# 

פסקי דין סעיפי חוק תת כותרת

שופטיםליפשיץמלומד אחר

**מבוא לדיני המשפחה בעולם המערבי**

# **דיני הנישואין והגירושין במאה ה19:**

1. מאפייני מוסד המשפחה, מאופיינים ע"ב 3 תפיסות:
2. **תפיסה ציבורית-** דיני הנישואין קוגנטיים, לא ניתן להתנות עליהם ועל אף שמדובר בחוזה, התפיסה היא שדיני המשפחה הם מוסד ציבורי, שמקף ערכים קולקטיביים, ולכן המדינה היא צד לו כלומר חוזה הנישואין הוא חוזה מיוחד המורכב משלושה צדדים- בני הזוג והמדינה (פס״ד מיינרד נ׳ היל). חוזה הנישואין עוסק בתאולוגיה אזרחית אשר מצדיקים את התערבות ביהמ״ש ביחסים בין הצדדים. אמנם חופש הדת הוא חשוב אך עדיין נצדיק עקרונות תרבותיים והתערבות המשפט (פס״ד ריינולדס- ביגמיה לעומת מונוגמיה).
3. **תפיסה יחידתית**- מודל של תרכובת← לאדם אין זכויות פרט. ברוב התחומים עבור למודל של תערובת← לכל אחד זכויות משלו. למעט דיני המשפחה, נותרו במודל של תרכובת. המשפחה היא יחידה בפני עצמה ולא אוסף של יחידים, יש לכבד את האוטונומיה המשפחתית אשר גוברת על אוטונומיית היחיד. לכן, נפגע בזכויות של היחידים במידה מסוימת בכדי לשמר את חוזה הנישואין.
4. **תפיסה מגדרית**- עברו מתפיסה בה הגבר הוא ראש המשפחה ולכן שולט ברכוש ובענייני חינוך, לתפיסה של מתחמי אחריות תלוית מגדר- הגבר המפרנס, והאישה אחראית על משק הבית, ולכן יש להפריבילגיות במתחם הביתי. מכאן פותח הכלל של **חזקת הגיל הרך**, לפיו האישה מקבלת את המשמורת מתוקף היותה אחראית על הילדים.
5. מאפייני עילת הגירושין: **לא ניתן היה להתגרש ביוזמה חד צדדית או בהסכמה משותפת, היה צורך באשמה** (בהכרח צד אשם וצד זכאי), באופן אירוני אם כל צד מוכיח שהשני אשם, לא ניתן להתגרש. עילת הגירושין← אשמה.
6. דיני המזונות: כאשר מתגרשים הקשר לא מתנתק לחלוטין כיוון שיש **alimony**, למנגנון 3 תכונות: (שונה בין מדינות).
7. **מגדריות-** רק גברים משלמים מזונות לנשים ולא להיפך.
8. **לא מוגבל בזמן-** עד שהבעל/האישה ימותו או עד שהאישה תתחתן מחדש.
9. **תלות באשמה**- רק אם הבעל אשם, אם האישה אשמה היא לא זכאית למזונות.

**דיני הנישואין והגירושין במאה ה20:**

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

**דיני הגירושין והנישואין במאה ה21:**

נקודת מבט מורכבת ב-2 היבטים: פמיניזם ליברלי- הייתה צפייה שהשינויים (יציאה קלה מנישואין) יטיבו עם הנשים אך חלה **ירידה משמעותית במצבן הכלכלי של נשים לעומת עלייה אצל גברים.** נשים שחיו בהסדר הישן היו צריכות לפתח למצוא עבודה.

משמורת- מעבר לעקרון טובת הילד לא שינה הרבה, בהסכמי הגירושין נקבע בכל מקרה משמורת לאם. אולם, עקרון השוויון גרם לירידה משמעותית בגובה מזונות הילדים, כוח המיקוח של הנשים ירד. פעם- האישה הייתה יכולה להתמקח על הגדלת גובה המזונות תמורת משמורת לגבר. היום- גבר מתמקח עם האישה, מוריד את גובה המזונות תמורת משמורת לאם. (פתרון אפשרי- חזקת המגדל העיקרי).

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

**סמכויות השיפוט**

להוסיף קודם על את הנושא של יישוב סכסוכים! בהתאם לצ׳קליסט.

**מבוא לדיני משפחה בישראל**

* + - 1. **נושאים בהם עוסקים דיני המשפחה-** ס׳ 1 לחוק ביהמ״ש לענייני משפחה:

1. **תובענה בענייני המעמד האישי**- לפי ס׳ 51 לדבר המלך במועצה: נישואין וגירושין, מזונות אישה, כלכלה, אפוטרופסות, כשרות יוחסין של קטינים, איסור השימוש ברכוש של אנשים הפסולים לפי חוק, הנהלת נכסי אנשים נעדרים , אבהות.
2. **תובענה אזרחית בין אדם למשפחתו** בעילת סכסוך בתוך המשפחה
3. **תובענה למזונות או למדור** בדין היהודי מזונות האישה הם עד הגירושין.
4. **תובענה לאבהות/אימהות.**
5. **תובענה והליכים לפי חוקים שונים המצויים בחוק.**
   * + 1. **ענייני מעמד אישי-** לפיס׳ 47 + ס׳ 51 לדברה"מ- שיפוט בענייני המעמד האישי ידונו לפי הדין האישי תמיד. בעבר, כלל תחומים רבים כגון כלכלה, אפוטרופסות ועוד← **צמצום הסמכות בענייני המעמד האישי**:
6. **ירושה-** לפי ס׳ 156(ב), 155(ג) **לחוק הירושה** –נקבע כי הדין שיחול הוא האזרחי.
7. **אפוטרופסות ומשמורת** – ס׳ 79 **לחוק הכשרות המשפטית** מצמצם את תחומי השיפוט. + **חוק אימוץ ילדים**, דין אזרחי.
8. **חזקת השיתוף/ חוק יחסי ממון**- בעבר הלכו לפי הכלל **״ הדין הולך אחר הדיין״** אך פס״ד בבלי- בני זוג מתגרשים, הבעל מעוניין שביד״ר ידון בענייני רכוש, לפני 74 ולכן חלה חזקת שיתוף אך החילו דין דתי ונקבע שמגיע לה פחות מחצי. האישה עתרה לבג״ץ. ברק- נושא אזרחי לא מפסיק להיות כזה גם כשמגיע לב״ד דתי ולכן ימשיכו לדון בו לפי הדין האזרחי. הכריכה משפיעה על הערכאה שתדון בנושא אבל לא על הדין שיחול. נוספה האפשרות של דין אזרחי בב״ד דתי בענייני רכוש ובהמשך, משמורת וכו׳.
9. **ענייני מעמד אישי כיום-** כולל רק נישואין, גירושין ומזונות אישה (כולל מדור).

**בכל שאלה יש לשאול 2 שאלות מקדימות:**

1. **לאיזה ערכאה הולכים?** (ב״ד דתי/ ביהמ״ש לענייני משפחה)

* בתי משפט אזרחיים – בית המשפט לענייני משפחה← (בזכות) בית המשפט המחוזי← (ברשות) בית המשפט העליון.
* בתי דין רבניים – בתי דין אזוריים← (בזכות) בית הדין הגדול← ערעור לבג״ץ מכוח חוק יסוד: השפיטה ס' 15(ג)+(ד). רק בעניינים אלו (דומה לחריג הטעם המיוחד): 1) ביד״ר החיל דין דתי כשנדרש להחיל דין אזרחי. 2) חוסר סמכות לביד״ר לדון בנושא. 3) פגיעה בכללי הצדק הטבעי (היעדר הנמקה/שמיעת צד אחד).

1. **איזה דין חל?( דין דתי/דין אזרחי)**

**4 אפשרויות לערכאה והדין שיחול:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **ערכאה/דין** | **דין אזרחי** | **דין דתי** |
| **ביהמ״ש אזרחי** | ירושה, רכוש וכו׳ | מזונות אישה/ילדים |
| **ביד״ר** | באמצעות כריכה/הסכמה לדוג׳ רכוש | נישואין וגירושין למעט פסולי חיתון |

**סמכויות השיפוט:**

**תחילת ההליך**←בטרם הגשת תובענת סכסוך משפחתי יש להגיש תחילה **בקשה ליישוב סכסוך** לערכאה השיפוטית.

* **ס׳ 4 לחוק הסדר התדיינויות**- בתום 60 ימים מהגשת הבקשה ← אם הצדדים לא הגיעו להסדר מוסכם בהליך← הצד שהגיש את הבקשה, יכול להגיש תוך 15 יום תביעה בעניין הסכסוך לערכאה שיבחר. לאחר 75 יום← הצד השני יכול להגיש תביעה.
* בג״צ 58/08 (פרשת 15 הדקות) המבחן הקובע הוא מבחן הזמן, מי שהגיש ראשון את התביעה קובע את הסמכות.
* **חריג:** לפי ס' 3 (ז)1 ניתן לתבוע מערכאה שיפוטית סעדים זמניים (עיכוב יציאה מהארץ) ודחופים (מזונות ילדים).

**סמכויות השיפוט:**

**מרוץ סמכויות-** כל צד ישאף לדון בערכאה שתיטיב עימו והסמכות נקבעת לפי המקדים להגיש בקשה ליישוב סכסוכים.

1. **סמכות ייחודית**, ס׳ 1 **לחשבד״ר**- לביד״ר יש סמכות ייחודית לדון בנישואין וגירושים של (התנאים) ← יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה.
2. **סמכות מקבילה-** סמכות לשתי הערכאות, סמכותו של ביד״ר נרכשת בדרכים אלו בלבד:

* **שיפוט אגב גירושין**, ס׳ 3 **לחשבד״ר**- כריכה לתביעת הגירושין ע״י צד אחד.
* **שיפוט עפ״י הסכמה,** ס׳ 9 **לחשבד״ר**- הסכמת שני הצדדים.
* **שיפוט בענייני מזונות**, ס׳ 4 **לחשבד״ר-** אישה יכולה לבקש לדון במזונות אישה לפני שיש תביעת גירושין ״שלא אגב״.

**סמכות ודין בסוגיות השונות:**

1. **נישואין וגירושין**← ס׳ 47 + ס׳ 51 לדברה"מ. הסמכות: ייחודית לבי"ד מכוח ס׳ 1. הדין: דין תורה ס׳ 2. תביעת גירושין. ענייני נישואין- טענה לגבי תוקפם של נישואים, שאלת הכשירות להינשא, תביעה לשלום בית.
2. **משמורת**← הסמכות: מקבילה, שרעבי: **כרוכה מעצם טיבה וטבעה** לגירושין לכן, לא חייב כריכה (אם לא הוגש לבימה״ש קודם). הדין: אזרחי, חוק הכשרות ועקרון טובת הילד.
3. **מזונות אישה**← הסמכות: מקבילה, בכריכה ס׳ 3. לפני תביעת גירושין- זכות האישה בלבד ס' 4. הדין: דתי.
4. **מזונות ילדים**← הסמכות: לפי שרגאי: לא ניתן לכרוך אלא אם יש הסכמה של שני הצדדים מכוח ס' 9 (טובת הילד), כריכה תתאפשר רק להשבת הוצאות. בע"מ 7268/17 פלוני, רוב: הלכת שרגאי שרירה וקיימת. מיעוט, הנדל: ניתן לכרוך לאור פרשנות לשונית ותכליתית של ס' 3, אחרת פוגע ביעילות הדיוניות. הדין- שנים רבות חל על הדין דתי והיום מזונות הם תחום אזרחי ויותר שוויוניים. עם זאת לא ברור מה צופן העתיד.
5. **חינוך (משמורת רוחנית)**← הסמכות: מקבילה בכריכה ס׳ 3. בביד״ר- הלכת פלורסהיים: חינוך **לא** נכרך אוטומטית בעניין המשמורת, נדרשת כריכה מפורשת. בביהמ״ש- עליזה אמיר: חוסר תחולה לפלורסהיים, תביעת המשמורת כוללת את נושא החינוך. הדין: עקרון טובת הילד, אזרחי.
6. **רכוש**← הסמכות: גולדמן: יש לכרוך מפורשות ולהוכיח את מבחני הכריכה. מקבילה, בכריכה ס׳ 3. הדין: אזרחי לפי בבלי.
7. **ירושה**← הסמכות: מקבילה בהסכמה בכתב ס' 9. הדין: דין אזרחי אלא אם הצדדים מסכימים לדין דתי.
8. **אימוץ**← הסמכות: מקבילה בהסכמה ס' 9.

**סמכות ייחודית של בתי דין רבניים:**

ס׳ 1 **לחשבד״ר**- ״(1)ענייני נישואין (2)וגירושין (3)של יהודים (4)בישראל (5)אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי-הדין הרבניים״. **התנאים לרכישת סמכות ייחודית של בד״ר**:

1. **״ענייני נישואין״ – זיקה עניינית:**
2. **תוקף נישואין או בטלותם** (לדוג׳: בעיית עדים).
3. **כשרות להינשא**- פס״ד גיתייה: בן העדה הפלשית, רואה את עצמו כיהודי ופונה למועצה הדתית להתחתן. עולה שם ספק האם אותו בן אדם נחשב יהודי. ביהמ"ש קובע כי נושא כשרות הנישואין נמצא בסמכות בלעדית של ביד״ר.
4. **שלום בית**- פס״ד נעים: אישה תבעה לשלום בית בביד״ר לצד מספר בקשות. הבעל עתר לבג״ץ שקבע סמכות בלעדית לביד״ר.
5. **״ענייני גירושין״ – זיקה עניינית:**

תביעות גירושין, מתן פס״ד לגירושין והפרת הסכם גירושין. לא נכלל: תביעות הנוגעות לרכוש ויחסי ממון, רק בסמכות נכרכת לפי ס׳ 3. חל הדין האזרחי בבלי.

1. **״של יהודים״ – זיקה דתית:**

בנקובסקי- בעל כורך עניני רכוש לתביעת גירושין מאישה שהתגיירה, ביד״ר חוקר את אורח חייה, אינה מקיפה על ההלכה ולכן קובע שהגיור מבוטל כך גם הנישואים ולכן אין לה זכות לרכוש. האישה עותרת לבג״ץ, ברק- ברגע שהצדדים אינם יהודים, לביד״ר אין סמכות לדון בנושא ולכן הוראתו בטלה.

1. **״בישראל״ – סמכות טריטוריאלית:**

נדרש כי בזמן התביעה הצדדים ינכחו בארץ, היום הדרישה התגמשה מאוד ולא בהכרח צריך לנכוח פיזית.

1. **״אזרחי ישראל או תושביה״ – זיקה פרסונאלית:**

יש פסיקה וחקיקה שהרחיבה בנושא ס׳ 4א ו4 ב(1), אולם ביד״ר מוסמך לדון רק בעניינים של אזרחים תושבי ישראל.

**סמכות נכרכת ס׳ 3 לחשבד״ר**

רציונליים- חיסכון בזמן, מניעת מצבים של החלטות סותרות בין ערכאות, וידוא שהשופט עוסק בתיק מתחילתו ועד סופו. בעיתיות- מירוץ הסמכויות.

**הגבלות על מנגנון הכריכה:**

1. **שלב מקדים – באיזה מצבים ניתן לכרוך:**
2. ניתן לכרוך אך ורק לתביעת הגירושין.
3. פס"ד עמרני: הסכם גירושין שכרוכים בו עניינים שונים, לביד"ר יש סמכות בין אם ההסכם הגיע מתוקף כריכה (ס׳ 3) ובין אם מההסכמה משותפת (ס' 9).
4. בג"ץ 2898/03 פלונית לא ניתן לכרוך לאחר שהליך הגירושין תם.
5. **הגבלות הקשורות במועד:**
6. ס' 25 (ב) לחוק בימ"ש לענייני משפחה: "יש סמכות מקבילה... כל עוד אין ביד"ר דן בו."
7. פרשת ה-15 דקות ש' ריבלין: מבחן הזמן, מי שהגיש את התביעה קודם הוא זה שהכריע את מקום הסמכות.
8. **הגבלות הקשורות במהות:**
9. עניינים הכרוכים מעצם טיבם וטבעם: משמורת ילדים – שרעבי: בביד"ר משמורת כרוך אוטומטית. במידה ורוצים לדון בבל"מ יש לתבוע קודם בביהמ"ש.
10. עניינים הניתנים לכריכה שלא כרוכים מטיבן וטבעם (רכוש, מזונות אישה, משמורת רוחנית). גולדמן – 2 תנאים לכריכה:
11. **אקט מפורש של כריכה.** **חריג:** בג"ץ פלונית נ' מד"י 5679/03: כריכה יכולה להיות גם **בהתנהגות**, בייחוד אם הצד השני לא מתנגד לסמכות (שני הצדדים דיברו על הרכוש בביד"ר← מעיד שקיבלו את סמכות ביד"ר).
12. **הכרעה דרושה לחיסול יעיל של יחסי** בניה"ז המתגרשים זה מזה.

לא בגדר כריכה- בג"ץ 787/14: לא היה לה ייצוג. הטופס הסטנדרטי כלל התייחסות קטנה למזונות ילדים ללא פירוט. האישה התנגדה בפעם הראשונה שיכלה.

אי עמידה בתנאי סף פרוצדוראליים- פרשת האנלפבית: אין חתימה ואימות. יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו, כמה פגיעה יש בצד השני, דרוש פגם היורד לשורש העניין ואין לדקדק לחומרה על מילוי הטופס. תהא כריכה וסמכות חרף הפגמים הטכניים ("הכל כולל הכל בטופס").

**ענייניים שניתן לכרוך:**

גולדמן: כל ענין אחר, לאו דווקא של מעמד אישי, כאשר ההכרעה דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בניה״ז המתגרשים זה מזה.

ניתן לכרוך← **רכוש**, **מזונות אישה,** **משמורת רוחנית על הילדים (חינוך):**

* בבית הדין- הלכת פלורסהיים: חינוך **לא** נכרך אוטומטית בעניין המשמורת, נדרשת כריכה מפורשת.
* בביהמ״ש- מצב הפוך עליזה אמיר: חוסר תחולה לפלורסהיים, לביהמ״ש סמכות שיורית ולכן, תביעת המשמורת **כוללת בתוכה** אוטומטית את נושא החינוך.

**עניינים שאינם ניתנים לכריכה:**

1. **מזונות ילדים-** לא ניתן לכרוך מזונות ילדים, אלא אם בהסכמת שני הצדדים(ס' 9). שרגאי: כריכה תתאפשר רק להשבת הוצאות. במזונות ילדים לא ניתן לכרוך, ידונו רק ע״י סמכות בהסכמה ס' 9 (טובת הילד). בע"מ 7268/17 פלוני, רוב: הלכת שרגאי שרירה וקיימת. מיעוט, הנדל: ניתן לכרוך לאור פרשנות לשונית ותכליתית של ס' 3, אחרת פוגע ביעילות הדיוניות. הדין- שנים רבות חל על הדין דתי והיום מזונות הם תחום אזרחי ויותר שוויוניים. עם זאת לא ברור מה צופן העתיד.
2. **ברית מילה-** 8533/13: בקשה לביד"ר להורות על ביצוע ברית מילה [האישה מתנגדת]. נאור **(רוב)**: לא ניתן לכרוך, אין זיקה מספקת לענייני גירושין וחורג מחיסול יעיל של יחסי בניה״ז. נושא מורכב ולכן מגיע לילד דיון עצמאי. רובינשטיין: ניתן לכרוך את נושא ברית המילה אך יש לבחון זאת לפי טובת הילד. הנדל: אין לקבוע כלל גורף , במקרה הנ"ל פסל, כי לא ניתן לאישה זכות דיון.
3. **הגבלות לפי הפסיקה:**

**מבחני הכריכה** - **פייג פלמן** 3 מבחנים מצטברים:

1. **האם תביעת הגירושין כנה?**
   * 1. פס"ד תורג'מן: האם פורטה בתביעה עילה הלכתית לגירושין, היעדר פירוט← תביעה לא כנה. ריב בין הצדדים לא יכול להוות עילה. ביהמ״ש אינו שוקל את סיכויי התביעה או אמיתות הטענות העובדתיות.
     2. 787/14פלונית: התנהגות הצדדים יכולה להעיד על כנות התביעה (תצהירים, חקירות, פרוטוקולים). הבעל הסכים לגט בכפוף לתנאים (מניפולטיבי).
2. **האם הכריכה התבצעה כדין?**
3. האם מדובר בנושאים שלפי מהותם ניתנים לכריכה (מזונות ילדים/ברית מילה).
4. האם נכרכו בתביעת הגירושין.
   * 1. האם נכרכו במפורש ובפירוט (לדוג׳: סכום מזונות).
5. **האם הכריכה כנה?**
6. פיצול תביעות בערכאות השונות- תורג'מן: פורת- ברגע שהגבר פיצל התביעות, כריכתו אינה כנה משום בחר לפצל את הנושאים לפי נוחותו (מעיד כי המטרה היא לא יעילות וקיצור הליכים אלא חסימת תביעת בן הזוג).
7. חוסר פירוט של הרכוש הכרוך: 5747/03 פלוני: הרכוש יפורט בדקדקנות ולא בצורה כללית, הימנעות מפירוט הרכוש שהמחלוקת, כולם או מרביתם (לעומת חלק קטן) מעיד על חוסר תו״ל← השוואה לפס״ד אנאלפבית: נקבע שהעדר פירוט הרכוש ע"י הגבר לא נבע מחוסר תו"ל אלא מחוסר בקיאות (לא היה מיוצג ע"י עו"ד). **במבחן:** נבחן לפי הנסיבות, לדוג׳: ציפיות גבוהות יותר אם מדובר באדם משכיל.
8. התעלמות מפס"ד של ביד״ר בנושא מזונות – פס"ד 787/14: לא כנה כי התעלם מתשלום מזונות זמניים.

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

בג"ץ עמרני: לפי ס' 39 לחוק החוזים לא תשמע טענת חוסר סמכות כאשר השימוש בטענה שלא בדרך מקובלת ולא בתו"ל. **"כלל ההזדמנות הראשונה"**, יש להעלות טענה לחוסר סמכות בהזדמנות הראשונה, יש להשתיק עותר שמעלה זאת בשלב מאוחר, מעיד על חוסר תו״ל.

**הסמכות להכריע בשאלת הכריכה- ״מרוץ ההחלטות״**

פייג פלמן: לשתי הערכאות סמכות לדון ולהכריע בשאלת התקיימות תנאי הכריכה.

* כל עוד אף ערכאה לא הכריעה בשאלת הכריכה← כל ערכאה תוכל לפי שק"ד לעכב הדיון בתביעה שהוגשה בפניה, עד שהערכאה המקבילה תחליט בשאלת תוקף הכריכה.
* אם אחת הערכאות כבר הכריעה בשאלת הכריכה← **״עקרון הכיבוד ההדדי״** (נחוץ לאמון הציבור) על הערכאה המקבילה להימנע מלדון בכך. חריג: אלא אם מתקיים **"טעם מיוחד"** שמצדיק זאת. **חריג**← **טעם מיוחד:**

1. **חוסר חוקיות או פגם חמור היורד לשורש הסמכות-** החלטה על סמכות ללא הנמקה או ללא דיון מקדים ונפרד לגבי תנאי הכריכה. התייחסות לסוגייה מבלי שנכרכה. בג"ץ אנאלפבית לא הייתה הנמקה בקביעת ביה"ד כי לו סמכות הדיון.
2. **חריגה ברורה מכללי הצדק הטבעי-** הליך משפטי לא הוגן, התרעה מספיקה להליך/ אין זכות טיעון לאחד הצדדים/ הדיון התקיים במעמד צד אחדוכו׳.
3. **סוגיה שאינה ניתנת לכריכה-** ברית מילה ומזונות ילדים.

**בחינת חוסר תו"ל דיוני בפנייה לבימ"ש לענייני משפחה**

58/08 פרשת 15 הדקות: במקרים חריגים בלבד סמכות בימ"ש ע״פ מבחן הזמן כפופה גם היא לתו"ל דיוני (האישה לא הגישה את כתבי הטענות לגבר עד לרגע האחרון). **במבחן:** נבחן לפי הנסיבות וכמה נפגע הצד השני.

**סמכות נמשכת**

1. **סמכות מקורית:** האם הסתיימה תביעת הגירושין ס׳ 3?. האם יש הסכמה של הצדדים ס׳ 9?
2. **יש סמכות נמשכת לדון בהסכם שאושר?** התנאים בפסיקה:
   * + 1. סמכות מקורית לדון באותו עניין (בג"ץ סימה לוי)- סמכות לאישור ההסכם + סמכות מעמד אישי (דין דתי) + סמכות בהסכמה ס׳ 9.
       2. העניין הינו בעל אופי מתמשך - (בג"ץ סימה לוי)- משמורת ומזונות מטבען נתונות לשינוי ואינן סופיות.
       3. הצדדים להליך הם אותם צדדים – **נבחן האם הקטינים מחויבים להסכמות של הוריהם (בהתאם לס' 9):**

* **בג"ץ כץ** - הסדרים מוסכמים בין ההורים לא מחייבים את הקטין כשהוא לא היה צד להם. עניין הקטין לא היה במרכז, לא היה צד להסכם ולכן לא מחייב, יכולים לפנות לביהמ״ש.
* **דעת המיעוט של הש' טירקל -** יש למנות לקטין אפוטרופוס שיחליט איפה טוב לילד שעניינינו יתבררו ביד״ר או ביהמ״ש.
* **פלונית** - הסכם גירושין יחייב כשעניינם נבחן לגופו כעניין עצמאי ונפרד+ ההסכם משרת את טובת הקטין. (אושר כלשונו!!)

1. **מעמדם העצמאי של הקטינים**: האם הקטינים היו צד לתביעה המקורית?
2. **בג"ץ 4407/12**: **לגבי מזונות**:

* **לדעת כל השופטים**- המבחן החל הוא המבחן המהותי: האם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים?
* **לגישת עמית**, מבחן דו שלבי: השלב הראשון - האם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים?.

השלב השני - האם הקטינים קופחו בפועל בסכום שנפסק להם? יישום. לפי עמית, אם לא← אין טעם לפתוח את ההסכם.

1. **לגבי משמורת**:

* **לדעת השופטים רובינשטיין והנדל** - יש להחיל את המבחן המהותי
* **לדעת הש' עמית** - מבחן פרוצדורלי - דיון נפרד ועצמאי בעניינם.

1. **"דן ופסק**" - **בג"ץ 6021/10** – יישום.
2. **נושאים שלא הוזכרו בהסכם**← אין סמכות נמשכת.
3. **הסוגייה המאוחרת קרובה במידה מספקת לזו המקורית- בג"ץ ורבר –** צביון מתמשך, קרבת מקום.
4. **שינוי או ביטול של פס"ד?** שינוי- רק בשינוי נסיבות מהותי. ביטול- כשיש פגם← יש סמכות נמשכת.
5. **פרשנות הסכם-** אין סמכות נמשכת ורבר.

**חזיתות השופט האזרחי**

הבדלי התפיסות בין ביד״ר לביהמ״ש: ציבור-פרטי. יחידתי-יחידני. מגדרי-שוויוני. הבדלים אלו יוצרים מתח כאשר השופט האזרחי בשתי חזיתות: 1) מול הדין הדתי 2) מול הדיין הדתי- כאשר הדיין חורג מסמכותו.

**התמודדות השופט האזרחי עם הדין הדתי**

סוגי התמודדות **ששונים ב**: (1) רמת הנועזות שלהם [רדיקלי, אקטיביסטי]. (2)טכניקה גלויה/סמויה.

1. **ההבחנה בין פרוצדורה למהות**- השופט מפעיל דין דתי מבחינה מהותית אך מבחינה פרוצדורלית ״הדין הולך אחרי הדיין״← יפעיל דין אזרחי← פרוצדורה יכולה להשיג תוצאות מהותית. פרוצדורה לפי **כללי המשב״ל, דיני ראיות← דיני מרשם האוכלוסין:**

# פונק שלזינגר: זוג מעורב מבקש להירשם כנשוי ופקיד האוכלוסין מסרב. ביהמ״ש: השאלה מי נשוי← מהותית, דין דתי. השאלה את מי לרשום כנשוי← פרוצדורלית. מרשם הוא עניין פרוצדורלי סטטיסטי בלבד, מי שמראה תעודה ממדינה אחרת שאינה מזויפת, יירשם כנשוי (כללי המשב״ל ודיני ראיות). בפועל: נחשבים נשואים לצורכי ביטוח/משכנתא← הכרה בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל/ נישואים מעורבים.

# בן ארי: בני זוג מאותו מין. ברק מיישם את הרעיון של פונק שליזינגר.

# **בחירה בפרשנות מהותית של הדין הדתי שתואמת לערכים אזרחיים**- בדין הדתי מגוון דעות, השופט בוחר בפרשנות שמתאימה לשיקולים האזרחיים. 3 דוגמאות:

# מזונות אישה- **מדור**: ספציפי- הבעל עזב ופירק את הקשר, האישה תמשיך לגור בדירה הספציפית/באותה רמת חיים. כללי- דאגה למקום מגורים כלשהו. גישת הרוב של ביד״ר הייתה למדור ספציפי. פס״ד כליפא: ביהמ״ש קובע שהפרשנות הנכונה היא מדור כללי. סיבות: 1)זכות הקניין- מדור ספציפי מונע מהבעל לעשות שימוש בקניין שבבעלותו/בבעלותם. 2) מאפשר סעד של פירוק שיתוף- מניעת תמריץ האישה לסירוב גט, מאפשר גירושים כלכליים (הכלי האזרחי שהכי קרוב לגירושים).

* + - * 1. מזונות אישה- **קיזוז פוטנציאל השתכרות**: הבעל חייב במוזנות אשתו אך עליה להעביר לו את משכורת עבודתה. האם הקיזוז הוא רק על רווח בפועל או גם על פוטנציאל ההשתכרות כאשר אינה עובדת? העמדה המקובלת של ביד״ר היא רק על רווח בפועל, אין רווח אין קיזוז. 2 מקרים: פס"ד בייקל- האישה הפסיקה לעבוד עקב סכסוך, נפסק קיזוז פוטנציאל. פס״ד פדן- נפסק קיזוז לפי פוטנציאל עתידי לאחר התואר (תוצאה לא צודקת סטודנטית עם מקצוע לא מבטיח ובהריון- אם חד הורית).
        2. מזונות ילדים- **הטכניקה הופכת מגלויה לסמויה.** בדין הדתי המקורי- האב חייב במזונות לילד עד גיל 6 (צרכים הכרחיים)← הרחבת החובה עד לגיל 18← מה הדין בגילאים 6-18, חלה החובה על האב או על שניהם? גישות ביד״ר: רוב- חובה על האב. מיעוט- מגיל 6, ״דין צדקה״ חובה שוויונית לפי יכולות כלכליות. הלכת 919: כאשר יש שתי פרשנויות בהלכה, **נכריע לפי עקרונות אזרחיים← עקרון השוויון**. מניעת אפליה בין גבר ואישה, מגיל 6 חובת מזונות על שניהם לפי יכולת כלכלית.

1. **פרשנות מניפולטיבית של הדין הדתי**- רושם של יישום הדין הדתי אך בפועל ביהמ״ש מפעיל סברה שלא קיימת באופן גלוי/סמוי.
   * + - 1. **באופן סמוי:** הענקת פרשנות לדין הדתי שלא בהכרח קיימת. **מזונות אישה:** לבעל יש 2 סוגי הגנות כנגד חובתו למזונות: 1)קבלת פטור לאור התנהגות האישה- למשל, בגידה (מיניות), התנהגות לא צנועה, עזיבת בית מסיבה לא מוצדקת. 2)קיזוזים-מתוך המזונות יקוזז שכר האישה. **בדין הדתי לא חל עקרון ההדדיות**- טענות ההגנה הן חד צדדיות, אם הבעל בוגד גם, אין לכך משמעות. לביהמ״ש בעיה עם הדין בגלל פולשנות לחיי הנישואין והיעדר שוויון מגדרי. **קריאה שגויה של הדין-** שמגר: פס״ד פרידמן: (אישה מספרת לרב שבעלה בוגד בה ומתוודה גם, ביד״ר שלל ממנה מזונות) נסמך על שרשבסקי- עדות של אישה על שבגדה- לא קבילה. בוטלה עדות הרב. הבעיה: הדבר רלוונטי לדיני גירושין ולא לדיני ממונות בהם העדה היא חלק מרכזי **←** פס״ד גל: שוב נסמך על שרשבסקי- בעל שאוכל לא כשר באופן כללי לא יכול לטעון שהאישה מחטיאה אותו, יישום על בגידה, גבר שבוגד לא יכול לטעון לפטור ממזונות אם האישה בוגדת. הבעיה: עקרון ההדדיות לא רלוונטי למעשה כיעור, יישום שגוי.
         2. **באופן גלוי:** השופט לא מנמק את ההכרעה לאור שימוש בדין הדתי אך גם לא אומרת שהמסקנה סותרת אותו. פס״ד כהן: (שני הצדדים בגדו, הגבר מביא הוכחות) שמגר: לא מנסה להחיל דין דתי, קובע שלא ניתן לבטל את המזונות. ליפשיץ: יש לבחון את הנסיבות בגינן אין גט ולכן יש מזונות. הבחנה בין הסרבן למסורב. אם האישה מסרבת גט- תוצאה שסותרת את העקרונות האזרחיים, מקבלת מזונות וממשיכה לבגוד, תמריץ לסירוב. אם הגבר- תוצאה מוצדקת אחרת ניתן תמריץ לסרבנות.

פס״ד פלוני נ׳ פלונית- זוג חי בנפרד הרבה שנים (ללא בגידה) והאישה מסרבת להתגרש אך דורשת מזונות במחוזי- נפסק שדרישת האישה למזונות הינה חסרת תו״ל (למרות שמדובר בעקרון אזרחי)- דפנה ברק ארז- מאחר ומדובר בנושא שעליו חל הדין הדתי לא ניתן להלביש עליו עקרונות אזרחיים ויש לבטל פסיקת המחוזי. רובינשטיין- בתור שופטים אזרחיים מותר להפעיל עקרונות אזרחיים ולכן ניתן להפעיל את עקרון תו״ל (לדעתו יש לעשות זאת כדיון אינצידנטלי.) זילברטל מצטרף לאמירה העקרונית של רובינשטיין- אך טוען שלא בהכרח ישנו חת״ל מצד האישה ולכן בתוצאה מצטרף לברק ארז ופוסק לטובת האישה שלא ניתן לבטל את המזונות.

**האם הפרידה עצמה בלי קשר להתנהגות יכולה להיות עילת פטור** ? בית שמאי – בעיית נאמנות. הלל – להביא טענה לווא דווקא מהתחום המיני. רבי עקיבא – מקלה ביותר שגם אם הגבר מצא אישה אחרת יותר יפה. רובינשטייו אמר שזה כפוף לחובת תום הלב (אזרחי) וברק ארז אמרה שחותרים תחת סמכות בית הדין. זילברפלד מסכים עם ברק ארז.

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

1. **זניחת הדין הדתי ויצירת דין אזרחי אלטרנטיבי**- במקרים של חוסר צדק קיצוני← ביהמ"ש מייצר מקור של צדק כללי ומופשט (עיקרון תו"ל, משפט הטבע, כבוד האדם) ← ממנו גוזר כלל אלטרנטיבי אזרחי.

פס״ד אבהות אסלאם- לגבר ולאישה מוסלמים נולדה ילדה, בעודם לא נשואים. לפי הדין המוסלמי- ההגדרה של אבא הוא "בעל". הוא אינו בעל ולכן לילדה אין אבא משפטי למרות שיש לה אבא ביולוגי והאם לא מקבלת מזונות. ביהמ״ש: מכריע מכוח משפט הטבע, אי אפשר להתנתק מהקשר הביולוגי בין אב לבת, נגזרת של כבוד האדם. אם הדין הדתי המהותי מביא לתוצאה בלתי נסבלת (מקרה קיצון), ביהמ"ש מפתח מסלול אזרחי אלטרנטיבי (ללא סמכות) וגוזר חובת מזונות **מכוח עקרונות מופשטים** (זכויות יסוד, ומשפט הטבע).

פס"ד נישואים אזרחיים- ברק: גם אם הנישואים האזרחיים לא תקפים, אדם שהתחתן בנישואים אזרחיים יצר סוג של חוזה **ועיקרון תום הלב** אומר שלא ייתכן שהוא לא ישלם מזונות.

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

לצד השופט האזרחי ישנו דיין דתי, חלקם לא אוהבים את המהלכים האזרחיים ורוצים לקדם למקום דתי. טכניקות ביהמ״ש בנושא:

הטכניקה הראשונה הייתה מאבק בסמכות מבלי להתערב במה שקורה בביד״ר. הטכניקה הזאת מתערבת בבמה שקורה בתוך בין הדין ולכן מדובר במהלך רדיקלי יותר. בשלב לאחר מכן מתערבים בדין המהותי אבל בכל נושא שהוא לא ענייני מעמד אישי. בשלב האחרון הייתה אמירה שיש להחיל את האזרחי כחלק מההלכה תחת כלל דינא דמלכותא דינא, דין המדינה כחלק מההלכה.

1. **התמודדות במישור הסמכות - צמצום ופיקוח**
2. **צמצום סמכות ביד״ר-** ביהמ״ש מעניק פרשנות מצמצמת לסמכות ביד״ר. 1) **יחסי רכוש-** חלק מדיני חוזים ודיני קניין ולא חלק מענייני נישואין וגירושין כלומר, עניין אזרחי. 2) **מזונות ילדים-** ס׳ 3 **לחשבד״ר** קובע שניתן לכרוך, ביהמ״ש קובע שניתן רק להשבת הוצאות אבל לא למזונות. 3) **משמורת-** הבחנה בין משמורת פיזית שנכרת אוטומטית לבין משמרות רוחנית (חינוך) אותה יש לכרוך במפורש. 4) **כריכה בהסכמה-** צמצום הפרקטיקה הנהוגה, חל רק בעניינים שהחוק קבע שניתן לכרוך בהסכמת הצדדים (רכוש לא כלול).
3. **פיקוח סמכות ביד״ר-** ס׳ 15 ד׳ **לחוק יסוד השפיטה**, בג"ץ רשאי לתת צווים לבתי הדין הרבניים כאשר הם עסוקים בעניינים שאינם בסמכותם. אדם מגיש תביעה לביד״ר בנושא בו ביהמ״ש צמצם את סמכות בדי״ר בו, 2 אפשרויות:

* **תקיפה ישירה:** בתי דין אזוריים← (ערעור בזכות) בית הדין הגדול← ערעור לבג״ץ מכוח חוק יסוד: השפיטה ס' 15(ג)+(ד). רק בעניינים אלו: 1) ביד״ר החיל דין דתי כשנדרש להחיל דין אזרחי. 2) חוסר סמכות לביד״ר לדון בנושא. 3) פגיעה בכללי הצדק הטבעי (היעדר הנמקה/שמיעת צד אחד).
* **תקיפה עקיפה:** במקביל לתביעה בביד״ר, מוגשת תביעה לביהמ״ש. ביהמ״ש נדרש לדון בסמכות ביד״ר כדי להכריע בסמכותו שלו למרות שלא מדובר בערכאת ערעור/פיקוח. הבעיה: החלטת העליון לא תחייב את ביד״ר, רק החלטת בג״ץ. יכולים להיווצר פסקי דין סותרים.

**דוגמאות**: פס״ד טיבי: אישה נוצרייה שהתחתנה עם מוסלמי, צו של ביהמ״ש מול צו של ביד״ר השרעי בעניין משמורת. הייתה צריכה גם תקיפה ישירה וגם עקיפה כדי שיהיה מחייב. **אם רוצים שביד״ר לא ידון, יש לעשות זאת באמצעות תקיפה ישירה.** פס״ד פלמן: עקרון הכיבוד ההדדי, אם ביד״ר דן בנושא יש לכבד זאת. **למעט** מקרים של טעות גסה (סמכות במזונות ילדים).

1. **פיקוח על ההליכים הפרוצדורליים בביד״ר-**
2. בשלב הראשון← הכפפת ביד״ר לכללי הצדק הטבעי- כאשר ישנה חריגה מכללי הצדק (זכות טיעון, ייצוג, שיפוט בהרכב חסר), ביהמ״ש יתערב ויכפיף את ביד״ר לנוהל הפרוצדוראלי האזרחי. פס״ד אסי: ניגוד עניינים. שופט בעל קשר מסחרי עם עוה"ד הצד השני. בג"ץ קבע שעל הדיין לפסול את עצמו.
3. בשלב השני, לאחר חקיקת חו״י ← הכפפת ביד״ר לזכויות יסוד חוקתיות- הלוגיקה החוקתית חלה על ההליכים הפרוצדורליים בבית הדין (תכלית, מידתיות וכו׳). **דוגמאות:** פס״ד לב: הבעל הגיש תביעה לשלום בית. לאישה מאהב מחו"ל. בביד״ר נקבע צו עיכוב יציאה מהארץ, בג״צ מבטל את הצו לאור פגיעה בחופש התנועה של האישה שאינה מידתית (לא משיג את התכלית). בג״צ נתניה: גבר מצלם את אשתו בביתה כאשר היא בוגדת להוכחת עילת גירושין (סרבנית גט), בג״צ קובע שהתמונות לא קבילות, כי הן הושגו תוך פגיעה בזכות שלה לפרטיות. ליפשיץ: הפס״ד מציג צביעות או הדחקה. מחד משתמש בדין הדתי ומבקש עילת גירושין ומאידך לא מאפשר להציג ראיות בשל עקרון ליבראלי. אם רוצה להיות ליברל צריך לבטל את הדרישה לעילת גירושין.
4. **הכפפת ביה"ד לדין האזרחי המהותי (פסיקה וחקיקה) בכל נושא שאיננו מעמד אישי-**
5. **לפני פס"ד בבלי:** הכלל לפיו ״הדין הולך אחר הדיין״ קובע שגם בנושאים אזרחיים, שאינם ענייני מעמד אישי אך נכרכו, ביד״ר יכול להחיל דין מהותי דתי. 3 חריגים לעניין היו חוקים שחייבו את כולם לפעול לפי הדין האזרחי שבחוק:

* **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות**- עקרון טובת הילד מחייב את כלל ערכאות השיפוט ובתי הדין.
* **חוק שיווי זכויות האישה**- הנישואין לא יפגעו בזכויות הקניין של האישה.
* **חוק יחסי ממון-** רלוונטי למי שהתחתן אחרי 74׳, אומדן נכסים וחלוקה בין בניה״ז במקרה של גירושין. מי שהתחתן לפני 74׳- חלה חזקת השיתוף, פסיקתית ולכן לא מחייבת את ביד״ר. מירוץ הסמכויות הפך לדרמטי, פער משמעותי בין הערכאות.

1. **שינוי במצב-** בבג״צ בבלי:הבעל איש עסקים, האישה מורה בחצי משרה. רוב הנכסים והפנסיה על שמו. ביה"ד פסק לפי חוק שווי זכויות האישה- מה ששלה שלה ומה ששלו שלו. **עתרה לבג"ץ** בטענה שיש להפעיל את הדין האזרחי **"הלכת השיתוף"** ואז הפנסיה שייכת לשניהם חצי חצי. בג"ץ פיתח שני מהלכים:
2. מהלך נקודתי-שמגר: חוק שיווי זכויות האישה מחייב שוויון מהותי ולא רק פורמלי (כי ברוב המקרים בנכסים על שם הבעל) ולכן מחייב את החלת חזקת השיתוף**.**
3. מהלך רוחבי- ברק(מאורנים קטן לגדול): תורת האחידות. בכל נושא שאינו מעמד אישי שנידון בביה"ד יבוטל הכלל ״הדין הולך אחרי הדיין״. **ביה"ד חייב להפעיל את הדין האזרחי כפי שעולה מהחוקים ומפסיקות ביהמ״ש העליון.**

**תוצאות הלכת בבלי:** דינמיקה מעניינת, עורר **סערה בביד"ר**. היו רבנים שראו בו התרסה גדולה נגדם ולא רצו לפסוק כך. מנגד, היו דיינים שטענו שניתן להכניס את הלכת השיתוף להלכה (דינא דמלכותא דינא/הסכמים). **מרוץ סמכויות:** הרעיון היה ריכוך מרוץ הסמכויות. בפועל, התוצאה הייתה זהה בערכאות ולכן לכאורה בוטל (סייג בג״ץ הבגידה).

1. **ערעור השינוי-** לאורך מספר שנים הייתה אחידות, בעיקר ביחסי רכוש. עד לבג״ץ הבגידה- ביד״ר החיל את עקרונות המשפט האזרחי אך הכניס **עקרונות דתיים** במקום בו יש שק״ד. בג״ץ הבגידה: זוג שנשוי 30 שנה, האישה בוגדת והבעל מגיש תביעה. המחלוקת נוגעת לדירת המגורים, לפי **חוק יחסי ממון**, נכס שנרכש לפני הנישואין אינו בר איזון = לא משותף. אולם, הפסיקה הכירה בחזקת שיתוף ביחס לנכסים אלו. השתלשלות הדיונים: **ביד״ר האזורי**- יש כוונת שיתוף← **ביד״ר הגדול**- היפוך ההחלטה, טיעון חוזי (חוזה על תנאי) ובו הכניסו את שיקול הבגידה אשר מעיד על היעדר כוונת שיתוף של הבעל (הסוואת השיקול הדתי ע״ י דיני החוזים)← **בג״ץ-** ביד״ר הפעיל כללים אזרחיים, לא הייתה בעיה בהליך ולכן בחרו לא להתערב← **דנג״ץ-** היפוך ההחלטה בשנית. **חיות**- פסיקת ביד״ר לא עולה בקנה אחד עם מאפיינה הגרעיניים של הלכת השיתוף הספציפי, לא לעניין מהות הזכות ואופן גיבושה, לא לעניין נקודת הזמן בו מתגבשת ולא לעניין השאלה אם אי נאמנות מינית מהווה שיקול רלוונטי בהחלתה.
2. **הכפפת ביד״ר לפרשנותו האזרחית של הדין הדתי גם בנושאי מעמד אישי**- **טכניקה בהולד, טרם יושמה.** ביהמ"ש מבצע מהלכים מסובכים על מנת לפרש את הדין הדתי באופן המתאים לו. האם כאשר ביה"ד מפרש את הדין הדתי עליו לעשות זאת לפי השו"ע ודרכיו הרגילות, או באמצעות פירושו של ביהמ"ש? פס״ד אקנין: הבעל עוזב את הבית אך האישה מסרבת לגט. הבעל מגיש בקשה לפירוק שיתוף כי הוא רוצה למכור את הדירה בה גרו, אך היא מקדימה אותו ומגישה לביה"ד תביעת מזונות. ביד״ר: קובע מדור ספציפי, פירוק השיתוף כפוף לזכויות האישה. בג״ץ: הבעל טוען לפגיעה בזכותו הקניינית ומציין את פס״ד כליפה- חובת המדור היא למדור כללי, נדרשת אחידות בדין. חשין במיעוט: מסכים עם הבעל, יש לאפשר זאת בכדי ליצור אחידות כפי שנקבע בהלכת בבלי. דעת הרוב: יש גבול, בנושאים אזרחיים ניתן להכריח את ביד״ר לפסוק לפי הדין האזרחי אך בנושאים דתיים ביד״ר יקבע את פרשנותו. היה אמור להיות דיון נוסף אך הגיעו לפשרה. כלומר, כרגע אין טכניקה 4← יש הבדל בפרשנות אזרחית ופרשנות דתית לדין הדתי.

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

**דיני הנישואין**

**סמכות- ביד"ר**

**דין- דתי (גם אם דנים בסמכות אגבית).**

**כושר** – האם מותר לבני הזוג להתחתן?

**כשירות אוניברסלית**

**ביקורת על הדין האזרחי-** אינו מגביל מספיק (גיל). יש נקודות שהדין הדתי אינו מכסה והדין האזרחי לא מספק בהכרח מענה (אימוץ).

1. **גיל**- דין דתי: גיל מצוות 12/13. דין אזרחי: חוק גיל הנישואין מעל גיל 18. **דינמיקה כפולה**← אם מתחתנים מתחת לגיל 18, מבחינת הדין הפלילי מדובר בעבירה פלילית אך מבחינת תוקף וזכויות הנישואין הם תקפים לפי הדין הדתי. ליפשיץ: המשפט האזרחי יכול לפחות לשלול את זכויות הנישואין אך נתנו אוטונומיה לדין הדתי. **הרציונליים:** 1)רציונל פרטי, הסכמה- כשירות הסכמית להיכנס לחוזה נישואין. 2)רציונל ציבורי, בשלות- יציבות משפחתית, חשש מנישואים בוסריים. 3)הצדקות מגדריות- חשש משלילת רצון חופשי (המשפחה כפתה), יביא למשפחה פטריארכלית, לידה מוקדמת עלולה לבלום את התפתחות האישה.
2. **מצב רפואי נפשי ופיזי-** דרישת מינימום קוגניטיביות. דרישה אזרחית וגם דתית, לדוג׳: יכולת שכלית, יכולת לקיום יחסי מין.
3. **קרבת משפחה**- בדין האזרחי- כמעט בכל שיטות המשפט יהיו הגבלות האוסרות על קרובי משפחה להינשא (חשש גנטי, נפשי, ניצול). בדין הדתי- לא מכירים באימוץ ולכן, אחים מאומצים יכולים להתחתן. הבחנה בין פסולי חיתון:

* **פסול יחסי-** אסור להינשא אבל אם התחתנת הנישואין תקפים. לדוג׳: כהן וגרושה- יש סנקציות וגינוי אך מוכר.
* **פסול מוחלט-** אסור להינשא ולא יהיה תוקף לנישואין- (לדוג׳- נישואין עם דודתך, נישואין לאישה נשואה, אח ואחות, אחות של גרושתך).

1. **ביגמיה, מצב אישי-**

**דין מוסלמי**- ביגמיה מותרת לגברים ולא לנשים. **דין נוצרי ודרוזי**- ביגמיה אסורה באופן סימטרי.

**דין יהודי, חרם דרבינו גרשום**- **תימנים**- לא התקבל, לגבר מותר להינשא עם יותר מאישה אחת. **אשכנזים**- אסור לפי חדר״ג שהוא קוגנטי, ניתן לחרוג בהליך מסובך (חתימת 100 רבנים). **ספרדים**- מעין עמדת ביניים- רואים בחדר״ג דין דיספוזיטיבי, האיסור נובע מהתחייבות חוזית בכתובה ולפעמים מלווה בשבועה. ניתן לחרוג ממנו מתוקף מספר עילות (לדוג׳: הולדת ילדים).

**דין אזרחי**- ביגמיה אסורה ומהווה עבירה פלילית. בנישואים אזרחיים- הגדרה רחבה ולא ניתן להתחתן שוב בדין דתי, פטור: מחלת נפש/נעדרות. עבור יהודים- אין אמות מידה, פטור ע"י פרוצדורה דתית: פס"ד ביה"ד האזורי + אישור נשיא ביה"ד הגדול (יינתן בעיקר במקרים של סרבנות גט של שנים, אך יש עילות דתיות נוספות). **דינמיקה כפולה**← עבירה פלילית ועם זאת מקבלת תוקף הלכתי וניתן לקבל זכויות נישואין. **מגמה סותרת בפסיקה**- סרבנות גט ארוכת שנים של האישה, התרה לגברים להינשא. הנשים טוענות לחוסר שוויון. פס״ד שטרייט: פרשנות מצמצמת לנישואין מטעמי שוויון, מפעיל אמות מידה של שאר הדתות: נעדרות/מחלת נפש. מנגד- פס״ד בורמובסקי: הכירו בביגמיה. ליפשיץ- למרות שפס״ד שטרייט מסייע לשוויון, ההלכה של ברומובסקי עדיפה מאחר ומעניקה פתרון לסרבנות.

**כשירות דתית**

1. **בני זוג מאותו מין-** פעם היה מדובר מגבלה אוניברסלית, כיום יותר דתית.
2. **נישואי תערובת-** **יהדות ונצרות**- אסור, **אסלאם-** אישה לא יכולה. גבר יכול כל עוד אינה עובדת אלילים (=התאסלמות האישה).
3. **פסולי חיתון דתיים ללא מקור אזרחי:**
4. **פסול חיתון מוחלט-** אין תוקף לנישואין לפי ההלכה. דוגמאות: 1)אישה נשואה. 2)בני זוג מאותו מין. 3)אדם שנשא את אחות גרושתו, בעוד הגרושה בחיים. 4)אדם שמתחתן עם דודה שלו. 4) אח ואחות.
5. **פסול חיתון יחסי-** אסור להתחתן, הדבר מווה עבירה אך ההלכה מכירה בנישואים בדיעבד, הנישואין תקפים (לא ספק נשואים) ויידרש גט לבטלם. רציונאל הרתעתי. דוגמאות: 1) כהן וגרושה. 2) ממזר וישראלית- לכאורה ממזר יכול להתחתן רק עם ממזר או גר. אך נישואים תקפים בדיעבד, הילדים ממזרים.

בג״ץ בן מנשה- נטען כי האיסור לממזר וישראל וכהן וגרושה אינו חוקתי מאחר וסותר חוק יסוד. ביהמ״ש- התביעה נדחית בעקבות שמירת דינים: ברק לאחר פרישתו- אם אין למחוקק פתרון לבעיה חוקתית ביהמ״ש יכול לכפות על המדינה לייצר סעד עבור אותה פגיעה. ע׳ ברון- ס׳ שמירת הדינים ידהה עם השנים.

אם במבחן ישנה שאלה בנוגע לכהן וגרושה / ממזר- המחוקק טרם מצא פתרון (בשונה מחסרי דת- עליהם חל ברית זוגיות) ולכן בהתאם לס׳ שמירת דינים אין מקום לטעון כי האיסור אינו חוקתי אולם אם ניישם את טענתה של ש׳ ברון אם ס׳ שמירת דינים ידהה אם השנים- תהיה עילה לטעון זאת. לפי ברק- מאחר ואין פתרון בנתיים למחוקק בעניין ביהמ״ש יכול לכפות על המחוקק לייצר סעד ועד שהמדינה תעשה זאת – לביהמ״ש הסמכות לפרש ע״מ למצוא פתרון.

**צורה**

מבחינת הדין האזרחי, צורת הנישואין צריכה למלא פונקציות אלו: 1) **הסכמה מתוגברת**- גמ"ד.2) **פומביות**- הגנה מביגמיה, יחסי בניה״ז מול גורמים אחרים.3) **אמירה ציבורית על מהות הנישואין** (מעורבות מדינית)- להעניק זכויות וחובות.

1. **נצרות**- במקור (סקרמנט) קל להינשא, רק הסכמה, ולא ניתן להתגרש. עם השנים התפתחה הבנה (פרוטסטנטים)- נישואין מוסד ארצי ולא אלוהי. נדרש: כנסיה, קהל וכומר. הקתולים מאמצים גישה זו.
2. **אסלאם**- נעשים באמצעות חוזה, ניתן תוקף לאור חתימת הצדדים. לא חייב קאדי אך זה נהוג במשפחה מכובדת. אלמנט פומבי מסוים אך אין מעורבות מדינתית.
3. **יהדות**:

* **בעבר** (משנה ותלמוד)- הבחנה בין 2 שלבים- שלב הקידושין ושלב הנישואין. **שלב הקידושין באחת מ-3 דרכים**: **(1) קידושי כסף**- הגבר נותן לאישה שווה-פרוטה + בנוכחות 2 עדים כשרים + הקידושין מתוך רצון להינשא כדת משה וישראל. (**2) קידושי שטר**- הבעל מעניק לאישה שטר שכתוב בו "הרי את מקודשת לי" (במקום שווה-פרוטה) + עדים + קבלה משותפת. **(3)קידושי ביאה** (יחסי אישות)- קיום יחסי מין יוצרים את הקידושין + 2 עדי ייחוד (מודעים אך לא נוכחים) + קיום לשם הקידושין. בכולם: עדים+ כוונה לקידושין, ההבדל הוא באקט שנעשה. **שלב הנישואין**- אחרי זמן מסוים האישה הייתה מגיעה לבית של הבעל.
* **כיום**- **מאחדים את השלבים** (החופה מסמלת את הנישואין) + **מקדשים רק קידושי כסף**← טבעת, שני עדים וכוונה להינשא כדמו״י.
* **ניסיון לייצר פומביות:** תקנת הרבנות הראשית ״חרם ירושלים״- חייבו מניין (10 אנשים) ורב (גורם מדיני) אחרת יוטל חרם. הבעיה: גם אם לא יקיימו הנישואין יהיו תקפים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **מגבלות בדין הדתי לעומת המגבלות בדין האזרחי** | **כושר** | **צורה** |
| **פחות מידי מגבלות**  (המדינה צריכה להגביל יותר, פומביות ומעורבות) | * גיל * קרבת משפחה * ביגמיה – מצב אישי | * העדר פומביות * העדר צורה באורגן של המדינה |
| **יותר מידי מגבלות**  (המדינה לא מאפשרת יד חופשית) | **מצוקת פסולי החיתון-** אנשים שרוצים להתחתן אך הרב לא רוצה לחתן אותם.   * דת (נישואי תערובות, ממזר, כהן וגרושה – בין דתיות, חסרי דת, פסולי חיתון) * בני זוג מאותו מין | * חיוב דרך דתית מסוימת (רב ומניין). * אידיאולוגיות- עצם הצורך בדת (לעומת חוזה אזרחי). |

**סיכום הבעיות האזרחיות:**

**פתרונות אזרחיים:**

* **חקיקה:**
* **חוק גיל נישואין-** קבע קריטריון אזרחי לגיל נישואין 18. הנישואין יהיו תקפים אך זו עבירה פלילית אם תתחתן לפני, **דינמיקה כפולה** + ליפשיץ.
* **עבירה פלילית על ביגמיה**- אך ניתן לתת היתר נישואין לאדם נשוי. **דינמיקה כפולה**. פס״ד שטרייט+פס״ד בורמובסקי+ליפשיץ.
* **פק' הנישואין והגירושין-** מסדירה את הפרוצדורה לנישואין. עורך חתונה: מוסמך ע"י הרבנות שהנישואין היו כדין, רושם נישואין- עובד מדינה, הזוג חייב להירשם במרשם כ"נשוי". אם עוברים עליהם, הנישואין עדיין תקפים הלכתית אם עמדו ב-3 תנאים. הייתה פסיקה של התנועה המתקדמת שרצו לתת לעוד רבנים לערוך טקס כזה וביהמ״ש קבע שהרבנות מחליטה על כך. לסיכום בחקיקה יש 3 פתרונות מאוד חלקיים – גיל, מצב אישי ופרוצדורה.
* **פסיקה:** אדם הגיש בג״צ בשם פסולי חיתון ואידיאולוג מצד שני והמחוקק אמר שאין לזה פתרון.

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

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

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

**נעלה את 2 האפשרויות ונדון בסרבנות גט לעומת אי שוויון.**

**תחליפי נישואין**

**ישנם 3 סוגים:**

* נישואים פרטיים- אנשים שעושים טקס נישואין באופן לא ממוסד. לאחר מכן רוצים לקבל הכרה מהמדינה שיתייחסו אליהם כנשואים.
* ידועים בציבור- אנשים שלא עושים טקס אבל חיים ביחד ובעקבות החיים המשותפים רוצים לקבל זכויות של נשואים
* נישואים אזרחיים בחו״ל- אנשים שמתחתנים בחו"ל וחוזרים לישראל ומבקשים הכרה בנישואין שלהם.

**נישואים פרטיים**

אנשים שרוצים להתחתן אך לא באמצעות רב ע״י הרבנות. מעוניינים במחויבות ובהכרה מהמדינה. ליפשיץ: התחליף הגרוע ביותר.

**ישנן 3 קבוצות שירצו להתחתן בדרך חליפית:**

1. **הפסולים המוחלטים-** דרך זו **לא תעזור**, בכל מקרה לא יעמדו בדרישה של היהדות.
2. **הפסולים היחסיים**- ניתן להכיר בנישואים הפרטיים בדיעבד כל עוד עמדו ב-3 תנאי הקידושין.

פס״ד רודניצקי: כהן וגרושה התחתנו בנישואין פרטיים בארץ וביקשו להירשם כנשואים פקיד הרישום שלח אותם לרבנות להביא תעודת נישואין או תעודת רווקות- הרבנות לא רצתה להכיר בנישואיהן אך לא יכלה להעניק להם תעודת רווקות מאחר והיו קידושין. לנדוי: מדובר בפסולים יחסיים אשר מעוניינים להתחתן אך אין להם מענה ברבנות. **זוג שהרבנות לא נותנת לו תעודת רווקות← ניתן לרשום אותם כנשואים.**

1. **האידיאולוגים**- לא רוצים להתחתן דרך הרבנות באידיאל למרות שיכולים מבחינת ההלכה.

פס"ד צונן: אדם היה נשוי והתגרש בארה״ב, לא הספיק להוכיח ולכן, התחתנו בטקס פרטי. נפרדו, תבעה למזונות אישה. הגבר טען שהם רווקים. האישה טענה שטקס הנישואין הוא כמו התחייבות חוזית שהחילה עליהם מחויבות דמויות נישואין. ביהמ״ש, 3 דעות: הטקס לא מחייב משפטית; יש חוזה ומכוחו זכאית למזונות; **אלון**: גם אם יש חוזה וכוונה, יש לבטלו כי הוא **נוגד את תקנת הציבור** ולא רק שלא יתערב וירשום כנשוי, אלא גם הוא לא יכיר בזכותה המהותית של האישה למזונות. ליפשיץ: בפועל מבחינה דתית הם נשואים (התקיימו התנאים) ומגיע לה מזונות.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **נישואים פרטיים:** | | | |
|  | **רישום לפי צו של בג"ץ** | **זכויות כלפי צד ג'**  **(נגזר מהרישום)** | **זכויות מהותיות בין בני הזוג**  **הטענה: חוזה יצר מחויבות דמוית נישואין** |
| **פסולי חיתון יחסיים**  (כהן וגרושה, ממזר וישראלית)  רודניצקי  **אין** להם ברירה← בג״ץ מנסה לעזור | **התנאי:** התקבלו שני סירובים מהרבנות לקבלת תעודות נישואין + רווקות. | נגזר מהרישום: אם הרישום בוצע יש זכויות מול צד ג'. אם לא - אין. | אין לו ברירה, ביהמ״ש מנסה לעזור. אם יוכיח **כשרות נישואין** לפי ההלכה← יקבל זכויות. |
| **אידיאולוגים**  (יכלו להינשא לפי ההלכה אך בחרו שלא)  **יש** להם ברירה←  בג״ץ לא מתערב | **התנאי:** הוכחת 3 תנאי כשרות הנישואין.  (קשה מאוד אבל תיאורטית אפשרי) | **ייבדק מהותית ע"פ הדין הדתי**.  אם הם יוכיחו שהם נשואים למרות שזה לא רשום - אין חסם מהותי (למרות שהיעדר הרישום הוא חסם פרוצדוראלי). | הייתה לו ברירה ובחר שלא. **אם עומד בתנאי הכשרות**← הוא נשוי **אך לפי** צונן, מעשה זה נוגד את **תקנ״צ** ולכן ימנע לא רק את הרישום אלא גם את הזכויות המהותיות. ליפשיץ: בפועל מבחינה דתית הם נשואים (התקיימו התנאים) ומגיע לה מזונות. |

## ידועים בציבור

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

**תנאים להגדרת ידועים בציבור:**

במשפט הישראלי יש מהלך (חקיקה ופרשנות) שמחזק את המוסד של ידועים בציבור הוא עושה זאת **בשני דרכים:**

1. הגדרה נזילה ומינימליסטית- קל להיחשב ידב״צ. 2. היקף זכויות רחב, הפער בינם לבין נשואים מצומצם. המטרה← לספק מענה לפסולי החיתון ולאידיאולוגיים.

**לידב״צ אין הגדרה ברורה והפסיקה קבעה מס׳ קריטריונים להגדרתם (אולם היא מאוד מקלה בהם):**

**\*במבחן- להתייחס לכל הנסיבות, אין קריטריונים ברורים.**

1. **מגורים משותפים**- משך הזמן: עמימות בנושא עם הנמכת דרישה עקב מניעים סוציאליים. בפסיקה הכירו גם ב-3 חודשים פס״ד אמיר נ׳ זגר. קרבה: תחת קורת גג אחת אך פס״ד דירות סמוכות העניין תלוי **במבחן הסובייקטיבי**, ולכן לא בהכרח חייב להתקיים.
2. **אינטימיות-** היבט ריגשי, לאו דווקא יחסי אישות. אין קריטריונים ברורים, בפסיקה הכירו באדם שלא היה נאמן, תחושת הנבגדות מתאימה לקשר מונוגמי. סלם נ' כרמי- הפסיקה לא שללה גם מצב של בגידה של האישה עם אחר.
3. **משק בית משותף-** לאו דווקא חשבון בנק משותף, קופה רעיונית, בני הזוג משלמים על דברים שהם צורכים. **לשים לב לכל דבר כלכלי שמתקיים ולטעון מחד ומאידך (יותר משמרות, רישום הוצאות קפדני, חלוקת משותפת).**
4. **הכרה חברתית**- מזוהים כזוג (לא נשואים) בעייני הציבור. לאחרונה- גם בלי הכרה רחבה, כל עוד סובייקטיבית רואים עצמם כזוג. בקשר סודי- אישה סודית לא מבטלת הכרה חברתית, עשוי להתקיים. **ידוע בציבור נשוי-** פס״ד פסלר- אישה חיה כידב״צ למרות שעדיין נשואה. כשידב״צ מת- היא רוצה גמלאות. אלון היועמ״ש- לא ניתן להכיר בה כידב״צ ולהעניק לה זכיות מאחר והיא עוברת על ביגמיה. חיים כהן- גם אדם נשוי יכול להיחשב כידב״צ לאחר למעט בחוק הירושה שם קיימת דרישה מפורשת לרווקות.

**הוכחת ידב״צ + סיווג:**

תנאי ידב״צ:

1. **1.מגורים משותפים**- משך הזמן: גם 3 חודשים אמיר נ׳ זגר. קרבה: קורת גג אחת אך פס״ד דירות סמוכות **מבחן הסובייקטיבי**.
2. **2.אינטימיות-** היבט ריגשי, לאו דווקא יחסי אישות. לא נשלל אדם בוגד- ציפייה למונוגמיה סלם נ' כרמי.
3. **3.משק בית משותף-** לאו דווקא חשבון בנק משותף, קופה רעיונית, בני הזוג משלמים על דברים שהם צורכים.

**4.הכרה חברתית**- מזוהים כזוג (לא נשואים) בעייני הציבור. לאחרונה- גם בלי, **מבחן הסובייקטיבי**. רווק רק לירושה.

סוג ידב״צ:

1. **1.ידבצים אוניברסליים**: **לא רוצים יחסים מחייבים**. קשר קצר/לא רצו משפט← אין להשוות ל"נשוי" כי זה לא יכבד את בחירתם.רצוי: מודל אמצע שיבטא את רמת המחויבות שרצו להחיל על עצמם ויחול רק בקשר ארוך.
2. **2.ידבצים תוצרת הארץ:** רוצים יחסים מחייבים. אבל יש בעיה עם הדת:
   * 1. אידיאולוגים- רוצים להתחתן אבל **לא רוצים את הדת**← לא נשווה לנשואים כי רצו להתחמק מהדין הדתי. רצוי: אך נפעיל את כל המחויבויות הישראליות הרגילות ללא היבט פולשני.
     2. פסולי חיתון- רוצים להתחתן, אך הדת לא רוצה אותם.

**הכרה בידב״צ**← זכויות כלפי צד ג': חברת ביטוח, פנסיה, פיצויים

* **שלב החקיקה**- במקרים רבים ס׳ חוק יגדירו נשואים- לרבות ידועים בציבור, החוקים המקוריים שעשו זאת היו בעלי גוון סוציאלי.
* **שלב הפסיקה**- בעבר, הפסיקה מצמצמת← נדרשת קביעה מפורשת בחוק, מקום לא התייחס לידב״צ, הניחו שמדובר בהסדר שלילי. בחוק הפלת״ד יש רשימה של אנשים שצריך לפצות אם פגעת בקרוב משפחה, לרבות "בן זוג", לא כלל מפורשת ״ידוע בציבור״ ← כיום, פס״ד לינדורן- אישה מבקשת פיצויים מכח הפלת״ד על בן זוגה הידב״צ שמת. **במחוזי**← פרשנות לפי חוק היסוד. לפי עקרון השוויון יש לפרש את המילה ״בן זוג״ ככוללת ידב״צ. **ברק**← **פרשנות לשונית-** אינו משווה בין זכויות נשואים לידב״צ, מתייחס ל״בן זוג״ בלבד. **פרשנות תכליתית-** מבחן תכליתי שמתבסס על חיים משותפים של אנשים, מפעיל פרשנות תכליתית על לשון החוק ״בן זוג״, כולל ידב״צ.

**במבחן**: האם החוק (פיקטיבי) חל על ידועים בציבור? ← **יש לערוך הבחנה לפי כל הגדרה בחוק.**

**״בן זוג״-** ניתן להחיל את המבחן התכליתי לפי הלכת לינדורן.

**״בעל ואישה״**- ישנה התלבטות: פס״ד לינדורן פתח את הפתח להחלת ידב״צ על נשואים אך לא בהכרח אפשרי לאור ההבדלים:

1. לשון החוק- בלינדורן היה כתוב בחוק רק ״בני זוג״. מה לגבי בעל ואישה?
2. המבחן התכליתי- בלינדורן עסקו בפיצוי בעל גוון סוציאלי בדיעבד. מה לגבי חוקים שאינם סוציאליים? מה לגבי העתיד? למשל חוק הנוגע לטיפולי פוריות, ייתכן שהתכלית לה כיוון המחוקק היא לזוג נשוי, קשר הדוק שלא ניתן להפריד בקלות.

**המגמה**← השוואה מלאה. ליפשיץ: במקרה המתאים ביהמ״ש יצליח להתגבר על שני מכשולים אלו. במחקריו ראה כי בעולם יש המון זכויות לידב״צ אך הם מגובים בתנאי כניסה משמעותיים. בישראל, יש זכויות אך הם לא מגובים בתנאי כניסה משמעותיים.

**הטיעון הליברלי כנגד השוואת ידב״צ לנשואים**

**הוויכוח ליברלי:**

1. **טיעון חוזי**- הסכם מכללא- התחייבות למחויבות, או מנגד- אי גמירות דעת, חוסר רצון ליצור יחסים מחייבים משפטית מלכתחילה.
2. **טיעון פונקציונלי**- ברק בלינדורן- הרציונליים של דיני הנישואים מצדיקים גם תחולה על ידב״צ מנגד, להבחנה בין נשואים לידב״צ יש משמעות – הפורמליזם יוצר מכניזם שיחסוך את ההתדיינות ומעניק בחירה לאיזה קבוצה להשתייך.

**יישום השיקולים- המודל של ליפשיץ:**

* **יש להבחין בין נשואים לידב״צ כדי לכבד את חופש הבחירה:** לא כל הידועים בציבור מעוניינים ליצור מחויבות משפטית ביניהם כפי שקיימת בנישואין.מחד, שניהם משקפים אותו סוג מחויבות (מנהלים קשר זוגי). מאידך, צריך לכבד כל דפוס שאדם בוחר (עוד מוסד חברתי שלא רוצים לבטל אותו) ולכן יש אינטרס להבחין ביניהם.
* **יש להבחין בין סוגי הידב״צ בארץ:**

1. **ידבצים אוניברסליים**: אין להם כוונה ליצור יחסים מחייבים, כמה אפשרויות: נישואי ניסיון- בדיקת הקשר; הסכם ג'נטלמני- לא ראו צורך (ניהלו קשר ארוך והמדינה יצרה מחויבות עבורם); לא רצו את המשפט בחייהם- התנגדות עקרונית שהמדינה תפלוש לחייהם, רצו מתחם יחסים פרטי← אין להשוות ל"נשוי" כי זה **לא יכבד את בחירתם.** צריך לבנות מודל אמצע שיבטא את רמת המחויבות שרצו להחיל על עצמם ויחול רק בקשר ארוך. **רגישות לכך שלא רצו יחסים משפטיים**, **לבחון כוונת הצדדים.**
2. **ידבצים תוצרת הארץ:** רוצים את המחוייבות (רצון הצדדים הוא ליחסים מחייבים) אבל יש בעיה עם הדת:
   * 1. אידיאולוגים- רוצים להתחתן אבל הם לא רוצים את הדת← לא נשווה לנשואים כי **רצו להתחמק מהדין הדתי**, אך נפעיל את כל המחויבויות הישראליות הרגילות ללא היבט פולשני. **רגישות לכך שלא רצו דין דתי אך כן רצו מחוייבות מלאה ביניהם.**
     2. פסולי חיתון- רוצים להתחתן, אך הדת לא מאפשרת להם.

הדגם של ליפשיץ שמחיל את דיני הנישואין עם שינויים רלוונטיים: 1)**לקבוע כללי סף** **להגדרת יד"ב**: מינימום קשר 3 שנים, עם שני חריגים: אם יש ילד או שעשו תצהיר בפני גוף פורמאלי שמעידים שלא רצו מחויבות כנשואים. 2)**הבחנה בין זכויות**: לבחון אילו היבטים מדיני הנישואין רלוונטיים (למשל חזקת השיתוף לא תחול על נכסים מלפני הנישואין, אולם מזונות משקמים כן- אם הייתה תלות כלכלית).

**הבחנה בין הקבוצות:**

קל להבחין בפסולי החיתון. הקושי הוא בין אוניברסליים ותוצרת הארץ- האם הם לא התחתנו כי הם לא רוצים את **הדת** בחייהם או שהם לא רוצים **מחויבות משפטית**?

הבעיה: ביהמ״ש אוטומטית משייכים את כולם לתוצרת הארץ. ליפשיץ: לא קשה לסווג אותם, יש מספיק אינדיקציות לסווג אוניברסליים אך לא הייתה מודעות.

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

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

**יחסי רכוש**

1. על בני זוג שנישאו עד שנת 1974, חלה **חזקת השיתוף**, מכוח הפסיקה. לפיה, חזקה שרכוש שנצבר במהלך הנישואין יהיה משותף. חזקה זו ניתנת לסתירה. מהרגע שזוג הוגדר **כידוע בציבור**← מחילים את **חזקת השיתוף** (גם לזוגות שיצאו אחרי שנת 1974). חזקה הניתנת לסתירה.
2. פרידמן- ידועים בציבור← רמת הוכחה גבוהה יותר. נקבע שמאחר שלא התחתנו, זה מראה שרמת המחויבות ביניהם נמוכה יותר מזוג נשוי, ולכן נדרש **נטל ההוכחה גבוה יותר לכוונת שיתוף**.
3. בחלק מפסקי הדין **הכוכבית נעלמה** והמגמה להפעיל חזקת שיתוף באותה מידה של נשואים (קושי לגבי אוניברסליים):
4. סלם נ' כרמי- ידועים בציבור- החזקה חלה כמו נשואים. במהלך הקשר, סלם בוגדת בכרמי ואז הם עוברים לחדרי שינה נפרדים אבל חיים ביחד. רצו להתחתן אך בזמנים שונים. ביהמ"ש: קבע שהם יד"ב, ושיש כוונת שיתוף אבל רק לגבי פרויקט מסוים, כרמי כתב בעבר בצוואה כי מעביר לה זכויות בפרויקט שלו, על אף שלאחר שהיחסים הדרדרו הוא מחק אותה.

ליפשיץ: ביהמ"ש מתייחס למקרה **כאל תוצרת הארץ** ולכן מעגן את הכוונה לשותפות בכוונת הצדדים. אולם זה **מקרה** **אוניברסאלי קלאסי** והיה צריך לבדוק אם בכלל הם רצו לשתף (להיות יותר רגישים!). מעובדות המקרה הם לא רצו לשתף אבל מדובר בקשר ארוך, האישה הסתמכה עליו לכן התוצאה הגיונית וסבירה אבל לא ההנמקה.

1. בג"ץ 4178/0(**בייניש**)- החלה מגמת ריכוך **שמכירה בחלוקה בין אוניברסלים לתוצרת הארץ**, מאמצת את עמדת ליפשיץ.

**במבחן – חזקת השיתוף ידב״צ**:

1. נבדוק ידב״צ לפי ארבעת הקריטריונים← נבחן האם **אוניברסליים** או **תוצרת הארץ**.
2. אם כן←לא חל חוק יחסי ממון אלא **חזקת השיתוף-** נדרש מאמץ משותף וקורת גג אחת. אולם, **חזקה זו ניתנת לסתירה** (להציג עובדות בהתאם).
3. פרידמן:נדרשת רמה גבוהה יותר של הוכחה כי אינם נשואים. **מאידך,** ריכוך נטל ההוכחה סלם נ' כרמי: אם הוכחנו ידב״צ, חזקת השיתוף חלה כמו בנישואין.
4. ליפשיץ:יש להבחין בין ידב״צ **אוניברסליים** לבין **תוצרת הארץ**. (לשים לב לעובדות ולבצע הבחנה).

* **אוניברסליים- חזקת שיתוף מוחלשת-** נפעיל את החזקה בחשדנות וברגישות לכך שלא רצו ליצור יחסים משפטיים. אם קשר ארוך/עם ילדים- יש הצדקה לתת פיצוי מסוים כדי לבטא הגינות.
* **תוצאת הארץ-** **חזקת שיתוף מתוגברת-** נפעיל את החזקה כמו בנישואין, הם רצו מחויבות אך לא רצו את הדת/היא לא רצתה אותם.

1. **בייניש וריבלין-** מאמצים את ההבחנה ומבצעים סיווג.
2. **דפנה ברק-ארז-** הסתייגות מההבחנה, עצם העובדה שאנשים חיים ביחד יוצר זכויות.
3. **האם בנסיבות שתוארו, חזקת השיתוף נסתרה?** האם היו דברים שמעידים על חוסר שיתוף?

**מזונות אישה**

נקבעים לפי הדין הדתי ולכן, עקרונית אין לידב"צים מזונות מאחר ואינם נשואים.

1. פס"ד יגר: אישה ידב״צ מבקשת מזונות, טיעון חוזי, הסכם כי הגבר יזון אותה. ביהמ״ש שמרני, שנות ה-60. ביהמ״ש רק **חוזה כתוב ומפורש** יכול להקים חיוב מזונות בין ידועים בציבור, שמעיד על הסכמתם. ולא הסכם מכללא.
2. פס"ד ורסנו: ברק מאפשר הסכם מכללא באוביטר. מתלבט ואומר ש**החיים המשותפים מלמדים על הסכמה לתשלום מזונות** או לפיצוי חד פעמי במקרה של ״פירוד ללא צידוק״. שתל את הרעיון.
3. פס"ד לינדורן- ברק הופך את האוביטר לרציו, ומחייב לתת את הפיצוי לידוע בציבור של הנפגע מהתאונה. **מכיר בחיוב מזונות מכוח חוזה מכללא**. **כיום זו ההלכה!** התפתחה פרקטיקה שאם ידבצים נפרדים, בימ"ש יכיר במזונות משקמים מכח חוזה מכללא.

**ידב״צ VS נישואין**

בנישואין← יש יתרון, המזונות מספקים הגנה, אך אישה לא מקבלת כלום מרגע הגט. בידועים בציבור← אם לא מייצרים מכניזם של מזונות/פיצוי נוצר מצב של **חוסר הגנה מוחלט** ולכן, יש צורך מיוחד בתקופת ביניים כלכלית במיוחד כי בידב״צ אפשר לסלק את בן הזוג מתי שרוצים (הצדקה לכך שיש לקיים זאת למרות שזה לא קורה בנישואין).

**המודל של לפישיץ – מזונות משקמים**

יש להעניק פיצוי לידב״צ לאחר פרידה ״מזונות משקמים״, מודל הבנוי על הסתמכות אשר מיועד להעניק תקופת התאוששות לאחר הפרידה. 3 תנאים:

1. **נטול מגדר-** חייב להיות סימטרי מבחינה מגדרית, מבוסס על תלות כלכלית והסתמכות בין בניה״ז. (בנישואין- רק האישה מקבלת)
2. **נטול אשמה-** ברק מעניק פיצוי כאשר הייתה עזיבה בלי צידוק. ליפשיץ: אין תלות בנסיבות העזיבה. (בנישואין- רק כאשר איזה נעזבה מקבלת. אם בגדה, לא תקבל)
3. **לזמן מוגבל-** המטרה היא שיקום ולכן לא יהיו קבועים אלא לזמן מוגבל.

**במבחן** – **מזונות אישה ידב״צ:**

1. לפי הדין הדתי, אינם נשואים ולכן אין חובת מזונות אישה.
2. פס״ד פלונית: ברק פסק **מזונות אזרחיים** כחלופה מכוח הסכם מכללא ולאור הסתמכות ותלות כלכלית בקשר.
3. התייחסות לעובדות הנוגעות להסתמכות ולתלות כלכלית, מחד ומאידך.
4. באופן אירוני, קיימת הצדקה לתת מזונות אחרי פרידה בכדי להעניק הגנה בתקופת התאוששות אך יש לעשות זאת במודל של מזונות משקמים:
5. **מודל מזונות משקמים,** ליפשיץ: א) נטול מגדר. ב) נטול אשמה. ג) לזמן מוגבל.

**ירושה**

שלב 1: קביעת היקף העיזבון← בהתאם לדיני הרכוש הזוגי. נשואים (חוק יחסי ממון) או ידב״צ (הלכת השיתוף).

שלב 2: אופן חלוקת העיזבון← בהתאם דיני הירושה, על פי דין או צוואה.

* אם יש צוואה← הולכים לפיה. בכפוף למזונות: מתוך העיזבון מעניקים מזונות לאדם תלוי כלכלית, כלל קוגנטי, גובר על צוואה.
* אם אין צוואה← לפי הדין:

1. ס׳ 10 + 11 **לחוק הירושה**: אם יש ילדים למנוח, החלוקה תהיה חצי לילדים וחצי לבן הזוג. ס׳ קוגנטי.
2. ס׳ 55 **לחוק הירושה ״מעין צוואה״** (ידב״צ=נשוי): אדם שנפטר והיה לו ידב"צ + ואינו נשוי + לא עשה צוואה, בן זוגו הוא יורשו החוקי. **התנאים**← א)שלא יהיו פרודים בזמן המוות. ב)לא נשואים. החזקה לא ניתנת לסתירה למעט הוכחה שלא ידב״צ.

**החשש** **מהשוואה מוחלטת לנשוי (הכי חזק עד כה)**

1. פגיעה ברצון המת- עקרון על בדיני הירושה הוא חופש הציווי.
2. חלוקת יתר- הירושה באה אחרי חלוקת הרכוש (ושם הידב"צ כבר מקבל את חלקו).
3. טענת הגנה- אין דרך לפי הפסיקה לסתור, בניגוד לרכוש (כוונת הצדדים). מהרגע שנקבעו ידב"צ, ירושה מכוח הדין.

**הביקורת של ליפשיץ**:

1. **תנאי סף מינימליסטיים= התעלמות מרצון הצדדים-** אם הוכחו תנאי הידב״צ (טענת הגנה יחידה)← ידב״צ=נשוי. ההיגיון אומר שיש לגבות זאת בתנאי כניסה משמעותיים אך דווקא בירושה הפסיקה הכי נועזת לכיוון ההפוך, לא הסכימו להציב שום תנאי סף. ביהמ״ש מתעלם מהחשש שאולי בניה״ז לא התחתנו כי הקשר קצר מידי/לא הבשיל, התעלמות מוחלטת מרצון הצדדים:

* אמיר נ' זגר- ביהמ"ש קובע ידועים בציבור **לאחר 3 חודשים בלבד.** למרות שאמרה שהם לא התחתנו כי הם תחילת הקשר.
* פס"ד דירות סמוכות- מה שחשוב הוא לבחון את כוונתם ה**סובייקטיבית**- הם ראו עצמם כבני זוג. לכן האישה קיבלה את הירושה.

1. **התעלמות מרצון המנוח:**
2. **היעדר רצון להוריש** ← בלאו נ׳ פוזש: הצדדים עשו הסכם ממון ובו הבעל כתב שהוא לא רוצה להוריש לאישה כלום. ברם ההסכם לא עמד בדרישה הפורמלית של כתיבת צוואה. דעת הרוב- אם יד"ב לא עושה צוואה, חל ס'55 (ירושה מכוח הדין).

**במבחן** – **מקרה בו יש תיעוד שהמנוח לא רוצה להוריש:**

**שלבים מקדימים תמיד:** 1)קביעת היקף העיזבון (דיני רכוש). 2)עמידה בתנאי ס׳ 55: אין צוואה + לא נשואים פסלר + לא היו פרודים בזמן המוות. 3)טענת הגנה- האם הוגדרו כידב״צ? אמיר נ' זגר + דירות סמוכות תיעוד המנוח בע״פ/כותב (אך לא עומד בתנאי צוואה):

1. בלאו נ׳ פוזש: אם זה לא בדרך של צוואה זה חסר משמעות ← יש זכאות לירושה.
2. וילנר ושוחט: פתחו פתח, ייתכן ויכירו (התייחסו לכתב אך ניתן אולי להקיש). כותרת הסעיף היא "מעין צוואה"- מרמז שמדובר בחזקה הניתנת לסתירה אם יש אינדיקציות שמעידות בבירור על רצונו.
3. ליפשיץ: **עוצר שלב קודם- הם לא ידב״צ.** לא הגיוני שיש **תנאים רכים בכניסה** לידב״צ, גם אם לא מתקיים אובייק׳ נקבע לפי סובייק׳ (דירות סמוכות). אך יש **תנאים נוקשים ביציאה**, קובעים לפי אובייק׳ ומתעלמים מרצון סובייק׳ מובהק של המנוח. **הצעתו:** לצורך רכוש ומזונות- ייתכן **מבחן אובייקטיבי**, צריך להוכיח שיש תלות והסתמכות. אבל, לצורך דיני הירושה- יש להחיל **מבחן תכלית** (ברק), לא ייתכן שאם אדם אמר במפורש שהוא לא רוצה להוריש לשני, בכל זאת נגדיר כידב״צ.
4. **היעדר רצון להיחשב כידב״צ**← פס"ד בר-נהור- זוג כרת הסכם בו כתבו שלא רוצים להיחשב ידב״צ. הגבר נפטר והאישה תובעת מזונות מהעיזבון. ביהמ"ש: **ההגדרה לידב״צ היא אובייקטיבית**, גם אם כוונתם הסובייקטיבית היא אינה להיחשב ידב״צ, לא ניתן להתנות על מזונות מהעיזבון (להבדיל מרכוש), מדובר בדין קוגנטי ולכן אם נחשבים ידב״צ- יקבלו. ליפשיץ: השוואת ידב״צ לנשוי הוא לא בהכרח צעד ליברלי ואפילו להפך, נכפה על הזוג מחויבות משפטית שלא רצו מלכתחילה ובכך פגעו ברצון הצדדים. **ביהמ״ש הפך את הידב״צ לנשואים בעל כורחם.**

* הצדקה סוציאלית לפס"ד בר נהור: פס"ד כהן- אדם שכנע אישה להתגרש עבורו, נולד להם ילד. איים עליה לחתום על הסכם לפיו הם לא ידב״צ, אחרת יעזוב אותה ולא ידאג לילד. ביהמ"ש: מקרה זה לכאורה מצדיק התערבות. לזוג מותר להסכים אך ההסכם כפוף לדיני החוזים, נחיל את הלכת בר-נאר רק במקרים חריגים.

**במבחן** – **מקרה בו קיים הסכם המתנה על מעמד ידב״צ**

**שלבים מקדימים תמיד:** 1)קביעת היקף העיזבון (דיני רכוש). 2)עמידה בתנאי ס׳ 55: אין צוואה + לא נשואים פסלר + לא היו פרודים בזמן המוות. 3)טענת הגנה- האם הוגדרו כידב״צ? אמיר נ' זגר + דירות סמוכות התייחסות להסכם (התנאה על צוואה/על ידב״צ):

* בר נהור: לא נכבד את ההסכם, מדובר בבחינה אובייקטיבית.
* ליפשיץ: ההסכם הוא עוגן משמעותי שיש לכבד. **סייג:** יש לפתוח פתח **למקרים חריגים** של פערי כוחות (עושק) ושינוי נסיבות. כהן: נחיל את בר נהור רק במקרים קיצוניים, כפוף לדיני החוזים וניתן לביטול ע״י עושק/כפייה וכו׳.

**ידב״צ נשוי לאחר**:

בשונה משאר התחומים (רכוש), **חוק הירושה** קובע במפורש: אדם נשוי + אין צוואה← לא יוגדר כידב״צ **ולא תהיה ירושה**. (גם המוריש וגם בן הזוג צריכים להיות רווקים) אולם אם יש צוואה ניתן להתנות על כך ולהוריש לידב״צ. פס״ד פסלר- ידב״צ ביקשה קצבת אלמנה בתור ידב״צ למרות שבעלה המקורי בחיים, אלון היועמ״ש- לא ניתן, ביגמיה. חיים כהן- רק בחוק הירושה צריך להיות רווק ע״מ להיחשב ידב״צ.

**במבחן** – **ידב״צ נשוי**

**לעניין חוק הירושה: שלבים מקדימים תמיד:** 1)קביעת היקף העיזבון. 2)עמידה בתנאי ס׳ 55:

1. **צוואה:** אם המנוח כתב שברצונו להוריש לידב״צ- נלך לפי הצוואה.
2. **ירושה:** פס״ד פסלר ידב״צ נשוי לא יכול לרשת, בניה״ז שניהם צריכים להיות רווקים (עדיין יקבל רכוש בשלב המקדים).

**בכל שאר התחומים:**

1. פס״ד פסלר: ידב״צ יכול להיות נשוי לאדם אחר אך עדיין להיות ידב״צ למעט חוק הירושה.
2. שיפמן, **גישה פונקציונלית:** מצדיק את פסלר, ידב״צ יכול להוות תחליף גירושין, צריך להסתכל על המציאות ומי שתלוי לעזור לו.
3. ליפשיץ, **יש לבצע הבחנה בין סרבן הגט** (יש פס״ד שקיבל זאת אך לא העליון)**-** הכרה בידב״צ כתחליף נישואין מספק תמריץ לסרב (פסלר, האישה חיכתה לראות מי ימות קודם) אשר מרוויח מהסירוב שלו ולכן, אין להכיר בנשוי כידב״צ. **לבין המסורב-** קיימת תלות והסתמכות ולכן יש להכיר בו כידב״צ.

**תביעת זכויות ע״י בן הזוג של הסרבן:**

ליפשיץ:ניתן לעשות הפרדה בין סרבן למסורב אבל **רק בתנאי** שההתדיינות היא בין הסרבן למסורב, לא ניתן לפגוע בצד שלישי.

למשל פנסיה: מי יקבל את הפנסיה האישה החוקית או בת הזוג? מחד, שיקולי הכוונת התנהגות, מדיניות תמריצית אשר מפחידה את הסרבן לתת גט שמא יפקיר את בת זוגתו החדשה. מאידך, בת הזוג נתמכה והסתמכה עליו. דילמה מורכבת ויש הצדקה לחלוקה.

**אלמנות ידב״צ:**

נישואים חוזרים מפסיקים הטבות מביטוח לאומי ומצה״ל← נשים רבות מעדיפות לא להינשא שוב ← נוצר מצב בו מעמד הידב״צ עדיף על הנשוי. **הייתה התערבות מצד הרשויות:**

* לגבי אלמנות צה״ל- גם אם האישה נישאת שוב, לא נפסקות זכויותיה.
* שאר האלמנות- הפער נותר, עד לפס״ד בוארון- ביטוח לאומי הפסיק לאלמנה את התשלומים שהיא זכאית להם בתור אלמנה, מאחר והתגלה כי היא חיה בתור ידועה-בציבור. חיות- **אלמנה ידב״צ תיחשב נשואה ותאבד את זכויותיה בביטוח לאומי**.

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

## נישואין אזרחיים בחו"ל

לדעת ליפשיץ, מדובר בתחליף הנישואין הטוב ביותר מאחר וידב״צ- לא סינן בין מי שאינו מעוניין במחויבות המשפטית לבין מי שאינו יכול/רוצה להינשא מסיבה דתית. בנוסף- הפרוצדורה להוכחה- מאוד מסובכת ונישואין זה פשוט.

**כיצד ניתן להכיר בנישואין?** הסמכות: ביד״ר או ביהמ״ש בדיון אגבי. הדין: דתי. **רלוונטי לפסולים יחסי או אידיאולוגיים.**

**תוקף נישואין אזרחיים לפי הדין הדתי**

1. **לא נשואים ולא נדרש גט-** לא התקיימו הרכיבים (טבעת, 2 עדים, כוונה להינשא כדמו"י).
2. **גט מחמת הספק-** אומנם אין קידושי כסף אך ייתכן ויש קידושי ביאה (העולם מהווה מעין עדות). ספק נשואה (לא תקבל זכויות אבל לא תוכל להתחתן, נדרש גט)= ספק ממזר (לא ניתן להתחתן אם יהודי ולא עם ממזר)
3. **גט לחומרה**- כדי להיות בטוחים לגמרי חשש למראית עדיין אב, האישה אינה עגונה והילד אינו ממזר. לא יתעקשו על כך אם לדוגמא הבעל ברח לחו״ל. 🡨 הגישה הרווחת.

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

**תוקף הנישואין האזרחיים לפי הדין האזרחי:**

* **המסלול הישיר – שימוש בדיני המשב"ל פרטי:**
  1. עולים חדשים- אם הם נחשבים נשואים במדינה שלהם אז גם בישראל נחשבים נשואים- ללא תלות בכושר וצורה.
  2. קופצים- אזרחים/תושבים ישראלים. פסולי חיתון או אידאולוגים שמתחתנים בחו"ל. מורכב כי חל עליהם הדין האישי לפי ס׳ 46 לדבר המלך. **יש 3 גישות כיצד יש להחיל את המשב"ל פרטי עליהם:**
     + **שאווה**- אין הכרה. ברירת המחדל היא שעל אזרח ישראלי חל הדין הדתי ובו לא מכירים בנישואים אזרחיים. **הכי מחמיר.**
     + **ויתקון**-כושר- מקום תושבות: בישראל מי שכשיר לפי הדין הדתי. צורה- מקום עריכת הטקס. כלומר, אם יש כשירות והתחתנו בטקס שמוכר באותה מדינה, ייחשבו נשואים. מסייע לאידאולוגים ולפסולים יחסיים בניגוד לפסולי חיתון מוחלט.
     + **זוסמן** (כללי המשפט האמריקאי)- כושר +צורה לפי הדין שחל **במקום עריכת הטקס.** נותן פתרון גם לפסולים מוחלטים. **הכי מקל**.

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

**בני זוג מאותו מין עולים חדשים** -שעלו ממדינה המכירה בנישואין של בני זוג מאותו מין: מוכרים כנשואים לפי כל הדעות במשב״ל הפרטי, (אם קפצו רק לפי זוסמן). אם רוצים להתגרש- עליהם ללכת לביד״ר שלא יסכים להעניק להם גט, ולא להתרת נישואים מכח בני נח. לביהמ״ש יש 2 גישות- 1. ידוע שביד״ר יסרב ולכן, ניתן לפנות יש לביהמ״ש. 2. צריכים בכל זאת לעבור את הפרוצדורה לפני בביד״ר כדי שידחה אותם ואז יתבעו בביהמ״ש.

* **שימוש בדיני המרשם- המסלול העקיף:** הקומבינה של הרישום- ביהמ"ש מעניק זכויות של נשואים בלי להכריז על הזוג כנשוי 🡨 **שילוב בין דיני הידועים בציבור לבין דיני המרשם. זכויות כלפי צד ג' (בדר"כ זו המדינה)**
* בפס"ד פונק שלזינגר- הבחנה בין פרוצדורה למהות. ברק קובע כי רישום הוא הליך טכני בלבד ולכן, כאשר מוצגת בפני רשות מנהלית תעודת נישואין ממדינה זרה שאין סיבה לחשוד בה← יש לרשום את הזוג כנשוי ו**אסור למדינה לערער על כך. מוענקות זכויות של נשואים.**
* **זוגות חד מיניים:** בפס"ד בן ארי- מרחיב ומכיר גם בהם מבחינה פרוצדורלית כנשואים לצורך מרשם והענקת זכויות כלפי עצמם.

**עוזר מול הרשויות/ צד ג׳ אך לא במישור היחסיים הפנימיים – היות והיא אינה הכרה מהותית**

* **נישואין לצורך ספציפי- מסלול עקיף:**

קו הגנה שלישי של השופט ברק- פס"ד פלונית(נישואים מעורבים): אחד נפטר ובן הזוג תובע ירושה מכוח היותם נשואים. זוג מעורב ולכן תקפים רק לפי זוסמן. לא הצליחו להוכיח ידב״צ בגלל עו״ד. **פרשנות תכליתית**← **ס'11 לחוק הירושה**- "מי שהיה נשוי לו". השופט ברק עושה **פרשנות תכליתית למילה "נשוי"**. **מה התכלית שבגללה בחוק אדם נשוי יורש את בן הזוג שלו?** רצון המת/ חיזוק המשפחה / סיבה סוציאלית (הסתמכות). ההצדקות של החוק מתקיימות בנישואים רגילים וגם באזרחיים. לכן, לא חייבת לבדוק לפי המשב״ל ובאופן גורף אלא לשאול- האם לצורך החוק המסוים הזה, התכלית שניתן למילה ״נשוי״ מתקיימת גם בנישואים אזרחיים? ברוב המקרים התכלית תהיה זהה.

**במבחן** – **שאלה על תוקפם של נישואים אזרחיים:**

1. **האם נשואים לפי המשב״ל?** (קופצים- 3 גישות שוואה, ויתקון וזוסמן).
2. **דיני המרשם וידועים בציבור?** פונק שלזינגר
3. **נישואין לצורך ספציפי- פרשנות תכליתית של החוק** ברק.נעשה לצורך חוק הירושה, יש לבדוק האם ניתן בחוקים אחרים.

**הזכויות בין בני הזוג עצמם**

**פסולי חיתון (נישואים מעורבים/חד מיניים)-** נשואים רק לפי זוסמן (כושר וצורה לפי המקום).

**פסולים יחסים + אידיאולוגים-** נשואים רק לפי ויתקון וזוסמן.

**לא נחשבים נשואים**← דיני המרשם + ידב״צ יעזור. פרשנות תכליתית בחוק הירושה (ננסה להקיש).

* + 1. **יחסי הרכוש:**
       1. נשואים מכוח המשב״ל- חל **חוק יחסי ממון**.
       2. מכוח ידב״צ + מרשם- **חזקת שיתוף מוגברת,** הנישואים האזרחיים מעידים שהם **תוצרת הארץ**, רוצים מחויבות אך לא דת.
    2. **ירושה:** 
       1. נשואים מכוח המשב״ל - לפי **חוק הירושה** ס׳ 10 + 11.
       2. מכוח ידב״צ + מרשם- **חוק הירושה** ס׳ 55, עמידה בתנאים: לא נפרדו בזמן המוות, רווקים.
       3. מכוח פרשנות תכליתית- נישואי תערובת ברק מפרש את המילה ״נשוי״ ככוללת נישואים אזרחיים.
    3. **גירושין ומזונות אישה - הבעיה:**

המשב״ל + ידב״צ לא עוזרים מכיוון שמזונות הם לפי הדין הדתי.

1. כהנא ופורר- ענייני נישואין וגירושין יהיו רק בביה"ד, לכן אם ביה"ד פסק לחיוב גט, חובת המזונות נפסקת (השופט הבוכה).
2. פס"ד שמואל- ברק **שיטת הפוינטר**: לשאלת הנישואין← נפעיל משפט אזרחי (משב"ל פרטי)- עולים חדשים נשואים לכל דבר; לשאלת המזונות← נפעיל דין דתי (מזונות עד חיוב בגט) ← יש לבחון למה נתן ביד"ר גט? אם משום שהנישואין תקפים יינתן גט, ואם משום שלא מקבלים נישואין אזרחיים, ביהמ"ש יתעלם מהגט. בעיה: עדיין ניתן לבקש התרת נישואין.
   * 1. **מזונות אזרחיים (משקמים)**-
3. פס"ד מזונות אזרחיים- זוג קופצים אידאולוגיים. ברק משאיר בצ"ע את פס"ד שמואל. פוסק מזונות אזרחיים מכוח **דיני החוזים** טקס =הסכמה מכללא.
4. הלכת בני נוח- דיחובסקי בביד״ר קובע שנישואים אזרחיים הם מכוח שבעת מצות בני נוח ולכן לא צריך גט אלא התרת נישואין בעילה אזרחית ״התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר״. ברק אומר כי יש לבדוק האם ביד״ר בחן באמת הקשר כפי שנעשה בגט או שמא פעם בזלזול כלפי הנישואים האזרחיים וביטל ככל האפשר, אם כן- הסמכות תעבור לביהמ״ש. בנוסף, בנישואים אזרחיים הדורשים התרה, לא ניתן לכרוך מאחר **וכריכה זו חסרת תו״ל** (כי הגבר יודע שביד״ר ינשל את האישה). קובע מוזנות אזרחיים משקמים מכוח עקרון תו״ל.

**במבחן** – **תביעה להתרת נישואין אזרחיים שנכרכו בה מזונות:**

1. **האם יש סמכות לביד״ר?** לפיהלכת בני נוח לביד״ר יש סמכות לדון בנושא הגירושין בנישואים אזרחיים. יש סמכות לביד״ר, אומנם לא יתנו גט אך יתנו התרת נישואין (התמוטטות הקשר). **תנאים להחלת הסמכות:** פסק דין להתרת נישואין, עילה מספקת ״התמוטטות הקשר״ ״קרע בלתי ניתן לאיחוי), דיון והתייחסות רצינית (למשל: אמירות דתיות כי נישואים אזרחיים זה חטא/בניה״ז רווקים).
2. **עניין המזונות:** הלכת בני נוח- ברק אסור לכרוך מאחר ועצם הכריכה נגועה בחוסר תו״ל. **מנגד,** לאחרונה בביד״ר הייתה התפתחות שמראה כי מכוח הכלל ״דינא דמלכותא דינא״ מחילים את דיני חוזים ולכן, מכוח הסכמת הצדדים ניתן לתת מזונות במקרים המתאימים. **לכן, ייתכן כי הדבר מבטל את חששות ברק וייתכן ותהיה סמכות.**

**נישואים חד מיניים- התרת הנישואים:** בני זוג שהתחתנו בנישואים אזרחיים. **שאלה כפולה לעניין הסמכות להתרת נישואין:** מה יעשה ביד״ר ומה יעשה ביהמ״ש?. בימה״ש נחלק לשניים: 1)ביד״ר לא יתעסקו בזה ולכן אנחנו נפסוק. 2)ביהמ״ש לא יכול לפסוק בנושא, יש ללכת לביד״ר ואם יסרבו ניתן לחזור לביהמ״ש. אין הכרעה וכיום זה במחלוקת. לאחרונה, קרה מהלך מפתיע, בניה״ז הלכו לביד״ר בהוראת ביהמ״ש, וביד״ר בגלל שהם רשומים, התיר את הנישואין מכוח הלכת בני נוח.

# **מזונות אישה**

ס'2 **לחוק לתיקון דיני משפחה ומזונות:**

* על מזונות אישה חל הדין הדתי. מי שלא משתייך לאחת הדתות← חל עליו החוק הזה.
* החוק עצמו – חוק אזרחי. אדם חייב במזונות לפי הדין האישי החל עליו.

**עקרונות הדין האישי-יהודי בקביעת מזונות אישה:**

1. המזונות הם חד סטריים- רק האישה זכאית למזונות אישה. חריג: הגבר עני, האישה עשירה ולכן תשלם לו מזונות מ"דין צדקה".
2. ניתנים רק במהלך הנישואין- כשניתן חיוב גט, החיוב במזונות נפסק. ברגע שיש גט שבד"ר פסק האישה לא מקבלת מזונות. כמה סוגי גט: א)פס"ד המצווה לתת גט – רק לחץ מוסרי שאינו מחייב. ב)חיוב גט – מותר סנקציות . ג)החלטה לכפיית גט – נדיר ומאפשר יותר סנקציות.
3. הזכות נגזרת מתנאי הכתובה- בכתובה הוא מתחייב לזון, לפרנס ולכבד במקרה שהיא תגורש או תתאלמן = מזונות.
4. בעל המסרב לשלם מזונות לאישה- יש 2 אפשרויות לאישה: **(א)** **חיוב מזונות:** תביעה לביד״ר **ש**יחייבו אותו במזונות. אם הוא עדיין לא משלם בגלל סיבה אובייקטיבית (חולה, אין לא דרך להשיג עבודה), לפי הפוסקים לא צריך לחייב אותו, כי לא תלוי בו. **(ב)חיוב בגט**: אם מסרב לשלם מזונות מסיבה לא מוצדקת, ביה"ד יחייב אותו בגט שהיא תוכל להמשיך הלאה.

**כללים לקביעת מזונות**:

המזונות יהיו לפי **המינימום הדרוש**  למנהגי החברה בה חיים (זמן ומקום).

**לא רק מזון**- אלא גם ביגוד, מדור (קורת גג), ריפוי וכו'.

הכלל← ״**עולה עמו ואינה יורדת עמו״**- האישה זכאית לאותה הרמה שהבעל מרשה לעצמו ולא פחות מרמת החיים שהייתה לה לפני הנישואין.

**התנאים- הזכות תלויה בהתנהגות האישה**

* ניתנים רק אם בני הזוג בנישואין חיו באותו בית;
* הזכות למזונות תלויה **בשאלה מי עזב את הבית?** אם הבעל- זכותה לא נפגעת; אם היא עוזבת מיוזמתה- לרוב היא תפסיד את המזונות (הזכות למזונות תלויה בהתנהגות האישה).

**הגנות:**

* עילות להגנת האישה:(1)הבעל היה אשם בעזיבתה. (2)סיבה מוצדקת אובייקטיבית. לדוג'- אם בשכונה מבזים או מצערים אותה או מוציאים לעז עליה.
* הגנות הבעל + התאמות לעקרונות אזרחיים שיתאימו לערכי השוויון:

1. **הגנת קיזוז**- קיזוז מעשי הידיים של האישה. **אם האישה עובדת**, ניתן לקזז סכומים אלו כנגד תשלום המזונות.

* **התפתחות הלכת ״מעשה ידיה״ בביד״ר-** האם ניתן להכריח את האישה לעבוד? התפתחות בפסיקה: **בעבר-** פס״ד מזור: אין דבר המחייב את האישה לעבוד גם אם עבדה בעבר והפסיקה**. בשנות ב-90-** פס״ד בייקל: האישה הפסיקה לעבוד עקב הסכסוך. נפסק כי האישה חייבת לעבוד אם היא יכולה וגם אם לא עובדת, נקזז **פוטנציאל השתכרות**. פס״ד פדן- נפסק קיזוז לפי פוטנציאל עתידי לאחר התואר (תוצאה לא צודקת סטודנטית עם מקצוע לא מבטיח ובהריון- אם חד הורית). פס״ד פלולי:אישה שמעולם לא עבדה ואינה צעירה. חריג: אם האישה לא עבדה מעולם ואין לה כושר עבודה, לא יחייבוה ולא יפחיתו מסכום מזונותיה שהייתה יכולה להפיק.

1. **הגנת פטור**- הבעל צריך להוכיח שהאישה סטתה מנורמת ההתנהגות שמצופה ממנה, בעיקר ההתנהגות המינית, לדוג'- אישה מורדת (אישה שמסרבת לקיים יחסי אישות עם בעלה), או אישה בוגדת.

* **צמצום הגנת הפטור-** פס״ד גרינהאוז + פס״ד פרידמן + פס״ד גל: בימ"ש מפחית את המשמעות שמיוחסת להתנהגות האישה ע"י הכנסת אמות מידה של שוויון והדדיות. פס״ד כהן: אם הגבר עזב את האישה והקים משפחה הוא לא יכול לטעון שבגלל שהאישה בגדה (לאחר עזיבתו) יש לפטור אותו ממזונות.
* התאמה נוספת לערכי השוויון← **יצירת דיני מזונות אזרחיים**: בסולומון פוסק מזונות **מח"י כבוה"א, תו"ל, הגינות ויושר**. בכהנא שמגר פוסק מזנות מכוח התחייבות הבעל **בדיני חוזים ושיקולי צדק** וכן ב8256/99פסקו מזונות **מדיני חוזים**.

**ביקורת של** ליפשיץ **במאמרו "ברצוני להתגרש ומיד":** סטיית הפסיקה האזרחית מהדין הדתי מספקת תמריץ לסרבנות גט לנשים: פלולי: ביהמ"ש מחייב מזונות אישה במקרי פירוד ממושך גם אם האישה סרבנית. כהן: האישה שבגדה אחרי שהבעל בגד – סירבה להתגרש.

**האם בימ"ש רשאי לקצוב מזונות אישה בגין סרבנות גט של האישה בהיעדר חיוב גט ע"י ביד״ר?**

פלונית 3151/14: רובינשטיין+זילברטל: בימ"ש אזרחי רשאי לקצוב מזונות במקרי סרבנות מצד האישה גם בהיעדר חיוב בגט של ב״ד. ברק- ארז: עיקרון הכיבוד ההדדי- כל עוד בבי"ד יש הליך בו טרם נקבע חיוב גט בימ"ש אינו רשאי לקצוב מזונות סרבני גט, אולם אפשר לפתור את הבעיה באמצעות מזונות משקמים לאחר הגט מכוח הסתמכות ותו"ל.

**במבחן** – **מזונות אישה- נשואים:**

**הדין:** דתי. **סמכות-** ניתן לכרוך אם האישה לא כרכה ס׳ 4.

1. לבדוק האם נשואים? -הבעל חייב לאשתו במסגרת הנישואים מזונות אישה עד הגט.
2. לבדוק את היקף התביעה- **הכלל: עולה עמה ואינה יורדת עמו**. -התביעה לפי הצרכים שלה.
3. טענות **הגנה** של הבעל:

* טענת פטור [לא תקבל בכלל]- התנהגויות האישה- לגבי המיניות שלה, התנהגות לא צנועה, עזיבת הבית ללא סיבה. מעין כללי אשמה- אם לא מתנהגת כמצופה, האישה לא תקבל מזונות.
* טענות קיזוז [מגיע מזונות אבל צריך לקזז]- מגיע מזונות אבל בעד המזונות האישה צריכה לתת את השכר שלה, פירות ההון מנכסיה, כולל פוטנציאל השתכרות. (בייקר) חריג: מבוגרת ולא עבדה (פלולי).

1. האישה תענה על הטענות האלה- תנסה להכחיש או תסביר את התנהגותה- עזבה את הבית כי הביא את אמא שלו; מכה אותה וכו'.
2. לחלופין, האישה תנסה לטעון למזונות אזרחיים (מודל ליפשיץ) + עד כה לא נפסקו לנושאים אלא בנישואים אזרחיים/סרבנות גט אך הפסיקה פתחה לכך פתח (פס״ד מזונות אזרחיים/הלכת בני נוח).

**האם יש סמכות לביד״ר?** הלכת בני נוח יש סמכות לביד״ר, אומנם לא יתנו גט אך יתנו התרת נישואין (התמוטטות הקשר). **תנאי להחלת הסמכות:** כל עוד יתייחסו לכך ברצינות (למשל: אמירות דתיות כי נישואים אזרחיים זה חטא/בניה״ז רווקים).

1. **עניין המזונות:** הלכת בני נוח- אסור לכרוך מאחר ועצם הכריכה נגועה בחוסר תו״ל. **מנגד,** לאחרונה בביד״ר הייתה התפתחות שמראה כי מכוח הכלל ״דינא דמלכותא דינא״ מחילים את דיני חוזים ולכן, מכוח הסכמת הצדדים ניתן לתת מזונות במקרים המתאימים. **לכן, ייתכן כי הדבר מבטל את חששות ברק וייתכן ותהיה סמכות.**

**פ**

**תזכורת:**

**מזונות לנשואים פרטיים:** מכוח הסכם מכללא- התחייבות חוזית / בחינת תוקף הנישואין.

**מזונות לידועים בציבור:** (1) מכוח הסכם מכללא+ כבוד האדם (וסרנו, לינדורן - ברק) (2) רק כשיש הסכם כתוב (יגר- הלכה ישנה)

**מזונות לנשואים אזרחיים:** (1) נשוי= נשוי מכוח משב"ל, ואז מזונות לפי דין דתי (שמואל) (2) מכוח דיני החוזים ותו"ל + כבוד האדם (פלונית) (3) מזונות משקמים לטווח קצר – לא ניתנים לכריכה בבד"ר (בני נוח) (4) לא נשואים? נלך למזונות לפי ידועים בציבור

# **דיני גירושין**

**לא הספקתי לסכם, סיכום של נועה פינטו:**

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

* חוק להסדר התדייניות:

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

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

* **דיני הגירושין בדת היהודית:**

האפשרויות שעומדות בפני ביד"ר בהגיעה תביעת גירושין הן:

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

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

**פתרונות דתיים**

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

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

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

**כיוון ספרדי:**

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

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

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

**פתרונות אזרחיים**

חקיקה:

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

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

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

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

פסיקה:

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

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

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

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

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

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

1. **שימוש בדיני מזונות:**
   * + 1. מזונות מעוכבת- כשביה"ד פסק חיוב גט והגבר מסרב לתת גט, האישה זכאית למזונות מעוכבת מביהמ"ש: מזונות רגילים בלי קיזוז של ההכנסות שלה! זה משמעותי אם היא במעמד ביניים והוא במעמד גבוה, אותה אישה תקבל מזונות גבוהים ויוצר לחץ חזק על הבעל לתת גט.
2. *פס"ד נוני נ' נוני*- ביה"ד הרבני אמר משפט על הגבול של "חייב לתת גט" בהקשר של "מצווה" לגט, אך ביהמ"ש פירש כך שביה"ד חייב אותו בגט והפעיל את המנגנון של מזונות מעוכבת.
3. פרופ' שיפמן: מרחיב. כדי שביהמ"ש יקבע מזונות מעוכבת הוא צריך לדעת אם ביה"ד פסק "חיוב לגט" והבעל לא נתן. אך מציע לביהמ"ש שגם אם טרם ניתן פס"ד מביה"ד, הוא יכול לבדוק מהי ההלכה, ואם רואה שבמצב זה יש חובה לגרש, יכול לקבוע מזונות מעוכבת.
   * + 1. החלת עיקרון תו"ל על דיני המזונות-

* פס"ד המזונות האזרחיים- האישה היא הסרבנית גט, לפי חרם דרבינו גרשום אי אפשר לגרש אישה בעל כורחה, אך הם חיים בפירוד ולכן תובעת למזונות אישה. ביהמ"ש מפרש את הדין הדתי לאור עקרונות אזרחיים, כגון תו"ל. נקבע: סרבנות גט תמיד פסולה וחסרת תו"ל, לא משנה מאיזה סיבות. לכן כשהיא מסרבת לאורך זמן ממושך היא חסרת תו"ל.
* ליפשיץ: יש לבדוק מהן אמות המידה לסירוב- אם כי זקוקה לתמיכה כלכלית, לגיטימי לסרב! צריך לתת להמזונות משקמים לאחר הגט ולא לבטל לה את מזונות האישה הדתיים ולהשאיר אותה בלי כלום. יש לתת לה מענה.

1. **תביעה נזיקית:**

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

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

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

# **יחסי רכוש בין בני זוג**

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

* ע״מ שניתן יהיה לדון לפי הדין האזרחי ולא כחלק מענייני נישואין וגירושין- נקבע שיחסי רכוש הם **חלק מדיני קניין וחוזים אזרחיים** ולכן יידונו לפי דינים אלו בשילוב דיני המשפחה הרלוונטיים- (בנוסף טיעון חוסר שוויון וצדק) (3 גישות-רציונל הסכמי, שוויון מגדרי, וגישת הקהילה המשפחתית של דיני קניין וחירות).
* סיווג זה יצר מציאות בה שותפות ברכוש תוכר **מכח שיתוף מפורש/הסכם** ע״מ לפתור בעיה – **קמה חזקת השיתוף**.

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

## חזקת השיתוף

עד שנת 74 במדינת ישראל הדרך לחלוקת רכוש הייתה לפי חזקת השיתוף. מדובר בתוצר פסיקתי (ברקר, בליקר וברילי).

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

**3 התנאים מצטברים לבדיקת חזקת השיתוף:** **1.** האם התקיימו תנאי הסף. **2.** מה הכללים לגבי היקף הנכסים הקונקרטי**. 3.** האם נסתרה חזקת השיתוף.

**לעניין ידב"צ!!!**– לקיים דיון – האם הם אוניברסליים או תוצרת הארץ? שחר נ' פרדימן כוכבית בדיקה קשה יותר / מנגד בכרמי החילו בצורה רחבה. על **תוצרת הארץ** יש שיתוף מוגבר בגלל הרצון להתחייב.

**שאלה למבחן**: זוג שחיים 30 שנה בנישואין ראשונים ובאורח חיים תקין – רוצים להתגרש. שאל על הפנסיה ועל דירת מגורים שהייתה לגבר לפני הקשר;

לפי אופי הנישואין – שניהם משותפים [הפנסיה – מכח דור 2 בו בוטלה ההבחנה בין פנסיה למשכורת, הדירה – מכח דור 3 בו נקבע כי נישואין ראשונים, ארוכים ומאושרים מחילים הלכת שיתוף]. אולם אם מדובר בנישואין שניים / יחסים רוויי-מריבות / היו להם חשבונות נפרדים; לגבי הפנסיה – לא ניתן לסתור את חזקת השיתוף. לגבי הדירה – האם מתאים להפעיל את חזקת השיתוף לפי דור 3?

**האם יש סמכות לביד״ר?** הלכת בני נוח יש סמכות לביד״ר, אומנם לא יתנו גט אך יתנו התרת נישואין (התמוטטות הקשר). **תנאי להחלת הסמכות:** כל עוד יתייחסו לכך ברצינות (למשל: אמירות דתיות כי נישואים אזרחיים זה חטא/בניה״ז רווקים).

1. **עניין המזונות:** הלכת בני נוח- אסור לכרוך מאחר ועצם הכריכה נגועה בחוסר תו״ל. **מנגד,** לאחרונה בביד״ר הייתה התפתחות שמראה כי מכוח הכלל ״דינא דמלכותא דינא״ מחילים את דיני חוזים ולכן, מכוח הסכמת הצדדים ניתן לתת מזונות במקרים המתאימים. **לכן, ייתכן כי הדבר מבטל את חששות ברק וייתכן ותהיה סמכות.**

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

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

**האם יש סמכות לביד״ר?** הלכת בני נוח יש סמכות לביד״ר, אומנם לא יתנו גט אך יתנו התרת נישואין (התמוטטות הקשר). **תנאי להחלת הסמכות:** כל עוד יתייחסו לכך ברצינות (למשל: אמירות דתיות כי נישואים אזרחיים זה חטא/בניה״ז רווקים).

1. **עניין המזונות:** הלכת בני נוח- אסור לכרוך מאחר ועצם הכריכה נגועה בחוסר תו״ל. **מנגד,** לאחרונה בביד״ר הייתה התפתחות שמראה כי מכוח הכלל ״דינא דמלכותא דינא״ מחילים את דיני חוזים ולכן, מכוח הסכמת הצדדים ניתן לתת מזונות במקרים המתאימים. **לכן, ייתכן כי הדבר מבטל את חששות ברק וייתכן ותהיה סמכות.**

**שאלה למבחן**: כשיש שאלה לגבי בני זוג מנישואים שניים למשל (או בני זוג עם דירת מגורים מלפני הנישואים והבעל הבהיר באופן חד משמעי שאין כוונה לשיתוף) נכתוב שלפי הדור השלישי של הפסיקה במקרה זה לא התקיימו תנאי הסף (או שהם התקיימו אבל הבעל סתר את השיתוף באופן ברור). אולם(!) בשנים האחרונות מתגבש מודל חדש שמקל על הכניסה ומקשה על היציאה ואם המודל הזה יילך ויתחזק גם אם אין הסכם שיתוף פורמאלי ייתכן שהאישה כן תקבל מחצית מהדירה ויחילו עליה את חזקת השיתוף. **בונוס** – **המרצה לא אוהב אותה.**

**האם יש סמכות לביד״ר?** הלכת בני נוח יש סמכות לביד״ר, אומנם לא יתנו גט אך יתנו התרת נישואין (התמוטטות הקשר). **תנאי להחלת הסמכות:** כל עוד יתייחסו לכך ברצינות (למשל: אמירות דתיות כי נישואים אזרחיים זה חטא/בניה״ז רווקים).

1. **עניין המזונות:** הלכת בני נוח- אסור לכרוך מאחר ועצם הכריכה נגועה בחוסר תו״ל. **מנגד,** לאחרונה בביד״ר הייתה התפתחות שמראה כי מכוח הכלל ״דינא דמלכותא דינא״ מחילים את דיני חוזים ולכן, מכוח הסכמת הצדדים ניתן לתת מזונות במקרים המתאימים. **לכן, ייתכן כי הדבר מבטל את חששות ברק וייתכן ותהיה סמכות.**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **תנאי מקדים: זוג שהתחתן לפני 74׳ או ידועים בציבור (הוכחת 4 התנאים)** | | | |
|  | 1. **תנאי כניסה** | 1. **היקף הנכסים** | 1. **יכולת יציאה** |
| הסבר- | אם תנאי הכניסה לא התקיימו חזקת השיתוף לא חלה על הזוג ולא רלוונטית. | גם אם יש חזקת שיתוף, לא כל הנכסים ייחשבו לנכסים משותפים. | כבר מכך שהיא חזקה, זה לא כלל חלוט אלא כלל שניתן לסטות ממנו (דרך הסכם או בהתנהגות). |
| **דור 1- מודל הסכמי** | 1. אורח חיים תקין. 2. מאמץ משותף. 3. הוכחת דבר מה נוסף המעיד על כוונה לשיתוף.   תנאים מצטברים! | **נבצע הבחנה**-   |  |  |  | | --- | --- | --- | | ליברמן🡨 | נכס עסקי- לא חלה אלא אם יש כוונה (רישום) | נכס משפחתי- חלה, לא לפי רישום. |  |  |  | | --- | --- | | **פנסיה**- לא משותפת (אלא אם התקבלה בנישואין). | **משכורת**-משותפת. | | מודל דיספוזיטיבי טהור (ברירת מחדל גמישה).  **\*הסכם ממון פורמאלי.**  **\*כוונה נוגדת שיתוף** (פס"ד סלמן- דמי כיס אישה)  **\***משפחה פטריאכלי- אפשרי במיוחד לסתור. |
| **דור 2- מודל נורמטיבי**-  שיקולי הגינות וצדק מגדרי (בבלי) | 1. מאמץ משותף. 2. חיים תחת קורת גג אחת (פס"ד לידאי). | הבחנה בין **נכסי** **מאמץ משותף** לבין **נכסים חיצוניים:** מתנות, ירושות ונכסים מלפני הנישואין- נחיל רק אם היה מאמץ משותף.  **נכס מעורב-** חלוקה לפי המאמץ ולפי חיצוני פס"ד לידאי | **מודל חצי דיספוזיטיבי חצי קוגנטי**  **\*הסכם ממון פורמאלי בלבד**  פס״ד קוטלר (דמי כיס 2)– ממחיש את המעבר מהסכמי לנורמטיבי |
| **דור 3- מודל הקהילה המשפחתית**-שנות ה-2000.  קישורי + הסתמכות | פרמטרים: הדרי   1. נישואין ראשונים. 2. נישואין ארוכים. 3. אורח חיים תקין.   לא מצטבר (פרמטרים)  \*אם נישואים שניים/ קצרים או פחות טובים- מודל 2.  **\***אם נכס מאמץ משותף- מודל 2. | - נכס משפחתי מובהק.  - נכסים חיצוניים: **מלפני הנישואין**, על **ירושות** או על **מתנות**.  - נכס מעין משפחתי (פס"ד אבולוף- חנות פרחים משפחתית). | **חזרה למודל דיספוזיטיבי טהור \*הסכם ממון** + רגישות  \*כוונת הצדדים  **\***מצג אובייקטיבי חד משמעי של הבעלים שאומר מלכתחילה שלא מתכוון לחלוק. |
| **דור רביעי** סוציאלי | ריכוך- גם אם תנאי הכניסה לא מתקיימים בבירור. | **דירת מגורים** (גם אם נרכשה לפני נישואין) | חלק מהשופטים יקשו על הסטייה מהחזקה בהיעדר הסכם מפורש. |

**במבחן** – **מודל היברידי בין 2 ל-3 :**

1. **נכס במאמץ משותף-** כל הפמרטרים לא רלוונטים ואגיד שהוא משותף תמיד אלא אם כן היה הסכם ממון (דור 2).
2. אם לאחר מכן, נגיד **שהזוג נשוי, והם חיים טוב ומאושרים ויש נכס לפני הנישואין**, נגיד שאולי יתכן והוא יהיה משותף מאחר והם יחידה אחת (דור 3).
3. אחר כך נשאל, **אם יש יחסים גרועים**, או נכסים מנישואים קודמים נגיד, הנכס המשותף בנישואים נשאר משותף. **אם מדובר בנכס קודם**, ירושה או מתנה זה מאוד רלוונטי לגבי התנאים של נישואים קצרים או ארוכים, נישואים שניים ועוד. (דור 3)

**חובות**

**חובות:**

1. **בחוק יחסי ממון – ס׳ 6(א):**

משווי הנכסים האמורים יש לנכות את סכום החובות המגיעים ממנו, למעט חובות על נכסים שאינם ברי איזון.

לפי הפסיקה, שיתוף בניה״ז כולל גם שיתוף בחובות← חובות שנצברו בדרך הרגילה ״י אחד מבניה״ז, בתוך תקופת השיתוף ביניהם. חריגים: חובות על נכסים שאינם ברי איזון + חובות בעלי אופי אישי מובהק.

אין לחלק הפסדים שנוצרו כתוצאה מרומן

סיכום

**נועה פינטו:**

* **סוגי הידועים בציבור:**
  + 1. אידאולוגים/ פסולי חיתון- תחול חזקת שיתוף חזקה (כי הכוונה שלהם לייצר מחוייבות).
    2. אוניברסאליים- נפעיל חזקת שיתוף עם כוכבית (יותר חלש = נהיה רגישים לעובדה שלא רצו את המחוייבות).
* **נישואין לאחר 74**- אם הם נשואים לפי דין דתי, יפעל עליהם חוק יחסי ממון (גם אם לא נרשמו).
* **נישואין אזרחיים** (תוצרת הארץ)- לבחון אם נשואים ע"פ שלוש הגישות (ויתקון, זוסמן ושואה). אם זה מוביל לאותה תוצאה 🡨 להמשיך; אם התוצאות שונות 🡨 נבחן לפי שני ענפים- 1)**אנליטי:** אם הם נשואים- יחול חוק יחסי ממון. ואם לא- תחול חזקת השיתוף מכוח היותם ידועים בציבור. 2)**פרקטי:** נציין שיש גישות בפרקטיקה לפיהן גם אם הם לא נשואים אך הם רשומים כנושאים, יחול עליהם חוק יחסי הממון.
* **אם מדובר בזוג שחל עליו חזקת השיתוף** (התחתן לפני 74 או ידועים בציבור) יש לבחון 3 שלבים:

1. האם הזוג עמד בתנאי הכניסה- אם לא, גם אם נשואים מלפני 74, חוזרים להפרדת רכוש.
2. האם חלה חזקת השיתוף על סוג הנכס הנדון**?** יש נכסים שלא ניתנים לשיתוף.
3. האם ניתן לסתור את החזקה**?** אם יש הסכם ממון- לפי כל מודל החזקה נסתרת. אם אין הסכם: לפי מודל 2+3+4 (שיקולי צדק)- לא ניתן לסתור את החזקה. לפי מודל 1 (גישה הסכמית)- החזקה יכולה להיסתר גם בלי הסכם מפורש, אם לפי התנהגות הצדדים ניתן לראות שלא הייתה כוונת שיתוף.

**איזון משאבים – חוק יחסי ממון**

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

תיקון החוק ב2008

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

ס'5(א) קובע שגם אם אין גירושין, ישנן 3 חלופות בהתקיימן, לא ניתן למנוע את חלוקת הרכוש:

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

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

חוק יחסי ממון- זוג נשוי:

1.דין: אזרחי (בבלי). המשטר שחל: **חוק יחסי ממון**, נישאו לאחר 74׳.

2.נכסים שאינם ברי איזון ס׳ 5(א): נכסים לפי הנישואין, ירושות ומתנות← הלכת השיתוף הספציפי.

3. נכסים מעורבים- היו לא ברי איזון אבל חל ערבוב← נפחית את החלק שאינו בר איזון/הלכת השיתוף הספציפי.

4. נכס שרשום על שם צד אחד- נחשב בחלוקה אלא אם הוא נכס שאינו בר איזון.

**הלכת השיתוף הספציפי**

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

* זוגות שנישאו **לאחר** 1974.
* היקף הנכסים: נכסים **שאינם ברי איזון** (מלפני הנישואין, ירושות, מתנות), חוק יחסי ממון לא חל עליהם.
* תוצאה: אם אפשר להוכיח שהכוונה המהותית של בני הזוג היא לשיתוף- יחול שיתוף על הנכסים הללו. לא נדרש רישום פורמאלי (הסכם שיעיד על שיתוף).
* פס"ד אבורומי: זוג מוסלמים ביחד 16 שנים, 6 ילדים בדירת קרקע שרשומה על שם הבעל. התגרשו בביה"ד השרעי. לא ניתן לדון בחלוקת רכוש בהסכמה בביה"ד, לכן האישה מגיש תביעה לביהמ"ש למחצית מהרכוש. ביהמ"ש: קובע הלכה- ניתן להחיל שיתוף מכוח **דיני הקניין והחוזים** על נכס מלפני הנישואין גם ללא דרישת כתב במקרה בו יש הוכחה ממשית-

**שיתוף מעוגן בהוכחות**- ראייה/עדות מהותית שהצדדים אכן התכוונו לשיתוף (לא חייב כתב, אפשר בע"פ).

**שיתוף מכוח ערבוב**- מגורים בדירה + השקעה משמעותית משותפת/ דירה ששופצה במאמץ משותף.

שלוש גישות לשאלה עד כמה ניתן להחיל את הלכת אבורומי: **תמיד נטל ההוכחה הוא על הטוען שיש שיתוף.**

1. **הגישה המצמצמת**- מכבדים את חוק יחסי ממון לפיו נכסים חיצוניים אינם ברי איזון אלא אם יוכח כמו בחוזים וקניין שהייתה כוונת שיתוף- מכוח ערבוב/הוכחה, אך אינה ברירת מחדל. מצייתים להלכת אבו רומי.
2. **הגישה הקיצונית**- גישה נורמטיבית. החלה להתגבש גישה לפיה **בדירת מגורים**, ״נגעת נסעת״- ברגע שאדם הכניס את בן זוגו לגור איתו- נראה זאת כשיתוף, אדם לא צריך להרגיש אורח בביתו. שפירא- הפך את ברירת המחדל בדירת מגורים והחיל חזקה לפיה יש שיתוף **אלא אם מוכח אחרת ע״י הסכם ממון פורמאלי.**
3. **הגישה של ליפשיץ**- בין גישה הסכמית לנורמטיבית. בנכס מלפני הנישואין (בעיקר דירה), אם מתקיים: 1)הסתמכות בין הצדדים; 2)תנאי סף- נישואין ראשונים, ארוכים, מאופיינים ביחסים טובים (אורח חיים תקין) 🡨 ברירת המחדל היא שהנכס משותף. **נטל ההוכחה עובר לצד שמסרב לשתף ועליו להביא הוכחות ברורות שלא הייתה כוונת שיתוף.** אם תנאים אלה לא מתקיימים: חוזרים לגישה המצמצמת.

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

הגישות לעיל, יצרו הרבה בלאגן בפסיקה:

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

**למבחן:** בכל שאלה של נכס שאינו בר איזון← הלכת השיתוף הספציפי (בעיקר דירת מגורים):

\*לנתק כל גישה לפי הממצאים והאם היא תתקיים.

1. **3 גישות:**
2. הגישה המצמצמת, שטרסברג-כהן- דורשת כוונת שיתוף ספציפי מכוח ערבוב או הוכחה (חוזים וקניין) + טוויסט של **שטיין** (בגידה)- דגש על הכוונה המשוערת של הבעלים הרשום.
3. הגישה הרדיקלית- ככלל, יש שיתוף **בדירת מגורים חיצונית** (ברירת מחדל) אלא אם מוכח אחרת ע״י הסכם פורמלי + **ברק-ארז** (בגידה)
4. גישת הביניים, ליפשיץ- מודל הקהילה, אורח חיים קישורי. התנאים: נישואים ראשונים, ארוכים וטובים, אווירת שיתוף← ברירת המחדל שדירת המגורים משותפת← נטל ההוכחה על הבעלים שלא הייתה כוונת שיתוף. + שופטי הרוב (בגידה)

**\*סתירת גישת הביניים-** אמירה חד משמעית מהיום הראשון כי היבט ההסתמכות יורד. (צוואה סודית-לא נחשב).

1. **אלמונית:**
2. דנציגר- דרש ״דבר מה נוסף״ בכדי להכיר בדירת המגורים← עמית- ציין אינדיקציות לכך (מזכירים את של ליפשיץ): 1.נישואים ראשונים/שניים. 2.טיב היחסים. 3.האם דירת מגורים + האם יש דירה אחרת.
3. השופט זילברטל- דבק במודל הקהילתי (גישת ביניים).

הלכת השיתוף ספציפי בחלוקת הרכוש ביחס לשיקולי אשמה

**לא הספקתי לסכם, סיכום של נועה פינטו:**

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

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

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

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

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

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

1. **שגיאה בפרשנות שיתוף ספציפי**- יישם באופן שגוי את הגישה המצמצמת כפי שנקבעה באבורומי. אומר שצריך להיכנס לפסיכולוגיה של נותן המתנה- גישה הסכמית מצומצמת אולטרה (לא רק לפי כוונת הצדדים, אלא לפי כוונת הבעלים הרשום).
2. **שגיאה בהצגת הממצא העובדתי-** ההסכם לא היה ממצא עובדתי. ביה"ד הגדול לא ראה את הצדדים, ולא את הראיות ולכן קבע את זה על סמך אומדן של מה היה עושה אדם סביר. אולם זה לא לפי הדין האזרחי. בדין האזרחי ישנה "סופיות המתנה"- נגעת נסעת. לכן בג"ץ יכל להתערב כי זה לא טעות עובדתית, אלא משפטית (לא הסתמכו על הדין המהותי האזרחי).
3. **שגיאה בהבנת שיטת המשפט**- שטיין מציין שהפסיקה שלו שוויונית וליבראלית אולם, כמה בעיות: 1)שיטת משפט ליבראלית בחרה לא לייחס חשיבות לאשמה, בגלל תפיסת עולם ליבראלית. סיום קשר זה זכות לפי המשפט האזרחי, ולכן זה חלק מהאוטונומיה שלו. 2)ליפשיץ לא מוכן לקבל עמדה של ניטרליות מוסרית שכמשפט לא ניתן להגיד מי טוב ומי רע. לדעתו, אפשר שהבוגד יתפס כ"בסדר" במקרים מסויימים. בבג"ץ הבוגדת הם כבר חיו בחדרים נפרדים באותו הזמן. 3)מבחינה מגדרית- בגידה של אישה מביאה לתוצאות קשות יותר מאשר לגבר.

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

פסה"ד עוסק ב3 נושאים:

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

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

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

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

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

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

**שיקולי אשמה – חוק יחסי ממון**

**לא הספקתי לסכם, סיכום של נועה פינטו:**

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

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

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

*פס"ד השותפות המוחלשת*- אדם חי עם אישתו בבית, אבל היחסים כבר התקלקלו. יש לו בו זמנית מערכת יחסים חצי רישמית עם מאהבת. האישה עוצמת עיניים. כשהתגרשו טענה למחצית מהדירה. הוא טוען בבימ"ש שהייתה לו בת זוג אחרת ולכן לא היו שותפים. הוא השתמש בבגידה **כאינדיקציה אובייקטיבית להתמוטטות היחסים**. ביהמ"ש: הוא גר בבית, קיבל את שירותיה של אישתו (אוכל, ניקיון). נכון שהיה זוגיות אחרת אבל הייתה להם שותפות מוחלשת. עדיין יש חלוקת רכוש, אבל האישה קיבלה רק 30% מכוח ס'8.

**פוטנציאל השתכרות כנכס- הון אנושי**

**למבחן:** **שאלת הון אנושי:** פס"ד אובריין

* **מתי יקרה?** לא מכוח חזקת שיתוף (אין בעיות בו). לרוב בפערי שכר (סכומים), צד אחד וויתר על עבודה למען השני.
* **הקדמה:** X יטען כי יש לחלק את ההון האנושי כחלק מחלוקת הרכוש.[יישום – עבד/ה פחות כדי שהוא יצליח]

ישנן 2 בעיות שעולות בחלוקת הון אנושי: **א)** **כימות-** הצד השני יטען שיש לו כישרון שהוביל להון אנושי שאין לחלוק בו. יש להבחין בין הכישרון האישי לבין המאמץ המשותף (מישהו שכבר קשור לזה כשהתחתנו). מנגד, ליפשיץ: ניתן להשוואת בין כושר ההשתכרות לפני ואחרי הנישואין כפי שנעשה בדיני הנזיקין. **ב) מימוש-** הבחנה בין תשלום חד״פ לעיתי ומימושו בחוק. מנגד, ליפשיץ: יש לחלק לפי גישת העניין והעשירים(למטה).

**1) פערים בשכר**← **מודל קנייני:**

יותר **הון ממשי**, עשירים[יישום]- לפי ס׳ 8 ניתן לסטות מחלוקה שווה בנכסים לפי ס׳ 5. יינתן סכום חד פעמי. (היוון וסיכון?)

יותר **הון אנושי**, עניים[יישום]- **בעיה** מאחר ולא מתיישב עם לשון הסעיף. **פתרון:** ליפשיץ: יש להתייחס לפוטנציאל ההשתכרות כ״נכס״ (נקבע בפסיקה) ולחלקת את ההון האנושי דרך ס׳ 5. ממנה יש להפחית מקדם היוון וסיכון (לשים לב לסיכויים) + לפסוק תשלום עיתי. **מחלוקת:** בפסיקה יש מחלוקת אם ניתן לאמץ גישה זו.

**2) אומדנה-** סכום חד פעמי. פערים משמעותיים בין הצדדים לאור החלטות משותפות. בפסיקה ניתן עד 200 אלף ש״ח.

**3) פיצויי קרירה**- החלטות משותפות שגורמים להפסד של צד אחד [יישום]. החישוב: אחוז מן ההפרש של המשכורת כפונקציה של שנות הנישואים (רבע על רבע).

**4) הזכות שלא לחלק את כושר ההשתכרות**- אם הזוג חי חיים שוויוניים יחסית והפער נובע מהחלטות מקצועיות. [יישום] **אין לחלק למעט מקרים קיצוניים** [יישום] (פערי השתכרות משמעותיים).

**5)מזונות משקמים-** (מודל ליפשיץ) + עד כה לא נפסקו לנושאים אלא בנישואים אזרחיים/סרבנות גט אך הפסיקה פתחה לכך פתח (פס״ד מזונות אזרחיים/הלכת בני נוח).

**שיתוף חובות**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **עסק + דירה – בעל** | **עסק- בעל דירה- אישה** |
| חובות בעסק | 1)לאישה זכות בדירה  2)שותפות בחובות | 1)שותפות בחובות  2)הנושה בא במקום הבעל |
| תמיד לא נחלוק← חוב אישי (הימורים או פילגש) | | | |
| **נשואים לפני 74׳** | 1. הנושה: לאישה זכות בדירה.   האישה: זכות קודמת לשלו + **נ׳** בת״ז ולכן הנושה חסר תו״ל – יש לבדוק (בן צבי).   1. הנושה: האישה שותפה בעסק=שותפה בחובות.   ברק בטויינקו: שותפת בעסק היא במועד האירוע המפקיע (גירושין/מוות). | 1. הנושה: האישה שותפה בעסק= בחובות   האישה: החוב מלפני הנישואין + סתירת החזרה, לא נהנתה מהעסק אין שיתוף.   1. הנושה: לבעל זכות בדירה ולכן נגבה.   אישה: עקרונית כן, אך סותר שיתוף← הפרדה ברישום= אין כוונה לשיתוף. |
| **ידב״צ** | 1. הנושה: לאישה זכות בדירה.   האישה: זכות קודמת לשלו- היה צריך לדעת שידב״צ.  הנושה: אין תו״ל כי כתוב ר׳ בת״ז.  האם צריך לברר? נשאר בצ״ע.   1. כנ״ל | 1. כנ״ל 2. הנושה: לבעל זכות בדירה ולכן נגבה.   אם היה ערבוב בנכס← היה שיתוף. קרני |
| **חוק יחסי ממון ס׳ 6א** | 1. הנושה: לאישה זכות בדירה.   האישה: רק באירוע המפקיע.  בן גיאת- הלכת השיתוף הספציפי:  רובינשטיין: שיתוף נקודתי- לא יכל לדעת.  עמית: השיתוף הספציפי קיים בנישואין.  פוגלמן: אם נושה מקצועי- זכות האישה תגבר.   1. כנ״ל | 1. כנ״ל 2. הנושה: לבעל זכות בדירה ולכן נגבה.   האישה: ס׳ 4- במהלך הנישואין נכסים לפי רישום.  הנושה: הלכת השיתוף הספציפי.  בן דוד: לפי הרישום- אין שיתוף.  \*כדי שהאישה תהיה רגועה- הסכם ממון. |

**מוזנות משקמים**

**סטייה מחלוקה שווה ע״י מזונות משקמים**- מזונות משקמים לאחר הגט. דרך אחת: השוואה לידב"צ שמקבלים מזונות אחרי הפרידה [לינדורן, בני נוח]. דרך שנייה: עד הגט חייבים במזונות אישה מכוח דין דתי, ואחרי הגט מכוח דיני חוזים אם הייתה הסתמכות כלכלית. **זהו סעד שונה מחלוקת הון אנושי**. ליפשיץ הציע זאת במס' מאמרים. בפס"ד מזונות שעסק באישה שסירבה להתגרש, בימ"ש עשה מהלך אקטיביסטי ואמר שאם מסרבת, עיקרון תו"ל לא יאפשר לקבל מזונות. ברק ארז: לא מתערבים בסמכות ביה"ד פתחה פתח למזונות משקמים אחרי פרידה גם בנישואין דתיים. **רובינשטיין:** כשאישה חיה בפירוד אין סיבה שתסרב להתגרש ויש להפסיק את המזונות. **זילברטל:** ניתן להפסיק מזונות אבל כאן לא בטוח שהיה תו"ל.

בנייה על קרקע על שם ההורים – אוכלוסייה ערבית

**נועה פינטו:**

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

**הפתרון- דיני הרישיון**:

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

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

**מזונות ילדים**

**שלבי ניתוח:**

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

1. **הסמכות:** היא של בית המשפט כפי שנקבע בפס"ד שרגאי. אלא אם יש בהסכמת הצדדים ס׳ 9. נקבע בפלונית כי היא **שרירה וקיימת**. מיעוט, הנדל: ניתן לכרוך לאור פרשנות לשונית ותכליתית של ס' 3. **הדין** הוא דתי.
2. **דרך החלוקה:** **הלכת 919** וכפי שמתפרש ע"י ליפשיץ קובע כי חלוקת נטל המזונות **בגילאי 6-15** הוא בהתאם ליכולת הכלכלית. גם כאשר מדובר **במשמורת בלעדית**. עם זאת יש המפרשים את ההלכה **רק למשמורת משותפת**.
3. **נבחן את ההכנסה הפנויה של** **בני הזוג** (במידה ונתון בקייס אין צורך לעשות את החישוב).

**ההכנסה+ פוטנציאל ההשתכרות הלא ממומש- הצרכים המינימליים של ההורים.**

1. **נחשב את יחס ההשתכרות** לדוג': 25,000:75,000= (1:3)

כאן נכנס **מימוש הנטל**. נבחן **איך** **מחולקת המשמורת בין בני הזוג** (אמור להיות מצוין בקייס)

1. הוצאות תלויות שהות (אוכל)- לחלק את הסכום לפי יחס ההשתכרות. לאחר מכן לחלק את הסכום לפי יחס השהות. להפחית בניהם ואת היתרה להעביר לצד השני:

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

לפי ברק ארז- כל אחת יישא בהוצאות. ליפשיץ: דוחה טענה זו.

1. הוצאות שאינן תלויות שהות (חוגים, בגדים): **ההורה המרכז - הגזבר**, לרוב זאת תהיה האם, תרכוש והאב ישיב לה את לפי יחס ההשתכרות. לדוג' הסכום הוא 4800. ביחס ליכולת השתכרות 1:3 האם תשלם 1200 והאב יחזיר לה 3,600.
2. מדור: **מדור כפול במשמורת משותפת:,** מחלקים אותו לפי חלק יחסי של ההשתכרות ומקזזים לאב את מה שכבר שילם על עצמו ואת היתרה יעביר לאם. יש לציין שלפי ברק ארז על כל צד לשאת בהוצאות המדור שלו ללא קשר לפערי השתכרות. . לדוג': סכום הדירות יחד הוא 4000. לפי היחס של 1:3 האב צריך לשלם 3000 והאם צריכה לשלם 1000. האב משלם על המדור שלו 2500 ולכן יעביר לאם רק את היתרה של 500. **משמורת בלעדית:** חישוב בית ההורה המשמורן וחלוקה.
3. **עד גיל 6-** את ההוצאות ההכרחיות הגבר משלם. את היתרה ניתן לחלק בין ההורים מדין צדקה לפי יכולת כלכלית (ככל שמדובר בילד יהודי). אין תחולה לשוויון בנטל בהתבסס על דין צדקה, רק השפעה על קיזוז. אם הילד נמצא 50% אצל האב הוא יגיד שהוא צריך לשלם רק 50% לאמא על צרכים הכרחיים.

* אם שואלים איך התשובה משתנה לגבי 0-6 אומרים שזה משנה לגבי חלוקת החבות (רק האבא חייב על צרכים הכרחיים) אבל זה לא משנה לגבי הקיזוז (כלומר אפשר לקזז).
* **אימוץ השיטה:** אם מקבלים שאלה במבחן בנושא צריך להגיד שיש שופטים שמיישמים את הגישה של ליפשיץ ויש שופטים שפועלים בשיטת האומדנה של פוגלמן.
* **עמדת בית הדין?** חלק מקבלים, חלק לא. האם בג"ץ יכפה על בתי הדין פרשנות מהותית לדיני מזונות ילדים? בבבלי מדובר בסוגייה אזרחית, ובפס"ד אקנין שם את הגבול- בנושאים דתיים יש לבתי דין עצמאות.

**הורים וילדים**

**לבחון מה רלוונטי:**

1. **קריטריון ביולוגי**.
2. **קריטריון משפחתי** – אבא הוא הבעל של אמא.
3. **קריטריון פונקציונלי** - הורה הוא מי שמתפקד כהורה.
4. **הגדרה הסכמית** – הורה הוא מי שהוסכם שהוא ישמש ככזה.
5. **אימוץ** – הורה הוא מי שהמדינה הכריזה עליו כהורה. מי שנלקח ממנו הילד, לא הורה.

**אישה רווקה + ילד - תמיכה בביולוגי:**

1. פלונית: חשין הגדרה של אבא הוא עניין ביולוגי + הסכם שמוריד באחריות האב, נוגד תקנ״צ ← בטל.
2. אישה לא נשואה + האב מסרב לבדיקה גנטית- **אפשר להכריח**.
3. טענת "הורה בעל כורחו" [גניבת זרע]- אינה מתקבלת והביולוגיה קובעת שהוא האב.

**אישה נשואה + ילד מחוץ לנישואין – ביולוגי VS זוגי-משפחתי:**

הבעל מבין שהוא לא האב ולא רוצה לשלם/האם תובעת את האב הביולוגי.

**חוק מידע גנטי-** מאפשר בדיקת רקמות, תינתן רק אם אין חשש לממזרות (טובת הילד), לרוב ביד״ר יקבע שיש.

ה כלל הלכתי שלרוב יש חשש + כלל פסיקתי שאוסר על בדיקת רקמות= הופך את הבעל לאב 🡨 שינוי ההגדרה לפי המבחן המשפחתי 🡨 הילד מקבל גם אבא וגם מזונות. ביקורת: ייתכן כי טובת הילד היא לדעת מי אביו (לבדוק אב חליפי/האם יהיה ממזר).

**לא הספקתי לסכם, סיכום של נועה פינטו:**

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

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

ישנם מבחנים שמתחרים עם המבחן הביולוגי:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* + - * 1. **טובת הילד**: אולי טובת הילד היא הידיעה של הילד מיהו אביו שיוכל לנהל איתו קשר? אולם ליפשיץ טוען שלא בהכרח צריך להרחיב. אם הבעל כבר משמש כאבא של הילד ומחובר אליו, לא צריך לאפשר לבדוק, כי אם יגלה שהוא ממזר זה אולי יגרום לו לא לרצות להמשיך איתו את הקשר.
        2. **חוסמים כל דרך להכרה בממזרות**: העליון לא מאפשר לעשות את הבדיקה, גם אם מביאים הוכחות ברורות וחד משמעיות שהבעל של האמא הוא לא האבא.

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

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

## 3. ילד שנולד מתרומת זרע אנונימית לאישה נשואה

הורות פונקציונאלית מתוך הסכמה

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

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

הורות פונקציונאלית במצבים ללא הסכמה

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

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

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

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

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

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

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

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

כוונה – אם זה כי בעלי לא יכול להביא ילדים

אם מחוץ לנישואים – יותר בעיה האישה תנסה להוכיח מחויבות הסכמים.

## 5. ילד שנולד מתרומת ביצית

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

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

מבחינת רגולציה- *פס"ד משה*- זוג לסביות רצו להיות אימהות. **אחת תרמה ביצית ואחת ילדה** ולקחו תרומת זרע אנונימית. מי האמא? החוק לא מאפשר זאת! ברמת הרגולציה המשפט הישראלי לא מאפשר לעשות את זה [לא רוצה 3 הורים].

העליון הסדיר את זה- אם יש הבנה מוקדמת שעושות את זה ביחד והתרומה אנונימית, זה אפשרי ויכירו בשתיהן כאימהות.

## 6. ילד שנולד מפונדקאות

3 סוגי מקרים: רק לבני זוג נשואים.

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

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

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

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

**זוג לסביות**

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

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

מה קורה אם מישהו רוצה לבטל את הצו? היו כמה מקרים של לסביות, שלכל אחת היה ילד משלה ביולוגי, קיבלו צו הורות משותף כל אחת לילד של השנייה**. נפרדו וטענו להפסקת ההכרה בהורות של האחת על הילדים של השנייה**. אושר.

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

## זוג הומואים

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

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

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

הכללים להכרה בהורות – אמא:

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

אולם יש חריגים:

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

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

כללים להכרה בהורות – מיהו האבא?

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

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

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

הומואים:

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