**מחברת קורס דיני משפחה**

שיעור מס' 1, 10.10.2021

**מבואות, סמכויות ופיקוח שיפוטי**

1. **מבוא למוסד המשפחה ולדיני המשפחה: הזכות למשפחה, דמות המשפחה וגבולות המשפחה**

דיני המשפחה בישראל נעים סביב שני צירים מרכזיים: ציר הדת וציר המדינה.שלא כמו במדינות מתועשות אחרות, דיני המשפחה בישראל מתנהלים על שני צירים אלו מאחר ואחד מהם מכיל בתוכו את החלק המרכזי של הסטטוס קוו. דבר זה קיבע את אחיזת הדת בתחום דיני המשפחה בישראל, שכן זהו התחום בו לדין הדתי יש אחיזה משמעותית ביותר, במיוחד לאור העובדה כי הנישואים והגירושין החוקיים היחידים בישראל מצויים תחת הדין הדתי. הפיצול בין ערכאות השיפוט הדתיות לערכאות השיפוט האזרחיות בהתאם לנושאים בהן דנה הערכאה מהווים ביטוי חריף של פגיעה בזכויות אדם בגין הקשר בין דת ומדינה. בכך נגרמת אפליה פורמלית חמורה כלפי נשים במדינת ישראל, דרך חוקים ודרך המערכת הנורמטיבית של המדינה.

בספרו של א.ב. יהושע "מסע אל תום האלף", איתו פותחת פרופסור הלפרין-קדרי את השיעור, הספר חוזר אל סוף המילניום הראשון (לפני שנת האלף) וניתן לראות שם ניסיון לפשר בין התפיסות הדתיות-חברתיות-תרבותיות בין קהילות היהודים בדרום ובצפון. יצירה זו ממחישה התנגשות תרבויות והתנגשות דינים.

**מבוא לציר החברה והמשפט**

מבט חוקתי השוואתי – דוגמאות להכרה בצורות נישואים ובזכויות בתחום דיני המשפחה

* לאחר מלחמת האזרחים אשר התרחשה ברואנדה, רואנדה כתבה אמנה בה הסדירה נושאים אזרחיים כאלה ואחרים. הייחוד באמנה זו הוא עיגון של הרעיון של העדפה מתקנת. סעיף 17 באמנה זו, אוסר על נישואים ביגמיים ומגדיר את המונוגמיה בין גבר לאישה בתור מערכת הנישואים המותרת הבלעדית.
* בבוליביה, נקבע כי קיימת זכות לבסס משפחה, מותר לשמור עליה והיא הבסיס לחברה. לעומת רואנדה, בבוליביה לא הגדירו את המושג משפחה. נוסף אך עניין השוויון, שלא הופיע באמנה של רואנדה.
* אירופה (איטליה) – הרפובליקה מכירה בזכויות המשפחה כבסיס המשפטי של חיים, תוך דגש על שוויון.
* באנדורה נקבע כי מחובתה של הרפובליקה להגן על המשפחה מאחר והיא בסיס החברה. גם שם, לא מוגדרת במדויק מהי משפחה.

הגדרת המושג משפחה אינה מצויה בחוקי היסוד בחוקה והיא מוגדרת ע"פ החוק בצורה משתנה בכל מדינה, למעט מדינות אשר ראו את עניין ההגדרה כעניין עקרוני – לדוג' רואנדה, אשר קבעו באמנה כי תא משפחתי כולל נישואים של גבר ואישה, ללא נישואים חד מיניים.

מוטיב הטבוע בקרב הרבה מאוד חברות ומקרין על כובעי המדיניות בחברות אלו אשר כוננו את אותן מסמכי יסוד, הוא כי אותם הפוליטיקאים אשר עסקו בכינון המסמכים ראו חשיבות עצומה בהצהרה כי המשפחה היא הלב של החברה והמשפחה ומתוך כך אנו מחויבים להגן עליה.

מתוך מצע מפלגת זהות: "המשפחה היא אבן היסוד של החברה והתרבות, בתוך התא המשפחתי מתעצבת דמותו וזהותו של האדם, הן כפרט והן כחלק מהקהילה ומהחברה. חוסנה של המשפחה הוא הגורם המכריע בצמיחתם של הילדים הגדלים בה למבוגרים בריאים, עצמאיים, מאושרים וערכיים. לכן, השמירה על חוסנו של התא המשפחתי היא משימה חברתית ולאומית ראשונה במעלה".

**סעיף 16 לאמנת האו"ם** לביעור האפליה נגד נשים:

1. המדינות החברות ינקטו בכל האמצעים המתאימים לחיסול האפליה של נשים בכל הנוגע לנישואים ויחסי משפחה, ובפרט יבטיחו, על בסיס שוויון בין גברים לנשים;
2. אותה זכות להיכנס לנישואין
3. אותה זכות בחירה חופשית של בן זוג ונישואין רק בהסכמתם החופשית והמלאה
4. אותן זכויות ואחריות במהלך הנישואין ופירוקן
5. אותן זכויות וחובות כמו ההורים, ללא קשר למצבם המשפחתי, בנושאים הנוגעים לילדיהם; בכל המקרים האינטרסים של הילדים יהיו בעלי חשיבות עליונה
6. אותן זכויות להחליט באופן חופשי ואחראי על מספרם ומרווחי ילדיהם ולקבל גישה למידע, לחינוך ולאמצעים לאפשר להם לממש זכויות אלה
7. אותן זכויות וחובות באשר לאפוטרופסות, מחלקות, נאמנות ואימוץ ילדים, או מוסדות דומים, כאשר מושגים אלה קיימים בחקיקה לאומית; בכל המקרים האינטרסים של הילדים יהיו בעלי חשיבות עליונה
8. אותן זכויות אישיות כמו בעל ואישה, לרבות הזכות לבחור שם משפחה, מקצוע ועיסוק
9. אותן זכויות לשני בני הזוג בגין הבעלות, הרכישה, הניהול, ההנאה וההשקעה ברכוש, בין אם ללא תשלום ובין עם תמורת ערך יקר.

2. לאירוסין ונישואין של ילד אין כל השפעה משפטית, וכל הפעולות הדרושות, לרבות חקיקה, יינקטו כדי לציין גיל מינימלי לנישואין

מדינת ישראל הסתייגה מסעיף 16 לאמנה, זאת לאור החיוב לבתי הדין הרבניים בארץ.

שיעור מס' 2, 13.10.2021

**מהי מטרת ההצהרה בכל הנוגע להגנה על המשפחה ולשמירה עליה, ומהו האינטרס של אותן מדינות שמרניות להצהיר הצהרה שכזו?**

ההבדל בין האמנה האירופאית להצהרה של האו"ם הוא שהאמנה האירופאית מדברת על היחיד בעוד שההצהרה של מועצת זכויות האדם של האו"ם מדברת על היחידה. חלק מהאידאולוגיה שמנחה את ההכרזות הללו היא דווקא לשמש טיעון/כלי, לחזק את החיתוך בין החברה לבין המשפחה, ולהקנות חסינות מפני ההתערבות של המדינה בתוך המשפחה.

העיקרון המרכזי של סעיף 16 באמנת סידו הוא עקרון השוויון, בניגוד להצהרה במועצת האו"ם בה עקרון השוויון לא מוזכר. מכאן ניתן לראות כי מבחינת הגופים אשר התעסקו יותר בכל הנוגע לזכויות אדם, כל זכויות האדם מזינות זו את זו והן בלתי ניתנות להפרדה, ועל כן אין הן מוזכרות בנפרד בהצהרה. למעשה, ההחלטה של מועצת זכויות האדם נוגדת את עקרון השוויון.

ניתן לראות כי המדינות בהן אי השוויון בתחום דיני המשפחה גדול יותר הינן מדינות מוסלמיות ברובן ומדד הדתיות שלהן גבוה מאוד. בנוסף, המדינות הללו נמצאות במקום מאוד גבוה במדד פטריארכלי מבחינת אפיון חברתי.

**הפטריארכיה ומוסד המשפחה**

הפטריארכיה היא צורת ארגון חברתי שבה הגבר המבוגר יותר הוא ראש המשפחה, והשושלת, הקרבה המשפחתית וההורשה מתבצעים על בסיס הקו הזכרי, וכן כל חברה המבוססת על שיטה זו. כל שיטת ארגון שבה הכוח והשליטה נמצאים בידי גברים, המחליטים איזה חלק הנשים ייטלו, כאשר הכישורים המיוחסים לנשים מצויים כולם מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית. בחברה פטריארכלית הכישורים המיוחסים לגברים יהיו נעלים וחשובים יותר בעוד הכישורים המיוחסים לנשים נתפסים כנחותים וכפחות חשובים ומועילים.

הכל החל במהפכה התעשייתית, ערב הולדתה של המשפחה המודרנית, המכונה בטעות "המשפחה המסורתית". בתחילה, ב**תקופות הפרה-היסטוריות** האישה נתפסה כמקור היחידה ליצירת חיים בחברה מטריארכליות. הקשר בין האישה לגבר והצורך בכל אחד מהם לתהליך ההולדה לא היה ידוע. בהמשך, התגלה תפקידו של הגבר והצורך בזרע על מנת להתרבות. מרגע זה, האישה החלה להיתפס ככלי קיבול, כאדמה, אשר לולא הזרעת הגבר אינה שווה דבר (לא היה ידע בנוגע לצורך בביציות על מנת להתרבות). מכאן, האישה נתפסה כחלקת אדמה, ומכאן החלה הפטריארכליות.

**המהפכה התעשייתית** הביאה לכך שרוב הפונקציות שנעו בתוך הבית עברו החוצה – חינוך, בריאות, ריפוי, ייצור מזון וכו'. מרכזי התעשייה משכו אליהם את הגברים אשר יכלו לעבוד, והנשים נשארו בבית. אקט זה היווה את שורש ההפרדה בין הבית לבין ה"עולם החיצוני". מה שקורה בבית הוא מנת חלקן של הנשים בעוד מה שקורה בחוץ הוא מנת חלקם של הגברים. גם בשפה של יחסי כוח, חשיבות והערכה, נוצר מצב בו הנשים נעשו נחוצות אך ורק להולדה.

**בתפיסה המסורתית, הספירה הפרטית השפיעה על הספירה החיצונית:** ככל שהפרט מקבל יותר אפיונים של אהבה וחום בספירה הפרטית, כך הדבר יושפע על נשים בספירה חיצונית. המשפחה נעשתה המקום של הנתינה, המקום אליו מי שנדרס ונרמס בחוץ – חוזר כדי לקבל את המנוחה והאהבה על מנת להמשיך ולהיות מסוגל לפעול בחוץ.

קייט מילט (תיאוריה של פוליטיקה מינית 1970): "המוסד העיקרי של הפטריארכיה הוא המשפחה. המשפחה היא בעת ובעונה אחת בבואה של החברה הרחבה והקשר אליה – היא יחידה פטריארכלית בתוך השלם הפטריארכלי".

כיום, אין חברה אשר הצליחה להתנער בצורה מוחלטת משרידי הפטריארכיה.

מורשת המשפחה הפטריארכלית במשפט המקובל ובחברה המודרנית

כאשר וויליאם בלקסטון, אחד מחלוצי המשפט המקובל, כתב את עקרונות הקומן-לאו, הוא הציג בתוכם עקרון הנקרא **"תורת המיזוג"**, אשר כלל מספר קביעות בנוגע למעמדה של אישה נשואה:

* אובדן אישיותה המשפטית של האישה עם נישואיה: האישה אינה עומדת בפני עצמה. האישה מתבטלת מבחינה משפטית וכל זכויותיה (הן בנוגע לרכישות, הן לחתימת חוזה, אחריות פלילית וכו') עוברות אל הבעל.
* שיעבוד גופני לבעל: החובה להיעתר ליחסי מין בכל עת. האישה הייתה מחויבת להיעתר לבעלה והוא יכול לקיים עימה יחסים בכל זמן שחפץ, בין אם בהסכמתה ובין אם לא. עבירת אינוס בנישואין הונהגה באנגליה רק בשנת 1992.
* זכות החינוך של האישה לבעל: האישה נתפסה כשוות חינוך לילד, והבעל היה רשאי להכותה למטרות חינוך. כלל האצבע: הבעל יכול להכות את האישה במקל, כל עוד המקל לא עובר את עובי האצבע.
* אובדן זכות אישה לרכושה עם נישואיה: הרכוש עובר לרשות הבעל ולאישה אין כל זכות החזקה בו.
* קיבוע שלטון הבעל במשפחה (שם המשפחה).

הרקע של אותה דיכוטומיה בין הפנים לחוץ, הביא לתפיסה על פיה החוץ אינו מורשה להתערב בכל הקורה בפנים – **אידאולוגיית אי ההתערבות במשפחה**, מה שהביא לעלייה של מקרי אלימות במשפחה. התפיסה של בית כמשמש למקום מפלט, הביאה ליצירת תמונה אוטופית של בית מגונן המספק את כל צרכיו של האדם. תפיסה זו עלולה להביא לתוצאה ההפוכה – הפיכת הבית למקום מסוכן ולא מוגן עבור האנשים ה חלשים בחברה, ובכללם נשים.

חלוקת התפקידים במשפחה וביטוייה הכלכליים: אחד האפיונים של חברות מסורתיות שמרניות הוא עניין החלוקה בין הפנים והחוץ, האיש שעובד ומפרנס לעומת האישה שפועלת בבית בלבד ואינה משתכרת. דפוס זה הביא לכך שנשים לרוב עבדו יותר מאשר גברים, ביחס של פי 3 ממשך עבודתן של הגברים, אך בעוד שהגברים היו משתכרים על עבודתם – הנשים לא היו מקבלות תגמול על אף פעולה שעשו בבית. 75% מסך השעות שנשים עובדות הן עובדות ללא שכר, בעוד שב66% ממשך הזמן שגברים עובדים – עבודתם מתוגמלת. בישראל, נשים נשואות מקדישות בממוצע 40 שעות לטיפול הילדים ולעבודות הבית.

שיעור מס' 3, 17.10.2021

**הדיון החוקתי בישראל**

* בג"צ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים

הדיון המעמיק ביותר על הזכות לחיי משפחה, היקפה ומהותה, התרחש לראשונה דווקא בעתירה של ארגון עדאלה, ביחס לזכויות ערבים ישראלים (חוק איחוד משפחות). הדיון נסוב סביב השאלות מה בדיוק כוללת זכות זו, וביחס למי, ומה בינה לבין הגנה על המשפחה.

השופטים ברק וחשין מסכימים ש**הזכות למשפחה היא זכות בסיסית הנגזרת מהאוטונומיה של האדם וכבוד האדם.** השוני בין דעות השופטים, הוא שחשין שם גבולות גזרה צרים יותר לזכות לחיי משפחה ונישואין: הוא טוען ששיקולים ביטחוניים גוברים, בנסיבות מסוימות, על הזכות של אדם לחיי משפחה. ברק, לעומת זאת, טוען שהמדינה מחויבת לאפשר לפרט להגשים את הזכות הזאת ואין להגבילה משיקולים ביטחוניים. הרטוריקה של הזכות לחיי משפחה היא רטוריקה נשגבת ודווקא במקרה זה בו היא מיוחסת כלפי אלו שנחשבים "אויבי" המדינה. **המחלוקת ביניהם** נגעה לשאלה של מה היא באמת המהות של חיי המשפחה – האם היא מתמצה בעצם האפשרות לנישואין, ששם חשין עצר שכן לדעתו הם יכולים להתחתן בחופשיות, אך מקום המגורים פשוט לא יכול להיות בישראל, עקב התגברות השיקולים הביטחוניים.

* בג"ץ 5191/18 פלונית נ' שרת המשפטים

עתירה זו סבבה סביב ממד הלגיטימיות שבקשר נישואין. העותרת הינה אזרחית ישראלית ממוצא בדואי אשר הושאה פעמיים, בהיותה קטינה, ללא רצונה. בעלה הראשון היה מתעלל בה עד שכמעט ושלחה יד בנפשה, ולאחר שמשפחתה אישרה לה להתגרש, השיאו אותה לגבר אחר אשר היה נשוי לאישה אחרת וכפה עליה לקיים עימו יחסי מין. העותרת טענה כי נישואים בכפייה נכללים בהגדרת עבירות סחר בבני אדם.

השופטת דפנה ברק ארז: המדינה טענה כי נישואים בכפייה אינם כתובים ברשימת המטרות/הסכנות המנויות בסעיף 377א לחוק העונשין (הנוגע לסחר בבני אדם), וכי חקיקה מפורשת בנושא היא עניין המחוקק. עבירת הסחר מבוססת על פעולת הסחר ועל המטרות לשמן בוצעה/הסיכונים אשר עלולה להוליד. **על כן, העברתו של אדם מחזקתו של אחד לאחר בניגוד לרצונו הינה סחר בבני אדם** (החידוש בפסק דין זה: נישואין בכפייה יכולים לשמש מסגרת לסחר בבני אדם). על מנת שיתקיימו כל יסודות העבירה, נדרש שהסחר ייעשה לשם אחת מן המטרות הפסולות המנויות בסעיף/תוך העמדת האדם הנסחר בסכנה כי יתקיימו בו אחד מהמעשים הפסולים הללו. **הדגש מושם בשאלה** האם מי שכפה את הנישואים על העותרת היו מודעים/צפו את האפשרות שהם מעמידים אותה בסיכון שתבוצע בה עבירת מין. ההכרה במגוון המסורות לא צריכה לבטל את האפשרות כי המעורבים היו מודעים לסיכונים.

השופט מזוז: הנוהג בקהילות מסוימות להשיא את הבת לפי החלטת ההורים, ללא קבלת הסכמתה ועבור תמורה כלשהיא, אינו הופך את הנישואים עצמם לסחר בבני אדם. זאת כמובן מתוך הנחה כי המטרה היא אכן נישואין ולא נישואין למראית עין, שנועדו להשיג אחת מהתכליות המנויות בסעיף 377א לחוק העונשין.

* בע"מ 5827/19 פלוני נ' פלונית

על ממד האינטימיות שבקשר נישואין: אם ובת אשר הגישו תביעה כנגד אב במשפחה בגין נזקים נפשיים וכלכליים שנגרמו להם עקב חייו הכפולים של האב, אשר הציג עצמו כאדם דתי והטרוסקסואלי בעוד שבפועל ומאחורי גבם חי אורח חיים חילוני והומוסקסואלי. כאשר במחוזי העניין הועבר לבדיקה, ערער אב המשפחה על החלטה זו.

השופטת י' וילנר: נקבע כי שיקולי מדיניות משפטית מטים את הכף אל עבר שלילת ההכרה בקיומה של חובת גילוי משפטית בין בני זוג בטרם הנישואים, לגבי נטייה מינית או אמונה דתית. וילנר טוענת כי **יש להבחין בין 3 הקשרים** בכל הנוגע לחובת גילוי בין בני הזוג: הקשרים כלכליים, הקשרים אינטימיים ורגשיים והקשרים הנוגעים למרכיבים מהותיים בחייו ובמיהותו של בן הזוג. בהקשר הכלכלי – שיקולי מדיניות אינם מונעים הכרה בחובת הגילוי בין בני זוג. לעומת זאת, בכל הנוגע להקשר אינטימי ורגשי, שיקולי המדיניות שוללים את ההכרה בקיומה של חובת גילוי משפטית בטרם הנישואים. בהקשר השלישי, סוברת השופטת וילנר כי שאלת הגילוי הינה מורכבת נוכח הקושי הממשי בשרטוט קו גבול בין המקרים המובהקים בהם ראוי יהיה להעניק סעד לנפגע לבין המקרים בהם מטעמי מדיניות משפטית מוטב למשפט שלא לדון בנושא. בפסק הדין עצמו נתונים מספר שיקולי מדיניות הרלוונטיים לעניין לדעתה של השופטת וילנר.

השופטים ע' פוגלמן ונ' סולברג מסכימים כי שיקולי מדיניות משפטית מוליכים למסקנה כי אין להכיר בחובת גילוי משפטית בין בני זוג בטרם הנישואין, של נטייה מינית או של אמונה ומחויבות דתית. הם מוסיפים הערות ספורות, לרבות באשר לקווי הגבול הכלליים ששרטטה השופטת י' וילנר בין הקטגוריות השונות, ובפרט בין הקטגוריה השנייה לשלישית.

* עמ"נ 9613-08-20 דוד שילנסקי ומרינה דוידיוק נ׳ רשות האוכלוסין וההגירה

המקום בו התפיסות החברתיות מקבלות משמעות חוקית: נכה צה"ל שנשוי לאזרחית אוקראינית אשר משמשת כמטפלת סיעודית. המדינה לא הסכימה לתת לה אזרחות בטענה כי הם אינם חיים חיי זוגיות – ישנים בחדרים נפרדים, ללא חשבון בנק משותף וכו'. פס"ד זה עוסק בהסדרת מעמד בת-זוג על אף דפוס זוגיות שונה מהמקובל. נקבע כי יש לתת למערערת את המעמד לו היא זכאית בסיום ההליך המדורג ולראות במערערים כמי שסיימו את התהליך הנ"ל כבני זוג נשואים. יש לאפשר למערערת להבהיר האם היא מעוניינת באזרחות ישראלית או רישיון לישיבת כקבע, ע"פ הנוהל.

1. **מבוא לציר הדת והמדינה**

**שמירת עקרון הדין האישי**

הגדרה: 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 (כלומר, חוקים אזרחיים שבאופן מפורש קובעים כי הם חלים בערכאות הדתיות כמו בערכאות האזרחיות, לדוג': חוק יחסי ממון, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות).

דברי המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922-1947

**סימן 47, שיפוט בענייני המצב האישי:** "בהתחשב עם הוראות חלק זה של דבר מלך זה, יהא לבתי המשפט האזרחיים גם השיפוט בענייני המצב האישי של אנשים בישראל, כמוגדר בסעיף 51. שיפוט זה יהיה מוצא לפועל בהתאם לכל חוק, פקודות או תקנות שיונהגו או יחוקו להבא, ובהתחשב עם אלה ישפטו לפי חוק המצב האישי הנוהג לגבי בעלי הדין".

משמעות סעיף זה – במסגרת דין אישי חל הדין הדתי. לאחר בדיקה האם לערכאות השיפוט הדתיות אין סמכות לדון בנושא, אז הסמכות השיורית היא לבית המשפט האזרחי. זהו המקור להיזקקות לדין הדתי, חוקת המשפחה בישראל.

חוק שיפוט בתי דין הרבניים (נישואין וגירושין) התשי"ג 1953

**שיפוט בעניני  נישואין וגירושין**

1.    עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים.

**עריכת נישואין וגירושין**

2.    נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה.

**שיפוט אגב גירושין**

3.    הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג.

עקרון הדין האישי והפיצול הכפול בדין ובדיין

זיקה אישית

דין דתי

פיצול בדין

דין אזרחי טריטוראילי

בית דין דתי

פיצול בדיין

זיקה עניינית

בית המשפט למשפחה

שיעור מס' 4, 20.10.2021

**סטטוס קוו, שמירת דינים ובתי הדין הרבניים**

**מאין הגיע הסטטוס קוו?**

מורשת פוסט קולוניאלית

הסדר זה של שליטת הדין הדתי (והמקביל עם האזרחי) על דיני המשפחה אינו המצאה ישראלית אלא מורשת של השליטה העותומנית על ארץ ישראל במשך 400 שנים. העותומנים שלטו בכל המזרח התיכון והשרישו תפיסה בה כל קבוצה המגדירה עצמה כאומה, הכוללת מערכת כללים שמנהיגים אותה ומהווה קולקטיב המושתת על מערכות דינים פרטיות, תינתן לה אוטונומיה לנהל את מערכות הדין שלה בעצמה – וכך גם היהודים קיבלו את הזכות לנהל את ענייניהם. דבר זה כלל נושאי דת, רכוש ומעמד אישי, זאת מתוך התפיסה שניהול והסדרת חיי המשפחה הם הגרעין המכונן לזהות הקולקטיב שנבדל מכלל החברה ומכל ציבור שסובבים אותו. שיטה זו מכונה **שיטת המילט** (אומה). לאחר מכן, תפיסה זו חלחלה גם אל השליטות הקולוניאליות, של צרפת, בריטניה, הולנד ועוד, מדינות ששלטו באיזור התיכון ובצפון אפריקה, שם ניתן עדיין לראות את השליטה של הדין הדתי – לעיתים באופן מוחלט ולעיתים באופן מקביל למערכת האזרחית על דיני המעמד האישי/דיני משפחה. כולם חוו את מציאות דיני המעמד האישי, לפיהם דיני המשפחה והמעמד האישי יתנהלו ע"פ המורשת של כל אומה. מקור כל דיני המשפחה לא היה פוליטי, זה היה המצב של כל המדינות אשר בעברן יש קולוניאליזם. כך המשיכו דינים אלו לפעול לאורך שליטת המנדט הבריטי.

כאן אנו נתקלים **בצומת משולש: דת, פוליטיקה ומגדר.** כאשר מדינת ישראל נוסדה עם הכרזת העצמאות, נוסחה הפקודה החשובה של סדרי השלטון והמשפט, אשר אמרה "מה שהיה הוא שיהיה" בכדי למנוע ריק משפטי למדינה החדשה, וכך התעגנה למעשה לראשונה התנהלות זו במסגרת מדינת ישראל.

עם זאת, היו ניסיונות לקרוא תיגר על הסטטוס קוו. **התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בא"י (1919):** התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בארץ ישראל הייתה ארגון הנשים הראשון בארץ ישראל, והן פעלו בעיקר לקידום זכות הנשים לבחור ולהיבחר, אך הן גם פעלו למען שבירת המונופול של בתי הדין הרבניים על הנישואין והגירושין בארץ ישראל – עמדה שהציג היישוב היהודי בפני המנדט הבריטי, אשר כללה הכרה בסמכות בתי הדין הרבניים והמשך התפיסה הקולוניאלית. במקביל למאבקן של הנשים, התחוללו מאבקים של לאומים מיעוטיים שדחקו הצידה את מאבקן של הנשים.

מדוע נשמר ההסדר המנדטורי לאחר הקמת המדינה, ומדוע הורחבו הסמכויות בחוק השיפוט?

בשנת 1953 חוקק חוק בתי הדין הרבניים נישואין וגירושין, ובו לא רק שנשמרו הסמכויות שהוקנו מטעם המנדט הבריטי אלא אף הורחבו הסמכויות המנויות לבתי הדין. ההרחבה הדרמטית ביותר היא סעיף 3 לחוק – סעיף הכריכה, הקובע כי ברגע שמוגשת תביעת גירושין וכורכים אליה נושאים נוספים, ישנה סמכות ייחודית של בית הדין הרבני לאותן הסוגיות. רוב האנשים שייכו את הרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים לפוליטיקה ולכוח של המפלגות החרדיות/דתיות מול המפלגות החילוניות. הפרופסורים להב, טריגר וקמיר חקרו את מכלול השיקולים בנסיבות העניין, וגילו כי תפיסה זו אינה נכונה. הסיבה להרכבת ההסדר היה **שימור הפטריארכיה מצד הגבר החילוני** – אותם ציונים חילונים אשר רצו לשמר את המערכת המשפטית אשר העניקה להם כוח על הנשים, אינטרס של המפלגות הציוניות לקבל שליטה וזכויות יתר.

אם כך, מדוע נשמר ההסדר הנוכחי?

כל דין דתי מונע נישואין מעורבים. יהודי לא יכול לשאת מי שאינו יהודי, וכן ניתן לראות הגבלות דומות בדתות אחרות. הדתות מגבילות נישואין בין-דתיים, וזהו אינטרס שמשותף לכל קובע מדיניות ולכל מנהיגים של שני הלאומים המסוכסכים במדינת ישראל. מדובר באינטרס של הפוליטיקאים היהודיים ושל הפוליטיקאים הערבים/לא יהודים. מדובר על **מניעת התבוללות שמשותפת למנהיגים החילוניים ולדתיים – מניעת נישואי תערובת במדינת ישראל**. שמירת ההסדר נועדה על מנת למנוע התבוללות לא ע"י חקיקה שאינה שוויונית, אלא תוך הישענות על הדינים הדתיים. לכן המחוקק הישראלי משאיר את העבודה המלוכלכת לדין הדתי, ששולט בנישואין ובגירושין.

האם יש היתכנות לשינוי בהסדר?

בג"ץ האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים:עתירה זו תוקפת את סעיף 1 לחוק שיפוט בית דין רבניים (נישואין וגירושין), ה'תשי"ג-1953, ועניינה רצונם של בני זוג חד-מיניים להינשא בישראל. העותרים ניסו להסתמך על תזת אי-ההכרה שאומרת שמה שאתה לא מכיר בו, אין לך סמכות לדון בו. כלומר – אם ביה"ד הרבני לא מכיר במשהו, אזי אין לו סמכות לדון בנושא. בהסתמך על התזה הזו, ביקשו העותרים להכיר ביצירת נישואים חד-מיניים בדרך אחרת. הטענה שלהם הייתה שנושא זה לא נכנס תחת ס' 2 לחוק בתי הדין הרבניים ולכן המגבלה של דין תורה לא תופסת לגבי בני זוג חד-מיניים בישראל. הטיעון נדחה ע"י כל השופטים. השופט רובינשטיין אומר שהענקת האפשרות לבני זוג בני אותו מין להינשא בישראל היא עניין למחוקק בלבד. השופטת ברון: "לא מן הנמנע כי תגיע העת שבה לא יעמוד לה עוד כוחה של הוראת שמירת הדינים לבלום תהליכים חוקתיים, ובפרט את בחינת התאמת דיני המעמד האישי למציאות בת ימינו..". ייתכן ואמירת האגב של השופטת פותחת פתח להתערבות עתידית של ביהמ"ש בהסדר הקיים.

**מיהות בית הדין: תפיסת בית הדין בעיני עצמו לעומת תפיסתו בעיני המערכת המדינתית**

פרשות כץ וסימה אמיר כמדגימות את המתח בין התפיסות הסותרות

בג"ץ 5269/95 כץ נ' בית הדין הרבני: מדובר בחיבור שלוש עתירות שונות, ששלושתן נסובות סביב החלטותיהם של בתי הדין הרבניים להוציא כתבי סירוב כנגד העותרים. כתבי הסירוב הוצאו בתביעות ממון שהוגשו נגד כל אחד מהעותרים בידי תובעים שונים. הנושא המרכזי בבג"ץ זה עסק בשאלה **האם לבית הדין הרבני עומדת הזכות לאכוף את התפיסה שלו על מי שמסרב להתדיין לפניו, כאשר הדיון כולו נוגע לסכסוך אזרחי בין אנשים המבקשים להתדיין בפניו** (אוכלוסייה דתית) – האם בית הדין הרבני מוסמך לשמש כבורר בהליכים אלו? (נשאר בצריך עיון). בנוסף, עלתה השאלה האם בסמכות בית הדין הרבני להוציא כתב סירוב/להשתמש בסנקציות על מנת לאכוף את פסיקתו – ובשאלה זו עסק רוב פסק הדין. **נקבע כי** לבג"ץ עומדת הזכות למנוע מבית הדין הרבני לחרוג מהסמכויות שניתנו לו. בית דין רבני אינו רשאי להוציא כתב סירוב בשום עניין ובשום צורה, ועל כן צווי הסירוב שהוציאו בתי הדין לשני העותרים הינם חסרי תוקף. ניתן לראות את הנרטיב של השופט טל אל מול הנרטיב של השופט זמיר ("בג"ץ פה לא קובע"). פסק דין זה חשוב מאחר והוא משקף לנו לא רק את תפיסת בית הדין הרבני בעיני עצמו, אלא את תפיסתו בעיני שופטים בתחום האזרחי והניגוד ביניהם.

זמיר (דעת רוב): בית הדין הרבני אינו גוף ממשלתי אלא מוסד הלכתי, ומתוקף כך הוא כפוף למשפט הציבורי ונתון לביקורת בג"ץ. לפיכך, הוא מחויב לכבד ולקיים את העיקרון הבסיסי החל על כל מוסד שלטון, והוא עקרון החוקיות. ע"פ עיקרון זה, לבית הדין הרבני עומדת הזכות הנתונה לו ע"פ חוק ולא מעבר לכך. החוק אינו מעניק לבית דין רבני סמכות להטיל סנקציות על אדם המסרב לבוררות – על אותם הנושאים הנידונים בתחום האזרחי, אם בכתב סירוב ואם בדרך אחרת, ואין חיקוק אחר המעניק לבית דין רבני סמכות כזו.

טל (דעת מיעוט): "בתי דין לפי דין תורה קיימים ועומדים בישראל מימות עולם עד ימינו אלו. בניגוד למה שיכול להשתמע מדברי חברי השופט זמיר ומפסיקתו, לא מדינת ישראל הקימה את בית הדין הרבני. בית הדין הרבני קדם לתקומתה של מדינת ישראל. רעיונית, הוא קדם לה מימות עולם". טל מציג תפיסת עולם קוטבית לחלוטין לתפיסתם של זמיר ודורנר – העמדה כי מקור הסמכות של בתי הדין הרבניים נובע מכוח האמונה הדתית ולנוכח ההיסטוריה ומהעברת סמכות זו למשך הדורות, בניגוד לעמדתם של זמיר ודורנר לפיה סמכות בית הדין הרבני נובעת מסמכותו של המחוקק ומחוק שיפוט בתי דין רבניים. מבחינת השופט טל, יש בסמכות בית הדין הרבני להשתמש בסנקציות אלו.

**ההבדל בין בג"ץ כץ לבין בג"ץ אמיר** הוא שבכץ נמנעו מלגעת בשאלה האם לבית הדין הרבני צריכה להיות סמכות לשמש כבוררים/לדון בתחום האזרחי בפני אנשים המעוניינים להתדיין בפניהם, בעוד שבאמיר השופטת פרוקציה פסקה הכרעה "גליוטינית" בשאלת סמכות הבוררות של בית הדין הרבני.

בג"צ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול: עתירה המעמידה במבחן את שאלת סמכות בתי הדין הרבניים לפסוק במחלוקת רכושית בין בני זוג לאחר שתם הליך הגירושין ביניהם, ומתמקדת בטענה בדבר הפרת הסכם הגירושין ע"י אחד מבני הזוג – האם עניין זה נמצא בסמכות בית הדין הרבני (ואם כן, מניין היא שואבת את כוחה), או שמא סמכות זו נתונה לערכאת השיפוט האזרחית? **נקבע כי** לא ניתן להסמיך ערכאת שיפוט רבנית להכריע במחלוקת בין בעלי הדיון במסגרת בוררות בעניין שאינו מצוי בסמכותה העניינית לפי החוק – **בתי הדין הרבני לא ישמשו כבוררים**.

השופטת פרוקציה פסלה את סמכות בית הדין הרבני כבורר ממספר שיקולים –

**שיקולים פרקטיים:** לגוף שיפוט ממלכתי יש רק את הסמכויות שניתנות לו על פי חוק. אילו פרוקצ'יה ושאר שופטי העליון היו מאפשרים את הפרקטיקה הזו, עלול היה להיווצר מערכת מקבילה ואלטרנטיבית לגמרי למערכת האזרחית, שהיא עדיין בחסות ובמימון המדינה. כך למעשה היו מאפשרים את הפעילות של בית הדין הרבני כערכאה פרטית שניתן לפנות אליה, כמעין ערכאה ציבורית, שהמדינה מממנת, מבלי שהמדינה נותנת לה סמכות במקרה שלהלן.

**שיקולי מדיניות:** עומס על המערכת, בזבוז זמן שיפוטי יקר, חשש מפגיעה באמון הציבור ברשויות השלטון. לא רוצים ליצור מצב שאזרחים חשים שהם חייבים לבוא להתדיין בבוררות בביה"ד.

מיד עם מתן פסק הדין, החל מנהג לצאת בכל משא ומתן קואליציוני מטעם המפלגות החרדיות עד היום, בדרישה לחקיקת "חוק עוקף סימה אמיר", באופן עקבי ושיטתי, לפיו הצורך של חלק גדול באוכלוסייה להתדיין בבית דין דתי הוא צורך לגיטימי, ממש כמו הצורך במערכת המשפט האזרחית. מרכז רקמן גיבש נייר עמדה בכל פעם מחדש שבה עלו הצעות חוק בנושא.

שיעור מס' 5, 24.10.2021

בג"צ 5185/13 פלוני וגז נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (בג"צ השיימינג): עתירה של שני סרבני גט בגין שורה של סנקציות חברתיות שהטילו עליהם בתי הדין הרבניים (אשר היו מבוססות בעיקרן על הרחקות דרבנו תם) – הרחקתם מהקהילה וביושם ברבים. הסנקציות הללו הוטלו רק לאחר שהסנקציות הקבועות בחוק לא הועילו בפעולה נגד סרבני הגט. מרכז רקמן ייצגו בבג"ץ זה את מסורבת הגט, והוא עמד בפני דילמה מסוימת: ייצוג מסורבת הגט בעצם מחזק ומרחיב את סמכותם של בתי הדין הרבניים, דבר שמרכז רקמן נלחם בו לאורך השנים. במקרה זה, אינטרס ייצוג הלקוחה הספציפית עולה על האידאל הכולל, כל עוד ניתן לייצג אותה ללא סתירה חדה של האני מאמין של המרכז.

**השאלה המשפטית** הייתה האם בסמכות בית הדין להטיל סנקציות אלו/להמליץ על נקיטתן, אע"פ שאין הוראת חוק המאפשרת זו מפורשות. הדיון המשפטי סבב סביב השאלה האם לראות באותן הוראות שיימינג צו פוזיטיבי, המחייב את כל הנמענים לצד הזה לנקוט בדרך שבדית הדין הרבני מורה, או שמה יש לראות בהן מעין המלצה בלבד.

השופטים נאור ודנצינגר (דעת המיעוט): טענו כי מדובר במניפולציה, מאחר וברור לכולם כי בית הדין הוציא צו שהוצא לציבור כולו (ולא לרשויות המדינה), דבר מהווה חריגה מסמכותה. האמפתיה לנשים העגונות רבה, אך במקרה זה יש לבטל את הצווים.

השופטים רובינשטיין ועמית (דעת הרוב): הצדיקו את האפשרות הזו בטענה כי זהו לא צו של ממש אלא בגדר המלצה לציבור, ומאחר ולחברה מותר להוקיע את סרבן הגט – בית הדין הרבני לא חרג מסמכותו.

בסופו של דבר, בג"ץ חילץ את העגונה של גז כאשר מצא פגם בעדותו של אחד העדים שנכח בטקס הנישואין שלהם.

בשונה מכץ אשר עסק בעניינים אזרחיים אשר נמצאים מחוץ לסמכות בית הדין הרבני באופן מוחלט, כאן דובר בענייני נישואין וגירושין אשר נמצאים במסגרת הנושאים אשר נמצאים בסמכותם ע"פ חוק, ובהתדיינות מכוח סמכות שיפוט ולא ע"פ הסכמה וולנטרית בלבד. במקרה זה, הנהלת בית הדין הרבני ויתרה על עמדה בדבר הסמכות להטלת סנקציות מחייבות. בפסק דין גז ניתן לראות התייחסות מבית הדין הרבני לגבי גבולות הגזרה שלו, והבחנה בין סמכויות לבין המלצות. פסקי הדין הקודמים לכך מגלמים את ההתפתחות של אותה השאלה – איך בית הדין תופס את עצמו ואיך מערכת המשפט האזרחית תופסת את בית הדין הרבני.

**הדיינים**

ס'3 לחוק הדיינים, ה'תשט"ו-1955:

**כשירותם של דיינים**

3.    מי שהוסמך לכך על ידי מועצת הרבנות הראשית תוך שנתיים לפני המינוי כשיר להתמנות דיין. תנאי ההסמכה וסדריה ייקבעו בתקנות שיתקין השר בהסכמת מועצת הרבנות הראשית.

סעיף זה קובע כי בכדי שאדם יהיה כשיר להתמנות לדיין הוא אמור לקבל את סמכות מועצת הרבנות הראשית – מדובר בסמכות ראשונה שהוקנתה, בשנת 1980, למועצת הרבנות הראשית. לאחר קביעה זו, מתוקף הצורך, חוקק חוק הרבנות הראשית שמסדיר את סמכויותיו. עד אז הייתה מדובר בפרקטיקה שלא הייתה מעוגנת בחקיקה מפורשת.

ס'1 לתקנות הדיינים (תנאי הסמכה וסדריה), ה'תשט"ו-1955:

**תנאי הסמכה כדיין בבית דין רבני אזורי**

1.    לא יוסמך אדם להיות כשיר להתמנות כדיין בבית דין רבני אזורי אלא אם נתמלאו בו תנאים אלה:

(1)  הוא הוסמך לרבנות (יורה יורה ידין ידין) על ידי רב מומחה או מוסד תורני שמועצת הרבנות הראשית (להלן – המועצה) מכירה בהסמכתם כמספיקה;

(2)  מלאו לו שלושים שנה;

(3)  הוא נשוי או היה נשוי;

(4)  אורח חייו ואופיו הולמים את מעמדו של דיין בישראל;

(5)  עמד בבחינות הנערכות מטעם המועצה או באותן הבחינות שלא נפטר מהן – אם המועצה פטרתו ממקצתן.

ס'16 לכללי מינוי דיינים (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת דיינים), ה'תשנ"ח-1997:

**אמות מידה לבחירת דיין**

16.   "בי"ד של שלושה... צריך שיהא בכל אחד מהם שבעה דברים ואלו הן: חכמה וענוה ויראה ושנאת ממון ואהבת האמת ואהבת הבריות להן ובעלי שם טוב". רמב"ם הל' סנהדרין, פ"ב, ה"ז.

           (א)  להלן התכונות העיקריות הנבדקות והנשקלות לגבי מועמד ואשר לגביהן מתבקשת גם תגובת מחווי הדעת לפי סעיף 7(5) ו-(6):

(1)   ידע, מיומנות ובקיאות בהלכות חושן משפט, אבן העזר והלכות גרות, יסודיות בהכנת החומר הנדרש;

(2)   כושר הבעה וניסוח בכתב ובעל פה;

(3)   יעילות וכושר ביצוע, לרבות כושר ארגון וניהול, סדר בעבודה, דייקנות, כולל עמידה בלוח זמנים, חריצות, גישה עניינית ותכליתית לעבודה, יעילות והספק בעבודה;

(4)   סמכותיות וכושר לנהל דיון, כושר החלטה והכרעה, ישוב הדעת, הבחנה בין עיקר לבין טפל, התחשבות בכל הנתונים והיכולת להגיע להחלטות נכונות;

(5)   מזג שיפוטי המתבטא, בין היתר, בסבלנות, בסובלנות, בפתיחות ואופי יציב, שקט נפשי, יכולת עמידה בלחצים, יכולת ליצירת קשר עם אנשים, גינוני משפט;

(6)   הוגנות, יושר אינטלקטואלי, הגינות כלפי הזולת, אמות מידה מוסריות, עצמאות בחשיבה ואי תלות;

(7)   חוכמה ותבונה;

(8)   תדמית המועמד בעיני הזולת בתחום המקצועי ובחיי היום יום;

(9)   מוטיבציה;

(10)  השכלה כללית או משפטית, ידע בשפות, הכרת נושא הסמכויות בין ערכאות השיפוט השונות בישראל.

           (ב)  תינתן עדיפות למועמד היושב בתוך עמו, המעורה בחיי החברה בישראל כגון מי ששירת בצבא הגנה לישראל או עסק בפעילות ציבורית.

סעיף זה דן בהיבטים שנוגעים לידע שנדרש שיהיה לדיינים, **מה לא מופיע?** השכלה משפטית; הדיינים לא צריכים לדעת משפטים ולא צריכים לדעת דיני משפחה אזרחיים ולא צריכים להכיר את "הסמכויות" – מערכת היחסים בין מערכת המשפט האזרחית לדתית בישראל.

ס'6 לחוק הדיינים, ה'תשט"ו-1955:

1. הוועדה תהיה של 11 חברים; שני הרבנים הראשיים לישראל; שני דיינים של בית הדין הרבני הגדול שיבחר דייניו לשלוש שנים; השר וחבר אחד של הממשלה שייבחר על ידיה; שני חברי כנסת שייבחרו על ידיה בבחירה חשאית ויכהנו כל עוד הם חברי הכנסת, ואם תמה כהונת הכנסת- עד שתבחר הכנסת החדשה חברים אחרים במקומם, והכל בכפוף להוראות חוק הכנסת, ה'תשנ"ד-1994; שני עורכי דין העובדים במקצועם, שייבחרו על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין לשלוש שנים; טוענת רבנית העובדה במקצועה שתיבחר על ידי שר המשפטים.

א1. לפחות אחד מנציגי הממשלה בוועדה, לפחות אחד מנציגי הכנסת בוועדה ולפחות אחד מנציגי לשכת עורכי הדין בוועדה יהיו נשים.

סעיף זה עבר הרבה מאוד תיקונים. במתכונת המקורית נאמר כי יש צורך ב10 שופטים. בפועל ישנם 9, על מנת שיוכלו להכריע ברוב. אחד התיקונים הוא הוספת תת סעיף א1, המצטרף לתיקון לסעיף א, המקנה **נוכחות נשית קבועה של 4 נשים בוועדה**. יש כאן טעם מר: אמנם מדובר בהצלחה אדירה, אך המבנה הכללי של המוסד הזה נשאר מדיר כמו שהיה, גברי לחלוטין. אסור להתעלם מזה, מדובר בהישג אך בהישג מתון.

הניסיון המצטבר מ-15 השנים האחרונות של מעורבות משמעותית של ארגוני נשים וחלק מהעבודה של מרכז רקמן היה בכל הנושא של מינוי דיינים, ובעיקר כאשר ציפי לבני ואיילת שקד היו שרות המשפטים. מי שהייתה הטוענת הרבנית בתקופת השרות הייתה דר' רחל לב-מור, וניתן לראות משיתוף הפעולה איתה מינוי של דיינים שעומדים ככל שניתן על התנאים שצוינו בסעיף 16, ובעיקר מהציונות הדתית (על פני זרמים קיצוניים יותר). בנוסף, בוצעה ניסיון לחסימה של מינוי דיינים מסוימים שמעולם לא פסקו למשל על דרישה למתן גט. בזכות ארבע הנשים, אשר בדרך כלל שיתפו פעולה כגוש חוסם, כמו לדוגמה בבחירה לבית הדין הרבני הגדול – התקיימו במשך כמה שנים שינויים משמעותיים במינויים ובקידומים לבית הדין הרבני הגדול, ואף הביאה לעיתים לשיתוק הוועדה. בשנת 2013 נעשה תיקון בסעיף זה, וקבע לראשונה מכסה מגדרית קבועה בחוק, וזהו היה השינוי האחרון בהרכב הוועדה.

**הוועדה לבחירת דיינים**

6.    (א)  הוועדה תהיה של 13 חברים:

(1)   שני הרבנים הראשיים לישראל;

(2)   שני דיינים של בית הדין הרבני הגדול שיבחר חבר דייניו לשלוש שנים;

(3)   שר המשפטים, השר לשירותי דת וחבר אחר של הממשלה שייבחר על ידיה, אולם הממשלה רשאית לבחוק שר אחר במקום שר המשפטים – בהסכמתו;

(4)   שני חברי כנסת שייבחרו על ידיה בבחירה חשאית ויכהנו כל עוד הם חברי הכנסת, ואם תמה כהונת הכנסת – עד שתבחר הכנסת החדשה חברים אחרים במקומם, והכל בכפוף להוראות חוק הכנסת, התשנ"ד-1994;

(5)   שני עורכי דין העובדים במקצועם, שייבחרו על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין לשלוש שנים;

(6)   שתי טוענות רבניות העובדות במקצוען, שייבחרו בתוך שלושה חודשים ממועד כינון ממשלה חדשה – האחת על ידי שר המשפטים והשנייה על ידי השר לשירותי דת.

          (א1) לפחות אחד מנציגי הממשלה בוועדה, לפחות אחד מנציגי הכנסת בוועדה ולפחות אחד מנציגי לשכת עורכי הדין בוועדה יהיו נשים.

          (ב)  הרכב הועדה יפורסם ברשומות.

          (ג)   השר ישמש יושב ראש הועדה.

          (ד)  הועדה תוכל לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה ובהם שני הרבנים הראשיים לישראל.

          (ה)  לענין סעיפים קטנים (א) ו-(ד), התפנה מקומו של רב ראשי לישראל או של שני הרבנים הראשיים לישראל כאמור בסעיף 20(ד) לחוק הרבנות הראשית, יהיו חברי הועדה במקום שני הרבנים הראשיים לישראל, הרב הראשי לישראל הנותר או מי שקיבל את סמכויותיהם לפי אותו סעיף, בהתאמה.

תקופה זו הסתיימה עם העברת בתי הדין הרבניים לסמכות המשרד לענייני דתות במסגרת המשא ומתן הקואליציוני בשנת 2015, על אף שמה שכתוב בחוק כי השר הממונה הוא שר המשפטים.

**האם נשים יכולות לשמש כדיינות בבית הדין הרבניים?**

תשובתו של הרב עוזיאל בעניין: "מהאמור אנו למדים שאין איסור מהתורה להתדיין לפני אישה, דהא אפילו להפוסלים, היינו משום דמדמים דין לעדות, ולהאי טעמא יש להכשיר בקבלוה עליהם, מצד התקנה, כמו שמועיל זה גם בעדות. אלא שלדעתנו מפני חשיבות שך עניין דין בישראל לא נכון לעשות תקנה כזאת, שהיא פוגעת בהנהלת משק הבית הישראלי וחינוך הבנים וטיפולם התמידי שאינם יכול להיעשות אלא ע"י אם רחמניה שהיא צופיה הליכות ביתה, ושאין הגין יכול להיות אמת מסיבות פסיכולוכיות על רגשי רחמים מרובים, שהאישה חוננה בהם, וגם מסיבות עדינות רגשותיה שהונאתה מרובה ודמעתה מצויה, ולכן אין ממנים אותה לדון דאחד מתנאי הדיין הוא: אנשי חייל, גדולים בחוכמה, ואמיצים ברוחם, שמקיימים לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלוקים הוא".

**מצד אחד**, מבחינה הלכתית אין איסור להתדיין בפני אישה וניתן לקבל תקנה לפיה אישה יכולה לשמש כדיינת. **מצד שני**, הרב עוזיאל טוען כי אין לקיים תקנה זו מאחר ודבר כזה ימוטט את המשק הישראלי ואת התא הביתי. בנוסף, הוא טוען כי נשים מתנהלות בצורה אשר לא יכולה להכשיר אותן לשמש כדיינות – דיין צריך להיות אמיץ בעוד שנשים רגישות.

ס'13 לחוק הדיינים, ה'תשט"ו-1955:

**סדרי מינהל**

13.  (א)  השר, בהסכמת נשיא בית הדין הרבני הגדול, יקבע, בתקנות או בהוראות מינהל, לפי הענין, את סדרי המינהל של בתי הדין הרבניים וימנה על ביצועם את אחד הדיינים או אדם הכשיר להיבחר רב עיר, שיהיה אחראי בפניהם; מינוי לפי סעיף קטן זה של מי שכשיר להיבחר רב עיר טעון אישור הוועדה.

          (ב)  מנהל בתי הדין הרבניים שאיננו דיין, מינויו אינו טעון מכרז פומבי ודינו, לענין סעיף 17 ולענין חוק גימלאות לנושאי משרה ברשויות השלטון, התשכ"ט-1969, כדין דיין.

בג"ץ 8213/14 בתיה כהנא דרור, מנכ"לית בתי הדין הרבניים: המשרה של מנכ"לית בתי הדין הרבניים מוגדרת כפוזיציה שלא שייכת לדין המהותי עצמו, אלא שייכת לרבדים המנהליים. זוהי משרה ניהולית ולא משפטית, היא שייכת לרבדים הניהוליים שלגביהם נפסק כבר קודם לכן כי אין מניעה דתית מלאפשר לנשים לאחוז בהם – אין בדת עצמה איסור שהמערכת האזרחית צריכה לכבד אותו. הבעיה היא שלשון החוק מדברת על כך שלתפקיד מנכ"ל בית הדין הרבניים יתמנה **"מי שכשיר להיות רב או דיין";** בפסק דין השופט רובינשטיין מתבטא בחריפות אודות אי השוויון המובנה במערכת בתי הדין הרבניים בשל העדר נשים כדיינות. הוא אומר שצריך 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. ההליך המשפטי נמשך במשך שנתיים לאחר גרירת רגליים מצד הממסד הדתי, אשר בסופן דחה רובינשטיין את כל ההצעות שהיו לבתי הדין הרבניים, והחליט לייצר בעצמו מסלול חדש. במובן מסוים זוהי עדות למצב בו בית המשפט לקח על עצמו תפקיד של מחוקק משנה, דבר המהווה צעד מרחיק לכת.

חוק שיווי זכויות האישה 1951, ואחריו תיקון משנת 2001:

ס'1א רבתי: מהווה עיקרון על.

ס'6ג רבתי: שני אלו מהווים עקרונות על שהחוק בא לשמור עליהם, הגנה על שיווי זכויות האישה.

הדבר לא מתיישב עם העובדה שאין נשים שמאיישות משרות דת, ומשכך סותר עיקרון יסוד במדינת ישראל. איך זה הגיוני? ע"פ ס'5 לשיווי זכויות האישה (אין חוק זה בא לפגוע בדיני נישואין וגירושין), מה שמשליך על זה שהחוק לא יכול לסתור כל נורמה דתית, ובאשר לכך **ס' 7ג'** – הוראות חוק זה לא יחול על מינוי תפקידים דתיים.

בג״צ 3865/11 פלונית נ׳ ביה״ד השרעי העליון לערעורים: העותרת והמשיב הינם מוסלמים אזרחי ישראל הנשואים זה לזה, אשר התגלע ביניהם סכסוך שהגיע להתדיינות בערכאות אזרחיות בסוגיות שונות (צווי הגנה, מזונות וכו'). במקביל, הגיש המשיב תביעת בוררות לבית הדין השרעי בטייבה. העותרת טענה כי הגשת בקשת המשיב לבוררות נעשתה שלא בתום לב מאחר וכוונתו היא להתגרש, ואע"פ קיבל בית הדין את בקשתו של המשיב והורה כי כל צד ימנה בורר מטעמו. העותרת מינתה בוררת, ובביה"ד השרעי נקבע כי בורר זהו תפקיד שיפוטי הנופל לס'7ג ועל כן דרשו ממנה למנות בורר גבר. לאחר שלא מינתה בורר גבר עד המועד שנקבע לה, מינה המשיב שני בוררים מטעמו. במקביל, הגישה העותרת לבית הדין ערעור שנדחה (בעניין החלטה זו של בית הדין) והוגש כעתירה לבג"ץ.

**חוק שיווי זכויות האישה, החריג הקבוע ב7(ג), פרשנות מצמצמת. חוק זה מהווה את אחד מעקרונות העל מדינות ישראל.**

הדבר הכי מרחיק לכת בבג"ץ זה, הוא שבג"ץ החילוני חלק על פסק הדין של בית הדין השרעי העליון לערעורים, כאשר בית דין זה קבע לפי אסכולה מלקית שבורר הינו תפקיד שיפוטי. אם בורר הינו תפקיד שיפוטי, הוא נכלל בגדר סעיף 7(ג) בחוק שיווי זכויות האישה לעניין מינוי נשים דיינות. על כן, סעיף זה קיבל פרשנות מצומצמת בכך שנקבע כי בורר אינו תפקיד שיפוטי ולפיכך אישה יכולה לשמש כבוררת.

שיעור מס' 6, 27.10.2021

**ההבדלים בין הערכאות**

ההבדלים קיימים בשני רבדים: **במעטפת ובתוכן**. התוכן הוא המהות, הכללים עצמם והעקרונות המשפטיים/הלכתיים עצמם, הנורמות המכתיבות את הרגולציה של תחום ענייני המעמד האישי בפרט, ובענייני נישואין וגירושין בכלל. המעטפת היא כל התהליך הנדרש עד לבחינת העיקרון המשפטי עצמו – הפרוצדורה, הראיות, כל הנלווה לתהליך ההגעה לתוכן.

השופט זילברג טבע את המושג **"כללי המשחק הלגיטימיים"**, לפיהם צריכות הערכאות המקבילות להתנהל, בין הצדדים מחד וביניהם מאידך. "לא הרי דיני ישראל הנידונים בביהמ"ש האזרחי, כי הרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדיון, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק".

ככלל, כאשר מובא עניין בפני המערכת האזרחית והוא אחד מענייני המעמד האישי, הדין אותו המערכת האזרחית צריכה להחיל הוא הדין הדתי. מהצד השני, כאשר בביד"ר נדון עניין אשר אינו נכלל בענייני המעמד האישי, הערכאה הדתית צריכה להחיל את הדין האזרחי. אם כך, לאור העובדה כי שתי הערכאות ככלל אמורות להחיל את אותו הדין, מדוע משנה באיזו ערכאה הסכסוך נדון? בתשובה לשאלה זו, נמצאים ההבדלים בין הערכאות.

**הבדלים ברמת המעטפת**

הבדלים לגיטימיים

1. שוני בגישה, "הדין הוא כביכול פונקציה של הדיין":לכאורה הדין המהותי אמור להיות זהה אך בפועל זה לא קורה. לדעתו של השופט זילברג לא מדובר באותו הדבר מאחר ומדובר בשוני בגישה, בדרכי הדיון ובתוכן הממשי של פס"ד, ולכן גם התוצאה המשפטית הממשית של פסק הדין יכולה להיות שונה. במילה 'גישה', זילברג התכוון לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי/כללי ברירת דין. כלומר, כאשר מתעוררת שאלה בבית משפט אזרחי שחלקים ממנה נעוצים בגורם זר, למשל נישואים שהתקיימו מחוץ לישראל, אז צריך להפעיל את מערכת הדינים של המשב"ל הפרטי כדי להכריע בשאלה הזו. גם בדיני המשפחה יכולות להתעורר שאלות כאלו של ברירת הדין; הדוגמה המובהקת למתי באמת מתעוררות שאלות של ברירת דין בדיני המשפחה היא נישואין אזרחיים שנעשו מחוץ לישראל. שאלת הנישואין האזרחיים מחוץ לישראל מעלה כמה שאלות מקדמיות של ברירת דינים – האם הם תקפים? האם הם מוסדרים ומוכרים בישראל? איך קורה מצב שביהמ"ש לענייני משפחה מכריע בשאלת נישואים אזרחיים שהרי נושא הנישואים הוא בסמכות ייחודית של ביה"ד הרבני? השאלה של תוקף הנישואין היא אחד מלבבות ענייני הנישואין והגירושין. תחום זה נמצא בסמכותם הייחודית של בתי הדין, ע"פ סעיף מס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. פתרון לכך ניתן למצוא ב**ס' 76 לחוק בתי המשפט "סמכות אגב-אורחא" האומר:** "הובא ענין כדין לפני ביהמ"ש, והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לברור ענין, רשאי ביהמ"ש להכריע בה לצורך אותו ענין, אף אם העניינים שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של ביהמ"ש או ביה"ד אחר".העניין עצמו וקביעת תוקף הנישואין הוא בסמכות ביד"ר, אך יכול להיות שהצורך לברר האם נישואין אלו תקפים או לא עולה כדרך אגב במסגרת סכסוך אחר שנמצא כדין בפני בית המשפט לענייני משפחה (כגון, תביעת מזונות). הדיון המקדמי הזה לא מתרחש בבתי הדין הרבניים, שאינם כפופים למסגרת הדינים של המשב"ל הפרטי. מדוע למעשה בתי המשפט האזרחיים מנהלים את הדיון הזה? כי כך מתנהל הליך משפטי אזרחי במדינות מודרניות. כללי ברירת הדין יובאו למערכת המשפט הישראלית דרך הצינור של דבר המלך – אותו צינור שאומר כי במקום שיש בו איזושהי לאקונה אז ממלאים אותה לפי הדין האנגלי. צינור זה הביא את כללי המשב"ל הפרטי כפי שנהגו באנגלית, וצינור זה חל רק על בתי המשפט האזרחיים ולא על בתי הדין הרבניים. עד שמגיעים לשאלה עצמה (לדוג', תביעת מזונות), צריך לברר האם הנישואים תקפים או לא.

**דרכי הדיון**

1. סדרי הדין (פרוצדורה): בכפוף לסייגים של הלכת לב, לבתי הדין הרבניים עומדת הסמכות לקבוע לעצמם את סדרי הדין שלהם. ברמה העקרונית סדרי הדין אמורים להיות שונים לגמרי; סדרי הדין והראיות בבית הדין הרבני אמורים להיות מוכתבים אך ורק על פי הדין הדתי, ובבית המשפט האזרחי לפי הדין האזרחי, וזו הייתה נקודת המוצא. בפס"ד לב השופט ברק אומר שהסמכות של ערכאת השיפוט הדתית לקבוע סדרי דין היא לא סמכות בלתי מוגבלת; בעידן חוקי היסוד וזכויות האדם, סמכותם חייבת להיעשות מתוך שמירה על עקרונות אלו ואלו הם גבולות הגזרה.
2. ראיות: האם בביד"ר יש כללי ראיות שונים מאשר מכללי הראיות בערכאות האזרחיות? פקודת הראיות האזרחית אומרת כי כולם כשרים לעדות, בעוד שבבתי הדין האזרחיים (ברעיון) נשים ומחללי שבת פסולים לעדות. בפועל בלתי אפשרי לפסול ציבור גדול מעדות, ועל כן יש למצוא פתרונות לסייגים אלו. פתרונות אלו מגיעים מתוך ההלכה עצמה, והם מראים כי כאשר יש צורך אקוטי לפתור מגבלות הלכתיות – ההלכה מוצאת את הדרך, פוסקי ההלכה מוצאים את הדרך לתת פתרונות לאתגרים אלו. בית הדין פסק כי יש להתחשב בעובדה כי החילוניות פשטה בעם מסיבות כאלה ואחרות ורוב העם אינו שומר שבת, ועל כן אין עבירות מסוג זה עלולות לחתור תחת אמונם של העדים – דבר זה אינו פוסל את האדם מבחינה מוסרית. פתרון זה פרגמטי, אך הוא יורד לשורש המהות של הרציונל ההלכתי לפסילה של מחללי שבת, ופוסק כי רציונל זה כבר אינו תופס. בנוגע לעדות נשים, הפתרונות יותר פרגמטיים. כיום הראיות עומדות בכפוף לעמידה במגבלות ההגנה על הפרטיות בפרט והתאמה ל"עקרונות היסוד של המשפט הישראלי".
3. מעשה בית דין: 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. אם בעתיד תתעורר שוב שאלה שהוכרעה כבר, לא יפתחו אותה מחדש אלא נגיד שיש "מעשה בית דין". בעצם הממצא/הקביעה הזו תמשיך לחייב את בעלי הדין גם בהליכים אחרים. למשל, בתקפות נישואין, בית הדין הרבני הוא בעל סמכות ההכרעה בנושא; אם בית הדין הרבני בהליך שהתנהל אצלו דן בשאלה של תוקף נישואין (קבע שהם תקפים או שלא), **הקביעה הזו מחייבת** את האיש והאישה בכל התדיינות נוספת ביניהם, גם אם ההתדיינות הזו תהיה בבית משפט אזרחי לאחר מכן, שכן הייתה כבר קביעה סופית על ידי ערכאה מוסמכת, והם לא יכולים לפתוח זאת מחדש בבית משפט אזרחי. הכלל של מעשה בית דין מחייב בביהמ"ש האזרחי מכוח פקודת המעבר (כלל מנדטורי), אולם אין לו אחיזה בביה"ד הרבני (כי הדיבור בפקודת המעבר היא לכל "בית משפט"). **מעשה בית דין הוא מהלך חד כיווני ולא דו סטרי**: רק מכיוון בית הדין הרבני אל תוך המערכת האזרחית.

כיבוד הדדי בין הערכאות – מושג ערטילאי שניתן לצקת בו תוכן גמיש.

הבדלים שאינם לגיטימיים

1. אי עמידה בהוראת כפיפות לערכאת ערעור: מוסד הערעור היה תנאי של המנדט הבריטי לתת סמכות דיון לביה"ד הרבניים. כל רעיון הערעור הוא אינו מוסד שקיים באופן אורגני פנימי במערך ההתפתחות ההלכתית. הזרימה ההלכתית לא מבוססת על מבנה פורמלי של ערכאה נמוכה ושל ערכאה גבוהה יותר מעליה – יש היררכיה בהלכה, אך אלו היררכיות שצומחות בעצמן, מכוח הקהילה, כפוסקים גדולים יותר וחכמים יותר. הבעיה המרכזית שאנו יכולים לראות היום אלו מצבים בהם בית הדין הרבני פוסק דבר אחד, בעלי הדין מערערים לבית הדין הרבני הגדול שהופך את ההחלטה ומחזיר את הדיון לבית הדין האזורי, שלא מוכן לקבל את השוני בהחלטה ועומד בדעתו. גם היום קיימים דיינים שסירבו לקבל את ההיררכיה שניתנה על ידי המדינה. הפתרון לכך הוא הגשת עתירה לבג"צ, אשר באופן סיסטמתי מבטל את החלטות בתי הדין האזוריים.
2. הקלת ראש בסדרי דין ובנהלי עבודה: ישנם הבדלים בהתייחסות בין בתי הדין הרבניים לבתי המשפט האזרחיים. השינוי הדרמטי התרחש כאשר מערכת בתי הדין הרבניים עברו להיות תחת פיקוח משרד המשפטים (בעבר זה היה משרד הדתות). כיום בתי הדין הרבניים עברו להיות תחת המשרד ל"שירותי דת".

**הבדלים ברמת התוכן, הדין החל:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **הנושאים** | **בית הדין הדתי** | **בית המשפט האזרחי** |
| **ענייני המעמד האישי** | דין דתי | דין דתי |
| **דיני ראיות וסדרי דין** | דין דתי (בכפוף לסייגים שמציבה הלכת לב, 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 |

הוראות חוק טריטוריאליות:

* חוק שיווי זכויות האישה, ה'תשי"א-1951;
* חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ה'תשכ"ב-1962;
* חוק יחסי ממון בין בני זוג, ה'תשל"ג-1973;
* חוק הירושה, ה'תשכ"ה-1965;
* חוק האימוץ, ה'תשמ"א-1981;
* חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), ה'תשי"ט-1959.

**פרשת בבלי**

בעת ששמואל בבלי הגיש תביעה ל[גירושין](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%99%D7%9F) הוא כרך לתביעתו הן את עניין ה[מזונות](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%96%D7%95%D7%A0%D7%95%D7%AA) והן את חלוקת הרכוש. לאחר שבני הזוג התגרשו הגישה חווה בבלי תביעה ל[בית המשפט המחוזי](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98_%D7%94%D7%9E%D7%97%D7%95%D7%96%D7%99) לעניין חלוקת הרכוש, אולם תביעתה נדחתה ונקבע כי הסמכות לדון בעניינם נתונה לבית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו. בית הדין הרבני דחה את תביעת חווה בבלי למחצית רכושו של בעלה שמואל בבלי, בפוסקו כי הלכת השיתוף בנכסי בני הזוג אינה חלה בבתי הדין הרבניים. חווה בבלי עתרה כנגד פסק דין זה לבית הדין הגבוה לצדק בטענה כי פסק הדין של בית הדין הרבני בטל הואיל והוא פוגע בחוק שיווי זכויות האישה תשי"א-1951.

השאלה המקדמית לפס"ד זה היא היכן היה השופט אלון בפס"ד זה, בתור השופט שיושב על הכיסא הדתי בביהמ"ש העליון. התשובה לכך היא שאחד מקרובי משפחתו של אלון שימש כעורך הדין של הגברת חנה בבלי ועל כן אלון לא יכול היה לשמש כשופט בתיק זה.

השורה התחתונה של פסק דין בבלי הייתה בעצם **היפוך הנוסחה**: אם עד פס"ד זה הדין הולך אחר הדיין (נוסחת זילברג) ובית הדין הדתי דן לפי הדין הדתי (נוסחת אלון), לאחר פס"ד זה נקבע כי **גם ביד"ר ידון לפי הדין האזרחי אלא אם כן מדובר בענייני המעמד האישי. ניתק הקשר בין הדין לדיין.**

פסק הדין מחולק לשניים: בחלק הראשון נמצאת האסטרטגיה המסורתית (עד פסקה 23).

* האסטרטגיה המסורתית: עוסקת בנוסחה הראשונה, הדין הולך אחר הדיין. חוק שיווי זכויות האישה, הדורש שוויון מהותי, הוא חוק טריטוריאלי החל על כל הערכאות השיפוטיות, כולל בתי הדין הרבניים. אם אנו יכולים להגיע לתוצאה שתשביע את רצוננו במסגרת חוק שיווי זכויות האישה, אנו ממשיכים ללכת בדרך המסורתית ולא עשינו שום מהלך דרמטי. כלומר, אם יש כאן חוק טריטוריאלי הרי שהחוק מחייב גם את ביה"ד הרבני. לעומת זאת, באי הכוח של מר בבלי אמרו כי החלוקה הרכושית צריכה להתחלק לפי משטר הפרדה רכושית (מה ששלי שלי ומה ששלך שלך), ולפיכך התוצאה שהייתה בבית הדין הרבני הייתה צודקת ושוויונית לחלוטין, אך מדובר בשוויון פורמלי ולא מהותי, שכן מר בבלי צבר זכויות פנסיוניות עתירות (טייס עם ותק של 30 שנים באל על) ומעבר לכך, רכוש בני הזוג שדובר עליו בפסק הדין רשום בחלקו הגדול על שם הבעל בלבד והתזה שהם הציגו היא שהדין והמשטר הרכושי בבית הדין הרבני הוא ניטרלי ולא מבחין בין איש לאישה ולכן הוא עולה בקנה אחד עם חוק שיווי זכויות האישה. כל החלק הראשון של פסק הדין מוקדש לסתירת טענה זו. **לא ניתן להתגונן בטענה של ניטרליות, כאשר תוצאת הדין סותרת בפועל את השוויון המהותי האמיתי.** ברק מוסיף כי יכול היה לסיים את פסק דינו כאן, אך אומר כי דבר זה לא היה פותר את הבעיה – אומר מה לא לעשות (חוק שיווי האישה, אסור להפלות), אך לא מסביר מה כן יש לעשות. המטרה הייתה לייצר תזה של אחידות, כאשר פסקי הדין בבלי ולב נכתבו בו זמנית וניתן לראות כי הם מפנים זה לזה.

הצעה שנדחתה (אי אפשרות הכריכה): אם תימנע הסמכות מבית הדין לדון ברכוש, יימנעו הקטגוריות הסיוטיות כדבריו של ברק. ההצעה הייתה לטעון כי באופן עקרוני כריכת של רכוש כפופה לחלוקת הרכוש, מעצם טבעה היא אינה כנה, כי המטרה שלה היא לשלול את הזכויות הרכושיות מבת הזוג. זו הצעה של פרופ' רוזן-צבי שאומר שבכדי שכריכה תתפוס בבית הדין הרבני, היא צריכה להיות כנה. כאשר הגבר יודע שאם התביעה תגיע לפתחו של ביה"ד, ככל הנראה הוא יזכה במירב הרכוש אז לא מדובר בכנות ברצון שבית הדין הרבני יהיה הערכאה שדנה בנושא, אלא מדובר ברצון שבית הדין הרבני יותיר לו את כל הנכסים. במצב כזה, תנאי הכנות לא מתקיים והכריכה לא יכולה לתפוס. הצעה כזו מעקרת מלכתחילה את מרוץ הסמכויות ומבטלת כמעט לחלוטין את סמכות הכריכה לפי ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. במקרה הנדון ברק לא אימץ את התפיסה של רוזן-צבי. הוא טוען כי הכריכה כן נעשתה כדין ובעצם מדובר כאן במעשה בית דין. עם זאת, הוא כן כיוון להגיע למצב בו ניתן להכריע מה יש לפסוק וע"פ איזה דין ידון בית הדין הרבני.

המהלך של רוזן צבי נראה במבט ראשון הרבה יותר פוגעני מהמהלך שברק עשה בסוף. במבט מעמיק יותר, ועל פני לקחי המציאות, נראה שזו הדרך שהיה צריך ללכת בה. בדרך זו היינו מגיעים למצב הרבה פחות מתוח והרבה יותר נכון.

* האסטרטגיה הרדיקלית (היפוך הנוסחא): החלת הדין האזרחי הכללי על בתי הדין הרבניים בכל הנושאים מלבד בענייני המעמד האישי (התמודדות עם פס"ד וילוז'ני ובעהם). פסקי הדין הללו היו פסקי דין של אלון ווילוז'ני היווה את התקדים המחייב עד להלכת בבלי (בית הדין הרבני כן פסק לפי דין אזרחי, אבל הציג כאילו חוק הגנת הדייר מהווה חלק מהדין הדתי, ושם אלון אמר כי בית דין דתי מחיל דין דתי וזכותו לדון לפי דין דתי טהור). פס"ד בעהם נפסק ממש לפני בג"ץ בבלי, ובו אמר אלון כי הוא לא בטוח שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא טריטוריאלי, כי לא נאמר בו בפירוש שהוא חל על בית הדין הרבני. השופט אלון ממשיך בגישה שהדין הולך אחר הדיין ובית הדין הרבני דן לפי הדין הדתי, וכל עוד לא מדובר בדין טריטוריאלי, אפילו חוק יסוד לא מחייב אותו.

ביחס לפסקי דין אלו, ברק בא ואומר כי עמדתו של השופט אלון בשני פסקי הדין נאמרה בגדר אמרות אגב, אשר בטעות יסודן ויש לסטות מהן. **בסופו של דבר קובע ברק כי יש להחיל את הדין האזרחי גם בבתי הדין הרבניים.**

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

שיעור מס' 7, 31.10.2021

פוסט בבלי, כללי ופרטי

אע"פ שנפסק כי הלכת השיתוף מחייבת, התיק הוחזר לבית הדין הרבני והעמיד אותו במצב בלתי אפשרי. בקרב הדיינים התקיימו חילוקי דעות וכתיבה ענפה בנושא, כאשר חלקם היו מוכנים לשאוב לתוך תפיסות ביה"ד הרבני גם נורמות שמתיישבות עם העמדות האזרחיות השוויוניות כגון הלכת השיתוף. כזו הייתה העמדה של הרב דיחובסקי, והיא הייתה מקובלת על מיעוט של הדיינים ולא על רוב הדיינים. באותה השעה הרב שרמן הוביל את העמדה הנוגדת, לפיה פסיקה של שיתוף רכושי מבלי שצדדים קיבלו את הדבר עליהם מראש אלא אך ורק מכוח פסיקה של ערכאה אזרחית (ולא מכוח החוק) שמהותה מנוגדת לתפיסה ההלכתית – מביאה לגזל, הענקת רכוש בניגוד לדין תורה.

מכאן החל תהליך של הלוך ושוב בביד"ר אשר התמשך במשך שנתיים-שלוש. עד שבשנת 1999, כמעט חמש שנים אחרי שניתן פסק הדין בבלי בבית המשפט העליון, מגלים כי בין בני הזוג בבלי היה **הסכם ממון** שאותו הם עשו בשנת 1980 בשל משברים שהיו בניהם לפני הפרידה. כדי שההסכם יחייב משפטית, נדרש לפי חוק יחסי ממון שההסכם יהיה בכתב, מאושר על ידי ערכאה שיפוטית וחתום – ללא אלו הוא אינו תקף. ההסכם של בני הזוג בבלי לא אושר ע" ערכאה שיפוטית כפי שנדרש בחוק. מדובר בחוק טריטוריאלי ולפיכך בית הדין הרבני לא יכול לפעול לפי ההסכם. בית הדין הרבני נסמך על פסקי דין של בית המשפט העליון שאומרים שאם יש הסכם בין בני זוג והם הסתמכו עליו במשך שנים והתייחסו אליו כאילו הוא תקף, יש להתייחס אליו כהסכם תקף גם אם לא אושר. ביה"ד מנמק ואומר שזו תהיה פעולה בחוסר תום לב אם נתייחס אליו כלא תקף. בית הדין הרבני הולך דרך ארוכה בכדי להימנע מלהתייחס באופן ישיר אל הלכת השיתוף. ביה"ד העדיף להסתמך על הסכם הממון כי זה פוטר אותו מלהסתמך על הלכת השיתוף שהוא תופס כגזל.

כעת עלתה שאלה משפטית נוספת והיא כיצד יש לחלק את הרכוש? במסגרת ההסכם בני הזוג בבלי קבעו כי החלוקה בניהם תתבצע **לפי החוק**, כאשר החוק הרלוונטי הוא חוק יחסי ממון. נשאלת השאלה האם יש להתייחס לחוק יחסי ממון כפי שהיה בשנת 1980 או אחרי התיקונים שנעשו בו לאורך השנים? הנפקות היא עצומה מאחר ולבני הזוג הייתה כמות רכוש גדולה, כולל כמות כספים גדולה מאוד מקרנות הפנסיה וכו' של הבעל שעבד כטייס שנים רבות בחברת אל-על. התיקונים לחוק יחסי ממון עם השנים הכניסו גם את אותם נכסי קריירה אל הרכוש בר החלוקה, ולכן הפרשנות להסכם תהיה מכרעת. בית הדין הרבני מחליט ללכת בעמדה שמרנית והוא הולך **לפי הנוסח המוקדם יותר**, ומשאיר את כל הזכויות הסוציאליות של האיש אצלו. הווילה, הדירה והמגרש חולקו, וחווה בבלי נאלצה לשלם למר בבלי דמי שימוש על שהותה בוילה. נכסי הקריירה לא התחלקו, והיא נשאר ללא דבר. זו הייתה התוצאה הסופית של הלכת בבלי. הלכת בבלי לא יושמה במקרה הפרטי.

הלכת השיתוף היא פרי פיתוח פסיקת ביהמ"ש העליון והיא דוגמא מובהקת לחקיקה שיפוטית. חוק יחסי ממון (1974) בא בין היתר מתוך הכרה בכך שלא ראוי שנושא כ"כ משמעותי – חלוקת רכוש בין בני זוג – יוסדר רק מכוח פסיקות/חקיקה שיפוטית.

ברובד הכללי, ניתן לראות כי הפסיקה לאחר הלכת בבלי מאופיינת בניסיון לחמוק מהצורך לחלק את הרכוש לפי הלכת השיתוף. הלכת השיתוף יוצאת מתוך חזקה כי חיים משותפים מקימים חזקה שבני זוג התכוונו שהרכוש שלהם יהיה שייך לשניהם בצורה שווה, אך תיאורטית חזקה ניתנת לסתירה. במקרים כאלה, ישנם מבחנים בפסיקה הבוחנים את חוזק החזקה והאם היא ניתנת לסתירה.

הלכת בבלי רלוונטית כתקדים רק כלפי זוגות שהתחתנו לפני חקיקה חוק יחסי ממון. חוק יחסי ממון הוא טריטוריאלי ולכן חל על ביה"ד הרבני ובעצם הבעיה שעלתה בבלי ביחס לרכוש נפתרה. לגבי זוגות שהתחתנו לפני שנת 73, היו פסיקות של ביה"ד שאימצו את הלכת בבלי והיו כאלה שסטו ממנה. כיום, אין ספק שביה"ד דן בענייני רכוש לפי דין אזרחי. הבעיה המשמעותית יותר מתעוררת היא באשר לדרך הפרשנות של ביה"ד הרבני בנוגע לחוק יחסי ממון. בתי הדין הרבניים העדיפו לסתור במשך השנים את הלכת השיתוף, לעומת פסקי דין בהם כן החילו את הלכת השיתוף. הדבר היה תלוי בדיין שישב בראש הדיון ובהשקפותיו. פס"ד ידוע הוא פס"ד גבאי, בו ניתן היה לראות את הדינמיקה של הניסיון של ביד"ר להתחמק ולא לפסוק בהתאם להלכת השיתוף. בהמשך, בייניש באה ואמרה כי לא יקרה עוד, וכי ביהמ"ש מורה מעכשיו על חלוקת הרכוש אשר תיעשה שווה בשווה. מכאן, במקום להורות לדיינים בביד"ר לפסוק ע"פ הדין האזרחי, ביהמ"ש העליון החליט לפסוק בעצמו בתחום זה, דבר אשר נמצא בסמכותו של בג"ץ.

**הפעלת ביקורת שיפוטית של בג"ץ על בית הדין הרבני**

**מקור סמכות הביקורת השיפוטית של בג"ץ על בתי הדין הרבניים – חוק יסוד: השפיטה**

סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה

1. מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק-
2. לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין;
3. לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין- להימנע מלפעול;
4. לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין- למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים- לדון בעניין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;
5. **לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהייתה לו; ואם לא הייתה הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסכמות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.**

הפיתוח של הפסיקה הוא שגם החלטות של ביד"ר בניגוד לחוק טריטוריאלי (ולאחר פס"ד בבלי – בניגוד לדין שהיה עליהם לפסוק לפיו) יכול להיתפס כחריגה מסמכות. הפסיקה של ביד"ר אינה בטלה מעיקרה, אלא ניתנת לביטול.

מקור נוסף לסמכות בג"ץ להתערבות שיפוטית בספיקות בתי הדין הרבניים, הוא סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה –

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

סעיף זה מהווה מעין סעיף סל, ובו נקבע כי בסמכות בג"צ לתת צווים לבית הדין ולעצור אותו מלדון או להוסיף לדון בנושא פלוני. התערבות מכוח סעיף זה בעצם משמעותה שהפסיקה של בית הדין הרבני בטלה מעיקרה.

בג"ץ מיכל דוד (התעלמות מעקרון טובת הילד): מחלוקת בין הורים בהסדרים הנוגעים לקטין (חינוך של הילד). האב התעקש על חינוך ממלכתי דתי, בעוד שהאישה רצתה אחרת. אע"פ קביעות של שלושה מומחים בנוגע לטובת הילד באשר לחינוך העתידי (אשר סברו כי עליו להמשיך בחינוך הממלכתי), פסק ביד"ר כי הילד ילך לחינוך הממלכתי דתי. מכאן עתרה האם לבג"ץ.

בפס"ד זה ניתן לראות יישום של הרעיון לפיו ביד"ר כפוף לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (חוק טריטוריאלי), ולכן יש עילה להתערב בפסיקה ביד"ר במקום בו בג"ץ סבור שביד"ר פסק בניגוד לטובת הילד. בפסקה 8 לפסק הדין ניתן לראות את אותה התלבטות לפי איזה סעיפים לחוק יסוד: השפיטה ניתנת לבג"ץ הסמכות להתערב, מכוח איזו עילה בג"ץ מתערב בפסיקת ביד"ר. בנוגע לכך לא ניתנה תשובה החלטית מכוח איזה סעיף ניתנה הסמכות לבג"ץ במקרה זה. לפי 15(ג) פסק הדין הרבני בטל מעיקרו, וע"פ 15(ד)(4) פסק הדין הרבני ניתן לביטול.

בג"צ עומד פה על השאלה של מה היא טובת הילד: הליבה של טובת הילד היא זכותו של הילד כי תישמר בריאותו הגופנית והנפשית, כי יסופקו כראוי צרכיו הנפשיים, הגופניים והחומריים. **טובתו של ילד אינה מושג תאורטי. לעניינה נדרש בית המשפט לקביעת ממצאים שבעובדה.** מממצאים אלה בית משפט לא יוכל לקבוע אלא אם יובאו לפניו ראיות, וראיות לענייננו פירושן הינו חוות דעת של מומחים. רק לעיתים נדירות ובנסיבות יוצאות דופן נמצא בית משפט פוסק בניגוד לחוות-דעת מומחים. יתר על כן, באותם מקרים נדירים וחריגים, נצפה לשמוע מן השופט שהכריע בניגוד לחוות הדעת מה הטעם להכרעה, ומדוע ראה לדחות את המלצת המומחים.

בג"ץ 6650/04 פלונית נ' ביד"ר נתניה (צילומים תוך פגיעה בפרטיות): בעל ואשה אשר חיו בנפרד, והבעל הגיש תביעת גירושין נגד האישה בבית דין רבני. האישה מתנגדת לגירושין. להוכחת עילתו, מציג הבעל תמונות בהן נראית אשתו מקיימת יחסי מין עם אחר. את התמונות הוא צילם שעה שהוא נכנס עם שני אחרים לדירה המשותפת בה התגוררה האישה לבדה, בלא ידיעתה והסכמתה. בית הדין הרבני האזורי קבע כי העותרת חייבת לקבל גט לאלתר. הוא סמך, בעניין זה, את פסק דינו על התמונות שהוצגו בפניו.על פסק דינו של בית הדין האזורי הגישה העותרת ערעור לבית הדין הרבני הגדול.

במקרה זה ניתן לראות את הסתירה בין שתי ערכאות השיפוט, בין ההשקפות, שכן נראתה התעלמות מזכויות אזרח ומעקרונות יסוד של המשפט הישראלי – חוק הגנת הפרטיות וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מקרה זה ממחיש את הקוטביות בנושא: המחוקק לקח שתי שיטות משפט המנוגדות זו לזו, ומלביש את שתיהן על אותה מאטריה רגישה ביותר ונותן להם להסתדר ביחד. הרב דיחובסקי טען כי לטעמו אין חוק הגנת הפרטיות חל בין בני זוג – טבעם של בני הזוג היא אינטימיות משותפת, כל מהות הנישואים היא הרחבת הפרטיות הנפרדת לפרטיות משותפת. הרב דיחובסקי מציג מעין אידליה לזוגיות שעובדת, בידיעה כי לא כולם יסכימו איתו. ברק אומר כי הוא אינו מקבל דברים אלו, וכי הנישואים אינם שוללים את הזכות לפרטיות מבני הזוג (פסקה 20 לפסק דינו). ניתן לראות כי ברק אינו נכנס לעובי הקורה בשאלה מה יקרה אם הראיות הללו הן היחידות שעל בסיסן ניתן לבסס את תביעת הגירושין. זוהי התנגשות בין המערכות המשפטיות עם ההשלכות המשפטיות הקונקרטיות.

שיעור מס' 8, 03.11.2021

הוקרן הסרט "גט – משפטה של ויויאן אמסלם".

שיעור מס' 9, 07.11.2021

**גבולות הפיקוח השיפוטי**

מעטפת מול מהות

המהות היא התוכן של הדין עצמו. המעטפת היא כל מה שמסביב הם כל מה שבאמצעותו הערכאה השיפוטית מיישמת את התוכן: הפרוצדורה, הראיות, העדויות, ההתנהלות המנהלית וכו'. **הפיקוח השיפוטי לא יכול להיכנס למהות**, הנורמות הדתיות עצמן הן חסינות. משמע – **לא ניתן להיכנס לתוכן של הדין הדתי**. אם ביה"ד קובע ממצאים עובדתיים לפי דיני ראיות שמבוססים על המשפט הדתי, ביהמ"ש לא יכול להתערב רק על בסיס העובדה שהוא אינו מסכים למהות הדין הדתי. ביהמ"ש יכול להפעיל ביקורת רק על האופן שבו מופעל הדין – האם הוא הופעל בסמכות.

פס"ד רפאלי נ' רפאלי: בני זוג נפרדו והאישה הגישה תביעת גירושין לביה"ד האזורי בטענה שהבעל מכה אותה ובוגד בה והיא מעוניינת לקבל גט. ביה"ד האזורי פסק לטובת האישה וחייב את הבעל לתת לה גט. על החלטה זו ערער הבעל לביה"ד הגדול שם התהפכה ההחלטה. על החלטת ביה"ד הגדול עותרת האישה לבג"צ.פס"ד רפאלי הוא מקרה קלאסי של עיכוב גט לצורך סחיטת כספים והתנאת ביקורי ילדים (סחטנות גט). בנוסף, ניתן לראות את יחסו הבעייתי של ביה"ד לתחום האלימות נגד נשים – דייני בית הדין הרבני הגדול, שגורסים כי יש להתרות לפחות שלוש פעמים וכו'. השאלה המשפטית הייתה האם ניתן לעתור לבג"צ בגין דחיית תביעת הגט?

השופט אור מבטא את העמדה המקובל ואומר במפורש **שלא *–*** "איננו יושבים כערכאת ערעור על החלטות בתי דין אלה.. אפילו סבור בא כוח העותרת שדין זה אינו ראוי, אין עילה להתערבותנו".

השופט חשין (בדעת יחיד) אומר מצד אחד כי הוא מסכים עם התוצאה כיוון שהוא עבר בקפידה על הראיות והדבר –אלימות הבעל כלפי האישה ובגידתו בה, לא הוכח (עצם זה שחשין מתייחס לראיות זה עניין מהפכני). הדבר שבאמת מדהים בפסיקתו של חשין זה שהוא נכנס לעומק הדינים הדתיים, ומדבר על התייחסות עילת הגירושין לאלימות ועילת "מאיס עליי". 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 מרחיקה הלכת ביותר של בג"צ בשאלה האם הוא יכול להתערב בתוכן והיישום של הדין הדתי עצמו.** מדבריו של חשין משתמע שכן (במסגרת דעת יחיד וכאוביטר). אפשר לומר שחשין בעצם ניסה לחדש את עקרונות התשתית עליהם בנויה החברה במדינת ישראל, אך גישתו לא התקבלה בפסיקה. בפס"ד "פרשת בני נוח" ניתן לראות דבר דומה שברק עשה, אך שם גם כן מדובר באוביטר.

בפרשת רפאלי רואים **המחשה להתערבות במעטפת מול המהות**. בגוף הנורמות הדתיות עצמן – השאלה אם יש עילת גירושין או אין ומה הדרגה של עילת הגירושין, האם ניתן לפסוק בגינה חיוב בגט או אף כפייה בגט – כל אלה חסינים בפני התערבות.

**התוצאה:** חסינות מהתערבות בג"צ לענייני נישואין וגירושין. את החסינות אנו למדים מסעיף 2 לחוק השיפוט, הקובע כי נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייעשו לפי דין תורה, וסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כי במידה ודין תורה זה נוגד חוק יסוד וזכויות יסוד, אין אפשרות לבקר אותו עקב שמירת הדינים שחוקקו טרם חוק היסוד, השומרת על החסינות עבור דינים אלה. גישה זו נראית גם ב-ס' 5 לחוק שווי זכויות האישה שמחריג את תחולת החוק מענייני נישואין וגירושין.

**לסיכום:**

***סמכות הביקורת השיפוטית של בג"צ על החלטות ביה"ד***

***מגבלות הביקורת השיפוטית***

***הפעלת ביקורת שיפוטית***

**מהות**

* **חסינות ענייני גירושין ונישואין**– חסינות מדיון פנימי בתחולת הדין הדתי.
* **חריג**: דעת היחיד (אוביטר) של חשין בפרשת רפאלי; ברק באוביטר בפרשת 'בני נוח'.

**מעטפת**

* **ס' 15(ג) לחו"י השפיטה:** ביהמ"ש העליון מוסמך לתת "סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר".
* **ס' 15(ד)(4) לחו"י השפיטה:** בג"צ רשאי לבטל החלטה של ביה"ד שניתנה בחוסר סמכות- **בניגוד להוראת חוק טריטוריאלי**.

**נישואים כדת משה וישראל (כדמו"י)**

שורש הבעיה

שורש הבעיה הוא האופי הפרטי של הקידושין ושל הגירושין בהלכה, המביא לכך **שהזוג הוא הריבון על הסטטוס, ולא כל גורם חיצוני לו.** ביהדות הזוג הוא הריבון לסטטוס העדכני שלהם, הן בנישואין והן בגירושין. הענקת הטבעת בעת הנישואין תוך קידושי האישה ע"י האיש יוצרים את סטטוס הקידושין – אקט של הזוג עצמו היוצר את הסטטוס, וכן גם בעת הגירושין: נדרש אקט מצד בני הזוג עצמם. מאחר והזוג אחראי על הסטטוס והם השולטים בו, נדרשת הסכמה של שני הצדדים – רכיב ההסכמה הוא רכיב קריטי.

בדתות אחרות (התפיסה המערבית) השליטה על הסטטוס מצויה בידי המדינה המאצילה את הכוח שלה לפקיד, ועל כן הגוף השיפוטי המוסמך מהווה גורם המאשר את הכניסה לסטטוס ואת היציאה ממנו. התפיסה ברוב העולם המערבי היא תפיסה של **גירושין ללא אשם**: התפיסה לפיה נישואין אמורים לפעול לקידום האושר האישי והפרטי ולרווחת כל אחד מבני הזוג, ובעת בה הם כבר אינם מגשימים את המטרה הזו – הנישואין צריכים להסתיים. משמע, נישואין יכולים להסתיים ע"י בקשה של צד אחד (**דרישת צד אחד**), לא נדרשת בקשה של שני הצדדים/הוכחת פגם של אחד הצדדים – זאת לפי התפיסה הליברלית לפיה לכל אחד ואחת צריכה להיות זכות היציאה ממצבים שאינם טובים עבורו. על כן, נישואין יכולים להסתיים בקביעה שיפוטית ע"י אותו גורם חיצוני לבני הזוג.

בדת הקתולית, לעומת זאת, אין אפשרות להתגרש אלא ע"י המרת הדת – התפיסה לפיה מה שאלוהים עשה, אדם לא יכול להפר. בדת הפרוטסטנטית, על מנת להתגרש בני הזוג המעוניינים בכך צריכים להוכיח אשם/פגם כלשהו, להביא עילה המצדיקה את רצונם להתגרש.

נושא ההסכמה בדין הדתי

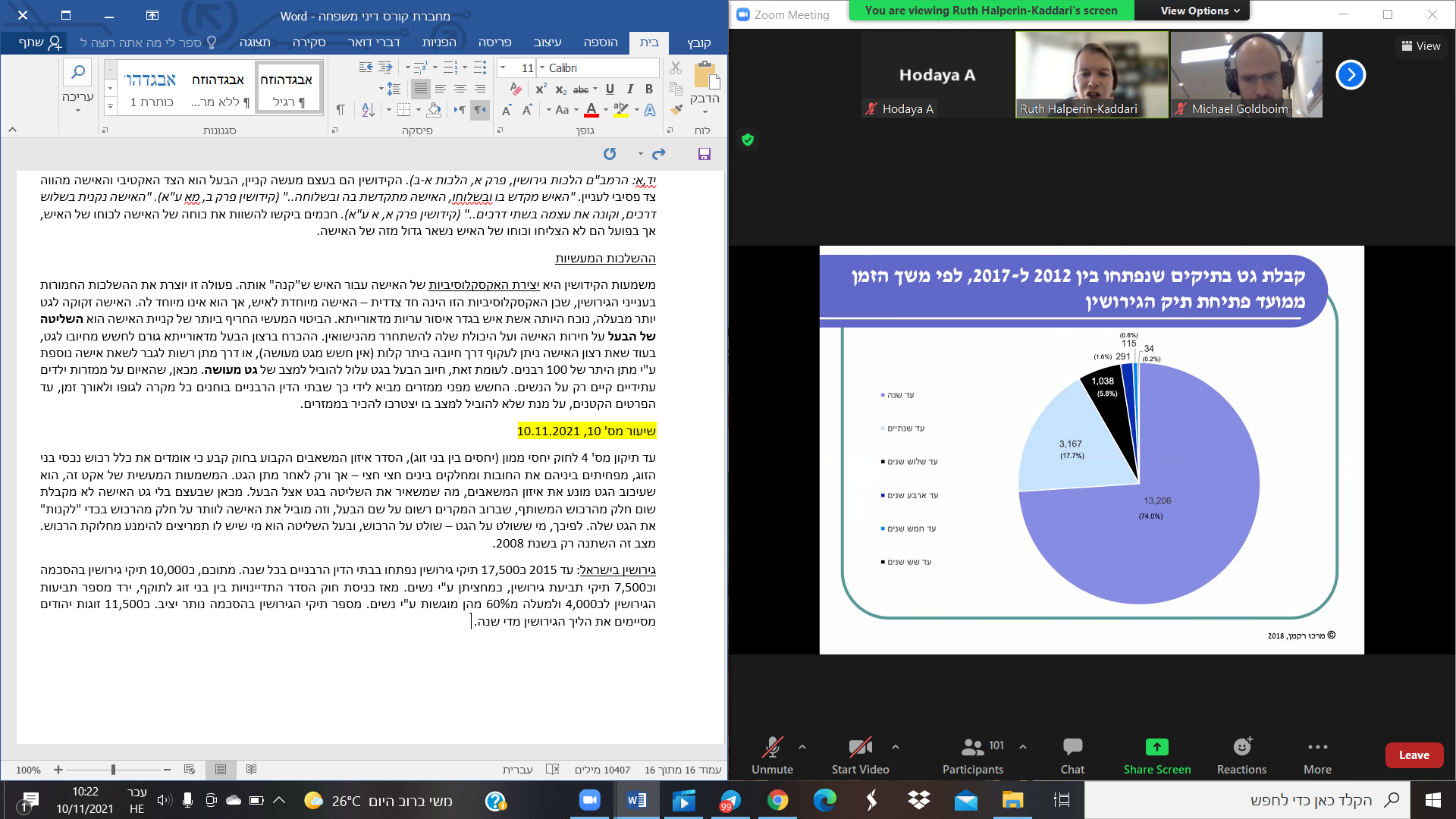
ישנם הבדלים קוטביים במידת הפעולה של בני הזוג: הבעל הוא הסובייקט הפעיל, ההכרח ברצון החופשי של הבעל הוא מדאורייתא, ואילו ההכרח ברצונה החופשי של האישה הוא מדרבנן (חדר"ג, חרם דרבנו גרשם) והיא למעשה נוספת על אותו דין תורה. "כי ייקח איש אישה ובעלה, והיה אם לא תמצא חן בעיניו – כי מצא בה ערות דבר, וכתב לה ספר כריתת ונתן בידה ושילחה מביתו" (דברים כד)– זהו הבסיס ממנו נובע ההבדל: הכל נעשה ע"י הבעל והכל ברצונו.

* "אינו דומה האיש המגרש לאישה מתגרשת. שהאישה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה, והאיש אינו מוציא אלא לרצונו" (משנה יבמות יד,א: רמב"ם הלכות גירושין, פרק א, הלכות א-ב). הקידושין הם בעצם מעשה קניין, הבעל הוא הצד האקטיבי והאישה מהווה צד פסיבי לעניין.
* "האיש מקדש בו ובשלוחו, האישה מתקדשת בה ובשלוחה.." (קידושין פרק ב, מא ע"א). "האישה נקנית בשלוש דרכים, וקונה את עצמה בשתי דרכים.." (קידושין פרק א, א ע"א). חכמים ביקשו להשוות את כוחה של האישה לכוחו של האיש, אך בפועל הם לא הצליחו וכוחו של האיש נשאר גדול מזה של האישה.

ההשלכות המעשיות

משמעות הקידושין היא **יצירת האקסקלוסיביות** של האישה עבור האיש ש"קנה" אותה. פעולה זו יוצרת את ההשלכות החמורות בענייני הגירושין, שכן האקסקלוסיביות הזו הינה חד צדדית – **האישה מיוחדת לאיש, אך הוא אינו מיוחד לה**. האישה זקוקה לגט יותר מבעלה, נוכח היותה אשת איש בגדר איסור עריות מדאורייתא. הביטוי המעשי החריף ביותר של קניית האישה הוא השליטה של הבעל על חירות האישה ועל היכולת שלה להשתחרר מהנישואין. ההכרח ברצון הבעל מדאורייתא גורם לחשש מחיובו לגט, בעוד שאת רצון האישה ניתן לעקוף דרך חיובה ביתר קלות (אין חשש מגט מעושה), או דרך מתן רשות לגבר לשאת אישה נוספת ע"י מתן היתר של 100 רבנים. לעומת זאת, חיוב הבעל בגט עלול להוביל למצב של **גט מעושה**. מכאן, שהאיום על ממזרות ילדים עתידיים קיים רק על הנשים. החשש מפני ממזרים מביא לידי כך שבתי הדין הרבניים בוחנים כל מקרה לגופו ולאורך זמן, עד הפרטים הקטנים, על מנת שלא להוביל למצב בו יצטרכו להכיר בממזרים.

שיעור מס' 10, 10.11.2021

עד **תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון (יחסים בין בני זוג)**, הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק קבע כי אומדים את כלל רכוש נכסי בני הזוג, מפחיתים ביניהם את החובות ומחלקים בינים חצי חצי – אך ורק לאחר מתן הגט. המשמעות המעשית של אקט זה, הוא שעיכוב הגט מונע את איזון המשאבים, מה שמשאיר את השליטה בגט אצל הבעל. מכאן שבעצם בלי גט האישה לא מקבלת שום חלק מהרכוש המשותף, אשר ברוב המקרים רשום על שם הבעל – מה שמוביל את האישה לוותר על חלק מהרכוש בכדי "לקנות" את הגט שלה. לפיכך, מי ששולט על הגט – שולט על הרכוש, ובעל השליטה הוא מי שיש לו תמריצים להימנע מחלוקת הרכוש. מצב זה השתנה רק בשנת 2008.

גירושין בישראל: עד 2015 כ17,500 תיקי גירושין נפתחו בבתי הדין הרבניים בכל שנה. מתוכם, כ10,000 תיקי גירושין בהסכמה וכ7,500 תיקי תביעת גירושין, כמחציתן ע"י נשים. מאז כניסת חוק הסדר התדיינויות בין בני זוג לתוקף, ירד מספר תביעות הגירושין לכ4,000 ולמעלה מ60% מהן מוגשות ע"י נשים. מספר תיקי הגירושין בהסכמה נותר יציב. כ11,500 זוגות יהודים מסיימים את הליך הגירושין מדי שנה.

**פתרונות לסרבנות גט**

**פתרונות מחוץ לכלים ההלכתיים**

**מעקף** – הימנעות מקידושין כדמו"י, ע"י שתי אופציות:

1. ידועים בציבור: המערכת האזרחית יצרה את המוסד של ידועים בציבור – בני זוג שחיים יחד ללא נישואין. תופעה שהולכת ומתרחבת בעולם המערבי לאורך עשרות השנים האחרונות. המערכת המשפטית בישראל הביאה את ההכרה במשמעויות המשפטיות של החיים המשותפים ללא נישואין לידי מצב שמעמדם כמעט זהה למשמעויות המשפטיות של נישואים רשמיים. המערכת האזרחית ביקשה לתת אלטרנטיבה למסגרת ההלכתית שהיא מאוד בעייתית. חשוב להדגיש שידועים בציבור אמנם מקבלים אגד זכויות רחב אבל הוא אינו שווה ערך לאגד הזכויות של בני זוג נשואים כדמו"י.
2. נישואין אזרחיים מחוץ לישראל: בעקבות פס"ד מכונן של ביהמ"ש העליון, מי שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל, ונרשמו כנשואים בישראל (תושבי ישראל חייבים להודיע על נישואיהם גם אם נעשו בחוץ לארץ) נחשבים נשואים לפי חוק. ביחס לגירושין, צריך ששני בני הזוג יהיו יהודים כדי שהגירושין יידונו בביה"ד. אם אחד מבני הזוג לא יהודי, הגירושין לא יהיו בביה"ד הרבני אלא לפי חוק מיוחד. אם שני בני הזוג יהודים, הגירושים יהיו בסמכות ביה"ד הרבני וכך בעצם בני הזוג לא הצליחו 'להתחמק' ממרותו של ביה"ד.

האכזבה מניסיונות גיוס המערכת האזרחית בדרך של עימות יישר – גבולות הפיקוח השיפוטי

האם המערכת האזרחית יכולה להתערב בלב הדין הדתי ולספק פתרונות של עימות ישיר עם הדין הדתי?

פרשת אברהם (2001): פסק הדין הראשון בו נתקלים בתופעה של ביטול גירושין. הבעל התנה את מתן הגט בפתיחה מחדש של כל ההסדר הרכושי (שכבר הוסדר ע"י הערכאה האזרחית) בסמכות ביד"ר. ביד"ר ביטל את חיוב הגט ואמר לאישה שעליה לקבל את הגט בתנאים אלו, ובכך הפך אותה לסרבנית הגט. האישה הסכימה לתנאים אלו, ולאחר קבלת הגט חזרה בה מהתנאים בכל הנוגע להסדר הרכושי. הבעל פנה לביד"ר וטוען כי הוציאו ממנו את הגט במרמה, וביד"ר אינו מבטל את הגט בצורה מפורשת אך מגדיר את הזוג כמעוכבי חיתון, בטענה לפיה אם הגט ניתן בהסתמכות על ההסכם שבוטל, כך גם הגט (גט מוטעה). האישה עותרת לבג"ץ. בג"ץ, בפסק דינו של השופט מצא, אומר כי אין באפשרותו להתערב בדין המהותי. השופט מצא מציין כי עו"ד העותרת הודה כי הסכמתה לתנאי הגט היוותה תחבולה להשגת הגט, ועל כן אין היא יכולה לצפות כי בג"ץ יסייע בידה לפעול בצורה זו. עם זאת, אין התעלמות מעמדתו הבלתי ראויה של המשיב בכל הנוגע להסכם הרכושי.

פס"ד רפאלי (פלונית): עיכוב גט לצורך סחיטת כספים והתנאת ביקורי ילדים, יחס ביד"ר לאלימות נגד נשים. בני זוג נפרדו והאישה הגישה תביעה לגירושין בטענה כי בעלה מכה אותה ובוגד בה. ביד"ר פסק לטובת האישה וחייב את הבעל לתת גט, הבעל ערער לביד"ר הגדול ושם הפכו את ההחלטה. האישה עתרה לבג"ץ, וביחד עם פס"ד אברהם שני אלו מעלים את אותה השאלה תוך הגעה לאותה התוצאה, אך בנימה אחרת מהנימה של מצא בפס"ד אברהם – אור אינו משמיץ את האישה. אומר כי זהו הדין ואין להם את האפשרות להתערב.

השופט אור מבטא את העמדה המקובלת, לפיה בג"ץ אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות בתי דין אלו. אפילו אם בא כוח העותרת סבור שדין זה אינו ראוי, אין עילה להתערבותנו. השופט חשין בדעת יחיד אומר כי עבר בקפידה על הראיות, והוא מסכים. אילו הכרעת הדין של ביד"ר הגדול .. 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). חשין אף העלה מחשבה לפיה ביה"ד כפוף לא רק לחקיקה טריטוריאלית/חקיקה שיפוטית (הלכת השיתוף), אלא לכל עקרונות היסוד אליהם כפוף המשפט הישראלי – כולל חוק שווי זכויות האישה, המקדם שוויון מגדרי. אפשר לומר שחשין בעצם ניסה לחדש לנו את עקרונות התשתית עליהם בנויה החברה במדינת ישראל אמנם גישתו לא התקבלה בפסיקה. בפס"ד "פרשת בני נוח" ניתן לראות דבר דומה שברק עשה, אך גם כן מדובר באוביטר.

פס"ד פגס: חתימה על הסכם גירושין (מערכת יחסים אלימה) שבמסגרתו האישה ויתרה על החלק שלה ברכוש ועל מזונות ילדים. ההסכם המקורי כלל העברה של משמורת הילדים מהאם לאב, ובנקודה זו התערב ביהמ"ש המחוזי ולא אישר את הסעיף הנ"ל, תוך שימוש בעקרון טובת הילד. כעבור פרק זמן מסוים, האישה פונה למערכת האזרחית ומבקשת לבטל את הסכם הגירושין. מקרה זה מהווה מקרה קלאסי לסחטנות גט, בו האישה מבקשת הכרזה על בטלות ההסכם מטעמי עושק, הטעייה וכפייה. השופט שמגר אומר כי נטייתו של בג"ץ לכבד את הרצון המוצהר של הצדדים בהסכמי נישואים (מתייחס להסכם כאל הסכם חוזי).

רתימת המערכת האזרחית בשירות הכלים ההלכתיים

למערכת האזרחית ניתנת האפשרות להתערב מכוח החוק עצמו.

בש"פ 4072/12 גורודצקי: העימות החזיתי הראשון בין פרשנות החוק – האם אותו חוק ספציפי (חוק הסנקציות) גובר על האפשרות של הטלת מאסר בגין בזיון בית משפט. גורודצקי היה הראשון שהורשע הרשעה פלילית בגין הפרת חובה חקוקה. ביד"ר הטיל על גורודצקי עונש מאסר של 10 שנים (מכוח סעיף 3 לחוק בתי דין רבניים, קיום פסקי דין של גירושין), זאת כדי לתמרץ אותו לתת לאשתו גט. תקופת המאסר המרבית המותרת לפי חוק הקיום היא 10 שנים. כאשר 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. **השאלה המשפטית** הייתה האם ניתן לשים אותו במאסר לפי הוראות ביזיון בית הדין? ביהמ"ש קובע כי חוק הקיום נועד להוות נדבך חקיקתי נוסף בגדר המסגרות הנורמטיביות המשמשות לאכיפת פסקי דין של גירושין. הוא לא נועד להחליף החוקים שקדמו לו בכל הנוגע לכפיית מתן גט, אלא להיווסף עליהם.

בהמשך צביה גורודצקי פנתה לביד"ר פרטי של הרב שפרבר, וקיבלה ממנו פס"ד המבטל את הנישואין מחמת מקח טעות (פסיקה שלא מוכרת ע"י ביד"ר רגיל). בעקבות זאת היא ביקשה מביד"ר לשחרר את בעלה לשעבר ממאסר בגין סרבנותו. מאיר גורודצקי סיים לרצות את המאסר הפלילי (בגין הפרת חובה חקוקה) ואז יצא מהכלא.

בג"צ 5185/13 פלוני וגז נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (בג"צ השיימינג): עתירה של שני סרבני גט בגין שורה של סנקציות חברתיות שהטילו עליהם בתי הדין הרבניים (מבוססות בעיקר על הרחקות דרבנו תם) – הרחקתם מהקהיל וביושם ברבים. הסנקציות הללו הוטלו רק לאחר שהסנקציות הקבועות בחוק לא הועילו בפעולה נגד סרבני הגט. **השאלה המשפטית** הייתה האם בסמכות בית הדין להטיל סנקציות אלו/להמליץ על נקיטתן, אע"פ שאין הוראת חוק המאפשרת זו מפורשות. ביהמ"ש מאשרר את שימוש ביהמ"ש בסנקציות לפי הרחקות דרבנו תם. בכך **נותן ביהמ"ש גושפנקא** להרחבת סמכויות ביה"ד להפעלת סנקציות לסרבני גט מחוץ למצוין בחוק.

בש"פ 1478/20 פלוני נ' ביד"ר (הטלת קנס על אבי סרבן הגט): ביהמ"ש העליון עמד מאחורי פרשנות רחבה של ביד"ר. השופט והדיין שטסמן קבע כי העומד בבסיס הסירוב הוא אביו של סרבן הגט, ועל כן הטילו קנס מכוח בזיון בית המשפט והוציאו צו עיכוב יציאה מהארץ נגד האב. המערכת האזרחית אישרה את האמצעים הללו, בשל בזיון בית המשפט. ביהמ"ש קובע שהלכה היא כי כאשר הנסיבות מחייבות זאת, ניתן 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.

אסטרטגיה משולבת: התמודדות עקיפה מהמערכת האזרחית, ו"פתרון" עקום מבפנים

תביעות נזיקין בגין עגינות וסרבנות גט.

בג"ץ מרכז צדק לנשים: קרן עגונות היא קרן המנוהלת תחת בתי הדין הרבניים, אחראית על איסוף כספים איתם יהיה ניתן לשלם לסרבני גט בתמורה למתן הגט. העתירה תקפה חזיתית את הקרן וטענה כי זוהי סחטנות גט בחסות המדינה. הדילמה היא בין הפתרון מבפנים שניתן ע"י המערכת הרבנית, פתרון עקום לכאורה, לבין שחרור העגונה מעגינותה. מרכז רקמן נמנע להצטרף לעתירה זו. השופטת בייניש טענה כי "עניינן של הנשים אשר קצרה ידם של בתי הדין הרבניים ממציאת פתרון שיתירן מעגינותן". אמירה זו הינה בעייתית לדעתה של פרופסור הלפרין קדרי, מאחר והיא רואה באמירה זו השלמה עם אמירתם של בתי הדין הרבניים לפיה אין להם יכולת לשנות את עניין סחטנות הגט מאשר לפתור זאת בדרך הלכתית אחרת.

**שלושת מישורי הפתרון ההלכתיים**

הפתרונות ההלכתיים הינם פונקציה משולבת של נסיבות המקרה (עוצמת עילת הגירושין) עם האמצעים הננקטים (עוצמת הפעלת הלחץ).

1. **הרחבת עילות הכפייה והחיוב בגט**

ההלכה עצמה הכירה בכך שיש לא מעט מצבים בהם לא ניתן להשלים עם חיים לצד אדם מסוים. במקרה בו אותו אדם לא מסכים לגירושין, ניתן להפעיל עליו אמצעים על מנת לגרום לו לתת גט. בין היתר מצוינים מספר מקצועות אשר העיסוק בהן עלול להמאיס (חיצונית) את הבעל על האישה. עם זאת, המקרים המאפשרים הטלת סנקציות אלו בהם הכירה המשנה הינם מעטים וספציפיים מאוד. בהמשך, הגמרא הרחיבה את רשימת המושגים והכלילה בתוכה מצב בו הגבר אינו זן ואינו מפרנס את אשתו – אם מפני ריח הפה כופים, מפני חיי נפש כל שכן (אם במקרה של מיאוס חיצוני מתירים עילת כפייה, קל וחומר שבמקרה בו האישה נמצאת בסכנת חיים). הרחבה נוספת של הגמרא היא המצב בו הגבר אינו מסוגל להביא ילדים. נקודת המוצא היא שההלכה היא זו שטוענת כי ישנה עילת כפייה, היא זו המכירה בכך.

הרמב"ם, משנה תורה, הלכות גירושין, פרק ב הלכה כ: "מי שהדין נותן שכופים אותו לגרש ולא רצה, בית דין של ישראל מכין אותו עד שיגרש .. מאחר שהוא רוצה להיות מישראל והוא רוצה לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העבירות, ויצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה ואמר רוצה אני – כבר גירש לרצונו". יש פה אדם שרוצה לעשות את הדבר הנכון אך יצרו הוא שמסית אותו, והמכות נועדו לחלץ את האני האמיתי.

דין המורדת כממחיש את הרובד הפוליטי תרתי משמע

בהלכה היהודית, מורדת על בעלה היא אישה המסרבת לקיים את החובות המוטלות עליה במסגרת הנישואים, ובעיקר קיום יחסי אישות. לפיכך, מורדת היא אישה אשר אינה מעוניינת להמשיך חיי נישואים עם בעלה.

"דינא דמתיבתא" – תקנת הגאונים לפיה כל אישה שתאמר לבעלה כי היא אינו מעוניינת בו יותר (מורדת), כופין אותו מיד לגרש אותה שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה. חכמים הבינו באותה העת כי יש להם את הסמכות להרחיב את עילות הכפייה, זאת על מנת למנוע המרת דת סיטונאית ע"י כל אותן הנשים המצויות בחיי נישואין שהן אינן מעוניינות בהן.

הרמב"ם בהלכות אישות יד, ח: "כופין אותו לשעתו לגרשה, לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוא לה". כופים עליו לגרשה, שכן היא אינה שבויה ואינה מחויבת לקיים יחסים עם אדם המאוס עליה.

רבינו תם אינו מקבל את השיטה האמורה, משום "דניחוש שמא עינה נתנה באחר". דברים דומים ניתן לראות בדברי הרא"ש: "בנות ישראל בדור הזה שחצניות הן. אם תוכל האישה להפקיע עצמה מתחת בעלה באמרה לא בעינה ליה, לא הנחת בת לאברהם אבינו יושבת תחת בעלה, ויתנו עיניהם באחר וימרדו בבעליהן". בפסק דין גז ראינו את השימוש בסנקציות של רבינו תם, כך שמצד אחד רבינו תם עצר עילת המורדת מלשמש עילה לכפייה, אך מצד שני אמר שלא נכפה אך ננקוט בכל מיני דרכים שיתמרצו את הבעל לתת את הגט – לא ייסחרו ויתנו איתו, לא יקיימו עימו מניין וכו'.

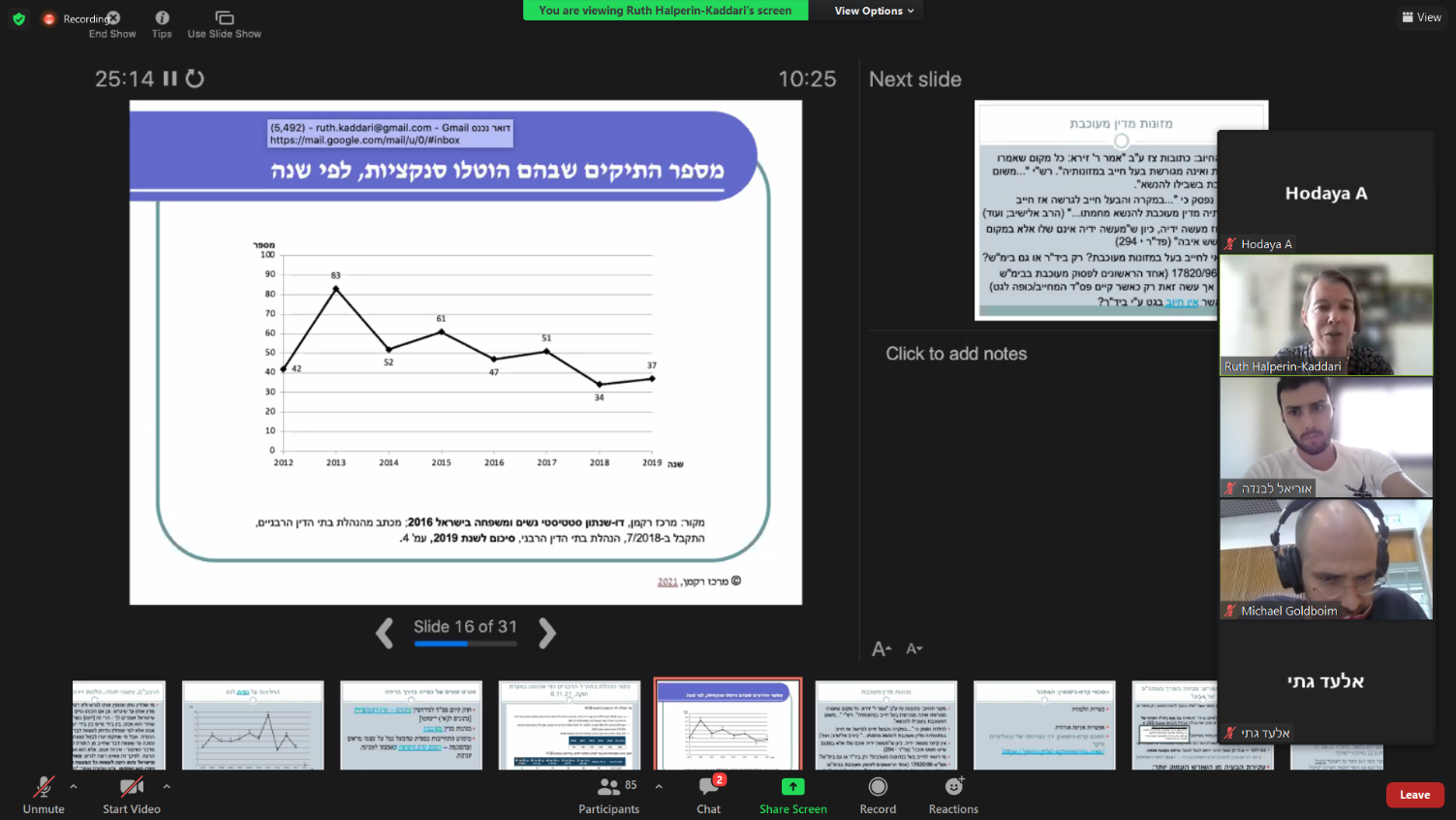
ניתן לראות ניסיון רחב להגיע למצב של גירושין ללא אשם לפי דרישה של צד אחד ומתן חשיבות גבוהה לרצונה של האישה בכל הנוגע לגירושין, אך תהליך זה נעצר. מאמרים אקדמאיים רבים נאמר כי בשנים האחרונות נעשה מהפך בבתי הדין הרבניים – לפיו כאשר זוג חי כשנה וחצי בנפרד ושניהם לא רוצים לחיות יחד אך הבעל אינו מעוניין לתת את הגט, ניתן לחייבו ואף לכפות עליו לתת את הגט. מכאן ניתן לראות כי בתי הדין הרבניים אכן עושים שימוש בשיטות אלו, עדיין בדרך המסורתית.

שיעור מס' 11, 14.11.2021

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

שימוש באמצעי לחץ שמזרזים את מתן הגט אך אינם נחשבים אמצעי כפייה ממש, והם מותרים רק כאשר קיימת עילת כפייה של ממש. מצד אחד מדובר בהגבלות הכוללות בתוכן הרחקות חברתיות (הרחקות רבינו תם, כפי שתוארו בפס"ד גז/השיימינג), ומצד שני אמצעים אלו מוגבלים מכוח חוק הסנקציות. אמצעים אלו אינם נחשבים אמצעי כפייה ולכן השימוש בהם מותר, אך השפעתם יכולה להיות אפקטיבית. אמצעים אלו נועדו למניעת מתן גט מעושה, תוצאה היכולה לקרות במקרים בהם נעשה שימוש באמצעי כפייה של ממש במקרים בהם לא הייתה עילה מספקת לשימוש בהם.

סוגים שונים של כפייה בדרך ברירה

1. חוק הסנקציות (חוק קיום פס"ד לגירושין): חוק זה הוא הדוגמא האולטימטיבית בה מוצג תרגום של כלי הלכתי לשפה מודרנית, לאמצעים של מדינה מערבית דמוקרטית. חוק זה למעשה הינו המחשה של הסוגים של אותן אמצעים שאינם אמצעי כפייה של ממש. במדינה מודרנית, הגבלת זכויות האזרח בנויה כך שהשיא במדרג זה הוא שלילת החירות וחופש התנועה (איסור יציאה מהארץ/מאסר), לפני כן שלילת רישיון מקצועי, הגבלת חשבון בנק ועוד. כאשר נחקק החוק בשנת 1995, הרב אלי דהן נהג לומר כי חוק זה עובד בצורה מצוינת. עם זאת, שאלת האפקטיביות של הסנקציות תלויה במידת השימוש בהן, וע"פ נתונים ניתן לראות כי השימוש בהן לא נעשה בצורה שכיחה. בנוסף, ניתן לראות הבדלים בשימוש בסנקציות בין בתי הדין הרבניים הליברליים יותר לבין בתי הדין השמרניים יותר.
2. מזונות מדין מעוכבת: ההלכה מטילה על הבעל חובה לזון את אשתו. מזונות מדין מעוכבת קמים כאשר האישה נמצאת במצב מאוד מיוחד – **מגורשת ואינה מגורשת** (כתובות צז ע"ב). זהו מצב בו הבעל העביר לאישה את הגט אך הניח את הגט לא בארבע אמותיה בצורה מדויקת אלא במקום מרוחק יותר, מצב של ספק האם נחשב כי האישה קיבלה את הגט או לא מטעמים טכניים (ספק גירושין). רוב הפוסקים קבעו כי במצב בו אישה מעוכבת מלהינשא לאחר בשל הספק במתן הגט בצורה הדרושה, האיש חייב במזונותיה. מצב זה הורחב למעשה למקרים בהם הבעל חייב לגרש אך אינו מגרש, אשתו נחשבת כמעוכבת והוא חייב במזונותיה, אשר יכולים להיות גבוהים מאוד לאור העובדה שאין קיזוז (קיזוז שכרה של האישה מסכום המזונות להם התחייב הבעל, למניעת האיבה ביניהם). נשאלת השאלה מי רשאי לחייב את הבעל למזונות מעוכבת: בתי הדין או הערכאה האזרחית. **תביעת המזונות היא בסמכות בית המשפט לענייני משפחה.** עם זאת, לצורך בירור המזונות וגודלם, ישנה שאלה נגררת האן ישנה עילת גירושין נגד הבעל – ולכן ביהמ"ש לענייני משפחה רשאי לדון בנושא זה. עם זאת, אין הלכה פסוקה המתירה זאת. מצב זה משקף תמונה נוספת של ריב סמכויות בין שתי הערכאות השונות, זאת ללא הבהרה ברורה בנוגע לדין במקרה בו אין עילת גירושין ברורה.
3. הסכם קדם נישואין כאמצעי למניעת עגינות: התחייבות כספית שהבעל נטל על עצמו מראש ובהסכמה, בהתקיים נסיבות מסוימות. זהו הסכם המסדיר הטלת סנקציות במקרה בו אחד הצדדים מסרב לתת/לקבל גט. האתגר בהסכמים אלו הוא שהם יהיו כשרים מבחינה הלכתית, ובה בעת בעלי אפשרות אכיפה מבחינה אזרחית. כיום הרכבי בתי דין רבניים רבים מתעקשים כי אין אף הסכם קדם נישואין כשר הלכתית, ובמקרים בהם יופעל מנגנון כזה או אחר קיים החשש של גט מעושה. ישנם מספר סוגים של הסכמי קדם נישואין אותם קואליציית עיקר ניסתה לקדם, אשר מנסים להכניס את עניין הסכמי הקדם נישואין כצעד בלתי נפרד מהליך הנישואין – הסכם לכבוד הדדי, הנספח הישראלי לכתובה, שטר לנישואין בצדק (הסכם ותנאי), הסכם מאהבה. מעשית, מרכז רקמן לא קידם או עומד מאחורי הסכם מסוים, לאור העובדה כי לא היה ניתן לדעת באופן מוחלט שהסכם זה יכובד/יופעל ע"י בתי הדין הרבניים או ע"י מערכת האכיפה האזרחית. ניתן לראות כי עד היום לא כובד אף הסכם קדם נישואין, וכי הדבר מתחלק לשניים – או שהזוגות לא מתגרשים, או שהם מתגרשים בדרך הרגילה של גירושין ברבנות.

עד כאן השימוש באמצעים המרחיבים את מנגנון כפייה עקיפה או כפייה בדרך של ברירה, זאת במקרים אין עילה ממשית לגט.

1. **שימוש במנגנונים העוקפים את הצורך במתן גט ע"י הבעל**

אמצעים המייתרים את הצורך למתן הגט ע"י הבעל.

1. הפקעת קידושין: מבוססת על הנאמר בגמרא, לפיו הקידושין נתלים בסמכות החכמים ועל כן לחכמים עומדת הסמכות להפקיע ממנו את הקידושין – כל מקדש עושה זאת על דעתם של חכמים, ועל כן הם צד לנישואין ובהתאם לכך, צד לגירושין. לאורך הדורות חכמים התקינו תקנות למצבים המאפשרים הפקעות גירושין, מקרים אלו מצומצמים למצבים בהם הבעל החל בהליך מתן הגט או למקרים בהן קיים החשש בו נשים לא יוכלו לחזור לבעליהן. עם זאת, הדעה המקובלת בקרב פוסקי ההלכה כיום היא כי כלי זה אינו אפשרי לביצוע.
2. ביטול קידושין: מנגנון הלכתי משפטי אשר מכיר בקידושין כסוג של חוזה, כמו כל עסקה מסחרית אחרת בה קיימות עילות לביטול החוזה. לפיכך, **במקרים בהם התגלה פגם כזה או אחר המאפשר ביטול של העסקה (בהנחה ובמקרה בו הפגם היה ידוע מראש לא הייתה מתקיימת העסקה), ניתן לבטל את העסקה**. ניתן לראות בגמרא מספר דוגמאות בהם מדובר על מצבים של טעות בהתקשרות חוזית או של פגמים בחוזה, מה שמאפשר יציאה ממנו. פרקטיקה זו מופעלת כלפי סרבני גט קשים בטענת "**מקח טעות**". בנישואין חייבים שיהיו 2 עדים, העדות היא המכוננת את הקידושין. לכן אם זוג הסריט את עצמו עושה את הטקס הם עדיין לא נישואין. ביטול הנישואין 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). עם זאת, בגמרא נכתב כי "טב למיתב טן דו" – אישה תמיד תעדיף להיות נשואה מאשר לחיות לבד. הוויכוח בימינו הוא האם זוהי באמת חזקה מוחלטת. בזמנו, הרב רקמן סבר כי זוהי אינה חזקה מוחלטת והיא אכן ניתנת לסתירה, זאת מאחר ובימינו עם שינוי התפיסות המגדריות ועליית הפמיניזם, יש מקום לבחון אמירה זו מחדש. זוהי הדרך בה נקט ביה"ד הפרטי של הרב שפרבר בפרשת גורודצקי, וזוהי דרכו של ביה"ד הבינ"ל לבעיות עגונות (פרשת בן מנחם). בפרשת בן מנחם נאמר כי אמנם הגמרא התייחסה למומים אשר אינם רלוונטיים לימים אלו, אך הרעיון הוא כי במידה וידעה מראש על פגם כזה או אחר בבעל ולא הייתה מתקשרת בחוזה הזה – הדבר נכלל בגדר מקח טעות.

שיעור מס' 12, 17.11.2021

ניתן לראות בעשור האחרון מלחמות פנימיות בין הזרמים השונים בדת, זאת מתוך מאבק על מקומות הדיינים ועל מינויים. קבוצות שונות מהזרם החרדי מנסות להטיל וטו לשם חיזוק המועמדים שלהם לדיינות ואף על מנת להתערב במינוי הדיינים מהציונות הדתית.

**עקרון סופיות הדיון** אינו מצוי במערכת המשפט הדתית, שכן ערכאה עליונה יכולה לבטל החלטת ערכאה שנייה. במקרה של הכרעה לביטול גירושין, ערעור של הבעל יכול להביא לביטול של ביטול הגירושין. עולה השאלה האם עתירה לבג"ץ יכולה לפתור נקודה זו – האם לבג"ץ עומדת הסמכות להתערב בהכרעת ביד"ר ולבטלה. התערבות תוכנית (מבחינת התוכן) בהכרעת ביד"ר תביא לחריגה מסמכות בג"ץ ולפגיעה בחוק בתי דין רבניים. אם כך, **עתירה לבג"ץ תעסוק בפרוצדורה – בביטול ההליך הראשון.** הבקשה מבג"ץ תהיה להגיד כי הדיון השני של ביד"ר נעשה תוך חריגה מסמכות, ההליך הדיוני עצמו נעשה שלא בסמכות ולא עצם ההכרעה.

פרשת העגונה מצפת: בני זוג היו נשואים, הבעל עבר תאונת דרכים קטלנית והפך ל"צמח". אחרי מספר שנים, מגישה האישה תביעת גירושין. ביה"ד הרבני בצפת סידר בעבורה "גט זיכוי". לאחר דברים אלו מוגש ערעור לביה"ד הגדול, מצד אדם המכונה 'פלוני', בטענה שביה"ד האזורי קיבל את החלטתו שלא בסמכות. פלוני טען כי במידה והגט הזה פסול ולא כשר, אותה אישה עדיין תיחשב נשואה, עדיין תהיה אשת איש, ואם היא תינשא לאיש אחר, בהסתמך על אותו גט פסול, והיא תלד ילדים, הם יהיו ממזרים ואולי הילדים והנכדים של אותו יהודי ירצו להתחתן עם אותם ילדים ממזרים של אותה עגונה כביכול. לשיטתו הדבר מצדיק את רצונו להתערב במערך הנישואין והגירושין של אותה אישה עגונה ובעלה הצמח. לאחר שבית הדין האיזורי לא קיבל את הערעור, פלוני ערער לביה"ד הרבני הגדול והוא מחליט לקיים דיון בערעור על אף שפלוני לא היה צד להליך תביעת הגירושין. האישה מבקשת כי בג"צ יורה על ביטול החלטה זו. כאשר בית הדין הרבני הגדול החליט לדון בערעור, הוא פינה יום שלם ושיבץ את כל הדיינים, זאת על בסיס טענה כי הוא דן אך ורק בשאלה הפרוצדורלית – האם לאותו יהודי זכות לערעור. לאור העובדות ופעולותיהם של הרבנים לקראת הדיון, היה נראה כי בית הדין הרבני תכנן להיכנס לעומק המהותי של פסק הדין, ללא הסתפקות בדיון זכות הערעור של אותו פלוני.

מפסק הדין נראה כי בית הדין הרבני האזורי היה מאוד אמפטי למצבה של העגונה וניסה לסייע לה. הכלל אותו ניסו להפעיל, **"גט זיכוי", הוא ביצוע פעולה שאדם סביר להניח היה עושה אם היה נוכח ושהייתה מיטיבה איתו, שלא בנוכחותו.** זאת בהנחה שהיה מדובר בזוגיות טובה ואם הבעל היה מודע למצב כזה בו האישה אינה יכולה להשתחרר מהנישואין, הוא היה מסכים שיינתן גט עבורה – מדובר בפוטנציאל עצום לסיוע למצוקת העגינות.

האישה הגישה עתירה לבג"צ בו היא דרשה לבטל את הדיון האמור, וזאת לפי סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה, בו בג"צ מוסמך להורות על אי-קיום דיון, וזה מה שבג"צ עשה בהובלת השופט רובינשטיין. בפסק הדין השופט רובינשטיין עושה הבחנה מאוד ברורה בין מהות למעטפת: "שאלת התרת העותרת מעגינותה היא שאלה הלכתית סבוכה ומורכבת.. בשאלה הלכתית זו כשלעצמה אין בכוונתנו להתערב.. **עניינינו כעת בפן הדיוני בלבד..".** לבסוף השופט רובינשטיין אומר כי פלוני לא היה צד להליך המשפטי שהתנהל בין העותרת לבין בן זוגה. פסק דינו של בית הדין האזורי לא פגע כהוא זה במערך זכויותיו או חובותיו עובר לנתינתו, ובמובן זה נעדר הוא כל מעמד ביחס לאפשרות להשיג עליו. לפלוני גם לא עמדה כל זכות מעיקרא להצטרף כצד להליך שעה שזה נוהל בבית הדין האזורי, אילו ביקש זאת. התוצאה של בג"ץ אכן מביאה להכרעה הלכתית, אך זוהי אינה הכרעה ישירה של בג"ץ בנוגע לתקפות גט הזיכוי. אין עיסוק בתוקפו של הגט, אלא בפן הדיוני בלבד.

בשורה התחתונה – **העתירה לבג"ץ לא תיעשה כאקט ראשוני, יש לערער לבית הדין הרבני הגדול**. לאחר מכן, התערבותו של בג"ץ בפסיקת ביד"ר תעסוק בפרוצדורה ובהליך הדיוני שנעשה, ולא בשאלת הנוגעת לסוגיה ההלכתית עצמה.

1. קידושין על תנאי: עקרון המתכתב עם דיני חוזים, אשר אומר כי **כל עסקה ניתנת לתלייה בתנאי מתלה/מפסיק**. ברוב המקרים, מדובר בתנאי מפסיק – כדוגמת הכנסת תנאי בגירושין/בכתובה עצמה או בתוספת לה, לפיו קידושין אלו שרירים וקיימים כדמו"י כל עוד אין פסק גירושין אזרחיים. ברגע שאותם בני זוג יהיו גרושים ע"פ דין מקומי אזרחי במקום בו הם מתגוררים, כך גם הקידושין ההלכתיים בטלים. אין תשובה האם בטלים רטרואקטיבית או שמא מכאן ולהבא. מנגנון זה יכול לעבוד טוב כאשר אנו מצויים במצב של שיטת משפט כפולה – קל להגדיר את התנאי המפסיק. בישראל קשה יותר לנסח תנאי מפסיק, שכן אין מערכת אזרחית המוסמכת להתעסק בנישואין וגירושין. ניתן להתנות את הקידושין במשך זמן המגורים יחד (תקופה ממושכת בה לא גרו ביחד) ובכך להכניס את התנאי לפעולה. זוהי דרך משפטית חוזית, אך אין תנאי בקידושין – כלל שנקבע בחוברת פוסקים במאה ה19. אלו בעיות עומק תשתיתיות של העם היהודי, מרגע בו קהילות יהודיות מצאו עצמם במצב של נישואין וגירושין אזרחיים. ביקורת הפוסקים על תנאי מפסיק בקידושין סבבה סביב העניין כי דבר זה מערער את יסודות קדושת העם היהודי, תליית נישואין על בלימה.
2. הרשאה למתן גט: מתן גט ע"י שליח/ע"י בית הדין. מנגנון שפיתח הרב גורן. נכנס בדיני שליחות, שימש ככלי במלחמת העולם השנייה. יש שעושים בו שימוש גם כיום במצבים בהם חיילים יוצאים לקרב מבלי שיודעים מה יהיה בגורלם. ישנה עמדה הלכתית מאוד מוצקה לפיה גם במקרה בו הבעל ייפה כוח להעניק גט במקומו, במצב בו הזוג חי ביחד הדבר מבטל את ייפוי הכוח.
3. גט זיכוי: הליך לפיו **בית דין רשאי "לזכות" את האישה בגט מטעם בעלה, בהתקיימם של תנאים מסוימים, גם מבלי לקבל את הסכמתו המפורשת לכך.** כלל זה נובע מהפסוק "אין חבין לאדם שלא בפניו, אבל זכין לאדם שלא בפניו" – אין אפשרות להטיל חיוב על אדם בניגוד לרצונו, אך ניתן לזכות אדם שלא בפניו. רעיון זה מיושם במצב בו לבעל אין יכולת לתת גט, הוא אינו בעל כשרות משפטית להעניק את הגט לאשתו אך הוא עדיין בחיים ועל כן אשתו עדיין נחשבת אשת איש. במקרה הפוך, הבעל מקבל היתר מאה רבנים מאחר והאישה אינה יכולה לקבל את הגט. דבר זה ניתן מאחר וברור לכל כי אע"פ אי יכולתו של הבעל להעניק לאשתו את הגט, סביר להניח כי היה מעוניין שתחיה חיים טובים ותוכל להמשיך הלאה. פס"ד מובהק בנושא זו הוא פסק דינה של העגונה מצפת. כמובן שבמקרים בהם הבעל אכן כשיר משפטית לתת את הגט והוא אינו מעוניין בכך, האישה אינה עגונה אלא מסורבת גט ועל כן לא ניתן לתת את גט הזיכוי.
4. קידושין לא קנייניים – עקירת הבעיה מהשורש: השורש של הבעיה הוא אותו אקט של קניין האישה ע"י הבעל. מעשה הקניין הוא היוצר את האקסקלוסיביות של האישה לבעלה ומכאן את איסורה על כל אדם אחר. עולה השאלה האם יכולה להיות דרך לגיטימית לחיים משותפים כבני זוג ללא קיום הקידושין – ובעלי הלכה רבים עונים שהדבר אפשרי. התשובה לכך היא היתר הפילגשות של הרמב"ם, אשר אומר כי איש יכול שיהיו לו מספר נשים ומספר פילגשים (אישות ללא קידושין). לפיכך, אם בני זוג חיים בקשר מונוגמי ושומרים על כל דיני טהרת המשפחה, אמנם הדבר אינו עונה על מבנה רצוי של המשפחה אך הוא איננו אסור ואף מותר.

מכת הנגד, נשק יום הדין: תנאי בגט וביטול גט

במאבק הסמכויות בין המערכת האזרחית למערכת הדתית ניתן לראות כי טריטוריית המערכת האזרחית הלכה וגדלה. דבר זה מתבטא בהגדרת מבחני הכריכה, בהוצאת סמכות הדיון ברכוש מהמערכת הדתית, מתן המעמד העצמאי לילדים המעוניינים להיאבק מחדש על זכויותיהם, ובאופן כללי בביקורת השיפוטית של המערכת האזרחית על הערכאה הדתית.

מכת הנגד ממחישה לנו את הנשק הלא קונבנציונלי שביד"ר מצא בהקשר הגט, זאת על מנת להחזיר לעצמו את אותן הסמכויות שנלקחו. מדובר במקרה בו הבעל מוכן לתת גט בתנאי מסוים, כדוג' הדרישה שיפתחו מחדש את כל הנושאים שנסגרו בערכאה האזרחית וידונו בהם בביד"ר. **ביד"ר מחזיר לעצמו את הסמכות תוך מתן לגיטימציה לתופעת הבעלים הסרבנים – החזרת הדיון בכל הנושאים לדיון בביד"ר, תנאי שיתקבל ע"י חלק מבתי הדין הרבניים (לא כולם).** בית דין המאפשר תנאי למתן גט, לא ידון בתביעת הגירושין אלא יקפיא את הכל על מנת להשיב לעצמו את אותן הסמכויות. בגישה זו האישה אינה מסורבת גט מאחר והאישה מעגנת את עצמה, שכן היא המסרבת להסכים לתנאים המאפשרים את מתן הגט. הגישה הרדיקלית במקרה זה יכולה להביא למצב בו במידה ואישה הסכימה לתנאים אלו, ילדיה יכולים לפנות לביהמ"ש לענייני משפחה בהמשך בכל הנוגע לתנאים הנוגעים להם. במקרה כזה, ביד"ר יבטל את הגט באופן רטרואקטיבי ואותה אישה תחזור להיות אשת איש, שכן התנאי עליו ניתן הגט בוטל (פרשת אברהם). **לפיכך, בית דין רבני אשר מאפשר מתן גט בתנאי, מאפשר ביטול גט עתידי והפיכת האישה לאשת איש מחדש**. עתירה לבג"ץ בעניין ביטול גט במצב כזה אינה מתאפשרת מאחר וזוהי שאלה היורדת לליבת כשרות הגט, דבר אשר אינו מצוי בסמכותו של בג"ץ.

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

דיון בשאלה האם פיצויים נזיקיים בגין סרבנות גט יכולים להוות תגובה למכת הגט (התנאת הגט וביטולו), שכן הגט כולו מצוי בסמכותו של ביד"ר ובג"ץ לא יכול להתערב בהכרעה זו. במאזן הכוחות בין האיש לאישה במשוואה זו – כלי ביטול הגט מטה את הכף לטובתו של האיש על פני האישה. כתגובה לכך, המערכת האזרחית מעניקה את הכלי של פיצויי נזיקין בגין סרבנות גט.

ביד"ר הבין כי ברגע שניתן לתבוע פיצויים בגין סרבנות גט, הדבר מעניק כוח לצד המסורב – מה שעלול להביא לפחיתות הכוח לצד המסרב (לרוב הבעל). דבר זה יכול להביא להפחתה בהתנאות גט, ובכך לוקח בחזרה את הכוח והסמכות שהשיגו לביד"ר בחזרה ע"י אישור מתן גט בתנאי. הדבר חידד את ההבנה כי יש לדון בהיות סרבנות הגט דבר פסול, אך את הסמכות לדון בנושא יש להשאיר ברשותם של בתי הדין הרבניים בלבד. בנוסף, במידה ונושא זה יינתן לדיון בערכאה האזרחית יכול להיווצר מצב של מתן גט מעושה. על אף דבר זה, ניתן לראות כי הגשת תביעת הנזיקין אכן מועילה כנגד סרבני הגט והיא מהווה כלי עוצמתי המאפשר למסורבות גט להשתחרר. ברוב המקרים, תביעת הנזיקין מתבטלת במתן הגט.

בע"מ 3151/14 (דינה של סרבנות גט במשקפיים אזרחיות, והאם במצב בו אישה מסרבת לגט דבר זה משליך על שאלת זכותה למזונות): אישה שהייתה עקרת בית לאורך 35 שנות נישואיה. בעלה עזב את הבית והיא מסרבת לקבל את הגט, מאחר ואין לה שום יכולת השתכרות. תביעתה לחלוקת הרכוש ע"פ ס'8(2) לחוק יחסי ממון, המאפשר להעניק חלק יותר גדול לאחד הצדדים התובע את איזון המשאבים, נדחתה. ביהמ"ש לענייני משפחה קבע כי היא סרבנית גט, אך ביד"ר לא הטיל חיוב בגט. פס"ד זה סובב סביב שתי שאלות: שאלת הסמכות ושאלת המהות. **עניין הסמכות** – האם לביהמ"ש האזרחי עומדת הסמכות לפסוק כי האישה הינה סרבנית גט גם כאשר ביד"ר לא הוציא פס"ד כזה (לא מצא עילה לגירושין). דבר זה משיק לנושא הנזיקין – מתי ניתן לפסוק שקיימת סרבנות המחייבת בפיצויים, בפסיקת ביד"ר או שמא המערכת האזרחית רשאית לקבוע זו בעצמה. גורם הסרבנות עמד בבסיס הדיון במובן של האם בשל הסרבנות היא אינה תהיה זכאית למזונות. רובינשטיין וזילברטל טוענים כי השאלה בדבר אוטונומיית הערכאה האזרחית לדון בשאלת הסרבנות בעלת השלכות: במידה והערכאה האזרחית אינה אוטונומית אלא הדבר נמצא בהכרעת ביד"ר בלבד, המשמעות תהיה שהערכאה האזרחית לא תוכל לעולם לפסוק לתביעת פיצויים בגין סרבנות. משכך, לערכאה האזרחית עומדת הסמכות לדון בשאלה האם האישה סרבנית או לא. ברק-ארז **מפרידה בין הדיונים**. לדבריה, לערכאה האזרחית אין סמכות להכריע בכך וכי היא כפופה למערכת הרבנית. לטענתה אין סימטריה בנושא זה, וקציבת מזונות אינה שווה לפיצויים נזיקיים. עם זאת, באמירה כי לערכאה האזרחית אין סמכות לדון בנושא קציבת מזונות, אין הדבר אומר כי לערכאה האזרחית אין סמכות לדון בעניין הפיצויים. עיקר פסק דינה הוא **עניין המהות** – אי אפשר לקצוב את הזכאות למזונות על רקע סרבנות, רעיונית לא נכון לומר כי סרבנית גט אינה זכאית למזונות. המשפט בישראל לא נותן לנשים אלו מענה מניח את הדעת, ולכן אין הצדקה לשימוש בכלי המזונות ולקצוב אותו בזמן על מנת להביא לקבלת הגט. רובינשטיין וזילברטל נחלקו בנושא.

בע"מ 997/15 (פיצויים נזקיים בגין סרבנות גט): אישה סרבנית. הבעל המסורב קיבל היתר לשאת אישה אחרת (לא מיידית, לאחר 5 שנים), והגיש תביעת פיצויים נזקיים. המחוזי חייב פיצויים רק מיום קבלת החיוב בגט (אשר הגיע תוך שנה) אך הפחית מהיום בו קיבל היתר לשאת אישה אחרת. הטענה הייתה כי ברגע שנישא מחדש, הוא אינו זכאי לפיצויים. פס"ד שדן ישירות בשאלת פיצויים נזקיים בגין סרבנות גט. שאלת הסמכות העקרונית של ערכאה אזרחית להכריע בתביעות פיצויים נזקיים בגין סרבנות גט נותרה פתוחה, אין הכרעה בנושא. פס"ד זה היה אמור להכריע בשאלה זו, אך השופט מלצר לא נתן את הרשות לערער ולפתוח את השאלה לדיון, בטענה כי מקרה זה אינו המקום לכך בשל אי הסימטריה. במקרה בו ימצאו לנכון להעלות את שאלת הסמכות יהיה במקרה הקלאסי של סרבנות מצד הגבר. אישר את פס"ד של המחוזי.

בשני מקרים אלו, סרבנות הנשים שונה לגמרי. במקרה הראשון לאישה לא הייתה שום ברירה אלא להילחם על קבלת מזונות כדי להמשיך להתקיים. במקרה השני, לסרבנות האישה לא נמצא נימוק מתאים ולא ברור מדוע סירבה לקבל את הגט.

**הזכות לנישואין, מגבלותיה, מצוקת הנישואין ונישואין מחוץ לרבנות**

הזכות לנישואין

הזכות לנישואין הינה זכות אדם בסיסית והיא מעוגנת באמנת זכויות האדם ובאמנה לביעור האפליה נגד נשים. מדינה חייבת להבטיח זכות לנישואין לכל אזרחיה ותושביה. בשיח של זכויות אדם בינ"ל, הזכות לנישואין כוללת את הזכות לשוויון בנישואין בכל אחת משלושת שלבי הנישואים: ביצירת הנישואין, במהלכם ובפירוקם. ישראל, כמדינה יהודית דמוקרטית, מפרה מחויבות זו והפרות אלו נעוצות באפליה הן על בסיס לאום ודת והן על בסיס מגדר.

**מגבלות על הזכות לנישואין**

מגבלות אוניברסליות

* גיל מינימום, שינוי אחרון בנובמבר 2013, גיל המינימום של האיש והאישה היה שונה
* ריבוי נישואין, עבירת הביגמיה כעבירה פלילית ע"פ חוק העונשין
* קרבת משפחה מדרגה ראשונה
* בני אותו מין (כבר לא, השתנה במשך השנים האחרונות)

מגבלות בישראל הנובעות מההלכה היהודית

1. **אסורים ובטלים:** מגבלות הקבועות מ**דאורייתא**, אשר קשר העובר עליהן בטל מלכתחילה (חסר משמעות הלכתית). התוצאה של קשר כזה, היא ילדים ממזרים. קרבת משפחה מדרגה ראשונה, אשת האח שהתאלמנה כאשר אין דין ייבום, אחות אשתו, אשת איש.
2. **אסורים מלכתחילה, תופסים בדיעבד:** מנועי חיתון. חייבי לאווים מדאורייתא ושניות לעריות, תוספות של חז"ל לאיסורי החיתון. כהן לגרושה/חלוצה/גיורת, יהודי/ה לממזר/ה, אשת איש שזנתה אסורה לבעלה ולבעולה לאחר גירושיה. אף שיש כאן איסור מלכתחילה, אם נעשה טקס קידושין הלכתי האישה נחשבת נשואה וילדיה אינם יחשבו כממזרים.

קבוצות מצוקה בישראל

* מנועי/פסולי חיתון אשר הקידושין ביניהם אסורים מלכתחילה, אך תקפים בדיעבד
* זוגות בני דתות שונות
* עגונות/מסורבות
* בני אותו מין

אלו הן קבוצות של תושבי ישראל אשר נמצאים במצוקת נישואין בשל מגבלות הדין הדתי. לצד מגבלות אלו, יש את אלו שאינם מוכנים להינשא בדרך הקיימת בישראל (דרך הרבנות) ממניעים אידאולוגיים. הם מתנגדים לקיום טקס של דת שהם לא מאמינים בה, ע"י ממסד שהם מתנגדים לו ודעתם היא שהמונופול הנתון לו הינו פסול.

**שאלת ההכרה בקידושין הפרטיים**

* **שלב א': קידושין פרטיים בשנות ה60**

שלושת מרכיבי הטקס ההלכתי: שני עדי קיום כשרים (גברים בגירים שומרי מצוות), הקניית כסף (או שווה כסף) בין האיש לאישה, בליווי המילים: "הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל". אלו שלושת המרכיבים ההכרחיים לנישואים בישראל. יצירת המעמד של נישואין תקפים ההופכים אישה לאשת איש יכול להתרחש בסתר, מה שאפשר נישואין פרטיים.

שיעור מס' 13, 21.11.2021

ההבחנה בין המישור המנהלי-רישומי לבין המישור המשפטי-מהותי בנושא הנישואין היא מעט יותר מורכבת מאשר בנושא הגיור. הנישואין היחידים שמקנים את הרישום הם נישואין כדמו"י והנישואין האזרחיים הנערכים מחוץ לישראל, אשר יוכרו במישור האדמיניסטרטיבי. עם זאת, אין לדעת האם הם תקפים מבחינה מהותית.

טקס נישואין פרטי בין בני זוג אשר לא חלה עליהם אף מגבלת חיתון – תופס והזוג נחשב כנשוי. גם זוג שאסור מדרבנן (שניות לעריות) אשר ערך טקס נישואין פרטי (כדוג' כהן עם גרושה), הטקס תופס בדיעבד. נקודה זו הביאה לגל של נישואים פרטיים בשנות ה60. כיום, הדרכים להשגת הסטטוס מבלי להינשא ברבנות הן נישואין בארץ אחרת (דבר אשר היה מחוץ להישג ידם של רוב הציבור בעבר) ודרך המושג ידועים בציבור (אשר היה בהתחלתו). בעבר, דרכים אלו לא היוו אופציה או דרך חלופית לנושא, ולכן בשנים אלו תקף את ישראל גל של נישואין פרטיים. תופעה זו התרחשה בעיקר בקיבוצים של השומר הצעיר. זוגות שהתחתנו בהליך זה פנו לביה"ד לאחר שנישאו וביקשו כי יכיר בהם כזוג נשוי וירשום אותם. סעד הרישום לא בהכרח מעיד על **תוקף** הנישואין, אבל הוא מקנה להם זכויות. אם הטקס הזה תקף הלכתית, גם אם ביה"ד הרבני לא יכול להגיד חד-משמעית שהטקס תקף, הוא חייב להניח שיש כאן לפחות ספק קידושין ואז האישה יותר קרובה להגדרת "אשת איש" מאשר ל"פנויה". על כן, היא תהיה חייבת גט כדי להינשא למישהו אחר.

עם זאת, כאשר הגיעו אותן זוגות לפקיד הרישום על מנת להירשם, לפקיד הרישום לא עמדה הסמכות להכיר בהם כנשואים ללא התיעוד – הסמכות עמדה לבית הדין הרבני. בתחילה, ביד"ר הכיר בהם כנשואים לאחר בחינת מרכיבי הטקס אך לא אישר לרשום אותם ככאלה, זאת על מנת למנוע פעולה חוזרת ונשנית של נישואין פרטיים בין בני זוג אשר הם אסורי חיתון מדרבנן. הדבר שם את ביד"ר במלכוד, שכן אם לא יכירו בהם כנשואים האישה תיחשב כפנויה ויהיה חשש לממזרים, בעוד שאם יכירו בהם כנשואים הם יעודדו בכך את האקט האסור מלכתחילה (נישואי שניות לעריות). לאחר מכן, ביד"ר לא הכיר בהם כנשואים אך אסרו עליהם להתחתן עם כל אדם אחר. דבר זה לא עבד, מאחר ופקיד הרישום רשם אותם בכל זאת כנשואים.

בג"צ 51/69 רודניצקי נ' ביה"ד הרבני (כהן וגרושה): תקופה בה זוגות יהודיים רבים לא יכולים להינשא כדמו"י, רובם כוהנים וגרושות. אע"פ, זוגות רבים רוצים לבוא בברית הנישואין בשל הזכויות הרבות הניתנות בעקבות סטטוס זה – מעמד הנישואין מביא איתו חבילה שלמה של השלכות סטטוס שזוגות מאוד מעוניינים בהם. 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 הבין את הנקודה ונמנע מהכרעה בין העדויות הסותרות – לא מכריע בשאלת תוקף נישואי הזוג רודניצקי. הסיפור הזה מגיע לבג"ץ. בג"ץ מתערב בשאלת המהות של בית הדין הרבני, בה לכאורה הוא לא אמור להכריע. 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.

השורה התחתונה בפסק דינו של לנדוי היא הפרדה (יש שיאמרו מלאכותית) בין הרובד המשפטי-פוזיטיביסטי (התוצאה המשפטית המעשית) לבין הרובד האיסורי-דתי. לנדוי עושה שימוש באותו אפיון מאוד ייחודי של ההלכה היהודית ש**מטילה איסור מלכתחילה אך לא מייחסת לאיסור תוצאות של בטלות**. אותה קונסטרוקציה של **אסור מלכתחילה אך תופס בדיעבד** (אך ורק בנוגע לפסולי חיתון מדרגה שנייה) היא קונסטרוקציה אשר לא מוכרת באף מערכת משפטית אחרת, אך בהקשר זה של הנישואין ניתן לראות מצב בו קיים איסור דתי אך המעשה עצמו נושא תוצאות משפטיות-פוזיטיביסטיות. על בסיס הבנה זו, לנדוי בונה תזה שאומרת כי אותו סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים שאומר כי נישואין וגירושין ייערכו בישראל ע"פ דין תורה, קולט רק את הרובד המשפטי-פוזיטיביסטי של אותו דין תורה, ללא החלק האיסורי. אם נעשה מעשה האסור מבחינה דתית, האיסור לא חל על כלל היהודים בישראל (גם אלו שלא מאמינים), מה שנקלט זוהי רק התוצאה. הפוטנציאל של אמירה זו יכול להיות עצום, ונדון בהמשך האם הוא עודנו נמשך. לפיכך, מסקנתו של לנדוי היא כי אע"פ שמעשה היה אסור, בתור בג"ץ השורה התחתונה היא זו שתופסת – שהם אכן נשואים. **הסעד האופרטיבי הוא הרישום**, שכן לנדוי מורה לפקיד הרישום לרשום את הזוג כנשואים. סמכות בג"ץ לעשות כן נובעת מסמכותו לבקר את פעולת פקיד הרישום – אין פה ביקורת כלפי פס"ד הרבני, אין העברת ביקורת על העברת המהות של פס"ד הרבני (אשר לא הכריע בנושא מחוסר ראיות) אלא יש ביקורת על סבירות הפעולה של אותו פקיד רישום המהווה פונקציה אזרחית. זהו אחד מביטוייה של הסמכות הנגררת, שכן כדי להחליט האם פקיד הרישום אכן נהג כשורה יש לבחון את תוקף נישואי הזוג.

בנוגע לסעד, מי הם הזוגות אשר זכאים לסעד זה? בג"ץ מבחין בין שתי קבוצות המצוקה: מנועי חיתון (דרגה שנייה בלבד) לעומת פנויי חיתון. מנועי החיתון יזכו לסעד, פנויי החיתון לא. פנויי החיתון יכולים להינשא כדמו"י אך הם מתנגדים אידאולוגית ואין כל איסור המונע מהם להינשא ולהירשם כנשואים בישראל – בניגוד לקבוצה השנייה, אשר הם מנועי חיתון ואינם יכולים להירשם בצורה רגילה.

* **שלב ב': האופי המשתנה של הקידושין הפרטיים**

מטרת המבקשים את הטקס הפרטי כיום לעומת מבקשי הטקסים הפרטיים של שנות ה60: כיום, מבקשי הטקס הפרטי הם אותם אנשים אשר אינם מעוניינים ברישום כזוג נשוי, זאת לעומת אותם מנועי חיתון בשנות ה60 אשר מבחינה טכנית לא יכלו להתחתן ברבנות ולכן ערכו את אותם טקסים פרטיים. הרצון להימנע מרישום נבע מהרצון להימנע מהסכנות הכרוכות בשינוי הרישום במקרה של גירושין. חלק גדול מאותם הזוגות הינם זוגות הרואים עצמם מחויבים הלכתית, ועל כן הקידושין ייעשו בצורה הלכתית לחלוטין – ללא מעשה קניין וללא הרישום לאחר מכן.

במקרה והזוג ערך טקס דתי, השניים ייחשבו כנשואים ובמקרה ויבואו להתדיין – יידונו ע"פ הדין הדתי. במקרה בו זוג התחתן בחו"ל ע"פ הדין האזרחי ונרשם כזוג נשוי, שינוי הסטטוס יהיה גם הוא דרך ביד"ר. במקרה של זוג שערך טקס פרטי תוך הקפדה על כל מרכיבי הטקס הדתי – הזוג לא ייחשב כנשוי. מבחינה אדמיניסטרטיבית אין לדעת האם תהיה להם בעיה להירשם כנשואים, אך מבחינת הדין האישי החל עליהם הם נשואים.

התיקון האחרון לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) ומטרתו:

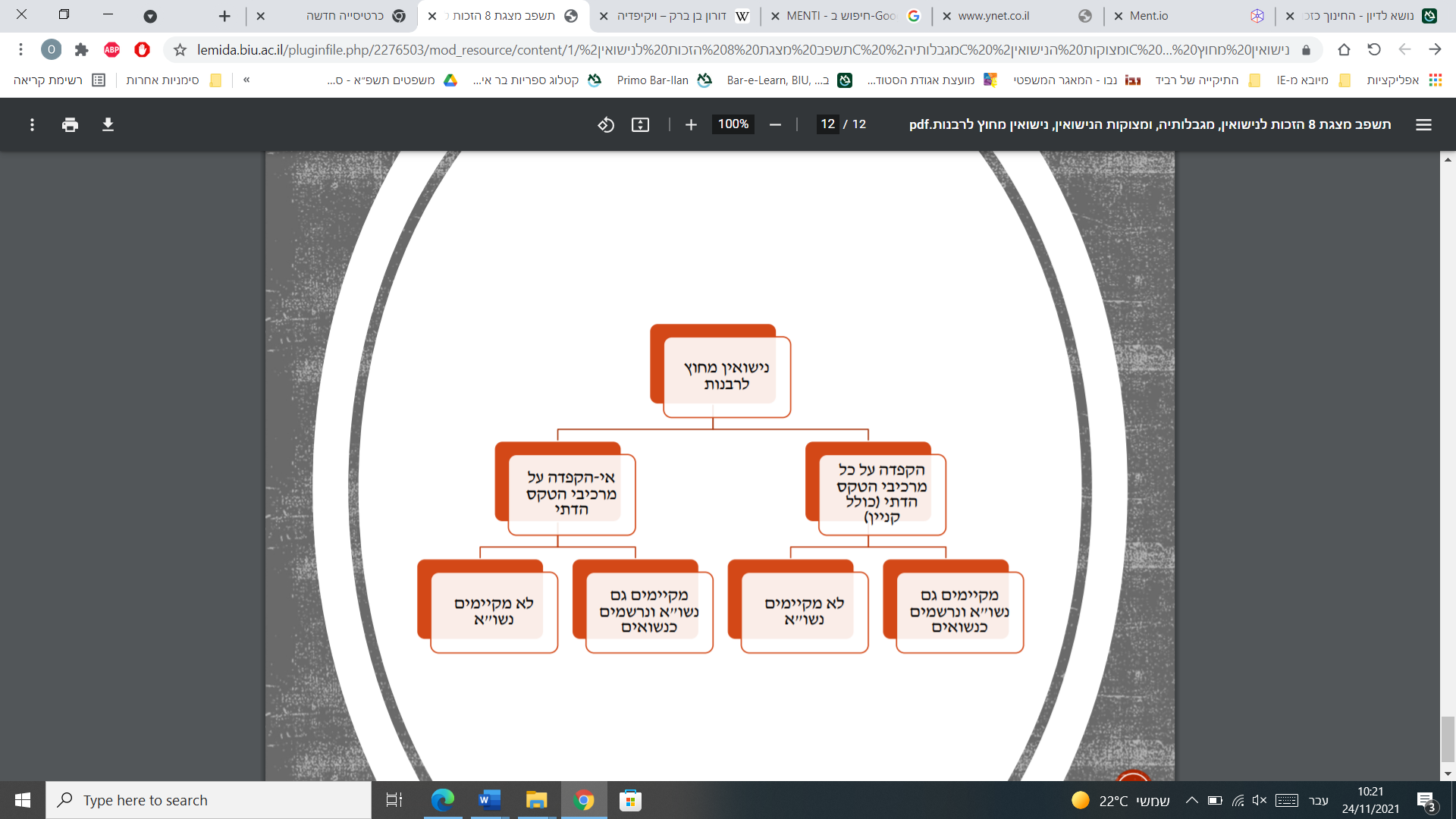
בשנת 2013 תוקנה פקודת הנישואין והגירושין (רישום) 1919. בין קריאה שנייה לשלישית ש"ס ויהדות התורה "הגניבו" תיקון במסגרת סעיף 7, לפיו החל משנת 2013 קידושין פרטיים-דתיים-הלכתיים בישראל הם עבירה פלילית:

**עבירה**

7.       כל שאינו דואג לרישום הנישואין או הגירושין שלו, או לרישום הנישואין או הגירושין שהוא סידר לאחר, דינו – מאסר שנתיים.

בישראל, הזירה מושקעת לגמרי בשאלות של כפייה דתית ושל דת ומדינה, ובדרך אין חשיבה על החשיבות העצומה בניהול מסודר של מעקב אחר סטטוס של אנשים. ישנה חשיבות עצומה בכך שהמדינה תוכל לדעת מי נשוי ומי לא, זאת עבור מתן זכויות סוציאליות, עבור מניעת תופעת הביגמיה, תכנון ערים וכו'. יכולת המדינה על רשויותיה לעקוב ולפקח על הסטטוס של אנשים מבחינת נישואין הינו צורך לגיטימי וחשוב – ובמידה רבה אף מגן יותר על נשים מאשר על גברים, הן מתופעת הביגמיה והן במתן הצורך להיות זכאית להטבות הנובעות מסטטוס הנישואין.

הממסד הרבני הבין שיש פה מהלך חתרני שיכול לערער את כל יסוד קיומו, ומי שהדאיגו אותם באופן מיוחד היו אותם דתיים שלא היו נגד הדת אלא נגד הממסד של הרבנות האורתודוקסית. 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.

מי שהיו מעוניינים לצאת נגד אותה עבירה פלילית היו **עמותת עיתים**, אשר פנו ליועמ"ש בבקשה להבהיר מי נכלל בהוראה הפלילית של האיסור על נישואין פרטיים בישראל. ארגון עיתים ניסה לצמצם את תחולת הסעיף וטען כי מי שנכלל בהוראה זו הם אלו שנישואים ביניהם יהיו תקפים לפי דין תורה ויוכרו מלכתחילה מטעם הרבנות ובכל זאת בחרו לערוך טקס מחוץ לרבנות. היועמ"ש הודה בכך שסעיף זה מנוסח בצורה שקשה להבין אותו (נוגד את עקרון החוקיות). עד כה עבירה זו לא הופעלה כלפי אף אחד. היה ניסיון של רב קונסרבטיבי שהורה להעמיד לדין אך בפועל לא קרה.

לסיכום, נישואים מחוץ לרבנות מתחלקים ל2 קבוצות:

* כל עוד אין טקס הלכתי אין חשש ממזרות.
* נישואין אזרחיים שלא לוו בטקס הלכתי פרטי/לא פרטי – כל עוד לא עוברים בביד"ר, אין אפשרות לשנות את הסטטוס במצב הרישום. יהיה פס"ד כלשהו מביד"ר אך לא בהכרח לצורך הגט.
* בכל מקרה, ביה"ד יבקש ראיות שאכן הטקס שנעשה התנהל כשורה.

שיעור מס' 14, 24.11.2021

**ידועים בציבור**

**קוהביטציה (זוגרות):** מגורים משותפים של בני זוג שאינם נשואים זה לזה. בני זוג כאלה יחשבו על פי רוב גם כידועים בציבור ע"פ הדין בישראל. זוגות אלו אינם רשומים מבחינת רשויות המדינה. כיום, ישנם 6% של זוגות ידועים בציבור מתוך כלל הזוגות היהודיים במדינה. חלק מזוגות אלו הם זוגות בני אותו מין. במדינות מחוץ לישראל (בכל אירופה וחלק ניכר מארה"ב) ישנם מסלולים אשר הם בדרגה מתחת לנשואים – מסלולים המלווים ברישום המתעד את כל הזוגות המבקשים למסד את הקשר בדרך שתהא מוכרת ע"י חלק מרשויות המדינה, במידה נמוכה יותר מנישואין ממש. מסלולים אלו נוצרו עבור זוגות חד מיניים, אשר בשנות ה80 ובשנות ה90 לא הייתה להם אפשרות להינשא באף מדינה בעולם. הדבר לא קיים בישראל.

התפתחות היסטורית

היקף ההכרה הניתנת במדינת ישראל למסגרת הידועים בציבור הינו חסרת תקדים. לאחר מלחמת העצמאות, המציאות היא של אוכלוסייה לא קטנה של נפגעי מלחמה ובעיקר אלמנות, אשר חלק בלתי מבוטל ממנה הם כאלה שמעמדם האישי אינו ברור. בנוסף, חלק נרחב מהרכב האוכלוסייה היהודית בישראל היה ניצולי שואה אשר לא היו מודעים למצב של בן זוגם (שרד או לא), ואשר החלו בפרק ב' אך נותרו ללא יכולת למסד אותו בגין חוסר הוודאות. מבחינת מערכת הביטחון הסוציאלי, למדינה היה צורך להכיר במושג "ידועים בציבור" (החל כ"ידועה בציבור"). בהמשך, מבנה הידועים בציבור לבש אופי מעט אחר. כאשר אופיו של הסטטוס קוו החל להתחזק, ובכללו בלעדיות בתי הדין הרבניים בנושא הנישואין והגירושין – התחזקה הדרישה לנישואין אזרחיים, ומעמד הידועים בציבור היווה אלטרנטיבה לחיי זוגיות ללא נישואין ברבנות. ניתן לראות בהכרה במושג זה כפרדוקס בין הליברליות לבין השמרנות – כיצד במדינה בה הנישואין והגירושין כה קשים ישנו מוסד שלכאורה לא מטיל אף דרישה/פרוצדורה שצריך למלא תוך הכרה מלאה במושג? עם זאת, שני הקצוות משלימים זה את זה: מאחר ומגבלות החיתון בישראל רבות וההליך של נישואין וגירושין ברבנות כולל בתוכו מספר דברים מורכבים יותר, המערכת האזרחית פיתחה מעקף המאפשרת לשמר את המשטר הפורמלי השמרני תוך המצאת פתרון לאלו שאינם מעוניינים בו. מושג הידועים בציבור מאפשר לעגונה/מסורבת גט להיות מוכרת כבת זוג של מישהו אחר ע"י המערכת האזרחית, זאת כמובן ללא הבאת ילדים.

הקושי בהכרה במושג

הקושי ההגדרתי הוא העובדה כי המושג ידועים בציבור הינו מושג עם כללים לא ברורים, נזילים וגמישים. הפסיקה מצאה עצמה מתמודדות לאורך שנים עם סתירות כאלו ואחרות בנושא. השופט זילברג אמר כי "הגדרתה המשפטית המדויקת של "הידועה בציבור כאשתו", היא קשה כקריעת ים סוף, או בלתי אפשרית כפתרון בעיית ריבוע העיגול. ניתנו לנו שלושה נתונים: ידועה, בציבור, כאשתו, ולא נתפרש לנו לא מקורו של הידע, לא זהותו של הציבור ואף לא מהותה של "האישות", שהציבור היודע מייחס לזוג הבלתי נשוי. הווה אומר – משלושה נעלמים, עלינו לעשות נגלה אחד". עם זאת, ישנו ניסיון פסיקתי 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". מושג הידועים בציבור מורכב משלושה אלמנטים: מחויבות, יחסי אישות ויסודות אמוציונליים-רגשיים וכלכליים.

מצבי מעין ביגמיה ביחס לנשים עגונות/מסורבות גט

במקרה בו אישה עגונה/מסורבת גט מחליטה להמשיך לפרק ב' במוסד הידועים בציבור (שכן במוסד נישואין היא אינה יכולה, עקב מצבה האישי) – האם תתאפשר ההכרה בהם בידיעה כי היא נשואה לאדם אחר? בהרבה מדינות לא יכירו בהם כידועים בציבור מאחר והדבר יוצר חשש לביגמיה. זוהי איננה ביגמיה פורמלית אך מבחינה מהותית, בפועל נוצרה מעין ביגמיה. בישראל, מצבים אלו מתאפשרים מאחר ומוסד הידועים בציבור נועד בין היתר להוות פתרון למצוקת הגירושין, והשניים ייחשבו כידועים בציבור (למעט לצורך חוק הירושה).

* **חוק הירושה התשכ"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 נוסח בצורה מורכבת וממספר הגדרות ותנאים על מנת שלא לקרוא למושג בשמו – ידועים בציבור, זאת מאחר והדבר נוסח באמצע המאבק לחופש דת ולא רצו להלהיט את הרוחות. עם זאת, הוא הסעיף המכניס את מוסד הידועים בציבור לחקיקה ולתודעה הישראלית. חוק זה כמעט ולא עבר בכנסת, זאת לאור התנגדותן של המפלגות הדתיות. הפשרה שהתקבלה בסופו של דבר היא אי השימוש במושג "ידועים בציבור" בלשון החוק והמגבלה לפיה הזכות לירושה תעמוד לזוג שחי חיים ללא נישואין רק במידה ואף אחד מבני הזוג לא היה נשוי לאחר באותו הזמן. בעקבות פשרה זו, החוק עבר ללא התנגדות של המפלגות הדתיות. פשרה זו אינה קשה במיוחד מאחר וקיים המוצא של צוואה, בו יכול המנוח לכתוב למי להוריש את דבריו במידה ויקרה לו משהו.

בע"מ 7252/14 עזבון פלוני: 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?** בימ"ש לענייני משפחה השיב על כך בשלילה, אך ביהמ"ש המחוזי סבר אחרת. פס"ד זה מדגים בצורה ברורה את ההתנגשות בין חברה ומשפט. פס"ד זה דחה את הבקשה לערעור, אך נאמר בו ע"י השופט רובינשטיין כי אותה אישה שנייה נחשבת כידועה בציבור והכירו בה כאישה שנייה. בפסק הדין עולה הדילמה – מה יותר נכון עבור אותן הנשים: להכיר בהן כאישה שנייה/כידועה בציבור ובכך בעצם לעודד את המשך קיומה, או שמא עליהם להימנע מלהכיר בהן. השיקול הגובר במקרה זה הוא שיקול הגנת הילדים. בבימה"ש למשפחה השיקול שעמד לנגד עיניהם היה מניעת הביגמיה, במחוזי ובעליון שיקול הגנת הילדים עמד לנגד עיניהם. בסופו של יום, בשאלת בחינת מעמדם של זוג כידועים בציבור, ובשל מורכבות הנסיבות של "חיים כפולים", יש להתבונן אל היחסים במבט כולל, הנדרש גם אל תוצאתם, וקיומם של ילדים – אף אם אינו שיקול יחיד – הוא שיקול רב חשיבות מאוד, גם נוכח עקרון העל של טובת הילד. על כל מקרה להיבחן לפי נסיבותיו. רובינשטיין התייחס גם לאורח החיים הבדואי ולמקום שבו נמצאת אותה האישה השנייה. מאוד קשה לייחס לה בחירה חופשית באותם ממדים של בחירה חופשית של מי שאינן בדואיות. נקודות חשובות בנוגע להכרה בזוג כידועים בציבור:

* היו שני משקי בית שהתנהלו במקביל ועדיין הכירו באישה השנייה 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 נגיד שהתקיימו התנאים להכרה בשיתוף רכושי ביניהם

**התפתחות חקיקתית**

לצד ההכרה בפסיקה ע"י בתי המשפט, נעשה מהלך חקיקתי מצד המחוקק. ישנו תהליך הדרגתי אבולוציוני של הכרה מצד המחוקק, ברמות שונות של הכרה – החל מהחלקים החיצוניים בין בני הזוג (המערכת בין בני הזוג לרשויות המדינה), דרך חקיקה המעניקה זכויות ומטילה נטלים וחובות. מהלך זה ערך הפרדה בין המעגל הפנימי – מערכת היחסים בין בני הזוג לבין עצמם (המחויבות, זכויות כל אחד במערכת היחסים כולל זכויות וחובות משפטיות, אחריות כלכלית ואחריות בנוגע לילדים) לבין **המעגל החיצוני** – המעגל המייצג את מערכת היחסים בין בני הזוג כיחידה העומדת בפני עצמה, לבין המדינה והרשויות (ביטוח לאומי, מס הכנסה, רשויות לאומיות וכו'). להסתכל בפס"ד של עמית בבע"מ 4751/12.

הבחנה נוספת היא בין חקיקה סוציאלית המעניקה זכויות (תגמולים לנכי צה"ל, קורבנות הנאצים וקרוביהן, חקיקת ביטוח לאומי) לבין מעבר בהדרגה לחקיקה המטילה נטלים (כדוג' איבוד המעמד "הורה עצמאי" בעת שמוגדר/ת כידועים בציבור). אין הכוונה בנטלים כלכליים בלבד/בשלילת זכויות, אלא הטלת נטלים במישור הפלילי ובכל מה שקשור לחוק מניעת אלימות במשפחה ולעבירות בחוק העונשין הקשורות לפגיעות במשפחה. פגיעות מיניות במשפחה מוסדרות בחוק כפגיעות בעלות ענישה מוגברת, ההגדרות בכל החוקים הללו כוללות גם הן את מוסד הידועים בציבור. כאשר מדברים על הסטטוס של ידועים בציבור חשוב להבחין בין ההשלכות במעגל הפנימי לבין ההשלכות במעגל החיצוני.

ההשלכות של ידועים בציבור במעגל החיצוני

חוק יחסי ממון לא חל על מוסד הידועים בציבור, זאת מאחר והוא מדבר על בני זוג ואין בו סעיף הגדרות המכיל בתוכו את מוסד הידועים בציבור. נוסף על כך, חוק זה מציין במפורש את אלמנט הנישואין תוך הסתכלות על מערכת זוגית המבוססת על נישואין. עם זאת, הלכת השיתוף חלה על ידועים בציבור. אמנם הלכה זו אינה חקיקה אלא דין (חקיקה שיפוטית), אך ישנו דין המסדיר את המערכת הרכושית הפנימית בין בני הזוג – פשוט לא ע"י המחוקק.

החוק לתיקון דיני משפחה אף הוא אינו חל על ידועים בציבור מאחר והוא אינו מכניס אותם בסל ההגדרות שלו. עם זאת, אין פירוש הדבר כי האישה לא תהיה זכאית למזונות, סוגיה אשר הוסדרה אף היא בפסיקה (פס"ד מזונות אזרחיים של ברק).

הסדרת מעמד לצורך זכויות מכוח חוק הביטוח הלאומי: ביטוח לאומי מתנה את מתן כל ההטבות בכך שהזוג יהיה רשום בביטוח לאומי כידועים בציבור (ע"י מילוי שאלון). הנתונים של הזוגות הרשומים כידועים בציבור בביטוח לאומי הוא פחות מ50% מסך כל הזוגות החיים יחד בישראל. הסיבה לכך היא שהמאמץ הבירוקרטי הדרוש בהכרה בידועים בציבור אינו מצדיק את ההטבות הנלוות להכרה.

הטכניקה החקיקתית

במרבית החוקים מופיע המונח "ידועים בציבור" בחלק הראשון של החוק בתוך הגדרת המושגים: "קרוב משפחה", "קרוב", "קרוב משפחה מדרגה ראשונה" או הגדרת: "בן זוג". הנוסח בחוקים אלה הוא לרוב "בן זוג, לרבות ידוע בציבור", או "בן זוג, לרבות ידוע בציבור כבן זוג". במשך שנים רבות נמנע המחוקק מלכלול הגדרות מפורשת, אלא כלל את הידועים בציבור על דרך ההפניה אחורה, לחוקי ההכרה הראשונים, למשל חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), ה'תש"י-1950. המקום היחיד בחקיקה מפורשת שמגדיר בצורה יחסית ברורה את המונח של ידועים בציבור הוא חוק הירושה.

**התפתחות פסיקתית**

ניתן לראות בפסיקה תהליך אבולוציוני מאוד עקבי. בשלב הראשון במסגרת ההכרה ניסו לטעון שהסכם בין ידועים בציבור הוא חוזה שנוגד את תקנת הציבור (בשל הביגמיה ובשל היותה אשת איש) ולכן הוא בטל. שופטי ביהמ"ש העליון נחלקו בדעתם: השופט זילברג היה בדעת מיעוט והוא קיבל את הטענה שהניסיון להכיר בידועים בציבור נוגד את תקנת הציבור. ההתנגדות שלו נבעה מטעמים דתיים והחשש מאותה סיטואציה שאותה ידועה בציבור יכולה להינשא אח"כ לאדם אחר והיא אשת איש (חשש מאיסור עריות מדאורייתא). טענה זו נדחתה בדעת רוב ונקבע ש**הסכם למזונות ידועים בציבור אינו נוגד את תקנת הציבור**. כיום ניתן לראות שינוי מעמדי ערכי בין פסקי הדין. בפס"ד לינדורן ניתן לראות את ההסבר של ברק לפיו מוסד הידועים בציבור אינו נוגד את תקנת הציבור ואף הינו חלק מתקנת הציבור בישראל – במובנים של שחרור הלחץ ומתן מענה למצוקות דיני המעמד האישי. בפס"ד אפרת, עסקו באישה שחיה בזוגיות ללא נישואין עם בן זוג אשר היה נשוי רשמית לאישה אחרת אשר לא עניין אותם להתגרש. מיכל אפרת רצתה לשנות את שם משפחתה לשם משפחתו של בן זוגה ופקיד הרישום סירב מאחר והחוק אז אמר כי לפקיד הרישום עומד שיקול דעת לסרב לשינוי שם מטעמי הטעיית הציבור. ברק קובע כי מבחנו של הפקיד אינו עומד במבחן הסבירות.

שיעור מס' 15, 28.11.2021

פס"ד ניזרי: בני זוג שחיים יחד כידועים בציבור כאשר בן הזוג נשוי לאישה אחרת, ביקשו להחליף את שם משפחתה של בת הזוג לשם משפחתו של בן הזוג שלה. פקיד הרישום פנה לאשתו של בן הזוג ושאל האם מקובל עליה ששם משפחתה ישתנה. האישה התנגדה לכך ("צרתה תישא את שם בעלה") ומתוקף כך יש חשש לפגיעה בתקנת הציבור –לפיכך, פקיד הרישום לא אישר את השינוי, וטען כי רקמת הנישואין של בן הזוג עם אשתו הראשונה עדיין פתוחה, בעוד שבפס"ד אפרת רקמת הנישואין כבר הייתה סגורה. השופט זמיר אומר כי מוסד הידועים בציבור אכן פוגע במוסד הנישואין, ועלינו להגן על מוסד הנישואין ועל המשפחה, אך כורח המציאות הביא את המחוקק להכיר במוסד הידועים בציבור ולהעניק להם זכויות רבות המתקרבות לזכויות של זוג נשוי. המסקנה היא שמוסד הידועים בציבור אינו סותר את תקנת הציבור, ולאמיתו של דבר – הפך להיות חלק מתקנת הציבור.

האם ידועים בציבור הינם בני זוג בכל הקשר ובכל חוק, ומהי ברירת המחדל ?

בפס"ד לינדורן, לקחו את ברירת המחדל שהייתה קיימת ואמרה כי בני זוג אלו רק בני זוג נשואים אלא אם כן ישנה אמירה ברורה בחוק המכלילה את הידועים בציבור – ונטען כי כל חוק וחוק עומד בפני עצמו. פס"ד זה הביא תזה פרשנית לפיה כל חוק עומד בפני עצמו על רקע ההיסטוריה החקיקתית שלו ותכליתה. לפיכך, על רקע התכלית החקיקתית (במקרה זה, הגנת התלויים בפקודת הנזיקין), יש מקום לכלול את הידועים בציבור תחת ההגדרה של בני זוג – הם תלויים באותו המנוח שהלך בעולמו. עם זאת, ברירת המחדל לא השתנתה באופן אחיד אלא שיש לבחון בכל מצב את החוק האמור בצורה שפסק ברק – על רקע תכלית החוק. מעמדם של ידועים בציבור לא הושווה למעמדו של זוג נשוי, וישנה שורה שלמה של מופעים בהם ניתן לראות את ההבדלים, בעיקר בנושאים של חלוקת רכוש.

בפס"ד זמר עלתה שאלה האם ידועים בציבור יכולים לפנות לביהמ"ש לענייני משפחה בבקשה לאשר **הסכם ממון** שערכו ביניהם. אחת ההתנגדויות לכך הייתה שידועים בציבור אינם בני זוג לצורך חוק יחסי ממון – החוק לא חל על בני זוג שאינם נשואים. השופטת דורנר אומרת כי אכן חוק יחסי ממון אינו חל על ידועים בציבור, אך ייתכן כי חלקים ממנו כן יחולו על ידועים בציבור בהיבט של אישור הסכם ממון. אין חיוב לאישור הסכם הממון ע"י ביהמ"ש אך הדרך פתוחה עבורם במקרה וירצו להעניק לו משנה תוקף או ייצור סטטוס של מעין נשואים, מעין מחויבות גדולה יותר.

**חוק האימוץ** אינו חל על ידועים בציבור (אינו כולל מוסד זה מבחינה לשונית של החוק), אך ישנו פס"ד חריג (2019) שאמר כי מוסד הידועים בציבור התפתח דיו ועל כן יש לפסוק כי בני זוג הידועים בציבור יכולים לאמץ – אע"פ שבחוק נכתב "איש ואשתו".

בהקשר של **הלכת השיתוף** צריך להוכיח כמה אלמנטים, הנטל של הוכחת שיתוף רכושי אצל ידועים בציבור הוא כבד יותר מאשר בין בני זוג נשואים (ע"פ פס"ד אהרונוב). יש על כך לא מעט פסקי דין. בפס"ד בע"מ 4589/05 הורם הנטל אבל זה לא היה פשוט. רובינשטיין נכנס לבחון את מערכת היחסים ושוב שמים את הדגש על ילדים (לפחות מבחינת רובינשטיין). בני הזוג היו יחד 6-8 שנים והיו להם שני ילדים. ברגע שהאישה ילדה ילדים, עולה טריגר ליצירה של תלות כלכלית בין בני הזוג. זו יכולה להיות אחת הסיבות שביהמ"ש קובע שהנטל הורם. נטל כבד יותר אך אין חזקה לפיה הלכת השיתוף לא חלה במקרה של בני זוג יודעים בציבור אשר נמצאים בסבב ב'. רובינשטיין מונע כל זכות ערעור על פס"ד זה, ואומר כי מקבץ הראיות תואם בגרסת המשיבה ומוכיח את חיי המשפחה המשותפים ואת תלות המשיבה בבן זוגה – ומכאן הורם הנטל.

האם מוסד הידועים בציבור הינו מוסד שקם מכורח הנסיבות העובדתיות ולכן אי אפשר להתנות עליו? פס"ד בר נהור: בפס"ד זה מדובר בבני זוג אשר חתמו על הסכם לפיו הם חייו ביחד ומנהלים חיים זוגיים יחד, אך הם לא מגדירים את עצמם כידועים בציבור. בן הזוג הלך לעולמו והאישה תבעה מזונות מן העיזבון, ומכאן עלתה השאלה האם ישנה אפשרות שתתבע מזונות מן העיזבון בעוד שלא הגדירו עצמם כידועים בציבור. ילדי המנוח התנגדו לדרישה זו. נקבע בפס"ד כי ברגע שבני הזוג ממלאים את התנאים המקובלים לידועים בציבור, הם נמצאים בסטטוס שלא ניתן לצאת ממנו – הבנה מרחיקת לכת בפס"ד. עם זאת, פסיקה זו מצומצמת ונסובה בעיקר סביב אותו סעיף של מזונות עיזבון – סעיף 65(א) לחוק הירושה לפיו אי אפשר להתנות על מזונות מהעיזבון (ולכן ההסכם שחתמו בני הזוג בנוגע לאי הגדרתם כידועים בציבור בטל). אין תשובה ברורה בנוגע לתחולת פסיקה זו, פרופ' הלפרין-קדרי סוברת כי הדבר מצומצם לסעיף זה.

האם הסכם ופס"ד הצהרתי/רישום במל"ל המכיר בזוג כידועים בציבור הינו שווה ערך לנישואין פורמליים?

יש לא מעט זוגות שמבקשים מביהמ"ש לענייני משפחה שיצהיר עליהם כידועים בציבור – האם על ביהמ"ש להצהיר על כך, והאם להצהרה זו ישנה מעמד שווה ערך לנישואין?

מדובר בשאלה מעט מטעה, כיוון לביהמ"ש לענייני משפחה אין סמכות לכך ולכן ברוב המוחלט של המקרים ביהמ"ש יימנע מלתת פסק דין הצהרתי בו הוא יכריז על בני זוג כידועים בציבור, למעט במקרים בו בני הזוג יהיו זקוקים להצהרה עבור דבר קונקרטי. כל מה שמאפיין את מוסד הידועים בציבור זה חוסר המסוימות שלו, אף פעם אין ביטחון מלא שהזוג עדיין ידוע בציבור, כיוון שאין מימד פורמלי רשמי להתחלה ולסיום – הגבולות מאוד נזילים ולכן בתי המשפט לא ניאות לתת הצהרות בנושא. גם המרשם במוסד לביטוח לאומי לא בהכרח מכריח את המעמד של הזוג כ"ידועים בציבור". כשמחפשים את ההבדלים בין ידועים בציבור לבין נשואים ההבדל בראש ובראשונה הוא בת"ז. לידועים בציבור רשום בת"ז רווק/ה. ההבדל ניכר גם בפירוד – אם הצדדים נשואים עליהם להיפרד לפי הדין הדתי (יהודי, נוצרי, מוסלמי וכו') בבית הדין הרלוונטי, בעוד שידועים בציבור צריכים רק להיפרד, הם לא זקוקים לאסמכתא מבית דין ולא לאישור שני הצדדים. מבחינה פרוצדוראלית בני הזוג לא צריכים לעשות כלום והם יכולים למחרת להינשא לאחרים. מבחינה מהותית, יש צורך בחלוקת רכוש, משמורות (במידה ויש ילדים) וכו'. בהיבט המהותי, נטל ההוכחה לא פשוט.

האם יש יתרונות לידועים בציבור?

יתרון משמעותי שניתן להעלות בקרב מוסד הידועים בציבור הוא היעדר המגבלות המשמעותיות שקיימות בדיני המשפחה הדתיים על כניסה לנישואין ו**בעיקר** על היציאה מהם – הגירושין. מדובר במערכת זוגית (הידועים בציבור) בה לא נדרש מהלך מורכב או רשמי לפירוק הקשר הזוגי, אלא מספיק "לקום ולעזוב", זאת בניגוד מוחלט לנישואין הדתיים המקובלים בישראל. מוסד הידועים בציבור למעשה לא כולל בשום אופן את הקושי הרב של העגינות וסרבנות הגט, הנשענת על הצורך בהסכמת שני הצדדים – כאן לא נדרשת שום הסכמה, אלא בסך הכל "צעד" אחד של אחד מבני הזוג. מצד שני, בכדי להבטיח שהמערכת באמת תהיה ברורה לחלוטין ועל מנת למנוע ניצול לרעה בזכות הגבולות העמומים, צריך להוסיף ולבסס את מערכת היחסים הזו על הסכם מאוד ברור. עם זאת, אין ספק כי מדובר ביתרון מאוד גדול עבור מוסד הידועים בציבור.

ניתן גם למנות יתרונות כלכליים: אפשר לומר שככלל עדיף, במיוחד לנשים (הצד החלש מבחינה כלכלית למעשה), להיות נתונות למשטר של הלכת השיתוף מאשר למשטר של חוק יחסי ממון. יש גם יתרון מיסויי, שלא נפרט כעת, אך עקרונית אם מדובר בבני זוג עצמאים אז פעמים רבות עדיף להיות ממוסים כידועים ציבור (תיקים נפרדים) מאשר להיות ממוסים כנשואים (התיק מאוחד).

דיני המשפחה האזרחיים לא מתפתחים רק מכיוון הידועים בציבור, אך מוסד זה שכל כולו מבוסס על דיני חוזים, הסכמה, הסכמים, הסכמה מכללא וכו', הוא זה שמהווה את דרך המלך להכרה עוד יותר נרחבת בדיני משפחה אזרחיים כאלטרנטיבה לדיני המשפחה הדתיים, ופסק הדין שממחיש זאת יותר מכל הוא פסק הדין פלונית. מדובר באחד מפסקי הדין הדרמטיים ביותר של השופט ברק, שהמשיך את מה ששמגר התחיל לעשות קודם לכן.

**מבט עכשווי על מוסד הידועים בציבור: "זוגיות במבחן"**

משך 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 (בן הזוג נהרג בצבא). פס"ד סידורובה נ' מז'ריצק: 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.

יש לעשות הבחנה בין מערכת יחסים פנימית לבין ההטבות/הזכויות של ידועים בציבור מטעם צדדים שלישיים. אצל סיגל ביטון הצד השלישי הוא המדינה – היא נכנסת למעמד של אלמנת צה"ל עם כל המטען הזכויות שמעמד זה מביא עמו. בפס"ד סידורובה הצד השלישי היה מעיין קרן של ביטוח מנהלים. ההכרה היא מול אותו גוף. אילו אותן נשים היו תובעות אחרי פרידה, ספק אם התביעה הזו הייתה מצליחה. בשורה תחתונה, אין ידיעה ברורה לגבי מה פרק הזמן המינימלי שנדרש. יש חוקים ספציפיים שכן דורשים פרקי זמן מינימליים של חיים משותפים יחד.

שיעור מס' 16, 01.12.2021

תנאים נוספים

**מגורים משותפים:** עד כה, הפסיקה דנה במקרים של זוגות שחיו חיים משותפים תחת קורת גג אחת, משק בית כלכלי משותף ילדים משותפים ועוד. עד כה, המגורים נתפסו כתנאי הכרחי לדיון הידועים בציבור. עם זאת, בפס"ד בע"מ 3497/09 השופטת ארבל טוענת אחרת. היא מתארת מצב שכיח בו שני הצדדים נמצאים בפרק ב', עם ילדים מזוגיות קודמת, דירה אחרת וכו'. במקרה זה, ישנו רצון לשמור על הפרדה בין החיים הקודמים לבין אלו העכשוויים, בעיקר מצד ילדי בן הזוג אשר לא הסכימו להשלים עם כך שאביהם המשיך הלאה. כאשר האב נפטר, הם המשיכו לנסות למנוע מבת זוגתו את הזכויות בדירה. בפס"ד נקבע שמגורים משותפים הם לא תנאי מחייב אבל זו אינדיקציה טובה להיות בני הזוג ידועים בציבור.

**יחסים אינטימיים:** עד כה הפסיקה הדגישה כי נדרשים יחסים אינטימיים בין בני הזוג (שיתוף כלכלי ושיתוף אינטימי). עם זאת, ישנם מספק פסקי דין שטוענים כי לא בהכרח. בסאלם נ' כרמי בני הזוג התחילו כזוג שמקיים יחסים אינטימיים, כאשר בהמשך הזוג חי חיים משותפים אך ללא קיום יחסים אינטימיים. נקבע כי יחסים אינטימיים אינם הכרחיים להכרה בזוג כידועים בציבור.

**מטרת הולדת ילדים:** בג"ץ 4178/04, פסק דין של ברק נגד פסיקה של בית הדין הרבני. בית הדין הרבני לא הכיר בזוג כידועים בציבור מאחר ואחד הצדדים היה נשוי באותה העת לאחר. "במקרים מתאימים, יש להכיר בתא המשפחתי אף כאשר הזוגיות אינה מבוססת על קשר פורמלי של נישואין ואין תכליתה גידול צאצאים, אולם בני הזוג דבקים אחד בשני בקשר של גורל חיים והקשר הזוגי ביניהם מבוסס על יחסי אישות וכולל יסודות אמוציונליים וכלכליים". **ברק סותר** את הלכת ביד"ר שקובעת כי כאשר מדובר בידועים בציבור שאחד הצדדים נשוי לאחר באותה עת אין להסיק קיומה של כוונה לשיתוף נכסים – ואומר כי אין לשלול מראש קיומן של נסיבות בהן יוכח שיתוף נכסים בין בני זוג ידועים בציבור, אף כאשר אחד מהם טרם התגרש מהאדם אליו היה נשוי. במקרים כאלה, ברי כי השיתוף הרכושי בין בני הזוג הידועים בציבור יחול רק בנוגע לאותם נכסים שלבן הזוג הנשוי לידוע בציבור אין חלק בהם". הלכה זו עולה בעיקר מול זוגות אשר נמצאים בסבב ב', בעלי ילדים מסבב א'.

גבולות המוסד: האם מוסד ידועים בציבור צריך לחקות את מוסד המשפחה?

האחיות פישביין: המערערות הינן זוג אחיות שחיות ביחד, עריריות ללא ילדים, המנהלות משק בית משותף ללא יחסים מיניים. הן התעקשו לקבל את ההטבות הניתנות לידועים בציבור. בפס"ד נקבע כי רכיב החיים האינטימיים (או לפחות הפוטנציאל לו) חייב להתקיים בצורה כזו או אחרת על מנת להכיר בזוג כידועים בציבור. **ההתעקשות על רכיב זה נעשית מתוך הרציונל כי מוסד הידועים בציבור מחקה את מוסד המשפחה**.

הממד החוזי – התפתחות דיני משפחה אזרחיים

רע"א 8256/99 פלונית (המזונות האזרחיים של ברק)

נישואים אזרחיים בין בני זוג (נישואי פרגוואי, כאשר עוד היה ניתן ליצור נישואין מבלי לעזוב את גבולות ישראל, נישואים ע"י מיופי כוח). נישואים מאוד קצרים, ללא מניעה להינשא נישואים דתיים, נפרדו לאחר שנה וחצי כאשר כמה חודשים לאחר מכן לאישה היה בן זוג אחר. בת הזוג הגישה תביעת מזונות. חלק מאוד משמעותי מההצדקה לתביעת מזונות הוא על רקע חיים משותפים בפרק זמן משמעותי, כאשר בפרק זמן זה נוצרה דינמיקה שגרמה לאחד מבני הזוג לפתח תלות כלכלית בבן הזוג האחר – בשל חלוקת תפקידים מסוימת, לרוב בשל הבאת ילדים/טיפול בבני משפחה נזקקים. במקרה זה, אין היחסים עומדים בהצדקות אלו אך ברק בכל זאת פיתח את הכלי של מזונות אזרחיים.

השאלה הייתה **האם נישואים אזרחיים מקיימים זכות וחובה למזונות בני זוג**. ברק עונה כי יש שתי דרכים לענות על השאלה הזו:

1. מסלול הסטטוס: מחייב לתת תשובה לשאלה האם הזוג נחשב כנשוי, האם הנישואים מוכרים כתקפים לפי דיני מדינת ישראל – שאלה שנמצאת תחת ענייני נישואין וגירושין. לאחר הגעה למסקנה כי הנישואין תקפים, יש לבחור את עניין מזונות האישה – האם היא מוכרת כזכאית למזונות או לא, ע"פ הדין האישי. הדרך הפחות מועדפת על ברק, מעדיף לא לדון בשאלה זו.
2. המסלול החוזי: התוכן הוא התוכן של תום הלב, אלו מזונות מכוח תום לב. אלו מזונות שאינם נגזרים מן הדין האישי אלא נגזרים מכוח החוזה והחובות ההדדיות שהתחייבו הצדדים זה לזה. "המזונות שלפנינו הם מזונות אזרחיים, הם מהווים את תוכן החוזה שבין הצדדים, הם ממלאים את התמיכה הכספית של בן הזוג האחד בשני: הם נועדו להבטחת רמת חייו של בן הזוג ולאפשר את שיקומו לאחר הפרידה הפיזית בין הצדדים. אין הם מזונות כמשמעות דיבור זה בדיני המשפחה". ברק מחליט להעדיף את המסלול החוזי אבל בסוף 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.

זהו לא המקרה להציג בו את תזת המזונות האזרחיים של ברק, לאור העובדה שבני הזוג היו נשואים מעט זמן ואף צד לא פיתח תלות כלכלית בצד השני. עם זאת, הדבר היה 3 שנים לפני שברק פרש מהעליון והוא רצה לפרוש תזה זו בצורה כלשהי. פריסת הלכת המזונות האזרחיים חלה על ידועים בציבור, כולל מי שנישא בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל. בנוגע להחלת המזונות האזרחיים לגבי זוג שנישא כדת משה וישראל, השאלה נשארת פתוחה.

לפיכך, תביעת המזונות במקרה זה נדחתה. עם זאת, ברק בוחן את האפשרות לתבוע מזונות בגין עילה חוזית – ואומר כי ניתן לעשות כן.

בע"מ 4751/12 אלמוני (מזונות ילדי ידועים בציבור)

דנציגר מבסס את חובת המזונות של בן זוג אחד כלפי הילדים של בן הזוג האחר גם כן על אותו רעיון של הסכם מכללא – אותו רעיון של התחייבות חוזית לתמיכה כלכלית.

"הפרשנות המקובלת בפסיקה למונח "בן זוג" לצורך חוק המזונות הינה כי מונח זה מתייחס רק לבני זוג נשואים ולא לידועים בציבור, ולכן נקבע כי ידוע בציבור לא יכול לתבוע מבן זוגו מזונות בהתאם לחוק המזונות. לצד זאת, השתרש במהלך השנים בפסיקה הכלל כי **אין מניעה לעשות שימוש בכללי המשפט האזרחי על מנת לחייב בני זוג בתשלום מזונות זה לזה, ככל שמדובר בבני זוג שחוק המזונות לא חל עליהם** – בין אם מדובר בבני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים ובין אם מדובר בבני זוג ידועים בציבור. חיובם של זוגות אלו במזונות הינו חיוב המבוסס על המשפט האזרחי בכלל ועל דיני החוזים בפרט".

ניתן לראות בפס"ד זה בניית נדבך נוסף של מזונות אזרחיים כך שהם מתפרשים גם על ילדי בני הזוג. ביהמ"ש רשאי, במישור המשפטי עקרוני, לחייב אדם במזונות ילדיו הקטינים של בן זוגו הידוע בציבור (שאינם ילדיו הביולוגיים/מאומצים) – זאת מכוח **קונסטרוקציה חוזית**.

בפסקה 27(ג) לפסק דינו של דנציגר, עולה השאלה האם יש להבחין בין בני זוג מנועי חיתון לכאלו שיכלו להינשא אך בחרו לחיות כידועים בציבור. דנציגר פוסק כי אין לערוך הבחנה שכזו בכל הקשור למזונות ילדים. בבחינה של מזונות בני זוג והחובות ההדדיות בין בני הזוג, ניתן להכניס הבחנה זו. הממד החוזי מאפשר להכניס את ההבחנה בין הסיבות השונות לקשר ללא נישואין, זאת מתוך הרציונל של הבחירה במודע להיכנס לקשר ללא נישואין. מאותה סיבה, ההבחנה לא תיכנס בעניין מזונות ילדים מאחר ולא הייתה להם בחירה בנושא.

אלו הם שני פסקי הדין המרכזיים המבססים דיני משפחה אזרחיים בישראל לצד דיני המשפחה הדתיים.

**נישואין אזרחיים מחוץ לישראל**

שאלת תוקף נישואין אזרחיים שנעשו מחוץ לישראל בין יהודים ובין בני דתות שונות או ספק יהודים/חסרי דת.

השאלה המקדמית לשאלה זו היא השאלה לפי איזה דינים יש להתמודד עם שאלת תוקף הנישואים. ישנן 3 גישות לכך, והן מוזכרות בפסק דינו של ברק בבג"ץ בני נח 2232/03:

1. כללי ברירת הדין האמריקנים: הגישה הכי רחבה, האומרת כי יש ללכת ע"פ דין מקום עריכות הטקס – ברגע שנישואין תקפים לפי דין המדינה בה הם נערכו, הם יוכרו כתקפים. מדובר בשאלה שתחול על נישואין בין יהודים מותרי נישואין, בין יהודים אסורי נישואין (כגון כהן עם גרושה), בין בני דתות שונות ובני זוגות חד-מיניים. אם הטקס תופס באותה מדינה שהוא נעשה, הרי שהנישואים תקפים בכל מדינה (ברק בפרשת נישואי רומניה).
2. כללי ברירת הדין האנגלים: יש לנו הוראה חוקית מאוד ברורה איזה כללי ברירת דין צריך לאמץ, והיא קבועה בסימן 46 לדבר המלך – אם חושבים שיש לאקונה (שאלה ללא תשובה), יש למצוא את התשובה במערכת המשפט האנגלית, לפיה יש להבחין בין מרכיבים שונים בנישואים: הכושר להינשא לעומת הצורה בה נישאים. מרכיב הצורה ייגזר לפי דין מקום הטקס, אם יש להם סמכות להשיא – אין בעיה. הכושר להינשא נוגעת בשאלה האם פלוני יכול לייצר טקס נישואין תופס עם אלמוני/ת – התשובה לשאלה זו ניתנת לפי הדין האישי של בני הזוג, שבישראל הדין האישי הוא הדין הדתי. במבחן התוצאה, זוהי גישת ביניים (ברק בפרשת בני נח).
3. גישת פרופסור שאווה: סימן 47 לדבר המלך אומר כי בכל שאלה הנוגעת לענייני המעמד האישי, יש ללכת לפי הדין האישי של הצדדים, דין אישי לכל אורך הדרך.

לפיכך, **יש לדון בהשקפת ההלכה אודות נישואין אזרחיים** (הדיון הוא בהכרה בנישואין אזרחיים בין זוג שאחד מהם יהודי/ה והשני אינו יהודי/ה).

**השקפת ההלכה בנוגע לנישואין אזרחיים**

האישה נקנית בשלוש דרכים, אחת מהן היא ביאה. שאלת ייחוס קידושין באמצעות יחסי אישות נסמכת על אותה חזקה לפיה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות – לא ייתכן כי אדם מישראל יקיים יחסי אישות שלא למטרת יצירת קידושין. מכך מתעוררות השאלות – מתי חזקה זו חלה, מה היקפה, מהם הסייגים ומהן הראיות הנדרשות. **תשובת הריב"ש** (על מצב דומה של נישואין שנעשו ע"י הדין הדתי הנוצרי) פוסלת את קיומה של החזקה ואומרת שאין להכיר בנישואים אלו כתקפים, מאחר ומי שהלך ונישא בצורה מסוימת התכוון שלא ליצור קידושין כדמו"י אלא להפך. על סמך תשובה זו, העמדה שהייתה מקובלת בבתי הדין הרבניים **היא שנישואים אזרחיים לא יוצרים קשר של קידושין כדמו"י, אך יש הסבורים שזה יכול לייצר ספק קידושין אך זוהי עמדה חריגה.** הכרה בקידושין ע"י ביאה עלולה להביא את כל ישראל להיות בחזקת ממזרים, אם כל אישה שקיימה יחסים עם מישהו תיחשב מקודשת לו. יחד עם זאת, פעמים רבות נדרשים ביד"ר לסדר גט, גם לאחר נישואים אזרחיים. לפיכך ישנה הבחנה בין גט מספק לבין גט לחומרא.

* גט לחומרא הוא קונסטרוקציה למראית עין. נדרש למראית עין, לחומרא. מטרתו היא שלא יחשבו שבני זוג שידועים ורשומים כנשואים יכולים להתחתן עם אדם אחר ללא הסדרת גט ביניהם. השלכתו היא שאם לא ניתן לסדר את הגט, ניתן יהיה לוותר על הגט. אם הגט הנדרש רק לחומרא, אפשר לוותר עליו.
* גט מספק הינו 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. אלו מצבים של מה שמכונה בפסיקה 'קידושי סתר' או 'קידושי חטיפה'. 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.

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 לנישואין אזרחיים אז כל הנשים שנישאו בנישואין אזרחיים הם למעשה אשת איש וכדי להשתחרר מהקשר הזוגי הן חייבות לקבל גט. האינטרס האזרחי צריך להיות שלא תהיה הכרה בנישואים אזרחיים. מצד המערכת הדתית יש גם שיקולים סותרים: מצד אחד המערכת לא רוצה לתת הכרה או לגיטימציה להינשא בנישואין אזרחיים, ומצד שני יש חשש שיש כאן כן ספק קידושין אז יש כן רצון להכיר בנישואין האלה מתוך החשש שאשת איש תינשא אח"כ לבן זוג אחר. בנוסף, אי ההכרה נישואין אזרחיים עלולה להביא ללקיחת סמכות ביד"ר לדון בנושא.

פוליטיזציה של השאלה: בג"ץ בני נח 2232/03 (נישואי קפריסין).

נישואי קפריסין בין כהן וגרושה (מנועי חיתון). עם שובם לארץ, נרשמו במרשם האוכלוסין כרשומים וקיימו טקס קידושין פרטי. הגבר הגיש תביעת גירושין לביד"ר, האישה לא רוצה להתגרש. ביד"ר האזורי פוסק בתחילה כי הזוג לא היה נשוי ולפיכך אין צורך בגט, והם פנויים להינשא לאחרים. האישה מערערת לביד"ר הגדול. לטענתה, כדי להביא את הנישואין האזרחיים לכלל סיום נדרש אקט שיפוטי, ואין די בקביעה כי בני הזוג אינם נשואים כדמו"י כדי להתיר את קשר הנישואין האזרחיים, ולטענתה הנישואין האזרחיים בתוקף.

הרב דיכובסקי הבין את הסכנה לאיבוד הסמכות של ביד"ר לדון בתביעות גירושין על בסיס נישואין אזרחיים, כי אם מבחינת בית הדין הרבני לא היה כאן כלום, אז גם אין גירושין ואם אין גירושין, אז לא מתקיימת ההגדרה של סעיף 1 לחוק בתי הדין הרבניים, כיוון שלא מדובר בענייני נישואין וגירושין ואין סמכות לבית הדין הרבני – **תזת אי ההכרה; ברגע שבית הדין לא מכיר שהיו נישואין, לא קמה לו סמכות**. על כן החזיר את התיק לביד"ר האזורי ואמר להם כי לא ניתן להתעלם מכך שמבחינת משפטי כל העמים נערך טקס קידושין, ולכן הוא מורה על הוספת שורה בפס"ד כי ביד"ר מתיר את הנישואין. במסגרת פסיקת בית הדין הרבני הגדול, הרב דיכובסקי חוזר אל תשובה לא מוכרת מהמאה ה-19, העוסקת בנישואין של עמי העולם ("בני נוח"). הנישואין האזרחיים הם לא כלום, אלא הם מהווים את הקומה הראשונה של הנישואין. בישראל, יש את הקומה השנייה שהיא קידושין יהודיים לפי ההלכה. גם בתפיסה ההלכתית יש משמעות לאותו אקט נישואים לפי כללי הגויים. בשביל הקומה הראשונה, נדרש איזשהו אקט שיפוטי שמסיים את הנישואים האזרחיים. לכאורה לא נדרש פה גט, אלא רק הצהרה שיפוטית.

האישה עותרת לבג"צ בטענה כי בית הדין הרבני חרג מסמכותו מכיוון שהוא הפעיל שיקול לא לגיטימי שמתייחס באופן לא ראוי לנישואין האזרחיים והוא בעצם מפלה לרעה נשים שנשואות בנישואין אזרחיים.

ברק ראה בפסק הדין הזה אמירה שנישואים אזרחיים הינם בגדר לא נעשה דבר. יש בכך מבחינת המסר כדי לערער לחלוטין את כל המבנה הזה שהמערכת האזרחית טרחה ובנתה לאורך שנים. כך כנראה סבר ברק. לפיכך, הרב יעקובי מציע לברק להפנות בקשה לביד"ר לשטוח את הבסיס לאותה פסיקה המסיימת את קשר הנישואין האזרחי בין בני הזוג. ברק פונה בסדרת שאלות לביד"ר.

שאלתו של ברק בנוגע לעילות ביטול הנישואין היא אינה לגיטימית, מאחר וזוהי כניסה למהות של הגירושין – תחום המצוי בסמכותו הבלעדית של ביד"ר. עם זאת, 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.

**משמעות הנישואים האזרחיים מבחינה הלכתית (נישואי בני נוח) וסוגיית הפיקוח השיפוטי על ביה"ד הרבניים בפסק הדין:** השאלה של ברק בנוגע לבירור העילות להתרת הנישואין אינה שאלה לגיטימית, זו כניסה למהות של הגירושין. זוהי פגיעה בסמכות ביה"ד לאחר ההכרה כי לביה"ד יש סמכות לדון בסיום הנישואין. כשקוראים את פסק הדין של ברק, ניתן לראות בבירור כי הוא יוצא מגדרו על ההתלכדות של התפיסה הדתית והתפיסה האזרחית והוא ממש חוגג את הרטוריקה שהרב דיכובסקי השתמש בה (עילת מות הנישואין). לדעת רות, פה הטעות של ברק. השפה המשותפת עם ביה"ד מוגבלת רק לנישואין אזרחיים. את התפיסה של מות הנישואין לא יפעילו ביחס לנישואים כדמו"י. בשיעורים הקודמים הזכרנו את שיטת רבנו ירוחם שלא התקבלה ביחס לנישואים כדמו"י.

זו הייתה הזדמנות פז **של ברק** לבוא ולומר כי למרות ההנחיה של דיכובסקי, הנישואין לא קיימים בעיני בית הדין הרבני, ומאחר והם "לא קיימים", לא מתקיימים תנאי הסמכות של סעיף 1 של בתי הדין הרבניים ולכן לא בסמכותם לדון, אלא הסמכות נתונה לבית המשפט האזרחי. ייתכן כי ברק חשב כי יהיה טוב אם בית הדין הרבני יכיר בנישואין האזרחיים.

פוסט פרשת בני נוח: האם חל שינוי בפסיקת בתי הדין הרבניים?גם לאחר פסק הדין, בפועל עדיין דורשים גיטין בנישואין אזרחיים, אבל ברטוריקה ביה"ד אומרים שבעצם לא היה צריך כאן שום דבר כי הנישואים לא מוכרים, כלומר אין צורך בעילת גירושין. האם זה גט מספק או גט לחומרא? זה לא ברור. במילים אחרות, התוצאה של בג"צ בני נוח היא שהסמכות נשארת בידי ביה"ד הרבני, ולא בטוח שמסלול הגירושין הוא 'קל' כפי שהיה בפרשת בני נוח. יש מצבים שדורשים גט ממש ולא רק גט לחומרא.

שיעור מס' 17, 08.12.2021

**התפתחויות משפטיות**

חקיקה

חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים): במצבים בהם במצבים בהם בני הזוג הנשואים הינם בני דתות שונות, אף בית דין דתי לא מקבל סמכות ייחודית לידיו, כיוון שכדי שבית דין דתי יקבל סמכות דיונית חלה חובה כי שני בני הזוג הם בני אותה הדת וללא שום ספקות. החוק מאפשר להביא את הנישואין המעורבים לכלל סיום בביהמ"ש אזרחי, אך הוא אינו נותן אמירה מהותית ביחס לשאלה האם הנישואין האלה תקפים או לא תקפים. כלומר, בני הזוג רשומים כנשואים אך בשעה שהם ירצו להתיר את הנישואין, הם יצטרכו לעבור הליך שיפוטי ושם תישאל השאלה האם בכלל נישאו לפי הדין הישראלי. מענה למצב בו לאף גוף אין את הסמכות להתיר את הנישואין.

סעיף 176 לחוק העונשין (ביגמיה, ריבוי נישואין): "נשוי הנושא אישה אחרת, ונשואה הנושאת גבר אחר". גם נישואין אזרחיים הינם נישואין לצורך הפללה של עבירת ריבוי הנישואין. אם חוק העונשין טוען כי אדם נשוי הניתן לאדם אחר עובר עבירה, אין הדבר משנה האם הנישואין אזרחיים או שנעשו כדמו"י.

חוק ברית הזוגיות לחסרי דת: חוק פוליטי שאמור היה לספק בשעתו לליברמן את האפשרות להראות כי פתר את בעיית הנישואין למי שלא מוכר כיהודי בישראל. המצב בפועל הוא שחוק זה לא החזיק, מאחר ומספר הזוגות אשר עשה שימוש בחוק זה מועט מאוד, לאור העובדה שחוק זה נותן פתרון רק לבני זוג ששניהם חסרי דת – ולא לבני זוג אשר אחד מהם חסר דת. סעיפים בחוק:

**מחיקה ממרשם הזוגיות בידי הרשם**

10.    (א)  בני זוג שהסכימו להתיר את ברית הזוגיות ביניהם רשאים להגיש לרשם הזוגיות בקשה למחקם ממרשם הזוגיות, בטופס ובצירוף מסמכים שקבע השר; היה אחד מבני הזוג פסול דין או מי שמונה לו אפוטרופוס, תוגש הבקשה לבית משפט לפי הוראות סעיף 11(ג).

          (ב)  הוגשה בקשה לפי הוראות סעיף קטן (א), יתייצבו בני הזוג לפני הרשם ויצהירו לפניו כי הם מסכימים להתיר את ברית הזוגיות.

          (ג)   נוכח רשם הזוגיות כי כל אחד מבני הזוג נתן את הצהרתו בהסכמה חופשית ובהבינו את משמעותה ותוצאותיה, יחתמו לפניו בני הזוג על הצהרתם והוא יאשר את הצהרתם בחתימתו וימחק את רישומם ממרשם הזוגיות.

          (ד)  בלי לגרוע מהוראות סעיפים קטנים (א) עד (ג), ימחק רשם הזוגיות בני זוג ממרשם הזוגיות גם בהתקיים אחד מאלה:

(1)   אחד מבני הזוג נפטר;

(2)   בית משפט נתן פסק דין חלוט המתיר את ברית הזוגיות לפי הוראות סעיף 11; לעניין זה יראו את המועד שבו פסק הדין הפך לחלוט, כמועד המחיקה;

(3)   התקבלה הודעה לפי סעיף 4א לפקודת הנישואין והגירושין (רישום), ולפיה בני הזוג נישאו זה לזו.

          (ה)  מחק רשם הזוגיות את בני הזוג ממרשם הזוגיות לפי הוראות סעיף זה, ישלח אישור על המחיקה לבני הזוג ולפקיד הרישום לפי סעיף 15 לחוק מרשם האוכלוסין.

**התרת ברית הזוגיות בידי בית המשפט**

11.    (א)  לא הושגה הסכמה בין בני זוג הרשומים במרשם הזוגיות, הנדרשת לצורך הגשת בקשה למחיקתם מהמרשם לפי הוראות סעיף 10(א), רשאי בן זוג המעוניין בהתרת ברית הזוגיות להגיש לבית המשפט בקשה ליישוב סכסוך.

          (ב)  הוגשה לבית משפט בקשה ליישוב סכסוך לפי הוראות סעיף קטן (א), ייתן בית המשפט פסק דין המתיר את ברית הזוגיות באחת מאלה:

(1)   בני הזוג הגיעו להסכם בדבר הסדר הסכסוך, הכולל הסכמה להתיר את ברית הזוגיות;

(2)   בני הזוג לא הגיעו להסדר כאמור בפסקה (1) בתוך שישה חודשים מיום שהוגשה הבקשה ליישוב סכסוך ואחד מבני הזוג הודיע לבית המשפט כי הוא מעוניין בהתרת ברית הזוגיות; ואולם רשאי בית המשפט לעכב את מתן פסק הדין עד שיסתיימו ההליכים הקשורים ליחסי הממון בין בני הזוג או ההליכים הקשורות לאפוטרופסות ולהחזקת הילדים;

(3)   חלפה שנה מיום הגשת הבקשה ליישוב סכסוך ולא היה ניתן לאתר את בן הזוג ולהמציא לו את הבקשה.

          (ג)   הסכימו בני זוג להתיר את ברית הזוגיות ביניהם והיה אחד מהם פסול דין או מי שמונה לו אפוטרופוס, יגישו בקשה כאמור בסעיף 10(א) לבית המשפט, ויצהירו לפני בית המשפט כי הם מסכימים להתיר את ברית הזוגיות; בית המשפט ייתן פסק דין המתיר את ברית הזוגיות לאחר שנוכח כי פסול הדין או מי שמונה לו אפוטרופוס מסוגל להבין בדבר וכי כל אחד מבני הזוג הסכים להתרת ברית הזוגיות בהסכמה חופשית ובהבינו את משמעותה ותוצאותיה.

          (ד)  בלי לגרוע מהוראות סעיפים קטנים (א) עד (ג), רשאי בית המשפט לתת פסק דין המתיר את ברית הזוגיות גם בהתקיים אחד מאלה:

(1)   ברית הזוגיות נעשתה למראית עין;

(2)   הרישום במרשם הזוגיות נעשה על יסוד מידע כוזב או שגוי;

(3)   בית המשפט נוכח כי לא ניתן לקבל את הסכמת בן הזוג להתרת ברית הזוגיות מחמת ליקוי נפשי או שכלי שבשלו בן הזוג אינו מסוגל להבין את משמעות התרת ברית הזוגיות ותוצאותיה;

(4)   בן זוגו של המבקש נישא לאחר או נרשם כבן זוגו של אחר במרשם הזוגיות או במרשם דומה המתנהל על פי דין במדינה אחרת.

**הדיון החל על בני זוג הרשומים במרשם הזוגיות**

13.    (א)  בכפוף להוראות סעיף זה –

(1)   דין בני זוג הרשומים במרשם הזוגיות לפי הוראות חוק זה, כדין בני זוג נשואים;

(2)   דין בני זוג שרישומם במרשם הזוגיות נמחק, כדין בני זוג שנישואיהם הותרו;

(3)   דין אדם שבן זוגו נפטר בעת שהיה רשום כבן זוגו במרשם הזוגיות, כדין אלמן.

          (ב)  הוראות חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (בסעיף זה – חוק יחסי ממון), יחולו על בני זוג הרשומים במרשם הזוגיות, בשינויים המחויבים ובשינוי זה: בלי לגרוע מהוראות סעיף 2 לחוק יחסי ממון, הסכם ממון בין בני זוג הבאים בברית הזוגיות יכול שיאומת גם בידי רשם הזוגיות בעת הרישום במרשם הזוגיות לפי הוראות סעיף 8 או בעת מחיקת הרישום כאמור בידי הרשם לפי הוראות סעיף 10(ג), וזאת לאחר שנוכח כי בני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית וכי הם מבינים את משמעותו ותוצאותיו; אומת הסכם ממון בידי רשם הזוגיות, דינו לכל דבר ועניין, פרט לערעור, כדין פסק דין של בית המשפט.

          (ג)   על אף הוראות סעיף קטן (א) –

(1)   ההוראות לפי חוק האזרחות, התשי"ב-1952, חוק השבות, התש"י-1950, וחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, החלות על בני זוג נשואים, לא יחולו על בני זוג הרשומים במרשם הזוגיות;

(2)   הוראות החיקוקים המנויים בתוספת החלות על בני זוג נשואים, יחולו על בני זוג הרשומים במרשם הזוגיות רק לאחר שחלפו 18 חודשים מיום שבני הזוג נרשמו במרשם הזוגיות; השר, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי, בצו, לשנות את התוספת.

          (ד)  הוראות סעיף זה לא יחולו לעניין זכויות וחובות על פי הדין האישי ולעניין רישום לפי חוק מרשם האוכלוסין.

פסיקה

לאורך השנים, הפסיקה התחמקה באופן עקבי משאלת ההכרה בנישואים האזרחיים (הסטטוס). ההתחמקות בוצעה ע"י פס"ד פונק-שלזינגר: פס"ד בו השופט זוסמן נתן למערכת האזרחית ליצור את האבחנה אשר מצד אחד ברק הגדיר כ"גאונית" ומצד שני השופטים שישבו על הכיסא הדתי ראו בה נתינת גושפנקא משפטית לסטטוס של נישואין, מאחר ולא ניתן להירשם סטטיסטית בלבד. זוסמן מסתמך על הנחיות שניתנות לפקידי הרישום לפיהם אזרח הבא לפני רשות מנהלית עומד בחזקת דובר אמת, ואין לפקיד הרישום סמכות וכלים לבדוק את אמיתות דברי האזרח. משמעות הדבר – **הפקיד חייב לרשום מה שאזרח אומר לו.** נוסף על כך, הוא קובע כי מרשם התושבים אינו ראיה או הוכחה לשום דבר. לפי בג"ץ 145/51, מטרת המרשם היא לאסוף חומר סטטיסטי. ולכן קובע השופט כי **משהומצאה לפקיד ראיה לכאורה, חייב הוא להסתפק בכך, שכן בהיותו רשות מנהלית יחדור לתחום לא לו ולא "ינסה להכריע בפלוגתה משפטית".**

בפס"ד בן ארי ושומן: במסגרת פסק הדין, חמישה זוגות הגיעו עם תעודות נישואין קנדיות והגיעו למרשם האוכלוסין בכדי לרשום עצמם כנשואים, ופקיד הרישום סירב בטענה כי הם אינם נשואים. במסגרת פסק הדין נקבע כי אין לפקיד הרישום שיקול דעת והוא חייב לרשום כל דבר שאדם אומר לו לרשום על בסיס מסמכים שנראים לו מהימנים, אלא אם על פניו עושה רושם כי מדובר בדבר שבלתי מתקבל על הדעת. בפס"ד זה יושמה הלכת פונק-שלזינגר. ברק: "הננו מחליטים כי במסגרת מעמדו הסטטיסטי-רישומי של מרשם האוכלוסין ועל רקע תפקידו של פקיד הרישום כמאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול המרשם, על פקיד הרישום לרשום במרשם האוכלוסין את העולה מהתעודה הציבורית המוגשת לו ע"י העותרים, לפיה העותרים נשואים. איננו מחליטים כי בישראל מוכרים נישואין בני אותו מין, איננו מכירים בסטטוס חדש של נישואין אלו, איננו כל נוקטים כל עמדה באשר להכרה בישראל של נישואין בין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל (בין בין תושבי ישראל ובין בין מי שאינם תושבי ישראל). התשובה לשאלות אלה, בהן אין אנו מכריעים היום, קשה היא וסבוכה".הרישום הוא המוביל בפועל לגילויי סטטוס ברובד החיצוני בין בני הזוג לצדדים שלישיים. **הרישום מצד אחד אינו אומר דבר בנוגע ליצירת סטטוס תקף, אך עבור גילויי הסטטוס והשלכותיו ברובד החיצוני – הרישום מספיק.**

השפעת הרישום במישור הפנימי (היחסים בין בני הזוג):

מזונות (רע"א 2232/03, המזונות האזרחיים של ברק): יש מזונות בנישואים אזרחיים. בפועל, לא נקבעו פרמטרים מדויקים, אך עקרונית קיימת חובה למזונות בין בני זוג שנישאו מחוץ לישראל.

שיתוף נכסים: האם זוגות שנישאו בנישואים אזרחיים לאחר 1.1.74 נכנסים לחוק יחסי ממון או שמא דינם כידועים בציבור? ניתן לראות פסיקות סותרות, עדיין אין פסיקה של ביהמ"ש העליון בנושא. מרגע שהוקמו ביהמ"ש לענייני משפחה, ישנן 3 אינסטנציות של דיונים בתחום סכסוכי משפחה – לפיכך, הגעה לביהמ"ש העליון תהיה רק דרך ערעור שברשות, ולכן עד כה אין פסיקה של ביהמ"ש בנושא. בפועל, ישנו שיתוף רכושי בין נשואים אזרחית – דרך חוק יחסי ממון (לא דורש הוכחת נישואין), חוק איזון המשאבים וכו'.

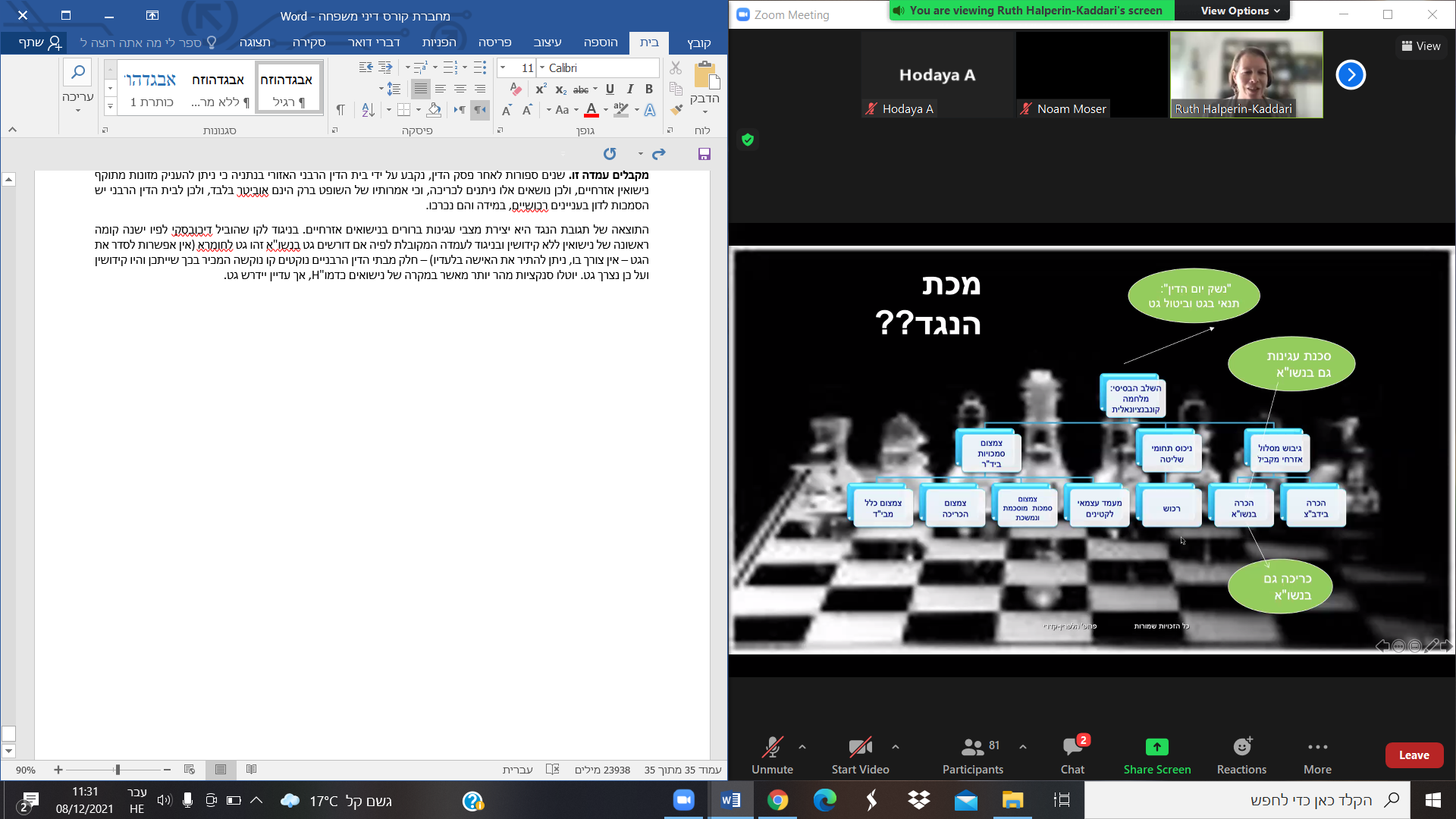
ירושה: ניתן להניח שירושה דורשת הכרה בתוקף הנישואין בישראל. בע"מ 9607/03 פלוני (נישואי רומניה): הילדים של המנוח טענו כי הנישואין האזרחיים לא מקימים זכויות, כיוון שהם לא מקימים סטטוס. אותה בת הזוג של המנוח השתמשה בסעיף 11 לחוק הירושה. במסגרת טענת ילדי המנוח, נטען כי חוק הירושה מתייחס אך ורק למי שהנישואין שלהם אכן תקפים, כלומר – המונח "בן זוג" בחוק הירושה מתייחס רק עבור אנשים שנשואים בקשרי נישואין המוכרים על ידי המדינה. ברק אומר כי מצד אחד **יש צורך** בהכרעת תוקף הנישואין על מנת להעניק זכויות בירושה, **אך הנישואים יהיו תקפים רק לצורך הירושה – אין הכרה בתוקף הנישואין בכללותם.** זאת 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 תענה בחיוב.

רצף פסיקות ברק ערב פרישתו הנוגעים להכרה בזכויות נישואים אזרחיים גם במעגל הפנימי:פלונית (מזונות אזרחיים), קפריסין (בני נוח), רומניה (תערובת), טורונטו (בני אותו מין, בן ארי ושומן) – האם יש הכרעה בשאלת ברירת הדין? ברק ניסה ליצור מהלך אבולוציוני התפתחותי, של ארבע פסיקות חשובות לביסוס מבנה הנישואים האזרחיים לצד הנישואים כדמו"י. החל מפלונית מזונות אזרחיים; קפריסין (בני נוח); רומניה (ירושה); פרגוואי; טורונטו (בן ארי ושומן מכסה את המערכת החיצונית בין בני הזוג לצדדים שלישיים).

אין הכרעה בשאלת ברירת הדין, מאחר שאין צורך בהכרעה. אין צורך בסטטוס, זאת מאחר וניתן לראות כי ניתן להגיע לתשובה קונקרטית נקודתית לכל סוגיה (בדרכים כאלה ואחרות). לאור פירוק נושא הסטטוס לגורמים אשר כל גורם קיבל תשובה בפני עצמו – אין צורך בהכרעת הסטטוס עצמו.

אם כך, מה בנוגע לגירושין?

המלכוד הוא שסמכות הדיון בגירושין אזרחיים נותרה בבתי הדין האזרחיים. תגובת הנגד של ביה"ד הרבני מהווה את המלחמה על הנישואים האזרחיים. 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**. לפיכך, אף פעם בתי דין רבניים לא יכירו בעניינים הפנימיים, ולכן לא תתאפשר כביכול כריכה של נושאי אגב-גירושין בתביעת הגירושין. **בתי הדין הרבניים לא מקבלים עמדה זו.** שנים ספורות לאחר פסק הדין, נקבע על ידי בית הדין הרבני האזורי בנתניה כי ניתן להעניק מזונות מתוקף נישואין אזרחיים, ולכן נושאים אלו ניתנים לכריכה, וכי אמרותיו של השופט ברק הינם אוביטר בלבד, ולכן לבית הדין הרבני יש הסמכות לדון בעניינים רכושיים, במידה והם נכרכו.

התוצאה של תגובת הנגד היא יצירת מצבי עגינות ברורים בנישואים אזרחיים. בניגוד לקו שהוביל דיכובסקי לפיו ישנה קומה ראשונה של נישואין ללא קידושין ובניגוד לעמדה המקובלת לפיה אם דורשים גט בנשו"א זהו גט לחומרא (אין אפשרות לסדר את הגט – אין צורך בו, ניתן להתיר את האישה בלעדיו) – חלק מבתי הדין הרבניים נוקטים קו נוקשה המכיר בכך שייתכן והיו קידושין ועל כן נצרך גט. יוטלו סנקציות מהר יותר מאשר במקרה של נישואים כדמו"י, אך עדיין יידרש גט.

ניתן לראות כי המערכת האזרחית עשתה כברת דרך משמעותית בצמצום סמכויותיו של ביד"ר, ובסיכום ביניים – ידה על העליונה.

**הנהגת נישואין אזרחיים בישראל**

נקודת המוצא היא שהמצב הקיים בישראל הוא מצב שאינו עולה בקנה אחד עם העיקרון הבסיסי הקבוע בחוקי היסוד, שמדינת ישראל היא יהודית ודמוקרטית. 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 את חירות אזרחיה ממניעים דתיים כמה שפחות.

חוק ברית הזוגיות לחסרי דת אינו פתרון לבעיה. הוא בא לנסות ולצמצם את הפגיעה בזכויות האדם, ולכן לקחת את אותה אוכלוסייה שאין לה שום אפשרות להינשא בישראל תחת איזשהו דין דתי, מהסיבה הפשוטה שמדובר בחסרי דת, ואף דין או מערכת דתית לא מאמצת אותם תחת כנפיה – זאת בעוד שבעבור כלל האוכלוסייה בעלת הסטטוס הדתי המוגדר, הדלת הזו סגורה. מדובר בחוק שמסייע למאה זוגות בערך מידי שנה, ולא מעבר, ושוב – גם מהסיבה שזוגות מעורבים (יהודי וחסרת דת/יהודייה וחסר דת) לא יכולים להינשא/להיכנס בברית הזוגיות מתוקף חוק זה. הדרך היחידה המוכרת ע"י המדינה היא הנישואין האזרחיים. המסלולים המקבילים משמעותם כי לכל אחד לפני שיינשא, יקבל החלטה באיזה מסלול ילך – והדרך בה נכנסו, זוהי הדרך בה ייצאו. הדרך של המסלולים המקבילים היא הדרך בה צידד פרופסור רוזן-צבי בשעתו אל מול עמדתו של פרופסור אחר אשר קרא לנשו"א בלעדי.

העובדה שהדין הדתי שולט באופן בלעדי מאפשרת להגביל את מי שיבוא בברית נישואין מוכרת ע"י המדינה, מה שמשמר את ההפרדה הלאומית בין שני הצדדים לסכסוך הלאומי – גם הדין הדתי היהודי וגם הדין הדתי המוסלמי, מונעים נישואין בין דתיים ובכך משמרים את החיץ הלאומי בין שני הצדדים לסכסוך, דבר אשר בחוק אזרחי אי אפשר לעשות. ברגע שיונהגו נישואין אזרחיים בישראל ותהיה חקיקה אזרחית הקובעת את התנאים לנישואין, יצטרכו להתמודד עם השאלה האם נישואין בין בני אותו מין תקפים גם כן. נוסף על כן, החוק האזרחי לא יכול למנוע את הנישואין על בסיס השתייכות דתית. ולכן לפוליטיקאים משני צדדי המתרס מאוד נוח לשמר את המגבלות ואת אי האפשרות ליצור נישואין בין דתיים מבלי שיצטרכו ללכלך את הידיים.

הבעיה היא **בגירושין**. בכל פעם שאנו נכנסים לדיון על הנישואין האזרחיים בישראל, עלינו לחשוב באופן מדויק מה יקרה במצב של גירושין. בעיית הגירושין המודרנית היא הבעיה במסגרתה בעלים מסרבים לסדר את הגירושין כדת משה וישראל לאחר סידור הגירושין האזרחיים, כך שהנשים נותרות נשואות הלכתית וגרושות אזרחית. מבחינת המדינה אין מניעה בפני הנשים להינשא מחדש, אך מבחינה דתית הנשים נותרות כבולות כיוון שאם הן יביאו ילדים מגבר אחר הם ייחשבו לממזרים. ניתן לראות כי במדינות מסוימות ברחבי העולם חוקקו חוקים אזרחיים הדורשים ביצוע אקט דתי, במידה והתקיימו נישואין דתיים במקביל לאזרחיים, שכל מטרתם היא לגרום לאנשים לעשות אקט דתי ולבצע גירושין דתיים ולמנוע עיגון נשים.

**נישואין בין בני זוג בני אותו מין**

במשפט הבינ"ל

ב12 מדינות עונש המוות על יחסים הומוסקסואלים, רובן ככולן מוסלמיות/שרעיה; ב69 מדינות יחסים הומוסקסואלים אסורים בחוק (נכון ל2019); 36 מדינות מאפשרות נישואין לבני אותו מין; 12 מדינות מאפשרות ברית זוגיות; בכ80 מדינות (בתוכן ישראל) אין איסור, אך אין שוויון זכויות מלא.

נכון להיום המשפט הבינ"ל אינו מחייב הנהגת נישואין לבני אותו המין, אך ביה"ד האירופי לזכויות אדם (מועצת אירופה) הורה כי מדינה המאפשרת איחוד אזרחי או שותפות רשומה, חייבת להנהיגה גם ביחס לזוגות בני אותו המין (2010). ב2018 הורה כי יש לתת הכרה בנישואין כאלה שנערכו במדינה המכירה בהן. ביה"ד האינטר-אמריקאי (בו חברות מדינות אמריקה הלטינית) הורה שהמדינות החברות בארגון חייבות לאפשר נישואין לבני אותו מין (מקרה קוסטה ריקה).

ספקטרום ההתייחסות מצד המדינה

* גישה אוסרנית: איסור קיום התנהגות הומוסקסואלית, הדבר מוגדר כעבירה פלילית בחוק.
* גישה סובלת, דה-קרימינליזציה: אי אכיפה של איסור ההומוסקסואליות או ביטול/היעדר איסור בחוק. הדבר בא לידי ביטוי בישראל ע"י ביטול עבירת מעשה סדום ב1988).
* גישה מגוננת: מגנה מפני איסורים שונים של אפליה על בסיס נטייה מינית/זהות מינית. בישראל ניתן לראות זאת בתיקון ב1992 בחוק להגנה מפני אפליה בעבודה.
* גישה תומכת: גישה המעניקה זכויות, בישראל היא נעשית בצמוד להנחיות של היועמ"ש לאורך השנים.
* מבחן הלגיטימציה האולטימטיבי ליחידה המשפחתית של בני אותו מין – היכן ניתן לראות את הביטוי של המדינה והחברה באמצעות מערכת המשפט ביחס ללהט"ב, המבחן מתחלק לשני רבדים עיקריים, שאינם גוררים אחד את השני:

1. הכרה בזוגיות ואופן ההכרה
2. הכרה בהורות ואופן ההכרה

שיעור מס' 18, 12.12.2021

**סוגיית ההורות**

אימוץ בישראל: במסגרת פסק הדין ירוס-חקק דובר על בנות זוג שנאבקו על זכותן להירשם כאימהות נוספות של הילדים של כל אחת מהן, ובעצם מאבק על כך שלילדיהן יהיה רשומות בתור הורים שתי אימהות, והן ניסו לעשות זאת באמצעות חוק האימוץ. בשלבים מסוימים של המאבק הן קיבלו זכות אפוטרופסות ובסופו של דבר בבית המשפט העליון קבע כי המונח בן זוג בחוק האימוץ צריך להתפרש באופן שיכלול גם בני זוג מאותו המין. זו יצירת הורות להט"בית מוכרת בישראל, כאשר היא מוגבלת לסיטואציה בה אחת מאמצת את ילדיה הביולוגיים של האחרת – אימוץ הדדי.

אימוץ בחו"ל: פרשת ניקול ברנר-קדיש: שתי נשים ישראליות, אשר בעת שהייתן בחו"ל למטרות לימודים ניהלו הליך אימוץ של בנה הביולוגי של אחת מהן. בתעודת הלידה נרשמה האם המאמצת כהורה נוספת. בשעה שניסו להירשם בישראל במרשם התושבים (באמצעות פסק הדין האמריקני ותעודת הלידה של הבן), פקיד הרישום סירב בנימוק שמבחינה ביולוגית קיומם של שני הורים מאותו מין אינו אפשרי, ולפיכך אין הוא חייב ברישום שאינו נכון. השתיים עתרו לבג"ץ. ביהמ"ש קיבל את הטיעון 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 זר. לאחר שניתן אישור לדיון נוסף, חייב בג"צ, בשנת 2007, את משרד הפנים להכיר באימוץ. המדינה חזרה בה מהבקשה לדיון נוסף, אך תוך הערת אגב כי ההכרעה אינה מתקבלת.

החלפת צווי האימוץ בצווי הורות פסיקתיים: כיום צווי האימוץ הוחלפו ע"י צווי הורות פסיקתיים, דבר שהתפתח בבתי המשפט לענייני משפחה. פרשת ממט-מגד, בג"ץ 566/11 היא ההזדמנות הראשונה בה ביהמ"ש העליון נתן את ההכשר **לפרקטיקת צוו ההורות**. נקודת המוצא היא שיש ילד שקשור גנטי לאחד מבני הזוג, ובן/בת הזוג של ההורה הביולוגי מבקשים להיות מוכרים כהורה נוסף. בעבר, הדרך היחידה לעשות זאת הייתה דרך הליך האימוץ. בהמשך, ביהמ"ש לענייני משפחה הכירו בבעייתיות ההליך ובחוסר התאמתו למקרים מסוג זה (בשל פרטי הולדת הילד, מתוכנן או לא וכו'), ועל כן פנו לכלי המצוי בחוק והרחיבו אותו. בחוק ההסדרים לנשיאת עוברים (חוק הפונדקאות) המחוקק חידש כלי בחוק עצמו שנקרא צו הורות. המחוקק הורה כי הדרך להיות מוכרים כהורים לילד שנולד בהליך הפונדקאות היא דרך של צו הורות מכוח החוק – לאחר הליך הפונדקאות, הורים מיועדים יוכרו כהורים של הילד בדרך של מתן צו הורות. בפרשת ממט-מגד דנו בשתי עתירות שאוחדו, אשר בשתיהן דובר בהולדת ילדים לזוגות בני אותו המין בהליך פונדקאות בחו"ל. בשני המקרים הוצאו תעודות לידה ופס"ד הצהרתי מקומי הקובע הורות של שני בני הזוג. פס"ד זה ערך דיון מעמיק בשאלת הזכות להורות ובשאלת שוויון ואפליה של זוגות בני אותו מין. סוגיות נוספות שעלו בפס"ד הן סחר בילדים, ניצול וסחר בנשים. השופט ג'ובראן אמר כי המדיניות הקיימת עד כה, המצויה בכל אחד ממסלולי ההורות האפשריים ואשר דורשת מבני הזוג בני אותו המין להוכיח את אמיתות הורותם בביהמ"ש ובו בזמן יוצרת חזקת אמיתות להורות של הורים הטרוסקסואליים – הינה מדיניות מפלה. יש מקום להכיר בצו הורות פסיקתי המאפשר לבני זוג מאותו המין להיות מוכרים כהורים נוספים על ילדיהם של בני הזוג המהווים הוריו הביולוגים – זאת ללא צורך באימוץ ובבדיקות.

פונדקאות

בהליך הפונדקאות, נלקחים זרע וביצית מבני הזוג ורחם של אישה אחרת מגדלת את העובר – נדרשת הוכחת קשר גנטי לאחד ההורים. במקרה של זוג נשים אחת מבנות הזוג תישא את העובר, בעוד שבמקרה של זוגות גברים נלקח זרע מאחד מהם. בארה"ב נלקח זרע משני בני הזוג מבלי ליידע במה הופרתה הפונדקאית, זאת על מנת ליצור תחושת אבהות שווה. במשרד הפנים לא קיבלו הוראה זו ודרשו הוכחת קשר גנטי של אחד ההורים המיועדים.

בג"ץ 781/15 ארד-פנקס: פרשה שהתנהלה בביהמ"ש למעלה מ6 שנים. בפברואר 2020 קבעה השופטת חיות כי "הסדר הפונדקאות בנוסחו הנוכחי פוגע פגיעה בלתי חוקתית בזכויות לשוויון ולהורות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין. אשר על כן, אציע לחברי להורות למשיבות להגיש הודעת עדכון אחרונה וזאת עד ליום 1.3.2021. בהודעה האמורה יעדכנו המשיבות האם הפגמים החוקתיים שבהם לוקה ההסדר באו על תיקונם בהסדר שוויוני הולם". המדינה ביקשה דחייה עד דצמבר, קיבלה עד יולי. ביולי 2021 ניתן פס"ד משלים, ובו בוטלו ההוראות שהוגדרו כמפלות בחקיקה המסדירה את הפונדקאות. הנשיאה חיות: "סיכומם של דברים – שש שנים התנהלה בפנינו העתירה שבכותרות ומשנקבע כי ההסדר אינו חוקתי, העדר היתכנות פוליטית אינו יכול להצדיק את המשך הפגיעה הקשה בזכויות יסוד. אשר על כן, אציע כי בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק דין זה תבוטלנה ההגדרות "הורים מיועדים", "הורים מיועדים שהם בני זוג" ו"אם מיועדת יחידה" שבסעיף 1 לחוק ההסכמים, ולאחר ביטול ההגדרות תפורשנה הוראות חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות בהתאם לאמור בפסקה 6 לעיל". בפס"ד זה ביהמ"ש מבטל את הוראות החוק. עם זאת, עדיין יהיו בתי משפט לענייני משפחה שיתייחסו לזוגות מאותו המין בצורה אחרת בכל הקשור להליך הפונדקאות.

גבולות יצירת הורות משפטית: עמ"ש 52453-02-20, שני גברים שהתקשרו בהסכם פונדקאות ונולדו להם תאומים. בני הזוג רצו שכל אחד מבני הזוג ימונה כאפוטרופוס נוסף על הילד הביולוגי של בן הזוג, דבר המעניק הכרה משפטית פורמלית בהורות בחיי היומיום של הילד. השופט שילה שולל מינוי אפוטרופוס נוסף לשני הורים ביולוגיים במצב בו שני בני זוג גברים התקשרו ביניהם בהסכם פונדקאות עם אישה אחת, כל אחד מהם אביו הביולוגי של אחד מהתאומים שנולדו. סעד האפוטרופסות ניתן רק במקרה ולילד אין שני הורים מתפקדים.

האם בני זוג בני אותו מין הינם "אישה ואישה" לצורך חוק הירושה: ע"א 3245/03, ע"פ השופט ממן במחוזי בנצרת, הביטוי כולל גם זוגות בני אותו המין. המדינה החליטה שלא לערער על החלטתו, מה שתאם את הגישה של היועמ"ש לזוגות להט"בים בישראל – לאפשר את כל הקשור לרובד הכלכלי. בג"ץ 293/00 פלונית, ביה"ד מוציא צו שמונע מאישה להכניס אישה, וביד"ר מקבל את טענת הגרוש ומוציא צו מניעה. הש' זמיר נותן תחושה שהוא מאוד משתדל שלא להגיד דבר מהותי, ובמקביל לבטל את הצו הרבני, על בסיס טעמים טכניים של חוסר סמכות.

**גירושי בני זוג מאותו מין**

בני זוג שהתחתנו בנישואים אזרחיים יוכלו להתגרש באותה מדינה בה נישאו רק במידה ויש להם זיקה כלשהי למקום בו נישאו – מה שלרוב לא קורה, שכן הם טסים להתחתן וחוזרים לארץ. משכך, זוגות שכאלה צריכים ערכאה שתאפשר להם להתגרש.

תמ"ש 11264-09-12 עוזי אבן ועמית קמה: היו רשומים כנשואים והחליטו להתגרש. כאשר הגיעו להתגרש בביד"ר, לא ניתנה להם האפשרות להתגרש ועל כן פנו לביהמ"ש לענייני משפחה. במקרה זה, יושמה **תזת אי-ההכרה** האומרת כי דבר שבית דין לא מכיר בו, אין לו סמכות לדון בו ומשכך – הסמכות לדון בנושא עוברת לביהמ"ש לענייני משפחה, וביהמ"ש יתיר את הגירושין ע"י צו של גירושין בהסכמה. הפרדוקס הוא שסעד זה יינתן רק עבור זוגות להט"בים, שכן אלו הם הזוגות אשר אינם מוכרים ע"י הרבנות. המונופול הדתי הביא להרחבת ההכרה במיסודה ובפירוקה של זוגיות בין בני אותו המין. נוצרה מערכת אזרחית מלאה דווקא לזוגיות הכי פחות נורמטיבית בישראל.

בג"ץ 7399/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט (2017, השופטת ברון): עתירה של הנהגת נישואין אזרחים ישראליים לכולם, הדחייה נעשתה בשם ס' שמירת הדינים והשופטת ברון אמרה שזה לא לנצח ואולי הגיע העת לשנות, ולא ניתן לשמור על שמירת הדינים לנצח.

שיעור מס' 19, 15.12.2021

**היבטים ממוניים: מזונות בין בני זוג**

מקומה של תביעת המזונות ועקרונות הדין האישי היהודי בקביעת מזונות בני זוג

נקודת המוצא היא שתביעת מזונות נחשבת לענייני המעמד האישי ולכן חל עליה הדין הדתי. עם זאת, ישנו חוק טריטוריאלי (חוק תיקון לדיני משפחה (מזונות)) העוסק לכאורה במזונות אזרחיים. עם זאת, בס'2(א) לחוק נכתב כי

**מזונות לבן זוג**

2.    (א)  אדם חייב במזונות בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה.

לפיכך, ישנו חוק טריטוריאלי המציג מזונות אזרחיים לכאורה, אך החוק עצמו קובע כי ברוב המקרים הוא לא חל ויחול עליו הדין הדתי. תביעת המזונות מוגשת כאשר קיים צפי לפירוד, יריית הפתיחה בדינמיקה של סכסוך הגירושין. מזונות יינתנו כל עוד הזוג חי יחד ומנהל משק בית משותף.

עקרונות מזונות אישה לפי ההלכה:

* המזונות הינם "חד סטריים", רק האישה זכאית למזונות מכוח הדין (מתחייב בכתובה בעת הקידושין ל"שארה וכסותה")
* מזונות האישה נגזרים מרמת החיים שקיימו בני הזוג (עולה עימו ואינה יורדת עימו)
* הזכות למזונות תלויה באופן הדוק בהתנהגות האישה, על בסיס הסטנדרט הכפול של קוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה (3 דרכים בהן האישה אינה עומדת בסטנדרטים: עוברת על דת, אינה צנועה, עושה מעשה כיעור (מעשה אסור בגדר איסור עריות, נדרש עדים להוכחת הדבר)). במקרה של אחת מדרכים אלו, האישה מפסידה את מזונותיה. לעומתה, איש יכול להיות עם נשים אחרות (שאינן נשואות) מבלי שיהיו לכך השלכות ממוניות
* המזונות ניתנים רק במהלך הנישואין

תפיסה דתית אל מול תפיסה אזרחית

התפיסה ה**דתית**: תפיסה המבוססת על עקרונות מסורתיים-שמרניים, תפיסה מסורתית של משפחה – שונות מובהקת בין המינים, חלוקת תפקידים נוקשה, סטנדרט כפול של התנהגות מינית, חיבור בין המישור המיני למישור הכלכלי.

התפיסה ה**אזרחית**: ניתן להניח כי התפיסה האזרחית הפוכה לחלוטין מהתפיסה הדתית, שכן התפיסה האזרחית מבוססת על עקרונות של שוויון, חופש ועל ליברליזם ואוטונומיה אישית.

במערכת החוקתית של ישראל שתי המערכות הללו, המבוססות על תפיסות עולם מנוגדות זו לזו – שולטות תחת מטריה אחת על תחום דיני המשפחה. התוצאה של ניסיונות ליישב תפיסות עולם אלו היא **"מלאכת ההתאמה"** – הניסיון להתאים את אותם עקרונות של הדין הדתי האישי-שמרני למציאות החיים העכשווית המשקפת תפיסות אחרות לחלוטין.

ניסיונות להחדרת מושגים של שוויון: שני כיווני הפעולה דרך הגנות מפני תביעת מזונות (הגנת הקיזוז והגנת הפטור)

1. **הגנת הקיזוז**

הגברת המשמעת הכלכלית המיוחסת לעבודת האישה בדרך של קיזוז פוטנציאל ההשתכרות שלה – האישה יכולה להשתכר בכוחות עצמה ולכן אין צורך שהאיש יזון ויפרנס אותה באופן מוחלט, אלו לא נישואי עקרת הבית. התוצאה היא חיזוק האיש (הרחבת ההגנה).

ניתן לראות התפתחות בפסיקת ביד"ר בנוגע לעבודת אישה בשכר מחוץ לבית: בעבר, סווגה מחוץ ל"מלאכת רווחה" או כ"העדפה ע"י הדחק" שלגביהן הייתה מחלוקת, ולכן רק אם עבדה בפועל ניתן היה לקזז את השתכרותה. לאור המציאות העכשווית והתפיסות הרווחות כיום נערך סיווג מחדש, "מלאכת רווחה" ממש, שכל אישה חייבת לעשותה, ולכן הבעל יכול בעקיפין לכפותה לעבוד באמצעות אמירתו "צאי מעשה ידייך במזונותייך". **התוצאה היא קיזוז פוטנציאל עבודה בשכר** (ביקל מול פלולי).

פס"ד ביקל דן באישה אשר היה לה כושר השתכרות, ובתחילת סכסוך הגירושין עו"ד האישה אמר לה להפסיק לעבוד. ביהמ"ש המחוזי (ולאחריו העליון) הלכו לדין הדתי תוך הסתכלות על אותה התאמה למציאות החיים המודרנית, ונפסק כי לא רק שיקזזו את יכולת ההשתכרות בפועל, יקזזו את פוטנציאל השתכרותה ותביעת המזונות נדחתה.

בפלולי, מקרה של נישואין בצל אלימות קשה שכללו תלונות במשטרה ואשפוז, הבעל מנע מאשתו לעבוד במהלך השנים. למרות זאת, הבעל הסתמך על הטיעון כי האישה יכולה לצאת לעבוד ומשם כך הוא פטור ממזונות. ביהמ"ש דחה את טענתו באמירה כי עקרונית ניתן לקזז את פוטנציאל ההשתכרות אך יש לעשות זאת בהתאם לנסיבות העניין – כאשר במקרה זה אין לעשות כן.

1. **הגנת הפטור**

ייחוס של סטייה מקוד ההתנהגות המינית לאישה – מה שפוטר את הבעל ממזונות. הגנה המבוססת על תפיסת עולם דתית-שמרנית. משכך, ניתן לראות בפסיקה הפחתת המשמעות המיוחסת לסטיית האישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה בדרך של הכנסת ממד של הדדיות להערכת ההתנהגות. התוצאה היא חיזוק האישה (צמצום ההגנה).

מהלך צמצום הגנת הפטור הכרוכות בהתנהגות האישה

צמצום הגנת הפטור מתבטא בעיקר בסדרת פסקי הדין של שמגר: פרידמן, גל, גרינהאוז, כהן – פסקי דין שעסקו בהכנסת אמת מידה של הדדיות, הוגנות ושוויון בתחום ההתנהגות המוסרית-מינית הראויה במהלך קשר הנישואין. מקרים אלו עסקו בתביעת מזונות אישה שלו היו נידונות בביה"ד היו נדחות, שכן היו ראיות של אותן נשים במעשה כיעור – נשים שבגדו בבן זוגם. שמגר דחה את טענות ההגנה שנטענו במקרים אלו בנימוקים שונים – בעל שעזב את אשתו והקים משפחה עם אישה אחרת, התנהגות האישה לא הפריעה לבעל עצמו ואף פרסם בעצמו כי הוא פנוי וכו'. נימוקים אלו עסקו בהכנסת מידה של הוגנות ושוויון בין בני הזוג. עם זאת, שמגר מסתמך על הדין הדתי.

פס"ד גרינהאוז (עילת פטור שהתבססה על הקלטות שיחות פלאפון): ביה"ד קבע כי האישה עוברת על דת – קביעה שיפוטית של ערכאה בעלת סמכות במסגרת הליך הגירושין. קביעה זו הייתה אמורה להוות מעשה בית דין בהליך המנהל בערכאה האזרחית. עם זאת, שמגר מציג זאת כשיקול בודד במסגרת השיקולים, כאשר שיקול נוסף הוא אורח החיים של הבעל אשר מנהל חיים אחרים. שמגר מבסס את קביעתו על קביעת ביד"ר אחרת אשר פסקה כי מזונות אישה שישנה בבית איש אחר לא ישללו ממנה – מקרה שעסק באחות סיעודית שישנה באישור בעלה בבית המטופל שלה. פעולה זו הינה מרחיקת לכת בשל חוסר ההתאמה בין המקרים, אך מדגיש את הרצון של שמגר להחדיר את אותן אמות מידה ולאזן את הא-סימטריה ואת הסטנדרט הכפול עליו נשענת המערכת הדתית.

אזרוח מזונות בני זוג (המהלך של שמגר שקדם לברק)

בהמשך, ישנם שני פסקי דין המטרימים את אותו פס"ד המזונות האזרחיים של ברק אשר באו בהמשך לאותו מהלך בפס"ד גרינהאוז. בעוד שבגרינהאוז שמגר מנסה להפעיל מניפולציות בגדרי התחום הדתי, בפסקי דין אלו שמגר אינו עוסק בדין הדתי.

פס"ד כהנא: נישואין של כהן וגרושה בקפריסין. ע"פ ההלכה, נישואין אסורים אינם יכולים להצמיח זכויות. במקרה זה, שמגר משתית את זכות האישה למזונות על אדנים חוזיים מכוח הצדק. "אם ניתן לבסס את זכותה של האישה למזונות לאו דווקא מכוח הנישואין אלא מכוח התחייבותו של הבעל, מחייב הצדק שלא תישלל זכותה של האישה למזונות גם לאחר שניתן פסק הדין המחייב בגירושין (לפחות כל זמן שאין גירושין למעשה ושבני הזוג חיים יחד בכפיפה אחת".

פס"ד סולומון: 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 הוכחה עילת התביעה שלה נדרש הדין האישי, התביעה כמו 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. הוא מצדיק זאת באמירה שכן מדובר במזונות מכוח כבוד האדם. "אמות המידה הרגילות מהמקובלות בביהמ"ש .. מצדיק את היישום של עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתוטל חובת מזונות ע"פ הקווים שהותוו בדין הנ"ל .. הפקרת בן זוג למחסור ורעב הם בגדר פגיעה בכבוד האדם".

בניגוד גמור לשקט ולהדרגתיות של שמגר, ברע"א 8256/99 ברק קובע בפרהסיה ובצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את המושג **מזונות אזרחיים**: "המזונות שלפנינו הם מזונות אזרחיים; הם נועדו להבטחת רמת חייו של בן הזוג ולאפשר את שיקומו לאחר הפרידה הפיזית בין הצדדים; אין הם מזונות כמשמעות דיבור זה בדיני המשפחה" (פסקה 24).

על מנת להבין את **פוטנציאל המזונות האזרחיים** יש לבחון האם כלי זה ניתן לשימוש גם במקרה של נישואים כדמו"י. בפסיקה נאמר כי "אין דבר בפס"ד זה לבסס תחולת מזונות אזרחיים בבני זוג שנישאו כדמו"י". מנגד, ברק השאיר פתח להחלת מכשיר מזונות אזרחיים על נישואים כדמו"י. ניתן לטעון לכאן ולכאן, הן בנושא ההתחייבות והן בנוגע לבחירת הזוג להינשא כדמו"י ומשכך להכפפתם למערכת המשפט הדתית. אין תשובה ברורה בנושא. ברוב המקרים בהן תביעת המזונות נדחתה, נעשה שימוש **בכלי החוזי** לקבלת תביעת המזונות. עם זאת, שאלת תחולת מכשיר המזונות החוזיים בנישואין כדמו"י נשארה ללא תשובה ברורה.

ניתן לראות בצורה כזו או אחרת כי ישנה מגמת דחייה מצד ביהמ"ש לענייני משפחה, אך עם זאת אין עקביות ואחידות בנושא. רוב המקרים בהם ניסו לעשות שימוש בכלי של מזונות אזרחיים היו במקרים של מזונות מאופי קצת אחר – **מזונות משקמים**, מזונות הנתבעים לאחר הגירושין. אותו עיקרון של הדין הדתי לפיו המזונות ניתנים כל עוד בני הזוג נשואים הינו עקרון בעייתי. במקרה ויצליחו לבסס את האפשרות להישען על מכשיר המזונות האזרחיים, ייפתח פתח להביא לכך שסעד כלכלי מסוג כזה של מזונות (סעד כספי, תשלומים עיתיים), יעמוד לרשות בנות זוג גם לאחר הפרידה. תמ"ש 46211/04, השופט שוחט 2005,דחיית מזונות מצד הבעל.

סוגיית המזונות האזרחיים ("משקמים")

בע"מ 3151/14: עקרת בית שאינה מעוניינת להתגרש מאחר והיא חסרת יכולת השתכרות. בפס"ד נדונות שתי שאלות, שאלת הסמכות ושאלת המהות. **שאלת הסמכות** עסקה בהאם למערכת האזרחית עומדת הסמכות להכריע בשאלת הסרבנות ללא פסיקת ביד"ר. **שאלת המהות** שאלה האם נכון לקצוב בזמן את תקופת הזכאות למזונות בשל סרבנות האישה לקבל את הגט. פס"ד זה מדגיש בעיה מבנית חזקה בהתדיינויות משפטיות סביב נושא הגירושין והבעיות הכלכליות הנובעות ממנו – אין לנו את התמונה הכלכלית המלאה. ס'8(2) לחוק יחסי ממון הוא המאפשר לנו לערוך את האיזון בצורה אחרת (לא 50-50). בפס"ד זה נאמר כי בקשתה לחלוקה אחרת ע"פ סעיף זה נדחתה, זאת ללא ידיעה מדוע ועם איזה רכוש האישה נשארת.

האוביטר בפס"ד זה (ברק-ארז וזילברטל) מדגיש את המצוקה של אותן נשים שלאחר גידול הילדים ולאחר מערכת זוגית משפחתית ע"פ דפוסים מסורתיים, אשר בגינם לא פיתחו לעצמן יכולת השתכרות המגשימה את הפוטנציאל שלהן – בשל נטל גידול הילדים. מצוקה זו היא מצוקה שנכון להיום אין לה תשובה מספיק טובה במשפט הישראלי, מאחר והמזונות הדתיים מסתיימים ברגע שהנישואין מסתיימים והכלי של המזונות האזרחיים לא קיים בצורה חד משמעית בנישואין כדמו"י. שני השופטים אומרים באוביטר כי יש לפסוק מזונות אזרחיים גם במקרה של נישואין כדמו"י. זילברטל (פס' 13) מצביע על העיוות שבפרישת תמונה פיננסית חלקית בלבד עקב הנתק בין סעד המזונות לסעד חלוקת הרכוש.

חיזוק רעיון המזונות האזרחיים: בע"מ 4751/12, דנציגר מפתח את הרעיון התיאורטי-עקרוני של מזונות אזרחיים בהקשר של מזונות ילדים. את הפיתוח של מזונות ילדים-אזרחיים הוא בונה על בסיס פס"ד המזונות האזרחיים של ברק. מבחינת דנציגר ישנה מערכת שלמה של דיני מזונות אזרחיים במשפט הישראלי. עם זאת, עדיין אין אמירה ברורה בנוגע להחלת מזונות אזרחיים במקרה של זוגות שנישאו כדמו"י.

שיעור מס' 20, 19.12.2021

**השלכות כלכליות של פירוד וגירושין – חלוקת רכוש**

המשטר הרכושי בישראל: בין חוזים למשפחה

בראשית הדרך, הייתה חקיקה שיפוטית שנועדה לענות על דין דתי בעייתי המבוסס על תשתית נורמטיבית בעלת יסודות של אפליה מובנית ועל חסר נורמטיבי במישור האזרחי. הלכת השיתוף נוצרה לאור העובדה כי בדין האזרחי לא הייתה תשובה על השאלה כיצד אמורה להיות חלוקת הרכוש בין בני זוג בעת הפרידה. המחסור בתשובה בדין האזרחי נבע מהעובדה כי בתחילת הדרך התפיסה הייתה כי הדין המכריע בנושא הוא הדין הדתי – כיוון שבתחילת הדרך הסיווג של חלוקת הרכוש היה תחת הקטגוריה "ענייני נישואין", שכן ע"פ הדין הדתי הרכוש שאישה מביאה עימה לנישואין מתחלק לשתי קטגוריות (אשר בסופו של דבר, השליטה שלה ברכוש משתנה). ישנן השלכות מאוד ברורות כיצד הנישואין משפיעים על חלוקת הרכוש. בתחילת הדרך הפסיקה קטלגה את שאלות ההוצאות הכלכליות של הגירושין כענייני נישואין. השלכות אלו עומדות בסתירה לחוק שווי זכויות האישה (1971) הטוען כי דין אחד יהיה לאישה ולאיש בכל פעולה משפטית. ס' 2 לחוק שווי זכויות האישה:

**קנינה של אשה נשואה**

2.    לאשה נשואה תהיה כשרות מלאה לקנין ולעשיה בקנינים כאילו היתה פנויה; ואין קניניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על ידי קשר  הנישואין.

על אף שבהמשך החוק נאמר כי אין בחוק זה כוח לשנות את הדין הדתי (ס'5), יש בס'2 פוטנציאל לעשיית המהפך בתחום הרכוש שכן הפסיקה קובעת כי הדין הדתי עומד בסתירה לו.

בהמשך, החקיקה השיפוטית התפתחה בדרך של **הדגשת הרציונל ההסכמי** כיוון שנבעה גם מהצורך לנכס סמכות. חוק שווי זכויות האישה מביא להבנה כי הדין הדתי לא יכול להמשיך לשלוט בתחום חלוקת הרכוש, אך כדי להוציא את הנושא הרכושי מהקטגוריזציה שהכפיפה אותו לדין הדתי – הפסיקה צריכה לפתח **רציונל אזרחי**. אותו רציונל אזרחי נמצא תחת השיח החוזי, ולכן ניתן לראות את התפתחותה של הלכת השיתוף בשפה חוזית, הסכמית. **ע"פ** **הלכת השיתוף – חזקה על בני זוג שחיים ביחד שהם הסכימו ביניהם. משכך, השפה החוזית היא השולטת בכיפה כאשר הפסיקה מפתחת את הלכת השיתוף.** הפסיקה בונה בהדרגתיות את הרציונל ההסכמי מאחר והיא צריכה להצדיק את הסיווג המחודש של ענייני הרכוש שלא כתוצאה מנישואין אלא כתוצאה מההסכמות ההדדיות, ההתחייבויות ההדדיות שבני הזוג נטלו על עצמם עם כניסתם לחיים המשותפים.

הלכת השיתוף נתפסת פעמים רבות כאחת מגולות הכותרת של חקיקה שיפוטית, שכן עד אז החקיקה השיפוטית התמודדה מול דין אזרחי בעייתי – עד תיקון מס' 4 (2008) לא היה חוק אזרחי בנושא, שכן החוק האזרחי אשר היה קיים היה בגדר "אות מתה". בפס"ד נובלר-יעקבי, שמגר קבע כי חוק יחסי ממון במתכונתו אז הינו אות מתה מאחר ואותו הסדר איזון משאבים ניתן להפעלה רק אם יש גט (והגט תלוי בהסכמת בני הזוג וברצון הגבר, ובעת סירוב מתן הגט ישנה חסימה של חלוקת הרכוש). החוק יצר תשתית משפטית המעצימה פערי כוח מגדריים, מחלישה את החלשה ומחזקת את החזק.

התפתחות הלכת השיתוף

בתחילה, הפסיקה התבססה על יסודות מסורתיים, על **הרמוניה** בין בני הזוג: "חזקה על בני זוג המנהלים אורח חיים תקין ומאמץ משותף שהרכוש שנצבר ע"י מי מהשניים מצוי בבעלותם המשותפת". (אפטה, ברגר, בריקר, בסיליאן).

בהמשך החיים ההרמוניים הוחלפו ב"**אורח חיים תקין**" (ברגיך, ארגוב). בהמשך, נזנחו התנאים ל"אורח חיים תקין" וצומצמה הדרישה למינימום של **חיים משותפים תחת קורת גג אחת**, ללא קרע או פירוד ממשיים. מגמת הפסיקה הולכת ומרחיבה את השיתוף ואת הנסיבות בהן ניתן להחיל את הלכת השיתוף, מתוך רצון להקל על הכניסה להלכת השיתוף ולהקשות על מי שמנסה לבטל את תחולתה.

ההרחבה הממשית הראשונה הייתה הכנסת נכסים עסקיים להלכת השיתוף (מנכסים משפחתיים לנכסים עסקיים), תוך הבחנה ברמת הראיה הנדרשת להוכחת שיתוף או הקלת סתירתו כאשר מדובר בנכסים עסקיים. ניתן לראות את המהפך שתפיסתו הכלכלית של המשפט עברה, שכן שבמחשבה המסורתית קניין משמעו בית/אדמה ובתחילת שנות ה80 התפתחה ההכרה כי הרכוש של האדמה אינו בהכרח הרכוש המסורתי של מקרקעין – אלא שהרכוש המאפיין את האדם הכלכלי בעולם העבודה המודרני הוא הנכסים הלא-מוחשיים שצמודים בעיקר למקום העבודה של האדם (כל הזכויות הכלכליות שנצברות באמצעות העבודה לקראת העתיד, כל הקשור לפנסיה). כל אלו הם הנכסים הפיננסיים המרכיבים את חלק הארי ב"רכוש החדש". בשימוש במושג "נכסי קריירה" יש להבהיר האם הכוונה לפנסיה וקרנות גמל או שמא מדובר בהון האנושי וכושר ההשתכרות. מדובר ברכיבים כלכליים שבהתחלה לא היו חלק מהרכוש הזוגי המשותף שחל עליו הלכת השיתוף, אך במסגרת פסקי הדין רון ולידאי הורחבה ההלכה.

שיעור מס' 21, 22.12.2021

*הרצאה של הרב הדיין שטסמן (לא במחברת).*

המשך התפתחות הלכת השיתוף –

אותה התפתחות דרמטית של הלכת השיתוף היא ההרחבה לנכסים החיצוניים – נכסים מלפני הנישואין ומתנות/ירושות במהלך הנישואים. נכסים אלו נחשבים כנכסים חיצוניים מאחר והם אינם חלק מהמאמץ המשותף של הזוג. הרחבה זו מעלה את שאלת הרציונלים להלכת השיתוף – האם הבסיס הינו בסיס הסכמי, או שמא הבסיס הינו בסיס נורמטיבי. במידה והבסיס הסכמי, בוחנים האם ההסכמה הינה מצומצמת לאותם נכסים שהתהוו בזכות מאמץ משותף או שמא היא הסכמה רחבה יותר. במידה והבסיס הוא נורמטיבי, בוחנים הצדקות שונות להרחבת השיתוף. "שורש המחלוקת בשאלה האם 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, ייטו מטבע הדברים לפקפק בצדקת החלתה 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, זאת ע"י הכרה בשיתוף נכסים חיצוניים שנטמעו: "להסכמת בן זוג לשתף את בן זוגו גם בנכסיו החיצוניים יש משקל מכריע, וביטוי להסכמתו לכך עשוי להימצא גם **באיכות יחסיהם של בני הזוג**. בנישואים הרמוניים הנמשכים שנים רבות נטמע רכוש כזה ברכוש המשותף. אלא שלא כל נישואים הרמוניים נמשכים שנים רבות, ולא כל נישואים הנמשכים שנים רבות הם הרמוניים".לסיכום, יותר קל לסתור את הלכת השיתוף לגבי נכסים חיצוניים וזאת על בסיס טיב יחסיהם של בני הזוג.

ההרחבה האחרונה ומרחיקת הלכת ביותר היא הרחבת בסיס השיתוף, **הרחבת המושג נכס**: הרחבה המביאה לכך שהנכס כולל גם את הפער הנוצר בכושר השתכרות עתידי/הון אנושי/מוניטין אישי, ככל שנצבר במהלך החיים המשותפים. נכסים אלו נכללים לרוב במונח "נכסי קריירה" (פס"ד ההון האנושי).

בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית (ההון האנושי): זוג נשוי במשך 28 שנים ו5 ילדים, חלוקת תפקידים ברורה כאשר כושר ההשתכרות של האישה הינו השכר בממוצע במשק (יועצת חינוכית) בעוד שהבעל הינו רואה חשבון עצמאי אשר פיתח מחזור שנתי שקרוב ל1,000,000 ₪. בנוסף, לזוג היה רכוש משותף (דירה, מכוניות ועוד). פסק דין זה אינו אופייני לריבלין והוא אפילו מעט פיוטי. אחד המשפטים המרכזיים שהמרצה מצאה בפסק הדין התייחס למשפחה, המביע כי מדובר ביחידה יוצרת אחת – **"הזמן המשפחתי הוא אחד, והוא נוצר בשניים".** משפט זה מבטא את הרעיון לפיו אותו הון אנושי מוגבר אשר התרחב במהלך השנים הינו תוצאה של הזמן המשפחתי, של ניצול משאבי זמן של המשפחה כולה – והוא נוצר ע"י שניים, יש מחירים ויש עלויות. משכך, התוצר של המערכת הזוגית והזמן המשפחתי הינו חלק מהרכוש האמור להתחלק בין השניים, כאשר הזמן המשפחתי מתחלק לשתי יחידות כלכליות שונות. התועלות הכלכליות של ההון האנושי **מתבטאות בעיקר בצד שלקח את ההון האמור החוצה** ופיתח אותו בצורה של יכולת השתכרות מוגברת, מוניטין אישי טוב וכד'. ריבלין מוסיף מגבלות לתזה הנוכחית (2 הגבלות המצוינות בדבריו):

"הצורך להיזקק לחלוקה של נכסי הקריירה יתעורר בעיקר במקרים מובהקים שבהם (1) **נוצר פער ממשי** וברור בין בני הזוג מבחינת כושר ההשתכרות שלהם (2) **פער שנובע מכך** שאחד מבני הזוג נטל על עצמו ויתור משמעותי מבחינת ההתפתחות המקצועית והתמקד במרחב הביתי, ובכך אפשר לבן הזוג האחר להשיא את כושר השתכרותו.. יש לבחון את הפער שנוצר בין בני הזוג עקב הנישואין, ולאזן אותו בכסף או בשווה כסף. ודוק, **מדובר אך ורק בפער שנוצר במהלך הנישואין, עקב הנישואין, יש לגרוע מן הפער הזה את התרומה לכושר ההשתכרות שבאה מכישרון אישי וכן את זו שנוצרה קודם לתחילת הקשר הזוגי או לאחר שפורק**".

ההתנגדותלפסק הדין ולהלכה המובאת בו באה לידי ביטוי ברוב המוחלט של בתי הדין הרבניים שלא רואים בהון האנושי ויכולת ההשתכרות המוגברת –"הכישורים האישיים של האיש" – כנכס בר חלוקה. ישנו הבדל משמעותי בין הגישה הדתית לגישה האזרחית: בתי הדין הרבניים רואים בפסק דין זה דבר שלא מתקבל על הדעת. ניתן אף לראות ביטויים של בתי הדין הקוראים לחלוקה הזו כ"שיעבוד של האיש" ואף משווים את המצב למעיין 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 והמרצה מכנה את הטענה הזו אפילו כ"פיקציית הפירוד הנקי". פסק דין זה מהווה **תקדים מחייב** והשפיע רבות על אופן חלוקת הרכוש במסגרת הגירושין בישראל. ריבלין אומר שהדרך הנכונה להחיל את ההלכה היא דרך של תשלומים עתיים. יש לציין כי צריך שכל התנאים שציינו למעלה יתקיימו בכדי לקיים את ההלכה. כלומר, 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. האיש רואה חשבון עצמאי בעל מחזור שנתי של 800,000 ₪, האישה יועצת חינוכית. מוניטין המשרד הוערך ב700,000 ₪, נפסק פיצוי חד פעמי בסך 250,000 ₪.

תחולת הלכה זו על נישואים אזרחיים וידועים הציבור: הלכה זו אכן חלה על זוגות אלו, 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. חשוב לציין כי מדובר בטיעון נדיר ולא מקובל.

שיעור מס' 22, 26.12.2021

נקודה שעלתה בפס"ד היא קשיי הערכה: הנושא האמור הינו מעט קשה להערכה בשל המשתנים הרבים הלא צפויים. עם זאת, ניתן לעשות זאת בתחומי משפט אחרים כגון תביעות נזיקין בגין נזקי גוף – ניתן להעריך כושר השתכרות ולפיכך זוהי לא סיבה להימנע מלגעת בנושא. במידה וזהו סעד עיתי (תקופתי), ניתן לשנותו בהתאם לנסיבות. במידה ויטענו כי הדבר נוגד את גישת הפירוד הנקי (פירוד ללא מפגש, ניתוק מוחלט), ניתן להשיב כי שאיפה זו אינה ריאלית מאחר ובמקרים בהם ישנם ילדים ההורות המשותפת ממשיכה ובלתי אפשרי לנקוט בגישה זו.

הון אנושי כנכס – פיצויי שיקום או מזונות אזרחיים?

בהמשך להלכת השיתוף המתייחסת לנכסים, ריבלין מגדיר את ההון האנושי כנכס. פסקי דין רבים מראים כי **הסעד של חלוקת הון אנושי, ההתחשבות בפוטנציאל השתכרות עתידי וההכרה בהם כנכס בר חלוקה בזמן הפירוד בעצם מהווה תמונת ראי של המזונות האזרחיים** – מדובר בתמונת ראי ודרך אחרת להגיע למה שמכונה "פיצויי שיקום", כיוון שכל אחד מהמנגנונים הללו בא לענות על אותו צורך ולהגשים את אותה המטרה: צמצום הפער בין בני הזוג לאחר הפרידה בשל חלוקת התפקידים המגדריים ושוק העבודה הממוגדר. כאשר ברור שישנו פער גדול ביכולת הכלכלית ביציאה מהקשר וגם חלוקת הנכסים הקלאסיים ע"פ הלכת השיתוף וע"פ הסדר איזון המשאבים תשאיר פער גדול בצפי העתידי של בני הזוג – לערכאה השיפוטית עומדת האפשרות לנקוט באחת מכמה דרכים. דרך אחת היא כפי שפסק ריבלין – הסתכלות על פוטנציאל ההשתכרות העתידי, ההון האנושי העתידי והמוניטין האישי ולהתייחס אליהם כאל נכס בר חלוקה. דרך אחרת היא פסיקת המזונות המשקמים. ברק-ארז בבע"מ 3151/14 (פס"ד עקרת הבית, אישה שלא רצתה להתגרש מאחר ולא יהיה לה ממה להתפרנס) עוסקת בסוגיית ה**מזונות המשקמים** ואומרת כי "האפשרות לפסוק מזונות משקמים היא השלמה מתבקשת להכרה בהתחשבות ב"נכס קריירה" במסגרת חלוקת רכוש". בפס"ד המזונות האזרחיים של ברק (רע"א 8256/99 פלונית), ברק אמר כי "המזונות שלפנינו הם מזונות אזרחיים: הם נועדו להבטחת רמת חייו של בן הזוג ולאפשר את שיקומו לאחר הפרידה הפיזית בין הצדדים. אין הם מזונות כמשמעות דיבור זה בדיני משפחה".

עם זאת, הרציונלים לשתי הדרכים אינם זהים. ההסתכלות על הון אנושי כנכס מדברת על **זכות מוקנית מובהקת** שכן ההון האנושי מוגדר כנכס וע"פ הכללים של הלכת השיתוף לבת הזוג ישנה זכות לחצי מאותו נכס ולפירות שיניב מהם בן הזוג השני, בעוד שתפיסת המזונות המשקמים נוגעת ב**גישה של "נזקקות" ושל עשיית צדק**, שכן הם מושתתים על המחויבות בני בין הזוג, העומדת להם גם במקרה של פרידה. המזונות המשקמים מסמנים את המחויבות והתלות בין בני הזוג במטרה לתת מענה לאותה נזקקות. לשוני בין הרציונלים יכולות להיות השלכות, הן מבחינת היקף היעד והן מבחינת הדרך למתן הסעד. מזונות משקמים תמיד יינתנו בדרך של תשלומים עיתיים, בעוד שגישת הון אנושי כנכס מביאה לפיצוי חד פעמי אשר בהסתכלות כללית אינו מעניק פיצוי שווה ערך לבן הזוג אשר ההון האנושי אינו שייך לו. בשורה התחתונה, סעדים אלו מתלכדים באופי ובתוצאה בפועל.

השפעת תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון על שאלות אלו

כרגע אין תשובה ברורה בנושא, שכן הדבר לא הגיע לעליון עדיין. עם זאת, ישנם שני פסקי דין של ערכאות דיוניות שעסקו בכך ופסקו שתי פסיקות הפוכות.

* ביהמ"ש המחוזי טען כי לתיקון מס' 4 היו מספר גרסאות, ובאחת מהן הייתה אפשרות להכניס בס'5(ג) את המילים "כושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג" והדבר נדחה. ס'8(2) מחזק את הטענה כי המחוקק היה עד למרכיב של כושר ההשתכרות אך הוא לא הגדיר אותו כנכס לצורך איזון המשאבים אלא רק כמשתנה שניתן לקחת בחשבון בנסיבות מיוחדות ע"פ ס'8(2). בנוסף, נאמר כי הון אנושי אינו מהווה נכס ותיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון אינו מאפשר להכיר בו כנכס אלא ככלי נוסף להביא בחשבון בעת הדיון בתביעה. במקרה זה היה מדובר על זוג ידועים בציבור כך שבפועל הלכת השיתוף הייתה אמורה לחול אך בחרו להשתמש בחוק יחסי ממון מהטענה כי על שני המשטרים להתלכד. אם היה מחיל את הלכת השיתוף היה מגיע להלכה של ריבלין לפיה הון אנושי מהווה נכס. בפס"ד זה ניתנו שתי החלטות חשובות: (1) הרכוש לא יחולק בצורה של חצי-חצי (2) הון אנושי אינו מהווה נכס.
* בביהמ"ש לענייני משפחה ניתנה פסיקה הפוכה, ובה נקבע כי כושר השתכרות הינו נכס עתידי – אמנם הוא אינו מצוי בס'5(ג) אך סעיף זה נוקט במילה "לרבות", מה שמשאיר את הרשימה המצוינת בסעיף כרשימה פתוחה. מאחר וכושר השתכרות הינו נכס, ניתן להכניסו לגדר ס'5(ג) ולהכניס אותו לחלוקת הנכסים.

התפתחות הרציונלים

1. מעבר הדרגתי מבסיס חוזי-קנייני לבסיס של צדק חברתי, מרציונל הסכמי לרציונל נורמטיבי: "כידוע, מטרתה של חזקת השיתוף היא צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים" (חסל, בריל, טווינקו). ניתן לראות את הבעיה בחברות דתיות פטריארכליות. קשה להצמיד את אותה הצדקה חוזית לקביעת שיתוף רכושי ובכל זאת הלכת השיתוף חלה בחברות פטריארכליות ומעניק הצדקה נוספת לאותו צדק ושוויון בין המינים.
2. מעבר מחזקה עובדתית-הסכמית לחזקה נורמטיבית (עמית בבן-גיאת) עירוב יסודות אובייקטיבים וסובייקטיביים (בג"צ 8214/07, החלה גם על זוגות מחברה מסורתית פטריארכלית): אצל זוגות בנישואין ראשונים ארוכים עם ילדים, **החזקה מעין קוגנטית**. ככל שלא מדובר בנישואין מסוג זה (ידועים בציבור, זוגות ללא ילדים וכו'), נטל ההוכחה הוא על מי שמבקש לסתור את חזקת השיתוף.

דבקות ברציונל חוזי-הסכמי של כוונה לא תביא לשיתוף, ועל כן הרציונל הנורמטיבי הוא הרציונל השולט בכיפה. עם זאת, עדיין ניתן למצוא מצבים בהם השיח החוזי מקבל מקום, כגון בפס"ד בריל, פסק דינו של השופט מצא: "להסכמת בן זוג לשתף את בן זוגו גם בנכסים החיצוניים יש משקל מכריע, וביטוי להסכמתו עשוי להימצא גם באיכות יחסיהם של בני הזוג. בנישואים הרמוניים הנמשכים שנים רבות נטמע רכוש כזה ברכוש המשותף. אלא שלא כל נישואים הרמוניים נמשכים שנים רבות".

עם זאת, **החזקה הנורמטיבית הינה חזקה קוגנטית והיא אינה ניתנת לסתירה.** נטל ההוכחה הינו על המבקש לסתור את חזקת השיתוף: "די בהוכחת חיים משותפים כדי להעביר את הנטל על המבקש לסתור קיומו של השיתוף (רוזן-צבי, מצוטט בפס"ד של ריבלין). ביחס לנכסים הקלאסיים, נטל ההוכחה הינו מאוד קשה עד בלתי אפשרי מאחר וחזקה זו הינה כמעט קוגנטית.

הרציונלים הם **אוטונומיית הצדדים ועקרון השוויון**:מכירים בחיי הנישואין כחיי שיתוף, קידום השוויון בין בני הזוג, שימור האוטונומיה והזהות העצמית. הענקת ביטחון כלכלי לבני הזוג לאחר פירוק הקשר. ייתכן שלגבי ידועים בציבור נצטרך להוכיח כוונה להלכת השיתוף, שכן לגבי זוגות נשואים יש חזקה לכוונת הלכת השיתוף אבל לגבי ידועים בציבור זוהי לא חזקה ויתכן שצריך להוכיח את הכוונה הזו, ניתן להוכיח אותה ע"י ילד משותף, חשבון בנק משותף וכו'.

שיעור מס' 23, 29.12.2021

מהות השיתוף, היקפו וגבולותיו בזמן

השיתוף נוצר במהלך החיים המשותפים, ללא נקודת זמן ברורה ומוגדרת. הבעייתיות תהיה מורכבת יותר במקרים של ידועים בציבור, זאת מאחר והחלת הגדרת השיתוף עמומה יותר. במקרה של זוגות נשואים, מועד הנישואין מחיל את חזקת השיתוף. ישנו קונצנזוס לגבי **מועד סיום השיתוף,** שכןיש הסכמה שהשיתוף מסתייםעם הגשת התביעות, אך ישנן גם דעות נוספות – אקט של בגידה (המעידה על דבר עמוק במסגרת מערכת היחסים), עזיבת בית, הפרדת חשבון הבנק המשותף ועוד. הפסיקה מאוד משתדלת להיצמד להיבטים הכלכליים של הנשיאה המשותפת בנטל הקיום המשותף של יחידה כלכלית אחת, וברגע שהיחידה הכלכלית הזו כבר לא מתקיימת כאחד וכל אחד מבני הזוג מתחילים לקיים את היכולות הכלכליות בנפרד, כבר אין מה לדבר על שיתוף.

בנוסף, יכולות להיות סיטואציות שונות של צד ג' בעל קשר לפרידת הזוג. במקרים כאלה, בוחנים את מעמדו של בן הזוג שלא רשום בנכס. פס"ד בן-צבי נ' סיטין הינו פסק הדין המרכזי העוסק בנושא, במקרה זה – במעמדה של בת הזוג שאינה רשומה על הנכס. לאחר שלאורך השנים הגיעו מספר מקרים בהם נטענה טענה לזכויות במקרקעין מכוח שיתוף רכושי, זאת ללא רישום בכתב על הזכויות בנכס – הפסיקה החלה להתייחס לעניין בטענת "זכות שביושר", זכויות שהן מעין-קנייניות, זאת על מנת לעקוף את עניין היעדר הרישום. עם זאת, שאלת התנגשות הזכויות עומדת בעינה – בין זכויות שביושר של בת הזוג הלא רשומה לבין צד ג' (קונה/נושה). בפס"ד בן-גיאת נ' הכשרת היישוב (בו חל על בני הזוג חוק יחסי ממון), הטענה לזכות הקניינית נבעה מכוח הלכת השיתוף הספציפי. השופט עמית פוסק כי אותם כללים/דילמות/שאלות בנוגע לאופי הזכויות מלוות את העניין הן בניתוח התנגשות בין צדדים שלישיים מכוח יחסי ממון והן בהתנגשות מול צדדים שלישיים כאשר מדובר בזכויות מכוח הלכת השיתוף הספציפי. ההלכה שנקבעה הינה רלוונטית לכל הקשר של התנגשות/השפעה על צדדים שלישיים, הלכה שמחמירה עם הנושה בעיקר באותם מקרים כאשר מדובר בנושה מקצועי (בנק) – נושה מקצועי אמור לדעת שבנתינת משכנתא לבני זוג (נשואים/ידועים בציבור) יש להחתים גם את בן הזוג. במקרה ולא החתימו אותו, המעשה נעשה בחוסר תום לב ועל כן **הזכויות של בת הזוג (שמהותן אינן ברורה – קנייניות/מעין קנייניות) התגבשו בעת מתן המשכנתא ולפיכך הן קודמות בזמן לרישום המשכנתא, ומשכך – הזכות של בת הזוג גוברת**.

שיתוף בחובות

רע"א 8791/00 אניטה שלם נ' טווינקו: המערערת ובעלה נישאו בשנת 1970 (הלכת השיתוף). לבני הזוג דירת מגורים, אותה רכשו בשנת 1990. הדירה רשומה על שם הבעל בלבד. הבעל (משיב 3) עבד כסוכן להפצת מוצרים המיובאים על ידי המשיבות 1 ו-2. במסגרת עסקיו, משך המשיב 3 שיקים לפקודת המשיבים אשר חוללו על ידו בחוסר פירעון. שיקים אלו הוגשו לביצוע בהוצאה לפועל בשנת 1994. במסגרת הליכי ההוצאה לפועל נרשם עיקול בפנקס רישום המקרקעין על זכויותיו של המשיב 3 בדירה בגין חוב המסתכם כיום במעלה מ-900,000 ש"ח. המערערת לא הייתה צד להליכים שהתקיימו בפני ההוצאה לפועל. על רקע הליכי ההוצאה לפועל למכירת הדירה הגישה המערערת תובענה בדרך של המרצת פתיחה, להצהרה כי היא בעלת מחצית הזכויות בדירה מכוח הלכת השיתוף. המשיבים התגוננו והגישו תביעה שכנגד, שהופנתה כנגד שני בני הזוג. הם טענו, כי במידה וזכאית המערערת לסעד המבוקש על ידה, הרי מכוח הלכת השיתוף היא חייבת גם בחובות הבעל – זכותם מכוח העיקול גוברת. לפיכך, זכאים הם לממש את זכויות המערערת בדירת המגורים מכוח העיקול שנרשם על הדירה או מכוח חזקת השיתוף בחובות.

הנושה טען כי לצד החזקה של שיתוף בזכויות, ישנה חזקה של שיתוף בחובות – ישנה קורלציה מלאה. בערכאות הנמוכות התקבלה טענה זו. **אם היה מדובר בזוג שחל עליו חוק יחסי ממון סעיף 6(א), טענה זו של הנושה הייתה גוברת** – לא הייתה לאישה שום דרך להיחלץ והנושה היה מקבל את הזכות שלו.

ברק מנסה לחלץ את האישה על אף שהוא יוצא מנקודת מוצא של שיתוף בחובות, ועושה זאת תוך העלאת השאלה מתי התגבש השיתוף בין בני הזוג ומעלה שלושה מועדים אפשריים. ברק אומר כי השיתוף לא מתגבש באותה נקודת זמן אחת אחידה בנוגע לכל סוגי הנכסים. ע"פ גישת הביניים, השיתוף מתגבש בנקודות זמן שונות עבור נכסים מסוגים שונים – תוך הבחנה בין **נכסים עסקיים** (בהם השיתוף מתגבש רק בעת התרחשות "אירוע קריטי") ל**נכסים משפחתיים** (בראשם דירת המגורים) בהם השיתוף מיידי, מההתחלה.

עם זאת, בגישתו של ברק ישנן מספר סכנות: (1) אי הגנה על השיתוף ברכוש העסקי טרם היות אירוע קריטי, תואם את המודל של הניהול הבלעדי (2) אחרי אירוע כזה, חשיפת חבות גם מנכסים משפחתיים עד כדי נישול בן הזוג של החייב מנכסיו. דרך אחרת לעשות כן היא ע"י הגנה הרמטית על הנכסים המשפחתיים למעט חובות בהקשר אליהם, כפי שאמר השופט עמית באוביטר בבן-גיאת, פס' 25.

תחולת החזקה על ידועים בציבור

בע"מ 2478/14: בנות זוג בנות אותו מין, אשר בשל היותן מנועות חיתון נטל ההוכחה של קיום השיתוף הינו נמוך יותר – קשה יותר לסתור את השיתוף, מאחר והן לא יכולות להינשא. השופטת ברק-ארז קובעת כי בנוגע למנועי חיתון ניתן היה להניח כי עניין השיתוף הרכושי הינו כשאר הזוגות. עם זאת, יש לבחון את הכוונה העולה מהתנהגות הצדדים ועניין היכולת להינשא הינו אינדיקציה אחת בלבד. **הקביעה שבני זוג הינם ידועים בציבור אינה מחילה עליהם אוטומטית את חזקת השיתוף.** במקרה זה, הזוג ערך טקס פרטי (שאינו נישואים אזרחיים) אשר מראה על כוונה לשיתוף ולחיים משותפים. הרישום הינו משמעותי בהתנהלות היומיות מאחר והרשויות מייחסות לו את כל ההשלכות הנלוות לסטטוס – ומשכך, לא מעט ערכאות שיפוטיות מחילות על ידועים בציבור את חוק יחסי ממון. אין הכרעה של העליון בשאלה זו מאחר וסוגיה זו אינה משמעותית, שכן גם ללא החלה של חוק יחסי ממון תהיה החלה של חזקת השיתוף – התוצאה אותה תוצאה. בנוסף, מעמדם של ידועים בציבור בנוגע להלכת השיתוף אינו זהה כלל למעמדם של בני זוג נשואים בהלכת השיתוף.

**חוק יחסי ממון אל מול הלכת השיתוף**

החוק חל על זוגות נשואים בלבד, הלכת השיתוף חלה גם על ידועים בציבור.

מהות הזכויות שונה לחלוטין: הלכת השיתוף – זכויות קנייניות/מעין-קנייניות, מידיות, לעומת הזכויות מכוח יחסי ממון – זכויות אובליגטוריות דחויות, הזכות לשווי של הנכסים (לא בעין/לנכסים עצמם), הזכות קמה רק בעת איזון המשאבים (פעם רק בעקבות הגירושין, ולאחר תיקון מס'4 לפי ס'5).

הבעייתיות קודם לתיקון חוק יחסי ממון (ס'4 מכריז על ביטול הלכת השיתוף):

פרשת קנובלר-יעקובי: שני זוגות הציגו שאלה משפטית קשה שממחישה את הבעייתיות של חוק יחסי ממון המקורי. זה מצב בו הנישואין לא הגיעו לסיומם בגלל שהבעלים סירבו לתת גט. 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. השופטים ניסו להתגבר על המלכוד הזה. דורנר ושמגר כן 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 מפעילה כללים אחרים של דיני הקניין והחוזים ובכך כן מאפשרת ליצור את השיתוף ולחלק את הרכוש למרות שמועד איזון המשאבים עדיין לא הגיע – עריכת איזון משאבים ללא מתן גט. עם זאת, שאלת מועד איזון המשאבים נותרה ללא תשובה.

פרשת הבגידה 8928/06: ניתן לראות איך ביה"ד הרבני הגדול מסביר למה אין כאן פגיעה בקניין ומדוע האלמנט של הבגידה יכול היה לשמש הנמקה לשלילת זכויות האישה. ביה"ד הרבני הגדול אמר שהזכויות שלה אינן קנייניות אלא רק זכות תביעה לזכויות המגיעות לה עם פקיעת הנישואין. ביה"ד הרבני ניסה להתחכם כאן ולהגיד כי אין פגיעה בקניין מאחר והרי 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.

מה נכנס לנכסים ברי השיתוף?אחת ההרחבות המשמעותיות של הלכת השיתוף הייתה לנכסים חיצוניים, פרטים (נכסים מלפני הכניסה לחיים המשותפים, ירושה או מתנה). הלכת השיתוף יצרה אמנם את ההרחבה הזו אבל ברגע שמדובר בנכסים חיצוניים כן יש חובת הוכחה יותר משמעותית ויותר קל לסתור את הלכת השיתוף בהיבט הזה. לעומת זאת, חוק יחסי ממון ס' 5(א)(1) על פניו, מחריג את הנכסים החיצוניים – אותם נכסים חיצוניים אינם ברי איזון. 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. השורה התחתונה היא בשיתוף בנכס ספציפי, שכולה באה לפתור את העיוות שנוצר בכך שמי שכפופים להלכת השיתוף, חשופים לעוגת שיתוף גדולה בהרבה, לבין אותה עוגת שיתוף אצל מי שחל עליהם חוק יחסי ממון. כל מה שקשור להון האנושי, ככל הנראה ייפתר תחת 8(2), באמצעות שיקול דעת שיפוטי ובהתקיים נסיבות חריגות המצדיקות זאת.

שיתוף בנכס חיצוני והולדת דוקטרינת השיתוף הספציפי:

פרשת אבו-רומי: 14 שנות נישואין, 7 ילדים, דירה נבנתה ע"י הבעל על מגרש שירש מאביו לפני הנישואין. אבו רומי מהווה את הביסוס להלכת השיתוף הספציפי, הנותנת לנו תשובה לגבי הנכסים החיצוניים. שטרסברג-כהן: ניתן להוכיח שיתוף בנכס ספציפי מכוח הדין הכללי, אך לא די בעצם החיים המשותפים וגידול הילדים בדירה כדי להוכיח את הקניית הזכויות – הוצג 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 נדרשת כוונת שיתוף. תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון המאפשר להקדים את מועד האיזון ולכן, השאלה של התחולה הסימולטנית כבר לא מאוד חשובה (צריך לקרוא את החוק ולהבין מתי מועד האיזון החדש). השאלה חשובה שנותרה היא ביחס להון האנושי – כאן עדיין מתאפשר להתקיים הבדל דרמטי ואין לנו תשובה בנושא כך גם לגבי נכסים חיצוניים.

בע"מ 7750/10 בן גיאת: הופעל הרעיון של השיתוף הספציפי על נכס חיצוני. 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.**

בע"מ 1398/11: נקבע שיתוף בדירת מגורים לאחר 16 שנות נישואין רוויות התעללויות, תוך הפניה לסעיף 8(2). השופטים עמית ודנציגר דורשים "דבר מה נוסף" לצורך ביסוס השיתוף (עמית נותן פרמטרים לאותו דבר מה נוסף). נטל הראייה הוא על מבקש השיתוף (יחסית קל להוכחה).

בע"מ 9884/16:על סמך הדוקטרינה של השיתוף הספציפי ניסתה האישה לדרוש הכרה בזכויות בנכסים חיצוניים שהיו של בן זוגה מלפני הנישואין (לא הייתה להם דירה משותפת). אי העברת הנכסים לחשבון המשותף מצידו של הבעל היווה אינדיקציה לדעתו של רובינשטיין לאי רצון לשיתוף. רובינשטיין אמר כי **השיתוף הספציפי הוא אינו חוק אלא פיתוח של הפסיקה ולכן אין לפתח את הפיתוח** – יש לעצור בדירת המגורים. משכך, הלכת השיתוף הספציפית ניתנת להחלה ככל הנראה רק על דירת המגורים ולא על נכסים חיצוניים שאינם הדירה. זהו הבדל נוסף בין הלכת השיתוף לבין חוק יחסי ממון, כיוון שבהלכת השיתוף ניתן להחילה לגבי נכסים חיצוניים שאינם בהכרח דירת מגורים. לפי חוק יחסי ממון, יהיה לאישה קשה לבסס שיתוף לגבי נכסים חיצוניים של בני הזוג. **הלכת השיתוף הספציפי** היא הלכה שהולבשה על חוק יחסי ממון (הלכה שלא נמצאת בו), ולכן רובינשטיין אומר כאן שעוצרים בדירת המגורים – לא מרחיבים זאת מעבר לדירת המגורים.

דנג"ץ 8537/18 פלונית (06/21, פרשת הבוגדת): 30 שנות נישואים ו3 ילדים, הבית שנבנה לאחר הנישואים רשום על שם הבעל מאחר ונבנה על מגרש שירש לפני הנישואים. הבעל טוען כי האישה בגדה בו מספר חודשים ובעקבות כך הגיש תביעת גירושין וכרך את עניין הרכוש. ביה"ד האיזורי לא התייחס בצורה משמעותית לעניין הבגידה ופסקו כי חלה דוקטרינת הלכת השיתוף הספציפי, זאת לאור העובדה כי הבית נבנה במאמץ של שניהם והם חיו בו ביחד לאורך שנים, יש מקום להעניק לאישה מחצית מהזכויות בדירה. הבעל ערער לביה"ד הגדול, אשר פסקו כי השיתוף הספציפי הינו מעין מתנה בתנאי מתלה (שתישאר נאמנה) ומרגע שתנאי זה הופר – מתנה זו חוזרת/לחלופין, שיתוף ספציפי מבוסס על כוונה וברור כי כוות השיתוף היא רק בתנאי שימשיכו לחיות יחד תוך שמירת אמונים זה לזה. משכך, הפכו את הפסיקה וקבעו כי לא חלה הלכת השיתוף הספציפי. בג"ץ אישר את הגדול והתקבלה הבקשה לדיון נוסף. **הקביעה בדנג"ץ הייתה כי אין משמעות לנאמנות לעניין חזקת השיתוף – הן בהחלת החזקה והן באופן החלוקה תוך הכנסת הנאמנות לשיקול הדעת בנושא. אין אפשר להתחשב בשיקולים של נאמנות/אי נאמנות מינית.** הדיון נגע בנושא כפיפות ביה"ד להלכות המשפט האזרחי. מבחינת הפיקוח השיפוטי על ביה"ד, נאמר כי הם בסך הכל יישמו את הדין האזרחי.

שאלת מהות השיתוף הספציפי: הדיון הציף שאלות רבות בנושא מהות השיתוף ונפקות המעשים – האם הלכת השיתוף הספציפית הינה הלכה המתבססת אך ורק על כוונת הצדדים ועל ההסכמות ביניהם (מהות חוזית), או שמה הלכה זו הינה דוקטרינה נורמטיבית (קניינית), כשם שהלכת השיתוף הכללית עשתה את המעבר מהשיח החוזי-הסכמי לשיח הנורמטיבי המבוסס על שוויון מגדרי, צדק חלוקתי ועידוד חיים זוגיים. כנ"ל לגבי הזכויות הנוצרות מהלכת השיתוף הספציפי. ומשכך, האם ישנה נפקות לאי נאמנות מינית על התגבשות שיתוף בנכס ספציפי.

**בג"צ סיבוב ראשון**, שטיין ומינץ מול עמית – שטיין ומינץ קובעים כי אי אפשר לייחס הסכמה לבעלי דירה כי בת זוגו תהנה מרכושו כאשר היא אינה שומרת לו אמונים. תנאי שמירת אמונים הינו תנאי מכללא אשר מקובל כי הוא קיים בכל מערכת שיתוף זוגית בין בני זוג. עמית חולק עליהם ומתריע כי אם המצב יישאר כך, המשפט ייסוג אחורה לעידן טרום בבלי. לאחר מכן הוגשה בקשה לדיון נוסף – בקשה שהתקבלה.

**בדיון נוסף** חיות, מלצר, הנדל, פוגלמן עמית וברק-ארז היו מול סולברג, מינץ ושטיין. בדיון נקבע כי גם אם יש מחלוקת איך נוצרות הזכויות – מכוח הכוונה וההסכמה בין הצדדים או שמא מכוח חקיקה שיפוטית נורמטיבית – ברור כי אלו הן זכויות של קבע, זכויות קרובות יותר לקוטב הקנייני מאשר לקוטב החוזי, והן בוודאי אינן יכולות להישלל בגלל מעשים שנעשו בתקופה כלשהי בציר הזמן לאחר התגבשות הזכויות – קל וחומר שהן אינן יכולות להיות זכויות התלויות בתנאי מתלה (כדוג' שמירת נאמנות מינית). השופט שטיין ממשיך ואומר כי אין העיסוק בדיני עריות אלא בדיני ראיות – אך במקרה זה הראיות נוגעות לעריות. הוא מנסה לתאר את הכל כניטרלי מבחינה מגדרית תוך ניסוח המדברת על בעלת הרכוש ובעלת הנכסים – היפוך על מנת לתאר אפשרות לסיטואציה הפוכה. עיקר התרעומת שלו מופנית לעמית ולשאר השופטים, אשר לטענתו הם אלו שאינם ניטרליים ומנסים להחדיר תפיסות עולם ערכיות לציבור הישראלי, דבר שביהמ"ש צריך להימנע ממנו.

אופן החלוקה: ע"פ הלכת השיתוף החלוקה תהיה 50-50, שכן ע"פ השיתוף הקנייני שותפים זכאים למחצית משווי הנכסים. עם זאת, ע"פ ס'8(2) לחוק יחסי ממון ניתן לסטות מהחלוקה לשני חצאים – זאת תוך הכנסת שיקולים נוספים הנוגעים להון האנושי כגון כושר השתכרות/פערי השתכרות (זאת ע"פ הסדר איזון המשאבים).

**הסדרת סוגית ההון האנושי בחוק יחסי ממון – האם בגדר "נכס בס'5 או במסגרת סעיף הסמכויות המיוחדות**

לכאורה, תיקון מס' 4 הוציא את רכיב ההון האנושי משיתוף הנכסים. ס' 8(2) הכניס את ההון האנושי במסגרת הנכסים בהם בית המשפט **רשאי** להתחשב, בהתקיים נסיבות מיוחדות, ולפסוק חלוקה שאינה מהווה מחצית-מחצית.

**הזכות לאיזון בפקיעת הנשואין (תיקון מס' 4)  תשס"ט-2008**

5.    (א)  עם התרת הנישואין או עם פקיעת הנישואין עקב מותו של בן זוג (בחוק זה – פקיעת הנישואין) זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שוויים של כלל נכסי בני הזוג, למעט –

**(תיקון מס' 4) תשס"ט-2008**

           (ג)   בסעיף זה, "כלל נכסי בני הזוג" – לרבות זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכונות.

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

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

**(תיקון מס' 4) תשס"ט-2008**

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

הבחנות בין התייחסות להון האנושי על פי שני המשטרים:

* הבחנה מהותית בין זכות מוקנית (הון אנושי כנכס שהוא בבסיס החלוקה) לבין התחשבות שבשיקול דעת מתוך רציונל הקרוב יותר לחסד או נזקקות (בדומה למזונות משקמים). בבע"מ 2045/15, רובינשטיין אומר כי לא ניתן לקבוע קריטריונים ברורים – הכלל הוא מחצית-מחצית והתחשבות בהון האנושי מתוקף סעיף 8(2) יתקיים רק במקרים חריגים.
* סעיף 8 מאפשר לבית המשפט "לתגמל" 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 גם במסגרת איזון משאבים? בפסק הדין של ריבלין שהציג לנו את התפיסה של ההון האנושי והתייחס להלכת השיתוף, נפתח הפתח להורות על החלוקה הזו בדרך של תשלומים עיתיים. אין לנו תשובה ברורה על זה, אין עדיין פסקי דין שהתמודדו עם השאלה הזו. החוק שותק לגבי זה.

סוגיות פתוחות סביב סעיף 8 והסכמה כי יש להפעילו בזהירות רבה

**שיתופיות מוחלשת**? בע"מ 8206/12: למעלה מ30 שנות נישואים, 3 ילדים. במהלך חיי הנישואים הבעל ניהל מערכות יחסים רציניות עם נשים נוספות בידיעת האישה. האישה בת 62 (לא ברור מה מצבה הכלכלי). לטענת הגבר, בניהול מערכות זוגיות נוספות הוא שלל את עניין השיתוף. השופט רובינשטיין מקבל את טענתו ובכך יוצר את הקונסטרוקציה של שיתופיות מוחלטת – מה שמהווה פתיחת פתח לתמריץ לנהוג בדרך הנוגדת את הזוגיות הרצויה/ראויה. פסיקה זו היוותה מתן כוח נוסף בידי הצד החזק כלכלית, שבחר להיות נוכח-נפקד והכתיב את התנאים לאישה.

שיעור מס' 24, 02.01.2022

נתונים וסטטיסטיקות לגבי אלימות במשפחה.

שיעור מס' 25, 05.01.2022

**מהפיכת זכויות ילדים וילדות**

לאמנת האו"ם בדבר זכויות ילדים וילדות קדמו מהלכים משמעותיים לאורך תקופת זמן לא מבוטלת, החל מסוף המאה ה19 ומראשית המאה ה20. עד לאותה תקופה, במאה ה17 והמאה ה18, הילד נתפס כרכוש ההורים לכל דבר ועניין. ניתן לראות תפיסה זו ביצירות ספרותיות וביצירות קולנועיות, שם מתוארת מציאות ילדים אחרת המאפשרת להתייחס לילדים כמעט כקניין. בחלק משיטות המשפט הדבר אף היווה אפשרות משפטית לגיטימית. עם הזמן התפיסה של ילד כרכוש הלכה ודעכה, והתפיסה שהחליפה אותה היא תפיסה של ילדים כראויים/זקוקים להגנה, יצורים פגיעים ולמשפחה (להורים בעיקר) יש אחריות להגן עליהם. אלו חוקים שנחקקו באנגליה במסגרת עולם העבודה (חוק המפעלים האנגלי, בו עלו שאלות בנוגע למעמדם של ילדים בעבודה), אשר הגבילו את מספר שעות העבודה לילדים מתחת לגיל 18 ל-12 שעות ביום. החוק ב1983 ביקש לאסור על ילדים מתחת לגיל 9 לעבוד בבתי חרושת, להגביל שעות עבודה של ילדים בין 9 ל13 עד 8 שעות ביום ומעל גיל 13 התיר לעבוד עד 12 שעות ביום. לילדים מגיל 18 לא הייתה מגבלת שעות בעבודה. מה החל בעקבות החקיקה היא התפיסה כי המדינה צריכה להגן אף היא על הילדים.

במקביל להגבלות על העבודה, קמה חובה להעניק לילדים שעתיים חינוך ביום. החובה מוטלת גם על המדינה: להעניק את המוסדות שיספקו את החינוך אבל גם על ההורים מוטלת החובה לשלוח את הילדים. כמו כן, החובה יכולה להיות מוטלת גם על הילדים, ללכת למוסדות. שתי פנים לדבר: החובה של מדינה וההורים אל מול חובת הילדים ללכת. קיים סוג של פטרנליזם, הגישה אשר התגלגלה מלהכיר בילדים כרכוש ועד להכרה בהם כבעלי זכויות (פטרנליזם מהמילה "פטרה" אבא, הורים) אך הזכויות האלה אינן זהות לזכויות בגירים – היא מונעת מילדים להשתכר בעצמם כאשר אנו מחייבים אותם ללכת למסגרת לימודית ושוללת מהן חירויות רבות אשר קיימות לבגירים (שתיית אלכוהול, עישון). הגישה הפטרנליסטית, אשר האמינה כי אדם/מוסד (ההורים/המדינה) יכולים לדעת יותר טוב מה עדיף לילדים, היא הגישה ששלטה בכיפה והכתיבה את זכויות הילדים. האמנה חיזקה את ההבנה כי הילד הינו אמנם יצור עצמאי וסובייקט בפני עצמו, אך בה בעת האוטונומיה שלו מוגבלת מטעמי יכולת, כישורים ופגיעות. הבנה זו יצרה מתח מול הגישה הפטרנליסטית, אשר דגלה בכפייה ובלקיחת חופש הבחירה מהילדים, זאת כמובן מתוך האמונה כי יש מי שיחליט עבורם בצורה מיטיבה עבורם.

דוקטרינה נוספת המחזקת תפיסה זו היא דוקטרינת **parents patriate** האומרת כי המדינה נכנסת לנעלי ההורים כאשר ההורים אינם מסוגלים להגן/אינם ממלאים את תפקידם כמי שמוטלת עליהם חובה להגן על ילדיהם. עם הזמן התפתחה התפיסה שסברה כי הילדים מהווים אישיות משפטית בפני עצמה, ועל כן מגיעה להם התייחסות נפרדת ויחס נפרד כאדם בפני עצמו, לא כרכוש של אדם אחר. עם התפתחות הרעיון של זכויות אדם, החלה להתפתח התפיסה לפיה לילדים ישנן זכויות שעומדות בפני עצמן, אלא שזכויות אלו אינן זכות לזכויות של אנשים בוגרים. הן אינן ניתנות למבוגרים אלא הן זכויות שחלקן קיימות באופן מלא כבר בעת הקטינות, וחלקן הן זכויות שניתן להתייחס אליהם כאל זכויות מושהות – זכויות שיוכלו לממש כשיגדלו. התפתחות תפיסות אלו ברמת זכויות האדם הבינ"ל וההכרה שניתנה להם במסמכים בינ"ל נעשתה תוך הבנה כי הילדים ראויים להיות סובייקטים נפרדים ללא תלות בהוריהם. **אמנת האו"ם בדבר זכויות ילדים וילדות**, אשר נחתמה בשנת 1981, היא זו שהביאה את ההכרה הנרחבת שזכויות המוענקות לילדים מתוקף היותם דמות משפטית נפרדת.

**אמנת האו"ם בדבר זכויות ילדים וילדות:** האמנה המאושררת ביותר מכל סדרת אמנות זכויות האדם של האו"ם. יש 3 מדינות שאינן חברות באמנה בדבר זכויות הילד: ארה"ב, סומליה ודרום סודאן. האמנה מסדירה את זכויות הילדים/ות במגוון תחומי חיים. 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 אולי שניתן לילדים כאינדיבידואלים. 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. הילד הינו יצור אוטונומי. הגישה הזו היא קונטרה לגישה הפטרנליסטית.

הבחנה בין זכויות כלליות לבין זכויות ייחודיות לילדים: 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.

הבחנה בין זכויות וחירויות אזרחיות לבין זכויות רווחה: בעוד שזכויות וחירויות אזרחיות לא תמיד יינתנו לילדים, זאת בשל האוטונומיה המוגבלת שלהם (זכויות כגון בחירה) – זכויות הרווחה ניתנות לקטינים ויותר מזה, לבגירים. דוגמא לכך היא היחס המשפטי: כל הטיפול של מערכת המשפט מותאם לקטינים בצורה שונה לגמרי מהטיפול בבגירים.

ארבעת 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, זכויות מותאמות (ס'12)
5. עקרון מנחה ביישום, כלי ליישום האמנה ובייחוד יישום ס'12 לאמנה: עקרון הכשרים/הכישורים המתפתחים, זכויות מותאמות (ס'5)

*הרצאת אורח, עו"ד לידיה רבינוביץ': ייצוג עצמאי לקטינים בהליכי מעמד אישי (לא במחברת).*

שיעור מס' 26, 09.01.2022

**מזונות ילדים ומשמורת ילדים**

וועדות שניט ושיפמן בקליפת אגוז

וועדת שניט: וועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין. ועדה שהוקמה באופן ישיר בעקבות הצטרפות ישראל לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. חברי הוועדה מונו בשנת 2005, הגישו דוח ביניים בשנת 2008 ודוח משלים ב2011. היא נועדה לתת לגיטימציה למסקנות התת וועדה שהוקמה במסגרת וועדת רוט-לוי, ולבוא עם הצעת חוק שתחליף את הפרק של הורים וילדים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. **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. ההסדרים של המשמורת וההסדרים של ראייה ולינה, היו במובהק לטובת האם כך שהיא המשמורנית העיקרית. האב היה רשאי לקחת את הילדים כל סופ"ש שני. מטרתה של וועדת שניט 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. עד ל2008, חזקת הגיל הרך הורתה על חלוקה מאוד ברורה וכך הילדים היו "מחוץ למלחמה". אחרי וועדת שניט ברירת המחדל עברה **לשיח של משמורת משותפת** למרות שבחוק נשארה חזקת הגיל הרך בס' 25.

וועדת שיפמן: הוקמה בשנת 2006. בתקופה זו הייתה פעולה מקבילה של שתי וועדות ללא כל אינטראקציה וסנכרון בין שתיהן, תוך הותרת יתר הנושאים הטעונים תיקון ללא טיפול. הדין ששלט על מזונות ילדים הוא הדין האישי – הדין הדתי. וועדת שיפמן שינתה זאת ואמרה שלא ייתכן שמזונות ילדים לא יהיו תחת דין אחיד שהוא הדין האזרחי. נקבע דין טריטוריאלי אחיד: **חלוקה שוויונית בהתאם להכנסה הפנויה, שהות של יותר מ5 לילות על פני שבועיים תביא להפחתה מיידית של 35% מסכום מזונות הילד**. התוצאה המעשית הייתה הכנסת הילדים לחזית המאבק והפיכתם לקלף מיקוח, הגברת האדוורסריות, הסלמת הסכסוך והימשכות ההליכים. התוצאה הייתה הפיכת הילדים לעניים יותר.

בשורה התחתונה, וועדות אלו הניעו מהלכים הפוכים למה שיכול היה להקל על הסתגלות הילדים לגירושין ולתרום לרווחתם.

ההסכמות ביחס לוועדות שניט ושיפמן וההמלצות בעקבותיהן:

* יש מקום לעבור לטרמינולוגיה פחות הירארכית והסדרת יחסי משפחה של החזקה (זה יותר חפצי), 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 לילידיהם.
* הימים בהם שוהה הילד אצל ההורה שאינו משמורת (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').

סעיפים מתוך חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962

**מעמד ההורים**

14. "ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". עקרון מאוד חשוב, לפיו במשפט הישראלי נקודת המוצא היא ששני ההורים חולקים באחריות לגבי הילדים שלהם

**תפקידי ההורים**

15. "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו". נמצא סלע המחלוקת להחזיק במקום הקטין. המונח משמורת לא מוגדר בחוק אלא הגיע מן הפסיקה.

**הסכם בין הורים החיים בנפרד**

24. "היו הורי הקטין חיים בנפרד – בין שנישואיהם אוינו, הותרו או הופקעו, בין שעדיין קיימים ובין שלא נישאו – רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין, ומשאושר, דינו – לכל ענין זולת ערעור – כדין החלטת בית המשפט". זהו השורש של הסדרי ראייה בין בני הזוג. הוא נתון להחלטת בית המשפט בהתאם לטובת הקטין.

**קביעת בית המשפט באין הסכם בין ההורים**

25. "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אימם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". סעיף זה מדבר על חזקת הגיל הרך. ילדים עד גיל 6, ברירת המחדל היא משמורת יחידנית אצל האמא. האם זה אומר שהם רק אצלה כל הזמן? וודאי שלא. זה לא אומר מה משך השהות אצל האב(יכול להיות 2/3 לילות בשבוע) ההסדרים המקובלים בישראל הם 2 לילות בשבוע וכל שבת שנייה אצל האב. אך המשמורת העיקרית היא אצל האם, אלא אם יש סיבות מיוחדות שלא.

חזקת הגיל הרך

1. עדיין קיימת בחוק הישראלי
2. יוצרת העדפה לאימהות
3. אינה מאיינת את מהות האב, לא אוסרת ולא לא מאפשרת הסדרי שהות וראייה מאוד מקיפים ורחבים גם לאבות על אף שהמשמורן העיקרי לפי החזקה היא האם, כל עוד מדובר בילדים עד גיל 6

מושכלות יסוד: מזונות ילדים מכוח הדין האישי

חוק המזונות אומר כי "אדם חייב במזונות ילדיו ובמזונות בן זוגו לפי הוראות הדין האישי החלות עליו, ואין הוראות חוק זה חלים על מזונות אלה". ישנו חוק שלכאורה קובע מזונות מכוח הערכאה האזרחית ומכוח החוק, אך בתוך החוק נכתב כי למעשה הוא אינו חל על כל מי שיש לו דין אישי – חל רק על חסרי דת.

ע"פ הדין האישי, ישנה חובה עיקרית על האב בעוד שלאם יש חובה משנית. אופי החובה משתנה בהתאם לגיל, היקף החובה משתנה בהתאם לצרכים. "קטני קטנים": עד גיל 6, על האב ישנו חיוב מוחלט בצרכים הכרחיים (מזון, קורת גג, מלבוש, חינוך בסיסי, בריאות אלמנטרית). כל מה שמעבר לצרכים הכרחיים וכל מה שמעבר לגיל 6, דין צדקה, מוטל על ההורים באופן שווה.

תקנות אושא: הרחבת החיוב בצרכים ההכרחיים עד לגיל בגרות (12/13).

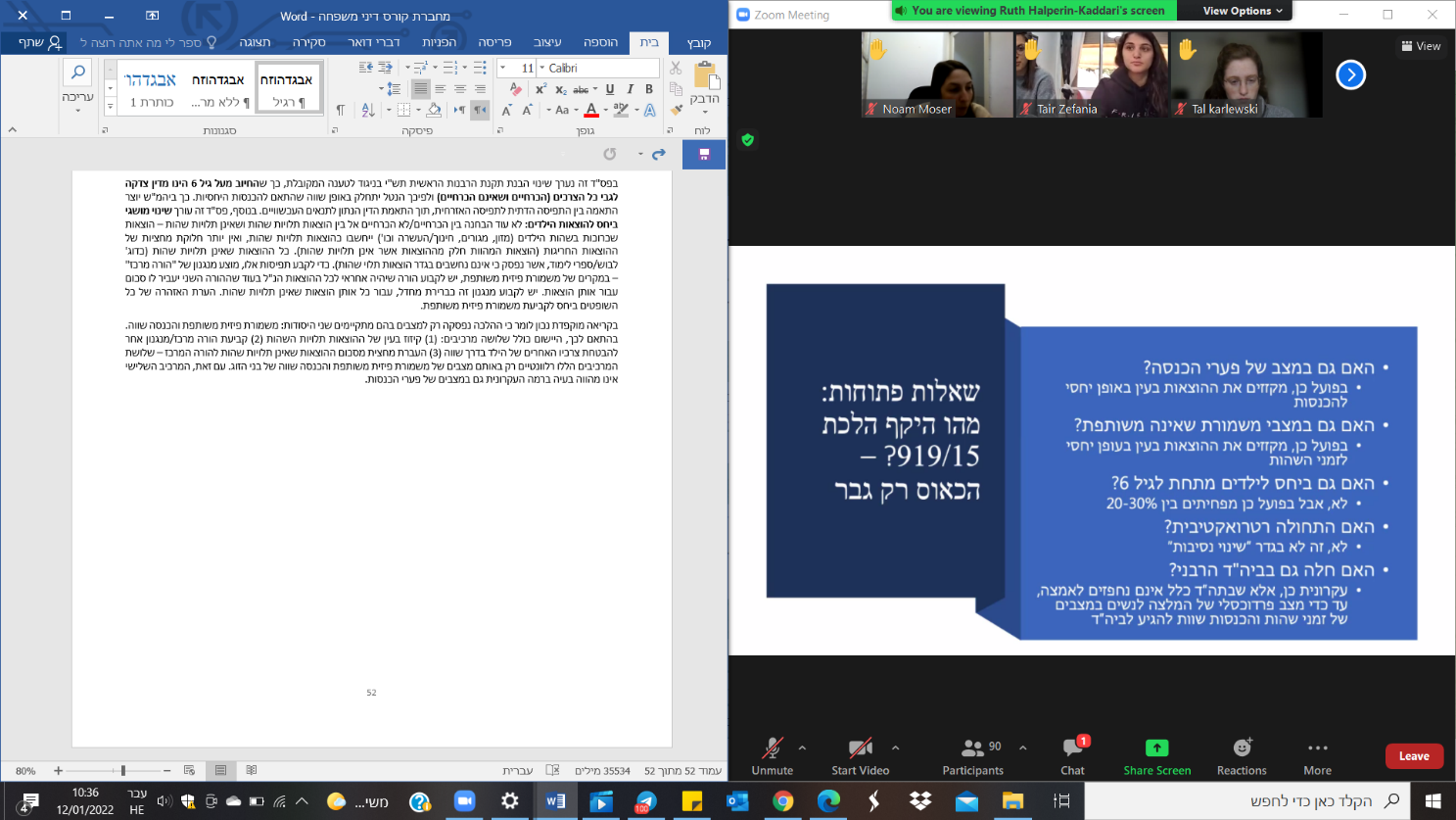
תקנות הרבנות הראשית תשי"ד: "לחייב את האב בחיוב משפטי גמור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות, לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש-עשרה שנה". הרבנות הרחיבה את העניין לכך שנוספה לו אפשרות כפייה פורמלית. אם החיוב בצרכים הכרחיים עד גיל 15 נובע מדין צדקה, גם האם חייבת בו. כאן נכנס בע"מ 919/15.

ניתן לראות עוד קודם לבע"מ מהלך עקבי של הפסיקה לצמצום קטגורית הצרכים ההכרחיים והרחבה הדרגתית של חלקה של האם במזונות הילדים במסגרת הקטגוריה שכונתה "הוצאות חריגה" והתחלקה שווה בשווה (מחציות).

שיעור מס' 27, 12.01.2022

בע"מ 919/15: חלוקת נטל המזונות במצבי משמורת משותפת.

שני תיקים שאוחדו, בשניהם זמני השהות של הילדים אצל ההורים היו שווים והכנסות בני הזוג היו מאוד דומות. בהתאם לכאוס שקדם בכל הקשור למזונות ילדים, בפס"ד זה ההכרעות נחלקו בין הערכאות. בראשון, ביהמ"ש לענייני משפחה קבע קיזוז מלא (אין מזונות), המחוזי בערעור קבע 50% ממה שהיה ברגיל. בשני נקבעה הפחתה של 30%. הדין היהודי 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. עלתה השאלה מה הדין הדתי במסגרת התקנות שתיקנה הרבנות הראשית בשנת תש"י, קובע לגבי ילדים מעל גיל 6.

בפס"ד זה נערך שינוי הבנת תקנת הרבנות הראשית תש"י בניגוד לטענה המקובלת, כך ש**החיוב מעל גיל 6 הינו מדין צדקה לגבי כל הצרכים (הכרחיים ושאינם הכרחיים)** ולפיכך הנטל יתחלק באופן שווה שהתאם להכנסות היחסיות. כך ביהמ"ש יוצר התאמה בין התפיסה הדתית לתפיסה האזרחית, תוך התאמת הדין הנתון לתנאים העכשוויים. בנוסף, פס"ד זה עורך **שינוי מושגי ביחס להוצאות הילדים:** לא עוד הבחנה בין הכרחיים/לא הכרחיים אל בין הוצאות תלויות שהות ושאינן תלויות שהות – הוצאות שכרוכות בשהות הילדים (מזון, מגורים, חינוך/העשרה וכו') ייחשבו כהוצאות תלויות שהות והן יתקזזו באופן יחסי, ואין יותר חלוקת מחציות של ההוצאות החריגות (הוצאות המהוות חלק מההוצאות אשר אינן תלויות שהות). כל ההוצאות שאינן תלויות שהות (כדוג' לבוש/ספרי לימוד, אשר נפסק כי אינם נחשבים בגדר הוצאות תלוי שהות). כדי לקבע תפיסות אלו, מוצע מנגנון של "הורה מרכז" – במקרים של משמורת פיזית משותפת, יש לקבוע הורה שיהיה אחראי לכל ההוצאות הנ"ל בעוד שההורה השני יעביר לו סכום עבור אותן הוצאות. יש לקבוע מנגנון זה כברירת מחדל, עבור כל אותן הוצאות שאינן תלויות שהות. הערת האזהרה של כל השופטים ביחס לקביעת משמורת פיזית משותפת.

בקריאה מוקפדת נכון לומר כי ההלכה נפסקה רק למצבים בהם מתקיימים שני היסודות: משמורת פיזית משותפת והכנסה שווה. בהתאם לכך, היישום כולל שלושה מרכיבים: (1) קיזוז בעין של ההוצאות תלויות השהות (2) קביעת הורה מרכז/מנגנון אחר להבטחת צרכיו האחרים של הילד בדרך שווה (3) העברת מחצית מסכום ההוצאות שאינן תלויות שהות להורה המרכז – שלושת המרכיבים הללו רלוונטיים רק באותם מצבים של משמורת פיזית משותפת והכנסה שווה של בני הזוג. עם זאת, המרכיב השלישי אינו מהווה בעיה ברמה העקרונית גם במצבים של פערי הכנסות. התחולה אינה רטרואקטיבית מאחר ולא מדובר בעניין של שינוי נסיבות. שינוי הנסיבות צריך להיות משהו הנוגע לשינוי נסיבות החיים של אותה משפחה עליה מדובר – כדוג' נישואין מחדש של אחד ההורים, מחלה של אחד הילדים הדורשת שינוי כל עלות המחיה של אותו ילד ועוד. פסיקה של ביהמ"ש אינה בגדר שינוי נסיבות, כנ"ל לגבי הלכה חדשה/ חוק חדש.

כיום, אין קווים מנחים בפסיקות בתי המשפט לענייני משפחה – קל וחומר שאין אחידות מול בתי הדין הרבניים. המצב כיום הינו מצב לפיו עו"ד ממליצים לנשים להגיש תביעת מזונות ילדים בביה"ד לאור העובדה כי חלקם אינם מתחשבים בהלכת 919 ולפיכך הם אינם מקזזים את ההוצאות – מה שלכאורה ישתלם יותר לאישה.

הערת אזהרה: החשש מפני ניצול לרעה עקב הקשר שבין המשמורת למזונות

השופטים ב919/15 מקדישים דיון מהותי לשאלת המשמורת הפיזית המשותפת תוך ציון החשש מפני ניצול המשמורת הפיזית המשותפת לרעה ע"י מי מההורים אשר יבקש להתחמק מהעברת סכומי מזונות לילדיהם, תוך שהם מסייגים חשש זה ומציינים כי יש להיזהר מפני יצירת הכללות. מזוז: "נשים בישראל עלולות להיות חשופות להפעלת לחץ בלתי הוגן מצד גברים בהליכי גירושין שנערכים ע"פ דין תורה, בהינתן המסגרת הנורמטיבית עליה עמדנו. על רקע זה ישנו חשש כי בחלק מהמקרים האב ינצל את כוחו העודף כדי להשיג מן האם הסכמה למשמורת פיזית משותפת גם כשמניעיו לא כנים וכשהמטרה העיקרית היא לזכות בהפחתת דמי המזונות".

הביטוי משמורת פיזית משותפת כוונתו חלוקה **שווה** של זמני שהיית הקטין אצל כל אחד מההורים. ההקפדה על השימוש בביטוי משמורת פיזית משותפת לאורך כל פסק הדין אינה מקרית, והיא מצומצמת יותר מהגדרת "משמורת משותפת" אשר נפסקת לעיתים גם כאשר זמני השהות של הקטין אצל הוריו אינם שווים.

קריטריונים לפסיקת משמורת פיזית משותפת:

1. מסוגלות הורית שווה או דומה של שני ההורים
2. רמה גבוהה של שיתוף פעולה בין ההורים וטיב התקשורת ביניהם
3. רצון הילד
4. מעורבות רבה של שני ההורים בחיי הילדים
5. קיומו של קשר טוב ותקין בין שני ההורים לבין כל אחד מהילדים
6. מגורי ההורים בסמיכות זה לזו
7. תפיסת הילדים את שני הבתים כבתים מרכזיים בחייהם

על ההכרעה בדבר קביעת משמורת פיזית משותפת להתקבל לאחר בחינת דפוסי התנהלות המשפחה בעבר ולא רק במועד הסכסוך.

המצב בעולם כיום

אין דבר במצב במשפטי הקיים הסותר את לשון ס'18 לאמנת או"ם בדבר זכויות הילד. אמנת האו"ם אינה מחייבת משמורת פיזית משותפת, אלא מכירה באחריות משותפת של שני ההורים בגידול הילד ובהתפתחותו. בנוסף, אין דבר העומד בסתירה לס'9(ג) המורה כי מדינות חברות יכבדו את זכות הילד המופרד מהורה אחד או משניהם לשמור על יחסים אישיים ומגע ישיר עם שני ההורים על בסיס סדיר. וועדת CRC מעולם לא העירה דבר לעניין הסדרי המשמורת הנהוגים בישראל. משכך, **הצגת אמנת האו"ם בדוח שניט רחוקה מלהיות מדויקת.**

* הכרה נרחבת בכך שהמהלכים הקודמים העמידו את האינטרסים של ההורים וזכויותיהם לקשר עם ילדיהם לפני טובת הילדים (זכויותיהם והאינטרסים שלהם והגנה בסיסית על שלומם).
* הכרה נרחבת בכך שהמהלכים הקודמים גרמו לאימהות להימנע מלהעלות האשמות בדבר אלימות במשפחה מחשש שיתפסו כ"הורה לא ידידותי" וכגורמות לניכור הורי.
* אלימות כלל אינה נזכרת בשיקולים בהצעות חוק הורים וילדים.