**דיני משפחה/פרופ' קדרי**

**04/03/2012**

**כללים**: אין נוכחות חובה, אם מאחרים יש להיכנס במרוכז בשעה 10:10.

**דרישות הקורס**: תכנית הקורס תוצג בתקשוב, יהיו שישה תרגולים עם עו"ד נעמה כהן ספראי בימי שלישי ב8:00-10:00. מעבר לחמרי התרגול, ישנם נושאים ללימוד עצמי המחייבים למבחן.

**בחנים**: 5 מתוך 6. הניקוד בבחנים נע מ0-2. אפשרות לרכוש 10 נקודות לציון הסופי.

**עבודה**: תעסוק בנושא הסמכויות, תינתן לאחר פסח. הציון של העבודה הוא 10 נק'.

**בחינה סופית:** 80% , יש דרישה לעבור את המבחן על מנת לעבור את הקורס כולו.

**מסע אל תום האלף/ א.ב יהושוע**

העלילה מתרחשת על סיפה של שנת האלף, המילניות השני לפני קצת יותר מ1000 שנים. תיאור של סיפור מסע, מסע לא שגרתי, מסע של יהודים מהמזרח (צפון אפריקה) אל עבר יהודים מהמערב (מדינות אשכנז) והמסע מתרחש סביב נסיון להחיות מחדש, לא לפרק, שותפות עסקית. הגיבור המרכזי של השותפות , למעשה של הספר כולו, הוא אבולעפיה- בחור צעיר סביב גיל ה30 לחיו שהיה נשוי בעבר. רעייתו כנראה התאבדה בנסיבות לא ברורות, יש לו ילדה מוגבלת. אובלעפיה הוא איש נמרץ וסוחר מעולה, יחד עם דודו בן עטר, הקימו שותפות עם מוסלמי שלישי להבאת והולכת סחורות מהמזרח למערב ולהיפך. במסגרת השותפות אבולעפיה הוא זה שבעצם נמצא כל העת במסעו והוא זה שמגיע למדינות אשכנז, מוכר את הסחורה ומביא חדשה ומחלק את הרווחים בינו לבין בן עטר והשותף המוסלמי השלישי. באחת ממסעותיו פוגש את מרת אסתר מינה, אלמנה צעירה, השניים מתאהבים ומחליטים להנשא. באחד המפגשים אבולעפיה מספר למרת אסתר מינה על משפחתו, על דודו ועל השותפות. "וכאשר בשתף לעגו ובפי תומו הזכיר את האישה השנייה .. חש איך נעצרת נשימתו של אסתר מינה, אישה שנייה?..."

**במוקד המפגש בין המזרח למערב, ובמערכת היחסים המתגבשת, המתהווה בין אבולעפיה למרת אסתר מינה מתעורר מתח קשה סביב השאלה של ביגמיה, ריבוי נשים.**

אסתר מינה אומרת לו שאם הוא רוצה להנשא עמה הוא חייב להפרד מבן עטר כי היא לא יכולה להיות נשואה לאדם הנמצא לקשר משפחתי'/שותפות כלכלית עם אדם הנשוי לשתי נשים. אבולעפיה מבטיח לה שכך אכן יהיה. \*להשלים\*

המפגש של אבולעפיה עם אחיה של אסתר מינא- לוינס: העלילה נרקמת סביב אותה תקופה שהתקין רבנו גרשום מאור הגולה את החרם הכפול: חרם האוסר גירוש אישה בניגוד לרצונה וחרם האוסר לשאת אישה בניגוד לרצונה.

יש סוג של נישואים על תנאי, התנאי הוא שאובלע פיה מפרק את השותפות עם בן עטר. הם אכן נישאים אבל אובלעפיה לא מסוגל לשלוח אגרת לבן עטר ולהגיד לו שהם לא שותפים יותר, הוא חייב לפגוש אותו פנים מול פנים, בן עטר לא מקבל את הדבר, מבקש לערוך מסע עם הרב האנדלוסי וגם עם שתי נשותיו. בן עטר בא לשנות את רועה הגזרה, ע"י כך שיציג את משפחתו, את הוא עצמו- מטרתו ברורה. מתברר מהר מאוד שזאת לא המתודה שבא מבקש להשיג את מטרתו. בן עטר מבקש לתבוע דין שמיים, הסיפור משנה את האופי שלו ומסיפור של מסע הופך להיות יספור שבמרכזו עומד סוג של הליך משפטי. לקראת ההליך המשפטי כל הצדדים מתכוננים.

מקימים בית דין, ולא ברור איזה בית דין זה. כאן מתחברים לרב אלבז מסביליה שמלווה את בן עטר, הרב שואל מי יהיו הדיינים, על פי מה נבחרו? נכנסים לשאלה הגדולה- **מהות בית הדין.** הרב אלבז משחרר אמירה שכל עדת יהודים יכולהל היות עדה שופטת ומצילה (ספר שמות "אחרי רבים להטות") אסתר מינה אומרת :"כולן, באמת כולן, גם הנשים?" הרב אלבז אומר שגם הנשים נבראו בצלם. מחליפים את שלושת סופרי הסת"ם שנבחרו לשופטים ובוחרים שלושה חדשים מהקהל שהתקבץ. שולפים קבוצה של נשים וגברים הדיוטות.

הפסקה המצוטטת ביותר בספר, מטיעוניו של הרב אלבז (הדרום מדבר) "כי האישה השנייה לעולם היא קיימת ואם לא במציאות קיימת בדמיון ולפיכך שום תקנת חכמים לא תבטל אותה, בדמיונו של הגבר היא יפה וכנועה והאישה הראשונה לא יכולה להגיע לרום מעלתה של הדמיונית, ולא תוכל לנצחה.."

**בית הדין הכריעה לטובת הדרום, השותפות צריכה להמשיך, אין מקום לחרם.**

אסתר מינה מבקשת מאבולעפיה לגרש אותה, לפי דין בבל זו עילת גירושים מיידית ויכולים לכוף אותה לגרשה. מציע לחבורה ללכת ולקיים מעין דיון מחודש בעצם התביעה של הדרום מול הצפון ולעשות את זה במגרש הביתי של אסתר מינה ולוינס, באשכנז, עיירת וורמייזה שלא חסרים בה תלמידי חכמים. העלילה מתרחשת לקראת עשרת ימי תשובה בין ראש השנה לכיפור, תיאור בו א.ב יהושוע נסמך על כתבים היסטורים. מתאשר את בית הכנסת של הנשים בו אסתר מינה אומרת סליחות כל בוקר.

הדיין היחיד בוורמייזה מכריע לצד הצפון, אשכנז, תקנת רבנו גרשום מאור הגולה. התקנה חלה לגבי כולם, כך שהדרום הפסיד והם מתחילים את המסע הבייתה. במהלך המסע האישה השנייה חולה במחלה קשה וביום כיפור היא מתה. בסצינת הסיום פוגשים את בן עטר בחזרה לצפון אפריקה, צער עמוק תוקף אותו כי מבין שהשותפות המתחדשת לא תחזיר לו את מה שאבד.

מדוע בחרה פרופ' הלפרין קדרי לפתוח ב"מסע אל תום האלף"?

מתחברים לפלורליזם: תפיסות שונות של משחפחה, זוגיות. מה שעולה בצורה חזקה מהדרמה זה שהתפיסות קשורות ל**תרבות.** המשפחה היא מוסד תרבותי בראש ובראשנה, היא מקבל לבוש דתי ומשפטי בהמשך. מה שמתחדד בצורה ברורה זה שלמרות שמדובר ביהודים גם במזרח וגם במערב\ ושמדובר ביהדות רבנית ממוסדת ולכאורה מונוליתית, אך היא כ"כ שונה בין מזרח למערב, צפון ודרום והשוני הוא התוצר התרבותי.

ישנם אלמנטים נוספים:

1. מיהות בית דין- נעסוק בשאלה מיהם בתי הדין? מיהו בית הידן הפורמאלי בעל הסמכות המדינתית במדינת ישראל להכריע בגוך המשפטי המהותי ביותר בחייים של כל אחד מאיתנו.
2. מי הדיינים?
3. מקומן של הנשים- בסיפור זה מובא בצורה חדה, למה שנשים לא תהינה דייניות, הרי הן גם נבראו בצלם.
4. גירושין- אסתר מינה אישה חזקה ואסרטיבית, אך כדי להשתחרר מקשר הנישואים היא זקוקה שהוא יגרש אותה, כל שיכולה זה להכריז על עצמה כמורדת, אך זקוקה להסכמתו שיגרש אותה.
5. מעמד האישה.
6. דין מורדת.
7. התנגשות דינים- הציר המשפטי המרכזי הוא אותה תקנה חדשה (רבנו גרשום) עולה שאלה כיצד יוצרים נורמות משפטיות בשיטתנו היום ואיך יוצרים נורמות בדין הדתי.

לדעת **פרופ' קדרי** הספר נותן כניעה מעט שונה לתחום הכ"כ סבוך,קשה ומסוכסך של דיני המשפחה בישראל. כיום אנחנו נמצאים הרבה אחרי תפיסה נאיבית של המשפט הרואה אותו כאמת אבסולוטית, לדעתה יש חשיבות להבין מה המטען שכל אחד מביא איתו לתחום עיסוקו. **פרופ' קדרי** מגיעה לתחום של עולם המשחה בין היתר מתוך פרספקטיבה של ביקורת פמיניסטית של המשפט, דיני המשפט הוא התחום המזמין ביותר של הביקורת.

הביקורת הפמיניסטית כמו כל תחום ביקורתי אחר, מתייחס למה שנמצא לא כמובן מאליו. לא מקבל את הנתון והדברים כי כך היו מאז ומעולם אלא שואל שאלות וקורא תיגר על מהציאות מסביבינו. בין אם מדובר במערכת דתית, עולם הכלכלה, מערכת הרווחה או תחום משפטי כזה/אחר. הביקורת הפמיניסטית מחפשת את מקומן של הנשים, קולן של הנשים, ההשפעה של כל נורמה משפטית על הנושא של מעמד האישה או בשפה רדיקלית- יחסי הכח בין גברים לנשים בחברה נתונה, בתקופה נתונה, במציאות חברתית מסויימת.

**פרופ' קדרי** באה מתוך העולם הדתי ורואה עצמה חלק ממנו ומחוייבת הלכתית, השקפת עולמה והסוציאליזציה שעברה מאפשרת לה לעשות את ההבחנה מבפנים ולא רק מבחוץ. תדגים באמצעות עולם תוכן אחר שנמצאת בו: **פרופ' קדרי** מכהנת בוועדה באו"ם נגד אפליית נשים. אחד העדנים המשמעותיים ביותר לעבודת האו"ם הוא קידום זכויות אדם בעולם. היום זה נמצא תחת נציגות זכויות אדם באו"ם. לצד האורגנים הפוליטים לאו"ם יש אורגנים מקצועיים, הפועלים לפי אמנות זכויות אדם, לכל אחת מהן מוקם גוף מקצועי המפקח על יישום הזכויות. אחת האמנות היא האמנה לביאור אפלית זכויות נשים, חתומות עליה 78 מדינות, אישור כמעט אוניברסאלי.

האמנה מפרטת את כל המחויבויות ברמה הבינלאומית שמדינה חייבת לקיים למען ביאור אפליה נגד נשים, מכסה את כל תחומי החיים, החל מחינוך ביאור אלימות, השתתפות בעולם העבודה, שוויון זכויות מלא, כולל בתחומי דיני המשפחה. כל מדינה המצטרפת לאמנה חייבת לדאוג לעשות מה שצריך על מנת להגיע לשוויון בין המינים. על מנת לבדוק שזה מתקיים בפועל ישנה וועדה של 23 חברים, המועמדים מייצגים מומחיות ומקצוענות, מקבלים דוחות מהמדינות, המחוייבות הפורמאלית היחידה שאותה ניתן לבדוק זה החובה לדווח על מה עשינו במדינה שלנו כדי להראות שאנחנו מקיימים את המחויבויות מטעם האמנה.

איך זה שישראל חתמה על האמנה אם ארה"ב לא חתמה, ואיך ישראל חתמה כשדיני המשפחה עומדת בניגוד לאמנה?

ישראל חתמה אך הסתייגה. מכשיר שנקרא הסתייגויות הוא מורכב, ברגע שמדינה מסתייגת לפי אמנת האמנות –אמנת וינה, היא מראש מצהירה שלא מוטלת על עצמה את ההתחייבות באותו סעיף. זה מה שישראל אמרה בהקשר של דיני משפחה וכן בעניין של שוויון בחיים הציבורים (נשים לא יכולות לשפוט בתי דין רבניים). מערך ההסתייגויות אומר שיש דברים שלא ניתן להסתייג מהם.

**שני הצירים של קורס דיני המשפחה בישראל**

**חברה ומשפט:**

1. **המשפחה כמוסד חברתי ומשפטי**
2. **מהות המשפחה- פרטי/ציבורי**
3. **גבולות האוטונומיה**
4. **מי המוסד הראוי לעצב/לתבנת את המשפחה**
5. **שאלות של שוויון מגדרי.**

**דת ומדינה:**

1. **הביטוי הברור ביותר של היעדר הפרדה בין דת למדינה, לב הסכסוך.**
2. **משפט ופוליטיקה**
3. **ביד"ר מול בג"צ.**

**ועדת שניט**- הוקמה לברר האם יש להמשיך עם חזקת הגיל הרך (ס' 25 לחוק האסופטרופות") המלצות הוועדה היו לבטל את חזקת הגיל הרך וקביעת סדרה של פרמטרים להתחקות אחר טובת הילד.

**שני הצירים:** כל ההקשרים של מוסד המשפחה, הכרעות בסכסוכים משפטיים –כולם היבטים של חברה. לקיחת מצבים קשים שאדם יכול לפגוש בימי חיו, ולנסות לתבנת אותם, לקבל בכללים משפטיים ברורים, מוצקים, יציבים וזה כמעט בלתי אפשרי.

בתוך החלק של חברה ומשפט מתעוררות שאלות מרתקות, נדבר על השיוניים שהתרחשו במוסד המשפחה (אבא-אמא-ילד-ילדה) מבנים שכולנו יודעים שהם מתערערים, כולנו יודעים לדבר על המשפחה החדשה ומבנים אלטרנטיבים של משפחות אחרות. מה שנתפס בעיננו כמבנה אבסולוטי ומוחלט שהיה כך , התגבש סביב המהפכה התעשייתית ולא הרבה קודם לכן. נבחן את ההשפעות, גבולות האוטונומיה של המשפחה והשאלה מי ראוי לעצב את המשפחה, אלו נושאים שנפגשים איתם בהרבה תחומים. התחום של דיני משפחה הוא המובהק ביותר המרכז לתוכו את השאלות, האם החברה צריכה לקבל את ההחלטות באמצעות באי כוחה (כנסת, מחוקק) או האם זה בית המשפט? בישראל יש שאלות הרבה יותר מקדמיות שמביאות אותנו לציר השני- **דת ומדינה.**

**בישראל דיני המשפחה הם לב ליבם של הסכסוך בין הדת למדינה. אין שום תחום משפטי אחר המבטא את המתח בצורה כ"כ ברורה. על המקור למתח נדבר בתחילת השיעור הבא.**

לשיעור הבא יש לקרוא את פריט קריאה 1. **פסקי הדין לקריאה כללית, אין צורך להיכנס לפרטים, כנ"ל לגבי פריט מס' 2- גם שם פסקי הדין הם לקריאה כללית בלבד.**

11/3/12

תכנית הקורס:

**טור ימין במצגת: הרצאות, שמאל: לימודי תרגול.**

בוחן ראשון: **הכריכה.**

ביד"ר **– ביה"ד הרבני.** ביהמ"שפ **– ביהמ"ש למשפחה.**

סמכות נכרכת**: סמכות נכפית על בעלי הדין, והמסגרת: נושא הכרוך מעצם טיבו וטבעון. האם הדבר מנוגד לזכויות הילד? ומה לגבי הסמכות הנמשכת? – בהמשך.**

חזרה להרצאה:

**שני צירים מרכזיים לדיוננו:**

1. **דיני משפחה כפונקציה של איזון הדדי בין חברה ומשפט.**
2. **דיני משפחה בישראל כפונקציה של מע יחסים מורכבת בין דת ומדינה.**

דת ומדינה:

**כל נושא הסמכויות, הפרטים הטכניים הנלווים אליהם, במידה רבה הם ביטויים להיבט הדת והמדינה. תחת נושא זה נשוחח על משפט ופוליטיקה, במובנה המדיני, כוח מפלגתי, ייצוג אינטרסים של מגדרים ע"י מפלגות וגם פוליטיקה רחבה: יחסי כוח בחברה, מאבקי כוח בין קבוצות חברתיות שונות, כולל תפיסה המייחסת גם לסוכנים המשפטיים (ביד"ר, ביהמ"שפ, בג"צ) תפקיד פוליטי – התפיסה רואה בהם שחקנים פוליטיים במובן הרחב של המילה- חלוקת כוח בחברה. הביקורת העיקרית של** קדרי**: כלפי כלל המערכת, ביד"ר, ביהמ"שפ, וכו'-** מע' בלתי אפשרית לטענתה, **ומכאן הפסיקות הסותרות- המע' עוסקת בתחום הרגיש ביותר ,המערב מע' יחסים אינטימית ביותר של האדם, הזוגית, ההורית- המע' המגדירות את הזהות העצמית של האדם, והטיפול הוא במשברים ביחסים אלו, כשהמערכת מתפרקת. אם כן, התחום המטפל בנושא זה, בישראל – מופקד אצל שתי מערכות, שהן מנוגדות זו לזו, קוטביות בטירוף: דתית מכאן, שמאיישיה, יוצקי התוכן הקונקרטי של הנורמות המרכיבות אותה, נמנים על הפלג השמרני ביותר בחברה הישראלית- הביד"ר. ומאידך: מע' אזרחית טהורה- ביהמ"שפ. התפיסות הבסיסיות עליהן נשענות שתי מע' אלו מנוגדות לחלוטין.** הדתית**: רואה זוגיות כמערכת שיש לשמר כמעט בכל מחיר, הפרטים כמועדים לשרת את הפונקציה של המשפחה, והמשפחה כנועדה לשרת את הקהילה/חברה, המשך קיום העם על קדושתו, ומכאן כל התפיסות המחייבות קשר של קידושין כדמו"י.** המע' האזרחית**: הפרט במרכז, עבורו יש להגיע לתוצאות רצויות בסכסוך. כללים והשלכות העשויים להיגזר מקוטביות זו- בהמשך. אם כן, ניגוד מלא (ערכי, אידיאולוגי), ולצדו: מלחמה. מלחמה על סמכויות, על הגזרה, גבולות, ולרוב היא אכזרית בה לא בוחלים באמצעים. המדינה מוסיפה לשמר את המצב הזה, של עירוב מין בשאינו מינו: כלאיים. מע' מפוצלת, מסוכסכת. מלחמה זו , עויינות זו הניטשת בין הצדדים לסכסוך ולא רק ביניהם, אלא בין שתי המע' הדתית והאזרחית, כל אימת שיש רק תחילה של סכסוך בין הני הזוג, המצב המשפטי מיד שולח אותם לתפוס את הסמכות, כך שהמלחמה המשפטית ביניהם מתחילה מיידית.** קדרי**: גוזר מלחמה קשה, ומבטל אפשרות לפשרה, פחות אדברסרית. בהמשך: דרכים לעקוף את המלחמה המיידית הזו. דוג':במע' הדתית, האפליה הנשית היא אינהרנטית, והאזרחית מנסה לתקן זאת.**

עקרון הדין האישי והפיצול:

**המאפיין הבסיסי ביותר של דיני המשפחה בישראל- הם מפוצלים, אין דין אחיד למשפחה.** דוג': **שאלה המבוססת על זוג שנישא ב-2000, נולדו שני ילדים, האישה עבדה ברבע משרה וגידלה ילדים, הגבר- פיתח קריירה כרופא. הילדים בני 10,5 וכעת רוצים להתגרש. מה הייעוץ המשפטי הנכון שיש לתת להם?** הנתון החסר בישראל:  **זה תלוי אם הם יהודים? שניהם נמנים על אותה דת? זוג מעורב? ההשתייכות הדתית היא הקריטית כאן. לכן אין תשובה אבסולוטית ויש תלות בשיוך הדתי של בעלי הדין.**

הפרמטרים לפיהם נסווג כל סכסוך ע"מ לדעת איזה דין יחול, איזו ערכאה תדון? **הפיצול בישראל הוא גם בדין, וגם בדיין – המע' בלתי אפשרי כי המדינה העמידה שתי מלכויות: דתית (דין דתי, ביה"ד הדתי) ואזרחית (דין אזרחי, ביהמ"ש אזרחי) – ארבעה גורמים שונים שיכולים להיות רלוונטים לכל סכסוך שפחתי. המשימה הראשונה: למקם את הסכסוך- מה המקום הגיאומטרי הנכון של הסכסוך הנתון. איך יימצא המקום ?**

הזיקה האישית והזיקה העניינית:

1. זיקה אישית: **השאלה של ההשתייכות הדתית- לאיזו דת שייכים בעלי הדין הללו: יהודים, מוסלמים, דרוזים? נוצרים (איזו כנסייה)? האם הזוג מעורב? אם כן- זו השאלה הראשונה תחת זיקה אישית.** זיקה מדינתית**: מדובר באזרחי/תושבי ישראל? אם אינם כאלו התשובות שונות. גורם זה (אזרחות , תושבות, הימצאות פיזית בישראל) הם חלק מהזיקה האישית. יצוין כי כשמדובר על פיצול בין דין דתי ואזרחי, גם בדין הדתי יש פיצול בהתאם להשתייכות הדתית של בעה"ד: אם יש נישואין בין מעורבים (אחד יהודי), יתכן והתוצאות של השאלה של תוקף נישואיהם תהיינה שונות לגבי שני בעה"ד: בישראל מתהלכים נשוי הנשוי לרווקה- לפי הדין האישי שלו הנישואים תופסים, ולפי הדין האישי שלה: לא תופסים. איך מתמודדים עם יצורים אלו? המע' מקבלת אפשרות כזו? שיהיה זוג שבתוכו פיצול סטטוס? (סטטוס נשוי מחד, סטטוס רווקה מאידך) – בהמשך.**
2. הזיקה העניינית: **איך מגדירים את השאלה המשפטית שעל הפרק? המונחים באמצעותם אמורים להגדיר את השאלות הללו, הן מונחים השאובים מאותו דבר חקיקה מנדטורי –** דבר המלך ומועצתו**, בעיקר סימן 47,51. מונחי המפתח:** ענייני המעמד האישי **– מה שנכלל תחת מעמד אישי – נישואין, גירושין, אפוטרופסות, מזונות ועוד. מה שמקבל סיווג של** מעמד אישי**, סכסוך שיוגדר כעל מעמד אישי, עקרונית אמור להיות נדון לפי דין דתי. על ענייני מעמד אישי חלים דינים דתיים. על עניינים מעבר למעמד האישי – יחול הדין האזרחי כעקרון.**
3. סיכום: **נמצא מהם הזיקות האישיות, אח"כ מהן הזיקות הענייניות (סיווג הסכסוך), אולם זה לא תמיד יביא לתוצאה אחת, כי שאלת הפיצול בדיין נמדדת גם מכוח** מרוץ הסמכויות**: מי מקדים את מי בהגשת התביעות? יש עניינים ייחודיים- שיכולים להיות נדונים רק בביה"ד הדתי: נישואין וגירושין- שאלה של כושר לנישואין, האם הנישואים תקפים ושאלת הגירושין- נושאים שיידונו רק בביה"ד הדתי. הדין החל עליהם – דין דתי, ליהודים דין תורה.** נושאים אחרים**: יכולים להיות נדונים בשני מע' הדינים והשאלה מתי כאן ומתי כאן, היא שאלה המוכרעת לרוב נוכח הפעולות של בעה"ד עצמם, מרוץ הסמכויות. אם יש נושא שיכול להיות נדון בשני המקומות- אחזקת ילדים למשל, לפי איזה דין ידון ביה"ד הדתי ואיזה דין יידון בביהמ"שפ ?** חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות- **חוק טריטוריאלי – יעני שקובע בתוכו שתחולתו היא גם על ביה"ד הדתי. כך שגם ביה"ד הדתי אמור לפסוק לפיו, וכמובן ביהמ"שפ.** מזונות**: שאלה שיכולה להתדיין בשתי המערכות ( מרוץ הסמכויות, כריכה תקבע): לפי איזה דין ידונו? התשובה תתחיל: האם מדובר בעניין מעמד אישי? כן.** גם האזרחי וגם הדתי אמורים לפסוק לפי הדין הדתי: **התוצאה לכאורה צריכה להיות זהה. בפועל: התוצאה לא זהה. לכן החשיבות היא לאיזו ערכאה הדיון יגיע. לא אמורה להיות נפקות: גם הדתי חייב לדון עפ"י דין אזרחי כשיש חוק טריטוריאלי, ואילו ביהמ"שפ אמור לדון לפי דין דתי כשמדובר במעמד אישי.** שאלה טכנית**: אם מתעוררת שאלת מזונות בין בני זוג, ויש מצב מורכב מבחינה הלכתית, איך ביהמ"שפ יידע מהו הדין הדתי? עדים מומחים יגיעו רק כשמדובר בנישואין לפי דין זר, לכן זו לא התשובה כאן. השופטים אמורים להיות בעלי יכולת ליישם את הדין. וההיפך: דייני ביד"ר צריכים לפסוק בחלוקת רכוש, גם אם מורכב מדירות, רכבים, ני"ע , מוניטין עסקי ועוד. מבלי להתייחס לשאלת צדק: האם "מגיע" לאישה חלק בנכס של בעלה, השאלה: איזו יכולת יש לביד"ר להתמודד עם נושאים כלכליים? ושאר שאלות הדין האזרחי? מעשית – יש כאן קושי. מצפים ממע' אזרחית לפסוק לפי דין דתי (הלכה יהודית, שרעית, נוצרית וכו', קרי להתמודד עם תפיסות דתיות סוניות, שיעיות וכו'), ולהיפך לגבי הביד"ר.**

עקרון הדין האישי:  **עניינים משפטיים בתחום דיני המשפחה נשלטים ע"י דין דתי, כל עוד הם מסווגים כענייני מעמד האישי, ובתנאי שאינם נשלטים ע"י חוק טריטוריאלי ( כוונה לחוק אזרחי שמפורשות קובע שחל בערכאות דתיות ואזרחיות כאחד).**

מהיכן זה הגיע?  **מורשת פוסט קולוניאלית- היכן בעולם יש מצב כזה של ריבוי שיטות משפט? ובאילו תחומים קיימת תופעה כזו?** בכל ארצות המזה"ת, אפריקה, המזרח הרחוק, מדינות הפסיפיק**. מה משותף להן- פוסט קולוניאליזם, כולם מקומות שנשלטו בעבר ע"י המערב, והאחרון מצד אחד הביא עימו את הדינים שלו, ומאידך החילם רק על המערביים, על הקולוניאליסטיים: הבריטים ששלטו בהודו, או הצרפתים ששלטו במרוקו/אלג'יר, ואילו האוכלוסיות המקומיות: נותרו דיני הילידים על כנם, בלי לנסות לשנותם. המכנה המשותף: מצב בו ביחידה טריטוריאלית אחת מאפשרים לאזרחים/תושבים להישלט ע"י דינים שונים בהתאם להשתייכות האישית שלהם, כשההגדרה של השתייכות זו יכולה להשתנות: נקבעת ע"י הדת, ע"י השבט (אפריקה). השאלה:** למה זה רק בתחום המעמד האישי? **גם זה אלמנט משותף למדינות קולוניאליות- בתק' הקולוניאליזם ריבוי שיטות המשפט חלש על כל התחומים: פלילי, חוזים , נזיקין- אנשים היו כפופים לדינים שונים בהתאם לזיקות אישיות משתנות. כיום, מה קורה בכל אותן מדינות? מכל הריבוי הזה, התחום היחיד שנותר נתון לשיטת ריבוי שיטות משפט:** דיני המשפחה, ענייני המעמד האישי. **בחלקם זה כולל גם ירושה (מדינות מוסלמיות). בישראל: יש חוק טריטוריאלי (חוק הירושה, 1965). אולם בנושאים מסחריים, פלילי, נזיקין: הדין האזרחי קובע במדינות אלו. כיום המדינות מתמודדות עם המורשת הפוסט קולוניאליסטית : מחד מעוניינים לשמר ריבוי שיטות ע"מ לשמור על זהות, ומאידך: מדינות מבטלות מחיצות, והנהגת מע' אזרחית אחת לכל.**

דת, פוליטיקה ומגדר: **מכל מורשת ריבוי שיטות המשפט, הנושא הנותר נתון לריבוי זה בכל אותן מדינות כאמור: דיני המשפחה, ענייני המעמד האישי. המשותף לו: נושא רגיש, אינטימי ומגדיר את החברה, את הזהות הלאומית חברתית, גבולות הלאום ובהקשר ישראלי על אחת כמה וכמה (בהמשך), באמצעות נושא זה נשמרת הפטריארכיה: מאזן הכוחות המקנה לגברים כוח על הנשים בחברה. תחום דיני המשפחה הוא התחום המובהק באמצעותו נשמר סדר חברתי של חלוקת כוח לא מאוזנת בחברה בין גברים ונשים.**

* למה נשמר ההסדר העות'מאני**? הרי לפני הבריטים (שם היינו רק מנדט), אכן היינו קולוניה עות'מנית: הם קבעו דין שרעי לגבי כל נתיניהם למעט אלו שתפסו אותם כבעלי שיטה משפטית עצמאית לניהול אותם תחומים שראוי שיישלטו ע"י הדין הדתי האחר: דיני המשפחה/מעמד אישי (כולל ירושה, הקדשים דתיים, יעני מקומות המשמשים לפולחן, דת, כספים לשימוש הפולחן הדתי), קרי העניקו אוטונומיה משפטית למי שתפסו כיחידות דתיות נפרדות: שיטת המילאת. כך היהודים קיבלו אוטונומיה בתחום המעמד האישי. כשהבריטים קיבלו את המנדט: העיקרון שהנחה אותם היה שימור המצב הקיים, לא רק ע"מ לא לזעזע, אלא גם כדי לייצר סטטוס קוו דתי: איזון בין הערבים והיהודים – אם אלו נשלטים ע"י הדינים שלהם מכוח המילאת, גם אלו יישלטו ע"י דיניהם.** התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בא"י (1919)- **נאבקו על זכות בחירה בא"י: החל מהאסיפה המכוננת הראשונה, דרך בחירות שלא התקיימו עקב סירוב הדתיים לתת זכות בחירה לנשים, ועד 1925: שנקבע כי יש להן זכות בחירה ביישות המדינית שהיום היא ישראל.** על מה עוד נאבקו ונכשלו?  **שתהיה אפשרות נישואים אזרחיים, אי מתן סמכות ייחודית לביד"ר בתחום נישואין וגירושין, הופעת נשים בפני ביד"ר וכו'. למה נכשלו: ההסדר העות'מני היה חייב להישמר בגלל המנדט הבריטי.** אחרי השלטון הבריטי: **15/4/48 –** פק' סדרי השלטון והמשפט: **מה שהיה ערב הקמת המדינה, הוא שיהיה מעתה ע"מ למנוע וואקום משפטי. משמע: כל ההסדר שהעניק לביד"ר סמכויות ייחודיות בתחום נישואין/גירושין, מקבילות במעמד אישי- כל זה נשמר מאז, ובהדרגה הפך להיות סלע מחלוקת דתי-מדינתי. לב הסכסוך בין הדת והמדינה, מחלוקת פוליטית וכאשר נחקק חוק שיפוט בתי דין רבניים (1953), הוא נחקק ללא קונצנזוס, ומכתבי בן גוריון רואים שמבחינתו החוק הוא על תנאי, שביד"ר יפעילו אותו באופן שוויוני, ולפי נורמות שוויון בין נשים וגברים, והוא כותב: הדתיים הפרו את התנאי. החוק הרחיב את סמכויות ביד"ר, בכמה דרכים, והמשמעותית בהם : הוא חוקק את אפשרות** הסמכות הנכרכת, **ומחיל את סמכות ביד"ר על בעלי דין שאינם אזרחי ישראל. זו הרחבה ניכרת, וחלק מהמחלוקת הפוליטית הקשה בין דתיים (חרדים, לאומיים) ובין תנועת העבודה.** קדרי: **זה לא רק כפייה דתית (החוק הזה), למרות שמוצג ככזה.**

ש.ב: פריט מס' 2 (קריאה כללית).

תרגול – 13/3/12

**כללית: הדינים כוללים את כל הקשור למשפחה: סעיף ההגדרות של חוק ביהמ"שפ מכלילי: אחים, הורים וילידים ושאר קירבות שאולי קלאסית לא נכללים: הורי האישה רוצים לתבוע את הבעל על החזר הלוואה? יוכלו לגשת לביהמ"שפ ולהוכיח את ההלוואה ולדרוש פיצוי. סכסוכי אחים (על משקים למשל) נכללים בדינים, והחריג: סכסוך עסקי גרידא , גם בין בני המשפחה: יוצא מביהמ"שפ. המחוקק הבין: סכסוך משפחתי הוא מעבר לסכסוך הענייני, מעורבים רגשות וכו'. אימוץ נכנס, ירושות גם כן. סיכום: הרבה סמכויות לביהמ"שפ.**

העניין המורכב: **שתי מערכות דין, שיפוט: מע' שיפוט אזרחית/דתית, מע' דין אזרחית/דתית.**

**הכפילות מתבטאת בכך שיש שני שלבי בדיקה: יתכן ומע' שיפוט אזרחית תהיה מחויבת לדון לפי דין דתי:** דיני מזונות-**חל הדין האישי (דתי)- לכן גם אם התביעה הוגשה בביהמ"שפ, יידון הדין הדתי, כי חל על זה הדין האישי, משמע: אם בדין העברי כתוב שכל המזונות יחולו על האב, זו התוצאה, בלי נפקות להכנסות הצדדים.** וההיפך: **המע' שיפוט הדתית צריכה לדון לפי דין אזרחי:** דוג' **תביעה רכושית: לפי הלכת בבלי, ביה"ד הרבני חייב לדון לפי מע' הדין האזרחית (הלכת השיתוף וכו': הדירה, הפנסיה וכו'), למרות שהדין העברי אומר אחרת. סיכום: שתי שאלות: מע' השיפוט, ואח"כ הדין.**

התוצאה: **ביה"ד הרבני, למרות הכל, לא זהה בפסיקותיו לביהמ"שפ, קרי התיאוריה כושלת במציאות:** מוניטין**: ביד"ר לא מכיר במושג מוניטין, לא יחלקו מוניטין בין בני הזוג למרות הלכת השיתוף. משמע: התיאוריה , לפיה מע' השיפוט מחויבת במע' דין דתי/אזרחי לפי בבלי/חוק טריטוריאלי לא בהכרח מיושמת במציאות.** התוצאה: **מירוץ סמכויות.**

עקרון הדין האישי: **ירושה משיטת המשפט המנדטורית. אנו חולקים את העיקרון יחד עם הודו, פקיסטן, פיליפינים, משמע: הרוב לא עוסקים בשיוך הדתי של הצדדים, אלא הדין הכללי קובע. בישראל: השיוך הדתי מכריע, לכן דין נוצרי ויהודי שונים.** הפיצולים:

* פיצול בדין האישי בין עדות: מע' דינים נפרדת- נוצרי, יהודי.
* פיצול בין הדין הדתי והאזרחי: **עניינים משפטיים נשלטים בידי הדין הדתי כל עוד מסווגים בענייני מעמד אישי.**
* פיצול בין ביה"ד השונים: **מע' שיפוט שונות- נוצרי, יהודי.**

ניתוח אירוע:

**מי הערכאה המוסמכת? מתי נלך לביד"ר? ביהמ"שפ:**

1. **סמכות** בלעדית(ייחודית) **לביד"ר: מתי רק הביד"ר מוסמך לדון?**
   1. סעיף 1 לחוק שיפוט ביד"ר**, 1953- קובע שלביד"ר סמכות ייחודית בענייני נישואין/גירושין להוציא תביעות כספיות בין הצדדים. משמע: אדם יהודי מתחתן רק דרך ביד"ר, וכך גם ע"מ להתגרש. ביהמ"שפ לא מתערב בגט, וכל הסכם הנדון לא יידון בפניו, בגלל היעדר סמכות.** סמכות בלעדית לביהמ"שפ- שיורית: **מה שלא בלעדי לביד"ר: אימוצים, ירושות, וכו'- כל מה שלא נכרך בביד"ר.**
   2. סעיף 3: עניינים שנכרכו כדין:  **עניינים שנכרכו בתביעת גירושין, נכנסים לסמכות ייחודית.** דוג': **תביעת הבעל לגירושין וכורך אליה חינוך ילדים. הביד"ר ידון בחינוך בסמכות ייחודית. מה ניתן לכרוך? אם הבעל יכרוך רכוש?**
2. **סמכות** מקבילה**:** תביעה למזונות אישה: **יכולה להגיש לשני בתיה"ד: ביד"ר, ביהמ"שפ. (מזונות אישה משולמים כל עוד הצדדים נשואים, וברגע הגירושין אין מזונות אישה, משמע תביעה למזונות אישה מתמרץ את הבעל להגיש תביעת גירושין). למה אישה תעדיף ביד"ר? אם האישה לא רוצה גט אלא מדור ספציפי (חלק ממזונות האישה: הזכות לגור בבית שבו הזוג גר, סעד שניתן רק בביד"ר).חשוב: אם הבעל כרך מזונות בביד"ר, האישה תענה רק בביד"ר כי הוא ניצח במרוץ, לכן לא עוזר לה שזו סמכות מקבילה, והיא "תקועה" עם הביד"ר.** מזונות קטינים: **סמכות מקבילה גם כן, אבל** סעיף 9 לחוק: **מזונות קטינים יהיו רק בהסכמה: שני הצדדים צריכים להסכים על הערכאה** הרבנית**. קרי, האישה יכולה לסרב לכריכת הבעל בביד"ר של עניין זה, ולהגיש את הנושא בביהמ"שפ, והעניין יידון בביהמ"שפ.**

מרוץ הסמכויות: **כל אחד מהצדדים רץ ראשון לערכאה המועדפת עליו, ע"מ לקבוע היכן העניין יידון.**

נושאים לניתוח:

* מזונות קטינים: סמכות מקבילה **נדרשת הסכמה לביד"ר, ואם הולכים לביהמ"שפ: עדיין ידונו לפי** הדין האישי **(דתי).**
* מזונות אישה: **סמכות מקבילה, הדין אישי (דתי). חריג: אם הבעל כרך- יידון ברבני.**
* משמורת: **סמכות** מקבילה **(תלוי מי ניצח),** הדין שיחול**: אזרחי. לפי טובת הילד, גם ביהמ"שפ, וגם ביד"ר. (חריג: חזקת דין אישי- עד גיל 6 הילד אצל האם, ומקרים כמו אישה מתפקרת, והדיון בביד"ר- כנראה תאבד משמורת).**
* רכוש: **סמכות אזרחית בגדול,** מעין מקבילה**: אם יש כריכה לביד"ר הסמכות (חריג: לא ניתן להגיש תביעה רכושית בפני עצמה, לכן הנושא אינו בסמכות מקבילה, כי לא מופיעה בפני עצמו בחוק שיפוט ביד"ר). הדין שיחול:** אזרחי  **(בזכות הלכת בבלי: ביד"ר חייב להכיר בחוק יחסי ממון, הלכת שיתוף).**

בירור מע' השיפוט**: אינו בירור תיאורטי, אלא כזה שיירד לשורש העניין, מהותי. בשני מישורים עיקריים:**

* בדיעבד: **כשרוצים לתקוף פס"ד- ניתן לבדוק האן הוא ניתן בערכאה מוסמכת, והאם הדין הנכון הוחל. אם התשובה היא שלילית, ניתן לתקוף. אם ביהמ"שפ נתן מזונות שלא לפי דין אישי- ניתן לתקוף או אם ביד"ר התעלם מהלכת השיתוף (והלכת בבלי), למשל: המרפאה של הבעל שייכת רק לבעל – ניתן לתקוף את זה.**
* לכתחילית: **בעת פתיחת ההליך: לאן כדאי להגיש את התביעה? המקרה הקלאסי: אישה שרוצה מדור ספציפי (לדור בביתם המשותף של הזוג), תפנה לביד"ר כי רק הוא נותן סעד זה. זה למעשה מפרק את השיתוף, ואם האישה לא רוצה גט- תבקש מדור ספציפי (מדור ספציפי: חלק ממזונות אישה, וחל רק בעת נישואין, לכן תתבע את זה אם רוצה גט , ע"מ ללחוץ עליו או לא רוצה גט).**

הסדר נורמטיבי:

**מקורות לא רציפים, לא ניתן להסתמך על חוק אחד, כי אם שורת חוקים, פסיקות, ומכאן חשיבות הכרת התמונה השלמה. עמוד השידרה של ההסדר:** סימן 47 בדבר המלך במועצתו: **קובע עקרון בסיסי: בענייני המעמד האישי יחול הדין האישי. תחילה העניינים הללו כללו המון דברים: ירושה, אפוטרופסות, אימוץ, צוואות וכו'. בתהליך חקיקה הדרגתי, ופסיקה מחקו חלק מעניינים אלו וצומצמו הנושאים עליהם יחול הדין הדתי: ירושות וצוואת הוסדרו ע"י חוק הירושה, שחל גם בביד"ר. ניתן להגיש תביעת עיזבון בביד"ר- אך מותנית בהסכמת הצדדים, ויידון חוק הירושה בלבד (אלא אם הצדדים יסכימו שיחול עליהם הדין הדתי). הפסיקה השלימה את המגמה: צמצום נושאי הדין האישי.** חוק שיווי זכויות האישה: **אמר בהלכת בבלי, שגם ביד"ר יחיל חוק אזרחי כמו הלכת שיתוף.** תו"ל: **עקרון מהדין האזרחי שמחייב ביד"ר.** חוק הגנת הפרטיות, האמנה הבי"ל לזכויות הילד (אקס טריטוריאלי)- **ביד"ר מחויב.** חוק יחסי ממון: **צמצמם את האופציה של ביד"ר לדון לפי ההלכה /דין אישי מאחר והוא מחויב לחוק זה, וקל וחומר התיקון לחוק שהחמיר לכיוון הדין האזרחי.** למרות הצמצום: **ההוראה המקורית נותרה על כנה, בענייני המעמד האישי, והתוצאה: ענייני המעמד האישי בביהמ"שפ, ביד"ר מוסדר עקרונית ע"י דין אישי אלא אם חוק ספציפי מסדיר את הנושא, או אז- ביד"ר, ביהמ"שפ- יחילו דין אזרחי. ענייני מעמד אישי (מ"א) לא מקיפים את כל הנושאים שעשויים לידון בסכסוך. ביהמ"שפ מחילים את הדין האזרחי בסוגיות נלוות אלו. בביד"ר המצב מורכב יותר בעניינים שמעבר למ"א: הם יכולים לפרש דינים שאינם בדין האישי, ככאלו.**

14/3/12

כאמור, הסדרי המעמד האישי נסקרו מימי האימפריה העות'מאנית, המנדט הבריטי שהותיר את המצב על כנו.

למה בכל אחד מהצמתים שהשתנה המשפט ועימו הכוח הפוליטי המסדיר, הסדר הבסיסי של דיני המעמד האישי ושליטת הדין הדתי נשאר ולא השתנה? **בהקשר המעבר מהעות'מאניים לבריטים שוחחנו על התאחדות הנשים העבריות שקראו תיגר והצביעו על הבעייתיות, והאפליה.** קדרי: **לא הברה השתנה בתחום המאבק ההוא, שלא הצליח ממש, כיוון לצד השגת זכות בחירה ב-1925, במאבק מול החרדים ("המזרחי" לשון המאזניים דאז). היישוב הישן (השמרן) מול היישוב החדש (סוציאליסט, מודרני, בעד זכויות נשים).**

המאבק על שינוי עקרון השין האישי ואפשרויות נישואין חלופיות בישראל וצמצום השליטה של הדין הדתי- נכשל. מה שהנחה את המנדט: שמירת איזון, לא לאפשר ללאום אחד מה שלא מתאפשר לאחר, ולשמור על יציבות.

1948 ופק' סדרי השלטון והמשפט: לאחר כמה שנים, 1953- חוק שיפוט ביד"ר, שמרחיב את הסמכות הדתית, בעיקר סעיף 3- הכריכה: הרחבת סמכויות דרמטית. עוד הרחבה: כל יהודי בישראל ייחשב בעל דין, ועוד: סעיף 1: יהודי ישראל, אזרחי המדינה, או תושביה, קרי- אזרחות או תושבות נכנסת לכפיפות לביד"ר (זו הרחבה, כי קודם לן הסמכות הותנתה באזרחות ישראלית). **מדוע ההרחבה?** ב"ג כתב שזה היה בתנאי שהדתיים יעשו שימוש בסמכותם בדרך של שוויון בין המינים ועוד שיקולים סביב חוק השיפוט הזה, ומסכם: הדתיים ניצלו לרעה את הכוח שניתן להם. **להב, טריגר, קמיר** מציעים תזה אחרת: אומרים שהתפיסה המקובלת היא שחוק השיפוט, וכל ענייני המעמד האישי היא חקיקה דתית, וכזו הכואבת ביותר מבחינת פגיעה בזכויות אדם, חקיקה שפוגעת בזכויות בסיסיות: להגדרה עצמית, חופש דת/מדת, ובוודאי חקיקה דתית הכי לא דמוקרטית מכל רעותיה. עוצמת הפגיעה עולה בהרבה למשל מאי יכולת לקנות חמץ בפסח, שהיא חקיקה דתית אחרת. מקובל למור: חקיקה דתית זו היא למעשה כניעה ללחץ הדתיים, ללחץ הפוליטי ולמעשה היא מחיר שהציבור הלא דתי ברובו משלם ע"מ להביא לקיום הסדרים פוליטיים. באים הכותבים הנ"ל, ואומרים: לא כך הדבר, כיוון שהיסטורית, בדיקת מאזן הכוחות הפוליטי סביב חוק השיפוט מראה שאין אילוץ/כניעה לסחטנות, קרי המאזן הפוליטי דאז איפשר למפלגות הלא דתיות להסתדר ולהעביר חקיקה ללא המפלגות הדתיות, קרי אין קשר לסחטנות פוליטית. קרי זו הייתה בחירה רצונית ומודעת של "האבות המייסדים"- קרי מנהיגי מפא"י ידעו היטב מה הם מחוקקים, ואוים בדברי הכנסת מודעות להשלכות הדין הדתי ומעמד האישה, ולמעשה: הם רצו את זה, כי זה שירת גם את אינטרסיהם. תזה זו, ביקורתית וחתרנית, ואף מאשימה: האבות המייסדים לא היו פחות שוביניסטים מהרבנים הדתיים. תפיסת הציונות דאז, עם כל הצורך להקים יישות פוליטית מדינית חדשה, "היהודי החדש" מול היהודי הגלותי, הדמות הזו היא של יהודי גברי, שזקוק לעליונות ע"פ הנשים, בנות זוגו, והוא צריך את העליונות הזו יותר מגברים דתיים, ולמעשה היה מכנה משותף לאינטרס הצדדים, ולכן ההסדר נותר, ואף סמכויות ביד"ר התרחבו. זו תזה אחת, ועל רקע זה יש לשאול כיום: **למה זה נשמר כיום?**  פוליטית זה אמנם לא יכול להשתנות, אך זולת היבט זה, יש עוד טעמים? מה קרה 64 שנה, בשנות ה-90 עם העלייה המקיפה מבריה"מ, אנשים שנפגעו ישירות מהדין האישי הדתי (המון מהם לא יכולים להתחתן כאן), קרי יש כוח אלקטורלי עצום, שינוי מאזן פוליטי בשנות ה-90, קרי הייתה הזדמנות פוליטית, **איך לא היה שינוי**, ואף לא עומד על הפרק בשום קמפיין בחירות. אמנם חוק ברית הזוגיות בא לכאורה לתת מענה לסובלים מפסולות חיתון, אך בפועל הוא רלוונטי למעטים, כי התנאי הוא שיהיו חסרי דת שניהם, קרי ללא שום דת! לכן אין כאן ממש כרסום, אלא פתיחת פתח אולי לפריצת סכר עתידית. קשה לענות על כך. **למה ההסדר נשמר?**

**סיבה מוצעת:** הקונפליקט בין ישראל והפלסטינים. המלחמה המתמדת במרחב בין הלאום היהודי והערבי. אם יש אפשרות יחידה לנישואים דתיים, לא יכולים להיות נישואי תערובת, קרי יהודי עם מוסלמי וכו'. קרי נישואים דתיים בלעדיים, מגינים עלך נישואים בין לאומים. דיני המשפחה מגדירים את גבולות הקולקטיב הלאומי, של היהודים והמוסלמים כאחד. דיני המשפחה הם אלו שיוצרים גדר בלתי עבירה, וזה משרת את האינטרס של היהודים והמוסלמים כאחד, מפלגות דתיות מחד, ומלגות ערביות מאידך: שני הלאומים המסוכסכים, הם בעלי אינטרס משותף לשמירת הגבולות הללו, לאי פריצתם. ישראל- מדינה דמוקרטית, הרואה עצמה שייכת למערב, האם חוק כזה, הקובע שנישואים יתקיימו רק בין שני אנשים הנמנים על אותה דת, ואוסרת נישואי תערובת, האם מדובר בחקיקה מערבית דמוקרטית? הרי חקיקה כזו מוציאה מדינה ממסגרת מדינות דמוקרטיות, כי בהקשר זכויות אדם יש כאן חריגה משמעותית. ישראל לא חוקקה חוק כזה, אלא הותירה על כנו את המצב שהיה קיים 500 שנה, וקובעת בחוק שיפוט ביד"ר שרק נישואים וגירושים יהיו לפי דין תורה, הקצאה לדין הדתי- לא המדינה אומרת שלא יהיו תערובת, אלא הדין תורה , לו הוקצתה הסמכות, אומר זאת. זה משרת את האינטרסים של הצדדים, לכן לא ישתנה, ועוד: המאזן הפוליטי בשנים האחרונות לא מאפשר זאת.

**מבט השוואתי:**

**הודו:** הדין האישי נשמר מתוך רצון לכבד ולשמר את האוטונומיה הקהילתית, וביהמ"ש ימנע להתערב מפאת חוסר שפיטות. משמע: בהודו, למרות ביהמ"ש עליון אקטיביסטי, בעניינים של מעמד אישי הוא נמנע מלהתערב, למרות היות המדינה דמוקרטיה, בעלת חוקה המגדירה שוויון בין המינים. הודו מגדירה זאת כאוטונומיה קהילתית: טיעון הרב תרבותיות, כיבוד תרבות האחר, את אוטונומית המיעוט. לומר שנכון שהתרבות לא עולה בקנה אחד עם תפיסותיי, אך אכבדה ואשמור על קיומה. **קדרי:** יש לשאול- את מי התרבות הזו מייצגת? אם התשובה היא "כך הקהילה רוצה", יש לשאול מיהי הקהילה? מי מדבר בשמה? מי נציגיה שטוענים לשימור הנורמה? הרי עד כה, הדוברים והיוצרים היחידים של הנורמות הללו היו רק הגברים, ולכן כשבאים למיעוט המוסלמי ההודי, באים לגברים שם, אעפ"י שאולי מחצית הקהילה חושבת אחרת (הנשים) וסבורות שהתרבות בעייתית ולא מייצגת אותן? קרי הטיעון אינו רב תרבותי כי הוא סלקטיבי, אקסלוסיבי ומדיר נשים.

**סוריה:** ישיבת איש דת בכיר עם ארגוני נשים לחיקוק חוק משפחה חדש..

**המשך מבוא דת ומדינה**

**מיהות ביה"ד:**

**פרשיות פלונית, כ"ץ, סימה אמיר:** מתח בין תפישות סותרות. מה אם אדם לא מסכים לקבל כפיפות ביד"ר, ואיך ביד"ר תופס את עצמו?

* **פס"ד כ"ץ:** שלושה סכסוכים אזרחיים. סירוב האנשים להתדיין בפני ביד"ר, שהוציא בתגובה "כתב סירוב" שמשמעותו נידוי חברתי וכלכלי. הפס"ד הפך למשמעותי מעבר לעניין כתב הסירוב, כיוון שמכיל סיפורים סותרים – **הש' טל** (דתי- תמיד בסוגיה דתית יישב שופט דתי) מספר סיפור: ביד"ר היה קיים מאז ומעולם, ואלו של היום הם סה"כ ממשיכים את שושלת בתיה"ד מעצם התהוות עם ישראל, אז נוסדו הביד"ר כמבנה בסיסי ויסודי, ומאז ועד היום הוא עימנו. ותפקיד המחוקק האזרחי (דבר המלך, חוק שיפוט ביד"ר) , לא להקים, אלא לתת גושפנקא למי שקיים זה מכבר, קרי הוא היה כבר לפנינו ויהיה אחרינו, ולכן זה לא משנה מה המחוקק האזרחי אומר כי ביד"ר לא תלוי בו. **זמיר ודורנר**: ביד"ר קיים רק מכוח החוק, וסמכותו היא בלעדית למה שהחוק מקנה לו, ולכן הוא כפוף לביקורת בג"צ (הגוף המוסמך לבקר חוקים). **טל:** אין היררכיה, כי יש קיום אמורפי אורגני (ביד"ר) שצמח מחיי הלאום לאורך אלפי שנים, וחקיקה אזרחית בדרך, המנסה לשרטט גבולות, לא שייכות/מפריעה לקיומו העצמאי. ועוד: תוצאה אבסורדית עלולה להתקיים- מסרב לדין תורה שנידויו הותר בבג"צ, הוא יצור לא קיים. קרי, פרקטית: אין מדמעות למעשה בג"צ, כי שותפי התפיסה הדתית הרואים עצמם כפופים לסמכות דין דתי, עבורם- פסיקת בג"צ לא מעלה ולא מורידה (מאוטנר כתב מאמר על הפס"ד: ציטט :" בג"צ כאן לא קובע". אמירה זו מתאימה לסיפור **טל**, ומייתרת את המהלך של בג"צ (דעת הרוב שם), כי מקיימת דו שיח של חירשים: כל דצ מספר סיפור שונה, והסיפורים לא נפגשים). **פס"ד חשוב מאד:** שאלת התפיסה העצמית של ביד"ר.
* **פס"ד סימה אמיר:** פס"ד חשוב מאד. לגבי סמכויות נמשכות . הטיעון הנוסף שעלה ונגדו פרוקצ'ה יצאה חוצץ: **בוררות**- ביד"ר פעל כאן מכוח סמכותו כבורר, קרי גם אם אין לו סמכות לדון בהפרת סעיף השיפוי בחוזה (לפי חוק שיפוט ביד"ר). טענתה: הוא פעל בהקשר זה במסגרת סמכותו כבורר- השאלה הושארה בצריך עיון טרם **סימה אמיר**, ושופטים אקטיביסטים סירבו לפסוק (**פס"ד פלונית למשל:** דן בשאלת הסמכות לדון בגיורי הקטינה- עלתה השאלה: האם ביד"ר פעל במסגרת סמכותו כבורר? והתשובה- צריך עיון). בסימה אמיר ניתן היה לפתור את העתירה בלי להכריע בסמכותו כבורר: הסכם בוררות לא תפס למשל. פרוקצ'ה רצתה להכריע. **קדרי:** זו פתיחת חזית מיותרת. הרי התחום מכיל גם כך המון סכסוכים שבהם בג"צ לא מתערב, אז דווקא היכן שיש שיקולים כבדי משקל מצד האוטונומיה הדתית, הציבור הדתי שרוצה את בתיהמ"שפ , לבוא ולשים התערבות בג"צ זה לא חכם. ואכן, מ-2006, בכל מע' בחירות וכל אימת שעלו הסכמים קואליציוניים דורשים חוק עוקף בג"צ שיעקוף את פס"ד סימה אמיר. ומאז: מאבקים לחסום חקיקה להרחבת סמכויות של ביד"ר. **בסימה אמר:**  הצדדים עשו הסכם בוררות, ובאה פרוקצ'ה: ביד"ר הוא ממלכתי, מוקנות לו שורת סמכויות ותו לא, לכן אין לקחת סמכות כזו לעצמו. **קדרי:**  טקטית, לא נכון היה לקבוע זאת כי זה גרר התערבות עוקפת בג"צ שתחייב מציאות שביד"ר יכול להיות בורר.

**ציר המשפחה המושמץ- התפר בין הסדרים חברתיים ומשפטיים במשפחה:**

נק' מבט נבחרת: הביקורת הפמיניסטית.

**פטריארכיה:**

1. **מילונאית:** צורת ארגון חברתי שבו הגבר המבוגר הוא ראש המשפחה, והשושלת, הקרבה וההורשה מתבצעים ע"ב הקן הזכרי. ההתייחסות לרכוש, הורשה מקבילה ליצר ההישרדות של האדם והמשכת זרעו ושושלתו- קרי ביחס לרכוש: גם כשהוא יחדל להתקיים, רכושו, שהוא חלק מהעצמי שלו יוסיף להתקיים ולהיוותר באותו קו פטריליניארי: של השושלת הלגיטימית, ומכאן תפיסת הפטריאכליות: ראייה של הזכרים כיורשים לגיטימיים של רכוש האדם, והבנות אינן יורשות. **ביהדות ומורשת המשפט העברי:** כן עברנו שינוי, כי הרי ביהדות ההלכה היא שבנות אינן יורשות, ואחד התנאים להמשיך ולקיים את ביד"ר בזמן המנדט, קרי השלטון הבריטי הציב תנאים להמשך קיום ביד"ר: שינוי דיני הירושה כך שבנות תירשנה, ושתהיה ערכאת ערעור על פסיקות ביד"ר (שני התנאים- זרים לעולם ההלכה הטהור). לכן, במורשת יישום ההלכה בזמננו – נעשה מהלך משמעותי בימי המנדט.
2. **מחקרית:** כל ארגון בו השליטה והכוח נמצאים בידי הגברים, וכלל כישורי הנשים מצויים מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית. מבט היסטורי על דמות המשפחה: המשפחה הגרעינית כפי שמוכרת כיום, קרי מבנה חברתי קדום שמלווה אותנו מקדמת דנא, לא ממש נכון: המשפחה המסורתית המכונות כיום, הן למעשה מודרניות: תקופתן החלה עם המהפכה התעשייתית לפני מאות שנים. עד המהפכה התעשייתית, המבנה המשפחתי היה כזה של יחידות הכוללות בתוכן מעבר למה שמכונה כיום משפחה, הן כללו גם משרתים, עבדים, בני משפחה רחוקים יותר (סבים, דודים), והיחידות הללו תפקדו לרוב כמשק אוטרקי: מנגנון המספק לעצמו את צרכיו הקיומיים על כל ההיבטים- מזון ע"י טיפוח חקלאות, ציד, חינוך התבצע בבית, שירותי הבריאות גם כן, ואז הגיעה המהפכה התעשייתית, וסביבה מתרחש מהפך במבנה המשפחה, מבנה התפקידים בה.בתקופה לא ארוכה, כל פונקציות הייצור שנעשו בתוך משקי הבית, בבת אחת עוזבות את הבית, ומוצאות למרכזי ייצור מחוץ למשקי הבית, חיצוניים. במקביל: גם פונקציות אחרות- חינוך, בריאות וכו'- הפכו לכאלו שנעשות במרוכז ע"י הקהילה, ומוצאות מהמשפחה: בתי חוליםי למשל. כאמור, התעשייה, ייצור מוצא, אז מה נותר: reproduction, ואם בעבר הייצור והרבייה נעשו בבית בשיתוף הגבר והא**ישה, כעת:**  הייצור יצא והגבר יצא לעבוד, האישה נותרה עם תפקיד הרבייה, נותרה בבית וחל פיחות במעמדה: לא עוסקת בייצור יותר, אלא עוסקת רק בהולדה.ומה מתקבע: החלוקה בין הספירה הציבורית והפרטית, קרי מונחים אלו מקובעים בנו חברתית ופוליטית כיום בעקבות המהפכה התעשייתית. ולכן הגדרת המחקר: הנושא הוביל לכך שכל מה שנותר בבית הוא חסר ערך, ורק מה שנמצא בספירה החיצונית-ציבורית, מכיל ערך כלכלי ופוליטי.

**מורשת המשפחה הפטריאכלית במשפט המקובל:**

1. **תורת המיזוג:** האישה מאבדת את קיומה המשפטי שלה עם נישואיה, וחוסה תחת חסות הבעל, אינה יכולה להתקשר בחוזים, לא יכולה להיות בעלים קנייניים, ולמעשה חסינה מדין פלילי (הכל מיוחס לבעל). לבעל זכות חינוך- האישה חייבת בציות, ולבעל מותר להפעיל אמצעי כוח ע"מ להשיג ציות. **כלל האצבע:** מותר לו, ע"מ להביא לציות, להכות אותה במקל שלו עולה על עובי האגודל שלו. **זה הכתיב מציאות חברתית משפטית עד לפני 150 שנה.** ב-1948 התקיים כינוס פמיניסטי הראשון בהיסטוריה: הוכן מוסמך שכותרתו: הכרזת עצמאות האישה- טענו שהן מתות משפטית עם הנישואים, חסרות זכות בחירה, זכות חינוך וכו'. **דוג'**: אונס בנישואים הוגדר כפלילי באנגליה רק ב-1992, ובחלק מהמדינות טרם הוכר.

**שם המשפחה:** ביטוי לשליטת הבעל בעבר. נורמה מקובלת: נישואים מביאים למחיקת זהות האישה הקודמת, וכניסה לזהות הבעל: בפירוש אחד הביטויים של מורשת הפטריארכיה. **פס"ד אפרת**: בישראל שונה חוק השמות בעקבות פס"ד זה ב-1996. כיום בני זוג לקראת נישואיהם מקבלים החלטה : איזה שם יישא כל אחד לאחר הנישואים. **בעבר:** לאישה לא הייתה יכולת שלא לשנות את שם משפחתה לזה של בעלה, ולו רצתה אחרת, היה עליה לעבור פרוצדורת שינוי שם (!). בחלק מהמדינות במערב זה עדיין כך.

1. **יצירת המשפחה המודרנית- מסורתית בעקבות המהפכה התעשייתית.**
2. **אידיאולוגיית אי התערבות במשפחה:** אחת התוצאות הקשות של הדיכוטומיה שנוצרה בעקבות המהפכה בין הספירה הציבורית והפרטית-ביתית: אידיאולוגיית אי ההתערבות במשפחה. אם אנו מסכימים שאחת ונוצרה הפרדה בין פנים וחוץ, ורק מה שקורה בחוץ הוא בעל משמעות ציבורית, ומה שקורה בפנים אינו בעל משמעות, למדינה אין מה להתערב במה שקורה בתוך הבית. ואם רוצים לתרגם זאת קונקרטית לדיני המשפחה – התוצר הכי קשה של אידיאולוגיה זו בא לביטוי בנושא האלימות המשפחה. רק בשנות ה-70 באה חקיקה לביאור ומאבק באלימות במשפחה, בכל העולם זה היה נושא לא רלוונטי ולא מפאת היעדר אלימות, אלא אידיאולוגיית אי ההתערבות: זה עניין פרטי של המשפחה ואל למדינה להתערב, היא לא נושאת באחריות על מה שקורה בבית פנימה. לכן בעקבות מלה"ע השנייה והגל הפמיניסטי השני, באה התרעה על העוול הגדול שיוצרת אידיאולוגיה זו.
3. **תמורות במשפחה במחצית השנייה של המאה ה-20.**

**ביטויי המשפחה הפטריאכלית כיום:**

אחד ממנגנוני האו"ם: גוף הבודק את הפיתוח האנושי בעולם כולו, ע"י מס' פרמטרים: בריאות, תוחלת חיים, תל"ג, בערות נגישות לטכנולוגיות וכו'.

דו"ח 1995 הנהיג מדד נוסף: לא רק פיתוח אנושי כללי, אלא הפרדה מגדרית אל האינדיקטורים: פילוח לנשים וגברים. הדו"ח ביטא דפוסי עבודה שונים בין גברים ונשים, וחילק בין עבודה בשכר ועבודה ללא שכר (הספירה הביתית). **התוצאות:** עדיין עבודת הבית נתפסת כחסרת ערך כלכלי. מכלל עבודת הנשים: שליש בשכר בלבד, ושני שליש זמנן מוגבל לעבודה ללא שכר. **בצד הגברים:** במדינות המתפתחות, 75% מזמנם מוקדש לעבודה בשכר, ובמפותחות: גברים נוטלים יותר חלק בספירה הביתית, ו-66% בלבד מזמנן מוקדש לעבודה מתגמלת. **מסקנה:** דפוסי עבודת נשים הן תמונת ראי לאלו של הגברים: 2/3 מזמנן לא נחשב, נספר ומתוגמל. נפגוש בזה בדיני משפחה **בחלוקת הרכוש ופירוק התא המשפחתי.**

**ש.ב: קריאת חומר בפריט 3.**

**18/3/12**

**פסיקה עדכנית בעניין האינטראקציה בין משפט וחברה בדיני משפחה:**

**פס"ד עדאללה:** הכרה בזכות היסוד לחיי משפחה. **קדרי:** זה אירוני שבישראל הדיון המקיף בשאלת הזכות לחיי משפחה וזוגיות כזכות יסוד חוקתית, ושאלת גבולותיה, כולל בהקשרה כזכות אדם בי"ל כחלק מהאמנות שישראל מחויבת להן, ואירוני שכל הדיון הזה, מתקיים דווקא בהקשר של הסכסוך ערבי-ישראלי ועתירת ארגון זכויות האדם של המיעוט הערבי בישראל, ודווקא שם נערך הדיון הזה.

**פס"דים של "משפחה חדשה":** ד.ג, ת.צ- משפחה חדשה: שחקן המייצג בתים על משפחות חדשות בישראל, פונדקאות וכו'.

**פס"ד ת.צ:** שתי נשים בנות זוג, ורוצות משפחה עם ילדים. מחליטות שאחת מהן תופרה ע"י ביצית של השנייה, ושתיהן תהיינה אימהות, לשתיהן קשר ביולוגי גנטי על הילד: אחת יולדת אותו (מתפתח ברחמה) והיא אימו הורתו/יולדתו, ואחרת תהיה בעלת קשר גנטי, כי נוצר מביציתה. בהיבט זה: האימהות לעומת האבהות יכולה להיות מפוצלת: להיות מורכבת מאם יולדת (לעיתים מכונה פונדקאית) ויכולה להיות האם הגנטית, זו שהביצית נשאבה ממנה. הזוג הזה, בחר (שלא כמו זוגות אחרות) לעבור פרוצדורה יקרה וכואבת, ולא להסתפק בתרומת זרע, ע"מ שלשתיהן יהיה קשר ביולוגי לוולד. **השאלה המשפטית:** האם להכיר באם הגנטית כאם נוספת, ולא להכריח אותה לאמץ.

**פס"ד משפחה חדשה:** האם אישה לא נשואה זכאית להליך פונדקאות בישראל? נקבע שלא.

**פס"ד ד.ג:** "עקרון על" בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: הכל חייב להיות לטובת הילד. זה מניע את השופט, בעניין האימוץ מהודו.

**מה משותף לשלושת הפס"דים?** מעבר לכך שעסקו בנשיאת עוברים עבור אחרים : הרצון להכרה – זה התחום המדגים הכי הרבה, את השינויים הדרמטיים ביכולת להקים משפחה ולהביא ילדים, בדרכים שלא היו קיימות בעבר. יש עוד תחומים בהם הטכנולוגיה מתקדמת מהמשפט: הגנת קניין רוחני על הרשת למשל. **בדיני משפחה:** זה ההקשר בו רואים את המרוץ של המשפט, המנסה להדביק את הטכנולוגיה ונכנסים כאן מרכיבים משמעותיים יותר מענפי משפט אחרים: המטענים העמוקים, שאלות היסוד של הקמת המשפחה, ואולי היסודיות ביותר בהקמה: ההורות, יותר מאשר זוגיות. ההורות, הבאת ילדים, דרכים לממש הורות כאשר הטכנולוגיה מאפשרת כיווני חדשים, ואנו בכל זאת זקוקים למדינה: לעיתים ע"מ לאשר את ההליך עצמו (**משפחה חדשה)**, ולעיתים ע"מ לתת את החותם הרשמי (**פס"ד ת.צ –**אגב, כים לא נדרש אישור המדינה לכך). כיום: הפרוצדורות, ברמה הטכנית פתוחות בפני נשים לסביות/בודדות, אולם כמו **בת.צ**: המדינה דורשת הליך אימוץ, שבעיני השופטת מילר שם "זה אבסורד" שנוגד את השכל הישר וראוי למצוא פתרון רצוי. מדובר בשופטי משפחה, המקבילים מביהמ"ש השלום.

**מה עוד משותף לשלושת הפס"דים?** לצד הדגמת התלות של הפרט ושינויי חיי המשפחה והגשמת ההורות במדינה, יש עוד מכנה משותף: אין מדובר במשפחה מסורתית, אלא בהרחבת המסגרות המשפחתיות המסורתיות (לכן הארגון קרוי "משפחה חדשה"), וההיבט המשפטי המשותף: הפס"דים לא הוכרעו עפ"י חוק, אלא כל אחד מזווית אחרת הראה שמדובר בפס"דים בהם ביהמ"שפ נוטל על עצמו את קביעת הערכים בחברה: חלק מהשפוטים אומר, הערכים כבר כאן, אני יאתר את השינויים שהתרחשו בחברה, התפיסות הערכיות שהתעדכנו ותפקיד ביהמ"ש: שלא תהיה סתירה בין הפסיקה והתפיסות. **אחרים:** אומרים מה שחושבים על מה שראוי שיהיה, קרי מעודדים תפיסות חדשות. **בפס"ד ת.צ:** דווקא ביהמ"ש השלום טוען שהחוק אבסורד, ולא ייתכן שאם לכל דבר תידרש באימוץ, ולכן השופטת מתעלמת ממנו. **בפס"ד ד.ג:** השופט מרכוס מפרש את החוק הקיים, את הוראת החוק הרלוונטית, שהיא מאד כללית: טובת הילד, וזהו "מושג שסתום/סל", שממש מזמינים את הפרשנות של השופט לפי מטענו הערכי. **חשין ב"משפחה חדשה" מחד, והשופטת מילר מצד שני:** יש לשאול בהקשר **חשין**: מבחינה פרשנית חשין אומר שהפרשנות שהעותרת מבקשת היא בלתי אפשרית כי חוק הפונדקאות הוא ברור: רק זוגות נשואים.קרי, חשין קובע: החוק קובע הסדר שלילי, וברגע שאמר "נשואים", אין לומר שיש לאקונה , אלא הסדר שלילי: השאר (לסביות, הומואים ושות') בחוץ. ואז חשין ממשיך ואומר: טענת העותרת המרכזית (שוויון/הפליה) –נשים לא נשואות מופלות לעומת נשואות, וכאן חשין טוען: הן צודקות לחלוטין, יש כאן הפליה שהיא אסורה, ולא לגיטימית. **המחלוקת עם אנגלרד:** אנגלרד טוען שאין הפליה אלא שונות רלוונטית: יחס שונה לשונים", קרי הבחנה מותרת (הוא דתי...). סיכום: אנגלרד ומרכוס מחד, מילר מאידך: השפעת הערכים האישיים והזהות המסורתית של השופט. חשין אומר שמדובר בהפליה אסורה שקשה לקבלה. המדינה משיבה: "אנחנו עדיים לא שם", זו לא התפיסה החברתית המקובלת עדיין לאפשר לנשים לא נשואות/לסביות לקבל אותו יחס, והתפיסה החברתית המקובלת צריכה למנוע זאת. חשין: תפיסה חברתית לא תתגבר על הפליה אסורה.

**סיכום:** החזית, האופן בו התפיסות האישיות הערכיות של השופט/ת באות לידי ביטוי משמעותית בתחומים האלו של העימות בסוגיות מבנה המשפחה. **קדרי**: השופט מרכוס (שפס"דו אגב התהפך במחוזי) עיוות לחלוטין את האמנה הבי"ל בדבר זכויות הילד, כי אמר שהוא מסתמך על האמנה מחד (שזה חשוב), אך עושה זאת בדרך מעוותת: אומר שהאמנה מניחה שרק ילד עם שני הורים ראוי, וזה פשוט לא נכון, אין ללמוד זאת.

**(בקשר לאמנות:** אנו שיטה דואליסטית: דורשת שני שלבים למצב בו תהיה תחולה פנימית לעקרונות האמנה: ראשית ההצטרפות לאמנה, ושנית ומכריע: חקיקת האמנה ועקרונותיה לחוק פנימי, וללא החקיקה, אין תחולה ישירה לקביעות האמנות, קרי לא ניתן להגיש תביעה קונקרטית המסתמכת עליה לביהמ"ש בישראל. רוב מדינות המשפט המקובל דואליסטיות, והשאר: שיטה מוניסטית- הצטרפת לאמנה, היא חלה ישירות בדין הפנימי, קרי ניתן להגיש תביעה מכוחן). **קדרי:** עדיין, האמנות משפיעות, בדרך של פרשנות, ולכן יש משמעות גדולה להצטרפות לאמנה לכשעצמה (כמו שלפי שמירת דינים בחוק יסוד: חקיקה קודמת נשמרת, אך פרשנותה תהיה תחת חוקי היסוד (גנימאת).

**סוף משפחה וחברה.**

**מע' יחסים בין המערכת האזרחית והדתית:**

**ההבדלים בין הערכאות -**  כאמור, סימן 47 לדבר המלך הוא הסימן המרכזי עד שנחקק חוק שיפוט ביד"ר. הוא הסימן שקובע ומקבע את עקרון הדין האישי. **הדין האישי:** הדין הדתי אליו משתייכים בעלי הדין, ודין זה הוא שחל בענייני המעמד האישי. **לאחר מכן- סעיף 1 לחוק שיפוט ביד"ר:** קובע את הסמכות (מי הדיין), **וסעיף 2:** קובע את המהות: מהו הדין (נישואין וגירושין.. עפ"י דין תורה). יצוין כי סעיף 2 כשקובע שהנושאים ייערכו עפ"י דין תורה, הוא לא קובע לפי איזה דין יידונו עניינים מעבר לדין האישי (ואז זה זורק אותנו לסימן 47- כשרוצים לדעת שנושא מזונות הוא מעמד אישי וצריך להיות נדון לפי דין דתי- זה מסתמך על 47 לדבר המלך). חוק השיפוט לא ביטל את דבר המלך, בוודאי הוא רלוונטי לדתות אחרות. יש כאן תחום שלם, שהוראות היסוד שלו עימנו עד משנות ה-20 של המאה הקודמת (ייחודי למשם\פחה). **מה עוד לא אומר:** מה קורה שזה לא בישראל (בהמשך), ובעיקר: **מהו דין תורה?** כשבאים לפרש דבר חקיקה עולה השאלה: מה זה הדין הזה? מי אמור לפרש אותו? הרי מדובר בחוק אזרחי בחיקוק הכנסת, ומי מוסמך לפרש את דבר החקיקה לפי עקרונות שיטה? בתי המשפט. בא העליון בשנות ה-50, ואמר : דין תורה הוא למעשה ההלכה היהודית הנוהגת בקרב האורתודוכסיה, דרך כל התורה שבע"פ, דרך כל מערכות השו"ת של חכמי ישראל ועד לפסיקת ביד"ר דהיום. משמע: שופטים חילוניים קיבלו על עצמם **את התפיסה של היהדות הרבנית האורתודוכסית**, וקיבלו שזהו דין התורה המכריע לעניין חוק שיפוט ביד"ר. **בשאלות דת ומדינה:**  אם תוהים על מעמד הדת במדינה, ומושג ה"דת הממוסדת" – אין חולק כי המובן הזה, היהדות האורתודוכסית היא הממוסדת בישראל, ובהקשר דיני המשפחה והסמכויות והדין, יש מעמד ממוסד ליהדות האורתודוכסית בישראל, ולאו דווקא מטעם הכנסת (למרות שברור שלכך המחוקק אכן התכוון). מבחינת כללי הפרשנות: זה פתוח, והיו אפשרויות רחבות יותר (פלורליזם) וביהמ"ש הכריע: היהדות האורתודוכסים היא נושאת הדגל, הדוברת הרשמית היחידה של דיני המשפחה בישראל.

**הגבלת תחולת הדין האישי לענייני המעמד האישי:** הש' זילברג הניח את כללי המשחק הבסיסיים: כללי חלוקת הסמכויות בין המע' הדתית והאזרחית. מנסה להסביר למה נכון לשמר את תחולת הדין הדתי על הנושאים כמו נישואין/גירושין/הורות וכו'. למה זה צריך להיות לפי חוק דתי? (זרים שאינם אזרחי ישראל עד חוק השיפוט ביד"ר היו אמורים לדון עפ"י חוקי מדינתם, חוק השיפוט הכניס גם אותם). התשובה: כי עניינים אלו הם נושאים של מסורת, לא שווה לכל נפש. קרי סיבה רב תרבותית: יש הרבה מסורות ומנהגים, ותרבויות ועלינו לכבד אותם, להכיר בכך שבנושאים מסוימים יש לאפשר לכל קהילה להמשיך ולשמר את המסורת שלה עצמה. **זילברג** בא ממקום דתי: מייחס משמעות עמוקה של זהות ולאומיות יהודית לתחולת הדין הדתי בענייני המעמד האישי. **גישה הפוכה לזילברג:** וודאות, ואי קבלת ענף חסר גבולות (פוליגמיה מותרת למוסלמי , ועדיין לא מותרת בדין), רצון לשוויון ושמירת זכויות אדם. המתח מתקיים כל הזמן. **בישראל הייתה הכרעה בנק' זמן מסוימת.**

**ביד"ר או ביהמ"שפ – למה זה משנה?**  כאמור, לכאורה כולם אמורים להכיל את אותו דין. למה זה משנה אם זה בביד"ר או ביהמ"שפ? **הבדלים בין הערכאות:**

1. **זילברג:** הגישה שונה, דרכי הדיון שונות וכתוצאה מכך: שונה התוכן הממשי של הפסק. **קדרי:**  מה זה שונה הגישה? **פס"ד כהן ובוסליק נ' יועמ"ש-** שם זה נאמר, למה הוא מתכוון? אולי הכוונה להבדלי תפיסות עולם, ערכים ? **קדרי:**  לא לכך הוא התכוון, אלא למשהו קונקרטי ופרגמטי יותר: התכוון לשאלת תכולות הוראות המשפט הבי"ל הפרטי בשתי המערכות (אזרחית ודתית), והמקרים הקלאסיים: כמו אוטו שיוצר בסין ונמכרה בצרפת לאזרח גרמני, ועשה תאונת דרכים בשוויץ עם תושב אנגליה? **איזה דין יחול על אירועים כאלו?**  זה דין בי"ל פרטי ובהקשר דיני משפחה בישראל, מהן המצבים שיתעוררו שאלות של בי"ל פרטי? **נישואים מחוץ לישראל-** נישואים אזרחיים בחו"ל היא הקלאסית המעלה את שאלת תחולת דיני משפט בי"ל פרטי בישראל: האם נחיל כללי בי"ל פרטי או לא? **אם כן:** יתכן שכללים אלו יגידו שכיוון שהאקט נעשה מחוץ לישראל, תריכים לחות עליו כללי המקום שבו נעשה, קרי התוצאה לגבי שאלת תוקף הנישואים תהיה שונה מאשר אם נחיל רק את הדין המקומי הישראלי לשאלת תוקף הנישואים. התשובה יכולה להשתנות. **זילברג בכהן ובוסליק:**  אופיו של כל חוק דתי בולט בייחודו ובבלעדיותו, לא מכיר בתחולת מקום וזמן, מלוא כל הארץ כבודו וכל המקומות תחולתו. **קדרי:** רצה להדגיש את הטוטליות של הדין הדתי, שלא מכיר בגבולות, לא טריטוריאליים או של זמן/תקופה, ופשוט חל לכל דבר, בכל תקופה ובכל עניין ללא הבדלי ברירת דין. **דוג':** גם אם נישואים נעשו בקפריסין, איך ביה"ד יתייחס? האם ישאל מהו הדין הקפריסאי? לא, אלא ישאל מה ההלכה אומרת לגבי נישואים אזרחיים. **מה ביהמ"שפ ישאל?**  לא ברור, אך ישאל קודם שאלות שנובעות מאותם כללים המכונים משפט בי"ל פרטי/ברירת דין. ביהמ"שפ ראשית ישאל: האם לפי כללי בירירת הדין יש תוקף לנישואים? זו קומה א', אחרי תשובה בסוגיה זו ישאל: מה ההשלכות של התוקף הזה. אם תתעורר שאלה של חובת מזונות למשל בין איש לאישה בנישואים כאלו: ביהמ"שפ קודם יבדוק אם יש לנישואים תוקף מחינת ברירת הדין ואז יפנה לשאלת חובת המזונות לפי התוקף: **זה מפס"ד בכר גולבדרג –** מבנה של שתי קומות (בירור תוקף, ואז קומה ב': מה החובות לאור התוקף). את שאלת המזונות עצמה – לפי איזה דין ביהמ"שפ ידון? **לפי דין דתי**, וזה מה שזילברג כינה: בליל של דיני ישראל עם דיני מדינת ישראל (ברירת הדין). על ברירת הדין מחילים את הדין הדתי (בהנחה שמזונות הן עניין נישואים וגירושים וללא חוק טריטוריאלי אזרחי מחייב). **קדרי:** אלו הבדלי מעטפת, מה שעוטף את התוכן, המהות. גם הפנייה לכללי ברירת דין היא שאלת מעטפת, לא כניסה למהות, אלא הדרך שלנו להגיע אל הדין עצמו והמהות. **סיכום: כשרוצים לבדוק את ההבדלים בין המערכות, יעזור לשנו לעשות חלוקה בין המעטפת והתוכן:**  מעטפת- מה שעוטף את הדין המהותי. הדין המהותי עצמו אמור להיות זהה, דתי או אזרחי, אך שתי הערכאות יחילו דין דתי/אזרחי מתי שצריך. נשאל: למה זה משנה? כי אולי ברמת המעטפת, שם יש הבדלים, כפי שזילברג אמר: אכן יש הבדלים- הבדלי מעטפת.הגישה ודרכי הדיון: גישה- מה שנוגע לתחולת משפט בי"ל פרטי ונישואים אזרחיים. כעת עוברים לדרכי הדיון: **פרוצדורה וראיות.**
2. **דרכי דיון:** פרוצדורה, ראיות. פרוצדורה תחילה : **פס"ד לב:** סמכות טבועה לכל בית דין לקבוע את דרכי הדיון לעצמו, **אבל :** מה מגביל את סדרי הדיון? **זכויות אדם**. **לב היה פס"ד דרמטי:** מתחדד לנוכח העובדה שניתן במקביל לפס"ד בבלי. **פס"ד לב:** (מה שיפורט להלן פורט במאמרה של קדרי מפריט 3). למה הוא דרמטי? נובע מכך שלצד בחינתו לכשעצמו, צירופו **לבבלי**, וקריאה ביחד: תוצאה שהופכת לחלוטין את כללי המשחק כפי שנתפסו עד **בבלי ולב.** כעת על **פס"ד לב:** איסור יציאה מהארץ בסמכות ביד"ר. באמצע שנות ה-90, נוצר מצב אבסורד: הפס"ד המרכזי בסדר דין שקבע את המגבלות על מתן צווים זמניים (סעדים זמניים)ומתודת האיזונים בין ערכים מתנגשים, היה דווקא פס"ד שדיבר על ביד"ר ובחן את הפרקטיקה הנהוגה בביד"ר, שם ברק פירט משמעותית כיצד עקרונות היסוד של זכויות האדם, משפיעים על נגישות והיזקקות לסעדים זמניים, ו**בלב:** עיכוב יציאה מהארץ. הפס"ד פותח בפירוט כל המקובל עד לפס"ד בנוגע לסמכות ביד"ר: סמכות טבועה לקבוע את הדינים שלהם, ואכן עושים זאת ב"תקנות הדיון בביד"ר". (מי מוציא את התקנות: מועצת רבנות ראשית- המחוקק, יחד עם דייני ביד"ר: השפוטים- עירוב רשויות). ברק מפרט אם כן- יש להם סמכות טבועה והם עושים זאת לפי התקנות, המבטאות הלכות מש"ע על דרכי דיון בפני ביד"ר, **והחידוש:** הכוח שלהם אינו בלתי מוגבל. המשפט המצוטט ביותר:" כל שימוש של ביד"ר בסמכותם הטבועה חייב להיעשות מתוך שמירה על זכויות אדם, וכל אדם מתייצב מולם שהוא נושא בכליו את מלוא הזכויות ממנו נהנה אדם בישראל, **ומעבר** מערכאה שיפוטית אזרחית לדתית: לא מוריד זכויות מהאדם. **בהמשך מצטט מבבלי.** זכויות האדם מגבילות את אופציית צו עיכוב יציאה מהארץ גם בביד"ר. משמע: אם זילברג אמר 40 שנה קודם שיש הבדלים בסדרי הדין שעלולים להיות משמעותיים, כל זה לא רלוונטי, כי ברגע שהמגבלות על זכויות אדם חלות באותו אופן על המערכת הדתי, ההבדלים לא אמורים להיות בעלי משקל )יעני סדרי דין לא אמורים לשנות). **ראיות:** פק' הראיות בסעיף 2 אומרת שהכל כשרים לעדות, ואין כמעט מגבלות על עדות המע' האזרחית (יש חריגים- ילד לא יכול להעיד מול הוריו , אישה חסינה לגבי העלה בעבירות מס וכו'). באשר לדין הדתי: יש רשימה ארוכה של פסולי עדות, גם בהקשר נסיבות עצמן הנוגעות לבעלי דין עצמם וגם מטעמים אחרים – על פניו לא יכולים להעיד : אישה, היא פסולה לעדות. בפרקטיקה: הן כן מעידות בביד"ר, וזו דוג' לדרך בה ההלכה מוצאת אמצעים לעקוף מגבלות הלכתיות לא אפשריות: מכוח עדות מומחה (חזקת אמינות), הפעלת דין נאמנת (מתי ניתן להאמין לנשים). **עדיין:**  המגבלות קיימות וביד"ר יכול להעלותן אם לדעתו הן רלוונטיות וישרתו תוצאה אליה מעוניין להגיע. בהקשר לנושא ראיות: **נשוב לשוחח על כך בנושא של פיקוח שיפוטי ונשאל: האם יש הבדלים בנוגע לשימוש בראיות פסולות בביד"ר לעומת ביהמ"שפ?**

שוחחנו על הבדלים ברמת המעטפת: לגיטימיים מבחינת כללי המשחק שנקבעו בשנות ה-50. מה לא לגיטימי? **פס"ד וילוזני ובבלי.**

**ש.ב: פס"ד בפריט 4ב: מיהו יהודי? פס"ד גולדשטיין (לא להתעמק).**

**21/3/12**

**הבדלים בין הערכאות:**

**כאמור, הדין אמור להיות זהה במערכות:** אז למה זה משנה באיזו מע' אנחנו? וענינו שעקרונית הדין זהה, אך יש הבדלים. **הבדלים לגיטימיים:**  כללי המשחק הבסיסיים: כללי הדין למשל. הש' זילברג: מדבר על המעטפת, השאלות המקדמיות שעוברים טרם ההגעה להכרעה בה מפעילים כללים מהותיים. יש פיצולים בדרך: פרוצדורה, ראיות, כללי ברירת דין, כללי משפט בי"ל פרטי (בסיטואציה עם אלמנט זר)- כל זה: מעטפת טרום הדין המהותי.

**פס"ד לב:**  אמר שמצד אחד נכון שביד"ר קובע לעצמו את בדרי הדין שלו, והם משקפים כללים שנקבעו בהלכה, אולם את כל זה הוא חייב להכיל בהתאמה לאותם עקרונות של זכויות אדם שחלים בשיטת המשפט בישראל.

**ראיות:** שם יש הבדלים שעשויים להיות גדולים בין תפיסת כשרות/כשירות להעיד בביהמ"שפ ובין כשירות ראיות ו/או עדויות בביד"ר. **דוג':** עדות נשים (בפרקטיקה, ביד"ר מאפשר להעיד, ההלכה מצאה דרך להכשיר זאת). עדיין: בהחלט יכולים לקרות מצבים בהם הכלל ההלכתי יטיל סייגים בנושא של ראיות שאינם קיימים במע' האזרחית וההיפך: יאפשר ראיות שהאזרחית לא מאפשר. **דוג':**  כל מה שמושג בניגוד לחוק הפרטיות, ובניגוד לחוק האזנת סתר: התפר בין ראיות לגיטימיות ושאינן לגיטימיות. **איזה פס"ד ניתח את זה:**  אם ביד"ר יאפשר הגעה לחקר האמת, ע"י הוכחה שאישה שהתה עם גבר זר במקום סגור, ואולי יש צילומים שהושגו תוך פגיעה בפרטיות? ביד"ר אולי יאפשר שימוש בראיות הללו ע"מ להגיע לחקר האמת? **זו החלה של פס"ד לב:** מתבקשת עתירה לבג"צ ויש להניח שיקבל ויבטל את פס"ד ביד"ר. פיקוח שיפוטי- התערבות בג"צ בפס"דים של ביד"ר.

**עלולים להתעורר מצבים בהם ביד"ר לא מקבל ראיות מסוג מסוים:** או אומד את הראיות בדרך שונה מכפי ביהמ"שפ היה עושה זאת:

**פס"ד (הסרט שהוקרן עם המכות והחומצה):** הרב פרופר- תיאור העדות המכחישה זו את זו: עד אחד מעיד על צעקות של מצוקה, ועדות עד אחר שלא שמע. הפסיקה: העדים מכחישים זה את זה, לכן לא מקבלים את טענת האישה לגט.

**האם על מקרה כזה ניתן לעתור לבג"צ?**  התשובה אינה ברורה, אלא יש לפרט את הכללים שקדמו **לפס"ד לב,** אח"כ לדבר על הפס"ד ועל כך שהתיר קשת אפשרויות: דיבר על פרוצדורה, לא על ראיות. **קדרי:**  ביד"ר, בעומדו מול בג"צ – יבסס טיעון שאומר שזו תפיסת ראיות הנהוגה בהלכה, למרות שעדות על דרך השלילה לא תופסת במשפט האזרחי. קרי: "לא שמעתי" – לא מוכיח כלום באזרחי, אך כן בדתי. **אילו טיעונים יתקפו את ביד"ר ע"ס פס"ד לב?**  קדרי: התערבות בג"צ כאן תהיה בעייתית: האם יתערב בסדרי הראיות? האם עצם הפסיקה פוגעת בכבוד אדם? האם הזכות להליך הוגן ניתנת לטעון במסגרת פס"ד לב.

עד כאן ההבדלים הלגיטימיים במעטפת. **הבדלים לא לגיטימיים, לא לפי כללי המשחק שנהוגים בפרקטיקה :**

* **שאלת ערכאת הערעור:** הערכאה היא ביד"ר הגדול. אולם, המוסד של ערעור לא קיים בהלכה, יש היררכיה בין פוסקים, בין ביה"ד, אך אין מושג של ערעור , קרי סמכות לביה"ד לבטל/להפוך פסיקה של ביה"ד האחר. **אלא** שבתק' המנדט עלתה השאלה עד כמה להכיר בביד"ר בענייני המעמד האישי, זה היה התנאי מצד הממשל הבריטי: להמשיך לקיים את הביד"ר רק אם יקבלו על עצמם את מושג ערכאת ערעור, ובשל כך, שהמושג אינו פנים הלכתי, הרכבים אזוריים לעיתים לא מקבלים על עצמם את מרות ביד"ר הגדול, קרי אם הוא מבטל פסיקה של אזורי, שולח את התיק חזרה אליו ע"מ שיפסוק ההיפך, או ידון מחדש על כלל אחר,מה שקורה: האזורי טוען שאינו כופף לגדול, הוא חושב אחרת, ומתחיל פינג פונג ביניהם. **מה ייאמר על סיטואציה כזו?**  ניתן לעתור לבג"צ, ויש תקדימים- הביקורת על אי הציות של האזורי לגדול היא גם ביקורת פנימית: **פס"ד של הרב דיכובסקי**: כינה את השופטים המסרבים מהאזורי "זקן ממרה" – משמעות הלכתית היא דין מיתה, קרי כינוי חריף. הפניות לתקדימי בג"צ:
  + **פס"ד קליר, פריד:** מוזכרת תשובה של הרב הראשי לישראל דאז, שאמר שבהיותו דיין אזורי אינו כפוף לגדול. בהיותו הרב הראשי לישראל, ובתפקידו כאב ביה"ד הרבני הגדול, פסק שאין חובת ציות.
* **קלות ראש בסדרי דין:** התופעה הכי חריפה: העובדה שיכולים להיות ימים שלמים בהם דיינים לא מגיעים, והתוצאה: הרכבים חסרים בביד"ר. והתוצאה: אם אני מייצג איש/ה, ממתין חודשים לדיון בביד"ר, יתכן והמצב הוא מצב אלימות, מצוקה כלכלת וכו', ומגלים: מתוך הרכב של שלושה , נמצאים שניים: אולי מאחר, אולי יצא מוקדם, אולי לא הגיע? (**האם דייני ביד"ר נתונים לפיקוח של נציבות השופטים?** סיפור: הרב דרוקמן הגיש תלונה מול ש"כ , נציבת תלונות השופטים, שהמליצה להעביר את הדיין דרוקמן מתפקידו. למי הסמכות להעביר מתפקידו? למי שמינה אותו- הוועדה למינוי דיינים. מה ידוע עליה? ועדה פוליטית. לא העבירה את הרב שרמן מתפקידו, ואין שום סיכוי שזה יקרה , לא משנה פועלם, אין סיכוי ריאלי. **) חזרה להמתנה לדיון:** אחרי דחיות וכו', שמגיע היום של הדיון, ואין הרכב: שני הדיינים אומרים: חיכיתם הרבה זמן אז תסכימו לדיון בהרכב חסר, מה תהיה תשובתנו? לרוב נסכים ע"מ לא לחכות עוד הרבה זמן. ואז, אם התוצאה אינה משביעת רצון, הצד המפסיד יעתור ובג"צ קבע: דיון בהרכב חסר מהווה חוסר סמכות פונקציונלית שאין לה מרפא גם בהסכמת הצדדים, והפסיקה מבוטלת (בג"צ 1750/91, מסילתי נ' ביד"ר). **קדרי:** המונח חוסר סמכות פונקציונלית אינו קיים בשום הקשר אחר. ההלכה הזו סויגה **בפרשת אליהו:** התדיינות ארוכת שנים (20 שנים), של המע' הרבנית והאזרחית, ובסוף ניתן פס"ד, ונטען בפני בג"צ: בשלבים מסוימים של הדיון ישבו רק שניים, למרות שבשלב הסופי חתומים שלושה. בג"צ אמר- הבטלות היא בטלות יחסית, ויש לבדוק האם ההרכב החסר התקיים בדיון מהותי **(ויתכן והשפיע על התוצאה)**  או שמא הדיונים היו שוליים, טכניים, ולכן אין בכך כדי להשפיע על התוצאה הסופית של ההליך. **חוק הדיינים בסעיף 8ה:** קובע חובת דיון בשלושה דיינים למעט יוצאים מהכלל, שאינם נמנים על עייני המשפחה הרגילים.

**"הדין הוא פונקציה של הדיין" –** זילברג- מתאר את הדינמיקה של פיצול הסמכויות, פיצול הדין והדיין . **"אבל מי יהיו הדיינים" ?**

**הדיינים בישראל:**  הפרמטרים קבועים בחוק הדיינים, תקנות הדיינים וכללי מינוי דיינים :

**חוק הדיינים:** סעיף 3- משהוסמך ע"י מועצת הרבנות הראשית... לא יתמנה דיין מי שלא אזרח. עניין מהותי אחד: לא ימונה אם יש לו עבירה מסוג קלון.

**התקנות מראים מה נדרש:** הוסמך לרבנות ע"י מוסד שמועצת הרבנות מכירה בו, נשוי/היה נשוי, מלאו לו 30, אורח חייו תואם, עמד בבחינות, ותנאי הסמכה לביד"ר גדול, ותיאור וועדה בוחנת: ידיעה כללית בתלמוד ופוסקים, ויסודית בשולחן ערוך.. ידיעת תקנות וסדרי הדיון המבוססים על ההלכה. **עוד קצת על מה נדרש:**

**כללים למינוי דיינים:** נקבעו ע"י הועדת מינויים עצמה, שממנה ועדות משנה, והם בעל תוקף חוקי של פחות מתקנות (עניינים משניים): מה הועדת משנה תבדוק: אמות המידה? ידע ומיומנות בהלכות חושן משפט, כושר ביצוע, מזג שיפוטי, הוגנות, יושר, השכלה כללית או משפטית והכלל האחרון: עדיפות למועמד היושב בתוך עמו, קרי ששירת בצבא או עשה שירות ציבורי.

**דיון על הועדה** (על המועמדים לכהונה).

* **שאלת נשים כדיינות**: הרב עוזיאל ענה על הסוגיה- בחן את מקרה דבורה שהייתה שופטת, ובהסתמך על תקדים זה והגיע למסקנה הלכתית: אין איסור מהתורה להתדיין בפני אישה. מסקנה: אפשר. **והוסיף:**  לדעתנו, לא נכון לעשות כן, כי זה פוגע בהנהלת משק הבית היהודי, חנוך הבנים, קרי האישה נדרשת למשימות הבית. ועוד: סיבות פסיכולוגיות- האישה חוננה ברגשי רחמנות רבים, ותנאי הדיין: אנשי חיל וכו'. **קדרי**: על המשפטים הללו יכולות לחתום גם פמיניזם הדוגל בפמיניזם תרבותי, הגורס שיש שינוי בין המינים, **אבל:**  השורה התחתונה שלהם לא הייתה שאין למנות, אלא ההיפך: שתכונות אלו ראויות לתפקיד שיפוטי, כי דיין חייב שיהיה לו אמפתיה, רחמים, הזדהות וכו'. קרי, תכונות אלו חייבים להיות חלק מבעלי התפקיד השיפוטי. **האם בישראל יכולה להיות אישה דיינת:**  מבחינת החוק לא, כי אחד הקריטריונים: הסמכה ממוסד שהרבנות הראשית הכירה בו. במציאות הקיימת בישראל, זה לא ניתן והמינוחים בלשון זכר משקפים זאת. **האם ניתן לתקוף את זה בבג"צ?** הוגשה עתירה על תפקיד של מנהלת ביד"ר- פרסום המכרז לגברים בלבד נוגד את חוק שיווי זכויות אישה, מתבסס על פס"ד שחייב למנות אישה לוועדת טירקל: מצאו מועמדת שעברה את כל השלבים (למראית עין? להראות שמאפשרים לה?). בג"צ לא רצה להיכנס לעניין, ואחרי מינוי ברב דיכובסקי, בג"צ קבע שהליך הבחירה היה ראוי. אין דרישת השכלה, אלא עדיפות לידע והשכלה משפטית.
* **הוועדה למינוי דיינים**: החוק המגדיר את חברי הוועדה, חוק הדיינים: סעיף 6: הוועדה תהיה של 10 (רציונל: שני רבנים ראשיים, ספרדי, אשכנזי): שר המשפטים, הממונה על שירותי הדת ("שר הדתות"), שני ח"כים, שני חברי לשכת עו"ד. **כמה דיינים יש בביד"ר הגדול? שלושה.**  במשך הרבה שנים לא מונו דיינים ולמה? הגרסה הרשמית היא: בגלל הנשים, קרי לא ניתן להתכנס כי יש עתירה על היעדר אישה בוועדה למינוי דיינים. למה אין אישה? כי חוץ מנציגי הלשכה אין ריאליות לאישה שם. במשך שנים הייתה קביעה שאישה תהיה אחת מחברי לשכת העו"ד בוועדה, ולאחר הבחירות האחרונות במסגרת דיל (וועדה למינוי דיינים תמורת ועדה למינוי שופטים), ירד מיקומה של האישה בוועדה. זה עניין של שלושה חודשים אחרונים. למה לפני כן לא הייתה אישה? כי הרבנים הראשיים לא הסכימו שרבני הציונות הדתית ייכנסו לשם, קרי לביד"ר הגדול לא מסכימים שייכנס דיין ציוני דתי. נאמן לא הסכים, ולכן הוועדה "שותקה". **כך ממונים דיינים בישראל.** **קדרי:**  מה שמטריד, ההשתלטות של זרם אחד, תפיסה אחת, שמונעת כל אפשרות לשינוי.

**סמכויות השיפוט**

* ענייני מעמד אישי: **ביד"ר** (דין דתי), ביהמ"שפ (דין דתי: מזונות אישה, ילדים- ענייני מעמד אישי וביהמ"ש האזרחי חייב להכיל דין אישי/דתי. ועוד: מתי תתעורר שאלה על ענייני מעמד האישי: משמורת- אכן עניין מעמד אישי, אך יש עליה חוק טריטוריאלי לכן מחייב גם את ביד"ר וגם את האזרחי). האם ביהמ"שפ ידון בעניין גירושין? תוקף נישואין? לכאורה אין לו סמכות לכך, כי היא ייחודית לביד"ר, **אבל: סעיף 76 לחוק בתיהמ"ש:** אם יש תביעת מזונות לביהמ"שפ – זה בסמכותו. אחת מטענות ההגנה: אנחנו לא נשואים בכלל, אז לו מגיעים לה מזונות, או שהנישואים הם אסורים כי אני כהן, היא גרושה וכו'. זה מעורר שאלה המעלה שאלה של נישואין, יעני ייחודי, לכאורה ביהמ"שפ היה צריך לעצור, להפנות שאלה לביד"ר שייתן דעה על השאלה, ואחרי שיכריע, אשוב ואדון במזונות. לצורך כך בא **סעיף 76 :** מקנה לביהמ"שפ "**סמכות נגררת"** – סמכות אגבית, ומשמעו: למרות שאין לכם סמכות, בהקשר לתביעה הספציפית הזו ניתן להכריע אם יש תוקף לנישואים, כי זה הכרחי לתביעה עצמה. סיכום: יתעוררו סיטואציות בהן ביהמ"שפ ידון בענייני נישואין/גירושין, אך רק במסגרת סמכות נגררת. **ועוד סיבוך:**  אם תביעת המזונות מוגשת ע"י זוג שנישא בנישואים אזרחיים, וטענת ההגנה של הבעל: אין תוקף, אי מזונות. כאמור, ביהמ"שפ אמור לדון לפי דין דתי, אך עליו להכריע לפי כללי ברירת הדין, לפי המשפט הבי"ל הפרטי – קרי כל מכלול כללי ברירת הדין יחולו כאן כי מדובר בערכאה אזרחית.
* דיני ראיות וסד"א: **ביד"ר** (דין דתי ) , **ביהמ"שפ** (אזרחי). נק' המוצא: יש הבדלים: דין דתי מול דין אזרחי, וכאן נכנסת הלכת **לב:** הכל בכפוף לזכויות אדם, וכאמור גדרי הלכת לה לא לגמרי ברורים, ושאלת היקף פריסתה לא ברורה. **אולם אם החלנו את הלכת לב:**  טווח השוני בין הפרוצדורה והראיות הדתיים והאזרחיים – מצטמצמת הרבה מאשר מה שהיה לפני הלכת לב, קרי האחידות כן קודמה.
* הוראות חוק טריטוריאליות: **ביד"ר** (דין אזרחי), **ביהמ"שפ** (אזרחי). **דוג':** חוק שיווי זכויות האישה, חוק הכשרות והאפוטרופסות, חוק יחסי ממון, חוק הירושה..
* עניינים מעבר למעמד האישי: **ביד"ר** (אזרחי- **בבלי**), **ביהמ"שפ** (אזרחי):  **נושאים מעבר למעמד האישי – רכוש:** יצוין, שבראשית הדרך, ענייני הרכוש סווגו כענייני נישואים (**פס"ד סידיס ),**  קרי שאות רכושיות הנובעות מקשר נישואים/פירוקו הן ענייני נישואין וככאלה, יידונו לפי דין דתי, ומי יחיל זאת: גם ביהמ"שפ האזרחי. בתהליך הדרגתי, המפורט **בבבלי** (יש להכירו על בוריו), רואים את התהליך במסגרתו עברו ענייני הרכוש סיווג מחודש, והפכו להיות כנושאים "שהוסכמו מכללא" ע"י בני הזוג, קרי יד כוונה, חוזה שכל הנושא הרכושי משותף, הנושא הרכושי כמבטא תפיסה הסכמית, חוזית, ומייחסים להם (בין אם נשואים או לא), מייחסים להם **כוונת שיתוף.** יצוין כי הטרמינולוגיה החוזית שהפסיקה פיתחה ע"מ להסדיר את רכוש בני הזוג, נבעה מהצורך להגדיר מחדש את השאלות הרכושיות, לא כשאלות נישואין אלאל שאלות של **חוזים, הסכמים, כוונה**- כדי שיחולו עליהם כללים אזרחיים, שהדין האזרחי יחול עליהם ולא הדין הדתי. המהלך מפורט בפס"ד. **עניינים שמעבר למעמד האישי מתעוררים בסכסוכים רכושיים- מכוח הכריכה:**  רק אז יש לו סמכות, כי אחרת אין לו סמכות לדון בשאלות רכושיות, אלא אם נכרכו. לא ניתן להסכים ביחד לדון בביד"ר, כי זה מעבר לסמכותם של ביד"ר, גם הסכמה על ביד"ר כבורר לא ניתן (**פס"ד סימה אמיר:** אין דיון בביד"ר בנושאים מעבר לסמכותם, גם בהסכמה). הכריכה: ביטוי לכפיית סמכות, בעל דין כופה את סמכות ביד"ר על יריבו (לרוב הבעל כופה את סמכות ביד"ר על האישה, ע"י כריכת שאלות רכושיות בענייני נישואין/גירושין). ברגע שהבעל הקדים לביד"ר , וכרך נושאים רכושיים, לאישה תהיה דרך לטעון נגד הסמכות אם תוכיח שלא התקיימו תנאי הכריכה שפותחו בפסיקה (אחד מתנאי הכריכה החשובים ביותר: כריכה כנה, קרי אם מוכיחים שהכריכה לא כנה, ניתן לערער על הסמכות). **כאן מתעוררות השאלות הקשות ביותר:**  כמו **בבבלי**, הבעל טייס, והאישה עקרת בית. בביד"ר קיבלה כתובה, פיצויים, כי הביד"ר מפעיל משטר הפרדה רכושית: מה ששל הבעל שלו, וההיפך: גם הבעל "לא רוצה" מהפנסיה של האישה, ודורש שהיא לא תשתתף בשלו. הפרדה רכושית שתוצאתה: בלתי נסבלת, שמעבר מערכאה אזרחית לרבנית: מעבר מנכסים בכיס ומעמד של אפס נכסים. ברק אומר ששנים חיים עם "פיצולי סטטוס", ולכן אין להוסיף "פיצול קניין". **מאחורי הכללים של בבלי:**  עד לפס"ד בבלי, ההלכה נקבעה **בוילוז'ני** : אם הדין ההלכתי יאמץ את החוקים האזרחי – סבבה, אך עקרונית ביד"ר דן לפי דין דתי, אלא אם יש חוק טריטוריאלי. אם לפי דין דתי הוא מסכים לקבל אליו דין אזרחי (דינא, סיטומתא, מסיעין) – אבל עדיין דין דתי, למעט חוק טריטוריאלי המופנה אליו. **בבלי:** ברק, שמגר, דב לוין. אלון לא בהרכב. כאמור, בכל עניין דת ומדינה ישב שופט דתי, ובבבלי לא. אם אני מייצג את האישה , אני רוצה בשינוי ההלכה, קרי מעוניין "להוריד" את השופט אלון. איך עשו זאת: השופט ספי אלון שבאותו זמן היה עו"ד פלילי, ובהברקה של העו"ד של האישה, הוא צירף את ספי אלון לצוות התביעה. **ועוד:**  לאחר דיוני בבלי, ההרכב יושב ומחליף דעות, ומחליטים מי יכתוב את הפס"ד המרכזי (ברק), והייתה לו תיזה מפורטת כבר בראש: חלוקה לשני חלקים של הפס"ד. כל ביהמ"ש יודע שעומד להיות פס"ד משמעותי, כולל אלון. אחרי כתיבת הטיוטה של בבלי, שעברה מברק לשמגר וממתינים להוראות שמגר, ובינתיים מגיע לעיון ברק **פס"ד באעם**: ביה"ד הדתי פוסק על דין דתי (בשאלת חוק המתנה, והזכות לקניין בחוק כבו"א, ואלון אומר שהחוק יסוד לא חל בביד"ר, כי לא כתוב בו שהוא חל). איך ברק מתמודד עם **בעאם:** אומר שמדובר באוביטר. אילון, בסמוך לפס"ד בבלי פורש מביהמ"ש העליון (לא יכול להחזיר לברק באותו מגרש), וכותב מאמר ביקורת על ברק וסיווגו את הלכותיו של אילון כאמרות אגב. **בסוף: שורת בבלי התחתונה:** היפוך הוסחה באופן מושלם- גם ביד"ר דן לכל דבר ועניין בדין אזרחי אלא אם מדובר בעניין המעמד האישי – תורת האחידות של ברק. **קדרי:** ביד"ר לא מחילים לרוב את בבלי (אפילו בבלי עצמה טרם ראתה כסף).

**25/3/12**

**בוחן ראשון:** יום א' הבא. יוקרן הסרט "מקודשת"- פתיח לחלק הבא- נישואין כדמו"י.

**חומר לבוחן:**

* פיקוח שיפוטי- פסיקה**: פס"ד אקנין (8), פלונית המזונות החוזיים/אזרחיים (ר"ע 8256/99- פריט 9) , פלונית נישואין קפריסין (פריט 9- בג"צ 2232/03)**
* **דגש:** הבוחן יארך 7 דקות. מבקשת להקפיד על הוראות המתרגלות.

**חזרה לפרשת בבלי:**

ניתוח הפס"ד: - שתי האסטרטגיות של הפס"ד. הדרך בה ברק התעמת עם הלכות איילון (**וילוז'ני, באעם)**. הדרך בה ברק בנה את הפס"ד, ניתן לראות כמורכב משני חלקים:

1. **החלק המסורתי:** שלא שובר את הכלים, הולך לפי המוסכמות, לפי כללי המשחק שהיו נהוגים עד אז. בחלק זה, ברק הולך בדרך מקובלת, שאפשרה לבג"צ, להתערב בפסיקה של ביד"ר במקרה שהם חורגים מסמכות, ואחת מדרכי החריגה מסמכות היא : פסיקה בניגוד לחוק טריטוריאלי. ומהו אותו חוק שביד"ר פוסק בניגוד לו? **שיווי זכויות האישה**. (למה החוק שאמורים היו להכיל ביד"ר היה חוק שיווי זכויות אישה, ולא **חוק יחסי ממון**? כי החוק חוקק ב-1974, והזוג בבלי התחתן לפני כן. קניינית- על נכסי הזוג **חלים שני משטרים**(על חלוקת רכוש) **משטר אחד**: יחסי ממון (מי שנישא אחרי 1974ינואר – זוגות שאינם נשואים, החוק לא חל עליהם (עליהם חלה הלכת השיתוף- פיתוח הפסיקה, חקיקה שיפוטית) חוק יחסי ממון: טריטוריאלי, ואחד מסעיפיו מנחה ביד"ר להחיל. בבלי לא ניתן היה להחילו כי הם נישאו אחרי 74. משטר של הפרדה רכושית במהלך הנישואין אך **איזון משאבים**- החוק קובע- במהלך חיי הנישואין נשמרת ההפרדה הרכושית בין הזוג, אך שהנישואין מסתיימים, או כאשר ביהמ"ש מורה על ביצוע איזון המשאבים, מתקיימת חלוקת הרכוש ביניהם בדרך שקבועה בחוק (פרק 2 לחוק). **משטר שני:** הלכת השיתוף קובעת שמתקיים שיתוף רכושי בין בני הזוג מרגע שהם מתחילים את החיים המשותפים (למעשה- מכילה את דיני השיתוף הקנייני על זוג שחי חיים משותפים), מדובר בשיתוף קנייני/מעין קנייני. ההשלכות של שיתוף קנייני עלולות להיות בעייתיות מבחינת יחסים עם צדדים שלישיים). **ההבחנה העקרונית בין המשטרים:** לפי יחסי ממון- השיתוף הוא דחוי, לעת מועד איזון המשאבים, **לפי הלכת השיתוף:** מע' היחסים הקניינית היא מע' של שיתוף לכל אורך הדרך. **ועוד:** הדין החל בנושאים מעבר למעמד האישי- מהם הנושאים הללו? **הנושא המובהק:** הרכוש. בעבר, ענייני הרכוש נתפסו כענייני נישואין, ובהדרגה, ביהמ"ש העליון הגדירם מחדש כנושאים אזרחיים, חוזיים. את התהליך הזה הוא עשה דרך פיתוח חקיקה שיפוטית של הלכת השיתוף: מייחסים לבני הזוג הסכמה מכללא- כל הרכוש שמשמש אותם במהלך החיים המשותפים, שמתווסף ליחידה הזוגית: הוא רכוש משותף, שייך לשניהם בחלקים שווים. זו הכוונה המיוחסת לזוג, והרציונל- חוזי אזרחי. כאמור, הדגש על הרציונל החוזי אזרחי הזה, מעין הפיכת הקשר לעסקי (כי דינים אלו רלוונטיים גם לדיני קניין), והצורך של העליון להשתמש במונחים הללו נובע בן היתר, כדי להוציא מסמכות ביד"ר, ולהגיד- זה לא עניין נישואין אלא אזרחי טהור ולכן הדין שיחול- אזרחי חוזי שהעליון מפתח ע"י חקיקה שיפוטית (תגובה למרוץ הסמכויות). **המשך החלק הראשון של ברק:** פתרון הבעיה של בבלי ע"י חוק שיווי זכויות האישה – **איך הוא פותר את בעיית הפס"ד?** שהפס"ד יהיה שוויוני? כי החוק אומר, מנחה: "דין אחד לאישה ולאיש בכל פעולה משפטית, וכל הוראת חוק המפלה את האישה.. אין נוהגים לפיה.. לא משנה אם הייתה כוונה להפלות או לא... " – משמע תוצאת ביד"ר לא שוויונית, למה? הרי גם הבעל לא רוצה לקחת מהאישה את הפנסיה, אז למה זה לא שוויוני? ביד"ר טוען שכן. ברק אומר: **התוצאה לא שוויונית במציאות, מבחין בין שוויון פורמאלי ומהותי**: תפיסת השוויון של ביד"ר, התפיסה ההלכתית של יחסי ממון בין הזוג היא שוויון פורמאלי: ההפרדה הרכושית היא שוויון פורמאלי , אך לא תפיסת השוויון לפיה פוסקים בישראל- מהותי. אחת הדרכים לבחון את התגשמותו- מבט על התוצאה. יש המכנים זאת: שוויון תוצאתי, דה פקטו. במציאות הישראלית, עם הבדלי המגדר שעדיין קיימים, החלה של הפרדה רכושית כמעט תמיד תפגע באישה ותביא לתוצאות של שוויוניות, ולכן: עקרון השוויון, **שבחוק שיווי זכויות האישה** היה אמור להביא לבטלות הפס"ד הרבני. וברק אכן אומר זאת- הפס"ד מביד"ר לא תואם את החוק, ולכן מתבטל. **למה ברק לא עוצר כאן?**  כי אם היה עוצר שם, היה מחזיר לביד"ר ע"מ שיפסוק "יותר שוויוני". האם בהוראה זו ביד"ר מחויב ליישם את הלכת השיתוף? לא- יכולות להיות דרכים שונות לחלוקת הרכוש, שיגשימו עקרון שוויון מהותי, אך לא בהכרח יהיו זהים להחלה של הלכת השיתוף. **קדרי:** בארה"ב, כל נושא יחסי ממון נתון לסמכות המדינות עצמן, קרי תיתכנה 51 שיטות שונות, וחלקן פועלות לפי שיטת השק"ד השיפוטי, לפיה ביהמ"ש מקבל רשימת פרמטרים, שהוא צריך להביא בחשבון כאשר הוא בוחן את חלוקת הרכוש: משך חיי הנישואים, חלוקת התפקידים ביניהם, אלימות שהייתה בקשר, נישואין יהודיים (במדינת נ"י): האם אחד מהזוג מונע מאחר להינשא מחדש? קרי- **לאו דווקא יגיעו ל-50/50 שהיא הלכת השיתוף.** שק"ד שיפוטי יכול להביא ל-4-/60 למשל, ועדיין יכולות להיחשב שוויוניות. **לכן:** אם ברק היה נוהג כך, התוצאה לאו דווקא הייתה 50/50: "יכולתי לסיים פס"די כאן, אך הפתרון חלקי בלבד, כי סומך רק על חוק שיווי זכויות האישה, ובכל העניינים האחרים ביד"ר יכול לפסוק עפ"י דין עברי, ופצול הקניין יימשך: לא יכירו בתקנות שוק למשל.. נהיה עדים לפיצול רכושי בהיקף רב, התוצאה לא רצויה, והקונסטרוקציה המשפטית בהם ביד"ר פעול, קרי החלת הדין העברי על כל מה שאין חוק טריטוריאלי- לא מתאים". **פסקה 23: ברק רוצה להגיע לאחידות, שלא יהיו פיצולים, שיהיה איחוד בין ערכאות. שמעבר מערכאה אזרחית לדתית יגרום לאישה להיוותר ללא כלום.** הייתה לברק עוד דרך ללכת בה: להתמודד עם נושא הכריכה- איך קרה שכל העניין הרכושי נדון בביד"ר? ע"י הכריכה? ברק מעלה אפשרות שהסמכות לא תהיה של ביד"ר: **כריכה לא כנה**. כריכה צריכה לעמוד בשלושה מבחנים, ויתכן שלא הייתה כנה. ברק: כל כריכה של רכוש, שבעקרון כפוף להלכת השיתוף, מעצם טבעה: אינה כנה, כי כולם יודעים שביד"ר לא מחיל את הלכת השיתוף, אז כולם יודעים, כל מי שכורך רכוש לתביעת הגירושין, שביד"ר לא ייתן לאשתו כלום, לכן הוא כורך. לכן אומר ברק: זה בעצם אינהרנטית גורם לכריכה לא כנה, ולא מתקיים המבחן הבסיסי, שמביא לכך שהכריכה תתפוס. **למה מותיר זאת בצריך עיון?** כי כבר הוכרע שהכריכה הזו תופסת – הוכרע בגלגול קודם (בעליון) שהכריכה כנה. אבל, שאלת כנות הכריכה בסיבוב הקודם נגעה לכריכת המזונות, ולא לרכוש (מזה ברק מתעלם), והסיבה האמיתית: לא רצה לגמור כך את התיק, אלא רצה להגיע לתוצאת הסופית: **תורת האחידות.**  אילו היה נוקט בשיטת שלילת כנות הכריכה, מה הייתה התוצאה: מכאן והלאה לביד"ר לא הייתה סמכות לדון בנושאים רכושיים. המשמעות: כל פסיקת פוסט בבלי **(גבאי למשל)** המעלה שאלות רכושיות, כולם היו נמנעים, לא היו באים לעולם כי סמכות ביד"ר לא הייתה קיימת, ואולי הייתה חקיקת עוקף בג"צ בנושא. **השאלה המהותית:**  מה נתפס כפגיעה בביד"ר? שלילת כנות הכריכה או הדרך הרדיקלית של ברק (בהמשך) היא הפוגעת יותר?
2. **החלק המהפכני:** הדרך הרדיקלית: **היפוך הנוסחה-**  עד בבלי ביד"ר דן בכל עניין לפי המשפט העברי למעט נושאי חקיקה טריטוריאלית, מהיום- ביד"ר ידון בכל עניין לפי דין אזרחי, **למעט ענייני מעמד אישי**- ממש כמו ביהמ"שפ. זה החידוש של ברק. דין אחד לכולם: בביד"ר, בביהמ"שפ. נכון שישנם אותם חריגי המעטפת: כללי ברירת דין, פרוצדורה וראיות (שגם הם מסויגים ע"י **פס"ד לב**). **קדרי:** לב ובבלי יוצרים יחד את תורת האחידות.

**פוסט בבלי:**

הגברת בבלי עצמה לא ראתה שקל בעקבות המהפכה שעניינה עורר בדיני המשפחה. ארבע שנים לאחר הפס"ד בבג"צ, שהחזיר את התיק לביד"ר עם הנחיה להחיל הלכת שיתוף, ביד"ר לא עשה זאת. הרוב המוחלט (למעט הרב דיכובסקי), **פס"ד גבאי, אקנין**, לא מחילים את הלכת השיתוף, כי בתפיסתם ההלכתית, ההלכה הזו מנוגדת לדין העברי. למרות שזילברג ואחרים קיבלו זאת להלכה: דרך תנאי שבממון, כוונת השיתוף של חיים משותפים. עדיין- הלכת השיתוף מנוגדת להלכה העברית. **קדרי:**  למרות שיש אפשרות לקבל זאת להלכה, מאבק הסמכויות והמעמדות מכריע. (**פס"ד אליהו-**  לא ברשימה: עלתה אפשרות לשלול את כנות הכריכה, קרי אפשרות לעקוף את אי החלת הלכת השיתוף ע"י ביד"ר. קדרי- אניחה שלא עושים בה שימוש מתוך חשש של העליון לא להצטייר כמחרב ביד"ר, ודוג' **סימה אמיר:** הלך רחוק, וגרם נזק. והתגובה החקיקתית לו, מרתיעה כיום מלשלול את כנות הכריכה). **קדרי:** בתכלס, שלילת כנות הכריכה פחות משמעותית כי שוללת רק רכוש "אזרחי" אך הדרך של ברק יותר רדיקלית, כי מכילה את כל הדין האזרחי.

**חזרה לבבלי:**  התיק חוזר לביד"ר, מתחילות דחיות וכו'. אחרי זמן מה, שולף ב"כ הבעל הסכם מ-1980 שבני הזוג חתמו ביניהם , ומפרט מה יקרה אם וכאשר יחליטו להיפרד: מכירת הווילה, חלוקת השלל וכו'. מי שעוד חתום על ההסכם: אחד הבנים שלהם (שנקבע גם כבורר..). **חוק יחסי ממון קובע את הסדר איזון המשאבים, ועוד קובע:** בני הזוג רשאים להסכים ביניהם כיצד תתבצע החלוקה (פרק א' לחוק). קרי בפרק א' נקבע שהסכם ממון חייב להיות בכתב, וחייב לקבל אישור, וכשמדובר בנשואים: האישור יינתן או ע"י ביד"ר, או ע"י ביהמ"שפ (עד שקם- המחוזי היה צריך לאשר), אחרת אין לו תוקף. הזוג בבלי לא אישרו את ההסכם ביניהם (על מכירת הווילה וחלוקת השלל, ושאר חלוקת הרכוש- לפי הקבוע בחוק). לאורך כל ההתדיינות ההסכם לא עלה, ופתאום הבעל שלפו. כמייצג האישה: נאמר שהוא לא תקף, כי לא אושר בערכאה הרלוונטית. ביד"ר כאן מתגלה ברוב תעוזתו, ואקטיביזם שיפוטי מרשים: אמנם לא אושר, אך יש כבר פס"דים שאומרים שהעלאת טענת אי אישור אחרי שנים רבות, נגועה בחוסר תו"ל, ואם לא טענו עד כה את חוסר התוקף- ההסכם תקף (קדרי: אכן יש פסיקה אזרחית שהתמודדה עם חוסר האישור לאחר שנהגו עפ"י הסכם במשך תקופה, קרי אישרה אותו, אך לא בנסיבות כאלו: בבלי לא נהגו עפ"י ההסכם הזה, כי איש לא הזכיר אותו). ביד"ר: מכשיר את ההסכם. הוא אומר שיתר חלוקת הרכוש תהיה לפי חוק. לפי איזה חוק? ב1995 חוק יחסי ממון עבר שינויים, והמשמעותי: כל הזכויות הצמודות למקום העבודה (השתלמות, פנסיה, גמל, ביטוחי מנהלים) נכנסים לשיתוף. ביד"ר אומר: ההסכם נחתם ב-1980, ואז חוק יחסי ממון טרם הכיר בכל הנכסים הצמודים למקום העבודה כנכנסים לשיתוף, ולכן: הווילה שכתובה בהסכם תחולק וכל יתר הרכוש – של הבעל. ואחרי שנפרדו, הגברת המשיכה לגור בוילה, קרי לא קיימה את ההסכם, והיא צריכה לשלם לו דמי שימוש... **זו תוצאת ביד"ר שאושרה בביד"ר הגדול.** התוצאה: האישה נותרה בלי כלום, לא היה לה כסף לעתור לבג"צ על פסיקת ביד"ר האחרונה.

**פוסט בבלי כללי:** פס"ד **גבאי**- ממחיש שביד"ר לא מסוגל לקבל על עצמו את הלכת השיתוף. עוד פסיקה בנושא: **פס"ד 8214/07: ארבל, ועוד: אקנין-**  מתייחס לבבלי, אך אקנין ינותח כפס"ד שמסמן את הגבולות של בבלי. **טרם המשך בביקורת שיפוטית, נפנה לביטול גיור.**

**ביטולי הגיור:** **חשיבות קביעת ההשתייכות הדתית:**

**פס"ד פלונים (להשלים):** הזוג פנה באופן מוסכם לסדר את הגט, בביד"ר הרב עטייה החל לתחקר את האישה אודות אורח חייה וזאת מפני שראה שגוירה בביד"ר אחר של הרב דרוקמן. הגט סודר אך לא קיבלו תעודת גירושין. הם קיבלו בדואר פס"ד שחתום ע"י הרב עטייה שמלא כולו בדברים רעים על הרב דרוקמן, שבית דינו לא כשר, ושהאישה וילדיה לא יהודים. הוגשה עתירה לביד"ר הגדול וניתן פס"ד של הרכב גדול בראשות הרב שרמן. הרב שרמן עיכב את פסה"ד וחילק אף את הטיוטה בכנס דיינים עוד לפני שנתן את הפס"ד. הרב שרמן יוצא חזיתית נ' גיורי הרב דרוקמן והוא מפרט מדוע כל גיוריו של הרב דרוקמן שקיבל סמכות ממלכתית לקיים את כל הגיורים, פסולים ובטלים. משמעות: האישה וילדיה, אינם יהודים. **הנימוק ההלכתי:** גם באותה נק' זמן, למרות מה שאמרה, מה שמשנה: מה שמתקיים לאחר מכן (כמה היא שמורת מצוות) שמפקפק בכנות ההצהרות שלה. דרוקמן ודיכובסקי: מה שמשנה זו ההצהרה, ברגע הגיור, גם אם משנה ממנהגיה אח"כ. מתחת לפני השטח: השאלה העקרונית והמאבק הקשה של החרדים מול הציונות הדתית. **להשלים קריאת סעיף 8.**

**28/3/12**

**ביטולי גיור – המשך: פס"ד פלונים -** דגשים של הרב שרמן בביד"ר הגדול שאימץ את ביד"ר אשדוד:

* מאשים את ביד"ר רבנים לגיור של דרוקמן שלא נמנעים לבולל, להסוות נוכרית וכו. ומצב זה מעיד על זדון גמור.
* הרב שרמן בביד"ר מסביר, וזה החשוב ציבורית שמה שמנחה את דרוקמן והזרם שלו: הקו האידיאולוגי הרואה בגיור משימה לאומית, רואה בו ערך לאומי, חשיבות לאומית, כדי להכניס את המזדהים עם עם ישראל למסגרת הפורמאלית, קרי מה שמעניין את דרוקמן: ההיבט הציבורי, ההיבט הרוחני של העם, לא של האדם. הבעייתיות בגיור דרוקמן לדעת שרמן, שאותה רות כריסטינה בפועל לא מקיימים אורח חיים דתי, ולדידו זה מעיד על כך שההיבט הרוחני של המתגייר לא התגשם. בחלק זה של הפס"ד רואים את ההתנגשות הפוליטית דתית בין החרדים והציונות הדתית.
* פרשת ביטולי הגיור היא העימות המשמעותי ביותר, והלבנת הפנים (או שפיכת דם דרוקמן) חסר תקדים.
* התוצאה: כל הגיורים משנת 99 – בטלים. אופרטיבית: אלפי אנשים ונשים: אין בעיה מבחינת הרישום, הבעיה: רישום לנישואין. הצעת החוק החדשה לפתיחת אזורי הרישום באה לתת מענה, כיצד: הסמכות לרשום נישואים היא של המועצות הדתיות, והפרוצדורה של הנישואין עוברת דרך רישום כאמור, והרשם: רבנים שהוסמכו ע"י מועצת הרבנות הראשית (מכוח חוק רבנות ראשית ועוד), והם פועלים כיום לפי איזורי רישום בהתאם לכתובת הזוג המבקש להינשא. בקרב הרושמים- יש שנמנים על הציונות דתית ויש חרדים (רואים עצמם מחויבים לפס"ד שרמן: לא ירשמו את הגרים לנישואים אם לא משתכנעים שבהם "דתיים"). ההצעה: מי שמבקש להירשם, ירשם ללא קשר למקום המגורים, ומי שירצה להירשם אצל המזוהים עם רבני צוהר או מגוון עמדות באורתודוכסיה שתאפשר לכל אחד ואחת לקבל את השירות ע"י מי שמתאים לו. זה יפתור בעיית מי שעבר גיור אצל דרוקמן. **האם זו התמודדות עם נושא ביטולי הגיור?**  לא.
* דרוקמן פנה לש"כ (נציבת תלונות השופטים) , שהמליצה להעביר מתפקידו את שרמן לוועדה למינוי דיינים. הוועדה התכנסה, האם העבירה מתפקידו את שרמן: לא. שני הרבנים הראשיים, שני דייני ביד"ר, שני ח"כים מש"ס/יהדות התורה, קרי הרכב לא ממש פרו ש"כ. לעומת זאת, הרב דרוקמן סיים את תפקידו כראש מנהל הגיור.
* וביוני 2008 מרכז רקמן עתר לבג"צ נגד **פס"ד פלונים** : חוסר סמכות ופגיעה בכללי הצדק הטבעי, לביטול פס"ד הרב שרמן. במאי 2009 בג"צ הוציא צו על תנאי שמורה להסיר את רות כריסטינה מרשימת מעוכבי החיתון. הצו מופנה למועצה הדתית, רשמי הנישואין, מי שמנהל את ה"רשימות השחורות" (מעוכבי ומנועי חיתון), המתנהלות לפי הנחיות ברק כיועמ"ש (קרי, הוא הכשיר את ניהול הרשימות השחורות). בספט' 2010 ביד"ר אזורי בת"א מחזיר לרות כריסטינה את יהדותה. המקרה של כריסטינה נפתר, האם בעיית ביטולי הגיור נפתרה ? **לא:** כי שרמן קבע שכל גיורי דרוקמן בטלים. מדובר בהוראה כללית, שאכן מיושמת, ואם החוק לעיל לא יעבור, אלפי גרים יהיו במציאות קשה. **מה בג"צ יעשה?**  לכאורה יוכל לומר שהעתירה של שרמן היא אות מתה, כי היהדות הושבה לרות כריסטינה, ובאשר לאמירה כללי: בג"צ יגיד שאין להתייחס לאמירה כללית, אלא רק על תצהירים כתובים וכו'. מה ישפיע: תמורות פוליטיות בין בג"צ- ביד"ר, חילופי גברי בבג"צ וכו'. אם בג"צ ירצה להתערב, וירצה לטעון שפס"ד שרמן בטל – **האם הוא יכול?** אם יתערב , זה יכניס אותו לשאלות "מיהו יהודי" לצורך הנישואין עצמם. בעוד הוא אכן עשה כן בשאלות חוקתיות, וקבע מיהו יהודי לכל הצרכים האזרחיים **(פס"ד גולדשטיין:**  הבדל בין שאלת היהדות לענייני נישואין/גירושין וכל השאר). התחומים האלו, לביד"ר הסמכות הייחודית. אם בג"צ יתערב בשאלת בטלות הגיורים, ויבטל את פסיקת שרמן שמבטל גיור (יעני הגיורים תקפים לצורך כשרות נישואין), יש כאן חציית גבול של התערבות בג"צ. **קדרי:**  מתקשה להאמין שאכן יעשה כן, כי זה בעייתי בטירוף, מעריכה שימלט מלשמוע את העתירה לגופה).

**סוף נושא ביטולי הגיור.**

**פיקוח שיפוטי:**

**מיקום בקורס: מבואות – מע' היחסים בין האזרחית לדתית (**שוחחנו על ההבדלים ביניהם, מיהו יהודי וביטולי גיור, ועת פיקוח שיפוטי). ואולם, בנושא ההבדלים שוחחנו על הדין החל במע' הדתית, הוקדש גם זמן לדבר על פסיקת המהפך: בבלי ולב, שהפכו את הנוסחה בדין החל במע' הדתית. ולמעשה: נדונה השאלה- מה הדין שביד"ר יחיל מתוך זווית הפיקוח של בג"צ כמפקח, ששואל אם פסק כהלכה, או בניגוד לדין שעליו לפסוק. לכן- **בבלי ולב**: דוג' קלאסית של פיקוח שיפוטי/התערבות בג"צ.

**גבולותיו של בבלי:**  **פס"ד אקנין –** תוחם את גבולותיו של פס"ד בבלי. האישה מגישה לביד"ר מזונות ומדור. לאישה יש זכות למזונות , מתוך התחייבות הבעל בנישואין- המזונות כוללים קורת גג: הבעל מחויב לספק לה זאת. יש פרמטרים ברורים לעניין היקף הזכות למזונות והנגזרת ממנה: הזכות למדור. בין היתר: עולה עמו ואינה יורדת עמו, וגם "אין מוציאים מנווה יפה לנווה הרע" (לא מריעים תנאים). מכלול הבא להגן על רווחתה הכלכלית של האישה במסגרת הזכות למזונות שכוללת מדור. בסיווגים שלנו, הזכות למזונות היא **בענייני מעמד אישי**. ביד"ר פסק מדור ספציפי: זכות לגור באותה דירה ממש. הבעל פונה לביהמ"ש השלום לפירוק שיתוף כמו כל שותפות בנכס (כיום היה דון בביהמ"ש למשפחה). הבעיה שלו: ביד"ר פסק שהחצי שלו בדירה, משועבד לזכות האישה למדור. הבעל מצא עצמו בבעיה, כיוון שהדירה "משועבדת" לטובת האישה שקנויה לה הזכות למדור ספציפי באותה דירה. **קדרי:** מדובר במצב שכיח בזירה הקשה של דיני המשפחה. אם אני מייצג אותם- יש שתי ערכאות שיפוט בסמכות וכדין, ושתיהן נותנות החלטות מנוגדות, סותרות ביחס לאותו דבר עצמו – כאן: היחס לאותה דירה. כל אחד עושה כן מעילה אחרת: האחת מתביעת מזונות, האחרת – פירוק שיתוף. ביהמ"ש השלום אמר- ממתין לפסיקה הביד"ר (אקנין רלוונטי גם תחת נושא עקרון כיבוד הדדי בין ערכאות). תחת עקרון הכיבוד ההדדי נפסק **בפס"ד ראש חודש**: המחוזי אמר שיש לו שתי אופציות שהוא מתבקש לפסוק בעניין עומד בביד"ר- להמשיך ולדון במסגרת הסמכות לפירוק שיתוף, ואני יכול לחכות ולראות מה יפסק ביד"ר. **באקנין**: השלום החליט לחכות, וביד"ר נתן החלטה: לאישה , במסגרת זכותה למזונות ומדור, יש זכות למדור ספציפי, ועל זה עותר הבעל לבג"צ: חוסר סמכות – ביד"ר חרג מסמכותו, ובהתאם לבבלי: היה עליו להחיל דין אזרחי, שקובע שלבעל יש זכות לחצי דירה, וקביעתו פוגעת בזכותו הקניינית. **כאן עולה שאלה:** האם **אקנין** הוא המשך **בבלי?** או שלמעשה הוא הגבול של בבלי? התשובה תלויה הסיווגים: **גולדברג אומר שזה גבול** – המזונות הם ענייני מעמד אישי ובבלי אמר שביד"ר מחויב לדין אזרחי בכל מה **שאינו מעמד אישי**, ומזונות הן כן ולכן חל הדין הדתי –**זו הלכת אקנין: מסמל את הגבול של בבלי.**  הבעיה: **כיצד יפורש הדין הדתי?** פרשנות ביד"ר או אזרחי ? הלוא גם ביהמ"ש נתקל בשאלה של הזכות למדור ספציפי: תביעות מזונות מוגשות גם בביהמ"שפ וגם שם נתקלו בשאלה: האם הזכות למזונות הכוללת מדור מיתרגמת לזכות לאותה דירה ממש, ולא אחרת/חלופית. שאלות שנדונו כבר, במשפט האזרחי, ואף הגיעו לעליון **בפס"ד כליפא:**  הזכות למדור , אין משמעותה מדור ספציפי ממש. האם ביהמ"ש רשאי לעשות זאת? הרי הוא מתייחס לדין הדתי – בהלכה שיטת המשפט הדתית היא בעלת טווח של אפשרויות פרשניות. ביהמ"שפ ב**כליפא**, לאחר דיון הלכתי אמר: ההבנה שלנו את המשפט העברי כאן היא שהזכות לאו דווקא מדור ספציפי וניתן להגשימה גם ללא הקניית זכות לאותה דירה ממש. זו ההבנה של ביהמ"שפ את הדין הדתי. **ואז גולדברג אומר:** איני רואה מקום לכפות על ביד"ר את פרוש המשפט העברי כפי שפורש בביהמ"שפ. **משמע: הוא אומר שהדין האזרחי, לא מחייב את הדין הדתי**. שוב: ביהמ"שפ האזרחי חייב להחיל דין אזרחי במזונות , מדור. בתוך הדין הדתי יש מגוון פרשנויות: מדור ספציפי או לא. **ביהמ"ש האזרחי פירש: מדור לא ספציפי דווקא**. כעת, המצב: ביד"ר צריך ליישם דין דתי, וגולדברג אומר- אפשר היה לומר שביד"ר כערכאה דתית צריכה ליישם גישה פרשנית של המע' האזרחית ביחס לדין הדתי, וכאן גולדברג עוצר, ולא מקבל את זה. **קדרי:** מדהים שבכלל הייתה אופציה כזו, שביד"ר צריך להחיל דין דתי כפי שהוא מתפרש בביהמ"ש האזרחי. זה מדהים מבחינת העומד בנעליים הדתיות, של מי שחרד לתפיסה הדתית, עירוב של מי שאינו במינו מביאה למצב אבסורדי של כפיית פרשנות דתית על משפט עברי מצד הערכאה האזרחית על הדתית, בגלל חלוקת הסמכויות, והשעטנז ניתן היה להגיע לאופציה אבסורדית כזו. **פס"ד יאיר:**  ממשיך את אקנין (**גם גולדנברג**), וגם שם הש' ארבל חזרה על האפשרות: האם ביד"ר כפוף לתפיסת העליון את הדין הדתי? לא. **קדרי:** עצם האפשרות שזה עולה על הדעת שזה ייתכן , מזעזע. **חזרה לאקנין- דעת המיעוט של שחשין:** חשין אומר – ביד"ר אומר שאתה פועל בגזרת המעמד האישי, אך בפועל: התוצאה האופרטיבית של פסיקתך: פגיעה בזכות הקניינית של הבעל, ואם זו התוצאה: אתה יוצא ממסגרת ענייני המעמד האישי, ואתה עובר לתחום הקניין, ובכך נכנסת למטרייה ושליטת הדין האזרחי. **גם ביאיר, גולדנברג**: אמרו שיש את דעת חשין, ויש מה לדון בה, אך לא הכריעו. **לסיכום:** ההלכה היא פס"ד של גולדברג.

**כאמור- בבלי ולב מדגימים פיקוח שיפוטי:**  מכוח מה בכלל בג"צ מתערב? ממה מפעיל פיקוח שיפוטי? **חוק יסוד השפיטה: סעיפים 15 ג,ד(4): ג -** ביהמ"ש שיושב כבג"צ ידון בעניינים בהם רואה צורך לתת סעד למען הצדק, ושאינם בסמכותו של ביה"ד אחר. **ד(4):** מוסמך לתת צווים לביד"ר לדון בעניין לפי סמכותם, או להפסיק לדון בעניין שלא לפי סמכותם.

**משמעות הסעיפים:** ההבדלים ביניהם, משמעויותיהם וכו'. יצוין, כי הדיון בחלקו ספקולטיבי וחלקו לא בטוח מעשי ברמה האופרטיבית. למרות סעיפי החיקוק, ושהפסיקה מעלה את שתי אפשרויות התערבות אלו, הפסיקה האחרונה, בשיטתיות נמנעת מלהגיד קונקרטית על משמעות ההבדלים בין שני סעיפי ההתערבות:

**פס"ד גבאי, פלונית (ארבל- שיתוף):**

**פלונית ארבל הלכת שיתוף:**  ביהמ"ש מסביר את סעיפי ח"י השפיטה, אך אומר שאינו צריך להכריע, כיוון שיכול להתערב בשניהם, קרי מסמכות שני הסעיפים.

**עדיין נדון על ההבדלים :**

**15(ג):** סעיף סל – סעיף בג"צי הכי כולל שיש, לא מדבר באופן מיוחד על התערבות בבתי דין מסוימים, אלא זה מקור סמכות בג"צ לכל פיקוח שיפוטי על רשויות המדינה, בכלל ביד"רים, הכל מכוח 15ג. **ועוד:**  עילת ההתערבות הכללית: עמומה – סעד מן הצדק, מה זה? בג"צ יחליט. ללא מגבלות מועד (ללא כלל הזדמנות ראשונה). נושאים שניתנים לביטול (voidble) **עיוות דין:** פן נוסף של הקריטריון "סעד מהצדק"- יעני בגלל עיוות דין יש לתת סעד מהצדק. צריך להוכיח שנגרם עיוות דין. **כללי צדק טבעי:**  הליך הוגן, זכות טיעון, שימוע, הנמקה, יידוע וכו'. השאלות שנשאל אח"כ: היכן מסווגים פגיעה בזכויות אדם? בכצ"ט? התעלמות מדין אזרחי? שאלה פתוחה.

**15ד(4)**: ייחודי על פיקוח שיפוטי על בתי דין דתיים – מקור סמכותו של בג"צ לפקח על סמכות בתי דין דתיים כולם. ועוד: עילת ההתערבות יותר ספציפית: חריגה מסמכות, אולם גם זה רחב: מתי ביד"ר נתפס כמי שחורג מסמכותו? בג"צ יקבע, ומה השאלה שחוזרת על עצמה בפסיקה: כשביד"ר פוסק בניגוד להוראת דין אזרחי שמחייבת אותו, האם זו חריגה מסמכות או לא? עוד בסעיף זה: כלל ההזדמנות הראשונה: דוקט' של השתק/מניעות בלבוש חקיקתי בהקשר של הסכמה לסמכות- התדיינת? הגעת לבית הדין? אם את חושבת שאין לו סמכות, ובוחרת לחכות לתוצאה, לא יכולה להיזכר שמדובר בחריגה מסמכות- יש השתקה, מניעה, קרי מי שלא העלה זאת בהזדמנות ראשונה: אבוד לו. נושאי בטלות מעיקרא (void). – **(בפס"ד נגר:**  ויכוח בין איילון ושמגר, האם ההתערבות בפסיקת המחוזי/ביד"ר תהיה מאיזה סעיף?) **קדרי:** בסופו של יום, הרושם הוא שההבדלים מיטשטשים ובג"צ למעשה לא מעוניין לחדד, לא מעוניין להתוות דרכים נוספות לעימות עם ביד"ר. קרי הדרכים שהועלו **בנגר** נראות משמעותיות, אך לא ממש מיושמות. **עוד הבדל- עיוות דין:**  אם מדובר בחריגה מסמכות, קרי ביד"ר דן ללא סמכות, לכאורה זה לא חשוב אם היה עיוות דין או לא, כי פס"ד ביד"ר בטל. **פס"ד יחזקאל לוי (1555/05) –** פסיקה בהרכב חסר, והש' פרוקצ'ה אמרה חד משמעית: פסיקה כזו היא חוסר סמכות פונקציונלית (לזכור!), קרי לא ניתן לרפא אותה, וגם אם לא נגרם עיוות דין , ואף ההרכב החסר היה בהסכמת העותר, עדיין: פסיקה בהרכב חסר , ובלי קשר לנגרם או לא- **15ד4**: הפס"ד בטל. **15ד4-**  לא צריך להוכיח שנגרם עיוות דין. **חוסר סמכות:**  אם יש ספק בהשתייכות הדתית, נניח אדם יהודי בספק – אין לביד"ר סמכות לדון בספק יהודי, אז הפס"ד בטל למעשה אם הוא בכל זאת דן.

**תקיפה ישירה: ישירה, להבדיל מעקיפה:** הדרך בה תוקפים את פס"ד הרבני: ישירה (דרך המלך) ע"י הערכאה המוסמכת להתערב (בג"צ), **תקיפה עקיפה:**  תקיפה ברמה האופקית: פנייה לערכאה מקבילה, לצאת נגד הביד"ר בערכאה המקבילה לו. דרך המלך: תקיפה ישירה מבג"צ. לכאורה, אם פס"ד רבני בטל מעיקרו (היה כלא היה, כלום), אז המשמעות: ניתן לתקוף אותו בבג"צ ו**גם בביהמ"שפ** ע"י תקיפה עקיפה. למה לכאורה? **בג"צ נגר:**  פורס תיזה של אפשרויות התערבות ופעילות, עם משמעויות מרחיקות לכת. **קדרי:** אבל הבטחת נגר, תיזת אלון לא ממש באה לידי יישום בפרקטיקה. ועוד: כעו"ד המחפש אסטרטגית פעולה, שוקל יציאה נגד פס"ד רבני ומתלבט איך לצאת נגדו, אז גם אם הניתוח יוביל לכך שיש אפשרות לתקיפה עקיפה, קרי תיאורטית (תשובת מבחן) הדרך היא נכונה, קרוב לוודאי שנחליט לא לקחת סיכון, וניקח בחשבון עלויות, משכי זמן, ומה עוד? למה מסוכן ללכת לביהמ"שפ? כי אולי מה שינחה אותו הוא רתיעה מלהתערב, כי ע"מ ליישם תקיפה עקיפה, צריך להיות שופט כמו פורת (מחוזי עליו ערערו בנגר), בטוח בכוחו מול ביד"ר, וחשש מלהפר איזונים עדינים: כבוד הדדי? אולי השופט במשפחה יקבע שיש סמכות להתעלם מפס"ד רבני, כי חרג מסמכות, קרוב לוודאי שאעורר את חמתם של ביד"ר ובפעם הבאה שיצטרכו להתייחס לפסיקה שלי – ינהגו בהתאם. לכן אולי לא רואים כ"כ בשגרה מהלכים כפי ש**נגר**  אמר שאפשר לעשות. ולראיה:

**פס"ד גבאי: פרוקצ'ה:** אמרה שאינה צריכה להכריע, למרות שגבאי מראה שביד"ר לא מיישם את בבלי (ביד"ר: הצדדים הסמיכו אותי לפסוק על דרך הפשרה, וכך עשיתי והותרתי את האישה ללא רכוש משותף – אך נתלה על זה שהצדדים הסכימו). פרוקצ'ה: זה מנוגד לבבלי, בין אם 15ג, או 15ד4.

הרי 15ד4- המשמעות היא שהפס"ד בטל מעיקרו, קרי תיאורטית אין להתחשב בו, כאילו לא היה: אם ביד"ר הכריע בחינוך ולא חשב על טובת הילד, ולכן חרג מ-15ד4 , עדיין: למרות שהמשמעות היא שאין מה לעתור לבג"צ, ולפנות לערכאה האזרחית (משפחה) כי הפס"ד מביד"ר בטל, עדיין הולכים לבג"צ למסלול ישיר, ולא מנצלים את היכולת לתקוף עקיף, קרי ללכת למשפחה כי הפס"ד הרבני כאילו לא היה. **בפועל:**הדרך לא מיושמת כנראה כי מרחיקת לכת, והעו"ד לא רוצים לקחת סיכון ובוחרים ללכת בדרך המלך.

**מה דינה של התעלמות מנורמה אזרחית:** אם ביד"ר לא מיישם נורמה אזרחית?  **בג"צ סידיס:** קבע שביד"ר חייב לפסוק לפי הוראת חוק טריטוריאלית, ואם לא עושה כן- בג"צ יתערב. השאלה: התעלמות מנורמה אזרחית היא 15ג או 15ד4 עלתה ב**נגר?** שמגר ראה את הביד"ר כפסיקה שחרגה מסמכות, ואלון: לא חריגה מסמכות, אלא טעות שבדין: מפרש את ההתעלמות מהפסיקה האזרחית כטעות בדין, ולכן ניתן לביטול ע"י בג"צ בדרכי הביטול: סעד מהצדק וכו'. **בבלי:** ברק מדבר בפירוש בשפה של חריגה מסמכות, ונדמה היה שהשאלה הוכרעה. אז הגיעה **פס"ד מיכל דוד:** נושא חינוך הילדים (דתי/ממלכתי) – ביד"ר פסק על חינוך דתי בניגוד לשלוש חוו"ד מומחים. אירוע קיצוני (אך לא חריג- **קדרי:** לא מכירה שביד"ר מורה על חינוך חילוני אם אחד ההורים ביקש חינוך דתי). למרות חוו"ד ברורות וחד משמעיות, ביד"ר כאן פוסק על חינוך דתי. (הנושא נדון על דרך כריכה, שחייבת להיות מפורשת כשמדובר בנושאי חינוך), למה לא ניתן לומר שהכריכה לא כנה? כשנדונה אלטרנטיבה לבבלי בדבר שלילת כנות הכריכה והכרזה על רכוש בכריכה אוטומ' לא כנה, אז האם גם כריכת חינוך הילדים לעולם תהיה לא כנה? התשובה: זה לא עלה עד כה כטיעון בפסיקה, לכן השאלה נותרת פתוחה בנוגע למקום ילדים במע' ביד"ר ושאלת הסמכויות בהקשר זכויות ילדים, כי השאלה הגדולה: עד כמה הפסיקות של ביד"ר הבאות כתוצאה מסכסוך בין ההורים, עד כמה נשלים עמן גם אם פוגעות בזכויות הילדים? (יידון בהמשך). חזרה **למיכל דוד:** ממחיש עד כמה ביד"ר ,הרואה עצמו כפוף להלכה, עד כמה יכולים להיות מצבים שתפיסתו תעמוד בסתירה לטובת הילד וזכויותיו. כאן זה מומחש בעוצמה.

**אם כן, בבלי לכאורה הכריע ואז מיכל דוד הגיע בעניין 15ד4:** פסקת חשין: עילת התערבות הצדק הטבעי, היא עילת מסגרת. פסיקה של ביד"ר שפוגעת בזכויות אדם לא תעמוד (מפנה **ללב**). כאן: חשין מדבר על זכויות יסוד + עקרונות יסוד של המשפט בישראל. קרי מרחיב: כי זכויות אדם הן ברורות בגדול: אילו זכויות מוגנות וכו'. **עקרונות יסוד של שליטת המשפט בישראל?**  ומתי ביד"ר ייחשב כפוגע בעקרונות אלו? **לא ברור.** חשין מדגים: למשל מתי שביד"ר חייב להחיל נורמה אזרחית שאינה מהמעמד האישי, או מתעלם (**מפנה לבבלי)**. חשין הולך רחוק יותר ממה שברק הלך, מכניס גם עקרונות. **קדרי:** לא עשו שימוש בפסקה זו של חשין, למרות שהפוטנציאל מאד מרחיק לכת. ו**לשאלה של האם פסיקה בניגוד לנורמה אזרחית:** 15ג או 15ד4? חשין עונה: לא חריגה מסמכות, אלא 15ג- התערבות מכוח עילה למען הצדק. למה פעל כך? **קדרי:** חשין מזדהה עם כך שהמשמעויות המעשיות הטכניות (בטל/ניתן לביטול, תקיפה ישירה/עקיפה) די זניחות, קרי שבאופן מעשי לא יתעסקו עם **פס"ד נגר**, ותמיד יעתרו קודם כל לבג"צ (אחרי ערעור לביד"ר גדול). כנראה, שמה שמנחה אותו – השיח של 15ג תואם יותר את השאיפה שלו להשתמש ברטוריקה הגבוהה: עקרונות יסוד, צדק, זכויות אדם וכו', אחרת, אין סיבה למה לא הלך ל-15ד4, בטח כשההפניה שלו ל**בבלי**, אם מבודדים את זה טכנית – זה לא נכון כי ברק דיבר שם על חריגה מסמכות לפי 15ד(4).

**עילות התערבות נוספות:**

* **חוסר סמכות פונקציונלית:** כאמור, כשוחחנו על הבדלים בין ערכאות, הלא לגיטימיים, במסגרת תופעת אי ההגעה לדיון של דייני ביד"ר. הפסיקה קוראת לזה חוסר סמכות פונקציונלית, מה שגורם לבטלות מוחלטת של פס"ד ביד"ר. **פס"ד אליהו**: פס"ד בו קבעו שופטי בג"צ, שלא כל פסיקה בהרכב חסר מוליכה אוטו' לבטלות מוחלטת ף ויש להבחין בין הרכב חסר שגורם לפגיעה בזכויות המתדיינים, והרכב חסר שלא משפיע על התוצאה, ואז הפס"ד לא יתבטל, קרי – זה תלוי: בטלות יחסית (עד כמה הפגם בהתנהלות באמת פוגע בזכויות ולכן להביא לבטלות). ואז מגיע **פס"ד יחזקאל לוי:** בתביעת הגירושין שהאישה מגישה אחרי 13 שנות נישואין, התביעה נדונה בידי שני דיינים בת"א, ונדחתה. אחרי שנתיים מגישה שוב, ובאים לדיון שוב בפני שני דיינים. ושוב, כל הדיינים מתקיימים בפני שניים. מה שברור, גם האישה וגם הבעל הסכימו להתדיינות ולפסיקה ע"י הרכב החסר. הפס"ד הרבני: לאחר שמיעת הצדדים שקיבלו עליהם את ההרכב שלנו, ולאחר שעיינו בתוצאות- על הצדדים להתגרש. המשפט "על הצדדים להתגרש" מאד שכיח, משפט ממליץ, לא כופה. הבעל ערער לביד"ר גדול שענה: לא מצאנו עילה להתערבות בפס"ד, אין רצון כנה לשלום בית, המערער אישר שאמר בעבר שלא ייתן לאשתו גט כל חייו והדברים לא לזכותו.... האישה פנתה לביה"ד האזורי ע"מ להשית סנקציות על הבעל. הבעל עותר לבג"צ וטוען "הרכב חסר". **פרוקצ'ה:**  לא משנה מה היה, מדובר בפס"ד בטל. האם יש להוכיח עיוות דין? לא- הפס"ד בטל מחוסר סמכות פונקציונלית וזהו. **נאור:**  הבעל סרבן גט, הכריז על כך, מנהל דיונים כבר שנים מידיעה שזה הרכב חסר, וכעת נותנים לו פרס בדמות ביטול הפרס? הרי מדובר בבג"צ והוא רשאי לכלול מכלול שיקולים, ביניהם "ידיים נקיות"- איש שמנצל לרעה את השיטה ע"מ להתחמק, קרי ידיים הכי מלוכלכות. ברלינר מסכימה עם פרוקצ'ה, והפס"ד בטל.

**ש.ב: נושא אחרון של מבוא- יצירת דיני משפחה אזרחיים- פריט מס' 9.**

**15/4/12**

**בוחן 2-** סימה לוי, סימה אמיר: בתרגול הבא.

עד כה ניתחנו את אופן פסיקת ביד"ר וכמה ביהמ"שפ יכול להתערב. אחת מזוויות ההתערבות של בג"צ: איך ביד"ר מפעיל את הדין האזרחי, מה שטרם נדון: איך ביהמ"שפ האזרחי מתייחס לדין הדתי, כשצריך להפעילו? שני צדדים של מטבע הפיצול סמכויות: תכולת דין דתי במע' האזרחית וההיפך.

**המשך הפיקוח השיפוטי:**  דיברנו על עילות התערבות שונות של המע' האזרחית בפעולות ביד"ר: **15ג, 15ד4 של ח"י השפיטה.**  עוד בנושא ההתערבות של המע' האזרחית בפעילות ביד"ר:

האם כשבג"צ מתערב, ומבטל פס"ד ביד"ר , מה קורה לסמכות ביד"ר? האם ההתערבות מפקיעה סמכות? לא- אלא אם מלכתחילה לא הייתה סמכות. **למשל:** ביד"ר מבקש לדון בנושאים רכושיים, כשהרכוש לא נכרך (כדין), מדובר בחוסר סמכות, ואם בג"צ מתערב כאן- לא רק פס"ד ביד"ר בטל, אלא הסמכות גם לא קיימת לו, לא בגלל ביטול הפס"ד אלא כי מלכתחילה לא הייתה לביד"ר סמכות (חוסר סמכות עניינית). אם הייתה סמכות, והפגם בפס"ד ביד"ר הוא התעלמות בחוק טריטוריאלי (**פס"ד נגר)**, ביהמ"ש המחוזי **שגה** כשקבע שביד"ר פסק בניגוד לחוק הכשרות המשפטית, חוק שיווי זכויות אישה וכו' (הסכסוך היה בנושא החינוך: האב דרש חינוך דתי). המחוזי אמר כיוון שביד"ר קבע שהחינוך יהיה לפי האבא, כי ההלכה מטילה על האב את חובת החינוך ולכן הוא יכריע, הוא חרג מסמכותו כי התעלם מהחוקים, והקנה לאב זכות בלעדית בנושא החינוך: גם חוק הכשרות המשפטית קובע **ששני ההורים** הם האפוטרופסיים הטבעיים, מה שכולל גם את שאלת חינוך הילדים, קרי שני ההורים שווים בעניין. כמובן שגם שיווי זכויות האישה קובע את העיקרון: לאישה ולאיש יש מע' זכויות שווה ביחס לילד. במובן זה, פס"ד ביד"ר התעלם מהוראות טריטוריאליות. שוחחנו אם ההתעלמות היא טעות שבדין (15ג- איילון אומר) או חריגה מסמכות (15ד4- שמגר), ונוכחנו שהפסיקה לא מכריעה בין שניהם. **נגר כעת ינותח ע"י המחוזי:**  אמר שהתעלמות ביד"ר מהחוקים גרמה לאיבוד סמכות, ואיילון עונה (בהסכמת שמגר): **אין קשר לשאלת הסמכות**. אין כאן חריגה מסמכות עניינית! **בגבאי:**  שאלת רכוש עמדה לדיון, מגיע אחרי בבלי וממחיש כיצד ביד"ר לא מחיל את בבלי (לא רוצה, לא יכול ..). **ברק אומר שם**: אחרי שהסכים לפרוקצ'ה, שנתנה את פסיקת הרוב המבטלת פסיקת ביד"ר שלא החילה את הלכת השיתוף, ושללה זכויות אישה אחרי 20 שנות נישואין – ביד"ר פסק ע"ב הפרדה רכושית, ערערה לביד"ר גדול, ואז לבג"צ, שהחזיר לאזורי שחזר על הפרדה רכושית, אך הפעם מתוך פשרה- ביד"ר פוסק לפי מנגנון פשרה הלכתית. פרוקצ'ה מבטלת את פס"ד ומחזירה את התיק לביד"ר , קרי יש לו סמכות עניינית (לפי איילון בנגר), אך ברק אומר: מסכים לעתירה, אך לאור הזמן שעבר האם לא הגיע הזמן לסיים הפרשה ולקבוע את החלוקה בין הצדדים עפ"י הלכת השיתוף? מחליט לא לעשות כך כי לא שמעו ראיות, ואף ביד"ר אזורי לא שמע ראיות, אך מעלה על סדר היום.

**פס"ד מרחיק לכת: הלכת רכוש דירת מגורים – 8214/07**- מעין גלגול נוסף של **אליהו**, ונכנה אותו **אליהו 2:** בפס"ד אליהו 1 (99), הזוג היה אחרי 23 שנות התדיינות, וכעת, ביולי 2010, בא **אליהו 2:** דירה שנרכשה אחרי 4 שנות נישואין , נרשמה ע"ש הבעל ועליה דנים 30 שנה. פס"ד זה יהיה רלוונטי שנעסוק בתכנים ויסודות הלכת השיתוף, וניווכח על ההבדלים בן האופן בו ביד"ר כן מחיל את הלכת השיתוף (יש הרכבים שמתייחסים להלכה זו), ובפרשת **אליהו :** טען עו"ד יעקובי (יועמ"ש של ביד"ר) שביד"ר מחיל את הלכת שיתוף, אך בדרך שונה מהאזרחי, קרי לא דחה אותה, אלא שקל את הראיות, ייחס משקל, ייחס יותר חשיבות לראיה מסוימת על פני רעותה, אך לא שלל. טענתו של יעקובי נשללה מכל וכל. **לענייננו:** **ארבל** פוסקת ובפשטות מוחלטת, מקדישה לניתוח של הלכת השיתוף, ולמה לאישה יש מחצית מזכויות המגורים, וכל זה בלי לומר שהיא מבטלת את פס"ד רבני ומחזירה לו , אלא מבטלת ופוסקת ! זה משמעותי, שארבל לא מוצאת לנכון לדון בצורך להותיר את ההחלטה בידיה כי זה נמשך שנים ארוכות, אלא פשוט פוסקת על החלת הלכת השיתוף בשירת המגורים. **השאלה:** מה מבינים מכך? האם עו"ש שרוצה לבסס עמדה שהמע' האזרחית תפסוק, אז **אליהו**  תקדים טוב. ועו"ד מהצד השני: ארבל לא דיברה על כך מפורשות, לכן אין מדובר בהלכה מנחה, ויש להחזיר לביד"ר. **עוד על סמכות עניינית:** 15ד4 קבוע תנאי – ההתנגדות לסמכות יש להעלות בהזדמנות הראשונה (תנאי ההזדמנות הראשונה), יש לשים לב: אם מתנגדים לסמכות, כאשר מדובר בחוסר סמכות עניינית (ניסיון ביד"ר לפסוק בעניין רכושי שלא הייתה כריכה), גם אם לא התייתה התנגדות בהזדמנות ראושנה, ניתן לטעון לחוסר סמכות – אי העלאה בהזדמנות ראשונה לא מרפא חוסר סמכות עניינית, וגם לא חוסר סמכות פנוקציונלית (פסיקה בהרכב חסר). קרי למרות הכלל הזה של ההזדמנות הראשונה, חוסר סמכות עניינית/הרכב חסר – ניתן להעלות טענה של חוסר סמכות, אך הצד שמנגד יטען לחוסר תו"ל (כי לא הועלתה הטענה בהתחלה).

**תקיפה עקיפה:** כאשר פס"ד ביד"ר בטל או משולל סמכות עניינית מלכתחילה , וגם ביהמ"שפ יכול לפסול (לא רק בג"צ שתוקף ישירות בתקיפה ישירה מכוח ח"י השפיטה). ניתן לתקוף פס"ד רבני ולא בבג"צ, מהיכן זה מגיע:  **ביד"מ (ביה"ד המיוחד) נגר** (מכוח סימן 55 לדבר המלך: מצבים של אי בהירות לאיזו ערכאת שיפוט יש סמכות: דתית או אזרחית) - זה הפס"ד שעורר את הנושא של תקיפה עקיפה וישירה: איילון מסביר- **שתי דרכים** של תקיפה של פס"ד רבני. מתי מתעורר הצורך לתקוף בתקיפה עקיפה? **כמו בנגר:** ביד"ר דן בשאלת חינוך הילדים, נתן הוראות בהתאם לתביעת האב, והאם , במקום ללכת לביד"ר הגדול, ואח"כ לבג"צ בתקיפה ישירה, בחרה לפנות ישירות לביהמ"שפ (אז המחוזי). איילון ושמגר אומרים – זוהי תקיפה עקיפה, ומה היא טענה האם: פסיקת ביד"ר בטלה ואין מעשה בית דין (מבי"ד)- הרעיון – קביעה של ערכאה שיפוטית מוסמכת, קביעה סופית בשאלה עובדתית שהובאה לפניה, או בעילת תביעה עצמה מהווה **מבי"ד**, כך שלא ניתן לחזור ולפתוח שוב בהליך שיפוטי אחר, בין אם מדובר באותם בעלי דין או אחרים, אם יש הכרעה שיפוטית, ע"י ערכאה בעלת סמכות – זה גמור. איזה עקרון עומד כאן- סופיות הדיון. המונח עלה כששוחחנו על הבדלים בין המערכות (דתית, אזרחית), ואמרות שעקרון מבי"ד לא פעול במערכת הדתית. **המשך נגר:** ניתן היה לומר לאישה בביהמ"שפ שביד"ר כבר הכריע, שהילדים ילכו לבי"ס דתי, קרי מבי"ד (**קדרי:** יש להוסיף שניתן ובשאלות חינוך ומזונות ילדים, אלו נושאים שתמיד ניתנים לשינוי בגלל שינוי נסיבות ואולי הכלל של מבי"ד לא רלוונטי כאן). רעיון התקיפה העקיפה, להגיד ביד"ר בטל זה לומר, שאם הוא בטל, אז אין מבי"ד! לכן ניתן להעלות מחדש את שאלת חינוך הילדים, או  **כמו אליהו 1**: גם שם היה ניסיון לתקיפה עקיפה, והאישה בתחילת הדרך ניסתה להגיש תביעה לחלקה בדירה, ישירות במחוזי במקום לעבור בביד"ר גדול ואז לתקוף ישירות בבג"צ, קרי ניסתה לעשות תקיפה עקיפה: פס"ד ביד"ר בטל והמחוזי לא מחויב לו. המחוזי **באליהו** אמר לה שיש ללכת בדרך המקובלת (דרך המלך- ביד"ר גדול, בג"צ). **קדרי:** גם אם נראה במציאות שהתקיפה העקיפה אפשרית, לרב לא כדאי ועדיף ללכת בדרך המלך: ערעור לביד"ר גדול, ואח"כ לתקוף ישירות בבג"צ. למרות שיש שגורסים שבסיטואציה הקיימת בביהמ"שפ לעומת בג"צ, דווקא שופטי משפחה יהיו נועזים ומוכנים לקרוא תיגר על פסיקות רבניות, יותר מאשר שופטי העליון. **ועוד:**  כאשר פס"ד מביד"ר מהווה את אחד מיסודות הדיון המתנהל בביהמ"שפ האזרחי, ושאלת תקפותו מתעוררת כשאלה נגררת, קרי: נניח בתביעת מזונות של אישה כנגד בעלה, והתביעה מוגשת בביהמ"שפ והבעל מבקש להתגונן בטענה הקשורה בהתנהגות האישה ושמבחינה הלכתית שוללות את זכותה למזונות, ויתכן שהייתה הכרעה בטענות הגנה כאלו: אם הבעל טוען שהאישה עשתה מעשה כיעור (נהגה בדרך העומדת בניגוד לקוד ההתנהגות המינית הנדרש, למשל שהתה בייחוד עם גבר זר), יש לכך השלכה מיידית השוללת זכות מזונות. אם ביד"ר **כבר פסק בשאלה** עובדתית זו (האם נעשה מעשה כיעור, למשל במסגרת עילת גירושין) , ובאותו הליך המתקיים בביהמ"שפ , האישה מבקשת להתנגד לקביעה עובדתית זו: אם היא תצליח לטעון שפס"ד ביד"ר בטל, אז היא מצליחה לדחות את טענת ההגנה של הבעל בשאלת המזונות שלה. **ועוד במצב זה:** איך האישה יכולה לטעון כנגד פס"ד ביד"ר? **נניח שזה המצב:**  היה פס"ד 665/04, שדיבר על תביעת גירושין, אך מה שעמד לדיון היה:  **השגת ראיות בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, כבו"א** (חוקר פרטי שתפס את האישה בביתה עם חברה). ברק: אלו ראיות פסולות, ולכן פס"ד הרבני בטל. **מצב דומה:** נניח שעל סמך אותן ראיות, ביד"ר פוסק- האישה עשתה מעשה כיעור. שאלת המזונות אמנם נדונה בביהמ"שפ, והבעל מעוניין להשתמש בקביעה העובדתית של מעשי כיעור, והאישה תגיד: הראיה הושגה בניגוד להגנת פרטיות, כבו"א, קרי התעלמות מחוקי יסוד, חוקים אזרחיים ולכן קביעת ביד"ר בטלה. זו דוגמה לדרך של תקיפה עקיפה שהיא רלוונטית גם כיום. **דוגמה נוספת:** כל אותם פס"דים שטענו נגד הכריכה, כנותה, או האם כדין – זוהי גם תקיפה עקיפה.

**גבולות הפיקוח השיפוטי:**  האם ניתן לטעון נגד הדין הדתי עצמו? האם ניתן לומר שבגלל התנהגות מוסרית שלא האישה , שלילת זכויות כלכליות לא עומד במע' המשפט בהתאם לחוקי יסוד? קרי טענה נגד הדין המהותי עצמו, נגד הדין העברי עצמו ?

1. **מעטפת מול מהות:** ההתערבות בתוכן היא רק במובן של איזה גוף דינים להחיל, אך גוף הנורמות הדתיות עצמן- חסין ("אין הדין הדתי צריך למצוא חן בעיני הדין האזרחי") . זה מפס"ד **ויקי לוי (זילברג).** קרי הכלל: גם אם הדין הדתי לא מוצא חן בעיננו, קרי אם אישה לא מוסרית ובכך מאבדת זכויות כלכליות, "בעיה שלנו" – אין אפשרות להתערב, ואין לומר שזה לא עולה בקנה אחד עם התפיסה הליברלית של שוויון, מוסר זה עניין פרטי וכו' – גם אם חושבים זאת, אין יכולת לפסול את פס"ד ביד"ר שהחיל את הדין הדתי הזה, כי הדין הזה חסין מפני התערבות. כללי היסוד קובעים: על מזונות אישה יחול דין דתי, וגם אם אינו מוצא חן בעיני האזרחי, והחלתו מביאה לתוצאות קשות , אין לפסול פס"דים של ביד"ר כל עוד מחילים את הדין הדתי. אם היו צריכים להחיל דין אחר, או השיגו ראיות בניגוד לחוקי יסוד וכו'- אלו עילות התערבות לגיטימיות, אך החלת דין דתי לכשעצמו (שלילת מזונות עקב אי מוסריות) – חסין.  **זה הכלל הבסיסי.**  ניווכח שיש שופטים אזרחיים שלא מסכימים עם זה. **בבלי:** ההתערבות בתוכן – רק באיזה דין יש להחיל, איזה גוף דינים יש להחיל, ובבלי: לא נכנס ברק ופסל את תוכן הדין הדתי, אלא אמר : עליהם להחיל דין אזרחי בסוגיה, לא מבקר את תוכן הדין הדתי (למעשה יותר מרחיק לכת: כי מחייב את ביד"ר).
2. **תוצאת החסינות של ענייני המעמד האישי:** המקור - סעיף 2 לחוק שיפוט ביד"ר: נישואים/גירושים ייערכו לפי דין תורה. קרי, גם אם הדין מפלה, מזעזע וכו', הוא חסין מפני ביקורת שיפוטית של המערכת האזרחית. החסינות מקבלת תוקף בסעיף שמירת דינים בכבו"א, וגם בסעיף 5 לחוק שיווי זכויות אישה: בתיקון משנת 2001, למעשה הכניסו: אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר בענייני גירושין..". **(קדרי:** תיקון זה, שהובל ע"י יעל דיין, ומטרתו הייתה שדרוג והתאמה משנות ה-50 לשנות ה-2000. מטרתה הייתה לחוקקו כחוק יסוד, והבינה שעליה לשמור את הדינים בענייני נישואין/גירושין (אחרת, מדובר בשינוי דיני המשפחה, וביד"רים לא יתקיימו, כי אם סעיף שמירת דינים יימחק ורק עקרון שוויון זכויות האישה יוביל – זה סוף הדין האישי בדיני המשפחה). לכן, הותירה את סעיף 5 (שמירת דינים), ואז גילתה שכל ארגוני הנשים מתנגדים שסעיף 5 יחוקק בחוק יסוד, ולכן ירדה מזה).
3. **המחשה באקנין:** כיוון שמדור זה ענייני מעמד אישי, יש להחילו כפי שביד"ר מבין אותו. זה גבול התערבות המע' האזרחית.
4. **דעת מיעוט חשין בפס"ד רפאלי:** הסיפור- בביד"ר האזורי התקבלה תביעת הגירושין של האישה, בעילות אלימות ובגידה. נאמר במפורש בפס"ד האזורי: עצם ניסיון הפגיעה של הבעל באישה במסדרונות הדיון מחזקת את גרסת האישה. בביד"ר הגדול התקבל ערעור הבעל: העילות לא הוכחות, וגם אם כן – לא ניתן לחייבו בגט כי לא הייתה התראה: לא התרו בו. **התראה:**  מושג הלכתי ביחס לעילת אלימות כעילת גירושין, ויש דיינים שמחייבים התראה טרם חיוב הבעל באלימות, ואיך היא מתקיימת? בהליך נפרד? יש הגורסים שעצם קיום חוק מניעת אלימות המשפחה, ואחרי מעצרים של הבעל וכו', זה כבר מקיים את דרישת ההתראה. **ברפאלי**: פסקו שלא הייתה התראה, והאישה עתרה לבג"צ: ביקשה להתערב בדין תורה ולבטל את פס"ד ביד"ר, כי הוא נוגד את זכויות היסוד שלה, ולא יתכן שבעל אלים לא יחויב בגירושין. **חשין בדעת יחיד:**  מסביר את הנסיבות , סיפור של 13 שנים, 4 שנים בפירוד, שלושה ילדים וחשין שואל מדוע אינם נפרדים? ב"כ האישה אומר שהכל תלוי בכסף, וחשין מאמין. קרי הבעל לא רוצה שלום בית, רוצה להתגרש אך מתנה את הגט בכסף ובענייני ביקור הילדים. **השופט אור:** איננו יושבים כערכאת ערעור על החלטות ביד"ר, קרי זה מחוץ לתחום ההתערבות, כי מבקשים שניכנס לגוף ההלכה, לבקר את הדין הדתי המהותי, וזה מחוץ לתחום ההתערבות. **חשין בדעת יחיד:**  מסכים שלא הוכחה עילת האלימות. אילו הכרעת הדין של ביד"ר התבססה על כך שבעל אלים לא מחויב בגט, היה מקום לעיין בסוגיה. ועוד: אם ביד"ר פוסק בניגוד להוראת חוק טריטוריאלית, בג"צ יתערב. ניתן לטעון אין להבחין בין הוראת חוק חקוקה, ובין הוראת חוק מתקנת הציבור: לא תהיה בת ישראל כשפחה. **משמע:** מבחינת חשין, אם יתברר שביד"ר מבסס את פס"דו על דין דתי שאומר שבעל אלים שהיכה ונעצר עדיין לא מחויב בגט, זה נוגד את תקנת הציבור, ונוגד את עקרונות השיטה, ואת כבוד האדם. **קדרי:** פרשנות חדשה אולי, למונח של חקיקה טריטוריאלית. (כנראה בגלל זה "ברח" לראיות).

**ש.ב: סעיף 9 (בוצע).**

**18/4/12**

**המשך ניתוח של גבולות הפיקוח השיפוטי:**  כאמור, כללי משחק נוסחו בשלב המוקדם, והגענו לנקודה שאומרת: גם בלי שנדע אחרת, נצפה ונניח שברגע שהכלל הבסיסי אומר: התכנים עצמם של הדין הדתי לא ניתנים לביקורת, או התערבות, ולמעשה הם "חסינים" מהתערבות המע' האזרחית, אם זה הכלל, נניח שגם אם בתחילת הדרך (שנות 50,60) השופטים האזרחיים קבלו את הכלל הזה, כיום יש לצפות שעם התקדמות השנים, מורת הרוח מהחסינות הזו תלך ותגבר, ויש לצפות מהלכים שמנסים לעקוף את החסינות. **חשין בדעת המיעוט ברפאלי, בג"צ בפלונית נישואי קפריסין.**

**פס"ד רפאלי:** אותה תביעה מצד האישה שנענתה בחיוב ע"י ביד"ר אזורי (בדרגת "חובה" – מידת חומרה גבוהה יחסית), בעליות אלימות ובגידה. הבעל ערער לביד"ר גדול, שחשב אחרת וקיבל את הערעור – החיוב לגט בוטל, בטענה: לא הוכח אלימות, לא הייתה התראה. **מה האישה עושה?** לפי הכלל הבסיסי אין עילה לעתור לבג"צ, וזו עמדת **אור בדעת הרוב**: העמדה הקלאסית של המע' האזרחית: איננו יושבים כערכאת ערעור על ביד"ר גדול, ומצטט את ב"כ האישה: החלטת ביד"ר על הצורך בהתראה היא בלתי סבירה ולא עומדת בערכי החברה מפאת כבו"א, קרי ב"כ ניסה לטעון כי נוגד עקרונות יסוד, ללכת בכיוון מוכר שבמסגרתו ניתן להתערב בפסיקת ביד"ר אם יש פגיעה בכללי צדק טבעי, הוראות חוק טריטוריאליות, **אך מה הבעיה:**  הוא תוקף את לב הדין הדתי: התכנים המהותיים של דיני הנישואין/גירושין הדתיים, והם "חסינים" מפני התערבות בתכנים (**ניסוח ויקי לוי: לא חייב למצוא חן בעיני באזרחי)**, קרי גם אם נראה אבסורד העניין של ההתראה למדינה מערבית, אין להתערב – לא ניתן לפסול דין דתי בהקשר נישואין /גירושין בהקשר זכויות אדם. **זה הפס"ד הנכון, עפ"י הכלל הרגיל. חשין בדעת יחיד:** זה לא כ"כ פשוט – עברתי על הראיות ובאמת מבחינתן לא הוכחה אלימות ובגידה (**קדרי:** מוזר, כי בפס"ד עצמו מתועדת אלימות מול עיני ביד"ר). **מה החידוש:** הולך להנמקה השנייה (שגם אם הוכחה אלימות, נדרשה התראה): אומר שלא היה ראוי לומר זאת, ו**בפסקה 9** שלו : מציע פרשנות חדשה למונח חקיקה טריטוריאלית- הוא חוזר למוסכמות יסוד: התעלמות מחוק טריטוריאלית- תביא להתערבות בג"צ, זה מוכר. **החידוש:** אין להבחין בין הוראה חקוקה בס"ח, ובין עקרונות השיטה כנגזר מכבו"א. קרי נפתח פתח לומר שהכל כפוף לזכויות אדם במובן הרחב של המונח, והכל פתוח להתערבות בעילה של סטייה מעקרונות השיטה. קרי, לא רק התראה כמו בפס"ד זה, אלא ממשיך לבחינת עילת הגירושין "מאיס עליי" (מצב בו האישה אומרת שלא רוצה יותר את הבעל- שכיח יותר). עקרונית- יש יסוד לקיומה של עילה כזו בהלכה (מאיס עליי), אך מעשית אינה מופעלת כמעט, וחשין נכנס לזה: להתערבות ברעיון "מאיס עליי". אם ניקח את רטוריקת חשין עד הסוף, איך זה מסתדר עם החסינות?  **לא מסתדר**, למעשה לוקח את סעיף 2 לחוק השיפוט ביד"ר ומתעלם ממנו- זה לא רק דין תורה, אלא דין תורה כל עוד עולה בקנה אחד עם עקרונות השיטה וכבו"א, מעשית: ביטול סעיף 2 לחוק שיפוט ביד"ר. מפרש מחדש את המונח שך חקיקה טריטוריאלית. **פוטנציאל אמירת חשין נותרה בבדידות בהיבט הגלוי הזה, קרי מעשית לא עשתה כלום בהיבט הכפיפות לעקרונות השיטה.**

**פס"ד פלונית בני נוח 2232: מימד דומה –** העילה להתרת הנישואין? **טענת האישה:**  היינו רשומים כנשואים, למרות נישואי קפריסין, ולא יכול להיות שלא תהיה התרת נישואין: שיגידו שלא הייתה נשואה. **בג"צ עושה מהלך לא שגרתי**: פונה בשאלה לביד"ר, תו"כ הדיון בבג"צ, מחזיר את התיק לביד"ר ומבקש הבהרות: מה עשיתם? מה אתם חושבים על הקשר בין בני הזוג? האם חושבים שאין צורך בפס"ד שקובע משהו (החלטה שיפוטית שמסיימת את הקשר), ואם יש צורך: לפי איזו מערכת דינים? **דיכובסקי מקבל את הבקשה:** מבין שמה שעומד על הפרק – אם ימשיך לאחוז בעמדה שהנישואים כאילו לא היו, הסיכון עצום: אם ימשיך לדבוק בעמדה שהובאה ע"י ביד"ר אזורי ואושרה בגדול, בג"צ עלול לפסוק שביד"ר איבד את סמכותו לדון בנישואין אזרחיים.  **איך בג"צ יכול לעשות זאת?** סעיף 1 לחוק שיפוט ביד"ר: סמכות ייחודית. ברק בכל זאת יוכל לעשות מה? לפרש את סעיף 1 כנישואין כדמו"י ולא כולל נישואים אזרחיים (למרות סדרת פס"דים שאמרו שזה כן כולל). ברק יוכל לומר: **זה כולל גם נישואים אזרחיים, כל עוד ביד"ר מכיר בהם,** באיזה שהוא אופן, אחרת, ללא הכרה מביד"ר (יתפוס אותם כתרגיל רישומי בלבד, לא קשר נישואין), אז אין לו סמכות לדון. דיכובסקי מבין, ולכן קובע: **מדובר בנישואי בני נוח** – מייבא תפיסה הלכתית שהייתה שולית עד אז, לא מקובלת, אך התאימה לצורך עניין זה (שיקול טקטי פוליטי): קונסטרוקציה המדברת על מע' מחויבות אזרחית /אישית: כל אומות העולם מחויבים בהם, ובין החובות: מבנה הקשר הזוגי שיוצר משמעויות משפטיות (גם אם לא קידושין), אך יש לו נפקות משפטית, לנישואין אלו, ויש צורך בפרוצדורה, עילות מסודרות ע"מ לסיים קשר כזה. **כשברק מקבל את ההחלטה: מאושר,** חשב שנעשה מעשה אדיר, למה? כי ניתן מעמד הלכתי לנישואים אזרחיים- הביא את ביד"ר להכיר בנישואים אלו, ואופציה להאחדה, וסגירת פערים במע' הזו (מאוחר יותר חזר בו מהחשיבות שייחס לפס"ד). **ועוד שימח את ברק:**  הרב דיכובסקי מפרט שהנסיבות בהן ביד"ר ימצא לנכון להביא לסיום הקשר, הם "גירושין ללא אשם", קרי סיבה למסיבה: ביד"ר מאמץ את מושג הגירושין ללא אשם: קרע לא ניתן לאיחוי, מות הנישואים. האם ביד"ר מאמץ באמת את הושג הזה? **לא**, והנסיבות היחידות בהן נמצא את המילים הללו , זה כשמדובר בנישואים אזרחיים. **קדרי:** אין מצב שהנמקה זו תימצא בנסיבות של קידושין כדמו"י. ברק חשב (היתמם?) שהבשורה של גירושין ללא אשם הגיע לביד"ר, אך זה לא נכון. ועוד:

**למה אין מקום לשמחה?** ואולי להיפך? כי הייתה הזדמנות לפתח קונסטרוקציה שמוציאה את הסמכות לדון בהיבטי נישואין אזרחיים מביד"ר, והיא הוחמצה. גם ביד"ר עצמו לא מקבל את הקונסטרוקציה של דיכובסקי (נישואין ללא אשם), הרב שרמן לאחר מכן (למרות שחתום) התנער ממנו, קרי הפס"ד ניתן מטעמים טקטיים- פוליטיים מבחינת ביד"ר. מבחינת ברק: או שהיתמם או שלא רצה להאדיר את העימות. סיכום: הייתה החמצה מלפתח את מע' הנישואים האזרחיים. **גירושין בשל הרס חיי הנישואין: (מפס"ד ברק)-**  עילת הגירושין- קרע לא ניתן לאיחוי. גישת ביד"ר מקובלת עליו, מבוססת על היעדר אשמה. **מה לא בסדר ?** התערבות בדין דתי מהותי – אז מה אם מקובל עליך? אין הרי זכות/סמכות לחוות דעה על הדין המהותי של הרב דיכובסקי, שלו הסמכות לבטא את השפה ההלכתית הנוהגת ומחייבת בישראל, הוא פוסק כפי שמבין, אז "מה המעניין" אן מקובל עליו? ואם לא? הרי לא יכול להתערב. לא הייתה השלכה על הפס"ד הזה אמנם, אל לדברים אחרים שלו יש משמעות: **נושא הסמכויות –** נושא הממון: אין לכרוך את נושא הממון בנישואים אזרחיים מול ביד"ר, כי אינה כנה (הרי המוסד לא מכיר בנישואים) – **אוביטר מבחינת הפס"ד** (הרחבה בהמשך). **סיכום:** אמנם דעת יחיד של **חשין ברפאלי**, באופן בה נאמרה נותרה בודדה, אך ברק מעין חיזק אותה בפס"ד נישואי קפריסין. **השאלה:** עם מה זה משאיר אותנו? יש כאן גישה ש"שוברת את הכלים" , אך לא ברור אם יש לה המשך.

**מעשית: מהם גבולות הפיקוח השיפוטי? (כללי הבסיס)-**

* **תחילת הדרך:** הכניסה לחיי הנישואין – **האם ניתן** לעתור נגד החלטת ביד"ר לא לחתן כהן וגרושה? האם ניתן לטעון להפליה? פגיעה בזכות הפרט וחירותו וכו', האם בג"צ יכול להורות לרישום הנישואים- **לא**. זה הגבול בראשית הדרך.
* **סוף הדרך:** בעת הגירושין – אי אפשר להכריח את ביד"ר להטיל סנקציה על סרבן גט, כי זה להתערב בגירושין עצמם, בעילה, בהבנת גט מעושה וכו'.

**אלו הגבולות.** אלו ההיבטים המעשיים של גבולות הפיקוח השיפוטי, ועד כאן התייחסות לדין האזרחי במערכת הדתית (מה קורה כשהמע' הדתית מחויבת להכיל/להחיל דין דתי). וכעת לתמונת הראי:

**מה קורה עם הדין הדתי במערכת האזרחית?**  מצב בו שופטים אזרחיים, לא דתיים, חסרי נגישות למע' הלכתית/כנסייתית/שרעית, צריכים לפסוק לפי דין דתי (כמו שהדתיים צריכים לפסוק לפי דין אזרחי שהם לא מקבלי עליהם ורואים בו סתירה לאמונתם). מדובר במצב ייחודי, כי גם במדינות בהם המעמד האישי כפוף לדין דתי (דיני המשפחה לא נשלטים ע"י דין אזרחי, אלא דתי/מנהגי/שבטי/אתני), גם שם , אין מצב בו מערכת אזרחית צריכה להחיל דין דתי שאינו כתוב, לא קיים בקודקס, חקיקה עלי ספר (כמו בישראל: דין דתי לא נחקק. השופטים בישראל נעזרים בספרות), וגם ההיפך לא קורה: המע' הדתית לא מחויבת לחקיקה אזרחית, משמע: טריבונלים עצמאיים, הפוסקים לפי דין דתי, או אזרחיים שפוסקים עפ"י דין דתי כי נחקק להיות דין המדינה. רק בישראל השעטנז. **אז מה קורה עם הדין הדתי במע' האזרחית? שלושה אספקטים : (לקרוא את מאמר קדרי בנושא).**  לגבי עניין הפרסונה שבדין-

1. **שמגר : קדרי: (רשות)** *פסיקת המזונות של שמגר (במס' פס"דים) הביאה לתהייה: על מה מתבסס שמגר? אין מאגר, או נגישות לפס"דים באינטרנט, אז מאיפה לקחו את הפס"דים- בפד"י. מי קובע מה מתפרסם בפד"י? מע' הפרסום של הפד"י- ברור שעושים סלקציה, ולפי מה? חשיבות. מה קריטריון החשיבות? תקדימים, הרכב, ציטוטי פסיקה קודמת, אורך הפסיקה.* ***מה התברר:*** *הפסיקה של שמגר, כולם כמעט קצרים מאד, ללא אזכור פסיקה, ללא אזכור מקורות משפטיים והלכתיים, ברובם הוא דן יחיד: הם אינם מתפרסמים בפד"י, אין להם נוכחות בשיח המשפטי, עו"ד לא יודעים עליהם.* ***מסתבר:*** *שמגר נתן את הפסיקה בשבתו כשופט תורן (לכן דן יחיד), ובדרך לביהמ"ש היה כותב את הפסיקה הזו, לכן אין התייחסות לתקדימים.*
   1. **שלב ראשון:** הדין הדתי קיים, שמגר מכיר בו ומתייחס אליו. איך? מדובר על תביעת מזונות של אישה נגד בעלה בביהמ"ש המחוזי (בחרה במחוזי) , ולפי איזה דין יש להחיל: **דין דתי.** בהכלה יש טענות הגנה מפני מזונות משני סוגים: **קיזוז** (אם היא עובדת למחייתה, מקזזים מסכום המזונות), **פטרו**(נסיבות בהן הבעל פטור ממזונות האישה – לרוב נעוץ בהתנהגות האישה, סטייה של האישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרשת ממנה בפועל). **שלוש דרגות חומרה:** עוברת על דת, דרגת ביניים: מעשה כיעור, דרגה חמורה: זנתה תחת בעלה. הדרגה הנמוכה , מקובל להתייחס אליה כאל צניעות: לבוש למשל, שהות עם גבר זר בחדר סגור ללא חשש ממעשים לא נאותים. **מעשי כיעור:** נסיבות בהן ברור שיש קשר לא ראוי של האישה עם גבר זר, ויש מקום לחשוב ביחסי אישות, אך אין לכך הוכחה. **זנתה:** כשמוכח שהמעשה האסור אכן נעשה. **פס"ד גל:** זוג שחי בפירוד שנים, האישה תובעת מזונות והבעל מציג בפני המחוזי תמונות של האישה יחד עם גבר זר ברכבו, עוצרים ליד ביתו, נכנסים ויוצאים אחרי זמן מה, ואף תמונה שמראה קירבה גופנית. ביד"ר אומר: **מעשה כיעור.** לא מגיעים מזונות. **שמגר בערעור:** יש לזכור שהמשיב עזב את הבית, נסע לזמן מה, והיה פירוד. אין לדרוש שהאישה תסתגר בביתה. אינו סבור שניתן לייחס מעשי כיעור עקב יציאותיה על מכר כשבעלה אינה עימה לבחירתו. **הדין הדתי קיים, שמגר לכאורה מכיל, אך הדרך שונה לגמרי מהדרך בה היה מוחל ע"י ביד"ר.**
   2. **שלב שני - פס"ד גרינהואז: החלת דין דתי תוך העברת ביקורת:**  שוחחנו על עניין מבי"ד (החלטה סופית: על עילה, ממצא או החלטה) – פס"ד זה מדגים: תביעת מזונות בביהמ"ש המחוזי, ובמקביל גירושין בביד"ר. מה יכול לקרות? ביד"ר טרם מחליט על הגירושין, אך מגיע למסקנה בדרך: קובע – יש רגליים לדבר **שהאישה עוברת על דת.** אם אני מייצג את הבעל: אטען למבי"ד: ביד"ר קבע שהאישה עוברת על דת, וזה הגנה ממזונות. **שמגר:**  מאמץ את עמדת המחוזי: אמנם מבי"ד, אך לא סוף פסוק, אלא רק עובדה אחת מיני רבות, ביניהם דרך התנהגות הבעל, ולפיה אין לומר שהתנהגות האישה שונה משלו (הוצגו הקלטות של האישה עם גבר אחר, מהן השתמע שיש להם קשר אינטימי). לגבי הבעל: האישה הביאה מודעות שפרסם בעיתון לחיפוש קשר. קרי, יש התנהגות הדדית לא ראויה, והיא לא מפסידה את זכותה למזונות.  **האם זה דין דתי?**  שמגר מתוחכם – מסתמך על פס"ד רבני, שקבע שגם אם אישה ישנה בבית גבר אחר, זה לא פוגע בזכותה למזונות (בפס"ד ההוא האישה הייתה אחות סיעודית וישנה אצל הגבר הזקן... יעני לא תקדים ולא בטיח). מסקנת שמגר: המבחן מעתה – חטאת של שני הצדדים, והאישה יכולה לנהוג ככה, אם תוכיח שגם בעלה נוהג כשומה. **קדרי:** זה לא הדין הדתי, זה ברור. שמגר מחפש שוויון.
   3. **שלב שלישי:**  התעלמות מהדין הדתי- פס"דים רלוונטיים: **סולומון**- לא דן ביהודים אלא בנישואי יהודייה ליווני, **כהנא:** כהן וגרושה, נישאו בקפריסין, אחרי 30 שנה, "נזכר" שהוא כהן והיא גרושה, ומגיע לביד"ר, שנענה ומחייב בגט לחומרה (להבדיל מפלונית נישואי קפריסין- כאן ביד"ר רצה גט). חשוב: אם ניתן פס"ד המחייב את **האישה** בגט, הפס"ד נתפס כיוצר מציאות עובדתית משפטית חדשה, מכונה פסק קונסטיטוטיבי – יוצר משהו חדש, וכתוצאה ממנו, פוסקת זכות האישה למזונות. קרי, מדובר בגרסה של מבי"ד. תביעת המזונות של האישה במחוזי אמורה להתאיין –אין מזונות. **שמגר בכהנא:** ניתן ב-94, 25 שנה אחרי כהנא אחר, בכמעט אותן נסיבות, ובו לנדוי אמר "כאלה הם דיני המשפחה בישראל, אך אין בידי להושיע". לכאורה, שמגר היה אמור לפסוק זהה, אך הגיע למסקנה שונה: אם ניתן לבסס את זכותה של אישה למזונות, לא רק מכוח הנישואין, אלא מהתחייבות הבעל (דומה לברק נישואים אזרחיים). **מה היסודות של שמגר:** חוזים, צדק. ומה לגבי הדין האישי- לא מתייחס, מתעלם ממנו. **זה כהנא.** למעשה שמגר מקדים את ברק בנושא. **פס"ד סולומון:** נישואי יהודייה ויווני אורתודוכסי. מה החור תיקון דיני משפחה קובע: אדם חייב במזונות לפי הדין האישי שלו (סעיף 2), והאישה לא הראתה מה הדין היווני אומר בנושא, ומתעוררת השאלה: מה אם לא הוכיחה? הוא פטור? חלות הוראות חוק תיקון דיני משפחה מזונות? **שמגר:** אין הצדקה עניינית לתשלום מזונות, כי היא משתכרת ומתקיימת לבד, ולאור סכומיה לא הייתה זוכה למזונות לו היו דנים בביד"ר. **מה הבעיה:** האם בדיני המשפחה יש אמות מידה רגילות המקובלות בבתיהמ"ש? בטח במזונות – אין. הדין משתנה לפי ההשתייכות הדתית של בעלי הדין, אין אמות מידה רגילות, אין דין אחיד בדיני מזונות. עצם העובדה שמפנים למושג " יכולה להתקיים ממעשי ידיה" לקוח מדין דתי **עברי**, דיני מזונות הלכתיים, אך היה צריך להחיל את הדין היווני האורתודכסי שאולי לא מכיר בכך! לכן אין מקום לדבר על אמות מידה מקובלות. **ששמגר** מעלה את השאלה אם יש תחולה לחוק, אומר עוד: אם נוצרות נסיבות בהן עלולה להישלל זכות בן הזוג למזונות למרות נזקקותו, מצדיק יישום **כבו"א** את המזונות, כי הפקרת האדם למחסור היא פגיעה בכבוד. **משמע:** שמגר מוסיף על צדק/חוזים גם את כבוד האדם. תשתית שמגר הכינה את התשתית הרעיונית למהלך הדרמטי של ברק בפלונית מזונות אזרחיים.
2. **חשין : אבהות אזרחית:** חלוקת הסמכויות של ביה"ד השרעיים שונה מביד"ר. הגדרת המעמד האישי אצלם היא לא לי סימן 51 לדבר המלך, אלא לפי חוק הפרוצדורה העות'מאנית 1918, **קרי הגדרת דין אישי רחבה יותר, וכוללת אבהות.**  חשין אומר: הילדה מושתקת ששואלת על אביה ("שתוקית") גם ע"י מע' המשפט הישראלית, ולא יינתן לה להוכיח שפלוני הוא אביה: מהיעדר עילה במע' השרעית, וכאן מהיעדר סמכות (במע' האזרחית), קרי המסקנה: זעקתה של הילדה עולה לפנינו, האם ראוי שלא ניתן להם להוכיח מיהו אביהם? לא! אין להותירם ללא סעד. נקבע הרכב **מורחב**  כי חשבו שיסטה מתקדימים (אבו עג'לה, זועבי) שקבעו שסמכות האבהות ומזונות אצל מוסלמים נתונה לביה"ד השרעיים ולא לאזרחית, וציפו שבפס"ד זה יהפכו את הקביעה הזו. **חשין לא הולך בדרך זו, ולא סוטה מהתקדימים:** הם מדברים על אבהות דתית, ואני מדבר על משהו אחר- המע' המשפט הישראלית, יש שורת הקשרים בהם מוכרת אבהות ע"ב טבעי (ירושה, אפוטרופסות , הסדרי ראייה וכו'- ילד מחוץ לנישואין זה לא המצאה של השרעיים, יש לו נפקות במשפט הישראלי), ביולוגי בלי קשר למשאלה המשפטית של מוסד הנישואין. **אבהות אזרחית קיימת על בסיס ביולוגי גרידא** ויש לה נפקויות במע' המשפט, והסמכות לדון בשאלת קיומה של אבהות כזו והשלכותיה, לא נתונה לשרעיים, כי אינם מכירים במוסד האבהות האזרחית- **זה המהלך הגאוני:** אם אינך מכיר- אין לך סמכות. (כעת מובנת תשובת דיכובסקי לברק בפלונית נישואי קפריסין)" "תיזת אי ההכרה" – אם לא מכירים, אין סמכות לדון, והמע' האזרחית תדון, כולל בשאלת המזונות.
3. **ברק : פס"ד המזונות האזרחיים-**  (טרם סוף כהונתו, אקורד הסיום שלו עסקו בנישואים אזרחיים: קפריסין בני נוח, נישואי טורונטו, נישואי רומניה בין בני זוג בני דתות שונות, שהתייחס לחוק הירושה). **מקרה הפס"ד:** נישואי פרגוואי, דרך עו"ד מיופי כוח. העיקר: נישואים אזרחיים מחוץ לישראל, בין יהודי המדינה ותושביה. נישואים קצרים מאד, והאישה תובעת מזונות לפי חוקי משפט בי"ל פרטי. האישה עזבה את הבית אחרי שנה וחצי לחתונה, קרי חיים משותפים קצרים, והיא תובעת מזונות מיום הגשת התביעה עד הגירושין בפועל: שנתיים וחצי אחרי כן, ואחרי כן שינתה את זה- צמצמה מיום הפירוד, עד שנכנסה להריון מבן הזוג החדש שלה. התקופה המצטברת: **שנה וארבעה חודשים של מזונות. קדרי:** קשה לקבל שברק יוצר מע' שיכולה להיתפס כמהפכנית, חתרניתושקטה, לעומת ברק: רעש ובולטות, וכל זה במצב של זוג צעיר, אישה צעירה שלא נטען שחסרת יכולת, ואף בונה את התביעה כך שנמצאת תחת חסות איש אחד, עד שעוברת לאחר ומתעברת, ואז זה אחריות של האחר- **צורם**, שאת כל המערך המהפכני, ליברלי ומתקדם ושוויוני, נבנה על מע' נסיבות לא ראויה, כי לאישה לא מגיעים מזונות (תכל'ס, ידע שפורש ורצה לפרוס משנתו). **שאלת המזונות :** דיני המשפחה (סטטוס) או דיני החוזים. מה עומד מאחורי שאלת הסטטוס: השאלה אם הנישואים תקפים, מוכרים עפ"י משפט בי"ל פרטי, עפ"י כללי ברירת הדין- במע' האזרחית הם מוכרים הרי (בדתית לא), קרי שאלת הסטטוס נגזרת מהפעלת כללי ביהמ"ש" הבי"ל הפרטי שתביא תשובה: האם בנסיבות אלו, נישואי תושבי ישראל בפרגואי תקפים? ואז, נבדוק את השלכות הסטטוס, שאחת מהן עלולה להיות חובת המזונות של הבעל לאשתו**, שלכאורה עשויה להיות מוכרעת עפ"י דין דתי,**  זו הקונסטרוקציה שהופעלה בפרשת שמואל (המרת דת וסמכות ביד"ר, והשני – המזונות). כזכור כללי ברירת הדין נדונו בפס"ד **בכר גודלברג:** קודם בודקים תקפות נישואין ואז שואלים אם קיימת חובת מזונות. **ברק לא רוצה ללכת בדרך הסטטוס:**  כי אולי לא נגמור שם, אלא נגיע חזרה למסלול החוזים. ברק אומר שדיון בסטטוס מורכב מידיי –זה לא אופייני לברק, אלא הוא רוצה ללכת בדרך החוזים. **קדרי:** זה נכון שעד כה, לא ברור לפי אילו כללי ברירת דין יש לבדוק את שאלת תקפות הנישואים האזרחיים בין יהודים אזרחי המדינה ותושביה, וגם אחרי הפס"ד זה נותר עמום (בהמשך). **למה רוצה ללכת בדרך החוזה:**  למה התכוונו הצדדים, על מה הסתמכו וכו'. האם אמירות כאלו של ברק מספקות או מרחיבות את שמגר בכהנא (התחייבות הצדדים, חוזה, צדק וכו') ? לא, למעט חובת תו"ל שברק מדבר : מחשבת הצדדים, הגינות, יושר, תחושת הצדק של החברה בישראל. **שאלה חשובה נוספת:**  על מי חל מנגנון המזונות המזונות האזרחיים? ברור שידועים בציבור/נישואים אזרחיים. השאלה: האם חל על נישואי כדמו"י? זה חשוב כי גם אם הדין הדתי לא יקנה מזונות, אז ניתן יהיה לתבוע מזונות אזרחיים. **ברק עונה על כך:**  פיסקה 29- אין פס"ד זה בא לבסס טענה על מזונות אזרחיים החלים על שנישאו כדמו"י בישראל- עליהם חל המשפט העברי, והפס"ד לא **בוחן** מע' זו. **תשובה לא ברורה: לא אמר שלא, אלא לא קובע שכן.** הנפקויות: אם נדחתה תביעת מזונות בביד"ר, כי האישה עשתה מעשי כיעור, אז יש מבי"ד על מזונות דתיים, אך הדרך פתוחה למזונות אזרחיים. **ועוד:**  ברק מדבר על מזונות לאחר הפרידה, והמשפט העברי לא מדבר על תקופה זו, קרי אם המזונות האזרחיים יחולו על כדמו"י, הנפקות עצומה. **סיכום:**  אין פסיקה בנושא מאז.

**ש.ב: יפורסמו: ארבעה פס"דים – מצוקות החיתון, קידושין פרטיים.**

**22/4/12**

**המשך המזונות החוזיים של ברק:** 8256/99- שאלת מיליון הדולר: האם המזונות האזרחיים רלוונטית רק למע' נישואין שאינם כדמו"י (כמו שנדונו בפס"ד עצמו – נישואין אזרחיים: אם בין תושב ישראל, או תערובת והמקרה הכי שכיח: "ידועים בציבור"). הניתוח של ברק ברור: כל המבנה החוזי של הכוונה המשתמעת ליצור מע' יחסים של ערבות הדדית/חוזה – אין ספק שזה רלוונטי וישים לידועים בציבור, **אבל** , לגבי התחולה על נישואים כדמו"י, מגיע המשפט העמום שלו – "לא קובע שיחול כדמו"י.." (אך גם לא קובע שלא!). הנפקות: אם מתקבלת הדעה (שקדרי אוחזת בה), שהמבנה הזה של המזונות האזרחיים ישים לנישואים כדמו"י- המשמעות: אם נדחית תביעת מזונות , למשל מפאת מעשה כיעור, או טענות פטור מההלכה (ברובן מבוססות על הדין הדתי), ובהנחה שתביעת מזונות אישה נדחית כי התקבלה אחת מטענות הפטור, נסתמה הדרך לתבוע מזונות מכוח הדין הדתי (ברק מכנה: מזונות מכוח הדין האישי), ולא ניתן לתבוע גם בביהמ"ש מפאת מבי"ד (הייתה עילה ונדחתה בביד"ר), אולם אם מתקבלת הטענה שהמזונות האזרחיים הם עילה עצמאית גם למע' נישואין כדמו"י, פתוחה הדרך לתבוע מזונות אזרחיים בביהמ"שפ. **פסקה 24 לפס"ד ברק:** הדיבור מזונות, אינו זהה לדיבור מזונות לו נזקיים עפ"י דין אישי- קרי מזונות שלא לפי דין אישי. **הקשר נוסף** רלוונטי לכל מע' יחסים, כדמו"י או אזרחית/ידועים בציבור, הוא נק' הזמן בה יכולים להיתבע מזונות: **אחרי הפירוד:** מזונות מכוח הדין האישי, ההלכה: **זכות של הנישואין!** ברגע שהנישואין פוסקים, גם זכות המזונות נפסקת, בטרמינולוגיה ההלכתית: תנאי הכתובה, וברגע שמע' הקידושין פקעה, הכתובה לא תקפה, וכל התנאים מכוחה אינם תקפים (עלול גם להתנקם בגבר, אם האישה מסרבת להתגרש, וכל קיומה תלוי בגבר, קרי לא תרצה לצאת ממסגרת תומכת, ותלויה במזונות שלו). קדרי: זה מצב מעוות, כי במע' של חובות וזכויות אזרחיים, המבוססת על הגיון כלכלי, ניתן היה לחשוב על מבנה שייתן מענה למצבים כאלו (בהמשך נפרט), **לפי ההלכה:** עקרונות דיני המזונות ההלכתיים, שהם החלים בנישואין בין יהודים (זה שהמזונות הם חלק מהדין האישי וחל עליהם הדין האישי, זה לא רק בגלל סימן המלך, אלא בגלל החוק לתיקון דיני משפחה מזונות (1956), הקובע ב2(א): אדם חב במזונות, לפי הוראות הדין האישי החל **עליו, קרי החוק לא מערער על קביעת מזונות לפי דין אישי**). אם כן, לפי חוק דיני משפחה תיקון, וסימן המלך, השאלה: האם יש בישראל **מזונות** אחרי פירוד? **לגבי יהודים** (כי זה תלוי בהשתייכות הדתית של בעלי הדין) –כנראה שאין, **אלא אם קונסטרוקציית ברק**  **חלה גם לגבי יהודים שנישאו כדמו"י.** ועוד, יצוין: כשנגיע לדיון על ההשלכות הכלכליות של סיום מע' זוגית, הדיון הזה רלוונטי בהקשר מזונות אחרי הפירוד, כי הוא יהיה רלוונטי לדיון בשאלה של **התחשבות בהון האנושי**, **בכושר השתכרות מוגבר בעת חלוקת הרכוש**  (ניווכח שמדובר בתמונת ראי של מזונות אחרי פירוד). לסיכום: לברק היה חשוב לעגן את קונסטרוקציית פס"ד פלונית נישואין אזרחיים, ולכן חזר עליה בבג"צ נישואי קפריסין: תשלום המזונות האזרחיים יבטיחו את רמת חייו של החלש וכו'- אולם אין התייחסות כמובן ל"האם זה תופס בנישואין כדמו"י בין יהודים".

**סיכום חלק הראשון של הקורס: תזת שלושת השלבים** (לקרוא מאמר: דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל "לקראת השלמה")**:** תחום דיני המשפחה מורכב במיוחד, בייחוד בישראל, בה הקושי מועצם כי הקרב אינו רק בין הצדדים, אלא בין שתי מע' דינים. הקרב הזה ינותח להלן בשלושה שלבים:

1. **שלב הבסיס:**  המלחמה הקונבנציונלית – מתנהלת לפי כללי המלחמה /משחק הבסיסיים שהותוו בשנות ה-50 (זילברג), במסגרתם, המע' האזרחית פעלה בשלוש אסטרטגיות:
   1. **צמצום סמכויות ביד"ר**: צמצום כלל מבי"ד, צמצום הכריכה, סמכות נמשכת וכ'
   2. **ניכוס תחומי שליטה**: כל נושאי הרכוש. בראשית הדרך הנושא סווג כענייני נישואין , והיה נתון לשליטה ייחודית של ביד"ר, ובהדרגתיות נשלף החוצה והוגדר מחדש כנושא אזרחי, שחלים עליו דיני החוזים, קניין וככזה אינו נתון לסמכות ייחודית של ביד"ר, ויכול להיות כזה רק עם כריכה. הניכוס מתמקד ברכוש.
   3. **גיבוש מסלול אזרחי מקביל**: הכרה בידועים בציבור, נישואין אזרחיים מחוץ לישראל.

**זה השלב הקונבנציונלי:** פעילות בלי לשבור את הכלים.

1. **פס"ד בבלי ולב:** נפרצות הגדרות: אם עד כה הגבול בין מע' הדינים היה ברור, קרי נותרה גדר הפרדה (למרות הניכוס ), ברק מפרק את הגדר **בבבלי ולב:** מחיל על המע' הדתית את כל הדין האזרחי. הגבולות לא ברורים יותר (חלק יאמרו שאין גבולות). תזכורת: דעת מיעוט של חשין **באקנין**, הפס"ד שמגדיר גבולות לא ברורים. אך **בבלי/לב**: נפרצו הגבולות, **קדרי:**  **אימפריאליזם שיפוטי מוסדי**: כך יש לכנות את מהלך ברק, כי רואים שתפיסת ביד"ר בעצמה היא אימפריאליסטית, וזו לב הבעיה: כל מע' סבורה שהיא צריכה לחלוש על הכל. **מוסדי:**  כיוון שהאימפריאליזם מוחל על ביד"ר, המוסד השיפוטי הדתי הוא שצריך להשתנות ולקבל על עצמו בכל פסיקה שלו, את עקרונות המשפט האזרחי. סיכום: הוצאת סמכות מהמערכת הדתית ולהביאה לאזרחית (אלא אם הייתה כריכה).
2. **גיבוש דיני משפחה אזרחיים:** לעת עתה, הנושא מתמקד בתחום המזונות, אולם נוכחנו שיש את פסיקת חשין (אבהות אזרחית- אמנם לא נוגעת לביד"ר אלא לשרעי, אך קו זהה של גיבוש דינים אזרחיים מנחה אותו והשאלה: לאן יתפתח.) כרגע זה פרסונלי: מציעים מע' דיני משפחה אזרחיים שיחולו על כל פרט ופרט, בלי קשר להשתייכות הדתית שלו/ה, ויחולו במע' האזרחית כי המע' הדתית חסרת סמכות להכיל את הכללים (לא מכירה בהם) ובעצם מעין גיבוש חקיקה טריטוריאלית: חלה על כל מי שבטריטוריה, ללא קשר להשתייכות דתית. סיכום: בבבלי ולב, להגיד למע' הדתית שהיא כפופה לדין האזרחי. הוצאת הסמכות התרחשה לפני בבלי (פס"ד זיסרמן- לא חשוב להכיר).

**סיכום-**  כך קדרי רואה את התפתחות דיני המשפחה בתחומים הנ"ל (רשימת קריאה חלק ראשון).

**חלק שני לרשימת קריאה: נישואין וגירושין כדמו"י – הדרך הרשמית-**

**מצוקות החיתון :** נזכיר בנושא זה גם את נושא הכללי של הקידושין עצמם, הכניסה לקשר הנישואין. **פס"ד עדאללה (איחוד משפחות)** פרס את משנת המשפט הישראלי לזכות למשפחה. הזכות לנישואין מוכרת כזכות אדם בסיסית בכל אמנות זכויות האדם הבי"ל, ושורת נוספות בראשון- האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, והאמנה לביעור הפליה נגד נשים, שם מוגדרת גם הזכות לנישואין ככוללת את הזכות לשוויון בכל אחד משלושת שלבי קשר הנישואין: כניסה לקשר, מהלך חיי הנישואין והפירוק של הקשר. הנוסח של האמנה עצמה והמדריך להבנתה: בחומר העזר בתקשוב- **סעיף 16 לאמנת "sedaw".** מה ניתן לומר על שיטת המשפט בישראל באשר לזכות לשוויון בנישואין בכל אחד מהשלבים? שאינה מקיימת את הזכות לשוויון- ישראל מפירה את הזכות לשוויון בכל השלבים, וההפליה נחלקת לשניים: **ע"ב לאום ודת, ע"ב מגדר:**

* **לאום ודת:**  התחולה האקסלוסיבית של הדין האישי/דתי. איך זה בא לידי ביטוי? שבישראל נישואין בין מי שאינם נמנים על אותה דת כמעט לא אפשריים, ובלתי אפשריים בין יהודים ללא יהודים, ואף בתוך היהודים: פסולי חיתון **(כהן וגרושה). ועוד:**  זוגות בני אותו מין לא יכולים להינשא (אך לא ברור אם מדובר בהפרה ע"ב דת, או כמו בשאר העולם- נשלל בלי קשר לתחולה דין דתי). **ממי עוד נשללת הזכות לנישואין בישראל?** הרי הנישואין היחידים הקיימים הם דתיים, **ומה עם חסרי הדת?**  400,000 שאיננם יכולים להתחתן, ולהגשים זכות אדם בסיסית (!). ( **חוק ברית הזוגיות** (17 ברשימה השנייה)**:** אמנם היה אמור להבטיח נישואין לחסרי דת, אך בפועל מבטיח את הזכות לבני זוג ששניהם חסרי דת. מספרית: מדובר בעשרות בודדות של זוגות בשנה, קרי ממש לא פתרון מקיף). **סיכום:**  הפרות חמורות של זכויות אדם בכל הקשור להשתייכות ללאום. ( **מה הכוונה בחסרי דת**? לא נקבע עפ"י הצהרת אתאיזם או משהו סובייקטיבית, אלא המבחן הקובע הוא המבחן "הדת הנטענת", הדת שעליה נטען שהאיש/ה שייכים אליה, היא מפעילה את מבחניה הפנימיים, והיא (רשם נישואין, ביד"ר) יגיד: אין מסמך שמעיד שהאם יהודייה, אין תעודת נישואין להוכיח השתייכות הורים, לכן אין דרך לבסס את טענת ההשתייכות לדת היהודית. לרוב: רלוונטי לכל המצטרפים ממדינות חבר העמים, כי ההשתייכות הדתית של בריה"מ, הייתה נושא אסור מעשית, והדרישה למסמכים שיעידו על יהדותם היא לא אפשרית למימוש, ונוצרת בעיה ממשית: חסרי דת רבים).
* **הפליה מגדרית:** נושאים שכיחים – בהמשך נדבר על עניין בביטויו החריף ביותר: הגירושין. אולם לא רק שם, גם בכניסה לקשר ובמהלכו, כאמור: טענות פטור בנוגע למזונות אישה לדוג'. **קדרי:**  מה שמניע את שמגר במידה מה: ההתמרמרות על ההפליה, על המוסר הכפול שפוגע בנשים, ונסונו לתת מענה לכך.

**אם ישראל מפירה את הזכות לנישואין, איך מנויה על האמנות:** הסתייגויות. שיש מחלוקת גדולה במשפט הבי"ל הפומבי, כולל בוועדת האו"ם המשפטית: עד כמה ההסתייגויות יכולות להיות תקפות? אם מדובר בכאלו המעקרות את תוכן האמנה כולה, איך ניתן לאפשר הצטרפות עם הסתייגות? **ישראל :** הצטרפה מפורשות תוך הסתייגות מסעיף 16 הנ"ל, ו-7ב (ייצוג בחיים הציבורים והפוליטיים- נובע מאי היכולת של הנשים לשמש כדיינות).

**מרכיבים משפטיים פרגמטיים של הזכות לנישואין: צורת הנישואין, הכושר להינשא -**  הזכות לנישואין אם כך (הכניסה לנישואין) נחלקת לשתי שאלות:

* **צורה/דרך בה יוצרים נישואין**: דרך דתית / אזרחית. אם דתית, מי מוסמך להתוות אותה? כהן דת? כל אדם? האם צריך את כהן הדת, בלעדיו אין נישואין? זו שאלת הצורה.
* **הכושר לנישואין**: מי רשאי לשאת את מי? מי רשאי להינשא בכלל, ומי רשאי להינשא למי?

**המונחים חשובים בהיבט המגבלות על הזכות לנישואין, הנחלקות לשני סוגים:**

* **מגבלות אוניברסליות:** 
  + **גיל מינימום :**  בישראל 17**,**  לשני המינים. הסטנדרט המקובל במשפט הבי"ל, וקבוע באמנת זכויות הילד, ביעור אפליה נגד נשים: 18, והרציונל: בגיר מבחינה חוקית, המע' המשפטית הכללית רואה בפרטים עד גיל 18 כקטינים, שאינם רשאים להתקשר בחוזים למשל, קרי המגבלות המשפטיות על הכשרות הן משמעותיות, ובישראל: בגיל 17 מותר להתחתן, להיות הורים, אך לא לקנות דירה (...). מעשית: גם אם יועלה הגיל בישראל, יש בעיית אכיפה: יש בעולם בעיית נישואי קטינות, בכפייה, אונס וכו', כולל בישראל (כאן זה בא לידי ביטוי בלחצים חברתיים קשים באוכלוסיות דתיות, בדואיות. סטטיסטית: לידות קטינות מראות שמתקיימות נישואי קטינות מתחת לגיל החוקי, קרי בעיה חוקית). **(לקרוא: חוק גיל הנישואין).**  החוק מנוסח כך: נישואין בניגוד לחוק הם עבירה פלילית. בכל מדינה אחרת, הניסוח הוא שנישואין מתחת גיל המינימום לא תקפים. בישראל זה לא ניתן, כי לפי ההלכה: נישואין של ילדה בת 12 וילד בן 13 הם תקפים, ולפי חוק שיפוט ביד"ר : הדין הקובע את תקפות הנישואין הוא הדין הדתי (עברי, שרעי וכו'), קרי החוק מוגבל במה שיכול לקבוע.
  + **ריבוי נישואין:** פוליגמיה.
  + **קירבת משפחה מדרגה ראשונה:** מגבלות על נישואי קרובים מדרגה ראשונה: אחים, הורים – בכל העולם.
  + **בני אותו מין :** אחד הנושאים ה"חמים" בחזית השינויים שעוברים דיני המשפחה בכל העולם המערבי, ומידיי שנה יש יותר מדינות המאפשרות את הנישואין הללו, וגם אם לא בדרך נישואין רגילה, אז בדרך אלטרנטיביות: רישום שותפות למשל.
* **מגבלות החיתון בהלכה היהודית:** המגבלות נחלקות עפ"י התוצאות ההלכתיות של הנישואין האסורים. קרי יש נישואים אסורים, שנחלקים לשתי קבוצות:
  + **אסורים ובטלים:** לא תופסים גם אם נעשה טקס, למשל אם בני הזוג היו חסרי כשירות להינשא זה לזו, אז הטקס בטל, לא תופס. **דוג':** עריות מדיאורייתא (ספר ויקרא, יח', פסוק ו' ואילך) – שורת האיסורים, שדינם – כרת משמיים/מוות בידי אדם – קירבת משפחה מדרגה ראשונה, או אשת אח עם ילדים, אחות האישה כשהאישה בחיים והקטגוריה המשמעותית מעשית: **אשת איש**: אישה הנשואה לאיש, אסורה לכולי עלמא, וקשר שלה עם אחר- האיסור הכי חמור מדיאורייתא, שהעונש על כך מוות/כרת, והמשמעות: אם נעשה טקס נישואין בכל זאת, הוא בטל לחלוטין, לא תופס. **התוצאה המעשית של קשר כזה:**  אם נוצר, והוא הוביל לילדים – אלו הם הממזרים: הילדים שנולדו לאחת מעריות הדיאורייתא, ומעשית: ילדים שנולדים לאשת איש.
  + **אסורים מלכתחילה אך תקפים בדיעבד:** גם אם לבני הזוג אסור להינשא, אם בכל זאת נישאו ומילאו את דרישות הצורניות של הטקס הדתי, הקשר ביניהם תופס. **דוג':**  כל מי שמנוי בתורה בקטגורית איסור לאו (להבדיל מאיסור כרת) **"חייבי לאווים מדיאורייתא" :** איסורים לכהן (גרושה, גיורת), ממזר שלא יכול להינשא ליהודי כשר (רק לממזר), אשת איש שזנתה: אסור לה להינשא לאיש עימו קיימה קשר אסור ואסור לה לחזור לבעלה (אסורה לבעלה ובועלה). אלו נכללים בטרמינולוגיה משפטית:  **מנועי חיתון**, הם היוצרים "בעיות מעשיות" של מגבלות החיתון בישראל, והם נושאי הפסיקה, בראשם **פס"ד רודניצקי**- עיקרו פס"ד של לנדוי. הפס"ד מדגים את הדרך בה ניסו ללכת מנועי החיתון ע"מ להגשים את זכותם: **הקידושים הפרטיים**- סדרת פס"דים על קידושים פרטיים- מדברת על : או מנועי החתיון הללו (אסורי לכתחילה אך תקפי דיעבד) **, או על** המניעים האידיאולוגיים: אלו הנמצאים בקבוצת מצוקה (זכותם לנישואין נפגעת בישראל ממניעים אידיאולוגיים: קונסרבטיביים, או כאלו שלא מעוניינים בחופת כדמו"י, אלא רוצים להגשים את זכותם שלא בדרך דתית).**ההבחנה:** על האחרונים אין מגבלה דתית, אך מבחינת תפיסתם העצמית- זכותם לנישואין נפגעת אם מכריחים אותם לעשות חתונה דתית. סיכום קבוצות המצוקה:

**קבוצות המצוקה:**

* **שלוש קבוצות הנגרמות מכוח הדין עצמו:**
  + **מנועי/פסולי חיתון, כולל זוגות מעורבים**
  + **עגינות**
  + **בני אותו מין**
* **מניעים אידיאולוגיים שאינם נובעים ממגבלות דתיים**

**רודניצקי מחדד את ההבחנה- ידובר בהמשך.**

**יום ראשון 29 אפריל 2012 (לקוח מנטע)**

מהימים האחרונים: פורסם על ביקורת חסרת תקדים של העליון כלפי ביד"ר. המרצה ממליצה לעבור על פסה"ד. בעניין הספציפי של העותרות גיורן בוטל ובת"א ביטלו את הביטול. ניתן לומר שבמקרה כזה העתירה היא היפוטתית, אין מה לדון. עו"ד של העותרות יטען לחוסר סמכות ובנוסף יש כאן קביעה מאוד עקרונית של הרב שרמן באשר לתוקף הגיורים האלה. יש הנחיות פנימיות שגובשו בין היועץ המשפטי לרב עמר בנוגע לסמכות במצבי גיור. ע"פ היועמ"ש ניתן לומר שהשאלה העקרונית היא היפותטית כי למעשה הגיעו להסדר. הש' פרוקצ'יה לא היתה מסתפקת בהסברים שלא מעוגנים בחוק. הש' רובינשטיין היה מאמץ את עמדת היועץ המשפטי.

מה עלה בגורל העתירה? התקבלה, נדחתה? לא ברור, זה לא התקבל ולא נדחה. רובינשטיין כתב דברים חריפים לגבי ביד"ר אך הכל אוביטר. למעשה לא בוטלו הגיורים של הרב עטיה ושרמן ע"י בג"צ אלא ע"י ההליך הפנימי שביד"ר הגדול ביטל זאת כשהחזיר את התיק לאזורי. זה מגוחך להשאיר את התיקים באויר ולומר שהם בוטלו. מכירים בגיור. בייניש מצטרפת לכל מה שרובינשטיין כתב.

**מוגבלות החיתון בהלכה היהודית**

זוגות שנכנסים לקטגוריה של "אסורים ובטלים" זה אסור אך מקבל מעמד של "לא נעשה דבר", אם אשת איש עושה טקס קידושין עם כל העדים ושווה הפרוטה וכד', אין לזה תוקף, בטל לחלוטין, היה כלא היה. אך אם זוג שנכנס לקטגוריה של "אסורים מלכתחילה ותופסים בדיעבד" יוצר קשר קידושין ע"פ המרכיבים ההלכתיים ההכרחיים(2 עדי קיום ומעשה קניין והאיש לאיש ואמירת "הרי את מקודשת לי"), לקשר ביניהם יש נפקויות משפטיות הלכתיות בראש ובראשונה מבחינת מעמד האישה- היא אכן נשואה לאותו איש שאסור היה לה להתחתן עימו אך משנעשה מעשה הקידושין הוא תופס- היא כעת אשת איש, כדי להינשא למישהו אחר היא זקוקה לגט.

יש פס"ד בו ראינו את הדיוק הזה, הדואליות בנוגע למנועי החיתון של הקטגוריה השנייה- פס"ד רודניצקי. מדובר בכהן וגרושה שעשו טקס פרטי. השופט לנדוי עמד על זה בפס"ד רודניצקי. זו דרך התייחסות של ההלכה שמבחינת תורת המשפט למעשה בלתי אפשרית בספירה של משפט אזרחי. לא ניתן לחשוב על מצב מקביל במע' משפט אזרחית שתשדר כזה מסר כפול: מצד אחד המעשה אסור אך יש תוצאות משפטיות שיש להתייחס אליהן. זוהי הקטגוריה של אסורים מלכתחילה ותופסים בדיעבד. לרוב מדובר על כהן וגרושה אך חשוב לזכור גם שאותה אשת איש שזנתה וגורשה מבעלה הראשון, הלכתית אסור לה להינשא למאהב שלה, אך איסור זה נכנס לקטגוריה השנייה.

**ישנן מס' קבוצות מצוקה שנגרמות מכוח הדין עצמו(גם הדתי וגם האזרחי):**

1. מנועי/פסולי חיתון, קידושין אסורים מלכתחילה אך תופסים בדיעבד
2. זוגות מעורבים, בני דתות שונות
3. קבוצת העגינות- מדובר על מצבים שבהם הנישואין הסתיימו אך בגלל מצוקת הגירושין בני הזוג פורמלית נשואים. מצוקת הנשים גדולה יותר מכיוון שכל קשר ביניהן לאיש אחר הוא קשר שנכנס לקטגוריה הראשונה שאסורה הלכתית- אשת איש, ילדים שנולדים כתוצאה מקשר זה הם ממזרים. ממזרים הם מנועי חיתון למעשה, יכולים להינשא רק לממזרות.

פס"ד ישן משנות ה70- סרן הגיע ללשכת הרבנות וביקש להירשם לנישואין, התברר לו שהוא למעשה ממזר ואינו יכול להינשא לבת זוגו, זה נגע גם לאחותו, גם היא ממזרה. פנו לרב גורן, הרב הראשי הצבאי בזמנו. הרב גורן מצא דרך להתיר אותם ממזרותם באמצעות העובדה שהאם של שני האחים היתה נשואה בנישואין הראשונים שלה, הילדים נולדו כתוצאה מקשר נישואין שני, מבעלה הראשון לא קיבלה גט ולכאורה הם ממזרים. הרב גורן מצא שהבעל הראשון היה במקור לא יהודי, והגיור שעבר באירופה לא תקף. כתוצאה מהטלת ספק בכשרות הגיור. הנישואין הראשונים למעשה היו בטלים כי אין קידושין בין יהודיה ללא יהודיים, ואז כשהיא נישאים ילדיה לא ממזרים.

מצוקת העגינות נובעת מהדין הדתי אך גם מאיסור אזרחי פלילי: ביגמיה, ברגע שאיש/אישה נשואים פורמלית, לא ניתן להינשא שוב, אז הם יהיו ביגמיסטיים.

1. בני אותו מין- קיים איסור הלכתי על הקשר עצמו, אך גם מבחינה אזרחית ייתכן שקיימת כאן מניעה.

**ישנה קבוצה נוספת:**

1. **הפועלים ממניעים אידאולוגיים שאינם נובעים ממגבלות הדין הדתי- הרואים עצמם סובלים ממצוקות החיתון בישראל אך אין עליהם שום מגבלה דתית, זה נובע ממגבלה אידאולוגית. יש חיים שכופה על האזרחים מבנה דתי של מערכת היחסים החשובה ביותר לזהות הפרטית של כל איש ואישה.**

האבחנה בין מנועי החיתון לבין אלו שהם למעשה פנויים להינשא אך אינם מעוניינים בטקס הדתי הרשמי הפורמלי היתה חשובה בשנות ה70-80. ניתן היה לראות זאת בפס"ד רודניצקי. היה לכך חשיבות בשאלת ההכרה בקידושין הפרטיים.

הפס"דים בנושא סיפרו סיפור עקבי: הניסיון של זוגות רבים לקבל הכרה בטקס הפרטי שהם ערכו. מדוע ערכו טקס קידושין פרטי? לא איפשרו להם לקיים טקס רשמי, יש הגבלה כלשהי, הם פסולי חיתון, ךרוב מדובר בכהן וגרושה. היתה קבוצה נוספת שערכה טקס פרטי: קבוצת המניעים האידאולוגית. אך לכאורה ניתן לשאול את הקבוצה האחרונה, מדוע עושים טקס דתי בכלל אם הם מתנגדים לו? באותם שנים האלטרנטיבות לא מוכרות, כמו נישואי קפריסין. בעבר ההתנגדות כנראה היתה יותר פורמלית ופחות מהותית לדין הדתי- כל אלה הן השערות סוציולוגיות אך לא ניתן לומר עליהן הרבה.

ברור שבפועל התרחשה תופעה של זוגות שנישאו בטקס פרטי דתי כאשר הם מנועי חיתון או מתנגדים אידאולוגים, מטרתם היתה הכרה. הם הבינו שיש כאן ערוץ עוקף הערוץ הרשמי וניתן להגיע ליעד של ההכרה. מדוע? כי זה אסור מלכתחילה אך תופס בדיעבד- הקטגוריה השניה. המבנה הדואלי ההלכתי הוא זה שמאפשר ללכת בדרך העוקפת הזו, הטקס הפרטי ולהציב אתהמערכת המשפטית בפני עובדה מוגמרת- יש נישואין תקפים. ההכרה עצמה נחלקת למישור מנהלי ולמישור מהותי. מדובר על ההיבט הייחודי לשיטת המשפט בישראל בדיני משפחה שמבחין בין הספירה המנהלית למהותית- רישום פורמלי במרשם האוכלוסין ותעודת הזהות והאבחנה בנוגע למצב המהותי.

מבחינת מערכת היחסים של בני הזוג, אם הם באים להתדיין בשאלות מזונות ורכוש, הצורך בגט אז מבחינת מערכת היחסים הפנימית מדובר בנישואין או ספק נישואין. יש ספק כי מכיוון שזה נעשה באופן פרטי יהיו שיטילו ספק בכשרות העדים וכד'.

גם אם מדובר בספק קידושין מבחינת הצורך בגט כדי להינשא לאחרים ע"פ ההלכה חייבים כאן גט, זה נקרא גט מספק אך חייב להיות גט אחרת האישה לא יכולה להינשא לאיש אחר. זה גט רגיל והוא שונה מגט לחומרה.

גט מספק הוא בעצם גט לכל דבר. גט לחומרה הוא גט שבנסיבות מסוימות ניתן לוותר עליו, כלומר הוא לא ממש הכרחי, עדיף שיהיה גט אך אם אין אפשרות לסדר את הגט- הבעל לא נמצא או מסרב לשתף פעולה, אולי ניתן יהיה לוותר על הגט הזה. אך גט מספק לא ניתן לוותר עליו. מצב של קידושין פרטיים מצריך גט מספק. מבחינת המישור המהותי- דין הצדדים כדין נשואים. יש לדייק שבהלכה יכול להיות שיעשו אבחנה בין מי שהיו משוכנעים שהנישואין ביניהם תפסו לבין מי שיגידו שאולי הם רק ספק קידושין‏ כי הכלל ההלכתי קובע שאין מוציאים ממון מחמת הספק ולכן יכול להיות שתביעת מזונות של אישה בביד"ר, אישה שקידושיה מוטלים בספק אם תתבע מזונות בביד"ר יכול להיות שהתביה תידחה כי אין מוציאים ממון מחמת הספק. יכול להיות שתידחה משיקול הלכתי אחר- עצם הפסול ההלכתי בקשר- לכהן אסור לשאת גרושה. יכול להיות שביד"ר יאמר שמכיוון שהקשר אסור, קשר כזה לא מצמיח זכויות ממוניות. אך בנק' העניינית- בשאלה אם האישה היא אשת איש- לא תהיה מחלוקת והתשובה תהיה חד משמעית- היא אשת איש ויש צורך בגט. זה המישור המהותי.

הרישום בת.ז/מרשם האוכלוסין מהווה את מישור הרישום, כל אותם זוגות של שנות ה60-70 שביצעו קידושין פרטיים ביקשו להשיג את הסעד של הרישום.

יש אבחנה בין מנועי חיתון לעומת פנויים- מבחינת אידאולוגיה. בג"צ עשה את האבחנה הזו. הזוגות החלו להגיע לפקיד הרישום, והוא אמר שלא יכול לרשמם כנישואין כי אין תעודה רשמית, שום מסמך של רושם נישואין פרומלי ממלכתי שאומר שהוא חיתן אותם ולכן הפקיד לא יכול לשנות את הסטטוס. הצדדים פונים לביד"ר(סמכות ייחודית בענייני נישואין), מגיע לביד"ר זוג שנישואיו אסורים ומבקש להכיר בו. ביד"ר בבעיה מכיוון שאם פוסק בהתאם להלכה, היא אינה מותירה מרווח פעולה- מבחינה הלכתית הזוג נשוי, אך אם ביד"ר מכשיר זאת הוא מסייע בידי עוברי עבירה, והוא אינו יכול להרשות לעצמו לעשות זאת. ביד"ר חשב שיכל לעקוף זאת. האם ביד"ר יכול לומר שאין הצדדים נשואים וזהו? לא, היה כאן מעשה קידושין, אם אין נישואין ביד"ר עלול לגרום לממזרים. פסה"ד אומר שהם אינם נשואים זה לזה אך אם הם רוצים להינשא לאחרים עליהם לקיים גט. ע"ס הפס"ד הזה אחד הזוגות פנה לפקיד הרישום ולאחר עתירה לבג"צ הפקיד נאלץ לרשום אותם.

בני הזוג רודניצקי הגיעו והכירו את התחבולה שמביאה להכרה ברישום, ברודניצקי ביד"ר החליט שלא להחליט. העניין מגיע לבג"צ, ללנדוי. המצב לפנינו הוא שבעצם בני הזוג עותרים לבג"צ מבלי שתהיה תוצאה של פס"ד רבני, מבלי שיש החלטה בערעור לביד"ר הגדול. מבחינת מערכת היחסים שבין בג"צ לביד"ר ראינו שבג"צ מתערב רק כשיש החלטה סופית של ביד"ר. אם אין, בג"צ מחכה להחלטה של ביד"ר, עד שאין החלטה לא מתערבים. בני הזוג רודניצי בכל זאת עתרו לבג"צ ולנדוי נכנס לדיון שבעצם הוא לכאורה בסמכותו של ביד"ר. לנדוי נעזר בסמכות האגבית, פקיד הרישום הוא סמכות מנהלית, במסגרת השאלה אם פקיד הרישום פעל כשורה, מתעוררת כדרך אגב שאלת הנישואין- כן או לא. במסגרת הסמכות האגבית, בג"צ מכריע שהזוג יותר נשוי מלא נשוי ולכן הפקיד חייב לרשום אותם כנשואים.

זה בעצם הפינג פונג עם ביד"ר, זו אולי ההתנגשות הקשה ביותר בין המערכת האזרחית לדתית עד שנות ה90(בבלי וכל השאר). החלק הזה במערכת היחסים מראה לנו שיש תקדים למצב בו בג"צ נטל על עצמו תפקיד שבוודאי ע"פ חלוקת הסמכויות נתון לביד"ר. האם נימוק הסמכות האגבית משכנע? לא, אם אנו באמת מקבלי םשהשאלה היתה בסמכות בג"צ היא האם פקיד הרישום נהג כדין או שלא כדין, התשובה היא שכן, אם זו באמת באמת השאלה, בג"צ היה צריך לאשר את הסירוב של פקיד הרישום וזהו. זה לא נכון לומר שעניין פקיד הרישום קשור לסמכות האגבית, הפקיד היה בסדר, למעשה לנדוי לוקח את סמכות ביד"ר. יכול להיות שזה הכרח אך זה לא הנימוק המתאים. ניתן לומר שיש להתערב כי לא ניתן להשאיר את הזוגות כך, שהפינג-פונג הזה הוא בלתי אפשרי וכד'. יש לומר זאת באופן גלוי. למעשה ההתנגשויות הללו היו על השולחן מימים ימימה, ברק אינו אויב הציבור הדתי, היו קודמים לפניו.

מה לנדוי אומר על איך הדין הדתי נקלט במדינת ישראל? הוא אומר ברודניצקי בעמ' 712 מול האות ב'(חייבים לקרוא), הוא אומר שהדין הדתי שנקלט למערכת המשפט בישראל הוא רק החלק המשפטי של הדין הדתי, הוא לא החלק האיסורי, נקלטה רק התוצאה, הנפקות המשפטית, החלק של ה"תופס בדיעבד" ולא החלק המהותי. כל המגבלות על החיתון מטעמים דתיים גרידא- ממזר ויהודיה, גיורת וכהן, כהן וגרושה, כל המגבלות שמקורן דתי בלבד, לא נקלטו לתוך המשפט הישראלי. אם לוקחים את הדברים הללו ניתן לגבש עתירה בנוגע לרושמי נישואין קונסרבטיביים, בין היתר נימוק מועצת הרבנות הראשית יהיה שהם מוכנים להשיא גם פסולי חיתון וזה אסור. מועצת הרבנות הראשית לא מאפשרת להם להיות רושמים רשמיים. ניתן לומר לפי האמירה של לנדוי ברודניצקי שהאיסור על הנישואים הללו לא נכנס, ההנמקה של הרבנות הראשית לפסילת רבנים קונסרבטיביים מלהשיא אינה תקפה, זה לא חלק משיטת ההלכה שנקלטה לתוך המשפט הישראלי שלנו. ניסו לטעון זאת בבג"צ קרן התנועה ליהדות מתקדמת(פריט 12- תחת חומר עזר מומלץ). השופט איילון דחה את הטיעון הזה דחייה גורפת וחד משמעית ובעצם אמר שהאוביטר של לנדוי, הוא אוביטר בלבד ומעולם לא הפך להיות חלק מהדין שלפיו פוסקים, ודין תורה בישראל הוא כל ההלכה היהודית כפי שהיא בביד"ר ומתפרשת בהם כיום. בכל זאת חשוב להכיר את האבחנה של לנדוי כי יש בכך חשיבות, ניסיון לעתיד, יכולה להיות לכך תקומה בהמשך.

**ישנה אבחנה בין שתי קבוצות המצוקה:**

מבחינת הכהן והגרושה, קבוצת מנועי החיתון, בג"צ נותן להם את סעד הרישום, ההכרה. למי לא נותן סעד? לאידאולוגים, כי יש להם אפשרות. לפי ההנמקות הרגילות של כללי בג"צ, אם יש אלטרנטיבות אז אין סעד מבג"צ, כי הוא פועל למען הצדק וחלק מזה זה לבדוק האם יש אלטרנטיבות. האם האבחנה הזו מצד בג"צ היתה משתנית היום? זו שאלה מעניינת. לא היתה אפשרות לבחון אותה.

מדוע לא היתה אפשרות לבחון אותה? מה שקרה לקראת סוף שנות ה70 הוא שהגיעו למצב בו זוגות שנישאו בטקס נישואין פרטי כבר לא היו צריכים ללכת לביד"ר כי הדבר היה מוכר ופקידי הרישום רשמו אותם כנשואים. לאורך שנות ה-80 ככל שהתנועה הקונסרבטיבית והתנועה ליהדות מתקדמת הכתה שורשים בישראל וככל שהדרך להגיע לחו"ל, לקפריסין, ונישואי פרגוואי ואורוגוואי(נישואין באמצעות שליח, מיופי כוח) התפתחו יותר ויותר. מה שקרה הוא שהזוגות האידאולוגית זנחו את דרך הקידושין הפרטיים ופנו לנישואים אזרחיים וכד'. היו כאלה שכן עשו טקס פרטי, באמצעות רב/רבה קונסרבטיבי/רפורמי, אך גיבו זאת בנישואים אזרחיים, זה מבטיח את הרישום בצורה קלה יותר.

מה שקורה היום עם קידושים פרטיים שונה לגמרי, מתפתחת תופעה של קידושין פרטיים מסוג אחר לגמרי, של זוגות דתיים שבאים מן הציבור הציוני דתי ומבקשים לאתגר את המערכת הממוסדת הרבנית שהיא בעיקרה חרדית, את הממסדהרבני וביד"ר, ולערוך טקס פרטי דתי, כי מדובר באנשים דתיים, אך כזה שיאפשר להם לא להיות חשופים לביד"ר. איך זה נעשה? האבחנה הגדולה בין הקידושין הפרטיים היום לאלה שנעשו בעבר, הם שהזוגות החדשים לא מבקשים רישום, הם לא רוצים את הרישום, הם יודעים שאם יהיה רישום, באופן וודאי יצטרכו להגיע לביד"ר. אך אם אין רישום, יכול להיות שבהנחה שימשיך להיות שת"פ גם לאחר שהם נפרדים, יוכלו להסדיר גירושין בדרך פרטית. מספיק שימצאו רב או שלושה רבנים(אם סבורים שיש צורך בהרכב של 3) שיעזרו לעשות גט, וכך לא יהיו נתונים לחסדם של בתי הדין הרבניים.

**פס"ד צונן נ' שטל-** פס"ד חריג, בשעתו הוא דחה את התוצאות הממוניות של טקס פרטי באמירה מאוד משונה מצד שמגר שבעצם אומר שלא היה בכלל חוזה בין הצדדים, התכוונו לטקס דתי והוא אינו תופס ולפיכך אין נפקויות ממוניות.

אין ספק שהפס"ד הוא מוטעה, כי ברור שהפס"ד בוטל במשתמע גם ע"י פסיקתו של שמגר עצמו וגם ע"י פס"ד המזונות האזרחיים. כיום אין יותר מקום להסתמך עליו היום**.**

**מבוא לגירושין**

יש נפקויות לאבחנה בין תפיסה האזרחית המערבית בנוגע לגירושין לבין תפיסה דתית-

הגישה המערבית שעליה אין ספק ועוררין היא של גירושין ללא אשם, הגירושין היא למעשה כמעט זכות, היא אמנם לא מוכרת כזכות יסוד אך היא זכות שאדם זכאי לה כאשר קשר זוגי מגיע לסיומו. יכול להיות ששיטות משפט מסוימות יטיליו מגבלות של זמן, פנייה לייעוץ, תוגבל הזכות מפאת טובת הילד, הגירושין ינתנו אחרי שכל הנוגע לילדים יוסדרו, האינטרסים הנפשיים והכלכליים בנוגע לילדים: משמורת ואפוטרופסות וכד'. יכולה להיות שורת מגבלות אך הגירושין עצמם יהיו. אפילו במלטה, המדינה הקתולית האחרונה שבה לא הוכרו גירושין במערכת האזרחית, כיום מחוקקים חוק גירושין כעת.

התפיסה ההלכתית שונה לחלוטין: מצד אחד אם יש הסכמה אז אין צורך להוכיח עילות, אם הם מסכימים להתגרש אך אם אין הסכמה, לא רק חייבים להוכיח עילות, יש גם צורך בהסכמה של הבעל, זה מדאורייתא. אישה מתגרשת לרצונה ושלא לרצונה, אין האיש מגרש שלא לרצונו. ההסכמה של הבעל הכרחית מגין תורה, את רצון האישה ניתן לעקוף דרך חיובה בגט ביתר קלות כי רצונה לא הכרחי מדין תורה, ולבעל ניתן להתיר להינשא לאישה נוספת, דרך היתר מהרבנים. אישה לא יכולה להינשא לאיש אחר מדאורייתא. יש כאן אי-סימטריה בנוגע לנישואין. זה מביא למצב בו מצוקת הנשים גדולה מאוד.

**2/5/12**

**המשך נורמות חברתיות מול הלכתיות:**

**פס"ד פרלוד:**  האב שהורשע במעשים מגונים בבתו, לא נכנס בגדר העילות לחוו"ד ביד"ר. אכן, התעללות מינית בלידה, אינה נכנסת "רשמית" בעילות הגירושין הרשמיות.

**הגירושין:**  **ממחיש את התפיסות הקוטביות-**  בעולם המערבי, אחרי התפתחות שהחלה מדין דתי נוצרי: הכנסייה שראתה בטקס הנישואין מעשה דתי, ולתפיסתה: אין אפשרות לגירושין, כי החיבור האלוהי לא נתון להפרדה אנושית, אין גירושין (עד היום, זו התפיסה הקתולית הטהורה, בגדול). השיטות המשפטיות בעולם המערבי, עד המאה ה-20 היו מבוססות על התפיסות הדתיות הטהורות. עד אז נדרשה אשמה: ללא אשמת אחד הצדדים, אין יכולת לסיים נישואין, **כולל לא רצון משותף של הצדדים.** במהלך המאה ה-20, עלה רעיון הגירושין ללא אשם: משמעותו – כל אימת שצד אחד מבקש לסיים את הקשר, הוא אכן יבוא לסיום ע"י סעד שיפוטי, ומה שמנחה את המע' המשפטית: אוטונומית הפרט : כל איש/ה רשאים לכתוב לעצמם את סיפור חייהם. אותן שיטות מבקשות להבטיח: סעד הגירושין יבטיח את אינטרס הילדים גם כן, והרבה פעמים שאלות אחרות הקיימות בין הזוג (רכוש), יוסיף להתנהל במקביל, וסעד הגירושין יינתן, משמעות: צד אחד קיבל, צד שני לא יכול למנוע.  **בהלכה:** רצון משותף של שני הצדדים לסיים את הקשר, תמיד היווה עילה טובה לגירושין, אולם: כל עוד אין הסכמה של שני הצדדים, אין גירושין. זה מוביל לבעיית הבעיות של העולם היהודי בעניין הגירושין:  **העגונות** (פתח לעיגון שנפתח בגין הדרישה לאותן הסכמה, ובלעדיה אין גט). צד אחד שמעוניין, חייב לגרום לשני להסכים, ותמורת ההסכמה ניתן גם לסחוט ויתורים, לתבוע מחירים גבוהים.

**נשים מצויות בסכנה גדולה יותר:** יש פער בין הכוחות ביחס לגט, והצורך בשליטה עליו: "האישה יצאה לרצונה או לא לרצונה, והאיש אינו מוציא אלא לרצונו". מאין הפער? מדוע הפער נגד הנשים? **מדין תורה עצמו**: נדרש רק רצון האיש, בלעדיו אין גט, ורצון האישה אינו מרכיב הכרחי בגט, ואם לא קיים – לא פוגע בכשרות הגט. אולם, אם רצון האיש פגום/לא קיים, הגט הוא מעושה, והמשמעות היא : האישה אשת איש, ואם נישאת לאחר (כי אולי תיאורטית היה גט, ולכן מעשית יכולה להינשא) וילדיה ממנו: ממזרים (אשת איש: איסור עריות מדיאורייתא). האם איש הנשוי לאישה, יש עליו מגבלה מדאורייתא? **לא**, יכול גם לשאת אישה נוספת (שלמה ואלף נשותיו). **רק מחכמים- ר' גרשום**: התקין תקנה כפולה:

1. אדם לא יכול לשאת אישה נוספת .
2. לא יגרש אותה בניגוד לרצונה.

אולם זה רק מחכמים, לא דין תורה: לא יכולות לגבור על נורמה בסיסית מדאורייתא, ואם הנורמה היא שאדם יכול לשאת נוספת, ועל רצון האישה ניתן להתגבר, **מעשית:** את רצון האישה ניתן לעקוף בקלות, באמצעות עילות גירושין שעובדות טוב יותר נגד נשים מאשר נגד גברים, ו**עוד**: תמיד ניתן במצבים בהם האישה עומדת במריה וסרבנותה, ניתן להתגבר ע"י היתר 100 רבנים. היתר זה נועד בבסיסו לשרת מקרי קיצון: גיוס 100, משלושה מחוזות שונים (כיום עושים דרך הרשת), ושכולם יסכימו שהאיש שאשתו : צמח (לא יכולה לקבל גט) למשל. בישראל, עצם העובדה שעל סרבנות האישה ניתן להתגבר (100), ועל סרבנות האיש לא ניתן – חוסר סימטריה ופערי כוחות רציניים. ועוד: אם יש מצב בו האישה מסרבת, ומשום מה ביד"ר לא משתכנע שניתן לחייבה לקבל גט (כלום בהתנהלותה לא מקים עילה – יקרה בעיקר שאינה יכולה להחזיק את עצמה, עקרת בית אולי, בגיל מבוגר, לא אטרקטיבית לשוק העבודה, חסרת אופק. כל עוד נשואות – יש להן מזונות, ואם תתגרש: אין מזונות). לפי דיני המזונות הנוהגים: כל עוד לא אומצה תפיסת המזונות האזרחיים, אין מזונות אחרי הגט, ואם חלוקת הרכוש לא תדאג לאינטרסים שלה (אולי אין רכוש) לא יהיה לה ממה לחיות.  **מה הבעל יכול לעשות:**  בהיעדר גט, או היתר 100, יכול לחיות עם מישהי , לעשות ילדים – מבחינת המשפט במדינה ההורים ידועים בציבור, אין בעיה עם הילדים – כשרים לכל דבר. לעומתו- האישה אם תלד- יהיו ממזרים. נשים אלו, גם חסרי קשר לדת, ללא מחויבות דתית, בכל זאת האיום של הממזרות על הילדים: קונקרטי (רק על נשים) .

**המצב המשפטי מבחינת יחסי הממון:**  עד לפני 4 שנים , חוק יחסי ממון : הקביעה הנורמטיבית העיקרית שלו: כל עוד הצדדים לא עשו הסכם אחר, כל שווי הרכוש הנצבר במהלך החיים המשותפים, יתחלק שווה בשווה. **מתי?**  במקורו קבע שאיזון המשאבים יתבצע כשהנישואים באים אל סופם: מוות או גירושין. משמע: צד ששולט על הגירושין, שולט על הרכוש, ולרוב זה הגבר: הוא בעל האינטרס למנוע חלוקת רכוש. משמע: חוק אזרחי שבמקום לצמצם פערים, ולתקן עוול העצימו, העצים את כוח הגבר, החזק ממילא. לא רק שאוחז בכוח לשלוט על הגט, אלא אפשרות למנוע חלוקת רכוש. כיום בעולם, הצד הזקוק יותר לרכוש ולכסף: האישה, והיא גם שזקוקה יותר לגט (לטובת החלוקה). 35 שנה ניסו לתקנו, וקואליציית "עיקר" – 30 ארגונים למען עגונות ומסורבות גט, הצליחו באמצעות **בן ששון** , יו"ר ועדת חוקה, להעביר את התיקון לחוק **(לקרוא)**, וניתן כיום לקבל את סעד איזון המשאבים, גם אם לא היה עדיין גט: מגישים תביעה וטוענים. הקשר הגורדי בין השליטה על הגט ואיזון המשאבים, נשבר, ופערי הכוחות מעט צומצמו.

**נתונים:**

* 8000 תיקי גירושין בהסכמה בשנה: הסכם, רצון משותף. מה עומד מאחורי ההסכם? "מו"מ בצילו של המשפט", קרי אם הנורמות המשפטיות הן פערי כוחות כ"כ גדולים, הצד השני חסר כוח מבחינת נורמות אלו – ברור שהסכמים אלו מלכתחילה יוצאים מנק' מוצא של פערי כוח, ותוצאתם זהה: תבטא את פער הכוחות. אמנם, הוא הוא גם פונקציה של רצון: אולי הבעל מאד רוצה להגשים זוגיות חדשה, והיא רוצה להביא ילדים רק בתוך נישואים – הוא הלחוץ, והאישה לא בוער לה כלום? פער הכוחות משתנה. **ועוד:**  יכול לנבוע מאלימות: אם יש אלימות בקשר, ולרוב זה מצד הגבר, ויש מו"מ על פרידה, ברור שהיא רוצה לברוח, קרי בעמדת חולשה משמעותית (**קדרי:** לכן מע' משפט מנסות לקדם בשנים האחרונות הסכמים לגירושין ע"י גישור למשל, וכשיש אינדיקציה לאלימות, אין לקדם את רעיון הגישור , כי לא יתכן גירוש הוגן במצב בו יש אלימות ). מה באמת עומד מאחורי ההסכמים- לא ניתן לדעת, ולא נחקר העניין.
* כ-8000-9000 תביעות גירושין חד צדדיות מוגשות מידיי שנה. נחלק חצי חצי: 45000 בערך ע"י נשים.
* ב-2007: ניתנו בסה"כ 240 החלטות שמחייבות בעלים לתת גט, פחות מ-20 פס"דים כופים לתת גט. **מה עם כל היתר? 90% מהחלטות ביד"ר** (תיק שניתן בו החלטה), במקרים בהם ביד"ר מחליט, הוא מקבל את תביעת הגירושין, אך ההוראה: "על הצדדים להתגרש" – מעשית: לכו למו"מ, תחזרו עם הסכם , קרי שום הוראה פוזיטיבית המאפשרת להטיל סנקציה, וזה לא מאפשר לביד"ר להטיל סנקציה על הסרבן . **10% מההחלטות:** המלצה/חיוב/כפייה לגט. מבחינת ביד"ר, רק ב-10% אלו הוא רשאי להטיל את אחת הסנקציות המופיעות בחוק "הסנקציות" (חוק פסקי דין לגירושין). מבחינת החוק "הסנקציות" (חוק ביד"ר, קיום פסקי דין של גירושין), עולה שניתן להטיל סנקציות גם ב90% האלו, כי אם ניתן פס"ד לגירושין, לא משנה באיזו לשון (עוצמה) ניתן, בכל דרגה ניתן להפעיל את חוק הסנקציות, אולם ביד"ר תופס את החוק אחרת, ורק ב-10% הוא מפעיל (ברמות גבוהות של חומרה), וגם אז- עושים זאת ב-50% מהמקרים. **התוצאה:**  בתביעות גירושין חד צדדיות, 30% מתגרשים תוך חצי שנה, 22% עד שנה, למעלה ב-12.5% : ארבע שנים ויותר, והיתר – יותר.

**פתרונות לסרבנות גט בהינתן אי פעולה מצד ביד"ר:**

1. **מ"בפנים" (שהאישה כבר בתוך קידושין כדמו"י:**  שימוש בכלים הלכתיים, מנגנונים בהם ההלכה מכירה:
   1. **תביעות נזיקין בגין סרבנות גט**.
2. **מ"בחוץ"**: הימנעות מקידושין כדמו"י. לא נכנסים למערכת בכלל, אז איך נחיה בזוגיות בלי קידושין כדמו"י:
   1. **ידועים בציבור**: הבעיה- אין שינוי סטטוס, אין שינוי רישום בת.ז. (נפקות בזכאות משכנתא למשל). אז אם רוצים סטטוס:
   2. **נישואין אזרחיים מחוץ לישראל - מסויג:** עד לפני שנתיים, אם נשים מעוניינות היו בסטטוס נשואה, ומובטחות ומוגנות מפני חשש של עגינות, הדרך היחידה: נישואין אזרחיים בחו"ל. **כיום:** ביד"ר החלו לאמץ גישה הלכתית המביאה לכך שגם קשר נישואין אזרחיים יכול להוביל לעיגון, וגם אם הזוג נשוי ללא כדמו"י, אבל הבעל מסרב לגט, האישה תמצא עצמה מסורבת גט.
3. **קרן "עגונות" :** **בג"צ מרכז צדק לנשים –** 
   1. עניינן של הנשים אשר קצרה ידם של ביד"ר ממציאת פתרון שיתירן מעגינותן". בג"צ אמר: תהיה שקיפות ויהיו כללים ברורים: קרי יש כאן מצב בו אדם, אזרח, מנצל את הכוח העצום שהמדינה נתנה לו (דרך זה שהיא פינתה את הדרך לדין הדתי להכתיב את דיני הגירושין), מנצל לרעה את כוחו מול בת הזוג שלו, והמדינה במקום להתעמת עמו, היא נותנת לו פרס, נכנעת לסחטנות, נותנת לו תמריץ לסחטנות, משתפת פעולה עמו. **מרכז צדק:** חושב שההישג הוא התרת עגונות, ע"י תורם מבחוץ שישלם לסרבנים, לא מבין את התנכלות ביד"ר.

**פתרונות שההלכה נותנת- שלושה מישורים** (פונקציה משולבת של נסיבות המקרה עם האמצעים הננקטים)**:**

1. **הרחבת עילות הכפייה לגט :**  מורדת "מאיס עליי"- הרחבת העילות בהן ניתן לכפות לגט. **איך כופים?**  הרי הבעל חייב לרצות, אחרת הגט מעושה. האם כפייה גט היא תרתי דסתרי, קרי יביא אותנו לגט מעושה? **הרמב"ם:** מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש, ולא רצה, ביה"ד שלח ישראל מכים אותו עד שיגרש... **אין אומרים אנוס אלא על מי שנדחק לעשות דבר שאינו מן התורה, אך מי שאונס עצמו מדעתו הרעה,**  מי שמסרב לגרש, **הוא כן רוצה להיות מישראל, לעשות מצווה וכו', ויצרו הוא שתקפו ושאמר "רוצה אני"- זה בעצם רצונו".** משמע: האני האותנטי כן רוצה, ובאמצעות נקיטת אמצעי הכפייה: מסירים חסמים מאותו "אני" אמיתי של הסרבן.  **מתי זה יתקיים:**  כשיש עילה, כשהדין נותן לכפות.  **אז מתי הדין נותן לכפות לגרש?** עילות בהן ניתן לנקוט אמצעי כפייה או פחותה: לכא**ורה,** העילות מצמצמות. המשנה הכירה בכך שלא תמיד תהיה הסכמה, ויש להכיר בעילות שניתן לנתק גם ללא הסכמה: **מוכה שחין, צרעת, ועוד מומים הגורמים לסירחון, שלא ניתן לחיות עמו.** החכמים הכירו בכך שיש מצבים בהם לא ניתן להיות עם האיש, **הגמרא קפצה עוד צעד:** מצבים בהם הבעל אינו זן ואינו מפרנס, קרי מביא את אשתו לחרפת רעב (עד סכנת נפש), הגמרא אמרה: אם מפני ריח הפה, אז קל וחומר מפני פיקוח נפש. את זה ניתן לתרגם לימינו: **מצבי אלימות.** המשך הליכה בדרך הגמרא: בעל אלים- עילה לכפיית גט (כיום: לא מיושם). ממחיש את האפשרויות הגלומות בגמרא, ואת אי השימוש בהן. **עילה נוספת שהורחבה בגמרא:**  בעל שאינו יכול להביא ילדים, ו**ההנמקה:** האישה זקוקה למישהו שישמש לי משענת בזקנתי, ויביאני לקבורה, ואם לבעל אין יכולת להוליד, זו עילה לכפייה: הרחבה שניתן לומר שאמצעות סברה. **תרגום :** פרשנות מרחיבה, גמישה, הנמקה הגיונית. אילו פוסקי הלכה בימינו היו עושים שימוש בדרכים אלו כפי בגמרא, פסיקות ביד"ר היו משתנות. מי חוסם את זה: **החתם סופר**- רוב הפוסקים הולכים בעקבותיו, והוא אמר: "אם באיזה שהוא מקום, לעילה כלשהיא יש דעת מיעוט אחת שלא מקבלת את האפשרות לחייב/לכפות- ראוי להחמיר, קרי אם יש דעת מיעוט, אין לנקוט בדרך מקילה של הכפייה. בעקבותיו, רוב הפוסקים ורוב דייני ביד"ר נוקטים בגישה שאומרת: היכן שיש מחלוקת, קרי ללא הסכמה מלאה בין הפוסקים (ראשונים ואחרונים) הנסיבות מסוימות, שמקימות עילת חיוב וכפייה, **אפילו דעה אחת אומרת שאין מקום לחייב / לכפות**, אסור לחייב. **פס"ד רודניצקי:**  ביד"ר למעשה לא פסק, עד שבג"צ אמר- אין החלטה אז אני אפסוק. **השאלה:** איך הכרעה שיפוטית לא פוסקת (ביד"ר לא פוסק), והתשובה: קורה כל יום, לא מקבלים החלטות, אלו ה-90% של אי קבלת החלטות, אי עשייה, רפיון דייני ביד"ר. התירוץ הרשמי של הנושא: התפיסה של החתם סופר וממשיכיו: אם יש אפילו פוסק אחד שאמר אסור לכפות / לחייב כאן, ובי"ד יכריח גט, יגרום לדעתו לגט מעושה/חשש לגט מעושה. דייני ביד"ר: טוענים לחשש מגט מעושה. **קדרי:** יתכן שזו הנמקה אותנטית, הנובע מההלכה והאמת ההלכתית. **פלק:**  אלו דיינים יראי הוראה- חוששים מהגט המעושה, תופסים עצמם קטנים מבחינת הסמכות ההלכתית שלהם ביחס לדורות קודמים, משמע: אינם פוסקים, ואם כך – תפנו את המקום למי שאינו ירא הוראה, ומאמין בסמכותו ההלכתית. **מורדת "מאיס עליי"-**  הנסיבות המשמעותיות ביותר שהובילה צהגמרא, ואחרי כן תק' הגאונים: מצב המורדת- משקף את תפיסת הגירושין המודרנית. **מי היא אותה מורדת:** זו שאומרת שאינה רוצה לחיות עמו יותר, למרות שאינו אלים והוא מפרנס והכל- לא רוצה אותו. אולי רוצה מישהו אחר, ובימינו: מורדת. מצב של "תום הנישואין" , משבר בנישואין שלא ניתן לתקנו כי צד אחד לא רוצה יותר, גירושין ללא אשם (לא מאשימה אותו במשהו). **אכן,** חכמים הכירו בכך שבנסיבות מסוימות ובהפעלת מבחנים מסוימים (בין היתר אם מוכנה להפסיד כתובת), יש מקום לכפות את הבעל לתת גט, והתופעה הזו התרחבה בתק' הגאונים, למשל **המהר"ם מרוטנברג**: " בכל אישה שתאמר לבעלה : איני רוצה בך, כופים את הבעל לגרשה, שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה.." קרי, שלא תלך לבתי הדין של הגויים (תופעה שהתפתחה בתק' הגאונים), מתוארת כ"מרד הנשים הגדול" – נשים שביקשו לסיים נישואיהן, ולא הצליחו לעשות כן בבי"דרים , מצאו את דרכן להמיר דתן ולקבל פסק גירושין בערכאות גויים , וחכמים אמרו: אין להשלים עם המצב. מה הנחה אותם? פחד איום, מנישואי התבוללות, איבוד נפשות מעם ישראל. השיקולים הם **פוליטיים לאומיים ממש**: חרדה לשלמות עם ישראל (מדובר על תק' לפני 1000 שנה, ההלכה לובשת פנים אחרות משיקולים פוליטיים) – תוקנה תקנה מרחיקת לכת, עם נימוקים לבר הלכתיים, פוליטיים. **אחרי מאות שנים בא רבינו תם :**  אמר, שיש דעה כזו שניתן לכפות על "מאיס עליי", אך אולי הנימוק שלה הוא שהיא רוצה להיות עם אחר, ואין להסכים לכך.  **ועוד- הרא"ש:** עוד כי בעוונותינו בנות ישראל פרוצות בזמן זה, ויש לחשוש שמא נתנה עיניה באחר, ואם נפעיל דין כפייה במורדת מאיס עליי, נגיע למצב שערכי המשפחה מתו, תתפרק המשפחה אם תאפשרו לנשים לעזוב בגירושין ללא אשמה (וזו המשמעות ב"מורדת"), החשש: גירושין קלים מידיי, וזה רע מבחינת תפיסה דתית. **זו תפיסת ביד"ר כיום:**  חוששים מפירוק קל מידיי של משפחות. ר' תם, והרא"ש שמים סוף לדין גמרא של כפייה בדין מורדת "מאיס עליי". **ר' תם נתן מוצא אחר:**  כפייה "עקיפה" , או כפייה בדרך ברירה" : נכון שלהפעיל את אותם אמצעי כפייה ממש לא נאפשר (מלקות או קנס ממון משמעותי), אותם מותר רק בדין כפייה. מה כן מותר: אמצעי לחץ שלא נחשבים לכפייה, אך בפועל כן תהיה להם אפקטיביות שיגרמו לבעל לגרש.  **מה הם?**  **הרחקות רבינו תם**: זה דומה **לפס"ד כץ וכתב הסירוב**  (לא לשאת ולתת עימו, לא להעלותו לתורה – לנדות ולהחרים). זה עובד טוב בקהילה קטנה ושכולם דתיים, קרי הסנקציות אפקטיביות.  **מה הלבוש המודרני של זה:** חוק "הסנקצי**ות,**  הוא הלבוש המודרני של ר' תם, המנגנון ההילכתי : כפייה בדרך ברירה: נוקטים שורת אמצעים שהלכתית אינם נחשבים לכפייה ממש, שאותה מותר לנקוט רק בעילת כפייה, אלא האמצעים: מחד לא נחשבים כאלו, ומאידך מספיק מתמרצים את הבעל לתת גט: **החל משלילת רישיון נהיגה, רישיון מקצועי (רופא, עו"ד), עיכוב יציאה מהארץ, מאסר.**  המדינה תרגמה מודרנית את ר' תם: שלילת זכויות אזרח של היום כשמדובר בנסיבות בהן יש מקום להפעיל סנקציות. הדרך הזו של כפייה בדרך ברירה, היא לא רק ע"י חוק הסנקציות. יש עוד סוגים:
   1. **חוק הסנקציות כאמור**
   2. **מזונות מדין מעוכבת:** אם יש עילת גירושין, והבעל מסרב, בכך הוא מעכב אותה מלהינשא לאחר, קרי להיות מוזנת מאחר, ולכן גם אם תיאורטית היה פטור ממזונות (מעשי כיעור, זנתה, משתכרת למחייתה), הוא חייב במזונותיה.תיאורטית יכול להיות סכום גבוה כי לא מקזזים את השתכרות האישה (כי מעוכבת מחמתו- זו כפייה בדרך ברירה: לא קנס ממון, לא מאות אלפים שיגרמו גט מעושה, אלא לבחירתו: לשלם או לתת גט).
   3. **הסכם קדם נישואין:** למה כפייה בדרך ברירה: בני הזוג, הבעל מראש נוטל על עצמו התחייבות חוזית, לסכום כספי מסוים (נהוג: חצי משכרו), שיהיה מחויב בו במידה ויעכב/יעגן אותה. מראש נוטל על עצמו התחייבות. זה גם מכניס אותנו למנגנון "כפייה עקיפה/בדרך ברירה" – הברירה: לתת גט או לשאת בסכום המעוגן בהתחייבות מראש, קרי אין בעיה של גט מעושה.

**ש.ב:** ביום א' שיעור משותף: הפרקטיקה של גירושין בישראל (לא למבחן). **ליום ד'- 15.**

**9/5/12**

**העבודה: החומרים הדרושים- פס"דים, בחנים שעסקנו בהם: 3-9 ברשימת קריאה (יש לדון גם על איזה דין חל ואיזו ערכאה תשפוט, כולל הבעייתיות: שלא אמור להיות סמכות לביד"ר, אך בפועל הוא כן).**

**חזרה למצוקת הגירושין:**  כאמור, שוחחנו על הספקטרום שההלכה מאפשרת לפתור במסגרתה את מצוקת העגונות, מסורבות הגט. מהקל אל הכבד: מהפתרונות המסורתיים ועד לפתרונות הרדיקליים, והכל במסגרת הלכתית.

**הרחבת עילות הכפייה: כאמור,**  הרחבת הנסיבות בהן לפי ההלכה ניתן להשתמש באמצעי כפייה: קנס, ממון, מאסר. ההלכה מכירה בקשת מקרים מצומצם, ולאורך הזמן נעשו הרחבות, ובמסגרת שאלת ההרחבה: שוחחנו על מצב "מורדת", אותה אישה שאין לה טענות קונקרטיות של מום/פגם/פסול לגבי הבעל, אין אשם כלפי הבעל, אלא פשוט לא רוצה יותר, ובנסיבות אלו היא מכונה מורדת (לא ניכנס לסוג המורדת), ושוחחנו שכבר מדין הגמרא (תק' הגאונים), הנסיבות של מורדת הוכרו כעילה לכפייה (כולל סיבות פוליטיות- חשש מהתבוללות), ובכללן **הרמב"ם**: נתן את ההצדקה לתקנת הגאונים שאמרה שאישה שבאה ואומרת שהיא מורדת, ניתן לפעות על הבעל לגרשה, הרמב"ם נתן "הצדקה פסיכולוגית" (הלכות אישות): "כופין אותו בשעתו לגרשה, לפי שאינה כשבויה שתיבעל לשנוא לה". **דקרי:** אחת ההמשגות האמפתיים ביותר שניתן למצוא בדברי חכמים למצבן של נשים. **משמעות:** עילת כפייה, אם אומרת שאינה יכולה לחיות עימו, וניתן להפעיל נגדו אמצעי כפייה משמעותיים: כופין אותו לשעתו, יעני מיד. אלו מפוסקי ההלכה שקיבלו את הלכתו, אמורים להחזיק בדעה זו עד היום. מה קרה באשכנז: ר' תם, רא"ש שמו "עצור" להפעלת עילת המורדת כעילה לכפייה גט, ולגבי ימינו: יש שתי דרכים הלכתיות על רקע מסורת אשכנז/ספרד, אז איך נוהגים כיום: בוועדה למינוי דיינים יש מפתח של שליש אשכנזים/ספרדים/ציונות דתית: דגל התורה יפסקו לפי מסורת אשכנז, ש"ס- לפי הרמב"ם, והציונים הדתיים- תלוי. התייחסות לעילה זו ראינו **בפס"ד רפאלי**: בעבר שוחחנו עליו בדעת היחיד של חשין, בשאלת התערבות בג"צ ועד כמה ניתן להיכנס לדן הדתי עצמו (בפועל לא נכנס חשין, אך מנתח ניתוח הלכתי ומדבר על מורדת "מאיס עליי"- מזכיר פסיקה רבנית בו כפו את הבעל לתת גט בנסיבות דומות). **ברפאלי**: פגשנו את קיום העילה והדרך ליישמה (האפשרית). נוכח הפיצול ההלכתי בין מסורת ספרד ואשכנז, הרב הראשי בשנות ה-90 הקים הרכב שאמור היה להיות דיינים שמקבלים על עצמם את הרמב"ם, קרי ניתן לכפות בעילת מורדת, קרי ביד"ר אקטיביסט, שיהיה מוכל לכפות על הבעל בהרבה מקרים, כי הנסיבות התואמות את תפיסת הזוגיות כיום: נסיבות מורדת, קרי בתרגום לשפה חילונית: נסיבות של סוף קשר, גירושין ללא אשם: אין טענות נגד הבעל, אלא פשוט רוצה להיפרד- זה הכי שכיח. אילו אכן היה הרכב המקבל את פסיקת הרמב"ם, הרבה היה משתנה. דיכובסקי אמר: אותו הרכב עגונות מהר התברר שהשם הזה למעשה משקף את העובדה שההרכב מעגן, קרי מקשה, ובפועל השימוש בפרשנות הרמב"ם הפך להליכה בדרך אשכנז (למרות שמינו פוסקים ספרדיים). בפועל: קשה למצוא הרכב דיינים שרק מפאת עילת מורדת, יכפו גט.

**כפייה: עילת מורדת נחסמה (הרחבת העילות), אך נפתח פתח "הרחקות רבינו תם :**

1. **כפייה בדרך ברירה: פס"ד המסביר את הרעיון- פס"ד רוזנצוויג:** הש' זילברג פורס את ההסבר ההלכתי לרציונל כפייה בדרך ברירה: יש אמצעים שמבחינה הלכתית לא ייחשבו לאמצעי כפייה שמותר להפעיל רק בעילת כפייה, אך בפועל: יהיו מספיק יעילים ע"מ לגרום לבעל סרבן לתת גט. האמצעים נחלקים לשלושה:
   1. **חוק הסנקציות :** התרגום המודרני של הסנקציות של הרחקות ר' תם: בעבר, הסנקציות שננקטו היו חברתיות דתיות, והמדינה המודרנית: שוללת קשת שלמה של זכויות אזרח כשהנסיבות מורות לעשות כן. **נחקק 1995**, ובשעתו הביקורת: שימוש זעיר מאד, אם בכלל. בתגובה אמר **הרב בן דהן:** אין בו צורך, כי מרגע החיקוק , ההרתעה עובדת, והחשש מביא לגט. טענת ארגוני נשים: שהבעלים לא נותנים עדיין, וביד"ר לא עושה שימוש בכוח שניתן לו. השאלה: מה בסיס המחלוקת? ביד"ר מכניס לגדר העגונות/מסורבות רק מי שנגד בעלה ניתן פס"ד של חיוב / כפייה. הבעיה: פחות מ-10% ניתנים בחומרה זו, של כפיה וחיוב. 90% מההחלטות הן החלטות שמבחינת ביד"ר לא הופכות את האישה למסורבת (למשל המלצת גט של ביד"ר). המצב: 100,000 נשים לאורך השנים שחלקן גרושות וחלקן לא, וכדי לקבל את הגט נאלצו לשלם, קרי מצב של סחטנות/סרבנות לאורך השנים. ביד"ר: רק נשים שנגד בעליהן ניתן פס"ד מחייב/כופה והבעל סירב, רק הן נכנסות לגדר מסורבות גט. **שימוש בכוח החוק:** אפילו לשיטת ביד"ר , שרק אלו שנפסקו לטובתן חיוב/כפיה וכו', גם אז שיעור הטלת הסנקציות 33%. אם לוקחים את סך כל ההחלטות למן גט על שלל לשונותיהן ובודקים את שיעור מתן הטלת צווי הגבלה: 2% מהמקרים ביד"ר נעזר בסמכותו.
   2. **הסכם קדם נישואין:** ההסכם לכבוד הדדי- ההסכם השכיח יותר "בשוק". אתגר ההסכם: כשר הלכתית + ניתן לאוכפו בביהמ"שפ (אלו היה שיקול מנסחיו: לקחת כוח לביד"ר, ולאפשר שליטה מסוימת לבני הזוג). "הסכם לכבוד הדדי": **דגש הלכתי:**  הדרך- מזונות מוגדלים, או מזונות מדין מעוכבת, קרי בני הזוג נוטלים התחייבות שנכנסת לתוקף מרגע הנישואין, אך מימושה יתקיים בנסיבות מסוימות. ההתחייבות הזו , כותרתה היא **כותרת של מזונות,**  לא סכומים גדולים (ע"מ לא להיכנס לקנס כספי בגבולות הכספיים), אלא כאלו שניתן לעמוד בהם אך כאלו שהבעל יירתע מהם וירצה לגרשה ע"מ להיפטר מהתשלום. הצמדת כותרת: "מזונות מדין מעוכבת" נותן מעין קשר הלכתי. **למשל:** האיש מתחייב מעכשיו, לשלם בתום 180 יום מההודעה, כך וכך.." מתי זה מסתיים: בסיום נישואין או אם האישה מסרבת לסיום הנישואין (מענה למצב בו באישה מסרבת לגט – או אז לא תהנה מהתחייבות הבעל). ההסכם מנוסח לשני הצדדים, קרי מענה גם לבעל המסורב. ההסכם הזה שנוי במחלוקת הלכתית: אמנם קיבל הסכמה של גדולי דור, והיו שותפים לניסוחו רבנים מקובלים מאד מהציונות הדתית, אולם, כמה דיינים של ביד"ר פרסמו מאמרים הלכתיים שבהם הם תוקפים את ההסכם וטוענים שכל גט בהסתמך על הסכם זה יהיה נגוע בחשש לגט מעושה. אפילו ארגון רבני צהר לא הסכים להתייצב מאחורי ההסכם (חלק מרבניו כן), אולם עדיין יש לו חשיבות:
      1. **גישה הלכתית יכולה להשתנות**
      2. **לא מעט מאמינים כי שינויים הלכתיים יכולות להתרחש מלמטה, באמצעות מהלכים שהשטח מניע ודורש מענה.** הצפייה: ככל שירבה השימוש בכלי הזה, הממסד הרבני ימצא את עצמו נאלץ לתת מענה , ואולי יהיה במצב שבו האפשרות לפסילה קטגורית כל כל הנישואין המתבססים על הסכם כזה, כבר לא יהיה על הפרק.
      3. **היבט חינוכי:** משמעות קשר בין בני זוג ,שלמעשה מביא בחשבון את כל המשמעויות וההשלכות של הסטטוס של נישואין כדמו"י בישראל, קרי ער ומודע למכלול המורכבות והקשיים הללו, באשר ליחסים המגדריים והבדלי המעמדות. כאשר זוג מסכים, ואומר שאינו רוצה לבסס קשר על מסגרת כ"כ מעוותת, ולכן משתית את המערכת הזוגית על משהו שונה, קרי שברמה המשפטית מעשית נבסס מערכת הדדית, מכבדת ושוויונית, ולכן חותמים על ההסכם. (בארה"ב: מעט זוגות שחתמו על הסכמים כאלו הגיעו למצבי צורך לאוכפו, קרי אינטואיטיבית יש להניח שתופעת הסרבנות גט לא תעלה, כי החליטו על עקרון אחר).
   3. **מזונות מדין מעוכבת** : תיאורטית אם מפעילים אותם, המזונות יכולים להגיע לסכום גבוה, וגם הם סוג של הפעלת המצאי לחץ על הבעל, ע"מ שיתרצה ויתן גט וייפטר מהמזונות (המזונות הללו לא מקוזזות- שכר העבודה של האישה לא מקוזז ממזונות אלו ולכן הפוטנציאל להגיע לסכומים גבוהים).
2. **אמצעים שאינם בקונצנזוס האורתודוכסי אולם חלק מהלכה :**  מה גורם את הבעייתיות של הגירושין הקשים בהלכה? במה האקט בהלכה העברית שונה מאקט גירושין בכל שיטת משפט אחרת? **במי ההליך לא תלוי: בביד"ר.** בכל שיטת משפט אחרת, הנישואין מסתיימים ע"י מעשה שיפוטי, פסיקה של ערכאה בת סמכות, קרי חיצוני לבני הזוג: פס"ד קונסטיטוטיבי- יוצר עובדה שכעת גרושים. ביהדות לא כך: כמו שהכניסה עצמה לא נוצרת ע"י הכרזה חיצונית של הכרזה שיפוטית, אלא ע"י מעשה הקניין, שהבעל רונה באמצעותו את האישה, מלווה באמירת המקודשת, עם שני עדי קיום, ונוכחות הרב לא הכרחית. קרי : מעשה בני הזוג עצמם, וליתר דיוק: מעשה האיש, אקט פנימי של הזוג. אותו דבר לגבי הגירושין והיציאה מהקשר: אקט פנימי של בני הזוג ולא הכרזה חיצונית באמצעותה מסתיים הקשר. היכן ראינו דרך כזו של סיום קשר נישואין בצורה כזו: **בג"צ נישואי קפריסין-** שם ראינו שכשמדובר בנישואין אזרחיים, ניתן לסיים את הקשר באמצעות פס"ד, ע"ב הכרה בעילת "תום הנישואין", וזה יישום של תפיסת גירושים המקובלת בכל שיטת משפט בעולם. אם יכולנו להביא לכך שהדרך הזו של סיום קשר הנישואין באמצעות הכרזה שיפוטית (פס"ד) תהא תקפה גם לנישואין כדמו"י, הבעיה נפתרה, אולם זה לא אופציה, ההלכה לא מכירה בכך. הלכתית: נישואין כדמו"י באים לסיומם עם מתן הגט ולא באמצעו הכרזה שיפוטית. האם בכל זאת אפשר גם בתפיסה ההלכתית לגרום לכך שהצורך במתן הגט יתייתר? אם נאמר שלמעשה לא היו נישואין לעולם, אולי נצליח: שלוש דרכים בהלכה מאפשרות זאת:
   1. **הפקעה:** הדרך המסורתית ביותר הנסמכת על הנאמר בגמרא: כל המקדש על דעת רבנן מקדש,- קרי כל מי שמקדש למעשה מקדש על דעת חכמים ויש להם הכוח להפקיע ממנו קידושין. בגמרא יש נסיבות מצומצמות להפעלת כוח זה: למשל שבעל נתן גט ונתן בידי שליח, ואז ביטל את השליחות, ולכן אמרו: עשה שימוש בכוחו שלא כהוגן ולכן נפקיע את הקידושין. **חשוב:** לאורך כל הדורות, גם אחרי חתימת התלמוד, עשו שימוש בהפקעת קידושין, קרי במכשיר זה, מתוך מצוקות שונות. ולכן התפיסה שמאס חכמים אחרי חתימת התלמוד איבדו את הכוח, מחקרים הראו שזה שגוי. במאה הקודמת, אחד מאנשי ההלכה המובהקים (הרב אנקין) נחשב בזמנו לגדול הדור בארה"ב, קרא קריאה לכנס כינוס רבנים כלל עולמי ע"מ לגבש עמדה משותפת, שתיתן לגיטימציה להתקנת תקנה שתאפשר לממש את כוח ההפקעה. מה סיכל? באותה תק' התנועה הקונסרבטיבית הלכה בכיוון ההפקעה, מה שמבחינה פוליטית חוסם את האורתודוכסים אוטומטית. כיום, ניסו להחיות את הנושא בערכאות, ע"י הצעת חוק שהועלתה ע"י אורית נוקד, **אולם לא עברה מעולם קריאה טרומית** ונחשבת לחסרת סיכוי בפוליטיקה.
   2. **ביטול קידושין:** דרך בה נקט בשעתו הרב פרופ' רקמן (ז"ל), שהיה מנהיג של האורתודוכסיה המודרנית בארה"ב, כל הקריירה הרבנית שלו הייתה שם. חלק ניכר מעשייתו הרבנית הוקדש לקידום מעמד האישה בהלכה ונסיונות לפתור את בעיות העגינות. סמוך לגיל 80, הוא הגיע למסקנה שלא מקבלים את עמדותיו, ולכן הקים ביד"ר לעצמו בארה"ב. הגישה: הקידושין הם למעשה עסקה. כשהולכים למקורות הגמרא, לסוגיות בהן הגמרא מדברת על השווי (מינימום) של ערך העסקה, וגמירות הדעת, רואים שהגמרא נעה מקניין אישה, שדה , פרה- קרי הרעיון הוא שמדובר בקונסטרוקציה חוזית, בעסקה לכל דבר, ולפי דיני חוזים, יש גם פגמים בכריתת החוזה, וכשמדובר במום חמור, פגם חמור שיכול לגרום לכך שיש כאן טעות היורדת לשורש הענייןף אז בעצם בחוזה **בטל**. הגמרא מעלה את האפשרות הזו במס' מקומות, ואומרת: לפי דיני החוזים הרגילים, וכמו בקניין שדה ופרה: יכלה האישה לומר מקח טעות והקידושין בטלים, אך לא: עדיף לאישה להיות בזוג מאשר להיות בודדה, קרי חזקה מבחינת הגמרא שגם לו יכלה לומר שהבעל כזה וכזה ולכן לא הייתה מתחתנת עימו – לא תופס, כי חזקה עליה שהיא שמחה שהיא נשואה, ולא רווקה. **הרב סלובייצ'יק:** כתגובה לדברי רקמן, נתן דרשה שהחזקה הזו היא קיומית ויורדת לנפש האישה, קרי בלתי ניתנת לסתירה. רקמן כמובן סבר אחרת ואמר: יתכן ובימי הגמרא החזקה שיקפה מציאות חיים סוציולוגית נכונה לשעתה, כיום- נשים לא שותפות לתפיסה זו של נישואין בכל מחיר, ויש כאלו שחיות לבד, ולא ניתן לומר שבכל נסיבה, כולל אלימות, התעללות וכו', האישה מעדיפה עדיין להיות עימו מאשר לבד. בגמרא החזקה שימשה כדי לחסום קונסטרוקציה של ביטול קידושין, אז ניתן כיום כי לא מקבלים את החזקה: וניתן לערער עליה. המקרה הרווח ביותר של אשם בנישואין: אלימות, כלפי האישה או התעללות בילדים . יודעים כיום מספיק שהאלימות היא קו אופי שטבוע באדם בבסיסו, וע"ב התשתית ההלכתית של קונסט' מקח טעות, גיבש הרב רקמן את התיזה שלו שניתן לבטל קידושין. כשהחל להפעיל את ביד"ר שלו, הוא הפך להיות מנודה, מוחרם של הקהילה האורתודוכסית. גישתו לא התקבלה בביד"ר בישראל.
   3. **קידושין על תנאי:** דרך זו דורשת הכנסה של חוזה למעשה, עוד חוזה קדם נישואין- חוזה אחר: הסכמי קדם נישואין הכוללים מנגנון של קידושין על תנאי. בגדול: הרעיון שכחלק מהתפיסה החוזית של אקט הקידושין ההלכתי, מכניסים לכתובה/הסכם נוסף, תנאי למשל שאם הזוג יחיו בנפרד במשך 180 יום, ולא יתקיים שום קשר/מגע ביננו, והאישה מבקשה להיפרד והבעל מסרב, אז הקידושין כאילו לא היו מעולם. **השאלה:** אז מה עם כל מה שהיה עד כה? בעילות זנות וכו'. יש פתרון במסגרת ניסוח ההסכם (יידון בהמשך).

**תנאי בגט וביטול גט:**

מאמצע שנות ה-90, באזור מתן פס"ד **בבלי**, החל רנסנס של דעה לא מוכרת מהפסיקה ההלכתית, המרשד"ם, שבעצמו כתב שלא מצא תימוכין לדעתו שלו: מה אמר- כאשר בעל מוכן לתת את הגט, אך דורש מהאישה תנאים שהיא יכולה לקיים, אז אסור לחייבו המתן גט, כי זה יהיה מעושה. **קדרי:** מדובר בדעה חסרת תוקף. בראשית שנות ה-90 מגלים דיינים מביד"ר את הגישה הזו, ולאט לאט מאמצים אותה, מתחילה מגמה שבא בעל לביה"ד ואומר: מוכן לגט אבל בתנאי.. והתנאים נעים מתשלום כסף, וכלה בוויתור רכושי, סגירת חובות ביטוח לאומי. למי ביד"ר נותן גושפנקא: **בג"צ אברהם-**  התנאים שמדברים על כך שהאישה תעביר את כל התיקים שעליהם הייתה סמכות למע' האזרחית, לביד"ר. מה זה משרת מבחינת ביד"ר: המאבק על הסמכויות. זו דרך טובה, "מכת נגד" להשיב את הסמכויות שנלקחו ממנו במסגרת מאבק הסמכויות. כאשר ביד"ר אומר שהבעל צודק בתנאיו, והאישה יכולה לעמוד בהם, מגיע מצב בו ביה"ד יימנע מלדון בשאלת חיוב/כפיה לגט, כי אין לדון בכך, הוא הרי מסכים לתת, בתנאי שכך וכך, ואז מסתמכים על דעת המרשד"ם. ועוד: בהמשך, אם ביה"ד מסכים עם רציונל התנאים לגט, והתנאי יוםר בהמשך: יהיה ביטול רטר' של הגט. **צדדי הדט על התנאי:**

* **פס"ד בן שאול:**  18 שנים בנפרד, והבעל חויב בגט בשל שורת עילות. האישה ביקשה להפעיל את חוק הסנקציות. הבעל ענה: מוכן לגט בתנאי שכל הנושאים שנדונו בביהמ"שפ יעברו לסמכות ביד"ר, והדיין ביטל את החיוב (קרי הבעל אינו סרבן יותר): " האישה מעגנת את עצמה בסרבה לדון עפ"י דין תורה". **מבחינת ביד"ר:**  הוא הערכאה הנכונה לדון בכך, וזו דרך להשיב אליו את הסמכות. אם האישה נכנעה והסכימה להעביר את התיקים, כפי שעשתה גב' **אברהם**, שאמרה שזו הדרך היחידה לקבל גט ולא באמת היא מוכנה לפתוח מחדש, ואז בא הבעל לביד"ר ואמור: הולכתי שולל, בעצם הטעו אותי, והגט שנתתי הוא גט מוטעה: האמנתי שנדון מחדש בכל השאלות (אברה- סכסוך רכושי, מקרים אחרים- מזונות ילדים והעלאות סכומים). ביד"ר עונה: הגט אכן מוטעה, והאישה עדיין אשת איש: או שמגדיר אותה מעוכבת חיתון (ונדרשת שוב לגט), או שפשוט נשואה.
* **פס"ד אברהם:** הגב' מצאה עצמה נשואה מחדש לאיש ממנו התגרשה. יש עוד כאלו, שבינתיים התחתנו וילדו, קרי משמעות הפסיקה: ילדים ממזרים (ביד"ר גדול התעשת, ואמר שאולי הגט מוטעה, אך מעורבים ילדים ולכן לא יועל גט מוטעה, וביטל את ביטול הגט של האזורי). **חזרה לאברהם: האישה באברהם הוכנסה למעוכבי חיתון ופונה לבג"צ:** אולם בג"צ לא מתערב כי זה לב דיני הגירושין, דין מהותי, כשרות הגט (מעושה, כשר) ובזה לא יתערב בג"צ, יש למעשה חסינות מפני התערבות המע' האזרחית, **וכך הצליחו ביד"ר:** בצורה גאונית לנכס לעצמם מחדש את מכלול הנושאים הנ"ל, באמצעות ניכוס השאלות הללו לשאלות גירושין כי נכנסו תחת כותרת תנאי לגט- מכת נגד חריפה מצד ביד"ר (קדרי: נשק יום הדין, כי אחריו לא מפעילים כלום יותר, העסק הוכרע – בג"צ לא מתערב, כמו באברהם). הפוטנציאל: סיכול כל הישגי המע' האזרחית במאבק הסמכויות.

**13/5/12**

**המשך ההיבט ההלכתי** : ההתפתחות האחרונה של המע' האזרחית/דתית: מחד ביד"ר עם "נשק יום הדין " (תנאים לגט, ביטול רטרו') והאזרחי: נגשת נזיקיות בגין סרבנות. אלו ההתפתחויות האחרונות המלוות את הזירה בשנים האחרונות. **הרב איזירר:** מצא לנכון לפרוס יריעה רחבה בנושא התנאים שהבעל יכול להתנות למתן הגט, וגם אם מדובר בנושאים שהאישה לא חייבת עפ"י דין תורה, הוא רשאי: ממון והתנהגות כאחד, ובלבד שהאישה יכולה לעמוד בתנאים הללו. והמחלוקת: במה האישה יכולה לעמוד. **דוג':** הרב שרמן בת"א, אמר שלהחזיר סכומים של מאות אלפי ש"ח שהבעל חויב בהם, אלו הם תנאים שאינה יכולה לעמוד בהם, ואחרים חשבו שכן יכולה. **איזירר:** מרחיב הרבה מעבר, וכל מה שקשור להתנהגות אישה, בפנים (עמו הימנעות ממאכלים מסוימים, לבוש לא צנוע וכו'). **חשוב:** עמדת הרב דיכובסקי בנושא- לא כל מה שהבעל רוצה להעלות כתנאי, הוא יכול להצמיד. מדובר בדעת מיעוט, שאינה מאפיינת. כאמור, יש מלחמה בין דיכובסקי ואיזירר. **עיקר איזירר:**

* **בכל תביעת גירושין ביד"ר יכול לפתוח מחדש את הנושאים אפילו שהוכרעו במשפחה, ולבדוק אם האישה יכולה לעמוד בתנאים.**
* **הלכת גיטין:** רק ביד"ר יכול **לדון בכך, קרי להכריע אם התנאי הוא בר קיום.**
* **נשק יום הדין:** ביד"ר יכול לקחת כל דבר ולהפכו לעניין גירושין ע"י קביעה: זה נכנס למה שהבעל יכול להתנות עליו, קרי קשור לגירושין, קרי סמכות ייחודית, קרי סיכול הישגי המע' האזרחית,  **זה פוטנציאל נשק יום הדין. קדרי:** זו הסיבה שלכאורה, זו המצאה גאונית של ביד"ר, העלאת המהרשד"ם, כיוון שהם מסיימים כל עימות, מכריעים לטובת סמכות ביד"ר בכל עימות.

**התשובה האזרחית:**  פיתחו עילת תביעה חדשה תחת דיני הרשלנות – **פיצוי בגין סרבנות גט**. מי שהיה הראשון להכיר:

* הש' גרינברגר שלא דחה על הסף.
* הש' מנחם הכהן נתן סכום משמעותי של פיצויים בגין עגינות. ואף את הפס"ד האחרון, שהרחיב את קשת הנתבעים והטיל פיצויים לא רק על הבעל המעגן, אלא גם על אחיו(תמ"ש 22158-97), כי השליטה והדומיננטיות של האח הייתה מאסיבית, קרי הוא כתובת לפיצוי האישה.

**לכאורה:** תשובה יעילה מצד המע' האזרחית, כי ההנחה: העל מעגן שיודע שבמע' הרבנית הוא יכול למשוך את ההליך על בלי די (נוכחנו לגבי שיעור האחוזים הנמוך של השימוש לחוק הסנקציות, ובנוסף רשויות הקצה לא ממש מיישמות את הצווים: הבנקים, משרד הרישוי וכו'), אבל אם נופלת עליו תביעה נזיקית? **קדרי:**  הרושם הוא שהתביעות הללו מתנהלות יחסית מהר, ונוחתים על הבעל פיצויים במאות אלפי ₪, והם מיד עוברים להוצל"פ, ואינו יכול לשטות במע' הזו. לכן ההנחה: יתן את הגט תמורת משיכת התביעה של האישה (הנזיקית).

**התשובה / תגובה של ביד"ר:**

* **פס"ד הדין והדיין 19 (6) :**מדובר בגט מעושה, ועו"ד יהיו חשופים לתביעת נזיקין על רשלנות מקצועית, כי אם תוגש תביעה בנזיקין, ביד"ר בחיים לא ייתן גט, כי יחשוש מגט מעושה: שהבעל נותן גט רק כי חושש מתשלום פיצויים. **בפסקה האחרונה משהו אחר מופיע:** אחרי כל אלו, נודע לנו מביד"ר האזורי שסודר הגט, ולכן מסיימים את הפס"ד (סוף הדיון). מסקנה: למרות הצהרות (איומים) ביד"ר, הותירו את הפס"ד על כנו, ורק להזהיר שבעתיד לא יתנו גט (אך אז זה לא מבטלים), יעני: תביעת הנזיקין הועילה.
* **כיום:** המציאות מראה שעצם ההגשה הנזיקית ותחילת הדיון, עובדת. בכל זאת:
* **איזורי נתניה:** פס"ד ארוך , של דיינים המתמצאים בדין, **ומזהירים**  את המע' האזרחית: מדובר במאבק , מלחמת עולם של ממש, כי מבחינה הלכתית אלו הנושאים המהותיים בדין האישי, קרי – תחדלו מדיון נזיקי בנושא, כי זה לרעת האישה. **קדרי:** כיום הנושא מצוי על "קו תפר" במערכה, תנאי בגט/ביטול גט הם נשק יום הדין, שמכריעה את המערכה, זה הפוטנציאל של סיכול כל הישגי המערכת האזרחית.

**ידועים בציבור:**

למה התופעה בישראל נרחבת? בעולם, אם בודקים מה מידת ההכרה שהמשפט מכיר בהתקשרויות "דה פקטו", קרי ללא עיגון פורמלי במרשם כלשהוא. אין הכוונה לשיטות משפטיות שבצד הניושואין הפורמליים מכירות גם בשותפות/זוגיות רשומה וכו' (אירופה, סקנדינביה- קיים, מין התקשרות אך לא של ישואין פורמליים, **אך עם רישום, הכרה פורמלית, לא נוצר מעצמו)**, לענייננו: אורח חיים של חיי זוגיות, אולי גם משפחה **ללא שום היבט פורמלי של רישום או הסדרה אדמניסטרטיבית**. בהשוואה לעולם: בישראל ההכרה היא **הנרחבת ביותר באופן בולט**, אל מול העולם. במידת מה זה פרדוקס, כי שוחחנו לעיל על ההסדרים הקשים, כובלים ומגבילים שקיימים בדיני המשפחה, והנה כאן: משהו נאור כ"כ. **התשובה:** דווקא בשל המגבלות הקשות, ההסדרים הכ"כ מגבילים את הזכות לנישואין בישראל, נוצרה המערכת הזו ש"עוקפת" את הדין הקשה והכובל. זה נוצתר מקבוצות מצוקה, מניעים אידיאולוגיים.

**שלוש קבוצות מצוקה, מכוח מגבלות הדין הדתי:**

1. **מנועי/פסולי חיתון**, כולל זוגות מעורבים- הכהן והגרושה למשל. כיום הפתרון: ידועים או נישואין אזרחיים.
2. **עגינות**: לא יכולים להשתחרר ממע' ראשונה בשל סרבנות הגט.
3. **בני אותו מין**

**מניעים אידיאולוגיים: הפס"ד** שפורט את המניעים להתקשרות: **פס"ד מחיפה- "ס"ג- שותפות זוגית)** ה' וילנר יעל. התבטאויות חשובות מפיה: סקירה רחבה של המניעים השונים לכניסת בני זוג לחיים משותפים ללא נישואין.

**זה הרקע למוסד הידועים בציבור – השאלה:** האם נכון לתאר את המוסד הזה, וההכרה הנרחבת בו, כמהלך ליברלי ונאור או שמא ההיפך: אנטי ליברלי – מצבים בהם בעצם נכפית מע' /שלמה של התקשרויות וחובות שבני הזוג ביקשו להימנע מהן (!), וההכרה בידועים מחילה עליהם את מה שביקשו לחמוק ממנו:  **בר נהור-** זה ממחיש, בצורה הכי ברורה, ע"י הסכם: "אנו לא ידועים, וגם אם מישהו ימות, זה לא קשור", **וביהמ"ש:**  למרות מה שסיכמתם, בעיננו לא. **קדרי:** יתכן שמדובר רק בענייני המזונות מהעיזבון (שם הצדדים ליריבות: האישה והילדים של הנפטר, עם פערים כלכליים לרעת האישה לרוב, קרי האישה יותר נואשת, וזה למה רוב התובעות הם נשים שרוצות הכרה בידועים: כמו בפס"ד **דירות נפרדות,** שם המתח בין הילדים והבת זוג ניכר) , אך יתכן גם **שלא ניתן להתנות על זה בכלל**.

**חזרה לפס"ד וילנר:** התייחסות לשאלה של הצורך להיות ערים לכך שלעיתים ההכרה בידועים לא תהא נכונה, ואנטי ליברלית, כפייתית על בני הזוג.

**פס"ד נוסף,**  המראה התייחסות דיפרנציאלית: **סאלם נ' כרמי:** מתוארת מע' יחסים של מגורים יחד לסירוגין, קשרים לא מונוגמיים, כוונה להתחתן לצד תק' ללא כוונה כזו וכו'. מבחינה נורמטיבית יש אמירות חשובות בפס"ד: ההכרה במידה שונה של הוכחה בהתאם לקטגוריות השונות- אם מדובר בזוג שנמנים על קבוצת מנועי החיתון, אז מה מידת ההוכחה שנדרוש להוכחת ידועים ? **נדרוש מידה פחותה של הוכחה**, ואם מדובר בזוג שלא הייתה להם בעיה להינשא, כולל אידיאולוגיות: **נדרוש מדת הוכחה גדולה יותר.**

**שאלת הביגמיה המהותית:**  אדם נשוי המנהל במקביל מע' יחסים עם אישה אחרת, ותיאורטית יתכן שהמע' המקבילה מקימה עילה לתביעות מכוחה, ויתכן שיוצרת מע' של ידועים. **פס"ד 11 שנה:** קדרי: בשיטות משפט אחרות, קשה לראות איך ניתן היה להגיש תביעה כזו מטעם האישה (לא קשור לילדה: היא ומזונותיה מובטחים), אולי דווקא פיצויים בגין הפרת הבטחה ניתן היה לתבוע. בארץ- עילה מורכבת, פותחת פתח לדיונים ערכיים שונים (ביקורת פמיניסטית- הנשים תלויות?). **תביעה לשיתוף רכושי**: לא תעלה על הדעת בנסיבות **פס"ד 11 שנה**, בשום שיטת משפט לבד מישראל.  **למה כן בישראל?** כיוון שבישראל קשה להתגרש, ועקרונית יכולה להיות הכרה בידועים בציבור בסיטואציה הבאה: מר אלפא וגב' ביתא (כל אחד נשוי, לגב' אלפא ומר ביתא בהתאמה): ידועים שכל אחד מהם נשוי- **האם בכל מצב כזה נכיר בהם כידועים?** אם מר ביתא מעגן את גב' ביצא ולכן יוצרת קשר ידועים עם מר אלפא? אם שניהם מסורבי גט, נרצה לתת את כל ההכרה האפשרית. **יתכנו מצבי ביניים:** למשל סיפור ה-11 שנה, קשה לסיווג, כי האיש היה מאד אמביוולנטי, ניהל מע' יחסים ארוכה וסודית עם אישה שהפכה לאם ביתו הנוספת ("אהבה אסורה") , קרי התנהגות מוסרית פגומה, **ביגמיה מהותית,** כי שתי מע' מתקיימות במקביל. **פס"ד ניזרי:** האם הייתה ביגמיה מהותית? לא- כי מע' יחסים קודמת היא כבר פאסה, אז למה האישה ה"נשואה" רצתה למנוע מהידועה לשנות את שם המשפחה? רצתה לעשות דווקא, לנקום, כי במקרה זה הגבר הוא מסורב. **איזו סיטואציה מהנ"ל מצדיקה הגנה?**  לא ברור, כי המורכבות מחד גדולה, וההכרה בכך שלא תהיה תשובת בי"ס אחידה מאידך, וכל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו, אחרי שיבינו: למה הוא/היא עדיין נשואה, מי זקוק להגנה, על מי לא ראוי שנגן, וכמו **בפס"ד 11 שנים**: לא ברור אם התוצאה נכונה, כי **קדרי-** יתכן ומה שהיה זה ניצול האישה לרעה, ע"י האיש שבחר להישאר נשוי לבסוף, וביהמ"ש מאפשר לו לצאת תוך התנערות מהאישה, ומחובות כלפיה (מוסרית ואולי גם משפטית). ועוד על ביגמיה מהותית: **איזו מן הזכויות שקיימות במע' זוגית ומוכרות במע' של ידועים ,לא קיימת כאשר אחד נשוי: ירושה – 55 לחוק**- ההגדרה של ידועים: "מעין צוואה" – איש ואישה החיים חיי משפחה במשק בית משותף, ואינם נשואים, ובשעת המוות איש לא היה נשוי לאחר- הנשאר בחיים ייתפס כאילו המוריש ציווה לו עפ"י דין כאילו היו נשואים"- **למה סעיף זה מנוסח כך? למה יש מגבלת נשואים לאחר בשעת המוות?** זה היה הסעיף השנוי במחלוקת ביותר בחוק הירושה, **כי הדתיים התנגדו**: פיתוח מע' יחסים על אשת איש, העבירה הכי חמורה מדאורייתא, והמשפט הישראלי לא רק לא אוסר, אלא **אף מתגמל**. לכן, כרצו לחוקק, אמרו "עד כאן"- אמנם בלענו את "ידועים" בסדרה של החלטות, אך כשבאים להסדיר את אחת הזכויות המשמעותיות בהתנהלות הרכושית של האדם (ירושה) כאן שמים גבול: אם רוצים שנכיר בידועים גם לצורך ירושה, אז יש לכלול "לא נשוי לאחר". עצם ההכרה בידועים (גם פנויים), בעייתי מבחינה דתית (זה כמו בעילות זנות – קרי בעיה דתית מדרבנן, לא רק מוסרית), היא "בסדר" כי זה קורה, אך שמדובר בנשואם – אין מצב, ולכן נוספה הגבלה של "אי נשואים לאחר" של הנותר בחיים והמנוח.

**הסטוריה – איך הכל התחיל ?** בראשית ימי המדינה, מבחינה חברתית מדובר על אוכלוסיית מאות אלפים בודדים המוצאת עצמה במלחמות מחד, וקולטת לתוכה סדר גודל של פי 3 "שארית הפליטה" . מבחינת הסדר המעמד האישי, של רבים ורבות מאוכלוסיית הארץ, מה ניתן לומר עליהם: **לא יודעים מה עם הבעל, אישה , בחיים?**  נוצרות מע' יחסים שלא ניתן להסדירם בגלל שלא יודעים אם הבן זוג הקודם חי, זה אלמן? נשוי? במקביל – מלחמות קיום וכל הבאסה הזו, מלא הרוגים ומתעורר צורך: לתת הגנה סוציאלית לבני זוג של הלוחמים ההרוגים , וכך זה קרה כרונולוגיות – חוקים שהכירו בזוגיות ללא נישואין: **התפתחות חקיקתית**

1. **חקיקה סוציאלית:** חוק משפחות חיילים שנספו במערכה, חוק הפיצויים לנפגעי הנאציים. התייחסות לחסרי המעמד האישי, אל מול הצורך ההכרחי לפרוס עליהם את מטריית ההגנה הסוציאלית. **בהדרגה הצטרפו עוד חוקים שהמשותף להם – חוקים סוציאליים שמבחינת מע' הבטחון הסוציאלי**  (ביטוח לאומי) שהמדינה מבקשת להעניק לתושביה, החוקים הללו מכירים במע' יחסים בלתי מוסדרות ככאלה שמעניקות הטבות סוציאליות. ניתן להתייחס אליהם כחוקים המתייחסים למע' החיצונית לבני הזוג- המע' יחסים בין בנה"ז והמדינה/רשויות, ולא הפנימית, בינם ובין עצמם. מה החוקים שדנים במע' פנימית?
2. **חוקי מעמד אישי לגבי המע' הפנימית של בנה"ז**: **חוק הירושה-**  שאלת מע' פנימית בין בני הזוג. **חוק יחסי ממון**- האם הוא כולל גם "ידועים" ? **לא-** כי כותרת הסעיף" הזכות לאיזון **בפקיעת הנישואין** (סעיף 5), ועוד: סעיף 2- אישור ואימות הסכם **טרם/בשעת הנישואין**, וסעיף 3:**רושם הנישואין** וסעיף 4: **היעדר תוצאות במשך הנישואים**, קרי – סדרת סעיפים שכולם מתייחסים למצב של נישואין ולא של חיים משותפים ללא נישואין. **במקביל:** חוץ מחוק יחסי ממון, קיים משטר רכושי מכוח **חזקת השיתוף**, ויודעים שחזקה זו , ההצדקה היא נשענת על הקשר החוזי ביניהם ועל ייחוס הסכמה מכללא המתקיימת מכוח חיים משותפים, **עם או בלי** נישואין- קרי חזקת השיתוף נותנת מענה של הסדר הזכויות הרכושיות במהלך חיים משותפים ומכוחם (בתומם) ללא צורך להסתמך על חוק יחסי ממון. **עוד היבטי המע' הפנימית של בנה"ז:** מזונות למשל – אמנם הדין האישי, אך קודם לכן:
3. **חוקים המטילים עלויות :** – חוק תיקון דיני המשפחה (מזונות), **פס"ד סולומון מנתח אותו:** "אדם חייב במזונות **בן זוגו**" והשאלה: מה זה בן זוג? זו שאלת הפסיקה לאורך כל הדרך – האם כולל ידועים או דווקא להיפך: לא כולל ידועים אלא אם החוק קובע במפורש? **פס"ד לינדורן (חשוב)-**  שינה את הכלל הפרשני שהיה קיים עד כה, שאמר: אם כתוב בחוק **בן זוג,** ואין סעיף בחוק עצמו, שקובע "לרבות ידועים בציבור", או "בן זוג כהגדרתו בחוק חיילים שנספו במערכה" . עד **לינדורן אם כן,** ההלכה: הכלל הפרשני, הוא שכאשר החוק לא אומר במפורש, שבן זוג זה גם ידועים אז זה רק נשוי. **בפס"ד:** פרשנות פקנ"ז בהקשר נפגעי פלת"ד (**לקרוא רציו)**, ושונתה ההלכה: התכלית החקיקתית, ההגנות הסוציאליות – **בן זוג זה גם ידועים לכל דבר, אלא אם ההקשר החקיקתי מלמד אחרת,**  כמו בחוק יחסי ממון שמנסח רק נשואים (ויש מענה: חזקת השיתוף).
4. **חוקים המטילים חובות ואחריות:**

ש.ב: נשואים פס"דים בנישואים אזרחיים למעט שלוש הראשונים.

**16/5/12**

**המשך ידועים בציבור:**

בשיעור הקודם עשינו סקירה בהכרה של שיטת המשפט בישראל בידועים בציבור: הכרה במישור החקיקתי והרכה במערכת הפסיקה. חשוב להיות ערים לכך, שהתחלת המהלך של ידועים בציבור היא התחלה חקיקתית, התחלה באמצעות כמה וכמה חוקים שהכניסו את הידועים בציבור לזירת המשפט בישראל, הרקע הוא רקע סוציאלי, אנושי וקשה: מדברים על ימים של אנדרלמוסיה, הקמת המדינה מצד אחד וקליטת שארית הפליטה מהצד האחר. אין אפשרות לדעת מה מעמדם האישי של העולים, האם בני הזוג עודם בחיים. זוגות קושרים קשרים באופן לא פורמאלי בין אם בגלל שמעמדם האישי לא ידוע, ובין אם לא רוצים להתעסק בעניינים פורמאלים כמו נישואים מפאת זמן. בד בבד מתרחשת מלחמה קיומית עם אלפי הרוגים, המותירים אחריהם בנות זוג שהקשר בינהם לא היה מוסדר, אך בנות הזוג זקוקות להגנה של המדינה, זכאיות לפריסתה של מערכת הרווחה של המדינה גם אם הן לא היו נשואות כדין. זו למעשה התחלה הצורך בהכרה במוסד הידועים בציבור.

היום כאשר מדברים על המוסד ועל ההכרה רחבת ההיקף, כדרך "עוקפת". דרך שעוקפת את הנישואין כדמו"י, המשמעותית יבותר מבחינת הפריסה המשפטית, חיי משפחה ללא נישואין. היום ההכרה הרחבה באה כדי לספק מענה למצוקות המשפטיות, הפוזיטיביסטיות וגם למצוקות האידיאולוגיות. בא לשחרר לחץ מהאקסקלוסיביות של הנישואים הדתיים בישראל. בראשית ימי המדינה המצוקות היו מעשיות, לא היה ניתן להתחתן לא בגלל מגבלה דתית, אלא בגלל שלא ידעו אם בן הזוג חי או בשל מלחמות קיום וסדר עדיפויות אחר.

בדברי החקיקה הראשונים שהציגו את הידועה בציבור למשפט הישראלי: "חוק משפחות חיילים שנספו במערכה –תגמולים ושיקום 1950", "חוק נכי מלחמה בנאצים-1954". החוקים אומרים "**בת זוג לרבות ידועה בציבור כאישתו של המנוח".** המושג של ראשית הדרך כלל גם ידועה בציבור כאישתו, הייתה דרישה הציבור אכן יאמין שבני הזוג היו נישואין. זו החקיקה של ראשית הדרך אך בהמשך הדרך נוצרה טכניקה חקיקתית מעניינת במסגרתה דברי החקיקה נמנעו מ"לקרוא לילדה בשמה", לא השתמשו במילים המפורשות "ידועה צביבור" אלא אמרו בן/בת זוג כהגדרתם בחוק נכי המלחמה בנאצים, עשו זאת על מנת למנוע התנגדות של המפלגות הדתיות. המפלגות מתנגדות כיוון שלא מדובר במוסד הנישואין, יש תמרוץ של מערכת חיים שהיא לא ראויה לפי הדת. קל וחומר כאשר מדובר בבני זוג שנשואים לאחרים ובוודאי כאשר מדובר באשת איש, איסור עריות מדאורייתא, ברור שמפלגות דתיות יבשו להמנע מלתת הכרה ומלתגמל ולהרחיב את ההכרה במוסד זה.

לחוק הירושה הוכנס סייג , **ההכרה של ידועים בציבור לצורך ירושה מצומצמת רק לבני זוג שלא נישואים לאחרים.** בשורת חוקים אחרים שבני זוג כולל ידועים בציבור, הטכניקה החקיקתית היא כזו שמפנה אחורה. אך זה לא תמיד ככה, יש חוקים שאומרים בצורה מפורשת "לרבות הידועה בציבור". מה שחשוב להזכיר זה ההתפתחות, התפתחות בוררה מחוקים שמתייחסים להיבטים סוציאלים (כלכליים) כמו חוקי נכי מלחמה בנאצים, משפחות חיילים שנספו במערכה- חוקים המתייחסים למערכת שבין הפרט לרשויות המדינה, ביעקר רשויות הרווחה. הרבה פעמים מכנים את המערכת הזו כמערכת החיצונית לבני הזוג, הזוג מול המדינה. ההמשך הוא בחוקים שמתייחסים כבר למערכת הפנימית של בני הזוג, **חוקי מעמד אישי ממש שנוגעים למערכת הפנימית של בני הזוג: חוק הירושה.** חוק הירושה מדבר על זכויות מהותיות, חוק של המעמד האישי, חוק שמתייחס למה שמכנים השלכות של סטאטוס, ירושה זה אחד מגילויי הסטטוס המובהקים, הזכות של בן זוג לרשת את הנפטר היא אחד מגילויי הסטאטוס החשובים ביותר וחוק הירושה מרחיב זאת גם למערכת של הידועים בציבור- הולך מעבר למערכת החיצונית של הזוג מול המדינה ונכנס למערכת הפנימית של בני הזוג עצמם.

**חוק נוסף שנכנס למערכת הוא חוק השמות, עשה שינוי מכונן בפס"ד אפרת.** חוק השמות מתייחס לידועים בציבור ואך הוא נכנס למערכת היחסים הפנימית שמכילה את חוקי המעמד האישי על ידועים בציבור.

**חוק יחסי ממון-** ס' 4 ו5 מתייחסים באופן ברור לעניין הנישואין, רושם נישואים יכול לאשר חוזה ממון, איזון משאבים נכנס לתוקף עם סיום הנישואין. כניסה לנישואים מלווה את חוק יחסי ממון כחוט השני ולכן ברור שהחוק מצומצם למסגרת של נישואים בלבד. ההכרעה הפרשנית הזו אפשרית גם בגלל שיש מענה להסדרים הרכושים של בני זוג שאינם נשואים זה לזה במסגרת **הלכת השיתוף.**

המשך ההתפתחות- חוקים המטילים חובות ואחריות:

אם בחקיקה סוציאלית וחוקי מעמד האישי הקשורים למערכת הפנימית אמרנו שכדאי להיות ידועים בציבור על מנת לקבל הטבות מהמדינה, וקצבאות וירושה, יש גם חוקים המטילים עלויות וחוקים המטילים חובות- פתאום יש מחיר להיות ידוע בציבור. **לדוג':** חוק משפחות חד הוריות מעניק שורה של הטבות למשפחות חד הוריות, 90 אחוז בישראל הן אמהות חד הוריות. החוק מעניק הטבה רק לאישה שלא נמצאת בזוגיות לא כנשואה ולא כידועה בציבור. **פס"ד בוארון** (קריאת רשות) יתחבר לנושא של חוקים המטילים עלויות.

חוקים המטילים חובות- חוק מניעת אלימות במשפחה או הפרק בחוק העונשים המדבר על עבירות לאימות/מין במשפחה, גם שם ההגדרה של משפחה ושל בני זוג היא הגדרה שבמפורש כוללת לרבות הידועה בציבור. אם חוק העונשים מטיל עונש כפול על עבירות אלימות בתוך המשפחה יחול באותה מידה על קשר של ידועים בציבור, חיי זוגיות ללא נישואין.

במקביל להתפתחות החקיקתית, הסיפור המעניין הוא ההתפתחות בפסיקה. **נדרש לשאלה האם "החבילה" של נישואין רשמיים שווה לגמרי לחבילה של "ידועים בציבור".** נק' המוצא הייתה עמדות של הש' זילברג איילון וקיסטר, עמדות שטוענות שקשר של ידועים בציבור, דינו כדין חוזה שנוגד את תקנת הציבור כי ידועים בציבור זה הסכם לחיים משותפים ללא נישואים, אין מדובר בדבר מוסרי ואם זה כך, זה נוגד את תקנת הציבור וודאי שזה לא יכול להצמיח זכויות. הדעות הובעו ע"י שופטים שחבשו את הכסא הדתי, הדעות נדחו. המהלך שנעשה מתואר באופן נרחב **בפס"ד אפרת,** פסה"ד הראשון של הניסיון של אישה לקבל את שמו של בן הזוג שלה. שאלה מעניינת איך מבחינה פמיניסטית להתייחס לפסה"ד הזה- מחד מדובר בפס"ד משמעותי בקידום הזכויות של ידועה בציבור. הכרה נרחבת במוסד הידועים בציבור, טוב ליהודיות או רע? מבחינה פמיניסטית, יש אלטרנטיבה, לא זקוקים לבית הדין הרבני. אלטרנטיבה ליצור קשר של זוגיות מבלי להיחשף לביד"ר, בלי הסכנות של להיות נתונה לשליטה מוחלטת של בן הזוג, מבחינה פמיניסטית זה טוב. בפס"ד אפרת האישה נאבקה על הביטוי הסימבולי, מהמשעותי ביותר להיררכיה ולפטריאכליות למוסד הנישואין, העובדה שהאישה נטמעת מבחינת הזהות האישית שלה לזהות של האיש, היא מאבדת את השם שלה ועל זה המאבק, זה ההישג הגדול של פסה"ד, אמביוולנטיות מעניינת, אורית קמיר פרסמה מאמר בעל כותרת אירונית "לכל אישה יש שם".

בפס"ד אפרת יש סקירה מפורטת ונרחבת של כל אותם שינויים, גם חקיקתיים, גם ערכיים שהתרחשו במוסד הידועים בציבור, עד כדי אמירה שהיא אולי מרחיקת הלכת ביותר בפסיקה, אמירה שקובעת ששמירה על הפער בין מוסד הנישואים הרשמים לבין מוסד הידועים בציבור זה לא חלק מתקנת הציבור בישראל. הרי המדינה התנגדה לשינוי השם, והמדינה צדדה בעמדת פקיד הרישום, המדינה אמרה שיש להגן על מוסד הנישואין, לשמור על הייחודיות שלו. במילים אחרות, שיהיו כמה דברים שיעמדו לרשותך רק שאתה נשוי, כמו קבלת שם המשפחה של בן הזוג. ברק אומר, הפער והצורך לייחד את מוסד הנישואין ולהגן עליו לעומת קשרים אחרים זה לא חלק ממוסד הנישואין בישראל, אמירה שלא תמצא בשום מדינה מערבית אחרת. בכל מדינות אירופה לא נמצא ביטוי כזה של בית משפט עליון, נמצא בדיוק ההפך, הצדקה של דברי חקיקה שנותנים זכויות רק לבני זוג נישואין ולא לזוגיות של בני זוג דה פקטו כי שם תקנת הציבור היא לייחד את מוסד הנישואין, למדינה אינטרס שאנשים יתחתנו בצורה מסודרת (סיבות חברתיות כלכליות, גידול ילדים, דרך של המדינה לשלוט באזרחים). תקנת הציבור ברב המוחלט של המדינות בעולם היא כן לשמר את מוסד הנישואין ולתמרץ אנשים להכנס למסגרת הפורמאלית, בישראל אומר ברק בדיוק ההיפך- מוסד הידועים בציבור הוא הדרך "העוקפת" , שסתום משחרר לחץ מאקסקלוסיביות הדין הדתי שגורם למצוקות בכניסה לקשר הנישואין וביציאה ממנו. הדרך היחידה לשמר הוא באמצעות שחרור הלחץ. הצפייה הייתה לדיון נוסף, אך לא היה והמשך הפסיקה לוקח אותנו למחוזות ההם.

**פס"ד לינדורן**- גם הוא וגם אפרת של ברק, שניהם הופכים הלכות קודמות של העליון, גם פס"ד לינדורן הוא פס"ד ארוך כמו אפרת. עוסק בשאלה של מה המשמעות של הביטוי "בן זוג" למעשה זו שאלה קריטית. איך מפרשים את הביטוי בן זוג כשהחוק לא מגדיר מה זה בן זוג. אם יש חוק שמשתמש במילים "בן זוג" ואין סעיף הגדרות אז מה הכוונה? עד לפסה"ד דנן הכלל המשפטי המוצע אמר שבן זוג סתם (ללא הגדרה) אז הכוונה היא רק לנישואין כי יכלו להגיד "לרבות ידועים בציבור" או"כהגדתם בחוק נכי מלחמה", אם המחוקק לא אמר אז המשמעות היא לנישואין. בלינדורן השאלה נגעה לס' 78 לפקודת הנזיקים, דבר חקיקה מנדטורי, ס' 78 מגדיר מי התלויים הזכאים לפיצויים למשל בגין תאונות דרכים. הגדרת תלויים בס' זה היא בעלת משמעות מעשית מרחיקת לכת, והסעיף מדבר רק על בני זוג ואין הגדרה של לרבות הידועים בציבור. מבחינת דרכי פרשנות מאוד קל לברק להגיד שלא ניתן היה לצפות מהמחוקק להתייחס למסגרת שלא הייתה מוכרת במשפט, ידועים בציבור בעת שנחקקה פקודת הנזיקין עוד לא היה מושג משפטי בעל הכרה, להגיד שאם המחוקק היה רוצה הוא היה מגדיר, לא ניתן להגיד את זה. מעבר לכך, פס"ד חשוב מבחינת תורת הפרשנות, ברק מונה שורת כללים ודרכי פרשנות שכולם מבססים את השיטה העקבית שלו בפרשנות חקיקה שהיא תכליתית- לדידו תכלית סעיף 78 הוא להשיב את המצב לקדמותו, ולהגן על מי שהיו תלויים מבחינה כלכלית באותו אדם שהלך לעולמו. האם יש הבדל בתלות הכלכלים בין בת זוג שהייתה נשואה או בת זוג שרק חיו ביחד במשק בית ובחשבון משותף ולא היו נשואים זה לזה, אין שום הבדל מבחינת התלות הכלכלית. לברק קל לבסס את הטיעון שמבחינת תכלית חקיקתית אין הבדל בין נשואים לידועים בציבור. אך אינו אומר שבן זוג סתם תמיד כולל ידועים בציבור, כל דבר חקיקה יפורש בהתאם לתכלית, כמו חוק יחסי ממון שתכליתו החקיקתית מתייחסת רק לנישואין פורמאלים.

**פס"ד זמר-** אפשרל לומר שבית המשפט הלך עוד קברת דרך בקידום מעמדם של הידועים בציבור, השאלה הייתה האם ניתן לפנות לבית משפט למשפחה לאשר הסכם בין ידועים לציבור, הסכם שכותרתו הסכם לזוגיות. אם הזוג עתיד להתחתן או שהוא כבר נשוי, האם הם חייבים לאשר את ההסכם? התשובה היא כן, אחרת לא יהיה לו תוקף וזה פרק א' של חוק יחסי ממון. הסכם ממון בין זוג נשוי חייב לקבל אישור בית משפט אחרת אין לו תוקף. האם זוג שאיננו נשוי חייב לאשר הסכם ממון אחרת אין לו תוקף? לא, כיוון שחוק יחסי ממון לא חל על ידועים בציבור. נחזור לדן ודנה שרוצים להסדיר יחסיהם בהסדר, הם לא חייבים אך בכל זאת רוצים לפנות לבית המשפט לקבל אישור להסכם. **דורנר בפס"ד זמר "**אף שתוקפו של הסכם כזה וכפועל יוצא גם יכולת לגבור על הלכת השיתוף אינם תלויים..להפחית את הסיכון כי אחד הצדדים יקופח..מסירת עניין לטיפולו של בית המשפט לענייני משפחה אין בה משום קביעה ערכית לגבי מהות היחסים בין הצדדים המעורבים בהליך..." מדוע המדינה התנגדה? אומרת המדינה אנחנו בעצם פותחים פתח למסלול עוקף, דרך המלך- חותמת שיתן בית המפשט לענייני משפחה ובבת אחת מעלה זוגות "סוג ב'" למעמד של זוג נשוי, והמדינה לא מוכנה לעשות את זה. המדינה נזכרה לאמץ את הקו שרוצה להגן ולייחד את מוסד הנישואין אך זה כבר מאוחר מדי אומר העליון ליועמ"ש, לא ניתן לעשות זאת כי תקנת הציבור היא לאפשר. דורנר לא אומרת אמירה מפורשת שהזוגות אכן באוו מעמד, מזכיר את פסקי הדין שמדברים על הרישום, (בג"צ קפריסין, ונישואי טורונטו) הרישום הוא פורמאלי בלבד, לא אומר דבר על התוקף. דורנר עושה משהו ודמה, לא אומרת אמירה ערכית ולא מעלה את המעמד שלהם רק פותחת דרך פרוצדוראלית להבטיח את יקום הכוונה החוזית שלהם שמעוגנת בחוזה. **אך קדרי ממקמת את פסה"ד ככזה שמעלה את מעמדם של ידועים בציבור.**

**קשר של ידועים בציבור מסתיים בפרידה פיזית, גם אם יש ילדים אין דבר שיעצור את סיום הקשר, לא ניתן לעצור צד אחד מלעזוב את התא המשפחתי לקום וללכת.**

פס"ד פלונית מזונות אזרחיים- שמור אף לו מקום של כבוד ברצף של ההתייחסות הערכית לידועים בציבור.

**פס"ד ס.ג**- של הש' וילנר במחוזי בחיפה, בעיני קדרי פסה"ד פותח זווית ראיה חדשה ביחס למעמד של ידועים בציבור ואיך מחליטים אם זוג מסויים יוכר/לא יוכר כידועים בציבור. הש' וילנר מציעה הגדרה חדשה, אומרת שצריכים לגבש דרכי התייחסות שונות בהתאם לקטגוריות: פסולי חיתון לעומת כאלו שהם לא פסולי חיתון. יש לבדוק למה אנשים חיים ביחד ללא נישואין. נדרוש מידת הוכחה גדולה כאשר מדובר בזוג שיוכל להתחתן לעומת מידת הוכחה נמוכה בפסולי חיתון. וילנר מבחינה בין השותפות הזוגית לבין ידועים בציבור. עד כה היה מקובל בפסיקה שההגדרה בס' 55 לחוק הירושה מגדירה ידועים בציבור, מדובר בהגרה אובייקטיבית בעובדות נשיתן להוכיח או לא. הש' וילנר לוקחת אותנו למקום אחר לגמרי, מדברת על כוונה, וילנר לוקחת את ההגדרה לכוונה, ולכן פסה"ד של ארבל בנוגע לדירות הנפרדות הוא לא כזה מכונן. היו קולות שאמרו כיצד נוכל להוכיח? האם גם כשיש משקי בית נפרדים תכנסו להגדרה? גם אם עשיתם הסכם (בר-נהור) זה לא יעבור? נמצאים במערכת שאבדה את הגבולות הברורים ואת ההגדרות הקבועות, לפי תפיסת וילנר במחוזי זו הגישה, הש' עמית בעליון הצטרך לפסק דינה בהסכמה, יכול להיות שזה כיוון שאנו צפויים ללכת בו, רואים שהמסגרת אכן מאוד פלואידית. מחד משווים את מהסגרת לזוגיות הרשמית של הנישואין, מאידך נפתח פתח למשהו פחות מדוייק, יציב וברור וזה הכיוון שהפסיקה הולכת בו.

לדעת קדרי פסה"ד של וילנר ממחיש את החמקמקות של השאלה "מהי הזוגיות הראויה להכרה". גם אם לא לוקחים ברמה הקיצונית ואומרים שוילנר העמידה הכל על מבחנים סובייקטיבים לחלוטין, גם אם לא לוקחים זאת כ"כ קיצוני, באשר לעובדות האובייקטיביות החיצוניות ראינו מצבים קיצוניים, למשל **פס"ד סיגל ביטון.** גרו ביחד 4 חדשים והוא נהרג (חלל צה"ל), הזוג קבל החלטה להתחתן אל מבחינת התנאים החיצוניים האובקייטבים הם ביחד 4 חדשים. אם השאלה היא שאלה של תכלית החקיקה ושאלת תגמולים, קדרי מסופקת שניתן להעלות את הטענה. נניח שהתביעה לא הייתה נגד משרד הבטחון, נניח שבן זוגה קבל ירושה מאוד משמעותית מאביו, והוא כעת נהרג, ואמו עדיין חיה, מי הצדדים המעומתים? האמא מול הבחורה. מה שמשמעותי בפס"ד סיגל? התביעה היא מול משרד הבטחון, כיס עמוק, חייל שנהרג במהלך שירותו הצבאי, זה משנה במדינת ישראל.

פס"ד שנצר נ' ריבלין- התעסק בירושה, שאלה של הזכות להשאר ולגור באותה דירה שבא גרו ביחד בני הזוג, המבחן שם היה מבחן של 4 שנים. בכל מקרה, גם 4 שנים זה פרק זמן קצר יחסית למבחנים שמציבים במקומות אחרים בעולם. המערכת אצלנו, מול מקומות אחרים לא רק ההבדל העקרוני מבחינת ההתייחסות של הרחבת ההכרה ושלילת הרצון לייחד ולהגן על מוסד הנישואין אלא גם באותם מקומות שבהם מערכת המשפט כן מכירה בצורך להעניק גם זכויות/הכרה מסויימת לזוגיות ללא נישואין, הקריטריונים הרבה יותר נוקשים. קדרי לא זוכרת הגדרה שמדברת על 5 שנים של קשר, יש הגדרות הדורשות ילדים משותפים.

**פס"ד בוארון-** עתירה שהוגשה לבג"צ נגד בית הדין הארצי לעבודה. מה שעמד על הפרק היה הסדר/פרקטיקה מאוד ארוכת שנים לפיה אלמנה שקבלה גימלה מהביטוח הלאומי, יכלה להמשיך לקבל את הגימלה גם אם היא חיה כידועה בציבור, אבל אם היא מתחתנת היא מפסידה אותה. משמעות: נשים שקבלו קצבאות כאלמנות, הדבר האחרון שהיו עושות זה להתחתן. שיפמן בשעתו דבר על זה שזה בעצם זה דופק את הדתיות, כי הן לא חיות יחד ללא נישואין ויש להן תמריץ נגד, אם יתחתנו יאבדו הרבה מאוד כסף. שורה של נשים עותרות בבג"צ בוארון קבלו הודעה רטרואקטיבית שהחל מיום מסויים האישה לא תהה זכאית יותר לגימלה. אלמנה שחיה כידועים בציבור וילדה ילד מהקשר החדש, מיום לידת הילד היא מפסידה וצריכה לשלם חזרה את הגימלה שקבלה רטרו אקטיבית, או אישה אחרת שחיה עם חבר קיבוץ ויצרה הסכם מול הקיבוץ המדבר על הזוגיות אף היא קבלה מכתב מהביטוח הלאומי. מה המוסד לביטוח לאומי אמר? אין הבדל בין ידועים בציבור לנישואים. דברנו כ"כ הרבה על השוואת המעמד, הענקת הטבות וקצבאות על בסיס החיים המשותפים, כפי שראינו קודם יש לזה גם מחיר. נשאת מחדש מאבדת את זכותה לקבל קצבת תלויים כי יצרה זוגיות חדשה, כל הרציונאל של התמיכה הכלכלית לא רלוונטי, יש מערכת כלכלית חדשה המייתרת את המטרה של אותה גמלה של הביטוח הלאומי. הייתה להם טענה נוספת בהקשר של משרד הבטחון, נוצרת אפליה חדשה, כי אלמנות משרד הבטחון לא מאבדות את הקצבה כאשר נשאות מחדש. הש' בפסק הדין מציג את התפיסה השונה של אלמנות של חללי צה"ל, מדובר בקטגוריה בפני עצמה והש' חיות מונה את כל ההצדקות.

גם מבחינת העלות והמחיר המעמד הושווה, אך במה יש עדיין הבדלים?

1. מבחינת ידועים בציבור צריך להוכיח, מבחינת נשואים מספיק שמתקיים הסטטוס.
2. נניח שהוכחנו ולא מתעוררת שאלה לגבי עצם ההכרה של ידועים בציבור, האם החבילה של הנישואין זהה לחבילה של הידועים בציבור? ההבדל הדרמטי ביותר הוא כמובן סוף הקשר. זוג נשוי חייב לסיים את הקשר בביד"ר באמצעות גירושין. זוג של ידועים בציבור מספיק להשאיר פתק על הכרית לקום וללכת. האם ניתן בכל זאת לגרור אותם לביד"ר? כן. (נדבר על זה בשבוע הבא כאשר נדבר על נישואים אזרחיים, אותו היבט שעשוי לייחס משמעות לקשר של נישואים אזרחיים, פסיקת בני נח).
3. חקיקה- חוק יחסי ממון חל רק על זוגות נישואין, ניתן לראות זאת דווקא כיתרון שיש לזוגות של ידועים בציבור. הסתכלנו על זה כיתרון טרם שונה החוק ב2008 וההסדר החקיקתי היה שאת איזון המשאבים אפשר היה לעשות רק אחרי הגט ואז ברור שהלכת השיתוף נתנה יתרון עצום. מה אופי הזכויות שמקנה חוק יחסי ממון? הזכות לאיזון משאבים מבחינת דיני הקניין. הזכות היא למחצית משווי הרכוש, למעשה זכות אובליגטורית ולא זכות קניינית בעוד שהלכת השיתוף מקנה זכות קניינית ואז המשמעות המעשית היא שאת השיתוך הקנייני ניתן לממש ללא כל מגבלה בכל רגע נתון. שותפים קניינים יכולים לתבוע פירוק שיתוף לפי רצונם. כל עוד איזון המשאבים היה כפוף למתן הגט, היה יתרון ברור לתבוע חלוקת רכוש מכח הלכת השיתוף ולא חוק יחסי ממון. כלומר, אם חלה הלכת השיתוף המשמעות היא שהשיתוף הרכושי הוא קנייני,תיאורטית אם יש שתי מכוניות כל אחד מקבל מכונית. לפי איזון המשאבים, כל אחד זכאי לחלק שווה אבל רק בערך של הרכוש ולא ברכוש עצמו. המשמעות המעשית היא השאלה של המימוש, מועד המימוש. אם הזכות קניינית, ניתן לתבוע בכל רגע נתון, כי יש זכות קניינית ברכוש עצמו. לפי חוק המקרקעין, שותפים ברכוש יכולים לתבוע פירוק שיתוף בלי שום מגבלה. לפני התיקון האחרון של 2008, חוק יחסי ממון הגביל את הזכות לאיזון משאבים וקבע שהיא מתגבשת רק בתום הנישואין (מוות/גט) עיקוב הגט עקב גם את איזון המשאבים לכן אישה נשואה שחל עליה חוק יחסי ממון הייתה במצב הרבה יותר גרוע מבחינת האפשרות שלה לממש את זכויותיה הרכושיות לעומת אישה לא נשואה שחלה עליה הלכת השיתוף ולא חוק יחסי ממון.

הבדל אחר עולה בפס"ד **סלם נ' כרמי, ושחר נ' פרידמן,** לצורך הוכחת הלכת השיתוף יתכן שנדרוש נטל הוכחה כבד יותר מזוג של ידועים בציבור לעומת זוג נשוי. דוגמא שחוזרת על עצמה בפסיקה וחשוב להכיר- התייחסות למה שמכונה רכוש עסקי (פס"S סלם נ' כרמי) כאשר פסיקה קבעה לא פעם שגם רכוש עסקי נכלל בגדר הרכוש בר השיתוף. אבל כאשר מדובר בזוג של ידועים בציבור יתכן שתהיה הבחנה, יתכן שנטל ההוכחה יהיה כבד יותר אך יכול להיות שנגיע למסקה שרכוש עסקי לא נכלל בגדר השיתוף בנכסים.

1. חקיקה נוספת שחלה רק על זוגות נישואים ויוצרת עיוות גדול מאוד זה פקודת מס הכנסה. זה מביא על אחד הפרדוכסים הגדולים, כל עוד שניכם שכירים זה לא משנה, אך אם שניכם עצמאיים ונשואים, מדובר בהכנסה מצטברת, יש בן זוג רשום ההכנסה של בן הזוג השני מצטברת לבן הזוג הרשום, מה שאומר שהמס השולי יגיע לאחוז מאוד גבוה. אך אם בני הזוג ממוסים בנפרד, סביר להניח שהמס השולי שכל אחד יגיע אליו יהיה נמוך יותר מאשר אילו ההכנסות היו מצטברות. זה פשוט הפוך לחלוטין מכל מדינות אחרות בעולם, תמריץ הפוך לא להנשא, דומה למה שהיה עם האלמנות (השתנה בפס"ד בוארון). שיפמן גם כאן אומר שיש אפליה כלפי זוגות דתיים.
2. משכנתא נתנת רק לזוגות נשואים ולא לזוגות של ידועים בציבור, גם התקנות החדשות של עידוד דיור בר השגה, מוגבל לזוגות נשואים
3. חסינות מפני העדה על בן זוג, מצומצמת לזוגות נשואים ולא נתנת לזוגות שאיםנ נישואים, על אף שלדעת קדרי תתכן הרחבה.

**נישואים אזרחיים מחוץ לישראל- בין יהודים ובין בני דתות שונות או ספק יהודים או חסרי דת**

אין הבדל בהתייחסות בין יהודים וזוגות מעורבים. כללי ברירת הדין/כללי המשפט הבינלאומי הפרטי אמור לתת מענה האפ המשפט הישראלי מכיר בתוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל או לא. מדובר בשאלה שעד לאחרונה לא הייתה לה הכרעה בפסיקה, הדבר היחיד שניתן להגיד על הפסיקה זה שבאופן עקבי היא התחמקה מלתת תשובה לשאלה הזו. איפה ראינו את ההודאה בהתחמקות? **בפס"ד של המזונות החוזיים, כאשר ברק אומר שיכול לתת את התשובה בדרך של הסטטוס ויכול הדרך של החוזה.** (תשובה בדרך של סטטוס תתן מענה האם הקשר מוגדר כתקף, האם יש סטטוס של נישואין או אין) ברק אומר אמירה משונה שזו שאלה קשה וסבוכה ולכן עדיף לא לנסות וללכת בדרך של החוזה. קדרי אומרת שזו הודאה בכך שהפסיקה באופן עקבי נמנעה מלקבל הכרעה, בכל צומת דרכים, העליון מצא דרך לתת תשובה לגילויי הסטטוס והשלכות הסטטוס מבלי לענות קודם על השאלה המקדימה האם יש סטטוס או אין. איך היו אמורים לתת תשובה לשאלה? באמצעות ניתוח כללי ברירת הדין.

בפס"ד נישואי קפריסין פסקה 22-28 ברק נותן את אפשרות הניתוח של כללי ברירת הדין, ברק אף מוסיף שיש שיגידו שהכרעה זו היא אוביטר ולכן עד היום אין הכרעה מה מעמדם של נישואים אזרחיים. נשאלת השאלה איך 60 + שנה באופן שיטתי הפסיקה מתחמקת מלתת תשובה ברורה? זה יכול להיות כיווון שכל היבט שמכנים השלכות הסטטוס, קבל תשובה בדרך אחרת.

ההיבט הראשון במעלה, גילוי הסטטוס החשוב ביותר הוא הרישום, קבל תשובה בשנות ה50 בפסה"ד המפורסם ביותר- פונק שלזינגר הפותר את פס"ד בן ארי ושומן. פס"ד פונק שלזינגר קובע שלפקיד הרישום אין כמעט שיקול דעת כאשר מציגים בפניו תעודה ציבורית שמעידה על שינוי של רישום, בין אם זה שינוי רישום של השתייכות דתית/מעמד אישי רק אם התעודה נראת מזוייפת או שהבקשה נראת מופרכת על פניה פקיד הרישום רשאי לסרב לבקשה, אך בכל הקשר אחר, אין לו שק"ד. **ברק אמר שפונק שלזינגר זו הלכה גאונית כיוון שמצליחה להוציא את כל העוקץ, הוא אומרת שהרישום סטטיסטי בלבד, לא מעיד על נכונות מה שרשום בתוכו, לא מעיד על המהות של הרישום, וזה כתוב בחוק מרשם האוכלוסים במפורש. לכן השאלה מצמצמת לשיקול הדעת של פקיד הרישום- האם נהג כראוי או לא.** לא נדרישם לדון בשאלה האם גיור קונסרבטיבי תקף ומכניס את המתגייר לדת היהודית, לא נדרשים לשאלה הםא נישואי הכהן והגרושה בקפריסין האם תקפים לפי המפשט הישראלי, זה לא רלוונטי, כל מה שמעניין הז האם פקיד הרישום צריך לרושמם, כן או לא. ברק בפס"ד ני נח חוזר על המנטרה- הרישום הוא סטטיסטי בלבד. בפועל, עם הרישום הזה משיגים את כל הזכויות, הרישום ממקם אתכם כמעט לכל דבר ועניין לזוג שנישא כדמו"י, כי סיום הקשר יכול להיות שיהיה שונה ושאלת המזונות תעלה בהמשך, אך ברור שלאחר פס"ד מזונות אזרחיים שיש מזונות. **זה שבתי המשפט אומרים שזה סטטיסטי בלבד זו דרכם להתחמק ולא להידרש לשאלה.**

לשבוע הבא לקרוא את פסקי הדין של נישואים אזרחים.

**23/5/12- מכאן להדפיס למבחן**

**בוחן הבא: על אלימות במשפחה (עוד שבועיים).**

**המשך נישואין אזרחיים:** פונק שלזינגר – כזכור, נתקלנו בו כששוחחנו על האנומליה , הפער בין האספקט הרישומי מנהלי, והאספקט המהותי. לראשונה נפגשנו עם הפער: בהקשר הכרה ביהדות לצורכי רישום, בהקשרי גיורים שאולי לא מקנים השתייכות דתית מלאה מבחינת הדת הנטענת, ועדיין: הרישום מתבצע. **אותו דבר: הנישואין האזרחיים:** היכן הלכת פונק שלזינגר מיושמת הכי חזק בפסיקה? אולי **בן ארי:**  אם אין הכרה בנישואין בני אותו מין אולי מתבקש להחיל? נשוחח על פסיקה אחרת, בדבר נישואין בין בני אותו מין, וטענו המדינה רחבות יותר, אידיאולוגיות, של תפיסות לגבי נישואין חד מיניים, וכו' (יידון שבוע הבא). מבחינת יישום הלכת פונק שלזינגר: **בן ארי ושומן-** הרי ההלכה אומרת: אם מציגים תעודה ציבורית המעידה על קיומו של אקט מנהלי במדינה זרה, אין לך שק"ד להימנע מלרשום בהתאם לאותה תעודה ציבורית. **זה בן ארי ושומן**, כי בטורונטו ניתן להינשא בין בני זוג באותו מין, ואם באים עם תעודת נישואין משם, ומיישמים את הלכת פונ' שלזינגר: אין מנוס מלהכיר ולרשום כנשואים בישראל. **פס"ד יותר קיצוני ביישום הצר של הלכת פ' שלזינגר: פס"ד נטליה זלסקי (להכיר רציו):**  הייתה שורה של 14 עותרים, ועובדות הפס"ד מלמדות על הסיפור: נישואין של עותרים אזרחי/תושבי ישראל לבני זוגם אזרחים זרים השוהים בישראל, וזה מיד לוקח לכיוון נישואי תערובות ועוד, לכיוון עובדים זרים. זה סיפור חלק מהעותרים בפרשת זלסקי, ועוד: הנישואין בהן דובר שם, היו נישואין באמצעות מיופי כוח, לא סיפור שכיח כמו נישואי קפריסין, אלא פשוט זוג המגיע לעו"ד, חותמים על ייפוי כח, העו"ד שולח טפסים וייפויי כוח לקולגה באל סלבדור, שהאחרון יוצר קשר עם נציגיו שאמורים להיות הנציגים של הזוג הישראלי שמתחתן- proxy מרובע: ייפויי כוח בשרשרת, והאחרונים יותרים טקס באל סלבדור, נרשמים וזו התעודה שמותגת לפקיד הרישום בישראל. במהלך הדיון בבג"צ, התברר שלחלק מהאנשים, מיופי הכוח בחלק מהמקרים הצהירו שאחזו בייפוי כוח ישיר מהזוג, שמכירים את הזוג, ויודעים על כוונתם הכנה וכו'. זה לא היה נכון ולא הייתה מחלוקת שמדובר בתצהירים שקריים אצל חלקם. לכן, מה שהתעורר בבג"צ, ספק לגבי תקוף ייפויי הכוח, קרי כשרות אותה תעודת נישואין – לא בטוח שתעודת הנישואין הזו תקפה באל סלבדור, מבחינת הדין הפנימי שם: האם ניתן להתחתן ככה שם? כדי לברר זאת עשו צעד תקדימי יחסית: פנו לשתי חוו"ד, האחת משופט עליון של אל סלבדור, והשנייה ממי שכיהן כיועמ"ש הפרלמנט שם. שני מומחים אלו, נתנו כל חוו"ד הפוכה- אחד טען שההליך תקף, שני שלא תקף. אם נוסיף את הקושי, הספק שהוסבר לעיל (אולי יש תרמית וכו') , וזה מוביל אותנו (להבדיל מבן איר, שומן, פונק שלזינגר) לכך שאולי התעודה עצמה מבחינת הדין הפנימי במקום שנוצרה לא תקפה: חסרת תוקף כי לא מוכר ההליך או שהושגה בתרמית, וזה השוני מפרשיות פוסק שלזינגר ועד זלצקי. בפונק שלזינגר יש חריג: פקיד הרישום ללא שק"ד וחייב לרשום, אלא אם, כדברי פרוקצ'ה: לפקיד הרישום אין רשות לברר בשאלת תקפותו המשפטית של פרט הרישום אך חובתו לשמור על נכונות המרשם קיימת, ואסור לרשום נתוני כזב, קרי יש לו סמכות לברר אם הפרטים נכונים. **אם הייתה עוצרת כאן-** תוצאת פס"ד זלצקי – לא נרשמים כנשואים. **אך היא ממשיכה:**  אי הנכונות העובדתית צריכה להיות גלויה לעין ע"מ לא לרשום את הפרט במרשם, ומביאה דוג' מפונק שלזינגר- שאדם בגיר מתייצב בפני הפקיד ומבקש להירשם כבן 5, אז יסרב הפקיד, קרי- זה החריג להלכת פונק שלזינגר: במקרה בולט וברור פקיד הרישום רשאי לסרב, ולכן הפס"ד שלה: חייבים לרשום אותם כנשואים. **קדרי:** זלסקי הוא היישום הקיצוני ביותר של פונק שלזינגר. **הפן המנהלי של רישום הנישואין – מסגרת חקיקתית:**  תחת כותרת זו בפס"ד זלוצקי, יש ניצוח של כל הלכת פונק שלזינגר (**להכיר ולקרוא).**

**אם כן יש את הרישום, ועלינו להביט שוב במסגרת הכוללת:**  כאמור, כל הזמן מתהלכים סביב שאלת הסטטוס. מהו אותו סטטוס? אם אני נמצא בשיטת משפט אחרת מהישראלית (היוצרת אנומליות כאלו), המדינה אומרת: אני מציבה, מאפשרת לכם להיכנס לסטטוס, לאותו מעמד של נישואין, ויש דרך ברורה ומוגדרת ע"מ להיכנס לסטטוס, וכשאתם בסטטוסף אתם מקבלים "גילויי הסטטוס" ,והם נחלקים לשניים:

1. **החלק החיצוני:** גילויי הסטטוס בין הזוג ורשויות המדינה.
2. **החלק הפנימי:** מע' יחסים בין בני הזוג עצמם.

בכל מדינה אחרת, החבילה באה יחד, ברגע שנכנסים לסטטוס, ללא הבחנה, הכל ב"עסקת חבילה" אחת. המדינות מתלבטות, האם יתכן שחלקים מהחבילה יוענקו גם למה שמכונים שם יחסי דה-פקטו (בפועל). זו ההתלבטות שם – האם למדינה יש אינטורס לשמר את החבילה הזו על שני היבטיה רק למי שבא בשערי הסטטוס, או שמא גם ל"ידועים". **בישראל-** עקב היעדר נישואין אזרחיים מחד, והצורך למצוא פתרונות למצוקות נישואין מאידך, מגיעים למצבים אנומליה כאלו, שבמסגרתם: חלק מהחבילה אולי ניתן, בלי שנדע האם יש או אין סטטוס. מהו החלק שניתן בלי קשר לסטטוס: **החלק החיצוני** המסתמך על הרישום (זה פונק שליז'), בין בני הזוג והרשויות: הזכות למשכנתא, זיכוי במס הכנסה וכל מה ששייך למע' יחסי הזוג-מדינה, למרות שלא יודעים אם יש או אין סטטוס, כי הפסיקה מתחמקת מלהכריע. כם ריבוי נישואין/התרת הנישואין לא אומרים כלום על הסטטוס: ריבוי: עבירה מחו"ע המגדירה אדם כביגמיסט, וזה לא משנה אם הטקס יוצר נישואין תקפים או לא, ברגע שהיה טקס (גם לו לא תקף לפי הדין הפנימי כאן/במדינה שנערך), אתה עלול להיחשב כביגמיסט אם אתה כבר נשוי. משמע: מזה שאדם מורע כביגמיסט לא ניתן ללמוד אם נוצרו נישואין תקפים. **גם התרת נישואין**: קרי סיום הנישואין, עפ"י חוק שיוט התרת נישואין (מקרים מיוחדים), שנחקק ב-69, ויוצר לנו מנגנון הענקת הסמכות בכדי לסיים קשר נישואין. איזה קשר? בין בני זוג שלא נמנים על אותה עדה דתית, ולכן עד לחקיקה חוק זה, למעשה לא הייתה ערכאה בעלת סמכות בישראל להתיר את הנישואין הללו. השאלה: האם העובדה שביהמ"שפ יסיים את קשר הנישואין הזה, ויעשה כן בהתאם לחוק שיפוט התרת נישואין (סעיף 5- קובע עילות לסיום)ף האם עובדת הפס"ד על סיום הקשר, משליך על מהות הקשר שקדם להתרה? מכך ניתן ללמוד שהקשר שנסתיים בפס"ד היה תקף? שמהותית מוכר כתקף לפי המשפט בפנימי כאן –**לא-** לא ניתן להשליך מכך על תוקף הקשר. קרי ההסדרים על ביגמיה/התרה, לא אומרים דבר מבחינת התוקף של הקשר עצמו. **סיכום תוקף נישואין אזרחיים בישראל- בתקשוב).**

**שאלות גילויי הסטטוס במישור הפנימי- בין בני הזוג עצמם:**  בגדול ניתן לומר שיש שלושה מישורים של גילויי סטטוס כאלו :

1. המזונות
2. השיתוף בנכסים ,רכוש
3. שאלת הירושה

האם לכל אחת משאלות אלו, אנו צריכים לדעת אם נוצר סטטוס? האם תשובה חייבת לברר מה המצב המשפטי האמיתי באשר לשאלת תוקף קשר הנישואין? **נוכחנו שאין צורך-** אז לשם מה לנו סטטוס? אילו היינו מדינה מערבית אחרת, ברור שהיינו צריכים קודם לדעת אם נוצר סטטוס ואז היינו פונים לגילויי הסטטוס (ברוב המדינות משמרים את ההבחנה בין גילויי הסטטוס שצמודים למי שנכנס לסטטוס, ובין מס' היבטים אך לא כל החבילה, למי שלא נכנס). בישראל- המצב הוא שאותם גילויי סטטוס, **מנותקים מהסטטוס,** אלא הם זכויות/חובות שמוענקות למצב, למע' יחסים, לקשר – לפי הנסיבות, ההקשר. בנושא המזונות: **פס"ד שמואל** – עד פס"ד **מזונות אזרחיים**, מה שהכתיב את הניתוח של שאלתהמזונות, היה פס"ד שמואל עם הקונס' הדו שלבית כפי שמסביר ברק בחלקו הראשון של פס"ד המזונות האזרחיים ואומר: יש לי שתי דרכים בהם אני יכול להתמודד עם שאלת המזונות: סטטוס או חוזה. הסטטוס- פס"ד **שמואל**, וזו הדרך הלוגית , ההדיונית ע"מ להגיד אם יש גילויי סטטוס- לשאול האם נוצר סטטוס. איך מכריעים בשאלה? מה עומד מאחרוה? לפי אילו כללים נבדוק אם יש או אין תוקף לנישואין? **כללי ברירת הדין –בי"ל פרטי**- אלו כללים יש להחיל כאן, ע"מ לבדוק תוקף לנישואין. זה לפי **שמואל**- זו דרך הסטטוס שברק מציג כאופציה בפלונית **מזונות האזרחיים**, ואת הדרך הזו הוא שולל, דוחה, כאמור, הסיבה: כי רצה לתת משמעות לפיתוח המישור החוזי במסגרת דיני המשפחה האזרחיים ע"מ לעקוף את הדין הדתי, לתת מענה למצוקותיו, ולכן שולל דרך סטטוס. **משמע: מאז פס"ד המזונות האזרחיים**: אין צורך לברר את שאלת הסטטוס בהקשר המזונות, זה לא רלוונטי. האם בהקשר שיתוף יש צורך? יש הלכת שיתוף כי היא מתקיימת גם באי נישואין. ברק אמר בפס"ד **מזונות אזרחיים**: אם הניתוח החוזי רלוונטיים לידועים, קל וחומר רלוונטי לאלו שנתנו מדרגה נוספת לקשר, ע"י נישואין אזרחיים שעשו. **כך גם בשיתוף נכסים:**  חל על ידועים, וקל וחומר..**ירושה:** לא צריכים לבדוק סטטוס, יש את סעיף 55. היה דיון בנושא **בפס"ד רומניה (להכיר כללית) :**האם נותר היבט מסוים מצומצם שבאותו פס"ד כן הצריך את השאלה של הכרה בסטטוס (היבט צר של ירושה), אך כללית: התשובה בסעיף 55, לפי קל וחומר של ידועים בציבור. **חזרה לשאלה: למה הסטטוס?**  התשובה- כנראה שלא צריך (!), ובכל זאת, באותו רצף פסיקות, **קפריסין-רומניה-טורונטו** , בכל זאת ברק מצא לנכון להכריע, או לנסות להכריע בשאלת ההכרה בנישואין אזרחיים בחו"ל. מדובר בשנים 2007-8, אחרי יותר מיובל למדינה, והשאלות לגבי דין נישואין אזרחיים בחו"ל, הם שאלות שהתעוררו אלפי פעמים מול בתיהמ"ש, ובכל זאת, עד 2010 כמעט אין הכרעה, למעשה: לא יודעים לומר – האם כן או לא מוכרים בישראל, יש או אין תוקף? התחמקות שיטתית של ביהמ"ש מן הצורך לקבל הכרעה בשאלה. למה ברק החליט לשים קץ להתחמקות? לא ברור, אך שם סוף. בפס"ד **המזונות האזרחיים (פרגוואי)** , אומר שזה מורכב ומסובך להיכנס לסטטוס, ופתאום מתי אומר את דברו: **נישואי קפריסין** (מופיע בסיכום נישואין אזרחיים בתקשוב), למרות שלא ממש צריך את הסטטוס כיום, כמוסבר לעיל. האפשרויות השונות שעמדו בפני בתהימ"ש כשחשבו שיש להכריע בשאלת תוקף נישואי חו"ל. שלוש גישות:

1. **כללי ברירת הדין האמריקאים**- מיושמת בארה"ב כשנתקלים בשאלה: איזה תוקף יש לתת לאקט משפטי שנעשה מחוץ לארה"ב. התשובה: כל אימת שהאקט המשפטי תקף במקום בו נעשה, יש לו תוקף גם במשפט הפנים האמריקאי (ברק אומר זאת ברומניה). זו הגישה הקיצונית: כי תוצאתה : תמיד יהא תוקף, חוץ מאשר בזלצקי (אם יתברר שגם בסלבדור זה לא תקף), ברוב המקרים. גישה זו לא התקבלה, והש' זוסמן היחיד שהעלה אותה כאופציה.
2. **גישת סימן 46** : במקום שאין תשובה, לאקונה, הולכים לכללי הדין האנגלי, שואבים את הדין הקיים באנגליה, קרי מייבאים את כללי ברירת הדין האנליים, שמבחינים בין ההיבט הצורני של הטקס, ובין הכושר להינשא, ושאלת הכושר מוכרעת לפי דין מקום המושב של בני הזוג. אם מדובר בתושבי ישראל: דין מקום המושב- דתי. אם מדובר שיהודי ושאינו כזה: לא כשרים, לפחות היהודי לא יכול לשאת לא יהודייה. התוצאה: שלילית בנישואי תערובות אך אם שניהם יהודיים: הכושר שלהם להינשא מוכרע לפי הדין הדתי, וכאן יכול להיות הבדל בין פנויי חיתון ובין מנועי חיתון. אם פנויי חיתון: סימן 46 מכשיר כי יש להם כושר. אם מנועי חיתון – מתפצל – אמירת לנדוי ברודניצקי, שנתן פתח לומר שהחלק של המשפט העברי שנקלט לתוך המשפט הישראלי- הוא החלק המשפטי, לא האיסורי. כל ה"אסור מלכתחילה" לא נקלט, ולכן: אם תקפים בדיעבד- התשובה חיובית (לא חשוב ממש). אם כן- פנויי חיתון- 46 מאשר, פסולי חיתון- לא ברור. קרי סימן 46 הוא סימן ביניים: תערובת לא מאפשר, ובין יהודים לרוב כן.
3. **גישת סימן 47**: אומרת שאין לאקונה, כי אומר הסימן: כל שאלה הקשורה למעמד איש, תוכרע עפ"י מעמד אישי. ולכן: גם שאלת נישואין אזרחיים בחו"ל, תלויה בדין האיש של הצדדים: תערובת- לא נוכר, בין יהודיים: יש לשאול האם היהדות מכירה בנישואים אזרחיים בין יהודים, מה העמדה ההלכתית לנושא? זו שאלת סימן 47.

**מה ברק עושה עם שלוש הגישות?** כאמור, החליט להכריע בסוגיה קריטית לשיטת המשפט. **בפס"ד קפריסין מכריע:**  האם היה צריך להכריע בשאלה? **קדרי-**  לא. את בג"צ קפריסין, ניתן היה להכריע בלי בירור הסטטוס, כמו כל הפס"דים שהתחמקו טרם לזה. לכן- זה אגב אורחא, וכל קביעת ברק, הארבע פסקאות המפורטות- אוביטר. ולכן אם שואלים: היום יש הכרעה בתוקפם של נישואין אזרחיים בחו"ל- לא. **מה דעתו?** גישת סימן 46 – אחרי כן, בפרשת רומניה אומר אחרת- הגיע הזמן ללכת לגישה הכי אינקלוסיבית, מאפשרת, מכשירה, **כללי ברירת הדין האמריקאית. למה?**  כי אנו מדינה קולטת עלייה/הגירה, ויש כאן הרבה שמעמדם האישי, השתייכותם הדתית לא ברורה/מוטל בספק, וברירתם היחידה היא נישואין אזרחיים תערובת, ויש לאמץ את הגישה שתכיר ותאפשר כמה שיותר. גם שם זה אוביטר לדעת קדרי, כולל כל הדיון הנוכחי, כי לא הכרחי לדיני המשפחה בישראל, כי ניתן להסתדר ללא הכרעה בשאלת דינם של נישואין אזרחיים בחו"ל? .

**ובכל זאת: מה ההלכה אומרת לגבי נישואין אזרחיים?** יש לכך משמעויות מעשיות (בהמשך) בפרקטיקת היום יום, והיא גם חשובה לצורך המצדדים בגישת סימן 47 – שיש לשאול את ההלכה לגבי עמדתה בנישואין אזרחיים בין יהודים. **היכן ראינו ניתוח תמציתי של עמדה ההלכה ביחס לשאלת הנישואין האזרחיים?**  בג"צ **קפריסין-**  ברק מדווח על פס"דו של דיכובסקי (מומלץ לקרוא אותו). דיכובסקי מתמצת על העמדה המקובלת עד כה: כשההחבנה העיקרית- בין שני מצבים:

* מצבים בהם הדרך האזרחית נכפתה על בני הזוג: מנועי חיתון כיום, או האנוסים של פעם, בריה"מ ההיסטורית (איסור על טקסים, לא היו כהני דת דאז, גם למי שרצה דרך דתית).
* כאשר הטקס האזרחי הוא מבחירה, מלכתחילה, בכוונה לא ללכת בדרך הדתית.

**ההבחנה משליכה על השאלה:** לייחס תוקף של קידושין כדמו"י או לא? איך עושים כן- אישה נקנית בשלוש דרכים: כסף, שטר וביאה. הדרך הנהוגה: כסף (פרוטה או שווה פרוטה), וקידושי ביאה: קידושין באמצעות יחסי אישות בין בני זוג. השאלה: האם ניתן לייחס למעשי האישות כוונה של קידושין כדמו"י? אם הדרך של הנישואין האזרחיים, היא דרך של "בכוונה" , כדי להימנע כדמו"י, אז ברור שאין לייחס למעשה הביאה כוונת קידושין כדמו"י. אך אם הקשר האזרחי נוצר בלית ברירה: אולי יש מקום לייחס כוונת קידושי כדמו"י. זו החזקה המפורסמת: אין אדם עושה בעילת זנות כשיש לו אפשרות לבצע בעילת מצווה, קרי לו הייתה אפשרות: היה נוקט בקידושין כדמו"י. החזקV: אין לחשוב על אזרחיים "דווקא", קרי יש חזקה- לו יכול היה לעשות בעילת מצווה- היה עושה כן, ולכן מייחסים לו כוונת קידושי ביאה. **אלו שתי העמדות המרכזיות בהלכה. במסגרת העמדה**  שחוששת להיווצרות קידושין כדמו"י גם בקשר של נישואין אזרחיים, קיימת תת עמדה שאומרת: לא צריך קידושין כדמו"י, אלא מספיק כוונת קשר מונוגמי, של נישואין, זה מספיק כדי ליצור חשש שאולי כן נוצרו קידושין תקפים הלכתית. זו לא הייתה הגישה המקובלת בהלכה, אלא דעת מיעוט שהחזיק בה הרב הנקין, אך זו עמדה יחסית שולית. העמדה המקובלת: הבחנה בין שני מצבי הבחירה, ולכן העמדה ההלכתית המקובלת ברוב הביד"רים – נקטו בגישת: אזרחי מבחירה, ולכן אין לייחס קידושין כדמו"י, ולכן האישה אינה אשת איש. אולי נסדר גט, אך גט לחומרה, קרי נדרשים לו למראית עין, שלא יחשבו שנשואה נישאת לאחר ללא גט, אך אם לא ניתן לסדר את הגט (בעל מסרב, נעלם) אז נאפשר לה להינשא לאחר ללא גט. זו העמדה של ביד"ר בקפריסין הראשון (בתחילת הדרך של קפריסין), ע"ב זה ביד"ר איזורי אמר: פנויים להינשא לאחרים. ואז האישה, מסיבותיה, אמרה שלא יכול להיות שאחרי עשרים שנהף טקס בקפריסין, אני רשומה כנשואה יגידו לי: מעולם לא היית נשואה, ואזה הגענו לבג"צ, ושרידת ברק מביד"ר: תסביר איך הוספת את המשפט: " אנחנו מסיימים כאן את הנישואין, והם פנויים להינשא לאחרים" קרי, מסיימים את הנישואין ע"י פס"ד, וברק רצה הסבר: ע"ב מה סיימת את הנישואין הללו וזה הוביל לפס"ד **דיכובסקי על בני נוח.**  האם אלמלא העתירה לבג"צ, היינו מקבלים פס"ד רבני כזה שאומר: ההלכה למעשה מכירה בנישואין אזרחיים? לא, ביד"ר לא היה כותב זאת. **מה מחדש דיכובסקי בפס"ד המשלים שלו בעניין בני נוח?** מה שהנחה אותו- הצורך לשמר את הסמכות, והבהיר: כל נישואין אזרחיים יש בהם הכרה מסוימת של המע' ההלכתית, כי אחרת : המצב יהיה שהמע' האזרחית תקבע שאין לביד"ר לדון בנישואין אזרחיים, ולכן הגיע לקונס' שנותנת הכרה כללית בנישואין אזרחיים. איך עושה כן? **דרך העלאה מהאוב, והיתלות בחוו"ד יחסית שולית של פוסק בעל שו"ת צפנת פענח:** דעתו הייתה כאמור לא מקובלת, ואומרת: בבסיס הנישואין יש שתי דרגות – היות האישה קוניה לבעלה, ויש את היותה נאסרת על אחרים. הקידושין כדמו"י כוללים שני יסודות אלו, קנויה לבעל, ואסורה לכולי עלמא, מקודשת רק לו. לגבי קשרים של זוגיות אצל כל אומות העולם, כן קיימת המדרגה הראשונה: היות האישה "קנויה" לבעלה, עפ"י "ודבק באשתו והיו לבשר אחד" – ודבק באשתו, אמור כחמי סנהדרין, דבק באשתו ולא באשת חברו. זה מהמדרש ממנו מסיקים את אותו יסוד בסיסי של קשר הנישואין, שכן מתקיים גם אצל כל אומות העולם, משמע: העם היהודי קדוש ומיוחד בכך שמוטלת עליו כל מערכת תרי"ג המצוות, אך גם לגבי יתר האומות- קיימת מע' המכונה שבע מצוות בני נוח, וגם עם ישראל, חייבים בהם (גם אנחנו בני נוח הרי), קרי מה שרלוונטי לגבי בני נוח רלוונטי גם לנו- קונסט' הזוגיות המוכרת במסגרת שבע מצוות בני נוח- המדרגה הראשונה: היות האישה קנויה לבעלה. בעבר הקשר הזה התקיים בלי שום ביטוי חיצוני פורמלי, קרי נהיים ביחד עד שלא רוצים יותר, בלי שום ביטוי חיצוני (רישום ,ניהול ופיקוח). כל זה השתנה, גם אצל אומות העולם יש מע' מסודרת של נישואין וסיום נישואין: רישום, פס"דים לגירושין, וזה ביטוי ל"נישואי בני נוח"- הנישואין האזרחיים על ביטויים החיצוני (רישום, אקט שיפוטי לסיום), הם למעשה הביטוי המודרני של נישואי בני נוח, אותה קומה ראשונה של קשר הנישואין, והוא רלוונטי לגבי אותם אנשים מישראל, כפי שרלוונטי לאומות העולם, קרי גם אלו שבוחרים בדרך זו ולא בדרך קידושין כשמו"י, **וההלכה מכירה בכך**, כי היא מכירה מקדמת דנא בנישואי בני נוח (ודבק באשתו: זה רלוונטי לכל העולם). עניין הקידושין מיוחד לישראל, אך הנישואין – אוניברסלי. ממשיך ומדבר על עילות, ומגיע לעילה ללא אשם: עילת תום הנישואין, ככל שמדובר בנישואי בני נוח **ולא בקידושין כדמו"י.**  זו קונס' דיכובסקי לאופן החדש בו ההלכה היהודית מכירה בנישואין האזרחיים. אלמלא העתירה, אולי היינו רואים את הפיתוח הזה ברמה האקדמית, לא בפס"ד. **האם ביד"ר מאמין בפס"ד זה?**  לא. הרב שרמן, שחתום על הפס"ד הזה, התבטא :אני לא מקבל שום מילה. אם שואלים ברמה המעשית: מי שבחר בדרך נישואין אזרחיים, מבחינת השאלה של לסיים את הקשר: איך מסיימים אותו בעבר וכיום: על ידי ביד"ר בלבד, פס"דו של דיכובסקי הכריע, ומכיוון שהוא פוליטי ולא ממש מבוסס על הלכה, שאר הדיינים לא ממש מתחשבים, אלא רק לעניין הסמכויות: זה יושב. **מה עוד ההשלכות? אמנם נקבע שהם בעלי הסמכות,** האם זו הדרך להימנע מעגינות וסרבנות, מפאת כך שהעמדה ההלכתית המקובלת היא שהנישואין האזרחיים נועדו במכוון כדי לעקוף את הקידושין כדמו"י ולכן לא מייחסים להם כוונת כדמו"י, קרי אם אין אפשרות לסדר גט, ימצאו דרכים להתיר את האישה גם בלעדיו והמעבר יהא קל. **או אז:** המערכה של מכת הנגד של ביד"ר מגד במע' האזרחית, נגד הנישואים האזרחיים, מחולקת לשניים:

* נושא הכריכה: **בקפריסין –** ברק אמר שלא משתרע על ממון, אלא רק על ניהול הסיום קשר, כיוון שידוע שההלכה לא מייחסת זכויות לנשים בנישואין אלו, ומי שהולך לביד"ר לשאלות ממון – לא תם לב, אם בחר בנישואין אזרחיים, קרי אינהרנטית הכריכה לא כנה. מה התוקף התורת משפטי של אמירת ברק? **אגב אורחא –אוביטר.**  ביד"ר הלך רחוק מכך: **פס"ד נתניה:**  ביד"ר נתניה נותן פס"ד מדהים – האם יש חובה הלכתית בתשלום מזונות בנישואין אזרחיים? עונה: ברק אמר שיש ליישם דין אזרחי, וההלכה מכירה למעשה במזונות אזרחיים, הלכת שיתוף וכל שאר הפסיקות מכוח "מנהג המדינה", כי המציאות שבשטח היא קובעת: משמע- הכריכה כנה, ולא נוכל לומר שאינה כנה כי אנו מחילים את הדין האזרחי. עד כאן המערכה על הכריכה: סמכות ייחודית לביד"ר בגירושי נישואין אזרחיים, ניתן לכרוך את כל הנושאים הנלווים, ומה חסר כדי שנגיע למצב גרוע כמו כדמו"י: העגינות, השבי. הסבר: מכוח מנהג המקום, אני מקבל את הדין האזרחי, וזה מסתדר עם הדין ההלכתי שלנו, קרי נפעיל את מערך הדינים האזרחים: אז לא ניתן להגיד שמי שכורך רכוש לגירושין מתוך נישואין אזרחיים, זה כשר כי ביד"ר כן יחיל דין אזרחי.
* התנאת תנאים וסרבנות גט גם כשנישואים אזרחיים: **דוג':** זוג יהודים שנישאו אזרחית בבולגריה, נולדה ילדה. שנתיים וחצי פרודים, הוא הקים משפחה, ומסרב לתת לה גט. לפני עשר שנים, היו עוקפים את הצורך בגט, ומתירים את האישה. **כיום:**  ביד"ר בת"א, פוסק אחרת, ומתהדר בכך שהוא מחייב את הבעל בגט, ומזהיר: אם לא תיתן, נפעיל סנקציות דרך חוק הסנקציות, קרי עד כדי כך אני לצד האישה. משמע: הסיכון של עגינות ושל סרבנות גט – עדיין אמיתי וקונקרטי, גם בנישואין אזרחיים, ובהצטרפות לסמכות הנכרכת לעיל, גם בנישואין אזרחיים, בעלים יכולים להתנות גט, ולנצל סמכותם כמו בכדמו"י.

**משמע: מכת הנגד , לצד נשק יום הדין (תנאי בגט): לא** ניתן להמליץ להתחתן אזרחית ולהיות חסין, קרי להגן מפני עגינות. קרי מי שמחפש עקיפה- המסלול של נישואין אזרחיים איבד אטרקטיביות.

**הנהגת נישואין אזרחיים בישראל:**  לא יקרה בקרוב, מאחר והשיטה הפוליטית מקשה. למה זה לא יקרה? מה עמוד מאחורי הנהגת נשו"א בישראל? נשו"א יכולים להיות ברירת מחדל, למען יצירת סטטוס, או על אופציות של בחירה: המסלולים המקבילים , מי שרוצה יתחתן כדמו"י, ומי שרוצה יתחתן נשו"א. ואז השאלה: אם נשבר מונופול הנישואים הדתיים, אז גם השליטה האורתודוכסית על הדרך היהודית לא יכולה לשלוט בלעדית. ועוד: מבחינה הלכתית, היכן הבעיה – בנישואין או בגירושין? אם יש נישואין אזרחיים, גם הגירושין אזרחיים ואם העמדה ההלכתית הננקטת היא כזו שמייחסת חשש של קידושין כדמו"י בנשו"א, אז הבעיה היא הגירושין. איזו בעיה יש בנשו"א? התבוללות, קרי נישואין בין דתיים , תערובת. אילו ניתו היה לגרום משפטית שהטקס יהא אזרחי, והגירושין אזרחיים, ועדיין: המדינה לא תאפשר רכישת סטטוס כזה ליהודי ולא יהודייה, ואז כניסת הלא יהודים לקולקטיב היהודי, לו ניתן היה- אולי נשו"א היה מקודם. אולם אם יקרה ויאושר: אין הגבלה לכניסת לא יהודים לקולקטיב העם היהודי, אין דרך לשמור על גדר ה"יהודים בלבד" ולכן, **קדרי:** שותפים לרתיעה מהנשו"א, לא רק המפלגות הדתיות חרדיות, אלא רוב המפלגות היהודיות. ועוד: גם המפלגות הערביות לא מעוניינים שתהא התבוללות ונישואין בין דתיים, רוצים לשמור על הקולקטיב הערבי. משמע: אינטרס משותף לשני צידי הקונפליקט, ולכן: הנשו"א כברירת מחדל, לא יונהגו בישראל.

**סיכום:** המהפכה האזרחית של ברק בדיני המשפחה בישראל, אזרוח דיני המשפחה בישראל, למעשה, בכך שפיתח את כל דיני המשפחה האזרחיים, הוא עוד יותר שחרר את השסתום של היעדרם של נשו"א בישראל. ככל שיש יותר פתרונות, והמסלול האזרחי מתפתח, פוחתים הסיכויים של הנהגת נשו"א, כי הלחץ פוחת: יש אלטרנטיבות, מספיק דרכים עוקפות, וכו, וההתנגדות כאמור, מוסיפה לעמוד בעינה.

**ש.ב: בתקשוב יפורסם**

**30/5/12**

**מנהלות: 3.6- שיעור משותף, בוחן על החוק- להכיר**

**זוגות בני אותו מין (זב"מ) :**

מה התייחסות המדינה דרך מע' המשפע לזב"מ? נתאר ספקטרום: **בקצה אחד:**  איסור פלילי על כל סוג של יחסים שהטרמינולוגיה המשפטית/הלכתית מתארת כמעשה סדום, קרי יחסי זב"מ. **היסטורית ההתייחסות המשפטית חברתית בארה"ב לזב"מ - 1995:** איסור פלילי בטקסס על יחסי מין בין גברים. המתמודד בבחירות פורץ למתחרהו ותופס אותו במיטה עם גבר, הוא נלקח ונעצר, ואחרי כן מוגש נגדו כתב אישום על יחסים עם גברים. **מה הוא טען?** זכותו לפרטיות (תיקון 14) , נדחה בטקסס והגיע לעליון ב-1995: 5 מול 4 – נדחה הערעור, ונותר הסעיף על כנו. קרי, מדינות רשאיות להגביל/לאסור בפלילים יחסים הומואים. הנושא נהפך ב-2003 (פס"ד לורנס), ונקבע שם שאיסור פלילי כזה אינו חוקתי. **על רקע זה התבטאות אובמה משמעותית.** עד 2003- חלק מארה"ב הייתה כמו מדינות אפריקה- איסור. מדינות מרחיקות הלכת בנאורותן (מקנות לזב"מ כרטיס מלא לסטטוס הנישואין): ארה"ב (חלק מהמדינות), הולנד, קנדה, ספרד (הקתולית) , ברזיל (לאחרונה). **מדינות המתירות** **איחוד אזרחי:** לצרכי רישום למשל- ניו זילנד, אוסטרליה, חלק ממדינות אירופה.

**קדרי:** מה הביטוי המשמעותי ביותר מבחינת המדינה ביחס לקבלה ולגיטימציה של זב"מ? כניסה למועדון הנישואין, או היבט אחר משמעותי יותר (אזרחי) שהוא המבטא את הלגיטימציה של זוגיות זב"מ? **תשובה:**  ילדים – **אפשור אימוץ** (בין בני הזוג ביחסי זב"מ, או אימוץ משותף, הולדה וגידול). ההסתייעות בכל המנגנונים של "הולדה בסיוע" (הפריה חוץ גופית , פונדקאות וכו') . חשוב להיות ערים לכך, שבהרבה מקומות, הסדרים, בטח אלו המאפשרים את האיחוד האזרחי, הם **נעצרים**  כשזה מגיע לילדים. כיום, גם מדינה הפותחת את מוסד הנישואין (פורטוגל), מגבילה, לא מאפשרת לזב"מ לאמץ ילדים אחרים, למרות שיכולים להינשא. **מה עומד מאחורי הגבלה זו? פס"ד ירוס חקק**- ברק מדבר ומצטט את הפסיקה המחוזית (שצידדה במתן צו אימוץ) ומתנער מדעת הרוב שלא התירה. **בן ארי ושומן-** המדינה טענה: אין תבנית משפטית מוכרת של זוגיות זב"מ, וע"מ לבסס את זה: סקרו סקירה משווה של התייחסויות המדינות לזוגיות כזו, ושם ראינו את ההגבלה לגבי גידול ילדים. זה מבטא את החשש הגדול מפני **פגיעה אפשרית בילדים**, חשש ספקולטיבי בעקרו, אך נשען על מטען של דעות קדומות, כאשר הפגיעה מחלקת לשניים:

1. פגיעה על רקע העובדה שהילדים יגדלו בתא משפחתי חריג, שונה – קרי כל אימת שילד גדל כך, הוא חשוף להתייחסות חברתית מגנה וכו'.
2. ילדים שגדלים לבני זוג בעלי נטייה מינית שונה, יש סיכוי שגם הם יפתחו נטייה כזו (קדרי: טיעון שהופרך במחקר הפסיכולוגי, והמחקרים אומרים: ילדים שגדלים להורים זב"מים, מתאפיינים בסתגלנות גבוהה, גמישות מחשבתית ואין שיעור נטייה מינית אחרת).

**ישראל:**  נמצאת בסטטוס של "הכרה בנישואין ממדינות אחרות" (**בן ארי ושולמן)**. **איחוד אזרחי:**  דרך המוכרת בחוק, ומנוהלת באופן אדמיניסטרטיבי הכולל גם רישום של זוגיות שהיא משהו פחות מנישואין: קרי יש רישום זוגיות בעל סטטוס אולטימטיבי (נישואין), ויש דרכים המכונות "איחוד אזרחי"- מה שמקביל לזה בישראל: **ברית הזוגיות**, למרות שהיא בישראל פתוחה רק לשני בני זוג חסרי דת, אך בשטח: יש הצעות חוק שכול מכוונות לפתוח את ברית הזוגיות בפני כל דורש ודורשת, דהיינו לפרוץ את מונופול הנישואין הדתיים, ולאפשר כניסה לברית גם ליהודים על לא יהודיים, מנועי חיתון וכו'. חלק מההצעות מנוסחות כך שהברית תהא פתוחה רק לאיש ואישה, ואחרות : כל בני זוג. אם ברית הזוגיות הייתה קיימת אפקטיבית בישראל, אז היינו שמים את ישראל באכנסיית איחוד אזרחי. **במציאות המשפטית הייחודית בישראל –** במסגרתה יש מוסד שווה ערך לאיחוד אזרחי, רק ללא רישום ותיעוד – **ידועים בציבור**, וזוגיות של זב"מ, אם מקיימים את תנאי הידועים: חיים משותפים , קשר אינטימי וכו' – למעשה הם ידועים בציבור. האם לגבי כל דבר? יידון בהמשך, אך עקרונית- ידועים בציבור. **לכן:** ישראל ממוקמת תחת האיחוד האזרחי.

חזרה לספקטרום:  **התחלנו מהגישה האוסרנית** (איסור פלילי על זב"מ) – זה לא העולם המערבי, אין מדינה מערבית כזו כיום. מספרית- בספירת האנשים ביקום, הרוב של אוכלוסיית העולם תחת הגישה הזו.

**מתי בישראל עברו מהגישה האוסרנית לגישה ה"סובלת":**

* רשמית ב-1988 (ביטול "מעשה סדום" בחקיקה), אך מעשית- היועמ"ש חיים כהן הנחה כבר משנות ה-70 לא לאכוף זאת.
* **גישה מגוננת:**  הגנה מפני הפליה . קרי גישה שלא מעניקה זכויות /מתמרצת, אלא מגינה על האוכלוסייה , מכירה בה כזקוקה להגנה, מיעוט נרדף. ההגנה מסופקת למשל בחוק "איסור הפליה בעבודה", שבשנת 1992 תוקן, ונוספה עילת הפליה אסורה: איסור להפלות ע"ב נטייה מינית. **ואז: פס"ד דנילוביץ-** ניתן ב-1994, והוא היה הפס"ד שפתח את עליהום המפלגות הדתיות על ביהמ"ש העליון בכלל ונגד ברק בפרט, בעקבותיו הייתה הפגנת האלפים (ש"ס) ברחבת העליון (ולא בבלי), כשבבלי ניתן- סימן את ברק כאויב העם, אך הראשון שפתח את העליהום: **דנילוביץ.**  השאלה: **למה?**  האם מוצדק היה לראות בדנילוביץ' את מתחיל הז'אנר הזה, האנטי ברקית? **ניתוח פסיקת ברק בשלושה פס"דים מרכזיים:**  **דנילוביץ-בבלי-פלונית** מזונות אזרחיים: ולהשוות בין הפסיקה, מה הדפוס החוזר בין הפסיקות? **תשובה:** קונס' פרשנית וסטטוטורית קיימות, סטטוס וחוזה, בבבלי: שתי דרכים: חוק שיווי זכויות אישה, ודרך שנייה: כל החוק האזרחי חל- בכל אחת מהפסיקות: ברק אומר יש שתי דרכים, ובכל הפסיקה: דרך אחת שמרנית יחסית, התואמת את המקובל עד כה, והאחרת- המהפכנית, רדיקלית: פלונית מזונות אזרחיים, בבלי- רדיקלית. **דנילוביץ**: בדרך פחות מרחיקת לכת- לא אומר שזב"מ הם "בני זוג", לא מכריע בזאת, אלא: אומר שלא מחדש כלום, לא הוא עשה מהלך משמעותי שאומר שאין להפלות מטעמי מגדר, מין וכו', וברור שההטבה הזו (דנילוביץ) היא הפליה, ואסור להפלות **כי המחוקק אמר:**  עפ"י חוק מניעת הפליה. **אז למה כולם נזעקו אחרי הפסיקה הזו?** כי הוא חושב כמו דורנר- היא נקטה בדרך הפרשנות ופס"דה הוא המרחיק לכת, וברק חשב כמוה. **דוג':** הפרידה מבן זוג בני אותו מין קלה מפרידה בזוגיות אחרת? חיי שיתוף שונים? -משמע: תיאור זוגיות בדרך אוהדת של זב"מ, בדרך שלא מותירה ספק באשר להתייחסות הערכית של ברק לזב"מ, כשווה לזוגיות נורמטיבית. **ברק נדרש לכל הטיעונים אם הלך בדרך הסטטוטורית של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה: לא**, ובכל זאת מדבר בשפה הזו, משמע נוצר פער בוטה, בין ההצהרה שלו (זה לא אני, זה החוק), ובין הטרמינולוגיה בפועל, **ופער זה + פס"ד דורנר:** קומם את המפלגות הדתיות, והדליק את המחאה.
* **גישה תומכת:** מומלץ- פס"ד השופט עמית 343/09 (עתירת הבית הפתוח בהקשר לזכאותם לתקציבי הרשויות. הש' עמית סוקר את השינויים במשפט הישראלי ביחס ל"קהילה"). **מהי גישה תומכת?** הנחיות היועמ"ש בעקבות **ירוס חקק**: ההנחיות מנסות להבחין בין המישור הכלכלי, והמישור הערכי. הגישה העקרונית של היועמ"ש: הבחנה בין ענייני ממון סוציאלית (מתאימה עמדה פרקטית וגמישה) ובין הסדרה ותקפות (עניין למחוקק). אלו הנחיות בעקבות **ירוס חקק** , ומסתמכות עליו ועל **ברנר קדיש**, ועל **הנשיא ממן בנצרת שאמר:**  סעיף 55 בירושה המדבר על ידועים, למרות שפותח במילים "איש ואישה", יכולות להתפרש גם לאותו מין (**בן דוד במיעוט לא הסכים).**  השופט ממן אומר עוד: שהוא לא מרחיק לכת, כי לא אומר הומו/לסבית הן בני זוג לפי חוק הירושה (מכוח 11) , כי זה שמור רק לנשואים, וזב"מ לא בפנים. **איך היה מתמודד עם בן ארי ושומן?** תשובה לשאלה זו טמונה בפס"ד רומניה (לקרוא). **ממן-**  איני אומר שהזוג הוא בני זוג לפי 11 לירושה, אלא הם כמו ידועים מ-55 , למרות שכתוב איש ואישה. **בעקבות הפסיקה הזו,** מזוז לא ערער, כדי שלא ישתמע שהמדינה מתנגדת, ואף אורה לרשויות המדינה, האחראיות על היבטים כלכליים, אורה להם שזב"מ הם כמו ידועים לכל דבר. **אך אין הלכה כי לא הלך לעליון,** ולכן הגענו **לביד"ר חיפה, ביהמ"ש ב"ש:** האם זוג הומואים יכולים להיחשב לידועים ? לא, כי סעיף 55 ברור , ואין למתוח פרשנות לשונית של "איש ואישה" מעבר לבן ובת. **האם מבחינת החלת כללי משפטיים פרשניים, תורת משפטית, השאלה לגבי סעיף 55:**  האם מותר לו לומר שהם לא בתוך הסעיף – **כן**, כי אין תקדים מחייב, וב"ש (משפחה כבר הפך את נצרת). **מה בעייתי בפסיקת** **ביד"ר חיפה?** אומר שעפ"י העליון, כשמוגשת התנגדות לדיון בביד"ר ע"י ידועה של המנוח, אין ביד"ר יכול לדון. ביד"ר מפנה ל**בג"צ בת חן גרוני** (ידועים- ברשימה , רשות- **להכיר**), וההלכה אומרת: כשסכסוך הירושה מערב שאלה , טיעון של אחת הצדדים שהיא ידועה בציבור, לביד"ר אין סמכות לדון כי היא צד לעניין, לא הביעה הסכמה, וביד"ר אומר- היא לא צד כי אין דבר כזה ידועים מבחינתו, ולכן היא לא צד לעניין, ואין לתת הסכמה. **בג"צ:** לא נאפשר לאי ההכרה שלכם בידועה גם לדון בעניינה. **קדרי:** אילו ביד"ר חיפה היה מגיע לבג"צ, נדרש היה להעיל את **בת חן גרוני,**  אך לא ערערו על זה, ו**ביד"ר חיפה נותר אחרון.** אם כן- יש ריאקציה בערכאות נמוכות- אילו ב"ש, חיפה היו מגיעות לבג"צ לתקיפה, אין ספק שהנחיות מזוז אחרי נצרת היו מנצחות, והרובד הזכויות הכלכליות ביחס לזוג, דינם היה כדין ידועים לכל דבר ועניין, והמחלוקת בערכאות נמוכות מראה שהזירה שנויה במחלוקת, ורבים בחברה, בשופטים, שלא מקבלים את הלגיטימציה, ושישראל תמקם עצמה בצד הנאור, התומך של הנושא של מב"ז. **ועוד על הגישה התומכת -**  שוחחנו על המישור הכלכלי, ועוברים למישור הערכי- **הנוגע לילדים:**  פס"ד הראשון שמבסס את הגישה התומכת על ילדים: **ירוס חקק**: בנות זוג שרצו לאמץ אחת את יליד השנייה- "אם נוספת" : לאפשר לבת הזוג המתפקדת בפועל כאם נוספת, להיות מוכרת ככזו. המהלך שלהן החל באמצע שנות ה-90, אחרי **דנילוביץ**, והן החליטו על מרבק משפטי: תחילה ע"י משפט "ציבורי" במסגרת האגודה לזכויות האזרח. דובר במשפט המבוים על "צו אפוטרופסות" מבחינת נציגי המדינה, ואחרי כן אכן המדינה גם נתנה להן (במציאות). **מה היה המהלך שהביא לצו האימוץ?**  סעיף 3 לחוק האימוץ רישא: "אין אימוץ אלא ע"י איש ואשתו", וסיפא: ביהמ"ש רשאי לתת אימוץ גם למאמת יחיד: אם בן זוגו ...... אם הורי המאומץ נפטרו – אם נייצג את בנות הזוג: הסיפא זה המקום המתאים. **זה לא מה שעשו בפס"ד:**  לא הלכו על החלופה הזו, אלא **על 25(2):** אם נוכח ביהמ"ש למדובר לטובת המאומץ, רשאי לסטות מהסייגים, כולל מסיפת סעיף 3 לחוק האימוץ. על זה ביססו את טיעונים, על זה ביהמ"ש הסתמך : ברק (אימץ את רוט לוי מהמחוזי), ועל זה אומר היועמ"ש אחרי כמה שנים- יש לפרש את המונח בן זוגו לעניין 3(1), ככולל בן זוג מאותו המין, המבקש לאמץ את ילדו הביולוגי/מאמוץ של בן זוגו, קרי ללכת בדרך המלך: סעיף 3 רישא. **למה בירוס חקק לא הפעילו את 3(1):** כי דאז בן זוג לא כלל ידועים אפילו, וברירת המחדל הייתה: אם החוק אומר בן זוג ולא אומר מפורשות ידועים- לא כולל, ובחוק האימוץ היה כתוב "בן זוג" , קרי סעיף 3 (רישא) חסום. **מאז:**  נעברה כברת דרך, המונח בן זוג כבר מפורש באופן גמיש (**פס"ד לינדהורן מפסיקת ידועים)** והיועמ"ש מנחה: ההליך של אימוץ הילדים של מב"ז, הוא הליך שנכנס ל-3(1).

**פס"ד הבא: ברנר קדיש-** פקיד הרישום סירב לרשום אחרי אימוץ בקליפורניה שאושר. האם זה המשך רגיל של **פונק שלזינגר?** לא- המדינה התנגדה בטיעונים " לא ניתן שלילד תהיינה שתי אימהו, אך בתווך ניתן פס"ד **ירוס חקק**, קרי המשוכה נעברה, והמדינה כבר לא יכולה להתנגד. **אולם:** בהסתמך על השופט **זועבי** (מיעוט של **ברנר קדיש**) – אמר שזה לא יישום פשוט של **פונק**, כי האחרון דיבר על פרטי רישום שלא מהווים האפילו ראיה לכאורה לנכונותן, וכאן- מדובר על משהו אחר, כי אם רשומות שתי אמהות, זה כבר אומר שלילד יש שתי אמהות, ומבחינת הקטגוריות של פרטי הרישום, יש כאן הבדל בתוקף, באפיון התוקף, וכאן מתבקש משהו מעבר להלכת **פונק** – זו דעת המיעוט. **בינתיים: בן ארי** לא מותיר מקום לספק בקשר לקיום התבנית של זב"מ, והמדינה הסכימה לוותר על הערעור. **קדרי:** יתכן וברנר קדיש שגוי מבחינה משפטית טהורה. **המשך פסיקות שמכירות בזב"מ: פס"ד משפחה חדשה** (להכיר רציו)- הזכות לפונדקאות- **אישה רווקה** (יחידה) שמבקשת את שירותי הפונדקאות. פס"ד של חשין, המסביר עד כמה ההסדר המאפשר לאישה נשואה להסתייע בשירותי פונדקאות, אך מונע מרווקה אותו דבר, הוא הסדר מפלה. שורתו התחתונה: המחוקק צריך לשנות את החוק לדידו, לנקוט בדרך של פתיחת הליכי הפונדקאות ללא מגבלת סטטוס. **קדרי:**  מה ההבדל מבחינה ערכית בין שאלות **ירוס חקק/ברנר**, ובין **משפחה חדשה**? איך חשין יכול להבחין בין העתירות הללו? בירוס חקק/ברנר- הילדים כבר קיימים, גדלים בפועל במציאות בה יש משפחה מתפקדת, ומתן הצו הוא רק ע"מ להכיר במציאות, וברור שללא הכרה- זו רעת הילדים. למשל: נדרש צו, כי אולי אחת האימהות מתה, והוריה של המנוחה ירצו לקחת מהנותרת בחיים את הילד? ללא אימוץ, יתכן ולא ניתן למנוע זאת- נדרשת הכרה משפטית מלאה באימהות, קרי לאפשר התאמה בין המציאות הקיימת, טובת הילד והקטגוריה המשפטית. **בפס"ד משפחה חדשה:** השאלה היא לגבי הילדים העתידיים, עמוקה יותר, האם המדינה מלכתחילה רואה בתאים המשפחתיים הללו, של זמ"ב, כשווי ערך וכראויים ולגיטימיים לצורך הולדה? הבאת ילדים שטרם נולדו? **כאן חשין עצר-** זו שאלה שמעבר לביהמ"ש, והמחוקק צריך להחליט (לכן פונדקאות בין זב"מ- ניתנת רק בחו"ל). **על רקע זה קמה ועדת מור יוסף:**

* **דגשי וועדת מור יוסף:** לא התמקדה בנושא זב"מ, אלא על כל היבטי פוריות והולדה בישראל, והנושא של זב"מ היה שולי, לא יוחד לו פרק, מתייחסים אליהם כאל בני זוג רגילים. ומסקנתם" שירותי הפריה חוץ גופית צריכים להיות נגישים ופתוחים לכל בני זוג, קרי גם לזב"מים. או אם המסקנה: פונדקאות פתוחה לכל דורש, זה כולל זב"מים. **משמע:** הדיון הזב"מי מובלע , לא ייחודי. **פרוצדורות תרומות זרע, ביצית:**  עוד קודם הוועדה נפתחו כלפי זוגות לא נשואים (זב"מים), וזה בא אחרי פסיקה ענפה. ההבדל בין תרומות זרע, ביציות שונה מפונדקאות, שנתפסת כ"מכירת איברים", ועוד: ההליך הארוך, ההיריון עצמו, הרגישות וכו' הכרוך בפונדקאות (דוג' ל"ניצול": תעשיית הפונדקאות בהודו, שהולכת ומתעצמת). **עמדת וועדת מור יוסף בנושא:**  כל עוד ההולדה הטבעית לא מוגבלת, והמדינה לא מתערבת בדרכי הולדה טבעיות, אז המגבלות שיש להטיל כפרטים נזקקים לעזרת המדינה, המגבלות צריכות להיות מינימליות, רק אינטרס כבד משקל יגביל. **מה השיקולים הללו?** לא נטייה מינית אלא: טובת הילד העתידי – מצבים בהם יש ראיות לכך שההורים עלולים לסכן את שלום הילד העתידי (הורשע בפלילים בגין פדופיליה למשל, לא יקבל תרומת ביצית, פונדקאות, או אדם שכבר רשויות הרווחה לקחו לו את הילד). כל שיקול אחר, לא רלוונטי, עד כדי מצבים בהם:
  + גבר המבקש לעבור טיפולי פוריות עם אישה שלא נשוי לה, מבלי ליידע את בת זוגו שהוא נשוי לה, או אישה המבקשת טיפולים ע"מ להביא ילד מאיש אינו בעלה מבלי ליידע את בעלה (ממזר) **–** **הוועדה** : **זה לא ענייננו,**  לא נמנע את הנגישות לטיפולי ההולדה, ולמה? כי במצב הולדה טבעית המדינה לא מתערב, לא מונעת ללדת מחוץ לנישואין, ולכן גם כאן לא נמנע. (דעת מיעוט בוועדה: לאפשר לכולם פונדקאות, אך רק מטעמים אלטרואיסטים).

**6/6/12**

**מנהלות:**  לעקוב אחר התקשוב ב-24 ש הקרובות לגבי הבוחן. יתכן והבוחן יידחה לסוף הסמסטר, ועוד: פס"ד נוסף בהלכת שיתוף ויחסי ממון + ציון אי רלוונטיות של הקודים לו, ופריט 23 (הסכמי ממון) יילמד שבוע הבא.

**הרצאת הרב שטסמן:**  בעל השכלה משפטית (מוסמך), מבחינה פוליטית – נבחר על הטיקט של ש"ס, אך במקור מהציונות הדתית. בגדול: מודרני.

**השלכות כלכליות של גירושין :**

**נושאי הדיון : מזונות אישה, יחסי ממון (חלוקת רכוש), מזונות ילדים.**

אחת הבעיות המשפט הישראלי- הקשר הכלכלי המעשי בין שלושת הנושאים הללו, לא בא לידי ביטוי תמיד, וגם ברמה התיאורטית (אם לוקחים ספרות של שיני משפחה) וגם ברמה המעשית (הדיונים המשפטיים בערכאות) – הנושאים הללו מנותקים זה משה במידה רבה. **קדרי**: אנסה להראות שיש חיבור, שיש צמתים בהם הקשר בולט, או לפחות רצוי שיהא כזה, נבחן את ההשלכות ההדדיות. עדיין: הדיונים לרוב מנותקים, והסיבה לכך: תזכורת- המקורות הנורמטיביים של נושאים אלו –

* **מזונות אישה**: דין אישי (דתי). **חוק תיקון דיני משפחה מזונות – 2א-** אדם חייב במזונות לפי דין אישי שחל עליו (והוראות חוק זה לא חלות). משמע: חוק כנסת, שבעצם אומר שהדין השולט על מזונות בני זוג- דין אישי. **פס"ד סולומון עסק בחוק זה: "יצירתם של דיני משפחה אזרחיים" -**  פסיקת המזונות של שמגר, מזונות אזרחיים של ברק, ו**סולומון**- הסיפור עם הבן זוג היווני – האישה לא הצליחה להכויח את הדין האישי שלו, ועלתה השאלה: האם השל שלא הצליחה להוכיח את הדין האישי שלו, אולי בעצם התביעה נכנסת לסעיף **2ב-**  מי שלא יהודי/מוסלמי/נוצרי או שלא חל עליו דין אישי, חייב במזונות לפי חוק זה, יעני: **לחסרי דת, למי שאין לו דין אישי** (בסולומון- ניסו להתייחס אליו כחסר דת, ושמגר דחה ונתן את תפיסתו על מזונות, מכוח ח"י כבו"א).
* **יחסי ממון**: **המקור-** חזקת השיתוף או חוק יחסי ממון. **אזרחי**.
* **מזונות ילדים**: **דין אישי** -למרות חוק לתיקון דיני משפחה מזונות -**3א:** אדם חייב לפי הוראות דין אישי החל עליו. לכאורה החוק האזרחי מפנה את הדרך לפי דין אישי. **3ב:** אדם שלא חייב במזונות ילדיו לפי הדין האישי החל עליו... חייב לפי חוק זה. (משמע: דין אישי פוטר, בילדים יש דרך אזרחית לעומת אם הדין האישי לא מטיל זונות אישה – יש פטור). **רציונל:**  המדינה דואגת לילדים, ולא מאפשר מצבים בהם דין אישי פוטר ממזונות (**קדרי:** הדין האישי היהודי אכן פוטר ממזונות אחרי גיל 15, זו ההלכה: ההורים כבר לא חייבים אחרי גיל זה, אלא מדין צדקה, יעני לא חייבים, אך הם עדיים קטינים בישראל (עד 18), וזה מצב קלאסי: הדין האישי פוטר, והאזרחי **מבטל את הפטור**).

**המקור לנתק בין השאלות שכולן מבטאות השלכות כלכליות של גירושין:**  כי כולן שאלות המתעוררות במשבר שהולך לקראת פירוק התא. כל עוד המשפחה חיה יחד, והכל סבבה, המתפקד כיחידה כלכלית אחת: השאלות לא מתעוררות, וזה לא שאין דין שמסדיר אותן: כי הדין הקובע מזונות בין בני זוג, שיתוף נכסים, טיב השיתוף, זכות הילדים למזונות- קיימים כל הזמן, אין וואקום, אך מתי פוגשים בהם ומפעילים אותן- **כשהתא המשפחתי חדל מלהתקיים כתא כלכלי אחד.**

**דיון מזונות בני זוג (בני"ז):**  (למבחן: רק מה שנלמד בכיתה) : נדבר על - פרויקט מזונות אזרחיים של שמגר, מהפכת המזונות של ברק (האזרחיים), היחס בין מזונות אזרחיים – חוזיים וקידום ההתחשבות בהון האנושי (בדיון על ההון האנושי נראה איך הסוגיות קשורות, איך מזונות בני"ז צריך להישקל ולהימדד במשותף וכחלק ממכלול כל הסעדים הכלכליים של הגירושין).

**עקרונות ההלכתיים של המזונות:**

**הלכות אישות של הרמב"ם**- כשנושא אדם אישה מתחייב לה בעשרה דברים וזוכה לה בארבעה דברים (גם ללא שייכתבו, אלו תנאי כתובה). בין עשרת חיוביו: **המזונות.** מהם המזונות (**פס"ד אקנין)** – כוללים מזון, כסות (לבוד) ומדור. אלו חלקי המזונות. יצוין כי הדינמיקה של הגירושין בישראל, לעיתים תביעת המזונות היא יריית הפתיחה של נשים במסגרת הסכסוך, קרי השיקולים הטקטיים הם כאלו שיובילו למסקנה שאין טעם להגיש גירושין, והביטוי לסכסוך בין בני"ז, למעשה יהיה בתביעת המזונות שאישה תגיש, לרוב לביהמש"פ, אך לעיתים תעדיף לביד"ר דווקא, בגלל המדור הספציפי (אקנין). קרי המסקנה תהא לעיתים שהסכום יהיה נמוך (אם בכלל), יושפע משאלת הקיזוז, אך עדיין יהיה טעם במזונות , אם ניתן יהיה לקבל פס"ד המקנה לאישה את הזכות להישאר באותה דירה של הזוג- זה לחץ גדול על הבעל. גם תביעת מזונות ללא מדור ספציפי, אם הכללים ההלכתיים יובילו לפסיקת מזונות ראויה, גם זה יכול להיות כלי משמעותי בידי נשים במהלך הסכסוך. **קדרי:** אם בעל נמצא בסכסוך, לא נהנה לשלם לה כל חודש, מן הסתם, ולעיתים זה לחץ שיזרז את סיום הסכסוך וההגעה לגירושין. ועוד: יש כאן אבסורד: המזונות לפי ההלכה, הן זכות הקיימת בנישואין בלבד, ולמעשה מתי נשים תובעות זאת: כשרוצים בסיום הנישואין. אך זה לא באמת פרדוקס, כי התביעה מוגשת כי עובר זמן רב מרגע פתיחת הסכסוך ועד תום הנישואין, וזה קלף מיקוח טוב, או נחיצות עצמה בקיום (לא רק מיקוח, כשמדובר באישה לא עובדת למשל, ואין לה שליטה במשאבי הבית, קרי זקוקה למזונות ע"מ לחיות, עש שהשיתוף יתפרק והיא תקבל את חלקה). **חזרה למקורות הילכתיים:**

1. **המזונות חד סטריים:**  רק האישה זכאית למזונות מכוח ההלכה העברית. יש מצבים חריגים, בהם יכולה אישה להתחייב במזונות לבעלה, אבל מקור החיוב אינו בקשר הנישואין או הזוגיות, אלא לקוח מכוח דיני הצדקה הכלליים, הקיימים במנותק מקשרי משפחה/זוגיות, לרוב מדובר באישה מאד עשירה, ובעל ממש עני מרוד.
2. **הזכות למזונות תלויה אדוקות בהתנהגות האישה:** כשניתחנו את פסיקת המזונות של שמגר, הייתה התמודדות עם טענות הגנה הנשענות על התנהגות האישה, טענות העוסקות בהתנהגות מינית, מוסרית של האישה (שלוש דרגות סטייה: עוברת על דת, מעשה כיעור, וזנתה תחת בעלה). **אם הטענות מוכחות:**  מוליכות לתוצאה של פטור. במצבים אלו הבעל פטור לחלוטין ממזונות. **יש סוגי התנהגות נוספים שעלולים להוביל לפטור ממזונות וטרם נדונו:** כל סוגי ההתנהגות הנכנסים תחת "מורדת", מונח טעון – מורדת יכולה להיות מורדת ממלאכה (יחד עם חיובי הבעל שהוא מתחייב כלפיה כאמור, הוא גם זוכה ממנה, בין היתר: "מעשי ידיה", הנחלקים לכמה קטגוריות של סוגי מלאכות שהאישה חייבת לבעלה , ויתכן שאישה שלא עושה ממלאכות אלו, היא תיחשב למורדת), סירוב לחיי אישות, ולכל מסגרת עובדתית כזו יכולות להיות השלכות, בהיבטי טענות הגנה הקשורות להתנהגות האישה. **עוד עקרון השייך לחובת המזונות של הבעל, ומביא אותנו לעוד טענת הגנה מפניהן:** הזכות למזונות קיימת כל עוד האישה עימו –**פס"ד פלולי:**  סייג את ביקל, ויש בו סקירה של עקרונות מזונות אישה. נאמר לו – היא לא איתך, אך בגללך, או שעזבה כי היה אלים (רגשית או פיזית), והפסיקה האזרחית, במסגרת הניסיון להתאים עצמה לזו הדתית, קבעה: אם אישה עוזבת את בעלה מסיבות שנעוצות בו, וחובת ההוכחה על סיבות העזיבה (**נאמר בפס"ד מילר נ' ברקוביץ-**  חובת הוכחה קלה כנוצה, יעני אין לה מה להוכיח אם עזבה, כנראה שהיו לה סיבות).
3. **היקף המזונות וגובהן: "עולה עימו ואינה יורדת עימו"-**  למעשה, יש כאן ביטוי לתפיסה מסורתית, של מהן הנישואין לאישה: עסקה כלכלית להבטחת קיומה, היא נכנסת כדי לשפר את מעמדה הכלכלי, והיא רק "עולה עימו". זה משפיע גם על השאלה הבאה: **איזה עוד סוג הגנה יש מפני תביעת מזונות?**  הגנה שנעוצה בחובות האישה כלפיו – "מעשי ידיה כנגד מזונותיה" – זו **טענת הקיזוז** : מעשי ידיה כוללים **עבודה**, ואם עובדת בשכר זה נכנס לכלל, ואם לא עבדה מעולם כי לא היה צורך או שהחלוקה הייתה שהיא בבית (משק בית פנימי) והוא עובד, כאן אולי יכנס הכלל: עולה עימו ואינה יורדת עימו. השאלה: האם ניתן לומר לה ללכת לעבוד, תלויה בעוד גורמים, אך גם בעקרון זה.
4. **רק במהלך הנישואין:** ולא לאחר הגירושין.

**סוף עקרונות הלכתיים.**

**מזונות ילדים עפ"י ההלכה:**

1. **החיוב המרכזי על האב:**  חובת האם משנית, ולא נובעת מחובתה כהורה, מדינים כלליים של צדקה ולא מכוח מע' יחסים הורית של האם ביחס לילדים. אפילו חובת האם להניק את ילדיה, היא חובת האם כלפי הבעל (לא כלפי הילד), קרי רק במצבים רחוקים, בהם ניתן להפעיל דיני צדקה- תקום חובת האם לזון את ילדיה. ניתן להניח, אם מדברים על יחס המשפט האזרחי לכללים אלו, שהוא לא יאהב את החלוקה.
2. **אופי החובה משתנה בהתאם לגיל/צרכי הילד: החלוקה** לקטגוריות גיל, מתחילה על "קטני קטנים" (עד גיל 6) , לגביהם חובת המזונות הכי גבוהה. **דרגת החיוב הבאה**: עד גיל מצווה, וכאן הרבנות הראשית התקינה תקנות חשובות (ביטוי משמעותי האחרון שהרבנות העזה לקחת על עצמה את המעמד של גוף בעל סמכות הלכתית להתקין תקנות שיחייבו את כל הקהל היהודי)- העלאת חובת המזונות מגיל מצוות לגיל 15. **מעבר לגיל 15:** אין חיוב מכוח הדין האישי, ולכן כאן נכנס חוק תיקון מזונות.

**על רקע זה – תפישה דתית מול אזרחית:**  בכל עקרונות ההלכה על מזונות, יש ביטוי לתפיסות חברה מסורתית, נוקשה בחלוקת התפקידים, מי לפרנסה ואחריות כלפי ילדים, מי אחראי לעבודות בית, והחיבור של המישור המיני לכלכלי – משמע כל עוד יש איזה שהוא אשם מוסרי, יש לכך ביטוי כלכלי- תפיסה מסורתית שמרנית, ויש להניח כי תפיסת המשפט האזרחי , תהא הפוכה, גם אם לא ב-180 מעלות, אך דעת שופטי משפחה/עליון לא תהא נוחה עם העקרונות. וכאמור, ניתן לצפות שתתרחש מלאכת התאמה, ניסיונות להתאים את הדינים ההלכתיים (שצריכים לחול כאן) לתפיסות האזרחיות.

**שוחחנו על כך בפסיקת המזונות של שמגר, והניסיונות מחלקים לכמה כיוונים:**

1. **הגנה מסוג הקיזוז:** הרחבתה – איך ניתן להרחיב את ההגנה במסגרתה הבעל טוען שיש לקזז את פרנסתה או את פוטנציאל השתכרותה (אם לא עובדת)- משמע: יכולה לעבוד? נבדוק מה יכולה ואת זה נקזז מסכום המזונות שטוענת להם. **אפשרי הלכתית?**  מחד עולה עימו וכו', ומאידך – חייבת באותן מלאכות. **אילו מלאכות נכסות לגדר מעשי ידיה? שאלת הסיווג:** 
   1. **מלאכות חיבה**
   2. **מלאכות הבית**
   3. **מלאכות הרווחה – המשמעותית לימינו-**  לשם רווח, העיקרון: מנהג המקום, מה שמקובל.

**תשובה- ההתפתחות בפסיקה ביד"ר כיום:**  הלכתית, אם בדר"כ באים בטענות אליהם בכך שלא מתאימים עצמם לתקופה, לשינויים חברתיים, נורמות חברתיות וכו', בתחום זה אנו רואים פסיקה בולטת בהתאמתה למציאות חיינו. **סיווג מחדש של עבודת נשים מחוץ לבית, של מלאכת רווחה**- כל אישה חייבת בה, והבעל יכול לכפות עליה לעבוד ולקזז את השכר הפוטנציאלי שתרוויח מהמזונות שדורשת. המערכת האזרחית מגיבה**: פס"ד ביקל-** פס"ד המיישם את ההתפתחות ההלכתית שהביא לאותה שורה: אישה שלא עובדת ויכולה לעבוד- מתקזז פוטנציאל ההשתכרות שלה מהמזונות. עצה לא טובה של עו"ד לנשים- תפסיקי לעבוד כדי להילחם בבעל ותגישי מזונות. מדובר בטקטיקה לא נכונה, לא כנה, ו**ביקל**: גם שופטים אזרחיים לא אוהבים את הרעיון שנשים מפתחות תלות כלכלית בבני"ז , ומבינת התפיסה האזרחית- ניתן לצפות שיעדיפו שנשים תיקחנה חלק משמעותי בשוק העבודה, ושחרור כלכלי. משמע, ההתפתחות ההלכתית, **פס"ד פלולי מסייג את ביקל:**  השאלה – מה המגמה הנכונה? **בעליון פלולי הוא המאוחר, אך מה קורה בפועל:** בביהמ"שפ – מחקר שבוצע ע"י קדרי, מראה מגמה מעורבת עם נטייה להתעלמות מהנחיות הפסיקה של הערכאות הגבוהות **(פלולי)** והעדפת **ביקל**. קרי, אומרים: לכי לעבוד. **הבעיה:** אם יאמרו לאישה בת 45 שמעולם לא עבדה, וכים מי יעסיק אותה?

1. **צמצום פטור התנהגות האישה:** שמגר פוסק – לא קיבל את טענות הגבר, מנימוקי הדדיות ושוויון**, ובסה"כ פיתח קו המצמצם את טענות ההגנה .**  ביהמ"שפ מהססים בנושא זה: לא נוח ללכת בעקבות שמגר, והיכן שרוצים לדחות את טענות ההגנה של הבעלים, פונים להנמקה טכנית: היעדר הוכחה (למשל למעשה כיעור).
2. **בניית המזונות האזרחיים: כהנא, סולומון – שמגר, פלונית מזונות אזרחיים של ברק.** השאלה: האם את המזונות החוזיים ניתן ליישם גם בנישואין כדמו"י- **לא,** פס"ד של **שוחט (כ.נ נ' כ.ח) – מ-2005, ותקף:**  מגמת ביהמש"פ/מחוזי, אין מזונות אזרחיים כדמו"י. **קדרי:** זה שגוי, אך זה המצב ואין החלה של המזונות האזרחיים על נישואין כדמו"י (קדרי: נכון יותר היה לפסוק שלמרות היעדר דין אישי, יש מזונות מכוח חוזה, ולכן היעדר חובה מדין אישי , או אי החלה של חוק תיקון דיני מזונות – לא קשורים, כי התביעה היא חוזית).

**המשך ההשלכות הכלכליות של הגירושין: יחסי ממון:**  הקשר כלכלי חברתי שבמסגרתו מתרחשים הנישואין וחיי המשפחה עצמם, וגם פירוקם: החיים המשותפים שיוצרים תא כלכלי משותף מתרחשים על רקע תשתית חברתית כלכלית, שחשוב להכירה: גם הפירוק של התא, מתרחש על רקע חברתי כלכלי ותנאי שוק עבודה למשל, עולם הכלכלי שמסביב למשפחות. במדינות העולם המתועש, במחיצת השנייה של המאה ה-20, החל להתעורר עניין רב בנושא המשפחה ופירוקה מהזווית הכלכלית. עניין זה התעורר כשהבינו שיש קשר עמוק בין החיים המשפחתיים ופירוקם, לבין מצב הנשים בכלל והתופעה שמכונה "הפמיניזציה של העוני" – העוני בעולם כולו לובש יותר ויותר פנים נשיות, קרי שיעור הנשים בקרב קבוצות העניים, הוא גבוה יותר משיעורן היחסי באוכלוסייה באופן כללי (52%): באפריקה, לעיתים שיעורי העוני הוא 80%, במתועשות: 70%, משמע: הרבה יותר גבוה משיעורן באוכלוסייה. באופן הדרגתי, הובן הקשר בין ההיבטים הכלכליים של חיי המשפחה ופירוקם ובין הנוכחות הגוברת והולכת של נשים בעוני. **ועוד, כרקע לדיון:** החלו להיערך מחקרים שביקשות לבדוק את הנושא הזה של ההשלכות הכלכליות של הגירושים על נשים /גברים. **לינור וויצמן (חוקרת)**: פירסמה את הספר – מהפיכת הגירושין- ההשלכה הלא צפויה שלא גירושין ללא אשם: משמע אם פעם פס"ד ניתן רק אם הצליחו להוכיח עילה, שתמיד הייתה נעוצה באשמת הצד שכנגד, החל משנות ה-70, הגירושין הפכו להיות ללא אשם, תחילה ללא עילה, ואח"כ לפי דרישת צד אחד, כי הרעיון- יינתנו כשנישואין הגיעו לקיצן, אם צד אחד לא מעוניין בקשר זה מקיים את קץ הישואין, קרי מדובר בגירושין לפי דרישת צד אחד. החוקרת דילתה: אחרי שהונהגו הגירושין הללו, מצבן הכלכלי של הנשים הפכו להיות מבהילים, וחקרה אם יש קשר בין גירושין ללא אשם ומצבן. הממצאים שקיבלה בעקבות מחקרים שבדקו את ההשלכות הכלכליות של גירושין היו דרמטיים: הצביעו על הידרדרות במצבן הכלכלי של הנשים ברמה של 70% פחות ממצבן הכלכלי טרם הגירושין (מקץ שנים מעטות מתום ההליך), והגברים: עלייה של 120% ביחס למצבם הקודם. ואז החלו לחקור את הנושא, ובשלב כלשהוא בשנות ה-90 ביקרו את וויצמן ואת שיטת המחקר שלה, אך המגמות כבר היו חזקות מידיי, והרבה בעולם חקרו זאת ומצאו את אותם ממצאים , גם אם בשיעורים נמוכים. **קדרי:**  ברור לאור זאת כי בעולם המערבי, שיש בעיה, והיא נעוצה באותו מוקד של הסדרים כלכליים של הגירושין. **בישראל אין מחקרים כאלו**, אין נתוני למ"ס, ביטוח לאומי שחקרו את אוכלוסיית הגרושות, אך הכי קרוב שניתן לראות כמדד: קבוצת המשפחות החד הוריות, כי לרוב מדובר על נשים (97%). **אלא שלא כולן גרושות**: יש בהם גם כאלו שיולדות ונותרות לבד מבחירה. בראשית שנת ה-90, 12% מהנשים החד הוריות היו מבחירה, וכיום שיעורן מעל 20%., 7% אלמנות, והיתר: 70% מהקבוצה: חד הוריות גרושות, ולכן נתוני הלמ"ס במידה רבה מספרים את סיפור הגרושות, זו אינדיקציה. **הנתונים:**  12.5% בישראל הם חד הוריות, וכל ילד שלישי מתחת קו העוני (לעומת רביעי במשפחה רגילה), מעל 40% ממקבלי השלמת הכנסה: חד הוריות, קרי:  **מצב כלכלי של נשים אחרי גירושין- קשה,**  ולכך נוסיף נתונים בסיסיים של שוק העבודה בישראל (הבדלי השכר), כי על רקע זה מתנהלים החיים בעת הנישואין, וגם היום שאחרי, בהיבט הגירושין. **סיכום: זה הרקע לדיון על "איך נכון לפרק את התא הכלכלי, איזה הסדר ראוי, מה נכון לכלול במסגרת החלוקה, והאם צריך להביא את ההון האנושי בחשבון".**

**13/6/12**

לאחר הקונטקסט הכלכלי – חברתי, נדון על המשפטי:

* גירושין בישראל: "קשים", אין פרוצדורה המבטיחה סעד בתום פרק זמן מסוים, אלא או ע"ב הסכמה (והסחטנות עובר לה), או ע"י הוכחת עילה).
* סעדים כלכליים עם תום הקשר הזוגי: פורמאלית, הסעד היחיד הממוני הקיים – חלוקת הרכוש, קרי אין את המכשיר המזונות שלאחר הגירושין. כאן מתחזקת הביקורת והקושי עם העובדה שנכון להיום בתיהמ"שפ לא פוסקים מזונות אזרחיים, חוזיים כשהקשר הוא כדמו"י. לכן: אם מבקשים צדק בהקשר ממוני, וההשלכות הכלכליות של הגירושין, המכשיר היחיד הוא : חלוקת הרכוש.
* ברמת התפתחות ההלכות: הלכת השיתוף גובשה ע"ב שיח חוזי: כוונה, הסתמכות וכו' (מושגים מעולם המשפט האזרחי הכללי), ומסורתית : הנושא של צרכים הוא לא כזה שעלה משמעותית עד לאחרונה. זה ממחיש שהתקופה הנוכחית מאופיינת בשינוי.
* מה בדיוק בר חלוקה? השינוי המשמעותי ביותר: נכסי קריירה (זכויות כלכליות של פנסיה, ביטוח מנהלי, קרנות וכו' – בשנות ה90 הוכר כבר חלוקה) ולאחרונה: כושר ופוטנציאל השתכרות, הון אנושי, מוניטין אישי.
* סיכום: מהות הגירושין בישראל, והמבנה: יוצר פערי כוח המעניקים כוח לצד אחד, שלרוב מלכתחילה וכלכלית הוא חזק יותר, והתשתית המשפטית מחלישה את החלשה, ומחזקת את החזק, קרי : **נק' מוצא בעייתית** (אם נוסיף את פערי השכר, דפוסי קריירה שונים, העוני הנשי- נק' הפתיחה מתעצמת ברועה).

**כעת נבחן: מה אומר ההסדר המשפטי של חלוקה רכוש בעקבות פירוק קשר בישראל :**

**הלכת שיתוף (הון אנושי, פנסיה וכו') וחוק יחסי ממון והיחס ביניהם –**

**הלכת השיתוף:**

**פס"ד חסל –** התפתחות הלכת השיתוף . באופן מסורתי: **אורח חיים תקין, מאמץ משותף:** חזקה שכל הרכוש שנצבר (לא משנה ע"י מי), שייך לשניהם במשותף. מה היסודות המשפטיים הבאים לידי ביטוי: **עניין אפטה החל בזה-** הסתמכות (רציונל חוזי) – הרציונל המרכזי, ההסכם מכללא, ההסתמכות. ועוד: שותפות- מרכיב המאמץ המשותף נותן היבט קנייני- זיקת בני הזוג ביחד, שניהם אחראים ליצירת הרכוש במשותף, במאמץ משותף – אלו מרכיבי היסוד בהלכת השיתוף. **ואז מגיעות הרחבות :** הרחבה מנכס אישי לנכסים עסקיים - **פס"ד בסיליאן, סלם נ' כרמי (שייך לנושא ידועים ודיבר על שיתוף ברכוש עסקי) -**  הז'אנר החדש: יתכן ותידרש רמת ראייה גבוהה יותר לצורך הוכחת שיתוף, אם מדובר בנכס עסקי או מאידך, יהיה קל יותר לסתור את כוונת השיתוף כשמדובר בנכסים עסקיים. יש פסיקה שאומרת אחרת: **פס"ד אבולוף-** דיירות מוגנת בחנות פרחים- הזכות של הדיירות המוגנת בחנות: הזוג אבולוף חיו יחד 44 שנים, והריב הוא על חנות הפרחים. **השופט בך:**  הגיעה העת לבטל את ההבחנה בין סוגי הרכוש, ויתכן שיש הבדל ברמת ההוכחה הדרושה, אך אין מקום ליצור הבחנות בין רכוש משפחתי לעסקי. הכניס מושג חדש ושכיח-**הפנקסנות**- זוג שחי יחד הרבה שנים, לא ינהל פנקסנות. ועוד: הזכות בחנות נרכשה עוד לפני הנישואין, אך ממש בסמוך, כך שלא רק שהיה רכוש עסקי, אלא גם "נכס חיצוני" – מלפני הנישואין, או מתנה / ירושה: נכסים חיצוניים הם נכסים שהיו למי מבני הזוג טרם הנישואין (מתייחס גם לידועים, קרי משהו שהביא אתו אחד מהבני"ז לפני תחילת חיים יחד) ועוד חיצוניים: נכסים שהתקבלו במהלך החיים המשותפים בירושה/מתנה, וגם הם: בשיתוף או לא? לא- כי המאמץ המשותף לא קיים כאן (נכס חיצוני סותר מאמץ משותף). **בך**: זה כן בשיתוף . **בעניין בריל הנושא של נכסים חיצוניים נדון –** ועונה בשלילה. ביהמ"ש **בבריל** (מצא) פורס קשת של לבטים, שמחד אמנם אין מאמץ משותף, ומאידך- יכול להיות שנוצרה היטמעות של הנכס החיצוני למסגרת הכללית של הרכוש של בני"ז, והיטמעות זו יכולה להיות גם היטמעות מעשית (טכנית- לדוג' ירושה שקיבלתי מדודה ושימשה לשיפוץ הבית: הירושה נטמעה ברכוש המשותף, או אולי היטמעות רעיונית ולא מעשית- הכסף הופקד בתכנית חיסכון לטובת הילדים). **בבריל**: אולי נוצרה היטמעות, אך לא תמיד התוצאה היא שיתוף (שם לא). מהדוגמאות הנ"ל: רכוש עסקי, נכס חיצוני ניתן לראות שהפסיקה מאד מגוונת, והשאלות שתעלינה הן כאלו שקשה לתת להן תשובה חד משמעית. מה שחשוב לשאול: **מה כדאי להוכיח כדי להגיע לשיתוף או ההיפך- לסתור שיתוף.**  **אבולוף:** האישה עבדה בחנות ללא שכר, קרי אולי מוגדר כרכוש עסקי, אך לא קלאסי, זה לא חברה בע"מ ששייכת לבעל, השכ"ד שולם יחד מחשבון משותף, משך זמן הנישואין הארוך. משמע: אופי הנכס, משך הנישואין ילמדו על השיתוף (מצא **בבריל** מונה פרמטרים). עדיין אין לומר שההלכה ברורה. **במה יש הלכה ברורה מבחינת ההרחבה:** נכסי העתודה הכלכלית – "הרכוש החדש", המשמעותי דהיום בעולם המודרני, נכסים וזכויות מכוח העבודה – קופ"ג, השתלמות, ביטוח מנהלים , והכי חשוב: הפנסיה: הרכוש העיקרי של האדם בעולם המערבי, בטח שככל שתוחלת החיים עולה. **הפסיקה בישראל**- זכויות הפנסיה אינן אישיות, אלא שייכת לפול הנכסים המשותף. הכרה זו אינה טריוויאלית, ומבט השוואתי על מדינות מערביות מראה: פנסיה לא מתחלקת, קרי בישראל- מדובר בתחום מודרני מאד בדיני המשפחה.

**הרציונלים:**  כאמור, אורח תקין ומאמץ משותף, אולם **בחסל:** מטרת החזקת שיתוף – צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים. ההכרה בכך ששיתוף בנכסים הוא הגשמת שוויון מהותי, בין המינים, אינה טריוויאלית, והיא הכרה שהפסיקה הגיע אליה באופן הדרגתי, כשבדרך מה קרה? דרישת אורח חיים תקין נזנחת, קרי הפסיקה הבינה אין לדרוש הרמוניה בין הזוגות, שהיא דרישה לא רלוונטית, ומה רלוונטי: חיו יחד, ניהלו את המשפחה כיחידה כלכלית אחת, עם כל המרכיבים הדינמיים שבה, עם התפקידים השונים בין בניה"ז, ובדר"כ החלוקה היא עדיין המסורתית, בעל בחוץ (עבודה תמורת כסף, השקעה פיננסית ביחידה המשותפת), היא בבית (השקעה בפיתוח היחידה המשפחתית אינה פיננסית). אולם, המערכת פועלת במשותף, מקדמת ומפתחת את היחידה, ולא משנה אם החיים הרמוניים או לא, ולכן רכיב חיים תקינים נזנח, וגם המאמץ המשותף נזנח- נותרנו עם חיים משותפים: זה מספיק להקמת החזקה, והרציונל של טירקל **בחסל**: מבוסס על צדק חברתי ושוויון בין המינים ובעצם אנו נמצאים כיום עם חזקה **נורמטיבית קוגנטית:**  אחת החקיקות השיפוטיות המרכזיות במשפט הישראלי (להבדיל מעובדתית הסכמית).

המשך השאלות המשפטיות הכלכליות: **פס"ד שלם נ' טוונקו –** שאלת הפסיקה: שאלות פתוחות- חובות : האם יש קורלציה מלאה בין זכויות וחובות (**עמית)** – פס"ד **שלם :** מהלך של ברק: פורס רטוריקה שמנתחת את מה שהוא מכנה "התכליות של הלכת השיתוף", יעני הרציונל (חשוב להכיר: פסקה 8 לפס"ד). **בן גיאת נ' הכשרת היישוב -**  גם מדבר על חובות. השאלה: מתי מתעוררת השאלה של השיתוף בחובות? כשיש יריבות בין הנושים לאחד מבניה"ז באופן ישיר (לרוב הבעל), והצד הנושה מבקש לרדת למכסים המשותפים שטענתו: כמו שהאישה נהנית מהלכת השיתוף וזכויותיה, היא גם אחראית לחובות, ולכן ניתן לגבות גם מחלקה. טענת הזוג: חצי שייך לאישה ולכן אין לרדת לחלק זה, לגבות ממנו. אם זו מסגרת היריבות, ניתן לראות מה ניסיון הפסיקה: לרוב, המטרה תהא להגן על נכסי האישה, לרוב מדובר על כך שהבעל אולי ניהל כושל, אולי לא חוקי, אולי האישה לא ידעה/ניסתה למנוע, קרי הנטייה: להגן על האישה, ואז כפועל יוצא – להגן על הזוג, כי במקרים אלו הם לא יריבים (**בן גיאת**: לא רק בני הזוג יחד, אלא גם פעלו במשותף ע"מ להתחמק, להבריח). ע"ב זה, ברק מגבש דרך שמנסה לחלץ את נושא החובות מלפיתת הלכת השיתוף בעניין **שלם.**

אחריות האישה לחובות - פסיקה שקדמה **לעניין שלם**: ניסיונות הפסיקה להתמודד עם הסוגיה, תוך ניסיון להביא להגנה עליה, שלא תוטל עליה אחריות לחובות. **אחת הדרכים**: מה אופי החובות, איך נוצרו? יש קו בפסיקה המדבר על כך שאם החובות נוצרו עקב התנהגות לא ראויה, תקינה, מוסרית של הבעל- לאישה לא תהא אחריות לחובות : הימורים, פילגש. אלו הן חובות שהאישה לא תהא אחראית להם, מוחרגים מהשיתוף ואין על כך מחלוקת .**בעניין שלם:** לא ניתן היה לטעון שזה אופי החובות, ניתן היה לומר: נעשה הבחנה בין חובות עסקיים לחובות מנכסים משפחתיים (וכאן יש בעיה: כי זכויות מרכוש עסקי כן הולכות לאישה). על בסיס הרציונאלים לעיל, ברק עושה מהלך : ניצור הבחנה בנוגע **למועד של התגבשות השיתוף**. ההבחנה בין הרכוש המשפחתי לרכוש העסקי תבוא לידי ביטוי ביחס למועד בו מתגבש השיתוף בין שני סוגי הנכסים השונים. כל עוד מדברים על נכסים משפחתיים מובהקים, ובראשם דירת המגורים (הספיקה מתייחסת לנכס זה כגולת הכותרת של השיתוף), השיתוף מתגבש במועד בו מתמלאים התנאים של הלכת השיתוף (חוזרים לתנאי היסוד ההסטוריים: תקין + משותף), קרי ככל שהדברים נוגעים לדירה, השיתוף הנכס עצמו ובחובותיו של הנכס, מתגבש ומתקיים במהלך החיים המשותפים. **אבל,**  כל היתר, השיתוף בכלל הזכויות והחובות (למעט המשפחתיים) הוא בבחינת שיתוף קנייני דחוי המתגבש רק במועד קריטי (פיסקה 29-30 לשלם) – זו גישת הביניים. הבחנה בין מועד ההתגבשות ביחס לסוגי נכסים שונים, ועוד: ההבחנה היא בין הנכסים המשפחתיים המובהקים, אבל (באוביטר) אומר: יתכן ודין דומה יחול על נכסים נוספים של בני הזוג, כאלו שיש להם השלכות כלכליות משמעותיות על בניה"ז- קרי לא רק משפחתיים, אלא מהותיים לחיים המשפחתיים , וייכנסו לקטגוריית הגבשות השיתוף במהלך החיים המשותפים. קרי- השיותף הכללי מרחף מעל בניה"ז כל הזמן, והוא תופס ברגע הקריטי, בפרידה, משבר: האם בהגשת בתביעת גירושין, עזיבת הבית, פתיחת ח-ן נפרד? אין לכך תשובה ברורה, מהו הרגע הקריטי – מועד המשבר: אז מתגבש השיתוף. אם יש תביעה של נושה נגד בניה"ז, והוא מבקש לגבות גם ממה שנטען כחלק שבו בת הזוג שותפה בנכסי החייב- ברק: לא ניתן, כי לא התגבש השיתוף שלה בחובות, לא קרה המועד הקריטי: הם לא נפרדו, אין משבר, ולכן אין לה אחריות משותפת לחובות. **קדרי:**  זו דרך מעולה למלט אותם מהחובות שלו, השאלה: האם יעבוד תמיד? יביא לתוצאה צודקת? אולי עבור האישה זה טוב, אך לגבי התמונה הכללית זה רע כי חובות יהפכו אבודים (אולי כלפי ספקים קטנים). לענייננו: לצורך החבות בחובות – יש פס"ד מנחה: **שלם.** ועוד, מעניין **בן גיאת:** (פס"ד חשוב לצורך שאלת תכולת הסימולטניות, האם כללי הלכת השיתוף חלים גם על זוגות שחוק יחסי ממון חל עליהם) איך נפתרה השאלה? הרי החוב נגע למשכנתא, קרי החוב על הדירה עצמה, איך מגינים על חוב חצי דירה מפני האישה. **השופט עמית:** לכאורה האישה שותפה לחוב מכוח שותפותה בדירה, אז למה לא ניתן לגבות: **אין תו"ל,** ההכשרה היא נושה מקצועי, הייתה צריכה לדעת בעקבות הפסיקה הקודמת, שברגע שרושמים משכנתא: יש לבדוק אם האדם נשוי, ולהחתימו – לא עשו כן: לא קיימו את דרישת תו"ל לסעיף 9 (קניין). **שורת תחתונה של החובות:** אי וודאות. **סיכום:** הנושא לא וודאי, ויש להכיר את עקרונות העל, ומאידך את השאלות המנחות, ואת דוגמאות הפסיקה: איך ניסו והצליחו/כשלו להגיע לתוצאה הרצויה.

**שאלת ההון האנושי וחלוקתו בפירוד:**

חזית זו של כללים משפטיים נדונה לעיל, וישראל היא חוד החנית בנאורותה בסוגיה. **ההצדקות לסיבה שההון האנושי/מוניטין/כושר השתכרות מוגבר, צריך להיות חלק מפול השיתוף?**

דוג': ראובן ולאה התחתנו בגיל 22, ונפרדים בגיל 26. מבחינת השאלה של איך ייצאו מהקשר המשותף: כמעט כמו שנכנסו, אלא אם יש ילדים ונוצרו הבדלים (האישה בבית , הוא בחוץ וכו'), ועדיין: לא ניתן לומר שראובן נמצא במקום הרבה יותר גבוה ממנה מבחינת קידומו המקצועי ויכולת השתכרותו. **ראובן ולאה שנפרדים בגיל 65:**  הקידום המקצועי, כושר ההשתכרות- עד גיל 65 התהווה פוטנציאל ואף מוצה, כל היכולת שצברו לאורך קידומם המקצועי כבר בא לידי ביטוי, נשתלמה המשכנתא, יש פנסיה שנחלקת שווה – קרי פוטנציאל ההשתכרות מומש והם נחלקים בכל הקיים, אין עתידי .**הפערים הרציניים: באמצע החיים-** בגיל שעד אליו פיתחנו יכולת השתכרות, ומאותה נקודה (40-45) מתחילים להינות מהפירות: **האחות שנישאה לרופא:** הכשרת רופא לוקחת 20 שנה עד צבירת מוניטין, שר"פ וכו'. נישאו בגיל 20, היא השקיעה את משאביה כדי שיוכל לעשות תורניות וכו', ובגיל 45 הוא בשיא, יכול לקטוף פירות, הפנסיה טרם נצברה, אין הרבה לחלוקה, אך  **יש פוטנציאל עצום המגולם בהון האנושי שלו**, ביכולת השתכרותו העתידית, ואצלה: הרבה נעצר. (ההבחנה היא בין אימהות ואחרים: "הקנס הכלכלי של האימהות"). **ראובן ולאה בגיל הביניים:** הם נושאי הדיון בשאלת ההון האנושי. **עוד דוג':** ראובן בגיל 25 עלה על רעיון : מסמר לא מתעקם, רשם פטנט, פתח בית מלאכה בגיל צעיר ופיתח אימפריית "מסמרי ראובן". מתגרשים בגיל 45: מגיעה ללאה חצי מהאימפריה. מה ההבדל בין האימפרייה ובין כושר ההשתכרות שלו ככירורג מומחה? **אין הבדל.** בכל זאת, הרעיון של חלוקת ההון האנושי אינו פשוט לעיכול, לקבלה והדוג' לעיל ממחישות את הצורך, אך ברמה התיאורטית: רציונל, צדק חלוקתי והרציונל המוביל : לחיים המשותפים יש רווחים, יש תפוקות, הנאות ויש מחירים ועלויות. **השאיפה**: כששני בניה"ז המרכיבים של היחידה הכלכלית המשותפת נפרדים: הכל יתחלק, הרווחים והמחירים (העלויות). ההתנגדויות להתנהלות זו: שיעבוד האיש, תמריץ לתלות האישה וכו'.

**20/6/12**

**ההשלכות הכלכליות של הגירושין (המשך) וחוק יחסי הממון, סימולטניות והסכמי ממון:**

הצדקת ההתחשבות בהון האנושי, מוניטין וכושר השתכרות: שוחחנו על ההצדקות- הבסיס התיאורטי על ההתחשבות בהון האנושי, היא ההתייחסות לכך שהנישואין יוצרים מציאות המביאה לתוצאה שעם סיום הקשר והחיים המשותפים, שני הצדדים יוצאים לרוב במצב שונה לחלוטין (זה מזה)ף בעוד אחד יוצא עם יכולות כלכליות חזקות, השני יוצא עם נחיתות כלכלת. הפערים הללו נוצרים בגלל הנישואין והחיים המשותפים וחלוקת התפקידים שנוצאה בין הצדדים במהלך החיים המשותפים. כל המטרה: התחשבות במחיר ובהפסדים, לצד התועלות והרווחים של הקשר, החיים המשותפים- התחשבות שצריכה להביא לתוצאה צודקת, מאוזנת. **פס"ד המשמעותי שאימץ את המחשבה הזו- ריבלין בעניין פלונית ההון האנושי-** מונח ה"פער"- מצבים בהםנוצר פער ממשי וברור בין בניה"ז, מבחינת כושר ההשתכרות, הפער נובע מוויתור. צד אחד על כושרו ואיפשור לשני להשיא את כושרו שלו, זה מבטא את ההצדקה, את הפרמטרים בהם יש להתחשב, **אך לא נותנות נוסחה.** ועוד: ריבלין מבקש לגרוע מהפער הזה את הכישרון האישי, או משהו שנוצר אחרי הפירוד. משמע- אדם שכושר השתכרותו גבוה משו של בת זוגו, לדוג': זמרת אופרה- המוניטין שלה וכושר ההשתכרות העתידי שלה, הם מכישורה האישי. נכון הדבר שהקשר הזוגי מאפשרים לכישרון לצאת מהכוח אל ה פועל, קרי מרכיב הנישואין משמעותי ויש הצדקה לקו של ריבלין ולהביא בחשבון במסגרת הפול הכללי של הרכוש, **אולם,**  במקרים בהם יש מרכיב משמעותי לכישרון אישי, זה שונה ממקרים רגילים בהם כל כושר ההשתכרות המוגבר מיוחס לקשר הזוגי. אין נוסחה ברורה, יש קווים מנחים פרמטרים, אך איך מפעילים בדיוק? זה פתוח וגמיש: משך הזוגיות, מס' הילדים – קרי קשר קצר ללא ילדים: אין מה לטעון להתחשבות בהון האנושי. **פס"ד המזונות האזרחיים-** שם קדרי העבירה ביקורת שנסיבות הפס"ד הן לא נכונות להציג את הקונספט של מזונות אזרחיים/משקמים, או כל סעד כלכלי אחרי פירוק הקשר: כי דובר על נישואין של שנה וחצי, ללא ילדים ולא השתנה משהו מבחינת הקידום המקצועי האישי שלהם, קרי לא הנסיבות לדבר על אותו צורך במזונות משקמים עם סיום הקשר. **למה זה רלוונטי כאן-** כל פסיקת ההון האנושי היא למעשה קו מקביל למזונות האזרחיים- שתי צדדיים של אותו מטבע, אותה מע' שיוצרת מחד תחלות כלכלית המושתת על חלוקת תפקידים מוגדרת (ומגדרית) במשפחה, ומביאה לכך ששני בניה"ז יוצאים מהקשר במצב כלכלי שונה לחלוטין זה מזו. גם פסיקת ההון האנושי מתייחסת לנק' זו, וגם פסיקת המזונות האזרחיים. חשיבות המזונות האזרחיים- מה קורה אחרי הפרידה, שניתן לפסוק מזונות אזרחיים אחרי שהחיים המשותפים נפסקים, וזו תמונת הראי של ההתחשבות בהון האנושי. **מקרה ריבלין** (שונה לחלוטין ממזונות אזרחיים של ברק): 30 שנות נישואין, הוא רו"ח מצליח, היא יועצת חינוכית בחצי משרה, 5 ילדים, מוניטין מוערך ב-700 אש"ח, והפיצוי החד"פי: 250 אש"ח.  **זוהי חלוקה מדויקת?**  ברור שלא, אך זה סכום לא מבוטל. **הבשורה:** ריבלין ממשיג את המוניטין האישי, קרי פוטנציאל השתכרות והון אנושי מוגדל, כחלק מנכסי בניה"ז המשותפים שנצברו בחיים המשותפים, ויש מקום לחלקם בפירוק השיתוף (אמנם לא מחלק חצי חצי, וזה מדגים מחד את חוסר הבהירות , ומאידך את הגמישות בהתייחסות למרכיב הזה). אך הבשורה: ההמשגה כנכס- אם לוקחים את ה-250 אש"ח שנפסקו ובתרגום חודשי: 7 שנים של 4000 ₪ לחודש . **האם תיקון 4 לחוק יחסי ממון מתייחס להון אנושי? פוטנציאל השתכרות? האם לפי החוק ההון האנושי, פוטנציאל השתכרות , מוניטין משמשים מרכיב בר חלוקה?** פס"ד ריבלין מתייחס להלכת השיתוף בפסיקתו – הפסיקה שקידמה את ההכרה בהון אנושי והכללתו במסגרת הנכסים בני החלוקה היא פסיקת **הלכת השיתוף, קרי**  הרחבת היקף השיתוף נעשתה במסגרת ההלכה. **סעיף 8(2) בחוק יחסי ממון –** האם זה נכס בר חלוקה ? **לא-** בנסיבות רגילות לא, כי סעיף 5 לא מכלילו, אלא ההון הוא מרכיב שניתן להתחשב בו בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת לשק"ד ביהמ"ש- זו לא אותה ההמשגה שהפסיקה הגיעה אליה ביחס להלכת השיתוף (חשוב), יתכן ותוצאתית, בני הזוג של ריבלין (**טיגר**) היו נישאים אחרי 74 , וחלוקת הרכוש הייתה נעשית לפי הסדר איזון משאבים ולא הלכת השיתוף, יתכן ותוצאתית ניתן היה להגיע לאותה תוצאה (250 אש"ח מהאיש לאישה), אבל הדרך אינה אותה דרך, וברור שאם היה נאמר בחוק: מרכיב פוטנציאל ההשתכרות יחולק כמו פנסיה והשתלמות, זה שונה ממה שנחקק בפועל: רק בנסיבות מיוחדות (סעיף 8). ברור שברגע שדברים נתונים לשק"ד ומראש מוגדרים כמקרים חריגים- התוצאה עלולה להיות שונה, ופחות מקרים יתחשבו בזה, זו לא ברירת המחדל. תיקון 4 לחוק- הדבר המשמעותי בו היה הקדמת מועד האיזון – **5א**. במסגרת תיקון זה נדונו עוד התפתחויות ועלה ההתייחסות להון האנושי – התיקון הזה, הקדמת מועד איזון, היה ביוזמת ארגוני נשים. עמדתן בעניין ההון האנושי – להכניס לסעיף 5, כמו 5(ג) – פיצויי פיטורין, פנסיה וכו'- להכניס גם הון אנושי. מי שהציג התנגדות: פרופ' ליפשיץ, כשאימץ את עמדת האמריקאים- שם נקבע: קשה להתייחס לפוטנצ' השתכרות כנכס, כי ברוב המקרים באותו פוט' של אדם, יש גם מרכיב אישי, יסודות ותשתית הכישורים שלו, משהו שאיתו האדם בא אל הקשר (אלא אם הנישואין מוקדמים ממש), כי סביר שמיש שמתחתן באמצע שנות ה-20, כבר מגיע לקשר עם תשתית כלשהיא, קרי מרכיב של "נכס פרטי", הדברים שעימם אדם בא לקשר, ומה שצומח מהרכוש הפרטי, גם הפירות הללו- פרטיים, ולכן אין להתייחס כאל נכס. מה כן נקבע באמריקה- להביא בחשבון את המרכיב של הפערים בפוטנציאל השתכרות והון אנושי, סוג של "תשלומי איזון" עיתיים. דרך חשיבה זו אומצה ע"י שחר ליפשיץ, ושכנע את המחוקק, קרי להכניס את המרכיב במסגרת ב"נסיבות המיוחדות" , ולא הדלת הראשית ,שתואמת את הלכת השיתוף- קדרי- יש מקום של הבדל והבחנה בין הדרך של הלכת השיתוף ובין דרך החוק. **סיכום:**  לפי הלכת השיתוף זה נכס נקודה, ולפי חוק יחסי ממון- מרכיב שיש להתחשב בו בלבד, לא ברירת המחדל (סעיף 8(2)). (פס"ד ריבלין- בע"מ 4623/04)

**תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון:**  ההישג – שבירת הקשר הגורדי שחיבר בין סיום הנישואין (הגט) ובין עריכת איזון המשאבים. הקשר הזה נוצר ב-73, כשמחוקק חילוני מציג חוק שתוצאתו הגלת הכוח שיש לצד השולט על סיום הקשר מבחינה הלכתית, פי כמה וכמה. איך זה קרה? איך מי שממילא שולט קיבל עוד כוח? התשובה- לא הבינו את העניין לאשורו, והמפלגות הדתיות דאז התנו את תמיכתן בחוק יחסי ממון בכך שההפרדה הכלכלית תתבצע רק כשמתבצעים הגירושין עצמם. הרעיון מנו חששו- שהנשים יסתפקו בהפרדה הכלכלית, יקשרו קשרים חדשים וירבו הממזרים. התשובה האפשרית לכך יכולה הייתה להיות: המצב הזה ממילא קיים – כי הלכת השיתוף אינה תלויה בגט, וזה היתרון של הידועים- לא תלויות בגט למימוש הלכת השיתוף- יכולות לתבוע פירוק שיתוף בכל עת! קרי- מציאות בה לא מוסדרים הגירושין ההלכתיים והפירוק הכלכלי מתבצע- קיים ממילא. הדתיים היו עונים- לא רוצים להוסיף על כך. **זה הרקע לחוק.** מרגע שנחקק, 35 שנה עד שניתן היה להביא לתיקון מס' 4, בזכות קואליציית "עיקר" למען המסורבות גט. אולם, ההובלה של האירוע – יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט- בן ששון (היום נשיא העברית). **השאלה :** האם לאחר שעבר התיקון, וניתן לפרק את האיזון בלי גט (תנאי **5א**) , האם בכך הגיעו כל השאלות אל פתרונן? קרי כל השאלות תחת הכותרת של הסימולטניות – האם הלכת השיתוף מוסיפה לחול במקביל לחוק יחסי ממון. זו שאלת השאלות – נדונה בפרשת **יעקבי**: לאחר התיקון- יש מקום לשאלה? לכאורה ניתן היה לומר שהדברים באו על תיקונם, כי הסימולטניות נדרשה עד התיקון בשל העיתוי, ואם יש את תיקון 4 וניתן לפרק רכוש ללא גט- אין מקום לסימולטניות. **התשובה:** יש צקום לסימולטניות כי יש היבטים אחרים להבדלים בין שיתוך מכוח הלכת השיתוף ושיתוף מכוח חוק יחסי ממון, לצד העיתוי – אחת הנפקויות: **היקף השיתוף-**  ההיקף מכוח ההלכה הוא רחב יותר! גם אחורה וגם קדימה- קדימה (הון אנושי)- התוצאה המשפטית לפי הלכת השיתוף – הון אנושי מומשג כנכס, ולפי איזון משאבים- 8(2) נסיבות מיוחדות. **אחורה:** נכסים חיצוניים ופרטיים: הרכוש עימו מגיע אחד מבניה"ז לקשר: הדירה שהייתה שייכת לפלוני טרם הנישואין- הלכת השיתוף אומרת שזה חלק מהרכוש המשותף (**אבולוף)**, או ירושה /מתנה, ולפי חוק יחסי ממון: ירושות/מתנות /נכסים חיצוניים אינם נכללים בפול – "למעט נכסים שהיו להם ערב הנישואין". **טיב הזכויות:** מכוח הלכת השיתוף- קנייניות/מעין קנייניות (**פס"ד בן גיאת**), ולפי חוק יחסי ממון: אובליגטוריות ולא קנייניות. על מה משפיע? בעבר השפיע על העיתוי (עד תיקון 4), וכיום: **בן גיאת**- תחרות עם הנושים, צד ג'. אם הזכות של האישה ברכוש המשותף היא קניינית- זה גובר על הנושים (בן גיאת) ואם אובליגטורית- אולי הנושה גובר, משמע: משמעות אדירה. סיכום: יש רלוונטיות לסימולטניות. **פס"ד יעקבי:** שאלת העיתוי נדונה שם- מתי יפורק השיתוף: שני זוגות, בשניהם הבעלים סירבו לגט והנשים ביקשו את זכויותיהן הכלכליות, והשופטים הסתבכו- אמנם שורה תחתונה פירקו שיתוף , אך מכוח מה? מקריאה פורמליסטית של החוק לא ניתן לפרק איזון בגלל סעיפי 4 (אין בנישואין כדי לשנות קניין) שלא מותיר מקום לספק: אומר שהלכת השיתוף לא חלה, כי היא אומרת שמכוח החיים המשותפים נוצרות זכויות, והסעיף 4 מבטל זאת. סעיף 5 (טרם התיקון): פקיעת הנישואין עקב גט/מוות , אז עושים איזון משאבים וכל אחד זכאי לחצי, קרי- גירושין או מוות? חלק מהשופטים חשבו שכן- למרות הסעיפים- חשבו שיש הלכת שיתוף, ועוד שופטים: למרות שכתבו פקיעת נישואין עגב גט – פסקו שגם אם הסתיימו בפועל, זה נכנס לסעיף 5. **שמגר ודורנר** רצו להפעיל את סעיף 4, וחלקו- ש"כ, טל. מצא היה הפורמליסט (לא זה ולא זה), וכיוון ששניים אמרו שניתן לפרק כך ואחרים שניתן לפרק אחרת- פירקו – אך לא ברור מכוח מה. לפני התיקון הפס"ד היה חשוב (כי שוחח על עיתוי), כיום פחות, אך נדרש להכיר טוב את **אבו רומי**, שמתמצת את **יעקבי**. **אבו רומי-** מנסה לתת תשובה, אך הניסיון העדכני לענות על הסימולטניות: **בן גיאת- השופט עמית:** אם צופים לאן הפסיקה הולכת, לש' עמית תפקיד משמעותי. **עמדת עמית בבן גיאת בשאלת הסימולטניות:** התשובה אינה חד משמעית, אך מסתמן: בעיניו התשובה חיובית, קרי יש מקום עדיין לתחולת הלכת השיתוף במקביל לחוק יחסי ממון, גם אם עם סייגים. זו המחלוקת שלו מול רובינשטיין בפס"ד זה. **קדרי:** בפרשנות ישרה באמת- לא ניתן להחיל את הלכת השיתוף.

**סמכויות מיוחדות בחוק- סעיף 8:**  טעות נפוצה בנושא הייתה שחשבו שאותו סעיף מאפשר לביהמ"ש להקדים את פירוק השיתוף/מועד האיזון עצמו לפני מתן גט. זה לא נכון- רק תיקון 4 (5א) עשה כן. הבלבול: **8(3)**- יתכן וביהמ"ש יקבע שהערכת שווי הנכסים , שומת הנכסים, ייעשה לא במועד האיזון עצמו, בפירוק, אלא במועד מוקדם יותר – למשל ני"ע, יתכן ולא ידרגו אחרי נפילת הערך, או כמענה למקרה של הברחת נכסים.

**עוד דגשי חוק יחסי ממון:** טשטוש בן המשטרים – בא לידי ביטוי **בשתי בקשות ערעור משפחה:**  ללא נימוקים- זוגות שחל עליהם חוק יחסי ממון- רכוש שהיה פרטי, והפסיקות קבעו: הרכוש (דירה) מתחלק. ללא הנמקות (כי הם פוסקים בניגוד לחוק ובהתאם להלכת השיתוף). **פס"ד אבו רומי-** למרות שהשטח והמימון שלו מלפני הנישואין – האם היום **אבו רומי**  היה נפסק אחרת? **קדרי-** העובדה שהאישה ערבייה היא משמעותית, ואילו הנפשות היו יהודיות, היה נפסק כמו הבע"מים. ועוד: **אוביטר אבו רומי**- ש"כ אומרת שאולי ניתן היה להפעיל את 8(2) כדי לעשות צדק- כי יצאה אישה אחרי 14 שנות נישואין, 7 ילדים, ויוצאת בלי כלום. נראה שאבו רומי היה נפסק אחרת כיום אם כן.

**נסיבות מיוחדות: פס"ד בגידה-**  ניתן לטעון שיש לצדד בעמדת ביד"ר. קדרי: האשם היחסי אינו קשור לזכויות ברכוש המשותף, קרי שאלות מוסר אינן קשורות לזכויות רכושיות. **דיכובסקי-** קישר בין הבגידה ובין שאלת הצמיחה הכלכלית והשיתוף הכלכלי- לא אמר שיש להיענש על בגישה, אלא שהיא הפרה את מרקם החיים המשותפים ולכן שומטת את רציונל השיתוף הכלכלי, הערבות ההדדית, המחויבות. **בג"צ-** בגישה אינה בגדר נסיבות מיוחדות.

סיכום פסיקת סעיף 8 עד היום- פס"ד של נפתלי שילה בר"ג: 23025-06 (לא למבחן).

**סעיף 5א- לא למבחן.**

**יישום פוסט פלונית מזונות אזרחיים והתמזגות עם פסיקת ההון האנושי:** קריאת ברק במזונות אזרחיים, וריבלין (טיגר- ההון האנושי), את פסקאות 9-10 בערעור חיפה (הש' וסרקרוג) : למעשה- ההנמקות זהות: ממחיש את זה שמדובר בעצם על אותו בסיס תיאורטי למתן סעד, ומכנים אותו בכינויים שונים: מזונות אזרחיים (בדרך של פסיקה חודשית) ופעם "התחשבות בהון אנושי מוגבר, כושר השתכרות עתידי (סכום חד"פי), ופעם: פיצויי שיקום- חודשי/חד"פי, אך הכל זהה: הולך לאותו פער שיוצר ביכולת הכלכלית של צד א' מול צד ב' ע"ב חלוקת התפקידים המגדרית ביניהם בנישואים. הטשטוש הגמור: **מחוזי חיפה- פס"ד חשוב-**  דברי השופט עמית חשובים. 9-10 לשופטת וסרקרוג – מבלבל אך בעל מסר מעניין ויעיל: לא ברור אם היא מתכוונת לפיצויי שיקום, מזונות אזרחיים, חלוקת הון אנושי, תביעה נזיקית, חוזה מכללא, והסכום הסופי: 200 אש"ח – לא ברור מהיכן מגיע (בריבלין- 28 שנים + מוניטין יצא 250). **קדרי**: השופטת נותנת אמירה מאד גמישה, לא ממש משנה מכוח מה פוסקים- יש מספיק יסודות ורציונליים, העיקר שנגיע לתוצאה צודקת. בין וסרקרוג ועמית- כל אחד מהם מספר סיפור נישואין אחר – היא: האישה קורבן, בעל נצלן, ומגיע לה שיקום ופיצוי מלא. הוא- אישה שיצאה מקשר קודם לא טוב, ונוצרה לה הזדמנות לשדרג עצמה ולהתחתן עם הבוס, אולם זה לא צלח, אך מבחינתו- התנהגה באופורטוניזם, ושאלת מי ניצל את מי לא ברורה. הבנת הסיפור השונה שיחקה תפקיד במחלוקת ביניהם. הפסקה החשובה אצל עמית: פיסקה 4 – " עסקת חבילה שבתיהמ"ש שואפים להגיע אליה, כדי לסיים את מכלול היחסים הרכושיים בין הצדדים". לרעיון הזה קדרי מסכימה- זו המטרה הסופית, להיות מסוגלים להגיע לתפיסה כוללת המביאה בחשבון את כל הפרמטרים של החיים הכלכליים, כולל מזונות, מזונות ילדים, קרי מתחשבת בכל המרכיבים וההשלכות של הנישואין. העיסקה זו יש להיות מסוגלים להביא תשלומי איזון עיתיים- מטרתם לאזן בין בני הזוג , לבטל את הפער ביניהם.  **נק' חשובה בפס"ד זה של חיפה-**  הזוג הזה היה נשוי כדמו"י? הנישואין היו כדמו"י- האם יש אסמכתא בפסיקה לתת מזונות אזחריים גם במצב ניושיאם כדמו"י? עד כה אמרנו לא, אך בפסיקה זו של וסרקרוג- התשובה משתנה- ניתן לפסוק מזונות אזרחיים גם בנישואין כדמו"י, ואולי לקרוא להם אחרת- פיצויי שיקום, התחשבות בהון אנושי, התחשבות בפערי השתכרות, חוזה מכללא וכו'. התוצאה זהה והיא מסתמכת על ברק מזונות אזרחיים (ללא הסתייגות שדובר שם על ידועים/נישואין אזרחיים), וגם עמית לא מסתייג מזה. קדרי- יש כאן חשיבות גדולה.

**הסכמי ממון:** כאמור שוחחנו על הנושא בהקשר סמכויות (אמיר, לוי- סימות, הבטי סמכויות נמשכת, לבטל/לפרש הסכם). ועוד: בנושא הגט – הסכמי קדם נישואין. **וכעת:** האם אותו הסכם שכינינו אותה הסכם לכבוד הדדי, וכולל התייחסות למצב שבו צד אחרד רוצה להתגרש והשני לא משתף פעולה, או אז נכנס לפעולה מנגנון התשלום החודשי, ע"מ לגרום למסרב לשתף פעולה. **האם זה "הסכם ממון" לעניין החוק?** הוא לא באמת מסדיר את יחסי הרכוש בין הצדדים, אלא קובע מנגנון של תשלום: קנס, מזונות, פיצוי וכו'- מנגנון תשלום שלא קשור בכלל למכלול המע' הרכושית בין הצדדים וחלוקת הרכוש. כל עוד מדובר רק על הרכיב זה בהסכם קדם נישואין. יש הסכמים שכן מדברים על חלוקת רכוש, אך אלו שלא- אינם הסכמי ממון כהגדרתם בחוק. **פס"ד שי-** מגדיר את הסכם הממון. למה השאלה של האם הסדר בין בני זוג הוא הסכם ממון? כי אם הוא נכנס להגדרה, חייבים לאשרו ואחרת לכאורה הוא חסר תוקף, למה לכאורה? כי יהיו פס"דים שיתמודדו עם השאלה: מה דין הסכם שנכנס בגר ההגדרה אך לא אושר מכל מיני סיבות? הפסיקה התמודדה עם זה, ולכאורה החוק מפורש: לא משתמע לשתי פנים, שאם לא אושר- חוסר תוקף. אולם, יש להכיר שהפסיקה מצאה דרכים להגיד שלמרות היעדר האישור, הוא לא חסר משמעות, כי הוא מלמד על כוונת ורצון הצדדים (לא למבחן).

**מי הם הזוגות שכל הסכם ממון ביניהם חייב אישור אחרת הוא חסר תוקף:**  האם כל זוג? ידועים בציבור **אינם חייבים** לאשר את הסכם הממון ביניהם, כי החוק יחסי ממון לא חל על ידועים, אלא רק על נשואים. השאלה: איזה נישואין? גם אזרחיים או אולי כאלו שיש להם תוקף מפאת ברירת הדין? **לא למבחן. חשוב-** ידועים בציבור- הסכמיהם לא כפופים להתייחסות החוק.

**פס"ד ולנטין, לוין, פגס:**  חוזים משפחתיים- השאלה: התאמה הנדרשת בין דיני החוזים הכלליים ליחסים המשפחתיים. במקרים אלו- **פגס:** סרבן גט אלים, מחתים אותה על הסכם כתנאי למתן הגט שמותיר אותה חסרת כל. מבקש לבטלו מטעמי עושק: **שמגר** מפעיל את רציונלי החוזים הרגילים, ואומר שבכל חוזה צד אחד משלם /רוצה יותר, ואין עילות עושק/כפייה-חוסר התאמה ליחסים זוגיים ו/או נושא הגירושין בישראל – **לא למבחן.**

**מבחן :**

* יפורסם: מועד לחזרה למבחן.
* משך: שעתיים וחצי.
* חלוקה ל: אירועון, שאלת מחשבה (30/70).
* מועד א'- קדרי לא תהיה.