שיעור 1+2+5– תרגולים עם הדס במחברת תרגולים.

*שיעור 3- 8/3/22*

דיני המשפחה הם קוגנטיים (ולא דיספוזיטיביים). בכל נושא שנעסוק בו נתחיל עם 2 שאלות מקדמיות: 1) שאלת השיפוט- למי הסמכות; 2)איזה מערכת דינים תופעל- אזרחית או דתית. סיבה היסטורית, ירשנו את המנדט שירש את האימפריה העות'מנית; שאלת השיפוט לא גוזרת את שאלת המשפט/הדין.

לכן יש 4 אפשרויות:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | שיפוט דתי- ביה"ד | שיפוט אזרחי- ביהמ"ש |
| דין דתי- ההלכה | **נישואין וגירושין**  (סמכות ייחודית) | **מזונות אישה ומזונות ילדים**.  \*ניתן לפנות גם לביה"ד ע"י כריכה |
| דין אזרחי- המשפט | **יחסי רכוש** (הלכת הכריכה) | **-אימוץ**  **-ירושה** (בהסכמת הצדדים אפשר גם ביה"ד) |

**למבחן:** התשובה לכל שאלה תתחיל בשאלת הסמכות ועפ"י איזה דין.

**מבוא**

שאלות חוקתיות של דת ומדינה- מה היחס בין הכללים הספציפיים של דיני משפחה (נישואין וגירושין למשל רק בביה"ד ולפי הדין הדתי) לבין הכללים המדינתיים (עקרון השוויון). נדון בהכפפת הדין הדתי לעקרונות מדינתיים.

דיני משפחה בישראל ביחס לעולם- בעולם המערבי, דיני משפחה זה בדיוק כמו דיני חוזים ונזיקין- הולכים לבימ"ש אזרחי ונידונים עפ"י דין אזרחי. לא עוסקים במערכת יחסים בין ערכאות או בין דת או מדינה. מדובר על כלל משפטי באיזה מצבים מתגרשים. וזה מהות העיסוק של התחום.

בעולם משפטי שבו הנישואין רק אזרחיים, איך פותרים אותם? בלקסטון טען שיש להסתכל על הנישואין **ככל חוזה אחר**. במצב מעין זה, אם אדם ירצה לצאת מהנישואין, הוא יקרא "מפר חוזה" וניתן יהיה לאכוף עליו את הסכם הנישואין. קצת מוזר. דווקא מנק' מבט חוזית, המשפט האזרחי צריך לבדוק מי פירק את הקשר וליחס לזה שאלות כלכליות. בניגוד למחשבה שדווקא ההלכה היא יותר שמרנית, זה לא כ"כ טריוויאלי.

השופטים בארץ פיתחו דיני משפחה אזרחיים, ובהרבה מקרים הם חרגו מהדין הדתי או יצרו לו תחליפים, אבל הם לא באמת פיתחו חשיבה אזרחית שיטית, ולפעמים האינטואיציה האזרחית לא תואמת את התוצאות ההלכתיות. הם יצרו מחוייבות דמוית נישואין "ידועים בציבור"- מהווה סוג של חלופה אזרחית לנישואין. במשפט הישראלי תמיד ניתן יהיה לתבוע חצי מהרכוש של אדם שאתה בקשר איתו, ולא נשוי לו (אם הקשר קצר טווח או כי לאחד יש היסטוריה לא טובה עם מוסד הנישואין). ממחיש כמה המשפט הישראלי עיוור לשיקולים רחבים.

הקורס יתחלק ל2 חלקים:

1. **דיני זוגיות**- שלב יצירת הנישואין, מוסדות זוגיים שאינם נישואין, גירושין, הוצאות כלכליות לגירושין, ירושה.
2. **דיני הורים וילדים**- מיהו הורה? מה בין הורים-ילדים-מדינה? מה קורה כשיש סכסוכים בין ילדים להורים?

*\*נתחיל בהקדמה על הנושא האזרחי בכל אחד מהם.*

**מבוא לדיני הזוגיות – נישואין וגירושין**

המגמות בהסדרה משפטית של דיני הזוגיות בעולם האזרחי-מערבי-ליבראלי.

במאה ה-19 של המשפט האנגלו-אמריקאי, התחיל להיות קונצנזוס שהנישואין הם אזרחיים, ומי שדן בהם הוא ביהמ"ש האזרחי. במאה ה-19 ורוב המאה ה-20, דיני המשפחה בעולם המערבי עברו שינויים דרמטיים.

עילת הגירושין: בדיני הגירושין הכלל הוא שכדי שבני זוג יתגרשו חייבים לבדוק אשמה- **מי האשם בפירוק הקשר.** אם אף אחד לא אשם, או אם שניהם אשמים, ביהמ"ש לא היה מקנה את הזכות לתבוע לגירושין. (נימוק: הגירושין זה זכות של החף מפשע). **עד 1970, אין בשום מדינה סעיף בחוק, שקובע שהסכמה של בני זוג להתגרש מהווה עילת גירושין!**

מזונות אישה (alimony): בישראל אין מזונות אישה אחרי גט אלא רק מזונות ילדים. לעומת העולם האזרחי, בו **יש חובת מזונות לאישה** בהתקיים 3 מאפיינים:

1. **מגדר**- רק גברים יהיו חייבים במזונות לנשים. אישה לא תשלם מזונות לגבר גם אם עשירה. אין בחוק שוויון פורמאלי. אין חופש חוזים בתקופה זו. החוק מגדרי, הגבר צריך לפרנס את המשפחה.
2. **זמן**- המזונות לא מוגבלים בזמן, הם או עד שהאישה תמות, או עד שהיא מתחתנת מחדש ואז היא מפסידה אותם.
3. **אשמה**- דרך אינטנסיבית של המשפט לסמן איך להתנהג בנישואין, ומי שלא מתנהג כך, לא בסדר. אם הגבר היה אשם בגירושין (בגד)- הוא ישלם מזונות. אך אם האישה אשמה (בגדה)- לא יהיה מזונות.

*מיינהרד נ' היל (1920)*: רצו להתגרש, השופט אמר שלא מספיק שהסכימו על כך יחדיו, צריך גם עילת גירושין. הם טענו שהנישואין ביניהם זה חוזה ולכן הם יכולים לסיים את החוזה בהסכמה. ביהמ"ש: אמנם זה חוזה, אבל חוזה בין 3 צדדים- הגבר, האישה והאל. 400 שנה אח"כ ביהמ"ש מחליף את האל במדינה.

מסקנה- בניגוד לתפיסה שנישואין זה עניין אזרחי ולכן סביר שיתנהל לפי ערכים ליבראליים (חופש, אוטונומיה אישית וכו') זה מתנהל בצורה שונה. העבודה ששני צדדים לא יכולים להתגרש אפילו בהסכמה, העובדה שגם אחרי הנישואין יש alimony (מזונות אישה), העובדה שיש תלות במושג האשמה. מכאן נובע שמערכת דיני המשפחה האזרחיים-מערביים-מסורתיים, ניתנים לאפיון על בסיס 3 תפיסות יסוד:

1. **התפיסה הציבורית**- משתקף ברעיון של 3 צדדים להסכם. בניגוד להסכם מסחרי רגיל (פרטי), דיני המשפחה הם מוסד ציבורי, שמשקף ערכים קולקטיביים שמצדיקים הסדרה וחריגה מהסכמות של אנשים. תפיסה ציבורית של המשפחה- המוסד כולל אינטרסים ציבוריים, כמו המוסר הציבורי, שדובר על האינטרסים של בני הזוג. מערכת ערכים אמנם לא דתית, אבל מוסרית כללית. שיקולי אשמה "אשמה" = השאלה מי בגד במי, הם דרך של המדינה לשלוט.
2. **תפיסה יחידתית**- המשפחה היא יחידה בפני עצמה, ולא אוסף של יחידים. החיים במשפחה הם **תרכובת** ולא תערובת. באינטראקציות מסויימות, לא ניתן להפריד בין בני זוג בכל עת. לא מספיק שבני זוג רוצים לסיים את הקשר, צריך לתת סיבה (שיהיה צד אשם וצד זכאי). וגם אחרי הגירושין הקשר נמשך- הגבר צריך לשלם מזונות אישה (אין ניתוק היחסים), מה שמוסיף לפגיעה ביכולת של בני הזוג לחזור להיות פרטים עצמאיים.

הרחבה: בעבר, העולם הפאודלי חשב במונחים של תרכובות; **לאדם אין זכויות פרט,** הזכויות שלו נגזרות מהמחויבות שלו לאציל. אולם, הייתה התפתחויות; העולם הליבראלי שלנו, הוא עולם של תערובות, התפיסה היא **שיש יחידים נפרדים ולכל אחד זכויות משלו.** אדם הוא לא חלק מקבוצה. יכול להיות חלק ממנה באופן נקודתי, אבל תמיד יש לו זכות לעזוב את המדינה, לפרק שותפות וכו'. אולם דיני המשפחה הם החריג לעולם הליברלי (מתבסס על הפיסה הפאודלית): **האוטונומיה המשפחתית היא דבר שצריך לכבד, והיא גוברת על האוטונומיה של היחיד**. לכן מוכנים לפגוע בזכויות של היחידים במידה מסוימת ע"מ לשמר את חוזה הנישואין.

1. **מערכת מונחית מגדר**- בניגוד למאה ה-18 שהגבר תמיד קיבל את המשמורת על הילדים, במאה ה-19 היו שינויים. לא דיברו במונחים של בני זוג, אלא של "בעל ואישה". התפיסה היא של תפקידים ומתחמים שונים, אבל המערכת תלוית **מגדר**: הגבר מפרנס, לכן הוא **המנהל של הרכוש המשפחתי**. האישה אחראית על משק הבית. לכן יש לה **פריבילגיות במתחם הביתי**. מכאן פותח הכלל של *חזקת הגיל הרך* לפיו, בסכסוך משמורת, האמא תקבל את המשמורת על הילדים.

**לסיכום**, בעוד שדיני משפחה מוגדרים כענף אזרחי, ואפילו משתמשים במטאפורה חוזית, קוד ההפעלה שמנחה אותה הוא שונה לגמרי- דיני הגירושין מערכת שתלויה לגמרי באשמה במובן שלא ניתן להתגרש אם לא מזהים אחד אשם ואחד לא אשם. משקף תפיסה ציבורית, יחידתית, ומכוונת מגדר.

*שיעור 4- 10/3/22*

תפיסות אלו נכונות ברוב העולם המערבי עד פחות או יותר 1980. בעשורים האחרונים של המאה ה-20 יש סדרה של שינויים דרמטיים מהעולם המסורתי.

העובדות – השינויים שהתחוללו במשפט

1. **גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה.** איך זה קרה? תחילה, רוב המדינות יצרו עילה חדשה: "התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר". אבל השינוי קרה בשני שלבים:

**בשלב ראשון-** לא אוסרים החלטה של בני-זוג להתגרש. המחשבה הייתה שביהמ"ש **יבדוק** האם הקשר בין בני הזוג התמוטט באופן בלתי הפיך, ובכך העילה תתקיים ויתאפשר הגירושין בין בני הזוג.

אולם בהמשך, התפתחויות בעולם הראו שהסכמה כן תהווה עילת גירושין:

* מדינת קליפורניה (ליברלית)- נקבע שאם הצדדים **רוצים** להתגרש = הקשר התמוטט באופן בלתי הפיך.
* מדינות שמרניות- התעקשו שביהמ"ש יבדוק לעומק אם העילה התקיימה. אבל מהר מאוד בתי המשפט אפשרושהסכמת בני הזוג יכולה להיות אינדיקציה לעילת גירושין, **"גירושין בהסכמה"**. הנחת העבודה הייתה שמערכת היחסים התמוטטה ברגע ששני בני הזוג מבקשים להתגרש. \*המרצה: לא מרגש. גם בדין הדתי שלנו הסכמה יכולה להיות עילת גירושין.

**בשלב השני-** מחשבה על מצב בו גם ביוזמה חד צדדית, אפשר להתגרש. כלומר כבר לא נדרשת הסכמה, אלא רצון של צד להתגרש הוא מספיק. גם פה זה לא קורה באופן ישיר בכל המדינות:

* בחלק מהמדינות זה במישרין- **לפי דרישה**, ממש אומרים שצד יכול לעמוד על כך שרוצה להתגרש.
* בחלק מהמדינות זה בעקיפין- הוסיפו עילת גירושין של **פרידה למשך זמן מסויים**, ואז לא צריך את הסכמת השני. **איך?** הרחבת החזקה של העילה להתמוטטות בלתי הפיכה של הקשר. בכך, אם אחד מבני הזוג יגיד באופן נחוש וממושך שהוא לא רוצה להמשיך יותר את הקשר, זה לכשעצמו יעיד על התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר (עצם הפרידה מאפשרת להשיג עילת גירושין). וכך הפכה להיות העילה הזו לעילה שמאפשרת גירושין ביוזמה חד צדדית. \*עלתה השאלה- **בכמה זמן ניתן להשיג גירושין בלי הסכמה של הצד השני?** שונה בין מדינות.

1. **חלופה או תוספת**- האם עילת הפרידה (למשך זמן מסויים) או שהשני רוצה ללכת (לפי דרישה) זה תחליף לעילות הקודמות (אשמה) או בנוסף?

* בחלק מהמדינות- **מחקו את העילות התלויות באשמה**. טיעון פרקטי: אדם שלא רוצה את בן הזוג יכול לעזוב את הבית. אין משמעות אם בת"ז כתוב עדיין "נשוי", אך הקשר לא מתפקד. טיעון ערכי: לא ניתן להגיד לאדם איזה התנהגות היא בסדר ואיזה לא.
* לעומת מדינות אחרות **שמאפרות לטעון לעילות שמטילות אשמה** אבל גם נותנות חלופה אחרת, כי אם יש מישהו שאשמה זה דבר שחשוב לו, כך הוא יוכל לבטא את זה.

1. **מזונות אחרי גירושין**- מזונות אישה (alimony). התפיסה הכללית שהתפתחה היא של **פרידה חדה.** אם מתגרשים השאיפה היא לנתק את הקשר בין בני הזוג בצורה מוחלטת, פרט לילדים.

אולם, בכל זאת ישנו מושג חדש שנקרא **מזונות משקמים**, בעל 3 תכונות הפוכות מהתכונות של מזונות אישה:

1. **לא תלוי במגדר**- 95% מהמקרים עדיין גברים ישלמו יותר מנשים. אבל עדיין יש חשיבות שהחוק ידגיש שיש שוני. האישה יכולה לשלם לגבר, אם הוא היה תלוי בה כל השנים.
2. **משך הזמן משקם**- אם אחד מבני הזוג היה תלוי כלכלית בשני (אין לו דירה, לא עבד), אז ניתן לו זמן התאוששות מסויימת עד שיוכל להיות בן אדם שדואג לעצמו.
3. **לא תלוי באשמה**- הבסיס הוא תלות! היא זו שתכריע אם יש או אין מזונות. ולא האשמה המינית, אם בגדה בו או לא.
4. **דיני הנישואין**- עוד הגבלות על היכולת להתחתן כבר לא קיימות, כשהובלטת מכולן היא **ההכרה בנישואין בין בני זוג מאותו המין**. *כלל: אם מדינה מכירה בסטטוס מסויים, יתר המדינות צריכות להכיר בסטטוס זה.* אבל עבר חוק במשטר דמוקרטי שלמדינה יש כוח להגן על הכללים שלה אם הסטטוס לא חוקי. היום, ברוב המדינות בארה"ב יש חוק שמאפשר נישואין בין בני אותו מין. ולמדינות שלא מאפשרות, החוק הפדראלי קבע **שאיסור כזה לא חוקתי.** מהפך דרמטי!

ניתוח – הכללת ההתפתחויות לשלוש תפיסות יסוד/תהליכים

1. **הפרטה**- המעבר ממוסד הנישואין כציבורי 🡨 **להסדר פרטי**. התפיסה היא שהנישואין חשובים לעולם הרגש והאינטימיות, תחומים בהם הכוח לא יעבוד. כעת יכול להתממש שנישואין הוא חוזה ככל חוזה אחר (איחור אלגנטי של 2 מאות). ולכן כחלק מחופש החוזים: בדיני הנישואין- גם לבני זוג מאותו מין יש את הזכות להינשא. בדיני גירושין: הסכמה של צדדים לחוזה תאפשר לסיים את החוזה; חלוקת רכוש או מזונות לא יושפעו משאלת האשמה (מי סיים ואיך התנהגת), אלא לפי מודל טכני. מסביר למה 2 צדדים יכולים להסכים לפרק קשר.
2. **אינדיבידואליזציה**- המשפחה הופכת מיחידה בפני עצמה 🡨 **לאוסף של יחידים**. מתרכובת לתערובת. כל צד יכול לסיים את הקשר והוא לא יחשב למפר. לכל צד יש אופציית סיום הקשר. אותה חשיבה של העולם הליברלי, יש יחידים נפרדים ולכל אחד זכויות משלו. אדם הוא לא חלק מקבוצה. מסביר למה רק צד אחד יכול לפרק את הקשר. ומסביר את "הפרידה החדה", אם הקשר נגמר- כל צד יוכלל ללכת, ללא "מזונות אישה".
3. **מהפכה שוויונית**- המערכת הופכת ממערכת תלוית מגדר 🡨 **למערכת עיוורת מגדר.** לכן ברוב המדינות החוק לא ידבר על בעל ואישה אלא על "בני זוג" ולא ידבר על "אבא ואמא" אלא על "ההורים".

\*כל העולם הולך ועובר את 3 התהליכים הללו, זה לא התנהל כמתחים או דילמות.

המאה ה21

בשלב מסויים מתחילה להיות מחשבה נגדית: למה להתייחס לזוגיות **כקטגוריה משפטית?** אם גישה פרטית שניתן להינשא שניים מאותו מין, למה לא לאפשר ביגמיה (שזה לא חוקי)? או במקום להתייחס לידועים בציבור כמו נשואים, אולי להתייחס לנשואים כמו ידועים בציבור? **כלומר למה המדינה עדיין מתערבת?**

לדעת המרצה: נישואין זה לא רק מוסד פרטי, אלא גם מוסד ציבורי. למדינה יש אינטרס לייצר מוסד של אנשים שרוצים זוגיות יציבה. **צריך לבדוק איזה מהדפוסים המחשבתיים של יחסים זוגיים מחייבים, מוגנים בתוך תפיסות היסוד החדשות שהתפתחו ואיזה לא.**

הצגה יותר נכונה היא הצבת המתחים לגבי 3 שאלות יסוד:

1. **בין גישה ציבורית לגישה פרטית במשפחה**- באיזה נושאים מדגישים את ההיבט שיש משהו פרטי, ובאיזה פרטים אני מכניס אינטרסים ציבוריים רוחביים?
2. **באיזה נושאים מדגישים שכל אחד יחיד ובעל זכויות פרטניות?** יחסי רכוש. מתפיסה שהרכוש הוא משפחתי ומנוהל ע"י הגבר ההתפתחות הביאה ליישום של הכלל הקנייני- הפרדת רכוש (אין שותפות). אך, המחשבה הנגדית הביאה לשילוב: **מה שנצבר בנישואין יהיה משותף** **= יחידה שוויונית** (משפחה כיחידה + עיוורון למגדר), כלומר הגשמת הרעיון של השותפות המסחרית.

במשפט הישראלי גם הלכו על המהלך הזה תוך שמירה על האינדיבידואליות: בני הזוג אכן יחידים, אבל רק הרכוש שנצבר מיום הנישואין משותף. כל מה שנצבר לפני, מהווה נכס פרטי של בן/בת הזוג.

* *פס"ד נאפיסי*: חשין מסביר את רעיון השותפות הזוגית לא לפי הרעיון של שותפות מסחרית, אלא מקריא את הפסוק מספר בראשית, שמעלה את הרטוריקה היחידתית. יש תפיסה עמוקה שאתם מהווים משפחה שהיא יחידה אחת.
* *פס"ד אדרי ואבולו*: חשין מסביר שבנישואין לאחר הרבה זמן, כבר אין את ההבחנה בין הרכוש שצבר הגבר לבין הרכוש שצברה האישה, ולכן הכל משותף.

1. עד כמה ניתן לומר ש**גברים ונשים אמורים להיות שווים** **ולכן נעשה מערכת מגדר שמתעלמת מפערים תרבותיים, מגדריים וכו'?** והאם זה יוביל אותי לתוצאות יותר צודקות?

* חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, קובע את חזקת הגיל הרך, שטובתם של ילדים עד גיל מסויים הוא אצל האמא. כיום, הטענה שעולה בהרבה בתי משפט, היא משמורת משותפת.

הרגישות שהמרצה ירצה שנפתח בקרוס: לשים לב, גם כשאנו מציגים טיעון משלנו של מה צריך להיות בדין הקיים (דין רצוי), וגם כשמנסים להבין מחלוקות בתוך המשפט הישראלי (דין מצוי), **צריך להבין את המתחים**.

אנו נגלה ש3 המתחים, ישרתו אותנו בקורס בשני מובנים:

1. **במאבק הדתי אזרחי**- לפחות ממבט ראשון, האינטואיציה של בתי המשפט האזרחיים היא של הכיוון הפרטי, האינדיבידואליסטי והעיוור למגדר; והאינטואיציה של בתי הדין הרבניים היא לכיוון הציבורי, יחידתי ותלוי המגדר. לכן ניתן להבין ששאלת הסמכות והדין היא הפשט של המתח בין האזרחי לדתי, אך הדרש הוא לפי המתחים האידיאולוגיים – מאבק על בסיס 3 ערכים בין התפיסה האזרחית לדתית.
2. **מאבקים פנימיים גם באזרחי וגם בדתי**- איזה תכנים בכל דבר, איזה קואליציות לעשות. נניח אשמה- האם התפיסה צריכה להיות שאשמה כבר לא רלוונטית? או שהיא עדיין רלוונטית, כי זו תפיסה ציבורית, שמעניין את המדינה איך המשפחה צריכה להיות, אך התפיסה לא מתמקדת באשמה במובן של מיניות אלא יותר בהגינות בין בני הזוג איך צריך להתנהג.

**השופט האזרחי**

לשופט האזרחי במשפט הישראלי יש 2 חזיתות:

1. **מול הדין הדתי**- גם בנושא שבסמכות שלו, יש נושאים שצריך להפעיל דין דתי. הדילמה- האינטואיציה ומנגנוני ההפעלה שלו הם אזרחיים, תוך שצריך להפעיל דין דתי שבהרבה פעמים נוגד את האמונות שלו. מה הטכניקות שהוא פיתח להתמודדות זו?
2. **מול הדיין**- יש שני שחקנים על המגרש, מה קורה כאשר המשפט האזרחי יצטרך להתעסק עם הדיין בבית הדין הדתי? יש כאן מתח עם הדין והדיין.

**ההתמודדות של השופט האזרחי עם הדין הדתי**

עם השנים, השופטים האזרחיים פיתחו טכניקות, במטרה להתמודד עם אותו דיסוננס בין הדין שחייבים להפעיל לבין תפיסות העולם שלהם. נאפיין 4 סוגי התמודדויות שהתפתחו במהלך הזמן. השוני ביניהם: 1)מידת הנועזות- עד כמה הטכניקה רדיקאלית או אקטיביסטית. 2)מידת גילוי המניעים- עד כמה היא גלויה או סמויה, כך שממבט ראשון לא נראה שמפעילים את הדין הדתי.

4 אסטרטגיות שהשופט האזרחי נוקט בהן:

1. **הפרדה בין פרוצדורה לבין מהות**- \*פרוצדורה= סדרי דין, ראיות, משפט בינ"ל. ביהמ"ש העליון קבע שבימ"ש אזרחי תמיד יפעיל פרוצדורה אזרחית. ולכן, **מפעילים דין דתי, אבל פרוצדורה אזרחית**. נישואין בישראל זה לפי הדין הדתי. יש הרבה מגבלות שקובעות על כשירות לנישואין (לא ניתן להתחתן עם גוי, לא מכירים בנישואים מעורבים עד שלא יהיה גיור). **נישואין אזרחיים מחוץ לישראל לא יהיו תקפים כשיחזרו**. ביהמ"ש האזרחי יעבוד ב2 שיטות שמייצרות תוצאה מהותית באמצעות הפרוצדורה:
2. **כללי** **המשפט הבינ"ל הפרטי**- כשמתחתנים בארץ מופעל דין דתי, אבל בנישואין בחו"ל מפעילים אתכללי המשפט הבינ"ל הפרטי (חלק מכללי הפרוצדורה) שהוא לפי דין אזרחי, ובכך ניתן להכשיר הרבה נישואין אזרחיים.
3. **הבחנה בין רישום הנישואין לבין מי נשוי**- *פונק שלזינגר*- יהודי וגויה התחתנו בגרמניה וכשעלו לארץ רצו להירשם כנשואים במרשם האוכלוסין, הפקיד סירב. ביהמ"ש: השאלה מיהו נשוי היא שאלה של הדין המהותי. והשאלה מי רשום כנשוי זו שאלה פרוצדורלית, שקשורה לדיני מרשם האוכלוסין. ושם יש כלל שמקורו בדיני ראיות (כלל אזרחי טכני) שנקרא "כלל התעודה הזרה" שאומר שאם מציגים לך תעודה שנראית ממדינה מתוקנת (כמו גרמניה), ובה כתוב שהזוג נשוי, והמסמך לא נראה מזוייף במבט ראשון, **על הפקיד להסתמך על תוכנו כאמיתי** **לצורך המרשם.**

לסיכום טכניקה 1- תחת מעטה של הלבשת כללים פרוצדורליים, ניתן לקרב את התוצאה למשפט האזרחי.

1. **הבחירה מתוך מתחם פרשנויות את הפרשנות של הדין הדתי שתתאים יותר למשפט האזרחי.** במערכת הדין הדתית יש מגוון של פרשנויות (דעת רוב ודעת מיעוט). כמו כן, בדין הדתי אין מושג של תקדים מחייב, כך שכאשר ביהמ"ש האזרחי צריך להפעיל דין דתי מהותי, הוא יכול להכריע בניגוד להלכה קודמת שנקבעה על סמך דעת מיעוט. נראה 3 דוגמאות:
2. **מדור ספציפי**- לאחר קבלת הגט, הבעל חב במזונות אישה וכחלק מחובה זו ישנה חובת מדור- עליו לדאוג לאישה למקום מגורים. חלק מחובת המדור היא שהמדור יהיה נורמלי ("מדור שקט"). האם הכוונה למדור כללי (שכר דירה) או לספציפי (הדירה בה התגוררו)? במדור כללי- הטענה היא שהבית משותף, ולכן הבעל ימכור את הבית ויתן לאישה דמי שכירות שתגור במלון כלשהו. במדור ספציפי (לפי דיני קניין)- הטענה היא שהבעל עזב אותה בלי הצדקה וחלק מייחוד המדור זה שהיא רוצה לגור בדירה בה הם התגוררו. הגישה הדומיננטית בביה"ד היא הזכות למדור ספציפי. אבל היו דעות מיעוט שהעדיפו מדור כללי. *בפרשת כליפא נ' גולד*- נקבע כי **הפרשנות הנכונה של הדין הדתי היא המדור הכללי.** הצדקות: 1) בעלות בקניין- מדור ספציפי מסכל את הבעלות על הקניין של הבעל, הוא לא יכול להשתמש בקניין שלו. 2)מדור ספציפי לא מאפשר פירוק שיתוף- מדור כללי מקדם לכיוון תוצאה אזרחית של גירושין. כשאומרים לאישה שהיא יכולה להישאר בדירה כל עוד היא נשואה, מתמרצים אותה לסרב להתגרש בעוד שבימ"ש אזרחי מעדיף לאפשר את הגירושים כמה שיותר מהר (מנסה להתקרב לגישה האינדיבידואלית ולהתרחק מהגישה היחידתית). ליפשיץ: החשיבה האזרחית עזרה לו להגיע למסקנה זו, ולא בגלל קריאה אחרת של הסוגייה.
3. **מזונות אישה**- בדיני מזונות לפי ההלכה, הבעל חייב במזונות אישתו לכל צרכיה הבסיסיים, וכנגד המזונות מקזזים את המשכורת שלה (עליה להעביר לו את שכרה). כך שאם הצרכים שלה הם יותר מכמה שמרוויחה, על הבעל להוסיף רק את ההפרש. זה פריבילגיה של האישה, אם יש לה משכורת גבוהה יותר, היא לא חייבת שיהיה מזונות אישה. הגישה המקובלת בבתי הדין הרבניים היא שהקיזוז הוא **רק כנגד ההשתכרות בפועל** ולא כנגד פוטנציאל ההשתכרות; כך שבמצב בו היא לא עובדת, אין קיזוז. היה דיין בדעת מיעוט שטען שאפשר לצפות מנשים לעבוד בסוג מסויים של עבודות כיום, ולכן אם לא עובדת, ניתן לקזז פוטנציאל השתכרות של מזכירה/מורה (לא מדובר על הייטק). הגיעו שני מקרים לביהמ"ש: *פס"ד בייקל*- נישואין שניים, אישה שלכבוד הסכסוך מפסיקה לעבוד, ומשקיעה את זמנה בספורט. ביהמ"ש המחוזי **קבע שצריך לקזז ממזונות האישה את פוטנציאל ההשתכרות** לפי מה שעבדה קודם (בהסבירו כי דעת היחיד היא הנכונה). ליפשיץ: אולי לגיטימי המהלך מבחינה אזרחית. *פס"ד פדן*- סטודנטית שהספיקה להתחתן, להתגרש ולהיות בהיריון מתקדם, וללא עבודה. ביהמ"ש פסק שצריך לשלם לה מזונות אך קיזז את מה שהייתה יכולה להרוויח במקצועה. ביהמ"ש הלך לפי אינטואיציה אזרחית- הרעיון הוא של שוויון מגדרי: כמו שאתה עובד, גם היא יכולה לעבוד. נשאר בצ"ע- אם לגיטימי לדרוש מאישה לעבוד, אולי בוחרת שלא כי כך רוצה.

**\****בשתי הדוגמאות ביהמ"ש לא אמר שעשה כך בגלל שנראה לו נכון מהתפיסה האזרחית, אלא כי כך הבין את הדין הדתי*.

1. **חלוקת אחריות שווה במזונות ילדים**- הטכניקה הופכת מסמויה לגלויה. בדין הדתי המקורי, אבות צריכים לזון את ילדיהם עד גיל 6. חובה מוחלטת (לא משנה אם האמא עשירה והאבא עני). לאחר מכן, הותקנה תקנת הרבנות הראשית, שקבעה שהאבא צריך להמשיך ליזון את הילד עד גיל 15, ואז התעדכן לגיל 18. האם כוונת התקנה היא להאריך את אופי החיוב עד גיל 18? או שמא, הכוונה היא לדין צדקה, כך שבין גיל 6 ל-18 אין הבחנה בין צרכים הכרחיים ללא הכרחיים, והחובה תהיה תלויה ביכולת הכלכלית של האם; אם היא עשירה, הוא לא יהיה חייב. עד לפני 3 שנים, רוב בתי הדין הרבניים פסקו לפי הפרשנות הראשונה. המשמעות הייתה קשה לגברים במשפחות שוויוניות (המשכורת שווה) ולגברים שהרוויחו פחות מהנשים. *הלכת 919*- ביהמ"ש העליון צריך לקבוע פרשנות אזרחית לדין הדתי. התגלה כי הייתה דעת מיעוט בביה"ד **שמגיל 6 המזונות שוויוניים**. פוגלמן: יש 2 גישות דתיות, מה יכריע את המקרה? עיקרון השוויון. גבר שמרוויח כמו האישה לא יישא בכל המזונות. אין היגיון שגבר שמרוויח פחות ישלם מזונות לאישה שמרוויחה כמוהו או אף יותר. **בכך טכניקה 2 הפכה להיות רישמית ולא סמויה.**

לסיכום טכניקה 2, ניצול הרב גוניות של הדין הדתי כדי לבחור את הגישה המתאימה ביותר למשפט האזרחי.

*שיעור 6- 15/3/22*

עילת גירושין- בהלכה כדי להתגרש צריך **או** את הסכמת הבעל **או** שתתקיים עילת גירושין (אשמה של אחד הצדדים).

מזונות אישה: אחד מהדברים שהבעל חייב לאישתו מהרגע שהם נפרדים ועד הגט. חלק מחובת המזונות היא חובת המדור. האישה תובעת את המזונות לפי הצרכים שלה; הכלל הוא **"עולה עימו ואינה יורדת".** כך שאם היא באה מבית עשיר והבעל מבית עני, הוא צריך להתאמץ ולפרנס אותה לפי אורח החיים אליו רגילה עד מתן הגט. לבעל יש 2 סוגים בסיסיים של הגנות: 1) **טענות התנהגותיות לקבלת פטור**- האישה לא תקבל מזונות כלל בגלל ההתנהגות שלה (הכל קשור לאשמה). למשל, בגידה (מיניות), התנהגות לא צנועה, עזיבת בית מסיבה לא מוצדקת. 2) **קיזוזים**- מגיע לה מזונות אבל היא צריכה לתת בתמורה את השכר שלה או את הנכסים שלה.

המבנה הבסיסי של שאלה במזונות אישה- 1)לבדוק אם בני הזוג נשואים, 2) אם כן, לבדוק את היקף התביעה (עמדו בכלל של רמת החיים), 3) הבעל טוען טענות הגנה. 4) טענות נגד של האישה יהיו ההתנהגות של הבעל שבגללה נפרדו.

1. **פרשנות מניפולטיבית של הדין הדתי**-קריאת הדין הדתי במשקפיים אזרחיות.יותר רדיקאלית. כאמור, מזונות אישה זה תחום שבסמכות בימ"ש אזרחי אך צריך להפעיל דין דתי. מה במצב בו בעל בגד באשתו מעלה טענה הגנה לפטור ממזונות שאשתו בגדה בו? הדין הדתי יקבל את טענת ההגנה, כי זה פועל באופן חד צדדי (מוסר כפול לפי מגדר- מה שחל על האישה לא חל על הגבר). במצב זה השופט האזרחי מוטרד מ2 דברים: 1)התייחסות לנאמנות כטענת הגנה שמתבססת על מיניות, שהושגה בדרך פולשנית. 2)הוא רוצה לבטל את המוסר הכפול בגלל חוסר שוויון בין המינים.

*פס"ד טביב*- האישה שיחקה בפארק עם גבר זר= מעשה כיעור. בעלה צילם אותה והשתמש בתמונות להגנתו. ביה"ד קיבל זאת ופטר את הבעל מחובת מזונות. **ברק** הכריע שבית-דין רבני הקובע כי אישה הפסידה את זכותה למזונותיה חורג מסמכותו, ולכן קביעתו לא מחייבת את ביהמ"ש האזרחי. בפסקי דין נוספים, **שמגר** ניסה לצמצם את האפקטים של הדין הדתי ע"י כמה מהלכים:

1. קריאה שגויה של הדין הדתי- *פס"ד פרידמן*- טייס בגד באשתו. נפרדו. עד הגט, האישה תובעת למזונות אישה. הבעל הביא את רב הבסיס שיעיד על כך שהאישה סיפרה לו שבגדה בבעלה פעם אחת. שמגר צריך להפעיל דין דתי, ועל פניו לקבל את טענת ההגנה של הבעל. אולם, הוא רוצה להפעיל את עיקרון ההדדיות (לפי האינטואיציה האזרחית שלו). לכן, פונה לספר "שרשבסקי דיני משפחה" שמסכם את הדין הדתי, מבלי להיכנס למקורות עצמם. שמגר מצא כלל, לפיו אם אישה טוענת שבגדה בבעלה ואין עדות חיצונית (תמונה, עד ראייה) אלא רק מה שאמרה, לא מאמינים לה. שמגר יישם את הכלל וקבע שמבחינה משפטית הוא לא יכול לדעת על הבגידות שלה. העדות של הרב בוטלה. הבעל חוייב במזונות.

ביקורת: שמגר השתמש בכללי הפרוצדורה מהדין הדתי כדי להגיע לתוצאה צודקת מנק' מבט אזרחית. **מה הבעיה?** הוא קרא מהפרק של דיני הגירושין, שעוסק בסרבנות גט (אחת מעילות הגירושין היא בגידה של אחד הצדדים. לכן, כדי למנוע מכל אישה שרוצה להתגרש להמציא שבגדה- לא מאמינים לה ללא עדות חיצונית). אבל בנושא של מזונות- כן מאמינים כי מה שאדם מעיד על עצמו מהווה הוכחה קבילה. **אז שמגר יישם דין דתי באופן שגוי כך שיתאים לתוצאה אליה רצה להגיע.** חיסרון: בראי של הכוונת התנהגות לא ידוע מה יקרה במקרה הבא, אם נוצר תקדים או שזו הכרעה חד פעמית.

1. פירוש הדין הדתי לפי עקרונות אזרחיים (מקרה ביניים)- מקריאים את הדין הדתי במקום הנכון, אבל מיישמים עליו סברה אזרחית מבלי לומר זאת. התוצאה היא שלא מפעילים באמת דין דתי:
2. עיקרון ההדדיות במזונות אישה- *פס"ד כהן*: הבעל עזב את הבית וגר בגלוי עם אישה זרה במשך 5 שנים. גם האישה כבר גרה בגלוי עם אחר. עד קבלת הגט, הגישה תביעת מזונות אישה. הבעל טען להגנתו שהאישה בגדה בו והראה תמונות שצילם חוקר מטעמו. האישה טענה מנגד שהוא בעצמו עשה זאת. **בדין הדתי אין כלל של הדדיות והבגידה היא טענת הגנה מוחלטת** **של הגבר**. לכן *שמגר עושה עיקרון השתקי*: הבעל מושתק מלטעון להגנתו שהאישה בגדה בו, אם הוא בעצמו בגד בה לפני. הוא לא יכול להתבסס על הטיעון הזה. הבעל חוייב במזונות.

ביקורת: הקורא מתרשם שמיושם דין דתי אבל לא שם לב- **רוקנו את הדין הדתי מתוכן**.הסברה נשמעת הגיונית מהראי האזרחי, אבל היא לא חלק מהדין הדתי. רות קדרי הלפרין חשפה את שני המהלכים של שמגר, שמהווים **אקטיביזם שיפוטי**-יצר מסלול עוקף דין דתי. שמגר מצד אחד עושה את המהלך הזה בצורה שקטה שלא גוררת תגובת נגד גדולה. מצד שני, הרבה אנשים לא מכירים את הפס"דים הללו, ולכן לא ידוע אם ניתן להשתמש בהם כתקדים.

בעיות בהכרעה: 1) מבחינה אזרחית ברור שזו פעולה חיובית, ביהמ"ש קידם עקרונות של שוויון וזכויות נשים. אבל יש תחושה לא נעימה שחורג ממה שהחוק הסמיך אותו. 2) בהנחה שהמחוקק הסמיך אותו לעשות זאת, האם באמת עשה פעולה נכונה מנק' מבט אזרחית ליברלית? באופן עקרוני מזונות זה סעד זמני של מצב חירום, עד הגט, כאשר תקופת המזונות הייתה ארוכה: *פס"ד כהן*- הבעל עזב את הבית ומסרב לתת גט; *פס"ד פרידמן*- בוגד שיטתי שעוזב את הבית ומסרב לתת גט; *פס"ד גל*- עזב את הבית ובוגד באשתו וסרבן גט. **במקרים אלה, ניתן להבין למה מנק' מבט אזרחית חשוב לביהמ"ש לתת לאישה מזונות.** אך, אם האישה היא זו שמסרבת להתגרש, הרי שלהכריח את הבעל לשלם לה מזונות כשהיא כבר ממשיכה בחייה מהווה סתירה של העקרונות האזרחיים. רות הלפרין קדרי גילתה במאמרה כי ב-5 מתוך 6 מקרים האישה הייתה סרבנית גט. ביהמ"ש לא שם לב כאשר יישם את העקרונות האזרחיים על הדין הדתי, **ובכך לא הגשים מדיניות אזרחית ולא דתית**. מכאן שהדבר התקין לעשות הוא לבחון את הנסיבות ולהבין איך באמת ניתן לפסוק בהתאם לעקרונות האזרחיים.

1. האם הפרידה לכשעצמה מהווה עילת פטור ממזונות אישה? *פס"ד פלולי* ללמוד לבד. לפי ההלכה: אם בני הזוג חיים בפירוד הרבה שנים, והגבר רוצה להתגרש והאישה לא, הוא לא צריך לשאול אף אחד, והם יכולים להתגרש. ואילו אם האישה רוצה להתגרש היא צריכה להוכיח עילת גירושין. אחד המהלכים ליצור שיוויון נעשה בשנת אלף לספירה- **חרם דרבנו גרשום אסר על גבר להתגרש מאישה בעל כורחה**. כלומר, גם האיש וגם האישה צריכים לבוא עם עילת גירושין. ואם לגבר אין עילה, אין לו זכות להתגרש. *פס"ד פלונית*: בעל עזב את אשתו (ללא גירושין). עברו 4 שנים, והאישה לא מצאה בן זוג אחר אך סירבה לגט. במקרה הזה, הבעל לא הצליח לסמן התנהגות לא בסדר של האישה. לפי ביה"ד הוא חוייב במזונות. ביהמ"ש האזרחי: חובת המזונות מבוטלת בשל **חוסר תו"ל** של האישה. לחיות בנפרד מהבעל ללא גט וללא בן זוג אחר, כשברור שהקשר התמוטט באופן בלתי הפיך, ועדיין לתבוע למזונות – סותר את עקרון תו"ל. ביקורת: סברה מעניינית אבל לא קיימת בדין הדתי. כל עוד היא שומרת על הכללים, מגיע לה מזונות. המקרה מגיע לעליון: **רובינשטיין**- לגיטימי לקרוא את הדין הדתי בכפוף לחובת תו"ל. ולכן אימץ את ההכרעה, למרות שמנוגדת לביה"ד [המהלך: מניפולציה על הדין הדתי, לעניין המזונות מפעיל את שיקול תו"ל שמהווה כלל אזרחי] ; **ברק ארז**- נכון שמזונות אישה יכול להיות בסמכות בימ"ש אזרחי, אבל זה מדיניות של דיני גירושין שבסמכות ביה"ד. הקביעה של ביהמ"ש לענייני משפחה חותרת תחת סמכות ביה"ד שלפיו, כל עוד אין גט ישנה חובת מזונות. מתוך כבוד לערכאות פסקה לטובת האישה, שתקבל מזונות; **זילברטל**- בעיקרון הסכים עם רובינשטיין, בפועל הגיע לתוצאה דומה של ברק ארז- לביהמ"ש אין סמכות לדון בעניין המזונות כי הוא קשור למטריה של דיני הגירושין. ליפשיץ: תשובה מעניינת לכמה רחוק ביהמ"ש האזרחי לקח את הדין הדתי תוך שפירש אותו לאור עקרונות אזרחיים.
2. **זניחה מוחלטת של הדין הדתי ויצירת דין אזרחי אלטרנטיבי**- במקרים קיצוניים שהיה צריך להפעיל דין דתי יוצרים דין אזרחי.
3. *פס"ד פלונית נ' פלוני* (אבהות אזרחית)- לגבר ולאישה מוסלמים נולדה ילדה, בעודם לא נשואים. רצתה שבית הדין השרעי יצהיר על פלוני שהוא אביה של הילדה. המהלך הראשון היה לבדוק אם ניתן להפעיל דין אזרחי. לפי דבר המלך, כל ענייני המעמד האישי של המוסלמים זה לפי הדין המוסלמי בסמכות ביה"ד השרעי. ולפי הדין המוסלמי, ההגדרה המשפטית של אבא היא לא הגדרה ביולוגית או גנטית, אלא אבא = הבעל של אמא. כלומר הילד שנולד מחוץ לנישואין מיוחס לאמו בלבד. לכן ביה"ד דחה את התביעה. *\*נק' חשובה- ההגדרה המשפטית של אבא היא דין מהותי ו****לא*** *כלל פרוצדורלי.* המהלך השני היה לבחור בין גישות שונות בתוך האיסלם אבל אין עוד גישות. המהלך הבא- חשין טוען שמכוח משפט הטבע, **אי אפשר להתנתק מהקשר הביולוגי בין אב לבת.** מאז חו"י: כבהו"ח, זכאי אדם לדעת מיהו אביו. זכות זו נגזרת מכבוד האדם, וממשפט הטבע שהקים את כבודו של האדם. נקבע שמגיע לה מזונות.

ביקורת: מהלך אקטיביסטי, משמעותי וקיצוני מאוד. לצד מה שהמחוקק קבע, שגברים מוסלמים חייבים מזונות רק לפי הדין המוסלמי, חשין עשה מסלול עוקף, מכוח עקרונות כלליים ומופשטים של כבוד האדם ומשפט הטבע, הוא גוזר חובת מזונות 🡨 מייצר פה מערכת אזרחית עצמאית בעלת סמכות קונקרטית. הופך אותם לעקרונות "על", אלטרנטיביים לדין הדתי.

1. *פס"ד סולמון נ' סולמון*- בני הזוג התחתנו בנישואים אזרחיים. רוצים להתגרש, תובעת מזונות אישה. לפי הדין האישי שחל על הבעל (יווני-אורתודוכסי), הוא לא חייב במזונות אישה. מערערת לעליון. שמגר: אם מוכחת נזקקותו של בן הזוג, למרות שאין חובה לפי דין דתי, מוצדק היישום של עקרונות חו״י: כבהו"ח, ושתוטל חובת מזונות. ההסבר של ההכרעה: בנישואין אזרחיים אדם חייב במזונות מכוח החוזה שיצר בעצם הנישואין. לא ייתכן שלא ישלם מזונות. אז גם אם לכאורה במצב של נישואין אזרחיים אדם לא חייב מזונות מכוח הדין הדתי, **יש אלטרנטיבה לחובת מזונות מכוח עיקרון כללי = תו"ל.**

*לסיכום טכניקה 4, במקרים קיצוניים, אם נוצר חוסר צדק קיצוני, ביהמ"ש מייצר מקור של צדק כללי ומופשט (עיקרון תו"ל, משפט הטבע, כבוד האדם), שממנו גוזרים כלל אלטרנטיבי אזרחי.*

*שיעור 7- 22/3/22*

**התמודדות של השופט האזרחי עם הדיין הדתי**

לצד השופט האזרחי, שמשתמש בשיטות שפורטו עד עתה ומחיל אותן בבית המשפט האזרחי, ישנו גם הדיין הדתי. לעיתים יש שיתוף פעולה, למשל פרשת פלונית עם הילדה המוסלמית. בה ביה"ד השרעי לא תפס את זה שבג"צ התערב בעניין שלהם, אלא כמעט דחף אותה ללכת לשם. אבל במקרים משמעותיים, חלק מהדיינים הדתיים לא אוהבים את המהלכים שהשופטים האזרחיים מבצעים ורוצים לקדם את דיני המשפחה למקומות דתיים. כאן, נעסוק ב4 דפוסים של התמודדות במישור המוסדי.

1) פיקוח בנושא הסמכות

הפתרון של בג"ץ מול הדיין הדתי הוא להוציא אותו מהמגרש, במקום לריב של מי הסמכות (תקיפה עקיפה). כלומר, נושאים מסויימים לא יכנסו לאולם של הדיין הדתי כלל (תקיפה ישירה).

**בג"ץ-** קודם תביעה לביה"ד האזורי, אח"כ ערעור לביה"ד הגדול, ואז יעתרו לבג"ץ. שני תפקידים:

1. קביעת הכללים: מה מותר ומה אסור ("תקיפה ישירה" בעניין הסמכות)- עותרים לבג"ץ בטענה שלביה"ד לא היה סמכות לדון בעניין. בג"ץ קובע סמכויות מצמצמות לבתי הדין הרבניים.
2. מזונות ילדים- האם אפשר לכרוך מזונות ילדים? הפסיקה האחרונה אומרת **שלא** ניתן לכרוך, בניגוד *לס'3 לחוק בתי הדין הרבניים*, שמעלה בבירור שניתן לכרוך מזונות ילדים לתביעת הגירושין. הנדל מראה, הרקע ההיסטורי הוא שזכויות הילדים היו נפגעות כי האימהות היו לוקחות את הכסף. והרציונאל הוא שהיא אמנם האפוטרופוס של הילד אבל היא לא יכולה לוותר על זכויות הילד.
3. יחסי רכוש- *בחוק שיפוט בתי הדין הרבניים* נקבע שענייני נישואין וגירושין הם בסמכות בית הדין. בג"ץ קבע שיחסי רכוש הם לא ענייני נישואין וגירושין (פעם לגבי יהודים ופעם לגבי מוסלמים) גם אם בני הזוג הסכימו לדון בביה"ד. *בפס"ד סידי*- בג"ץ מסווג את ההסדר הרכושי בין בני הזוג כחלק מדיני הקניין ולא כחלק מענייני מעמד אישי וכך שולל את סמכות בית הדין לדון בעניין. ליפשיץ: יוצר מהלך שמצמצם את סמכויות ביה"ד, אולם כאן החוק באמת לא כותב לגבי סמכות הדיון בנושא הרכוש בהסכמה. אבל ניתן להבין שאם הצדדים מסכימים – למה לא?
4. אכיפת הכללים: בג"ץ מפקח שבתי הדין מצייתים לכללים. לפי *ס'15ד לחוק יסוד: השפיטה*, מוענק לבג"ץ סמכות לתת צווים לבתי הדין הרבניים כאשר הם עסוקים בעניינים שאינם בסמכותם.

**ערעור אזרחי**- "תקיפה עקיפה" בעניין הסמכות. למשל, האישה התעלמה מזה שהבעל כרך לבימ"ש למשפחה. והבעל יטען שהגיש קודם לביה"ד ולכן הוא תפס את הסמכות. כדי שביהמ"ש יקבע אם יש לו סמכות הוא צריך לדון אם לביה"ד יש סמכות (אם הכריכה הייתה טובה). אם לא, לביה"ד לא הייתה סמכות ואז הסמכות היא של ביהמ"ש. כך שיוצא שלמרות שבימ"ש למשפחה בהיררכיה נמוכה מבי"ד אזורי, הוא דן בסמכות שלו [הלכת פלדמן- אם אחד דן בסמכות והכריע, השני צריך לכבד ולא להתערב].

*פס"ד טיבי*- גבר מוסלמי ואישה נוצרייה גרים עם ילדיהם בטייבה. האישה עוברת איתם לישראל ושולחת אותם לבית ספר יהודי. הבעל התנגד והגיש תביעה לביה"ד השרעי לקבל משמורת על הילדים, שפסק **לטובתו.** במקביל, האישה הגישה תביעה למשמורת ילדים בבימ"ש לענייני משפחה. הבעל טען שאין לביהמ"ש סמכות, כי הילד מוסלמי ולכן הסמכות לביה"ד השרעי. ביהמ"ש קובע שלביה"ד לא הייתה סמכות, לכן הסמכות שלו, **ופסק לטובת האישה.** הבעל ערער למחוזי – הערעור נדחה. אז לקח את הילדים, מבלי לתאם עם האמא וזו חשבה שנחטפו על ידו. הגיע לבג"ץ. כל אחד מההורים הראה את פסה"ד שמראה שהמשמורת שלו.

**מה הייתה הטעות?** האישה לא תקפה באופן ישיר. אם הטענה שלה היא שלביה"ד השרעי לא הייתה סמכות, היה עליה לערער לביה"ד השרעי לערעורים ואז לעתור לבג"ץ. בפנייה לבימ"ש הקביעה תהיה רק אם מותר לבימ"ש לדון, ע"י כך שקובע אם לביה"ד הייתה סמכות. אך קביעתו לא מבטלת את פסה"ד של ביה"ד, כי בעיניו, הייתה לו סמכות. אם רוצים לקבוע כלל גורף שבנושא זה לביה"ד אין סמכות לדון בו – **יש לתקוף באופן ישיר דרך בג"ץ.** (לבסוף, בג"ץ פסק לטובת האישה).

2) פיקוח על הפרוצדורה בביה"ד הדתי

**בעבר,** הכלל היה "הדין הולך אחר הדיין"= לבתי הדין הייתה אוטונומיה בנוגע לדין המהותי, לפרוצדורה ולסדרי הדין. לכן, בג"ץ כמעט ולא היה מתערב, אלא רק במקרים חריגים. **כאן נעסוק** **בהיבט הפרוצדוראלי ובסדרי הדין, ונציג 2 מצבים בהם בג"ץ כן היה מתערב לצורך פיקוח על הדיינים הדתיים**:

1. התערבות למען כללי הצדק הטבעי- רק במקרים בוטים של הפרת כללי הצדק הטבעי (כצ"ט). למשל, זכות טיעון, ייצוג וכו'. *פס"ד אסי*- הוכח שלדיין היה קשר מסחרי עם עוה"ד הצד השני, אך לא פסל את עצמו. בעתירה לבג"ץ נקבע שעל הדיין לפסול את עצמו.
2. הכפפת הכללים בביה"ד הרבני לזכויות יסוד חוקתיות- **כיום,** למרות שלביה"ד יש אוטונומיה, נקבע שההליכים בבתי הדין כפופים לחוקי היסוד ולזכויות שנקבעו בהם.

*מתבטא במס' פסקי דין*:

1. *פס"ד לב*- האישה מגישה תביעת גירושין נגד הבעל. הבעל הגיש תביעה לשלום בית. האישה מתכוונת לנסוע לחו"ל להיפגש עם גבר זר. לפי ההלכה, אם היא תקיים איתו קשר מיני, לא יהיה שלום בית, לכן הבעל ביקש צו זמני של עיכוב יציאה מהארץ מביה"ד, כדי שיוכלו לדון באפשרות לשלום בית. ביה"ד אישר זאת. **האישה עתרה לבג"ץ** בטענה שההליך שולל ממנה את חופש התנועה (הזכות לצאת מהארץ)- זכות חוקתית, והפגיעה אינה מידתית- כי אם האישה רוצה לבגוד בבעלה היא יכולה לעשות זאת בכל מקום לא חייב לשלול חופש תנועה. לכן האמצעי לא מוביל למטרה. *מכאן, שהפיקוח התהליכי לא חל רק בנוגע לכצ"ט, אלא גם בנוגע לזכויות חוקתיות.*
2. *בג"ץ אזורי נתניה*- האישה בגדה בבעלה וסירבה לגט כדי להמשיך לקבל מזונות אישה. אז הבעל צילם אותה בשעת מעשה והשתמש בתמונות כדי להגיש תביעת גירושין לביה"ד (לפי הדין הדתי בגידה היא עילת גירושין + מקנה פטור ממזונות). האישה הגישה תביעה לבימ"ש בטענה שהתמונות לא קבילות כי הן הושגו תוך פגיעה בפרטיותה. הבעל טען שאין פגיעה, כיוון שזה צולם בביתו הפרטי. **בג"ץ קבע שיש פגיעה**. הבעל לחילופין טען שהפגיעה מוצדקת: החוק להגנת הפרטיות מקנה הגנות אם הפגיעה למטרה הולמת – כאן, פירוק הקשר. הבעל טען שהתמונות היו הכרחיות כדי להוכיח את הבגידה. **בג"ץ דחה את הטענות שלו וקבע שהפגיעה חמורה מידי; היה עליו למצוא דרך אחרת**.

ליפשיץ: פס"ד צבוע. הוא מקדם עקרונות ליברליים (הגנה על הזכות לפרטיות), אך במקביל משתמש בעקרונות מהדין הדתי כדי להגיע לתוצאה שהוא רוצה. **בעוד שתוצאה זו לכשעצמה לא נוחה**. כי כדי להיות ליברל, בג"ץ צריך לקבוע שהאישה לא יכולה לסרב לגט (לבטל את הדרישה לעילת גירושין או לוותר על הצורך להוכיח). אולם כאן, השתמש בדין הדתי המהותי (דרש מהגבר להוכיח עילת גירושין), אך לא מאפשר לו להציג ראיות להוכחת העילה! אלא קבע שיש להוכיח את הבגידה באמצעים דתיים אחרים. בכך הוא מאפשר לה להמשיך לקבל מזונות בזמן שחיה עם גבר אחר.

3) הכפפת ביה"ד למשפט האזרחי **המהותי** בכל נושא שאיננו המעמד האישי

**מתחלק ל2 תקופות – לפני פס"ד בבלי, ואחריו.**

1. עד פס"ד בבלי (1995)- הכלל היה "הדין הולך אחר הדיין"; כלומר גם נושא בסמכות בימ"ש אזרחי (רכוש), אם נכרך כדין, היה בסמכות ביה"ד והדיין יפעיל דין **דתי. אולם, היו 3 הוראות חוק שחייבו את ביה"ד להשתמש בדין האזרחי**: 1)חוק יחסי ממון; 2)חוק הכשרות והאפוטרופסות- קובע את עקרון טובת הילד כ"עיקרון על", שמחייב את כל בתי הדין לציית לו; 3)חוק שווי זכויות אישה- הנישואין לא פוגעים בזכויות הקניין של האישה (כל רכוש שרשום על שמה נשאר בבעלותה). **אך אם הוגשה תביעת רכוש לביהמ"ש האזרחי**, היו מחילים את "חזקת השיתוף", לפיה הרכוש שנצבר במהלך הנישואין שייך לשניהם, לא משנה על שם מי רשום.
2. הלכת בבלי (1996)- הבעל איש עסקים/טייס, האישה מורה. הפנסיה רשומה על שם הבעל ונצברה במהלך הנישואין. הוא הגיש תביעת גירושין לביה"ד, שפסק לפי *חוק שווי זכויות אישה* שכל הרכוש הרשום על שמה נשאר אצלה, והפנסיה שרשומה על שמו, נשארת אצלו. **עתרה לבג"ץ** בטענה שיש להפעיל את הדין האזרחי **"הלכת השיתוף"** ואז הפנסיה שייכת לשניהם חצי חצי. בג"ץ: הייתה סמכות לבי"ד- כריכה כדין; ההליך לא פגע בצדק או בזכויות; 3 החוקים לא רלוונטיים. המציאות הייתה שחלק גדול מהרכוש היה רשום על שם הבעל. לכן שאלת הסמכות הפכה לקריטית כי **אין אחידות** **בדין המהותי שמופעל כשהסמכות משתנה!** לכן פיתח שני מהלכים: 1)**מהלך נקודתי**-חוק שיווי זכויות האישה מחייב את החלת הלכת השיתוף- עד אז החוק ייצג שוויון פורמאלי "כל אחד מקבל מה ששלו". אולם ברק הבין שהחוק צריך לייצג את התוצאה השיטתית, כי ב85% מהמשפחות, רוב הרכוש רשום על שם הבעל למרות שהוא תוצאה של מאמץ משותף בין בני הזוג. ולכן, ביה"ד צריך ליישם את הלכת השיתוף ביחסי רכוש. 2)**מהלך רוחבי**- זכות הקניין על רכוש חשובה מידי כדי להיות תלויה **בסמכות משתנה**. לכן, בכל נושא אזרחי (לא מעמד אישי), ברק קבע שצריכה להיות אחידות- **לא משנה של מי הסמכות, יש לציית לדין האזרחי (פסיקה וחקיקה)**.

ליפשיץ: אם הלכת בבלי משקפת רעיון של אחידות, אז היא אמורה לרכך את מרוץ הסמכויות (לא משנה מי יגיע לאן קודם, אמורים להגיע לאותה תוצאה). אבל למעשה, התוצר שלה **ייתר את הצורך של מרוץ**. כמו כן, עוררה סערה כי היו שטענו שאפשר היה להכניס את חזקת השיתוף לדין הדתי מכוח ההלכה: 1)דינא דמלכותא דינה- זה הדין השולט במדינה ולכן יש לציית לו. 2)ההלכה מכירה בהסכמים- הכתובה ביום הנישואין מהווה הסכם לחלוקת רכוש. *אולם עם הזמן ההתנגדות נרגעה ובתי הדין יישמו את הלכת בבלי.*

*בג"ץ הבגידה*- לפני שנתיים. לפי *חוק יחסי ממון*, נכס שנרכש לפני הנישואין לא משותף לבני הזוג. אולם **הפסיקה** קבעה שבמקרים בהם יש "כוונת שיתוף" הרכוש כן יהיה משותף, למשל- בני זוג שגרו בדירה ששייכת לאחד מהם (נקנתה/ניתנה לפני הנישואים) והשקיעו בה. יעיד על כוונתם שהדירה תהיה משותפת.

המקרה: הגבר רכש נכס לפני הנישואין. לאחר 20 שנות נישואין, אישתו בגדה בו, רוצה להתגרש ולקחת את הנכס. **ביה"ד האזורי** מגיע למסקנה שיש כוונת שיתוף, בשל מגורי הזוג יחד. בערעור של הבעל **לביה"ד הארצי**, ההחלטה התהפכה (בנימוק חוזי)- אמנם הדירה מגיעה לאישה מכוח כוונת השיתוף של הבעל כלפיה, אולם אם הוא היה יודע מלכתחילה שאשתו תבגוד בו, הוא לא היה רוצה לתת לה את הדירה. דהיינו, נקבע שאחד הדברים שיכולים להשפיע על ההחלטה אם קיימת "כוונת שיתוף" או לא, הוא אם אחד הצדדים בגד. נושא זה מגיע **לבג"צ** אשר קיבל את החלטתו של ביה"ד הרבני וקבע שכל עוד ביה"ד פעל לפי הכללים האזרחיים, הוא לא מתערב.

ליפשיץ: ביה"ד החיל את עקרונות המשפט האזרחי אך ברגע שיש מקום לשק"ד הם פעלו לפי עקרונות דתיים כי התוצאה התאימה יותר להשקפות דתיות. בעיקר בנושא של **בגידות** - הבוגד יפסיד.

**לסיכום:** בעקבות הלכת בבלי, בכל נושא אזרחי ביה"ד חייב להפעיל דין אזרחי כפי שהוא מפורש בביהמ"ש העליון. הסייג הוא בג"ץ הבגידה, אך צריך להמתין לדיון הנוסף שיסכם את הנושא.

טכניקה 4 – הכפפת בתי הדין הדתיים לפרשנות האזרחית של הדין הדתי

הרבה פעמים ביהמ"ש מפרש את הדין הדתי באופן יצירתי. האם גם ביה"ד הדתי כפוף לפרשנות ביהמ"ש האזרחי את הדין הדתי?

*פס"ד אקנין*- בני זוג שחיים יחד שנים רבות, שישה ילדים, הבעל מפרנס והאישה עקרת בית. אחרי שהילדים גדלו, הבעל עזב לטובת בת זוג אחרת ורצה למכור את הבית ולהתגרש. האישה מסרבת לגט ומגישה לביה"ד תביעת מזונות, שמכוחה דורשת מדור ספציפי. תביעתה מתקבלת. הבעל עתר לבג"ץ נגד ביה"ד וטען: (1)קביעת מדור ספציפי פוגעת בזכותו לקניין; (2)יש לציית **להלכת בבלי**- שיהיה אחידות ולא יהיה יותר מרוץ סמכויות. לכן ביה"ד צריך להפעיל פרשנות אזרחית על הדין הדתי: נקבע **בפס"ד כליפא**, שהמדור הוא כללי.

האם להכריח את ביה"ד לפסוק כמו ביהמ"ש? **חשין** טוען שאם הולכים על אחידות, הבעל צודק וביה"ד צריך לקבוע מדור כללי. אך **שופטי הרוב** קובעים שיש גבול- בנושאים דתיים ביה"ד יקבע לפי פרשנותו. הבעל מבקש דיון נוסף ושם הצדדים התפשרו ולכן שלב 4 בהולד.

ליפשיץ: האם ביהמ"ש ילך עוד שלב ויגיד שגם בנושאים דתיים צריך לבקש אחידות ? אם זה יתקבל, זה יהיה דרמטי. כיום יש את ההלכה הישנה 🡨 בית המשפט לא מתערב בהחלטת בית הדין כאשר מדובר בנושא דתי. כך שכן יש הבדל בין נושאים דתיים לאזרחיים.

*שיעור 8- 24/3/22*

החוק להסדר התדיינויות בתוך המשפחה- הרצאת אורח, מיכל פיין. בקובץ נפרד.

*שיעור 9- 29/3/22*

**דיני הנישואין**

דיני הנישואין עוסקים בשאלה מיהו נשוי? נעסוק ביצירת הנישואין בין בני הזוג. השאלה הזו מתחלקת לכשירות (מי יכול להינשא) וצורה (כיצד ניתן להינשא). כמו כל נושא של דיני משפחה צריך לזכור מי הערכאה שתדון בנושא ועפ"י איזה דין. הסמכות היא ייחודית לביה"ד, והדין שמופעל הוא דתי. כך שאם יגיע לבימ"ש אזרחי כדיון אגבי של נושא אזרחי שבסמכותו, הוא יוכל לדון בו, מכוח סמכות "אינצידנטלית", אך גם הוא מחוייב להפעיל דין דתי. *\*לזכור- אין משפט אזרחי פורמאלי בנושא הנישואין*.

**עקרונות דתיים**

כשמדברים על יצירת נישואין בכל שיטת משפט, הדינים מתחלקים ל2 נושאים: 1)**כשירות**- עוסק בשאלה האם בני הזוג יכולים להתחתן- או כי האדם לא כשיר בכלל או לא כשיר להתחתן ספציפית איתו. 2)**צורה**- איך ניתן להתחתן כדי שהנישואין יהיו כדת וכדין.

כשירות

**דרישות כשרות אוניברסאליות:**

1. **גיל**- קביעת גיל מינימום להתחתן. באיסלם וביהדות, לגבר – 13, לאישה – 12. ובנסיבות מסויימות ניתן גם מתחת. הרוב הגדול של המנהיגים הדתיים לא מעודדים נישואין של קטינים ורואים בכך תופעה חברתית מגונה, אך יכירו בנישואין כל עוד יש תוקף משפטי לפי ההלכה. ולפי הדין האזרחי- ניתן להינשא מעל גיל 18.

* רציונאליים: (1)**הסכמה**- מניחים שרק החל מגיל מסויים אפשר להגיע להסכמה או לבחירה מושכלת להינשא. (2)**בשלות**- רוצים שמשפחות יהיו יציבות ולשם כך, יש גיל שסומכים שרק ממנו אנשים יהיו בשלים ביכולתם לבחור את בן זוגם. (3)**הצדקות מגדריות**- (א) חשש שפערי גיל משמעותיים בין הבעל לאישה ייצרו משפחה פטריארכלית, יהיו פערי כוחות כך שהאישה לא תוכל לעמוד מולו. (ב)נישואין ולידה מוקדמת עלולים לבלום את התפתחותה של האישה. (ג) היחסים בין האישה למשפחתה- החשש שבגיל צעיר לא היא זו שמחליטה על הנישואין, אלא בוחרים עבורה.

1. **מצב קוגנטיבי/נפשי**- כמעט בכל הדתות תהיה קטגוריה שתעסוק ביכולות רפואיות, גם בהיבט הפיזי וגם בהיבט הנפשי. יכולת שכלית, יכולת לקיום יחסי מין (למרות שזה יכול להיכלל גם בהסכמה, שלא גילה לי שלא יכול).
2. **ביגמיה**- הגישה הפרטית (בדין האזרחי) אומרת שהנישואין זה סוג של חוזה ולכן לא צריך להתערב. אולם בכל הדתות אסור לאישה נשואה להתחתן עם גבר נוסף.

* לעומת זאת, כאשר מדובר בגבר יש הבחנות בין הדתות השונות: **נוצרים + דרוזים** - אסור באופן חד משמעי. **מוסלמים**- אין איסור על ריבוי נשים כל עוד הדבר אפשרי כלכלית. **בדואים**-מותר, פרקטיקה נוהגת. **יהודים**-בדין התלמוד נקבע שמותר. אבל בשנת 1,000 לספירה היה את חרם דרבנו גרשום, שקבע כחקיקה קוגנטית איסור על ריבוי נשים. אך יש חריג- בנסיבות מסויימות מאוד ובעילות נדירות עם הסכמה של 100 דיינים, אפשר להפר זאת.
* נוצרה הבחנה בין העדות השונות ביהדות: **ארצות אשכנז**- אימצו אותו, ולכן האיסור כמעט מוחלט. **תימנים**- אין איסור, כי החרם מעולם לא קיבל תוקף הילכתי. **ספרדים/עדות המזרח** (שאינם תימנים)- אימוץ חלקי של החרם עם חריגות רחבות יותר: לא חקיקה אלא התחייבות חוזית שמגובה בהיבט של "שבועה". כך שאם אין שבועה, אפשר נישואין מרובים. למשל בכתובות ספרדיות הגבר מתחייב לאשתו שלא ישא אישה אחרת. ואם עשה זאת, היא יכולה לתבוע לגירושין. אך אם לא נשבע, ניתן להינשא ואין עילת תביעה.
* הצדקות אזרחיות **לאיסור** ביגמיה- (1)**היעדר הסכמה**- אין הסכמה אמיתית. (2)**ציבורי**- בתוך ביגמיה אנשים חיים בדר"כ בכתות או תוך ניצול ורוצים לגנות את זה. (3)**הגנה על דיני הגירושין**- ברוב הדתות נדרשת עילה כדי להתגרש. בלי איסור ביגמיה, אין משמעות גדולה לעילות הגירושין. (4)**אי שוויון**- ההיתר החד צדדי לביגמיה, נותן גושפנקא לדבר פטריארכלי ומאפשר קשר שפוגע בשוויון. אילו הביגמיה הייתה דו כיוונית (גם לנשים מותר), אולי אפשר היה להסכים.

1. **קרבת משפחה**- בכל התרבויות יש איסור כלשהו על קרבת משפחה.

* אבל יש הבחנות בין הדתות להגדרה של קרוב משפחה: **נצרות**- בעיקר בקתוליות, הגדרה רחבה- כמעט עד בן דוד רביעי (הדרך להתגבר על איסור הגירושין). **יהדות**- כללים לא סימטריים, יאפשרו לאישה יותר להינשא עם קרובי משפחה מבית האם, מאשר מבית האב, מאחר שבחברה דאז הנשים חיו בבית האב ושם הן היו פגיעות ורצו להגן עליהן. לכן, יגבילו מאוד נישואין של אישה עם קרוב משפחה מבית האב.
* הבחנה בין הדתות להגדרת קרוב משפחה מאומץ: **נצרות**- אימוץ יקבל תוקף דתי, כך שהורה או אח מאומץ לא יכולים להינשא עם קרובי משפחתם. **יהדות**- אימוץ לא מקבל תוקף דתי, כך שאם אח או הורה מאומץ ירצו להתחתן ויעשו את הטקס ההלכתי כראוי, הנישואין יהיו תקפים. למרות שמבחינה חברתית זה נראה כמשהו מגונה. **אסלאם**- ביניים. בדר"כ קרבת המשפחה נקבע עפ"י כללים ביולוגים, אך אפשר גם לתת תוקף משפטי לאימוץ. אולם ניתן יהיה לבטל את האימוץ.
* הצדקות אזרחיות- 1)פגם גנטי לילדים. 2)לא בריא שהמיניות שלך היא עם האנשים שמגדלים אותך. 3)רוצים להפוך את המשפחה למוגן ממתח מיני.

הטענה לפי העקרונות האזרחיים, היא שהיינו רוצים **יותר** מגבלות מאשר אלו שמטיל הדין הדתי. הוא מרחיב מאוד- נותן תוקף משפטי להרבה תופעות שהן אינן ראויות מבחינה חברתית.

**דרישות כשרות פרטיקולריות לדין הדתי (איסורים ייחודיים בעלי אופי דתי):**

1. **נישואין בין-דתיים**- איסור להתחתן עם בני דת אחרת. במקומות שיש בהם משפט אזרחי, לא תהיה קטגוריה כזאת. לעומת זאת במקומות בהם חל גם הדין הדתי- יש הבדל בין הדתות השונות: **יהדות**+ **נצרות**- לא מאפשרים נישואין בין דתות שונות, אלא אם המירו את דתם לזו של השני. יש לכך הצדקה דתית לאומית שמעוררת קושי מנק' מבט אזרחית. **אסלאם**- אישה: חייבת להינשא **רק** לגבר מוסלמי. גבר: ניתן להכיר בנישואין עם אישה לא מוסלמית, כל עוד זאת לא דת שמוכרת כעבודה זרה (כלומר מוסלמי עם יהודייה זה אפשרי).
2. **נישואין מאותו מין**- בעבר זה היה **כלל** **כשירות מוחלט-** קטגוריה רלוונטית לכל הדתות בארץ, שלא הכירו בנישואין מאותו מין. אולם מאז התפתחותו של העולם האזרחי מערבי, זה כבר לא קטגוריה אוניברסאלית, כי המשפט האזרחי כן יכיר בנישואין אלה. אך בעולם הדתי לא יכירו.
3. **פסולי חיתון**- קטגוריה פנים יהודית. אנשים יהודים אבל מסיבות פנים דתיות, לא נותנים להם להתחתן.

**יש שני סוגים של פסולי חיתון בדין הדתי**:

1. פסול חיתון מוחלט- אסור לX להתחתן כלל. ההלכה לא תיתן תוקף לנישואין שלו. *למשל-* אישה נשואה לא יכולה להתחתן; נישואין בני אותו מין; נישואים בין אחים או אם אדם יתחתן עם דודה שלו.
2. פסול חיתון יחסי- אסור לX להתחתן ספציפית עם Y כי יש עליו מגבלות. *למשל-* לכהן אסור להתחתן עם גרושה. אבל אם עשו את הטקס, הנישואין תקפים. כמו-כן, לממזר אסור להתחתן עם ישראלית, אלא רק עם ממזרית (ההשלכה שגם ילדיהם יהיו ממזרים). אבל אם יעשו טקס- הנישואין תקפים.

מה עומד מאחורי פסולי חיתון יחסיים? כללים הצהרתיים. העונש לא מיושם מעשית, מאחר שהמטרה הייתה מלכתחילה לצמצם את המקרים.

**למה?** כי ההלכה עצמה לא שלמה עם האיסור. מצד אחד מטרתו של האיסור הוא להרתיע אנשים מבגידה, אך מצד שני, כשנולד הממזר, הייתה תחושת חוסר נוחות להעניש אותו כי לא עשה שום עבירה. אז עושים כלל הצהרתי שממזר הוא פסול חיתון אך החכמים לא באמת יחפשו אותו לוודא שהעונש מתקיים.

*שיעור 10- 31/3/22*

צורה

**דרישות מהותיות לתוקף הנישואין:** פרמטרים אלה מתקיימים בשיטת המשפט של רוב המדינות בעולם.

1. הסכמה מתוגברת- רוצים לדעת שהאדם עשה זאת ביישוב הדעת. פרוצדורה שמוודאת שקיימת הסכמה מטעם שני הצדדים.
2. פומביות- ממד ציבורי שנועד לייצר פומביות, כדי להגן מביגמיה. לא רוצים מניפולציות בנוגע לקיומם של הנישואין, בגלל שמהווה גם סטטוס חברתי.
3. מעורבות של המדינה- מאחר שנישואין מקנה חובות וזכויות כלפי המדינה, צריך ליידע את המדינה בזהות בני הזוג, אחרת לא יהיה תוקף לנישואין.

**נצרות:**

* קטולים- התפיסה של הנצרות המקורית הייתה שהנישואין נחשבו למוסד סקרמנט (דהיינו שהוא מחובר לאל, והאדם לא יכול להפריד ביניהם). ולכן, לא הייתה דרישה של **פומביות** (עדים) כדי להינשא או מעורבות של **השלטון**. אלא רק **הסכמה**- מספיק ששניהם מסכימים להחיל את הנישואין, בכדי לתקף את טקס הנישואין. בעיה מבחינה אזרחית: פרוצדורה קלה מידי! גורמת: 1)מי שעבר את גיל המינימום, יכל למצוא את עצמו נשוי מתוך "הלצה". 2)פוגע כלכלית במשפחה, כי נישואין זה עסקה כלכלית בין משפחות וההורים לא צריכים להיות מעורבים בהחלטה.
* פרוטסטנטים- לותר וקלווין חידשו בכך שישנה הבחנה בין דת למדינה. אחד החידושים: נישואין לא מוסד סקרמנט, אלא **מוסד ארצי**. לכן ברור שאפשר לעצב אותו לפי כללים אזרחיים: **פומביות** (עדים, קהל וצריך גם מניין כנסייתי- כומר). במהלך השנים, הקטולים הלכו בכיוון של הפרוטסטנטיות וגם הם קובעים שצריך **עדים לפומביות**, ומחייבים גם **מעורבות של השלטון** במקומות שמזדהים איתו.

**אסלאם:** הנישואין נוצרים באמצעות חוזה. נקבע בהסכם איסור של מואר: מואר מוקדם- תשלום מזומן של הבעל להורי הכלה. מואר מאוחר- התחייבות שהבעל נותן לאישה, שאם הוא עוזב אותה (מגרש אותה) היא תקבל סוג של פיצוי. יש פונקציה של **הסכמה**- מי שחותם זה הגבר וכחלק ממנהג, הורי הכלה חותמים בשמה (למרות שלפי הדין גם הכלה יכולה לחתום). **אין פומביות**- לא צריך גורם דתי (קאדי = רב) ולא גורם מדיני(אין ממד ציבורי כלל) כדי שהנישואין יהיו תקפים, כי מדובר בעסקה בין משפחות. נוצר מצב בעייתי- זוג יכול להיות נשוי עפ"י הדין הדתי, אך משפט המדינה לא ידע על כך.

**יהדות:**

בזמן המשנה והתלמוד, היו שני שלבים מצטברים:

1. **שלב הקידושין**- בלשון המשנה "אירוסין" (לא במובן של אירוסין כיום), מה שיוצר את הקניין הראשוני שהופך אותם לבני זוג. נעשה לפי 1 מתוך 3 דרכים:
2. קידושי כסף- שלושה תנאים מצטברים ליצירתם: 1)**שווה כסף**- הגבר יתן לאישה "פרוטה", כיום המנהג הוא טבעת. 2)**עדים**- הגבר צריך לתת את שווה הכסף בנוכחות 2 עדים כשרים (התנאים: רק גברים, לא קרובי משפחה אחד של השני ולא של המתחתנים, עדי קיום- חייבים להיות חלק מהטקס). 3)**כוונה משותפת**- הסכמה של שניהם ששווה הכסף ניתן מתוך רצון להינשא כדת משה וישראל.
3. קידושי שטר- שלושה תנאים מצטברים ליצירתם: 1)הבעל נותן לאישה **שטר** שעליו: "הרי את מקודשת לי"; 2)קיומם של **2 עדים** כשרים; 3)כוונה משותפת שהשטר ניתן מתוך כוונה להינשא. \*לא רלוונטי להיום.
4. קידושי ביאה- שלושה תנאים מצטברים ליצירתם: 1)קיום **יחסי מין**; 2)בנוכחות **2 עדים** כשרים; 3)כוונה משותפת שעושים את יחסי המין כדי להינשא.
5. **שלב הנישואין**- האישה הייתה באה לביתו של הגבר.

נעשו שינויים: 1. מאחדים את שלב הנישואין עם הקידושין- החופה מסמלת את הנישואין. 2. בכל הנוגע לקידושין- בחופה נראה רק קידושי כסף (טבעת). אין יותר קידושי ביאה או שטר.

כדי להכניס לטקס הנישואין בדין הדתי, פרמטרים של פומביות (עדים) והתערבות המדינה(רב), במאה ה-20 הרבנות הראשית קבעה תקנה "חרם ירושלים". לפי התקנה, אסור להתחתן מבלי להזמין רב שינחה את הטקס או יפקח עליו (גורם מדיני) ומבלי להזמין לפחות מניין של אנשים (פומביות). אחרת, עוברים על האיסור. **אולם לפי הדין ההלכתי- הנישואין עדיין יהיו תקפים.** ולכן, התוצאה בעייתית: החרם יוצר הרתעה, אבל מי שעבר על האיסור, עדיין יהיה נשוי עפ"י ההלכה וגם עפ"י משפט המדינה.

הטענה מנק' מבט אזרחית תהיה בעיקר, למה לעשות טקס דתי כתנאי לנישואין? ואם טקס דתי יהודי, למה קובעים לי את הדרך המסוימת בה הוא צריך להיעשות? התלונה העיקרית היא שאין אורגן מדיני שינהל את העניינים הדתיים.

**הבעיות שנוצרו מנק' מבט אזרחית**

עצם זה, שהנישואין בארץ הם לפי הדין הדתי, יוצרות 2 בעיות מנק' מבט אזרחית: הראשונה היא שהדת מגבילה מידי. היא לא מאפשרת נישואין שהמדינה רוצה לאפשר; והשנייה היא, שהדת מאפשרת נישואין שהמדינה מתנגדת אליהם.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | כושר | צורה |
| יותר מידי מגבלות  **רוצים יד חופשית, והמדינה לא מאפשרת** | **בין-דתות + חסרי דת**  **בני זוג מאותו מין**.  **פסולי חיתון** | **אידיאולוגית**- למה חיוב בטקס דתי.  **ספציפית**- למה חיוב בטכניקה מסויימת. |
| פחות מידי מגבלות  **רוצים עוד רגולציה אזרחית** | **גיל**- צריך להגביל יותר.  **ביגמיה**- בהתאם לכל דת.  **קרבת משפחה**-כל איסור שהסיבה לו אינה ביולוגית, יטענו שאין מספיק הגבלות.במיוחד על אימוץ. | **פומביות**-לוודא שאין נישואין שחיים בסוד.  **מעורבות מדינתית**- שהמדינה תדע על הנישואין. |

**הפתרונות האזרחים הרשמיים**

חקיקה

המחוקק קובע שאי אפשר שטקס הנישואין יהיה רק לפי הדין הדתי ולכן קבע כללים, לרוב יהיו בעלי סנקציה פלילית שתחול על מי שלא יעמוד בהם. רוב החקיקה האזרחית מתמודדת עם הבעיות של **פחות מידי מגבלות.**

1. **גיל:** *חוק גיל נישואין* קבע שגיל 18 הוא גיל המינימום לנישואין. אם יתחתנו לפני כן, זה יהווה עבירה פלילית, מה שיוצר הרתעה. אבל מבחינת ההלכה- כל עוד זה מעל גיל 12 לבנות ו13 לבנים, הנישואין יהיו תקפים (אם כל יתר התנאים התקיימו). ולכן, כל חוק שמדבר על אדם "נשוי", רלוונטי ויחול על אותו זוג, כי הוא עוסק בנישואין שלפי הדת שלו אותו אדם.
2. **ביגמיה**: *ס'175-183 לחוק העונשין*, עוסק בריבוי נישואין. יש התערבות רק במישור הפלילי, אך הנישואין תקפים לפי ההלכה.

העבירה:לפי **ס'176** אם אדם נשוי נושא אישה אחרת עונשו מאסר 5 שנים. אז גם אם הדינים המוסלמים וחלק מהעדות היהודיות מכירים בריבוי נשים, כעת זוהי עבירה פלילית.

הגדרה מרחיבה: לפי **ס'178,** שאלת תוקף הנישואין היא לא רק עפ"י הדין הדתי שלי, אלא בהתאמה לכל הדתות. כלומר, אישה יהודייה נשואה לא יכולה להתחתן עם גבר מוסלמי, גם אם לפי הדת שלו מותר, עד שהיא לא תהיה מותרת לפי הדת שלה (תתגרש). אם בכל זאת יתחתנו- הוא לא יחשב נשוי לאישה הנוספת לצרכים אזרחיים (כי הדין האזרחי מכיר בכך כעבירה פלילית).

היתר נישואין: במקרים שאסור להינשא לפי הדת (יהדות או אסלאם), החוק מאפשר להינשא בכל זאת מבלי שיחשב כעבירה פלילית:

1. **בן דת אחרת (אסלאם):** *ס'180 לחוק העונשין*- התנאים לקבלת ההיתר: תנאי סף- אישור של בית הדין השרעי. והוא יאשר רק אם יתקיימו העילות: 1)כשירות- אם יכול לפרנס את כל הנשים (או מחלות נופש). 2) נעדרות.
2. **יהדות:** *ס'179 לחוק העונשין*- קובע כללים פרוצדוראליים לקבלת היתר לביגמיה: 1)פס"ד סופי של בי"ד אזורי; 2)אישור של נשיא ביה"ד הגדול. כלומר, החוק משאיר לבתי הדין אוטונומיה בנוגע לעילות שצריכות להתקיים. אבל ביהדות העילות לקבלת ההיתר משתנות לפי עדות.

* בעבר, נשיא ביה"ד האזורי היה רב אשכנזי, ולכן כל בתי הדין פסקו לפי הכללים האשכנזיים (גם על המזרחיים). רטוריקה של אחדות ישראל. אך המסורת האשכנזית לא מספקת הרבה עילות לקבלת ההיתר. כאשר הרב עובדיה יוסף כיהן ברבנות, הוא שינה את המצב, הוא פיתח אידיאולוגיה פלורליסטית לפיה כל אחד יתנהל עפ"י המסורת של העדה שלו. בכך הפריד בין המסורת הספרדית לדת היהודית. מה שאיפשר לספרדים להחיל עילות רבות יותר לקבלת היתר. כעת, הן אשכנזים והן ספרדים יכולים ללכת לפי הפסיקה הספרדית ולקבל היתר נישואין במגוון רחב יותר של עילות.
* מה בנוגע לאמות מידה אזרחיות? *פרשת שטרייט*- נטען שביגמיה זה דבר רע ולכן צריך לצמצם אותו. כדי להגביל את האפשרות לקבל היתר נישואין, נקבע שבנוסף לעילות הדתיות שצריכות להתקיים לפי ס'179, צריך לקיים גם עילות אזרחיות: (א) נעדרות; (ב)כשירות- מוגבלות שכלית/פיזית. *פרשת ברודונסקי*- העליון אומר שיכולות להיות עוד עילות עצמאיות מלבד העילות שנקבעו בפס"ד שטרייט, אבל לא אומר מהן. רק אומר שהן העילות היחידות שיקבל.

1. **קרבת משפחה:** המשפט האזרחי לא מתערב בכלל. אדרבה, לפי*חוק אימוץ נישואין* האימוץ לא פוגע באפשרות להתחתן במשפחה המאמצת.
2. **פומביות:** *פק' הנישואין והגירושין* מסדירה את הפרוצדורה לנישואין. היא קובעת שצריכה להיות רשות שרושמת את הנישואין. לפיה יש שתי פרוצדורת שצריך לעבור; (1)רושם נישואין- אחראי על הרישום והוא עובד מדינה. (2) ועורך נישואין- לא חייב להיות מהמדינה, אך הוא קיבל סמכות מהמדינה, שבודק אם הנישואין היו כדין. אולם יש לציין המדינה מסמיכה לפי הכללים היהודים.

*בג"ץ התנועה המתקדמת*- התנועה עתרה לבג"ץ בטענה שיש להסמיך גם רבנים רפורמים ולא רק אורתודוכסים. נקבע שזאת החלטה של הרבנות, יש לה אוטונומיה. מאחר ולפי ההלכה היהודית אין צורך ברב, אזי גם ללא רב אורתודוקסי הנישואין יהיו תקפים לפי ההלכה. אז מצד אחד עשו פרוצדורה מנהלית אך מצד שני הסנקציה הפלילית לא מרתיעה- *פס"ד גנור*: מי שמשתתף בטקס הנישואין פוגם בסדר הציבורי כי מייצר מהומה.

**כל ההתמודדות הזו היא רק במישור הפלילי (הנישואין נשארים בעלי תוקף גם לצרכים אזרחים)!!**

פסיקה

בית המשפט לא נותן מענה ראוי לבעיה, מאחר והתקבלו ב1992 חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם, ובהם סעיף שמירת הדינים, כך שכל דין (פסיקה או חקיקה) שנקבע לפני כן עומד בתוקפו.

*בג"ץ בן מנשה*- עתרו לבג"ץ בטענה ש"פסולי חיתון" זה לא חוקתי לפי חו"י: כבהו"ח. פוגע בכבודו של האדם כאשר לא נותנים לו להתחתן רק בגלל שהוא לא כשיר לפי ההלכה. אולם בג"ץ דחה את העתירה ונמנע מלהתערב, בשל סעיף שמירת הדינים. מאחר שלפני חוק היסוד, נחקק חוק שיפוט נישואין וגירושין שקובע שכל ענייני המעמד האישי ידונו בביה"ד הדתי. ולכן יש לפעול לפי הכללים ההלכתיים בעניין זה.

אך יש מספר אמירות אגב של שופטים שמנסים למצוא פתרון למצב:

* 1. **ברק** (לאחר פרישתו)- אומנם לא ניתן לבטל את חוק שיפוט נישואין וגירושין, אך בג"ץ יכול לקבוע שהמצב אינו חוקתי ולחייב את הכנסת כרשות שלטונית לחוקק חוק שיתקן את המצב. ואם לא תפעל כך, ניתן יהיה לעתור כנגדה בטענה שהיא לא מקיימת את חובתה כאשר לא מתקנת את המצב. ייתכן כי ביהמ"ש ייתן סעד שמצווה על הכנסת לעשות זאת.
  2. **השופטת בראון**- אומרת כי סעיף שמירת הדינים דוהה עם השנים וייתכן כי בנושאים של פגיעה חוקתית גדולה ניתן יהיה לסטות ממנו.

***\*****לא ידועה התפתחות מאז.*

עד כה דיברנו על **פחות** מידי מגבלות. בכל הנוגע **ליותר מידי מגבלות-** החוק האזרחי שותק בנוגע להיעדר כשירות (פסולי חיתון, בני זוג מאותו מין, קרבת משפחה וכו'). אולם **לגבי חסרי דת**, הם יוכלו לעשות **ברית זוגיות**. מהותית: מקבלים זכויות כמו של זוג נשוי. פרוצדורה: נרשמים אצל רשם הזוגיות ומקבלים ממנו תעודה שרשומים כבעלי ברית זוגיות.

*שיעור 11- 5/4/22*

תרגול 4 – מזונות אישה.

*שיעור 12- 26/4/22*

**הפתרונות האזרחיים המחתרתיים – תחליפי נישואין**

הקדמה

הבעיות המוכרות הן אלה שהדין הדתי מגביל מידי, לפיו אסור בני זוג מאותו מין, בני זוג לא מאותו דת וכד'. כמו כן הדין הדתי קובע צורת נישואין שיש להתחתן על פיה בלבד. מייצר קושי לפסולי החיתון או לאידיאולוגיים. לכן, המשפט הישראלי פיתח תחליפים אזרחיים לנישואין.

*תחליף נישואין* = להרגיש נשוי מבלי להיות נשוי עפ"י הדין הדתי [כדי שהמדינה תוכל להכיר בנישואין].

3 סוגים של תחליפי נישואין:

1. **נישואין פרטיים-** אנשים שמתחתנים בישראל בטקס שמתנהג עפ"י ההלכה, אבל מי שמנהל אותו זה גורמים לא מוסמכים.
2. **ידועים בציבור**- לא נשואים אך ניתן לקבל את הזכויות והחובות של הנישואין.
3. **נישואין אזרחיים**- להתחתן בחו"ל ואז לחזור לארץ, ולבקש הכרה.

מצד אחד אלו נושאים שעומדים בפני עצמם (נדבר עליהם בנפרד), אך מצד שני ביהמ"ש עושה בהם שימוש, כדי לתת פיתרון ל"לא להיות נשוי, אבל לקבל תוצאות הלכתיות".

תחליף נישואין 1 – נישואין פרטיים

תחליף הכי פחות טוב, בדר"כ נצמד לעוד תחליף.

משמעות: עורכים טקס נישואין דתי במובן שלא עורך אותו גורם מדיני, אלא פרטי.

**אולם,** בדין הדתי לא צריך את הרב או את הגורם המדיני כדי שהנישואין יהיו תקפים הלכתית. ולכן כאשר מדובר בחסרי כשרות מוחלטת/פסול מוחלט (בני זוג מאותו מין וכדו') תחליף זה לא רלוונטי, מאחר שאם יעשו את הטקס הפרטי, הם לא יהיו נשואים לפי ההלכה וגם לא לפי המדינה. **רק במקרים של פסולי חיתון יחסיים או אידיאולוגיים**, שמסרבים לניהולו של גורם מוסמך את החתונה שלהם (נישואין פרטיים) הם יהיו בין הכיסאות מבחינת ההלכה – כי הדין הדתי יכיר בהם כנשואים אולם המדינה לא.

* + 1. **זכויות כלפי צדדים שלישיים:**

*פס"ד רודנסקי*- כהן וגרושה התחתנו עפ"י הדין ההלכתי. הם ביקשו תעודת נישואין מהרבנות, אך קיבלו סירוב בטענה שהם פסולי חיתון. לכן בני הזוג ביקשו תעודת רווקות, אבל לפי ההלכה היה חשש שהם אכן נשואים (מדובר בפסול יחסי ולא מוחלט, שההלכה מכירה בו כנשוי).

מס' מקרים כאלה הגיעו לבג"ץ ונקבע **שכדי לרשום אותם כנשואים, מספיק סירוב של הרבנות לרשום אותם כרווקים**. ההלכה: מי שלא מוגדר כרווק, ינתן לו סעד שהוא ירשם כנשוי.

בשנות ה70 וה-80, היו מקרים של בני זוג שלא ערכו את הטקס עם גורם דתי או מדיני, מטעמים אידיאולוגיים וביקשו את אותה תעודת רווקות מהרבנות. קיבלו סירוב. עתרו לבג"ץ. במקרה זה, בג"ץ קבע שהם פגעו בסדר הציבורי, לא הייתה להם מניעה מלהתחתן בטקס מדיני, אלא הם **בחרו** כך, ולכן לא יכירו בהם כנשואים.

מסקנה: בג"צ עושה הבחנה דיכוטומית:

* **פסול חיתון מוחלט**- נישואין פרטיים לא רלוונטיים
* **פסולי חיתון יחסיים**- מי שלא הייתה לו ברירה (רוצים להינשא ואין להם לכאורה מענה ברבנות) ולכן בג"צ יתן את הסעד- ביהמ"ש יתן את הרישום, והרישום באופן מעשי יאפשר להם לקבל את ההכרה המדינתית כזוג נשוי.
* **אידיאולוגיים-** מי שהייתה לו ברירה אך בחר שלא להינשא ע"י גורם ציבורי מסיבות פוליטיות, ביהמ"ש לא יעזור לרישום (בג"צ לא יתערב). הדרך היחידה שיצליחו זה רק אם יוכיחו שהתחתנו לפי ההלכה.

מקרה מהחיים של ליפשיץ: פסולי חיתון יחסיים עשו טקס פרטי, התעצלו ולא רשמו את היותם נשואים ולכן לא קיבלו הכרה מדינתית כזוג נשוי. הבעל היה מרצה באונ' העברית. הוא נפטר והאישה נשארה אלמנה. האונ' חייבת לשלם פנסיה תקציבית למי שהיה נשוי לעובד מדינה בעת תפקידו. ההגדרה של נישואין בישראל היא אם הנישואין היו לפי ההלכה. הבעיה- האישה לא טענה שהנישואין היו תקפים הלכתית. היה עליה לטעון שהיא הייתה נשואה למנוח עד ליום הגמלאות, ולכן היא זכאית לפנסיה.

**במבחן,** בסיטואציה מסוג זה- אם האישה תוכיח שהנישואין תקפים- שהיו עדים כשרים, ניתנה טבעת כדי לייצר נישואין והייתה הסכמה. התוצאה- הם נשואים לפי ההלכה, למרות שלא היה רישום, והיא זכאית לפנסיה.

דוג' לשאלה בנושא זה במבחן:

1. **בני זוג מאותו מין שערכו טקס;**
2. האם יכולים להירשם כנשואים? [לא]
3. האם יכולים לקבל זכויות של נשואים? [לא]
4. **כיצד הייתה תשובתך משתנה אם היה מדובר בכהן וגרושה?**
5. האם יכולים להירשם כנשואים? [כן, אם עברו המסלול הנ"ל]
6. האם יכולים לקבל זכויות של נשואים? [כן]
7. **כיצד הייתה תשובתך משתנה אם היה מדובר באידיאולוגים?**
8. האם יכולים להירשם כנשואים? [לא]
9. האם יכולים לקבל זכויות של נשואים? [לא ידוע – יש לדון בכך]

לפי *חוק הפרוצדורה הפלילית*, מי שעורך טקס נישואין והוא אינו מוסמך לכך, עובר עבירה פלילית. אבל החוק לא נאכף בפועל.

1. **זכויות כלפי בני הזוג עצמם:** מה קורה כאשר יש סכסכוך בין הצדדים עצמם?

קודם דיברנו שאם מדובר בצד שלישי, לפחות אם זה רשום, נפתרה הבעיה. אבל אם הסכסוך בין בני הזוג עצמם? יש בעיה. אחד מבני הזוג טוען שהנישואין היו פרטיים והאחר לא.

*פס"ד צונן נ' שאטל*- אדם שהיה נשוי לפי נישואין דתיים ופרטיים, התגרש בגירושין פרטיים וגם דתיים. ואז רוצה להתחתן מחדש. הרבנות טענו שעליו להוכיח שהתגרש כדין. בזמן החתונה, הרב לא הגיע כי לא התקבל האישור. בני הזוג מחליטים להתחתן בלי הרב, ועורכים טקס נישואין פרטי בנוכחות עדים כשרים מתוך כוונה להתחתן לפי ההלכה וניתנה טבעת. בשלב מסוים הזוג נפרד, חיו בנפרד, והאישה תובעת מזונות אישה, הגבר טען שהם רווקים. רוב הטיעון של האישה היה שאמנם לא רשומים כנשואים, אבל העובדה שעשו את הטקס מעידה על חוזה, שלפיו הם מחילים על עצמם מחויבות דמוית נישואין ומכאן קמה לה הזכות למזונות אישה.

ביהמ"ש התפצל ל3:

1. **קיבל את הטיעון** וקבע שמגיע לה מזונות מכוח ההתחייבות החוזית. כלומר גם אם לא נשואים יש חוזה.
2. **לא קיבל את הטענה-** אי אפשר לראות את הטקס כמחייב משפטית.
3. **השופט אלון**- גם אם הייתה כוונה וההסכם מחייב, יש לבטלו כי הוא סותר את תקנת הציבור. פסל את ההסכם. דומה לאידיאולוגיים.

ליפשיץ: הטענה הייתה צריכה להיות: לא רלוונטי שהיא לא רשומה כנשואה, נשוי זה לפי הדין ההלכתי, ומגיע לה מזונות. השופט אלון רמז שהיה פוסל טענה זו אם הייתה נטענת. ליפשיץ סבור שזה מרחיק לכת. ניחא שבג"ץ לא מתערב כאשר לא רושם אותה כנשוי, אבל כאן הוא מונע מהאישה זכות מהותית.

**למבחן,** אם אדם דורש זכויות מהותיות מכוח הנישואין הפרטיים, אם מדובר במישהו בלי ברירה, אין בעיה (אם הוא יוכיח שהוא נשוי לפי הדין ההלכתי, הוא ירשם כנשוי). אבל אם מדובר באידיאולוגי (הייתה לו אפשרות להתחתן לפי הדין הדתי ולא עשה כך ולכן לא יכול להירשם כנשוי) אז לדעת ליפשיץ מגיע לו עדיין את הזכות המהותית בנוגע למזונות אישה. אבל גם לציין את **פס"ד צונן נ' שאטל**, משם עולה שאם ביהמ"ש כועס על אדם שפעל בניגוד לסדר הציבורי, הוא ימנע לא רק את זכות הרישום שלו אלא גם את זכותו המהותית.

תחליף נישואין 2 – ידועים בציבור

בני זוג שחיים ביחד ומתפקדים כמו זוג נשוי, אך לא התחתנו; אין חוק של ידועים בציבור.

המושג "ידועים בציבור" קיים ברוב מדינות העולם; מכונה **גישה פונקציונאלית למשפט**, לפיה לא משנה אם התחתנו או לא, שהרי זו הבחנה פורמלית בלבד. מה שמשנה זה המשמעות והמהות- אם הם מתנהלים כמו זוג נשוי. לכן יש אפשרות לראות את דיני הידועים בציבור כתפיסה כללית של המשפט שמעדיף מהות ואת הפונקציה של הקשר, על פני התיוג הפורמאלי שלו.

לדעת ליפשיץ, לא ניתן להעלים עין מהעובדה שבישראל, גם ההגדרה וגם המשמעות הפרקטית שלה, **רחוקה ממה שמקובל בעולם.**

4 רכיבים לשאלה מי מוגדר "ידוע בציבור":

* + 1. **חיים משותפים לאורך זמן**- מנהלים קשר זוגי; בהרבה מדינות קובעים 3 שנים אלא אם יש ילד.
* בישראל, בשום חוק לא כתוב כמה שנים צריכים לגור ביחד כדי להיות "ידועים בציבור" ולכן הפסיקה ניסתה לתת מענה- יש פסקי דין של 3 חודשים, שנה וכו'. בפרקטיקה כל מספר זוכה ולכן אין הגדרה אחידה. ביהמ"ש הגדיר בני זוג כידועים בציבור כאשר לא חיו ביחד באותו בית, אלא דירה ליד דירה.
  + 1. **משק בית משותף**- יש רמה של שותפות כלכלית ביניהם.
* בישראל, ביהמ"ש קבע שלא צריך חשבון בנק משותף כדי להיות מוגדר ידוע בציבור, מספיק גם קופה משותפת לתשלומים של חשמל, מים וכו'.
  + 1. **אינטימיות**- מקיימים יחסי מין.
* בישראל, ביהמ"ש לא שולל הגדרת ידועים בציבור במצבים של בגידה. מה קורה במצב של אי קיום יחסי אישות כלל? הפסיקה לא שללה את הגדרתם של בני זוג שעברו לחדרי שינה נפרדים ולא קיומי יחסי מין, כידועים בציבור. מה מגדיר אינטימיות? שאלה חמקמקה.
  + 1. **הצגה חברתית**- התחיל כך שאם בני הזוג היו מוכרים בציבור, אז נחשבו כנשואים. דהיינו, כולם חווים אותם כנשואים.
* בישראל, הפסיקה קבעה שידועים בציבור מהווה זוג קבוע, נוסעים לחו"ל וכו' (זלג כבן זוג). אך כיום יש מקרים שביהמ"ש פתח מקרים שלא הכירו אותם בציבור אבל עדיין הוגדרו כך.

לסיכום ההגדרה: המשפט הישראלי מגדיר את המושג באופן אמורפי, כדי להכניס כמה שיותר פנימה ולהגדיל את היקף הזכויות. המגמה היא הרחבה מאוד משמעותית של המושג, והכללה של יותר זוגות כידועים בציבור ממה שמקובל בעולם. **למה?** כי התכלית של דיני הידועים בציבור היא לתת מענה לפסולי החיתון ולאידיאולוגיים. לכן מסביר גם אמריה פוליטית או אידיאולוגית סביב המושג – שופט שמרני יהיה נגד מגמות של הרחבת המושג כדי לא לפגוע במוסד הנישואין. שופט ליבראלי יתמוך במגמות של הרחבה המושג.

כאשר מוגדרים "ידועים בציבור", הם מקבלים זכויות: 1) כלפי צדדים שלישיים; 2) כלפי בני הזוג עצמם.

* + 1. **זכויות כלפי צדדים שלישיים:**

חוקים שמופיע במפורש- "נשוי, לרבות ידוע בציבור" הידועים בציבור יקבלו אותם זכויות כשל נשואים. לדוג'- חוק ביטוח לאומי, או חוקים שעוסקים בפנסיה. לרוב חוקים בעלי גוון סוציאלי.

חוקים בהם לא מופיע במפורש "ידוע בציבור"- היה תהליך בפסיקה:

* עד *לינדורן נ' קרנית*, הפסיקה הייתה מצמצמת. ביהמ"ש קבע שאם כתוב "בעל או אישה" ואפילו "בן זוג" זה לא כולל ידוע בציבור. לשם כך נדרשת קביעה מפורשת בחוק. *הוביל בהרבה מקרים לתוצאות שנראות אקראיות:*
* *בחוק פיצוי תאונות דרכים* יש רשימה של אנשים שצריך לפצות אם נפגע קרוב משפחה (למשל בן זוג) אבל לא כתוב ידוע בציבור. כך שאם פגעת בידוע בציבור, לבן הזוג לא מגיע פיצוי.
* בחוק *שעוסק בפנסיות של אנשים חשובים מאוד* (שופטים, דיינים וכו')- לא הופיע "ידוע בציבור". יו"ר הכנסת בשם לוי, לא התחתן אלא הייתה לו ידועה בציבור. וכשהוא נפטר הידועה בציבור שלו רצתה את הפנסיה התקציבית שלו. הגיע לד"נ בעליון: ברוב של 3 נגד 2 נקבע שלא כתוב בחוק ולכן לא מרחיבים.
* *פק' הראיות*- בן זוג לא יכול להעיד כנגד בן זוגו.
* *חוק האימוץ*.
* על רקע זה מגיעים *לפס"ד לינדורן נ' קרנית*: נפגע אדם בתאונת דרכים, שהיה לו ידוע בציבור, הידוע בציבור תבע את חברת הביטוח. לפי החוק, כתוב "בן זוג". בשלום נקבע שלא מגיע פיצוי. בערעור במחוזי נקבע שלאור חוקי היסוד ועיקרון השוויון, השתנתה ההלכה ומהיום **ידוע בציבור יהיה שווה לנשוי לכל דבר**. מגיע לעליון בהרכב של 5 שופטים. ברק: לפי פרשנות לשונית, "בן זוג" יכול להחיל גם ידוע בציבור. לפי פרשנות תכליתית- ההיגיון שעומד מאוחרי הפיצוי שניתן לבן הזוג רלוונטי גם לידוע בציבור. ולכן קבע שיש לתת פיצוי. ברק לא הבטיח שידוע בציבור תמיד יתפרש כ"בן זוג", אלא עושה זאת בדרך צנועה יותר.

*פס"ד לבנון*- עסק בהטבות מס שבח שהוענקו לידב"צית. גם שם ברק עשה פרשנות תכליתית. ההיבט התמריצי שונה, לא יכול להתחתן כי הבעל כבר מת.

**מה בנוגע לחוק בו כתוב "נשוי"?** אם נרצה להיות מדוייקים, נגיד **שפס"ד לינדורן** עסק ב"בן זוג", ולכן לפי פרשנות לשונית "נשוי" מדבר על נשואים בלבד.

**מה קורה אם לא מדובר בחוק סוציאלי?** למשל בחוק האימוץ. שם אולי המחוקק בכוונה בחר את המילה "נשוי", כי מדובר במסגרת מורכבת ורוצים שמי שיאמץ הוא מי שלקח על עצמו מחוייבות של נישואין.

**במבחן,** אם יש שאלה שעוסקת בחוק שבו כתוב "נשוי" או בחוק שבו המטריה לא סוציאלית וכתוב "בן זוג", צריך להעלות את ההתלבטות: בפס"ד לינדורן ביהמ"ש פתח את הפתח לקבלתו של ניתוח תכליתי כדי להכליל גם ידוע בציבור בהגדרת "בן זוג" בחוק בעל גוון סוציאלי. אולם בשני המקרים כאן, הניתוח יקח בחשבון שני מעצורים: 1)מעצור לשוני של בעל ואישה- אם רלוונטי לפי הנסיבות גם לבני הזוג שחיים כידועים בציבור. 2) מעצור מהותי- להעלות השערות אם יש סיבה עניינית להבחנה בין "נשוי" לבין ידוע בציבור, או בין "בן זוג" בחוק לא סוציאלי לבין "ידוע בציבור". השערה של ליפשיץ, ביהמ"ש יצלח את שני המחסומים. ילך לכיוון של השוואה מוחלטת.

*שיעור 13- 28/4/22*

* + 1. **זכויות כלפי בני הזוג עצמם:** איזה חלקים מדיני הנישואין נפעיל במישור היחסים הפנימיים. עד כה דיברנו על המישור כלפי חברת הביטוח, כלפי הפנסיה וכו'. כעת נדבר על מזונות, חלוקת רכוש וירושה (יותר נכון מול העיזבון שלו).

1. **נק' מבט אוניברסאלית על דיני הידועים בציבור:** לא בישראל, מדיניות אזרחית ראויה.

*פס"ד מרווין נ' מרווין*- לי מרווין שחקן קולנוע ידוע, חי בלוס אנג'לס מתגרש מאשתו הראשונה. בחופשה בניו-יורק פוגש את לידיה, התאהבו. היא עזבה את ניו-יורק ועברה לגור איתו בלוס אנג'לס. בחלק מהזמן העסיק אותה כמזכירה שלו, וחלק מהזמן בבית. היא רצתה להתחתן איתו. הוא לא הסכים, איימה שתלך. הוא עשה מסיבה נתן לה טבעת והיו עדים, ושינתה את שם המשפחה שלה למרווין אבל לא נרשמו כך מעולם. הם רצו להתגרש והיא תבעה מזונות משקמים. \*לפי הדין האזרחי: האישה זכאית למזונות משקמים לאחר הגירושין, אם הייתה תלויה כלכלית בגבר כי לא עבדה שנים רבות. **אבל הם לא היו נשואים.**

לכן לידיה מעלה טענה חוזית: גם אם הם לא נשואים, מהטבעת, משינוי השם ומכל הנסיבות של החיים המשותפים, עולה **התחייבות מכללא** לשלם לה מזונות.

בערכאות הנמוכות: דוחים את טענתה מאחר והמדיניות שהייתה הנהוגה בארה"ב היא שגם אם היה נכתב הסכם מפורש (ולא משתמע), ההסכם פסול, כי הוא פוגע בתקנת הציבור.

בעליון: מקבל את הערעור, וקובע: 1)אם היה הסכם מפורש, הוא היה מכבד אותו; 2)הסכם כזה לא חייב להיות מפורש, יכול להיות הסכם משתמע. מחזיר לביהמ"ש הנמוך כדי להגיד האם באמת בנסיבות היה הסכם משתמע. לבסוף, לא נפסק כלום לטובתה, **אולם פסק הדין הפך למקור להכרה בזכויות של ידועים בציבור.**

פס"ד זה פותח פתח לשאלה כיצד מדינה ליברלית צריכה לחשוב על השוואה בין ידועים בציבור לנשואים

**מחד,** החיים כידועים בציבור משקפים את המחויבות של הנשואים. הם חיים יחד, מנהלים משק בית משותף ולכן צריך להחיל עליהם אותם דינים ולהשוות את המחויבויות. **מאידך,** אין סיבה להשוות בין "נשואים" לבין "ידועים בציבור", שכן צריך לכבד כל דפוס שאדם בוחר.

**בהסתכלות ליבראלית:**

* מבחינה חוזית: מאחר שאם בני הזוג חיים בעולם שבו יכולים להתחתן עם מי שהם רוצים, והם חיים ביחד אחד עם השני, איך אפשר לפרש את הבחירה שלהם שלא להתחתן כקיבלו על עצמם את המחויבות להיות נשואים? דהיינו, אין גמירת דעת במחויבות הזו. ולכן לא נכרת חוזה. *שני סוגים בולטים של מצבים כאלה:* 
  + 1. **נישואיי ניסיון**- בדיקה הדדית משמעותית לפני שעושים את הצעד הנוסף של הנישואין ואז מתחייבים. מעין מו"מ מקדים ואז כריתת העסקה היא טקס הנישואין. ולכן אם נשווה ביניהם, נתעלם משיקולים מעבר לדיני החוזים.
    2. **הלא ממוסדים**- התנגדות עקרונית שהמדינה תפלוש לחיים שלהם. מרווין היה בטראומה מהגירושין הקודמים, ולא רצה שהמדינה תתערב לו בחיים פעם נוספת, לא בנישואין ולא בגירושין. רצו מתחם יחסים פרטי ולא מתחם יחסי משפטי.
* מוסדות חברתיים: המשפט יוצר תודעות. בעולם משפטי שבו נישואין = ידועים בציבור, **המשפט יהיה מאוד צר**. כי הוא נותן דין אחד: קשר אינטימי עם בן הזוג יהיה לפי דיני הנישואין, בין אם יתחתן ובין אם לא. אם רוצים מגוון, כדי לאפשר בחירה לאדם, יש להפריד את דיני הידועים בציבור לבין הנשואים ולא לצמצם אותם. להבחין בין נשואים לבין מי שלא ראו צורך בנישואין כי המהות של הזוגיות היא אותה מהות של חיי נשואים. רצו זוגיות אבל לא זוגיות משפטית.

**לסיכום,** בעולם שיש בו רק את דיני החוזים אולי הטיעונים יהיו נכונים. אולם כשבונים מערכת משפט יש עוד שיקולים רלוונטיים. ולכן, בניגוד לטענה שיש לבטל את ההבחנה ולהשוות בהן באופן מוחלט, קיים קו חשיבה הפוך – דווקא מנק' מבט ליבראלית חוזית פלורליסטית, שאוהבת מגוון מוסדות חברתיים, **יש אינטרס להבחין ביניהם.**

העקרונות שניתן להסיק מקו חשיבה זה:

1. **לקבוע כללי סף ברורים ומינימום של זמן**- למשל, בהצעת חוק של ליפשיץ, זוג יוגדר "ידועים בציבור" רק כאשר הקשר הוא מינימום 3 שנים, אבל עם 2 חריגים: 1) נולדו ילדים ; 2) עשו תצהיר בפני גוף פורמאלי שמעידים על עצמם, שרוצים מחויבות אבל לא כנושאים.
2. **הבחנה בין הזכויות**- יש לברור אילו היבטים מדיני הנישואין רלוונטיים. כך שאם מדובר על קשר שעבר את ה3 שנים והוא משמעותי, אז יש לראות איזה חלק מדיני הנישואין מתאים ואיזה לא. למשל, מזונות משקמים (אדם היה תלוי באחר וכעת הוא נותר בלי כלום) יתאים למוסד הידועים בציבור. אולם חזקת השיתוף לא, כי אם אדם הביא לנישואין נכסים, אז פחות מתאים לחלק את הרכוש חצי חצי. וכך ניתן להשאיר את ההבחנה בין המוסדות.
3. **הרלוונטיות של השיקולים האוניברסאליים בישראל:**

במבט ראשון, נראה שהשיקולים דנן לא רלוונטיים למשפט הישראלי, שכן כל המוסד של ידועים בציבור מהווה תחליף נישואין לא כי בני הזוג דחו את הנישואים עצמם, אלא כי 'דחו את הרב' (=אידאולוגיים), או ש'הרב דחה אותם' (=פסולי חיתון). **אולם,** לדעת ליפשיץ, הטיעונים בעלי משמעות גם לישראל.

יש להבחין בין 2 סוגים של ידועים בציבור כאשר עושים השוואה בינם לבין נשואים:

1. **ידועים בציבור אוניברסאליים**- זוגות שבחרו לא להתחתן מסיבות בסעיף א'. גם בארץ יש זוגות שלא מתחתנים כי בודקים את הקשר (ניסיון), לא נראה הכרחי (לא ראו צורך) או התנגדות עקרונית שהמדינה תפלוש לחיים (לא ממוסדים) בלי קשר לדין הדתי. 🡨 לגביהם, הכל רלוונטי. ולכן השוואתם לנשואים מתוך מוטיבציה "ליבראלית", לא תכבד את הבחירה שלהם לא להתחתן.
2. **ידועים בציבור תוצרת הארץ**- בכל מקום אחר בעולם כן היו מתחתנים אולם כאן הם לא. שני סוגים:
3. פסולי חיתון: בני זוג מאותו מין, כהן וגרושה, חסרי דת- לא יכולים להתחתן באופן רשמי. 🡨 יש להחיל עליהם את דיני הנישואים בהתאם לעקרונות שליפשיץ הציע.
4. אידיאולוגיים: אנשים שלא רוצים את הרב או המחויבות הדתית, אך כן רוצים את המחויבות לבן הזוג (לא רצו דין דתי). 🡨 השוואה של ידועים בציבור לנשואים תוביל לכך שיחול עליהם הדין הדתי, וזה בדיוק מה שהם ניסו להתחמק ממנו מלכתחילה. מכאן, שיש לבנות תחליף אחר ממה שליפשיץ הציע. לא רלוונטי להציע להם מוסד שמחיל עליהם את הדין הדתי.

\*לא לפחד מהטלת אותם דינים, אם לא רלוונטי- לייצר אלטרנטיבה חלופית.

האם יש דרך להבחין בין הקבוצות?

קשה לדעת מהי הסיבה שלא נישאו (אם לפי טיעונים אוניברסאליים או אידיאולוגיים או פסולי חיתון), ולכן התפיסה היא שכל הידועים בציבור הם **תוצרת הארץ**.

**ליפשיץ** עשה מחקר שממצאיו הראו שרוב המקרים הם ידועים בציבור אוניברסאליים. כי הידועים בציבור תוצרת הארץ מתחתנים בקפריסין (אם לרבנות יש בעיה איתו או שיש לו בעיה עם הרבנות). הסיבה לא להתחתן לא הייתה קשורה לידועים בציבור כפי שהם בישראל.

**למרות זאת,** ביהמ"ש כמעט התעלמו לחלוטין מכך והלכו על השוואת הידועים בציבור לנשואים. בכך הם פגעו ברצון הצדדים שלא להתחתן. מכאן ניכר שהמשפט הישראלי מתוך מוטיבציה ליברלית הגיע לתוצאות **לא** ליברליות.

* *בג"ץ 4178/04*- בייניש מאמצת את הפרשנות של ליפשיץ בין אוניברסאליים לתוצרת ישראל, אבל צריך לקבוע כמה אמות מידה שונות. וילנר הלכה לכיוון אחר ממה שליפשיץ הציע.
* *בע"מ 2478/14*- דפנה ברק ארז דוחה את העמדה של ליפשיץ, לא צריך להיכנס לשיקולים הללו, יש להפעיל מדיניות מרחיבה בכל אחד מהסוגים. חושבת שעושה מהלך ליבראלי, אולם כן יש מקום לחשוש למה האדם לא התחתן עם אחר.

נתעסק ב3 הנושאים בהם עוסקים דיני הידועים בציבור: איך מיישמים את העקרונות הללו בפועל בנוגע ליחסי רכוש, מזונות אישה וירושה.

* + - * 1. **יחסי רכוש**

על בני זוג שנישאו **עד שנת 1974**, חלה חזקת השיתוף, מכוח הפסיקה. לפיה, בתנאים מסויימים ולגבי נכסים מסויימים, גם רכוש שרשום על אחד הצדדים, ישנה כוונה שהוא יהיה משותף. הפסיקה קבעה זאת כהנחה שניתנת לסתירה. איך לסתור אותה? או לעשות *הסכם ממון* פורמאלי, או לחילופין, להוכיח שלפי ההתנהגות של בן זוג, לא הייתה *כוונה לשיתוף.* בקביעת השיתוף יש שיקולי צדק והגינות.

* **נישואין**- החזקה ניתנת לסתירה. אבל בפועל, אם לא נעשה הסכם ממון, כמעט אף פעם לא יהיה אפשר לסתור אותה. הנימוק: הרכוש הושג תוך מאמץ משותף.
* **ידועים בציבור**- חזקת השיתוף גם חלה, לפי הפסיקה, כמו בנישואין. *אבל:*
* בפס"ד *שחר נ' פרידמן*- ביהמ"ש סייג את הקביעה וטען שמאחר שבני הזוג לא התחתנו (לא עושה את ההבחנה בין אוניברסאלי לתוצרת הארץ), לגבי כל הידועים בציבור, מראה שרמת המחויבות שלהם יותר נמוכה ולכן צריך רמה גבוהה יותר של הוכחה. במבחן: נפעיל כוכבית- להיות רגישים שהעובדה שלא התחתנו אולי מעידה שאין שם כוונת שיתוף מלאה.
* *פס"ד סאלם נ' כרמי*- כרמי ארכיטקט מפורסם, הכיר את גב' סלם והם עברו להתגורר יחדיו בדירה בבעלות כרמי. ההסדר הכלכלי הוא כך שהכסף שמרוויח מהמיזמים שלו, שם בחשבון עיסקי שבו האישה לא נוגעת. כמו כן, יש חשבון לצורך הוצאות המשפחה והוא דואג שיהיה תמיד מלא, כל חודש מעביר סכום מהחשבון העיסקי שלו. ברם, במהלך הקשר, סלם בוגדת בכרמי ואז הם עוברים לחדרי שינה נפרדים אבל עדיין חיים ביחד. **הם לא התחתנו,** כי כשכרמי רצה, גב' סאלם לא רצתה, וההפך. הם נפרדו והיא תובעת חצי מהרכוש שנצבר מכוח חזקת השיתוף. ביהמ"ש: קודם יש להוכיח שלא הייתה כוונת שיתוף, אבל כן נותן לה חצי מהרווחים שלו, כי התברר שבעבר כרמי כתב צוואה וכיתב אותה כיורשת של פרוייקט רוזמרין (פרוייקט גדול שכרמי עבד עליו). למרות שלאחר שהיחסים הדרדרו הוא מחק אותה משם. ניתוח: **מקרה** **אוניברסאלי קלאסי**- אם בוחנים את המערכת יחסים החוזית, לא נכרת חוזה, ולכן לא נוצרה מחויבות- הוכחה לכך היא שמבחינה כלכלית הוא שמר על חשבון בנק נפרד והם גרו בחדרי שינה נפרדים (מעיד על חוסר אינטימיות). לא הייתה התנגדות למוסד הנישואין ולא היה התנגדות לדין הדתי (לא היו פסולי חיתון). ליפשיץ: הרטוריקה של ביהמ"ש מניפולטיבית בניסיון לבנות את השותפות על רצון הצדדים. הניסיון לעגן את פסה"ד בכוונת הצדדים לא נכון. אך התוצאה היא הגיונית וסבירה, לאור ההסתמכות של האישה על הגבר. פיתרון: המקרה הזה מדגים את הצורך בפתרון אמצע- גם ידועים בציבור אוניברסאליים לא הגיוני להגיד שאם לא הייתה כוונת שיתוף אז לא נותנים אף רכוש.

בהמשך לגבי נשואים, על בני זוג שהתחתנו מ1974, חל *חוק יחסי הממון* וכבר לא חלה חזקת השיתוף. החוק מחיל את הסדר האיזון המשאבי. הוא קובע הסדר שיתוף יותר חלש מחזקת השיתוף (בהיבט הנכסים המשותפים, תקופת השיתוף וכו'). החוק לא חל על ידועים בציבור, אבל הפסיקה המשיכה להחיל עליו את חזקת השיתוף. נוצר מצב משעשע שרמת השיתוף בין ידועים בציבור יותר חזקה מאשר בין בני זוג נשוי. מצב מגוחך. **מעבר לכך**, לפחות בחלק מפסקי הדין הכוכבית נעלמה והמגמה להפעיל חזקת שיתוף היא באותה מידה בין נשואים, באופן שמעורר קושי במיוחד כשמדובר על ידועים בציבור אוניברסאליים.

*פס"ד "המיליארדר הקמצן"*- בני זוג, הגבר מיליארדר, לא התחתנו, גרו בדירה שרשומה על שמו, אבל אח"כ קנו דירה משותפת שרשמו בתצהיר שהדירה מגבשת את השותפות שלהם. הכוונה הייתה שהדירה תירשם על שניהם. הם התגרשו. היא תבעה חצי מהמיליארדים שהונפקו בתקופת הקשר שלהם. במסגרת התביעה, התברר שכשהיו ביחד הם עשו הסכם פרידה לפיו נתן לה את הדירה וכמה מיליונים. לכאורה יש הסכם. אולם היא טענה שההסכם פיקטיבי. הוא עזב את הארץ ולכן טסה אליו בניסיון להקליט ולהוכיח שהוא עזב מסיבות מס וההסכם פיקטיבי. האם ההסכם פיקטיבי? ליפשיץ טען שבהנחה וההסכם פיקטיבי, גם בלעדיו לא מגיע לה חצי מהרכוש שלו. לפי כתב התביעה שלה, הוא מיליארדר שמחזיק את כל הכספים אצלו בחשבון ונתן לה מזומנים ואח"כ הוא דרש פירוט על מה היא הוציאה את הכסף (מעיד שלא סמך עליה, לא היה חשבון משותף). והיא לפעמים הייתה מתחשבנת איתו. לכן, מתוך טענותיה שלה – האישה הוכיחה לטובתו, שלא הייתה מצידם כוונת שיתוף כוללת לא ברכוש העיסקי ולא ברכוש הפרטי. כך ביהמ"ש פסק.

ליפשיץ: פס"ד זה מוכיח שאי אפשר לדבר על שותפות כוללת ורחבה כאשר מדובר על ידועים בציבור שבחרו לא להתחתן.

גישות בנוגע להבחנה בין ידועים בציבור לבין נשואים:

* **סוג 1**- כאשר מוכיחים ידועים בציבור, חזקת השיתוף גם חלה כמו בנישואין.
* **סוג 2**- כאשר מוכיחים ידועים בציבור, נדרשת רמה גבוה יותר של הוכחה להחלת חזקת השיתוף כי הם פחות מנושאים.
* **הסוג הצודק (ליפשיץ)**- להבחין בין ידועים בציבור אוניברסאליים לבין תוצרת הארץ: **תוצרת הארץ**- להפעיל מגמת שיתוף חזקה. **אוניברסאליים**- צריך לקבוע כללים מינימאליים, שם להחיל חזקת שיתוף באופן רגיש לכוונת הצדדים.
  + - * 1. **מזונות אישה**

בארץ יכולים להיות מזונות רק לפי הדין הדתי, עד קבלת הגט. סמכות- ביה"ד או ביהמ"ש. המשמעות: לידועים בציבור לא יהיה מזונות כי הם לא התחתנו, לכן ההבחנה חשובה מאוד.

* *פס"ד יגר נ' פאלביץ'*- **הסכם מפורש יכול להקים חיוב מזונות בין ידועים בציבור**. רקע: אישה ידועה בציבור (פסולת חיתון) תובעת מהגבר מזונות, הוא טוען שלא מגיע לה, כי הם לא נשואים. האישה טוענת שהגבר הבטיח לה מזונות בתחילת הקשר, ומכוח החיים המשותפים נוצרה מחויבות לשלם מזונות. פסק הדין ניתן בשנות ה-60, אז ביהמ"ש היה שמרן והסכם כזה עשוי היה להיפסל כי סותר את תקנת הציבור (בעולם האזרחי), אולם קובע שהוא מוכן לכבד את החוזה בין בני הזוג, רק אם ההסכם כתוב במפורש. לאישה לא היה חוזה כתוב להראות ולכן התביעה נדחית.
* *פס"ד ורסנו נ' כהן*- **החיים המשותפים מלמדים על הסכמה לתשלום מזונות**. רקע: זוג ידועים בציבור. האישה מבקשת מזונות משקמים (למרות שהם לא קיימים לפי הדין הדתי). אולם ברק טוען שאם יש פרידה בין בני זוג שהיו ידועים בציבור, אפשר ללמוד מהנסיבות ומהחיים עצמם, את ההתחייבות המשתמעת למזונות אחרי פרידה או לפיצוי חד פעמי עקב עזיבה של אחד הצדדים. קובע כך חד פעמי וטוען שכל מקרה לגופו. באוביטר, שותל את הרעיון ולאט לאט מרגיל את הקהל להכניס לשיח.
* *פס"ד לינדורלן נ' קרנית*- עסק בפיצוי תאונות דרכים. ביהמ"ש בורסנו נ' כהן הוא אמנם התלבט, אולם ברק הופך את האוביטר לרציו. ומחייב לתת את הפיצוי לידוע בציבור של הנפגע מהתאונה.
* בעקבות כך, נוצרה פרקטיקה שבה ניתנו מזונות לידועים בציבור- בני זוג ידועים בציבור, נפרדים, מגישים תביעה למזונות משקמים וביהמ"ש לענייני משפחה מקבל את התביעות הללו.

ליפשיץ: **במבט ראשון,** שוב נוצר מצב אבסורדי, אישה נשואה זכאית למזונות רק עד הגירושין, ולאחר הפרידה המוחלטת, לא זכאית לכלום. ואילו אישה ידועה בציבור, יכולה לתבוע ולקבל משהו אחרי הפרידה עצמה.

**אולם במבט שני**: הדרישה לפיצוי לאחר הפרידה יכולה לשקף הגנה כלכלית על האישה- כאשר מדובר בנשואים, נכון שבישראל אין מזונות אחרי גירושין, אולם עד מתן הגט, האישה זכאית למזונות אישה. ואם האישה נזקקת כלכלית והגבר נותן לה את הגט מהר, היא יכולה לתבוע **לסוג של פיצוי כלכלי**, שיתן לה הגנה כלכלית (מקביל למזונות). **לעומת זאת,** אם מדובר בידועים בציבור, אם לא היה את **פס"ד ורסנו**, לא הייתה ניתנת הגנה כלכלית לאישה שהפכה לתלויה כלכלית בגבר, בכלל. מזונות משקמים משקפים הגנה כלפי בן הזוג החלש כלכלית, בעיקר האישה. (ההסכם המשתמע, שבתקופה לאחר הפרידה הגבר יתמוך בה).

**למבחן**: מזונות משקמים בין ידועים בציבור יינתנו בהתקיים 3 קריטריונים:

1. יש לבדוק לפי **פס"ד ורסנו** - קודם לבחון אם סוג הקשר יצר תלות כלכלית.
2. **נטול מגדר**- אלטרנטיבה הוגנת מבחינה אזרחית. בעוד שלפי הדין הדתי, הבעל משלם לאשתו, מזונות בין ידועים בציבור ייקבעו ע"פ פרמטר אובייקטיבי של מי תלוי במי 🡨 דרישה זו מתממשת. אולם לרוב, המזונות ניתנים לנשים.
3. **מודל של מזונות משקמים**:
4. לא תלוי באשמה- אם מוכיחים שהפרידה היא לא כתוצאה מהשאלה "מי סיים", אלא כי הקשר כבר לא מתאים; לא יושם במלואו 🡨 יש פסיקה שבוחנת את השאלה מדוע בני הזוג נפרדו ומי אשם.
5. תקופת זמן מוגבלת- ביהמ"ש מעריך לפי הנסיבות שמוצדקת לאור הקשר שהיה, תשלום מזונות שיאפשר לאדם לעמוד על הרגליים. אבל אין זכות לצפות למזונות עד סוף החיים, כי מטרת המזונות היא לשקם.

* *פס"ד יקותיאל*- קבע שיש מזונות לידועים בציבור, אולם לא הגדיר תקופת זמן. קביעה זו בעייתית מאחר שניתן לטעון שמדובר במזונות בלתי מוגבלים בזמן. הפסיקה השתפרה עם השנים האחרונות ועשתה יותר שימוש במזונות משקמים ולא לכל החיים.

*שיעור 14- 3/5/22*

* + - * 1. **ירושה**

*ירושה מכוח הדין* = *ס'55 לחוק הירושה* קובע שאם אתה ידוע בציבור של אדם, ושניכם רווקים, רואים אותך כאילו היית נשוי ולכן יש להוריש לבן הזוג את רכוש המנוח.

סייגים לסעיף: אם אחד מהם נשוי לאדם אחר, ולכן לא יכולים להיות מוגדרים כידועים הציבור והסעיף לא חל. וכן, אם כתוב הוראה אחרת או משתמעת בכל מקום אחר- הולכים לפיה, למשל אם המנוח עשה צוואה פורמאלית.

ב50 מדינות בעולם קיימת האופציה להוריש לידוע בציבור, אבל לא חובה. בישראל יש **זכות ירושה** לידוע בציבור, אין שק"ד. החשש של ליפשיץ הוא השוואה מוחלטת בין ידועים בציבור לבין נשואים;

מכמה סיבות:

1. **הפגיעה ברצון המת**- עיקרון על במשפט הישראלי הוא *חופש הציווי*, בניגוד למדינות אחרות בעולם. בירושה בארץ הדגש הוא על רצון המת ואין שיקולים נוספים (כמו במזונות או ביחסי רכוש כגון שיקולי צדק והגינות). אם נכנסים עוד שיקולים, התוצאה תהיה סיכול רצונו של המנוח בתחום שהמוקד הוא רצונו של המנוח.
2. **למנוע חלוקה ביתר**- ירושה באה אחרי יחסי הרכוש, דהיינו בן הזוג קיבל את מחצית מהרכוש שצברו ביחד, והחצי שנותר של מקורביו האחרים של המנוח. אין סיבה לתת לו עוד אחרי חלוקת הרכוש.
3. **אין טענת הגנה**- גם אם ההגדרה של ידוע בציבור לא תהיה תלויה בתקופת זמן מינימלית, אם יקבע שבני הזוג מוגדרים כידועים בציבור אז: ביחסי רכוש יהיה קו הגנה שני 🡨 לא הייתה כוונה לשיתוף (סתירת חזקת השיתוף). אך בירושה ישנו *ס'55 בחוק הירושה* = ירושה מכוח הדין. ואין דרך לפי הפסיקה הרווחת למנוע את החלתו.

*הציפייה של ליפשיץ* היא שההגדרה של ידועים בציבור תהיה ברורה, מתוחמת, מוגבלת ולא מרחיבה.

דוג' להרחבת הפסיקה:

* *עמיר נ' זגר-* ביהמ"ש קובע ידועים בציבור **לאחר 3 חודשים בלבד.** רקע: אלמן וגרושה ידועים בציבור. הגרושה נפטרה והאלמן קיבל חצי מהרכוש שלה. לפי ס'55 לחוק הירושה האלמן ירש את האמא של הילדים וקיבל את החצי שנותר. כך שהילדים שלה הסתלקו מהירושה לטובתו.
* *פס"ד דירות סמוכות*- בני הזוג שגרו בדירות נפרדות (הסמוכות אחת לשנייה). פס"ד זה עוסק בירושה, וגם שם מסתכלים על הקריטריונים. מבחינה אובייקטיבית ההגדרה מאוד רופפת והרבה סממנים לא נמצאו (גרו בנפרד, לא היה חשבון בנק משותף, עשו קניות בנפרד), אבל השופט דנציגר קובע שצריך לבחון בצורה **סובייקטיבית**, מה שחשוב זו הכוונה שלהם, הם ראו עצמם כבני זוג. לכן האישה קיבלה את הירושה.

מה במצב בו בני זוג ידועים בציבור (לפי קריטריונים ברורים), ואחד מהם הבהיר במפורש, לא לפי צוואה, שאין לו כוונה להוריש לשני?למשל במסגרת הסכם ממון. יש התפתחות מעניינת בפסיקה.

קובע שלאחר שזוג הוגדר כידועים בציבור (שניהם רווקים), ואין צוואה, אז הדין שהוא יורש עתידי כאילו הוא נשוי וכאילו עשה צוואה. ונותן לו מה שהיה נשוי היה נותן על פי דין.

*פרשת בלאו נ' פוזש*- הצדדים עשו הסכם ממון ובו הבעל כתב שהוא לא רוצה להוריש לאישה כלום. ברם ההסכם לא עמד בפרוצדורה של דיני הירושה. **דעת הרוב** קבעו שאם ידוע בציבור לא עשה צוואה (לפי דיני הצוואה) חל הדין שחל על נשואים, המקנה את הרכוש לבן הזוג. **דעת המיעוט** (וילנר ושוחט) קובעים שהכותרת של *ס'55 לחוק הירושה* היא **"מעין צוואה"**. ויש לה משמעות = ירושה עפ"י דין שמעוגנת בכוונה המשוערת של המנוח; היא מרמזת על כך שמדובר **בחזקה הניתנת לסתירה**- במקרים בהם יש אינדיקציות כתובות שמעידות בבירור שהוא לא רוצה להוריש את רכושו לבת זוגו- החזקה הופרה ויקבעו לפי רצונו של המנוח. הורישו לה בכל זאת.

ליפשיץ: דעת המיעוט תומכת בדעתו.

בדירות הסמוכות נתנו דגש על נסיבות סובייקטיביות וכאן על אובייקטיביות. מוזר, הסעיף לא קובע באופן חד משמעי שידוע בציבור = יורש על פי דין, אלא: הולכים לפי אמות מידה אובייקטיביות וכאן הוא הביע כוונה שלא להוריש.

**למבחן**: אם יש שאלה שעוסקת בידועים בציבור שאובייקטיבית נראה שידועים בציבור אבל הממצאים יראו שהם לא התכוונו להוריש, לפי **בלאו נ' פוזש**, מדובר בידועים בציבור ולכן הם ירשו. אבל לפי ליפשיץ- לציין שיש 2 שופטי מחוזי שכן אימצו את הדעה שלו בעבר. יצרו פתח לטעון שאם מצליחים להוכיח שלא הייתה כוונה להוריש, למשל אם יש ממש הצהרה כתובה וברורה (בטח בהסכם ממון) 🡨 אזי אפשר לראות בכך כביטול ה"מעין צוואה". דהיינו, החזקה בס'55 מתבטלת.

תיקון ס'55: הלכו אחורה; כתבו במפורש, שהגדרת יורש עפ"י דין כוללת את הגדרת 'ידועים בציבור'.

לפי ליפשיץ: יש להוסיף חריג, שאם יש הצהרה כתובה של ידוע בציבור שעולה ממנה שהוא לא התכוון להוריש לבת זוגתו, אז יש להתחשב בכך.

**דילמה**: בנישואין היינו רוצים לדעת מה כל אדם התכוון להוריש לאחר, אבל רוצים לייצר מערכת של וודאות. מאחר שהשאלה "מי נשוי" קלה, קבעו ירושה מכוח הדין. אבל כדי לדון בירושה של ידועים בציבור צריך לקבוע בתחילת הדיון אם מוגדרים כך או לא, כאשר השאלה עצמה פתוחה ורחבה. עצם העובדה שפתחו פתח לירושה לידועים בציבור זה בגלל שקבעו מוסד לא פורמאלי. ואז יש אי פורמאליות בכניסה אליו, והמון פורמאליות ביציאה ממנו. אין הסבר.

מה קורה אם יש ידועים בציבור והמנוח לא השאיר צוואה כלל?

*טענה*: אם על דיני הרכוש ודיני הירושה היו כללים קוגנטיים, זה היה איום ונורא – כופים על אנשים מחוייבות שלא רצו אותה כי הנטייה של בתי המשפט היא להרחיב את ההגדרה של ידועים בציבור 🡨 כופים עליהם מוסד ליבראלי; אבל שהוא לא באמת כך 🡨 מחילים עליהם אמות מידה של נשואים.

*פיתרון:* אולם דיני הרכוש ודיני הירושה הם דיספוזיטיביים, כל הכללים הם ברירת מחדל שניתן להתנות עליהם. כך שאם כל מה שעושים זה לקבוע ביררת מחדל שלא משקפת את רצון הצדדים שניתן להתנות עליה ולשנות אותה לפי רצונם האמיתי, אז זה לא נורא. למשל, כדי לבטל את חזקת השיתוף (בחלוקת הרכוש) אפשר לעשות הסכם ממון; וכנגד ירושה מכוח דין ס'55 "מעין צוואה", ניתן לעשות צוואה.

**אולם עולות מס' בעיות עם טענה זו:**

1. חוסר ידע- אין אדם סביר שהתחתן ויגיד שלא ידע שיש מחויבויות כלפי בן הזוג או כלפי הרכוש. גם אם לא ידעת, הנטל עלייך. אבל בידועים בציבור, החלופות של ברירת המחדל לא עוזרות כי: 1) רוב האנשים לא למדו משפטים, לא מודעים לצורך לעשות הסכם; 2) הבן אדם לא יודע שהוא בתוך מערכת משפטית, ביהמ"ש מגדיר אותו כך בדיעבד.
2. הדרישה לעשות הסכם מקלקלת- רלוונטי לכל מי שיודע ומכיר את החוק במציאות הישראלית. אנשים במיוחד בתקופה הראשונה של הקשר, רוצים לייצר מתחם רגוע של מערכות יחסים, דבר שלא אפשרי כאשר יבואו בדרישה ליצירת הסכם ממון. הקשר עלול להיגמר. רוצים לתת מרחב בלי תחום משפטי.
3. לעיתים אפילו ההסכם אינו עוזר: *פס"ד בר נהור נגד אוסטרליץ*- בני זוג, פרק ב'. בתחילת הקשר הם קבעו בהסכם את דרך ההתנהלות- במשאבים המשותפים יקנו דירה שתירשם על שם שניהם. ובמקרה שאחד מהצדדים ימות, השני יתגורר בדירה חצי שנה כדי להתאושש, לאחר מכן ימכרו את הדירה והתמורה תתחלק בינו לבין העיזבון. יפתחו חשבון בנק אליו יגדירו כמה כל אחד יכניס וכמה הוציאו. והוסיפו שחוץ מזה, **לא רוצים מחוייבות הדדית ולא רוצים להיחשב ידועים בציבור**. לאחר שנתיים וחצי הגבר נפטר והאישה תבעה מזונות מהעיזבון בשל ההסתמכות הכלכלית שלה על הגבר. האישה טענה שאמנם דיני הירושה מעניקים **חופש ציווי**, אך ישנו חריג אחד: אם הייתה תלות כלכלית במנוח, זכותו של בן הזוג לדרוש מזונות מהעיזבון (ילד או בן זוג). אפילו כנגד צוואה נוגדת. כך שההתניה של בני הזוג לא שוללת את זכותה של בת הזוג לירושה. זו הוראה קוגנטית. **כנגד זאת,** העיזבון טענו שמאחר ובני הזוג קבעו שהם לא נחשבים לידועים בציבור, החריג הזה לא חל עליהם ובת הזוג לא יכולה לרשת את המנוח. ביהמ"ש: מקבל את תביעת האישה וקובע כי ההסכמה שלהם לא רלוונטית לעניין הרכיבים הקוגנטיים. קרי, אין חשיבות לכך שהצדדים הסכימו באופן סובייקטיבי שאינם נחשבים ידועים בציבור. כי ההגדרה נקבעת **לפי תנאים אובייקטיבים** והם גרו ביחד, היה להם חשבון בנק משותף וכו'. לכן, לא משנה מה הם סיכמו, יש לתת לבת הזוג לרשת את המנוח.

* ליפשיץ: ביקר בצורה חריפה את הפסיקה. המחוקק אומר אם אתה מקבל על עצמך את מוסד הנישואין, אתה מחוייב להוראות קוגנטיות. אבל פה ביהמ"ש בדיעבד מגדיר אותם כידועים בציבור, כלומר כופה עליהם להיכנס למחויבות שהם מלכתחילה לא רצו בה. ועוד כאן, הם אמרו במפורש שהם לא רצו. בכך ביהמ"ש רצה לעשות צעד ליבראלי כאשר השווה ידוע בציבור לאדם נשוי, אבל לא שם לב כמה הוא פוגע בבחירת הצדדים. התוצאה- ביהמ"ש הפך את הידועים בציבור **למוסד קוגניטיבי הנמדד לפי רכיבים אובייקטיבים בלבד.**
* מה יכול לכאורה הצדיק את פסק הדין? **הצדקה סוציאלית**: *כהן נ' כהן*- אישה שהייתה נשואה, במהלך נישואיה אדם אחר שכנע אותה להתגרש והם חיו ביחד ונולד להם ילד, לאחר מכן הוא דרש ממנה לחתום על הסכם הקבוע שאינם ידועים בציבור ואיים שאם לא תעשה כן, יעזוב אותה ולא ידאג לה ולילד. מקרה זה לכאורה מצדיק את התערבות בית המשפט וקביעתו שלא ניתן להתנות על היותם של בני הזוג ידועים בציבור מבחינה אובייקטיבית-משפטית.
* שינוי בפסיקה: בית המשפט (בעקבות הביקורת של פרופ' ליפשיץ) קובע שמותר לזוג להסכים כי אינם נחשבים לידועים בציבור, אך ההסכמה כפופה לדיני החוזים; דהיינו ניתן לבטל את הסכמת הצדדים בעילת עושק או כפיה. וקובע שרק במקרים חריגים וקיצוניים יחילו את הלכת בר-נהור (שההגדרה לידועים בציבור היא אובייקטיבית ולא ניתן להתנות עליה).

**למבחן**: **הסכם התנאה על הצוואה** – אם נקבל מקרה על ידועים בציבור עם הסכם לפיו קבעו שהם לא מעוניינים להיות נשואים, עפ"י בר נהור לא יכבדו את ההסכם כי מדובר בקביעה אובייקטיבית. לפי פס"ד כהן, אם מדובר במקרה קיצון [יש פערי כוחות / ויתור על זכויות / תכננו משהו אחד ופעלו באופן שונה מהתכנון] אפשר להגיד שמאחר שההסכם כפוף לדיני החוזים, יש פגם בכריתה, ויטענו לביטולו בשל כפייה ועושק. **פס"ד בר נהור** מוכיח כמה בתי המשפט איבדו את המצפן.

*שיעור 15- 12/5/22*

* + - * 1. **קצבת אלמנה מביטוח לאומי**

ישנו חוק שקובע שאלמנה מקבלת קצבה אלא אם כן היא מתחתנת (מלבד אלמנות צהל שממשיכות לקבל את הקצבה גם לאחר נישואיהן). החוק יצר תמריץ לאלמנות לא להתחתן עם בני זוגן ולהיות ידועות בציבור בלבד, כדי שיכולו להמשיך לקבל את הקצבה. עקרונית נניח שהפסיקה תפרש את הביטוי "בן זוג" ככולל ידועים בציבור. כדי להתנהל לפי מוסד של ידועים בציבור, צריך להבחין בין הסוגים (אוניברסאליים או תוצרת הארץ), אולם אין לנו את הדרך להבחין ביניהם. המשמעות היא שאם חייתי עם אדם כל השנים ואז הוא הלך לעולמו, אז כידוע בציבור עליי לשכנע את יתר היורשים, לשכנע את ביטוח לאומי וכדומה שאנו מוגדרים כך, כדי לקבל את הזכויות. בניגוד לאדם נשוי, שברגע שמראה תעודת נישואים הוא מקבל את כל הזכויות.

*פס"ד בוארון*: אם חד הורית מקבלת הטבות מביטוח לאומי. מגיע מידע לביטוח לאומי לגביה, שיש לה בן זוג והם ידועים בציבור. לביטוח לאומי יש סמכות לבדוק אם היא חיה עם ידוע בציבור, כי אם כן- היא תפסיד את ההטבות. הם דורשים להפסיק את הקצבה שלה. האישה טענה שהיא לא התחתנה כי היא לא רצתה לוותר על הזכויות שלה.

**השופטת חיות** קובעת שביטוח לאומי צודק ויש להפסיק לאישה את הקצבה. לגישתה, ידוע בציבור נכנס תחת חוק זה משני נימוקים: **(1)** פרשנות תכליתית- לא הגיוני שבן הזוג שהמשיך בחייו ימשיך לקבל קצבה. **(2)** שוויון-אם אנחנו משווים את הנשואים והידועים בציבור יש להשוות את הזכויות בניהם לטוב ולרע.

ליפשיץ: על רקע זה בניגוד למה שחשבנו, מוסד הידועים הציבור הוא שיפור משמעותי אבל הוא לא מושלם. בפס"ד זה יש הגיון, אך צריך לשים לב למחיר שלו- במקרה זה מישהו צריך לרגל אחרי האלמנה כדי לבחון מתי היא ידועה בציבור, יש כאן ביטוי לפולשנות.

מוסד הידועים בציבור בעייתי עבור מי שמעוניין בתחליף נישואין בכמה מובנים: **(1)** לא מקבלים את כל הזכויות; **(2)** המוסד לא יודע לסנן בין אלו שלא רוצים מחויבות לאלו שרוצים מחויבות ומעוניינים בתחליף לנישואין דתיים; **(3)** המוסד אף פעם לא מקבל הכרה גורפת, אלא רק כלפי הצד שתבע (או שיקבל זכויות כלפי צד שלישי כמו ביטוח לאומי, או מול בן הזוג). כך שכאשר אדם תובע זכות כידוע בציבור, הוא מקבל אותה וזה מחייב רק את הצדדים לאותה תביעה.

תחליף נישואין 3 – נישואין אזרחיים בחו"ל

הנושא דנן נוגע לבני זוג שמתחתנים בנישואין אזרחיים בחו"ל וכאשר חוזרים לישראל עולה שאלה בדבר המעמד שלהם. סמכות ייחודית לביה"ד, כדי להכריע בשאלה 'מי נשוי' נפעיל דין דתי. **אולם** אם הם מגיעים לבית משפט דרך סמכות אגבית, ולכן הוא ידון בשאלה לפי הדין הדתי. למשל, כאשר אדם מת, מי שהיה נשוי לו זכאי לפנסיה תקציבית, ואת התביעה מגישים לבית הדין לעבודה. הוא ידון בשאלת תוקף הנישואין לפי דין דתי.

**תוקפם של הנישואין האזרחיים עפ"י הדין הדתי**

יש לשים לב שאנו לא עוסקים בפסולי חיתון מוחלטים (בני זוג מאותו מין, חסרי דת וכו'), אלא בפסולי חיתון יחסיים (ממזר, כהן וגרושה וכו') או אידיאולוגיים.

לגביהם ישנן שלוש גישות מרכזיות:

1. **הנישואים האזרחיים לא תקפים:** משום ששלושת הרכיבים לפי ההלכה לא התקיימו (טבעת, שני עדים וכוונה להינשא כדת משה וישראל) ולכן אין תוקף לנישואין, הם לא יקבלו זכויות של נשואים ובני הזוג לא יצטרכו גט במקרה שייפרדו.
2. **נישואין אזרחיים תקפים מ'ספק נישואין':** יש עמדות הלכתיות הסבורות שקיים ספק שהנישואין תקפים בכל זאת ע"פ ההלכה, שכן עמדו בצורה כזו או אחרת בכללים ההלכתים; *במקום עדים*- יש את ידיעת העולם. *במקום הכסף*- ייתכן וביאה מהווה תחליף. *במקום הרצון להינשא ע"פ ההלכה*- קיימת חזקה תלמודית שטוענת שאנשים שחיים יחד בקביעות בעלי כוונה להינשא. **לגבי איסורים מקבלים את כל ההחמרות**: אי אפשר להתחתן מחדש בלי גט, אם האישה תרצה להתחתן בשנית ולא תקבל גט, היא תחשב עגונה, אם היא תקיים יחסי מין עם גבר אחד ויולד לה ילד, הוא יהיה ספק ממזר שזה מצב יותר גרוע מלהיות ממזר (אי אפשר להתחתן עם ישראל מאחר שהוא אולי ממזר ואי אפשר להתחתן עם ממזר מאחר שהוא אולי ישראל).
3. **גט לחומרה:** הנישואין האזרחיים לא תקפים אבל עדיין דורשים גט. למה? (1) רוצים להיזהר כמה שאפשר מ'ספק נישואין' כדי למנוע מצב של נישואין בין ממזר ואשת איש. (2) משמעות סמלית- כל האנשים בעולם הם נשואים, לא רוצים להוזיל את מוסד הנישואים. לכן מעדיף לדרוש גט בכל זאת. (3) משמעות הלכתית- אם הבעל יעלם/יברח וכד' לא יידרש גט, היא לא תחשב עגונה ואם תוליד ילד מאחר, הילד לא יחשב ממזר. מצבה טוב יותר מאשר נישואין רגילים או ספק נישואין.

כיום הגישה הרווחת היא שכאשר מדובר בבני זוג שהתחתנו בחו"ל, למשל במדינה קומוניסטית ואין אפשרות להתחתן שם מלבד נישואין אזרחיים נדרוש גט לחומרה (גישה מספר 3). אך כאשר מדובר בזוג שנולד בארץ ובורח להתחתן בחו"ל אין סיבה להכיר ולא נתייחס אליהם כנישואין. לפיכך, לא ניתן להם זכויות דתיות אך הם נדרשים בהיתר נישואין במקרה של פרידה לפי גישת 7 מצוות בני נוח.

**ההסדרה האזרחית**

1. שימוש במשב"ל פרטי- כדי "לעקוף" את ביה"ד שיקבע שהנישואין לא חלים לפי הדין הדתי, השופט האזרחי יבדוק האם הדין הדתי בכלל חל באמצעות כללי המשפט הבינלאומי.

**שני סוגים של מי שנישא בחו"ל:**

1. עולים חדשים- המשב"ל נחרץ וקובע שכאשר בודקים את תוקף הנישואין, בודקים את זה לפי האזרחות ביום החתונה. דהיינו, אם הזוג התחתן בנישואין אזרחיים במדינה שהם אזרחים בה, הם יחשבו 'נשואים' כשיעלו לארץ. יקבלו זכויות לפי הדין הישראלי (לדוג' בדיני ירושה).
2. קופצים- מדובר באזרחים/תושבים ישראלים שהם פסולי חיתון או אידאולוגים שמתחתנים בחו"ל. כאשר חוזרים לארץ, הזוג רוצה הכרה כזוג נשוי. ישנן 3 גישות:

* **גישת שאווה**: ברירת המחדל היא שעל אזרח ישראלי חל הדין הישראלי (שהוא הדין הדתי) ללא תלות במקום בו הוא נישא ומכאן שאין הכרה לזוגות שהתחתנו בחו"ל.
* **גישת ויתקון**: נאמר *בפס"ד שלזינגר*. יש בחוק לקונה ולכן יש להשלימו באמצעות המשפט האנגלי, שטוען שיש להבחין בין כושר לצורה. **הכושר** נקבע לפי הדין שחל במקום התושבות של בני הזוג (בישראל הדין הדתי). **הצורה** נקבעת לפי הדין שחל במקום עריכת הטקס. הגישה מסייעת לאידאולוגים ולפסולים יחסיים (שחל עליהם הדין הדתי, בניגוד לפסולי חיתון מוחלט).
* **גישת זוסמן**: יש בחוק לקונה ויש להשלימה באמצעות המשפט האמריקאי, שקובע כי גם הכושר וגם הצורה נקבעים ע"פ הדין שחל **במקום עריכת הטקס** 🡨 נותן פתרון גם לפסולים מוחלטים.

**\*\***במחוזי יש מס' הכרעות סותרות ובעליון אין הכרעה ברורה. *בפס"ד בני נוח* ברק באוביטר פסל את עמדת שואה אך לא הכריע בין זוסמן לויתקון.

**במבחן**: כאשר מדובר בבני זוג קופצים יש לנתח ע"פ כל הגישות ולכתוב כי ביהמ"ש טרם הכריע.

1. נישואין לצורך ספציפי ("הקומבינה של הרישום"): במקום להכריע בין הגישות של המשב"ל הפרטי, ביהמ"ש מבקש לדעת מה בעלי הדין רוצים, וקובע שהוא יכול להשיג את זה בלי להכריע האם הזוג נשוי.

**נראה כיצד כל אחד משני הפתרונות (משב"ל + ידועים בציבור) מסייעים/לא מסייעים בקבלת הזכויות:**

1. זכויות כלפי צד ג' (בדר"כ זו המדינה)- לרוב יעזור לשלב בין דיני הידועים בציבור לבין דיני המרשם. דיני הידועים בציבור נותנים כמעט את כל הזכויות של נשואים (כשפס"ד לינדורלן פותח פתח לתת את כל הזכויות). עם זאת, הם עוזרים רק בדיעבד וצריך להתדיין לגבי כל זכות וזכות, לכן צריך גם את המרשם. *פס"ד שלזינגר*- מדובר בזוג מעורב (רק זוסמן מכיר בו כנשוי). הם רצו להירשם כנשואים ואכן נקבע שאין קשר בין דיני הנישואין (דין מהותי) לבין רישום (פרוצדורה); כאשר מוצג בפני רשות מנהלית תעודת נישואין ממדינה זרה, עליה לפעול בהתאם לכתוב בה, ולרשום את הזוג כנשוי. *תוצאה*: על המדינה להעניק לבני הזוג זכויות של נשואים, מבלי יכולת לערער על כך, כאשר לא נישאו לפי הדין המהותי (ההלכה).
2. זכויות כלפי בני הזוג עצמם- אומנם התעודה מביאה לכך שזכויות לא ניתנות לביטול ע"י צדדי ג' אך בני הזוג עצמם יכולים לטעון שהתעודה היא רק **רישום** **פורמאלי,** ומבחינה מהותית הזוג אינו נשוי (תוכן הנישואין). נראה את המתח בכמה נושאים:
3. **יחסי רכוש-** כאשר מדובר על נשוי יחול *חוק יחסי ממון* וכאשר מדובר על ידוע בציבור תחול חזקת השיתוף- אך ניתן לסייג אותה, כי אולי זה שלא התחתנו מעיד על כך שלא רצו לשתף. עם זאת, לא ניתן להגיד שהחזקה לא חלה על מי שהתחתן בנישואין אזרחיים מאחר **שהם אכן התחתנו**, מה שמצביע על רצון/כוונה. ברוב המקרים הם יובילו לתוצאה דומה. אך לעיתים יש הבדל בתוצאת השיתוף בין חוק יחסי ממון לבין חזקת השיתוף. לדוג' כאשר הזוג נפרד ואחד מהם יטען שהם מעולם לא נישאו, ולכן אין שיתוף. ישנם שני קווי הגנה:
4. **לפי זוסמן**- הם נשואים, ניתן לחלק את הרכוש באמצעות חוק יחסי ממון.
5. **לפי ויתקון ושאווה**- גם אם לא נשואים הרי שהם ידועים בציבור תוצרת הארץ, אין בעיית הוכחה כי הם ערכו טקס ונרשמו. ניתן ללמוד מכך על רצון למחויבות ולכן חלה חזקת שיתוף חזקה.\*

*פס"ד נפיסי:* עולים חדשים. זוג פרסים שהתחתן בחו"ל ואח"כ עלו לארץ. נפרדים, האישה תובעת חצי מהרכוש ע"פ חוק יחסי ממון. הבעל טוען לחוקי המשפט הבינלאומי, שיש להחיל עליהם את הדין הפרסי- הם נישאו בפרס כשהיו אזרחים שם, לכן חלוקת הרכוש תתבצע ע"פ הדין הפרסי, ששונה מחוק יחסי ממון (לא חצי חצי). אולם נפסק: **(1)**בארץ יש כור היתוך והסכמה מכללא שמי שעולה לארץ, מקבל עליו את דין המקום. **(2)** נוגד את תקנת הציבור בהנחה שנותנים לבעל יותר מחצי מהרכוש.

1. **ירושה**- לדוג' כהן וגרושה נישאים בחו"ל, מגיעים לארץ, הגבר נפטר והילדים שלו טוענים שהנישואין לא תקפים ולכן היא לא יורשת מכוח דין (ס'55 לחוק הירושה).

* ויתקון וזוסמן- הם נשואים 🡨 מגיעה לה ירושה.
* שאווה- אמנם הנישואין לא תקפים, אבל הם חיו ביחד 🡨 הירושה תהיה מכוח ידועים בציבור.
* ברק; נישואין לצורך ספציפי- בחוק הירושה כתוב את המונח "נשוי". גם אם לפי ויתקון וזוסמן הזוג לא נשוי, **לצורך חוק הירושה המונח 'נשוי' כולל נשואים אזרחיים בחו"ל**. לפי פרשנות תכליתית- כשאין צוואה, הסיבות להוריש מבן זוג אחד לאחר במותו הן זהות, בין אם התחתנו רגיל או בנישואין אזרחיים (הצדקות סוציאליות, חוזיות וכו'). \*לוגיקה זו ניתנת ליישום לא רק בענייני ירושה. גם בחוקים אחרים בהם כתובה המילה "נשוי", יהיה אפשר לפרש ע"פ הפרשנות התכליתית של ברק ובהתאם לניתוח להלן.
* *בג"ץ 5384/16*- זוג שנישא בחו"ל ובן הזוג הוא האב החורג. המדינה שבה הם התחתנו הכירה בנישואין ולכאורה יש לרשום. בית המשפט לא דן בשאלה לגופה בשל ניקיון כפיים. אך השופטים מוסיפים הערות: עמית- יש לשקול את תקנת הציבור כשיקול לפסילת הנישואין. יש כאן שאלה ערכית מהותית לכל שאר סוגי הזוגות. במקרה דנן הנושא של אב חורג ובת חורגת שנוי במחלוקת ולכן הוא משאיר בצ"ע. לפי חיות, אין להכניס שיקולים של תקנת הציבור כלל. מזוז משאיר את השאלה לגופה בצ"ע.

**שאלה על נישואים אזרחיים**-

המשפט הישראלי הצליח לקרב במידה רבה נישואין אזרחיים לנישואין דתיים באמצעות: (1) **דיני המרשם**- מייצר מצב בו, דה פקטו, כל הגופים המדיניים מסתמכים עליו; (2) **פרשנות דיני ידועים בציבור**- גם אם לא נשואים, ידועים בציבור ע"פ הוכחות עובדתיות; (3) **פרשנות תכליתית של המילה 'נשוי'**- לא רק לצורך הרציונל של חוק הירושה, אלא לכל חוק בו כתוב "נשוי".

**במבחן-** אם יתנו מקרה על נישואין בין אח ואחות חורגים. יש לבחון קודם את ההכרה לפי גישות של המשב"ל- לפי **שאווה וויתקון** לא נכיר. **זוסמן** מכיר בהם. לפי **הפסיקה** יכול להיות שעדיין לא נכיר. יש גישות שונות לשופטים: לפי עמית ככל הנראה נפעיל תקנת הציבור בתנאי שמדובר בקונצנזוס עולמי שזו זוגיות לא מקובלת. **נאור**- לא נכניס לנשואים שיקולים של תקנת הציבור, לא דנה בזה בכלל. ולפי **מזוז** נשאיר צריך עיון.

1. **גירושין ומזונות אישה**- מקרים בעיתיים מאחר שהדין והסמכות שחלה היא דתית. לכן: 1) מזונות אישה הם מהדין הדתי, לכן לא חל על נישואין אזרחיים. 2) גם אם נגיד שמזונות אישה חלים בנישואין אזרחיים, ביה"ד הדתי ישמח לתת פס"ד שיחייב את בני הזוג להתגרש, וזה מפסיק את חובת המזונות. כך או כך, האישה לא תקבל מזונות.

* *פס"ד כהנא ופורר* (שנות ה-70)- זוג שהתחתן נישואין אזרחיים ורוצה להתגרש. האישה מגישה תביעת מזונות לביה"ד והגבר מנגד טוען לפס"ד שמחייב אותם להתגרש מכיוון שמדובר בכהן וגרושה 🡨 ביה"ד מחייב אותם בגט. והאישה לא קיבלה את הגט ותובעת בבימ"ש למזונות אישה. הבעל טוען: **(א)** צריך להפעיל מזונות לפי הדין הדתי, ובדין הדתי מזונות של נישואין אזרחיים לא תקפים. **(ב)** גם אם כן מגיעים מזונות, הם מגיעים עד **חיוב הגט.** אם אישה מחויבת להתגרש והיא לא לוקחת אותו היא לא יכולה להרוויח מזה. התיק מגיע לעליון. השופטים פוסקים ע"פ החוק, האישה לא מקבלת מזונות. ומלינים על כך שאסור להם לפסוק אחרת מאחר שלדעתם התוצאה לא צודקת ("כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל ואין בידי להושיע").
* *פס"ד שמואל*- בני זוג שהתחתנו בנישואין אזרחיים בחו"ל כשהם אזרחי הודו והאישה ספק יהודייה (גיור לא אורתודוקסי). הם עולים לארץ וע"פ המשב"ל הפרטי, נחשבים לנשואים בארץ. בשלב מסוים, מבקשים להתגרש, האישה תובעת מזונות והבעל טען לפי **פס"ד כהנא ופורר**. כאשר התיק הגיע לביהמ"ש, ברק עושה מהלך דרכו מאפשר לבני הזוג להתעלם מצו הגירושין ואף מקנה לאישה זכות לקבל מזונות. איך? תחילה, קובע שלפי המשפט האזרחי עולים חדשים נשואים לכל דבר. ברם, הבעיה היא שמזונות זה לפי הדין הדתי, שלא מכיר בנישואין אזרחיים. מכאן, ברק הפעיל את **שיטת הפוינטר**: לשאלת הנישואים נפעיל משפט אזרחי (משב"ל פרטי) ולשאלת המזונות נפעיל דין דתי. וקובע, שמאחר שתוקף המזונות הוא עד חיוב הגט, אם עולה שהגט ניתן כי ביה"ד לא מכיר בנישואין לפי המשב"ל, יש להתעלם מחיוב הגט. בכך ברק יצר מעין יצור כלאיים בין הדין הדתי לדין האזרחי.

**במקרה דנן**: ביה"ד נתן את החיוב כי היחסים התמוטטו ולכן המהלך נשאר בצ"ע.

**ניתוח פסה"ד**: העילה של התמוטטות הקשר צריכה לעלות חשד כי ביה"ד לא משתמש בעילה זו לגירושין (היא עילה אזרחית ולא הלכתית). לכן ניתן לקבוע שהוא השתמש בה רק כדי להצדיק חיוב גט כי הוא לא מכיר בנישואין אזרחיים. אולם ברק האמין לביה"ד, מכמה סיבות:**(1)** השיטה הברקית- להציג מהלך מורכב באוביטר וליישם רק בהמשך. **(2)** התפרקות היחסים- אולי העילה באמת אמיתית מאחר שבני הזוג חיו בנפרד כל השנים (לא בטוח שמדובר על זלזול של ביה"ד במשב"ל) ולכן לא מגיע לאישה מזונות. **(3)** אם ניתן מזונות זה תמריץ לאישה לסרב להתגרש.

*שיעור 16- 17/5/22*

חשוב לציין: גירושין בנישואין אזרחיים חייבים להיות בביה"ד הרבני, לפי חוק השיפוט והלכת כהנא.

**מה האופי של מזונות אזרחיים מכוח דיני החוזים ועקרון תו"ל?** בעוד שבדיני מזונות מכוח הדין הדתי אנו מכירים את ההיקף, את טענות ההגנה, מתי הם מפסיקים (חיוב בגט), בכל הנוגע למזונות אזרחיים – לא ידוע. לא נכתבו כללים לגבי אמות המידה של המזונות, והכי מטריד – עד מתי. מה נעשה?

שתי אפשרויות:

1. **אם נאמר שעד חיוב הגט**- לא עשינו כלום. מעכשיו בעלים ירוצו ויקבלו מביה"ד חיוב גט ואז המזונות יפסיקו בו ברגע.
2. **אם צולח את חיוב הגט**- אז עד מתי? לנצח? כי מזונות דתיים זה עד גט או עד חיוב גט.

ברק לא השתמש בתשתית שיצר, הנושא לא התקדם. בשנת 2005-2006, הייתה סדרה של 4 פס"ד של ברק, כולם עוסקים בנושאים אלה.

*פלונית המזונות האזרחיים*- ברק פתח את הפתח להכרה במזונות אזרחיים.

בני זוג אזרחים ותושבי ישראל (קופצים), מהסוג אידיאולוגים, שמתחתנים בקפריסין בנישואים אזרחיים. כעבור זמן הם נפרדים והאישה תובעת מזונות. המחוזי דן לפי 3 הגישות של המשב"ל הפרטי בשאלה מי נשוי לגבי 'קופצים': לפי **שוואה**- מאחר שאין לקונה בחוק, יש ללכת לפי הדין הדתי שלא מכיר בנישואין אזרחיים, לכן הזוג לא נשוי 🡨 לא מגיע לה מזונות. **זוסמן**- תלוי במקום עריכת הטקס. בקפריסין מכירים בטקס זה, ולכן הנישואין תקפים. מאחר שעוד אין חיוב בגט 🡨 מגיע לה מזונות. **ויתקון**- יש הבחנה בין כושר לבין צורה. כושר- מקום המושב המקורי, לזוג זה יש כשרות בישראל. צורה- עריכת הטקס. ולכן יש תוקף לנישואין 🡨 מגיע לה מזונות. **פורת פוסק לפי שוואה** וקובע שהזוג לא נשוי ולכן האישה לא זכאית למזונות. **\***אין הרבה פסקי דין מהסוג הזה, בדר"כ מוכרע בדיני הידועים בציבור. קביעה מרעישה, זו הגישה הכי מצמצמת!

זה מגיע לערעור לעליון: **ברק** (בהמלצת פרופ' ליפשיץ) משאיר בצ"ע את המהלך שעשה **בפס"ד שמואל.** ונותן מזונות לא מכוח הדין הדתי, אלא מכוח הטקס האזרחי שמטיל מחוייבות שמבוססת על דיני החוזים ועקרון תו"ל. (הנימוק: מי שהתחתן בנישואין אזרחיים, מראה שיש לו בעיה עם ההלכה ולא עם המחוייבות). הביקורת של ליפשיץ שיש להיזהר מלהטיל מחויבות על מי שלא רצה אותה, לא רלוונטית כאשר הייתה לבני הזוג כוונה לשאת באחריות; כאן, הם פשוט לא רצו את הדין הדתי לכן אפשר לתת את המזונות בלי החששות שהיו במוסד הידועים בציבור). במקרה הספציפי, ברק מחזיר את התיק לביהמ"ש המחוזי שיישם את העקרונות שלו.

ברק ממשיך עם קביעות מרעישות:

* *פס"ד בן ארי*- ברק קבע שגם בני זוג מאותו מין אפשר לרשום במרשם בלי לבדוק את תוקף הנישואין (מה שהיה בפונק שלזינגר בין יהודי ולא יהודי, עשה גם כאן).
* *בע"מ 9607/03 פס"ד ירושה*- בני זוג, נישואין מעורבים (יהודי ולא יהודי) עם ירושה. ברק אמר שזוסמן לא צודק, ומבלי להכריע במשפט הבינלאומי פרטי, קבע שאפשר לתת **ירושה** מכוח נישואין אזרחיים.
* *בג"ץ 2232/03 הלכת בני נוח*- חידוש על חידוש- חידוש של ביה"ד, ועליו מתלבש חידוש של ברק.

רקע: זוג מתחתן בנישואין אזרחיים (קופצים). הגבר מגיש תביעת גירושין **בבית הדין**, וכורך את עניין המזונות. (לפי **הלכת כהנא**- נישואין וגירושין של יהודים בישראל חייבת להיות בבית הדין בישראל). כאמור יש שלוש גישות של הדין הדתי לנישואין אזרחיים (לפי אחת הם לא תקפים, לפי שנייה לא תקפים אבל נותנים גט לחומרה ולפי שלישית נותנים גט מספק), בתקופה זו, הרב דיכובסקי הוביל את הגישה שהנישואין לא תקפים ולכן לא צריך גט (זאת מאחר שלפי הדת צריך כוונה להינשא כדת משה וישראל, ובנישואין אזרחיים אין).

פה דיכובסקי נתקל בבעיה- יש לביה"ד מונופול על ענייני נישואין וגירושין. אם האנשים לא יקבלו גט מביה"ד, הם יהיו בבעיה, כי לפי המשפט הישראלי הם נרשמו כנשואים במרשם, ואם הם יתחתנו שוב ללא גט רישמי, הם יעברו את עבירת הביגמיה. התוצאה- הם ירוצו לביהמ"ש לענייני משפחה והוא יתיר את הנישואין כי אין ברירה. הוא יבין שהוא צריך לקחת על עצמו את הסמכות לגרש את בני הזוג. זה למעשה יהיה גול עצמי של דיכובסקי = הוא יעביר את הסמכות הייחודית בגירושין של ביה"ד לביהמ"ש (ייסד את הנישואין האזרחיים בביהמ"ש). לכן הוא בחר במהלך הבא: **רקע למהלך**- בעבר המחשבה הייתה שעל היהודים חלים תרי"ג מצוות (ההלכה) ועל לא יהודים (גויים) חלות 7 מצוות בני נוח, שאחת מהן היא אשת איש; לפיה, גוי שרוצה להתגרש, לא חייב להתגרש בבי"ד רבני, אבל צריכה להיות פרוצדורה רישמית של התרת נישואין בטרם נישאים בשנית. מכאן שהגירושין של הגוי צריכים להיות לפי שבע מצוות בני נוח, והגירושין של היהודי צריכים להיות ע"י גט.

**המהלך**: הרב חידש וקבע שזה לא נכון. חלים על היהודים 2 מערכות- גם 7 מצוות בני נוח וגם כל ההלכה היהודית. כך שהתרת הנישואין של יהודי תהיה לפי ההלכה או לפי כללי בני נוח. אם הנישואין הלכתיים- באמצעות גט (שטר של "גט", אשמה); אם הנישואין אזרחיים- ביה"ד יתיר באמצעות "כללי בני נוח", כללים אזרחיים שמייבא מארה"ב (בודקים אם נפרדו, והקשר התמוטט באופן בלתי הפיך). **הפיתרון- לא צריך גט, אלא התרת נישואין, ולכן לא צריך מזונות** (אין את התקופה עד הגט שצריך לשלם בה מזונות מאחר שאין גט). *לגבי הרכוש*, אם תהיה כריכה דנים בזה לפי דיני הרכוש הרגילים.

האישה מגישה **בג"ץ**: היא טוענת 4 טענות כנגד ביה"ד: **(1) מישור הסמכות**- לבית הדין לא צריכה להיות סמכות בנישואין אזרחיים והסמכות צריכה להיות רק לביהמ"ש; **(2)** בהנחה ויש סמכות, **מישור הדין**- על ביה"ד להפעיל אמות מידה דתיות, לפי הדין הדתי (כך שחייב לתת לה מזונות). רוב הדיינים לא היו מקבלים 'התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר' כעילת גירושין; **(3)** בהנחה וטענות 1ו2 נדחות, **בטלות הכריכה**- ביה"ד לא יתייחס ברצינות לעניינים הכרוכים (מזונות ורכוש), כי הכריכה לא כנה- ביה"ד לא מכיר בנישואים שלהם, אז ברור שלא יתן מזונות. לכן גם אם דן בגירושין, במזונות יש לדון בביהמ"ש. **(4)** בהנחה וטענה 3 מתקבלת, כך שביה"ד לא יכול לדון במזונות, היא מבקשת **שבג"ץ יתן לה מזונות,** לאחר התרת הנישואין.

ברק עונה על הטענות: **(1)** **טענה 1 נדחתה**. לפי *הלכת כהנא ופורר,* וגם לפי החוק, ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל יהיו בביה"ד הרבני; **(2)** **טענה 2 נדחתה**- לא הגיוני לבקש מבג"ץ שיאשר לביה"ד להפעיל דיני גירושין דתיים. מבחינת ברק, יש להחיל על כולם את הכללים האזרחיים. לכן לא יתמוך בהחלת דין דתי. במקרה הזה, ברק מכבד את פסה"ד כי הוא נבע באמת מהרצון להגשים אמות מידה אזרחיות. הוא מאמין לרב שהפעיל את הכלל של התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר, כי הוא מאמין בקונספט של בני נוח והמדיניות נראית לו מאוד הגיונית. אולם הוא מעלה **כוכבית-** בג"ץ יתערב ויחייב להפעיל דין דתי במקרה בו דיין מזלזל בנישואין אזרחיים, לא עושה את הבדיקות אם הקשר באמת התפרק, ופוסק אוטומטית חיוב בגט. בג"ץ לא יתערב רק כאשר באמת מייחסים חשיבות לנישואין ומפעילים עליה אמות מידה אזרחיות. **במבחן**- במקרה בו ביה"ד קובע שחיים בפירוד והקשר התמוטט ולכן הוא התיר את הנישואין, והאישה הגישה בג"ץ, נגיד שבג"ץ ידחה את זה. אבל אם ביה"ד כתב ש"לנוכח הנישואין הם בעלי מעמדם של רווקים", נענה שזה מראה שהדיין מזלזל בנישואין האזרחיים ולא מאמין באמות מידה אזרחיות ולכן במקרה כזה, לפי ברק, בג"ץ כן יתערב ויחייב להפעיל דין דתי. **(3) מקבל את טענה 3**- ברק קובע שאי אפשר לכרוך לתביעת גירושין אזרחיים עניינים נוספים בשל שיקולי חוסר תו"ל. ברור שביה"ד לא יתן מזונות, כי הוא לא מכיר בנישואין. ברק לכאורה קובע הלכה גורפת: לעניין הרכוש והמזונות לא ניתן לכרוך לתביעת גירושין אזרחיים בבית הדין, כי הכריכה לעולם לא תהיה כנה. ובנוגע למשמורת משאיר בצ"ע; אולם הדיין יאמר שיש קונסטרוקציה דתית מורכבת, שאם היא תתקיים הכריכה תהיה כנה והוא יפסוק מזונות בנישואין אזרחיים. התייחסותם של 2 דיינים לטענה: *עמיחי רדזינר*- פס"ד מניפולטיבי. ברק עשה את הקונסטרוקציה כדי להשאיר את המזונות לאישה, אבל לא סביר שיהיה דיין שיזלזל בנישואין אזרחיים. כך שברק רק פתח את הפתח להגיד שהוא יתערב, אבל זה לא יקרה. *אבשלום*- הוא התכוון לזה ברצינות. **במבחן**- אם יש שאלה על בני נוח, להתייחס להסתעפות הזאת. **(4) מקבל את טענה 4**- ברק קבע לה מזונות משקמים, מכוח דיני חוזים ועקרון תו"ל, בהתקיים 3 תנאים: 1. לא תלוי מגדר- גבר או אישה; 2. לא תלוי באשמה- על בסיס צורך, גם אם עזבתי אותך אבל אני תלוי בך כלכלית אז יהיה מזונות; 3. תקופה מוגבלת- המזונות יכולים להימשך גם אחרי הפרידה, אך לתקופה קצובה שנועדה לאפשר התאוששות כלכלית למי שהיה תלוי באחר, לא לנצח.

בני זוג באותו מין שהתחתנו בנישואין אזרחיים:

*פס"ד בן ארי*- בני זוג מאותו מין שהתחתנו בנישואין אזרחיים, ורוצים להתגרש. מגיעים לביה"ד הרבני.

* **זכויות כלפי צד ג'**- ברק קבע שגם בני זוג מאותו מין אפשר לרשום במרשם בלי לבדוק את תוקף הנישואין. לכן מקבלים זכויות כזוג נשוי.
* **זכויות כלפי עצמם**- 1) גירושין: ברור שאף דיין לא יתיר נישואין מכוח בני נוח בין הומואים. לכן נפנה ל2 גישות: **א.** להגיש בקשה לביה"ד להתרת הנישואין, להידחות על ידו, ואז לחזור לביהמ"ש שיעשה זאת. **ב.** לחסוך את הטרחה, יש לפנות ישירות לביהמ"ש. 2) רכוש: נפעיל חזקת שיתוף. ירושה: לפי **זוסמן** יקבלו ירושה מכוח המרשם או מכוח היותם ידועים בציבור (אם חיו ביחד עד הרגע הסופי); **פרשנות תכליתית** של ברק- לפרש את המילה "נשוי" כידוע בציבור. 3) מזונות- יקבלו מזונות משקמים. במבחן: אחרי התרת הנישואין בן הזוג שהיה תלוי כלכלית בשני יגיש בקשה למזונות מכוח קריטריונים אזרחיים. הוא יטען שכאשר עשו טקס אזרחי, הייתה הסכמה מכללא שהם יהיו חייבים במזונות משקמים, מכוח עיקרון תו"ל ודיני החוזים. יוסיפו שהיעדר מגדר לרבות 'העדר תלות בנטייה מינית', וזה יגשים את עיקרון תו"ל שמכוחו מעניקים מזונות משקמים.

אפשר להשתמש בהיגיון של ברק גם כשמדובר בגירושין בהסכמה: במצב בו בני זוג התחתנו בנישואין דתיים. התגרשו בהסכמה. אולם היא תלויה כלכלית בבעל, לא עבדה, אין לה איפה לגור. אם היא מגישה תביעה למזונות אחרי הגט, לפי ההלכה היא לא זכאית.

**המהלך של ליפשיץ:** ברק לימד בפס"ד מזונות אזרחיים- שמזונות אזרחיים מגיעים רק למי שהתחתן בנישואין אזרחיים. אבל אפשר לשנות את הקביעה שלו: למרות שהיה נישואין דתיים, נוצר גם חוזה מכוח דיני החוזים ועקרון תו"ל, שאמר שגם אם ניפרד, לתקופה מסויימת מתחייבת תמיכה כלכלית האחד בשני. נוצר חוזה, האישה הייתה תלויה בגבר. ולכן יש שני מעגלים: 1) נישואין דתיים עד הגט, ואם לא- 2) מחוייבות ותמיכה במזונות משקמים מכוח דיני חוזים ועקרון תו"ל. אמנם מתגרשים לפי דין דתי, אבל אם הייתה תלות כלכלית אולי אפשר גם דין אזרחי.

*שיעור 17- 19/5/22*

**דיני הגירושין**

סמכות ייחודית לביה"ד הרבני, חל הדין הדתי. כאשר ישנו חריג מצומצם של 'חוק התרת נישואין'- המתיר לבית המשפט לדון במקרים מיוחדים של חסרי דת או אנשים מדתות שונות (ביהמ"ש שולח שאלה לביה"ד הדתי שלהם כדי לבדוק אם צריך התרת נישואין, ואם לא צריך התרה- המקרה עובר לביהמ"ש לענייני משפחה). בכל השאר אין הסדרה אזרחית.

**הדין הדתי**

נוצרים:

* **קתולים-** אין גירושין לפי הקתולים, מתוך האמונה כי נישואין הם "סקרמנט"; מה שחיבר האל, לא יפריד האדם. עם זאת, יש 2 פתרונות שמהווים תחליף גירושין; **(1)** צו פרידה קבועה- אמנם לא מתגרשים (כך לא ניתן להתחתן בשנית) אך נוצרת הפרדה, ניתוק של הקשר והמחויבות שלו. **(2)** בטלות נישואין- לקבוע שהנישואין לא היו תקפים מלכתחילה. בקתוליות ההגדרה של קרבת משפחה מאוד רחבה (עד בן דוד רביעי), וכשמתחתנים לא בודקים את אילן היוחסין, אבל כשרוצים להתגרש כן בודקים. יש הליכים רחבים שמאפשרים סיום של הקשר.
* **בפרוטסטנטיות**: יש גירושין. אבל זה לא אפיק קל. צריך עילת גירושין והסכמה של שני בני הזוג לא מספיקה, אלא אם כן יש אשם וחף מפשע.
* **זרמים אורתודוקסים בגרסאות שונות**:הסכמה היא עילת גירושין, כשאחד רוצה והשני לא ביה"ד ינהל הליך על בסיס עילות גירושין שמבוסס על אשמה.

מוסלמים: קיים פער בין הזכות של הגבר לזכות של האישה- הגבר יכול לגרש את אשתו גם אם אין לו עילת גירושין: לא צריך שטר גט, אלא אומר אמירה מסויימת 3 פעמים 🡨 והיא מגורשת. אין כללים שמונעים ממנו לעשות את הפעולה של גירושין.

**אולם,** השאלה האם המהלך היה ראוי או לאו יבוא לידי ביטוי בהיבט הרכושי. כאשר בני זוג מוסלמים מתחתנים יש שני סוגי מוהר: **1)** מוהר מוקדם- סכום כסף מזומן שהבעל נותן לאישה/למשפחתה בנישואים; **(2)** מוהר מאוחר- דומה לכתובה, התחייבות שהבעל יתחייב לאישה במקרה של גירושין שלא באשמתה. (אם יש עילה, האישה תפסיד את המוהר המאוחר). המוהר המאוחר יוצר לאישה המוסלמית סוג של הגנה, אבל עדיין זו פעולה חד צדדית; לאישה אין זכות טבועה להתגרש, אלא היא צריכה לשכנע את ביה"ד שהבעל התנהג כך שמצדיק לדרוש את הגירושין. הכלל הבסיסי קשיח – יש עילות גירושין מוגדרות שרק בהתקיימותן האישה יכולה לדרוש את הגירושין הכלל הבסיסי קשיח – יש עילות גירושין מוגדרות שרק בהתקיימותן האישה יכולה לדרוש שהבעל יגרש אותה (בדומה ליהדות, עילות שמבוססות על הפרת חובות הנישואין- לא פירנס, נהג בה לא בסדר וכו'). האמירה: "אני לא רוצה אותך" לא תספיק.

\*יש לציין שלפני 30-40 שנה הייתה התפתחות חציה דתית וחציה אזרחית במצרים, ובו בית הדין אישר לאישה ליזום באופן חד צדדי את הגירושין בטענה שהיא לא רוצה יותר. ברם, רוב בתי הדין השערים בארץ לא נוהגים כך באופן רווח.

יהודים:

בדין התלמוד (דין מוצא שמקובל על כל היהודים)- עמדת המוצא היא חד צדדית (מפלה) בנושא הגירושין. המשנה עומדת על כך **שאין שוויון בין דין האישה והגבר**- לא ניתן להכריח את הגבר לתת את הגט, ואם יכריחו אותו הגט פסול. הוא מתגרש רק מרצונו. אבל האישה מתגרשת גם אם היא רוצה או לא רוצה.

**עם זאת,** העובדה שהאיש יכול לגרש את האישה בעל כורחה, לא אומר שתמיד יכול לעשות זאת. מתי מותר לו? יש מחלוקת: **(1)** בית שמאי- כתנאי לגירושין, על האישה לבגוד ואזי הגבר יוכל לגרשה. **(2)** בית הלל-ישנן טענות נוספות מעבר לבגידה, למשל חוסר תפקוד. **(3)** ר' עקיבא- *"מכל סיבה ומכל גחמה"-* הגבר לא צריך את הסכמתה של האישה ולא צריך עילת גירושין, אלא עצם רצונו מספיק כדי לגרש את האישה. ואם האישה רוצה להתגרש, לפי המשנה היא צריכה את הסכמתו 🡨 **העמדה מקובלת.**

*\*\*בתלמוד יש עילות מוגבלות שאם מתקיימות*, ביה"ד יכול לכפות על הבעל לתת גט ע"י שימוש באמצעים אגרסיביים (מכים אותו עד שיאמר "רוצה אני"; כיום זה כליאה). בדר"כ העילות קשורות ליכולת של הבעל לקיים יחסי מין או להוליד, או אם התנהגותו מסכנת את האישה, למשל אם הוא חולה (בהמשך יתווספו עילות של אלימות ובגידה בה). לזכור: זה חייב להיות בי"ד. **ואז נאמר מבחינת ההלכה**: 1) גט שניתן ללא רצונו של הבעל פסול. 2) עם זאת, אם ביה"ד כפה על הבעל לתת את הגט מעילות הלכתיות מותרות, הגט יהיה כשר.

במהלך הדורות, חכמי ההלכה לא אהבו את זה ופעלו בשני כיוונים ע"מ לשנות את המציאות לעיל:

1. **כיוון אשכנזי:**

רבינו גרשום (התקין תקנה שאסרה על הביגמיה), מתקין עוד תקנה לפיה **אסור לגרש אישה בעל כורחה**. כך שאומר שכמו שלאישה אין זכות טבועה להתגרש, כי היא צריכה עילת גירושין, כך גם הגבר יהיה צריך עילה. לא מקל על הנשים אלא מקשה על הגברים. מנסה ליצור שוויון.

למה למרות החרם אין שוויון מוחלט? הדבר יוצר מס' בעיות:

1. **פגיעה באוטונומיה**- הוא החריף את הבעיה, עכשיו זה לא בעיה רק של גברים, אלא גם של נשים. אם חשוב אוטונומיה, אז הפתרון הוא בעייתי, שולל לשניהם.
2. **בעיה בשוויון**- נוצרו פערי כוחות.
3. עילות גירושין שונה בין גבר לאישה- הדוגמא המובהקת היא היחס להתנהגות מינית לא הולמת- לאישה בגידה זה עילת גירושין חד משמעית ללא נסיבות מקלוץ בעוד שלגברים, גם אם הרחיבו את העילות, יראו בבגידה חד פעמית כסוג של מעידה; עילת גירושין תהיה רק אם הבגידה רצופה. סטנדרט מיני כפול.
4. יש הבדל בחלופות הדתיות- אם כופים על גבר לתת גט, והוא בורח, האישה תהיה עגונה. בפועל, אין יכולת להתיר נישואין של אישה שלא קיבלה את הגט פיזית מהגבר. מחייבים אותו, אבל אם לא יתן- לא יהיה גירושין. ואם אישה ברחה, או התנהגה לא בסדר ומחייבים אותה לקבל את הגט- יש היתר מהרבנים, אמנם לא רווח, אבל ההלכה כן מאפשרת לאיש נישואין חדשים.
5. פערים ביחס ההלכתי לחלופות החילוניות לגירושין- אם גבר חילוני רוצה להתגרש מאישתו ללא כל עילת גירושין הוא עדיין יכול להתגרש ממנה לפי רבי עקיבא (הדין התלמודי). אבל מאז חרם דרבנו גרשום צריך עילת גירושין גם לגבר! הוא לא יוכל להתגרש כי אין עילה וגם לא יקבל היתר נישואין כי האישה התנהגה בסדר. אבל אם האדם לא דתי, אלא חילוני – הוא יכול לחיות עם אישה חדשה כידועים בציבור [הכלל הוא שאפשר להיות נשוי לאדם אחד וידוע בציבור לאחר, ורק בירושה יש איסור]. ואם יהיו להם ילדים הם לא יהיו ממזרים (ממזר זה רק ילד לאישה נשואה) והגבר לא יסבול מגינוי חברתי משמעותי. **אך אם זאת אישה שעושה אותו דבר**- הגינוי החברתי יהיה גדול יותר, צעד בעייתי מבחינה חברתית. וגם מבחינת ההלכה- הילד שלה יהיה ממזר, לא יוכל להתחתן בישראל.
6. **כיוון ספרדי:** מנסה להקל על שני הצדדים.

רקע הלכתי: יש 4 חלופות לביה"ד שיכול לעשות לתביעת גירושין: 1) **דחיית התביעה**- לדחות אותה, 2) **מצווה לגרש**- זה יהיה צודק מבחינה דתית, אבל אין עילה כדי לחייב. 3) **חובה לגרש**- חובת משפטית, לא עושים כפייה פיזית (אין כלא), אבל יש כלים הלכתיים מסויימים שניתן להשתמש בהם. כיום חובה כזו יכולה להפסיק מזונות אישה אם היא הסרבנית, ולהקפיץ לגבר את סכום המזונות אם הוא הסרבן. ויכול להשפיע על החלת רבינו תם, שנדחה. וגם לגבי כתובה. 4) **כפיית גט**- ביה"ד כופה על אדם להתגרש באמצעים אגרסיביים. ניתן לשים את האדם בכלא עד שיתן את הגט.

רקע היסטורי: צעד אגרסיבי של כפיית גט על הבעל.

**המוסלמים כבשו את בבל.** בתקופת הכיבוש, יש סמכות מקבילה; מחד מכירים בסמכויות השיפוט של ביד"ר ומאידך בתי הדין המוסלמיים "נותנים שירות" ליהודים. כך נוצר מצב שאם אישה היא "מורדת" (לא רוצה את בעלה, הוא מאס עליה) והיא תפנה לביה"ד הרבני כי היא רוצה להתגרש, היא לא תקבל את הכתובה, כי מרידה לפי התלמוד מהווה טענת ההגנה של הבעל כשהאישה רוצה להתגרש. אולם היא תוכל לפנות לבית הדין המוסלמי, שיכפה על הבעל באופן פיזי לתת את הגט אם לפי הכללים המוסלמיים ניתן להכריח אותו. 🡨 התוצאה קשה: היא אשת איש, שנישאה בשנית לא לפי ההלכה, ולכן יהיו לה ילדים ממזרים.

**הגאונים**, חכמי בבל, חששו ממצב זה ולכן מוסיפים עילת גירושין שלא מעוגנת בהתנהגות של הבעל: אם האישה מאסה בבעלה (לא רוצה לחיות איתו יותר) היא יכולה להתגרש ממנו 🡨 תקנה רדיקלית. ואז אמנם במצב זה האישה תפסיד את הכתובה שלה, אך עצם המאיסה שלה בו, **מאפשרת לכפות על הבעל לתת את הגט** (ביה"ד הרבני יכפה עליו).

**הרמב"ם** חי במצרים בתקופה בה המוסלמים חוזרים לכבד את האוטונומיה היהודית. התקנה של הגאונים היא בנסיבות מסויימות, שמוגבלת לזמן ומקום מסויים. לכן הרמב"ם כותב הלכה אוניברסאלית: הוא פותח במילים "כבר תיקנו הגאונים". אך במקום לנמק את ההלכה כטיעון פרקטי הוא מנמקו כטיעון ערכי- לא ניתן להשאיר את האישה שבויה בנישואין שלא רוצה בהם. מכאן, חלה **תקנת המורדת** והתחילו לפסוק על פיה. לא הייתה בעיה של סחטנות גט יותר, **אבל התקיפו את הלכת המורדת, לפי 3 נימוקים:**

1. טענת חוסר סמכות- אפשר להתקין רק בעניינים רכושיים אבל לא בענייני איסורים שהוא בגדר דיני נפשות וכנגד דין התלמוד.
2. הלכת המורדת המקורית קורית במקביל לחרם דרבינו גרשום. כולם אימצו את החרם, שאסור לגרש אישה בעל כורחה. אם יקבלו גם את התקנה- האישה יכולה למאוס בבעלה מבלי להתגרש ממנו. אי אפשר לקבל את שניהם, צריך לוותר על ההלכה (בנימה צינית: אחרת יהיה פער לטובת נשים וזה לא יעלה על הדעת).
3. חתירה תחת מוסד הנישואין- אם פוסקים לפי התקנה, כך שהאישה תוכל להתגרש מבעלה אם היא מואסת בו, עולה החשש להפוך את הגירושין לקלים מידי בכלל, וע"י נשים בפרט. נישואין מבוססים על היררכיה 🡨 אי השוויוניות חשובה כדי לשמר את היחידה המשפחתית. הטענה היא שנישואין הוא מוסד יציב, כי קשה לצאת ממנו, ונישואין יציבים מייצרים סדר חברתי. כך שאם נהפוך את היציאה מהנישואין למשהו קל, ולנשים בפרט, משהו בסדר החברתי יתערער. חלק מזה בעולם ליבראלי רוצים לשמר את הגירושין כסעד, מצד שני לא רוצים להתיר גירושין כ"כ מהר.

**בעקבות ההתקפות הללו,** למעט עדות נדירות שממשיכות לפסוק לפי תקנת המורדת, היא נשחקת. ברם, מכפיית גט 🡨 עוברים לחיוב בגט.

במשך השנים התפתחו קטגוריות ביניים, שיש חובה הלכתית לגרש. לחובה יש משמעויות משפטיות וחברתיות- אם היה בעל שאי אפשר היה לכפות עליו לתת את הגט, **רבינו תם** עשה סנקציות קשות- "הרחקות רבינו תם" (לא יעשו איתו מניין, לא עסקים, ינדו אותו מהקהילה וכו'), עד שהיה נותן את הגט 🡨 חיוב בגט.

**במהפכה הצרפתית** "חירות, אחווה, שוויון" בסוף המאה ה-18. השלטון הצרפתי ששלט על היהודים במרוקו, טוניס אלג'יר וכו', נתן זכויות פרט ליהודים אבל לקח להם את האוטונומיה של השיפוט ההלכתי. כך שאם אישה רוצה גט כי היא מאסה בבעלה, והוא סרבן, היא תוכל לפנות לביה"ד המקומי שיגרש אותם.

**הרב קאלג'י** תיקן **תקנת 18 חודשים.** תקנה סימטרית: אם גבר או אישה רוצים להתגרש, והם חיים בפירוד 18 חדשים; וביה"ד התרשם שהקשר התמוטט, לביה"ד יש סמכות לכפות או את הגבר או את האישה (מי שמסרב להתגרש).

רציונאל: התקנה מנסה לאחוז את 2 הקצוות של הדיון- מצד אחד לא להוזיל את מוסד הנישואין (למנוע יציאה קלה ממנו), ומצד שני, אף אחד לא יסחוט את השני כדי להישאר בנישואין לא רצויים. כבר בתחילת המאה ה-18, הנקודה היא שזה לא גחמה, לא אוטומטית, צריך לבסס שהקשר אכן מתמוטט. מזכיר את הטרמינולוגיה שהייתה במשפט האזרחי מאות שנים קדימה (1970-1980) מקדים את זמנו.

**המצב בפועל בבית הדין בישראל**

הסמכות הייחודית בנושאי הגירושין היא לבתי הדין הדתיים. לפחות בעבר, הגישה הדומיננטית הייתה מחמירה כמעט לא היו פסקי דין של כפיית גט, אלא רק חיוב גט. למה?

בציבוריות הישראלית יש בלבול מאוד משמעותי בין "עגונות" ל"מסורבות גט"

* **עגונות**- אישה שהבעל שלה ברח ולא ידוע איפה הוא, או חס וחלילה נעדר (רון ארד וכו'). יש מסורת הלכתית ארוכת שנים של **ניסיון לסייע להן**, ואין לגביה מחלוקת אידיאולוגית, ידוע שעגינות הוא מצב טראגי, ויש לאישה זכות לתבוע את הגירושין. אם יש הבדלים בין הדיינים- זה במידה בה מרחיקים לכת בשימוש בכלים של החיוב בגט.
* **מסורבות גט**- הבעל נמצא וידוע. אומר בפירוש **שלא מוכן לתת לאישה את הגט**. לפעמים חלק מהוויכוח הוא של "איזה כלים ניתן להשתמש" ולעיתים ויכוח אידיאולוגי- "האם באמת יש לאישה זכות לתבוע את הגירושין". ואן יש נק' מורכבת- מה אמות המידה של לתת פס"ד של כפיית גירושין.

פסקי דין של כפיית גט (במבט של מסורבות גט) מאוד נדירים, כי: 1) טיעון אידיאולוגי- לא הפנימו שיש לאישה זכות להתגרש במצב של מסורבת גט, 2) טיעון פרקטי- לא הפנימו שאם הקשר מתמוטט, אז לא הגיוני להחזיק את האנשים בכוח. ולכן **כמעט ולא נתנו כפיית גט אלא חיוב גט. לעיתים השתמשו בהלכת המורדת.**

*שיעור 18- 23/5/22*

**דיני גירושין במשפט האזרחי**

חקיקה:

שני חוקים אזרחיים שנותנים כלים לביה"ד הרבני.

* + - * 1. *חוק שיפוט בתי דין רבניים* (החשבד"ר)- החוק יוצר פרוצדורה שמאפשרת לכלוא את סרבני הגט, ובכך נתן לביה"ד אפשרות לאכוף אם נתן פס"ד של כפיית גירושין. אך כאמור, הבעיה היא שהם נדירים. הטריגר להפעלתו הוא פס"ד לכפיית גט.
        2. *חוק בתי הדין הרבניים קיום פסקי דין של גירושין*- שיפר את המצב. מאפשר לעשות שימוש בהרחקות של רבינו תם [ייצר מנגנונים חברתיים להפעלת לחץ על סרבני גט, במקרים שהם מסווגים כחיוב גט]. אם מישהו חי בקהילה ועושים עליו חרם, זה מאוד משמעותי. ס'2 לחוק קובע מנגנונים משפטיים אזרחיים, מבוססים על טכניקה הלכתית של החרם, אבל בעלת משמעות אזרחית, למשל יציאה מהארץ, קבלת דרכון, חידוש רישיון נהיגה וכד'. כאן זה פס"ד של חיוב גט. 🡨 חלק מהרבנים מוכנים לקטגוריה של חיוב יותר מבעבר, ולאמץ במפורש או במשתמע תפיסה שמזכירה את זו האזרחית, פרקטית – אם הקשר הרוס, אין מה לתקן (דומה לעילה של התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר).

**מאחר שביה"ד כמעט לא משתמש בכלי של כפייה,** **לכן אין כמעט חקיקה אזרחית שמאפשרת כפייה, הכל תלוי בהתנהלות של בתי הדין.**

פסיקה:

היינו מצפים שאם הביקורת הייתה שביה"ד לא עוזר מספיק למסורבות הגט (לא מקבלים באופן גורף את המדיניות האזרחית, שמאפשרת כמעט תמיד לאדם שרוצה להתגרש לעשות כן כי לא מאפשרים פסקי דין של כפיית גט), **אז עיקר ההתערבות תהיה בלהרחיב את הכלים של בתי הדין**.

אולם מפתיע שפסקי דין מרכזיים שעסקו בנושא, התמקדו בתלונות של בעלים סרבנים על כך שביה"ד פועל נגדם באמצעות כלים שלא הוקנו לו בחוק (ע"י כלים הלכתיים).

הטענה: צריך לתת מקום לביה"ד לפתח את הכלים ההלכתיים; 'ביה"ד' זה לא מושג מדינתי, אלא הלכתי. כך שלמרות שבביה"ד יש דיינים של המדינה, זה לא מוריד מהמעמד שלהם כבעלי ידע תורני הלכתי רב.

כנגד הטענה: ישנה סדרת פסקי דין שמראה את הדילמה של העליון: *מצד אחד*, לחנך את ביה"ד כך שהוא לא עובד באופן עצמאי וכפוף למדינה ולחקיקה. *ומצד שני*, לסייע למסורבות הגט.

*פס"ד רוזנצוויג*- בעל שהוא איש רע מאוד ומתעמר באשתו. אישתו רוצה להתגרש בביה"ד. המקרה היה על הגבול ההלכתי של כפיית גט (אפשר לכפות אבל יש חששות) ולכן הדיין מוצא שיטה אחרת שקיימת בהלכה ע"מ לעזור לאישה. משתמש ב"מזונות הפחדה" (נותנים מזונות יותר גבוהים מצרכי האישה). אומרים לגבר שאם לא יתן גט, הוא ישלם מזונות כסוג של 'קנס'. בעיה, כי הגט עלול להפוך ל'גט מעושה', אולם ניתן לעשות בכלי זה שימוש, אם יש תשתית עובדתית להחלת כפייה פיזית. לכן משאיר את המזונות לאישה.

בג"ץ: **אין לביה"ד סמכות לקבוע מזונות הפחדה**. ולא רק, הוא גם טוען שהוא לא השתכנע שהיה שהרציונל של מזונות הפחדה התגשם במקרה הזה- לאישה היו הרבה צרכים והסכום היה סביר.

ההלכה: אסור לעשות מזונות הפחדה.

ליפשיץ: התוצאה הספציפית לא טובה. כי לטווחים רחוקים, הקביעה לא מאפשרת לביה"ד לפתח את הכלי של מזונות הפחדה.

*פס"ד גז*- שני בעלים יהודים לא ישראלים, סרבני גט. בשני המקרים, בני הזוג התחתנו בנישואין אזרחיים ודתיים, התגרשו באזרחיים והבעל לא רוצה לשתף פעולה עם הגירושין הדתיים. ביה"ד הרבני מפעיל כלפיהם סדרת סנקציות אגרסיביות שקשורות **לרבינו תם**, למשל עושה להם ביוש באינטרנט, להפסיק דוקטורט מהאונ', לא לקבור אותו כשימותו ע"י חברת קדישא וכיו"ב. הסרבנים פונים לבג"ץ וטוענים שאלו כלים שיש להם מקור בהלכה, אבל זה מחוץ לסמכות של ביה"ד.

**בג"ץ נחנק!** מצד אחד כל הפרוייקט לחנך את ביה"ד אמור להוביל אותו לקבל את העתירות, כי ביה"ד עושה שימוש בכלים הלכתיים שלא מעוגנים בחוק. מצד שני, בג"ץ רוצה להוביל לתוצאה של גט, וביה"ד מכוון לשם, פשוט בדרך הלכתית. **לפי מה בג"ץ יכריע?** הדרך של ביה"ד ואז לקבל את העתירה? או התוצאה של ביה"ד ואז לדחות אותה?

**דעת המיעוט (דנצינגר, נאור):** מעדיפים את המפעל של חינוך בית הדין. הם אומרים שעם כל האמפתיה למסורבות הגט בית הדין לא יכול לפעול בניגוד לחוק. לכן הם מקבלים את העתירות.

**דעת הרוב (רובינשטיין, הנדל, עמית ושהם):** כולם מוכנים לוותר על הפרוייקט של בג"ץ לחנך את ביה"ד ולתמוך במצוקה של מסורבות הגט. הטענה הפורמאלית היא שלא הייתה חרגיה מסמכות של ביה"ד, כי בסה"כ הוא המליץ. המוסדות שלקחו את ההמלצה הם האחראיים (האונ', חברת קדישא וכו'). **חיות:** מנסה לרקוד על 2 החתונות. היא מסכימה עם דנצינגר ונאור (שומרת על הדרך). אולם, היא דוחה את התביעה (כדי לעזור לאישה הספציפית) בטענה שהעותרים אינם 'נקיי כפיים'; היא משתמשת בעובדה שבבג"ץ יש כללי סף: הבעלים ברחו לחו"ל לא יכולים להשתמש במערכת המשפט הישראלית. ובכך מצטרפת לפסיקה של הרוב.

מאמר של ליפשיץ: ניתוח העמדות של השופטים

**עמית ושהם**- מוכנים להעלים העין בגלל המצוקה. **חיות**- עקרונית- היא דוגלת בכך שגם עזרה לסרבנות גט, היא לא התכלית היחידה.

**רובינשטיין**- מעלים עין כי צריך לחזק את ביה"ד. ביה"ד הוא הגורם שצריך להמשיך את המסורת של פיתוח כלים הלכתיים להתמודדות עם מסורבות גט. אין אף אחד שיכול לעשות זאת כך שהמדינה תאשר. דווקא בגלל שביה"ד ממלכתי צריך לתת לו כוחות וסמכויות מיוחדות שימשיך את הפרוייקט של פיתוח ההלכה. בכל מדינה אחרת, כל הנושא של גירושין ונישואין הם אזרחיים, רק כאן זה דתי. ולכן לא ניתן לבלום אותו. התמודדות עם גירושין זה פרוייקט יהודי.

**הנדל**- מדגיש את האופי הקהילתי של המשפט העברי. מתייחס לקהילתיות ולפיזור של עם ישראל כפיצ'ר. יש יסודות קהילתיים, שכל קהילה קובעת את הכללים לעצמה (למשל הרחקות רבינו תם שמטילים סנקציות על אדם בטענה שבקהילה שלנו לא מתנהגים כמוהו, ואם רוצה לנהוג כך, שילך לקהילה אחרת). כאן, ביה"ד לא הפעיל כוח כפייה, אלא המליץ לכל הקהילות שאליהם האדם משתייך אליהם, שיבדקו אם הם רוצים שהוא יהיה חלק מהם.

גם מפס"ד רוזנצוויג וגם פס"ד גז, עולה שתפקיד חשוב של בג"ץ זה **לא להפריע** במלחמה נגד סרבנות הגט. מה לגבי לעזור למסורבות הגט?

*בג"ץ רפאלי נ' רפאלי*- מקרה של בעל אלים ובוגד עד כדי כך שביה"ד האזורי מחייב את הבעל לתת לאישה גט (ביה"ד בחר באפשרות של 'חיוב גט'). הבעל ערער לביה"ד הארצי, והערעור התקבל (הוא לא חייב לתת גט). נקבע שלא היה מספיק הוכחה לבגידות ולאלימות וגם אם כן, יש פרוצדורה מסויימת שלא הייתה כאן. אבל ביה"ד הארצי אומר שרצוי שיתן לאישה את הגט. האישה פונה לבג"ץ: טוענת שיש לבטל את פסה"ד של ביה"ד הארצי ולהחזיר את פסה"ד של האזורי.

**הבעיה**: לבג"ץ מותר להתערב רק בעילות של פעולה בחוסר סמכות, חריגה מכללי הצדק הטבעי, ולאור הלכת בבלי כשביה"ד לא מפעיל כללים אזרחיים. **אבל כאן זה דין דתי.** היא למעשה מבקשת מבג"ץ להפוך להיות ערכאת ערעור בדין דתי מהותי!

שופטי הרוב: ביה"ד פסק במסגרת סמכותו, הם לא יכולים להתערב.

חשין: מאוד כועס, אם באמת הייתה מוכחת האלימות והבגידה – לא יכול להיות שלביה"ד, שיש כלים הלכתיים, לא כופה את הגט, אלא רק מחייב.

ליפשיץ: חשין מנסה לאיים, אבל לא מצליח לו. היכולת של בג"ץ באופן ישיר לעזור (לכפות גט), מאוד מוגבלת במקרים אלה, בגלל שאין לו סמכות להתערב. וחשין במיעוט באוביטר.

**לסיכום,** נראה ששני אפיקי פעולה של בג"ץ: 1) *פס"ד גז ורוזנצוויג*- להשתדל לא להפריע; 2) *פס"ד רפאלי*- לאיים "אני אתערב" אבל אין לו ביסוס הלכתי (אפילו בהלכת בבלי לא הרשה לבג"ץ להתערב לביה"ד בנושא דתי).

פעולות עצמאיות של בג"ץ במטרה לסייע למסורבי גט:

1. **שימוש בדיני המזונות:**
2. מזונות מעוכבת- מזונות גבוהים לסרבן גט. במזונות אישה, אם אישה מקבלת שכר צריך לקזז מהמזונות את מעשה ידייה. אבל יש חריג- אם הבעל מחוייב לתת גט, ולא נותן, אז באותו רגע הוא עדיין ממשיך להיות חייב במזונות אישה **אבל הוא מפסיק להיות זכאי למשכורת** **שלה**. כשביה"ד פסק חיוב גט בתביעת גירושין רק אז ביהמ"ש יפעיל את עילת המעוכבת.

* *פס"ד נוני נ' נוני*- ביה"ד הרבני אמר משפט על הגבול של "חייב לתת גט", אלא היה בקטגוריה של "מצווה"; אמר להם לנהל מו"מ להתדיינות לגירושין. ביהמ"ש פירש זאת כך שביה"ד חייב אותו בגט והפעיל את המנגנון של מזונות מעוכבת.
* פרופ' שיפמן: מדרבן את בתי המשפט לעשות צעד נוסף. באופן אינצידנטלי, כדי שביהמ"ש יקבע מזונות מעוכבת הוא צריך לדעת אם ביה"ד פסק "חיוב לגט" והבעל לא נתן, כדי לדעת אם היא מסורבת גט. אבל אם ביה"ד עוד לא דן בגירושין (כך שלא הכריע בעניין הגט), הפרופ' מציע שעל ביהמ"ש לבדוק בעצמו מהי ההלכה, ואם רואה שמצב זה יש חובה לגרש, עליו להפעיל את המכניזם של מזונות מעוכבת. מהלך מעניין.

1. *בע"מ 3151/14 (המזונות המשקמים*)- שימוש במזונות מעוכבת הגבר (מסורב גט).

רקע: בני זוג שחיים בפירוד זמן ממושך, הבעל עזב את הדירה. הגיש תביעת גירושין לביה"ד. ביה"ד הגיע למסקנה שלא יהיה שלום בית. אבל לפי חרם דרבנו גרשום **אי אפשר לגרש אישה בעל כורחה ללא סיבה**. לכן התביעה נדחתה, בטענה שאין עילה (היא מתנהגת בסדר גמור). האישה תובעת מזונות בביהמ"ש, והשופט קובע: הם חיים בפירוד זמן רב, לא הגיוני שבגלל שהיא מסרבת להתגרש היא תמשיך לקבל מזונות לנצח. ביהמ"ש הפעיל את עיקרון התו"ל על הדין הדתי, למרות שלפי הדין הדתי היא לא חייבת להסכים לגט, וקבע שהיא מתנהגת בחוסר תו"ל בסירובה לגירושין. לכן מבטל לה את המזונות. היא מערערת לעליון.

האישה טוענת: ביהמ"ש לא יכל לקבוע את שקבע: לפי הדין הדתי היא לא צריכה להסכים לקבל את הגט. ומבחינת סמכות- הקביעה שהיא הייתה חסרת תו"ל כשסירבה להתגרש קשורה לענייני גירושין שזה בסמכות ביה"ד בלבד. והתביעה שלה הייתה בדיני מזונות. הוא צריך לעזוב את הטענה.

**ברק ארז**: בכל הנוגע לדיני גירושין חל דין דתי והסמכות ייחודית של ביה"ד. סמכות- ביהמ"ש חרג מסמכותו. דין דתי- חלק ממנו זה חרם דרבינו גרשום, שזה בדיוק מה שהוא אומר: לא ניתן לגרש אישה כזו ללא סיבה. הסיבה היחידה שהם פרודים זה בגלל שהוא עזב אותה. אי אפשר להלביש משפט אזרחי על דין דתי. לכן לדעתה צריך להחזיר את המזונות לאישה.

**רובינשטיין וזילברטל**: דוחים את דפנה ברק ארז, נכון שדיני גירושין הם בדין הדתי, אבל עוסקים במזונות שזה בסמכות של ביהמ"ש. כאשר ביהמ"ש דן בהם, הם מקבלים צבע אזרחי ולכן הם כפופים לעיקרון תו"ל. לפיהם, אין בעיה עקרונית שכשביהמ"ש מפרש את הדין הדתי, הוא יפרש לאור עקרונות אזרחיים, שאחד מהם הוא תו"ל. **רובינשטיין**: מיישם את התפיסה בפועל: סרבנות גט של אישה לאורך זמן ממושך היא חסרת תו"ל 🡨 סרבנות גט לעולם פסולה לא משנה מאיזה סיבות.

התוצאה: מקבלת מזונות ויכולה להמשיך "לעגן" אותו, לסרב לקבל את הגט. לא טוב לדעת ליפשיץ.

ליפשיץ:

* **סרבנות גט יכולה להיות לגיטימית** למצבים מסויימים, יש לבדוק את הנסיבות לסירוב ולא רק את זהות הסרבן. צריך לבדוק מהן אמות המידה הדתיות לסירוב, סיבה לא לגיטימית היא "אני לא מוכן להתגרש מהאדם הזה", אולם יש סיבות לגיטימיות כמו הגנה כלכלית.
* **לכן עמדת המוצא** צריכה להיות שסרבנות גט לא בסדר, אבל מאחר והמערכת לא נתנה לאישה מענה לצרכיה, אז זה לגיטימי. אמנם מדובר על נשים סרבניות– אבל אין סימטריה. בניגוד לגברים שמסרבים מסיבות של סחטנות, האישה מסרבת כי החוק לא נתן לה מענה. לכן היא לא יכולה להיות חסרת תו"ל, כשכל מבוקשה הוא לקבל הגנה כלכלית. הטענה של רובינשטיין מראה שבעולם בו הגירושין קלים (יוזמה חד צדדית) חייבים למצוא פתרון לאישה שהייתה תלויה כלכלית בבעל, ולאחר הגירושין נשארת ללא משכורת. בעולם אידיאלי, לאישה לא תהיה סיבה לסרב לגט אם מבטיחים לה תמיכה כלכלית. חלוקת רכוש טכני לא כוללת את הפערים במשכורת, כך שאין לה ממה לחיות עד הפנסיה שלו (שם מקבלת חלק).
* הפתרון: צריך לתת לה **מזונות משקמים לאחר הגט**.

1. **שימוש בתביעות נזיקין**:

נשים מסורבות גט התחילו להגיש תביעת נזיקין לביהמ"ש לענייני משפחה בעילות של רשלנות, כליאה, תקיפה 🡨 סרבנות גט = עוולה אזרחית. הטענה של הבעל היא שקודם על ביה"ד לקבוע אם יש 'חיוב בגט' לפי הדין הדתי, לפני שהאישה מגישה תביעה לביהמ"ש, כי אולי לא קמה עילת גירושין הלכתית.

היו כמה גישות של שופטים:

1. **מחכים לפס"ד של ביה"ד של 'חיוב בגט'**- בתי המשפט היו מוכנים לדון בתביעה הנזיקית רק לאחר חיוב בגירושין של ביה"ד. ביה"ד קובע את הסטנדרט.
2. **אפשר להשתמש באמות מידה אזרחיות**- אין צורך לחכות לפס"ד של ביה"ד, ישנן אמות מידה אזרחיות לצורך כליאה או תקיפה. שנתיים או 3 של חיים בפירוד מהווה עילת תביעה לכך שלא נותן לה ללכת (הגבר מסרב לגירושין).
3. **גישת אמצע**- הטריגר זה פס"ד של חיוב גט, אבל מהרגע שמתקבל אצל ביה"ד, האישה תקבל מזונות מיום הגשת התביעה הנזיקית לביהמ"ש. כי פסה"ד מעיד למפרע שהבעל התנהג לא בסדר.

**נוצרת דינמיקה מפתיעה** – בעוד שתביעות נזיקיות התחילו כהמצאה של ארגוני נשים, בפועל יש יותר תביעות של גברים (כי יש יותר סרבניות), אך ברוב המקרים הסיבה לכך היא מצוקה כלכלית.

גם כאן עולה השאלה: **עד כמה זה צריך להיות סימטרי?** יש אנשים שאומרים שסרבנות גט היא תמיד לא לגיטימית. ויש מי שאומר שיש לראות מה הסיבה לסירוב.

ליפשיץ: ברגע שהמשפט האזרחי נכנס בעקיפין לדיני הגירושין (מקבל את טענות הגבר שסירוב של האישה מהווה עוולה אזרחית) הוא צריך לפתח אמות מידה שלא חשב עליהן עד הסוף (אם הוא מבטל מזונות לאישה סרבנית, הוא צריך למצוא לה פיתרון אחר).

*שיעור 19- 31/5/22*

**יחסי רכוש בין בני זוג**

**מבוא תאורטי**

יחסי רכוש לא נכנסים תחת ענייני נישואין וגירושין, אלא הם עניין אזרחי. ישנם 3 צירים בהם הנושא מתעורר: 1) לאחר הגירושין, 2) לאחר מוות; 3) בנישואין עצמם.

**יהודים**:

* דין- אזרחי, חוץ מפסקי דין שהחריגו את הכתובה.
* סמכות- מקבילה. ביהמ"ש האזרחי ע"י תביעה ישירה, וביה"ד רק באמצעות כריכה, ולא באמצעות הסכמה של בני הזוג (*בג"ץ סימה אמיר)*.

**מוסלמים**:

* דין- אזרחי.
* סמכות- ביהמ"ש האזרחי. אם רוצים להגיע לביה"ד השרעי, רק בהסכמה.

אם יחסי רכוש הם עניין אזרחי, לכאורה סביר שהיו מתייחסים אליהם לפי דיני הקניין, כהסדר של הפרדת רכוש: מה ששלי שלי מה ששלך שלך. אך בשנות ה-70 העליון פיתח את דוקטרינת **חזקת השיתוף**. לפיה, למרות שיחסי רכוש הם עניין אזרחי, יהיו כללים ייחודיים להסדרתם בין בני זוג (במקום דיני הקניין).

שלושה רציונאליים למעבר (לפיתוח החזקה):

* **הרציונאל ההסכמי**-צריך לרכך את הפורמאליות של דיני הקניין; בדינמיקה אופיינית של משפחה, הבעלות משותפת על הרכוש מבלי שיהיה רשום כי תופסים אותם כיחידה אחת. ואילו בדיני הקניין, כדי להעביר רכוש מאחד לאחר נדרשת הסכמה ודרישות פורמאליות נוספות. לכן, מניחים שבמשפחה רוצים שיתוף, כי יש הסכמה משוערת ולכן זו ברירת המחדל.
* **הגינות/שוויון מגדרי**- תפיסה נורמטיבית לפיה במשפחה כל הרכוש נוצר ביחד; במשפחה יש חלוקת עבודה לא מסונכרנת בין בני הזוג, כל אחד תורם לרווחת המשפחה באופן שונה (אישה- משק בית, בעל- מפרנס), בפועל 75% מהכנסות של בני זוג הם של גברים. יישום של דיני קניין יגרמו לחוסר צדק ויפגעו בשוויון כי לא יתנו ביטוי למאמץ המשותף. יוצא מצב שרוב הרכוש ירשם על צד אחד שהיה אחרי על הפרנסה, על אף שלא היה נצבר ללא המאמץ המשותף. זה לא יהיה הוגן או לא יהיה שוויוני אם לא יתייחסו לרכוש כמשותף.
* **הקהילה המשפחתית**- דגש על הממד השיתופי במשפחה; דיני הקניין משקפים תפיסה אינדיבידואליסטית, של חירות ושרירות בעלים, נפרדות בין בני אדם. ניתן לפרק בעלות משותפת בקלות, בניגוד לפירוק המשפחה. רוצים משטר של משפחה כיחידה אחת או כשותפות בין בני הזוג. ולכן צריך ברירת מחדל שתשקף את הערך הזה.

למרות שכל התפיסות מגדירות את יחסי הרכוש כעניין אזרחי ולא דתי, הן לא מפעילות כללים אזרחיים (דיני קניין), אלא מערכת כללים מיוחדת לפעמים בחוק ולפעמים בפסיקה שמותאמת למשפחה. כללים אלו בדר"כ ישקפו את 3 הרציונאליים הללו.

**הדין במדינת ישראל (המשפט הישראלי)**

הסדרים שעוסקים ביחסי הרכוש: 1)חזקת השיתוף- הסדר פסיקתי; 2)חוק יחסי ממון- הסדר חקיקתי, קובע 'איזון משאבים'.

**חזקת השיתוף**

**על מי חלה?**

* ידועים בציבור: תמיד חלה חזקת השיתוף.
* זוגות שנישאו עד 74 (זוגות שנישאו לאחר 74, בגירושין יחול חוק יחסי ממון).

**התפתחותה בפסיקה:**

החזקה מתפתחת ב3 פסקי דין  *ברקר, בליקר וברילי*) שבהם ביהמ"ש קבע שלמרות שהרכוש רשום על שם אחד מבני הזוג, ישנה חזקה שכאשר מדובר בקשר זוגי, בתנאים מסויימים ולגבי נכסים מסויימים, יש כוונה ליצור שיתוף ולכן החלוקה תהא 50-50. אולם החזקה ניתנת לסתירה.

אם יש שאלה במבחן על חזקת השיתוף:

1. לבחון האם התקיימו תנאי סף שהחזקה חלה על הזוג.
2. האם סוג הנכס מתאים.
3. אם הנכס והזוג כן, לבדוק אם החזקה נסתרה.

**תנאי הסף ומה נדרש לעשות ע"מ לסתור את החזקה משתנים כל הזמן**; השינוי מתבטא לאורך הדורות. הגישה המקובלת- יש 3 סוגים של חזקת שיתוף שהתפתחו לפי דורות: 1) הסכמי, 2) נורמטיבי, 3) קהילה משפחתית.

דור ראשון (שנות ה70-80) – המודל ההסכמי

ביהמ"ש מפתח את המודל הראשון לחזקת השיתוף לפי הרציונאל ההסכמי. מה שמנחה מודל זה, הוא לקלוע לכוונה של הצדדים. נוצר ע"י 'הסכמה מכללא'- כי הכוונה שלהם לשיתוף, אבל כיחידה משפחתית אחת הם לא יעגנו בהסכם מפורש. יוצר שיתוף מצומצם.

1. **תנאי סף** – האם חלה על הזוג הלכת השיתוף?
2. **אורח חיים תקין**- אם במהלך חיי הנישואין היו ביניהם יחסים רעים, לא יתקיים התנאי.
3. **מאמץ משותף**- כל אחד היה אחראי על חלק אחר בתא המשפחתי (משק הבית/פרנסה/טיפול בילדים).
4. **אינדיקציה פנימית לכוונת השיתוף** – רק חלק מהשופטים דורשים תנאי זה.
5. **היקף הנכסים** – האם חל על הנכס הלכת השיתוף?
6. **הבחנה בין נכס משפחתי לנכס עסקי**- החזקה לא חלה על נכס שרשום על שם העסק, או על חשבון עיסקי.

* *פס"ד ליברמן*- לגבר היה חשבון עסקי וכל כספיו היו שם. אין אינדיקציה שהוא מתכוון לחלוק את רכושו. הנחת העבודה היא שהכסף שייך למי שהרוויח אותו. הלכה: יש להגשים את כוונת הצדדים (אומד דעתו של הבעלים הרשום).
* ביקורת: הכסף עצמו הושג על ידי שניהם. בעולם של מאמץ משותף ההבחנה בין נכס משפחתי לעסקי לא רלוונטי, כי זה מראה מה היעוד של הנכס ואילו מה שחשוב הוא איך נוצר הכסף לרכישת הנכס.

1. **הבחנה בין פנסיה לבין משכורת**- על המשכורת חלה החזקה, אך לא על הפנסיה; לא מסתכלים מתי הכסף נצבר, אלא מתי הכסף התקבל בידי האדם. מאחר שזה שלו, השאלה היא האם התכוון לחלוק.

* *פס"ד גלבוע*- היוון= אומד דעתו של האדם זה להתחלק במה שקיבל בזמן הנישואין. לכן אם יש היוון ואז התגרשתי- כל מה שהושג בנישואין הוא משותף. אך כל מה שהושג לאחר הגירושין- לא משותף.
* ביקורת: אין היגיון להבחנה זו, כי הפנסיה נצברת על עבודה שנעשית עכשיו = בזמן הנישואין, בדיוק כמו המשכורת.

*שיעור 20- 2/6/22*

1. **היכולת לחרוג** – כיצד ניתן לסתור את החזקה?
2. הסכם ממון פורמאלי
3. התנהגות הצדדים או קיומן של נסיבות מיוחדות מעידים שהם לא התכוונו לשיתוף.

הסבר: הרציונאל ההסכמי הוא לא בין שני צדדים ספציפיים, **אלא בין בני זוג ככלל**. אם התנהגות של זוג מסויים מעידה שלא הייתה כוונת שיתוף, לא נגיד שזו ברירת המחדל ובגלל שלא עשו הסכם ממון- נחיל עליהם את חזקת השיתוף. כי נסתכל על כל האינדיקציות כדי לאמוד על כוונתם אם לשתף או לא. הרעיון הוא לשקף את כוונתם בפועל.

*פס"ד סלמן*- יש לבני זוג דירה ובקומת הקרקע יש חנות ירקות. האישה מגדלת את הילדים וגם עוזרת בחנות. אולם הכל רשום על שם הגבר, והוא השולט בכסף- הוא נותן בתחילת השבוע "דמי כיס" לילדים ולאישה. בנה"ז מתגרשים והאישה תובעת חצי מהרכוש מכוח חזקת השיתוף. הגבר טען שהחזקה נסתרה מהתנהגות הצדדים. כי לא ניתן לומר שהכוונה המשתמעת של האישה היא שהכסף שהושג ע"י הבעל במהלך הנישואין היה משותף, כי היא התייחסה לכסף כרכוש שלו. ביהמ"ש: התנהגות הצדדים סתרה את החזקה, גם ללא הסכם ממון. לכן לפי המודל ההסכמי, לא הייתה כוונת שיתוף.

ליפשיץ: ההכרעה נכונה לפי יישום המודל, אולם המודל בעייתי- **הוא מסווה החלטה ערכית** שאומרת שבגלל שאין הסכם שיתוף מפורש, הרכוש שייך רק לפי הרישום ולא למי שהתאמץ. המודל ההסכמי מפנים רק את תפיסות העולם הגבריות, שהגבר הוא השולט ברכוש ובנכסים ואינו מתחשב בשיקולי הצדק.

דור שני (שנות ה80-90) – המודל הנורמטיבי

לפי המודל הנורמטיבי **משפחה היא עסק**: מה שהעסק מייצר = משותף, מה שהעסק לא מייצר = פרטי. ביהמ"ש ממשיך ברטוריקה של הסכם מכללא, אבל ככל שעובר הזמן התנהגותו מתאימה יותר למודל הנורמטיבי.

*פס"ד קוטלר*- כל הכסף אצל הגבר. נותן לאשתו דמי כיס בתחילת השבוע. כשנוסע לחו"ל מבקש מהמזכירה שלו לטפל בשכירות של הדירות להשקעה המשפחתיות, מאחר שלא סומך על אשתו שתטפל בכך. הם מתגרשים, אשתו תובעת למחצית מהדירות הללו. הגבר טוען שאין כוונת שיתוף, כי הוא הקפיד שהרכוש יהיה על שמו, הוא לא נתן לה לנהל או לטפל בזה והביא לה דמי כיס. **ביהמ"ש**: דבק ברטוריקה ההסכמית. אך אומר שלא ניתן ללמוד מההסדר שהם לא שותפים. הוא אמנם שלט בכסף אבל רק כי הוא ידע שהאישה בזבזנית, ולכן ההסדר המוסכם ביניהם היה שהוא ינהל את הרכוש המשותף לטובת שניהם. מכאן, הדירות משותפות לשניהם. ביהמ"ש לא היה רגיש לכוונת הצדדים (לא בחן את הנסיבות הספציפיות, אלא ישר החיל את החזקה).

ברמה ההצהרתית, ביהמ"ש אומר שניתן לסתור את החזקה. אך לפי המחקר של ליפשיץ, בשל המעבר למודל הנורמטיבי, כאשר מדובר בנכסי מאמץ משותף, ביהמ"ש לא באמת מאפשר זאת 🡨 גרם לכך **שחזקת השיתוף** הופכת ל**חזקה חצי קוגנטית.**

* לראיה: בנסיבות דומות (כמעט זהות), *בפס"ד סלמן* הגיע ביהמ"ש למסקנה שהחזקה נסתרה לפי המודל ההסכמי, ואילו כאן קבע לפי המודל הנורמטיבי שהיא לא נסתרה.

1. **תנאי סף** – האם חלה על הזוג הלכת השיתוף?
   1. **מאמץ משותף**- הרכוש שנצבר במהלך הנישואין נוצר כתוצאה ממאמץ משותף. *פס"ד משתר*- לא מדברים על הרעיון של התרומה, כי כל אחד תורם לפי יכולתו וצורך לפי צרכיו. הדגש הוא על מאמץ משותף.
   2. **חיים תחת קורת גג אחת**- מעיד על יחידה כלכלית אחת. *פס"ד אורון*- יחסים לא טובים, שניהם תורמים בדרכם. ביהמ"ש מבטל את הדרישה לאורח חיים תקין כי בני זוג שלא מסתדרים לא רלוונטי לשיקולי צדק. וקובע "חיים תחת קורת גג אחת"- כל עוד הם עדיין במעטפת כלכלית מסויימת, תחול החזקה.

התפתחויות של הפסיקה בעניין:

* *פס"ד לידאי*- כאשר בני-זוג חיים ביחד תחת קורת גג אחת, זה מהווה פרמטר לתחילת השיתוף וגם פרמטר לסיום שלו.
* *פס"ד אבנרי*- לעיתים בני זוג ממשיכים לחיות יחד לאחר סיום הקשר, אבל כבר אין כוונת שיתוף. ויכול להיות שהם עדיין גרים יחד, אך הקשר התפרק ולכן מגישים תביעת גירושין והחזקה לא תחול.

1. **היקף הנכסים** – האם חלה על הנכס חזקת השיתוף?
   1. **ביטול ההבחנה בין עיסקי למשפחתי**- *פס"ד נופמברג*- גם אם נכס עיסקי, אם הוא נצבר במהלך החיים המשותפים תוך מאמץ משותף, אז הוא גם חלק מהרכוש המשותף.
   2. **ביטול ההבחנה בין פנסיה למשכורת**-*פס"ד לידאי*- לא משנה מתי התקבל התשלום (שכר או פנסיה), אלא מה שחשוב הוא עבור מה. אם פנסיה משולמת עבור הזמן שעבדת במהלך הנישואין, היא חלק מהרכוש המשותף ותתחלק 50-50 כאשר תתקבל.

**אולם** ישנם 3 סוגי נכסים נפרדים/חיצוניים למאמץ המשותף (לא תחול עליהם חזקת השיתוף):

1. נכס שנצבר מלפני הנישואין.
2. נכסים שהתקבלו בירושה- ההורה נפטר ללא קשר לחיי הזוגיות;
3. מתנה במהלך חיי הנישואין.

* *פס"ד לידאי*- הקרקע נרכשה ע"י הגבר לפני הנישואין והדירה נבנתה ביחד לאחר הנישואין- תערובת של נכס חיצוני ונכס של מאמץ משותף. ביהמ"ש חילק את הדירה ביניהם, אך לא את הקרקע. *פס"ד זה מראה את המעבר למודל הנורמטיבי-* מבטל את האינדיקציות להסכמה, ומחיל את שיקולי השוויון והצדק.

1. **יכולת חריגה** – כיצד ניתן לסתור את החזקה? רק לפי הסכם ממון פורמאלי- אולם מעטים הזוגות שעושים הסכם ממון (רק 3%).

המהלך בפסיקה:

* בשנות ה70, *פס"ד זוג תימנים*- שהפרקטיקה ביניהם היא דתית והבעל הוא הבעלים של הרכוש. ביהמ"ש מייחס חשיבות לפרקטיקה דתית, הוא לא יכול להניח כוונת שיתוף במצב זה.
* לעומת זאת בשנות ה90 *פס"ד רבי*- אדון רבי הוא דרוזי. הוא טוען שאם מפעילים את חזקת השיתוף לפי כוונת הצדדים, בכפר שלו כל הנשים יגידו שהכוונה היא שהרכוש על שם הבעל 🡨 החזקה תיסתר. ביהמ"ש הניח שאין שום אינדיקציה לאמיתותה של הטענה. ההפך, הוא פיתח את חזקת השיתוף בדיוק בשביל מקרים כמו אלה.
* *פס"ד מחוזי בירושלים*- משפחה ביגמית. הטענה: אין כוונת שיתוף. ביהמ"ש: הביגמיה לא רלוונטית לסתירת החזקה. אומר שאם יעשו הסכם ממון, אז הוא יהיה חייב לדבוק בחופש החוזים. אבל כל עוד לא עשו- הוא יפעיל את התפיסה הערכית.
* בשנת 96,  *פס"ד בבלי*- שמגר וברק מוציאים מהארון את הרציונל הנורמטיבי: מסבירים שיש 2 רציונאליים שמנחים אותם בהחלת החזקה: 1) דיני יושר תוצרת הארץ = שיקולי צדק והגינות. 2) שיוויון מהותי.

**למבחן:** אם ניתנה מתנה במהלך הנישואין, מהלך הדיון:

1. המתנה ניתנה לשניהם- לכן מראש המתנה משותפת לשני בני הזוג.
2. אם המתנה ניתנה מראש רק לאחד מהם, נשאל: האם במהלך השנים היא נהפכה להיות משותפת?
   * + אם נשמר בחשבון בנק משפחתי אז כן.
     + אם נשמר בחשבון בנק פרטי אז לא.
     + אם חלק מהזמן בנישואין היה בפרטי וחלק מהזמן במשותף- בן הזוג יקבל לפי החלק היחסי שהיה משותף.

דור שלישי (שנות ה-2000 ואילך) – מודל הקהילה המשפחתית/הסתמכות

*בפס"ד בריל, אבולוף והדרי* ביהמ"ש מפתח את הרציונאל "קהילה משפחתית". לפי מודל זה, בהתקיים תנאים מסויימים, נכס פרטי יכול להפוך לנכס משותף.

*פס"ד הדרי*- בני זוג חיו ביחד 30 שנה. הגבר הביא 80% מהכסף על הדירה שצבר לפני הנישואין והיתר האישה. הדירה נרשמה על שמו. היא תובעת למחצית מהדירה. גולדברג (מיעוט): אם אומרים שמשפחה זה עסק, אז לפי המודל הנורמטיבי, ברור שלא מגיע לה 50% מהבית. שמגר וחשין: עצם רישום הדירה על אחד מבני הזוג, לא סותר את חזקת השיתוף. **קיום משק בית משותף וחיים ביחד מדגישים את השיתוף**. בתנאים מסויימים ניתן להחיל את השיתוף גם על נכסים שלא נצברו במאמץ משותף במהלך הנישואין (פירוט התנאים בהמשך).

*פס"ד אבולוף*- בני זוג חיו ביחד 44 שנה. הבעל רכש מכספו לפני הנישואין זכות שכירות בחנות פרחים שרשומה כדיירות מוגנת. האישה עבדה שם, לא קיבלה משכורת על עבודתה. אבל מהרווחים של החנות, הם שילמו את השכירות. רצו להתגרש, האישה תבעה למחצית מהחנות. הגבר טוען: לפי דור 2- החזקה יכולה לחול על הרווחים מהחנות (חסכונות), אבל לא על החנות עצמה. היא לא רלוונטית למאמץ המשותף. ביהמ"ש: לא מקבל את טענתו, **חזקת השיתוף חלה כאשר בני הזוג לא הבחינו ברכוש של כל אחד מהם, אלא הם איחדו את משאביהם לקופה משותפת**. לא רלוונטי שמדובר בזכות אישית, שהנכס עסקי ו/או שהוא נרכש לפני הנישואין. קובע שהחנות מהווה נכס משותף.

לאור התנאים בפס"ד הדרי: אי אפשר להתייחס למשפחה כשותפות מסחרית/עסק כפי שהמודל הנורמטיבי עושה, כי במשפחה חושבים במונחים של יחידה אחת. אם הבעל מקבל החלטה מסויימת כלכלית, הוא עושה זאת מנק' מבט משפחתית לטובת האישה וילדיו. לכן, **התחשבנות אחורה לא משקפת התנהגות של בני זוג טיפוסיים**. בייחוד שלא רוצים לעודד תפיסה אינדיבידואלית, אלא תפיסה קהילתית משפחתית כיחידה אחת.

1. **תנאי סף – האם חלה על הזוג הלכת השיתוף?** 
   1. נישואין ראשונים של שניהם (אין ילדים מנישואין קודמים);
   2. נשואים לתקופה ארוכה;
   3. מקיימים יחסים טובים (אורח חיים תקין);
   4. הנכס הוא דירת מגורים שבה התגוררו רוב חיי הנישואין.
   5. קיום משק בית משותף וחיים ביחד.
   6. הסתמכות- לא ניתן להתעלם מההסתמכות שהייתה בין בני הזוג לאורך השנים (*פס"ד אבולוף*).
2. **היקף הנכסים** – האם חל על הנכס הלכת השיתוף?
   1. **נכס במאמץ משותף**- פותרים לפי דור 2. אם יש הסכם ממון מכבדים אותו. אם אין- תמיד יהיה משותף (לא מעניין אם נכס עיסקי/משפחתי, יחסים טובים/רעים, נישואין ראשונים/שניים, תקופה קצרה/ ארוכה וכו').
   2. **נכסים חיצוניים**- החזקה יכולה לחול גם על נכסים **מלפני הנישואין**, על **ירושות** או על **מתנות** (בניגוד לדור 2) אבל לא שיתוף מוחלט. ביהמ"ש יהיה רגיש יותר לכוונת הצדדים, ויבדוק מה קרה בנסיבות הנקודתיות.
3. **יכולת חריגה** – כיצד ניתן לסתור את החזקה? רק לפי הסכם ממון פורמאלי.

התחלה של דור רביעי

בשנים האחרונות חלק מהשופטים פיתחו מודל דור 4, נוצר לפי האינטואיציה של חלק מהשופטים ולוקח את דור 3 צעד אחד קדימה.

לפי מודל זה, לא רלוונטית כוונת הצדדים המשוערת, כאשר סוג הנכס הנתבע הוא דירת מגורים בנסיבות שבהן אין לבן הזוג האחר מקום אחר לגור בו (זו הדירה היחידה של שני בני הזוג). ולכן, השאלה הרלוונטית **היא האם יש לבן הזוג דירה אחרת לגור בה**. אם אין, תחול עליה החזקה.

שתי טענות להצדקת המודל:

* **חנוך דגן**- דירת מגורים היא משותפת ברגע שגרים בה יחד, ללא תלות בשאלה של מי היא הייתה לפני והאם אלו נישואין שניים.
* **מס' שופטים**- לא רוצים לסלק את אחד מהם מהבית, גם אם זה לא תואם את כוונת הצדדים המשוערת.

**למבחן:** אם נתון מצב של נישואין שניים, בני הזוג חיים בדירה שרשומה על שם הבעל. בצוואה מוריש את הדירה לילדים שלו מהנישואין הראשונים.

* + - לפי מודל דור 2- לאישה לא מגיע כלום (אין כוונה לחלוק).
    - לפי מודל דור 3- ביהמ"ש יהיה מוכן להחיל את השיתוף אבל יהיה יותר רגיש לכוונת הצדדים (יהיה נכון לקבל את סתירת החזקה).
    - לפי מודל דור 4- בגלל שמדובר בדירת מגורים ואין לאישה מקום אחר לגור בו, הוא יהיה יותר זהיר בסתירת החזקה (יהיה נכון יותר להשאיר אותה תקפה).

**טבלה מסכמת**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| דור ותקופה | מנגנון הפעלה | תנאי סף | היקף נכסים | יכולת חריגה |
| דור 1: שנות ה70 וה80 | הסכמי | 1) אורח חיים תקין; 2) מאמץ משותף; 3)אינדיקציה פנימית לכוונת השיתוף. | 1)הבחנה בין עסקי ל**משפחתי** (*ליברמן*).  2)הבחנה בין פנסיה ל**משכורת** (*גלבוע*). | 1) הסכם ממון פורמאלי.  2) ניתן לחרוג ע"ב התנהגות או ע"ב מאפיינים ספציפיים. |
| דור 2: שנות ה80 וה90 | נורמטיבי | 1)חיים תחת קורת גג אחת; 2) מאמץ משותף. | לא חל שיתוף (נכסים חיצוניים): 1)נכסים מלפני הנישואין; 2)ירושות; 3)מתנות.  חל שיתוף: נכס במאמץ משותף. | 1) הסכם ממון פורמאלי.  2) ניתן לחרוג ע"ב התנהגות או ע"ב מאפיינים ספציפיים |
| דור 3: שנות ה2000 והלאה | קהילה משפחתית | 1)נישואין ראשונים, ארוכים, אורח חיים שיתופי וכו'; 2)הסתמכות | 1) נכסים חיצוניים; 2)דירה משפחתית או עסק מעין משפחתי | הסכם ממון פורמאלי. |

.

למבחן – חזקת השיתוף (סיכום)

* **אם מדובר בזוג שחל עליו חזקת השיתוף** (התחתנו לפני 74 או שמוגדרים כידועים בציבור) יש לבחון 3 שלבים: **(1)** שלב ראשון- נבחן האם הזוג עמד בתנאי הכניסה. במידה והם לא מקיימים אותם, גם אם הם נשואים לפני 74, אין חזקת שיתוף וחוזרים להפרדת רכוש. **(2)** שלב שני- אם חלה חזקת השיתוף נבדוק מהו היקף הנכסים- יש נכסים שלא ניתנים לשיתוף. **(3)** שלב שלישי- אם מדובר בזוג שחלה עליו חזקת השיתוף והנכסים עקרונית משותפים, נבחן האם ניתן לסתור את החזקה- אם יש הסכם ממון- לפי כל מודל, החזקה נסתרת. אם אין הסכם: לפי מודל 2+3+4 (שיקולי צדק)- לא ניתן לסתור את החזקה. לפי מודל 1 (גישה הסכמית)- החזקה יכולה להיסתר אם לפי התנהגות הצדדים ניתן לראות שלא הייתה כוונת שיתוף.
* **אידאולוגים/ פסולי חיתון**- תחול חזקת שיתוף חזקה (כי הכוונה שלהם לייצר מחוייבות).
* **נישואין אזרחיים** (נישואים תוצרת הארץ)- לבחון אם הם נשואים ע"פ שלושת הגישות (ויתקון, זוסמן ושואה). אם זה מוביל לאותה תוצאה 🡨 להמשיך; אם התוצאות שונות 🡨 נבחן לפי שני ענפים- 1)**אנליטי:** אם הם נשואים- יחול חוק יחסי ממון. ואם לא- תחול חזקת השיתוף מכוח היותם ידועים בציבור. 2)**פרקטי:** נציין שיש גישות בפרקטיקה לפיהן גם אם הם לא נשואים אך הם רשומים כנושאים, יחול עליהם חוק יחסי הממון.
* **ידועים בציבור אוניברסאליים**- נפעיל את חזקת השיתוף עם כוכבית (יותר חלש = נהיה רגישים לעובדה שלא רצו את המיסוד/המחוייבות).
* **נישואין לאחר 74**- אם הם נשואים לפי דין דתי, יפעל עליהם חוק יחסי ממון (גם אם לא נרשמו).

**איזון משאבים – חוק יחס ממון**

*דומה מאוד לדור 2:*

* זוגות שנישאו **לאחר** 1974.
* **תנאי סף**: אין תנאים ברורים. אם אתה נשוי יחול עלייך איזון המשאבים, אלא אם כן עשית הסכם ממון.
* **היקף הנכסים**: לפי *ס'5(א)* יש 3 סוגי נכסים שאינם ברי איזון (נכסים לפני הנישואין, ירושות ומתנות). כמו דור שני לחזקת השיתוף- מחריג נכסים חיצוניים, ולא מבחין בין עסק לנכס משפחתי ובין משכורת לפנסיה.
* **יכולת חריגה**: הסדר איזון המשאבים לא יחול על זוג נשוי אם עשו הסכם ממון מפורש.

חזקת השיתוף קובעת מודל **מעין קנייני ומיידי** בנוגע למכניזם של השיתוף (איך עובד השיתוף בפועל): ניתן בכל רגע נתון לבקש מביהמ"ש להצהיר על זכות קיימת.

לדוג', אם אדם קנה דירה שרשומה על שמו, והדירה משותפת (הם עומדים בכללים), אז האישה יכולה במהלך הנישואין להגיש סעד הצהרתי כדי להירשם כשותפה.

יישום:

1. מיידיות- לא צריך להתגרש כדי שהאישה תממש את זכויותיה בנכס המשותף.
2. מעין קנייני- לא חצי מהשווי, אלא זכות להירשם כבעלים.

**חוק יחסי ממון**

*לפי ס'4*- כל צד הוא בעלים של הרכוש שלו, והנישואין לא פוגעים בזכויות.

שיתוף מיידי פוגע ביכולת להעביר את הזכות לצדדים שלישיים (בגלל פרוצדורת הרישום), לכן ברוב המדינות המודל הוא של שיתוף דחוי (רק בפקיעת הנישואין).

* + - תחילת השיתוף- מיום הנישואים;
    - פקיעת השיתוף- יום הגירושין או מוות. מרגע זה, חל החוק.

ברגע פקיעת הנישואין, עושים טבלת איזון: מחברים את הסכומים שנצבר במהלך הנישואין ע"י כל אחד מבני הזוג ומחלקים ל2. חל גם על הזכויות וגם על החובות.

**זכויות**: אישה רכשה קרקע ב300 אלף לפני הנישואין. בזמן הגירושין הקרקע שווה מיליון 🡨 700 אלף משותף (איזון). ולגבר יש חברה שלפני הנישואין הייתה שווה 100 אלף, ובגירושין שווה מיליון 🡨 900 אלף משותף.

סה"כ 700 אלף + 900 אלף = 1.6 מיליון. לחלק ל2 = 800 אלף. לכן אם מתגרשים, כל אחד יקבל 800 אלף. אם לאישה יש כבר 700 אלף, הבעל יעביר לה 100 אלף והאיזון יושלם.

**חובות**: אם האישה לקחה משכנתא על הדירה ע"ס 400 אלף, החוב יהיה משותף. כך ש1.6 מיליון פחות 400 אלף שווה ל1.2 מיליון וכל אחד מקבל 600 אלף. ואם לקבל יש 900 אלף, הוא יעביר לה 300 אלף (הסדר איזון).

**אבל חוק יחסי ממון לא טוב. למה?**

חוק יחסי ממון לכאורה מבוסס על משפט השוואתי (למדנו את הרעיון לחלוקת יחסי הרכוש מגרמניה), אך לא העתקנו מהם את דיני הגירושין. בגרמניה, הגירושין הם ביוזמה חד צדדית וללא אשמה. כך שאם האישה רוצה להתגרש כדי להשיג את הזכויות על הרכוש, הגבר לא יוכל למנוע את הגירושין ואת ההתחלקות.

בישראל, עילת המורדת לא התקבלה (אי אפשר להתגרש ביוזמה חד צדדית).

* לפי מודל של שיתוף דחוי- אם הבעל יתגרש הוא יצטרך לשלם לה 800 אלף.
* לפי מודל של שותפות מיידית- הבעל יכול בכל רגע נתון לתבוע חצי מהדירה, ללא קשר אם התגרש או לא.

התוצאה: דיני הגירושין הדתיים בשילוב עם מודל השיתוף הדחוי יוצרים **תמריץ חזק מאוד** למי שמחזיק ברכוש **למנוע את הגירושין** (לא לתת גט) כדי **למנוע את חלוקת הרכוש** (גם אם רוצה להתגרש). 🡨 החוק מאפשר סחיטה בין בני הזוג. בעיקר מצד הגבר (המפרנס העיקרי) ובגלל שבדיני הגירושין עילות הגירושין לא סימטריות בין גברים לנשים.

לכן, אם היה הסכם ממון, לא חל החוק (לא עושים איזון). ואם לא היה הסכם ממון, נוצר תמריץ לסרבנות גט. ביהמ"ש מנסה לפתור את הבעיה ע"י החלת חזקת השיתוף כך שהחוק הופך לאות מתה:

*פס"ד יעקובי*- לבני הזוג יש דירת מגורים שרשומה על שם שניהם וחברת נדל"ן שרשומה על הבעל. הבעל מגיש תביעת גירושין והאישה מגישה תביעה לחצי מהחברה. יעקובי עושה מהלך- בבית הדין מתחרט על עצם הגשת הגט ומבקש שלום בית. במחוזי- מגיש בקשה לדחייה על הסף לתביעה של איזון משאבים. האישה נשארת מסורבת גט.

התוצאה: חזקת השיתוף ממשיכה לחול לצד חוק יחסי ממון (הגישה הסימולטנית). כך שמגיע לאישה חצי מכוח חזקת השיתוף, גם אם היא לא התגרשה.

הנימוקים: (1)טיעון אזרחי- יש לקבוע שלצורך חוק יחסי ממון, מועד הגירושין לא לפי ההלכה, אלא עצם הפרידה (התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר). (2)ריכוך הדין הדתי- החוק יחול מרגע שביה"ד קובע 'חיוב גט', גם אם הגט טרם ניתן.

הכרעה: כל השופטים היו בעד חלוקת הרכוש לפי חזקת השיתוף לפני מתן הגט, כי כולם הסכימו בתוצאה אבל לא בנימוק. לא חשבו שלא פתרו את הבעיה.

* *פס"ד קנובלר*- בתוצאה הם פוסקים לטובת האישה, אך לא מצליחים להגיע להלכה כי טענו לנימוקים של כל אחד מהשופטים ביעקובי, ואף נימוק לא התקבל כהלכה. לכן לא היה מענה למקרה זה, שיעזור לנשים נוספות בעתיד.

תיקון חוק יחסי ממון

ב2008 החוק תוקן ונקבע שדיני הגירושין עדיין דתיים אבל לצורך חלוקת הרכוש יש קריטריונים אזרחיים למועד הקרע. נוסף *ס'5(א)* שקובע שגם אם אין גירושין, ישנן 3 חלופות שאם אחת מהן מתקיימת, לא ניתן למנוע את חלוקת הרכוש:

1. בתקופה **שקדמה** לתביעת גירושין- יש פירוד ממושך של 9 חודשים.
2. בתקופה **לאחר** הגשת תביעת הגירושין- יש פירוד ממושך למעלה משנה (לתת זמן "להתבשל" בתביעתם ורק לאחר מכן לאפשר פירוק שיתוף). חלופה זו מתאימה יותר לשלום בית.
3. **קרע בלתי הפיך**- לא עברה שנה, אבל רואים שיש יחסים גרועים, אלימות. ומה שיהיה טוב זה לפרק את הקשר.

הרעיון בתיקון החוק היה מצד אחד למנוע מצב שבן זוג אחד יסחוט את השני במתן הגט (מתוך מניעים כלכליים), ומהצד השני, לא ליצור מודל שיתוף מיידי, כי פירוק נישואין הוא דבר משמעותי ולא רוצים שהיציאה מהקשר תהיה קלה.

*שיעור 21- 7/6/22*

הדילמה של ביהמ"ש- האם יציית למחוקק ויפעל לפי התיקון לגבי נכסים שנרכשו לפני הנישואין? או שימצא דרך להפעיל את חזקת השיתוף?

**הלכת השיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי**

בכל הנוגע לנכסים שאינם ברי איזון (נכסים לפני הנישואין, ירושות או מתנות), בנוגע לבני זוג שהתחתנו לאחר 74 ונישואיהם לא פקעו, אין מענה בדין. שכן, חזקת השיתוף לא חלה עליהם כי הם נישאו לאחר 74, וחוק יחסי ממון חל רק כאשר יתגרשו. אולם במצב בו הם עדיין נשואים ורוצים להסדיר את יחסי הרכוש – איזה דין יפעל?

**שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי** (דיני החוזים והקניין) עם הנחת משפחה: יכול להיווצר אצל בני זוג שהתחתנו לאחר 74 והנישואין לא פקעו, שיתוף נכסים אם אפשר להוכיח שהכוונה המהותית של בני הזוג היא לשיתוף. לא נדרש רישום פורמאלי (הסכם שיעיד על שיתוף).

* דומה לחזקת השיתוף דור 1, שנשענה על הסכמת הצדדים; אולם ההנחה של הדרישה להסכם בכתב שיעיד על שיתוף מתייתרת בגלל הרציונאלים של משפחה כיחידה משפחתית.

קיבל ביטוי משמעותי ב*פס"ד אבורומי*: בני זוג מוסלמים חיו ביחד 16 שנים, נולדו 6 ילדים בדירת קרקע שרשומה על שם הבעל. ביה"ד השרעי- התגרשו. בנוגע לרכוש- בגלל *בג"ץ סימה אמיר* גם המוסלמים לא יכולים לדון בהסכמה. מבחינת פרקטיקה- ביה"ד השרעי מציית לקביעה זו. מגישה תביעה במחוזי לקבל מחצית מהדירה. אולם חוק יחסי ממון לא חל על הדירה כי היא רשומה על שמו מלפני הנישואין (נכס שאינו בר איזון).

עוה"ד של האישה: מזכיר אמירת אגב של שטרסברג כהן ב*פס"ד קנובלר*, שטענה שגם אם בני זוג התחתנו לאחר 74, במקביל לחוק יחסי ממון יכול לחול עליהם שיתוף מכוח דיני הקניין שיהיו מותאמים למשפחה- גם אם אין הסכם כתוב שמעיד על שיתוף נכסים, יוכלו להכיר ברכוש כמשותף. איך? כי הבחנה בין נכסים שנרכשו לפני הנישואין לבין נכס שנרכש אחרי רלוונטית אם תובעים מכוח דיני איזון משאבים. אולם הוא תובע מכוח דיני קניין והחוזים, ובחוקים אלו הבחנה זו לא רלוונטית.

שטרסברג כהן: מכירה בכך שיכול להיווצר מסלול שיתוף מכוח דיני הקניין והחוזים, והוא לא מצריך כתב, ולא מבחין בין סוגי נכסים. אולם, כדי שהשיתוף יהיה מכוח דיני חוזים וקניין, יש להביא ראיות שהצדדים אכן התכוונו לשיתוף (תיעוד שבנו ביחד את הבית). לא מוכנה לקבל את הטענה שבדירת מגורים, בלי ראיה נוספת, נכס מלפני הנישואין יהיה משותף.

הכרעה: ביהמ"ש מקבל את הטיעון, אבל צריך הוכחות של ממש.

פס"ד פותח פתח, לאחר 2008, לאפשרות לעשות שיתוף לנכסים מלפני הנישואין, לירושות ולמתנות, אבל הפתח מאוד מצומצם.

שני מסלולים:

1. **שיתוף מכוח ערבוב**- מגורים בדירה + השקעה משמעותית משותפת (למשל חורבה שהפכה לארמון ע"י מאמץ משותף של שניהם) ואז השיתוף לא יהיה רק על הדלתא, אלא על הכל.
2. **שיתוף מעוגן בהוכחות**- הוכחה ברורה שיש כוונה. לא חייב להיות הוכחות כתובות (הסכם מפורש), אלא גם עדויות על שיחות בע"פ.

הפסיקה לאחר 2008 – שלוש גישות לשאלה עד כמה ניתן להחיל את הלכת אבורומי:

1. **הגישה המצמצמת**- מצייתים להלכה. מסלול הסכמי אבל במגבלות של פסה"ד. כך שחייב להיות מעוגן בהסכמה בין הצדדים (ערבוב או עדויות בע"פ), ולא צריך להיות כתוב. אבל הנטל להוכיח את השיתוף הוא על האדם הלא רשום על הנכס.
2. **הגישה של ליפשיץ**- דומה לדור 3. כאשר מדובר על נכס מלפני הנישואין (בעיקר דירה), אם מתקיימים תנאי סף: 1) נישואין ראשונים, ארוכים, מאופיינים ביחסים טובים 2) יש הסתמכות 🡨 נוצרת שותפות בין בני הזוג על נכס זה (בניגוד לחוק יחסי ממון). אם לא מתקיימים תנאי הסף, הנכס אינו בר איזון, ומי שרוצה להוכיח שכן צריך להראות כוונה של ממש לפי 1.
3. **הגישה הרדיקאלית**- לגבי דירת מגורים "נגעת נסעת"; עצם זה שחיית בדירה, אומר שהתכוונת לשתף. דומה לדור 4. השופט שפירא שינה את ברירת המחדל של החוק- כשמדובר בדירת מגורים, ברירת המחדל היא שהנכס כן משותף. אלא אם עושים הסכם ממון שקובע אחרת. חנוך דגן תומך בגישה.

יש דוגמאות בפסיקה לכל אחת מהגישות וזה יצר הרבה בלגן.

*פס"ד אלמונית נ' פלוני*- בני זוג חיים ביחד 10 שנים בדירה של הבעל מלפני הנישואין. האישה עוזבת את הבית עם הילד, לא מתגרשים. לאחר 3 שנים הם חוזרים לגור ביחד. יש עדות חיצונית לפיה, לאחר שחזרו, הוא הבטיח לה שאחרי שימכור את הדירה הוא ירכוש חדשה והיא תירשם גם כבעלים. התגרשו לאחר 15 שנה [מתוכם 3 שנים חיו בפירוד]. היא תובעת למחצית מהדירה. במחוזי נקבע שהדירה לא משותפת. בערעור לעליון השופטים נחלקים:

1. דנצינגר: בנוגע לגישה הרדיקאלית- זה לא כתוב בחוק ולכן דוחה אותה. בנוגע לגישה של ליפשיץ- הוא רוצה להסתכל רק על הדינמיקה הכלכלית, להיכנס להיבטים ריגשיים לא דבר רצוי, אולם יש היגיון בגישה. לכן הלך לגישה הראשונה המצמצמת- נדרשת הוכחה פוזיטיבית על שיתוף. **קבע שהייתה כוונת שיתוף.**
2. עמית: מראש הסכים עם דנצינגר בתוצאה. בנוגע לנימוק- לא מוכן ללכת על הגישה המצמצמת, אלא מציין סדרת פרמטרים: 1) נכס עסקי/משפחתי; 2) אם היה שיפוץ או לא; 3)נישואין ראשוניים או שניים (הדגש האם יש ילד מנישואין קודמים). 3) אורך הנישואין- ארוכים או קצרים; 4) איכות החיים המשפחתית; 5) רמת השיתוף הכלכלי; 6) האם יש דירה נוספת לעבור אליה. ואז לשכלל הכל- להחליט אם זה משותף (לא היה מכניזם של שינוי ברירת המחדל כמו ליפשיץ) הוא מזכיר את הקריטריונים, אך לא מסביר כיצד הוא מיישם זאת בנוגע למקרה. **קובע שהנכס משותף.**
3. זילברטל (מיעוט): במפורש אומר שהוא בעד הגישה של ליפשיץ. אך טוען שדנצינגר לא יישם נכון את הגישה ולכן הגיעה לתוצאה שגויה. הוא טוען שהיחסים ביניהם לא היו טובים, לא הייתה דינמיקה משפחתית, ולכן לא הייתה כוונת שיתוף. לפי הגישה המצמצמת, נדרשת ראיה פוזיטיבית. אמנם יש עדות חיצונית, אולם לא ידוע כמה אחוזים. וגם, כל ההסכם מתייחס לתרחיש שלא קרה. אולי זה היה קורה אם היו נשארים, אבל הם נפרדו. עוד הוכחה לכך שלא התכוון לשיתוף. **קובע שלא הייתה כוונת שיתוף.**

**בשורה התחתונה**: היישום של הגישה המצמצמת של דנציברג יצא די רחב. עמית וזילברטל מאמצים את הגישה של ליפשיץ (עמית לא אומר במפורש אבל נותן מבחני עזר), אבל כל אחד הגיע לתוצאה אחרת. לפי מה מכריעים? 2014-2021 זה היה המצב, השופטים השתמשו בכל הגישות והנימוקים.

דנג"ץ הבגידה- 1) שיתוף ספציפי. 2) שיקולי אשמה מינית. 3) פיקוח בג"צ על בתי הדין הרבניים.

**שיקולי אשמה**

ברוב שיטות המשפט הדתיות והמסורתיות, **בגידה** היא אינדיקציה לקביעה מי אחראי לסיום הקשר. הקביעה חשובה, לצורך קביעת התוצאות הכלכליות של סיום הנישואין.

**חזקת השיתוף-** סוגיית האשמה (מי פירק את הקשר) לא רלוונטית לחלוקת הרכוש.

**חוק יחסי ממון-** *ס'8 לחוק יחסי ממון* (מלפני התיקון), נתן שק"ד כללי לבימ"ש, לסטות מחלוקת רכוש של חצי חצי ולתת לאחד הצדדים קצת יותר משיקולי צדק.

עד 2008 לא פורטו מהם השיקולים. ביהמ"ש לא אהב את הסעיף, כי יש פוטנציאל לפגיעה בזכויות קניין, שאדם לא יקבל את החלק שלו בגלל שק"ד של בימ"ש. לכן לא השתמשו בסעיף זה הרבה.

*2006, פס"ד של השופטת מרים נאור*: האישה תבעה חצי מהרכוש שרשום על שם הבעל לאחר שהתגרשו כי היא בגדה בו. ביה"ד הרבני השתמש בס'8 כשיקול לתת פחות לאישה שבגדה. הוא טען שגירושין יוצרים נזק כלכלי (צריך להשכיר 2 בתים כעת) והאדם שבגד אחראי לנזק זה. ולכן דרך ס'8 יתנו לבוגד חלק קטן יותר.

העליון קבע שלא, הבגידה לא יכולה להיות פרמטר. לאדם מגיע זכויות לפי חוק יחסי ממון ולא ניתן לסטות מזה. לכל אחד יש זכות לסיים את הקשר, לא שופטים את סיבותיו.

שני מהלכים: 1) בימ"ש אזרחי לא יכול להפעיל את הסעיף. 2)אם בי"ד יעשה זאת, זאת עילה לעתירה לבג"ץ.

**מתי יחול סעיף 8?** ביהמ"ש פותח פתח **להבחנה בין אשמה כלכלית לאשמה מינית**. לא שופטים על המעשה עצמו, אלא שאם היה שימוש במשאב משותף שלא בהסכמת בן הזוג, אז ההוצאות לשם כך יורדו מהחצי של מי שעשה שימוש אישי במשאב.כאשר לגבר יש פילגש והוא ממן לה דירה ללא הסכמת האישה, כך פוגע ברכוש המשותף ולכן לפי ס'8 יורידו את העלות של זה מהחלק שלו (ויפסקו לו פחות).

ליפשיץ: לא מסכים להיגיון זה. אין גבול לטענות שניתן להעלות; מה יקרה אם לגבר יש ילד מנישואין קודמים והיה רוצה לשלם על לימודים ללא אישור בת הזוג, גם צריך לשלם לאישה מחצית מהעלות? כנראה שביהמ"ש לא היה קובע שכל ההוצאות ירדו רק ממנו.

*פס"ד פלוני*- אדם מנסה לרצוח את אישתו, ע"י מכות רצח. תובע אותה לאחר הגירושין לקבל חצי מהפנסיה. המחוזי דבק ברעיון שאין אשמה, טען שיש להרשיע אותו. אולם לא התייחס לחלוקת הרכוש. הגיע לעליון. השופטים נחלקים:

דפנה ברק ארז: מתוך "הרצחת וגם ירשת" היא מייצרת חריג. טוענת שאם הוא היה מצליח הוא לא היה מקבל את הפנסיה. ולכן קובעת טענת הגנה לאישה כשהיא הנתבעת: 1) רק בניסיון לרצח; 2) רק בפנסיה; 3) רק כשהאישה עשירה. גישה מאוד מצומצמת.

* באוביטר טוענת לגישה מרחיבה יותר: מאחר שאיזון משאבים בנוי על שיתוף, ניתן להיות שותף רק עם מי שאני מכיר בו כבן אדם. אם אני מכה מכות רצח אדם, אני שולל את האנושיות שלו. לכן מביאה טענת הגנה לאישה הנתבעת: 1) אישה; 2) הכו אותה מכות רצח; 3) טיעון רלוונטי לדירה.

הנדל: מרחיב בהיבט אחד אבל מצמצם בהיבט אחר. מכות רצח = פגע באוטונומיה שלו. אדם מוכה לא יכול לממש את עצמו. כדי לייצר בידול אומר שהאלימות רלוונטית כי היא פוגעת באדם בתחושת הערך שלו וכנראה תפגע בכושר ההשתכרות שלו. הוא יותר מרחיב- כי זו יכולה להיות טענת חרב.

מלצר: מוטרד בנוגע לשיפוט המוסרי- הוא לא יכול לקבוע מה טוב או מה רע. לכן אמת המידה שלו להסביר למה כן יתחשבו באשמת הגבר- שהיא עבירה פלילית 🡨 רק אם נשפט בעבירה והורשע במשפט פלילי.

**לסיכום**, התנהגות מינית או בגידה לא צריכה להיות פרמטר לעניינים דתיים (לגבי כתובה או דיני גירושין). אבל לגבי יחסי רכוש, זה לא יהיה פרמטר. נתחשב רק באשמה כלכלית.

*שיעור 22- 9/6/22*

מתי מפסיקה השותפות הכלכלית? תיאורית, לפי חוק יחסי ממון רק בגירושין. אבל פרקטית בישראל, בגלל שהגירושין ארוכים, לעיתים הקשר כבר התפרק גם אם לא היה גט כדין. ואז ביהמ"ש צריך לקבוע האם השותפות המשיכה עד מועד הקרע. אבל לא תמיד ברור מהו המועד: 1)מתי נפרדו פיזית- פס"ד לידאי. 2) מתי הוגשו התביעות- פס"ד אבנרי. איך קובעים?

*מקרה יערה*- 1.1.2000 בני זוג, הגבר עוזב את הבית. ב1.6.2000 הוא מחליט להתגרש, מגיש לביה"ד. האישה מגישה תביעה לאיזון משאבים. ב1.1.2001 ביה"ד רוצה לפסוק. מה יקרה?

* + - 1.1.2001- עד לתיקון חוק יחסי ממון- ביה"ד לא יכול לפסוק בנושא. בעקבות התיקון ב2008, הוא יכול לפסוק איזון משאבים כי עברה שנה מאז הפרידה. למשל פנסיה של הגבר.
    - עכשיו צריך לתת הוראה- **עד איזה תאריך הפנסיה הייתה משותפת?** עד איזה סכום שנצבר צריך לחלק גם לאישה. כאן הם יריבו האם התאריך הוא מתי שעזב את הבית או התאריך בו הגיש תביעת גירושין.

**לא ידוע מה יפסק במצב זה.** קשור לנסיבות: אם יתברר שעזיבת הבית היא אחרי תקופה ארוכה של משבר רציני ובגלל זה מתגרשים, כנראה שיפוסק למועד של פירוק הקשר (עזיבת הבית). אם יתברר שהפרידה הייתה מפתיעה- ייתכן שיקבעו לפי מועד הגשת תביעת הגירושין.

ההלכה עד כה בבתי המשפט: בגידה היא לא פרמטר כדי להשפיע על יחסי הרכוש בין בני הזוג. לא בבימ"ש ולא בבי"ד (אם הנושא נכרך).

*פס"ד השותפות המוחלשת*- אדם חי עם אישתו בבית, אבל היחסים כבר התקלקלו. גר בבית רוב הזמן, הבגדים בבית. אבל יש לו בו זמנית מערכת יחסים חצי רישמית (אישה ומאהבת). סוג של עצימת עין מצד אישתו. מצליח כלכלית באותו זמן. וכשהוא מתגרש סופית, הוא טוען בבימ"ש שהייתה לו בת זוג אחרת ולכן לא היו שותפים. הוא השתמש בבגידה **כאינדיקציה אובייקטיבית להתמוטטות היחסים**. ביהמ"ש: הוא גר בבית, קיבל את שירותיה של אישתו (אוכל, ניקיון). נכון שהיה זוגיות אחרת אבל הייתה להם שותפות מוחלשת. העליון אישר את זה. עדיין יש חלוקת רכוש, אבל האישה קיבלה 30%.

אולם היו מס' פסקי דין שהתחשבו בשיקולי אשמה לחלוקת יחסי רכוש:

*פס"ד מחוזי*- נטען שהנכס החיצוני לא משותף, כי היו בגידות בין בני הזוג. כדי להחיל את חזקת השיתוף הספציפי, אחד מתנאי הסף הוא אורח חיים תקין כדי להעיד על אווירת שיתוף. השופט שוחט אמר שעצם זה שהיו הרבה בגידות, מעיד שבני הזוג לא עמדו בכל תנאי הסף לכן לא ניתן להעיד שהייתה כוונת שיתוף.

**עד פרשת הבגידה – שניסתה לעשות סדר במצב.**

*פרשת הבגידה*- אדם שעוד לפני הנישואין יש לו קרקע פרטית בבעלותו. חיו ביחד 30 שנה. במהלך הנישואין עושה הסכם קומבינציה עם קבלן (יקבל את הקרקע ועליה יבנה בית ובעלי הקרקע ירשם כבעלים). הבית הוא תחלוף של הקרקע הפרטית. אבל בבית גרה המשפחה במשך 20 שנה. נולדים ילדים, יש חשבונות בנק משותפים. הבית פרטי אבל מערכת היחסים טובה. לאחר 20 שנה, האישה בגדה בו. הבעל מגיש תביעת גירושין, והוא כורך את יחסי הרכוש.

מערכה ראשונה: בביה"ד הרבני האזורי. לא פוסקים לפי הלכת השיתוף הספציפי כי מקבלים את חוק יחסי ממון בנוגע לנכסים שאינם ברי איזון, בגלל: 1) דינא דמלכותא דינא; 2)נראה להם בוטה שלוקחים לאדם משהו שבבעלותו.

כאן, מקרה נדיר שביה"ד פסק לפי הלכת השיתוף הספציפי, מכמה סיבות: 1) חיו ביחד שנים ארוכות, אווירה כללית של שיתוף. 2)באחד הדיונים הבעל אמר שהוא מתייחס לדירה כהבטחה לעתיד הכלכלי המשותף. 3)הייתה השקעה מסויימת מצד האישה בדירה. **לכן נקבע שלאישה מגיע חצי.**

מערכה שנייה: הבעל מערער בביה"ד הרבני הגדול. שם יושבים 3 דיינים:

* עמוס: תחילת פסה"ד- נק' מבט אזרחית, חוק יחסי ממון לא חל. אין הסכם ממון. השאלה אם יש הסכמה לשיתוף. צריך ללמוד מהנסיבות- עובר על הראיות שהיו בפני ביה"ד האזורי וקובע שאין כוונה לשיתוף. סוף פסה"ד- התברר שביה"ד הגדול שוכנע ע"י הבעל שהאישה בגדה בו בשנתיים האחרונות לנישואין. אומר: 1) צריך לפרש את הלכת השיתוף הספציפי בצמצום לאור הבגידה. 2) השיתוף בנוי על אומד דעת הצדדים. אז גם אם הבעל לפי הנסיבות התכוון לתת לה חצי מהבית, **לא היה לו כוונה לשיתוף** כאשר היא בוגדת בו.
* נהרי: מתמקד רק בבגידה. אומר שגם אם הייתה נתינה מצד הבעל לאישה, היא טעות ביסודה. אדם לא נותן דירה מדעת, בהינתן שיבגדו בו. קובע שאם היה יודע שהיא תבגוד בו, הוא לא היה נותן **ולכן השיתוף מבוטל.**
* אלמליח: מצטרף לנימוקי חבריו, אך לא מזכיר את המילה בגידה. **אומר שאין שיתוף ספציפי**, לא מסביר.

מערכה שלישית: האישה עותרת לבג"ץ. טוענת שעפ"י המשפט האזרחי, מדובר במקרה מובהק בו מגיע לה שיתוף ספציפי: 1) היא כבר קיבלה את הנכס- הבגידה הייתה אחרי 28 שנים כשהקשר כבר התפרק לפני. אם היו מתגרשים אחרי 25 שנים היה מגיע לה חצי. אז בגלל "בגידה נטענת" (מכחישה זאת), אחרי שמשהו כבר הפך להיות שלה לאחר פסיקת ביה"ד האזורי, לוקחים לה. 2) לפי הלכת בבלי, בנושאים אזרחיים ביה"ד לא צריך לפסוק לפי דין דתי, אלא לפי דין אזרחי. כך שאסור לו להתחשב בשיקולי אשמה מינית.

* עמית: ביה"ד הפעיל דין דתי, **כשהתבסס על שיקולי הבגידה**. ולא יכול לעשות זאת בגלל פס"ד בבלי שקבע שחריגה מסמכות של ביה"ד זה גם כשהוא דן בנושא אזרחי ומפעיל דין דתי; עליו להפעיל דין אזרחי.
* מינץ: **רצוי-** בג"ץ לא נכנס לבחינת העובדות בתיק, אלא רק אם ביה"ד הגדול חרג מסמכותו כשהפעיל דין דתי. לדעתו, הוא לא הפעיל דין דתי, אלא אזרחי- הוא יישם את הלכת השיתוף הספציפי, אך לא התקיימו הנסיבות להחלת החזקה ולכן כך נקבע. **אוביטר (מנמק את הרציו)-** עמית לא הבין, פסה"ד לא מבוסס על דין דתי בשל שיקולי בגידה, שכן רק נהרי דיבר על בגידה. ואילו אלמליח לא הזכיר את המילה ועמוס התייחס לבגידה באוביטר.
* שטיין: **מודה שפסה"ד מבוסס על הבגידה**. טוען שאי אפשר לקחת לאדם מה ששלו בגלל שבגד. אולם מאחר שהנכס אינו בר איזון (בנכס שנרכש לפני הנישואין) ניתן להחיל שיתוף ספציפי. מסביר שנוצר עסקת מתנה/חוזה הענקה- הוא יכול להעניק לאישה את הנכס באיזה תנאים שהוא רוצה. כך שמראש האישה קיבלה את הדירה מהגבר, עם **תנאי מפסיק** (הוא נותן לה מחצית מהדירה, אבל הבעלות תפקע אם היא תבגוד בו אפילו יום לפני הגירושין). לכן טוען שמותר להתבסס על הבגידה, אם מראש היה חוזה מתנה עם תנאי מפסיק של בגידה. אם זו לא הייתה הלכת השיתוף הספציפי אלא הסכם מפורש, לדעת שטיין גם ביהמ"ש היה צריך לכבד אותו (גרם לעמית להסכים שהיה מכבד הסכם כזה); ואם מראש היו מקבלים את ההסכם כתקף משפטי, לא ניתן להתערב בקביעה. הוא לא חושב שהיה הסכם כזה, אך **ביה"ד הרבני קבע שהיה הסכם כזה כממצא עובדתי** (לפי אומדנה). ואסור לבג"ץ להתערב בעובדות. ולכן אין שיתוף.

במבחן: לאדם היה נכס פרטי, לאחר התחלוף נרשם של שם שניהם 🡨 הופך לנכס משותף. אך, כאן זה תחלוף על נכס פרטי אך נרשם על שמו בלבד, ולכן נשאר פרטי.

*פסה"ד יצר סערה*. ביהמ"ש העליון חטף ביקורות רבות על כך שבגידה הופכת להיות פרמטר במשפט אזרחי. מוסר כפול: עלה חשש שכל אישה שתבגוד תצא בלי כלום כי הקביעה חלה רק על נשים. כמו כן אמרו שהלכת בבלי התהפכה, כי לביה"ד מותר לעשות מה שרוצה. היו מי שאמרו שמדובר בפס"ד טריוויאלי לגמרי.

הביקורת של ליפשיץ על פסה"ד, לפי 2 סוגי מחלוקות:

**מחלוקת עמית-מינץ**: איך לפרש את פסה"ד הנקודתי של ביה"ד האזורי? במבט ראשון עמית צודק ומינץ לא היה צריך להתערב. אך לדעת ליפשיץ, זה יותר מורכב- מדובר בפס"ד של **כסות לחשיבה דתית אידיאולוגית**. כשמסתכלים על המכלול, יש פס"ד אידיאולוגי לגמרי, בו ביה"ד הרבני מצא שיטה להכניס את שיקולי האשמה ומיניות ליחסי רכוש (לפי קביעה של ממצא עובדתי).

היה עוד פס"ד שמצא ליפשיץ עם מקרה חמור יותר של הרבנים באותו הרכב. זה לא סתם שהם קבעו ממצא עובדתי בביה"ד, אלא לדעתו זה היה מתוך מקום ערכי, כי עמוס הסביר באותו פס"ד שהחיים לא הפקר- מי שמתנהג בצורה בלתי נסבלת יהיו לזה תוצאות. ולכן לא החילו את השיתוף על האישה בגלל הבגידה. אך שם יכול להיות הגיוני, כי האישה בגדה לאורך כל שנות הנישואין. ואילו בפרשת הבגידה, הבגידה הייתה אחרי שהקשר התמוטט.

**מחלוקת שטיין-עמית**: הביקורת הראשונה היא על כך ששטיין הוציא מעמית אמירה שאם היה הסכם כזה, אז הוא היה מכבד אותו. ואז בגלל שהיה מכבד, הוא לא צריך להתערב. למרות שלדעת ליפשיץ עמית לא היה צריך להסכים לכבד הסכם כזה. הביקורת השנייה על שטיין, שהוא לא אמר שאשמה לעולם לא תהיה פרמטר, אלא חילק לסוגים 🡨 הפך לשק"ד אם להתחשב באשמה או לא.

ליפשיץ חושב ששטיין טועה טעויות חמורות של 3 סוגים:

1. **שגיאה בפרשנות שיתוף ספציפי**- שטיין לוקח את אחד מ3 הגישות (המצמצמת של אבורומי) שצריך הוכחה שהייתה כוונת שיתוף, אולם כאן הוא אומר שצריך להיכנס לפסיכולוגיה של נותן המתנה- גישה הסכמית מצומצמת אולטרה. מצמצם את הגישה המצמצמת יתר על המידה (לא רק לפי כוונת הצדדים, אלא לפי כוונת הבעלים הרשום).
2. **שגיאה בהצגת הממצא העובדתי-** ההסכם לא היה ממצא עובדתי כפי שטען שטיין, הרי ביה"ד שראה את הצדדים לא אמר שהייתה בגידה, קל וחומר לא אמר שהצדדים סיכמו שהמתנה מותנית בבגידה. ביה"ד הרבני הגדול קבע את זה והוא לא ראה את הצדדים, ולא ראה את הראיות. **על סמך מה קבע את זה?** על אומדן של מה היה עושה אדם סביר. אולם זה לא לפי הדין האזרחי. שכן, השאלה של איך קובעים ברירת מחדל היא שאלה משפטית נורמטיבית. היו 2 פסקי דין שהגיעו לביהמ"ש, שאדם נתן לבת זוגתו דירה בהסכם מתנה פורמאלי. ואז היא עזבה אותו והלכה עם אחר והגבר טען שהתחרט (*פס"ד זיסרמן ופס"ד פרי*). אולם ביהמ"ש קבע ש"נגעת נסעת". ברירת המחדל על מתנות היא סופיות המתנה, לפי ס'2 לחוק המתנה. ולכן ביה"ד היה צריך לפעל כך. ועמית צודק! אכן הייתה קביעה משפטית שמנוגדת להלכת בבלי- שבכל חוזה מתנה של דירה, אם האישה תבגוד בגבר, היא לא זכאית לדירה. ולכן בג"ץ יכל להתערב כי זה לא טעות עובדתית, אלא משפטית.
3. **שגיאה בהבנת שיטת המשפט**- שטיין מציין שהפסיקה שלו שוויונית וליבראלית, הוא לא משנה אלא רק מכבד. אולם כמה בעיות: 1) שיטת משפט ליבראלית בחרה לא לייחס חשיבות לאשמה, בגלל תפיסת עולם ליבראלית. סיום קשר זה זכות לפי המשפט האזרחי, ולכן זה חלק מהאוטונומיה שלו. 2)ליפשיץ לא מוכן לקבל עמדה של ניטרליות מוסרית שכמשפט לא ניתן להגיד מי טוב ומי רע. לדעתו, בנושאים משפחתיים אינטימיים אפשר שהבוגד יתפס כ"בסדר" במקרים מסויימים. בבג"ץ הבוגדת הם כבר חיו בחדרים נפרדים בזמן שהיא בגדה בו. 3)מבחינה מגדרית- בגידה של אישה מביאה לתוצאות קשות יותר מאשר לגבר.

במקביל חנוך דגן ודפנה אנקר כתבו מאמר על פסה"ד. התמקדו בשיתוף הספציפי והתייחסו לגישה השלישית (הקיצונית)- תפיסה של הגינות ושל איך שרואים את המשפחה ולא קשור להסכמה בין הצדדים. נורמטיבית. לפי הגישה, דירת מגורים תמיד תהיה משותפת והדרך היחידה למנוע זאת, זה ע"י הסכם ממון.

מערכה רביעית: מוגשת בקשה לד"נ. חיות מאשרת. פסה"ד מתהפך שוב, האישה מנצחת ברוב של 6 נגד 3.

כל המחלוקת של פסה"ד בין השופטים היא על התוספת: הרכיב המקורי (הקרקע) הוא פרטי. השאלה היא מה לגבי הבית שנבנה עליה, שהם גרו בו ביחד. **האם מחילים את הלכת השיתוף?**

במבחן: שאלה על קרקע פרטית ועליה יש בנייה משותפת לדירה. קודם כל הערך של הדירה שנבנתה הוא משותף מכוח חוק יחסי ממון, זה ההסדר שחל. או בעסק של הבעל מלפני הנישואין, **שההשבחה של העסק היא נכס משותף**. הבסיס של עסק לא משותף מכוח חוק יחסי ממון, אבל אולי יהיה משותף מכוח השיתוף הספציפי (צריך לקבוע לפי איזה גישה).

פסה"ד עוסק ב3 נושאים:

1. **מהו הרציונאל להחלת הלכת השיתוף הספציפי?** כדי לדעת איך מיישמים אותה. מכוח הסכם? הסתמכות? מתנה? תפיסת צדק? צריך להחליט מהן אמות המידה.
2. **מהם מקומם של שיקולי האשמה?** מה התפקיד של אשמה מינית בעקבות המקרה.
3. **מהן אמות המידה לפיקוח על ביה"ד?** אחרי שיקבעו את התשובה לשאלות הראשונה והשנייה, האם ביה"ד יחוייב לפעול לפי קביעות אלו או שתישאר לו אוטונומיה מסויימת?

נושא ראשון – לפי איזו גישה מחילים את השיתוף הספציפי?

**הגישה המצמצמת- סולברג, מינץ ושטיין**. שיתוף ספציפי מבוסס על הסכמת הצדדים רק עם הנחה של משפחה, שלא צריך כתב. במקום, צריך אינדיקציות להוכיח אם התכוון לשתף: 1) אם היה ערבוב נכסים (או השקעות משותפות- קרקע פרטית ודירה משותפת או דירה ששופצה במאמץ משותף מחורבה לארמון); 2) לפי עדויות. תמיד נטל ההוכחה הוא על הטוען שיש שיתוף. כל הרעיון מבוסס על כוונת הצדדים, ואם אחד הבהיר לשני באופן מפורש שלא מתכוון לשיתוף, אין הסכמה ולא הייתה כוונת שיתוף. צריך לבדוק עדויות. **זאת לא ההלכה.**

**הגישה הקיצונית**- חנוך דגן ודפנה אנקר, שיתוף ספציפי מבוסס על עקרונות נורמטיביים לגמרי. לא יכול להיות שבן זוג ירגיש אורח בדירת מגוריו. לפי דפנה אנקר נכנס שיקול מגדרי- כי לרוב הגבר בעל הדירה שרשומה על שמו. ניואנס- אנקר טוענת שאולי צריך להגדיר כמות שנים מינימאלית. אבל הדרך היחידה להתחמק מהשיתוף הספציפי היא רק דרך הסכם ממון (לא משנה אם אחד הצדדים הבהיר לשני כל הזמן שאין לו כוונה שהנכס יהיה משותף). 🡨 דפנה ברק ארז אימצה אותה (בערך).

**הגישה של ליפשיץ**- כל יתר השופטים, בעיקר חיות, סביב הגישה של ליפשיץ.

התאוריה- מעורבת בין גישה הסכמית לנורמטיבית. ברירת המחדל שחלה על נכסים לפני הנישואין היא שהם משותפים אם מתקיימים תנאי סף: נישואין ארוכים, טובים, ראשונים.

* אם יש תנאי סף + הסתמכות- **ברירת המחדל היא שהנכס משותף**.
* סתירת ברירת המחדל: מי שלא רוצה את השיתוף יוכל לסתור את החזקה אם מוכיח בעדויות ברורות והוכחות חותכות שלא הייתה כוונה. אם אדם מראה בהתנהגות שלו שלא התכוון לשיתוף.
* אם אין תנאי סף + ואין הסתמכות- אז מתגבש הנטל לטובת מי שרוצה את השיתוף, הוא צריך להוכיח כוונה של ממש שהצדדים רצו שהנכס יהיה משותף.

שני רציונאליים: 1)**יחידה אחת (קהילתיות)**- רוצים לעודד אנשים לחשוב בצורה שיתופית. 2)**היבט ההסתמכות**- אנשים פועלים ומחליטים החלטות בהתבסס על זה שהרכוש המשפחתי הוא משותף, ואז לא הוגן שיקחו את זה מהם אם אין הסכם ממון. אחרת, הוא ירגיש אורח בביתו המשפחתי.

**דעתו של ליפשיץ לא התקבלה במכניזם**, **אלא בעיקרון**- כל השופטים (חוץ מדפנה ברק ארז) אומרים שאמת המידה הראשונית של השיתוף הספציפי יהיה מכוח ההסכמה, הכוונה של הצדדים שיהיה משותף. לא יכול להיות שיתוף נגד דעת הצדדים. אם הצדדים יביאו הוכחות ברורות שלא רצו, לא יחול שיתוף. ואז אפשר להגיד שיוצרים להסכמה אינדיקציות (תנאי הסף של ליפשיץ).

במבחן- חיו ביחד 20 שנה בדירה רשומה על שם הבעל מלפני הנישואין, רוב הדברים היו בחשבונות משותפים. אבל יש עדויות ברורות שבזמן אמת הבעל אמר לאישה שהדירה היא שלו מלפני הנישואין וזה לא יהיה שלה אף פעם. אז לפי גישה ראשונה- אין שיתוף. לפי ליפשיץ- אין שיתוף. לפי גישה שלישית- כל עוד אין הסכם ממון, הנכס יהיה משותף.

נושא שני – האם להכניס שיקולי אשמה

**קונצנזוס**: כל 9 השופטים אומרים במפורש **שאשמה לא יכולה להיות שיקול** כדי לקחת לאדם מה שיש לו. אי אפשר להגיד שבגלל בגידה אדם יקבל 60% או 30%.

התייחסות השופטים לביקורת של ליפשיץ על שטיין:

* **אין אינדיקציה עובדתית**- כל שופטי הרוב מקבלים את זה שהוא לא יכל להגיד שיש אומדן שאדם נתן נכס הוא עשה את זה רק בתנאי שלא תהיה בגידה, כאשר זה לא מעוגן בעובדות ספציפיות. זו אמירה משפטית נורמטיבית. רק הסכם בכתב יוכל להעיד על הסכם כזה. לכן הטענה של שטיין לא התקבלה.
* **תוקפו של הסכם מפורש**- שטיין טוען שברור שהיו מכבדים הסכם כזה אם היה מפורש ובכתב. רוב השופטים לא מתעסקים בזה. חיות והנדל משופטי הרוב משאירים בצ"ע- יכול להיות שלא היו מקבלים הסכם כזה כתקף משפטי, לאור השיקולים נגד טענות על בסיס אשמה מינית.

נובע מ2 סוגים של ליבראליים:

* + 1. ליבראל ניטרלי- לא ירצה להתערב במקום בו הצדדים לא רצו את התערבות המדינה. אבל אם הוא הסכים שהמדינה תשפוט אותם ע"י דיני החוזים, זו כוונתו ויש לכבד אותה ולהתערב בסכסוך. לא רק הסכם מפורש, אלא גם הסכם משתמע.
    2. ליבראל פרפקציוניסטי- שיטת משפט לא תכבד חוזה אם התוכן שלו סותר את עקרונות השיטה. חלק מהאוטונומיה זה הזכות לסיים את הקשר. ואפילו אם תעשה כזה הסכם שבו אומרים שיש השלכות למי שמסיים את הקשר- לא נכבד אותו.
* **מקרה ביניים בו אין הסכם מפורש**- אם יש אינדיקציות מתוך התנהגות הצדדים שהם הסכימו שיהיה שיתוף, אך הם שייכים לחברה פטריארכלית. האם נקבל את ההסכם כהסכם משתמע בגלל ראיות נקודתיות על הצדדים עצמן? או שלא נכבד אותו כי אין הסכם מפורש? המשפט הישראלי לא הכריע בסוגייה.
* **בגידה ממושכת ומוקדמת- לפני שהתגבש השיתוף** (בגידה משמעותית). כך שיש 2 הבחנות: 1)בגידה חד"פ לבגידה ממושכת. 2) בגידה מאוחרת לבגידה מוקדמת.
* חיות: רק בגידה שלפני התגבשות השיתוף ורק בגידה ממושכת יכולה להכניס שיקולי אשמה. מבססת את הטענה על עילות הטעות וההטעיה (בן הזוג טעה והוטעה, אם היה יודע, לא היה נכנס לקשר).
* דפנה ברק ארז: בתור ליבראלית לא אוהבת שיקולי אשמה. בתגובה לחיות: למה להכניס אשמה ב5 בגידות אבל בבגדיה אחת לא? לדעתה בגידה לא רלוונטית אף פעם.
* מינץ/שטיין/סולברג: אם בגידה רלוונטית אז למה רק ממושכת? צריך לקבל כל בגידה שבגללה במציאות לא הייתי מתקשר בחוזה מכוח דיני הטעות וההטעיה.

נושא שלישי – אמות המידה לפיקוח על ביה"ד

* ביה"ד חייב להפעיל דין אזרחי בעניינים אזרחיים שמגיעים אליו ע"י כריכה (הלכת בבלי).
* בג"ץ הוא לא ערכאת ערעור על ביה"ד הגדול ולכן לא מתערב בתוכן ההחלטה או בקביעת העובדות. אלא רק אם ביה"ד יישם נכון או לא את הדין האזרחי לפי הפרשנות האזרחית.

*שיעור 23- 14/6/22*

**פוטנציאל ההשתכרות כנכס**

*פס"ד אובריין*- זוג נשוי. הבעל רוצה להתקבל לרפואה. אישתו היא אחות. הוא מתקבל לביה"ס לרפואה ועובר לגור שם עם משפחתו. האישה היא המפרנסת בעבודתה כאחות כי הגבר בלימודים. בשלב ההתמחות של ניתוחי מוח הוא מתחיל להרוויח אבל לא הרבה. הבעיה- שניהם עושים משמרות. האישה ויתרה על קידום להיות אחות אחראית במחלקה ויורדת לחצי משרה, והוא ממשיך עד סיום ההתמחות. נפרדו, הבעל מגיש תביעת גירושין.

מדובר בנישואין אזרחיים, הנישואין היו בארה"ב. לכן הגירושין ללא אשמה, מבחינת מזונות- יש לה יכולת לפרנס את עצמה. ביום טוב הם גמרו לחלק את החובות (ההלוואות שהגבר לקח ללימודים). יש להם שכירות, אין חסכונות. אבל ידוע שהוא יקבל בתור רופא מומחה משכורת גבוהה. האם אפשר להתייחס לזה כאל נכס?

**הבעיה**- כושר ההשתכרות שלו צמח במהלך הנישואין, אבל הוא יהנה מהפירות רק לאחר הגירושין.

הרציונאלים המקובלים צריכים לחול על כושר ההשתכרות:

* **מאמץ משותף**- אילולא האישה ירדה לחצי משרה ולקחה על עצמה את הטיפול במשק הבית, הוא לא היה מגיע למקום בו נמצא היום. ליפשיץ במאמרו גילה שבעולם, נוצר מצב שבת זוג שהייתה חלק מהמאמץ המשותף לא מקבלת כלום, ומי שתקבל את הפירות היא בת הזוג השנייה. מה קורה בישראל? לא מקבלים את הרעיון שמגיעה לה חצי מהרכוש העתידי. למרות שלדעת ליפשיץ זה לא הוגן שהיא לא תקבל.
* **שוויון מהותי**- לא מתקיים אם לא מחלקים את כושר ההשתכרות העתידי.
* **הסתמכות ועידוד חשיבה משפחתית**- אם לא יחלקו כושר השתכרות כנכס משותף, תהיה פגיעה ביחידה המשפחתית.

אולם יש התנגדות לקבלת נכסי העתיד: כושר השתכרות כנס.

1. **ספקולטיבי וקשה להערכה**- הטענה היא שאי אפשר להעריך את כושר ההשתכרות העתידי של האדם, כי לא ניתן לדעת כמה ישתכר בעתיד, זה ספקולטיבי. אולם בנזיקין למדנו שיש ראש נזק של "פוטנציאל השתכרות של רופא מנתח כמוהו בשוק". מסתכלים כמה רופא מנתח במקום הזה מרוויח וזה כושר ההשתכרות.
2. **הבחנה בין כישרון אישי לבין ההשבחה**- הקושי הוא שצריך לעשות פילוח בין כישרונו האישי שקדם ליום הנישואין, לבין התוספת שנוצרה מהחתונה עד הגירושין. כושר ההשתכרות היה כבר קודם- חריצות היו לו קודם, והתמדה. לכן לא ניתן להסתכל על כמה שהוא הרוויח בפועל מיום החתונה.
3. **מימוש ההשבחה-** אם נניח שנמצא דרך לעשות פילוח ולגלות שרופא מתמחה בארה"ב מרוויח מיליון דולר בשנה, והמסקנה היא ש400 אלף זה כישרון אישי מוקדם, ו600 אלף זה ההשבחה מהנישואין. לכן מגיע לה 300 אלף בשנה. **אבל איך?**
4. הפעלת מודל קנייני לכושר השתכרות- גישה אנליטית. כמה שנים נשאר עד הפנסיה כפול משכורת ממוצעת לשנה- 6 מיליון, וזה החוב שלו. הוא פורס לתשלומים. אם מרוויח יותר או פחות זה לא ישתנה. גישה בעייתית: 1) אם הוא ירוויח פחות ולא יהיה לו איך לשלם. 2) לא ירצה עוד לעבוד כרופא- אם ישנה כיוון. 🡨 הופך את הגבר למשועבד לאישה כל חייו.
5. להתחלק בכושר השתכרות לפי נתוני אמת- מסתכלים על השיעור באחוזים, שמגיע לה. הוא חייב לה 30% מהפרשי ההשתכרות שהוא ירוויח בעתיד כל שנה. פותרים את 2 הבעיות. אבל בעיה אחרת- תלות בלתי נסבלת, כי כל שנה הם צריכים לחשב לפי דוח מס הכנסה כדי לחלק. כמו כן, אם כושר ההשתכרות שלו יגדל כתוצאה מהגירושין, הוא יהיה חייב לשלם לה 30% מנתוני האמת. ואילו לאדם יש אוטונומיה לסיים את הקשר. ולא רוצים להגיע למצב שאדם לא יאפשר לעצמו להגדיל את כושר ההשתכרות שלו בגלל שרוצה לפרק את הקשר. פגיעה באידיאל ליבראלי- היכולת להיפרד או היכולת להכיר בכישרונו האישי של האדם.

הטענה של ליפשיץ: אם לא נחלק כושר השתכרות, התוצאה תהיה קשה במצב בו אין ילדים או נכסים אחרים. שופט אחד התלהב, והגיע אליו מקרה.

*פס"ד מ2007*- רו"ח סיים לימודים, כעת מתכונן למבחני הלשכה. אישתו בהיריון לקראת הגירושין היא תובעת למשכורת שלו שעומדת על 600 אלף ₪ בשנה. וזה לא הוגן שהיא לא תקבל כלום. במחוזי קיבלו את העיקרון לפי טכניקה של סכום חד פעמי. הוא ערער, הגיע לעליון. הוא מנתח את הסוגייה- מסביר שהרציונאלים של חלוקת רכוש רלוונטיים גם לכושר השתכרות. 🡨 לכן מהווה נכס.

מציג את 2 הקשיים: 1) הצורך להבחין בין כישוריו האישיים לבין התוספת- אומר שצריך לדעת להבחין אבל לא מסביר איך. 2) איך לממש את זה בפועל (איך מפרידים)- נתן פיתרון שיכל לעזור למקרה הזה, עדיף סכום חד פעמי כי הוא מאפשר להם להמשיך את החיים. אולם- זה פיתרון מתאים רק לאנשים עמידים או שיש להם גם נכסים חומריים. ההכרעה הייתה שהוא משלם לה 200 אלף ₪. קבע שיתוף של תקופה מאוד קצרה.

**מה התקדים?** כושר ההשתכרות הוא נכס. התחתנו לפני 74 לכן חלה עליהם חזקת השיתוף. אולם קבע סכום שהוא לא מהווה מחצית מהתוספת. אז העיקרון או המימוש? יש כאן מתח בין הרטוריקה הקניינית לבין המודל של חלוקה אקוויטבילית- שרוצים להגיע לפיצוי כלשהו לבת הזוג, על המאמצים שלה. לא ממש חלוקה. לדעת ליפשיץ, ריבלין רצה לחדש חידוש, אבל פחד שהגבר לא ירצה להתפתח כדי להרוויח עוד.

פיתרון בחוק יחסי ממון- להקנות שק"ד ביהמ"ש.

ס'8 לחוק מאפשר לביהמ"ש להפעיל שק"ד ולחלק באופן אחר מאשר חצי-חצי. קבע שאחד השיקולים לסטות מהחלוקה- היא כאשר יש פערים בין בני זוג בכושר ההשתכרות.

הטענה תמיד הייתה שלתת לאישה יותר מחצי מהרכוש, זה מהווה פגיעה בקניין של הגבר. אולם כאן זה לא פגיעה בקניין, כי נותנים לה מחצית ממה שמגיע לה רק שתקבל יותר ברכוש חומרי ממשי על חשבון הון אנושי שלא ניתן לחלק. אולם זה יעזור רק לרוה"ח כי יש להם מספיק נכסים ממשיים, אבל לאובריין לא כי אין כלום חוץ מהון אנושי.

מימוש חוק יחסי ממון

**שיטה 1: הכלי הקנייני**- דרך סעיף 8 אפשר להגיע לתוצאה הקניינית שבס'5 (חלוקה של 50-50). השופט יכמת את שווי התוספת של ההון האנושי ושל ההון הממשי ויחלק את הסכום לחצי-חצי. בפועל היא תקבל מחצית מהסכום על סמך הרכוש הממשי.

* עוזר רק לעשירים (כאשר יש יותר הון ממשי מהון אנושי)- צברו 2 מיליון הון ממשי. וצברו מיליון מההשבחה של ההון האנושי. נשתמש בכלי כזה. צריך לדעת מה שווי התוספת של כושר ההשתכרות.
* התיקון פספס את העניים- צברו 20 אלף הון ממשי, ומיליון הון אנושי. אם הון אנושי מהווה נכס (מפעילים את ס'5) הוא היה מביא לה 510 אלף ₪. אבל אם ניקח את ס'8, ההון האנושי לא נכס, וניתן יהיה להעביר לה רק 10 אלף.

ליפשיץ מציע: **ניתן להפעיל חלוקה קניינית בשני סוגי המקרים**: ס'8 לא שולל את ס'5 כי הוא לא נותן הגדרה סגורה: "לרבות" וכולל עוד סוגי נכסים, כולל כושר השתכרות. אמנם זו טענה חלשה מילולית אבל בלעדיה- התיקון של החוק לא משיג את מטרתו.

במבחן- מקבלים שאלה של כושר השתכרות. אם כתוב "אקטואר אמר שלפי השיטה הקניינית כושר ההשתכרות הוא מיליון ונכסים הם 2 מיליון" אז אין בעיה, ביהמ"ש יגיע לאיזה תוצאה שירצה לפי איזה כלי שירצה. אבל אם ההון הממשי מיליון והאנושי 2 מיליון, לפי גישה 1- אי אפשר לחלק, אלא רק את המיליון. אבל בצורה וירטואוזית, פרשנות אלטרנטיבית ולפחות 3 פסקי דין אימצו אותה ואפשר גם לחלק את ההון האנושי לפי ס'8. יש לציין שביהמ"ש יצטרך לחשב את התוספת אבל לא יודעים איך עושים את זה, ואם הולכים על סכום חד פעמי צריך לעשות היוון (לא חצי חצי, אלא נתחשב בסכום שהוא לוקח).

ההצעה של ליפשיץ למקרה של אובריין- יצטרכו לקבוע תשלום איטי, שתלוי בנסיבות. וגם יהיה אפשר לפתוח את התשלומים אם זה לא תואם את נתוני האמת.

**גישה 2: כלי פיצויי קריירה** – החלטות משותפות במהלך הנישואין שגרמו לפערים משמעותיים. ואז בודקים כמה כל אחד צפוי להרוויח לפי נתוניו האישיים. הטכניקה אומרת "איך זה יראה בפועל". יגידו לאקטואר כמה כרגע כל אחד מהם מרוויח, כמה שנים הם היו נשואים, ואז יש נוסחה לקבוע כמה כל אחד יקבל. השיטה הזאת משלמת מחיר של דיוק, אבל מנסה לייצר וודאות. הרעיון- אם חייתם ביחד, כנראה הייתה שותפות והסתמכות על מה שאדם הביא איתו. הדגש זה לא על הפוטנציאל של אחד מהם אלא כמה השני הפסיד. לדעת ליפשיץ לא מגשים את הרעיון של השיתוף.

**גישה 3: אומדנה.** אםריבלין קבע 200 אלף, חלק גדול משופטי המשפחה מעריכים מבלי להסביר אבל אם יש פערים משמעותיים בין האנישם וזה קשור בנישואין, הם נותנים סכום אבל יש תקרה- שלא יעלה על 200 אלף. אולם נמצא פס"ד שנתן יותר.

**גישה 4:** הזכות לא לחלק את כושר ההשתכרות אם אין פערים משמעותיים בין בני הזוג, כי יש עוד פרמטרים של קביעות, פרסים וכו'. תעזוב אותי באמא שלך.

**גישה 5: צדק חלוקתי.** להפעיל את ס'8 באופן רחב ולחלק את כושר ההשתכרות בצורה שווה, אבל לא רק אותה, אלא הכל- פנסיה, מוגבלות, ירושה. שיטה בעייתית- לא ניתן לחלק דברים שהצטברו לפני הנישואין. צריך הצדקות כדי לחלק מתנות או ירושה.

**גישה 6: מזונות משקמים.** אם אדם היה תלוי באחר תקופה מסויימת, לא ניתן להיפטר מאחריות. לא לזרוק אותו לרחוב, אבל לעשות פרופורציונאלי, במגבלת זמן (לא לנצח).

במקרים נדירים ביותר [במקרים של חוסר צדק], כאשר יש בני זוג שנצבר פער משמעותי במהלך הנישואין, וקשור להתנהלות שלהם בנישואין כתוצאה מההחלטות שקיבלו בנישואין,נפעיל את אחת הגישות (1 עד 3) שנותנים סעד יושר.

**דיני משפחה בחברה רב-תרבותית – דיני הרכוש הזוגי במגזר הערבי כמקרה מבחן**

אנשים שבנו את הקרקע על קרקע שעדיין רשומה על שם ההורים. כשדיברנו על שיתוף ספציפי, הנכס הטיפוסי היה קרקע שהבעל/האישה ירשו מההורים והקרקע נרשמה על שם הבעל/אישה. על זה בנו בית והשאלה הייתה האם על הבית יחול הסכם שיתוף ספציפי (לפי הדורות).

אבל במגזר הערבי, ברוב המקומות הגבר בונה את הקרקע על חלקה של ההורים שרשומה על שמם או שם הסבא. וזה לא עובר על שמו של הגבר. ועכשיו הגבר והאישה בונים את הבית על הקרקע. אם הם מתגרשים, האישה לא יכולה לתבוע את הבעל על הבית כי זה לא רשום על שמו.

**אם נפרדים, לא יכול לתבוע לפי חוק יחסי ממון**, הגבר יטען שהוא אורח, זה לא שלו. אולם זה לא הוגן כי זה היה ברור שזה הבית שלהם, המשפחה הסתכמה עליו, גם האישה.

הפסיקה ניסתה לפתור את זה באמצעות "דיני הרישיון", לפיהם אם אדם גר בקרקע והרשו לו לגור שם, אם יגידו לו שהוא צריך להפסיק לגור שם (הייתה הבנה של רישיון ממושך) אז צריך לפצות אותו.

אבל יש הבדל, השופטים היו מכניסים פיצוי משמעותי שמביא אותם לתוצאה דומה של איזון משאבים או שיתוף ספציפי.

סולברג, *בפס"ד של יהודים*- לא. רק פיצוי על השקעה. אומר שפיצוי על רישיון זה רק על מה שהשקעתם בפועל. אם השקיעו בדירה, צריך קבלות על שיפוצים. הבעיה: זה לא הרבה, וגם מפסידים את עליית הערך.

יצא סכומים מצחיקים לנשים הערביות. **השופט סילמן**- היה יצירתי. אמר מה שנכון ליהודים לא נכון לערבים. **בשורה תחתונה**: לגבי ערבים צריך להמשיך את כלל הפיצוי הקודם.

יתר השופטים התנגדו לכך כי אי אפשר להחיל דין אחד על יהודים ודין אחר לערבים, אבל לא הגיוני שאישה אחרי 20 שנות נשואין תצא עם 7 אלף.

פיתרון אחר- ס'8, נותנים לה חצי יותר גדול. אבל גם כאן בעייתי- אין הון אנושי או הון ממשי נוסף. יש לו רק את הדירה, וגם זה לא שלו.

*שיעור 24- 16/6/22*

**מזונות ילדים**

**סמכות דיון**

* כשמדברים על מזונות ילדים הערכאה שיכולה לדון היא ביהמ"ש. אולם, לבית הדין יש סמכות בהסכמה.
* לפי החוק יש גם סמכות בכריכה, אבל פס"ד שרגאי עשה הבחנה בין שני סוגים של מזונות: (1) השבת הוצאות ניתן לכרוך; (2) תביעת מזונות קלאסיים לא ניתן לכרוך. השופט הנדל במיעוט טוען במספר פסקי דין ניסה לטעון שיש אפשרות לכרוך מזונות בכפוף לזה שטובת הילד לא נפגעת, אם טובת הילד נפגעת הילד יכול להגיש תביעה עצמאית.

**הדין החל**

הדין שחל הוא הדין הדתי. בדין הדתי היהודי יש לדיני המזונות מספר רבדים.

* 1. **גילאים 0-15:** מדין תורה רק האבא חייב בצרכיו הבסיסים של ילדיו בגילאי 0-6 (גם אם האישה עשירה יותר). תקנת אושה מרחיבה עד גיל 15. בתקופת המנדט-
  2. **מעל גיל 15/מעבר לצרכים הבסיסים**- שני ההורים חייבים לפי יכולתם הכלכלית. מדין צדקה.

**יש 2 בעיות בדין הקיים:**

1. **הביקורת על חלוקת הנטל:** מדוע הגבר צריך לשלם על צרכיו הבסיסים של הילד עד גיל 15, גם כאשר אשתו מרוויחה יותר/אותו דבר?
2. **הביקורת על מימוש הנטל**: **בעבר** האם הייתה מקבלת משמורת בלעדית (הגבר היה מקבל הסדרי ראיה בלבד). במציאות כזו כאשר הבעל היה משלם את הרוב זה היה הגיוני (מאחר והאם נושאת ברוב הנטל כאשר הילדים אצלה). אולם **כיום** גברים מקבלים הסדרי שהות משמעותיים עד כדי משמורת משותפת, ולכן למרות שחצי מהשבוע הילדים אוכלים אצלו הוא עדיין מחויב לשלם לאמא תוך התעלמות ממה שהאב מוציא עליהם ישירות. לכן, טענת מימוש הנטל גורסת כי **יש לקזז את מה ששילם הגבר על הילד כאשר הוא היה נמצא אצלו**.

הוצעו 2 פתרונות לגבי כל אחת מהבעיות:

1. **חלוקת הנטל**: חלוקה על פי יכולת כלכלית גם לגבי הצרכים ההכרחיים.
2. **מימוש הנטל:** שיטת הקיזוז המלא / הלינארית; נֶחַשֵב כמה נמצא הילד אצל האב, ואת זה נקזז. לדוג': אם הילד נמצא אצל האב חצי מהזמן- נקזז חצי מהצרכים המינימליים שהאב חייב.

**עד 919, לא פתרו את הבעיה הראשונה (לא שינו את הדין) והבעיה השניה נפתרה באופן חלקי (חלק מהשופטים פועלים בצורה כזאת וחלק בצורה אחרת)- יש בלאגן! על רקע זה מגיע הלכת 919.**

**3 נקודות חשובות לפסק הדין:**

* + - * 1. הבחנה בין שאלת הקיזוז לשאלת חלוקת הנטל: את חלוקת הנטל נשאל תמיד, אך מימוש הנטל [הקיזוז] רלוונטי רק כאשר יש הסדר שהות משותפת כלשהי. מדובר בשתי שאלות בלתי תלויות; ההכרעה בשאלה 1 לא תשפיע על הכרעה ב-2.
        2. ההבחנה בין שוויון בנטל לבין משל החתול: לפי החלופה שהוצעה, שני ההורים חייבים בכל הוצאות הילד, בהתאם ליכולתם הכלכלית; מי שמרוויח כפול ישלם כפול.
* **דוג' שפעיל גברים נתן אצל אמנון לוי-** אם יש לשותפים חתול שנמצא אצל כל אחד בזמן אחר, מובן שכל אחד ישלם על צרכי החתול כשהוא אצלו. ולכן המסקנה היא שכל הורה נושא בהוצאות הילד כשהוא אצלו, לפי יכולותו.
* **פרופ' ליפשיץ מבקר גישה זו-** יש לפרש את החלופה לחלוקת הנטל כך: לסכום את כלל ההוצאות אצל שני ההורים, מחלקים אותם לפי יחס ההכנסות, לבדוק כמה כל אחד מההורים הוציא בפועל ולקזז.
  + - * 1. ייחודיותה של סוגיית המדור: המזונות מחולקים ל-3:

**מזונות תלויות שהות** [דוג'- מזון, אוכל]**:** ניתן להניח שהן יוצאות באופן יחסי לזמן השהות ולכן: **(1)** סך ההוצאה- לא תשתנה בשאלה מה הסדר השהות; **(2)** לינאריות**-** הקיזוז הלינארי יעבוד לגביהם.

**מזונות שאינם תלויי שהות/הוצאות מיוחדים** [דוג'- בגדים, חוגים, טיפול פסיכולוגי]**:** ככלל אי אפשר להניח לגביהם שמוציאים אותם באופן יחסי לזמן השהות, ולכן: **(1)** סך ההוצאות- סכום ההוצאות הכללי יהיה גם במשומרת משותפת וגם במשמורת יחידנית- דומה לסוג הראשון; **(2)** לינאריות- לא ניתן להניח את הנחת הלינאריות, גם אם המשמורת מתחלקת 50-50 ההוצאות הללו לא מתחלקות בהכרח 50-50.

**המדור** [דוג'- שכר דירה, ארנונה]**:** בעולם שיש משמורת בלעדית בהוצאות של הילד יהיה מדור אחד, אך במשמורת משותפת יש הוצאה כפולה על מדור (2 ההורים צריכים להגדיל את הדירה). כאן לעומת מזון אין היגיון לכפילות. המשמעות של מדור כפול (אצל עניים) היא שלא ניתן לשמור על רמת חיים שווה+ צרכים בסיסים + משמורת משותפת- יהיה צריך לוותר על משהו. 🡨 המדור מגדיל את סך ההוצאות.

*פס"ד 919***:** 2מקרים בהם גיל הילדים מ6-15, ההורים מרוויחים בסדר גודל זהה והילדים במשמורת משותפת זהה. האבות תובעים על 2 הסוגיות- חלוקת הנטל ומימוש הנטל.

* **השופט פוגלמן**: עוסק רק בשאלה הראשונה. הוא עוסק בשאלה של חלוקת הנטל. בדין הדתי יש 2 פרשנויות לתקנת הרבנות הראשית : **(1)** הרחיבו את מחויבות הגבר לשלם מזונות עד גיל 15 במקום 6; **(2)** החל מגיל 6 ועד גיל 15 על שני ההורים לשלם באופן שווה ללא קשר למגדריות. פוגלמן בוחר בפרשנות השניה. הנימוקים: (1) יש להכריע ע"פ אמות מידה אזרחיות, קרי האפשרות השנייה הדוגלת בעיקרון השוויון; **(2)** יש לתת מקום לשיקול טובת הילד- אם האב נושא בנטל הכלכלי, רמת החיים של הילד בהכרח תרד. 🡨 מגיל 6 שני ההורים יישאו בנטל הצרכים הבסיסים של הילד.
* **דפנה ברק-ארז:** בשורה תחתונה מסכימה עם פוגלמן על חלוקת הנטל. ביחס למימוש הנטל אין ללכת לפי השיטה הלינארית- היא עושה הסדר יותר מתוחכם:

1. בהוצאות תלויות שהות [דוג' מזון]: הוצאות אלה יש לקזז באופן יחסי לזמני השהות.
2. בהוצאות שאינן תלויות שהות [דוג' ביגוד]: יהיה גזבר / הורה מֵרַכֶז; מי שהוציא הוצאות אלה קודם, יוציא את כולן עכשיו, והשני ישלם על כך באופן יחסי להכנסתו. במשמורת משותפת לא צריך להיות קיזוז**\***.
3. מדור: סוכמים את המדור ב2 הבתים, מחלקים את המדור לפי יחס הכנסות ומקזזים מכל אחד מה ששילם בפועל למשכיר ולפיכך, במשמורת משותפת לא צריך להיות קיזוז**\***. אם אין מספיק כדי לקזז- מבטלים את המשמורת המשותפת.

**הקושי-** בהכנסות שוות, הפסיקה שלה נכונה אך לא כאשר ההכנסות שונות.

* **תגובת פוגלמן:**  מוכן לקבל את ההסדר של דפנה ברק-ארז. אך עם כוכבית; הוא מבקש שבנושא זה יהיה שק"ד בית משפט. זו ברירת המחדל אבל ביהמ"ש יכול לחרוג אם הוא מנמק.
* **יתר השופטים:** לא פוסקים משהו קונקרטי.

הכרעה: במקרה של ילדים מגיל 6-15: **(1)** בשאלת חלוקת הנטל הולכים לפי פוגלמן; (2) בשאלת הקיזוז הולכים לפי ברק-ארז עם הכוכבית של פוגלמן.

**קשיים בעקבות פסק הדין:**

* תחולת המעבר לדין צדקה במצבים שאינם מסווגים כמשמורת משותפת- נוצר מתח בין העמדות האינדיבידואליות של השופטים.
* תחולת יתר רכיבי פסה"ד במצבים שאינם מסווגים כמשמורת משותפת.
* האם נדרשת העברה כספית לגבי צרכים תלויי שהות ומדור במקרים של פערי ההשתכרות?

יישום שגוי ולא אחיד בפסיקה הדיונית:

* יישום שיטת החתול וקביעה כי כל צד יישא בהוצאות המדור או/ו במזונות תלויי השהות חרף פערי השתכרות.
* חלוקה לפי יכולת כלכלית ללא קיזוז הוצאות תלויות שהות המוצאות ע"י ההורה.
* חלוקה לפי יכולת כלכלית והפעלת נוסחת קיזוז מלא ללא אבחנה בין הוצאות תלויות שהות ושאינם תלויות שהות כנדרש בפס"ד של ברק ארז.
* פעולה על דרך אומדנה ללא התחשבות במתודולוגיה הנדרשת בפסה"ד.
* שימוש ב1300-1400 ₪ או במושג צרכים הכרחיים כסכום הבסיס שאותו מחלקים ע"י יחסי השתכרות במקום מלוא הצרכים כנדרש ע"י פס"ד.

פרשנות בעייתית במחקר:

* **מרכז רקמן**- פסה"ד על כל חלקי מדבר רק על זמני שהות שווים ומשכורות שוות.
* **יואב מאז"ה**- פס"ד קובע 2 הסדרים שונים: (1) במצבי משמורת משותפת הוצאות שאינן תלויי שהות יחלוקו בהתאם לפערי ההשתכרויות ובעוד שבהקשר להוצאות תלויות שהות ומדור יישא כל כצד בהוצאותיו ללא קשר למצב הכלכלי. (2) במצבים שאינם מסווגים כמשמורת משותפת חלוקת הנטפל ע"י יחסי השתכרות וקיזוז מלא של

**הפרשנות הראויה של הפס"ד- ליפשיץ' וליפשיץ':**

* פסה"ד למעט ההסדר העוסק במדור רלוונטי לכלל סוגי המשמורת.
* הוצאות הילדים מחושבות בשני הבתים והנטל מתחלק בין ההורים לכל סוגי ההוצאות: תלויות שהות ושאינן תלויות שהות ומדור ע"פ יחסי הכנסות פנויות
* לגבי ההוצאות תלויות השהות יש לקזז מהחלק היחסי של כל אחד מבנה"ז את ההוצאות שהוא הוציא בעין הנגזרות באופן לינארי משיעור השהות.
* לגבי ההוצאות שאינן תלויות שהות לאחר קביעת שיעור התשלום בהתאם ליחסי ההשתכרויות, יש לקבוע מנגנון תשלום כדון הורה מרכז או קופה משותפת. במקרה של הורה מרכז על ההורה השני להעביר את מלוא חלקו לידי ההורה המרכז.
* דין הוצאות חריגות ("מחציות") כדין הוצאות שאינן תלויות שהות אולם בניגוד לעבר, הן יחלוקו ע"י יחסי הכנסה פנויה.
* במצבי משמורת משותפת יחושב המדור בשני הבתים כמדור הילדים ויחולק ע"פ שיעור ההשתכרות שלהם בקיזוז ההוצאה בפועל. לכן, רק במקרים של השתכרות שווה ומשמורת משותפת כל צד יישא בהוצאות המדור שלו
* **יש שישה שלבים ליישום הפס"ד:**

1. **שלב ראשון- קביעת שיעור הנשיאה בנטל:** כמה המשכורת של הורה א וכמה של הורה ב ולקבוע את האחוז של כל אחד.
2. **שלב שני- קביעת ההוצאות**: יש קביעה פסיקתית מה גודל ההוצאה של כל ילד. מחלקים להוצאות תלויות שהות, לא תלויות שהות ומדור.
3. **שלב שלישי** – **קביעת שיעור השהות**: צריך להגיד מתוך 14 ימים כמה הילד אצל הבעל וכמה אצל האישה וזה מה שיעזור בקיזוזים. ביהמ"ש יתחשב בהסדר המשמורת בפועל ולא בהסדר על הנייר.
4. **שלב רביעי – חישוב רכיב המזונות מההוצאות תלויות השהות**: נפרק ל2 שלבים: שלב ראשון נבדוק כמה כל הורה אמור לשלם במצב בו הם היו בפנימייה ובשלב השני נקזז. לדוג'- נניח לאבא הכנסה פנויה של 10,000 ושל האמא היא 5,000. במקרה כזה מדובר על שני שליש ושליש. נניח שההוצאות התלויות ב2 הבתים ביחד הן 3,000. בשלב ראשון צריך להגיד כמה כל אחד משלם אם הילדים היו בפנימייה. במצב כזה האבא היה משלם 2,000 והאמא הייתה משלמת 1,000. כעת מתחיל הקיזוז. אם המשמורת משותפת, נגיד שהם אכלו 1,500 אצל האבא, לכן האבא צריך להעביר 500 לאמא. מהצד של האמא, היא צריכה לשלם 1,000 מתוך ה-3,000. בפועל הם אכלו אצלה 1,500. לכן מגיעים לה 500 מהאבא.
5. **שלב חמישי- חישוב רכיב המזונות מההוצאות שאינן תלויות שהות**: צריך לבדוק את היחס בין ההכנסות ואת גודל ההכנסות. בית המשפט יקבע מי ההורה המרכז וההורה השני יעביר לפי היחס ביניהם.
6. **שלב שישי- מדור**:

* מדור כפול- במצבי משמורת משותפת שווה: סוכמים את המדור ב2 הבתים, מחלקים את המדור לפי יחס הכנסות ומקזזים בהתחשב במה שכל אחד מה ששילם בפועל למשכיר.
* מדור בלעדי-במצבי משמורת יחידנית: מכירים במדור אצל המשמורן ומחלקים לפי יחס ההכנסות, ההורה הלא משמורן מעביר להורה המשמורן את ייחסו.

**במבחן**:

נקבל את מספר הילדים, ההוצאות מחולקות לפי 3 קטגוריות וההכנסות של ההורים.

* **אם מקבלים במבחן שאלה של ילד בגיל 6-15: חלוקת הנטל-** נטל הצרכים הבסיסים יהיה על ההורה שמצבו הכלכלי טוב יותר(פוגלמן, 919); **מימוש הנטל-** ננתח לפי השיטה של פרופ' ליפשיץ'. (ברק ארז, 919)
* **אם מקבלים שאלה על ילד בגיל 0-6**: **חלוקת הנטל-** האב מחויב לשלם על צרכיו הבסיסים (דין תורה); **מימוש הנטל-**לדעת ליפשיץ ניתן להחיל את ההסדר שלו.

*שיעור 25- 21/6/22*

**הורים וילדים**

**צריך להבחין בין 2 שאלות שונות: 1) קביעת מיהו ההורה; 2)שאלת הרגולציה של ההולדה**- האם המשפט מתיר מראש להשתמש בטכניקות מסויימות.

בנודע לתרומת זרע. האם המדינה מאפשרת תרומת זרע? המדינה קובעת איך מסדירים בנק זרע, ואז הדיון הוא על הרגולציה של התהליך. אם ילד נולד מתרומת זרע בשוק שחור, ולא לפי הקבוע בחוק, צריך לקבוע מיהם ההורים שלו לפי המשפט.

בקורס נעסוק יותר בקביעת מיהו ההורה. מתמקדים במציאות שיש ילד שנולד, וצריך לקבוע מיהו ההורה.

**קיבעת הורות**

מיהו הורה מבחינה משפטית?

יש מתח בין הסיפור הרשמי ששיטות משפט מנסות לספר לנו, לבין האמת.

הגדרה רשמית: הורה זו לא שאלה משפטית, אלא ביולוגית (הטבע קובע מי ההורה). עם חריג אחד = האימוץ. רוב שיטות המשפט יכירו בהליך האימוץ, ולו שני היבטים: 1)הפקעת ההורות מצד ההורה הביולוגי; 2)יצירת זיקה של הורות ע"י ההורה המאמץ. יש עילות נקודתיות ומוגדרות כדי לאמץ.

**אולם, זה לא נכון.** גם המבחן הביולוגי לא חד משמעי לגבי נשים. לגבי גברים, יש תשובה ביולוגית אחת. אולם לנשים יש אפשרות של הפריות מלאכותיות- יכול להיווצר פער בין האמא הגנטית לבין האמא היולדת. מה הביולוגיה תגיד? הלידה או הגנטיקה?

לצד המבחן הביולוגי, יש הגדרות מתחרות להורות חלקן רשמיות וחלקן סמויות.

1. הגדרה משפחתית- לפחות לגבי אבות, ההגדרה של הורה נובעת מתוך הסטטוס המשפחתי, היותך בעל.
2. הגדרה הסכמית- האם יכולה להיות הסכמה בין בני הזוג, כדי לקבוע שאחד מהם הוא הורה?
3. הגדרה פונקציונאלית- אם אדם מתפקד כהורה, הוא יוכר בהורה.

**מקרה 1- ילד שנולד לאישה רווקה מחוץ לנישואין**.

בדר"כ מתעורר במקרים בהם הילד באמצעות האמא רוצה לתבוע מזונות מהאבא. ויש מקרים הפוכים- האמא רוצה לסלק את האבא אבל הוא רוצה להיות מוכר כאבא של הילד (פחות כאלה).

**מי נחשב האבא?**

* לפי המבחן הביולוגי- האבא הוא מי שקיים איתה יחסי מין.
* לפי מבחן משפחתי- בנצרות (בעבר) + באיסלם (עד היום): הכלל הוא שלילד כזה אין אבא, כי ההגדרה של אבא הוא הבעל של האמא= ילד לא לגיטימי.

במשפט הישראלי- במקרה זה נקבע שצריך את המבחן הביולוגי, ולא ההסכמי ולא הפונקציונאלי. חשין גם שינה סמכות ואומר שמכוח משפט טבע וחו"י כבהו"ח- יותר חזק מאשר הכללים הפורמאליים, **הגדרה של אבהות היא עניין ביולוגי**. דוג' חזקה שהעדיף את המבחן הביולוגי על פני מבחן משפחתי, אפילו בדתות שאומרות שזה המבחן הקובע.

עוד דוג' להעדפת המבחן הביולוגי במשפט הישראלי- במקרים של אבות מתנכרים. מצב בו האבא מתכחש להיותו האבא ואז עושים בדיקת רקמות, והמשפט הישראלי היה אגרסיבי כדי לחייב את האדם להיבדק: יצר חזקה ראייתית שפועלת כנגד הסרבן לבדיקה- אם לא מבצע את הבדיקה, חזקה שהוא האבא. אבל אח"כ הוסדר חוק מידע גנטי, כשאין חשש ממזרות (היא הייתה רווקה).

מה קורה במקרים של הסכמים? אישה גנבה זרע מגבר, לא רצתה את הכסף- עשו הסכם שהיא רק האמא והוא לא האבא. היא מוותרת בשם הילד על האפשרות לתבוע מזונות אך זוכה ב100% אוטונומיה בהורות. שום שיטת משפט חוץ מקוויבק, לא מכירה בהסכם כזה. **אין חופש חוזים**. זה לא הסכם, האמא לא יכולה לוותר על זכות הילד לאבא ואת הזכות שלו למזונות. לכן המשפט הישראלי, אמר שהמבחן הביולוגי יגבר על מבחן משפחתי או המבחן ההסכמי.

מקרה בו אדם לא תכנן להיות הורה (גניבת זרע), אפשר לפנות להסכם ביחסים בין בני הזוג (שהאמא תשלם את המזונות רק אם היא עמדיה מספיק), אבל מול הילד- ההגדרה היא ביולוגית, הוא האבא.

**מקרה 2: ילד שנולד לאישה נשואה, מחוץ לנישואין.**

* לפי המבחן הביולוגי- האבא הוא הגנטי.
* ברמה הפורמאלית- המשפט הישראלי אומר שהמבחן הביולוגי לא משנה עמדתו.

אבל הוא עושה מהלך: מצד אחד, החוק לא מרשה לבדוק מי האבא (כי כדי לעשות בדיקה צריך לעשות פעולה חודרנית בילד, וזה נעשה רק אם זה לטובת הילד (מתוך שיקולים של טובת הילד רק, תתאפשר בדיקה). אבל אם הוא לא האבא, הילד ממזר- לא ניתן לעשות את הבדיקה.

חוק הבדיקה הגנטית, מחריג את האפשרות לעשות בדיקת רקמות, גם אם זה בהסכמה, כשמדובר על חשש ממזרות. לא רק שלא מאפשר לכפות, הולך לצד ההפוך- לא מרשה לעשות בדיקה, טרם יש לפנות לביה"ד קודם. חוק מידע גנטי דורש חוו"ד מביה"ד כדי לעשות את הבדיקה. וישנה חזקת 'רוב בעילות אחר הבעל'- הלכתית. החזקה שאם אישה בהיריון היא מקיימת יחסי אישות עם בעלה.

אז המשפט הישראלי לא מוכן לתת להם לעשות בדיקות רקמות מחשש ממזרות, ומצד שני מפעילים את הכלל ההלכתי. ואז הילד מקבל גם אבא וגם מזונות. 🡨 משנה את ההגדרה של מיהו הורה: הולכים לפי המבחן המשפחתי "הבעל של האמא". לכן ילד שנולד במקרה זה ייוחס לבעל של האמא.

**הערה 1:** חסימת כל דרך להכרה בממזרות: אין הכרעה של העליון- אם מצליחים להוכיח שהבעל של האמא הוא לא הבעל של האמא לא רק בגלל בדיקת רקמות, אלא אם מוכיחים ראיות שמעידות על היותו של הילד ממזר. חוסמים כל דרך אפשרית.

**הערה 2**: המשפט יאפשר לעשות בדיקת רקמות, כשאין בעיית ממזרות: 1) כשהאבא לא יהודי; 2)האישה נכנסה להיריון לפני שהתחתנה [ממזר- מי שנכנסה להיריון בעודה נשואה]. **טובת הילד מושתת על חשש ממזרות:** אם יש חשש שתהיה ממזר- בשום פנים ואופן לא ניתן לבדוק, אם אין חשש- יאפשרו לבדוק.

ליפשיץ: אבל אם הוא באמת יוצא ממזר, והאבא יתכחש, זה יגרום לו בעיות. זוהי גישה מצמצמת רק לפי חשש ממזרות. אולי טובת הילד היא הידיעה של הילד מיהו אביו שיוכל לנהל איתו קשר? אולם ליפשיץ טוען שלא בהכרח צריך להרחיב. אם הבעל כבר משמש כאבא של הילד ומחובר אליו, לא צריך לאפשר לבדוק, כי אם יגלה שהוא ממזר זה יגרום לו לא לרצות בילד, כי הוא לא אביו.

*פס"ד אמריקאי- מיכאל H*: האישה נפרדה מבעלה, קיימה יחסי מין עם השכן ונולד ילד, והשכן גידל אותו. הבעל חוזר לתמונה והשכן רוצה את הילד. יש ראיות שהוא האבא הביולוגי, כי הבעל לא נכח באותה תקופה. ביהמ"ש מפעיל את החזקה כחזקה מוחלטת- האבא הוא הבעל של האמא. הוא פנה לעליון וטען שנפגעו זכויותיו החוקתיות, כי יש הוכחות ראייתיות שהוא האבא הביולוגי. העליון גירש אותו בגלל שהחזקה מוחלטת.

ליפשיץ: הפסיקה לא מוכנה להודות שהיא מכניסה שיקולים נורמטיביים, כשהיא טוענת שהיא מתבססת על המבחן הביולוגי. אבל כשמביאים לה טענות ראייתיות סותרות, היא מתפתלת.

**מקרה 3- ילד שנולד מהפריה מלאכותית לאישה נשואה.**

לפי כל העילות ההלכתיות- 1)האם מותר להפרות אישה נשואה מזרע של מישהו שהוא לא בעלה? לגבי זרע של יהודי רוב הפסוקים לא מרשים לעשות את זה. 2)בהנחה וזה נעשה, האם הילד הוא ממזר. הגישה המקובלת שהילד איננו ממזר, כי לא היה קיום יחסי מין.

*פס"ד סלמה*- ההפריה הייתה בהסכמתו, והוא במשך שנים שילם על הילד. אבל כשהוא תבע למזונות, הבעל נזכר להגיד שזה לא הילד שלו. האמא מנסה לטעון שהבעל הוא כן האבא, על בסיס: 1)הסכמה להפריה הוא הסכים להיות הורה. 2)גישה פונקציונאלית- מי שתפקד כאבא הוא האבא.

ביהמ"ש העליון לא מקבל את הטענות האלה. לא מוכן להגיד **שנוצר** סטטוס של הורות, כי זה עניין ביולוגי ולא מוכן לקבל שאפשר לייצר הורות בהסכמה. אבל רוצה לתת מזונות לילד, לכן מקבל את הגישה ההסכמית רק לצורך מזונות. הסכמה מכללא- הוא התחייב חוזית לשלם לבן שלו מזונות. זה טוב לגבי נושאים שאפשר לעשות התחייבויות חוזיות. אבל בנוגע לנושאים שחייב הורות ביולוגית זה לא יעבוד, למשל בפנסיה או שהאבא ימות והוא ירצה ביטוח לאומי, והחוזה לא יתפוס?

*פס"ד יהוד*- הורות פונקציונאלית במצבים שהם לא הסכמים. אבא נפטר, ויש לו 4 ילדים. הסבא (אבא של אבא) רושם בספרים את הנכדים שלו (הילדים של הבן שלו), בשורת הילדים. הסבא נפטר, היו לו במקור 5 ילדים. ביהמ"ש לא מוכן לקבל את הגישה בפונקציונאלית, בטח לא בירושה- עניין כספי כמותי. סלמה רק לגבי התחייבויות חוזיות. זה לא אימוץ. פוסק לטובת הדודים ופוסל את תיק ההורות. **השאירו פתח שאולי בנושאים סוציאליים כן יכירו בגישה הפונקציונאלית (מייצרים סטטוס של הורות).**

קשור לתפיסה ההסכמית- *פס"ד של דנצינגר*- אישה לא נשואה, ידועה בציבור, עשתה הפריה מלאכותית ונולד ילד. כי בן זוגה לא יכל להוליד לה ילדים. היא תבעה מזונות לאחר הפרידה, וביהמ"ש הפעיל את הקונסטרוקציה של סלמה שבגלל שגידל אותו לאורך שנים- הוא חייב אותו במזונות. אם זה רק חוזית- לא מחייב צדדים שלישיים.

**מקרה 4: ילד שנולד מתרומת זרע באופן כללי** (רווקה, חד הורית וכו'). בישראל אין חוק לגבי זה, אפילו לא בתקנות, אלא בהנחיות.

בעבר, בהנחיות דיברנו על זה שצריך לעשות בנק זרע (פרוצדורה), והן קבעו שאם יש אישה לא נשואה, לפני שמאשרים לה טיפול של תרומת זרע, יעשו לה התאמה פסיכיאטרית ופסיכולוגית. לראות שהיא מתאימה.

*היה פס"ד*- נשים יחידות טענו שהדרישה לעבור בדיקה כזו מפלה. כי לא דורשים מאישה נשואה. + אין סמכות כי זה בהנחיות ולא מכוח סמכות. הפרקליטות הגיעו להסכם דיוני שחוזרים בהם מהדרישה. ולכן אישה יחידה כעניין פרקטי, זכאית לשירותי בנק זרע בלי המבחנים. מממן לה את זה.

מי האבא? פורמאלית- התורם. אולם, מעשית- בארץ אין פרוצדורה של "תורם ידוע", אין זכות התחקות. לכן אין אבא.

מחכים למקרה הראשון שנכיר. כי המחוקק יצר פרוצדורה אבל לא דין מהותי מה קורה במצב שהילד פרץ למאגרים הסודיים וגילה מיהו התורם. האם הוא יכול לתבוע אותו שיכיר בו כאבא?

**התורם הידוע.** אישה רוצה תרומת זרע ממישהו שמזהים את התורם. או לחילופין באה למכר. המחוקק הישראלי לא מאפשר לעשות את זה.

*מקרה נייגל*- אישה ישראלית פנתה לנייגל (מכר שלה מהעבר) ורצתה את הזרע שלו. בנק הזרע לא הסכים להשתמש בזרע שלו כי התורם צריך להיות אנונימי. טענה בביהמ"ש שזה תקנות לא חוקתיות. ביהמ"ש ניפנף אותה. התקנות תקפות.

במבחן- מה היה קורה אם הייתה מצפצפת עליו והולכת למרפאה פרטית, ונולד ילד כזה- התורם הידוע חשוף לתביעה מצד הילד, כי התייחסו לזה כהסכם שלא תקף (שהסכימו שהוא לא יהיה האבא), כי לפי המבחן הביולוגי- הוא האבא.

*שיעור אחרון- 23/6/22*

**תרומת זרע באופן כללי**: תרומת זרע של גבר שגם פה ראינו שהסיפור של תרומת הזרע הוא לא מוסדר בארץ בחקיקה. האם אפשר לעשות את זה ומי יכול להזדקק נמצא רק בתקנות והנחיות. המשפט הישראלי במוקד הדיון עמד על ההבחנה בין שלושה מקרים:

1. **שני הורים מסכימים שהאב הוא לא אב** (בלי חובות וזכויות)- פסול לאור כך שנוגד את תקנת הציבור, אולי הפחידו את האישה.

* שיקולי טובת הילד- שולל מהילד את הזכות שיהיה לו הורה. לכן הסכם בטל.

1. **תרומת זרע אנונימית:** האבא דה פקטו יעלם מהתמונה, אי אפשר יהיה למצוא אותו כל עוד הילד קטין.

* המשפט הישראלי מעודד את זה. שיקולי טובת הילד נעלמו מהתמונה. לא ניתן להגן על זכותו להורה משיקולי טובת הילד. כי אחרת הילד לא היה נולד. צריך להכיר בה כי **רוצים לעודד תרומות, לזכות להורות.** הזכות להורות גוברת על פני הפגיעה באם יחידנית.

1. **התורם הידוע**: מראש מישהו בחר מישהו אחר כדי שיהיה תורם הזרע.

* אם אוסרים את זה משיקולי טובת הילד, התוצאה הייתה שהילד לא היה נולד. אין סיבה להצדיק את האפשרות הזאת, כי הנדל אמר שהוא מאשר תרומה אנונימית כי הזכות להורות מנצחת את הפגיעה בילד. אבל לבחור מי יהיה האבא של הילד זה חלק משמעותי בזכות להורות.

ליפשיץ: הורות היא לא הסכם ולא ביולוגיה, אלא מוסד חברתי. בניגוד לאינטואיציה שאומרת שהורה הוא רק טבעי והמשפט נותן לזה גושפנקא או הסכם שהמדינה מאשרת, למדינה יש יכולת עצומה גם להגדיר מי יכול לראות עצמו כהורה ולשמש כהורה. האינטרס היחיד שיכירו בו- אדם שאתה מביא לעולם ויכול לדאוג לו. זה לא זכות קניינית.

לאור תפיסת עולם זו, ניתן להבין למה יש הסתייגות מתורם ידוע. מצד אחד רוצה לייצר אתוס חברתי שהורות היא לא דבר שאתה בוחר בו. בהבאת ילד לעולם יש משהו שמגלם נטילת אחריות והיא לא הפיכה, שאתה לא יכול לברוח ממנה כשהילד נולד. מצד שני, תרומת זרע סותרת את זה. וחייב את התרומה כדי לעודד את הזכות להורות. מה ייצר את העובדה שהתורם הוא לא אבא? לדעת ליפשיץ אנונימיות היא חלק מהסיפור.

רוצים לגדר את זה בגלל הזכות להורה. 2 קטגוריות: 1) הורה; 2) תורם. והם שונים. תורם אנונימי יעזור להבחנה ביניהם.

**מקרה 5: תרומת ביצית**

אמא גנטית (לא רוצה להיות אמא). ואמא יולדת- הייתה לה בעיה בביציות אבל לא ברחם ולכן יכולה להוליד. **נושא מוסדר מאוד בישראל.** מעורר סכסוך פנימי בתוך הגישה הביולוגית.

ההגדרה ההלכתית- האם היולדת היא האמא, ולא מי שתרמה את הביצית.

קביעת מיהו ההורה- יש חוק שמסדיר תרומת ביציות, לפיו התורמת מפסיקה להיות אמא, **והיולדת היא האמא**.

מבחינת רגולציה- מה קורה אם לא פעלת לפי החוק? 2 נשים רצו ששתיהן יהיו האימהות, לקחו תרומת זרע אנונימית, אחת היולדת אחת התורמת. לפי החוק, אסור לעשות זאת. *פס"ד משה*- עשו את זה. ולא נתנו להם. ברמת הרגולציה המשפט הישראלי לא מאפשר לעשות את זה [לא רוצה 3 הורים].

העליון הסדיר את זה- אם יש הבנה מוקדמת שעושות את זה ביחד, זה אפשרי רק אם יש אבא אנונימי ואז יכירו בשתיהן כאימהות.

**מקרה 6: פונדקאות**

1. האם לאפשר דבר כזה מראש- האם לייצר לו רגולציה, חוקי או לא?
2. מיהו ההורה, גם בהנחה שזה חוקי.

**פונדקאות קלאסית**- יולדת ואמא מיועדת- מי שרוצה להיות אמא זו מי שיש לה בעיה ברחם ולא בביצית. לכן עושים הפריה בין הזרע לבין הביצית. ואת הביצית המופרת שמים ברחם של פונדקאית.

רגולציה- ישראל אחת המדינות הראשונות בעולם שהסדירה את זה כהסדר חוקי. והוא היה רק לגבי בני זוג נשואים. קבע שצריך למצוא את הפונדקאית לבד.

אם יש בעל, תורמת הביצית תצא מהתמונה ולפונדקאית ברגע שילדה יהיה צו הורות אחרי 7 ימים.

אחרי שנולד הילד- לא מיד האמא המיועדת הופכת להיות האמא, אלא צריך צו הורות. אם היולדת לא מתחרטת, ביהמ"ש יוציא את הצו. אם היא מתחרטת ולא רוצה לוותר על הילד- ביהמ"ש יכריע בעניין.

**חוק הפונדקאות משתף פעולה עם תרומת ביצית**- תהיה אישית שיש לה גם בעיה ביצית וגם ברחם ורוצה להיות אמא, ואז יש תורמת ביצית ויש יולדת. מי האמא? מגדיר את זה כעניין פלילי. החוק לא מאפשר זאת.

3 סוגי מקרים:

1. **הפונדקאות הפשוטה**- האמא המיועדת היא בעלת הביצית, השאיפה היא שהיולדת תצא מהתמונה והאמא הגנטית תהיה האמא. בכל מקרה צריך צו הורות. אבל אם היולדת התחרטה ביהמ"ש יחליט.
2. **3 נשים**- תורמת, פונדקאית ומיועדת. התורמת מסתלקת מהתמונה, ובין ה2 האחרות- אם הכל יהיה טוב האמא המיועדת היא האמא. צריך צו ביהמ"ש כמו במקרה הקודם.
3. לא קיים בישראל, לא חוקי- תאורטית. **אמא מיועדת והתורמת היא הפונדקאית**. האמא הביולוגית היא תהיה האמא גם אם זו לא הייתה כוונת הצדדים המקורית.

בחוק הישראלי, התנאי היחיד היה רק אם בני הזוג נשואים. כך שנשים יחידניות לא יכלו להשתמש בזה.

*בג"ץ משפחה חדשה*- אישה יחדנית, טענה שפוגעים בזכות שלה להורות. הקימו ועדת מור יוסף. **המחוקק שינה את החוק ואישה יחידה יכולה להנות משירותי פונדקאות.** אולם צריך זיקה כלשהי לביולוגיה- לכן רק אם יש לה ביצית. החוק מאפשר לאם יחידנית רק אם יש לה ביצית! הוא מחייב קשר ביולוגי כלשהו.

3 מקרים של נשים יחידניות שיש להן בעיה ברחם ובעיה בביצית:

* *איתי פנקס*- אישה ששיחקה לפי הכללים נשארה בלי ילד. היא לא יכולה לקבל ילד.
* *גברת מור יוסף*- בעלת מוגבלות. עקב כך, בחו"ל לא יכלה לקבל תרומות ולכן עשתה מיזם: נסעה לחו"ל קיבלה תרומת זרע, קיבלה תרומת ביצית ושכנעה את האחיינית שלה להיות פונדקאית עבורה. את טיפולי הפונדקאות האחיינית עשתה בחו"ל אך מגיעה ללדת בארץ. לקחו אותו לאימוץ. מאבק משפטי- ביהמ"ש אמר שזו הורות הסכמית ולא מוכנים לקבל את זה בישראל. הנדל אומר- יש הורות ביולוגית, יש אימוץ, ויש זיקה לזיקה אם היה לה בעל והזרע היה שלו (הורות משפחתית, לפי ליפשיץ). לכן היא הפסידה את הילד. **לקחו ממנה את הילד לאימוץ.**
* *מקרה 3*: אישה הלכה לארה"ב ומצאה מקום בו מכירים בפונדקאות גם בלי ביצית וגם בלי לידה, הפונדקאית ילדה שם, קיבלה תעודת לידה בארה"ב. חזרה לארץ, ואמרה שרוצה את הילד. ביקשה צו אימוץ מהיר. ביהמ"ש למשפחה פסק שעושים צו אימוץ פסיקתי במסלול מהיר (צו הורות מבלי לקרוא לזה ככה). **הכירו לה בהורה.**

**בני זוג מאותו מין**

לסביות- תרומת זרע

לצורך תרומת הזרע, בת הזוג לא קיימת. איך מייצרים את ההכרה של ההורות בבת הזוג השנייה?

*פרשת ירוס חקק*- אמא אחת ביולוגית מתרומת זרע. רוצה הכרה בהורות של בת הזוג שלה. ביהמ"ש העליון מוכן להפעיל תהליך של אימוץ במקרה זה. אבא אנונימי אין תהליך של הפקעת הורות של האבא, עם זאת, אימוץ בלי הנחות- עושים לה תסקיר, הליך חודרני ופולשני. שורה תחתונה: פס"ד ראשון שהעליון מכיר בהורות חד מינית באמצעות אימוץ.

נתפס כפס"ד מעליב, שצריך לאמץ את הילד שלך. וגם מסורבל, ופולשני. לכן האימהות הלסביות רצו עוד משהו. אפשר להכיר בהורות של בן זוג של הורה ביולוגי, לא באמצעות רישום ולא באמצעות אימוץ, אמנם התחיל בפונדקאות אבל למה לא לעשות **לגבי תרומת זרע- צו ההורות הפסיקתי.** מכוח זיקה לזיקה. בונה כאנלוגיה לחוק הפונדקאות. לא רוצים לאמץ סוג הורות שהמחוקק לא עשה.

לסביות או הומואים

**פונדקאות בחו"ל**

אי אפשר בעבר. גם אישה יחידה עד 2018. לכן בני זוג היו נושאים לחו"ל לעשות פונדקאות. או לסביות או הומואים. לאחר שחזרו, רצו לקבל הכרה בילד שלהם. שני מסלולים:

1. **הכרה ברישום**- פס"ד פונק שלזינגר, הבחנה בין רישום לבין תוכן מהותי.

* רק לנשים, אימוץ. *פרשת ברנר קדיש*- שתי נשים עשו אימוץ בחו"ל- הוכרו כ2 אימהות בחו"ל מכוח האימוץ. ועלו לארץ והפעילו את הטריק של פונק שלזינגר, שירשמו אותן כ2 אימהות. גם אם רשמת, לא נוצרה זכות מהותית. עוזר- מול הרשויות במדינה שיכירו בהם כהורים. אבל מבחינת ירושה- לא נוצרה זכות מהותית.
* הומואים ולסביות, פונדקאות. *פרשת ממת מגד*- על סמך הטריק של הרישום עשו כך: להכניס את הארץ 🡨 מבחן ביולוגי שהוכיח שאחד מהם ההורה. כדי לקבל הכרה בהורות של השני 🡨 עשו הליך של רישום במשרד הפנים. לגבי פונדקאות.

1. **צו ההורות הפסיקתי**- הצו המהותי. פרקטיקה חדשה שהתפתחה בביהמ"ש. הטענה: נולד ילד מפונדקאות בחו"ל, ביקשו לתת צו הורות כאילו מדובר בפונדקאות בישראל. בפועל אושר. התקבלה פרקטיקה וקיבלה בשנים האחרונות גושפנקא בעליון. דומה להליך הרישום כי לא משפיל כמו פולשנות של אימוץ, וגם יוצר תוצאה מהותית.

הומואים

* 1. **אימוץ – רוצים לקבל ילד מאומץ.**

לכאורה חוק האימוץ לא מאפשר לעשות זאת, אולם אושר אבל רק תאורטי. בפועל אין יישום.

* 1. **פונדקאות בארץ.**

במקור זה היה רק לזוג נשוי. ואז השתנה שגם אישה יחידה יכולה, אבל עמד בהתנגדות שלו לבני זוג מאותו מין. מה הערך המוגן? המשפחה? או שמירה על המסורת?

איזה היגיון יש מבחינה דתית שמרנית לאפשר גבר יחיד או אישה יחידה? שום היגיון פרט לחוסר רצון לעשות לגיטימציה להורות חד מינית. מאחורי מטה של ערכי משפחה, נשאר ערך אחד- הורות של גבר ואישה.

*פס"ד משפחה חדשה*- אישה יחידה פנתה לביהמ"ש, הוא אמר שהיא צודקת אבל זה חדש מידי ולא רצה להתערב.

*איתי פנקס הראשון*- ביהמ"ש בא בשם 3 קבוצות: 1)האימהות היחידניות שעדיין אי אפשר היה להכיר בהן כהורות- המחוקק חוקק את זה. אז הקבוצה ירדה; 2)אימהות יחידניות שאין לה קשר ביולוגי- ביהמ"ש דחה את זה; 3)בני זוג מאותו מין- לא רוצה להכריע, כי הכנסת עדיין דנה בנושא.

כשהכנסת החליטה שלא מתקנת את החוק בהיבט של הומואים הגיע **איתי פנקס 2-** ביהמ"ש קבע שההסדר לא חוקתי- גם פגיעה בזכות לשוויון וגם פגיעה בזכות להורות. התכלית היחידה האפשרית היא בעיה רפואית, אולם אם הכירו באם חד הורית לא ניתן לטעון שעקב טובת הילד, לא מסכימים להומואים. המדינה ענתה שכן יש תכלית, עכשיו הפונדקאות תהפוך להמונית וזה יפגע ביכולת להגן על פונדקאות. העליון פסק ל"התראת בטלות", אבל עדיין נותן למדינה את ההזדמנות לתקן ושיחליט איך בדיוק לתקן.

לא היה תיקון לחוק. השר אמר ככלל רגולטורי, קובע שמותר להכיר גם בגבר יחידני וגם באישה יחידנית וגם בשני גברים וגם בשני נשים. 🡨 לפי הנחיות של משרד הבריאות, שאם באים הומואים או לסביות, ניתן לעשות פונדקאות בארץ.

השלמה לצו ההורות: 1)פונדקאות חו"ל. 2)בת זוג של הנתרמת. יש כמה קצוות פתוחים.

**מה קורה אם מישהו רוצה לבטל את הצו?** היו כמה מקרים של לסביות, שלכל אחת היה ילד משלה ביולוגי, קיבלו צו הורות משותף כל אחת לילד של השנייה. נפרדו וטענו להפסקת הצו. אושר. הפסיקו להכיר בהורות של האחת על הילדים של השנייה. עשה נזק לבני זוג מאותו מין, כי בכך הראו שמוסד ההורות יכול להיפסק ברגע שנפרדים.

* 1. **יצרו את צו ההורות דרך הרישום**

*פס"ד וייסברג נ' צור*- בי"ח דחה את זה שזוג לסביות ירשמו כאימהות על הילד שנולד מפונדקאות בארץ. הן טענו לפגיעה בשוויון, כי רושמים גבר במקרה כזה אם זה היה זוג סטרייט. ביה"ח ענו שגבר הוא הורה ביולוגי, כאן אין זיקה לזיקה. הן ענו: מה היה קורה אם זה תורם זרע. ביהמ"ש קבע שיש צורך לעשות הסכם שבודק הסכמה להיות הורה, מול רשות.

כתוצאה מפסיקת ביהמ"ש במקרה זה, שינו את התופס בבתי חולים שעליו רושמים את התרומה. גם גבר ואישה שעשו תרומת זרע, אז הגבר יצטרך לאשר שהוא האבא הביולוגי.

גם בתרומת זרע, אם אישרה רוצה לקבל הכרה כהורה כבת זוג, צריך לעשות פרוצדורה לעשות הסכם מפוקח שיסבירו לשניהם שזה לא הפיך ומהרגע שהצו ינתן, הם הורים לנצח.

המבחן:

שאלה 1- אירועון. או שאלה כללית "דון" או אירועון מתגלגל- לחשוב יצירתי, אם נישואין אזרחיים או דתיים מתי משפיע או לא.

שאלה 2- מחשבה. דעה של מלומד ומה חושבים. הצעת חוק ואז "במה שונה מהמצב המשפטי הקיים ומה דעתנו?" או ראשי פרקים למאמר מסויים, או לפס"ד של העליון.

לזכור הלכות עקרוניות, דף סילבוס עזר. כשנותנים טיעון נורמטיבי, לתת את המושגים שנלמדו במבוא, וגם אם יש טיעון נורמטיבי במהלך האירועון להעלות את הביקורות שהועלו בעבודה.