**מחברת מקוצרת דיני משפחה – תשפ"ב / פרופ' שחר ליפשיץ**

**מבוא**

**דיני הגירושין במאה ה-19 (בעולם מערבי ליברלי)**

**עקרונות**:

1. **תפיסה ציבורית-** בניגוד לחוזה רגיל, חוזה הנישואין עוסק בתאולוגיה אזרחית ולכן לביהמ״ש יש את הזכות להתערב ביחסים בין הצדדים. התפיסה הרווחת הייתה שדיני המשפחה הם חוזה מיוחד אשר לו 3 צדדים- בנה"ז והמדינה (פס״ד מיינרד נ׳ היל).
2. **תפיסה יחידתית**- המשפחה היא יחידה אחת ולא אוסף של יחידים ובכך נוצרת אוטונומיה משפחתית שהיא על חשבון זכותו של היחיד.
3. **תפיסה מגדרית**- מעבר מתפיסה היררכית- הגבר הוא ראש המשפחה ומתוקף תפקידו הוא שולט ברכוש וקובע בענייני הילדים, לתפיסה של מתחמי אחריות- האישה מקבלת את המשמורת מתוקף היותה אחראית על הילדים= חזקת הגיל הרך.

* מאפייני עילת הגירושין: **(1)** הסכמת הצדדים; **(2)** עילת גירושין הכוללת **אשמה** (בהכרח צד אשם וצד זכאי).
* דיני המזונות: כאשר מתגרשים הקשר לא מתנתק לחלוטין מכיוון ויש **alimony** ויש למנגנון 3 תכונות מרכזיות:

1. **מגדריות** – רק גברים נושאים בתשלום מזונות.
2. **לא מוגבל בזמן** – עד שהבעל ימות, עד שהאישה תמות או עד שהאישה תתחתן מחדש.
3. **תלות באשמה** –הבעל ישלם במקרה שבו הוא אשם. מנגד, כאשר האישה אשמה היא לא זכאית למזונות.

**דיני הגירושין במאה ה-20**

**עקרונות**:

1. **מוסד פרטי**- מכיוון שמדובר בעניין רגשי והמדינה אינה צד בנישואין, המדינה לא תקבע למשפחה מה מוסרי ומה לא.
2. **גישה של יחידים**- מעבר למודל שמדגיש את היחיד בתוך המשפחה. לדוג', גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה.
3. **המהפכה השוויונית**- עוברים לשפה עיוורת מגדר. לדוג', דיני המזונות יקבעו ששני ההורים מחויבים במזונות ילדיהם, פיתוח עיקרון טובת הילד וביטול חזקת המשמורת המוחלטת לאם.

* מאפייני עילת הגירושין: מעבר למודל גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה. התווספה עילת גירושין חדשה- התמוטטות בלתי הפיכה של מערכת היחסים ← הכרה בצד אחד.
* דיני המזונות: השאיפה היא לפרידה חדה ללא מזונות כלל (Clean Break). אך במידה ונקבע שיש לתת מזונות, המודל הינו מצומצם ובעל תכונות הפוכות ממה שהיה בעבר: **(1) עיוור מגדרית**- מי שהיה נתמך במהלך השנים יקבל את המזונות; **(2) טווח זמן מוגבל**- מתקיים במודל של מזונות משקמים; **(3) ללא אשמה**- אין צורך להוכיח אשמה ע"מ לקבל מזונות.

**דיני הגירושין במאה ה-21**

נק' מבט מורכבת בשני היבטים שונים: **(1)** פמיניזם ליברלי: הייתה ציפייה שהשינויים יטיבו עם הנשים אך חלה **עלייה חדה בשיעור הגירושין וירידה משמעותית במצבן הכלכלי של נשים לעומת עלייה אצל גברים**, עקב הקלות בה ניתן לצאת ממוסד הנישואין בהשוואה לעבר ולכן החלו קולות הקוראים להשבת המצב לקדמותו. **(2)** משמורת: המעבר למשמורת משותפת גרם לירידה משמעותית במזונות הילדים, כוח המיקוח של הנשים ירד מאחר והגברים יכולים גם לדרוש משמורת ולשלם פחות מזונות.

**התמודדות של השופט האזרחי מול הדין הדתי**

בין ביד״ר לביהמ״שׁ קיימים הבדלים בין התפיסות (ציבורי מול פרטי, יחידתי מול יחיד ומגדרי מול שוויוני) הדבר יוצר מתח והתמודדות בארבעה מישורים כאשר השופט האזרחי נאלץ להחליט באמצעות הדין הדתי (שלעיתים עומד בסתירה עם השקפת עולמו).

1. **אבחנה בין פרוצדורה למהות**- הדין המהותי הוא הדין הדתי בעוד שהדין הפרוצדוראלי הוא הדין האזרחי. במקרים רבים שימוש בפרוצדורה יכולה להוביל לתוצאות מהותיות: **(1)** תביעה שהוגשה בנושא שנופל תחת סמכות ביהמ״ש ניתן לכרוך גם את סוגיות הנישואין (סמכות אגבית); **(2)** בנישואין שנערכו בחו״ל, השופט יכול להפעיל את המשב״ל וכך להחיל את הדין האזרחי בנושא מהותי-דתי; **(3)** שימוש בדיני מרשם האוכלוסין- ביהמ״ש משתמש בכלי פרוצדורלי זה כדי לקבוע מהותית מי רשאי להירשם כנשוי ולתת זכויות. לפקיד יש סמכות לרשום זוג כנשוי אם ראה תעודת נישואין שלא נראית מזויפת. במידה ומתנגד, ביהמ"ש יכול להורות עליו לרשום את הזוג (פס״ד פונט שלזינגר- זוג מעורב שהתחתן בחול ומבקש להירשם כנשוי. פס״ד בן ארי- הבנק מסרב לתת משכנתא לזוג חד מיני בטענה שאינו נשוי, ברק קובע כי מדובר בעניין פרוצדורלי שיש לאפשרו).

* השאלה מי נשוי היא שאלה מהותית והשאלה האם לרשום היא שאלה פרוצדורלית.

1. **בחירה בפרשנות מהותית של הדין הדתי שתואמת לערכים אזרחיים**- אימוץ דעות מיעוט הלכתיות. לדוג'-

* מדור: לפי הדין הדתי, הבעל חייב במזונות אשתו כל עוד הם נשואים, הכוללים גם מדור. יש 2 דעות הלכתיות כיצד הגבר צריך לדאוג לאשתו למדור: **(1)** ספציפי- לאפשר לאישה לגור בבית המגורים (בין אם רשום ע"ש הגבר/ בנה"ז) 🡨 פרשנות רווחת. **(2)** כללי- אם אין לאישה יכולת כלכלית לשכור לעצמה דירה, על האיש לדאוג שיהיה לה הכסף לכך. בפס"ד כליפא ביהמ״שׁ העליון בוחר בפרשנות של מדור כללי (דעת מיעוט) כדי לאפשר סעד של פירוק שיתוף (כאשר שותפות אינה טובה, יש לפרקה ולא להכריח את הגבר להשאיר את אשתו בדירה).
* התחשבות בכושר השתכרות פוטנציאלי של האישה- לפי הדין הדתי הבעל חייב במזונות אשתו וכנגד החובה שלו לזון אותה יש לו זכות במעשה ידיה (=המשכורת שהיא מרוויחה). מה הדין כאשר האישה לא עובדת אך יש לה פוטנציאל השתכרות?
* הגישה בביד"ר- **בעבר** לא ניתן להכריח את האישה לעבוד ומכאן א"א לקזז את המשכורת. **כיום** עבודת פקידות או הוראה נחשבות למלאכות רווחה ״טווה בצמר״ וניתן לחייב את האישה לצאת לעבוד ולפיכך לקזז לה במזונות.
* הגישה בביהמ"ש האזרחיים- בפס"ד בייקל ופדן ביהמ"ש קובע שניתן לקזז מהמזונות את המשכורת של האישה לו הייתה ממשיכה לעבוד (גישה שמתיישבת עם גישה עיוורת מגדר).
* ביקורת של ליפשיץ- בפדן מדובר באם חד הורית ובמידה ותבחר להישאר בבית עם הילד בשנה הראשונה, ביהמ"ש קבע שזו החלטה לא לגיטימית. מכאן: **(1)** מה הגבול של ביהמ"ש שבוחר להתחכם אל מול הדין הדתי מתוך חשיבה אזרחית? **(2)** האם ביהמ"ש שקל עד הסוף היבטים אזרחיים?
* מזונת ילדים: יש שתי פרשנויות לגיטימיות של הדין הדתי: **(1)** עד גיל 15 האב משלם מזונות (גישה מקובלת); **(2)** עד גיל 6 חובת האב ובגילאים 6-15 חובה משותפת של ההורים בהתבסס מצב כלכלי. השיקולים האזרחיים הם אלו שיכריעו בין השניים. פוגלמן ב919/15, בוחר באפשרות השנייה מתוך שוויון, טובת הילד וכו'.

1. **פרשנות מניפולטיבית של הדין הדתי**- השופטים מעוותים את הדין הדתי ומציגים את הפרשנות שלהם בחסותו. הדבר יכול להיות הן בדרך סמויה והן בדרך גלויה.

* מזונות אישה: הבעל יכול לדרוש ביטול/הפחתה של מזונות כאשר: **(1)** האישה בוגדת; **(2)** האישה עוברת על דת משה(גורמת לבעלה לעבור על מצוות התורה); **(3)** עוברת על דת יהודית. עילות אלו שייכות למערכת מבוססת אשמה שלא מזוהות עם המשפט האזרחי, מכאן עולה סוגיית המוסר הכפול ושיפוט מוסרי. ע"מ להתמודד עם הקושי הנ"ל, השופט שמגר מיישם בצורה שגויה את הדין כדי לקיים את עיקרון ההדדיות (אם הבעל מתנהל באותו אופן הוא לא יכול להלין על אשתו), מדובר בפעילות אקטיביסטית שסותרת במודע את הדין הדתי.
* פס״ד פרידמן- אישה סיפרה לרב שבגדה והרב נאלץ להעיד על כך. ביהמ״ש העליון מפרש את ספרו של שרשבסקי בצורה שגויה וטוען כי עדותו של הרב לא עולה לכדי ראיה אך הדבר רלוונטי לדיני גירושין ולא לעניין הקנייני- דיני מזונות ולכן האישה זכאית למזונות 🡨 **שמגר** טעה ביישום הדין הדתי ע"מ להכווין לתוצאה אזרחית ראויה בעיניו.
* פס״ד כהן נ׳ כהן- האישה נתפסה בוגדת אך גם הגבר בגד. **שמגר** קובע שאמנם האישה בגדה, אך מאחר והבעל עשה זאת עוד קודם, הבגידה שלה לא תהווה טענת פטור לתשלום מזונות (=החלת עיקרון ההדדיות).
* ביקורת של ליפשיץ- יש לבחון את המציאות דה פקטו. נניח ויש בנה"ז פרודים והם ממשיכים בחייהם: **(1)** אם הבעל מסרב להתגרש ולכל אחד מבנה"ז יש בן זוג חדש- הגיוני להכריח את הבעל לשלם מזונות ולא לאפשר לו לטעון שהאישה בוגדת(עיקרון ההדדיות); **(2)** האישה מסרבת להתגרש- להכריח את הבעל לשלם מזונות כשהאישה ממשיכה בחייה מהווה סתירה של העקרונות האזרחיים. לפיכך, לא כל חריגה מהדין הדתי תואמת את העקרונות האזרחיים ולא תמיד כשמתחכמים בביהמ"ש האזרחי זה יוביל לתוצאה צודקת.

1. **התעלמות מהדין הדתי ויצירת מסלול אזרחי אלטרנטיבי-** פס"ד פלונית נ' פלוני (לגבי אבהות)- ילדה מוסלמית שנולדה מחוץ לנישואים. לאישה לא מגיע מזונות ע"פ הדין המוסלמי מכיוון שאין לילדה אבא. בית הדין השעי מפנה את האישה לביהמ"ש האזרחי והוא קובע שכאשר יש תוצאה בלתי נסבלת מכוח המשפט הדתי, הוא יכול לפתח משפט אזרחי אלטרנטיבי מכוח עקרונות יסוד מופשטים. במקרה דנן, האב הביולוגי, זה שהוליד את הילד צריך לדאוג לו ולכן מייצר דיני מזונות מכוח משפט הטבע וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

* נושא האבהות אצל יהודים ונוצרים הוא במשפט אזרחי לעומת זאת אצל המוסלמים זהו עניין של מעמד אישי הדין צריך להיקבע על פי הדין הדתי.

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

1. **התמודדות במישור הסמכות- צמצום ופיקוח שיפוטי-** כאשר ביד״ר פועל בחוסר סמכות, ביהמ״ש האזרחי פועל בשני מישורים: **(1)** בג״צ מתערב באמצעות סע' 15(ד) לחוק סמכויות השיפוט (על אף שאינו ערכאת ערעור על בג"צ). **(2)** צמצום מקרים המוגדרים כדין אישי, את ההלכות ואת הסמכות של ביד״ר. לדוג'-

* יחסי רכוש- בחשבד״ר נקבע כי ענייני נישואין וגירושין הם בסמכות בד״ר, עולה שאלה פרשנית מה לגבי יחסי רכוש? **(1)** גישה אחת- יחסי רכוש הם נושא אזרחי של דיני הקניין והם אינם חלק. **(2)** גישה שניה- מדובר בקניין משותף של בני הזוג ולכן מדובר בענייני נישואים וגירושים (אסמכתא לכך בש"ע). פרשת צידס- העליון קבע שיחסי רכוש הם עניין אזרחי וחלק מדיני החוזים ודיני הקניין.
* מזונות ילדים- בסע' 3 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים מופיע במפורש שמזונות ילדים הוא נושא שניתן לכרוך בתביעת גירושין. למרות זאת, בית המשפט קובע שלא ניתן לכרוך מזונות ילדים.
* משמורת וחינוך- למרות שבתי המשפט מסכימים שמשמורת כרוכה באופן טבעי 🡨 ישנה אבחנה בין משמורת פיזית לבין משמורת רוחנית (חינוך). החינוך לא נכרך בבית הדין אוטומטית ולכן ניתן להגיש תביעה נפרדת. אין כאן סימטריות מכיוון שבביהמ״ש הדיון במשמורת כולל חינוך.

1. **פיקוח על הפרוצדורה בבד״ר- התערבות בפועל בתוך בית הדין-**

* **בעבר** (לפני חקיקת חו"י)- הפיקוח על התהליכים היה מצומצם, בבחינת "הדין הולך אחר הדיין". ביהמ"ש יתערב רק במקרים של הפרה בוטה של כללי הצדק הטבעי. פס"ד אסי- ניגוד עניינים בין העו"ד לדיין.
* **כיום** (לאחר חקיקת חו"י)- התערבות מכוח הכפפה של ההליכים בבד״ר לחוקי היסוד ולזכויות שנקבעו בהם. הלוגיקה החוקתית חלה על ההליכים הפרוצדורליים בבית הדין. לדוג'- **(1)** פס״ד לב- צו עיכוב יציאה שנקבע בבד״ר בוטל בבג״צ שקבע שהצו פוגע בחופש התנועה של האישה ושהפגיעה לא מידתית. **(2)** בג״צ נתניה- גבר מצלם את אשתו בביתה כאשר היא בוגדת, בג״צ קובע שאין הצדקה לפגיעה בפרטיות עקב הזכות לפרטיות.

1. **הכפפת ביה"ד הדתי לחקיקה והפסיקה האזרחית בכל נושא שאיננו מעמד אישי**-

* רקע- בעבר הכלל היה- ״הדין הולך אחר הדיין״. קרי, בד״ר היה יכול להפעיל דין דתי גם על נושאים אזרחיים. **חריג-** כאשר החוק פונה אל ביד"ר במפורש. לדוג'- חוק יחסי ממון, חוק שיווי זכויות האישה, חוק הכשרות המשפטית ואפוטרופסות (חוק טובת הילד). בשלב מסוים הדין השתנה לחזקת השיתוף. **לפני** הלכת בבלי, אם גבר הגיש תביעה רכושית לביד"ר **לא** היו מחילים את הלכת השיתוף(תקדים של ביהמ"ש ולכן לא חל) והרכוש היה שייך לבעל. אך אם האישה הייתה מגישה תביעת רכוש לביהמ"ש אזי היו **מחילים** את הלכת השיתוף והאישה הייתה מקבלת חצי מן הרכוש 🡨 ביטוי למרוץ סמכויות.
* פס"ד בבלי (שינוי המצב הנוהג)- **נקבע כי על בד״ר להחיל את הדין האזרחי על כל נושא אזרחי שמגיע לפתחו.** חלק מהדיינים לא קיבלו את הלכת בבלי, וחלק כן בגלל ״דינא דמלכותא דינא. כיום יש מחלוקת סביב סוגית הרכוש: **(1)** בד״ר לא אוהב את שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי מאחר וזהו כלל פסיקתי. **(2)** בג״צ הבגידה- בד״ר מנסה להכניס שיקולי אשמה מינית לתוך המשפט האזרחי באמצעות סע׳ 8 לחוק יחסי ממון המאפשר לסטות מחלוקה של 50/50 ברכוש. ביהמ״ש מסרב להכיר בשיקולי אשמה מינית בפרשנות הסע׳ אך מקבל את החלטת בד״ר, מכיוון שפעל לפי הכללים. הסייג לבג״צ בבלי הוא סייג בג״צ הבגידה.

1. **הכפפת בתי הדין הדתיים לפרשנותו של בית המשפט העליון את הדין הדתי (בנושאים המסווגים כמעמד אישי)**- האם בית הדין הדתי יפעיל את הדין הדתי כפי שהוא חושב שצריך להחיל אותו או כפי שבית המשפט העליון חושב שצריך להחיל אותו? ע"מ שתהיה אחידות בין הערכאות כפי שנקבע בבג״צ בבלי.

* פס״ד אקנין- הבעל עוזב את הבית אך האישה לא רוצה להתגרש. הבעל מגיש בקשה לפירוק שיתוף כי הוא רוצה למכור את הדירה בה גרו, אך האישה מקדימה אותו ומגישה תביעת מזונות אישה לביה"ד (מזונות אישה ניתן להגיש בכל ערכאה והם כוללים מדור). ביה"ד פסק כי לאישה יש זכות למדור ספציפי כל עוד הם לא התגרשו – לכן, אם יהיה פירוק שיתוף זה יהיה כפוף לזכות האישה. אולם ביהמ"ש היה פוסק מדור כללי (כפי שנפסק בכליפא) – לכן הבעל עותר נגד החלטת ביה"ד בטענה שמדור ספציפי פוגע בזכותו לקניין. חשין מסכים עם טענת הבעל, אך שופטי הרוב קובעים כי יש גבול כמה ניתן להכריח את ביד"ר לפסוק. **בנושאים אזרחיים ניתן להכריח את ביה"ד לפסוק לפי המשפט האזרחי, אך בנושאים שנקבעו כנושאים דתיים בית הדין יקבע לפי פרשנותו.**

**ההליך המשפטי**

* כל תובענה לביהמ"ש/ביה"ד תיפתח בהגשת בקשה ליישוב סכסוך ע"פ סע' 3(א) לחוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה. **ניסוח** למבחן- ראשית, בהתאם לחוק להסדר התדיינות על \_\_ להגיש בקשה ליישוב סכסוך [סע' 3(א)].
* תובענה= כלל ההליכים למתן סעדים זמניים [סע' 2- הגדרות].
* ניתן לבקש סעדים זמניים בתקופת עיכוב ההליכים- ניתן בתקופה זו לפנות למתן סעד דחוף/זמני [מזונות, החזקת ילדים באופן מידי, עיכוב יציאה מהארץ] או קיצור/הארכת תקופת עיכוב ההליכים [סע' 3(ז)].
* ע"פ סע' 10(ב), ניתן להגיש בקשה לסעד זמני לערכאה שיפוטית אחרת מזו שאליה הוגשה בקשה לי"ס ויש לציין זאת בטופס הבקשה. ברם, על הערכאה השיפוטית לבחון את הצו בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה (בג"צ לב).
* סע' 4 לחוק להסדר התדיינויות **–** בתום 60 ימים מיום בקשת הבקשה ליישוב סכסוך, אם הצדדים לא הגיעו להסדר מוסכם בהליך ליישוב סכסוך בהסכמה, הצד שהגיש תחילה את הבקשה ליישוב סכסוך, יכול להגיש תוך **15** יום תביעה לערכאה שיבחר בה.

**רקע לחקיקת החוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה**:

* **הוראת שעה**- חוק שהוגבל לתקופת זמן מסוימת [לאחרונה נקבע בכנסת שיהפוך לקבוע].
* **מדוע זו מהפכה דרמטית?** עוה"ד חששו מהפגיעה בפרנסתם ובזכות הפנייה לערכאות, וארגונים פמיניסטיים דאגו שהליך הגישור יחליש את הצד החלש עוד יותר.
* **מדוע לקח זמן להחיל את החוק?** היה צריך להקים יחידות סיוע שיתנו מענה דינאמי ורגיש לסכסוכי משפחה- יש שם עו"ס, פסיכיאטר, פסיכולוג ועו"ד.
* **המצב לפני החוק:** הגיעו ליחידות הסיוע רק לאחר צו שיפוטי [בקשה וולונטרית לצו]. אנשים חששו להגיש בקשה ליישוב סכסוך כדי לא לאותת לצד השני על רצון להתגרש שיוביל למרוץ הסמכויות. ההליך כולו היה וולונטרי, ללא עו"ד.
* **הנחות המוצא של החוק**: ההליך האדוורסרי קורע משפחות ומעמיד את ההורים כיריבים כשבתווך נמצאים הילדים- זה גורם נזק לפרט ולחברה, בכל מקרה מרבית הסכסוכים המשפחתיים מסתיימים בהסכם מחוץ לביהמ"ש, ויישוב מוקדם של סכסוך משפחתי יועיל ליצירת מע' יחסית הורית מתפקדת לאחר הגירושין. כמו כן הסכמים שנוצרו בשת"פ עמידים יותר מאשר הסכמים שנכרתו תחת לחץ.

**ערכאות שיפוט- דתית ואזרחית**

**באילו נושאים עוסקים דיני המשפחה?**

1. **תובענה בענייני המעמד אישי** – בדר"כ מדובר בענייני נישואין וגירושין – סע' 51 לדבר המלך במועצה.
2. **ענייני מזונות** – מזונות לילדים / אישה (מזונות אישה ניתנים עד סוף הנישואין) או מדור (לפי היהדות האישה זכאית למדור משמע קורת גג בתקופת הנישואין).
3. סכסוכים הנוגעים לסכסוכים בתוך המשפחה על סכומים שונים יגיעו לביהמ"ש לענייני משפחה.
4. תביעה לאבהות או לאימהות.
5. תביעה והליכים לפי חוקים שונים (המצוינים בחוק).
6. **בן משפחה** – בן זוג (כולל גם ידועים בציבור ובני זוג לשעבר), ילד, הורים, נכדים, הורי הורים, אחים ואחיות.

**המאפיינים המרכזיים של דיני המשפחה בישראל**: 2 מערכות דינים- דתית ואזרחית. יש לשאול 2 שאלות מקדמיות. **(1)** מי יעסוק בנושא? ביה"ד או ביהמ"ש? **(2)** איזו מערכת דינים תחול? אזרחית או דתית? מדובר בשתי שאלות שונות שיוצרות 4 אפשרויות שונות:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **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) |

**אפשרויות לערכאה והדין שיחול:**

1. **דין דתי בבי"ד דתי** [דוג' דיון בתוקף נישואין, ואותו דבר גם בגירושין (למעט זוגות חסרי-דת/כפולי-דת)].
2. **דין דתי בביהמ"ש אזרחי** [מזונות ילדים/אישה].
3. **דין אזרחי בבי"ד דתי** [כריכה – תביעת גירושין בה נכרכים נושאים אזרחיים (דוג' נושאי רכוש)].

* ההתערבות החקיקתית שצמצמה את ענייני המעמד האישי: **(1)** אימוץ ילדים – בנושא זה חל החוק האזרחי (חוק אימוץ ילדים). **(2)** ירושה – חוק הירושה קבע שעל נושא זה יחול הדין האזרחי. **(3)** אפוטרופסות ומשמורת – בנושא זה חל חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
* ההתערבות הפסיקתית שצמצמה את ענייני המעמד האישי: חזקת השיתוף / חוק יחסי ממון (בבלי).
* היררכיית השיפוט:
* בתי משפט אזרחיים – בית המשפט לענייני משפחה 🡨 בית המשפט המחוזי 🡨 בית המשפט העליון.
* בתי דין רבניים – בתי דין אזוריים 🡨 בית הדין הגדול.
* עילות עתירה לבג"צ: **(1)** העתירה מתבצעת מכוח חוק יסוד: השפיטה (ס' 15(ג)+(ד)). **(2)** חוסר יישום להוראת חוק אזרחית – בית הדין היה צריך להחיל דין אזרחי על נושא מסוים אך החליט להחיל דין דתי. **(3)** עניינים שאינם בסמכות הערכאה – דוגמת מזונות ילדים (רק בהסכמת שני הצדדים). **(4)** פגיעה בכללי הצדק הטבעי – למשל מקרה בו בית הדין נתן לצד אחד בלבד להתבטא או מקרה של היעדר הנמקה.

**שאלת סמכות הדיון:**

* **דיני המעמד האישי**: הסמכות לדון בדיני המעמד האישי היא מכוח סע' 47 ו51 לדבר המלך במועצה.
* **סמכות ייחודית: נישואין וגירושין** – סמכות ייחודית לבד"ר מכוח סע' 1 לחשבד"ר הדין הוא דין תורה לפי סע' 2 לחשבד"ר. בהתקיימותם של 4 תנאים: **(1)** זיקה דתית; **(2)** זיקה פרוסנלית; **(3)** זיקה טריטוראלית; **(4)** זיקה עניינית.
* **סמכות מקבילה:** שיפוט אגב גירושין- הסמכות לשני ב״ד והעברת הסמכות לב״ד נעשית בכמה דרכים: מכח כריכה- סע׳ 3 לחשבד״ר, מכח הסכמה- סע׳ 9 לחשב״דר וסע׳ 4 לחשבד״ר- (אישה יכולה לבקש לדון במזונות גם ללא כריכה).

**סמכות נכרכת**

סע' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים- ברגע שמוגשת לבית הדין תביעת גירושין הוא יכול לדון גם בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין (רכוש, מזונות אישה, משמורת). ע"מ שתהיה כריכה בעלי הדין צריכים לבקש מבית הדין לדון בעניינים הנוספים אותם הם מבקשים לכרוך.רציונליים- חיסכון בזמן, מניעים מצבים של החלטות סותרות בין ערכאות, וודאות שאותו שופט/דיין יעסוק בתיק מתחילתו ועד סופו. בעייתיות- מרוץ הסמכויות.

**הגבלות על מגבלות הכריכה**:

* **ניתן לכרוך רק לתביעת גירושין (ולא לאחר גירושין) –** לא ניתן לכרוך לשלום בית (פס"ד ברמן).
* **הסכם גירושין שכרוכים בו עניינים שונים**- בג"צ עמרני- בנה"ז ערכו הסכם גירושין ומגיעים לביד"ר להתגרש. ההסכם אושר. הגבר מערער לבג"צ בטענה שהגיע עם הסכם אך לא היה כרוך לתביעת גירושין. בג"צ קובע שלביד"ר סמכות מאחר שמדובר בסמכות בהסכמה.
* **כאשר תביעת גירושין נדחית, כל הכריכה נופלת**- פס"ד יהלומי.

**הגבלות הקשורות למועד**: מבחן הזמן (פרשת 15 הדקות) – המבחן הקובע הוא מבחן הזמן, ז"א מי הקדים את מי בכריכה.

**עניינים שניתנים לכריכה**:

* תנאי מקדמי לעניינים שאינם כרוכים מטבעם (פס"ד גולדמן): **(1)** אקט מפורש של כריכה. **(2)** ההכרעה דרושה לשם חיסול יעיל של בנה"ז שמתגרשים.
* בג"צ פלוני- אישה שלא כרכה את נושא הרכוש, אך בדיונים דיברה ע"כ. לפיכך, כריכה יכולה להיות גם בדרך של התנהגות.
* בג"צ פלונית (2015)- למרות אי עמידה בתנאים פרוצדוראליים, יש לבחון את המהות.
* **מזונות אישה** – סמכות- מקבילה. דיון באמצעות כריכה בבד"ר/בבהל"מ. דין- הדין הוא דין דתי.
* סע' 4 לחשבד"ר. אישה יכולה להגיש תביעה למזונות אישה לבד"ר בלי קשר לתביעת הגירושין.
* **רכוש-** סמכות- מקבילה. דיון באמצעות כריכה בבד"ר/בבהל"מ. דין- אזרחי עפ"י חוק יחסי ממון פס"ד בבלי
* **משמורת** – סמכות- מקבילה. דיון באמצעות כריכה בבד"ר/בבהל"מ. דין- אזרחי סע' 9 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
* נושא זה כרוך מעצם טיבו וטבעו, גם אם לא צוין בתובענה (פס"ד שרעבי).
* **חינוך** – סמכות- לכאורה מקבילה אך לא הוכרע סופית האם ניתן לכריכה או לא: פלורסהיים – גם אם הוגשה תביעת משמורת לבד"ר, ניתן להגיש תביעה לחינוך לבהמ"ש. **מנגד,** עפ"י עליזה אמיר אם הוגשה תביעת משמורת לביהמ"ש, לא ניתן להגיש תביעת חינוך לבד"ר. דין- אזרחי.
* **אימוץ ילדים**- סמכות- מקבילה אך ביד"ר דן רק בהסמכת הצדדים. דין- אזרחי.
* **ירושה**- סמכות- מקבילה אך ביד"ר דן רק בהסמכת הצדדים. דין- אזרחי.

**עניינים שאינם ניתנים לכריכה:**

* **ברית מילה-** בג"ץ 8533/13: לא ניתן לכרוך נושא זה מכיוון ואין זיקה מספיק חזקה לגירושין. נאור (דעת הרוב) – החלטה זו הנה מורכבת ורגישה ונוגעת לשיקולים חברתיים ושל חופש מדת. ראוי לדון בכך בנפרד לפי עיקרון טובת הילד. הנדל (מיעוט) – אין לקבוע כלל גורף השולל את האפשרות לכרוך ברית מילה בגלל החשיבות שלה וההשפעה שלה על זהות הילד.
* **מזונות ילדים-** סמכות- דיון באמצעות כריכה **בהסכמה בלבד** בבד"ר/ בהל"מ (סע' 9 לחשבד"ר).דין- שנים רבות חל על מזונות ילדים דין דתי. כיום, בהתאם לפס"ד מהשנים האחרונות, מזונות הם תחום אזרחי ומכאן שהם יותר שוויוניים. עם זאת, בתי הדין הרבניים רוצים להחיל דין דתי על מזונות ילדים ולכן לא ברור מה עתיד צופן.
* הלכת שרגאי – לא ניתן לכרוך מזונות ילדים אלא בהסכמת הצדדים בהתאם לסע' 9 לחשבד"ר. מחלק את המזונות ל-2: תביעה עצמאית של הילד – לא ניתן לכרוך ברציונל להקדיש לילד תביעה נפרדת מהגירושין. השבת הוצאות – ניתן לכרוך.
* בע"מ 7628/17 פלוני – דעת הרוב: הלכת שרגאי עומדת ולא ניתן לכרוך לבד"ר את מזונות הילדים (אך ניתן לכרוך את נושא השבת ההוצאות). דעת המיעוט של הנדל: ניתן לכרוך לבד"ר את נושא מזונות הילדים.

**מבחני הכריכה עפ"י פס"ד פייג פלמן:** מהפס"ד עולים 3 מבחנים שנועדו למנוע מצב בו אחד מבנה"ז מנצל את הכריכה לרעה.

1. **האם תביעת הגירושין כנה?**
2. תורג'מן - היצמדות לדין הדתי לאורך כל הדרך - יש דרישה לעילת גירושין הלכתית (ריב בין הצדדים לא מהווה עילה).
3. 787/14 פלונית – התנהגות הצדדים יכולה להעיד על כנות התביעה (תצהירים, חקירות, פרוטוקולים). הבעל הסכים לגט בכפוף לתנאים [מניפולטיבי].
4. מה קורה כאשר בן זוג מגיש תביעה לשלום בית ולחילופין תביעת גירושין וכל הכרוך בה? פס"ד מאירוביץ'- תביעה חילופית לא פוגעת בכנות התביעה מכיוון שבאופן טבעי ביד"ר מנסה לפשר בין הצדדים. פס"ד שרגאי- הגבר שהגיש את התביעה לא באמת רצה להתגרש, אלא רצה שלום בית ולכן לא ניתן לכרוך. \*עד היום אין הכרעה בין הגישות.
5. **האם הכריכה התבצעה כדין?** נושאים הניתנים לכריכה + כריכה מפורשת ומפורטת.
6. **האם הכריכה כנה?**
7. פיצול תביעות בערכאות שונות – מעיד על כך שאינו רוצה שבד"ר ידון בהכל וע"כ פוגם בכנות הכריכה (פס"ד תורג'מן).
8. חוסר פירוט של הרכוש הכרוךאו של חלקו פוגם בכנות הכריכה (פלונית אנאלפבית).
9. התעלמות מפס"ד של בד"ר בעניין מזונות פוגמת בכנות הכריכה פלונית 787/14.
10. התניית הגירושין התניית הגירושין בהתאם לתנאים מסוימים פוגמת בכנות הכריכה (פלונית 787/14).

* **בחינת תום לב בהעלאת טענת חוסר סמכות של ביד"ר**-
* לפי סע' 39 לחוק החוזים, לא תישמע טענת חוסר סמכות כאשר מדובר בשימוש לרעה בטענה שלא בדרך מקובלת ובתו"ל (בג"צ עמרני).
* יש לטעון מפורשות כנגד סמכותו של בד"ר לדון בתיק בהזדמנות הסבירה הראשונה המזדמנת. אם לאו, לא יהיה ניתן להעלות את הטענה (בג"צ עמרני).
* **הסמכות להכריע בשאלת הכריכה (מרוץ ההחלטות)-** עקרון שמירת הסמכויות (סע' 25(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה) ועקרון הכיבוד ההדדי:ע"פ פייג פלמן- אם ערכאה אחת הכריעה בשאלת הכריכה, על הערכאה האחרת להימנע מלדון בכך.
* **חריג- טעם מיוחד:**
* חוסר חוקיות או פגם חמור היורד לשורש הסמכות (בג"צ אנאלפבית).
* חריגה ברורה מכללי הצדק הטבעי (הליך משפטי לא הוגן – דעת הנדל בפס"ד הברית מילה-אי מתן זכות דיון).
* סוגיה שאינה ניתנת לכריכה (ברית מילה ומזונות ילדים).
* **בחינת חוסר תו"ל דיוני בפניה לבהל"מ:** פלונית פרשת 15 הדקות – האישה לא עדכנה את הבעל במשך 4 חודשים על הדיונים בבית המשפט וכאן סמכותו של ביהמ"ש תיפול בשל חוסר תו"ל. טענה זו תתקבל רק במקרים חריגים מאוד, במצב בו חוסר תו"ל הוא עניין עקרוני.
* **סמכות אגבית-** אם מגישים תביעה שהיא כן בנושא שבסמכות ביהמ"ש ועולה שאלה שאינה בסמכות בהמ"ש, ביהמ"ש יכול לקבל החלטה בנושא שתהיה תקפה רק לצורך הדיון הספציפי (אינה מהווה תקדים).

**סמכות נמשכת**

* כאשר באים לשנות/לתקן הסכם, יש לעשות זאת באותה ערכאה בה אושר ההסכם (מאייר).
* על תיקון של הסכם חל כלל הסמכות הנמשכת (ורבר).

**התנאים שנקבעו בפסיקה לסמכות נמשכת:** (ז. אשם דק)

1. **הייתה סמכות מקורית לדון באותו עניין** (בג"צ סימה לוי):

* סע' 3(ט) לחוק להסדר התדיינויות – ערכאה שיפוטית רשאית לתת תוקף של פס"ד להסדר שהצדדים הגיעו אליו בהליך לי"ס. **האם הדבר מהווה סמכות מקורית?** למבחן- **מחד**, מתן תוקף לא מהווה סמכות מקורית (בג"צ סימה לוי). כמו"כ, ביד"ר חסר סמכות כאשר אחד הצדדים הגיש תובענה חדשה לאחר סיום הליך הגירושין. **מאידך**, יש להביע התנהגות מפורשת לאישור הסכם והדבר לא שולל את סמכות בג"צ וע"פ סע' 3(ט) כאשר יש אישור הסכם, הדבר נותן סמכות מקורית.

1. **העניין הינו בעל אופי מתמשך-** בג"צ סימה לוי: ענייני המזונות והמשמורת הנם בעלי אופי מתמשך שמעצם טיבם וטבעם נוטים להשתנות.
2. **זהות הצדדים: האם הצדדים להליך הם אותם צדדים?**
3. נבחן האם מדובר בתביעה בין בנ"ז והילדים הם לא צד.
4. מעמדם העצמאי של הקטינים: נבחן האם הקטינים מחויבים להסכמות הוריהם?

* בג"צ כץ: הסדרים מוסכמים שהושגו בין ההורים לגבי הסמכות הדיונית ולגבי נושאים מהותיים לא מחייבים את הקטין כשהוא לא היה צד להם. הוא יוכל לפנות באמצעות אפוטרופוס לבהל"מ.
* דעת המיעוט של השופט טירקל: יש למנות לקטין אפוטרופוס כדי שיחווה דעתו בשאלה אם טוב לקטין שענייניו יתבררו בבד"ר או בבהל"מ.
* בג"צ 2898/03 פלונית: הסכם גירושין בין ההורים יחייב את הקטינים רק כשברמה הדיונית עניינם נבחן לגופו כעצמאי ונפרד מיתר סוגיות הגירושין וברמה המהותית הערכאה המוסמכת שוכנעה כי ההסכם משרת את טובת הקטין.
* **לגבי מזונות-** בג"צ 4407/12 פלוני: דעת הרוב – **מבחן מהותי**: האם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים? (טיעון נגד אפשרי – לא היה דיון אלא רק אשרור של הסכם). השופט עמית – **מבחן מהותי דו שלבי**: **(1)** האם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים? **(2)** האם הקטינים קופחו בפועל בסכום שנפסק להם? בכל מקרה, אם הקטין לא קופח במזונותיו אין טעם לדון מחש בסוגיה גם אם לא התמלאה הדרישה הראשונה.
* **לגבי משמורת:** בג"צ 4407/12 פלוני: הנדל ורובינשטיין – יש להחיל את **המבחן המהותי** גם על ענייני משמורת. עמית – יש להחיל על ענייני הקטין מלמד המזונות **מבחן פרוצדוראלי**- דיון נפרד.

1. **דן ופסק –**

* 6021/10 פלונית: סמכות נמשכת חלה רק במידה והערכאה דנה ופסקה בסוגיה הספציפית המועלית מחדש כעת **ואין** באישור הסכם כשלעצמו כדי להקנות לבד"ר סמכות בסוגיות הכלולות בהסכם.

1. **קרבה וצביון –**

* ורבר: הסוגייה המאוחרת קרובה במידה מספקת לזו המקורית, עד כי נשמר צביונו המתמשך של העניין.

1. תוכן המחלוקת – כלל הסמכות הנמשכת אינו כולל נושאים שלא הוזכרו בהסכם המקורי.
2. פער זמן – האם זמן מועט או ארוך.
3. **האם מדובר בבקשה לשינוי או ביטול של פסק הדין?** בשל שינוי נסיבות מהותי.

* **האם הצדדים מבקשים לפרש את ההסכם?** חליווה + ורבר: כלל הסמכות הנמשכת אינו חל על פרשנות הסכם. טענת נגד- טענה שמדובר בפרשנות הסכם וע"כ יש להתייחס אל ההסכם כחוזה וע"מ להכריע בסכסוך, יש לפרש את אומד דעת הצדדים ולעמוד על כוונתם המקורית וע"כ הסכמות בידי ביהמ"ש (בג"צ סימה לוי).

**לסיכום**:

כאשר אנו באים לבחון האם לביה"ד יש סמכות נלך לפי השלבים הבאים:

1. האם יש סמכות מקורית ראשונית?(נישואין\גירושין)
2. האם יש סמכות נכרכת(אם הגירושין הסתיימו אז אין)?
3. האם יש סמכות נמשכת? 2 תנאים + חריגים וילדים.
4. האם יש סמכות מכוח הסכמת הצדדים? רק בענייני מזונות ילדים/ירושה/אימוץ.
5. לא לשכוח לבחון תו"ל.

**כריכה**

**הדין והסמכות החלה בנושאים שונים:**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  | סמכות שיפוט | מה הדין החל? | אסמכתאות |
| נישואין | תוקף הנישואין | סמכות ייחודית לביה"ד הדתי | דין דתי | סע' 47, 51 לדבר המלך במועצתו, סע' 2 לחוק שיפוט ביה"ד הרבניים |
| כשרות להינשא |
| תביעה לשלום בית |
| גירושין |  | ביה"ד הדתי | דין דתי |
| מזונות אישה | עד מתן הגט | יש מרוץ סמכויות- ניתן להגיש תביעה גם לביה"ד וגם לבימ"ש למשפחה | דין דתי  (יישום הדין משתנה לאור פרשנות בהתאם לאיזה ערכאה התיק הגיע) | סע' 1+3 לחוק בימ"ש לענייני משפחה, סימן 51 לדבר המלך במועצתו, סע' 2(א) לחוק תיקון דיני המשפחה (מזונות). |
| מזונות ילדים |  | טיעונים למבחן:  1. ס' 3- ניתן לכרוך מזונות ילדים.  2. לפי הלכת שרגאי כולל רק השבת הוצאות ולא תביעה עצמאית למזונות ילדים.  3.5933 הנדל- ניתן לכרוך.  4. 6 7628/17- רוב: הלכת שרגאי קיימת. מיעוט (הנדל)- ניתן לכריכה מכוח ס' 3.  5. ניתן לכרוך בהסכמת הצדדים. | בעבר הדין הדתי, כיום יש מחלוקת אך נטייה לדין אזרחי לאור עקרונות השוויון. | סע' 1 לחוק בימ"ש לענייני משפחה, סימן 51 לדבר המלך במועצתו. |
| רכוש |  | סמכות מקבילה- ניתן לכרוך במסגרת תביעת גירושין גם תביעת רכוש בבי"ד רבני או לתבוע תביעת סמכות בבימ"ש אזרחי. | דין אזרחי  על זוגות שהתחתנו עד שנת 1974 חלה **חזקת השיתוף**  משנת 1974- חל **חוק יחסי ממון**- שמאפשר בהסכמת הצדדים להחיל את הדין הדתי) | חוק יחסי ממון. |
| משמורת |  | סמכות מקבילה- גם ביה"ד הרבני וגם בימ"ש אזרחי יכול לדון בתביעת משמורת | דין אזרחי  (חוק הכשרות) | סע' 78-79 לחוק הכשרות והאפוטרופסות, סע' 25א לחוק בימ"ש לענייני משפחה, סימן 51 לדבר המלך במועצתו. |

**דיני נישואין – מי נשוי מי לא?**

* סמכות ייחודית לביד"ר וחל הדין הדתי. אך, אם נושא זה מגיע לביהמ"ש באמצעות סמכות אינצידנטלית, הדבר ידון באופן **אגבי ויוכרע ע"פ הדין הדתי.** מכאן, שאין משפט אזרחי פורמלי בנושא.
* **עקרונות דתיים**: כושר (מי יכול להינשא?) + צורה (כיצד ניתן להינשא?)

**כושר**

* **דרישות כשירות אוניברסליות**

1. **גיל-** 18. מדוע יש מגבלת גיל? **(1)** סיבה מעין חוזית- כשירות הסכמית לכניסה ל"חוזה" הנישואין. **(2)** בשלות. **(3)** חשש מנישואי קטינים.

* חריג- אישור הורים מעל גיל 17- סע' 5 לחוק הנישואין - נסיבות מיוחדות (לדוג' הריון).
* חתונת קטין: דין דתי- הנישואין תקפים. דין אזרחי- מהווים עבירה פלילית אך לא שוללים את תוקף הנישואין.

1. **קרבת משפחה-**

* **בדין האזרחי** – כמעט בכל שיטות המשפט יהיו הגבלות האוסרות על קרובי משפחה להינשא זל״ז (מותר אחים מאומצים).
* **בדין הדתי**- קיימת אבחנה בין פסול יחסי – אסור להינשא אבל אם התחתנת הנישואין תקפים. לדוג׳- כהן וגרושה- יש סנקציות וגינוי אך מוכר. לבין פסול מוחלט- אסור להינשא ולא יהיה תוקף לנישואין. לדוג׳- נישואין לאישה נשואה, אח ואחות וכו'.

1. **ביגמיה:**

* דין דתי- מתחלק בין **תימנים**- (לגבר מותר להינשא עם יותר מאישה אחת) לבין **האשכנזים**- להם אסור לפי חדר״ג שהוא קוגנטי לבין **ספרדים**- מעין עמדת ביניים בין האשכנזים לתימנים- רואים בחדר״ג דין דיספוזיטיבי והאיסור נובע מהתחייבות חוזית.
* דין מוסלמי- ביגמיה מותרת לגברים ולא לנשים.
* דין נוצרי ודרוזי- ביגמיה אסורה באופן סימטרי.
* בדין אזרחי- חוק האוסר על ריבוי הנישואין. עם זאת, החוק האזרחי מכיר באפשרות לקבל היתר לריבוי נישואין וכך ביגמיה לא תחשב לעבירה פלילית. יש 2 מסלולים:
  1. מסלול הדין חוץ יהודי (איסלמי): סע' 180 לחוק העונשין קובע תנאים לקבלת ההיתר. תנאי סף שהוא אישור של בית הדין השהעראי. בנוסף קובע שצריכות להתקיים אחת מהעילות דנן; **(א)** חוסר כשירות; **(ב)** נעדרות.
  2. מסלול הדין היהודי: סע' 179 לחוק העונשין קובע כי שני הרבנים הראשיים יכולים לתת היתר נישואין לאדם נשוי. **בעבר,** החוק לא מגדיר עילות הקובעות למי ניתן לתת היתר נישואין, אלא משאיר את הסמכות אצל בית הדין הרבני. אשכנזים- עילות מצומצמות. ספרדים- הרב עובדיה הרחיב. **כיום**, הן אשכנזים והן ספרדים יכולים ללכת לפי הפסיקה הספרדית.
* פס"ד שטרייט – ניסיון להלביש על סע' 179 עילות אזרחיות; נעדרות ושיטיון. פס"ד ברונובסקי – ביטל את שטרייט. אישור בד"ר הוא לפי מה שמותר במסגרת ההלכה. ליפשיץ- התוצאה של ברונובסקי טובה יותר לצורך פתרון של סרבנות גט (כיוון שהיא מרחיבה יותר).

1. **יכולת קוגניטיבית:** צריך להבין את משמעות המעשה.

* **דרישות כשירות פרטיקולריות** (איסורים אשר ייחודיים לדין הדתי)

1. **דתות מעורבות- יהודים ונוצרים**- לא מאפשרים אך נותנים אפשרות להמיר דת/להתגייר. **מוסלמים**- יש חריג לגברים.
2. **פסולי חיתון-**

* נישואים חד מיניים- פעם היה מדובר מגבלה אוניברסלית, כיום יותר דתית
* פסלות חלקית (יחסית) – **אם התחתנו תקף בדיעבד + עילה לחיוב גט** כהן וגרושה/אלמנה וממזר.
* "אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהנה"- בעבר, איסור ממזרים היה מנגנון לייצור הרתעה מקיום יחסי מין מחוץ לנישואין. ההלכה לא חושבת שיש בעיה בממזר ולכן הלכתית ישנן דרכים להתעלם מהממזרות. אך רוצים שהציבור הרחב יחשוב שממזרות הוא מצב אסור.
* מוחלטת – **אין תוקף לנישואים** נישואי אדם עם דודתו, אשת איש, אחות גרושתך כל עוד גרושתך בחיים, חד מיניים, דתות מעורבות, אח ואחות, אבא וביתו, כולל ביתו החורגת, דתות מעורבות.

**צורה-**

הפונקציות שצורת הנישואין צריכה למלא מבחינת הדין הדתי: **(1)** הסכמה מתוגברת- גמ"ד. **(2)** פומביות- נישואין בגדר סטטוס, מקנה זכויות+חובות. **(3)** מעורבות של המדינה.

הפונקציות שצורת הנישואין צריכה למלא מבחינת הדין הדתי:

* נצרות - פרוטסטנטים: נציג של המדינה + איש דת(פומביות) + הסכמה.
* אסלאם: חוזה בין הצדדים (פומביות), ידיעת המדינה היא אינה תנאי הכרחי.
* יהדות:
* **בעבר,** 2 שלבים: **(1) קידושין**- יוצר מחויבות בין בני הזוג למרות שעוד לא נשואים. יכול להיעשות באמצעות 3 דרכים: **(א) כסף**- נתינת שווה פרוטה מהגבר לאישה, שני עדים כשרים- עדות קונסטרוקטיבית, הטבעת ניתנת לצורך קידושין- י"נ של הצדדים. **(ב) שטר**- הבעל נותן לאישה מסמך, מקדשה בפני שני עדים, המסמך ניתן לצורך קידושין. **(ג) ביאה-** קיום יחסי מין, עדים, קיום לשם הקידושין. **(2) נישואין**- האישה מגיעה לבית הגבר, מתייחדים ונהפכים לנשואים.
* **כיום**, השינוי הינו שינוי כפול: **(1)** הקידושין רק בעזרת כסף; **(2)** מאחדים את הנישואין עם הקידושין, החופה מהווה הסמל של הנישואין. עם זאת, חסר היבט הפומביות והתערבות המדינה. לפיכך, מנסים לאורך ההיסטוריה של ההלכה למצוא דרך להתמודד עם זה.
* במאה ה-20 הרבנות מתקנת את חרם ירושלים- לפיו מטילים חרם על זוג שהתחתן בלי מניין ורב. חשוב לציין שהחרם זה יוצר רק הרתעה ולא מבטל את הנישואין.
* בדומה לנצרות מחשש לכך שיהיו נישואין פרטיים שיכבלו את האישה- נוצרו **מגבלות/ תקנות מצד הרבנות על האופן שבו ניתן להתחתן:** **(1)** יש להירשם אצל רשם נישואין (ע״מ לבחון שאכן ניתן להתחתן); **(2)** נדרש טקס פומבי שנערך ע״י רב שהוסמך מטעם הרבנות לחתן (הרבנות מקפידה לתת את רישיון רק לרבנים אורתודוקסים)
* בג"ץ התנועה ליהדות מתקדמת – רצו להתיר גם רבנים שאינם אורתודוקסים. הרבנות טענה שלא סומכת שישמרו על נישואים לפי ההלכה ובישראל הנישואים הם עפ"י הדת. עם זאת, **יש תוקף לנישואין גם ללא תנאים הללו.**

נוכל כל האמור לעיל, הדבר יוצר 2 בעיות הפוכות: **(1)** הדת לא מתירה נישואין שהמדינה רוצה לאפשר; **(2)** הדת מתירה נישואין שהמדינה מתנגדת אליהם.

**פתרונות**: **(1)** חקיקתיים- ר' לעיל. **(2)** פסיקתיים- הוגשו מגוון עתירות לבג"צ אך נדחו בשל סע' שמירת דינים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| מגבלות הדין הדתי ביחס לדין האזרחי | כושר | צורה |
|  | גיל  קרבת משפחה  ביגמיה | פומביות  מעורבות מדינתית. |
| יותר מדי מגבלות | דת- חסרי דת ובין דתות.  בני זוג מאותו המין  פסולי חיתון | חיוב טקס דתי.  טכניקה דתית מסוימת. |

**נישואים פרטיים בארץ**

טקס נישואין **לא** ממוסד ולאחר מכן בנה"ז רוצים לקבל הכרה כנשואים. הבעיה- כאשר פונים אל הרבנות בבקשה לקבל תעודת נישואין (תוך הצגת ראיות), נענים בשלילה מכיוון וההליך לא עבר דרך הרבנות או לחילופין כאשר זוג מגיע לרבנות ומבקש תעודת נישואים וכאשר הרבנות מסרבת הם מבקשים תעודת רווקות וגם נענים בשלילה (לא רוצה לשת"פ).

**אבחנה בין הקבוצות השונות למתן הזכויות:**

1. **פסולי חיתון:** תקף רק בפסול חיתון יחסי. למוחלט זה לא רלוונטי.

* רישום: הולכים לביה"ד ומקבלים סירוב כפול - אי הכרה בנישואין ואי הכרה ברווקות ואז בג"צ עוזר להם ורושם אותם (פס"ד רודנסקי- כהן וגרושה שנישאו פרטית בנישואין בארץ שלא דרך הרבנות).
* צד ג': מקבלים זכויות מצד ג'.
* יחסים פנימיים – מזונות בין בני הזוג: צריכים להוכיח מהותית את הנישואין.

1. **אידאולוגים:**

* רישום: לא יתנו להם רישום (בגלל שהם פוגעים בסדר הציבורי- מבחינת בג"צ המדינה נתנה פתרון; חתונה דרך הרבנות).
* צד ג': צריכים להוכיח נישואין - 2 עדים + טבעת + כוונה להתחתן כדמו"י.
* יחסים פנימיים – מזונות בין בני הזוג: צריכים להוכיח מהותית את הנישואין.

פס"ד צונן - **זכויות לא גוזרים משיקולים אזרחיים אלא מתוקף הלכתי של הנישואין**. אילון- לא עושים בדיקה מהותית - לא נכריע בנישואין ולא נאשר אותם (וכך גם לא יינתנו מזונות) לאידאולוגים כי זה נוגד את תקנת הציבור. לוין (דעת מיעוט)- יש לבחון האם המקרה סוציאלי ואם כן אין להעניש את בני הזוג ויש לבצע בדיקה מהותית.

* ליפשיץ – במקום בדיקה מהותית של הנישואין אפשר לבדוק אם הייתה מחויבות חוזית וגמירת דעת למזונות.
* ליפשיץ – נישואים פרטיים זו החלופה הכי פחות מוצלחת.

**לסיכום:**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **פסול מוחלט** | **פסול יחסי** | **אידאולוגים** |
| **רישום** | X | **כן.** רק לאחר סירוב כפול מביה"ד ובג"צ עוזר (רודנסקי). | **לא.** סותר את תקנ"צ. לדעת בג"צ יש חלופה אחרת. |
| **זכויות צד ג'** | **X** | **V** | **X** |
| **יחסים פנימיים (מזונות)** | **X** | יש להוכיח מהותית את הנישואין. | עקרונית יש לדון ע"פ התוקף המהותי של הנישואים, אבל אם ביהמ"ש יקבל את הכרעתו של אילון בצונן (סתירת תקנ"צ), ייתכן ואם הייתה לאנשים הללו ברירה אחרת, ביהמ"ש לא ייתן הכרעה ולא ייתן מזונות (ייתכן וזה ישפיע על ההכרעה כלפי צד ג'). |

**ידועים בציבור**

* זוג שעל פניו חי כמו נשואים. אולם, לא התחתן באופן רשמי. אחד האתגרים בנושא, זה שאין הגדרה אחידה בדבר יד"צ. ברם, הפסיקה ניסתה לתת הגדרות לכך:

1. **מגורים משותפים:** פרק הזמן- שנה אך הפסיקה הכירה גם ב-3 חודשים (אמיר נ' זגר). אופן המגורים- דירות סמוכות, לילות קבועים (3497/08 פלונית).
2. **משק בית משותף:** התנהלות כלכלית משותפת. לאו דווקא חשבון משותף, אלא קופה רעיונית משותפת.
3. **אינטימיות:** לאו דווקא יחסי אישות. כאשר הוכח שלאדם היו יחסי מין מחוץ לקשר ובן הזוג מרגיש "נבגד" אז זה יעיד על צפייה ליחסים אינטימיים. פס"ד סלם נ' כרמי- מגורים בחדרי שניה נפרדים לא סותר ידב"צ.
4. **ציבוריות:** מספיק שיחשבו שהם בני זוג לא חייב שיחשבו שהם נשואים, גם כשזה נשמר בסוד ביהמ"ש לא פוסל על הסף.

* המבחנים לכאורה מצטברים, אך בפועל זה לא נצרך וכל מקרה לגופו.
* פס"ד דנילוביץ נ' אל על – נקבע שידועים בציבור כוללים גם בני זוג מאותו המין.
* **הכרה ביד"צ**:
* **שלב החקיקה**- יש סע׳ חוק שמגדירים "נשואים"- לרבות ידועים בציבור, החוקים המקוריים שעשו זאת היו סוציאליים.
* **שלב הפסיקה**-
* בעבר, מאחר והמחוקק היה אקטיבי ונתן זכויות לידב״צ- כאשר המחוקק שתק לא השלימו אותו מתוך נק׳ הנחה שמדובר בהסדר שלילי. לדוג'- ד״נ אלינה לוי בת זוג של יו״ר הכנסת שרוצה לזכות בגמלאות לפי החוק המיוחד אך לא מצוין בו שזה לרבות הידועים הציבור פונה בבקשה לקבל את הגמלאות. **ביהמ״ש**- מאחר והחוק שותק לא ניתן להשלימו. פס״ד אוחיון- ביהמ״ש מתבקש להעניק לבת זוג של ידב״צ פיצויים לפי הפלת״ד. **ביהמ״ש**- לא ניתן להעניק את הפיצויים בשל שתיקת החוק בנושא.
* כיום, פס״ד לינדורן- אישה מבקשת פיצויים מכח הפלת״ד על בן זוגה הידב״צ שמת בת״ד. בפסה״ד **שקדמו** לחוקי היסוד, עסקו בצורה מצמצמת במתן זכויות ליד"צ. **לאחר** חוקי היסוד- המילה ״בן זוג״ פורשה גם כידב״צ מכוח הזכות לשיווין ולכן ביהמ״ש יכל לפסוק פיצויים (מחוזי). עליון: **ברק** לא יש לפרש את המילה ״בן זוג״ לפי פרשנות תכליתית אשר במקרה זה כוללת את הידב״צ מאחר והתכלית היא לפצות הן על ההיבט הכלכלי והן על ההיבט הרגשי שנגרם כתוצאה מת״ד. פס"ד זמר- חוק יחסי ממון. ניתן לתת תוקף של פס"ד ולכן אין צורך לדון האם הם ידב"צ.

במבחן: **(1)** כאשר יש חוק שכולל את המילה "בן זוג"- ע"פ הלכת לינדורלן ניתן להחיל על יד"צ (מבחן תכליתי). **(2)** חוק שכתוב "בעל ואישה" או חוק לא סוציאלי (ייתכן ולא רלוונטי ליד"צ)- לכתוב שיש פתח להשוואה בגלל לינדורלן ולבחור האם הולכים לפי פסיקת המחוזי (על בסיס עקרון השוויון אין הבדל בין בעל ואשה לבין ידועים בציבור) או שהולכים לפי המבחן של ברק, ואז צריך להבין האם מילולית ומהותית בעל ואשה כולל גם ידועים בציבור – כעיקרון "בעל אישה /נשוי" פחות נתון לפרשנות מאשר "בן זוג".

* **ידועים בציבור נשואים:** בעייתי, יכול להפוך להיות **תחליף לגירושין**: **(1)** ביגמיה זו עבירה פלילית ולכן יחיו כיד"צ וכך לא יהווה עבירה פלילית. **(2)** תמריץ לסרבנות- אחד הצדדים יכול לסרב בעוד שחי כיד"צ.

במבחן:

* **ירושה**- ידב"צ לא יכול לרשת את הידב"צ שלו בצורה אוטומטית אם הוא נשוי לאחר.
* **צוואה**- אם הנפטר כתב בצוואה כי הוא מעוניין להוריש לידב"צ דווקא – יכול לעשות כן (כיבוד רצון המצווה).
* **יחסים כלכליים- ידועים בציבור:**
* **משפט משווה:** פס"ד מרווין - אדם מפורסם בארה"ב, גרוש וגר עם בת זוג חדשה, בת הזוג רוצה להתחתן והוא לא מסכים להתחתן אבל נותן לה טבעת. הם נפרדים והיא רוצה מזונות: טיעון חוזי- הסכם מכללא – התחייבות למחויבות. טיעון פונקציונאלי- בפועל ידב"צ זה אותו הדבר כמו נשואים. **ביהמ"ש קובע שלא היה הסכם מכללא ולא מגיעים פיצויי מזונות.**
* טיעונים בעד החלת מחויבויות כלכליות של נשואים על ידב"צ:

1. **פונקציונאלי-** הרציונליים של דיני הנישואים מתייחסים לתוכן ולא לרישום, בפועל הם מתפקדים אותו הדבר.
2. **טיעון הסכמי-חוזי-** הסכמה מכללא - חיים ביחד לאורך זמן מראים רצון/הסכמה למחויבות של נישואים (כמו גמ"ד).
3. **טיעון מגדרי-** לרוב יש פערים כלכליים בין גברים לנשים ודיני הנישואים מגנים על הנשים. מן הראוי שגם ידב"צ ייהנו מזכות זו.

* טיעונים נגד החלת מחויבויות כלכליות של נשואים על ידב"צ:

1. **טיעון חוזי-** שני סוגי זוגיות עיקריים שגרים יחד ללא נישואים-
2. זוגיות ניסיונית – גם אם גרים ביחד זה בשלב בודק ומקדמי שלא מראה על התחייבות- דומה לשלב מו"מ.
3. אנטי מוסדיים – גרים יחד ולא התחתנו כי לא רוצים שהמדינה תתערב ולא בגלל שהם נגד התחייבות פרטית.

במונחים חוזיים המשפט לא אמור לחול עליהם משום שהם קיבלו **החלטה מדעת** שלא לבוא בקשר חוזי. לכן אין להחיל על זוגות כאלו את מחויבויות הנישואים.

1. **טיעון פלורליסטי-** אבחנה בין נשואים לידב"צ יוצרת מגוון ויכולת בחירה.
2. **טיעון פורמליסטי אנטי פונקציונאלי-** יש היגיון מהותי בדרישה הפורמלית. הרישום יוצר סדר ומכניזם מוגדר שיוצר הבדל בין זוג שרוצה מחויבות משפטית לאלו שלא.
3. **טיעון מגדרי**- המחשבה שנשים צריכות הגנה בקשר זוגי היא שוביניסטית.

* **המודל המוצע של ליפשיץ:**
* יהיו **2 מוסדות שונים (נשואים וידב"צ)-** ע"מ לכבד את חופש הבחירה (להתחתן/לא).
* **ההבדלים בין המוסדות:**

1. נשואים: יסבבו סביב **אחריות כלכלית מלאה וארוכת טווח** (לפעמים גם אחרי הפרידה).
2. הידב"צ: יהיה **יותר חופש יציאה** (להיזהר שלא יעלה לכדי ניצול).

* **מי נחשב ידב"צ?** יהיו כללים ברורים שיקבעו מי נחשב לידב"צ, שיכללו "**תקופת ניסיון**". היבט זה מגן על זכותם של אנשים לבחון את הקשר מבלי להיכנס למחויבות של נישואים על כל משמעויותיה (הקונספט מתחיל להתקבל בעולם המערבי).
* לפי **ליפשיץ** יש להבחין בין סוגי הידב״צ בארץ:
* **ידב״צ אוניברסליים**- חיים בארץ כידב״צ אך הסיבה שאינם נשואים אינה קשורה לישראל אלא דומה לסיבה העולמית של ידב״צ. יצירת זהות בינם לבין נשואים יפגע בחופש הבחירה ולכן יש להחיל עליהם את המודל החל במדינות אחרות על ידב״צ.
* **ידב״צ תוצרת הארץ**- פסולי חיתון ואידיאולוגים- בשל המגבלות הדתיות בארץ על הנישואין אינם יכולים/רוצים להתחתן. ליפשיץ- ע״מ לבטא את המחויבות האזרחית שבה מעוניינים יש לייצר תחליף למחויבות הדתית (למשל חובת מזונות שאינה תלויה בבגידה או מזונות משקמים).
* **יחסי רכוש:**
* פס"ד שחר נ' פרידמן: חזקת השיתוף חלה על הידבצי"ם עם כוכבית שהחזקה ניתנת לסתירה מכיוון והעובדה שלא התחתנו מעוררת חדש לגבי רמת המחויבות של בנה"ז ויש רמת הוכחה גבוהה יותר. יש לשאול האם החלוקה הייתה מטעמי נוחות או עם כוונה תחילה? בידועים בציבור נהיה יותר רגישים לדבר הזה 🡨 עם השנים השופטים פחות התייחסו לכוכבית והחזקה נהפכה לרגילה.
* פס"ד סלם נ' כרמי: יתכן שיקבע שיתוף על נכסים ספציפיים למרות כוונת הצדדים לאי שיתוף 🡨 פסה"ד אינו מבחין בין ידוע בציבור אוניברסליים לבין תוצרת הארץ.
* ליפשיץ: הדרך הראויה הנה אבחנה בין תוצרת הארץ -הפעלת חזקת שיתוף חזקה לבין אונ' שצריכים להיות רגישים לכוונת הצדדים.

במבחן-

1. נבדוק **האם הם ידב"צ לפי הגדרת ידב"צ** (מאמ"צ) – **והאם תוצרת הארץ או אוניברסליים**?
2. אם כן – בעיקרון חלה עליהם חזקת השיתוף, **אולם נבדוק אם אפשר לסתור את החזקה**;
3. מחד, נזכיר את שחר נ' פרידמן – צריך להיות יותר זהירים לגבי החזקה כשמדובר בידב"צ (חזקה עם כוכבית).
4. מאידך, נזכיר את המגמה בפסיקה שמקשיחה את החזקה ו"שוכחת" את הזהירות בה יש לנקוט.
5. **נזכיר את עמדת** **ליפשיץ** – האבחנה בין ידב"צ אוניברסליים לתוצרת הארץ (אומצה באוביטר של ביניש).
6. נזכיר את עמדת האוביטר של דפנה ברק-ארז – הסתייגות וסלידה מאבחנה הנ"ל.
7. נזכיר כי הרוב כן מאמצים גישה זו (של ליפשיץ).

* **מזונות אזרחיים – מזונות אישה:** מזונות אישה הם לפי דין דתי ורק למי שנשוי, לכן לכאורה לידועים בציבור לא מגיעים מזונות.
* פס"ד יגר-זוג יד"צ בו האישה לא יהודייה והיא דרשה מזונות אישה ע"ב טיעון חוזי אך מכיוון שלא היה לה חוזה בכתב לא קיבלה 🡨 רק אם יש הסכם כתוב נאפשר מזונות.
* פס"ד ורסנו נ' כהן-יד"צ. אישה מבקשת מזונות משקמים לאחר פרידה. ברק באוביטר מקבל עקרונית את הטענה ומסכים עם **הסכם מכללא בהתנהגות** אבל הוא לא מחיל אותה במקרה הקונקרטי 🡨 מעצם החיים המשותפים לומדים על ההסכמה לתשלום מזונות.
* פס"ד לינדורן נ' קרנית- לא עוסק במזונות. אולם, ברק הופך את האוביטר בורסנו לרציו. מכאן, מתחילה להיווצר פרקטיקה שבה ניתנו מזונות ליד"צ.
* ליפשיץ:ע"מ שהמהלך של ברק יהיה מוצדק יש צורך בשלושה תנאים מצטברים: **(1)** נטולי אשמה; **(2)** עיוורי מגדר; **(3)** תקופה קצרה (משקמים).
* פס"ד יקותיאלי- קבע שיש מזונות ליד"צ אך לא הגדיר תקופת זמן. קביעה זו בעייתית מאחר שניתן לטעון שמדובר במזונות בלתי מוגבלים בזמן. הפסיקה השתפרה עם השנים האחרונות ועשתה יותר שימוש במזונות משקמים ולא לכל החיים (בתוצרת הארץ ניטה לתת את המזונות ליותר זמן).

במבחן- **(1)** במידה ולא ניתנו מזונות בגלל אשמה צריך לטעון שמכיוון ולא מדובר בדין הדתי אלא בבסיס אזרחי, אין מקום לשיקולי אשמה. **(2)** אם נותנים שאלה על מזונות יד"צ, יש לבדוק לפי פס"ד ורסנו אם ישנה תלות כלכלית וגם את 3 הקריטריונים הללו (ענ"ת).

* **ירושה:**
* יש מס' דרכים לקבל ירושה: מכוח צוואה ומכוח דין. סע' 55 לחוק הירושה ("מעיין צוואה") קובע שידוע בציבור נחשב לנשוי ולכן כאשר ידוע בציבור נפטר בן זוגו יקבל את רכושו מכוח הדין (אלא אם הנפטר עשה צוואה פורמלית).
* ליפשיץ- חושש מהשוואה מוחלטת בין יד"צ אונ' לתוצרת הארץ. מדוע? **(1)** כאשר מחילים את חוק הירושה על יד"צ אוניברסלי אנו פוגעים בצורה מבוהקת ברצון הצדדים ובהחלטתם לא להתחתן ולהיות כפופים לחובות משפטיות. **(2)** הירושה מגיעה לאחר יחסי רכוש- בן הזוג כבר מקבל מחצית מכוח יחסי הרכוש (חזקת השיתוף) ולכן לקחת גם את החצי השני מכוח דין הירושה מהווה פגיעה חמורה (ייתכן ואונ' לא התכוונו לשתף לכתחילה). **(3)** קו הגנה- בירושה יש קו הגנה אחד(שבן הזוג שנותר בחיים לא יקבל ירושה) והוא שלא היו יד"צ, בהקשר זה נצפה מביהמ"ש להגדיר במדויק מי יד"צ (ע"מ לא להחיל על אונ' את הדין מבלי שהתכוונו לכך) עם זאת, הפסיקה לא נותנת הגדרה חדמ"ש ומפרשת באופן רחב. לדוג':
* פס"ד אמיר זגר- ביהמ"ש קובע שבנה"ז היו ידועים בציבור גם לאחר 3 חודשים של זוגיות בלבד. בנוסף, מעדיף את בן הזוג כיורש לפי דין (מכוח הגדרתו כידוע בציבור) על פני הילדים של האישה.
* פס"ד דירות סמוכות- בני הזוג שגרו בדירות נפרדות (הסמוכות אחת לשנייה). השופט דנציגר קובע שצריך לבחון בצורה סובייקטיבית ובמקרה דנן מדובר בידועים בציבור, לכן האישה תקבל את הירושה.
* פרשת פוזש- בנה"ז עשו הסכם ממון (לא פורמלי) ממנו ברור שהגבר לא מתכוון להוריש. **דעת הרוב** קבעו שאם ידוע בציבור לא עשה צוואה (לפי דיני הצוואה) חל הדין שחל על נשואים, המקנה את הרכוש לבן הזוג. **דעת המיעוט** קובעים שהכותרת של סע' 55 'מעין צוואה' מרמזת על כך שמדובר בחזקה הניתנת לסתירה- במצבים שהמנוח לא כתב צוואה כלל, בן זוגו ירש אותו לפי דין, אולם במקרים בהם יש אינדיקציות המעידות על רצונו של המנוח לא להוריש את רכושו לבת זוגו- החזקה הופרה ויקבעו לפי רצונו של המנוח 🡨 כיום אין הכרעה בסוגיה.

במבחן-

* **ירושה:** אין צוואה- ירושה ע"פ דין- סע' 55. **(2)** הסכם ממון (**לא** תקף מבחינה פורמלית) שמצוין שלא רוצה להוריש ליד"צ- דיון ע"פ הלכת פוזש ותמיכת ליפשיץ בדעת מיעוט. **(3)** הסכם ממון (**תקף** מבחינה פורמלית) שמצוין שלא רוצה להוריש ליד"צ- תקף ולא יורישו.
* **אדם שכותב בתוך הסכם ממון (לא תקף מבחינה פורמלית) שאינו רוצה להוריש לידב"צ: (1)** לציין את הלכת פוזש, לפיה יש ללכת לפי הדין ולהוריש את רכושו לבת זוגו; **(2)** לציין תמיכה של **פרופ' ליפשיץ שבאה לידיי ביטוי בפסקי דין במחוזי** שסוברים שע"פ פרשנות של סע' 55 מדובר בחזקה הניתנת לסתירה ומאחר וכוונת המנוח הייתה לא להוריש את הרכוש, לא ילכו לפי דין הנשואים ויורישו לבן הזוג (דעת מיעוט של פוזש).
* **פתרון**: לכאורה סע' 55 הוא רק ברירת מחדל וניתן להתנות עליו- בני הזוג יכולים לכתוב צוואה או הסכם ממון שיעמוד בדיני הצוואה.
* **קשיים בפתרון: (1)** חוסר ידע- לא תמיד מודעים לאופציה של עשיית הסכם. **(2)** הדרישה לעשות הסכם מקלקלת. **(3)** לעיתים אפילו ההסכם לא עוזר. פס"ד בר נהור: ביהמ"ש קובע שעל אף שזוג יד"צים טענו בפירוש שהם לא יד"צ- השאלה היא איך נראו בעין אובייקטיבית, מכאן שלמרות שע"פ ההסכם הם אינם ידועים בציבור, בפועל הם חיו כך וע"כ נחשבים כידועים בציבור. ניתן להתנות לגבי רכוש, אולם מזונות מהעיזבון זה קוגנטי.
* ביקורת של ליפשיץ: כשאדם בוחר אם להינשא או לא, הוא בוחר אם להיכנס למעמד משפטי מסוים על כל השלכותיו. לפיכך, השוואה של ידוע בציבור לאדם נשוי היא דווקא לא בהכרח צעד ליברלי ואפילו להיפך, זה כופה עליו להיכנס למחויבות מסוימת שהוא מלכתחילה לא רצה בה. **ביהמ"ש הפך את מוסד הידועים בציבור למוסד קוגניטיבי הנמדד לפי רכיבים אובייקטיבים בלבד**. רובינשטיין התייחס לביקורת של המרצה ואמר שרק במקרים חריגים וקיצוניים יחילו את הלכת בר-נהור ובפועל יש לכבד הסכמים.
* מה לכאורה יכול להצדיק את הפס"ד? הצדקה סוציאלית. אך, בבר נהור ההצדקה הסוציאלית לא רלוונטית, הם שני אנשים בתחילת הקשר שעושים הסכם הגון וזה לא נכון להכניס את זה כאן ולהתייחס לעניין הזוגיות כקוגנטי בעוד שהוא דיספוזיטיבי (שכן הם עשו את ההסכם כדי שלא יהיו ידועים בציבור).

במבחן-

* הסכם שמתנה על מעמד הידב"צ-מחד, לאזכר את הלכת בר נהור (אי כיבוד ההסכם ע"י ביהמ"ש נוכח בחינה אוב' של יד"צ). מאידך, רובינשטיין קובע שהלכת בהר נהור הנה קיצונית וככלל ביהמ"ש מכבד הסכמים.
* במקרה הדומה לורסנו (פערי כוחות) ייתכן וביהמ"ש גם יחיל את הלכת בר נהור משיקולים סוציאליים.

**נישואים אזרחיים בחו"ל**

* זוגות שמתחתנים בחו"ל, חוזרים לארץ ומבקשים הכרה.ידב"צ לא מאפשר הכרה גורפת וקבלה מלאה של זכויות ולכן נוצר התחליף של נישואים אזרחיים 🡨 פסול יחסי ואידיאולוגים, שנישאו בנישואים אזרחיים הם בגדר **ידועים בציבור תוצרת הארץ** ולא אוניברסליים.
* הנושא נוגע למקרה בו בנה"ז מתחתנים בנישואין אזרחיים בחו"ל וכאשר חוזרים לישראל עולה שאלה בדבר המעמד שלהם. ענייני נישואין הם בסמכות ייחודית של בית הדין ואם הם מגיעים לבית משפט דרך סמכות אגבית הוא דן במקרה בהתאם לדין הדתי, עולה השאלה **מה גישת הדין הדתי על נישואין אזרחיים?**

**תוקפם של הנישואין האזרחיים ע"פ הדין הדתי**

1. נישואין אזרחיים תקפים מספק נישואין- ייתכן ויש תחליפים לדרישות ההלכתיות לנישואין. למשל, במקום עדים=ידיעת עולם, במקום כסף ייתכן וביאה תהווה תחליף ואנשים שחיים ביחד בקביעות הם בעלי כוונה להינשא. מכאן, נותנים גט מחמת ספק. הדבר יעזור לאידאולוגים ופסול חלקי, אבל לא יעזור לפסול מוחלט. גישה זו בעייתית מכיוון ולא ניתן להתחתן מחדש בלי גט מספק ואם יש לצדדים ילד הוא יהיה ספק ממזר. כמו"כ, תהא בעייתיות בהקשר של תביעת זכויות.
2. הנישואין האזרחיים לא תקפים אבל דורשים גט- עמדת ביניים לפיה אין תוקף אך נדרוש גט לחומרה.
3. גישת הרב דייכובסקי (**הגישה הרווחת**) מתחלק ל-2:
4. אדם שהתחתן בחו"ל במדינה בה אין זמינות לנישואים דתיים – צריך **גט לחומרא.**
5. אדם שנולד בארץ ובחר להתחתן בחו"ל – לא מעיד על נישואים ולא יקבלו את מלוא הזכויות אך צריכים "היתר נישואים".

**תוקפם של הנישואים האזרחיים ע"פ הדין האזרחי**

1. **משב"ל פרטי**- האבחנה בין עולים לקופצים:

* **עולים:** זוג שהתחתן בנישואין אזרחיים במדינה שבה היו אזרחים יחשבו כנשואים בעת שיעלו לארץ-לא משנה כושר / צורה.
* **קופצים:** מדובר באזרחים / תושבים ישראלים שהם פסולי חיתון או אידאולוגים והם מתחתנים בחו"ל. כאשר חוזרים לארץ, הזוג רוצה הכרה כזוג נשוי. ישנן 3 גישות:

1. שאווה- ברירת המחדל היא שעל אזרח ישראלי חל הדין הישראלי (שהוא הדין הדתי) ללא תלות במקום בו הוא נישא ומכאן שאין הכרה לזוגות שהתחתנו בחו"ל.
2. ויתקון- נאמרה בפס"ד שלזינגר. יש בחוק לקונה ויש להשלימו באמצעות המשפט האנגלי. כושר לפי הארץ וצורה לפי חו"ל (עוזר לפסולים חלקיים ולאידיאולוגים).
3. זוסמן- לקונה בחוק והשלמה ע"פ המשפט האמריקאי. כושר וצורה לפי חו"ל (עוזר לכולם).

* אולם, אין הכרעה קונקרטית בדבר ההכרעה בין הגישות. במחוזי יש מס' הכרעות סותרות ובעליון אין הכרעה ברורה. בפס"ד בני נוח ברק פסל את עמדת שאוה אך לא הכריע בין זוסמן לויתקון (נאמר באוביטר).
* במבחן- כאשר מדובר בבנה"ז קופצים יש לנתח ע"פ כל הגישות ולכתוב כי ביהמ"ש טרם הכריע.

1. **כלפי צד ג': קומבינת המרשם-** פס"ד פונק-שלזינגר: **אם מדינה כלשהי רשמה את בנה"ז כנשואים, אזי גם בארץ משרד האוכלוסין ירשום אותם כנשואים** 🡨 הדבר מביא למצב שבו צד ג' (המדינה) לא יכול לערער על זכויות הזוג. אך יש לזכור שרישום לא יוצר זכויות ברמה המהותית.

* פס"ד בן ארי- חל גם על כל מי שבא עם תעודת נשואים מחו"ל, גם על חד מיניים.
* **מה לגבי זכויות בין בני זוג ומשפחה-** רישום עוזר מול צד ג' אך לא במישור היחסים הפנימיים (כי זה לא הכרה מהותית). מכאן מתח:
  1. **יחסי רכוש-** פס"ד נפיסי- זוג פרסים שהתחתן בחו"ל ועלה לארץ. האישה תובעת חצי מהרכוש ע"פ חוק יחסי ממון והבעל טוען שע"פ המשב"ל החלוקה תהא אחרת, ע"פ דין פרסי. ביהמ"ש- **(1)** בארץ יש כור היתוך והסכמה מכללא שמי שעולה לארץ, מקבל עליו את דין המקום. **(2)** נוגד את תקנת הציבור בהנחה שנותנים לבעל יותר מחצי מהרכוש.
  2. **ירושה**.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **נישואים אזרחיים בחו"ל (קופצים)** | **יחסי רכוש** | **ירושה** |
| **ויתקון** | נחשבים נשואים – חל חוק יחסי ממון (רלוונטי לאידאולוגים ופסול חלקי). | נחשבים נשואים- מגיעה ירושה (רלוונטי לאידאולוגים ופסול חלקי). |
| **זוסמן** | נחשבים נשואים – חל חוק יחסי ממון. | נחשבים נשואים- מגיעה ירושה. |
| **שאוה** | לא נשואים (ניתן לחלק דרך יד"צ). | נישואים לא תקפים אך ניתן לתת ירושה מכוח יד"צ. |

1. **פרשנות ספציפית תכליתית של דיני הירושה:** פרשת הנישואים המעורבים-זוג מעורב, האישה לא יהודייה, הבעל נפטר והיא תובעת את העיזבון כנשואה ולא לפי ידב"צ. הילדים טוענים שהיא לא אשתו כי היא לא יהודייה.– ברק **מפרש את המונח "נישואין" מבחינה תכליתית** ובוחן האם לצורך ירושה המילה *״נשואים״* כוללת גם נישואים אזרחיים. **חידוש-** נבדוק האם הנישואים האזרחיים שונים בתכלית מנישואים רגילים. אם לא, ניתן לזכות בירושה.
2. **ידועים בציבור-** גם אם נקבע שבנה"ז אינם נשואים, עדיין ניתן יהיה להכיר בהם כיד"צ ולקבל כמעט את כלל הזכויות שמגיעות להם כזוג נשוי. בכלל המקרים יהיה מדובר ביד"צ תוצרת הארת ועצם עריכת הנישואים האזרחיים מהווה ראיה חזקה לכך שהתכוונו לקבל על עצמם את החובות של מוסד הנישואים.

**כאשר מדובר בזוג שלא יכול להתחתן בארץ** 🡨 **תקנת הציבור כשיקול לפסילת נישואין** (פס"ד פלונית - בת חורגת)- **מחד,** אין מקום לבררנות וצריך לרשום את כולם. **מאידך,** עולה שאלה מהותית האם יש להכניס את תקנ"צ כשיקול לפסילת נישואין.

* עמית: יש להתערב ולשקול את תקנ"צ בתנאי שמדובר בקונצנזוס בעולם על זוגיות לא מקובלת. חיות: נשואים. אין להכניס שיקולים של תקנ"ת. מזוז: משאיר בצ"ע.

במבחן-אם יש שאלה על זכויות בנישואים אזרחיים יש שלושה רבדים:

(1) האם הם נשואים לפי המשב"ל פרטי?

(2) האם ניתן לתת להם פתרון דרך ידב"צות + רישום? לשים לב שיש בעיות שמתעוררות ביחסים הפנימיים בין בנה"ז (רכוש/ ירושה).

(3) פרשנות לצורך ספציפי (פרשנות תכליתית של החוק)?

**בעיות שנותרו גם אם מכירים בנישואים ע"פ הדין האזרחי**

1. **גירושין**- הגירושין נעשים רק בביה"ד הרבני אך הוא לכתחילה לא מכיר בתוקפם של נישואים (מפורט בהמשך).
2. **מזונות אישה**- מקרים אלו בעייתיים מאחר שדנים בהם בדין הדתי והסמכות היא של ביד"ר. מאחר שביד"ר לא מכיר בנישואין ע"פ המשב"ל הפרטי, הוא יקבע שהזוג לא נשוי ולא יפסוק מזונות.

* פס"ד כהנא ופורר-התחתנו בנישואים אזרחיים בחו"ל וחיים בארץ (כהן וגרושה), הנשים תובעות למזונות. לפי ויתקון וזוסמן הם נשואים, לפי שאוה לא. מתעוררות 2 בעיות: **(1)** מזונות הם לפי דין דתי ולכן שלושת הגישות לא יעזרו לקבל מזונות; **(2)** מזונות אישה נפסקים ברגע שיש חיוב גט, כהנא ופורר הלכו לבד"ר וטענו כי הם חיים בחטא ובד"ר נתן להם חיוב גט במקוםולכן לא יגיע לנשים מזונות. בעליון- נפסק ע"פ החוק ומלינים ע"כ שאסור להם לפסוק אחרת ע"א שהתוצאה לא צודקת.
* פס"ד שמואל נ' שמואל-נישואים בין יהודי לספק יהודייה – התחתנו בהודו לאחר גיור חצי אורתודוקסי שלה, חיים 17 שנה ונפרדים. האישה תובעת מזונות. בעולים חדשים לפי המשב"ל הפרטי אין ספקות, הם נשואים, אך הבעל טוען את אותן הטענות של כהנא ופורר. ברק באוביטר-

1. שיטת הפויינטר – ברק יוצר מעין יצור כלאים בין הדין הדתי לאזרחי. מכאן- **(1)** שאלת הנישואים- את המושג "נשוי" מפרשים לפי המשב"ל ולכן הנישואין תקפים ומגיע לאישה מזונות. **(2)** שאלת המזונות-את המזונות נותנים לפי הדין הדתי.
2. אם חיוב הגט נובע מעילה שנובעת מזלזול בתוקף הנישואין האזרחיים, ביהמ"ש יכול להתעלם מחיוב גט לצורך המזונות. אך ברק משאיר בצ"ע- **(1)** שיטה ברקית- להציג מהלך באוביטר וליישם רק בהמשך. **(2)** התפרקות היחסים- אולי עילת הגט אמיתית ולא מדובר בזלזול ביד"ר במשב"ל. **(3)** אם ניתן מזונות, זה ייתן לאישה תמריץ לסרבנות גט.

**מזונות אזרחיים**

* פס"ד פלונית המזונות האזרחיים- בני זוג ״קופצים״ אידיאולוגיים שנסעו להתחתן בקפריסין שנפרדו (ולא התגרשו) והאישה רוצה לקבל מזונות. לפי ויתקון וזוסמן- נשואים ולפי שאוה- אינם נשואים. **ביהמ"ש המחוזי-** פורת פוסק שמאחר ולפי שאוה אינם נשואים אין עילה למזונות ועל כך הערעור. **ביהמ"ש העליון-** ברק- פוסל את גישתו של שאוה ולא מכריע בין זוסמן לויתקון וזאת מכיוון שלא נדרש להכרעה לכתחילה. ברק מכריע **שיש לשלם מזונות אזרחיים בהתבסס עיקרון תו"ל בדיני החוזים** מכוח היות הצדדים יד"צ.
* בג"צ בני נח- זוג "קופצים". ביד"ר לא מכיר בנישואיהם, היות והייתה להם ברירה להינשא בארץ. הרב דייכובסקי נותן פתרון של **היתר נישואין** בתור ״בני נח״, אך לא ניתן לקבל מזונות שכן הם דתיים 🡨 יצוין שביד"ר מתיר נישואין בעילת קרע בלתי ניתן לאיחוי ולא בכל מצב תינתן התרת נישואין- יש למצות שלום בית. משום שיש ערך אזרחי שלא יהיה פירוק מהיר של התא המשפחתי. הגשת בג"צ ע"י האישה: בין היתר על טענת חוסר סמכות, דיון ע"פ אמות מידה דתיות ולא יפלה בין נישואים אזרחיים לדתיים ופסיקת מזונות. **ברק-** לא ניתן לכרוך מזונות אישה / רכוש לתביעת הגירושין שכן הכריכה לא כנה וביד"ר ימהר לסיים את הגירושין ולא יקבע מזונות. גם, **החלה של מזונות משקמים**- המזונות הם בלתי מגדריים, מוגבלים בזמן, ללא אשמה וניתנים על בסיס הסתמכות (אימוץ גישת ליפשיץ – ענ"ת).

במבחן– איך מנתחים היום? **סמכות הגירושין** תהיה לביה"ד. ככל שירשום שהקשר התמוטט ולכן הוא מבטל אותו- תהיה לו סמכות. אם הוא יזלזל בנישואים האזרחי, ישללו את הסמכות. **לגבי המזונות** – נלך לפי ברק בפס"ד בני נח (התרת נישואים) אבל במודל של מזונות משקמים לטווח קצר ולא לכל החיים.

**בני זוג מאותו מין עולים חדשים:**

בני זוג מאותו מין שעלו מארה"ב (הדין המקומי מכיר בנישואין בין בני זוג מאותו מין) נשואים לכל הדעות לאור המשב"ל הפרטי (אם קפצו – רק לפי זוסמן). אולם אם הם רוצים להתגרש – עליהם ללכת לביה"ד, אולם ביה"ד לא יסכים לתת להם גט ואפילו לא יעשו התרת נישואין מכוח בני נח. בביהמ"ש למשפחה יש הבדלים בין הגישות:

* **גישה הראשונה**- לא בטוח שביה"ד לא ייתן התרת נישואין ולכן נדרש כי יעברו את כל ה"טקס" של דחייה ע"י ביה"ד בטרם ייקח ביהמ"ש המושכות לידיו וייתן התרת נישואין.
* **גישה שנייה**- מכיוון שידוע כי ביה"ד יסרב – אפשר לגשת ישר לביהמ"ש (לא נדרש דחיית ביה"ד ע"מ שביהמ"ש ידון בנושא).

**סיכום מזונות אישה:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **מזונות נישואים פרטיים** | **מזונות יד"צ** | **מזונות נישואים אזרחיים** |
| אבחנה בין פסול חלקי, פסול מוחלט ואידאולוגים:   1. **פסול מוחלט**- לא רלוונטי. 2. **פסול חלקי**- יש להוכיח מהותית את הנישואין. 3. **אידאולוגים**- עקרונית יש לדון ע"פ התוקף המהותי של הנישואים, אבל אם ביהמ"ש יקבל את הכרעתו של אילון בצונן (סתירת תקנ"צ), ייתכן ואם הייתה לאנשים הללו ברירה אחרת, ביהמ"ש לא ייתן הכרעה ולא ייתן מזונות (ייתכן וזה ישפיע על ההכרעה כלפי צד ג'). | מחלוקת:   1. רק כשיש הסכם מפורש (יגר). 2. מכוח הסכם מכללא, פערי כוחות, תלות כלכלית וכו' (לינדורן).  * ליפשיץ- ניתן מזונות אישה בהתקיים 3 תנאים (ענ"ת) + נוכיח תלות כלכלית (ורסנו). | 1. נחשב נשוי ע"פ המשב"ל הפרטי (ויתקון/ זוסמן) ואז מזונות ע"פ הדין הדתי (שמואל). 2. מכוח דיני החוזים ועיקרון תו"ל (פלונית). 3. ניתן ע"פ גישת ליפשיץ.  * לא ניתן לכרוך מזונות אישה בביד"ר (בני נוח) |

**דיני גירושין**

**הסמכות** הנה ייחודית לביד"ר **והדין** שחל הוא הדין הדתי. למעט בנה"ז מאותו המין/בני דתות שונות.

* במאה ה-19 – הגישה הרווחת הייתה גירושין תלויי אשמה של אחד הצדדים.
* במאה ה-20 – מעבר ממודל אשמה למודל גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה/בהסכמה.

**גירושין בדתות השונות**

* **נוצרים**- אין גירושין בדת הקתולית. עם זאת, יש 2 פתרונות שמהווים תחליף גירושין: **(1)** צו פרידה קבועה- יוצרים ניתוק של הקשר והמחויבות שלו, בנה"ז לא מתגרשים ולכן לא יוכלו להתחתן שוב; **(2)** בטלות נישואין- מצב בו בדיעבד הנישואים לא היו תקפים. האשמה הנה עילת מפתח.
* **מוסלמים**- פער בין הזכות של הגבר לזכות של האישה. הגבר יכול לגרש את אשתו גם אם אין לו עילת גירושין לעומת האישה שאין לה זכות טבועה, אלא עליה לשכנע את בית הדין. השאלה האם המהלך היה ראוי או לאו יבוא לידי ביטוי בהיבט הרכושי- במוהר המאוחר (דומה לכתובה, מהווה התחייבות שהבעל מתחייב לאישה במקרה של גירושין שלא בהסכמה).
* **יהודים**-
* **גירושין בתלמוד והמשנה-** מתי בעל יסלק את אשתו?

1. בית שמאי – רק אם האישה בגדה;
2. בית הלל – טענות נוספות, למשל חוסר תפקוד, לאו דווקא בגידה;
3. רבי עקיבא *–"מכל סיבה ומכל גחמה"-* הגבר לא צריך את הסכמתה של האישה ולא צריך עילת גירושין, אלא עצם רצונו מספיק כדי לגרש את האישה 🡨 העמדה המקובלת.

**לסיכום,** הגבר יכול לגרש את האישה ללא הסכמה, בניגוד לאישה. חריג: אם הוא חולה או עקר ניתן לכפות עליו להתגרש.

במהלך הדורות, חכמי הדורות פעלו בשני כיוונים על מנת לשנות את המציאות לעיל. בין היתר ע"י:

1. **כיוון אשכנזי**- חרם דרבנו גרשום: אסור לגרש אישה בעל כורחה. בפועל זה לא יצר שוויון בין הבעל לאישה מכיוון- **(1)** אין סימטריה בעילות גירושין – אם אישה בוגדת ישר מגרשים אותה שלא כמו בעל; **(2)** לגבר יש חלופות להינשא שוב, ולאישה אין חלופות; **(3)** לאישה יהיו ממזרים.
2. **כיוון ספרדי**- סמכות מקבילה. מכאן, נוצר מצב שאם אישה היא "מורדת" ורוצה להתגרש היא יכולה לפנות לביה"ד המוסלמי. הגאונים חוששים מהמצב ולכן מוסיפים עילת גירושין שלא נמצאת בתלמוד והיא עילת המורדת (פירוט בהמשך).

\*יש הבדל בין **אישה עגונה** (איש שברח/נעדר) – לגבי זה יש מסורת הלכתית ארוכת שנים ואין מחלוקת אידאולוגית לבין **אישה מסורבת גט** שהמחלוקת נוגעת לאילו כלים ניתן להשתמש ע"מ לחייב גט ולעיתים הוויכוח הינו אידאולוגי.

**יסודות הגירושין בדין הדתי** (עמ"ג)

1. **גט פיזי**- האקט הפיזי של נתינת הגט לאישה.
2. **מרצון**- הגט חייב להיות אקט רצוני.

* **חריג**- למרות שהגט חייב להיות מרצון, במקרים מסוימים הוא לא:

1. חיוב גט – חיוב משפטי לגט אך לא בדרך של כפייה פיזית. ישנן השלכות משפטיות בדיני מזונות. לדוג' תביעת מזונות גבוהים בשביל ליצור תמריץ להפסיק את מזונות האישה ע"י מתן הגט), וישנן השלכות חברתיות- הרחקות חברתיות שהקהילה עושה על מסרב הגט (הרחקות רבנו תם שקיבלו ביטוי משפטי)
2. כפיית גט– כפייה פיזית (קטגוריה אגרסיבית יותר).
3. **עילת גירושין**

* עילות הגירושין- במקרים אלו ישנו **חיוב גט** אך **לא** כפיית גט: **(1)** **בעיות בריאותיות –** הקשורות בהולדה, ביכולת לקיים יחסי מין וכאלו שיכולות לפגוע בבן הזוג; **(2) אלימות**; **(3) התעמרות רוחנית; (4)** **בעל שאינו מפרנס; (5) יחסים שהתמוטטו;** **(6) בגידה –** גבר שבגד באשתו חד"פ – לא עילה לכפייה, אישה בגדה בבעלה-עילה. **(7) מורדת מאיס עליי –** מסרבת לקיים יחסי מין מאחר ולא מעוניינת בבעלה.

לביד"ר 4 אופציות בהקשר גט:

1. ביד״ר טוען שאין עילה ודוחה את התביעה.
2. ביד״ר טוען שיש עילה ומצווה להתגרש אך לא חיוב.
3. ביד״ר פוסק שיש חובת גט ועל הבעל לתת לאשתו את הגט (הוא לא יכול להכריח את הגבר באמצעים פיזיים אז הוא מפעיל סנקציות כלכליות ואזרחיות עד שהוא משתכנע). \*במידה והבעל מסרב הדבר עולה לכדי סרבנות גט.
4. כפיית גט- שימוש אמצעים פיזיים כמו כליאה.

**המצב בפועל בביד"ר** (בהיבט סרבנות גט)

* **גישה שמרנית-** עד לא מזמן לא היה שימוש כמעט בכלל בסנקציות חברתיות כדי לכפות גט מתוך חשש לגט מעושה. בנוסף, הדיין יסתייג לכפות גט מהחשש שיש דעה מנוגדת למה שהוא חושב והדעה הזאת היא הצודקתקיים ולכן דיינים ימעטו להשתמש בגט שאינו מרצון. ליפשיץ **טוען** שביד"ר יכול לפעול בתפיסה קונסטרוקטיבית ולא דקלרטיבית. ז"א, מרגע שהם פסקו משהו זו המציאות.
* **גישה רחבה יותר-** במצב בו יש ספק הלכתי לגבי הכפייה ניתן לפחות לתת חיוב גט בעילות האובייקטיבית תוך שימוש הפעלת סנקציות חברתיות.
* הוויכוח בגין הגישות הוא בשני היבטים:
* בפירוטכניקה – עד כמה אנחנו מוכנים להרחיק לכת הלכתית כדי להתיר עגונות/מסורבות?
* תפיסת עולם פרקטית – האם ניתן לפרק את הנישואין בגין התמוטטות הקשר ללא צורך בעילה או באשמה? לדעת השמרנים- פירוק הקשר ללא אשמה אינו מקובל ולא נובע מעיקרון יהודי. מנגד הרב פלאג'י מאפשר להיפרד אך לא בצורה של גחמה אלא רק לאחר פירוד של 18 חודשים.
* התוצאות:
* בעיית הסחטנות- מקרים שבהם שני בני הזוג רוצים להתגרש אבל אחד מהם מסרב כדי לקבל הישגים במשא ומתן.
* פולשנות משמעותית- התייחסות להתנהגות המינית של בני הזוג. מתוך התלות באשמה.
* סרבנות גט היא תופעה בעייתית מאד אך במיוחד לנשים ולכן נשים יאלצו לוותר על הרבה דברים כדי לנסות להשיג את הגט (רכוש, מזונות וכו').
* **השורה התחתונה בישראל**- בסופו של דבר אין כמעט שימוש בכפייה וגם מי שמשתמש בחיוב גט זה רק במצבים מאוד מסוימים. המחלוקת היא בתפיסת העולם ולא רק בפירוטכניקה.

**הצעות "ישנות" לפתרונות לסרבנות גט:**

1. **תקנת המורדת-** כשהאישה מואסת בבעלה תוכל לסלקו – הרמב"ם תמך בזה. בשלב מסוים - זה ירד מהפרק בגלל: **(1)** היעדר סמכות; **(2)** הרס מוסד המשפחה והפיכת הגירושין לקלים מידי ע"י הוספת עילה; **(3)** גברים בוחרים בגישת חרם דרבנו גרשום.
2. **תקנת ח"י החודשים הרב פלאג'י-** ניתן להכריח על התמוטטות הקשר לאחר 18 חודשים של פירוד.
3. **הפקעת נישואין-** מהלך רדיקאלי שלא אומץ בישראל מלבד בבתי דין פרטיים. מהלך רדיקלי הקובע כי אין צורך כלל במתן גט (הנישואים לא תקפים מלכתחילה, לדוג׳ כשהעדים פסולים).
4. **רבנו ירוחם-** הסכמת הצדדים היא עילה לגירושין.

**פתרונות מיושמים שמסייעים לסרבנות גט- תפקידם של ביהמ"ש האזרחיים:**

* חקיקה- מכיוון שהדין של גירושין הוא דתי בלבד, על ביהמ"ש לא להתערב ולהיות מעין "קבלן ביצוע". יש 2 חוקים אזרחיים שמאפשרים לביד"ר להטיל סנקציות חברתיות על סרבני גט, אך לא קובעים בעניינים הקשורים למהות.
* פסיקה-

1. **פיקוח ישיר על בתי הדין הרבניים-** סנקציות מרבינו תם שמופעלות על הסרבנים ופנייתם לביהמ"ש (כאן יש מתח בין הרצון של ביהמ"ש לעזור למסורבת לבין "חינוך" לביה"ד שפועל בחוסר סמכות):

* בג"צ רוזנצוויג- איש שמתעמר באשתו, **בד"ר** מתרשם שזה מקרה גבול של כפיית גת, אך ברגע האמת הוא חושש מכפייה פיזית וגט מעושה, לכן קובעים מזונות הפחדה שזה סוג של כפייה כלכלית. **ביהמ"ש** מוצא דרך ביניים- מחד, לא מאפשר לתת מזונות הפחדה (מזונות הגבוהים מצרכיה של האישה) המהווים כפייה כלכלית מחוסר סמכות. מאדך, קבע שלא היו מזונות הפחדה, אלא קבע שהסכום סביר למזונות ובכך עזר לאישה.
* בג"צ גז- בעל שמסרב לתת גט הרבה שנים. בד"ר נוקט בסנקציות אך מנגד הבעל טוען שהן לא קיימות בחוק ודרכים אלו אינן בסמכות בד"ר. **ביהמ"ש-** דעת הרוב: בד"ר לא חייב את הרשויות לפעול בדרכים שביקש אלא רק המליץ ולכן אין חריגה מסמכות. עמית ושוהם: מצוקות אנושיות, צריך לעזור לאישה. רובינשטיין: לבד"ר ניתנת סמכות להילחם בסרבנות גט ויש לתת לו את כל הכלים להילחם בכך. דעת המיעוט (נאור, דנצינגר): מדובר בחריגה מסמכות ממש ולא ניתן לקבל אותה. חיות מצטרפת במהות לדעת המיעוט אבל בתוצאה לדעת הרוב.
* בג"צ רפאלי- בעל אלים ובד"ר מחייב לתת גט. הבעל מערער. **ביהמ"ש-** דעת הרוב: סמכות ביד"ר ואין להתערב. חשין: במקרה הספציפי לא מתערב אך באוביטר לא שולל התערבויות במקרים עתידיים.

1. **תביעות נזיקין-** הפרת חובה חקוקה/ רשלנות/ פגיעה באוטונומיה.

* האישה רשאית לתבוע תביעת נזיקין על סרבנות הגט של בעלה. אך רק במקרה בו ניתן **חיוב גט** לאחר שביה"ד דן בתביעת הגירושין. הפיצוי יחול רטרואקטיבית מרגע חיוב הגט (התחלה של גישה חדשה- מרגע הקמת העוולה ללא צורך בחיוב בגט, אלא בהתבסס קריטריונים אזרחיים, למשל פגיעה באוטונומיה).
* ניתן לעשות זאת גם כלפי נשים סרבניות.
* מה קורה בפועל היום? במקור תביעת נזיקין נועדה לזרז את הבעל לתת גט. בתי הדין לא אהבו את התביעות הללו משום שמהוות איום על סמכות ביה"ד ובעיקר בשל החשש לגט מעושה. לכן ביה"ד מייצר את התחושה כי אם האישה תמחק את תביעתה לנזיקין, אזי ינסה לבוא לעזרתה בתביעת הגירושין – לוחץ על ביטול התביעה ואז נוקט אמצעים חמורים יותר כנגד הסרבן.

1. **מזונות אישה בהקשר סרבנות – האם ניתן להפחית גם ללא חיוב גט?**
2. **מזונות מעוכבת**- כאשר מחשבים את המזונות של האישה, לוקחים בחשבון את "מעשיה ידיה". **חריג-** מזונות מעוכבת. הבעל חייב במזונות אך לא מקזזים את "מעשיה ידיה" 🡨 תמריץ כלכלי שלילי לתת גט. על אף שמזונות זה סמכות מקבילה, ביהמ"ש לא מפעיל מיוזמתו את המנגנון, אלא מחכה לקביעת ביד"ר (פס"ד נוני).

* גישת פרופ' פישמן- מדרבן את ביהמ"ש לעשות צעד נוסף- שכאשר ביהמ"ש דן במזונות טרם פסיקת גט ע"י ביד"ר, עליהם לקבוע הלכתית שיש לתת גט ואזי לדון במזונות - ביהמ"ש לא נוקטים בגישה זו.

1. **עקרונות תו"ל**- פס"ד 3151/14 פלונית: הבעל עוזב את האישה. בד"ר ממליץ להתגרש אך לא מחייב, האישה לא רוצה להתגרש ומגישה תביעת מזונות לביהמ"ש. ביהמ"ש קובע שהיא סרבנית גט בהתבסס עקרונות תו"ל ולא מגיע לה מזונות. האישה מערערת לבג"צ על פלישת ביהמ"ש לסמכות ביד"ר.

* דפנה ברק-ארז: המזונות הם בתחום הדין הדתי ולכן א"א להתערב באוטונומיה של בית הדין והאישה תקבל מזונות. מוסיפה את האופציה של מזונות משקמים באוביטר.
* זילברטל ורובינשטיין: מזונות זה סמכות מקבילה וכאשר הדבר נדון בביהמ"ש הוא יפורש ע"י כלי אזרחיים, בין היתר תו"ל. מחלוקת ביניהם: רובינשטיין: היא נהגה בחוסר תו"ל ויש לדחות את העתירה. זילברטל: מקבל את הטענה העקרונית שלביהמ"ש יש סמכות לקבוע מזונות מטעמי תו"ל. אך לא מקבל את הסברה כי סרבנים הם אוטומטית חסרי תו"ל ויש לבחון את הנסיבות. בנדוננו, האישה מסרבת להתגרש מכיוון ותלויה בגבר וכך מצטרף לברק ארז. לכן במקרה זה – לא נשלול מזונות, מקור הסרבנות הוא לא נקמה אלא צורך קיומי (היא לא עובדת). לכן במקרה הספציפי אין להחיל את עקרון תו"ל.
* ליפשיץ-מסכים עם זילברטל משום שבמקרה זה הסרבנות היא מתוך קושי כלכלי וזו ההגנה הכלכלית היחידה שיש לה משום שלא פסקו לה מזונות אחרי פרידה. צריך לתת לה מזונות משקמים וכך לעודד אותה לתת גט.

**מזונות אישה**

* בישראל, על מזונות אישה חל דין דתי לעומת רכוש שחל דין אזרחי.

**עקרונות הדין האישי בקביעת מזונות אישה:** (סחב"כ).

1. **המזונות חד סטריים**-רק מהגבר לאישה, לא מהאישה לגבר. חריג- האישה בעלת הון והגבר עני מרוד ולכן האישה תשלם מזונות מדין "**צדקה**".
2. **ניתנים רק בזמן הנישואין**-החובה למזונות תיפסק במתן הגט או לחלופין עם החלטת ביה"ד לחיוב גט (בשונה מארה"ב, שם יש מזונות גם לאחר הגט- alimony).
3. **הזכות למזונות נקבעת מתנאי הכתובה**- בכתובה מפורטים חובות הבעל כלפי אשתו, בין היתר חיובים כספיים וביניהם התחייבות לשלם מזונות בעת הצורך.
4. **בעל המסרב לשלם לאשה מזונות**- ישנן 2 אפשרויות בהם עושים שימוש: **(1)** חיוב למזונות מצד ביה"ד. חריג- כאשר הגבר לא יכול לשלם, לא מחייבים אותו אם חוסר היכולת שלו לא תלויה בו; **(2)** חיוב בגט. בדר"כ ביה"ד הרבני לא ימהר לחייב בגט במצב כזה, אלא ינסה לחייב אותו במזונות.

**כללים לקביעת מזונות**:

* המזונות נקבעים לפי המינימום במקום/החברה בה בני-הזוג חיים. המזונות כוללים את כלל הדברים הקשורים לכלכלת האישה. בין היתר, הוצאות מזון, ביגוד, מדור, ריפוי וכו'.
* "עולה עמו ואינה יורדת עמו" מזונות האישה נגזרים מרמת החיים שהצדדים קיימו. אין סכום קבוע וכל מקרה לגופו. **(1)** עולה עימו- האישה זכאית לאותה רמת מזונות שהבעל מרשה לעצמו. **(2)** אינה יורדת עימו- האישה זכאית לאותה רמת חיים שהייתה לה לפני הנישואין.
* הזכות למזונות תלויה בקשר הדוק בהתנהגות האישה- אם הבעל אחראי לפרידה – הזכות לא נפגעת. אם האישה אחראית/ סוטה מההתנהגות הנדרשת ממנה (בעיקר בהקשרים מיניים- אי שמירת צניעות, מורדת וכו') – הזכות תיפסק. חריג- **(1)** אשמת הבעל. **(2)** סיבה מוצדקת אוב' לעזיבתה. דוג' מהספר של שרשבסקי- בשכונה מבזים את האישה.
* הגנות הבעל בתביעת מזונות אישה- **(1)** הגנת קיזוז – **תקוזז הכנסת האישה** מסך המזונות ("מעשי ידיה תחת מזונותיה"). **(2)** הגנת הפטור - כאשר האישה **סוטה מנורמת התנהגות** (ר' לעיל)– יופחתו/יישללו המזונות.

**מקומה של תביעת מזונות האשה בזירת הגירושין בישראל:**

* תשלום המזונות- המזונות לא נחשבים כחלק מחלוקת הרכוש בין הצדדים. הבעל משלם את המזונות מבלי לקבל תמורה.
* משוואת הכוחות המגדרית- משוואה זו נוטה לטובת הבעל מכיוון והוא בעל הכוח הממשי לסיים את הקשר. לפיכך, הדבר יוצר אי שוויון מובנה בגירושין. מכאן, שתביעת המזונות מייצרת שוויון לטובת האישה והדבר נותן לה כוח אל מול הבעל. העובדה שהמזונות ניתנים כל עוד בני הזוג נשואים, מהווה מנוף של לחץ לבעל לתת גט.
* משקלה של תביעת מזונות- מזונות האישה נועדו לתת לאישה דבר להתקיים ממנו עד לגירושין, בגלל שכל עוד אין לה גט, היא אינה יכולה להתחתן עם מישהו אחר שיפרנס אותה. דה פקטו, תביעת המזונות מאפשרת להטיל על הבעל חיוביים חודשיים עד לסיום ההליך ובכך מהווה זרז למתן גט.
* פוטנציאל לשני כיווני השפעה מנוגדים- מחד, הדבר מהווה אמצעי לחץ על הבעל לתת גט ומאידך האישה יכולה לעכב את הגט מכיוון שמסתמכת על אותם תשלומים.
* פרדוקס במקומה של תביעת המזונות בזירת הגירושין כדמו"י- המזונות נועדו לתת לאישה אמצעי קיום במהלך ההליך. אולם, הדבר מהווה יריית פתיחה לסכסוך משפטי – תביעה טקטית.

**מזונות האישה – תפיסה דתית מול תפיסה אזרחית:** ישנה התנגשות בין עקרונות של הדין הדתי לבין עקרונות הדין האזרחי. בשל כך המערכת האזרחית החלה להתאים את העקרונות והכללים ההלכתיים למערכת הערכים העקרונות והנורמות האזרחיים בשלושה כיוונים.

1. **הרחבת הגנת הקיזוז** (לטובת הגבר): הכלל ההלכתי - "צאי מעשיי ידייך במזונותייך". הבעל יכול לדרוש מהאישה ללכת לעבוד ולהשתכר בעצמה. האם ניתן לחייב את האישה לצאת לעבוד? **בעבר לפי ההלכה,** ישנן עבודות אותן האישה חייבת לעשות ע"מ לקבל מזונות ("משק הבית" ו"קרבה אישית") וישנן "מלאכות רווחה" בהן האישה אינה מחויבת ואם היא עושה אותן – ניתן לקזז ההכנסות מהן מהמזונות (לדוג' יוצאת לעבוד).
2. **ביה"ד**- בשנות ה-50: לא ניתן לכפות על האישה לצאת לעבוד, אך אם יצאה ניתן לקזז את הסכומים. בשנות ה-90: יותר נשים יצאו לשוק העבודה. פקידות/הוראה נחשב ל-"טווה בצמר" (=מלאכות רווחה) ולכן ניתן לחייב אותן לעבוד/ לקזז.
3. **פסיקה**-

* המצב בעבר: **לא ניתן לחייב האישה לצאת לעבוד**. פס"ד מזור נ' מזור- אישה הגישה תביעת מזונות, היא אמנם עבדה אבל היו שלושה חודשים בהם לא עבדה והיא תובעת מזונות על שלושת החודשים הללו. נתניהו- אין חיוב בדין על אישה לצאת לעבוד. אם היא עובדת מיוזמתה אפשר לקזז, אבל אם היא לא עובדת אי אפשר לחייב אותה לעבוד בשביל לקבל פטור. גם אם הפסיקה לעבוד היא תקבל מזונות.
* כיום: מגמה שקראה לנשים לעבוד ע"י כך שקיזזו להם פוטנציאל השתכרות - סטייה מהלכת מזור. פס"ד ביקל- אישה עבדה כל השנים עד קרוב לתביעת הגירושין, לקראת התביעה עו"ד המליץ לה להפסיק לעבוד בשביל לקבל מזונות. שמגר- אפשר לחייב אישה לצאת לעבוד ומקזז פוטנציאל השתכרות (גם בפדן ואברהם ביהמ"ש מיישם כך).
* חריג להלכת ביקל: פס"ד פלולי- בנ"ז נשואים 30 שנה, האישה הייתה עקרת בית, הבעל עוזב והיא מגישה תביעת מזונות. הבעל מבקש לקזז את פוטנציאל ההשתכרות. טירקל- השופט טירקל קובע שבמקרה זה זכות האישה למזונות לא תיפגע. במקרה דנן, מדובר באישה לא צעירה שבמשך 30 שנות נישואין לא עבדה ומכאן אין שינוי.

1. **צמצום הגנת הפטור הכרוכה בהתנהגות האישה** (בא לטובת האישה)- בסדרת פס"ד של ביהמ"ש העליון שבו מפחיתים את 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.

* פס"ד כהן- הבעל עזב את הבית והקים משפחה אחרת, לאחר מכן האישה הייתה עם גבר אחר – הבעל טוען כי האישה זנתה והלכה עם אחר ולכן הוא פטור מלשלם מזונות. שמגר- שעל רקע ההחלטה של הבעל לעזוב את הבית ולהקים משפחה שנייה, הוא אינו יכול לבוא אל האישה בטענות אל מעשייה שהתרחשו לאחר שעזב את הבית ולכן לא יקבל פטור ממזונות.

1. **יצירת דיני מזונות אזרחיים**- התאמה של הדין הדתי לדין האזרחי

* פס"ד כהנא – כהן וגרושה שהתחתנו בנישואים אזרחיים. נפרדים והבעל "נזכר" שהוא כהן ולכן ביד"ר קובע שלא זכאי לשלם מזונות(=נישואים פסולים). שמגר- שניתן לתת לאישה מזונות אזרחיים מכוח שיקולי הצדק ודיני החוזים.
* פס"ד סולמון- פוסקים מזונות אזרחיים מכוח חו"י כבו"ה, עיקרון תו"ל ודרישת ההגינות בין הצדדים.
* רע"א 8255/99- השופט ברק קבע מזונות אזרחיים מכוח הדין החוזי.

ביקורת ליפשיץ: ישנם מקרים בהם הפסיקה האזרחית (שסוטה מהדין הדתי) מספקת **תמריץ לסרבנות גט של נשים** משום שמחייבת מזונות אישה בפירוד ממושך גם כאשר האישה היא הסרבנית (פס"ד פלולי).

**האם ביהמ"ש לענייני משפחה רשאים לקצוב את מזונותיה של האישה בגין סרבנות גט, גם בהיעדר חיוב בגט ע"י ביה"ד הרבני?**

* 3151/14 פלונית נ' פלוני – זוג היה נשוי למשך 35 שנים והאישה לא עבדה. הבעל עוזב את הבית ורוצה להתגרש אך האישה מסרבת. לא ניתן פס"ד לחיוב גט. האישה תובעת מזונות בביהמ"ש לענייני משפחה. **משפחה-** הבעל ישלם מזונות לתקופה קצובה של 24 חודשים. **מחוזי-** מזונות לתקופה קצובה של 3 שנים. **עליון-** עולה השאלה לעיל. רובינשטיין(רוב)- ביהמ"ש למשפחה **רשאים** לקצוב את מזונות האישה גם בהיעדר חיוב גט (לא לעודד אישה לסירוב גט). ברק ארז (מיעוט)- קובעת שלפי עקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות, כל עוד יש הליך גירושין בביה"ד, ביהמ"ש האזרחי לא רשאי לבסס את הפסיקה שלו לגבי מזונות על סרבנות גט. \*מוסיפה אופציה של מזונות משקמים.

**אלימות במשפחה**

* **הכלי של מדור ספציפי להתמודדות עם אלימות במשפחה:**

הזכות למדור אינה רק מקנה זכות לקורת גג – אלא גם זכות לחיות במדור זה בצורה שקטה ושלווה. לפיכך, יכולה האישה לבקש צו הרחקה כנגד בעלה אם הוא מפריע לשלוותה במדור שלה. **ביהמ"ש משתמש במדור הספציפי כדי להתמודד עם אלימות במשפחה.** אם האישה היא האלימה – הגבר יכול להתמודד עם זה דרך החוק למניעת אלימות במשפחה.

* פס"ד ניר- אישה מבקשת צו מניעה על התפרצות האב לביתה והחלפת מנעוליה מדי יום. אלון- גם על אלימות רוחנית יינתן צו הרחקה מתוקף זכות האישה לחיות בשלווה.
* **החוק למניעת אלימות במשפחה:**
* סע' 1- הגדרות.
* סע' 2- צו הגנה. איסור על כניסה לדירת האישה, איסור לשהות ברדיוס מסוים באזור שלה וכו'. ניתן לדרוש ערובה לצו ההגנה- סכום שיצטרך הצד המורחק לתת לצד השני במידה ויפר את הצו.
* הסדרי הרחקה מבחינת קטינים – יכול להינתן צו כדי להגן על קטין. ביהמ"ש יכול לקבוע תנאים לפיהם יוכל הילד להיפגש עם בן הזוג המורחק.
* החזקת נשק – החוק יכול לאסור על החזקת נשק של בה"ז המורחק, למעט מקרים בהם צריך זאת לצורך עבודתו.
* סע' 7- הפרת צו. ניתן לאסור אדם שמפר צו של אלימות במשפחה.
* סע' 11- הוצאות ופיצויים. כשמדובר בתלונת שווא ניתן להטיל חובה לשלם הוצאות (או למדינה או לבנה"ז).

**יחסי רכוש**

* **דין-** אזרחי. **סמכות-** מקבילה (לכתחילה ביהמ"ש, אך ניתן לכרוך אותו לביה"ד).

**רציונליים:**

* על פניו, יחסי רכוש קשורים באופן מהותי לחיי הנישואין ולכן יהיו לכאורה תחת הדין הדתי. לפיכך, ע"מ שיחול דין אזרחי, יש לטעון שההכרעה תהא ע"ב דיני קניין או דיני חוזים (המצב הנוהג עד שנות ה-70). בשנות ה-70, ביהמ"ש מפתח את דוק' **"חזקת השיתוף"**. **מדוע?**

**טיעון נורמטיבי:**

* **הגינות-** כאשר מחילים את דיני הקניין, התוצאות יכולות להיות לא צודקות, מכיוון שיכול להיות שהתוצרים שאחד מבנה"ז לא היו קורים, אלמלא הבן זוג שנמצא בבית. מכאן, שחלוקת הרכוש לא תבטא את החיים המשותפים ובבסיס הטיעון עומד הרעיון שהצדדים תורמים באופן שווה: **(1)** להורה שנשאר בבית אין ערך שוק(כמו לבייביסיטר). **(2)** אחריות משותפת- כל אחד נותן כפי יכולתו 🡨 לכן רוצים להתבסס על שוויון פורמלי ולקבוע שישנו שיתוף **דיספוזיטיבי** (שניתן להתנות עליו).
* **טיעון מגדרי-** נראה שהחלת דיני הקניין תפגע בעיקר בנשים שהרי לרוב הן הצד שנשאר בבית לגדל את הילדים.

**טיעון הסכמי:** דיני הקניין מבוססים על כוונת הצדדים 🡨כוונת הצדדים המשוערת במשפחה היא שיתוף. חזקה שניתנת לסתירה- למשל אם זוג עושה הסכם לפיו כל אחד בעלים של הרכוש שרשום על שמו וזה נותן ביטוי לכוונתם.

למבחן- שאלת סף:

1. **האם מדובר בנישואין (מהותיים) + מתי נישאו?** נישאו **לאחר** 74' – חוק יחסי ממון. לא נשואים/נישאו **לפני** 74' – חזקת השיתוף.
2. **האם יש הסכם ממון? (1)** הסכם ממון לפני נישואין (לפני שופט, דיין, רשם, נוטריון). **(2)** הסכם ממון לאחר נישואין (לפני שופט, דיין).

* **תוקף ההסכם** – חוזי (אלא אם ניתן לו תוקף של פסק דין). ידב"צ – מקבלים תוקף על בסיס חוק בתי משפט למשפחה הקובע שביהמ"ש יכול לאשר הסכם בין בני זוג.

**חזקת השיתוף**

* חזקת השיתוף היא תוצר פסיקתי. היא מתפתחת בשלושה פסקי דין (ברקר, בליקר, ברילי).
* ביהמ"ש קובע שאם מתקיימים תנאי סף מסוימים (**לא** חל תמיד), ואם מדובר בנכסים מסוימים (**לא** על כל הנכסים), יש חזקה שבני הזוג התכוונו לשיתוף ולכן החלוקה תהיה 50-50 🡨 חזקה זו ניתנת לסתירה.

**למבחן-** בשאלה עם חזקת שיתוף יש שלושה שלבים (**מצטברים**):

1. **תמיד נשאל – האם נשואים ומתי?**
2. בודקים מה תנאי הסף (אם התנאים **לא** התקיימו גם אם הם נשואים אין חזקת שיתוף);
3. בודקים מה הכללים לגבי היקף הנכסים לשיתוף (תמיד יהיו נכסים שכן בשיתוף ולא בשיתוף);
4. האם נסתרה חזקת השיתוף (ניתן לסתור את חזקת השיתוף באמצעות הסכם ממון אבל גם באמצעים אחרים).

**דור ראשון – המודל ההסכמי (שנות ה60- שנות ה80):**

1. **תנאי סף: האם חלה על הזוג הלכת השיתוף?** (אמד"ן)

**(א)** אורח חיים תקין **(ב)** מאמץ משותף **(ג)** דבר מה נוסף שמעיד על שיתוף (אינדיקציה פנימית לכוונת שיתוף).

1. **היקף נכסים: האם חלה על הנכס הלכת השיתוף?**
2. **אבחנה בין נכסים עסקיים לנכסים משפחתיים:** פס"ד ליברמן- יש לנהוג ע"פ אומד דעת הצדדים. אם אחד מן הצדדים לא התכוון לשתף, אזי אין לכפות שיתוף.
3. **אבחנה בין פנסיה למשכורת:** הלכת השיתוף חלה על משכורת, ולא פנסיה.פס"ד גלבוע (איש צבא שיצא לפנסיה בגיל 50)- קרן הפנסיה לא תחולק בין בנ"ז במידה והתגרשו לפני שקיבל את הפנסיה.
4. **יכולת יציאה: כיצד ניתן להחריג את הלכת השיתוף?**

הסכם פורמלי – אפשרות התניה בהסכם ממון (ניתן לחרוג).

ברירת המחדל הינה גמישה – ניתן לסתור אותה ע"י הוכחת כוונה נוגדת לשיתוף.

* פס"ד סלמן- דירה עם 2 מפלסים, בשני בנה"ז גרים ובראשון יש חנות ירקות; יש לבנה"ז 6 ילדים אותם מגדלת האישה, שגם עוזרת בחנות. אולם הגבר שולט ביד רמה בכסף ונותן בתחילת השבוע "דמי כיס" לילדים ולאשה (אם יש איזשהו אירוע הוא שוקל אם לתת לה קצת יותר). מתגרשים והאישה תובעת חצי מהרכוש; הבעל טוען כי לא ניתן לומר שהאישה הסכימה לשיתוף, שכן היא כלל לא ידעה מה קורה בהתנהלות הכלכלית. **ביהמ"ש-** קבע **שמהתנהגות הצדדים הוכח שנסתרה חזקת השיתוף גם בלי הסכם הממון** (אם יעשו הסכם ממון – יכבדו, אך אם לא – זה לא בהכרח יגשים את כוונת הצדדים וביהמ"ש יוכל להתערב ולפסוק כי נסתרה הלכת השיתוף) 🡨 פס"ד זה ממחיש מדוע המודל ההסכמי הינו בעייתי ביותר, שכן אינו מתחשב בשיקולי הצדק.

**דור שני – המודל הנורמטיבי/מאמץ משותף (שנות ה80 - שנות ה90):**

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

**(א)** אורח חיים תקין **מבוטל** (פס"ד אורון); **(ב)** מאמץ משותף (פס"ד משתר); **(ג) חיים תחת גג אחד** (מעיד על יחידה כלכלית אחת). סיום השיתוף הוא ביום בנה"ז מפסיקים לחיות יחדיו (פס"ד לידאי).

1. **היקף נכסים: האם חלה על הנכס הלכת השיתוף?**
   * + 1. האבחנה בין **עסק למשפחה** – **מבוטלת** בפס"ד נופרברג.
       2. האבחנה בין **פנסיה למשכורת** – **מבוטלת** בפס"ד לידאי.
       3. מאומצת אבחנה של **נכסים חיצוניים מול נכסים ממאמץ משותף**;

* נכסים מלפני הנישואין [חיצוניים לא נכללים בחזקת השיתוף – אלא אם נרשמו גם ע"ש בן-הזוג]
* ירושות [חיצוניות לא נכללות בחזקת השיתוף – אלא אם נכנסו לחשבון המשותף]
* מתנות [חיצוניות לא נכללות בחזקת השיתוף – אלא אם נכנסו לחשבון המשותף]
* נכס במאמץ משותף [פנימי נכלל בהלכת השיתוף]
* נכס מלפני הנישואין/מתנות/ירושות שהשתבחו בזמן הנישואין - הסכום שגדל נכלל בהלכת השיתוף.

1. **יכולת יציאה: כיצד ניתן להחריג את הלכת השיתוף?**
2. ע"י הסכם **פורמלי.**
3. ע"י הסכם **דיספוזיטיבי/חצי קוגנטי.**

* פס"ד קוטלר- לבעל יש עסק של דירות השקעה, הוא אחראי על הכסף בעוד שהאישה מגדלת את הילדים. הבעל נותן לה כסף וזאת ע"פ שק"ד. כשהוא טס לחו"ל – הוא מבקש מהמשכירה להיות אחראית על השוכרים ולא סומך על אשתו בכך. מתגרשים והאישה מבקשת חצי; הבעל טוען כי הוא שלט לגמרי בכסף ולכן לא ניתן לומר כי ראתה עצמה כשותפה. **ביהמ"ש-** הנסיבה שהוא ניהל את הכספים זה בגלל שהאישה הייתה בזבזנית ולא ניתן ללמוד על העדר שיתוף 🡨 **חזקת השיתוף הופכת להיות חצי-קוגנטית** (קשה יותר לסתור אותה).
* בנסיבות דומות [כמעט זהות] לאלה שבפס"ד **סלמן** לעיל, הגיע ביהמ"ש למסקנה שונה; בכך יש ביטוי למעבר מהמודל ההסכמי למודל הנורמטיבי.
* פס"ד בבלי- ביטול "הדין הולך אחר הדיין"; אם לא מדובר במעמד אישי, מפעילים דין אזרחי. שמגר וברק אומרים במפורש שעוברים למודל נורמטיבי.

**דור שלישי – מודל הקהילה המשפחתית/ הסתמכות (שנות ה90 - אלפיים):**

1. **תנאי סף: האם חלה על הזוג הלכת השיתוף?** (א. חרא)

**(א)** נישואין ראשונים; **(ב)** נישואין ארוכים; **(ג)** אורח חיים תקין; **(ד)** חיים תחת קורת גג אחת - אווירה שיתופית במשפחה.

1. **היקף נכסים: האם חלה על הנכס הלכת השיתוף?**
2. החזקה תחול גם על נכסים מלפני הנישואין, על ירושות ועל מתנות (בניגוד לדור 2).
3. אבחנה עסקית; החזקה תחול על נכס עסקי מעין-משפחתי, **אפילו שלא ממאמץ משותף** – השאלה נוגעת ל**הסתמכות**.

* פס"ד הדרי- זוג שנשוי 30 שנה וחי בדירה ששייכת לבעל מלפני הנישואין. בנה"ז מתגרשיםאך האישה לא מצליחה להצביע על שינוי בדירה, קרי תרומתה ומכאן קושי להוכיח שיתוף. **ביהמ"ש-** גולדברג – המשפחה היא "עסק" והדירה אינה חלק מהעסק. שמגר וחשין – קובעים שלמרות שהנכס הוא לא מאמץ משותף, בנישואין יש שלב של שותפות מובהקת ובו בוחנים את המכלול ע"פ פרמטרים מסוימים- בנישואים ארוכים, ראשונים וכשיש יחסים טובים, אז נכס פרטי מלפני הנישואים כן יתחלק (לא הלכה מוחלטת, מאוד תלוי בנסיבות) 🡨 **הסתמכות + משפחתיות.**
* פס"ד אבולוף- לבעל הייתה חנות פרחים בדיירות מוגנת מלפני הנישואין, העסק היה שכונתי ומשפחתי שאת הכנסותיו חלקו בני הזוג אולם היה רשום רק על שמו. לאחר 40 שנה בנה"ז מתגרשים והבעל טוען שאין שיתוף בנכס עצמו. **ביהמ״ש**- בך- הייתה הסתמכות מצד האישה. יש להבחין בין שותפות עסקים ליחסים משפחתיים, ע"פ הפרמטרים לעיל.

1. **יכולת יציאה: כיצד ניתן להחריג את הלכת השיתוף?**

ברירת מחדל **שיתופית**, אך ניתן לסתור אותה-

1. התנהגות/ ע"י אינדיקציה של שני בני הזוג כי לא רצו בשיתוף.
2. הסכם ממון / מצג אובייקטיבי חד-משמעי של הבעלים הרשומים, בזמן אמת (אם בזמן אמת, במהלך הנישואין, אומר בן-הזוג הבעלים כי הנכס שייך לו ולא לשני – נשללת ההסתמכות והנכס רק שלו).

**דור רביעי-** לוקח את הדור השלישי עוד צעד. רלוונטי בעיקר לדירת מגורים.

* + - * 1. **תנאי סף: האם חלה על הזוג הלכת השיתוף?**

מגורים משותפים (ללא תלות למי זה היה שייך והאם נישואין ראשונים).

גם אם תנאי הכניסה לא מתקיימים בבירור - אין רגישות לכוונת הצדדים, אין התייחסות לנישואים שניים.

* + - * 1. **היקף נכסים: האם חלה על הנכס הלכת השיתוף?**

הרכוש המשותף: נכסים חיצוניים (בעיקר דירה).

גם כשמדובר בדירת מגורים שנרכשה לפני הנישואים מפעילים שיתוף באופן גורף, לעיתים גם בנישואים שניים.

* + - * 1. **יכולת יציאה: כיצד ניתן להחריג את הלכת השיתוף?**

חלק מהשופטים יקשו על הסטייה מהחזקה בהעדר הסכם מפורש.

* לדעת חנוך דגן- מחייב הסכם פורמאלי.

במבחן-

* **אם לא מתקיימים תנאי דור 3 נחזור לבחון את חזקת השיתוף לפי דור 2.** אם מדובר על נכס מאמץ משותף לבחון ע"פ דור 2, אם לא מתקיימים התנאים של דור 3.
* **לפי דור 4**: רואים כי בשנים האחרונות מתגבש מודל חדש שמקל על הכניסה ומקשה על היציאה ואם המודל הזה ילך ויתחזק גם אם אין הסכם שיתוף פורמאלי ייתכן שהאישה כן תקבל מחצית מהדירה ויחילו עליה את חזקת השיתוף. לכן, יש להתייחס למודל זה בהקשר של חזקת השיתוף לגבי דירת מגורים. **בונוס** – לציין כי ליפשיץ מתנגד.
* אידאולוגים / פסולי חיתון- חזקת שיתוף.
* כאשר מדובר בנישואים אזרחיים (נישואים תוצרת הארץ)- גישה אנליטית- יש לבחון ע"פ שלושת הגישות (ויתקון, זוסמן ושואה). גישה פרקטית- כאשר אדם רשום כנשוי יש ליישם את חוק יחסי ממון.

**חוק יחסי ממון – איזון משאבים**

* בהיעדר הסכם ממון מפורש שסותר – יש שיתוף.
* סע' 5(א) לחוק יחסי ממון מחריג מהמאמץ המשותף את הדברים המוכרים לנו – ירושה, מתנה ונכסים מלפני הנישואין.

1. **תנאי סף:** נשואים **אחרי** 74'. אך אין תנאים ברורים נוספים, כנראה הולכים לפי דור 2.
2. **היקף הנכסים:** אינו עושה אבחנות בין נכס עסקי למשפחתי ובין משכורת לפנסיה אך משאיר בחוץ נכסים חיצוניים.
3. **יכולת יציאה:** באמצעות הסכם ממון.

**שני מודלים לשיתוף**:

1. **שיתוף מידי** – מרגע שמתחתנים הרכוש משותף לשני בנ"ז, אך זה פוגע בוודאות הקניין והרישום בטאבו.
2. **שיתוף דחוי** – חלוקת הרכוש היא רק מרגע של פקיעת הנישואין (גירושין/מוות). במהלך הנישואין כל צד יהיה הבעלים של הרכוש שרשום על שמו 🡨 המודל הרווח. **מדוע? (1)** שמירה על אוטונומיה בנישואין; **(2)** לא לפגוע בעיקרון הרישום.

**חוק יחסי ממון – מודל דחוי:**

* סע' 4 רק כשקורה אירוע מפקיע (מוות או גירושין) מבצעים חלוקת שווי בשוויון מלא (50-50) של נכסים במהלך הנישואין.
* לא כולל: נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות – עליהם ניתן להחיל **שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי.**
* סע' 8 מאפשר לסטות מחלוקה של חצי-חצי – **לציין בכל מקרה.**
* **מה לגבי פירות של נכס פרטי?** מחלוקת: מחד, אם הנכס פרטי כך גם הפירות. מאידך, השבחה במהלך הנישואים צריכה להתחלק בין בנה"ז- קיים מאמץ משותף. פרופ' ליפשיץ- יש לבחון כיצד הפירות צמחו.
* נוצרת **בעיה** הנוגעת לקוהרנטיות בין דיני הגירושין לבין חוק יחסי ממון. למשל, בארץ נוצר קשר בין הגירושין הדתיים לגירושין הכלכליים ולכן אם בן הזוג יסרב לתת גט (יכול לסרב מכוח היעדר עילה דתית) הוא יהיה פטור מלתת לשני חצי מהכסף וכך נוצרת סרבנות גט. ניסיון לפתור את הבעיה ע"י ביהמ"ש:
* פס"ד יעקובי- לבני הזוג יש דירת מגורים שרשומה על שני בני הזוג וחברת נדל"ן שרשומה על הבעל. הבעל מגיש תביעת גירושין והאישה מגישה תביעה לחצי מהחברה. הבעל מבין שהוא יצטרך לתת חלק מהחברה (צמחה במהלך הנישואין, מאמץ משותף של שניהם), לכן ע"מ לדחות את הגירושין הוא טוען בביד"ר שהוא רוצה שלום בית. במחוזי האישה תובעת לאיזון משאבים וזה נדחה על הסף כי אין פקיעת נישואין. הבעל תובע לפירוק שיתוף בדירת המגורים ומאחר שהזכויות של הגבר הם מכוח חוק הקניין בית המשפט מקבל את תביעתו. האישה נשארת מסורבת גט, לא מתקבלת בקשתה לאיזון משאבים והיא צריכה לצאת מהדירה.
* לא ניתן לטעון לפירוק שיתוף כל עוד אתה דורש שלום בית.
* פס"ד קנובלר- זוג נשוי והדירה רשומה על הבעל. האישה מגישה תביעת גירושין. בבית הדין הגבר טוען לשלום בית אך בית הדין לא מקבל זאת מאחר ויש לו מאהבות. מכאן, יש חיוב גט (=סנקציה ללא שיניים) אבל לא כפייה ולכן קנובלר לא נותן גט. בבית המשפט המחוזי כשהאישה תובעת את הזכויות בדירה הוא מבקש דחייה על הסף.
* לכאורה ע"פ החוק היבש, בכל התביעות הגבר אמור לנצח ובכך נוצר מצב אבסורדי. שני התיקים (יעקבי וקנובלר) מגיעים לעליון ומאחדים את התיקים.
* **טענות הנגד:** סימולטניות - אפשר להשתמש גם בחוק יחסי ממון וגם בחזקת השיתוף; לפרש גירושין לפי חוק יחסי ממון לפי קריטריונים אזרחיים - כשהקשר התמוטט; להגמיש את המונח גירושין בהתבסס על קריטריונים דתיים - גם חיוב גט ולא רק קבלת גט.
* **קביעת העליון:** נותנים במקרה הקונקרטי מה שמגיע לנשים, אך זה לא בגדר הלכה.

**פתרון חקיקתי – תיקון חוק יחסי ממון:** ייכתב כי לצורך החוק ניתן להוכיח גם קריטריונים אזרחיים לגירושין (ניתן לפסוק איזון משאבים לא רק בפקיעת נישואין/מוות אלא גם לפי קריטריונים אזרחיים לתום הקשר).

* **הקדמת מועד האיזון** במקרים הבאים ע"פ סע' 5א: **(1)** ביהמ"ש התרשם שיש קרע בלתי הפיך; **(2)** חלפה שנה מיום הגשת תביעה לפירוק שיתוף או להתרת נישואים; **(3)** הזוג פרוד כבר תשעה חודשים מתוך תקופה של שנה רצופה; **(4)** אלימות חמורה; **(5)** צו הגנה והרחקה שניתן לבן הזוג.

**פתרון פסיקתי – שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי:** במקרים של נכסים חיצוניים.

* פס"ד קנובלר-ש"ט באוביטר- ניתן להצמיח זכויות בנכס חיצוני מכוח דיני החוזים והקניין עם "הנחה של משפחה". משמע, בגלל שזו משפחה ובמשפחה אנשים לא מקפידים על הרישום/כתב, ניתן להצמיח את הזכות מדיני הקניין והחוזים ולהכיר בהסכמה לא כתובה 🡨 מכאן צומח הרעיון של שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי.
* פס"ד אבו רומי- אישה מוסלמית שחיה עם בן זוגה בדירת שנבנתה על קרקע שרשומה ע"ש הגבר. שם הצדדים חיים במשך 16 שנים ונולדים להם 6 ילדים. הגבר מגרש את האישה והאישה דורשת חצי מהדירה. האישה טוענת לשיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי. **ביהמ"ש-** ש"ט- לא תתקבל הצהרה סתמית לגבי שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי בלי הוכחה 🡨 נפתח פתח המאפשר להחיל את חזקת השיתוף על אף קיומו של חוק יחסי הממון.
* **לסיכום גישת ש"ט:** ניתן להחיל שיתוף על נכס מלפני הנישואין גם ללא דרישת כתב כאשר הוכחנו את אחת מהחלופות של כוונת השיתוף- **א.** השקעה משמעותית של שני הצדדים בנכס + מגורים בנכס. **ב.** כאשר הובאה ראייה מהותית (כוונה, עדויות וכו').

**בפועל כיום קיימות שלוש שיטות:**

1. **אבו רומי** מכבדים את חוק יחסי ממון אבל יש שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי; נכסים חיצוניים אינם ברי איזון, אבל **אם יוכח כמו בחוזים וקניין שהייתה כוונה לשיתוף** (מגורים + השקעה בנכס או ראיות מהותיות) –**לא ברירת המחדל**.
2. גישתו הרדיקלית של **השופט יוסף שפירא**- עצם העובדה שהצדדים גרו יחד בנכס, מעידה על כוונת שיתוף (דומה לדור 4). **הפך את ברירת המחדל – חזקה כי בדירת מגורים יש שיתוף**; **מי שלא רוצה שיתוף – שיעשה הסכם**.
3. **גישת אמצע** (ליפשיץ)-מסכים עם שטרסברג כהן. עם זאת בהתקיימם של תנאי סף מסוימים כמו נישואין ארוכים, ראשונים, יחסים טובים נוצרה חזקה של כוונה לשיתוף ("היו לבשר אחד" + הסתמכות). במקרה כזה, נטל ההוכחה מתהפך ועל הצד שמסרב לשתף להביא לכך הוכחות.

1398/11 פס"ד אלמוני- בנה"ז גרו בדירה ע"ש הבעל ותכננו לקנות דירה משותפת. בנה"ז מתגרשים והאישה תובעת מחצית מהדירה מכוח שיתוף ספציפי. ביהמ"ש לענייני משפחה- מתקיים שיתוף. מחוזי- לא. הדיון מגיע לעליון:

* דנציגר - פוסק לפי **הגישה הראשונה**  (אבו רומי)– יש לציית לחוק 🡨 נכסים חיצוניים אינם בני איזון; ניתן להוכיח כוונה לשיתוף כמו בחוזים וקניין, אך זו אינה ברירת המחדל. במקרה דנן, עדות החבר ראיה לכך שיש שיתוף.
* עמית - מזכיר את **הגישה השלישית עם שינויים מחייבים** (ככל שהנישואים יותר ארוכים, וככל שיש יותר אווירת שיתוף, וככל שהנכס יותר משפחתי, כך יטה ביהמ"ש לעשות את השיתוף הספציפי וככל שמדובר בדברים ההפוכים, אזי הוא יחליט שזה לא משותף) וקובע רשימה (לא סגורה) לשיתוף בדירה: **(1)** האם לבן הזוג יש דירת מגורים חלופית? **(2)** אורך התקופה בה הדירה הייתה רשומה על שם בן הזוג ומספר השנים בהם חיו יחד בדירה (ככל שהתקופה קצרה יותר נדרשת מידה רבה יותר של הוכחה לשיתוף). **(3)** אם הייתה משכנתא על הדירה- האם שני בני הזוג שילמו עליה במשותף? **(4)** האם נעשה שיפוץ /בניה בנכס שמומן ע"י שני בני הזוג? **(5)** התנהגות הצדדים- האם הייתה אווירה של שיתוף ומאמץ משותף? **(6)** נסיבות ספציפיות כמו מצג בפני בן הזוג שני.
* זילברטל(דעת מיעוט)- פוסק כי הנישואין היו קצרים ולא טובים (**גישת ליפשיץ**) ולכן אין שיתוף. גם, פוסל את גישת דנצינגר.
* נראה כי לכאורה יש רוב לגישת ליפשיץ (עמית וזילברטל) אך מאחר וזילברטל במיעוט- לא בהכרח מהווה תקדים מחייב.

**לסיכום:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **נכסי מאמץ משותף** | **נכסים חיצוניים** |
| **בני זוג שנישאו לפני שנת 74' / ידב"צים** | **חזקת שיתוף דור 2** (מודל חצי קוגנטי). | **חזקת שיתוף דור 3**:בבני זוג מנישואים ראשונים, טובים וארוכים נחיל את הלכת השיתוף עם רגישות לכוונת הצדדים ולמצגי הבעלים הרשום.  \*בדירה שהיא נכס חיצוני- נכיל דור 4. |
| **בני זוג שנישאו לאחר שנת 74'** | **איזון משאבים**: בהתאם לסע' 5א (=הקדמה אזרחית של מועד האיזון) או במועד פקיעת הנישואים (מוות/גט). | לא ניתן להפעיל את חזקת השיתוף ולא את הסדר איזון המשאבים. לכן- **שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי**.  3 גישות לעיל! |

**הון אנושי ומוניטין – פערים בכושר השתכרות סע' 8**

פס"ד אובריאן- בתקופה שהזוג חי ביחד הבעל היה מתמחה ברפואה והאישה נאלצה לעבוד בחצי משרה ולגדל את הילדים. לאחר שמסיים התמחות, מגיש תביעת גירושין. במקרה זה הזוג חי מהחסכונות והדבר שנצבר בנישואין היא תעודת הרופא המומחה של הגבר שעתידה להכניס לכיסו הרבה כסף 🡨 הון אנושי. לכן, ביהמ"ש פוסק לאישה חצי מהשכר של הגבר, שכן נגרם פער בכושר ההשתכרות מכך שהאישה הורידה בעבודתה ע"מ לדאוג לילד.

פס"ד 4623/04 פלוני נ' פלונית- בנה"ז רו"ח ומורה והם מתגרשים. לבעל יש עסק המכניס 600,000 ₪ בשנה. ביהמ"ש למשפחה והמחוזי פוסקים כי יש לחלק זאת. בעליון עולות 2 שאלות- **(1)** כימות ופילוח. **(2)** מימוש. ביהמ"ש רוצה לתת סכום חד"פ של 200,000 ₪, שמהווה חלק מפוטנציאל כושר ההשתכרות של בן הזוג שנוצר במאמץ משותף 🡨 בעיה- הפסיקה רלוונטית רק לעשירים שיש להם מעבר להון אנושי. מחד, התקדים קובע שכושר השתכרות מהווה נכס. מאידך, הסכום הסופי מאכזב. **מכאן, מתח בין הרטוריקה הקניינית האגרסיבית לבין מה שמתרחש דה פקטו.**

**מתעוררת שתי שאלות** (בהתבסס מאמר של ליפשיץ)

1. **כימות ופילוח**: כיצד יכמתו את הסכום המגיע לאישה?

* לכאורה ניתן להשוות בין המשכורת בתחילת הנישואין לבין המשכורת אחרי הנישואין (לדוג' אם לפני הלימודים היה עובד בתחנת דלק ובסופם היה שותף בכיר במשרד עו"ד) וזה יהיה ההון האנושי שצבר במהלך הנישואין.
* אולם גם זה בעייתי, שכן קשה להבחין בין ההון-האנושי שכבר היה לו קודם (ידע, פסיכומטרי, בגרות וכו') לבין ההון שצבר במהלך הנישואין.
* לדעת ליפשיץ יבדקו מה דיני הנזיקין היו נותנים לו אם היה נפצע/נהרג במהלך הנישואין- הפער בין מה שהוא מקבל בפוטנציאל השתכרות **בנישואין** לעומת פוטנציאל ההשתכרות **ביום גירושין** – **הפער זה התוספת**. כך מביאים בחשבון גם את מימוש הכישרון וההתמחות.

1. **מימוש**: כיצד יינתנו תשלומים עבור הון אנושי?

* **תשלום עיתי קבוע מראש** (מתוך ההכנסה החודשית/שנתית)?
* **תשלום עיתי שהינו אחוז מהפרש ההשתכרות** (מתוך הפרש ההכנסות הנ"ל)?
* **אבחנה בין עשירים לעניים** (עשירים – יש גם רכוש פיזי; כוללים הן אותו והן הון אנושי, עניים – יש בעיקר הון אנושי ולכן יתחשבו רק בו ולא ברכוש ממשי)?

\*תשלום עיתי- פיצויים הנפרסים לאורך תקופה ארוכה.

**פתרונות:**

* + 1. **אפשרות א'- תשלום קבוע מראש: נכמת** להעריך מראש את הסכום שמגיע לאישה ונפרוס ע"פ תשלומים.
* יתרונות: **(1)** גרמנו לכל אחד לקבל חלק מהנכס; **(2)** לא צריך לחשב כל פעם מחדש.
* חסרונות: **(1)** בעיית המפסידנים – עלולים לשלם יותר ממה שירוויחו כי לא הרוויחו כפי שצפו; **(2)** יש פגיעה באוטונומיה – מכריח אדם להישאר במקצוע שלו.
  + 1. **אפשרות ב'- סכום יחסי:** במקום סכום קבוע, הוא ישלם כל שנה רבע מרווחיו.
* חסרונות: **(1)** כל שנה צריך לעשות חישוב מחדש; **(2)** מתמרץ לא לעבוד כי אז ישלם פחות; **(3)** מה אם האישה מרוויחה יותר מהבעל, למה שהוא יכלכל אותה? **(4)** מחייב לשמור על קשר.
  + 1. **אפשרות ג'- סכום חד פעמי:** ריבלין (רוב) בפלונית - במקום תשלום עיתי, הבעל ישלם סכום חד"פ (200,00 ₪). הבעיה – פסה"ד לא נתן הסבר איך הגיע לסכום הזה.

**יישום סע' 8 לחוק יחסי ממון:**

הסעיף מסמיך את ביהמ"ש לחרוג מחלוקה שוויונית אם ישנן נסיבות מיוחדות. ליפשיץ הציע לתקן את סע' 8 לחוק יחסי ממון ע"מ שביהמ"ש יוכל לסטות מחלוקה שוויונית וכך ייתן ביטוי לפערים בכושר השתכרות החוק תוקן 🡨 סע' 8(2).

1. **עשירים** (פס"ד רו"ח): **אם ההון הממשי> ההון האנושי** – ניתן להגיע ל**חלוקה הקניינית** כמו **בסע' 5** גם דרך **סע' 8** (מתייחסים להון האנושי כנכס ממשי ומחלקים אותו ב**תשלום עיתי**).
2. **עניים** (פס"ד אובריין): **אם ההון הממשי < ההון האנושי** –כאן נוצרת בעיה מכיוון שחלוקה של הנכס הממשי, לא תעזור לאישה. לכן, לדעת ליפשיץ יש: **(1)** לנסח חוק לפיו ביהמ"ש יכול לחלק הון אנושי; **(2)** אם לפי פלונית, נכס כולל גם השתכרות, ההגדרה של סע' 5 לא החריגה הון אנושי ולכן מכוח סע' 5 ניתן לחלק. **מנגד,** ניתן לטעון שבסע' 8 המחוקק אפשר שק"ד ואילו בסע' 5 לא. ע"כ ליפשיץ ממשיך וטוען: **(א)** לא הגיוני שהמחוקק לא יאפשר לחלק הון אנושי וע"כ יש צורך בפרשנות יצירתית; **(ב)** סע' 8 קובע שאפשר לסטות מהחלוקה ונותן לביהמ"ש שק"ד ולכן זה לא הטכניקה היחידה וניתן להשתמש בסע' 5; **(ג)** סע' 8 לא מתייחס לתוספת, אלא לפערי השכר ולכן מבחינה קניינית ניתן לחלק את הפער ע"י סע' 5 ואם יש פערים נוספים, ע"פ שק"ד.

**בחלוקת הון אנושי לביהמ"ש יש 5 אפשרויות:**

1. **חלוקה קניינית –** ר' דיון לעיל- סע' 8.
2. **אומדנא** – ביהמ"ש יקבע סכום חד"פ שיבטא "פיצוי" לבן הזוג שהרוויח פחות. לרוב יהיה סכום נמוך (שיטה של ריבלין בפס"ד רו"ח). ליפשיץ - זה לא אסתטי, אין לזה נימוקים ובדר"כ מדובר במספרים נמוכים ושרירותיים. לכן - הגישה לא מספיק טובה.
3. **פיצוי על הפסדי קריירה בגין ויתור על קריירה-** (זוג- מהנדס בן 30 שרכש את ההון האנושי לפני הנישואין והתחתן עם סטודנטית שנאלצה להתפשר בקריירה ולגדל את הילדים) נבדוק מה הפער בניהם לפיה מי שמרוויח יותר ייתן אחוז מהמשכורת שלו למי שמרוויח פחות (בארץ – יש הקוראים לנוסחה "רבע על רבע"; רבע מהפרשי המשכורת כפול רבע מהזמן שהיו יחד).
4. **התעלמות מהפערים בכושר ההשתכרות-** לא לעשות דבר. **רק במקרים חריגים במיוחד** (של פערים דרמטיים בכושר ההשתכרות) יש לחלק את כושר ההשתכרות.
5. **יציאה שווה מהנישואין-** לפי סע' 8צריך לדאוג שהם יצאו בנק' התחלה שווה- נדיר ויש להשתמש רק כאשר מתקיימים פערי כוחות משמעותיים (למשל עשיר שהתחתן עם עני/נכה). בשקלול האיזון משאבים ייכנס הכל- המצב הכלכלי המשפחתי של כל אחד מהם לפני הנישואין, ירושות שעתידים לקבל וכו'. ליפשיץ- השימוש באפשרות זו מתחשב בשיקולי צדק תוך פגיעה בזכויות הקניין.
6. **מזונות משקמים-** יד"צ ונישואים אזרחיים מקבלים מזונות לאחר פרידה (פס"ד לידרולן, בני נוח). בנוגע לזוג שהתחתן לפי הדין הדתי וחל עליו חוק יחסי ממון כרגע לא ניתן לקבל מזונות משקמים, ישנם מזונות דתיים עד הגט. **מנגד,** האישה יכולה לטעון שגם אחרי פרידה יש מחויבות מסוימת לתקופה קצרה כי לא מדובר בחסד אלא יש לבן הזוג חלק מההשתכרות שמתכתבת עם החלוקת ההון האנושי. ברק ארז באוביטר פותחת פתח למזונות משקמים.

במבחן- ליישם את השיטות לפי המקרים הקונקרטיים:

* במקרה שמישהו צמח בזכות השני - נחיל את 1.
* במקרה שנוצר פער בגלל החלטות של השני (הפסד של השני בגלל הראשון)- נחיל את 2.
* במקרה שמישהו ממשפחה עשירה ואחד עני- נחיל את 5.
* במקרה שמישהי הסתמכה- נחיל את 6.

**שיקולי אשמה**

עד כמה התנהגות הצדדים יכולה להיות פרמטר כדי לחרוג מחלוקה שוויונית?

**אשמה מינית:**

* **בדין הדתי**: שואלים מי אשם בסיום היחסים?
* **בדין האזרחי**: מבחן מהותי- מי פירק את הקשר? שהרי זכותו של כל אחד לפרק את הקשר **ולכן אין חשיבות לבגידה.**
* **בגישה הציבורית**: החברה יכולה להבחין ולטעון כי בגידה היא דבר רע אך המשפט לא יכול לקבוע את אמות המידה של טוב או רע.

סע' 8 לחוק יחסי ממון- אפשר לחלק בצורה לא שוויונית בהתבסס שיקולי צדק. ברם, השיקולים לא פורטו. אך ביהמ"ש הסתייגו מלהשתמש בסע' נוכח העמימות של השיקולים. מכאן שהסע' יחול רק במקרים של **אשמה כלכלית** (ולא מינית).

* האם כחלק מהשיקולים להפעלת חזקת השיתוף או לחוק יחסי ממון, ניתן משקל לבגידה? ביהמ"ש קבע ש**לא.** אולם, ביה"ד ניסה להכניס את הבגידה דרך **סע' 8** כאחת העילות המנויות בו לסטייה מחלוקה שוויונית, אך נאור קבעה כי לא רק שנדרש להשתמש ב"חוק יחסי ממון", אלא יש להפעילו כמו שביהמ"ש מפעיל אותו.

**יש להבחין בין 2 שאלות:**

1. מתי ניתן לדון בתביעות? תיקון חוק יחסי ממון עוסק בכך.
2. כיצד מחלקים את הרכוש? בגלל שהליך הגירושין אורך זמן, ע"מ לחלק את הרכוש, בוחנים ע"פ פרמטר **"מועד הקרע"**. 2 אפשרויות- פס"ד לידאי- מתי שהזוג נפרד. פס"ד אבנרי- מתי התביעות הוגשו.

* בג"צ השותפות המוחלשת: בנה"ז שחיו יחד בבית אך היחסים התפרקו ולגבר הייתה מאהבת. בתקופה זו מצליח כלכלית. בנה"ז מתגרשים. הדיון בביהמ"ש עסק בשאלת מועד הקרע. הגבר טוען שמועד הקרע זה בזמן שהתגלה שיש לו מאהבת. מנגד, האישה טוענת שמועד הקרע הוא כאשר הבעל עזב את הבית. מכאן, ביהמ"ש ממציא את המושג **"שותפות מוחלשת"**- בתקופה ההיא לא ניתן לומר כי נגמרה השותפות (הוא גר בבית), אך גם לא ניתן לומר כי יש שותפות מלאה (יש מאהבת). לכן נותנים לאישה 30%.

בג"צ הבגידה: בנה"ז נישאו לאחר 74', לבעל הייתה קרקע מלפני הנישואין ובמהלך הנישואין עושה עסקת קומבינציה ומקבל בעד הקרקע וילה. מדובר בחילוף של נכס פרטי מלפני הנישואין 🡨 אינו בר איזון, אך הנכס יכול להפוך למשותף ע"י שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי. הבעל מגיש תביעת גירושין וכורך את נושא הרכוש. 4 מערכות:

1. **מערכה ראשונה- ביה"ד אזורי**: ביד"ר עושה שימוש בחוק יחסי ממון מכוח דינא דמלכותא דינא. עם זאת, ביד"ר לא אוהב לעשות שימוש בדוק' זו מכיוון שזה תוצר פסיקתי ובוטה לקחת לאדם דבר שלא התכוון לשתף אותו. במקרה דנן, מדובר באחד המקרים הבודדים בו ביד"ר פוסק שהנכס משותף מכוח דין ספציפי, מכיוון שהיו התבטאויות של הבעל לאורך השנים, השקעה שהייתה וכו'.
2. **מערכה שנייה- ערעור לביה"ד הגדול:** הדיין עמוס: **(1)** לא התקיימו הפרמטרים של שיתוף ספציפי 🡨 לא מגיע לה כלום. **(2)** יש להיזהר מהשיתוף הספציפי שכן אינו חל בהלכה, קו"ח כאשר מדובר בבגידה (ביה"ד שוכנע ע"י הבעל שהאישה בגדה בו). הדיין נהרי: עוסק במונחים של "טעות והטעיה"- לא ניתן להכריע שהבעל ירצה לתת לה חצי אם היה יודע שתבגוד בו 🡨 לא מגיע לה כלום. הדיין אלימלך- מצרף לטיעונים לעיל – אין שיתוף ספציפי (לא מנמק מדוע ולא מזכיר את הבגידה).
3. **מערכה 3- הגשת בג"צ ע"י האישה:** - **(1)** ביד"ר פסק בהתבסס הדין הדתי ולקח לאישה מה שכבר קיבלה מכוח דין אזרחי. **(2)** ע"פ הלכת בבלי, ביד"ר חייב לפסוק ע"פ הדין האזרחי כפי שמפורש ע"י ביהמ"ש. **שופטים**- עמית (מיעוט) – מחזק את הנדבכים לעיל ומכאן שיש לדחות את קביעת הרבני הגדול (בגידה לא מהווה שיקול). **שופטי הרוב דוחים את העתירה:** מינץ- לא כל הדיינים הזכירו בגידה ולא צריך לפסול את הפס"ד בגלל עמדה של שופט אחד. שטיין – טוען שפסיקת ביה"ד מבוססת על בגידה. אם היה מדובר בנכס מאמץ משותף, בג"צ היה מתערב. אך, מדובר בשיתוף ספציפי ואין לאישה זכות, אלא זה מעין מתנה מהגבר בתנאי שלא תבגוד בו. **רק חריגה מסמכות תקים עילה להתערבות ביהמ"ש בפסיקת ביה"ד**.

* ביקורת של ליפשיץ-יש 2 מחלוקות מהותיות בפס"ד:

1. **מחלוקת עמית- מינץ:** מינץ טען שרק דעת מיעוט התחשבה בבגידה לעומת שופט אחד שכלל לא התייחס לעניין הבגידה ושופט אחר התייחס לבגידה באוביטר. לעומת זאת, עמית טוען שבין השורות ניתן לראות שביה"ד הסתמך בקביעתו על הבגידה. ליפשיץ מצדד בעמית ומוסיף שיש פס"ד ישן (של אותם דיינים) שבו בבירור הנימוק היה של אשמה מינית. ליפשיץ טוען שבאותו מקרה הרטוריקה של ביה"ד הסוותה שיקולים של אשמה מינית.
2. **מחלוקת שטיין עמית- כיצד יש לפרש את פס"ד של ביה"ד?** ליפשיץ סובר ששטיין טועה מ-3 סיבות:
3. **שגיאה בפרשנות שיתוף ספציפי**- שטיין נתן משמעות רק לכוונה הסמויה של הנותן, למרות שצריך להתייחס לאומד דעת שני הצדדים כולל מקבל המתנה והאם היה מודע לתנאי.
4. **שגיאה בהצגת הממצא העובדתי**- שטיין טען שההסכם היה עובדתי (אך בפועל ביה"ד לא ראה את הצדדים וקבע את זה ע"ב האדם הסביר). דה פקטו ביה"ד קבע קביעה נורמטיבית וקבע ברירת מחדל **לפיה שיתוף ספציפי מותנה בבגידה** 🡨 זה שינוי נורמטיבי החורג מסמכות ביה"ד ולפי הלכת בבלי יש לפוסלה. גם, היה צריך לפסוק ע"פ סע' 2 לחוק המתנה – "סופיות המתנה" ואם יש תניה עליה להיות מפורשת.
5. **שגיאה בהבנת שיטת המשפט**- **(1)**  ליפשיץ טוען ששטיין משתמש בעקרון הניטרליות בכדי להצדיק את העמדה שלו - תפיסה ליברלית ניטרלית. המדינה לא צריכה להתערב בשיקולי אשמה מינית, אבל אם הצדדים כן רצו שנתחשב, אז יש מקום לכבד אותם. **(2)** שטיין טוען שהסכם של נאמנות מינית, גם אם הוא פטריארכלי, לא מעניין בימה"ש ליברלי. ליפשיץ חולק וטוען שביהמ"ש בחר שלא להתחשב בשיקולי אשמה מינית מתוך תפיסה ליברלית. תפיסה שמאפשרת גירושין ללא אשם, כאשר יש זכות לכל אחד מהצדדים לסיים את הקשר, בשונה מתפסיה דתית. עם זאת, ליפשיץ מסתייג מהביקורת שלו ואומר שאפשר שלפעמים אכן ניתן להעביר ביקורת מוסרית על בוגד, אלא שזה יהיה מורכב מדי ושהנזק יעלה על התועלת. **(3)** אי שוויון מגדרי והגנה על הפרטיות.

* מאמר של חנון דגן ודפנה הקר- חיזוק טענה 3. דגן והקר טענו ששיתוף ספציפי צריך להיות דבר נורמטיבי. לגבי דירת מגורים, היא צריכה להיות תמיד משותפת והדבר מבוסס על עיקרון הגינות. הדרך היחידה להתנות על כך היא באמצעות הסכם ממון.

1. **מערכה 4- דיון נוסף:** עוסק ב-3 נושאים:
2. **הלכת השיתוף הספציפי**-

* סולברג, מינץ ושטיין נוקטים ע"פ הגישה המצמצמת של השיתוף הספציפי ושיש להשתכנע שאכן הבעלים הרשום התכוון לשתף את אותו נכס (הכוונה לא צריכה להיות בכתב אך יש להביא ראיות חותכות לכך) ונטל ההוכחה יהיה על הטוען.
* חנוך דגן ודפנה אקר טוענים שהבסיס לשיתוף הספציפי הוא של משפחה נורמטיבית ולפי גישה זו אין אבחנות של נישואים ראשוניים- שניים/ ארוכים-קצרים. הדרך היחידה להתחמק היא באמצעות הסכם פורמלי.
* ליפשיץ- נכס ממאמץ משותף לא צריך להיות מבוסס הסכמה, אלא מפני שזה צודק (צריך הסכם ממון מפורש ע"מ להתנות). בנוגע לנכס מלפני הנישואין, ליפשיץ מבחין בין ההיבט ההסכמי להיבט הנורמטיבי. מחד, כאשר המשפט קובע ברירת מחדל, נרצה לעודד גישה שיתופית- קהילתית. מאידך, ישנו היבט ההסתכמות שאנשים פועלים ומחליטים בהתבסס העובדה כי הרכוש משותף. אך אם אדם בהתנהגותו מראה כי אין בכוונתו לשתף, אין זה הוגן להחיל עליו את ברירת המחדל. אם יש תנאי סף- ברירת המחדל היא שהנכס משותף. מי שלא רוצה את השיתוף יוכל לסתור את החזקה אם מוכיח בעדויות ברורות והוכחות חותכות שלא הייתה כוונה. אם אין תנאי סף- צריך להוכיח כוונה של ממש להחיל את השיתוף 🡨 דעתו של ליפשיץ התקבלה בתיאוריה וכלל השופטים מסכימים שהעיגון הראשוני של חזקת השיתוף, מחילים אותה על זוג מכוח ההסכמה , קרי כוונתם של הצדדים לשתף את הנכס.

1. **מה מקומם של שיקולי אשמה במשפט האזרחי?** כלל השופטים פוסקים פה אחד במפורש שאשמה לא יכולה להיות שיקול לקחת לבן אדם מה שכבר יש לו. שופטי הרוב מקבלים את הביקורת של ליפשיץ על שטיין- לא ניתן לקבוע שברירת המחדל היא זה שבן אדם נתן נכס בתנאי שהאדם לא יבגוד וזה בהתבסס על אי קיומן של ראיות עובדתיות.

* בהנחה שיש הסכם מפורש, רוב השופטים לא נקטו עמדה וחיות והנדל פסקו כי יש להשאיר סוגיה זו בצ"ע. פרופ' ליפשיץ- הנפקות של ההסכם תלויה בתנאי סף מסוימים (למשל פיקוח וכו'). אך יכול להיות שלא היו מקבלים הסכם כזה כתקף משפטי, נוכח השיקולים נגד טענות על בסיס אשמה מינית. נובע מ2 סוגים של ליבראליים: **(1)** ליברל ניטרלי- כל מה שמפריע לליברל ניטרלי זה שמתערבים במקום בו הצדדים לא רצו את התערבות המדינה. אבל אם הצדדים רצו- זה בדיוק כוונתם ויש להתערב. לא רק הסכם מפורש, אלא גם הסכם משתמע; **(2)** ליברל פרפקציוניסטי- שיטת משפט לא תכבד חוזה אם התוכן שלו סותר את עקרונות השיטה - חלק מהאוטונומיה זה הזכות לסיים את הקשר.
* מה לגבי מקרה ביניים? כאשר אין הסכם מפורש, אלא מתוך התנהגות הצדדים עצמם ניתן להבין את אומד דעת הצדדים. המשפט הישראלי טרם הכריע בסוגיה זו. חיות פותחת פתח למקרה ובו לפני גיבוש השיתוף בין הצדדים, הייתה בגידה ממושכת, לכאורה זו טענה של טעות והטעיה. על עמדה זו יש ביקורת מצד שאר השופטים. ברק ארז טוענת כי בגידה היא לא פרמטר והיא לא משנה דבר. מינץ ושטיין טוענים כי אם חיות מוכנה לקבל את הבגידה כחלק מטעות והטעיה (=פרמטר סוב'), אזי אין אבחנה בין בגידה חד"פ או ממושכת. במובן זה, הפס"ד הכניס פרמטר אבחנה בין בגידה חד"פ לבין בגידה ממשוכת ופרמטר נוסף בין בגידה מוקדמת לממושכת.

1. **מה אמות המידה על פיקוח ביד"ר?**

* ביה"ד חייב להפעיל דין אזרחי בעניינים אזרחיים שמגיעים אליו ע"י כריכה (הלכת בבלי).
* בג"צ הוא לא ערכאת ערעור על ביה"ד הגדול ולכן לא מתערב על תוכן ההחלטה. אלא רק אם ביה"ד לא יישם נכון את הדין האזרחי לפי הפרשנות האזרחית בנושאים ספציפיים.
* חיות ניסתה להעביר מסר לביה"ד, שאם ביה"ד יסווה את דרך ההנמקה שלו, ביהמ"ש ייבחן ויתערב.

**מה לגבי שיקולים הנוגעים לאלימות? האם ניתן לסטות מחלוקה של סע' 8?**

פס"ד פלוני- אדם מנסה לרצוח את אשתו ע"י מכות. תובע אותה לאחר הגירושין לקבל חצי מהפנסיה. השופטים נחלקים:

* ברק ארז- "הרצחת וגם ירשת"- הגבר לא יקבל חצי מהפנסיה- מהווה חריג וההלכה תתקיים רק כאשר: **(1)** מדובר בניסיון לרצח; **(2)** רק שמדובר על פנסיה; **(3)** רק כאשר מדובר באישה אמידה.
* **באוביטר-** לא יהיה איזון משאבים כאשר יש אלימות במשפחה (איזון משאבים מתבסס על שיתוף, מי שמנסה לרצוח לא ניתן להכיר בו כשותף).
* הנדל- טיעון האלימות **רלוונטי כשיש אלימות שפוגעת בכושר ההשתכרות** (אם האלימות פגעה או הייתה יכולה לפגוע בכושר ההשתכרות של בן הזוג הרי שיש רלוונטיות ולכן יש קשר כלכלי בין האלימות לבין הנזק). הבעיה בתנאי זה שהוא הופך מקרים אחרים של אלימות לבלתי רלוונטיים.
* מלצר- לא רוצה לקבוע בהתבסס שיקולי מוסר, אלא מסתמך ע"כ שהגבר עבר עבירה פלילית. לא יהיו איזון משאבים כאשר הגבר נשפט בעבירה והורשע במעשה פלילי.

**הסכמים בין בנ"ז – הסכמי ממון**

פס"ד שרעבי- הסכם ממון הוא הסכם שצופה פני גירושים\מוות. כל הסכם אחר הוא לא הסכם ממון. אם ההסכם מעורב יש ל"גזור" את החלקים הרלוונטיים למוות \ גירושים ורק זה יהיה ההסכם ממון.

* **הסכם ממון לפני הנישואין: אישור-** ע"י ביהמ"ש/בד"ר/רשם נישואין/נוטריון. **טכני –** אימות זהות החותמים. נועד למנוע אימפולסיביות בין בני הזוג והתחייבויות לא הגיוניות הנובעות מכך.
* **הסכם ממון במהלך הנישואין: אישור-** ע"י ביהמ"ש/ביד"ר. **מהותי-** דרישה שההסכם שנעשה מרצון חופשי בגלל פוטנציאל לפערי הכוחות.
* סע' 2 לחוק יחסי ממון **–** הסמכות של ביהמ"ש וביה"ד שמאשרים כוללת אישור הנוגע להליך בלבד. הם לא רשאים לא לאשר את התוכן.
* לאחר שההסכם אומת/אושר הוא הופך להיות חוזה. ואין צורך בתוקף של פס"ד (למרות שלפעמים כן יבקשו זאת).
* במידה ונעשה הסכם ממון שלא אושר: שמגר – גם אם לא אישרו את ההסכם הוא רואה בו הסכם רגיל ולא הסכם ממון.
* ליפשיץ-לתת תוקף רק אם יש תו"ל + ביצוע בפועל (היקש מקלמר נ' גיא): שמאחר וחלק מההסכם כבר בוצע, ניתן בעזרת עיקרון תו"ל למצוא איך לחייב בחוזה למרות שלכאורה לא אושר כראוי. זה שחיו לפי ההסכם עד כה, מחייב אותם לפעול לפיו גם כעת.
* האם זה שההסכם אושר מונע את היכולת לטעון טענות חוזיות רגילות? לכאורה כן, אבל למרות זאת בפועל ניתן לדון בהם בביהמ"ש בהתאם לדיני החוזים הרגילים, גם אם האישור נעשה בביה"ד מאחר ומדובר בפרשנות ואין סמכות נמשכת לביה"ד.
* ליפשיץ- בפירוש החוזה יש לצפות לחובת גילוי מוגברת בין בני זוג, אולם ביהמ"ש בד"כ קובע שבמידה וההסכם כבר אושר, הסף יהיה גבוה יותר ופחות יהיה צורך להוכיח חובת גילוי גבוהה.
* פס"ד פגס – אדם מנצל את זה שאשתו מסורבת גט והוא אלים ודורש ממנה דרישות נוראיות בהסכם - דורש שתעביר לו את כל הדירה כחלק מההסכם. ביהמ"ש קובע שמאחר והסכימה, ההסכם תקף. ליפשיץ מבקר החלטה זו באופן חריף מאחר שחושב שבכל זאת ניתן לדון בהסכם לאור דיני החוזים הרגילים ויש חובת גילוי גבוהה יותר בין בני זוג.
* **האם ידועים בציבור יכולים לעשות הסכם ממון?** יכולים. אם עושים לא חובה לאשר – בכל מקרה יהיה לזה תוקף מכוח חוק החוזים (פס"ד זמר).

**בנייה על קרקע שרשומה על שם ההורים**

בשיתוף ספציפי, הבעל או האישה ירשו/ קיבלו קרקע מההורים שעליו בנו בית וחל חוק יחסי ממון ועליו יחול שיתוף ספציפי (הקרקע עברה להיות רשומה ע"ש הבן). לעומת זאת, ישנם מקרים בהם הבן בונה קרקע על החלקה של ההורים אך בשום שלב לא מעבירים אותה על שמו. אם בנה"ז נפרדים, האישה לא יכולה לתבוע חצי מהקרקע, כי הקרקע לא רשומה ע"ש הבעל.

* בעבר, הפסיקה ניסתה לפתור זאת באמצעות **דיני הרישיון**. אם אדם גר בקרקע של מישהו אחר (ברשות) ואותו אדם צריך לעזוב את הקרקע, אזי בעל הקרקע צריך לפצותו.
* כיום, חלים דיני הרישיון אך השוני נובע שבעבר השופטים הכניסו פיצוי משמעותי שהיה מביא לידי שיתוף ספציפי. אך סולברג טוען שלגבי יהודים הפיצוי רק בעבור מה שהושקע בפועל שמהווה סכום פעוט מכיוון ולא מדובר בקרקע עצמה (שיש עליה עליית ערך). אך לגבי ערבים, הדבר יצר אתגרים. השופט סילמן קבע שמה שנכון ליהודים לא נכון לערבים ויש להמשיך את כלל הפיצוי שהיה נהוג בעבר. שאר השופטים לא הסכימו עם עמדה זאת נוכח הפרה של עיקרון השוויון. אחד השופטים טוען שהפתרון הוא סע' 8. אך גם כאן מתעוררת בעיה מכיוון ואם הבית לא נכלל ברכוש (רשום ע"ש ההורים), הדבר מרוקן מתוכן. לדעת ליפשיץ ניתן לנקוט בדרכים אחרות, למשל עשיית עושר לא במשפט או נאמנות קונסטרוקטיבית- ההורים מחזיקים את הקרקע בעבור הילדים.

**יחסי הורים וילדים**

**השאלה העיקרית - מיהו ההורה המשפטי?** ישנן כמה הגדרות:

1. **ההגדרה הביולוגית (המרכזית)**
2. **הגדרה משפחתית:** האמא זה הביולוגי והאב זה בן הזוג של האם הביולוגית.
3. **הגדרה פונקציונאלית:** הורה הוא מי שגידל את הילד.
4. **הגדרה הסכמית:** הורה הוא מי שהוסכם שישמש ככזה.
5. **הגדרת טובת הילד:** הורה הוא מי שטובת הילד תקבע שיהיה הורה.
6. **אימוץ:** חריג וולונטרי. הורה הוא מי שהמדינה הכריזה עליו כהורה. מקרים מאוד מוגדרים.

**תמיכה נחרצת בהורות ביולוגית:**

סיטואציה מס' 1- ילד שנולד מחוץ לנישואין לאישה רווקה

* פס"ד פלונית- מכירים באב מוסלמי, על אף שהדין הדתי קובע שרק בעל של אמא יכול להיות אב. חשין- מייצר "אבהות אזרחית"- ההגדרה הביולוגית "ניצחה" את ההגדרה המשפחתית.
* טיעון ביולוגי מנצח טיעון הסכמי- הסכם שמוריד מהאב את האחריות בטל, מכיוון שזה סותר את תקנת הציבור.
* יש חשיבות שהאב לא יתחמק מאבהותו- כשהאישה לא נשואה מחייבים בדיקת רקמות ואם האבא מסרב, רואים בסירוב כהסכמה לכך שהוא האב.
* פס"ד שרון לוי- **מקרי גניבת זרע** (האישה אומרת שהיא מוגנת אבל היא לא) ביהמ"ש לא מוכנים לקבל טענה זו כמצדיקה פטור מאבהות (אך לעתים זו תהיה עילה נזיקית לפיצויים).

**רטוריקה ביולוגית אבל בפועל הורות משפחתית:**

סיטואציה מס' 2- אישה נשואה שמביאה ילד מחוץ לנשואים

* הבעל לא רוצה לשלם מזונות ומתנער מאבהותו (הסיטואציה הרווחת).
* האם תובעת את האב הביולוגי כדי לקבל ממנו מזונות.
* האב תובע לזכויות הוריות כנגד האישה ובעלה שמנסים לסלק אותו.

**המהלך של ביהמ"ש:**

* + - 1. לא מאפשרים בדיקת רקמות כי זה יפגע בטובת הילד שיהיה ממזר (סע' 28(ה) לחוק מידע גנטי). לפי סע' 28(ד) מאפשרים בדיקה אם "יש צורך ממשי שגובר על פגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה מהבדיקה".
      2. הולכים לפי החזקה ההלכתית של 'רוב בעילות אחר הבעל' – חזקה שהילד של הבעל.

ביקורת בפסיקה (וליפשיץ):

1. **הבעלים שאינם אבות:** זכות האבא שלא להיות מחויב על מזונות שלא של ילדו / לדעת מיהו ילדו. בנוסף, האבא מתנכר לילדיו היות והוא לא בטוח שהם באמת שלו ביולוגית.
2. **טובת הילד:** האינטרס של הילד לדעת מיהו אביו האמיתי. לדוג' שלא יתנכר אליו. לפעמים טובת הילד היא לדעת מיהו אביו.

* בעקבות הביקורת הורו בפסיקה על בדיקה על אף חשש מממזרות מכוח **חוק יסוד כבוד האדם**. **אבל בחוק מידע גנטי**, כשהאישה נשואה אסור לעשות בדיקת רקמות עקב פגיעה בילד, אבל כשהאישה רווקה מחייבים לעשות את הבדיקה.
* פס"ד מנחה של אילון- במצב שאין חשש ממזרות, לדוג' האישה הרתה לפני הנישואין וילדה אחרי/ההיריון מגוי/נישואים אזרחיים – אין חשש ולכן נתיר בדיקה. אילון (והדין הישראלי) דואג לילד רק בעניין הממזרות. **אבל אם יש חשש- אסור.**
* לגבי ידב"צ- במצב הקיים אין חשש ממזרות ולכן יעשו בדיקה, יתייחסו למצב כמו לרווקות. יש מדינות בהם הכלל המהותי של רוב בעילות אחר הבעל יחול גם על ידב"צ, אולם לא כך בארץ. בארץ יתייחסו לזה כמו רווקה שילדה מחוץ לנישואין.

**אם מוכיחים באמצעות אמצעים אחרים שהבעל הוא לא האב? האם זה מותר?** 2 מהלכים: **(1)** הרציונל בחוק מידע גנטי הוא מניעת ממזרות ולכן לא יקבלו ראיות חדשות (הפיכת הכלל מראייתי למהותי); **(2)** ניתן להוכיח שהגבר אינו האב. בפן האזרחי- יתחשבו בכך שלא חייב מזונות. בפן הדתי- לא יתחשבו כדי שהילד לא יהא ממזר. \*\*לציין את עיקרון טובת הילד.

**משמעות הפסיקה** – **מנענו את האפשרות להוכיח ביולוגית מי האב. כלומר, ההורות המשותפת מנצחת.**

* פס"ד מיכאל אייץ' – הבעל עזב את הבית והשכן ניחם את האישה. נולד להם ילד והם גידלו אותו ואז הבעל חזר והשכן חזר לביתו. השכן – לא נותנים לו להוכיח שהוא האבא הביולוגי ונקבע שהבעל הוא האבא.

**רטוריקה ביולוגית ובפועל הורות הסכמית:**

סיטואציה מס' 3- ילד שנולד לאישה נשואה מהפריה מלאכותית (=תרומת זרע אנונימית)

* פס"ד סלמה: הבעל לא האבא והייתה לו הוכחה שהילד היה מהפריה מלאכותית ואפילו אין כאן בעיית ממזרות.
* **התנגשות של 3 מבחנים**: **(1)** הביולוגי – הבעל אינו האב. **(2)** המשפחתי – לא האב, שכן רוצה להתגרש. **(3)** ההסכמי – הוא כן האב, שכן ידע על כך ושיתף עם זה פעולה.
* הוא אינו האב, אולם לצורך דיני המזונות – **יש לו התחייבות מכללא לזון את הילד** [שכן ידע והסכים] – החלה של ההמבחן ההסכמי אבל רק לגבי מזונות.
* **הבעיה:** רלוונטי למזונות אבל יש דברים שאי אפשר לעשות מכוח התחייבות מכללא, למשל **ירושה ורכוש.** ביהמ"ש מוכן לדבר רק במובן של התחייבות מכללא ולא מבחן הסכמי.
* פס"ד יהוד: סבא שמגדל את נכדיו ולא הכניסו את הנכדים לצוואה כחלק מהילדים הביולוגים. ביהמ"ש קבע שאימוץ צריך להיות פורמאלי ולכן הם נכדים ולא ילדים ישירים – צוואה לא יכולה להיות מכללא.

**רטוריקה ביולוגית ובפועל הורות פונקציונאלית:**

סיטואציה מס' 4 - ילד שנולד לאישה רווקה מהפריה מלאכותית (=תרומת זרע)- מוסדר רק בתקנות ולא בחוק. 3 מצבים:

* + - 1. **סיטואציה א'-** **"תרומת זרע":** רווקה שרוצה לעשות ילד עם אדם שהוא לא בן זוג והם מסכמים על הורות משותפת 🡨 מותר ע"פ התקנות. לפי ליפשיץ – זה לא תרומת זרע, אלא הסכם הורות ביולוגית פשוט.
      2. **סיטואציה ב'-** "**תרומת זרע אנונימית":** התורם הוא האב של הילד מבחינה ביולוגית אך הפרטים שלו אנונימיים ולכן הילד לא יודע מי הוא 🡨 מותר ע"פ התקנות אך אם הילד ימצא את האב, אין חוק שמגדיר שיש לו חובות הוריות.
      3. **סיטואציה ג':** **"התורם הידוע**" – אדם שמביא זרע אך לא רוצה את ההורות והם מסכימים על כך 🡨 התקנות לא מאפשרות.
* פס"ד אורי נגל: האם מבקשת אופציה מסוג זה. ביהמ"ש דוחה ע"ב הטענה שהיא יכולה לבחור להיות אם, אך לא עם מי. חשין- אב לא מסוגל להתנער מאחריותו בשום מקרה.
* **הפרטיזנים** – הפריה מלאכותית פרטיזנית, לא במעבדה, והם עושים הסכם שמגדיר את האב כתורם ידוע. האם האב הוא האב המשפטי? כביכול זה דומה לסיטואציה 1, והאישה תוכל לתבוע אותו כי היא יודעת מי הוא.

**ההבדלים בין סיטואציה 4(3) לסיטואציה 1:**

* ב-1 אין הסכמה מדעת (נקלעו לסיטואציה) לעומת 4(3) שיש הסכם מראש.
* טובת הילד- ב-1 היה נולד בכל מקרה וב-4(3), לולא ההסכם הילד לא היה נולד.
* זכות הורית- מוכנים לפגוע בעיקרון טובת הילד ע"מ לאפשר זכות הורית (הפריה מלאכותית- אין אבא בתמונה).
* לפי ליפשיץ, כדי לאפשר את מוסד התרומה בלי פגיעה במוסד ההורות, צריך להגדיר את זה בינארית – יש אב ויש תורם. אין אמצע. לכן צריך להפוך את התקנות לחוק, כי זה נושא מאוד מהותי שלא מוסדר בחוק.

**לסיכום** – תרומה לאם רווקה מוסדרת בישראל רק בתקנות. התקנות מתייחסות לסיטואציות: 4(א) + 4(ב). לגבי 4(ג) – אסור בעיקרון בצורה מוסדרת, ופרטיזנים מוכרים כאילו זו סיטואציה 1. אין מצב משפטי שמסדיר את זה באופן ייחודי.

**טכניקות הולדה**

סיטואציה מס' 5- תרומת ביצית: האם היא היולדת-נתרמת ואין קשר בין תורמת הביצית לילד 🡨 מוסדר בחוק.

סיטואציה מס' 6- פונדקאות:

**מקרה מס' 1-** לפי החוק במ"י, אסור שהביצית תהיה של הפונדקאית, זה יכול להיות או של האם המיועדת או של תורמת אחרת. החוק נותן **צו הורות** **לאם המיועדת** לאחר הלידה. אחרי הצו הורות נותק הקשר בין הפונדקאית לילד, אם היא מתחרטת היא יכולה לעשות זאת רק לפני הצו וביהמ"ש יכריע על פי הנסיבות. הפונדקאות בישראל מיועדת רק **לגבר ואישה** נשואים ולכן לא רלוונטית לחד מיניים.

**מקרה מס' 2-** אם לאם יש גם בעיית ביציות וגם בעיית רחם, ואז יהיה שילוב של 5 + 6 – וייעזרו בשתי נשים שונות. בישראל פונדקאית לעולם לא תהיה גם בעלת הביצית (מטעמים מוסריים, שהרי הילד לגמרי שלה). אך בארה"ב היו מקרים כאלו (פס"ד ג'ונסון).

**מקרה מס' 3-** בחוק הפונדקאות המקורי זה היה אפשרי רק לזוגות, אך לאחרונה תוקן החוק וגם אישה יחידנית יכולה להיות אמא בעזרת פונדקאות (אך היא חייבת ביצית תקינה לפחות).

סיטואציה מס' 7- פונדקאות בחו"ל: לבני זוג נשואים שלא מעוניינים בפרוצדורה של פונדקאות בארץ או לבני זוג חד מיניים שלא יכולים להשתמש בפונדקאות בארץ.

**בני זוג מאותו המין**

* **2 נשים:**
* **כדי שייוולד ילד**, אחת האימהות יכולה לקחת תרומת זרע אנונימית או הורות משותפת עם גבר.
* **איך תהפוך בת הזוג לאמא מוכרת?** **היו בפסיקה כמה מהלכים**:
  + - 1. רישום- בדומה למהלך בפס״ד פונק שלזינגר- עליהן למצוא מדינה שתכיר בהורות המשותפת של לסביות ולחזור לארץ ולהירשם כהורים. **החיסרון** – הרישום לא יוצר זכויות, אלא הרישום זה עניין טכני בלבד.
      2. אימוץ: **אימוץ**- האם הלא ביולוגית מאמצת את הילד. בנושא זה מתעוררת בעיה חוקית, אם לא נשואות. בפס"ד ירוס ביהמ"ש פתר את הבעיה וקבע שהאימוץ יוצר הורות לכל דבר- כולל זכויות מהותיות. **החיסרון** – האם מרגישה מושפלת שהיא צריכה לאמץ את הילד שלה.
      3. צו ההורות הפסיקתית: כמו שבחוק הפונדקאות יש אופציה לרשום את האם כאם "אמיתית" ולא מאמצת, אז כך גם פה. לכן, אם בנות זוג פונות לביהמ"ש ומצהירות שהן שתיהן אימהות – ביהמ"ש יוצר פה אימהות מהותית (פס"ד ממט מגד) 🡨 **כיום זו האופציה הרווחת והטובה.**
* **מה עושים במקרה של פרידה?** כביכול צו ההורות מהווה הכרה מוחלטת. אך בפועל בהרבה מקרים הזוגות הלהט"בים עצמם לא הפנימו שהם הורים לכל דבר- גם בפרידה. לאחרונה הסעירו את הציבור 2 מקרים בהם לכל אחד מבני הזוג הייתה הורות ביולוגית על אחד הילדים והורות מכוח צו על הילד השני ולכן רצו שכל אחת תיקח את הילד הביולוגי שלה 🡨 פסיקה שמאפשרת את זה מונעת את השוויון אליו הלהט"בים שואפים מאחר ובפועל לא נחשבים הורים שווים, מה שיגרום לפגיעה ונזק להורות הלהט"בית.
* **שני גברים:**

**טכניקות להבאת ילד לעולם – ישנן מספר אופציות**:

* אימוץ: בחוק רק גבר ואישה יכולים לאמץ אך היועמ"ש קבע לפרש בהרחבה- גם זוג גברים יכול. בפרקטיקה – הם מופלים לרעה.
* הסכם הורות משותפת עם אם יחידנית מהצד: הבעיה- כיצד הבן זוג השני יוכר כהורה? 2 פס"דים בעניין זה: **(1)** לא הכירו בהורות. **(2)** נקבעה מעין אפוטרופסות הורית מכוח מעמד ההסכם.
* פונדקאות בארץ- אין לזוג גברים אפשרות ע"פ חוק לפנות להליך פונדקאות. בפס"ד איתי פנקס נקבע שזה לא חוקתי, אך החוק טרם שונה.
* פונדקאות בחו"ל- 2 שלבים: **(1)** לבחור מדינה שבה פונדקאות אפשרית; **(2)** חזרה לארץ- לפי פס"ד ממט: זכות ההורה השני להיות הורה מתוקף צו הורות. פס"ד פנקס- ג'ובראן- בעד הגברים אך כל עוד המחוקק לא משנה את החוק, החוק תקף.
* במבחן- יש לכתוב שבמצב המשפטי הקיים ביהמ"ש כנראה ידחה את התביעה של בן הזוג אא"כ הוא יכיר **בהורות הסכמית או בהורות פונקציונלית.** מנגד, אם נקבל מצב שרוצים לסלק הורה שהיה הורה טוב - **ייתכן שעיקרון טובת הילד דווקא ימנע זאת.**

**מזונות ילדים**

* הסמכות: **בעבר** – סמכות מקבילה. **היום** – בעיקר בימ"ש אזרחי (בהסכמה הצדדים ניתן לדון בביה"ד-סע' 9 לחשבד"ר).
* הדין: **בעבר** – דין דתי. **היום** – מזונות = אזרחי 🡨 יותר שוויוני.
* לזכור- הלכת שרגאי VS. 7268/17.

**בדין הדתי המקורי 2 שכבות**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | צרכים הכרחיים | צרכים שאינם הכרחיים |
| 0-6 | מוטל על האב (דין תורה) | שני ההורים (דין צדקה) |
| 6-15 | מוטל על האב (תקנת רבנות) | שני ההורים (דין צדקה) |
| 15-18 | * ביד"ר לא מחייב (דין צדקה) * ביהמ"ש מרחיב 6-18 על האב. | שני ההורים (דין צדקה) |

**המצב לפני הלכת 919 והדרישה לשינוי:**

* **חלוקת הנטל**- צרכים הכרחיים באחריות מלאה של האב ללא תלות במשמורת/ יכולת השתכרות. **ביקורת**- רוב הנשים עובדות ואף חלקן מרוויחות יותר מהגבר. לכן הדרישה הייתה **שיש לבצע חלוקה ע"פ יכולות כלכליות גם לגבי צרכים הכרחיים.**
* **מימוש הנטל**- כיום, גברים מקבלים הסדרי שהות משמעותיים עד כדי משמורת משותפת. מכאן, נוצר מצב שלמרות שחצי מהשבוע הילדים שוהים אצל האב, הוא עדיין מחויב לשלם לאמא תוך התעלמות ממה שהאב מוציא עליהם ישירות. לכן, טענת מימוש הנטל גורסת כי **יש לשים סוף לנוסחאות קיזוז לא אחידות במצבי משמורת משותפת. יש להתחשב בהוצאות ישירות (בעין) המשולמות לילדים ע"י כל אחד מן ההורים.** כיצד?
* **שיטת קיזוז המלא-** נוסחה לינארית בין זמני השהות לקיזוז המזונות בעין.
* **סייגים כלפי שיטת הקיזוז המלא-** אבחנה בין הוצאות תלויות שהות לשאינן תלויות שהות או מינוי הורה גזבר.

**השאלות במרכז פסד הדין:**

1. **האבחנה בין שאלת הקיזוז לשאלת חלוקת הנטל-** את שאלת חלוקת הנטל נשאל תמיד, אך מימוש הנטל (הקיזוז) רלוונטי רק כאשר יש הסדר שהות משותפת כלשהי 🡨 ההכרעה באחת השאלות לא משפיעה על ההכרעה בשאלה השנייה.
2. **האבחנה בין שוויון בנטל לבין משל החתול-** הבעיה- רק הגבר משלם צרכים הכרחיים. הפתרון- הצעת משל החתול, לפיו כל צד משלם על צורכי הילד בזמן שהוא אצלו. חיסרון שעולה- יצירת בית עשיר אל מול בית עני בהנחה שיש פערים כלכליים בין הצדדים. מכאן, שהחלופה מכוח סע' 3(ב) לחוק דיני מזונות שקובע שמחשבים את כלל ההוצאות של הילד בשני הבתים ביחס להכנסה הכלכלית של ההורים וזמני השהות.
3. **ייחודיותה של סוגית המדור-**

* **מזונות תלויי שהות** (דוג' מזון): מוּצאות היכן שהילד ישן – הגיוני לחלק לפי זמני הזהות. 2 תכונות- **(1)** סך ההוצאה על המזון לא ישנה את השאלה בדבר הסדר השהות (ילד לא אוכל פעמיים אותה ארוחה). **(2)** ככל הנראה הסדר לינארי יכול לחול כאן.
* **מזונות שאינם תלויי שהות** (דוג' בגדים): סביר להניח שההוצאות יגדלו בגלל החלוקה ל-2 בתים. אך הדבר פתיר ע"י ניהול הוצאות ותקשורת בין ההורים. בנוגע להסדר הלינארי, לאו דווקא יחול כאן כי לא תמיד ההוצאות מתחלקות שווה בשווה.
* **המדור**: תשלומים אשר מגלמים את החובה של ההורים לספק ולדאוג לילדים שלהם למקום מגורים. עם זאת, בינגוד למזון (שם אם אחד מהם הוציא הוצאה זו – השני לא ), המדור אינו תלוי בכמה ימים בפועל נמצאים אצל כל אחד, משלמים שכירות על הדירה גם כשהילדים אצל הצד השני ונשאל כיצד יקזזו זאת? במשמורת בלעדית הגבר יכול לשלם אחוזים משכר הדירה בהתאם למס' הילדים. אך במשמורת משותפת, יש אתגר והמשמעות היא של מדור כפול היא שהצד החלש כלכלית יצטרך לצמצם במזונות תלויי שהות או בהוצאות מיוחדות ובהכרח תהיה פגיעה ברמת החיים של הילד.

פס"ד 919/15- 2 מקרים שעוסקים בילדים בין 6-15 שבהערכה גסה המשכורות של ההורים דומות וגם הם חולקים משמורת. מכאן, עולה 2 השאלות- חלוקת נטל וחלוקת קיזוז (על פניו, התוצאה תהיה שבזמני שהות שווים והכנסות שוות המזונות יהיו 0).

* **פוגלמן**- עוסק **רק** בשאלת חלוקת הנטל. מציג 2 עמדות הלכתיות: **(1)** "15 זה ה-6 החדש"- אותו דין שהיה עד גיל 6, קיים עד גיל 15- מנציח אי שוויון (פרשנות מקובלת); **(2)** עד גיל 6- רק האב. מגיל 6- שני ההורים חייבים מכוח דין צדקה. כיצד יש להכריע בין העמדות? יש להכריע ע"פ אמות מידה אזרחיות ולכן יש לבחור באפשרות 2 הדוגלת בעיקרון השוויון ויש לתת מקום לשיקול טובת הילד (אם האב נושא בנטל הכלכלי, רמת החיים של הילד בהכרח תרד). יצוין שפוגלמן לא עוסק בפתרון עד גיל 6 או במימוש הנטל.
* **ברק ארז**- **(1)** חלוקת הנטל- ע"פ פוגלמן. **(2)** שאלת מימוש- מייחסת לפוגלמן את העובדה שקיבל את עמדת הקיזוז הלינארי אך מתעלם מהסדרי שהות והוצאות שלא תלויות שהות ומדור. לפיכך-
* בהוצאות תלויות שהות- הוצאות אלה יש לקזז באופן יחסי לזמני השהות.
* בהוצאות שאינן תלויות שהות - יהיה גזבר / הורה מֵרַכֶז; מי שהוציא הוצאות אלה קודם – יוציא את כולן עכשיו והשני ישלם על כך באופן יחסי להכנסתו (אם ההורים במערכת יחסים טובה ניתן לפתוח חשבון בנק משותף בעבור הוצאות אלו).
* מדור- אם מדובר במשמורת משותפת, היא טוענת שיש לחשב את עלות המדור בשני הבתים, לחלק ביחס להכנסות ואז לחלק בין ההורים. כמו"כ, יש לקזז את מה שהוא כל בן זוג בפועל בדירתו והשלים את הפער שנוצר אצל בנה"ז השני. ברק ארז טוענת שפתרון בעייתי כי זה לא משאיר להורים כסף לגדל את הילדים ולכן מראש לא תינתן משמורת משותפת אם לא יוכלו לעמוד בכך (אוביטר). ביקרות – ארגוני הגברים התנגדו לאמירה זו, מאחר ויוצרת מצב בו הגברים לא יראו את הילדים כפי שהיו יכולים רק בעקבות מצבם הכלכלי.
* **הכרעה-** להלכה נעשה שילוב בין עמדתו של פוגלמן לגבי חלוקת הנטל (לינארי, יחס הכנסות), לבין עמדת ברק-ארז לגבי המימוש (אבחנה בין הוצאות), אך עם כוכבית של השארת שק"ד לביהמ"ש לגבי הקיזוז.

**קשיים בעקבות פסק הדין:**

1. אין אפשרות ביניים שהיא לא משמורת בלעדית או משותפת בהקשר של שאלת הקיזוז.
2. פסה"ד עסק במשמורת משותפת כאשר הכנסות הצדדים דומות וכך יצא שנקבע הסדר שדומה למשל החתול.
3. פרשנות בעייתית במחקר.

במבחן-

1. **קביעת שיעור הנשיאה בנטל-** בהתאם להשתכרות.
2. **קביעת הוצאות-** לחלק למדור, תלוי שהות ולא תלוי שהות**.**
3. **קביעת שיעור השהות.**
4. **חישוב המזונות מהוצאות תלויות שהות –** כמה הבעל צריך להוציא על הילד מבחינת השתכרות ואז מקזזים את מה שהוציא בפועל כשהילד היה אצלו (נוסחה לנראית).
5. **חישוב המזונות מהוצאות שאינן תלויות שהות-** צריך לבדוק את היחס בין ההכנסות ואת גודל ההכנסות. בית המשפט יקבע מי ההורה המרכז וההורה השני יעביר לפי היחס ביניהם.
6. **מדור-**

* מדור כפול- במצבי משמורת משותפת שווה: סוכמים את המדור ב2 הבתים, מחלקים את המדור לפי יחס הכנסות ומקזזים בהתחשב במה שכל אחד מה ששילם בפועל למשכיר.
* מדור בלעדי-במצבי משמורת יחידנית: מכירים במדור אצל המשמורן ומחלקים לפי יחס ההכנסות, ההורה הלא משמורן מעביר להורה המשמורן את ייחסו.
* **דין הוצאות חריגות** ("מחציות") כדין הוצאות שאינן תלויות שהות אולם בניגוד לעבר, הן יחלוקו ע"י יחסי הכנסה פנויה.

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **חלוקת הנטל** | **מימוש הנטל** |
| **0-6** | האב משלם (דין תורה). | לדעת ליפשיץ ניתן להחיל הסדר |
| **6-15** | נטל הצרכים הבסיסיים יהיה על ההורה שמצבו הכלכלי טוב יותר (פוגלמן, 919). | שיטת ליפשיץ |

**תביעת משמורת**

* חובת הורים לדאוג לצרכי הקטין מהיותם אפוטרופוסים שלו (סע' 14 ו15 לחוק הכשרות).
* מקום הימצאות הילדים תהא בסמכות ההורים, בהעדרה- בסמכות ביהמ"ש (סע' 24 ו25 לחוק הכשרות).
* עיקרון מנחה- עיקרון טובת הילד (סע' 15,17 ו25 לחוק הכשרות).

**משמורת משותפת**:

* עמ״ש 707-03-17-עיקרון מנחה - עקרון טובת הילד. הכרעה בטובת הילד תתקבל עפ״י כלל הראיות (חו"ד מומחים + תשתית עובדתית). בהיעדר ראיות לסתירת האמור בחו"ד, ייטה בימ״ש לאמץ מסקנות המומחה (4575/00).
* תחת טובת הילד לציין *"תיאוריית ההתקשרות"* - לילד זכות לקשר עם שני הוריו (39341-08-10).
* בחינת קריטריונים להחלת משמורת משותפת לפי עמ״ש 707-03-17 י.ג נ' ג.ג (רשימה לא סגורה).

1. מסוגלות הורית טובה \דומה לשני ההורים - יישום עפ״י חו״ד המומחה (אם יש).
2. מעורבות משמעותית של כל אחד מההורים בחיי הילד.
3. קיומו של קשר תקין בין כל אחד מההורים לבין הילד.
4. מקום מגורים סמוך ותפיסת הילד את שני הבתים כבתים מרכזיים בחייו.
5. שת״פ בין ההורים וטיב התקשורת ביניהם.
6. רצון הילד: **שמיעת הקטינים ע״י ביהמ״ש-** מבטאת את סע׳ 12 לאמנה בדבר זכויות הילד.

* יתרונות שמיעת הילד: התרשמות מהילד באופן בלתי אמצעי + מעביר לילד מסר שעמדתו חשובה ומוערכת (דו״ח ועדת רוטלוי ממליץ על הגשמת זכותם שלילדים להשתתף בהליך המשפטי). עם זאת, לא תמיד יש לאפשר זאת, אלא זה יהיה בכפוף לגילו, כישוריו המתפתחים ושיקולי נזק.
* כיבוד רצונו של קטין מתקיים בשני כיוונים: **(1)** שמיעתו במקום שרוצה להישמע; **(2)** אי-שמיעתו במקום שמביע שלא.
* דעת הילד לא תמיד משקפת את טובתו ועל ביהמ״ש לבחון זאת.
* בבוא ביהמ״ש לשקול האם יש לשמוע את הקטין, עליו להביא בחשבון: **(1)** האם מדובר בקטין שגילו וכשריו מאפשרים לו לגבש דעה עצמאית; **(2)** את המצב המורכב והעדין בו נתון קטין שהוריו נפרדו ואשר נדרש להביע רצונות בהתייחס לבקשת מי מהם בסוגיית המשמורת.
* סע' 7 לחוק האימוץ: גיל 9 הוא הגיל בו תישמע דעת הקטין.
* **חזקת הגיל הרך** (סע' 25 לחוק הכשרות)- על ילד מתחת לגיל 6 חלה החזקה ויימסר למשמורת האם, אלא אם הוכחו נסיבות מיוחדות להורות אחרת (2328/19).
* **עיקרון איחוד האחים**(39341-08-10)- הפרדה ביניהם עלולה לפגוע בבריאותם הנפשית.
* יכולת הורים לספק צרכי קטינים (**39341-080-10**):
* פן פיזי: זמינות -כלכלי.
* פן נפשי: צרכים רגשיים.
* פו חברתי.

**הגירה**:

* עיקרון מנחה במשמורת והגירה - טובת הילדים (4574/00 ו27/06).
* לפי 2 הפס״ד לעיל - בחינת טובת הילד עפ״י:

1. תשתית עובדתית נאותה.
2. חשיבות רבה במיוחד לחו"ד מומחים (פקיד סעד וכו'). **חריג-** אלא אם יש ראיות סותרות או לפי שיקול דעת בימה"ש יש לסבור אחרת.

* 4575/00 **דורנר- שאלת הכרח ההגירה**: לא רלוונטי לסוגית המשמורת\ הגירה לפי עקרון טובת הילד (בין אם זה לצורך עבודה חשדה או בן זוג). **חריג-** אלא אם ההורה שם טובתו לפני טובת הילד.
* לפי 4575/00 אם ההורה המשמורן נישא בשנית יש לבחון את מערכת היחסים בין בן הזוג החדש לילדים ונכונות הבן זוג החדש לקלוט הילדים לתא המשפחתי החדש.
* שיקול הגירה (27/06)- לא שיקולים עצמאיים אלא נלקחים בחשבון בהתייחס לטובת הילד. זכותו של הורה משמורן להמשיך בחייו ולפתוח בדרך חדשה. **מנגד**, זכות ההורה שאינו משמורן לקשר רציף עם יילדו.

1. פס"ד 4574- שיקולים לאור עיקרון טובת הילד:
2. דעות הילדים (אלא אם הילד צעיר מידי).

* סע' 12 לאמנת האו״ם יש להקשיב לקטין (27/06).
* רובינשטיין - יש להקשיב לקטין מגיל 9 ומעלה (10060/07).

1. איכות הקשר בין הילדים לכל אחד מההורים:
2. היכולת האוב' והסוב' (לדון בנפרד) לשמירת הקשר בין הילדים להורה שהמשמורת לא בידיו (במידה ותאושר הגירת הילדים).
3. נכונות ההורה שבידו המשמורת לסייע בקיומו של קשר זה.
4. מסוגלות הילדים להיקלט בסביבה שאליה מתבקשת בהגירה.
5. חזקת הגיל הרך לפי סע' 25 לחוק הכשרות (אלא אם יש נסיבות מיוחדות).

שאלה 1:

החוק שחל לגבי חטיפות ילדים מחוץ למדינה הוא **חוק אמנת האג** (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991.

החוק הוא חוק פרוצדורלי של "ברירת ערכאה" ואין נפקות לשאלת המשמורת לגופה (**רו נ' רו (יעקובוביץ**)).

**האם מדובר במדינות המתקשרות באמנה?** יישום.

**האמנה מטילה חובה על ביהמ"ש להורות להחזיר את הילד לאלתר** למדינה שהגיע ממנה (**ס' 12**), אם הוא הורחק או לא הוחזר שלא כדין (בהתאם ל**ס' 3**).

לפי **ס' 3**, יש כאן **הרחקה** של הילדים שלא כדין מארצות הברית.

כמו כן, בהתאם לדרישת החוק, **הופרו זכויות המשמורת**. לפי **ס' 5** משמורת כוללת זכויות ביקור. ישום.

**מהו מקום המגורים הרגיל עובר לחטיפה** (בע"מ 5548/14, בע"מ 741/11)- דיון **והתייחסות לממצאים שונים**: לבניה"ז היתה דירה בארה"ב. רייצ'ל והילדים לא ביקרו בארץ לפני העלייה ארצה. בהתחשב בעובדות אלה, מקום המגורים הרגיל לפני החטיפה היה ארה"ב.

בונוס – לא חלף מועד של שנה המצוין בס' 12.

**האם מתקיימים החריגים לקיום האמנה?**

**ס' 13**

התייחסות לנטל ההוכחה.

**1. חריג ההסכמה או ההשלמה** – במקרה שלנו, לא מתקיים חריג ההסכמה - יישום

האם חל **חריג ההשלמה** – יישום.

**ליבוביץ**: האם התנהגותו של ההורה "הנחטף" מתיישבת עם כוונתו לעמוד על זכויותיו באשר להשבת הסטטוס קוו, או שמא הנסיבות והתנהגותו מלמדות על השלמה עם העברת הילד למקום החדש? יישום.

**ההשלמה יכול שתתהווה במעשה או במחדל** ויכול שתהא מפורשת או משתמעת. יישום.

**התייחסות לרישום לביה"ס ולגן הילדים**: **גבאי**: יישום. אבחון הנסיבות מ**גבאי**.

**ליבוביץ: אמת מידה חשובה היא משך הזמן**: יישום.

**דיון בשאלה מתי החלה ההרחקה:** מועד ההגעה לארץ או המועד בו נודע לרוס על כך שרייצ'ל אינה מעוניינת לשוב לישראל. **ליבוביץ:** תנאי מוקדם לקיומה של "השלמה", הוא שההורה הנחטף יהיה מודע להרחקתו של הילד. יישום.התייחסות לזמן שנודע לו מאז ההרחקה ולא פעל. האם הגיב למעשה ההרחקה תוך זמן סביר?

**האם נוצרה הסתמכות?** מחד, רוס אמר לרייצ'ל שהוא מסכים שהילדים יהיו רשומים בינתיים למסגרות בישראל כדי שלא ייפגעו, אבל מנגד הוא ציין שהוא מתכנן לבוא ולקחת את כולם הביתה לארה"ב בחופשת חג ההודיה שחלה בסוף נובמבר. חלפו למעשה שלושה חודשים מאז שגילה על מעשה ההרחקה ועד שהגיש תביעה. ניתן לטעון שבפרק הזמן הזה כבר נוצרה הסתמכות אצל רייצ'ל שהוא השלים עם המצב.

**ליבוביץ: בימ"ש ייתן את דעתו לנסיבות המקרה, ע"פ עקרון העל של טובת הילד**. דיון בשאלה האם הזמן שחלף הוא נתון שיש להתחשב בו בהינתן השתלבות הילדים; האם טובת הילדים להישאר בישראל? יישום.

**2. קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל –** יישום לגבי מוניקה.

ע"א 4391/93 **רו נ' רו (יעקובוביץ)** - ראיית "טובת הילד" באופן צר על מנת שלא לסכל את האמנה.

המבחן לצורך הכרעה אם המקרה נכנס לחריג - מבחן הקש"ס בין החזרת הילד לבין נזק שעלול להתרחש.

**3. כאשר קטין בגיל וברמת הבגרות המתאימה מתנגד להשבתו למדינה ממנה הוצא שלא כדין -** דיון במשקל ההתנגדות של הילדים, בהתחשב בשאלת הגיל ומידת הבגרות, וההשפעה של אימם; האם צריך לשמוע את כולם או רק את הילדים הבוגרים (בע"מ 2808/15; בע"מ 902/07).

בע"מ 2808/15 **פלוני** - התנאים לסייג: **1. קיומה של התנגדות** **–** יישום.

**2. נכונות להביא את ההתנגדות בחשבון, שנקבעת באמצעות מספר פרמטרים:**

גילו של הקטין - התייחסות לגילאים של צ'נדלר, מוניקה ופיבי.

בגרותו של הקטין –התייחסות לשיקולים של מוניקה ושל צ'נדלר. להתרשמותה של פקידת הסעד מוניקה היא ילדה בוגרת.

התנגדות באיכות שמן הראוי להביאה בחשבון

האם מדובר בנימוקים אובייקטיביים, סבירים ובעלי משקל משמעותי: יישום.

**קיום התנגדות להחזרה למקום המושב שהיא דומיננטית וחזקה ביותר** (בע"מ 2808/15 **פלוני,** בע"מ 902/07 **פלונית**)–יישום לגבי צ'נדלר ומוניקה.

**גיבוש רצון עצמאי לאי החזרתו לארץ מושבו** (בע"מ 2808/15 **פלוני**,בע"מ 902/07 **פלונית**) –יישום: האם עצם העובדה שרייצ'ל סיפרה לצ'נדלר על נסיבות הפרידה השפיעה על רצונו העצמאי?

**דיון בחלופות (רק הילדים יחזרו, גם האם תחזור)**

**דיון בשאלת מועד ההחזרה**: לאלתר, לאחר התארגנות, תום שנת הלימודים - בע"מ 1855/08 **פלונית** - **פרוקצ'יה**; **ארבל**; **ג'ובראן**.

**שאלה 2**

אמת המידה המנחה בענייני משמורת ילדים היא טובת הילדים (רע"א 4575/00 **פלונית**, בע"מ27/06 **פלוני**).

התייחסות ל**חשיבות רבה במיוחד לחוו"ד של מומחים**. בהעדר ראיות בעלות משקל לסתירת האמור בחוו"ד מומחים, בימ"ש ייטה לאמץ את ממצאי חווה"ד ומסקנותיהן.

**שאלת ההכרח בהגירה** כלל לא רלוונטית להכרעה בסוגיית המשמורת ע"פ עקרון טובת הילדים.

**התייחסות לשיקולים שונים**, כמו: זכותו של ההורה המשמורן להמשיך בחייו, לקבוע את מהלך חייו, לפתוח בדרך חדשה, ומנגד, זכותו של ההורה שאינו משמורן לקשר רציף עם ילדו. יש להביא את השיקולים האלה בחשבון מתוך מטרה לקבוע מהי טובת הילד באותו מקרה ולא כשיקולים עצמאיים (בע"מ 27/06 **פלוני**).

רע"א 4575/00: בקשת הגירה של הורה עם ילדיו לבחן לאור **עיקרון טובת הילדים** בלבד. **בימ"ש יתחשב בעניין זה**: **בדעות הילדים** - ישום לגבי צ'נדלר, ג'ואי ומוניקה. את פיבי לא ניתן לשאול בשל גילה הצעיר.

**איכות הקשר בין הילדים לכל אחד משני ההורים** – יישום לגבי צ'נדלר, ג'ואי, מוניקה ופיבי.

**היכולת האובייקטיבית והסובייקטיבית לשמירת קשר בין הילדים להורה שהמשמורת לא בידיו**. יישום.

**נכונות ההורה שבידיו המשמורת לסייע בקיומו של קשר זה** – יישום.

**מסוגלות הילדים להיקלט בסביבה שאליה מתבקשת ההגירה**. אמות המידה יישקלו לאור נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה – יישום לגבי מוניקה וג'ואי.

התייחסות ל**חזקת הגיל הרך** לפי ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית– יישום לגבי פיבי.

בונוס – עם זאת, יש פסיקה שבה פעלו בהתאם לדו"ח שניט ולא לפי חזקת הגיל הרך כמו בתמ"ש 19660/07.

בע"מ 2328/19- מאחר ופיבי היא מתחת לגיל 6 **ניתן לסטות מחזקת הגיל הרך לגביה רק אם נמצאו ראיות ממשיות לקיום "סיבות מיוחדות"** **לכך**. יישום.

רע"א 4575/00 - אם ההורה שבידיו המשמורת נישא בשנית, יש לבחון את מע' היחסים בין בנה"ז החדש לילדים ואת נכונות בנה"ז החדש לקלוט את הילדים לתא המשפחתי. מחד,גונתר לא פגש את ילדיה של רייצ'ל. מאידך הודיע לה שמבחינתו הוא מוכן בהחלט לקבלם לחיק המשפחה ושיעשה כל מאמץ כדי לעזור להם להיקלט בפריז.