# **צ'ק ליסט דיני משפחה נועה פינטו**

# **מבוא**

# **דיני הנישואין והגירושין במאה ה19:**

1. מאפייני מוסד המשפחה, מאופיינים ע"ב 3 תפיסות:
2. **תפיסה ציבורית-** בניגוד לחוזה רגיל, חוזה הנישואין עוסק בתאולוגיה אזרחית ולכן יש לביהמ״ש את הזכות להתערב ביחסים בין הצדדים. התפיסה היא שדיני המשפחה הם מוסד ציבורי, שמקף ערכים קולקטיביים, ולכן המדינה היא צד לו. מכאן, חוזה הנישואין הוא חוזה מיוחד אשר לו 3 צדדים- שני בני הזוג והמדינה (פס״ד מיינרד נ׳ היל), אמנם חופש הדת הוא חשוב אך עדיין נצדיק עקרונות אזרחיים והתערבות המשפט (פס״ד ריינולדס- ביגמיה). לבדוק.
3. **תפיסה יחידתית**- המשפחה היא יחידה בפני עצמה, ולא אוסף של יחידים. החיים במשפחה הם **תרכובת** ולא תערובת. האוטונומיה של התא המשפחתי הוא דבר שיש לכבד והיא גוברת על האוטונומיה של היחיד. לכן נפגע בזכויות של היחידים במידה מסוימת על מנת לשמר את חוזה הנישואין.
4. **תפיסה מגדרית**- הגבר הוא ראש המשפחה ומתפקידו שולט ברכוש ובענייני חינוך. לתפיסה של מתחמי אחריות תלוית מגדר- הגבר המפרנס, והאישה אחראית על משק הבית, ולכן יש להפריבילגיות במתחם הביתי. מכאן פותח הכלל של **חזקת הגיל הרך**, לפיו האישה מקבלת את המשמורת מתוקף היותה אחראית על הילדים.
5. מאפייני עילת הגירושין: **לא ניתן היה להתגרש ביוזמה חד צדדית והיה צורך באשמה**, רק אם התקיימה עילת גירושין הכוללת אשמה (בהכרח צד אשם וצד זכאי).
6. דיני המזונות: כאשר מתגרשים הקשר לא מתנתק לחלוטין כיוון שיש **alimony** ויש למנגנון 3 תכונות: (שונה בין מדינות).
7. **מגדריות** – רק גברים משלמים מזונות לנשים ולא להיפך.
8. **לא מוגבל בזמן** – עד שהבעל ימות, עד שהאישה תמות או עד שהאישה תתחתן מחדש.
9. **תלות באשמה** –הבעל ישלם במקרה שבו הוא אשם. מנגד, כאשר האישה אשמה היא לא זכאית למזונות.

**דיני הנישואין והגירושין במאה ה20:**

1. מאפייני מוסד המשפחה: התפיסה השתנתה:
2. **מוסד פרטי**- מעבר ממוסד הנישואין כציבורי 🡨 **להסדר פרטי**. תפיסה של תחום ריגשי ואינטימי, הפעלת כוח לא רלוונטית. לכן המדינה אינה צד בנישואין, היא לא תקבע למשפחה מה מוסרי ומה לא.
3. **גישה של יחידים**- המשפחה הופכת מיחידה בפני עצמה 🡨 **לאוסף של יחידים**. מעבר למודל שמדגיש את היחיד בתוך המשפחה. כל צד יכול לסיים את הקשר (לכן מאפשרים עילת גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה).
4. **מהפכה שוויונית**- עוברים **לשפה עיוורת מגדר**, לדוגמה: דיני המזונות יקבעו ששני ההורים מחויבים במזונות ילדיהם, **פיתוח עיקרון טובת הילד** וביטול חזקת המשמורת המוחלטת לאם. לשון החוק לא תהיה "בעל ואישה", אלא "בני זוג" או "הורים" במקום "אבא ואמא".
5. מאפייני עילת הגירושין: מעבר למודל גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה (גירושין בהסכמה> התמוטטות בלתי הפיכה של מערכת היחסים> גירושין מרצון חד צדדי).
6. דיני המזונות: השאיפה היא לפרידה חדה ללא מזונות כלל (Clean Break) אך במידה ונקבע שיש לתת, המודל הוא מצומצם ובעל תכונות הפוכות למה שראינו (מזונות משקמים):
7. **עיוורון למגדר**: גבר או אישה.
8. **טווח זמן מוגבל**: משך הזמן רק לצורך השיקום של מי שהיה תלוי כלכלית באחר עד שיסתדר.
9. **בלי אשמה**: אין צורך להוכיח אשמה ע"מ לקבל מזונות, אלא המזונות ניתנים על בסיס תלות! מי שהיה נתמך במהלך השנים יקבל את המזונות.

## דיני הגירושין והנישואין במאה ה21:

נקודת מבט מורכבת בשני היבטים שונים: פמיניזם ליברלי- הייתה צפייה שהשינויים (יציאה קלה ממוסד הנישואין) יטיבו עם הנשים אך חלה **עלייה חדה בשיעור הגירושין וירידה משמעותית במצבן הכלכלי של נשים לעומת עלייה אצל גברים.** לכן החלו קולות הקוראים להשבת המצב לקדמותו.

משמורת: המעבר למשמורת משותפת גרם לירידה משמעותית במזונות הילדים, כוח המיקוח של הנשים ירד מאחר והגברים יכולים גם לדרוש משמורת ולשלם פחות מזונות. בפועל מדובר בטובת הילד עם מעין חזקות.

ליפשיץ: נישואין זה לא רק מוסד פרטי, למדינה יש אינטרס לייצר מוסד של אנשים שרוצים זוגיות יציבה לכן הוא גם ציבורי. **צריך לבדוק איזה מהדפוסים המחשבתיים של יחסים זוגיים מחייבים, מוגנים בתוך תפיסות היסוד החדשות שהתפתחו ואיזה לא.** אם יש נושא שמדגיש את העניין הפרטי, נלך להפרטה, אך אם יש נושא שמדגיש את התא המשפחתי, לא ניישם את הגישה של יחידים. כל נושא נדרש לבחון לגופו.

**חזיתות השופט האזרחי**

1. מול הדין הדתי, 2) מול הדיין הדתי- כאשר הדיין חורג מסמכותו.

# **התמודדות של השופט האזרחי עם הדין הדתי**

בין בי"ד לביהמ״שׁ קיימים הבדלים בתפיסות (ציבורי מול פרטי, יחידתי מול יחיד ומגדרי מול שוויוני) הדבר יוצר מתח והתמודדות בארבעה מישורים כאשר השופט האזרחי נאלץ להחליט באמצעות הדין הדתי (שלעיתים עומד בסתירה עם השקפת עולמו). מה הטכניקות שפיתח כדי להתמודד עם הפעלת דין דתי בתחומים שבסמכותו, והאינטואיציה היא הפעלת מנגנונים אזרחיים?

1. **הבחנה בין פרוצדורה למהות**- במקרים בהם העניין מגיע לביהמ"ש, הוא יפעל בדין במהותי= דין דתי, ואילו רק הדין הפרוצדוראלי יהיה אזרחי. במקרים רבים, שימוש בפרוצדורה יכולה להוביל לתוצאות מהותיות: (**א**)**כללי המשפט הבינ"ל הפרטי**- בנישואין שנעשו בחו״ל, השופט יכול להפעיל את כללי המשב״ל וכך להחיל את הדין האזרחי בנושא מהותי-דתי. **(ב)הבחנה בין רישום "נשוי" לבין מיהו נשוי**- ביהמ״ש משתמש בכלי פרוצדורלי של דיני מרשם האוכלוסין כדי לקבוע מהותית מי רשאי להירשם כנשוי ולתת לו זכויות. לפקיד יש סמכות לרשום זוג כנשוי אם ראה תעודת נישואין שלא נראית מזויפת. במידה ומתנגד, ביהמ"ש יכול להורות עליו לרשום את הזוג. (פס״ד פונק שלזינגר- זוג מעורב שהתחתן בחול ומבקש להירשם כנשוי).
2. **בחירה בפרשנות מהותית של הדין הדתי שתואמת לערכים אזרחיים**- אימוץ דעות מיעוט הלכתיות. נראה 3 דוגמאות: **(א)**מדור ספציפי: חלק מחובת המזונות אישה עד הגט. הגישה הדומיננטית בביה"ד היא למדור ספציפי (האישה נשארת בדירה עד מתן הגט), אך היו דעות מיעוט שהעדיפו מדור כללי (מכירת הבית כמשותף, וחלוקת הכסף). פס״ד כליפא- ביהמ״שׁ קובע שהפירוש הנכון הוא של מדור כללי. הצדקות: 1)מאפשר סעד פירוק שיתוף- למנוע את התמריץ של האישה לסרב להתגרש, מעין גירושין כלכלים עד שיושלם ההליך. 2)בעלות בקניין- למנוע מצב בו הבעל לא יכול לעשות שימוש בבית שבבעלותו עד הגט. **(ב)**מזונות אישה: הגישה הדומיננטית בבי"ד היא שהקיזוז מהמזונות רק כנגד ההשתכרות בפועל.פס"ד בייקל+ *פדן*- הקיזוז כנגד **פוטנציאל ההשתכרות** (לפי מה שעבדה קודם). **(ג)**מזונות ילדים: הטכניקה הופכת מגלויה לסמויה. הדין הדתי בעבר- הגבר משל מזונות עד גיל 6. הותקנה תקנה עד גיל 18. הגישה הדומיננטית- הארכת החיוב של הגבר על מלוא הצרכים ההכרחיים. דעת מיעוט- דין צדקה, הגבר ישלם רק אם הוא עשיר והאישה ענייה. פוגלמן, הלכת 919- **אם יש שתי גישות דתיות, עיקרון השוויון מכריע**. כדי למנוע הפליה של גברים כשהאישה מרוויחה יותר, מגיל 6 חובת המזונות שוויונית- חלה על שניהם, ותלויה ביכולת ההשתכרות (ולא אוטומטית על הגבר).
3. **פרשנות מניפולטיבית של הדין הדתי**- השופטים מעוותים את הדין הדתי ומציגים את הפרשנות שלהם בחסותו. הדבר יכול להיות בדרך סמויה או גלויה.

מזונות אישה: לבעל יש 2 סוגי הגנות כנגד חובתו למזונות: 1) **טענות התנהגותיות לקבלת פטור**- למשל, בגידה (מיניות), התנהגות לא צנועה, עזיבת בית מסיבה לא מוצדקת (בין הדתי אין הדדיות- טענה של בגידה היא טענת הגנה מוחלטת של הגבר). 2) **קיזוזים**. *הסוג הראשון מטריד את השופט האזרחי מ2 סיבות*: א)לא רוצים שטענה של מיניות תביא לפטור, ב)לבטל את המוסר הכפול (שמה שחל על הגבר לא חל על האישה) וליצור שוויון בין המינים. פס"ד טביב- ברקהכריע שבי"ד הקובע כי אישה הפסידה את זכותה למזונותיה חורג מסמכותו, וקביעתו לא מחייבת את ביהמ"ש האזרחי.

3(א)קריאה שגויה של הדין הדתי**: שמגר** ממשיך באותו קו, כשמיישם בצורה שגויה את הדין (**לקיים את עיקרון ההדדיות**).

1. *פס״ד פרידמן*- האישה שסיפרה לרב שבגדה והרב נאלץ להעיד על הודאתה. **שמגר יישם דין דתי באופן שגוי כך שיתאים לתוצאה אליה רצה להגיע**- לוקח מספרו שרשבסקי כלל לפיו עדות של אישה על שבגדה- לא קבילה. מבטל את עדות הרב. הבעיה: הדבר רלוונטי לדיני גירושין! ולא לדיני מזונות.
2. *פס״ד גל*- אישה עושה מעשה מיני בזמן שהבעל היה עם אחרת, בית המשפט שוב נסמך על שרשבסקי- מיישם את הכלל לפיו אם בעל אוכל לא כשר הוא לא יכול לטעון שאשתו גורמת לו לאכול לא כשר, על בגידה- גבר בוגד לא יטעם לפטור ממזונות אם אישתו גם בוגדת. שמגר טועה ביישום ההלכה, **קובע שיש הדדיות ומאמץ את התוצאה שמתאימה לחשיבה אזרחית ראויה בעיניו**.
3. *פס״ד כהן*- האישה נתפסה בוגדת אך גם הגבר בגד, שמגר מיישם את עיקרון ההדיות, וקובע *עיקרון השתקי*: הבעל מושתק מלטעון להגנתו שהאישה בגדה בו, אם הוא בעצמו בגד בה לפני. שמגר לא מעגן זאת במקורות בדין הדתי אלא פוסק לפי עמדותיו תוך אזכור פסקי הדין שלעיל. ביקורת: מדובר בפעילות אקטיביסטית שסותרת במודע את הדין הדתי. עשה את המהלך בצורה שקטה.

3.(ב).הלבשה של עקרונות אזרחיים על הדין הדתי **(עקרון תו"ל):** *פלונית*- בעל עזב את אשתו (ללא גירושין). עברו 4 שנים, והאישה לא מצאה בן זוג אחר אך סירבה לגט. ביה"ד סבר שלא יחזרו לחיות יחד לכן צרים לשלם מזונות, הבעל רצה פטור אך לא הצליח להוכיח התנהגות פסולה (עומד לה חרם דרבנו גרשום). לפי ביה"ד הוא חוייב במזונות. עולה השאלה האם בתי משפט למשפחה יכולים לבטל/להוריד את מזונות האישה בגין סרבנות גט גם אם אין חיוב גט ע״י בית הדין. ביהמ״ש: חובת המזונות מבוטלת בשל **חוסר תו"ל** של האישה. נקבע כי חיים בפירוד ללא גט וללא בן זוג אחר במשך שנים מסירים זכאות למזונות אישה. מגיע לעליון, שכן בביהמ"ש האזרחי נעשו 2 מהלכים: **1)**הלבשת עקרון תו"ל האזרחי על הדין הדתי; **2**)החלטת תו"ל תיגזר מתפיסה אזרחית של "מתי לגיטימי להיפרד". (הרחבה על פס״ד במחברת).

1. **זניחת הדין הדתי ויצירת דין אזרחי אלטרנטיבי**- 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.
2. *פס״ד אבהות אזרחית*- לגבר ולאישה מוסלמים נולדה ילדה, בעודם לא נשואים. מבקשת מביה"ד השרעי שיכיר בגבר כאב הילדה. לפי הדין המוסלמי- ההגדרה של אבא הוא "בעל". מאחר שהוא לא בעלה, הוא אינו אב הילדה. בעליון: חשין טוען שמכוח משפט הטבע, אי אפשר להתנתק מהקשר הביולוגי בין אב לבת, נגזרת של כבוד האדם. אם הדין הדתי המהותי מביא לתוצאה בלתי נסבלת (מקרה קיצון), **ביהמ"ש מפתח מסלול אזרחי אלטרנטיבי (ללא סמכות) וגוזר חובת מזונות מכוח עקרונות מופשטים** (זכויות יסוד, ומשפט הטבע).
3. *פס״ד סולומון* (מזונות משקמים)- בני הזוג התחתנו בנישואין אזרחיים. רוצים להתגרש, תובעת מזונות אישה. בנישואין אזרחיים אדם לא חייב מזונות מכוח הדין הדתי- לא מגיע לאישה מזונות. שמגר: נוטש את הדין הדתי. **יש אלטרנטיבה לחובת מזונות מכוח עיקרון תו"ל.** מסביר:בנישואין אזרחיים אדם חייב במזונות מכוח החוזה (הנישואין) אם מוכחת נזקקותו של בן הזוג (הסתמכות כלכלית).

# **התמודדות ביהמ״ש האזרחי עם הדיין הדתי**

1. **התמודדות במישור הסמכות- צמצום ופיקוח שיפוטי-** כאשר ביה"ד פועל בחוסר סמכות, עותרים לבג"ץ בטענה שלביה"ד לא היה סמכות לדון בעניין. לבג"ץ שני תפקידים:
2. **קביעת הכללים**- צמצום מקרים המוגדרים כדין אישי, את ההלכות ואת הסמכות של בד״ר (נושאים מסויימים לא יגיעו לביה"ד, אלא ישירות לביהמ"ש):
3. מזונות ילדים- בניגוד לס'3 לחשבד"ר,אי אפשר לכרוך מזונות ילדים לתביעת הגירושין.
4. יחסי רכוש- בחשבד״ר נכתב כי ענייני נישואין וגירושין הוא נושא שניתן לכרוך בתביעת גירושין. *פרשת סידיס*- בג"ץ מסווג את ההסדר הרכושי בין בני הזוג כחלק מדיני הקניין ולא כחלק מענייני מעמד אישי, וכך שולל את סמכות ביה"ד לדון בעניין גם אם בני הזוג הסכימו (גם לגבי יהודים וגם לגבי מוסלמים).
5. משמורת וחינוך- הבחנה בין משמורת פיזית לבין משמורת רוחנית (חינוך). החינוך לא נכרך אוטומטית לביה"ד, ולכן ניתן להגיש תביעה אזרחית.
6. סמכות בהסכמה- כיום נקבע שלביה"ד יש סמכות לדון בנושא בהסכמת הצדדים, רק אם החשבד"ר מאפשר סמכות בהסכמה לנושא.
7. **אכיפת הכללים-** באמצעות ס15 ד׳ לחוק יסוד השפיטה, בג"ץ רשאי לתת צווים לבתי הדין הרבניים כאשר הם עסוקים בעניינים שאינם בסמכותם**.**
8. **פיקוח על הפרוצדורה בבי"ד-** לבתי הדין הייתה אוטונומיה בנוגע לדין המהותי, לפרוצדורה ולסדרי הדין. לכן, בג"ץ כמעט ולא היה מתערב, אלא רק במקרים חריגים. **כאן נראה התערבות בהיבט הפרוצדורה (הכפפת פרוצדורה אזרחית):**
9. התערבות למען כללי הצדק הטבעי- רק במקרים בוטים, בג"ץ יכפיף את ביה"ד לנוהל הפרוצדוראלי האזרחי. (למשל, זכות טיעון, ייצוג, שיפוט בהרכב חסר, החתמת הדיינים על פס״ד בלי ששמעו את הצדדים וכו'. ניגוד עניינים- *פס״ד אסי*- קשר מסחרי לדיין עם עוה"ד הצד השני. בג"ץ קבע שעל הדיין לפסול את עצמו.
10. הכפפת הכללים בביה"ד הרבני לזכויות יסוד חוקתיות- הלוגיקה החוקתית חלה על ההליכים הפרוצדורליים בבית הדין. דוגמה לכך נראה *בפס״ד לב*- הבעל הגיש תביעה לשלום בית. לאישה מאהב מחו"ל. צו עיכוב יציאה שנקבע בבד״ר בוטל בבג״צ שקובע שהצו פוגע בחופש התנועה של האישה ושהפגיעה לא מידתית. *בג״צ נתניה*- גבר מצלם את אשתו בביתה כאשר היא בוגדת להוכחת עילת גירושין (סרבנית גט), בג״צ קובע שהתמונות לא קבילות, כי הן הושגו תוך פגיעה בזכות שלה לפרטיות. ליפשיץ: פס"ד צבוע. מאפשר לה לקבל מזונות בזמן שחיה עם אחר. היה צריך לבטל דרישה לעילת גירושין (דין מהותי) אם רוצה להיות ליברל.
11. הכפפת ביה"ד לדין האזרחי (פסיקה וחקיקה) בכל נושא שאיננו מעמד אישי-

שלב 1 (לפני פס"ד בבלי): היה כלל ״הדין הולך אחר הדיין״, גם נושא שאינו ענייני המעמד האישי, אם נכרך כדין, יהיה בסמכות ביה"ד ויופעל דין מהותי דתי. אך היו 3 חריגים שחייבו את ביה"ד להפעיל דין אזרחי: 1)חוק יחסי ממון, 2) חוק הכשרות ואפוטרופסות- עיקרון טובת הילד כעיקרון על. 3)חוק שיווי זכויות האישה- הנישואין לא יפגעו בזכויות הקניין של האישה.

ביה"ד לא החיל את חזקת השיתוף על רכוש הבעל כמשותף לשניהם, מכיוון שלא הייתה כתובה במפורש בחוק. אם התביעה הייתה מוגשת לביהמ״ש, האישה הייתה מקבלת חצי- ביטוי למרוץ הסמכויות (אין אחידות בדין המהותי כשהסמכות משתנה).

**שלב 2:** המצב השתנה *בבג״צ בבלי*-הבעל איש עסקים/טייס, האישה מורה. הפנסיה רשומה על שמו ונצברה במהלך הנישואין. ביה"ד פסק לפי חוק שווי זכויות האישה- מה ששלה שלה ומה ששלו שלו. **עתרה לבג"ץ** בטענה שיש להפעיל את הדין האזרחי **"הלכת השיתוף"** ואז הפנסיה שייכת לשניהם חצי חצי. בג"ץ פיתח שני מהלכים: 1)**מהלך נקודתי**-חוק שיווי זכויות האישה מחייב החלת הלכת השיתוף**. 2)מהלך רוחבי**- **בכל נושא שאינו מעמד אישי שנידון בביה"ד, ביה"ד חייב להחיל דין אזרחי כפי שמפורש בביהמ"ש העליון.**

התוצאה של הלכת בבלי ייתרה את הצורך במירוץ הסמכויות, למרות שניסתה רק לרכך אותו.

**שלב 3:** ביה"ד החיל את עקרונות המשפט האזרחי אך ברגע שיש מקום לשק"ד הם פעלו לפי עקרונות דתיים כדי שהתוצאה תתאים להשקפות דתיות. *בג״צ הבגידה*- לפי *חוק יחסי ממון*, נכס שנרכש לפני הנישואין אינו בר איזון = לא משותף. אולם הפסיקה הכירה בחזקת השיתוף הספציפי בנוגע לנכסים אלו (למשל- בני זוג שגרו בדירה ששייכת לאחד מהם (נקנתה/ניתנה לפני הנישואים) והשקיעו בה, יעיד על כוונתם שהדירה תהיה משותפת). **ביה"ד האזורי** מגיע למסקנה שיש כוונת שיתוף, בשל מגורי הזוג יחד. בערעור של הבעל **לביה"ד הארצי**, ההחלטה התהפכה מתוך שיקולי אשמה מינית (האישה בגדה) לכן אין שיתוף. בג"ץ מסרב להכיר בשיקולי אשמה מינית כנימוק להכרעה, אך לא התערב בהחלטה כי ביה"ד הארצי הפעיל כללים אזרחיים. הסייג לבג״צ בבלי הוא בג״צ הבגידה.

1. **הכפפת בתי הדין הדתיים לפרשנותו האזרחית של הדין הדתי (בנושאים המסווגים כמעמד אישי)**- הרבה פעמים ביהמ"ש מפרש את הדין הדתי באופן יצירתי. האם גם ביה"ד הדתי כפוף לפרשנות אזרחית זו? *פס״ד אקנין*- הבעל עוזב את הבית אך האישה מסרבת לגט. הבעל מגיש בקשה לפירוק שיתוף כי הוא רוצה למכור את הדירה בה גרו, אך היא מקדימה אותו ומגישה לביה"ד תביעת מזונות, שמכוחה דורשת מדור ספציפי. תביעתה מתקבלת.אולם ביהמ"ש היה פוסק מדור כללי [כפי שנפסק בכליפא] – לכן הבעל עותר נגד החלטת ביה"ד בטענה שמדור ספציפי פוגע בזכותו לקניין – ביהמ"ש הבטיח אחידות, אבל הוא לא מקיים. חשין מסכים עם טענת הבעל, כדי שתהיה אחידות בין הערכאות כפי שנקבע בבג״צ בבלי, צריך לאפשר זאת. אך שופטי הרוב קובעים כי יש גבול למה שאפשר להכריח את ביה"ד. בנושאים אזרחיים ניתן להכריח את ביה"ד לפסוק לפי המשפט האזרחי, אך בנושאים שנקבעו כנושאים דתיים בית הדין יקבע לפי פרשנותו.

**במבחן**- באקנין הם דעות מנוגדות לעניין מזונות ילדים. **ראשית,** יש להתחיל עם מישור הסמכות ולטעון כי לא ניתן לכרוך מזונות ילדים בבד״ר -> בהנחה ולבית הדין יש סמכות, נחלקו האם הדיין צריך לפרש לפי פסיקתו או לפי פרשנות ביהמ״ש של הדין הדתי. לפי 919 יש להחיל **עקרונות שוויון** כאשר ישנם שני פירושים לדין הדתי, ולכן חשין בדעת מיעוט באקנין סובר שאפשר להכריח את הדיין לקבל את הפרשנות האזרחית. **מנגד,** דעת הרוב באקנין: לא ניתן להתערב בפרשנות הדיין של הדין. **בונוס-** חשין טוען כך רק בגלל הפגיעה בזכות הקניינית של הבעל בחיוב במדור (רכוש= דירה). לכן אם בקייס לא מדובר על בעלות ברכוש, לטעון שגם חשין יהיה ככה״נ נגד.

# **דיני הנישואין**

סמכות- **ביד"ר** והדין **דתי** (גם אם דנים בסמכות אינצידנטלית- אגבית).

**כושר**

1. קטגורית אוניברסליות (הביקורת האזרחית על הדין הדתי שהוא מקל מדיי): רוצים יותר מגבלות.

* **גיל**- יהודים: גיל מצוות (13 לגבר ו12 לאישה). דין אזרחי: **חוק גיל הנישואין** מינימום מגיל 18. תוטל אחריות פלילית על מקיים הטקס, אך הנישואים תקפים ויהיו זכויות אזרחיות. הרציונאלים: **1**)הסכמה- רק מגיל מסויים אפשר להסכים להינשא. **2)**בשלות- רוצים שהמשפחות יהיו יציבות. 3**)**הצדקות מגדריות- ניצול קטינים יביא למשפחה פטריאכלית + לידה מוקדמת עלולה לבלום את התפתחות האישה. חריגים- כשהאישה בהיריון/ עם ילד, או כאשר יש נסיבות מיוחדות חריגות.
* **בריאות נפשית וקוגניטיבית**- אחיד בכל המדינות ובכל הדתות- קטגוריה שתעסוק ביכולות רפואיות, גם בהיבט הפיזי וגם בהיבט הנפשי- הצורך להבין מה אתה עושה. בדין הדתי הקריטריון מתקשר ליכולת הולדה (לעיתים זה פוסל את הכשירות ולעיתים יכול להיכלל כעניין חוזי הסכמי שלא גילה לי).
* **קרבת משפחה**- הגדרה: בנצרות- עד בן דוד רביעי. ביהדות- יגבילו נישואין של אישה עם קרוב משפחה מבית האב יותר מאשר קרוב מבית האם. אימוץ: בנצרות- אימוץ יקבל תוקף דתי. לכן אח מאומץ לא יכולים להינשא עם קרוב משפחה. ביהדות: לא מכירה באימוץ, ולכן **אחים מאומצים יכולים להינשא וינתן תוקף הלכתי.** החוק האזרחי לא התערב ולא קבע מגבלות בנושא.
* **אותו מין**- הדת לא מכירה ; גם חלק מהמערכות החילוניות לא מכירות.
* **ביגמיה**- בכל הדתות אסור לאישה. בנוגע לגבר: נצרות ודרוזים- אסור. איסלאם- ריבוי נשים רק אם הוא יכול לדאוג להן כלכלית. חוק העונשין מאפשר לאישה היתר לריבוי גברים **באישור** **ביה"ד השרעי** לפי: 1)נעדרות- הבעל נעדר. 2)שיטיון- מחלות נפש. עילות ספציפיות מכיוון שלא רואים בזה דבר פסול. יהדות- חרם דרבנו גרשום, אסר על ריבוי נשים. רציונאלים: (1)**היעדר הסכמה** אמיתית. (2)**ציבורי**- בתוך ביגמיה אנשים מנוצלים וחיים בדר"כ בכתות. (3)**הגנה על דיני הגירושין**- אחרת מתייתר. (4)**לבטל את אי השוויון**- שרק לגברים מותר. יישומו מתחלק לפי מסורת:
  + אשכנזים- קיבלו את החרם, ורק ע"י **פרוצדורה מסובכת** ינתן אישור לשאת 2 נשים (אישור של מאה רבנים וכו'). איסור **קוגנטי**.
  + תימנים- אין איסור, כי החרם מעולם לא קיבל תוקף הילכתי. אבל לא מקובל.
  + ספרדים (שאינם תימנים)- החרם לא קוגנטי, אלא מוסכם ע"י הצדדים שמגובה בהיבט של "שבועה" בכתובה ואם עשה זאת- יכולה לתבוע לגירושין. אך אם לא נשבע- הוא יכול להינשא בשנית ואין עילת תביעה. איסור **דיספוזיטיבי.**

המדינה קבעה זאת כעברה פלילית אך יכירו בנישואים לצרכים אזרחיים, **כי הנישואים תקפים הלכתית**. ניתן לקבל פטור מההיבט הפלילי ע"י פרוצדורה דתית: פס"ד ביה"ד האזורי + אישור נשיא ביה"ד הגדול (ינתן בעיקר במקרים של סרבנות גט של שנים, אך יש עילות דתיות נוספות).

אמות מידה אזרחיות לעילות קבלת ההיתר: 1)*שטרייט*- צריך לקיים גם עילות אזרחיות: (א)נעדרות; (ב)כשירות- מוגבלות שכלית/פיזית מטעמי שוויון. 2)*ברונובסקי*- יכולות להיות עוד עילות עצמאיות מלבד העילות שנקבעו בפס"ד שטרייט, אבל לא אומר מהן. החזיר לביה"ד את שק"ד. *ליפשיץ: פס"ד נכון יותר כי הוא עוזר "במדד המצוקות".*

1. איסורים פרטיקולריים לדין הדתי (במקומות בהם חל דין דתי בנוסף לדין אזרחי).

* **נישואין בין דתיים**- יהדות+ נצרות- לא מאפשרים נישואין בין דתות שונות, אלא אם המירו את דתם לזו של השני. אסלאם- אישה לא יכולה. גבר יכול, כל עוד זאת לא דת שמוכרת כעבודה אלילים (למשל אפשר מוסלמי עם יהודייה).
* **נישואין מאותו מין**- בעולם הדתי לא יכירו. חייב גבר ואישה.
* **פסולי חיתון**- קטגוריה פנים יהודית. מתחלקת ל2 סוגים:
  + פסול מוחלט- **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.
  + פסול יחסי- *למשל-* לכהן אסור להתחתן עם גרושה. אבל אם יעשו את הטקס, הנישואין תקפים. או ממזר עם ישראלית (אישה רווקה רגילה)- לכתחילה אסור, אבל יכירו בזה בדיעבד (ויחייבו לתת גט). רציונאל: כלל הצהרתי, העונש לא מיושם מעשית, מאחר שהמטרה הייתה שמלכתחילה מקרים אלו יצומצמו.

התמודדות מדינתית: אין. אולם **חסרי דת** יכולים לעשות ברית זוגיות- מהותית: מקבלים זכויות של זוג נשוי. פרוצדורה: נרשמים אצל רשם הזוגיות ומקבלים ממנו תעודה שרשומים כבעלי ברית זוגיות.

**צורה**

ברוב הדתות נדרש: 1) **הסכמה מתוגברת**- גמ"ד**; 2)פומביות**- להגן מביגמיה**; 3)רישום** (מעורבות מדינית)- להעניק זכויות וחובות.סקירת הדתות השונות: (הביקורת האזרחית, היא שאין אורגן מדיני שינהל את העניינים הדתיים).

* **נצרות**- נישואין מוסד סקרמנט, נדרש רק **הסכמה**. עם השנים התפתחה הבנה- נישואין מוסד ארצי. לכן נדרשת: **פומביות** (עדים) ו**מעורבות מדינית**. הם הפכו לתנאים מחייבים.
* **איסלם**- הנישואים נעשים באמצעות חוזה (שטר עליו חתומים הבעל והאישה/משפחתה). **אין פומביות**- לא צריך עדים, **ולא גורם מדיני** (קאדי = רב)**,** בעיה- זוג נשוי והמדינה לא יודעת.
* **יהדות**- בעבר בשלב הקידושין היו 3 סוגים- כסף (שווה כסף), ביאה (יחסי מין), שטר (מסמך). בכולם נדרש עוד 2 תנאים: הראשון, 2 עדים כשרים (רק גברים, לא קרובי משפחה אחד של השני). והשני, כוונה משותפת להינשא כדמו"י. ובשלב הנישואין- האישה באה לביתו של הגבר. כיום, **מאחדים את השלבים** (החופה מסמלת את הנישואין) + **מקדשים רק קידושי כסף** (טבעת). 🡨 עם השנים התקינו תקנות ("חרם ירושלים") שחייבו פומביות (10 אנשים) ורב (גורם מדיני). כמובן שזה לכתחילה בלבד, ובדיעבד הנישואים תקפים אם יעברו על האיסור.

התמודדות מדינית בנישואין ביהדות**:** פק' הנישואין והגירושין מסדירה את הפרוצדורה לנישואין: 1)עורך חתונה מוסמך ע"י הרבנות שהנישואין היו כדין, 2)רושם נישואין- עובד מדינה, הזוג חייב להירשם במרשם כ"נשוי". רק במישור הפלילי, אם עוברים עליהם, הנישואין עדיין תקפים הלכתית גם לצרכים אזרחיים.

* *בג"ץ התנועה המתקדמת*- לרבנות יש אוטונומיה להסמיך את סוג הרבנים (אם רפורמים או אורתודוכסים).
* *פס"ד גנור*: מי שמשתתף בטקס הנישואין ואינו מוסמך לכך, פוגם בסדר הציבורי כי מייצר מהומה.
* *בג"ץ בן מנשה*: עתרו לבג"ץ בטענה ש"פסול חיתון" מונע מאדם להתחתן רק בגלל תנאים הלכתיים, לכן זה לא חוקתי כי זה פוגע בכבוד האדם לפי חו"י: כבהו"ח. בג"ץ דחה את העתירה- חוק שיפוט נישואין וגירושין שקובע שכל ענייני המעמד האישי ידונו בביה"ד הדתי נחקק לפני חוק היסוד ויש סעיף שמירת דינים. יש לפעול לפי הכללים ההלכתיים.

**למבחן**- רבנית קונסרבטיבית מחתנת כהן וגרושה, הם לא נרשמו, חיו יחד. אחד נפטר והשני רוצה זכויות מסויימות. לצורך הזכויות ידון בי"ד אזרחי לפי הדין הדתי- ויבחן האם הם נשואים. תשובה טובה תהיה: לא יודע. כהן וגרושה הם פסולים יחסיים- אין מספיק נתונים כי לא אמרו אם יש טבעת, כוונה על פי ההלכה ושני עדים כשרים. אם כן - הם נשואים לא משנה מי הרב שהסמיך ושלא נרשמו.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **יותר מדי מגבלות (**המדינה לא מאפשרת יד חופשית**)** | **פחות מדי מגבלות (**המדינה צריכה להגביל יותר**)** |
| כושר | בין דתות (וחסרי דת); אותו מין; פסולי חיתון.  \*אנשים שרוצים להתחתן אבל הרב לא רוצה לחתן אותם. | גיל; נישואים בתוך המשפחה שלא ע"ב קרבת דם (אימוץ); ביגמיה. |
| צורה | **אידיאולוגית**- מלכתחילה מכריחים לקיים טקס דתי (רב).  **ספציפית**- מלכתחילה מחייבים בטכניקה מסויימת. | אין מספיק דרישה ל**פומביות** ול**מעורבות המדינה** |

# **תחליפי נישואין**

**נישואין פרטיים**

אנשים שמתחתנים בישראל בטקס שמתנהג עפ"י ההלכה, אבל גורם פרטי מנהל אותו ורוצים הכרה כנשואים.*רלוונטי רק לפסולי חיתון יחסיים או אידיאולוגיים- הם לא רוצים התערבות מדינתית.*

* *פס"ד רודינצקי*- כהן וגרושה מתחתנים ומבקשים מהרבנות שתכיר בהם, ולאחר שהיא **מסרבת** בטענה שהם פסולי חיתון, הם מבקשים תעודת רווקות אבל היא גם מסרבת,כי יש חשש שהם אכן נשואים. **נקבע שכדי לרשום אותם כנשואים, מספיק סירוב של הרבנות לרשום אותם כרווקים.**

ההלכה: מי שלא מוגדר כרווק, ינתן לו סעד שירשם כנשוי.

* *פס"ד צונן*: אידיאולוגיים התחתנו בטקס פרטי. נפרדו, תבעה למזונות אישה. הגבר טען שהם רווקים. טענה שאמנם הטקס פרטי, אך הוא מעיד על חוזה שהחילו עליהם מחויבות דמויית נישואין. השופטים התחלקו ל3- הטקס לא מחייב משפטית; יש חוזה ומכוחו זכאית למזונות; **אלון**: גם אם יש חוזה וכוונה, יש לבטלו כי הוא **נוגד את תקנת הציבור** ולא רק שלא יתערב וירשום כנשוי, אלא גם הוא לא יכיר בזכותה המהותית של האישה למזונות.

ליפשיץ**:** בפועל מבחינה דתית הם נשואים ומגיע לה מזונות!

**למבחן:** אם אדם דורש זכויות מהותיות מכוח הנישואין הפרטיים: אם **מדובר בפסול חיתון יחסי** ואין לו ברירה, אם הוא יוכיח שהוא נשוי לפי הדין ההלכתי, הוא ירשם כנשוי ויקבל את כל הזכויות המהותיות. ואם קיבל סירוב להכרה בנישואין וסירוב לתעודת רווקות- הוא ירשם כנושי, ויקבל כל הזכויות כלפי צד ג'.

אם מדובר באידיאולוגי (הייתה לו אפשרות להתחתן לפי הדין הדתי ובחר שלא)- **הוא לא יכול להירשם כנשוי**. **לגבי מזונות-** לציין את אלון *בפס"ד צונן* שאידאולוג שעושה טקס פרטי בלי גורם מדיני פועל בניגוד לסדר הציבורי.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| במי מדובר? | רישום לפי צו של בג"ץ | זכויות כלפי צד ג'  (נגזר מהרישום) | זכויות מהותיות מכוח הנישואין הפרטיים  הטענה: חוזה יצר מחויבות דמוית נישואין |
| **פסולי חיתון יחסיים**  (כהן וגרושה, ממזר וישראלית) | V  \*רק לאחר סירוב הרבנות לתעודת רווקות (להראות שהתנאים התקיימו) | V  נגזר מהרישום: אם הרישום בוצע יש זכויות מול צד ג'. אם לא - אין. | בדיקה לגבי כשרות הנישואים ע"פ הדין הדתי. |
| **אידיאולוגים**  (יכל להינשא לפי הדין, בחר שלא מסיבות פוליטיות) | X  (ירשם רק אם ינשא לפי ההלכה) | **ייבדק מהותית ע"פ הדין הדתי**. אם הם יוכיחו שהם נשואים למרות שזה לא רשום - אין חסם מהותי (למרות שהיעדר הרישום הוא חסם פרוצדוראלי). | בדיקה לגבי כשרות הנישואים ע"פ הדין הדתי.  עם זאת, ייתכן שביהמ"ש יעשה צעד נוסף ויכניס את הרתיעה שלו מאידיאולוגים וכך ישלול מהם זכויות מהותיות (מזונות).  זכות חוזית תיבחן לפי צונן.  **כיום אין הרבה רתיעה מאידיאולוגיים.** |

## ידועים בציבור

בני זוג שחיים ביחד ומתפקדים כמו זוג נשוי, אך לא התחתנו.

**4 תנאים להגדרה של ידועים בציבור**:

* מגורים משותפים לאורך זמן- מנהלים קשר זוגי באותו בית. בהרבה מדינות קובעים 3 שנים אלא אם יש ילד. הפסיקה: הכירה ביד"צ של שלושה חודשים. *פס"ד פלוני*- הכירו בהם כיד"צ כאשר לא חיו ביחד באותו בית, אלא דירה ליד דירה.
  + אינטימיות- מקיימים יחסי מין. הפסיקה הכירה במצב שבני זוג עברו לחדרים נפרדים. *סלם נ' כרמי*- הפסיקה לא שללה גם מצב של בגידה של האישה עם אחר.
  + משק בית משותף (שת"פ כלכלי)- יש רמה של שותפות כלכלית ביניהם. לא חובה קופה משותפת, אלא **שיתוף רעיוני.**
  + הצגה חברתית- אם כולם חווים אותם כנשואים. *ורסנו*- צריך שיחשבו שהם בני זוג (לא צריך נשואים). *בקסטנר* נשללה האפשרות להחיל את זה בעוד מקומות.

**המגמה היא הרחבה משמעותית של המושג,** כדי להכליל יותר זוגות כידועים בציבור ממה שמקובל בעולם (לתת מענה לפסולי חיתון ולאידיאולוגים).

1. זכויות כלפי צד ג': חברת ביטוח, פנסיה, פיצויים.

* **חקיקה**- אין חוק שמסדיר. חוקים סוציאליים יותר יכירו במפורש ב"ידוע בציבור". חוקים שלא כתוב במפורש "ידוע בציבור": חוק האימוץ (סוציאלי), פק' הראיות, חוק פיצוי בת"ד (או 'בן זוג' או 'נשוי').
* **פסיקה**- בהתחלה, הפסיקה לא הכירה, אלא אם כתוב בחוק במפורש "ידוע בציבור". הוביל בהרבה מקרים לתוצאות אקראיות: *אוחיון*- לא ניתן לידב"צית פיצויים בת"ד; *לוי* ידב"צית של ח"כ לשעבר לא קיבלה את כספי הפנסיה שלו.

בהמשך, כאמור, **ישנה מגמת ריכוך כללית, וביהמ"ש ייטה להכיר 🡨** *לינדורן נ' קרנית*- העניקו פיצויים בגין ת"ד לידבצית, למרות שהחוק חל על "בן זוג" ולא כולל "ידוע בציבור", על סמך פרשנות תכליתית של החוק (ברק).

**שני שלבים**: 1)פרשנות לשונית- "בן זוג" יכול להחיל גם ידוע בציבור. 2)פרשנות תכליתית- התכלית מאחורי החוק כלפי "בן זוג" רלוונטית גם לידוע בציבור.

הבעיה- לפי מבחן הפרשנות - אם כתוב "נשואים" - לא יכירו בידב"צ אם מישהו יבוא ויטען שיש שוני רלוונטי בין ידב"צ לנשוי.

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

הפרשנות התכליתית יושמה בפסיקה:

* *לבנון*- הוענקו לידב"צית הטבות מס שבח. גם שם ברק עשה פרשנות תכליתית (לא יכלה להתחתן כי הבעל מת).
* *בוארון*- ישנו חוק שקובע שאלמנה מקבלת קצבה אלא אם כן היא מתחתנת. יצר תמריץ לאלמנות לא להתחתן עם בני זוגן ולהיות ידועות בציבור בלבד, שהקצבה לא תישלל. מל"ל מוסמך לשלוח חוקר פרטי שיאמת את הסטטוס שלהם. נקבע שיש להפסיק לאישה את הקצבה, משני נימוקים: 1)**פרשנות תכליתית**- אמנם כתוב "נשוי", אך לא הגיוני שבן הזוג המשיך בחייו ומצא זוגיות חדשה מפרנסת, וימשיך לקבל קצבה. 2)**שוויון**- אם מחילים את הזכויות של נשואים על ידב"צ, יש לעשות זאת לטוב ולרע. ליפשיץ: משפר את מוסד הידב"צ, אך יש כאן ביטוי לפולשנות.

1. זכויות כלפי בני הזוג עצמם: מזונות, חלוקת רכוש, ירושה.

* *פס"ד מרווין*- רצו להתגרש והיא תבעה מזונות משקמים. מעלה טענה חוזית: גם אם הם לא נשואים, מהטבעת, משינוי השם ומכל הנסיבות של החיים המשותפים, עולה **התחייבות מכללא** לשלם לה מזונות. העליון מקבל וקובע שהיה מכבד הסכם מפורש וגם משתמע. החזיר לערכאה נמוכה כדי לבחון אם היה הסכם משתמע בנסיבות. אולם, **פסה"ד הפך למקור להכרה בזכויות של יד"ב.**
* **כיצד מדינה ליברלית צריכה להתייחס להשוואה בין נשואים לידב"צ?** מחד, משקפים אותו סוג מחויבות (מנהלים קשר זוגי). מאידך, צריך לכבד כל דפוס שאדם בוחר (עוד מוסד חברתי שלא רוצים לבטל אותו) ולכן יש אינטרס להבחין ביניהם.
* יש לבחון את סוג הידבצים תוך חלוקה לשני סוגים:
  1. **ידבצים אוניברסליים**- אין להם כוונה ליצור יחסים מחייבים, כמה אפשרויות: נישואי ניסיון- בדיקת הקשר; הסכם ג'נטלמני- לא ראו צורך (ניהלו קשר ארוך והמדינה יצרה מחוייבות עבורם); לא ממוסדים- התנגדות עקרונית שהמדינה תפלוש לחייהם, רצו מתחם יחסים פרטי. 🡨 אין להשוות ל"נשוי" כי זה **לא יכבד את בחירתם.** צריך לבנות מודל אמצע שיבטא את רמת המחויבות שרצו להחיל על עצמם. לבחון כוונת הצדדים- אם נוצר חוזה שהקים מחויבות ביניהם.
  2. **ידבצים תוצרת הארץ:** רוצים את המחוייבות (רצון הצדדים הוא ליחסים מחייבים) אבל יש בעיה עם הרב:
     1. אידיאולוגים- רוצים להתחתן אבל הם לא רוצים את הרב. 🡨 לא נשווה לנשואים שיחיל דין דתי, כי רצו להתחמק ממנו. להיות רגישים שלא רצו דין דתי אך כן רצו מחוייבות מלאה ביניהם.
     2. פסולי חיתון- רוצים להתחתן, אך הרב לא רוצה אותם. 🡨 הדגם של ליפשיץ שמחיל את דיני הנישואין עם שינויים רלוונטיים: 1)**לקבוע כללי סף** **להגדרת יד"ב**: מינימום קשר 3 שנים, עם שני חריגים: אם יש ילד או שעשו תצהיר בפני גוף פורמאלי שמעידים שלא רצו מחויבות כנשואים. 2)**הבחנה בין זכויות**: לבחון אילו היבטים מדיני הנישואין רלוונטיים (למשל חזקת השיתוף לא תחול על נכסים מלפני הנישואין, אולם מזונות משקמים כן- אם הייתה תלות כלכלית).
* קשה להבחין בין הקבוצות, לכן התפיסה היא שכל הידועים בציבור הם **תוצרת הארץ**. ביהמ"ש כמעט התעלמו לחלוטין מכך והלכו על **השוואת הידועים בציבור לנשואים**. בכך הם פגעו ברצון הצדדים שלא להתחתן.

**במבחן**: 1) האם מדובר בידב"צים? לבחון את 4 התנאים. 2)בחינה אנליטית **באיזה סוג מדובר**: אידיאולוגיים- יש לדבר בלשון חוזית. פסולי חיתון- ליישם את המלצת המרצה: שלוש השנים הראשונות הזוג לא ידבצים, ואין להם שום מחויבות. לאחר מכן יש לבדוק טוב מה הם רצו ומה לא, ולפי זה להתאים את חבילת הזכויות והחובות שלהם.

1. **יחסי רכוש**

על בני זוג שנישאו עד שנת 1974, חלה חזקת השיתוף, מכוח הפסיקה. לפיה, חזקה שרכוש שנצבר במהלך הנישואין יהיה משותף. נקבע שמהרגע שזוג הוגדר כידוע בציבור, מחילים את **חזקת השיתוף** (גם לזוגות שיצאו אחרי שנת 1974).

* *פרידמן*- ידועים בציבור - רמת הוכחה גבוהה יותר. נקבע שמאחר שלא התחתנו, זה מראה שרמת המחויבות ביניהם נמוכה יותר מזוג נשוי, ולכן נדרש נטל ההוכחה גבוה יותר לכוונת שיתוף. במבחן: נפעיל כוכבית- להיות רגישים שהעובדה שלא התחתנו אולי מעידה שאין שם כוונת שיתוף מלאה.
* *בחלק מפסקי הדין* **הכוכבית נעלמה** והמגמה להפעיל חזקת שיתוף היא באותה מידה של נשואים, מעורר קושי במיוחד על אוניברסאליים:
* *סלם נ' כרמי*- ידועים בציבור- החזקה חלה כמו נשואים. במהלך הקשר, סלם בוגדת בכרמי ואז הם עוברים לחדרי שינה נפרדים אבל חיים ביחד. רצו להתחתן אך בזמנים שונים. ביהמ"ש: קבע שהם יד"ב, ושיש כוונת שיתוף כי בצוואה שכרמי כתב בעבר הוא כיתב אותה כיורשת של פרוייקט שלו. לכן נותן לה חצי מהרווחים. מנסה לבנות שותפות על רצון הצדדים, למרות שלאחר שהיחסים הדרדרו הוא מחק אותה.

ליפשיץ: ביהמ"ש מתייחס למקרה כאל תוצרת הארץ ולכן מעגן את הכוונה לשותפות בכוונת הצדדים. אולם זה **מקרה** **אוניברסאלי קלאסי** והיה צריך לבדוק אם בכלל הם רצו לשתף (להיות יותר רגישים!) מעובדות המקרה הם לא רצו לשתף אבל האישה הסתמכה עליו לכן התוצאה הגיונית וסבירה. אך ביהמ"ש היה צריך ליצור מודל אמצע שיכיר ברצונם שלא להתחייב אחד לשני, ואז יתן רכוש כלשהו (אבל לא צריך חצי-חצי). מזונות משקמים אם הייתה תלות כלכלית.

* *בג"ץ 4178/0* (**בייניש**)- החלה מגמת ריכוך **שמכירה בחלוקה בין אוניברסלים לתוצרת הארץ**, מאמצת את עמדת ליפשיץ.
* *המיליארדר הקמצן-* אי אפשר לדבר על שותפות כוללת ורחבה כאשר מדובר על **ידועים בציבור שבחרו לא להתחתן.**

גישות בנוגע להחלת "חזקת השיתוף" על ידועים בציבור:

* *פרידמן*- כאשר מוכיחים ידועים בציבור, נדרשת רמה גבוה יותר של הוכחה, כי הם פחות מנושאים.
* *סלם נ' כרמי*- כאשר מוכיחים ידועים בציבור, חזקת השיתוף חלה כמו בנישואין.
* **הסוג הצודק** (ליפשיץ)- להבחין בין ידועים בציבור **אוניברסאליים** לבין **תוצרת הארץ**: תוצרת הארץ- להפעיל מגמת שיתוף חזקה, הם רצו את המחויבות, רק לא את הרב או שהרב לא רצה אותם. אוניברסאליים- צריך לקבוע כללים מינימאליים, שם להחיל חזקת שיתוף באופן רגיש לכוונת הצדדים (חזקת שיתוף עם כוכבית)\*.

**בשלב הזה לנתבע יש שתי טענות הגנה**- 1)הם לא ידב"צ כי אחד התנאים לא התקיים. 2)בהנחה והם כן, וחלה חזקת השיתוף- עולה האפשרות לסתור אותה.

**לסיכום**: 1) לבדוק האם הם בכלל ידב"צים. 2)אם כן- לבחון לפי *שחר נ' פרידמן* האפשרות להחיל את חזקת השיתוף (עם כוכבית של בדיקה קשה יותר). 3) לציין שבפסיקה יש כמה הנחיות סותרות: מגמה יותר מרחיבה של כרמי שמפעילה חזקת שיתוף עוצמתית על ידב"צים כאילו הם היו נשואים. מנגד, גישה מעודנת של המרצה שמנסה להבחין בין ידב"צים משני הסוגים ולהגיע לפתרונות אמצע (כמו התוצאה הסופית בכרמי, אך לא כמו דרך הדיון שם).

1. **מזונות אישה**

עקרונית אין לידב"צים מזונות, כי החיוב הוא עד קבלת הגט והם לא התחתנו. מכאן, כל הדיון יעסוק במזונות משקמים מכוח הסכם מכללא.

* *פס"ד יגר*- שנות ה-60. רק חוזה **כתוב** ומפורשיכול להקים חיוב מזונות בין ידועים בציבור, שמעיד על הסכמתם. ולא הסכם מכללא.
* *פס"ד ורסנו*- ברק מאפשר הסכם מכללא באוביטר. מתלבט ואומר ש**החיים המשותפים מלמדים על הסכמה לתשלום מזונות** או לפיצוי חד פעמי במקרה של פרידה. שתל את הרעיון.
* *פס"ד לינדורן*- ברק הופך את האוביטר לרציו, ומחייב לתת את הפיצוי לידוע בציבור של הנפגע מהתאונה. **מכיר בחיוב מזונות מכוח חוזה מכללא**. **כיום זו ההלכה!** התפתחה פרקטיקה שאם ידבצים נפרדים, בימ"ש יכיר במזונות משקמים מכח חוזה מכללא. אבסורד- אישה נשואה מרגע הגט לא מקבלת כלום, ויגבצים כן?
* ליפשיץ מציע מודל להכרה במזונות משקמים:
* האם סוג הקשר יצר **תלות כלכלית**? לפי פס"ד ורסנו.
* **נטול מגדר**- דרישה זו מתממשת. אולם לרוב, המזונות ניתנים לנשים.
* **מודל של מזונות משקמים**: (א)פרידה לא תלויה באשמה- להוכיח שהקשר לא מתאים, לא רלוונטי מי אשם בסיומו. (ב)תקופת זמן מוגבלת- להעריך לפי הנסיבות כמה זמן נדרש כדי לאפשר לאדם לעמוד על הרגליים. *בג"ץ יקותיאלי* קבע שיש מזונות לידועים בציבור, אולם לא הגדיר תקופת זמן. בעייתי- המטרה היא לשקם, אין זכות לקבל מזונות לנצח.

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. (כאן, יד"צ = נשוי).

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

**החשש** **מהשוואה מוחלטת לנשוי**- 1)פגיעה ברצון המת- עקרון על הוא חופש הציווי. 2)חלוקה ביתר- הירושה באה אחרי חלוקת הרכוש (ושם היד"צ כבר מקבל את חלקו); 3) טענת הגנה- אין דרך לפי הפסיקה לסתור, בניגוד לרכוש. מהרגע שנקבעו יד"צ, ירושה מכוח הדין.

* *עמיר נ' זגר-* ביהמ"ש קובע ידועים בציבור **לאחר 3 חודשים בלבד.** האלמן ירש את האמא וקיבל את החצי שנותר והילדים כלום.
* *פס"ד דירות סמוכות*- לא היו הרבה קריטריונים (גרו בנפרד, לא היה חשבון בנק משותף, עשו קניות בנפרד), אבל נקבע שצריך לבחון את כוונתם ה**סובייקטיבית**- הם ראו עצמם כבני זוג. לכן האישה קיבלה את הירושה.
* מה במצב בו היה חוזה מפורש שאחד הבהיר לשני שאין כוונה להוריש (לא בצוואה)?

*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- אם יד"ב לא עושה צוואה, חל ס'55 (ירושה מכוח הדין). דעת המיעוט- כותרת הסעיף היא "מעין צוואה"- מרמז שמדובר בחזקה הניתנת לסתירה אם יש אינדיקציות כתובות שמעידות בבירור שהוא לא רוצה להוריש את רכושו לבת זוגו ואז יקבעו לפי רצונו. ליפשיץ: חושב כמו דעת המיעוט.

**למבחן:** אם יש שאלה שעוסקת בידועים בציבור **שאובייקטיבית** נראה שידועים בציבור אבל **הממצאים** יראו **שסובייקטיבית הם לא התכוונו** להוריש, להגיד: לפי *בלאו נ' פוזש*, מדובר בידועים בציבור ולכן הם ירשו. אבל לפי ליפשיץ- לציין שהדעה שלו אומצה במחוזי, ונוצר פתח לטעון שאם יש הצהרה כתובה וברורה (בטח בהסכם ממון), אפשר להוכיח שלא הייתה כוונה להוריש (ביטול ה"מעין צוואה"). דהיינו, החזקה בס'55 מתבטלת.

* *פס"ד בר-נהור*- לא היה צוואה, אבל היה הסכם לפיו לא רוצים מחוייבות הדדית ולא רוצים להיחשב ידועים בציבור. ביהמ"ש קבע שההסכמה שלהם (**הכוונה הסובייקטיבית**) לא רלוונטית לעניין הרכיבים הקוגנטיים של ירושה לפי דין. **ההגדרה לידועים בציבור היא אובייקטיבית ולא ניתן להתנות עליה**: הם גרו ביחד, היה להם חשבון בנק משותף וכו'. לכן, לא משנה מה הם סיכמו, בת הזוג יורשת את המנוח. ליפשיץ: ביהמ"ש רצה לעשות צעד ליבראלי כאשר השווה ידוע בציבור לאדם נשוי, אבל לא שם לב כמה הוא פוגע בבחירת הצדדים כאשר כפה על הזוג להיחשב כדיבצים, אע"פ שהם חתמו על מסמך שהם לא.
* הצדקה סוציאלית לפס"ד בר נהור: *פס"ד כהן*- אדם שכנע אישה להתגרש עבורו, נולד להם ילד. איים עליה לחתום על הסכם לפיו הם לא יד"ב, אחרת יעזוב אותה ולא ידאג לילד. מקרה זה לכאורה מצדיק את התערבות בית המשפט וקביעתו שלא ניתן להתנות על היותם של בני הזוג ידועים בציבור.
* שינוי בפסיקה: שמותר לזוג להסכים כי אינם נחשבים לידועים בציבור, אך ההסכמה כפופה לדיני החוזים (ניתן לבטל אם היה פגם בכריתה- עושק, כפייה וכו'). שרק במקרים חריגים וקיצוניים יחילו את הלכת בר-נהור.

**למבחן**: אם נקבל מקרה של ידב"צ והכרענו שהם יד"ב, אך עשו הסכם (או הסכם התנאה על צוואה, או ללא צוואה כלל) בו קבעו שלא מעוניינים להיות יד"ב, עפ"י *בר נהור* הוא לא תקף, 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] נגיד שההסכם כפוף לדיני החוזים, ומאחר שיש פגם בכריתה, ניתן לבטלו בטענה לעושר/כפייה.

חיסרון למוסד ידב"צ: כאשר אדם תובע לקבלת זכות כידוע בציבור, הוא מקבל אותה וזה מחייב רק את הצדדים לאותה תביעה- או שיקבל את זכויותיו כלפי צד ג' (ביטוח לאומי, פנסיה וכו'), או זכויות מהותיות מבן הזוג (ירושה, מזונות, רכוש).

## נישואין אזרחיים בחו"ל

**כשירות**: פסולים יחסיים או אידיאולוגיים. **מה המעמד שלהם?**

תוקף נישואין אזרחיים לפי הדין הדתי

גישות בהלכה ביחס לעולים חדשים שהתחתנו בחו"ל:

* **לא תקפים**- לא התקיימו הרכיבים (טבעת, 2 עדים, כוונה להינשא כדמו"י), לכן הם לא נשואים ואפילו לא צריך גט. הרב דיכובסקי.
* **ספק נישואין**- הנישואין תקפים מאחר שקיים ספק שהתנאים ההלכתיים התקיימו בדרך אחרת: עדי העולם, **קידושי ביאה,** כוונה להינשא כדמו"י- חזקה שמי שחי יחד בקביעות בכוונתו להינשא. כל האיסורים חלים: אם האישה לא תקבל גט מ'ספק' והגבר נעלם, תחשב עגונה; אם תלד מחוץ לנישואים, הילד 'ספק' ממזר וזה הכי גרוע- אי אפשר להתחתן עם ישראל מאחר שהוא אולי ממזר ואי אפשר להתחתן עם ממזר מאחר שהוא אולי ישראל.
* **גט לחומרה**- הנישואין לא תקפים, אך עדיין דרושים גט, כדי למנוע: 1)אם הבעל יעלם- היא לא תחשב עגונה כי הנישואים לא תקפים. 2)אם תוליד ילד מאיש אחר, הוא לא יחשב ממזר. הגט הוא רק לחומרא, רוצים להיזהר מ'ספק נישואין'. 🡨 הגישה הרווחת.

**כאשר מדובר בזוג שנולד בארץ ובוחר להתחתן בחו"ל** אין סיבה להכיר בהם, לא נתייחס אליהם כנישואין = לא ניתן להם זכויות דתיות. אך הם נדרשים בהיתר נישואין במקרה של פרידה, לפי גישת 7 מצוות בני נוח.

תוקף הנישואין האזרחיים לפי הדין האזרחי:

* **המסלול הישיר – שימוש בדיני המשב"ל פרטי:**
  1. עולים חדשים- תוקף הנישואים נקבע לפי דין המדינה ממנה באת ולכן אם הזוג התחתן בנישואין אזרחיים במדינה שהם אזרחים בה, הם יחשבו 'נשואים' כשיעלו לארץ ויקבלו את כל הזכויות (מהותיות וכלפי צד ג').
  2. קופצים- באזרחים/תושבים ישראלים שהם פסולי חיתון או אידאולוגים שמתחתנים בחו"ל. כאשר חוזרים לארץ, הזוג רוצה הכרה כזוג נשוי. יש 3 גישות כיצד יש להחיל את המשב"ל פרטי עליהם:
     + **שאווה**- אין הכרה. ברירת המחדל היא שעל אזרח ישראלי חל הדין הדתי, ללא תלות במקום בו נישא. **הכי מחמיר.**
     + **ויתקון**-כושר: לפי הדין שחל במקום התושבות של בני הזוג (בישראל הדין הדתי). **צורה**- מה שקובע זה מקום עריכת הנישואים ואם זה בסדר שם, זה בסדר פה. *מסייע לאידאולוגים ולפסולים יחסיים (שחל עליהם הדין הדתי) בניגוד לפסולי חיתון מוחלט.*
     + **זוסמן**- גם הכושר וגם הצורה נקבעים ע"פ הדין שחל **במקום עריכת הטקס.** נותן פתרון גם לפסולים מוחלטים. **הכי מקל**.

**בונוס:** להזכיר *בפס"ד בני נוח* ברק באוביטר פסל את עמדת שואה, והנטייה בפסיקה לגישה של זוסמן. *אך אין הכרעה בין הגישות.*

*פס"ד נפיסי*: זוג פרסים שהתחתן ואח"כ עלו לארץ. נפרדים, האישה תובעת חצי מהרכוש ע"פ חוק יחסי ממון. הבעל טוען לחוקי המשב"ל- הם נישאו בפרס כשהיו אזרחים שם, לכן חלוקת הרכוש תתבצע ע"פ הדין הפרסי. אולם נפסק, שמי שעולה לארץ, מקבל עליו את דין המקום ויחול חוק יחסי ממון.

* **המסלול העקיף – נישואין לצורך ספציפי:** הקומבינה של הרישום- ביהמ"ש מעניק זכויות של נשואים בלי להכריז על הזוג כנשוי 🡨 **שילוב בין דיני הידועים בציבור לבין דיני המרשם.**

1. זכויות כלפי צד ג' (בדר"כ זו המדינה)- מתחיל *בפס"ד פונק שלזינגר*- מפריד בין פרוצדורה למהות. כאשר מוצגת בפני רשות מנהלית תעודת נישואין ממדינה זרה שאין סיבה לחשוד בה, עליה לפעול בהתאם לכתוב בה, ולרשום את הזוג כנשוי **ואסור למדינה לערער על כך! ועליה להעניק לבני הזוג זכויות של נשואים.** ממשיך *בפס"ד בן ארי* (בני זוג מאותו מין)- מרחיב ומכיר גם בהם מבחינה פרוצדורלית כנשואים לצורך מרשם והענקת זכויות כלפי עצמם.

**אמנם התעודה מביאה לכך שזכויות לא ניתנות לביטול ע"י צדדי ג' (**ברמה הפרקטית, קיימת הסתמכות של הרשויות בארץ על הרישום לצורך קבלת זכויות מצדדים שלישיים), **אך בני הזוג עצמם יכולים לטעון שהתעודה היא רק רישום פורמאלי, ומבחינה מהותית הזוג אינו נשוי.**

1. הזכויות בין בני הזוג עצמם-הם אמנם לא נשואים, אך הם יקבלו זכויות מהותיות של נשואים, מכוח היותם יד"ב.
   * 1. **יחסי הרכוש (יקבלו)**- הם יד"צ **תוצרת הארץ,** אין בעיית להוכיח את כוונתו לשיתוף שהרי הם התחתנו, ערכו טקס ונרשמו. ניתן ללמוד מכך על רצון למחויבות ולכן חלה **חזקת שיתוף חזקה (מתוגברת).**
     2. **ירושה (יקבלו)**- הזוג צריך לומר שהוא לא נשוי לאחרים ואז לפי ס' 55 לחוק הירושה הוא יקבל חצי **מכוח דיני היד"צ.** דגש: חובה לבדוק האם היו יחד בזמן המוות, כי אם הם נפרדו, בן הזוג לא יקבל את הירושה.

**במבחן**- שאלה לתוקפם של נישואין אזרחיים: שלב 1: האם הם נשואים לפי משב"ל פרטי? שלב 2: האם ניתן לתת להם זכויות כידועים בציבור? במידה ולא, נתייחס אליהם כמו זוג שהתחתן בחו"ל אך הוא לא חי ביחד כידועים ציבור. שלב 3: פרשנות תכליתית של ברק, את החוק הספציפי (ירושה)- יש להשוות את הזכויות של הנשואים האזרחיים לנשואים הרגילים.

* + 1. **גירושין ומזונות אישה**- 1)אין מזונות אישה בנישואין אזרחיים לפי הדין הדתי; 2)גם אם כן- זה רק עד "חיוב גט" וביה"ד יתן מהר וחובת המזונות תיפסק כי הוא לא מכיר בנישואין.
* כהנא ופורר- ענייני נישואין וגירושין יהיו רק בביה"ד, לכן אם ביה"ד פסק לחיוב גט, חובת המזונות נפסקת.
* פס"ד שמואל- המהלך של ברק **שיטת הפוינטר**: לשאלת הנישואין נפעיל משפט אזרחי (משב"ל פרטי)- עולים חדשים נשואים לכל דבר; ולשאלת המזונות נפעיל דין דתי (מזונות עד חיוב בגט). לכן, אם ביה"ד חייב גט כי לא מכיר בנישואין לפי המשב"ל, יש להתעלם מכך ולהפעיל דין דתי.
  + 1. **מזונות אזרחיים (משקמים)**-
* *פס"ד מזונות אזרחיים*- זוג קופצים אידאולוגיים. ברק משאיר בצ"ע את **פס"ד שמואל**. פוסק מזונות משקמים לאור הטקס האזרחי שיצר הסכמה מכללא, שמטילה מחוייבות מכוח דיני החוזים ועקרון תו"ל. (הנימוק: מי שהתחתן בנישואין אזרחיים, מראה שיש לו בעיה עם ההלכה ולא עם המחוייבות).
* הלכת בני נוח- ביד"ר יבצע התרת נישואין אזרחיים. עילות הפרידה הן אזרחיות: "התמוטטות הקשר" או "'קרע בלתי ניתן לאיחוי". **חריג**- עליו לכבד את האמות מידה האזרחיות כי אחרת בג"ץ יתערב.

**למבחן**- אם ביד"ר כתב ש"לנוכח הנישואין הם בעלי מעמדם של רווקים", זה מראה שהדיין מזלזל בנישואין האזרחיים ולא מאמין באמות מידה אזרחיות, ולכן במקרה כזה לפי ברק, בג"ץ כן יתערב, יבטל את התרת הנישואין ויחייב להפעיל דין דתי.

* הלכת בני נוח- **מזונות משקמים** מכוח דיני חוזים ועקרון תו"ל, בהתקיים 3 תנאים: 1)**לא תלוי מגדר**; 2)**לא תלוי אשמה**-אלא רק הסתמכות כלכלית; 3)**לתקופה מוגבלת בזמן**- עד שבן הזוג ישתקם.

**למבחן**: שאלה על **הומואים** שהתחתנו בנישואין אזרחיים ואחרי התרת הנישואין, בן הזוג שהיה תלוי כלכלית בשני יטען שכאשר עשו טקס אזרחי, הייתה הסכמה מכללא שהם יהיו חייבים במזונות משקמים, מכוח עיקרון תו"ל ודיני החוזים. יטען שהיעדר מגדר לרבות 'העדר תלות בנטייה מינית', וזה יגשים את עיקרון תו"ל שמכוחו מעניקים מזונות משקמים.

ליפשיץ מציע: גם אם היה **נישואין דתיים,** נוצר גם חוזה מכוח דיני החוזים ועקרון תו"ל, לתמיכה כלכלית אם ניפרד. לכן אפשר לטעון שנוצרה מחוייבות למזונות משקמים גם אם מתגרשים לפי דין דתי.

# **מזונות אישה**

*ס'2 לחוק לתיקון דיני משפחה ומזונות, התשי"ט- 1959* קובע שבאופן כללי על מזונות אישה חל הדין הדתי. ומי שלא משתייך לאחת מן העדות הדתיות, חל עליו חוק זה.

**העקרונות בקביעת מזונות אישה לפי ההלכה:**

* המזונות הם חד סטריים- רק האישה זכאית למזונות אישה.
* ניתנים רק במהלך הנישואין- כשניתן חיוב גט, החיוב במזונות נפסק.
* הזכות נגזרת מתנאי הכתובה- בכתובה הוא מתחייב לזון, לפרנס ולכבד במקרה שהיא תגורש או תתאלמן = מזונות.
* בעל המסרב לשלם מזונות לאישה- יש 2 אפשרויות לאישה: **(1)**להגיש תביעה לביה"ד **שיחייבו אותו במזונות**. אם הוא עדיין לא משלם בגלל סיבה אובייקטיבית (חולה, אין לא דרך להשיג עבודה), לפי הפוסקים לא צריך לחייב אותו, כי לא תלוי בו. **(2)חיוב בגט**- אם מסרב לשלם מזונות מסיבה לא מוצדקת, ביה"ד יחייב אותו בגט שהיא תוכל להמשיך הלאה.
* כללים לקביעת מזונות- (1)המזונות יהיו לפי **המינימום הדרוש לה** בהתאם למנהגי המקום; (2)**לא רק מזון**- אלא גם ביגוד, מדור (קורת גג), ריפוי וכו'. (3)הכלל: **עולה עמו ואינה יורדת עמו**- האישה זכאית לאותה הרמה שהבעל מרשה לעצמו ולא פחות מרמת החיים שהייתה לה לפני הנישואין.
* התנאים-ניתנים רק אם בני הזוג בנישואין חיו באותו בית; אך הזכות למזונות תלויה **בשאלה מי עזב את הבית?** אם הבעל- זכותה לא נפגעת; אם היא עוזבת מיוזמתה- לרוב היא תפסיד את המזונות (הזכות למזונות תלויה בהתנהגות האישה).
* עילות להגנת האישה:(1)הבעל היה אשם בעזיבתה. (2)סיבה מוצדקת אובייקטיבית. לדוג'- אם בשכונה מבזים או מצערים אותה או מוציאים לעז עליה.
* הגנות הבעל- **(1)הגנת קיזוז**- קיזוז מעשי הידיים של האישה. אם האישה מרוויחה, ניתן לקזז סכומים אלו כנגד תשלום המזונות. **(2)הגנת פטור**- הבעל צריך להוכיח שהאישה סטתה מנורמת ההתנהגות שמצופה ממנה, בעיקר ההתנהגות המינית, לדוג'- אישה מורדת (אישה שמסרבת לקיים יחסי אישות עם בעלה), או אישה בוגדת.

# **דיני גירושין**

סמכות ייחודית לביה"ד הרבני, חריג- בעלי דת אחרת/מחוסרי דת- ניתן לדון בביהמ"ש. תמיד חל הדין הדתי.

* חוק להסדר התדייניות:

על מי חל?סכסוכים בין בנה"ז (כולל ידב"צ). בין הורים. בין הורים לילדים.

1. **הגשת הטופס:** 60 בהם הצד שהגיש את הבקשה לא יכול להגיש תביעות. למעט: סעד זמני לשמירת מצב קיים (צו איסור יציאה), סעד דחוף, קיצור או הארכת תקופת הקפאת הליכים.
2. **פגישת מהו"ת:** במהלך ה60 יום, על הצדדים לקיים 4 פגישות מהו"ת עם עו"ס, להסדיר את הסכסוך ביניהם.
3. **לאחר 60 יום**, הצד שהגיש את הבקשה לישוב הסכסוך יכול להגיש תביעת גירושין לביה"ד. **15 יום לאחר מכן,** הצד השני יכול גם להגיש.

* **דיני הגירושין בדת היהודית:**

האפשרויות שעומדות בפני ביד"ר בהגיעה תביעת גירושין הן:

* **דחיית התביעה**- לדחות את התביעה באומרו שאין עילת גירושין.
* **מצווה לגרש**- זה יהיה צודק מבחינה דתית, אבל אין עילה כדי לחייב..
* **חובה לגרש**- חובת משפטית לתת גט. אם האישה סרבנית- החיוב יכול להפסיק לה מזונות. אם הגבר סרבן- להקפיץ אותם.
* **כפיית גט**- ביה"ד כופה על אדם להתגרש באמצעים אגרסיביים. ניתן לשים את האדם בכלא עד שיתן את הגט. האופציה הטובה ביותר מבחינת האישה. אע"פ כן ביה"ד מצמצמים במתן סעד זה מתוך חשש שהם טועים (ויהיה גט מעושה).

מאפיינים: **1)אקט פרטי**- הבעל מקדש ומגרש (בשונה מדתות אחרות או נישואים אזרחיים שם השופט מגרש). **2)אי שוויון**-לא ניתן להכריח את הגבר לתת את הגט, אחרת הגט פסול (גט מעושה). הוא מתגרש רק מרצונו " מכל סיבה ומכל גחמה"- וזה מחייב את האישה לא משנה מהו רצונה. ואם האישה תהיה עם אחרים, הילדים ייחשבו לממזרים בניגוד לגבר שיהיה עם אחרות! **3)עילות גירושין**- ישנן עילות (פגם ביכולת לקיים יחסי מין, התנהגות מסוכנת וכו') שמאפשרות לכפות על הגבר לתת גט (ע"י כליאה), עד שיאמר "רוצה אני". הגט לא ייחשב למעושה, אלא כשר.

**פתרונות דתיים**

במהלך הדורות, חכמי ההלכה לא אהבו את זה ופעלו בשני כיוונים ע"מ למצוא **פתרונות למסורבות גט:**

**כיוון אשכנזי:** כדי לשפר את מעמד הנשים, רבינו גרשום (התקין תקנה שאסרה על ביגמיה), קובע ש**אסור לגרש אישה בעל כורחה**. כך שגם הגבר יהיה צריך עילת גירושין.אולם זה לא השיג את השוויון המיוחל משלוש סיבות:

1. **עילת גירושין של בגידה לא סימטרית**- עבור אישה בגידה חד פעמית זה עילה, בעוד שלגבר יחשב "מעידה".
2. **לאישה אין חלופה אחרת** במידה ואין גט (ילדיה ייחשבו לממזרים ואם הגבר יברח היא תחשב עגונה), בעוד שאם האישה לא מקבלת את הגט ובורחת, לגבר יש יכולת לקבל היתר להינשא שוב (לא רווח אבל ההלכה מאפשרת).
3. **ההבדל ביחס של ההלכה לחלופה החילונית**- אם אדם חילוני רוצה להתגרש אך אין לו עילה, יכול לחיות עם אישה חדשה כיד"בצ. בניגוד לאישה, שילדיה יחשבו ממזרים ולא יוכלו להתחתן בארץ, וגם הגינוי החברתי יהיה גדול יותר.

**כיוון ספרדי:**

1. **טענת "מאס עליי"**- אם **האישה מאסה בבעלה** (לא רוצה לחיות איתו יותר), ביה"ד הרבני **יכפה עליו גט**. האישה תפסיד את הכתובה שלה, אך עצם המאיסה שלה בו, מאפשרת לה להתגרש ממנו. עילת גירושין לטובת האישה, שלא מעוגנת בהתנהגות הבעל.
2. **תקנת המורדת**- הרמב"ם פסק אותה כמוצדקת אוניברסלית, נכונה בכל זמן ובכל מקום. אך היא הותקפה מ3 נימוקים:
   1. היעדר סמכות- אפשר להתקין רק בעניינים רכושיים אבל לא בענייני איסורים (הגמרא כבר נחתמה).
   2. פגיעה בשוויון כנגד הגברים- האישה יכולה למאוס בבעלה מבלי להתגרש ממנו אך בעקבות חרם דרבנו גרשום, לגברים אסור לגרש אישה בעל כורחה, ללא עילה! יאבלולו.
   3. הרס מוסד המשפחה- הנשים קלות דעת יותר מגברים, לכן פתח ליציאה קלה מהנישואין, ולנשים בפרט, יפגע ביציבות של מוסד הנישואין ובסדר החברתי. אי השוויוניות חשובה כדי לשמר את היחידה המשפחתית.

היא נשחקת ומי שמשתמש בה, זה הופך מכפיית גט, לחיוב גט.

1. **חרם דרבנו תם**- ייצר מנגנונים חברתיים להפעלת לחץ על סרבני גט (לא יעשו איתו מניין, לא יעשו איתו עסקים, ינדו אותו מהקהילה וכו'), במקרים שהם מסווגים **כחיוב גט**. "הרחקות רבנו תם" הטילו עליו סנקציות חברתיות עד שהיה נותן גט.
2. **תקנת 18 חודשים**- **הרב פלאג'י**- תקנה סימטרית: אם גבר או אישה רוצים להתגרש, והם חיים בפירוד 18 חדשים; על ביה"ד להתרשם שהקשר התמוטט. אם כן- יש לו סמכות **לכפות** את הגט או על הגבר או על האישה. המרצה חזק בעדו.

**פתרונות אזרחיים**

חקיקה:

**מסורבות גט-** הבעל אומר בפירוש שלא מוכן לתת גט.

* *חוק שיפוט בתי דין רבניים* (החשבד"ר)- יוצר פרוצדורה שמאפשרת **לכלוא את סרבני הגט**, ובכך נתן לביה"ד אפשרות לאכוף פס"ד של כפיית גירושין. אך הבעיה היא שהם נדירים.

ברוב המקרים השתמשו ב**חיוב גט**, ולא בכלי של כפייה. **למה?** 1)טיעון אידיאולוגי- לא הפנימו שיש לאישה זכות להתגרש במצב של מסורבת גט; 2)טיעון פרקטי- לא הפנימו שאם הקשר מתמוטט, לא הגיוני להחזיק אותה בכוח.

* *חוק בתי הדין הרבניים קיום פסקי דין של גירושין*- ס'2 קובע, סנקציות מבוססות על הטכניקה ההלכתית של החרם דרבנו תם, אבל בעלת משמעות אזרחית, למשל צו איסור יציאה מהארץ, אי קבלת דרכון, שלילת חידוש רישיון נהיגה וכד'.

פסיקה:

בעלים סרבני גט שטענו שביה"ד פועל לפי כלים הלכתיים, ולא לפי הכלים שהוקנו לו בחוק. מנגד, צריך לתת מקום לביה"ד לפתח את הכלים ההלכתיים. הדילמה של העליון: מחד, לחנך את ביה"ד להשתמש בחוק. מאידך, רוצה לעזור למסורבות גט אם החוק לא נותן מענה.

**בג"ץ משתדל לא להפריע לביה"ד לפעול למען מסורבות הגט**:

1. **מזונות הפחדה**- פס"ד רוזנצוויג הדיין מצא שיטה הלכתית לעזור לאישה מסורבת גט- הבעל ישלם מזונות יותר גבוהים מצרכי האישה, אם לא יתן גט (הייתה תשתית עובדתית להחלת כפייה) **בג"ץ: לביה"ד אין סמכות לקבוע מזונות הפחדה**.
2. **סנקציות אגרסיביות של רבינו תם**- פס"ד גז- ביה"ד עשה ל2 סרבני גט שיימינג (ביוש באינטרנט, להפסיק דוקטורט מהאונ', לא לקבור כשימותו בחברת קדישא וכיו"ב). הרחקות פומביות שלא מעוגנות בחוק ולכן טענו שזה מחוץ לסמכות ביה"ד. השופטים נחלקו, דעת הרוב דחתה את העתירה כי העדיפה לתמוך במצוקה של מסורבות הגט.

**בג"ץ ניסה להיות אקטיבי אבל לבסוף לא עשה שום דבר**:

1. **התערבות מתלהמת**- פס"ד רפאלי- מקרה של בעל אלים ובוגד. ביה"ד פסק 'חיוב גט'. הוא ערער לביה"ד הארצי- ביטלו את 'חיוב הגט' כי לא היה מספיק הוכחות לבגידות ולאלימות. היא עתרה לבג"ץ- נקבע שביה"ד פעל במסגרת סמכותו, בג"ץ לא יכול להתערב. אך ניתן לראות שחשין מנסה לאיים שיכריח את ביה"ד לכפות גט, אבל לא מצליח לו.**.**

**פעולות עצמאיות של בג"ץ במטרה לסייע למסורבי הגט:**

1. **שימוש בדיני מזונות:**
   * + 1. מזונות מעוכבת- כשביה"ד פסק חיוב גט והגבר מסרב לתת גט, האישה זכאית למזונות מעוכבת מביהמ"ש: מזונות רגילים בלי קיזוז של ההכנסות שלה! זה משמעותי אם היא במעמד ביניים והוא במעמד גבוה, אותה אישה תקבל מזונות גבוהים ויוצר לחץ חזק על הבעל לתת גט.

* *פס"ד נוני נ' נוני*- ביה"ד הרבני אמר משפט על הגבול של "חייב לתת גט" בהקשר של "מצווה" לגט, אך ביהמ"ש פירש כך שביה"ד חייב אותו בגט והפעיל את המנגנון של מזונות מעוכבת.
* פרופ' שיפמן: מרחיב. כדי שביהמ"ש יקבע מזונות מעוכבת הוא צריך לדעת אם ביה"ד פסק "חיוב לגט" והבעל לא נתן. אך מציע לביהמ"ש שגם אם טרם ניתן פס"ד מביה"ד, הוא יכול לבדוק מהי ההלכה, ואם רואה שבמצב זה יש חובה לגרש, יכול לקבוע מזונות מעוכבת.
  + - 1. החלת עיקרון תו"ל על דיני המזונות-
* *פס"ד המזונות האזרחיים*- האישה היא הסרבנית גט, לפי חרם דרבינו גרשום אי אפשר לגרש אישה בעל כורחה, אך הם חיים בפירוד ולכן תובעת למזונות אישה. ביהמ"ש מפרש את הדין הדתי לאור עקרונות אזרחיים, כגון תו"ל. נקבע: סרבנות גט תמיד פסולה וחסרת תו"ל, לא משנה מאיזה סיבות. לכן כשהיא מסרבת לאורך זמן ממושך היא חסרת תו"ל.
* ליפשיץ: יש לבדוק מהן אמות המידה לסירוב- אם כי זקוקה לתמיכה כלכלית, לגיטימי לסרב! צריך לתת להמזונות משקמים לאחר הגט ולא לבטל לה את מזונות האישה הדתיים ולהשאיר אותה בלי כלום. יש לתת לה מענה.

1. **תביעה נזיקית:**

נשים מסורבות גט החלו להגיש לביהמ"ש למשפחה תביעות נזיקין על הסירוב כעילת כליאה, רשלנות, תקיפה. גישות של השופטים:

* 1. רקכאשר ביה"ד פסק 'חיוב גט', והגבר סרבן, ניתן להגיש את התביעה וביהמ"ש ידון בעניין האזרחי.
  2. אמות מידה אזרחיות- לא צריך לחכות לפס"ד של ביה"ד, ידונו בעוולת לכשעצמן, אם הוכח שהתרחשו.
  3. גישת אמצע- האישה יכולה להגיש את התביעה מתי שרוצה וידונו בעניין, אולם מהרגע שביה"ד יפסוק 'חיוב בגט', היא תקבל את המזונות מיום הגשת התביעה הנזיקית. פסה"ד מעיד למפרע שהבעל התנהג לא בסדר.

**סימטריה בין גברים לנשים**- גם הגבר יכול לתבוע את האישה בתביעה נזיקית. יש מחלוקות בין שופטים ובין אקדמאים עד כמה לייצר סימטריה בתביעות האלה.

# **יחסי רכוש בין בני זוג**

**דין**: אזרחי **סמכות**: מקבילה **מקבל תוקף**: בד״כ בגירושין/מוות של אחד הצדדים.

בעבר, התייחסו ליחסי הרכוש לפי דיני הקניין, כהסדר של הפרדת רכוש: מה ששלי שלי מה ששלך שלך. אך בשנות ה-70 העליון פיתח את דוקטרינת **חזקת השיתוף**.

הרציונאלים לפיתוח החזקה: 1)**רציונאל הסכמי-** תופסים את בני הזוג כיחידה אחת, ולכן יש הסכמה משוערת שבמשפחה רוצים שיתוף; 2)**הרציונאל הנורמטיבי**- כל אחד תורם לרווחת המשפחה באופן שונה (אישה- משק בית, בעל- מפרנס), אם לא יהיה ביטוי למאמץ המשותף זה יהיה לא הוגן/חוסר צדק; 3)**הקהילה המשפחתית**- דגש על הממד השיתופי במשפחה; בניגוד לדיני הקניין שמשקפים תפיסה אינדיבידואליסטית. צריך ברירת מחדל שתשקף משטר של משפחה כיחידה אחת.

## חזקת השיתוף

עד שנת 74 במדינת ישראל הדרך לחלוקת רכוש הייתה לפי חזקת השיתוף. מדובר בתוצר פסיקתי (ברקר, בליקר וברילי) הקובע כי בהתקיים תנאי סף מסוימים ובנכסים מסוימים ישנה חזקה שבני הזוג התכוונו לשיתוף ולכן החלוקה תהיה 50/50. חזקה זו ניתנת לסתירה.

קובעת מודל מעין קנייני ומיידי- **מיידי:** לא צריך להתגרש כדי שבן הזוג יממש את הזכויות בנכס המשותף. **מעין קנייני**- לא חצי מהשווי, מקבלים את הזכות להירשם כבעלים.

דור ראשון (שנות ה70-80) – המודל ההסכמי

נוצר ע"י 'הסכם מכללא', כי יש להם כוונה לשיתוף, אך מתוך היותם יחידה משפחתית הם לא עיגנו בהסכם מפורש. העיקרון: לשקף את כוונתם בפועל, מה היה אומד דעתם.

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. **דבר מה נוסף**-אינדיקציה פנימית לכוונת השיתוף.
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. *ליברמן*- לגבר היה חשבון עסקי על שמו וכל כספיו היו שם. נקבע שמה שאדם הרוויח נשאר שלו ורק אם הביא זאת הביתה התכוון לשתף. אך אין אינדיקציה שהתכוון לחלוק את רכושו. הלכה: יש להגשים את כוונת הצדדים, אם היא לא אחידה, אז אין חוזה. (ליפשיץ: למעשה מגשים את אומד דעתו של הבעלים הרשום).
7. **הבחנה בין פנסיה לבין משכורת**- על המשכורת חלה החזקה, אך לא על הפנסיה. *פס"ד גלבוע*- היוון= אומד דעתו של האדם זה להתחלק במה שקיבל במהלך הנישואין. לכן אם יש היוון ואז התגרשתי וקיבלתי פנסיה- רק מה שהושג בנישואין משותף, ולאחר מכן לא.
8. **היכולת לחרוג** – כיצד ניתן לסתור את החזקה?
9. **הסכם ממון פורמאלי**
10. **התנהגות הצדדים או קיומן של נסיבות מיוחדות מעידים שהם לא התכוונו לשיתוף**- הרציונאל ההסכמי הוא לא בין שני צדדים ספציפיים, אלא בין בני זוג ככלל. אם התנהגות של זוג מסויים (לא עשו הסכם ממון) מעידה שלא הייתה כוונת שיתוף, נסתכל על כל האינדיקציות כדי לאמוד על כוונתם אם לשתף או לא.

*פס"ד סלמן*- יש לבני זוג דירה ובקומת הקרקע יש חנות ירקות. הכל רשום על שם הגבר. הוא נותן בתחילת השבוע "דמי כיס" לילדים ולאישה. בגירושין האישה תובעת חצי מהרכוש מכוח חזקת השיתוף. הגבר טען שהחזקה נסתרה מהתנהגות הצדדים, היא התייחסה לכסף כרכוש שלו. ביהמ"ש: התנהגות הצדדים סתרה את החזקה, לא הייתה כוונת שיתוף.

*ליפשיץ*: המודל ההסכמי מפנים רק תפיסות עולם גבריות, 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 משתמש ברטוריקה הסכמית, אך הוא מתחיל לעבור למודל נורמטיבי:

* *פס"ד קוטלר*- הגבר שולט בכסף, נתן דמי כיס שבועיים לאשתו. כשנסע לחו"ל המזכירה טיפלה בשכירות של הדירות להשקעה המשפחתיות. מתגרשים, טוען שאין כוונת שיתוף- הקפיד שהרכוש יהיה על שמו (הביא לה דמי כיס), לא נתן לה לנהל או לטפל בעסק. ביהמ"ש: לא 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, חלה חזקת השיתוף על הדירות והיא מקבלת מחצית. 🡨 לא היה רגיש לכוונת הצדדים (לא בחן את הנסיבות הספציפיות, אלא ישר החיל את החזקה).
* **חזקה חצי קוגנטית**- מצהיר שניתן לסתור את החזקה, אולם כאשר מדובר בנכסי מאמץ משותף, הוא לא באמת מאפשר זאת. ולראיה: בנסיבות דומות (כמעט זהות), בפס"ד סלמן הגיע ביהמ"ש למסקנה שהחזקה נסתרה לפי המודל ההסכמי, ואילו כאן השתמש ברטוריקה זאת אך הגיע לתוצאה הפוכה (בגלל שיקולי צדק).

1. **תנאי סף** – האם חלה על הזוג הלכת השיתוף?
   1. **נשואים לפני 74/ ידועים בציבור**
   2. **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.
   3. במקום אורח חיים תקין נקבע **חיים תחת קורת גג אחת**. *פס"ד אורון*- כל עוד חיים יחד היחידה הכלכלית נשמרת, וכל עוד היא נשמרת תחול החזקה.

* סיום השיתוף: *פס״ד לידאי*- ביום שהפסיקו לחיות יחד. *פס"ד אבנרי*- ביום הגשת התביעות. תנאי אינדיקציות לשיתוף מתבטלים.

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, גם חלק מהרכוש המשותף. אם הנכס הוא אישי ולא הושג תוך מאמץ משותף, הוא לא יהיה משותף.
   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 (גם אם לאחר הגירושין).

מתחדדת ההבנה שלא תחול החזקה על נכסים חיצוניים (ללא מאמץ משותף):

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

* *פס"ד לידאי* (חלוקה רעיונית)- 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 (חצי-חצי), אך לא את הקרקע. *פס"ד זה מראה את המעבר למודל הנורמטיבי-* מבטל את האינדיקציות להסכמה, ומחיל שיקולי שוויון וצדק.

1. **יכולת חריגה** – סתירת החזקה- רק לפי הסכם ממון פורמאלי; אולם מעטים הזוגות שעושים זאת (רק 3%).

המהלך:

* בשנות ה90 *פס"ד רבי*- אדון רבי הוא דרוזי. בכפר שלו כל הנשים יגידו שהכוונה היא שהרכוש על שם הבעל. ביהמ"ש טוען שפיתח את חזקת השיתוף בדיוק בשביל מקרים כאלה, לכן היא לא מושתת על כוונת הצדדים.
* *פס"ד מחוזי בירושלים*- משפחה ביגמית. הטענה: אין כוונת שיתוף. ביהמ"ש: הביגמיה לא רלוונטית לסתירת החזקה. אומר שרק אם היו עושים הסכם ממון, היה מכבד את חופש החוזים ולא מתערב. כל עוד לא עשו- 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. אם המתנה ניתנה לשניהם- חלה החזקה, כי 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 בחשבון המשותף.

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

השינוי המהותי כאן הוא ביחס לנכסים מחוץ לנישואין.

*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. שמגר וחשין: בתנאים מסויימים שמדגישים את השיתוף, כגון **קיום משק בית משותף וחיים ביחד,** ניתן להחיל את החזקה גם על נכסים שלא נצברו במאמץ משותף במהלך הנישואין, כגון דירת מגורים.

* ליפשיץ: אי אפשר להתייחס למשפחה כשותפות מסחרית/עסק כפי שהמודל הנורמטיבי עושה, כי במשפחה חושבים במונחים של יחידה אחת. אם הבעל מקבל החלטה כלכלית, הוא עושה זאת לטובת האישה וילדיו. לכן, **התחשבנות אחורה לא משקפת התנהגות של בני זוג טיפוסיים**. מבטל את הצורך בלחלק באופן יחסי.

1. **תנאי סף – האם חלה על הזוג הלכת השיתוף**?

* אינדיקציות לשיתוף- נישואין ראשונים של שניהם (אין ילדים מנישואין קודמים); תקופה ארוכה; מקיימים יחסים טובים (אורח חיים תקין); הנכס הוא דירת מגורים שבה התגוררו רוב חיי הנישואין; קיום משק בית משותף וחיים ביחד.
  + הסתמכות- לא ניתן להתעלם מההסתמכות שהייתה בין בני הזוג לאורך השנים.
* *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. בגירושין, תובעת למחצית משווי החנות. ביהמ"ש: במקרה דנן הייתה הסתמכות- הוא ככל הנראה לא ציין בפניה שאין לה חלק בחנות, אחרת הייתה מוצאת מקור פרנסה אחר. הלכה: חזקת השיתוף חלה כאשר בני הזוג לא הבחינו ברכוש של כל אחד מהם אלא הם איחדו את משאביהם לקופה משותפת **מתוך הסתמכות.**

1. **היקף הנכסים** – האם חל על הנכס הלכת השיתוף?
   1. **נכס במאמץ משותף**- פותרים לפי דור 2. אם יש הסכם ממון שמחריג אותו, החזקה לא תחול עליו. אם אין- תמיד יהיה משותף (לא מעניין אם נכס עיסקי/משפחתי, יחסים טובים/רעים, נישואין ראשונים/שניים, תקופה קצרה/ ארוכה וכו' כל עוד הוא הושג במאמץ משותף). אם יש חוב/זכות שהושגו ללא מאמץ משותף, לא רלוונטי.
   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.
2. **יכולת חריגה** – כיצד ניתן לסתור את החזקה?

* לפי **הסכם ממון פורמאלי.**
* **התנהגות הצדדים** או קיומן של נסיבות מיוחדות מעידים שהם לא התכוונו לשיתוף.

התחלה של דור רביעי

נוצר לפי האינטואיציה של חלק מהשופטים ולוקח את דור 3 צעד אחד קדימה. לא רלוונטית כוונת הצדדים המשוערת.

* כאשר סוג הנכס הנתבע הוא דירת מגורים- נשאל: **האם יש לבן הזוג דירה אחרת לגור בה**. ביהמ"ש יהיה יותר זהיר בסתירת החזקה (יהיה נכון יותר להשאיר אותה תקפה).
* שתי טענות להצדקת המודל:
* **חנוך דגן**- דירת מגורים 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.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 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 גג אחד (*לידאי*); 2)מאמץ משותף. | לא חל שיתוף (נכסים חיצוניים): 1)נכסים מלפני הנישואין; 2)ירושות; 3)מתנות.  חל שיתוף: נכס במאמץ משותף. | הסכם ממון פורמאלי. |
| **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 | 1) הסכם ממון פורמאלי.  2) ניתן לחרוג ע"ב התנהגות או ע"ב מאפיינים ספציפיים |

סיכום

* **סוגי הידועים בציבור:**
  + 1. אידאולוגים/ פסולי חיתון- תחול חזקת שיתוף חזקה (כי הכוונה שלהם לייצר מחוייבות).
    2. אוניברסאליים- נפעיל חזקת שיתוף עם כוכבית (יותר חלש = נהיה רגישים לעובדה שלא רצו את המחוייבות).
* **נישואין לאחר 74**- אם הם נשואים לפי דין דתי, יפעל עליהם חוק יחסי ממון (גם אם לא נרשמו).
* **נישואין אזרחיים** (תוצרת הארץ)- לבחון אם נשואים ע"פ שלוש 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.
* **אם מדובר בזוג שחל עליו חזקת השיתוף** (התחתן לפני 74 או ידועים בציבור) יש לבחון 3 שלבים:

1. האם הזוג עמד בתנאי הכניסה- אם לא, גם אם נשואים מלפני 74, חוזרים להפרדת רכוש.
2. האם חלה חזקת השיתוף על סוג הנכס הנדון**?** יש נכסים שלא ניתנים לשיתוף.
3. 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 גם בלי הסכם מפורש, אם לפי התנהגות הצדדים ניתן לראות שלא הייתה כוונת שיתוף.

**איזון משאבים – חוק יחסי ממון**

* זוגות שנישאו **לאחר** 1974.
* היקף הנכסים: אין הבחנה בין נכס עסקי למשפחתי או בין משכורת לפנסיה. חל על כל נכס שהושג במהלך הנישואין (נכסים פנימיים). לפי *ס'5(א)* יש 3 סוגי נכסים **שאינם ברי איזון** (נכסים לפני הנישואין, ירושות ומתנות)- נכסים חיצוניים.
* חריגה מהשיתוף: הסדר איזון המשאבים לא יחול על זוג נשוי אם עשו הסכם ממון **מפורש.** או הלכת השיתוף הספציפית.
* תזמון השיתוף: שיתוף דחוי- ס'4 קובע שכל צד הוא בעלים של הרכוש שלו, והנישואין לא פוגעים בזכויות. פקיעת השיתוף ביום הגירושין או מוות (מרגע זה חל החוק) ועושים תהליך של התחשבנות/איזון משאבים.
* טבלת איזון: מחברים את הסכומים שנצברו במהלך הנישואין= השבחה של הנכסים ששייכים לכל אחד מבני הזוג ומחלקים ל2. חל גם על הזכויות וגם על החובות.
* חוק יחסי ממון לא טוב- השיתוף הדחוי בשילוב עם דיני הגירושין הדתיים (לא ניתן להתגרש ביוזמה חד צדדית), **יוצר תמריץ חזק מאוד למי שמחזיק ברכוש להיות סרבן גט** כדי למנוע את חלוקת הרכוש. מאפשר סחיטה בין בני זוג.
* *פס"ד יעקובי*- כדי למנוע מצב שהגבר נפרד מהאישה אך לא נותן לה גט ולכן היא לא זכאית לאיזון משאבים, נקבע שחזקת השיתוף ממשיכה לחול לצד חוק יחסי ממון (**הגישה הסימולטנית**). כך שהאישה זכאית לבעלות של מחצית מהרכוש המשותף, מכוח חזקת השיתוף, גם אם הם לא התגרשו.
* *פס"ד קנובלר*- מיישמים את התוצאה ביעקובי אך לא מצליחים לקבוע מה הנימוק כהלכה.

תיקון החוק ב2008

במטרה כפולה: מחד, למנוע תמריץ כלכלי לסרבנות גט, מאידך להימנע ממודל שיתוף מיידי כדי לא לאפשר יציאה קלה מהקשר (פירוק נישואין זה דבר משמעותי).

ס'5(א) קובע שגם אם אין גירושין, ישנן 3 חלופות בהתקיימן, 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" ואח"כ 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.

* לא תמיד ברור מהו המועד: 1)מתי נפרדו פיזית (עזיבת הבית)- *פס"ד לידאי*. 2) מתי הוגשו התביעות- *פס"ד אבנרי*.
* איך קובעים? **תלוי נסיבות**: אם הפרידה הייתה לאחר תקופה ארוכה של משבר רציני- כנראה מועד פירוק הקשר (יום עזיבת הבית). אך אם יתברר שהפרידה הייתה מפתיעה- ייתכן שיקבעו לפי מועד הגשת תביעת הגירושין.

**שיקולי אשמה – חוק יחסי ממון**

ס'8 לחוק נתן שק"ד כללי לבימ"ש, לסטות מחלוקת רכוש של חצי חצי ולתת לאחד הצדדים קצת יותר משיקולי צדק.

* עד 2008 לא פורטו השיקולים, כי ביהמ"ש לא השתמש בו הרבה- פוטנציאל לפגיעה בזכויות קניין.
* *פס"ד של השופטת נאור*- בני זוג התגרשו (לאחר שהאישה בגדה בו). היא תבעה למחצית מהרכוש בביה"ד. הבעל טען שגירושין יוצרים נזק כלכלי (צריך להשכיר 2 בתים כעת). ולכן ביה"ד קבע לה פחות מכוח ס'8 (ביחסי רכוש אם זה נכרך לתביעת הגירושין הסמכות של ביה"ד, אך לפי הלכת בבלי חייב להפעיל דין אזרחי). דרך ס'8 רצו לתת לבוגד חלק קטן יותר. העליון קבע שלא, הבגידה לא יכולה להיות פרמטר.
* **ביהמ"ש פותח פתח לשימוש בס'8 בגין אשמה כלכלית** – נעשה שימוש ברכוש המשותף ע"י צד אחד, שלא בהסכמת הצד השני. ההוצאות ירדו מהמחצית שלו (ולכן יפסקו לו פחות). אך לא בגלל אשמה מינית. ליפשיץ לא אוהב את הכיוון.
* *פס"ד הרצחת וגם ירשת*- אדם מנסה לרצוח את אישתו, ע"י מכות רצח. תובע אותה לאחר הגט לקבל מחצית מהפנסיה שלה.
* ברק ארז: מתוך "הרצחת וגם ירשת" מייצרת חריג, לפיו אם הוא היה מצליח, הוא לא היה מקבל כלום (כי לא היה פנסיה), ולכן קובעת **טענת הגנה לאישה הנתבעת**: 1)רק בניסיון לרצח; 2)רק בפנסיה; 3)כשהאישה עשירה 🡨 אין שיתוף בפנסיה.
* באוביטר מעלה גישה מרחיבה: מאחר שאיזון משאבים בנוי על שיתוף, ניתן להיות שותף רק עם מי שמכירים בו כבן אדם. מכות רצח שולל את ההכרה באנושיות שלו. **טענת הגנה לאישה הנתבעת**: 1)אישה; 2)הכו אותה מכות רצח; 3)כשמדובר על דירה 🡨 אין שיתוף על הדירה. מלצר: יתחשבו באשמת הגבר רק אם האלימות שחוותה האישה פוגעת בתחושת הערך שלה וכנראה תפגע בכושר ההשתכרות שלה. מעלה טענת תביעה לאישה לביטול השיתוף.

לגבי יחסי רכוש, אשמה מינית לא תהיה פרמטר. נתחשב רק באשמה כלכלית! בערך..

*פס"ד השותפות המוחלשת*- אדם חי עם אישתו בבית, אבל היחסים כבר התקלקלו. יש לו בו זמנית מערכת יחסים חצי רישמית עם מאהבת. האישה עוצמת עיניים. כשהתגרשו טענה למחצית מהדירה. 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. עדיין יש חלוקת רכוש, אבל האישה קיבלה רק 30% מכוח ס'8.

**הלכת השיתוף הספציפי**

ביהמ"ש מפתח **הלכת שיתוף ספציפית מכוח הדין הכללי** (דיני החוזים והקניין).

* זוגות שנישאו **לאחר** 1974.
* היקף הנכסים: נכסים **שאינם ברי איזון** (מלפני הנישואין, ירושות, מתנות), חוק יחסי ממון לא חל עליהם.
* תוצאה: אם אפשר להוכיח שהכוונה המהותית של בני הזוג היא לשיתוף- יחול שיתוף על הנכסים הללו. לא נדרש רישום פורמאלי (הסכם שיעיד על שיתוף).
* *פס"ד אבורומי*: זוג מוסלמים ביחד 16 שנים, 6 ילדים בדירת קרקע שרשומה על שם הבעל. התגרשו בביה"ד השרעי. לא ניתן לדון בחלוקת רכוש בהסכמה בביה"ד, לכן האישה מגיש תביעה לביהמ"ש למחצית מהרכוש. ביהמ"ש: קובע הלכה- ניתן להחיל שיתוף מכוח דיני הקניין והחוזים על נכס מלפני הנישואין גם ללא דרישת כתב, לפי שני מסלולים:
  + - 1. **שיתוף מכוח ערבוב**- מגורים בדירה + השקעה משמעותית משותפת/ דירה ששופצה במאמץ משותף.
      2. **שיתוף מעוגן בהוכחות**- ראייה/עדות מהותית שהצדדים אכן התכוונו לשיתוף (לא חייב כתב, אפשר בע"פ).
* שלוש גישות לשאלה עד כמה ניתן להחיל את הלכת אבורומי: תמיד נטל ההוכחה הוא על הטוען שיש שיתוף.

1. **הגישה המצמצמת**- מצייתים להלכה. שיתוף ספציפי מבוסס על הסכמת הצדדים רק עם הנחה של משפחה, שלא צריך כתב. במקום, צריך אינדיקציות להוכיח אם התכוון לשתף (ערבוב או הוכחה).
2. **הגישה הקיצונית**- גישה נורמטיבית. אם מדובר בדירת מגורים, ברירת המחדל היא שהנכס משותף. עצם זה שחיית בדירה, אומר שהתכוונת לשתף. לא יכול להיות שבן זוג ירגיש אורח בדירת מגוריו. אלא אם עושים הסכם ממון שקובע אחרת (לא משנה אם אחד הצדדים הבהיר לשני כל הזמן שאין לו כוונה שהנכס יהיה משותף). \*ניואנס- אולי צריך להגדיר כמות שנים מינימאלית.
3. **הגישה של ליפשיץ**- בין גישה הסכמית לנורמטיבית. בנכס מלפני הנישואין (בעיקר דירה), אם מתקיים: 1)הסתמכות בין הצדדים; 2)תנאי סף- נישואין ראשונים, ארוכים, מאופיינים ביחסים טובים (אורח חיים תקין) 🡨 ברירת המחדל היא שהנכס משותף. **נטל ההוכחה עובר לצד שמסרב לשתף ועליו להביא הוכחות ברורות שלא הייתה כוונת שיתוף.** אם תנאים אלה לא מתקיימים: הנכס אינו בר איזון (כמו שקבוע בחוק) והנטל על מי שרוצה את השיתוף להוכיח כוונה של ממש שהצדדים רצו שיתוף.

* 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.

הגישות לעיל, יצרו הרבה בלאגן בפסיקה:

*פס"ד אלמונית*- במקרה זה היה זוג שחי ביחד 10 שנים בדירה של הבעל מלפני הנישואין, נפרדו למשך 3 שנים, וחזרו על רקע הבטחה שלאחר שימכור את הדירה, ירכוש חדשה והיא תירשם כבעלים. שנתיים לאחר מכן התגרשו (סה"כ 15 שנה), תובעת למחצית מהדירה. בשלום- הדירה משותפת. במחוזי- לא. בעליון- השופטים נחלקים ומיישמים את הגישות. הכרעה: הייתה כוונת שיתוף, אבל אין הלכה ברורה בנוגע לנימוק.

הלכת השיתוף ספציפי בחלוקת הרכוש ביחס לשיקולי אשמה

מדובר על מצב בו יש בני זוג, וחוק יחסי ממון לא חל עליהם, מאחר שמדובר בסכסוך על נכס **שאינו בר איזון**.

פסק דין שהתחשבו בשיקולי אשמה בהחלת הלכת השיתוף הספציפי: כדי להחיל את חזקת השיתוף הספציפי, לא היה אורח חיים תקין כדי להעיד על אווירת שיתוף. היו בגידות בין בני הזוג, לכן נטען שהנכס החיצוני לא משותף. ביהמ"ש: עצם זה שהיו הרבה בגידות, מעיד שבני הזוג לא עמדו בכל תנאי הסף לכן לא הייתה כוונת שיתוף.

*פרשת הבגידה*- **ניסתה לעשות סדר במצב** – לא ממש הצליח..

לאדם קרקע בבעלותו הפרטית. לאחר מכן התחתן. במהלך הנישואין עושה הסכם קומבינציה עם קבלן ונבנה בית חדש שהוא תחלוף של הקרקע הפרטית שלו (הוא ירשם כבעלים של הדירה). במשך 20 שנה חיו בדירה, נולדו ילדים, חשבונות בנק משותפים עד שהקשר התפרק לאחר 28 שנים. התגרשו לאחר 30 שנה. הבעל מגיש תביעת גירושין, וכורך את יחסי הרכוש. **מערכה ראשונה:** ביה"ד האזורי פסק לפי הלכת השיתוף הספציפי: 1)חיו ביחד שנים ארוכות, אווירה כללית של שיתוף. 2)כוונה לשיתוף- תיעוד לאמירת הבעל שמתייחס לדירה כהבטחה לעתיד הכלכלי המשותף. 3)ערבוב נכסים- הייתה השקעה מסויימת מצד האישה בדירה. **לכן השיתוף חל ולאישה מגיע חצי מהדירה.** **מערכה שנייה:** הבעל מערער בביה"ד הרבני הגדול. וביה"ד שוכנע ע"י הבעל שהאישה בגדה בו בשנתיים האחרונות לנישואין. קובע: 1)צריך לפרש את הלכת השיתוף הספציפי בצמצום לאור הבגידה (נטייה לא להחיל אותה). 2)השיתוף בנוי על אומד דעת הצדדים. ביה"ד קבע שהיה הסכם כממצא עובדתי שהוא התכוון לתת לה, אך אם היה יודע שהיא תבגוד בו, הוא לא היה נותן לה (לפי אומדנה). **לכן השיתוף מבוטל.** **מערכה שלישית:** עותרת לבג"ץ, טוענת שעפ"י המשפט האזרחי מגיע לה שיתוף ספציפי: 1)כבר קיבלה את הנכס, יש פגיעה בקניינה. 2)לפי הלכת בבלי, אסור לביה"ד להתחשב בשיקולי אשמה מינית כי זה לא חלק מהדין האזרחי. עליו לפסוק רק לפי כללים אזרחיים. *השופטים נחלקים*: עמית- פסה"ד התבסס על בגידה וזה אסור**. צריך להחיל את השיתוף**. מינץ- לא התבסס על בגידה, אלא ביטל את השיתוף הספציפי כי לא התקיימו הנסיבות להחלת החזקה. שטיין- מודה שפסה"ד מבוסס על בגידה ושאי אפשר להתחשב בשיקולי אשמה. אבל אומר שהשיתוף הספציפי **לא חל** מאחר שנוצר ביניהם **חוזה הענקה עם תנאי מפסיק**- הוא התכוון לתת לה את הדירה, אלא אם היא תבגוד בו. מאחר שבגדה- החוזה בטל והשיתוף לא יחול על הדירה. **נקבע שהשיתוף לא חל.**

ביקורות- ביהמ"ש מתחשב בשיקולי אשמה מינית! מוסר כפול: עלה חשש שכל אישה שתבגוד תצא בלי כלום כי הקביעה חלה רק על נשים. לדעת ליפשיץ-

* מדובר בפס"ד של **כסות לחשיבה דתית אידיאולוגית**, ביה"ד הרבני מצא שיטה להכניס את שיקולי האשמה ומיניות ליחסי רכוש לפי קביעה של ממצא עובדתי ע"ב אומדן! היה עוד מקרה האישה בגדה לאורך כל שנות הנישואין ולכן לא החילו את השיתוף על האישה. נאמר באותו פס"ד שהחיים לא הפקר- מי שמתנהג בצורה בלתי נסבלת יהיו לזה תוצאות. אולם כאן, הבגידה הייתה אחרי שהקשר התמוטט.
* שטיין לא אמר שאשמה לעולם לא תהיה פרמטר, אלא חילק לסוגים 🡨 **הפך לשק"ד אם להתחשב באשמה או לא**. שטיין עשה 3 טעיות חמורות:

1. **שגיאה בפרשנות שיתוף ספציפי**- יישם באופן שגוי את הגישה המצמצמת כפי שנקבעה באבורומי. אומר שצריך להיכנס לפסיכולוגיה של נותן המתנה- גישה הסכמית מצומצמת אולטרה (לא רק לפי כוונת הצדדים, אלא לפי כוונת הבעלים הרשום).
2. **שגיאה בהצגת הממצא העובדתי-** ההסכם לא היה ממצא עובדתי. ביה"ד הגדול לא ראה את הצדדים, ולא את הראיות ולכן קבע את זה על סמך אומדן של מה היה עושה אדם סביר. אולם זה לא לפי הדין האזרחי. בדין האזרחי ישנה "סופיות המתנה"- נגעת נסעת. לכן בג"ץ יכל להתערב כי זה לא טעות עובדתית, אלא משפטית (לא הסתמכו על הדין המהותי האזרחי).
3. **שגיאה בהבנת שיטת המשפט**- שטיין מציין שהפסיקה שלו שוויונית וליבראלית 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, אפשר שהבוגד יתפס כ"בסדר" במקרים מסויימים. בבג"ץ הבוגדת הם כבר חיו בחדרים נפרדים באותו הזמן. 3)מבחינה מגדרית- בגידה של אישה מביאה לתוצאות קשות יותר מאשר לגבר.

**מערכה רביעית**: בד"נ פסה"ד מתהפך שוב, **האישה מנצחת ברוב של 6 נגד 3.**

פסה"ד עוסק ב3 נושאים:

1. **מהו הרציונאל להחלת הלכת השיתוף הספציפי?** הגישה של ליפשיץ לא התקבלה במכניזם, אלא בעיקרון- אמת מידה ראשונית להחלת השיתוף תהיה מכוח ההסכמה/הכוונה של הצדדים שיהיה שיתוף. כל השופטים הסכימו שלא יכול להיות שיתוף אם הצדדים לא רצו בו. אם הצדדים יביאו הוכחות ברורות שלא רצו, לא יחול שיתוף.

**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.

1. **מהם מקומם של שיקולי האשמה?** קונצנזוס: כל 9 השופטים אומרים במפורש **שאשמה לא יכולה להיות שיקול** כדי לקחת לאדם מה ששייך לו.

חיות טוענת שרק בבגידה ממושכת ומוקדמת (לפני שהתגבש השיתוף) ניתן להתחשב בשיקולי אשמה, מבססת על עילת הטעות וההטעיה (בן הזוג טעה והוטעה; אם היה יודע, לא היה נכנס לקשר).

1. **מהן אמות המידה לפיקוח על ביה"ד?** האם ביה"ד יחוייב לפעול לפי קביעות אלו או שתישאר לו אוטונומיה מסויימת?

* 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 לא נכון את הדין האזרחי לפי הפרשנות האזרחית או שיתערב אם ביה"ד לא השתמש בדין האזרחי.

פוטנציאל השתכרות כנכס

*פס"ד אובריין*- זוג נשוי בנישואין אזרחיים. הבעל רוצה להתקבל לרפואה. אישתו היא אחות. 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. עילת גירושין- ללא אשמה (היה בארה"ב), מזונות- יש לה יכולת לפרנס את עצמה (אין לה הסתמכות כלכלית), יחסי רכוש- האם אפשר להתייחס למשכורת שיקבל בעתיד כנכס?

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

* הרציונאלים של חלוקת רכוש רלוונטיים גם לכושר השתכרות: 1)**מאמץ משותף**- היא ויתרה על קידום בעבודה; 2)**שוויון מהותי**- לא יתקיים אם לא יחלקו את כושר ההשתכרות העתידי. 3)הסתמכות ועידוד **חשיבה משפחתית**.
* אולם יש התנגדויות לקבלת נכסי העתיד כנכס בר איזון:

1. **ספקולטיבי וקשה להערכה**- לא ניתן לדעת כמה ישתכר בעתיד.
2. **הבחנה בין כישרון אישי לבין ההשבחה**- הקושי הוא שצריך לעשות פילוח בין כישרונו האישי שקדם ליום הנישואין, לבין התוספת שנוצרה מהחתונה עד הגירושין.
3. **מימוש ההשבחה-** אם נניח שנמצא דרך לעשות פילוח ולגלות כמה החלק **מהמשכורת השנתית** של רופא היא כישרונו האישי, וכמה ההשבחה מהנישואין- ומזה מגיע לה חצי. **אבל איך?** לשים לב- צריך להוריד את מקם ההיוון ומקדם הסיכון.
   * + - 1. מודל קנייני- כמות השנים שנשאר עד הפנסיה כפול משכורת ממוצעת שנתית, והוא פורס לתשלומים. בעיה- הגבר משועבד כל החיים.
         2. לפי נתוני אמת- מסתכלים על השיעור באחוזים שמגיע לה, למשל 30% מהמשכורת השנתית. בעיה- תלות בלתי נסבלת, כל שנה הם צריכים לחשב את ההכנסות כדי להתחלק.

*פס"ד פלוני*- רו"ח סיים לימודים. אשתו בהיריון לקראת הגירושין היא תובעת למשכורת שלו שעומדת על 600 אלף ₪ בשנה. במחוזי קיבלו את העיקרון לפי טכניקה של **סכום חד פעמי.** הוא ערער, הגיע לעליון. הוא מנתח את הסוגייה וקובע הלכה: **כושר ההשתכרות הוא נכס** 🡨 מאחר שהתחתנו לפני 74, חלה עליהם חזקת השיתוף. אבל נותנים לה פחות מחצי. ליפשיץ: רוצים להגיע לפיצוי כלשהו לבת הזוג, על המאמצים שלה. לא ממש חלוקה. החשש: הגבר לא ירצה להתפתח כדי שלא ישלם עוד על רווחיו.

פיתרון בחוק יחסי ממון – **הקניית שק"ד לביהמ"ש** מכוח ס'8. ניתן לחלק מכוח ס'8את ההון האנושי (להקנות לביהמ"ש שק"ד) רק במידה והרכוש הממשי עולה על ההון האנושי. **לבדוק אם לפי ס'5 ניתן לחלק הון אנושי.** לדון בשיקולים לטובת הפעלת שק"ד.

הטענה תמיד הייתה שלתת לאישה יותר ממחצית, יפגע בקניין של הגבר. אולם כאן זה לא יקרה! כי נותנים לה מחצית ממה שמגיע לה רק שתקבל זאת ברכוש חומרי ממשי על חשבון הון אנושי שאותו לא ניתן לחלק.

מס' דרכים למימוש הפתרון בחוק יחסי ממון

1. **חלוקה קניינית**-

* עשירים: יותר הון ממשי מאשר הון אנושי. דרך ס'8 אפשר להגיע לתוצאה הקניינית שבס'5 (חלוקה של 50-50). יש לכמת את שווי התוספת של ההון האנושי ואת שווי ההון הממשי ולחלק את הסכום לחצי-חצי.
* עניים:יותר הון אנושי מאשר הון ממשי. ליפשיץ הציע פתרון שהתקבל בפסיקה: ניתן להכניס לגדר ס'5 גם "פוטנציאל השתכרות" כנס, בגלל שרשום "לרבות" ואז מפרט עוד סוגי נכסים. יש לציין שביהמ"ש יצטרך לחשב את התוספת אבל לא ידוע איך, וגם אם מצליח והולכים על סכום חד פעמי צריך לעשות היוון (לא חצי חצי אבל תהיה התחשבות בגבר).

1. **פיצויי קריירה**- החלטות משותפות במהלך הנישואין שגרמו להפסדים במשכורת של צד אחד. הדגש הוא לא על הפוטנציאל של אחד מהם אלא כמה השני הפסיד. קובעים שאחוז מסויים **מההפרש בהכנסות** של מה שיכל להרוויח לעומת מה שמרוויח בפועל, יינתן לו כפיצוי. החישוב נקבע לפי אורך שנות הנישואין (כמה שנים הפסיד), גודל ההכנסות (ההפרש במשכורת שהפסיד) יתרון- וודאות, חיסרון- לא מדויק. ליפשיץ- לא מגשים את הרעיון של שיתוף.
2. **אומדנה**- פיצוי חד פעמי, חלק גדול משופטי המשפחה מעריכים מבלי להסביר איך, כאשר ישנם פערים משמעותיים בין הצדדים לאור החלטות משותפות שהתקבלו בנישואין. נותנים סכום אבל יש תקרה- עד 200 אלף (אובריין).
3. **הזכות שלא לחלק את כושר ההשתכרות**- אם אין פערים משמעותיים בין בני הזוג, כי יש עוד פרמטרים של קביעות, פרסים וכו'. "עזוב אותי באמא שלך".
4. **מזונות משקמים**- ידועים בציבור. אם אדם היה תלוי באחר תקופה מסויימת, לא ניתן להיפטר מאחריות. מחד, לא לזרוק אותו לרחוב, מאידך לקבוע סכום מזונות פרופורציונאלי, שיהיה לפרק זמן מוגבל (לא לנצח).
5. **צדק חלוקתי**-יציאה שווה מהנישואין, שימוש בס' 8 באופן רחב כך שהצדדים יצאו עם יכולת דומה- בשקלול באיזון המשאבים נכניס הכל גם את הנכסים מלפני הנישואין, ירושות עתידיות ומתנות. הביקורת של ליפשיץ: לכל אחד יש תנאי פתיחה שונים אי אפשר לקבוע שמה שיש לאחד יהיה לשני, כאשר אין מאמץ משותף. צריך הצדקות.

**במבחן**- ליישם את השיטות לפי המקרים הקונקרטיים: (בגדול- במקרים של חוסר צדק ניישם גישות 1-3 שנותנות סעד יושר).

* + - * 1. במקרה שמישהו צמח בזכות השני - נחיל את 1.
        2. במקרה שאחד הפסיד בגלל החלטה שקיבלו השני ונוצר פער בהכנסות- נחיל את 2.
        3. במקרה שמישהו ממשפחה עשירה ואחד עניה- נחיל את 5.
        4. במקרה שמישהי הסתמכה- נחיל את 6.

בנייה על קרקע על שם ההורים – אוכלוסייה ערבית

יש מקרים בהם בני הזוג בונים בית על קרקע שרושמה על שם ההורים של אחד מבני הזוג (בעיקר אצל ערבים), במצבים אלה, אם הם מתגרשים, לא ניתן להחיל את חוק יחסי ממון כי לבן הזוג אין זכות לאיזון משאבים, זה על שם ההורים שלו. אולם, זה לא הוגן כי היה ברור שזה הבית שלהם, האישה הסתמכה על כך. כך גם לא ניתן להחיל שיתוף ספציפי (הקרקע לא רשומה על שמו).

**הפתרון- דיני הרישיון**:

אם אדם גר בקרקע של מישהו אחר (ברשות) ואותו אדם צריך לעזוב את הקרקע, אזי בעל הקרקע צריך לפצות.

* **בעבר:** הפסיקה ניסתה לפתור זאת באמצעות **דיני הרישיון**. השופטים היו קובעים פיצוי משמעותי שמביא אותם לתוצאה דומה של איזון משאבים או שיתוף ספציפי.
* **כיום:** גם דרך דיני הרישיון- אך **השופט סולברג** מגביל את הפיצוי ואומר שהוא יהיה רק על מה שהשקעתם בפועל בדירה (צריך להביא קבלות). יוצא סכומים מצחיקים לנשים הערביות, כי גם מפסידים את עליית הקרקע; **השופט סילמן-** היה יצירתי. לגבי ערבים צריך להמשיך את כלל הפיצוי הקודם (מאחר שיש להם המון קרקעות לא מוסדרות)- פיצוי משמעותי. מסביר: לא הגיוני שאישה אחרי 20 שנות נישואין תצא עם 7 אלף.
* פיתרון אחר- ס'8, נותנים לה **חצי יותר גדול**. אבל גם כאן בעייתי- אין הון ממשי נוסף, יש לו רק את הדירה, וגם זה לא שלו.

**מזונות ילדים**

הסמכות היא של בית המשפט כפי שנקבע *בפס"ד שרגאי* והדין הוא דתי.

דרך החלוקה: **הלכת 919** וכפי שמתפרש ע"י ליפשיץ קובע כי חלוקת נטל המזונות **בגילאי 6-15** הוא בהתאם ליכולת הכלכלית. חלוקה זו נכונה גם כאשר מדובר במשמורת בלעדית. עם זאת יש המפרשים זאת רק למשמורת משותפת.

1. **נבחן את ההכנסה הפנויה של** **בני הזוג** (במידה ונתון בקייס אין צורך לעשות את החישוב). ההכנסה+ פוטנציאל ההשתכרות הלא ממומש- הצרכים המינימליים של ההורים.
2. נחשב את יחס ההשתכרות לדוג': 25,000:75,000= (1:3)
3. כאן נכנס **מימוש הנטל**. נבחן **איך** **מחולקת המשמורת בין בני הזוג** (אמור להיות מצוין בקייס)
4. הוצאות תלויות שהות (אוכל)- לחלק את הסכום לפי יחס ההשתכרות. לאחר מכן לחלק את הסכום לפי יחס השהות. להפחית בניהם ואת היתרה להעביר לצד השני:

* סך ההוצאה: 3600.
* חלוקת המשמורת בין בני הזוג היא 3/4 אצל האם ו1/4 אצל האב. 3600:4=900 לאב.
* יחס ההשתכרות: הוא 1:3 האב צריך לשאת ב2700 והאם ב900 מתוך סך ההוצאה.
* מכיוון שהאב כבר שילם 900 כאשר לפי חלוקת המשמורת, הילדים שהו אצלו רבע מהזמן נפחית("נקזז") אותם מיחס ההשתכרות אותם הוא יעביר לאם:
* 2700-900=1800

1. הוצאות שאינן תלויות שהות (חוגים, בגדים): ההורה המרכז, לרוב זאת תהיה האם, תרכוש והאב ישיב לה את לפי יחס ההשתכרות. לדוג' הסכום הוא 4800. ביחס ליכולת השתכרות 1:3 האם תשלם 1200 והאב יחזיר לה 3,600.
2. מדור: מדור כפול, מחלקים אותו לפי חלק יחסי של ההשתכרות ומקזזים לאב את מה שכבר שילם על עצמו ואת היתרה יעביר לאם. יש לציין שלפי ברק ארז שאם אין מספיק כסף לא תהיה משמורת משותפת. לדוג': סכום הדירות יחד הוא 4000. לפי היחס של 1:3 האב צריך לשלם 3000 והאם צריכה לשלם 1000. האב משלם על המדור שלו 2500 ולכן יעביר לאם רק את היתרה של 500.

**עד גיל 6-** את ההוצאות ההכרחיות הגבר משלם. את היתרה ניתן לחלק בין ההורים לפי מדין צדקה לפי יכולת כלכלית.

**הורים וילדים**

מתעורר במקרים: 1)הילד רוצה לתבוע מזונות מהאבא באמצעות האמא; 2)האמא רוצה לסלק את האבא והוא מתנגד; 3)אבות מתנכרים- האבא מתכחש להיותו האבא. 4)הדין המוסלמי.

העמדה הרשמית של המשפט לקביעת השאלה מיהו הורה היא שאלה ביולוגית עובדתית. אך גם שאלה זו שהיא לכאורה פשוטה, נהיית מורכבת ויתר אצל נשים במקרים של תרומת ביצית או פונדקאות. כאן יש שתי תשובות ביולוגיות (האם האמא היא היולדת או מי שנתנה את הביצית). המשפט קובע חריג אחד מוגדר והוא האימוץ.

ישנם מבחנים שמתחרים עם המבחן הביולוגי:

* המבחן המשפחתי / הזוגי: האבא הוא בן הזוג של האמא.
* מבחן ההסכמי: הורה הוא מי שלקח על עצמו את המחויבות ההורית.
* המבחן הפונקציונאלי: הורה הוא מי שמתפקד כהורה.
* טובת הילד.

**1.ילד שנולד לאישה לא נשואה (רווקה) מחוץ לנישואין:**

ביהמ"ש מעדיף את המבחן הביולוגי (מי שקיים עם האמא יחסי מין) על פני המבחן המשפחתי:

* **בדין המוסלמי:** המבחן הוא המשפחתי- אבא = הבעל של האמא. לכן, במקרה כזה לילד אין אבא. "המלחמה" הוכרעה *בפס"ד פלונית* וקובע שהאב המוסלמי חייב להכיר בילדו. חשין טען שמכוח משפט טבע וחו"י כבהו"ח הגדרה של אבהות היא עניין ביולוגי.
* **אבות מתנכרים**: בני זוג קיימו יחסים לפני הנישואין והיא נכנסת להריון והוא מתכחש להיותו האבא. ביהמ"ש יגיד שההחלטה להיות אבא לא תלויה בגבר לכן הוא צריך לקחת אחריות. הימנעות מהבדיקה תפעל כנגדו, כדי לחייב את האדם להיבדק נוצרה חזקה ראייתית- אם לא מבצע את הבדיקה, חזקה שהוא האבא. אין לאבא דרך להתחמק.

המבחן הביולוגי על פני המבחן ההסכמי: ההורה בעל כורחו- גניבת זרע. בני זוג קיימו יחסים לפני הנישואין והיא נכנסת להריון, **הגבר מבקש הפלה** והאישה מסרבת. נקבע הסכם ביניהם: הוא לא האבא של הילד, יש לה 100% אוטונומיה בהורות והיא מוותרת בשם הילד על האפשרות לתבוע מזונות. **אף שיטת משפט לא תכיר בהסכם זה** חוץ מקוויבק,כי **הוא סותר את תקנת הציבור** והמבחן הביולוגי מנצח אותו.

**2.ילד שנולד מחוץ לנישואין לאשה נשואה:**

שלושה מצבים: (1)הבעל מבין שאינו האב ולא רוצה לשלם מזונות; (2)האם תובעת את האב שרוצה ממנו מזונות, במיוחד אם הוא עשיר יותר מבעלה; (3)הבעל והאישה משלימים ורוצים לתבוע את האב למזונות, והאב תובע להסדרי ראייה של הילד.

כאן יש התנגשות בין המבחן הביולוגי לבין המבחן הזוגי-משפחתי:

חוק מידע גנטי מחריג את האפשרות לבדיקת רקמות, גם אם זה בהסכמה, אם יש חשש ממזרות [ילד מאישה שנכנסה להיריון בעודה נשואה]. החוק יאפשר את הבדיקה, כשאין בעיית ממזרות: 1) כשהאבא לא יהודי; 2)האישה נכנסה להיריון לפני שהתחתנה.

למה? כי כדי לעשות בדיקה הילד עובר בדיקה חודרנית, וזה נעשה רק אם זה לטובת הילד. **טובת הילד מושתתת על חשש ממזרות:** אם יש חשש שתהיה ממזר (זה לא יהיה לטובתו לגלות שהוא לא אביו) לא ניתן לבדוק, אם אין חשש- יאפשרו לבדוק.

לכן כדי לעשות את הבדיקה, החוק דורש חוו"ד מביה"ד (לבדוק אם יש חשש ממזרות לפי ההלכה). אך ישנה חזקה הלכתית 'רוב בעילות אחר הבעל', לפיה אם אישה נשואה ובהיריון, חזקה שזה תוצאה של יחסי אישות עם בעלה.

השילוב בין כלל הלכתי זה לבין הכלל הפסיקתי שאינו מתיר לערוך בדיקה, הופך את הבעל לאב 🡨 שינוי ההגדרה לפי המבחן המשפחתי 🡨 הילד מקבל גם אבא וגם מזונות.

ביקורת נגד הצבת הממזרות במוקד: ביקורת זו מגיעה מכמה כיוונים;

* + - * 1. **טובת הילד**: 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 אולי יגרום לו לא לרצות להמשיך איתו את הקשר.
        2. **חוסמים כל דרך להכרה בממזרות**: העליון לא מאפשר לעשות את הבדיקה, גם אם מביאים הוכחות ברורות וחד משמעיות שהבעל של האמא הוא לא האבא.

*פס"ד אמריקאי- מיכאל H*: האשה בגדה והבעל עזב, השכן בא לנחם אותה, גרו יחד ונולד להם ילד והשכן גידל אותו. לאחר זמן הבעל חזר לאשה. הם לא הסכימו לשכן לראות את ילדו. האב רוצה להביא ראיה לכך שהבעל אינו האב- הבעל לא נכח באותה תקופה! ביהמ"ש לא נתנו לו להוכיח שאינו האב, ומפעיל חזקה מוחלטת, האבא הוא הבעל של האמא. לא התקבלה הטענה לפגיעה בזכויותיו החוקתיות. ליפשיץ: לא מוכנים להודות שמשתמשים במבחן המשפחתי, אלא מצהירים מבחן ביולוגי (בגלל החזקה ההלכתית). אולם כשמביאים לה ראיות כנגד החזקה, היא מתפתלת.

**במבחן,** כאשר הבעל רוצה להביא בדיקה גנטית שנערכה בחו"ל לביהמ"ש ע"מ להוכיח שאינו האב ולכן אינו חייב במזונות – נכון שיש לו הוכחה אחרת אשר אמורה להוכיח שאינו הביולוגי ולכן לכאורה יקבלו את הראיה, אולם ישנו קו בפסיקה הדיונית לפיו גם במקרה זה לא יאפשרו את הראיה, באנלוגיה לחוק המידע הגנטי, שכן לא רוצים שום ראיה לפיה הילד אינו ממזר [אם הפסיקה הדיונית תהפוך לגישת העליון – בפועל ההגדרה המהותית הינה כי הבעל הוא האב 🡨 אימוץ הגישה המשפחתית-זוגית]. אולם יש להזכיר כי ייתכן שטובת הילד הינה לדעת מי אביו; לבדוק מה טובת הילד ע"י האם יש אב חליפי או לא וכד' + האם בכלל הילד יהיה ממזר מבחינה דתית או רק מבחינה אזרחית [לעיל].

## 3. ילד שנולד מתרומת זרע אנונימית לאישה נשואה

הורות פונקציונאלית מתוך הסכמה

*פס"ד סלמה*- זוג נשוי מביאים ילד בהפריה מלאכותית, כך שההפריה הייתה בהסכמתו, והוא במשך שנים שילם על הילד. אבל כשהילד תבע למזונות, הבעל נזכר להגיד שזה לא הילד שלו כי הוא לא האבא הביולוגי. האמא מנסה לטעון שהבעל הוא כן האבא, על בסיס: 1)**הסכמה** להפריה הוא הסכים להיות הורה. 2)**גישה פונקציונאלית**- נוצר סטטוס של הורות כי מי שתפקד כאבא הוא האבא. ביהמ"ש עושה מהלך חצי קלאץ'; לא מקבל את הטענות, כי זה עניין ביולוגי. אבל רוצה לתת מזונות לילד, לכן מקבל את הגישה ההסכמית רק לצורך דיני המזונות: הסכמה מכללא- הוא התחייב חוזית לשלם לבן שלו מזונות [הסכים להפריה מלכתחילה]. *הלכה:* **יכירו בגישה ההסכמית רק לגבי התחייבויות חוזיות (בין הצדדים עצמם).**

ליפשיץ: זה טוב רק אם מדובר על נושאים שאפשר לעשות חוזים לגביהם, אבל לא על נושאים שחייב הורות ביולוגית, למשל בפנסיה, ביטוח לאומי או ירושה (זכויות כלפי צד ג').

הורות פונקציונאלית במצבים ללא הסכמה

*פס"ד יהוד*: לאדם יש 6 ילדים, הבכור שלו אבא בעצמו [4 ילדיו] והוא גוסס וחושש מי ידאג לילדיו. האדם (אבא של הבכור) אומר שייקח אותם אליו כילדים (הנכדים של הסבא עוברים לגור איתו והוא יתפקד כאבא שלהם). הסבא נפטר וצריך לחלק את הירושה. אם הם יורשים אותו כ-נכדיו [לפי ההגדרה הביולוגית] – מקבלים מתוך חלקו של האבא 🡨 חצי מתוך שישית [=1/12], אך אם הם יורשים מכוח מעמדם כ-ילדיו [לפי ההגדרה הפונקציונאלית] – כל אחד מהם יירש שביעית. ביהמ"ש לא מוכן לקבל את הגישה בפונקציונאלית, **בטח לא בירושה- עניין כספי כמותי**, פוסק 1/12 לפי ההגדרה הביולוגית. השאיר פתח שאולי בנושאים סוציאליים כן יכירו בגישה הפונקציונאלית (מייצרים סטטוס של הורות).

## 4. ילד שנולד מתרומת זרע לאישה יחידה (רווקה, חד הורית)

אישה יחידה כעניין פרקטי, זכאית לשירותי בנק זרע והוא ממן לה זאת. בישראל אין הוראת חוק הקובעת שהתורם אינו האב. אולם המחוקק כן יצר פרוצדורה- אין זכות התחקות! התורם חייב להיות אנונימי.

**הסכמה:** רווקה, רוצה לעשות ילד עם אדם שאינו בן זוגה, והם מסכימים שהגבר הוא לא יהיה האב (בלי חובות וזכויות)- פסול לאור כך שנוגד את תקנת הציבור.

**התורם האנונימי:** גבר תורם את הזרע שלו ויוצא מהתמונה. כל עוד הילד קטין, לא ניתן למצוא את התורם. לפי המבחן הביולוגי- האבא הוא התורם. אולם בגלל הפרוצדורה, לילד אין אבא.

* שיקולי טובת הילד נעלמו מהתמונה כדי לעודד תרומות זרע- למען שמירה על זכותו של אדם להיות הורה. תרומה אנונימית אמנם נוגדת פוגעת בטובת הילד (שוללים ממנו את ההכרה באביו ובזכותו למזונות), אך הפסיקה הביעה עמדתה שהזכות להורות גוברת.
* מה קורה במצב שהילד פרץ למאגרים הסודיים וגילה מיהו התורם? האם הוא יכול לתבוע אותו שיכיר בו כאבא? מאחר שהמחוקק לא קבע דין מהותי, לא ידוע מה תהיה התשובה.

**התורם הידוע**: האישה בחרה בגבר ספציפי שיהיה התורם שלה. *מקרה נייג'ל*- אישה ישראלית פנתה לנייג'ל ורצתה את הזרע שלו. הסכימו שהוא לא יהיה האבא ולא חייב במזונות אלא רק זרע. בנק הזרע לא הסכים להשתמש בזרע שלו כי התורם צריך להיות אנונימי. טענה בביהמ"ש שזה תקנות לא חוקתיות. ביהמ"ש קבע שהתקנות תקפות.

* אם אוסרים את זה משיקולי טובת הילד, התוצאה הייתה שהילד לא היה נולד. ואם טוענים שרוצים להעדיף את הזכות להורות, אז צריך להכיר בכך שלבחור מי יהיה האבא של הילד שלי, זה חלק משמעותי בזכות להורות.
* **למבחן**: אם הייתה מצפצפת עליו והולכת למרפאה פרטית, והילד היה נולד מהזרע של נייג'ל, הוא היה חשוף לתביעה מצד הילד שיכיר בו כאבא ולמזונות (לפי המבחן הביולוגי) מאחר שלא יתייחסו להסכם ביניהם שהוא לא יהיה האבא כתקף (סותר את תקנת הציבור).
* ליפשיץ: הורות היא לא הסכם ולא ביולוגיה, אלא מוסד חברתי. הקושי בתרומה ידועה- מייצר אתוס חברתי שהורות היא דבר שאתה יכול לבחור בו. אולם כדי לעודד הורות, צריך לאפשר תרומות זרע. לכן, לדעת ליפשיץ, קביעת התרומה כ"אנונימית", היא פתרון אמצע.

## 5. ילד שנולד מתרומת ביצית

יתעורר במצבים: אישה שרוצה להיות האמא, יכולה ללדת (אין לה בעיה בשחלות) אך הביציות שלה לא יכולות להיות מוּפרוֹת ולכן משתמשים בביצית של אישה אחרת.

מיהי האמא? **חוק תרומת ביצית קובע שהיולדת היא האמא**. התורמת יוצאת מהתמונה ואינה נחשבת אם.

מבחינת רגולציה- *פס"ד משה*- זוג לסביות רצו להיות אימהות. **אחת תרמה ביצית ואחת ילדה** ולקחו תרומת זרע אנונימית. מי האמא? החוק לא מאפשר זאת! 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 והתרומה אנונימית, זה אפשרי ויכירו בשתיהן כאימהות.

## 6. ילד שנולד מפונדקאות

3 סוגי מקרים: רק לבני זוג נשואים.

1. **הפונדקאות הפשוטה**- האמא המיועדת היא בעלת הביצית. אך יש לה בעיה ברחם לכן פונה לאישה שתלד עבורה. החוק מאפשר זאת רק לבני זוג נשואים. אחרי שהפונדקאית ילדה, יש 7 ימים בהם היא יכולה להתחרט. אם לא, ביהמ"ש יוציא צו הורות לאמא המיועדת. אם מתחרטת- ביהמ"ש יכריע בעניין.
2. **3 נשים לילד אחד (הורות משפחתית)**- אישה שלא יכולה להוליד ויש לה בעיה בביציות. תהיה תורמת + פונדקאית. יש זיקה לזיקה, כי הזרע הוא של בעלה. לפי החוק, התורמת מסתלקת מהתמונה, ובין ה2 האחרות- כמו פונדקאות פשוטה, צו הורות לאחר 7 ימים לאמא המיועדת.
3. **התורמת היא הפונדקאית**- **לא חוקי**.אישה שלא יכולה להוליד ויש לה בעיה בביציות ורוצה להיות אמא. דומה מדי למכירת ילד. לכן האמא הביולוגית שילדה, תהיה האמא, גם אם זו לא הייתה כוונת הצדדים המקורית.

חוק הפונדקאות תוקן כך **שגם אישה יחידנית תוכל להנות משירותי הפונדקאית**, אך צריך זיקה ביולוגית, **רק אם יש לה ביצית**.

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*- בחו"ל קיבלה תרומת זרע + ביצית, בארץ- האחיינית שלה הייתה פונדקאית. כשהילד נולד, **לקחו אותו ממנה לאימוץ.** היא הפסידה את הילד, בטענה שמדובר בהורות הסכמית וביהמ"ש לא מוכן לקבל זאת.
* *מקרה 3-* אישה טסה לארה"ב מצאה תורם זרע + תורמת ביצית + פונדקאית, חזרה לישראל עם הילד ביקשה צו אימוץ. וקיבלה במסלול המהיר (=צו הורות במילים אחרות).

**זוג לסביות**

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

1. מסלול האימוץ: אבא אנונימי אין תהליך של הפקעת הורות של האבא, האם הלא-ביולוגית מאמצת את הילד. ביהמ"ש בפס"ד *טל ירוס חקק* מכיר בהורות חד מינית באמצעות אימוץ לראשונה. אין זכויות מהותיות.
2. מסלול הרישום: עליהן למצוא מדינה שתכיר בהורות המשותפת הזו גם לגבי בת הזוג הלא-ביולוגית, ואז עושות את מהלך *פונק-שלזינגר*- הבחנה בין רישום לבין תוכן מהותי. ברגע שמצאת מדינה שתרשום אותך, ירשמו אותן גם בארץ כנשואות 🡨 אם מצאת מדינה שתכיר בהורות – ירשמו אותן בארץ כהורות. **הבעיה**: הרישום לא מקנה זכויות מהותיות, אלא רק רושם אותה כאם כעניין טכני ופורמלי.
3. מסלול צו ההורות: נולד ילד **מפונדקאות** בחו"ל, ביקשו לתת צו הורות כאילו מדובר בפונדקאות בישראל. בפועל אושר. כמו שבחוק הפונדקאות יש אופציה אחרי הלידה לרשום מהותית את האם כאם, כך הפסיקה מאפשרת בתנאים מסוימים [אם פונות בתוך זמן מסוים מהלידה לביהמ"ש ומסכימות שהן האימהות], יוכלו לתת צו הורות בדומה לפונדקאות [ממט]. זה הפתרון הטוב ביותר. דומה להליך הרישום כי לא משפיל כמו פולשנות של אימוץ, וגם יוצר תוצאה מהותית.

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 ההכרה בהורות של האחת על הילדים של השנייה**. אושר.

ליפשיץ: עשה נזק לבני זוג מאותו מין, כי בכך הראו שמוסד ההורות יכול להיפסק ברגע שנפרדים. הזוגות צריכים להבין שהם הורים גם בנישואין וגם בפרידה. זה פוגע במאמץ הלהט"בי של להראות שההורות שלהם זהה להורות של סטרייטים, שכן כאן נאמר שזו לא הייתה הורות אמיתית.

## זוג הומואים

הבעיה חמורה יותר שכן אין להם את שלב 1 – הלסביות השיגו את הילד דרך תרומת זרע אנונימית וכל המאבק היה לגבי הכרה בבת הזוג השנייה, אולם להומואים יש בעיה ליצור את הילד. 3 פתרונות:

1. אימוץ: בעבר החוק לא התיר אימוץ להומואים שכן הותר בו רק לאיש ואשתו, אולם היועמ"ש הורה לפרש זאת כמתיר גם אימוץ להומואים [אך בפועל דוחקים אותם לסוף התור].
2. הסכם הורות משותפת בין אם יחידנית לבין גבר: זה ייתכן, אך מה לגבי הגבר השני? תהיה אם ביולוגית שאינה יכולה להיות אנונימית; האם נאפשר 3 הורים? קליפורניה וטורונטו – כן. בארץ – העליון ב-2 פס"ד לא התיר [אחד לא נתן שום מעמד אך השני הכיר במעין אפוטרופסות הסכמית].
3. פונדקאות בארץ: הפופולרי ביותר. החוק הקיים לא מאפשר להם להיות פונדקאים [מתיר לגבר ואשה, ליחידנית ואף ללסביות (אחת תהיה הורה והשנייה תבקש צו הורות)]. *איתי פנקס*- טענו שאם הכירו באם חד הורית ובלסביות, אין תכלית לא לאשר גם להומואים. ביהמ"ש קיבל זאת וקבע שזה לא חוקתי. ביקש מהמחוקק להסדיר גם פונדקאות להומואים ולא תיקן [נכון להיום – לא יכולים להיות פונדקאים בארץ] 🡨 עושים פונדקאות חוץ; מתקשרים בחו"ל בהסכם פונדקאות, חוזרים לארץ, ואז לפי *ממט* אחד הוא הביולוגי והשני נרשם כהורה מכח צו ההורות הפסיקתי. דומה להליך הרישום כי לא משפיל כמו פולשנות של אימוץ, וגם יוצר תוצאה מהותית.

ליפשיץ: צריך לעשות פרוצדורה לעשות הסכם מפוקח שיסבירו לשניהם שזה לא הפיך ומהרגע שהצו ינתן, הם הורים לנצח.

הכללים להכרה בהורות – אמא:

1. **ככלל, המבחן לקביעת מיהו ההורה הוא ביולוגי**. ביהמ"ש יכריח לעשות בדיקת הורות ואם לא עושה- חזקה שהוא האבא.

אולם יש חריגים:

* אם הילד נולד מחוץ לנישואין בדיוק הפוך. ביהמ"ש לא יקבל את ההוכחות והראיות שהבעל לא האבא בגלל עקרון טובת הילד. לא רוצים להודות בזה שהילד הוא ממזר. עיקרון טובת הילד = חשש ממזרות. [מיכאל H].
* ההורים מסכימים לקחת תרומת זרע (הפריה מלאכותית מתרומת זרע כי לאבא יש בעיה להביא ילדים)- רק לצורך מזונות ילדים, המבחן ההסכמי- נוצר חוזה מכללא- התחייב לזון אותו. זה טוב רק לגבי נושאים שאפשר לעשות חוזים לגביהם. לא לגבי נושאים שחייב מבחן ביולוגי.

1. ילד מתרומת זרע אנונימית. אין אבא.
2. ילד מתרומת זרע ידועה- אסורה [נייג'ל]. אסור לעשות הסכם שהוא רק תורם זרע ואז הוא לא יהיה האבא, אם יודעים מה הזהות שלו. אם באופן פרטי- הוא האבא ביולוגי, אי אפשר להסכים שביניהם שהוא לא יהיה האבא כי זה נוגד את תקנת הציבור.

כללים להכרה בהורות – מיהו האבא?

1. **זוג הורים** **שצריכים ביצית**- ילד שנולד מתרומת ביצית, אז היולדת את הילד, היא האמא.
2. **זוג הורים שרוצים פונדקאות** אבל מביאים ביצית וזרע- יש 7 ימים לפונדקאית להחליט (כי היא היולדת), אם לא מתחרטת מוציאים צו הורות.
3. **הורות משפחתית- 3 נשים לילד אחד,** התורמת יוצאת מהתמונה. הפונדקאית היא היולדת ויש לה 7 ימים להתחרט. אם לא- האמא המיועדת היא האמא. כי יש זיקה לזיקה- כי הזרע מהגבר.
4. לא חוקי למכור ילד- גם תורמת ביצית וגם פונדקאית – לא ניתן להעביר לאמא המיועדת.
5. **אישה יחידנית שאין לה בעל**- צריכה גם זרע + ביצית + פונדקאות 🡨 הבעיה: היא קבעה לעצמה שהיא האמא, הורות בהסכמה. לא עשתה בדרך מוסדית לכן שלחו את הילד לאימוץ.
6. לטוס לחו"ל – זרע + ביצית + פונדקאות 🡨 חזרה לישראל, צו אימוץ במסלול המהיר (צו הורות פסיקתי).

זוג לסביות- אחת מביאה ביצית. איך מכירים בהורות של האמא השנייה?

1. **אימוץ**- צריך שני הורים, אבל תורם הזרע אנונימי לכן אין אבא. פס"ד ירוס חקק- מכיר בהורות חד מינית באמצעות אימוץ.
2. **רישום**- כותבים מבחינה פרוצידוראלית שהאמא השנייה היא ההורה. הבעיה- אין זכויות מהותיות, אלא עניין טכני. פונק שלזינגר.
3. **מסלול צו ההורות**- טסות לחו"ל. האמא הביולוגית שנכנסת להיריון עם הביצית שלה היא האמא. כדי שהאמא השנייה תוכר גם, יתנו לה צו הורות כמו במסלול של פונדקאות. כי מבחינתה, בת זוגה היא הפונדוקאית שלה. יוצר תוצאה מהותית!! הכי טוב.

הומואים:

1. לאמץ את הילד.
2. הסכם הורות משותפת- הולכים לשכנה ומבקשים שיהיו משפחה. 1)האישה חייבת להיות האמא (גם ביצית וגם פונדקאות). הגבר השני לא יכירו בו להיות אבא. כי לא מסכימים ל3 הורים.
3. פונדקאות בחו"ל- חוזרים לארץ, ואז מקבלים צו הורות פסיקתי לגבר שהזרע לא שלו.