**שיעור 1- 03/03/2022- תרגול עם הדס**

**מצגת 1- מבוא ועקרונות בסיסיים של סמכויות שיפוט**

**באילו נושאים עוסקים דיני המשפחה?**

**ס'1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה**:

1. **תובענה בענייני המעמד האישי**. -גירושין, נישואין.
2. **תובענה אזרחית בין אדם לבין בן משפחתו, שעילתה סכסוך בתוך המשפחה**. [**בן משפחה**= בן זוג, ילד, הורים, נכדים, הורי הורים, אחים ואחיות]. -כולל כל נושא ולא משנה השווי (שבד"כ מבחינים בימ"ש שלום ומחוזי). -בני זוג גם לא נשואים. ילד כולל ילד של בן הזוג. הורים כולל הורים של בן הזוג.
3. **תובענה למזונות או למדור**. -מזונות אישה, מזונות ילדים. מדור= כאשר יש עילת גירושין, האישה יכולה לבקש מדור כלומר להישאר בדירה עד לגירושין. זכות לקורת גג. זכות להישאר בבית בינתיים. נגזר מהזכות למזונות. לא בהכרח תקבל זאת.
4. **תובענה לאבהות או לאימהות**. -נניח מבקשים להכיר במישהו כאב של ילד. בדרך כלל כדי לבקש מזונות.
5. **תובענה והליכים לפי חוקים שונים** (המצוינים בחוק). -לדוגמה: חוק אמנת האג, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות [הכשמ"א], חוק החזרת קטין, חוק גיל הנישואין [הגבלה על גיל הנישואין].

**המאפיינים המרכזיים לדיני המשפחה בישראל**

1. **שתי מערכות דינים- דתית ואזרחית**. – על חלק מהדברים חל דין דתי לפי הדת של אנשים [יהודים, נוצרים, מוסלמים, דרוזים].
2. **שתי ערכאות שיפוט- דתית ואזרחית**.

* **ערכאה אזרחית- ביהמ"ש לענייני משפחה** שמטפל בנושאים של דיני משפחה. הוקם בשנת 1995. לפני כן טיפל בזה ביהמ"ש המחוזי בסמכותו השיורית.
* **ערכאות דתיות-** **בתי הדין הרבניים היהודים, בתי דין שרעיים [מוסלמי], בתי דין דרוזיים** וכו'.
* בייצוג לקוחות צריך להבין איזה דין חל [דתי או אזרחי] ולהבין לאיזה ערכאה רוצים לפנות [דתית או אזרחית].

1. **שתי מערכות דינים: דתית ואזרחית**

**בישראל- בחלק מהנושאים מחילים חוק אזרחי ובחלק מהנושאים מחילים חוק דתי**.

* נושא רכוש- **חוק יחסי ממון** שחל עליו הדין האזרחי.
* יש דברים שחל עליהם הדין האישי הדתי- נושאי המעמד האישי.

**דין אישי בענייני המעמד האישי**

**סימן 47 לדבר המלך [דברה"מ]-** "בכפוף להוראות חלק זה של דבר מלך זה יהא לבתי המשפט האזרחיים גם שיפוט **בענייני המעמד האישי**, כמוגדר בסעיף 51, של אנשים בישראל. **בשיפוט זה ישתמשו** בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנות שיונהגו או יוחקו להבא, ובכפוף לאלה, **לפי הדין האישי החל**".

**ישראל היחידה שמחילה על הנושא הזה דין דתי**. יש הרבה מדינות שמחילות על הנושא הזה דין אזרחי. **מדוע?** קיבלנו את זה מהמנדט הבריטי. הבריטים רצו לתת אוטונומיה לדתות והעדות השונות. הבריטים לקחו את זה מהעות'מאניים. **נתנו עצמאות לעדות הדתיות והחילו דין דתי בנושאים האלה של מעמד אישי**.

אמורים להחיל את זה גם בתי המשפט וגם בתי הדין הדתי.

**מהם ענייני המעמד האישי שבעניינם יחול הדין האישי?**

**סימן 51 לדבר המלך:** "ענייני המעמד האישי פירושם משפטים בעניין נישואין או גיטין, מזונות, כלכלה, אפוטרופסות, כשרות יוחסין של קטינים, איסור השימוש ברכוש של אנשים הפסולים לפי החוק, והנהלת נכסי אנשים נעדרים".

**זה נראה מאוד רחב, אך עם השנים יש צמצום של זה בפסיקה ובחקיקה**. סימן 51 לדברה"מ. **מה שנשאר היום מהתחומים האלה בעיקר נישואים וגירושין ועניין של מזונות אישה** [מזונות ילדים מעט בלאגן].

* לגבי **מוסלמים** (יש להם משהו שונה)- **חוק הפרוצדורה העות'מאנית**, שקובע שגם בנושאי אבהות בודקים לפי דין דתי האם האדם אבא של ילד או לא. בשאר הדתות בודקים לפי דין חילוני אזרחי.

**ההתערבות החקיקתית שצמצמה את ענייני המעמד האישי**

**דוגמאות:**

* **ירושה**- ס' 156(ב), ס' 155(ג) לחוק הירושה. -ענייני ירושה בעבר היו לפי חוק דתי, אבל יש את חוק הירושה שקובע שיחול הדין האזרחי. **החקיקה מצמצמת** שחל חוק אזרחי **ורק בהסכמת הצדדים יחול דין דתי**.
* **אפוטרופסות ומשמורת**- ס' 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. -בנושא המשמורת בעבר חל דין דתי. חוקקו חוק אזרחי הכשמ"א והיום חל על נושא המשמורת הדין האזרחי- **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ועיקרון טובת הילד**.

**ההתערבות הפסיקתית שצמצמה את ענייני המעמד האישי**

* **בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול (1994)**.

**פס"ד בבלי**- תביעה לגירושין. בני הזוג מבקשים להתגרש והם מתווכחים לגבי חלוקת הרכוש, למי תהיה המשמורת, כמה מזונות יהיו [לילדים, לאישה]. תחומים שבאים יחד עם הגירושים. במקרה הזה הגבר הגיש תביעת גירושין והוא ביקש שביה"ד הרבני ידון בנושא הרכוש [חלוקת הרכוש]. האישה ביקשה לקבל חצי מהרכוש לפי הדין האזרחי [הייתה הלכת השיתוף]. ביה"ד הרבני החליט להחיל את הדין הדתי והוא נותן לאישה פחות מחצי. האישה פנתה לביהמ"ש העליון בבקשה לקבל חצי מהרכוש. **השופט ברק** **קבע שביה"ד הרבני מחויב לדין האזרחי בנושא של חלוקת הרכוש**. **בעניין חלוקת הרכוש חל הדין האזרחי**.

בדבר המלך אמרו שאמור להיות על זה דין דתי, אבל ביהמ"ש קובע שבנושא הזה יחול דין אזרחי.

בעקבות השינויים בפסיקה ובחקיקה חל הדין האזרחי על נושאים שונים. אך עדיין על חלק מהדברים חל דין דתי [מזונות אישה, נישואין וגירושין בעיקר]. כתוצאה מכך **לכל דת יש דין אחר**.

**לדוגמה:** גירושין.

* **ביהדות**- כדי לסיים נישואין, צריך את **הסכמת שני הצדדים**. הגבר צריך לתת את **הגט**, האישה צריכה לקבל את הגט. לגבר יש יותר כוח, ההסכמה שלו ממש חיונית. אם ההסכמה שלו לא מרצון, הגט לא ייחשב תקף לפי ההלכה ["**גט מעושה**"]. בפועל לגבר יש יותר כוח במסגרת הגירושין.
* **בנצרות**- נעשה **ע"י בית הדין**. הצדדים צריכים להגיע לבית הדין לפרק את הנישואין. בהחלטת בי"ד. אצל הקתולים זה יותר נדיר וצריך עילות יותר משמעותיות.
* **מוסלמים**- לבעל יש יותר כוח לפרק את הקשר. הוא אומר לאישה שהיא מגורשת. במקרים מסוימים גם בית הדין השרעי יכול לסיים את הנישואין.

דיברנו עד עכשיו על הדין שחל – אזרחי או דתי. עכשיו נעבור לדבר על הערכאות השונות- דתיות, אזרחיות.

1. **שתי ערכאות שיפוט: דתית ואזרחית**

**בתי משפט אזרחיים**- **בית המשפט לענייני משפחה** הוא הערכאה הראשונה. אם רוצים לערער **לביהמ"ש המחוזי** זה **ערעור בזכות** [כי זה ערעור ראשון]. ערעור **לביהמ"ש העליון** ברשות, כי זו ערכאה שלישית.

ביהמ"ש לענייני משפחה 🡨 ביהמ"ש המחוזי 🡨 ביהמ"ש העליון.

**בתי דין רבניים**- **בית הדין הרבני האזורי** [הראשון שפונים אליו], מערערים **לבית הדין הרבני הגדול בירושלים** והערעור הוא **בזכות**. אפשר לעתור לבג"ץ במקרים מסוימים, אבל בגדול יש רק 2 ערכאות לבתי דין רבניים.

בית הדין הרבני האזורי 🡨 בית הדין הרבני הגדול.

**שאלת סמכות הדיון בנושאים השונים- ייתכנו מצבים שונים**

1. **סמכות ייחודית לדון בתביעה**-

**ס'1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים**- "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים". קובע סמכות ייחודית לדון בתביעה.

**פס"ד נישואי קפריסין**- גם אם הנישואים אזרחיים ניתן להתגרש רק בבית דין רבני.

זוהי סמכות ייחודית לבית הדין הרבני לדון בענייני נישואין וגירושין, ולא בבית משפט אזרחי.

1. **סמכות מקבילה**- יש נושאים שניתן לפנות לערכאה אזרחית או דתית.

**סמכותו של ביה"ד הדתי בעניינים אלה נרכשת בכמה דרכים:**

* **ס'3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים**- **שיפוט אגב גירושין**-"הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האישה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט ייחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג".

**לבימ"ש אזרחי תמיד ניתן להגיש תביעה גם אם אין עדיין גירושין** [לגבי משמורת, מזונות וכו']. **לבית הדין הרבני יש סמכות לדון בעניינים האלה אך ורק אם מוגשת תביעת גירושין**. אם הוגשה תביעת גירושין לבית הדין הרבני ניתן לבקש מבית הדין שידון יחד עם התביעה הזו בכל מיני נושאים הכרוכים לתביעת הגירושין, במטרה שבית הדין ידון בהכל ולא יצטרכו לפנות לערכאה נוספת. **למשל**, מזונות אישה או משמורת. ניתן לפנות בכל מקרה לבית דין אזרחי.

* **סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים**- **שיפוט על פי הסכמה**- "בענייני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל 1922-1947" או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית דין רבני שיפוט ייחודי לפי חוק זה, יהא לבית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך".

**אפשר שהצדדים יסכימו לדון בנושא בבי"ד רבני**. **למשל** לגבי מזונות ילדים / ענייני רכוש- הצדדים יכולים להסכים יחד שבית הדין ידון בזה ואז הוא מקבל סמכות. אפשר בהסכמה לפנות לביה"ד שידון בנושא.

* **סעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים**- **שיפוט בענייני מזונות**- "הגישה אישה יהודייה לבית דין רבני תביעת מזונות, **שלא** אגב גירושין, נגד אישה היהודי או נגד עזבונו, לא תישמע טענת הנתבע שאין לבית דין רבני שיפוט בעניין".

אישה יהודייה תמיד יכולה לפנות לבי"ד רבני ולבקש שידון בנושא מזונות אישה. היא יכולה לבחור גם אם אין תביעת גירושין. **הרציונל**- אישה יותר מופלית בדין הדתי. **ניסו לשפר את כוחה של האישה** במשא ומתן בין הצדדים ולתת לה אפשרות לתבוע גם כאשר אין תביעת גירושין. אם יש תביעת גירושין, הגבר גם יכול לכרוך ולבקש לדון בזה לפי ס'3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

**הסמכויות והדינים החלים בנושאים של דיני המשפחה**

* **ענייני נישואין וגירושין**-

**ענייני נישואין**-

1. טענה לגבי תוקפם של נישואים. [יש טענות שהקידושין לא תקפים].
2. שאלת הכשירות להינשא. [האם הוא יכול להינשא, האם הוא יהודי].
3. תביעה לשלום בית. [כאשר הצדדים מבקשים להתפייס, אחד מהם מבקש מביהמ"ש שהם יחזרו לחיות יחד].

**ענייני גירושין**- תביעת גירושין.

* **הסמכות**- **רק לבית הדין הרבני יש סמכות לדון בענייני נישואין וגירושין**. **ס' 1 לחשבד"ר** (חוק שיפוט בתי דין רבניים)- "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים".
* **הדין**- **דין דתי**. **ס'2 לחשבד"ר**- "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה".

צריך תמיד לבדוק אם יש עילת גירושין. נבחן לפי הדין הדתי.

* **מזונות אישה**-
* **הסמכות**- **מקבילה**. לפי מה שהאישה בוחרת, אפילו לפני תביעת גירושין. אם יש תביעת גירושין ניתן לכרוך את הנושא אליה בבי"ד רבני או ללכת לבימה"ש אזרחי. יש סמכות מקבילה- בי"ד רבני ובימ"ש אזרחי.
* **הדין**- שייך לתחומי המעמד האישי ולכן **דין דתי**.
* **מזונות ילדים**- היו מהפכות בנושא. באופן עקרוני זו **סמכות מקבילה**. ניתן לפנות לבימ"ש אזרחי או לבי"ד דתי בהסכמת שני הצדדים דרך סעיף 9. **לגבי איזה דין חל יש בלאגן**. בעבר חל דין דתי, עם הפרדה לגילאים. היום יש את הלכת 1919 שעושה שינוי. לפרופ' ליפשיץ מאמר בנושא. \*נושא מורכב שנרחיב בהמשך. פסקי דין סותרים.
* **רכוש**-
* **הסמכות**- **מקבילה**. ניתן לפנות לבימ"ש אזרחי או לבי"ד דתי בו ניתן לכרוך לתביעת גירושין.
* **הדין**- **אזרחי** לפי **פס"ד בבלי**. **לידועים בציבור או מי שהתחתן לפני 1974 הלכת השיתוף**, **מי שהתחתנו אחרי זה יחול חוק יחסי ממון**. נרחיב בהמשך.
* **משמורת**-
* **הסמכות**- **מקבילה**. הנושא כרוך מעצם טיבו לתביעת הגירושין ואז דרך בי"ד רבני; או לתבוע בבימ"ש אזרחי.
* **הדין**- **אזרחי**. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ועקרון טובת הילד.
* **ירושה**-
* **הסמכות**- **מקבילה**. רק בהסכמה בכתב של הצדדים ניתן לפנות לבית דין רבני, אבל באופן כללי זה בבימ"ש אזרחי.
* **הדין** שחל הוא **דין אזרחי, ובהסכמת הצדדים ניתן שיחול הדין הדתי**.

**חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה- 2014**

* כל תביעה בעניין של סכסוך משפחתי נפתחת בהגשת בקשה ליישוב סכסוך.

יש שינויים בחקיקה בשנים האחרונות מאז 2014, לפיהם כל תביעה בענייני משפחה מתחילה בבקשה ליישוב סכסוך. **זהו חוק שעבר במטרה לסייע לצדדים להגיע להסכמות, לפתור את הסכסוך בדרכי שלום**.

**הליכי המהו"ת**- כל הנושאים של דיני המשפחה והסכסוכים מתחילים **ביחידות הסיוע** ליד בתי המשפט הרבניים או האזרחיים ויש פגישת **מהו"ת- מידע, היכרות ותיאום**. מידע על ההליכים המשפטיים, דרכים ליישוב הסכסוך בהסכמה, הצעה ללכת לגישור או פשרה כדי להגיע להסכמות תוך כדי ההליך. לנסות לא ללבות את האש ושהצדדים יגיעו להסכמה. **הם לא חייבים**. **הם עושים כמה פגישות כאלה** **ואם הם מחליטים ללכת לערכאות- הסכסוך נמשך כרגיל**.

**"מירוץ הסמכויות"- תוצאה של מערכת שיפוט כפולה**

**כל צד ינסה למהר ולהגיש תביעה לערכאה שטובה לו יותר, תעזור לו יותר**- **בית דין דתי או בית משפט אזרחי**. במצבים האלה כל צד ימהר וינסה להגיש תביעה כמה שיותר מהר. בעבר- הצדדים היו ממש ממהרים ומגישים כתבי טענות על בעיות בקשר. עכשיו זה התמתן לאור הבקשה ליישוב סכסוך. אבל עדיין **מי שמגיש ראשון בקשה ליישוב סכסוך יש לו יכולת לבחור לאיזה ערכאה לגשת אחר כך**. זה מכונה מירוץ הסמכויות= כל צד ממהר ומנסה לתפוס סמכות לערכאה שמתאימה לו יותר.

**ניתן לשאול למה זה משנה?** יש דין דתי לגבי מזונות אישה ודין אזרחי לגבי משמורת או רכוש וכו'. **מכיוון שיש פרשנות שונה של הדינים, כל ערכאה תפרש את הדין לפי העיניים שלה**.

**דוגמה קלאסית**- **חינוך ילדים**. חינוך הוא חלק מנושא של משמורת [**משמורת רוחנית**, חינוך]. נניח בני זוג מתגרשים והוויכוח הינו לגבי בית הספר שהילד ילמד. האבא רוצה שהילד ילמד בבית ספר חרדי והאמא רוצה שהילד ילמד בבית ספר ממלכתי דתי. אמורים לחול דינים אזרחיים לפי עיקרון טובת הילד. נניח שהנושא מגיע לבית דין רבני. לדעת בית הדין הרבני טובת הילד היא בי"ס חרדי. לעומת זאת, אותו קייס שיגיע לבימ"ש אזרחי עשוי לחשוב שטובת הילד בחינוך ממלכתי-דתי [לאחר מינוי פקידת סעד שתדבר עם הילד ותבדוק מה טובתו באמת בעזרת כלים שיש לה]. **עשויים להגיע לתוצאות שונות** ולכן נוצר העניין של "מירוץ הסמכויות" כך שכל צד יפנה כמה שיותר מהר כדי להשיג את התוצאות הטובות עבורו.

**מצגת 2- תנאי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים**

**סעיף 1 לחשבד"ר:** "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים".

**תנאי הסעיף:** מתי תהיה סמכות ייחודית לביד"ר:

* ענייני נישואין וגירושין.
* של יהודים.
* בישראל. -נמצאים פיזית בישראל בזמן הגשת התביעה.
* אזרחי המדינה או תושביה.

1. **ענייני נישואין וגירושין**

**מהם ענייני נישואין?**

1. **תוקף נישואין או בטלותם**.
2. **כשרות להינשא**- **בג"צ 359/66 גיתייה נ' הרבנות הראשית (1968)**: **העותר הוא בן העדה הפלשית** [פלשמורה] והוא רוצה להתחתן עם יהודייה. הוא מרגיש שהוא יהודי לכל דבר. פונה לרבנות ומבקש שיאשרו לו להירשם להיות נשוי. **למנהל של מחלקת הרישום ברבנות יש ספק אם אותו בחור יהודי**. הוא שולח אותו לבירורים לרבנות הראשית, שקובעת שכדי שהוא יוכל להירשם להינשא הוא **צריך לעבור טקס גיור בטבילה**. הוא מרגיש שהוא יהודי ולא רוצה לבצע את דרישת הרבנות, הוא עותר לבג"ץ. **ביהמ"ש העליון קובע שהסמכות הייחודית של בית הדין הרבני כוללת גם את הנושא של קביעת כשרות להינשא**. רק ביה"ד הרבני יכול לקבוע האם הצדדים יכולים להתחתן או לא לפי הדין הדתי.
3. **תביעה לשלום בית**- מצב שבו אחד הצדדים פונה לביה"ד הרבני ומבקש שבית הדין ישלים בין הצדדים, יפייס ביניהם. בית הדין יכול להגיד להם שיחיו יחד חצי שנה, ינסו להשלים לפני פירוק הקשר. נכלל בסמכות הייחודית של בית הדין הרבני. **בג"ץ 254/81 נעים נ' ביה"ד הרבני**. [שונה מה-מהו"ת ששם לא מחייבים לגור יחד; כאן זה חיוב לנסות להתפייס ולהשלים].

**מהם ענייני גירושין? תביעת גירושין ומתן פסק דין גירושין**.

**מה לא נכלל בענייני הנישואין והגירושין?** **תביעות הנוגעות לרכוש ויחסי ממון בין בני זוג** (חלוקת רכוש, הסכמים בענייני ממון). למשל **בג"צ 1000/92 בבלי נ' ביה"ד הרבני**. חל על חלוקת רכוש הדין האזרחי, שכן הוא לא נכלל בענייני נישואין וגירושין. אין סמכות ייחודית. זה נושא נפרד. ביה"ד יכול לקבל סמכות ע"י כריכה דרך ס'3.

1. **של יהודים- זיקה דתית**

**בג"ץ 113/84 בנקובסקי נ' ביד"ר האזורי בחיפה (1984)-** בחורה עלתה לארץ בגיל 15 ועברה גיור. לאחר כמה שנים היא מתחתנת עם מישהו כדת משה וישראל. לאחר כמה שנים הם רוצים להתגרש. הבעל הגיש את תביעת הגירושין. הוא ביקש שבית הדין ידון בנושאי הרכוש. האישה פנתה לבימ"ש אזרחי וביקשה שביהמ"ש יחלק את הרכוש. במהלך ההליכים של הגירושים ביה"ד מתחיל לחקור את האישה על אורח החיים שלה ביוזמתו. הם אומרים שהיא לא שומרת על כשרות, לא הולכת למקווה, לא שומרת שבת. **ביה"ד מתעצבן ואומר שמבחינתו הגיור בטל ומבוטל**. הגיור לא תקף מבחינתו. **לפי היהדות, נישואין זה רק בין יהודים** **ורק נישואים כאלה תקפים**. אם היא לא יהודייה, אז הנישואים לא תקפים ולכן לא מגיע לאישה מהרכוש של הבעל.

האישה עותרת לבג"ץ לגבי הנושא הזה. **השופט ברק** **קובע שברגע שביה"ד הרבני קבע שהאישה לא יהודייה הוא איבד את הסמכות שלו לדון בנושא הזה**. **לפי ס'1 הסמכות היא לגבי יהודים**. לכן כל הנושא של חלוקת רכוש עובר לביהמ"ש האזרחי.

**ברגע שאחד הצדדים לא יהודי- ביה"ד מאבד את סמכותו לדון בנושא**.

1. **"בישראל"- זיקה/סמכות טריטוריאלית**

בעבר שני הצדדים היו צריכים להיות בארץ בזמן הגשת התביעה, אחרת לביה"ד לא הייתה סמכות לדון. לאט-לאט הייתה התגמשות. אם אחד הצדדים לא היה נוכח, אך היו לו הרבה זיקות לארץ [נניח התגורר הרבה שנים, חשבונות בנק בארץ, מגיע לרופא בישראל וכו'] הסכימו שתהיה סמכות לביה"ד הרבני.

-**נדרש שהצדדים יהיו פיזית בישראל + הרחבות בחוק ובפסיקה לגבי זיקות לישראל**.

1. **"אזרחי ישראל או תושביה"- זיקה פרסונלית**

**הרציונל**- שלא יהיה מצב שאנשים שלא קשורים למדינה, בית הדין יקבל סמכות לדון. הייתה מורכבות. ביה"ד בישראל הוא היחיד שיכול לשחרר עגונות. יכולות להיות נשים ברחבי העולם שלא יכולות לקבל גט. **ניסו להרחיב את התנאי הזה ולתת סמכות אם היו מספיק זיקות לצדדים** [נניח האישה עשתה עלייה לארץ וכו'].

היום יש את **סעיף 4א** שמרחיב מאוד את הנושא של סמכויות בית הדין. **סעיף 4ב** עוד יותר הרחיב אותן.

**מצגת 3- סמכות נכרכת**

סעיף 1 סמכות ייחודית לביה"ד. סעיף 3 נוגע לסמכות מקבילה שיש לביה"ד הרבני וגם לביהמ"ש האזרחי.

**סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים**- **שיפוט אגב גירושין**- "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג".

אם יש תביעת גירושין אפשר לבקש מבית הדין הדתי שידון **בנושאים שקשורים לגירושין**, **למשל** **משמורת, רכוש, מזונות אישה**. אפשר להגיש לבימ"ש או לבית הדין- תלוי מי הקדים והגיש את התביעה קודם.

**מה הרציונלים מאחורי מנגנון הכריכה?**

* **יעילות דיונית** שאותה ערכאה שדנה בגירושין תדון גם בשאר הנושאים.
* **חוסך זמן**.
* **One family one judge**- **שופט אחד שמכיר את ההיסטוריה של המשפחה**, חוסך לשמוע את הכל מחדש וגם מבחינת הצדדים מישהו שמכיר אותם ויודע מי הם. **מונע סתירות בממצאים**- שלא בית הדין יקבע משהו אחד ואז ביהמ"ש יקבע משהו אחר.

ערכאה אחת שדנה בהכל. משהו שמנסה להיטיב עם הצדדים, חיסכון בזמן, יעיל.

**הבעייתיות שנוצרת כתוצאה ממנגנון הכריכה- מירוץ הסמכויות**.

* 2 ערכאות שונות שיש להן סמכות לדון באותם נושאים.
* כל אחד מבעלי הדין מנסה לתפוס את סמכות הערכאה שעדיפה לו מבחינה טקטית.

כל אחד מהצדדים ינסו למהר ולתפוס סמכות בערכאה שיותר נוחה לו. יגיש בקשה ליישוב סכסוך וינסה אח"כ לתפוס סמכות בערכאה שיותר טובה לו. זה **עניין הזמן**- **מי שהגיש קודם בקשה ליישוב סכסוך יוכל אח"כ לבחור באיזה ערכאה לדון בסכסוך**.

\***ידועים בציבור לא חייבים לגשת לבית הדין הדתי**. הם מפרקים את הקשר בבימ"ש. כל מי שהתחתן תמיד יעבור בבית הדין הרבני.

**הגבלות על מנגנון הכריכה**

עלה חשש לניצול לרעה את הכריכה- כל צד ימהר לערכאה שמיטיבה איתו (מירוץ הסמכויות). הפסיקה יצרה מגבלות על מנגנון הכריכה.

1. שלב מקדים- **באיזה מצבים ניתן לכרוך?**
2. הגבלות הקשורות **במועד**. -מי שהגיש את התביעה קודם יקבל את הסמכות [בי"ד דתי או בימ"ש אזרחי].
3. הגבלות הקשורות **במהות**- מה אפשר לכרוך? האם כל דבר ניתן לכרוך?
4. הגבלות לפי **בג"צ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן (2013)- מבחני הכריכה**.
5. **שלב מקדים- באיזה מצבים ניתן לכרוך?**

* **ניתן לכרוך אך ורק לתביעת גירושין**. אם אין גירושין לא ניתן לכרוך. סעיף 3 לחשבד"ר.
* **הסכם גירושין שכרוכים בו עניינים שונים**- **בג"ץ 566/81 עמרני נ' ביד"ר הגדול**- **גבר ואישה שעושים ביניהם הסכם גירושין כולל חלוקת רכוש**. מגיעים לבי"ד רבני עם ההסכם ומבקשים שייתן להסכם תוקף של פסק דין. ברגע שבי"ד מאשר את ההסכם אין טענות שלא חתמו/ בעיות תוקף. זוהי מעין אסמכתא שההסכם תקף. לאחר אישור בית הדין, הגבר טוען שביה"ד חרג מסמכותו ושהוא לא יכול היה לאשר את ההסכם כי אף אחד מהצדדים לא כרך את נושא הרכוש [שבהסכם] אלא הם באו עם הסכם. לכן לדעת הגבר ההסכם לא תקף. **ביהמ"ש קובע שזה לא משנה אם הייתה כריכה או אם הצדדים מגיעים לביה"ד עם הסכם גירושין ואז מאשרים**. אם הצדדים באים בהסכם זו בעצם **כריכה בהסכמה**. שניהם מסכימים שבית הדין ידון בנושא. לכן לביה"ד הרבני כן יש סמכות לדון בנושא וההסכם תקף. לא צריך שרק צד אחד יכרוך [לא רק צד אחד צריך לשלוח בקשה לכלול נושאים אחרים בתביעת הגירושין]. **כריכה לא חייבת להיות ע"י צד אחד ושהשני מתנגד**.
* **לא ניתן לכרוך לאחר הגירושין**- **בג"ץ 2898/03 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול**. (רלוונטי גם לנושאים אחרים של סמכות בהסכמה, סמכות נמשכת והגירה). בני זוג מתגרשים, חותמים על הסכם גירושין, מסכימים בהסכם על חלוקת המשמורת של הילדות. ביה"ד מאשר את ההסכם. עובר זמן והאישה מגישה לבימ"ש אזרחי בקשה להגר עם הילדות לארה"ב. רוצה לעבור לחו"ל. הבעל מגיש תביעה לביה"ד הדתי ומבקש שבית הדין ידון במשמורת ושלא ייתן להן לעבור לארה"ב. עולה שאלה האם במצב כזה יש סמכות לביה"ד לדון או לא. זה מעלה שאלות לגבי סמכות נמשכת. **האם אחרי הגירושין אפשר לכרוך או לא? נקבע בפס"ד שאחרי הגירושין אי אפשר לכרוך**. **אם יש סכסוך לאחר הגירושין פונים לבימ"ש אזרחי**. \*יכול להיות מצב שאחרי שבית דין דן בנושא מסוים יכולה להיות סמכות להמשיך לדון בנושא, אבל בנושא הכריכה אין סמכות אחרי הגירושין.
* לסיכום: כריכה רק לתביעת הגירושין. ניתן להגיש לביה"ד הסכם גירושין לאישור ואז זו כריכה בהסכמה. אי אפשר לכרוך לאחר הגירושין (לאחר מתן גט).

1. **הגבלות הקשורות במועד**

**ס' 25(ב) לחוק בתי המשפט לענייני משפחה**: **שמירת סמכויות**- "בעניין הנתון לסמכותו המקבילה של בית דין דתי, יהיה בית המשפט לענייני משפחה מוסמך לדון, כל עוד אין בית הדין הדתי דן בו".

**בג"ץ 58/08 פלונית נ' ביד"ר האזורי בחיפה (2010)-** מכונה **"פרשת 15 הדקות"**- **מבחן הזמן**. האישה הגישה תביעת רכוש לבימ"ש אזרחי ולאחר 15 דק' הגבר הגיש בקשה לבית דין רבני תביעת גירושין וכורך בה תביעת רכוש. מתחיל בלאגן למי הסמכות- בימ"ש או בי"ד. בית הדין האזורי קובע שלו הסמכות לדון. **הנושא מגיע לבג"ץ וההלכה היא שמה שקובע הוא מבחן הזמן**. **הסמכות תהיה לערכאה שהגישו לה את התביעה קודם**. לענייננו, בית המשפט האזרחי. גם אם מדובר ב-15 דקות.

* ביום שני שיעור תרגול להמשך הנושא.

**שיעור 2- 07/03/22- תרגול עם הדס**

**המשך מצגת 3- סמכות נכרכת**

* בכל מצב אפשר לפנות לביהמ"ש האזרחי.
* יש מצבים שיש סמכות מקבילה ואז אפשר לפנות לביה"ד הרבני- הסכמת הצדדים [ס'9 לחשבד"ר] או דרך מנגנון הכריכה [ס'3] אם מישהו מגיש תביעת גירושין הוא יכול לכרוך נושאים נוספים [רכוש / מזונות אישה וכו'].
* הרציונלים מאחורי מנגנון הכריכה: חיסכון בזמן, לא להצטרך לרוץ בין הערכאות השונות.
* אך יש בעייתיות של מירוץ הסמכויות. כל אחד מהצדדים ממהר ומנסה לתפוס סמכות לערכאה שיותר טובה לו. לפעמים זה פוגע בקשר, הצדדים לא מתפייסים. [**נניח** שהאישה בגדה / התלבשה בצורה לא צנועה- עדיף לה ללכת לבימ"ש אזרחי כי הוא יותר ליברלי ולא ישלול זכויות במצבים כאלה; לעומת זאת, משמורת- אולי האישה תעדיף לתבוע לביה"ד כי הוא יותר שמרני ואילו ביהמ"ש האזרחי עשוי לפסוק משמורת משותפת].

**הגבלות על מנגנון הכריכה- המשך**

* דיברנו על שלב מקדים.
* דיברנו על הגבלות הקשורות במועד- בג"צ 15 הדקות- מבחן הזמן.

1. **הגבלות הקשורות במהות- האם מדובר בעניין שניתן לכרוך אותו?**
2. עניינים שמעצם טיבם וטבעם כרוכים בתביעת הגירושין.
3. עניינים הניתנים לכריכה (שלא כרוכים מעצם טיבם וטבעם).
4. עניינים שאינם ניתנים לכריכה.

**1-עניינים שכרוכים מעצם טיבם וטבעם בתביעת הגירושין**- **כרוכים אוטומטית**. לא צריך לציין בכתב התביעה. ברגע שמוגשת תביעה, ביה"ד מקבלת סמכות אוטומטית לדון בזה. **דוגמה קלאסית:** **משמורת פיזית של הילדים**. **בג"צ 6378/04 שרעבי נ' ביה"ד הרבני הגדול (2004)**. הגבר מגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני ומבקש שביה"ד ידון בנושא המשמורת [כורך את נושא המשמורת לתביעת הגירושין]. האישה מנסה לטעון שלביה"ד אין סמכות לדון במשמורת והסמכות אמורה להיות לבימ"ש אזרחי. ביהמ"ש אומר שנושא המשמורת כרוך מעצם טיבו וטבעו לתביעת הגירושין. **ברגע שיש תביעת גירושין 🡨 ביה"ד קיבל באופן אוטומטי סמכות לדון בנושא המשמורת**. **אפילו לא צריך לציין בכתב התביעה**.

**אם רוצים לדון במשמורת בבימ"ש אזרחי צריך קודם כל להגיש תביעה לבימ"ש אזרחי שידון במשמורת, ורק אז לפנות לביה"ד כדי שידון בתביעת הגירושין, ואז לא תהיה כריכה אוטומטית**.

**2-עניינים הניתנים לכריכה (שלא כרוכים מעצם טיבם וטבעם)**-

**ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן (1959)**- **"עניין הכרוך בתביעת הגירושין"- "כל עניין אחר, ואפילו לאו דווקא עניין של המעמד האישי"**.

**2 תנאים**:

1. **נדרש אקט של כריכה מפורשת**.
2. **ההכרעה דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה**.

**אופן ביצוע הכריכה**-

**פס"ד גולדמן**- בעל ואישה שמתגרשים. האישה הגישה תביעה לסילוק יד בבימ"ש השלום. תביעה רכושית [קניינית]. האישה ביקשה לסלק את הגבר מהבית ע"י הגשת תביעה לבימ"ש אזרחי. הבעל מנסה לטעון שנושא הרכוש כרוך לגירושין ולכן הסמכות צריכה להיות לביה"ד הרבני. נקבע שאין סמכות לביה"ד, אלא הסמכות לבימ"ש אזרחי משום **שנדרש אקט של כריכה מפורשת**. צריך לכרוך באופן מפורש את הרכוש, אחרת ביה"ד לא מקבל סמכות. זה לא נושא הכרוך אוטומטית, כמו המשמורת.

-הדרישות מתרככות בפסקי הדין הבאים.

**בג"צ 5679/03 פלוני נ' מ"י (2005)**- **כריכה בדרך של התנהגות**.

אישה מגישה תביעת גירושין **והיא לא כותבת בצורה מפורשת שהיא רוצה שביה"ד ידון ברכוש** [אין אקט של כריכה מפורשת] **אבל בכל הזדמנות בדיון היא מעלה את נושא חלוקת הדירה המשותפת**. בכל הדיונים היא אומרת איך היא רוצה שהדירה תתחלק. גם הבעל מעלה טענות מנגד לגבי חלוקת הדירה ובקשות שלו. מדברים על נושא חלוקת הדירה ללא כריכה מפורשת. ביה"ד קובע שהוא ידון בנושא חלוקת הדירה ביום סידור הגט. ביום של סידור הגט, הבעל אומר שהוא לא רוצה לתת גט כי עדיין נושא הרכוש לא הוסדר. ביה"ד קובע שהבעל סרבן גט. הבעל מגיש ערעור לביה"ד הגדול. גם שם הוא מעלה טענות לגבי חלוקת הרכוש. האישה מעלה את טענותיה גם מנגד. בית הדין הדתי קובע איך לחלק את הדירה לאחר כל הדיונים. הבעל עותר לבג"ץ ומנסה לטעון שלבית הדין אין סמכות לדון בנושא הרכוש, כי אף אחד מהצדדים לא כרך אותו. **השופט ברק** אומר **שכריכה לא חייבת להיעשות בצורה מפורשת, היא יכולה להיעשות גם בצורה של התנהגות**. במיוחד אם צד השני לא התנגד לסמכות ולא העלה טענה לגבי זה במהלך הדיונים. **זו בעצם הייתה סוג של כריכה בהסכמה בהתנהגות**.

**בג"צ 787/14 פלונית נ' פלוני (2015**)- **טופס סטנדרטי של ביד"ר לא בגדר כריכה**.

אישה שמגישה תביעת גירושין ומציינת זאת על גבי טופס סטנדרטי של תביעה לביה"ד הדתי, שנועד להקל על הצדדים כי הם בד"כ מגיעים ללא ייצוג. זו דרך קלה להגיש תביעת גירושין באמצעות מילוי פרטים מסוימים על גבי הטופס. האישה ממלאת את טופס התביעה ומציינת עליו שהיא מבקשת "לקבוע מזונות שיאפשרו לי לגדל את הילדים בכבוד". הבעל גם מגיש תביעה ומבקש שביה"ד ידון במזונות ילדים. בדיון הראשון בביה"ד הרבני האישה אומרת שהיא לא רוצה שביה"ד ידון במזונות הילדים; שלא תהיה לו סמכות לדון. הבעל כן רוצה שלביה"ד תהיה סמכות בנושא והוא אומר שהאישה עצמה כרכה את הנושא כי היא ביקשה שביה"ד ידון בנושא מזונות הילדים ולכן יש סמכות. הנושא מגיע לבג"ץ לגבי כריכה בטופס- האם זה מחייב? **השופט הנדל** מציין שזה לא בגדר כריכה. **כתב תביעה על גבי טופס סטנדרטי לא מחייב, זו לא כריכה מחייבת**. **הכריכה הזו נטולת תוקף**. האישה לא הייתה מיוצגת באותו זמן, לא היה לה עו"ד. הטופס הסטנדרטי החיל התייחסות זניחה לנושא מזונות הילדים. לא מפרט. נקבה סכום סתמי ללא פירוט צרכי הילדים [ביגוד, בתי ספר, חוגים וכו']. בנסיבות האלה, במיוחד שבהזדמנות הראשונה האישה מגלה התנגדות, הכריכה לא תחייב אותה.

**בודקים מה עומד מאחורי החשיבה של הצדדים**. האם באמת רצו לכרוך? האם מחוסר ידע הם כרכו? [כאן האישה לא ידעה לגבי הקונספט של כריכה]. **אם מישהו כרך ולא התכוון 🡨 לא יחייבו אותו**. **נבחן את הנסיבות, גם אם הייתה כריכה מפורשת אולי נאמר שלא נכרך**.

\*בפס"ד היו סיבות נוספות לא לאפשר סמכות לביה"ד.

\*היום יש פחות פערי ידע לאור יחידות הסיוע, בקשות ליישוב סכסוך טרם תביעת הגירושין.

**בג"צ 2862/14 פלונית נ' ביד"ר האזורי י-ם**: **אי עמידה בתנאי סף פרוצדורליים [כתב תביעה לא חתום ולא מאומת ע"י מזכיר ביד"ר]**.

אדם מגיש כתב תביעה על גבי טופס סטנדרטי של בתי הדין הרבניים. לא ממלא את הטופס לבד. הוא **לא יודע קרוא וכתוב**. **אח שלו ממלא בשמו את טופס תביעת הגירושין לביד"ר**. למשל, תחת הרובריקה של עילות גירושין [למה רוצים להתגרש] הוא כותב "לא מחבדת [שגיאת כתיב] את הבעל+ הילדים מקללים+ האישה מקללת את האחים ואת האמא+ לא מעוניין לחיות איתה דקה+ לכרוך הכל". **כותב בצורה לא משפטית, עם שגיאות כתיב**. **הבעל לא חותם על המסמך, אף אחד לא מאשר את זה כנדרש** [מזכיר ביד"ר]. הוא מגיש כך את כתב התביעה. האישה מנסה לטעון שלביה"ד אין סמכות לדון בנושא משום שהבעל לא עמד בתנאים הפרוצדורליים.

**בוחנים את המהות**. **האם טעה בתום לב?** האם היו נסיבות שצריך לוותר לו במצב כזה? **נקבע שהפגמים לא יורדים לשורשו של העניין**. הם נובעים מכך שהגבר לא יודע קרוא וכתוב. הוא לא נעזר בעו"ד.

**השופט עמית** אומר שכתב התביעה הוא בעצם טופס סטנדרטי של הנהלת בתי הדין הרבניים, **המטרה שלו להקל על הצדדים במיוחד כאלה שאין להם כסף ואין להם ייצוג**. **אין לדקדק יתר על המידה באופן מילוי הטופס**. **כל מקרה נבחן על פי נסיבותיו: תוך התחשבות בחומרת הפגם, השלכותיו על זכויות הצד השני, הסיבות לפגם ואם הוא ניתן לתיקון**. במקרה הזה- פשוט לתקן את הפגם: צריך לחתום ולהראות את זה למזכיר ביה"ד. זה לא משהו קשה שפוגע בצד השני ולכן הסמכות תישאר לבית הדין הרבני. הכריכה תישאר תקפה למרות הבעיה הטכנית עם הטופס.

**הנושאים שניתן לכרוך:**

**פס"ד גולדמן**- "עניין הכרוך בתביעת הגירושין": כל עניין אחר, ואפילו לאו דווקא עניין של המעמד האישי". כאשר ההכרעה דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בניה"ז המתגרשים זה למזה.

**איזה נושאים ניתן לכרוך?**

* **רכוש**.
* **מזונות אישה**.
* **משמורת רוחנית על הילדים? =חינוך**.
  + **האם ניתן לכרוך חינוך בצורה מפורשת לביד"ר?** אין הכרעה של ביהמ"ש העליון. זה **נותר בצריך עיון**.  **בפועל, כאשר נושא החינוך מגיע לביה"ד הרבני הוא כן דן**.
  + **האם תביעת משמורת כוללת את ענייני החינוך?** יש דברים קצת הפוכים- **תלוי בערכאה שפונים אליה**.
  1. **הלכת פלורסהיים**- **כאשר עניין המשמורת נידון בבית הדין הרבני, תביעת המשמורת לא כוללת את נושא החינוך**. ניתן לתבוע את הנושא הזה בביהמ"ש האזרחי.
  2. **בג"ץ 5507/95 עליזה אמיר נ' ביד"ר האזורי בחיפה (1996)**- האישה מגישה לביהמ"ש האזרחי תביעה למשמורת (החזקת הילד) ובהמשך לאחר כשלושה שבועות הבעל מגיש תביעת גירושין לביה"ד וכורך לה את נושא החינוך. הבעל מבקש שהילד שלהם יתחנך במוסדות החינוך של חב"ד והאישה מתנגדת לסמכות ביה"ד. היא אומרת שהיא הגישה קודם את נושא המשמורת לביהמ"ש האזרחי והיא מבקשת שהילד יתחנך במוסדות החינוך הממלכתי-דתי. ביה"ד קובע שיש לו סמכות לדון בנושא החינוך ושהילד יתחנך במוסדות חב"ד. הנושא מגיע לביהמ"ש העליון. עולה שאלה לגבי מה קורה כאשר תביעת המשמורת מוגשת קודם לביהמ"ש האזרחי? **השופט חשין** **אומר שיש חוסר תחולה להלכת פלורסהיים כאשר תביעת המשמורת הוגשה לביהמ"ש האזרחי**. **אם הוגשה קודם תביעת משמורת לביהמ"ש האזרחי זה כולל גם את נושא החינוך**.

**מה הרציונל לפי השופט חשין? כי לביהמ"ש האזרחי יש סמכות שיורית**. לכן אם מגישים לו את תביעת המשמורת זה אמור לכלול את נושא החינוך. **לעומת זאת, במצב ההפוך סמכות בית הדין היא לפי הכריכה**. לכן אם בכלל יש סמכות [שזה נותר בצריך עיון] במצב כזה צריך שכריכת החינוך תהיה מפורשת.

חינוך קשור למשמורת, כי זה קשור לתנאי הילד, איפה הוא נמצא במהלך היום. אם מגישים עילת משמורת לאחת הערכאות- האם אותה ערכאה מקבלת את הסמכות לגבי חינוך? יש הלכות הפוכות בהתאם לערכאות. אם קודם מוגשת תביעה לבית הדין 🡨 זה לא כולל סמכות לדון בחינוך. ניתן לתבוע אח"כ בביהמ"ש האזרחי. לעומת זאת, אם קודם מוגשת תביעה לערכאה אזרחית בנושא המשמורת 🡨 הסמכות לדון בחינוך נכללת בנושא המשמורת. אם ילכו לבי"ד רבני יגידו שלא ניתן לדון בזה כי הוגשה כבר תביעה קודם לכן לביהמ"ש האזרחי.

**3-עניינים שאינם ניתנים לכריכה**

**מזונות ילדים?**

**בר"ע 120/69 שרגאי נ' שרגאי (1969)**

גבר שמגיש תביעת גירושין ומבקש לכרוך לתביעה גם את נושא הילדים. בהמשך האישה והילדים מגישים תביעה למזונות ילדים לביהמ"ש האזרחי. האישה מנסה לטעון שלביה"ד אין סמכות לדון במזונות הילדים במצב הזה. **עולה שאלה האם לביה"ד יש סמכות לדון במזונות הילדים?** קובעים **שיש הבחנה בין נושאים**-

1. **תביעה להשבת הוצאות- אותה כן ניתן לכרוך ולפנות לביה"ד לגביה**. **לדוגמה:** אם האישה הוציאה על חוגים 500 ש"ח בחודש ומבקשת החזר, ניתן לכרוך לתביעה בביה"ד. -**התחשבנויות בין הצדדים**.
2. **תביעה עצמאית של הילד למזונות- אלה זכויות מהותיות של הילד**. **לדוגמה:** כאשר הילד מבקש סכום מסוים של מזונות [מפרטים כמה אוכל הוא צריך, חוגים, בתי ספר]. **לא ניתן לכרוך**.

**למה לא ניתן לכרוך?** **בעלי דין שונים**- הילד מבקש מזונות, ולא ההורים שמסוכסכים ביניהם. יש לו זכות לתבוע בנפרד ושלא ייפגעו זכויותיו במסגרת הגירושין. **לדוגמה:** יש משא ומתן **והגבר מנסה לסחוט וויתורים**. למשל: הוא ייתן גט רק אם האישה תוותר על החלק שלה בדירה או מזונות ילדים. לכן מבקשים שזה יהיה מופרד מהגירושין. שייתנו את זכויות הילד ו**יבדקו את טובת הילד בנפרד**.

**מזונות=זכויות מהותיות של הילד**. **מה מגיע לו, איזה סכומים לפי ההוצאות שלו**. הילד יהיה כתוב בכתב התביעה. **גם אם הילד קטין הוא יהיה מיוצג על ידי האפוטרופוס שלו בתביעה** [בד"כ אמא שלו].

**בשנת 2014** **השופט הנדל** מגיע עם פסק דין וקובע ללא נימוק ובלי לשים לב שהוא עושה מהפכות- הוא **אומר שנושא מזונות הילדים ניתן לכריכה**. סותר את הדינים הקודמים. התחיל בלאגן ולא היה ברור מה הדין. התחילו להיות החלטות סותרות בערכאות הנמוכות בעקבות הפסיקה שלו. זה **הגיע לדנג"ץ**- **השופט גרוניס** אומר שמה שהנדל התכוון זה שניתן לכרוך את החזרי ההוצאות ולא המזונות עצמם.

**בע"מ 7628/17 פלוני נ' פלונית (22.9.2019)**- הנושא מגיע ב-2019 לפתחו של ביהמ"ש העליון. היה סדר בנושא מזונות הילדים. **הייתה מחלוקת האם ניתן לכרוך את נושא מזונות הילדים?** **דעת הרוב [מזוז** וקרא**] קבעה שהלכת שרגאי שרירה וקיימת**. לביה"ד הרבני אין סמכות לדון במזונות קטינים שנכרכו, חוץ מתביעה להשבת הוצאות. **הרציונל- עיקרון טובת הילד**. ההלכה הזו משקפת תפיסה חברתית שצריך לתת את המעמד הכי חשוב לעיקרון טובת הילד/הקטין. שיהיו לנו כללים דיוניים שיבטיחו שבוחנים את טובתו ומגיעים להחלטה שהכי טובה עבורו מבחינת מזונות. שלא יזנחו את ענייניו. יש הבדל לעומת תביעה להשבת הוצאות- שהצדדים לה הם הורי הקטין, ההורה הוציא הוצאות עבור המזונות וההורה השני תובע את ההשבה שלהן. לדוגמה: חוגים ובקשת החזר. זה לא קובע את מה שמגיע לילד מבחינת זכות מהותית. זה סוג של התחשבנות בין הצדדים.

**דעת המיעוט [הנדל] מציין שלפי פרשנות לשונית ותכליתית של סעיף 3 לביה"ד יש סמכות לדון במזונות ילדים אם הנושא נכרך**. גם מבחינת תכלית החוק.

3. "הוגשה לביד"ר תביעת גירושין בין יהודים, אם ע"י האישה ואם על ידי האיש, **יהא לביד"ר שיפוט ייחודי** בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין, **לרבות מזונות** לאישה **ולילדי הזוג**".

**גם מבחינת ההיסטוריה החקיקתית ניתן לראות מה כתוב בהצעת החוק המקורית, שדיברו על זה בדיונים בנוגע להצעת החוק שרוצים שבי"ד ידון בנושא הזה**. מבחינת התכלית האובייקטיבית **המטרה של הסעיף היא למנוע כפל דיונים** ולמנוע מהצדדים לרוץ ל-2 ערכאות. **זה הקונספט של הכריכה**. אם לא נותנים אפשרות לכרוך שוללים את היכולת של ביה"ד לדון בהכל. תמיד צריך לרוץ לערכאה האזרחית כדי לדון במזונות ילדים וזה בעייתי. **מונעים סיום יעיל ומהיר של הסכסוך; פוגעים בתכלית הכריכה והחוק**.

**ההלכה שנקבעה: אם רוצים שבית הדין כן ידון בנושא מזונות הילדים ניתן לעשות זאת דרך סעיף 9- הסכמה**. **רק בהסכמת הצדדים**. דעת המיעוט של הנדל שניתן לכרוך תמיד.

**שיעור 3- 14/03/22 – תרגול עם הדס**

[כרונולוגית נחשב שיעור 5, אבל זה סדר הגיוני יותר]

**המשך מצגת 3: הגבלות על מנגנון הכריכה**-**(3) הגבלות הקשורות במהות**:

**עניינים שאינם ניתנים לכריכה**- לא ניתן לכרוך מזונות ילדים, אך ניתן לכרוך השבת הוצאות [אם מישהו הוציא מראש הוצאות על חינוך, חוגים, בתי ספר, ביגוד וכו'].

**ברית מילה**-

לא ניתן לכרוך ברית מילה. בשנת 2014 היה על פסק הדין הנ"ל הרבה בלאגן.

**בג"ץ 8533/13 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (29.6.14) (בג"ץ ברית המילה)**- לבני זוג יש משבר בזוגיות בסמוך להולדת הבן השני. הם נמצאים בהליכי גירושין. בשלב מסוים יש דיון בביה"ד הרבני. הילד בן 10 חודשים. האב אומר במהלך הדיון שהילד לא נימול והוא מבקש מביד"ר לתת הוראה לעשות לילד ברית מילה. ביה"ד קובע שהאם צריכה לאפשר את ברית המילה. האישה מסרבת. ביה"ד קבע שיש לעשות את הברית תוך 7 ימים אחרת האישה תקבל קנס על אי קיום החלטה שיפוטית על סך 3500 ₪. כל יום עיכוב עוד 500 שקלים. האישה מגישה ערעור לבית הדין הגדול, שדוחה את הערעור. האישה מגישה בג"ץ על השאלה האם ניתן לכרוך את נושא ברית המילה לנושא הגירושין? כאשר הנושא מגיע לבג"ץ הילד כבר מעל גיל שנה. **יש 3 דעות שופטים באותו מקרה**.

**דעת הרוב- השופטת נאור** **קובעת שאין זיקה מספקת בין המחלוקת לגבי ברית המילה לבין הליכי הגירושין**. הנושא של ברית המילה לא ניתן לכריכה. זו לא סוגיה שבד"כ דנים בה במסגרת גירושין. זה לא כרוך כמו משמורת או מזונות אישה. זה לא דרוש לחיסול יעיל של מערכת היחסים בין הצדדים. בנוסף, ההחלטה לגבי ברית מילה היא **החלטה מורכבת ורגישה**. מערבת שיקולים חוקתיים, חברתיים של זכויות היסוד חופש דת, חופש מדת. צריך **להכריע לפי עקרון טובת הילד בנפרד** ולא ראוי להכריע בסוגיה זו אגב הליכי גירושין.

**השופט רובינשטיין**- ישראל זו מדינה יהודית ודמוקרטית. אם הורה מבקש לכרוך אל תביעת הגירושין שאלה שנוגעת למהות היהדות של הילד [הבן שלו], כריכה כזו מותרת. אחרת הורה לא יוכל לכרוך נושא כה מהותי שקשור לילד שלו במסגרת הסדרי הפרידה בין בני הזוג. ראוי שהורה יוכל להביא לדיון במסגרת הליכי הגירושין נושא כ"כ משמעותי לילד שלו. זו הכרעה שתעצב את זהותו של הילד. **הקשר בין ברית המילה לגירושין הוא לא קשר כ"כ רופף או מלאכותי**. אבל, **לענייננו, ביה"ד לא בחן את השאלה מבחינת טובת הילד**. הוא היה צריך למנות מומחה או להביא חוות דעת רפואית. לכן לדעתו צריך להחזיר את התיק לביה"ד הרבני שיכריע בנושא לאחר קבלת חו"ד.

-הוא לא שולל את האפשרות לכרוך את הנושא הזה לתביעת הגירושין. אבל במקרה הזה לא בחנו את טובת הילד.

**השופט הנדל**- **אין לקבוע כלל גורף ששולל את האפשרות לכרוך מחלוקת לגבי ברית המילה**, בגלל החשיבות של ברית המילה וההשפעה יוצאת הדופן שלה על זהות הילד- יש להשאיר פתח לאפשרות שבמקרה המתאים כן תהיה סמכות לביה"ד לדון בזה אם זה נכרך. אבל במקרה שלנו, יש **בעיה עם הסמכות** כי **הכריכה לא הייתה כדין**- לא נתנו לאישה לטעון את טענותיה [נפגעה זכות הטיעון שלה] ולכן ביה"ד מאבד את סמכותו במקרה זה.

-לדעתו אין לשלול את האפשרות לכרוך אבל פה הייתה בעיה ולכן לא נאפשר.

**נושא הכריכה נועד לייעל את חיסול מערכת היחסים בין הצדדים, כך שהכל יידון בערכאה אחת**. מבקשים לחסוך זמן לצדדים. שלא יצטרכו לרוץ בין הערכאות וידונו בנושאים שונים בערכאות שונות. הבעיה שאנשים לפעמים ניצלו זאת לרעה, רצו מהר להגיש תביעה כדי לתת סמכות לערכאה שמתאימה להם. הפסיקה יצרה 3 מבחנים לבחון אם כאשר מישהו כורך הוא אכן רוצה שביה"ד ידון בזה. המטרה למנוע ניצול לרעה של מנגנון הכריכה.

**4- הגבלות לפי בג"צ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן (2003)- מבחני הכריכה**:

1. **האם תביעת הגירושין כנה?**
2. **האם הכריכה התבצעה כדין?**
3. **האם הכריכה כנה?**
4. **האם תביעת הגירושין כנה?**

עלינו לבדוק אם בן הזוג שהגיש את התביעה באמת ובתמים רוצה להתגרש, ושזה לא ניסיון טקטי לתפוס סמכות של ביה"ד הרבני.

* **ע"מ (תל אביב-יפו) 17/96 מרים תורגמן נ' דוד תורגמן (1997)**- **השופט פורת**: **האם בכתב התביעה פורטה עילה הלכתית לגירושין**. [ביהמ"ש אינו צריך לשקול מה סיכויי תביעת הגירושין או לבדוק את אמיתות הטענות העובדתיות].
* **התנהגות הצדדים במהלך הדיונים: תצהירים וחקירות, פרוטוקולים ושאר הנסיבות**. [נניח שאחד הצדדים יאמר שהוא לא רוצה להתגרש; או שנלמד מהנסיבות על כך; התניה על הגירושין בנושאים אחרים כפי שקרה בפס"ד 787/14].

**בג"צ 787/14 פלונית נ' פלוני (2015)**- הגבר כתב בתביעת הגירושין שמבקש "לחייבה בגירושין בכפוף לתנאים שיהיו בהסכמתי בלבד". רקע: **האישה הגישה את כתב התביעה על גבי טופס סטנדרטי** והבעל ניסה לומר שבכך היא כרכה את נושא המזונות, אך נקבע שזה לא מחייב אותה. הבעל כרך את נושא מזונות הילדים. **הוא ציין בכתב התביעה שלו שהוא מבקש לחייב את האישה בגירושין בכפוף לתנאים שיהיו בהסכמתו בלבד**. בג"ץ אומר בהקשר זה של כנות תביעת הגירושין, **שלא מתקיים התנאי של כנות התביעה**. המטרה לכריכה היא רצון להתגרש אחרת אין תביעת גירושין אמיתית. **אבל במקרה הזה מדובר בבעל שהוא סרבן גט המון זמן**. **כאשר סוף סוף הוא מוכן לתת גט זה רק בתנאים שונים ומשונים שהוא נותן בנוגע לרכוש**. לכן אין תביעת גירושין כנה- הוא מתנה את הגירושין בכל מיני תנאים.

**פס"ד תורגמן**- הבעל מגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני עם כל הכרוך לה כולל מזונות. אחרי חודש האישה מגישה לבימ"ש אזרחי תביעה למזונות אישה. הבעל טוען שהוא הגיש קודם את התביעה כולל מזונות לבית הדין הדתי ולכן הסמכות אמורה להיות לביה"ד. ביהמ"ש האזרחי מקבל את טענות הבעל, שאין לו סמכות כי הוא פנה קודם לביה"ד. האישה מערערת על ההחלטה של ביהמ"ש לענייני משפחה לבימ"ש מחוזי. בין היתר, **כדי לבדוק שתביעת הגירושין כנה צריך לבדוק אם בכתב התביעה פורטה עילה הלכתית לגירושין**. כתב התביעה מראה לנו מה הרצון האמיתי של האדם, האם הוא באמת רוצה להתגרש או רק לחסום את דרכו של הצד השני. במיוחד צריך לראות אם מציגים שם עילת גירושין.

**כתב התביעה צריך להציג תשתית עובדתית שמצביעה לכאורה על עילת גירושין**. לפי ההלכה, כדי שאנשים יתגרשו [למעט הסכמה] צריך להראות עילה לגירושין. יש עילות הלכתיות. **באופן עקרוני יש 2 סוגים של עילות גירושין**- **נימוקים אובייקטיבים** [מומים פיזיים, נפשיים שלא היו ידועים לצדדים לפני הנישואין] **ונימוקים סובייקטיביים** [התנהגויות מסוימות- **"מעשה זנות"=אם האישה בוגדת בבעלה**].

לענייננו, תביעת הגירושין לא כנה כי העילות שפורטו בתביעה- מריבות בין בני הזוג; טענת הבעל שהאישה לא מבצעת את עבודות הבית- הן לא עילות לגירושין. **זה יכול להפחית מהמזונות אבל לא סיבה להתגרש לפי ההלכה**. לכן יש בעיה עם כנות התביעה ולא תהיה סמכות לבית הדין הרבני.

לא צריך לשקול את סיכויי התביעה, לא צריך לבדוק האם העילות אמיתיות [האם אכן האישה בגדה] אלא צריך למצוא תשתית עובדתית שמצביעה על עילה מבין העילות הקיימות לגירושין.

\*יש **תופעה של סחטנות בהליכי גירושין**- אחד הצדדים מוכן להתגרש רק אם יהיה X. יש בעיה עם הדין הדתי כי הוא נותן יותר כוח לאחד הצדדים. לכן **מבקשים למנוע זאת באמצעות כנות התביעה**.

1. **האם הכריכה התבצעה כדין?** [צריך לבדוק מבחינה טכנית שהכל תקין].

**לדוגמה:**

* **האם העניינים נכרכו בתביעת גירושין?**
* **האם מדובר בעניינים שלפי מהותם ניתנים לכריכה?** [אמרנו שלא ניתן לכרוך מזונות ילדים ואם כרכו את זה זו לא כריכה כדין].
* **יש לכרוך במפורש ובפירוט את העניינים הנלווים לתביעת הגירושין**.

1. **האם הכריכה כנה?** [האם האדם באמת רצה לכרוך ורצה שהנושאים ידונו בביה"ד הרבני].

* **פיצול תביעות בערכאות השונות**- **פס"ד תורגמן**- הבעל מגיש לביה"ד הרבני תביעת גירושין שהכותרת שלה "תביעה לגירושין וכל הקשור בגירושין כולל מזונות". **הבעל כורך את כל הנושאים לביד"ר, בהמשך הוא מגיש תביעה לבימ"ש אזרחי לפירוק שיתוף**. משהו ספציפי שיהיה לטובתו בבימ"ש אזרחי. כעבור חודש האישה פונה לביהמ"ש האזרחי בבקשה למזונות אישה. הבעל פונה לביהמ"ש ואומר שהוא כרך קודם את הנושא לביד"ר ולכן הסמכות היא של בית הדין. ביהמ"ש האזרחי מקבל את הטענה שלו. האישה מגישה ערעור לביהמ"ש המחוזי. **לענייננו, הבעל בעצם פיצל תביעות וכך הוא גילה כוונות טקטיות ברורות, שלא היה לו חשוב שהכל יידון בביה"ד הרבני**. אם הוא היה רוצה לדון בהכל בביד"ר הוא היה פונה אליו גם לגבי פירוק השיתוף ולא מפצל לערכאה אחרת. זה מראה שלא היה לו חשוב שהכל ידון באופן מאוחד. **זה מראה שמטרתו היחידה היא לחסום את האישה מלתבוע מזונות אישה בבימ"ש אזרחי**. בנושא הרכושי זה לא הטריד את הגבר לרוץ בין ערכאות.

**אם מישהו מפצל [חלק כורך בביד"ר וחלק פונה לבימ"ש אזרחי] 🡨 זה מראה שהוא לא רוצה לאחד את כל הנושאים יחד, הוא רץ לערכאה שטובה לו** 🡨 כל הרעיון של כריכה הוא חיסכון בזמן ושביה"ד ידון בהכל במאוחד. אם הוא הולך לערכאה האזרחית נראה שהוא רוצה לנצל את כוחו בהגשת התביעה ראשון ולהגיש בהתאם למה שנוח לו לערכאות השונות. 🡨 **מלמד על חוסר כנות**.

* **חוסר פירוט של הרכוש הכרוך**: צריך להגיד איזה רכוש כורכים [דירה, רכב, כסף בחשבון בנק] ולא להגיד סתם "הרכוש". שלא יהיה ניצול מהיר וכך ירכוש סמכות.

**בג"ץ 2862/14 פלונית נ' ביד"ר האזורי י-ם (2015)-** "לכרוך הכל +הכל". **פס"ד עם האנאלפבית** שדיברנו עליו. אחיו כותב בשמו את כתב התביעה. הוא לא יודע לקרוא ולכתוב. הבעל לא מפרט את כל הרכוש, הוא לא מפרט את עילת הגירושין, **מחסיר מידע מהותי**. הוא אומר שהוא מבקש לכרוך הכל + הכל. אך באופן כללי צריך לציין ולפרט כדי להראות שהאדם רוצה שביה"ד ידון בהכל.

**השופט עמית** אומר שאם בוחנים את הדרך שבה הבעל מילא את הטופס, זה מעיד על זה שהוא לא התכון להסתיר רכוש או להתנהג בחוסר תום לב. באופן עקרוני כן צריכים לבדוק תמיד שמפרטים את כל הרכוש.

יכולים להיות מצבים שמפרטים את הרכוש באופן חלקי- נניח יש דירה מלפני הנישואין, יפרטו את כל הרכוש חוץ מזה כדי שלא ידונו בזה. יש בעיות עם חוסר פירוט או העלמת רכוש מכלל הרכוש. אבל **במקרה הזה זה לא היה במטרה רעה להעלים רכוש, הוא לא ניסה להטעות, הוא באמת לא מבין**. הוא לא כתב את הנכסים תחת "רכוש", אלא תחת "זכויות". פירט בצורה כזו כי הוא לא מבין. **זה לא פוגע בכריכה**. **כמו כן זה לא פוגע בזכויות האישה** כי **ניתן בקלות להשלים** את הדברים החסרים ולכן לא מפילים את הכריכה בשל חוסר פירוט.

**ההלכה**: תמיד צריך לפרט את כל הרכוש וסוגי הרכוש, אחרת מדובר בחוסר כנות של הכריכה. אבל במקרה הזה הוחלט לאפשר את הכריכה [אין בעיה עם כנות הכריכה] כי אותו אדם לא היה בקיא ולא ידע.

* **התעלמות מפס"ד של ביד"ר בעניין מזונות**- **בג"צ 787/14 פלונית נ' פלוני (2015)-** [פסה"ד עם האישה שהגישה תביעה על **טופס סטנדרטי**]. קבעו שיש בעיה עם כנות הכריכה של הבעל. הבעל ניסה לכרוך את מזונות הילדים והוא מתעקש ומנסה לטעון שלבית הדין יש את הסמכות לדון במזונות ילדים. בינתיים ביה"ד נותן פסקי דין לגבי מזונות זמניים [לא להשאיר את הילדים ללא מזונות בתקופת התביעה]. הבעל מתעלם מהפסיקה הזו, לא משלם מזונות בכלל. זה מגיע למצב שחוב המזונות שלו הוא 150,000 שקלים. **הוא לא משלם מזונות ומתעקש שהסמכות של ביה"ד הרבני ולא של ביהמ"ש האזרחי**. **קובעים שיש בעיה של כנות הכריכה, כי הבעל מתעלם מפסיקת בית הדין שלגביו הוא נאבק בנחישות שיקבל את הסמכות**. הוא מתעלם מפסק דינו ולכן זה מראה שהוא לא באמת רוצה שביה"ד ידון בנושא מזונות הילדים. [לא ציית להחלטות של בית הדין הרבני וזה מראה שהוא לא באמת רוצה שבית הדין ידון. הכריכה לא כנה].
* **נבחן את כל הדברים במבחן**.

**בחינת תום לב בהעלאת טענת חוסר סמכות של ביד"ר**-

**בג"צ 566/81 עמרני נ' ביד"ר הגדול (1982)**- **מכוח ס' 39 לחוק החוזים, לא תשמע טענת חוסר סמכות, כאשר מדובר בשימוש בטענה שלא בדרך מקובלת ובתו"ל**.

רקע: גבר ואישה עושים ביניהם הסכם גירושין. בין היתר, הם מסדירים את זכויותיהם לגבי הדירה המשותפת. הם קובעים בהסכם שאם תתעורר בעיה לאחר סידור הגט, הסמכות תהיה לבית הדין הרבני לדון בה. הצדדים הולכים עם זה לביה"ד הרבני והוא נותן להסכם תוקף של פסק דין [מאשר את ההסכם]. לאחר זמן, הבעל מפר את ההסכם והאישה הולכת לבית הדין עם ההסכם ומראה שהבעל הפר אותו. היא טוענת שבגלל שהבעל הפר את ההסכם, היא צריכה לקבל את הדירה בשלמותה כפי שקבוע בהסכם הגירושין. ביה"ד האזורי דוחה את טענותיה. **היא מערערת לביה"ד הגדול שמקבל את טענותיה**. לאחר זכייתה בערעור, הבעל טוען שלביה"ד לא הייתה סמכות לדון בנושא כי כבר אין עילת גירושין. [נלמד על עניין של סמכות נמשכת- אבל אין סמכות נמשכת בנושא רכוש].

נקבע ע"י **ביהמ"ש העליון** שהגבר העלה את טענת חוסר הסמכות לראשונה רק כאשר הוא עתר לבג"ץ. **השופט אלון** **אומר שיש להשתיק עותר שמעלה טענת חוסר סמכות בשלב מאוחר- "כלל ההזדמנות הראשונה"**. אם אדם טוען טענה של חוסר סמכות הוא צריך לעשות זאת בהזדמנות הראשונה ולא לחכות לדיונים בערכאות, שאנשים יבזבזו כסף וזמן, שהערכאות יבזבזו זמן לדון בדיונים. הוא התנגד רק בהמשך כאשר זה כבר לא לטובתו. הואלא העלה את הטענה בהזדמנות הראשונה לכן זה עולה כדי חוסר תו"ל ולא נקבל את הטענה שלו. פוסלים את הטענה של חוסר סמכות בגלל חוסר תו"ל.

**הסמכות להכריע בשאלת הכריכה- "מירוץ ההחלטות"**

מי יכול להכריע של מי הסמכות? צד א' טוען שהסמכות של ביה"ד וצד ב' טוען שהסמכות של ביהמ"ש. מי יכול להכריע בכך?

**בג"צ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן (2003)**- הבעל הגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני וכרך לה את נושא הרכוש. בהמשך האישה פונה לבימ"ש אזרחי וגם מגישה תביעת רכוש. **ביהמ"ש האזרחי קובע שלו יש סמכות לדון בנושא**. הוא מצא בעיה עם כנות התביעה של הגירושין של הבעל ולכן קובע שהסמכות שלו. לאחר מכן, **ביה"ד דן בנושא ומחליט שהסמכות שלו**. הוא מתעלם מההחלטה של ביהמ"ש האזרחי. הוא מציין שהוא כפוף רק להחלטות של בג"ץ ואילו החלטות של בימ"ש אזרחי לא מחייבות אותו. יש **ערעור לביה"ד הגדול**- הוא מקבל את ההחלטה של ביה"ד האזורי שהסמכות של בית הדין ולא של ביהמ"ש.

**יש עתירה לבג"ץ- השאלה לפנינו: מי מחליט למי יש סמכות?** כל ערכאה אומרת משהו אחר. הצדדים באמצע. יוצר המון בלאגן, אובדן של זמן וכסף, עלויות של עו"ד, חוסר אמון במערכות- רשויות המדינה מתחילה לריב אחת עם השנייה.

**בג"ץ קובע:**

1. **לשתי הערכאות- בימ"ש למשפ' וביד"ר- יש סמכות לדון בטענות הנוגעות לסמכותן ולהכריע בשאלת התקיימות תנאי הכריכה**.
2. **כל עוד לא הכריעה אף ערכאה בשאלת הכריכה**, תוכל כל ערכאה, לפי שיקול דעתה, לעכב את הדיון בתביעה שהוגשה בפניה, עד שהערכאה המקבילה תחליט בשאלת תוקף הכריכה. -היא יכולה להמתין להכרעת הערכאה השנייה.
3. **אם אחת הערכאות כבר הכריעה בשאלת הכריכה**, על הערכאה המקבילה להימנע מלדון בכך, **לאור עקרון הכיבוד ההדדי**, **אלא אם מתקיים "טעם מיוחד" שמצדיק זאת**.-באופן כללי אם אחת הערכאות החליטה, על הערכאה השנייה להימנע מכך אלא אם כן יש טעם מיוחד. **כבר נקבע כי עקרון הכיבוד ההדדי אינו בבחינת עקרון נימוסי ותו לא, אלא הינו חיוני לצורך מערכת שיפוט תקינה**.

זה אמור לעודד את הערכאות, לכאורה, לקבל החלטה מהירה ולתפוס סמכות. מי שקובע קודם זה מחייב את הערכאה השנייה, אלא אם כן יש טעם מיוחד שמצדיק לא לכבד את ההחלטה.

**מהו טעם מיוחד?**

* חוסר חוקיות או פגם חמור אחר היורד לשורש הסמכות.
* חריגה ברורה מכללי הצדק הטבעי.
* סוגיה שאינה ניתנת לכריכה.

כל ערכאה יכולה לפסול את הסמכות של האחרת לפי "טעם מיוחד". **השופטת דורנר** טוענת [**בדעת מיעוט**] שרק בג"ץ צריך להכריע לעניין זה לאור הבעייתיות הנובעת מכך.

1. **חוסר חוקיות או פגם חמור היורד לשורש הסמכות**- **אם מגיעים להחלטה** נניח "הרכוש צריך להיות לגבר"/ "המשמורת של האישה" – **ללא נימוק, החלטה לקונית** או **בלי שהתקיים** **דיון מקדים** 🡨 נבחן את תנאי הכריכה.
2. **חריגה ברורה מכללי הצדק הטבעי**- כללים הקובעים **אם ההליך הוא הוגן וראוי**. למשל, אם לא נתנו לצדדים **זכות טיעון** בביה"ד הרבני. נניח שלא נתנו התראה ראויה לקראת ההליך- כדי שהצדדים יוכלו להתכונן ולהכין את הטענות שלהם. נניח שהוציאו צד אחד כך שלא שמע את מה שביה"ד אמר לאחר.
3. **סוגיה שלא ניתנת לכריכה**- למשל מזונות ילדים לא ניתן לכרוך. חוסר יכולת לכרוך נכנס גם בגדר טעם מיוחד וגם במה לא ניתן לכרוך.

**פס"ד פייג- פלמן**: עצם העובדה שהערכאה השנייה סבורה שההכרעה של הערכאה הראשונה בעניין הסמכות היא שגויה, זה לא מהווה "טעם מיוחד". במקרה שלנו אין טעם מיוחד. **העובדה שביה"ד חושב שהנימוקים של ביהמ"ש הם שגויים זה לא טעם מיוחד**. בית הדין היה צריך לכבד את ההחלטה של ביהמ"ש האזרחי.

**בחינת חוסר תום לב דיוני בפניה לבית המשפט לענייני משפחה**

**האם ניתן לפסול את סמכות ביהמ"ש האזרחי?** [המקרה הקלאסי פסילת סמכות של ביה"ד הרבני].

**בג"ץ 58/08 פלונית נ' ביד"ר האזורי בחיפה (2010)- פרשת 15 הדקות**- **במקרים חריגים, סמכותם של בימ"ש אזרחיים ע"פ מבחן הזמן כפופה גם היא לתו"ל דיוני**.

אחת ההלכות בפסה"ד היא שמי שמגיש קודם תביעה זו הערכאה שמקבלת סמכות. אבל פסלו את סמכות ביהמ"ש.

רקע: האישה הגיעה תביעת רכוש לבימ"ש אזרחי, אחרי 15 דק' הבעל הגיש לבית הדין תביעת גירושין ומבקש שביה"ד ידון ברכוש [מבקש לכרוך את הרכוש לתביעת הגירושין]. באותו מקרה **ביה"ד קובע בין היתר שהסמכות היא שלו** משום שלאישה לקח 4 חודשים עד שהיא הביאה לבעל את כתבי הטענות שלה, בהגשת התביעה לביהמ"ש האזרחי. **הדיון מגיע לבג"ץ**. ביהמ"ש קובע שבמקרים חריגים הסמכות של בימ"ש האזרחיים כפופה גם היא לתום לב דיוני. **רק כשמדובר בחוסר תו"ל שקשור בצורה ישירה ואדוקה לשאלת מירוץ הסמכויות ולשאלת מועד פתיחת ההליכים, זה יכול להוביל לסטייה ממבחן הזמן**. במקרה הזה האישה נהגה בחוסר תו"ל דיוני. היא לא שלחה את התביעה לבעל במשך 4 חודשים [לא סיפרה לבעל שהיא הגישה תביעה לבימ"ש אזרחי ואמרה לו רק 6 ימים לפני הדיון בביה"ד רבני] ולכן הסמכות של ביהמ"ש נופלת למרות שהיא זו שהקדימה את התביעה. במקרה זה העיכוב הוא גבולי. אבל הטענה הזו התקבלה בין היתר בגלל שהאישה הביאה לו את כתב התביעה רק 6 ימים לפני הדיון.

**ניתן לקבל טענת חוסר תו"ל רק במקרים חריגים, שחוסר תום הלב הוא מהותי במידה המצדיקה לחרוג מהכללים הרגילים-נבחן לפי הנסיבות** כמה זמן עיכבו את המצאת [לתת את] כתב התביעה, כמה הצד השני נפגע מהעיכוב בהמצאה, הסיבה לעיכוב.

-בודקים את הנושא הזה רק במקרים מאוד חריגים; נקבל טענות על חוסר תו"ל רק במקרים חריגים מאוד.

* נקבל את העבודה בקרוב- בנושא הכריכה; יעדכנו במייל. יהיו נושאים ללימוד עצמי.

**שיעור 4- 08/03/22**

שיעור ראשון עם פרופ' ליפשיץ.

**שיעור מבוא בדיני משפחה**

תחום דיני המשפחה מתנהל מאוד שונה מכל הקורסים האחרים שהכרנו. למשל: דיני חוזים- לא שאלנו לאיזה בימ"ש הולכים [אזרחי או דתי]. היה ברור שתמיד הולכים לערכאה אזרחית. אולי יהיה הבדל לפי גודל התביעה [שווי] אם הולכים לבימ"ש שלום או מחוזי. בנוסף, היה ברור שאותו דין חל על כולם [יהודים, מוסלמים, דרוזים וכו']. היה ברור שיש דין ישראלי. לעומת זאת, **בקורס דיני משפחה: שואלים איזה ערכאה ואיזה מערכת דינים**.

בדיני משפחה: אין דין ישראלי אחד מסיבה היסטורית שירשנו את המנדט הבריטי, שירש את האימפריה העות'מאנית.

**2 שאלות מקדמיות**:

1. **שיפוט**- איזו מערכת משפט תעסוק? בימ"ש אזרחי או בית דין דתי.
2. איזו **מערכת דינים** תופעל?- מערכת אזרחית או דתית.

אלה לא רק 2 אפשרויות, אלא 4. **שאלת השיפוט לא גוזרת את שאלת המשפט**.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **דין** | **ערכאה** | **דתית** | **אזרחית** |
| **דתי** | | ערכאה דתית שמפעילה דין דתי (1) | ערכאה אזרחית שמפעילה דין דתי (3) |
| **אזרחי** | | ערכאה דתית שמפעילה דין אזרחי (4) | ערכאה אזרחית שמפעילה דין אזרחי (2) |

1. **יש נושאים שהם שיפוט דתי ומשפט דתי**- למשל נישואין וגירושין. סמכות ייחודית לבתי הדין הדתיים והדין שמחילים הוא דין דתי, **למעט** חסרי דת או זוגות מעורבים שיש להם משפט אזרחי. **כל מי שמשתייך לדת מוכרת בישראל- דין דתי ומשפט דתי**.
2. **שיפוט אזרחי ודין אזרחי**- נושאים של ירושה או אימוץ. בירושה **יש חריג** שאם כל הצדדים מסכימים אפשר לגשת לבי"ד דתי. מופעל דין אזרחי על המקרה.
3. **שיפוט אזרחי ודין דתי**- מזונות אישה או מזונות ילדים- יכול להיות גם בבימ"ש אזרחי וגם בבי"ד דתי. אך **גם כשהוא בבימ"ש אזרחי, צריך להפעיל דין דתי**.
4. **שיפוט דתי ודין אזרחי**- יחסי רכוש. יכול להיות שיפוט אזרחי ושיפוט דתי לפי הלכת הכריכה [אפשר להביא את יחסי הרכוש לביה"ד הרבני]. אבל כאשר הוא עוסק ביחסי רכוש הוא חייב להפעיל את המשפט האזרחי ולא להפעיל שולחן ערוך.

**נושאים בתחום דיני משפחה:**

**שאלות ששייכות באופן מהותי לשאלת סמכויות** [שאלות טכניות]- מה קורה כשהערכאה דנה בדבר שאינו בסמכותה- מה תוקף ההחלטה? מה קורה אם יש נושא שנופל בין 2 הכיסאות- למשל החובה של גבר לדאוג שיהיה מדור לאישה [נגדיר כחלק ממזונות ואז זה דין דתי; חלק מרכוש ואז זה דין אזרחי]. מה קורה כשיש 2 פסקי דין של 2 הערכאות ותוצאותיהם סתירה?

**שאלות חוקתיות של דת ומדינה**- העובדה שבישראל חלים דיני הנישואין והגירושין על פי דין דתי, ונניח שהדין הדתי כולל נורמות לא שוויוניות [למשל נותנים זכויות וחובות שונות לגברים ונשים], ואילו בישראל יש את ערך השוויון [זכות לא מנויה]- מה היחס בין הכללים הספציפיים של דיני משפחה לבין הכללים החוקתיים? הכפפת הדין הדתי לזכויות אזרח יסודיות.

**פרופ' ליפשיץ עשה דין השוואתי** בדוקטורט- **דיני המשפחה שלנו שונים מהמערב, כי שם יש נישואים אזרחיים**. הולכים תמיד לבימ"ש אזרחי שדן לפי דין אזרחי. לכן זה שונה מאיתנו. אין שאלות חוקתיות של דת ומדינה. הכל חוק אזרחי. מה לומדים בעולם? רוב מה שאנחנו לומדים לא רלוונטי שם. **דיני משפחה היא לא מערכת היחסים בין בית דין לביהמ"ש, לא דת ומדינה**. גם אם מחר יש נישואים אזרחיים, אנשים יתגרשו. צריך לקבוע כלל משפטי שאומר באיזה מצבים מתגרשים. האם הכלל אומר שאפשר להתגרש ללא סיבה, האם צריך לתת סיבה, האם המשפט רוצה לפשר לפני גירוש, איך מחלקים את הרכוש- האם זה רלוונטי מי מבקש לפרק את הזוגיות? האם הוא סוג של מפר נישואין? נניח שבני זוג חיו יחד ולא התחתנו [בעולם של נישואים אזרחיים- סוג של חוזה ולא קידוש]- אפשר לומר שהם יצרו חוזה בהתנהגות וניתן להחיל עליהם את הכללים האלה. מנגד, אפשר לומר הפוך- בגלל שהנישואים הם דתיים בישראל רוצים מחויבות בטקס נישואין. בעולם של נישואים אזרחיים- אולי הבחירה לא להתחתן היא חוסר מחויבות? בעולם שמאוד קל להתחתן אפשר לומר שמי שרוצה את זה שיתחתן ומי שלא אולי לא יקבל את מכלול הזכויות והחובות תחת זה.

עולם של יחסי הורים וילדים- מי נחשב הורה- האמא הביולוגית או היולדת? מה קורה במקרה של תרומת זרע לאישה נשואה- האם ההגדרה של האבא הוא התורם שהוא האב הביולוגי או מי שמגדל את הילד? האם ההגדרה היא גנטית או הסכמית או מכוח המעמד הזוגי? **אלה השאלות האמיתיות של דיני משפחה**.

**בעבר- המשפט הישראלי כמעט ולא עסק בזה**. **עסקו בעיקר ביחסים בין ערכאות**.

בדוקטורט שלו הוא חילק: עולם עם נישואים אזרחיים ומה הכלל המתאים; עולם עם נישואים דתיים ומה הכלל המתאים.

**בלקסטון**- **נישואים הם חוזה ככל חוזה אזרחי אחר**. כבר לא דתי.

עולם שמסתכל על נישואים מנקודת מבט חוזית- איך הוא יתייחס לידועים בציבור? וכו'. מחד, יש אינטואיציה שאומרת שאם נישואים זה במציאות ליברלית יש חופש ללכת. מאידך, בגלל המטאפורה החוזית, יש רצון והסכמה להיכנס לחוזה, אבל אם רוצים לצאת זה כמו הפרת חוזה- ניתן לאכוף את החוזה ויש מצבים שלא נאכוף.

האם אשמה רלוונטית? מנקודת מבט חוזית, אי אפשר להכריח אדם להישאר בנישואים, אבל כן ביהמ"ש צריך לבדוק מי פירק את הקשר ולייחס לזה השפעות כלכליות. נניח, אישה בוגדנית= מי שלא היה נאמן [אשמה מינית] עשוי לשאת בנטל.

**בישראל מתפתחת מערכת עשירה של משפט אזרחי-** לעיתים בתחומים שמראש הם אזרחיים; לעיתים המשפט האזרחי מייצר תחליפים למשל לנישואים [הנישואים יהיו בקפריסין, תחזור לארץ ונגדיר אותך כדתי בדרך מסוימת]; ידועים בציבור; מזונות אישה- בימ"ש אזרחי כשדן בנושא ואמור להפעיל דין דתי, מפעיל אותו מותאם לעקרונות אזרחיים ומאוד דומה לדין אזרחי].

**השופטים בארץ פיתחו דיני משפחה אזרחיים**- "ירי בתנועה"- לא כיוונו במטווח מסודר. **אם הם היו צריכים להפעיל דין דתי ולא היה נראה להם, הם יצרו תחליף**. **הם לא באמת פיתחו חשיבה אזרחית שיטתית**. לרוב האינטואיציה האזרחית שלהם לא תואמת את מגוון האופציות האזרחיות, את התוצאות.

כאשר **שחר** חקר את נקודת המבט של העולם- יש דילמה האם רק כאשר חיים יחד נוצרת מחויבות דמוית נישואים, אבל אפשר לומר הפוך שאנשים שלא מתחתנים מעידים שהם עדיין בוחנים אחד את השני ועדיין לא לקחו מחויבות.

במשפט הישראלי בעבר, לימוד דיני משפחה- נישואים דתיים; פסולי חיתון- תחליפים: יידוע בציבור לא יכול להתחתן וביהמ"ש בנה לו תחליף. אבל יש אנשים שהם פסולי חיתון ולא מצאו לזה תחליף; לעומת זאת יש אנשים שחיים יחד אבל לא רצו להתחתן כי לא רצו להתחייב. ביהמ"ש מתוך מוטיבציה ליברלית כופה עליהם בעצם מחויבות שלא רצו אותה.

המשפט האזרחי עיוור לשיקולים האזרחיים- **פס"ד**: שני בני זוג שחיו כידועים בציבור עשו הסכם הוגן לגבי פתיחת חשבון בנק שיחיו ממנו יחד בתקופת החיים יחד, יקנו דירה שבה יגורו יחד, אם אחד מהם מת תהיה חלוקת הרכוש ביניהם, אבל הם לא רוצים להיות מוגדרים ע"פ דין כידועים בציבור. לאחר שהגבר נפטר, האישה טענה שהם ידועים בציבור. **הם כתבו בהסכם שהם לא רוצים להיות מוגדרים כך, אבל ביהמ"ש אמר שהם כן ידועים** **בציבור**. הם לא יכולים להכריע שהם לא- לא יכולים להגיד "אין זוגיות שהיא לא נישואין".

יש פער משמעותי בין רמת הנכונות של בתי המשפט בישראל לייצר תחליפי נישואין אזרחיים ופרשנות אזרחית לדין הדתי, לבין העובדה שכאשר מסתכלים על הדין האזרחי מסתכלים עליו בצורה צרה.

**שחר** סיים דוקטורט ב-2002 והתחיל לכתוב מאמרים, כל מאמר מחולק ל-2: אם יש אפשרות לנישואים אזרחיים במקביל לנישואים דתיים, ואז לחשוב איך ייראו בעולם כזה כל הדינים. החלק הראשון דן מהמציאות הקיימת של פסולי דין ופסולי חיתון ואנשים שלא רוצים להתחתן ברבנות. החלק השני הציג איך המציאות הישראלית כן משפיעה.

**מבנה הקורס**

החלקים האזרחיים כבר חלק מהמשפט הישראלי. הקורס שלנו יחולק ל-2 חלקים בגדול:

1. **דיני זוגיות**.
2. **דיני הורים וילדים**.

דיני זוגיות- יצירת הנישואים, דרכים אחרות לנישואין, הסדרה של חיי הנישואין, גירושין, הוצאות כלכליות של גירושין, ירושה.

דיני הורים וילדים- את מי המשפט מגדיר כהורה, מהי מערכת היחסים במשולש שבין הורים ילדים ומדינה, מה קורה כשיש סכסוכים בין הורים לגבי ילדים.

**בכל אחד מהנושאים הללו תמיד נתחיל בהקדמה לגבי חשיבה על הנושא כאזרחי עצמאי ואז נחשוב עליו במשפט הישראלי**. נבין כמה פרספקטיבה היא חשובה. נחשוב על הסוגיות כעצמאיות, לא מתוך מאבק דתי-חילוני.

**דרישות הקורס**:

* יהיו 2 עבודות במהלך השנה. 10% כל עבודה.
* מבחן- חומר סגור. 80% מהציון. רשימת הקריאה לבחינה תצורף כנספח למבחן.
* אין ציון מיטיב.
* הקלטות יימסרו רק למי שלא יכול להגיע עקב קורונה [בבקשה מראש במייל].

**מבוא לדיני זוגיות**- דיון על דיני המשפחה **[לא בישראל]**

מגמות והסדרה משפטית של דיני הזוגיות בעולם האזרחי-מערבי-ליברלי. לא בישראל.

**במשפט האנגלו-אמריקאי**: באזור המאה ה-19 מתחיל להיות קונצנזוס שהנישואים הם נישואים אזרחיים ושמי שדן בהם הוא בימ"ש אזרחי. **בין המאה ה-19 ורוב המאה ה-20 (עד 1970) דיני משפחה מתנהגים באופן שונה דרמטית ממה שהיו מצפים מעולם אזרחי**.

* בדיני הגירושין הכלל הוא **שגירושין חייבים אשמה**. צריך לבדוק קודם מי האשם בפירוק הקשר. אם אף אחד לא אשם או שניהם אשמים- לא יהיו גירושין. **גירושין זו זכות של חף מפשע, לעומת אשם**. כדי להתגרש הם היו צריכים לשנוא אחד את השני, אבל לא מאוד. הם היו צריכים לשתף פעולה לגבי התרחיש שהם מספרים לביהמ"ש. יש פס"ד שכל אחד אמר שהשני אשם ואז ביהמ"ש אמר שלא יכולים להתגרש.

עד 1970 באף מדינה אין סעיף בחוק שאומר שהסכמה של בני זוג להתגרש היא עילת גירושין. מה שבדין היהודי או המוסלמי ברור מאליו שהסכמה מספיקה כדי להתגרש; בנצרות הקונסיסטנטית ניתן להתגרש רק אם יש עילת גירושין. זה עדיין הכלל של המשפט האזרחי.

**מאוד שונה ממה שקורה בדיני חוזים**. עולם שאומר שנישואים זה חוזה כמו כל חוזה אחר, אבל עדיין לא מאפשרים לצאת מהחוזה ללא אשמה.

**בישראל**- כאשר מדברים על מזונות אחרי גירושין- מדברים על מזונות ילדים. אין מזונות אישה אחרי הגט. ברגע שמתגרשים אין אחריות כלכלית בין בני הזוג, בניגוד לנצרות שם יש מזונות אחרי גירושין.

* **בעולם האזרחי יש חובת מזונות אחרי הגירושין לבן הזוג שנקראת הלימוני** **alimony**.מאפיינים:

1. **מגדרית** - רק גברים יהיו חייבים במזונות לנשים. אין שוויון פורמלי בחוק.
2. **המזונות לא מוגבלים בזמן**. זו לא תקופת התאוששות. עד שתמות או עד שתתחתן מחדש.
3. **תלוי באשמה**- אם הגבר אשם בגירושין הוא ישלם מזונות. אם האישה הייתה אשמה אין מזונות. אם שניהם אשמים לא מאפשרים מראש להתגרש.

**אין חופש חוזים בתקופה הזו**. **החוק מגדרי**- במהלך הנישואין הגבר צריך לפרנס את המשפחה; יש לו פריבילגיה לקבוע איפה המשפחה תגור. פס"ד גרהם- בהסכם קדם נישואים יש אישה עצמאית שאומרת לבעל שהיא לא צריכה שהוא יפרנס אותה אבל היא תקבע איפה לגור. ביהמ"ש אומר שזה נוגד את תקנת הציבור [כלומר **דיני משפחה הם קוגנטים** ולא דיספוזיטיביים]. **עד 1960-70 יש דוקטרינה של תקנת הציבור שלפעמים ניתן להתערב בחופש החוזים, אבל השופטים חוששים ממנה**. שופט שאומר "תקנת הציבור היא סוס פרא שצריך להיזהר ממנו", בדיני משפחה אותה מערכת משפט שמתייחסת לתקנת הציבור כסוס פרא, אומרת שזה "סוס פוני". כן משתמשים בתקנת הציבור.

**איך יש מערכת שקוראת לנישואין כחוזה ולא מתייחסת אליו לפי דיני חוזים?** פס"ד אמריקאי [**מיינרס נ' היל**] מפורסם שהגיע לביהמ"ש העליון הפדרלי- שני בני הזוג רוצים להתגרש והשופט אומר להם שצריך עילת גירושין. הם שואלים אותו איך יכול להיות שנישואים זה חוזה אבל שני הצדדים לא יכולים להשתחרר מחוזה. ביהמ"ש עונה- נכון שנישואים הם כמו חוזה, אבל זה **חוזה מיוחד עם 3 צדדים ולא שניים- שני בני הזוג והמדינה**.

**קלווין**- מכריז שיש גירושין. יש לו בית דין בג'נבה. מתייחס גם כחוזה. **חידוש פרוטסטנטי שנישואים זה לא מוסד שמימי אלא מוסד ארצי**. אבל יש דיני גירושין מאוד נוקשים. שם **הוא אמר שיש 3 שותפים לחוזה- בני הזוג והאל**. 400 שנה אח"כ ביהמ"ש בארה"ב נשאר במטאפורה של 3 שותפים, אבל זה שני בני הזוג והמדינה.

**קוד ההפעלה של דיני המשפחה המסורתיים האזרחיים בארה"ב, אנגליה ורוב העולם המערבי עד העשורים האחרונים של המאה ה-20 מבוססים על 3 עקרונות שילוו אותנו בקורס:**

1. **עקרון ציבורי**- **משתקף ברעיון של 3 שותפים להסכם**. בניגוד להסכם מסחרי רגיל, שזה רק עסק של שני אנשים שעורכים את ההסכם, זה משהו פרטי [הסדרה פרטית]. **נישואין** לא יכול להיות הסדרה פרטית כי זה מוסד ציבורי. **יש בו אינטרסים ציבוריים מעבר לאינטרסים של בני הזוג עצמם**. יש פה **מוסד ציבורי כללי**. תפיסת עומק שהולכת רחוק בהיסטוריה. היררכיה עולמית- המלך שולט במדינה; הבעל שולט במשפחה. **שיבוש ההיררכיה הביתית עלול לגרום לאיום/שיבוש הסדר הציבורי**.

פס"ד באנגליה- **יציבות הנישואין היא ערך כולל**, ולא ניתן להסתכל רק על הזוג עכשיו שסובל יחד.

התפיסה הציבורית משתקפת גם בתחומים אחרים- **הבחנה בין נשואים לידועים בציבור**. ב-1960 בניו יורק שני בני זוג שלא נשואים עושים הסכם ובו כותבים שלא מתחתנים אבל הם לוקחים על עצמם מחויבות כנשואים. ביהמ"ש אמר שלא מכבד את ההסכם כי הוא סותר את תקנת הציבור. זה יאיים על מוסד הנישואים אם הוא יאשר את זה. חשוב שמערכת זוגית תתנהל בנישואין. **ערך ציבורי גובר על אינטרס פרטי**.

* **דיני הגירושין יוצרים קודקס לאיך צריך להתנהל בחיי הנישואין**.

**בקנדה**: אחת עילות האשמה של גבר לגבי גירושין- לא מפרנס את הבית; אשמת האישה- הזניחה את הבית, הילדים. מבינים מכך את החובות במהלך הנישואין.

**בישראל**: אחת מעילות הגירושין שמשפיעה מאוד- **"מורד/ת"= סירוב לקיים יחסי אישות**. אם גבר יאמר שלאישה לא מגיע מזונות כי היא מורדת, האישה תאמר שהם קיימו יחסי מין לפני חודשיים. ואז ביה"ד יצטרך לקבוע כללים משפטיים לגבי התדירות הנכונה של יחסי מין. מנסים להכתיב מהי הדרך הראויה; זה מגביל את התנהגות הפרטים.

* **תפיסה ציבורית של המשפחה- המשפחה היא מוסד שיש לו חשיבות גדולה לציבור, משקף ערכים קולקטיביים והאינטרסים הללו מצדיקים הסדרה וחריגה מהסכמות בין אנשים**.

**לדוגמה:** **ביגמיה**- עבירה פלילית בהרבה מקומות. גם אם זו לא עבירה, הדרישה לנישואים היא שהאדם פנוי. למה רוב שיטות המשפט לא יסכימו לזה? יש השקפת עולם ערכית שנישואין זה 2 ואת ההשקפה הזו מנחילים לציבור.

**לדוגמה:** **הורים וילדים**- **בני זוג מאותו מין**. 2 אימהות. אישה שקיבלה תרומת זרע ויש לה בת זוג. כל אחת מהן הרתה מתורם אחר והן עשו פרוצדורה שנקראת **"צו הורות"**- כל אחת הכירה בשנייה כהורה של הילד השני. לאחר מספר שנים הן נפרדות ומגיעות להבנה שכל אחת מקבלת את הילד הביולוגי שלה בלבד. לא רק כמשמורת. מגישות בקשה משותפת לביטול צו הורות. מה יעשו? צריך לבדוק מה טובת הילד. **לדעת שחר**, ערכים שמרניים מצדיקים לכבד צו הורות. אם נדמיין הורות ביולוגית- לא נראה לנו הגיוני להפריד את ההורות, להפריד ילד מהוריו. **יש אתוס חברתי שאומר שהורות היא בלתי הדירה**. ביהמ"ש כאילו ליברל, אבל הוא לא מבין את ההורות כמוסד חברתי בכך שהוא מבטל צו הורות. הוא אומר שהורות לא ביולוגית היא לא באמת הורות. **דווקא תפיסה חוזית לכאורה היא פרודית**. אין להתעלם מההיבט המוסדי של המשפחה. אם רוצים להשריש מסר שאין דבר כזה הורות הפיכה, ביהמ"ש לא יכול לקבל ביטול צו הורות.

תפיסה ציבורית= המשפחה היא לא רק יחידה פרטית, אלא יש אינטרסים וערכים ציבוריים. נורמות מעבר לפרטים עצמם.

1. **תפיסה יחידתית**- **יחידה משפחתית**. **העולם הליברלי הוא עולם של תערובות**. **לדוגמה:** דיני עבודה- הולכים לעבודה אבל כל אחד יכול להחליט שהוא יכול לסיים את העבודה.

* **העולם הליברלי מאמין שהאדם הוא לא חלק מקבוצה תמידית**. הוא יכול להיות באופן נקודתי חלק מקבוצה. יש זכות לפרק שותפות, לעזוב אנשים, לצאת מהארץ.
* **העולם המסורתי**- **זה עולם של קבוצות**. יש אחוזות ומקבלים מעמד כחלק מאותה אחוזה.

במאה ה-19 מתפרק העולם הפאודלי. בכל תחום חיים אחר חושבים על יחידים כשחקני המפתח. **בדיני משפחה שומרים על תפיסת היחידה**. העובדה שלא ניתן להתגרש כזכות יסודית, אלא צריך סיבה, יש תפיסה עמוקה שגם בעולם אזרחי יש פה משהו יחידתי. גם אחרי הגירושין אני חייב מזונות עד סוף החיים= גם הגירושין לא מפרידים לחלוטין את הקשר.

עד 1970 בני זוג לא יכלו לתבוע זה את זה בנישואין. **פס"ד בלפור**- חוזה במשפחה, המשפחה הוא המקום ששלוחי המלך אינם נכנסים. הייתה הבטחה לגבי חיי הנישואין וזה הפוך מהדין הדתי. בדין הדתי אמרנו שיש חובת מזונות ובדין האזרחי יש חובת מזונות אבל לא מתערבים אם זה לא קורה. **משפחה היא סוג של אוטונומיה**.

**המשפחה היא יחידה ולא רק אוסף של יחידים**. לכן קשה להתגרש וגם כשמגרשים לא מתגרשים עד הסוף. יש אוטונומיה יחידתית שהיא על חשבון האוטונומיה של היחיד. לא ניתן לתבוע בן זוג כי יש מעין יחידה אוטונומית. **לדוגמה:** דיני ראיות- אדם לא יכול להעיד כנגד בן זוגו. לא רוצים לפגוע בהרמוניה משפחתית יחידתית.

1. **מערכת מונחית מגדר**- כללים של "אבא ואמא", "בעל ואשה". התפתחות מעניינת- בשלבים מסוימים החוק דיבר בצורה היררכית. קודקסים של תחילת המאה ה-19. החוק הגדיר את הבעל כראש המשפחה. **תפיסה היררכית**. לעומת זאת במאה ה-19-20 בעולם האנגלו-אמריקאי לא תהיה תפיסה היררכית אלא **תפיסה של מתחמים שונים**. הטענה שיש תפקידים שונים לגבר ולאישה. גבר תפקידו לפרנס, הוא יותר מתאים לשוק החופשי, טבע שונה. חובתו לפרנס ולכן גם ינהל את הרכוש המשפחתי. לאישה יש פריווילגיות בתא המשפחתי. **לדוגמה:** חזקת הגיל הרך- בסכסוך משמורת האמא מקבלת את הילדים.

תפיסה של תפקידים שונים ומתחמים שונים, אבל עדיין מערכת שתלוית מגדר- חובת הבעל, חובת האישה, חובת האם והאב וכו'.

בעוד שדיני משפחה מוגדרים כענף אזרחי [לפעמים אף משתמשים במטאפורה חוזית עוד בתחילת המאה ה-19] קוד הפעולה המנחה אותה שונה לגמרי מדיני חוזים ומשקף תפיסה ציבורית [הפוך מפרטי], יחידתית [הפוכה מיחידים], מונחית מגדר.

בעשורים האחרונים של המאה ה-20 יש מהפך והמערכת כבר לא משקפת את הערכים של פעם.

**שיעור 5- 10/03/22**

בשיעור הקודם, הכרנו את ההתפתחות של דיני המשפחה האזרחיים בעולם המערבי מהמאה ה-19 שנמשכה לאורך רוב המאה ה-20. הופתענו לגלות שבניגוד לציפייה שהייתה לנו בראש שברגע שיוכרז שהנישואין והגירושין הם לא עניין דתי, אלא עניין אזרחי-חילוני [כפי שאכן הכריזו במדינות האלה], ציפינו שזה יתנהל בצורה ליברלית לפי ערכים של חופש ואוטונומיה אישית, זה בפועל מתנהל בצורה שונה מהקודים האזרחיים. זה בולט בעיקר בדיני הגירושין. העובדה ששני צדדים לא יכולים להתגרש בהסכמה; עדיין יש הלמוני- מזונות אחרי פרידה; יש תלות במונח האשמה- דרך אינטנסיבית של המשפט לסמל איך צריך להתנהג בנישואין [המשפט אומר שצריך להתנהג בדרך X ומי שלא נוהג כך הוא לא בסדר].

רמה גבוהה יותר של הפשטה: **את המערכת של דיני המשפחה המסורתיים ניתן לאפיין ב-3 תפיסות יסוד:**

1. **ציבורי**- הנישואים הם לא רק הסדר פרטי בין בני הזוג, אלא זה משהו שמייצג אינטרסים של החברה ביציבות, סדר ציבורי, מנגנונים סוציאליים, וגם סוג של מערכת ערכים שאינה דתית אך משדרת מערכת ערכים מוסרית כללית.
2. **היחידתי**- (**unit**)- החיים הם תרכובת ולא תערובת. בני אדם, לפחות באינטראקציות מסוימות כמו משפחה, לא ניתן לפרק. זה משהו שקשה להפריד גם אם זה אפשרי. הפירוד לא תמיד יהיה סופי [המזונות ממשיכים הלאה].
3. **תלוי מגדר**- מערכת שחושבת במונחים של "אבא ואמא" ולא מונחים של הורים, ומונחים "בעל ואישה" ולא בני זוג. ניואנס היררכי כמו בקוד הפרוסי שהאבא הוא ראש המשפחה. ניואנסים של מתחמי חיים שונים עם הבחנות בין כל אחד מהם.

**דוגמאות:** האשמה נכנס לעניין הציבורי; לא ניתן להעיד נגד משפחה-יחידתי; נוסחים שונים בחוק-מגדר.

**בשנות ה-80 של המאה ה-20, בתקופה קצרה מתחוללת מהפכה משמעותית מאוד בכל העולם המערבי בכללים של דיני משפחה**. נתחיל עם הרמה המשפטית ואח"כ ננסה להכליל את מה שקורה לתפיסות יסוד. נבין מה הקיים משקף. נתחיל בעובדות מה משתנה תכלס במשפט ואיך השינוי הזה במשפט משקף עלייה של גישה מתחרה.

**1970-1980 ונמשכים עמוק למאה ה-21**-

**דיני גירושין**: ממחישים יפה את השינוי. דיברנו שהמערכת היא מערכת שתלויה לגמרי באשמה, שלא ניתן להתגרש אם לא מזהים אחד אשם ושני לא אשם. **המערכת עברה למודל- גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה**. מסלקים מהתמונה את העניין ששני בני זוג לא יכולים להחליט להתגרש. מכניסים לדיני הגירושין **כלל שאומר שהסכמה כן תהווה עילת גירושין**. מה שלנו נראה טריוויאלי קורה אצלם בשלבים **ובעקיפין**. הם עשו **עילה חדשה שנקראת** **"התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר"**. בשלב ראשון המחשבה הייתה שביהמ"ש צריך לבדוק האם הקשר התמוטט באופן בלתי הפיך. מדינת קליפורניה אמרה שאם שני הצדדים רוצים להתגרש הרי שהקשר התמוטט באופן בלתי הפיך. היותר שמרניים התעקשו שאכן תהיה בדיקה; אבל מהר מאוד בתי המשפט הפכו את הכלל הזה שיאפשר גירושין בהסכמה, מתוך הנחת עבודה שהסכמת בני הזוג יכולה להיות אינדיקציה לקיומה של עילת גירושין זו.

היהודים והמוסלמים מכירים את זה גם מהדין הדתי- הסכמה יכולה להוות עילת גירושין. בנצרות זה היה דרמטי כי לא הייתה עילת הסכמה כשלעצמה כעילת גירושין.

השלב הבא- גם ביוזמה **חד צדדית** אפשר להשיג את הגירושין. הרצון של צד להתגרש הוא כשלעצמו מספיק להשיג את הגירושין ולא חייב הסכמה. **זה לא קורה באופן ישיר בכל המדינות**. בחלק מהמדינות ממש אומרים את זה; **ברוב המדינות זה קורה בעקיפין- יוסיפו עילת גירושין של פרידה לתקופת זמן מסוימת**= פרידה לא חייב הסכמת בן זוג, אלא אחד מהם יכול פשוט לעזוב את הבית. התוצאה היא שממעשה חד צדדי של פרידה תתהווה עילת גירושין. **לחילופין, התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר- יגדילו את החזקה**- אם חשבו עד כה שהסכמה מעידה על התמוטטות, יגידו שאם אחד מבני הזוג אומר באופן נחוש וממושך שלא רוצה להיות עם השני יותר זה מעיד על התמוטטות בלתי הפיכה. העילה הייתה מאוד רחבה ומאפשרת גירושין ביוזמה חד צדדית.

**לא כל התהליכים האלה קורים בכל המדינות, באותה עוצמה**. רעיון ההסכמה מושרש כעילת גירושין, אבל השאלה בכמה זמן אפשר להשיג גירושין ללא הסכמת הצד השני שונה בין המדינות- יהיו מדינות שההליך יהיה מהיר ומנגד הליך מאוד ממושך וקשה.

**הבדל נוסף**- האם העילות / הטכניקות של "פרידה" או "הצהרה שרוצה ללכת" הן **תחליף לעילות הקודמות או בנוסף?** **מצד אחד**, מדינות כמו שבדיה וקליפורניה אומרות שלא מעניין מי בגד במי ומי לא היה בסדר. צריך להשתמש בעילות החדשות. מחקו את העילות התלויות באשמה. **מנגד**, יש מדינות שבשיטות המשפט שלהן יש גם עילות אשמה וגם עילות חדשות [מאפשרות להוכיח אשמה, אך גם נותנות חלופה אחרת].

גם אם לא לכל המדינות יש את המאפיינים: הסכמה, יוזמה חד צדדית, אשמה לא כפרמטר 🡨 **לשם זה היה נראה שזה הולך**. ההבדלים בין המדינות: חלק הלכו לכיוון הזה מהר וחלק לאט [כך זה היה נראה בשלב הזה של ההיסטוריה]. **כיום, נוכל לדעת האם אכן לשם כל המדינות הלכו**.

הליך מהיר אבל לא עד כדי כך מהיר- אם היו ילדים בסיפור לקח זמן נניח שנה לפירוק הקשר.

**בחלק מהמקומות מוצג יותר כסיפור פרקטי**- בן אדם שלא רוצה לחיות עם בן זוגו, הוא ייפרד וילך מהבית. אם ביהמ"ש לא יכול לתת תרופה ללב שבור ולהחזיר את היחסים- מה זה יעזור לשמר את ה"קליפה", את הרישום בתעודת הזהות. סוג אחד של טיעונים. **מצד שני, טיעונים יותר ערכיים**- לא ניתן להגיד לבן אדם שרוצה ללכת- לא. לא יכול להגיד לבן אדם איזה התנהגויות שלו הן בסדר בנישואים ואיזה לא בסדר.

**שינויים נוספים בעולם**- **המזונות אחרי הגירושין- הלמוני**: 3 תכונות- מגדר, אשמה, זמן. רק על בסיס מגדר, בזמן מאוד ממושך, תלוי אשמה. שלושת המאפיינים הללו משתנים. לא אוהבים יותר הלמוני אחרי הגירושין. **התפיסה הכללית היא "פרידה חדה"**. הרעיון הוא לנסות לנתק את הקשר בצורה חדה, **למעט הילדים**. השאיפה היא להתנתק. יש **מושג חדש שנקרא "מזונות משקמים" שיש לו 3 תכונות הפוכות ממזונות הלמוני**:

1. **לא תלוי במגדר**. ב-95% מהמקרים גברים ישלמו לנשים מכורח המציאות, אך עדיין יש חשיבות שהחוק מדגיש שעקרונית זה יכול להיות שונה- לפי מי היה תלוי כלכלית במי.
2. **משך הזמן- "משקם"**= אם אחד מבני הזוג היה תלוי כלכלית בשני [לא הייתה לו דירה, לא עבד] ניתן זמן התאוששות מסוים עד שיוכל לחזור להיות אדם שדואג לעצמו.
3. **לא תלוי באשמה**- הבסיס הוא תלות, ולא האשמה [בטח לא אשמה מינית] תכריע אם יש מזונות.

**שינוי משמעותי נוסף- דיני נישואין**: הגבלות מסורתיות על יכולת להתחתן יורדות, הבולטת מכולם על בני זוג מאותו מין. הנושא משתנה באופן דרמטי.

ב-96' יש מדינה אחת בארה"ב שיש בה **נישואים של בני זוג מאותו מין** שנקראת **הוואי**. בארה"ב יש כללים מאוד מרחיבים של הכרה בסטטוס שניתן במדינה אחרת [כלל פדראלי]. אם מישהו התחתן במדינה א' לא יוכל לא להיחשב כנשוי במדינה ב'. מתעורר חשש בכל יתר המדינות השמרניות, שהן יאלצו להכיר בנישואים חד מיניים. **נחקק חוק פדרלי** [הנשיא קלינטון- דמוקרט] **שאומר שלמרות הכללים הרגילים המחייבים כל מדינה להכיר בנישואים שקורים במדינה אחרת, מאפשרים להגן על חוק הנישואים במדינות**. כל מדינה תוכל להגיד בנושא הזה של בני זוג מאותו מין שזה שהוואי מאפשרים להכיר בזה, לא אומר שהם צריכים. זה חוק שעובר במשפט דמוקרטי.

**כעבור שנים, היום ברוב המדינות בארה"ב יש חוק שמאפשר הכרת נישואים חד מיניים**. עבור מדינות שמרניות שלא מאפשרות זאת, **ביהמ"ש הפדרלי אמר שאיסור כזה לא חוקתי**.

**מה קרה פה? 3 תהליכים:**

1. **הפרטה [ציבורי 🡨 הסדר פרטי]**- **מעבר מנישואים כמוסד ציבורי להסדר פרטי**. אם הנישואים הוא הסדר פרטי, מתממש מה שחשבנו כשאמרו **שהנישואים הם ככל חוזה אחר**. מקיימים את ההבטחה שהובטחה. **לדוגמה:** כחלק מחופש החוזים גם לבני זוג מאותו מין יש את אותה זכות להתקשרות בחוזה הנישואין. לגבי גירושין, מופרך לחשוב שההסכמה של צדדים לחוזה לא תאפשר להם לסיים את החוזה. שיקולי אשמה הם דרך של המדינה לשלוט בך ואיך להתנהג- **עולם שאשמה לא משפיעה על הגירושין וגם לא משפיעה ברוב המדינות על התוצאות הכלכליות של הגירושין** [מודל טכני של חלוקת רכוש- מחצית הרכוש בלי קשר איך הסתיים ואיך התנהגת]- הסרת האשמה היא טכניקה שאומרת שזה עסק פרטי ולא מתערבים בעניין הזה.

גם בתפיסה המוסרית קשה כחברה להגדיר איך נכון או לא נכון להתנהג. אינטרסים- להגיד לזוג להישאר ביחד בשל אינטרס הציבור, זה לא נכון. היחסים חשובים לרגש, לאינטימיות. לא יעבוד איתם כוח. **הפרטה מאפשרת להסביר את עניין ההסכמה של שני הצדדים**.

1. **אינדיבידואליזציה [יחידתי 🡨 אוסף של יחידים]**- מיחידה לאוסף של יחידים. מתרכובת לתערובת. הטענה היא אותה חשיבה שמכירים אותה **בעולם הליברלי** בהרבה תחומים: זכות שותף לפרק שותפות, זכות לצאת מהמדינה וכו'. **מאפשרים להחדיר את זה ליחסים הזוגיים [להורים וילדים עדיין לא]**.

**לדוגמה:** אם מאוד חשוב לצד אחד לפרק זוגיות- כל צד יכול לסיים את הנישואין ולא יוגדר כמפר. זה כמו חוזה שיש בו אופציית סיום בהודעה סבירה מראש. מסביר את הרעיון שמזונות זה חריג. המגמה שאם גומרים- כל צד יוכל ללכת.

1. **מהפכה שוויונית [תלוי מגדר🡨 עיוורת מגדר]**- ממערכת תלוית מגדר עוברים למערכת עיוורת מגדר. לכן ברוב המדינות החוק לא ידבר על "בעל ואישה" אלא על **בני זוג**; הוא לא ידבר על "אבא ואמא" אלא על **ההורים**.

אם היינו מעבירים את השיעור **ב-2005 התפיסה היותר מקובלת הייתה לתאר את זה כמהלך כמעט ליניארי**. כאילו 3 המהלכים האלה לא מבטאים מתח בין הגישות, אלא שהעולם הולך מגישה ציבורית לפרטית, מגישה יחידתית לגישת יחידים, ממערכת תלוית מגדר למערכת עיוורת מגדר. **אך,** **בשלב מסוים מתחילה להיות מהפכה נגדית או לפחות מחשבה מחדש**.

* האם רוצים להגיד שבהורים וילדים יש רק גישה פרטית ומקסימום להכניס עקרון של טובת הילד? האם אין אינטרס ציבורי במוסד ההורות?
* בני זוג מאותו מין- גישה פרטית: למה לא ביגמיה? אפשר לענות ולומר שביגמיה עקרונית היא לא בעיה, אבל יש לנו הנחה אמפירית שאחד הצדדים לא באמת הסכים.

**יש תפיסה של איך זה צריך להיות**. נניח תומכים בנישואים של בני זוג מאותו מין. לא מתוך גישה פרטית שהמדינה "תצא מהצלחת".

**אם רוצים לקחת עד הסוף את הגישות הללו**: **למה בכלל שיהיה מוסד שנקרא נישואין?** או לחילופין שיתנו גם לידועים בציבור את הזכויות של נישואין. הטענה היא שיש קטגוריה של נישואים זוגיים, אבל הקטגוריה הזו היא לא פורמלית והיא תוקנה למי שחי ביחד. אבל אם המהלך הוא הפוך- מבקשים מידועים בציבור להתנתק מהגדרה של זוגיות. **אם חלוקת רכוש היא לא קטגוריה זוגית**- **לבן הזוג אין שום טענה**. האם בעולם מודרני אין עניין להסדיר את הקטגוריה של יחסים זוגיים? האם אין אינטרס למדינה לייצר מוסד לאנשים שרוצים זוגיות יציבה ולייצר לו קטגוריה? יש היבטים ציבוריים והיבטים פרטיים לנושא הנישואין. לא רק אחד מהם.

מה באמת מצדיק מבחינת אינטרס המדינה? חלק גדול מהאינטרסים של המדינה בעניין הזוגיות מתקיימים בנישואין בין בני זוג מאותו מין. לכן קשה לומר "אל תתערבו לי". האתגר הגדול הוא להגיד שיש ערכים מודרניים לגבי הנישואים, הם לא דומים לבעבר, יש לעדכן אותם ולבדוק מה הם, אח"כ לבדוק איזה דפוסים משפחתיים מוגנים ואיזה לא.

**בניגוד למה שחושבים אין שיח שמרני אמיתי על משפחה ישראל**. **דוגמה:** הורות. **סיפור הפונדקאות**- היה שלב שהמפלגות הדתיות הסכימו לפונדקאות של אם יחידה והיה שלב שהם אפילו הסכימו לפונדקאות של גבר יחיד, אבל הם לא הסכימו לזוג נשים או זוג גברים.

**מהם ערכי המשפחה?** טובת הילד, יציבות המשפחה, קשרים. -נראה מופרך לאפשר לאמא יחידה כי מכניסים ילד למצב שאין לו 2 הורים; אבל לא מאפשרים להכניס ילד ל2 הורים, שגם אם ייפרדו יישמרו על קשר הורות יציב.

**הצגה יותר נכונה של המצב היא לא חיצים ליניאריים של רעים או טובים**. **אלה 3 מתחים לגבי 3 שאלות יסוד:**

1. **בין גישה ציבורית לגישה פרטית של משפחה**. -באיזה פרטים אני מכניס שיקולים ואינטרסים ציבוריים; באיזה מקרים אני מבין שפירוק משפחה הוא לא כמו פירוק שיתוף במקרקעין.
2. **בין גישה יחידתית לבין אוסף של יחידים**. יכול להיות קשור ליכולת להיפרד; הרמוניה משפחתית.

**דוגמה:** **יחסי רכוש**. נדבר בהמשך הקורס על כך שבעבר כחלק מגישה יחידתית **הייתה דוקטרינה במשפט המקובל שכאשר בני זוג מתחתנים כל הרכוש מתמזג** [unit theory]. מהדהד את התפיסה הנוצרית. **תפיסה יחידתית**. הרכוש המשפחתי מתמזג **אבל הגבר מנהל אותו**. בעולם היררכי- יחידתי הבעל מנהל. בעולם שוויוני: **האלטרנטיבה** הכמעט טבעית לתפיסה שאומרת שהרכוש הוא רכוש משפחתי ומנוהל ע"י הבעל, שיהיה **כלל קנייני של הפרדת רכוש** [יחסי הרכוש הפכו להיות עניין אזרחי]. **בשלב מסוים חלק גדול מהמדינות הרגישו שזה לא עובד ועברו למודל שמה שנצבר בנישואים בכל זאת יהיה משותף [דומה לגישה של יחידה] אבל הם ינהלו את זה יחד- יחידה שוויונית**. לשבור קואליציות.

**במשפט הישראלי** הלכו על המהלך הזה- משותף, אבל מצד שני רצו לשמור על האתוס האינדיבידואליסטי אז הם מצאו רעיון של **שותפות מסחרית**: בני הזוג הם יחידים אבל הם יכולים להיות שותפים. כאשר עושים שותפות עם אדם זר, חשוב לעגן את זה בחוזה. לעומת זאת, **בני זוג כן סומכים אחד על השני**. במשפט הישראלי ההסדר לכאורה יותר לכיוון היחידתי, אבל רצו לחשוב ברטוריקה של יחידים. הסדר שיתופי אבל מגבילים בלוגיקה של אינדיבידואל עסקי- **בתנאים שהניהול יהיה משותף ורק מה שהרווחתם בנישואים עצמם** [רק מה שהשותפות יצרה].

**הבחנה אינדיבידואליסטית בין רכוש השותפות לבין רכוש השותפים** [יכול להיות להם רכוש פרטי].

**פס"ד נפיסי**- השופט חשין כשהוא מסביר את רעיון השותפות הזוגית הוא לא מוכן ללכת לרעיון השותפות המסחרית. הוא מקריא את הפסוק "על כן יעזוב איש את אמו וידבק באשתו ויהפכו לבשר אחד". **רטוריקה יחידתית**. **יש תפיסה עמוקה שבני הזוג הם יחידה**. האם זו סתם רטוריקה פיוטית?

**פס"ד הדרי ואבולוב**- אצל חשין לזוגות מסוימים **אחרי X שנים שנשואים**, אין את ההבחנה הזו. בשותפות מסחרית רק מה שעשו בשותפות בגדר הרכוש משותף, אבל **בנישואים כלל הרכוש יהיה משותף גם מלפני השותפות**.

1. **בין גישה תלוית מגדר לבין גישה עיוורת מגדר**- עד כמה אני מסתכל על העולם וחושב שגברים ונשים אמורים להיות שוויוניים ולכן המערכת צריכה להיות עיוורת מגדר, לעומת עד כמה אני אסתכל על העולם שיש פערים כלכליים, תרבותיים, פערים בציפיות. אם אני אתעלם מהם האם הם יובילו אותי למערכות יותר צודקות?

**לדוגמה:** **חזקת הגיל הרך**= טובת הילד עד גיל מסוים להיות אצל האם. מבקשים להילחם בזה ולהפוך כברירת מחדל משמורת משותפת.

צריך לשים לב בטיעונים שלנו- הבנת מחלוקות במשפט הישראלי ומה ראוי; להבין את הקרבות שיש לנו:

**ציבורי**  **הסדר פרטי**.

**יחידתי** **אוסף של יחידים**.

**תלוית מגדר** **עיוורת מגדר**.

**שלושת המתחים האלו ישרתו אותנו בקורס ב2 דברים:**

1. **מאבק דתי-אזרחי**. נגלה שלפחות במבט ראשון, האינטואיציה של בתי המשפט האזרחיים הם לכיוון פרטי, אינדיבידואליסטי ועיוור מגדר. לעומת האינטואיציה של בתי הדין הדתיים לצד השני. זה בהכללה גסה. **המאבק בין בתי המשפט לבתי הדין, ובין בית המשפט לדין הדתי** שאותו הוא אמור להפעיל הוא מאבק שנובע מאינטואיציה של ביהמ"ש שעובדת לפי הכתוב בצד שמאל לעיל [פרטית, אינדיבידואלית ועיוורת מגדר] לעומת האינטואיציה של בתי הדין הדתיים לפי צד ימין שהיא יותר ציבורית, יחידתית, תלוית מגדר.

יש שני גופים שונים במגרש- לכן יש בלאגן. יש **מתח מוסדי** כשיש שני שחקנים. **בישראל המתח הוא מטורף בגלל שזה לא סתם שני שחקנים שרבים על כוח [תפיסה מרקסטיסטית] אלא יש מאבק אידיאולוגי [היסטוריה אינטלקטואלית שמנחה את המאבק]**. בנושא עדין כמו משפחה יש גופים עם תפיסות שונות. **הם צריכים לנהל ביחד את אותה מערכת ולפעמים את אותם אנשים** [אותם בני זוג] והמסרים שניתנים על ידם הם מסרים הפוכים. הגרף הזה מסביר את המתחים בין האזרחי לדתי.

1. גם כשננתח מאבקים שונים בדתי-אזרחי, נשים לב שזה יותר מורכב. יש **מאבקים פנימיים באזרחי ודתי** לגבי מה הקואליציות הנכונות, מה נכון לטעון תחת כל קטגוריה. **נניח** אשמה מינית- רעיון לא טוב שביהמ"ש ייכנס למיטה של אנשים. האם חלוקת רכוש צריכה להיות טכנית לגמרי או שכן יש נורמות התנהגות שנתחשב בהן אם מישהו סוטה מהן ולכן נסטה מחלוקת רכוש 50-50? האם התפיסה היא עדיין ציבורית ואומרת איך ראוי להתנהג במשפחה אבל פחות מתייחסת למיניות אלא להגינות בין בני זוג ומשפחה?

**הדגמה למחלוקת: דתי – חילוני**

הליכוד- מפלגה תוססת, דמוקרטית. הפעילויות היו מאוד תוססות. ועידת מדריד- יוזמת שלום מוקדמת. רוה"מ יצחק שמיר מחליט לצאת לוועידת השלום שאליה הוזמן. הוא ימני אבל באופן מפתיע 4 אנשים בליכוד בראשות אריאל שרון אומרים לו לא לצאת כי הוא עלול לעשות וויתורים נוראיים בוועידה. מתכנסת וועידת הליכוד סביב המחלוקת הזו. השיא של הוועידה: בשלב מסוים שמיר חוטף ליו"ר שרון את המיקרופון. **בו זמנית כל אחד הולך לצד אחר של הבמה**. שמיר אומר שהוא מעלה להצבעה לאמון בו- חצי מהאנשים מרימים יד. בצד השני של הבמה אריאל אומר מי בעד לאסור על רוה"מ לנסוע- גם החצי השני מרים את היד. **בו זמנית הם מודיעים בנרגשות על התמיכה המלאה בשניהם [בפועל הם טעו לחשוב]**.

זו מטאפורה לאיך מתנהגת **מערכת המשפט בישראל שמדברת לאותם אנשים ב-2 קולות:** ציבורי, יחידתי ותלוי מגדר לעומת פרטי, יחידים ועיוור מגדר.

המהלך הבא: נדבר על **השופט האזרחי- נראה שיש לו 2 חזיתות: 1) מול הדין הדתי** [לא מול הדיין הדתי] -כי זה נושא שבסמכותו ועליו להפעיל דין דתי. **השופט יצטרך ליישם דין דתי שפועל בהרבה מקרים מול הערכים שלו**. נלמד על דרכי ההתמודדות של השופט האזרחי עם הדין הדתי. אין פה בי"ד רבני או שרעי. זה דין שהוא לא מזדהה איתו ועם האמונות שלו.

**2) מול הדיין הדתי**- יש שחקן נוסף במגרש.

**המשפט הישראלי: ההתמודדות של השופט האזרחי עם הדין הדתי**

הנושא הוא לא המאבק בין ביהמ"ש לבי"ד דתי. השופט הוא שופט אזרחי אבל הוא צריך בזוויות והקשרים שונים להתמודד עם דין דתי. **השאלה מה עושה השופט האזרחי כשהוא מתמודד עם דין דתי?**

**במהלך השנים השופטים האזרחיים מפתחים טכניקות שונות, שמטרתן להתמודד עם הדיסוננס באידיאולוגיות**. **הם אמורים להפעיל דין שתפיסות העולם שלהם מאוד מקשות עליהם להזדהות איתו ולהפעיל אותו**.

נאפיין 4 סוגים של התמודדויות של השופט האזרחי עם הדין הדתי. ההתמודדויות האלה התפתחו לאורך הזמן.

**הטכניקות הנ"ל שונות בכמה דברים**-

1. **רמת הנועזות שלהם** [עד כמה זה יהיה ממש רדיקלי, אקטיביסטי בהתמודדות).
2. **רמת הנגלות- האם מדובר בטכניקה גלויה** [טכניקה על השולחן- יגידו שהם עושים ככה] **לעומת טכניקות סמויות** [נראה שהם מיישמים דין דתי, ורק כשנהיה מאוד חשדנים נגלה שהם מתמודדים איתו].

**טכניקה 1: הפרדה בין פרוצדורה לבין מהות**

גם כאשר המחוקק מצווה את ביהמ"ש להפעיל דין דתי, **ביהמ"ש אמור להפעיל את הדין הדתי המהותי**. אבל **הפרוצדורה- סדרי דין, ראיות ומשפט בינלאומי [כללי ברירת דין]**, גם כאשר הדין הוא דתי, אומרים **ש"הדין הולך אחר הדיין"**. זה הדדי- גם בביה"ד דתי יגידו שאפשר להפעיל סדרי דין דתיים. **ביהמ"ש העליון קבע שבימ"ש אזרחי תמיד יפעיל פרוצדורה אזרחית**. זה לא מרגש כי בד"כ מה שיפריע לשופט האזרחי בדין הדתי היא לא הפרוצדורה אלא המהות. לא פותר את הבעיות שבאמת קשות לשופט האזרחי. אבל נגלה שפרוצדורה היא לא רק פרוצדורה והיא יכולה להשיג תוצאות מהותיות. נגלה את זה לגבי **שאלה מעניינת**: **נישואים מחוץ לישראל**. נושא הנישואין הוא נושא של דין דתי. הוא מחדד בצורה חזקה את המתח בין העקרונות האזרחיים לבין הדין הדתי. עקרונות אזרחיים מדגישים את חופש הפרט, העובדה שאדם בגיר יכול לבחור עם מי הוא רוצה להתחתן ואיך יתחתן. לעומת זאת, בדין הדתי יש הרבה מגבלות על כשירות לנישואין שנובעות מסיבות דתיות או ציבוריות. **למשל:** יהודי לא יכול להתחתן עם לא-יהודי. כל הדתות לא מאפשרות נישואים מעורבים ולא מכירים בהם, ביהדות עד שלא תהיה התגיירות. **ההצדקה הציבורית עומדת מול הרצון של הזוג הפרטי להתחתן**. יש שופט שאמון על תפיסות אזרחיות ויש לו בעיה קשה כאשר החוק אומר לו לא להכיר בזה, בטח כשבעולם מכירים בזה ואילו בישראל שהנישואין לפי דין דתי לא יוכרו. כנ"ל כהן וגרושה שלא יכולים להתחתן.

צורת הנישואין- ברוב הדתות טקס הנישואין הוא לא ניטרלי, אלא טקס מגדרי. ביהדות הבעל נותן את הטבעת לאישה. לכן **יש גם מתח בעניין המגדרי**.

חוק שהמסר שלו ציבורי- בנושא הכי אישי אומרים מה לעשות מטעמים דתיים ולאומיים. לבין תפיסה שאומרת שזה הנושא הכי פרטי שיכול להיות. ביהמ"ש לא יכול לשנות את החוק ולא יכול לשנות חוקה כי יש סעיף שמירת דינים בחוקה. אבל כאן נכנס לתמונה הנושא של נישואים אזרחיים למחוץ לישראל. לכאורה זה לא עוזר כי כאשר הם חוזרים לארץ וירצו לקבל זכויות כנשואים, ביהמ"ש האזרחי עדיין יצטרך להפעיל דין דתי.

**ביהמ"ש האזרחי עובד ב-2 שיטות, שמיישמות את ההבחנה בין הפרוצדורה למהות:**

1. צריך להפעיל דין דתי כאשר הנישואים בישראל. אבל אם הנישואים היו בחו"ל נכנס **משפט בינלאומי פרטי**-**איך שיטת המשפט צריכה להתייחס לאירוע שקרה במדינה אחרת?** כך יכירו בחלק מהנישואים האזרחיים. **ביהמ"ש האזרחי מצליח לייצר תוצאה מהותית באמצעות הפרוצדורה**. אבל המשב"ל הפרטי מורכב ולא תמיד יעזור ועל רקע זה המשפט הישראלי פיתח טכניקה יותר מרשימה.
2. **הבחנה בין רישום הנישואים לבין השאלה מי נשוי**. **לדוגמה:** יהודי ולא-יהודייה התחתנו בגרמניה. מבקשים מהפקיד שירשום אותם כנשואים. הפקיד אומר שהוא לא יכול לרשום אותם כי בישראל הנישואין ע"פ דין דתי ולא מאפשרים נישואין ללא יהודי. **פס"ד פונק שלזינגר**- לא ביקשו מהרשם להגיד האם הם נשואים. כדי לרשום אדם כנשוי- לא צריך לדעת האם הוא נשוי. השאלה אם אדם הוא נשוי זה דין מהותי. השאלה מי רשום כנשוי- זו שאלה פרוצדורלית לגמרי. **קשור לדיני מרשם אוכלוסין**. יש כלל שמקורו בדיני ראיות שהוא כלל אזרחי ושמו **"כלל התעודה הזרה"**, לפיו אם מציגים תעודה שנראית ממדינה מתוקנת [כמו גרמניה], בתעודה כתוב שהם התחתנו וזה לא נראה מזויף - צריך להסתמך עליה ולצורך המרשם ניתן להתייחס לתוכנה כאמיתי. לכן על הפקיד לעשות פעולה טכנית ולא לחשוב על המהות. **ביהמ"ש אומר שהרישום הוא רק סטטיסטי** כדי לדעת כמה אנשים נשואים בישראל ואין לזה שום מהות, אלא רק פרוצדורלי. אבל בפועל- כאשר בני זוג רוצים **לקבל משכנתא** ויהיה כתוב בחוק או בתקנות שהמשכנתא היא רק למי שנשוי, הם יראו תעודת זהות ולא יבקשו מהם להראות כתובה. אז לכן זה מעורר בעיה. **גם בחוק ביטוח לאומי, לאחת מות אחד מבני הזוג, יבקשו קצבת שאירים** 🡨 בודקים את תעודת הזהות שאכן הם נשואים. לא בודקים כתובה. **כל הרשויות מתייחסות לרישום הזה כנישואים לכל דבר**. פס"ד בן ארי- ברק יישם את הרעיון של פונק שלזינגר על בני זוג מאותו מין.

תחת מעטה של כיבוד המהות של הדין הדתי, סך הכל מלבישים עליו כללים פרוצדורליים: משב"ל פרטי או דיני מרשם אוכלוסין 🡨 משתמשים בכללי הפרוצדורה במוטיבציה מסוימת 🡨 מקבלים תוצאה שקרובה לתוצאה שהמשפט האזרחי רצה. **למשל:** הכרה בנישואים של יהודי ולא יהודייה.

שימוש בטכניקות פרוצדורליות כדי להשיג תוצאה מהותית.

**טכניקה 2: בחירה בתוך מתחם פרשנויות מהותיות בדין הדתי, את הפרשנות של הדין הדתי שיותר מתאימה למשפט האזרחי**

מערכות דינים דתיות הן הרבה פחות מונוליטיות ממה שנראה ממבט ראשון. בניגוד למחשבה שיש כלל דתי שכל בני דת מסוימת מצייתים לו וזה אותו כלל, כולם יודעים שיש זרמים ותפיסות שונות ופסיקות שונות. יש סוג של בלאגן- יש מי שרואים אותו כגנאי, תקלה בגלל הגלות; ויש מי שרואים בזה שבח, היהדות פלורליסטית למעשה.

**העמדות הדתיות השונות הן לא רק בנושאים של מצוות, אלא גם איך מפרשים את הדין הדתי**.

**בדין הדתי היהודי אין מושג של תקדים מחייב**. בניגוד לדין מחייב [חוק ופסקי דין של העליון המחייבים], בדין הדתי יש **פסיקות למקרים קונקרטיים**. ניתן לפסוק שונה במקרים הבאים- כי זה בהתאם לאיך שהדיין מבין את הדברים.

כשבימ"ש אזרחי צריך להפעיל דין דתי מהותי- אם יש כמה דעות איזה דין מהותי יבחר? הוא יכול לגלות 2 גישות בהלכה והוא יבחר את זו שיותר מתאימה לתפיסות האזרחיות שלו [ולאו דווקא שמתאימה לתפיסה המקורית]. אם יש דעה קונבנציונלית, ויש דעה חדשה או דעה שנזנחה ומאוד עוזרת לו- נגלה שבימה"ש האזרחי יעדיף דעה פחות מקובלת מזו שבבתי הדין הדתיים ולא בגלל שהוא למד את הסוגייה וחשב שהיא צודקת יותר, אלא כי היא מאוד התאימה לענפים האזרחיים.

**3 דוגמאות**: 2 שלא מודים שעשו את זה 1 שמודה שעשו את זה-

1. **מדור ספציפי**- אחד הדברים שגבר חייב לאישה הוא מזונות אישה. בניגוד לעולם האנגלו-אמריקאי שלא מתערב בנישואין ורק בסיומם מתערב- רק אחרי הנישואין חייבים מזונות; בדין הדתי זה הפוך**, כאשר אדם נישא לאישה הוא חייב לזון אותה במהלך הנישואין**. **חובת מזונות כוללת בין היתר את החובה לדאוג למקום מגורים**. חלק מהחובה שהמדור יהיה נורמלי- **"מדור שקט"**.

אחת מהשאלות ההלכתיות המעניינות **האם חובת המדור היא חובה למדור ספציפי או חובה למדור כללי?**

**חובת מדור ספציפי**= בני זוג גרים בבית מסוים, מגדלים בו את ילדיהם. הבעל עזב את הבית כי נמאס לו מהאישה או הילדים / מצא בת זוג אחרת. [אם האישה לא הייתה בסדר היא מפסידה את המזונות, אבל אם הבעל לא היה בסדר לאישה מגיע מזונות]. אם הדירה רק שלו הוא יכול לבקש ממנה להסתלק; אם הדירה של שניהם הוא יכול לבקש שהם יפרקו את השיתוף וימכרו את הדירה. בכסף הזה יקנו דירות אחרות וכו'. האישה טוענת שהבעל עזב וזכות המדור קובעת שלא סתם יהיה לה מלון. **חלק מאיכות המדור היא שאם הבעל עזב ללא סיבה, האישה יכולה להמשיך לגור בדירה המסוימת הזו**. כולם מסכימים שיש חובת הבעל לדאוג למדור- השאלה היא האם למדור כללי או מדור ספציפי? אם יש ילדים יש גם עניין של טובת הילד.

**שלב קבלת המדור יכול להיות מאוד ארוך**- יכול להיות שאחרי שהאישה תקבל את הדירה הספציפית, היא לא תרצה להתגרש. אין לה תמריץ להתגרש – אם היא לא רוצה להתחתן שוב. **אם האישה יודעת שכאשר היא מתגרשת היא צריכה לעזוב את הדירה 🡨 יכול להיות שההחלטה שלה להתגרש תושפע מכך**.

**2 גישות בדין הדתי**:**1)גישה דומיננטית**- שמדור האישה הוא **מדור ספציפי** לאישה הטובה שלא בגללה הקשר נותק. הבעל עזב את הדירה והוא מבקש שהיא תלך [דירה שלו מלפני הנישואין- שתלך; דירה של שניהם-שימכרו את הדירה ויתחלקו בכסף]. \*היום יש מעט שינוי בגישה אבל זו הגישה הדומיננטית. **2) גישה של חלק מבתי הדין- מדור כללי**.

**פרשת כליפה נ' גולד**- ביהמ"ש העליון בוחן סוגיה שיש להפעיל עליה את הדין הדתי. הוא לא אוהב את הרעיון של מדור ספציפי ובוחר בגישה של מדור כללי. **מגיע למסקנה שהפרשנות הנכונה של הדין הדתי היא שצריך ללכת על מדור כללי**. סיבות: **1) זכות קניין**- רק של הבעל אם רשום על שמו, של שניהם אם שניהם רשומים. האישה משתמשת לבד, **אם נאפשר מדור ספציפי לא נאפשר לבעל להשתמש בקניין שלו**. **2) רוצים לאפשר לאנשים להתפרק מתוך גישה אינדיבידואלית**- אם לא נאפשר פירוק זה יותר גישה יחידתית. **3)** אם אומרים לאישה שהדירה שלה כל עוד היא לא התגרשה, **מתמרצים אישה לסרב להתגרש** [גישה יחידתית ולא אוסף של יחידים].

לכן פרופ' ליפשיץ חושד שההכרעה הזו של גישת המיעוט הדתית עוזרת מאוד לגבש פן מסוים של חשיבה אזרחית [בשיעור הבא נראה שאולי זו לא גישה אזרחית נכונה וראויה].

הדגשת זכויות קניין ופירוק ולאו דווקא מתוך למידה של הפסוקים, הפרשנות וחשיבה אחרת על הסוגייה.

1. **מזונות אישה- שאלת קיזוז פוטנציאל השתכרות**- הכלל הבסיסי בדיני מזונות הוא שהבעל חייב במזונות אשתו, אבל בתמורה לכך האישה צריכה להעביר לו את מעשי ידיה [את מה שהיא עובדת]. כך אומרת ההלכה. זו פריבילגיה של האישה- האישה יכולה לומר שהיא לא רוצה מזונות ואז לא מעבירה [משאירה אצלה את המשכורת שלה]. אם האישה מרוויחה פחות מהגבר והצרכים שלה גבוהים מהמשכורת שלה, אז שווה לה לבקש מהבעל לדאוג לפרנסה שלה בתמורה לכך שהיא תיתן את המשכורת שלה. עושים קיזוז. נניח צרכים 8000, משכורת של האישה 5000. הבעל חייב במזונות אשתו [8000], כנגד זה מקזזים את המשכורת שלה [5000]. אם המשכורת שלה גבוהה מהצרכים היא יכולה לבקש שלא יזון אותה.

**מה קורה אם יש צרכים של 8000 והיא לא עובדת?** הבעל יכול לומר לה תלכי לעבוד ואם את לא עובדת את מפסידה את המזונות בהתאם לפוטנציאל ההשתכרות של האישה [צריך להוכיח שאכן היא יכלה לעבוד ולקבל משכורת מסוימת, נניח 6000].

הדעה של ביה"ד הרבני היא שמקזזים רק השתכרות בפועל ולא פוטנציאל השתכרות. אם היא מרוויחה נקזז ואם היא לא מרוויחה לא נוכל לומר שיש הכנסה רעיונית. זו **הגישה המקובלת** בבתי הדין הרבניים במשך שנים וגם הגישה המקובלת בבית המשפט האזרחי.

דיין אחד, **הרב שאר ישוב הכהן ז"ל**, מחדש חידוש לפיו סוג מסוים של עבודות כן ניתן לצפות מנשים לעבוד. לא נוכל לקזז פוטנציאל השתכרות בהייטק אבל כן אפשר לקזז השתכרות של מורה, מזכירה וכו'. שוביניסטי. זו **עמדת יחיד בבתי הדין הרבניים**.

מגיעים שני מקרים לבימ"ש אזרחי- פדן ובייקל.

**פס"ד בייקל**- **אישה מפסיקה לעבוד לאור הסכסוך**. כן עבדה קודם. היום מבלה את עיקר עיסוקה בספורט. **השופטת במחוזי מגלה את פסה"ד של שופט המיעוט ומקזזת את פוטנציאל ההשתכרות** [לפי מה שעבדה קודם].

**פס"ד פדן**- מדובר על סטודנטית שהספיקה במהלך נישואיה להתחתן, להיות בהיריון מתקדם ולהתגרש. היא הייתה סטודנטית במקצוע לא מבוקש (שאח"כ לא ירוצו אחריה בשוק העבודה). **בזמן שפוסקים לה מזונות אישה, מקזזים את הפוטנציאל ההשתכרות מרגע שהיא תסיים ללמוד**.

**דין ראוי?** במבט ראשון מבחינה אזרחית אפשר להצדיק את זה, רעיון של שוויון, כמו שהגבר עובד גם האישה צריכה לעבוד. אבל מנקודת מבט אזרחית- **בניגוד לגב' בייקל שיש לה יכולת הכנסה מוכחת, גב' פדן הולכת להיות אם חד הורית ללא הכנסה קודמת וללא מקצוע מבוקש**. האם היא באמת יכולה למצוא עבודה בשנים הבאות? לחילופין, אם האישה רוצה שלא לעבוד ב2-3 השנים הראשונות של הילד- המשפט אומר בעצם לאישה שזו בחירה לא לגיטימית. **ביהמ"ש הלך לפי אינטואיציה אזרחית מסוימת מאוד ולפיה פירש את הדין הדתי**. יש פה 2 שאלות- האם לגיטימי להפעיל אינטואיציה אזרחית כאשר אתה מפעיל דין דתי, והאם הפעלת אינטואיציה אזרחית נכונה? ביהמ"ש בחר באפשרות לקזז פוטנציאל השתכרות ולא רק השתכרות בפועל.

**ב-2 הדוגמאות האלה ביהמ"ש לא אמר שכך נראה לו נכון מבחינה אזרחית**. **הוא התבסס על מקור בדין הדתי שאותו הוא העדיף**. לא מודים שזה מה שהם עושים.

1. **חלוקת אחריות שווה למזונות ילדים**- **הלכת 1919/15-** הופכת מטכניקה סמויה לטכניקה שביהמ"ש שם אותה על השולחן.

בדין הדתי המקורי אבות היו צריכים לזון את ילדיהם רק עד גיל 6. זו הייתה חובה מוחלטת שלהם, לא משנה אם האמא הייתה עשירה והאב עני. לאחר מכן הותקנו תקנות [נדון בהרחבה בהמשך], היו התפתחויות היסטוריות, תקנת הרבנות הראשית שהייתה בימי המנדט- לפיה האב צריך להמשיך לזון את הילד עד גיל 15 ואח"כ תוקן ל-18.

נשאלה השאלה **האם תקנת הרבנות הראשית ממשיכה את הדין המקורי, שהאב חייב לזון את זה כחיוב מרכזי** **שקיים גם אם הוא עני והאישה עשירה?**

**פרשנות 1: שינוי הגיל אבל לא שינוי מהות החיוב**- התוצאה קשה במשפחות שוויוניות- האב והאם מרוויחים אותו דבר- הבעל יהיה חייב להיות החייב היחיד למזונות ילדים.

**פרשנות 2:** לפיה התקנה אמנם הגדילה את הגיל, אבל היא גם אמרה **שבגיל המבוגר הוא "דין צדקה"**- לא וולונטרי אלא נותנים את זה **לפי יכולות כלכליות**. החל מגיל 6 האב והאם חייבים לפי היכולות הכלכליות שלהם.

עד לפני 3-4 שנים, כמעט כל בתי הדין הרבניים וביהמ"ש האזרחיים פסקו לפי האפשרות הראשונה- תקנת הרבנות הראשית שינתה את הגיל אבל לא את אופי החיוב. המשמעות קשה לגברים במשפחות שוויוניות. לא יהיה קשה במשפחות שעובדות לפי העולם המסורתי- הגבר עובד והאישה לא. רק מסכום בסיס מסוים. אם הילד רוצה אקסטרות זה מתחלק בין האב והאם.

הנושא הזה יצר הרבה כעסים בגלל התחושה הצודקת של גברים שזה חוסר צדק. מקרים שההכנסה שווה ואפילו יותר; מקרים בהם הגברים היו במשמורת משותפת- אז מחצית מהזמן הילדים היו עם הגבר.

**הלכת 1919**- ביהמ"ש העליון צריך לפרש מה הפרשנות האזרחית של הדין הדתי. בחלק מבתי הדין הדתיים הייתה דעת מיעוט לא מספיק גלויה שאמרה שהחל מגיל 6 המזונות הם שוויוניים. **השופט פוגלמן** אומר שיש 2 גישות דתיות, הוא לא משחק אותה ואומר שהוא קרא את המקורות. הוא אומר שהשובר-שוויון שלו בין הגישות השונות הוא שובר שוויון אזרחי: עקרון השוויון, לפיו לא יכול להיות שגבר שמרוויח כמו האישה ישלם את כל המזונות. לכן **טכניקה 2 הפכה להיות רשמית, גלויה ולא סמויה**.

**לסיכום**- דיברנו על הגדרת הבעיה: שופטים אזרחיים עם אינטואיציה- פרטי, יחידים, לא מגדרי. הם צריכים ליישם דין דתי שהרבה פעמים הקודים שלו: ציבורי, יחידתי, מגדרי. ראינו 2 טכניקות שמנסות להתמודד עם זה:

1. שימוש בטכניקות פרוצדורליות כדי להשיג תוצאה מהותית.
2. ניצול הרב-גוניות של הדין הדתי ובחירה בגישה שמתאימה יותר לאינטואיציה האזרחית. ראינו 3 דוגמאות: מדור ספציפי; קיזוז פוטנציאל השתכרות; מזונות ילדים.

* **לקרוא לשיעור הבא**-

**התמודדות השופט עם הדין**: טביב נ' טביב, פלונית נ' פלוני. אלה פסה"ד הכי חשובים בנושא של טכניקה 3 ו-4 בנושא התמודדות עם הדין.

**התמודדות עם הדיין**- בג"ץ בית דין רבני נתניה + לב נ' לב.

לשיעור אחריו: בבלי נ' בבלי + אקנין.

-רשימה מעודכנת נשלחה במייל.

**שיעור 6- 15/03/22**

בשיעורים הקודמים: המבוא על המשפט הישראלי- מנק' מבט של השופט האזרחי יש 2 סוגים של מתחים: **1)השופט האזרחי מתמודד מול הדין הדתי**. בא עם DNA של המשפט הישראלי הרגיל, צבע יותר מערבי- ליברלי. במונחים שדיברנו מזדהה עם הגישה הפרטית, האינדיווידואלית וגישה עיוורת מגדר. הוא צריך ליישם דין דתי, שבהרבה מקרים יש לו צבע שמדגיש עיקרון ציבורי- לאומי, יחידתי, תלוי מגדר. עקרון החשוב יותר מרצונות בני הזוג עצמם; שלמות המשפחה גוברת על רצונות של יחידים [יחידתי], תפקידים שונים לגברים ונשים. מה יעשה שופט אזרחי שצריך ליישם דין דתי? **2)יש 2 שחקנים על המגרש**- זה לא רק ביהמ"ש האזרחי על המגרש, אלא גם בית דין דתי.

התחלנו לדון במתח הראשון. **מה האסטרטגיות שהשופט האזרחי נוקט בהן:**

1. **הפרדה בין פרוצדורה לבין מהות**- השופט האזרחי מפעיל דין דתי מהותי אבל את הפרוצדורה לוקח מהמשפט האזרחי. ברוב המקרים מה שמפריע הוא לכאורה הדין המהותי; אבל ראינו שהפרוצדורה יכולה להשיג תוצאות מהותיות.

**לדוגמה: נישואים אזרחיים כתחליף נישואים**-

1. כללי משב"ל פרטי אזרחי. הדין הדתי חל כאשר הנישואים בארץ.
2. הבחנה בין השאלה מי נשוי [שאלת דין דתי] לבין השאלה מי רשום כנשוי [דיני מרשם אוכלוסין].
3. הדין הדתי לא תמיד אחיד, **בדין הדתי המהותי יש כמה קולות**. השופט האזרחי יבחר את הקול או הגרסה של הדין הדתי שיותר מתאימה לדין האזרחי. הטכניקה לפעמים בין השורות [מתחת לשולחן] ולפעמים רשמית [על השולחן].
4. **מדור ספציפי**- 2 פרשנויות בדין הדתי לגבי "מדור". עמדה די אחידה בבתי הדין- מדור ספציפי. ביהמ"ש האזרחי תופס בעמדת המיעוט של מדור לא ספציפי. מדור ספציפי מסכל את זכות הקניין של הבעלים והורס את הסעד של פירוק שיתוף שביהמ"ש אוהב. מהווה תחליף לפירוק יחסים. **פירוק שיתוף בדירת מגורים מקדם לתוצאה של גירושים**- לא גרים יחד, כל אחד מקבל את החלק שלו מבחינה כלכלית- **לעומת מדור ספציפי**. בשנים האחרונות ביה"ד גם התחיל להתלהב מהרעיון של מדור לא ספציפי- ביה"ד נהיה יותר ליברלי מאשר בעבר.
5. **קיזוז פוטנציאל השתכרות של אישה**. לאישה יש אופציה לקבל מזונות אישה בתמורה למשכורת שלה. האם מקזזים רק משכורת בפועל או גם קיזוז של פוט' השתכרות. העמדה הקונבנציונלית בבתי הדין- רק עבודה בפועל. היה חידוש של הרב שאר ישוב ז"ל לגבי עבודות שאישה יכולה לעשות. ראינו שביהמ"ש השתמש בעמדה של הרב שאר יישוב בפס"ד פדן ופס"ד בייקל.

**האם מבחינה אזרחית ביהמ"ש באמת צדק במה שהוא עשה?** עשינו הבחנה בין הסיפור של בייקל [בני זוג מנישואים שניים, אין ילד משותף, האישה מפסיקה לעבוד בשל הגירושין] שם אולי לגיטימי מה שעשה ביהמ"ש האזרחי. לעומת, גב' פדן שאין לה מקצוע שאוטומטית מוצאים בו עבודה. האם ניתן להניח אמפירית שהיא תעבוד; האם ברור שהיא תמצא עבודה וכבר מקזזים על החשבון; האם לגיטימי לדרוש זאת ממנה? אולי לא מכבדים בחירה של אישה שרוצה להישאר בשנים הראשונות עם הילד.

1. **מזונות ילדים**- יש עוול גדול כלפי גברים. בהלכה העמדה הקונבנציונלית הייתה שאת הצרכים הבסיסיים של הילדים רק הגבר יכול לספק. מעבר לכך, הולכים לפי יכולת כלכלית. זה התאים לעולם שגברים מרוויחים יותר, אבל היום יש מקרים שגברים מרוויחים קצת יותר או דומה לנשים. לא שוויוני.

הפרשנות הקונבנציונלית של הדין הדתי הייתה שהכלל (לפיו את הצרכים ההכרחיים רק האב משלם) נכון לא רק לגבי הילדים עד גיל 6 [חיוב מקורי] אלא גם לגבי הרחבת החיוב לגילאים 15 ואח"כ 18- התכונה המקורית של החיוב נותרה אותו דבר. הצרכים ההכרחיים רק על האבא. לעומת זאת, הייתה גישה אחרת פחות פופולרית בבתי הדין [בזמן האחרון הפכה ליותר פופולרית]. כאשר הרחיבו את החובה לאב, הרחיבו אותה כדין צדקה. מגיל 6 אין הבחנה בין צרכים הכרחיים לצרכים לא הכרחיים. מהשקל הראשון זה לפי היכולת הכלכלית של בני הזוג, בלי קשר ליכולת הכלכלית. **השופט פוגלמן** אומר **במפורש** שהוא עושה זאת לא בגלל שזו הפרשנות הנכונה לסוגיה אלא זה מתאים לעקרונות אזרחיים של טובת ילד. הטכניקה ה-2 "יצאה מהארון", ביהמ"ש שם את זה על השולחן.

**טכניקה 3:** יותר רדיקלית- **פרשנות מניפולטיבית של הדין הדתי**, ולפעמים קריאה של הדין הדתי במשקפיים אזרחיות.

בעוד שבטכניקה 2 דיברנו על מצבים בהם יש 2 עמדות בדין הדתי ופשוט בחרו 1 מהן, בטכניקה 3 ביהמ"ש האזרחי מייצר את הרושם שהוא מיישם את הדין הדתי, אבל כשקוראים טוב רואים שהוא עשה **מניפולציה- טעויות ביישום** או **הלבשה על הדין הדתי סברות שנשמעות הגיוניות אך לא קיימות בדין הדתי והן אזרחיות**.

מה שיעזור לנו להבין זאת לעומק זה **מזונות אישה**.

רקע: מזונות אישה אחד מהדברים שהבעל חייב לאשתו במסגרת הנישואים **עד הגט**, לא אחרי הגט. [לא קשור למזונות ילדים].

מבנה אנליטי- האישה תובעת מזונות והתביעה היא לפי הצרכים שלה. **הכלל הוא: עולה עמו ואינה יורדת עמו**. גם אם הוא בא מבית עני והיא מבית עשיר: הוא צריך להתאמץ. כנ"ל אם הוא עשיר והיא ענייה- היא יכולה לבקש יותר כי התרגלה לאכול טוב.

לבעל הנתבע במזונות יש 2 סוגים בסיסיים של הגנות-

**1. לא מגיע לך מזונות בגלל דברים שקשורים להתנהגותך** [יכולים להיות קשורים במיניות, התנהגות לא צנועה, עזיבת בית בלי סיבה מוצדקת וכו']. מן כללי אשמה- תפיסה שאומרת איך את אמורה להתנהג ואם את לא מתנהגת כך לא מגיע לך המזונות. -זה לא מקטין את חובת המזונות, אלא **היא לא תקבל בכלל**.

**2.קיזוזים בעד המזונות**- מגיע לך מזונות אבל בעד המזונות את צריכה לתת את השכר שלך, או פירות הון מנכסייך.

**צק ליסט שאלה במזונות אישה**:

* לבדוק האם נשואים?
* לבדוק את היקף התביעה- עולה עמה ואינה יורדת עמו.
* טענות הגנה של הבעל:
* טענת פטור [התנהגויות האישה].
* טענות קיזוז [מגיע מזונות אבל צריך לקזז].
* האישה תענה על הטענות האלה- תנסה להכחיש או תסביר את התנהגותה- עזבה את הבית כי הביא את אמא שלו; מכה אותה וכו'.

**עקרון ההדדיות**- אם הבעל מצא ראיות שאשתו בגדה בו, אבל מתברר שגם הוא לא נקי, הוא גם עושה דברים לא פחות רעים ולפעמים אותם הדברים. **האם אדם שהוא בעצמו בוגד יכול להשתמש בתור טענת הגנה שהאישה בגדה?** כן. **אין הדדיות בהלכה**. הדין הדתי קובע טענות הגנה שמתייחסות למיניות ואשמה אבל הוא מפעיל אותן חד צדדית. כלומר, בדין הדתי העובדה שהבעל עצמו לא מתנהג יפה לא חוסמת אותו מלטעון את הטענות האלה- להשתמש באותן התנהגויות כלפי האישה. **במשקפיים אזרחיות מודרניות זה בעייתי**.

מזונות אישה- נושא שיכול להיות בבית הדין או בביהמ"ש, אבל יש להפעיל **דין דתי**. שופט אזרחי צריך להפעיל דין מזונות דתי שמאוד מטריד אותו בכל מיני היבטים: 1. עצם טענת ההגנה המתבססת על מיניות והתנהגות [היא כשלעצמה לא באה לו טוב]. רעיון של פולשנות, להביא חוקר פרטי. לעומת המשפט האזרחי- "גירושין ללא אשמה". נניח יחסי רכוש לא אמורים להיות מושפעים מבגידה, לא שומעים את החוקר הפרטי. אבל במזונות שמפעילים דין דתי כן שומעים את החוקר הפרטי.

בעל בוגד יכול להיבנות על בגידת האישה 🡨 מרגיז את השופט האזרחי. לכאורה זה מה שיש.

**פס"ד טביב**-**השופט ברק**: לביה"ד לא הייתה סמכות לדון במזונות; אבל במסגרת תביעת הגירושין ביה"ד פסק שהיה **מעשה כיעור** [מדרגה 3 מתחת לבגידה]. חוקר פרטי צילם את האישה עם גבר אחר בפארק מתנשקים. ברק מתפתל. מנקודת מבט אזרחית הוא אמור לפסוק- הוא מחזיר את התיק לביהמ"ש כדי שיתחשב בממצא העובדתי של ביה"ד.

**שמגר**- **כמה מהלכים שבמסגרתם שמגר מנסה לצמצם את האפקטים השליליים של הדין הדתי**.

1. **קריאה שגויה של הדין הדתי**. **פס"ד פרידמן**- טייס שלא היה נאמן לאשתו במהלך הנישואים. בשלב מסוים הם נפרדים והאישה מגישה תביעת מזונות. הבעל מביא לעדות את רב הבסיס. מסתבר שבשלב מסוים האישה שפכה בפני הרב את הבגידות הרבות של הבעל כלפיה והיא גם סיפרה לו שפעם אחת היא בגדה. הרב, מבחינה הלכתית, כאשר האישה בגדה בבעלה אסור לבעל לסלוח על זה. הרב מספר את זה בביהמ"ש. הטייס שמח כי זה אמור לתת לו פטור ממזונות. למרות שהבעל "לא טמן ידו בצלחת"- הוא היה בוגדני הרבה יותר והרבה קודם. יש תחושה מאוד צורמת. שמגר מבין שהוא צריך להפעיל דין דתי. שמגר מפנה אל **שרשבסקי-דיני משפחה**, **ספר שמסכם את הדין הדתי**. בפרק מסוים כתוב שאם אישה טוענת שהיא בגדה בבעלה ואין עדות חיצונית, אלא רק מה שאמרה, לא מאמינים לה. שמגר מתלהב. הרב לא ראה את זה, מתבססים על הסיפור של האישה ולכן לא מאפשרים לשלול מזונות. **הוא עשה שימוש בפרוצדורה דתית**. **אבל הבעיה היא שהוא משתמש בפרק שעוסק בדיני גירושין, בעניין של בעיית סרבנות גט**. בהלכה צריך הסכמת הבעל או עילת גירושין. כל אישה תמציא שהיא בגדה ואז הבעל יצטרך לתת גט, ולכן על הנושא הזה ההלכה קבעה כלל שבנושא גירושין לא נאמין לאישה שהיא בגדה. לעומת זאת בתביעה כלכלית כמו מזונות, יש עניין של תביעת בעל דין- אחת ההוכחות החזקות היא ההודאה של האישה עצמה. **לא שוללים את מה שהאישה אומרת על כך שבגדה לעניין המזונות**.

**בעצם שמגר יישם דין דתי שגוי, שתואם את התפיסה האזרחית**. לא היה ניתן לערער עליו- דיון בביהמ"ש העליון ושמגר בתור נשיא. הוא שוגה ביישום הדין הדתי ומגיע לתוצאה האזרחית אליה הוא רוצה להגיע.

**במונחים של הכוונת התנהגות זה בעייתי**- מה יקרה במקרה הבא אם ישתמשו בזה בערכאות נמוכות יותר ואז יטענו שזה מהפרק הלא נכון. האם גם שמגר טעה? בעיה.

**יש לאסטרטגיה הזו מחירים: יושר אינטלקטואלי; פוגע ביכולת להשתמש בזה כתקדים**.

**פס"ד פרידמן**- במקרה הספציפי הזה האישה תקבל מזונות למרות שע"פ הדין הדתי באמת היא לא הייתה אמורה לקבל מזונות.

1. לוקחים דין דתי מהמקום הנכון אבל עליו מיישמים סברה אזרחית. לא אומרים במפורש שזו סברה שלא חלק מהדין הדתי. נשאר בעמימות. בתוצאה- **מפעילים את הדין הדתי בכפוף לסברה/צורת חשיבה אזרחית**.
2. **כלל של הדדיות: פס"ד כהן**- **שמגר**- תביעת מזונות של אישה מבעל. הבעל הביא חוקר פרטי- רואים בגידה. האישה גרה די בגלוי עם גבר זר בשנתיים הקודמות לפני התביעה. אבל מי שעזב קודם את הדירה וגר בגלוי עם אישה זרה הוא הבעל שעושה זאת כבר 5 שנים. האישה מגישה תביעת מזונות, הבעל בכתב ההגנה מראה את התמונות, האישה אומרת שהבעל בעצמו עושה זאת. אבל **בדין הדתי אין כלל של הדדיות**. **הבגידה היא טענת הגנה מוחלטת**. למרות זאת, שמגר עושה מן **עיקרון השתקי**- לא הגיוני שאתה תובע את אשתך שעושה זאת שנתיים בזמן שאתה עושה את זה במשך 5 שנים. זו סברה שנשמעת הגיונית אך היא לא חלק מהדין הדתי. **הקורא התמים מתרשם שיישמו דין דתי ולא שם לב שעשו משהו מהפכני**. **התחילו בדין דתי ולא סיימו בו**. רוקנו את הדין הדתי מהתכנים עצמם.

**רות הלפרין קדרי** חשפה את המהלכים האלה של שמגר במאמר שלה. היא ראתה 5-6 מקרים ששמגר השתמש בטכניקות האלה.

**אקטיביזם שיפוטי**- טכניקה שאומרת שמבחינה אזרחית, מכוח עקרון של שוויון וזכויות, ברור שביהמ"ש עושה פעולה מאוד חיובית. אבל יש תחושה לא נעימה שלכאורה הוא חורג ממה שהחוק הסמיך אותו לעשות. מה הלגיטימציה של ביהמ"ש להכריע כך. גם אם הוא צודק במהות, האם לגיטימי שמישהו יעשה את הפעולה הזו בבימ"ש כשהמחוקק אומר אחרת? מעין תפיסה שמותר לביהמ"ש לעשות הכל.

**חשיבה מנק' מבט אזרחית-ליברלית:** **האם כ"כ ברור שבמקרים שביהמ"ש מכניס עקרון הדדיות במקום שאינו קיים הוא עשה פעולה נכונה?** ממבט ראשון, פעולה טובה ומוצדקת. כלל שוויוני ולא כלל שמתייחס לבגידת האישה כחמורה יותר מבגידת הבעל. אבל, מזונות הם **סעד זמני של מצב חירום**- סכסוך בין בני זוג. תלויים כלכלית אחד בשני. אבל בכל פסקי הדין שדיברנו עליהם, **נגלה שמדובר בתקופת מזונות מאוד** **ממושכת**. למשל פס"ד כהן כבר 5 שנים שהזוג פרוד. בני הזוג פרודים לזמן רב והמזונות מאוד משמעותיים.

בדין הדתי ראינו שאם 2 בני הזוג רוצים להתגרש, הם יכולים לעשות זאת. **אם שניהם חיים בנפרד והם לא התגרשו יש 2 אפשרויות**: **אחד הצדדים סרבן גט**- **הבעל או האישה**.

**1)** אם הבעל לא רצה להתגרש [מקרה פרדיגמטי של סרבנות גט והבעל שמעגן את אשתו] מבינים את המוטיבציה של ביהמ"ש האזרחי. מגיע אדם שעוזב את הבית כמו כהן / בוגד שיטתי כמו פרידמן / גם וגם כמו אדון גל -אבל לא מוכן להתגרש. כאשר האישה נשברת ורוצה אינטימיות הוא משתמש בקלף היחיד שיש לה [מזונות=אישה עולה כסף], מחכה לשלב שהאישה לא תפעל לפי הקודים. הוא יהיה סרבן גט ולא צריך לשלם מזונות. במקרה כזה מבינים מדוע מנק' מבט אזרחית חשוב לביהמ"ש שיהיו מזונות. **כלי משמעותי כמעט יחידי להגיד לאדם שהוא סרבן גט – שהוא לא יכול לחיות עם בת זוג חדשה ובנוסף לא לשלם מזונות**. אם הוא לא רוצה לשלם מזונות= תיתן גט.

**2)** אם מדובר במקרה של אדון כהן שעוזב את הבית. הגברת מאוד כועסת. עוברות כמה שנים. אדון כהן לא רוצה לחזור הביתה. גב' כהן תובעת מזונות אבל מתברר שבמקביל גם היא חיה עם גבר זר. מבחינה אזרחית- ברוב הארצות צריך לתת צ'אנס מסוים, אבל אם הקשר מתמוטט [לכל אחד מבני זוג יש זוגיות אחרת=הקשר התמוטט] ההיגיון הוא שיתגרשו. **מנק' מבט אזרחית אין היגיון לתת מזונות**.

* אם הולכים לפי חשיבה אזרחית🡨 לא מגיע לה מזונות, כי לכל אחד מבני הזוג יש בן זוג אחר והקשר התפרק.
* אם הולכים לפי חשיבה דתית 🡨 ביה"ד חייב את האישה לקחת גט. אבל אין לה אינטרס כי היא רוצה מזונות לנצח.

מה ההיגיון שאישה תקבל מזונות מגבר אחד ותמשיך לחיות עם גבר אחר? **נטרלו היבט מסוים של הדין הדתי ולא הגשימו מדיניות אזרחית**.

רות הלפרין-קדרי דיברה על 5-6 מקרים שעשו אסטרטגיה כזו **וברובם האישה הייתה סרבנית גט**. לעיתים ביהמ"ש לא מגשים מדיניות אזרחית נכונה בכלל.

עמדות שונות:

אפשרות 1- תהיה שמרן, תפעיל את הדין הדתי כמו שהוא.

אפשרות 2- תפעיל משפט אזרחי לפי היגיון אזרחי עד הסוף. תפעיל את עיקרון ההדדיות רק כאשר הגבר הוא הסרבן אבל לא להפעילו כאשר האישה סרבנית.

אפשרות 3- שביהמ"ש בחר- אקטיביסט וחרג מהדין הדתי, אבל בפועל פעל ללא הבחנה בשאלת הסרבנות [בעל או אישה] כך שבסופו של דבר הוא לא הגשים מדיניות דתית ולא מדיניות אזרחית.

1. **האם פירוד ממושך כשלעצמו יכול להיות סיבה להפסקת המזונות?**

דיון הלכתי פנימי שנדון **בפס"ד פלולי**- לימוד עצמי לעבודה 2. נצא מנק' הנחה [לא מדויקת] שאם הבעל עזב את האישה מסיבה לא מוצדקת הוא חייב להמשיך לשלם לה מזונות והוא גם לא יכול לצפות ממנה להתגרש- **חרם דרבנו גרשום**. אין טענת הגנה כזו. זה נכון **כאשר האישה רוצה להתגרש**.

**כאשר הבעל רוצה להתגרש** יש נסיבות בהן בעל יכול לגרש את אשתו- העמדה של בית שמאי רק אם יש לאישה בעיית נאמנות [מחמירים עם הבעל]; בית הלל אומרים שהבעל צריך להביא טענה [לא רק מהתחום המיני, אלא גם אם היא רק לא מבשלת טוב]. רבי עקיבא- אפילו אם רק מצא אחרת יפה. **אישה** חייבת סיבה טובה כדי להתגרש אבל גבר לא חייב סיבה טובה, גם אם "מצא אחרת יפה" זו סיבה טובה מספיק. אי שוויוניות.

**בשנת 1000 לספירה** מהלך ליצירת שוויון- חרם שמיוחס לרבנו גרשום באור הגולה. מכונה **חרם דרבנו גרשום**, **אסר על גבר לגרש אישה בעל כורחה**. גם גבר צריך לבוא עם עילת גירושין. גם האיש וגם האישה צריכים להביא סיבה.

**פס"ד פלונית**- מקרה שבעל עזב אישה בלי סיבה מספיקה. עברו 4 שנים. בניגוד לנשים האחרות שעליהן שמענו בסיפורים האחרים שמצאו גברים אחרים, **האישה הזו ישבה בביתה לבדה**. לא עשתה שום דבר רע. בסופו של דבר, **השאלה היא כמה זמן זה לגיטימי מבחינת האישה לסרב להתגרש ולבקש מזונות?** השאלה הזו מגיעה לבימ"ש אזרחי. שופט בימ"ש משפחה ואחריו שופט מחוזי עושים **מהלך דומה לשמגר בפס"ד כהן** הפעם **לטובת הגבר**. האישה תובעת מזונות והשופט האזרחי מנסה להפסיק את המזונות בטענה של חוסר תום לב. לתבוע מזונות ולסרב להתגרש אחרי X שנים של פירוד עולה כדי **חוסר תום לב**. זה לא לגיטימי שמסרבים להתגרש רק כי רוצים מזונות. **זו סברה מעניינת אך היא לא קיימת בדין הדתי**. בדין הדתי- כל עוד מקיימים את הכללים האישה זכאית למזונות.

זה מגיע **לביהמ"ש העליון**- השופטת ברק-ארז והשופט רובינשטיין הם המרכזיים. **השופט רובינשטיין** אמר שזה **לגיטימי במקרה הזה לקרוא את הדין הדתי בכפוף לחובת תום לב** ואימץ את פסק הדין של המחוזי. כלומר אחרי X שנים אפשר להפסיק מזונות. מהלך שהוא המיצוי של שלב 3- מניפולציה על הדין הדתי. יוצא מהדין הדתי אבל מפעיל אותו עם כללים אזרחיים. **השופטת ברק-ארז** אומרת הפוך, אמנם אתה דן במזונות וזה בסמכותך אבל באופן עקיף אתה מכניס סמכות של דיני גירושין. אתה חותר תחת פסה"ד הרבני **ומתוך כבוד בין ערכאות היא פסקה לטובת האישה שמגיע לה מזונות**. **השופט השלישי זילברטל** הסכים עם רובינשטיין אבל הגיע לתוצאה דומה לברק-ארז. **הסיפור פתוח במשפט הישראלי**. לקחו דין דתי ופירשו לפי סברה אזרחית.

**טכניקה 4:** הכי רדיקלי- **זניחה מוחלטת של הדין הדתי ויצירה של משפט אזרחי אלטרנטיבי**

ב-3 כן השתמשו בדין הדתי אבל פירשו לפי עקרונות אזרחיים. בשלב 4 גם בנושא שאמורים להפעיל דין דתי, במקרים קיצוניים ודרמטיים בימ"ש אזרחי שם בצד את הדין הדתי ומייצר משפט אזרחי אלטרנטיבי.

**פס"ד קטינה מוסלמית**- נושא האבהות: ביהדות ונצרות- משפט אזרחי; **מוסלמים- מגדירים מעמד אישי גם כאבהות לפי חוק הפרוצדורה**. במקרה הזה אין לילדה אבא משפטי, למרות שיש לה אבא גנטי. היא מוסלמית. היא תובעת את האב בבימ"ש מוסלמי שלא מכירים בו כאב וגם לא כמי שצריך לשלם מזונות ילדים. **ביה"ד השרעי הרגיש לא בנוח עם הפסיקה שלו**, אך נתן לילדה אפשרות לפנות לבימ"ש אזרחי. הדינמיקה הפנימית מעניינת. הוא לא נתן הכרה במה שביקשה אבל **לא חסם את דרכה לערכאה אחרת**. היא פונה גם לבימ"ש המחוזי.

האם טכניקה 1 יכולה לעזור? לא. הבעיה שלה היא הדין המהותי. הכלל במשפט המוסלמי שאומר שהגדרה של "אבא" זה הבעל של האמא, הוא לא כלל פרוצדורלי.

בדין הדתי היהודי יש משהו דומה. ההגדרה של אבא היא הגדרה ביולוגית לכאורה, אבל אם יש ילד שנולד מחוץ לנישואים והבעל ירצה להוכיח שהוא לא האבא- מצד אחד, לא יעשו לו בדיקת דם כדי שהילד לא יצא "ממזר" מצד שני, יש כלל ראייתי שהוא כן יכול להיות אבא.

**הגדרה מהותית של אבא באסלאם היא לא הגדרה גנטית, אלא "בעל של אמא"**.

אם אמא לא נשואה= אין אבא 🡨 והוא לא ישלם מזונות.

האם טכניקה 2 תעזור? לבחור בין גישות שונות בתוך האסלאם. אבל **אין גישות שונות**. זה מה שהאסלאם אומר.

האם טכניקה 3 תעזור? לא.

**חשין קובע משפט הטבע**. ילד שאין לו אב, חוזרים לביולוגיה. הכלל אומר שלא ניתן להתנער מהקשר הביולוגי- מכוח חוקי היסוד ומשפט הטבע.

אמרו לו ליישם משפט מוסלמי 🡨 לפיו האבא לא אמור לשלם מזונות. הוא לא פירש את הדין המוסלמי, אלא עושה מסלול עוקף. לצד מה שהמחוקק אומר שגברים מוסלמים חייבים במזונות רק לפי דין מוסלמי, יש עקרון-על אלטרנטיבי הוא עקרון של **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו / משפט הטבע**. מתוך עקרון מופשט הוא גוזר חובת מזונות שלא קיימת במשפט הישראלי.

זה **צעד מאוד רדיקלי**. **אך גם המקרה הוא מאוד רדיקלי**- הילדה הייתה יוצאת ללא מזונות ללא אשמתה.

בנוסף, **פס"ד שניתן לקריאת רשות לגבי נישואים אזרחיים**. **השופט ברק** אומר שגם אם הנישואים האזרחיים לא תקפים ואדם לא חייב במזונות, **אדם שהתחתן בנישואים אזרחיים יצר סוג של חוזה ועקרון תום הלב אומר שלא ייתכן שהוא לא ישלם מזונות**. עיקרון כולל= עיקרון תום הלב.

זה המהלך ה-4 הרדיקלי מאוד שבו ביהמ"ש אומר שלצד הדין הדתי, **כאשר נוצר חוסר צדק קיצוני** מייצרים מקור אזרחי שהוא לא חוק קונקרטי [אלא משפט טבע, חו"י כבהא"ח, תום לב] וממנו גוזרים כלל אזרחי אלטרנטיבי.

**שיעור 7- 22/03/22**

בשיעור הקודם סיימנו לדבר על ההתמודדות של השופט האזרחי עם הדין הדתי. כולם היו באולמו של השופט האזרחי. נושאים שבסמכות של בימ"ש אזרחי אבל היה צריך להפעיל לגביהם דין דתי, שיצר דיסוננס בין התפיסות השונות [אזרחי ודתי]. דיברנו על 4 טכניקות להתמודדות.

עם זאת, השופט האזרחי הוא לא השחקן היחידי במגרש. יש גם את בתי הדין הדתיים. יש מקרים מעניינים שיש שיתוף פעולה כמו פרשת פלונית [ילדה מוסלמית]. דינמיקה מעניינת שבית הדין השרעי לא תפס את זה כאיך הבג"ץ מתערב, אלא במידה מסוימת הוא כאילו דחף אותה ללכת לשם. אבל ברוב המקרים יש קרב משמעותי בין המוסדות. חזיתות שונות של מאבק.

**התמודדות עם הדיין**

**4 דפוסי התמודדות במישור המוסדי**- התמודדות עם הדיין.

1. **טכניקה 1- התמודדות במישור הסמכות**- הפתרון של השופט האזרחי מול הדיין הדתי הוא פשוט להוציא אותו מהמגרש כך שלא ידון בנושאים הללו. בנושאים מסוימים לבית הדין הדתי אין סמכות. בנושא הזה עסקנו בהרחבה בכל התרגולים עם הדס.

ביהמ"ש האזרחי בהרבה מקרים, או בג"ץ, **מפרש בצורה מאוד מצומצמת את הסמכויות של בתי הדין הדתיים**. לבג"ץ בהקשר הזה יש 2 תפקידים: 1) קובע את הכללים. 2) אוכף את הכללים אם בתי הדין לא מצייתים ["שוטר"].

אם נסתכל ביושר על חלק מהמקרים נגלה שביהמ"ש האזרחי עושה מהלכים וירטואוזיים כדי לפרש את החוק באופן שמצמצם את סמכות ביה"ד דתי, ואז הוא אמר לו איך אתה לא מציית לכללים. לא המחוקק קובע את הכללים, אלא ביהמ"ש.

**דוגמאות**: האם ניתן לכרוך מזונות ילדים. למדנו על הפסיקה האחרונה שאומרת שאי אפשר לכרוך מזונות ילדים. ס'3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים- נראה מהסעיף שאפשר לכרוך מזונות ילדים, אך ביהמ"ש קבע אחרת. רואים שלמישהו היה חשוב לצמצם את סמכות ביה"ד. השופט הנדל מראה שהרקע ההיסטורי לצמצום הסמכות הוא כי זכויות הילדים אגב הגירושין היו נפגעות. האמא וויתרה על הזכות והיא פועלת כאפוטרופוס של הילד, היא לא יכולה לוותר על הזכויות. אחרי הגט מגיע לו מה שמגיע לו. אבל בתי הדין בד"כ נותנים יותר מזונות וזה מתהפך. לכן ההחלטה הגורפת שאומרת שאסור לכרוך כי לא רוצים סמכויות לביה"ד לא עומדת בקריאה אינטלקטואלית הוגנת של הסעיף.

**דוגמה:** בג"ץ לגבי יהודים ובג"ץ אחר לגבי מוסלמים קבע שאי אפשר לדון בענייני רכוש בהסכמה של בני הזוג. כאן הם קצת יותר צודקים מבחינת הניסוח המשפטי של החוק [לא כתוב שיש סמכות לדון ברכוש בהסכמה]. אבל מצד שני, יש סברה שאם שני הצדדים מסכימים לדון בנושא מסוים שקשור למאטריה אין סיבה שלא. פס"ד פלוני / פס"ד אמיר קובע שאין סמכות לדון ברכוש.

הנקודות החשובות:

1. לביהמ"ש עליון יש 2 תפקידים: קובע את הכללים ומי שאוכף אותם.
2. במסגרת תפקידו כמי שקובע את הכללים- במקרים שיש עמימות וגם בכאלה שאין עמימות, הוא קובע כללים מצמצמים לגבי סמכויות בתי הדין.
3. מכוח **חוק יסוד: השפיטה**, **ס'15(ד)** הוא קובע ששם נאמר במפורש שלמרות שבג"ץ אינו ערכאת הערעור על בית הדין הדתי, יש לו בכובעו כבג"ץ סמכות לתת צווים לביה"ד דתיים כאשר הם דנים בנושא שלא בסמכותם. [ולא בימ"ש עליון בכובעו כבית משפט לערעורים, אלא כבג"ץ]. סמכות להתערב ולמנוע מבתי דין דתיים לעסוק בעניינים שאינם בסמכותם.

* ע"א- ערעור על בימ"ש מחוזי.
* בג"ץ- על בית דין דתי. לרוב עוסקים בסמכות.

**מהי תקיפה עקיפה?**

**נניח** סיטואציה שבה האיש הגיש תביעת גירושין וכרך את ענייני הרכוש. האישה שלא רוצה שביה"ד יעסוק בענייני הרכוש, **תטען שהבעל לא כרך כדין**. ביה"ד קובע שהבעל כרך כמו שצריך. היא מגישה ערעור לביה"ד הגדול, אם הוא דוחה את הערעור היא מגישה תביעה לבג"ץ. **זו תקיפה ישירה**.

**מקרה אחר**- האישה התעלמה מכך שהבעל כרך. היא הגישה תביעה לרכוש בבימ"ש לענייני משפחה. הבעל מגיע ואומר לביהמ"ש למשפחה אל תדון כי כבר הגשתי תביעה לבית הדין וכרכתי כדין וביה"ד תפס את הסמכות. **ביהמ"ש צריך לקבוע אם יש לו סמכות**- הוא צריך לדון- אם בית הדין רכש את הסמכות והכריכה הייתה טובה, יוצא שלביהמ"ש אין סמכות. לעומת זאת, אם הכריכה לא הייתה טובה, ביה"ד לא תפס סמכות וביהמ"ש יכול לדון בנושא.

למרות שבימ"ש למשפחה הוא בהיררכיה יותר נמוכה מביה"ד האזורי הוא סוג של **דן בסמכות ביה"ד וכתוצאה מכך אומר משהו לגבי סמכותו שלו**.

מה קורה אם 2 הערכאות ידונו והתוצאות הפוכות? עיקרון **כבוד בין ערכאות**. מצפים מבימ"ש שאם ביה"ד כבר עסק בנושא, שלא ידון בנושא. יש חריגים- הלכת פלדמן- אם לדעת ביהמ"ש ביה"ד חרג ולא פעל כמו שצריך.

**נניח** שביהמ"ש למשפחה הגיע למסקנה שאין לביה"ד סמכות. הגבר יגיש ערעור למחוזי, נניח שהמחוזי דחה, ואז הוא יגיש תביעה לביהמ"ש העליון. **זו תקיפה עקיפה**.

* **בג"ץ תקיפה ישירה**- כי הוא לא ערכאת ערעור לבית הדין, אלא מצב שאומרים לביה"ד לא לדון.
* **ע"א-ערעור אזרחי- זו תקיפה עקיפה**. בימ"ש למשפחה דן אם יש לו סמכות והוא צריך להחליט באופן עקיף האם לבית הדין הדתי יש סמכות.
* **תקיפה ישירה:** בי"ד אזורי 🡨 בי"ד ארצי גבוה 🡨 בג"ץ.

מקרה שבו האישה כרכה משהו שע"פ פסיקת בג"ץ אסור לכרוך, ביה"ד התעלם מההלכה של בג"ץ. ביה"ד עשה פלפול והסביר למה יש לו סמכות. המקרה מגיע לבג"ץ וידון בקרוב. לדעת פרופ' ליפשיץ בג"ץ יכריע בהתאם להלכה שלו משנים קודמות ולא לפי ביה"ד הדתי.

* **בי"ד אזורי** [הגבר תבע תביעת גירושין וכרך את נושא הרכוש. הכריכה לא נעשתה כדין- לא הזכיר את כל הרכוש, אלא רק את מה שמתאים לו. מראה על חוסר תו"ל] 🡨 האישה טוענת שלביה"ד אין סמכות ובמקביל היא מגישה **לבימ"ש למשפחה** תביעה לחלוקת רכוש 🡨 הגבר טוען שהוא כבר הגיש תביעה בנושא, כרך את נושא הרכוש ועל כן הסמכות של ביה"ד ולא של ביהמ"ש. האישה אומרת בבימ"ש שאין לגבר סמכות כי הוא לא עשה כריכה כדין. כדי שבימ"ש למשפחה ידע אם יש לו סמכות, הוא צריך לדון האם יש לביה"ד סמכות. [לחילופין, בימ"ש למשפחה יכול היה להמתין לראות מה ביה"ד יאמר בדיון ואז יכריע]. כריכה כדין= לביהמ"ש אין סמכות; כריכה לא כדין= לביהמ"ש סמכות.

בעולם מתוקן, אם ביהמ"ש וביה"ד היו מערכות שעובדות בשיתוף פעולה [ולא תחרות] – ביהמ"ש לא היה דן בשאלה אם לביה"ד יש סמכות כדי להחליט אם יש לו סמכות, הוא היה מחכה להכרעה של ביה"ד. אבל בפועל מה שקורה- יש תחרות בין הערכאות. **לפי הלכת פלדמן, מי שיפסוק ראשון מחייב את השני**. אם ביהמ"ש יכריע שהכריכה לא כדין, על ביה"ד לכבד את הערכאה האזרחית.

נוצר מצב מוזר שקראנו לו תקיפה עקיפה. כדי לדעת אם יש לביהמ"ש סמכות הוא צריך לדון בשאלה אם יש לביה"ד סמכות. הערכאה הבאה היא ערעור אזרחי [לא בג"ץ].

**מקרה**: רופא מוסלמי מטייבה נשוי בנישואין אזרחיים לחסרת דת מרוסיה. בשלב מסוים היא עוזבת את הבית ועוברת לגור ברעננה, שולחת את הילדים לגן יהודי. זה מרגיז מאוד את הבעל המוסלמי. הרופא מגיש תביעה למשמורת על הילדים לביה"ד השרעי בטייבה. האישה מגישה תביעה למשמורת הילדים לבימ"ש למשפחה בכפר סבא. הבעל פונה לביהמ"ש בכפר סבא וטוען שאין לו סמכות לדון בנושא. הילד הוא מוסלמי ולכן הסמכות לביה"ד השרעי. מסיבות שונות ביהמ"ש למשפחה דוחה את התביעה- קובע שאין סמכות לביה"ד השרעי אבל יש סמכות לביהמ"ש למשפחה. הוא גם מוציא צו זמני שמורה על משמורת זמנית אצל האישה. הבעל מגיש ערעור לבימ"ש מחוזי, שדוחה את הערעור שלו [הסמכות של בימ"ש למשפחה]. במקביל, התביעה שהוגשה לביה"ד השרעי ממשיכה, נקבע שהמשמורת של הבעל [לא הגיוני שהילדים יגדלו בגן ילדים יהודי ברעננה]. יום אחד האחים של הבעל לוקחים את הילד מהגן בלי תיאום. האמא נכנסת לפאניקה ומגלה מהגננת שהדודים לקחו אותו. היא מגישה תביעה על חטיפה. מראה צו מבימ"ש מחוזי שאומר שהמשמורת של האישה. האבא מראה פס"ד של בית הדין השרעי מטיבה שהמשמורת של האבא ולכן זו לא חטיפה.

**הטעות של האישה- היא לא עשתה תקיפה ישירה, היא הסתפקה בתקיפה העקיפה**. ביהמ"ש למשפחה אמר שיש לו סמכות ולא היה אכפת לה מה קורה בטייבה. האירוניה- אם הבעל היה מגיש ערעור על ביהמ"ש המחוזי, העליון היה דוחה את זה, כאשר זה בכובע של ערעור אזרחי זה לא מחליט על בית דין דתי. רק בג"ץ רלוונטי. **האישה הייתה צריכה לערער לבי"ד גבוה ולאחר מכן לעתור לבג"ץ**.

בפועל- עשו הקפאת מצב וצו עיכוב יציאה מהארץ. האישה הגישה בג"ץ שפסק לטובתה.

זו דוגמה שמראה כמה המצב מסובך ולמה זו טעות לעשות רק תקיפה עקיפה- שעוסקת בשאלה האם לבימ"ש אזרחי מותר לדון. אם רוצים שביה"ד לא ידון חייב לעשות תקיפה ישירה.

**הלכת פלדמן** אומרת לערכאה השנייה לא להתחיל לדון בכל עניין, אלא רק במקרים חריגים. הלכת פלדמן באה אחרי המקרה הזה. היא אמורה לצמצם את הבלאגן. אם כבר ניתנה החלטה צריך לכבד את זה, אלא אם כן יש טעות קיצונית.

**לסיכום טכניקה 1: מאבק בסמכות**. 2 כובעים לביהמ"ש העליון: 1)קובע מראש כללים מצמצמים של סמכויות בי"ד דתי [מזונות ילדים, רכוש בהסכמה]. 2)בכובעו כמפקח על בתי הדין שיקיימו את הכללים שקבע [בעיקר בתקיפה ישירה בזכות סעיף 15(ד) לחו"י השפיטה ולעיתים גם דרך תקיפה עקיפה].

1. **טכניקה 2**- **פיקוח של ביהמ"ש העליון על ההליכים בבתי הדין הדתיים**

הפיקוח על ההליכים מתחלק ל-2: מה שהיה בעבר ומה שקורה היום.

1. **בעבר**- פיקוח מצומצם על ההליכים, למה שנקרא "**כללי הצדק הטבעי**". בגדול נתנו לערכאות הדתיות **"הדין הולך אחר הדיין"**- אתה תבשל בכלים שלך. בית דין דתי יכול לפעול בהתאם לפרוצדורה, דיני ראיות שלו. יתערבו רק במקרים בוטים של הפרת כללי הצדק הטבעי [**קיצור כצ"ט**]. **לדוגמה:** זכות טיעון. **לדוגמה:** **פס"ד אסי** הוכח שלשופט יש קשר עסקי מסוים עם עו"ד של אחד הצדדים. טענו בביה"ד השרעי שאם הוא מודע לקשר הזה ויכול להתגבר עליו, זכותו של הדיין להתגבר עליו. השופט אמר שבמקרה הזה יש חוסר צדק טבעי. אוטונומיה הליכית של בתי הדין הדתיים. החריג במקרים בוטים לפי כללים אוניברסליים [כללי צדק טבעי].
2. **החל משנות ה-90, עם חקיקת חוקי היסוד**- הכפפת ההליכים בבית הדין הרבני **לזכויות יסוד חוקתיות**. למרות שלביה"ד יש אוטונומיה, כאשר ההליכים בביה"ד פוגעים בזכות יסוד חוקתית ההליכים האלה נסוגים.

**דוגמה 1:** **פס"ד לב נ' ביה"ד הרבני**- האישה מגישה תביעה לבי"ד רבני. הגבר תובע לשלום בית, שבסמכות ביה"ד הרבני. במהלך ההליכים לשלום בית נודע לבעל שהאישה מתכננת לפגוש את המאהב מחוץ לישראל. אם האישה מקיימת קשר אינטימי עם בעל אחר – לא יוכלו לעשות שלום בית. **הבעל מבקש סעד זמני- צו עיכוב יציאה מהארץ**. צו זמני=לא יעזור שיפסקו לו שלום בית אם האישה כבר לא נשואה [כי בגדה בו]. לכן הוא מבקש צו זמני שימנע מהאישה לצאת מהארץ. האישה מגישה בג"ץ- מבחינת סמכות יש לביה"ד סמכות, מבחינת כללי צדק טבעי ביה"ד אפשר לה לטעון מה שהיא רוצה, לתת עו"ד. **הטענה של האישה היא שהצו לא עומד במבחן החוקתי של פגיעה בחופש התנועה**. יציאה מהארץ מאוד חשובה. תכלית ראויה. מידתיות- אם האישה רוצה לבגוד, היא יכולה לעשות זאת גם בארץ. עיכוב יציאה מהארץ לא באמת ישיג את המטרה ולכן זה לא עומד במבחן החוקתי.

הפיקוח ההליכי הוא לא רק בכללי צדק טבעי, אלא בישראל יש היררכיה חוקתית וההליכים כפופים לחוקי היסוד. זה היה מאוד מרגש בזמנו 1994.

**דוגמה 2: בג"ץ נתניה**- הבעל מגיש תביעת גירושין נגד אשתו שהיא לא רוצה להתגרש. הוא אמר לה שהוא נוסע לחו"ל לנסיעת עסקים. הוא מגיע הביתה, **מצלם צילומים שהאישה בוגדת בו**. הוא מראה שהיא לא באמת מעוניינת בשלום בית. כאשר הוא רוצה לחשוף את התמונות כדי לבסס את תביעת הגירושין שלו, **אומרת האישה שהתמונות האלה הם פגיעה בפרטיות שלה**.

טענה 1- הבעל טוען שזה הבית שלו, אז איך יש פגיעה בפרטיות ברשות הרבים? האם ניתן לפגוע בפרטיות של אדם בבית משותף? ביהמ"ש אומר כן. **כאשר מצלמים מישהו בדברים אינטימיים בתוך הבית זו פגיעה בפרטיות**.

טענה 2- בחוק הפרטיות יש חריג שמאפשר להשתמש בחומרים שהושגו תוך פגיעה בפרטיות לצרכים מסוימים. הבעל טוען שכדי להוכיח את טענתו הוא צריך להשתמש בתמונות. ביהמ"ש לא משתכנע ואומר לבעל **שעליו להשתמש באמצעים אחרים**.

**לדעת פרופ' ליפשיץ** יש משהו צבוע בפסה"ד. בעולם מתוקן כדי להתגרש לא צריך להראות תמונות. אבל כאשר האיש רוצה להתגרש ואם היה מגיע לביה"ד בלי התמונות- ביה"ד היה אומר לו שלא ניתן להתגרש כי אין עילת גירושין. הבעל היה אומר שיש לו זכות יסוד לסיים יחסים, אבל לא היו פוסקים לטובתו. בג"ץ לא היה מורה לביה"ד לתת גט, לא היה עוזר לו. אז מה החוכמה להיתמם שההליך הוא לא ראוי. אם באמת רוצים לעשות סדר אזרחי, אז תן להתגרש בלי התמונות. אי אפשר העיקר להגיד שצריך לפעול לפי הכללים של ביה"ד כדי להתגרש, ואז לא לאפשר לעשות שימוש בתמונות.

פסק דין שממבט ראשון נראה הוגן, מכניסים זכויות אדם. מצד שני, יש משהו מיתמם בביהמ"ש שאומרים לו שיתסדר בלי זה ולא מבטיחים לעזור לו בדרך אחרת בלי התמונות. לא יאפשרו לו בשם הזכות האזרחית לסיום קשרים להתגרש. ביהמ"ש יוצא לא הגון כלפי הגבר.

**הבעיה**: מה שביהמ"ש אומר- לא מחייב את ביה"ד. נניח השופט ברק אומר שהגבר יכול היה להוכיח מעשה כיעור, אבל מי קבע שביה"ד אכן יקבע שהיה מעשה כיעור ללא התמונות.

**מזכיר את המניפולציות של שמגר**- הפעלת הדין האזרחי בצורה שממבט ראשון נראה צודק והוגן, ואח"כ מגלים שלא כך.

**צריך לשים לב לשני הצדדים של פסק הדין**- יש פעולות שלא עושים "בבית ספרי". ביהמ"ש לא יקבל את התמונות. לא יכשיר פגיעה בפרטיות. אולי זה יוביל את ביה"ד לקבל "מעשה כיעור" אחרת לא יאפשר גט. מצד שני, צריך לחשוב על חשיבה תוצאתנית. על מה קורה בסוף פסוק.

1. **טכניקה 3- הכפפת בתי הדין הדתיים למשפט האזרחי המהותי בכל נושא שאיננו מעמד אישי**
2. **לפני פס"ד בבלי**- **הכלל "הדין הולך אחר הדיין" היה כלל מאוד דרמטי**. הכלל אמר שיש נושאים של מעמד אישי שלגביהם ידונו דין דתי. ענייני רכוש- לא מעמד אישי לכן אמורים לדון בדין אזרחי. אבל אם כרכו את נושא הרכוש והכריכה הייתה כדין, זה בסמכות ביה"ד הדתי ועל כן "הדין הולך אחר הדיין" גם ברמה המהותית, ולא רק בפרוצדורה וסדרי הדין. גם נושא שלא הוגדר במקור כמעמד אישי, אם לביה"ד הדתי יש סמכות חוקית לדון בנושא הזה – לא מצפים מהדיינים הדתיים להפעיל משפט אזרחי אלא רק דין דתי [אפילו בהכשרה שלהם כדיינים הם לא לומדים דין אזרחי- אז גם מוזר לחשוב שהם יעשו זאת].

**הכלל**: גם בנושא אזרחי, כאשר לביה"ד הדתי יש סמכות מותר לו להפעיל דין דתי **למעט מקרים בהם יש הוראת חוק ספציפית שמופנית לביה"ד**. היו 3 הוראות כאלה:

1. **הוראה בחוק יחסי ממון**- אמר במפורש לבתי הדין שיש להפעיל חוק זה.
2. **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות**- **עקרון טובת הילד** מחייב את כל בתי הדין, גם אם יש דת שבה יש כלל גורף שאומר שהאב מקבל את הילד, טובת הילד מנצחת.
3. **חוק שיווי זכויות האישה**- בניגוד לדתות בהן כאשר האישה מתחתנת הבעל מנהל את הרכוש שלה, זה שאישה מתחתנת היא לא מפסידה את הקניינים שלה. מה שהיה שלה או מה שהיא תקבל בעבודה יהיה שלה. **הנישואים לא פוגעים ביכולת האישה להיות בעלים של רכוש**.

3 הוראות חוק שהופנו ישירות לבתי הדין הדתיים ואמרו שלא מעניין אותם מה אומר הדין הדתי, אם הנושא יגיע לביה"ד הדתי יהיה עליהם להפעיל דין אזרחי.

זה היה רלוונטי כי היה כלל של **נכסי מלוג**- בזמן הנישואים מי שמנהל את נכסי האישה הוא הבעל. **אמרו שהכלל הזה לא תקף במשפט כי יש את חוק שיווי זכויות האישה**.

יש הרבה דברים שלגביהם בי"ד דתי **יכול להפעיל דין דתי**: בעיקר **חזקת השיתוף**. עד שחוקקו את חוק יחסי ממון וגם היום לגבי זוגות שהתחתנו לפני 1974- גם אם רכוש מסוים רשום על שם הבעל או רכוש אחר רשום על שם אישה, רכוש שצברו במהלך הנישואים יהיה משותף. נניח הפנסיה. קרן פנסיה רשומה על שמי אבל היא תהיה משותפת.

חוק שיווי זכויות האישה אמר שלא פוגעים בזכויות הקניין של האישה. אם החוק אומר שבגלל שאת אישה לוקחים לך את מה ששלך- לא צריך את פס"ד בבלי בשביל למנוע את הפגיעה. אבל אם יש חוק שאומר שכל אחד הוא בעלים של הרכוש שלו -זה לא סותר את חוק שיווי זכויות אישה.

לפני פס"ד בבלי- אם הפנסיה הייתה נידונה בבימ"ש היא הייתה משותפת, למרות שהיא רשומה רק על שם הבעל. אבל אם היא הייתה נידונה בבית דין רבני היא הייתה נשארת של הבעל. **זה הופך להיות דרמטי**. זה נכון גם על מניות, אופציות, מכונית שרשומה על שמי.

במציאות טיפוסית שבה חלק גדול מהרכוש רשום ע"ש הבעל, השאלה איפה הנושא ידון הפכה להיות קריטית. אם הבעל היה רץ ועושה כריכה מהירה- **ביה"ד היה פועל על פי כלל של הפרדת רכוש** ורכוש שהיה רשום על שמו היה נשאר שלו. אם האישה הייתה רצה ומגישה תביעה **לבימ"ש מחוזי- זה נצבר בנישואים למרות הרישום על הבעל ולכן משותף**.

עד 1995 זו הייתה הפרקטיקה וההלכה הנוהגת- "הדין הולך אחר הדיין". רק לגבי 3 הוראות ספציפיות ביה"ד צריך להפעיל משפט אזרחי, בכל נושא אחר הוא יכול להפעיל את הדין שלו. אם הדין שלו אומר הפרדת רכוש הרי שתהיה הפרדת רכוש.

1. **אחרי פס"ד בבלי**

רקע: זוג, הבעל איש עסקים. הרבה נכסים רשומים על שמו- מניות שצבר, פנסיה גדולה [היה טייס]. האישה מורה, פחות רכוש על שמה. לאחר גירושין, הבעל רץ וכורך מהר לתביעת הגירושין את ענייני הרכוש. ביה"ד מכבד את חוק שיווי זכויות האישה- מה שרשום על שמך שלך, אבל הנכסים של הבעל שלו.

הטכניקות שלמדנו עד כה לא מתאימות.

טכניקה 1: יש לביה"ד סמכות. כרך כדין, ציין את כל הרכוש.

טכניקה 2: א)כללי צדק טבעי- ההליך היה מצוין. ב)לא נפגעו זכויות יסוד בתהליך.

טכניקה 3: א)לא חוק יחסי ממון, לא חוק שיווי זכויות האישה [לא לקחו משהו שרשום על שמה] ולא טובת הילד.

כאן ביהמ"ש העליון מפתח 2 מהלכים דרמטיים:

**מהלך 1:** **האם כלל של הפרדת רכוש סותר את חוק שיווי זכויות האישה?** ביהמ"ש אומר שנכון שזה לא סותר לפי כלל של שוויון פורמלי. אם כל אחד מקבל את הרכוש של עצמו אתה לא פוגע בזכויות. אבל, סותר לפי שוויון מהותי- נבחן את התוצאה השיטתית של הכלל. אם ב-80-90% מהמקרים הרכוש רשום על הבעל, הרי שברוב המקרים האישה נפגעת. **הרכוש הוא תוצאה של מאמץ** **משותף**. אם האישה לא הייתה בבית, הרי שהגבר לא יכול היה לעבוד. ביהמ"ש אומר שיש להפעיל את חוק שיווי זכויות האישה לפי שוויון מהותי ועל כן יש לפעול לפי חזקת השיתוף [הגישה של שמגר].

ברק לא מסתפק בזה. איך השאלה למי מגיעה הפנסיה תלויה בשאלה מי רץ יותר מהר? אם הבעל ירוץ מהר לביה"ד הפנסיה תהיה שלו, לעומת זאת אם האישה תרוץ לבימ"ש הפנסיה תהיה של שניהם. **עניין קנייני זה לא יכול להיות תלוי בשאלה אקראית של מי דן בזה**. חייבת להיות אחידות, היררכיה, כולם ידברו בקול אחד.

הלכת בבלי- **בכל נושא שהוא נושא אזרחי** **אין יותר "הדין הולך אחר הדיין"** ובי"ד דתי חייב לציית לכל החוקים האזרחיים וגם לפסיקות של ביהמ"ש העליון בכל נושא שהוא נושא אזרחי. בכל נושא אזרחי, שהוא לא מעמד אישי- זה לא משנה אם הגעת לביהמ"ש או לביה"ד, בפועל תמיד יצטרכו לפסוק לפי המשפט האזרחי.

**הלכת בבלי הייתה אמורה לרכך את התוצאה של מירוץ הסמכויות- אין מה לרוץ אם כל ערכאה תגיע לאותה תוצאה** [לא משנה מי יגיע קודם]. זה תוצר חיובי שהיה אמור להיות להלכה. הלכת בבלי משקפת רעיון של אחידות.

**אבל עם השנים קרתה דינמיקה מעניינת**. פס"ד בבלי (1995-6) עורר **סערה בביה"ד הרבני**. היו רבנים שראו בזה התרסה גדולה נגדם. לא רצו לפסוק על פי זה. מנגד, היו דיינים שטענו שניתן להכניס את הלכת השיתוף להלכה. 1)דינא דמלכותא דינא- המשפט האזרחי מקבל תוקף דתי. 2)בנושא רכושי גם ההלכה מכירה בהסכמים. כל מי שמתחתן, הוא עושה הסכם נישואין לפיו החלוקה חצי-חצי. כלומר, חלק מהדיינים אמרו שאין בעיה עם הלכת בבלי וניתן לתת לזה גושפנקא הלכתית.

**עם הזמן, אחרי 1974 יש את חוק יחסי ממון ואין יותר את הלכת השיתוף**. לאורך שנים היה רוגע במערכת. פס"ד בבלי יצר מצב שבנושאים אזרחיים בגדול הייתה אחידות, בטח בנושאים של יחסי רכוש.

לפני שנתיים היה את **בג"ץ הבגידה** ובו ביה"ד הרבני ניסה להכניס לתוך חוק יחסי ממון "רטבים" דתיים. טענו שאמנם מדובר בחוק אזרחי, משתמשים ברטוריקה אזרחית, אבל הגיעו איכשהו לתוצאות שיותר מתאימות לתפיסות דתיות.

**אומרים לביה"ד הרבני לפסוק לפי החוק האזרחי, אבל הם לא יודעים את החוק**. עשו פונקציה מיוחדת- **יועץ משפטי לבית הדין הרבני**. שמעון יעקובי- יועץ משפטי של בית הדין הגבוה. הוא לימד את הדיינים פסקי דין שכתובים ברטוריקה אזרחית מפולפלת שאיכשהו מגיעים לתוצאה דתית, במיוחד בנושאים של בגידות. הוא מצליח לגרום לבוגד להפסיד ומנמק את זה בנימוקים אזרחיים.

האם מספיק שביה"ד הדתי יגיד את מילת הקודש "חוק יחסי ממון"; "הלכת שיתוף" ואז שיעשה מה שהוא רוצה או שאסור לבתי הדין להסוות מאחורי הרטוריקה תוכן דתי?

על ביה"ד הדתי להפעיל דין דתי; בג"ץ לא ערכאת ערעור לבית דין דתי; מה קורה כאשר ביה"ד טועה וזו לא טעות נקודתית, אלא הוא מנסה להסוות תפיסה דתית. נלמד בהמשך.

1. **טכניקה 4- הכפפת בתי הדין הדתיים לפרשנות האזרחית של הדין הדתי**

הבטיחו שלא צריך יותר לרוץ. אם הנושא הוא נושא אזרחי, על ביה"ד להפעיל משפט אזרחי. אם זה נושא של מעמד אישי, גם ביהמ"ש האזרחי צריך להפעיל דין דתי. כביכול אין מה לרוץ.

נושאים דתיים- בימ"ש וביה"ד יפעילו דין דתי; נושאים אזרחיים- בימ"ש וביה"ד יפעילו דין אזרחי.

אבל למדנו שביהמ"ש מפרש את הדין הדתי בצורה מעניינת.

**פס"ד אקנין-**אישה נשואה לבעל הרבה שנים, מגדלת את הילדים, היא עקרת בית והבעל איש עסקים. הבעל עוזב את הבית ויש לו בת זוג אחרת. הוא רוצה להתגרש והאישה לא מסכימה. ביה"ד לא נותן לו להתגרש כי אין סיבה. **האישה מגישה תביעת מזונות ובמסגרתה היא מבקשת סעד של מדור ספציפי**- דירת המגורים שרשומה על שם שניהם, היא רוצה להישאר בדירה. **הבעל עזב את הבית ורוצה להגיש תביעה לפירוק שיתוף**, אבל הוא לא יכול כי ביה"ד קבע מדור ספציפי. **הבעל מגיש בג"ץ נ' בית הדין**.

האם הטכניקות שלמדנו מתאימות?

1. יש סמכות לדון מדור- אישה יכולה לבחור איפה לתבוע מזונות אישה וחלק ממזונות זה מדור.
2. הליכים- אין פגיעה בהליך הדיון.
3. מדור הוא חלק מדין דתי ולכן טכניקה 3 לא רלוונטית [בה מדברים על הכפפת ביד"ר לדין אזרחי].

לעו"ד של הבעל יש טענה יצירתית. כאשר למדנו על מדור דיברנו על פס"ד כליפה נ' גולד. בג"ץ הגיע למסקנה שחובת המדור היא מדור כללי. לפי הלוגיקה של ברק, לא יכולות להיות באותה מערכת משפט 2 פסיקות שונות- הבטיח בפס"ד בבלי אחידות. איך מפרשים מדור במשפט הישראלי- ספציפי או כללי. בבימ"ש אזרחי- מדור כללי. בביה"ד קובעים שזה מדור ספציפי [לפי השולחן ערוך].

שיקולי מדיניות אזרחית- חייבים להכריח את ביה"ד לפסוק כמו בג"ץ, כי הבעל לא יכול להשתמש בדירה שלו.

השופט חשין אומר שהגבר צודק, כי אם הולכים על אחידות צריך אחידות גם בדין דתי. חשין הוא במיעוט. הבעל פונה לנשיא ביהמ"ש העליון בבקשה לדיון נוסף. הצדדים התפשרו ובוטל הדיון הנוסף. שלב 4 ב-hold [הולד].

**האם ביהמ"ש ילך שלב נוסף ויגיד שגם בנושאים דתיים הוא דורש מבית הדין אחידות?** כרגע אין שלב 4. **כרגע בנושאים דתיים אין אחידות**. יש הבדל בין פרשנות אזרחית לפרשנות דתית.

חשין היה במיעוט פס"ד אקנין, ד"נ בוטל. נפסק מדור ספציפי לפי ביה"ד; מדור כללי לפי ביהמ"ש.

* ביום חמישי יש הרצאת אורח על חוק להסדר התדיינויות בין בני זוג.

**שיעור 8- 24/03/22- הרצאת אורח מיכל פיין**

**החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014**

**החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, התש"פ-2020**

**ב-2014** נכנס גוף נוסף מלבד בתי הדין ובתי המשפט- **יחידת הסיוע**. מיכל פיין היא עורכת דין ומגשרת. הייתה מעורבת יחד עם ח"כ מירב מיכאלי בייזום החוק, ליוותה בשלב ביניים עד לשלב שנחקק כחוק קבע. היא עו"ד לענייני משפחה ומגשרת [מהצד של משתמשי החוק].

החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה התקבל בכנסת [נחקק] ב-2014, נכנס לתוקף ב2016 כהוראת שעה והפך לחוק קבוע בדצמבר 2020. נדבר על הפער הזה. מיכל הייתה מעורבת בחקיקת החוק. התפיסה שלה- עריכת דין פותרת בעיות בענייני משפחה. תוך שנה וקצת הצעת החוק עברה בכנסת.

**תוקף הוראת השעה**

הוראת שעה פגת תוקף ל-3 שנים. **הסיבה שנחקק כך:** **פשרה פוליטית**. הייתה התנגדות עזה לחוק מכל מיני מקומות [שופטים, לשכת עו"ד וכו']. הפשרה בכנסת שיתחיל כהוראת שעה. פיילוט ארצי. ביצעו מחקרים תוך כדי התקופה כדי לבדוק האם החוק עובד ומשיג את מטרתו. רק ב-2020 החוק הפך להוראת קבע.

החוק נחשב מהפכני וחדשני, לא רק בישראל אלא בעולם. הוא עדיין מעורר הרבה ביקורת. למה חוק פרוצדורלי יעורר כל כך הרבה מחלוקות? **הציג שינוי מאוד גדול והפחד מהשינוי היה עצום ורב מימדים**. היה פחד של עו"ד מפגיעה בפרנסה, כי זה סיוע משפטי. בדיעבד החשש לא היה רציונלי ולא התממש.

**הרקע לחקיקת החוק**

תקופת הוועדות- היה ברור שדיני המשפחה צריכים שינוי ברמה מהותית וגם ברמה פרוצדורלית. היו מספר וועדות לאורך שנים.

* **וועדת שינבוים** (1986)- הקמת בתי המשפט למשפחה. הניחה את החזון של יחידות הסיוע שיוקמו ליד ביהמ"ש.
* **וועדת שנהב** (2006)- עידוד השימוש בגישור.
* **וועדת שניט** (2011)- אחריות הורית וביטול חזקת הגיל הרך.
* **וועדת שיפמן** (2012)- מזונות ילדים.

כולם מנסים להתמודד עם המפגש של מדינה יהודית ומדינה דמוקרטית. מתח בייחוד בדיני המשפחה שבו חל הדין האישי בהרבה נקודות.

* **פה אחד**: על המדינה לעודד הורים לילדים קטינים לפתור מחלוקות בהסכמה ולהפחית את הצורך בהתדיינות משפטית לעומתית [אדברסרית].

בניגוד לקולות שנשמעו טרם החקיקה שאולי יש רצון של המדינה לעודד אנשים לשלום בית, זו לא הייתה הכוונה. המטרה- הסתמכות על תובנה חשובה של מדעי החברה. גוף מחקר עצום ורב שמדבר על מה קורה לילדים שנחשפים להליכי גירושין בקונפליקט גבוה [השפעות ארוכות וקצרות טווח]. מה קורה לילדים שהוריהם לא מסוגלים לקחת אחריות ומעבירים לגוף ג' שיפתור את המחלוקות. המסקנה הגורפת של המחקרים הסוציולוגיים האלה שהמדינה צריכה להתערב ולעודד הורים ליישב סכסוכים בדרכים חלופיות.

**תהליך החקיקה**

**2005**- המלצות וועדת שנהב לגישור חובה בסכסוכי משפחה. [הוורסיה הראשונה ולא בהצעת החוק הפרטית].

**2013**- הצעת חוק ממשלתית- הצעת חוק פרטית של ח"כ מרב מיכאלי וח"כ יריב לוין.

**2014**- חקיקת החוק בכנסת כהוראת שעה.

**2016**- יישום- לאחר כשנה וחצי נכנס לתוקף. היה צורך להתאים את השטח, לעשות הרבה פעולות מנהליות כדי שיהיה אפשר ליישם את החוק ולהקים את יחידות הסיוע [מקומות פיזיים, כוח אדם וכו'].

**2017**- הקמת וועדת היגוי. עקבו אחר יישום החוק. 3 מחקרים. בדקו איך פונים ליחידות הסיוע מגיבים לחוק.

**2020**- חקיקת קבע.

**אחת הסיבות להתנגדות העזה לחוק- הוא שינה את ברירת המחדל**. **שינה את הפרסונה הראשונה שרואים אנשים שיש להם סכסוך במשפחה**. במקום שאדם יגיש תביעה ואחריה יוזמן לדיון קדם משפט והפרסונה הראשונה של המדינה שהוא יראה יהיה שופט, היום בעקבות החוק להסדר התדיינויות הפרסונה הראשונה שרואים הוא **עובד סוציאלי מיחידת הסיוע**. הייתה מחלוקת על הבכורה- **משפטי מול טיפולי**.

יחידות סיוע משקפות גוף של תורת משפט טיפולית. **הוקמו כ"זרוע הטיפולית" של בתי המשפט למשפחה**. לביהמ"ש למשפחה יש זרוע נוספת טיפולית, שיושבים בה עובדים סוציאליים, פסיכולוגיים ופסיכיאטריים. היא כלי אבחון וטיפול מבחינת "עזרה ראשונה" ומבחינת הרגעת הרוחות שבתי המשפט יכולים להפנות אליה. שירותי אבחון, ייעוץ, טיפול וגישור.

לפי החקיקה בישראל ליד כל בימ"ש למשפחה וליד כל בית דין דתי [רבני, שרעי וכו'] צריכה להיות יחידת סיוע. כאשר הקימו את בתי המשפט לענייני משפחה: הראשון בשנת 1996 ברמת גן ושנה לאחר מכן בירושלים. באותה עת הקימו יחידות סיוע רק ליד בתי המשפט האזרחיים. רק ב-2011 ניתן צו שהורה על הקמת יחידות סיוע ליד בתי הדין הרבניים, וזה מה שאפשר מבחינה פוליטית להוציא את התזכיר של החוק ולהתחיל לקדם אותו.

יחידות הסיוע הוקמו לצד בתי המשפט לענייני משפחה מההתחלה. בהמשך הקימו גם ליד ביד"ר.

**המצב שקדם לחקיקת החוק להסדר התדיינויות**

* הציבור הגיע ליחידות הסיוע רק לאחר שניתן צו שיפוטי!
* ניתן היה לעתור להפניה שיפוטית ליחידת הסיוע באמצעות הגשת בקשה ליישוב סכסוך לפי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 [258כ. עד 258כא. + 258כב. עד 285כה].

**ניתן היה להגיש בקשה ליישוב סכסוך**, **אבל רק לבית המשפט**. ביהמ"ש יכל להפנות את האנשים בצו ליחידות הסיוע. ההליך היה בעייתי ולא כל כך השתמשו בו.

**הליך וולונטרי הכפוף לחובת תום הלב**

הייתה **בעיה גדולה בשאלת תום הלב**- האם מגישים בקשה ליישוב סכסוך כדי ליישב סכסוך באמת או רק כדי לתפוס סמכות [האם זה בכלל תופס סמכות].

"יש למנוע שימוש לרעה ושלא בתום לב בהליך הבקשה ליישוב סכסוך, בנסיבות בהן אין כוונה כנה להיעזר במנגנון הטיפולי-ייעוצי לפתרון המחלוקות בין בני הזוג בדרכי שלום, אלא התכלית העיקרית של הגשת הבקשה היא להשיג יתרון דיוני ב"מרוץ הסמכויות" תוך ייתור הצורך בהגשת כתב תביעה ערוך כדין לביהמ"ש לענייני משפחה" [בג"צ 5918/07 פלונית ואח' נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' (2009)].

**הגשת בקשה ליישוב סכסוך לפי תקסד"א**- [תקנות סדר דין אזרחי]

* בעייתית מבחינת היכולת "לתפוס סמכות".
* האפשרות לפרט את "הסיפור" בטופס הבקשה. -מפספס את הרעיון.
* וולונטריות- יחידת הסיוע לא יכלה לכפות התייצבות לפגישה ראשונה. -כלי בלי שיניים. לא עשו בו שימוש.
* לא היו ביח"ס עו"ד- היעדר יכולת להתמודד עם עניינים משפטיים.
* **בפועל**- כמעט ולא היה שימוש בהליך. מתוך כ-70,000 תיקי משפחה בשנה, רק כ-500 בקשות ליישוב סכסוך. פחות מ-1%.
* כשהחוק להסדר התדיינויות נכנס לתוקף, בוטלו באופן זמני התקנות הללו לתקופת "הוראת השעה".

שינוי ברירת המחדל הוא אחת הסיבות להתנגדויות לחוק. שינוי דרמטי. **החוק להסדר התדיינויות הוא נאג'**. משנים את האופן שבו אנחנו מסלילים את האנשים לצעוד בו. כלכלה התנהגותית= באמצעות שינוי ברירת המחדל של המדינה ניתן לגרום לאנשים לבחור במשהו אחר. **הם לא יבחרו בדרך אחרת מברירת המחדל**. רוב האנשים הולכים עם ברירת המחדל שהמדינה מציבה בפניהם. דרך המלך שהחוק נותן היא ברירת המחדל ובה רוב הציבור פועל [מכל מיני טעמים].

ברירת המחדל המשפטית **לפני** החוק להסדר התדיינויות: מי שרוצה להתגרש, מגיש תביעה לביהמ"ש. צריך לבקש מהאישה שתכתוב את כל הדברים הרעים שהגבר עשה במהלך הנישואין ולעלות את זה על כתב בצורה רלוונטית מבחינה משפטית. **צריך להשמיץ ולכתוב כמה הצד השני לא בסדר כדי לקבל כמה שיותר**. התוצאה: משפחות בסכסוך שמועצם. חייבים לשלוח שליח לגבר עם כתב התביעה. הוא יקבל הזמנה לכתוב כתב הגנה- הוא יכחיש כל מה שנאמר ויטען טענות על האישה. זה **גורם להסלמת הסכסוך**. אומרים בכתבי הטענות דברים מאוד קשים- בייחוד כשזה נוגע לילדים.

המשפחה וההורות בישראל היא דבר חשוב מאוד. הורות היא חלק מהזהות שלנו. משבר הגירושין מאיים על זה. ילדים בעל כורחם נקלעים לסכסוכים מרים שהיו יכולים להימנע. **ברירת המחדל הייתה הגשת כתב תביעה**.

**הנחות המוצא של החוק להסדר התדיינויות**

* משפחות לא צריכות להגיע להתדיינות אדברסרית בביהמ"ש בשל הנזקים הכבדים הנגרמים לפרט ולחברה בגינה.
* כמעט תמיד חכם יותר לנהל מו"מ להסכם גירושין מאשר להתדיין.
* במלחמת הגירושין בביהמ"ש אין מנצחים, רק מפסידים- במיוחד כאשר מעורבים בסכסוך ילדים קטינים.

ההליך הרסני והמדינה צריכה לראות איך אפשר לצמצם את הנזקים. החוק להסדר התדיינויות נוגע לספקטרום של אנשים- סבירים, רגועים שרוצים להימנע מעימותים [הם יכולים לנהל מו"מ ולא חייבים להגיש תביעה]; יש אנשים שרוצים להגיש תביעה כי יש מחלוקות שצריכים להסדיר ועם קצת עזרה יגיעו לאן שרוצים; יש חלק אחר על הספקטרום שהם חייבים להגיש תביעה – סכסוך בעצימות גבוהה. שם רוב משאבי המדינה מרוכזים. 15% של האוכלוסייה לוקחת את רוב המשאבים הקיימים. אבל צריך לתת מענה גם לאנשים בצד השני שלא חייבים לעבור דרך "מגרסת הנייר" של ביהמ"ש והתביעות.

* מרבית הסכסוכים המשפחתיים מסתיימים בהסכם מחוץ לכותלי ביהמ"ש.

"**תופעת המשפט הנימוג**"- **רוב הסכסוכים מבחינה אבסולוטית מספרית נגמרים בהסכם** ולא בפסק דין מנומק שנעשה לאחר הליך משפטי כהלכתו מתחילתו ועד סופו. **כך גם הסכסוכים המשפחתיים** מסתיימים רובם בהסכם, אבל לפני החוק – רק אחרי הגשת תביעות. הגשת התביעות הרסנית לחיי המשפחה.

* יישוב מוקדם של הסכסוך המשפחתי יועיל לכינונה של מערכת יחסים הורית (שלאחר הגירושין) מתפקדת וקונסטרוקטיבית יותר מהליך גירושין אדברסרי.

בתפיסת העולם המקצועית של מיכל- משפחה שמתגרשת לא מתפרקת, היא משתנה. היא שואפת שהורים אחרי גירושין ימשיכו לתפקד ולתקשר זה עם זו, אחרת הילדים יהיו בסכנה נפשית ולפעמים פיזית גדולה. ואילו הכנסת חוסר הוודאות של המשפט למסגרת המשפחתית היא הרסנית מאוד.

* הסכמים שנוצרו בשיתוף פעולה עמידים יותר בטווח הארוך מהסכמי "בזק" או מהסכמים שנכרתו תחת לחץ כזה או אחר. -כדי שתהיה הסכמה מדעת, כדי שההסכם יהיה ארוך טווח והצדדים יכבדו אותו עליו להיערך ללא לחץ.

\*הערה: ניתן להשתמש בבקשה ליישוב סכסוך כאיתות. רוצים להיפרד ולהתגרש, הלכו לטיפול זוגי וביקשו ללכת לגישור. הגבר לא מוכן ורוצה לנסות שוב. האיתות שהקשר נגמר ייעשה דרך בקשה ליישוב סכסוך.

\*הערה: פמיניסטיות אמרו שגישור חובה פוגע בחלשים. לדעת מיכל, למסגר את החוק להסדר התדיינויות כ'חוק גישור חובה' זה לעשות עוול לחוק. הוא בא ממקומות אחרים. החוק להסדר התדיינויות לא בא לפתור את בעיית מירוץ הסמכויות. אך בפוטנציאל שלו הוא הביא למיתון המתח.

**סעיף 1 לחוק**- **סעיף המטרה**: "מטרתו של חוק זה לסייע לבני זוג ולהורים וילדיהם ליישב סכסוך משפחתי ביניהם בהסכמה ובדרכי שלום, ולצמצם את הצורך בקיום התדיינות משפטית, מתוך התחשבות במכלול ההיבטים הנוגעים לסכסוך ובטובתם של כל ילדה וילד".

* סיוע לאנשים לפתור סכסוכים משפטיים בדרכי שלום [לא בבימ"ש].
* רצון המערכת להפחית מהעומס, לצמצם בהתדיינויות.
* ככל האפשר להתחשב בטובתם של כל ילד וילדה.

**בעלי הדין הכפופים לדין**

**המעגל המשפחתי המצומצם ביותר**.

* **סכסוכים בין בני זוג (בהווה או בעבר)**.
* **סכסוכים בין הורים**.
* **סכסוכים בין הורים לילדיהם הקטינים**. לפי התיקון האחרון לחוק- גם ילדים "צעירים" [צעיר= בגיר שטרם מלאו לו 21 שנים].

י"ס (נצ') 2822-08-16 ש.ל נ' ח.ל (2016).

**אופן נקיטת ההליך**

**חובת הגשת בקשה ליישוב סכסוך [טופס]**.

**כל** תובענה המוגשת לביהמ"ש או לבית הדין תיפתח בהגשת "בקשה ליישוב סכסוך", **למעט בקשות בהסכמה** (למשל: בקשה בהסכמה לגירושין/התרת נישואין). תובענה- כלל ההליכים למתן סעדים זמניים לכל סוגיהם.

בבקשה יפורטו פרטי זיהוי בלבד, כדי למנוע פירוט כלשהו של פרטי הסכסוך ולאפשר את קיומו המיטבי של הליך ליישוב הסכסוך בהסכמה. -צמצמו את האפשרות לומר משהו על הסכסוך בתוך הטופס. מאפשרים לכתוב רק פרטים מזהים. אח"כ לא משנים את הטופס.

**חיסרון**- לא יודעים מה הסיבה שהגישו בקשה ליישוב סכסוך. בעלי התפקיד המטפלים לא יידעו מה הסיבה, באיזה עניין.

**כדי למקסם את האפשרות ליישוב מוקדם של הסכסוך במינימום השמצות** – **הוחלט לוותר על הוודאות הזו**.

**החוק לא חל על עניינים מסוימים**-

* בקשה לאכיפת פסק חוץ.
* תובענה לאכיפה ולביצוע החלטה שיפוטית, לרבות לפי פקודת ביזיון ביהמ"ש. [כאשר מישהו לא מקיים החלטה שיפוטית].
* הליך שמקום מושבו של צד לו אינו בישראל.
* הליך שהמדינה צד לו, למעט תובענה בעניין אבהות או אימהות, שהוגשה שלא בהסכמה.
* הליך לפי החוק למניעת אלימות במשפחה.
* הליך לפי החוק למניעת הטרדה מאיימת.
* הליכים הסכמיים: בקשה לאישור הסכם, תביעה לגירושין או להתרת נישואין בהסכמה.
* ערעור / בקשת רשות ערעור.
* **הגשת בקשה בטופס מובנה בלבד**.

**מה קורה עם הגשת הבקשה ליישוב סכסוך?**

מתחילה **תקופת עיכוב ההליכים**, שהיא 60 ימים בהם הצדדים מנועים מלהגיש תביעות, כדי להקדיש את זמנם לניהול מו"מ חלף ניסוח כתבי טענות. הצדדים אמורים לנהל מו"מ ולהגיע להסכמות.

**סעיף 3(ה) לחוק**: "בתקופה של 60 ימים מיום הגשת בקשה ליישוב סכסוך.. לא יוכלו הצדדים להגיש תובענה בעניין של סכסוך משפחתי לכל ערכאה שיפוטית ולא תדון ערכאה שיפוטית בתובענה של סכסוך משפחתי בין הצדדים, לרבות בעניין סמכות השיפוט של הערכאה השיפוטית".

החוק לא כופה את יישוב הסכסוך, אלא יוצר "**פסק זמן**"- תקופה קשיחה שבמהלכה מנועים הצדדים להגיש תביעות.

לקיומו של פסק הזמן חשיבות עצומה מבחינה פסיכולוגית כאשר הרגשות לוהטים. לפעמים צריך להכריח את האנשים לקחת אוויר לפני שהם עושים מעשים נוספים ומקבלים החלטות.

בתקופה של הוראת השעה הזמנים לא היו ברורים. היום ברור שמדובר ב-60 ימים. **החל מהיום ה-60 ואחריו ניתן להגיש תביעות**. מגיש הבקשה ליישוב סכסוך יכול להגיש תביעה לביהמ"ש אחרי היום ה-60, השני יכול להגיש תביעה אחרי 75 ימים.

* 61-75 ימים: רק מי שהגיש בקשה ליישוב סכסוך יכול להגיש תביעה [מירוץ סמכויות].
* מי שלא יזם את ההליך יכול להגיש תביעה רק החל מהיום ה-75.

**בתקופת עיכוב ההליכים (לאחר הגשת בקשה ליישוב סכסוך) הצדדים מוזמנים לפגישת מהו"ת ביחידת הסיוע**

**מהו"ת= מידע, היכרות ותיאום**.

**מסירת מידע**

* השלכות ניהול הליכים משפטיים על הצדדים ועל ילדיהם.
* דרכים נוספות ליישוב סכסוכים במשפחה מחוץ לכותלי ביהמ"ש.
* התמודדות עם קשיים העולים מהמשבר המשפחתי.

**פגישת המהו"ת הראשונה**

* מיועדת להיכרות עם **הצדדים** ולהערכת הסכסוך.
* הצדדים יתייצבו **לבדם וללא באי כוחם ("יחפים")**- ללא עו"ד. מנסים להגיע להסכמות נקודתיות.
* קביעת הסדרים מוסכמים בנוגע לילדים המשותפים (מזונות, חלוקת זמני שהות וכו') או המלצה לדאוג לכך.
* **יח"ס לא כופות הגעה לפגישה שנייה, אלא בנסיבות יוצאות דופן** (מצבי סיכון, כגון: ניסיונות אובדניים, אנשים עם מוגבלויות).

**החוק מאפשר להגיע לעד 4 פגישות ביחידות הסיוע**. בפועל, בתקופה הראשונה ליישום החוק התקיימה רק פגישה אחת, בהמשך היו יותר 2-3 פגישות. עדיין מבחינה סטטיסטית **רוב המשפחות באות לפגישה אחת**. **יש תופעה הולכת ורווחת שאנשים לא מגיעים בכלל** [מבריזים או בוחרים ללכת לגישור פרטי ולא להיעזר ביחידות הסיוע]. יש סנקציה לגבי מי שלא מגיע- לא מאפשרים תביעה.

**יש מי שטענו על פגיעה בזכות הגישה לערכאות**. היה בג"ץ בנושא ונקבע שאין פגיעה אלא מדובר בהליך מקדים להליך המשפטי.

**מי משתתף בפגישות המהו"ת?**

* הצדדים עצמם- בד"כ בני זוג בהווה או לשעבר.
* עובדת סוציאלית של יחידת הסיוע.
* ילדים?
* עורכי הדין של הצדדים?
* עורכי הדין של יחידת הסיוע?
* פסיכולוג של יחידת הסיוע?

**תכלית פגישת המהו"ת**

**מיון**- לאן פנינו מועדות? ואיך נגיע לשם?

**סינון**- איתור מצוקות תוך שימת דגש על ילדים בסיכון- [תיקון סעיף 3(ח1)(2) לחוק]- עובדת סוציאלית יכולה להמליץ על מינוי אפוטרופוס או עריכת תזכיר לאור התרשמותה שיש קטין בסיכון. זו דרך לסנן ולראות אם צריך למשהו מענה דחוף.

**הליך מקדמי**- **"שער" חדש להליך המשפטי**

* החוק והתקנות שהותקנו מכוחו קבעו פרוצדורות חדשות.
* כדי לאפשר מחד ולכפות מאידך.
* קיומו של **הליך מקדמי טיפולי-משפטי** במימון המדינה.

הליך משפטי-טיפולי. זו פרוצדורה שמשנה את ברירת המחדל ומאפשרת לאנשים על חשבון המדינה להגיע להסכמות ולברר אם יש מצב או סיכוי להגיע להסכמות.

**מתוך דברי ההסבר לתקנות**: "החוק מחייב את המתדיינים לפנות להליך של מו"מ מובנה, בביקורת ופיקוח המדינה, טרם הגשת כתבי תביעה לוחמניים ופוגעניים, שלאחר הגשתם, לרוב היכולת להמשיך ולתקשר ולשתף פעולה כהורים נפגעת באופן בלתי הפיך".

**הערכאות הכפופות לחוק**

**החוק חל בכל הערכאות השיפוטיות המוסמכות לדון בענייני משפחה**: בימ"ש לענייני משפחה ובתי דין דתיים [רבני, דרוזי, שרעי ונוצרי]. היום זה חל רק בביד"ר. עושים ניסיונות שיחול גם בבית דין שרעי [אבל יש בעיית כ"א].

**הסייג**: ככל שקיים בית דין דתי שלא הוקמה לידו יחידת סיוע, יחול החוק רק במועד שיקבע שר המשפטים בצו לאחר שתוקם יחידת סיוע.

**מירוץ הסמכויות לא בוטל**

**סעיף 6 לחוק**- "הוראות חוק זה אין בהן כדי לפגוע בדיני נישואין וגירושין, והן אינן באות להוסיף על סמכויות השיפוט של הערכאות השיפוטיות או לגרוע מהן".

**סעיף 3 לחוק**- בגוף הבקשה ליישוב הסכסוך אין התייחסות לנושא הסמכות. יחד עם זאת, התובענה- שלאחר עיכוב ההליכים- תוגש לערכאה המוסמכת.

**החוק השאיר את מירוץ הסמכויות כמו שהוא ולא התערב בו**. יש מי שמבקרים את העובדה שמאוד קל לרכוש סמכות באמצעות הגשת בקשה ליישוב סכסוך. **נותנים למבקש זכות קדימה לבחור את הערכאה**. ניתן להגיש בקשה ליישוב סכסוך ובחלוף תקופת עיכוב ההליכים להגיש תביעה לבימ"ש אזרחי או ביד"ר. הצד השני צריך להמתין ולראות מה יעשה. למקום שמגיש הבקשה בחר- שם הדיון יהיה.

**מתן זכות קדימה לבחירת הערכאה השיפוטית**

* הצד שהגיש את הבקשה ליישוב סכסוך רשאי **בתוך 15 ימים מתום תקופת עיכוב ההליכים להגיש תובענה** בעניין של סכסוך משפחתי לכל ערכאה שיפוטית שלה סמכות לדון בעניין.
* בתום 15 יום הנ"ל, אם לא הוגשה תובענה בעניין פלוני, רשאי כל צד להגיש תובענה לכל ערכאה שיפוטית מוסמכת.

**שערי ביהמ"ש "נעולים" בתקופת עיכוב ההליכים?**

* סעד זמני לשמירת מצב קיים (רשימה פתוחה).
* סעד דחוף (רשימה סגורה).
* קיצור או הארכת תקופת עיכוב הליכים. -בתנאים ספציפיים שקבועים בתקנות.

אמצעים פרוצדורליים באמצעותם ניתן לפתוח את השער הנעול של ביהמ"ש בתקופת עיכוב ההליכים.

**סעדים זמניים בתקופת עיכוב ההליכים**

* במהלך תקופת עיכוב ההליכים ניתן לעתור לקבלת סעדים זמניים **לשמירת מצב קיים**, כולל:

-עיכוב יציאה מן הארץ.

-צו עיקול.

**כלומר, רשימה פתוחה של סעדים בהתאם לנסיבות**.

**היתרון הגדול**: הקפאת המצב הקיים בעת הגשת התביעה **כדי שהנתבע לא ינצל את תקופת הזמן שבה ההליך מתנהל לשינוי המצב לרעה**. למשל אם אני תובעת ממישהו מיליון שקל, אני ארצה לעקל ממנו מיליון שקל כדי שבסוף ההליך יהיה לי ממה לגבות. למשל אם אני רוצה להתגרש והגשתי תביעת גירושין ויש חשש שהבעל יצא מהארץ אני אמהר להגיש צו לעיכוב יציאה מן הארץ. כנ"ל לגבי קטינים אם יש חשש שמישהו יבריח קטין.

**סעד זמני/דחוף מוגבל בזמן**

חשוב לשים לב: לפי התיקון האחרון לחוק, תוקפו של צו לסעד זמני / דחוף מוגבל בזמן- למשך 5 חודשים מיום מתן הצו, ככל שלא הוגשה תביעה עיקרית לפי סעיף 4 לחוק [סעיף 3(ז)(4) לחוק].

התקופה של הצו הזמני או הדחוף הוגבלה, כי בסוף יש מקרים שהצדדים לא מגישים תביעה.

**סעדים דחופים**

צד רשאי להגיש בכל עת לערכאה שיפוטית מוסמכת בקשה לסעד דחוף בעניין:

1. אישור פעולה **דחופה רפואית בקטין**.
2. **הנפקת דרכון ולאישור ליציאת קטין לחו"ל** לפעילות חינוכית קבוצתית או לצורך שלא היה צפוי ובלבד שהיציאה אמורה להתקיים בתוך 30 ימים ממועד הבקשה.
3. **מזונות** או **הבטחת קשר של קטין עם כ"א מהוריו- במקרים חריגים שבהם המתנה לפגישת המהו"ת הראשונה תגרום נזק של ממש לצדדים או לילדים**.
4. **תובענה דחופה לגירושין** כשהנתבע מתגורר בחו"ל או בנסיבות מיוחדות אחרות ובלבד שהמתנה לתום תקופת עיכוב ההליכים עשויה למנוע את התרת הנישואין.

**כוונת המחוקק**

* **סעד דחוף הוא חריג**- נועד למצבים אקוטיים. -זה חריג ולא הכלל. צריך להראות לביהמ"ש שהסיטואציה אכן דחופה. אם לא יינתן הסעד, ייגרם נזק בלתי הפיך. לעיתים זה נדרש.
* חשיבות קיומה של פגישת מהו"ת ראשונה: תקנה 12(א)(3)- "..במקרים חריגים שבהם המתנה לפגישת מהו"ת ראשונה תגרום נזק של ממש לצדדים או לילדיהם, לפי העניין".
* **כל התערבות שיפוטית במתן סעד דחוף או זמני עלולה להביא לסיכול הליך המהו"ת ולמנוע את יישוב הסכסוך בהסכמה**.
* כפועל יוצא: **סעדים דחופים במשורה, דיונים דחופים- עוד פחות!**

**החשש מפני שימוש לרעה בחוק ובתקנות**

* ריבוי הגשת בקשות לסעדים זמניים ע"מ לייתר את הליך המהו"ת. -מניפולציות. בפועל התרגלו לזה די מהר.
* הגשת בקשות מוקצנות לסעדים לפי החוק.
* היעדר סנכרון בין הערכאות השיפוטיות: בתי המשפט לא יודעים אילו סעדים התבקשו בבתי הדין הדתיים ולהיפך.

בוועדת ההיגוי בדקו את החששות האלה ולא מצאו שהם קיימים.

**איך יודעים אם החוק הצליח?**

**אחרי פגישת המהו"ת- הזוג יותר מתון ממה שהיה קודם**. הפגישה הראשונה קריטית. אם הפגישה הראשונה היא ביריבות בבית המשפט, יש שופט שבא להכריע, אחד נגד השני- זה כבר כשלעצמו מסלים את הסכסוך. לעומת זאת, אם הפגישה הראשונה היא עם עובדת סוציאלית ויושבים לשיחה – זו הרגעת הרוחות [יכול לקרות ההיפך, אבל זו הזדמנות למי שיכול לקחת אותה].

**ב-2016**: 46,693 תביעות לביהמ"ש ובתי הדין הרבניים.

**ב-2017**: 16,972 תביעות.

הסיבה לשינוי: ב-2016 לפני שהחוק נכנס לתוקף הייתה בהלה ורצו להגיש תביעות. לאחר מכן הייתה רגיעה כי כבר הרוב הגישו את התביעות והיה סוג של הלם כי לא ידעו איך לעבוד עם החוק; היה פקק עצום ביחידות הסיוע, הדברים לא זזו.

**ב-2018**: 25,546. המספרים מתאזנים. גם ב-2019.

**ירידה סיסטמתית של כ-50% מהמצב הקיים לפני החוק להסדר התדיינויות למצב שאחריו**.

**שיעור 9- 29/03/22**

סיימנו את המבוא ומערכת היחסים בין הערכאות. היום נלמד על הדין עצמו- דיני זוגיות ודיני הורים וילדים. נתחיל בדיני זוגיות.

**דיני זוגיות**

**דיני הנישואין**

**יצירת הנישואים**

* **מה השיפוט?**

1. סמכות ייחודית לבית דין דתי.
2. סמכות אגבית [אינצידנטלית] לביהמ"ש האזרחי. לעולם לא יהיה ניתן להגיש תביעה לבימ"ש אזרחי כדי שיכריע האם מישהו נשוי, אך יכול להיות שבמסגרת דיון שכן בסמכותו של בימ"ש אזרחי הוא יצטרך להכריע באופן אגבי בשאלה האם נשוי- הוא יצטרך להכריע ע"פ הדין הדתי.

* **מה המשפט?** דין דתי. אין לנו משפט אזרחי פורמלי בנושא הנישואין, אלא יש דין דתי.

שלב 1- ניתוח עקרונות דיני הנישואין במעוף ציפור. העקרונות הבסיסיים בעדות דתיות בישראל. שלב 2- נחשוב על העקרונות הדתיים מנקודת מבט אזרחית ונגלה שהעקרונות הדתיים מעוררים קושי מנקודת מבט אזרחית.

**נושא 1: עקרונות דתיים**

כאשר מדברים על דיני נישואים [בדין דתי וגם לא בדין דתי]- זה מתחלק לכושר וצורה.

**1. כושר**- עוסק בשאלה: **יש בני זוג ורוצים לדעת האם באיזשהי דרך בני האדם האלה יכולים להתחתן?** אם למישהו אין כשירות בכלל; או לבני הזוג האלה ביחד אין כשירות [לאחד מהם יש כשירות כשלעצמו], למשל לבני זוג מאותו מין אין כשירות להתחתן.

**עקרונות**:

1. **גיל**- נצטרך לקבוע **גיל מינימום** שרק מי שעובר אותו יוכל להתחתן. גיל חשוב לנישואין.

* **גיל כסיגנל להסכמה**- מניחים שרק מגיל מסוים אפשר להגיע לבחירה מושכלת בנישואים- אינטרס פרטי.
* **רצון להבטיח משפחות יציבות וטובות**, במונחים של אינטרס ציבורי. יש גיל שאני סומך על כך שאנשים יהיו בשלים יותר.

במציאות נתקלים במקומות בהם יש בעיה של נישואי קטינים [חסידי ברסלב]. אבל ברוב המקומות בעולם שבהם צריך חוק כדי לייצר גיל מינימום של נישואים, זה בעיקר **כנגד נישואי קטינות**.

* הצדקה שלישית לקביעת גיל מינימום- **הצדקה מגדרית**-

1. חשש שפערי גיל משמעותיים בין הבעל לאישה ייצרו משפחה פטריארכלית [משפחה שבה לאישה אין עמידה כלפי הבעל].
2. נישואים ולידה מוקדמת יכולים לבלום את התפתחות האישה.
3. יחסים בין האישה למשפחת המקור שלה- חשש שבגיל צעיר לא היא מחליטה על הנישואים.

בבחינת הכללים הקיימים **באסלאם** **וביהדות** לגילאי מינימום- מוצאים גילאים מטרידים שלא עומדים באמות המידה שחשבנו. **בהלכה ביהדות- גיל מינימום לגבר 13 ולאישה 12**, בנסיבות מסוימות המשפחה יכולה להשיא את הנערה מתחת לגיל 12. **באסלאם**- גיל מינימלי לא 18.

**אך, גם ביהדות וגם באסלאם הרוב הגדול של המנהיגים הדתיים לא מעודדים נישואי קטינים** ורואים בזה עשייה מגונה [בשונה מחריגים].

**יש הבדל בין איסור הלכתי לתוקף חוקי**- למשל בהלכה יאמרו שזה לא בסדר להתחתן, אבל מבחינה משפטית כאשר שואלים מה קורה אם נער ונערה בני 15 ערכו טקס נישואין? התשובה בהלכה היהודית היא שהם יהיו נשואים, למרות שיש גינוי על נישואי קטינים.

**דנים בשאלה מאיזה גיל, אם הם יבצעו פעולה [צורת הנישואין] אז הנישואים שלהם יהיו נישואים תקפים?** הגיל המינימלי של הנישואים הוא נמוך ממה שהיינו רוצים ע"פ אמת המידה האזרחית, גם ביהדות וגם באסלאם.

1. **מצב קוגניטיבי רפואי**-

כמעט בכל הדתות תהיה לנו קטגוריה שתעסוק ביכולות רפואיות [בהיבט הפיזי ובהיבט הנפשי] שהן תנאי לכשירות נישואין. **לדוגמה:** יכולת שכלית, יכולת לקיום יחסי מין [לפעמים זה ייכנס בקטגוריה של הסכמה- אם היית מספר לי לא בטוח הייתי מסכים].

**זו קטגוריה אזרחית וגם קטגוריה דתית**. גם במדינות אזרחיות וגם בשיטות דתיות. **עם זאת**, **הפרטים עצמם שונים** בין דת לדת ובין ארץ לארץ. קשה לומר משהו חד ערכי. זה מאוד מגוון. יש נושאים שיש בהם יותר מגבלות בדין הדתי לעומת משפט אזרחי, ולהיפך.

1. **מצב אישי** (**פניות**)-**האם כדי להתחתן צריך להיות פנוי [רווק או גרוש]?**

ככל שמדובר **באישה**- התשובה היא חד משמעית **כן** בכל הדתות. לא יכולה לשאת בן זוג נוסף. זו קטגוריה מוחלטת שאינה שנויה במחלוקת.

כאשר מדובר **בגבר**- יש הבחנות בין הדתות השונות ובדת היהודית גם בעדות השונות:

* כאשר מדובר **בנוצרים**- ההיבט של המונוגמיה חזק מאוד ומגדיר את הנישואים הנוצריים, לכן הכלל שאומר **ששני בני הזוג הם פנויים כתנאי לנישואים** הוא מוחלט לגברים ונשים, ללא חריגה בכלל.
* **זה המצב גם אצל הדרוזים** [כמו הנוצרים].
* כאשר מדובר **במוסלמים**- קצה שני- **אין איסור על פוליגמיה**, כל עוד אפשר לעמוד בזה מבחינה כלכלית.

יש להבחין בין פרקטיקה חברתית לבין הכלל ההלכתי [שיאמר שגבר נשוי שיישא אישה נוספת הנישואים תקפים]. זו פרקטיקה שגם קיימת, **נניח** הבדואים.

* ההיבט ההלכתי [משפט המדינה]- כאשר מדובר **ביהודים**- יש **התפתחות היסטורית**.

דין התלמוד [הדין היהודי המקורי] דומה לאסלאם: גבר בעיקרון כן יכול לשאת כמה נשים, לעומת זאת האישה לא יכולה לשאת כמה גברים.

בשנת 1000 לספירה יש את "**חרם דרבנו גרשום"** [החרם המיוחס לרבנו גרשום] – חרם שמאומץ בעיקר **בארצות אשכנז** במקור. **החרם קובע איסור חזק על ריבוי נשים מצד** **גבר**. הוא קובע את זה כחקיקה קוגנטית- חקיקה כופה, ולא חקיקה מרשה. ניתן להפר את האיסור- יש היתר מהרבנים בנסיבות מיוחדות מאוד ובפרוצדורה ייחודית [לייצר קונצנזוס רחב ובעילות נדירות].

**בעדות המזרח**- **יהודי תימן**: חרם דרבנו גרשום לעולם לא קיבל תוקף הלכתי. היו תימנים שהגיעו מתימן עם 2 נשים. התימנים לגמרי לא אימצו את חרם דרבנו גרשום.

**עדות המזרח שאינם תימנים אימצו את החרם, אך באופן מוגבל**. אומץ לא במתכונת של חקיקה קוגנטית, אלא **במתכונת של** **התחייבות חוזית שלפעמים מגובה גם בשבועה דתית**. **למשל**, בכתובות ספרדיות נראה שהגבר מתחייב כלפי אשתו שהוא לא יישא אישה אחרת על פניה. בחלק מהמקרים זה כמו צו מניעה [אסור ולא אעשה זאת]; או פיצויים בשל הפרת חוזה [אם יפר זאת, הוא יאפשר לה גט]. ההתחייבות גובתה לעיתים **בשבועת המונוגמיה**- הבעל נשבע שלא לשאת אישה אחרת. לשבועה הזו יש שורשים היסטוריים עמוקים, תניית המונוגמיה [לא יהודית] [השבועה שמשביע לבן את יעקב במקרא].

דבר נוסף משמעותי פרקטית: **בעדות המזרח הנכונות להחריג את החרם היא יותר רחבה**, **במיוחד במצבים של אי-הולדה**. מצבים שלאחר מספר שנים שהזוג לא מצליח להביא ילדים, ע"פ הכללים הספרדיים נאפשר היתר נישואין.

הערה: כשיש מחלוקת בד"כ יש נטייה להחמיר. אבל מה ההחמרה? **מחד**, האשכנזים מחמירים כי הם מחמירים את **חרם דרבנו גרשום** [איסור ריבוי נשים]. **מאידך**, מחמירים את **חובת "פרו ורבו"** [מאפשרים ריבוי נשים והיתר נישואין]. לכל אחד עמדה אידיאולוגית משמעותית.

* **מבחינה אזרחית** הכלל המקובל ברוב הארצות האזרחיות לגבי מצב אישי: **מונוגמיה דו-צדדית**.
* סיבות: היבט **1**- הביגמיה כשלעצמה לא מטרידה, אלא ההסכמה. חוששים שמציאות של **ביגמיה מחביאה היעדר הסכמה** אמיתית [רמאים]. **2**- **טיעון פרקטי** להסתכל במקום שיש ביגמיה ולראות שיש **ניצול** [**כתות**]. **3**-**טיעון שוויוני**- אם הביגמיה הייתה עובדת לשני הצדדים, אולי היינו מסכימים. אבל בפועל ב-99% מהתרבויות זה יפעל לכיוון אחד ולכן לא נאפשר קשר כזה שמשקף השקפה לא שוויונית. [הליברלים בארה"ב דווקא בעד פולימריה לשני הצדדים]. **4-טובת הילד**, הבניה חברתית.

-ככל שהאיסור הוא שאדם נשוי צריך לגלות לבן זוגו ולא יטעה אותו 🡨 היינו מנסחים את האיסור באופן הזה. [בעבר- אישה בכל נמל]. היינו צריכים להצדיק זאת ע"י חובות גילוי וכו'. אך, זה לא מה שקורה היום.

**5**- בהרבה מקרים **איסור הביגמיה הוא אמצעי להגן על דיני הגירושין**. **נניח**, דיני גירושין שדורשים סיבה להתגרש [נכון לעולם האזרחי עד המאה ה-20]. בעולם עם ביגמיה אין משמעות גדולה לאיסור גירושין, משום שאם לא מקבלים גירושין פשוט מתחתנים עם מישהי אחרת. **בעולם בלי ביגמיה- חייב לקבל גט כדי להיות עם אישה אחרת**.

1. **קרבת משפחה**- **קטגוריה אוניברסלית**: נמצאת בכל הדתות וגם במשפט אזרחי. **פרטי הדינים שונים**. בכל התרבויות יש איזשהו **איסור על נישואים של קרובי משפחה**.

**הצדקות אזרחיות**: **1**. **הצדקה רפואית**- יש פה הנחה סמויה שזוגיות היא לשם מיניות והולדה, ולכן יש פה בעיה גנטית. לפי זה קרבת משפחה שלא תתבסס על גנטיקה [כמו אימוץ], לא תהיה בעיה לגביהם אם ההצדקה היא ביולוגית. **2**. **הבחנה בין מיניות לצמיחה**- יש מאמרים פסיכולוגיים שמדברים על כך שזה מאוד לא בריא שמיניות תהיה חלק מהאנשים שאתה גדל איתם או שמגדלים אותך. למשל, אונס במשפחה. סיפורי מיניות במשפחה במקרא, למשל אמנון ותמר [אחים חורגים]. אבשלום עצמו אונס את פילגש אביו. הטאבו החזק כנגד מיניות במשפחה הוא **פחד שקשור למיניות במשפחה וגם רוצים להפוך את המשפחה למשהו שהוא מוגן ממתח פנימי**. אלה סוג הטיעונים שיהיו רלוונטיים גם לקרבה משפחתית שמבוססת על אימוץ [דוגמה וודי אלן].

**בדתות**-בכל הדתות יש קטגוריה של קרבת משפחה, אך יש הבחנות דרמטיות ביניהן לגבי מה נחשב קרוב משפחה.

* **נצרות**- הגדרה של קרבת משפחה היא מאוד רחבה, כמעט עד בן דוד רביעי. זו הדרך שלהם להתמודד עם איסור הגירושין. במציאות שאנשים מתחתנים עם קרובי הכפר, תמיד נצליח לגלות שהם בני משפחה, ואז אם מתחתנים ורוצים להתגרש אפשר לטעון שהנישואים לא תקפים. [ככל שדיני הגירושין נוקשים יותר, מאפשרים דיני כניסה לזוגיות נוקשים אבל כאלה שמאפשרים לסטות מהם].
* **ביהדות** כללים מורכבים ולא סימטריים- יותר קרובים מבית האב לעומת בית האם. מאחר שהנשים חיו בבית האב, אז שם הן יותר פגיעות. למשל, האישה יותר פגיעה לזה שדוד יפגע בה. לכן בבית האב היה נדרש להגדיר איסורים יותר גדולים, לעומת בית האם [שם היא כבר לא חיה. האישה חיה בבית האב]. **אידיאולוגיה מגנה**.

**מקרים לא ביולוגיים**- הבחנה בין היהדות והאסלאם מצד אחד לעומת הנצרות מהצד השני. **בנצרות** אימוץ יכול לקבל תוקף דתי, בהרבה פעמים. הורה/אח מאומץ ישפיע על איסור הלכתי. **ביהדות** לא. -זכרו: יש להבחין בין מה שראוי לבין הכלל ההלכתי. אף רב לא יתלהב אם אחים מאומצים ירצו להתחתן, יראו בזה מעשה מגונה. אבל אם הם יבצעו טקס נישואין תקין הרי שהנישואין תקפים. האימוץ לא יצר מגבלת כשירות. **באסלאם** גישת ביניים- כללי קרבת משפחה הם בד"כ ביולוגיים, אך לעיתים האסלאם נותן תוקף משפטי לסוגי אימוץ. בניגוד להורות ביולוגית שלא ניתנת להתרה, ניתן לסיים את האימוץ.

* **קטגוריות אוניברסליות**- הקטגוריה מוכרת בלי קשר לדת. למשל: גיל, מצב קוגניטיבי רפואי, מצב אישי, קרבת משפחה. [התוכן שונה ממה שנמצא בדתות- בד"כ **מגביל יותר מהדתות**].
* **קטגוריות דתיות**- כללי כשירות שלא קיימים במדינות אזרחיות, **התלונה האזרחית היא שהם נוקשים מדי**. שואלים למה ההגבלה? למשל: נישואין בין דתיים, בני זוג מאותו מין, פסולי חיתון.

1. **נישואין בין דתיים**-

**יהודים** ו**נוצרים** **מכירים באפשרות להמיר דת**. כל עוד נוצרי רוצה להתחתן עם יהודי, או ההיפך – זה **לא יקרה**.

לגבי **מוסלמים**- הדין המוסלמי **לא יכיר** בנישואים של מוסלמית עם מישהו לא-מוסלמי. לעומת זאת, כאשר מדובר במוסלמי עם לא-מוסלמית זה **מורכב**. הוא יכול להכיר בזה, בתנאי שזו לא דת שמוכרת כעובדי עבודה זרה [כן עם נוצרים ויהודים].

ההגדרות בחוק הן דתיות. מה קורה עם חילוני?

**נניח** גבר מוסלמי ואישה יהודייה מתחתנים 🡨 לפי דת האסלאם הוא נשוי, לפי דת היהדות האישה לא נשואה.

**נניח** אישה מוסלמית וגבר יהודי מביאים ילד 🡨 הילד לא יהודי כי הולכים לפי האם, הילד לא מוסלמי כי הולכים לפי האב.

1. **בני זוג מאותו מין**- בעבר זו הייתה קטגוריה אוניברסלית לגמרי. בעבר, לא הייתה מדינה בעולם שהכירה בנישואים בין בני זוג מאותו מין. כיום, כמעט כל המדינות האזרחיות הליברליות מכירות בזה וזה הפך לקטגוריה דתית. **כלל כשירות מוחלט- כל הדתות מאמצות אותו**. הוא קיים ללא חריגים- **לא מכירים בנישואין של בני זוג מאותו מין**.
2. **פסולי חיתון**- בכל הדתות ובמיוחד אצל יהודים. אנשים שהם יהודים, אבל **מסיבות פנים-הלכתיות לא מאפשרים להתחתן**. **למשל** כהן וגרושה. **למשל** כהן ומי שהתגיירה. נכנס נושא הממזרות- ממזר הוא מי שנולד לאישה נשואה במהלך נישואין. ממזר לא יכול להתחתן עם אדם רגיל, אלא אחד עם השני או עם גרים. יש מגבלה קשה מטעמים דתיים.

**הסיפור של ממזרות הוא מעניין כי גם ההלכה עצמה לא מתלהבת מרעיון הממזרות**. ממזר הוא אדם שהוריו חטאו ועכשיו הוא הבעייתי. מדרש חז"ל- הוריו חטאו, הוא לא חטא והוא סובל. הוא משלם את המחיר של הוריו.

ברוב המקרים אנחנו מציגים את זה כקונפליקט דתי ואזרחי. אבל **בנוגע לממזרות יש גישה אמביוולנטית**. אפילו היו מקרים שאמרו לממזר לך למקום שלא מכירים אותך ותתחתן. הטכנולוגיה מקשה על העניין כי היום בבדיקה גנטית ניתן לגלות ממזרים. בכללי הממזרות רצו להרתיע את החוטאים, בעיקר האימהות. רצו להזהיר את הנואפים בכך שהם יעשו עוול נורא לילד. האב היה אמור לדאוג כלכלית לילד. אך כאשר נולד ממזר- לא באמת רוצים להעניש אותו, הוא מסכן הוא לא אשם. עושים כלל הצהרתי מאוד גורף שממזר הוא פסול חיתון וקורצים לחכמים שלא יחפשו אותו באמת, אלא ייתנו לו ללכת. לא באמת רוצים לממש את האיסור העקרוני ולפגוע באנשים חפים מפשע.

**נושא 2: בעיות אזרחיות שנוצרו**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **כושר** | **צורה** |
| **יותר מדי מגבלות** | **קרבה**- לגבי נוצרים למשל. למה זה רלוונטי לאסור על אדם להתחתן עם בן דוד מדרגה 4.  **בין דתיות**- יותר מדי מגבלות. מכריחים אנשים להמיר דת, לא יכולים להתחתן עם מי שרוצים.  קושי מיוחד שעלולים לייצר אנשים **חסרי דת, שלא יוכלו להתחתן** [או למצב הפוך של "**כפול דת**"].  **בני זוג מאותו מין**- כלל כשירות מוחלט.  **פסולי חיתון**. | **בעיה אידיאולוגית בעצם הצורך בדת** [טקס דתי ולא חוזה אזרחי].  **דרך דתית** **מסוימת** [הכתבת טכניקה דתית מסוימת ולא זרם אחר]. |
| **פחות מדי מגבלות** | **גיל**- לא נותנים מספיק מגבלות על הגיל. הכלל בישראל לגיל הנישואין הוא דין דתי- אנו עשויים למצוא אנשים שלא רצינו שיהיו נשואים, נשואים לפי הדין הדתי. ילדים בני 12-13 יכולים להספיק. עושים פחות מדי מגבלות בנושא.  **מצב אישי**- לפחות בהבנה הקונבנציונלית לפיה יש הצדקות אזרחיות להתנגדות לביגמיה והתנגדות לשיטות משפט שמאפשרות לגברים ולא לנשים לשאת 2 בני זוג. לכן, כאשר זה המצב הרחב, מזהים פחות מדי מגבלות בדין הקיים.  **קרבה**- בחלק מהמקרים. התלונה האזרחית על הדין הדתי שהוא לא מספיק מגביל. יש הצדקות אזרחיות שהדין הדתי לא מכסה- למשל לא-קרבת דם בשל סיבות פסיכולוגיות ונפשיות. [יהודים; מוסלמים]. | **העדר פומביות**.  **העדר צורך באורגן של המדינה**. |

**שיעור 10- 31/03/22**

**דיברנו על דיני נישואין**. שני חלקים: חלק א'- נישואין וגירושין הוא נושא של סמכות ייחודית של בי"ד דתי ודין דתי, לכן דיברנו על עקרונות הדין הדתי. בחלק הראשון עסקנו בכושר. חלק ב'- ביקורת אזרחית על הדין הדתי.

**ישנם** **4 משתנים אוניברסליים**, במובן הזה שהם לא ייחודים לדת מסוימת אלא לכל שיטת משפט יש קטגוריה של גיל, מצב קוגניטיבי, מצב אישי וקרבת משפחה. **בד"כ הבעיה בחלק הזה הייתה שהמשפט האזרחי ציפה מהדתות ליותר מגבלות**. יש עקרונות אזרחיים לפיהם היו רוצים גיל נישואין גבוה יותר, איסור ביגמיה חזק וסימטרי בין נשים וגברים [באסלאם וחלק מהעדות היהודיות], מדיניות אחידה לגבי קרבה משפחתית [לא רק קרבת דם בשל סיבות פסיכולוגיות ונפשיות]. בדין הדתי יש כלל ראוי ויש כלל משפטי שניתן לו תוקף אם יקרה. למשל, הדין הדתי יכול להגיד לך להתנהג באופן מסוים [לא לחתן קטינים], אבל הוא עדיין יכיר בתוקף נישואין בגיל צעיר.

**יש איסורים שהם יותר בעלי אופי דתי**: איסור על נישואין בין דתיים, איסור על חסרי דת, איסור על בני זוג מאותו מין [שעבר מקטגוריה אוניברסלית לדתית יותר]. **בדברים האלה התלוננו לכיוון ההפוך, שהדין הדתי נותן יותר מדי מגבלות**. אם מדברים על נישואין כזכות יסוד, המשפט הישראלי מוצא את עצמו בבעיה כי הדין הדתי מגביל נישואין ואין לכך הצדקה אזרחית.

**המשך: פסולי חיתון**- קטגוריה פנים-יהודית של כל ענייני איסורים של נישואים. הבולט בהם הוא הממזר, הכהן והגרושה, אדם ואחות גרושתו.

נקודה חשובה: בדין הדתי היהודי יש **2 קטגוריות**: פסול יחסי ופסול מוחלט.

1. **פסול חיתון מוחלט**- **אסור להתחתן איתו**, אבל **אם עשית את הטקס והתחתנת איתו לא עשית עבירה** **כי אין לזה משמעות הלכתית**. כאילו שלא עשית כלום. חוסר כשירות מוחלט להתחתן, ההלכה לא מרשה לו להתחתן והוא גם לא יכול להפר את ההלכה. אם הוא יתחתן זה יהיה חסר משמעות.
2. **פסול חיתון יחסי**- הדוגמה של הכהן והגרושה. אם כהן יבוא לגרושה ויעשה נישואים בצורה שבהלכה עושים נישואין, יאמרו שהוא **עשה עבירה אבל מבחינת התוקף הנישואים יהיו תקפים**.

יש הבדל דרמטי מבחינת ההלכה בין אנשים שהם פסולי חיתון באופן מוחלט, לעומת אנשים שהם אמנם פסולי חיתון אבל הפסול יחסי [הנישואים תקפים]. לפעמים העובדה שזה איסור יגרום שנעניש אותם. בבית הדין יתאמצו שהם יתגרשו. אלה לא נישואים מספק, אלא נישואים לכל דבר. בלי גט הם לא יוכלו להתחתן מחדש. לעומת פסול מוחלט שהם לא יכולים להתחתן.

* **איך נדע מתי פסול מוחלט ומתי פסול יחסי?** נקבל דוגמאות שאותם נצטרך לדעת למבחן. אם במבחן תהיה סיטואציה שלא דיברנו עליה, המרצה יצטרך להגיד לנו האם זה פסול מוחלט או יחסי.

**2 הדוגמאות המובהקות לפסול יחסי**:

1. **כהן וגרושה**- לא יכולים להתחתן, אבל אם יתחתנו הנישואין תקפים.
2. **ממזר וישראלית** [או ממזרה וישראלי]- מבחינת תוקף: הנישואים יהיו תקפים. הילדים שלהם גם יהיו ממזרים.

**דוגמאות לפסול מוחלט**:

1. **אישה נשואה** לא יכולה להתחתן.
2. **בני זוג מאותו מין**. חסר משמעות משפטית.
3. **אדם שנשא את אחות גרושתו, בעוד הגרושה בחיים**. זה איסור מוחלט, הנישואים לא תופסים.
4. **אדם שמתחתן עם דודה שלו**.

**2. צורה**- אותו זוג שעקרונית יכול להתחתן [כשיר], **איך בפועל בשיטת המשפט הם מתחתנים?** מה הפונקציה של צורת הנישואים, אם היינו בונים מדינה וצריכים לקבוע כלל לגבי איך אנשים מתחתנים?

1. **הסכמה מתוגברת**- צריך רצון. בעסקאות מסוימות יש דרישות מוגברות- הכתב מכונן את הדבר [מהות]. עסקאות שהן מאוד חשובות כמו נישואין אני ארצה משהו שאני אדע בטוח שמישהו עושה את זה ביישוב הדעת. ואז צריך לדון אם יהיה עד, נוטריון שיפקח על הטקס. **לוודא שיש גמירות דעת**.
2. **פומביות**- **בגלל שנישואים הם גם סטטוס**, להבדיל מעסקאות חוזיות שמחייבות רק את הצדדים עצמם (למעט קניין וטאבו שיש פומביות). בגלל שיש **זכויות** **לנשואים** ולא רוצים מניפולציות [אחרי המוות יאמרו שהיו נשואים; אדם לא גילה לאחר שהוא נשוי]. צריך מימד ציבורי, שהוא נועד לייצר פומביות. מגן על רמאויות מסוג הביגמיה. **מאחר שנישואין הוא משהו שמקנה לך זכויות וחובות כלפי המדינה, אז המדינה צריכה לדעת מי נשוי** [מרשם נישואין]. לא יוכלו להסתיר נישואין.

**הסכמה ופומביות הן דרישות מהותיות**. **ברוב המדינות זה קיים**. יש מדינות שהיו יותר סלחניות לגבי דרישת הפומביות. במאה ה-19 וברוב המאה ה-20 היה במדינות המשפט המקובל דבר שנקרא **communal marriage**. הם לא התחתנו לפי הצורה הנדרשת אבל התייחסו אליהם כנשואים [הסכימו להתחתן אבל לא נרשמו]. אבל במדינות קונטיננטליות לא אפשרו זאת- ביקשו הודעה למדינה, אחרת הנישואין לא תופסים.

**פומביות** היא לא רק עד, אלא גם **מעורבות המדינה**.

1. **ויז'ן חברתי לגבי מה זה אומר הנישואין**, ישקף את עמדת המדינה- בצרפת: הצהרה שהיה צריך לחתום עליה. קשור למתח בין דתי ואזרחי. יכול להיות שהיום ייתנו חופש לחתום על הסכם.

**מה קורה בפועל בדתות השונות? כללים פנימיים דתיים [קושי של פחות מדי מגבלות]**

* **נוצרים**- הבחנה מעניינת בין קתולים לפרוטסטנטים.

**קתולים**- התפתחות מעניינת. הנישואים הם **סקרמה**, לפי התיאולוגיה הנוצרית זה משהו שכאילו **האל תובע בעולם**. **את מה שחיבר האל, האדם לא יפריד**. בנצרות המקורית לא צריך פומביות ולא צריך עדים. ברגע שגבר נותן לאישה טבעת והם אומרים שהם מעוניינים להחיל עליהם את הנישואים, זה היה מספיק כדי לייצר נישואים.

זה יצר **בעיה מבחינה חברתית**- היו קטינים או אנשים שעשו את זה בתור חצי בדיחה ומצאו את עצמם נשואים. גם בעיות חמורות להורים- בימי הביניים ובעת המודרנית המוקדמת נישואים בין עשירים זו עסקה כלכלית בין משפחות. נניח משפחות ששונאות אחת את השנייה, הילדים עושים חתונה מתחת לאף שלהם וזה לא הפיך. לכן יש כעס גדול ומתח בין ההיבטים החומריים של הנישואים [פונקציות כלכליות, חומריות] שתומכים שתהיה פומביות כדי לייצר הסכמה יותר בטוחה ולייצר שליטה, לבין התיאולוגיה הקתולית שהנשואים תקפים גם ללא פומביות.

**פרוטסטנטים**- אין את הסיבוך הזה. אחד החידושים של **לותר וקלווין** הוא **ההבחנה בין האל לקיסר**. **הפרדת דת ומדינה** של ארה"ב הגיעה מהפרוטסטנטיות. יש מוסדות דתיים ומוסדות ארציים. החידוש שהנישואים הוא לא מוסד של האל אלא הוא מוסד ארצי, ולכן יש גירושין וברור שניתן לעצב את זה לפי צרכים ארציים. היא מייצרת די מהר כללים של **פומביות**- צריך עדים, קהל ובשלב מסוים גם צריך מניין כנסייתי. זה מכין תשתית למחשבה האזרחית של להכניס את המדינה לתמונה.

המשפחות העשירות והאצילים בעיקר בצרפת [קתולים] מתחילים לקנא. יש לחץ של האצולה לייצר רפורמה בנושא הזה. **יש מועצה דרמטית במאה ה-16 וגם הקתוליות הולכת לכיוון הפרוטסטנטי**. **קובעים שכתנאי לנישואים צריך מתחם כנסייתי, צריך פומביות וצריך כומר**. הכומר הוא חלק מהטקס, בלעדיו הנישואים לא יהיו תקפים.

**זה יהיה תלוי ביחסים עם השלטון**. בישראל זה טריקי. בגלל שחלק מהנוצרים לא מזדהים עם השלטון אז לא יגידו שצריך את השלטון, וההיפך.

* **מוסלמים**- באסלאם הנישואין **פחות קדושים** מאשר בנצרות. מאז ומעולם לא היה בהם מימד קדוש וגם לא היה להם מימד ציבורי מדינתי, אלא זו הייתה יותר **עסקה בין המשפחות**. היו יוצרים את הנישואים באמצעות **חוזה נישואין**. מצד אחד חותם הגבר ומצד שני חותמים הורי הכלה [גם הכלה יכולה לחתום מבחינת ההלכה, אבל זה המנהג]. יש פונקציה של הסכמה כתובה.

**עניין של מוהר**: **מוהר מאוחר ומוהר מוקדם**.

מוהר מוקדם= תשלום מזומן שנותנים למשפחה בעד הנישואים.

מוהר מאוחר=כתובה. התחייבות שהבעל נותן לאישה שאם הוא יגרש אותה, היא תקבל פיצוי. הכל מסוכם בחוזה הנישואין.

בהתאם להלכה המוסלמית לא צריך קאדי כדי שהנישואין יהיו תקפים; קל וחומר שלא צריך קאדי שהמדינה הסמיכה אותו. יש להבחין בין הפרקטיקה והנוהג לבין התוקף המשפטי-ההלכתי. **הקאדי לא חייב להיות חלק מהמשחק** 🡨 **אולי פחות מדי מגבלות של צורה**. היינו רוצים לוודא שהמדינה מעורבת ושאין אנשים שנשואים בסוד. גם אצל הנוצרים החשש עולה, כי יש פומביות אבל לא בטוח מעורבות של המדינה.

**יכול להיות מישהו שנשוי מבחינת ההלכה המוסלמית והמדינה לא תדע**. זה לא רק עניין תיאולוגי, זה עניין של **משפט המדינה שהולך לפי דין דתי בענייני נישואין**. נוצר מצב בעייתי שמצד אחד הם נשואים ע"פ משפט המדינה אבל מצד שני המדינה לא תדע מזה בזמן אמת.

* **יהודים**- סיפור מתפתח.

**בזמן המשנה והתלמוד**- **הייתה הבחנה בין 2 שלבים**: שלב הקידושין ושלב הנישואין.

**א) שלב הקידושין** [במשנה אמרו אירוסין, לא במשמעות של היום]- יוצרים את הקניין הראשוני שהופך את בני הזוג לבני זוג. **נעשה** **באחת מ3 דרכים:**

1. **קידושי כסף**= כדי שהם יקרו צריך 3 תנאים מצטברים:
2. **הגבר ייתן לאישה משהו בשווה כסף** [שווה פרוטה]. המנהג טבעת, אבל זה לא חייב להיות טבעת.
3. הגבר צריך לתת לה אותו **בנוכחות 2 עדים**. הם לא עדים דקלרטיביים שמספרים לי מה קרה, אלא הם **חלק מהטקס**. אם הם לא נמצאים= הדבר לא קרה. קונסטיטוטיבי מול דקלרטיבי. העד הוא חלק מהסיפור, **עדי קיום**. נותן את הטבעת בנוכחות 2 עדים. **העדים צריכים להיות כשרים**- גברים ולא נשים, לא יכולים להיות קרובי משפחה אחד של השני ולא של המתחתנים.
4. **הקידושין צריכים להיות מתוך רצון לקדש "כדת משה וישראל"**. מתוך רצון להינשא ע"פ ההלכה. הסכמה הדדית ומשותפת של הצדדים שהטבעת הועברה בנוכחות עדים כי הם רוצים להינשא ע"פ ההלכה.

**אלה תנאים מצטברים**: נתינת שווה כסף + עדים כשרים + עושים זאת מתוך רצון להינשא כדת משה וישראל. חשוב לזכור היטב את התנאים הנ"ל. יחזרו בהרבה היבטים בקורס.

1. **שטר**- במקום לתת טבעת **נותנים שטר**, שבו כתוב "הרי את מקודשת לי". גם צריכים להיות **עדים**- יש שאלה האם העדים צריכים לראות את נתינת השטר או משהו אחר. זה לא משנה כי **ביטלו את הדרך הזו**. קידושין בתקופת התלמוד. **קבלה משותפת**.
2. **קידושי הביאה**- ביאה=יחסי אישות. מה שיוצר את הקידושין הוא **קיום יחסי מין** [מקביל הכסף]. דרישה של **עדים**- לא צריכים לראות את האקט, אלא את בני הזוג מתייחדים. לא כל מי שעושה יחסי מין ייחשב נשוי אלא **נדרשת הסכמה שעושים זאת כדי לקיים קשר נישואין**. **דרך שבוטלה כיום**. בתקופת התלמוד אנשים לא היו עושים קידושי ביאה [למעט אנשי שבט יהודה].

בשלב הקידושין המשמעות היא כמו נשואים, אשת איש, לא יכולים להתחתן, אבל כל אחד חוזר לבית שלו.

**ב) שלב הנישואין**- אחרי זמן מסוים [תוך שנה בד"כ] היו עושים את השלב השני של הנישואים. האישה הייתה מגיעה לבית של הבעל והיו לזה השלכות הלכתיות [פחות רלוונטי].

**היום**: **2 שינויים**- ביטלו את שטר וביאה. **היום עושים רק קידושי כסף**. בנוסף, **איחדו את הקידושין והנישואין**. לא עושים את זה בשני שלבים. מיד אחרי הקידושין, הולכים לבית. החופה היא בעצם הביטוי הסמלי למה שהיה פעם שלב הנישואין. החופה מייצגת באופן סמלי את הבית. עושים את נתינת הטבעת בטקס הקידושין, החופה היא הביטוי של הנישואין והבית. זה הטקס היהודי.

**מה לגבי רב?** אותן בעיות שהקתולים מתמודדים איתם. חשש מאנשים חופזים, שלא שואלים את ההורים לגבי נישואין, אין פיקוח, קטינים מתחתנים. בתוך הדין הדתי היהודי **יש בעיה דתית פנימית** [בלי קשר למדינה]. **גם ההלכה לא רוצה שאנשים יתחתנו בצורה מאוד חפוזה והיא לא רוצה נישואים סודיים**- אם לא סיפרו לאף אחד אף אחד לא יידע.

על הרקע הזה, במאה ה-20 מגיעה הרבנות הראשית ומתקנת **תקנה שנקראת "חרם ירושלים"**. לפיה, מי שמתחתן ולא מזמין רב או שהרב לא מפקח על הטקס ולא מזמין לפחות מניין של אנשים [לפחות 10] אוסרים את זה ומטילים סוג של חרם. זו תקנה קשוחה. אך, התקנה לא הצליחה לעשות מה שהנצרות עשתה [מהלך רדיקלי יותר שבלי כומר לא יהיו נישואים תקפים]. **החרם אומר שינדו אותם וכו', אבל בגלל שלפי ההלכה הנישואים יהיו תקפים גם בלי רב הם לא שינו** **התנהגותם**. **התוצאה היא בעייתית**. החרם יוצר אולי התרעה, אך מי שלא מורתע יהיה נשוי ע"פ ההלכה ולכן גם ע"פ משפט המדינה, למרות שבעצם לא נדע מזה.

* בעיה חמורה במשבצת של **צורה+ פחות מדי מגבלות** [בטבלה בעמ' 52]: באסלאם, ביהדות ובחלק מהדתות הנוצריות יש **בעיית פומביות** ו**בעיה שלא צריך אורגן של המדינה**.

מצד אחד, בדיעבד התלונה האזרחית היא שיש לנו פחות מדי מגבלות כי אנחנו רוצים פומביות ומדינתיות, אבל מצד שני בגלל שהכללים הם דתיים התלונה האזרחית ההפוכה היא **למה צריך טקס דתי**. אם אני אדם חילוני אני עשוי לטעון למה מכריחים לעשות טקס דתי כתנאי לנישואים שלי. למה אתה לא מוכן שתהיה עדה [אישה] ולא עד. לכן יש תלונה אידיאולוגית על עצם הצורך בטקס דתי ותלונת משנה למה דווקא דרך דתית מסוימת דווקא [נניח יהודי רפורמי יגיד למה מכריחים לעשות טקס בצורה מסוימת והוא יבקש טקס יותר שוויוני וכו'].

מנקודת מבט אזרחית, עצם העובדה שהנישואים לפי דין דתי- יצרה **4 סוגי בעיות**:

תלונות אזרחיות שבגלל שהנישואים בארץ לפי דין דתי יש **פחות מדי מגבלות**: **1) כושר**- גיל, מצב אישי, קרבה משפחתית. **2) צורה**- אני רוצה יותר דרישות של פומביות ומעורבות מדינה. המצב שבו הנישואים מוגדרים ע"פ דין דתי יוצר מצב **שרוצים עוד רגולציה אזרחית**.

תלונות אזרחיות הפוכות- **3) כושר**- פסולי חיתון: אנשים שרוצים להתחתן והמדינה לא מאפשרת זאת. יש **יותר מדי מגבלות** [חסרי דת, בני זוג מאותו מין, בין דתיים]. זה מכונה **מצוקת מנועי החיתון**, פסולי החיתון. הם רוצים להתחתן אבל הרב לא רוצה אותם. המדינה לא נותנת להם להתחתן עם מי שליבם חפץ. **4) צורה**- יש אנשים שלא רוצים שהרב יחתן אותם, רוצים להתחתן בדרך שלהם. המשפט לא נותן.

**נושא 3: הפתרונות האזרחיים הרשמיים**

1. **חקיקה**

המחוקק אמר שלא ניתן להשאיר את העסק רק לחוקים הדתיים, הוא יחוקק חוקים שבניגוד לטבלה לעיל כן יעסקו בדיני נישואין.

המחוקק והפסיקה הישראלית פתרו את הבעיות שמצאו. מה קיים בפועל בישראל? בניגוד למחשבה שהנישואים הם רק דין דתי, יש גם היבט אזרחי. אך, המשפט האזרחי לא נתן פתרונות מספיק טובים.

**רוב החקיקה האזרחית עוסקת בחלק של "פחות מדי מגבלות"**.

1. החוק האזרחי הראשון שמתעסק בנישואים הוא **חוק גיל נישואין**. החוק הזה אומר שלא בסדר שמאפשרים גיל נמוך בדתות השונות וקבע **גיל מינימום של 17**. מבחינה אזרחית אם יש נישואים מתחת לגיל 17 זו עבירה פלילית. [בעבר היה הבדל בין נשים וגברים אבל שינו].

**שאלה:** אם זוג מתחת לגיל 17 יתחתנו, האם הנישואים יהיו תקפים? **תשובה:** החוק אומר שזו עבירה פלילית ויצר הרתעה. אך החוק אומר שאם כן מתחתנים, אם לפי ההלכה או הדין הדתי שלך [מבחינת דיני הנישואין] הגיל מתאים הרי שאתה נשוי. הנישואים יהיו תקפים.

* יש השלכות פליליות.
* אם הזוג נפרד [לא התגרש], האישה לא תוכל להתחתן שוב.
* הזוג יוכל לקבל משכנתא, הם זכאים לכל מה שנקבע בחוק לגבי נשואים.

**ביקורת** של **פרופ' ליפשיץ**: החוק האזרחי יכול היה להגיד שלצורך דתי אתה נשוי, אבל לצרכים אזרחיים אתה לא תיחשב נשוי [למשל לקבל משכנתא] 🡨 אבל לא עשו את זה. הם **ייחשבו נשואים לכל דבר**. בכל חוק שבו כתוב "אדם נשוי זכאי ל-", בענייני נישואים הולכים לפי דין דתי. העובדה שעברת עבירה פלילית [קטינים נישאו] לא מבטלת את תוקף הנישואים [בהנחה שעשו את הטקס לפי הכללים]. הם עדיין יוכלו לקבל משכנתא ולקבל את הזכות האזרחית.

**ההתערבות החקיקתית הזו מינורית**- מתערבת במישור הפלילי, אבל שאלת תוקף הנישואין תמשיך להיות לפי דין דתי. הפרמטר אזרחי, אך לא נותן מענה לתוקף האזרחי.

1. **סעיפים 175-183 לחוק העונשין**- **העבירה הפלילית על ריבוי נישואין**.

**סעיף 176- ריבוי נישואין**- "נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם- מאסר חמש שנים".

**סעיף 178- תקפם של נישואין**- "לעניין סעיף 176, אין נפקא מינה-

1. אם תקפם של הנישואין הקודמים הוא לפי דין המדינה שבה נערכו או לפי דין דתי שעל פיו נערכו;
2. אם הנישואין החדשים תקפים או בטלים;
3. אם הנישואין החדשים נערכו מחוץ לישראל, ובלבד שבשעת הנישואין היה הנושא אזרח ישראלי או תושב ישראלי".

עשו **הגדרה מרחיבה של נישואים**. גם אם התחתנת בנישואים בארץ אחרת, זה יהיה תקף.

המחוקק האזרחי כביכול טיפל בעניין ריבוי הנישואין ואומר שיש עבירה פלילית. אך, האם הנישואין תקפים?

אם אני **יהודי תימני** שבדת שלי אין לי איסור להתחתן עם מספר נשים, אני רוצה להתחתן בנישואים ביגמים, הם יהיו תקפים לפי משפט המדינה.

אם אני **בדואי** שגר בנגב ורוצה לחיות עם כמה נשים, למרות שזו עבירה פלילית [כאן גם בא לידי ביטוי העניין של ההסתרה מהמדינה] 🡨 הנישואים יהיו תקפים.

**המחוקק התערב בגיל ובמצב האישי, אך המחוקק לא הלך עד הסוף עם הכלל שלו**. הוא לא אמר שהזוג לא נשוי לצרכים אזרחיים. גם לצרכים אזרחיים התוצאה תהיה שהם נשואים.

הערה: לבדואים בנגב יש פרקטיקה של ביגמיה והם עושים את זה בדרכים סודיות כדי לא לעבור עבירה פלילית. זה עצוב - אם גבר יתחתן עם מישהי מהרשות הפלסטינית, המשפחה של האישה רוצה את המוהר המוקדם כי הם עניים והגבר לא יכול לעשות הסכם לתת מוהר מאוחר אם יתגרשו, אחרת ידעו שהוא נשוי [ביגמיה]. **אין לאישה הגנה דתית ולא אזרחית**. חוק שהוא אנטי-ביגמיה שרוצה להגן על מיעוטים, אך כאשר אין אכיפה לא רק שהוא לא עוזר אלא הוא יוצר פגיעה קשה.

הערה: יש ז'אנר של בני זוג ערבים [בדואים] שמתחתנים צעירים. מי שיוזם את הנישואים הם ההורים. נולדו להם ילדים. אחרי 20 שנים הגבר לומד באוניברסיטה ועושה עסקים. אשתו הישנה משעממת אותו והוא לא מוכן להסתפק בה, אך לא רוצה לזרוק אותה. הוא לא רוצה לעשות עבירת ביגמיה. **הוא מתגרש מבת הזוג הראשונה ע"פ משפט המדינה הם גרושים ואז מתחתן עם בת הזוג השנייה**. לאחר מכן, הוא **מקיים יחסי אישות עם האישה הראשונה, משום שלפי הדין המוסלמי אם אנשים שהתגרשו קיימו יחסי אישות זה מראה שהתבטלו הגירושין**. התוצאה: האישה הראשונה נשואה אבל זה לא כתוב בשום מקום. אין לה כסף לתבוע אותו וע"פ דין מוסלמי המשמורת על הילדים של הגבר ולכן היא לא רוצה להסתכסך איתו. לגבר יש בפועל 2 אוהלים. האישה הראשונה נחשבת אם חד הורית. אם הגבר יעבוד בשחור אז הוא יהיה זכאי לקצבה. ביטוח לאומי עלה על זה ואמר שאם הם רואים שהכתובות שלהם קרובות, הרי שהם שולחים חוקר פרטי לבדוק את העניין ויבחנו האם מגיעה באמת קצבה.

אותה דינמיקה שמצאנו לגבי הגיל, מוצאים גם לגבי ריבוי הנשים. יש התערבות אזרחית מסוימת במישור הפלילי, אבל ההתערבות הזו היא במישור הפלילי בלבד. אם מתחתנים התוקף יהיה רק לפי ההלכה כולל לצרכים אזרחיים.

נקודה נוספת לביגמיה: גם החוק האזרחי נותן **אפשרות להיתר נישואין** ואם אתה מקבל היתר זה לא ייחשב לעבירה פלילית. בנושא הזה **יש בחוק האזרחי 2 מסלולים**- **מסלול יהודים ומסלול דין אחר [מוסלמים]**. לנוצרים ודרוזים אין ביגמיה, לכן מתייחסים למוסלמים.

**בחוק העונשין**- **סעיף 180- נישואין שהותרו לפי דין אחר**-

"לא היה הדין החל על הנישואין החדשים דין התורה, לא יורשע אדם על עבירה לפי סעיף 176 אם הנישואין החדשים נערכו לאחר שהותרו לפי פסק דין סופי של בית הדין המוסמך על סמך אחת מאלה:

1. בן זוגו מנישואיו הקודמים אינו מסוגל, מחמת מחלת נפש שלקה בה, להסכים להפקעת הנישואין או לביטולם או להשתתף בהליך או בפעולה להפקעתם או לביטולם;
2. בן זוגו מנישואיו הקודמים נעדר בנסיבות המעוררות חשש סביר לחייו ולא נודעו עקבותיו לפחות שבע שנים".

בן דת אחרת שלא יהודי= שם מכובס **למוסלמים**. תנאי סף שביה"ד השרעי יאפשר לתת היתר נישואין. הבעיה: ביה"ד השרעי ירשה לכולם משום שבאסלאם אין עבירת ביגמיה. לא נוכל ללכת לפי הכללים המוסלמים ולכן מגבילים. הפתרון: צריך **עילות מסוימות למתן היתר**- יש **עילות ממוקדות של חוסר כשירות (1) או נעדרות (2)**. מאפשרים חלון מצומצם.

**לגבי יהודים**: **סעיף 179- היתר נישואין לפי דין תורה**- "היה הדין החל על הנישואין החדשים דין התורה, לא יורשע אדם על עבירה לפי סעיף 176 אם הנישואין החדשים נערכו לאחר שניתן לו היתר נישואין לפי פסק דין סופי של בית דין רבני ופסק הדין אושר בידי נשיא בית הדין הרבני הגדול".

**לכאורה נתנו אוטונומיה לביה"ד הרבני**. צריך פסק דין סופי של בית דין ואישור של נשיא ביה"ד הרבני הגדול. **ליהודים נתנו מרווח יותר גדול מאשר למוסלמים**.

למוסלמים מראש יש ביגמיה ולכן לא יכולנו לסמוך על ביה"ד השרעי. לכן נתנו עילות נוקשות של חוסר כשירות ונעדרות של 7 שנים. יהודים במבט ראשון נתנו אוטונומיה לביה"ד הדתי, אבל ביקשו גושפנקא של אישור ביה"ד הרבני. **אבל יש סיפור פנים דתי**. יש **כללים של עדות אשכנז ועדות מזרח**.

כאשר קמה המדינה החוק לא דיבר על נשיא ביה"ד הרבני הגדול אלא דיבר על חתימת שני הרבנים. מה שקרה, ההגמוניה **הייתה הגמוניה אשכנזית לחלוטין ולכן הכללים האשכנזים הוחלו על כולם** [על אשכנזים וספרדים]. הרבנים הראשיים היו הרב הרצוג והרב עוזיאל. בניגוד לחלק מהרבנים הראשיים בדורות האחרונים הם לא גדולי הדור מבחינה הלכתית, הם אנשים עם משקל מאוד משמעותי. **הרב עוזיאל משתף פעולה עם הרב הרצוג בעניין הזה ולא דורש שיהיו כללים ספרדיים בנושא**. הרטוריקה היא של אחדות ישראל. רוצים שיהיו כללים אחידים בין אשכנזים וספרדים. אמות מידה אחידות.

בנוסף, לדעת פרופ' ליפשיץ בנושאים הקונקרטיים האלה הרב עוזיאל כשלעצמו **הזדהה עם הכללים האשכנזיים**- חרם דרבנו גרשום, ביטול הייבום. במקומות שהמסורת האשכנזית הייתה יותר ליברלית ופמיניסטית התאימה לו האחידות.

* **בשנים הראשונות של המדינה יש הגמוניה אשכנזית וכל הכללים הם אשכנזים**.

מגיע דיין צעיר **הרב עובדיה יוסף** והוא כועס על העניינים האלה. הוא אומר שצריך לפעול לפי אמות מידה ספרדיות **ומפתח אידיאולוגיה פלורליסטית** לפיה כל אחד יפעל לפי הדת שלו. גם בנושאים נוספים: גט וכו'. **תוקף בצורה חזקה את הרב עוזיאל**. כשהוא מתמנה לרב ראשי זה לא עוזר לו. הרב גורן לא מוכן לחתום על היתרי הנישואין לגבי אשכנזים וגם לא לגבי ספרדים. **לכן שינו את החוק לנוסח הנוכחי**.

**הרב עובדיה יוסף ביקש רטוריקה פלורליסטית, אבל מתברר שהוא רוצה רטוריקה אחת אחידה**- כולם צריכים להיות במסורת אחת אחידה לפי **המסורת הספרדית**. הוא מנסה להשליט את המסורת הספרדית גם להיתרי נישואים בין ספרדיים וגם לאשכנזים.

**מה יעשה פה המשפט האזרחי?** כאשר תתחיל להיות מדיניות דתית "נדיבה" שנותנת היתרי נישואין, האם הוא יתערב? נתנו לו בס'179 אמות מידה דתיות ולא אזרחיות.

**פס"ד שטרייט**- **ביהמ"ש העליון מנסה להלביש על סעיף 179 פיקוח אזרחי**. למרות שזה בבירור לא עולה מלשון החוק, כי החוק עשה מגבלות רק לגבי מי שהוא לא לפי דין תורה, הוא אומר שזה לא בסדר לתת את ההיתר סתם אלא זה צריך להיות בעילות דומות לאלה של המוסלמים- עילות הקשורות בעיות קוגניטיביות או היעלמות כלשהי. עושה את הסעיף פלסתר.

לעומת זאת, **בפרשת בורונובסקי** ביהמ"ש העליון **לא חוזר בו לגמרי ואומר שאין פיקוח**; אבל גם לא אומר שאלה העילות היחידות. ביהמ"ש משאיר את הדברים פתוחים ואומר **שיכולות להיות עילות דתיות נוספות**.

* **במבחן**: נניח תהיה **הצעת חוק לביטול הביגמיה**. כלומר, לבתי הדין הדתיים לא תהיה סמכות לעשות היתר נישואין. א). תאר במה ההצעה שונה מהחוק הקיים? חורגת לגבי מוסלמים כי יש חריגים למתן היתר נישואין (שהם בד"כ חריגים קטנים) וחורגת משמעותית ליהודים כי יש להם אפשרות רחבה לתת היתר נישואים ואם ההצעה תתקבל היא ביטלה אותה. ב) האם ההצעה היא ראויה? ננתח את הבדלי הגישות בין פסקי הדין לעיל. זה הולך לכיוון פסק דין שטרייט לפיו ביגמיה זה דבר רע.

מבחינה תועלתנית- בעל שאשתו מסרבת לתת לו גט וביה"ד אומר לו שהוא לא יכול להכריח אותה לתת לו גט אבל הוא יכול לקבל היתר נישואין 🡨 מבחינה אזרחית יכולנו לפתור את המצוקה. אבל יכולים להגיד שהפוך האישה לא הייתה מקבלת היתר וזה לא שוויוני. מנגד, מה זה משנה? יש מד מצוקה בעולם. צריך לפתור מה שאפשר. **ההצעה הזו מרעה את המצב מבחינה תועלתנית**.

**מצד שני יש משמעות לא רק לתוצאות אלא גם לאמצעים**- כלי שאומר שניתן לתת היתר נישואים רק לגברים ולא לנשים הוא לא בסדר.

* ההתערבות האזרחית מאפשרת פתח לחריגים בהקשר ריבוי נישואים.

**לגבי קרבה**- אין התערבות אזרחית. חוק האימוץ אומר שאימוץ הופך אותך לילד של ההורה המאמץ לכל דבר, אבל הוא אומר שאין בנושא זה לפגוע בענייני נישואין וגירושין. המשפט האזרחי מקפיד לומר שהוא לא מתערב בעניין קרבת המשפחה.

**צורה**: אין לנו אורגן מדינתי שאמור לטפל בעניינים. ניתן לעשות נישואים שלא מערבים אורגן של המדינה. על רקע זה בא המשפט המנהלי והפלילי ומנסים לעזור. נראה שהעזרה היא מוגבלת.

1. **פקודת הנישואין והגירושין [רישום]**- מדברת על זה **שצריכה להיות רשות שהיא רושמת נשואים**. יש פקיד שהוא מסדר את הנישואין וכאשר אנשים מתחתנים הם מגיעים קודם לרבנות ויש מי שרושם את הנשואים. בנוסף, יש פונקציה נוספת של "עורך הנישואין".

**רושם הנישואין** הוא עובד מדינה, שאחראי על רישום הנישואין. בודק שעמדו בכללים.

**עורך נישואין** לא חייב להיות עובד מדינה אבל חייב להיות מישהו שמקבל רישיון מהמדינה.

הפקודה יצרה לכאורה סדר, כי היא אמרה שצריך להירשם מראש ודבר שני מי שעורך את הנישואין צריך להיות מישהו שהמדינה הסמיכה. הרבנות לא תסמיך אישה או רב לא אורתודוקסי. **בג"ץ התנועה המתקדמת**- ביקשו להכריח את הרבנות להסמיך רבנים לא אורתודוקסיים. בג"ץ דחה את זה ואמר שכל עוד נישואין בישראל הם ע"פ דין תורה, יש לרבנות את הסמכות לומר על איזה רבנים הם סומכים שיערכו דין תורה.

מצד אחד, באו ועשו **פרוצדורה מינהלית וגם פלילית** [**פס"ד גנור**- שבו אמרו שמי שמשתתף בטקס נישואין פרטי ומי שעורך את הטקס מועמד לדין כי הוא פוגע בסדר הציבורי]. **תיקנו את פקודת הנישואין והגירושין [רישום]** ואמרו שיש **עבירה פלילית על נישואים סודיים** [מי שלא מעדכן שהוא ערך נישואים]. **ניסו לעשות פומביות אבל עשו את זה רק במישור הלכתחילה**. לעומת זאת, אם אדם מתחתן בטקס בנוכחות רבנית קונסרבטיבית, זה לא אומר שהנישואים האלה יהיו כשרים או פסולים. נצטרך לבדוק האם יש כשירות- האם הייתה טבעת, האם היו 2 עדים כשרים, האם הם רצו להתחתן לפי ההלכה. **עצם זה שהייתה רבנית – זה לא יפגום בטקס**.

נוצרה שוב הדינמיקה המטרידה שהמשפט הישראלי מדבר דיבור כפול. מצד אחד הוא מייצר כללים אזרחיים, חלקם פליליים, שמנסים לפתור את הבעיות בטבלה. מצד שני, בפועל כאשר שואלים מי נשוי זה רק על פי ההלכה. מצד שלישי, המשפט האזרחי אומר שלא רק לצרכים הלכתיים מי שמצפצף עליי יהיה נשוי אלא גם לצרכים אזרחיים.

* חקיקה לגבי גיל, ריבוי נישואין ופרוצדורה. אך **בשלוש הדוגמאות הטיפול הוא חלקי**.
* **אין בכלל טיפול בבעיות בטבלה של "יותר מדי מגבלות"- בכושר ובצורה**. החוק האזרחי **שותק לחלוטין** בקשר לתלונה האזרחית על היעדר כושר. **הדבר היחיד שיש הוא לגבי חסרי דת** שיש **חוק ברית זוגיות לחסרי דת** [מקרים סופר נדירים]. בני הזוג יכולים לעשות **ברית זוגיות** אצל רשם שנקרא **רשם זוגיות** והם יקבלו זכויות של נשואים. פרופ' ליפשיץ ניסה להחיל את החוק על כל הקבוצה של "פסולי חיתון" אבל אפשרו רק לחסרי דת, אנשים שאין להם דת.

**הערה לגבי חוק ברית זוגיות:** פרופ' ליפשיץ ניסה לבחון למה דתיים מתנגדים לנישואים אזרחיים?

1. בעיית הממזרות- הנישואים יהיו אזרחיים אבל גם תקפים באופן דתי כי יעשו ע"פ ההלכה [טקס עם טבעת, עדים וכו']. אנשים נשואים שלא יתגרשו בגט דתי: התוצאה תהיה שכאשר האישה נשואה דתית אבל לא התגרשה דתית, הילדים שלה יהיו ממזרים.
2. בעיית אחדות העם- אם תהיה ממזרות, אנשים לא יוכלו להתחתן אחד עם השני.
3. בעיית הצביון היהודי- לא רוצים לסגת מהצביון של מדינה יהודית ויש מקום מיוחד לנישואים דתיים.

ליפשיץ מגיע לרעיון של ברית הזוגיות. **הגדרת ממזר= מי שנולד לאישה נשואה מחוץ לנשואים**. אם הנישואים האזרחיים לא יהיו תקפים לפי ההלכה אז הנישואים לא תקפים מבחינה הלכתית. **יש חזקה שאם לא עשית טקס דתי, התכוונת להתחתן ע"פ ההלכה**. אבל כיום הטענה הזו חלשה, כי זה מתקופות שטקס הנישואין לא היה נגיש. **הנישואים האלה עם שם אחר וחותמים על תצהיר לפיו יודעים שלא מתחתנים ע"פ ההלכה**. זה פותר את בעיית הממזרות וגם פותר את בעיית אחדות העם. עניין הצביון- מסלול רישום אזרחי. מי שרוצה להתחתן בישראל-יהיה נשוי בנישואים דתיים. **מי שלא רוצה או לא יכול להינשא בנישואים דתיים יוכל ללכת לרשם אזרחי** **ולהתקשר בברית זוגיות**; יחתום על תצהיר שהוא לא מתכוון להתחתן ע"פ ההלכה ואז הוא יקבל את כל הזכויות האזרחיות של אנשים נשואים **ופרוצדורת הגירושין תהיה אזרחית**.

חלק גדול מהרבנים אמרו שזה פתרון שיכול לעבוד. זה היה רעיון של פשרה וגישור. אבל **בממשלה אמרו שעושים "מהפכה חילונית" ולכן הרעיון הזה לא התקבל הרבה זמן**.

היה מהלך נוסף- ליברמן רצה ללכת על נושא של ברית זוגיות. ש"ס הסכימה לעניין. אך לפני הקמת הממשלה, הרבנים הליטאיים אמרו שהם יחרימו את ש"ס אם הם יסכימו ולכן התקפלו מזה.

**חוקקו את חוק ברית זוגיות לחסרי דת, במקום חוק ברית זוגיות לכל פסולי החיתון**. חסרי הדת לא משתמשים בה אפילו. אם יש ברית זוגיות לכל פסולי החיתון- מצמצמים מאוד את מוסד הידועים בציבור. אבל בגלל שברית הזוגיות היא רק לחסרי דת, אז לא צמצמו את מוסד הידועים לציבור ולכן **חסרי דת מעדיפים להיות ידועים בציבור**.

ידועים בציבור לא נרשמים מראש, יש פרוצדורה של פרידה, לא מקבלים הכרה רוחבית מהמדינה. לעומת זאת, ברית זוגיות היא הכרה מהמדינה, נרשמים במרשם מראש, זה משמעותי ויוצר מסננת אמיתית בין אנשים שרוצים להתחייב לבין אנשים שלא רוצים להתחייב [שזו הבעיה של ידועים בציבור שלא ברור אם לא התחתנו כי לא הייתה הסכמה אמיתית וכו'].

* אין ברית זוגיות בישראל בפועל ואז הבעיות האלה נותרו ללא מענה.

1. **פתרונות אזרחיים חוקתיים של ביהמ"ש**

**בן מנשה**- מגיש בג"ץ נגד המדינה ורשם הנישואים, וטוען שפגעו לו בזכות החוקתית- פעם אחת מייצג **פסול חיתון** שלא נותנים לו להתחתן; ופעם נוספת מייצג **אידיאולוג שלא נותנים לו להתחתן בדרך שלו**. ביהמ"ש מראה לו שיש בחוקי היסוד סעיף שמירת דינים, אם הוא רוצה שיפנה למחוקק.

**פתרון שהוצע**: הוא יכול להציג שהמצב כרגע לא חוקתי כי הוא פסול חיתון. עליו להגיש בג"ץ נגד הכנסת כרשות שלטונית ועליה לחוקק חוק שיפתור את המצב הלא חוקתי שקיים. ביהמ"ש ייתן צו עשה לכנסת. [ברק כאקדמי].

בפועל: בשני פסקי הדין שנקראים בן מנשה, ביהמ"ש לא הושיע ונשארנו עם הבעיות.

השופטת ברון אומרת שפסקת ההתגברות "תזדקן עם השנים" וככל שהזמן יעבור לא נשים עליה. המצב לא חוקתי, הזמן עובר, החוקה חזקה. מעין **אמירות אגב**.

* השורה התחתונה- התוצאה עדיין חמורה מאוד. אין פתרון לבעיות בטבלה לגבי "יותר מדי מגבלות בצורה וכושר". אין פתרון לבעיה של פסולי חיתון ואידיאולוגים. יש פיתרון חלקי לגבי בעיות בטבלה של "פחות מדי מגבלות" [גיל, ריבוי נשים ופומביות].

**נושא 4: תחליפי נישואים אזרחיים**

**המשפט האזרחי פיתח 3 סוגים של תחליפים**.

1. **נישואים פרטיים**- אנשים שמתחתנים בישראל בטקס שמתנהל ע"פ ההלכה, אך מי שמנהל אותו הם גורמים שלא מוסמכים ע"י הרבנות.
2. **ידועים בציבור**- לא להתחתן אך לחיות כידוע בציבור ולבקש זכויות אח"כ.
3. **נישואים אזרחיים מחוץ לישראל**- להתחתן בחו"ל, לחזור לארץ ולנסות לקבל הכרה.

מצד אחד הם נושאים עצמאיים כי כל מדינה צריכה לקבוע איך להתמודד עם אדם שהתחתן בארץ אחרת וכו'. אבל כולם **הם כלים שהמשפט האזרחי משתמש בהם כדי לנסות בכל זאת לתת מענה לבעיות שהצגנו**.

"ללכת בלי אבל להרגיש עם"- לא להיות נשוי אבל לקבל זכויות נישואין.

* קריאה- נקבל במייל.
* ביום חמישי השיעור בוטל בגלל מבחן מועד ב' בקניין.

**שיעור 11- 05/04/22- עם הדס**

**מזונות אישה- היבטים הלכתיים**

בהרבה שיטות משפט יש חלוקה קונספטואלית בין מזונות אישה לחלוקת רכוש. יש עם זה לפעמים בעיות. בישראל ההבחנה הזו חדה יותר משום שעל הרכוש חל דין אזרחי ועל מזונות אישה חל דין דתי.

לגבי חלוקת רכוש- חוק יחסי ממון והלכת השיתוף.

סעד המזונות יבוקש בנפרד. הסעיף העוסק בכך הוא **סעיף 2 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959**. מה שחל על מזונות אישה הוא הדין הדתי. מי שלא משתייך לאחת העדות הדתיות חל עליו החוק האזרחי. **זה הסעיף שמעגן את זה שעל מזונות חל הדין הדתי**.

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

**(ב)** אדם שאינו יהודי או מושלמי [מוסלמי] או דרוזי או חבר אחת העדות הדתיות המפורטות בתוספת הראשונה לפקודת הירושה, או שלא חל עליו דין אישי, חייב במזונות בן-זוגו, והוראות חוק זה יחולו על מזונות אלה.

**עקרונות הדין האישי היהודי בקביעת מזונות אישה**

1. **המזונות "חד סטריים"**- הבעל חייב במזונות אשתו לפי הדין הדתי [הדין העברי]. **רק האישה זכאית למזונות**. הבעל לא זכאי למזונות לפי ההלכה באופן כללי. יש מצבים נדירים שגם הבעל זכאי למזונות מן האישה, במצבים שהוא ממש עני מרוד, שאין לו בכלל יכולת השתכרות ואילו האישה בעלת ממון ונכסים רבים, והמזונות לא ישפיעו עליה לרעה, היא תוכל להמשיך להתפרנס בכבוד. **הבעל יהיה זכאי למזונות מדין צדקה במצבים נדירים**.
2. **המזונות ניתנים רק במהלך הנישואין**- רק תוך כדי הנישואין. זו טעות נפוצה לראות את מזונות ההלמוני- הגבר משלם לאישה לאחר הגירושין. ביהדות זה לא כך. **האישה אולי תוכל לתבוע מזונות לפי הדין האזרחי לאחר הגט**. היא לא זכאית למזונות מרגע שניתן גט. בנוסף, מרגע שניתן פסק דין לחיוב גט (שמחייב אותה לקבל גט).

סוגי החלטות של בית דין רבני לגבי הגירושין- אם הוא מחליט שהצדדים רוצים להתגרש וזה לא בהסכמה. יכול לתת החלטה ברמה נמוכה= **המלצה למתן גט**. זו החלטה שנועדה לעשות לחץ מוסרי, אבל בד"כ לא נותנים סנקציות. יש החלטה בדרגה גבוהה יותר- **החלטה לחיוב גט**, יותר משמעותי וניתן להפעיל סנקציות. יש החלטה ברמה הכי גבוהה שהיא **החלטה לכפיית גט**. יחסית מעט החלטות כפייה כאלה.

ברגע שיש את הדרגה של לפני כפייה, חיוב למתן גט- האישה כבר לא זכאית למזונות. [בהחלטת המלצה כן זכאית].

1. **הזכות למזונות נגזרת מתנאי הכתובה**- הכתובה היא מסמך משפטי שנקבע לקידושין שקבעו חז"ל, שמפורטים בו חובות הבעל כלפי אשתו. הוא מתחייב מבחינה כספית חיובים כספיים כלפי האישה במקרה שהיא תגורש או תתאלמן. יש לה זכויות לפי הכתובה. **הבעל מתחייב לזון ולפרנס**. בהתאם לזה הוא מתחייב במזונות אישה.
2. **בעל המסרב לשלם לאישה מזונות**- יש 2 אפשרויות עיקריות שעושים בהן שימוש:
3. **אפשרות לחיוב למזונות מבית הדין**- אם הבעל לא מקיים את החובה שלו לשלם מזונות, האישה יכולה לבקש מביה"ד לחייב אותו לשלם לה. הזכות הזו קיימת לאישה אם הבעל מסרב לשלם, אם הוא יכול לעבוד ובוחר שלא לעבוד. היא יכולה לבקש שישלם לה מזונות כי הוא לא עושה את זה. שאלה- מה קורה אם האיש חולה או לא מצליח להשיג עבודה בגלל מצב כללי בשוק? לפי הפוסקים, במצב כזה לא צריך לתת נגדו פס"ד שמחייב אותו במזונות, כי חוסר היכולת שלו לא תלויה בו. אם העוני שלו הוא כזה שלא מצליח לפרנס עצמו, **לא נחייבו לשלם לאישה**.
4. **חיוב בגט**- אפשר לנסות לחייב את הבעל בגט אם הבעל מסרב לשלם מזונות או מסרב לעבוד ולהתפרנס למרות שהוא מסוגל- זה יכול להוביל להחלטה לחיוב גט. בד"כ **ביה"ד הרבני לא ימהר לחייב במתן גט, אלא קודם ייתן חיוב למתן מזונות**. אם זה לא יעבוד- הוא יוציא החלטה לחייב גט. יש מחלוקת בין הפוסקים האם אפשר לחייב את הבעל לתת גט במצב שהוא לא יכול לשלם מבחינה אובייקטיבית שלא תלויה בו [חולה או כי אין עבודה]. יש כאלה שאומרים שניתן לחייב ויש כאלה שאומרים לא.

**כלי המזונות הפך היום לזרז למתן גט**. כאשר בני זוג חיים יחד במצב נורמלי- לא יהיו תביעות מזונות. אך כאשר יש סכסוך, בעל עזב את אשתו בגלל מישהי אחרת, היא יכולה להפעיל עליו לחץ בתביעת מזונות כדי שיעדיף לחזור ולא לפרק את הקשר. לחילופין, הבעל ימהר לתת גט כדי לא לשלם מזונות במהלך התקופה הזו. **מנוף להפעלת לחץ במקרים של סרבנות גט**.

1. **כללים לקביעת מזונות**- לפי ההלכה הבעל צריך לשלם לאישה מזונות לפי המינימום הדרוש לה- לפי המקום שהם חיים, לפי רמת החיים שהתרגלו אליה באופן כללי. בהתאם למנהגי המקום והחברה בה בני הזוג חיים.

המזונות לא כוללים רק את המזון [אוכל] של האישה. כולל גם את שאר הדברים שקשורים לכלכלה שלה: ביגוד, מדור וריפוי [הוצאות רפואה] וכו'.

**עיקרון: "עולה עמו ואינה יורדת עמו"**. **מזונות אישה נגזרים מרמת החיים שבני הזוג קיימו**. אין סכום אחיד לכל הנשים. תמיד צריך לבחון מה היו הנסיבות הספציפיות של אותם בני זוג.

**2 עקרונות**:

1. "עולה עמו"- האישה זכאית לאותה רמת מזונות במידה שהוא [הבעל] מרשה לעצמו. מה שהוא מרשה לעצמו, זה גם מה שהוא ייתן לה. לא יכול לדרוש ממנה להסתפק ברמת חיים שחיה לפני כן, אם היא הייתה נמוכה יותר מזו של הבעל.
2. "אינה יורדת עמו"- האישה זכאית לאותה רמת חיים שהייתה לה לפני הנישואין. אם בבית הוריה היא הייתה ברמת חיים מסוימת גבוהה יותר, שלא תרד ברמת החיים אחרי שהתחתנה.
3. **הזכות למזונות תלויה באופן הדוק בהתנהגות האישה**- באופן כללי האישה זכאית למזונות רק אם היא חיה עם הבעל. אם היא איתו באותו בית.

* אם הבעל עזב את הבית, זכות האישה למזונות לא נפגעת.
* אם האישה עזבה את הבעל מיוזמתה, היא מפסידה את המזונות, אלא **אם יש סיבה מוצדקת לעזיבת הבית**.מחלקים את זה ל-**2 סיבות**: **1)אשמת הבעל**- אם היא עוזבת את הבעל מאחת הסיבות המצדיקות דרישה לחייב בגירושין [**עילה לחיוב בגט**], **לדוגמה:** הבעל מסרב לשלם מזונות זו עילה לחיוב גט. אם היא עוזבת את הבית במצב כזה היא לא תיחשב למורדת וזה לא יפגע לה במזונות. **2) סיבה מוצדקת אובייקטיבית לעזיבה**- דוגמה מהספר של שרשבסקי- אם בשכונה מבזים או מצערים אותה או מוציאים לעג עליה.

כל סטייה של האישה מההתנהגות שנדרשת ממנה, ובעיקר מההתנהגות המינית, עלולה להיתרגם באופן מיידי או לאחר התראה לאובדן המזונות. **לדוגמה:** **אישה מורדת**- אישה שמסרבת לחיות חיי אישות עם בעלה, אלא אם כן היא עזבה את בעלה בגלל אישום של הבעל [למשל הפר חובה לזון את אשתו, סירוב גט]. **כדי שאישה תוכרז כמורדת צריכים להתקיים תנאים מוקדמים**: התראה, הכרזה בפומבי, הפצרת ביה"ד באישה שתחזור בה, חלוף תקופה של 12 חודשים.

1. **הגנות הבעל בתביעת מזונות אישה**: [כאשר הצדדים מתגרשים, האישה תובעת נגדו מזונות, טענות הגנה לבעל].
2. **הגנת קיזוז- קיזוז מעשה ידיים של האישה**. אם האישה מרוויחה כסף במקום שהיא עובדת, אפשר לבקש לקזז את הסכומים האלה מסכומי המזונות.
3. **הגנת פטור- אם הבעל יכול להוכיח שהאישה סטתה מנורמת ההתנהגות המצופה ממנה**, בעיקר בוגדת/מורדת/עשתה משהו לא בסדר.

אלה ההגנות שהתפתחו בעקבות הכללים ההלכתיים. טענות הלכתיות. אנחנו נראה איך הפסיקה האזרחית עושה בזה שינוי.

**מקומה של תביעת מזונות אישה בזירת הגירושין בישראל**

**מאמר של פרופ' רות הלפרין-קדרי**- "מזונות בין בני זוג- מתפיסה של שונות לתפיסה של אי-שוויון".

1. **תשלום המזונות**- בגלל שהמזונות לא נחשבים כחלק מחלוקת הרכוש שיחולק בהמשך שווה בשווה בין בני הזוג בגירושין, זה משהו שיוצא מהכיס של הבעל והוא משלם לאישה עד הגט. אין החזר. **הבעל משלם כל חודש מזונות בלי לקבל תמורה או החזרים**. זה לרעת הבעל.
2. **משוואת הכוחות המגדרית**- במהלך הגירושין. באופן כללי המשוואה הזו נוטה מאוד לטובת הבעל, משום **שהבעל הוא בעל הכוח הממשי לסיום הקשר**. לבעל יש יותר כוח מבחינת מתן הגט. האישה יותר נפגעת אם היא לא מקבלת גט כי לא תוכל להביא ילדים [הם יהיו ממזרים אם תביא], הבעל יכול לקבל היתר נישואים במצבים כאלה וכו'. יש יותר אי שוויון מובנה כאשר מדובר בנישואין "כדת משה בישראל".

במידה מסוימת תביעת המזונות קצת מאזנת את אי-השוויון הזה. נותנת לאישה כוח נגד הכוח העודף של הבעל במהלך הגירושין, משום שלפי ההלכה רק הבעל צריך לשלם לאישה מזונות ולא להיפך [חוץ ממקרים נדירים שציינו]. העובדה שהמזונות ניתנים רק כאשר בני הזוג נשואים, זה יהיה מנוף של לחץ על הבעל לתת גט ולסיים את הנישואים.

1. **משקלה של תביעת המזונות**- נקודת המוצא ההלכתית: הסיבה שיש מזונות אישה היא שהם נועדו לתת לאישה משהו להתקיים ממנו עד קבלת הגט מהבעל, משום שכל עוד אין לה גט היא לא יכולה להתחתן עם מישהו אחר שיפרנס אותה. היא כלואה בקשר עד שתצא ותוכל להתחתן עם מישהו אחר שעול המזונות יהיה עליו. זה הרציונל מאחורי המזונות לפי ההלכה.

אבל היום בפועל, תביעת המזונות מאפשרת לצד השני להטיל חיובים חודשיים על הבעל וזה מהווה לחץ לתת גט. **יכול להיות זרז לסיום מהיר של ההליכים ומתן הגט**.

1. **פוטנציאל לשני כיווני השפעה מנוגדים:**

מצד אחד, המזונות יכולים **לתמרץ את הבעל לתת גט**. ירצה לתת מהר כדי להיפטר מתשלום מזונות.

מצד שני, זה **יכול לגרום לאישה לעכב את קבלת הגט**. היא לא תרצה לקבל גט כדי להמשיך להיות מפורנסת.

אינטרסים נוגדים של הצדדים. **לדוגמה:** אישה לא צעירה, הייתה עקרת בית כל השנים. הצדדים מתגרשים. תביעת המזונות היא האמצעי היחידי שיש לה להתפרנס ממנו.

1. **הפרדוקס במקומה של תביעת המזונות בזירת הגירושין כדמו"י** [כדת משה וישראל]. הבעל חייב לאישה מזונות מכוח הנישואין. בפרקטיקה- **תביעת מזונות הפכה להיות יריית הפתיחה בסכסוך הגירושין**. זה פרדוקס כי לפי הדין הדתי המזונות ניתנים כל עוד הצדדים נשואים, עד הגט. אבל היא מוגשת כשהצדדים רוצים להתגרש. זה הפך להיות תביעה טקטית.

**תפיסה דתית מול תפיסה אזרחית**

**מלאכת ההתאמה של העקרונות והכללים ההלכתיים למערכת הערכים, העקרונות והנורמות האזרחיים** (בתי המשפט האזרחיים מנסים להתאים מ-3 כיוונים):

1. **כיוון ראשון: הרחבת הגנת הקיזוז**. -מנסים להחדיר מושגים של שוויון מהדין האזרחי לדין הדתי. מתאימים את הדין הדתי לתפיסת העולם האזרחית שלהם.
2. **כיוון שני: צמצום הגנת הפטור, הכרוכה בהתנהגות האישה**. -בתי המשפט ממשיכים לתת מזונות גם אם האישה לא התנהגה לפי הקוד הדתי, התנהגות ראויה.
3. **כיוון שלישי מסתמן: יצירת דיני מזונות אזרחיים**.

נושא מזונות אישה ממחיש בצורה ברורה את ההתנגשות בין העקרונות הדתיים לעקרונות האזרחיים. יש תפיסה דתית של עקרונות מסורתיים שמרניים: תפיסה מסורתית של המשפחה, שונות בין המינים, חלוקת תפקידים נוקשה [הבעל עובד, האישה עושה את מטלות הבית], סטנדרט כפול של התנהגות מינית [מה שמותר לגבר לא בהכרח מותר לאישה; רואים את מה שהאישה עושה כדבר יותר חמור, כמו בגידה], חיבור בין המישור המיני לכלכלי [אישה מורדת שלא מקיימת יחסי אישות מאבדת את המזונות שלה].

**לעומתה**, תפיסה אזרחית עם עקרון השוויון, מחויבות הדדית של הצדדים. יש פסיקה של מזונות אזרחיים. עקרונות חוזיים- תום לב וכבוד האדם. עקרונות ליברליים.

הכל מתנגש. מה קורה כאשר מדובר בעניינים שאמורים לחול עליהם דינים דתיים? בתי המשפט ינסו להתאים את הכללים המשפטיים שהם אמורים לפעול על פיהם לעקרונות אזרחיים שהם יעדיפו לפי תפיסות העולם שלהם.

**הכיוון הראשון: הרחבת הגנת הקיזוז**

**התפתחות הלכת "מעשי ידיה" בפסיקה הרבנית**: האם ניתן לכפות את מלאכות הרווחה, ע"י קיזוזן מהמזונות שהאישה זכאית להן? [קיזוז הסכומים שהאישה הייתה אמורה להרוויח].

* בשנות ה-50: עבודת אישה בשכר איננה בגדר "מלאכות הרווחה".
* בשנות ה-90: עבודת פקידות או הוראה נחשבות ל"טווה בצמר".

לפי ההלכה יש את "צאי מעשי ידייך במזונותייך". הבעל יכול להגיד לאישה לכי תעבדי, לכי תשתכרי בעצמך. בעבר כאשר היו תביעות כאלה, עורכי הדין היו אומרים לנשים שאין להן למה ללכת לעבוד כי אם יעבדו יקזזו את המשכורת בסכום המזונות. ממליצים להן לא לעבוד כדי לקבל יותר כסף.

זה מעלה שאלה מה קורה במצב שמישהי יכולה לעבוד אבל היא לא עובדת. האם אפשר לחייב אותה לעבוד או להוריד לה את הסכומים שהיא הייתה יכולה להרוויח במצב כזה?

**הכלל ההלכתי קובע "מעשה ידיה" כנגד מזונותיה**. כלומר, צריך לקזז את סכום המזונות שהאישה זכאית לו במה שבא בגדר מעשי ידיה. **ככל שיוכנסו יותר עבודות לגדר "מעשה ידיה" יהיה יותר איזון בחובה החד סטרית של המזונות**. הבעל יצטרך לשלם פחות ככל שנכליל יותר עבודות.

בהרחבה של הגנת הקיזוז בודקים אם ניתן להפחית את המזונות שהאישה מקבלת בפוטנציאל ההשתכרות שלה, ולא רק מה שהיא מרוויחה בפועל. אם מורידים לה את הסכומים האלה 🡨 זה בעצם לשלוח אותה לעבוד בפועל.

**לפי ההלכה, אישה חייבת בסדרה שלמה של מלאכות עבור הבעל**. יש מלאכות שהיא צריכה לעשות שנובעות מקרבה אישית [מלאכות חיבה] למשל, הצעת המיטה והגשת אוכל. יש מלאכות שדרושות למשק הבית כמו בישול וכביסה. לפי ההלכה, חוץ מהמלאכות האלה יש גם מלאכות שנקראות מלאכות רווחה. האישה חייבת בהן רק אם היא מילאה את שאר המלאכות או שיש משרתים בבית, לדוגמה: טווה בצמר. עבודות שהיו בעבר, האישה הייתה טווה בצמר.

**בשנות ה-50 של המאה ה-20: עבודת אישה בשכר איננה בגדר "מלאכות רווחה**". באותה תקופה רוב הנשים הנשואות לא השתתפו בכוח העבודה, לכן לא ניתן לכפות על נשים לצאת לעבוד. אם האישה כן עבדה, החליטה בעצמה לעבוד, אז כן קיזזו את הסכומים הללו.

**בשנות ה-90: עבודת פקידות או הוראה נחשבות ל"טווה בצמר"** [מלאכות הרווחה]. למעלה מ-50% מהנשים כבר עובדות בתקופה הזו, השתתפו בשוק העבודה. ניתן לחייב אותן לעבוד או לקזז את הסכומים שהן היו יכולות להרוויח.

**בביהמ"ש במקביל**: **קיזוז כושר השתכרות האישה**

* **המצב בעבר**: **ע"א 687/83 מזור נ' מזור** (1984).

**הלכת מזור**- האישה הגישה נגד הבעל תביעת מזונות. היא אמנם עבדה, אבל היו 3 חודשים שהיא לא עבדה ולא הרוויחה כסף, והיא מבקשת עליהם מזונות. **השופטת נתניהו** אמרה **אין מהומה בדין שמחייב את האישה לצאת לעבוד מחוץ לבית**. אם היא יוצאת ועובדת, הבעל יכול להגיע לה "צאי מעשה ידייך במזונותייך" וכן נקזז במצב הזה. אבל הוא לא רשאי לדרוש ממנה לצאת לעבוד כדי לפטור אותו מהמזונות שלה. אפילו אם היא עבדה בעבר והפסיקה לעבוד, היא זכאית לקבל מזונות. לא משנה אם הייתה סיבה אובייקטיבית להפסקתה [מחלה וכו'].

* **בשנות ה-90**- **סטייה מהלכת מזור**: **ע"א 6136/93 ביקל נ' ביקל** (1994), **פדן** ו**אברהם**.
* **ע"א 4316/96 פלולי נ' פלולי (1998)**.

בשנות ה-90 יש שינוי. 3 פסקי דין שסוטים מההלכה הזו. זה מהלך שמתרחש במקביל למהלך שהתרחש בבתי הדין הרבניים. נשים שלא עבדו מחוץ לבית וביהמ"ש העליון קובע שהן כן יכולות לעבוד ולכן מקזזים את הסכומים האלה מסכומי המזונות שלהן. **זו מגמה של ביהמ"ש להגיד לנשים לצאת לעבוד**.

**פס"ד ביקל**- האישה עבדה כל השנים עד לסמוך לגירושין. עורך הדין שלה אומר לה שלא כדאי לה לעבוד, שתפסיק לעבוד כדי שתוכל לקבל יותר מזונות. זה מגיע **לשופט שמגר** שאומר- אין להבין למה אישה שעבדה כל השנים, לא עושה זאת עכשיו. הילדים שלה בוגרים, יש לה כושר לעבוד, הרי היא התנסתה בזה כבר בעבר, אין סיבה שהיא לא תמשיך לעבוד במצב כזה. לכן הוא **מקזז את פוטנציאל ההשתכרות שלה**. במערכת החישובים של סכום המזונות צריך להביא בחשבון שהאישה יכולה לתרום ע"י עבודה מחוץ לבית לכיסוי הצרכים שלה.

**אין פה הכרח לעבוד בפועל, אבל עצם הקיזוז מכריח אותה לצאת לעבוד כי אין לה ברירה אחרת**.

גם **בפס"ד פדן** **ופס"ד אברהם**- ביהמ"ש מיישם את שינוי הפסיקה הרבנית שניתן לקזז את פוטנציאל ההשתכרות מתוך מחשבה שיש בזה משהו **שוויוני** יותר.

**פס"ד פלולי**- בני זוג שהיו נשואים 30 שנים. **האישה עקרת בית ולא עבדה אף** **פעם**. הבעל עזב את הבית והאישה הגישה תביעת מזונות. הבעל אומר שהוא מבקש פטור ממזונות כי האישה יכולה לצאת לעבוד. **השופט טירקל** קובע **שבמקרה הזה זכות האישה למזונות לא תיפגע**, מדובר באישה לא צעירה שבמשך 30 שנות נישואים לא עבדה לכן לא נחייבה לצאת לעבוד ולא נפחית מהמזונות שלה את הסכומים שהייתה יכולה לקבל.

**זה תלוי בנסיבות**- אישה ש-30 שנה לא עבדה, השופטים לא אטומים ויכריחו אותה לצאת לעבוד כאשר היא לא מורגלת בזה ואין לה את הכישורים המתאימים.

**הכיוון השני: צמצום הגנת הפטור הכרוכה בהתנהגות האישה**

בסדרת פסקי דין של ביהמ"ש העליון [פס"ד **כהן**, פס"ד **גרינהאוז**, פס"ד **פרידמן**, פס"ד **גל**] של **שמגר**- הפחתת המשמעות המיוחסת לסטיית האישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה, ע"י **הכנסת אמות מידה של הדדיות, הוגנות ושוויון בתחום ההתנהגות המוסרית-מינית הראויה במהלך קשר הנישואין**.

יותר לטובת האישה ופחות לטובת הגבר.

**פס"ד כהן**- הבעל עוזב את האישה ומתחיל לחיות עם מישהי אחרת. נולדים לו בינתיים 2 ילדים מהאישה האחרת. האישה מגישה תביעת מזונות. ביהמ"ש המחוזי חייב את הגבר במזונות והוא הגיש ערעור לביהמ"ש העליון. טענת הגבר שהוא פטור ממזונות כי האישה הודתה מול ביה"ד הרבני שהיא קיימה יחסי אישות עם גבר אחר [יהיה לו פטור כאשר האישה סטתה מנורמת ההתנהגות המינית המצופה ממנה]. זה מגיע לשופט שמגר שאומר: על רקע ההחלטה של הבעל לעזוב את הבית ולהקים משפחה שנייה, הוא לא יכול לבוא בטענות כלפי האישה לגבי מעשים שלה שקרו אחרי שהוא עזב את הבית. במצב כזה הוא לא יקבל פטור ממזונות. מבקשים למנוע צביעות. **ביהמ"ש מכניס נורמות של שוויון, הוגנות, סוג של סימטריה בין הצדדים, למרות שזה מנוגד להלכה**.

מחילים דין אזרחי על עניין דתי [מזונות אישה] בצורה מובהקת.

**כיוון שלישי מסתמן: יצירת דיני מזונות אזרחיים**

**לדוגמה**- פס"ד **כהנא**, פס"ד **סולומון** ו**רע"א 8256/99**.

החדרת נורמות אזרחיות כך. נרחיב עם פרופ' ליפשיץ.

**פס"ד כהנא**- **כהן וגרושה שהתחתנו בנישואים אזרחיים בקפריסין**. כשהם באים להתגרש, אחרי 30 שנים, הבעל "נזכר" שהוא כהן ולכן אסור לו להתחתן עם גרושה. **ביה"ד אומר שהאישה לא זכאית למזונות מכוח נישואים אסורים**. מבחינת דין דתי אלה נישואים אסורים [כהן וגרושה] ולכן לא אמורים לשלם מזונות. **השופט שמגר** אומר שאפשר לתת לאישה מזונות אזרחיים, לפי הדין האזרחי- לפי ההתחייבות של הבעל כלפיה, לפי עקרונות של צדק. **מתייחס לדיני חוזים ושיקולי צדק**.

**פס"ד סולומון**- פוסקים מזונות אזרחיים מכוח **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, לפי **עיקרון תום הלב**, **דרישת ההגינות והיושר בין הצדדים**. בגלל שהפקרת בן הזוג למחסור ולרעב זו פגיעה בכבוד האדם שלו.

**רע"א 8256/99**- פס"ד המזונות האזרחיים של **ברק**- פסקו מזונות אזרחיים **מכוח הדין החוזי**.

**הביקורת של פרופ' ליפשיץ** (מהמאמר "ברצוני להתגרש ומיד! על ההסדרה האזרחית של הגירושין")

**קיימים מקרים בהם הפסיקה האזרחית שסוטה מהדין הדתי, מספקת בפועל תמריץ לסרבנות גט של נשים**:

* ביהמ"ש מחייבים לתת מזונות אישה, במקרים של פירוד ממושך, גם כאשר הנשים הן אלה שסירבו לקבל גט. **למשל** בפס"ד פלולי.
* בחלק מהפסיקה שפותח עקרון ההדדיות, הבעל הוא זה שביקש להתגרש והאישה היא זו שסירבה. **למשל**, בפס"ד כהן.

בתי המשפט האזרחיים לפי כל הדינים והחקיקה אמורים להחיל על מזונות את הדין הדתי. הרבה פעמים מפרשים את הדין בצורה שונה ממה שעושים בבתי הדין הדתיים. יש פסיקה שסוטה מהדין הדתי ובפועל זה מתמרץ סרבנות גט של נשים.

רואים הבדל בין פסיקת ביהמ"ש וביה"ד במצבים שהצדדים פרודים הרבה זמן. בביה"ד הרבני, כאשר רואים שהצדדים לא ביחד הרבה זמן ואין סיכוי לפיוס, הם מפסיקים את המזונות. שולל זכות אישה למזונות [אלא אם כן מדובר בבעל סרבן גט ויטילו עליו לשלם מזונות מדין מעוכבת כדי לתמרץ אותו לתת גט]. לעומת זאת בתי משפט אזרחיים גם אם פרודים הרבה זמן ואין שלום בית הם ממשיכים לתת מזונות.

**פרופ' ליפשיץ אומר שאם מדובר בפרידה קצרה, מדיניות ביהמ"ש מובנת**. הם נותנים לאישה שתלויה כלכלית בבעל להסתגל לפרידה; יאפשר לה להתנתק מהמסגרת המשפחתית; עוזר לשוויון כי זה מנטרל את הכוח הכלכלי של הגבר במצבים האלה.

**אבל זה שונה במקרים של פירוד ממושך**, **בטח כשברור שאין סיכוי לשלום בית**. היינו מצפים שביהמ"ש יפסוק מזונות רק כאשר הבעל הוא זה שמונע את הגירושים ובמקרה ההפוך למנוע את היתרון הכלכלי של האישה אם היא מתנגדת לגירושין. לא ניתן לה מזונות שיתמרצו אותה להתנגד. אבל אם בוחנים את פסיקת ביהמ"ש ניתן לראות שבתי המשפט מחייבים לתת מזונות אישה במקרים של פירוד ממושך, גם כאשר האישה סירבה לתת גט. **פס"ד פלולי**- האישה עקרת בית 30 שנה והמשיכו לתת מזונות. באותו מקרה **בני הזוג היו פרודים הרבה זמן** ולא התגרשו בגלל שהאישה התנגדה. **האם ראוי לתת מזונות?** גם **בעניין כהן**- עקרון ההדדיות: **האישה תמשיך לקבל מזונות למרות שבגדה**. אבל גם שם האישה היא זו שסירבה לתת גט. האם נרצה להמשיך לתמרץ אותה לא לתת גט?

המדיניות הזו מתמרצת נשים לסרב לקבל גט כדי להמשיך לקבל מזונות.

**האם ביהמ"ש לענייני משפחה רשאים לקצוב (להגביל) את מזונותיה של אישה בגין סרבנות גט, גם בהיעדר חיוב בגט ע"י בית הדין הרבני?**

**בע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני (2015)**: השופט רובינשטיין; השופטת דפנה ברק-ארז (יורחב בשיעור עם פרופ' ליפשיץ).

בני זוג שנשואים מעל 35 שנים. האישה כמעט ולא עבדה. בשלב מסוים הם מחליטים להתגרש. האישה היא זו שמסרבת להתגרש, אבל אין החלטה של ביה"ד לחיוב גט. **ביהמ"ש לענייני משפחה קבע שהבעל ישלם מזונות לאישה רק ל-24 חודשים**. האישה ערערה על זה לביהמ"ש המחוזי, שקבע שהמועד **לקציבת המזונות יהיה ל-3 שנים**. היא מגישה על זה ערעור לביהמ"ש העליון. עולה שאלה- האם יכולים לשלול את המזונות מהאישה בגלל סרבנות גט, בלי שביה"ד הרבני נתן פסק דין על חיוב בגט? **דעת הרוב** של השופט רובינשטיין וזילברטל הצטרף אליו- **ביהמ"ש לענייני משפחה רשאים לקצוב את מזונות האישה בגין סרבנות גט גם אם אין פס"ד לחיוב גט**.

**השופטת ברק-ארז**: **בהתאם לעקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות**, כל עוד יש הליך בבית הדין הרבני שמתנהלת בו תביעת גירושין, ביהמ"ש האזרחי לא רשאי לבסס את הפסיקה שלו בנושא המזונות על סרבנות גט כל עוד אין קביעה בנושא של ביד"ר. אבל, הדרך של בתי המשפט האזרחיים להתמודד עם התופעה של סרבנות גט שנובעת מטעמים כלכליים היא דרך **פסיקת מזונות משקמים**, מכוח עקרונות של הדין האזרחי- **הסתמכות ותום הלב**.

**שיעור 12- 26/04/2022**

בשיעורים הקודמים עסקנו בדיני נישואין. סקרנו את הדין הדתי- בדיני נישואין הסמכות הייחודית היא לביה"ד הדתי. גם בנושאים שמגיעים לביהמ"ש האזרחי הדין שחל הוא הדין הדתי. הדין הדתי יוצר כמה בעיות, חלקן קשורות לכך שהדין הדתי פחות מגביל והבעיות היותר מוכרות כאשר הדין הדתי מגביל יותר מדי.

בדין הדתי יש סדרת הגבלות לגבי היכולת להתחתן [כהן וגרושה, ממזר, יהודי ולא יהודי]. פסולי חיתון. בנוסף, הדין הדתי גם קובע את צורת הנישואין. זה יוצר קושי לפסולי החיתון ולאנשים שבאופן אידיאולוגי לא רוצים להתחתן בנישואים דתיים.

**החקיקה האזרחית נותנת מענה חלקי**- הכי רחוק שהגענו הוא חוק ברית זוגיות לחסרי הדת. **פסיקה מצומצמת** ודלה, פס"ד בן מנשה.

בשיעורים הבאים נדון ב: נישואים פרטיים, ידועים בציבור ונישואים אזרחיים מחוץ לישראל. כל אחד מהם הוא נושא משמעותי ולשלושתם מכנה משותף- הם סוג של **תחליף נישואין**.

**תחליף נישואים**= כמו סוכרזית ולא סוכר [להרגיש מתוק בלי סוכר]= **להרגיש נשוי בלי להיות נשוי**. אמנם אתה לא יכול לקבל הכרה כנשוי לפי הנישואים הדתיים, אך ניתן את התחליפים.

**נושא 1- נישואים פרטיים**

תחליף הנישואין **הכי פחות טוב**. משתמשים בו בד"כ כגיבוי לתחליפים האחרים. לא עובד בצורה מוצלחת.

נישואים פרטיים הם שפסולי החיתון או האידיאולוגים עורכים טקס נישואין פרטי, שלא עורך אותו גורם מדינתי. להבדיל מנישואים אזרחיים מחוץ לישראל- עושה את הטקס גורם מדינתי אבל לא מישראל.

לגבי **יהודים** יש סיטואציה מעניינת **שמשתמשים במגבלות הדין הדתי כנגד הדין הדתי**. לא צריך את המדינה כדי לייצר נישואין, גם לא צריך את הרב. התנאים ביהדות: נתינת טבעת, 2 עדים כשרים וכוונה להינשא. בנישואים הפרטיים: מגיע זוג. הם לא יעשו למי שהם חסרי כשרות מוחלטת [שהדין הדתי לא מכיר בהם בכלל להתחתן, ההבחנה בין פסול מוחלט לפסול יחסי]. **אנשי הפסול המוחלט לא רלוונטיים לנישואים פרטיים**. בני זוג מאותו מין, חסרי דת, יהודי ולא יהודי 🡨 לא רלוונטי אם הם יתנו טבעת זה לזה.

מי כן רלוונטי לשיעור? הכהן והגרושה [אם יתחתנו לפי הטקס הנדרש כן ייחשבו כנשואים] או האידיאולוגים שהדין הדתי כן מוכן לחתן אבל הם לא רוצים.

הם עורכים טקס נישואין פרטי ולאחר מכן הם באים לרבנות ומודיעים שהם התחתנו. הרבנות אומרת שהם לא נרשמו אצלם ורב לא חיתן אותם. מנגד, הזוג אומר שיש להם סרט מהחתונה. בניגוד לכך, הרבנות לא רוצה לראות את זה כדי לא לתת לזה גושפנקא שהם נשואים. הזוג אומר- אם אתה לא רוצה לתת תעודת נישואין- תיתן לי תעודת רווקות. הרבנות לא רוצים לתת תעודת רווקות, כי הרי סיפרו לו עכשיו שהזוג נשוי. בהנחה שהעדים היו כשרים, צורת הנישואין נעשתה כמו שצריך. עם הסירוב לקבל תעודת רווקות, הזוג מגיע לבג"ץ ומבקש להכריח את משרד הפנים לרשום אותם כנשואים והראייה לכך שלא מוכנים לתת תעודת רווקות והרי התשובה היא בינארית- נשוי או רווק.

**הנושא הזה מגיע לביהמ"ש העליון** בכמה מקרים בשנות ה-70 וה-80. ביהמ"ש עושה את ההבחנה הבאה: **מבחין בין פסולי החיתון לבין האידיאולוגים**, אבל הפוך ממה שהיינו מצפים. **לפסולי החיתון הוא מוכן לעזור**- הוא אומר לא הייתה להם ברירה, הרבנות לא הסכימה לחתן אותם כי זו עבירה לחתן כהן וגרושה. ביהמ"ש אומר שכדי לרשום אותם כנשואים מספיק סירוב הרבנות לרשום אותם כרווקים. **לעומת זאת, כאשר הצדדים הם אידיאולוגים שיכלו להתחתן ברבנות ביהמ"ש לא רוצה לתת סעד**. מדברים על עניין פרוצדורלי של בג"ץ [שיהוי, ידיים נקיות]. בג"ץ אומר שהם פגעו בסדר הציבורי, אין מניעה אמיתית להתחתן ולכן לא דנים בכלל במקרה שלהם.

**עושים הפרדה בין מי שלא הייתה לו ברירה [פסולי חיתון] ולכן נותנים לו את הסעד [מי שלא הסכימו להגדיר כרווק המשמעות היא שהוא נשוי] לעומת מי שהייתה לו ברירה ואז ביהמ"ש לא מתערב**. זה מאפיין את הבג"ץ של פעם שהיה נחוש לעזור למצוקות אנושיות אבל לא רצה להתעסק בעקרונות. ככל הנראה, הבג"ץ של היום לא היה מגיע לאותן תוצאות.

מעין 3 קטגוריות:

* **פסולי חיתון מוחלטים**- לא במשחק. נניח בני זוג מאותו מין. **לביה"ד אין בעיה לומר שהם רווקים**.
* **פסולי חיתון יחסיים**- לא ניתן לתת תעודת רווקות. בג"ץ מתייחס לסירוב כאילו הם **נשואים**.
* **אידיאולוגים**- בג"ץ לא מתייחס לסירוב. **לא מתערב לגביהם**.

**אם הזוג קיבלו את הרישום כנשואים**: למרות שהרישום לא יוצר זכויות מהותיות, בפועל הוא מקנה להם את כל הזכויות כלפי צדדים שלישיים [כי הם לא באמת בודקים]. כל רשות שתתעסק איתם רואה אנשים כנשואים.

**המקרה היותר מורכב הוא לגבי אנשים שלא נרשמו**: עשו טקס פרטי אבל אחד רוצה לטעון שהם נשואים. מקרה שהגיע לייעוץ אצל ליפשיץ: זוג שחיו יחד כקשר שני של שניהם. חיו יחד במשך שנים, קשר טוב. האב הגיע למצב של חצי דמנציה. הוא היה פרופ' באונ' העברית **ורשם את האישה כמוטבת בפנסיה התקציבית שלו**. זה לא ירושה. **קצבת השאירים שלו= בן הזוג בזמן המוות, ידוע בציבור בזמן המוות וילדים עד גיל 21**. הילדים הסתכסכו עם האישה, בהשפעתם הוא נפרד ממנה. שנתיים לפני מותו, הילדים החתימו אותו על מסמך שהם כבר לא חיים יחד ובזמן המוות האישה כבר לא הייתה בת זוגתו. האוניברסיטה שמחה כי היא לא צריכה לשלם לאף אחד. האישה ניסתה לחשוב מה היא יכולה לעשות- ידועים בציבור אין גירושין. ההגדרה היא מי שנמצא איתו בזמן המוות. המכתב אומר שהיא לא הייתה איתו בשעת המוות כי הם נפרדו. לעומת זאת, בנשואים צריך לקבל גט כדי להיות גרושים. אם הם היו נשואים ואז פרודים שנה, זה לא היה שולל את מעמדה כנשואה. זה היה סיפור של נקמנות. **מתברר שהזוג עשה טקס נישואין פרטי בסוד**.

**מילת המפתח "אינצידנטלי"=** אקראי. תביעה נגד האוניברסיטה העברית לגבי פנסיה היא בבית הדין לעבודה. האוניברסיטה לפי החוק חייבת לשלם פנסיה תקציבית למי שהיה נשוי [היא לא צד שלישי בתביעה, אלא התביעה מולה]. חוק שירות למדינה (גמלאות). המילה "נשוי" היא לפי הדין האישי-הדתי. לצורך התביעה אם האישה תתבע מכוח ידועה בציבור זה לא יעזור. **אם היא הייתה נשואה ולא התגרשה מגיע לה פנסיה**. **ההגדרה של נישואין בישראל היא לפי הדין הדתי**. האישה צריכה לטעון שהיא הייתה נשואה למנוח ביום מותו ולכן היא זכאית לפנסיה תקציבית. הרעיון היה יפה, אך לא הייתה דרך להוכיח אותו.

* חל בנושא הזה הדין הדתי, ולכן בכפוף להוכחה שאכן היו עדים כשרים, ניתנה טבעת ואכן ניתנה טבעת מתוך כוונה להינשא לפי ההלכה. במקרה הזה התוצאה היא שהם כן צריכים להיות נשואים למרות שלא היה רישום.

**לסיכום**: כאשר מדובר באנשים עם פסול מוחלט- הנושא של נישואים פרטיים לא רלוונטי עבורם. כאשר מדובר על אידיאולוגים- ביהמ"ש לא יעזור להם לרישום, הדרך היחידה שהם יצליחו היא רק אם הם יוכיחו שהם בפועל התחתנו לפי ההלכה בהתדיינות מול גוף מסוים [לא פרקטי אבל אפשרי], לגבי פסולי חיתון יחסי-ביהמ"ש יעזור וירשום.

**המילה נשוי תיגזר לפי הדין הדתי ולא מי שרשום כנשוי**.

הערה: חוק התרת נישואין (מקרים מיוחדים)- יש אנשים מדתות שונות / חסרי דת יש סמכות לביהמ"ש למשפחה להתיר את הנישואין. לפני השימוש בחוק צריך לוודא שלא מדובר באנשים שלפי הדת שלהם כן צריכים גט.

הסיפור של הנישואים הפרטיים מציף **דילמה מעניינת** מבחינת נקודת המבט של הרבנות- נניח גיור לא-אורתודוקסי (רב מסוים שלא הכירו בשיטה שלו). מתחתנים, בהמשך רוצים להתגרש. שואלים האם הם צריכים גירושין לפי דין דתי. אם יש חשש שהגיור תקף, הרי שצריך לפי הדין הדתי. אם ביהמ"ש יפסוק שהגיור לא תקף בשל פוליטיקה רבנית, אבל יש אדם שעשה 50% גיור כהלכה, הם לא סרבני גט ופשוט אומרים להם שהם לא צריכים להתגרש, יש חשש לממזרות [האישה עדיין "נשואה" לפי ההלכה, אין גט- אם תביא ילד מאדם אחר הוא ייחשב ממזר]. התוצאה במקרה הייתה שהרבנות אומרת שמספיק להם פס"ד של בימ"ש למשפחה להתיר נישואין ובלי גט. **יש לרבנות אינטרסים שונים**- לא לתת לגיטימציה לנישואים קונסרבטיביים/רפורמיים או שהם כן תופסים ויש חשש ממזרות. לשמור על הלגיטימציה של האורתודוקסיים וכו'.

חוק הפרוצדורה הפלילית אומר שמי שעורך טקס ואינו מוסמך לכך זו עבירה פלילית. **החוק הזה בפועל לא נאכף**.

**מקרה** שביה"ד אמר שזוג לא נחשבים נשואים [יהודי ואישה שעברה גיור בדנמרק ע"י רב אורתודוקסי שהיה מסוכסך עם הרבנות]. מערכת המשפט בישראל עלולה בתום לב לומר לאנשים שהם פנויים, אבל אם הגיור כן תקף לפי ההלכה האישה הזו היא עדיין אשת איש ופעם הבאה שהיא תתחתן ותביא ילד הילד ייחשב ממזר.

עלולות לקרות מהומות: אם הזוג ייפרד, מבחינת המדינה הם רווקים, אבל עלולה להיות סיטואציה שהבעל יאמר לרבנות שהם נשואים ולכן הוא מבקש תביעת גירושין. אם הוא יוכיח לרבנות שהם כן יתחתנו, הרבנות תעשה מאמץ לתת גט [ככל הנראה]. אם הרבנות תאמר נשוי- יש לה סמכות לדרוש גירושין. הבעיה: לעיתים הרבנות לא תדע מזה. אם שני בני הזוג נשואים אין להם אינטרס לספר. אם אחד דתי והשנייה לא דתיה- אחד יצטרך לשכנע שהם דתיים כדי שהרבנות תסכים לטפל בהם.

נקודה אחרונה לגבי נישואים פרטיים- **מה קורה כשיש סכסוך בין הצדדים עצמם?** מבחינת צד שלישי, אם זה רשום פתרנו את הבעיה. אבל מה קורה בין בני הזוג עצמם? אחד תמיד יציף שהנישואים הם פרטיים. עניין **צונן נ' שטל**- בן אדם שהיה נשוי בארה"ב בנישואים דתיים ואזרחיים, התגרש בגירושין אזרחיים וטען שגם התגרש בגירושין דתיים. הוא בא להתחתן שוב. הרבנות אמרו לו שכדי לאשר לו להתחתן צריך הוכחה שהוא התגרש בגירושין דתיים. בניגוד לגירושים אזרחיים שזה מסמך פורמלי של המדינה, גירושים בביה"ד צריך למצוא מסמך משנים קודמות. הוא בינתיים תכנן את החתונה, אך המסמך לא הגיע עדיין. **הרב מהרבנות לא מגיע כי לא התקבל האישור על הגירושין**. בני הזוג מחליטים להסתדר בלי הרב. **הם עורכים טקס נישואין פרטי בנוכחות עדים כשרים, מתוך כוונה להינשא ע"פ ההלכה**. הם חיים יחד במשך כמה שנים. יש סכסוך בין בני הזוג והאישה תובעת מזונות. הגבר אומר שהם רווקים לפי תעודת הזהות. **האישה** פונה לבימ"ש אזרחי וטוענת שאמנם כתוב לה ר' בתעודת הזהות, אולי הם לא נשואים אך **העובדה שהם ערכו את הטקס מעידה על חוזה שאומר שהם מחילים על עצמם מחויבות דמוית נישואין**. ביהמ"ש יתפצל ל-3: שופט אחד קיבל את הטיעון ואומר שמגיע לה מזונות מכוח ההתחייבות החוזית [גם אם הם לא נשואים, עצם הטקס מעיד על ההתחייבות]. שופט אחר שלל את הטענה לגמרי. שופט שלישי אומר שגם אם הטקס מחייב, זה סותר את תקנת הציבור. יכולתם לחכות עם טקס הנישואין אך התחתנתם בלי רב בלי מסמך הגירושין ועל כן פוסלים את ההסכם. שני שופטים דחו את הטענה. דומה לעניין של האידיאולוגים.

טענה אחרת שהאישה הייתה צריכה לטעון- לא מכוח דיני החוזים אלא דיני הנישואין. אמנם היא לא רשומה כנשואה, אבל היא התחתנה לפי צורת הנישואין [עדים, כוונה, טבעת]. מדברים על מי שנשוי ולא מי שרשום נשוי. אבל השופט פוסל ואומר שלא היה מוכן לתת מזונות מכוח תקנת הציבור, גם לא דרך דיני הנישואין. זו הערת אגב.

* **למבחן**- אם מקבלים סיטואציה מהסוג הזה שבה מישהו דורש זכויות מהותיות מכוח הנישואים הפרטיים:

**מישהו בלי ברירה**- ביהמ"ש אומר שאם הוא יוכיח שהוא נשוי אז הוא נשוי.

**אם מדובר במישהו עם ברירה** [אידיאולוג] מגיעה לו הזכות כי היא זכות מהותית אבל צריך לשים לב לפס"ד צונן נ' שטל, הערת אגב עולה שאם מישהו שביהמ"ש כועס עליו שהוא פעל בניגוד לסדר הציבורי זה ימנע את הרישום שלו וגם את הזכות המהותית. [לא רושמים ולא דנים בזכויות האלה. פרופ' ליפשיץ מתקשה לקבל את הטענה הזו כלגיטימית, אבל אחד השופטים כן משתמש בטענה הזו בפס"ד צונן נ' שטל].

**ידועים בציבור**

**ידועים בציבור הם אנשים שחיים כמו נשואים**, אבל הם לא התחתנו באופן רשמי.

**הגדרת ידועים בציבור**

אחד הדברים הבעייתיים: אין חוק בישראל שהוא חוק ידועים בציבור. **אין הגדרה אחידה**. יש הרבה חוקים שעוסקים בפנסיות, גמלאות, ירושה. ברוב החוקים האלה כתוב נשוי לרבות ידוע בציבור.

**הפסיקה** ניסתה במשך תקופה לתת **הגדרות** מה זה ידוע בציבור. יש כמה רכיבים:

1. **חיים משותפים**- אנשים שחיים ביחד.
2. **משק בית משותף**- רמה של שותפות כלכלית ביניהם, ולא סתם חיים יחד.
3. **אינטימיות**.
4. **מוכרים בציבור**, ידועים. לא משהו סודי. הכרה חברתית בזוגיות.

למרות שממבט ראשון זו נראית הגדרה טובה, בפועל זה מאוד טריקי. כשמסתכלים טוב לא לוקחים אף אחד מההגדרות ברצינות עד הסוף. למשל, ההיבט של החיים יחד- כמה זמן צריך לחיות יחד? אין הגדרה ברורה כמעט באף חוק. **גם הפסיקה לא מוכנה לתת כלל אצבע או חזקה**. מצב מביך שהחוק אומר חיים ביחד ולא אומר כמה שנים. בפרקטיקה כל מספר זוכה- אפילו מספרים נמוכים. יש פס"ד שבני הזוג אפילו לא חיו יחד, שכרו דירה ליד דירה ומדי פעם האישה ישנה אצלו וביהמ"ש הגדיר אותם כידועים בציבור. **הרכיב הראשון מרוקן מתוכן אם לא אומרים כמה זמן**.

למשל, רכיב 2-משק בית משותף- מה זה אומר? האם צריך חשבון בנק? לא, הפסיקה אומרת שלא חייב חשבון בנק משותף כדי להיות ידוע בציבור. צריך קופה משותפת. אפשר שאחד ישלם חשמל והשני על הכבלים וביחד נוצרת קופה משותפת.

למשל, רכיב 3-אינטימיות- האם **היעדר נאמנות מינית** יגדיר שהם לא ידועים בציבור? לא, גם בני זוג נשואים בוגדים. אי נאמנות= טענה על בגידה בביהמ"ש עשויה דווקא להגיד שהם כן ידועים בציבור. חשוב להם לא להיבגד, לשמור על זוגיות מונוגמית.

האם חייבים **לקיים יחסי מין**? האם צריך להוכיח קיום יחסי אישות? נניח אנשים שחיו יחד אבל בהמשך חיו בחדרים נפרדים- בפסיקה הם עדיין נחשבים ידועים בציבור. הסיפור של האינטימיות אנחנו מבינים מה יהיה ומה לא יהיה. צריך אינטימיות כלשהי, אבל ההגדרה חמקמקה.

למשל, רכיב 4 של הצגה חברתית- היה שינוי מעניין בפסיקה. בעבר, הייתה דעה בפסיקה שאמרה ידועים בציבור כנשואים. כולם חווים אותם כנשואים. הם ידועים בציבור כזוג קבוע, מוזמנים לחתונות כזוג, טסים יחד לחו"ל לחופשה, לא מחרישים את הקשר. בזמן האחרון יש התחלה של פסקי דין [פסק דין לא סופי] שדרישת הפומביות לא צריכה להיות עד הסוף. גם אם אנשים לא מוכרים מאוד אך בחוויה הסובייקטיבית האישית רואים אותם כך אז זה מספיק.

ההתפתחות: מוכר בציבור כנשוי, מוכר בציבור כידוע בציבור, זלג לעניין של גם בלי הכרה פומבית רחבה.

**בנושא הזה כולם רלוונטיים- פסולי חיתון מוחלט ויחסי**. בני זוג מאותו מין, יהודי ולא יהודי- המקרה שרוב הסיכויים שהם לא התחתנו לא כי דחו את המוסד, אלא כי לא יכלו. שם יש הצדקה להפעלה רחבה של ידועים בציבור. לעומת, מי שהייתה להם ברירה להתחתן ואז עולות שאלות למה לא התחתנו- בגלל הרב או בגלל המחויבות וכו'.

על הנייר יש הגדרה יפה של ידוע בציבור בפסיקה, בפועל יש הרבה מרחב הכחשה ועמימות לביהמ"ש [הרבה שיקול דעת] אבל לצד שיקול הדעת המגמה הכללית היא לכיוון הרחבת המוסד והכללת הרבה אנשים כידועים בציבור, מעבר למה שמקובל בעולם.

**הזכויות שמגיעות לידועים בציבור**

1. **זכויות כלפי צדדים שלישיים**-

יש בישראל סדרה רחבה של חוקים, שבהם המחוקק כותב "נשוי לרבות ידוע בציבור". חוקים טיפוסיים- חוק ביטוח לאומי, חוקים שעוסקים בפנסיה. בחוקים יהיה כתוב במפורש שנשוי כולל ידוע בציבור. בד"כ חוקים בעלי גוון סוציאלי. גם בחוק הירושה. לא בכל החוקים. **מתעוררת השאלה מה קורה בחוק שבו זה לא קיים?** למשל פקודת הראיות, לא כתוב שנשוי כולל ידוע בציבור.

היה שינוי בפסיקה: **עד פס"ד לינדורן נ' קרנית**- הפסיקה הייתה מאוד מצמצמת. המחוקק לא מתבייש לכלול ידוע בציבור. אם כתוב בעל ואישה, בן זוג, זה לא כולל ידוע בציבור. **צריך קביעה מפורשת בחוק כדי לכלול ידועים בציבור**. זה הוביל הרבה פעמים לתוצאות שנראות אקראיות. למשל, חוק פיצוי תאונות דרכים יש רשימה של אנשים שצריך לפצות אם פגעת בקרוב משפחה, אחד מהם "בן זוג". לא היה כתוב ידוע בציבור ולכן הפסיקה עד פס"ד שידוע בציבור לא מקבל פיצוי כי החוק לא כלל מפורשות "ידוע בציבור".

יש שני חוקים שעוסקים בפנסיות: חוק שעוסק בפנסיות של עובדי ציבור רגילים ובו היה כתוב במפורש שמי שזכאי לפנסיה הוא גם ידוע בציבור; יש חוק שעוסק בפנסיות של אנשים חשובים מאוד [שופטים, דיינים וכו'] ובו לא מופיע ידוע בציבור. יו"ר הכנסת לוי לא התחתן והייתה לו ידועה בציבור. כאשר הוא נפטר, הידועה בציבור שלו רצתה לקבל את הפנסיה התקציבית שלו. זה הגיע עד לביהמ"ש העליון לדיון נוסף והוחלט שלא מרחיבים את הכתוב בחוק. היא לא תקבל את הפנסיה כי לא כתוב בחוק גם "ידוע בציבור".

**באימוץ** לא כתבו ידוע בציבור, **דיני ראיות** לא כתבו שידוע בציבור לא יכול להעיד נגד בן זוגו. המחוקק לא הרחיב את זה. לא רק כאשר היה כתוב בעל ואישה, אלא אפילו כשהיה כתוב בן זוג.

**פס"ד לינדורן נ' קרנית**- פסק הדין עוסק בתאונות דרכים. היו 2 פסקי דין מחוזיים שעסקו בנושא של תאונות דרכים. נפגע אדם שהייתה לו ידועה בציבור. במקרה אחד ביהמ"ש המשיך את ההלכה הקודמת ואומר שלא מגיע פיצוי; במקרה שני ביהמ"ש אומר שלאור חוקי היסוד שנחקקו ועקרון השוויון [זכות לא מנויה] מגיע פיצוי.

שני פסקי הדין האלה מגיעים לעליון. כל פעם מערער עליהם מישהו אחר- חברת הביטוח וידועה בציבור שלא זכתה. מאחדים אותם להרכב של 5 שופטים. **השופט ברק** כותב את פסק הדין המרכזי. לכאורה הוא אמור להתלהב מפסה"ד שאמר שלאור חו"י יש פיצוי. ברק עושה **פס"ד בנושא פרשנות**- **כתוב בחוק את המילה "בן זוג" ויש לפרש אותה** **האם היא כוללת רק נישואין או גם ידועים בציבור**. שני שלבים - לשון החוק ותכלית. לפי המבחן הלשוני המילה בן זוג יכולה לסבול גם נשוי וגם ידוע בציבור. לפי התכלית- למה חוק פיצוי לתאונות דרכים נותן לאדם נשוי פיצוי על כך שנפגע בן זוגו? בגלל הפגיעה הכלכלית [מפרנס], פגעתי בשירותי הבית שבן הזוג נותן, הפן הרגשי. כל הטיעונים האלה נכונים גם לידוע בציבור. לכן, הוא לא הבטיח הבטחה שמעתה והלאה ידוע בציבור=נשוי. אלא המילה בן זוג יכולה לכלול את 2 המשמעויות ויש לבדוק את התכלית. פסיקה יותר צנועה מהשופט במחוזי.

ההרכב בפסק הדין הזה הוא הרכב מאוד שמרני. בתקופה הזו הנשיא קובע את ההרכב, ברק קובע הרכב שמרני [אנגלרד, אילן במינוי זמני, טירקל -שופטים דתיים]. מדובר במקרה קל- גבר ואישה ידועים בציבור. פסק דין מאוד הגיוני של ברק. אילו היה מדובר בבני זוג מאותו מין לגבי אימוץ, ככל הנראה שהוא היה בוחר בהרכב אחר.

אין דרך להסביר למה המחוקק נותן לאישה הזו פנסיה אבל לא פיצוי לגבי תאונות דרכים.

היה פסק דין שעסק במס שבח- **פס"ד לבנון**- ברק עשה פרשנות תכליתית. לכאורה ניתן לומר שיש הבדל. מס שבח אפשר לומר "לך תתחתן" לעומת פיצוי תאונות דרכים, שמישהו מת ואז אין תמריץ.

**מה קורה אם בחוק כתוב "איש ואישה", "בעל ואישה"?** מחד, פס"ד לינדורן עסק בחוק שכתוב "בן זוג". אם החוק יגיד בעל ואישה המבחן הלשוני יאמר אנשים נשואים. מאידך, ניתן לומר שמבחן תכליתי או רעיון של שוויון יקבל פרשנות כזו. בנוסף, אם לא מדובר בחוק סוציאלי. לדוגמה: חוק אימוץ. ניתן לומר שהמחוקק היה חשוב לו שיהיו בעל ואישה, קשר שמעיד על מחויבות, מבקשים לאפשר רק לנשואים.

* **אם נקבל במבחן** שאלה שעוסקת בחוק שבו לא כתוב "בן זוג" אלא כתוב "בעל ואישה" / מטריה לא סוציאלית ויש שיקול מבחין – לא ללכת על תשובה מוחלטת. להציג את ההתלבטות. פס"ד לינדורן- פתח את הפתח לעשות ניתוח תכליתי. נצטרך לקחת בחשבון: האם יעבור מחסום לשוני של "בעל ואישה" ומחסום מהותי- מה קורה במקרים שניתן להעלות השערות שיש סיבה עניינית להבחין בין נשוי וידוע בציבור. צריך לדון לגופו של עניין. השערה של פרופ' ליפשיץ שביהמ"ש יצליח לעבור את 2 המכשולים האלה.

לינדורן- כתוב "בני זוג" ותכלית סוציאלית. כביכול יש אתגר אם יהיו תכליות אחרות ולשון "בעל ואישה". אבל לדעת פרופ' ליפשיץ, ביהמ"ש יוכל לגבור גם על קושי זה.

* קריאה לשיעור הבא ביום חמישי- ידועים בציבור: פס"ד שחר נ' פרידמן + ורסנו נ' כהן + סאלם נ' כרמי + בר נאור נ' אוסטרליץ + בע"מ 3497/09.

1. **זכויות כלפי בני הזוג**- היחסים הפנימיים.

**שיעור 13- 28/04/22**

התחלנו לעסוק בנושא של ידועים בציבור. **נושא 1: הגדרה** מי נחשבים כידועים בציבור בישראל. עקרונית, הפסיקה מדברת על 4 משתנים [מגורים, משק בית משותף, אינטימיות והצגה בציבור כידועים בציבור]. הפסיקה מקפידה על עמימות. לא ברור מה כל אמת מידה כוללת ועל מה נתעקש ולא נוותר. באופן כללי המגמה היא הרחבה לגבי מי נחשב יידוע בציבור לעומת מה שמקובל במקומות אחרים בעולם. בעולם לא מקובל לתת הרבה זכויות לידועים בציבור. בד"כ כשנותנים זכויות מביאים כללים ברורים ומצמצמים [כתובת פורמלית משותפת, חשבון בנק וכו', אך בישראל זה לא קיים כדרישה נוקשה]. **נושא 2: היקף זכויות רחב**. מי שמוגדר ידוע בציבור מקבל הרבה זכויות. **לפני** פרשת לינדורן נ' קרנית יש הרבה חוקים שמקנים זכויות גם לנשואים וגם לידועים בציבור. אבל היא פותחת את הפתח שאם החוק לא כותב במפורש ידוע בציבור אפשר לפרש את החוק העוסק בבני זוג גם ככזה שעוסק בידועים בציבור. בנוסף, מדובר בחוק שכתוב "בני זוג", ע"פ מבחן תכליתי שחזק בהקשר של חוק בעל גוון סוציאלי. אבל זה מסמן מגמה שאולי התוצאה שלה לכיוון השוואה מוחלטת.

**במבט השוואתי**, המשפט הישראלי לא המציא את דיני ידועים בציבור. הצורך להתמודד עם סיטואציות בהם אנשים לא התחתנו באופן רשמי אבל הם חיים יחד באופן מעשי ומתפקדים כנשואים, קיים גם במקומות אחרים. יש זכויות מסוימות לידועים בציבור. יש הקוראים לזה גישה פונקציונלית למשפט, לפיה זה לא משנה אם התחתנו זו הבחנה פורמלית, מה שמשנה זה המהות. אם זה מתנהל כמו נישואין, זה לא משנה שלא התחתנו רשמית. יש אפשרות לראות את הידועים בציבור כחלק מתפיסה כללית של המשפט שמעדיף מהות ופונקציית הקשר, על פני התיוג הפורמלי שלו.

עם זאת, לדעת פרופ' ליפשיץ ההשוואה של ישראל לעולם- לא ניתן להעלים עין שההגדרה מי ידוע בציבור ומה הזכויות לידוע בציבור רחבה ושונה מאוד ממה שמקובל העולם. כדי להבין מה קורה פה נבין שידועים בציבור הם תחליף נישואין. המחוקק והפסיקה רואים את פסולי חיתון והאידיאולוגים, קבוצות שלא נתנו להם פיתרון בפסיקה ובחקיקה ודיני ידועים בציבור אמור היה להיות המענה אליהם. לא נתנו להם נישואים, אבל אם יחיו כמו נשואים יקבלו תוצאה כמו נשואים. זה מסביר למה המשפט הישראלי הולך רחוק עם דיני ידועים בציבור- כמה שיותר אנשים פנימה וכמה שיותר זכויות.

מסביר אווירה פוליטית אידיאולוגית סביב מוסד הידועים בציבור. **ליברלים** רואים במוסד ידועים בציבור כמוסד שאמור לתת פיצוי ליברלי לעובדה שהנישואין והגירושין הם לפי דין דתי; **השמרנים** בד"כ מאוימים ממוסד הידועים בציבור ויאמרו שהוא חותר תחת מוסד הנישואין. הם מתנגדים או לפחות ינסו להאט אותם מתוך רצון לא לפגוע במוסד הנישואין.

המאמר ה-1 של ליפשיץ בדיני ידועים בציבור. חושב בשלב 1 על הנושא כנושא כללי ואח"כ לחזור לישראל. ביצע בדיקה לגבי היחסים הפנימיים בין הידועים בציבור, ולא הזכויות שלהם כלפי צד ג' [חברת הביטוח, פנסיה]. איזה חלקים מדיני הנישואין מפעילים במישור היחסים הפנימי? [מזונות בן זוג, רכוש, ירושה [מול העזבון].

לא בהכרח שהמחלוקת היא בין ליברלים לשמרנים.

**היחסים הפנימיים בין הידועים בציבור**

1. **מבט אוניברסלי על דיני הידועים בציבור**- איך מדינה אמורה להסתכל על זוג שלא נשוי ולהחיל עליו דיני נישואין. מדיניות אזרחית ראויה. פס"ד שיעזור להציף את המורכבות של הנושא.

**פס"ד מרווין נ' מרווין**- לי מרווין הוא שחקן קולנוע ידוע שמתגרש מאשתו הראשונה. חי בלוס אנג'לס ומגיע לחופשה בניו יורק, שם הוא פוגש את לידיה. היא סטודנטית שלומדת בניו יורק. לידיה עוזבת את ניו יורק ועוברת לגור איתו באחוזתו בלוס אנג'לס. הם גרים יחד במשך כמה שנים. בחלק מהזמן הוא מעסיק אותה באופן חצי פורמלי כמזכירה או סוכנת אירועים. לידיה רוצה להתחתן ומעלה את הנושא מדי פעם. אולטימטום של לידיה. הוא לא רוצה להתחתן אבל מארגן מסיבה עם החברים ונותן לה טבעת, בעקבות המסיבה היא משנה את שם משפחתה למרווין. הם לא מתחתנים באופן רשמי והולכים לפקיד. אחרי זמן נוסף הם נפרדים. אם הם היו נשואים, **בארה"ב יש מזונות אחרי פרידה [מזונות אזרחיים]** במקרה שהיא לא עבדה הרבה שנים והייתה תלויה בו. לידיה תובעת מזונות. מרווין אומר לה שהם לא נשואים. **ב-1970** ברוב המדינות בארה"ב, **אפילו אם יש הסכם בין ידועים בציבור** **שרוצים להחיל עליהם את דיני הנישואין**, **הוא נפסל כי הוא פוגע בתקנת הציבור** משום שהוא פוגע בנישואין. לכן, כאשר לידיה תובעת מלי מזונות היא מעלה טענה חוזית, גם אם הם לא נשואים מכל הנסיבות [קניית טבעת, שינוי שם משפחה, חיים משותפים] עולה התחייבות מכללא לשלם מזונות כפי שהיו נשואים. בתי המשפט הנמוכים דוחים את הטענה כי גם אם היה הסכם כזה הוא סותר את תקנת הציבור. **ביהמ"ש העליון מקבל את הערעור**. 1) אם יהיה הסכם כזה הוא לא סותר את תקנת הציבור. 2)הסכם כזה לא חייב להיות מפורש, אלא יכול להיות הסכם משתמע. ביהמ"ש העליון מחזיר את זה לערכאה הנמוכה כדי שייקבעו האם היה הסכם משתמע במקרה הנ"ל. בערכאה הראשונה אומרים שהיה הסכם כזה עם סכום שולי, בערכאה השנייה אומרים שלא היה הסכם כזה, בעליון לא מתערבים. כלומר לסיכום לידיה לא מקבלת מזונות אך **יש שינוי תודעה** בעולם. פסה"ד הפך למקור בהרבה מדינות להכרה בזכויות בין ידועים בציבור.

המקרה הזה פותח פתח לחשיבה מורכבת לאיך מדינה ליברלית אמורה לחשוב על **השוואת זכויות של ידועים בציבור לנשואים**. **מחד**, יש משהו מפתה לומר שמנקודת מבט ליברלית חוזית אין סיבה להבחין בין נשואים לידועים בציבור. ההבחנה היא תפיסה שמרנית שמשקפת רצון להעדיף נישואין ובעולם ליברלי אין סיבה להבדל- רוצים שוויון, ניטרליות. בנוסף, בעצם החיים כידועים בציבור משקפים את המחויבות של הנישואין. אם אני מסתכלת על הנישואים כחוזה, לא צריך מעורבות של המדינה בחוזה. נציג אינדיקציות: טבעת, מסיבה, שינוי שם משפחה, מגורים. **מעצם ההתנהגות כמו זוג נשוי** נאמר שהם ידועים בציבור. **מאידך**, אם ניקח ברצינות חשיבה ליברלית חוזית זה בעייתי להשוות ידועים בציבור לנשואים, ובטח לגבי הנושא של מחויבויות. הטענה: אם חיים בעולם שבו שני בני הזוג יכולים להתחתן עם מי שהם רוצים ואיך שהם רוצים, איך אפשר לפרש את הבחירה שלהם לא להתחתן? הרי אין גמירת דעת למחויבות להתחתן. צריך הסכמה של שני הצדדים. **אם הם לא התחתנו זה מראה שאחד מהם לא גמר בדעתו**.

**מה זה אומר שאנשים גרים יחד ולא מתחתנים בחו"ל?** יש 2 סוגים בולטים: **1)נישואי ניסיון**- אם פעם אנשים היו מכירים ואז מחליטים אם רוצים להתחתן או לא. בעולם החילוני יש את שלב הביניים של המגורים יחד. סוג של בדיקה הדדית משמעותית יותר לפני הצעד המשמעותי של הנישואים וההתחייבות. תקופת מגורים של שנה עד שלוש בלי ילדים, במונחים חוזיים זה **שלב המשא ומתן והבדיקה ההדדית**. אם נראה את זה כך, זה הפוך מדיני חוזים. אם נגיד לאדם התלבטת יותר מדי זמן ולכן אתה מחויב לבת הזוג- זה לא כפי שנדרש בדיני חוזים.

אבל גם בדיני חוזים יש חובת תום לב במו"מ- לא לשקר ולהשלות סתם.

ההבחנה בין שלב המו"מ לשלב כריתת העסקה היא קריטית לליברל. בשלב כריתת העסקה לוקחים את המחויבות הסופית. לבוא לידוע בציבור שרק בודק את הקשר ולהתייחס אליו כעם קשר מחייב, זה לא נותן לו את הכבוד ששני בני הזוג צריכים כדי ליצור את המחויבות.

**2)מקרים של 8-10 שנים של מגורים יחד**. קשה לומר שזה בדיקת הקשר ונישואי ניסיון. חלק אומרים שלא רואים עצמם נשואים וחלק אומרים שיש להם אידיאולוגיה שהמדינה לא תהיה בקשר שלהם [לא ממוסדים]. יש הבדל בין הסכם ג'נטלמני [הסכם במתחם יחסים פרטי ולא משפטי] לבין חוזה משפטי. יש משהו בעייתי בזה שהמדינה לא מכבדת את הבחירה של האנשים לא להתחתן. מרווין לא רצה להתחתן [כתבו עליו בכל העיתונים כשהתגרש] ולא הגנו על הבחירה שלו.

האם הם רק רצו לדמות נשואים? האם היו עוד בבדיקה? האם אחד רצה והשני לא רצה?

המשפט לא צריך לשקף תודעה אלא הוא גם יוצר מוסדות משפטיים [תודעות]. **לטענת ליפשיץ**, **בעולם משפטי שנשואים שווים ידועים בציבור- המשפט הוא מאוד צר**. הוא נותן דין אחד, מוסד אחד. עסקה אחת של זוגיות משפטית עם כללים זהים לאלו של דיני הנישואין.

לעומת זאת, עולם משפטי שבו 2 דינים: זוגיות משפטית [נשואים] וחיים כידועים בציבור [דיל אחר].

מה נחשב יותר ליברלי? בחירה אחת או מגוון אפשריות? באופן אירוני יוצא שאם אני רוצה מגוון צריך להפריד בין דיני הנישואין לידועים בציבור ולא לצמצם אותם.

כאשר מדובר בעולם אוניברסלי, יוצא שבניגוד לאינטואיציה ראשונה של דיני הנישואין מנק' מבט ליברלית לפיה צריך לבטל את דיני ידועים בציבור, גילינו שדווקא מנק' מבט ליברלית חוזית פלורליסטית [שאוהבת מגוון מוסדות] יש אינטרס להבחין ביניהם [נשואים וידועים בציבור].

**2 בעיות**:

**נקודת מבט 1: שיקולים לבר- חוזיים**. בעולם שיש רק דיני חוזים הטיעונים אולי נכונים. אבל בבניית מערכת משפט יש שיקולים נוספים, שהם לא רק הגשמת רצון הצדדים.

למה אם לידיה הייתה נשואה כן מגיע לה מזונות? הסתמכות, התאוששות, נטשה קריירה. אבל גם כשיש ידוע בציבור זה עלול להתעלם מהשיקולים האלה. פערי כוחות. לא התעקשה כי הייתה חלשה.

החיים לא בינריים. לא נוכל לתת לאנשים 2 אופציות וכולם יבחרו ביניהן. יש אנשים שמתחילים מקשר רגעי ועם השנים מתקדמים, מביאים ילדים. לא בהכרח אומרים שלא רוצים להתחתן.

**נקודת מבט 2: חוזה מתמשך**- חוזה הוא לא מפורש בנקודת זמן סטטית, אלא הוא נלמד מהתנהגות. לכן לא ניתן ללמוד מאי הנישואים על זה שלא רציתי.

* **צריך לעשות כללי מינימום ברורים**. למשל, בהצעת חוק של ליפשיץ צריך מינימום של 3 שנים עם 2 חריגים [נולדו להם ילדים או מילאו תצהיר שהם רוצים להיות ידועים בציבור]. 3 שנים רוגע שלא יחששו שיחשבו ידועים בציבור. **כדי לתת לאנשים כבוד בשלב הבחירה שלהם**.

כללי סף ברורים ומינימום של זמן.

* **צריכה להיות הבחנה בין נשואים לידועים בציבור מנק' מבט פלורליסטית**, **כדי שלאנשים תהיה בחירה בין מוסדות שונים**. אם מדובר בקשר משמעותי מעבר ל-3 שנים זה לא בינארי [נשואים או כלום], אלא צריך לפלח את דיני הנישואים ולראות איזה רכיבים מתאימים ליישום גם לגבי אנשים שלא התחתנו [בעיקר מי שנתונים לבעיית ניצול- למשל מזונות משקמים, אם הייתי תלוי כלכלית; אם הייתי עקרת בית והבעל קנה נכסים מתוך מאמץ משותף- זה ניצול לצאת בלי כלום]. אם הבאתי נכסים מלפני הזוגיות, זה לא מתמזג בהכרח בידועים בציבור [לא הייתם כבשר אחד]. **זה לא אומר שאין זכויות לידועים בציבור, אלא צריך לברור איזה רכיבים רלוונטיים**.

1. **הרלוונטיות של השיקולים האוניברסליים בישראל?**

טיעונים נגד ההשוואה: בן אדם בחר לא להתחתן ולכן צריך לכבד את בחירתו. לעומת זאת בארץ נקודת ההנחה הזו לא רלוונטית. יש 2 קבוצות של פסולי חיתון ואידיאולוגים שלא בחרו שלא להתחתן [הם דחו את הרב או שהרב דחה אותם]. הנחה לא רלוונטית למשפט הישראלי. מהצד הליברלי, ביהמ"ש משתמשים בצדק בידועים בציבור כתחליף נישואים.

הטענה של פרופ' ליפשיץ: גם אם נכון שלא ניתן להעתיק את הנחת המוצא האוניברסלית; לא נמחק אותה לגמרי. הטיעונים שדיברנו עליהם בעלי משמעות לישראל. כי גם בישראל, כשמסתכלים לעומק, יש 3 סוגים של ידועים בציבור:

**סוג 1- ידועים בציבור אוניברסליים**- הרבה אנשים לא מתחתנים בעולם [שבדיה, ארה"ב]. גם בארץ יש אנשים שלא מתחתנים כי הם עדיין בודקים את הקשר (לא כי יש להם התנגדות לנישואין דתיים). בנוסף, יש מי שלא מתחתנים כי לא חושבים שזה חשוב או שהם מתנגדים שהציבור יפלוש להם ליחסים. או שיש מי שלא רוצים מחויבות. לגבי האנשים האלה כל מה שדיברנו רלוונטי. אם נשווה אותם על אוטומט לנשואים, זה בעצם לא לכבד את הבחירה שלהם.

**סוג 2-** מול הקבוצה הזו יש בארץ סוג אחר של ידועים בציבור, שלהם נקרא **ידועים בציבור תוצרת הארץ**= בכל מקום אחר בעולם הם כן היו מתחתנים והסיבה שהם לא מתחתנים בישראל זה בגלל הנסיבות הייחודיות של ישראל:

1. **פסולי חיתון**- בני זוג מאותו מין, כהן וגרושה, חסרי דת= אנשים שלא יכולים להתחתן בישראל באופן רשמי.
2. **אידיאולוגים** – יכולים להתחתן אבל לא רוצים מחויבות דתית, לא רוצים את הרב.

בעולם אידיאלי אם היה לי מנגנון מסנן, לגבי הקבוצה ה-1: הייתי מפעילה עליהם את המודל האוניברסלי. לעומת זאת, לגבי הקבוצה ה-2 חלק א' וב' לא נוכל ליישם את הנחות היסוד האוניברסליים כי לא הכל מתממש. אבל לא נכון להשוות לגמרי בין ידועים בציבור לנשואים [צריך ניואנסים]. לא נכון להפעיל עליהם גם דין דתי, כי האידיאולוגים מראש לא רצו להתחתן עם דין דתי. צריך לבנות תחליף אזרחי ולא דתי.

לא מתקיים לגבי נישואים פרטיים וכן מתקיים בידועים בציבור- בניגוד למדינה שמדברת בקול אחד ועושה הכוונת התנהגות; בישראל המדינה מדברת ב-2 קולות: דין דתי וקול ביהמ"ש [יצירת תחליפי נישואין]. זו המורכבות של המשפט הישראלי.

**הצעה של ליפשיץ**: אם היינו יודעים להבחין בין 2 הסוגים האלה, היינו צריכים לתת לכל אחד מהם סט בפני עצמו. **השאלה:** האם יש דרך להבחין ביניהם? פסולי חיתון קל לאבחן, קשה לאבחן אידיאולוגים ואלה שלא רוצים להתחתן מתוך מחויבות, המדינה וכו'. **בפועל לא ניתן להבחין ולכן ההנחה היא שהרוב הם ידועים בציבור תוצרת הארץ, והפסיקה מתמקדת במוסד הידועים בציבור כתחליף נישואים**.

לא משאירים את זה לשאלת הצדדים, כי כל אחד יטען לטובתו. לא יתחתנו בגלל הרב או לא התחתנו בגלל סיבות אזרחיות. אין חובות דתיות אלא מעמד אזרחי של בני זוג. בישראל אין מרשם זוגיות. האם ניתן לשאול את זה בדיעבד ולהבין מהסיפור למה לא התחתנו? כן. מהסיפור אפשר לראות מה הסוגים. הרוב המכריע של המקרים היו ידועים בציבור אוניברסליים במיוחד בעשורים האחרונים. כי הידועים בציבור תוצרת הארץ מתחתנים בקפריסין- אלה האב טיפוס לנישואין אזרחיים.

מי שלא מתחתנים נישואים אזרחיים, הרוב הגדול, הם האנשים שאחד מהם לא רצה להתחתן בלי קשר לרבנות.

**הבעיה**: על אוטומט הפעילו מדיניות גורפת שמשווה ידועים בציבור לנשואים, בלי קביעת תנאי סף, גם במצבים שניתן לראות מהסיפור בבירור שהסיבה שלא התחתנו לא קשורה לישראל.

חלק מהפסיקה קיבלה את דעתו של ליפשיץ: 4178/04 השופטת בייניש מאמצת את הטרמינולוגיה שליפשיץ הציע לאבחן בין הקבוצות. היא אומרת שצריך אבחנות שונות. השופטת וינר במחוזי. מנגד, בע"מ 2478/14 השופטת דפנה ברק-ארז דוחה את דעתו של ליפשיץ ואומרת שזה לא משנה. לא צריך להיכנס לשיקולים אלה וצריך להפעיל מדיניות מרחיבה בכל אחד מהסוגים.

הנושאים שבהם עולה העניין: יחסי רכוש, מזונות וירושה. קול בפסיקה שרוצה להשוות ידוע בציבור לנשוי, לעומת קול שיותר רגיש לשיקולים ההפוכים.

**איך העקרונות הכלליים והישראליים באים לידי ביטוי במציאות בפועל? נבחן ב-3 סוגיות מרכזיות**:

1. **יחסי רכוש**- כשלא היה חוק יחסי ממון, הפסיקה עשתה את חזקת השיתוף. הפסיקה קבעה שבתנאים מסוימים גם רכוש הרשום על שם אחד של הצדדים, מניחים כהנחת עבודה שהכוונה היא שהוא יהיה משותף. הפסיקה קבעה את זה כהנחה הניתנת לסתירה. **גם אם הנכס רשום על אחד הצדדים הוא נכס משותף**. איך ניתן לסתור? לעשות הסכם ממון פורמלי, או להוכיח מההתנהגות של בני הזוג שהם לא התכוונו לשיתוף 🡨 בנסיבות האלה ניתן יהיה לסתור את החזקה. **זה קורה לגבי הנישואין**.

כאשר מדובר בנשואים, בתיאוריה חזקת השיתוף היא חזקה הניתנת לסתירה. עם זאת, כאשר מדובר **בנכס שנרכש במהלך הנישואים** בפועל כמעט אף פעם לא ניתן לסתור זאת. אם עושים הסכם ממון מכבדים. אם לא עשית הסכם ממון, המחוקק רוצה לעשות משהו ערכי ולומר שאם עשיתם את זה בנישואים זה היה מאמץ משותף ולכן הנכס משותף. לא באמת פותחים פתח לסתור.

לגבי ידועים בציבור חזקת השיתוף חלה. הפסיקה אומרת שחזקת השיתוף חלה על ידועים בציבור כמו נשואים. אך, לצד האמירה הכללית המשווה ידועים בציבור לנשואים, לפחות בפסיקה המקורית **בפס"ד שחר נ' פרידמן**- ביהמ"ש סייג את החלת חזקת השיתוף בטענה: מאחר ובני הזוג לא התחתנו [לא עושה הבחנה בין אוניברסלי לתוצרת הארץ] זה מעורר חשד שמא רמת המחויבות שלהם יותר נמוכה, ולכן צריך רמה יותר גבוהה של הוכחה כדי להחיל את השיתוף. **חזקת שיתוף עם כוכבית**. מחד מפעילים לגביהם את חזקת השיתוף אבל קובעים כוכבית שאומרת **שיש להיות רגישים לעובדה שהזוג לא התחתן ואולי זה מעיד חוסר כוונת שיתוף מלאה**.

בהמשך לגבי נשואים, במקום חזקת השיתוף חל חוק יחסי ממון. בני זוג שהתחתנו אחרי 1974 לא חלה חזקת השיתוף, אלא חל חוק יחסי ממון שמחיל את **הסדר איזון המשאבים**. חוק יחסי ממון לא חל על ידועים בציבור, אבל הפסיקה המשיכה להפעיל עליהם את חזקת השיתוף. חוק יחסי ממון קובע הסדר שיתוף יותר **חלש** מאשר חזקת שיתוף בכל מיני היבטים. נוצר מצב משעשע שרמת השיתוף בין ידועים בציבור יותר חזקה מאשר בין בני זוג נשואים. מצב ייחודי ומוזר בארץ. לא רק שלא מקבלים את הטיעון שהוא צריך להיות יותר נמוך, אלא הוא יותר גבוה.

לפחות בחלק מפסקי הדין, הכוכבית קצת נעלמה והמגמה להפעיל חזקת שיתוף היא באותה אמת מידה בין בני זוג נשואים. באופן שמעורר קושי, במיוחד כשמדובר על ידועים בציבור אוניברסליים.

**פס"ד סלם נ' כרמי**- ארכיטקט מפורסם אדון כרמי. הוא בהליכי גירושין כשהוא מכיר את גב' סלם שהיא גרושה. הם חיים ביחד. הילדים מהנושאים הקודמים חיים איתם חלק מהזמן. הם גרים בדירה שבבעלות אדון כרמי. ההסדר הכלכלי ביניהם בגדול: הכסף שהוא מרוויח מהמיזמים הוא שם בחשבון עסקי שגב' סלם לא נוגעת. גם לגב' יש דירה שדמי השכירות עוברים לחשבון אחר סגור שלה. כדי לחיות יש להם חשבון לצורך הוצאות המשפחה והוא דואג שהוא תמיד יהיה מלא, כל חודש מעביר סכום. לגבי אינטימיות- מתברר שבמהלך הקשר לגב' סלם יש כל מיני קשרים מזדמנים עם גברים אחרים [עם בעלה לשעבר, פסנתרן וכו']. בניגוד לכך, החל משלב מסוים של הקשר הם עוברים לגור לחדרים נפרדים אך עדיין גרים יחד. למה הם לא מתחתנים? בהתחלה- הוא עדיין בהליכי גירושין. אח"כ שניהם פנויים- אבל אולי עכשיו הם זורמים [אינרציה]. מתברר שזה לא הסיפור. הוא מתלהב ושואל אותה אם היא רוצה להתחתן, והאישה לא רוצה. דווקא בתקופה הפחות טובה האישה רוצה להתחתן והבעל לא רוצה להתחתן. שניהם רצו להתחתן אבל לא באותו זמן. הם נפרדים והגב' סלם תובעת את הרכוש. ביהמ"ש נענה לזה באופן חלקי. לא קובע שיתוף, אלא קובע שהיא תקבל חצי מרווחים של פרויקט מסוים של הבעל.

האם מדובר בנישואים אוניברסליים או תוצרת הארץ? **אוניברסלי קלאסי**. שני בני הזוג רצו אחד את השני אבל לא באותו הזמן ביחד. לא מדובר בפסול חיתון או התנגדות עקרונית לנישואים [כל אחד בנקודת זמן אחרת רצה להתחתן. לא מסונכרנים].

מה אומר החוזה ביניהם לחיות יחד? מבחינה כלכלית הגבר מקפיד לשמר את החשבון העסקי שלו שיישאר שלו. לא נותן לאישה נגישות. אין פה אמת מידה של שותפות פורמלית. בכל זאת הם התנהלו בדירה בסוג של משק בית משותף. ההיבט האינטימי עדין- הם חיו בחדרי שינה נפרדים בזמן שפרויקט רוזמרין נצבר [הכסף שביהמ"ש פסק שתקבל]. למה פרויקט רוזמרין? ההנמקה של ביהמ"ש- מתברר שבשלב מסוים שהיחסים יותר טובים, אדון כרמי כתב צוואה ובה הוא כתב את גב' סלמי כיורשת של פרויקט רוזמרין ואח"כ כשהיחסים מתערערים הוא מוחק אותה.

**צוואה**- אין הסתמכות. אפשר בכל רגע נתון לבטל. חופש ציווי מוחלט כולל חופש לשנות את הצוואה. מצד שני, ניתן להעניק לבן הזוג שלך רכוש ע"י מתנה בחיים או לעשות הסכם מחייב [לא ניתן להתחרט]. אדון סלם נותן לה צוואה. איך ביהמ"ש לומד מזה שהייתה כוונה לשיתוף? אפשר להבין מזה ההיפך, כי אפשר להתחרט אחרי כתיבת צוואה. זה מעיד כמה זה חמקמק לבנות את השותפות [שיתוף ביהמ"ש] על רצון הצדדים.

מצד שני, אם מסקנת הדיון הייתה שאחרי כמות רבה של שנים יחד, שהיה ברור שהוא פרנס אותה בשנים האלה, שהילדים האלה היו בביתם, חיו יחד- זה לא צודק לא לשתף. זה מצדיק פתרון אמצע. זה מדגים שזה לא מקרה שמתאים לשותפות מלאה בכל הנכסים העסקיים אבל לא מקרה שמתאים לכלום. לכן התוצאה שביהמ"ש הגיע אליה היא סבירה. הדרך היא מניפולטיבית. ביהמ"ש אמר שהוא לא נותן לה חצי מכל הרכוש העסקי, אבל גם לא משאיר אותה בלי כלום. אלא היא תקבל חצי מפרויקט מסוים. רטוריקה מניפולטיבית בניסיון לעגן אותו ברצון הצדדים. הטענה היותר טובה היא הגינות והסתמכות לדעת ליפשיץ.

מה שקורה היום בפועל הוא שנמצא פסקי דין לשני הצדדים- יש כאלה שמשווים באופן אוטומטי בין ידועים בציבור לנשואים, לגמרי בלי הבחנה, ואז מתוך רצון להיות ליברלים מפספסים את הבחירה לא להתחתן. יש כאלה שלוקחים את הכוכבית ומפספסים לכיוון ההפוך.

לדעת ליפשיץ צריך להבחין בין אוניברסליים לתוצרת הארץ- תוצרת הארץ: חזקת שיתוף חזקה; אוניברסליים להיות יותר רגיש לכוונת הצדדים. להיזהר לא להתעלם מהכוונה שלהם.

מקרה של ליפשיץ שייעץ- **המיליארדר הקמצן**- זוג לא התחתנו. לא היו פסולי חיתון. גרו בדירה שהייתה רשומה על שמו וקנו יחד דירה משותפת שרשמו על שמם ובתצהיר הם אמרו שזה מגבש את השותפות שלהם. הם נפרדו והאישה תבעה ממנו לא את הדירה שהוא הסכים לתת לה [שווי של 8 מיליון + 4 מיליון] אלא חצי מהמיליארדים שהופקו בתקופת הקשר שלהם. מורכב יותר- בשלב מסוים הם נפרדו וערכו הסכם פרידה, שבו האיש נתן לה את הדירה וסכום כסף, והאישה אמרה כל היתר שלך. לכאורה מה הבעיה בתיק? הם עשו הסכם. **הבעיה**: **היא טענה שההסכם הזה פיקטיבי**. אחרי ההסכם הוא עזב את הארץ והיא ביקרה אותו כמה פעמים בחו"ל וניסתה להקליט אותו כדי להוכיח שההסכם פיקטיבי. הוא עזב את הארץ מסיבות מס. לכן מגיע לה כידועה בציבור שלו חצי מהמיליארדים. בשלב הראשון בתיק הדיון התמקד לגבי האם ההסכם פיקטיבי. היו טענות לשני הצדדים. ביקשו ייעוץ מליפשיץ- אם ההסכם פיקטיבי, מי אמר שבלי ההסכם מגיע לה באמת חצי? בכתב התביעה שלה היא רוצה להפוך אותו למפלצת ומציגה אותו כקמצן שהחזיק את כל הכספים אצלו בחשבון, היה מביא לה מזומנים כשהוא היה בא לארץ ומהמזומנים האלה הוא דרש ממנה התחשבנות קונקרטית מה היא קנתה [כי הוא לא רצה שהיא תקנה אוכל לאמא שלה]. היא צירפה לתביעה עשרות מסמכים שמראים זאת. היא גם הראתה שהיא מתחשבנת איתו. **איך מישהי שטוענת שהייתה כוונת שיתוף כוללת מסבירה פרקטיקה שהאדם לא שיתף אותה בענייניו הכספיים, את כל הכסף מהעסק הוא שמר לעצמו, נתן סכומים זניחים לפרנסת המשפחה שגם עליהם הוא דרש חשבון**. איך אפשר ללמוד מזה שיש פה כוונת שיתוף כוללת בכל הרכוש המשפחתי והעסקי, כולל רכוש עסקי שנולד לפני הזוגיות ורק טופח בקשר. **ביהמ"ש לענייני משפחה פסק כך ואמר שזה מקרה מובהק שבו מדובר בידועים בציבור שלא הייתה מניעה להתחתן [דתית או אידיאולוגית] וזה שהם לא התחתנו מעיד על העובדה שלא הייתה כוונת שיתוף כוללת**. המיליארדר ניסה גם להתנער מההסכם שהם עשו- אבל ליפשיץ אמר לו שלא הגיוני שביהמ"ש יאשר זאת. הם חיו יחד 15 שנים, האישה גידלה את הילדים. היא צריכה לקבל משהו. אמנם לא חצי מהכל אבל לא לגמרי כלום.

**3 סוגי פסקי דין**-

חזקת שיתוף בלי כוכבית= חזקת שיתוף ניתנת לסתירה. אם אין הסכם ממון, יפעילו בצורה נרחבת את השיתוף כמו שעשו בעבר לגבי נישואים.

חזקת שיתוף עם כוכבית= ידועים בציבור צריך להיזהר, צריך נטל ראיה מוגבר בטח בנכסים עסקיים. לפעמים גם על ידועים בציבור תוצרת הארץ [למרות שלא נכון לעשות את זה].

צריך להבחין בין אוניברסלי לתוצרת הארץ- אוניברסלי להפעיל בחשדנות, בזהירות מתוך מחשבה שאולי לא רצו להתחייב. אם זה קשר משמעותי לתת שיתוף חלקי ולא כולל, עם הרבה רגישות. תוצרת הארץ: להפעיל כאילו היו נשואים.

1. **מזונות אישה**- לא לגבי מזונות ילדים, הם מקבלים מזונות מכוח ההורות ולא מכוח הנישואין. כאשר מדובר בנישואין, המזונות בישראל הם לפי הדין הדתי- וידונו בבימ"ש או בביה"ד. בדין הדתי לא יהיו מזונות לידועים בציבור. על פני הדברים יש הבחנה משמעותית. בדין הדתי יש מזונות אישה- רק הגבר משלם לאישה לפי כללים הלכתיים. לכן לכאורה לידועים בציבור לא מגיע מזונות.

**יגר נ' פלביץ**- האישה ידועה בציבור תובעת מזונות. הגבר אומר שלא מגיע לה מזונות כי זה מגיע רק לבני זוג נשואים. היא אומרת נכון אבל אתה הבטחת לי מזונות כשקיימנו את הקשר [היא פסולת חיתון]. ביהמ"ש מקבל את הטענה. לעומת זאת, בעולם הסכם כזה עשוי היה לסתור את תקנת הציבור ולכן היה חידוש בפסיקה הישראלית. אך ביהמ"ש עושה חצי דרך של מרווין- **הסכם כזה יחייב רק אם הוא הסכם מפורש** [זו ההלכה בניו יורק כיום- מכבדים רק הסכמים מפורשים ולא משתמעים]. מבקשים מהאישה לראות את ההסכם (אין) והתביעה נדחית.

**ורסנו נ' כהן**- יש ידועה בציבור שטוענת שמגיע לה מזונות. במקרה שלה בזמן התביעה הם כבר נפרדו, אז היא בעצם מבקשת מזונות משקמים אחרי פרידה שלא קיים לגבי בני זוג נשואים. **השופט ברק** אומר שזה לא מתאים למקרה הזה. צודקת עקרונית- במקרה שבו יש פרידה בין ידועים בציבור **אפשר ללמוד מהנסיבות והחיים המשותפים** **שיוצרים מחויבות**. לא צריך הסכם מפורש ואינדיקציות נקודתיות. החיים עצמם מבטאים את ההסכמה. **אפשר ללמוד מתוך החיים עצמם על התחייבות משתמעת למזונות אחרי פרידה**, **או פיצוי חד פעמי במקרה של עזיבת הצד השני**. הוא פותח את הפתח ולא מיישם במקרה הקונקרטי. זה אוביטר.

**לינדורן נ' קרנית**- עוסקת בפיצויי תאונות דרכים. ביהמ"ש בא ואומר שכאשר ב-ורסנו נ' כהן הייתה התלבטות, אז כבר לא מתלבט. במקרה המתאים כן יינתנו מזונות. בעקבות פסה"ד מתחילה להיווצר פרקטיקה שבני זוג ידועים בציבור שנפרדים מגישים תביעה למזונות משקמים ובחלק מבתי המשפט לענייני משפחה מקבלים את התביעות.

מקבלים מצב מוזר- נשואים מקבלים מזונות עד הגט. בידועים בציבור אין גט, המקבילה היא פרידה. אבל האישה תובעת מזונות אחרי הפרידה. זה קיים אולי בחו"ל לגבי נשואים אבל לא בארץ. יש אוביטר של דפנה ברק ארז שלגבי נישואים זה קיים [לפני שנתיים] אבל מלפני 20 שנה כבר רצו לתת לידועים בציבור משהו שלא קיים בנשואים. מוזר שרמת המחויבות בין ידועים בציבור גבוהה יותר מנשואים. **אבל הסיפור יותר מורכב**.

אפשר להבין הגיון במהלך הזה: כאשר מדובר בנשואים, אמנם בישראל אין מזונות אחרי גירושין, אבל הגט עצמו משקף הגנה כלפי בן הזוג החלש כלכלית. למה? כדי להשיג גט זה לא קל [בטח אחרי חרם דרבנו גרשום שאומר שלא ניתן לגרש אישה בעל כורחה. לא ניתן להגיד לאישה סתם שלא רוצים אותה. צריך להגיש תביעה]. בכל התקופה של הסכסוך עד הגט הבעל מחויב לשלם מזונות. זה משקף הגנה כלכלית לאישה. בנוסף, צריך סיבה טובה לגירושין. אם לבעל אין סיבה טובה- הוא ישלם הרבה זמן מזונות. אם הוא צריך הסכמה שלה להתגרש, הוא ישלם על הגט. זה סוג של פיצוי [אם האישה חלשה כלכלית]. הגט, גם אם אין מזונות אחרי פרידה או פיצוי על גירושין, הדרישה לגט יכולה לשקף סוג של מנגנון כלכלי להגנה על אישה תלויה כלכלית.

לעומת זאת, בידועים בציבור בגלל שאין גט, התוצאה היא ללא פס"ד ורסנו שבן הזוג יכול להיפרד ממנה ולא להביא לה מזונות, אין לה מדור. ניתן להבין למה ביהמ"ש כ"כ רוצה לפתח את הכלי הזה לידועים בציבור. הצורך הוא יותר גדול בין בני זוג ידועים בציבור. **צורך יחודי שאולי מצדיק את זה**.

**צריך להתנות את האמירה בפס"ד ורסנו ב-3 תנאים**:

1. **נטול מגדר**. בעוד מזונות לפי הדין הדתי לפי מגדר [הבעל משלם לאשתו]. מזונות בידועים בציבור צריכים להיות לפי פרמטר אובייקטיבי, לפי תלות כלכלית של הקשר הזוגי. לא צריך לחקות את הפגם של המוסד הדתי של הנישואין. זו תהיה אלטרנטיבה הוגנת. עדיין ב-97% מהתביעות התובעות הן הנשים בגלל המציאות הכלכלית בארץ.
2. **מודל של מזונות משקמים**, יש לזה 2 השלכות חשובות: **(1) לא תלוי באשמה**- ברק מפספס, כי הוא אומר שאם הבעל עזב בלי צידוק הוא צריך לשלם. לבוא ולקחת למוסד הידועים בציבור את העניין של אשמה לידועים בציבור אוניברסליים [צריך לשמור להם על הזכות לסיום הקשר] ובטח לידועים בציבור תוצרת הארץ [העובדה שביהמ"ש נכנס לקרביים. מותר או אסור לעזוב. מזה הם חוששים ולא רוצים להינשא לפי דין דתי]. חשוב להקפיד שזה לא יהיה תלוי באשמה. הפסיקה הקיימת- יש פסקי דין שאימצו את הרעיון הזה, אך יש פסקי דין שבלי תשומת לב בנויים כמו ביה"ד הרבני למרות שהם ערכאה אזרחית. הם ממש נכנסים לשאלה למה נפרדו. אם הבעל עזב והיא התנהגה לא בסדר, ואז יש צידוק. סוג טיעונים שלא אמורים להיות בפסיקה הישראלית לגבי ידועים בציבור. מצפים שתהיה אמת מידה אובייקטיבית, שלתקופת זמן מסוימת שומרים על מחויבות [מזונות משקמים]. **(2) תקופת זמן מוגבלת** לפי ביהמ"ש שמעריך את הנסיבות לפי הקשר שהיה כדי לאפשר לאדם לעמוד על הרגליים. אין זכות לצפות שעד סוף חייו הוא יפרנס אותה. הפסיקה המוקדמת לא הייתה מספיק רגישה לזה- הם פסקו מזונות ולא אמרו עד מתי. בנישואים זה ברור שזה עד הגט. אם בידועים בציבור לא אומרים עד מתי, זה כביכול עד סוף החיים. היום המגמה היא לתחם את זה.

* **שאלה במבחן** לגבי מזונות ידועים בציבור- חשוב לדבר על עצם החבות וגם לבדוק האם זה עומד ב-3 הקריטריונים: עיוורון למגדר, היעדר תלות באשמה, לתקופת זמן מוגבלת שמטרתה החזרת הבן אדם לחיים.

**שיעור 14- 03/05/22**

עוסקים בידועים בציבור. במשפט הישראלי מגמה להרחבת הזכויות של ידועים בציבור לאור **פס"ד לינדורן נ' קרנית**. כמעט השוואה מוחלטת לנשואים. בנוסף, מגמה להרחיב מי נחשב ידוע בציבור. אין הגדרה ברורה אבל אין כללי סף נוקשים. שני התהליכים האלה קשורים לתפקיד ידועים בציבור כתחליף נישואין. מאחורי זה עומדת המחשבה של פסולי החיתון ונמנעים אידיאולוגים. זה מהווה עבורם פתרון.

בציבוריות הישראלית מי שדחף את המהלך של הרחבת הגדרה / צמצום הפער בין ידועים בציבור לנשואים בעיקר ליברלים. מי שחששו: בעיקר שמרנים / דתיים.

הייתה תפנית. עברנו לדבר על מערכת היחסים הפנימית בין הידועים בציבור. לעומת דיני נישואין מול צד ג' ומחויבות בין בני הזוג, הסיפור מורכב יותר ביחסים הפנימיים. דווקא מנקודת מבט ליברלית- השוואה בין נשואים וידועים בציבור, שחשבנו שזה סמן ליברלי, לא בטוח שזה ליברלי כי זה מתעלם מבחירה של אנשים לא להתחתן, מכניס את המשפט למערכות שייתכן ולא בשלות להיות משפטיות, תהיה אפשרות אחת= נשואים [מנה אחת במסעדה, אין אפשרות בחירה].

הסיפור יותר מורכב מהיבט נוסף. איך משכללים את הדבר הזה עם נימוקי נגד כמו פערי כוחות, צדק והגנה על חלשים. בישראל יש אנשים שזה שהם לא התחתנו זה לא מבחירה, אלא כי הם לא יכלו.

**רעיון של ליפשיץ** לחלק את דיני הנישואין לקבוצות- ידועים בציבור **אוניברסליים** [לא היו מתחתנים בלי קשר לדין הדתי. צריך רגישות שלא נתעלם מהבחירה שלהם לא להתחתן]; ידועים בציבור **תוצרת הארץ** [פסולי חיתון או אידיאולוגים. שם לא צריך לפחד מהטלת מחויבות נישואין, כי הם לא התחתנו כי דחו מחויבות. כוכבית- לא נכון להפעיל דין דתי, אלא צריך אלטרנטיבה אזרחית].

**בענייני רכוש**- **חזקת שיתוף עם כוכבית**. לעיתים שוכחים את הכוכבית. **3 גישות**-

1. **הפעלת הכוכבית בכל מקרה**- זה ידוע בציבור ואולי נגביל את השיתוף לנכס משפחתי אבל לא עסקי. להזהיר שאולי אי-הנישואין מראה על אי שיתוף.
2. גישה הפוכה- ידועים בציבור כמו נשואים ויש **להפעיל את חזקת השיתוף אותו הדבר**.
3. **יש להבחין בין שני הסוגים של ידועים בציבור**:
4. **אוניברסליים**- צריך כללי מינימום ברורים כדי לתת לאנשים בתחילת הקשר להיות בלי מחויבות. אח"כ נייצר שותפות אבל **לא חצי חצי** אלא יותר **פיצוי לצד חלש**.
5. **תוצרת הארץ**- חזקת שיתוף בלי כוכבית.

כשנדבר על **נישואים אזרחיים מחוץ לישראל**, הם בדיוק מה שקראנו ידועים בציבור תוצרת הארץ. הם מלמדים **שאין להם בעיה עם מוסד הנישואין והמחויבות**. יש להם בעיה עם הרב או לרב יש בעיה איתם. אלה סוג האנשים שלגביהם נמליץ לתת מחויבות חזקה.

**דיברנו על מזונות בן זוג**-

* לגבי אדם נשוי- מזונות דתיים.
* ידוע בציבור- אין מזונות דתיים, אבל **בפרשת ורסנו** פיתחו מוסד אזרחי של **מזונות אחרי פרידה**. **התנאים**: עיוור מגדר, לא תלוי אשמה, מודל משקם לתקופה קצובה. לפעמים הפסיקה עושה את זה ולפעמים לא.

אוניברסלי= עדיין בבדיקה של הקשר; נגד המוסד של הנישואין; טראומה מנישואים קודמים. **סיבות אוניברסליות שיכולות להתאים גם למדינות אחרות למה לא התחתנו**. -סיבות כלליות. לא נרצה להכיר במחויבות /להכיר פחות.

תוצרת הארץ= **לא רוצים את הרב או הרב לא רוצה אותם**. -מהלך ליברלי כן ירצה להכיר במחויבות שלהם.

יידוע בציבור בני זוג מאותו מין- לא צריך לחשוש לגבי המחויבות שלהם. ברור שהם לא התחתנו כי לא יכלו לעשות זאת בדין הדתי.

**כל מי שנישא בנישואים אזרחיים בחו"ל ייחשבו ידועים בציבור בלי כוכבית**. גם אם הם לא מוכרים כנשואים בישראל, מנקודת המבט של הצדדים הם **מלמדים על מחויבות**. לא התחתנו פה כי הרב לא נתן להם או שמפריע להם המחתן בישראל [הרב].

**ידועים בציבור- ירושה**

החשש הכי חזק מפני השוואה מוחלטת בין נשואים לידועים בציבור.

**חופש הציווי**- עקרון על בדיני הירושה במשפט הישראלי. במקומות אחרים- צוואה משוריינת. לא ניתן לנשל ילדים.

ביחסי רכוש או מזונות נוכל לטעון שאולי בחרו לא להתחתן, נוכל לומר שלא הכל זה חוזה או הגשמת רצון הצדדים, אם יש תלות, מגיע מזונות לא מתוך סיבה של הסכם משוער. בקביעת השיתוף ביחסי רכוש יש היבטים נורמטיביים ושיקולי צדק, ולאו דווקא הסכם משוער.

בירושה בא המחוקק הישראלי ואומר שהדבר המרכזי הוא **הציווי**. ירושה באה אחרי יחסי רכוש- כאשר אדם מת, קודם כל לבן הזוג מגיע חצי מכוח חוק יחסי ממון ואחרי שהוא קיבל את זה מגיעים לירושה. דיני הרכוש פותרים את חוסר הצדק.

אם אני אוריש למישהו שהמנוח לא התכוון להוריש לו- הכי מוטרדים מזה. ברגע שאני לא אהיה רגיש לטיעון שמבחין בין ידועים בציבור לנשואים, אני עלול לסכל את רצון המת. ברגע שהוא לא רצה מחויבות משפטית ואם לא אעשה כללים מספיק ברורים, התוצאה תהיה סיכול רצונו של המנוח בתחום ששם במוקד את רצון המנוח.

**סיבה 1**: תחום שהמוקד שלו הוא רצון המנוח.

**סיבה 2: ירושה באה אחרי יחסי רכוש**. אחרי שחילקתי את יחסי הרכוש [חצי חצי בין האישה לגבר], את החצי שמגיע לאדם כי הוא עזר לו בבית הוא מקבל. אבל לגבי החצי ששייך למנוח מבקשים לעשות לפי מה שהוא באמת רצה.

**סיבה 3:** לגבי תביעת רכוש כידוע בציבור: הטיעון הוא שאני הייתי ידוע בציבור ולכן צריך להתחלק. מנגד, לא היינו ידועים בציבור. לחילופין, גם אם היינו ידועים בציבור נסתרה חזקת השיתוף ולא התכוונו לשיתוף. זה קו הגנה שני.

לעומת זאת, בירושה: חוק הירושה קבע בסעיף 55, שאם אתה ידוע בציבור [למעט חריג של מישהו שהוא ידוע בציבור ונשוי לאחר] ושניכם רווקים, רואים אותו כאילו הוא נשוי אלא אם כן עשה צוואה פורמלית. אם לא עשה צוואה פורמלית- לא ניתן לטעון שאומד הדעת היה שלא התכוונת להוריש. **יש טענה אחת אפשרית בתביעה של ירושה**. התובע יאמר היינו ידועים בציבור, היינו רווקים, מגיע לי לרשת חצי. מצד שני, יורשי המנוח, יאמרו שלא הייתם ידועים בציבור. אבל אם הם יגידו שהם כן ידועים בציבור, אין דרך לפי הפסיקה הרווחת לקו הגנה 2. כלומר אין טענה חלופית.

* **במבחן**- לגבי ירושה כל הדיון הוא האם הם ידועים בציבור או לא. אם ביהמ"ש מכריע שהם ידועים בציבור ואין צוואה, לא נוכל לנסות לטעון שהם לא התכוונו להוריש אחד לשני. יגדירו ידועים בציבור כמו נשואים. כנ"ל נשואים- ההנחה שמורישים לבן הזוג, אלא אם עשית צוואה. "אין בלם אחורי כמו ברכוש".

**במשפט הישראלי**- ס' 55 שמשווה בין ידועים בציבור ונשואים. בארה"ב- מתוך 50 מדינות יש מדינה אחת שיש לה אופציה להגיד שידוע בציבור הוא יורש. לרוב הם לא יורשים- יש לו זכויות רכוש מסוימות, אבל לא יכול לרשת ירושה. מאוד חריג ההקשר הישראלי בנושא הזה. **ישראל חריגה בעצם העובדה שיש זכות ירושה**. היינו מצפים שלפחות ההגדרה תהיה מאוד ברורה ומשמעותית.

הדיון לגבי ההגדרה של ידוע בציבור שהיא נזילה ולא מקפידים עליה. קיווינו שבירושה לאור 3 הסיבות לעיל שכן יקפידו. אבל הפסיקה הלכה דווקא הכי רחב עם ההגדרות.

פס"ד של **ביהמ"ש העליון** אמר שתקופה של שנה או פחות מזה יכולה להספיק- בהקשר ירושה.

פס"ד מחוזי [**אמיר נ' זגר**]- **אחרי 3 חודשים ביהמ"ש מגדיר אנשים כידועים בציבור**. סיטואציה מעניינת כדי להבין את הבעיה- מדובר **באלמן וגרושה**. זה **טיפוסי לסכסוכי ירושה**. לרוב זה קורה כשיש נישואים שניים.

נישואים ראשונים- האישה נפטרה. הגבר ירש את אשתו (האמא של הילדים)= חצי מהדירה; וחצי לילדים אבל הם הסתלקו לטובתו. בנוסף, חשבונות בנק הם תיאורטית חלק מהעיזבון. כשזוג פותח חשבון, הבנק מחתים על סעיף אריכות ימים- מבחינת דין מהותי הוא יודע שכאשר אחד מהם מת הוא צריך להקפיא את החשבון ולחכות לצו ירושה. אבל מחתימים על אפשרות שבן הזוג שנשאר בחיים יכול להמשיך לעשות פעולות= זה במישור הבנק מול בן הזוג. אבל במישור המהותי כן כפופים לצוואה או ירושה ע"פ דין. זה חלק מהעיזבון. אבל שאר היורשים לא מעלים לראש לעשות שימוש בכסף.

זוגיות שנייה- מגיעה גברת שנמצאת עם הגבר 3 חודשים ואז הגבר מת. היא דורשת חצי מהעיזבון, כלומר גם מה שהילדים קיבלו מהאם. שואלים אותה במשפט למה לא התחתנתם? היא עונה- הם היו בתחילת הקשר ותיכננו להתחתן בעתיד. זו **תשובה אוניברסלית** לגמרי. אין משהו שקשור לישראל- לא היו פסולי חיתון, אין התנגדות אידיאולוגית לנישואים. הם אף היו נשואים קודם לכן בנישואים הראשונים. אין מדינה בעולם שאפילו הייתה חושבת להגיש תביעה. בארץ, היא הגישה תביעה ואף זכתה בתביעה.

**בע"מ 3497/09 פלוני נ' פלונית** (הכרה כידועים בציבור למרות מגורים בסמיכות). גרו בדירות נפרדות. גרו חלקית בבית. לא היו חשבונות משותפים, כל אחד היה משלם באשראי שלו. מבחינה סובייקטיבית הם ראו עצמם כבני זוג. ביהמ"ש קיבל את זה.

במעטה של הגשמת רצון הצדדים ומעטה ליברלי, ביהמ"ש עושה דווקא בנושא של ירושה החלטות כאלה [שם לפחות היה צריך לקבוע כללי מינימום- לקבוע למשל 3 שנים מינימום של נישואים, או כשיש ילד משותף או חתימה על תצהיר], לא ניתן לסמוך על השופטים. אין סיבה ליברלית לעשות את זה.

**נקודה נוספת**: אין בלם אחורי. מה קורה אם יש בני זוג ידועים בציבור, שאמנם לא עשו צוואה אבל נניח לצורך הדיון עשו הסכם ממון ובמסגרת ההסכם או דרך אחרת אחד מהם הבהיר באופן חד משמעי שהוא לא מתכוון להוריש לשני? הוא לא עשה את זה במסגרת הפורמלית של צוואה.

**דיני ירושה יחסית מאוד פורמליסטים**. יש דרכים מאוד מסוימות לייצר צוואה, עם עקיפות מסוימות. מה קורה אם יש מצב שבו בני זוג אכן ידועים בציבור לפי קריטריונים אובייקטיבים, אבל אפשר לראות אמירות כתובות של המנוח מהן רואים שלא התכוון להוריש, אבל זה לא עומד בדרישות הפורמליות הרגילות של צוואה.

התפתחות מעניינת בפסיקה- סעיף 55 לחוק הירושה קובע שידועים בציבור [אחרי שהוגדרו כך] הם כמו נשואים, עם חריג 1 אלא אם אחד מהידועים בציבור נשוי לאחר. ידוע בציבור שלא כתב צוואה, ירש כאילו היה נשוי.

בסעיף 11 יש את רשימת היורשים ע"פ דין. את הירושה של ידוע בציבור כתבו בנפרד בסעיף 55.

**55. "מעין צוואה"**- איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה, ומת אחד מהם ובשעת מותו אף אחד מהם לא היה נשוי לאדם אחר, רואים את הנשאר בחיים כאילו המוריש ציווה לו מה שהנשאר בחיים היה מקבל בירושה על-פי דין אילו היו נשואים זה לזה, והוא כשאין הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת, בצוואה שהשאיר המוריש.

ידוע בציבור מקבל ירושה כאילו היה נשוי. הסעיף קובע ירושה ע"פ דין. אבל בכותרת היה כתוב "מעין צוואה". על הרקע הזה **בפרשת בלאו נ' פוזש** אמרו שזה לא סתם כותרת אלא יש לזה משמעות. אמנם התוצאה היא ירושה ע"פ דין אבל היא מעוגנת בכוונה המשוערת של המנוח ולכן אם יש נסיבות שהם ידועים בציבור אבל יהיה ברור מהנחיה כתובה שלו שהוא לא רוצה להוריש, הרי שזה בלם אחורי. הסעיף לא אומר שידוע בציבור הוא יורש לפי דין [כי זה נוקשה]. **נטען שזה פותח פתח להגיד שאם יש ממצאים ברורים להתנגדות, הרי שאין ירושה**. **ביהמ"ש לא קיבל את הטענה**. **ידוע בציבור הוא יורש ע"פ דין**.

במשך שנים זו ההלכה בעליון. הגיעו בשנים האחרונות **שני פסקי דין מחוזי,** לא הגיעו לעליון כי הם הגיעו לפשרה, באחד מהם בחיפה ביהמ"ש אמר "לא". היה הסכם ממון, שבו ידועים בציבור אמרו שהם לא יורישו אחד לשני, אבל הוא לא עמד באמות המידה של צוואה. בפסה"ד בחיפה דעת רוב אמרה שאפשר לראות את זה כביטול צוואה. להסתכל על סעיף 55 לא סתם כירושה ע"פ דין, אלא כסוג של צוואה, והסכם הממון מבטל את הצוואה. השופט שוחט בדעת מיעוט בפס"ד מחוזי בת"א הולך בכיוון הזה. היו 3 דעות בפסה"ד המחוזי.

שורה תחתונה: יש פתח מסוים בפסיקה הקיימת לטעון שאם יש ממש הצהרה כתובה ברורה, בטח בהסכם ממון, אז אפשר לראות את זה כביטול ה"מעין צוואה", סוג של בלם אחורי, אבל עד היום העליון לא קיבל את העמדה הזו וגם במחוזי זו לא העמדה הרווחת.

**במבחן**- ידועים בציבור שנראה אובייקטיבית שהם ידועים בציבור, אבל הממצאים מראים שהם לא התכוונו להוריש, נאמר שלפי הפרשנות של בלאו נ' פוזש מדובר בידועים בציבור ולכן הם יירשו. ביקורת של ליפשיץ ושני שופטי מחוזי שאימצו את זה בעבר אך זה עדיין לא ההלכה.

**בתיקון לחוק הירושה** ביטלו את סעיף 55 והלכו אחורה. כתבו במפורש שהגדרת יורש ע"פ דין כולל ידוע בציבור. זה מחסל לגמרי את ההתנגדות.

**הצעה של ליפשיץ**= לקבל הצהרה כתובה של ידועים בציבור שלא רוצים להוריש ולכבד אותה.

**בפס"ד של הדירות הסמוכות** אמרנו שאין אינדיקציה לידועים בציבור. אמנם אובייקטיבית זה מאוד רופף, אבל סובייקטיבית הם ראו עצמם כבני זוג. אבל **בפלאו נ' פוזש** זה הפוך- אנשים שאובייקטיבית חיו יחד אבל כתבו במפורש בהסכם ממון שהם לא רוצים להוריש ואומרים שמה שחשוב זה אובייקטיבי.

**ניתן לטעון** לגבי נשואים- שמישהו אמר לפני המוות שהוא לא רוצה להוריש לאשתו אבל זה לא עולה לצורה של צוואה, ולכן לא נוכל לקבל את זה. כלומר כמו שלגבי נשואים מעדיפים כללים פורמליים, הרי שנרצה להעדיף גם לגבי ידועים בציבור.

**הפרכת הטענה**: אמנם היינו רוצים לדעת מה הכוונה של כל אדם, אבל רוצים לייצר מערכת של וודאות. לגבי מי נשוי זו שאלה קלה ולכן אומרים להם אם מתאים להם דיני הנישואין, יש ירושה ע"פ דין ואם לא צוואה. אל תסבכו אותנו אח"כ בלפרש כוונה סובייקטיבית של מנוח. לא רוצה להוריש= תעשה צוואה. מבקשים וודאות.

אבל ידועים בציבור אם רוצים וודאות, לא היינו נותנים להוריש מלכתחילה. השאלה מי ידוע בציבור מבטלת את הוודאות- צריך הליך כדי לדעת האם גרו ביחד, באיזו תדירות (כמה ימים בשבוע ישנים יחד), אינטימיות ומערכת יחסים. פתחת פתח לידועים בציבור כי רוצים מוסד לא פורמלי. אם מוכנים לקבל אי פורמליזם בכניסה, למה שנהיה אובר פורמליסטים ביציאה. גם אם אדם לא מתכוון להוריש= מורישים.

אמות מידה נזילות להגדרה מי ידוע בציבור. אין היגיון להתעלם מאמירה ברורה שלו בהסכם ממון שלא רוצה להוריש. המחוקק יצר פיקציה- אדם חי עם בן זוג, אבל כתב ביומן שהוא לא סובל אותו ולא רוצה להוריש לו, עדיין ביהמ"ש מתעלם מהכוונה הסובייקטיבית.

בלאו נ' פוזש- צריך לעשות צוואה נוגדת את הכתוב. דעת המיעוט: אינדיקציות שהן לא צוואה יספיקו לסתירת ה"מעין צוואה" של סעיף 55 לחוק הירושה. יש כמה שופטים בבתי משפט מחוזי שהלכו בדרך הזו אבל זו לא הלכה.

* **דוגמה לשאלה במבחן**: הוראות בתזכיר חוק הירושה- במה התזכיר משנה את המצב הקיים? לעניין סעיף 10 ידוע בציבור= נשוי. בנוסף, כדי להיות מוגדר ידוע בציבור צריך מינימום 3 שנים. במה זה שונה ובמה זה טוב? ויתרו על הפיקציה של 55 והשוו בין נשוי וידוע בציבור. זו ממש ירושה ע"פ דין. לכן זה רע מאוד. יש מגמה של שיפור, כי יש כלל מינימום שצריך 3 שנים ולכן זה טוב. דוגמה לשאלת מחשבה.

ניתן לטעון שאין הרבה מה להתעצבן כי בסך הכל מאחר שדיני הירושה וגם דיני הרכוש הם דיספוזיטיביים, אז הכל זה שאלה של ברירת מחדל. אחד חושב שעד 3 שנים לא צריך להוריש או להיזהר. מישהו אחר חושב שברירת המחדל צריכה להיות נמוכה יותר. אם דעה 1 צודקת אז צריך לעשות הסכם ממון ולעשות צוואה כדי לבטל את מה שראינו. אם זו ברירת מחדל שלא משקפת את רצון הצדדים, אז הצדדים יעשו הסכם ממון או יערכו צוואה.

**2 בעיות בפתרון הזה**:

1. **לחלק גדול מהאנשים אין מושג לגבי זה**. [בטח לא פס"ד שאישר זוגיות של 3 חודשים כידועים בציבור]. כנראה שהרוב לא יערכו צוואה או הסכם ממון. יש הבדל בין נשואים לידועים בציבור. אם מישהו נשוי יגיד שהוא לא הבין שהוא מוריש או מתחלק- אפשר להאמין אבל אין אדם סביר שיגיד שלא היה מושג שהיה לזה השלכות ומחויבות כלפי בן הזוג או כאשר הוא ימות. צריך להיות מיתמם רציני להגיד שלא ידע. גם אם לא ידע לפרטי פרטים, הנטל עליו להבין. אבל בידועים בציבור- האדם לא יודע שהוא במערכת משפטית. האפשרות לעשות הסכם לא מרגיעה אותי, כאשר אני לא מודע לצורך הזה.
2. **עצם הדרישה לעשות הסכם מקלקלת**. התקופה הראשונה של הקשר, הסיבה היא לתת להם מתחם ללא נוקשות. בלי הגדרות. רוצים לתת מרחב בלי משפט. אבל המציאות הישראלית הורסת את האפשרות לייצר מתחם רגוע של מערכות יחסים [גם כאלה שיודעים את הדין, "עורכי הדין"]. זה מקלקל את היחסים בין בני הזוג, בהיבט האנושי. עלול לפגוע בכבוד של בן הזוג האחר. אם עושים את זה בצורה לא נכונה, הקשר יכול להיהרס.

**סיפור של ליפשיץ**: צריך הסכם ממון כדי להיות בטוחים בקשר של ידועים בציבור. אבל יש עצה אנושית- לספר לבן הזוג על ההתייעצות המשפטית. לפי הערכה מקצועית הם עדיין לא ידועים בציבור במצב הנוכחי. אבל כדאי להם להסדיר את הקשר שצופה פני עתיד, להסדיר יחד את ההסכם.

**צריך להבין את הבעייתיות האנושית**. גם אם יש חופש חוזים וחופש צוואה מוחלט- אנשים שלא מודעים ומכריחים אותם לעשות את זה בשלב מוקדם- זו בעיה.

**פס"ד בר נהור נ' אוסטרליץ:** דוגמה שלפעמים אפילו הסכם לא יעזור. ביהמ"ש עוסק בבני זוג פרק ב', שלפני תחילת הקשר עושים הסכם הגון לגבי איך הם מתנהלים. הם כותבים שבמשאבים משותפים הם יקנו דירה שתירשם על שם שניהם, אם אחד מהם ימות יתנו לשני חצי שנה התאוששות ואז יחלקו חצי למי שנשאר וחצי לעיזבון המנוח. הם יפתחו חשבון בנק ויפקידו אליו כסף. בנוסף, חוץ מזה הם לא רוצים מחויבות הדדית ולא רוצים להיחשב ידועים בציבור. אחרי שנתיים וחצי הגבר נפטר. האישה תובעת מזונות מן העזבון. העזבון טוען שמסוכם שאין מחויבויות.

דיני ירושה הם לא לגמרי חופש ציווי, יש חריג של **מזונות מן העזבון** אם מישהו היה תלוי במנוח אז זכותו לדרוש מזונות מן העיזבון. **הרכיב הזה הוא קוגנטי**, לא ניתן להתנות לגביו בצוואה.

כאשר האישה תובעת מזונות מן העיזבון אומרים להם שהם לא יוכלו לסכם, כי זה קוגנטי.

העיזבון אומר שיש בלבול- הם כתבו שהם לא ידועים בציבור. אם הם היו ידועים בציבור אז ברור שיש משהו קוגנטי. **ביהמ"ש אומר שידועים בציבור זה מצב אובייקטיבי**. אם אנשים גרו יחד, היה חשבון בנק משותף, **זה שכתבתם בהסכם שאתם לא ידועים בציבור זה לא יעזור**.

זה מטורף. המשמעות היא: במסעדה של המשפט הישראלי יש מנה אחת. אם עד כה התווכחנו מה אנשים חושבים, פה באו אנשים ידועים בציבור ואמרו שהם לא רוצים להיחשב ידועים בציבור. ביהמ"ש אומר שלעניין רכיב קוגנטי זה לא יעזור.

בנשואים יש רכיבים קוגנטים, למי שזה לא מתאים שלא יתחתן. אבל פה הפכו את עניין הנישואים לקוגנטי עבור ידועים בציבור. ביהמ"ש מתעלם מהבקשה של הידועים בציבור.

**ליפשיץ** ביקר את פסה"ד בצורה חריפה. **רובינשטיין** אומר שזו שפיטה קיצונית ולא יעשו את זה. כלומר יש מי שהולכים בכיוון ביקורת, אבל זה עדיין פסה"ד של העליון.

צריך לכבד את ההסכם, אבל לא לשכוח על כפייה, עושק ופערי כוחות. דוגמה קלאסית הוא מקרה שגם בפרספקטיבה חוזית היינו מכריעים כך.

סיפור אחר-

בפסה"ד בר נהור- עושים את ההסכם ביום הראשון. אמרו מראש על הסכם. אין תניה בהמשך. ההסכם הגון.

בניגוד לכך, **בסיפור אחר** אחרי שהאישה בהיריון עם ילד משותף **בשלב הכי פגיע הגבר מגיע וסוחט אותה לחתום על הסכם ממון**. הוא לוקח לה זכויות שנצברו. **חשוב לא לאשר את ההסכם הזה כי זה קורה מכפייה ועושק**. מצבים של **פערי כוחות**.

* **במבחן**- ידועים בציבור עם הסכם. לא תמיד צריך לכבד את ההסכם. אם ההסכם עושק ומנצל אפשר לומר שהוא כפוף לכפיה ועושק. לומר שידועים בציבור הוא מצב אובייקטיבי נתון זה אבסורד. הכוונה= אם הם עונים על ההגדרה של ידועים בציבור, הם לא יכולים להגיד על עצמם שהם לא ידועים בציבור. להגיד את זה- זה לא ליברלי ואין כיבוד כוונת הצדדים.

בשבוע הבא נתחיל נישואים אזרחיים מחוץ לישראל. נקבל פסקי דין לקריאה.

**שיעור 15- 12/05/22**

בשיעורים האחרונים עסקנו בתחליף נישואין של בני זוג ידועים בציבור. בעקבות פס"ד לינדורן נ' קרנית המוסד של ידועים בציבור אכן עושה עבודה טובה בתחליף נישואים. הוא פותח את הפתח שכל הזכויות והמחויבויות של בני זוג נשואים יחולו גם על ידועים בציבור.

מוסד הידועים בציבור, בנק' מבט של תחליף נישואין, עושה עבודה מאוד טובה. אבל, **מוסד הידועים בציבור לא יכול להיות תחליף מושלם**. זאת **מכמה סיבות**:

1. כאשר ניתחנו את פס"ד לינדורן נ' קרנית- פתחו פתח להשוואה מוחלטת, אך זה לא כך. עשו פרשנות תכליתית. [אבל ניתן לפרש השוואה מלאה]. לא נותן את כל הזכויות. אם כתוב את המילה "בן זוג" אז לפי מבחן תכליתי ניתן זכויות. לדעת ליפשיץ ביהמ"ש כן ייתן את כל הזכויות אז הבעיה הזו פחות מדאיגה.
2. נניח עקרונית שהפסיקה תפרש את הביטוי "בני זוג" ככולל באופן גורף ידועים בציבור, עדיין המשמעות היא שאם חייתי עם אדם כל השנים, אני אצטרך **כדי לקבל את כל הזכויות לנהל סדרת התדיינויות מאוד מתישה**. עם היורשים האחרים שלא ירצו שאני ארש אותו לפי חוק הירושה; גם מול ביטוח לאומי; גם מול קרן הפנסיה; כל גוף יתדיין בנפרד. לעומת זאת, אדם נשוי שבא לבימ"ש ומראה תעודת נישואין מקבל אוטומטית את כל הזכויות של אנשים נשואים. **גם אם ידוע בציבור היה מקבל בסוף את כל הזכויות של נשואים עצם הצורך לנהל התדיינות מתישה יוצרת קושי משמעותי**. פסול חיתון ואידיאולוג יטענו שהתחליף לא מספק את הסחורה, זה לא תחליף טוב. אם היו נותנים נשואים- הם היו עושים צעד אחד ומקבלים את הסטטוס ללא צורך בהוכחות. אך התחליף דרך מוסד הידועים בציבור מחייב בדיעבד לנהל מאבקים רבים כדי לקבל את כל הזכויות.
3. ברגע שאתה עובד לפי מוסד של ידועים בציבור, אתה לפעמים עושה אובר. לפעמים הם באמת רוצים את תחליף הנישואין, אבל לפעמים הם חיים במוסד ידועים בציבור כי הם לא רצו את המחויבות. **אין מכניזם שמבחין בין מי שלא רצה להתחתן כי לא רצה את המחויבות** לבין מי שלא יכל להתחתן כי הוא צריך תחליף נישואין. אין הפרדה והכנסתי פנימה שלא רצו מחויבות. תנאים נוקשים פחות.

**פס"ד בוארון** נותן היבט נוסף שבו אדם מפסיד מלהיות ידוע בציבור. לדוגמה, אם חד הורית. אם מתחתנים אז מפסידים את ההטבות האלה. פס"ד בוארון מקנה לביטוח לאומי להפעיל חוקר פרטי ולבחון האם חיית עם ידוע בציבור ואז המסקנה היא שהאם לא חד הורית והיא תפסיד הטבות. בת הזוג טוענת שהיא לא התחתנה בדיוק בגלל זה, כדי לא לוותר על הזכויות שלה, תוך סיכון שהיא לא תקבל זכויות של נשואה.

אם היינו הולכים לפי הגדרה פורמלית של נשוי- יש מכניזם שמי שמתחתן מקבל זכויות וחובות. מי שלא מתחתן מוותר על זכויות וחובות.

אבל בגלל שאין מכניזם מבחין לעיתים יש מחויבות יתרה או הפסדת הטבות.

בני זוג מאותו מין- דוגמה מובהקת לגבי אנשים שלא מתלבטים למה לא התחתנו. לא הייתה להם אופציה להתחתן. לגבי חזקת שיתוף למשל, זו צריכה להיות בלי כוכבית לדעת פרופ' ליפשיץ. אך למרבה ההפתעה השופטים בייניש ורובינשטיין קיבלו את דעתו, והשופטת ברק-ארז [למרות שהיא ליברלית] לא מבחינה בין סוגים שונים של ידועים בציבור.

**נישואים אזרחיים מחוץ לישראל**

**תחליף הנישואים ה-3 והכי טוב**.

עוסקים בבני זוג שמתחתנים בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל. חוזרים לישראל ורוצים לדעת **האם הם נשואים?** לפי בי"ד דתי ודין דתי. אם התביעה היא תביעה ישירה- תכיר בי כנשואים- זו צריכה ללכת לביה"ד הרבני. ענייני נישואין וגירושין לפי דין דתי. אבל אינצידנטלי- אם אתחתן בנישואים אזרחיים וארצה לקבל זכות מסוימת [נניח פנסיה] התביעה לביה"ד לעבודה. בתקנון כתוב מי שזכאי לפנסיה תקציבית היא מי שהיה נשוי לו. ביה"ד לעבודה צריך לדון בזה לפי דין דתי.

לכן, השאלה הראשונה שעולה: מה התוקף הדתי של נישואים אזרחיים? הנסיעה לחו"ל לא אמורה לעזור לי. כאשר הם יחזרו לארץ, ידונו בשאלה לפי הדין הדתי. רק אם הוא בכלל ילך לבקש סעד הצהרתי- אז ברור שביה"ד ידון לפי דין דתי. גם אם ביהמ"ש ידון בצורה עקיפה, אינצידנטלי [אגבי], הוא ידון לפי דין דתי. כדי לדעת אם מגיע לו פנסיה צריך לפרש את החוק "מי שהיה נשוי". **את המילה נשוי בישראל דנים לפי דין דתי**.

1. **תוקפם של הנישואים האזרחיים לפי הדין הדתי**-

למה בודקים את זה? בישראל, כל חוק שידון בשאלה מי נשוי יצטרך להכריע לפי הדין הדתי.

קודם כל **צריך לבחון את הכושר לפי הדין הדתי**. אם יש בעיית כושר מוחלט, שלא יכולים להתחתן עם רב ושני עדים, בני זוג מאותו מין [ולא כהן וגרושה, כי הם פסול יחסי]. **כל מי שהוא פסול מוחלט- הנישואים האזרחיים בטוח לא תקפים לפי הדין הדתי כי יש לו בעיית כושר**.

**מי שאין לו בעיית כושר**- אידיאולוגים שאין להם בעיה להתחתן או בעיית פסול יחסי [ממזר וישראלית או כהן וגרושה] **לגביהם יש 3 גישות מרכזיות** לגבי השאלה האם נשואים אזרחיים תקפים או לא:

1. **הנישואים האזרחיים לא תקפים**. למדנו שצריך טבעת, שני עדים, כוונה להינשא כדת משה וישראל. לכן לפי הגישה הראשונה לא קרה כלום. שני האנשים האלה רווקים יום אחרי. לא מגיע להם זכויות נישואים וגם לא מגיע להם גט. אם ייוולד לאישה ילד מגבר אחר, הילד לא יהיה ממזר.
2. **גט לחומרה**- בגט מספק (אופציה ג') מצמידים את הרב לקיר ושואלים האם לדעתו הרב נשוי או לא. התשובה שלו: לא יודע. יש עמדות שונות בהלכה ולא יודעים להכריע ביניהן. יש לו ספק ולכן נוצרת המורכבות. **לגבי גט לחומרה הרב אומר שהוא לא חושב שהם באמת נשואים**. יש הרבה סיבות הלכתיות להסביר למה הם לא נשואים. כל החששות לא רציניות. אבל**, למרות שהוא לא באמת חושב שהם נשואים, הוא בכל זאת רוצה שלפני שהם יתחתנו מחדש הוא יבקש שהבעל ייתן לאישה גט מחומרה.** 2 סיבות: נישואין זה נושא כ"כ לחומרה + עניין סמלי- אנשים עשו טקס. אם מחר נגיד לאישה שהיא יכולה להתחתן עם מי שהיא רוצה זה עשוי להוזיל את מוסד הנישואין ואנחנו לא מעוניינים בזה. לכן, נעדיף לדרוש מהם גט, על אף שלא חושבים שהם נשואים. העובדה שאני לא חושב שהם באמת נשואים היא לא רק סמלית, אלא יש לה משמעות הלכתית אמיתית: (1) אם הבעל יברח או נעדר, במקרה רגיל של נישואים אם לא יהיה גט לא יתנו הנחות. אבל במקרה של אישה שלא חושבים שהיא נשואה באמת – **נגיד שלא צריך את הגט ירשו לה להתחתן**. לכן מצבה יותר טוב מאשר גישה ג'. (2) בנוסף אם ייוולד לה ילד **לא נחשיב את הילד כממזר** **או ספק ממזר**. [ממזר= ילד מאישה נשואה אבל לא מבעלה]. דורשים גט למרות שאין ספק אמיתי לכן זה נקרא לחומרה.
3. הגישה ההפוכה מ-1- **הנישואים האזרחיים תקפים מספק נישואים**. היא מעוררת סדרה של חששות שמא בכל זאת ע"פ ההלכה הצדדים האלה נשואים. למשל, במקום עדים יש את **ידיעת העולם**. רשמו אותם בתעודת זהות כנשואים. מושג של "אנחנו עדים". אמנם צריך 2 עדים תקפים, אבל אולי ידיעה כלל עולמית תחליף 2 עדים קונקרטיים. לגבי כסף- **אולי קיום יחסי האישות היא תחליף לנישואי הכסף**. לגבי הרצון להינשא ע"פ ההלכה- יש חזקה הלכתית שאין אדם מקיים יחסי אישות סתם, אלא יש להם כוונה להינשא. "**אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"**. כל החששות ביחד מצטברים לספק הלכתי. זה לא אומר שהם נשואים, וגם לא אומר שהם לא נשואים. **זה הכי גרוע**. לא מרוויחים כלום, רק מפסידים. אם תובעים זכויות- הכלל הוא "המוציא מחברו עליו הראייה". אבל לצרכי איסורים מקבלים את כל החומרות. אם האישה תרצה להתחתן מחדש- היא תהיה **חייבת לקבל גט מהבעל**, אם הבעל לא יתם לה היא תישאר עגונה. אם היא תביא ילד עם גבר אחר הילד יהיה **ספק ממזר**.

**המצב הקיים**- עד לפני 25 שנה הגישה הרווחת הייתה הגישה השלישית- גט מספק או גישת הגט לחומרה. רבו בין הגישות. כמעט ולא אמרו שזה שום דבר. בעשורים האחרונים זה השתנה לחלוטין. היום הגישה המקובלת בבתי הדין היא הגישה הראשונה, שלא קרה כלום. למעט חריג 1. אם מדובר באנשים שגרו בארצות רוסיה הקומוניסטית חשבו שאולי הם לא התחתנו בגלל החשש מהשלטון ואז הולכים לפי החזקה שאדם לא מקיים יחסי אישות בלי רצון להינשא. אבל אם אדם חי בישראל ומתחתן בקפריסין קשה לחשוב שהוא התחתן מתוך רצון להינשא לפי ההלכה. כמעט שאין גט מספק. יש מעט גט לחומרה.

**דוגמה:** זוג נישאו נישואים אזרחיים בחוץ לארץ. האישה רוצה לקבל הטבת מס / לרשת אותו / לקבל פנסיה תקציבית. אם יהיה כתוב "נשוי" הדין הדתי לא ייתן לפי אף אחד מהגישות- בטח לא לפי הגישות הרווחות שאומרות שהנישואים האזרחיים לא תקפים [גט לחומרה וגישה א'].

יוצא שאין תוצאה בעולם לנישואים האזרחיים בחו"ל. **צורת הנישואין לא תעזור לפי הגישה המקובלת היום**.

ברמה הפורמלית תלויים בתוקף הדתי. החוק הדתי לא נותן להם תוקף ולכן לכאורה לא נעשה דבר.

1. איך בכל זאת ביהמ"ש האזרחי מנסה לעזור לנשואים האזרחיים בשני רבדים:
2. **המשפט הבינלאומי הפרטי**- אחת ההתמודדויות של המשפט האזרחי עם הדין הדתי, הוא מפעיל דין דתי מהותי בכפוף לפרוצדורה אזרחית. הנישואים נעשו בחו"ל. מה המשב"ל הפרטי אומר לגבי נישואים של אנשים שנעשו בחו"ל? האם בודקים לפי אמות מידה דתיות או לפי חוקי המדינה שבה נערכו הנישואים?

האם העובדה שהנישואים נעשו בחו"ל זה מערב גורם זר שמביא את הדיון לא לדון לפי דין דתי? משב"ל פרטי רלוונטי לכל תחום. למשל, משפט פלילי- האם הוא רלוונטי? יש לחלק מהעבירות תחולה פרסונלית, תחולה טריטוריאלית. כנ"ל בחוזים- שואלים האם חל הדין הישראלי.

בהנחה שחל הדין הישראלי אז הדין הוא הדין הדתי. אך האם בכלל חל הדין הישראלי? בכך עוסק המשב"ל.

יש **הבחנה בין 2 מצבים**:

1. **עולים חדשים**- אנשים שהתחתנו בזמן שהיו אזרחים של מדינה זרה ואז כשעלו לארץ מתעוררת השאלה של הנישואים.
2. **קופצים**- חיים בישראל, רוצים להתחתן שלא ע"פ דין דתי [אידיאולוגים או פסולי חיתון] וקופצים לחו"ל כדי להינשא.

* לצורך הקורס אנחנו נניח: אזרח הוא תמיד של מקום אחד. הם גם תושבים של המקום הזה- תמיד גרים במקום. תמיד בני הזוג הם באותה אזרחות.

החלק הזה הפך לתיאורטי כמעט לחלוטין. מבחינים בין עולים חדשים לבין קופצים. כאשר מדובר בעולים חדשים המשב"ל הפרטי הוא מאוד נחרץ. כאשר בודקים את תוקף הנישואים בודקים את זה לפי האזרחות **בזמן** (תאריך) הנישואים. יש בזה הרבה היגיון.

למשל מישהו התחתן ברוסיה בנישואים אזרחיים. עלה לישראל. הובא למנוחות. מבחינת חוק הירושה יחול חוק הירושה הישראלי כי כאשר הוא מת הוא היה תושב בישראל. דיני הירושה חלים לפי זמן המוות. אך מי שיורש הוא "בת הזוג". יבדקו האם נשוי לפי כללי רוסיה. **לעולים החדשים המשב"ל הפרטי פותר את הבעיה**. ע"פ הגישה המקובלת, כאשר אני דן באופן אגבי בישראל יעשו את זה. אם אני אדון ישירות אצל ביה"ד הדתי לא יעשו את הטריק הזה. ממש יבחנו את הנישואים לפי ההלכה. ביהמ"ש האזרחי יבדוק את שאלת הנישואים לפי האזרחות בזמן הנישואים.

יש יותר בעיה עם קופצים. אזרחים ותושבי ישראל יוצאים לקפריסין להתחתן וחוזרים לישראל. רוצים הכרה אבל **יש מחלוקת בין 3 גישות לגבי הקופצים**: [בעולים החדשים בודקים את תוקף הנישואים לפי מועד הנישואים ואין 3 גישות].

1. **גישתו של פרופ' מנשה שוואה**- מפנה לדבר המלך במועצה שם כתוב שענייני נישואין וגירושין של אזרחי ישראל הוא לפי דינם האישי. האם החוק הבחין בשאלה היכן התחתנו? לא. לא כתוב שבלבד שהם התחתנו בישראל. **אם אתה אזרח ישראלי לא משנה איפה תתחתן, תמיד נפעיל עלייך את הדין הדתי**. זו הכוונה של החוק וזה גם ההיגיון של החוק. המחוקק עשה זאת מסיבות שונות, אחת מהן הרצון למנוע נישואי תערובת או חשש ממזרות ולכן לא הגיוני שהמחוקק יאפשר לעקוף את זה באמצעות קפיצה לקפריסין. **כל נישואים שלא היו תקפים לפי הדין הדתי, זה שאתה עושה אותם בחו"ל זה לא יעזור**. בני זוג מאותו מין או יהודי ולא יהודי- נישואים אזרחיים בחו"ל לא יעזרו; כנ"ל אידיאולוגים שיכולים להתחתן בישראל אבל מתחתנים בחו"ל זה לא עוזר כי הצורה לא הייתה לפי הדין הדתי [זו הגישה הרווחת בישראל בשנים האחרונות].
2. **השופט ויתקון** בפס"ד פונק שלזינגר- בנושא הזה יש במשפט הישראלי **לקונה** [חסר]. בחוקים אחרים יש סעיף שמסביר לגבי משב"ל פרטי. אבל בדבר המלך במועצה אין סעיף כזה. לדעת שוואה יש הסדר שלילי- ברגע שאתה אזרח ישראלי תמיד יחול עלייך הדין הדתי. ויתקון לא מקשיב לשוואה ואומר יש לקונה. **עד 1982 כשיש לקונה במשפט הישראלי משלימים אותו מהמשפט האנגלי**. במשפט האנגלי יש **הבחנה בין כושר לבין צורה**. **הכושר** נקבע לפי מקום התושבות של בני הזוג. אם יש אדם אנגלי שלא יכול להתחתן עם קרובת משפחה לפי הדין, יתחתן איתה בארץ אחרת, יחזור לאנגליה- לא יקבלו את הנישואים. בעיית כושר היא לפי מיקום התושבות. לעומת זאת, **צורת הנישואים** היא לפי מקום עריכת הטקס. אם אנשים שיש להם כושר מלא או חלקי אבל עשו טקס שהצורה שלו לא מוכרת במדינת המקור קובעים את הצורה לפי מקום עריכת הטקס.

**דוגמה:** בני זוג מאותו מין לא יכולים להתחתן בארץ. עושים נישואים אזרחיים בחו"ל. חוזרים לארץ ורוצים לקבל משכנתא. האם לפי שוואה הפקיד אמור לתת להם משכנתא? לא- הכל לפי דין ישראלי, דין דתי. האם לפי ויתקון הם יקבלו משכנתא? לא- הכושר הוא לפי דין דתי ישראלי. לפי זוסמן הם יכולים לקבל.

למי הגישה הזו עוזרת? ויתקון לא עוזר לבני זוג מאותו מין וליהודי ולא יהודי, כי יש להם בעיית כשרות. הקפיצה לחו"ל לא עוזרת. ויתקון עוזר לחילוני האידיאולוגי שיש לו כושר להתחתן בארץ אבל הוא לא רוצה שהרבנות תחתן אותו. הנישואים בקפריסין יאושרו, הצורה של הטקס ייעשו לא לפי הדין הישראלי אלא לפי הדין האנגלי. הוא גם עוזר לכהן וגרושה- כי אמנם אסור להם להתחתן אבל אם הם יתחתנו הנישואים האלה יהיו תקפים [פסול יחסי].

בנישואים הפרטיים- רוצים לעזור למי שלא יכולים להתחתן. כאן זה הפוך- למי שיש בעיית כושר עדיין הולכים לפי מדינת המקור. צורה- אפשר לעשות בצורה אזרחית. **המבחן לכושר הוא** לא האם הייתי מרשה לך להתחתן בישראל, אלא **בהנחה שהיית מתחתן בישראל בצורה דתית האם היית נחשב נשוי בישראל?** האם הנישואים היו תקפים? אם כן – יש להם מבחינת המשפט הבינלאומי כושר.

אישה נשואה לא יכולה להתחתן עם אחר ולכן זו בעיית כושר.

1. **זוסמן**- אומר שמקריאת החוק יש לקונה. חשוף לביקורת של שוואה שאין לקונה. זוסמן הולך צעד אחרי ויתקון. הוא אומר **שניתן להשלים את הלקונה לפי הדין האמריקאי**, המיוחד שאין הבחנה בין כושר לצורה **והכל לפי מקום עריכת הטקס**. כלומר, אם מצאתי מדינה שמחתנת אותי – גם אם אין לי כושר בארץ אז הנישואים תקפים. [לא ברור מאיפה הוא הביא את המסקנה הזו].

עוזר לבני זוג מאותו מין; עוזר ליהודייה ולא יהודי. **זוסמן פותר את הבעיה לכולם**. ברגע שעשית נישואים אזרחיים מחוץ לישראל, הוא לא מבחין בין קופץ לבין מי שהיה אזרח בזמן הנישואים. ברגע שמדינה מכירה בך כנשוי לפי חוקיה אז ישראל צריכה להכיר בך כנשוי. [יקבל ביטוח לאומי, פנסיה, ירושה בתור "נשוי"].

**מה ההכרעה בגישות האלה?** בעבר לא הייתה הכרעה ברורה של ביהמ"ש העליון. היו פסקי דין מחוזיים לכל הכיוונים. הייתה עמימות גדולה. זה מעורר את השאלה- יש הרבה שהתחתנו לפי נישואים אזרחיים, איך אין הכרעה? בגלל שביהמ"ש ברוב המקרים אמר שאין צורך להסתבך וניתן לפתור בדרך אחרת [נלמד בחלק השלישי בשיעור].

בעליון אין הכרעה ברורה אבל באחד מפסקי הדין, **פלוני בני נוח** – ביהמ"ש קבע שהגישה של שוואה לא נכונה. בטוח יש לקונה. אך הוא לא הכריע בין זוסמן לבין ויתקון. הוא אמר שהוא נוטה לכיוונו של זוסמן אבל לא מכריע. אך לפחות לפי אמירת אגב מסוימת של ברק שוואה בחוץ, והגישות המתחרות "בגמר" הן של ויתקון או זוסמן. **זו אמירת אגב ואין הכרעה חד משמעית**.

* **במבחן**- סיטואציה שמגיעים לבית משפט אזרחי בני זוג קופצים צריך לנתח את 3 הגישות ולהגיע לתוצאה לפי כל אחת מהגישות. לציין שאין הכרעה ברורה בפסיקה ויש הערת אגב של ברק שהגישה של שוואה לא נכונה והוא נוטה לזוסמן.

**מה קורה במציאות?** תרשום אותי כנשוי, **הרישום כנשוי כיוצר תוצאות מהותיות של נשוי**. -זה החלק ה-3 בשיעור.

1. **נישואים לצרכי מרשם-** למדנו את **פס"ד פונק שלזינגר**. כאשר בני הזוג התחתנו בנישואים אזרחיים, אז הם ביקשו מהפקיד לרשום אותם. הפקיד ענה שהוא לא מוכן. בג"ץ אמר לפקיד למה לא רשמת אותם. הפקיד ענה שהוא לא יודע שהם נשואים. הם יהודי ולא יהודייה. לפי הדין הדתי הם לא נשואים. **בג"ץ אומר אין קשר בין השאלה מי נשוי לבין השאלה מי רשום**. בפועל הפקיד יכול לרשום אותם כנשואים כי זה רק לצורכי הסטטיסטיקה. יש הוראה שאם רשות מינהלית שמקבלת תעודה ממדינה זרה שנחזה כלא מזויף, צריך לפעול בהתאם לתעודה הציבורית הזו.

מה מפריע לידועים בציבור? שהם צריכים להתדיין. אבל בפתרון הזה מי שהתחתנו בחו"ל מבקשים להירשם כנשואים, ואז שאר הגופים הציבוריים לא מבקשים כתובה ולראות שאכן נשואים לפי דין דתי. זה לא רק עניין מינהלי. **המרשם הזה ישמש את כל הגופים האלה להגדרות "נשוי"**.

**אם מישהו יעורר את הנושא אז נוכל להשתמש בדיני ידועים בציבור**. אם אני מראה תעודת נישואין זה מראה ראייה חזקה שיש זוגיות משמעותית. זה מסנן בין הסוגים השונים של הידועים בציבור. גם אם באופן תיאורטי יש את הגיבוי הזה.

**פתרנו את כל הבעיה של התנהלות מול צדדים שלישיים**. הרובד הזה מייתר כמעט לחלוטין את הדיון שעשינו. **ברוב המקרים ברגע שבני הזוג נרשמו כנשואים הם יקבלו את הזכות מהצד השלישי דרך דיני המרשם**.

**אבל מה קורה כאשר התדיינות בין בני הזוג עצמם?** המרשם לא יעזור. לכאורה **המרשם לא ראייה לתוכנו**, אך אין לאף צד שלישי יכולת לבדוק ורצון לעורר את זה. אך, אם בני הזוג ייפרדו ומישהו ירצה לתבוע יחסי רכוש / לאחר מות בן הזוג ירצו לדרוש ירושה – כן יעוררו את הנושא הזה.

כשהוויכוח יהיה מול יורש אחר שיודע שלא התחתנו או שמדובר ביהודי ולא יהודי, או ויכוח לגבי חלוקת רכוש- תהיה שוב בעיה שיאמרו שהמרשם לא ראייה לתוקף ולכן צריך לבדוק האם נשואים לפי הדין הדתי. אבל כאן **ייכנסו דיני ידועים בציבור**. בירושה ויחסי רכוש:

**חזקת שיתוף**- כאשר מישהו נפרד מבן הזוג ומבקש תביעה לאיזון משאבים לפי חוק יחסי ממון, הבעל יטען שהחוק לא חל על ידועים בציבור אלא רק על נשואים. מחד אפשר להראות את 3 הגישות. מאידך, אפשר להראות שהם ידועים בציבור חיו יחד וכו' ואז יקבלו מכוח חזקת השיתוף. אבל מנגד הבעל יגיד שחלה חזקת שיתוף חלשה. אבל **אין פה כוכבית**- אמנם הוא רוצה באופן פורמלי את הזכות לפי ידועים בציבור, אבל אין כוכבית כי ניתן ללמוד מהעובדה שטרחו והתחתנו בנישואים אזרחיים על המחויבות שלהם. זה **מקרה מובהק של ידועים בציבור תוצרת הארץ**. אין להם בעיה עם מוסד הנישואים או ההתחייבות. הם אידיאולוגים או פסולי חיתון- יש לי בעיה עם הדת או לדת יש בעיה איתי.

* **שאלה של יחסי רכוש בין בני זוג שהתחתנו בנישואים אזרחיים**-פותרים את השאלה בשני רבדים- האם נשואים לפי הגישות? אם מגיעים למסקנה שלפי חלק מהגישות הם נשואים פותרים לפי חוק יחסי ממון. אם הם לפי הגישות האחרות לא נשואים, הוא יתבע זכויות מכוח היותם ידועים בציבור. המסלול החלופי ייתן לפחות מה שהמסלול הראשי נותן.
* **נכון שהוא יתבע מכוח היותם ידועים בציבור ברמה הפורמלית אבל בעוצמה של נשואים**. ידועים בציבור שאין ספק לגבי רמת המחויבות שקיימת ביניהם.

**לחוק יחסי ממון כלל של משב"ל פרטי**- הדין שחל הוא לפי דין המקום שבו חלו הנישואים. **פס"ד נפיסי**- דן בבעיה שיוצר המשב"ל הפרטי לגבי בני זוג שהתחתנו בעודם אזרחים של מדינה זרה ולפי חוק יחסי ממון המשפט הבינלאומי הפרטי יחסי הרכוש הוא לא המשב"ל בעת הגירושין אלא **ביום הנישואים**. יוצא שאם אנשים התחתנו במשטר של הפרדת רכוש, התוצאה יכולה להיות שהשיתוף בארץ לא יחול עליהם. החוק היבש מסתכל רק על יום הנישואים. אחרי שייפרדו לאחר 30 שנה הוא יבדוק מה המשטר שהיה חל עליהם בזמן הנישואין. פס"ד נפיסי ניסה להתחמק בזה: 1)לראות בעלייה הסכמה משתמעת להחיל את הדין הישראלי. 2)אם הכלל במדינת המקור שלך נוראי, הרי שיש כלל של תקנת ציבור שלא תמיד נכופף את עצמנו ונדרוש שהנורמות הערכיות שלנו יגברו על הנורמות בחו"ל. **לכן לגבי עולים חדשים תמיד תוכל עליהם נורמת שיתוף גם אם התחתנו במדינה זרה**.

**לפי פרופ' ליפשיץ**, עצם הנישואים בחו"ל מראה שנחיל עליהם רמת מחויבות שיתוף גבוהה. יש מרצים אחרים שחושבים שהדגש הוא על הרישום בארץ. אם התחתנו בחו"ל ולא נרשם בארץ- אז זה פחות מחייב. **המרשם כן עוזר**- אם הוא לא יעזור כי בן הזוג יאמר שהמרשם לא תקף, העובדה שהם התחתנו בנישואים אזרחיים תחזק את הלכת השיתוף.

**מה לגבי ירושה?** תיאורטית זה אותו הדבר בדיוק. כשבן אדם התחתן בנישואים אזרחיים, יגיע לארץ ויחיה עם האדם במשך כמה שנים וימות. השורד ירצה לקבל את הירושה של המנוח. מגיע הילד של המנוח / האח שלו ואומר לבן הזוג השורד של מגיע לו ירושה כי לא היה נשוי.

**שלב 1- משב"ל פרטי**: בודקים אם קופצים או עולים 🡨 עולים =יש גישה 1; קופצים = בודקים 3 גישות. אם יצא שהם נשואים, חל חוק הירושה.

אם הם לא נשואים, נאמר שהמרשם לא יעזור. אבל הם ידרשו מכוח היותם ידועים בציבור ס'55 לחוק הירושה. נאמר שבד"כ בידועים בציבור צריך הוכחה על הקשר ולבדוק באופן סובייקטיבי איך הם ראו את היחסים. אם הם התחתנו נישואים אזרחיים ונרשמו בארץ הרי שהם ראו את עצמם כנשואים.

**מה יקרה אם יש בני זוג שהתחתנו בנישואים אזרחיים, נפרדו פיזית אבל לא התגרשו?** אחרי שנתיים אחד מת.

* **אם הם נשואים** לפי 3 הגישות, אז עצם הפרידה לא משנה, כל עוד לא היה גט או התרת נישואין הם נחשבים נשואים והוא יירש.
* לעומת זאת, **אם הם לא נשואים לפי הגישות**, הגדרת ידוע בציבור הוא **ידוע בציבור בזמן המוות**. לכן, אם יהיה מישהו שלפי הגישה שהוא לא נשוי, דיני הידועים בציבור לא יושיעו. הוא לא היה ידוע בציבור בזמן המוות.

בני זוג שהכירו אחד את השני בהתאהבות ספונטנית. לא הספיקו לחיות יחד. הייתה מלחמה והגבר מת במלחמה. אם הם נחשבים נשואים בנשואים אזרחיים – הם יצרו חבות. אם לא, ולא גרו יחד, קשה לומר שהם ידועים בציבור.

**קו ההגנה השלישי של השופט ברק**

**פס"ד פלונית נ' פלוני נישואים מעורבים**- יהודי ולא יהודייה שהתחתנו בנישואים אזרחיים וחיו יחד, אחד מהם מת. עורך הדין של האישה הגיש תביעה לפי חוק הירושה ואמר שהאישה נשואה. ההוכחה המרשם. היורשים של המנוח אמרו שהמרשם הוא לא הוכחה לתוכן. יהודי ולא יהודייה התחתנו בחו"ל.

ידועים בציבור היא טענה משפטית ועובדתית. 1.האם נשואים לפי משב"ל פרטי 2.האם נשואים לפי ידועים בציבור 3. רובד שלישי שתכף נלמד.

עורך הדין לא הביא הוכחות פשוטות לכך שהם חיו יחד בזמן המוות, כלומר שהיו ידועים בציבור. זו טענה עובדתית אז השופט לא יכול לטעון בשם התובעת. גם הגישה של ויתקון לא תעזור. הגישה של זוסמן חלשה.

**השופט ברק בונה רובד שלישי- נישואים לצורך ספציפי**. בחוק הירושה, ניתן היה לתבוע בקלות בס'55 לפי ידועים בציבור. אבל הוא הזכיר את ס'11 לגבי מי שהיה נשוי לו. צריך להכריע האם היו נשואים. **הוא עושה פרשנות תכליתית למילה "נשוי"**. לצורך דיני הירושה- מה התכלית שבגללה החוק נותן ירושה לאדם נשוי? אולי כי זה מה שהוא רצה, תחושה של חיזוק המשפחה, סיבה סוציאלית למישהו שנסמך עליו. ההצדקה הזו מתקיימת בנישואים אזרחיים. אם זה סוג של אינדיקציה מה מתכוון האדם הזה, הרי שהיא מתקיימת גם במי שהתחתן בנישואים דתיים וגם במי שהתחתן בנישואים אזרחיים בחו"ל. לכן, גם אם זוסמן טועה ומבחינה כללית הנישואים האלה לא תקפים, לצורך הפרשנות הנקודתית של המילה "נשוי" בחוק הירושה אז היא כוללת גם נשוי בנישואים אזרחיים.

* כשמתחתנים בנישואים אזרחיים ורוצים להגן על העובדה שהאדם יורש יש 3 קווי הגנה:

1. משב"ל פרטי.

2.ידוע בציבור. צריך לטעון בזמן אמת ולהביא הוכחות- מגורים יחד וכו'. חיזוק ע"י נישואים בנישואים אזרחיים.

3.לצורך הרציונל הספציפי של חוק הירושה, הרציונל של למה בן זוג נשוי יורש מתממש גם בנשוי אזרחית.

**נישואים אזרחיים לא עובדים בגירושין ומזונות**.

**נישואים אזרחיים מחוץ לישראל**- 3 רבדים: האם הנישואים תקפים לפי משב"ל פרטי [עולים / קופצים לפי 3 גישות]. בהנחה שהמסקנה היא שהם נשואים, התוצאה מבחינה אזרחית שיחול עליהם המשפט האזרחי. אם הם לא נשואים- נחיל את דיני הידועים בציבור ולבחון את ההחלה שלהם. צריך לטעון טענה עובדתית שהם חיו ביחד, שהיה להם משק בית משותף. עם כל המגבלות של דיני ידועים בציבור. יתרון גדול שהעובדה שהם התחתנו ונרשמו כאינדיקציה משמעותית לעניין הזה. בנוסף, רובד שלישי- ביהמ"ש אומר שאם לא נשואים באופן גורף, לצורך חוק מסוים ניתן לומר שהמילה "נשוי" כוללת נישואים אזרחיים. פסה"ד היחיד שהגיע לביהמ"ש העליון עסק בחוק הירושה. אך, ניתן עקרונית לחשוב על עוד חוקים שהמילה "נשוי" כתובה לעשות פרשנות תכליתית לפי ברק. האם ניתן לומר שהם נשואים לפי צורך ספציפי. לכן לבדוק כל נושא לפי 3 קווי ההגנה האלה.

לפי הלוגיקה של המרשם- אמרנו לפקיד שזה לא מעניין אותו אם הם נשואים לפי משפט המדינה, הוא יירשם כנשוי. לגבי בני זוג מאותו מין יש **פס"ד בן ארי** שברק הפעיל את אותה לוגיקה ואמר לפקיד שלא צריך לבדוק לפי הדין הדתי.

**מה קורה לגבי אח ואחות? גילוי עריות?** האם זה רק עניין טכני או שפה התברר שהפקיד הוא לא טכנאי. כאשר מדובר על איסורים שביהמ"ש העליון מזדהה איתם מאפשרים, לעומת מקרים שלא מזדהה ואז ייבהל. **קשה להאמין שיירשמו**.

פסה"ד שעוסק בזה **פלוני נ' שר הפנים**- מקרה טריקי כמו וודי אלן. היה אדם שהתחתן עם הבת החורגת שלו. התעוררה שאלה האם נדון או לא. ביהמ"ש אמר שזה לא בטוח סותר את תקנת הציבור כי זה שנוי במחלוקת. אבל באוביטר הוא אומר שאין צ'ק פתוח לכל המקרים בעולם, ויש מקרים שלא יקדשו כל מקרה שיבקשו לרשום. זה מקרה שהמשפט הישראלי עדיין לא הכריע בוודאות. -התלבטות טקטית של ביהמ"ש. מחד, קשה לו לרשום נישואים כאלה. מאידך, הוא יצטרך להודות שבפס"ד פונק שלזינגר זה לא באמת רק טכני אלא כי לא הזדהה עם הדין הדתי.

ביהמ"ש לא הסכים לרשום אותם, אבל הוא השתמש בטריק של בג"ץ של תנאי סף. היו להם התנהגויות פסולות בכל מיני היבטים ואמר שהפקיד לא מרשה, לא דן בנושא לגופו של עניין כי עברו את תנאי הסף ולא באו בניקיון כפיים. בכך חסך לעצמו את הצורך להגיד את האמת, שבנושא הזה הוא מזדהה עם החוק ולכן הפקיד לא ירשום את כל מה שאומרים לו לפי תעודה זרה. הוא דחה את התביעה מסיבות אחרות.

מה שהיה מיוחד- בגלל שהיא לא סתם הייתה בת חורגת, אלא גם קטינה. זו הייתה עבירה פלילית. לכן לא רצו לדון בשאלה לגופה. מה קורה אם היא כבר הייתה בת 24 כמו וודי אלן?

**סיכום כללי**- לא נותנים הכרה כנשוי, אבל נותנים תוצאה משפטית של נשוי בלי לסדר נישואים אזרחיים. בנישואים פרטיים נכשלנו לגמרי להשיג את זה- רק לגבי חלק מהאנשים ובצורה חלקית. ידועים בציבור- לא השגנו את זה כל כך. נישואים אזרחיים- השגנו את זה הכי קרוב. 3 השכבות אפשר לקבל את כל הזכויות וגם בלי צורך להתדיין. אבל, עדיין זה משפיל. המדינה שלי אומרת לי ללכת למדינה אחרת. לכן, לא זונחים את הרעיון של ברית זוגיות. עדיין זה פתרון של להתחתן במדינה אחרת, לחזור להירשם ולקבל זכויות.

**איפה בכל זאת יש בעיה? 2 נושאים: הגירושין והמזונות**.

הלכנו לבימ"ש אזרחי כדי לברר אם יש לי פנסיה, ביטוח לאומי או ירושה. כולם נדונים לפי משפט אזרחי. הבעיה היחידה הייתה שכחלק מהמשפט האזרחי הייתי צריך להיות "נשוי" ואז מצאנו דרך לקחת את המילה "נשוי" מדין אחר לא דתי [דיני משב"ל פרטי, דיני מרשם, דיני ידועים בציבור]. הדין המהותי הוא הדין האזרחי.

אבל הטריק הזה לא יעזור לי בנושאים שהם רק לפי דין דתי. גירושין ומזונות אישה לא יעזור שאתה נשוי לפי משב"ל פרטי, כי צריך להפעיל דין דתי גם לגבי נושאים אלה.

פס"ד כהנא ופס"ד פורר. בני זוג מתחתנים בנישואים אזרחיים, באחד מהם כהן וגרושה, בשני בני זוג שמסיבות אידיאולוגיות מתחתנים בחו"ל. הם חוזרים לארץ וחיים יחד תקופה מסוימת. הם נפרדים והאישה תובעת מהבעל מזונות. מזונות אישה זה לפי דין דתי. יש לבעל 2 טענות הגנה:

1. תביעת מזונות זה לפי הדין הדתי. **לפי הדין הדתי האם אדם הנשוי בנישואים אזרחיים חייב לבן זוגו מזונות? לא**. בניגוד לירושה- חוק הירושה הוא חוק אזרחי ולכן הוא מאפשר לבדוק אם הם נשואים (מפרשים לפי גישות שונות). במזונות מפעילים את הדין הדתי עכשיו ולא לפני 20 שנה. מאחר והתחתנו בנישואים אזרחיים, אז הדין הדתי שצריך להפעיל ביה"ד או ביהמ"ש האזרחי לא יעבדו לטובתם. לא מגיע לך מזונות.
2. מזונות אישה ניתן לרוץ לבימ"ש. אבל גירושין תובעים רק בביד"ר. הבעל מגיש תביעה לגירושין ומבקש להושיע אותו. הוא חי בחטא. הוא כהן שנשוי עם אישה גרושה. בנוסף, הם פרודים ולא מסתדרים. חלק מבתי הדין יותר ליברליים וחלק יותר נוקשים ודורשים עילת גירושין קשוחה – אך שני הסוגים ממהרים לעזור להתגרש כאשר מדובר בנישואים אזרחיים. **ביה"ד הרבני נותן בצורה מאוד קלה פס"ד שמחייב את האישה לקבל גט**. מזונות אישה יכולים להיות משולמים עד הגט או עד פס"ד שמחייב את האישה להתגרש. **פסק הדין מפסיק את חובת המזונות**.

לכן גם אם באופן תיאורטי היה מגיע לך מזונות, המזונות הם עד ליום חיוב הגט ובמקרה הכינותי מראש פסה"ד שמחייב את האישה להתגרש. השילוב בין הטענה הראשונה שבכלל לא מגיע לה מזונות לנישואים אזרחיים לפי דין דתי וטענה שגם אם היה צריך לשלם הרי שיש פס"ד למתן גט 🡨 שתי הטענות מותירות את האישה במצב בעייתי.

שני המהלכים האלה קורים בשני פסקי דין כהנא ופורר. ביהמ"ש העליון מרים ידיים- "**כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל ואין בידי להושיט**". יש לשופט אינטואיציות של צדק שלא הגיוני שאחרי זוגיות ארוכה האישה לא זכאית למזונות, אבל השופט אמור להפעיל את החוק הדתי ולפיו אין מזונות בנישואים אזרחיים ומזונות נפסקים בחיוב גט אין לו מה לעשות.

**במקרים שיש קונפליקט בין תחושת הצדק של השופט לבין לכאורה התוצאה שהייתה בדין, יש 3 סוגי שופטים**: 1)השופט הבוכה- כמו לנדוי ונתניהו בפסקי הדין הללו. יש להם תחושה שהתוצאה לא צודקת, אבל פוסק לפי מה שחווה את הדין. 2) השופט היורה- חשין- קרא את פס"ד של המחוזי. ניתח באופן מסוים. לא יכול היה לישון בלילה מהתוצאה והגיע לתוצאה אחרת. אינטואיציית הצדק גרמה לי להגיע לתוצאה אחרת. 3)ברק- אין לו קונפליקטים כאלה. לא מתבאס מהתוצאה.

השופטים הישנים של ביהמ"ש מהסוג של "השופט הבוכה" ופסקי הדין כהנא ופורר מדגישים את כשלון המהלך שלנו. תחליף הנישואים האזרחיים לא עובד לגמרי. "ללכת בלי ולהרגיש עם" + השפלה קטנה שצריך לנסוע לחו"ל 🡨 אך בתוצאה המעשית, היכולת לגרש אותך בקלות והיכולת לא לשלם לך מזונות במהלך חיי הנישואין יש פער משמעותי בין הנישואים האזרחיים לבין הנישואים הרגילים.

כהנא ופורר פסקי דין של שנות ה-70 תחילת שנות ה-80.

**פסה"ד בעניין שמואל**- פס"ד של ברק. יש יהודייה וספק יהודי, כי הוא התגייר גיור לא אורתודוקסי בהודו. הם מתחתנים כשהם אזרחי הודו. [זה חשוב כשהם עולים חדשים]. בהודו מכירים בנישואים האזרחיים האלה. הם עולים לארץ. הגבר רוצה להתגרש, האישה פחות. הם חיים בפירוד תקופה ארוכה ותובעת מזונות. הגבר עושה את המהלך הכפול שעליו דיברנו- 1)התחתנו בנישואים אזרחיים ואני ספק יהודי לכן אני לא חייב במזונות מראש (שהם לפי דין דתי). 2)גם אם במקרה הייתי חייב, הכנתי מראש פס"ד של ביד"ר כי הוא רוצה גט. ביה"ד לא פירט על העניין של נישואים אזרחיים, אלא סיפר שהזוגיות התפרקה. **נכון לתקופה שבה ניתן פסה"ד אין סיכוי שביה"ד היה נותן חיוב למתן גט אם היה מדובר בזוג שהתחתן בנישואים דתיים**. הוא היה רוצה לגלות עילת גירושין ומוציא את הנשמה. **הוא נתן מאוד מהר את הגט כי הם התחתנו בנישואים אזרחיים**. לפי התקדימים של כהנא ופורר ביהמ"ש העליון היה צריך לומר שהוא לא יכול לעזור. אך ברק לא "מהשופטים הבוכים". הוא עושה מהלך יצירתי כדי לעזור עם שני החסרים שלנו- מזונות וגירושין.

ברק מתחיל את המהלך במשב"ל הפרטי. כאן עבודתו קלה כי מדובר בעולים חדשים. בניגוד לפסקי הדין החדשים שצריך להיכנס לויתקון, שאווה וזוסמן, כאן אין בעיה. מסכימים **שמבחינת המשפט האזרחי הם נשואים**. אבל כאשר האישה תובעת מזונות זה לפי דין דתי ואז לא יתנו להם מזונות.

ברק עושה מהלך של "פוינטר". הוא אומר שהוא צריך להפעיל את דיני המזונות הדתיים. יש להם כמה רכיבים: לאישה נשואה מגיע מזונות, היקף המזונות לפי "עולה עמו ואינה יורדת", טענת הגנה בגידה, טענת הגנה שנייה קיזוזים. כאשר מגיעים למשבצת שהיא נשואה, **בימ"ש אזרחי לא בוחן את השאלה האם נשואה לפי דין דתי** אלא עושה "פוינטר". **אם הנישואים היו בחו"ל זו שאלה שמערבת משב"ל פרטי**. את השאלה האם אני נשוי לטובת מזונות אעשה לפי משפט אזרחי והרי שהאישה נשואה.

מרכיב את דיני הנישואים ההודיים [תוקף נשואים] ואז ממשיך בדיני המזונות הדתיים [חובת מזונות]. אם מעורב היבט בינלאומי פותרים את עניין הנשואים לפי חו"ל.

בנוסף, נניח שהם נשואים, עד מתי אנשים נשואים חייבים מזונות עד שיש פסק דין של חיוב גט. אז גם המהלך הזה לא עוזר למהלך השני. ברק אומר שיש להסתכל טוב שהם נתנו את החיוב גט רק בגלל שביה"ד לא מכיר בנישואים האזרחיים. בתוך דיני חיוב גט יש לעשות פוינטר נוסף. **יש לבחון איך ביה"ד היה פוסק בהתעלם מהנישואים האזרחיים**. אם ביה"ד היה נותן פסק דין אמיתי של חיוב גירושין מתוך כבוד לנישואין אז יש להפסיק מזונות. אבל אם הסיבה שהוא נתן חיוב גט רק כי הוא בודק נישואים לפי דין דתי ואנחנו צריכים לכבד את הנישואים האלה אז לצורך הדיון הנוכחי יש להתעלם מחיוב גט שנובע מכך שביה"ד לא כיבד את המשפט הבינלאומי הפרטי.

ברק כמעט מצליח אבל קורה **טוויסט בעלילה**- הוא **אומר שזה מהלך נכון אבל לא בטוח שהוא מתאים**. **ביה"ד היה חכם כי לא אמר שהוא נותן גט בשל נישואים אזרחיים אלא בגלל פירוד במשך 3 שנים**. לכן ברק אומר שהוא לא בטוח שהגט ניתן בגלל הנישואים האזרחיים **ומשאיר את זה בצריך עיון**.

יכול להיות שהוא מעלה רעיון, פותח פתח ובפסה"ד הבא הוא יהפוך זאת להלכה. לחילופין, אולי המהלך הזה נראה לו מטורף מדי. לחילופי חילופין, אולי לא מגיע לה מזונות גם מבחינה אזרחית. אם הם חיו בפירוד 3-5 שנים אז למה שהיא תצטרך לקבל מזונות? ביה"ד עשה החלטה טובה שהוא נתן גט.

**שורה תחתונה**- פס"ד שמואל נתן מהלך תיאורטי מעניין אך לא הושיע אותנו מהבעיות של גירושין ומזונות אישה.

**שיעור 16- 17/05/22**

עשינו מהלך שדרך נישואים אזרחיים נגיע לתוצאה של נישואים. אך זה נתקע בשילוב של דיני מזונות אישה ודיני גירושין. לא מזונות ילדים. מזונות אישה- המהלך נתקע מ2 סיבות: 1)לפי דין הדתי, אז זה לא עוזר שמכירים בנישואים מבחינה אזרחית. 2) גם אם נצליח לומר שיש מזונות מבחינה אזרחית, ביה"ד הדתי ייתן לבעל פס"ד שמחייב את בני הזוג להתגרש ולפי דיני המזונות פסה"ד מבטל את חובת המזונות. "שיטת החגורה והשלייקס". שני טיעונים.

מול השילוב הזה בתי המשפט הישנים בפסקי הדין כהנא ופורר- המשפט של השופט הבוכה "כאלה דיני המעמד האישי בישראל ואין בידי להושיע".

השופט ברק בפס"ד שמואל בנה קונסטרוקציה מורכבת, בסופה **פותח פתח להתגבר על שני המכשולים, אך מותיר אותה בצריך עיון**. אולי ביה"ד נתן פסה"ד לגירושין באופן אותנטי ולא בשל הנישואים האזרחיים. אולי כי במקרה הספציפי לא היה מגיע לה מזונות אחרי הרבה שנים של פירוד. ברק בנה מהלך שלכאורה יכול היה להשלים את המהלך אבל לא עשה זאת. זה פסק דין מתחילת שנות ה-90. הוא תכנן לבנות את התשתית ולהשתמש בה, אך לא משתמש בה. פרישתו של ברק ב-2006. הנושא לא מתקדם.

מגיעים ל-2005/2006 לסדרה של 3 פסקי דין של ברק, שכולם עוסקים סביב הנושאים האלה.

**פס"ד 1** – **רע"א 8256/99 – פלונית "המזונות האזרחיים"**. במחוזי הסיפור הוא שיש בני זוג אזרחי ותושבי ישראל. לא הסיפור של שמואל שעוסק בעולים חדשים, אלא בקופצים. מדובר **בקופצים אידיאולוגים**- אנשים שהיו יכולים להתחתן, אבל בחרו שלא להתחתן בישראל. הם נוסעים לקפריסין. אחרי תקופה של קשר נפרדים. לאישה יש בן זוג ואפילו היא בהיריון, אך היא מעוניינת לתבוע מזונות מהאיש שממנו נפרדה. **זה מגיע למחוזי והוא דן לפי שלושת הגישות של המשפט הבינלאומי הפרטי לגבי קופצים**. לפי שוואה- הכלל לגבי קופצים שאין לקונה בחוק. זה שטסים לחו"ל זה לא משפיע. בודקים מה אומר הדין הדתי על נישואים אזרחיים ולכן הם לא תקפים. לכן, הקפיצה לחו"ל לא תעזור במקרה הזה לפי שוואה ולא מגיע מזונות. לפי זוסמן- הכל לפי מקום עריכת הטקס. אם בקפריסין מכירים בטקס הזה אז לפי זוסמן יהיה מזונות [אלא אם יש חיוב גט, לכאורה פה הוא לא השיג פסה"ד]. לפי ויתקון יש הבחנה בין כושר לבין צורה- לזוג הזה יש כשרות בישראל ולכן לויתקון יהיה תוקף. הקואליציה זה זוסמן וויתקון נגד שוואה. ויתקון הוא המאזניים [אם היה מדובר בבני זוג מאותו מין אז זה היה לכיוון שוואה]. למרבה ההפתעה **השופט פורת** **פוסק לפי שוואה**- **כלומר הנישואים לא תקפים**.

אין הרבה פסקי דין מהסוג הזה, כי זה בד"כ נפתר דרך דיני רישום וידועים בציבור.

פורת היה נשיא ביהמ"ש המחוזי ולכן כתבו על פסה"ד הזה בעיתונים. זו ממש **הכרעה לגישה שהכי מצמצמת את הזכויות**. פסה"ד לפני הפסיקות שלמדנו כבר. הוא יוצר קושי מאוד גדול. לפחות לגבי ירושה, רכוש ומזונות לא תעזור הקומבינה של הרישום, כי זה עוזר רק לגבי צדדים שלישיים ולא לגבי מי שיודע איפה התחתנו.

**הוגשה תביעה לעליון**. ב-2005 מתפרסם פסה"ד. ב-2004 שחר ליפשיץ מפרסם את התיאוריה שלו. הוא מקבל טלפון שהנשיא ברק מעוניין להזמין אותו. הוא שואל אותו לגבי מקרה מסוים, תוך היכרות עם המהלך שלו בפס"ד שמואל. פרופ' ליפשיץ הכיר את המקרה מהעיתונות והבין שהמקרה התיאורטי הוא לא תיאורטי. **ליפשיץ** אומר שהוא **לא אוהב את פס"ד שמואל** **ולא חושב שזה נכון להשתמש בו במקרה הזה**. זה מאוד מורכב ומסובך, בטח העניין של חיוב הגט דרך דין דתי אחרי שהסבירו לפי משב"ל. גם אם יגיע מקרה של כהן וגרושה- מה תגיד? **מזונות הם לפי דיני מזונות ולא דיני נישואין**.

בשמואל לפי משב"ל פרטי הם אכן נשואים, כי זה עסק בעולים חדשים. לפי כל הגישות, אם בזמן האזרחות הם היו נשואים אז הם נשואים. אבל בעניין של קופצים יש רגישויות. אין לקונה- אלא הולכים לפי הדין הדתי.

ליפשיץ אומר שברק כתב ב**פס"ד לינקולן נ' קרנית**-**לגבי** **ידועים בציבור** **אפשר מכוח ההסכמה של הצדדים לתת גם מזונות מכוח דיני החוזים**. נעזוב את השאלה האם הם נשואים. מכוח המחויבות שנוצרה מכך שהם חיו יחד והתחתנו בנישואים אזרחיים תקבע שיש חובת מזונות שהיא לא מכוח דין דתי, אלא מכוח המחויבות.

ברק מתקיל אותו ואומר שליפשיץ לא התלהב מהרעיון של מזונות לידועים בציבור. כתב מאמר שזה בעייתי מאוד לעשות את זה כאשר מדובר בידועים בציבור אוניברסליים כי יכול להיות שהם לא רצו את המחויבות של הנישואים. לא מדובר בפסולי חיתון במקרה הזה.

אמנם בסיפור הזה הם לא פסולי חיתון. אך, ההבחנה של ליפשיץ לא הייתה בין פסולי חיתון לכל היתר אלא בין אוניברסליים לבין תוצרת הארץ [מי שלא התחתנו כי אין מחויבות או מי שלא התחתנו כי לא רצו / לא יכלו]. **דוגמה מובהקת לתוצרת הארץ- מי שהתחתן בנישואים אזרחיים**. אין לו בעיה עם מוסד הנישואים ואין לו בעיה עם מחויבות. יש לו בעיה עם מוסד הנישואים הדתיים. זה המקרה שאפשר להתעלם מהביקורת של ליפשיץ.

**הביקורת לגבי הטלת מחויבות על ידועים בציבור היא לגבי מחויבות שרצו להתחמק ממנה**. אך הטלת מחויבות אזרחית על מי שהתחתנו בנישואים אזרחיים אין חשש.

יוצא פסה"ד- משאיר בצריך עיון את הקונסטרוקציה של שמואל, אבל נותן מזונות לא מכוח הדין הדתי אלא מכוח מזונות אזרחיים= מכוח הטקס האזרחי שיצר מחויבות לפי דיני החוזים ותום הלב. **"אין בפסק דיני להשפיע על מי שהתחתן כדת משה וישראל"**.

* **מי שהתחתן בנישואים אזרחיים יש מקור חדש של חבות שמבוסס על דיני חוזים ועיקרון תום הלב**.

דיני מזונות מכוח הדין הדתי מכירים את הכללים שלהם- היקף [עולה עמו ואינה יורדת], יודעים את טענות ההגנה, יודעים מתי מפסיק [חיוב גט]. **מה האופי של מזונות אזרחיים מכוח דיני החוזים ועקרון תום הלב?** הרי הזוג שהתחתן לא עשה הסכם ולא כתבו מי חייב למי ובאיזה היקף, מה יפסיק אותם, לא כתבו עד מתי זה יהיה. **במקרה הספציפי** לברק אין כוח להתעסק בזה ולכן **הוא מחזיר את התיק לביהמ"ש המחוזי כדי שיישם**.

**מה אנחנו נעשה?** אין לנו מושג מה אמות המידה של מזונות אזרחיים. הכי מטריד- עד מתי? אם אני אגיד שזה עד חיוב גט, אז לא עשיתי כלום. מעכשיו בעלים ירוצו ויקבלו חיוב גט והמזונות יפסיקו עם חיוב הגט. מצד שני, אם אני אגיד שזה צולח את חיוב הגט אז עד מתי? לנצח? קצר מדי או ארוך מדי.

**לברק** היו פסקי דין נוספים חשובים- **בג"ץ 3045/05 בן ארי** שבו נקבע שגם בני זוג מאותו מין ניתן לרשום במרשם בלי לבדוק תוקף נישואים [יישום פונק שלזינגר]. ופס"ד לגבי הירושה שדעת שוואה לא צודקת וגם בלי להכריע במשב"ל פרטי ניתן לתת ירושה מכוח פרשנות תכליתית של המושג "נשוי"- **בע"מ 9607/03 נישואים מעורבים**.

פסה"ד הכי חשוב- **בג"ץ פלוני 2232/03- "בני נוח"**. חידוש על חידוש. חידוש של ביד"ר שעליו מתלבש חידוש של הנשיא ברק. מה קורה שם? הסיפור מתחיל בביה"ד הרבני כאשר בני זוג מתחתנים בנישואים אזרחיים. עכשיו הם צריכים להתגרש. **גירושים לנישואים אזרחיים [אם מדובר על שני יהודים] חייב להיות בבית הדין הרבני**. למה? כי **חוק שיפוט בתי הדין הרבני** אומר שנישואים וגירושים של יהודים בישראל זה רק בביד"ר. **לבית הדין יש מחלוקת פנימית האם הוא מכיר בנישואים אזרחיים**- יש 3 גישות: (**1) הרב דיכובסקי** מוביל גישה שהיום היא דומיננטית **שלמעט מקרים של יהודים ברוסיה ביה"ד לא מכיר בנישואים אזרחיים**. **בעיקרון לא צריך גט** בנישואים אזרחיים. אבל הוא תפס את עצמו וחשב שאולי עשה "גול עצמי". מגיעים שני אנשים שהתחתנו בנישואים אזרחיים ורוצים לקבל גט מביה"ד, אם ביה"ד יאמר שהם לא יקבלו גט כי הוא לא מכיר בנישואים שלהם- הם רשמו את הנישואים במרשם, איך הם יוכלו להתחתן שוב? **הם ירוצו לבית משפט למשפחה שיתירו להם את הנישואים**. **זה ממסד את הגירושין בביהמ"ש**. יש לביד"ר מונופול שביהמ"ש למשפחה לא יכול להתיר נישואים בין יהודים. גם בג"ץ מסכים לזה.

דיכובסקי בעצם במו ידיו סיכל זאת. הוא מאוד יצירתי ויחסית דיין ליברל. הוא הולך במהלך הבא: שני אנשים מתחתנים בנישואים אזרחיים. מגיעים אליו ומבקשים להתגרש. הבעל כורך את ענייני המזונות והגירושין. דיכובסקי צריך לעסוק בנושא ועושה מהלך מעניין הלכתי בנושא.

**רקע תורני**- בהלכה ליהודים תרי"ג מצוות, ביניהן דיני נישואים וגירושין. לעומת זאת, **אנשים שאינם יהודים מכונים בהלכה "בני נוח"**. כל האנושות התחילה לפי המקרא בנוח [אחרי המבול]. לכן **יש ביהדות נורמות אנושיות אוניברסליות לגבי לא-יהודים**. בין היתר, מצוות בני נוח אומרות שלמרות שאנשים לא-יהודים לא חייבים להתגרש בביד"ר עם גט, צריכה להיות פרוצדורה מסודרת ורשמית להתרת הנישואים.

בעבר, המחשבה הייתה שעל יהודים חלים תרי"ג מצוות. על לא-יהודים חלות מצוות בני נוח. אומר **דיכובסקי** "לא". על לא-יהודים חלים **רק** בני נוח. **על יהודים חלות גם מצוות בני נוח וגם ההלכה היהודית בכללותה**. **ליהודים שתי מערכות שחלות עליהם**. כלומר, אם לא-יהודי מתחתן בנישואים אזרחיים הוא לא צריך גט. הוא מתיר נישואים ע"פ פסק דין אזרחי שמתיר נישואין לפי מצוות בני נוח. לעומת זאת, אם יהודי מתחתן ע"פ ההלכה כדי להתיר את הנישואים שלו צריך צעד הלכתי שזה גט. הגט גם מתיר את המימד של "בני נוח" בנישואים.

**בחתונה על פי הלכה יש 2 מימדים**- 1)חתונה כמו בני נוח. 2)חתונה על פי ההלכה.

**לגט 2 פונקציות**: גם מפרק את המימד האזרחי של הנישואין וגם מפרק את המימד ההלכתי של הנישואים.

**שאלה:** מה קורה אם אני יהודי שלא התחתן ע"פ ההלכה? אני לא צריך גט; אבל בדיוק כמו לא-יהודי שצריך התרת נישואים אזרחית, אז **גם היהודי חייב התרת נישואים**. מי יעשה לו? **בית הדין**. לא באמצעות טקס הלכתי של גט, אלא **לפי כללים אזרחיים**.

איך מתגרשים בארה"ב? בודקים אם הקשר התמוטט, ואם כן ביהמ"ש מתיר את הנישואים. זה מה שעושה דיכובסקי בעניין הזה.

**מחייבים אותם לעמוד בכללי "בני נוח"**. לא צריך גט אלא התרת נישואין. **דיכובסקי מתיר את הנישואים ולכן גם לא צריך מזונות**- שהמזונות בישראל הם עד הגירושין.

הבעל לא צריך גט אלא התרת נישואין. הוא נותן התרת נישואים ע"פ כלל אזרחי (ע"פ אמות מידה אזרחיות) [בודקים את התמוטטות הקשר] ולא נותנים מזונות אישה כי הנישואים הותרו כבר.

על פסק הדין של דיכובסקי **מוגש בג"ץ** על ביה"ד הרבני הגבוה. לאישה יש 4 טענות כנגד ביה"ד.

1. ביה"ד לא צריך לדון בנושא הזה בכלל. **אם הוא לא מכיר בנישואים, אז** **שביהמ"ש ידון בגירושין**. "אין חצי היריון". מבקשת שיפנו לבימ"ש למשפחה, בדיוק מה שדיכובסקי חשש ממנו.
2. אם לא תתקבל הטענה וכן ביה"ד דן בזה, אז יש להתייחס כנישואים ולהפעיל אמות מידה דתיות. **יש לדרוש עילת נישואין ולא להגיד שהקשר התמוטט**. ב-2005 הטענה הזו נכונה- רוב הדיינים לא היו מקבלים את זה כמקור גירושין [למרות **שהרב פלאג'י** פסק שאם יש התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר אפשר לתת גט, תוך המתנה של 18 חודשים]; אך היום הדיינים הרבה יותר ליברלים ונותנים חיוב גט.

אם יש סמכות [מכיר בנישואים], שיתייחס לפי אמות מידה של נישואים דתיות.

1. אם לא מקבלים את טענות 1 ו-2, לפחות אל תיתן לו לדון בנושא הכריכה והרכוש. בנישואים אזרחיים לכרוך זה להגיד להם לדון במזונות בקשר שלא מכיר ולכן ברור שלא ייתן מזונות. לפחות בנושא הזה לרחם ולדון בעצמך ביהמ"ש, ולא ביה"ד. **שלא תהיה כריכה בנישואים אזרחיים**. הסמכות לביד"ר רק לגבי התרת הנישואים.
2. אם אתה מוכן לדון במזונות, **למרות התרת הנישואין** **תיתן לי מזונות**. אחרת מה עוזר פסה"ד? הרי ביה"ד בקלות נותן פסה"ד לחיוב גט ואין חובת מזונות.

**ברק** דוחה את טענה 1. **הלכת כהנוף** **וחשבד"ר**- ענייני נישואים וגירושין יהיו בביה"ד הרבני.

טענה 2 **נדחתה עם כוכבית**. מה אתה רוצה ממני? שאני אגיד לביה"ד להפעיל בגירושין דיני גירושין דתיים שהם מציקים? דיני גירושין דתיים יש להם חלקים מאוד קשים. בן אדם רוצה להתגרש ועצם העובדה שהוא מראה שבן הזוג לא בסדר זה לא מספיק, צריך עילת גירושין. אז אדם שמתחתן בנישואים אזרחיים, ביה"ד מפעיל את מה שרצינו שהוא יפעיל על כולם רק על מי שמתחתן על נישואים אזרחיים. צריך לדרוש מביה"ד שיפעיל מדיניות נכונה על כולם. זה לא הגיוני. **מבקשים לעשות תחליף לנישואים אזרחיים, אז אי אפשר לבקש שנחיל את אותם הכללים**. לכן ברק דוחה את הטענה זו. **ביה"ד הפעיל מדיניות נכונה**.

**כוכבית**- דיכובסקי אדם חכם מבחינה אסטרטגית ואמיתית. מה שמפורק לא ניתן לחבר בכוח. **ברק מאמין ל-דיכובסקי שזה שהוא הפעיל פה את הכלל של התמוטטות בלתי הפיכה של קשר זה לא מתוך זלזול בנישואים אזרחיים אלא הוא מאמין בקונספט של בני נוח**. אבל מה היה אם היה עומד דיין אחר שמזלזל במצוות בני נוח או בנישואים אזרחיים? ברק אומר שהוא מכבד את פסה"ד של ביה"ד כי הוא באמת הפעיל אמות מידה אזרחיות הגיוניות. אבל **אם היו נותנים ישר גט כי הדיין מזלזל בנישואים אזרחיים- ברק היה מתערב**.

* **לכן במבחן** אם נותנים מקרה שבו ביה"ד אמר שהיחסים התמוטטו וחיים בפירוד. יגידו שהאישה הגישה בג"ץ. נאמר שבג"ץ ידחה את זה.
* אבל אם ביה"ד כתב שמתוקף נישואים אזרחיים אין להם תוקף ולכן מעמדם כרווקים, ניישם את בג"ץ בני נוח ונראה את ההבחנה. נאמר שבמקרה הזה השופט ברק אמר שכן יתערבו. **אם מזלזלים בנישואים אזרחיים=מתערבים**.

לגבי הטענה השלישית **ברק מסכים עם האישה**. לא הגיוני לעשות כריכה. ביה"ד לא מכיר בנישואים האלה ולכן אין סיבה לכרוך. אין שום סיכוי שהוא ייתן מזונות. **זה חוסר תו"ל לכרוך בדבר שברור שלא יתנו מזונות כי לא מכירים בנישואים**. **קובע שאין כריכה**. [תהיה בהמשך הסתעפות גם בנושא הזה].

ברק לכאורה קובע הלכה גורפת שמאחר וביה"ד לא יפסוק לעולם מזונות. **הוא השאיר בצריך עיון** גם נושאים אחרים. הוא **נוטה לגבי רכוש שהכריכה לא תקינה**. **משמורת נותר בצריך עיון**.

**אחד הרבנים** אומר שברק לא צודק- למה ברק אומר שהכריכה לא כנה? כי אין סיכוי שביה"ד הרבני יפסוק מזונות. אבל הדיין **אומר שיש קונסטרוקציה הלכתית מורכבת** **שאם היא תתקיים הוא יפסוק מזונות גם בנישואים אזרחיים**. הוא עושה מהלך ליברלי שמראה שניתן שיהיו מזונות בנישואים אזרחיים.

בנושא הזה נחלקו 2 תלמידי חכמים- עמיחי רדזינר אומר שפסה"ד מניפולטיבי. הדיין עשה את הקונסטרוקציה כדי להשאיר בידיו את המזונות אבל הוא לא רואה דיין שכן יפסוק מזונות בנישואים אזרחיים. אבישלום וכסלר אומר שהוא באמת התייחס לזה ברצינות.

* **האם ניתן לכרוך?** ברק אמר שלא ניתן לכרוך + להתייחס להסתעפות הזו.

**הסמכות חזרה אליו כי לא ניתן לכרוך**. **מה אמות המידה האזרחיות?** מה אומר עיקרון תום הלב? התרת הנישואים סוגרת את המזונות או שהיא ממשיכה אותם, ואם ממשיכה אז לכמה זמן?

ברק הלך למאמרים של פרופ' ליפשיץ והלך על הרעיון של **מזונות משקמים**. מזונות מכוח דיני חוזים ועקרון תו"ל יבוססו על רעיון של מזונות משקמים ולכן **יכולים להמשיך גם אחרי הפרידה**. כמה זמן? **עיוור מגדר** [לאישה וגבר אותו דבר]; **לא תלוי באשמה** [בסיס צורך ולא אשמה מינית]; **לתקופת התאוששות**- גם אם עזבתי אותך זה צריך להיות משקם ולא לכל החיים. לתקופה קצובה שתאפשר התאוששות כלכלית.

**מזונות**- כשהם ערכו טקס אזרחי הייתה להם הסכמה מכללא שיש להם התחייבות מזונות מכוח דיני חוזים ועקרון תו"ל. מה עושים בגירושין? בני זוג מאותו מין, לפי הלכת בן ארי, נרשמו כנשואים בתעודת זהות. הם רוצים להתגרש ומגיעים לביד"ר. האם לפי דעתכם יש סיכוי שבעולם שביד"ר יגיד שהם נשואים מכוח בני נוח ולכן הוא יעשה להם התרת נישואים? לא. גם הדיינים הכי ליברליים לא מוכנים לקבל את בני נוח כאשר מדובר בבני זוג מאותו מין [יגידו שנוצר קשר לא הלכתי, אבל מדינה מתוקנת תכיר בו ולכן הם מכירים].

**לדעת פרופ' ליפשיץ** מסיבות שמרניות של חיזוק ערכי המשפחה, שמרנים אמורים לתמוך בנישואין והורות של בני זוג מאותו מין.

**השמרנים** לא חושבים בגישה הזו. **רוב הדיינים לא יעשו את המהלך של דיכובסקי של התרת נישואין לאחר התמוטטות הקשר בבני זוג מאותו מין**.

**מתעוררת השאלה**- איך מתירים את הנישואים של בני זוג מאותו מין? בנושא הזה, יש התפתחות מעניינת. חלק משופטי המשפחה אומרים שכאשר מדובר בבני זוג מאותו מין הם צריכים ללכת לביד"ר ולהידחות שם, ואז ביהמ"ש למשפחה יתיר להם את הנישואים. יש שופטי משפחה שאומרים שזה כל כך ברור ולכן הם מוכנים לדון בהם כבר עכשיו.

אם בני זוג מאותו מין יבואו לביד"ר ולא ירצו לדון בהם 🡨 יכולים ללכת לבג"ץ שאולי יכריח כן לטפל בהם. או ללכת לביהמ"ש למשפחה שייתן להם התרת נישואין. \*אם ילכו ישירות לביהמ"ש למשפחה הם יתקלו בוויכוח שעליו דיברנו.

מזונות לפי קריטריונים אזרחיים: היעדר מגדר, היעדר אשמה ומבוסס על צורך. לגבי היעדר מגדר זה יהיה גם היעדר תלות בנטייה מינית. כלומר גם בני זוג מאותו מין.

* **שאלת מחשבה**: שני בני זוג התחתנו בנישואים דתיים והתגרשו בהסכמה. האישה תלויה כלכלית בבעל ולא עבדה. אין לה אפילו איפה לגור. היא מגישה תביעה למזונות אחרי גט. ע"פ ההלכה לאישה לא מגיע מזונות אחרי גט. ברק בפס"ד מזונות אזרחיים אמר במפורש שמזונות אזרחיים הם רק למי שהתחתן בנישואים אזרחיים. הוא אמר שאין בפסק דינו כדי להשפיע על מי שהתחתן בנישואים דתיים. נציע לאישה מהלך מרהיב- בזמן הנישואים היית חייב לי נישואים מכוח הדין הדתי. אחרי הגירושין אתה כבר לא חייב מזונות מכוח דין דתי. אבל כמו חובה שבחוזה של מי שהתחתן בנישואים אזרחיים לפי עקרון תו"ל מגיע מזונות אזרחיים בשל תלות כלכלית, אז במהלך נישואין חייב מזונות לפי דין דתי; אבל כמו נשואים אזרחיים, שעשו הסכם לפיו אם ייפרדו יש לשלם מזונות אזרחיים ויש מחויבות.

בנישואים דתיים יש 2 מעגלים: מזונות דתיים עד לגט + מחויבות לתמיכה במזונות משקמים מכוח דיני חוזים ועיקרון תו"ל.

אמנם ברק התחייב שזה לא יקרה, אבל יכול להיות שהעיקרון הזה נכון גם לנישואים דתיים.

-לשיעור הבא נלמד על דיני גירושין.

**שיעור 17- 19/05/22**

**דיני גירושין**

* שאלת הסמכות: **סמכות ייחודית לביה"ד**.
* הדין החל: **הדין הדתי**, עם **חריג מצומצם של חוק התרת נישואים** העוסק בחסרי דת או אנשים מדתות שונות [זוג מעורב]. ביהמ"ש למשפחה שולח שאלה לבתי הדין הדתיים האם צריך לעשות התרת נישואים לפי הדתות האלה. אם מוצאים שהדתות האלה לא מכירות בנישואים עוברים לביהמ"ש למשפחה.

**נוצרים**

**בקתוליות** **אין גירושין**, בגלל התיאולוגיה שאומרת שנישואים הם סקרמנט= אות אלוהי. מה שחיבר האל לא יפריד האדם.

מה עושים כשקתולים לא מסתדרים אחד עם השני ממש? יש 2 פתרונות, שהם סוג של תחליף גירושין:

1. **צו של פרידה קבועה**- ביהמ"ש אומר שלא מתגרשים, אבל יש מן הפרדה שאמנם **לא יכולים להתחתן מחדש** אבל זה **ניתוק של הקשר והמחויבות שלו**. יש כללים איך משיגים את זה [מבוססים על אשמה אבל לא רק].
2. **בטלות נישואין**- בקתוליות יש הרבה דיונים לגבי מצב שבו **בדיעבד מתברר שהנישואים לא היו תקפים**, **למשל** בקתוליות ההגדרה של קרבת משפחה שפוסלת נישואין מאוד רחבה עד בן דוד רביעי. כשמתחתנים לא עושים הרבה פעמים בדיקה של המשפחה כדי לגלות האם הבן אדם הוא בן דוד רביעי. כשרוצים להתגרש עושים תחקיר ואם מתגלה שאכן הוא בן דוד רביעי הנישואים בטלים. [הסוציולוגיה של הנצרות].

מאפשרים סיום הקשר, אבל בגדול הכלל הקתולי הוא שאין גירושין.

**פרוטסטנטיות** יש גירושים, אבל זה לא אפיק קל. זה לא זכות של שני בני הזוג. צריכה להיות **עילת גירושין** ואפילו הסכמת שני בני הזוג לא מספיקה אלא אם יש **אשם** **וחף מפשע**.

**נוצרים אורתודוקסים**- **בהסכמה** יהיה גירושין [זו עילת גירושין]. כשאחד רוצה והשני לא, זו לא זכות אוטומטית אבל **ביהמ"ש ינהל הליך** **ויש עילות גירושין** **שמבוססות על** **אשמה** [כמו שנראה בדת היהודית].

**מוסלמים**

דומה לדין התלמודי המקורי ביהדות, של פער בין הזכות של הגבר לזכות של האישה. **הגבר יכול לגרש את האישה גם אם אין לו עילת גירושין**. אין לזה משמעות רכושית. לא צריך שטר גט. הוא **אומר לה 3 פעמים "מגורשת" והיא מגורשת**. השאלה האם זה בסדר או לא תבוא לידי ביטוי בהיבט הרכושי. מבחינה משפטית יש לו את הכוח לעשות את פעולת הגירושין, אבל כשבני זוג מוסלמים מתחתנים יש 2 סוגי מוהר- מוהר מוקדם ומוהר מאוחר. מוהר מוקדם הוא סכום שהבעל נותן לאישה או למשפחתה בנישואים. זו לא התחייבות, אלא תשלום מזומן כבר בזמן הנישואין. המוהר המאוחר דומה לכתובה בהלכה- התחייבות שהבעל מתחייב לאישה במקרה של גירושין שלא באשמתה. [היא תפסיד את המוהר המאוחר אם היא התנהגה שלא כראוי]. **המוהר המאוחר יוצר לה סוג מסוים של הגנה**. הגירושים עצמם זו פעולה חד צדדית של הבעל.

מה קורה אם האישה רוצה להתגרש? אין לה זכות טבועה להתגרש. היא צריכה לשכנע את ביה"ד שהבעל התנהג בצורה כזו שמצדיקה את דרישת הגירושין. **הכלל הבסיסי הוא כלל מאוד קשוח**. יש עילות גירושין מוגדרות, שרק אם הן קורות אז האישה יכולה לדרוש מהבעל לגרש אותה. בדומה ליהדות המקורית הם **בד"כ מבוססי הפרת חובות הנישואין**- לא פרנס, השתכר, נהג בה לא בסדר. אבל עצם האמירה "אני לא רוצה אותך" לא תספיק כשלעצמה.

התפתחות מעניינת לפני 30-40 שנה במצרים. חציה דתית וחציה אזרחית. חלק מבתי הדין במצריים כן עשו משהו בדומה ל"הלכת המורדת", שמאפשרת לאישה ליזום את הגירושין ללא הוכחה שהבעל לא בסדר אלא מטענה שלה שהיא נדחית ממנו ולא סובלת אותו. משהו ליברלי. במיוחד באסלאם שם הזכות חד צדדית לבעל, זה **מנטרל את חוסר השוויון**. בתי הדין השרעיים **לא קיבלו את זה כעמדה רווחת**. לא ברור שזה אכן שרד.

**יהדות**

יש עמדת מוצא מסוימת שעברה שני סוגים של שינויים. תהליך אשכנזי ותהליך ספרדי.

**בדין התלמוד** [המשנה והתלמוד הבבלי]- עמדת המוצא של רוב ההלכה היהודית האורתודוקסית (ממנה יש התפצלויות שונות)- היא מאוד **חד צדדית בנושא הגירושין**. המשנה אומרת ש"אינו דומה בעניין הזה דין האיש לדין האישה". האישה מתגרשת לרצונה ושלא לרצונה, האיש אינו מגרש אלא לרצונו. כלומר, לא נוכל להכריח את האיש לתת את הגט. אם אני מכריח = הגט פסול. האישה מתגרשת אם היא רוצה או לא. לא צריך את הרצון שלה לצורך הגירושין. **עמדת מוצא בעייתית כי היא מפלה**.

**האיש יכול לגרש את האישה בעל כורחה**, זה לא אומר שתמיד נרשה לו לעשות זאת. יש מחלוקת מפורסמת במשנה שיש בה 3 שחקנים: בית הלל, בית שמאי ורבי עקיבא. בית שמאי המחמירים ביותר מנקודת המבט של הגבר- הם אומרים שכתנאי לגירושים אתה חייב בגידה. רק אם האישה בגדה בו הוא יכול לגרש אותה. אם לא, הוא לא יכול לגרש אותה ללא הסכמתה. בית הלל- עמדה שאומרת שגם טענות שמתייחסות לתפקוד שלה [צריך עילה אבל לאו דווקא התנהגות מינית לא הולמת]. **העמדה שהתקבלה להלכה רבי עקיבא**- "אפילו מצא אחרת נאה ממנה". הגבר לא צריך את הסכמת האישה ולא צריך עילת גירושין. מבחינת הגבר, עצם הרצון שלו מספיק.

מה קורה אם האישה רוצה להתגרש? **לפי המשנה היא צריכה את ההסכמה שלו**, כי הגבר לא מגרש אלא לרצונו. אבל **בתלמוד מסייגים את זה** וכן מגדירים מקרים בהם **אפשר לכפות על גבר סרבן לתת את הגט**. מקרים שבתלמוד עצמו הכפייה מאוד אגרסיבית- מכים אותו עד שיאמר "רוצה אני". **היום אין מכות פיזיות, אבל המימוש הוא כפייה ע"י כליאה**.

מתעוררת שאלה תיאולוגית- מחד, הגבר חייב רצון אחרת הגט מעושה [פסול]. מצד שני, יש תנאים שכן ניתן לכפות.

מבחינת ההלכה: גט שניתן שלא מרצונו החופשי של הבעל פסול. על אף האמור, אם ביה"ד כפה את הבעל לתת את הגט מסיבות הלכתיות מותרות אז הגט כשר.

**מהן הסיבות המותרות?** בתלמוד- העילות הן בדרך כלל מוגבלות וקשורות לבעייתיות ביכולת הבעל לקיים יחסי מין או להוליד, או סוג של התנהגות שמסכנת את האישה [אם הוא חולה]. בהמשך ירחיבו את זה- גם אם הוא אלים אולי ניתן לראות בזה סוג מסוים של מסכן אותה; או אם הוא בוגד, ובמיוחד בוגד שיטתי, אולי יסכן אותה עם מחלות.

**צריך לזכור: זה חייב להיות בית דין**. לא ניתן לשכור אנשים שירביצו כדי שהגבר ייתן את הגט. אחרת הגט פסול. מכשילים את האישה- היא עדיין תיחשב נשואה. אם היא תתחתן עם אדם אחר- הנישואים לא תקפים; אם הם שוכבים היא תהיה אסורה לגבר הישן והגבר החדש; אם ייוולד לה ילד הוא ייחשב ממזר.

הגבר יכול לגרש את העילה באופן חד צדדי. האישה צריכה עילות גירושין. הגבר חי בעולם ליברלי [גירושים ללא אשמה או הסכמה]. האישה חיה בעולם שכדי להתגרש היא צריכה להשיג הסכמת הגבר או להוכיח אשמה באופן שיוצר הרבה בעיות (מאפשר לבעל לסחוט אותה).

במהלך הדורות חכמי הדורות לא אהבו את המציאות הזו והם פעלו בשני כיוונים: כיוון אשכנזי וכיוון ספרדי.

**כיוון אשכנזי** בא לידי ביטוי ע"י **רבנו גרשום** [תיקן תקנה חשובה לנשים שאסרה ביגמיה. מציאות לא שוויוניות שרצה לתקן]. הוא **מתקן תקנה שאסור לגרש אישה בעל כורחה**. מנסה לייצר שוויון- כמו שלאישה אין זכות טבועה להתגרש והיא צריכה עילת גירושין, גם לגבר אין זכות טבועה. **בתקנה המקורית- לא מופיע החריג של העילות**. אבל הגיע מקרה לחכמי אשכנז של בעל, שהאישה הייתה אשמה או התקיימו בה נסיבות שאם זה היה הפוך גם גבר היה אפשר להכריח אותו לתת גט, אבל בתקנה המקורית אין החרגה. אם מפרשים את התקנה באופן מילולי מבחינת הגבר ללא הסכמתה הוא לא יוכל להתגרש. אבל לאישה יש עילות גירושין גם ללא הסכמה. מבקשים שוויון כי שיפרו את מצב הנשים מעבר לגברים. **המוטיבציה של החרם היא לתקן ולהשוות כוח האישה לכוח האיש**, ולכן לא סביר שהתוצאה תהיה שהאישה תקבל יותר. לכן איזנו את זה.

המהלך האשכנזי מנסה לייצר שוויון באמצעות זה שהוא אומר- אם במקור לגבר קל להתגרש ולאישה קשה להתגרש- השוויון הוא שיהיה קשה לכולם. **הקשחת האפשרות של הגבר להתגרש ולא הקלת האפשרות של האישה להתגרש**.

**יוצר 2 סוגים של בעיות**:

1. מנקודת מבט מודרנית בעיה באוטונומיה- נפתרה בעיית השוויון אבל לא נפתרה **בעיית האוטונומיה של הפרט**. אתה לא רוצה להיות כבול לקשר שאתה לא מעוניין בו. בעבר זו הייתה בעיה רק של נשים אבל עכשיו גם של גברים.
2. גם השוויון לא נוצר עד הסוף-
3. **זה לא באמת סימטרי**. שניהם צריכים הסכמה או עילת גירושין. כשמבררים מה זה **עילת גירושין**- ההגדרה של עילת גירושין לגבי גבר אינה דומה להגדרה של עילת גירושין לגבי אישה. הדוגמה הכי חזקה היא היחס להתנהגות מינית לא הולמת. למשל, בגידה של אישה היא עילת גירושין חד-משמעית ללא חריגה וללא נסיבות מקלות. לגבי גברים- יעשו את זה לגבי בוגד שיטתי, ולא בוגד חד פעמי. יגדירו את זה כסוג של מעידה ולא עילת גירושין. **סטנדרט מיני** **שונה**. דוגמה: קוד נפוליאון- בגידה בבית לעומת בגידה מחוץ לבית.
4. **יש הבדל בחלופות הדתיות-** אם נאמר לבעל שייתן גט והוא ברח, עד שלא תהיה פיזית נתינת הגט האישה תהיה **עגונה**. אין יכולת לגבי אישה שבעלה ברח, נעדר, סרבן גט לאשר את הגירושין. לעומת זאת, במקרה של אישה שברחה או התנהגה לא בסדר יש **היתר** מהרבנים. אמנם הוא לא היתר רווח, אבל יש סיטואציה שההלכה כן תאפשר לאיש נישואים חדשים.
5. **פערים ביחס ההלכתי לחלופות החילוניות לגירושין**- בעיה ביישום ההלכה על אנשים חילונים. נניח בעקבות חרם דרבנו גרשום הוא רוצה להתגרש מאשתו, למרות שהיא לא עשתה דבר רע. הוא אומר לביד"ר שהוא רוצה להתגרש ממנה ומצא מישהי יפה יותר לפי ר' עקיבא. ביד"ר יאמר שהיום יש חרם דרבנו גרשום וכבר לא פוסקים לפי ר' עקיבא. צריך עילת גירושין. האישה לא עשתה שום דבר ואין גט. אם הוא אדם דתי אין לו מה לעשות. אין לו גט ולא יקבל היתר נישואים. אבל **מה קורה אם האיש חי בישראל וחל עליו דין דתי, אבל מבחינה אישית חברתית הדין הדתי לא מעניין אותו?** הוא בא לבת זוג חדשה וחי איתה ביחד. אף אחד בחברה שלו לא אומר לו כלום, ברמה הדתית זה לא מעניין אותו. חוץ מאשר בחוק הירושה שם אומרים שאם אתה נשוי אתה לא יכול להיות ידוע בציבור, בכל החוקים האחרים אין חריג כזה. הפסיקה לא פיתחה אותו. לכן **הוא יכול להיות נשוי לאדם אחד, וידוע בציבור לאדם אחר**. גם ירושה זה עניין סמלי כי הוא יכול לכתוב צוואה שמנצחת. לכן לאיש הזה יש חלופה שההלכה אמנם לא מתלהבת, הפתרון הזה לא קיים בחברה דתית [פדיחה בשבילו]. זו לא אופציה ממשית עבור אדם דתי בקהילה דתית. אבל בחברה חילונית זו אופציה ממשית ואין סנקציה. הילד שייוולד לאישה החדשה לא ייחשב ממזר [רק ילד של אישה נשואה שהלכה עם גבר אחר].

לעומת זאת, האישה מבקשת להתגרש ומצאה גבר אחר או כי היא לא סובלת אותו. אין לה עילת גירושין ולכן לא תקבל גט. אם היא תחיה עם גבר זר- ברוב החברות השמרניות **הגינוי החברתי** לגבר שעוזב את אשתו וחי עם אישה אחרת הוא נמוך לעומת גינוי חברתי לאישה שעזבה את בעלה וחיה עם גבר אחר. **הצעד בעייתי מבחינה חברתית אבל גם לפי ההלכה יש** **סנקציה משמעותית כי הילד שלה יהיה ממזר**. גם אם היא לא דתייה וחשוב לה מהילד הזה, שהוא לא יוכל להתחתן בישראל, במציאות של היום חרם דרבנו גרשום לא יצר שוויון, גם אם הוא ניסה.

**נוצרו פערי כוחות** שמייצרים אישה שלא מקבלת גט או / גם אישה שמקבלת גט אבל נאלצה לשלם בשבילו. **פותחים פתח לתופעות של סחטנות**.

2 מצבים:

1. אחד מבני הזוג רוצה להתגרש והשני באופן אותנטי לא רוצה להתגרש. יש עניין של השקפת עולם. אי אפשר להחזיק בין זוג בכוח זה לא בסדר שהמשפט לא נותן להתגרש. מצד שני, זו המשמעות של המחויבות בעת הנישואין.
2. גם אם שני בני הזוג רוצים להיפרד, אחד שם את עצמו כאילו הוא לא רוצה להתגרש כי זה שם לו כוח במשא ומתן. אומר לצד השני לשלם כדי להסכים להיפרד. סחטנות.

**הכיוון הספרדי-מזרחי**- הלך לכיוון הפוך: להפוך את החיים לקלים לשני הצדדים. הרקע ההיסטורי מעניין יש שילוב בין מהלכים אידיאולוגים למהלכים פרקטיים.

הסיפור מתחיל עם כיבוש בבל ע"י המוסלמים [תקופת הגאונים, 1000 לספירה]. דומה לתקופת רבנו גרשום. בתקופת הפרסים והבבלים ליהודים יש סמכות ייחודית בענייני נישואין וגירושין. את כל הכללים הדתיים בנושאים האלה המשטר הבללי והפרסי לא מתערבים. אם יש תביעת גירושין הולכים לביד"ר. לעומת זאת, בתקופת הכיבוש המוסלמי יש סמכות מקבילה. מחד, מכירים בסמכות שיפוט של בי"ד יהודי אבל בתי המשפט המוסלמיים לא נרתעים לתת שירות גם ליהודים גם בנושאים של נישואים וגירושין. נוצר מצב שאישה שלא רוצה את בעלה, **אם היא לא תקבל מענה בבי"ד יהודי יכולה לפנות לביהמ"ש המוסלמי** [היא לא תקבל כי עילות הגירושין בתלמוד לא מאפשרות לקבל גט כי זו לא סיבה אובייקטיבית]. היא אפילו תפסיד את הכתובה / יפחיתו מהכתובה כי היא תיחשב אישה מורדת. היא לא יכולה לומר שהיא מאוסה מבעלה, היא תיחשב מורדת.

**הגאונים חכמי בבל** עושים מהלך חשוב של "**תקנת המורדת**". בעוד שטענת המורדת היא טענה של הבעל כלפי האישה. לא מגיע לה מזונות כי היא מורדת. זה תמיד יופיע בכתב ההגנה של הבעל. הגאונים עושים מהלך הפוך- הם חוששים שהגבר מאוס עליה, היא תלך לביה"ד המוסלמי שיכפה על הבעל באופן פיזי לתת את הגט [אם זה אפשרי לפי הכללים המוסלמים להכריח אותו] והתוצאה תהיה מאוד קשה. האישה תלך לקהילה אחרת ותתחתן שם, היא עדיין אשת איש ויהיו לה ילדים ממזרים.

**הגאונים מתקינים תקנה רדיקלית שאם אין עילת גירושין והיא מבקשת להתגרש היא תפסיד את הכתובה, אבל אנחנו נכפה על הבעל לתת את הגט**. מוסיפים עילת גירושין שלא מופיעה בתלמוד והיא "עילת המורדת" וכאשר אישה מואסת בבעלה המאיסה הזו גם אם לא מעוגנת בהתנהגות שלו תתקבל. זה רדיקלי- לפי ההלכה אין עילת גירושין אבל הם כופים על הבעל לתת גט.

הגאונים **פעלו מסיבה פרקטית- גבולות הכוח**. הם מרגישים שאם הם לא יתנו כפיית גט, תהיה תוצאה יחסית חמורה לכן הם עושים תקנה רדיקלית. בד"כ יש תקנות בדיני ממונות שם ההלכה לא מפחדת מתקנות ופיתוחים של ההלכה, אבל בנושאים כאלה יש בד"כ חשש מפיתוח הלכות. במשך 200 שנה זו תקנה מחייבת ופוסקים על פיה. בהיסטוריה היהודית יש 200 שנה של הלכה, בעוד בעולם המערבי קיבלו גירושים ללא אשמה בשלב מאוחר יותר.

**הרמב"ם** כותב את הספר שלו משנה תורה. הרמב"ם חי במצרים בתקופה שבה המוסלמים חוזרים לכבד את האוטונומיה היהודית. המוטיבציה המקורית של התקנה כבר לא רלוונטית- רלוונטי רק לנסיבות מסוימות. זו תקנה שמוגבלת לזמן ומקום מסוים. **הרמב"ם כותב תקנה אוניברסלית**. המהלך שלו: מתחיל את הסעיף שלו באמירה "כבר תיקנו הגאונים". הוא מסביר שזה לא חידוש [אחרת זה גינוי]. הוא מראה שהוא נסמך על כתפיים ישנות. הוא **מצטט את תקנת המורדת**= אישה שמאסה בבעלה, היא מפסידה את הכתובה אבל כופים את הבעל להתגרש. איך הוא מנמק את ההלכה? "שלא תהיינה בנות ישראל כשבויות חרב להיבעל לשנוי (שנוא) להם". **זה לא פרקטיקה של גבולות הכוח אלא מנמק כטיעון ערכי**. **לא ניתן להשאיר את האישה בנישואים כשבויה**. הוא מבין שיש משהו יותר עמוק. עצם זה שנשארים בנישואים עם מישהו שדוחה אותך זה סוג של שבוי שאנחנו לא יכולים לקבל את זה.

לכן יש פה תהליך מעניין שבתקופה מסוימת בעקבות תקנת הגאונים ופסיקת הרמב"ם- חלה תקנת המורדת.

זה נימוק אוניברסלי.

יש תקופה שבה מתחילים לפסוק לפי הלכת המורדת בקהילות רחבות. אך, בשלב מסוים יש התקפה חריפה כנגד תקנת המורדת. חכמים צרפתיים- בראשם **רבנו תם** [הנכד של רש"י]. ההתקפה על תקנת המורדת מעניינת זה בדיוק מה שקיים היום (ההיסטוריה חוזרת).

**ההתקפה על הלכת המורדת באה מ-3 מקומות**:

1. **אין לך סמכות**. תקנות ניתן לעשות רק בעניינים רכושיים אבל לא בענייני איסורים, בטח לא איסורים קשים. **בטח לא נושא כל כך חמור של איסור אשת איש**. הם תיקנו דבר שלא בסמכותם. לרמב"ם לא הייתה סמכות לסטות באופן קבוע מדין התלמוד. לא ניתן לפסוק פסק דין קבוע נגד התלמוד. -זה דומה לישראל שם הדיינים המחמירים טוענים זאת. הוא רוצה לעזור לאישה אבל אין לו סמכות הלכתית. **היעדר כוח הלכתי גם אם אני מזדהה** זו טענה שחוזרת בנושא הזה לאורך כל השנים. השורשים שלו כבר בהתקפה על הלכת המורדת.
2. **הלכת המורדת המקורית קורית במקביל לחרם דרבנו גרשום**. כשהגאונים מתקנים את הלכת המורדת, מה עושה גבר שמואס באשתו? אומר לה שהוא מגרש אותה כי לפי דין התלמוד לא צריך הסכמה. הלכת המורדת אומרת שמה שמותר לגבר מותר גם לאישה. אבל ב-1200-1300 הרא"ש צריך לפסוק את הלכת המורדת, הוא חי בעולם שכולם אימצו את חרם דרבנו גרשום. אם גבר יאמר שאשתו דוחה אותו והוא רוצה לגרש איתה, יאמרו לו שהוא לא יוכל לגרש אישה ללא עילת גירושין. הרא"ש אומר שזה לא הגיוני. או שהולכים במסלול של רבנו גרשום ולשנינו קשה או שהולכים לפי הלכת המורדת ונוותר על חרם דרבנו גרשום. **אי אפשר לפסוח על שני הסעיפים**. **מאחר וקיבלנו את חרם דרבנו גרשום, לא ניתן לקבל גם את תקנת המורדת, אחרת ניצור יתרון לנשים**. "אנשי זכויות הגבר". זו טענה שיש בה היגיון.
3. **הלך הרוח המייצג למרות שהוא מוחבא**- **פחד שלהפוך את הגירושים לקלים מדי בכלל ולנשים בפרט יחתור תחת מוסד הנישואין**. אי השוויוניות חשובה כדי לשמר את היחידה (Unit). זו טענה שאומר **רבנו תם**. הוא חכם אשכנזי מאוד ידוע והוא **הנכד של רש"י**. רש"י גר בגרמניה, קצת אחרי רבנו גרשום. הבנות של רש"י מאוד פמיניסטיות [יש להן מניין נשים והן מניחות תפילין]. רבנו תם דור הנכדים מתייחס לתקנת המורדת ואומר שהתקנה הזו התאימה פעם כי הנשים של פעם היו צנועות וידעו את מקומן. אם היא אומרת שהבעל מאוס עליה כנראה שזה המצב באמת. אבל "הנשים של היום שחצניות הן (מניחות תפילין וכו') ואם תפסוק לפי התקנה תיטה עיניה לאחר (תראה גבר אחר) ותמאס בבעלה ולא הותרת אישה תחת בעלה". יש חרדה קיומית מאוד משמעותית. **חרדה עם היבט מגדרי והיבט של יציבות החברה והנישואין**. תפיסה שאומרת שיש **סדר חברתי** וחלק ממנו הוא נישואים יציבים וחלק מנישואים יציבים שיש סדר והיררכיה. אם אנחנו נהפוך את היציאה מהנישואים למשהו קל בכלל ולנשים בפרט, משהו בסדר החברתי שלנו יתערער. זה לא עניין שרק בין הבעל לאישה, אלא רלוונטי לכל החברה.

**רבנו תם מתקיף את תקנת המורדת**. מעבר לסיפור המגדרי יש סיפור מוצדק והוא השאלה איך מצד אחד כחברה רוצים לשמר את הנישואים כמוסד יציב ובבא בעת כשהם מתקלקלים נותן למישהו ללכת. בעולם אידיאלי הייתי רוצה לשמור על הנישואים וגירושים זה סעד. אבל אם אני אומר שאי אפשר להחזיק אנשים בכוח יש מתח. מוסד הנישואים הוא יציב כי לא קל להתגרש ממנו. אני רוצה לשמר את האתוס הזה שלא יהיה קל מדי. שאני לא אמשיך את מערכת החיפושים שלי גם בנישואים.

בעקבות ההתקפות האלה, למעט עדות מאוד נדירות שממשיכות לפסוק לפי תקנת המורדת, **תקנת המורדת הולכת ונשחקת**.

יש ניואנסים שצריך לשים לב: דיברנו על צעד אגרסיבי של כפיית גט- באים לבעל וכופים עליו לתת גט. בעבר, כפייה פיזית (אלימות). היום, לשים בכלא. **במהלך השנים התפתחו קטגוריות ביניים**- אמנם לא כופים לגרש, אבל יש **חובה הלכתית לגרש**. לחובה הזו היו השלכות משפטיות וחברתיות.

**למשל** **רבנו תם** פיתח **סנקציות חברתיות** **כלפי בעלים סרבנים**. בעל שלפי ההלכה לא ניתן להכריח לתת גט אבל התנהגותו לא הצדיקה את הסרבנות נתנו סנקציות קשות-לא לצרף למניין, לא לעשות איתו עסקים. משמעותי מאוד בקהילה הדתית. זה קיבל טרנספורמציה מעניינת גם בישראל.

היו ניסיונות להרחיב את עילות הגירושין, אבל העמדה הדומיננטית הייתה קשה.

**עמדות הלכתיות ליברליות בהיסטוריה**: עמדה **של הרב פלאג'י** בתחילת המאה ה-19. **המהפכה הצרפתית** בסוף המאה ה-18. "חירות, אחווה, שוויון". יש אווירה ליברלית בתקופה הזו. יש רפורמה בדיני הגירושין. בהמשך **נפוליאון** החזיר את הגירושים להיות מאוד קשוחים ומפלים לטובת הגבר.

המהפכה הצרפתית מייצרת אווירת חירות ושוויון שמחלחלת גם למשפחה. צרפת שולטת גם במרוקו, טוניס, אלג'יר. מקומות שיש יהודים ספרדים. מה קורה ליהודים בעקבות המהפכה הצרפתית? **נותנים להם זכויות פרט אבל סודקים את האוטונומיה הקהילתית והשיפוטית**. אם אישה רוצה להתגרש, לא אתן לה את הגט. יכול להיות שהיא מושפעת מרצון חילון. אבל שוב יש פחד שהיא תלך לבימ"ש אזרחי כי יש סמכות מקבילה, וביה"ד ייתן את הגט. הרב פלאג'י מתקן תקנה מרשימה שנקראת "**תקנת ח"י חודשים**" (18 חודשים). "אם גבר או אישה (תקנה סימטרית) רוצים להתגרש והם חיים בפירוד 18 חודשים [הוא פותר את הבעיה שזה לא קל מדי, מכבדים את הנישואים] ואם ביה"ד מתרשם שהקשר מתמוטט (ב-1970 מתחילים להשתמש בטרמינולוגיה הזו) לביה"ד יש סמכות לכפות את הגבר או האישה שמסרבים להתגרש".

פלאג'י פועל ב-1800, 170 שנה לפני העולם המודרני קובע לגבי עילה של "התמוטטות הקשר".

**תקנה חכמה** שמנסה לאחוז את שני הקצוות של הדיון. מחד, לא להוזיל את מוסד הנישואין ולומר שיש גחמה או התאהבת במישהו וישר להתגרש. מצד שני לא ניתן לסחוט, כי אחרי שנה וחצי אפשר להתגרש. זה גם סימטרי. עצוב שלא משתמשים בתקנה הזו היום.

הוא מנסה לפתור את הבעיה: שאפשר פשוט לפנות לביהמ"ש האזרחי במדינה, כי כבר אין אוטונומיה. לא רוצה להקשות מדי וגם לא להקל מדי.

הוא חשוף לאותן ביקורות של הגאונים שהתקינו תקנה "תקנת המורדת". הסמכות לאמירתו היא תקנה.

**בישראל- המצב היום**

הסמכות הייחודית בנושא גירושין היא לבתי הדין הדתיים. בעבר, הגישה הדומיננטית עד לפני כמה שנים הייתה מאוד נוקשה ומחמירה, כמעט ולא היו פסקי דין של כפיית גט.

**4 חלופות שביה"ד יכול לפסוק לתביעת גירושין**:

1. **לדחות אותה**- אין עילת גירושין. התביעה לא מוצדקת.
2. **"מצווה לגרש"**- מבחינה דתית אתה צודק, אבל מבחינה משפטית אין לזה משמעות. יש לזה ערך מוסרי.
3. **יש חובה לגרש**- יש חובה משפטית לגרש, אבל לא כופים. -היום לחובה הזו יכולה להיות משמעות בדיני מזונות. יכולה להקפיץ לבעל את המזונות [גבוה יותר] אם הוא הסרבן או לבטל לאישה מזונות אם היא סרבנית. כלים שהם לא אגרסיביים כמו כפייה פיזית אבל עדיין כואבים. **הרחקות רבנו תם** [שפיתח כלים חברתיים נגד סרבנים]. יש לרבנו תם דחייה בישראל לגבי פסק דין שמחייב להתגרש; השפעה על כתובה.
4. **כפיית גט**- מפעילים את כל התותחים. ניתן לשים אדם בכלא עד שייתן גט.

נקודה חשובה: בציבוריות הישראלית יש בלבול משמעותי בין עגונות למסורבות גט. **עגונות**=אישה שהבעל שלה ברח ולא יודעים איפה הוא, נעדר. לגבי עגונות יש מסורת הלכתית ארוכת שנים של ניסיון לסייע להן. במסורת הזו אין לגביה מחלוקת אידיאולוגית. מבינים שזה מצב טרגי. אם יש הבדלים- זה בשאלה עד כמה מוכן להיות מרחיק לכן. למשל, הרב גורן בזמנו התיר לנשים של מי שהיו בצוללת להתחתן. החרדים הזדעזעו לא כי הם לא הזדהו אלא חשבו שזה שימוש בכלים מרחיקי לכת; או התרת האישה שהבעל שלה הפך להיות צמח. אין מחלוקת אידיאולוגית. הם חלוקים בשאלה מה אפשר לעזור במסגרת ההלכה.

**סרבנות גט**= סיפור אחר. הגבר נמצא ואומר לאישה בפנים שהוא לא נותן לה גט. לפעמים חלק מהוויכוח הוא לגבי איזה כלים ניתן להשתמש. לפעמים חלק מהוויכוח הוא אידיאולוגי- האם באמת יש לאישה או לאיש זכות לתבוע את הגירושין? האם יש לאישה זכות להגיד שהיא לא רוצה לחיות עם הבעל גם כשאין עילת גירושין?

**בציבוריות הישראלית** יש את **המקרה של יחיא**, אדם עקשן שלא מוכן לתת גט למרות שהיה בכלא, עד שמת. המקרה הזה לא מקרה טיפוסי אבל זה נתפס בציבוריות הישראלית. אין הרבה אנשים שבאמת נמצאים בכלא ולא מוכנים לתת גט. מקום המדינה היו 5 מקרים כאלה. זעזוע ההלכה בגלל המקרים האלה זה בעייתי.

**הבעיה האמיתית היא הסרבנים שביה"ד לא מכניס אותם לכלא**. לא העניין של כפיית גט, אלא מה אמות המידה של לתת פסק דין של כפיית גירושין. עד לפני כמה שנים המצב היה בעייתי וכמעט לא היה פסקי דין של כפיית גט וגם לגבי פסקי דין של חיוב גט לא היו "שיניים". לא הפנימו 2 תפיסות: 1)לאישה יש זכות להתגרש. 2)פרקטי- אם הקשר התמוטט לא הגיוני להחזיק את האנשים בכוח.

בשנים האחרונות המצב יותר מורכב. הוא לא אידיאלי. פסקי דין של כפיית גט עדיין נדירים.

**פרופ' עמיחי רדזינר** הראה במאמרים שלו שיש קבוצה משמעותית בביה"ד הרבני [הדיין דיכובסקי וכו'], שבמקרים שבהם הקשר התמוטט הם כן מוכנים לתת פס"ד של חיוב גט, לפעמים הם **השתמשו בעילת המורדת** אבל עם נוכח אובייקטיבי. **ההתמוטטות תאמר שהמאסות היא לא גחמות אלא משהו שמעוגן במציאות**. **רובם לא ייתנו כפיית גט, אלא חיוב גט**. חיוב גט כן משתמשים בו היום לכל מיני אפשרויות. המצב לא נוראי כמו שהיה, אבל עדיין לא משביע רצון.

**רבנו ירוחם**- כאשר בן אדם לא באמת לא רוצה להתגרש, אלא מוכן להתגרש תמורת כסף -אז מחייבים גט.

**שיעור 18- 23/05/22**

בשיעור הקודם דיברנו על דיני גירושין בדינים הדתיים השונים. עכשיו נעבור למשפט האזרחי.

**דיני גירושין- המשפט האזרחי**

**חקיקה אזרחית**

החוק המקורי המרכזי שטיפל בעניין של דיני הגירושין הוא **חוק שיפוט בתי הדין הרבניים**- נתן לביה"ד הרבני את האפשרות לאכוף את פסה"ד לגירושין במקרים של כפיית גט. **החוק יוצר פרוצדורה שמאפשרת לכלוא סרבני גט, כשניתן פס"ד של כפייה**.

הטריגר להפעלת כפיית גט, אבל פסקי דין של כפיית גט הם מאוד נדירים, לכן החוק הזה לא פותר את הבעיה [אך זה החוק המקורי]. **הבעיה היא לא היעדר כלים אזרחיים לממש את הכליאה אלא העובדה שפסה"ד נדירים**. למרות המקרה המאוד נדיר של יחיא [למדנו בשיעור הקודם] ואדם נוסף עקשן מאוד בכלא שלא מוכן לתת גט, אלה מקרים מאוד נדירים. זה שלב שביה"ד לא מסדיר קביעת הגט ויש בעיה חמורה.

חוק נוסף ששיפר מעט את המצב הוא **חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין)**. בהתחלה הוא היה הוראת שעה, היום הוא חוק משנת 1995 [תשנ"ה]. החוק **מאפשר לעשות שימוש בהרחקות רבנו תם**. הזכרנו בשיעור הקודם שמצד אחד רבנו תם מאוד ביקר את המורדת ואת האפשרות לכפות גט רק בגלל שהבעלים מאוס, אך בה בעת רבנו תם ייצר מנגנונים חברתיים להפעלת לחץ על סרבני גט באותם מקרים שדיברנו עליהם שמסווגים כחיוב גט.

דיברנו על קטגוריה של חיוב גט, שבה ביה"ד הרבני לא כופה את הגט אבל אומר שיש חובה משפטית לתת את הגט. **רבנו תם יצר מנגנונים חברתיים של חרם** [שאולי זה עשוי להישמע מוזר אך בחיים בקהילה זה מאוד משמעותי שיעשו עלייך חרם]. זה לא כלי משמעותי באסכולה המשפטית הישראלית.

**סעיף 2 לחוק** זה **קובע מנגנונים משפטיים אזרחיים** שהם כן מאוד כואבים והם מבוססים על הטכניקה ההלכתית של החרם, אבל יש להם משמעות אזרחית משמעותית. **לדוגמה:** יציאה מהארץ, קבלת דרכון, חידוש רישיון נהיגה, התמנות למשרה, לקבל רישיון עו"ד, לפתוח חשבון בנק. **יש סדרה של סנקציות שמתאפשרות לביה"ד**. הטריגר הוא לא פסק דין של כפייה, אלא דרגה אחת מתחת שהוא פס"ד של חיוב גט.

כאן נכנס לתמונה מה שלמדנו בשיעור הקודם- **חלק מבתי הדין הרבניים היום מוכנים להרחיב יותר את הקטגוריה של חיוב יותר מבעבר**, לאמץ במפורש או במשתמע תפיסה שמזכירה תפיסה אזרחית. לאו דווקא שלכל אחד זכות להתגרש, אלא יותר **משהו פרקטי**= **אם זה הרוס, אין טעם לשמור את זה כאילו זה מתוקן**. **דומה לעילה של התמוטטות בלתי הפיכה של קשר**. חלק מהדיינים מוכנים להפעיל לוגיקה כזו. השילוב של הלוגיקה יחד עם החוק הזה נותן כלי משמעותי. אמנם זה לא פותר את כל הבעיות, אבל זה בהחלט כיוון משמעותי.

**סיכום**: 2 חוקים אזרחיים שבעצם נותנים כלים לבית הדין הרבני. אבל מתוך ה"יש" אפשר לראות מה "אין". הם בעצם נותנים כלים לבתי הדין הרבניים, אם ביה"ד הרבני יאות להשתמש בכלים האלה, אבל מאחר שראינו שביה"ד הרבני כמעט ולא משתמש בכלי של החיוב [תלוי בדיין הספציפי] אין בעצם חקיקה אזרחית שמייצרת סוג של גירושין אזרחיים. **בסופו של דבר הכל תלוי בהתנהלות של בתי הדין**.

**לגבי מוסלמים**- יש גם חקיקה אזרחית מעניינת. בדין המוסלמי אמרנו שהגירושים הם מאוד קלים. יכולים להיות חד צדדים. יש מאפיין נוסף בדין המוסלמי שתיאורטית לא צריך את הדין. **אפשר להגיד לאישה "תלכי" 3 פעמים וזה מספיק**. יש חוק אזרחי שכן מחייב ללכת לבי"ד= הגירושים אמנם יתבטלו **אבל זו עוולה נזיקית**. יש בקרה מסוימת במקרה של מוסלמים, כאשר אדם מגרש את אשתו ללא מעורבות של ביה"ד וללא אישור של ביה"ד השרעי.

**פסיקה אזרחית**

נראה שיש כמה סוגים של פסיקה אזרחית.

**האירוניה היא שהיינו מצפים שאם הביקורת על ביה"ד שהוא לא מספיק עוזר למסורבות הגט**, אז מה היינו מצפים שעיקר ההתערבות יהיה בצמצום היכולות של ביה"ד או לדרבן אותו להרחיב את הכלים? **היינו מצפים להרחיב**. עיקר הביקורת שלנו עד כה והמצוקה האזרחית שבתי הדין הדתיים לא מקבלים באופן גורף את המדיניות האזרחית, שכן רוצה לאפשר לאדם שרוצה להתגרש (כמעט תמיד) להתגרש.

על הרקע הזה, מאכזב שלפחות בעבר בג"ץ הלך לכיוון אחר. דווקא פסקי הדין המרכזיים שעסקו בנושא-המוקד שלהם היה תלונות של בעלים סרבניים על זה שביה"ד פועל נגדם באמצעות כלים שלא הוקנו לו בחוק.

**הדילמה**: סדרת פסקי הדין יש בהם דרמה שלא כתובה באמת וצריך לדעת לקרוא בין השורות. הדרמה היא בין 2 פרויקטים של ביהמ"ש העליון.

**פרויקט 1:** **לחנך את בית הדין שהוא עובד אצלנו, הוא לא עובד באופן עצמאי**. מה הכוונה? בביה"ד הרבני יש תודעה כפולה. **מצד אחד, מושג ביה"ד לא הומצא ע"י מדינת ישראל**. כל קהילות ישראל גם בגלות היו בתי דין ששפטו את העם. זה היה לפני מדינת ישראל וזה גם קיים במדינת ישראל שלא ע"י בתי הדין הממלכתיים. יש כל מיני קהילות חרדיות שיש להן בתי דין פרטיים למשל. בתי הדין האלה יש להם סמכות תורנית שנובעת מהמעמד התורני של הדיינים, מהעובדה שהקהילה מקבלת אותם עליהם. הם משמעותיים: עושים תקנות, פוסקים התדיינויות בין אנשים ספציפיים. בעבר, רק חרדים. לאחרונה גם ציונות דתית לפחות בדיני ממונות קמו בתי דין לממונות. לאחרונה גם הליברלים יש בתי דין לגיור. שורה תחתונה- **המושג "בית דין" לאו דווקא מושג מדינתי**.

**התודעה העצמית של הדיינים בביה"ד הרבני הממלכתי היא במודל היברידי**- זה שהם גם דיינים מהמדינה לא מוריד את המעמד שלהם מתוקף היותם דיינים מכובדים, מקובלים על קהילתם, בעלי ידע תורני. לכן, **בחוויה שלהם יש להם כובע כפול**. זה שהם דיינים מהמדינה זה לא במקום המעמד התורני והקהילתי שלהם, אלא זה בנוסף.

לכן, החל מקום המדינה היו פרקטיקות שכל מיני ארגונים דתיים, נניח ארגון דתי שהיה לו ריב עם מעביד, היו **פונים לבתי הדין הרבניים בתביעה, למרות שאין להם סמכות** לגבי דיני עבודה. אם העובד או המעביד לא היה רוצה להתדיין, לפעמים ביה"ד היה מוציא "**כתב סירוב**"= מושג דתי חברתי קהילתי שבו ביה"ד מודיע לקהילה שהאדם הזה מעדיף להתדיין בערכאות חילוניות ולא בבי"ד דתי. לפעמים, ביה"ד הדתי במצבים מסוימים לא רצה לכלוא את הבן אדם כי חשב שלפי ההלכה לא ניתן לכפות את הגט, אך היו לו **כלים הלכתיים אחרים** והשתמש בהם. אמנם חוק המדינה הוא בסדר [עוד מישהו שעוזר לי לאכוף חוקים ועובד בשבילי], אבל זה לא סותר את היכולת שלהם להשתמש בכלים הלכתיים נוספים ואפילו לדון בהסכמת הצדדים בנושאים מסוימים.

מול התודעה הכפולה הזו של ביה"ד, לביהמ"ש העליון יש פרויקט דרמטי לומר לביה"ד שיסתכלו בפתח שיש דגל ישראל ומנורה של המדינה. השומרים במימון המדינה. את פסקי הדין יממשו ההוצאה לפועל. את המשכורת של הדיינים המדינה מממנת. לכן **לא ניתן בבוקר להיות עובד מדינה ואחה"צ לעשות חלטורה כבורר בין שני אנשים בקהילה**. **אתה רק בית דין ממלכתי**. יש סדרה של פסקי דין שזה מעניין משפטית וסוציולוגית איך זה מתנגש- לא לתת כתב סירוב [דיני עבודה]; בעבר, ביה"ד היה בהסכמה דן בענייני רכוש של בני זוג- אבל החוק מזכיר כריכה לגבי רכוש. **פס"ד סימה אמיר** אמר שלא ניתן להיות בוררים. בית דין ממלכתי לא יכול לעשות מה שהוא רוצה. לחבוש 2 כובעים על הראש- בורר או בית דין ממלכתי. עשו איסור חמור.

כאשר ביה"ד ירצה עכשיו בנושא של גירושין לומר שהוא אמנם לא יכול לכפות את הגט לפי ההלכה אבל משתמש בכלים הלכתיים אחרים, אז בג"ץ יעצור אותו. זה עולה בצורה חזקה **בפס"ד גז** [זה מופיע גם בפס"ד מוקדם יותר **פס"ד רוזנצווייג**].

**פס"ד גז**- **רקע**: שני בעלים סרבני גט שברחו מהארץ. ביה"ד הרבני מפעיל כלפיהם סדרת סנקציות אגרסיביות, שקשורות להרחקות רבנו תם. למשל, ביוש באינטרנט. למשל, אחד מהם לומד בכולל אז ממליצים לכולל להעיף אותו. למשל, אומר לחברת קדישא לא לקבור אותו כאשר הוא ימות. עושה דברים אגרסיביים שלא מופיעים בחוק אבל יש להם בסיס הלכתי.

אדון גז והאדם השני שמפעילים נגדם את הסנקציות פונים לבג"ץ ושואלים מה זה צריך להיות? ביה"ד מפעיל כלים שאמנם יש להם מקור בהלכה, אבל הם מחוץ לסמכותו בעצם.

אם נהיה כנים- בג"ץ נחנק. מצד אחד, כל הפרויקט שלו לחנך את ביה"ד אמור להוביל אותו לקבל את העתירות האלה. ביה"ד עושה שימוש בכלים הלכתיים פולשניים מאוד, שאין להם עיגון בחוק. מצד שני, במשך שנים לביה"ד אין כלים של חיוב גט, רק כלי של כפיית גט. לא משתמש ברב פלאג'י ולא בהלכת המורדת ולא בהיתר נישואים [הפקעת נישואים]. את כל הכלים הרדיקליים ביה"ד לא עושה ובג"ץ מתפוצץ. אבל אין לו הרבה מה לעשות. הוא יכול לנסות להכריח אבל זה חסר משמעות. בג"ץ לא יכול לתת בעצמו את הגט, כאשר ביה"ד לא יכול לעשות דברים לפי ההלכה ולא יכיר בזה בכלל.

מצב מוזר. במשך שנים כעסנו על ביה"ד שהוא לא מספיק משתמש בכלים בתוך ההלכה [קולות משמעותיים בהלכה שמנסים, מאבק פנימי]. דווקא שביה"ד עושה מה שביהמ"ש רוצה שהוא יעשה, האם ביהמ"ש יעצור אותו? זו דילמה מאוד חזקה של בג"ץ. **זו הקריאה בין השורות**.

מתכנסים 7 שופטים כי מדובר ב-2 פסקי דין ביחד. מה לדעתכם יקרה? **חינוך בית הדין שהוא עובד אצלנו או לחנך את בית הדין לעזור למסורבות הגט?**

**הכרעה**:

חלק מהשופטים [חיות, דנציגר ונאור] הולכים לטובת הסיפור ה-1: עם כל האמפתיה למסורבות הגט, יש כלים בחוק **ולא יכולים להרשות לביה"ד לעשות דברים כנגד החוק**. הכי נחושים דנציגר ונאור. נאור הנשיאה וחיות היא המשנה. **חיות** עושה טריק- היא משמרת את הסיפור ה-1 ואומרת עקרונית אסור לכם לעשות את זה, אבל היא משתמשת בזה **שבבג"ץ יש כללי סף** [ידיים נקיות, שיהוי וכו']. היא אומרת שהם ברחו לחו"ל ולכן הם לא יכולים להשתמש במערכת הישראלית כשהם ברחו ולא שיתפו פעולה. לכן אם היא הייתה מקשיבה להם היא הייתה מקבלת את הטיעונים שלהם כי הם צודקים אבל היא לא מקשיבה להם. בסוף היא פוסקת נגדם, אבל מבחינה עקרונית היא הולכת עם הסיפור ה-1: עזרה לסרבנות גט לא תוכל לעזור. רוצים לחנך את בית הדין.

**בג"ץ רוזנצווייג**- מדובר על כלי הלכתי נוסף שנקרא "**מזונות הפחדה**". למדנו בשיעור על דיני מזונות עם הדס שהם על בסיס הצורך. אבל מה לגבי סנקציה כספית אם לא יתנו את הגט? יתנו **מזונות שלא על בסיס צורך, אלא כמו קנס**. זו בעיה כי זה עלול להפוך את הגט ל"גט מעושה". אבל במקרים שהם על גבול ההלכתי- שבדעה המקובלת בהלכה ניתן לכפות את הגט פיזית ויש עדיין חששות- אז יהיו דיינים שלא יעשו כפייה פיזית אבל יטילו סנקציה כספית. **כפייה כספית**.

ביה"ד הרבני תיאר את התנהגותו של הבעל והראה איך יש בסיס הלכתי ברור שמאפשר לעשות כפייה פיזית. ברגע האחרון אומר שיש דעות הפוכות ולכן חושש. עם זאת, הוא לא עושה כפייה פיזית אבל **מטיל מזונות גבוהים** שמכונים מזונות הפחדה.

אדון רוזנצווייג [איש רע מאוד, מתעלל באשתו] פונה לבג"ץ שיראה מה ביה"ד עושה. לפי החוק לא אמרו שמותר לתת מזונות הפחדה. **מותר לפסוק מזונות לפי דיני המזונות ע"פ הצורך או לכפות גט באמצעות כליאה בכלא**. כאן ביה"ד המציא כלי חדש.

בג"ץ עשה מהלך דומה. קבע שהאיש צודק ו**לביה"ד** **אין סמכות לעשות מזונות הפחדה אבל** **בג"ץ מיתמם ואומר שהוא לא משתכנע שמדובר במזונות הפחדה**. בג"ץ אומר שלאחר קריאת פסה"ד, ייתכן שלאישה הזו היו הרבה צרכים ואלה מזונות רגילים. הם גבוהים לאור הצרכים הרבים.

התפיסה של בג"ץ ב-"לאכול עוגה ולשמור אותה שלמה"- יש לה מחירים קשים.

**ההלכה שנשארה היא שאסור לעשות מזונות הפחדה**. אמנם בסופו של דבר לגב' רוזנצווייג הספציפית עזרו, אבל זה לא עוזר בטווחים הרחוקים. היה כאן כלי משפטי משמעותי. רוב סרבני הגט עושים זאת כי הם מנסים לסחוט את האישה במו"מ לגירושין. אם זה יעלה להם הרבה כסף= המוטיבציה תרד (ככל שהעלויות גבוהות יותר, יהיה תמריץ לא לסחוט). **לכן התוצאה הסופית של בג"ץ רוזנצווייג משנות ה-50 היא לא טובה**. התוצאה הנקודתית טובה אבל נקבע בהלכה שמעכשיו אין מזונות הפחדה. לכן זה כבר לא נלמד אפילו בקורס.

אם נחזור **לחיות** **בפס"ד גז**- חיות מצאה דרך להגיד לעצמה שהיא שמרה את ההלכה להגיד לביה"ד להתנהג יפה ועזרה לגברת המסוימת, אבל **בטווחים הרחוקים היא לא מאפשרת לביה"ד לפתח את הכלי**. אם הדעה הזו הייתה הרוב (אם היה מצטרף אליהם שופט 1 נוסף) הרי שהתוצאה הייתה שהסעדים של הביוש היו נכחדים.

קורית תופעה מעניינת. נאור, חיות ודנציגר נשארים במיעוט. **השופטים הדתיים הנדל ורובינשטיין מצליחים לגייס לצידם את השופטים עמית ושוהם**. נוצר רוב דחוק של 4 נגד 3 **שדוחה את העתירה**.

**שופטי הרוב**: הטענה הפורמלית של שופטי הרוב היא ש**לא הייתה פה חריגה מסמכות ביה"ד, כי בסך הכל הוא המליץ**. **לדוגמה:** אם לא היו מעיפים את האיש מהכולל, אז לא היו מוציאים צו נגד הכולל. זו בסך הכל המלצה. כנ"ל גם כאשר ביה"ד מוציא כתב סירוב נגד מישהו הוא בסך הכל יוצר לחץ חברתי.

בקריאת פסקי הדין רואים שמה שבאמת קורה- השופט עמית והשופט שוהם מוכנים לוותר על הפרויקט של בג"ץ "לחנך" את ביה"ד והם רואים בעיניים את המצוקה של מסורבות הגט. השופט עמית בפסקי דין אחרים באוביטר כועס על ביה"ד שהוא לא מספיק מפעיל כלים להלכה. אבל לא הגיוני שהוא שכעס על ביה"ד שלא הולך לפי ההלכה **בזמן אמת כשביה"ד מוצא יצירתיות בהלכה הוא יבלום אותו**. דעת הרוב מאפשרת לביה"ד או מעלימה עין.

**פרופ' ליפשיץ** כתב מאמר על פסה"ד והוא ניתח את העמדות של **רובינשטיין והנדל**, מובילי דעת הרוב. רובינשטיין המציא את הטריק שזו "המלצה" ורואים את האמפתיה שלו למסורבות הגט. אצל השופטים האלה יש נדבך הפוך- **רובינשטיין** נותן בפסה"ד מסע היסטורי על האתוס היהודי במאבק כנגד עגונות. הוא מראה איך לאורך השנים גם ברמה הפרטנית דיינים עשו כל מאמץ כדי למצוא בהלכה פתרונות לעגונות וגם ברמה היותר רוחבית, איך כל הזמן יש ניסיון למצוא דרכים יצירתיות. **תפיסה מעניינת של רובינשטיין שהיא התפיסה הממלכתית**- תפיסת "אחד העם" מאוד חזקה ["מדינת היהדות" לעומת הרצל "מדינת היהודים"]. לפי **תפיסה של "מדינת היהדות"**= זה המקום שצריך לפתח את עליית היהודים והיהדות. צריך לפתח את העברית. לכן, רובינשטיין בהשפעה חזקה של תפיסה זו אומר ש**ביה"ד הוא הגורם שצריך להמשיך את המסורת היהודית של פיתוח כלים הלכתיים להתמודדות עם עגינות וסרבנות הגט**. אין מישהו אחר שיכול לעשות את זה, אפילו בעולם. אין היום בי"ד בעולם שאם יחליט לפתח כלי כזה, מדינה תוכל לומר שאפשר להכריח לתת גט. בעולם גירושים הם עניין אזרחי. דווקא כי ביה"ד הוא ממלכתי, צריך לתת לו כוחות וסמכויות כדי שימשיך את הפרויקט של פיתוח ההלכה ולא לבלום אותו.

אצל רובינשטיין זה בא לידי ביטוי בעוד סוגייה שלמדנו- האם למדינת ישראל יש סמכות לתפוס סרבן גט שחי בחו"ל שמגיע פתאם לארץ? בעבר החוק לא אפשר את זה. אבל רובינשטיין ולפניו השופט אלון [מתוך אותו אתוס] טענו שכן ועשו **פרשנות מאוד מרחיבה לביטוי "בישראל" בחוק**. דווקא הטיעון של הרצל: ישראל כמדינת היהודים. **עבור יהודים מדינת ישראל היא המקום היחיד בעולם שיכול לעזור ליהודית מסורבת גט**. במדינת המוצא יאמרו לה שהיא גרושה מבחינתם. נניח, הם יהודים לא ישראליים- התחתנו בנישואים אזרחיים ודתיים. התגרשו בגירושים אזרחיים והבעל לא מוכן להתגרש מבחינה דתית. מבחינת מדינת המוצא הם גרושים. רובינשטיין אומר מי יכול לעזור ליהודים בנושא הזה? רק אנחנו (הוא היה בעניין הזה דעת מיעוט). היום שינו את סמכויות בית הדין בחוק כדי שיוכל לעסוק בנושאים האלה- עשו את זה בהוראת שעה.

**רובינשטיין**-התמודדות עם גירושין זה פרויקט יהודי עולמי ורק ביה"ד הממלכתי יכול לעשות את זה ולכן צריך לתת לו גב.

**הנדל** מגיע לאותה תוצאה בדרך אחרת. הוא **מתייחס לקהילתיות ולפיזור של עם ישראל לא כתקלה, אלא כפיצ'ר**. העובדה שעם ישראל מפוזר הוא באג לפי רובינשטיין ולכן צריך לתת לביה"ד הרבני את הכוח כדי שיחזק אותו. לדעת הנדל, הפוך. אחד הפיצ'רים: להלכה היהודית יש יסודות ראשונים שנכונים לכולם ויש יסודות קהילתיים שכל קהילה קובעת לעצמה.

**הרחקות רבנו תם זה באמת המלצה**. אמנם אמרנו שלהגיד "המלצה ולא חובה" זה סוג של טריק להעלים עין. הנדל אומר שההרחקות האלה משמעותן להגיד לאותו אדם אנחנו בקהילה לא מסוגלים לחיות עם אדם כמוך שמתנהל ככה. הרחקות רבנו תם אומרים "בקהילה שלנו לא מתנהגים כך". אם אתה רוצה תלך לקהילה אחרת. מזהירים שכך האדם הזה מתנהג כדי שקהילות אחרות יחשבו אם הן רוצות לקבל אותו אליהן. כלומר, אין פה כפייה פיזית אלא **מדגיש את האופי הקהילתי של המשפט העברי**.

במאמר של ליפשיץ בו הוא השווה בין שניהם, הוא הראה את ההבדל ביניהם בצורה בוטה יותר לגבי **הגיור**. **פס"ד רוגוצ'ובה** שעסק בשאלה האם מדינת ישראל צריכה להכיר בגיור פרטי [לא של בי"ד ממלכתי] שנעשה בישראל? במקרה הזה מדובר **בבי"ד חרדי פרטי לגיור**. **כל השופטים החילוניים** הלכו על קו שאומר "גיור" בחוק השבות זה לא מושג דתי. בחוק שיפוט נישואים וגירושים גיור זה מושג דתי ולכן זה ע"פ ההלכה. בפסה"ד חוק השבות הוא חוק אזרחי, כל עוד לא כתוב בחוק במפורש לפי ההלכה, הרי שניתן לערוך גיור אחר [קונסרבטיבי, רפורמי וכו']. **לעומת זאת**, **הנדל** מצטרף לדעת הרוב בתוצאה אבל **מפתח את הגישה הקהילתית** שלו. **גיור מאז ומעולם היה מפוזר**. [מישהו אחר אומר שזו תקלה- לא היה סנהדרין וכו']. הנדל חוגג את הפיזור- יש בית הלל ובית שמאי. ההבדלים האלה היו כל השנים. מחד, דוחה את העמדה ש"גיור" זה לא מושג דתי. לא ניתן להתעלם מהשורשים הדתיים של המושג "גיור" בחוק השבות. מצד שני, זה לא חייב להיות דווקא רבנות. הוא נותן קריטריונים לבתי דין שיש להם הכרה קהילתית ויכולים לעשות.

**רובינשטיין** מתפחלץ- זה פסה"ד האחרון שלו. הגיור בישראל צריך להיות גיור אורתודוקסי אבל מתון ומסביר פנים, הרפורמים והקונסרבטיבים יהיו מעורבים בתהליך. אבל מצד שני, גם לרפורמים והקונסרבטיבים יש אינטרס שזה יהיה גיור הלכתי. לא יעזור להם שיכירו בגיור שלהם לצורך חוק השבות ויקבלו אותם לארץ. אך כאשר הם באים להתחתן הגיור לא מוכר. בג"ץ לא יתערב כי מי שקובע בענייני נישואים וגירושים זה ההלכה. הם לא צריכים להתעקש שיכירו בגיור שלהם, כי יש להם בכל מקרה את סעיף הנכד והבן זוג לפי חוק השבות. הוא נותן צ'אנס נוסף לממשלה להסדיר את החוק הזה בצורה מוסכמת. רואים שזה נראה לו נורא שמושג כמו "גיור" לצורך חוק השבות יהיה מושג מבוזר.

ראינו 2 תפיסות עולם בגירושין וגם בגיור:

* **רובינשטיין**: חיזוק ביה"ד הרבני בשל הממלכתיות שלו.
* **הנדל**: צריך לתת כוח לכללים קהילתיים במשפט העברי בגלל הקהילתיות.
* מולם **דנציגר**, **נאור** ו**חיות** שממשיכים את הפרויקט הישן והטוב להחליש את ביה"ד ולהראות לו שהוא עובד אצלנו (אצל ביהמ"ש, בג"ץ).

**פס"ד גז** מדבר בכמה קולות. השופטים **דנציגר ונאור** הולכים בקו האזרחי חילוני שהם רוצים לחנך את ביה"ד תוך תשלום המחיר שהאישה תישאר עגונה. **חיות** הולכת בקו שלהם אבל בשביל לעזור לאישה היא אומרת שיש בעיה של זכות עמידה או ידיים נקיות [תנאי סף]. **שוהם ועמית** מוכנים להעלים עין מהפרויקט של חינוך ביה"ד בשל המצוקות האנושיות של מסורבות הגט במקרה הקונקרטי. **רובינשטיין**- מוכן להעלים עין משום שלביה"ד הממלכתי צריך לתת כוח לפתח כלים מעבר לחוק כמייצג פרויקט יהודי של מלחמה בסרבנות גט. **הנדל**- צריך לקחת ברצינות את הנושא שזה המלצה כי זה בסה"כ סעד קהילתי. בסך הכל 7 שופטים. נגמר 5 נגד 2 בתוצאה אבל לכל אחד תפיסת עולם אחרת.

חזרה לסיפור שלנו- ראינו מפס"ד רוזנצווייג וגם פס"ד גז [פלוני נ' ביה"ד הרבני בירושלים] **שתפקיד חשוב של בג"ץ הוא "לא להפריע"**. אם הפרויקט של מלחמה בסרבנות גט הוא חשוב, אז למדנו שיש לבג"ץ פיתוי גדול להפריע. לדעת ליפשיץ, היה עדיף שלא יפריעו.

**האם בג"ץ יכול לעזור?**

**בג"ץ רפאלי נ' רפאלי**- מקרה של בעל אלים ובוגד, עד כדי כך שביה"ד האזורי מחייב את הבעל לתת לאישה גט. [דיברנו על 4 קטגוריות- ביה"ד האזורי הלך על חובה].

הבעל מגיש ערעור לביה"ד הארצי והוא מקבל את הערעור שלו- מבטל את פסה"ד שמחייב אותו לתת גט. מכל מיני סיבות הלכתיות הוא אומר שלא הייתה הוכחה מספיק חזקה לבגידות והאלימות שלו. גם אם כן, יש פרוצדורה הלכתית שצריך להתרות אותו לפני חיוב ופה לא התריעו. קטגוריה רכה של מאבק בסרבנות גט- אומר **רצוי שייתן**.

האישה פונה לבג"ץ בבקשה לבטל את פסה"ד של ביה"ד הארצי ולהחזיר את פסה"ד האזורי. אבל למדנו שבג"ץ הוא לא ערכאת ערעור על ביה"ד הארצי הגבוה. לבג"ץ מותר להתערב רק בעילות מאוד מסוימות- פעולה בחוסר סמכות, חריגה מכללי הצדק הטבעי ולאור הלכת בבלי כשביה"ד בנושאים אזרחיים לא מפעיל משפט אזרחי. מה שבפועל **מבקשים מבג"ץ** הוא **להפוך להיות ערכאה ערעור בדין מהותי דתי**. [הטענה: ביה"ד האזורי כתב פס"ד משכנע, מה פתאם ביטלת אותו].

**שופטי הרוב** אומרים "התבלבלתם". ביה"ד פסק במסגרת סמכותו, כך הוא מפרש את הדין הדתי. אין מה לעשות. לעומת זאת, **השופט חשין** מאוד כועס ונוקט בשיטה של "תחזיקו אותי". הוא לא בטוח כי אולי הייתה בעיית הוכחה [עניין ראייתי] אבל **אם הייתה מוכחת הבגידה והאלימות, לא הגיוני שכאשר יש לביה"ד אפשרות לעשות שימוש בכלים הלכתיים הוא לא יעשה זאת**. אבל לא ברור מה חשין היה עושה בדיוק. האם הוא היה מורה לביה"ד לחשוב שוב ולכלוא אותו?

**הלכת בבלי**- חלק מהדיינים עיגנו אותה בהלכה. אבל מי שלא חשב שהיא חלק מההלכה לא קיים אותה, וזה עוד בדיני ממונות.

האם נדמיין דיין שלומד סוגיה מסוימת ואומר שאסור לכפות גט ואם יכפו מבחינתו זה גט מעושה (שלא לפי ההלכה), אך בג"ץ יאמר שהוא גם למד את הסוגייה ולדעתו אפשר לכפות? מה יעשה ביה"ד? הרי אם יוציאו גט בכפייה זה גט מעושה והאישה עדיין תישאר נשואה. מה האופציה האחרת? שבג"ץ יוציא את הגט? הרי זה לא יעזור לה. הוא לא שווה הרבה.

מקריאת פסה"ד מבינים כמה פתטי כל הסיפור. עדיף לא להפריע כמו במקרים הראשונים. בנוסף, היכולת של בג"ץ באופן ישיר לעזור מאוד מוגבלת במקרים האלה, משום שאין לו יכולת אמיתית להתערב. **חשין לא סתם נשאר בדעת מיעוט באוביטר** ["בפעם הבאה תראה מה אעשה לך"].

**2 אפיקי פעולה של בג"ץ**:

1. להשתדל לא להפריע. [רוזנצווייג לא כ"כ הצליח. גז הצליח].
2. לאיים שהוא יתערב. אך אין לאפיק הזה ביסוס אזרחי. אפילו פס"ד בבלי לא הרשה לבג"ץ להתערב לביה"ד בנושא שהוא דין דתי מהותי. **פס"ד אקנין**- עסק בשאלה האם אפשר להכריח את ביה"ד הדתי לקבל את הפרשנות האזרחית לדין הדתי לגבי המדור. דעת הרוב- אמרה לא. דעת המיעוט של חשין- אמרה כן.

**מה כן אפשר לעשות?** זה לא רק "לא להפריע" כמו בפס"ד גז ורוזנצווייג, ו"להתלהם" כמו ברפאלי. יש כמה כיוונים:

1. **שימוש בדיני המזונות למאבק בסרבנות גט**-
2. **מזונות מעוכבת**- הבעל חייב במזונות אשתו לפי הצרכים שלה, אבל מקזזים מהמזונות את מעשה הידיים שלה [משכורת]. אם היא מרוויחה יותר מאשר הצרכים היא יכולה לומר שהיא מסתדרת ללא המזונות. המזונות זה אופציה של האישה [לא חייבת]. יש לזה חריג והוא "מזונות מעוכבת".

יש מקרים בהם פס"ד של חיוב גט כן ישפיע. **לדוגמה:** הרחקות רבנו תם [הטריגר הוא החיוב ולא הכפייה].

**דוגמה שנייה:** **מזונות מעוכבת- אם הבעל חייב לתת גט ולא נותן [הוא מסרב], הוא ממשיך להיות חייב במזונות אבל הוא מפסיק להיות זכאי למשכורת שלה**. אם מדובר על זוג עם צרכים גבוהים [10 אלף] ויש משכורת יחסית גבוהה לאישה [8000] אז מזונות 2000, אם הוא סרבן גט הוא ישלם 10 אלף. יש לו **תמריץ גבוה לתת גט**. סרבני גט אנשים רציונליים- דרך הסרבנות הם מבקשים להשיג הישגים כלכליים במשא ומתן לגירושין. אם הוא יצטרך לשלם 10 אלף ₪ כל חודש זה תמריץ חזק מבחינתו להסכים.

**איך זה קשור למשפט האזרחי? גירושין** זו סמכות ייחודית של ביה"ד. לעומת זאת, **מזונות** יכול להיות ביה"ד או ביהמ"ש תלוי איפה הוגשה התביעה קודם. **ברוב פסקי הדין בתי המשפט לא הפעילו לבד את סיפור המעוכבת אלא אם כן ביה"ד הרבני פסק באופן מפורש חיוב** **גט**. רק אז ביהמ"ש הפעיל את עילת ה"מעוכבת".

**דוגמה**: **נוני נ' נוני**- ביה"ד הרבני לא אמר במפורש "אתה חייב לתת גט". זו קטגוריה של **מצווה**. אמר להם תנהלו משא ומתן בשביל להתגרש. **ביהמ"ש האזרחי נתן פרשנות מרחיבה למה שעשה ביה"ד** **והפעיל את המכניזם של מזונות מעוכבת**. פירש כאילו נתנו פס"ד לחיוב גט.

**פרופ' שיפמן** בספרו מדרבן את בתי המשפט לעשות צעד נוסף. **אינצידנטלי**- כשיש פס"ד על מזונות וביה"ד לא הספיק לדון על גירושין, לצורך המזונות אתם צריכים להחליט האם הבעל חייב לתת גט. אם ביה"ד כבר דן ודחה לא ניתן לעשות כי יש מעשה בית דין. אבל אם לא דנו- לצורך דיני מזונות אל תחכו לביה"ד. תבדקו את ההלכה האם יש חיוב גט [באוריינטציה ליברלית]. אם יש סיבה לגרש תפעילו את המכניזם של מזונות מעוכבת.

-לא מכירים בימ"ש שעשה את המהלך הזה, אבל זה מהלך מעניין ששיפמן מציע.

**לסיכום**: בין 2 הקצוות- מצד אחד לא להפריע [גז, רוזנצווייג] לבין צד שני לא להתלהם [רפאלי]. ראינו מהלך מסוים שבימ"ש אזרחי יכול לדחוף לטובת מסורבת הגט והיא הלכת המעוכבת- [**גרסה רכה** של פס"ד נוני- פרשנות מרחיבה] או **גישה רדיקלית** [פרופ' שיפמן- באופן אינצידנטלי תדון בנושא ותקבע לצורך המזונות האם היה או לא היה חיוב גט].

**מעוכבת**= מי שהבעל מעכב את מתן הגט שלה. -הבעל חייב לגרש אותה ולא גירש.

1. **שימוש בעיקרון תום הלב**-

הרעיון של מעוכבת היה צריך לפעול לגבי מסורבות גט. אבל הדברים מתהפכים. יעבדו לטובת גברים מסורבי גט.

**בע"מ 3151/14** [פס"ד מזונות משקמים]- בני זוג שחיים בפירוד זמן ממושך. הבעל עזב את הדירה. ביה"ד הגיע למסקנה שכנראה שלום בית לא ייצא. אבל חרם דרבנו גרשום אומר שלא ניתן לגרש אישה בעל כורחה. **האישה מתנהגת לפי כל הכללים**- לא מוכנה לתת גט ולא המשיכה עם גבר אחר וכו'. **ביה"ד דוחה את תביעת הגירושין** של הבעל ואומר שאין עילת גירושין. אמנם חיים בפירוד, אבל זה בגלל שהבעל עזב את הבית.

**האישה תובעת מזונות בביהמ"ש** [עשתה טעות שלא תבעה בביה"ד]. בביהמ"ש אומר השופט למשפחה, שהם חיים בפירוד הרבה זמן ולא הגיוני שבגלל שהיא מסרבת להתגרש היא תקבל מזונות לנצח. הרי מזונות בישראל הם עד הגט. **השופט האזרחי עושה מהלך יצירתי הפוך** ממה שדיברנו [להגיד שהבעל חייב לגרש ולכן נותנים מזונות גבוהים]. דרך עיקרון תום הלב אומר ביהמ"ש האזרחי **שיש להפעיל עיקרון תו"ל אזרחי על הדין הדתי**, לכן למרות שלפי הדין הדתי היא לא חייבת לתת גט, מבחינה אזרחית סרבנות הגט שלה היא חוסר תו"ל ולא תקבל מזונות [או שקוצב בזמן לחצי שנה של קבלת מזונות וזהו]. האישה מגישה ערעור למחוזי שנדחה וזה מגיע לעליון.

**ביהמ"ש העליון 3 שופטים** ו-3 דעות. טענת האישה- ביהמ"ש פלש בצורה בוטה לסמכות ביד"ר. זה כלי של שימוש בדיני המזונות תוך מאבק בסרבנות גט. [מזונות מעוכבת= רוצים לתת מזונות גבוהים כנגד סרבן גט; שימוש בעיקרון תו"ל= כדי להפסיק מזונות לסרבנית גט].

האישה אומרת מה פתאם חוסר תו"ל. לפי הדין הדתי היא לא אמורה לתת גט. למה שביהמ"ש יתערב לביה"ד בעבודה שלו? **מי שקובע את דיני הגירושין זה הדין הדתי כפי שהוא מפורש בביד"ר**.

השופט רובינשטיין [דתי, חיזוק בתי הדין] והשופטת ברק-ארז [ליברלית, פמיניסטית-חילונית]. לכאורה רובינשטיין אמור להיות אפתי לטענה הזו ואילו השופטת ברק-ארז לא אמורה להתלהב מאוטונומיה לביה"ד. אבל זה מתהפך.

**השופטת ברק-ארז** עושה פס"ד לא אקטיביסטי. **לפי החוק דיני גירושין זו סמכות ייחודית של בתי הדין**. זה דין דתי. מכוח מה תתערב להם בעבודה? 2 פאולים=התמודדות עם הדין והתמודדות עם הדיין. מתערב לביד"ר בענייני גירושין ומתערב לדין הדתי שחלק ממנו זה חרם דרבנו גרשום שאומר בדיוק את זה [הרעיון שאישה כזו לא ניתן לגרש בלי סיבה. הם פרודים כי הגבר עזב אותה. האישה מתנהגת לפי הכללים].

לעומת זאת, **השופט רובינשטיין והשופט זילברטל** דוחים את דבריה של דפנה ברק-ארז. הם אומרים שנכון שדיני גירושים הם בדין הדתי, אבל **עוסקים במזונות והם בסמכות ביהמ"ש**. מזונות בביהמ"ש מקבלים צבע אזרחי וכפופים לעקרון תו"ל. אין בעיה עקרונית שבימ"ש אזרחי כשהוא מפרש את הדין הדתי יפרש אותו לאור עקרונות אזרחיים וביניהם עקרון תו"ל. לכאורה הם אמורים להשאיר את פסה"ד של ביד"ר על כנו. אבל יש פיצול ביניהם.

**רובינשטיין** מקבל את העיקרון שניתן להפעיל את עקרון תו"ל כחסם לדיני המזונות אבל גם יישום קונקרטי שאומר **שסרבנות גט של אישה במצבים של פירוד ממושך זה חוסר תו"ל**.

**ליפשיץ** במאמרו "ברצוני להתגרש ומדי! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" ניסה לחשוב כיצד יש לעצב מבחינה אזרחית את דיני הגירושין. במרבית המאמר הוא מסביר מדוע הרעיון של גירושין ללא אשמה הוא רעיון נכון- אי אפשר להחזיק אנשים בכוח. אבל הוא תמך גם בכמה סייגים. "ברצוני להתגרש ומיד"- זה לא יכול להיות מיד. גם בעולם אזרחי צריך **לתת תקופת התאוששות**, **כבוד למוסד הנישואין**. **דומה לרב פלאג'י**. בנוסף, צריך לתת השהייה כדי **להתחשב בילדים**- לא למנוע גירושין אלא להתאים לקצב ההתפתחות של הילדים.

בנוסף, הראה **ביקורת פמיניסטית על דיני הגירושים המודרניים**- בניגוד לאינטואיציה שדיני הגירושים המודרניים הם פמיניסטים ועוזרים לנשים, יש מחקרים שמראים איך דווקא בקליפורניה שהייתה הבירה של דיני הגירושים הליברליים רמת החיים הכלכלית של נשים בעקבות גירושין ירדה באופן דרמטי. הסיבה: בישראל- מדברים על סרבן גט כגבר סחטן [יכול להיות סחטן כי הוא יכול להתחתן מחדש]. **אבל בארה"ב ואירופה מי שהיו סרבניות ישנות היו נשים שהיו תלויות כלכלית בבעל**. אמרו לו שהן לא מוכנות להתגרש אלא אם כן תפצה אותנו. **בשיטה הישנה שדרשה הסכמה כתנאי לגירושין- הייתה גלומה הגנה על אישה תלויה כלכלית**. ביקשה פיצוי כי חלוקת רכוש לא מספיקה- הרכוש המרכזי שנצבר בנישואים הוא היכולת להמשיך לעבוד ובזה לא מתחלקים אחרי הגט.

**ליפשיץ קיבל את הביקורת הזו באופן חלקי**- לא לגיטימי לאישה לומר שהיא לא מוכנה להתגרש [עם כל האמפתיה]. מה הטיעון כן מראה? בעולם שבו הגירושים הם קלים, כלומר ביוזמה חד צדדית, חייבים למצוא פתרון כלכלי לאישה שהייתה תלויה כלכלית בבעל ונשארה בלי המשכורת [הבעל נשאר עם המשכורת]. בעולם אידיאלי אין סיבה מוצדקת לאישה למנוע את הגט, אבל חייבים להבטיח לה תמיכה כלכלית כי חלוקת הרכוש הטכנית לא כוללת את הפערים במשכורת שנשארים אחרי הנישואים ובמיוחד שהילדים גדלים ואין מזונות ילדים.

**אם היו מקבלים את מסקנות המאמר** שלו היו אומרים לאישה שהיא חסרת תו"ל ולא יתנו מזונות אישה, אבל יתנו כלי אלטרנטיבי- למשל **מזונות אחרי גט**. אין לך זכות למנוע ממנו להתחתן מחדש, אבל יש לך זכות לומר שיש לך הגנה כלכלית. עובדות המקרה: הגבר מקבל משכורת עם הרבה כסף. כשהוא יצא לפנסיה הם יתחלקו בפנסיה. אבל יש 12 שנים עד הפנסיה בהן היא לא מקבלת את המשכורת. נשאר לה רק מזונות אישה ולא יהיה לה ממה להתקיים עד הפנסיה אם היא תתגרש. **בעולם אידיאלי= לא מרשים למנוע גט וייתנו סוג של מזונות משקמים אחרי הגט**.

**השופט זילברטל** – השופט מצטט את המאמר של ליפשיץ ואומר למה היא חסרת תו"ל? כרגע החוק בישראל הוא הדין הדתי שאומר שיש לה זכות לא להתגרש ויש לה זכות לקבל מזונות אישה עד הגט. זה לא חוסר תו"ל מצד האישה לסרב להתגרש, כי הרי ברגע שהיא מתגרשת ב-12 שנים עד שהיא תהיה זכאית לפנסיה התקציבית של הבעל היא לא תקבל מהמשכורת שלו. אין לה ממה לחיות. **הוא מצטרף לברק-ארז בנימוק הפוך**.

* ברק-ארז: אי אפשר להתערב לביה"ד ולהלביש משפט אזרחי על דין דתי.
* רובינשטיין: אפשר להלביש משפט אזרחי על דין דתי [עקרון תו"ל].
* זילברטל: אפשר להפעיל משפט אזרחי ועקרון תו"ל על דין דתי, אבל במקרה הזה היא לא חסרת תו"ל.
* לדעת ליפשיץ זילברטל צודק.

**המקרה הזה יציף לנו את שאלת המלחמה בסרבנות הגט ושאלת הסימטריה**. שאלת סרבנות גט מזוהה עם "ארגוני נשים" אבל זה התהפך- יש גם ז'אנר של נשים סרבניות. **האם זה סימטרי?** במקרה הזה לא סימטרי- **היא לא מסרבת להתגרש מסיבות של סחטנות אלא מסיבה של הגנה לגיטימית**.

**מה היה צריך לעשות פה?** דפנה ברק-ארז באוביטר בפסה"ד אומרת שהמשפט הישראלי צריך לפתח את הכלי של מזונות משקמים [כמו בחו"ל].

לדעת ליפשיץ, היה צריך לשדך בין האוביטר של ברק-ארז לבין הרציו של זילברטל. שופט חכם היה אומר שצריך לפסוק מזונות משקמים **אחרי** הגט. לפני הגט היא לא תקבל כלום. אם היא מסרבת להתגרש כי היא לא רוצה לתת לו להתחתן עם אישה אחרת- זה טיעון רגשי ולא ניתן לקבל בעולם ליברלי. אבל אם היא אומרת שהיא מוכנה להתגרש אבל חייבת הגנה כלכלית, אז זה יתאפשר באמצעות מזונות משקמים.

* התוצאה הראויה= לשדך בין הרציו של זילברטל לבין האוביטר של דפנה-ברק.
* התוצאה בפסה"ד= היא מקבלת מזונות ויכולה להמשיך לעגן אותו.

\***אם משנים את העובדות ויש לה כסף**= זה משנה את התוצאה. האם זו סחיטה?

**בעולם אידיאלי** לא צריכה להיות אפשרות למנוע גירושין בגלל סיבות כספיות, אבל צריך להיות כלי כלכלי אחר שמאפשר להתגרש ולקבל מה שמגיע לך. אבל כרגע המשפט הישראלי כולל דיני גירושין דתיים ודיני מזונות דתיים. ההגנה הכלכלית שניתנת לאישה שתלויה בבעלה במשפט הישראלי= דיני מזונות אישה, לפיהם אם היא מתגרשת היא לא מקבלת אותם יותר. זה **מה שהחוק נותן לה= שילוב של חרם דרבנו גרשום עם מזונות דתיים.** **לכן זה לא חוסר תו"ל להשתמש בזה**. בניגוד לסחטנות בעל= אומר לאישה לא אתן לך גט, אלא אם כן תוותרי על מה שהחוק נותן לך [חצי מהרכוש].

**ליפשיץ**: **מציע להפעיל עקרונות אזרחיים על דין דתי באופן מכוונן**. עמדת המוצא: סרבנות גט לא בסדר. אבל, אם המערכת לא נתנה כלי ואתה משחק בכלים הקיימים: זה לגיטימי.

**אפשרות 1:** הדין בארץ הוא הדין הדתי ואני לא מתערב [דפנה ברק ארז אומרת זאת בגלוי, למרות שיש סיבות סמויות כי היא פמיניסטית וזה לטובת האישה במקרה הזה].

**אפשרות 2**: מכפיף את הדין הדתי לאמות מידה אזרחיות. אין ברירה אלא לבדוק מהן אמות המידה האזרחיות. זכותו של אדם להתגרש ויש נסיבות מסוימות לעיכוב או למנוע גירושין. למשל: ניתן למנוע אם כחלק מדיני הנישואים יש הגנה כלכלית. סיבה לא לגיטימית למנוע- היא שלא מוכנים להתגרש מהבן אדם הזה.

**פסה"ד מחדד 3 עמדות לגיטימיות**: 1) הדין בארץ הוא הדין הדתי ולא מתערבים [**ברק-ארז**]. 2)הכפפת הדין הדתי לאמות מידה אזרחיות- א) סרבנות גט לעולם פסולה- לא משנה מאיזה סיבות [**רובינשטיין**]. ב) סרבנות גט יכולה להיות לגיטימית במצבים נדירים מסוימים: עיכוב לטובת ילדים / לטובת התאוששות / מסיבות כלכליות כאשר המדינה לא נותנת תחליף אחר [**ליפשיץ**]. -**לא נאמר על אוטומט שהסרבן הוא רע**. נבחן את נסיבות הסרבנות.

1. **תביעות נזיקין**- נשים מסורבות גט התחילו להגיש תביעות נזיקין לבימ"ש למשפחה כנגד הבעלים הסרבנים. תבעו רשלנות, כליאה, תקיפה וכו'. **ביקשו לומר שסרבנות גט היא עוולה נזיקית**. הבעל יאמר שמי שצריך לדון בנושא הגירושין הוא ביד"ר ולכן כל עוד הוא לא קבע שחייב לגרש אין מה לדון בעוולה שלא נתן גט.

**היו כמה גישות של מלומדים ובפסיקה**- היו גישות שאמרו שזה לא בסדר. **בתי הדין הדתיים** גם אמרו שאם תהיה תביעה נזיקית נגד הבעל הם לא יוכלו לסדר את הגט גם אם יסכים כי אולי הוא נותן את הגט רק בשל האיום והגט יהפוך להיות **גט מעושה**. מצד אחד, הם אמרו לאישה להוריד את תביעת הנזיקין אחרת לא ידונו. מצד שני, זה כן הגביר את המוטיבציה שלהם נגד הבעל.

**בתי המשפט האזרחיים**- חלקם אמרו שהם מוכנים לדון בזה אבל **רק אחרי שיהיה פס"ד לחיוב גירושין**. חיוב גט הוא יותר משמעותי. את הסטנדרט יצטרך לקבוע ביה"ד, אבל ברגע שביה"ד קבע אותו אנחנו ניתן את הכלי הנזיקי כי זו תביעה אזרחית. **מנגד**, היו אחרים שאמרו לא. יש לנו אמות מידה אזרחיות והן לאו דווקא הדין הדתי. התייחסו לסיטואציה כעוולה של תקיפה או כליאה- גם אם אתם בפירוד של שנתיים-שלוש זה תקיפה שאתה לא נותן לאישה ללכת. היו שופטים שהרחיבו מאוד לכיוונים כאלה, במיוחד **בספרות הפמיניסטית**.

**הייתה גישת אמצע**- הטריגר הוא פס"ד של חיוב גט. אבל ברגע שהוא ניתן- **ניתן לתבוע את המזונות לא מרגע החיוב אלא מרגע הגשת התביעה**. חיוב גט מעיד במפרע שהתנהגת לא בסדר.

תביעות הנזיקין הומצאו למען נשים, אבל בפועל גברים מסורבי גט גילו את הכלי הזה ויש יותר תביעות כאלה מצד גברים כנגד נשים סרבניות [לא סחטניות, אלא נשים שבמצוקה כלכלית]. נוצרת דינמיקה מעניינת. **מתעוררת השאלה עד כמה זה צריך להיות סימטרי**. דעות: סרבנות גט תמיד לא לגיטימית מול לבחון את נסיבות הסרבנות.

**באופן מעשי, התביעות האלה הן כלי להשגת הגט**. נוצר חוב כספי לבעל, הבעל מסכים לגט והאישה מוותרת [זה שווה לה].

**שיעור 19- 31/05/22**

**יחסי רכוש בין בני זוג**

היום מתחילים נושא חדש, שמתעורר בעיקר בזמן הגירושין= **התוצאות הכלכליות של הגירושין**. אנחנו נגלה שזה **מתעורר גם במוות** [הזוגות ששורדים ולא מתגרשים- יחסי רכוש ישפיעו על מה יש להוריש] וגם בהיבטים מסוימים זה ישפיע על החיים עצמם **במהלך חיי הנישואין**.

* 3 צירים: ברוב המקרים העיסוק הוא בגירושין; עיסוק במוות (ירושה); בחיי הנישואין.

**סמכויות**:

* **הדין החל**: **עניין אזרחי**. למעט אצל יהודים וכתובה, בגדול ענייני הרכוש הם עניין אזרחי ולא דתי.
* **ערכאה**: יכול להגיע לבית דין רבני באמצעות כריכה [לגבי יהודים]. אצל מוסלמים אין אפשרות של כריכה, לכן יש פרקטיקה שבתי הדין השרעיים דנים בזה בהסכמה, אם כי לא ברור שזו פרקטיקה לגיטימית. אצל יהודים בעבר היה מצב שבו בהסכמה ביה"ד דנו ביחסי רכוש. **בג"ץ סימה אמיר** קבע שאין אפשרות בהסכמה אלא רק בכריכה.

**סמכות בד"כ אזרחית**. יכולה להגיע אצל יהודים לביד"ר באמצעות כריכה. אבל בעקבות פס"ד בבלי, **הדין לא ילך אחר הדיין**. נראה שביד"ר לא ממושמעים ומנסים להכניס מישורים דתיים לתוך הדין.

**מבוא תיאורטי**

אנו עוסקים במשפט אזרחי וזו עובדה לא טריוויאלית. כי לכאורה **בדבר המלך במועצה** נכתב שענייני נישואים וגירושים זה לפי דין אישי-דתי. מה היה צריך לעשות כדי להפוך את יחסי רכוש לעניין אזרחי? ביהמ"ש אמר **בפס"ד סידי שיחסי רכוש זה לא קשור לענייני נישואים וגירושים**. במקרה הצדדים הם חברי משפחה. זה עניין של דיני חוזים וקניין.

אם זה ענייני נישואים וגירושים זה היה אמור להיות דין דתי. אם זה דיני קניין- אז מדוע זה חלק מדיני משפחה? לכאורה יש פה דבר והיפוכו. למה צריכים להיות כללים ייחודים שיעסקו בזה אם אלה דיני קניין [הרי יש להם כללים מאוד ברורים]. אם דירה רשומה על האיש הרי שהיא שלו, כנ"ל מכונית.

כדי להפוך את זה לעניין אזרחי היה נדרש לומר שזה דיני חוזים ודיני קניין, ולא דיני משפחה. אבל אז ההסדר הוא הסדר של הפרדת רכוש. עד שנות ה-70 זה מה שקורה.

המחיר של להגיד שענייני רכוש הוא לא ענייני נישואין וגירושין, הוא לומר שיש להפעיל על זה את דיני הקניין הרגילים. לא נקבל את הרעיון מהדין הדתי שהבעל שולט בנכסי אשתו, אלא נפעיל את דיני הקניין וכל אחד הבעלים של הרכוש של עצמו.

**בסוף שנות ה-60** בא ביהמ"ש, אין עדיין חוק, והוא מפתח **דוקטרינה פסיקתית של חזקת השיתוף** [בהמשך יהיה חוק, כרגע זה רק פסיקה]. הדוקטרינה הזו אומרת שלמרות שזה עניין אזרחי ולא דתי, עדיין לא מפעילים את דיני קניין ככתבם וכלשונם אלא **יהיו כללים ייחודים לבני זוג**.

**למה?**

* תפיסה ערכית של המחוקק. דיני קניין משקפים תפיסת עולם אינדיווידואליסטית, שרואים כל צד כעומד בפני עצמו, את החירות האישית. לעומת זאת, בדיני משפחה (גם אם זה אזרחי) **רוצים משטר של המשפחה כיחידה או כשותפות** ולכן האתוס הקנייני הרגיל לא יעבוד וצריך כלל מיוחד. + ויז'ן שלא רוצים להקל בפירוק השיתוף מתוך **הערכה של מוסד הנישואים**.
* אם נלך לפי דיני הקניין, אז רוב הרכוש היה מגיע לבעלים. **מבקשים צדק חלוקתי**- כלל של הפרדת רכוש יפגע באופן שיטתי בנשים. ההנחה הרגילה מה שרשום על שם בעלים באמת מגיע לו. בנוסף, **טיעון של הגינות**- במשפחה שבה יש חלוקת עבודה לא מסונכרנת, שני בני הזוג תורמים לרווחת המשפחה, אבל התרומה היא אחד עובד בחוץ והשני עובד בבית; עובדים יותר או פחות. נוצר מצב ששני בני הזוג תורמים למיזם המשפחתי, אבל המשכורת, האופציות, המניות, הפנסיות ירשמו על בן הזוג שעובד ויש מובן של חוסר צדק. +מאמץ משותף. +נרשם על אחד מבני הזוג אבל שייך לשניהם.

**בעולם שבו שני בני הזוג יתרמו ורק אחד מהם יקבל את התגמול- זה לא צודק**. אבל, אם יש מצב של נישואים שניים ומשמרים מרחב אוטונומי לגבי כסף. השאלה כמה אגרסיביים נרצה להיות? המשותף בין שני הטיעונים לעיל- הם לא מעוגנים בכוונת הצדדים, אלא אומרים שיש ערך איך משפחה צריכה להיות או איך **הגינות משפחתית** צריכה להיות וזה גורם שברירת המחדל היא ברירת מחדל של שיתוף ואח"כ נחליט כמה אגרסיביים נרצה להיות [קוגנטי כמו דיני עבודה או ברירת מחדל שניתנת לשינוי בהסכם מפוקח שביהמ"ש מוודא שזה מה שהצדדים רצו וכו'].

* התפיסה ההסכמית אומרת שלאנשים יש קניין ואנשים יכולים להחליט להעביר את הקניין שלהם. אבל, המיוחד **במשפחה הוא שיש הבדל בדרך שאנשים עושים הסכמות**. לרוב, שותפים רגילים לא יסכימו להיות שותפים סודיים- הם יבקשו רישום, הסכם, מסמך בבנק או דירה. אבל במשפחה, המצב הטיפוסי הוא שבגלל המצב שתיארנו שאחד עובד ואחד לא אז הרכוש רשום על מי שעובד, וההבנה של המשפחה שהרכוש משותף. **צריך לרכך את הפורמליות**.

ההסכמים עם המשפחה הם פחות פורמליים ולכן צריך להתאים.

**לסיכום**- כל שיטות המשפט האזרחיות, למרות שהן מגדירות את ענייני הרכוש כעניין אזרחי ולא דתי, הן בסופו של דבר לא באמת מפעילות על יחסי הרכוש בין בני זוג כללים שהם בדיוק כמו דיני קניין, אלא **יוצרות מערכת חוקים מיוחדת שמותאמת למשפחה** [חוק, פסיקה]. כללים אלה ישקפו את 3 הרציונליים שעליהם דיברנו: **1) רציונל הסכמי** שאומר "מה שיוצא אני מרוצה". אין הבדל בין שיתוף והפרדה. מניחים כעניין אמפירי שרוצים בתנאים מסוימים שיתוף ולכן ברירת המחדל במשפחה היא שיתוף, אלא אם יתבררו נסיבות שמראות על רצון להפרדה. **2)גישה נורמטיבית (הגינות / שוויון מגדרי)-** במשפחה אנחנו רוצים שיתוף, לא רק כי זה מה שהצדדים רוצים, אלא כי יש תפיסה נורמטיבית שמשקפת שמראש עשינו את זה ביחד- מאמץ משותף/ שיקול הגינות/ שוויון מגדרי [הגברים מרוויחים יותר מנשים ואז כלל של הפרדת רכוש ייצר חוסר צדק או חוסר שוויון מגדרי]. **3) גישת היחידה או הקהילה המשפחתית**- דיני קניין מתאים לעולם שמדגיש נפרדות בין בני האדם. רעיון החירות, הרעיון לפרק את הנישואין בקלות. לעומת זאת, במשפחה הערך המכונן הוא ערך של שותפות וקהילה משפחתית. לכן צריך ברירת מחדל שתשקף את הערך הזה.

ההסדרים שקיימים בפועל בנושא יחסי רכוש, למרות שכולם מחויבים לרעיון בסיסי שאומר שהפרדת רכוש לא טוב וצריך ברירת מחדל של שיתוף, ההסדרים האלה יוצרים בליל לא קוהרנטי כי יש 3 מודלים שונים- עולם שייבנה על שיתוף הסכמי יתנהג אחרת מעולם שייבנה על שיתוף נורמטיבי [לא צודק שאחד יקבל אם שניהם עשו זאת] לעומת עולם אחר שייבנה על הויז'ן של ההבחנה בין יחיד ליחידה.

**לגבי רציונל 2- גישת התרומה** אומרת ששני בני הזוג תרמו. ניתן לכמת את התרומות. באנגליה עד לפני 10 שנים חרגו מהקטע של הרכוש, אבל בגלל שהם היו מחויבים לרעיון התמורה הם לא היו מחויבים לחצי חצי, אלא ביהמ"ש היה צריך להעריך בכל מקרה מה הייתה התמורה היחסית. "שיטת הסיר"- לפי 10 פרמטרים.

רוב המדינות שהלכו **לגישת ההגינות**, הלכו לברירת מחדל של חצי-חצי. **למה?** איך נכמת את העבודה הביתית? ניתן לחשוב על תשלום של עוזרת בית. אבל זה לא פייר- כי יש ערך מוסף. בנוסף, הם החליטו יחד שהבעל ייצא לעבוד וכך תתנהג האישה, אז זה לא פייר. המאמץ המשותף הוא המושג המתאים. לא צריך לבדוק מה כל אחד עשה בדיוק, אלא כמו בקיבוץ- כל אחד עובד ככל ביכולתו וכל אחד מקבל במשותף.

ברגע ששותפים במיזם לא מתחילים להתחשבן לגבי כל דבר.

**המשפט הישראלי**

נגלה שיש שני הסדרים משפטיים ששולטים ביחסי הרכוש:

1. **פסיקתי-** **חזקת השיתוף**.
2. **איזון משאבים**.

צריך לשים לב מתי משתמשים בחזקת שיתוף ומתי חוק יחסי ממון.

* אם אתה לא נשוי ורק **ידוע בציבור**- **חלה תמיד רק חזקת השיתוף**.
* אם אני **נשוי** תלוי מתי התחתנתי-
  + **לפני 1974** חלה **חזקת השיתוף**.
  + **אחרי 1974** חל הסדר **איזון משאבים** שנקבע בחוק יחסי ממון.
* **שאלה שקשורה ליחסי רכוש**: לבדוק האם נשוי [אם לא- חזקת שיתוף; אם כן- תלוי מתי התחתנו].
* מעניין לגבי מי שלא חתם הסכם ממון- ואז זה רלוונטי מה ברירת המחדל של המשפט הישראלי.
* מיום הנישואין, לא הגירושין.
* אם הם נשואים לפי נישואין דתיים כן. מה קורה בנישואים אזרחיים או נישואים פרטיים? צריך להבחין בין הפרקטיקה לנושא האנליטי. נישואים אזרחיים+ יחסי רכוש. נציג את 3 הגישות. יש הבדל בין האם המסקנה היא שהם נשואים או האם הם ידועים בציבור [חזקת שיתוף או הסדר איזון משאבים]. הם ייחשבו ידועים בציבור ללא כוכבית. נצטרך להציג את 2 הדרכים.

נבדוק האם הם נשואים. אם לפי כל השיטות נמשיך במסלול הזה. אם לפי חלק מהשיטות הם נשואים ולפי חלק הם לא נשואים- נבחן לפי 2 הענפים.

* נישואים פרטיים- אם הנישואים תקפים לכאורה חוק יחסי ממון יחול עליהם. כי ההגדרה לנשוי= לפי דין דתי. גם אם לא נרשמו הרי שכל עוד הם נשואים לפי דין דתי נפעיל את חוק יחסי ממון. אבל הפרקטיקה הפוכה- חלק גדול מהשופטים שלא רואים אותם כרשומים כנשואים מתייחסים כידועים בציבור. אז נבחן את 2 הדרכים.
* כוכבית בחזקת שיתוף- אולי העובדה שהם לא התחתנו מעידה שהם לא רוצים שיתוף. נשואים אוניברסליים. אז נפעיל חזקת שיתוף חלשה יותר. ניזהר שאולי לא הייתה כוונת שיתוף. היה חשוב להם חירות ולכן לא התחתנו.
* נישואים אזרחיים- חשוב המיסוד והחיתון. לא התחתנתי לפי הדת כי יש לי בעיה עם הרב. לכן זה לא עם כוכבית. ברור שיש כוונת שיתוף.
* גישה אנליטית- נבדוק האם הם נשואים לפי 3 גישות. אם נקבל 2 תשובות – נציג את 2 הדרכים.
* ידועים בציבור- אידיאולוגיים או פסולי חיתון 🡨 חזקת שיתוף בלי כוכבית. לגבי אוניברסליים נפעיל חזקת שיתוף עם כוכבית.

**חזקת שיתוף**

* מיועדת לידועים בציבור ונשואים לפני 74'.
* הפסיקה מפרשת את חוק יחסי ממון לפי חזקת השיתוף.

חזקת השיתוף מתפתחת ב-3 פסקי דין בסוף שנות ה-+60. ברגר, בריקר ובר-עלי.

בשלושת פסקי הדין, ביהמ"ש אומר שלמרות שהרכוש רשום על שם אחד מבני הזוג, יש חזקה שכאשר מדובר בקשר זוגי – בתנאים מסוימים, לגבי נכסים מסוימים, וזו חזקה שניתנת לסתירה [3 הגבלות] בהינתן הזוג המסוים והנכס המסוים אז יש חזקה שיש שיתוף. החזקה הזו במשפט הישראלי משנות ה-60 ועד היום, 50 שנה.

* חזקת שיתוף- מבררים האם היא חלה לפי נשוי/לא נשוי [ידועים בציבור, נשואים אזרחיים ופרטיים].
* נבדוק האם התקיימו תנאי סף שהחזקה חלה על הזוג הזה. בודקים האם סוג הנכס מתאים לגביו השיתוף. בודקים האם החזקה נסתרה במקרה הספציפי. -נבחן 3 תנאים בכל שאלה על חזקת שיתוף: תנאי סף, היקף נכסים והאם החזקה נסתרה.

התוכן משתנה לגבי מהם תנאי הסף, באיזה נכסים כן ומה לא, מה צריך לעשות כדי לסתור את החזקה. יש הרבה מחלוקות.

מאמר של פרופ' ליפשיץ לגבי חזקת שיתוף- היא עובדת ב-3 סוגים שונים לגמרי של מודלים.

* דור ראשון- הסכמי
* דור שני- נורמטיבי
* דור שלישי- קהילה משפחתית.

החלוקה הזו יוצרת סדר.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **דור ותקופה** | **מנגנון הפעלה** | **תנאי סף** | **היקף נכסים** | **יכולת חריגה** |
| **דור ראשון: שנות ה-70 וה-80.** | הסכמי | 1. אורח חיים תקין. 2. מאמץ משותף. 3. דבר מה נוסף אצל חלק מהשופטים | 1. הבחנה בין עסקי-משפחתי. 2. הבחנה בין פנסיה למשכורת. | 1. הסכם ממון פורמלי. 2. ניתן לחרוג על בסיס התנהגות או מאפיינים ספציפיים. |
| **דור שני: שנות ה-80 וה-90.** | נורמטיבי | 1. חיים תחת קורת גג אחת. 2. מאמץ משותף. | ביטול האבחנה בין עסקי למשפחתי ובין פנסיה למשכורת.   1. הבחנה בין נכסי מאמץ משותף [עבודה] לבין נכסים חיצוניים- לפני הנישואים + ירושות + מתנות. | 1. הסכם ממון פורמלי. 2. חצי קוגנטי. |
| **דור שלישי: שנות ה-2000 ומעלה**. | קהילה משפחתית | נישואים ראשונים, נישואים ארוכים, אווירה שיתופית ויחסים סבירים. | נכס מאמץ משותף- ממשיכים לפי דור 2. בלי הבחנה בין נכס משפחתי/עסקי וחצי קוגנטי.  נכס חיצוני לנישואים- ביהמ"ש יותר רגיש עובדתית. אם התקיימו תנאי הסף, במיוחד אם מדובר בדירת מגורים (הדרי) או נכס "מעין משפחתי" (אבולוף) אז במקרים האלה כן פותחים פתח להפעלת השיתוף עם רגישות הסכמית.  \*פותח פתח להפעלת שיתוף על נכסים חיצוניים במיוחד כשמדובר בדירת מגורים. | * 1. הסכם ממון.   2. התנהגות משותפת המעידה על כוונה להפרדה.   3. מצג חד משמעי של הבעלים הרשום.   \*מודל היברידי רק לגבי נכס חיצוני.  ביהמ"ש יבדוק מה קרה בנסיבות הנקודתיות, ולא יבקש הסכם.  בפרשת קוטלר- כשהיה מדובר בדירה שנרכשה במהלך הנישואים, ביהמ"ש לא היה רגיש לכוונת הצדדים. אבל כשמדובר על נכסים לפני הנישואים היה מוכן לפתוח פתח לבדוק את העובדות ולראות מה הכוונה. |

כאשר בתי המשפט מחילים את חזקת השיתוף, ברמה של הרטוריקה הם צריכים להתמודד עם השאלה שיחסי רכוש הם לא דין דתי והם לא ענייני נישואין וגירושין. אבל הם לא דיני קניין ודיני חוזים. **מנגנון ההפעלה הוא הסכם**- **לפי דיני חוזים זה לא רק כוונת הצדדים, אלא** **אדם סביר**.

במודל ההסכמי בשנות ה-70-80 הם מדברים על מודל הסכמי, ללא הכנסת תפיסה נורמטיבית ערכית. **לא חושב ששיתוף יותר טוב מהפרדה**, אלא באמת פתוח למה שהצדדים יגידו. אך **כהנחה אמפירית אני רוצה להניח שרוב הזוגות בתנאים שנדבר עליהם מדברים על שיתוף**.

המודל הוא הסכמי, לקחו את זה ברצינות וזה השפיע על 3 הגורמים. **תנאי סף** כללו: 1) אורח חיים תקין; 2) מאמץ משותף. 3)דבר מה נוסף- אצל חלק מהשופטים.

הפסיקה מפתחת את זה- **מאמץ משותף** רלוונטי כי אני מוכן לשתף מישהו כי הוא חלק מהמיזם. הוא יהיה רלוונטי גם למודל הנורמטיבי. **זה לא משתנה מבחין** בין שני המודלים. הוא קיים בשניהם ואפילו חזק יותר בנורמטיבי.

**אורח חיים תקין הוא ההבחנה המבדלת**. שני בני זוג חיים יחד- אחד הוא הביתי והשני הוא החיצוני. הם לא סובלים אחד את השני, אבל דה פקטו אחד מגדל את הילדים ומאפשר לשני לעבוד. זה שהם לא אוהבים את השני זה לא משנה. שניהם תרמו לזה ולכן שניהם צריכים לקבל את זה. הפרמטר הזה יכול להיות רלוונטי רק אם מנסים לקלוע לכוונה של הצדדים. אם מה שמעניין אותי זה רעיון לעשות צדק- המחשבה האם הם אוהבים אחד את השני לא רלוונטי.

דבר מה נוסף- מבקשים הוכחה פוזיטיבית להראות כוונה. ראייה נוספת לכוונת שיתוף.

תנאי הסף בתקופה הזו מתאימים לחשיבה הסכמית, אבל אין בהם היגיון לפי חשיבה נורמטיבית.

**היקף נכסים**- 2 הבחנות מקובלות:

1. הבחנה בין נכס משפחתי לנכס עסקי.
2. פנסיה ומשכורת.

**עסקי/משפחתי**- עד שנת 84' חזקת השיתוף היא רק על דירת מגורים או חשבון בנק שהמשפחה חיה ממנו. אם יש נכס נדל"ן שרשום על שם עסק או חשבון בנק עסקי, הרי שחזקת השיתוף לא חלה. **פס"ד ליברמן**. זה לא הגיוני לפי המודל הנורמטיבי.

**סיפור** של רופאת שיניים ובעל שלומד בכולל. חסכו כסף מהמשכורת שלה ובכסף שחסכו מהעבודה שלה הם קנו בית. הם מתגרשים. הבית רשום על שמה והוא יחולק.

**סיפור דומה**- האישה קנתה את הקליניקה והמשיכה לשכור את הבית. אחרי 3 שנים הם מתגרשים והבעל לא מקבל כלום לפי ההבחנה של ליברמן.

**הרציונל הנורמטיבי** אומר שעצם זה שבת הזוג הרוויחה כסף, היא לא הייתה יכולה לעשות זאת אלמלא הבעל היה בן זוג ביתי ונותן לה תמיכה. מה זה משנה אם במקרה 1 קנו בזה דירה ובמקרה 2 קנו בזה קליניקה. הרי בשני המקרים הכסף הגיע מהקליניקה והיא לא הייתה יכולה לעשות זאת בלעדיו.

**זה משנה איך זה נצבר- במאמץ משותף, ולא מה השימוש של זה- משפחתי או עסקי**. אם זה נצבר רק בזכותה אז בשני המקרים זה אמור להיות פרטי. ואם זה נצבר בזכות שניהם- לגבי שני הנכסים זה אמור להיות מחולק ביניהם. משנה איך נוצר הכסף. **עבודה במשפחה היא מיזם משותף**, הרי בשני המקרים זה אמור להיות משותף.

**השופט כהן** קבע את זה **בפס"ד ליברמן**- "עלינו לזכור שהמחוקק ציווה עלינו להגשים את כוונת הצדדים ולא לחלק את הרכוש כפי שנראה לנו לנכון ולצודק". -הוא אומר שאנחנו **במודל הסכמי**. -אין לי זכות להכניס את תפיסת הצדק שלי. אני חי במודל הסכמי והוא אומר להגשים את רצון הצדדים.

ברגע שהבעל משאיר את הכסף בעסק [חשבון עסקי] אז אין אינדיקציה שהוא מתכוון לחלוק את רכושו עם משפחתו. הנחת העבודה שלו= הכסף שייך למי שהרוויח אותו [כמו בקניין] אבל השאלה האם הבן אדם הסכים להתחלק או לא.

אם בסיפור ה-1 האישה קנתה דירה בכסף הזה והמשפחה גרה שם, היא גילתה דעתה שהיא רוצה להתחלק. אם הבן אדם לוקח את הכסף שהרוויח ומעביר לחשבון שהמשפחה חיה ממנו, הוא מגלה דעתו שהוא רוצה להתחלק.

אם בסיפור 2 **משאירים את הכסף בחשבון עסקי** **שהמשפחה לא חיה ממנו** – **אין אינדיקציה שהוא מתכוון להתחלק**.

**המודל ההסכמי לא מקבל את הטיעון שהשניים צברו את זה יחד**. צריך הסכמי. חלק מדיני חוזים לא פועל בדיני משפחה, ולכן צריך לעבור לפסיכולוגיה של הבעלים הרשום. האם היחיד מתכוון לחלוק ברכושו= **השאלה מה אומד דעתו של הבעלים הרשום**.

כנ"ל לגבי פנסיה- עד אמצע שנות ה-80 **משכורת מחלקים ופנסיה לא**. את רכיב הפנסיה מקבלים טכנית בגיל 67 אבל מקבלים את זה עבור העבודה שאני עושה עכשיו. לפי המודל הנורמטיבי אין רעיון להבחין בין משכורת ופנסיה. אם מה שאני עובד עכשיו קשור למאמצה של אשתי, הרי ששניהם צריכים להיות משותפים. אם זה לא קשור למאמץ אשתי, שניהם לא צריכים להיות משותפים.

**הלוגיקה**= מה ששלי שייך לי. מה שנכנס במהלך הקשר= נחשב משותף. מה שנכנס אחרי הגירושין=לא מתכוון להתחלק, למרות שזה נצבר כשעבדתי בזמן הנישואים.

**קבלת קצבה ואז גירושין**- בד"כ אומרים לאישה שהיא לא תקבל את הקצבה למרות שהיא על השירות הצבאי בתקופה שהיו יחד.

* אם הגבר היוון ולקח את כל הפנסיה, ואז התגרש- **פס"ד גלבוע** אומר שמתחלקים.
* אז מה ההיגיון? זה רק לפי לוגיקה הסכמית= הכל שלך וזה לפי אומד דעת הצדדים.

**שיעור 20- 02/06/22**

**דור 1 של חזקת שיתוף**: הסכמי- בנוי על תנאי מכללא. דיני קניין וחוזים- היבטים פורמליים. לעומת זאת, בני זוג- הפורמליות לא מתאימה להם מכיוון שבני זוג טיפוסיים הכוונה שלהם היא לשיתוף. את השיתוף הזה הם לא יעגנו בהסכם מפורש.

העובדה שמדובר ברציונל הסכמי יוצרת **הגבלות**- רק אם מתקיימים תנאי סף מסוימים הרי שבני הזוג התכוונו לשיתוף: (1) אורח חיים תקין; (2) מאמץ משותף; (3) אינדיקציה נוספת- דבר מה נוסף. אמנם לא צריך הסכם כתוב, אבל צריך להראות ראייה נוספת. זו חזקה מצומצמת כי צריכים להיות תנאי סף כדי להיכנס למשחק. בנוסף, **היקף הנכסים הכלולים בשיתוף מאוד מצומצם** עד אמצע שנות ה-80. רק נכס משפחתי [דירת מגורים, מכונית משפחתית, חשבון בנק שהמשפחה חיה ממנו- זה משותף]. **פס"ד ליברמן**-אין אינדיקציה שבעלי הרכוש מתכוון לשלם אופציות, חשבון עסקי, נכס עסקי. בנוסף, הבחנה בין משכורת ופנסיה- תפיסה שזה שייך לבעלים למרות שצובר את זה בעד עבודה בזמן הנישואים. **בוחנים כוונת שיתוף**. **לא מסתכלים מתי צברתי, אלא מתי זה הגיע לרשותי**. מאחר שזה שלי, השאלה האם התכוונתי לחלוק. מה שכבר קיבלתי במהלך הנישואים [למשל פנסיה שהוונה- לוקח את כל הפנסיה עכשיו ולא כל חודש בחודשו] משותף.

בנוסף, **יכולת חריגה**. ברגע שמודל השיתוף הוא מודל הסכמי, ניתן לעשות הסכם ממון שאומר שלא רוצים לעשות שיתוף. זה דיספוזיטיבי. התלבטנו כמה נהיה אגרסיביים מבחינה נורמטיבית- כל הרציונל של השיתוף הוא כהנחה אמפירית שרוב האנשים מתכוונים לשיתוף, אז ברור מאליו שאם יש הסכם ממון פורמלי אז **בהסכם ממון פורמלי** ניתן להתגבר על השיתוף. הסכמים במובן הסוציולוגי, מנסים לאמוד מה הצדדים הקונקרטיים מתכוונים. בנוסף, אם התנהגות הצדדים משקפת שאין כוונה לשיתוף- זו ברירת מחדל גמישה כעמדת מוצא ולאו דווקא עמדת סיום- **ניתן לחרוג על בסיס התנהגות / מאפיינים ספציפיים**.

**לדוגמה**: **המיליארדר הקמצן**- דרש מהאישה חשבונות מדויקים כשהיא קונה בסופר. כנ"ל האישה דרשה החזרים על דברים שהיא לא אמורה לשלם. למדנו שהרישום אצל הזוג משקף התייחסות רצינית. לא ניתן לומר שברירת המחדל משקפת את כוונתם המשוערת. ברגע שהמודל הוא הסכמי, ברור שניתן יהיה לעשות הסכם ממון, אבל גם אם לא יהיה הסכם ממון וההתנהגות או מאפיינים של זוג מסוים ילמדו שהם לא התכוונו לשיתוף לא נתעקש איתם על ברירת המחדל.

ביצעו מחקר וגילו שרוב פסקי הדין משנות ה-70 עד ה-2000- יש כוונה לשיתוף. גילו חזקת שיתוף. אבל **ברגע שהוכיחו שהצדדים לא התכוונו לשיתוף, החזקה נסתרה**.

**לדוגמה**: מקרים של משפחות פטריארכליות- חשבו ששם הכי צריך להיות שיתוף, ברגע שהלכו לפי מודל הסכמי היה ניתן להראות שהפרקטיקה שלהם לא התאימה למחשבה שהם רוצים שיתוף. למשל: **פס"ד סלמן**- יש להם בית. בקומה התחתונה הבעל מוכר ירקות. בקומה העליונה הם גרים. יש להם הרבה ילדים **והאישה מטפלת באופן** **מרכזי בילדים וגם עוזרת בחנות**. זה מקרה קלאסי של מאמץ משותף. הכל רשום על שם הבעל. הם מתנהלים במזומן וכל הכסף אצל הבעל. בתחילת כל שבוע האישה באה לגבר ואומרת מה צרכי המשפחה השבוע. כאשר הם מתגרשים היא תובעת חצי מהרכוש. הבעל טוען שאם חזקת השיתוף היא **הכוונה המשתמעת**, אם היינו שואלים בזמן אמת של מי שייך הכסף המשפחתי את לא היית אומרת שזה שייך לך. הרי את ביקשת ממני כל שבוע. אם היינו שואלים בזמן אמת האם היא הייתה אומרת שזה של שניהם? לא. **ביהמ"ש אומר שבמקרה הזה נסתרה חזקת השיתוף**. האם לא יישמו נכון את המודל ההסכמי או שהאם יישמו נכון את המודל ההסכמי ואז הוא בעייתי? האופציה ה-2. השופט קרא נכון את הפרקטיקה- מזומנים ודמי כיס לאישה. אבל זה **פס"ד נוראי כי הוא חושף כמה המודל ההסכמי הוא מודל בעייתי ומפנים רק את תפיסות העולם הגבריות**.

ביקורת: מציג מודל הסכמי, אבל מסתיר את ברירת המחדל שלך. בודקים אומד דעת של בעל הרכוש. מסווה החלטה ערכית- בלי הסכם זה לפי הרישום ולא לפי מי שהתאמץ.

לפי תפיסת עבודה קניינית של **לוק**- יש מאמץ משותף ומהיום הראשון הרכוש משותף.

**דור 2- שנות ה-80-90, נורמטיבי**

זה מביא אותנו לשנות ה-80-90. ביהמ"ש ממשיך באותה רטוריקה בשנות ה-80. הוא ממשיך לדבר בשפה של הסכם מכללא. אבל ככל שהזמן עובר, ההתנהגות של ביהמ"ש יותר מתאימה למודל נורמטיבי. מאמץ משותף מסכים מאוד למודל הנורמטיבי. אורח חיים תקין- ניתחנו את זה שזה מתאים למודל הסכמי, כי אני לא יכול להניח הסכמה לשיתוף או חוסר חשיבות לרישום אם לא סובלים אחד את השני. ברמה הנורמטיבית אם בני הזוג לא מסתדרים טוב ויש להם פרקטיקה של אחד בבית ואחד בחוץ לא הוגן שאחד ייגרע חלקו. **פס"ד אורון**- יש 2 חשבונות לא מתוך נוחות, אחד משלם חשמל, השנייה מים. יש התחשבנות. היחסים לא טובים. הוא קצין במשטרה, היא מורה בחצי משרה. שניהם תורמים בדרכם. ביהמ"ש אומר שלא צריך אורח חיים תקין, אלא **חיים תחת קורת גג אחת**. כל עוד יש מעטפת כלכלית משותפת, אתם עדיין ביחידה. זה גם פרמטר לסיום השיתוף – לא התגרשתם, אבל איך נדע מתי הפסיק השיתוף מהותית? כל עוד חיים יחד [**פס"ד לידאי**] – פרמטר לתחילת השיתוף וסיום השיתוף.

**פס"ד אבנרי**- לצורך הסיום בני זוג ממשיכים לחיות יחד ואין שיתוף, נאמר שמועד הסיום (הפסקת כוונת שיתוף) הוא מועד הגשת תביעות.

כבר לא צריך "דבר מה נוסף"- נעלם הפרמטר הזה.

הם מדגישים **שמאמץ משותף זה לא תרומה**. **פס"ד משתר**- חלק גדול מהנישואים האישה הייתה מאושפזת. הבעל אמר ברור שהיא לא תרמה. ביהמ"ש אמר שכמו הרעיון של הקיבוץ **כל אחד תורם כפי יכולתו**. זה לא עניין של תרומה.

**לגבי היקף נכסים**- **ההבחנה בין עסקי ומשפחתי מתבטלת**. **פס"ד נופרבר**- **שמגר** משתמש ברטוריקה הסכמית ואומר שהוא לא השתכנע שעצם זה שהוא שמר את כספו בעסק, צבר נכס עסקי, זה מראה על כוונה לא לשתף. הנכס העסקי משותף.

**וההבחנה בין פנסיה למשכורת מתבטלת**- **פס"ד לידאי**- **לא משנה מתי קיבלת את הכסף, אלא עבור מה קיבלת אותו**. אם קיבלת את הפנסיה עבור תקופת הנישואים- הרי שהרכיב הזה יהיה משותף.

לאיזו הבחנה יש היגיון לפי הנורמטיבי? נכסים מלפני הנישואים ונכסים שקיבלתי במתנה או ירושה. זה **מודל לא רומנטי, שאומר המשפחה הוא עסק**. מה שהעסק הזה מייצר הוא משותף ומה שהוא לא מייצר הוא פרטי.

נכס לפני הנישואים- לא נוכל לומר שלא הוגן שלא נהיה שותפים. הרי בן הזוג לא תרם להפיק את זה. בנוסף, אם ירשתי משהו או קיבלתי מתנה במהלך הנישואים- הייתי מקבל את זה עם בן הזוג או בלעדיו. **זה לא קשור לזוגיות**.

ניתן לנסות לטעון שהמתנה ניתנה מראש לשניהם. לחילופין, ניתן לאחד מהם ובמהלך השנים זה הפך להיות משותף. אם שמרתי את זה בחשבון פרטי, שמרתי את הדירה רשומה רק על שמי – פרטי; אם העברתי אם הכספים לחשבון המשותף- משותף.

**לדוגמה**: מושב ותיק בארץ שיש בו הרחבה. המושבניק הוותיק רושם על אחד הילדים קרקע. הוא מתחתן ומביא את בת הזוג למושב. הם בונים על הקרקע הזו שרשומה על שם המושבניק המקורי בית. מממנים את הבנייה באמצעות כספים משותפים, לוקחים הלוואה. גם אם הבעל לבד לוקח הלוואה- זה יורד מהמשכורת שלו- **שהמשכורת זה נכס משותף**. דווקא בדור ה-1 של חזקת השיתוף שצמצם אותה, בנושא הזה זה הלך לכיוון הרחבה. **בנכס המעורב לא עושים פילוחים- נכס שחלקו פרטי וחלקו משותף- אם יש מספיק מסה משותפת אז ברבות השנים הכל הפך למשותף**.

דווקא **בפס"ד לידאי** שהיה לטובת הבן זוג הפרטי, במקרה של המושבניק **עשו חלוקה רעיונית**. כשבאתם לנישואים 300,000 ערך הקרקע שייך לבן הזוג. לאחר הבנייה שווה מיליון. 700,000 זה הרכיב המשותף- מחולק חצי חצי בין בני הזוג. האישה תצא עם 350,000 והבעל עם 650,000 [350+300]. הוא מגשים יפה את המעבר מהרציונל ההסכמי לרציונל הנורמטיבי. מחד, הוא אומר שלא צריך אורח חיים תקין. הוא אומר שהפנסיה כלולה בפנים. מאידך, כאשר מדובר בתערובת של נכס חיצוני ומשותף אז משותפים רק בנכס שהוא מאמץ משותף. **הולך לפי רציונל של צדק**. מה שעשיתם יחד הוא משותף, מה שלא עשיתם יחד הוא פרטי.

* לפי **רציונל מאמץ משותף**- נכסים לפני הנישואים, ירושות ומתנות לא משותפים.

**יכולת החריגה**- **הסכם ממון פורמלי** יכובד, לפי החוק. רק 3% מהזוגות עושים הסכמי ממון פורמליים. אם אין- ברמה ההצהרתית ביהמ"ש ממשיך לומר שזו חזקה הניתנת לסתירה. כלומר מנסה לשכנע שניתן לסתור את זה. **משנות ה-80 וה-90 החזקה לא נסתרת בכלל כשמדובר בנכסי מאמץ משותף** [לא נכסים חיצוניים]. ברטוריקה אומרים שזו חזקה ניתנת לסתירה, אבל בפועל היא לא נסתרת. זה הסדר שפרופ' ליפשיץ כינה "**חצי קוגנטי**". החזקה הופכת בפועל להיות חצי קוגנטית [אומרים שיש חזקה, אבל לא משתמשים בה].

**פס"ד סלמן** [שנות ה-80], מקרה דומה **פס"ד קוטלר** [שנות ה-90]- כל הכסף אצל אדון קוטלר והוא נותן לאשתו **דמי כיס** בתחילת השבוע. כשהוא נוסע לחו"ל הוא מבקש מהמזכירה שלו לטפל בשכירות של דירות השקעה משפחתיות שהם משכירים. המזכירה אומרת שאולי ייתן לאשתו לטפל בזה. הוא אומר שהוא לא סומך עליה. כשהם מתגרשים האישה תובעת רכוש משותף כולל הדירות האלה. הבעל מנסה לטעון את הטענות של סלמן- הקפדתי על הפרדה. ביהמ"ש דבק ברטוריקה ההסכמית ברמה הפורמלית ואומר זה שהוא שלט בכסף זה היה **שיקולי נוחות**. גב' קוטלר בזבזנית ולכן ההסדר התפעולי המוסכם עליהם הוא מי שינהל את הכסף הוא אדון קוטלר. אך לא נוכל ללמוד מכך שהם לא שותפים.

* מה מתאר נכון יותר את הפרקטיקה של גבר שמנהל את כספי המשפחה? שייך לבעלים או משיקולי נוחות? **התיאור בסלמן משקף יותר, אך פס"ד קוטלר יותר צודק**. זה מדגים שהמעבר הוא לא באיך מפרשים את כוונת הצדדים. ביהמ"ש אומר שמה שחשוב הם הערכים הנורמטיביים.

**סיפורים רב-תרבותיים**: זוג תימנים בשנות ה-70 וביהמ"ש מייחס לזה חשיבות. ביהמ"ש לא יכול להניח כוונת שיתוף כאשר רואים שהפרקטיקה הדתית היא שהבעל הוא הבעלים. **לדוגמה**: משפחה ביגמית [שנות ה-70]- לא ניתן להניח שיש כוונת שיתוף.

לעומת זאת, בשנות ה-90 מגיע לביהמ"ש **אדון רבי** שהוא דרוזי. חל עליו החוק האזרחי. **לא ניתן לומר שההנחה האמפירית שנכונה לגבי יהודים, נכונה לגבי דרוזים ומוסלמים** [שם ברור שכל אחד יאמר שהבית של הגבר]. **אך, ביהמ"ש לא משתכנע שיש הבדל בהנחה האמפירית**. לא בטוח שזה נכון מבחינה עובדתית, אבל ביהמ"ש עושה זאת בדיוק בשביל גברת רבי. משפחה ביגמית [שנות 90]- ביהמ"ש מאמין שיש כוונת שיתוף.

**ביהמ"ש לא באמת מתעניין בכוונת שיתוף**. אם יש הסכם ממון- מחויב אליו לפי חופש חוזים. אם אין- יפעלו לפי תפיסה ערכית.

ככל שמתקדמים בשנות ה-90: מבחינת הרטוריקה ביהמ"ש ממשיך את השפה ההסכמית, אבל ההתנהגות שלו בכל המימדים מתאימה יותר למודל הנורמטיבי. נוצר דיסוננס. בדור הראשון ביהמ"ש קוהרנטי. בדור שני ביהמ"ש לא קוהרנטי- השפה לא תואמת למה שמתכוונים.

**פס"ד בבלי 96'**- ביהמ"ש מוציא את הרציונל הנורמטיבי "מהארון". חזקת שיתוף מחייבת גם את בתי הדין הרבניים. ביהמ"ש מסביר מהי **חזקת שיתוף- דיני היושר תוצרת הארץ**. **שיקולי צדק והגינות**. תפיסה של **שוויון מהותי**- שבתוצאה נקבל שוויון. פס"ד בבלי מספר את מה שכבר ידענו- יש מודל של צדק ושוויון. מודל נורמטיבי.

**פס"ד הדרי**-בני זוג שחיו יחד 30 שנים. קנה דירה שרשומה על שמו- האישה נתנה לו סכום שולי לרכישת הדירה. זה לא סיפור של חורבה שהפכה לארמון, כלומר הרוב המכריע של הכסף זה מהבעל. לפי דור 2: הדירה שלו, אלא אם כן היא תוכיח את הסכום הקטן שהיא נתנה ואז יתנו לה את זה [שיטת הדלתא- נפלח לרכיבים- 80% כסף שהביא מהבית, 10% אישה, 10% משכנתא- משותף 🡨 אז נניח 85%, 15%]. אם הייתה עליית ערך אז זה צריך להיות 15% מהערך הנוכחי וזה לא 50% כמו שהיא רוצה.

**לפי האידיאולוגיה של שלב 2- משפחה זה עסק**. מה שעשינו יחד = משותף, מה שכל אחד הביא= פרטי. לפי **גולדברג**, לא מגיע לאישה. השופטים **חשין ושמגר** פוסקים שהאישה כן מקבלת חצי. הם לא מבטלים לגמרי את ההבחנה בין נכסים לפני ואחרי הנישואין, אבל **בתנאים מסוימים הם יסכימו להחיל את השיתוף על נכסים לפני הנישואים**. תנאים: חיו באופן תקין (יחסים טובים), תקופה ארוכה של נישואים, נישואים ראשונים, דירת מגורים, מאמץ משותף.

**פס"ד אבולוף**- חנות פרחים שלפני הנישואין הייתה בדיירות מוגנת שרשומה על שם הבעל. את "הפירות" שחסכו במהלך הנישואים הם התחלקו במשותף, אבל הבעל טוען שהחנות שלו. ביהמ"ש טוען שזה משותף.

**פרופ' ליפשיץ** טוען שבהדרי ואבולוף ביהמ"ש מפתח **רציונל הקהילה המשפחתית**, שיש לו 2 יסודות:

1. היסוד שמפריד בין שותפות מסחרית **לשותפות משפחתית**. כאשר גולדברג מתאר את המשפחה כעסק, 2 שותפים, רק נכסי השותפות יהיו במשותף – זה תיאור של שותפות מסחרית.

כשכל התנאים של נישואים ראשונים, טובים וארוכים קורים – אז לא ניתן בצורה רצינית לבוא ולהגיד שיש "אני ואתה". המשפחה מגבשת צורת מחשבה של "כולנו". **חשין** מבטא את זה **בפס"ד נפיסי** כשהוא מקריא את הפסוק "איש דבק לאשתו והיו לבשר אחד". במשפחה חושבים במונחים משפחתיים, חושבים על עצמנו כיחידה. **להתחשבן אחורה זה לא משקף איך שבני אדם מתנהגים**. גם אנחנו **לא רוצים לתמרץ אנשים לחשוב אינדיבידואלית** במסגרת המשפחה.

1. **אינטרס ההסתמכות**- **פס"ד אבולוף**: אם הגבר היה אומר לאשתו בכל יום שזו חנות הפרחים שלו. האם היא הייתה באה בשמחה וממשיכה לא לקבל משכורת? לא. **בחוויה המשותפת שלהם זו החנות שממנה הם חיים**.

**פס"ד הדרי**: אם הבעל היה אומר לאשתו שהיא אורחת בבית. יכול להיות שהיא הייתה אומרת שהיא רוצה לצאת לעבוד כדי שתהיה לה משכורת, ולא שאחרי הגירושים היא תהיה חסרת בית.

פס"ד רם ובריל.

**2 רציונליים חזקים בפסקי הדין**:

**היקף נכסים**:

* **נכס מאמץ משותף**- **ממשיכים לפי דור 2**. בלי הבחנה בין נכס משפחתי/עסקי, פנסיה/משכורת וחצי קוגנטי.
* **נכס חיצוני לנישואים**- ביהמ"ש **יותר רגיש עובדתית**. אם התקיימו תנאי הסף, במיוחד אם מדובר בדירת מגורים או נכס "מעין משפחתי" כמו אבולוף אז במקרים האלה כן פותחים פתח להפעלת השיתוף עם רגישות הסכמית.

**יכולת חריגה**:

* ביהמ"ש יבדוק מה קרה בנסיבות הנקודתיות, ולא יבקש הסכם.
* **בפרשת קוטלר**- כשהיה מדובר בדירה שנרכשה במהלך הנישואים, ביהמ"ש לא היה רגיש לכוונת הצדדים. אבל כשמדובר על נכסים לפני הנישואים היה מוכן לפתוח פתח לבדוק את העובדות ולראות מה הכוונה.
* **במבחן: חזקת שיתוף החל משנת 2000-**
* נכס מאמץ משותף 🡨 לפתור לפי דור 2. בהנחה שחיים תחת קורת גג אחת, מאמץ משותף. אם יש הסכם= לפי הסכם. אין הסכם= משותף.
* אם היחסים היו גרועים 🡨 אין שינוי בתשובה [אין דרישה לאורח חיים תקין בדור 2].
* נכס לפני הנישואין (=חיצוני) 🡨 נבדוק האם נישואים ראשונים, ארוכים וטובים 🡨 נאמר שהנכס משותף.
* כיצד התשובה תשתנה אם מדובר בנישואים שניים או רישום מדויק על הוצאות והכנסות 🡨 נכסי מאמץ משותף לא משתנה כי פועלים לפי דור 2, לגבי נכסים חיצוניים יותר רגישים לגבי כוונת הצדדים. פותחים פתח לשיתוף אבל לא מוחלט.

כשמדובר בדירת מגורים- מוטיבציה להפעיל שיתוף על נכס חיצוני. כשמדובר על נכס עסקי לגמרי הכי פחות מוטיבציה. נכס כמו אבולוף-חנות, מכולת שהמשפחה מעורבת- זה יהיה משהו באמצע.

בשנים האחרונות ביהמ"ש התחיל לפתח סוג מסוים של **דור 4** [לפחות חלק מהשופטים]. דור 4 לגבי דירת מגורים החל לאמץ את הרגישות ההסכמית. במיוחד אם זו דירת מגורים יחידה, הם לא רוצים לסלק את אחד מבני הזוג. במיוחד במקרה פרקטי שיש בני זוג נישואים שניים, שהבעל עושה צוואה שהוא מוריש את הדירה לילדים- יוצא שלא נשאר לה כלום. מגיעה לה חצי דירה מכוח חזקת השיתוף, אבל זו דירה מלפני הנישואים. חלק מהשופטים **מפעילים שיקולים סוציאליים**- גם אם אין כוונה לשיתוף והסתמכות- נוטים שיתוף.

דור 4 זה אינטואיציה של חלק מהשופטים שבדירת מגורים מוכנים להפעיל שיתוף על נכס חיצוני אם זה מלפני הנישואים, גם אם נישואים שניים, וזו דירה יחידה ואז בבן הזוג האחר יגורש. זה מאפשר לשתף גם אם כוונת הצדדים אחרת.

* **הסכם ממון הוא מחייב**. האם ניתן לטעון שבני הזוג ביטלו בהתנהגות את הסכם הממון ע"י זה שהם השקיעו בנכס, עשו השקעה משותפת, ואז הם לא ההתכוונו לפי ההסכם? ביהמ"ש לא סגרו את הפתח הזה. ממליצים לאנשים שעורכים הסכם ממון לכתוב שגם אם יש השקעה משותפת או התנהגות אחרת זה לא מעיד על הזנחת ההסכם.

**נישואים אחרי 1974- חל חוק יחסי ממון**. הוא קובע הסדר שנקרא **איזון משאבים**. הוא דומה בהיבטים רבים לדור 2- מחד, אין תנאי סף. **אם אתה נשוי יחול עליך איזון משאבים אלא אם כן עשית הסכם ממון**. גם לגבי היקף נכסים דומה לדור 2- אומר במפורש **בסעיף 5(א)** שיש **3** **סוגי נכסים שאינם ברי-איזון** והם: 1) נכסים מלפני הנישואים 2)ירושות 3)מתנות.

חוק יחסי ממון נחשב חדשני בזמנו, כי כשהיה דור 1 הוא הפעיל דור 2. אבל עם התקדמות הפסיקה הוא נשאר בדור 2 והפסיקה כבר בדור 3 / 4.

**החוק יוצר** **מכניזם שונה לגבי איך נוצר השיתוף**. **חזקת השיתוף** יוצרת **מודל של מעין קנייני ומיידי**. "מעין קנייני"- למשל עבדתי בעבודה וקיבלתי מניות, או למשל קניתי דירה. אשתי יכולה לבוא במהלך הנישואים לומר שיש לה זכות בחצי הדירה [אם הדירה היא משותפת] היא **לא צריכה להתגרש כדי לקבל זכויות**. היא יכולה לבקש סעד הצהרתי להירשם כשותפה.

**2 תכונות של חזקת שיתוף**: 1. מיידיות- ברגע שנכס משותף, לא צריך לחכות לפקיעת הנישואים כדי לממש את הזכות שלי. 2. זכות חפצית- הזכות היא להירשם כבעלים, ולא לקבל חצי מהסכום.

חוק יחסי ממון לא עושה זאת. **החוק קובע בסעיף 4 שבמהלך הנישואים כל אחד מבני הזוג הוא בעלים לרכושו**. אין בכריתת נישואין או בקיומם כדי לפגוע בקניין בני הזוג. מה כן קורה לפי החוק? **ברגע שפוקעים הנישואים**, לפני תיקון ב-2008, הפקיעה היא גירושין או מוות, ואז **עושים טבלת איזון**.

בעל אישה

900,000 700,000

**נניח** **שהאישה הביאה לנישואים קרקע** ששווים 300,000 ₪. בחוק יחסי ממון **איננו בר-איזון** ולכן לא מכניסים לטבלה. **אם על הקרקע הזו הם לקחו משכנתא ובנו דירה ששווה מיליון** 🡨 **300 אלף נכס לא בר-איזון ו-700 אלף הוא נכס שצריך להתאזן**, אבל כרגע רשום על האישה.

**לבעל** **לפני הנישואים הייתה חברה** שווה 100,000 ₪. זה **מחוץ לטבלה**, כי זה לפני הנישואים. אם הבעל **במהלך הנישואים פיתח את החברה/העסק, זה נחשב מאמץ משותף**. [נניח מניות שירש וצמחו – זה גם פרטי]. העסק שווה מיליון. פחות 100,000 שווי לפני הנישואים- 900,000 משותף.

איך ביהמ"ש מאזן ביניהם? מביאים לאישה 100,000.

אם יש חובות במהלך הנישואים- מתחלק ביניהם. נניח לאישה חובות 400,000. יש לאישה 300,000. כדי להתאזן הבעל צריך להביא לה 300,000 ואז לשניהם יהיה 600,000.

חוב שקשור לנכס משותף= משותף. חוב שקשור לנכס פרטי=פרטי.

**חוק יחסי ממון** הוא תוצר של חקיקה. **בדקו מה מקובל בעולם וגילו שחלק קטן מהמדינות עושות שיתוף מיידי**- בנישואים עצמם ניתן לממש את הזכויות ואתה כבר שותף. **רוב המדינות העדיפו שיתוף דחוי**- כל אחד בעלים של הרכוש של עצמו ורק בפקיעה עושים התחשבנות.

**חשוב שהרישום יהיה מדויק בקניין בשל צדדים שלישיים**. זה עלול להתקלקל אם נלך על מודל של שותפות מיידית. בנוסף, נושא של **אוטונומיה**- האישה תתערב בעסק של הבעל, השותפים עשויים לא לאהוב את זה. יש משהו בשיתוף מיידי שמערב צדדים נוספים ופוגע ביכולת של כל אחד לנהל את הרכוש של עצמו.

עשו מחקר השוואתי וגילו ש-80% מהמדינות בארה"ב הוא מודל של שיתוף דחוי ורק בפקיעת הגירושין עושים את האיזון.

חוק יחסי ממון נחקק באופן גרוע, למרות שהעתקנו מגרמניה. למה? העתקנו מגרמניה את חוק יחסי ממון, אבל לא העתקנו מהם את דיני הגירושין.

בחיים הדירה והעסק יהיו על שם הבעל. בעולם של שותפות מיידית, גם אם האישה לא רוצה להתגרש היא יכולה לתבוע שותפות על הדירה והעסק. אבל הבעל חי בישראל וברגע שהוא יתגרש הוא יצטרך לשלם לאישה 800,000. אז ימליצו לו עו"ד לשלום בית. בגרמניה-גירושים ביוזמה חד צדדית ללא אשמה. הבעל לא יוכל למנוע את הגירושים ואת החלוקה. אבל בישראל דיני הגירושים **לא קיבלו ברובם את עילת המורדת** **ולא ניתן לעשות גירושים בעילה חד צדדית**🡨 התוצאה שמי שמחזיק ברכוש יש לו את **הרצון למנוע גירושים** (גם אם רוצה) **כדי למנוע חלוקת רכוש**.

**הבעל יציג לאישה 2 חלופות**: 1) **חתימה על הסכם ממון** **לפיו היא מוותרת על זכויותיה** לפי הסדר איזון משאבים. 2)**לא נותן לה גט, ואז עדיין היא לא תקבל את הזכויות** כי לפי החוק עד שלא מתגרשים לא מקבלים את הזכויות.

בשתי החלופות האישה לא מקבלת את הכסף, ההבדל הוא האם היא תקבל גט.

זו **דוגמה נוראית של חקיקה** שכאילו מבוססת על משפט השוואתי אבל לא מעתיקה הכל, רק יחסי רכוש ולא דיני הגירושין. מנגנון "השמדה עצמית". **הבחנה בין הפירוק הכלכלי והפירוק הדתי**- מי שמסכל את הפירוק הדתי עשוי לסכל גם את הפירוק הכלכלי. **החוק הופך לאות מתה**. אין פס"ד שעוסק באיך עושים את האיזון.

**ביהמ"ש מנסה לפתור את הבעיה** **בפס"ד יעקובי**, אבל הוא עושה את זה בצורה לא טובה **ולא מצליח**. שני שופטים מחליטים שחזקת השיתוף ממשיכה לחול לצד חוק יחסי ממון= **הגישה הסימולטנית**. אומרים שמגיע לאישה חצי גם אם לא התגרשה, לפי חזקת השיתוף [למרות שזה לא הגיוני כי חוק יחסי ממון בא להחליף את חזקת השיתוף]. שופטת אחת אומרת שלצורך חוק יחסי ממון מדברים על גירושין לא דתיים, מספיק שנפרדים כדי לחלק את הרכוש. **4 השופטים האחרים לא הסכימו**. שופט אחד אומר שלצורך פסה"ד ניתן לקבוע שאם ביד"ר אומר שחובה לגרש אז זה גירושין. **כל השופטים הסכימו עם התוצאה אבל לא הגיעו לנימוק משותף**. כל שופט הסכים מנימוק אחר. הבעיה היא שפסה"ד הזה היה של 5 שופטים אבל **כל נימוק קיבל מיעוט**. פסה"ד פתר את הבעיה של 2 נשים ספציפיות בלבד והחוק המשיך להיות אות מתה.

-נימוק של יש חיוב גט ולכן מאפשר הסדר איזון משאבים- שופט 1 נגד 4.

-נימוק של פרידה היא גירושים ולכן מאפשר הסדר איזון משאבים- שופט 1 נגד 4.

-נימוק של יישום חזקת שיתוף למרות נישואים אחרי 1974- 2 שופטים בעד מול 3 נגד.

**עד 2008** כל מה שלמדנו זה על ידועים בציבור או בני זוג שהתחתנו לפני 1974. מי שהתחתן אחרי 1974 אין לו שיתוף, ניתן לסכל את זה.

**מציעים** לתקן את חוק יחסי ממון ולהוסיף לצד פקיעת נישואים באמצעות גירושין או מוות, **נוסיף קריטריונים אזרחיים שיאפשרו פקיעת נישואים**. תיקון שייקרא בהמשך **סעיף 5א רבתי** לחוק יחסי ממון- מגדירים אירועים שאפשר להפעיל את החוק גם אם אין פקיעת נישואים בפועל אין גירושים או מוות-

* אם יש **פירוד ממושך של 9 חודשים מתוך שנה**.
* אם **מישהו הגיש תביעה, מחכים שנה ואז הוא רוצה לדון בזה**.

**פרופ' ליפשיץ** לא רצה מודל מיידי. מאמין בשלום בית אמיתי, אבל לא מאמין בסחיטה. **תפיסה אזרחית שפירוק נישואים הוא משמעותי אבל לא נאפשר סחיטה**. **דומה לרב פלאג'י**. שפירוק נישואים לא יהיה קל מדי, אבל גם לא למנוע לגמרי.

* **מצבים של קרע לגמרי בלתי הפיך**- לא עברה שנה, אבל חבל לחכות. לדוגמה: אלימות. מה שיהיה טוב ליחסים הוא להפריד אותם.

-לא צריך חלוקת רכוש אחרי גירושין. לפני 1974 מאפשרים שיתוף מיידי.

-לא יפגע בשלום בית. בשנה אחת מצפים מהזוג לבדוק איך להתגרש, איך להסתדר עם הילדים. אח"כ מאפשרים לסדר את הרכוש. שלום בית או יחסי כוחות.

-הרבנים נלחצו מאובדן הכוח של ביד"ר. לא רצו להמליץ לקואליציה לאשר את הצעת החוק. הפילו את הממשלה בתקופה של אולמרט. המשיכו את הליך החקיקה והוא התקבל.

ב-2009 מוקמת ממשלה חדשה [ביבי] והיא תלויה בש"ס. אם זה כה נורא, ש"ס היו אמורים לדרוש לבטל אותו. אבל לא דרשו. יודעים שזה חוק הגיוני. אין פה בעיה הלכתית- דתית.

**אחרי 30 שנה יש פתרון- אם הבעל לא ייתן את הגט, בכל זאת יהיה הסדר משאבים**.

**שיעור 21- 07/06/22**

**שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי**

ב-2008 ראינו שחוק יחסי ממון חוזר לחיים. עד אז החוק לא רלוונטי, לא רק לגבי נכסים שלא בנישואים, אלא גם נכסים שנצברו במהלך הנישואים והם ברי איזון החוק אומר שניתן לאזן רק בפקיעת הנישואין. אבל יש **דינמיקה של תמריץ לסרב להתגרש כדי למנוע את מנגנון האיזון**. לרוב התמריץ לגבר, כי כלכלית ברוב גדול של המקרים מי שנהנה מהאיזון הן הנשים [הרכוש רשום על שם הגבר]. דיני הגירושין- לגבר יותר קל לא להתגרש, כי עילות הגירושין בדין הדתי הן לא סימטריות והילד של הגבר לא יהיה ממזר.

**ב-2008 חוק יחסי ממון חוזר לחיים בעקבות התיקון**. מתגלה שנוצר פער באבולוציה בין חזקת השיתוף לחוק יחסי ממון. **חזקת השיתוף היא בדור שלוש** – פותחת פתח להחיל את השיתוף גם על נכסים לפני הנישואים, מתנות וירושות כאשר מדובר על נישואים ראשונים, ארוכים וטובים. לעומת זאת, חוק יחסי ממון אומר במפורש שיש 3 נכסים שאינם ברי איזון [מוציא מאפשרות השיתוף נכסים לפני הנישואין, ירושות ומתנות].

**מה יעדיפו בתי המשפט?** המחוקק לא תיקן את העניין הזה בתיקונים הבאים. דילמה של ביהמ"ש לציית למחוקק או משום שהתרגל להפעיל את חזקת שיתוף דור 3 הוא ימצא דרך להפעיל את דור 3.

**מה עושה בימ"ש אחרי התיקון לגבי נכסים לפני נישואים?**

נחזור אחורה כדי להבין מה קרה לפני כן.

קריטריונים: נועם נשוי אחרי שנת 74', יש דירת מגורים או מכונית שרשומה על שמו ובת זוגו, יחסים בין בני הזוג בסדר (אין קרע).

מכוח מה הזכויות של בן הזוג בנכס? חזקת השיתוף או חוק יחסי ממון?

-**חוק יחסי ממון** קובע שבנישואים הוא לא פעיל והזכויות מכוח החוק הן רק בפקיעה [גירושין או מוות].

עד כה אמרנו שזכויות בין בני זוג יכולות להיות מכוח חזקת השיתוף או מכוח חוק יחסי ממון. אבל זה לא נכון. כמו שיש שותפים מכוח דיני קניין, **גם אם בני זוג קונים יחד דירה או מכונית** **השותפות שלהם נוצרת מכוח הדין הכללי= דיני הקניין**. כמו שדיני הקניין חלים ביחסים בין זרים, יכולה להיות שותפות בין בני זוג.

אם יש מקרר בבית- הוא משותף, קנו אותו מכסף משותף. **דיני החוזים והקניין יכולים לייצר סוג של שותפות**. טריוויאלי לגמרי.

גם אם המכונית רשומה רק על אחד מבני הזוג- ייתכן ואם היינו שואלים של מי המכונית, היינו אומרים שניהם.

**הרישום הוא לא ראייה לתוכן, במיוחד במכוניות** [רישום דקלרטיבי שלא יוצר את הזכות עצמה, לעומת מקרקעין].

**מה קורה במקרה של דירה?** גם אם הייתה הסכמה שהדירה משותפת, **יש דרישת הכתב** [ס'8 לחוק המקרקעין].

**דין כללי עם הנחת משפחה**= **אם ניתן להוכיח שהכוונה של בני הזוג לשיתוף**, אז הדבר היחיד הוא שנותנים הנחה **שזה לא צריך להיות כתוב** ורשום [כי במשפחה אנשים סומכים אחד על השני, לא פורמליים. דומה לחזקת שיתוף דור 1 שנשענה על הסכמת הצדדים. כמו "דבר מה נוסף". אינדיקציה נוספת].

* **גם בני זוג שהתחתנו אחרי 74' ולא התגרשו- יכול להיות להם שיתוף מכוח דיני הקניין**.

**ההיסטוריה**- בימים שחוק יחסי ממון לא היה עובד, אחת מהדרכים היחידות שכן הצליחו להכיר בשיתוף היא באמצעות שיתוף ספציפי בדין הכללי.

רמז קטן בפס"ד **קנובלר יעקובי** [שנת 2000]. אח"כ הרחיבו את זה בפס"ד אבו רומי.

אם יצליחו להוכיח הסכמה לשיתוף 🡨 אז היא יוצרת שיתוף במסלול השלישי של דיני קניין וחוזים. לכן קוראים לזה שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי.

**פס"ד אבו רומי**- אישה מוסלמית שחיה עם בן הזוג שלה על **דירה שנבנתה על קרקע ששייכת לבעל**. הקרקע רשומה על שם הבעל. כשהם התחתנו זה בית שלו. הם חיים בבית הזה 16 שנים, נולדים 6 ילדים. לאחר 16 שנים אדון אבו רומי לא מרוצה מהאישה. הגירושים באסלאם יותר קלים מאשר ברבנות. אמנם יש צורך לשלם את המוהר, אבל מבחינת היכולת לגרש זה קל יותר. הוא מגרש את גב' אבו רומי.

**אצל מוסלמים אין כריכה**. לגבי הסכמה- פס"ד סימה אמיר לא מרשה ליהודים לדון ברכוש בהסכמה, אז גם **הפסיקו להסכים למוסלמים לדון ברכוש בהסכמה**.

ברמה הרשמית- **הכל סיפור אזרחי ביחסי רכוש**. המוהר עצמו בסמכות בית הדין, אבל חלוקת רכוש הוא נושא אזרחי. אצל יהודים זה יכול להיות בבית הדין בכריכה.

גברת אבו רומי מגישה תביעה לבימ"ש אזרחי ומבקשת חצי מהדירה. אבל היא בצרה, משום שנכס מלפני הנישואים הוא **נכס לא בר איזון**. הם כבר התגרשו. לא כמו המקרה של קנובלר [סרבן גט]. פה כבר התגרשו ואומרים שמאזנים את כל הנכסים שנצברו במהלך הנישואים.

אם הם היו בונים את הבית ביחד במהלך הנישואים, למעט הקרקע -היינו יכולים לעשות את הטריק של פס"ד לידאי. אבל פה **מדובר על בית מוכן**.

מבחינת חוק יחסי ממון- כל הבית רשום על שמו מלפני הנישואים ולכן לכאורה לא מגיע לה כלום.

עוה"ד שלה יצירתי (רק בשלב הסיכומים)- הוא בא **לשופטת שטרסברג-כהן** וטוען שהיא אמרה ב-96' שגם בני זוג שהתחתנו אחרי 74' שאמנם לא חלה עליהם חזקת שיתוף, אבל במקביל לחוק יחסי ממון יכול לחול עליהם שיתוף מכוח דיני הקניין, שהם יהיו מותאמים למשפחה [גם אם לא יהיה הסכם כתוב נוכל להכיר בזה]. כלומר, את מסכימה שבאופן עקרוני למרות חוק יחסי ממון, יש אופציה להוכיח שיתוף מכוח דיני קניין.

**בפס"ד קנובלר יעקובי** דובר על נכס שצמח בנישואים. צריכים שיתוף ספציפי כי אלה היו יהודים שלא התגרשו.

**טיעון**- אם הייתי תובע לפי חוק יחסי ממון יש הבדל בין נכס שנצבר בנישואים לעומת נכס מלפני הנישואים. **אני תובע לפי דיני קניין והסכמה**. ההבחנה הזו נכונה אם אני תובע מכוח איזון משאבים, אבל אני תובע מעניין עובדתי. בני הזוג= מדבר על מה שצבר בנישואים וגם מה שהיה קודם.

**הטענה הזו חזקה לגבי נכס מלפני הנישואים**. לגבי נכס בנישואים- אם קנינו את זה במשותף, אז למה זה רשום על שמי? אפשר לטעון שהוא תחמן וכו'. לגבי לפני הנישואים- זה נכס מלפני הנישואים, ואחרי זה כבר לא התאים להביא עו"ד שיסדיר שיתוף. לא שינינו מצב קיים שזה רשום על שם אחד הצדדים בשל האופי המיוחד של משפחה. אפשר יותר להסביר למה למרות שיש כוונה לשיתוף, לא שינינו את השם שרשום על אחד הצדדים [הוא בא עם זה מלפני הנישואים, וזה כבר לא התאים לרומנטיקה של הקשר לדרוש לשנות את זה בזמן הנישואים].

**טיעון חזק= גב' אבו רומי מבקשת לתת לה אופציה להוכיח שיש שיתוף לגבי נכסים חיצוניים [לפחות בדירת מגורים מהסוג הזה]**.

**שטרסברג-כהן** אומרת שזה טיעון יפה. היא אכן **מכירה שיכול להיווצר מסלול שיתוף מכוח דיני החוזים והקניין** [הבינו אותה נכון בפס"ד קנובלר]. **המסלול הזה נכון גם לגבי נכסים לפני הנישואים, ירושות ומתנות, והמסלול הזה לא מצריך כתב**. **אבל**, בפס"ד קנובלר יעקובי היא הצטרפה לקבוצת השופטים שאמרו שחזקת שיתוף מתה [הייתה טענה לגישה סימולטנית- חזקת שיתוף לצד חוק יחסי ממון והגישה הזו נדחתה]. היא לא התכוונה שחזקת השיתוף ממשיכה לחול ופשוט קראה לזה שיתוף מכוח הדין הכללי. זה לא הכוונה שלה. -אם יש חזקת שיתוף, אז באמת לא צריך להביא הוכחות. זה הרעיון שלפחות בדירת מגורים יש "נגעת נסעת". הכנסת מישהו לדירה שלך והתכוונת לשיתוף. אבל **כאשר אין יותר חזקת שיתוף, אלא יש שיתוף מכוח דיני חוזים וקניין, היא התכוונה שבשלב הראיות תביא ראיות שהצדדים אכן התכוונו לשיתוף**. למשל, מקרה של חורבה ששיפצו יחד; להביא עדויות והקלטות בני הזוג. אבל פס"ד אבו-רומי מאוד מצומצם. **לא מוכנים לקבל את הטענה הזו ללא הוכחה נוספת**.

הסיפור- 16 שנים, 6 ילדים, דפוס קלאסי שבו שיקולי הגינות חזקים. אבל גב' אבו רומי יוצאת בלי כלום. חלק מהאירוניה- מאות נשים בזכות גב' אבו רומי הולכות לקבל דירה מלפני הנישואין. אבל היא עצמה לא קיבלה.

ביהמ"ש מקבל את הטיעון ואומר שזה לא משחק אלא מבקש להביא הוכחה של ממש. זו לא חזקת שיתוף, זה אולי דומה לחזקת שיתוף במתכונתה ההיסטורית= במונחים שלנו זו בעצם חזקת שיתוף דור 1, ולא חזקת שיתוף חצי קוגנטית.

**פס"ד אבו רומי פותח פתח אחרי 2008 שיהיה אפשר לעשות שיתוף על נכסים לפני הנישואין, מתנות וירושות**. **אך הפתח הזה הוא מאוד מצומצם**. השיתוף מעוגן בכוונות והוכחות- **2 מסלולי הוכחה**:

1. מגורים בדירה + השקעה משמעותית משותפת. -ברגע שיש שיפוץ או ערבוב של קרקע פרטית ובנייה משותפת זה יוצר "דבר מה נוסף". אינדיקציה הסכמית. \*נקבל שיתוף מלא, לא רק בדלתא על השיפוץ אלא גם בדירה. \*עצם המגורים בדירה לא מספיקים.
2. הוכחה ברורה שיש כוונה, לא בכתב [למשל, עדויות/הקלטה]. ראייה על אמירות ברורות בין בני הזוג שמציגות כוונה לשיתוף.

שנת 2000- קנובלר. 2003 אבו רומי. 2008 הרבה אנשים תובעים לפי חוק יחסי ממון והשאלה הזו משמעותית. כשמדובר על נכס שנרכש במהלך הנישואים אין בעיה, עושים איזון משאבים אחרי שנה של פרידה. אבל כשמדובר על נכס לפני הנישואים, זה לא עוזר. הפרידה עוזרת להפעיל את איזון המשאבים ואז צריך להפעיל שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי.

**מה קרה בפועל בפסיקה אחרי 2008?**

מתקנים את חוק יחסי ממון והשאלה הזו הופכת להיות משמעותית- **רוב הזוגות התחתנו אחרי 74'**. אין מחסום של בעל שמסרב להתגרש ומסרס את האפשרות לאזן. היהודים שהחוק הופך להיות רלוונטי אליהם מגיעים.

נאפיין 3 דפוסים של פסקי דין:

1. **הגישה המצמצמת- פסקי דין שמצייתים להלכת אבו רומי**. אמנם יש מסלול הסכמי-קנייני, נפעל במגבלות הנוקשות של פס"ד אבו רומי. זה **חייב להיות מעוגן בהסכמה ברורה של הצדדים**, שנלמד מראייה בע"פ או שיפוץ/ערבוב. הנטל הוא על האדם הלא רשום. צריך להוכיח שהייתה הסכמה בהתאם לאמות המידה האזרחיות המקובלות.
2. **מאמר של פרופ' ליפשיץ- מציע גישת אמצע-** **דומה לחזקת שיתוף דור 3**. כשמדובר על נכס שנצבר במהלך הנישואים, או על התוספת על שיפוץ הדירה 🡨 התפיסה היא תפיסה של **צדק והגינות**. כשמדובר על נכס לפני הנישואין 🡨 קיבלתי אותו ללא מאמץ. ההצדקה לשיתוף היא שבנישואים ארוכים נוצרת **תחושה של יחידה** **משפחתית**, **"והיו לבשר אחד"**. בנוסף, רעיון של **הסתמכות**- **ברבות השנים ראינו את הדירה כדירה משותפת**. ההבחנות של דור 3 מאוד מתאימות. נישואים ארוכים, יחסים טובים- לא צריך להביא הוכחה [הקלטה שזה מה שאמר או הוכחה ששיפצתם יחד]. למשל **פס"ד הדרי**- 30 שנים גרו שם, נישואים ראשונים. **אם מתקיימים תנאי סף "קישוריים"** [ארוכים, ראשונים, מאופיינים ביחסים טובים] **צריך להפוך את הנטל**. לא צריך לבקש מהאישה להביא הוכחה, אלא **הבעל צריך להביא את ההוכחות הללו**.

לעומת זאת, **כשלא מתקיימים תנאי הסף** [נישואים שניים, קצרים, אין שיתוף כמו המיליונר הקמצן] **חזקה שהנכס** **פרטי** ועל האישה להביא הוכחות שהנכס משותף.

חלק מהשופטים אימצו את הגישה הזו, חלק אימצו באינטואיציה בלי לומר שמשתמשים בזה.

1. **הגישה הרדיקלית**- **בדירת מגורים "נגעת נסעת"**. עצם העובדה שהכנסת אדם לגור איתך בבית, מעידה על כוונת שיתוף. **מזכירה את חזקת שיתוף דור 4**. חלק מהשופטים במשתמע פוסקים על פיה מבלי לומר זאת. **השופט שפירא** במחוזי בירושלים אומר במפורש שהוא משנה את ברירת המחדל של החוק- למרות שזה לא נכס בר איזון (מלפני הנישואים), כשמדובר בדירת מגורים אם לא עושים הסכם ממון התוצאה תהיה שהנכס יהיה משותף. למרות שהמחוקק אומר אחרת. גישה הפוכה מהגישה הראשונה. **לגבי דירת מגורים הופכים את ברירת המחדל** (**כשאין דירה אחרת**). **פרופ' חנוך דגן** מגבה את התפיסה הזו לגבי דירת מגורים. זו התפיסה שביהמ"ש צריך להנחיל. לא יכול להיות שבדירה אדם ירגיש אורח. יש כאן **נופך סוציאלי**, במיוחד כשלאישה אין דירת מגורים אחרת. לכן הם לא מוכנים שזה יקרה רק בנישואים ראשונים, כי ייתכן שמדובר בנישואים שניים (אין הסכם ממון, מוריש את כל הדירה לילדים). יכולים לומר שחצי דירה של האישה מכוח הגישה הזו.

נוצר בלאגן בחזקת השיתוף. לא ברור איך מפעילים אותה.

**פס"ד פלונית [שיתוף ספציפי]** – הסוגייה הזו מגיעה **לעליון**. בני זוג שחיים ביחד 10 שנים, נישואים ראשונים, בדירה שהבעל הביא אותה לנישואים. היו הרבה מריבות במהלך 10 השנים. הגברת עם הילד עוזבת את הבעל. הם חיים בנפרד במשך 3 שנים אבל לא מתגרשים בתום השנה השלישית הם חוזרים לגור ביחד. לימים מתברר שכשהיא חזרה לגור יחד **הוא הבטיח לה שהם ימכרו את הדירה הנוכחית**, **יקנו דירה חדשה והיא תירשם עליה כבעלים**. זמן קצר אחרי המגורים יחד, הם החליטו להיפרד ולהתגרש באופן סופי [סה"כ היו יחד כ-15 שנים, מתוכם הרבה משברים].

האישה תובעת חצי מהדירה מכוח השיתוף הספציפי. בביהמ"ש למשפחה מקבלים את טענתה. במחוזי לא מקבלים. זה מגיע לביהמ"ש העליון. שם יש 3 שופטים שעושים סדר. **השופט דנציגר**- מנתח את הגישות השונות לסוגייה והוא עושה את זה לפי המאמר של פרופ' ליפשיץ. מציג שיש 3 גישות. **גישה אחת של השופט שפירא-** שופך עליו את זעמו. החוק אומר במפורש שנכס לפני הנישואים הוא לא בר איזון. לא אקטיביסטיים עד כדי כך. **הגישה השנייה של ליפשיץ**- יש בה היגיון, אך הוא מסויג מהיבט מסוים שצריך לבחון את איכות היחסים בין הצדדים ואילו **דנציגר רוצה לבחון רק את הדינמיקה הכלכלית**. **בעייתי להיכנס להיבטים רגשיים לצורך בדיקה כלכלית**. אך, גם הגישה הזו היא לא בהתאם לחוק. בנישואים ראשוניים וארוכים זה נכס מחוץ לנישואים וצריך להוכיח שזה משותף, ואילו ליפשיץ הפך את הכלל לגבי סוגי נישואים מסוימים [הוכחה פוזיטיבית לגבי כוונה לשיתוף]. הוא משאיר את זה בצריך עיון- לא מצביע נגד או בעד. **גישה שלישית מצמצמת**- ביקשה לבדוק הוכחה פוזיטיבית לשיתוף עם 2 מסלולים: השקעה משותפת – לא היו שיפוצים בדירה לענייננו, הגבר הביא אותה. או הוכחות- חבר שלהם סיפר שהגבר ריצה אותה והחזיר אותה, הבטיח לה שהם ימכרו ויקנו מחדש ושם הוא ירשום אותה. **מהעדות הזו ביהמ"ש לומד הוכחה פוזיטיבית לשיתוף** ולכן הוא בסופו של דבר מתוך הגישה המצמצמת הופך את פסה"ד של המחוזי וקובע שיש כוונה לשיתוף. בהפוך על הפוך – מבחינה תיאורטית הלכו לצמצום השיתוף, **הוא אמר שלפי הגישה המצמצמת צריך לקבל שיתוף**.

**השופט עמית**- אומר שהוא מסכים עם דנציגר מבחינת התוצאה. כשהוא מגיע להנמקות הוא לא מוכן ללכת לגישה הראשונה, אלא **נותן סדרת פרמטרים**. [בדנג"ץ הבגידה הוא ידבר על הרציונל הקישורי, כפי שליפשיץ הזכיר, אבל הוא נותן כאן פרמטרים ברורים]. אצל ליפשיץ זה דיכוטומי- הם חלו=מתהפך הנטל; לא חלו=הולכים לפי הגישה המצמצמת. עמית נותן פרמטרים שצריך לקחת בחשבון כדי להגיע לתוצאה.

1. **האם זו דירת מגורים או נכס עסקי**- מפעיל שיתוף ספציפי יותר בדירת מגורים מאשר בנכס עסקי. לא מבטיח שלא יפעיל בנכס עסקי. הוא לכאורה מצמצמם, אבל חלק גדול מעורכי הדין מבינים שאין פה הבטחה לכלום.
2. האם היה שיפוץ- כן או לא.
3. נישואים ראשונים או שניים.
4. אורך הנישואין- נישואים ארוכים או קצרים.
5. איכות היחסים המשפחתיים.
6. רמת השיתוף הכלכלית.
7. האם יש לאישה דירה אחרת.

יש רשימה בפסה"ד.

משקלל את כל השיקולים יחד ואז להחליט. הבעיה- הוא לא הסביר איך הוא מיישם כאן. נישואים קצרים, אין שיפוץ, אין השקעה. אבל מדובר בדירת מגורים, נישואים ראשונים.

* השאלה של נישואים ראשוניים או שניים היא בפועל= האם יש ילד לאחד מבני הזוג מנישואים קודמים. האם מתפתחת תפיסה של יחידה משפחתית או לא. אם יש ילד מנישואים קודמים, זה מביא לאינטרסים נוגדים בתחומים שונים.

**השופט זילברטל**- דעת **מיעוט**. הוא חושב שהמחוזי צדק. **עושה מהלך "ולטעמך"**. נניח שיש שני תנאים שיש להם הלכות יסוד שונות בסוגיה מסוימת. תנא אחד אומר שאני חושב מראש שהנחת היסוד שלך שונה ולכן אני מגיע למסקנה שונה. אבל גם לטעמך, תן לי להסביר לך למה גם אם אני מקבל את הנחת היסוד שלך יישמת אותה בצורה לא נכונה. **אם היית מיישם נכון- היית מגיע למסקנה שלי**. זה המהלך כאן- **הוא הולך לפי הגישה השנייה של פרופ' ליפשיץ- גישה קישורית (קשרים) של קהילה משפחתית**- נישואים קצרים, אין דינמיקה שיתופית, ולכן לא ניתן לקבוע שיתוף. **אבל אם נלך לשיטתך- אתה הולך לפי שטרסברג-כהן**, יש עד שמספר על הבטחת הבעל לאישה לגבי מכירת הדירה, קניית דירה חדשה ושם היא תירשם. **אבל באיזה אחוזים היא תירשם? יש כל מיני אפשרויות**. אם הדירה הישנה עלתה 2 מיליון, הם יוסיפו 2 מיליון כסף מאמץ משותף ואז הוא ירשום אותה על רבע. העד לא התייחס לתרחיש כזה. אם באמת ובתמים לפי גישה אחת בונים רק על העד- אז העד לא מעיד מה שאתה אומר.

דעת הרוב במקרה הספציפי הייתה להפוך את המחוזי ולתת לאישה את החצי מהדירה.

**מה ההלכה?**

* **דנציגר** אומר שהוא **גישה מצמצמת** אבל יישום הגישה יצא די רחב הלכה למעשה. בונה על דברי העד על כוונה לשיתוף.
* **עמית וזילברטל** מבחינת תפיסה הם יותר גישה 2. זילברטל אומר את זה במפורש, עמית נותן מבחני עזר שדומים לגישה. היישום שונה.
* יש בלבול איך ליישם.

השופטים המשיכו לעשות איך שרוצים ויש עדיין 3 גישות. חלק מהשופטים הלכו לגישה מצמצמת [שיפוץ או הוכחה קונקרטית], חלק גלשו לגישה מרחיבה [הכנסת מישהו לבית- מזה לומדים כוונה לשיתוף]. גישה ביניים של מכניזם [הפיכת ברירת הנטל כמו ליפשיץ או שיקולים כמו עמית].

\*נמשיך את הנושא הזה בהמשך.

**דנג"ץ הבגידה**- עוסק ב-3 נושאים: 1)שיתוף ספציפי. 2)שיקולי אשמה מינית. 3)פיקוח בג"ץ על בתי הדין הרבניים.

ב-2021 יש פס"ד חדש שנלמד בהמשך. מ-2014 עד 2021 דנו ב-3 הגישות. אנחנו מוסיפים רכיב נוסף מדנג"ץ הבגידה.

**שיקולי אשמה**

מהי אשמה מינית או אשמה בכלל? ברוב שיטות המשפט הדתיות בכלל והמסורתיות, **השאלה מי סיים את הנישואים היא שאלה מאוד חשובה לגבי קביעת התוצאות הכלכליות**. באופן ספציפי, בגידה או חוסר נאמנות מינית היא קריטריון משמעותי לסמן מי לא בסדר בזה שהנישואים התפרקו. זה גם שיקול בגירושים עצמם- בהלכה היהודית זו אחת מעילות הגירושין המשמעותיות. אבל זה גם פרמטר לקביעת התוצאות הכלכליות.

**יהודים**- ענייני נישואים וגירושים זה לפי דין תורה, לא כולל את חלוקת הרכוש אבל **כולל את הכתובה**. בכתובה- הבעל מבטיח לאישה בנישואים את הכתובה, מבטיח שאם הוא יעזוב אותה היא תקבל כתובה. **אם היא תעזוב אותו- הוא לא ייתן כתובה**.

**זה מבחן מהותי**- מי אשם בסיום הקשר. ולא מי עזב את מי. **הבגידה היא אינדיקציה למי אשם בסיום הקשר**.

גם בדתות האחרות יש לשאלה הזו השלכות כלכליות.

**זה לא יעבוד סימטרי**. בגידת האישה משמעותית במיוחד.

**מה קורה לגבי יחסי הרכוש?** דיברנו על חזקת השיתוף ולא הזכרנו את המילה "בגידה". **פס"ד דרור נ' דרור**- עניין הבגידה רלוונטי אולי לדין דתי, אבל **עצם זה שבן אדם בגד או לא זה לא יכול להיות פרמטר להפסד הזכויות שלו**. ההתנהגות המינית של בני אדם או ההתנהגות שלהם בכלל במהלך הנישואים היא לא פרמטר שבגללו נפסיד רכוש.

**אחרי 1974 חוק יחסי ממון**- יש סעיף בחוק – **ס'8**- שלפני התיקון ב-2008 **הוא נתן שיקול דעת כללי לבימ"ש לסטות מחלוקה של חצי חצי**. הסעיף **אפשר לתת לאחד מהצדדים יותר מתוך שיקולי צדק**, **ועד 2008 לא פירט מה השיקולים**. בתי המשפט לא אהבו את הסעיף הזה כי הם חשבו שיש בו פוט' לפגיעה בזכויות קניין [=מישהו לא יקבל את חלקו בגלל שיקול דעת של ביהמ"ש]. מאז ומעולם הם היו עוינים לסעיף הזה ופה ושם השתמשו בו.

באחד מפסקי הדין מ-2006 [השופטת מרים נאור] בא **ביה"ד הרבני והשתמש בסעיף 8 כשיקול להפחתת הרכוש לאישה בוגדת**. מאחר וגירושין יוצרים נזק כלכלי [צריכים לשכור 2 בתים וזה נזק] אז הבן אדם שבגד הוא אחראי בעצם לנזק הזה. דרך ס'8 אתן לבוגד חלק יותר קטן מהרכוש שהוא אמור לקבל. **ביהמ"ש העליון** **לא קיבל את הטענה הזו**. עם כל הכבוד, הבגידה לא יכולה להיות פרמטר שנשחק בו. מה שמגיע לאדם לפי חוק יחסי ממון הוא יקבל. **לא נרצה שיפוט מוסרי ולא רוצים פולשנות**. לא נבקר מי שרוצה להיפרד. בימ"ש אזרחי לא יכול לעשות זאת ובימ"ש דתי לא יכול לעשות זאת כי זו עילת התערבות של בג"ץ.

**בימ"ש כן פותח פתח**- עושה הבחנה שמופיעה בעולם בין אשמה כלכלית לאשמה מינית. לצורך הדיון ביהמ"ש אומר שאם היה אדם שהייתה לו פילגש שאהבה אותו והוא לא נתן לה כסף- עצם זה שהייתה לו פילגש זו לא עילה להפחתת רכוש. אבל **אם הוא נתן לפילגש כסף, הוציא עליה כספים לשכירת דירה וכו', לגבי הכספים האלה נבקש להפחית או אם אדם עשה הימורים זה רלוונטי**.

**אם שכרת דירה לפילגש- אתחשב בזה לא כי בגדת, אלא כי גנבת כספים**.

**פרופ' ליפשיץ** חושב שזו צביעות. **אם אדם בנישואים שניים היה מחליט לממן את הלימודים** **של הבן שלו** **ללא רשות מבן הזוג- כנראה שלא היו תובעים שיחזיר את הכסף המשותף**. לפי הלוגיקה של בימ"ש זו גניבת כספים, כמו מימון הפילגש. לא שופטים על המעשה עצמו אלא אומרים שאסור להשתמש במשאב משותף ללא רשות. אך בפועל לא סוכמים את הכסף הזה לאחר פרידה ומבקשים החזר, כי זה נרכש שלא לרצונה. זה טריקי- לא באמת יכולה להיות הבחנה חדה בין המקרים.

עד כאן- הכלל שמסתמן בפסיקה האזרחית הוא שגם לגבי חזקת שיתוף וגם לגבי חוק יחסי ממון: התנהגות מינית או בגידה היא לא יכולה להיות פרמטר לעניינים אזרחיים. מה שעושים בביד"ר עם הכתובה מעלימים עין כי זה דין דתי. כשמדובר ביחסי רכוש זה לא פרמטר. מוכנים להתחשב רק באשמה הכלכלית.

עד כדי כך שיש **פס"ד שבו אדם ניסה לרצוח את אשתו**- מתנפל עליה עם סכין ונשפט לכלא. האישה הייתה יותר אמידה, הם מתגרשים, והוא תובע חצי מהפנסיה שלה. לכאורה, לפי חוק יחסי ממון- רכוש שנצבר במהלך הנישואים כמו פנסיה- זה שייך לו. **במחוזי הוא מנצח**.

**הנושא מגיע לעליון**. 3 שופטים של ביהמ"ש אומרים **שיש גבול לכל תעלול**. **לא הגיוני שבן אדם שניסה לרצוח יקבל חצי מהרכוש**. באינטואיציה הם מבינים שצריך להתחשב בהתנהגות שלו, זה לא סביר שיקבל חצי מהרכוש. אבל בא בעת הם מפחדים לפתוח את הפתח של הבגידה- שם הם לא רוצים להתחשב בהתנהגות. הם 3 שופטים עם 4 דעות. מסכימים בתוצאה, אבל מייצרים הבחנות וצמצומים כדי שזה יהיה ברור שזה רק המקרה הזה.

**דפנה ברק-ארז** **"חריג הרצחת וגם ירשת"**. הרי אם הוא היה מצליח, היא הייתה מתה ולא הייתה פנסיה. בגלל שהחטאת עם הסכין, אתה תרוויח ותקבל? אבל **העמדה שלה מאוד מצומצמת**- **רק בניסיון לרצח, רק בפנסיה, ורק במקרה שהאישה היא העשירה** [מקרה מאוד נדיר]. **זו טענת הגנה לאישה**. לרוב מי שתובע יחסי רכוש היא האישה, וכאן מקרה נדיר שהאישה נתבעת. זו לא לוגיקה שתאפשר לאישה לתבוע 50% מהגבר.

**דפנה ברק-ארז** **באוביטר** הביאה גישה שנייה. מאחר ורעיון איזון המשאבים בנוי על שיתוף, אני יכול להיות שותף רק במי שאני מכיר בו כבן אדם. **אם אני מחטיף למישהו מכות רצח אני שולל את האנושיות שלו** **ולא יכול להיות שאני שותף שלו**. זה טיעון שיכול להתאים גם לדירה. אבל זה גם מאוד קיצוני- רק על מכות מאוד משמעותיות= שמראות שאני לא מתייחס אלייך כבן אדם. זה **יעזור גם רק לאישה נתבעת**, ולא לאישה תובעת. היא תטען "לא ראית בי דמות אנושית". זו **רק טענת הגנה**. טענת מגן ולא טענת חרב.

**השופט הנדל**- מרחיב יותר מברק-ארז, אבל חושש מהנשיאה נאור. נאור אמרה לביה"ד שההתנהגות לא רלוונטית. הוא מנסה לפתור את זה **ואומר שהוא יתחשב רק באשמה שיש לה קשר כלשהו אפילו עקיף להיבט הכלכלי**. למשל, אם שברתי לאדם את היד הוא לא יכול לעבוד. אם הכנסתי לאדם מכות- ניתן לקבל כהנחת עבודה שזה פגע באוטונומיה שלו ובערך העצמי שלו, הוא לא יכול לממש עצמו. הוא **עושה זאת כדי לשמור על ההבחנה בין כלכלי לבגידה**. כדי לייצר בידול הוא אומר שהאלימות רלוונטית כי היא פוגעת לבן אדם בתחושת הערך שלו ולכן היא תפגע בכושר ההשתכרות שלו. הוא יותר מרחיב ממנה- זו **יכולה להיות טענת חרב**. אבל, **אם מדובר על אישה שאחרי הגירושים דווקא אחרי האלימות היא פרחה ומימשה את עצמה- זה לא טיעון שיוכל להיות רלוונטי**. ההנמקה הזו גם מרחיבה וגם מצמצמת.

**מלצר**- מטריד אותו השיפוט המוסרי. איך אפשר להתחיל לומר מה טוב ומה רע. **אמת המידה שלו- אם זו עבירה פלילית**. בגידה היא לא עבירה פלילית. הוא לא מבחין אם זה כלכלי או לא. פנסיה או לא. מבחינתו- **רק אם נגמר המשפט והוא הורשע בעבירה פלילית, הרי שאין בעיה עם שיפוט מוסרי**. אמת המידה של מלצר- האם הייתה הרשעה פלילית.

בפסה"ד כולם הגיעו לאותה תוצאה. אבל יש נסיבות אחרות שיכולות להוביל לתוצאה שונה.

**שיעור 22- 09/06/22**

דיברנו על **אשמה מינית ואשמה בכלל**. השאלה איך ההתנהגות של הצדדים במהלך הנישואים באופן כללי [השאלה מי אשם בסיום הקשר והתנהגות מינית] יכולה להשפיע על חלוקת רכוש. בעולם של חזקת השיתוף התשובה היא שלילית. **פס"ד דרור נ' דרור**- לא קשור. גם אם אחד מבני הזוג בגד או החליט לסיים קשר, זה לא אומר שהוא צריך להפסיד את הזכויות הכלכליות שהוא כבר צבר.

**בחוק יחסי ממון- ס'8** סעיף שמאפשר לביהמ"ש לסטות מחלוקת חצי-חצי, אבל **לגבי אשמה ביהמ"ש אומר במפורש שלא מוכנים לקבל את "הבגידה" או "אשמה מינית" כפרמטר**. ביהמ"ש עושה הבחנה, שמקובלת גם בעולם, בין אשמה מינית לאשמה כלכלית. אדם שהוציא הוצאות או הבריח כספים על הפילגש- זה יבוא לידי ביטוי. הבגידה עצמה לא רלוונטית [מורכב מדי לדעת מי סיים את הקשר, לא רוצים להיכנס לחדר המיטות, לא מוסרי].

כאשר ביד"ר ניסה ב-2005/6 באחד מפסקי הדין שלו להשתמש בסעיף 8 ולעשות שימוש בשיקול, שעל פניו נראה רלוונטי, היחסים התפרקו ולכן יש פחות, מי שיישא בנזק הוא מי שאחראי לסיום הקשר. **בג"ץ לא אפשר** לעשות זאת.

**לצד ההבחנה בין אשמה כלכלית [שבה כן מתחשבים] לבין אשמה מינית שלא מתחשבים, עולה העניין של אלימות פיזית**. ניתחנו את המקרה של הניסיון לרצח. שם ביהמ"ש המחוזי דבק ברעיון שאין אשמה, עד כדי כך שהוא אמר שאלימות זה עניין פלילי, נכניס לכלא, אבל זה לא רלוונטי לחלוקת הרכוש. ביהמ"ש פותח פתח מאוד קטן וראינו את **4 הגישות** בפסה"ד.

* אשמה מינית אינה פרמטר בביהמ"ש או ביד"ר לגבי חלוקת רכוש.
* בביד"ר זה יכול להיכנס כחלק מדיני הגירושין והכתובה, אך לא ניתן להתייחס לגבי ענייני רכוש.

בפועל זה לא לגמרי כך. יש פסק דין שקשור לשאלה של **שיתוף נכסים חיצוניים** [לפני הנישואים, ירושות ומתנות]. ראינו שאחד הפרמטרים הרלוונטיים הוא אורח החיים בין בני הזוג. **השופט שוחט** **אומר שעצם העובדה שהיו הרבה בגידות ונטישות של הבית מעידה שלא היו תנאי סף קישוריים שמעידים על אווירת שיתוף**. טריקי- הבגידה עבדה כנתון אובייקטיבי. מנסים לחשוב אם יש תפיסת שיתוף [תפיסה רומנטית- שלי שלך, שלך שלי. תודעה יחידתית]. הוא אומר שבין הפרמטרים שיכולים להעיד שזה לא היה היא העובדה שהיו בגידות. זה סוג של זליגה של שיקולים כאלה לתוך הפסיקה האזרחית.

פס"ד ישן של ביד"ר בלוגיקה דומה: לגבי נכס חיצוני- פרמטר של יחסים גרועים שהוכחו דרך בגידה. **בג"ץ [השופט ברק] לא התערב ולא אמר שזה לא בסדר ששקלו את זה**.

* אם זו לא אשמה שנועדה להעניש את הבוגד, אלא כנסיבה אובייקטיבית, גם הבוגד יכול להרוויח. הבוגד יכול לומר שעצם הבגידה שלו מעידה שהיחסים לא היו טובים ולכן זו אינדיקציה לחוסר שיתוף.
* בד"כ משתמשים בבגידה ככלי להעניש ותעבוד נגד הבוגד.

סוג אחר של זליגה של הבגידה- **פס"ד השותפות המוחלשת**. יש לנו שותפות כלכלית, כל עוד אנחנו באמת שותפים. **תיאורטית השותפות מפסיקה כשמתגרשים**. אבל **בישראל, לאור הליכי הגירושין הארוכים, ייתכן שבפועל היחסים התפרקו וטרם היו גירושים רשמיים**. ביהמ"ש צריך לקבוע מהו מועד הקרע [המשפחה התפרקה, עדיין אין גט]. מבקשים לדעת מה ערך הנכסים לפי **מועד הקרע**. **2 פרמטרים בפסיקה:**

1. **מועד הפרידה**- **פס"ד לידאי**. -פרידה פיזית.
2. **מתי הוגשו התביעות**- **פס"ד אבנרי**. לפעמים זה מקדים ולפעמים מאחר. יש אנשים שעדיין גרים יחד והתביעות הוגשו לפני ולכן מועד הקרע ייקבע לפני הפרידה. לפעמים יש מצב הפוך, שאנשים היו און אנד אוף בפרידה אבל עוד לא הוגשו תביעות ולכן יאמרו שהשותפות נמשכת.

* אם יש פרמטר שבני זוג נפרדו בתאריך מסוים והגישו תביעות בזמן אחר- צריך לשים לב שהשיתוף הוא תמיד עד למועד הקרע. הפסיקה אומרת ששני הפרמטרים רלוונטיים ולא נותנת עדיפות לאחד.
* תיקון חוק יחסי ממון- **עוסק בשאלה מתי אפשר לדון ולפסוק חלוקת רכוש** [לפני התיקון- פקיעת הנישואין: גירושין, מוות]. אחרי התיקון- אם נפרדתם 9 חודשים מתוך 12 / עברה שנה מאז התביעות / אלימות- אפשר לקבוע איזון משאבים גם אם לא התגרשו.
* השאלה כאן היא שונה- בהנחה שעכשיו אני פוסק, **לאיזה תאריך אני בודק מה ערך הנכסים המשותפים**. מהו מועד הקרע? לבדוק מה שווי הפנסיה ביום הקרע, שווי החברה וכו'.

**פלונית השותפות המוחלשת**- מקרה של אדם שחי עם אשתו בבית, היחסים כבר התקלקלו. בתקופת זמן מסוימת הוא גר בבית רוב הזמן, אבל יש לו מאהבת חצי-רשמית (עם סוג של עצימת עין של בת הזוג שלו). בתקופה הזו הוא מאוד מצליח כלכלית. בזמן הגירושין הוא אומר שבתקופה של ההצלחה הכלכלית הייתה לו בת זוג אחרת ולכן הם כבר לא שותפים. **משתמש בפרמטר שהבגידה היא אינדיקציה אובייקטיבית להתמוטטות היחסים**. ביהמ"ש ממציא מושג של "שותפות מוחלשת". בכל זאת גרת בבית בזמן הזה, מצד שני באמת היה משהו ממוסד לזוגיות אחרת. במצבים כאלה זה מצב של שותפות מוחלשת [העליון אישר את זה]. \***הבגידה שירתה את הבוגד מבחינה כלכלית**, הוא הרוויח מזה שהוכח שהייתה בגידה. שותפות מוחלשת- יש שותפות אבל האישה קיבלה 30% מהרכוש ולא חצי.

**לדוגמה**- 1/1/2000 הגבר עוזב את הבית. כעבור חצי שנה הגיש תביעת גירושין. האישה מגישה תביעה לאיזון משאבים. כעבור שנה ביה"ד רוצה לפסוק. עד התיקון לחוק יחסי ממון- ביה"ד לא יכול לפסוק בנושא הזה. עד שאין פקיעת גירושין לא יכול לפסוק. בעקבות התיקון הוא בודק בסעיף 5א, שנה אחרי הפרידה זה מתקיים. הוא צריך לפסוק איזון משאבים. נניח הנכס היחיד הוא פנסיה. הוא צריך לתת הוראה לאיזה תאריך הפנסיה היא משותפת. עד איזה סכומים שנצברו. למרות שפסה"ד הוא 1/1/2001, והם עדיין לא גרושים בתאריך הזה, צריך לחשב כמה כסף נצבר להם עד 1/1/2000 זמן הפרידה או 1/6/2000 הגשת התביעה.

אם הפרידה הייתה מפתיעה- ייתכן שייקבעו בזמן הגשת התביעות. אם מדובר במשבר ארוך- ייתכן זמן הפרידה. לפי פסקי הדין- לידאי או אבנרי. **עניין של נסיבות**.

-**מסקנה**: הסיפור הוא שבגידה היא לא פרמטר בבימ"ש אזרחי או ביד"ר דתי. אך ראינו שהבגידה היא לא לגמרי לא חשובה. **2 סוגים של זליגות**:

* **שאלה מתי נכס חיצוני הופך להיות משותף**- רוצים לדעת אם יש תודעת שיתוף והבגידה היא רלוונטית לשם כך). **השופט דנציגר** לא אוהב את זה, **השופט זילברטל** כן אומר שההיבט הרגשי הוא חשוב.
* **שותפות מוחלשת**. בגידה כאינדיקציה אובייקטיבית להתמוטטות היחסים.

**דנג"ץ הבוגדת**

הכל עומד במבחן בפרשה שעמדה ב-4 ערכאות בישראל וזכתה לכינוי "**פרשת הבגידה**".

**ערכאה ראשונה- ביה"ד הרבני האזורי**- אדם שלפני הנישואים יש לו קרקע, שהביא אותה לנישואים. במהלך הנישואים הוא עושה הסכם עם קבלן, שהוא מקבל ממנו את הקרקע ועליה הוא בונה בית שיירשם על שם האיש. **עסקת קומבינציה קלאסית**. הבית הזה הוא **תחלוף של נכס פרטי** [קרקע פרטית]. **פורמלית יש דירה שהתקבלה במהלך הנישואים, אבל היא תחלוף של הנכס הפרטי** **ונרשמה רק על שם הגבר**.

בבית הזה גרה המשפחה באושר במשך 20+ שנים. נולדים ילדים, יש חשבונות בנק משותפים, יש השקעות משותפות. הבית פרטי, אך **מערכת היחסים מאוד טובה**.

נניח אם אחרי 20 שנה הם היו מתגרשים- ככל הנראה לפי כל אמות המידה היינו אומרים שהבית הזה משותף. בטח לפי הגישה הרדיקלית, לפי הגישה של פרופ' ליפשיץ וגם דנציגר כנראה היה משתכנע.

**הבעל כורך את ענייני הרכוש לתביעת הגירושין**. זה מגיע לביד"ר אזורי. **בתי הדין הרבניים התרגלו לחוק יחסי ממון** מכמה סיבות: 1) חוק- יש מושג של דינא דמלכותא דינא. כל מי שמתחתן מכיר את החוק. עצם הרעיון שמה שנצבר בנישואים הם מכירים. לעומת זאת, נכסים חיצוניים [נכס לפני הנישואין, מתנות וירושות] הם לא סובלים. זה לא חוק ולכן לא יכולים להכניס דינא דמלכותא דינא ולא נשמע להם הגיוני לקחת משהו ששייך לאדם אחר ולא משהו שנצבר יחד. כמעט ואין פסיקה של הלכת שיתוף ספציפית. הם לא מתריסים, אלא אומרים שלא התקיים שיתוף ספציפי.

**במקרה הזה- ביד"ר כן פסק את הלכת השיתוף הספציפי**. הוא מתרשם כמה סיבות שיש שיתוף ספציפי: שנים ארוכות, אווירה כללית של שיתוף, הבעל אמר באחד הדיונים בביד"ר שהדירה מיועדת להבטחת העתיד המשותף, השקעה מסוימת בדירה. כל אלה גורמים לתוצאה מפתיעה שביד"ר פוסק שלאישה מגיע חצי.

**ערכאה שנייה**- הבעל מגיש ערעור **לביד"ר הגדול**- יושבים 3 דיינים. כל אחד אומר משהו קצת אחר.

**הדיין עמוס**- מתחיל את פסה"ד כמו פס"ד אזרחי. נכס שאינו בר איזון, לכן לא נכנס לחוק יחסי ממון. צריך להבין אם יש הסכמה לשיתוף, עובר על הראיות שהביא ביד"ר האזורי ואומר שהן לא נראות לו. הוא **לא מתרשם שהייתה כוונה לשיתוף**. **החלק הראשון של פסה"ד שלו הוא לגבי שיתוף ספציפי**. הוא אומר גם **"עוד יש להוסיף"**- מתברר **שביד"ר הגדול שוכנע ע"י הבעל שהאישה בגדה בו** **בשנתיים האחרונות** **לנישואים** [שנמשכו כ-30 שנים]. לכן, עמוס אומר שהם **לא אוהבים שיתוף ספציפי ויפרשו בצמצום**. שיתוף ספציפי הוא לא לפי ההלכה. בנוסף, **השיתוף הספציפי בנוי על אומד דעת הצדדים** [בפועל של הבעל] אז גם אם היינו משתכנעים שהבעל התכוון לתת אותו בנסיבות, אם היינו שואלים אותו בזמן אמת בהנחה שהיא תבגוד בך האם היית מתכוון לתת לה? **אומד הדעת הוא רק אם האישה לא תעזוב או תבגוד**. אם האישה בוגדת- על דעת זה הוא לא ייתן לה את הדירה.

**הדיין נהרי**- **מתמקד רק בבגידה**. גם אם הייתה נתינה, **הנתינה בטעות יסודה**. יש שגיאה לגבי "טעות" בדיני חוזים שהיא רק לגבי אירועים שבעבר ולא לגבי העתיד. **אם הבעל היה יודע שהיא תבגוד בו, לא היה נותן**.

**הדיין אלמליח**- מקבל בעיקרון את פסה"ד של שני חבריו, ללא להתייחס להבדלים [אין שיתוף ספציפי / בגידה]. לא אומר את המילה "בגידה", **אומר שאין שיתוף ספציפי מבלי להסביר**.

במערכה הזו הבעל מנצח.

**ערכאה שלישית-** **האישה מגישה בג"ץ** בטענה שלפי המשפט האזרחי זה מקרה מובהק שמגיע לה שיתוף ספציפי. בגלל בגידה נטענת אחרי שמשהו הפך להיות שלי, אתם לוקחים לי משהו שכבר קיבלתי. **זו התחשבות בשיקולי אשמה מינית שהמשפט האזרחי לא מרשה לעשות**. לפי **הלכת בבלי** **ביד"ר אמור לא לפסוק לפי הדין הדתי בענייני רכוש אלא לפי משפט אזרחי**. 2 נדבכים: הנחה שביד"ר פסק בגלל הדין הדתי [הוא לקח לאישה את מה שהיא כבר קיבלה] + אסור לו לעשות זאת כי לפי הלכת בבלי בכל נושא אזרחי הוא צריך לפסוק לפי משפט אזרחי לפי הפרשנות של בימ"ש אזרחי [ולא "הדין הולך לפי הדיין"].

**השופט עמית**- מה **שביד"ר** עשה הוא בעצם לא הפעיל משפט אזרחי, אלא **הפעיל ערכים דתיים שהם נגד בוגדים**. אומרים שבגידה משנה [כמו שעושים בגירושים וכתובה]. אבל הוא לא יכול לעשות זאת. **לפי הלכת בבלי הוא צריך לעשות פסיקה אזרחית**. החידוש של פס"ד בבלי במונחים פורמליים- **חוק יסוד: השפיטה** אומר שבג"ץ יכול לבטל פסיקה של ביד"ר כשהוא פוסק ללא סמכות או פוסק תוך הפעלת דין דתי ולא אזרחי.

השופטים מינץ (מתנחל דתי) ושטיין (שמרן) עושים בעיות לעמית.

**השופט מינץ**- אומר לעמית שהוא לא הבין את פסה"ד הרבני. הדיין הראשון- יש רכיב בפסה"ד שלו שהוא **מפעיל משפט אזרחי** ואומר שלא התממשו הקריטריונים של שיתוף ספציפי. **גם אם הוא לא יישם טוב, ביהמ"ש העליון לא יושב כערכאת ערעור, אלא כבג"ץ**. הוא **לא יכול לתקן את טעויות יישום הדין**. **לגבי בגידה- זה אוביטר**. אפשר למחוק את זה. יש שופט אחד [אלמליח] שלא הזכיר בגידה, שופט שני שהזכיר בגידה באוביטר [עמוס] – כלומר שני שופטים שפסק הדין לא מבוסס על הבגידה.

לפי מינץ, אין דרמה אמיתית. יש מקסימום מחלוקת איך לפרש את בית הדין. כלומר בטח זה לא מצדיק דיון נוסף.

* **מחלוקת 1- עמית ומינץ- איך לפרש את פסק הדין של ביד"ר?**

מאמר של ליפשיץ- יש מיני דרמה. לא דרמה לגבי מה ההלכות. אם טועים נקודתית ביישום= לא אמורים להתערב. הם מסכימים.

**השופט שטיין** עשה את המהומה. בניגוד למינץ שאומר שפסה"ד לא מבוסס על בגידה, **שטיין מודה שהבגידה משחקת תפקיד משמעותי בפסה"ד**. הוא מנסה להבין איך היא עובדת. הוא חוזר לפסה"ד ו**אומר שבמונחים חוזיים יש כאן עסקת מתנה**. **שיתוף ספציפי= הענקה**. אם היה מדובר בנכס משותף בר איזון, ואז ביד"ר היה אומר שהוא לוקח את הרכוש, לא היו מאשרים. לא ניתן לקחת את זכות הקניין לנכס בר איזון. אבל פה **מדובר על נכס חיצוני, החוק אומר שהנכס שייך לבעל**.

שטיין אומר **שלא מדובר על נטילה, אלא הענקה** [הבעל העניק לך הנכס]. **יש תנאים בהענקה**. נניח שהבעל היה אומר לאישה שהכל שלה, בתנאי שלא תבגוד בו. אם תבגוד בו לא משנה מתי- כל זה לא יהיה שלה. שטיין אומר תארו שהבעל היה אומר את זה לאישה והייתה הוכחה, במקרה כזה לא רק ביד"ר אלא גם ביהמ"ש היה צריך לכבד את זה. **בדיני משפחה העיקרון הכי חשוב זה האוטונומיה**. זה קשור לעקרון פילוסופי ליברלי עמוק של ניטרליות. המדינה לא אומרת מה יותר טוב [נישואים פתוחים, אנשים שחשוב להם שלא יבגדו, ליברליים וכו']. השופטים דנים בבני זוג ואומרים שלא מתחילים לשפוט את ההסכם- "מה שיוצא אני מרוצה". אם יש אדם שנותן את הרכוש שלו בתנאי שלא תבגוד בו (גם יום אחד לפני הגירושין), אז יש לציית לזה. גם בימ"ש אזרחי אמור לציית לזה.

שטיין מאוד כן. האם זה מה שקרה במקרה הזה? לא יודע. הוא אומר שהוא לא היה חושב שיש הסכם כזה, אבל **ביד"ר קבע שהיה הסכם כזה כממצא עובדתי**. גם עמוס וגם נהרי אמרו שיש אומדנה שבן אדם שנותן דירה שלו, לא היה נותן אותה אם הוא היה יודע שהיא תבגוד בו. אדם סביר שנותן מתנה- בעצם ההבנה שלו שהוא נותן את המתנה ואם האישה תבגוד בו הרי שהמתנה חוזרת. גם אם הם טועים זו טעות בעובדות, ולכן לא ניתן להתערב. בג"ץ אינו ערכאת ערעור על ביד"ר הגדול. אלא בג"ץ יכול לפסול החלטה בחוסר סמכות או שימוש בדין דתי בעניינים שאמורים להפעיל דין אזרחי.

* שטיין אומר ששיתוף ספציפי הוא לא סתם הסכם, אלא הסכם הענקה, כי זה היה שלו. הרכוש שייך לבעלים הרשום לגבי נכס חיצוני. נקרא להסכם הזה **תנאים מכללא**. **חוזה עם תנאי מפסיק בדיעבד**- קיבלת את זה מראש עם "מנגנון השהיה". לדוגמה: הסכם= נותן לך את הדירה והבעלות תפקע בכל מקרה שבו נתגרש ביוזמתך. זה חוזה עם תנאי מפסיק. לדוגמה: הסכם= סבא נותן לנכד דירה, בתנאי שיבקר אותו. אם לא מבקר הדירה לא תירשם על הנכד.
* אם מדובר על חלוקת הרכוש המשותף [שנצבר בנישואים]- הרי שזו הסכמה 50-50. אח"כ צריך להחליט אם בבגידה מחלקים אחרת.

**שטיין אומר לעמית האם לא היית מכבד הסכם כזה?** עמית אומר שבטח הייתי מכבד הסכם כזה. ייתכן ושטיין הצליח לערער אותו.

הטענה: ביה"ד קבע את זה כממצא עובדתי ולכן אסור להתערב. שטיין מצטרף למינץ ויש 2 מול 1.

**הביקורת של ליפשיץ**: ביה"ד אומר שזה ממצא עובדתי, אבל לא אסף ראיות והוכחות לעניין. אלא אומר שזו דרך התנהגות רגילה של אנשים בעולם ועל זה הם מתבססים בהכרעה. **ייתכן וזה ממצא משפטי ולא עובדתי**.

* אם למישהו נכס פרטי, התבצע תחלוף ורשמו את הנכס החדש על שם שניהם- הגישה המקובלת שהרישום המשותף הופך את זה למשותף לחלוטין.
* אם מדובר על תחלוף אבל עדיין נרשם על שם אחד מהם- מתעוררת השאלה.

הרבה רעש מסביב לפסה"ד- טענות שבג"ץ קובע שבגידה הופכת לפרמטר. טוענים שהלכת בבלי התהפכה. יש הרבה בלאגן. מצד שני, אנשים אומרים שלא קרה שום דבר וזה פס"ד טריוויאלי.

**פרופ' ליפשיץ** כתב מאמר בנושא והראה ניתוח. יש **2 מחלוקות בפסה"ד**- מחלוקת עמית-שטיין איך לפרש את פסה"ד. מחלוקת עמית-מינץ לגבי אמות המידה בפיקוח.

**עמית-מינץ:** מחלוקת נקודתית, לכאורה, על השאלה איך לפרש את פסה"ד של ביד"ר. **הטיעון של מינץ חזק**. פסה"ד של נהרי יורד מהפרק כי הוא שופט יחיד. לגבי עמוס- יש לו נימוק מספיק שהוא רציו. נקלף את החלקים ונגלה פס"ד שעומד. לכן עם כל הכאב, במבט ראשון, נראה שמינץ צודק. **אבל** הנושא יותר מורכב. השאלה היותר עמוקה היא מה קורה בין השורות. כשקוראים באופן פורמלי את פסה"ד כנראה מינץ צודק. אבל בהסתכלות על המכלול קשה להשתחרר מהרושם שיש כאן פס"ד אידיאולוגי לגמרי שבו ביד"ר מצא שיטה אחרת [לעומת ניסיונו שנכשל לפני 14 שנים להכניס את שיקולי הבגידה לפי ס'8].

ליפשיץ מצא פסק דין אחר שלא הגיע לבג"ץ, עם אותו הרכב והוא קיצוני יותר. מדובר על הורי הבעל שקנו לזוג דירה ורשמו אותה על שניהם. **האישה בגדה** לאורך כל הנישואים. אותו הרכב של נהרי ועמוס עושה קונסטרוקציה רדיקלית של חוזה מתנה על תנאי. **הוא אומר שההורים של הבעל לא היו נותנים את המתנה ורושמים על שניהם, אם היו יודעים שכך האישה תתנהג במהלך הנישואים**. בנוסף, הוא אומר משהו עקרוני- זה מבוסס גם על צדק. "ידע כל בן זוג, בעל או אישה, שמדינת ישראל היא לא סדום. יש מחיר למי שמתנהג בצורה כזו והחיים הם לא הפקר". זה המסר שיוצא מפסק הדין- מי שמתנהג בצורה בלתי נסבלת יהיו לכך תוצאות.

**ליפשיץ** אומר שייתכן שמינץ צודק לפי פסק הדין הזה בלבד- הבגידה היא לא סיפור אידיאולוגי. אבל כאשר רואים את אותו הרכב אומר במקום אחר את המשפט הזה, נראה שיש פה אידיאולוגיה לגבי אשמה מינית שאותה ביד"ר מנחיל.

**השאלה העקרונית במחלוקת הזו**: אם כאשר בג"ץ מפקח על ביה"ד הוא צריך להיות מחויב לרטוריקה הגלויה של ביה"ד **או** שמותר לשופט להיות חשדן וגם כאשר ביד"ר משתמש ברטוריקה אזרחית והוא חושד שהיא כסות למוטיבציות דתיות אז לפי הלכת בבלי בכל זאת מותר לו להתערב?

מינץ: פיקוח טכני. עמית: פיקוח מהותי.

**עמית-שטיין:** שטיין ערער את עמית בכמה דברים, שייתכן שעמית לא היה צריך להתערער. הוא הוציא ממנו אמירה שאם היה הסכם מפורש אז הוא כן היה מכבד אותו. השאלה אם היה הסכם או לא זו שאלה עובדתית ולכן אין בעיה לדברי שטיין.

בנוסף, עמית פותח פתח שלפי דעתו אשמה היא כן יכולה להיות פרמטר מדי פעם. אשמה מסוג מסוים כן תהיה ואחרת לא תהיה. זה הפך להיות שיקול דעת.

**לדעת ליפשיץ**, **שטיין טועה ב-3 סוגי טעויות בפסה"ד**:

1. שטיין מציג את השיתוף הספציפי **בצמצום**. זה לא סתם דיני חוזים, אלא דיני מתנות = דיני הענקות. זה לא סתם אומד דעת הצדדים, אלא אומד דעתו של הבעלים הרשום. הוא "המלך", זה שלו. כאשר אני צריך להחליט אם היה שיתוף ספציפי אני לא מסתכל על ההבנה המשותפת, אלא הוא לוקח את הרציונל העסקי [הגישה המצמצמת של אבו רומי שדורשת הוכחה לכוונת שיתוף]. מבקשים להיכנס לפסיכולוגיה של נותן המתנה- למה הוא התכוון, באיזה תנאים התכוון להתנות. 🡨 **זה כשלעצמו לא בהכרח העמדה הנכונה בפסיקה**. יש עוד 2 גישות בפסיקה: גישת אמצע [ליפשיץ]- תלוי אם יתקיימו תנאי הסף. בהסתמכות במקרה מהסוג הזה נוצרת תפיסה ערכית (רואים את כל המשפחה כיחידה) שלפחות מי שלא רוצה את השיתוף מוטל עליו הנטל לומר שהוא לא רוצה את השיתוף. אם יש הוכחה לשיתוף-יהיה. גישה שלישית- בדירת מגורים נגעת נסעת, זה משותף אלא אם כן יש הסכם ממון.

**שטיין לוקח גרסה אחת של השיתוף ועושה לה טוויסט**. לוקח כמובן מאליו גרסה אחת. ניתן לחלוק עליו באמצעות הגישות הנוספות.

1. **הטעות החשובה**- **לא היה פה ממצא עובדתי**. ביד"ר האזורי לא אמר שהייתה בגידה וקל וחומר שהוא לא אמר שכאשר הצדדים דיברו הם התנו את המתנה בבגידה. **מי שהכניס את התנאי הזה הוא ביד"ר הגדול שלא ראה את הצדדים**, אז זה בטח לא קביעה עובדתית, ובטח לא מקריאת הפרוטוקולים. הוא **הסתמך על אומדנה כללית** **לגבי כל בני האדם**.

איך קובעים ברירת מחדל? זו לא שאלה עובדתית, אלא שאלה משפטית. השאלה מה התכוון זוג ספציפי זו שאלה עובדתית. אבל השאלה מה ברירת המחדל כשאין לי נתונים זו שאלה משפטית נורמטיבית.

בדיני המתנה ליפשיץ מצא 2 פסקי דין שעסקו בנושא הזה של מתנות [פס"ד זיסומן ופרי]- אנשים שנתנו לבן הזוג שלהם במתנה דירה. **לאחר שבן הזוג עזב בברוטליות, וניסו להתחרט**, **ביהמ"ש העליון אומר "סופיות המתנות**". ס'2 לחוק המתנה, לעומת ס'5. לא מוכנים לקרוא תנאים מכללא, בטח לא בין בני זוג לגבי חזרתיות המתנה כי אין לזה סוף.

**ביה"ד** היה צריך להפעיל את ברירת המחדל של המשפט האזרחי לגבי דיני מתנות- מתנה היא סופית ואם תרצה להכניס תנאי הוא צריך להיות תנאי מפורש. 🡨 לכן **עמית** צודק שיש כאן **חריגה מהלכת בבלי**. גם אם נוותר לשטיין על הטעות הראשונה ונקבל את זה ששיתוף ספציפי זה הסכם מתנה. הרי שגם לשיטתו הסכם מתנה הוא סופי אלא אם הצדדים התנו במפורש. לעומת זאת, ביה"ד קבע הלכה משפטית שאומרת שבכל חוזה שבעל נותן לאישה או להיפך גלום תנאי שאם תהיה בגידה המתנה תחזור. זו קביעה משפטית שמנוגדת להלכת בבלי וההלכה המשפטית הזו היא שגויה **ולכן בג"ץ יכול להתערב בטעויות משפטיות** [לא מדובר בטעות ביישום דין נקודתית].

1. **הרעיון הניטרלי**- שטיין אומר שזה לא משנה מה ההסכם אומר. הסכם שנותן חשיבות לבגידה הוא כמו הסכם שלא נותן חשיבות לבגידה. אנשים מסוימים רוצים חיים פטריארכליים, ליברליים וכו'. 🡨 זה לא נכון. זה ששיטת משפט ליברלית החליטה לא לייחס אשמה מינית, זה בגלל תפיסת עולם ליברלית. **העובדה ששיטות משפט אזרחיות בחרו בגירושין ללא אשמה, זה לא כי זה יותר נוח אלא בגלל שיש תפיסה** שאומרת שאשמה נועדה לסמן מי מסיים את הקשר, אבל בעולם אזרחי חלק מהאוטונומיה שלי זה הזכות לסיים את הקשר.

הדין הדתי מחפש את הבוגד, כי הוא האשם בסיום הקשר והוא המפר של חוזה הנישואין. מנגד, המשפט האזרחי אומר שחלק מתנאי הנישואים שניתן לסיים את הקשר. אין מושג של אשם- לכל אחד יש זכות לסיים קשר.

טענה שנייה: **ניטרליות מוסרית**- בנושאים משפחתיים אינטימיים לא יכולים לומר שהבוגד לא בסדר. לדעת ליפשיץ, **זה לא נכון**. במקרים מסוימים **המשפט יכול לומר** האם הבוגד בסדר או לא. **אבל בהרבה מקרים זה מאוד מורכב**. למשל, בסיפור הבוגדת- זה נשמע רע שהיא בגדה, אבל הוא בעצמו אומר בכתב הטענות שהם חיים בשנתיים האחרונות בפירוד וחיים בחדרים נפרדים בבית גדול. זה סיפור מורכב יותר. זו לא ממש בגידה במובן הצר- שמישהי באמצע הקשר קופצת ממיטת הבעל למיטת המאהב. נניח, הבעל בגד בה שנתיים קודם. נניח, מקרה של התעמרות רגשית של אחד הצדדים. **הנזק עולה על התועלת במקרים הקשים**. אם בימ"ש יבדוק מי בגד במי, מה הרקע לבגידה, האם מישהו קדם לבגידה בבגידה אחרת- זה מורכב ועדין, המשפט גס מדי וצריך לוותר על העניין הזה [גם אם יכולתי לומר].

**בנוסף, סיפור מגדרי**: למרות ההצהרות של ביד"ר שהפעלת הבגידה סימטרית [בין אם גבר בוגד או אישה בוגדת]. בפועל, בגידת האישה יותר חמורה מבגידת האיש. בהכנסת המטען של בגידה, יש סיכון שמכניסים חוסר שוויון מגדרי.

**בנוסף**, **הגנה על הצדדים עצמם** מפולשנות. חוקר פרטי. האינטימיות שלהם תתפרס לעיני כל.

מכל הסיבות הללו יחד- **למשפט יש גבולות**. לפעמים העמדה הליברלית צריכה לבוא ממקום צנוע. לא כל דבר המשפט יכול להשיג ולעשות.

**פרופ' ליפשיץ** נוטה לעמדה **שאם הצדדים היו כותבים הסכם פורמלי** **שעבורם הבגידה חשובה**- אז **חופש החוזים** אכן **חשוב** ושטיין צודק. אבל כשהוא דן בשאלה באיזה קלות ישיג הסכם כזה, האם הוא יקבע את זה כברירת מחדל, האם יסכים לנבור לנבכי הצדדים כדי לעשות הסכם משתמע כזה? נאמר לא. יכול להיות שהאיזון שלנו יהיה- מי שזה ממש חשוב לו שיעשה הסכם מפורש ונכבד. אבל, **אם לא יעשו הסכם כזה- אני לא ניטרלי**. אני אפעיל את **ההסכם שנראה לי יותר נכון שזה הסדר של גירושין ללא אשמה**.

**הטענה מול שטיין**- שגיאה בפרשנות שיתוף ספציפי + שגיאה בפרשנות ביה"ד כקובע ממצא עובדתי ופה באמת ביה"ד קבע ממצא משפטי + שגיאה בחוסר הבנה של מדיניות אזרחית של גירושין ללא אשמה. זו אידיאולוגיה אזרחית לא ניטרלית. המשפט לא רוצה לעסוק בזה. לא נסיק הסכמים כאלה כאומדנה כללית או משוערת. רק הסכם מפורש.

**מאמר של ליפשיץ- פסה"ד שגוי**. לא כמו התיאור הנוראי שהפכו את הלכת בבלי, אך עדיין שגוי.

במקביל, **חנוך דגן ודפנה אקר** כתבו מאמר נגד פסה"ד. **העמדה שלהם יותר רדיקלית**. התמקדו בעיקר בשיתוף הספציפי. הם כתבו מניפסט לטובת הגישה השלישית. לפיהם שיתוף ספציפי צריך להיות משהו נורמטיבי לגמרי. **לפחות בדירת מגורים צריכה להיות תפיסה שהיא תמיד משותפת** **והדרך היחידה למנוע את זה היא רק הסכם** **ממון**. התפיסה של השיתוף הספציפי היא תפיסה של הגינות, איך רואים את המשפחה, ובכלל לא קשור להסכמת הצדדים. הם גם מסכימים עם הביקורות של ליפשיץ על שטיין [שיקולי אשמה מינית יפגעו בנשים הרבה פעמים; יש פה קביעה של ברירת מחדל]. הנקודה החזקה- מבקשים מביהמ"ש שיעשה סדר בשיתוף הספציפי, אבל כמו שהם רוצים. שיתוף ספציפי בכלל לא קשור בכוונת הצדדים, אפילו בניגוד ברור למצגי הצדדים- כל עוד אין הסכם ממון.

**ערכאה רביעית- מוגשת בקשה לדיון נוסף**. **השופטת חיות** מאשרת. בסופו של הדנג"ץ [הערכאה הרביעית] פסה"ד מתהפך שוב **ברוב של 6 נגד 3**. **האישה מנצחת** [אחרי שבמחוזי ובג"ץ הבעל מנצח].

**ביהמ"ש עוסק בפסה"ד בשלושה נושאים**-

1. **הלכת השיתוף הספציפי**. -קריטריון אזרחי לשיתוף ספציפי, מה הרציונל שלו [הסכם, הסתמכות, מתנה, תפיסת צדק וכו']. להחליט מה אמות המידה ואיך מפעילים.
2. **מקומם של שיקולי אשמה מינית בבית משפט אזרחי**. -האם נקבל את זה מדי פעם, או בכלל לא.
3. **מה אמות המידה לפיקוח על בית הדין?** -האם נכריח את ביד"ר לעשות כמו שאנחנו עושים, או שניתן לו טווח מסוים שבו יוכל לעבוד קצת אחרת.

שאלות 1 + 2 לא קשורות לביד"ר בכלל. נצפה שנקבל סוף סוף הבנה לגבי מה קורה.

**אחרית דבר: מה למדנו בדנג"ץ הבגידה?**

מה המשפט הישראלי אומר ב-3 הסוגיות שעלו בדנג"ץ? לגבי מה נפסק- זה יותר עמום. יש הרבה תסכול כי פסקי הדין מאוד אידיאולוגיים ורבי משתתפים. קשה לסכם מה ההלכה.

**נושא 1- שיתוף ספציפי**

פסה"ד של העליון מחדד את 2 הקצוות. מצד אחד, יש את השופטים סולברג, מינץ ושטיין שבמפורש הולכים לפי **הגישה המצמצמת**, שאומרת השיתוף הספציפי הוא בסך הכל הנחה שלא צריך כתב. אבל בכל היתר הנכס החיצוני הוא נכס פרטי. כדי שהוא יהפוך להיות משותף צריך להשתכנע שאכן הבעלים הרשום התכוון לשתף. **יש אינדיקציות לגבי כוונה לשיתוף**- ערבוב נכסים [קרקע פרטית ובנייה משותפת; דירה ששופצה במשאבים משותפים]. הערה: לגבי הדלתא (התוספת) אני לא צריך את הלכת השיתוף הספציפי. אם בני הזוג בנו בניין על קרקע פרטית ממשכנתא שאחד מהם לקח, את המשכנתא לקחו ממשכורת ומשכורת היא תמיד נכס משותף. לכן, **התוספת תמיד יהיה נכס בר איזון לפי חוק יחסי ממון**. כל **המחלוקת** היא האם במצבים מסוימים עצם העובדה שהייתה תוספת משותפת, אז גם **הקרקע (הבסיס)** היא בעצם משותפת.

**גישת שופטי המיעוט** (**סולברג, מינץ ושטיין**)- השיתוף הספציפי מבוסס על כוונה. ההלכה היחידה שאפשר לתת היא שהכוונה הזו לא צריכה להיות בכתב. צריך להוכיח אותה באמצעות השקעות משותפות/אמירות ברורות. נטל ההוכחה על הטוען. ברור לגמרי לפי הגישה הזו- **כאשר יש הוכחות שהאדם לא התכוון לשתף בזמן אמת= אין מצב שייקבעו בכל זאת שיתוף**. כל הרעיון של השיתוף מבוסס על כוונתו של הרשום על הנכס. **זו לא ההלכה**.

* **קרקע שעליה בנייה משותפת**- תוספת ערך הבניין היא משותפת מכוח חוק יחסי ממון. זה איזון משאבים. בלי קשר לגישות השונות.
* **מניות פרטיות שהושבחו**- השבחה פרטית בבנק= פרטי. אם ההשבחה היא כתוצאה מעבודה בחברת הייטק (השבחה אקטיבית), ההשבחה היא נכס משותף.
* **אחר כך נדון האם גם הבסיס הוא משותף, כי הוא לא משותף מכוח חוק יחסי ממון ואולי הוא כן משותף מכוח השיתוף הספציפי**.
* **קודם בודקים לפי חוק יחסי ממון + אח"כ שיתוף ספציפי**.

מול הגישה הזו, הגישה ההפוכה שהציגו בצורה חזקה הם חנוך דגן ודפנה אקר, לפיה **שיתוף ספציפי מבוסס על עקרונות נורמטיביים לגמרי**. למרות שהיסטורית זה נבנה על כוונת הצדדים [**פס"ד אבו רומי**] היום זה לפי איך משפחה צריכה להיות. לא ייתכן שאדם ירגיש אורח בדירת מגורים. בנוסף, שיקול מגדרי- נשים יפסידו מפרשנות מצמצמת. בגרסתה הקיצונית של גישה זו אין הבחנה בין נישואים ראשוניים לשניים, בין נישואים קצרים וארוכים. (יש ניואנס שבהמשך אמרו אולי כמות שנים מינימלית). אבל בכללי, כוונת הצדדים לא מעניינת. **הדרך היחידה להתחמק היא רק באמצעות הסכם ממון** [כמו נכסי המאמץ המשותף]. גם אם יש זוג שניתן להראות שיש לגביו התחשבנות [פס"ד המיליארדר הקמצן], או שיש הוכחות בזמן אמת שהם לא התכוונו לשיתוף, זה לא יעזור. 🡨 **אף שופט לא באמת אימץ את הגישה הזו**, אך **השופטת ברק-ארז** **הולכת לכיוון הזה**.

**רוב השופטים והנשיאה חיות** שכתבה את פסה"ד הם **סביב גישת האמצע** שדומה לגישה שליפשיץ הציע, אבל לא בטוח עד הסוף.

**תזכורת גישת האמצע** [ליפשיץ]= מבלבלת בין ההיבט ההסכמי להיבט הנורמטיבי.

* **נכס מאמץ משותף** נחשב משותף לא משום שזו הסכמה משוערת של הצדדים, אלא כי זה מה שצודק. לכן רק אם יהיה הסכם ממון, אפשר שזה לא יהיה משותף. אם מישהו יאמר שהנכס הזה שלו [הפנסיה שלו]- זה לא יעזור. (גם החוק אומר במפורש איזון משאבים). -הדרך היחידה לשנות אם שני הצדדים מסכימים בצורה פורמלית שזה לא יהיה משותף.
* **נכס חיצוני [לפני הנישואים]**- הגישה של ליפשיץ אמביוולנטית. היא **מערבת בין תפיסה הסכמית לנורמטיבית**.
* מצד אחד, יש פה משהו של השקפת עולם שאומרת שהמשפט שקובע ברירת מחדל לא אדיש ורוצה לקבוע משהו נכון. יש משהו נכון בזה שאם מתקיימים תנאי הסף של נישואים ראשוניים וארוכים, לא הגיוני שכל בן זוג יתחיל לומר מה הוא הביא. ככה אנשים לא מתנהגים ואנחנו גם לא רוצים שהם יתנהגו. **יש בתפיסה של "הקהילה המשפחתית" יסוד נורמטיבי** **לעודד אנשים להתנהג בצורה שיתופית** **ולא אגואיסטית**. בנוסף, יש היבט של **הסתמכות**. אנשים שחיים בתקופה ארוכה יחד הם מתרגלים לחשוב על כלל הרכוש שלהם כמשותף והם פועלים ומקבלים החלטות בהתבסס שכל הרכוש המשפחתי עומד לרשותם. לכן, זה לא הוגן שמישהו בסוף חייו אדם יגלה שהוא היה "אורח", ויישאר הומלס. **רציונל הסתמכות + היבט נורמטיבי**. זה נאג' (דחיפה) לגבי איך אני רוצה שתתנהלו [כלכלה התנהגותית].
* **מצד שני**, **אין הצדקה להפעיל את ההיבט הנורמטיבי בניגוד לאומד דעת הצדדים**. אם תראה לי שלא התכוונת לפעול כך, אין היגיון להפעיל עלייך תיאוריה שלא מתאימה לאיך שאתה מתנהג בפועל. זה לא נכון לכל הזוגות- נכון רק לנישואים ראשונים, ארוכים וטובים. לא נכון לנישואים שניים, לנישואים קצרים [זה מתגבש עם הזמן], זה לא נכון על זוג שלא מתנהל כך [כמו המיליארד הקמצן ואשתו, שמייחסים חשיבות למה שלי ומה שלה], לא נכון לגבי מי שאומר בזמן אמת "תזכור זה שלי"- אל תסתמך על זה.

**ההצעה של ליפשיץ**: יהיו תנאי סף- נישואים ארוכים וראשונים, אווירת שיתוף. כשהתנאים מתגבשים, עובר הנטל למי שטוען שההסכמה שלהם הייתה שונה או שטוען נשללה ההסתמכות של בן הזוג.

רוב השופטים הם סביב הגישה הזו. **השופט עמית** **אומר במפורש שהוא הולך עם הגישה הקישורית**. **הנשיאה חיות** אומרת במפורש שזה חייב להיות מעוגן באומד דעת הצדדים, אבל מצד שני הם בורחים לשיקולים של הגינות. ההבחנות לא מספיק חדות.

חוץ מדפנה-ברק, כל השופטים ובמיוחד חיות שכולם מצטרפים אליה אומרים ש**העיגון הראשוני הוא "דבר מה נוסף" =הסכמה**.

**לכן, לא ניתן לפרש את הדין הקיים בישראל לפי חנוך דגן**. חוק יחסי ממון אומר שנכס מלפני הנישואים הוא פרטי. כל השופטים מדברים שהעיגון הוא כוונת הצדדים. אז מקסימום אפשר לומר שזו כוונה שיוצרים לגביה חזקות או אינדיקציות. אבל להגיד שבעצם ניתן לקבוע בניגוד מוחלט לכוונת הצדדים ומצגים ברורים שאמרו= זה לא מסתדר עם מה שהשופטים אומרים היום.

נשמע מופרך על סמך הקביעות בפסה"ד שאם יהיו הוכחות ברורות שכוונת הצדדים שנכס חיצוני הוא לא משותף, השופטים לא יגידו שצריך לעשות את זה בהסכם ממון.

**את העיקרון של הגישה של ליפשיץ הם קיבלו**- לא ניתן להפעיל בניגוד להסכמה ברורה. אבל הם הולכים לפי משהו שדומה לשופט עמית- הם לא מחויבים להתחייב למספר שנים ואינדיקציות מדויקות, אלא רוצים שיהיו פרמטרים וישחקו איתם: יותר בנישואים ראשונים מאשר שניים, יותר בנישואים ארוכים מאשר בקצרים, יותר כאשר יש אווירת שיתוף כלכלית, יותר בדירת מגורים. **הם לא מוכנים לקבל את המכניזם הבינארי שליפשיץ קיבל**.

* השופטים קיבלו את העיקרון- לא יכול להיות נגד אומד דעת הצדדים. אבל בשלב מסוים לא צריך להביא הוכחה- גם אם אין שיפוץ; אין עד שיעיד; מספיק שהם חיים שנים רבות.
* **במבחן**- מקרה של בני זוג בהם לא הייתה בכלל השקעה בדירה ואין עדות, אבל חיו באווירה שיתופית הרבה שנים. לפי גישה 1 אין שיתוף- אין הוכחה לשיתוף (אמירה שמשתף אותה) ואין השקעה. לפי גישה 3- תמיד יש שיתוף בדירת מגורים. לפי ליפשיץ-יש שיתוף. לפי השופטים- נבדוק את האינדיקציות. דעות שונות.
* מקרה שבני זוג שחיו יחד 20 שנים, היו חשבונות משותפים, נישואים ראשונים. יש עדויות, הוכחות ברורות שהבעל אומר "הדירה הזו שלי, אני הבאתי אותה לנישואים". חשוב לו שהאישה תבין שזה לא שלה. גישה 1- ברור שאין שיתוף כי אין כוונה משותפת. גישה ליפשיץ- אין שיתוף. גישה 3- כל עוד אין הסכם ממון, הדירה משותפת.

**בפסיקה לא מסתכלים דיכוטומית אם יתקיימו תנאי הסף**, אלא פשוט יבדקו את הפרמטרים שדומים לתנאי הסף וזה יפנה אותם לכיוון של שיתוף או חוסר שיתוף. שוקלים את הפרמטרים לפי מקרה נקודתי.

* **יש תנאי סף- יש שיתוף ולא צריך להוכיח כוונה**; אבל ניתן לחרוג אם יש אמירה ברורה וחד משמעית. אם הצד השני שלא רוצה לשתף יכול להוכיח בצורה אובייקטיבית שהוא הבהיר לאישה שאין הסתמכות= אין שיתוף.
* **אין תנאי סף- צריך להוכיח כוונה**. [לא הייתי אומרת אוטומט שזה שיתוף. נטל הוכחה על המבקש לשיתוף].

בפסה"ד לא התייחסו מספיק לחוק יחסי ממון, שיכול היה לתת להם תשובה לבעיה. באמצעות פרשנות תכליתית של חוק יחסי ממון- הדלתא של נכס משופץ הוא תוצר של מאמץ משותף.

**סיפור:** שינוי קרקע חקלאית לקרקע לבנייה וערך הבנייה = משותף מכוח חוק יחסי ממון. לגבי הקרקע שהביא לבד לנישואים- מקרה שתהיה נטייה לומר שהקרקע משותפת מכוח שיתוף ספציפי. אבל היו עדויות שהבעל התעקש שהקרקע שלו. לכן פתרון אפשרי: הקרקע החקלאית- ערכה שלו, כל השיפוץ- משותף.

**בסיפור הבוגדת**- עסקת קומבינציה. הבעל מביא שטח פרטי מלפני הנישואים ומקבל דירה לאחר הנישואים כתחליף של הקרקע הפרטית. אין רציונל של מאמץ משותף, כי זה נבנה על משאבים של הבעל מלפני. אבל רציונל הקהילה אומר שיש פה אינדיקציה חזקה שהבעל העמיד את הדירה לרשות המשפחה, נישואים ראשוניים וארוכים [20 שנה]. אבל אם יש תיעוד שהבעל אמר שחשוב לו שהבית הזה שלו, גם אם לא עשו הסכם ממון, לפי ליפשיץ אין שיתוף. **לא ניתן לומר את זה אחרי 20 שנה או אחרי בגידה** – **כי זו פגיעה בהסתמכות**.

**נושא 2- אשמה מינית**

**כל 9 השופטים אומרים במפורש שאשמה לא יכולה להיות שיקול כדי לקחת לאדם מה שכבר יש לו**. לגבי נכסי מאמץ משותף יש קונצנזוס מלא שלא נוכל לומר שבגלל הבגידה מישהו לא יקבל 50% אלא פחות. לכאורה זה משמעותי. עם זאת, יש בלבול לגבי מתי לוקחים לי משהו שכבר קיבלתי או שמראש קיבלתי את זה עם תנאי.

כל שופטי הרוב **מקבלים את הביקורת של ליפשיץ על שטיין**, **לא ניתן לומר שיש** **אומדנה שלא מעוגנת בעובדות ספציפיות**, **שאומרת שכאשר אדם נתן נכס הוא עשה את זה רק בתנאי שלא תהיה בגידה**. זו אמירה משפטית נורמטיבית. זו עמדה שלא ניטרליים לגביה. 🡨 **גישתו של שטיין נדחית**.

מנגד, **מה יקרה אם יהיה** **הסכם מפורש**? **שטיין** חוזר על העמדה שלו שיכבד הסכם. רוב השופטים לא מתעסקים עם זה. **חיות והנדל משאירים את זה בצריך עיון**. הם לא מבטיחים שהיו מכבדים הסכם מפורש. ייתכן שהשיקולים שהם הציגו נגד אשמה מינית יהיו כה חזקים שיביאו לא לכבד הסכם מפורש.

**ליפשיץ** כותב מאמר לגבי מיהו ליברל ומציג 2 סוגים:

1. **ליברל ניטרלי**- שטיין- "מה שיוצא אני מרוצה". מפריע לי שהמדינה עשתה שיפוט מוסרי על התנהגות אנשים. אבל אם אנשים ביקשו מהמדינה לשפוט אותם, אין בעיה. **לא אוהב שהמדינה מתחילה להגיד לאנשים שלא יפה שבגדתם, אבל אם האנשים עצמם אומרים שזה חשוב מתייתרת הסיבה להסתייג מזה**.
2. **ליברל פרפקציוניסטי**- יוסף רז אומר שליברליזם זו השקפת עולם שאומרת לאנשים שבתנאים מסוימים הם צריכים לשגשג [ערך האוטונומיה, זכות היציאה]. כמו ששיטה ליברלית לא תכבד חוזה עבדות, כי תוכן החוזה כה לא ליברלי ולא מוכנים לו. במידה מסוימת לא אכבד הסכם שאומר שיש תג מחיר לסיום הקשר. בנוסף, טיעון מגדרי- אם ניקח אשמה מינית כפרמטר זה עלול לפעול לרעת נשים [לפי אידיאולוגיות של השופטים]. אז מבקשים הסכם מפורש מפוקח.

**מה קורה כשאין הסכם מפורש אבל זו לא אומדנה כללית, אלא מהתנהגות הצדדים מבינים שזה אומד הצדדים?** דיבור מסוים או אנשים ששייכים לחברה פטריארכלית. האם הסכם משתמע בגלל ראיות נקודתיות על הצדדים עצמם נכבד? **יש שופטים שמחליטים לשני הצדדים**. **הסוגייה נשארה פתוחה**.

**לדעת ליפשיץ** זה לא נושא תיאורטי. ככל שהמשפט יהיה יותר ליברלי (כמו חברת "צוהר"- יצאו עם הסכם ממון ליברלי, הסכם קדם-נישואין), יגיעו ארגונים עם מיזם "הנישואים האמיתיים", שיגידו שמי שרוצה להתחתן שיחתום על הסכם ממון שיתחייבו לא לבגוד ואם יש בגידה הרי שזה פגיעה ברכוש. יהיה מעניין לראות מה ביהמ"ש יעשה בשאלות האלה אם יתעוררו.

* מצב שאין אינדיקציה עובדתית (אומדנה שלא מעוגנת בעובדות ספציפיות)= בגידה היא לא פרמטר.
* הסכם מפורש לגבי בגידה= רוב השופטים לא מתייחסים. הנדל וחיות משאירים בצריך עיון.
* אינדיקציות עובדתיות לגבי זוג מסוים אבל לא מפורשות= אין הכרעה.

**השופטת חיות** **מכניסה בדומה להבחנה כרונולוגית**- אם כבר זכיתי בנכס כמו **בבג"ץ השיתוף הספציפי**, מה קורה אם האישה הייתה מתגרשת אחרי 20 שנה? היא הייתה מקבלת את הנכס. לא ייתכן שייקחו לה נכס שהיא כבר קיבלה. הייתה ביקורת על **שטיין** שהוא הופך את העתיד להווה. אבל חיות עצמה פותחת פתח למקרה אחר- מה קורה אם נניח לצורך הדיון, לפני שהתגבש השיתוף מתברר שהייתה בגידה משמעותית (לא חד פעמית- מכנה את זה "בגידה ממושכת")? לכאורה זו טענה של טעות והטעיה. על העמדה הזו של חיות מתנפלים מימין ומשמאל.

**ברק-ארז**: **תזכרי בתור ליברלית שלא אהבת את שיקול האשמה**. איך זה עוזר לך שמדובר בבגידה ממושכת? אם לא רצית חוקרים פרטיים ולא רצית לפגוע להם באינטימיות. את חושבת שמערכת יחסים זה דבר מורכב ולא צריך לשקול, אז למה את חושבת שב-5 בגידות זה כן בסדר לעשות את זה?

**מינץ ושטיין**: לכיוון ההפוך- אם את טוענת שאת מוכנה לקבל את הבגידה כחלק מדיני הטעות וההטעיה, שהם עניין סובייקטיבי, האם את יכולה להבטיח לי שאדם סביר אם היו אומרים לו שבגד בו 10 פעמים הוא לא היה נותן את הדירה, אבל אחרי בגידה 1 כן היה נותן? הרי זה לא כך. **גם בגידה אחת זה דיל ברייקר** **ולא הייתי רוצה שיתוף**.

**פסה"ד הכניס 2 פרמטרים**: הבחנה בין בגידה חד פעמית לבגידה ממושכת + בין בגידה מאוחרת לבגידה מוקדמת.

**מה המצב המשפטי היום**:

1. **ברק-ארז**: בגידה אף פעם לא משנה.
2. **חיות**: רק בגידה של לפני התגבשות השיתוף או רק בגידה ממושכת. [גם עמית קצת לכיוון הזה].
3. **מינץ, שטיין וסולברג**: כל בגידה שאם הייתי יודע את המציאות לא הייתי מתקשר- היא בגידה רלוונטית.

**יש פס"ד אחר**- לטענת אשתו (חרדית) בעלה הסתיר ממנה שהוא הומו ושהוא חילוני. היא ואמא שלה תבעו אותו תביעה נזיקית, כי הם מימנו אותו. ביהמ"ש דחה את זה על הסף (לא דנו בעובדות, כי גם אם זה נכון זה לא מהווה עילת תביעה). המחוזי דחה את הדחייה ואמר שצריך לדון. העליון דחה את זה על הסף. בעליון הייתה קואליציה ליברלית שמרנית. פוגלמן לא רוצה להתערב ולהגיד לאדם מה לגלות לאשתו. רטוריקה ליברלית. בקצה השני וילנר וסולברג (שנחשבים שמרנים) מגיעים לאותה תוצאה, שלדעת ליפשיץ מוצדקת, דווקא מהמקום השמרני. **סולברג אומר שיש גבול מה המשפט יכול לעשות**. זה לא שהוא מתלהב מהדעה של פוגלמן. אמנם לגבר יש אוטונומיה וזכותו לעשות מה שרוצה, אבל גם לאישה יש אוטונומיה וזכותה לדעת עם מי היא חיה. מבחינה מוסרית הטיעון של פוגלמן חלש= הבן אדם לא יכול לגנות אדם על שהוא מעלים דברים מבן הזוג שלו. התוצאה תהיה שבן הזוג לא יודע עם מי הוא חי. אבל סולברג צודק שלא ניתן להיכנס לזה כי המצב כל כך עדין. בסוף דחו את התביעה.

יש שוני מאוד גדול בין עמדת סולברג שם לעמדת סולברג בדנג"ץ- לגבי בגידה הוא אומר שאם זו בגידה שקדמה לנישואין, זה כן טעות והטעיה. אבל במקרה הזה הוא אומר שיש דברים שהוא לא יכניס טעות והטעיה וחובת גלוי כי הוא לא מסוגל להגיד לבן אדם מה צריך או לא צריך לגלות.

אלימות במשפחה- פמיניסטיות: במשך שנים לא טופל. עד שהפמיניסטיות לימדו אותנו ש"הפרטי הוא הציבורי". כן נתערב במרחב הפרטי של המשפחה [שעד אז לא התערבו].

מחד, יש מחירים כבדים של חברה שהיא מוכנה להעלים עין מפרקטיקות של שקרים (חוסר צדק). מצד שני, אין לדבר סוף [דפנה ברק-ארז]. **אם המשפט יתעסק בבגידות אין לזה סוף**.

**נושא 3- לגבי בית הדין**

* בית הדין חייב להפעיל את הלכת בבלי בנושאים אזרחיים [פסיקה אזרחית].
* ביהמ"ש העליון הוא לא ערכאת ערעור לביד"ר הגדול. אם יש שגיאה ביישום לא מתערבים.

אין מחלוקת אמיתית בפסה"ד. **כנראה שפסה"ד של הנשיאה חיות היא אמירה לבית הדין שרואים אותם**. "דיר בלאק". אתם על הכוונת שלי. ניסיון של חיות להגיד לבית הדין שאם הם ישתמשו ברטוריקה נכונה הכל ייסלח, ואם הם יזלגו חיות שם למנוע זאת.

**שיעור 23- 14/06/22**

**חלוקת כושר השתכרות – תת נושא ביחסי רכוש**

**פס"ד אובריין- מעשה שהיה בניו יורק**- זוג שמתחתן, כאשר הבעל סיים קולג' ומנסה להתקבל לבי"ס לרפואה. אשתו היא אחות. הוא מתקבל לאחד מבתי הספר לרפואה. המשפחה הולכת לגור במקום שבו הוא התקבל. **במהלך הלימודים, שהם קשים, מי שמפרנסת את המשפחה היא אשתו**, גב' אובריין. לאחר זמן, הוא מסיים את הלימודים הפרונטליים ומתחיל את ההתמחות [סטאז']. עושה את זה בתחום של ניתוחי מוח. הצרכים שלו משתנים- הוא מרוויח לא משכורת גבוהה, אך כזו שמאפשרת לחיות. נולדו ילדים. אשתו בתור אחות עושה משמרות וגם הוא בתור רופא. זה מאוד קשה מבחינת ארגון הבית. **הגברת עושה את הוויתור ולמרות שהציעו לה להתקדם ולהיות אחות אחראית במחלקה היא יורדת לחצי משרה** (הולכת אחורה). הוא מסיים את ההתמחות. אדון אובריין מגיש תביעת גירושין.

לפי מה שלמדנו עד עכשיו, מה הולך להיות? בארה"ב הנישואים אזרחיים והגירושים יהיו קלים ללא אשמה. מדברים על תקופה שאין כמעט מזונות, בטח כשיש לאישה יכולת לפרנס את עצמה. **איך יחלקו את הרכוש?** מה שנצבר בנישואים- בנישואים האלה ביום טוב הם גמרו לחלק את החובות (הלוואות ללימודים שמאוד יקרים). זוג טיפוסי כזה גר בשכירות, **חסכונות אין**. מה יש? **הדבר המרכזי שיש הוא העובדה שעכשיו האדון יקבל משכורת גבוהה בתור רופא**. בארה"ב יש סטטיסטיקה לגבי כל בוגר בכל מוסד מה ממוצע הרווח שלו. מה הבעיה? אם לאדון הייתה חברה והיו לו מניות – אז הן נצברו בנישואים ואפשר למכור אותם. אבל זה לא יעזור לו, כי אין לו כרגע נכס. **מה שיש לו באמת זה את היכולת להרוויח בעתיד**. **זה לכאורה לא מתחלק**.

דיברנו על חזקת שיתוף והטבלה עם 3 דורות. **פרופ' ליפשיץ** כתב מאמר- "על נכסי העבר, על נכסי העתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף". הדור השלישי של חזקת השיתוף הלך רחוק כי הוא הסכים לחלק את השיתוף לא רק על מה שנצבר בנישואים אלא גם נישואים חיצוניים [שהביאו מלפני הנישואים]. דווקא כמדובר על נכסים חיצוניים ואין מאמץ משותף, ראינו הצדקות מסוימות והמשפט הישראלי הולך רחב.

לעומת זאת, **במקרה של אובריין ונכסי העתיד**- **הדברים שצמחו בנישואים והתועלת מהם תהיה אחרי הנישואים**- ניתן לחשוב על הרעיון הבסיסי של מאמץ משותף ושהוא מאוד מתאים כאן. הגברת טוענת שהבעל לא יכל לקבל תעודת רופא אלמלא המאמץ המשותף- בשלב 1 פרנסת המשפחה, בשלב 2 גידול הילדים.

ניתן להשוות את זה לאנשי צבא, שבהמשך עוברים להייטק או ממשלה. בני גנץ לאחר שסיים להיות רמטכ"ל מתמנה להיות יו"ר דירקטוריון של חברה. על סמך מה לקחו אותו לחברה? ידע, קשרים שכולם צמחו במהלך השירות הצבאי, עם האישה שהייתה במהלך השירות. אמנם הוא נשאר עם אותה אישה, אבל יש גברים שבזמן הזה מתגרשים. **יוצא שבת זוג אחת הייתה חלק מהמאמץ המשותף ומי שמקבלת את הפירות היא בת הזוג מהתקופה שלאחר מכן**.

**פרופ' ליפשיץ בדק מה קורה בישראל** **(2004-2005)** ומצא 3 פסקי דין שהטענה עלתה ונדחתה בבוז. בתי המשפט לא השקיעו בזה. באחד מהם השופט אומר לאישה שהיא הרחיקה לכת.

**רציונל הצדק**-אם יש מאמץ משותף, לא יכול להיות שרק אחד ייהנה. זה לא הוגן שהבעל נשען על עבודת בת הזוג והיא לא מקבלת.

**העובדה שלא מחלקים את כושר ההשתכרות – לא יוצרים את השוויון המהותי**.

**רציונל ההסתמכות**- אדם שהלך לעשות דוקטורט בחו"ל ובן הזוג שלו מוותר על הקריירה כרגע. **חשיבה מצרפית**, **ניתוח כלכלי של המשפט**. מישהו יכול להרוויח מאוד אם יעשה דוקטורט, בן הזוג שלו יפסיד מהקריירה. הראשון ירוויח המון והשני יפסיד קצת. **מצפים שהחשיבה תהיה משותפת קולקטיבית** [מי שיפסיד קצת יוותר], **אבל בפועל התוצאה שבה לא מחלקים כושר השתכרות יוצרת שהאישה לא תרצה לוותר**.

* במונחים של עידוד חשיבה משפחתית והסתמכות, כל הרציונלים שחשבנו עליהם שמצדיקים שיתוף הם מצדיקים גם טיפול בנכסי העתיד.

מצד שני, פרופ' ליפשיץ במאמרו ראה **שיש 2 דברים קשים בנכסי העתיד**, שלא קיימים בנכסים רגילים:

1. **הבחנה בין הכישרון האישי לבין ההשבחה**- מבוסס על התנגדות לא נכונה לפיה בניגוד לחברה או חשבון בנק שאפשר להעריך את זה, כושר השתכרות זה דבר שלא ניתן להעריך, ואם מעריכים זה ספקולטיבי. הטיעון הזה לא משכנע. בדיני נזיקין, אם הוא היה נפצע מתאונת דרכים הוא היה תובע על פוט' השתכרות, של רופא מנתח מוח. כאן לא אמרנו שזה ספקולטיבי, יודעים שזה הערכה וממוצעים. בדיני נזיקין, אם אדון אובריין היה נדרס, לא היה מעניין אותם איך הוא הגיע לכושר השתכרות הזה (כי הוא מאוד חכם או כי האישה הייתה לטובתו בזמן הנישואין) אלא היו מסתכלים כמה רופא מנתח במקום הזה מרוויח וזה כושר ההשתכרות. לעומת זאת, בדיני משפחה לאדון אובריין יש טענה חזקה, שיש להפריד בין מה שהיה קודם (הכישרון האישי) לבין התוספת. הייתה לו כבר קודם חריצות וכו'. זו משימה קשה.

* **כושר השתכרות כנכס**= לא הערכה של כושר השתכרות עתידי, אלא **פילוח בין הרכיב שמייצג כישרון אישי לבין הרכיב שמייצג את ההשבחה**.

באופן אנליטי אם אותו אדם היה מקים חברה, מנפיק אותה ומרוויח הרבה כסף- זה היה עדיין בנישואים. אז החצי שמגיע לה, היה מגיע לה גם אם היו דירות נוספות שמתחלקות לזוג. **מחלקים, בלי קשר לשאלה מה קיבלנו קודם**. הפסיקה כן הולכת לפרמטר כזה, אבל נסיק מזה שכנראה הפסיקה לא הייתה ממש תופסת את זה כנכס. נגיע למודלים לא קניינים עד הסוף.

\*מודל קנייני- אם זה נכס, למה לא מחלקים את זה. כושר השתכרות צמח בנישואים. הרציונליים המקובלים של חלוקת רכוש צריכים להיות גם על כושר השתכרות. ניסינו להבין למה זה **יוצר בעיות**: אי אפשר לחשב. אבל בעיה מטרידה היא שאמנם אפשר לחשב כושר השתכרות אבל אנחנו לא יודעים להפריד בין הכישרון האישי לתוספת.

1. **בעיית המימוש**- נניח שמצאנו קסם לבצע את הפילוח. לדוגמה רופא מנתח מרוויח מיליון דולר לשנה= 400 אלף זה כישרון אישי ו600 אלף זה תוספת. אז מגיע לאישה 300 אלף [חצי מהתוספת]. השאלה כל כמה זמן? יש לו 20 שנה עד הפנסיה. נכפיל 300 אלף כפול 20 = מגיע לאישה סכום חד פעמי של 6 מיליון. אם היה מדובר בחברה או בית זה מה שהיינו עושים. חברה- היינו עושים תשלומים.

**אפשרות 1**: מכיוון שעכשיו אתם נפרדים, אז עכשיו **רעיונית אדון אובריין קונה מאשתו את כושר ההשתכרות** ולכן בהנחה שכושר ההשתכרות שווה 600 אלף דולר לשנה אז נפרוס את החוב כמו משכנתא. גם אם הוא ירוויח פחות בהמשך אני לא אשנה את זה, כי העסקה נעשתה עכשיו. כנ"ל אם ירוויח יותר בהמשך לא נשנה. **גישה אנליטית שמסתכלת על הדברים כמו קניין**. **הגישה הזו בעייתית מ-2 סיבות**:

1. **מה יקרה אם הוא לא יצליח והסטטיסטיקות לא יעבדו?** כשאומרים לאדם לשלם לפי הממוצע, והוא במקרה האחד שלא לפי הממוצע, איך הוא ישלם? זה לא חברת ביטוח שהסטטיסטיקה מתיישרת.
2. בעיה קשה יותר- **מה יקרה אם אדון אובריין בשלב מסוים לא ירצה לעבוד כרופא?** לפי השיטה הזו **משעבדים את הרופא לגרושתו**, גם אם הוא לא רוצה להיות יותר רופא. יש משהו בהפעלת מודל קנייני על כושר השתכרות, שהופכים אותו למשועבד לאדם האחר.

**אפשרות 2**:פתרון אחר שלכאורה פותר את זה- **נלך לפי נתוני אמת**. נניח 60% משותף מכושר ההשתכרות ומגיע לה 30%. לא נאמר שמגיע לה 300 אלף לשנה, אלא **מגיע לך 30% מההפרש בפועל במשכורות**. מסתכלים על נתוני אמת. **אם מימשת את פוט' ההשתכרות שצמח בנישואים, אז אתה חייב להתחלק בו**. היא יוצרת **בעיה אחרת**- **תלות בלתי נסבלת בין בני הזוג**. הם כאילו לא התגרשו. כל שנה הם צריכים להביא את הדוח מס הכנסה שלהם. זה גם עשוי לפגוע בתמריצים שלהם לעבוד. בנוסף, אם האישה אחרי הגירושים גילתה שהיא אומנית והפער ביניהם הצטמצם. היא תטען שהיא פיתחה כושר השתכרות שלא קשור לבעל, הבעל יטען שעכשיו הוא ישלם פחות [לפי נתוני אמת]. הבעל עשוי לטעון שגם האישה הרסה לו את מצב הרוח ולכן לא הרוויח הרבה, וההיפך.

זה עלול ליצור הרבה בעיות. מעבר לשאלות הטכניות, **יש גם שאלה ערכית**. חלק מהסיפור של ליברליזם זה שוויון וגם אוטונומיה. **חלק מהאוטונומיה זה היכולת לסיים קשרים** [ראינו בדנג"ץ האשמה; ראינו במבוא- למה בעולם המערבי השאלה מי סיים את הנישואים היא לא בעיה], אבל לא באמת מאפשרים להם להיפרד בדרך הזו.

\***במאמר של ליפשיץ**- **גישתו: היברידית בין חזקת שיתוף דור 2 ודור 3**. קושי ופגיעה באידיאל של יכולת להיפרד ולהכיר בכך שיש לאדם כישרונות אישיים.

**בעולם** יש מודלים אחרים של כושר השתכרות- **פיצוי על הפסדים** [לא מחלקים כושר השתכרות]; **מזונות אישה אחרי גירושים** [סוג של התחלקות במשכורת]. **בארץ** אין פיצוי על הסדרי קריירה, אין מזונות אחרי גירושין. אם לא נחלק כושר השתכרות התוצאה עשויה להיות קשה.

**יש שופט אחד שהתלהב מהרעיון של ליפשיץ**- הגיע אליו מקרה של רואה חשבון שמכיר את אשתו כאשר הוא כבר סיים את הלימודים ,אבל הוא בזמן הבחינות של ראיית חשבון. אשתו לומדת הוראה. הם יחסית הצליחו בחיים ולכן היו להם נכסים. לקראת הגירושין, האישה אומרת שיש לבעל כושר השתכרות מאוד משמעותי [600 אלף שקלים לשנה], לא ייתכן שהיא לא תקבל דבר. השופט קבע שאחוז מסוים מהרווחים עד הפנסיה היא תקבל.

**במחוזי**- קיבלו את העקרון אבל בטכניקה אחרת של **סכום חד פעמי**.

**בעליון**- דינמיקה מעניינת. הוא מנתח את הסוגייה ומסביר למה הרציונלים המרכזיים של השיתוף רלוונטיים גם לכושר השתכרות. מציג את 2 הקשיים שדיברנו עליהם- 1) הצורך להבחין בין כישרון אישי לתוספת. 2)איך לממש בפועל את ההפרדה.

לגבי הנושא ה-1 הוא אומר שצריך לדעת להבחין ולא מסביר איך. לגבי הנושא ה-2 הוא נותן פתרון שיכול לעזור במקרה זה, לתת סכום חד פעמי שמאפשר להם להמשיך את החיים. אבל **סכום חד פעמי יכול לעזור רק במקרה של עשירים, שיש להם הרבה נכסים (רכוש ממשי), ולא רק הון אנושי**. אצל אובריין לא ניתן לעשות את זה, כי הבעיה היא שאין הון ממשי אלא רק הון אנושי.

**השופט קובע שהבעל ישלם לאישה 200 אלף שקלים**. פס"ד מאכזב. איך הוא הגיע לזה? אם כושר השתכרות הוא נכס, אז לכאורה אם הוא מרוויח 600 אלף בשנה אז הוא קבע שיתוף על תקופה קצרה.

**פסה"ד מ-2007** והוא הכניס את השוק לסוג של מבוכה. **מה התקדים- העיקרון או המימוש?**

אם התקדים הוא האמירה המשפטית אז היא מאוד נחרצת= כושר השתכרות הוא נכס. בנוסף, בני הזוג התחתנו לפני 1974 והמשטר שחל עליהם הוא חזקת השיתוף. לגבי חזקת השיתוף אין את ס'8 שמאפשר לשחק עם האחוזים. זה בינארי- אם זה נכס אז לכאורה חלוקה לכל דבר; אבל מצד שני הוא קבע סכום סופי מאכזב. תוך כדי פסה"ד הוא מתאר **שאחד השיקולים הוא האם מדובר בבן זוג שקיבל משהו במהלך הנישואין ולכן אפשר לתת לו פחות**. אפשר לומר את זה לפי שיקולי הגינות וצדק. אבל אם הולכים לפי הרעיון הקנייני של נכס שנצבר אז אין קשר. אני שותף בשני הנכסים. יש מתח בין הרטוריקה הקניינית לבין **ההנחיות שהשופט נתן שיותר דומות ל**"**מודל אקוויטבילי**"= **מודל שאומר זה לא ממש קניין, אבל עושים גם יושר**. מנסים להגיע לפיצוי לבן אדם שהשקיע. **ייתנו לבת הזוג פיצוי על המאמצים שלה, אבל לא ממש חלוקה**. יש פער בין הרטוריקה האגרסיבית [כושר השתכרות הוא נכס קנייני ותפתרו איך מחלקים כישרון לעומת התוספת, איך עושים מימוש במקרה שאין מספיק] לבין מה שקרה בפועל.

**\*נניח** מקרה כמו של אובריין- עו"ד שהמשרד שלו מבוסס רק עליו. רק כושר השתכרות. \*נקודה חשובה: אם הייתה לו רשימת לקוחות שהוא יכול למכור למישהו אחר לא הייתה בעיה. הוא לא היה צריך להמשיך לעבוד. הבדל מחברה/פטנט שיכולים למכור. אך לצורך הדוגמה נניח שיש **הכנסות יחידות שמבוססות על הון אנושי**.

**נניח** הייטקיסט שהקים חברה שההכנסות היחידות שלה הן ייעוץ שהוא נותן. **אם הוא מפסיק לעבוד אין חברה**. ב-6 השנים האחרונות הוא הרוויח 600 אלף ₪ לשנה. הם התחתנו כשהוא רק סיים צבא ובשנים הראשונות היא פרנסה את המשפחה, עד שהוא מצא את עצמו. הם מתגרשים והאישה דורשת חלק מהרווחים העתידיים שלו. מה נאמר לגבר? **מצד אחד, לפי הרטוריקה של ריבלין הוא אמר שכושר השתכרות זה נכס**. אם זה נכס, שם הוא פסק 200 אלף אבל **לפי הלוגיקה של נכס צריך להבין מה הכישרון, אולי לעשות מקדם היוון** [כאשר את הכסף נותנים בתשלום חד פעמי וזה סכום אדיר]. נניח שיוצא שהרכיב המשותף הוא 3 מיליון, אז לכאורה צריך להגיד לו שישלם לאישה מיליון וחצי. בנזיקין צריך לעשות מקדם אם משלמים מזומן. נוריד עוד קצת ונגיע ל800-900 אלף. **מצד שני, אם האדם חשדן וירצה לברר מה התקדימים בפועל כמה אנשים שילמו עד כה? נאלץ לומר שעד כה ביהמ"ש דחה את זה ובפעם היחידה שהוא נתן את זה ביהמ"ש פסק 200 אלף**.

ברמה הרטורית- תקדים זה בד"כ לא מספר, אלא הטיעון המשפטי. אבל יש פה משהו מבלבל. **ריבלין לא סתם התבלבל במחשבון**. כשהוא כתב את פסה"ד הוא רצה לומר משהו משמעותי, לחדש חידוש. אבל כאשר הוא הגיע ללשכה הוא פחד מהרעיון של **מה יקרה אם הגבר לא ירצה לעבוד**. אז הוא **לקח מקדם סיכון מטורף לצד ההפוך**. נוצר חוסר התאמה בין הרטוריקה המאוד חזקה לבין התוצאה הסופית. לכן נוצר גם חוסר התאמה בין הרטוריקה הקניינית לבין זה שאמר שאם מישהו כבר הרוויח בנישואים אז תיתן לו פחות [לא מתאים לחלוקה קניינית]. פסה"ד הוא לכאורה תומך בחלוקה קניינית, אבל הוא מתנהג יותר דומה לחלוקה אקוויטבילית.

**פסה"ד הוא מ-2007 והוא בזוג של חזקת שיתוף**.

**תיקון לחוק יחסי ממון ב-2008**- התיקון ברובו המוחלט עוסק **בהקדמת מועד האיזון**. המחוקק על הדרך מדבר על הנושא של **כושר השתכרות**. מחד, **סעיף 5** לחוק אומר "נכס לרבות פנסיה". היו מי שרצו לכתוב נכס לרבות כושר השתכרות. אם היו עושים את זה התוצאה היא שכל הגירושים בישראל היו מערבים חישובים אקטואריים מפולפלים. זה לא שיקול דעת לבימ"ש. אם סעיף 5 אומר שזה נכס צריך לבדוק בכל נישואים כמה בני הזוג מרוויחים, כמה מתוך זה כישרון אישי וכמה תוספת, ואיך לממש את זה. מנגד, היו שרצו להגיד שכושר השתכרות לא נכס. **ליפשיץ מציע הצעת ביניים** [שלבסוף לא נוסחה טוב- חלק מהמהירות ולא האמינו שהחוק יעבור]. **ההצעה אמרה שבחוק יחסי ממון יש סעיף שמאפשר לבימ"ש לעשות את איזון המשאבים בסטייה מהחצי-חצי**.

**בד"כ בתי המשפט לא התייחסו לסעיף בצורה סימפטית**. הם לא חשבו שאפשר לחלק את הכסף של האדם ולהביא אותו לאדם אחר. הזהירו שזו פגיעה בזכות קניין, לכן בקושי השתמשו בזה.

**כאן יש הבדל גדול**. אם נסטה מחצי-חצי ברכוש הממשי, זה לא שמחלקים את רכושו של הבעל, אלא **נותנים לאישה פיצוי יתר ברכוש הממשי כדי לפצות אותה שהיא לא מקבלת חלק מספיק בהון האנושי**. אני לא פוגע לו בזכות קניין, אלא זה סוג אחר של חלוקה.

**ליפשיץ נתן נסיבות מסוימות**- אם שני בני הזוג עבדו ופיתחו קריירה ונוצר פער לא צריך להתערב. אבל **אם נוצר פער קריירה שקשור בדפוס הנישואין** [לא עקרת בית ועובד, אלא גם מישהי שעושה חצי משרה ומישהו עובד מלא], **אז ביהמ"ש יוכל לחרוג מהחלוקה של חצי חצי בכושר ההשתכרות**.

* בן הזוג הביתי יקבל יותר מהנכסים הממשיים ויקבל פחות בכושר ההשתכרות.

אני יכול לשחק ברכוש הממשי כדי לפצות אותה על זה שהיא נשארת בלי כושר השתכרות. אני **פותר את בעיית המימוש כי כל אחד הולך לביתו**.

**אבל מה קורה כשאין נכס ממשי?** למשל, אדון אובריין. **לאנשים שאין להם כלום חוץ מהון אנושי – לא נתנו פתרון**. המחוקק לא התכוון לזה כמובן, אך ככה יצא.

* **לסיכום**, חוק יחסי ממון תוקן ב-2008. לא קבע בהגדרה של סעיף 5 שכושר השתכרות הוא נכס. אבל כן קבע בסעיף 8 לחוק [שמאפשר לסטות מאפשרות חצי-חצי] שאחד השיקולים לסטות הוא כאשר יש פערים בין בני זוג בכושר ההשתכרות.
* הצגת הבעיה, הפתרון של השופט ריבלין והפתרון של חוק יחסי ממון= להקנות שיקול דעת לביהמ"ש.

**מה חוק יחסי ממון עושה?**

בספרו של ליפשיץ מ-2017 הוא ניסה לומר מה ראוי שיקרה וגם מתאר מה שקיים. הראה **שבעקבות התיקון נוצר "ארגז כלים"**. היום כאשר שופט רוצה לטפל בכושר השתכרות, יש לו ארגז כלים איתו הוא יכול לשחק.

**המימוש של חוק יחסי ממון / ארגז הכלים**

1. **כלי קנייני**- אומר שלמרות שהתיקון הוא בס'8 ולא בס'5, בכל זאת **אם ביהמ"ש רוצה הוא יכול לבחור לעשות חלוקה קניינית**. הוא יכול לכמת כמה שווה התוספת ולהחליט איך עושים את זה בפועל במקרה המתאים. נפריד בין עשירים לעניים.

**עשירים**- המתמטיקה פשוטה. במהלך הנישואים הם צברו 2 בתים ששווים 2 מיליון שקלים. זה הרכוש הממשי. הבתים רשומים על שם הבעל. חוץ מזה יש דירת מגורים משותפת [שזה פשוט]. חוץ מזה הוא מרוויח X לשנה, לפי שיטה מסוימת אקטואר יקבע שההון האנושי המשותף הוא מיליון. כל היתר אישי.

אם היינו חיים בעולם של ס'5 לפיו הון אנושי הוא נכס= התוצאה היא להעביר לאישה מיליון וחצי.

בעולם של ס'8 אני אומר שמחלקים את ה-2 מיליון ביחס אחר- 75% ו-25%, בעולם שהון אנושי הוא לא נכס. לא הייתי מעריכה כמה ההון האנושי שלו. האישה תקבל מיליון וחצי גם בדרך הזו.

אם זה מתאים להתייחס לזה כקניין- **דרך ס'8 אפשר להגיע לתוצאה הקניינית כמו בס'5** [אילו היה מנוסח כושר השתכרות=נכס].

לפי סעיף 5- מחלקים 3 מיליון – 50% לכל אחד = 1.5 מיליון לאישה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| לפי סעיף 5 | **בעל** | **אישה** |
| **ממשי** | 2 מיליון |  |
| **אנושי** | 1 מיליון |  |

לפי סעיף 8- מחלקים 2 מיליון לפי יחס 25%-75% 🡨 האישה תקבל 1.5 מיליון.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| לפי סעיף 8 | **בעל** | **אישה** |
| **ממשי** | 2 מיליון |  |
|  |  |  |

**בשיטה של ליפשיץ** הוא היה אומר לבעל לתת 1,200,000 משום שלאישה אין סיכונים. **הבעל חשוף לסיכונים**. גם אם הממוצע שלו זה ממיליון וחצי טווח הסיכון שלו מאוד גדול. לכן במונחים סטטיסטיים יש שונות. מיליון וחצי משקף ממוצע ולא שונות. **צריך לתת לבעל פיצוי משמעותי של גורם סיכון**.

* בעקבות סעיף 8, במקרה שבו יש **יותר הון ממשי מאשר הון אנושי**, החלופה הראשונה שיש לביהמ"ש היא לעשות חלוקה קניינית. למצוא קסם איך להפריד בין כישרון לתוספת (להבין מה רכיב התוספת לכושר ההשתכרות).
* בשיטה הזו **נלך על סכום חד פעמי**, כדי להפריד אותם, אבל הוא **יצטרך לגלם את זה שמי שלוקח את הסיכון הוא זה שנשאר עם הכושר השתכרות ולכן זה יהיה פחות מחצי-חצי**.

**עניים**- למשל, אדון אובריין. הון ממשי 20,000. לעומת זאת, כושר ההשתכרות הוא מיליון [התוספת אחרי ההיוון כפול השנים שעובד]. אם מפעילים את סעיף 5, אם זה קניין, הבעל יצטרך לתת לאישה צ'ק של 510,000. המיליון הוא נכס.

אם ניקח את סעיף 8, אנחנו יכולים לחלק את ה-20,000 באופן לא שוויוני. במקסימום אפשר לומר שיעביר לאישה מקסימום 20,000. אבל פגענו באישה.

* סעיף 5: הון אנושי=נכס. את זה נחלק בין בני הזוג כמו נכס רגיל.
* סעיף 8: הון אנושי לא נכס, אבל אפשר לחלק את הנכס הממשי איך שרוצים.
* **אצל עניים יש רק 20,000 וזה לא מספק את האישה**. המקרה שבגללנו תיקנו את החוק לא נפתר.

**הצעה של ליפשיץ**: **גם היום אפשר לחלק את כושר ההשתכרות אם נרצה**. ס'8 לא שולל את ס'5 במונחים משפטיים פורמליים. **ס'5 רושם "לרבות", כלומר יש עוד סוגי נכסים**. חלק מהשופטים קיבלו את העמדה הזו וחלק לא.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| לפי סעיף 5 | **בעל** | **אישה** |
| **ממשי** | 20,000 |  |
| **אנושי** | 1 מיליון |  |

מחלקים 102000 חצי חצי 🡨 510,000 לכל אחד.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| לפי סעיף 8 | **בעל** | **אישה** |
| **ממשי** | 20,000 |  |
|  |  |  |

נצטרך לחלק רק 20,000 ביניהם, באחוזים שונים. מקסימום כל ה-20,000 לאישה. אבל זה לא מספק.

* **סיכום המודל הקנייני**- אם מקבלים במבחן שאלה של כושר השתכרות ויש בה מספרים, הם לא סתם. אם אקטואר אומר שכושר השתכרות מיליון ונכסים 2 מיליון, אין בעיה להגיע לתוצאה קניינית.
* אם הנתונים הם שההון הממשי מיליון וההון אנושי 2 מיליון, נאמר שלפי גישה 1 במקרה הזה אי אפשר להחשיב כושר השתכרות כנס ונחלק רק את המיליון [חצי מהנכסים]. לפי גישה 2 [3 פסקי דין של שופטי משפחה ומחוזי אימצו את זה] לפי פרשנות מילולית קשה אפשר להחשיב כושר השתכרות כנכס.
* במקרה של **הון אנושי יותר מממשי** נאפשר לעשות זאת **בתשלומים** **ולשנות אם המדגם לא יהיה כמו נתוני האמת**. **יצטרכו לקבוע סכום עם שינוי נסיבות**, לפי נתוני אמת.

דוגמת רואה חשבון – אם טעיתי בחשבון עדיין יהיה לו ממה לחיות. לעומת זאת, אדון אובריין שאם טעיתי פגעתי בו ואין לו ממה לשלם ולכן נאפשר לו לשלם בתשלומים.

* **אם הולכים על סכום חד פעמי צריך לעשות היוון**.

ערכים מרכזיים של ליברליזם: שוויון ואוטונומיה של הפרט- לפעמים זה לא עובד. אם מאמינים שלאדם יש אוטונומיה אישית ויש לו כישרונות, איך נאמר שגם כושר ההשתכרות מתחלק? מצד שני, "והפכו לבשר אחד". משתתפים. האם רוצים להכיר בדברים לא הפיכים בקשר נישואים? נשאל בהמשך לגבי יחסי הורים וילדים.

1. **פיצוי על הפסדי קריירה**- הכלי הזה לפעמים נותן יותר מהכלי הראשון ולפעמים פחות. **לא מתעסק בשאלה מה כל אחד הביא**. לא אומר שבמהלך הנישואים יש כל מיני הסדרים. **אם נוצר פער בין בני הזוג** צריך לצמצם אותו במהלך השנים. יש כל מיני נוסחאות שבאות ואומרות נראה מה כל אחד מרוויח ביום הפרידה או צפוי להרוויח, כמה שנים הייתם נשואים, כמה ילדים משותפים (ארה"ב, קנדה). **יש במודל הזה היגיון אבל הוא לא מגשים את רעיון השיתוף**.

**שופט מביהמ"ש המחוזי בת"א**, **נפתלי שילה**, ליפשיץ נתן לו לקרוא את הטיוטה של הספר והתלהב מהגישה השנייה. יישם אותה בפסק דין. הטכניקה הזו אומרת "איך זה ייראה בפועל". כמה כל אחד מהם מרוויח, כמה שנים נשואים, יש נוסחה מסוימת לחישוב [הכי טוב שהמחוקק עושה אותה ואז יש וודאות לגבי האחוזים].

בקנדה וארה"ב המחוקק משלב את זה. בישראל מנסים ליישם בפסיקה.

**בטכניקה הראשונה** לכאורה **יותר מותאם** לבני זוג ואז יותר דיוק, אבל לך תדע מה יהיה- **פוגע בוודאות**. **הטכניקה השנייה משלמת על דיוק, אך מאפשרת וודאות** [במיוחד דרך המחוקק].

1. **אומדנה**- ריבלין לא הסביר איך הגיע לסכום 200,000. סכום חד פעמי, שייראה דומה למקרים אחרים דומים. נניח ייתנו 200,000 שקלים כי זה היה בפסיקה קודמת.
2. **סמכות לא לחלק כושר השתכרות- "עזוב אותי באמא שלך**"- ליפשיץ הופיע בוועדת הכנסת ונימק מדוע הוא חושב שזה צריך להיות ס'8 ולא סעיף 5. הוא אומר **שבסוף גם צריך לחיות**. אם נפעיל את זה בכל מקרה גירושין, לא נצא מזה [ס'5 בודק פוט' בגירושין וכו']. זה סעד במקרים של חוסר צדק- בני זוג שנצבר ביניהם פער שקשור להתנהלות שלהם בנישואים [ולא כי אחד יותר כישרוני מהשני], אז צריך לחלק את הכושר השתכרות כמו בשיטה הראשונה או השנייה. לעומת זאת, במקרים שאין פער גדול או שיש פער שכל אחד חי את חייו באופן שהיה חי גם ללא ההחלטה- לא נחלק. לדוגמה, תיק שבעל היה בנקאי גדול והרוויח 500 אלף לחודש ואשתו יועצת משפטית בחברה 100 אלף לחודש. האם היא קיבלה 100 אלף שקל בגלל חיי הנישואים? לא, כי מנכ"ל של בנק מקבל יותר. זה מגוחך לדרוש ממנו להעביר לה 250 אלף שקל בשנה. לכן **לא צריך להעביר בכלל**.

למשל, מקרה שבו האישה הייתה מתמחה במחלקת בג"צים והבעל מתמחה של שופט עליון. הם נסעו לארה"ב לעשות מאסטר. הבעל אוהב אקדמיה- היסטוריה של המשפט, תורת משפט [שאין הרבה כסף]. מנגד, האישה עם מזג מעשי ואחרי ששניהם סיימו תואר שני, הבעל עשה דוקטורט והיא עבדה בלשכה משפטית של אחד הבנקים. כשהם התגרשו הבעל היה פרופ' שהמשכורת שלו בברוטו 30 אלף נטו 18 אלף עם קביעות [לא יכולים לפטר אותו]. והאישה לעומת זאת מרוויחה 100 אלף שקל ובדיוק עכשיו הציעו לה להיות יועצת משפטית של בנק, ואז זו דילמה גדולה כי היא צריכה לוותר על הקביעות [זה מינוי אישי ומנכ"ל עתידי עשוי לפטר אותה]. האישה כביכול אמורה להעביר לבעלה כסף. איך אפשר לכמת את הקביעות, הפרסים שהבעל מקבל, ההכרה שלו. איך זה מתאים שמישהו יעביר לאחר? **כל אחד בחר את מסלול החיים שלו**.

**הייתה שופטת שאמרה שברירת המחדל היא לא לחלק, אלא אם יש מקרה חריג**. וזה הפוך ממה שליפשיץ אומר- ברירת המחדל לחלק, אלא במקרים חריגים לא לתת.

**ס'8 זה פגיעה בזכויות קניין כשאין כושר השתכרות**- בד"כ עשינו שימוש בס'8 בתור פיצוי על אי החלוקה של כושר ההשתכרות, ולכן נתנו חלוקה אחרת של הנכס הממשי.

הייתה תקופה שיותר השתמשו בשיטות 3 ו-4: אומדנה או ברירת המחדל לא לחלק. אבל יש גם שופטים שנטו לכיוון של ליפשיץ.

כלי 4 מאפשר לא לחלק, אלא במקרים נדירים שם אפנה לשיטות האחרות.

1. **שוויון מוחלט ביציאה מהנישואים- שיטה הפוכה לגמרי**- נפעיל את סעיף 8 בצורה הכי רחבה, לא רק על כושר השתכרות, אלא רוצים שמהנישואים האלה ייצאו בצורה שווה. אם מישהו קיבל ירושה או צפוי לקבל ירושה זה גם שיקול. רוצים שאנשים יצאו מהנישואים מנקודת מבט שווה. **מן רצון לעשות צדק חלוקתי בנישואים**.

ביקורת: צריך הצדקות [מאמץ משותף] ולא יכול להיות משהו שרירותי.

1. **מזונות אחרי פרידה- מזונות משקמים**- **דפנה ברק ארז**. צריך לעשות את זה בצורה פרופורציונלית, לזמן קצוב. גם כשנפרדים, יש אחריות מסוימת לאדם שחיית איתו. "מבשרך אל תתעלם"= יש בתת מודע את הרעיון שהם היו ל"בשר אחד". יש סוג של אחריות. חיית עם הבן אדם, יש לך **סוג מסוים של אחריות מצומצמת במקרה של חרפת רעב**.

* טכניקה 1- מקרה שהדגש הוא שמישהו צמח בזכות השני.
* טכניקה 2-מקרה של מהנדס וסטודנטית למשפטים- הוא לא מרוויח יותר מאשר הוא מרוויח בתקופת הנישואים. כשהם מתלבטים לאן היא תמשיך, הם בבעיה. הם לא יכולים לחיות ברמת החיים מהמשכורת שלה והם גם רוצים שמישהו יהיה עם הילדים. האישה תלך למשרד יותר קטן. הגישה ה-1 לא תעזור לה, כי כושר ההשתכרות שלו לא עלה בנישואים ושלה כן עלה, הטכניקה השנייה תעזור. זה **פער שקשור להחלטות שונות של הצדדים**. הדגש במקרה השני הוא לא על הצמיחה שלו אלא על **הפסד הפוטנציאל שלה**.
* טכניקה 3-מקרה קשה ומורכב. נותנים סכום חד פעמי.
* טכניקה 4- מקרה של פרופ' והיועצת המשפטית- לא נתערב.
* טכניקה 5- כשאחד בא ממשפחה עשירה והשני ענייה ונרצה לחלק שייצאו מהנישואים שווים.
* טכניקה 6- מצוקה גדולה.
* בניגוד לשופט שילה, ליפשיץ לא חושב שצריך למחוק את הגישה ה-1, אלא שהיא בעייתית.

**בנייה על קרקע שעדיין רשומה על שם ההורים-קיבלנו מצגת**

כשדיברנו על שיתוף ספציפי, המקרה הטיפוסי הוא שהבעל או האישה ירשו קרקע מההורים שלהם, עליו בנו בית, על הבית חל חוק יחסי ממון והשאלה האם יחול על הקרקע הסכם שיתוף ספציפי. הקרקע הייתה כבר רשומה על שם הילד.

לגבי הבית האישה דורשת איזון משאבים- הקרקע והבית רשומים על שם הבעל. היא גם תובעת שיתוף ספציפי לגבי הקרקע- נישואים ראשונים, נכס מעורב [גם לפי הגישה המצמצמת זה יעזור, כי זו אינדיקציה חזקה לכוונת שיתוף].

אולם, **במגזר הערבי הבן בונה בית על חלקת ההורים אבל בשום שלב לא מעבירים אותה על שמו**. ייתכן שזה עדיין על שם הסבא רבא שמת. הסבא מביא נחלה לילדים עליהם בנו. עכשיו הנכד בנה שם. הקרקע והדירה רשומה על שם הסבא. **את מי האישה יכולה לתבוע?** הרי לא רשום על שם הבעל כלום. רשום על שם הסבא. הנכד "אורח" שם.

נכנסים לבעיה. **כאשר הם נפרדים, הבן אדם הלא-רשום לא יכול לתבוע לפי חוק יחסי ממון**. אין לו איזון משאבים עם ההורה. **זה לא הוגן, זה היה ברור שזה הבית שלהם והם הסתמכו על זה**.

**הפסיקה בעבר** ניסתה לפתור את זה באמצעות **טכניקה של דיני הרישיון**. הם אמרו שאם מישהו גר בבית שלי והרשתי לו לגור שם, בעצם כשאני אומר לו תפסיק לגור אני צריך לפצות אותו. **אם הייתה הבנה שהרישיון הוא רישיון ממושך צריך לפצות**.

המשפט האזרחי נתקע פה- חוק יחסי ממון לא יעזור ושיתוף ספציפי לא יעזור [כי ההסכם הוא עם ההורים ולא בין בני הזוג]. בעבר השופטים היו מכניסים פיצוי משמעותי שמביא אותם למשהו דומה לאיזון משאבים או שיתוף ספציפי. **השופט סולברג** בא **בפס"ד של יהודים** ואומר שזה **רק על מה שהשקיעו בפועל- תביא קבלות**. זה מעט. הרוב בישראל זה לא ההשקעה או הקרקע המקורית, אלא עליית הערך. סולברג= רק פיצוי על השקעה.

אצל **ערבים** זה יצר קטסטרופה מוחלטת לגבי הנשים- **סכומים מגוחכים**. דווקא בימ"ש אזרחי פוגע בהם. **השופט סילמן**, היצירתיות שלו עובדת נכון, **ואמר** **שלגבי ערבים צריך להמשיך את כלל הפיצוי הקודם**. יתר השופטים במחוזי אמרו שלא ניתן לתת הסדר שונה בין יהודים לערבים- **חוסר שוויון**. אבל זה גם לא בסדר שאישה אחרי X שנות נישואים תקבל 7000. אז אמרו ניתן לה חלק יותר גדול. **הבעיה**- לגבר יש רק את הדירה הזו. סעיף 8 אומר לתת חלק יותר גדול מהרכוש, אז בפועל ס'8 לא עוזר שמחלקים את הנכסים.

אפשר להגיד "עשיית עושר ולא במשפט"- ההורים מרוויחים מהמאמץ שלהם.

**נאמנות קונסטרוקטיבית**- הילדים מחזיקים את הקרקע וההורים מחזיקים את הקרקע בנאמנות עבור הילדים.

**"פינת הצביעות"**- כאשר אחד ההורים צועק על השופט סילמן. משפט הוא לא רק צדק אחורה אלא הכוונת התנהגות. כל המנהג של אי-רישום הקרקע על שם הבעלים, אם נאפשר דין שונה לערבים זה ממשיך את הבעיה. אבל מצד שני, הקרקעות לא מוסדרות אז הם לא באמת יכולים לרשום על שמם את הקרקע. זו צביעות.

**שיעור 24- 16/06/22**

**מזונות ילדים**

* **מצגת מזונות ילדים**.

**סמכות ודין**

* **דין דתי**- **ס'3(א) לחוק תיקון דיני משפחה (מזונות)** אומר שאדם חייב במזונות ילדיו בהתאם לדין האישי החל עליו. החריג היחיד- אם לפי הדין הדתי אתה לא חייב במזונות, אז אתה חייב לפי הוראות חוק זה.
* אם אדם חייב במזונות לפי הדין הדתי, הרי שהיקף המזונות ופרטי המזונות ייקבעו לפי החוק הדתי.
* **איזה בימ"ש יעסוק במזונות?** בד"כ סמכות למזונות תהיה לבימ"ש אזרחי, אבל בהסכמה אפשר לדון גם בביה"ד הדתי.

**יהודים**: אם נהיה כנים ונסתכל על **חשבד"ר** (חוק שיפוט בתי דין רבניים) הוא די ברור ואומר שמזונות ילדים הוא משהו שניתן לכרוך. אף על פי כן במשך שנים **ביהמ"ש העליון** בצורה קצת מאולצת ניסה לטעון שמה שניתן לכרוך הוא רק תביעה להשבת הוצאות שהאמא הוציאה, ואילו תביעת מזונות ילדים של הילד לא ניתן לכרוך. **השופט הנדל** ניסה במהלך כמה פסקי דין להראות שהמהלך הזה לא נכון ושכן ניתן לכרוך, אבל שיש כלל אחר- אם ביהמ"ש או ביה"ד לא דאג לילד באופן מהותי, אז אחרי הגירושין הילד יכול להגיש תביעה עצמאית [**הלכת התביעה העצמאית**]. **לטענתו, לא ניתן לומר באופן גורף שלא ניתן לכרוך**. השופט הנדל היה במיעוט. דעת הרוב [לא מוצדקת לפי קריאה פשוטה של החוק] אמרה שלא ניתן לכרוך. **ביה"ד הרבני מתכנן מרד**- יש כמה פסקי דין שלא מצייתים. לדעת ליפשיץ, בקרוב יהיה בעניין פסק דין נוסף.

* במבחן אם תהיה שאלה שקשורה למזונות ילדים: דנים לפי דין דתי.
* אם יש הסכמה- אין בעיה לכאורה לדון בביד"ר.
* אם זה בכריכה- מזכירים שיש שאלה האם ביד"ר יכול לדון בנושא הזה.

מתחוללת בשנים האחרונות דרמה, שמערבת שחקנים רבים.

**בדין הדתי היהודי: עמדת המוצא המקורית**- החובה של אבא לזון את הילדים הייתה עד גיל 6 [חובה מדין תורה]. החובה הזו הייתה חובה על פי הצרכים המינימליים. צריך להגדיר מה זה מינימליים, אבל הכוונה היא לא משחקי מחשב וחופשות, אלא אוכל ושתייה, בגדים וצרכים רפואיים. זו הייתה חובה מגדרית שחלה רק על האבא.

השכבה הראשונה של התמיכה הכלכלית בילדים היא **מגדרית**- רק אבא; **מינימליסטית**- הכרחית; **לא קשורה במצב כלכלי**- גם אם האמא עשירה והאבא לא עשיר, זו חובה של האבא.

לעומת זאת, כאשר מדובר על **צרכים שהם מעבר לצרכים ההכרחיים**, כאן הקטגוריה בהלכה שהסדירה את העניין הזה הוא "**דין צדקה**". זה נשמע וולונטרי, אבל זו קטגוריה משפטית שאפשר לחייב אותה. התכונה של דין צדקה שהוא ל**א מגדרי** והוא **תלוי באמידות** [יכולת כלכלית].

בהלכה היהודית המקורית, יש שכבת בסיס שהיא מגדרית לגמרי [רק האבא] ולא קשורה בכלל למצב כלכלי, ויש שכבה של האקסטרות שהיא רק לגבי הורים עשירים [אם אין לך הורים עשירים אתה לא יכול לדרוש שהם יתאמצו להוציא אותך לחופשות או לקנות לך מחשב] וזה לא רק האבא אלא לפי יכולת כלכלית. \*כל זה עד גיל 6.

**בימי התלמוד זה הורחב לגילאים 12-13** [תקנת אושא]. **בתקופת המנדט הרבנות הראשית** מרחיבה את החיוב שהיה במקור עד גיל 6, **עד גיל 15**. ההבנה הפשוטה: הרחיבה את הגיל, אך לא שינתה את כל התנאים האלה. מגילאים 0-15: צרכים הכרחיים רק אבות ללא קשר למצב כלכלי, מעבר לצרכים ההכרחיים שני ההורים לפי יכולת כלכלית.

* **התקנה לא משנה את אופי החיוב, אלא מרחיבה מה שידענו מ: 0-6 עד גיל 15**.
* **מגיל 15-18 זה היה מדין צדקה מהשקל הראשון**. לא הייתה הבחנה בין ההורים, זה לפי יכולת כלכלית.
* **עד הלכת 919** יש יחידה שנקראת 0-15 שבה צרכים הכרחיים מינימליים זה רק האבות, ומעבר לצרכים ההכרחיים המינימליים זה מדין צדקה ולכן זה לפי יכולת כלכלית וזה שוויוני בין האבות והאימהות.

המצב לא כזה בעייתי בעולם שבו בכל מקרה הגברים מרוויחים ונשים לא מרוויחות. כאשר הרוב המוחלט הגברים מפרנסים, בשני הרכיבים [צרכים הכרחיים ודין צדקה] לגברים יש כסף והם צריכים לפרנס.

**הדין הזה מתחיל להיות בעייתי** בעולם שבו מדי פעם נשים מתחילות להיות המרוויחות. לפי הלמ"ס, 75% מהכסף המשותף מורווח ע"י גברים- עדיין אין שוויון. אבל יש מקרים של זוגות שוויוניים ויש מקרים שנשים מרוויחות אפילו יותר. **הבעיה**- גם במקרים האלה מפעילים כלל שהאבא ישלם (גם אם האמא מרוויחה יותר).

משהו טריקי: כשדיברנו על נושא הפרדת רכוש לעומת חזקת שיתוף דיברנו על **שוויון מהותי**. כלל של הפרדת רכוש ייפגע בנשים. יש משהו מפתה לומר את אותו הדבר לגבי העניין הזה, אבל זה לא נכון מתמטית.

אם לגבי חלוקת רכוש נקבע כלל שכל אחד בעלים של הרכוש של עצמו, הרי שנשים ייפגעו באופן שיטתי. אבל אם נקבע כלל **שחלוקת המזונות תהיה בהתאם ליכולת הכלכלית= זה לא יפגע בנשים**. אם 75% מהנשים מרוויחות פחות מהבעל שלהם, הרי שהם יישאו פחות בנטל. גם מבחינת דין צדקה. כלל שפוגע בנשים היה כזה שאומר שכל אחד משלם חצי מהוצאות הילד לא משנה מה המשכורת שלו- זה כלל של שוויון פורמלי שפוגע מהותית בנשים שמרוויחות פחות.

כלל שאומר ששני ההורים יחובו במזונות הילדים לפי יכולת כלכלית- אין בעיה של שוויון פורמלי ולא שוויון מהותי.

**בעיה 1**: נושא מזונות ילדים מעורר קושי מנקודת מבט של גברים. נוצר מצב שהכלל שאומר שעד גיל 15 [גם אם ההורים מרוויחים אותו דבר, או אם האישה מרוויחה יותר] רק הבעל משלם, פוגע בגברים.

**ככל שמדובר בזוג שמרוויח הרבה ולמשפחה יש הרבה צרכים, זה יתאזן**. למה? ביהמ"ש יאמר לבעל תשלם את הצרכים ההכרחיים ואז יהיה לו פחות כסף, לגבי האקסטרות ביהמ"ש יאמר לאישה לשלם מדין צדקה. **אבל במקרה טיפוסי של משפחה במעמד ביניים** [לא עשירים]- בני הזוג מרוויחים אותו דבר, אבל **רוב המזונות הן על צרכים הכרחיים ואז רק הגבר נושא בהן** לפי הכלל הדתי. זה לא בסדר.

**חידוד נקודה חשובה: ההבחנה בין חלוקת נטל לבין מימוש נטל**. היא הבחנה קריטית, שהרבה טועים בה כולל שופטי בימ"ש עליון.

כשצריך לקבוע כללים על מזונות ילדים, **השלב הראשון** הוא לקבוע את חלוקת נטל הוצאות הילדים בין ההורים. האם רק הגבר משלם? חצי חצי? לפי יכולת כלכלית? **השאלה של חלוקת הנטל לא קשורה למי יש משמורת**.

דוגמה להמחשה: נניח שהילדים הועברו לבית יתומים [נבודד את סיפור המשמורת] וההוצאות ההכרחיות הן 5000. זו שאלת חלוקה הנטל- איך לחלק בין האב לאם. האם לפי גבר אישה/חצי חצי/ לפי משכורת. הבעיה שדיברנו עליה עד כה קשורה בחלוקת הנטל. **הבעיה בדין הדתי שהוא אומר שאת השכבה הבסיסית של הצרכים ההכרחיים ישלם רק האב, בלי קשר למצב הכלכלי**.

השלב השני- הוא מימוש הנטל. נניח שאנחנו חיים לפי העולם של הדין הדתי. צרכי הילד הם 1600 שקלים [סטנדרט]. כשקבעו את הכללים עדיין לא היה את הטרנד של משמורת משותפת. הקלאסי- משמורת והסדרי ראיה: משמורת לאמא והילד היה רואה את האב פעמיים בשבוע בלי לינה (לא שבתות). אם קבענו שהמזונות 1600 שקלים על צרכים הכרחיים, 1000 אקסטרה והאמא מרוויחה טוב [אז האב והאם מתחלקים חצי חצי לגבי האקסטרות] והילד גר אצל האמא. **איך זה יחולק?** האבא צריך לשלם 2100 והאמא 500 [זו **חלוקת הנטל**]. **איך מממשים?** **האב ייתן לאמא צ'ק**. בעולם שבו האמא היא המשמורנית והסדרי שהות הם מינימליסטיים, ההנחה היא שהאמא משלמת בפועל את כל ה-2600, לכן האב צריך לשלם לאמא 2100. מתעלמים מכך שאולי האבא קנה לילד פיצה בזמן הזה.

**היום** בנושא של המשמורת מתחילה להיות דינמיקה ותופעה סוציולוגית מעניינת של **הסדרי שהות משותפים**. מדברים בטווחים של שבועיים, אז יוצא הסדרים של 6-8. ברוב ההסדרים יש גם לינה. ההורה הלא-משמורן טוען שזה לא משנה מה קבעת בחלוקת הנטל, יש **בעיה 2**: לא יכול להיות שאני אמשיך לתת צ'ק כאילו בן הזוג מוציא את כל ההוצאות ונתעלם מזה שרוב הזמן הילד אצלי ואני הוצאתי את ההוצאות [קניתי לו טלפון, ביגוד, אוכל] ב-6 ימים מתוך 14 שהוא אצלי.

**2 בעיות שונות שהטרידו**: [שקופית 1 במצגת]

1. **בעיית חלוקת הנטל**- גם כשאין משמורן בין ההורים והילד בצד ג', רק צריכים להעביר צ'ק, הדין הדתי יצר חוסר צדק כלפי האב כי הוא הטיל עליו לשלם על הצרכים ההכרחיים.
2. **בעיית מימוש הנטל**- רוב השופטים לא נתנו מספיק את דעתם לעובדה שאי אפשר להסתפק במתן צ'ק וצריך לקחת בחשבון את מה שההורה הלא-משמורן מוציא באופן ישיר בזמן שההורים נמצאים אצלם. אולי אפשר להתעלם מפיצות שמשלמים על יומיים בלי לינה, אבל לא ניתן להתעלם כאשר הילד שוהה 6 ימים.

לנוכח המצב לפני פסק הדין, אנחנו מבינים מהי הדרישה לשינוי.

**הדרישה לשינוי** מצד "ארגוני הגברים"/ ארגונים ששואפים לצדק-

**הדרישה לשוויון בנטל:** חלוקה ע"פ יכולת כלכלית גם לגבי הצרכים ההכרחיים. אם ניתן לשנות את הדין הדתי, אז הרי שנשנה באופן שוויוני. מה שעושים בדין צדקה, נעשה מהשקל הראשון (גם על הצרכים המינימליים).

**מימוש הנטל: התחשבות בהוצאות ישירות (בעין) המשולמות לילדים ע"י כל אחד מן ההורים**. כל מיני נוסחאות:

1. **שיטת הקיזוז המלא (הליניארי)**- נוסחה ליניארית בין זמני השהות לקיזוז המזונות בעין. (לא נוסחה מספיק טובה). **נניח** זוג שבמעמד בינוני-נמוך. צרכי הילד 1600 שקלים. את כל ה-1600 צריך לשלם הבעל. הם חיים בעולם שיש משמורת משותפת והילד נמצא ב-50% מהזמן אצל האם ו-50% אצל האב. **הנוסחה תאמר שההוצאות שהאדם מוציא בפועל על הילד הן פונקציה של אחוז הזמן שהילד נמצא אצלו**. הטענה תהיה שצריך לעשות לאבא הנחה של 800. בהלכה נאמר שהאב צריך לשאת במזונות הילד ולא נאמר שהוא צריך לתת צ'ק לאמא. אם המזונות הם 1600, אז 800 הוא שילם במחצית הזמן שהילד נמצא אצלו ו-800 הוא ייתן על הזמן שהילד אצל האמא.
2. **סייגים כלפי שיטת הקיזוז המלא**- הבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות או מינוי הורה גזבר.

אנחנו נראה למה זה לא כל כך פשוט. אבל בפשטות מבינים שדרושים 2 תיקונים: (1) מהשקל הראשון יחלקו לפי דין צדקה ו-(2) לעשות נוסחת קיזוז ליניארית.

**בניגוד לבעיה א' שנטועה בדין הדתי, לכאורה בעיה ב' לא נטועה בדין הדתי**- לא אומרים שחייב לתת צ'ק לאמא, אלא אומרים שחובה לזון את הילד. לכאורה מאוד קל לפתור את בעיה ב' ללא רפורמה בדין הדתי. הפתרון הפשוט: קיזוז מלא- לפי כמות הזמן שההורה הלא-משמורן עם הילד. במבט ראשון זה פשוט, אבל נראה שזה לא כך.

**עד הלכת 919** בעיה א' נתפסת כלא פתירה- אין מה לעשות זה הדין הדתי. בעיה ב' נשמעת פתירה, שופטים מנסים לעשות טכניקות לפתרון הבעיה אך יש מבוכה. **כולם מסכימים שזה לא יכול להמשיך כך- זה לא צודק ויש חוסר אחידות מוחלט**. לפעמים הבלאגן הוא גם בתוך ביהמ"ש [ולא רק בלאגן בין ביה"ד לביהמ"ש]. בקרב בתי הדין ובתי המשפט החל להיות בלאגן משמעותי. כולם מנסים לייצר פתרונות ולא ברור מה הפתרונות הנכונים.

**על הרקע הזה מגיעה הלכת 919/15 שמנסה לפתור את הבעיה הזו**.

**השאלות במרכז פסק הדין**:

1. **ההבחנה בין שאלת הקיזוז לשאלת חלוקת הנטל**. -אלה שתי שאלות שונות. חלוקת הנטל בלי קשר למשמורת. צעד שני איך מתייחסים למשמורת וזמני השהות- האם מניחים שההורה מוציא על הילד באופן יחסי לזמן ששוהה אצלו.

* שאלת חלוקת הנטל לא קשורה במהותה לזמני השהות בעוד שאלת הקיזוז רגישה לחלוקת זמני השהות.
* ההכרעה באחת השאלות לא משפיעה על ההכרעה בשאלה השנייה.

באופן רעיוני אני יכול לחיות בעולם שמאמץ את הדין הדתי שהצרכים ההכרחיים רק על האבא ולקבוע נוסחת קיזוז ליניארית, וההיפך- כלל חלוקת נטל שוויונית (שינוי הדין הדתי) ועדיין לומר שאי אפשר להגיד שזמני שהות מגדירים כמה כל אחד מוציא. מה שנכון על אוכל לא נכון לגבי בגדים. אם הילד נמצא אצלי 30% מהזמן זה לא בהכרח נכון שההורה מוציא עליו 30% מההוצאות.

יש בפועל 4 אפשרויות:

1. אחריות מוגברת על גברים [דין דתי נשאר] + שיטת קיזוז ליניארי [משתנה].
2. לפי יכולת כלכלית [דין דתי משתנה] + שיטת קיזוז ליניארי [משתנה].
3. אחריות לפי יכולת כלכלית [משתנה] + קיזוז לא ליניארי [לא משתנה].
4. לפי יכולת כלכלית [משתנה] + קיזוז לא ליניארי [לא משתנה].

**אלה 2 שאלות בלתי תלויות**.

גם אחרי פסה"ד, גילאים 0-6: הדין הקודם נשאר.

**לדוגמה** אם יכריעו בפסה"ד שצריכה להיות חלוקה שוויונית ולא נכון קיזוז ליניארי, כי גם אם הילד נמצא הרבה זמן אצל האבא, ייתכן שלא נקזז כי את רוב ההוצאות האמא מוציאה (כמו חוגים).

במשמורת מלאה של האב- הוא לא יצטרך לשלם לאישה. אבל **האם האישה תצטרך לשלם?** אם היא הייתה עשירה בטוח שהיא הייתה צריכה לשלם את החלק שלה של האקסטרות.

1. **ההבחנה בין שוויון בנטל למשל החתול**.

* הכלל בדין הדתי של חלוקת הנטל- צרכים הכרחיים: האב + היתר: דין צדקה.
* מה החלופה? אחריות משותפת של ההורים לפי יכולת כלכלית.

לפי הגישה של ליפשיץ, האחריות המשותפת היא על כלל ההוצאות של הילד, לא משנה באיזה בית. קודם כל קובעים מה ההוצאות של הילד, מחלק את זה לפי יכולת כלכלית [לפי הגישה הצודקת] ואז בודק כמה כל אחד הוציא בפועל.

אבל, בתקופה של לפני הלכת 919, הייתה תוכנית בנושא [עימותים בין גברים ונשים]. אחד מארגוני הגברים אומר- תאר לעצמך שאנחנו **שותפים בחתול** והגענו להסדר שהחתול הזה שלי שבוע ושלך שבוע. הייתכן שתדרוש ממני כסף על גידול החתול בשבוע שלך [תשתתף איתי בהוצאות האוכל של החתול]? לא. המסקנה המשתמעת: אם הילד מחולק בין הבתים, גם אם האבא מרוויח 20 אלף שקלים והאמא מרוויחה אלפיים (**גם אם יש פער ביכולת כלכלית), כל הורה נושא בהוצאותיו**. ילדים הם כמו חתול. המסקנה הזו לא משתלבת עם עקרונות של צדק חלוקתי או עקרונות של טובת הילד, אך חלק מהשופטים בטעות כך פירשו את הלכת 919.

גם אם חושבים שהמצב הקיים לא צודק, החלופה היא לא שיטת חתול- כל צד אחראי על הילד כשהוא אצלו. זו שיטה נוראית- הטענה היא שמכיוון שכל אחד מחזיק בילד 50%, הרי שלכל אחד אחריות בילד בזמן שהוא אצלו, אין השתתפות. **במצב עניינים שבו אחד מההורים מרוויח יותר מהשני זה יגרום לכך שילד יש בית עשיר ובית עני**. **אין צדק חלוקתי ואין טובת ילד**.

**החלופה ההוגנת**:

* סוכם את ההוצאות של שני ההורים בשני הבתים.
* מחלק ע"פ יחס ההכנסות.
* עושה נוסחה כמה כל אחד הוציא בפועל ומקזז את זה.

לשים לב שהחלופה ההגיונית לעוול של הדין הדתי אינה שיטת החתול, אלא שיטת החלוקה של כלל ההוצאות לפי יחסי הכנסות.

1. **ייחודיותה של סוגיית המדור**.

**רקע**- כשמדברים על **הוצאות ילדים**, נחלק אותן ל-3 סוגים:

1. הוצאות תלויות שהות.
2. הוצאות לא תלויות שהות/ הוצאות מיוחדות.
3. מדור.

**(1)הוצאות תלויות שהות**= אוכל. אצל תינוקות גם חיתולים. מה מאפיין אותן? **מי שמוציא אותן הוא מי שהילד אצלו**. אפשר לומר שאם נמצא נוסחה סטטיסטית לגבי כמה עולה להאכיל ילד, היא לא תהיה קשורה בשאלה בכמה בתים הילד הזה גר. הילד יאכל בבית 1 או בבית ה-2. יכולים לומר שזה לא לגמרי נכון בשל סוג האוכל (אבל זה בקטנה). בקירוב באופן סביר להוצאות תלויות שהות שני מאפייני משנה חשובים:

1. **הסך הכולל של ההוצאות לא תלוי בהסדר המשמורת**. הנוסחה תמשיך להיות נכונה בלי קשר להסדר השהות.
2. **זה ליניארי**. בגדול נוכל להניח שאם הוצאות ממוצעות של שני ילדים במשפחה על אוכל זה 1000 בחודש. אם הילדים נמצאים 50% מהזמן אצל האבא ו-50% אצל האמא, הרי שהאבא קנה ב-500 והאמא ב-500.

* אוכל, חיתולים, מגבונים ודברים מהסוג הזה 🡨 הוצאה תלוית שהות בעלת 2 תכונות חשובות [לא תלוי בהסדר שהות ולינארי].

**(2)הוצאות לא תלויות שהות/ הוצאות מיוחדות**= חוגים, בגדים, סלולרי, משקפיים, טיפול פסיכולוגי, שיעורי עזר. [חלק ברוטינה וחלק מיוחדות]. מה מיוחד בהוצאות לא תלויות שהות? **לא ניתן להניח לגביהן שמי שמוציא אותן באופן יחסי הוא ההורה שאצלו הילד שוהה**. יכול להיות שבמקרה האבא קנה לילד נעליים בזמן השהות אצלו.

מצד שני, **בתיאום טוב** בין ההורים הם אמורים לתאם שגם ההוצאות שאינן-תלויות שהות בסופו של דבר **לא מושפעות מהמשמורת**. אם הילד צריך בגדים, אז הוא צריך את אותם בגדים כשהוא גר כל הזמן אצל האבא או אצל האמא או חצי-חצי. ניתן לטעון שזה לא נכון כי הילד צריך שיהיו לו בגדים בשני הבתים [במשפחות אמידות קונים שני סטים של בגדים כדי שלא יצטרך לסחוב איתו בגדים מבית לבית, שלא יסתבך כשצריך מעיל וכו'. זה בקירוב וצריך להוסיף קצת].

בהוצאות לא-תלויות שהות יש תכונה שקיימת בהוצאות תלויות שהות ותכונה שלא קיימת:

1. **הסכום הכללי של ההוצאות יהיה דומה מאוד גם במשמורת משותפת, גם במשמורת יחידנית וגם במשמורת חלקית**. בסופו של דבר הילד הולך לאותם חוגים גם אם גר ב-2 בתים, יש לו פסיכולוג אחד, זוג משקפיים אחד. זה לא מגדיל את סך ההוצאה. ליתר דיוק, חלק מהדברים כן יקנו לילד פעמיים [בגדים, מחשב וכו', אבל לא טלפון. **בקירוב סביר** לא ישנה לגמרי את התמונה].
2. **זה לא ליניארי**. אם הילד שוהה 50-50, זה לא בהכרח מחולק כך מבחינת ההוצאות. זה יהיה גס ולא מדויק לטעון שזה 50-50. **נכנס סיפור מגדרי**. **השופטת ברק-ארז** בפסה"ד תאמר שמי שהיה רגיל לדאוג לילד קודם ימשיך לעשות את זה גם עכשיו. נניח שהאישה הייתה קונה לילד בעבר בגד, אז כנראה שהיא תמשיך לקנות גם היום. אם נקזז אז הרי שניצור חוסר צדק. צריך למצוא נוסחה טובה לעניין הזה.

**(3)מדור**- נניח שחיים בשכירות. בעולם הישן כשהאבא היה לוקח את הילד לשני ימים בלי לינה, האמא הייתה אומרת שהוצאות המדור של הילד [**שכר דירה וארנונה**] הם רק על האישה. לכן לפי נוסחאות הפסיקה, אם האמא גרה **בדירה עם ילד 1** הרי ש-70% בכל מקרה היא הייתה צריכה בשביל עצמה, **30% עבור הילד**. אם היו 2 ילדים- 40% מההוצאות הילד. אם היו 3 ומעלה- 50%.

**בעולם של משמורת בלעדית**- כשאני סופר מה ההוצאות של הילד זה **מדור אחד**.

**בעולם של משמורת משותפת**- מדובר על **2 דירות** וצריך להגדיל את שתיהן עבור הילדים. האבא צריך עוד 2 חדרי שינה לפחות עבור 3 ילדים. זה מכפיל את דמי השכירות. גם האבא צריך את זה.

**יש מצוקה אמיתית**- כשמדברים על אוכל אז כאשר הילד אוכל אצל האבא הוא לא אוכל אצל האמא. היא לא תוציא כפול. אבל לגבי דירה- כשהילדים לא אצל האמא, היא לא משכירה את החדרים שלהם בשכירות משנה [RBNB] בחצי מהזמן הזה. כנ"ל האבא. ממשיכים להוציא כרגיל על שכירות גם כשהילדים לא בבית.

נניח שבני הזוג מרוויחים אותו דבר והאמא מבקשת שהאבא יתחלק איתה בשכירות ב-50%. האבא טוען שהוא גם שכר דירה. אז מה עושים? שניהם צודקים. **אי אפשר להניח שכאשר אחד מוציא, השני לא מוציא** (בניגוד ליתר הדברים שדיברנו עד כה).

**המשמעות הכלכלית העמוקה של הסדרי משמורת בהם נדרש מדור כפול**: בניגוד למה שמבקשים בפסקי הדין לגבי מזונות, **לא אפשרי שהילד לא ירד ברמת חייו**. באותה משכורת מבקשים מההורים לשכור 2 בתים 🡨 ברור שרמת החיים תרד. אם מדובר בעשירון נמוך, המשמעות במשמורת משותפת שהאבא לא יתחלק איתה במדור, אז זה אומר שירד האוכל / הפסיכולוג / צורך אחר. זה טרגי בסוגיית המדור וזה כמעט לא פתיר.

מצד אחד, רואים במשמורת משותפת הסדר ראוי. מצד שני, רוצים שרמת החיים תישמר שווה בשני הבתים. מצד שלישי, רוצים שהצרכים הבסיסיים של הילדים יתקיימו ולא יפגעו. זה לא אפשרי. לא מצליחים להעמיד את 3 הרגליים האלה. **משמורת משותפת בלי פגיעה ברמת חיים בסיסית יכולה להיות רק משפחות מעשירון 7 ומעלה**. במיוחד שהוצאות מדור מאוד יקרות בארץ.

**עניין המדור בהגדרה מחייב הגדלה של סך ההוצאות**. לא ניתן לחיות בסיסמה שניתן לשמור על רמת החיים [למעט עשירים, זה לא יעבוד]. **צריך לקבל הכרעה ערכית**- **אפשרות אחת**, עיקרון העל שלי שאם לשני ההורים יש קשר טוב איתו אז הוא צריך קשר שווה איתם. עיקרון על שני- צריך שיהיו בתים שווים. מוכן לשלם כל מחיר בשביל זה. **אפשרות שנייה**, יהיה מינימום מסוים לילד אחרת נוותר על משמורת משותפת. **אפשרות שלישית**, לא מוכן לוותר על מינימום קיום ונראה הגיוני שתהיה משמורת משותפת, לפעמים צריך לוותר על תנאי חיים שווים בשני הבתים [למעט עשירים]. **ליפשיץ** מכוון לכיוון הגישה השלישית.

**הלכת 919**- מגיעים 2 מקרים לביהמ"ש של ילדים מגיל 6 עד גיל 15. בשניהם בגס משכורות ההורים דומות וימי שהות דומים. האבות טוענים מה ההיגיון שאשלם לבד על הצרכים ההכרחיים אם מרוויחים דומה ובנוסף כשהוא אצלי חצי מהזמן ואני אשלם. לפי חלוקת נטל ונוסחת קיזוז לינארית בעצם התוצאה שלא יהיו בכלל מזונות.

חלוקת נטל- אם נאמר שבמשכורות שוות כל אחד משלם חצי. מימוש נטל- נאמר קיזוז לינארי. **התוצאה שבזמני שהות שווים והכנסות שוות הרי שהמזונות יהיו אפס**.

**השופט פוגלמן** כותב את פסק הדין. הוא למעשה **עוסק רק בשאלה הראשונה של חלוקת הנטל**. הוא לא יודע שקיימת שאלה שנייה. מעניינת אותו שאלת חלוקת הנטל. קורה דבר מעניין.

אמרנו בתחילת השיעור שבגילאים 0-6 דין תורה צרכים הכרחיים על הבעל, מעבר לפי דין צדקה. אח"כ יש תקנת הרבנות הראשית שאומרת שמרחיבים את הגילאים 0-15 וזה יהיה באותו אופן. אבל **יש 2 עמדות הלכתיות** בנושא.

**מה קרה באמת מבחינה היסטורית? בזמן המנדט באה הרבנות הראשית ותיקנה להגדיל את מזונות הילדים עד גיל 15**. לפני כן עד גיל 15 זה היה מדין צדקה. הבריטים שמעו את המילה "צדקה" ולא הבינו שזה בעצם חיוב משפטי. יש מחלוקת פנימית בין בתי הדין הרבניים מה הייתה משמעות תקנת הרבנות הראשית. **לפי פרשנות 1**, מה שהיה נכון על 0-6 נכון גם מ-6 עד 15, כלומר המשיכו את ההיגיון שהאב חב על הצרכים ההכרחיים. **לפי פרשנות 2**- מגיל 6-15 הכל מהשקל הראשון (כולל צרכים הכרחיים) מדין צדקה ואז החיוב שוויוני.

עד פס"ד 919 היו עמדות פרשניות שהלכו לפי הפרשנות השנייה (דין צדקה) אבל **העמדה הכמעט חד משמעית של בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים ש0-15 בדיוק כמו 0-6**.

לפני פסה"ד באה **מועצת הרבנות הראשית** שתיקנה תקנה והחייתה את הפרשנות שאומרת שהמשמעות של התקנה המקורית היא לא שהאבא צריך לשלם את הבסיס, אלא **מהשקל הראשון צריך לשלם לפי מצב כלכלי**.

**השופט פוגלמן** – התמודדות השופט האזרחי עם הדין הדתי- התמודדות שנייה- **בחירה בפרשנות מהותית של הדין הדתי שמתאימה לעקרונות המשפט האזרחי**. הוא שם את זה על השולחן. יש 2 פרשנויות לתקנת הרבנות הראשית- אחת שתנציח את אי השוויון כי גם מ-6 עד 15 עדיין האבא הוא האחראי המרכזי [זו הפרשנות המקובלת]. אבל פרשנות שנייה אומרת שמגיל 6 עד 15 מהשקל הראשון האחריות היא שוויונית.

בתי המשפט באופן סמוי הולכים על כללי הכרעה שמתאימים לשיקולים אזרחיים. אבל **פוגלמן ישר לגמרי**. הוא אומר יש לי 2 פרשנויות שמתאימות לדין הדתי ומכריע לפי עקרונות אזרחיים (הם שוברי השוויון בהחלטה). **מה יותר שוויוני**? מהשקל הראשון. **לפי עקרון טובת הילד**- ברגע שהאבא צריך לשלם חלק מרכזי זה אומר שיש לו פחות, ואז הילד חי בבית עני ובית עשיר. בחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) אמרו שאם אין דין אישי אז מחלקים לפי יכולת כלכלית, אז **רוצים שתהיה אחידות לגבי הכלל האזרחי**.

לכן פוגלמן מחליט שמהיום **מגיל 6 עד 15** מתקבלת הפרשנות שהחובה היא **דין צדקה**. היא לא קשורה במגדר אלא ביכולת כלכלית. הוא לא מרחיק לכת לכיוון 0-6.

הוא לא מדבר על השאלה השנייה של מימוש הנטל. הוא לא חשב עליה. **לא מדבר על שאלת מימוש הנטל** (הקיזוז).

**השופטת דפנה ברק-ארז**- מסכימה עם פוגלמן הסכמה חלקית. היא אומרת שהוא עושה שוויון פורמלי ולא מהותי. מה מעצבן אותה? כשקוראים טוב את פסק הדין שלה היא כמעט ולא מדברת על השאלה הראשונה [חלוקת הנטל] שבה עסק פוגלמן. **בפסקה 40 היא מדברת על חלוקת הנטל שצריך לעשות לפי יכולת כלכלית [מסכימה איתו]**, אבל היא **בעיקר מתנגדת ומתעצבנת לגבי מימוש הנטל**.

היא **מייחסת לפוגלמן שבשאלה השנייה הוא קיבל את עמדת הקיזוז הליניארי** בלי הבחנה בין סוגים שונים של הוצאות. מפחיד אותה שעל אוטומט נעשה 0 בזמני משמורת שווים והכנסה שווה. היא מוכנה לעשות את הקיזוז הליניארי רק בהוצאות תלויות שהות [איפה שהילד נמצא, שם הוא אוכל]. מנגד, בהוצאות לא תלויות שהות אם נעשה את זה לפי אחוזים- זה יהיה שרירותי. היא קובעת שיש לעשות "**הורה מרכז", "גזבר**". צריך לקבוע **הורה שממונה ע"י בית משפט לשלם את ההוצאות הלא-תלויות של הילד ואז ההורה השני צריך להחזיר לו את החלק היחסי**. איך נקבע את ההורה המרכז? כשמסתדרים- אפשר לעשות חשבון משותף; במשפחה שלא מסתדרים, אפשר לבדוק **מי היה הגזבר קודם**, והיא רומזת שזו האישה. אם האמא לקחה עד כה אחריות על הילד, היא תהיה ההורה המרכז. היא תמשיך לדאוג לו. **לא נקזז אוטומטית לפי זמני השהות, אלא נקבע הסדר תשלומים** לפי יחס הכנסות. קובעים הורה מרכז/גזבר.

* בפסה"ד נקבע שבין 6 עד 15 לא מבחינים כבר בין צרכים הכרחיים לאקסטרות.
* **עושים דין צדקה וחלוקה לפי יכולת כלכלית**.

**איך מחשבים את ההוצאות?** דיברנו על איך לחלק את ההוצאות ואיך לממש. לגבי חישוב ההוצאות זה כמו קופסה שחורה. פסה"ד לא עסק בזה. ביהמ"ש קובע מה ההוצאות ההגיוניות למשפחה מסוימת. ההנחה היא שיודעים מהם ההוצאות.

לגבי **מדור**, דפנה ברק-ארז אומרת שאם מדובר **במשמורת משותפת** אז באמת צריך לספור **מדור כפול**. נחשיב שכל אחד נשא במדור של עצמו. אבל **החישוב המדויק** הוא- חישוב המדור בשני הבתים, לחלק אותם לפי יחס ההכנסות ואז לקזז מכל אחד את המדור של עצמו.

**הטעות הטרגית** של השופטת ברק-ארז: במקרה הספציפי של פסה"ד היו להם הכנסות שוות ולכן סופרים לכל אחד את המדור של עצמו וההעברה בגין מדור היא אפס.

אבל אם האבא מרוויח כפול מהאמא ויש משמורת משותפת. נניח 1500 הוצאות מדור לאבא ולאמא. יחד 3000. כמה הגבר יצטרך לתת לאישה? החלוקה ביניהם 1:2. כלומר הגבר נושא ב2000 והאישה 1000. בהנחה שכל אחד שילם 1500 ישירות, הרי שהגבר צריך לתת לאישה 500.

בגלל שלברק-ארז היה בראש את המקרה הספציפי של הכנסות שוות, היא **אמרה שבמשמורת משותפת לא תהיה העברה בגין מדור**. היא אמרה את **שיטת החתול**. דווקא ברק-ארז שהיא הכי פמיניסטית **לא שמה לב שהיא צריכה לסייג את זה רק להכנסות שוות**. כל פסה"ד שלה היה למען נשים וההוצאות הבלתי-תלויות, והיא עשתה להם אסון בעניין מדור וגם בהוצאות תלויות שהות. היא **לא שמה לב שצריך לחשב קודם את יחס ההכנסות**. היא אמרה שבמשמורת משותפת לא תהיה העברה על הכנסות תלויות שהות ולא על מדור. חלק מהשופטים הלכו עם פסה"ד שלה וטעו.

היא אומרת **שאם יש משמורת משותפת צריך מדור שווה, אבל התוצאה תהיה שילדים לא יהיה מה לאכול**. **לכן ביהמ"ש לא יכול לפסוק משמורת משותפת במשפחות שאין להן מספיק משאבים** כי התוצאה תהיה שמשמורת משותפת תביא שילדים יאכלו פחות ולזה היא לא מוכנה. **מבחינתה העיקרון של רמת חיים של הילדים לא יכול לרדת**. לכן היא גם אומרת שמה שקורה היום לא בסדר- קודם קובעים משמורת ואז קובעים מזונות ילדים. הקביעה לגבי משמורת ומזונות ילדים צריכה להיות ביחד. צריך לקבוע משמורת, לחשב את מזונות הילדים **ואם אין מספיק אז לשנות את הסדר המשמורת**. אבל זה לא מסתדר עם העובדה שמשמורת יכול להיות בביה"ד באמצעות כריכה לתביעת גירושין; אבל מזונות ילדים לפי פסיקת ביהמ"ש העליון יכול להיות רק בביהמ"ש אלא אם כן זה בהסכמה.

אם צריך לפסוק משמורת ומזונות יחד, איך פסקתם שמשמורת ניתן לכרוך ומזונות ילדים לא ניתן לכרוך? [**ביקורת** של ליפשיץ שהם לא מבינים מה הם עושים. יד ימין לא יודעת מה יד שמאל עושה].

המשפט הזה של ברק-ארז מקפיץ את הגברים. הפסיכולוג קובע שטובת הילד לראות את האבא בדיוק כמו האמא. אבל בגלל שהם לא בעשירונים העליונים אז **ישנו את הסדר השהות הטוב בשביל הילד**.

ברק-ארז לא באמת חולקת על פוגלמן, אלא על משהו שהיא מייחסת לו. פוגלמן בכלל לא חשב על השאלה השנייה. פוגלמן אומר לה "אל תייחסי לי מה שלא אמרתי". אם זה מאוד חשוב לך אני מוכן לקבל את מה שאת אומרת לגבי שיטת המימוש, אבל עם כוכבית. ברק-ארז אומרת שהתלוי שהות יהיה באחוזים, לא-תלוי שהות יהיה לפי הורה מרכז, מדור כפול רק אם יש מספיק. **פוגלמן אומר שהוא ילך איתה אם זה יהיה בשיקול דעת של ביהמ"ש**. הוא **לא מדבר על המדור**, לא מבין שזו בעיה ייחודית.

**יתר השופטים**-

* בשאלה הראשונה של חלוקת ההכנסות: ברק-ארז מסכימה עם פוגלמן.
* בשאלה של מימוש הנטל, של דרך הקיזוז- פוגלמן מסכים איתה בכפוף לכוכבית.
* **ההכרעה**= **מסכימים שחלוקת הנטל תהיה מעכשיו מ-6 עד 15 שוויונית, נוסחת הקיזוז תפריד בין תלוי שהות, לא-תלוי שהות ומדור, בכפוף לשיקול דעת לביהמ"ש.**

לכאורה יש אחלה פסק דין. אבל יש בלאגן רציני- השופטים לא הבינו עד הסוף מה שהם עושים. חלק מהשופטים אומרים שזה פסה"ד במקרה של משמורת משותפת וחלק מהשופטים אומרים שזה הכלל תמיד בגילאים 6-15.

מה צודק? האם זה נכון תמיד? תלוי על מה. לפי הלוגיקה שלנו **חלוקת הנטל לא קשורה במשמורת**. אין הגיון להגיד שהגבר צריך לשלם את כל הצרכים ההכרחיים בשני הבתים בשל הסדר המשמורת ולהמשיך את הדין הדתי. ההסבר של פוגלמן רלוונטי גם כאן. מה ההבדל בין הסדר של 9-5 להסדר של 7-7? רמת הקיזוז. **אין היגיון לקבוע שחלוקת הנטל לא תהיה שוויונית, אלא אם זה שוויון מלא**. אין באמת הבדל.

בנוסף, אם קובעים שכל פסה"ד הוא רק במשמורת משותפת- **תהיה מלחמת עולם על המשמורת**. נניח יאמרו שפסה"ד נכון רק במשמורת 7-7 או 6-8, וכל שאר ההסדרים יהיו לפי השיטה הישנה [נניח הסדר 5-9]. יילחמו מאוד על יום אחד בשבוע כדי להשיג את ההסדר השוויוני, ולא להישאר עם ההסדר שהאב משלם הכל. זה לא מתמרץ צדק. יהיה הבדל דרמטי.

**פרשנות בעייתית במחקר**:

**מרכז רקמן** עשה כנס על פסה"ד והוציא נייר עמדה שאמר שכל פסה"ד הוא רק במשמורת משותפת ומשכורת שווה. כל מקרה אחר חזר הדין הדתי. זה לא הגיוני.

**יואב מאז"ה**- איש אקדמיה, עו"ד. הוא ראה את הטעות של השופטת ברק-ארז ו"התאהב" בה. ברגע שיש משמורת משותפת יש "שיטת חתול"- לא תהיה העברה בין הצדדים לגבי הוצאות תלויות שהות ולגבי מדור [אלא רק על הוצאות לא-תלויות שהות]. להבנתו היא בעד האוטונומיה של הפרט, לכן במשמורת משותפת כל אחד אמור לדאוג לילדים אצלו. הוא "עצם עיניים" שאת המשפט הזה היא אמרה רק בנסיבות של משכורת שווה.

נוצר סלט שלם בהבנה של כולם.

**ליפשיץ**- הוא ואשתו קראו את פסק הדין וכתבו עליו מאמר כדי לנסות להסביר מה כתוב שם. היה כנס של מרכז רקמן ועלו שם פרשנויות שונות של מה פסה"ד אומר, מה ההלכה, מה כל שופט אומר. כשהם כתבו את המאמר הם מצאו שפסה"ד של ביהמ"ש העליון פורש ויושם ב-6 דרכים שונות. זה רק מראה שלא עשו את העבודה. זה פס"ד של 7 שופטים.

**הפרשנות הראויה לפסה"ד- מודל ליפשיץ וליפשיץ**

* **לדעתם פסה"ד, למעט ההסדר העוסק במדור, רלוונטי לכל סוגי המשמורת**.

חלוקת הנטל נכונה ללא קשר להסדרי משמורת. גם רעיון הקיזוז נכון תמיד- אם הילד נמצא אצלך יומיים הרי שנקזז יומיים. נוסחה של הוצאות תלויות שהות. הנוסחה מגלמת את הימים. לגבי הוצאות לא-תלויות שהות זה לא משנה מה המשמורת. הדבר היחיד שתלוי במשמורת הוא המדור- במדור אין פתרון טוב. אם זו משמורת מצומצמת אצל הורה אחד זה מדור אחד, משמורת משותפת אמיתית לכאורה 2 מדורים ואם יש משהו באמצע אלה מקרים מבלבלים שצריך לחשוב מה לעשות בהם.

* **הוצאות הילדים מחושבות בשני הבתים והנטל מתחלק בין ההורים לכל סוגי ההוצאות: תלויות שהות, שאינן תלויות שהות והמדור על פי יחסי הכנסות פנויות**. -הוצאות הילדים תמיד מתחלקות באופן יחסי להכנסות.

הקונספט: תפרידו בין שאלת חלוקת הנטל לשאלת ההוצאות. **לשני ההורים יש אחריות כוללת על ההוצאות לא משנה איפה הן**. לא משנה איך נקרא להוצאה- תמיד בשלב הראשון זה יהיה בהתאם ליחס הכנסות.

**הערה**: כתבו "פנויות" אבל לא ניכנס לזה. הולכים על הנטו של יחס ההכנסות [נוריד את ההוצאות שכל הורה מוציא על עצמו- דירה, אוכל]. \*במבחן נניח שמדובר ביחס הכנסות פנויות.

יחס הכנסות פנויות= נניח האבא מרוויח 8 נטו והאמא 4 נטו, האם זה יחס של 2:1? או קודם להוריד את מה שכל אחד מוציא על עצמו ואז לעשות את היחס [נניח כל אחד מוציא על עצמו 2000]. יוצא 6000 מול 2000- יחס של 1:3. **זה עוזר למי שמרוויח נמוך**. \*החלק הזה לא למבחן.

* **לגבי ההוצאות תלויות השהות** יש לקזז מהחלק היחסי של כל אחד מבני הזוג את ההוצאות שהוא הוציא בעין הנגזרות באופן לינארי משיעור השהות. -לגבי הוצאות תלויות שהות זה בעצם קיזוז לינארי.
* **לגבי הוצאות שאינן תלויות שהות** לאחר קביעת שיעור התשלום בהתאם ליחסי ההשתכרויות, **יש לקבוע מנגנון תשלום** כגון **הורה מרכז או קופה משותפת**. במקרה של הורה מרכז על ההורה השני להעביר את מלוא חלקו לידי ההורה המרכז.

"שיטת הגזבר"- לקבוע את האחוז לפי יחס הכנסות ואז לקבוע מי משלם מה.

אפשר לעשות הרבה משחק- אפשר לקבוע שאת החוגים ישלם האבא, את הפסיכולוג תשלם האמא. אם יש הפרש בין מה ששילם לעומת מה שצריך לשלם זה יהיה בהעברה כספית.

הכי חשוב- נבדיל בין השאלה מה כל אחד צריך לשלם לבין השאלה מי משלם בפועל.

בעבר קראו להוצאות חריגות "מחציות"= קייטנות בסוף שנה וכדומה. פעם זה פגע בנשים. יחולקו לפי יחס הכנסה פנויה.

* במצבי **משמורת משותפת** יחושב **המדור** בשני הבתים כמדור הילדים ויחולק על פי שיעור ההשתכרות שלהם בקיזוז ההוצאה בפועל. לכן רק במקרים של השתכרות שווה ומשמורת משותפת כל צד יישא בהוצאות המדור שלו.

בני הזוג ליפשיץ **קבעו נוסחה בת 6 שלבים**.

**שלב 1:** **קביעת שיעור הנשיאה בנטל** בהתאם ליחסי ההכנסות הפנויות.

עוסקים בחלוקת הנטל- לבדוק מה המשכורות של ההורים ולקבוע מה האחוז של כל אחד. [מתעוררת שאלה האם הכנסות נטו או הכנסות פנויות, לדעת ליפשיץ פנויות; מה קורה עם פוט' השתכרות אם מישהו לא עובד; מה קורה אם למישהו יש הון- למשל יש דירה והשכיר אותה- האם נבדוק הכנסה בפועל או הכנסה רעיונית. בהצעת החוק ליפשיץ מכניס הכנסה רעיונית. נניח לבני זוג יש דירה ששווה 2 מיליון. פירקו שיתוף. אחד קנה מהשני את הדירה. היום השופטים אומרים שההורה שקנה את הדירה אין לו הוצאות מדור. אבל זה הכל רעיוני. בפועל- אף אחד לא ירצה להישאר בדירה הקיימת ויעדיף לצאת לשכירות. מה שצריך לעשות מבחינה כלכלית הוא להתייחס אם יש לך דירה כהכנסה פוטנציאלית (לא משנה אם משכיר או גר בה). מצד שני, לתת לכל אחד הוצאות מדור פוטנציאליות. במקרים קיצוניים להתחשב גם במימוש הון- נניח ירשה הרבה נכסים ממשפחה עשירה. בן הזוג הייטקיסט. האם זה הגיוני שהוא יפרנס כי הוא מרוויח והיא לא, אבל בפועל היא יכולה למכור נכס ולממן גם? – שאלות מורכבות שלא רלוונטיות למבחן].

**שלב 2:** **קביעת ההוצאות** **וההבחנה בין ההוצאות** תלויות השהות, שאינן תלויות שהות ומדור.

היום: השיטה 1600 לילד אחד. (משתמשים בנוסחה גסה).

הוצאות תלויות שהות= מזון, דלק, קוסמטיקה, חשמל [כשהילד נמצא הוא משתמש יותר בחשמל]. ארנונה זה לא תלוי שהות אלא מדור, כי זה לא משתנה בהתאם לנוכחות הילד. בגלל שזה משפיע על גודל הדירה זה נכנס לרכיב המדור.

**שלב 3:** **קביעת שיעור השהות בבית כל אחד מההורים**.

מה קורה במקרים שהסדר המשמורת אמרו חצי חצי, אבל בפועל האבא לא באמת בא לקחת את הילד בחלק מהימים? נכניס לנוסחה לא את הסדר המשמורת אלא האם ביהמ"ש משתכנע בפועל שאחד ההורים לא מממש את ההסדר בפועל, נשנה את הנוסחה לפי המספרים האמיתיים. לדוגמה: לא נחשב 7-7, אלא לפי 5-9.

**שלב 4:** **חישוב רכיב המזונות הנגזר מההוצאות תלויות השהות**.

**הסדר כספי**. **לדוגמה**: מקרה שהאבא מרוויח 10,000 והאמא 5,000. **שלב 1: יחס הכנסות**. מרוויחים יחד 15,000 האבא מרוויח פי 2 יותר מהאישה. **יחס של 2 ל-1** (2:1). שיעור ההשתכרות של האב 2/3.

**נניח** שההוצאות תלויות השהות בשני הבתים הם 3000. אמרנו שיחס הכנסות הוא 2:1. אם הם היו **בבית יתומים** הרי שהאבא היה צריך לשלם 2000 והאמא 1000. 🡨 אבל אם הם לא בבית יתומים, יש **הסדר שהות שווה** 🡨 זה **ליניארי**. כמה בפועל האבא הוציא על הילדים כשהם היו אצלו? 1500. הוא אמור לשלם עליהם 2000. האמא שילמה 1500 והייתה צריכה לשלם 1000. לכן **צריך להביא לאישה 500 על ההפרש**.

ההוצאה צריכה להתחלק 2000-1000. בפועל כל אחד שילם 1500. לכן האבא צריך לשלם לאמא 500.

**לדוגמה**: אם היה מקרה של משמורת 25-75. מתחילים מיחס הכנסות- 2:1. הילדים היו אצלו רבע מהזמן. הילדים אוכלים בכל החודש 3000. כשהם אצלו הוא משלם 750 (3000 חלקי 4). הוא אמור לשלם 2000, שילם 750, אז הוא צריך להעביר לאמא 1250.

**רק לגבי הוצאות תלויות שהות**= בודקים יחס הכנסות. נבדוק כמה היה משלם אם הם היו בבית יתומים. אח"כ בודקים כמה הם אכלו אצלו. את ההפרש הוא צריך להעביר לאמא.

**לדוגמה**: **ההורים מרוויחים אותו דבר**. כלל ההוצאות 3000. הם רבע מהזמן אצל האבא. כמה האבא צריך לשלם? מתוך ה-3000 הוא אמור לשלם 1500 [חיוב עקרוני]. כשהם רבע מהזמן אצלו, הם אכלו 750 מתוך 3000 אצלו בבית. לכן נשאר לו לשלם 750 לאמא.

\***אם היינו אומרים שהוא צריך לשלם אפס= זה שיטת החתול**. לא צודק.

**שלב 5:** **חישוב רכיב המזונות הנגזר מההוצאות שאינן תלויות שהות וקביעת מנגנון התשלום**.

**נמשיך עם הדוגמה של ה-3000**: אם הגבר מרוויח פי 2 מהאישה הוא צריך לשלם 2000 והאישה 1000. **ביהמ"ש צריך להחליט מי משלם את זה**: (1) ביהמ"ש יכול להגיד לאישה שהיא **ההורה המרכז**, עליה לשלם את כל ההוצאות ואז הגבר יעביר לה 2000. (2) אפשר להחליט הפוך- הגבר הוא האחראי לשלם הכל והאישה תצטרך להעביר לו 1000. (3) ביהמ"ש גם יכול לראות שבפועל כל אחד מבני הזוג מוציאים הוצאות בגובה 1500, אז הוא יאמר שימשיכו כרגיל ושהגבר יעביר לאישה 500 על ההפרש. שורה תחתונה= הגבר ישלם 2000 והאישה תשלם 1000.

**ביהמ"ש צריך לקבוע הסדר מימוש**. זה תלוי מי משלם בפועל לפי ההסדר שנקבע.

-תלוי שהות= לינארי. לא-תלוי שהות= הסדר מימוש.

**שלב 6: חישוב רכיב המדור**.

**פסה"ד לגבי מדור הוא דיכוטומי**. אם זה משמורת משותפת= נספור מדור כפול. אבל **לפי הפרשנות של ליפשיץ, זה לא אומר שכל אחד יישא בהוצאותיו**, **אלא** **לפי יחס הכנסות**. **לדוגמה**- מדור 3000, הם מרוויחים ביחס 2:1. האב צריך לשלם 2000 והאמא 1000. כל אחד שכר לעצמו ב-1500. לכן האבא צריך להעביר לאמא 500.

**אם היה מדור יחיד 🡨 1500 הוצאות מדור**. לפי יחס הכנסות 2:1, הגבר צריך לשלם 1000 והאישה צריכה לשלם [חיוב עקרוני] 500. בפועל האישה שילמה 1500 ולכן הגבר יחזיר לה 1000.

**אם זה משמורת משותפת 🡨 הילדים צריכים 2 חדרים ב-2 הדירות של ההורים**. **הוצאות המדור ב-2 הבתים כפול**. את ה-3000 צריך לחלק לפי יחס הכנסות.

אבל כאן **דפנה ברק-ארז** יצרה **קושי גדול**: **מתי זה משמורת בלעדית ומתי משמורת משותפת?** הרי הבעל יטען שגם אם זה 5 ימים הוא עדיין יצטרך לשכור דירה. גם אם זה 10-4 לכאורה זה לא משנה. מצד שני, במקרה כזה ברק-ארז אומרת שלא יהיה מספיק לילדים ולא ניתן לעשות משמורת משותפת. **תעשה משמורת משותפת רק כשיש מספיק אחרת תחזור למשמורת יחידה**.

**יואב מאז"ה אומר שמשמורת משותפת תעשה תמיד (זה עיקרון על**)- גם אם זה בא על חשבון צרכי הילדים [לא יהיה להם אוכל]. תשלם על המדור הכפול.

**ליפשיץ** הציע: **עדיף מדור חלקי ולא מיטבי**. אם יש מצב של 5-9, במקום לומר שלא נספור בכלל מדור ונגיד לאבא שאין מספיק כסף בשביל מדור כפול [ברק-ארז] או שנאמר תשלם על המדור הכפול תוך פגיעה בצרכים מינימליים [יואב מאז"ה] 🡨 **תן לביהמ"ש שיקול דעת למשפחה שאין לה מספיק לקבוע מדור מלא בבית אחד ומדור חלקי בבית אחר**. למשל, אם יש 3 ילדים, בבית 1 נקבע שכל ילד מקבל חדר ובבית 2 נקבע שהילדים יהיו בחדר אחד (שכירות נמוכה יותר). אמנם זה לא אידיאלי, אבל מול החלופות האחרות שגם לא אידיאליות צריך להתפשר על משהו מסוים.

**לדוגמה**: אם מדור ל-3 ילדים הוא 1500. אצל האבא המדור 1000 [דירה יותר קטנה= מדור חלקי]. נסכום את הוצאות המדור, נחלק לפי יחס הכנסות.

נניח שהאבא מרוויח 12 אלף והאמא 8 אלף. יחס של 3:2. סה"כ הוצאות מדור 2500. נחלק 2/5 ו-3/5. האבא צריך לשלם 1500 והאמא 1000. נאמר לאבא שהוא צריך לשלם 1500. לשוכר שלך אתה משלם 1000 + מעביר לאמא 500.

* **במבחן** יהיה מדור בלעדי או מדור משותף:
* **מדור בלעדי**- **אני מכיר במדור רק אצל ההורה המשמורן**. מחלקים את המדור ביחס ההכנסות וההורה הלא-משמורן מעביר לו את החלק היחסי.
* **מדור משותף**- סופרים את המדור בשני הבתים, את הסכום המשותף מחלקים לפי יחס הכנסות ומקזזים לפי מה שכל אחד משלם בפועל.
* יש מודל מורכב של מדור ביניים, שליפשיץ הציע, זה לא למבחן.
* גם הצעת החוק לא למבחן.
* שאלה על מזונות ילדים: נקבל את ההכנסות של האב והאם. נקבל את ההוצאות של הילדים מחולקות לתלויות שהות, לא תלויות שהות ומדור בבית 1. נקבל את הסדר השהות. לפי זה נצטרך להגיד איך מעבירים כסף. לאו דווקא הבעל לאישה, אלא מי שמרוויח יותר.
* **מה שלמדנו היום זה רק מגילאי 6-15**. **מה קורה ב0-6?** לגבי הרכיב הראשון לכאורה לא השתנה כלום. לגבי חלוקת הנטל האבא צריך לשלם את הבסיס. לגבי שאלת הקיזוז גם חלק מבתי הדין הדתיים יכולים לקבל. אצל ילדים מ-0 עד 6 נשאר כמו קודם. לעומת זאת רכיב התחשבות במשמורת יכול להיות קיים גם ב0 עד 6. בנוסף, אם פעם אמרנו שלנשים כדאי ללכת בסכסוכי משפחה לביהמ"ש, ולגברים לביה"ד- היום זה התהפך לגמרי. היום לא כדאי לנשים לפנות לביהמ"ש האזרחי בעניין מזונות ילדים [הם עובדים לפי הנוסחה שלמדנו]. לעומת זאת, בבתי הדין חלק הולכים עם גישה שוויונית וחלק גדול עם גישה פמיניסטית [לא לדון נשים לעוני. לא משנים את ההלכה]. **עדיף לאישה ללכת לביד"ר לגבי מזונות ילדים**. ביה"ד ערכאה יותר ידידותית. זה צריך להיות בהסכמה. אבל **מה קורה בכריכה?** לפי השיטה של הנדל לביה"ד יש אפשרות לכרוך. הסיבה היחידה לא לכרוך היא פגיעה בטובת הילד- והיום ביה"ד נותן יותר מזונות אז זה לטובת הילד. מנגד, לפי השיטה של דעת הרוב אין יותר כריכה. ניתן לגשת לביד"ר רק בהסכמה והאב יטען שהוא לא הסכים.

**שיעור 25- 21/06/22**

**דיני הורים וילדים**

היום נתחיל נושא חדש. חלק ג'- למדנו חלק ממנו- מזונות ילדים, משמורת, נושא העבודה השנייה. אנחנו נתמקד בחלק של קביעת הורות.

**קביעת הורות**- חלק 2 בתוך פרק ג' של הורים וילדים. [לא נלמד על חלק 1-מבוא, חלק 3- הפקעת הורות ואימוץ ילדים. כן למדנו חלק 4- סכסוכים בין הורים בהקשר ילדים (העבודות)].

**מיהו הורה מבחינה משפטית?** בנושא הזה יש התפתחות משמעותית בשנים האחרונות. בנוסף, יש סוג של מתח בין הסיפור הרשמי ששיטות משפט מנסות לספר לנו לבין האמת. כאשר שואלים "מיהו הורה" הסיפור הרשמי שמנסים לספר לנו ש"הורה" זו לא שאלה משפטית, אלא שאלה ביולוגית. הורה הוא ההורה הביולוגי, למעט חריג אחד שהוא האימוץ.

כשאתה שואל בד"כ שופטים או משפטנים מה ההגדרה של הורה הם יגידו לך שהורה הוא **ההורה הטבעי הביולוגי**. כלומר זה לא המשפט צריך לקבוע, אלא הטבע קובע מי ההורה. **הם יודו שיש לזה חריג אחד מגודר היטב שהוא האימוץ**. במקרה של אימוץ רוב שיטות המשפט יכירו בזה שיש לתהליך האימוץ 2 היבטים: 1)הפקעת ההורות מצד ההורה הביולוגי. 2)יצירת זיקה של הורות ע"י ההורה המאמץ. במובנים מסוימים **זה היוצא מן הכלל שמעיד על הכלל**, כלומר **רוב שיטות המשפט אומרות שצריך עילות מאוד מוגדרות כדי לאפשר צעד דרמטי של הוצאת הילד מהוריו הביולוגיים**. אימוץ מנסה להדחיק את העובדה לגבי הצורך בקביעה משפטית של "מיהו הורה". בניגוד לנישואים שברור שהוא מוסד משפטי, דתי.

**אנחנו נראה שהדבר הזה בכלל לא נכון**. גם המבחן הביולוגי הוא לא חד משמעי לגבי נשים. **לגבי גברים- הביולוגיה נותנת תשובה אחת מיהו האבא הביולוגי**. אבל ל**גבי נשים ועולם של הפריות מלאכותיות, עשוי להיווצר פער בין האמא הגנטית לבין האמא היולדת**. אפילו אם אני ממוקד בשאלה הביולוגית בלבד- אז נשאלת השאלה מה אומרת הביולוגיה לגבי אמא: האם האמא הגנטית היא המשפטית, כמו לגבי גברים? או שהאמא היולדת היא הביולוגית? בתרומת ביצית נניח יאמרו שהאמא היולדת היא האמא.

אפילו רק בסיפור ביולוגי, בעולם עם טכנולוגיות מלאכותיות של הולדה, השאלה מה אומר המבחן הביולוגי מנביעה תשובה רק לגבי גברים, ולא לגבי נשים.

**לצד המבחן הביולוגי יש הגדרות מתחרות להורות**. חלקן הגדרות רשמיות וחלקן סמויות. לגבי אבות נגלה שיש מבחן שאומר- האבא הוא הבעל של האמא- באסלאם ראינו בתחילת השנה. יש גם חזקות ראייתיות שעושות זאת ביהדות ואפילו במשפט הישראלי.

הגדרה מתחרה להגדרה הביולוגית היא **ההגדרה המשפחתית**- לפחות לגבי אבות, הגדרת הורה נובעת מהסטטוס המשפחתי שלך כבעל.

נראה **הגדרה הסכמית**- האם הורה הוא מי שבני הזוג הסכימו עליו כהורה, לחילופין מי שבני הזוג החליטו שהוא לא הורה – הוא לא הורה. האם יכולה להיות הגדרה הסכמית? חוזה הוא ביטוי חזק של **גישה אינדיווידואלית** **ופרטית** בעולם ליברלי. האם החוזה יפרוץ גם את עולם הורים וילדים או שיש גבול לגביו?

**הגדרה פונקציונאלית** [דומה לדיני ידועים בציבור]. "אם משהו מדבר כמו תרנגול והולך כמו תרנגול- אז הוא תרנגול". לענייננו, מי שמתנהג כהורה הרי שהוא הורה. גם אם לא היה אימוץ, הוא גידל בפועל את הילד.

-נבחין בין הורות טבעית [ללא טכניקות מלאכותיות] לבין הורות מטכניקות מלאכותיות. אח"כ נראה מקרה מבחן של בני זוג מאותו מין.

**יש להבחין בין 2 שאלות שונות שלפעמים מתבלבלים בהם**:

1. שאלת קביעת "מי ההורה".
2. שאלת הרגולציה של ההולדה.

**לדוגמה**: תרומת זרע. דיון אחד שיכול להיות הוא האם המדינה מאפשרת תרומת זרע? בכלל לא/ לאב אנונימי/ גם לאב לא אנונימי/ מאפשרת אך דורשת לדעת מי האב כדי שהילד ידע בסוף מי האב/ דורשת בתנאי שיהיה אנונימי. הרבה אפשרויות. **הדיון הוא ברגולציה "מלכתחילה"**. עכשיו המדינה קובעת את הרגולציה של התהליך של תרומת הזרע.

לא משנה מה יהיה החוק במדינה 🡨 נניח, תרומת זרע היא רק באמצעות בנק זרע מפוקח. 🡨 אפשר לומר שניתן לעשות תרומת זרע ב"שחור". או באופן עצמאי. 🡨 גם אם הילד נולד שלא לפי הרגולציה, הוא נולד. עכשיו צריך לקבוע בפועל מי ההורים שלו.

נבחין בין הרגולציה מראש לבין השאלה "יש עכשיו ילד בעולם, מי המשפט מגדיר כהורים שלו"?

יש מדינות בעולם שלא מרשות לעשות פונדקאות ואומרות שזה פלילי. אך גם אם במדינות האלה עשו פונדקאות, צריך להגדיר מי הילד הזה.

**בקורס שלנו נעסוק רק בשאלה קביעת ההורות, ופחות נעסוק בשאלת הרגולציה של ההולדה**.

**דוגמאות של מקרים**:

1. **סיטואציה 1: מקרה של ילד שנולד לאישה רווקה מחוץ לנישואים, באמצעות יחסי מין טבעיים**. השאלה היא מי נחשב האבא שלו? זה יתעורר בד"כ במקרים שהילד, באמצעות האמא, ירצה לתבוע מזונות מהאבא. יש גם מקרים הפוכים שהיא רוצה לסלק את הגבר והוא רוצה להיות מוכר כאב. רוב המקרים- האב המועמד לא רוצה להיות אבא, והאמא רוצה שהוא יוכר כאב למען המזונות.

* **מבחינת המבחן הביולוגי**- האבא הגנטי, מי שקיים את יחסי המין. זה לא משנה אם הם נשואים.
* **באסלאם** (עד היום)- הכלל הוא **שלילד כזה אין אבא**, משום **שהגדרת בעל באסלאם הוא "בעל של אמא"**.
* זה היה המצב **בנצרות ובארצות העולם המערבי** בשנים רבות בהיסטוריה. "ילד לא לגיטימי" לא היה נחשב כילד. רק במאה ה-20 המדינות המערביות אימצו את המבחן הביולוגי בנושא הזה.
* **ביהדות** הוא תמיד היה אבא. גם לממזר יש אבא. אולי אין לו כבוד גדול, לא מיוחס. אך מבחינה הלכתית הוא הבן של האבא שלו לכל דבר.

**מה קורה במשפט הישראלי?** זה המקרה הפרדיגמטי שעליו התלבש המשפט הישראלי כדי להגיד בצורה הכי חזקה שאנחנו במבחן ביולוגי ולא במבחן הסכמי או משפחתי. המקרה הזה הכתיב את הטונים. במקרה הזה היה חשוב מאוד לחדד **שההגדרה שלנו להורה היא ההגדרה הביולוגית**. ביהמ"ש אמר דברים מאוד קיצוניים לגבי המבחנים האחרים, כך שבמקרים הבאים הוא נאלץ לשקר או להתכווץ (רצו מבחנים אחרים במקרים אחרים).

המקרה הכי בולט-**פס"ד פלונית הקטינה המוסלמית**. בנושא אבהות יש הבדל בין **מוסלמים** לבין אחרים בדין המהותי וגם האם זה נחשב מעמד אישי או לא. **אצל המוסלמים זה נחשב מעמד אישי ולכן זה דין דתי**. בדתות אחרות זה לא חלק מהמעמד האישי וזה מראש עניין אזרחי. בפרשת פלונית למרות שהיה מדובר במוסלמית ולכן זו סמכות ייחודית לבי"ד שערי ואמור לקבוע המשפט המוסלמי, **השופט חשין** בצורה תקיפה אמר **שיש פה משפט טבע שהוא יותר חזק מאשר הכללים הפורמליים**- הוא שינה סמכות וגם קבע מכוח משפט הטבע וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הגדרה של אבהות ונתן את הביטויים הכי חזקים לזה שההגדרה של אבהות היא עניין ביולוגי. **העדיף את המבחן הביולוגי על פני המבחן המשפחתי, אפילו בדתות שאומרות שיש ללכת לפי המבחן המשפחתי**.

סיטואציה נוספת לחיזוק המבחן הביולוגי: **מקרים של אבות מתנכרים**. יש סיטואציות בהן האבא המועמד אומר שהוא לא אבא. צריך לבדוק את זה ולעשות **בדיקת רקמות**. הלכו אגרסיבי- אם אתה לא נבדק, אני מניח שאתה האבא. **יצרו חזקה ראייתית שפועלת נגד הסרבן לבדיקה**. בחוק חשוב **חוק מידע גנטי**- כשאין חשש ממזרות, יש צעד אגרסיבי (למרות הפרטיות) שאפשר לכפות על אדם לעבור בדיקת רקמות לא פולשנית (של רוק וכו'). חשוב למשפט שאדם ידע מי האבא שלו.

כשנולדים לאישה רווקה 🡨 אין חשש ממזרות. המשפט הישראלי אגרסיבי בגישה הביולוגית שלו. גם נגד מוסלמים וגם נגד אבות מתנכרים [מתכחשים]. עצם ההתכחשות תוכיח שאתם האבות ולפעמים אפילו מכריח לעשות בדיקה.

**מה קורה במקרה של הסכמים?** סיטואציה שבה אישה קיימה יחסי מין עם גבר, מספרת לו שהיא בהיריון. הוא מאוים מהסיטואציה. היא אומרת לגבר שהיא לא צריכה את הכסף שלו. **הם עושים הסכם, שבמסגרתו הם קובעים שהיא רק האמא והוא לא האבא**. היא מוותרת בשם הילד על האפשרות לתבוע מזונות, והיא גם לא מחויבת לגבר כהורה של הילד [נניח לא תצטרך לבקש אישור לטוס לחו"ל]. **שום שיטת משפט לא מכירה בהסכם כזה** (למעט מקום אחד, קוויבק).

ניתן לומר שזה סיפור של לחץ וכפייה. אבל אז היינו אומרים שצריך רגישות יתר לכפייה ועושק. צריך כלים כמו ייצוג וכו'. אך רוב השיטות לא עושות את זה. לא ניתן לעשות הסכם. הטענה- האמא לא יכולה לוותר בשם הילד על האבא. הילד מפסיד פעמיים- אין לו אבא, אין לו תמיכה כלכלית מאבו. הסכם כזה פוגע בילד בהיבט רגשי, זהותי, כלכלי ולא נשתף עם זה פעולה.

* **לסיכום, סיטואציה 1**: המבחן הישראלי רומם בצורה הכי אגרסיבית את המבחן הביולוגי. הוא אומר שזה יגבר גם על הסכמה, גם על הגדרה משפחתית אפילו אם היא חלק מדת. נלך רק לפי המבחן הביולוגי.

\*בסיטואציה המוכרת של "הורה בעל כורחו", "גניבת זרע"- המבחן ההסכמי הכוונתי לא מקובל. הגישה המקובלת היא שהוא ההורה, לא יוכל לטעון שהוא לא ההורה של הילד. יש שאלות האם הוא יכול לתבוע את האמא. בגדול הוא לא יכול כי זה יפגע בילד, למעט מקרים שהאמא אמידה מספיק. אתוס ליברלי. -יוכלו לטעון שהייתה רצוניות בקיום יחסי המין. לכן גם אם לא רצית את הילד עצמו, יש לך אחריות. **לקחת את הסיכון** לצורך העניין. **גם מי שמכירים בעילות משפטיות של גניבת זרע עושים את זה בין בני הזוג, אבל מבחינת הילד ההגדרה היא ביולוגית לגמרי**.

**הרטוריקה המשפטית- זה הטבע**. ננסה לראות בהמשך, שזה גם קונספט חברתי וטובת הילד. בכל סיטואציה יש אלמנטים נורמטיביים ערכיים. אם הם מתהפכים- אנחנו נחנקים.

1. **סיטואציה 2: ילד שנולד לאישה נשואה מחוץ לנישואים**.

**מתעוררת בעיה של ממזרות לילד**.

אם הדם קובע, זה לא משנה אם היא נשואה. יש אבא ואמא ביולוגיים. לפי המבחן הביולוגי- האבא הביולוגי אמור להיות ההורה.

**מבחינה פורמלית המשפט הישראלי לא משנה את דעתו**- נשאר עם המבחן הביולוגי. **אבל יש מהלך- מחד לא מרשה לבדוק** [בעבר היו דוקטרינות פסיקתיות והיום זה חוק]. כדי לעשות את הבדיקה צריך לעשות פעולה חודרנית בילד. זה אמור להיות לטובת הילד. אם יתברר שהבעל הוא לא האבא, אז הילד הוא ממזר. לכן **חוק מידע גנטי** שהיה סופר אגרסיבי ואף איפשר לכפות על אדם לעשות בדיקה גנטית, מחריג את זה כאשר מדובר על חשש ממזרות. הוא לא רק לא מאפשר לכפות, אלא **לא מאפשר לעשות בדיקה, אפילו בהסכמת ההורים המיועדים**. **חייבים לפנות לבי"ד כדי לבדוק אם יש חשש ממזרות**. כשמדובר באישה נשואה ביה"ד לא מאפשר לעשות בדיקת רקמות, כי הוא עשוי לומר שהילד ממזר.

**מאידך**, מהלך נוסף- **חזקת "רוב בעילות אחר הבעל"** בהלכה. עולם שלא היו בדיקות גנטיות. הילד תובע את האבא שלו ומבקש מזונות. הגבר אומר "אני לא האבא שלך". לכאורה, המוציא מחברו עליו הראייה. ההלכה הביאה כלל- כאשר אני לא יודע אחרת, **מי האדם הטיפוסי שמקיים יחסי אישות עם אישה נשואה? הבעל שלה**. לכן זו החזקה. ההנחה היא שאם אישה בהיריון היא בהיריון מהבעל שלה.

**מחד**, המשפט הישראלי לא מוכן לתת בדיקת רקמות. הבעל אומר אני לא האבא. **מאידך**, "רוב בעילות אחר הבעל". **התוצאה המשולבת- הבעל הופך להיות האבא**. דה-פקטו המשפט הישראלי קבע שבמקרה של אישה נשואה לא הולכים לפי המבחן הביולוגי, אלא לפי **המבחן המשפחתי**- **מי שבפועל ייחשב כאבא הוא הבעל של האמא**. אך המשפט הישראלי לא אמיץ ולא אומר שהוא משנה את ההגדרה מיהו הורה.

בשביל בדיקה רפואית צריך לעשות בדיקה בילד 🡨 צריך להוכיח שהבדיקה הזו לטובת הילד 🡨 ואם יש חשש לממזרות זה לא לטובתו.

כדי לטעון שהגבר הוא ההורה צריך כלל ראייתי 🡨 נקבע כלל מהותי חדש: בן של אישה נשואה תמיד ייוחס לבעלה.

2 שאלות קטנות:

1. לכאורה, המבנה המשפטי ששולל את ההכרה באבא הביולוגי כאבא הוא לא מבנה מהותי, אלא מבנה שקשור לבדיקה גנטית. **מה אם אני יכול להביא הוכחות אחרות?** למשל, מקרה שהבעל לא היה בארץ. נוכיח שבזמן ההיריון הוא לא היה בארץ. לא צריך בדיקה פולשנית בילד והחוק לא רלוונטי. אם אני אוכיח שהבעל הוא לא האבא אני בבעיה. **אין הכרעה של העליון בנושא**. **אבל יש לפחות 2 פסקי דין של משפחה** שבדרך של נפנופי ידיים אמרו שהם לא מוכנים לקבל בדיקות גנטיות וגם **לא יסכימו לקבל הוכחות אחרות שמשמעותן ממזור של הילד** [מלשון ממזרות]. יחסמו כל דרך אפשרית.
2. המשפט הישראלי מאוד דיכוטומי בנושא ממזרות. אם נקבל **במבחן** סיפור של אישה נשואה שילדה אחרי 6 חודשים מהנישואים. אז אין ממזרות. **ממזר= מי שנולד כתוצאה מיחסי מין שאישה נשואה קיימה**. מי שנכנסה להיריון בעודה בנישואים. אם האישה הנשואה ילדה אחרי 6 חודשים מהנישואים, אז הכניסה להיריון הייתה כשהיא עוד הייתה רווקה. אז המשפט הישראלי יאמר שניתן לעשות בדיקה. **לחילופין**, מקרה של אבא לא יהודי או אבא מועמד לא-יהודי, גם שם ירשו לעשות בדיקה למרות שניתן לטעון שזה נגד הילד.

יש זיהוי מאוד צר של מבחן טובת הילד. **טובת הילד מתמצית בהפגת החשש שאתה תהיה ממזר**.

* אם יש חשש שתהיה ממזר 🡨 בשום אופן לא מאפשר לבדוק.
* אין חשש 🡨 מאפשר לבדוק.

**ניתן להתווכח עם שני צידי המבחן**. **מצד אחד**, יכול לצייר ציור שאין חשש ממזרות אבל עדיין טובת הילד היא שיהיה מי שידאג לו ויהיה בקשר איתו. אם הבעל יגלה שהוא לא האבא ויתכחש לילד, לא ייקח עליו אחריות, זה יפגע בטובת הילד. התוצאה תהיה קשה מאוד לילד. הילד יישאר עם אבא מתכחש ועם משבר גדול.

אם מוכנים לעמוד מאחורי הרעיון של "טובת הילד" כמשהו שמונע בדיקה, האם זה יכול להתמצות רק בממזרות?

**מצד שני**, אם נחשוב על מצב שבגלל הבגידה הנוכחית, הבעל עושה היסטוריה של בדיקות ויגלה שהילד הוא שלו, אז הוא יירגע ויהיה אבא טוב. לפעמים כדאי לקחת סיכון לא ריאלי שהוא לא ייצא האבא, אבל אם הוא באמת האבא אז הוא יירגע כי הוא באמת דאג לו. אם לא יאפשרו לו בדיקה- ברמה נפשית הוא לא ירצה את הילד ויתייחס אליו כמישהו שיש לו רק מחויבות כספית לגביו ["כספומט"] אז לא בטוח שזה טוב לילד.

נניח שיש 3 אבות פוטנציאליים ורוצים לדעת את האמת. עם אחד מהם האמא התחתנה. האם טובת הילד מתמצה רק בממזרות ולא בכך שהילד יידע מי האבא שלו?

**המשפט הישראלי הלך למסגרת צרה**.

**במשפט האמריקאי**, לפחות בחלק מהמדינות, **הכלל של "רוב בעילות אחר הבעל"** לא משמש ככלל ראייתי אלא **כלל מוחלט**. סיפור של **מיכאל H**- היו בני זוג שרבו. הבעל עזב את הבית והאישה התנחמה אצל השכן. נכנסה להיריון ונולד ילד. בשלב ראשון השכן גידל אותו. הבעל חוזר לתמונה ומסלקים את השכן. השכן אומר שהילד הזה שלו. הם עונים לו יש כלל ולכן חזקה שהילד הוא של הבעל. השכן אומר איך של הבעל? הרי הוא לא היה פה. **ביהמ"ש מפעיל את החזקה בצורה מוחלטת**. מקרה נדיר שהאבא הביולוגי רוצה קשר עם הילד. הוא טוען שנפגעות זכויותיו, אך מגרשים אותו. **בימ"ש מאוד שמרני**. ביהמ"ש נותן גושפנקא וקובע באופן חלוט שההגדרה של אבא הוא הבעל של האמא.

* **במבחן**: אם נקבל הוכחה שהבעל עקר כדי לטעון שלא יכול להיות שהוא אבא ולא יכול לשלם מזונות🡨 אם נלך לפי הרטוריקה הגלויה של הפסיקה ומתמקדים בחוק מידע גנטי לכאורה הדבר היחיד שלא ניתן להכריח את הילד לעשות בדיקה גנטית. אם ניתן להוכיח בדרך אחרת של הוכחת עקרות למשל, התוצאה היא שניתן להוכיח זאת. אם נקבל את הפרשנות שהמהלך הזה לא מהלך ראייתי, אלא מהלך מהותי, וייתכן שזה לא יתקבל. עדיין **אין פס"ד עליון ויש דיון על זה במחוזי**. מבחינה נורמטיבית- אם מקבלים שזה לא רק ממזרות, אלא גם טובת הילד, אז שואלים מהי טובת הילד? האם הוא ייקח אחריות או לא? האם ממזרות הוא הפרמטר היחיד לטובת הילד?

\*שואלים את בית הדין הרבני- האם יממזרו ילד בגלל בדיקה גנטית? הם אומרים כן. אבל אם בפועל קרתה בדיקה גנטית שמראה שהילד ממזר, הם ינסו לומר שזה לא בהכרח נכון לפי ההלכה.

\*דיני הורים וילדים- טובת הילד וזכויות הילד הם עקרונות על. לא ניתן לדבר על זכויות הוריות. זה הדבר החריג, שלליברלים אסור לדבר עליו. לא ייתכן שלאנשים זכות באחרים. [נושא שלא למדנו]. עכשיו אנחנו בנושא של מיהו הורה ואנחנו מדברים רק על הזכות להיות הורה. **אין פה באמת זכות הורית אמיתית, אלא לעשות טוב לילד**. זה מוזר שיש לי זכות להפוך להורה מבלי לשקול את זכויות הילד, או ההיפך שבכלל לא שוקלים את זכותי כהורה. מאמר שעלה השבוע במחקרי משפט – "אתיקת ההורות" של ליפשיץ.

**אתיקת ההורות ורגולציה של ההולדה**= יש קשר מורכב בין הורים וילדים, יש להורה אינטרס לפעול לטובת הילד ע"פ שיקול דעתו. יש מתחם לקבוע מה שיקול הדעת וזה אינטרס עצמאי. לא רק הנחה מתה-פיזית שההורה יודע מה טוב לילד. **אם ההורה במפורש רוצה לעשות משהו גחמתי, זה לא במתחם הזכויות ההוריות**. לדעת ליפשיץ, סוג החשיבה הזה צריך להנחות גם את קביעת ההורות ואולי גם את הרגולציה של ההולדה.

בפס"ד מיכאל H אדם בא בשביל הזכות שלו, וביקש להיות אבא. בישראל- לא מאפשרים לתת לו לעשות בדיקה גנטית, למרות שאומרים שאבא זה עניין ביולוגי. יש פגיעה חוקתית משמעותית, יש פה **צביעות בעייתית**.

**פס"ד עליון (לפני החוק החדש)** אישר לעשות בדיקת רקמות. עושה את זה לשם המזונות, אבל לא לקביעת ההורות. בדיקה רק אזרחית. זה היה מאוד מוזר. פס"ד של **רובינשטיין**. זה מלפני החוק. היום החוק רלוונטי.

1. **סיטואציה 3:** **אישה נשואה בהפריה מלאכותית**.

בהפריה מלאכותית יש הבחנה בין שאלת הרגולציה [מלכתחילה] וההורות [בדיעבד].

לגבי שאלה 1: לפחות לגבי זרע של יהודי - **רוב הפוסקים לא מאפשרים לעשות את זה**. אבל כאשר זה קורה (שאלה 2): **הגישה המקובלת היא שהילד לא ממזר, כי ממזרות זה מקיום יחסי מין ופה לא היו יחסי מין**.

**פרשת סלמה**- ילד שנולד לאישה נשואה מהפריה מלאכותית. ההפריה המלאכותית הייתה על דעתו. במשך שנים הוא טיפל בילד. אחרי שהם מתגרשים ותובעים אותו מזונות, הגבר אומר שהוא לא הילד שלו. קורה דבר מעניין- האמא מנסה לטעון שהאבא הוא כן האבא על בסיס 1 מ-2 קונסטרוקציות: 1) הסכמית- בהסכמה להפריה הסכמת להיות הורה. 2) גישה פונקציונלית- מי שתפקד כאבא, הוא בעצם האבא.

**ביהמ"ש העליון לא מקבל את הקונסטרוקציות האלה**. הוא לא רוצה להוציא את הילד ללא מזומן, אז **הוא מקבל את הגישה ההסכמית רק לצורך מזונות**. **לא מוכן להגיד שנוצר פה סטטוס של הורות**, כי הורות כאמור היא עניין ביולוגי. הוא לא מוכן לקבל גישות חוזיות שאומרות שאפשר לייצר הורות בהסכמה. מצד שני, כדי לפתור את הבעיה הוא אומר שהאבא מכוח **ההסכמה על ההפריה המלאכותית** ומכוח זה שהוא **טיפל בילד** הוא יצר **התחייבות מכללא** כלפי הילד.

מחד הוא שומר על האתוס שהורות לא יוצרים בחוזה. אין דבר כזה "הורה ידוע בציבור". מצד שני פתר את הבעיה.

**אבל הוא פתר את הבעיה חלקית**- זה **נכון לגבי דברים שאפשר לעשות התחייבויות חוזיות**. מה קורה אם האבא ימות ואז הילד ירצה להיות מוכר בביטוח לאומי וזה הולך לפי ירושה ע"פ דין?

* **אם נקבל במבחן** סיטואציה כזו והאבא מת. הילד רוצה לקבל פנסיה. **אם יגלו שהאבא הוא לא האבא**, יאמרו שזה שהאבא התחייב כלפייך, זה לא מחייב אותנו. האבא הוא לא האבא אלא רק התחייב חוזית לשלם לבן מזונות. **קרן הפנסיה מחויבת לשלם רק לילדי המנוח והוא לא נחשב ילד שלו**.
* זה מטורף מה שיוצא פה. **יהיו חייבים לעשות אימוץ**.

זה מתעורר **בפס"ד יהוד**- **הורות פונקציונלית ומצבים שהם לא הסכמיים**. אדם בתימן שיש לו ילדים. לא רשמו את הרכב המשפחה. כתבו במגילות הקדושות את ייחוס המשפחה. הבן הבכור של הילד הולך למות בחיי אביו. הוא לחוץ מי ידאג לילדים שלו. לפני מותו, האבא שלו נשבע לו שהוא ידאג לנכדים כאילו היו ילדים. **"שדרוג של נכדים לילדים"**. זה לא רק סמלי, אלא כלכלי. כשהילד נפטר, הסבא רושם בספרים את הנכדים האלה בשורת הילדים. הוא עולה לארץ, שואלים אותו מי הילדים שלו ובמרשם רושמים רק את הילדים הביולוגיים. הסבא נפטר. היו לו במקור 5 ילדים, עכשיו יש לו 4. במקרה סטנדרטי- הנכדים היו מקבלים כל אחד 10%. כל ילד מקבל חמישית 20%, ואז 2 נכדים אמורים להתחלק ב-20%.

**אם מקבלים את השדרוג מנכדים לילדים 🡨 יש פה 6 ילדים**. כל נכד אמור לקבל 1/6. וזה חלק גדול יותר מאשר 1/10.

**הנכדים דורשים לקבל שישית כי היה פה אימוץ דה-פקטו**. אם הוא היה מאמץ באופן רשמי הם היו מקבלים שישית. הרישום בספרים, השבועה לאבא, הדאגה בפועל 🡨 מבחינתם זה אימוץ. הילדים האחרים טוענים שלא.

**ביהמ"ש לא מקבל את הגישה הפונקציונאלית, בטח לא לירושה**. [בצריך עיון- אם זה היה עניין סוציאלי היו שוקלים זאת]. אבל קובעים שהורות זה רק פורמלי. סלמה זה רק לגבי התחייבויות חוזיות. בפועל ביהמ"ש פוסק לטובת הדודים ופוסל את התיק של ההורות הפונקציונלית.

יש **פס"ד** של **השופט דנציגר** שהאישה לא נשואה אבל היה לה ידוע בציבור והיא עשתה הפריה מלאכותית. נולד ילד, לא מבן הזוג שלה, כי הוא לא יכול היה להוליד ילדים. היא תבעה ממנו מזונות אחרי הפרידה וביהמ"ש הפעיל את הקונסטרוקציה של סלמה שבגלל שהוא טיפל בו הוא חייב לו מזונות. אפילו שלא ביקשו את ההסכמה שלו בהפריה המלאכותית.

השאלה היא מה משמעות ההסכמה? אני מסכים שתגדל אצלי בבית. אבל האם אני גם מחויב לך?

**בהסכם**- זה מחייב רק את האבא, אבל לא צדדים שלישיים. זו המגבלה של זה [פס"ד יהוד או מקרה תיאורטי של ביטוח לאומי]. אמנם זה נשען על גישה פונקציונלית= על זה שגידל לאורך שנים. ההסכם הזה טריקי. האם ההסכם הוא לקחת אחריות? לזה שהוא ייוולד? האם האחריות היא כל עוד בני הזוג יחד או אחרי פרידה זה ממשיך?

**ידוע בציבור 🡨 פירשו מרחיב, כי אין ממזרות ורצו שמישהו ידאג לילד**. השאלה מה קורה עם מקרים אחרים? האם מראש להתנכר לילד של אישה כדי שלא יתחייב אליו בהמשך? הרי בד"כ אנשים לא עושים הסכמים כאלה.

1. **תרומת זרע**.

**בישראל** אין חוק בנק זרע. **נושא כה קריטי לא מוסדר בישראל בחוק, אפילו לא בתקנות, אלא בהנחיות**.

בהנחיות האלה בעבר דיברו על דברים פרוצדורליים, שצריך בנק זרע, והן קבעו שאם יש אישה שהיא לא נשואה, אז לפני שמאשרים לה טיפול של תרומת זרע והפריה, יעשו לה התאמה פסיכיאטרית ופסיכולוגית. לוודא שהיא מתאימה.

היה **פס"ד**, שבו **נשים יחידות טענו שהדרישה הזו מהם לעבור בדיקה כזו, היא מפלה**. לא דורשים את זה מאישה נשואה. הטענה: 1) הפליה. 2)אין סמכות. כל התקנות האלה מחוסר סמכות. **הפרקליטות נבהלה והגיעו להסדר דיוני שחוזרים בהם מהדרישה**.

* **היום**- אישה יחידה רווקה / זוג נשוי לצורך הפריה כעניין פרקטי זכאים לשירותי בנק זרע. לא צריך מבחני התאמה.
* מי האבא של הילד הזה? לפי המבחן הביולוגי= התורם.
* **בארץ אין פרוצדורה של תורם ידוע**.

באופן מציאותי, בניגוד למדינות אחרות שאמרו שיש **זכות התחקות**, בשבדיה ביטלו את האפשרות של תרומת זרע אנונימית ודרשו שירשמו מי ההורה ושבגיל 16 תהיה זכות לילד לדעת מי ההורה שלו. בארץ זה הפוך. **התרומה היחידה האפשרית היא תרומה אנונימית**.

* בארץ למעשה באופן פורמלי האבא הוא התורם, אבל **באופן מעשי אנחנו מייצרים מצב שאין אבא**.

2 שאלות:

1. מיהו האבא?
2. רגולציה?

**רגולציה**- היום יש **מאגרים גנטיים** ולכן הילדים שנולדים מתרומת זרע בהרבה מקרים יצליחו למצוא את אבא שלהם. **לפי החוק הישראלי**, אם הילד גילה במאגרים מי האבא שלו ועכשיו הוא רוצה לתבוע ממנו מזונות- **לכאורה לפי החוק, כוונת המחוקק שהוא לא יכול לעשות את זה**. אבל כחלק מהצביעות **המחוקק הישראלי יצר מכניזם של אנונימיות כדי למנוע את זה וקבע דין מהותי כדי לקבוע שהתורם הוא לא האבא** [בטופס].

-אם התורם רוצה להכיר את הילד. זה גם בעייתי.

**מה קורה אם פורצים למאגרים הגנטיים?** נוצר מצב שבו אפילו אם התקנות היו קובעות שהוא לא האבא, האם זה היה תופס? קביעה שאומרת שאדם מסוים הוא לא אבא, אין לו זכות להיות אבא? ההצהרות של חשין משפט טבע. **לא נוכל לחשוב שתקנה כזו יכולה להיות בתוקף, לאור כלל ההסדרים הראשוניים**.

יש מצב שבו לפי משפט ישראלי- מבחן ביולוגי, אבל לא נדע את זה במציאות.

**בסיטואציה 1** שאלנו מה דינו של הסכם? הסכם פוגע בילדים. זה סותר את טובת הילד פעמיים- 1)קשר עם האב. 2)תמיכה כלכלית מהאב. **אבל** **הסדר שהאבא יוצא מהתמונה פוגע בילדים**. **איך יצרתם מכניזם שזה בדיוק מה שהוא עשה?** המדינה יצרה את המכניזם הזה. גם אם רצינו לבדוק מי האב, המדינה לא מוכנה.

**מאמר של ליפשיץ**. **3 מצבים**-

1. הסכם לשלילת הורות- בכל מדינות העולם אומרים שזה נורא ואיום [למעט אחת].
2. תרומת זרע אנונימית- חלק מקבלות את זה. איך נבחין בין המצבים? [קובעים שהתורם הוא לא האבא].
3. בהנחה שיש לנו הסדר להבחנה בין מצב 1 ו-2, **איך נגדיר את המצב של "התורם הידוע"?** מצב שבו לפני הלידה, אישה שרוצה תרומת זרע, הולכת לבנק זרע או למכר שלה. הם עושים מראש הסכם שמגדיר אותו כתורם. למה זה דומה? **יחסי מין לעומת מלאכותיות?** האם המבחן הוא העיתוי- מלכתחילה או בדיעבד? מה ייצר את הקטגוריה של תורם שזה בסדר מסיבות מסוימות לבין קטגוריה אחרת.

זה הגיע **לפס"ד נייגל-** המשחק בין הרגולציה לבין הבדיעבד. ארי נייגל תורם זרע בכל העולם. **הייתה אישה ישראלית שביקשה ממנו לתרום לה את זרעו**. היא פנתה לבנק הזרע ולהשתמש בתרומת זרע שלו. **בנק הזרע אמר שהם לא יכולים, כי לפי התקנות נאמר במפורש שזה יהיה תורם אנונימי**. היא אמרה שזה לא צחוק. ביהמ"ש נפנף אותה מבלי להעמיק.

**שאלה אחרת**- מה קורה אם היא הייתה מצפצפת עליו? הולכת למרפאה פרטית או מקיימת איתו יחסי מין. האם היינו מגדירים את זה כתורם או לא? בארץ, גם בתורם אנונימי מגדירים כאב אבל לא יודעים מי הוא.

* **הסכם** 🡨 שלילת ההסכם. המבחן הביולוגי יהיה.
* **תרומת זרע אנונימית** 🡨 ברמת הרגולציה המשפט מעודד את זה. לא בודקים אמא יחידה. מממנים את זה. דה פקטו האבא לא התגלה.
* **תרומת זרע ידועה** 🡨 ברמת רגולציה המשפט הישראלי לא מאפשר את זה. מאפשר רק תרומה אנונימית. בפס"ד נייגל ביהמ"ש אמר שהתקנות האלה תקפות בנושא. במקרה שמישהו יצפצף וייוולד ילד כזה הרי שהתורם הידוע חשוף לתביעה בפני הילד, כי **יתייחסו לזה כאל הסכם**. **המבחן ההסכמי לא יוכל לשלול את** **ההורות**.

נייגל- תורם זרע מאוד ידוע בעולם.

* ביום חמישי- הורות מבני זוג מאותו מין. לקרוא את חומרי הקריאה מסעיף 2ג.

**שיעור 26- 23/06/22**

בשיעור הקודם התחלנו לעסוק בקביעת ההורות [מיהו ההורה]. יש 2 שאלות שהן קשורות אבל צריך להפריד ביניהן: 1) רגולציית ההולדה- האם המשפט מתיר מראש להשתמש בטכניקות מסוימות. איך מסדיר. למי מרשה להשתמש בהן. 2) בסופו של דבר שנולד ילד, מי מוגדרים ההורים שלו. ברוב המקרים נעסוק בשאלה ה-2 בקורס, אבל יש מקרים שיהיה קשה להפריד ולכן נעסוק בשתיהן.

דיברנו על כמה מקרים- **סיטואציה 1**: ילד שנולד מחוץ לנישואין לאישה רווקה- המשפט הישראלי בצורה חזקה הדגיש את **הגישה הביולוגית**. לא אכפת לו אם האבא נשוי או לא, **הורות זה עניין טבעי-ביולוגי**. המשפט נותן גושפנקא למציאות הקיימת, **למעט החריג של אימוץ**. לקח את זה לכמה מקומות: ההגדרה האזרחית היא הגדרה ביולוגית. אפילו שאצל מוסלמים הייתה אמורה להיות הגדרה משפחתית לפי החוק המוסלמי הרלוונטי, המשפט האזרחי בנושא הזה לא הסכים לזרום עם המשפט המוסלמי והלך עם ההגדרה הביולוגית.

בנוסף, ההגדרה הביולוגית הובילו אותנו לרדוף את האבות המתנכרים. סוגיית בדיקת הרקמות- 1)לא יסכימו לבדיקה= זו אינדיקציה נגדם. 2).נכריח אותם לפי חוק מידע גנטי.

בנוסף, הסכמות בין ההורים [מוקדמות או מאוחרות] שהאבא הביולוגי הוא לא הורה, ביהמ"ש יראה אותם **כנוגד את תקנת הציבור**. לא ניתן לפגוע בילד.

**סיטואציה 2**: ילד שנולד מחוץ לנישואים לאישה נשואה. מחד, אם אנחנו כנים עם מה שאמרנו שהמבחן הוא ביולוגי אז גם אם האישה נשואה ועדיין יש אבא ביולוגי לכאורה הוא האבא, והבעל הוא לא האבא. התשובה הייתה אמורה להיות אותה תשובה. מצד שני, שיקולים של טובת הילד גרמו לנו לרצות "לעצום עיניים" שהבעל הוא לא האבא. המשחק הישראלי שיחק משחק כפול, שבו מצד אחד ברמה הרטורית הוא לא אומר שהוא חורג מהמבחן הביולוגי. אבל הוא **לא נתן לנו לדעת את האמת** באמצעות שילוב בין **סירוב לעשות בדיקת רקמות** [שבא לידי ביטוי בפסיקה המוקדמת וגם **בחוק מידע גנטי שכתנאי לבדיקה גנטית דורש חוות דעת של בי"ד דתי**]. אם לא עושה בדיקה מופעלת חזקה שהופכת אותו לאבא. האם טובת הילד מתמצה בממזרות? האם ניתן לחשוב על מצבים שטובת הילד תמנע בדיקה מעבר לשיקול הממזרות? או תדחוף כן לעשות בדיקה?

אם יהיו ראיות שלא בדרך של בדיקה גנטית- עקרות או לא יכלו לקיים יחסי מין- אז מבחינה פורמלית הרטוריקה של הפסיקה והחוק לא יעבדו. עושים צעד נוסף שמקרב אותנו מאוד מהגדרה ראייתית להגדרה מהותית. **לא מוכנים לקבל ראיה משום סוג שהבעל הוא לא ההורה**, אז זה במילים אחרות "**הבעל הוא אבא**".

**בארה"ב השמרנית** – בניגוד למקרים הפרגמטיים, מי שמעלה את טענת "אני לא האבא" הוא הבעל שחושב שהוא לא אבא. אבל במקרה של **מיכאל H** הוא טוען שהוא האבא, הוא רוצה זכויות בילד ולא מנסה להתחמק מחובות.

**סיטואציה 3**: ילד שנולד מחוץ לנישואין לאישה נשואה כתוצאה מהפריה מלאכותית. אין בעיית ממזרות. הנושא הזה מעורר בצורה חזקה את המתח שבין הגישה ההסכמית והפונקציונלית שאומרות שאם אתה בעל של אישה שבהסכמתך עשתה את ההפריה, אז אתה אבא. לעומת הגישה הביולוגית שאומרת שאתה עדיין לא האבא. **בפרשת סלמה** ניסו לפתור את זה בשיטה "בוא נדבר על נושא ספציפי של מזונות"- ההסכמה שלך יצרה מחויבות. אבל זה **מותיר אותנו בשאלות במקרים שהתחייבות חוזית לא תעזור**. למשל, מצב של ירושה. למשל, מצב שבו מישהו אמור לשלם בשל סטטוס של ההורות למשל קרן פנסיה, המדינה וכו'. אם הפונקציונליות או ההסכמיות יוצרת הורות אז זו הורות; אבל **אם זו התחייבות אד-הוק של האבא הוא לא יוכל לחייב את קרן הפנסיה** [**פרשת יהוד**, והשאירו שאולי בירושה לא, אבל במקרה סוציאלי כן היו מותירים].

אם היה מישהו שלא היה חלק מההחלטה להביא את הילד, לא היה נשוי, דאג לילד בזמן הזוגיות 🡨 **השופט דנציגר** ראה בזה כהורות.

**סיטואציה 4: תרומת זרע**. לא מוסדר בישראל בחקיקה. גם בנושא הרגולציה [מי יכול לעשות] הכל בתקנות והנחיות, זה מאוד מוזר ולא רציני. המשפט הישראלי מבחין בין 3 מקרים: 1)שני ההורים מסכימים שהאב לא אבא- אין לו חובות וזכויות של אבא. 2)מקרה של תרומת זרע אנונימית- האבא דה פקטו יעלם מהתמונה כי ניקח ממנו את הזרע, אבל נדאג שלא יהיה אפשר למצוא אותו כל עוד הילד קטין. 3)התורם הידוע- מראש מישהו בחר מישהו כדי להיות תורם זרע.

2 שאלות מתעוררות: 1)רגולציה- אישור מראש. 2)מה קורה כשזה כבר קרה.

**רגולציה**

**סיטואציה 1** (הסכמת ההורים שהאב לא הורה): לא צריך רגולציה, כי זה הסכמי. אבל זה **סותר את תקנת הציבור**. לכן נתעלם מההסכם, **האבא הביולוגי הוא ההורה**.

**סיטואציה 2** (תרומת זרע אנונימית): לא מעניין מי האב. אם הזהות שלו תתגלה אז ייתכן שהמדינה תאמר שהוא האב הביולוגי. אבל, מוזר שבהליך כזה שמטרתו שהוא לא יהיה האב נחשוף אותו לתביעות. בהצעת החוק נאמר במפורש שהוא לא האב. בטפסים הרשמיים חותמים שהוא לא האב, אך השאלה האם יש לטפסים האלה תוקף משפטי.

**סיטואציה 3** (התורם הידוע): ברמת התקנות- הן אוסרות את זה. ביהמ"ש העליון נתן לזה תוקף עם ניואנסים. **פס"ד נייגל**. **השופט הנדל** הודה שזה לא בסדר, אבל מטעמים שלא לזעזע את העולם הוא לא נותן משמעות משפטית לעובדה שזה לא בסדר שאין הסדרה משפטית למניעה הזו. **השופט מזוז** אמר שאפשר ללמוד את זה מההסדרים. **שניהם נתנו גושפקנא לתקנות שלא ניתן לעשות תרומה ידועה**.

יש פסקי דין נוספים- זיהו תרומה ידועה עם הסכם לשלילת הורות. מבחינתו זה הסכם שאין לו תוקף. בעולם זה לא כל כך נכון.

* **לפי הגדרה ביולוגית**- בכל המצבים הוא האב.
* **לפי הגדרה הסכמית**- בשלושתם הוא לא ההורה, חתמו שהוא לא האב.

קטגוריה שלישית היא **לפי שיקולי טובת הילד**. **"הולדה בעוולה" 🡨 האם יש טובת ילד שלא נולד?** האם מוטב לאדם שלא נולד? לפי אמת המידה הזו ההבחנה צריכה להיות **שבמקרה ה-1 הילד בכל מקרה ייוולד**, **ואז ההסכם פוגע בו כי הוא שולל ממנו קשר עם הורה**. **במקרה ה-2** של התורם, הילד הזה לא ייוולד אחרת, כי התורם לא היה מסכים לתרום ללא אנונימיות. **לא ניתן להגן עליו מבחינת שיקולי טובת הילד**. לכן הסכמים מסוג 1 פסולים ואילו תרומות מסוג 2 אפשרי. **כנ"ל לגבי תורם ידוע**.

שיקול נוסף- **פגיעה בילד בכל המקרים**. **זכות האמא** חשובה לי, כך שבגללה אני מוכן לקבל פגיעה מסוימת בילד. אני פוסלת את ההסכם הראשון [הרי הם נקלעו למצב]. תרומה אנונימית-מכירה בה, אחרת לא יהיו תרומות ולא תהיה זכות להורות. סיטואציה 3 טריקי: מחד, בשביל הזכות להורות לא צריך הורה ידוע [**השופט הנדל** בפס"ד נייגל]. ניתן להגשים זכות להורות גם בתרומה אנונימית. אין סיבה להצדיק את זה בתורם ידוע. אבל **לדעת פרופ' ליפשיץ** **הנדל טועה**. **ברגע שאומרים שהזכות להורות מנצחת את הפגיעה בילד, צריך להראות שיש פגיעה נוספת בילד שמצדיקה את השלילה של התרומה הידועה**. לא הוכיחו את העניין הזה.

הנדל אומר אם הרשיתי כבר תרומה אנונימית, אז לא פגעתי לך בזכות להורות כשלא הרשתי לך תורם ידוע. יש לך זכות פריפריאלית= לבחור את ההורה. הוא מציג את זה בצורה קטנה אבל זה בתכלס מאוד חשוב. אפילו אם הוא צודק בהצגה שלו שזו זכות קטנה, הוא צריך להראות שיש פגיעה נוספת בטובת הילד מעצם זה שיש תורם ידוע. אבל הוא לא מראה.

לדעת ליפשיץ **יש דרך רביעית והיא הנכונה**. אבל לא ניכנס לזה. **הורות הוא מוסד חברתי**. לא הסכם או ביולוגיה. בניגוד לאינטואיציה שהורות זה טבעי והמשפט נותן גושפנקא. למדינה יש יכולת עצומה להגדיר מי יחווה את עצמו כהורה וגם להשפיע מה תהיה תפיסת העולם שלנו על הורות- **הגישה המוסדית להורות**. אם כך, אחד הדברים הכי חשובים לנו במוסד ההורות הוא **רעיון "אי ההפיכות של ההורות"**. גם אם יש אינטרס אישי להיות הורה, הוא לדאוג למישהו אחר ולא "לשכפל את עצמי". **האינטרס העצמי שאני אכיר בו הוא לדאוג למישהו נוסף**, ולא כמו זכות קניינית. אם זו תפיסת העולם שנרצה להנחיל, נוכל להבין למה יש הסתייגות מתורם ידוע.

**מחד, רוצים להציג אתוס חברתי שהורות זה לא משהו שאני בוחר בו**. בהבאת ילד לעולם יש משהו שמגלם בתוכו אחריות שלא אתה יכול להחליט האם להיות הורה. בדיעבד, לא תוכל לומר אני לא רוצה להיות אבא. מראש, אם אתה מקיים יחסי מין, תיקח את הסיכון שעשוי להיוולד ילד. **אבל מצב עניינים של תרומה הוא לכאורה סותר את זה**. אני רוצה לגדר את זה בשל הזכות להורות וההזדהות עם זה. **ליפשיץ מנסה ליצור 2 קטגוריות- הורה ותורם**. סוג של הנדסה חברתית: מחד רוצים לשמר אתוס ברור שהורות המוקד שלה הוא לא הסכם. בלתי הפיך. מאידך, **תורם- עוזר למישהו להיות הורה**. מושג האבא הלא-ביולוגי עלול לחתור תחת אתוס חברתי של קשר הדם של משהו לא הפיך. **אומרים שיכול להיות אבא משפטי**. בעולם של זכות להורות, זה דבר שאני רוצה לעזור שיהיה תורם. אז השאלה היא איך מאזנים ביניהם. ניסיון לומר שגם התורם הוא ביולוגי אבל סוג של סיוע רפואי. אבל מה אני צריכה לעשות כדי שזה יקרה ולא יזלוג להסכם לשלילת הורות- האם מספיק מבחן כרונולוגי? לפני ההיריון? האם צריך טופס במעבדה ולא הסכם אישי?

יכולים לומר: מבחן הסכמי- כוונה; לא ניתן להגדיר תורם ביחסי מין [למרות שעדיין בפס"ד אמרו שזה תורם גם במצב כזה].

**מה ייצר את העובדה שמישהו לא אבא מתכחש אלא תורם?** אנונימיות היא חלק מהסיפור. מצב שאנחנו כחברה מכירים במישהו שהוא "חצי אבא"- אבא ביולוגי ידוע- זה הרבה פעמים הגיע לביהמ"ש. **לדוגמה**: זוג לסביות, שהתורם היה בסביבה, הביא מתנות וכו'. לפעמים האישה תבעה אותו אם הוא התנכר. לפעמים התורם רצה להיות אבא ואמרו לו בשום אופן לא. **בסיטואציה הזו שיש בן אדם שיש לו קשר עם ילד והוא "חצי הורה"- מה זה עושה למוסד ההורות?** מבינים את ההיגיון שכדי לייצר את הגידור הזה נרצה תורם אנונימי. יש הבדל בין תורם אנונימי, לעומת תורם ידוע- הילד מכיר, נקשר ואומרים שהוא לא חייב לדאוג לו. זה עשוי לפגוע במוסד ההורות באופן משמעותי. ייתכן שזה הסבר להבחנה בין סיטואציות 2 ו-3.

1. **סיטואציה 5: תרומת ביצית**- נושא שמוסדר בישראל. מעוררת סכסוך פנימי בתוך הגישה הביולוגית.

הגישה הביולוגית אצל גברים רבה עם גישות אחרות- אבל תמיד ידענו מי האבא לפי הביולוגיה. לעומת זאת, במקרה של הפריה באמצעות ביצית אנחנו רואים **שהגישה הביולוגית יכולה להסתכל על היולדת והיא יכולה להסתכל על האמא הגנטית**.

**בהלכה** יש שאלות מאוד מעניינות. הגישה ההלכתית **בעבר** הייתה לכיוון **היולדת= זו ההגדרה לאם**. בשנים האחרונות זה מתחיל להשתנות [עם כי יש עדיין מחלוקות רבניות]. יש 4 גישות [אחת, שתיים, שתיהן, אף אחת]. **המיינסטרים היום- האמא הגנטית, בעלת הביצית**.

בארץ יש חוק מסודר לפי **חוק לתרומת ביציות**. החוק עושה את מה שציפינו שיהיה בתרומת זרע. **החוק אומר במפורש שהתורמת מפסיקה להיות אמא והיולדת היא האמא**. נסבך את זה כשיש פונדקאית- ואז יש 3 נשים: תורמת, יולדת, אמא מתוכננת.

חוק תרומת ביצית אומר שאם פועלים לפי החוק והייתה תרומה, אז התורמת מסתלקת מהתמונה ואז היולדת והאמא המתוכננת מתאחדות [אותה אחת]. החוק אומר איך לעשות את זה. **מה קורה אם לא פעלת לפי החוק?** נניח שתי אימהות רצו ששתיהן יהיו אימהות. אחת תורמת ביצית ואחת יולדת- הרעיון הוא ששתיהן יהיו אימהות.

**פס"ד משה**- קיבלו תרומת זרע. רצו לקחת ביצית של אחת, השנייה תוליד אותה. כך **ששתיהן תהיינה אימהות**. לא נתנו להן. **מבחינת רגולציה המשפט הישראלי לא מאפשר**. פס"ד בעייתי.

אבל יש **מקרים אחרים שלא שאלו אף אחד** ועשו את זה, למשל בחו"ל. מתעוררת השאלה **מי ההורה במקרה הזה?** **המשפט האזרחי** [בביהמ"ש לענייני משפחה ובימ"ש מחוזי] **ענה ששתיהן האימהות, בתנאי שזה תורם אנונימי**. המשפט הישראלי בחרדות שיהיו 3 הורים.

זה המקרה הפשוט מבחינה משפטית, למרות שהוא לא כה פשוט. החוק נותן תשובה טובה אם עובדים לפי החוק, אבל לא נותן תשובה מה קורה אם לא עבדת לפי הפרוצדורה של החוק.

1. **סיטואציה 6: פונדקאות**-

**פונדקאות קלאסית**- הפוך מתרומת ביצית. בתרומת ביצית יש אמא גנטית שלא רוצה להיות אמא, אלא רוצה לעזור לאחרת להיות אמא. יש אמא יולדת [אישה שהייתה לה בעיה בביציות אבל לא ברחם ולכן יכולה להוליד] והיא גם אמורה להיות האמא. בפונדקאות קלאסית **יש את מי שרוצה להפוך להיות אמא ויש לה בעיה ברחם ולא בביצית**. עושים הפריה עם זרע של בעלה או אנונימי 🡨 את הביצית המופרית שמים ברחם של הפונדקאית.

מי שעושה את שירות ההולדה היא הפונדקאית, לעומת תרומת ביצית שהאמא יולדת.

**2 שאלות מתעוררות**:

1. האם לאפשר דבר כזה מראש? האם לייצר לו רגולציה? האם חוקי או לא?
2. מי ההורה?

**לגבי שאלה 1**-**רגולציה**: מחלוקות בעולם. **חלק מזכות האישה על גופה הוא לתמוך בזה**. **מצד שני החפצה, מסחור וניצול אלו טענות נגד זה**. יש מדינות ליברליות שאוסרות את זה ואומרות שזה פלילי, ויש מדינות שמסכימות לזה. ישראל הסדירה את זה בהסדר חוקי [בין הראשונות]. **ההסדר החוקי הראשוני בישראל היה רק לגבי בני זוג נשואים**.

**חוק הסכמי פונדקאות** קבע שאם בני הזוג נשואים, הם ימצאו את הפונדקאית לבד [יש סוכנות למציאת פונדקאית, ואין סוכנות לאימוץ] אבל **אין חופש חוזים**. יש כללים בחוק מי יכולה להיות פונדקאית וההסכם עצמו צריך לעבור וועדה של משרד הבריאות. יש כללים בהסכם לגבי הסכומים, בדיקה לפונדקאית, כללים על בני זוג [עד 3 ילדים]. חוק מפוקח שמאשר את הפונדקאות. יש **רגולציה חזקה**. וועדה צריכה לאשר את ההסכם ולראות את ההורים.

**בישראל**- **אחרי שעשית את ההסכם, לאישה יש זכות על גופה והיא בכל רגע נתון יכולה להפיל**. אחרי שנולד הילד לא באופן אוטומטי האמא המיועדת הופכת להיות לאמא, אלא **צריך צו הורות**. אם היולדת לא מתחרטת, אז ביהמ"ש יוציא במהירות צו הורות. **אם היולדת מתחרטת ואומרת שהיא לא רוצה לוותר על הילד** [בארה"ב יש כמה מקרים מפורסמים כאלה- פס"ד ג'ונסון] **אז ביהמ"ש אמור להכריע בעניין** [ליפשיץ לא מכיר כזו בישראל]. מעניין שהחוק לא נותן תשובה חד משמעית, לעומת חוק תרומת ביצית "נגעת נסעת". רוצה לתת לביהמ"ש את האפשרות לתת את התשובה.

**יש מצב של 3 נשים**: חוק הפונדקאות מוכן לעבוד בשיתוף פעולה עם חוק תרומת ביצית 🡨 יכולה להיות תורמת ביצית לפי חוק תרומת ביציות + פונדקאית + אמא מיועדת 🡨 **החוק מאפשר את זה, בלבד שיש בעל**.

תורמת ביצית תצא מהתמונה + הפונדקאית מרגע שילדה לאחר 7 ימים יהיה צו הורות. אם היא מתחרטת, דנים בזה בביהמ"ש.

בתרומת ביצית הפנימו את מושג התרומה 🡨 היא כבר לא בתמונה. לעומת זאת, הפונדקאית- מחכים לצו הורות.

**יש סיטואציה נוספת**: **תורמת הביצית היא הפונדקאית**- נותנת את הביצית ואת שירותי הלידה 🡨 ואומרת שהיא לא תהיה האמא. **המשפט הישראלי לא מוכן לקבל את זה מהפחד ממסחר**. משמעות של "כמעט קנית תינוק". במקרים אחרים אתה אומר שהתהליך מפוצל, פה מישהי "יולדת בשבילך". כמעט סחר בילדים ולכן בארץ החוק **מגדיר את זה כעניין פלילי**. בארה"ב היו מקרים כאלה.

* למשל במבחן: אם נקבל מקרה שאם מישהו עשה את זה בארץ, נצטרך לחשוב מה החוק יגיד על זה בדיעבד. מבחינת החוק אסור לעשות את זה.

**לסיכום**:

1. תרומת ביצית- תורמת ביצית + **אמא יולדת שהיא גם אמא מיועדת**. מקרה פשוט. החוק אומר במפורש שהתורמת יוצאת מהתמונה. לא צריך צו הורות או שיקול דעת ביהמ"ש.
2. פונדקאות פשוטה- **האמא המיועדת היא בעלת הביצית**. השאיפה היא שהיולדת תצא מהתמונה והאמא הגנטית והמיועדת תהיה האמא. **צריך צו הורות**. אם היולדת התחרטה, לא מבטיחים כלום, ביהמ"ש יחליט.
3. 3 נשים- תורמת ביצית, פונדקאית, אמא מיועדת. התורמת מסתלקת מהתמונה. בין 2 הנשים האחרות מה שאמרנו- צו הורות. **האמא המיועדת היא האמא למרות שאין לה זיקה ביולוגית**; אם הפונדקאית מתחרטת ביהמ"ש מחליט.
4. מקרה לא חוקי- אמא מיועדת + פונדקאית שהיא גם בעלת הביצית. המשפט הישראלי לא מוכן לקבל את זה. התוצאה תהיה שהאמא הביולוגית היא האמא, למרות שזו לא הכוונה של הצדדים.

**בחוק המקורי**- התנאי היחיד לעשות את האופרציה הזו היא רק אם מדובר בזוג נשוי. **ועדת מור יוסף**. פסקי דין. שורה תחתונה המחוקק אמר את דברו **ושינה את החוק**. **אישה יחידה יכולה ליהנות היום משירותי פונדקאות**. **אבל היא לא יכולה לקבל גם תרומת ביצית וגם שירותי לידה, גם אם זה משתי נשים שונות**. **המשפט דרש את הזיקה הביולוגית שלה כתנאי**, **למעט אם היא נשואה** [**לפחות שמישהו יהיה עם זיקה ביולוגית, נניח האבא**].

רחם טוב= תקבלי ביצית. ביצית טובה= תקבלי רחם. לא רחם ולא ביצית= לא תוכלי לקבל ילד אם את לא נשואה.

קורה דבר לא הוגן. **פרופ' ליפשיץ** כתב על זה מאמר "שלוש נשים מחפשות ילד" שהשווה בין 3 נשים. **לשלוש הילדים הייתה בעיה של ביצית ורחם**:

1. **שיחקה לפי הכללים**- **פרשת איתי פנקס**. שאלה למה אני מפסידה רק בגלל שהביציות שלה פגומות. ביהמ"ש אומר שיש הצדקה, זיקה ביולוגית חשובה, לא רוצים שיהיה סחר בהורות. **היא נשארה בלי ילד**.
2. **גב' מור יוסף**- אישה בעלת מוגבלות. גם בחו"ל היא לא הייתה יכולה לקבל תרומות. לכן היא עשתה מיזם- נסעה לחו"ל, קיבלה תרומת זרע, קיבלה תרומת ביצית ושכנעה מישהי [האחיינית שלה] להיות פונדקאית עבורה. את טיפולי הפונדקאות האחיינית עשתה בחו"ל. האחיינית מגיעה ללדת בארץ ובבי"ח שואלים אותה על שם מי לרשום את הילד, היא אומרת שזה עבור דודה שלה. **היא אמרה שהיא לא רוצה את הילד אז לקחו אותו לאימוץ**. היה מאבק משפטי. ביהמ"ש אמר שזו הורות הסכמית ולא מוכנים לקבל את זה. **השופט הנדל** אומר שיש לנו הורות ביולוגית, אימוץ ויש **"זיקה לזיקה"**. אם היה לך בעל, אז גם אם אין לך קשר ביולוגי אז שניכם תהפכו להורים מכוח הזיקה שאת בת הזוג של האבא. לא ניתן להיות הורה דרך הסכם. גם האישה הזו **הפסידה את הילד**.
3. **האישה הלכה לארה"ב,** מצאה מקום שמכירים בפונדקאות בלי ביצית ובלי לידה. הפונדקאית ילדה שם, קיבלה תעודת לידה בארה"ב. באה לארץ ואמרה שהיא רוצה את הילד הזה. אמרו לה תאמצי אותו. היא ביקשה צו אימוץ מהיר **וביהמ"ש למשפחה פסק שעושים "צו אימוץ פסיקתי/בהילוך מהיר"**. קראו לזה אימוץ, אבל בפועל זה צו הורות שכזה. לא עשו תסקיר כמו בד"כ. פשוט **נתנו גושפנקא למעשים האלה**.

**האם יש הבדל בין הנשים?** **הראשונה** שיחקה לפי הכללים ולא נתנו לה לקבל ילד, לשנייה לקחו את הילד, לשלישית הכירו בילד. **בפרשת מור יוסף** טענו שהיא מופלית בשל הנכות. הקליניקה למוגבלויות בפקולטה ייצגו אותה. לדעת ליפשיץ הטענה לא הייתה טובה. אחרי פסק הדין השלישי הוא מבין את הטענה- **ככל שיותר נועזים להפר את הכללים מאשרים לך לקבל ילד**.

1. **בני זוג מאותו מין**

**לסביות- שתי נשים**

מבחינה ביולוגית- איך מביאים את הילד לעולם? אחת מהן מקבלת תרומת זרע. בעבר היה תקנון שביקשו בדיקה מיוחדת ובוטל. אז **כמו כל אישה יחידנית אחת מהן מקבלת תרומת זרע**. **בת הזוג השנייה לא מוכרת**.

**איך מייצרים את ההכרה בהורות של בת הזוג השנייה?**

במשפט הישראלי היו כמה מהלכים-

1. **אימוץ**- **ירוס חקק**- אחד מפסקי הדין המוקדמים. **יש אמא ביולוגית מכוח תרומת הזרע והיא רוצה הכרה בהורות של בת הזוג**. ביהמ"ש העליון מוכן להפעיל תהליך של אימוץ במקרה הזה. עם זאת, זה אימוץ בלי הנחות. **מאחר שהאבא אנונימי אין תהליך של הפקעת הורות האב, אך עושים תסקיר**. הליך מסובך, חודרני ופולשני. אך זה פסה"ד הראשון שבו ביהמ"ש העליון מכיר ב**הורות החד מינית בהליך של אימוץ**.

**המהלך הזה נחגג כהישג**. במחוזי השופט לא נתן לבת הזוג מעמד של אמא לכל דבר. זה התהפך בעליון. **בהמשך, זה נתפס כמשהו מעליב ומשפיל**. מאוד מסורבל- בטענה צריך לאמץ את הילד שלך. האימהות רצו משהו נוסף של "צו הורות פסיקתי".

1. יש מישהי שילדה באמצעות תרומת זרע והיא רוצה הכרה בבת הזוג. היא ביקשה **צו הורות פסיקתי**. חוק הפונדקאות מצא אפשרות נוספת להורה של **"זיקה מזיקה"** [בנוסף לביולוגי או אימוץ].

**"זיקה לזיקה"**- ברגע שיש הורה אחד עם זיקה ביולוגית, אז את צו ההורות הפסיקתי אני מוציא מזיקה לזיקה. אמנם המחוקק לא עשה את זה, אבל גם לא אסר את זה.

**לסביות והומואים שרוצים פונדקאות (מחוץ לישראל)**: לא ניתן לעשות פונדקאות לבני זוג מאותו מין בארץ וגם לאישה יחידה עד 2018. לכן בהרבה מקרים בני הזוג היו נוסעים לחו"ל כדי לעשות פונדקאות. הם רצו לחזור לארץ. 2 אתגרים- להכניסו לישראל ולקבל הכרה בילד שלהם. היו להם 2 מסלולים-

1. **מסלול ההכרה ברישום**- **פס"ד פונק שלזינגר**- הטריק שמבחין בין רישום לבין תוכן מהותי. זה התחיל עם יהודי ולא יהודייה שהתחתנו בחו"ל. במקום להתפלסף עם משפט בינלאומי פשוט עשו לפי דיני רישום. **בפרשת ברנר קדיש**- לא פונדקאות, אבל שתי נשים עשו אימוץ בחו"ל, הוכרו כשתי אימהות בחו"ל מכוח אימוץ, ואז הן עלו לארץ והפעילו את הטריק של פונק שלזינגר. ביקשו לרשום אותן כשתי אימהות. אבל יש **בעיה מסוימת- אם רשמת אותן, זה עדיין לא יצר זכות מהותית**. אמנם הן רשומות בתעודת זהות- אז זה עוזר. למשל, כשהולכים לבית חולים. אבל בירושה- אם יהיה מישהו עקשן שיעורר את הנושא לכאורה לא נוצרה זכות מהותית.

לגבי פונדקאות בחו"ל, אם נרשמו בחו"ל כהורים על סמך החוקים באותה מדינה, אז בפרשת ממת מגד- הם עשו את אותו מהלך של טריק הרישום. כדי להכניסו לארץ עשו מבחן ביולוגי להוכיח שאחד מהם הוא ההורה הביולוגי; כדי להכיר בבן הזוג השני הכירו ברישום שלו במשרד הפנים. **פס"ד ממת מגד**.

**הבעיה**- אין זכות מהותית.

ארגונים שעוזרים ללהט"ב, התחיל מלמטה למעלה, פנו לבתי המשפט. **התחילה להתפתח פרקטיקה של צו הורות פסיקתי**- כאשר ילד נולד בפונדקאות בארץ, היו מכירים בהורות דרך צו הורות, שמעניק זכות מהותית. הם רצו לעשות משהו דומה- כאשר עושים פונדקאות בחו"ל מגישים בקשה לבימ"ש למשפחה לצו הורות כאילו שזו פונדקאות בישראל. התגבשה פרקטיקה של צו הורות פסיקתי שקיבלה גושפנקא בביהמ"ש העליון בשנים האחרונות. יש כל מיני ויכוחים- האם צריך לבדוק את ההורה [תסקיר]; תוך כמה זמן מהלידה. **דומה להליך הרישום= לא משפיל כמו האימוץ; אבל יוצר תוצאה מהותית**.

1. **מסלול הצו המהותי**- צו הורות פסיקתי.

**2 נושאים של צו הורות פסיקתי**:

* פונדקאות חו"ל- לנשים וגברים.
* בארץ לאישה נתרמת זרע. בת הזוג מבקשת צו הורות פסיקתי.
* נתרמת הזרע [לסבית] 🡨 מסלול אימוץ / מסלול צו הורות פסיקתי.
* פונדקאות חו"ל 🡨 רישום / צו הורות פסיקתי.

**אימוץ**= **חוק האימוץ לא מאפשר לאמץ לבני זוג מאותו מין**. לאחרונה היועמ"ש לממשלה הכריח שהוא מאפשר לעשות זאת באופן תיאורטי, אבל באופן מעשי כמעט ואין דברים כאלה (מכניסים אותם אחרונים לתור).

**בני זוג מאותו מין**= **חידוש לקבל פונדקאות בארץ**.

**במקור** זה היה רק לבעל ואישה. היה בג"ץ של אישה יחידה, הקימו ועדה, ואז **המחוקק שינה את דעתו לגבי אישה יחידה** והסכים אך עמד בהתנגדות שלו לפונדקאות של בני זוג מאותו מין. -**ביקורת**: אישה יחידה יכולה לעשות פונדקאות ואז האישה שלה צריכה לעשות צו הורות; במקום שהם יבואו יחד כהורים משותפים. אם השופטים שמרנים= האם אתה שונא הומואים או שהערכים שלך הם ערכי המשפחה המסורתית? האם זה אומר שאבא ואמא הם המשפחה, או הורות זוגית עדיפה על הורות יחידנית.

המחוקק סירב. אבל לפני כמה זמן, **הגיעו להבנה שגם גבר יחיד** יכול לעשות פונדקאות וגם אישה יחידה, אך לא זוג מאותו מין. **איך אפשר להעדיף אישה או גבר יחידים על פני זוג?** אין לך הצדקה, חוץ מלעשות לגיטימציה להורות מאותו מין. זה נשאר ככה מאחורי ערכי המשפחה. יש פה הסוואה.

**פונדקאות**- ביהמ"ש **בפס"ד משפחה חדשה הראשון**- פנתה אישה יחידה- ביהמ"ש אמר לה שהיא צודקת, זה חדש מדי ולכן לא רוצים להתערב. **פס"ד איתי פנקס הראשון**- ביהמ"ש בא בשם 3 קבוצות: האימהות היחידניות שעדיין לא היה אפשר להכיר בהן כהורות; אימהות יחידניות בלי הביולוגיה (אין לה קשר ביולוגי) ובני זוג מאותו מין (נשים וגברים). ברגע שהמחוקק תיקן את החוק, הקבוצה הראשונה ירדה כי המחוקק עזר להם. **בפסה"ד ביהמ"ש דחה את התביעה של האמא היחידה הלא-ביולוגית ואמר לה שבמקרה שלה זה מוצדק**. זה פס"ד צבוע מאוד, כי ביהמ"ש אמר דבר והיפוכו לגביה ולגבי ההומואים. **כשהוא דיבר איתה הוא אמר לה יש לך עוד אופציות: את יכולה לאמץ**. **אבל בפועל אין לה אופציה כזו**. לגבי ההומואים הוא אומר שהוא לא רוצה להכריע בזה כי המחוקק, הכנסת עדיין דנה בנושא. ג'ובראן.

**הבעיה הגדולה**- ההומואים הם קבוצה מופלית עם כוח. אימהות יחידניות לא ביולוגיות לא קבוצה מופלית אבל חלשה.

**פסה"ד**: דחו את התביעה של האמא היחידה הלא ביולוגית והשאירו תלוי את התביעה של בני זוג מאותו מין.

לאחר שהכנסת סיימה את פעולתה ולא תיקנה את החוק בהיבט הזה, הגיע **פסה"ד איתי פנקס מספר שתיים**- שם **ביהמ"ש קבע שההסדר לא חוקתי**. הם עשו את הכלל של "**התראת בטלות**". ביהמ"ש אמר שהוא עדיין נותן למדינה את ההזדמנות לתקן. הטענה- יש פגיעה בזכות לשוויון ובזכות להורות, **התכלית היחידה האפשרית היא התכלית הרפואית** [הכירו כבר באמא חד הורית, אז קשה לומר טובת הילד]. **אם אפשרת לאמא יחידה להיות פונדקאית קשה להבין למה לא לאשר לזוג מאותו מין** [לא ברור לפי טובת הילד]. אמרו שהפונדקאות עשויה להיות המונית ואז יהיה קשה להגן על פונדקאיות. ביהמ"ש אומר שאפשר לשנות את המנגנונים בחוק- תגבילו לבני זוג עם ילד אחד או מגבלות אחרות. **השופטת חיות** אומרת שהיא סוברת שצריך תיקונים בחקיקה ולכן נותנים למחוקק הזדמנות להחליט איך רוצה בדיוק לתקן את זה.

ביהמ"ש פנה לכנסת ואמר מה קורה, נגמר הזמן? הכנסת אומרת שאין תיקון לחוק; **ניסן הורוביץ שר הבריאות אומר שאין בעיה לתקן**.

**שורה תחתונה**- נקבע שההסדר לא חוקתי, המחוקק לא חוקק, **השר** אמר שאם החוק לא חוקתי אז **ככלל רגולטורי** **הוא קובע שמותר להכיר גם בגבר ואישה יחידניים וגם בשני גברים ושתי נשים**.

בוטלה ההגדרה הקיימת, אבל המחוקק לא עשה הגדרה מחודשת. **יש הנחיות של משרד הבריאות**.

**צו ההורות- 2 מצבים**:

1. פונדקאות חו"ל.
2. בת הזוג של הנתרמת בביצית.

**כמה קצוות פתוחים**. **1) מה קורה כאשר מישהו רוצה לבטל אותו?** הגיעו כמה מקרים לביהמ"ש בהם 2 בנות זוג לסביות נפרדו. לפעמים זה היה בהסכמה ולפעמים אחת לא רצתה לראות את השנייה. לפעמים היה צו הורות צולב.

לפי גישה שמרנית וליברלית- זוגיות היא דבר הסכמי פרטי 🡨 יש אינטואיציה שגם הורות זה הסכמי פרטי. אם 2 בנות הזוג מתאים להן להיפרד וכל אחת תיקח את הילד שלה, נניח שגם יש חוות דעת שזה מה שטוב לילד [כל אחת מרגישה יותר אמא לילד שלה] אין בעיה. היו כמה פסקי דין בכיוון הזה.

אבל מה המשמעות של פסקי דין כאלה למוסד ההורות, וספציפית לבני זוג מאותו מין? בהתחלה חשבו שזה טוב כי זה הסכמי, אבל בהמשך הם הבינו שזה נזק מאוד גדול להורות בין בני זוג מאותו מין. הם אומרים בעצם "עבדנו עליכם", **אנחנו לא באמת הורים-כשנפרדים כבר לא הורים**. **בהורות ביולוגית לא העלנו את זה לדעתנו** **שבגירושין אחד ההורים כבר לא הורה של הילד**.אולי יש הסכם משמורת, אבל לא מנתקים את ההורות.

**זה עדיין לא הגיע לביהמ"ש העליון**. ביהמ"ש המחוזי קיבל את עמדתו של ליפשיץ ואף ציטט אותו. זה סמי-ליברליות להגיד שאם זה מתאים לשני ההורים, אז לא ניתן להתערב. הכי מטריד שיש גם חוות דעת שאומרת שזה טוב מבחינת טובת הילד.

**2)** התחיל באימוץ ולא אהבו את זה לכן עשו צו הורות. גם צו הורות הוא מציק. התחיל להיות קו חשיבה, בעיקר בנות זוג מאותו מין, אבל לא רק, שאמר שנעשה את זה בבית חולים. **נחזור לרישום ונוותר על צו הורות פסיקתי**. כאשר אישה יולדת בבי"ח היא תוכל ללכת לעמדה של משרד הפנים בבית החולים, כמו שאוטומטית רושמים את הבעל באישה רווקה, אז לעשות אותו דבר לגבי בנות זוג. בגבר היא אומרת שהוא האבא הביולוגית, הוא מאשר את זה והם רושמים. **לגבי הלסביות- רצו לייצר הורות דרך הרישום, למרות שבת הזוג לא האמא הביולוגית**.

**פס"ד וייסברג נ' צור**- **הטענה הזו עלתה ונדחתה**. **בימים אלה הולך לצאת הדיון הנוסף**. **השופט הנדל** היה בדעת הרוב בהליך הקודם (והוא תכף פורש, יכול אחרי 3 חודשים עוד לחתום על פסקי דין). זה **נדחה מרמה פורמלית**. **באו עם טענה של שוויון**- למה לרשום גבר במקרה כזה? המדינה אומרת כי הוא הורה ביולוגי ואילו האישה בת הזוג לא הורה ביולוגית. לא נוכל לכתוב "מזיקה לזיקה". שאלו מה קורה אם זה גבר שהוא תורם זרע? אז ענו שלא יודעים מיהו. **עכשיו שינו את הטופס- כדי לכתוב את האבא הוא צריך להצהיר שהוא ההורה הביולוגי**. **מסווה של שוויון**.

צו הורות= זיקה לזיקה.

**השיח בישראל**: שמרנים נגד צווי הורות. ליברלים- בעד צו הורות בלי בימ"ש, אלא בבית חולים. **לדעת ליפשיץ**- עווילות העמדה השמרנית היא ההתנגדות לצווי הורות. אין להם היגיון. כעניין פרקטי יש מישהו שכבר לקח תרומה או פונדקאות, בן הזוג שלו חי ומגדל את הילד. **איזה ערך משפחתי ניתן לומר שאני רוצה פער בין איך שהמשפחה מתנהלת לבין הגושפנקא המשפטית?** הרי חלק מערכי המשפחה- משפחות זוגיות; ילד יודע מראש מי ההורים שלו; הורות לא ניתן להחליף בהסכם; אינטרס עליון= להכיר בצו הורות ולעשות אותו כמה שיותר פשוט וברור מאוד. לא יכול להיות שאחרי שאדם נפרד, הילד יגלה שמי שגידל אותו הוא לא ההורה שלו.

**מצד שני, פשוט הוא לא בהכרח לטובת הילד**. דווקא הסכמי הפרידה, דווקא כי מוסד ההורות כה חשוב, זו **טעות לעשות את זה בבית חולים כמשהו גחמתי**. אם בהסכמי ממון ביהמ"ש אומר שלא ניתן לעשות סתם, אלא צריך להתייצב בבימ"ש. האם החלטה על זה ששניהם הולכים להיות הורים יותר חשובה מאשר הפרדת רכוש או שיתוף ברכוש? לכן **חייב להיות מיסוד של זה בצורה יותר מסודרת**. בזמן ההחלטה על ההפריה או הפונדקאות לקבוע כללים, בדיוק כמו בהסכם פונדקאות, גם בתרומת זרע צריך לקבוע שאם אישה רוצה לקבל תרומת זרע לא כיחידה אלא כבת זוג, שתהיה פרוצדורה שצריך לעשות הסכם מפוקח, להסביר שזה בלתי מפוקח. מרגע שנולד הילד יש לו 2 הורים.

חייב להסביר את ההליך המשפטי. **אם זה לא בבימ"ש, אז שום חוזרים לרישום ולא יוצר זכות מהותית**. אין הורות מהותית.

כל הצדדים שוגים במהלך הזה. השמרנים היו צריכים לתמוך בצו הורות- מרגע שנוצרה מציאות [שני הורים שמגדלים ילד] ראוי שהמשפט ייתן לזה גושפנקא. ליברלים טועים כי ההורות צריכה להיות משהו שמוסבר לצדדים מראש, בלתי הפיכה.

**לגבי המבחן**-

1. שאלה אחת של אירועון: שאלה אחת שאחריה נדון בנושאים המשפטיים המתעוררים; או אירועון מתגלגל. תמיד לשים לב מה השתנה. אם בא' אומרים שהם מתחתנים בנישואים דתיים ואז בב' מתחתנים בנישואים אזרחיים- לשים לב. להבין על ההשפעות. לחשוב טריקי. לחשוב יצירתי.

נישואים אזרחיים- נפרדו ולא התגרשו, אחד מהם מת. נישואים דתיים ולא נפרדו= עדיין נשואים. נישואים אזרחיים ונפרדו- מכוח ידועים בציבור לא מוכרים בזמן המוות; אם מכוח נישואים- משמעות ל-3 הגישות וכו'.

מזונות- יהיה מספרים.

1. יהיה במבחן דף עזר עם סילבוס מקוצר. חשוב לזכור את ההלכות העקרוניות. אם יש מקרה שדומה לעובדות של פס"ד אז זה לא במקרה. להסביר את הדמיון והשוני.
2. מחייב למבחן מה שלמדנו בכיתה + חומרים לעבודות + לימוד עצמי + חומרי קריאה.
3. יש שאלת מחשבה- למשל, עמדה של מלומד ושואל מה דעתנו; הצעת חוק חדשה ושואלים במה שונה מהמצב המשפטי הקיים ומה דעתנו על זה; לכתוב ראשי פרקים למאמר על נושא מסוים; לכתוב ראשי פרקים לפסק דין חדש בביהמ"ש העליון בדיון נוסף- למשל וויסברג נ' צור [בהתאם לנתונים חדשים].
4. לא צריך להזכיר מספר הליך של אזכור פס"ד.
5. המבחן הוא שעתיים.
6. אירועון- לפתח את האפשרויות השונות, ליישם על המקרה הספציפי.

**הסילבוס [נקבל במייל מפורט]**

1. מבוא כללי: פרטי-ציבורי, יחידה-יחידי. טיעון נורמטיבי. גם באירועון אם יש נושא שלמדנו את הדין ועורר ביקורת בכיתה, אז להזכיר את זה.
2. סמכויות שיפוט.
3. השתייכות דתית ירד מהחומר.
4. 2ג' – זיקה מדינתית- ירד מהחומר.
5. 2ד- התמודדות עם הדין והדיין.
6. 2ה בימ"ש למשפחה, חוק הסדר ותקנות. -מהעבודה והרצאת אורח.
7. נישואים ע"פ דין דתי- רק מה שלמדנו בכיתה. לא צריך ספרות. דיני זוגיות- יצירת נישואים. \*יהודים-פסול יחסי ופסול מוחלט. לדעת רק את הדוגמאות או אם זה לא חלק מהדוגמאות הוא יגיד במפורש במבחן.
8. גיל נישואין וריבוי נישואים- להכיר סעיפי חוק שעוסקים בנישואים.
9. תחליפי נישואים- **ידועים בציבור: חשוב להכיר את הפסיקה**. יש להפעיל את 4 המבחנים- חיים ביחד וכו'. אנחנו בכיתה יותר התמקדנו בפן הנורמטיבי, אבל לעבור על פסקי הדין כדי לראות איך ליישם את הדין. הסכמה של ידועים בציבור (ללא ניצול, נישואים שניים)- **בר נהור**; אם יש עובדות אחרות אז להיות רגישה לעובדות ולהכרעה שלי.
10. נישואים פרטיים ונישואים אזרחיים.
11. הצורך בנישואים אזרחיים רשמיים- לדעת רק את החובה ומה שלמדנו בשיעור.
12. אלימות במשפחה- לימוד עצמי. לדעת את החוק+ פס"ד 1 – ניר נ' ניר.
13. גירושין.
14. מזונות בן זוג.
15. מדור- יורידו את פסקי הדין.
16. פירוק שיתוף ודמי שימוש ראויים- יורד מהחומר. 5ג.
17. חזקת שיתוף- חשוב להכיר את פסקי הדין. מאוד תלוי בעובדות.
18. שיתוף וחובות לצדדים שלישיים- יורד מהחומר.
19. הון אנושי ומוניטין- למדנו.
20. חוק יחסי ממון.
21. איזון משאבים.
22. דנג"ץ הבוגדת.
23. הסכמים בין בני זוג- דיברנו על הסכם ממון. להכיר את סעיפי החוק 1-2+אימוץ ואישור+ בר נהור+ **פגאס** [לא למדנו אבל צריך להכיר- פס"ד שאחד עושק את השני, פס"ד שגוי לחלוטין]. כל היתר יורד.

חוק יחסי ממון אומר שצריך הסכמה. אם אין הסכמה- האם ניתן להחיות את זה? שני פסקי דין מחוזיים שאימצו את עמדתו של פרופ' ליפשיץ שאפשר לשאוב מדיני חוזים כמו פס"ד קלמר. -לא למבחן.

אם יש הסכם ממון, ואז אמרו שיש כפייה ועושק. האם נפעיל דיני חוזים או התאמות? -לא למבחן.

1. חלוקת פנסיה בין בני זוג- פנסיה=למדנו את העיקרון שפנסיה הוא נכס שמחלקים אותו [לידאי]. אנחנו נוריד מהחומר.
2. ירושה- לדעת את סעיפי החוק ולא צריך את הפסיקה. -ידועים בציבור, נשואים.
3. הורים וילדים- מבוא כללי של טובת הילד – מורידים.

קביעת הורות- לדעת הכל ברמה טובה.

הפקעת הורות ואימוץ ילדים- הורדנו.

אפוטרופסות והחזקת ילדים, הגירה- מה שהיה לעבודה.

1. מזונות ילדים. -יהיו חישובים [אפשר מחשבון].
2. הסדרים לגבי שיפוי- לימוד עצמי. מזונות ילדים 🡨 שינוי נסיבות או הלכת התביעה העצמאית [הורים לא ייצגו כראוי את הילד]. **הבחנה בין העמדה של השופט הנדל, עמית ורובינשטיין**.

* נקבל סילבוס כנספח למבחן בתומקס. וגם את הבחינה כנספח.
* חלוקת ניקוד 75-25. שאלת מחשבה בין 10-25 לנקודות.
* הגבלת מילים.
* שאלת מחשבה עם ראשי פרקים- נניח דנג"ץ הבגידה. יגידו שמלומד חשוב בדיני משפחה כותב מאמר לגבי איזה נושאים יש הכרעה ברורה. ואז לדון בראשי פרקים לגבי מה עלה שם, מה הוכרע. או פס"ד וייסברג נ' צור- נניח שיוצא עוד דיון 🡨 יגידו מה נקבע שם ונצטרך להביע דעתנו וכו'.

בהצלחה ♥