

**מבוא**

**מבוא לציר החברה והמשפט:**

- המשפחה היא המוקד הארגוני הבסיסי ביותר של כל חברה אנושית שאנו מכירים כיום. ככל שהדינים הדתיים והשבטיים מפלים נשים לרעה ומעניקים הרבה יותר כוח וזכויות לגבר, לאב, לראש המשפחה; כך יהיה גם אפיון פטריארכלי של המדינה באופן כללי. **שורשי הפטריארכיה:**
- **התקופה הפרה-היסטורית** החלה בחברות מטריאכליות שבהם הנקבה הייתה במרכז וילדיה היו סביבה. ברגע שהקשר בין היחסים המיניים להולדה החל להיות מובן, התרחש היפוך מוחלט של תפיסת מקום הנקבה והערך שלה בחיי הקבוצה החברתית.
- **המהפכה התעשייתית**- רוב הפונקציות שנעשו ב'תוך הבית' עברו 'החוצה'- חינוך, בריאות, ריפוי, ייצור המזון וכו'. המרכזיים התעשייתיים שהחלו להיווצר מחוץ לאיזורים הכפריים משכו אליהם את מי שיקלו לעבוד בהם שהם הגברים. מי שנשארו במשקי הבית היו הנשים. זהו שורש הפרדה בין ה'בית' לבין ה'עולם החיצוני'. גם בשפה של יחסי כוח, חשיבות והערכה, מה שקרה לנשים זה שהן הפכו להיות נחוצות רק להולדה.
- **בתפיסה המסורתית, הפרטי אינו פוליטי, ולכן אינו נתון להסדרת המדינה, וכינן הספרה הפרטית הוא שאיפשר את יצירת האמנה החברתית על אחיזת העיניים הוולונטרית וההסכמית שבה.**
- **מורשת המשפחה הפטריארכלית במשפט המקובל ובחברה המודרנית: "תורת המיזוג של האישה ושל האיש"** שמשמעותה הייתה כי כל מה שהאישה עושה, מבחינה משפטית, נכנס תחת הגבר. הבעל קיבל זכות מוקנית לאחריות על האישה, ו"לחינוך האישה", כולל באלימות. אובדן האישיות המשפטית של האישה כלל שיעבוד גופני לבעל והיא החובה להיעתר ליחסי מין בכל עת (לא הכירו באונס בין בעל לאישתו).
- **חלוקת התפקידים במשפחה וביטוייה הכלכליים**- נשים עובדות יותר מגברים אלא ש75% מהעבודה של נשים היא עבודה ללא שכר. גברים לעומת זאת, עובדים פחות שעות, אך העבודה שלהם היא מתוגמלת- עבודה בשכר. הדפוסים השמרניים של חלוקת התפקידים במשפחה מחלחלים אל החוץ.
- **הזכות לשוויון בחיי המשפחה:** ס' 16 לאמנת האו"ם לביעור אפליה נגד נשים עוסק בחובה להבטיח שוויון בנישואין וחיי משפחה. ס"ק (2) קובע בטלות של נישואין מתחת לגיל קטינות. ישראל הסתייגה לגבי ס' 16 וס' 7(ב) שמדבר של שוויון במינוי לתפקידים מוסדיים-ציבוריים. ע"פ האיסור הפלילי שקיים בחוק הישראלי על נישואי קטינות (18), אין הוראה שאומרת שנישואים כאלו בטלים כפי שדרשה האמנה. בגלל שנושא הנישואין והגירושין בישראל מוסדר ע"פ הדין הדתי שמכיר בנישואי קטינים (בנות מגיל 12, ובנים מגיל 13). בגלל שבעניינים אלו דנים לפי דין דתי, אין הוראה שנישואים כאלו בטלים.
- **הזכות החוקתית לחיי משפחה: פס"ד עדאללה-** "זכות בסיסית הנגזרת מהאוטונומיה של האדם ובכבוד האדם". **פס"ד פלונית נ' שרת המשפטים-** (בדואית שהושאה פעמיים לגברים אלימים ורצחה את בעלה השני). **השופטת ברק-ארז:** ניסוחה של העבירה אינו שולל את האפשרות שהנישואין ישמשו מסגרת לסחר בבני אדם.

**מבוא לציר הדת והמדינה**

- **שמירת עקרון הדין האישי-** עקרון הדין האישי קובע כי עניינים משפטיים בתחום דיני המשפחה נשלטים ע"י הדין הדתי, אך כל עוד הם מסווגים כ"ענייני המעמד האישי", ובתנאי שאינם נשלטים ע"י חוק טריטוריאלי. **(סימן 47 לדבר המלך במועצה)**
- **חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואים וגירושין),** החליף את הסימן בדבר המלך בכל הנושא של הסדרת הסמכויות.
  - ✓ **ס' 1:** שיפוט בענייני נישואין וגירושין- "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיה בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים".
  - ✓ **ס' 2:** עריכת נישואין וגירושין- "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". - ההלכה היהודית **האורתודוקסית**.
  - ✓ **ס' 3:** **סמכות הכריכה:** "הוגשה לביה"ד רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם ע"י האישה ואם ע"י האיש, יאה לביה"ד הרבני שיפוט ייחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג". הסעיף **שהרחיב** הכי הרבה את סמכות ביה"ד הרבני שניתנה בסימן 47 לדברי המלך למועצה לנושאים שאינם חלק מענייני המעמד האישי אם נכרכו.

**סמכויות שיפוט**

- **דין אישי בעניין המעמד האישי: סימן 47 לדבר המלך למועצה- בנושאים של המעמד האישי (מזונות אישה וילדים(?)), חל החוק הדתי,** ולכן גם בביהמ"ש האזרחי נצטרך להחיל בנושאים אלו את הדין הדתי. - זה לא כולל גירושין ונישואין כי יש סמכות ייחודית לביה"ד (**ס' 1 לחוק שיפוט ביה"ד רבניים**).
- **לפי סימן 51 לדבר המלך למועצה:** היו נושאים רבים שנכנסו תחת "ענייני המעמד האישי". עם זאת, **הפסיקה והחקיקה החלו לצמצם את ענייני המעמד האישי** (המורחבים לפי סימן המלך) **ולהעבירם לחוק האזרחי.** מה שנשאר תחת ענייני המעמד האישי, ומתחייב לדון בו לפי הדין הדתי- מזונות אישה, נישואין, גירושין וייתכן שגם מזונות ילדים (?).
- **כיצד נקבע למי הסמכות לדון בעניינים של בני הזוג?**
  1. **סמכות ייחודית לבית הדין הדתי לדון בתביעה: ס' 1 לחוק שיפוט בתי הדין הרבני - ענייני נישואין וגירושין.**
  2. **סמכות מקבילה- סמכותו של בית הדין הדתי בעניינים אלה נרכשת בשתי דרכים:**
    - ☑ **ס' 3 לחוק שיפוט ביה"ד - כריכה.** כאן נכנס מרוץ הסמכויות.
    - **הרציונליזם מאחורי מנגנון הכריכה:** חסכון בזמן שיפוטי יקר; מניעת סתירות בין הערכאות; ערכאה אחת מכירה את הצדדים, מכירה את הסיפור שלהם וכבר מכירה את כל הסכסוכים שלהם- זה חוסך זמן ויותר נוח לצדדים.
    - **הבעייתיות שנוצרת כתוצאה ממנגנון הכריכה- מרוץ הסמכויות:** בעצם יצרנו מצב שבו ישנן שתי ערכאות שיש להן סמכות לדון באותם נושאים. כל אחד מבעלי הדין מנסה לתפוס את סמכות הערכאה שעדיפה לו מבחינה טקטית.
  - ☑ **ס' 9 לחוק שיפוט ביה"ד - שיפוט ע"פ הסכמה.** יש מצבים שהצדדים יסכימו ללכת לבית הדין הרבני בהסכמה רק אם מדובר בענייני המעמד האישי. **פס"ד של בג"צ- הסכמה לשיפוט ביה"ד אינה מהווה הסכמה להחלט דין דתי.**
  - ☑ **ס' 4 לחוק שיפוט ביה"ד - שיפוט בענייני מזונות אישה.** לאישה יש את זכות ראשונים לבחור איפה לדון בעניין המזונות. המחוקק רצה לתת לה יתרון קל בנושא מזונות (ועדיין, גם לגבר יש את האפשרות לכרוך לפי ס' 3 במצב של גירושין). זה המקרה החריג היחיד שאפשר לפנות לביה"ד דתי גם אם אין גירושין.
- **חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014:** קובע שכל תביעה בעניין של סכסוך משפחתי נפתחת בהגשת בקשה ליישוב סכסוך. הרציונל: לפתור את הסכסוך בדרכי שלום (עם תקצוב של המדינה). **ס' 4 לחוק הסדר התדיינות:** בתום 60 ימים מתום הגשת הבקשה ליישוב סכסוך, אם הצדדים לא הגיעו להסדר מוסכם בהליך ליישוב סכסוך בהסכמה, הצד שהגיש תחילה את הבקשה, יכול להגיש תוך 15 יום תביעה לערכאה שייבחר בה (סה"כ 75 יום מהגשת התביעה).

**בחינת הסמכות של ביה"ד ובחינת הכריכה**

**1) סמכות עניינית: תנאי ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים:**

1. **ענייני נישואין וגירושין - זיקה עניינית:** תוקף הנישואים או בטלותם; כשרות להינשא- **בג"צ גיטייה:** העותר, בן העדה הפלשית, רואה את עצמו כיהודי. והוא פונה למועצה הדתית בירושלים ומבקש להירשם לנישואים. עולה שם ספק האם אותו בן אדם נחשב יהודי. ביהמ"ש העליון קובע שהסמכות של ביה"ד הרבני כוללת גם קביעה לגבי כשרות להינשא. **שלום בית -** תביעה לשלום בית היא תביעה שמבקשת מביה"ד לפייס בין הצדדים, יגרום להם להשלים (**פס"ד נעים**). **פס"ד יהדותה של קטינה-** לביה"ד סמכות לכריע על יהדותו של אדם רק לעניין המהות ולא לעניין הרישום. **תביעות גירושין ומתן פס"ד גירושין; מה לא נכלל**

**בענייני הנישואין והגירושין?** תביעות הנוגעות לרכוש ויחסי ממון בין בני הזוג. אפשר לכוון נושאים אלו לתוך תביעת הגירושין אך הדין עדיין יהיה דין אזרחי ולא דין דתי (פס"ד בבלי).

2. **של יהודים- זיקה דתית:** בג"ץ בנקובסקי- בחורה שעולה לארץ. בגיל 15 היא עוברת הליך של גיוור. היא מתחנת בהתאם לדת משה וישראל, ואחרי כמה שנות נישואין בני הזוג מתגרשים. ביה"ד הרבני דן בחלוקת הרכוש של הצדדים. בשלב מסוים, ביה"ד שואל את האישה כל מיני שאלות לגבי אורח החיים שלה. ביה"ד שומע זאת, וקובע כי הגיוור של האישה בטל למפרע ולכן גם הנישואים בטלים (אם צד אחד לנישואים לא יהודי, הנישואים לא תקפים). השופט ברק, בערכאת הערעור, קובע כי הסמכות של ביה"ד הרבני היא לגבי יהודי בלבד. **ברגע שביה"ד הרבני קבע שאותה אישה היא לא יהודיה, הוא איבד את הסמכות שלו לדון במקרה הזה.**

3. **בישראל- זיקה טריטוריאלית:** יש לשהות פיזית בישראל.

4. **אזרחי המדינה או תושביה- זיקה פרסונלית:** יש דרישה הצדדים יהיו אזרחים או תושבים.

(2) **בחינת הכריכה (ס' 3 לחוק שיפוט ביה"ד):**

(א) **ניתן לכוון רק בתביעת גירושין (כולל גם הסכמים): פס"ד עמרני-** הצדדים הגיעו לביה"ד, אחרי שנפרדו, עם הסכם גירושין והם מבקשים שביה"ד יאשר את ההסכם. בהסכם הם החליטו כיצד הם מחלקים את הדירה שלהם. ביה"ד מאשר את ההסכם ונותן לכך תוקף של פס"ד. אחרי שביה"ד מאשר את ההסכם, הבעל עותר לבג"צ ומנסה לטעון שההסכם לא תקף משום שביה"ד אישר הסכם ממוני שלא כרוך לתביעת גירושין. **ביהמ"ש העליון קובע שלביה"ד יש סמכות לדון גם בהסכמי גירושין.** הכלל הוא שלא ניתן לכוון לאחר הגירושין- **פלונית הגירה:** באותו מקרה הצדדים כבר התגרשו, כשנה וחצי אחרי הגירושין האישה פונה לביהמ"ש האזרחי בבקשה לעבור לארה"ב יחד עם הילדות של בני הזוג. הבעל מבקש שביה"ד ידון בנושאים של המשמורת בעקבות סעיף בהסכם הגירושין שקבע שאם תעלה מחלוקת בין הצדדים, ידונו בסכסוך בפני ביה"ד. עלתה השאלה האם לביה"ד יש סמכות לדון בנושא? **ביהמ"ש קובע שברגע שהצדדים כבר התגרשו, לא ניתן לכוון את התביעה.** יש לכלל זה חריג של סמכות נמשכת.

(ב) **הגבלות שקשורות למועד: ס' 5' (ב) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה:** הסעיף קובע שהערכאה שאליה מוגשת התביעה קודם, היא זו שמקבלת את הסמכות. **פרשת 15 הדקות-** באותו מקרה התביעה מגישה תביעת רכוש לביהמ"ש לענייני משפחה. 15 דק אחרי, הבעל מגיש תביעת רכוש לביה"ד. השופט ריבלין אומר שהמבחן הקובע הוא **מבחן הזמן-** מי שהגיש את התביעה קודם הוא זה שייקבע איזו ערכאה תדון.

(ג) **הגבלות הקשורות במהות- האם מדובר בעניין שניתן לכוון אותו?**

< **עניינים שמעצם טיבם וטבעם כרוכים בתביעת גירושין:** משמורת ילדים; **פס"ד שרעבי-** הנושא של משמורת פיזית של הילדים- איפה הם יגורו- הוא כרוך מעצם טבעו בתביעת גירושין.

< **עניינים הניתנים לכריכה שאינם כרוכים מטבעם:** חינוך ילדים: אם נכרך במפורש עולה רק שאלה אם יש לביה"ד בכלל סמכות לדון, זה נשאר בצ"ע. אם מישהו מגיש תביעת משמורת, האם זה כולל את חינוך הילדים? **הלכת פלורסהיים-** כאשר עניין המשמורת נדון בביה"ד הרבני, אין לו סמכות לגבי חינוך ילדים וניתן לתבוע בביהמ"ש האזרחי. **פס"ד עליזה אמיר-** אם הוגשה לביהמ"ש האזרחי תביעה למשמורת, היא כוללת גם את תחום החינוך.

< **עניינים שלא ניתן לכוון:** מזונות ילדים; **פס"ד שרגאי-** הטענות שעולות בנושא קשורות לטובת הילד. בעצם במהלך ההתכנסות בין ההורים יש חשש שתיזנח טובת הילד. בפס"ד שרגאי עושים הבחנה בין 2 תביעות למזונות ילדים:

א. **תביעה להשבת הוצאות-** תביעה זו היא תביעה כספית להתחשבות בין ההורים, בה הילד אינו צד כלל, ואין נקבעים במסגרתה החיובים המהותיים למזונות הילדים.

ב. **תביעה עצמאית של הילד מההורה החייב במזונות-** בית הדין לא מוסמך לדון אלא אם כל הצדדים הביעו הסכמה ע"פ ס' 9.

**בג"צ מזונות ילדים-** זעת הרוב אישרה את הלכת שרגאי. השופט הנדל במיעוט- ניתן לכוון לביה"ד את הסמכות לדון במזונות הילדים.

(ד) **כריכה מפורשת:** ע"מ לכוון נושאים נוספים לתביעת הגירושין נדרש אקט של כריכה מפורשת. **פס"ד גולדמן-** תביעה רכושית יש לכוון במפורש. **פס"ד פלוני (5679/03)-** האישה הגישה תביעת גירושין והיא לא ציינה באופן מפורש שהיא מבקשת לכוון, אבל בכל הזדמנות שהייתה לה בדיונים בביה"ד הרבני היא מזכירה את הנושא של הדירה של בני הזוג- מבקשת לחלק אותה בכל הדיונים. נקבע ש **שכריכה יכולה להיות גם בדרך של התנהגות.** **פרשת טופס התביעה הסטנדרטי של ביה"ד-** אישה שבשלב הראשון לא הייתה מיוצגת, מגישה לביה"ד הרבני תביעת גירושין. בטופס יש רובריקה של 'מזונות ילדים' והיא כותבת שם "לקבוע מזונות שיאפשרו לי להמשיך לגדל את הילדים בכבוד". הבעל טוען שהאישה כרכה את המזונות בתביעת הגירושין. בבג"צ השופט הנדל קובע כי **הכריכה של האישה היא חסרת תוקף.** האישה לא הייתה מיוצגת בשלב זה, היא הגישה את תביעת הגירושין ע"י טופס סטנדרטי של ביה"ד, הייתה שם התייחסות זניחה וקצרה, הילדים לא רשומים שם כתובעים (בניגוד למה שצריך), היא כתבה סכום סטנדרטי ואף לא פירטה שם את צורכי הילדים. **בג"צ האנלפאבית-** הבעל מגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני. הוא אינו מיוצג ומגיש את כתב התביעה דרך אחיו על טופס סטנדרטי של ביה"ד. תחת עליות הגירושין הוא כותב בצורה מאוד לא ברורה ועם שגיאות כתיב. השופט עמית קובע שהכריכה כן תופסת- הפגמים לא יורדים לשרוש של עניין, אלא נובעים מכך שהבעל לא יודע קרוא וכתוב ולכן אין צורך להקפיד יתר על המידה.

(ה) **מבחני פייג-פלמן:**

i. **האם תביעת הגירושין כנה?** אינדיקציות לבחינת כנות התביעה:

✓ **האם בכתב התביעה פורטה עילה הלכתית לגירושין-** פס"ד שעסק בעניין זה הוא פס"ד מחוזי- **פס"ד תורג'מן:** העדר עילת גירושין, מעידה על חוסר כנות התביעה.

✓ **התנהגות הצדדים במהלך הדיונים: תצהירים וחקירות, פרוטוקולים ושאר הנסיבות.** השפעת סרבנות גט על כנות התביעה - התניית הגט = חוסר כנות התביעה.

ii. **האם הכריכה התבצעה כדן?** במסגרת מבחן זה יש לבחון: האם העניינים נכרכו בתביעת הגירושין? האם מדובר בעניינים שלפי מהותם ניתנים לכריכה? יש לכוון במפורש ובפירוט את העניינים הנלווים לתביעת הגירושין.

iii. **האם הכריכה כנה?** אינדיקציות לכנות הכריכה:

✓ **פיצול תביעות בערכאות השונות- בפס"ד תורג'מן -** הגבר פיצל את התביעות. זה אינדיקציה לחוסר כנות הכריכה. בעצם לא היה חשוב לגבר שביה"ד ידון בהכל, לפי רציונל הכריכה, זו הייתה החלטה טקטית בלבד.

✓ **חוסר פירוט של הרכוש הכרוך- בפס"ד האנלפאבית** האישה ניסתה לטעון שהוא לא פירט את הרכוש, וכתב "לכוון הכל + הכל". ביהמ"ש אמנם מוותר לגבר בגלל הנסיבות המיוחדות של המקרה, אך המצב הרגיל הוא שחוסר פירוט הוא אינדיקציה לכך שהכריכה לא הייתה כנה.

✓ **התעלמות מפס"ד של ביה"ד בעניין מזונות- אי ציות לפסיקת ביה"ד:** באותו פס"ד הגבר נלחם שביה"ד ידון במזונות ילדים, אך זה פקטו הגבר התעלם מפס"ד של ביה"ד שדרש ממנו לשלם מזונות זמניים.

(ii) **יש לבחון את תום הלב ביחס להעלת טענת חוסר הסמכות: בג"צ עמרני:** אם אדם מעלה טענת חוסר סמכות, הוא צריך להעלות את הטענה בהזדמנות הראשונה שיש לו, כי אחרת ייתכן כי יתנהלו דיונים, בזבזו זמן ומשאבים רב, ולאחר כל זה הוא "נזכר" כי יש בעיה עם הסמכות- זו טענה בחוסר תו"ל.

• **מי יכול להכריע בנושא הכריכה? - "מירוץ ההחלטות": פס"ד פייג-פלמן** הבעל מגיש תביעת גירושין לבית הדין הרבני, שם הוא כורך את נושא הרכוש. לאחר מכן, האישה מגישה תביעה לבית המשפט האזרחי בנושא הרכוש. באותו המקרה בית המשפט האזרחי דן קודם וקובע כי יש לו סמכות לדון בתביעה הרכושית ומגיע למסקנה כי תביעת הגירושין והכריכה של הבעל לא הייתה כנה. בית הדין הרבני יודע כי בית המשפט האזרחי הגיע להחלטה, ובכל זאת מחליט כי הסמכות שייכת

- לו כיוון שהכריכה הייתה כנה לטענתו. ביהמ"ש קבע: **כל עוד לא הכריעה אף ערכאה בשאלת הכריכה, תוכל כל ערכאה, לפי שיקול דעתה, לעכב את הדיון בתביעה שהוגשה בפניה, עד שהערכאה המקבילה תחליט בשאלת תוקף הכריכה. אבל, אם אחת הערכאות כבר הכריעה בשאלת הכריכה, על הערכאה המקבילה להימנע מלדון בכך, לאור עיקרון הכיבוד ההדדי, אלא אם מתקיים "טעם מיוחד" שמצדיק זאת.** עיקרון הכיבוד ההדדי אינו בבחינת עיקרון נימוסי ותו לא, אלא הינו חיוני לצורך מערכת שיפוט תקינה ומניעת הכרעות סותרות ואיבוד אמון במערכת השיפוטית. **מהו אותו "טעם מיוחד"?**
  - חוסר חוקיות או פגם חמור היושר לשורש הסמכות- לדוגמה, בית הדין הרבני מכריז כי הסמכות נתונה לו ללא שום הנמקה ודיון במבחני הכריכה;
  - חריגה ברורה מכללי הצדק הטבעי- כללים הקובעים מתי הליך משפטי לא הוגן, לא ראוי או לוקה בבעיות. לדוגמה, אם אחד הצדדים לא מקבל זכות טיעון ובית הדין שומע רק את אחד הצדדים או מקיים דיון במעמד צד אחד וכו'.
  - סוגיה שאינה ניתנת לכריכה- לדוגמה, מזונות ילדים.

- **המצב ההפוך- מה קורה כשהתביעה מוגשת לביהמ"ש לענייני משפחה?** לא צריך לבחון את כל מבחני הכריכה אבל כן יש לבחון האם יש חוסר תום לב דיוני בפניה לביהמ"ש לענייני משפחה. **פרשת 15 הדקות**- באותו מקרה האישה לקתה בחוסר תום לב דיוני, שכן היא לא שלחה את כתב התביעה לבעל במשך 4 חודשים אלא רק 6 ימים לפני התביעה עצמה, ולכן סמכות בית המשפט האזרחי נופלת. מדובר במקרים חריגים מאוד, הדורשים בחינה מדוקדקת של הנסיבות: זמן עיכוב; סיבה לאיחור; מצב ההליכים בין הצדדים; ואת הפגיעה שנגרמה לצד השני להליך עקב העיכוב בהגשת המסמכים.

### סמכות נמשכת

- מגיעים לכאן רק אם: אין עמידה בתנאי ס' 3 (הסתיימה תביעת הגירושין)+ אין הסכמה לפי ס' 9 (הסכמה). כעת בוחנים האם קיימת סמכות נמשכת בהתאם לתנאים שהותוו בפסיקה:
  - (1) **קיום סמכות מקורית לדון בעניין: סימה לוי-** במקור הייתה לביה"ד סמכות לדון בעניין מכוח הסכמת הצדדים (ס'9).
  - (2) **העניין בעל אופי מתמשך-** ההחלטה על מזונות ומשמורת ע"פ עצם טיבן נתונות לשינוי (**סימה לוי**).
  - (3) **הצדדים להליך הם אותם צדדים- צריך לבחון האם קיימים מחויבים להסכמות של הוריהם (בהתאם לס' 9): פס"ד כץ-** הסדרים שהושגו בין ההורים לגבי הסמכות הדיונית וגם לגבי נושאים מהותיים, לא מחייבים את הקטין שלא היה צד להם. יש לבחון האם עניינם העצמאי של הקטינים היה במרכז ההחלטה, אם לא, הם לא מחויבים להסכם ויכולים לפנות באמצעות האפוטרופוס לביהמ"ש לענייני משפחה. **דעת המיעוט של טירקל-** יש למנות לקטין אפוטרופוס כדי שיחווה דעתו האם טוב לקטין שענייניו יתבררו בביה"ד או בביהמ"ש. **פלונית הגירה-** הסכם גירושין בין ההורים יחייב את הקטינים רק אם ברמה הדיונית עניינם נבחן לגופו כעניין עצמאי ונפרד מיתר זוגיות הגירושין, וברמה המהותית, הערכאה המוסמכת שוכנעה כי ההסכם משרת את טובת הקטין.
  - (4) **מעמדם העצמאי של הקטינים:** האם הקטינים היו צד לתביעה המקורית? **בג"ץ המבחן המהותי של עמית:**
    - ◀ **לגבי מזונות:** לדעת כל השופטים, המבחן החל הוא המבחן המהותי: האם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים? האם הקטינים קופחו בפועל בסכום שנפסק להם? אם הקטין לא קופח במזונותיו דה פקטו, אין טעם לפתוח את ההסכם אף אם לא התמלאה הדרישה הראשונה של דיון ענייני.
    - ◀ **לגבי משמורת:** לדעת רוב השופטים והנדל- יש להחיל את המבחן המהותי גם על ענייני משמורת; **לדעת עמית-** יש להחיל את המבחן פרוצדוריאלי, לפיו יש לדרוש הגשת תביעה נפרדת בעניין הקטין.
  - (5) **האם ביה"ד "דן ופסק?"** הסמכות הנמשכת תתקבל רק אם הערכאה "דנה ופסקה" בסוגיה, משמע רק אם התקיים דיון ולא רק נתקבל אישור כמעין 'חותמת גומי' (**פס"ד דן ופסק**).
  - (6) **כלל הסמכות הנמשכת לא כולל נושאים שלא הוזכרו בהסכם-** אם מדובר בנושא חדש ניתן לפנות לכל ערכאה (**פס"ד ורבר**).
  - (7) **הסוגיה המאוחרת קרובה במידה מספקת לזו המקורית- בג"ץ ורבר-** דובר על תקופת זמן של 15 וביהמ"ש קבע כי לא הייתה קרבה בזמן ובמקום.
  - (8) **הסמכות הנמשכת תחול רק בתביעה לשינוי ביטול ההסכם ולא בפרשנות/אכיפה? ורבר + חליונה-** אם נושא לא נזכר בהסכם זו שאלת פרשנות שלא חוסה תחת הסמכות הנמשכת.
  - (9) **כדי שהתביעה תתקבל נדרש שינוי נסיבות מהותי.**
  - (10) **ויז'נסקי-** הצדדים בהסכמתם יכולים להביא להעברת סמכות מערכאה אחת לערכאה אחרת (זה מה שעשו בפס"ד זאישורו את הסכם הגירושין מול ביהמ"ש, למרות שהנושא נכרך בהתחלה לתביעת הגירושין בביה"ד).
  - (11) **בקשה "משותפת" לגירושין ע"ב הסכם מקפח קיצוני-** לביה"ד הרבני אין סמכות נמשכת כאשר ההסכם שאושר הוא הסכם מקפח קיצוני.

### עילות הגירושין- שרשבסקי

#### זכות האישה לגירושין:

- **נימוקים אובייקטיביים-**
  - מומים;
  - טענת האישה הגבר אינו מסוגל להוליד;
  - טענת האישה כי הבעל אינו מסוגל לקיים מצוות עונה;
- **נימוקים הכרוכים בהתנהגות הבעל-**
  - הבעל מסרב לקיים חובת העונה;
  - הבעל מסרב לתת לה מזונות;
  - הבעל מתנהג עימה שלא כדין.

#### זכות הבעל לגירושין:

- **נימוקים אובייקטיביים-**
  - טענת מומים;
  - שהה עימה עשר שנים ולא ילדה;
  - זכויות האישה לכתובה במקרי מומים.
- **חיוב האישה לגירושין מטעמים שבהתנהגותה-**
  - עוברת על דת משה;
  - עוברת על דת יהודית;
  - אין זכות לגירושין אם סלח לה;
  - מעשי ביעור;
  - אישה שזנתה תחת בעלה.

### סטטוס קוו, שמירת דינים ובתי הדין הרבניים

- **מאין הגיע הסטטוס קוו? מורשת פוסט-קולוניאלית: שיטת המילט (=אומה)** העותמאנית שחלחלה גם אל השליטה הבריטית בא"י. המשמעות- כל קבוצה שמוגדרת כאומה, הכוללת מערכת כללים שמנהיגים אותה, תינתן לה אוטונומיה לנהל את מערכות הדין שלה בעצמה. כאשר מדינת ישראל נוסדה עם הכרזת

העצמאות, נוסחה הפקודה של סדרי השלטון והמשפט, שאמרה "מה שהיה הוא שיהיה" בכדי למנוע ריק משפטי למדינה החדשה, וכך התעגנה התנהלות זו במסגרת מדינת ישראל. היה נסיון לקריאת תיגר - התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בא"י (1919).

- **מדוע נשמר ההסדר המנדטורי לאחר הקמת המדינה, ומדוע הורחבו הסמכויות בחוק השיפוט (ס'3)?** גברים ציונים, חילוניים שבעצם בידועין בקשו לשמר את המערכת המשפטית שהעניקה להם כוח על הנשים. לא מדובר באיזון ניצול הזדמנות של החרדים לכפות את רצונם ולנצל את כוחם על החילוניים.
- **מדוע נשמר ההסדר הנוכחי עד היום?** מדובר על מניעת התבוללות שמשותפת למנהיגים החילוניים ולדתיים - מניעת נישואי תערובת במדינת ישראל.
- **איך אין התערבות אחרי חקיקת חו"י כבוד האדם וחירותו?** בשל סעיף שמירת הדתים של חו"י כבוד האדם וחירותו. **פס"ד האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים:** עתירה של זוגות חד מיניים. הטענה הייתה - תזת אי-ההכרה של ביה"ד: לא מכירים, שלא ידונו. אמרת אגב של השופטת ברון פותחת פתח להתערבות עתידית של ביהמ"ש בהסדר הקיים.

• **תפיסת ביה"ד בעיני עצמו לעומת תפישתו בעיני המערכת המדינית:**

◀ **פס"ד כץ נ' בית הדין הרבני -** השאלה המשפטית שעלתה היא האם בית הדין הרבני מוסמך להוציא כתב סירוב? הנושא היותר מרכזי של פסק הדין עסק בשאלה האם בית הדין הרבני יכול בכלל לדון בכל סוגי הסכסוכים האזרחיים שמתגלים בין אנשים שמבקשים להתדיין בפניו (האוכלוסייה הדתית)? צד אחד רוצה להתדיין מול ביה"ד והצד השני לא. בית הדין הרבני הוציא נגד הצד הסרבן כתב סירוב, המורה לקהילה להוקיע את הסרבן והוא בעל השלכות חברתיות-כלכליות.

- **השופט זמיר (דעת רוב) -** החוק אינו מעניק לבית-דין רבני סמכות להטיל עיצומים על אדם המסרב לבוררות, בדרך של כתב סירוב או בדרך אחרת, ואין חיקוק אחר המעניק לבית-דין רבני סמכות כזאת.
- **השופט טל (דעת מיעוט) -** לא מדינת ישראל הקימה את בית הדין הרבני. בית הדין הרבני קדם לתקומתה של מדינת ישראל. רעיונית- הוא קדם לה מימות עולם. מבחינת השופט טל, יש לבית הדין הרבני סמכות להוציא כתב סירוב.

◀ **פס"ד סימה אמי -** בפס"ד כ"ץ ביהמ"ש השאיר את עניין סמכות הבוררות של ביה"ד בצ"ע. בפס"ד סימה אמיר השאלה הייתה על סעיף בהסכם גירושין שקבע שביה"ד הרבני הוא זה שיכריע בשאלות שמתעוררות ביחס להסכם. **פרוקצ'ה - בתי הדין הרבניים לא יכולים לשמש כבוררים.** נימוקה:

- ☑ **שיקולים פרקטיים -** לגוף שיפוט ממלכתי יש רק את הסמכויות שניתנות לו על פי חוק. אחרת, היו מאפשרים את הפעילות של בית הדין הרבני בערכאה פרטית שניתן לפנות אליה, כמעין ערכאה ציבורית, שהמדינה מממנת, מבלי שהמדינה נותנת לה סמכות במקרה שלהלן.
- ☑ **שיקולי מדיניות -** עומס על המערכת; בדבז זמן שיפוטי יקר; חשש מפגיעה באמון הציבור ברשויות השלטון. לא הוציא ליצור מצב שאזרחים חשים שהם חייבים לבוא להתדיין בבוררות בביה"ד. בפועל, הפסיקה לא עזרה והמפלגות החרדיות חוקקו חוק "עוקף סימה אמיר".

◀ **פס"ד גז (השיימינג) -** ביה"ד הפעיל סנקציות 'דרבנו תם' נגד סרבני גט. השאלה: האם היה בסמכותם של בתי הדין הרבניים לנקוט בסנקציות אלה, או להמליץ על נקיטתן, אף שאין בנמצא הוראת חוק המאפשרת זאת מפורשות? בכך דובר על **עניינים אזרחיים** שהם לחלוטין מחוץ לסמכות בית הדין הרבני ובגד לעומת זאת הם הפעילו סנקציות, שאומנם לא מנויות בחוק שמאפשר להם להפעיל אבל כן במסגרת הנושאים שבסמכותו בחוק (**גירושין**)).

- **שופטי הרוב:** הצדיקו את האפשרות הזו בכך שלא מדובר בצו של ממש אלא **המלצה** לציבור ולכן בית הדין הרבני לא חרג מסמכותו.
- **דעת המיעוט:** מדובר "בעבודה בעיניים", כי לכולם ברור שבית הדין הוציא כאן צו, שלא הוצא לרשויות המדינה, אלא לציבור כולו, מהווה חריגה מסמכותו.

- **מי הם הדיינים? תקנות הדיינים ס' 1 + כללי מינוי דיינים ס' 16 -** הדיינים לא צריכים לדעת משפטים ולא צריכים לדעת דיני משפחה אזרחיים ולא צריכים להכיר את הסמכויות. **חוק הדיינים ס' 1א -** מקנה שירותי נוכחות נשית קבועה של 4 נשים בוועדה לבחירת דיינים. הגישה ההלכתית למה נשים לא יכולות להיות דייניות (הרב עוזיאל) - במידה ונשים יהיו דיינות, 'הלך' על משק הבית הישראלי, נמוטט את המבנה החברתי; הרגישות של הנשים תמנע מהם לשיפוט כראוי. **בג"ץ בתיה כהנא:** מאבק לאפשר לאישה להתמודד על תפקיד מנכ"לית בתי הדין הרבניים. המשרה של מנכ"לית בתי הדין הרבניים היא מוגדרת כפוזיציה שלא שייכת לדין המהותי עצמו, אלא שייכת לרבדים המנהליים; לשון החוק מדברת על כך שלתפקיד מנכ"ל בית הדין הרבניים יתמנה "מי שששיר להיות רב או דיין"; **השופט רובינשטיין:** יש לפרש את אותו **סעיף 13 לחוק הדיינים** ככזה שכן מאפשר גם לנשים לכהן בתפקיד זה, והוא יצר בעצמו את המסלול והקריטריונים המאפשרים לנשים להיות מועמדות לתפקיד זה. **צעד זה, ועוד רבים, מציין את העובדה שכל הפיתוחים וההתקדמות בנושא, מבוצע באמצעות מערכת המשפט.**

**בית דין רבני או בית משפט אזרחי - מה זה משנה?**

- **הבדלים ברמת המעטפת (לגיטימיים ושאינם לגיטימיים)**
  - ◀ **"הדין הוא פונקציה של הדיין" (זילברג) -** הדין המהותי (התוצאה) אמור להיות זהה אך בפועל זה לא קורה עקב שוני בגישה, בדרכי הדיון ובתוכן הממשי של פס"ד, ולכן גם התוצאה המשפטית הממשית של פסק הדין יכולה להיות שונה. השוני מתבטא בעיקר בהחלה של **כללי המשפט הבינלאומי הפרטי/כללי ברירת דין**. אלו כללים שחלים רק בביהמ"ש האזרחי ולא בביה"ד למשל- **ס' 76 לחוק בתי המשפט** "סמכות אגב-אורחא", כלל "מעשה בית דין" ועוד.
  - ◀ **סדרי דין -** סדרי הדין והראיות בבית הדין הרבני אמורים להיות מוכתבים אך ורק על פי הדין הדתי, ובבית המשפט האזרחי לפי הדין האזרחי. **בפס"ד לב** השופט ברק אומר שהסמכות לקבוע סדרי דין היא לא סמכות בלתי-מוגבלת; בעידן חוקי היסוד וזכויות האדם, חייבים לעשות זאת תוך שמירה על זכ"א.
  - ◀ **דיני ראיות -** במערכת המשפט הדתית ישנן הגבלות מאוד קשות לגבי עדות (נשים, מחללי שבת ועוד). הגבלות אלו התמתנו לאורך השנים.
  - ◀ **מעשה בית דין -** "מעשה בית דין" הוא כלל במשפט אזרחי שקובע שכאשר ערכאה בעלת סמכות מכריעה בעניין מסוים [הכרעה בתביעה כולה, או ממצא עובדתי שנדרש לצורך בירור התביעה כולה], היא מחייבת את הצדדים לאותה תביעה בהמשך הדרך. **מעשה בית דין** הוא מהלך חד-כיווני ולא דו-סטרי: מכיוון בית הדין הרבני אל תוך המערכת האזרחית (מכוח פקודת המעבר שמחייבת רק "בתי משפט").
  - ◀ **אי-עמידה בהוראות כפיפות לערכאת ערעור (ביה"ד הגדול) -** מה עושים? מגישים עתירה לבג"צ.
  - ◀ **הקלת ראש בסדרי דין ובנהלי עבודה**

• **הבדלים ברמת התוכן: הדין החל**

הנושאים	בית הדין הדתי	בית המשפט האזרחי
ענייני המעמד האישי	דין דתי	דין דתי
דיני ראיות וסדרי דין	דין דתי (הלכת לב - בכפוף לשמירה על זכויות אדם).	דין אזרחי
הוראות חוק טריטוריאליות	הוראות החוק האזרחי	הוראות החוק האזרחי
עניינים שמעבר לענייני המעמד האישי	דין אזרחי (הלכת בבלי)	דין אזרחי

- **פרשת בבלי -** חלוקת רכוש בין בני הזוג בבלי. מר בבלי צבר זכויות פנסיוניות עתירות (טייס עם ותק של 30 שנים באל על) ומעבר לכך, רכוש בני הזוג היה רשום בחלקו הגדול על שם הבעל בלבד. ביה"ד הפעיל משטר של הפרדה רכושית (מה ששלי שלי ומה ששלך שלך). לטענת גברת בבלי פסיקת ביה"ד הסותרת את הלכת השיטות, פוגעת בשוויון. **שתי האסטרטגיות של ברק בפסק הדין:**

- ◀ **אסטרטגיה מסורתית -** חוק שיווי זכויות האישה, הדורש שוויון מהותי, הוא חוק טריטוריאלי החל על כל הערכאות השיפוטיות, כולל בתי הדין הרבניים.
- ◀ **אסטרטגיה רדיקלית -** היפוך הנוסחה שהייתה קיימת עד כה - **החלת הדין האזרחי הכללי על בתי הדין הרבניים בכל הנושאים, מלבד בענייני המעמד האישי.** בפסק הדין ברק מתמודד עם פסקי דין קודמים של ביהמ"ש העליון שאמרו בדיוק ההפך - **יולו'ני ובעהם** (אלון בעבעם: אפילו חו"י כב"א לא מחייב את ביה"ד

אם אינו טריטוריאלי). בפס"ד בבלי ברק קורא לפסיקותיו של אלון "אמרות אגב שראוי לסטות מהן". הלכת בבלי רלוונטית כתקדים רק כלפי זוגות שהתחתנו לפני חקיקה חוק יחסי ממון (שנת 73) ואז היא מחייבת את ביה"ד בהלכת השיטות.

- **בפרשת לב** יושמה **תזת האחיזות** בהיבט זכויות האדם **במשור הפעילות הדיונית** של הערכאה השיפוטית. **בפרשת בבלי** יושמה תזת האחידות בהיבט **הזכויות הרבניות**. צירוף שתי הפסיקות יחד מביאות לידי החלת הדין האזרחי הכללי על ביה"ד הרבניים בכל הנושאים, מלבד ענייני המעמד האישי, ובכך מיושמת תורת האחידות של השופט ברק.

### הפעלת ביקורת שיפוטית של בג"צ על ביה"ד רבני

- **חוק יסוד השפיטה סעיף 15(a)** - "סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכות של בית משפט או של בית דין אחר" - התערבות מכוח סעיף זה בעצם משמעותה שהפסיקה של בית הדין הרבני בטלה מעיקרה. **ס'15(ד)4** - דן בהתערבות בג"צ בפסיקת בית הדין הרבני שניתנה **בחוסר סמכות**, והוא אומר לנו כי החלטה כזו ניתנת לביטול (אינה בטלה מעיקרה).
- **סמכות בג"צ להתערב בהחלטות ביה"ד: פס"ד מיכל דוד**: עתירה בנושא **חינוך ילדים**. החלטות בתי-הדין הרבניים כי הבן ימשיך ללמוד במסגרת חינוך ממלכתי-דתי נתקבלו בניגוד לשלוש חוות-דעת של מומחים שהוגשו להם, ובכולן קבעו המומחים כי טובת הילד מחייבת כי יועבר למסגרת החינוך הממלכתי. בג"צ מנמק את ההתערבות בהחלטת ביה"ד הרבני: **(1) ס'15(ד) לחו"י השפיטה** - חריגה מסמכות של ביה"ד הרבני מקימה לבג"צ סמכות להתערב. **(2) התעלמות מהוראת חוק טריטוריאלי** - חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות שקובע את עקרון טובת הילד כעקרון על.
- **פרשת הראיות הפסולות**: ביה"ד בן התייחס לחוק הטריטוריאלי- החוק להגנת הפרטיות- אך קבע שניתן להשתמש בראיות כיוון שהן נכנסות תחת החריגים לחוק. **ברק**: **חיי הנישואין אינם שוללים מבני הזוג את זכותם לפרטיות זו כלפי זה והאישה לא הסכימה, במפורש או במשתמע, כי האיש יצלם אותה בהיותה במצב אינטימי עם זה**. משעזב האיש את בית המגורים בשל סכסוך עם העותרת, הפך הבית לרשות היחיד של האישה. רואים ניגוד בין הצורה בה המערכת האזרחית תופסת את הזכויות לבין הצורה בה המערכת הדתית תופסת אותן, אך לבסוף המילה האחרונה שייכת לבג"צ.
- **גבולות הפיקוח השיפוטי (מעטפת מול מהות): הפיקוח השיפוטי לא יכול להיכנס למהות**. לא ניתן להיכנס לתוכן של הדין הדתי. ביהמ"ש יכול להפעיל ביקורת רק על האופן שבו מופעל הדין- האם הוא הופעל בסמכות.

- **פס"ד רפאלי נ' רפאלי (אי-התערבות המהות)**- מקרה קלאסי של עיכוב גט לצורך סחיטת כספים והתנאת ביקורי ילדים (סחטנות גט). בנוסף, ניתן לראות את ייחסו הבעייתי של ביה"ד לתחום האלימות נגד נשים- דיני בית הדין הרבני הגדול, שגורסים כי יש להתרות לפחות שלוש פעמים וכו'. **האם ניתן לעתור לבג"צ בגין דחיית תביעת הגט?**
- **השופט אור** מבטא את העמדה המקובל ואומר **במפורש שלא**.
- **השופט חשין** (בדעת יחיד)- נכנס לעומק הדינים הדתיים- חשין בוחן את העילות שהעלתה האישה: "מאיס עליי", הבגידה של הבעל והאלימות שלו, ואומר כי במידה ובית הדין הרבני לא היה מתייחס ברצינות לטענות אלו של האישה, "היה מקום להוסיף ולעיין בסוגיה"- **זו האמרה המרחיקה לכת ביותר של בג"צ בשאלה האם הוא יכול להתערב בתוכן והיישום של הדין הדתי עצמו**. מדבריו של חשין משתמע שכן (במסגרת דעת יחיד וכאוביטר). בפס"ד "פרשת בני נוח" ניתן לראות דבר דומה שברק עשה, אך גם כן מדובר באוביטר.
- **פרשת העגונה מצפת (התערבות במעטפת)**- הבעל עבר תאונת דרכים קטלנית והפך ל"צמח". אחרי מספר שנים, מגישה האישה תביעת גירושין. ביה"ד הרבני בצפת סידר בעבורה "גט זיכוי". מוגש ערעור לביה"ד הגדול, מצד אדם המכונה "פלונז", בטענה שביה"ד האזורי קיבל את החלטתו שלא בסמכות. ביה"ד הרבני הגדול מחליט לקיים דיון בערעור על אף שפלונז לא היה צד להליך תביעת הגירושין. **החלטת בג"צ**: פלונז לא היה צד להליך המשפטי שהתנהל בין העותרת לבין בן זוגה. ובמובן זה נעדר הוא כל מעמד ביחס לאפשרות להשיג עליו

### נישואים כדת משה וישראל (כדמו"י)

- **שורש הבעיה**: הבעיה נעוצה בהבדל המאוד מהותי בין הנישואין ותפיסת קשר הזוגיות לפי הדין הדתי-היהודי לבין תפיסת הנישואין והגירושין האזרחיים.
- **לפי הדין הדתי-היהודי**, הכניסה לסטטוס של הקידושין היא כניסה שנעשית באמצעות של "האקט" של הזוג וכך גם היציאה והמעבר מנישואים לגרושים נעשה באמצעות מעשה של הזוג עצמו- **בני הזוג עצמם הם "הריבון" על הסטטוס ולא גורם חיצוני להם ולכן צריך את הסכמת שני הצדדים**.
- **לפי התפיסה המערבית**, השליטה על הסטטוס מצויה בידי המדינה. מנת שיהיה תוקף רשמי לנישואין הם צריכים לפעול לפי הסמכות שניתנה להם על ידי המדינה, ואותו סטטוס הנישואין מוכר על ידי המדינה רק במסגרת הסמכות. בהתאמה, התרת קשר הנישואין יתקיים כאשר בית משפט יחליט כי נישואין אלו הגיעו אל סיומם. התפיסה היא תפיסה של **"גירושין ללא אשם"**: **לפי דרישת צד אחד**- אין צורך להוכיח איזה שהוא פגם או גורם שלילי שדבק בצד השני, כאשר אחד הצדדים מבקש לסיים את הנישואין.
- **נושא ההסכמה בדין הדתי**: ההבדל הדומה בין מרכיב **הרצון של האיש** לבין יסוד ומרכיב **ההסכמה של האישה**- ההכרח ברצון הבעל הוא **מדאורייתא**, בעוד הכרח הרצון של האישה הוא רק **מדברבב** (לפי חרם דרבנו גרשום). זו האקסיומה של ההבדל בין מעמד הגבר למעמד האישה בדין הדתי בהלכות הנישואין והגירושין. הקידושין הן בעצם **פעולה של קניין**. דרך הקידושין המוכרת כיום בהלכה היהודית היא דרך הכסף- הטבעת. האיש קונה את האישה לעצמו. **מכאן ההבדלים הקוטביים בנחיצות הגט עבור האישה לעומת האיש, נוכח היות אשת איש בגדר אישות עריות מדאורייתא**. כלומר, כל קשר מיני שמתקיים בינה לבין איש אחר הוא בגדר האיסור החמור ביותר בהיררכיית המשפט הפלילי ההלכתי-דתי.
- **ההשלכות המעשיות**: האישה זקוקה לגט יותר מבעלה!! במצב שבו ישנו גבר שאשתו מסרבת לקבל את הגט, ניתן להתגבר על אי-רצון האישה דרך חיובה בגט ביתר קלות, או **דרך מתן רשות לגבר לשאת אישה נוספת, דרך מתן היתר 100 רבנים**. לעומת זאת, חיוב הבעל בגט עלול להוביל למצב של **"גט מעושה"**. מכאן שהאיום על ממזרות ילדים עתידיים קיים רק על נשים. ההשלכות על ילדים ממזרים הם שאינם יכולים להתחתן עם יהודים/יהודיות כשרים. בלי גט, האישה לא מקבלת שום חלק מהרכוש המשותף (לפי חוק יחסי ממון עד לשנת 2008), שברוב המקרים רשום על שם הבעל, וזה מוביל את האישה לוותר על חלק מהרכוש בכדי "לקנות" את הגט שלה. המצב הזה השתנה רק בשנת 2008.

### פתרונות לסרבנות גט מחוץ לכלים הפנים-הלכתיים

- **מעקף- הימנעות מקידושין כדת משה וישראל**: שני ערוצי המעקף המרכזיים שהמערכת האזרחית יצרה לאורך השנים הם:
  1. ידועים בציבור
  2. נישואין אזרחיים מחוץ לישראל- בעקבות פס"ד מכונן של ביהמ"ש העליון, מי שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל, ונרשמו כנישואים בישראל (תושבי ישראל חייבים להודיע על נישואיהם גם אם נעשו בחוץ לארץ) הם נשואים לפי חוק. **ביחס לגירושין**, צריך ששני בני הזוג יהיו יהודים כדי שהגירושין יידונו בביה"ד. אם אחד מבני הזוג הם לא יהודיים, הגירושין לא יהיו בביה"ד הרבני אלא לפי חוק מיוחד.
- **האכזבה מניסיונות גיוס המערכת האזרחית בדרך של עימות ישיר**:
  - **פס"ד פגס (1994)**- מערכת נישואין מאוד קשה המלווה באלימות שהוכחה ובמסגרת ניסיונות האישה להשתחרר מהקשר האלים הזה, היא חתמה על הסכם, במסגרתו היא וויתרה על כל הרכוש המשותף. שמגר מסכים עם בית המשפט המחוזי (אז עוד לא קמו בתי המשפט לענייני משפחה) כי ההסכם היה גרוע במידה בלתי סבירה מן המקובל, ואכן ההסכם תוקן בבית משפט קמא. על ההסכם החדש הוגשה עתירה לבג"צ. יש לנו כאן מקרה קלאסי של סחטנות גט, בו האישה מבקשת הכרזה על בטלות ההסכם מטעמי **עושה הטעייה וכפייה**. השופט שמגר אומר כי **הנטייה של ביהמ"ש תהיה בדרך-כ לכבד את הרצון**

המוצהר של הצדדים בהסכמים מסחריים והסכמי נישואים ולכן ביהמ"ש בסופו של דבר לא מתערב. בבסיס מסר זה עומדת אטימות קשה מאוד והיעדר כל הבנה מינימלית של הדינמיקה בגירושין בישראל, ואת חוסר השוויון המוסדי בין גברים לנשים.

✚ **פס"ד אברהם (2001)** - בתמורה לגט, הבעל מבקש שכל השאלות הרכושיות עליון כבר דנו במשך שנים בביהמ"ש המחוזי, יידונו של בביה"ד הרבני. ביה"ד אומר שהאישה היא הסרבנית כי היא אינה מעוניינת לקיים את תנאי הבעל. בנוסף, שחררו את הבעל מהמאסר. לפיכך, האישה הסכימה לדרישה (מחוסר ברירה) ולאחר קבלת הגט היא חזרה בה. בית הדין הרבני, גרס כי אם בוטל ההסכם, אז גם הגט שניתן בהסתמך על ההסכם מבוטל, ועל כך האישה עותרת לבג"צ. **זו הייתה הפעם הראשונה שהתוודענו לתופעה של ביטול גטים.** בג"צ לא מתערב, כי אין יכולת לבג"צ להתערב בדין המהותי.

✚ **פס"ד רפאלי** - ביה"ד הרבני הגדול הופך את החלטתו של המחוזי לחייב את הבעל בגט על אלימות, בגידה וכו'. על החלטת ביה"ד הגדול עותרת האישה לבג"צ. בבג"צ, הנימה של השופט אור אחרת מנימה של מצא- אור אומר שזה הדין ובג"צ לא יכול להתערב הוא לא משמיץ את האישה כפי שעשה מצא בפס"ד אברהם.

- **דוג' לרתימת המערכת האזרחית בשירות הכלים ההלכתיים (פק' בזיון ביהמ"ש) חוק כפיית ציות\חוק קיום פסקי דין לגירושין\חוק שיפוט בתי דין רבניים וכו'):**
  - ✚ **הארכת מאסר לסרבן גט למעלה מעבר ל-10 שנים** - גרודצקי הוא סרבן גט המצוי בכלא עקב אי קיום פסק דין של גירושין. נוכח סיורו הוא נאסר מכוח הוראת סעיף 3 לחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה-1995 (חוק הקיום). תקופת המאסר המרבית המותרת לפי חוק הקיום היא 10 שנים. כשהוא התמיד בסירובו, לקראת תום תקופת עשר שנות מאסר, קבע ביה"ד כי המבקש ייאסר לתקופה בלתי קצובה מכוח הוראת סעיף 7א(א) לחוק כפיית ציות. ביהמ"ש קובע כי **חוק הקיום נועד להוות נדבך חקיקתי נוסף בגדר המסגרות הנורמטיביות המשמשות לאכיפת פסקי דין של גירושין.**
  - ✚ **פס"ד גז (בג"צ השיימינג)** - ביהמ"ש מאשר את שימוש ביהמ"ש בסנקציות לפי "הרחקות דרבנו תם" מחוץ למצוין בחוק.
  - ✚ **אישור קנס אבי הסרבן** - סטואציה ייחודית שבה מוטלת סנקציה על אביו של סרבן גט, לאחר שבי"ד רבני השתכנע בהשפעה המשמעותית והדרמטית שיש לאב על הבן. בפסק הדין של מינץ הוא מזכיר את ההתנכלויות והאמצעים שגובלים בפלילים שנקטו כל מיני שליחים של האב כנגד הדיינים שהעזו לפסוק כנגדם - מדובר בפוליטיקה מוחלטת והכל על רקע של אישה שעברה אירוע מוחי ומתרה נכה ועגונה. ביהמ"ש קובע כי כאשר הנסיבות מחייבות, להוציא צו לפי הפקודה כלפי כל אדם שסייע או הביא להפרת הצו השיפוטי, אף אם הוא "גורם זר" להליך העיקרי ולא היה בעל דין בו.

### שלושת מישורי הפתרון ההלכתיים \ עו"ד שי זילברברג

- **הפתרונות שקיימים בהלכה עבור עגינות ומסורבות גט:**

1. **הרחבת עילות הכפייה ההלכתית והחייב בגט** - איך בכלל ניתן לפי ההלכה לחייב את הבעל לתת גט? הרמב"ם יוצא מנק' הנחה שניתן לכפות גט וזה לא יהיה גט מעושה כי בעצם מביאים את הגבר לרצון האמיתי שלו. יש חזקה שאדם רוצה לעשות טוב ורוצה למלא את רצון השם כדעת חכמים. הבעיה עם עילות הגירושין היא שהן מצומצמות. בימנו רוב האנשים נפרדים לא על רקע בעיות קיצוניות. לכן ההלכה אומרת שאם אין עילת גירושין, לא כופים אותם אלא יישארו ביחד עד שמישהו ישר. מעבר לכך, גם לעילות הקיימות, יש פרשנות מאוד מצמצמת. הרף הראייתי שמבקשים בביה"ד הוא מאוד גבוה - גם כשאדם הורשע בדין זה לא מספיק, הם רוצים לנהל דיוני הוכחות מטעמים. **עילת "מאיס עלי"** שימשה כפתרון לבעיה. במאה ה-12 הפסיקו את השימוש בעילה, משום שרבנו תם היה נגד עילה זו. גם מטעמים של ריאליזם משפטי - אם אישה אומרת מאיס עלי אי אפשר תמיד להאמין וליזום בכך גירושין. וגם ערער על עצם כוח הגאונים לתקן תקנות. כיום לא מוסיפים עוד עילות חיוב לגט מכוח הכלל של החתם סופר: **"חדש אסור מן התורה"** - ראקציה נגד תנועות חדשות ביהדות. בנוסף, החת"ם סופר קבע גם כלל מאוד נוקשה שאומר כי ניתן לכפות גט רק במקרים בהם יש קונצנזוס מלא ביחס לעילת הכפייה. **הפתרון: הרחבת עילות הכפייה והחייב בגט.** כשדיינים רוצים לעזור לבני הזוג להתגרש, הם נותנים פרשנות מאוד גמישה לעילות השונות ואולי מוסיפים עילות שונות כמו רבינו ירוחם בעילת "מות הנישואין".

2. **הרחבת המנגנון של "כפייה עקיפה"**: שימוש באמצעי לחץ שמזרזים את מתן הגט, אך אינם נחשבים לאמצעי כפייה ממש, המותרים רק כאשר קיימת עילת כפייה: לפי רבינו תם, ננקוט נגד הבעל בהרחקות; לא לשאת ולתת עמו, לא להעלות אותו לתורה וכו' (עלה בפסק הדין גז/שיימינג), ומצד שני, הגבלות מכוח חוק הסנקציות.

◀ **מזונות מדין מעוכבת** - סטואציה של "מגורשת ואינה מגורשת" - במקרה זה הבעל מחויב במזונותיה. המקרה המקורי מדבר על מצב בו הגט ניתן לאישה אך לא הגיע אליה פיזית מסיבות טכניות. יש דיינים שמוכנים לעשות זאת, ויש כאלה שטוענים שזה גט מעושה ולא מתירים. **האישה זכאית לקבל את מזונות המעוכבת גם אם בני הזוג לא גרים ביחד, להבדיל ממזונות אישה.** בנוסף, היום נשים עובדות ומרוויחות כסף בעצמן ועל אף זאת, הן זכאיות לסכום כמעין יציפי (לעומת מזונות אישה, שכדי שהאישה תקבל את המזונות היא חייבת לתת את המשכורת לבעלה).

◀ **כתובה** - שהאדם צריך לתת גט וגם לאישה מגיעה הכתובה. אבל גם אם לא מסכים לתת גט, אפשר לחייב אותו לתת כתובה. אם זה סכום גדול נוצר לו חוב משמעותי, ואז להיכנס איתו למשא ומתן עד שבסופו של דבר ייתן גט. זה לא תמיד עוזר, אם לאדם אין הרבה כסף לכתובה או אם זה אדם שלא מפריע לו לשלם.

◀ **הרחקות דרבנו תם** - התפתחות מעניינת הייתה בשנים האחרונות 2 בג"צים: **פלוגי ועודד גז.** שניהם לא הסכימו להתגרש, והיו מאוד קרובים לקהילה הדתית שלהם. והחליטו להחיל את ההרחקות. בג"ץ בדעת רוב קבע שמותר לביה"ד לעשות זאת רק ע"י המלצה. זה לא עזר בשני המקרים, אחד לא נתן גט עד היום והשני נתן ע"י פתרון אחר. כלי נוסף הוא שיימינג ופרסום שמו של המסרב למרות שכל הדיונים בדלתיים סגורות.

◀ **חוק הסנקציות (חוק קיום פס"ד לגירושין):** הרחקות רבנו תם בלבוס מודרני - במדינה מודרנית אפשר להגביל את זכויות האזרח במדרג שהשיא הוא שלילת החירות וחופש התנועה (איסור יציאה מהארץ או מאסר), לפני כן, שלילת רישיון מקצועי, הגבלת חשבון בנק ועוד. מספר התיקים בהם מושתים סנקציות אינו מאוד גדול, ונראה כי ישנו שוני מאוד גדול בהפעלת הסנקציות על ידי דיינים שונים - הפעלת בעילת חיוב\כפייה או במקרים קלים יותר.

◀ **הסכם קדם-נישואין**: זה לא לחץ ישיר ולא כפייה, אלא בזכות התחייבות וולונטרית של הבעל מראש לקבל על עצמו איזה שהוא מנגנון לתת את הגט במקרה של גירושין ועליית יחסי בני הזוג על שרטון. ההסכם בדר"כ מסדיר איזושהי סנקציה למי מן הצדדים שיסרב לקחת/לתת את הגט. נהוג לקרוא לסנקציה "מזונות מוגברים" (דומה למנגנון ההלכתי של מזונות מדין מעוכבת). **האתגר בהסכמי קדם נישואין:** יכולות להעלות טענות של "גט מעושה"; לא בטוח שהמנגנון הזה אכיף מבחינה אזרחית;

3. **שימוש במנגנונים שעוקפים את הצורך במתן הגט על ידי הבעל** (הפקעת הקידושין; ביטול הקידושין; קידושין על תנאי)

◀ **הפקעת קידושין** - דרך זו מבוססת על האמירה במשנה ובגמרא כי כל מי שמקדש עושה זאת על דעתם של חכמים ולחכמים יש כוח להפקיע את הקידושין ממנו; תופסים את הפתרון הזה כפתרון מאוד מצומצם למקרים ממש קיצוניים כמו מקרים של ממזרות ממש, או מקרי אונס של נשים יהודיות ע"י לא יהודים. כיום, ביה"ד כמעט ולא עושים שימוש בכלי הזה.

◀ **ביטול קידושין** - מנגנון שמתכתב עם התפיסה החוזית של הקידושין; פרקטיקה זו מופעלת בדר"כ כלפי סרבני גט קשים והיא נקראית **"מקח טעות"**. בנישואין חייבים שיהיו 2 עדים, העדות היא מכוונת את הקידושין. לכן אם זוג הסריט את עצמו עושה את הטקס הם עדיין לא נישואין. ביטול הנישואים נעשה ע"י פסילת העדים. ישנה מחלוקת האם רק אדם שומר תורה ומצווה יכול להיות עד, לכן מסתמכים על המחלוקת הזו ופוסלים את העדים, רק במקרה קצה. לכאורה, נראה שזה פתרון אולטימטיבי, אמנם בגמרא מעלים חזקה שאישה תמיד תעדיף להיות נשואה מאשר לא להיות נשואה ולכן כמעט ולא מגיעים למצבים שפוסקים על ביטול קידושין.

- קידושין על תנאי- עלה רעיון להוסיף לכתובה תנאי כי הקידושין הן קידושין על תנאי וכל עוד אנו גרים ביחד וחיים כנישואים אז הם מתקיימים, אך ברגע שיש גירושין בידי ערכאה חיצונית אחרת, אז הקידושין בטלים- מדובר בהליך ממש קיצוני שמבטל את הסכמת רצון הצדדים, ומוסיף התערבות חיצונית לתוך הקידושין ואף לתוך הכתובה, ולכן הוא נתפס כקיצוני מידי.
- הרשאה למתן גט- החתימו גברים שיצאו לקרב/מלחמה (כמו במלחמת העולם השנייה) שאם לא יחזרו ולא יהיה ניתן לדעת בוודאות אם נהרג בקרב או לא, אז הוא מייפה כוח לתת גט בשמו. הטיעון נגד מבחינה הלכתית גורס כי הרשאה כזו מתבטלת אוטומטית ברגע שבני הזוג כן חיים יחד וכן מתכוונים לחיות חיים משותפים.
- גט זכיני- על מנגנון זה דיברנו במסגרת פרשת "העגונה מצפת" כאשר פלוני ביקש לערער על פסק הדין של הרב לביא מצפת, שהתיר את האישה על בסיס גט זכיני. חשוב להבין שפנתרון גט הזכיני הוא רק כאשר הדבר ייחשב לבעל לטובה.
- עקירת הבעיה מן השורש העמוק יותר- קידושים לא קנייניים: כאמור, הבעיה טמונה בשליטה שיש לאיש על הגט. המנגנון שמאפשר את השליטה הזו הוא מעשה הקידושין שמקנה לבעל את "הקניין", את האישה, ובהכרח את השליטה על היציאה מקשר הנישואין. אם לא היה מעשה קניין בקידושין בעצם פתרנו את הבעיה. זו פסיקה עתיקה של הרמב"ן שמכונה "היתר הפילגשות" והוא בעצם מתיר קיום יחסים זוגיים וחיים זוגיים ללא מעשה קניין. אם האישה "טובלת", כלומר עומדת בדיני הנידה, והזוג מקיים קשר מונוגמי, אין בזה פסול.

### מכת הנגד של הגבר: תנאי בגט וביטול גטים בדיעבד

- תנאי בגט: אפשר לראות התניות במגוון גדול של סוגיות כמו סוגיות כלכליות, משמורת, חינוך ועוד. ניתן לראות גם לא מעט פעמים בהם הבעלים דורשים כתנאי למתן גט העברה של כל סוגיות הגירושין לבית הדין הרבני, על אף שכבר דונו וסוכמו בבית המשפט האזרחי (בג"צ אברהם). טקטיקה זו של סרבן הגט שמתנה את העברת הסמכויות לבית הדין הרבני משרתת את בתי הדין, שכן כך הם צוברים סמכויות וכוחות. אם בית הדין הרבני מכיר בכך שניתן להתנות על מתן הגט, האצבע מופנית כעת לאישה והיא כעת נתפסת כמעגנת. בית הדין שמאפשר תנאי לגט עשוי גם לאפשר ביטול רטרואקטיבי של הגט אם הופר התנאי (בג"צ אברהם).
- המונח נשק יום הדין מתייחס לנשק שמכריע את המערכה. במובן זה, אין אחרי זה כלום- מדובר בהחלטות שחסינות ביקורת בג"צ. בג"צ חסר סמכות, כיוון שמדובר בלב ליבה של הסמכות הייחודית של בית הדין הרבני, ובמידה וזה קובע כי הגט בטל, בג"צ לא יכול להכריז כי הגט שריר וקיים.

### תגובת האישה: פיצוי זיקי בגין סרבנות גט

- בתי הדין הרבניים הבינו כי במידה וכל אישה יכולה לפנות לבית המשפט לענייני משפחה ולקבל פיצויים, מדובר באיום ממשי על הבעלים מבחינה כלכלית, וכל הכוח שיש בידם יכול להפוך להיות לא רלוונטי. לכן, ניתן לראות כי בתגובה התקיימה שורה של פסקי דין של בתי הדין הרבניים בהם סירבו לסדר גט עד לביטול פסקי הדין הנזכרים, שכן זה מוביל לגט מעושה. בתי הדין אף הקצינו בהמלצות לעורכי דין שלא לתבוע זיקות מפני שהדבר יוביל לתביעת רשלנות מקצועית כנגדם.
- המקום היחיד בו אנו יכולים לחוש את הדעות השונות בבג"צ ביחס לשאלת התערבות בהליכים הרבניים, הוא במסגרת פס"ד עקרת הבית.
- פס"ד עקרת הבית- אישה שמסרבת להתגרש, אך היא אינה באמת סרבנית גט. הבעל תובע פיצויים זיקיים בגין הסירוב. האישה ישה שלושים שנים בבית וטיפלה בילדים ואין לה שום יכולת להשתכרות עצמאית. כעת היא בת 50 ללא ניסיון תעסוקתי וללא תואר. במידה והיא תקבל גט היא נשארת ללא יכולת קיום עצמאית וכל עוד היא נשואה היא ממשיכה לקבל מזונות אישה מהבעל. התקבל הרושם כי היא סרבנית גט ולכן ביה"ד קצב לה מזונות אישה למשך שנתיים בלבד. בית המשפט המחוזי הבין את סיחובה, אך אינו מעוניין למשוך את המצב עד אין סוף ופסק מזונות למשך שלוש שנים. בפס"ד עולה שוב שאלת הסמכות: האם למערכת האזרחית יש סמכות לדון בשאלה של סרבנות הגט באופן עצמאי או שהסמכות להכריע בשאלה, האם האישה היא סרבנית גט, נתונה תמיד רק לבית הדין הרבני?

- הבינשטיין וזילברטל (דעת רוב) אומרים כי יש סמכות למערכת האזרחית, סמכות נגררת, וכי המערכת האזרחית יכולה להכריע האם האישה סרבנית או לא. למרות זאת, זילברטל גורס כי בשל הסיטואציה הייחודית של גירושין עקרת בית אין להגביל את המזונות, מאחר ואין לה את היכולת לצאת לשוק העבודה.
- ברק-ארז אומרת כי פיצויים זיקיים בגין סרבנות גט זה דבר אחד, והשאלה של אי-הרצון או אי-היכולת של האישה להתגרש ושאלת קציבת המזונות זה דבר אחר- אין כאן סימטריה. היא קובעת שהמערכת האזרחית כפופה לרבנית בשאלת סרבנות הגט, אך אין מקום להגביל את המזונות האישה לשנתיים בגין סרבנותה.

- פס"ד פלוני- ביהמ"ש נמנע מלקבל הכרעה בשאלה אם יש סמכות למערכת האזרחית לדון בתביעות פיצויים האלה. ביהמ"ש מבין את המורכבות ההלכתית, הוא מכיר את הטיעונים בדבר החשש לגט מעושה והטענה שאולי בכלל מדובר בענייני נישואים שאז אין בכלל לביהמ"ש סמכות לדון בתביעות אלו. למרות זאת, ביהמ"ש מאשר את הפיצוי. למה? מדובר באישה שהייתה ממש סרבנית. היא עזבה את הבית תוך פחות מחצי שנה לנישואין, היא לא מעוניינת לחיות עם הבעל אבל היא אינה מעוניינת לקבל את הגט. אין כאן מערכת נישואין ארוכת שנים וקשר עמוק, מדובר בסרבנות אידאולוגית גרידא.
- אנחנו רואים ריסון עצמי של ביהמ"ש. השופטים משאירים את השאלות בצריך עיון. הם מעדיפים לדון בשאלות האלה כשיגיעו המקרים הקלסיים של אישה שמסורבת גט מהבעל. הרי שהבעל, בפס"ד פלוני, קיבל אחרי כמה שנים היתר מרבנים ונישא לאישה שנייה.

### הזכות לנישואין, מגבלותיה, מצוקות הנישואין ונישואין מחוץ לרבנות

- הזכות לנישואין נתפסת כזכות יסוד וכזכות אדם בסיסית המעוגנת בסדרות של אמנות בינלאומיות. בשיח זכויות האדם הבינלאומי נוטים להבחין בין:
  - הדבר- צורת הנישואין (אופי מסורתי\ דתי או נישואים אזרחיים).
  - לבין המהות- השאלה של היכולת להינשא (כושר בסיסי- מי יכול להינשא; מי יכול לשאת את מי? - כושר יחסי).
- חלק מהזכות לנישואין הוא גם המרכיב של השוויון. השוויון חייב להינתן בשלושת המישורים: הכניסה לנישואין; מהלך הנישואין; היציאה מהנישואין; אם אנו מתבוננים על מערך דיני הנישואין בישראל, מאוד ברור לנו שמדינת ישראל מפרה את הזכות הזו כפי שהיא מובנת במשפט הבינלאומי על רקע דתי, לאומי ומגדרי.
- מגבלות אוניברסליות על הזכות לנישואין - שלב הכניסה לנישואין
  - גיל מינימום לנישואין- אמנת זכויות הילד קובעת שמדינות חייבות לחוקק שנישואין מתחת לגיל 18 אינם אפשריים, אלא בתנאים מאוד מצומצמים ומסוימים. בישראל- יש איסור נישואים מתחת לגיל 18 אבל לא ניתן להתיר נישואים אלו אם כבר התרחשו.
  - איסור ריבוי נישואין (פוליגמיה; ביגמיה)- מעוגן בשורת אמנות ומחויבויות בינלאומיות שאסורות על מדינות לאפשר ריבוי נישואין. מעלה קושי של יכוח רב-תרבותי לגבי קבוצות מיעוט שמאמינות בפוליגמיה.
  - איסור על נישואין בקרבת משפחה מדדגה ראשונה
  - איסור על נישואין בין בני אותו מין- לאורך השנים הייתה מגבלה כזו, אך מגבלה זו הלכה וקטנה במישור הבינלאומי. זו לא זכות אדם מוכרת בשיח זכויות האדם הבינלאומי, אך היא כן מוכרת במדינות אירופה במובן מסוים.
- בישראל, המגבלות הבינלאומיות קיימות. אך נוספת שורה של מגבלות נישואין שנובעות מהכללים הפנימיים הלכה היהודית:
  - נישואים אסורים ובטלים (איסורי אריות מדאורייתא)- אלה נישואין שמיסודם אין להם תוקף, גם אם היו קידושין כאלה- אין להם משמעות בפועל, כי ישנו איסור מהתורה לגביהם. הילדים שיוצרו מקשר זה הינם ממזרים.
  - א. קרבת משפחה מדדגה ראשונה;

- ב. אישה שהתאלמנה ולא עברה דין ייבום;
  - ג. איסור אשת איש; לפי ההלכה העונש על עבירת איסור אשת איש הוא מוות. כמובן שהילדים מהקשרים האלו הם ממזרים.
2. **אסורים מלכתחילה, תופסים בדיעבד (שניות לאריות)**- אלו קשרים שההלכה אמנם אוסרת עליהם, אך אם הם נוצרים, הם יכולים להניב קשר שהוא תופס מבחינה הלכתית (תופסים בדיעבד). מבחינת שאלת הילדים **הם לא יהיו ממזרים** וזו הנקודה העיקרית. בגלל שהקשר אסור מבחינה הלכתית, כשזוג כזה יגיע לביה"ד, ביה"ד לא יקנה לבני הזוג זכויות כלכליות מכוח קשר כזה (מזונות). הקבוצה השניה "שניות לאריות" היא קבוצות מצוקה הנגרמות מכוח הדין הדתי עצמו ולכן הם לא יכולים להתחתן בישראל.
- א. כהן לגרושה/חלוצה/מגוירת;
  - ב. יהודי/ת לממזר/ה;
  - ג. אשת איש שזנתה אסורה לבעלה ובעלה; אשת איש שזנתה אסור לה לחזור לבעלה ואסור לה להתחתן עם הבעל. גם האיסור הזה נכנס לקטגוריה של שניות לאריות: ולכן ילדים מקשרים כאלה הם לא ממזרים כי לא מדובר באשת איש.
- אז מי בעצם חלק מאותה **קבוצת מצוקה** שקיימת אצלה העדר כושר מוחלט או זמני להינשא?
    - מנועי\פסולי חיתון- הקידושין בניהם אסורים מלכתחילה אבל תופסים בדיעבד**; אלו הנישואים שדיברנו עליהם עכשיו. והם ייחודיים לדין בישראל (הדין הדתי) ולא למישור הבינלאומי.
    - זוגות בני דתות שונות**; נישואים כאלה לא אפשריים לפי ההלכה.
    - בני אותו מין**; לא אפשריים לפי ההלכה.
    - עגונות**; העגונות לא יכולות להשתחרר מקשר נישואין כולם בעקבות סרבנות.

### שאלת ההכרה בקידושין הפרטיים בישראל

- **חלק א'- קידושין פרטיים בשנות 60-70:** אלו זוגות שכן מחפשים את הטקס הדתי אבל לא במסגרת של הרשויות הרשמיות בישראל מכל מיני סיבות. בשנות ה-60-70 לא הייתה הכרה מבחינת זכויות משפטיות לאלו שלא נישאו כדמו"י (ידועים בציבור, כאלה שנישאים בחו"ל וכו'). רק באמצעות רישום במשרד הפנים כנשואי נשואה, יכלו להבטיח את אגד הזכויות הניתנות לבני זוג. כל אותם אנשים שהיו בקטגוריה של "אסורים מלכתחילה אבל מותרים בדיעבד" הבינו שאם הם יעשו טקס דתי פרטי, הוא יהיה תקף בדיעבד. הם ביקשו מביה"ד הרבני שיכיר בטקס הפרטי. הם מביאים לכך שנוצר אקט בדיעבד ויש לו תוקף לפי ההלכה, ולכן, גם המדינה תכיר בזה. סעד הרישום לא בהכרח מעיד על **תוקף** הנישואין, אבל הוא מקנה להם זכויות. אם הלכתית הטקס הזה תקף, גם אם ביה"ד הרבני לא יכול להגיד חד-משמעית שהטקס תקף, הוא חייב להניח שיש כאן לפחות **ספק קידושין** ואז האישה היא יותר קרובה ל"אשת איש" מאשר פנויה. ולכן היא תהיה חייבת גט כדי להינשא למישהו אחר.
- **יש הבחנה בין המישור המנהלי (הרישום), ללא קשר לתוקף הטקס, לבין המישור המשפטי-המהותי (שאלת התוקף; ההשלכות הן בעיקר פנימיות לבני הזוג בינם לבין עצמם).** הבחנה זו ייחודית למשפט הישראלי והיא תוצאה של הצורך להתמודד עם השלכות של השליטה של הדין הדתי במישור של המעמד האישי (דיני המשפחה). רוב הזוגות שנפגעו מכך היו זוגות של כוהנים וגרושות. הם רצו להיות מוכרים כנשואים בכדי לקבל את כל הזכויות הסוציאליות הנובעות ממעמד הנישואים, והדרך היחידה לקבל את זה אז היה להיות רשום כנשואים במרשם האוכלוסין.
- ✚ **רודניצקי: הכהן והגרושה-** ביה"ד לא יכול להגיד מצד אחד שלא נעשה פה דבר כי אז יש סכנה של עבירה על איסור אשת איש. מצד שני, קשה לו להשלים עם הנישואים האלה כי אז הם "מסייעים לדבר עבירה" כלומר, שעשו מעשה פסול מבחינת השקפת ביה"ד הרבני. ביה"ד נתלה על סתירה בעדויות העדים ומשאיר את סוגיית ההכרעה בנישואין פתוחה. מה שהיה לפני פס"ד רודניצקי הוא שביה"ד היה אומר שהזוג בעצם לא נשוי אבל כדי לשאת אחרים הם צריכים גט (במצבים כאלה משרד הפנים היה רושם את הזוג כנשוי בת"ז) ולכן ברודניצקי ביה"ד הבינו את הקץ ונמנעו מהכרעה. הסיפור הזה מגיע לבג"צ. בג"צ נכנס פה לנושא של נישואין- לליבת שאלת התוקף. הוא **מורה כאן על רישום זוג כנשוי**, סעד שלכאורה רק בית הדין הרבני יכול לתת. אי אפשר לגזור מפס"ד אמירה שאומרת שבג"צ כן יכול להורות לביה"ד הרבני לרשום זוגות כנשואים. זה מקרה חריג שלא מעיד על הכלל. האמירה הגורפת של לנדוי מרודניצקי: "דין התורה" נקלט למשפט המדינה רק ברובד המשפטי-פוזיטיבי, ללא החלק של האיסור שבו. לנדוי בעצם אומר שהמשפט הישראלי קבע שנישואין וגירושין של יהודים בישראל יערכו לפי דין תורה (ס' 2 לחוק שיפוט ביה"ד רבניים), אבל דין תורה הכוונה רק לחלק הנורמטיבי- כלומר, לחלק של המשמעויות המשפטיות - יצירת הזכויות והחובות. ולא לחלק הדתי שממנו נובעים איסורים שהם דתיים באופיים ובמהותם. האיסור של כהן וגרושה הוא איסור דתי באופיו וכך גם כל האיסורים שנקראים "שניות לעריות".
- ✚ **בפס"ד קרן התנועה ליהדות מתקדמת,** הייתה עתירה לבג"צ שהוגשה ע"י שני רבנים רפורמיים שבקשו לקבל הכרה כמסדרי קידושין. הם טענו שהם פועלים ע"פ ההלכה ואין סיבה שלא לתת להם היתר לחתן. הטענה נגדם הייתה שהם יסכימו לסדר נישואים של כהן וגרושה. כיצד היה ניתן לענות לטענה כזו? כפי שלנדוי ענה בבג"צ רודניצקי. הם טענו שלא יסדרו קידושין לפי הקטגוריה של איסור עריות מדיאורייתא אך כן יסדרו קידושין לאותה קבוצה של שניות לעריות שנכללו במשפט הישראלי ע"פ לנדוי ברודניצקי. בסופו של דבר, השופט אילון דחה את הטענות המשפטיות בפסק הדין. זה פס"ד שבו בג"צ קובע ש"דין תורה" כפי שמופיע בס' 2 לחוק שיפוט ביה"ד רבניים- הוא ההלכה האורתודוקסית. פסיקתם של בתי הדין הרבניים הממלכתיים במדינת ישראל הם דין התורה של היום.
- **למי בג"צ נותן סעד? בג"צ נותן סעד רק למנועי החיתון.** ההנמקה המנהלית הייתה שלסרבנים האידאולוגים יש אפשרות להתחתן. מניעה אידאולוגית לא מייצרת מצוקה שמצדיקה את מתן הסעד.
- **חלק ב' - עשר השנים האחרונות:** מי מרכיב כיום את רוב מבקשי הקידושין הפרטיים בישראל? **סרבנים אידאולוגים לביה"ד הרבני-** הם מחפשים דרך להינשא בתצורה ש"תתפוס הלכתית", לעיתים בליווי הסכם נישואין (שימנע בעתיד מצב של עגונות וסרבנות גט). יש קבוצה נוספת שהם **כל מנועי החיתון למיניהם-** אלו שיהדותם מוטלת בספק למשל. הם מעוניינים בטקס ובפומביות שלו.
- בשנת 2013 תוקנה **פקודת הנישואין והגירושין (רישום) 1919**. בין קריאה שנייה לשלישית ש"ס ויהדות התורה הכניסו תיקון במסגרת **סעיף 7-** החל משנת 2013 קידושין פרטיים-דתיים-הלכתיים בישראל הם **עבירה פלילית:** "כל שאינו דואג לרישום הנישואין או הגירושין שלו או לרישום הנישואין או הגירושין שהוא סידר לאחר, דינו- מאסר שנתיים". הזוגות שקיימו טקס נישואין פרטי, המלווה בכל מיני הסכמים בין בני הזוג, הגיעו אל בית הדין הרבני בבקשה שזה יצהיר עליהם כעל נשואים, בכדי שהם יוכלו להירשם במרשם האוכלוסין כנשואים. בית הדין הרבני סירב סירוב מוחלט, מכיוון שהוא הבין שמנסים לבצע פה אלטרנטיבה מסודרת לשליטה המלאה של הרבנות הממוסדת בישראל. היה מקרה אחד ויחיד בו אכן באו לעצור רב קונסרבטיבי שסידר נישואין באופן פרטי. נראה שאותו איסור פלילי שקיים בחוק, לעולם לא נאכף. בהתאם לכך, לא רק שהאפקט המצנן לא התקיים, אלא ההפך- מגמת הנישואין הפרטיים בישראל הולכת, מתרחבת ומתגברת.
- מה שמאפיין את הדור השני הוא בעיקר אותה קבוצה אידאולוגית שלא מעוניינת להיפגש עם הממסד הרבני ולכן יימנעו מלעמוד בפניו גם בשלב הגירושין. כתוצאה ישירה מכך, אותם זוגות לא יתחתנו בנישואים אזרחיים כי אז הגירושין ידונו לפי ביה"ד הרבני. זה ההבדל המרכזי בין הדור הראשון של שנות ה-60-70 לדור השני. הדור הראשון היה מעוניין רק ברישום. לא הייתה לו בעיה עקרונית לעמוד מול ביה"ד בשלב הגירושין.

### ידועים בציבור

- היקף של ההכרה הקיימת כיום בישראל למערכת הזו של חיי משפחה ללא נישואין הוא הרחב ביותר והגדול ביותר ביחס לכל מדינה אחרת בעולם.



- מאיפה הכל התחיל?** הרבה אנשים ששרדו את השואה, הגיעו לארץ ולא ידוע מה עלה בגורל בן/בת זוגם. הם הבינו שהם לא יכולים להתחתן כך. נוצרים יותר ויותר קשרים של אנשים שחיים יחד ללא נישואין, המעוררים שאלות, בעיקר של זכויות מול המדינה והרשויות- מול הביטוח הלאומי, מול משרד הבריאות, מול הבנקים וכו', שנותנים כל מיני הקלות וזכויות והתחשביויות במידה ומדובר בזוג נשוי. אנו רואים שורת החוקים של שנות החמישים שכולם היו חוקים סוציאליים. אלו היו חוקים של רווחה, של זכויות כלכליות. עם הזמן, רואים שלאט לאט המוסד הזה, של הידועים בציבור, מהווה מענה למצוקות אחרות לגמרי ונכנס לכל **הקונפליקט** וכל המתח של הדת והמדינה.
- מה הסיבה שרבות מהמדינות האחרות לא מרחיבות את התחולה של מוסד הידועים בציבור?** במדינות הללו יש נישואין אזרחיים, ולכן אלו שבחרים במוסד הידועים בציבור עושים זאת ככל הנראה בכדי לא להיכנס לסטטוס "נישואין", ולכן החלת כלל היחס של הנשואים כלפי הידועים בציבור יכול להיתפס דווקא כמעשה אנטי-ליברלי שכופה על אנשים דברים שהם לא היו מעוניינים בהם.
- הקושי ההגדרתי:** החקיקה משתמשת במונח "ידועים בציבור" בלבד. עם זאת, ישנו ניסיון פסיקטי להגדרת המונח **בפרשת סיגל ביטון** - "בני הזוג דבקים אחד בשני בקשר של גורל חיים והקשר הזוגי ביניהם מבוסס על יחסי אישות וכולל יסודות אמוציונליים וכלכליים".
- בקבוצת המצוקה ראינו גם את אלו שהם אסורי חיתון- חתונה של יהודים עם לא יהודים. לכל הקבוצות האלה המוסד של ידועים בציבור בא לתת מענה, פתרון. בתוך קבוצות המצוקה (מצוקת החיתון), גם עבור נשים מעוגנות ומסורבות גט מדובר בפתרון- מדובר בדרך שהמדינה מאפשרת לנשים לפתוח בפרק ב', שיוכר במשפט המדינה, חרף העובדה שהן לכודות בקשרי נישואין בניגוד לרצונן.
- מצבי מעין ביגמיה ביחס לנשים עגונות/מסורבות גט- הרציונל העיקרי של מדינות אחרות לאיסור על הכרה כידועים בציבור עבור אנשים נשואים הוא החשש מביגמיה.** בישראל, במקרה בו אישה מעוגנת ומסורבת גט המעוניינת לפתוח בפרק חדש בחייה, אך לא יכולה לעשות זאת באמצעות נישואין מקובלים בישראל, תמשיך למערכת יחסים עם בן זוג חדש במסגרת מוסד הידועים בציבור. אין בשיטת המשפט הישראלית נישואים אזרחיים ולכן יש רק אלטרנטיבה אחת ולכן גם המחויבות הישראלית להכרה במוסד הזה גוברת.
- חוק הירושה, ה'תשכ"ה-1965, סעיף 55- מעין צוואה:** "איש ואישה החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה, ומת אחד מהם ובשעת מותו אף מהם לא היה נשוי לאדם אחר, רואים את הנשאר בחיים כאילו המוריש ציווה לו מה שהנשאר בחיים היה מקבל בירושה על פי דין אילו היו נשואים זה לזה, והוא כשאין הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת, בצוואה שהשאיר המוריש".
- סעיף זה מגדיר לנו בהגדרה די מורכבת את המצב של הידועים בציבור והוא אחד החוקים החשובים ביותר שמכניס את מוסד הידועים בציבור לחקיקה ולתודעה הישראלית. יש כאן מגבלה אחת- **אסור שאחד מבני הזוג (או שניהם) יהיו נשואים לבני זוג אחרים.** ניתן לעקוף את המגבלה האמורה באמצעות צוואה מפורשת.
- פס"ד ביגמיה בפועל (זוג בדואי)-** פלוני (בדואי) היה נשוי לאישה עד יום מותו, ולהם 6 ילדים משותפים. במקביל, ניהל פלוני קשר אינטימי עם המשיבה, ולהם 9 ילדים משותפים. השאלה העומדת בבסיס ההליכים בבקשה זו היא האם יש לראות את המשיבה כידועה בציבור של פלוני, חרף נישואיו באותה עת למבקשת? ביהמ"ש קובע שיש להכיר בנישואים השניים, במיוחד במדינת ישראל שיש לתת לגיטימציה לביגמיה דווקא אצל הבדואים. **נקודות חשובות מפסק הדין:**

  - ✓ היו שני משקי בית שהתנהלו במקביל ועדיין הכירו באישה השניה כידועה בציבור;
  - ✓ הדגש של הילדים- ילדים הם אינדיקציה לכך שבני הזוג היו ידועים בציבור;
  - ✓ הדגש של השופט רובינשטיין על נורמות חברתיות והרצון להתחשב בהן. ההכרה או אי-הכרה בקשר צריכה להתגבש על בסיס החברה שעליה מדברים;
  - ✓ יכול להיות שזוג יהיה מוכר כידועים בציבור ועדיין לא בהכרח נגידי שהתקיימו התנאים להכרה בשיתוף רכוש ביניהם;
- הבחנה בין המעגל הפנימי לחיצוני:**

  - מעגל פנימי,** הכולל את מערכת היחסים בין בני הזוג לבין עצמם- מה הם חייבים זה לזו, למה הם זכאים ממערכת היחסים- ענייני רכוש, מזונות, וירושה, ואחריות משותפת כלפי ילדים.
  - מעגל חיצוני,** שהוא המעגל שמייצג את מערכת היחסים בין בני הזוג, כיחידה שעומדת בפני עצמה, לבין המדינה והרשויות.
- מעגל חיצוני:**

  - הטכניקה החקיקתית-** במרבית החוקים מופיע המונח "ידועים בציבור". הנוסח בחוקים אלה הוא לרוב- "בן זוג, לרבות ידוע בציבור", במשך שנים רבות נמנע המחוקק מלכלול הגדרות מפורשת, אלא כלל את הידועים בציבור על דרך ההפניה אחרת, לחוקי ההכרה הראשונים (חוק משפחות חיילים שנספו וכו'). המקום היחיד בחקיקה מפורשת שמגדיר בצורה יחסית ברורה את המונח של ידועים בציבור הוא **חוק הירושה. החקיקה של ידועים בציבור נוגעת בעיקר למעגל החיצוני ואילו הפסיקה נוגעת ומרחיבה יותר את הזכויות במעגל הפנימי.**
  - חשוב להבין שההכרה כזוג כ"ידועים בציבור" יכולה גם להטיל נטלים: למשל, אישה תאבד את המעמד של כ"הורה עצמאי" עם כל הזכויות שמגיעות עם המעמד הזה, ברגע שיכירו בה כידועה בציבור. היבט נוסף הוא הנושאים של אלימות במשפחה- רמת ענישה המחמירה חלה גם כאשר היחסים המשפחתיים הם לא כנשואים אלא כידועים בציבור. כמובן שצריך להוכיח את היות הזוג ידועים בציבור. זו חובת הוכחה מחמירה בעיקר שמדובר במישור הפילי.
  - המוסד לביטוח לאומי נותן סדרה שלמה של הטבות שהמדינה מעניקה גם לידועים בציבור. המוסד לביטוח לאומי אמור לפקח על זה. למשל- הזכות לחופשת לידה במימון. חופשת לידה לאב שאשתו ילדה משולמת ע"י הביטוח הלאומי בחלקה. אם זה קשר של ידועים בציבור, יש נטל הוכחה. אם זוג הסדיר את המעמד שלו כידועים בציבור מול ביטוח לאומי, ככל הנראה גם רשויות המדינה האחרות יכירו בזוג כידועים בציבור. מצד שני, אם בני הזוג יפרדו ותתעורר בניהם מחלוקת על שאלות של מזונות וחלוקת רכוש, לא בטוח שהעובדה שהיו רשומים כידועים בציבור תהווה ראייה חותכת שאלו ידועים בציבור לצורך חלוקת רכוש ומזונות.
- מעגל פנימי: חלוקת רכוש (פס"ד לינדורן, זמר ואפרת)**

  - בשלב הראשון במסגרת ההכרה ניסו לטעון שהסכם בין ידועים בציבור הוא חוזה שנוגד את תקנת הציבור ולכן הוא בטל. שופטי ביהמ"ש העליון נחלקו בדעתם, השופט זילברג היה העלה החשש מאותה סיטואציה שאותה ידועה בציבור יכולה להינשא אחר"כ לאדם אחר והיא אשת איש (חשש מאיסור אריות מדאורייתא). טענה זו נדחתה בדעת רוב ונקבע שהסכם למזונות ידועים בציבור אינו נוגד את תקנת הציבור.
  - כמה עשרות שנים קדימה- אנו יכולים לראות את השופט ברק אומר כי לא רק שזה לא נוגד את תקנת הציבור, אלא המוסד הזה הוא אבן יסוד על תקנת הציבור הישראלית ומהווה חלק מאוד גדול מתקנת הציבור הישראלית, בין היתר על רקע המענה שהוא מקים למצוקות והעובדה שהוא מעניק לנו את היכולת לסייע לאלו שהזכויות האזרחיות נשללות מהם עקב מסגרת הנישואין הדתיים בישראל (פס"ד אפרת). באותו פס"ד, האישה ביקשה לשנות את שם המשפחה שלה, לשם בן זוגה הידוע בציבור שלה. אותו איש היה נשוי לאישה אחרת שלא היה ברור מדוע הם לא התגרשו. בחוק שהיה קיים בזמנו, הרשם היה יכול לסרב לבקשה לרישום אם היה סבור שהשם החדש עלול "להטעות את הציבור". ברק קובע שהמבחן של הפקיד לא עומד במבחן הסבירות.
  - בפס"ד לינדורן** האם ידועה בציבור של אדם שמת כתוצאה ממעשה עוולה היא בבחינת "בן זוג" הזכאי לפיצויים תלויים לפי הוראת פקודת הנידוקין? התשובה לכך הייתה חיובית, לאור בחינה שבוצעה לתכלית החקיקה של פקודת הנידוקין.
  - האומנם הגענו למצב בו הושווה המעמד של הידועים בציבור למעמדם של נשואים כדין? לא,** המעמד לא השווה, ויש לנו שורה של מופעים בהם אנו רואים את ההבדלים בעיקר בנושא של חלוקת רכוש. **בהקשר של הלכת השיתוף צריך להוכיח כמה אלמנטים.** חשוב לזכור שהנטל של הוכחת שיתוף רכוש אצל ידועים בציבור הוא כבד יותר מאשר בין בני זוג נשואים. יש על כך לא מעט פסקי דין. **בפס"ד 'חזקת השיתוף בידועים בציבור'** הורם הנטל אבל זה לא היה פשוט. בני הזוג היו יחד באיזור 8-6 שנים, היו להם שני ילדים. ברגע שהאישה ילדה ילדים עולה טריגר ליצירה של תלות כלכלית בין בני הזוג. יכול להיות שזו אחת הסיבות שביהמ"ש קובע שהנטל הורם. חשוב להבין שזו מערכת היחסים הזוגית השנייה של בני הזוג, הם היו נשואים בעבר.

- נניח מצב שבו בני זוג החליטו לקיים הסכם כתוב ביניהם, בו הם מצהירים על עצמם כידועים בציבור, הסכם זה מקבל הכרה של בית המשפט לענייני משפחה כמעמד של פסק דין- האם כל זה משווה אותם לכאלו הנשואים פורמלית? ברוב המוחלט של המקרים בית המשפט לענייני משפחה יימנע מלתת פסק דין הצהרתי בו הוא יכריז על בני זוג כידועים בציבור, למעט במקרים בו בני הזוג יהיו זקוקים להצהרה עבור דבר קונקרטי. לביהמ"ש אין סמכות לכך. כל מה שמאפיין את הידועים בציבור זה החוסר מסוימת שלה- אין מימד פורמלי רשמי להתחלה ולסיום.
- **לידועים בציבור רשום בת"ז רווקה.** בפרידה- ידועים בציבור צריכים רק להיפרד. הם לא זקוקים לאסמכתא מבית דין ולא לאישור שני הצדדים. מבחינה מהותית, זה לא רק לקום וללכת, יש צורך בחלוקת רכוש, משמורות (במידה ויש ילדים) וכו'. בהיבט המהותי, נטל ההוכחה לא פשוט.
- **האם ידועים בציבור הם "בני זוג" בכל חוק? מהי ברירת המחלף בפס"ד אלמוני** נקבע כי הפרשנות המקובלת בחלק מדברי החקיקה למונח "בן זוג" מתייחס רק לבני זוג נשואים ולא לידועים בציבור ולכן **ברירת המחלף היא כי החוק לא חל על ידועים בציבור.** כל עוד סעיף ההגדרות בחוק לא כולל במפורש את המונח "ידועים בציבור" תחת ההגדרה של "בני זוג", אין החלה על ידועים בציבור, אלא אם כן הפרשנות התכליתית של החוק מצדיקה החלה כאמור.
- **שאלת הסטטוס- האמנם לא ניתן להתנות על מעמד ידועים בציבור? בפס"ד נהור** - זוג שהצהיר על עצמו כעל לא ידועים בציבור ובית המשפט כופה עליהם את ההגדרה הזו. בית המשפט אומר שברגע שהזוג ממלא את התנאים המקובלים לידועים בציבור, אז בני הזוג נמצאים בסטטוס שלא ניתן לצאת ממנו. לכאורה עולה מכאן שהסכם כזה ככלל אינו ישים ולא יבדל. עם זאת, ניתן בהחלט להגיד כי מדובר בפסיקה חריגה הנסובה בעיקר על אותו סעיף מסוים על **מזונות מהעיתון- סעיף 65א לחוק הירושה.** שאומר שאי אפשר להתנות על מזונות מן העיתון. מכאן שניתן להגיד כי בהחלט יכול להיות שאפשר להתנות על מעמד של ידועים בציבור.
- **התפתחות דיני המשפחה האזרחיים: פס"ד ברק המזונות האזרחיים-** מדובר בפס"ד שבא אחרי רצף של פסקי דין אחרים שאותם נתן הנשיא שמגר אשר עסקו כולם בשאלת הזכות למזונות בין בני זוג. ביהמ"ש בנה באופן הדרגתי את האפשרות להתייחס לקשר של נישואין אזרחיים **משמעותיות חוזיות הסכמיות.** ברק מזכיר את פסקי הדין המרכזיים של שמגר- **כנהא וסולומון.** לאישה יש זכות למזונות אישה, לפי ההלכה, כל עוד בני הזוג נשואים. לפי הדין הדתי אין מזונות אישה אחרי הגירושין. **חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) בס' 2** קובע- "אדם חב במזונות בן זוגו לפי הוראות הדין האישי...". אלו הוראות הדין האישי בציורף הוראות החוק בדבר המלך למועצה. **עובדות המקרה:** גבר ואישה יהודיים, תושבי הארץ ואזרחיה, נישאו בהיותם בישראל ב"נישואי פרגואי" = **נישואים אזרחיים.** בני הזוג נרשמו כנשואים במרשם התושבים. לימים נפרדו דרכיהם. המערערת הגישה תביעת מזונות מיום הגשת התביעה ועד גירושי הצדדים בפועל. **האם נישואים שנעשו מחוץ לישראל מקימים לאישה זכות למזונות אישה? לפי השופט ברק,** יש שני מסלולים להכרה במזונות האישה:
  - ✓ **מסלול הסטטוס-** יש לבחון האם יש לנישואין האזרחיים האלו תוקף מבחינת המשפט בישראל, ואם הגענו למסקנה שהסטטוס אכן תקף, אז יש לבחון האם הדין האישי מכיר באישה כזכאית למזונות.
  - ✓ **המסלול החוזי-** בוחנים את מערכת היחסים בין הצדדים ומנסים להבין ממנה האם נוצרה התחייבות הדדית לכלכל זה את זה ולתמוך זה בזה מבחינה כלכלית. ברק מעדיף את המסלול החוזי אבל בסופו הוא מעדיף שלא להכריע בנושא עקב היות הנושא שנוי במחלוקת והינו מצוי בקונצנזוס בחברה הישראלית. ברק אומר שאם ננסה ללכת בדרך הסטטוס, ייתכן שנגיע למבוי סתום, ואם אין סטטוס אז לכאורה גם אין השלכות סטטוס.
- **מהם אותם מזונות אזרחיים שברק מדבר עליהם?** "הדיבור "מזונות" בהקשר הנדון אינו זהה לדיבור מזונות שלו נדקקים על פי הדין האישי. המזונות כאן הם מזונות אזרחיים; הם מהווים את תוכן החוזה שבין הצדדים; הם ממלאים את התמיכה הכספית של בן זוג אחד באחר; הם נועדו להבטחת רמת חייו של בן הזוג ולאפשר את שיקומו לאחר הפרידה הפיזית בין הצדדים; = "מזונות משקמים" **מכיוון שהם ששמים את הדגש על השיקום של בת הזוג לאחר הפרידה.**
- **המימד ההסכמי של המזונות רלוונטי גם לידועים בציבור.** כוונת שבאות לדי ביטוי בחיים זוגיים רלוונטים גם למערכת זוגית של ידועים בציבור. אם נערך חוזה מפורש בין הצדדים ייקבעו הזכויות והחובות על-פי מה שהצדדים הסכימו במפורש ועל-פי מה שמשמעת מההסדר המפורש. אם אין הסכם מפורש, אפשר לדבר על תניות אשר עקרון תום-הלב מחייב אותן, ואשר בלעדיהן החוזה חסר אותן.
- ברק לא מדבר כאן על נישואים כדמו"א, אלא רק על נישואים אזרחיים. הוא הרחיב זאת בצורה מאוד מפורשת לידועים בציבור כי גם אצל ידועים בציבור כל המהות של הקשר היא הסכמית. לגבי נישואים כדמו"א, הוא אומר שעליהם חל המשפט העברי. **הפוטנציאל של ההלכה הזו של ברק הוא בעיקר ביחס למצבים שבהם נשללת זכות אישה למזונות בדין הדתי-** למשל מצב של אחרי גירושין (כמו פס"ד עקרת הבית) או מצב שאישה זנתה אחר בעלה או עברה על דין תורה. **האם ניתן להשתמש במכשיר החוזי גם בנישואים כדמו"א? השאלה נשארה בצ"ע.** הטענה הנגדית יכולה להיות שמי שנכנסו לנישואים כדמו"א עשו זאת מתוך קבלה על עצמם של כל מערכת החובות/הזכויות/הדינים של נישואים כדמו"א.
- **פס"ד מזונות ילדי ידועים בציבור:** שתי הערכאות קמא קבעו שהגבר, חב במזונותיהן של הילדות, שאומצו על ידי האישה, בת זוגו, והידועה בציבור שלו, באותה עת, על אף שאינו אביהן הביולוגי או אביהן המאמץ. זאת מכוח **קונסטרוקציה חוזית,** לנוכח התנהגות המבקש שיצרה הסתמכות אצל בת הזוג והקטניות. זאת לנוכח קביעת בית המשפט בדבר שיתוף הפעולה של המבקש בהליכי האימוץ השונים והעובדה שעד לפרוץ הסכסוך עם המשיבה, המבקש ראה עצמו כאבי הקטניות. לכאורה לא היינו צריכים להגיע לניתוח החוזי, החוק קובע כי אדם חייב במזונות הילדים הקטנים שלו והילדים הקטנים של בן זוגו לפי הדין האישי החל עליו (**ס' 3א**). לפי הסעיף הזה, הדין האישי חל על מזונות ילדים. ס' 3ב אומר שאם הדין האישי פותר מחובת מזונות ילדים, החוק האזרחי בישראל **לא פותר.** למה דנציגר לא הולך בדרך הזו? המונח "בן זוג" המופיע בחקיקה לא כולל ידועים בציבור. דנציגר, בפרשנות החוק הספציפי הזה אומר שזה לא כולל גם ידועים בציבור ולכן הולך על ההיבט החוזי. דנציגר פותח פתח להבחין בין מצבים שבהם זוגות לא נישאו מחוץ לתחונה, לעומת מצבים בהם זוגות לא נישאו **משקולים אחרים- אידאולוגים.** לדעתו, זה לא צריך להשפיע על חובת המזונות לילדים. כאשר נבחן את החובות של בני הזוג בינם לבין עצמם יכול להיות שכן נעשה איזושהי הבחנה בין הקבוצות האלה.
- **ע"ב מה רואים בבני זוג ידועים בציבור?**
  - 1. תנאי הזמן: פס"ד סיגל ביטון** הייתה הכרה באותה בחורה כמי שהייתה ידועה בציבור אחרי 4 חודשים בלבד שגרו יחד בשעה שחלקו דירה עם עוד שני אנשים נוספים. ביהמ"ש בכל זאת קובע שהם ידועים בציבור כי בני הזוג קבעו תאריך לחתונה. **פס"ד סידורבה** - פס"ד של ביה"ד הארצי לעבודה שמדבר על תקופה של 8 חודשים. זה פס"ד שבא להראות שפרשת סיגל ביטון היא לא מקרה חריג. אצל סיגל ביטון הצד השלישי הוא המדינה- היא נכנסת למעמד של אלמנת צה"ל עם כל המטען הזכויות שמעמד זה מביא עמו. בפס"ד סידורבה הצד השלישי היה מעין קרן של ביטוח מנהלים. ההכרה היא מול אותו גוף. בשורה תחתונה, אין ידיעה ברורה לגבי מה פרק הזמן המינימלי שנדרש. יש חוקים ספציפיים שכן דורשים פרקי זמן מינימליים של חיים משותפים יחד.
  - 2. מגורים משותפים: בג"צ הדירות הנפרדות-** השופטת ארבל מתארת מצב מאוד שכיח בעיקר אצל זוגות שהם בפרק ב' של חיי המשפחה שלהם. לכל אחד מהם יש דירה. הילדים של בן הזוג לא היו מוכנים להשלים עם זה שלאביהם יש בת זוג, ולכן הוא גם החזיק דירה נפרדת משלו. אחרי שהאב הלך לעולמו, הם המשיכו לנסות ולמנוע מבת הזוג שלו זכויות בדירה. בפס"ד נקבע שמגורים משותפים הם לא תנאי מחייב אבל זו אינדיקציה טובה להיות בני הזוג ידועים בציבור.
  - 3. יחסים אינטימיים: בפס"ד סלם נ' כרמי** רוב שנות הקשר בין בני הזוג, לא התקיימו יחסי מין. ביהמ"ש אומר שזה לא שולל את ההתייחסות אליהם כידועים בציבור. זה לא תנאי בלעדיו אין.
  - 4. מטרת הולדת הילדים: בג"צ הגדרת ידועים בציבור (הולדת ילדים):** בעיקר כשמדובר בזוגות מבוגרים, שמתחילים את הקשר למטרות מסוימות, הרבה פעמים אין רצון להביא ילדים משותפים לעולם. בפס"ד עלתה השאלה של הכרה בידועים בציבור בזמן שאחד מהם נשוי לאחר או אחרת. ביה"ד הרבני הגדול מציג עמדה לפיה כאשר מדובר בידועים בציבור אשר אחד מהם נשוי לאחר אותה עת, לא ניתן להסיק קיומה של כוונה לשיתוף נכסים. לעמדה גורפת זו ביהמ"ש לא מסכים. אין לשלול מראש קיומן של נסיבות בהן יוכח שיתוף נכסים בין בני-זוג ידועים בציבור, אף כאשר אחד מהם טרם התגרש מבן-זוגו לו הוא נשוי, למשל עקב

סרבות גט מתמשכת ובלתי הוגנת מצידו של בן-הזוג הנשוי לידוע בציבור. במקרים כאלה, השיטוף הרכושי בין בני-הזוג הידועים בציבור יחול רק בנוגע לאותם נכסים שלבן-הזוג הנשוי לידוע-בציבור אין חלק בהם. "ההלכה עולה ביתר שאת מול זוגות שהם בפרק ב' של חיייהם. אחרי שכבר הביאו צאצאים בסבב א'."

- **הגבולות של הידועים בציבור: הלכת פישבין**- המערערות הן אחיות, הן גרות בדירוג מוגן באותה יחידת דיור. הן רווקות ואין להן ילדים, יש להן חשבון בנק משותף, והן מנהלות את הכנסותיהן והוצאותיהן מאותו חשבון בנק. האם ניתן להכיר באחיות המערערות כ"ידועות בציבור" לעניין הזכאות לקצבת שאירים לפי חוק הביטוח הלאומי? בפסק הדין, נקבע כי מרכיב החיים האינטימיים חייב להיות קיים בתצורה מסוימת בכדי להקים את מוסד הידועים בציבור. אנו רואים **התקשות על מרכיב החיים האינטימיים מתוך רציונל של מוסד המחקה את מוסד המשפחה**. זוגיות במשפחה בין אם היא הומוסקסואלית או הטרוסקסואלית כוללת גם את המרכיב המיני של האינטימיות או לכל הפחות את הפוטנציאל של המרכיב הזה.

### נישואין אזרחיים מחוץ לישראל

- האם לנישואין אזרחיים שהתקיימו מחוץ לישראל יש תוקף בישראל? **בג"צ 2232/03 פלוני** - שלוש הגישות הקיימות:
  1. **כללי ברירת דין אמריקאים (גישת דין מקום עריכת הנישואין)**- האם המדינה שבה נעשה טקס הנישואים מכירה בנישואים? אם הטקס תופס באותה מדינה שהוא נעשה, ואם בני הזוג יכולים להינשא באותה מדינה- הרי שהנישואים תקפים בכל מדינה. זו הגישה המקלה ביותר.
  2. **כללי ברירת דין אנגליים (גישת סימן 46- הבחנה בין כושר להינשא לבין צורת הטקס)**- גישה זו מבחינה בין **הכשר** להינשא - צריכים לענות לפי **הדין האישי** שלהם. על שאלת תוקף הטקס- **לפי המשפט הבינלאומי הפרטי**, לפי הטקס שבו נישאו בני הזוג לפי אותה במדינה בה נישאו.
  3. **דין אישי לכל אורך הדרך (גישת סימן 47)**- גישה זו גורסת כי לא קיימת לקונה וכי אין חוסר בחוק, וכי על כל שאלה שמתעוררת בענייני המעמד האישי, יש להכריע לפי **הדין האישי**.
- **מה השקפת ההלכה אודות נישואין אזרחיים?** נקודת המוצא היא שרק **הקידושין** מוגדרים בהלכה כנישואין תקפים. לעומת זאת, ייתכן כי יוצרו קשרים באמצעות מעשים אינטימיים- **קידושי ביאה** ("חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"- אדם לא יקיים יחסים שיחשבו כיחסי זנות, אם ישנה אפשרות שהיחסים יהיו לגיטימיים). תשובתו של הריב"ש פוסלת את קיומה של החזקה- בכדי ליצור קשר קידושין שיוכרו על ידי ההלכה, המעשה צריך להיות מלווה בכונה להיות מוקדשים כדת משה וישראל, דבר אשר אינו קיים בקרב המתחננים אזרחית.
- בסוגיה זו יש שיקולי מדיניות סותרים. **הצד החילוני-אזרחי**, דוגל בתפיסה להכיר בנישואין אזרחיים בישראל, גם על ידי בתי הדין הרבניים. מצד שני, האינטרס החילוני צריך להיות זה שלא מייחס שום חשיבות ושום תוקף על ידי בתי הדין הרבניים למעשה הנישואין מכיוון שהמערכת הדתית מאפשרת פגיעה נרחבת בזכויות אדם. אם המערכת ההלכתית כן תייחס תוקף לנישואים אזרחיים אז כל הנשים שנשארו בנישואים אזרחיים **חייבות לקבל גט** כדי להשתחרר מהנישואים. **מצד המערכת הדתית** יש גם שיקולים סותרים: מצד אחד המערכת לא רוצה לתת הכרה או לגיטימציה להינשא בנישואים אזרחיים, מצד שני, יש חשש שיש כאן כן ספק קידושין אז יש כן רצון להכיר בנישואים האלה מתוך החשש שאשת איש תינשא אחר"כ לבן זוג אחר.
- **התרת הנישואים האזרחיים:**
  - כאשר **בני הזוג הם בני דתות שונות**, יש לנו את **חוק השיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים)**. החוק מאפשר להביא את הנישואים המעורבים לכלל סיום בביהמ"ש אזרחי, אך הוא אינו נותן אמירה מהותית ביחס לשאלה האם הנישואים האלה תקפים או לא תקפים. כלומר, בני הזוג רשומים כנישואים אך בשעה שהם ירצו להתיר את הנישואים, הם יצטרכו לעבור הליך שיפוטי ושם תישאל השאלה האם בכלל נישאו לפי הדין הישראלי.
  - כאשר בני הזוג הם **בני אותו דת (יהודית)**, יש **הבחנה בין גט מספק לבין גט לחומרא**:
    - ◀ **גט מספק**= מצב שבו ביה"ד לא יכול להגיע להכרעה ברורה בשאלה האם הקידושין תופסים מבחינה הלכתית אבל הנטייה היא להגיד שכנראה כן היו פה קידושין ולכן יש לתת גט מספק. במקרים אלו התקיימו האלמנטים הנדרשים ליצירת הקידושים ההלכתיים (מעשה הקניין עם כל התנאים הנלווים לו), אבל לא בטוח שהאישה התכוונה להתקדש. לקטגוריה זו נכנסים גם קידושין פרטיים.
    - ◀ **גט לחומרא**= אם אי אפשר לסדר את הגט (האישי נעלם, מסרב לשתף פעולה וכו') אפשר לוותר עליו. הדרישה לגט לחומרה קמה כדי למנוע טעויות ומצבים בהם משדרים מסר שמי שחשבו שאישה היא אשת איש, לא הייתה נשואה בכלל.
  - עבור הפוסקים שחושבים שנישואים אזרחיים מוכרים בהלכה על דרך נישואי ביאה- יש לדרוש **גט מספק**. עבור הפוסקים שלא חושבים שיש להכיר בנישואים אזרחיים ואין להם תוקף גם על דרך נישואי ביאה- הדרישה לגט תבוא כדי לא לבלבל. לפני פרשת בני נוח הגישה שהייתה מקובלת היא שצריך **גט** כדי להתיר נישואים אזרחיים.
- **פרשת בני נוח:** בני הזוג נישאו בנישואים אזרחיים בקפריסין. עם שובם לארץ הם נרשמו במרשם האוכלוסין כנישואים. בהמשך, קיימו בארץ "טקס קידושין פרטי", ביניהולו של רב פרומי. עם השנים עלו נישואיהם על שרטון, והם החלו בהליכי פירוד. בשלב מסוים פנה המשיב לבית הדין הרבני האזורי, כי רק בידיו הסמכות לדון בגירושין של בני זוג יהודים, והאחרון קבע בפסק דין הצהרתי, כי הצדדים לא נשואים זה לזו כדמו". בית הדין קבע כי בני הזוג פנויים להינשא לאחרים. העותרת ערעה לבית הדין הרבני הגדול. בערעור לבית הדין הרבני הגדול, הדיון מגיע אל הרב דיכובסקי, שהבין כי ישנה כאן סכנה חמורה של איבוד הסמכות של בתי הדין הרבניים לדון בתביעות גירושין על בסיס נישואין אזרחיים, כי אם מבחינת בית הדין הרבני לא היה כאן כלום, ומכיוון שלא מדובר בענייני נישואין וגירושין ואין סמכות לבית הדין הרבני- **תזת אי ההכרה; ברגע שבית הדין לא מכיר שהיו נישואין, לא קמה לו סמכות**. הרב דיכובסקי מבין זאת וקובע כי לא ניתן להתעלם כי מבחינת כל משפטי העמים ("בני נוח") היו נישואין, ולכן הוא מורה על הוספת שורה בפסק הדין כי בית הדין מתיר את הנישואין. האישה עותרת לבג"צ.
  - ◀ **על מה בדיוק הלינה האישה שלפנינו?** זה לא מוצג בבירור בפסק הדין. אפשר רק לנחש שיש כאן שני מישורים של קובלנה שהאישה באה איתה לבג"צ: **המישור האחד הוא המישור האישי, הזהותי שלה**. מבחינתה, לא יעלה על הדעת שערכאה שיפוטית בעלת סמכות, תוך דיון אחד תבטל את הנישואין למפרע. הערעור של הזהות הוא דבר שהיא לא יכולה להשלים איתו. **המישור השני נוגע לערעור המבנה השיפוטי שבנתה המערכת האזרחית לתת אלטרנטיבה של נישואים אזרחיים במקביל לנישואים דתיים**. פסק הדין הזה המשמעות שלו הייתה להגיד שנישואים אזרחיים הם כלא נעשה דבר. יש בכך מבחינת המסר כדי לערער לחלוטין את כל המבנה הזה שהמערכת האזרחית טרחה ובנתה לאורך שנים. כך כנראה סבר ברק.
  - ◀ **מהם נישואי בני נוח?** אלו נישואין של עמי העולם ("בני נוח"). הנישואין האזרחיים הם לא כלום, אלא הם מהווים את הקומה הראשונה של הנישואין. גם בתפיסה ההלכתית יש משמעות לאותו אקט נישואים לפי כללי הגויים. בשביל הקומה הראשונה (נישואי בני נוח), נדרש איזשהו אקט שיפוטי שמסיים את הנישואים האזרחיים. לכאורה לא נדרש פה גט, אלא רק הצהרה שיפוטית.
  - ◀ הרב דיכובסקי משתמש **בעילת "מות הנישואין"**, עמדה מאוד ליברלית שברק ככל הנראה מתפתה לאמץ אותה. עם זאת, מדובר בגישה שתהיה רלוונטית רק לנישואין אזרחיים- זוגות שנשואים כדת משה וישראל ימשיכו להתגרש רק עם עילות הגירושין ההלכתיות. מדובר במלכודת שברק נפל לתוכה והוא החמיץ את ההזדמנות שהייתה לו ליטול את הסמכות לדון בנישואין וגירושין אזרחיים מבתי הדין הרבניים.
  - ◀ **סוגיית הפיקוח שיפוטי על ביה"ד הרבניים בפסק הדין:** השאלה של מהן העילות להתרת הנישואים היא לא שאלה לגיטימית של ברק. זו כניסה למהות של הגירושין. כשקוראים את פסק הדין של ברק, ברור שהוא יוצא מגדרו על ההתלכדות של התפיסה הדתית והתפיסה האזרחית והוא ממש חוגג את הרטוריקה שהרב דיכובסקי השתמש בה (עילת מות הנישואים). לדעת רות, פה הטעות של ברק. השפה המשותפת עם ביה"ד מוגבלת רק לנישואים אזרחיים.
  - ◀ **ההזדמנות שפספס ברק בפס"ד- לאמץ כאן את תזת אי ההכרה ולהגיד שלביה"ד אין סמכות לדון בגירושין כי הוא לא מכיר בנישואים!!**
- **פוסט פרשת בני נוח:** התוצאה של בג"צ בני נוח היא שהסמכות נשארה בידי ביה"ד הרבני, ולא בטוח שמסלול הגירושין הוא 'קל' כפי שהיה בפרשת בני נוח. יש מצבים שדורשים גט ממש ולא רק גט לחומרא.

- **התפתחויות המשפטיות נוספות בנושאים אזרחיים**
  - ◀ **סעיף 176 לחוק העונשין** - מצב של ריבוי נישואין: "נשוי הנושא אישה אחרת, ונשואה הנישאת לאדם אחר, דינם - מאסר חמש שנים". כבר במסגרת הוראות החקיקה האוסרות על ביגמיה, במסגרת 176 לחוק העונשין, נשאלת השאלה, בכדי לקיים את העבירה במלוואה- מה נחשב כנישואין? אין תשובה ברורה לכך בחוק. אנו עדים לשני דברי חקיקה הפועלים, ללא התייחסות האם מדובר בנישואין תקפים או לא (גם חוק העונשין וגם שיפוט בענייני התרת נישואים)
  - ◀ **בפסיקה- סעד הרישום והבחנה בין הרישום לבין ההכרה (התוקף)**: האם הנישואין האזרחיים של יהודים מחוץ לישראל תקפים או לא- זו שאלה שבאופן עקבי ושיטתי בית המשפט העליון נמנע מלהתייחס אליה. פסק הדין המנחה הוא **פסק הדין פונק שלינגר**, המיושם **בפסק הדין בן-ארי**.
  - ✚ **בפס"ד בן ארי ושומן** - במסגרת פסק הדין, חמישה זוגות (גאים) הגיעו עם תעודות נישואין קנדיות והגיעו למרשם האוכלוסין בכדי לרשום עצמם כנשואים, ופקיד הרישום סירב בטענה כי הם אינם נשואים. ביהמ"ש נמנע מלדון בשאלת ההכרה וקובע כי **שאלת הרישום מנותקת משאלת ההכרה. ביהמ"ש מאשר את הרישום**. בפסק הדין בן-ארי **השופט רובינשטיין** אמר כיצד ניתן להמשיך לעבוד על כולם בעיניים? כולנו יודעים שאם תעודת הזהות מכילה את הרישום "נשוי"- הם מקבלים את כל גילויי סטטוס הנשואים. אז כיצד ניתן להתייחס לרישום כסטטיסטי בלבד? כל זה רלוונטי עבור הרובד החיצוני. הטענה של פקיד הרישום ושל המדינה בפסקי דין אלו הייתה כי הזוגות לא באמת נשואים- טענה של סטטוס. פסקי דין אלו מבצעים הבחנה בין רישום לבין סטטוס. ברגע שבני הזוג רשומים כנשואים יש לנו את כל הזכויות והחובות ברובד החיצוני מול המדינה (כל הצרכים של צדדים שלישיים מול הזוג), ויכול להיות שאפילו גם לצורך חוק יחסי ממון. ולכן השופטים משחקים איזשהו משחק שאומר שלרישום אין שום משמעות.
  - ◀ **המעגל הפנימי:**
    - ✓ **מזונות:** מי שנשאו בנישואים אזרחיים כן זכאים למזונות, אבל בהסתייגות -אין בו מבחנים ברורים ומדויקים לשיעור המזונות, היקפם וכו'.
    - ✓ **שיתוף נכסים:** קיימים שני משטרים: הלכת השיתוף + חוק יחסי ממון בין בני זוג. בחוק יחסי ממון אין הגדרה של ידועים בציבור, אז זה לא יחול. אך מה באשר לנישואים אזרחיים? אין תשובה ברורה. השאלה לא הגיעה אף פעם לביהמ"ש העליון, ובינתיים פסיקות של ערכאות נמוכות נוטות לכך **שחוק יחסי ממון כן חל על בני זוג שנשאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל**, מבלי להיכנס לשאלת התוקף של הנישואים.
    - ✓ **ירושה:** בענייני ירושה, יש לנו את **פרשת נישואי רומניה (נישואים בין דתות שונות)**. הילדים של המנוח טענו כי הנישואין האזרחיים לא מקימים זכויות, כיוון שהם לא מקימים סטטוס. אותה ת הזוג של המנוח השתמשה **בסעיף 11 לחוק הירושה**. במסגרת טענת ילדי המנוח, נטען כי חוק הירושה מתייחס אך ורק למי שהנישואין שלהם אכן תקפים. ברק טען כי לצורך חוק הירושה הם כן יהיו מוכרים כנשואים, וזאת על בסיס **תכלית חוק הירושה**, שבא לשקף את רצונו המשוער של המת, וזה מעניק את ההצדקה להתייחסות/להכרה לצרכי חוק הירושה, על אף ששאלת הסטטוס העקרונית לא בהכרח טענה בחיוב. אפשר היה להגיע לאותה תוצאה שאליה הגיע ברק דרך **ס' 55 לחוק הירושה**, אשר מכיר בזכותם של הידועים בציבור (**ירושת המנוח ש.ר.**). במצב כזה נטל ההוכחה על האישה היה גדול. היא הייתה צריכה להוכיח שאכן בני הזוג נחשבים ידועים בציבור. לכן המהלך של ברק בפסק הדין הוא כל כך חשוב.
- **רצף פסיקות ברק ערב פרישתו הנוגעים להכרה בזכויות נישואים אזרחיים גם במעגל הפנימי:** אפשר לומר שברק עשה מהפך אבולוציוני התפתחותי של 4 פסיקות חשובות המבססות את מבנה הנישואים האזרחיים לצד נישואים כדמו"י:
  - **פלובית (מזונות אזרחיים)** - מזונות.
  - **קפריסין ("בני נוח")** - רכוש. ברק כן אומר לנו שהדרך הנכונה בהכרעת שאלת תוקף הנישואין היא באמצעות סימן 46- כללי ברירת הדין האנגליים. אולם זה לא מהווה רציו כי זו לא הייתה השאלה. לכן כנראה שאין לנו שאלה בכללי ברירת הדין. אבל השאלה היא למה בכלל אנחנו צריכים לדעת למה זה חשוב? הרי זה לא חשוב לעניין המשפטי בישראל.
  - **רומניה ("נישואי תערובת")** - ירושה.
  - **טורונטו (בני אותו מין - בן ארי ושומן)** - מכסים את המערכת החיצונית בין בני הזוג לצדדים שלישיים.
- **האם יש לנו הכרעה בשאלת ברירת הדין? האם בכלל אנחנו צריכים הכרעה? הדבר היחיד שזה רלוונטי לו זה רק למען התחושה הפנימית של בני הזוג.**
- **תגובת הנגד של בית הדין הרבני על "פרשת בני נוח":** במסגרת פרשת "בני נוח" ברק השאיר את הסמכות לדון בגירושי הנישואין האזרחיים בידי בתי הדין הרבניים, אך הוא הגדיר כי סמכותם מוגבלת **ולא כוללת את ההיבטים הממוניים של הגירושין**. ולכן לא תתאפשר כביכול כריכה של נושאי אגב-גירושין בתביעת הגירושין. **האם בתי הדין הרבניים מקבלים זאת? לא.** בנוסף, ישנם בתי הדין הרבניים שדוחים למעשה את הקו שהוביל הרב דיכובסקי, שאמר כי הנישואין האזרחיים יוצרים רק את הקומה הראשונה שצריכה להיות מותרת על ידי פסיקה בלבד, וכאן בתי הדין הרבניים אומרים כי ישנו מצב של ספק קידושין, שאולי בכל זאת על ידי "קידושי הביאה" (יחסים אינטימיים) ישנן קידושין הלכתיים **ולכן צריך גט**. לפיכך, אם חשבנו שנישואין אזרחיים הם "תעודת ביטוח" מפני מצב של סרבנות ועגינות גט- לא ניתן לחשוב כך עוד.
- **הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל?**
  - בפסק הדין **בפרשת נישואי רומניה** ברק הרחיב בצורה משמעותית את ההכרה בנישואין אזרחיים, גם בין בני דתות שונות, וזאת על רקע הכרה בזכות לנישואין כזכות יסוד והשאיפה שמדינה דמוקרטית צריכה לשאוף להגביל כמה שפחות את חירות אזרחיה ממניעים דתיים. **חוק ברית הזוגיות לחסרי דת** אינו פתרון לבעיה מהסיבה הפשוטה שמדובר בחסרי דת, ואף דין או מערכת דתית לא מאמצת אותם תחת כנפיה.
  - **איפה הבעיה? בגירושין. "פיצול העם"** - הבעיה הזו באה לידי ביטוי בשניים: **ממזרים ונישואים בין-דתיים**. נישואים אזרחיים יכולים להביא לבעיה של **"ספק ממזרים"**. ייתכן שזוגות יעשה במקביל לנישואים הדתיים גם נישואים אזרחיים ואז אם הגירושין היחידה המוכרים ע"י המדינה הם אזרחיים, ייתכן והם לא מסדירים את הקידושין כדמו"י ואז ברור שיש לנו ממזרים (אפשר לסדר זאת ע"י כך שנחייב את בני הזוג לבצע גם גירושין דתיים). הבעיה היותר קשה היא **בנישואין הבין-דתיים**. נישואין אזרחיים משמעותם היא נישואין בין-דתיים ושאלה פעם אי אפשר יהיה לדעת האם שני בני הזוג יהודים כשרים, או ספק יהודים או חסרי דת או בני דתות אחרות וכאן אנו מגיעים למצב של פיצול בעם (נגיע למצב של 'פנקסנות'). מה התשובה לכך? המוסד של ידועים בציבור. אולי צריך פשוט להקל על הגיור ולהכניס אנשים אל הקולקטיב של "העם היהודי" וזה עשוי לרכך את אותה התנגדות אינטואיטיבית של הנישואין האזרחיים מחשש לפיצול בעם.
  - **למה לא יונהגו הנישואים האזרחיים בישראל?** הסיבה היא פוליטית. הנישואים בין יהודים וערבים לא אפשריים היום בין מדינת ישראל. לשני הצדדים של הקונפליקט יש אינטרס להמשיך את אי-הגלטימציה של נישואים אלו. בזכות הבלעדיות של הדין הדתי, מונעים נישואים בין-דתיים.

### נישואין בין בני-זוג בני אותו מין

- ספקטרום ההתייחסות מצד מדינת ישראל לבני זוג בני אותו מין עם השנים:
  1. **גישה אוסרת**- תחילה, ההומוסקסואליות היוותה עבירה פלילית במדינה והתנהגות זו הייתה אסורה על פי חוק.
  2. **גישה "סובלת"** - (דה-קרימינליזציה) אי אכיפה של איסור ההומוסקסואליות או ביטול/היעדר איסור בחוק. בישראל- ביטול עבירת "מעשה סדום" בשנת 1988.
  3. **גישה מגוננת**- המדינה מגנה על אינדיבידואלים מפני אפליה על בסיס נטייה מינית, שהחל בישראל בשנת 1992 עם חקיקת חוק הגנה מפני אפליה בעבודה (**פרשת אל על נ' דנילוביץ'**).
  4. **גישה תומכת**- גישה שלא רק מגנה מפני אפליה, אלא גם מעניקה זכויות ואף מעודדת. דבר זה בא לידי ביטוי בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה לאורך השנים.
  5. **מבחן הגלטימציה האולטימטיבי ליחידה משפחתית של בני אותו מין:** בא לידי ביטוי ב: **הכרה בזוגיות ואופן ההכרה**, ו- **הכרה בהורות ואופי ההכרה** (האם בני זוג להט"בים יכולים להקים משפחה באופן מלא בדומה לבני זוג בעלי נטייה סטרייטית).

- **במשפט הבינלאומי:** אין חובה במשפט הבינלאומי של הנהגת נישואין לבני אותו המין. עם זאת, בית הדין האירופי לזכויות אדם הורה כי מדינה המאפשרת ברית זוגיות, חייבת להנהיגה ביחס לזוגות בני אותו המין. מדינה חייבת לתת הכרה לנישואים בין בני אותו זוג אם נישאו במדינה שכן אפשרה את הנישואים (2018). ביה"ד האינטר-אמריקאי הורה שמדינות החברות באמנה האינטר-אמריקה, חייבת לאפשר נישואין לבני אותו מין.
- **סוגיית ההורות**
  - **אימוץ בישראל:** במסגרת **פסק הדין ירוס-חקק** דובר על בנות זוג שנאבקו על זכותן להירשם כאימהות של הילדים אחת של השנייה באמצעות חוק האימוץ. בשלב מסוים, הן קיבלו זכות אפוטרופוסות ובסופו של דבר בבית המשפט העליון קבע כי **המומן בן זוג בחוק האימוץ צריך להתפרש באופן שיכלול גם בני זוג מאותו המין**. זו יצירת הורות להט"ב מוכרת בישראל, כאשר היא מוגבלת לסיטואציה בה אחת מאמצת את ילדיה הביולוגיים של האחרת- אימוץ הדדי.
  - **אימוץ בחו"ל:** **פרשת ניקול ברנר-קדישי:** העותרות שותפות לחיים זה שבע שנים, הן אזרחיות ישראליות. מקום מושבן הקבוע הוא במדינת קליפורניה שבארצות הברית. אחת מבנות הזוג אימצה את הילד של בת זוגתה בקליפורניה. האימהות בקשו לרשום את האימוץ במרשם התושבים בישראל. פקיד הרישום סירב, בנימוק שמבחינה ביולוגית קיומם של שני הורים מאותו מין אינו אפשרי, וכי אין הוא חייב ברישום שאינו נכון על פניו. מכאן העתירה. ביהמ"ש קיבל את הטענות על נושא הרישום על בסיס הלכת פונק-שלזינגר, אך היו מעט הסתייגויות ונאמר כי לא מדובר רק ברישום, כיוון שהאימוץ הוא מעשה רשמי שנעשה במדינה זרה, ולכן אולי היה עדיף פשוט להכיר בפסק דין זה. בד"נ, **חייב בג"צ, בשנת 2007, את משרד הפנים להכיר באימוץ**.
  - **צו ההורות הפסיקתי תפס את המקום של צו האימוץ,** המקור שלו בשיטת המשפט הישראלית הוא בחוק הפונדקאות או בשמו חוק הסכמים לנשיאת עוברים. פרוצדורת האימוץ עוברת דרך הכרזה על ילד כבר אימוץ, ניתוק קשרי הילד עם ההורים הביולוגיים ואז צו שיפוטי שמכונן קשרי הורות חדשים עם ההורים המאמצים. כשהמדינה מאפשרת את הסדר הפונדקאות, קרי שיש אישה שיוולדת ילד שמלכתחילה לא אמור להיות הילד שלה, אלא של "ההורים המיועדים", ברור שאין מקום לנקוט בפרוצדורה המסועפת של האימוץ ויש להמציא קונסטרוקציה משפטית חדשה, שהיא תהיה **צו ההורות**. **בפס"ד בע"מ 4880/18, יש סקירה מפורטת של ההתפתחות של צווי ההורות הפסיקתיים ומשם ניתן להבין גם למה צו ההורות הפסיקתי שמקורו בחוק הפונדקאות הפך להיות המסלול שבאמצעותו זוגות להט"בים יכולים לכונן את ההסדרים המשפחתיים שלהם- כאשר זוג גברים מסתייעים בפונדקאית, לצורך בניית תא משפחתי, לעת עתה רק מחוץ לישראל, באמצעות צו ההורות הפסיקתי הם יוכלו לייצר את קשר ההורות של בן הזוג של האב הביולוגי תורם הזרע. גם זוגות נשים שאחת מהן נכנסת להיריון ויוולדת, מסתייעות בצו ההורות כדי לייצר את קשר ההורות של בת הזוג של האם היולדת. **האם צו הורות פסיקתי הצהרתי הוא מכונן**. קודם למתן הצו, אין קשרי הורות בין היילוד לבין ההורים, זה רק באותו הצו. **זדרכים נוספות ליצירת הורות, מעבר לקביעת זהות ההורים לפי הקשר הגנטי (כלומר ההורים הם בעלי הביצית והזרע):**
    1. זיקה פיזיולוגית של נשיאת ההיריון גם ללא קשר גנטי; (למשל- בין בני זוג לסביבות)
    2. אימוץ;
    3. בן/בת הזוג של ההורה הגנטי;**
  - **פונדקאות:** רוב **בנות הזוג לסביבות** ההורות תפוצל, אחת תישא את ההיריון, הביצית תהיה של בת הזוג השניה והזרע יהיה מתורם. **זוגות של הורים המומאים** יהיו חייבים בפונדקאות ואחד ההורים יביא את הזרע. **בפרשת ממת-נגד** הייתה פרוצדורה שהגברים עברו בארה"ב, שני הגברים נתנו זרע ואי אפשר היה לדעת בזרעו של מי האם הנושאת הופרת כדי לייצר תחושה של אבהות מלאה באופן שווה אצל שני האבות. משרד הפנים וביהמ"ש לא קיבלו את זה וזרעו בדיקת אבהות ולהוכיח את הקשר הגנטי של אחד מהאבות המיועדים. **בג"ץ ארד-פנקס נ. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים:** עתירה ממושכת שהתקבלה לגביה החלטה בחודש האחרון- גם בן זוג יחידי יכול להיכנס להליך פונדקאות. הפניה למין נקבה בלבד בחוק היא פגיעה בשוויון.
  - **בפרשת ממת-נגד** השופט ג'ובראן דן בכך שבני זוג בני אותו מין צריכים להוכיח את אמיתות הורותם בביהמ"ש, בעוד שלזוגות הטרוסקסואלים יש "חזקת אמיתות" והם בהורות חשודה בספק ויש להוכיח את כשרותם להורות. האם בני זוג בני אותו מין הינם איש ואישה? **איש ואישה זה גם איש ואיש, או אישה ואישה**. המדינה לא מערערת, דבר שמותיר אותנו ללא פסיקה ברורה של העליון, והרי פסיקת המחוזי אינם תקדימים מחייבים.
- **סוגיות נוספות לגבי זוגות חד-מיניים:**
  - **הכנסת בת הזוג לאותה דירת מגורים לאחר הגירושין-** ביה"ד מוציא צו שמונע מאישה להכניס אישה לביתה ע"ב טענת הגבר שהיא התחייבה לכך בהסכם הגירושין. הש' זמיר מבטל את הצו הרבני, על בסיס טעמים טכניים של חוסר סמכות.
  - **דין בחזקת השיתוף ביחס לבנות זוג חד-מניות שלא יכולות להינשא בישראל-** הש' ברק-ארז, רמיזה לדרישה מופחתת לשם הוכחת כוונת שיתוף בזוגות מנועי חיתון, כגון בנות אותו מין: פס"ד דן בבנות זוג לסביבות. יש רמיזה של ש' ברק ארז שכאשר מדובר בזוג מנועי חיתון מסיבות שונות, בוודאי בני זוג מאותו מין, רמת ההוכחה שציטרכו להוכיח להלכת השיתוף היא **נמוך** יותר מאשר מה שנדרש מזוגות שאינם מנועי חיתון וסתם חיים יחד ללא נישואין. ניתן להגיד ההפך- זוגות שאינם מנועי חיתון, כדי שנייחס להם כוונה של שיתוף נכסים ונפעיל עליהם את הלכת השיתוף, רמת ההוכחה שנדרש מהם גבוהה יותר.
  - **הסדרי ראייה עם בנה של בת זוג לשעבר:** היו ניסיונות בהקשר של אימוץ בין בני זוג מאותו מין לבטל את האימוץ. המאמר של פרופ' צבי טריגר מבקר את הניסיונות הללו. היו פסיקות סותרות- אחת של בימ"ש למשפחה שאיפשר את ביטול האימוץ וטריגר אומר שאם היה מדובר בהורים הטרוסקסואלים לא היו מעלים על הדעת לאשר ביטול של אימוץ. זה מתקשר לדברי הש' ג'ובראן של הורות בני זוג אותו מין יותר קשה להוכחה.
- **גבולות יצירת הורות משפטית:** עמ"ש 20-52453-02 משרד הרווחה והשירותים החברתיים, ביהמ"ש המחוזי ת"א, הש' שילה (ינואר 2021): שלילת מינוי אפוטר' נוסף לשני הורים ביולוגיים.
- **איפה מתגרשים? (יישום של תזת אי ההכרה):**
  - **פרשת עוזי אבן ועמית קמה:** בני זוג להטבים שהחליטו להתגרש, הם מגיעים לביד"ר שכן הם זוג יהודים שרוצים להתגרש בישראל, המזכיר משהה אותם. מדובר בתורת אי ההכרה- אם ביד"ר לא מכיר בזוגיות אין להם סמכות. הש' אליהו אימץ את **תזת אי ההכרה**. נוצר פרדוקס: דווקא מערכת אזרחית של כניסה לנישואין בחו"ל, פתוחה דווקא עבור החריגים ולא עבור הטרוסקסואלים. קבוצה זו מקבלת את המסלול האזרחי המלא בישראל.
  - **(2017, השופטת ברון):** עתירה של הנהגת נישואין אזרחיים ישראלים לכולם, הדחייה נעשתה בשם ס' שמירת הדינים והשופטת ברון אמרה שזה לא לנצח, אולי הגיע העת לנשות, ולא ניתן לשמור על שמירת הדינים לנצח.
  - **השופט אליהו-** גירושים אזרחיים לבני אותו מין שנשאו מחוץ לישראל יעשו בביהמ"ש לענייני משפחה.

## מזונות

- עקרונות **מזונות אישה** לפי ההלכה: המזונות חד סטריים: רק האישה זכאית מכוח הדין. מזונות האישה נגזרים מרמת החיים שקיימו בני הזוג (עולה עימו ואינה יורדת עמו). הזכות למזונות תלויה באופן הדוק בהתנהגות האישה, על בסיס הסטנדרט הכפול של קוד ההתנהגות המיני הנדרש ממנה. המזונות ניתנים רק במהלך הנישואין.
- בסדרת פסקי דין על כל אותן עילות שקשורות להתנהגות האישה ושאינן היו לגרום לה להפסיד את המזונות, הש' שמגר מוצא דרך לעקוף את זה. יש כמה מדרגות – עוברת על דת, עושה מעשי כיעור, זנתה תחת בעלה. בכל אחד מהמצבים הללו שמגר אומר שיכול להיות שהדבר הוכח, אבל בעצם גם הבעל התנהג כך- אולי חי והקים משפחה עם אישה אחרת, האם נוכל לצפות שהיא לא תמשיך בחייה? הוא מכניס את **ערך ההדדיות**. השיא הוא בפס"ד שבו יש כבר ממצא מחייב

מביד"ר (ביה"ד קבע שהיא עוברת על דת ולכן יש כביכול "מעשה ביה"ד" שביה"מ"ש כפוך לו), שמגר אומר הגם שהיא עוברת על דת, זה לא אמור להשפיע כי גם הבעל עבר על דתו- פרסם פרסום של פנימים-פנימים בעיתון.

- טענת **הגנה מסוג קיזוז**: שגם אם אישה זכאית למזונות באופן עקרוני, ואין עילות הגנה שקשורות בהתנהגותה (היא בסדר גמור) אבל היא משתכרת, אז מקדזים את השכר שלה מהסכום לו היא זכאית. זו הסיבה שלרוב אין טעם בתביעת מזונות אישה, אלא אם מדובר באישה שלא משתכרת מחוץ לבית ואין לה הכנסה נוספת.
- פס"ד של ביד"ר עשה שימוש ברעיון פוטנציאל ההשתכרות, ודיבר על כך שגם אישה שלא עובדת בשכר מחוץ לבית אבל יש לה יכולת, ייתכן שנכון יהיה לקזז את אותו פוטנציאל השתכרות שלה. **בתי המשפט האזרחיים אימצו את ההלכה הזו**. ישנן פסיקות בעייתיות, נניח אישה בת 50 שעבדה ובעצת העו"ד שלו הפסיקה לעבוד למרות שיש לה מקצוע, אין בעיה שהיא תממש את פוטנציאל ההשתכרות שלה. אבל אם מדובר באישה צעירה עם ילדים ללא ניסיון בשוק העבודה, להגיד שאצלה צריך לקזז את שוק ההשתכרות זה יותר בעייתי.

• **אזרח מזונות בני-זוג**: ניתן לראות בשתי ההחלטות הבאות, כבסיס עליו נשען ברק במסגרת פסק הדין **המזונות האזרחיים**:

✚ **פרשת כהנא**- מדובר בזוג של כהן וגרושה שנישאו בקפריסין, ובעת לקראת הגירושין הכהן זכר שהיא גרושה ושלא מגיעים לה מזונות. שמגר אומר שאם ניתן לבסס מזונות לא על כוח הדין הדתי, מחייב הצדק שלא לשלול את זכות האישה למזונות. הוא מכניס את עקרון החוזה להתחייבותו של הבעל.

✚ **פרשת סולומון**- "הפקרת בן זוג למחסור ורעב הם בגדר פגיעה בכבוד האדם". מדובר במקרה של אישה יהודייה ואיש יווני אורתודוקסי, לפי ס' 2 לחוק התיקון לדיני משפחה מזונות, אדם חייב מזונות לבן זוגו לפי הדין האישי שחל עליו, דהיינו היווני אורתודוקסי. לפי הדין הרגיל של דין זר צריכים להוכיח את הדין האישי, ואם לא הוכחת את עילת התביעה שלה נדרש הדין האישי, התביעה תידחה. לפי התיקון של חוק דיני משפחה מזונות שמגר לא היה אמור להחיל את החוק, כי יש דין אישי, אך הוא מחיל אותו כי המקרה מצדיק זאת, שכן מדובר במזונות מכוח כבוד האדם.

✚ **חיזוק רעיון המזונות האזרחיים- בע"מ 4751/12, דנציגר**: דנו בכך ביצועים בציבור, פסה"ד שבו נפסקו מזונות לילדה המאומצת של בת הזוג הידועה בציבור, במהלך הקשר של הידועים בציבור בת הזוג מאמצת ילדה ובן הזוג לא (היא לא ילדה שלו) והאמא המאמצת תובעת בשם הילדה מזונות מבן הזוג לשעבר. דנציגר פוסק מזונות לא מכוח תיקון דיני משפחה מזונות שהוא השתמש במילים "בן זוג" ולא הגדיר שהכוונה היא גם לידועים בציבור. משום שהחוק שתק לא נשתמש בו, הוא מפעיל את המזונות האזרחיים.

✚ **פס"ד עקרת הבית**- האם לבימ"ש אזרחי יש סמכות להחליט שהאישה אכן סרבנית גט אם היא לא חויבה בגט ע"י ביד"ר? **רובינשטיין וזילברטל אומרים שלא**- גם למערכת האזרחית יש סמכות בתיק שמופיע בפניהם לשאול את עצמם האם האישה או האיש הינם סרבני גט. השאלה העיקרית היא תביעת פיצויים נזיקיים, האם האיש באמת סרבן גט זו שאלה נגררת, אזי יש סמכות להכריע האם מדובר בסרבנות גט בעניין דנן. השופטים רוצים שלמערכת האזרחית תהא הסמכות לפסוק פיצויים נזיקיים גם כשביד"ר נמנע מחיוב בגט. **ברק ארז**, אומרת ששתי השאלות (השאלה של פיצויים וסרבנות גט, והשאלה של קציבת המזונות לאישה) הן שאלות נפרדות ושונות. קציבת מזונות אישה זה לא תמונת ראי של פיצויים נזיקיים בגין סרבנות כי פה בעצם מדברים על חרפת רעב, על אפשרות הקיום שלה. **לגבי שאלת קציבת המזונות: ברק ארז** אומרת שזה לא בסמכות של ביה"מ"ש. התוצאה שלה היא שאין לקצוב את תקופת הזכאות משום שאין סמכות. **רובינשטיין** מסכים עם ביה"מ"ש המחוזי, היא יכולה לקבל מזונות רק עוד שנתיים, היא תקבל את הגט ולא תוכל לכבול את הבעל בקשר הנישואין. **זילברטל** אומר שהוא לא כפוף להחלטת ביד"ר, ואולי היא באמת מסרבת לקבל את הגט, אבל בצדק. זה לא המקרה שבו צריך להגביל את זכותה למזונות, כי ייתכן שבאמת לא יהיה לה ממה לחיות. מדובר בפס"ד אב טיפוס של המצבים הכי בעייתיים של נישואין ארוכים עם חוסר איוון מוחלט בין היכולת הכלכלית של האיש לבין האישה, כשאין בפני ביה"מ"ש התמונה הכלכלית המלאה. ייתכן שיכולנו למצוא לה סעד באמצעות כלי של חלוקת רכוש שצופה קדימה ומביאה בחשבון גם הון אנושי ונכסי קריירה.

**חלוקת רכוש: הלכת השיתוף + חוק יחסי ממון**

• מהלך הדין: תחילה, צריך לברר מהו השיתוף הזוגי בין בני הזוג לגבי רכוש שנצבר במהלך החיים הזוגיים ולגבי כזה שלא נצבר יחד. אחר"כ מגיעים לדבר על ירושה, הסדר הוא כך כי אם יכול להוריש רק דבר ששייך לו.

• **מבוא קצר**: הדין הדתי דוגל בהפרדה רכושית, רכושה של האישה לפי הדין הדתי, טרם לנישואין משועבד לבעלות של הבעל ולניהולו של הבעל. כל זאת "לטובת המשפחה", האישה בעצם מאבדת את השליטה על הרכוש שהיא הביאה איתה לנישואין. בכל תקופה זו המחוקק שותק, ולכן מערכת המשפט נאלצת לפעול.

• **הלכת השיתוף**- הלכה זו התפתחה בדרך של **הדגשת הרציונל ההסכמי כיוון שנבעה גם מן הצורך לנכס סמכות**. הדין הדתי נוגד את חוק שוויון זכויות האישה ולכן אנו רואים בתהליך הדרגתי כל הנושא הרכושי הוצא מסמכות ביה"ד הרבני והדין הדתי פינה את מקומו לדין האזרחי כשהשיא היה **פס"ד בבלי**. בשלב הראשון התפיסה הייתה שהרכוש הוא תולדה של הנישואין ולכן הסמכות הייתה לביה"ד (ענייני המעמד האישי), מהר מאוד מגיעים לפסקי דין שבית המשפט העליון מנתב לנכס את הסמכות לבית המשפט האזרחי דרך הדגשת הרציונל ההסכמי-חוזי, ולכן הסמכות הופכת להיות לביה"מ"ש והדין הופך להיות דין אזרחי. המעבר של נושא הרכוש מנושא שהוא ענייני נישואין לנושא חוזה, מכיל באופן אוטומטי את הלכת השיתוף גם על ידועים בציבור מכיוון שחזקת השיתוף נוצרת ממערכת היחסים וכוונת הצדדים (חוזה מכללא) ולא מנישואים בפועל. אנחנו רואים גם **ביטול של פס"ד רבני בשל אי-יישום של חזקת השיתוף על דירת מגורים של בני זוג**. בשנת 1973 חוקק חוק יחסי ממון, אך מה עקב האכילס בנוסח המקורי שלו? החוק קובע כי חלוקת הרכוש מתבצעת **רק לאחר הגירושין**. רק בשנת 2008 החוק תוקן. מבחינה דתית, אם מורים על שיתוף רכושי, משמע שהבעל סובל מגדל. עם זאת, המחוקק אמר כי הוא מאמץ את השיתוף הרכושי- האידיאולוגיה הדתית הפסידה במבחן החוק.

• **התפתחות הלכת השיתוף:**

◀ **היסודות המסורתיים**: הלכת השיתוף יוצרת זכויות קנייניות עבור שני בני הזוג מכוח החזקה שמולבשת ומיוחסת על בני זוג ובלבד שהם **חיים בצוותא תוך קיום אורח חיים תקין**. ניסוח אחר של היסודות המסורתיים: "חזקה על בני זוג החיים בצוותא תוך קיום חיים הרמוניים שהרכוש שנצבר ע"י מי מהשניים מצוי בבעלותם המשותפת". מהר מאוד אנו עולים שלב והחיים הרמוניים מוחלפים ב"אורח חיים תקין". לבסוף, התנאי של אורח חיים תקין צומצם למינימום של "דרישה למינימום של חיים משותפים תחת קורת גג אחת, ללא קרע או פירוד ממשיים".

◀ בראשית הדרך מדברים רק על **נכסים משפחתיים**, אך מהר מאוד מרחיבים גם **לנכסים עסקיים**. בהתחלה היה איזו שהוא משחק של דרישה לראיה שתעיד על השיתוף, במסגרתו נטל הראיה היה חל על מי שרצה להוכיח את קיום השיתוף, אך באמצע הדרך אנו כבר עוברים לכך ש**עצם החיים המשותפים מקימים את החזקה**- החזקה כבר קיימת, השיתוף ונטל הראיה חל על מי שרצה להוכיח כי השיתוף **לא** מתקיים. התפתחות נוספת במסגרת החלת הלכת השיתוף המחיל את עצמו על חסכוניות וקופות גמל- "**נכסי העתודה הכלכלית**". בעידן המודרני אחד מרכיבי הרכוש החשובים ביותר הוא **מקצוע- יכולת השתכרות** וזה בעצם "הרכוש החדש"- המקצוע וכל מה שנלווה אליו מבחינת הזכויות הכלכליות- קופות גמל, קרנות פנסיה, קרנות השתלמות, ביטוחים למיניהם, יכולת השתכרות וכו'. מדובר ברכיבים כלכליים שבהתחלה לא היו חלק מהרכוש הזוגי המשותף שחל עליו הלכת השיתוף, אך במסגרת **פסקי הדין רון ולידאי** הורחבה ההלכה. יש לנו גם את כל הרכוש "עוד יותר חדש" של **ההון האנושי** שאפילו לא מגולם בזכויות קונקרטריות, כמו קרנות פנסיה למשל, אלא המוניתן האישי ומה שמכונה "**נכסי קריירה**" ואילו מתייחס **פס"ד ריבלין ההון ההנושי**. אלו דברים **שעוד לא קיימים**, הם הרבה יותר ספקולטיביים ולכן יותר קשה להתייחס אליהם כאל נכס. הרחבה נוספת ואחרונה היא **לנכסים החיצוניים**. אלו נכסים שהיו שייכים לבני הזוג באופן אישי טרם הנישואין או שהתקבלו במתנה או בירושה במהלך הנישואין, אשר לא הצטרפו במסגרת מאמץ משותף. "שורש המחלוקת בשאלה אם ככלל יש תחולה להלכת השיתוף על נכסים חיצוניים של בני זוג נעוץ ביסוד התפיסה הרעיונית שעליה מבוססת הלכת השיתוף, הסוברים כי הבסיס להחלתה של הלכת השיתוף הוא קיום "**הסכם מכללא**" בין בני הזוג, יטו מטבע הדברים

לפקפק בצדקת החלטה של הלכת השיתוף על נכסים חיצוניים. להכרעה שונה ניתן להגיע מנקודת מבט הרואה בהלכת השיתוף ביטוי ל"חקיקה שיפוטית" המבקשת להגשים תפיסה ערכית הנגזרת מעקרונות-על של צדק ושוויון (פס"ד בריל).

פסק הדין בריל מוכיח כי ניתן לסתור את הלכת השיתוף: "להסכמת בן זוג לשיתוף את בן זוג גם בנכסיו החיצוניים יש משקל מכריע, וביטוי להסכמתו לכך עשוי להימצא גם באיכות יחסיהם של בני הזוג..." יותר קל לסתור את הלכת השיתוף לגבי נכסים חיצוניים וזאת על בסיס טיב יחסיהם של בני הזוג.

פס"ד ריבלין ההון האנושי- אחד המשפטים המרכזיים שהמרה מצאה בפסק הדין התייחס למשפחה, המביע כי מדובר ביחידה ויצרת אחת- "הזמן המשפחתי הוא אחד, והוא נוצר בשניים". התועלות הכלכליות של ההון האנושי מתבטא בעיקר בצד שלקח את ההון האמור החוצה ופיתח אותו בתצורה של יכולת השתכרות מוגברת, מוניתן אישי טוב וכד'. מדובר אך ורק בפער שנוצר במהלך הנישואין, עקב הנישואין, יש לגרוע מן הפער הזה את התרומה לכושר ההשתכרות שבאה מכישורן אישי וכן את זו שנוצרה קודם לתחילת הקשר הזוגי או לאחר שפורק. פסק דין זה מהווה תקדים מחייב והשפיע רבות על אופן חלוקת הרכוש במסגרת הגירושין בישראל. ריבלין אומר שהדרך הנכונה להכיל את ההלכה היא דרך של תשלומים עתיים. ככל שההבדלים והפערים הכלכליים בין הגבר לאישה הולכים ומצטמצמים יהיה קשה יותר ויותר להחיל את ההלכה האמורה. התוצאה של פסק הדין: 28 שנות נישואין, אלו הנישואין הראשונים של בני הזוג ויש להם יחד 5 ילדים. האישה רואה חשבון עצמאי בעל מחזור שנתי של 800,000 ש"ח, האישה יועצת חינוכית. נפסק פיצוי חד פעמי בסך 250,000 ש"ח.

טענת נגד פס"ד: ההתנגדות לפסק הדין ולהלכה המובאת בו באה לידי ביטוי ברוב המוחלט של בתי הדין הרבניים שלא רואים בהון האנושי ויכולת ההשתכרות המוגברת- "הכישורים האישיים של האישה" כנכס בר חלוקה. ניתן אף לראות ביטויים של בתי הדין הקוראים לחלוקה הזו כ"שיעבוד של האישה" ואף משווים את המצב למעין עבדות. טיעון נוסף מהכיוון ההפוך טוען כי החלת שיתוף בנכסים כאלו מביא להגברת תלות האישה ומוריד את התמריץ שהאישה תלך ותממש את הפוטנציאל הגלום בה. טענה אחרונה מדברת על גישת "הפירוד הנקי" וגורסת כי המשך התלות הכלכלית הזו לא מאפשרת פירוד סופי ונקי בין בני הזוג. עם זאת, חשוב לזכור כי בגירושין בישראל, שכמעט תמיד מתקיימים עם ילדים, אין באמת פירוד נקי והמרה מכנה את הטענה הזו אפילו כ"פיקצית הפירוד הנקי".

האם הלכה זו חלה על נישואין אזרחיים ויזועים בציבור? התשובה חיובית, הן מהרציונל החוזי והן מהרציונל הנורמטיבי. עם זאת, ככל שניתן יהיה לראות את הזוגיות כפחות חזקה ופחות מחייבת, מאשר זוגיות "אמיתית" כ"דרך המלך"- כדת משה וישראל, אז יש פתח לומר לפי השיח החוזי שיש פחות שיתוף.

הסעד של חלוקת הון אנושי, ההתחשבות בפוטנציאל השתכרות עתידי וההכרה בכך כנכס בר חלוקה בזמן הפירוד בעצם מהווה תמונת ראי של המזונות האזרחיים- מדובר בתמונת ראי ודרך אחרת להגיע למה שמכונה "פיצוי שיקום", כיוון שכל אחד מהמנגנונים הללו בא לענות על אותו צורך ולהגשים את אותה המטרה. זה לא הוגן לסיים את הזוגיות במצב בו אחד הצדדים חזק משמעותית לכלית בתום הנישואין מהצד השני. כל עוד לא מכלילים את ההון האנושי בנכסים שיש לחלק אותם, אז אי אפשר להשיג את אותה מטרה של האיזון בין החיים והתועלות. אם משתמשים במכשיר של המזונות האזרחיים בהיבט של מזונות או תשלומים עתיים קצובים, אנו נותנים תשובה ומענה לאותו חוסר איזון ואותו חוסר צדק, כמו בפרשת עקרת הבית.

#### התפתחות הרציונאליים

- מעבר הדרגתי מרציונל הסכמי לרציונל של צדק חברתי: בעיקר אנו רואים את הבעיה בחברות דתיות פטריאכליות.
- מעבר מחזקה עובדתית-הסכמתית לחזקה נורמטיבית: אצל זוגות בנישואין ראשונים ארוכים עם ילדים, החזקה מעין קוגניטיבית. ככל שלא מדובר בנישואין מסוג זה (יזועים בציבור, זוגות ללא ילדים וכו'), נטל ההוכחה הוא על מי שמבקש לסתור את חזקת השיתוף.
- הרציונאליים כיום: אוטונומיית הצדדים ועקרון השוויון. מכירים בחיי הנישואין כחיי שיתוף, קידום השוויון בין בנה"ז- שימור האוטונומיה והזהות העצמית. הענקת ביטחון כלכלי לבנה"ז לאחר פירוק הקשר.

לגבי זוגות נשואים, יש חזקה לכוננת הלכת השיתוף אבל לגבי יזועים בציבור זוהי לא חזקה ויתכן שצריך להוכיח את הכוונה הזו. איך נעשה זאת? ילד משותף, חשבון בנק משותף וכו'.

מתי בדיוק נוצר השיתוף? השיתוף נוצר תוך כדי החיים המשותפים בנקודה לא מוגדרת. יש בעיה בעיקר לגבי יזועים בציבור שם הגדרת תחילת השיתוף בעייתית יותר. לגבי זוגות נשואים, יש הסכמה שמועד הנישואין מקים את החזקה. ישנו קונצנזוס לגבי מועד סיום השיתוף- יש הסכמה שהשיתוף מסתיים עם הגשת התביעות, אך ישנן גם דעות נוספות- אקט של בגידה (המעידה על דבר עמוק במסגרת מערכת היחסים), עזיבת בית, הפרדת חשבון הבנק המשותף ועוד.

שיתוף בחובות: פס"ד אניטה שלם- לבני הזוג דירת מגורים, אותה רכשו בשנת 1990. הדירה רשומה על שם הבעל בלבד. בעקבות פרידה וחלוקת רכוש האישה זכאית לזכויות בדירה. על הדירה רשום עיקול. המעקלים טוענים כי במידה וזכאית המערערת לסעד המבוקש על ידה, הרי מכוח הלכת השיתוף היא חייבת גם בחובות הבעל. לפיכך, זכאים הם לממש את זכויות המערערת בדירת המגורים מכוח העיקול שנרשם על הדירה או מכוח חזקת השיתוף בחובות. (\*\*אם היה מדובר בזוג שחל עליו חוק יחסי ממון, סעיף 6א), טענה זו של הנושה הייתה גוברת- לא הייתה לאישה שום דרך להיחלץ והנושה היה מקבל את הזכות שלו). ברק, רוצה לעזור לאישה, ואומר כי ע"א שיש שיתוף גם בחובות, השיתוף מתגבש בנקודות זמן שונות עבור נכסים מסוגים שונים- משפחתיים (כמו דירת מגורים) ועסקיים.

בנכסים עסקיים (שיתוף מתגבש רק בעת התרחשות "אירוע/מועד קריטי"- מות אחד הצדדים, אירועים כלכליים קשים, מועד בו חיי הנישואים עומדים בפני משבר חמור, חיסול נכסיו של אחד מבני הזוג, כניסתו של בן זוג להליכי פשיטת רגל)

בנכסים משפחתיים, ובראשם דירת המגורים, השיתוף מידי.

יש כאן סכנות, כיוון כי כל עוד לא התרחש אירוע קריטי, לא מתקיים שיתוף בנכסים והבעל יכול לעשות ברכוש העסקי מה שהוא רוצה, כולל העברה לצד שלישי.

#### הבדלים בין חוק יחסי ממון לבין הלכת השיתוף:

1. החוק חל אך ורק על זוגות נשואים- גם על זוגות הנשואים בנישואין אזרחיים שנרשמו (ככל הנראה גם על נישואין חד-מיניים, אך לא קיימת פסיקה ברורה). בנוסחו המקורי של החוק- סעיף 4 אמר כי הלכת השיתוף מפסיקה להתקיים עבור כל הזוגות שנישאו לאחר חיקוק החוק ומאותה עת בעצם הזכויות הרכושיות יהיו מרגע הגירושין.

פרשת קנובלר-יעקובי: הזוגות נישאו אחרי שנת 74 כך שחל עליהם חוק יחסי ממון. בנות הזוג מבקשות לממש את זכויותיהן ברכוש המשותף, אך לא ניתן לעשות את זה כי לא ניתן הגט. דורנר ושמגר מפעילים את הלכת השיתוף למרות ס' 4 בחוק יחסי ממון, שאר השופטים מבקשים ללכת לפי ס' 5א והם יוצרים שיתוף לפי כללים אחרים של דיני קניין ודיני חוזים ("הלכת השיתוף הכחושה"). זו הלכת שיתוף שלא מקימה חזקה אוטומטית ברגע שבני הזוג נישאים, אלא מפעילים משפט אחרים, ובכך כן ליצור את השיתוף ולחלק את הרכוש למרות שמועד איזון המשאבים עדיין לא הגיע.

פרשת הבגידה: ביה"ד הרבני ניסה להתחכם כאן ולהגיד אין פגיעה בקניין כי הרי כל מה שמגיע לאישה (הזכויות הסוציאליות של הבעל- פנסיה, פיצויי פיטורין וכו') היא תביעה לזכויות שיגיעו לה בעתיד ולכן זו לא תביעה קניינית וניתן לשלול את הזכויות האלה ממנה. אלו הן גם המחלוקות בפרשת הבוגדת הנוכחית. ביה"ד האזורי, לעומת זאת, כן הקנו לבת הזוג את החלק שלה בזכויות הסוציאליות ורק בביה"ד הרבני הגדול קיבלו את טיעון הבגידה.

#### תיקון מס' 4 לחוק בשנת 2008 הקדים את מועד איזון הנכסים.

2. רכיב ההון האנושי- לפי הלכת השיתוף, יש בעלות משותפת בכל רכיב של הרכוש המשותף. אי אפשר לחרוג מהחלוקה השוויונית הזו של 50-50. לעומת זאת, חוק יחסי ממון ס' 8 כי בהתקיימות נסיבות מיוחדות איזון שוויון הנכסים לא יהיה חצי-חצי. החוק מאפשר לסטות מה-50-50 באמצעות הפעלה של שיקול דעת שיפוטי ואחד הפרמטרים שהוא אמור להביא בחשבון, זה רכיב ההון האנושי- ס' 8(2). החוק לא רואה את ההון האנושי כנכס, אלא פרמטר חריג שבית המשפט יכול לשקול אם הוא מחליט שלא לפסוק חצי-חצי וזאת בהתקיימות נסיבות יוצאות דופן. הבחנות בין התייחסות להון האנושי על פי שני המשטרים:

- הבחנה מהותית בין זכות מוקנית לבין התחשבות שבשיקול דעת מתוך רציונל הקרוב יותר לחסד או נזקקות (בדומה למזונות משקמים). פס"ד- חלוקה לפי ס' 8 בשל פערי שכר, רובינשטיין אומר כי לא ניתן לקבוע קריטריונים ברורים- התחשבות בהון האנושי מתוקף סעיף 2(8) יתקיים רק במקרים חריגים.
- סעיף 8 מאפשר לבית המשפט ל"תגמל" את הצד בעל כושר ההשתכרות המוחלש רק מתוך הנכסים המוחשיים הקיימים (להעניק מתוך אותם הנכסים המוחשיים נתח מוגדל עבור הצד החלש), בעוד שהתייחסות להון האנושי כאל נכס למעשה מרחיבה את "העוגה" בהלכת השיתוף.

- התחשבות בהון האנושי לפי סעיף 8 אינה תלויה בשאלת מקור ההון האנושי ומקור הפער (כנובע דווקא מתוך ובמהלך קשר הזוגיות), ובכך דומה הוא יותר למזונות המשקמים.
- שאלת אופן התשלום: הניתן להורות על תשלומים עיתיים מכוח חוק יחסי ממון? אין עדיין פסקי דין שהתמודדו עם השאלה הזו. החוק שותק לגבי זה.
- 3. שק"ד שיפוטני- בהלכת השיתוף אין הפעלה של שק"ד שיפוטני בחלוקה בעוד לפי חוק יחסי ממון ס' 8 יש אפשרות להפעלת שק"ד שיפוטני. לביהמ"ש יש שיקול דעת להוציא נכסים מגדר האיזון (ולא להוסיף נכסים). - ס' 8.
- 4. נכסים חיצוניים- אחת ההרחבות המשמעותיות של הלכת השיתוף הייתה לנכסים חיצוניים (נכסים מלפני הכניסה לחיים המשותפים, ירושה או מתנה). ברגע שמדובר בנכסים חיצוניים כן יש חובת הוכחה יותר משמעותית ויותר קל לסטור את הלכת השיתוף בהיבט הזה. לעומת זאת, **חוק יחסי ממון ס' 5(א)(1)** על פניו, מחריג את הנכסים החיצוניים. אמנם ביהמ"ש מצא דרך לעקוף זאת דרך **דוקטרינת השיתוף הספציפי**.
- **סעיף 5א** בא במידה רבה לתקן חלק מההבדלים בין הדין החל על הזוגות הכפופים לחוק יחסי ממון לבין הזוגות הכפופים להלכת השיתוף והשורה התחתונה היא **בשיתוף בנכס ספציפי**, שכולה באה לפתור לנו את העיוות שנוצר בכך שמי שכפופים להלכת השיתוף, חשופים לעוגת שיתוף גדולה בהרבה. כל מה שקשור להון האנושי, ככל הנראה יפתור תחת 2(8), באמצעות שיקול דעת שיפוטני ובהתקיים נסיבות חריגות המצדיקות זאת.
- **האם הלכת השיתוף מוסיפה לחול במקביל לחוק יחסי ממון למרות ס' 4 לחוק יחסי ממון? בפרשת קנובלר-יעקובי** לא ניתנה תשובה לשאלה האמורה. בגלל ההבדלים בין הלכת השיתוף לבין חוק יחסי ממון. **בפרשת אבו-רומי** הוצג בפנינו הקונצנזוס לגבי שיתוף בנכס ספציפי, המהווה המשך של הלכת השיתוף, תוך דרישה להוכחת כוונת שיתוף (הלכת שיתוף כחושה), אך מדובר בהוכחה די קלה- שיפוץ משותף, ריהוט משותף, גידול הילדים המשותפים וכד'. המהלך של שטרסברג כהן דומה להפעלה של הדין הכללי (דיני קניין ודיני חוזים), כי בעצם מדרשת כוונת שיתוף. השאלה חשובה שנתורה היא ביחס להון האנושי- כאן עדיין מתאפשר להתקיים הבדל דרמטי ואין לנו תשובה בנושא כך גם לגבי נכסים חיצוניים.
- **שיתוף בנכס פרטי-חיצוני: דוקטרינת "השיתוף הספציפי"**
  - ◀ **פס"ד בן גיאת**- שם השופטים אמרו שניתן להוכיח שיתוף בנכס ספציפי דרך הדינים הכלליים של דיני החוזים והקניין והוא אותו שיתוף שנבנה מכוח הלכת השיתוף ולכן האופי שלו קנייני.
  - ◀ **פס"ד התווית פרמטרים ליצירת שיתוף ספציפי בנכס**- נקבע שיתוף בדירת מגורים לאחר 16 שנות נישואין רוויות התעללויות, תוך הפניה לסעיף 2(8). השופטים עמית ודנציגר דורשים **"דבר מה נוסף"** לצורך ביסוס השיתוף (עמית נותן פרמטרים לאותו דבר מה נוסף). נטל הראייה הוא על מבקש השיתוף.
  - ◀ **בג"צ הבוגדת**- הבג"צ שלפני הבג"צ הנוכחי, השאיר את החלטת ביה"ד הגדול שהיא אי-שיתוף ספציפי בבית שנבנה על מגרש שהיה בבעלות הבעל לפני הנישואין, כאשר שלילת אפשרות השיתוף הסתמכה על כך שהאישה בגדה בן הזוג שלה ממש לקראת סיום הקשר שלהם. השופט **עמית** שהיה **בדעת מיעוט** טען שהתוכן של פס"ד והרטוריקה של פס"ד מחזירים אותנו לימים של טרום הלכת בבלי. לדידו, בגידה לא יכולה להיות שיקול לשלילת זכויות של שיתוף כנושי. **מינץ ושטיין** מצדדים בבית הדין הרבני הגדול שמפרש את הנושא לא כשלילת זכויות של האישה, אלא כאי-הענקה של זכויות. זהו גדר המחלוקת של פסק הדין. מדובר בעמדה שמנוגדת לפסיקות של בית המשפט העליון ולדין האזרחי.
  - ◀ **פס"ד "ניסיון להוכיח שיתוף ספציפי בנכס חיצוני שאינו דירת מגורים"**- הלכת השיתוף הספציפית ניתנת להחלה ככל הנראה **רק על דירת המגורים ולא על נכסים חיצוניים שאינם הדירה**- כאן אנו עדים להבדל נוסף בין הלכת השיתוף לבין חוק יחסי ממון. לפי חוק יחסי ממון, יהיה לאישה קשה לבסס שיתוף לגבי נכסים חיצוניים של בני הזוג שאינם דירת מגורים.
- **סוגיות פתוחות נוספות סביב סעיף 8:**
  - ◀ **סוגיית ההון האנושי:** האם בגדר נכס או רק כמרכיב שנין להתחשב בו במסגרת שק"ד של סעיף 8? זו עדיין שאלה פתוחה למרות שביהמ"ש העליון התייחס לכך כקריטריון במסגרת ס' 8.
  - ◀ **מקומו של האשם במסגרת הנסיבות המיוחדות של ס' 2(8):** אשם מוסרי (בגידה) לעומת אלימות קשה המגיעה כדי לשלילת אנושיות.
  - ✚ **פס"ד השיתופיות המוחלטת (השופט רובינשטיין):** בן הזוג ניהל חיים כפולים לאורך 30 שנים של נישואין. לאורכן ניהל לפחות עוד שתי מערכות יחסים רציניות מעבר ליחסי הנישואים שלו, כנראה בידיעת אשתו "חוקית". למרות זאת, הבעל נשאר עם חלק גדול יותר מהרכוש בגלל משחקי "כוונת רכוש". זו תוצאה לא טובה של הפעלת שק"ד השיפוטני לפי ס' 8.
  - ✚ **פס"ד אלימות לצורך ס' 8:** מדובר במעין "הרצחת וגם ירשת", במסגרתו מבקש הבעל שיתוף בזכויות הפנסיה של האישה, לאחר שניסה לרצוח אותה. **השופטת ברק-ארז** נתנה פסק דין מקיף במסגרתו היא מסבירה את הרציונל להתחשבות במרכיב של האלימות תחת סעיף 2(8) **ולשלול, לפחות חלק, לצד האלים, חלק מן הרכוש**. אותה האלימות עולה כדי שלילת האנושיות. מה יקרה במצבים בהם האלימות הינה מתמדת, יום-יומית, אך שאינה מהווה ניסיון להצח? לא ברור האם היא עומדת ברף הגבוה שהציבה ברק-ארז במסגרת הדוקטרינה- "ככל שעמדה זו מתקבל, היא תהיה שמורה למקרים קיצוניים יחסית, שבהם ראוי יהיה לומר כי בן הזוג התוקף אינן למעשה את אנושיותו של זולתו". **מלצר**, מדבר על מקרים של פגיעה באוטונומיה, על שלילת אפשרות של הפעולה העצמאית אך לא בהכרח לרמה של ניסיון לאיין לחלוטין.
  - ✚ **בגידה לעניין ס' 8-** האם בגידה של אחד מבני הזוג בתקופת הנישואים היא בבחינת נסיבות מיוחדות המצדיקות סטייה מכלל איזון הנכסים? נקבע שלא. לא נענשים על בגידה גם ביחס לחוק יחסי ממון וגם ביחס להלכת השיתוף.
- **הסכמי ממון**
- **חוק יחסי ממון בין בני זוג:**
  - ✓ **סעיף 1- הסכם ממון:** הסכם בין בני זוג המסדיר יחסי ממון שביניהם (להלן- הסכם ממון), ושינוי של הסכם כזה, **יהיו בכתב**.
  - ✓ **סעיף 2- אישור ואימות:** הסכם ממון **טעון אישור** בית המשפט לענייני משפחה או בית הדין הדתי שלו סמכות השיפוט בענייני נישואין וגירושין של בני הזוג, וכן טעון שינוי של הסכם כזה אישור כאמור. **הלכת נצייה** קובעת כי מדובר בחובת אישור שחלה רק על זוגות נשואים, אך על כל הזוגות הנשואים, כולל זוגות שנישאו לפני 1974, כיוון שרק הפרק השני לחוק לא חלק עליהם, שכן הוא חל רק על זוגות שנישאו החל משנת 1974. אך כל ההוראות האחרות של החוק, הכוללות את סעיף 1 ו-2, חלות על כל הזוגות הנשואים. **ידועים בציבור לא צריכים לעמוד בתנאי החוק לגבי הסכם!!**
  - ✓ **סעיף 14- הוראות מעבר:** סעיף 3 ושאר הוראות הפרק השני לא יחולו על בני זוג שנישאו זה לזה לפני תחילת חוק זה.
  - ✓ **סעיף 19- תחילת החוק:** תחילתו של חוק זה ביום ז' בטבת ה'תשל"ד (1 בינואר 1974)
- **פס"ד קהלני-** ביה"ד דחה טענות של האישה על כשלים בעשיית ההסכם. ההסכם כלל אישור של האישה לוותר על כל הזכויות הפנסיוניות שלה. בג"צ לא קיבל את טענת האישה וקבע שהאחריות היא עליה כשלקחה את ההחלטה להסכם. ביהמ"ש בדרכ"כ לא נכנס לתוכן ההסכם, ואם הוא עבר את המנגנון בחוק, ביהמ"ש מתקדם הלאה.
- לפי **הלכת שי**, כל הסכם שמתייחס ליחסי הרכוש בין בני הזוג במקרה של מוות או גירושין, גם אם אינו מסדיר את מכלול יחסייהם הרכושיים (יכול אף להתייחס רק לפריט רכוש אחד), יכול לענות להגדרה של הסכם ממון, ואז הוא חייב להיות בכתב ולקבל אישור, אחרת הוא לא תקף. **בפס"ד גמליאל** מדברים על **ס' 5א3 בחוק יחסי ממון** - "הסכימו בכתב" ז"א שאם יש פריט אחד שבני הזוג מסכימים עליו ביניהם והוא נכתב, אין צורך באישור. זה אומר שהסכם **למניעת עגינות**, כמו ההסכם לכבוד הדדי, המדבר על מנגנון כלכלי ומזונות גבוהים, לא מהווה הסכם ממון (אלא אם הוא מכיל רכיב ממוני-רכושי נוסף).



- **פרשת בבלי**, לאחר הבג"צ, המשיכה בכמה גלגולים, כאשר במסגרת אחד מהם **נמצא הסכם ממון** משנים עברו, שלא קיבל אישור בית משפט. בית הדין ראה את ההסכם כמוצא שלל רב, והחליט ליישם אותו, **חרף העובדה שהוא לא אושר בד"ן. הניצוד?** קיימים תקדימים להפעלת הסכמי ממון גם אם לא עמדו בדרישת האישור-הלכת רודן ובעקבותיה. מדובר ברצון של בית המשפט שלא להתחמק מהסכמות שנעשו בין בני הזוג.
- **דג"ץ הובגדת (פסקאות 24, 29-37, 50, 52, 62 לפסק דינה של הנשיאה חיות)**- המהלך שעושה השופטת חיות: יש להבין קודם כל מהי מהות הלכת השיטות הספציפית, לאחר מכן יש לבחון האם ביה"ד הרבני הגודל החיל אותה כהלכה, ובמידה ולא, יש לבחון האם לפי הלכת בבלי יש עילת התערבות. נקבע כי ניתן להכיר בשיתוף הנכס חיצוני ספציפי גם אם אין מתקיימות דרישות מהותיות מסוימות כמו דרישת הרישום. הנטל להוכיח שיתוף בבית המגורים של בני הזוג קל יותר בהשוואה לנכסים אחרים, אולם כל זאת רק כאשר מתקיים "דבר מה נוסף" המעיד על רצון השיתוף בנכס. **אין שוללים זכות בנכס שנצרה בהלכת שיתוף ספציפי בשל אירועים בנישואים שקרו אחרי התרחשותה.** הלכת השיתוף הספציפי קובעת שיתוף שמתגבש באופן קבוע ולא על תנאי, והיא יוצרת זכויות קנייניות או מעיין קנייניות. השיתוף נוצר במהלך חייו הזוגיות, בנקודת זמן מסוימת ובנישואים ארוכים של 30 שנים של חיים באותו בית אפשר לומר שהשיתוף התגבש 10 שנים לאחר שחיו יחד באותו בית. מרגע שהתגבשה, אי אפשר לשלול את הזכות בדיעבד.

### מבוא לדיני ירושה \ עו"ד הילה אוהיון גליקסמן

- **ס' 147 לחוק הירושה** קובע שיש נכסים שלא נכללים בתוך ענף העיזבון- קרנות פנסיה, קופות גמל, ביטוחי חיים וכו'. אלו נכסים ששי להם מוטבים נפרדים. הם מחולקים לפי המוטבים שהוגדרו בכל אחד מהנכסים האלה.
- **עסקאות בירושה**- אסור לעשות עסקאות בירושה של אדם מראש. הפסיקה צמצמה את האיסור על עסקאות בירושה.
- **סמכות שיפוט**- מי שעוסק בנושא הוא הרשם לענייני הירושה וסכסוכים שמתגלעים לעניין ירושה ידונו בביהמ"ש לענייני משפחה.
- **מי כשר לרשת?** כל אדם שהיה בחיים כשהמוריד נפטר וכל אדם שנולד 300 ימים לאחר פטירתו של המנוח. יש לכך חריג תחת המנגנון של יורש אחר יורש. תאגיד רשאי לרשת רק אם הוגדר יורש מכוח צוואה.
- **סעיף 5 לחוק יחסי ממון** קובע את הסדר איזון המשאבים שהוא במועד פקיעת הקשר שהוא מועד הגירושין או עקב פטירה של אחד מבני הזוג. לחילופין, אפשר לקבוע בהסכם ממון לגבי חלוקת הנכסים במועד פקיעת הקשר. אחרי שקובעים מה הם הנכסים השייכים לאדם, עוברים לחוק הירושה ובוחנים איך מחלקים את הנכסים של המנוח.
- **שני מסלולים בדיני ירושה:**

1. **ירושה ע"פ דין**- ברירת המחדל שקבועה בחוק הירושה והיא למעשה צוואה. היורשים הם:

- שלב מקדמי: בן הזוג, לרבות ידועה בציבור;
- פרנטלה ראשונה: ילדי המוריש וצאצאיהם;
- פרנטלה שנייה: הורי המוריש וצאצאיהם;
- פרנטלה שלישית: הורי ההורים וצאצאיהם.

2. **ירושה ע"פ צוואה**- כיום יש 4 דרכים לעריכת צוואה:

- צוואה בכתב יד- התנאים: כתב; חתימה; תאריך. **פס"ד קניג**- מקרה של בעל שבגד באשתו והתעלל בה. האישה התאבדה והשאירה אחריה המון פתקים. היא ביקשה לתת את הירושה לילד ולא לבעל. ביהמ"ש קבע שלא ניתן להתייחס למסמך כצוואה מפני שאינה עומדת בדרישות החוק.
- צוואה בעדים- עורכים מסמך מודפס, חותמים בפני שני עדים ואז הצוואה תקפה לכל דבר ועניין.
- צוואה בפני רשות- ביהמ"ש, ביה"ד, רשם הירושה.
- צוואת שכיב מרע- יש דרישה להגיד זאת לשני אנשים שונים. זה תמיד מעורר שאלות של נעשה\לא נעשה. המנוח חייב ללכת לעולמו 30 ימים במקסימום משעת מתן הצוואה.

### • עקרונות בצוואות:

- **עקרון חופש הציווי**- אדם יכול לצוות את רכושו כפי שהוא מוצא לנכון.
- **שקיפות בעריכת צוואה**- המלצה לעורך הצוואה עצמו.
- **יורש אחר יורש או יורש במקום יורש**;
- **תנאים בצוואה**- אפשר להתנות את הצוואה בתנאים. (אפשר גם לעשות נאמנות בצוואה ואז מי שיורשת היא קרן הנאמנות עד שהנמען עומד בתנאים).
- **צוואות הדדיות- ס' 8א רבת**. ההסדר אומר שבני הזוג יכולים לערוך צוואה יחד שהיא גם צוואה אישית של כל אחד מהם וגם חוזה בין בני הזוג. הצוואות הדדיות השכיחות הן: בני הזוג מורישים אחד לשני וכאשר שניהם ימותו, הילדים ירשו בחלקים שווים. בן הזוג לא יוכל לשנות צוואה הדדית אלא בהסכמת בן הזוג השני. במידה ובן הזוג השני נפטר, יהיה ניתן לשנות את הצוואה ההדדית רק אם בן הזוג שנותר בחיים יחזיר את הרכוש שירש מבן הזוג שמת.

### הורים וילדים

- **מהפכת זכויות הילד**: המהפכה הציגה מעבר מתפיסה של הגנה על ילדים לתפיסה שאומרת שילדים הם אינדיבידואלים בעלי זכויות. לכן, יש לתת מקום לרצונות ולאינטרסים של הילדים כפי שהם מביעים אותם בהתאם לכישורים המתפתחים שלהם.
- **אמנת האו"ם בדבר זכויות ילדים וילדות**- היא האמנה המאושרת ביותר מכל סדרת אמנות זכויות האדם של האו"ם. התפיסה המסורתית של המשפחה, אחד המאפיינים שלה, הוא תפיסת המשפחה כמערכת היררכית. לכן, בתפיסה הזו שאלת הכוח והסמכויות הם מאוד דיכוטומיים ותואמים דפוס שמרני-מסורתי שאינו מרוצה מהכוח שניתן לילדים כאינדיבידואלים. באמנה ישנן **זכויות כלליות** שאלו זכויות שניתנות לכל אדם באשר הוא אדם- זכויות פוליטיות, סוציאליות, זכות לחיים ובטחון וכו'. במקביל, ישנן **זכויות ייחודיות** שניתנות רק לילדים: הקשר עם ההורים, הזכות להתפתחות והזכות לחינוך. עקרונות האמנה:
  1. עקרון השוויון- ס' 2
  2. עקרון טובת הילד – ס' 3
  3. עקרון החיים ההישרדות וההתפתחות- ס' 6
  4. עקרון השתתפות ילדים בהחלטות הנוגעות לחייהם- ס' 12
  5. עקרון מנחה ביישום- עקרון הכשרים המתפתחים – ס' 5

בישראל כיום, בעקבות וועדת רט-לוי, התפתח מנגנון של **שמיעת ילדים** במסגרת ההליך השיפוטי שנוגע גם להם- סכסוכי גירושין, סכסוכים בין הורים. ההשלכה השנייה של הוועדה, הייתה **לאפשר לילדים להזדקק לייצוג משפטי עצמאי**. סכסוכים שילדים מצויים בהם, בעיקר בהקשר של משמורת ילדים, הופכים להיות הנושא המרכזי שבו המערך של ייצוג משפטי עצמאי לילדים עסוק במסגרת הסיוע המשפטי.

### • ההליכים שקדמו למציאות היום:

◀ **וועדת שניט**- הוקמה בשנת 2005 ונועדה לבחון את ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין. **חזקת הגיל הרך** שהייתה קיימת בחוק, זו חזקה שנותנת עדיפות אוטומטית לאימהות להיות ההורה המשמורן לילדים עד גיל 6 אלא אם יש סיבות להורות אחרת. האב היה רשאי לקחת את הילדים כל סופ"ש שני. עד 2008, חזקת הגיל הרך הורתה על חלוקה מאוד ברורה וכך הילדים היו "מחוץ למלחמה". מטרת הוועדה הייתה לבטל את חזקת הגיל הרך

והמרתה בהסדר ע"פ טובת הילד בלי שום עקרון מנחה. הוועדה הוסיפה שורת פרמטרים לברור מהי טובת הילד ללא כל חזקה או עקרון מנחה. אחרי וועדת שנייט ברירת המחל עברה **לשיח של משמורת משותפת** למרות שבחוק נשארה חזקת הגיל הרך בס' 25 לחוק הכשרות והאפוטרופוסות.

וועדת שיפמן- הוקמה בשנת 2006. בתקופה זו הייתה פעולה מקבילה של שתי וועדות ללא כל אינטראקציה וסנכרון בין שתייהן. הדין ששלט על מזונות ילדים הוא הדין האישי- הדתי. וועדת שיפמן שינתה זאת ונקבע דין טריטוריאלי אחיד: **חלוקה שוויונית בהתאם להכנסה הפנויה, שהות של יותר מ-5 לילות על פני שבועיים תביא להפחתה מיידית של 35% מסכום מזונות הילד**. התוצאה המעשית הייתה הכנסת הילדים לחזית המאבק והפיכתם לקלף מיקוח.

• **מהן ההסכמות ביחס לשנייט ושיפמן?**

- יש מקום לעבור לטרמינולוגיה פחות הירארכית והסדרת יחסי משפחה של החזקה (קונוציה של חפץ), כולל הורים וילדים, בדרך יותר דמוקרטית.
- יש מקום להפחתת מקומם של מומחים והפחתת הפניות לחו"ד מומחים בסכסוכים הנוגעים להסדרת האחריות ההורית.
- יש מקום להחיל דין אזרחי שוויוני בתחום המזונות על כלל אזרחי המדינה (לא ייתכן שהדין יהיה שונה לדתות שונות).
- נטל המזונות ראוי שיתחלק בין האם לאב הנושאים באחריות משותפת לילדיהם.
- הימים בהם שוהה הילד אצל ההורה שאינו המשמורן (ימי ההורות) אכן כרוכים בעלות שאותה ראוי לקזז מסכום המזונות שההורה האחד יעביר לאחר.
- על חלוקת הנטל לשקף את היכולת הכלכלית של שני ההורים, תוך הבאה בחשבון של רכיבים לא ממוניים של האחריות ההורית (דאגה לילדים, אהבה לילדים, קביעת תור לרופא וכו').

• **ביקורת על המסקנה אליה הגיעו בוועדה (ביטול חזקת הגיל הרך):** אין דבר במצב המשפטי הקיים הסותר את לשון ס' 18 לאמנת האום בדבר זכויות הילד, בדבר 'הכרה בעיקרון כי יש לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו'. ואין דבר העומד בסתירה לפי ס'9(ג). הסיטואציה הראשונית עליה מדבר הסעיף אינה של גירושין ופרידת ההורים, אלא סיטואציה של הוצאת ילדים מחוץ לבית מתוך רצון להגן עליהם מחשש שהם חשופים לפגיעה, היינו ילדים בסיכון. כל זה מתנהל במשפט הישראלי מכוח חוק הנוער (טיפול והשגחה). אמנת זכויות הילד מתייחסת למצבים האלו ואומרת למדינה שאם הוציאו ילדים מחוץ לבית עדיין חייבים לכבד את זה שילד יש זכות לשמור על יחסים ישירים ומגע ישיר עם ההורים. גם בסיטואציות פרידת הורים בה ביהמ"ש קבע הסדרי זמן הורי שממקמים הורה אחד, לרוב האם, בתור ההורה העיקרי (חזקת הגיל הרך), לא ניתן לומר שהמצב המשפטי היום בישראל סותר את אמנת זכויות הילד. מנקודת המבט של טובת הילדים, המהלכים שהתרחשו מחוץ לישראל (שבדיה, אוסטרליה, אנגליה) שחילקו בצורה שוויונית יותר את המשמורת נוגדת את טובת הילד. המציאות שאליה הגיעו בשיטות משפט אחרות, ושמותרת בישראל למרות שהחוק לא שונה, מלמדת על כך שכשנפתח הפתח למשמורת פיזית משותפת שוויונית, אימהות נמנעות מלחשוף את היותן נתונות לאלמות ואת החשש לאלמות כלפי ילדים מתוך חשש שהן תואשמה בניכור ושמטרתן היא לשמור את הילדים אצלן. אלימות כלל אינה מכרת בשיקולים בהצ"ח הורים וילדים! לבסוף, הסדרים של משמורת פיזית משותפת שנכפו ע"י ביהמ"ש, יכולים ליצור מצב בהם הגבר מבקש משמורת רק כהליך טקטי כדי לא לשלם מזונות.

• **מזונות במשמורת משותפת:** שני תיקים שאוחדו: בראשון, ביהמ"ש קבע קיזוז מלא (ללא מזונות כלל), המחוזי בערעור קבע 50% הפחתת מזונות בתיק הראשון ואילו בתיק השני נקבע הפחתה של 30%. הדין הדתי-יהודי עושה הבחנה בין ילדין מתחת לגיל 6 – הנטל של המזונות הוא כולו רק על האב ומעבר לצרכים ההכרחיים יש מה שנקרא "דין צדקה" שאומר שהנטל צריך להתחלק ולשקף את היכולת הכלכלית גם של האם וגם של האב. בפס"ד התקבלה התפיסה, שלא הייתה ברורה קודם לכן, שמעל גיל 6 הכל הוא "דין צדקה" ואין הבחנה בין מזונות הכרחיים לכאלה שאינם הכרחיים ולכן נאמר שגם הדין הדתי מאפשר חלוקה באופן שווה בהתאם להכנסות היחסיות (הרי מחויבים בנושא זה לפסוק לפי הדין הדתי). כך ביהמ"ש יוצר התאמה בין התפיסה הדתית לאזרחית.

◀ **שינוי מושגי ביחס להוצאות הילדים:** ביהמ"ש העליון קובע- לא עוד הבחנה בין הכרחיים ללא הכרחיים, אלא בין **הוצאות תלויות שהות ושאינן תלויות שהות**. בנוסף, ברמה העקרונית, הייתה הכרה בכך שכשיש משמורת פיזית משותפת יש הורה אחד שנקרא "הורה מרכז" שהוא זה שמרכז בעיקר את כל צרכי הילד. ההורה המרכז הוא זה שמנהל את "קופת הילד". זו חייבת להיות ברירת המחל אחרת הדברים יפלו בין הכיסאות. את ההוצאות תלויות שהות יש לקזז לפי רמת ההכנסה היחסית של ההורים ולהעביר את הפרש להורה המרכז.

◀ **סיכום הלכת המזונות במשמורת משותפת:**

- ✓ פוגלמן וברק-ארז תחמו את מסגרת הדיון למקרים שבהם מתקיימים שני יסודות: (1) משמורת פיזית משותפת; (2) השתכרות שווה;
- ✓ בהתאם לכך יישום הכולל 3 מרכיבים:
  1. קיזוז בעין של הוצאות תלויות שהות;
  2. קביעת הורה מרכז או מנגנון אחר להבטחת צרכיו האחרים של הילד בדרך שווה;
  3. העברת מחצית מסכום ההוצאות שאינן תלויות שהות להורה המרכז רלוונטי רק למצבים אלה;
- **הביקורת-** העברת החלק היחסי מן ההוצאות שאינן תלויות שהות להורה המרכז, בהתאם לפערי ההכנסות, אינה מהווה בעיה. אך מה באשר למרכיב הראשון? האמנם גם במצב של פערי הכנסה, בהסדר של משמורת פיזית משותפת, יקוזזו בעין כל ההוצאות תלויות שהות, כולל מדור?
- **היישום בשטח-** אין העברה של מזונות לאם עבור הילדים גם במצב של פערי הכנסה. כלומר, **משמורת משותפת = אין מזונות על הוצאות תלויות שהות!** בפועל אפילו גם במצבי משמורת שאינה משותפת, מכילים את הלכת 919. אולם, ההלכה לא תופסת ביחד לילדים מתחת לגיל 6. ההלכה חלה גם בביה"ד ואין לה תחולה רטרואקטיבית על מקרים שהתרחשו טרם לפסק הדין אלא צריך "שינוי נסיבות".