא יבדוק.

* **אנשים שהתחתנו אחרי 74: לפי חוק יחסי ממון-**

כל אחד הוא בעלים של הרכוש של עצמו ורק כשהם מתגרשים עושים איזון משאבים, אבל העיקול היה לפני מועד הקרע. טענה אפשרית לאישה: **השיתוף הספציפי מהדין הכללי** (שט"כ ביעקובי) יגיד שבדירה לא חייבים רישום ויש הנחת רישום. **בפס"ד אבו גיאת** זה קיבל תשובה: רובינשטיין (מיעוט) אומר שהשיתוף הספציפי לא חל על כולם אלא קונקרטי תלוי ראיות והאישה הייתה צריכה לכתוב ה"א לפחות. פוגלמן אומר שמדובר בנושה מקצועי ויש לו יותר אחריות לבדוק את זכויות האישה. עמית מתייחס לשיתוף הספציפי כמו חזקת השיתוף. בשורה התחתונה: **תמיד להחתים את בן הזוג!**

\*\*אם בגלל טענת שיתוף ספציפי **הנושה יטען לשיתוף גם בחובות** – ביהמ"ש **יבקש ראיות שהיא הבינה בעסק** וסביר להניח שזה לא יוכח.

1. **הדירה רשומה על שם האישה, העסק על שם הגבר כיוון שהוא עוסק בעסקים עם סיכון**. בפועל העסק פירנס את המשפחה וכעת קרס.

**טענת הנושה:** 1. **שיתוף בחובות** – עסק שהתפתח במהלך הנישואין הוא משותף, לכן כשם שיש שיתוף בזכויות כך גם בחובות. ביהמ"ש סותר את זה בטענה שהיא לא הייתה מעורבת. 2.להכנס בנעלי החייב ולתבוע שותפות – הרי שאם היו מתגרשים, עצם חזקת השיתוף הוא היה תובע למחצית מהבית למרות שהוא לא רשום.

**בפס"ד בנק לאומי:** מדובר היה על זוג שהתחתן **אחרי** 74', הדירה על שמה ולכן הנושה טען לשיתוף ספציפי. ביהמ"ש אמר נכון שהם לא עשו הסכם פורמאלי אבל אם הם הקפידו לרשום זאת רק על שמה וזו הייתה כוונתם ולכן שוב ע"ב עובדתי סותרים את השיתוף.

**\*\*מקרה נדיר, פס"ד הצריף:** ידבצים, היא הקימה גן ילדים והוא היה משהו לא ברור ולהם ילד. תבעו אותו בסך 4 מיליון שח על חוב מלפני ההיכרות ביניהם. היא בנתה את הארמון שלה ב-4 מיליון וטענה שהם נפרדו אך אפשרה לו ללון שם כי מכר את הצריף (במיליון). הנושים הבינו שהוא העביר לה את הכסף כדי לרכוש את הבית, דרשו תחילה את זה בחזרה ואז טענו לשיתוף בנכסים בשמו ולכן פסקו לטובתם מחצית מהדירה.

**במבחן-** **דירת השקעה**- מצד אחד יש אפשרות שביהמ"ש ילך עם הנושה ויגיד שזה נכס עסקי וזכות הנושה קדמה במישור הזכויות הנוגדות (מה שהיה קיים פעם + שמגר). מצד שני יש מצב שיראו דירת השקעה כנכס משפחתי אם הם חיים בשכירות משום שברק נתן פתח להרחיב.

**דיני הורים וילדים:**

**הגדרת הורה:**

1. **הגדרה ביולוגית (מחילים בישראל):** לגבי האב היא ברורה, לגבי האם זה נחלק לאם ביולוגית – נותנת הביצית, והאם גנטית – נושאת.
2. **הגדרה משפחתית**: אבא הוא הבעל של האם.
3. **קריטריון פסיכולוגי – פונקציונאלית:** הורה הוא מי שמתפקד בפועל כהורה.
4. **הגדרה הסכמית**: הורה הוא מי שהוסכם שהוא ישמש כזה.
5. **הגדרת טובת הילד:** הורה הוא מי שטובת הילד תקבע שיהיה הורה.
6. **אימוץ:** הורה הוא מי שהמדינה הכריזה עליו כהורה.
* כל אלה נכונים כשאנו יודעים בדיוק מיהו האב הביולוגי.

**קביעת הורות:**

1. **מצב סטנדרטי:** 2 הורים, אב ואם ושניהם הורים ביולוגיים.
2. **ילד שנולד לרווקה מחוץ לנישואים**: **בנצרות** הילד נחשב **"לא לגיטימי"** ולא היו לאב כלפיו זכויות או חובות. **באסלאם** האב מוגדר **"הבעל של האמא"** ולכן אם יש ילד מחוץ לנישואין כביכול **אין לו אבא**. בדין הישראלי, **פס"ד פלונית** מכונן מבחינת מזונות אזרחיים לילדים –מדובר בילדה מוסלמית שנולדה מחוץ לנישואין ואמה תבעה בשמה למזונות. **כאן ביהמ"ש אימץ את התפיסה הביולוגית**. רואים את זה גם בפס"ד שמכריחים אדם לבצע **בדיקת רקמות** ואם הוא מסרב – זה מוכיח נגדו שהוא האב (=הלכת שרון). גם בהסכמים שנחתמים עם בת הזוג שבמסגרתם היא מתחייבת לא לתבוע מזונות ביהמ"ש אומר **שלא ניתן לוותר על זכויות ילד** ומבטלים את ההסכמים בשל פגיעה בתקנת הציבור. **לסיכום**, בעבר **העמדה הדתית** שלטה בעוד שהיום **המבחן הביולוגי**.
3. **ילד שנולד לאישה נשואה מחוץ לנישואין:** **ממזרות.** בארה"ב הכירו בהגדרה המשפחתית (הבעל הוא האב). במשפט הישראלי, ברמה הפורמלית ההגדרה לאב היא ביולוגית ולכן מה שעושים זה לקבוע איסורים כבדים על בדיקת רקמות. מכאן, שהחזקה היא שהבעל הוא האב וכך הוא גם חב בחובות. גישת אילון היא שמדובר בטובת הילד ולא רוצים לממזר אותו. אם אין חשד ממזרות כמו בסיטואציה שההיריון התחיל לפני הנישואין / לא יהודים – ניתן לאפשר בדיקת רקמות.

**על גישתו של אילון 2 ביקורות:**

1. מדובר בהקרבת זכות ההורה שיכירו בהורות שלו (המאהב)
2. הילד ירצה לתבוע למזונות במידה והוריו יתגרשו – זה פוגע בטענת האב שזה בכלל לא הבן שלו אך עם זאת הוא לא רשאי לערוך בדיקת רקמות והחזקה פועלת נגדו.

**בפסיקה:** היו שכרסמו בגישת אילון – (1) היו מצבים **שהרחיבו את האיסור** גם כשלא היה חשש ממזרות בטענת טובת הילד. (2) הורו לעשות בדיקה **למרות חשש הממזרות** ע"ב חו"י כבוד האדם.

**נחקק חוק מידע גנטי:** **מחזק את גישת אילון** – אם מדובר ברווקה אפשר לכפות בדיקת רקמות ואילו אם מדובר בנשואה עם חשש ממזרות יש איסור גורף לבצע את הבדיקה אלא אם יש היתר של בית הדין הרבני. סעיף 28 לחוק מאפשר בדיקה רק במצב של סכנת חיים או מוות.

**במבחן:** 1. בסיטואציה שבה מבקשים בדיקת רקמות אך יש חשש ממזרות: תחילה להציג את גישת אילון -> כרסום בפסיקה החמרה/הקלה -> חזרה לאילון לאחר חקיקת החוק. 2. אם יוכח בבדיקות אחרות שהוא לא האב: הפסיקה אסרה על בדיקת רקמות בשל בדיקה פולשנית בילד, לכן אם יש דרך אחרת כביכול זה בסדר. עם זאת נראה שאפילו אם אפשר לגלות באמצעות בדיקת רוק / ראיות מוצקות – זה לא יהיה קביל כיוון שהרציונל הוא לא לממזר את הילד.

1. **ילד שנולד בהפריה מלאכותית לזוג נשוי (תורם זרע):** האישה נכנסת להיריון ובת"ז כותבים את האבהות **ע"ש הבעל** ולא ע"ש התורם האנונימי. השלכות אזרחיות – **פס"ד סלמה:** ילדה נולדה לזוג מהפריה. לאחר הסכסוך בין בני הזוג, תבעה האישה מזונות בשם הילדה. הגבר טען שהיא הזריעה ללא הסכמתו ולכן אין לחייבו במזונות. משום שגידל אותה וראה בה כביתו, ניתן לטעון לקריטריון ההסכמי והפונקציונאלי שמייצרים פה הורות. עם זאת, הש' לא פנו לגישה זו ואמרו **שהגדרת הורה היא עדיין הגדרה ביולוגית** אבל לגבי המזונות הם מוכנים לעשות חצי צעד ולהצביע על **התחייבות מכללא** לזון את הילדה ולדאוג לה. **הבעייתיות:** ההתחייבות החוזית הזו לא פועלת כלפי צד שלישי. **פס"ד יהוד**: אחד מ-5 בנים שלו נולדו 2 ילדים והוא עומד למות. לפני מותו אביו הבטיח שהוא יגדל את נכדיו כאילו היו ילדיו ושהוא יוסיף אותם לירושתו. כעת לאחר שהסבא נפטר, ישנם 4 ילדים + 2 נכדים שכל אחד מהם צריך לקבל שישית מהירושה. הילדים טענו שאותם נכדים לא נחשבים באמת לילדים מבחינה ביולוגית ואף לא נעשה תהליך אימוץ. ביהמ"ש **לא מקבל את הקריטריונים הפונקציונליים ומבקש צוואה כתובה ומפורשת** ולא צוואה מכללא (ומתנגד לשיטה ההסכמית). הולך לפי השיטה הביולוגית וקובע שהם נכדים.
2. **ילד שנולד מהפריה מלאכותית לאם חד הורית (רווקה):** בישראל אפשרית תרומה מבנק הזרע לאחר שוועדה בוחנת את מצב האישה, והתרומה היא אנונימית. בשל החיסיון, אין הטלת חבות על האב כלפי הילד. בסיטואציה השנייה, בה אישה קיימה יחסים עם גבר ונכנסה להריון - האב ינסה להתנער מחובותיו ויטען שהיא גנבה זרע / ינסה לכרות איתה הסכם שהוא לא חב במזונות לילד וראינו שבתי המשפט אומרים שזה סותר את תקנת הציבור. כאן מפתחים הבחנה לעניין האהבות בין אב מתנער לאב תורם אנונימי.

\*\* אם **במבחן** פרצו לבנק הזרע וגילו את זהות האב – הוא אב לכל דבר וישלם מזונות. עם זאת, אם היינו מקבלים הגדרה אחרת של הורות (ולא את הביולוגית) אז ייתכן שהאבא יהיה מישהו אחר והוא לא יידרש לשלם דווקא.

**לגבי האם יש 3 אפשרויות:**

1. אם ביולוגית (בעלת הביצית)
2. אם גנטית (נושאת)
3. אם שכל האופרציה נעשתה בשבילה (כמו בהליך פונדקאות).

**טכניקות מלאכותיות של הולדה:**

יש 2 מצבים שבהם גם המבחן הביולוגי מתפצל וזה מורכב.

1. **תרומת ביצית** (אופציה 6 בהמשך לספירה לעיל): אישה שמסוגלת ללדת אך יש לה בעיה בביציות. לוקחים ביצית מתורמת, משתילים ברחם היולדת והיא תלד ולבסוף גם תגדל את הילד. החוק הרלוונטיהוא **חוק תרומת הביציות** שאומר **שיש ניתוק זיקה בין התורמת לבין הילד** והיולדת היא האם.
2. **פונדקאות:** הפונדקאית תורמת את רחמה לתהליך, אך לא את הביצית. האמא המיועדת יכולה להביא ביצית משל עצמה או להביא ביצית מתורמת אחרת (ואז יש 3 נשים), אך לא משל הפונדקאית (כי אז היא נחשבת לאם ביולוגית וזה אימוץ)**.**

**חוק הפונדקאות:** **ראשית**, חוק הפונדקאות מתחיל באיך מבצעים את הפרוצדורה תחת רגולציה כבדה. הס' הרלוונטיים הם 1-11. **שנית**, הוא מגדיר למי שייך הילד. כאן החוק יוצר "**צו הורות**" – אם הכל הולך כמו שצריך וביהמ"ש מאשר את הכל והאם הנושאת לא מתחרטת ("התמודדות") הצו הופך את האם המיועדת לאם ומנתק את האם הנושאת (היא לא אם ביולוגית ולא מאמצת אך היא האם). במצב של **התמודדות**: לפי סעיף 13 אם לפני מתן הצו היולדת התחרטה (צו זה ניתן 7 ימים לאחר הלידה והוא המועד האחרון לחרטה) ביהמ"ש צריך לקבל החלטה ולקבוע מי תוגדר כאם.

**\*\*** בפס"ד משפחה חדשה אישה נדחתה ע"י ועדת החוק בגלל שהיא רווקה ובלי בן זוג, והחוק מתייחס רק לזוגות ("איש ואישה שהם בני זוג" – ידבצים גם יכולים).

**בני זוג מאותו מין:**

דרך האימוץ חסומה בפניהם באופן חוקי כי החוק דבר על בני זוג נשואים ואיש ואישה (גם פונדקאות לא יכולים).

* **נשים:** לרוב - תרומת זרע. התורם אנונימי, האמא היולדת היא האם. לגבי מעמד האישה השנייה, המשפט עושה 2 מהלכים:
* **פס"ד ברנר** – מרשם - מוצאות מדינה שבה הן יכולות להירשם כ-2 אימהות, חוזרות לארץ עם התעודה והולכות להירשם במשרד הפנים. תחילה לא אפשרו את זה אך בהמשך היה ניתן להיסמך על **פס"ד שלזינגר** שקבע **שהמרשם הוא לא ראייה לתוכנו** ומדובר רק **בעניין טכני** (השלב הרישומי הזה פתוח גם לגברים וגם לנשים). **בעייתיות המהלך:** עליהן למצוא מדינה שתרשום את שתיהן כאימהות ולכן עליהן להיות תושבות המקום. בנוסף, הרישום הוא טכני ולכן לא נוצרות זכויות מהותיות. אם האם הלא ביולוגית נפטרת ללא עריכת צוואה, לא הילדים שלה ירשו אותה אלא הוריה ואחיה.
* **פס"ד חקק** – האם השנייה מגישה **בקשה לאימוץ**. חוק האימוץ נותן לאם השנייה **מעמד של אפוטרופסות** אך לא של אם. העליון הסכים ללכת עם זה ולסטות מחוק האימוץ וזה נחשב למהלך משמעותי (זה גם פותר את הבעיה מול צד ג').
* **גברים:** לזוג גברים שרוצים במ"י ילד, יש את האופציות הבאות –
* **פונדקאות חו"ל:** חוק הפונדקאות כותב במפורש שהוא תקף רק **לאיש ואישה בני זוג**.

**כדי להכניס את הילד כאזרח הארץ:** הם היו חייבים לעבור **נוהל חו"ל** (בהמשך בוטל חלקית) שכלל דרישה לבצע **בדיקת רקמות ע"מ להוכיח קשר גנטי** של אחד מהם לקטין, דרישה **שההורה השני יעבור הליך של אימו**ץ בכדי ליצור את הקשר בינו לבין הקטין. **בבג"ץ ממט** עלה נושא **קדושת הגנטיקה** ונאמר שחייב שלפחות אחד מהם יהיה הורה גנטי ולכן ישנה **דרישה הכרחית לבצע בדיקת רקמות** אחרת לא יתאפשר הרישום. החידוש: **בוטלה הדרישה השנייה המחייבת אימוץ** והכירו **בהורות משפטית** באמצעות **צו הורות – עצם זיקה לזיקה.** בכדי לרשום את הילד הם יכולים להסתמך על התעודה איתה הם חוזרים וזאת על סמך **שלזינגר וברנר**.

**איך להפוך את בן הזוג השני הלא ביולוגי לאם/אב:**

1. **טריק רישומי** -אך זה לא נותן הורות מהותית.
2. **פס"ד חקק:** לעבור הליך אימוץ.
3. צו הורות: עצם הזיקה לזיקה (ממט).
* **הסכם הורות עם אישה:** אישה שרוצה להיות אם, אב שהוא ביולוגי ואב נוסף שרוצה שיכירו בו. הבעיה היא שהמשפט הישראלי **לא מכיר בהורות הסכמית אלא רק ביולוגית**. ביהמ"ש מבצע הבחנה בין שאלת ההורות לשאלת ההשלכות. אם נקבל **במבחן** שאלה כזו עלינו לומר שבמצב המשפטי הקיים ביהמ"ש כנראה **ידחה את התביעה של בן הזוג** אא"כ הוא יכיר בהורות הסכמית או בהורות פונקציונלית (מה שלא קורה ולכן זה יהיה רדיקלי). מנגד, אם נקבל מצב שרוצים לסלק הורה שהיה הורה טוב - ייתכן **שעיקרון טובת הילד** דווקא ימנע זאת.

**מעמד ההורים לגבי ילדים:**

* **עד המאה 18:** התפיסה הרווחת היא שהילדים הם קניין של ההורים. המדינה לא יכולה להתערב אפילו באלימות / טיפול רפואי נדרש.
* **מאה 19**: הילדים הם לא רכוש אולם להורים עדיין יש אוטונומיה לקבוע מה טוב להם. מתחילה תפיסה של טובת הילד אך לא מתערבים יותר מדי.
* **מאה 20:**עקרון טובת הילד הופך לעקרון על.
* **נושא זכויות הילד**: לילד עצמו יש קול, יש לו זכויות משל עצמו. זה יכול להתנגש עם טובת הילד שעליה לרוב מחליטים ההורים.

בתפיסה הליברלית הקיימת היום – **הזכות להורות** – ישנה הנחת יסוד שמדובר בזכות יסוד והמדינה צריכה לעזור לממשה (דוגמת הפריה מלאכותית וכו'). אותם ליברלים מתנגדים לכך שהמדינה תגביל את ההורות בטרם לידת הילד.

**פס"ד באקו:** השאלה שעלתה היא האם הכאת ילדים נחשבת לעבירה פלילית. ביהמ"ש פעם ראשונה קבע שהכאת ילדים ע"י הורים היא עבירה פלילית. זה בעצם **נוגד את אוטונומיית ההורה.**

**פס"ד אמין:** מדובר על אב שלא קיים את המחויבויות שלו תוך הפרתם הבוטה כלפיי ילדיו ובהזניחם לאחר מות האם (הקים משפחה אחרת). **הוא חויב בפיצויים מכח פקודת הנזיקין.**

**הסכמי גירושין:**

**מורכבים מ-2 חלקים מרכזיים:**

* עוסק **ביחסי הרכוש** בין בני הזוג.
* עוסק בילדים – משמורת, הסדרי ראייה, מזונות.

בהמשך לכתוב לעיל לעניין הסכמי ממון – יש הסכם ממון מלפני הנישואין שצריך שיעבור **אימות** וזה יכול להיות ע"י **שופט, דיין, נוטריון ורשם הנישואין.** האימות טכני בלבד וישנה דרישת כתב. למול זה יש הסכם ממון שנכרת אחרי הנישואין והוא מצריך **אישור,** היחידים שיכולים לאשרהם **שופט או דיין.**

בפס"ד רודן נקבל שהסכם שלא עמד בדרישות הוא Void. יש פסיקה של שמגר שאומרת שזה חוזה אך המרצה לא מסכים, שכן הדרישות הן אלו שהופכות את ההסכם לחוזה

* לשים לב שזה עוסק ביחסי רכוש ולא מזונות ילדים.

**חלק ראשון- החלק של הסכמי גירושין בחלק של יחסי הרכוש בין בני זוג- עילות כפייה ועושק:**

לרוב זה קורה במצב של סרבנות גט. התוצאה המעשית – לצד המסרב יש הרבה כח. לגברים אפילו יותר כיוון שלהם יש עילות רחבות יותר (בגידה ראשונה אצל אישה לעומת בגידה מתמשכת של גבר, אישה תהיה עגונה לעד בעוד שלגבר אפשר להתיר נישואין שניים). הגבר לרוב הוא הסרבן ולכן מציב לה אולטימטום – לוותר על חלק משמעותי מזכויותיה שהיו מגיעות לה לפי דיני הרכוש. לרוב היא נכנעת לכך וחותמת על הסכם הגירושין.

אחרי שההסכם **מאושר** בבימ"ש היא רוצה לטעון לביטולו. כיוון שיש סמכות ייחודית לבימ"ש האזרחי לדון ברכוש (אלא אם נעשתה כריכה) ולמרות שהאישור ייתכן וניתן בביה"ד – לא תהיה לו סמכות נמשכת והדיון יהיה בבימ"ש. בתי משפט לא רוצים לפתוח דיונים על חוזים כאלו (ולדון בטעות, הטעייה ועושק) משום שהם עברו כבר אישור. אם האישה היא משכילה אז קל וחומר. ש' מסוימת גם כתבה שאפשר לבטל הסכם ממון שאושר אבל רק במקרים קיצוניים כי הוא כבר אושר בעבר.

בפס"ד פגס - אישה מוכה רוצה להתגרש. הדרך הכי טובה בשבילה זה לוותר על הרכוש. היא ניסתה לטעון לעושק: ניצול מצוקה של הצד השני + תנאי החוזה שונים בצורה בלתי סבירה מהמקובל. העליון דחה את תביעתה בטענה שיש צורך בוויתורים לפעמים וכי הסכם גירושין לא חייב להיות מאוזן ושוויוני. פסק הדין בעצם דוחק בה לבצע ויתור על הסכם ממון.

בפס"ד אברהם: אישה עשתה מהלך דומה ואז תבעה ביטול התחייבות בטענה שזה ניתן בכפייה. זה מגיע לעליון והשופט מצא קבע ששני הצדדים התנהלו לא כראוי – הבעל היה סרבן גט משוגע, האישה קיבלה את הגט בתחבולה כי ידעה מראש את המהלך שתעשה. התעלמו מטענת הכפייה ואמרו שאם היא רוצה לטעון לגבי זה - עליה לפנות לבי"ד כפי שהתחייבה.

**בשורה התחתונה** - בגלל שהסכם גירושין הכולל יחסי ממון מצריך אישור של בימ"ש /בי"ד, קשה מאוד לבטל אותו אפילו באמצעות טענות של כפייה ועושק כי לכאורה הוא כבר עבר אישור (עמד בדרישת הכתב + הסכמה חופשית). בנוסף, אמרו שהסכם גירושין לא חייב להיות מאוזן ושוויוני ולכן יש כאלו שיעשו יותר או פחות וויתורים (רק במקרים קיצוניים יקבלו טענה של כפיה שיכול להיות שנסתרה מעיניו של השופט בעת האישור)

* לסיכום, כשיש הסכם ממון שאושר ביהמ"ש מפעיל את דיני החוזים הרגילים באופן מינימלי ופגס זה הקיצון

**חלק שני: הסכם מזונות ילדים.**

גם במקרה הזה הבעל הסרבן ינסה להפחית במזונות ילדים ע"י הסכם הגירושין.

**המהלך שהיה לאורך השנים בפסיקה**:

1. **לא מוסמכת:** בשלב הראשון בתי המשפט אמרו לאישה מותר לוותר בשם עצמה אבל לא עבור הקטינים בתור האפוטרופוס שלהם. בתי המשפט מצליחים לבטל את ההסכמים בטענה שהאישה לא מוסמכת – מהסיבה שהייתה צריכה לפעול לטובתם וכאשר לא עשתה זאת, רשאים הילדים לתבוע מחדש את המזונות.
2. **הסכם שיפוי:** האב מפחית את מזונות הילדים והאם מסכימה וחותמת, אך בנוסף חותמת על כך שאם הילדים יתבעו מחדש את האב – היא תאלץ לשפות אותו על הסכום. בעצם האם לא יכולה לחתום בשם הילד אלא רק בשם עצמה.
3. **הלכת "עד שתעשיר":** המהלך – ההסכם בשם הילד לא מחייב כיוון שהאם לא מוסמכת. ההסכם שקשור אליה כן מחייב כי היא חותמת בשם עצמה. בפועל יוצא שהיא תצטרך לשפות את הבעל ואז מי שיפגע יהיו הילדים. כאן נכנס הכלל שאומר אם יש הסכם בין ההורים שמימושו יפגע בילד- אפשר להקפיא את המימוש של ההתחייבות (לא ביטול).
4. **ערבים להתחייבות האישה:** זה עולה כדרישה מצד עו"ד של הגברים. **פס"ד קוט** מציג 3 אפשרויות:
5. הילדים יתבעו את האב -> האישה תצטרך לשפות -> לפי כלל עד שתעשיר זה יוקפא -> יהיה ערב שישלם את ההפרש.
6. הבעל יתבע את הערב -> הערב יבקש מהאישה שתחזיר לו את הכסף -> הילד יפגע.
7. לפי המצב הקודם, מימוש הערבות תפגע בילד ולכן שוב נפעיל את הכלל "עד שתעשיר" ויוצא שהאב יישא בתשלום.

**בדיני ערבות הכלל:**

1. אם ההתחייבות בטלה -> הערבות בטלה.
2. אם ההתחייבות מוקפאת -> הערבות עדיין תקפה.

תוצאה המובילה את האם / הערב לשלם – לא טובה. העליון בפסיקה נוספת בחר באפשרות הראשונה לפיה מי שמשלם בשורה התחתונה הוא הערב והוא לא חוזר לאישה. לדעת המרצה האפשרות לא טובה כיוון שהאישה תדע שהערב יחויב ולרוב זה בן משפחתה, לכן מעשית, אף אחד לא יחתום על הערבות.

כך היה עד שנות ה-2000 וזה היה מעולה לסרבני גט.

**החל משנות ה-2000 לבתי המשפט יש 3 דרכים שהם מצליחים ליישם:**

1. **הרחבת הלכת מילנר**: בעקבות **הלכת קוט**, רק קרובים לאישה חותמים על ערבות. לכן יוצא שהאישה תירתע מלהפעיל את הערבות וכך הילד יפגע. הלכת מילנר קבעה שאם הילד עלול להפגע – מפעילים את הלכת "עד שתעשיר" **בין הבעל לערב** (בעצם האבא מחויב). החלו להפעיל את הכלל הזה הרבה ובעצם מחריג הוא **הפך לכלל**.
2. **פרשת וואיה:** אומרים שהסכם כזה סותר את תקנת הציבור ולכן הוא בטל וכך גם הערבות.
3. שופטים לא אישרו הסכמי שיפוי כאשר ראו הסכם בו המזונות נמוכים.

בחלק השני לעומת הראשון (רכוש האישה), ראינו שבשורה תחתונה חושבים **שטובת ילדים גוברת על חופש החוזים**.

לפי **פס"ד פגס** שעוסק ביחסי רכוש, שם אמנם בית המשפט נתן מזונות ילדים מלאים אבל פגע בילדים בצורה גדולה מאד- כי השאיר את ההסכם יחסי רכוש כמו שהוא כך שהאישה לא תקבל כלום.

**בוואיה** - הבעל מקבל את הבית, האישה את המשכנתא. יש מזונות גבוהים לילדים. מה תעשה איתם האישה? תשלם את המשכנתא. כך או כך תפסיד.

ולכן במציאות שני החצאים קורים באותו הסכם ולכן במכלול גם אם נותנים את המזונות ילדים- האישה והילדים נפגעים מאוד.

**סיבוכים בשנים האחרונות:**

* **אפשרות לביטול הגט:** האישה חותמת על הסכם ומקבלת את הגט ואז פונה לבימ"ש אזרחי כדי לנסות לבטלו. ביה"ד אמר שביהמ"ש ביטל את ההסכם וכך נפגע אומד הדעת של הבעל שהיה כחלק מההסכם – לכן, מכניס את האישה לרשימת פסולי חיתון. בעצם האישה לוקחת סיכון שיבטלו לה את הגט.
* **אישה עשירה:** מתי אסור לאישה לחתום על מזונות נמוכים לילד? כשזה עלול לפגוע בו. אולם השופט שנלר אומר שאם היא מסוגלת להחזיק את הילד אף ללא מזונות האב – ההסכם המקורי תקף.
* **שינוי ברירת המחדל בעניין חתימת האם בתור אפוטרופסית לטובת הילדים**: התפתחות נוספת לטובת הגברים. ברירת המחדל היא שהאם כן פעלה לטובת הילד אלא אם הוכח אחרת. ואז בעצם נוצר מצב שאי אפשר לטעון שהאישה פעלה בניגוד לטובת הילד ולכן חתמה ללא סמכות.

**במזונות ילדים יש כלל של שינוי נסיבות:** הפס"ד הוא לא סופי ואם אחד מהם התעשר / נעשה עני יותר, אפשר לשנות את המזונות.

**סיכום:** ביהמ"ש בשלב האישור של ההסכם גירושין טכני מאוד, ואם רוצים לבטל, לרוב הוא דוחה זאת. בדינמיקה הפוכה ניצב היחס למזונות הילדים – ביהמ"ש מנסה שלא לתת תוקף אם זה פוגע בטובת הילד. בהתחלה זה היה נעשה באופן גורף כשאמרו שזה לא מחייב את הילד -> אחר כך היה עניין השיפוי -> מקפיאים אותו -> ערבות (קוט נתן את הגושפנקא). החל משנות ה-2000 נראו גישות שדאגו לילדים: \*פנייה לערב הפוגעת בילדים לא תתאפשר, \*פסילה מראש כי זה נוגד את תקנ"צ, \*מראש לא יאשרו הסכם של שיפוי. בפועל, המצב לא טוב כי בחוסר ההתחשבות ביחסי הרכוש של האישה יש פגיעה גם בילדים כך או כך. ואז שוב נסיגה: איום על תוקף הגט, אישה עשירה, שינוי חזקה.

**הממשק בין דיני הירושה לדיני הרכוש:**

בירושה יש חופש צוואה מוחלט, ואם אין צוואה אז לפי הדין חצי הולך לבן הזוג וחצי לילדים. עם זאת, לומר שהבן זוג מקבל חצי – שגוי.

אם התחתנו אחרי 74' הבעל יטען לאיזון משאבים, אם לפני / ידבצים יטען לחזקת שיתוף.

כיצד יחולק רכוש הבעל? תחילה תהיה תביעה כנגד העיזבון בדיני רכוש ואז תביעה מכח דיני הירושה. מדובר ב-2 תביעות נפרדות. אם היה ריב לפני המוות ניתן לבטל את קבלת החלק בצוואה, אולם לא את החצי המגיע מדיני הרכוש.

**אם הזוג היה עורך הסכם ממון בו כתוב:** אין איזון משאבים + לא חלק מהצוואה.

ישנה מחלוקת בין המלומדים:

* **שיפמן** – הוראה של הסכם ממון גוברת על דיני הירושה.
* **רוזן צבי** – סעיף בחוק הירושה אומר שלא ניתן לדבר על המוות בהסכם. לכן, אם עורכים הסכם המדבר על המוות הוא לא תקף.

היו זוג נשואים, שעשו הסכם עם הפרדת רכוש והבעל כתב שהאישה לא תקבל זכויות גם אם ימות. אממה, הוא לא ערך צוואה. אחרי שהוא מת היא כמובן תבעה לזכויות בדירה וביהמ"ש אמר שהיא לא תקבל זכויות מתוקף ההסכם אלא מכוח הירושה לפי דין (אין צוואה) ועצם מה שכתב לא ישנה.

**במבחן, שאלה המדברת על מוות התרשים יהיה כך:**

1. **בודקים זכויות בדיני הרכוש הזוגי** – בודקים מתי נישאו, לפני 74 או אחרי, האם מדובר בידבצים / נשואים / נשואים אזרחית וכו'.
2. **את העיזבון מחלקים לפי דיני הירושה:** אם יש צוואה אז לפיה, אם אין אז לפי ירושה ע"פ דין – חצי חצי בין האישה לילדים. צוואה יכולה להשפיע על צד הירושה ולא על דיני הרכוש הזוגי. הסכם יכול לשנות רק לעניין הרכוש הזוגי ולא לצוואה.
3. **דנים בנושא הפנסיה –** השארים לפי דיני הפנסיה הם שיקבלו אותה. ביטוח מנהלים / ביטוח חיים בהם רשומים מוטבים הם מלבר עיזבון. ז"א, המוטבים גוברים על דיני הירושה / צוואה, לכן או לא לכתוב מוטבים או לעדכן אחת לכמה זמן.