**דיני משפחה –**

**מבוא לציר הדת והמדינה –**

תחום דיני המשפחה הוא התחום הרגיש ביותר להבדלים ולהתנגשויות בין זרמים, תרבויות, מנהגים, דתות ומסורות שונות. דוג' לסוגיות השונות – אי-השוויון בעניין מתן הגט, ריבוי נשים, מי נכון שיישאו בתפקיד של קביעת הנורמות המשפטיות וההלכתיות? מיהו הגוף שראוי שיקבל את ההחלטות (מי יהיו הדיינים)? האם נשים יכולות להיות דיינות?

בסיפורו של א.ב יהושוע ובתחום דיני המשפחה במבט כללי שאלות הרב-תרבותיות מעוררות את ה- (ובהן שאלת הפוליגמיות). בנוסף, בישראל קיימת סוגיה של נישואין מוקדמים (נושאי בוסר). כמו כן, ישנו דיון על פלורליזם משפטי, בפרט בדיני המשפחה.

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

**מתחברים לפלורליזם** – תפיסות שונות של משפחה, זוגיות. מה שעולה בצורה חזקה מהדרמה, זה שהתפיסות קשורות לתרבות. **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.**

הקורס נע כל הזמן על שני צירים, התנועה הכפולה הזו מייחדת את הקורס של דיני משפחה בישראל.

1. החברה והמשפט – הקונקרטיזציה של כל השאלות מהתחום של המשפט וחברה. **דיני משפחה כפונקציה של איזון הדדי בין חברה ומשפט.** דילמות מובהקות של חברה ומשפט – המשפחה כמוסד חברתי ומשפטי, מהות המשפחה – פרטי/ציבורי, גבולות האוטונומיה, מי המוסד הראוי לעצב/לתכנת את המשפחה, שאלות של שוויון מגדרי, מהי בכלל משפחה, למה הכניסה לחיי משפחה צריכה להיעשות בדרך פומבית ולמה נדרש הפיקוח של המדינה.

אילו היינו לומדים את הקורס בכל מדינה מערבית אחרת ולא בישראל, כלל לא היינו עוסקים בציר של הדת והמדינה, אלא רק בציר של חברה ומשפט.

1. דת ומדינה – **דיני משפחה בישראל כפונקציה של מערכת יחסים מורכבת בין דת ומדינה**. בישראל, תחום דיני המשפחה הוא התחום המובהקת של הפלורליזם המשפטי, הוא מוסדר באופן מקביל ע"י דין דתי ודין אזרחי. תחום זה מהווה הביטוי הברור ביותר של היעדר הפרדת הדת מהמדינה, זה לב הסכסוך. זהו הביטוי הברור ביותר של היעדר הפרדת הדת מהמדינה – לב הסכסוך. בג"ץ ושופטים מסוימים כשחקנים במאבק זה בין הדת למדינה.

* נושאים נוספים – משפט ופוליטיקה, בית דין רבני מול בג"ץ.

העדר הפרדת הדת מהמדינה הינה מורשת של המשפט הקולוניאלי, מורשת השלטון העות'מאני, טרום מדינת ישראל. המורשת הזו נותרה בשלטון המנדט והמחוקק הארצישראלי אימץ זאת בפקודת סדרי שלטון ומשפט, לפיה מה שהיה קודם להקמת המדינה יישאר גם לאחר הקמת המדינה.

**התחום של דיני המעמד האישי נתון לשליטה הדתית של כל קבוצה דתית בפני עצמה**. כל מי שהוכר כקהילה דתית רשאי לנהל את ענייניו ע"פ הדין הדתי אליו הוא משתייך. הדין הכללי בשלטון העות'מאני היה השרעי, אבל כל מי שלא היו מוסלמים והוכרו כקהילות דתיות לא ישלטו ע"י הדין השרעי, אלא ע"פ הדין הדתי שלהם. המנדט הבריטי ביטל את הדין השרעי, אך הותיר על כנה את התפיסה של אוטונומיה משפטית ושיפוטית בתחום של מעמד אישי.

**עקרון הדין האישי והפיצול הכפול בדין ובדיין –**

הסכמה מתארת את הפיצול הכפול בתחום של דיני משפחה בישראל –

1. **פיצול בדין** (מערכות דין שונות) – בין **דין דתי**, שמתפצל לדתות שונות – דין יהודי, דין דרוזי, דין שרעי ו-10 עדות דתיות נוצריות שונות, לבין **דין אזרחי טריטוריאלי**.
2. **פיצול בדיין** (ערכאות משפט שונות) – בין **בתי הדין הדתיים,** המפוצלים בתוכם – רבניים, דרוזיים, שרעיים, **לבין ביהמ"ש לענייני משפחה.**

כיצד ניתן לדעת, מה שייך לאן, ולפי איזה דין נדון? **מהן הזיקות הקושרות אותנו לערכאת שיפוט מסוימת?** הזיקות המרכזיות הן –

1. הזיקה האישית – נושאים הנמצאים בסעיף 1 לחוק בתי דין שיפוט רבניים. תחת הזיקה האישית ישנם שני מרכיבים –
2. **הזיקה הדתית** – יהודי / לא יהודי. זוהי שאלת ההשתייכות הדתית, לאיזה דת שייכים בעלי הדין? האם הזוג מעורב? זו השאלה הראשונה תחת הזיקה האישית.
3. **הזיקה המדינתית** – אזרחים, או תושבים של מדינת ישראל, או של מדינה ישראל.
4. הזיקה העניינית – האם מדובר בענייני המעמד האישי, או שמא מדובר בנושאים שהם מעבר לענייני המעמד האישי? 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.**

תחילה, נמצא מהן הזיקות האישיות, ולאחר מיכן מהן הזיקות הענייניות (סיווג הסכסוך). אולם, אין הדבר יביא תמיד לתוצאה אחידה, כי **שאלת הפיצול בדיין נמדדת גם מכוח מרוץ הסמכויות** – מי מקדים את מי בהגשת התביעות? ישנם נושאים שיכולים להיות נדונים בשני מע' הדינים, והשאלה באיזו מערכת יתקיים הדיון היא שאלה המוכרעת לרוב נוכח הפעולות של בעה"ד עצמם, מרוץ הסמכויות. אם מדובר בעניין מעמד אישי, גם המערכת האזרחית וגם זו הדתית אמורות לפסוק לפי הדין הדתי. התוצאה, לכאורה, צריכה להיות זהה, אך בפועל התוצאה לא זהה. לכן, ישנה חשיבות לאיזו ערכאה הדיון יגיע.

ההסדר שקיים בדיני המשפחה בישראל הוא **הדין האישי**. המתח בין הדת למדינה ליווה את ההסדר של דיני המשפחה עוד מראשיתו. ההסדר הקובע שהמעמד האישי יוסדר ע"י דין אחר, שאינו הדין האזרחי הטריטוריאלי, איננו המצאה של מ"י. זו מורשת היסטורית, שקיימת גם במדינות אחרות בעולם. הישארותו של ההסדר הזה בימי המנדט הבריטי והלאה היוו ביטוי גם לסכסוך של הדת והמדינה.

**הניסוח של עקרון הדין האישי** – עקרון הדין האישי קובע, כי עניינים משפטיים בתחום דיני המשפחה נשלטים ע"י הדין הדתי, אך רק כל עוד הם מסווגים כ"ענייני המעמד האישי", ובתנאי שאינם נשלטים ע"י חוק טריטוריאלי (לחוקים אזרחיים, שבמפורש קובעים כי הם חלים בערכאות הדתיות כמו בערכאות האזרחיות).

עקרון הדין האישי הוא מורשת פוסט-קולוניאלית. ההסדר אומץ בימי המנדט הבריטי מתוך תפיסה שהישוב היהודי צריך לשמור על חזית אחידה ואחדות ביחס למשטר המנדטורי. למרות שכבר אז קם ארגון הנשים הראשון, שניסה להביא לשינוים בדין המעמד האישי. בסופו של דבר, גם ההתאחדות העדיפה את הפנים האחידות ביחס לשלטון המנדטורי (להוציא שינויים בענייני ירושה וביגמיה).

נניח שמגיע לפנינו מקרה קלאסי של סכסוך בין בני זוג. אחד מבני הזוג לא נולד בישראל, לא ברור היכן נישאו והמחלוקת הינה מחלוקת רגילה בין בני זוג, יש צורך ב"פירוק החבילה". יש ויכוח על חלוקת הרכוש, על ההסדרים הכלכליים שלאחר הפירוק (מזונות בני זוג, מזונות ילדים), או על דרך ניהול הילדים (אצל מי יבלו את רוב הזמן, משמורת, הקשר עם ההורה שהילדים לא גרים איתו). בכל מדינה אחרת בעולם, כולל מדינות מוסלמיות, התשובה לסכסוך, התוצאה הסופית של הנושאים השנויים במחלוקת, או לפחות הכוון והמטווה יהיו ברורים. שאלה אחת בסיסית בכלל לא תצטרך להישאל (שאלה שכן חייבת להישאל בישראל).

**בישראל**, בטרם ניגשים למטווה ומצביעים עליו, יש לשאול מס' שאלות פרלימינריות – **איזה דין ואיזו ערכאה?** כיצד נכריע? לפי הזיקה האישית (הדתית והמדינתית) והנושאים העומדים למחלוקת (מהי הגדרתם? זיקה עניינית). שאלות מקדמיות אלו לא נשאלות במדינות אחרות, בהן חל דין דתי, מדוע? משום **שתופעת הפיצול בדין והדיין היא תופעה ייחודית למדינת ישראל**, גם מדינות שמפעילות דין דתי, הפועלות לפי עקרון הדין האישי, לא פועלות בשיטה שהיא כל כך מפוצלת. לעיתים, דין דתי עובר קודיפיקציה, הופך לדין המדינה. יש ערכאת שיפוט אחת, אזרחית, המחילה את הקוד הדתי. הערכאות האזרחיות מחילות את הדין הדתי, אין מצב של פיצול כפי שמתרחש בישראל.

הפיצול המדובר הינו תופעה איומה. מדובר בשיטה פתולוגית. ההסדר בישראל מביא לכך שיש לנו תחום, אולי התחום הרגיש והאינטימי ביותר, שמשפיע במידה המשמעותית ביותר על הזהות האישית ועל מהלך החיים של כל אדם שנקלע לסכסוך בתחום זה, אשר **נשלט ע"י שתי מערכות נורמטיביות שהן קוטביות לחלוטין**. אחת, אמונה על עקרונות מערביים, ליברליים, מקדשת את חירות הפרט, זכויות הפרט, השוויון, זכויות הילד, האוטונומיה הפרטית. האחרת, מעמידה בראש סולם הערכים את היחידה המשפחתית, המשכיות הקיום של החיים המשפחתיים, ערך ההולדה, גידול הילדים, הכבוד בין חברי המשפחה (אך לא של אוטונומיה וחופש בחירה). גם תפיסות של שוויון ושונות קוטביות בין שתי המערכות. ההתנגשויות בלתי נמנעות.

כאמור, יש ניגוד מלא (ערכי, אידיאולוגי), ולצדו: מלחמה. **מלחמה על סמכויות**, על הגבולות. המדינה מוסיפה לשמר את המצב הזה, של עירוב מין בשאינו מינו, כלאיים. מע' מפוצלת, מסוכסכת. העויינות הניטשת בין הצדדים לסכסוך אך לא רק ביניהם, אלא בין שתי המערכות (הדתית והאזרחית), כל אימת שיש תחילה של סכסוך בין הני הזוג. המצב המשפטי מיד שולח אותם לתפוס את הסמכות, כך שהמלחמה המשפטית ביניהם מתחילה מידית.

ברמה הטכנית, כאשר אנו מבינים שכל סכסוך משפחתי בישראל נפתח בשאלות של סמכות, אנו מבינים שסכסוכים בתחום זה בישראל יכולים להימשך שנים על גבי שנים, רק בהתעסקות בשאלות הסף – **לאיזו ערכאה יש את הסמכות להכריע בסכסוך, וע"פ איזה דין עליה להכריע?** הניזוקים הישירים במקרים אלו הם הילדים (כתוצאה מהתארכות הסכסוך).

השאלה הבסיסית היא שאלת הסמכות, ולה משמעויות מהותיות. הסמכות משפיעה על המהות – יש השלכה על התוצאה. אי לכך, ולאור העובדה שהסכסוך עשוי להימשך זמן רב, **יש צורך בוודאות משפטית/נורמטיבית וקידום יישוב סכסוכים באמצעים לא-אדברסריים, להימנע מלהגיע לערכאה שיפוטית.** אולם, המערכה בישראל היא ללא רחמים, גם אם אנו מאמינים בהידברות ובפישור (טוב עבור הילדים להימנע מהליכה לבתי משפט), אנו חייבים לגשת לביהמ"ש כאשר אחת הצדדים מגיש כתב תביעה (**המערכת מכריחה אותנו לרוץ ולהגיש כתב תביעה**). לאחר הגשת כתב התביעה, ולאחר מיכן כתב הגנה, לא ניתן לפעול בדרכי גישות ושיתוף פעולה.

**קצת היסטוריה –**

"מלך לא דן ואין דנים אותו" –

עבד של ינאי המלך רצח. שמעון בן שתק, ראש הסנהדרין, רוצה להעמיד לדין את המלך (יש לו אחריות שלוחית). פנו לינאי ואמרו לו שהעבד שלו רצח. ינאי הגיע אך ישב – אקט של קריאה תגר על הסמכות של הסנהדרין לדון אותו. שמעון בן שתק מנסה לסייע למלך ינאי, להבהיר לו שאין זה שהוא מקבל על עצמו את סמכות הסנהדרין, אלא את סמכותו של ה'. **ניתן להבחין בשתי הרשויות שמאז ומתמיד היו מסוכסכות ביניהם – הרשות האזרחית, המלך, והרשות הדתית, לה יש את הסמכות לשפוט ולהעמיד לדין, סמכות אלוהית שמכוחה ובשמה הרשות פועלה.**

ראש הרשות הדתית מנסה לסייע לראש הרשות האזרחית, לסייע לו לקבל את עול מלכות שמיים. גבריאל ממית את כל חברי הסנהדרין שחוששים להעמיד לדין את המלך. יש עימות בין סמכות מדינית לסמכות דתית. **בעבר, מאבק הסמכויות היה נרחב וכולל יותר, על שליטה מוחלטת על הקיום האנושי כולו, על שלל רבדיו. כיום, העימות מצומצם להיבטים המשפטיים בלבד.** אולם, חשוב שנבין את הקונטסט הרחב.

* **בפ"ד כץ** ניתן היה לראות בצורה בולטת את מחלוקת העומק, את ההתנגשות שבתשתית בין שתי תפיסות העולם השונות. הסיפור של השופט טל (תפיסת עומק דתית) מול זה של השופטים זמיר ודורנר מנוגדים לחלוטין.

כיצד התפתחה הסכמה? על איזה רקע נוצר הסטאטוס-קוו?

ראשית, **השלטון העות'מני** – שליטה של 400 שנים של שלטון עות'מני. אנו משמרים מורשת קולוניאלית של השלטון העות'מני. לאחר מיכן, הגיעו הבריטים, שהנהיגו בארץ את המנדט, נשלטנו על ידיו והרבה מאוד מעקרונות של השלטון הבריטי הופעלו עלינו.

המנחה את האימפריה העות'מני – רק למוסלמים מאמינים יש את הזכות להישלט ע"י חוקי האיסלם. כל ;הכופרים, שאינם מוסלמים מאמינים, יונהגו ע"י הדינים הדתיים שלהם, במידה והם אכן עונים לתנאים להכרה בהם כ"אומה נפרדת" זוהי **שיטת המילת' העות'מנית. כל הקשור בתחומי המשפחה, כולל ירושה ועניינים דתיים אחרים, ניתנה לאותן "אומות" אוטונומיה משפטית ושיפוטית. זהו הבסיס לעקרון הדין האישי.** העות'מנים העניקו אוטונומיה משפטית למי שתפסו כיחידות דתיות נפרדות.

כאשר הבריטים קיבלו את המנדט על א"י, הגישה שהנחתה אותם הייתה – שימור המצב הקיים, להנהיג מינימום של שינויים, על מנת למנוע זעזועים ולצייר סטאטוס קוו דתי, איזון בין הערבים והיהודים. שינוי מרכזי אחד שכן הונהג, היה **שינוי הזהות של הערכאה השיורית בתחום של דיני המעמד האישי, דיני משפחה**. **הערכאה השיורית היא הערכאה לה הסמכות הראשונית, היא ברירת המחדל. אם אין לאף ערכאה סמכות, אליה חוזרים.**

**בימי העות'מנים**, בתי הדין השרעים שימשו כערכאה השיורית. **הבריטים, בדבר המלך ומועצתו, החליפו – בתי המשפט האזרחים הפכו להיות הערכאה השיורית**, הם החליפו את בתי הדין השרעיים. לא היו עוד שינויים מבחינה נורמטיבית. תמורות נוספות שהתרחשו בעת המנדט הבריטי – הקמה פורמלית של הרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים.

לאחר הקמת מדינת ישראל, ערב קום המדינה התקבלה פקודת סדרי החוק והמשפט, על מנת למנוע וואקום משפטי- נקבע, כי מה שהיה ערב הקמת המדינה הוא שיהיה, הוא ימשיך לעמוד בתוקפו. אולם, **באופן הדרגתי, העיקרון של שמירת השיפוט הדתי ושמירת הדין הדתי כבעל הסמכות הייחודית על נושאי הנישואין והגירושין הפך להיות סלע מחלוקת פוליטי.** אולם, לא ניתן להתעלם מכך, שהתנגדות לשמירה של עיקרון זה עלתה עוד קודם לכן, כבר בימי המנדט – פעלו לא מעט כוחות ביישוב היהודי של טרום המדינה במטרה לנסות ולצמצם את הסמכות של בתי הדין הרבניים.

השינוי הדרמטי ביותר בבסיס של תחום דיני המשפחה התרחש 5 שנים לאחר הקמת המדינה, בכוון של **הגדלת הכוח והרחבת הסמכות של מערכת בתי הדין הרבניים – חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)**. חוק זה נחקק ללא קונצנזוס מלא, על רקע מחלוקות רבות. **החוק חולל שינוי מרכזי אחד** – הסמכות הבלעדית בנושא הנישואין והגירושין הייתה קיימת עוד קודם, אך התווסף **כלל הכריכה** – **כל נושא שכרוך בתביעת גירושין וקשור אליה, גם הוא נכנס לסמכות הייחודית של בתי הדין הרבניים מעת הגשת התביעה**. ס' 3 לחוק השיפוט – "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין **הכרוך בתביעת הגירושין**, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג".

ס' 1 לחוק מייצג הרחבה נוספת – "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל **אזרחי המדינה או תושביה** יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים". מבחינת הזיקה המדינתית, המילים החשובות ביותר – "אזרחי המדינה, או תושביה". עד לחוק, התנאי להפעלת הסמכות הייתה אזרחות מקומית (הסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים חלה אך ורק על אזרחים). **זוהי הרחבה משמעותית נוספת** של סמכות בתי הדין הרבניים.

הרחבה נוספת בסמכות בתי הדין הרבניים מבחינת המשפט בינלאומי נעשתה מתוך פעילות, בין היתר, של ארגוני נשים, על מנת לנסות ולהביא לפתרון של **האפשרות להפעיל סמכות על בעלים מעגנים וסרבני גט, שאין לגביהם שום זיקה מדינתית** (לא אזרחים ולא תושבים). ס' 4א' רבתי, זוהי ההרחבה האחרונה. בדיעבד, גם הרחבה זו הביאה לתוצאות הפוכות מן המצופות. הסעיף נחקק באופן שלא מאפשר הפעלת סמכות נכרכת, אך בתי הדין בכל זאת כרכו את הנושאים הנלווים.

* **היה ניסיון לקרוא תיגר על עקרון הדין האישי**. הארגון הראשי היה התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בא"י. זהו ארגון הנשים החשוב ביותר, הראשון שפעל בתקופת היישוב, בטרום המדינה. אחד התחומים המרכזיים שהארגון פעל בו – נגד הממסד הדתי.

הארגון נאבק על זכות בחירה בא"י: החל מהאסיפה המכוננת הראשונה, דרך בחירות שלא התקיימו עקב סירוב הדתיים לתת זכות בחירה לנשים, ועד שנת 1925, בה נקבע כי יש להן זכות בחירה ביישות המדינית שהיום היא ישראל. על מה עוד נאבקו ונכשלו? שתהיה אפשרות לנישואים אזרחיים, אי מתן סמכות ייחודית לביד"ר בתחום נישואין וגירושין ו.כו'

המאבק לשינוי עקרון הדין האישי, למתן אפשרויות נישואין חלופיות בישראל ולצמצום השליטה של הדין הדתי נכשל. מה שהנחה את המנדט – שמירת איזון, לא לאפשר ללאום אחד מה שלא מתאפשר לאחר, ושמירה על יציבות.

כל אחד משלושת החוקרים – להב, טריגר וקמיר – פרסם מחקר הנוגע לשאלה, איך נחקק חוק שיפוט בתי דין רבניים, ומה גרם לכך שאותן סמכויות הורחבו (לאור העובדה כי לא היה כבר קונצנזוס)? מה גרם לכך שבחוק מקביל, שנתיים קודם לכן (חוק שיווי זכויות אישה), שמטרתו הייתה לצמצם את שליטת הדין הדתי, התקבל סעיף המחריד את כל התחום של ענייני המעמד האישי לדין הדתי בלבד? הדין הדתי חסין, לאור **ס' 5 לחוק שיווי זכויות אישה** – "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין".

מחד, ניתן לטעון כי זהו ביטוי של **הכפייה הדתית**, זוהי הדעה המקובלת. חוק שיפוט בתי דין רבניים הוא הביטוי המובהק ביותר לכפייה הדתית במדינת ישראל. אולם, כשסופרים את הקולות, את המנדטים, נכון לאותם ימים, רואים שאין זה נכון **– לדתיים לא היה כוח כופה**, עוד פחות מימנו. **בקלות רבה ניתן היה להתעלם מהכוח הפוליטי של המפלגות הדתיות באותם הימים, ולהימנע מהרחבת הסמכויות**.

**לפי התאוריה של שלושת החוקרים, מדובר בסיפור עמוק יותר –** **הרחבת הסמכויות, על כל המשמעויות המגדריות הנלוות, שירתה את הגברים של מפא"י, הלבנים החילוניים.** זו הייתה בחירה רצונית ומודעת של "האבות המייסדים"- קרי, מנהיגי מפא"י ידעו היטב מה הם מחוקקים. הם נזקקו לסיוע מצד הנורמות המשפטיות, על מנת לחזק את כוחם מול הנשים. הם היו מעוניינים בגיוס הדינים הדתיים של הגלות, שהעניקו לגברים שליטה כמעט מוחלטת בנשותיהן. לכן, **הם לא נרתעו, הם היו מודעים לכך שהרחבת הסמכויות האמורה מהווה פגיעה בזכויות הנשים.**

מדוע נשמר ההסדר הנוכחי כיום?

מבחינת יחסי הכוח הפוליטיים, למפלגות הדתיות יש כוח רב יותר מבעבר, אך אין זו הסיבה העיקרית. הסיבה המרכזית מקורה בקונפליקט בין היהודים לפלסטיניים. **ניתן להינשא אך ורק בדרך דתית במדינת ישראל, על מנת למנוע התבוללות, למנוע נישואין בין-דתיים**. יהודי לא יכול להתחתן עם מוסמלית במדינת ישראל. המצב הקיים נוח למדינת ישראל ולמנהיגים הפוליטיים משני עברי הסכסוך. יש כאן התלכדות אינטרסים – **לשתי ההנהגות (הישראלית והפלסטינאית) יש אינטרס לשמר את המצב הקיים**, בו המדינה לא קובעת זאת בחוקיה, אך בפועל היא אכן משמרת את אי-האפשרות לחצות את הגבולות ולהינשא בנישואין בין-דתיים. **שתי הצדדים לקונפליקט זקוקים לשימור המצב, על מנת לשמור על ההגדרה הלאומית המובחנת, בדרך המשחררת את המדינה מהאחריות (הדינים הדתיים קובעים זאת, ולא חוקי המדינה).**

מבט השוואתי, מתוך דיאלוג מדינות עם וועדת האו"ם לביעור אפליה נגד נשים –

אחד העדנים המשמעותיים ביותר לעבודת האו"ם הוא קידום זכויות אדם בעולם. כיום, זה נמצא תחת נציגות זכויות אדם באו"ם. לצד האורגנים הפוליטיים, לאו"ם יש אורגנים מקצועיים, הפועלים לפי אמנות זכויות אדם, כשלכל אחת מהן מוקם גוף מקצועי המפקח על יישום הזכויות. אחת האמנות היא **האמנה לביאור אפליית זכויות נשים**, עליה חתומות 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.

המטלה הפורמלית היחידה שיש לכל מדינה החתומה על האמנה – **להגיש דוח תקופתי לגוף האמנה, שעליו להתייחס לכל אחד מההיבטים שהאמנה לביעור אפליה כנגד נשים מכסה, כל הנושאים הקושרים ליחס לנשים ולמעמדן של הנשים, וכמובן גם מצב דיני המשפחה**. המחויבות הפורמאלית היחידה, שאותה ניתן לבדוק, היא החובה לדווח על מה עשינו במדינה שלנו, כדי להראות שאנו מקיימים את המחויבויות מטעם האמנה. המדינה נשאלת שאלת שאלות קונקרטיות, ממוקדות יותר, ונקבע מועד לוועדה עם המדינה המדווחת. הדיאלוג נמשך במשך יום אחד, ובמהלכו המשלחת הרשמית מטעם המדינה נשאלת מס' שאלות, מעין חקירה נגדית. חלק מהשאלות מתבסס על מקורות מידע אחרים – גופים בינלאומיים אחרים, או ארגונים לא-ממשלתיים (ארגוני נשים שמספקים מידע, שלממשלה לא כל כך נוח לספקו ולהתמודד איתו). כאמור, נשאלות שאלות הנוגעות לדיני המשפחה

"המדינה מחויבת, מתוקף עקרונות חוקתיים , לשוויון בין המינים. אך הדין האישי נשמר, מתוך רצון לכבד ולשמר את האוטונומיה הקהילתית , וביהמ"ש העליון נמנע מלהתערב תוך הסתמכות על טיעון של חוסר שפיטות, המחפה לאמתו של דבר על חשש שלביהמ"ש מפני מכת -נגד וריאקציה נגדו."זהו **ניסוח מסוים של רב תרבויות**. הדבר נשמע כמו דבריו של ביהמ"ש העליון, לעניין החשש מפני ראקציה, מפני מכת נגד – ביהמ"ש נמנע מלהתערב, מטיעון של חוסר שפיטות. הדבר נשמע מוכר, אך **נאמר ע"י היועץ המשפטי של הודו במהלך הוועדה ב-2007.**

**בהודו**, הדין האישי נשמר מתוך רצון לכבד ולשמר את האוטונומיה הקהילתית, וביהמ"ש ימנע להתערב מפאת חוסר שפיטות. משמע, בהודו, למרות ביהמ"ש העליון אקטיביסטי, בעניינים של מעמד אישי הוא נמנע מלהתערב, למרות היות המדינה דמוקרטיה, בעלת חוקה המגדירה שוויון בין המינים. הודו מגדירה זאת כאוטונומיה קהילתית. זהו טיעון הרב תרבותיות, כיבוד תרבות האחר, את אוטונומית המיעוט. לומר שנכון שהתרבות לא עולה בקנה אחד עם תפיסותיי, אך אכבדה ואשמור על קיומה.

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.

**דבר ראש הרשות לקידום מעמד האישה בסוריה** (2007) – "במסגרת תכנית החומש הממשלתית יש התחייבות לחוקק חוק משפחה חדש שיבטל את כל החקיקה הקיימת המפלה נגד נשים בתחום, ועקרונותיו יעלו בקנה אחד עם הדין הבינ "ל. יש וועדה שמכינה את הטיוטה, עובדת כבר למעלה משנתיים. המהלך כולו נעשה תוך שיתוף פעולה עם איש הדת הבכיר ביותר במדינה, אשר יזם פרסום של בדיקת הדין לדעתו ניתן יהיה .CEDAW הדתי הנוהג אל מול עקרונות בקרוב להסיר את כל ההסתייגויות ששמה המדינה בעת בגלל הדין הדתי. הרשות CEDAW אישור אמנת הממשלתית לקידום מעמד האשה יזמה את המהלך ומקדמת אותו. לדברי העומדת בראש הרשות, חלק ניכר מן הקושי נעוץ בחסמים תרבותיים של תפישת יחסי המגדר ומעמד האשה המיוחסת לדת, ולא בחסמים דתיי ם-משפטיים של ממש." תהליך זה התרחש **בסוריה** – **ישיבת איש דת בכיר עם ארגוני נשים לחיקוק חוק משפחה חדש**.

מיהות בית הדין –

כיצד בית הדין תופס עצמו, לעומת איך בית הדין נתפס ע"י המערכת המדינתית? ניתן היה להבחין בשאלה זו בשלושה פסקי דין. פסקי הדין פלונית, כ"ץ וסימה אמיר מדגימים את המתח בין התפישות הסותרות.

**פ"ד פלונית** – שאלתה ההכרה בגיור. זוג ההורים המאמץ הופנה לבית הדין הרבני, על מנת שיאשר את הגיור שנעשה בחו"ל. בית הדין לא הכיר בגיור, ההנמקה – ההורים, שאינם שומרי מצוות, לא יחנכו את העותרת לקיים הלכה ומצוות.

שאלת הגיור התעוררה בהקשר של אימוץ, מדובר בילדה קטנה. בג"ץ פסק, שאין מדובר בענייני המעמד האישי, שאלת ההשתייכות הדתית של הילדה לא קשורה לענייני המעמד האישי. היא עשויה להיות קשורה לענייני המעמד האישי, כאשר מדובר בשאלה של נישואין – האם האיש/האישה כשירים להינשא ליהודי/יהודייה? האם מדובר ביהודים? במקרה דנן לא היה מדובר בכשירות להינשא. **השופט ברק קובע כי בית הדין הרבני חרג מסמכותו,** **ביהמ"ש מתערב על יסוד של עילת החריגה מסמכות, לפי חוק יסוד השפיטה – מקור הסמכות של התערבות בג"ץ.** לפי סעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה, נתונה הסמכות לבג"צ למנוע בית-דין רבני מלחרוג מסמכותו. אין זו רק סמכותו אלא גם חובתו של בג"צ.

במה עוד דן ברק? ברק לא אך קובע החלטה קצרה, נקודתית. ברק מעלה את האפשרות, שבית הדין הרבני פועל כגוף המפעיל בוררות, או כגוף דתי פרופר, ככהן דת. **בית הדין הרבני הוא לא עוד ערכאה שיפוטית פורמלית הפועלת מטעם המדינה, אלא יש לו איכויות ייחודיות משלו.** השופט ברק מכיר בכך, לבית הדין הרבני יש ייחוד, המעלה את התהייה, שמא בפעילות השיפוטית שלו, הוא פועל בכובע אחר (במקרה פלונית, למשל). **השופט ברק קובע כי לא ניתן לקבל את התיזה במקרה הנוכחי, משום שברור שהצדדים תפסו את בית הדין במקרה דנן כפועל כערכאה שיפוט מוסמכת**, בעל סמכות פורמלית רשמית מטעם המדינה, ורק על בסיס זה הם פנו אליו, הם הוטעו.

השופט ברק לא מכריע בשאלות לעיל, הוא משאיר זאת בצריך עיון. עבור ברק, אין מדובר בדבר של מה בכך, הוא עושה זאת משום שיש צורך בכך, יש צורך באי-הכרעה. **שאלות אלו, של בית הדין הרבני כבורר, או ככהן דת (ולא כערכאת שיפות פורמלית ומוסמכת של המדינה), הן שאלות של אוביטר, אותן ברק הותיר בצריך עיון.** ברק נוטע את הזרעים, את התחלת כיוון המחשבה, ולאחר מיכן הופכים זאת לרציו.

אולם, יכול להיות שברק הותיר זאת בצריך עיון בכוונה הפוכה, על מנת להימנע מלחסום את האפשרות הזו (שבית הדין הרבני מכריע כבורר, או ככהן דת) – הכרה בצורך הזה, רצון להימנע מעימות לא הכרחי.

**פ"ד כץ** – העתירות נסבו על החלטותיהם של בתי-דין רבניים להוציא כתבי סירוב נגד העותרים. כתבי הסירוב הוצאו בהליכים שאין עניינם בנישואין וגירושין, אלא בתביעות ממון שהוגשו נגד כל אחד מהעותרים בידי תובעים שונים. הצד שסרב לבוא להידיין בפני ביתה דין הרבני – **בית הדין הרבני אמור היה לדון אותו כבורר, לפי דין התורה, ולא כמי שניתנה לו סמכות שיפוט פורמלית מטעם המדינה** (הניתנת, אך ורק, בענייני המעמד האישי, ובנושאים הכרוכים). האפשרות היחידה של בית הדין לזמן למשפט הייתה כפונקציה של בורר.

נקבע, כי הייתה חריגה מסמכות בעצם הוצאת כתבי הסירוב. **פסק הדין פסל את האפשרות של הביד"ר להוציא כתבי סירוב, רק במקרה שאין מדובר בענייני המעמד האישי, כשהוא מתיימר לדון כבורר, זוהי חריגה מסמכות**. בג"ץ לא הכריע בשאלת עצם הסמכות של בית הדין הרבני לדון כבורר. גם שאלת הסמכות להוציא כתבי הסירוב בענייני המעמד האישי נותרה בצריך עיון.

**השופט טל** – "בתי דין לפי דין תורה קיימים...". לפי השופט, בית הדין הוא המשכו של בית הדין של משה רבנו, הוא קיים מימות עולם. מדינת ישראל קמה ואולי חולפת, אך בית הדין ימשיך להתקיים לכל אורך הדורות. בית הדין הרבני לא תלוי במדינת ישראל. הוא שואב את כוח הכפייה הקונקרטי מדיני המדינה המארחת אותו, מדינת ישראל, אך אין הוא תלוי בה, אין הוא שואב את הסמכות מימנה. הסמכות שלו היא מן התורה, היא צומחת מהקהילה היהודית, כפי שהתקיים לאורך כל הדורות, עוד מימי משה רבנו.

**השופטים זמיר ודורנר**, מנגד, מספרים סיפור הפוך לחלוטין – מדינת ישראל היא זו שהקימה את בית הדין הרבני, בחוק שיפוט בתי דין רבניים. בית הדין הרבני קיים אך וחרק מכוח החוק לעיל. הסמכות של בית הדין הרבני היא אך ורק הסמכות שניתנה לו בחוק האמור. בית הדין חרג מסמכותו בהוצאת כתבי האיסור.

פסק הדין מעורר שאלות עומק מרתקות, שלמציאות של **פלורליזם משפטי** – יש עימות של פלורליזם משפטי מסוג אחר. מתקיים מערכת שיפוט שלא מכוח דין המדינה. יש הרואים בבית הדין כסמכות הבלעדית, הם רוצים להתדיין על פי מערכת משפט המקבילה לו של המדינה, על פי דין תורה. זוהי המציאות של הפלורליזם המשפטי בישראל.

**השופט טל מצביע על האבסורד שנוצר בעת ביטול כתב האיסור ע"י בג"ץ.** מדובר בייצור כלאיים שלא יכול להיות, אין משמעות לכך שבג"ץ יבטל את כתב סירוב שבית הדין הרבני הוציא. להכרעת בג"ץ אין משמעות. השופט מגחך על המצב האבסורדי שנוצר, לא היה מקום להכניס את בית הדין הרבני לפינה. אולם, הייתה הימנעות מלפסוק לעניין סמכות של בית הדין הרבני לדון כבורר.

השופטת פרוקצ'ה **בפ"ד סימה אמיר** היא זו שהכריעה בשאלת הסמכות של בית הדין הרבני לדון כבורר. השופטת קבעה, כי לבית הדין הרבני לא הייתה סמכות לדון בשאלת הפרת הסכם הגירושין. מתעוררת השאלה – בית הדין הרבני לא פעל מכוח סמכות פורמלית, אך **האם הצדדים, בהסכמתם, הקנו לו סמכות לדון כבורר?**

האם הייתה לה דרך נוספת להכריע שהחלטת בית הדין הרבני בטלה? כן, היא יכלה לקבוע באופן קונקרטי, כי אין מדובר בהסכם בוררות, לפי דיני הבוררות הקלאסיים (לא הייתה הסכמה לבוררות). ובכל זאת, השופטת לא הלכה ברך הקונקרטי הזו, אלא בדרך רחבה יותר, הקובעת באופן טוטאלי – **לבית הדין הרבני אין סמכות, מעבר לסמכות שניתנה לו בחוק שיפוט בתי הדין הרבניים. לבית הדין הרבני אין סמכות לדון כבורר בשום עניין, מעבר לקבוע בחוק.** לא ניתן להעניק לבית הדין הרבני סמכות לדון כבורר בשום עניין, מעבר לעניינים הקבועים בחוק השיפוט.

* **למה, בכל זאת, חשוב לחלקים רבים בציבור ללכת דווקא לבתי הדין הממלכתיים (הציבור הציוני-דתי)?** בשל הזהות שלהם כבעלי סמכות מטעם המדינה (לא כבוררים). הדבר מחזק את המעמד שלהם, לתת להם הכרה נוספת, לגיטימציה נוספת מבחינת הקבלה עצמם של הקהילה הדתית, של הציבור. "אנו מקבלים את הגוף הזה באופן וולונטרי", גם בנושאים אחרים, מעבר למעמד האישי, לשם חיזוק המעמד שלהם.
* המהלך של השופטת פרוקצ'ה הוביל באופן מידי להצעת חוק עוקף בג"ץ, עוקף פ"ד סימה אמיר.
* יכול להיות שהשופטת פרוקצ'ה צדקה, אך היה מדובר בטעות אסטרטגית. בשל בחירת הזירה הלא נכונה, פסיקות קשות שכן היה להן מקום בזירות נכונות יותר סבלו מהיעדר אסרטיביות. השופטת בחרה במאבק לא נכון. טקטית, לא נכון היה לקבוע זאת כי זה גרר התערבות עוקפת בג"צ שתחייב מציאות שביד"ר יכול להיות בורר.

**מבוא לציר החברה והמשפט –**

זהו הציר המקביל לציר הדת והמדינה. המרצה חסידה של האקטיביזם, של ניצול הכלים המשפטיים ומחויבות המדינה להפעיל את הכלים המשפטיים, לשם קידום תהליכים חברתיים, על מנת להגיע למטרות ולתוצאות שהן התוצאות הראויות. המרצה סבורה, שהמקצוע של דיני המשפחה הוא המקום המובהק ביותר לדיון הפמיניסטי. התחום יורד לשורש שאלת מעמד האישה, חלוקת הכוח החברתי בין גברים לנשים. מושג מפתח שאיתו צריך לבוא בעת טיפול ביקורתי בדיני המשפחה (מכוח גישה פמיניסטית) – **מושג הפטריארכיה**.

**הגדרת פטריארכיה –**

כאן מצוי שורש האפליה הקשה ביותר כנגד נשים במדינת ישראל. **המשותף לכל שיטות המשפט הדתיות (העברי, השרעי וכו') הוא היותם פטריארכליים.**

**הגדרה מילונאית** – מדובר בצורת ארגון חברתי (מערכת המשפט מאגדת ארגון חברתי בכללים משפטיים), שבה הגבר המבוגר ביותר הוא ראש המשפחה, והשושלת, הקרבה המשפחתית וההורשה מתבצעים על בסיס הקו הגברי. הכוח, השליטה והסמכות (מרבית/בלעדית) נתונות לגבר העומד בראש היחידה החברתית.

אם מדובר **במדינה** – בעבר, היה מדובר במלך. לעיתים, היה מדובר במלכה. הדבר ממחיש את הכוח הגדול יותר שיש לתפיסות של מונרכיה, מעבר לתפיסות של פטריארכיה. המיוחס לשושלת המלוכה משמעותי יותר מהמיוחס להבדלי מגדר, שעל פיהם מתנהל הפטריארכיה. המונרכיה גוברת על השיקולים הפטריארכליים.

אם מדובר **במשפחה** – ראש/אבי המשפחה, הגבר המבוגר ביותר הוא העומד בראש המשפחה, לו נותנות יכולות ההנהגה, השליטה והסמכות על יתר החברים באותה יח' חברתית. **הורשה** – המשכיות השושלת מתנהלת על פי הקו הגברי, הזכרי. ביחס לרכוש – גם כשהוא יחדל להתקיים, רכושו, שהוא חלק מהעצמי שלו, יוסיף להתקיים ולהיוותר באותו קו פטריליניארי, של השושלת הלגיטימית, ומכאן תפיסת הפטריארכליות, ראייה של הזכרים כיורשים לגיטימיים של רכוש האדם, והבנות אינן יורשות. ביהדות ההלכה היא שבנות אינן יורשות. אחד התנאים להמשיך ולקיים את ביד"ר בזמן המנדט, היה שינוי דיני הירושה, כך שבנות תירשנה, ושתהיה ערכאת ערעור על פסיקות ביד"ר (שני התנאים זרים לעולם ההלכה הטהור).

גם **השליטה בילדים** מוכתבת על בסיס הקו הזכרי גם כן. אם האם מתה / בני הזוג נפרדים, הילדים נמצאים בשליטת האב, לא האם היא זו שתגדל אותם. כל מה ששייך לפטריארך (העומד בראש השושלת), קרי רכוש (ילדים, ובעיקר אדמה), ממשיך להיות נתון בשליטתו לכל אורך הדרך.

**הרחבה של מושג הפטריארכליות אל הספירה הציבורית ניתן לראות בהגדרתה של ג'נט ריפקין**, המבהירה לנו שכל ארגון חברתי, כולל גם ארגון מדינתי, שבמסגרתו הכוח והשליטה נמצאים בידי גברים, יענה להגדרה של פטריארכיה. "כל שיטת ארגון שבה הכוח והשליטה נמצאים בידי גברים, המחליטים איזה חלק נשים ייטלו, כאשר הכישורים המיוחסים לנשים מצויים כולם מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית". הכישורים הנמצאים לנשים הינם מחוץ לספירה. כל ארגון בו השליטה והכוח נמצאים בידי הגברים, וכלל כישורי הנשים מצויים מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית, נכללת תחת מושג הפטריארכליות.

**אחד האפיונים המשמעותיים ביותר של חברה פטריארכלית** – **ההפרדה בין שתי הספרות, הפרטית/הפנימית (הבית) והציבורית (החוץ)**. אבחנה חדה זו בין החוץ לפנים היא אחד האפיונים של הפטריארכיה, אך זה לא תמיד היה כך.

מדוע המשפחה כל כך חשובה ליצירה של הפטריארכיה? **קייט מילט (תיאוריה של פוליטיקה מינית, 1970)**, אחת התיאורטיקניות מתחום מדעי המדינה, מסבירה **שהמוסד העיקרי של הפטריארכיה הוא המשפחה,** שהיא בעת ובעונה אחת הבבואה של החברה הרחבה והקשר אליה. היא יחידה פטריארכלית בתוך השלם הפטריארכלי.

**"המוסד העיקרי של הפטריארכיה הוא המשפחה. המשפחה היא בעת ובעונה אחת בבואה של החברה הרחבה והקשר אליה; היא יחידה פטריארכלית בתוך השלם הפטריארכלי".**

**המוסד המרכזי המכתיב את הפטריארכיה הוא המשפחה.** המשפחה היא, בעת ובעונה אחת, גם בבואה של החברה, אך גם הדרך בה החברה מתקשרת אל הפרט, המשפחה מתווכת בין הפרטים לחברה, למדינה. האופן בו היחסים במשפחה מתנהלים הוא שיקוף של האופן בו מתנהלים היחסים החברתיים – היחס בין השליט לנתינים הוא אותו היחס שבין הפטריארך (העומד בראש היחידה המשפחתית המסורתית) ליתר החברים ביחידה החברתית. השליטה של הגבר בחברים האחרים במשפחה (האישה, הילדים. גם הצמיתים, בחברה הפיאודלית) מהווה שיקוף לחברה החיצונית.

**קרול פייטמן** מחדדת את המרכזיות של יחסי השליטה המתקיימים בתוך המשפחה, ואת האפשרות של החברה להתנהל באמצעות "**החוזה החברתי**" – מושג מופשט, המתאר את הלגיטימציה של השלטון. פייטמן מסבירה את האבחנה החדה בין הפרטי (המשפחה) לציבורי (הזירה הפוליטי, קבלת ההחלטות הקולקטיביות). לגישתה, התהליך הזה שקודם ע"י ליברליזם מתוכנת באופן שגורם לנו להאמין שהאבחנה הזו, ההבדלים בין הנשים לגברים והחלוקה של הנשים לספרה הפרטית והגברים לציבורית הינם טבעיים, היה כך מאז ומעולם. ברגע שמושרשת תפיסה כזו השינוי שלה כמעט בלתי אפשרי ומאוד קשה. האמונה שהדברים שמסביבנו זה בעצם טבעי ואי אפשר אחרת, זה בעצם המתכון הבטוח ביותר לשימור סטטוס קוו כלשהו.

באמצעות מה השלטון יוצר את הלגיטימיות שלו?

1. הוא יכול לרכוש את הסמכות שלו ע"י **הפעלת כוח** (עריצים רוכשים את השליטה ע"י הפעלת כוח).
2. הדרך המודרנית יותר, הינה באמצעות השגת **הסכמה**. הנתינים צריכים להעניק הסכמה לשלטון, להסכים להגביל את החירויות שלהם ולהעניק מהם לשליט/לשלטון, בתמורה לכל מיני טובות, שירותים, הבטחת זכויות אחרות. זהו הבסיס לחוזה החברתי.

מיהם אלה שפעלו בראשית ההנהגה/שיטות המשטר, שביססו את הלגיטימציה שלהם על ייחוס של הסכמה חברתית? מה אפיין את אותן שיטות משטר?

**בחוזה החברתי, היחידים שנוטלים חלק הם הגברים**. **היכן מושגת ההסכמה של הנשים?** קייט וקרול הראו **כיצד המבנה המשפחתי המרוכז כולו סביב השליטה של אבי המשפחה, הגבר, וכיצד מבנה זה משקף בעת ובעונה אחת את המסגרת הפוליטית הכללית ומחדד אותה** – **שיקוף ויצירה**. הן מראות כיצד השלטון מקבל את הלגיטימציה שלו מהחברה, את התפיסה שכל הנשלטים מתאגדים יחד ומוכנים להעניק את הכח שלהן. הן שואלות את השאלה הטריוויאלית ביותר – הסכמה של מי? מי לוקח חלק באותה אמנה חברתית? הנשים הן אינן חלק מזה ועל רקע זה מתפתחים הסברים שונים, כשאחד מהן מדבר על ההסכמה שניטלת באמצעות הבעל מכיוון שלו יש שליטה.

לפי קרול פייטמן מושגת הסכמה על בסיס מוסד המשפחה, מתקיים **ההסכם המיני** – הסכם בין הגבר לאישה, הסכם לא כתוב, אך הוא מבנה את כל היחסים המשפחתיים. זהו הסכם של הגנה, תמורת שירותים (כוללים גם שירותים מיניים, אך כוללים גם את כל מכלול אותם תפקידים שמיוחסים לנשים, התפקידים שנשים אמורות למלא – תפקידי מגדר, מתוך הבית פנימה). **החוזה המיני הלא-כתוב הוא המאפשר לגברים להיות המתווכים בין הנשים הפרטיות למדינה.** מתקיים יחס של חליפין – הנשים מוסרות את אותן יכולות שלהן לגברים, בתמורה לכל ההגנה שהן מקבלות במסגרת יחסי הנישואין (ההגנה הכלכלית). **הגברים הם המתפקדים בשמן, ברמת ההסכם עם השלטון, עם המדינה.** פייטמן מדברת על האופן בו כל המערכת הלא-כתובה הזו מחדדת את אותה יצירה של פרטי וציבורית.

**קרול פייטמן** (החוזה המיני,(1988 – "מוסד המשפחה המודרנית (ה"מסורתית"), על כינון דיכוטומיית הפרטי-ציבורי שבו, ככלי מרכזי ביצירת הפטריארכיה המודרנית, במסגרתה מובנים ההבדלים הפוליטיים בין גברים לנשים כהבדלים מהותיים וטבעיים בין המינים.

בתפישה המסורתית, הפרטי אינו פוליטי, לכן אינו נתון להסדר המדינה, וכינון הספרה הפרטית הוא שאפשר את יצירת האמנה החברתית על הפסאדה הוולנטרית שבו.

* לפי קרול ופייטמן, אותה אידיאולוגיה פטריארכלית היא זו שיצרה את האבחנה הכה חדה בין הפרטי והציבורי.

**מורשת המשפחה הפטריארכלית במשפט המקובל –**

תורת המיזוג –

זוהי הכותרת שניתנה למערכת היחסים המשפטית בין בעל ואישה, לפי המשפט האנגלי המקובל – הקומון לו. בלקסטון, באמצע המאה ה-18, העלה על הכתב את עקרונות המשפט המקובל והנחיל את "תורת המיזוג" לגבי נישואין.

מדבריו אנו מבינים, כי **הקיום של האישה מושעה עם נישואיה, היא חסרת כל אישיות משפטית** – היא לא יכולה לתבוע / להיתבע, לא יכולה להיות בעלים של שום דבר, האישיות המשפטית של האישה מתמזגת עם האישיות המשפטית של הגבר. הגבר הוא, לכל דבר ועניין, בעליה. יש שעבוד גופני מלא לגבר – היא מחויבת להיעתר לכל רצונותיו. המערכת המשפטית הקנתה שליטה מלאה של הבעל במשפחה בכלל ובאישה בפרט. תורת המיזוג משמעותה, אובדן אישיותה המשפטית של האישה עם נישואיה, שיעבוד גופני לבעל, זכות החינוך של האישה לבעל, אובדן זכות האישה לרכושה, קיבוע שלטון הבעל במשפחה.

* ב-1948 התקיים כינוס פמיניסטי הראשון בהיסטוריה. הוכן מוסמך שכותרתו – הכרזת עצמאות האישה. נטען שהן מתות משפטית עם הנישואים, חסרות זכות בחירה, זכות חינוך וכו'. לדוג' – רק בשנת 1992 ניתנה הכרה בהעמדה של הגבר לדין בשל אונס בנישואין. אין זה קיים בהלכה, שכן כל יחסי מין בנישואין הם לגיטימיים, יש שעבוד גופני מלא של האישה לגבר.
* כלל האצבע – מותר לבעל, ע"מ להביא לציות, להכות אותה במקל שלא עולה על עובי האגודל שלו.

**מהי מורשת הפטריארכליות כיום, בימנו?** **שם המשפחה** הוא הסממן החיצוני שעדין מקבע את אותה מורשת פטריארכלית. התפיסה החברתית הרווחת גורסת, שעם נישואיה, האישה זונחת/מוותרת על שם משפחתה, ומקבלת על עצמה את שם המשפחה של הגבר. זהו ביטוי לשליטת הבעל בעבר. מדובר בנורמה מקובלת, לפיה נישואים מביאים למחיקת זהות האישה הקודמת, וכניסה לזהות הבעל.

יצירת המשפחה המודרנית באמצעות המהפכה התעשייתית –

**המשפחה המסורתית** – המצאה מודרנית, המצאה של המהפכה התעשייתית. לפני המהפכה, המבנה המשפחתי היה שונה מאוד, הוא כלל לא רק את הזוג עצמו ואת הילדים, אלא גם כל מיני נלווים (מבנה משפחתי פיאודלי) – צמיתים, משרתים וכו', שהיו חלק מאותה מסגרת של משק משפחתי. המשקים המשפחתיים התנהלו על פי דפוס של משק המספק את צרכיו שלו. מדובר היה במשק אוטרקי – מנגנון המספק לעצמו את צרכיו הקיומיים על כל ההיבטים. **חלק ניכר מן הפונקציות שכיום מספקת המדינה מולאו ע"י המשפחה ובתוך המשפחה** – ייצור המזון, חינוך הילדים, אספקת רפואה וכו'. הכל התנהל בתוך המסגרת המשפחתית של המשק המשפחתי הפיאודלי.

כל זה השתנה מן הקצה אל הקצה עם התפתחות המהפכה התעשייתית. במהלך תקופה לא ארוכה, העולם החברתי השתנה באופן דרמטי, היחידה המשפחתי היא זו שעברה את השינויים המשמעותיים ביותר – כל אותם תפקידי ייצור הוצאו מתוך המשפחה אל מרכזי ייצור תעשייתיים חיצוניים למשפחה. **אותה הפרדה בין הפרטי לחיצוני החלה להתקבע בתודעה של הפרטים, במציאות היומיומית**. ההתפתחות של מנגנוני ייצור מחוץ למשפחה, של מוסדות חינוך, רפואה מודרנית, כל כאלה **הותירו את המשפחה מרוקנת מתפקידים שיועדו לה קודם לכך, והשאירו אותה עם תפקיד מרכזי אחד בלבד – הולדה**. ה"production" הוצא מהמשפחה, והותיר אך את הפונקציה של reproduction"".

הגברים יצאו החוצה, מחוץ למשפחה, על מנת לעסוק בפרודקשיין. הנשים, מנגד, נותרו בתוך המשפחה. אם בעבר הייצור והרבייה נעשו בבית בשיתוף הגבר והאישה, כעת הייצור יצא והגבר יצא לעבוד, ואילו **האישה נותרה עם תפקיד הרבייה, נותרה בבית, חל פיחות במעמדה: לא עוסקת בייצור, אלא עוסקת רק בהולדה**.

**פונקציית המשפחה ירדה** – הייצור הפך להיות מושג במקומות אחרים, בחוץ ולא בפנים. מצד שני, ה"חוץ" הזה נתפס יותר ויותר כחוץ מאוד קשה, מאוד מאיים ותחרותי, קר, מנוכר ואכזרי, עולם הפועל על פי אינטרסים, חומר והשגיות. ככל שהעולם החיצוני היה קשה יותר, הבית הפך להיות יותר כמחוז כיסופים של רוגע ושל מזור לאכזריות שבחוץ, של אלטרואיזם, מפלט ונתינה. מחד, המשגת הבית ומי שבתוך הבית בתור נעלה ונשגב. מאידך, יותר ויותר קיבוע של האישה לבית.

השורה התחתונה – **פולריזציית כל כך חזקה שבין החוץ לפנים, בין הספירה הציבורית לזו הפנימית**. המשגה זו היא ששימשה עד סוף המאה-19 להצדקות מניעת הזכויות של הנשים מלפעול בספירה הציבורית, מכיוון שאנו צריכים את הנשים בתוך המשפחה, בתוך הבית, להמשיך ולשמר את כל הטוב, את כל החסד – אנו צריכים את המשפחה שתיתן לנו את המפלט מהעולם החיצוני האכזר. **החלוקה בין הספירה הציבורית והפרטית מתקבעת**, קרי מונחים אלו מקובעים בנו חברתית ופוליטית כיום, בעקבות המהפכה התעשייתית.

הדימוי של המשפחה כפי שאנו מכירים אותה היום, הוא דימוי שנטוע בנו עמוק, בלי הצדקה יתרה, כי הוא נכון אך ורק ל-200 השנים האחרונות, ולא לפני כן. כיום, יש המדברים על "**משפחה חדשה**" – חשוב שנסתכל על כל השינויים כיום בהקשרם ההיסטורי, אנו לא נמציאם במהפכה של ישות מיתית, אלא השינויים האלו הם שינויים לא כל כך דרמטיים – המשפחה נמצא כל העת בשינויים.

"**מיתוס המשפחה**" – נוצר בתק' המהפכה התעשייתית, אז החלה להתפתח אידיאולוגיית המשפחה שמשמעותה המעשית היא אידיאולוגיית אי-ההתערבות במשפחה. היא נובעת מאותם תהליכים של יצירת המשפחה המודרנית יחד עם יצירת הדיכוטומיה הכ"כ ברורה הזו בין הפרטי לציבורי, והצורך ליצור את אותו מקום שיהיה חסין מהרוע של החוץ. למדינה ולחב' אסור לפלוש אליו. כל זה מצטרף לאידיאולוגיה של הליברליזם, אותו מעוניינת הספירה החיצונית, הפרט הוא כבר לא אינדיבידואל, אלא גם סביבתו נתפסת כשייכת לארבע אמות שלמדינה אסור להתערב בהן.

* האידיאולוגיה של אי התערבות במשפחה גרמה לכך שכל שאלת האלימות במשפחה לא הייתה קיימת עד עמוק לסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת.

**הגדרה מתוך שנתון סטטיסטי לישראל 1996 (הלמ"ס)** – ראש משק הבית הוא הגבר. האישה יכולה להיות ראש משק בית, רק כשאין גבר. בישראל, הגדרה זו השתנתה ב-1997, אך היא קיימת במדינות אחרות. זהו התרגום המודרני לרצף הפטריארכלי לרצף גבר-אישה-מדינה.

הלוגו מבטא את חלוקת העבודה בעולם כולו. הוא לקוח מתוך דו"ח של הגוף של האו"ם - היומן דיבלופמנט, המוציא בכל שנה דו"ח של פיתוח אנושי, בו נכללים מדדים רבים, המערכים את כל אופני הקיום של בני האנוש בכל מקום על פני הגלובוס. בשנת 1995, ארגון זה החליט כי יהא זה נכון **להוסיף פרמטר של מגדר**, להערכת ההתקדמות של האנושות. הובן, כי נכון להסתכל גם על השאלה של גברים מול נשים בכל מקום בעולם, על פרמטרים הקודמים וכן גם על פרמטרים של מגדר – שוויון מגדרי ועוצמה של נשים מול גברים .

**חלוקת העבודה** – כמה נשים עובדות (ירוק), מול כמה גברים עובדים (אפור). הנקודה החשובה הינה, **איך מתחלקת העבודה – עבודה בשכר, לעומת עבודה ללא שכר**. באופן ברור, ניתן לראות כי 2/3 מעבודת הנשים היא ללא שכר. אצל הגבירם התמונה הפוכה, במדינות מפותחות 2/3 – עבודה בשכר, 1/3 עבודה ללא שכר, מדינות מתפתחות 3/4 – עבודה בשכר. זמן העבודה של נשים, 60% ממנו מוקדש לעבודה ללא שכר - הבית, טיפול בהורים בילדים. כל העבודה הזו לא נחשבת ולא נכנסת לתוך התוצר הלאומי הגולמי.

חלוקה זו, בעיני המרצה, **ממחישה את אותה מורשת של תפיסה פטריארכלית, של האבחנה בין הפרטי לציבורי, את התפיסה המקבעת את האישה לתפקידים הבייתיים**. זוהי תפיסה, שכיום לא מונעת מימנה, פורמלית, אך כן מקשה עליה באופן בלתי פורמלי, ולעיתים פורמלי, מלפעול בזירה הציבורית באופן שווה לאופן הפעולה של הגבר בזירה הציבורית. החלוקה הזו של זמני העבודה ושל מה מהפעילות מתוגמל כלכלית ומה לא, היא **חלוקה אוניברסאלית, היא קיימת ומקובעת גם בעולם המתפתח וגם בעולם המפותח.** **חלוקת העבודה מייצגת אפוא את חלוקת התפקידים במשפחה – גם כיום, המושג המשפחתי הוא המקום מימנו, מבחינת יחסי מגדר ושאלות של מעמד המשפט, בו הכל מתחיל ונגמר.**

* החלוקה לעבודה מתוגמלת מול עבודה לא-מתוגמלת תהייה רלוונטית לעניין שאלתה המזונות וחלוקת הרכוש.

**איך מתחלק העושר בחברה בעולם כולו?** כמה נמצא בידי נשים וכמה נמצא בידי גברים? פחות מעשירית מהעושר העולמי, מהבעלות בנכסים, נמצא בבעלות נשים.

**משפחה, חברה ומשפט – פרשיות נחמני ומשפחה חדשה**

פסיקה זו מייצגת את ההתמודדויות שהתפתחויות בהקשר של דיני המשפחה מציבות בפני המשפט, הן נתונות באינטראקציות שבין שינויים משפטיים לחברתיים. פסקי הדין מאתגרים את המבנה המשפחתי המסורתי מכוונים שונים. מה מאפשר את אתגור המבנה המשפחתי המסורתי? הטכנולוגיות החדשות בהולדה, המאפשרות לנו ליצור דפוסי משפחה שלא היו מוכרים בעבר.

האמנם לא היו מוכרים בעבר? הפונדקאות הראשונה היא מספר בראשית – שרה והגר. כמו כן, יש לנו 2 אימהות פונדקאות – "היא תלד עבורי, ואני אהיה האמא". כיום, הפונדקאות מנותקת מיחסי מין, ומאפשרת פיצול של האימהות – יש אם גנטית, אם הרה ויולדת ואם מיועדת (ייתכן שהביצית נתרמת, היא של אישה שלישית). **הפונדקאות, כיום, או הסדר של נשיאת הריון מאפשרים פיצול אימהות ל-3 אימהות שונות – האם הגנטית, האם הנושאת את ההיריון והאם המיועדת. סדרת פסקי הדין מקדשת את ההורות הגנטית.** לדעת המרצה, מדובר במסר בעייתי.

**פרשת נחמני** – זהו אחד מפסקי הדין המביעים בצורה המוחשית ביותר את המורכבות של המשפחה החדשה, את האינטגרטיביות של תחום דיני המשפחה, הוא לא עומד בפני עצמו, הוא התחום המנהל הכי הרבה דיאלוגים עם תחומי משפט וידע אחרים, עם עולמות תוכן אחרים. פרשה זו ממחישה לנו את אוזלת היד של המשפט וביהמ"ש בהתמודדות עם שאלות קשות באמת. ביהמ"ש מוצא עצמו בתור הכתובת האחרונה להסדרה של יחסים חברתיים, להסדרה של יחסי אינטימיים, פרשה זו מדגימה את חוסר האונים.

במה 12 השופטים (בכל הגלגולים של הפרשה) כשירים יותר, או מוכשרים יותר להתמודד עם השאלות שעלו בפרשה זו, מאשר כל אחד ואחד מאתנו, או מנהיגי קהילה שונים? לאורך הדרך, ניתנו 15 החלטות שונות בפרשה זו – 6 צידדו באיש, 9 צידדו באישה. הדבר ממחיש את האקראיות שבשורה התחתונה. כאשר סופרים את ראשי השופטים, הדבר יותר מוחלט – 8 שופטים צידדו באישה, 4 צידדו באיש.

**השופטת דורנר** – השופטת לא מתיימרת לטעון כי אנו יכולים להכריע, כי יש לנו את הכלים והיכולת. זאת, בניגוד **לשופטת שטרסברג-כהן**, שטענה כי מדובר בסוגיה מתחום דיני החוזים (משם ניתן לשאוב את הכלים הנחוצים), המבנה הוא מבנה חוזי – ננתח זאת על פי ניתוח חוזי. השופט דורנר, מאידך, לא סברה כי ניתן להתייחס לכך כחוזה. לגישתה, יש להגיע למאזן הצדק. השופטת חולקת בכך על **השופט טל**, שלגישתו יש לדון במאזן הנזק והצער. **השופט טל יושב על הכיסא הדתי**, הוא מדגיש את ההורות, את ההמשכיות, את המשפחתיות וההולדה. השופטת דורנר, מנגד, מגיעה מרקע אחר לגמרי. לא ניתן להתעלם מכך.

בפסק דין זה יש הרבה מאוד מס שפתיים. אחת המנטרות מפיה של **השופטת שטרסברג-כהן** – "זו הזכות לאוטונומיה של עצמם". שאלת ההורות עמדה על כפות המאזניים, שאלה ההורות שיכולה להתממש אך באמצעות התערבות חיצונית, ע"י פריצת המסגרת של התא המשפחתי המסורתי – לא ניתן להקים משפחה בדרכים המסורתיות, המוכרות, שלא נזקקות להתערבות חיצונית. במקרה דנן, מלכתחילה, הזוג פונה לגורם חיצוני, לתחום הרפואה, המאפשר את נושא הפונדקאות.

העובדה שבמדינת ישראל יש חוק (חוק הסכמים לנשיאת עוברים), העובדה כי הפרקטיקה הזו של נשיאה הריון של אישה עבור אישה אחרת היא לגיטימית בחוק ומוסדרת בו (יש לה גבולות וכללים) – זוהי דוג' ייחודית למדינה המאפשרת הסדר זה, למדינה הקובעת הסדר שכזה בחוק ואוכפת אותו. **התערבות המדינה היא המאפשרת מלכתחילה את היווצרות הדילמה המשפטית. לכן, זה אבסורד לומר שהמשפחה חסינה מהתערבות, זהו מס שפתיים.** יש חוסר רטוריקה בין העקרונות שהשופטת מנסה להיאחז בהם למציאות, הניתוח שלה לא רלוונטי.

**השופטת שטרסברג כהן –** השופטת מנסה לדבר על סימטריה. איזו סימטריה ניסתה השופטת ליצור? ניסיון לומר **שצריכה להיות סימטריה בין גברים לנשים, בין הזכות לאי-הורות לזכות להורות.** הזכות לאי-הורות של אישה הינה סביב האפשרות להפסיק הריון (הפלה). עצם האמרה כי לאישה יש זכות לאי-הורות בישראל מעוררת בעיה, בישראל אין לאישה זכות לאי-הורות, מדובר בעבירה פלילית. מלכתחילה, אין זכות לאישה להפסיק הריון, פרט למס' מצבים ספציפיים.

לדעת השופטת, לאישה יש זכות לאי-להורות, והבעל לא יכול למנוע זאת מימנה, בן זוג של אישה המבקשת להפסיק הריון, לא יכול למנוע זאת מימנה. לבעל אין את הזכות לטעון, שהוא מתנגד לכך שאישתו תפסיק את ההריון. לפי השופטת, לאישה יש חירות/זכות לאי-הורות. כאמור, זכות זאת לא קיימת מלכתחילה. לדעת השופטת, צריכה להיות תמונת ראי – גם לאב צריכה להיות הזכות להפסיק את תהליך יצירת ההורות, והאישה לא יכולה להתנגד לכך – הסיטואציה שנוצרה היא תמונת ראי של נשיאת היריון ע"י אישה בגופה - כשם שבמקרה זה לא יכול האב למנוע מימנה את הפסקת ההיריון, כך גם בתמונת הראי, כשההיריון עתיד להיות נישא ע"י אישה אחרת, יכול האב לומר כי אין הוא מעוניין בכך, והיא לא יכולה לבוא ולהתנגד. זו הסימטריה שהשופטת פורשת. **האם זו סימטריה נכונה?** לדעת המרצה, הניתוח הזה כושל.

האם ניתן להשוות בין אבהות לאימהות? בין יצירת ילד רגילה, ליצירה ע"י אישה אחרת, שתשמש אך ורק כנושא ההיריון והיולדת, ולא כאם מיועדת? האם ניתן לבצע הקבלה בין הסיטואציות? לא, לא ניתן לבצע הקבלה בין המשמעות של הורות עבור נשים למשמעות של הורות עבור גברים, גם ביחס לתהליך עצמו של ההולדה, וגם ביחס להורות שלאחר ההולדה. זהו כשל לוגי ומוסרי להשוות בין אישה הנושאת את ההיריון בגופה וזכאית באופן אוטונומי ובלעדי לקבל את ההחלטה אם היא ממשיכה לשאת את ההיריון, לבין מצבים בהם יצירת הילד אמורה להתרחש במנותק מהגוף של האם והאב המיועדים.

**פ"ד משפחה חדשה** – גם פ"ד זה עוסק בגבולות המשפחה המסורתית. זהו פ"ד המרכזי בעניין הלגיטימיות של המשפחה החדשה וזכויותיה. **ארגון משפחה חדשה** - מדובר בארגון לא-ממשלתי, הפועל בזירה זו של קידום דפוסי משפחה שלא עונים על הדפוס המסורתי (אמא ואבא הנשואים פורמלית, בדרך המלך בישראל, עם ילדים). הארגון מבקש לאתגר את התמונה, ולקדם לגיטימציה של דפוסים חדשים.

בפ"ד זה דובר היה באישה רווקה שרצתה להשתמש בהסדר הפונדקאות. אישה יחידה מבקשת לעבור הליך של הפריית ביצית באמצעות תרומת זרע ולהשתיל את הביצית ברחם של אם פונדקאית- אם נושאת. **השאלה המשפטית** – האם החוק לנשיאת עוברים מפליה אישה רווקה לעומת בני זוג?

לפי פרשנות חוק הפונדקאות, הרי הוא מופנה אך להורים שהם בני זוג – איש ואישה. לפי ביהמ"ש, החוק מפלה לרעה נשים רווקות. השופט חשין העניק את פסק הדין המרכזי. מבחינת פרשנות החוק – העותרים טענו, כי גם פרשנות החוק היבשה מאפשרת לאישה רווקה לעשות שימוש בהסדר הפונדקאות. השופט חשין סבור שלא, אין דרך לפרש את החוק באופן ש"איש ואישה" יהיה גם "רק אישה".

האם הסדר זה מפלה, או לא? השופט מסביר מדוע החוק לעיל מפלה, ומדוע יש תפיסה חברתית מקובלת, לפיה משפחות של אם יחידנית אינן תופעה רצויה, הבאת ילד ע"י אם בלבד, ללא אב, אינה רצויה. לפי חשין, "הַעֲמָדָתָהּ של "תפיסה חברתית מקובלת" בצד ערכי השוויון ואיסור הפליה, כמו המדובר – תמיד ולא-סייג – במושגים שיש להם מכנה משותף, יש בה לדעתי עירוב מין בשאינו-מינו".

**עיקרון השוויון מופר בהסדר החקיקתית הקבוע בחוק לנשיאת עוברים. לא ניתן להצדיק את הפרת השוויון/ קיומה של האפליה באמצעות תפיסה חברתית מקובלת.** אין זה נכון, שטובת הילד תדחה מפני התפיסה החברתית המקובלת. אם נלך תמיד אחר התפיסה החברתית המקובלת, אנו לא נשתנה, נישאר סטטיים, המשפט לא יאפשר שום הנעה. **היאחזות בתפיסה חברתית מקובלת מקבעת את החברה במקום בו היא נמצאת, ולא מאפשרת שום שינוי.** פ"ד זה איננו כל כך משפטי. כשמנסים להצדיק את המצב הקיים, פשוט אומרים שזהו המצב הקיים – זו הנמקה מעגלית. חשין יוצא כנגד הדטרמיניזם החברתי הזה, שלא מאפשר שינוי והתקדמות.

הוויכוח בין אנגלרד לחשין הוא משפטי, אך שורשיו אידיאולוגיים, ערכיים. לפי **השופט אנגלרד**, מדובר בשונות בין שונים, אין מדובר באפליה בין שווים. לפי עקרון השוויון, אסור למחוקק להפלות בין שווים, אך כאשר מדובר בשונים (שונות רלוונטית), מותר להעניק יחס שונה. אישה לבדה שונה מבני זוג, ולכן האבחנה מותרת.

לשאלה אם השונות רלוונטית יש איצטלה משפטית, אך מדובר **בהכרעה ערכית** – **אנגלרד** מייצג את הקול הדתי, הוא מגיע עם תפיסת עולם דתי, אשר גורמת לו לייחס העדפה למשפחה נורמטיבית, למשחה מסורתית, לזוגיות בין איש לאישה ושלילת התייחסות ערכית זהה לאישה יחידה. **חשין**, מנגד, מגיע ממקום הפוך לחלוטין, לחשין תפיסת עולם הנטועה בערכים של ליברליזם מערבי מודרני, השוללת את תפיסת העולם המסורתית.

**לכאורה, לדעת חשין, מדובר באפליה פסולה, העתירה חייבת להתקבל. אולם, הוא דוחה את העתירה, שכן לגישתו מדובר בעניין למחוקק.** אנו מצפים לאורך קריאת הפ"ד, שהשופט חשין יבטל את החוק, אך לבסוף אנו מגיעים למבוי סתום, בו חשין קובע שהמקרה הינו מעבר להישג ידינו של השופטים, זהו תפקיד המחוקק ולא ביהמ"ש. לא ברור מדוע חשין נמנע מקבלת העתירה.

**פ"ד ד.ג** – זהו פסק דין שעסק בפונדקאות בחו"ל. בפ"ד זה ניכרת ההשפעה הברורה של ערכי השופט פיליפ מרקוס (דתי), לפיו האמנה החברתית קובעת, שלילד צריך להיות לשני הורים. אולם, הקביעה לא רושמה באמת באמנה, ובאמנה לא מתוארת המשפחה האידיאלית. באמנה רשום שהקשר של הילד יישמר עם הוריו.

המרצה מתנגדת לפסיקת השופט מרקוס ועל ההסתמכות שלו על האמנה, משום שהוא ציטט לא נכון – הוא טען שלילדים צריך שיהיו שני הורים, אך למעשה האמנה קובעת שאם יש שני הורים, צריך שלילד יהיה קשר איתם. אולם, כאמור, אם אין זשני הורים, אין המשמעות היא כי אסור להביא ילדים.

**פ"ד עדאללה** – פ"ד זה מציג אבסורד נוסף, לפיו הדיון הממצה והמקיף ביותר לגבי אחת השאלות היסודיות ביותר, הזכות לחיי משפחה, מתקיים דווקא בעתירה של ארגון עדאללה (הארגון המשפטי המשמעותי ביותר להגנה ולקידום זכויות ערבים במדינת ישראל). זהו המקום בו ביהמ"ש בחר לפתח את הדיון הממצה והמקיף ביותר לעניין הזכות לחייב משפחה.

"זכותו של אדם בישראל לחיי משפחה בתנאים של שוויון הינה חלק מכבוד האדם, והיא נחשבת זכות חוקתית מן המעלה הראשונה" .האירוניה היא, שהדיון המעמיק ביותר על הזכות לחיי משפחה, היקפה ומהותה, התרחש בעתירה של ארגון עדאלה, ביחס לזכויות ערבים –ישראלים.

**פ"ד שלום** – זהו פסק הדין העוסק במשמרות על חיות מחמד. השופט שוחט מקדיש ומעניק פסק דין של 10 עמודים. השופט דוחה את ההמלצה של אנשי המקצוע, דבר שכמעט ולא קורה בסכסוכי משמרות על ילדים. השופט מדגים איך להטיל ספק, לשאול שאלות ולבחון האם איש המקצוע שקל את השיקולים הנכונים. זהו פ"ד מאוד חשוב, לפיו חוות דעת מקצועית איננה בהכרח ראה וקדש. מאידך, יש לזכור כי מדובר בזכויות בע"ח.

**ע"א 5258/98 פלונית** – **הפרת הבטחת נישואין**. גלגולי עילת התביעה כמשקפים שינויים בנורמות חברתיות -מוסריות-מגדריות.

בכלל פסקי הדין לעיל, אין מדובר בשאלות משפטיות, אלא שאלות ערכיות. בפסקי הדין לעיל, ניתן לראות את החזית, את האופן בו התפיסות האישיות הערכיות של השופט/ת באות לידי ביטוי באופן משמעותי בתחומים של העימות בסוגיות מבנה המשפחה.

**מערכת היחסים בין המערכת הדתית לאזרחית –**

**דברי החקיקה היסודיים לבחינת היחסים האמורים –**

דבר המלך ומועצתו –

**סימן 47 (שיפוט בענייני המצב האישי)** – "בכפוף להוראות חלק זה של דבר מלך זה יהא לבתי המשפט האזרחיים גם שיפוט בעניני המעמד האישי, כמוגדר בסעיף 51, של אנשים בישראל. בשיפוט זה ישתמשו בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנות שיונהגו או יוחקו להבא, ובכפוף לאלה, לפי הדין האישי החל".

בתי המשפט האזרחיים (ביהמ"ש לענייני משפחה) הם הערכאה לה הסמכות המקורית, הראשונית והשיורית בכל ענייני המעמד האישי בישראל. הרישא מדבר על סמכות, הסיפא עוסק בדין. לפי הסיפא, הדין יהיה לפי חוק המצב האישי, היינו לפי הדין הדתי = הדין האישי.

**סימן 51 (בתי דין דתיים, שיפוטם של בתי דין דתיים, הגדרה של מעמד אישי)** – "בכפוף להוראות הסעיפים 64 עד 67 ועד בכלל, יהא השיפוט בעניני המעמד האישי, בהתאם להוראות חלק זה, מסור לבתי דין העדות הדתיות. לצורך הוראות אלה, עניני המעמד האישי פירושם משפטים בענין נישואין או גיטין, מזונות, כלכלה, אפוטרופסות, כשרות יוחסין של קטינים, איסור השימוש ברכוש של אנשים הפסולים לפי החוק, והנהלת נכסי אנשים נעדרים". **הס' קובע מהם הנושאים שהם בבחינת מעמד אישי.**

חוק שיפוט בתי דין הרבניים – ניתן לראות את הדואליות של הדין והדיין. לבתיה"ד הרבניים הסמכות הייחודית לדון בנישואין וגירושין לפי דין תורה.

**ס' 1 (שיפוט בענייני נישואין וגירושין)** – "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים". הסעיף עוסק בסמכות.

**ס' 2 (עריכת נישואין וגירושין)**– "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". הסעיף עוסק בדין. השאלה המרכזית – מהו דין תורה? דין תורה, כפי שפורש בפסיקה, הוא כל ההלכה היהודית לדורותיה, החל מהתורה שבכתב דרך כל ספרות התורה שבעל פה, כפי שהועברה במסורת היהודית הרבנית האורתודוכסית, כפי שהיא מבוטאת כיום ע"י בתי הדין הרבניים הרשמיים במדינת ישראל.

**בי"ד או ביהמ"ש – מה זה משנה? מהם ההבדלים בין ערכאות השיפוט הדתיות לאזרחיות?**

לכאורה, התוצאה צריכה להיות זהה, בין אם סכסוך כלשהו נדון בביהמ"ש לענייני משפחה, ובין אם הוא נדון בבד"ר, שכן גם ביהמ"ש לענייני משפחה צריך לדון לפי הדין הדתי וגם בד"ר. אם יש איזשהו חוק שהותקן ע"י המדינה, לפי סימן 47 והוראות נוספות, גם בית דין דתי צריך לדון לפיו (אם החוק קבע בתוכו שהוא חל גם על בתי דין דתיים). כלומר, **לפי המסגרת הכללית של חלוקת הסמכויות וקביעת הדין, התוצאות המשפטיות אמורות להיות זהות**, **בין אם מדובר במערכת האזרחית ובין אם מדובר במערכת הדתית**. זוהי נק' המוצא. מכאן השאלה, אז מה זה משנה?

בתי הדין הרבניים – זהות הדיינים

המערכת החקיקתית על פיה פועלים בתי הדין הרבניים היא **חוק שיפוט בתי דין רבניים רבניים (נישואין וגירושין).** חוק זה נחקק ללא קונצנזוס מלא, הוא שינה את מערך הכוחות שהיה קיים קודם לכן. השינוי המשמעותי מבחינת הגדלת כח בתיה"ד הרבניים היה חקיקתו של **ס' 3 לחוק שיפוט- סמכות הכריכה.**

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

יחד עם חוק שיפוט בתי"ד רבניים, החוק שמשלים אותו הוא **חוק הדיינים.** חוק הדיינים מכתיב למעשה את הצד המנהלי של מינוי הדיינים ושל המעמד שלהם (נחקק בשנת 55).

**ס' 3 לחוק הדיינים** (כשירותם של דיינים) – "מי שהוסמך לכך על ידי מועצת הרבנות הראשית תוך שנתיים לפני המינוי כשיר להתמנות דיין. תנאי ההסמכה וסדריה ייקבעו בתקנות שיתקין השר בהסכמת מועצת הרבנות הראשית". **הסעיף קובע מי יכול לכהן כדיין בבתי הדין הרבניים**. הכשירים להיות דיינים הם אלו שעבורו את הפרוצדורת ההסמכה ע"י הרבנות הראשית. מהי דרך מינוי הדיינים? יש ועדה למינוי דיינים.

מי מרכיב את הועדה? **ס' 6א' לחוק הדיינים** – "ועדת המינויים (להלן – הועדה) תהיה של 10 חברים; שני הרבנים הראשיים לישראל; שני דיינים של בית הדין הרבני הגדול שיבחר חבר דייניו לשלוש שנים; השר וחבר אחד של הממשלה שייבחר על ידיה; שני חברי-כנסת שייבחרו על ידיה בבחירה חשאית ויכהנו כל עוד הם חברי הכנסת, ואם תמה כהונת הכנסת – עד שתבחר הכנסת החדשה חברים אחרים במקומם והכל בכפוף להוראות חוק הכנסת, התשנ"ד-1994; שני עורכי-דין העובדים במקצועם, שייבחרו על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין לשלוש שנים". הועדה מורכבת מ-10 חברים, יש אפשרות למצב של תיקו (בוועדה למינוי שופטים יש 9 חברים). מדוע? משום שיש 2 רבנים ראשיים, ולכן המספר הוא 10, ולא 9.

תיאורטית, בוועדה למינוי דיינים, יש 6 מקומות הפתוחים בפנים נשים. אולם, כיום אין אישה בוועדה למינוי דיינים. בעבר, היו נשים בוועדה, על תקן חברה בלשכת עורכי הדין, או על תקן שרת המשפטים.

**הוראת ייצוג הולם לנשים (לשני המינים) בתפקידים ציבוריים** – בכל גוף של קביעת מדיניות מצויה **חוק שיווי זכויות אישה, ס' 6ג'** – הועדה למינוי דיינים נכנסת תחת סעיף זה. כלומר, ההוראה בדבר ייצוג הולם חלה גם על הוועדה למינוי דיינים. אולם, חוק שיווי זכויות האישה לא מגדיר מהו "ייצוג הולם" – זוהי שאלה מהותית, יש לה תשובות שונות בפסיקה. נכון להיום, אין מדד כלשהו לייצוג הולם, אין סטנדרט אחיד. התשובות שניתנו – הדבר יכול להשתנות ממקרה למקרה. התפיסה המקובלת – פחות משליש לא מהווה ייצוג הולם. הסטנדרט המקובל ביותר – 40 אחוז. **כיום, בוועדה למינוי דיינים, בוודאי שלא מתקיים ייצוג הולם לנשים.**

**סעיף 12 לחוק הדיינים (אי תלותם של דיינים)** – "אין על דיין מרות בעניני שפיטה זולת מרותו של הדין לפיו הוא דן". לדיין אין מרות זולת הדין לפיו הוא דן. זו דוג' מצוינת לאי ההתאמה לתפיסה השונה לחלוטין לגבי השאלה – מהו הדין, ומהי מלאכת השפיטה.

**תקנות הדיינים (תנאי הסמכה והסדרה)** – סעיפים 1-2. ס' 1 – "דיין צריך להיות נשוי או שהיה נשוי" – דרישה שלא קיימת בביהמ"ש האזרחיים.

האם הגוף האורתודוכסי הרשמי של מדינת ישראל מכיר באפשרות שאישה תוסמך לרבנות? לא. התשובה של **הרב עוזיאל** – "אישה כן כשרה לדון, אם הציבור קיבל זאת על עצמו". ניתן למנות אישה גם לתפקיד של שררה, אם הציבור קיבל זאת על עצמו. הדרך של הציבור לקבל זאת על עצמו הינה בהליך דמוקרטי – אם הציבור מחוקק חוק בהליך דמוקרטי, המבטא את רצונו לאפשר לנשים להיות בתפקידים של שררה ושל שיפוט ודיינות, אין איסור הלכתי.

לגישת השופט, ניתן לעשות זאת, אך לא רצוי, משתי סיבות – פגעיה בתא המשפחתי, וסיבות פסיכולוגיות של האישה (תפיסות מגדריות משקפות). לגבי החלק השני עליו מדבר הרב, התכונות הפסיכולוגיות המיוחסות לאישה – יש ז'אנר שלם של הפמיניזם (הפמיניזם התרבותי), המדגיש את ההבדלים בין המינים. הקול שונה, נשים מדברות בקול אחר, הן מפעילות שיפוט מוסרי שונה מזה של גברים – הנשים מדברות על שימור קשרים ודאגה לזולת. על כן, דווקא משום כך, נשים צריכים להיות בתפקידים שיפוטיים. לפי גישה זו, גם הגברים בתפקידים השיפוטיים צריכים להיות בעלי תכונות אלה. הדין רחב יותר משאלות הזכויות, הוא חייב להחיל את מכלול ההתנסויות האנושיות והשיקולים הרגשיים.

**השורה התחתונה של הניתוח ההלכתי** – בהלכה אין שום איסור להתדיין בפני אישה. יש איסור מתפקיד שררה – לא ממנים את אישה לתפקיד שררה. אולם, יש לנו את דוגמת דבורה הנביאה, למשל. הלכתית, אין מניעה. פרקטית, הדעה המקובלת הינה כי נשים לא יכולות להיות דיינות.

מעבר לתקנות, הותקנו גם **כללים למינוי דיינים (כללי מינוי דיינים – סדרי העבודה של הוועדה למינו דיינים)**, הכוללים גם הוראות המתייחסות לתנאי הכשירות, ולמה שהוועדה מחפשת אצל הדיינים אותם היא ממנה. כלל 16 קובע אמות מידה לבחירת דיין, אלו הן התכונות העיקריות שמחפשים –

1. ידע מיומנות ובקיאות
2. כושר ניסוח והבעה
3. סמכותיות
4. מזג שיפוטי
5. סבלנות
6. סובלנות
7. הגינות כלפי הזולת
8. עצמאות בחשיבה ואי תלות
9. מוטיבציה
10. השכלה כללית ומשפטית
11. ידע בשפות
12. תינתן עדיפות למועמד ששירת בצבא.
13. לא יהיה אדם מועמד אם לא הוסמך לרבנות ע"י רב מומחה מטעם מוסד תורני שמועצת הרבנות הראשית תכיר בו.

* מסקנת המרצה – לאור הכללים הללו **אין אפשרות לאישה להיות מועמדת להיות דיין.**
* האפיון של בתי הדין הרבניים כמי שמכהנים בהם גברים בלבד נתפס כמציאות מובנת מאליה.

**מנגנון ההסתייגות** – במשפט הבינלאומי יש מנגנון המאפשר למדינות "לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה". מחד, המנגנון מאפשר למדינה להצטרף לאמנות בינלאומיות (המדינה, מכל מיני סיבות, רוצה להצטרף למועדון המדינות שאישרו כל מיני אמנות, כולל שורה של אמנות בדבר זכויות האדם). מאידך, המנגנון מאפשר שמירה על ההסדרים המשפטיים הרצויים. המדינות רוצות להצטרף לאמנות ממספר טעמים –

1. הסיבות האמתיות – קיום תחולת זכויות האדם במדינה ויכולת לתבוע ממדינות קידום זכויות אדם.
2. סיבות פוליטיות/תועלתניות – במועדון זה יש מדינות הנתפסות כעולם הנאור, מדינות רבות מעוניינות להיות חלק מאותו עלם נאור, מסיבות פוליטיות/תועלתניות. באותם מדינות, במקרים רבי, המציאות המשפטית הפורמלית לא תואמת את האמנות.

מדינה רשאית להצטרף לאמנה, אך היא יכולה להכריז שיש סעיפים באמנה, מהם היא מסתייגת מסיבות שונות. במצב זה, ההסתייגות לא חלה על המדינה. לטריק זה יש מגבלה המצויה באמנת האמנות – אמנת וינה, הנותנת את המסגרת הכללית של אותם כללי משחק. באמנה זו נקבע, כי יש סייג להסתייגות – ההסתייגות יכולה להיות מותרת, כל עוד היא לא סותרת את האובג'קט אנד פרפס של האמנה.

בשנת 1991 ישראל החליטה להצטרף לשורה של אמנות. היה מקום לבחון, האם מבחינה משפטית-פורמלית, ניתן להצטרף לאמנות אלו. הנושא במרכזי בו ישראל הייתה לבצע שינוי בהסדר החקיקתי הוא תחום הדת והמדינה, וביחוד תחום הנישואין והגירושין. מן הזווית הבינלאומית של זכויות אדם, יש ביטוי פוגעני ביותר. פוליטית, לא מתאפשרת רביזיה שכזו. **מה ניתן לעשות, על מנת להצטרף לאמנות ולהאיר את ההסדר המשפטי הקיים בתחום זה על כנו? להצטרף לאמנה אך להסתייג ממס' סעיפים** –

**ס' 16** – שיווין בכל ההיבטים של חיי המשפחה , **וס' 7ב'** – נוכחות שוויונית בתפקידים ציבוריים (נשים לא יכולות לכהן כבעלות תפקיד שיפוטי במערך שלם של המשפט בישראל – בכל בתי הדין הרבניים).

על ס' 16 הועדה בה המרצה חברה טענה כבר מס' פעמים, שלפי אמנת האמנות, ההסתייגות מימנו סותרת את המטרה של האמנה כולה. לא ייתכן, כי מדינה לא תקבל את העיקרון הבסיסי בדבר שוויון בחיי המשפחה, אך בד ובד תקבל על עצמה את האמנה.

* תיקון משנת 2011 לחוק שיווי זכויות האישה – הצגת העיקרון של ייצוג הולם. תיקון זה, ובעיקר ס' 6ג' רבתי, הוסיף סייג, לפיו **עקרון הייצוג ההולם לא יחול לגבי תפקידים דתיים, שמהותם היא מהות דתי**. הסעיף רלוונטי לא רק לגבי דיינות, אלא לגבי כל התפקידים הקשורים להנהגה דתית – כל תפקיד שהכותרת שלו היא "רב" (הדרך להשגת התואר "רב" במציאות הנוהגת בישראל, מראש, מדירה נשים משורה של תפקידים, משורה של אפשרויות של עולה בחיים הציבוריים).

לכאורה, ההדרה הזו אינה בלתי חוקתית, הן לפי החוק הבינלאומי (ברמת המחויבות הבינלאומיות) והן ברמת ההסדרים החוקתיים הפנימיים. לכאורה, ההדרות יכולות לעמוד במבחן בג"ץ. יש לא מעט גופים שכן מתכוונים לאתגר את שורת ההדרות לעיל, כולל גם בהקשר של נשים כדיינות.

**מיהם הדיינים כיום?**

יש מפתח עדתי ברור מאוד. זהו אחד ההישגים של הרב עובדיה בהקימו את ש"ס – הרב עובדיה הביא לכך שההגמוניה המוחלטת שהייתה לדיינים האשכנזיים לאורך 30 שנה השתנתה מן הקצה אל הקצה. כיום, נשמר איזון מוחלט – על כל מינוי ספרדי יש מינוי אשכנזי, ולהפך. ב6-7 השנים האחרונות הגיעה דרישה של הציונות הדתית – היות וקיים המפתח העדתי, גם רבנים שהציונות הראשית מבקשה לקדם חייבים לעמוד במפתח העדתי האמור. על כך ניטשים כל המאבקים של העשור האחרון.

* הוגשה עתירה לבג"ץ כנגד המבנה של הועדה למינוי דיינים (בה אין אישה אחת). בג"ץ העניק צו ביניים – לא ניתן לכנס את הועדה למינוי דיינים, עד שהמצב ישתנה. הועדה לא מתכנסת.

אולם, למען האמת, הועדה הגיעה לכדי שיתוק עוד לפני בג"ץ זה, בשל הסיפור של הציונות הדתית – בכל מקום יש דילים, אך בוועדה למינוי דיינים יש דילים פחות ענייניים והרבה יותר פוליטיים, כמו המפתח העדתי. המשבר התרחש על רקע הניסיון להבטיח מינוי של רב המזוהה עם הציונות הדתית לבית הדין הרבני הגדול. מה שעמד על הפרק היה הצורך לקדם 3 דיינים לבית הדין הרבני הגדול – החרדים סרבו לדרישה של הציונות הדתית – כף רגלו של ציוני דתי לא תדרוך בבית הדין הרבני הגדול. מאז אירוע זה, הועדה משותקת, **אין מינוי של דיינים. כיום, בבית הדין הרבני הגדול יש רק הרכב אחד שמתפקד (במקום שלושה).** לפני כחודש, שר המשפטים מינה דיינים זמניים.

**ההבדלים בין הערכאות –**

התשובה תחולק להבדלים ברמת המעטפת והבדלים ברמת הדין.

**הבדלים לגיטימיים ברמת המעטפת –**

כל מה שעוטף את הדין המהותי (הדין המהותי = הכללים עצמם).

1. **סדרי הדין / הפרוצדורה** – איך אנו מפעילים את הכללים המהותיים? ע"י כללים פרוצדורליים.
2. **ראיות** – חלק מרמת המעטפת, מידע נוסף העוזר לנו להפעיל את הכללים המהותיים.
3. **כללי משפט בינלאומי פרטי**.
4. **מבי"ד**.

השופט המשמעותי ביותר בראשית שנות ה-50 בתחום דיני המשפחה הוא **השופט זילברג.** הספר שלו על הדין האישי בישראל נחשב כספר יסוד בתחום. השופט השאיר לנו לא מעט מכתמים, פניני לשון, המבטאים את עקרונות היסוד של התחום.

באחד מפסקי הדין, משנת 1954, **פ"ד כהן ובוסליק נ' היועמ"ש** – נישואי כהן וגרושה. השופט זילברג – "לא הרי דיני ישראל הנדונים בביהמ"ש האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בביה"ד הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדיון, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק". **לפי השופט, לאור השוני בגישה ובדרכי דיון (ראיות ודרכי דין) = התוצאה של ההליך השיפוט תשתנה בין הערכאה הדתית לאזרחית.** השופט מבצע אבחנה בין התוכן למהות, שלכאורה אמורים להיות אחידים, לבין מה שעוטף ומפעיל את אותו תוכן. מה שעוטף הוא באמת שונה, ולכן יוצא שהתוצאות לפעמים הן שונות. **מה הכוונה ב"גישה ודרכי דיון"?**

את הנוסחה לעיל של השופט זילברג מכנים – **ההבדלים הלגיטימיים (כללי המשחק הלגיטימיים).** יש הבדלים שהם לגיטימיים, הבדלים העולים בקנה אחד עם כללי המשחק שהשופט קבע. אולם, יש הבדלים שהם לא-לגיטימיים. במסגרת ההבדלים הלגיטימיים יש גישה ודרכי דיון.

1. כללי משפט בינלאומי פרטי (גישה) – **גישה** – לכאורה, מדובר בהשקפת עולמו של השופט, אידיאולוגיה, תפיסה חברתית וערכית. השופטים הדתיים בפסקי הדין נחמני ומשפחה חדשה הביעו גישות שונות לחלוטין, שמקורן בתפיסת עולמם השונה. אולם, לא לכך השופט התכוון, אלא **לכללי משפט בינלאומי פרטי.** כאשר יש אלמנט זר (נישואים מחוץ למדינה – אלמנט זר. אין מדובר בהכרח במצב בו שני הצדדים לא יהיו אזרחים), המעורב ביסודות של המקרה, הוא לרוב ימצא את ביטויו בזיקה המדינתית של המתדיינים, אך אין זה תמיד כך. יש המכנים תחום זה – **choice of laws (ברירת הדין).**

**שאלות אלו מתעוררות בתחום דיני המשפחה בישראל בהקשר מסוים** – **הכרה** **בנישואין מחוץ לישראל.** בתחום זה יתעוררו השאלות הקשורות במשפט בינלאומי פרטי. בישראל אין הכרה בנישואין כאלו, והשאלה מהו המעמד של הנישואין הללו היא שאלה מאוד קונקרטית של כללי ברירת הדין של בינלאומי פרטי. כלומר, לעניין כל המצבים של נישואים אזרחיים, המתעוררים בישראל (נישואין מחוץ לישראל בלבד), **כל עוד מדובר בנישואים אזרחיים, הרי שיש אלמנט זר, וצריכה להתעורר השאלה – לפי איזה דין נדון.** **שאלות אלו ישאלו אך ורק בביהמ"ש האזרחי, ולא בבית הדין הרבני.**

**זוהי "הגישה" עליה דיבר השופט זילברג. כוונתו הייתה** **לתחולתם, או לאי-תחולתם של כללי ברירת הדין – חלים במערת האזרחית ולא במערכת הדתית.**

"אופיו של החוק הדתי..מתבלט בייחוד ובבלעדיות שבו...מלא כל הארץ כבודו (על הדין הדתי)..". ולכן הוא לא יפנה את המקום לדין זר. כל עוד מדובר ביהודים, לדין הדתי הטהור יש תשובה לכל סיטואציה, הוא רואה לעצמו בלעדיות, הוא שייתן את התשובה – האם הזוגיות תקפה, או לא? הדין הדתי יראה עצמו כבלעדי להעניק תשובה בשאלות אלו.

לא כך הדבר במערכת האזרחית. יש שני פסקי הדין המייצגים מצבים, בהם זוג נישא מחוץ לישראל, והסכסוך מתעורר ישראל. **פ"ד שמואל ופ"ד בכר-גולדברג** – ביהמ"ש קבע, כי **מתבצע ניתוח דו-שלבי** – ראשית, אנו בוחנים את שאלת תוקף הנישואין, לפי **כללי ברירת הדין** – שואלים את הגוף, איזה דין עלינו להפעיל. שנית, מלבישים את ההשלכות של הנישואין, אם הם תקפים – מהי חובת המזונות? השופט זילברג קרא למהלך זה **בליל של דיני ישראל (הדין הדתי) עם דיני מדינת ישראל (הדין האזרחי** הקורא לכללי ברירת הדין – שלב ראשון). אין מהלך זה מתקיים בבית הדין הרבני.

כאשר מתעוררת שאלה של נישואין אזרחיים מחוץ לישראל, לפי כללי ברירת הדין, צריך להפעיל שורה של כללים. אולם, לפי השופט זילברג, המשפט העברי לא מכיר בגבולות מבחינת זמן ומקום, ולכן לא מכיר בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי. כלומר, במילים אחרות, כללי ברירת הדין לא חלים במערכת הדתית. **אילו הסיטואציה הייתה מגיעה לפתחו של בית הדין הרבני,** **לפי ההלכה, לא נפעיל את הכללים האלו, אלא נשאל את עצמנו אם הם נשואים ע"פ ההלכה.** בית הדין הרבני לא רואה עצמו כפוף לכללי ברירת הדין (לכך התכוון השופט זילברג ב"גישה").

**אילו הסיטואציה הייתה מגיעה לפתחו של** **ביהמ"ש לענייני משפחה** – ראשית, יש לבחון אם הנישואין תקפים, לפי כללי ברירת הדין. אם התוצאה חיובית, אין זה משנה כי הנישואין לא תקפים מבחינה הלכתית, יש חובת מזונות. הדבר מחדד לנו את המשפט הסופי של השופט זילברג – "ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק".

1. סדרי הדין (דרכי דיון) – כל מערכת קובעת לעצמה את סדרי הדין שלה. סדרי הדין של בתי הדין הרבניים מופיעים בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, אותם קובעת מועצת הרבנות הראשית יחד עם הרבניים הראשיים. התקנות מתבססות על המשפט העברי, על שולחן ערוך. נק' המוצא שהייתה מקובלת עד **לפ"ד לב**, היא שהתקנות מבטאות את האוטונומיה של בתי הדין הרבניים לקבוע לעצמם את סדרי הדין שלהם, זוהי סמכות טבעית ואינהרנטית לערכאת השיפוט הדתית. סדרי הדין הללו מהווים ביטוי מודרני ופרגמטי לכללים הקבועים בהלכה.

**פ"ד לב** –ניתן בצמידות **לפ"ד בבלי** ושינה את התמונה. בפ"ד זה ניתן לראות אבחנה ברורה בין תפיסה של סדרי דין במערכת האזרחית לבין תפיסה של סדרי דין במערכת הדתית. פ"ד זה מציג את הוצאת צווי המניעה היוצאים בכמות רבה ובצורה בלתי נסבלת מצד בתי הדין. פוטנציאל הפגיעה שלהם בזכויות אדם גבוה. בניתוח של פ"ד זה, **השופט ברק מקבל את העמדה הבסיסית, לפיה לבתי הדין הרבניים יש סמכות אינהרנטית לקבוע את סדרי הדין שלהם. אולם, הם חייבים לעמוד במגבלות הנובעות משמירה על זכויות האדם, כפי שהן באות לידי ביטוי, בין היתר, בחוקי היסוד**. בסמכותו של ביה"ד הרבני לקבוע לעצמו את סדרי הדין, אך סמכות זו מוגבלת. אותו האיזון שביהמ"ש האזרחי צריך לעשות, בין השיקול של מניעת שינוי מצב משפטי בלתי הפיך ושמירת זכויות משפטיות, לבין חופש הפרט ואי הפגיעה בזכויות האדם, צריך להתקיים גם בביה"ד הרבני.

מי יורה על האיזונים הנדרשים לצורך שמירה על זכויות האדם בהתאם לחוקי היסוד? זה בדיוק מה שברק מבצע בפ"ד זה. **פ"ד המנחה לגבי הפרמטרים של ערכאת השיפוט, בבואה להעניק סעד של עיכוב יציאה מן הארץ, ניתן לגבי ערעור על החלטה של בית דין רבני ולא בפ"ד אזרחי רגיל.** ביהמ"ש קובע את הפרמטרים שגם בית הדין הרבני חייב לשקול בבואו להעניק צו עיכוב יציאה מהארץ.

1. ראיות (דרכי דיון) – לפי השופט זילברג, הראיות נכנסות תחת דרכי הדיון. הרבה מאד מהמתדיינים והמתדיינות פסולים לעדות ע"פ גישת ההלכה, אך במערכת האזרחית הם כשרים לעדות.

אחד הנושאים המטרידים ביותר – עדות אישה. כעקרון, אישה פסולה לעדות. האם מתעוררת שאלה זו בפרקטיקה? לא, הסוגיה מעולם לא מועלת לדיון. זוהי דוג' לאחד המקומות בהם בתי הדין הרבניים, מראשית דרכם, השכילו לנתב עצמם במסגרת האפשר, מבחינה הלכתית. בשטח, יש התייחסות זהה לחלוטין לעדות האישה והאיש, למרות שמבחינת ההלכה גרידא, אישה פסולה לעדות. **בתי הדין הרבניים השכילו לקבל על עצמם כל מיני כללים הלכתיים הקשורים לנושאי הראיות, המאפשרים גמישות**. בדיני הראיות ההלכתיים, יש אבחנות עמוקות בין סוגים שונים של ראיות ושל עדים. ההלכה מאפשרת לקבל עדות גם ממי שעקרונית איננו בבחינת עד כשיר, אך זהו תחום מומחיותו ("אין אדם מרע אומנותו" – אם גובים עדות מאדם בנוגע לתחום מומחיותו, חזקה שהוא יעיד דברי אמת).

* לגבי נשים – אם האישה "משיחה לפי טומא", ניתן לקבל את עדותה. ברמה המעשית, לא מתעוררת בעיה עם עדות של אישה.

יכולה להתעורר בעיה עם 80 אחוז מאזרחי המדינה – לפי ההלכה, לא ניתן לקבל עדות של מחללי שבת (אין לקבל עדות של עוברי עבירה). אולם באחד מפסקי הדין, בית הדין שם את האצבע על כך שכולם נוהגים כך כיום. בית הדין הרבני הגדול יורד לשורש הכלל וקובע, כי כיום הוא אינו רלוונטי – **העובדה כי מדובר במחללי שבת לא פוגמת במידת המהימנות שראוי שנייחס לעדותם, ועל כן נקבל את עדותם.**

"יש להתחשב עם עבדה שבזמן ובמקום..החופשיות לרגל נסיבות וגורמים..תחת נאמנותם..שודדים"

**התנגשות בין עקרונות יסוד של זכויות אדם לעקרונות מן ההלכה** – כל השייך לזכות לפרטיות והתרגום שלה לאי-קבילות של ראיות שהושגו בניגוד לחוק האזנות סתר וחוק הגנת הפרטיות. סוגיות אלו יעוררו התנגשות בין התפיסה האזרחית והעקרונות האזרחיים לבין כללי הראיות בביתי הדין הרבניים, כיוון שבאחרונים, על מנת להגיע לחקר האמת (במיוחד בשאלות של איסור והיתר, שאלות של אשת איש), ניתן לומר, בהכללה, שכל הראיות כשרות. ניתן לראות שפע של התנגשויות בסוגיות אלה עם המערכת האזרחית.

1. מבי"ד – מעשה בית דין. הכלל הנוגע לממצא עובדתי – הכוונה הינה לממצא עובדתי/משפטי, שהתקבלה לגביו הכרעה במהלך דיון בידי ערכאה שיפוטית שהייתה מוסמכת לדון בו. **הכלל מעשה בית דין קובע, כי לא ניתן לפתוח מחדש את הממצא ולדון בו בשנית.** יש כבר הכרעה בממצא זה. גם אם הוא רלוונטי להתדיינות אחרת, **ההכרעה סופית, היא תקפה גם להתדיינות האחרת בין בעלי הדין.**

לדוג' - האם הנישואין תקפים, או לא? **פ"ד שמואל** – זוג שנישא בנישואים אזרחיים ותביעת מזונות שנדונה בביהמ"ש אזרחי, אשר הפעיל את כללי ברירת הדין וקבע כי הנישואין תקפים. מתעוררת מחדש, בהתדיינות אחרת, שאלה תקפות הנישואין. הכלל של מעשה בית דין יקבע כי הנישואים תקפים, לא ניתן לדון בממצא מחדש. כלל זה נשאב דרך **סימן 46 לדבר המלך, אשר חל רק על בתי המשפט האזרחיים, ולא על בתי הדין הדתיים.**

בית הדין הרבני לא כפוף לכלל של מעשה בית דין. הדבר יוצר חוסר סימטריה. **הכלל של מעשה בית דין לא פועל מהמערכת האזרחית למערכת הדתית, אך כן פועל מהמערכת הדתית לאזרחית, הוא חד-כווני.** לדוג' – נניח כי במהלך תביעת גירושין התקבלה הכרעה, למשל, בשאלת התנהגות האישה (התייחדה עם גבר זר, למשל) – בית הדין הרבני קבע כי האישה עשתה מעשה זו. לקביעה הזו יש השלכות גם בנוגע לזכות האישה למזונות. אישה שבצעה מעשה כיעור לא זכאית למזונות.

יכול להיות שמתנהלת תביעת גירושין בביה"ד ותביעת מזונות בביהמ"ש לענייני משפחה. עו"ד של הבעל יביא את הממצא העובדתי האמור ויטען כי האישה לא זכאית למזונות. הכלל יכול לשרת את הכניסה של בתי הדין הרבניים לזירה של המערכת האזרחית, יכול לחייב אותם בכל מיני ממצאים שהמערכת האזרחית לא הייתה מגיעה אליהם.

בכדי לנסות וכן ליצור איזון ולמתן את החד-סיטריות הזו, הפסיקה פיתחה כלל אחר, המכונה "**כלל הכיבוד ההדדי בין הערכאות**", לפיו קיימים מקרים בהם מחד המערכת הרבנית לא אמורה להיות כפופה להחלטה/ממצא עובדתי שהתקבלה במערכת האזרחית בגלל שהם לא כפופים למעשה בית דין, ובכל זאת כן יצפו מהם לכבד את אותה הכרעה, דרך הכלל של כיבוד הדדי בין ערכאות. בשטח, כשההתדיינויות מתנהלות, ברוב המקרים לא יתאפשר מיצוי של השאלות.

**יש פער גדול מאוד בין "מה צריך להיות" (שאלת הפיקוח על פעילותם של בתי הדין הרבניים) לבין המציאות בשטח**. פער זה איננו משפטי נורמטיבי, אלא הוא פער פרגמטי. כאשר אנו אומרים "זו עילה לבג"ץ, בטוח שבג"ץ יתערב", בפועל, החסמים הקיימים לפעילות בערוץ זה, במקרים רבים, הם כל כך משמעותיים, עד כדי הפיכת הערוץ לתיאורטי בלבד, לא מעשי. **מהם אותם חסמים?**

* **כסף/משאבים** – משרדי עורכי הדין דורשים סכומים גבוהים.
* **הארגונים** **השונים בוחרים את סדרי העדיפויות**, יש גבול לכמות העתירות לבג"ץ שניתן להגיש.
* **זמן/אנרגיה/משאבים נפשיים.**
* **מי שפוסקים עשויים לחשוב אחרת – שאין מדובר בעילה לבג"ץ.**

**ההבדלים הלא-לגיטימיים ברמת המעטפת –**

אלו הם הבדלים שלא במסגרת "כללי המשחק".

1. אי ציות לערכאת ערעור – זוהי נק' קריטית. מדובר במערכת שיפוט היברידית, מדוע? **פ"ד כץ** – בפ"ד זה נפרשו בפנינו נרטיבים מנוגדים לחלוטין של תפיסת בד"ר ומיהות בד"ר – השופט טל (בד"ר קיים מימים ימימה), לעומת השופטת דורנר (בד"ר הוא יציר המחוקק המנדטורי והישראלי). במישור של בד"ר כגוף דתי, שצמח והתפתח באופן אורגני מתוך הקהילה היהודית הדתית, מה מקומה של ערכאת ערעור במערכת שיפוט רבנית? **אין דבר כזה, אין ערכאת ערעור במערכת הדתית.** יש תפיסה מאוד עמוקה של היררכיה, של גדלות בתורה, של סמכות הלכתית הנרכשת מן הקהילה עצמה ומתפתחת בתוכה, אך אין כאן שום היבטים פורמליים המחייבים כפיפות וציות.

מעבר לגוף שיקבל אליו ערעורים, בקשות לבחינה מחודשת של החלטות של ערכאות השיפוט התחתונות - זה היה התנאי לכך שמערכת הדין הרבניים תהיה מוכרת ע"י שלטונות המנדט הבריטי. אולם, מהלך זה לא התקבל באופן מלא ע"י הדיינים עצמם. לכל אורך הדרך, עד היום, אנו יכולים למצוא מקרים בהם הרכב מסוים של בית דין אזורי לא מוכן לקבל על עצמו את הכרעת בית הדין הרבני הגדול. **כאשר בד"ר גדול מחזיר תיק לבד"ר אזורי, קורה שבד"ר אזורי מתעלם מן ההוראה שניתנה לו מבד"ר הגדול. במקרה כזה, ניתן לעותר לבג"ץ, על מנת שיורה על כך שבאי הציות להוראה שניתנה מבד"ר הגדול, בד"ר האזורי חרג מסמכותו, ולכן החלטתו בטלה.**

בפסיקה של **הרב דייכובסקי** הוא מצא עצמו בהרבה מאוד פעמים בבדידות, פסיקתו נטתה להיות הרבה יותר ליברלית, מאפשרת, נועזת, מקבלת את מערכת המשפט האזרחית. השופט לא חסך ביקורת מן הקולגות שלו. באחת הפרשות, בהן פסיקה של בד"ר הגדול חזרה לבד"ר האזורי, אשר התעלם מהוראת בד"ר הגדול (בהקשר של שיתוף נכסים בין בני זוג), הרב דייכובסקי השתמש בביטוי "זקן ממרא" ביחס לדייני בד"ר האזורי, שלא צייתו להחלטתו. מה עומד מאחורי ביטוי זה? מסיט לעבודה זרה, העונש – מוות בסקילה. זהו ביטוי חריף במיוחד.

העובדה שמדובר בעילה לבג"ץ לא מרגיעה אותנו, יכול להיות שבמסגרת השיקולים האסטרטגיים הערוץ לא יהא רלוונטי.

1. הרכב חסר – דיון המתקיים בהרכב של שני דיינים בלבד, או אחד, על אף שחוק הדיינים והתקנות קובעים שברוב המוחלט של הדיונים בד"ר יישב בשלושה. מדוע מתקיימים דיונים בהרכבים חסרים? **הדיינים פשוט לא מגיעים.**

בעבר, המצב היה גורע יותר. בתקופתו של הרב אלי דיין, שהיה מנהל בתי הדין הרבניים, הוא הכניס סדר למערכת, אך לא מספיק (הפעיל אמצעי פיקוח קשיחים, אך לא הדיח דיינים). על אף השיפור, הרי שמדובר במצב שלא יעלה על הדעת במערכת השיפוט האזרחית.

מהי ההשלכה? כאשר אחד הדיינים לא מגיע, מה עלינו לעשות? בהנחה כי עורכי הדין יסכימו לנהל את הדיון בהרכב חסר, הדיינים יקיימו את הדיון. תתעורר השאלה – ההכרעה תמיד תהיה לטובת צד אחד ונגד הצד האחר (הצד המפסיד יטען כי ההחלטה לא התקבלה על ידי כל ההרכב). בג"ץ קבע בעבר, כי **דיון בהרכב חסר מהווה חוסר סמכות פונקציונלית** (ביטוי ייחודי למערכת השיפוט הרבנית), **שאין לה כל מרפא, גם לא בהסכמת** הצדדים – **פ"ד מסילתי ופ"ד חמד.** אולם, **בפ"ד אליהו** סויגה קביעה זו, ובג"ץ קבע כי הבטלות היא **בטלות יחסית, ולא כל דיון בהרכב חסר באמת יגרום לבטלות של התוצאה הסופית**, **אלא רק דיון שהיה דיון מהותי** (כזה בו נשמעו עדים, למשל). בעקבות כך, ניתן להניח, שהיעדר אחד הדיינים יכול היה להשפיע ולפגוע ביכולתו של אותו דיין להכריע בתיק.

* העצה לפרקטיקה – לא להסכים להרכב חסר. הסיכון שבהפיכת הקערה גדול מידי.

1. זלזול בסדרי הדין.

**הבדלים ברמת התוכן –**

האם יש הבדלים מבחינת הנורמות המשפטיות המהותיות עצמן? "הדין הוא כביכול פונקציה של הדיין", "הדין הולך אחר הדיין" (**השופט זילברג**). הדינים הם שונים בהתאם לערכאה שדנה בנושא. בערכאה הדתית - דין דתי, בערכאה האזרחית - דין אזרחי. אולם, כשהשופט זילברג כתב זאת, הוא התכוון לרמת המעטפת. הדין הולך אחר הדיין באספקלריה של כללי הדיון והראיות. הוא לא התכוון לרמה הנורמטיבית.

**בפ"ד וילוז'ני** יש המחשה קונקרטית של המנטרה הזו. השאלה המרכזית שאיתה השופט אלון התמודדת בפ"ד זה, לה לא היה תשובה במסגרת כללי המשחק הרגילים – האם חוק הגנת הדייר חל בבתי הדין הרבניים, או לא (חוק אזרחי כללי ולא ספציפי של תחום דיני המשפחה, לא חוק טריטוריאלי – חוקים שבתוכם יש סעיף מפורש המחיל אותם גם על ערכאות השיפוט הדתית)? **האם, בכלל, חקיקה אזרחית כללית מחייבת את בתי הדין הרבניים? האם הדין האזרחי (חקיקה ופסיקה) חל בבתי הדין הרבניים? איזה דין אמור לחול בבתי הדין הרבניים?**

עד **לפ"ד וילוז'ני** לא ניתנה לשאלה לעיל תשובה מפורשת, העסק התנהל מכוח האינרציה. באופן הברור, בתי הדין הרבניים פוסקים לפי המשפט העברי, לפי דין ההלכה – הדין הוא פונקציה של הדיין. **כך הוכרע בפרשת וילוז'ני. זה היה הדין עד לפ"ד בבלי.**

**סמכויות השיפוט –**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **הנושאים** | **בית הדין הדתי** | **בית המשפט האזרחי** |
| **ענייני המעמד האישי** (ס' 2 לחוק השיפוט וסימנים 47 ו-51 לדבר המלך ומועצתו) | דין דתי | דין דתי |
| **דיני ראיות וסד"א** | דין דתי (בכפוף לסייגים שמציבה **הלכת לב**). סדרי הדין מבטאים את המשפט העברי | דין אזרחי |
| **הוראות חוק טריטוריאליות** | דין אזרחי | דין אזרחי |
| **עניינים שמעבר לענייני המעמד האישי** – חוק הגנת הדייר וחוק החוזים, למשל. | דין אזרחי (זו **הלכת בבלי**) | דין אזרחי |

הוראות חוק טריטוריאליות –

* חוק שיווי זכויות האישה.
* חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.
* חוק יחסי ממון.
* בהקשרים מסוימים: חוק הירושה, חוק האימוץ, חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות).

**עניינים שמעבר למעמד האישי –**

**פ"ד בבלי** – כפיפות בתי הדין הדתיים לדין האזרחי בכל אותם עניינים שהם מעבר לענייני המעמד האישי. מראשית הדרך, היה ברור כי יש לשופט אג'נדה, יש לו מטרה ברורה. פסק הדין שאף ונבנה על מנת להגיע למטרה מסוימת. כיצד רואים זאת? כאשר שופטים מרחיבים את הרקע העובדתי ומשפטי זוהי סוג של רטוריקה, אך אין זה בהכרח קובע כי הם מתכוונים לבצע מהפך.

**פ"ד זה מחולק לשני חלקים, יש בו 2 אסטרטגיות שונות לגמרי** –

1. האסטרטגיה המסורתית – לפיה, בתי דין דתיים פוסקים לפי הדין הדתי, אלא אם מכוונת כלפיהם הוראת חוק טריטוריאלית. ההוראה הרלוונטית – חוק שיווי זכויות אישה. כיצד החוק אמור היה להשפיע על התוצאות של פסק הדין?

**גישת בד"ר לעניין חלוקת הרכוש** – **הפרדת רכוש, בניגוד לשיתוף רכוש**. לעניין ההשלכות הרכושיות של נישואין, או של חיי זוגיות בכלל, אנו יודעים שבאופן רחב, יש שתי אפשרויות מנוגדות זו לזו – הפרדה רכושית, מול שיתוף רכושי. תחת הכותרת **שיתוף רכושי** יכולות להיות תת-שיטות רבות. אחת השיטות היא שיתוף קנייני מלא – בני הזוג שותפים מלאים לכל הרכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים. שיטת נוספת – הדבר נתון לשיקול הדעת של הערכאה השיתופית. הערכאה השיפוטית יתבוננו במאגר הנכסים שנצברו, ותחליט לפי כל מיני פרמטרים כיצד לחלק, החלוקה לא בהכרח תהיה תואמת את דיני הקניין הרגילים ( הליכה אחר "רישום הנכס" – הפרדה רכושית).

לפי **שיטת ההפרדה הרכושית,** יש להתעלם לגמרי מחיי הזוגיות, על כל המשתמע מכך, והולכים אחר דיני הקניין, הרישום הוא החשוב. אם דירת המגורים רשומה על שם שני בני הזוג, גם בבד"ר היא תחול שווה בשווה בין בני הזוג. לפי דיני הקניין הרגילים, כל אחד מבני הזוג זכאי ל-50 אחוז מהדירה. **התפיסה של בית הדין הרבני בנוגע לרכוש היא** – **מה שרשום על שם הבעל הוא שלו ומה שרשום על שם האישה שלה, בית הדין טוען שזהו שוויון פורמאלי**.

הסיפור של בבלי הוא טראגי, מערכת היחסים בין בני הזוג היא מערכת יחסים שמכנים אותה נישואי עקרת בית. הבעל היה קברניט באל-על והיא הייתה מורה. עיקר הרכוש שלהם היה קנייני (בית בסביון וחנות בגבעתיים), אך **העניין המהותי היה במקרה זה מה שמכונה הרכוש החדש – זכויות**. כיום, הנכסים הם פחות מקרקעין ומיטלטלין, אלא זכויות. כל הזכויות הללו נרשמו על שם הבעל בלבד.

**מדוע פ"ד הגיע עד להכרעה בביהמ"ש העליון?** בית המשפט חיכה לפלטפורמה הנכונה (לתיק עם הרבה מאוד כסף – עיקר הכסף היה בזכויות) בכדי לבסס את אסטרטגיית היפוך הנוסחה. הפער שנפסק לגברת בבלי בבד"ר לפי שיטת ההפרדה הרכושית, לעומת הסכום שיכול היה להיפסק לטובה בביהמ"ש האזרחי, לפי הלכת השיתוף, היה גדול מאוד – פער עצום ולא שוויוני. הגברת חבקה בבלי היא אישה אומללה ועד היום היא לא זכתה לשקל אחד מהפיצויים שנקבעו לה בשנת 1995. היא מצאה עצמה מחוץ לבית בסביון ובאיזשהו שלב, מר בבלי נישא לאישה אחרת והגברת בבלי נישאה לבעלה של האישה. אף עורך דין כבר לא מוכן לקחת את התיק הזה כי אין לה כסף לשלם וכי התיק עבר כל כך הרבה גלגולים, עד שהוא יכול לקבור את הקריירה של עורך הדין שיטפל בו.

הסיבה שגב' בבלי לא קיבלה כסף היא **שבית הדין הרבני לא מוכן לפסוק על פי הלכת בבלי, הם לא מוכנים לקבל את הלכת השיתוף (שיתוף ברכוש), משום שהם טוענים שהוא מנוגד להלכה**. באיזשהו שלב, עורכי הדין של הבעל מצאו הסכם של בני הזוג לחלוקת הממון, אשר חילץ את בית הדין מהצורך לפסוק לפי הלכת בבלי. התוצאה הסופית השאירה את גב' בבלי ללא כלום.

לפי האסטרטגיה המסורתית (**פ"ד וילוז'ני**), בד"ר פוסק לפי הדין הדתי (המשפט העברי), אלא אם מצויה הוראת חוק מיוחדת (חוק טריטוריאלי), המופנית כלפיו ומחייבת אותו לפעול על פיו. זו הנוסחה שהייתה מקובלת. חוק שיווי זכויות האישה הוא חוק טריטוריאלי, המעלה על הנס את **עקרון השוויון**. **השופט ברק** מפרט למה תוצאתה של ההפרדה הרכושית מפלה נשים, ולמה בכדי להגשים את השוויון המהותי יש לנקוט בדרך של שיתוף רכושי. **מדוע ההפרדה הרכושית מפלה?** היחס שוויוני, אך התוצאה מפלה. במציאות הכלכלית-חברתית במדינת ישראל, **ברוב המכריע של מערכות זוגיות, רכוש רב יותר נצבר על שם האיש, ועל כן הפרדה רכושית (למרות שהיא נחזית להיות ניטרלית), היא איננה שוויונית.** זהו ההבדל בין שוויון פורמלי למהותי. על כן, האסטרטגיה המהותית של חוק שיווי זכויות האישה הייתה מופעלת – בד"ר פועל בניגוד לחוק, ועל כן החלטתו צריכה להיות בטלה. על בד"ר היה לפסוק לפי דרך של שיתוף רכושי.

1. היפוך הנוסחה – באמצע פ"ד, השופט אומר – "יכולתי לסיים בכך את פסק-דיני זה. עם זאת, פתרון זה הוא חלקי בלבד. סומך הוא אך על חוק שיווי זכויות האשה". העתירה בשלב זה הייתה מתקבלת, פסק הדין הרבני היה מתבטל, שכן הוא לא העניק לאישה שום חלק ברכוש הרשום על שם האיש. אילו נעצר השופט באותה נק', העתירה הייתה מתקבלת, האישה הייתה זוכה למחצית מהרכוש, אך לא הייתה מתרחשת המהפכה הגדולה – **פיצול הקניין עדין היה מתקיים בסוגיות אחרות.** אם היא השופט עוצר בנק' זו, ימשיכו להיות כל מיני מקרים של חוסר אחידות בתוצאות המשפטיות שבין המערכת האזרחית לרבנית, ולכן היה עליו להמשיך הלאה – פיצול הקניין ימשיך לעמוד בעינו. אנו מגיעים להיפוך נוסחה – **גם בתי דין רבניים אמורים לדון לפי הדין אזרחיים בכל דבר ועניין, מלבד בענייני המעמד האישי (בהם גם ביהמ"ש האזרחי אמור לדון לפי הדין הדתי).** **זוהי המטרה הסופית – תורת האחידות.** בספקטרום הרחב, איזו שיטה של שיתוף רכושי מפעילים? לכאורה, ביהמ"ש רשאי לבחור לעצמו את אחת מהשיטות, ולאו דווקא את הלכת השיתוף, יציר הפסיקה.

* **הצעתו של אריאל רוזן-צבי (שלילת כנות הכריכה, אי-אפשרות הכריכה)** – כולם יודעים שבד"ר לא מחיל את הלכת השיתוף, הוא פוסק לפי הפרדה רכושית. לכן, צד שמגיש תביע גירושין וכורך בה את העניינים הרכושיים, יודע מה תהיה התוצאה הסופית, הוא חותר לכך שהאישה לא תקבל את הזכויות המגיעות לה לפי הדין האזרחי. על כן, מדובר **בכריכה לא כנה.** לפי ההצעה של פרופ' רוזן-צבי, כל בעל שכורך את תביעת הגירושין לתביעת הרכוש, כדי למנוע מאשתו זכויות על הרכוש, זוהי כריכה לא כנה ולכן היא לא תחול.

ביקורת על עמדתו של רוזן-צבי – ניתן לטעון, כי "כללי המשחק" הם אלו שמאפשרים את הכריכה הזאת ובכל הליך יש שיקולים טקטיים. התיזה הזו יכולה להיות נתונה לביקורת באספקלריה של מירוץ הסמכויות, שכולו משחק אסטרטגי. לפי רוזן-צבי, קיים הבדל איכותי – כאשר מפעילים את הטקטיקה הזו, לא יכולים לדעת בוודאות מוחלטת מה תהיה התוצאה. אילו ננקטה הדרך המוצעת על ידו, לפיה **לא יכולה להיות סמכות לבד"ר לדון בנושא הרכוש כאשר מדובר בבני זוג החלה עליהם הלכת השיתוף** (חל חוק יחסי ממון, חוק טריטוריאלי, שבד"ר מחויב להחילו), מה הייתה התוצאה? **ההינו מחסלים את מירוץ הסמכויות** בנוגע לזוגות המתגרשים באמצע שנות חייהם. גישת רוזן-צבי הייתה שמה קץ למירוץ הסמכויות לעניין גירושים של זוגות שנישאו עד לשנת 1973. הדבר היה גורם למשבר פוליטי עמוק, שכן בד"ר היו ניצבים בפני מצב בו ביהמ"ש העליון נוטל מהם את הסמכות בצורה בוטה וברורה.

**לפי האסטרטגיה של רוזן-צבי, אילו נשללה מבד"ר הסמכות, מדובר היה בחיתוך כואב מאוד, אך חד-פעמי. מנגד, לפי האסטרטגיה של השופט ברק, המערכת האזרחית כפתה את כל כולה על בד"ר**, שהפך להיות מעין סניף של ביהמ"ש האזרחי מבחינה תיאורטית (לא מסוגל ליישם זאת בפועל, וברק היה חייב לדעת זאת ולהבין שהמהפכה בלתי אפשרית, בד"ר לא מסוגל להחילה ולחיות עמה). בתפיסה של פ"ד בבלי ולב יש צדק מסוים – היפוך הנוסחה נראתה כפגיעה אנושה במהות הקיום של בד"ר.

**כיצד ברק דוחה את עמדתו של רוזן-צבי?** ברק לא נכנס לויכוח הזה, שכן הוא טוען **שכבר הוכרע שהכריכה כנה**. ההכרעה הקודמת של ביהמ"ש העליון הייתה כי הכריכה כנה (ברק מקבל עמדה זו – מעשה בית דין). אולם, שאלת כנות הכריכה לא התעוררה בנוגע לשאלת הרכוש, אלא בנוגע לשאלת המזנות. כלומר, אילו ברק רצה, יכול היה לנקוט בדרך של רוזן-צבי, התיק היה עובר מביהמ"ש העליון למחוזי, וגברת בבלי הייתה מקבלת את כל הכסף שהיה מגיע לה. בפועל, התיק חזר לבד"ר. מדוע עשה זאת ברק? ברק חיכה להזדמנות, הוא ידע לאן הוא חותר, הוא כתב את פסק הדין של בבלי במקביל לפסק הדין לב, מתוך ידיעה ברורה לאן הוא חותר. **מטרה האחידות** היא המטרה שכיוונה את ברק.

**האסטרטגיה הנבחרת – הרדיקלית: היפוך הנוסחה – ברק רצה להגיע ל"תורת האחידות"**. אם עד עכשיו בתי הדין הרבניים פסקו לפי דין דתי, למעט כאשר הייתה הוראת חוק טריטוריאלית המופנית אליהם, מהיום **בתי הדין הרבניים יעסקו בכל נושא, מלבד ענייני המעמד האישי, לפי הדין האזרחי**.

* באותה עת, נשיא ביהמ"ש העליון, השופט שמגר, הוא הממנה את הרכב השופטים. מדוע השופט אילון לא ישב בהרכב? השופט עו"ד יוסף אלון הצטרף לעו"ד שייצג את הבעל. הוא צורף בכוונה, זוהי אסטרטגיה מבריקה, על מנת למנוע מאילון מלשבת בדיון.
* **פ"ד בעאם** – כיצד ברק דוחה את ההלכה שניתנה ע"י השופט אילון (ובדומה את הלכת וילוז'ני)? טוען כי מדובר באמרת אגב, שבטעות יסודה, ומן הראוי לסטות מימנה. בפועל, לא ניתן לומר כי מדובר באוביטר. לשופט אילון לא הייתה הזדמנות "להחזיר" לשופט ברק.

למעשה, יש לנו **שני משטרים של יחסי ממון בין בני זוג בישראל** –

1. חוק יחסי ממון (בפרק ב') – חל על מי שנישא לאחר ינואר 1974. החוק לא חל על זוגות שאינם נשואים (עליהם חלה הלכת השיתוף, פיתוח הפסיקה, חקיקה שיפוטית) מדובר בחוק טריטוריאלי, כשאחד מסעיפיו מנחה ביד"ר להחילו. זהו משטר של **הפרדה רכושית** במהלך הנישואין. החוק קובע כי במהלך חיי הנישואין נשמרת ההפרדה הרכושית בין הזוג, אך כשהנישואין מסתיימים, או כאשר ביהמ"ש מורה על ביצוע איזון המשאבים, מתקיימת חלוקת הרכוש ביניהם בדרך שקבועה בחוק (פרק ב' לחוק). במהלך חיי הנישואים, ההסדר הרכושי בין בני הזוג הוא לא הסדר של שיתוף, אלא של הפרדה. החוק קובע שיתוף דחוי, לעת מועד עריכת איזון המשאבים.
2. הלכת השיתוף – מחילה על בני הזוג **שיתוף "קנייני" או "מעין-קנייני".** השיתוף מתגבש מרגע הכניסה לחיים המשותפים, אם בנישואים ואם בחיים המשותפים יחדיו.

בראשית הדרך, ענייני הרכוש כן היו נחשבים לענייני נישואין. אולם, במהלך הזמן הם סווגו מחדש להלכות חוזיות, לפיהן הרכוש שנרכש במהלך החיים המשותפים למעשה שייך לשני בני הזוג, מתוך הסכמה מכללא. הפסיקה נקטה בשיח החוזי-אזרחי הזה, כדי להוציא את נושא הרכוש מהתחולה של ענייני המעמד האישי ולהשמיע בפנינו שמדובר בנושא אזרחי טהור, שאינו שייך למערכת נישואים ולפיכך הדין שצריך לחול עליו הוא הדין האזרחי ולא הדין האישי-דתי. הדבר מחבר אותנו לקשר העמוק בין נושאי הסמכות לנושאי המהות.

הלכת השיתוף יוצרת שיתוף בין בני הזוג בכל רגע ורגע. לכל אורך החיים המשותפים שלהם, יש להם שיתוף קנייני או מעין קנייני בכלל הנכסים שלהם. ולא כך הדבר בחוק יחסי ממון. כבר עכשיו ניתן להבין שיש משמעות להבדלים בין שני המשטרים האלה.

|  |  |
| --- | --- |
| **חוק יחסי ממון** | **הלכת השיתוף** |
| מתגבש רק כאשר הנישואים מסתיימים | מתגבש מרגע הכניסה לחיים המשותפים |
| חל רק על זוגות נשואים | חל גם על ידועים בציבור |

פוסט בבלי – ההיבט הפרטי

התיק הוחזר בחזרה לבד"ר. מחד, פ"ד הרבני בטל, אך הסמכות נותרת של בד"ר. בד"ר לא היה מעוניין להתמודד עם התיק. יום אחד, מגיע בא כוחו של הגבר (1995) לפתחי בד"ר. הוחלט להציג הסכם בין הצדדים. היה הסכם בין הצדדים, משנת 1980, שהודפס, עליו חתומים בני הזוג והבן הבכור. ההסכם עוסק בדרך לסיום בניית הוילה, ומהיכן יילקח הכסף להשלמת הבנייה. הסכם זה לא אושר בערכאה שיפוטית מוסמכת (ביהמ"ש, או בד"ר), בניגוד לחוק יחסי ממון.

**ס' 2 לחוק יחסי ממון** (1973) – "הסכם ממון טעון אישור בית המשפט לעניני משפחה (להלן – בית המשפט) או בית הדין הדתי שלו סמכות השיפוט בענייני נישואין וגירושין של בני הזוג (להלן – בית הדין), וכן טעון שינוי של הסכם כזה אישור כאמור". הסכם ממון שלא אושר, פשיטה שהוא לא תקף. עו"ד של הבעל מציג את ההסכם, בד"ר "נושם לרווחה". אולם, כאמור, ההסכם לא אושר. אולם, בד"ר מגלה בקיאות מרשימה ביותר בפסיקה העדכנית ביותר של ביהמ"ש האזרחי, בנוגע למושגי תום לב ומניעות – גם אם הסכם ממון לא אושר, אך התנהגו לפיו למשך תקופה ארוכה, או עבר זמן רב, אזי שההסכם תקף, שכן ההתנגדות נגועה בחוסר תום לב, יש מניעות מהעלאת טיעונים כאלה לאחר פרק זמן כה רב. מחד, בד"ר מרשה לעצמו לנקוט בדרך פרשנית מאוד מתקדמת. מאידך, הדבר מאפשר לבד"ר להתעלם מהילכת בבלי (לכאורה, עליו לחלק לפי החוק. יש אפילו הסכם, המגלה את רצונם של הצדדים לקבל ולהחיל על עצמם את החוק).

ההסכם נחתם בשנת 1980. בשנה זו, חוק יחסי ממון היה שונה בכמה נק' עקרוניות מאוד מהמצב כיום. בין היתר, בסעיף 5 לחוק, כאשר מפורט מהם הנכסים שיכללו ברכוש הכולל שצריך לעמוד לחלוקה, לא נכללו זכויות סוציאליות (נוסף ב-1995). בד"ר, בניגוד לגישה הכה מתקדמת שגילה ביחס לאפשרות לאכוף את ההסכם, קבע כי יש לפרש את ההסכם לפי המצב החוקי שנהג אז, כאשר הם חתמו על ההסכם (כל זכויות הבעל לא היו כללות ברכוש החלוקה, וכן גם היום הם לא יהיו כלולים). בנוסף, היות והאישה התגוררה בדירה, עליה לשלם לו פיצויים. האישה לא ערערה לביהמ"ש העליון, שכן אין לה כסף.

**השתייכות דתית –**

למה חשוב לדעת לאיזו דת שייך אדם מסוים? כאשר אנו מדברים על המערכת המפוצלת, יש פיצול בדין ובדיין. לכן, החשיבות קיימת גם אצל הדיין וגם אצל הדין.

חשיבות קביעת ההשתייכות הדתית –

* **לעניין הדין** – קביעת הדין המהותי שיחול על העניין, כאשר מדובר בנישואין ובגירושין.
* **לעניין הדיין** – סמכותו של כל בית דין דתי מותנית בהשתייכות כל הצדדים אליו.

**כדי שלבית דין רבני תהיה סמכות, שני בני הזוג צריכים להימנות על אותה דת**. אם אין שני בני הזוג נמנים על אותה עדה דתית, לביהמ"ש לענייני משפחה תהיה סמכות. אם יש ספק בהשתייכות הדתית – הסמכות תהיה של ביהמ"ש לענייני משפחה.

**על מנת שלבית דין רבני תהיה סמכות, שני בני הזוג צריכים להימנות על אותה דת**. אם אין שני בני הזוג נמנים על אותה עדה דתית, לביהמ"ש לענייני משפחה תהיה סמכות. אם יש ספק בהשתייכות הדתית – הסמכות תהיה של ביהמ"ש לענייני משפחה.

**מבחינת הדין – דיני המעמד האישי** – זאת החשיבות הכפולה של ההשתייכות הדתית, כאשר מבחינת הדין יש לזכור ששאלה זאת יכולה להיות רלוונטית גם במערכת האזרחית, כאשר מדברים על הדין עצמו. גם ביהמ"ש האזרחי צריך להכיל את הדין הדתי, והוא יהא בהתאם להשתייכות הדתית של הצדדים.

להשתייכות הדתית יש שתי "פנים" –

* **השתייכות דתית "אזרחית" מבחינת משפט המדינה** – לצרכים אזרחיים (לדוג' – מרשם).
* **השתייכות דתית "דתית" מבחינת העדה הדתית הנטענת** – לצרכי ענייני המעמד האישי.

**פ"ד גולדשטיין** – היה צריך לקרוא רק את פ"ד של השופט ברק. הוא לא הכרחי לצורך הדיון, למרות שהוא חשוב מאוד. פ"ד גולדשטיין הוא פ"ד נוסף שעוסק בתוקף גיורים שנעשים, שלא לפי פק' ההמרה. מתעוררת השאלה, מהי תוקפם? שאלה זאת היא נוסח שונה של השאלה, מיהו יהודי?

בפ"ד זה הפרידו בין הצרכים האזרחיים של רישום והענקת תעודת זהות, החלת זכויות לפי חוק השבות והיבטים אזרחיים אחרים, לבין ההיבט של ההשתייכות הדתית, לצורך ענייני המעמד האישי. השאלה האקוטית ביותר שתתעורר, פעמים רבות, תהא דווקא בנישואים: **כשירות להינשא**.

כאשר זוג מגיע ומבקש להינשא, הוא מבקש קודם כל להירשם אצל רשם הנישואים (נעשה אצל רשמי הנישואים במוצעות הדתיות השונות). שם, יש להוכיח, תחילה, ששני בני הזוג יהודים. מתעוררת השאלה החשובה ביותר מבחינת ההשתייכות הדתית.

* חשוב לזכור, שכל הנושאים שדברנו בתרגיל לגבי פק' ההמרה, שרלוונטית רק לישראל ורק מעדה דתית מוכרת ולא מעדה דתית לא מוכרת. כל הנושאים האלה משתרעים רק על ההיבט הדתי של ההתייכות הדתית. רק על שאלת השיפוט של עדות דתיות מוכרות בישראל. **כל התנאים של פק' ההמרה לא רלוונטים להיבטים האזרחיים** – מרשם, ת.ז (בהלכת גולדשטיין נקבע מה לא חל).

המדינה בקשה לטעון שגם לתנאים אלה צריך לעקוב אחר פק' ההמרה – רק ראש העדה יכול לקבוע המרה. לגבי מה שלא נעשה בסמכות הרבנות הראשית והעדה הדתית, המדינה בקשה לטעון שכל גיור כזה לא מקנה זכויות לצרכים האזרחיים. **פק' ההמרה, לפי פ"ד זה, רלוונטית אך ורק לנושאים שעניינם מעמד אישי – ברירת דין וסמכות שיפוט.** הרישום או סיום אקט ההמרה נותן את התוקף הסופי לאותה המרת דת.

**ההלכה – פ"ד גולדשטיין** **קבע שהמבחנים הדתיים, המצויים בפקודת ההמרה, רלוונטיים רק לענייני המעמד האישי, אך אינם מתאימים לצרכים אזרחיים (כמו אזרחות, סל הקליטה, חוק השבות וכו').**

הסוגיה מביאה אותנו לסיפור של **ביטולי הגיור**.

**פ"ד פלונית** – פ"ד ממחיש לנו את העוצמות שאליהם יכולים להגיע היחסים הבעייתיים של דת ומדינה ומלחמות היהודים בתוך הקבוצה הדתית עצמה, ועד כמה, למרות הכללים והמסגרת הברורה, הכל לא וודאי ומוחלט באותה מערכת מפוצלת בישראל. השאלה לא התעוררה בשאלת הכשירות לנישואין, אלא במסגרת הליך גירושים. בני הזוג פנו בהסכמה לבד"ר, על מנת להסדיר גט, ולא היה צריך להיות שום מכשול שיעמוד לרועץ. אולם, **מרגע שהתברר לדיין שהאישה היא גיורת, התחילו לבדוק את תוקף הגיור שלה לפי אורך חייה.** רוב המתגיירים בארץ הם נשים כי ההשתייכות הדתית הולכת לפי האם. לכן, היהדות אצל הנשים חשובה הרבה יותר מאשר אצל הגברים. השופט רובינשטיין מעלה את השאלה, עד כמה זה רלוונטי לבדוק את אורך החיים שלה האישה.

**בית הדין הרבני קרא תיגר על סמכות הגיור של מערך הגיור.** הסוגיה מגיעה לביה"ד הרבני ומדובר בהשתחלות חסרת כל רסן ברב דרוקמן, שהיה אחראי על מערך הגיור. זוהי מלחמה בתוך הדת, משום שמערך הגיור אימץ את ערכי הציונות הדתית. הפרשה מגלמת בצורה הברורה ביותר את המלחמה של החרדים בדתיים הלאומיים. בעצם, **יש כאן יציאה כנגד השתלטות של הציונות הדתית על "כרטיס הכניסה" לעם ישראל**. ניתן לראות זאת בצורה המזוקקת והשקופה ביותר.

ברמה האופרטיבית, התוצאה השליכה על המתדיינים עצמם, אלו שעתרו לבג"ץ. אולם, הקביעה שכל גיוריו של הרב דרוקמן פסולים לא הייתה אופרטיבית עובר לעשייתה, היא לא חייבה את כל רושמי הנישואין. נוצר כאוס, כי אלפי גירות וגרים לא ידעו מה קורה איתם – האם הם יוכלו להינשא, או לא?

דרוקמן פונה לשופטת סטרשברג – כהן, וטוען שהוא לא היה צד להליך ולא אפשרו לו לבוא ולתאר את דבריו. יש נגדו האשמות איומות ונוראות. השופטת מסכימה עמו וטוענת שכל טענותיו נכונותו והיא ממליצה לוועדה למינוי דיינים להדיח את הרב שרמן. השופטת הייתה נציבת תלונות השופטים והיא לא יכלה להדיח את הדיין שרמן. לפי חוק הדיינים, הסמכתו להדיח היא של הועדה הממנה. היא רק יכולה להמליץ. הועדה מתכנסת ודוחה את ההמלצה, בדעת מיעוט של חברה אחת בוועדה. מי שכן הודח היה הרב דרוקמן – אבל לא בהכרח בגלל סוגיה זאת.

**קבוצה של ארגוני נשים עתרו לבג"ץ, בנימוק של חוסר סמכות ופגיעה בכללי הצדק הטבעי**. האם זאת עתירה קלה? כללי צדק טבעי נפגעו פגיעה אנושה. אולם, הקושי כאן היה להתערב במהות ובגוף של הדין הדתי עצמו. האורגן שיש לו סמכות לטעון האם אדם שייך לעדה דתית, או לא, הוא בית הדין של אותה עדה דתית – ביה"ד הרבני. אנו מבקשים מבג"ץ להכניס את ראשו למחלוקת באותה שאלה של תוקף גיורים – האם נסיבות מאוחרות של הגיור, יכולות להשליך על תוקף הגיור? רובינשטיין נותן רשימת מקורות שזה לא הכרחי. זאת אחת הסיבות שבג"ץ נמנע מלפסוק.

* ניתן פ"ד שמבטל את ביטולי הגיור ומחזיר לעותרת את יהדותה. הרב בן שמעון מבין שנחצו גבולות ונכתבו דברים שאסור היה שיכתבו.

**כל זה מאפשר לבג"ץ (במשך 4 שנים) לתת פ"ד ארוך המבקר את בתי הדין. אולם, בפועל, ביהמ"ש נמנע מלהכריע בשאלת הסמכות, בגלל סיבות פרקטיות.** לכן, האם באמת יכול ביה"ד הרבני לדון בתקפו של גיור של ביה"ד רבני אחר? השאלה הותרה בצריך עיון. המשבר עבר, אך לא נפתר באמת.

**פיקוחו שיפוטי –**

**פיקוח שיפוטי על הדין החל – פוסט פ"ד בבלי, פ"ד אקנין כגבולות הלכת בבלי**

מהו הדין החל בעניינים שהם מעבר לענייני המעמד האישי (במערכת הדתית)? זהו המקום הגיאומטרי של הלכת בבלי והשלכותיה. בעקבות פ"ד בבלי ולב, הדין החל בכל העניינים שהם מעבר לענייני המעמד האישי הוא הדין האזרחי, לפחות ברמה התיאורטית. **פ"ד בבלי** מדגים לנו את התערבות בג"צ בפעילות בית הדין הרבני. פסק הדין העלה את השאלות מהי מידת הפיקוח המתאימה על המערכת הדתית? ומתי יתערב בית המשפט בפסיקות בית הדין הרבני?

**במה פ"ד אקנין מסמן לנו את גבולות הלכת בבלי?** הבעל הוא שביקש להחיל את הלכת בבלי במקרה דנן, משום שרצה במכירת הדירה. היה לו נוח יותר בדין האזרחי לעניין המדור הספציפי.

* **מדור ספציפי** – ממוקם תחת זכות האישה למזונות. משמעותו – הישארות האישה בדירה בה התגוררה עד למועד זה. האישה זכאית למדור, כחלק מזכותה למזונות. הזכות למזונות כוללת גם את קורת הגג, ולא רק כסות. אם האישה סבלה מאלימות מצידו של הגבר, ניתן להוציא צו הרחקה כנגד הבעל המכה, מכוח טענה של פגיעה למדור שקט. זה היה המצב עד לשנת 1991 (חקיקת חוק מניעת אלימות במשפחה).

בתפיסה ההלכתית, **מוכרת גם זכותה של האישה למדור ספציפי, דהיינו אותה הדירה בה הם גרו עד כה**. בפ"ד ניתנו ציטוטים **מפ"ד כליפה**. השופט טל פירט את המושג מדור ספציפי – "להוציא מנווה היפה לנווה הרע זה, מבחינה הלכתית, פוגע בזכות למדור", **אם מוציאים את האישה ממקום מגורים נוח למקום מגורים פחות נוח, הרי שנפגעת זכות למדור**. אם מוכרים את הבית ומחייבים אותה לגור בשכירות, הרי שמדובר בהרעת תנאים, ועל כן זכותה של האישה למדור ספציפי.

**בבית הדין הרבני שולטת התפיסה, שהזכות למדור כוללת גם את הזכות למדור ספציפי.** כלומר, אישה שתתבע מזונות, ובמסגרת זו גם מדור, בבית הדין הרבני עשויה למנוע את התהליך של פירוק השיתוף. גם אם לא תמנע את ההחלטה על פירוק השיתוף, תוכל היא למנוע את עצם הביצוע – ביהמ"ש יכריע בשאלה העקרונית, אך האישה תשיג צו למדור ספציפי בבד"ר, שיכול למנוע את הביצוע בפועל של פירוק השיתוף. כל זאת, אך אם קיימת זכותה למזונות, כל עוד בני הזוג נשואים. **הסיטואציה מובילה לסירוב גט מצד האישה**. **בסיטואציות כאלו, מבחינה כלכלית, ניתן להגיע לכדי מצב בו האישה היא זו שתסרב לשתף פעולה להשגת הגט.**

**בפ"ד אקנין** **השופט גולדברג** מפרט את המשך ההתפתחות של החקיקה האזרחית בנושא המגורים והבטחת מגורים, ואומר שחוק המקרקעין השתנה. **ס' 40** **לחוק המקרקעין** – "במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה, וכן אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם, יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון". המערכת האזרחית, באמצעות תיקון החקיקה של חוק המקרקעין, **דאגה להבטיח ערוץ למניעה של מצבים בהם נשים יתפתו להחזיק את הנישואין, את הגט, כבן ערובה, כנגד פינוי שלהן מהדירה**. אולם, יש לשים לב, שהזכות המובטחת כעת בחוק המקרקעין עדין **לא משתווה לאותה זכות המובטחת במושג של מדור ספציפי בדין הדתי**. במילים אחרות, יש לנו מצב (ייחודי), בו לאישה עדיף דווקא הדין הדתי.

**ההבדלים בין הזכות המובטחת בסעיף 40 (למנוע מצב של היזרקות ברחוב) לבין הזכות למדור ספציפי** – ראשית, האפשרות למצוא דירה חלופית, או אפילו הסדר חלופי – שכירות, למשל, ולא אותה דירה ספציפית. שנית, הבטחת אי-הזריקה לרחוב בחוק המקרקעין מותנית בילדים, כי החוק מבטיח את זכותם של הילדים הקטינים ובן הזוג המחזיק להם. זאת, בניגוד לדין הדתי, בו המדור הספציפי יכול לקום לאישה גם ללא ילדים (בהינתן כי נפסקו לה מזונות).

**פ"ד אקנין, גבאי ואליהו** הם שלושה פסקי דין מורכבים מבחינת ההליכים המשפטיים. הדבר ממחיש לנו את הפתולוגיה, את הבלתי אפשריות שבניהול הליכים בזירת הגירושין בישראל. **בפ"ד אליהו**, למשל, ההליכים התנהלו במשך 25 שנים.

**פ"ד אקנין** מתאר מצב של ערכאות מגבילות, שלשתיהן סמכות להכריע באותו עניין בדיוק – דירת המגורים. ביהמ"ש האזרחי (השלום) עיכב את החלטתו עד לקבלת החלטה של בד"ר בעניין המדור. זאת, בהתאם להלכת **פ"ד ראש-חודש** – לביהמ"ש יש שתי אפשרויות, שעומדות בעקרון הכיבוד ההדדי של הערכאות –

1. מאחר ויש סמכות גם למערכת האזרחית, היא רשאית להמשיך ולהכריע.
2. ניתן לחכות להחלטת בד"ר.

**האם הזכות של האישה למדור ספציפי, במקרה בו היא תבעה את המדור הספציפי כחלק מזכותה למזונות, הינה חלק מענייני המעמד האישי? זאת הייתה המחלוקת בין השופטים גולדברג וחשין.**

בד"ר פוסק ומעניק לאישה זכות למדור ספציפי. הכרעה זו אושרה בבד"ר הגדול, הבעל ביקש להסתמך על **פ"ד בבלי ופ"ד כליפה**, ולטעון **שבפ"ד כליפה** - פסיקה של ביהמ"ש העליון - נפסק כי הזכות למדור לא כוללת מדור ספציפי, אלא היא מוגשמת גם ללא מדור ספציפי. זהו דין אזרחי (פסיקה של ביהמ"ש עליון), ועל כן לאור בבלי, על בד"ר להחיל את כל הדין האזרחי. **טענה זו נדחתה, בטענה שלכאן הלכת בבלי לא מגיעה – ענייני המזונות הם עניינים הלכתיים, ענייני המעמד האישי, עליהם חל הדין הדתי, ועל כן ביהמ"ש לא יתערב ולא יאמר כיצד לפרש את ההלכה.** הדבר ממחיש את הקריטיות של סווג הסמכויות. הפסיקה לא מחייבת את בד"ר, כיוון ש"אינני רואה מקום לכוף על בית הדין הרבני את המשפט העברי, כפי שהוא פורש בבית המשפט" (השופט גולדברג). היכול להיות שבד"ר יהיה כפוף לדין הדתי, כפי שהוא מפורש ע"י ביהמ"ש אזרחי (ע"י אנשים שלא מצויים בתוך השי ההלכתי, שהם חסרי מעמד וסמכות פנים-הלכתיים)? המערכת האזרחית יכולה בעצם לכפות על המערכת הדתית את הפירוש שלה לדין הדתי, בגלל השעטנז שיש לנו במערכת. גולדברג דחה את האפשרות הזאת.לאור פסיקת ביהמ"ש, הרי ש**פ"ד אקנין** ממחיש לנו את הגבול של הלכת בבלי, משום שהוא דן בעניינים שהם ענייני המעמד האישי (לשם הלכת בבלי לא מגיעה).

**השופט חשין, בדעת מיעוט, סבר אחרת**. חשין ביסס את התיזה שלו לא על תחולת **פ"ד כלפיה**, אלא הוא בנה מבנה אחר. **הלבשת הנושא שעמד למחלוקת בלבוש קנייני היא זו שמאפשרת לחשין להעביר את הנושא מנושא המסווג כענייני המעמד האישה לכזה המצוי בטריטוריה האזרחית**. יש כאן פגיעה באפשרות של הבעל ליישם את זכויותיו, פגיעה בזכות הקניינית של הבעל ויצירת זכות קניינית של האישה (שעבוד הדירה). נוצר מצב בו הבעל לא יכול לממש את הזכות הקניינית שלו, היא נפגעת. **ברגע שישנה פגיעה בזכות הקניינית, אנו עוברים לטריטוריה האזרחית (יוצאים מענייני המעמד האישי).** בכל זאת, חשין מצטרף לדעת הרוב, בטענה כי הבעל לא העניק מדור חלופי.

**פיקוח שיפוטי – חוק-יסוד: השפיטה**

כיצד ניתן להתערב בפסיקתו של בית הין הרבני? מאין שואב ביהמ"ש את סמכותו? עלינו לעבור דרך **סעיף 15 לחוק יסוד השפיטה**. מהן עילות ההתערבות?

**בפ"ד גבאי** לא ניתנה הכרעה (לאמיתו של דבר, בשום פסק דין אין הכרעה אם ההתערבות היא מכוח ס' 15ג' או ס' 15ד'4). יש הטוענים כי הסמכות הינה מכוח עילת ה"חריגה מסמכות", אך יש הטוענים כי הסמכות הינה מכוח עילת "סעד מן הצדק".

**אם ההתערבות היא מכוח ס' 15די4 (חריגה מסמכות), פ"ד הרבני בטל מעיקרו, דהיינו הוא היה כלא היה. מאידך, אם ההתערבות הינה מכוח ס' 15ג', אין בטלות אוטומטית, אלא נתונה לביהמ"ש שיקול דעת להחליט אם פסק הדין בטל, או לא.** נבחן, האם הפגיעה במקרה הקונקרטי עולה כדי פגיעה המצדיקה הענקת סעד מן הצדק?

**ס' 15ג'** **(סעד מן הצדק)** – "בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". זהו סעיף סל, הוא לא מתייחס באופן ספציפי לביקורת כלפי ערכאות שיפוט דתיות, אלא עוסק בסמכות בג"צ באופן כללי. עילת ההתערבות בו היא מאוד כללית ועמומה, בשביל להגיע לצדק. **מאפייני העילה** – סעיף סל, "מן הצדק", אין מגבלת מועד, ניתן לביטול, עיוות הדין, דג' מובהקת: פגיעה בכצ"ט, רק בתקיפה ישירה בבג"צ.

**ס' 15ד'4** **(חריגה מסמכות)** –  "לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות".

זהו סעיף ייחודי המאפשר את התערבות בג"צ אצל בתי הדין הדתיים (רבניים, דרוזים, שרעיים וכו'). בסעיף מופיעה לכאורה רק עילה אחת של חריגה מסמכות. השאלה היא כמובן, מתי בית דין דתי ייתפס כמי שחרג מסמכותו? בפס"ד בבלי השאלה נידונה כאשר ביה"ד הרבני פסק בניגוד לדין אזרחי שהיה מחויב לפסוק לפיו. הסעיף קובע כי מי שמתנגד לסמכות בית הדין הרבני, חייב להעלות את הטענה הזו באפשרות הראשונה שמזדמנת בפניו. בסעיף 15(ג) המגבלה הזאת אינה מופיעה.

הפסיקה כל הזמן אומרת שחריגה מסמכות תחת סעיף 15(ד)(4) מביאה לבטלות מעיקרה של פסק הדין של ביה"ד הרבני, בעוד שהתערבות מכוח סעיף 15(ג), רק מבטלת את פסק הדין. כיוון והפסיקה נמנעת מלקבל הכרעות, בפועל אנחנו לא יכולים להצביע על פסקי דין בהם ההבחנה הזאת הייתה באמת משמעותית. אומנם גם בפס"ד גבאי וגם בפס"ד פלונית (הלכת השיתוף של ארבל) השופטים אומרים שיש הבדל בין הסעיפים, בשורה התחתונה לא ראינו את המשמעות המעשית.

**מאפייני העילה** – סעיף ייחודי, חריגה מסמכות, הזדמנות ראשונה, בטלות מעיקרא, אין חובת עיוות הדין, דוג' מובהקת: היעדר זיקה מדינתית, גם תקיפה עקיפה?

מיהו הפוסק הסופי? למי נתונה הסמכות? כיצד העילות לעיל משפיעות על שאלת הסמכות? התשובה לא פשוטה. בעצם, בשום פ"ד לא ראינו התמודדות עם שאלה זו בצורה ברורה ונקיה. משני הטורים, אנו עדין לא יכולים לדעת את התשובה בנוגע לשאלת הסמכות. גם אם עברנו את ההכרעה, והגענו למסקנה המבטלת את פ"ד הרבני, כצייד זה משפיע על שאלת הסמכות? **בפ"ד גבאי השופטת פורקצ'ה** קבעה כי יש לדחות את הפשרה שניתנה (לא ניתנה הסכמת שני הצדדים) ולהחיל את הלכת בבלי. התיק הוחזר לבד"ר. **למרות שפסק הדין הרבני בטל – הסמכות נותרה**. **התוצאה הסופית בוטלה, אך אין כל פגם בשאלת הסמכות הראשונית, הנותרת בידי המערכת הרבנית.**

**השופט ברק** – "שאלתי את עצמי אם לא הגיע הזמן לסיים הפרשה תוך שנקבע את חלוקת הרכוש בין הצדדים על-פי הילכת השיתוף ([בג"ץ 29/71](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2029/71) קידר נ' בית-הדין הרבני האזורי). שוכנעתי כי לא ניתן לנקוט צעד זה בעתירה זו, שכן בית-הדין הרבני לא בחן את הראיות שהובאו בפניו, ולא קבע כל מימצא באשר לחלוקת הרכוש של בני-הזוג על-פי הילכת שיתוף הנכסים".

ברק מפנה **לפ"ד קידר נ' כהן** (ולא לבבלי), פ"ד של שנות ה-70. מדובר היה בנישואי כהן וגרושה. דובר היה בפרשיות של כוהנים שנישאו לגרושות, פסולי חיתון שנישאו בקידושים פרטיים. בסדרה שלמה של פסקי דין באותה עת, התנהל פינג-פונג בית בד"ר לבג"ץ במטרה של אותן זוגות להשיג סעד אחד ויחיד – הכרה בהם ורשמתם כנישואים, לקבל את הרישום בתעודת הזהות כנישואים. בד"ר לא היה מסוגל להעניק סעד זה. **פ"ד זה היה פ"ד האחרון בסדרה, בו בג"ץ קובע כי בית הדין הרבני לא מסוגל למלא את המשימה שהוטלה עליו, ועל כן בג"ץ יורה לפקיד הרישום לרשום את בני הזוג כנישואים**. זה, בעצם, הפעם הקודמת בה נוצר פינג-פונג שכזה בין בג"ץ לבד"ר, כאשר בג"ץ מבין כי בד"ר לא מסוגל לעמוד במשימה, וכי מישהו צריך לעשות זאת. לכן, השופט טוען כי יכול להיות שעל בג"ץ היה לסיים את הסיפור ולפסוק לפי הלכת השיתוף. ברק לא עושה זאת, בסופו של דבר (בטענה כי בד"ר טרם דן בכל העניינים העובדתיים).

את **פ"ד פלונית** נכנה **פ"ד אליהו 2. פ"ד אליהו ה-1**, מדובר באותם בני זוג. לאור **פ"ד אליהו 2**, למי נתונה הסמכות? בפ"ד זה **השופטת ארבל פשוט פוסקת על חלוקת הרכוש בנונשלנטיות**, ללא שום הפניה לפסק דין. האם באמת לא הועלו שאלת על הסמכות? **בפ"ד אליהו ה-1** שאלת הסמכות, אמנם, לא עלתה בצורה הישירה, אלא העילה להתערבות הייתה פסיקה בהרכב חסר. אולם, בדיון זה (המאוזכר בפ"ד אליהו ה-2) מוזכרים **ההליכים שקדמו לפ"ד אליהו ה-1, במסגרתם האישה הגישה תביעה לחלוקת רכוש בביהמ"ש המחוזי** (טרום ימי ביהמ"ש לענייני משפחה), למרות שהבעל הקדים אותה והגיש תביעת גירושים כרוכה לבד"ר. כיצד היא יכולה לתבוע בביהמ"ש המחוזי? לטעון כי לבד"ר אין סמכות, משום שהכריכה לא כנה. מדוע הכריכה לא כנה? בד"ר לא מתכוון להחיל את הלכת השיתוף, ולכן לא יכול להיות שהוא תפס סמכות. ביהמ"ש המחוזי קבע, כי הוא דוחה את הטענה ואת העצם ההתערבות בפסיקה של בד"ר, משום שהוא איננו הכתובת הנכונה לכך. מה שהאישה רצתה לעשות הוא "**תקיפה עקיפה**".

בהשתלשלות העניינים של פ"ד אליהו ה-1 נעשה ניסיון לתקוף את עצם הסמכות של בד"ר, ניסיון שנדחה. כך **שמבחינת מצב הסמכויות "האמיתי" אין ספק שהסמכות הייתה ונותרה בידי בד"ר, ובכל זאת השופטת ארבל מכריעה על חלוקת דירת המגורים.** השורה התחתונה – בג"ץ הוא זה שהכריע. התוצאה – "הכדור נלקח ע"י בג"ץ". האם זוהי באמת השורה התחתונה? לא בהכרח.

* **מתי באמת הנושא לא נמצא בסמכות בד"ר?** מתי נקבל פסיקה של בג"ץ שתקבע כי פסק הדין בטל והסמכות נתונה לביהמ"ש האזרחי? **כאשר העניין לא נכרך כדין, או לא נכרך כלל**. דוג' – **פ"ד שני**.

**פ"ד פלמן** מנסה לעשות סדר בהתדיינות בנושא הכריכה, מנסה להכריע בהתרוצצות בין הערכאות השונות, כשכל אחת מכריעה אחרת, אם הייתה כריכה כנה וכדין, או לא. לפי המתווה של פסק הדין, **אם ביהמ"ש אזרחי יכריע שהכריכה לא תפסה, הוא בעצם מעניק לעצמו את הסמכות – פ"ד הרבני בטל, והסמכות לא נתונה לו**. אולם, בכל המקרים האחרים של ההתערבות – התעלמות מנורמה אזרחית, חוסר סמכות פונקציונלי, פגיעה בכללי צדק טבעית – הסמכות אמורה להיוותר בידי בד"ר. **כלומר, עצם ההתערבות של בג"ץ לא בהכרח מפגיעה את הסמכות בידי בית הדין הרבני.**

**יש לבחון, על מה התבססה ההתערבות –** על היעדר סמכות מלכתחילה (כריכה שלא כדין, חוסר סמכות עניינית), או בגין העילות האחרות לעיל. למרות זאת, יכול להיות שנגיע למצב של פ"ד אליהו ה-2, בו השופטת ארבל החליטה לחתוך את מרוץ הסיבובים של שני בני הזוג, ולא להחזיר את התיק לבד"ר.

**התערבות אזרחית (לא רק של בג"ץ) בפסיקת בד"ר –**

|  |  |
| --- | --- |
| **15(ג)** | **15(ד)(4)** |
| סעיף סל – עוסק בסמכות בג"צ באופן כללי. | סעיף ייחודי – תוחם את גבולות ההתערבות בערכאות שיפוט דתיות במדינת ישראל |
| עילת ההתערבות מאוד כללית ועמומה, בשביל להגיע לצדק. | חריגה מסמכות – השאלה הגדולה היא האם כאשר ביה"ד הרבני פוסק בניגוד לדין אזרחי, זו חריגה מסמכות או לא? |
| אין מגבלת מועד | הזדמנות ראשונה – מי שמתכוון להתנגד לסמכות בית הדין הרבני, יכול לעשות זאת רק בהזדמנות הראשונה שהייתה לו |
| ניתן לביטול – התערבות למען הצדק בעצם מביאה רק לאפשרות לקבוע שפס"ד ניתן לביטול | בטלות מעיקרא – חריגה מסמכות מביאה לבטלות מעיקרא של פסיקת בית הדין הרבני.  בפועל אין כמעט פסקי דין שההבחנה בהם הייתה משמעותית. |
| עיוות דין – חובה להצביע על כך שנגרם עיוות דין | אין חובת עיוות דין |
| דוגמא מובהקת: פגיעה בכללי צדק טבעי (אי-שמיעת בעלי הדין, אי-הנמקה, פגיעה קשה בזכויות אדם) – כן או לא? | דוגמא מובהקת: היעדר זיקה מדינתית (היום קשה לדבר על זה, נוכח הרחבה של הזיקה המדינית בסעיף 4א לחוק שיפוט בתי דין רבניים, גם למי שאינם אזרחי מדינת ישראל). |
| רק בתקיפה ישירה בבג"צ | גם תקיפה עקיפה? |

**סעיף 15ג' –**

**סעיף סל** – סעיף סל כללי, ללא כל התייחסות לנושא של ערכאות שיפוט דתיות. עילת ההתערבות הינה – "מן הצדק", אין שום דבר קונקרטי ומדויק, האמירה כללית. אין מגבלה של מועד, לא קרה דבר אם הטיעונים לא הועלו בהזדמנות הראשונה. הצד האחר, התומך בפסיקת בד"ר, יטען, כי אם יש שיהוי, הרי שיש בכך משום חוסר צדק לקבל את טיעוני המתנגדים לבד"ר בשלב כה מאוחר.

בכל זאת, לא מספיק לטעון שמן הצדק להתערב, אלא **יש להוכיח כי נגרם עיוות דין.** באחד מפסקי הדין, נטען כי החלוקה של בד"ר לא גרמה לעיוות דין דרמטי שיצדיק את ההתערבות מן הצדק.

הדוג' המובהקת להתערבות ע"י סעיף 15ג' – **פגיעה בכללי צדק טבעיים**. המונח מזוהה עם השופט זילברג. **פ"ד ביארס ו-ויקי לוי** – בד"ר לא העניק זכות טיעון**. השופט זילברג ביסס את הרציונל המאפשר את התערבות בג"ץ בפסיקת בד"ר דרך סעיף 15ג', בעילת התערבות מן הצדק, כאשר העילה הספציפית הייתה פגיעה בכללי צדק טבעי – אי מתן זכות טיעון / פסיקה שמכוונת כלפי מי שאיננו צד להליך מהווים פגיעה בכללי הצדק הטבעי.**

ביטוי זה שייך לתקופה מוקדמת יותר. כיום, הביטוי המחליף הוא "**זכויות אדם**". ניתן לראות זאת בצורה ברורה **בפ"ד דויד** – עסק בשאלת חינוך הילד. כשהשופט סוקר את פ"ד לב, הוא מדגיש את הנק' של זכויות אדם, ויוצר הקבלה בין הניסוח של התערבות בגין פגיעה בזכויות אדם לבין הניסוח הקודם של השופט זילברג, של התערבות בגין פגיעה בכללי צדק טבעי.

**ניתן לביטול + תקיפה ישירה** – התוצאה של פ"ד של בד"ר שלגביו נקבע שאכן הייתה בכללי צדק טבעי, או פגיעה בזכויות אדם, ונגרם עיוות דין, ויש הצדקה להתערב שיקולים של מן הצדק, הינה כי פ"ד ניתן לביטול. רק בג"ץ הוא המוסמך לבטל. הדרך היחידה להתערב מכוח ס' 15ג' היא ע"י עתירה לבג"ץ. **פ"ד נגר** – פ"ד המנחה והחשוב ביותר במטריה הזו של פיקוח שיפוטי ושל שני המסלולים השונים של התערבות בפסיקת בד"ר. זאת, בין היתר, מכיוון שגם עורכי דין וגם השופטים מעדיפים שלא לחדד עד לסוף את ההבחנות ולא להכריע בעילת ההתערבות הספציפית – אנו לא מקבלים קביעות מדויקות ומנחות בנוגע לשאלת התקיפה הישירה מול התקיפה העקיפה. על כן, עלינו לחזור **לביד"מ נגר**.

* **פ"ד פלמן** ניסה לעשות סדר לעניין שאלת "תפיסת הכריכה", מי יהיה הפוסק האחרון, כשנטען שהכריכה אינה כדין. כאשר ניתן פסק הדין, היה ניסיון לעלות את האופציה, שאולי יש להקים שוב ביד"מ, על מנת להכריע בשאלה העקרונית הזו. דייני בד"ר הגדול השיבו – אין לנו עניין להקים ביד"מ, כי אין לנו סיכוי אנו יודעים מראש מהי התוצאה, לאור המבנה הבסיסי של ההרכב.

**בפ"ד נגר**, השופט אילון הכריע כי הסמכות היא לבד"ר, ולאורך פסק הדין, השופט מציג לנו את המסגרת של תקיפה ישירה מול עקיפה, ומבהיר כי **כאשר עילת ההתערבות היא מכוח סעיף 15ג' (פסק הדין ניתן לביטול ולא בטל מעיקרו), האפשרות היחידה היא תקיפה ישירה ע"י עתירה לבג"ץ, ולא מה שעשה השופט פורת – תקיפה עקיפה. השופט פורת שגה כאשר נקט בדרך של התקיפה העקיפה.**

**ס' 15ד'4 –**

סעיף ייחודי המדבר על התערבותם של בד"ר דתיים. עילת ההתערבות היחידה היא חריגה מסמכות. מתעוררת השאלה, **מהי חריגה מסמכות?**

**הזדמנות ראשונה** – יש להעלות את כל הטענות כנגד סמכותו של בד"ר בהזדמנות הראשונה.

**היתרונות של הסעיף – אין צורך להוכיח כי נגרם עוול או עיוות דין** (אין חובת עיוות דין). בעוד שלפי סעיף 15ג' חייבים להראות שהיה עיוות דין, לפי סעיף 15ד'4 אין חובה כזאת.

* דוג' מובהקת – **היעדר זיקה מדינתית**.
* **ספק יהדות** – האם לבית הדין הרבני יש סמכות דיון לגבי איש/ה שיש ספק ביהדותם? לא. במקרה כזה, פסק הדין בטל מעיקרו – סעיף 15(4)(ד).

**התוצאה של חריגה מסמכות –** **בטלות מעיקרא**. פסק הדין הרבני היה כלא היה. במקרה כזה, מי יכול לומר כי הוא מתעלם מפסק הדין הרבני? **גם ביהמ"ש לענייני משפחה, ולא רק ביהמ"ש העליון** (**מותרת גם תקיפה עקיפה, ולא רק תקיפה ישירה**).

מהי התפיסה לגבי **התעלמות מנורמה אזרחית**? 15ג', או 15ד'4?

**כאשר ביד"ר פוסק בניגוד לנורמה אזרחית שהוא מחויב לפסוק על פיה, האם פסק הדין בטל מעיקרו או שהוא רק ניתן לביטול? האם ההתערבות תהיה תחת סעיף 15(ג) או תחת סעיף 15(ד)(4)?**

**פ"ד סידיס** – **אי-החלת חוק טריטוריאלי מהווה עילה להתערבותו של בג"ץ. אולם, דרך איזה סעיף?** האם זו חריגה מסמכות (פסק הדין הרבני בטל וגם לביהמ"ש לענייני משפחה סמכות – דעתו של השופט שמגר **בפ"ד נגר**), או שמא מדובר בטעות שבדין (ניתן לביטול – עמדתו של השופט אילון). לפי השופט אלון מדובר בטעות שבדין ויש לכך מספר נפקויות:

1. ניתן לתקוף את פסק הדין רק בבג"צ.
2. צריך להראות שנדרש סעד מן הצדק.
3. יש להראות שהיה עיוות דין.

לכאורה, **בפ"ד בבלי** יכולנו לחשוב כי הדיון הסתיים – מדבריו של ברק משתמע כי מדובר בבטלות מעיקרא (חריגה מסמכות – 15ד'4). למי הסמכות? התיק חזר לבד"ר, למרות שפסק הדין בטל מעיקרו, שכן לא היה פגם ראשוני בעצם הקניית הסמכות, הפגם הוא בדרך בה בד"ר השתמש בסמכותו (חרג מהסמכות). **אין החריגה מסמכות גורמת לשמיטת הסמכות המקורית מבד"ר.**

**מהשופט ברק** משתמע, כי מדובר בחריגה מסמכות. אולם, **השופט חשין** מסווג את כל העילות של החריגה מסמכות ל-15ג' ומשאיר את הסוגיה בצריך עיון **בפ"ד מיכל דויד**. **בפ"ד גבאי** ביהמ"ש משאיר את השאלה בצריך עיון. **אין לנו הכרעה.**

**פ"ד מיכל דויד –** פסק הדין עסק בשאלת החינוך של הילד – לאיזה בית ספר לשלוח את הילד. זהו "שידור חוזר" של פ"ד נגר. האב רצה בחינוך דתי והאם, מנגד, רצתה חינוך ממלכתי רגיל עבור הילדים. בית הדין הרבני פסק, שהילד ילך לבית ספר דתי. שלוש חוות דעת של מומחים קבעו שלטובת הילד יש לשלוח אותו לבית ספר חילוני. אולם, **בית הדין התעלם מחוות הדעת.** מדובר במצב שכיח, בו בית דין דתי מתעלם באופן שיטתי מחוות דעת של מומחים, כאשר הדבר לא עולה בקנה אחד עם השקפת עולמו. ענייני הקטינים הם עניינים שגם בהם יש לא מעט התנגשויות בין פסיקותיהם ותפיסותיהם של בתי הדין הרבניים לבין בתי המשפט האזרחיים.

**השופט חשין טען, כי בית המשפט יתערב בהחלטת בית הדין הרבני, כאשר זה פוגע קשות בזכויות אדם** (מפנה **לפ"ד לב**). השופט ברק בפ"ד לב דיבר על זכויות אזרח. את זכויות האזרח המוגנות בדמוקרטיה הישראלית ניתן, פחות או יותר, למנות. אבל חשין מבקש להגן על זכויות אדם בישראל. יש פה עליית מדרגה נוספת. אם רוצים לגזור מכך מתי בג"צ יתערב ומתי לא, קשה לקבוע פרמטר ברור. **מבחינת חשין, אין לו ספק שגם התעלמות מנורמה אזרחית נכנסת לסעיף 15(ג) ולא לסעיף 15(ד)(4).** לדעת המרצה, חשין סבור כי תמיד יש לעתור לבג"צ וברמה המהותית-ערכית, הוא מאמין שסעיף 15(ג) יותר חזק, מאחר שהמונח "למען הצדק" מאפשר הרבה יותר חופש פעולה ויכולת להשתמש ברטוריקה שחשין כל כך אוהב.

**פ"ד פלונית נ' בית הדין הרבני בנתניה (נורמות אזרחיות של פרטיות) –** אישה צולמה בבית של בני הזוג כשהיא עם גבר אחר. לטענת האישה, מדובר בראיות פסולות. האם מדובר בפגיעה בפרטיות? האם מדובר בהפרה של זכויות אדם? הפרשה מדגימה את התפיסות הקוטביות בנוגע ליחסי משפחה וזוגיות, תפיסה של מערכת זוגיות בבד"ר, לעומת תפיסתו של ביהמ"ש האזרחי.

**השופט דייכובסקי** קובע – "לטעמי, החוק להגנת הפרטיות אינו מתאים ליחסים שבין בני זוג... חושבנו שנכון לומר שבבני זוג אין מושג של פרטיות נפרדת. הפרטיות המשותפת של שניהם, היא יחידה אחת. עץ אחד. זהו טבעם של חיי הנישואין העושים את האינטימיות הפרטית של כל אחד, לאינטימיות אחת... כיצד ניתן לדבר על חדירה לפרטיות של בן זוג אחד כלפי השני, כאשר כל מהות הנישואין היא הרחבת הפרטיות הנפרדת לפרטיות משותפת?". לפי הרב דייכובסקי, כאשר בני הזוג נישאים, **שני בני הזוג מבטלים לחלוטין את האוטונומיה הפרטית שלהם, והופכים ליחידה אחת בכל המובנים והמהויות, הפרטיות היא המשותפת לשניהם**.

האם גישה זו נכונה כאשר דרכי בני הזוג נפרדות, כשמתחילה להתרחש הפרד? לפי דייכובסקי – **"גם כשבני הזוג מסוכסכים**, **כל עוד לא ניתק קשר הנישואין או כל עוד לא ניתן פסק דין לגירושין, קיימת ועומדת הפרטיות הקולקטיבית ששני הצדדים שותפים לה**". התפיסה הזו של האינטימיות המשותפת לא בהכרח משקפת את המצב הרגיש הנפשי האמתי של הצדדים, אלא היא **משקפת את התמונה המשפטית הפורמלית** – **כל עוד הסטטוס הוא של נישואים, אין פרטיות אישית**, מדובר ביחידה קולקטיבית לכל דבר ועניין. כל עוד לא ניתן פסק דין לגירושים (ע"י בד"ר), לפי הקול הדתי – אין לדבר על פרטיות אישית, אוטונומית.

**השופט ברק** לא מקבל עמדה זו – "**הנישואין אינם שוללים מבני הזוג את זכותם לפרטיות זו כלפי זה**. הזכות לפרטיות עומדת לכל אחד מבני הזוג כלפי העולם כולו, לרבות כלפי בן זוגו. אכן, כשם שכל אחד מבני הזוג זכאי לכבודו, ולחירות גופו כלפי בן זוגו (ראו ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 281), וכשם שכל אחד מבני הזוג שומר על קניינו כלפי בן זוגו, כך זכאי כל אחד מבני הזוג לפרטיותו כלפי בן זוגו". השופט מפנה **לפ"ד כהן** – ערעור פלילי מאמצע שנות ה-70. פ"ד זה קבע כי **בעל אינו רשאי לקיים יחסים עם אישתו ללא הסכמתה** – יש אונס בנישואים. בהגדרתו, בעל לא יכול לאנוס את אישתו.

**כיצד ברק המשיג את עילת התערבותו?** דרך הנורמות האזרחיות – **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנות סתר.** דייכובסקי לא שלל את התחולה של הנורמות על בד"ר, אלא שתפיסת הפרטיות בבד"ר שונה מזו שבביהמ"ש האזרחי. השופט ברק לא מקבל את עמדתו (יכול להיות כי בכלל ישנה הפרה של זכויות אדם – אין מדובר אך בנורמה אזרחית המכוונת כלפי כל הערכאות, אלא יש כאן פגיעה בזכויות אדם). **פ"ד בטל, אך הסמכות נותרה בידי בד"ר** (לא נפל בה פגם).

ברק גם לא מתעמת עם השאלה הקשה והמהותית – מה קורה, במצב בו אילו היו הראיות היחידות הקיימות, על מנת לאפשר לבד"ר להכריע לפי הדין הדתי? השופט ברק מעלה את התהייה הזו (פסקה 35), אך הוא לא באמת מתעמת איתה. נניח שאין שום ראיה אחרת על פסול שדבק בהתנהגות האישה ואין שום דרך אחרת להוכיח את טענת הבעל – שהאישה הפרה את חובת הנאמנות – אלא הדרך היחידה הינה באמצעות הראיות הפסולות. אם אנו נשלול את האפשרות לעשות שימוש בראיות הפסולות, אנו מסכלים את האפשרות של בד"ר לפסוק לפי הדין הדתי (עילות קשות כנגד אישה – הפרת קוד ההתנהגות המינית הנדרש מימנה).

כאשר אישה "**זנתה תחת בעלה**" - לבעל אסור להיות איתה יותר ביחסים אינטימיים. האישה אסורה עליו מכאן ולהבא. אם אין דרך לבד"ר לחתור ולהגיע אל האמת העובדתית הזו (לה השלכות דתיות משמעותיות), אנו נמצאים בהתנגשות קשה של המערכת האזרחית מול המנדט שיש למערכת הדתית להגשים את הדין הדתי. עם כל זאת ברק לא מתעמת, ומתחמק מהעימות המהותי, הבסיסי והקשה שעשוי היה להתגלות.

השופט ברק מתחמק בדרך פרגמטית – יש את הרמה שמתחת ל"זנתה תחת בעלה" – עושה במעשי טיהור. הבעל הביא עדות לכך שהאישה ישנה עם אותו פלוני ע"י הבאת עדים, דהיינו ע"י ראיות קבילות. כך, ניתן להוכיח את העילה של עושה מעשי טיהור, זה מספיק עבור בד"ר.

* בכל זאת, ברמה התיאורטית, **פ"ד פלונית** כן מדגים את האשרות להגיע לעימות עמוק שלא התמודדנו עמו עדין.

**עילות התערבות נוספות (ככל הנראה נכנסות תחת ס' 15ד'4) –**

חוסר סמכות פונקציונלית –

* **פ"ד חמד** – **פסיקה בהרכב חסר**. נקבע, כי פסיקה בהרכב חסר מהווה מקימה חוסר סמכות פונקציונלית, אשר לא ניתן לרפא בהסכמה של שני הצדדים. פ"ד שכזה בטל מעיקרו.
* **פ"ד אליהו 2** – **התעלמות מדין אזרחי** (פ"ד הרבני בטל, אך הסמכות נותרת אצלו. אולם, השופטת ארבל מורה על חלוקת הרכוש). בג"צ כן יוצר **הבחנה בין פסיקה בהרכב חסר, שיש בה כדי פגיעה ממשית בצדק הדיוני, לבין פסיקה בהרכב חסר שלא משפיעה על התוצאה**. פסק הדין מפרט את הרציונל לקבוע בטלות של פ"ד רבני שניתן בהרכב חסר, אך גם מסייג זאת (ניתן לכנותה בטלות יחסית), הבטלות אינה בכל מצב, אלא אך כאשר הדיןן שנעדר מדיון אחד או יותר וכן וטל לאחר מיכן חלק בפסק הדין (או חתום עליו), רק כשאר ברור שהדיונים מהן נעדר היו מהותיים.

חוסר סמכות עניינית –

* **ענייני רכוש, מבלי שנהייתה כריכה – לבד"ר אין סמכות**.
* **אי קיום תנאים אחרים של חוק השופט** (היעדר זיקה מדינתית, או היעדר השתייכות דתית).

אם אנו תחת אי-קיום תנאי מכוח חוק השיפוט, או חוסר סמכות עניינית, **הסמכות לא קיימת**. אם אנו מגיעים למצב בו פסק הדין הרבני בטל, אזי שאין לו גם סמכות (לא בשל הביטול, אלא משום **שמלכתחילה לא הייתה סמכות**, שכן רכוש לא מצוי בסמכות בד"ר).

**האם התערבות בג"ץ מפקיעה סמכות?**

השאלה עלתה **בפ"ד נגר**. סימן 55 לדבר המלך נותן לנו אפיק לברר שאלות של סמכות. **סמן 55 לדבר המלך ומועצתו –** "היו אנשים בני עדות דתיות שונות מעורבים במשפט של מעמד אישי, יכול כל צד לפנות בבקשה לנשיא בית המשפט העליון, ועליו להחליט לאיזה בית משפט יהא השיפוט, ואם ימצא לנכון, ייעזר בענין זה ביועצים מבני העדות הנוגעות בדבר. כל אימת שמתעוררת שאלה באם משפט מסויים הוא משפט של מעמד אישי בגדר שיפוטו הייחודי של בית דין דתי, או לא, יובא הענין לפני בית דין מיוחד שאופן הרכבו ייקבע עפ"י פקודה". **עבורנו רלוונטית הסיפא של סעיף** – **אם התעוררה שאלה עם עניין מסוים מבין ענייני המעמד האיש, נמצא בסמכות שיפוט ייחודית של בד"ר, ההכרעה בו תקבע ע"י בית דין מיוחד, שהרכבו יקבע על פי פקודה. כאשר לא ברור אם יש סמכות ייחודית לבית דין דתי, מוקם בית דין מיוחד (ביד"מ) בו יושבים שני שופטים אזרחיים ושופט דתי אחד.**

בית דין מיוחד בנוי משני שופטי עליון ודיין של אותו בד"ר, שלגביו מתעוררת השאלה – האם הדבר מצוי בסמכותו של אותו בד"ר. ישנו מצב לא שוויוני של שנים מול אחד.נוכח הימצאותם של יותר שופטים אזרחיים, לבתי הדין הדתיים אין עניין שנושאים יגיעו לפתחו של בית דין מיוחד.

בפס"ד נגר עלתה שאלת החינוך של הילדים, כאשר האב רצה שהילדים ילכו לבית ספר דתי והאם רצתה שהילדים ילכו לבית ספר חילוני. בית הדין הדתי הלך בהתאם לפסיקת ההלכה, לפיה בנושאי חינוך יש ללכת לפי האב, ולא פסק לפי טובת הילד, ולכן קבע שיש לשלוח את הילדים לבית ספר דתי. הבעיה בפסיקה זו היא שיש כאן **התעלמות מחוקים טריטוריאליים** –

* **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות** – לפי סעיף 14, "(שני) ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים" ולפי סעיף 15 "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו...". כך, ששני ההורים שותפים באופן שווה לכל ההחלטות שנוגעות לחינוך ילדיהם.
* **חוק שיווי זכויות האישה** – לפי סעיף 3, "האם והאב כאחד הם האפוטרופוסים הטבעיים על ילדיהם". חוק זה קובע את האופן השוויוני בו בני הזוג אחריהם על ילדיהם.

בפרשת נגר, האישה עתרה לבית המשפט המחוזי כנגד החלטת בית הדין הרבני. **השופט פורת** **קבע שפס"ד הרבני התעלם מהוראות חוק טריטוריאליות, ומכאן שההתעלמות הזאת גורמת לבטלות פסק הדין הרבני ולהעברת הנושא המשפטי להכרעת בית המשפט. השופט הפקיע את הסמכות של בית הדין הרבני**. השופט אלון, ושמגר מסכים איתו, טוען שהשופט פורת היה צריך להחזיר את ההכרעה לבית הדין הרבני, שכן הסמכות עצמה מוקנית לבית הדין הרבני, מקום שהיא הוקנתה לו מלכתחילה. הנק' לא הוכרעה, משום שהשופט אילון קבע כי אותו הסכם בין ההורים, שקבע כי כל שאלה בנוגע לגידול הילדים תהיה בסמכות בד"ר, פרשנותו – כל שאלה, כולל גם שאלת חינוך הילדים.

היועץ המשפטי הוא שפנה תחילה לביהמ"ש המחוזי ואז האישה ניגשת לביהמ"ש המחוזי – הליך שלא יעלה על הדעת בימנו (שהיועמ"ש יורה על פניה עצמאית). נטען, כי ישנה פגיעה בשני חוקים. **השופט פורת קבע כי פסק הדין הרבני בטל, ובנוסף כי לביהמ"ש המחוזי עצמו נתונה הסמכות** (בד"ר הפסיד את סמכותו). השופט העניק החלטה הפוכה – הילדים צריכים לקבל לחינוך חילוני. במשך חצי שנה הילדים לא הולכים לבית הספר ויושבים בבית. התוצאה הנוראית אינה בשל הוויכוח בין ההורים, אלא בשל המצב הקשה של חלוקת הסמכויות בישראל.

לאחר מיכן, מגיעה **הפניה לביהמ"ש העליון** להקים בית מיוחד בו ישבו אילון, שמגר והרב קפאח. זהו **המקרה האחרון של ביד"מ, בו ניתנה הכרעה לטובת בד"ר – נקבע כי הסמכות היא שלו.** מאז פ"ד זה, בשורה של ביד"מים התוצאה הייתה שלילת סמכות בד"ר והעברתה לביהמ"ש המחוזי.

לסיכום –

* **כאשר לא הייתה סמכות מלכתחילה** – למשל, כאשר בית הדין הרבני מתיימר לדון בשאלות של רכוש, למרות שהן לא נכרכו – אם עותרים לבג"צ על פסק הדין הרבני הזה, הסמכות היא לבית המשפט האזרחי, כי לבית הדין הרבני לא הייתה סמכות מלכתחילה.
* **כאשר כן הייתה סמכות מלכתחילה לבית הדין הרבני** – אלא שהוא פסק בניגוד להוראות חוק, ועל כן פסק הדין התבטל ע"י בג"צ יש להחזיר את התיק לבית הדין הרבני האזורי.

|  |  |
| --- | --- |
| **לא הייתה סמכות מלכתחילה** | **הייתה סמכות מלכתחילה** |
| במקרה של בטלות פס"ד ע"י בג"צ – סמכות ההכרעה עוברת לבג"צ. | במקרה של בטלות פס"ד ע"י בג"צ – סמכות ההכרעה חוזרת לביה"ד הרבני האיזורי |

אולם, לשופט ברק **בפ"ד גבאי**, יש הערת אגב מעניינת. השופט ברק מסכים עם פרוקצ'יה ואנגלרד, ותוהה כמה זמן נדרש עוד להמתין עד שהפרשה תסתיים ("שאלתי את עצמי, אם לא הגיע הזמן לסיים את הפרשה") ומציע שבג"צ כבר יכריע בנושא בעצמו. אף שהוא לא עושה זאת לבסוף, עקב היעדר ראיות בדבר כמות הרכוש, הוא **ציין בהערת אוביטר, כי היה מוכן להשאיר את סמכות ההכרעה אצל בג"צ.**

מנגד, **בפ"ד אליהו 2**, **השופטת ארבל פוסקת בנושא חלוקת הרכוש בנונשלנטיות**. השופטת ארבל מבטלת את פסק הדין הרבני, ובמקום להחזירן לבית הדין הרבני, היא **מכריעה בעצמה לפי הלכת השיתוף**. זאת, בעוד **שבפ"ד גבאי**, השופט ברק התלבט, אם יש להחזיר את התיק לבית הדין הרבני, או לא.

**האם אי-העלאת התנגדות לסמכות בהזדמנות הראשונה מרפאת חוסר סמכות?**

סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה מדבר על **כלל ההזדמנות הראשונה**, לפיו על הנתבע לעורר התנגדות לסמכות בית הדין הרבני בהזדמנות הראשונה שעומדת בפניו, אם הוא אינו מסכים להתדיין בפני בית הדין. אחרת, לא יוכל לעשות זאת בהמשך – מעין כלל "השתק". אולם, כל זאת נכון, כל עוד לבית הדין הרבני הייתה באמת סמכות עניינית מלכתחילה. אם ביה"ד הרבני התיימר לפסוק בעניינים שאינם מסמכותו, כמו ענייני רכוש, מבלי שהייתה כריכה (או מבלי שהייתה אף תביעת גירושין), גם אם לא הועלתה התנגדות לסמכות בהזדמנות הראשונה, לא יהיה חסום הנתבע מלהעלות התנגדות בהמשך, שכן מדובר בחוסר סמכות עניינית ואי-התנגדות לסמכות בהזדמנות הראשונה אינה מרפאת חוסר סמכות עניינית או פונקציונאלית (הרכב חסר). עם זאת, הצד השני יוכל לטעון לחוסר תום לב. רוב השופטים יגידו שהם יכולים להתערב, גם אם לא הובעה התנגדות בהזדמנות הראשונה. אם הם יפעלו לפי סעיף 15(ד)(4) הם יגידו שלא חייבים להכריע כרגע.

**לסיכום – העלאת התנגדות לסמכות בהזמנות הראשונה, כאשר אין סמכות עניינית – ניתן לעלות את ההתנגדות בכל שלב. אין המהלך מרפא חוסר סמכות פונקציונלית או עניינית.**

**תקיפה עקיפה –**

הניסוח הראשוני הוא **בביד"מ נגר**, אך זהו גם הניסוח הממצא עד להיום. הסיבה לכך שאנו לא רואים פ"ד מאוחרים יותר המתמודדים עם האפשרות או היעדר האפשרות של תקיפה עקיפה, היא סיבה פרגמטית, היא נעוצה בשיקולים אסטרטגיים של עו"ד – לא רוצים לקחת סיכון. את התקיפה העקיפה ניתן לראות כסוג של קיצור דרך – במקום ללכת לבג"ץ, אנו מנסים לטעון לבטלות פסק הדין הרבני כבר בערכאת האזרחית המקבילה לבית הדין הרבני, בה אנו רוצים שהדיון יתנהל. בנוסף, לפני העתירה לבג"ץ, יש לבצע הליך נוסף – לערער לבד"ר הגדול.

תקיפה עקיפה עשויה לעשות שירות טוב, אך הסיכון הוא גדולה – סיכון של לקבל הוצאות. בנוסף, ישנם שיקולים אסטרטגיים שחייבים לקחת בחשבון – יש לנסות ולהעריך, עד כמה הערכאה האזרחית, ביהמ"ש לענייני משפחה, יהא מוכן ללכת רחוק ולצאת כנגד בד"ר, או שמא יאמר כי לא זו הדרך ולא זו הערכאה הנכונה? אנו **עשויים לאבד את האפשרות לעתור לבג"ץ** – אבדה ההזדמנות לטעון לחוסר סמכות, וכן יש גם שיקולים של שיהוי לגבי ס' 15ג'. כלומר, יש סיכון בניסיונות של תקפיה עקיפה. לכן, בד"כ, מעדיפים ללכת בדרך המלך של ההתערבות השיפוטית – עתירה לבג"ץ.

**מתי מתעוררת האפשרות של תקיפה עקיפה?**

1. **כאשר מתבקשת באזרחי פסיקה בדיוק באותו נושא שבו נפסק בבד"ר והטענה היא כי פסיקת בד"ר בטלה ולכן אין מעשה בית דין של השתק עילה**. כלומר, כאשר טוענים שפ"ד של בית הדין הרבני בטל, או שביה"ד הרבני היה חסר סמכות עניינית מלכתחילה לדון בתיק – ניתן לטעון בבית המשפט לענייני משפחה כי אין להתחשב כלל בפס"ד של ביה"ד הרבני – "היה כלא היה".

**דוג' פ"ד נגר והניסיון בפ"ד אליהו** – בשני המקרים הנשים ביקשו לתבוע את אותו סעד ממש בביהמ"ש האזרחי, על אף שהנושא נדון וכבר נפסק בו בבד"ר. לא ניתן לעשות דבר כזה – מעשה בית דין. הייתה כבר הכרעה בעילה עצמה (השתק עילה). שתי הנשים טענו, כי יש להתעלם מן הכלל של מעשה בית הדין, משום שפסק הדין הרבני בטל מעיקרו, הוא לא קיים בכלל, משום שהוא נגוע בחוסר סמכות. אין מעשה בית דין ואין השתק עילה. קשה לראות ביהמ"ש לענייני משפחה שיקבל טיעון כזה.

* "**מעשה בית דין**" – כאשר ערכאה שיפוטית בעלת סמכות מכריעה בעניין כלשהו, החלטתה תחייב בכל הכרעה שיפוטית מאוחרת יותר – בין צדדים אחרים או בין אותם צדדים. סופיות הדיון עומדת במרכז. לכאורה, ניתן לשאול האם בנושאים שקשורים לילדים כמו חינוך, מזונות ומשמורת, ניתן לדבר על "מעשה בית דין", או שמא אלו מעשים מתמשכים לאורך שנים, אשר תמיד יכולים להיפתח מחדש, נוכח שינוי נסיבות?

1. **כאשר פסק הדין הרבני מהווה אחד מיסודות הדיון המתנהל בביהמ"ש האזרחי, ושאלת תקפותו או בטלותו של פסק הדין הרבני מתעוררת כשאלה נגררת**. לעיתים, במסגרת דיון בביהמ"ש האזרחי, מבקשים לעלות טענה המסתמכת על פסק דין רבני. דוג' – תביעות נזיקין במשפחה (בעיקר בעת סרבנות גט). אחת מטענות ההגנה מבקשת להסתמך על ממצא שהושג בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, תוך פגיעה בפרטיות – עשויה להתעורר סיטואציה של תקיפה עקיפה. כאשר פסק הדין הרבני הסתמך על ממצא שהושג תוך הסמכות על ראיות פסולות, ניתן לבצע מעין תקיפה עקיפה, ולבקש מבית המשפט לענייני משפחה שלא להתחשב בממצא שהושג באמצעים לא כשרים.

הצד המבקש להימנע מהסתמכות על הראיות, יטען כי פסק הדין הרבני נשען על הראיות הפסולות, וכי יש להתעלם מן הקביעה, היות והושגה תוך פגיעה בפרטיות. על כן, יש כאן **השתק פלוגתא, לא ניתן להסתמך על הממצא העובדתי, שהושג מראיות פסולות.**

1. **כאשר טוענים, שעל אף שהוגשה תביעה כרוכה לבית הדין הרבני, הכריכה אינה תופסת ולכן בית הדין הרבני משולל סמכות** – מדובר במקרים שהם סוג של תקיפה עקיפה, המבקשים להעביר את סמכות הדיון לבית המשפט לענייני משפחה. **בפ"ד פייג-פלמן**, בית המשפט נתן את דעתו למצבים של תקיפה עקיפה, אם כי רק בכל מה שנוגע לשלילת סיטואציות ספציפיות של כריכה. עם זאת, הדבר ממחיש לנו את הדרך שבה בית המשפט העליון מתמודד עם הדרכים הנפתלות של פיקוח על פעילות בתי הדין הרבניים.

* **פ"ד פלמן –** ההתרוצצות הזו בין הרבני למשפחה בשאלה – מי מוסמך לקבוע אם הכריכה תפסה, או לא, היא סוג של תקיפה עקיפה.

**גבולות הפיקוח השיפוטי –**

מה ניתן לעשות במקרה הסרטון? המקרה דומה **לפ"ד רפאלי**.

**מעטפת מול מהות** (הבסיס הוא **פ"ד ויקי לוי**, היישום הוא **פ"ד רפאלי**) – **הכלל המנחה הוא שהביקורת האזרחית יכולה להתייחס רק למעטפת ולא למהות.** ההתערבות בתוכן היא רק במובן של איזה גוף דינים צריך להחיל, אבל גוף הנורמות הדתיות עצמו חסין מפני התערבות הנורמות האזרחיות – "אין הדין הדתי חייב למצוא חן וחסד בעיני ביהמ"ש האזרחי". **חסינות זו מעוגנת כיום בחוק שיפוט בתי דין רבניים – ס' 2.** אולם, מדוע אנו לא יכולים להתערב מכוח חוקי היסוד בדבר זכויות האדם? מדוע המהפכה החוקתית לא מגיעה? יש **סעיף של שמירת דינים, המקנה חסינות לכל המערך של הסמכות ושל חלוקת הסמכויות וקביעת הדין החל בתחום דיני המשפחה**. זו הייתה המטרה המרכזית של סעיף שמירת הדינים (בנוסף לתחום הביטחוני). **סעיף חוק נוסף המשמר את החסינות – חוק שיווי זכויות אישה** (ס' 5 – הסעיף הקנה את החסינות לכל התחום של נישואין וגירושין ולשליטה הייחודית של הדין הדתי).

ה"חסינות" של ענייני המעמד האישי קבועה בסעיף 2 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים, אשר שוריין בסעיף שמירת הדינים של חוק היסוד ובסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האישה שקובע כי "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין".

**מהי התוצאה של החסינות? גבולות הפיקוח השיפוטי ברמה המעשית –** הגבול קיים גם בהתחלה וגם בסוף. הוא ימשיך להתקיים, כל עוד המערכת החקיקתית היא כזו, בה יש את ההסדרים, ולא ניתן להתערב.

**בסוף** – אילו עתרנו לבג"ץ בעקבות המקרה בסרטון, איזה סעד היינו מבקשים? היינו מעוניינים בהכרחת בד"ר לקבוע כי הבעל חייב לגרש את אישתו, ולהפעיל כנגדו סנקציות על מנת שייתן גט לאישתו. **הניתן להכריח בד"ר לגרש? לא. כאן נעצר הפיקוח השיפוטי.** **בהתחלה** – כאשר נמנעת הזכות להינשא, מטעמים שבדין הדתי (בני זו שאינם בני אותו דת, או פסולי חיתון), **האם ניתן לעתור לבג"ץ ולהכריח את רושם הנישואים לרשום אותם לנישואים ולסדר להם קידושין? לא, זהו הגבול של ההתערבות.**

**האם אפשר להכריח את בית הדין הרבני להשיא?** לדוגמא, האם נוכח זכויות האדם, בית הדין הרבני חייב להשיא כהן וגרושה? **לא**. זהו גבול ההתערבות של הפיקוח השיפוטי ברמה המעשית. **האם אפשר להכריח את בית הדין הרבני לגרש? לא**. זהו גבול ההתערבות ברמה המעשית.

* **פ"ד אקנין –** כאשר מסווגים את השאלה שעמדה לדיון (שאלת המדור הספציפי) כאילו היא חלק מן התוכן של הדין הדתי, קרי היא חלק מענייני המעמד האישי ולכן היא אמורה להיות מוכרעת ע"י הדין הדתי, אנו כבר לא יכולים להתערב.

**המחשה בולטת יותר –** **פ"ד רפאלי**. פ"ד זה הוא מקרה קלאסי של עיכוב גט, על מנת לסחוט כספים ולהתנות את הביקורים של הילדים בכניעה לדרישות הבעל. אנו יודעים זאת מפסק הדין של השופט חשין. **השופט חשין**, בפסקה 2, אומר "מדוע...טעון..הכל תלוי בכסף...".

פ"ד זה מדגים לנו בצורה אולטימטיבית את **יחסו של בד"ר לאלימות נגד נשים**. הסיפור כלל אלימות חוזרת ונשנית, כאשר ביד"ר האזורי קיבל את טענות האישה (הבעל נהג באלימות, אנס, היה עם נשים זרות, התפרץ וניסה לפגוע פיזית באישה בתום דיון בביד"ר). בית הדין הרבני האזורי הטיל על הבעל חובה לגרש את אישתו. דרגת החיוב היא רמה אחת מתחת לדרגה הגבוהה ביותר של פסקי דין לגירושים – כפייה (ניתנים במשורה). כאשר יש כבר פסיקה של ביד"ר המחייבת את הבעל לגרש את האישה, המצב חמור. **בביד"ר הגדול הקערה התהפכה.** נטען, ראשית כל, כי אין ראיות. שנית, נטען כי גם אילו היו ראיות, הרי שלא הייתה התראה (מושג הלכתי, שיש לגביו עמדות שונות) ולכן לא ניתן להטיל חיוב על הבעל לגרש. "רצוי מאוד שיתגרשו בהסכמה". זהו פסק דין של קלאסי של בד"ר, גם כשיש ראיות ונסיבות של אלימות, כולל פירוט ממושך של שנים רבות, הטענה לא מתקבלת, וביד"ר אך מורה, כי רצוי שהזוג יתגרש בהסכמה.

האישה עותרת לבג"ץ. **השופט אור** טוען – יש טעות בכתובת, קצרה ידו של ביהמ"ש מלהושיע, אין הוא יכול להתערב. "אפילו סבור בא כוח העותרת שדין זה (הדין הדתי בהקשר של עילות גירושין) לא ראוי, אין עילה להתערבותנו". **בפסיקתו השופט אור מציג לנו את מושכלות היסוד הנהוגות בהקשר זה לפיהן הדין הדתי "חסין" מביקורת שיפוטית.**

פ"ד זה חשוב בשל דעתו של **השופט חשין**. חשין מסכים כי לא היו ראיות (איך זה יכול להיות, לאור מה שהתרחש בביד"ר האזורי?). מדוע חשין עבר על הראיות? הוא לא יושב כערכאת ערעור על בד"ר, יש בעיה של הדין עצמו. מעבר לכך, חשין טוען כי "אילו הכרעת הדין של בית-הדין הרבני הגדול הייתה תולה עצמה באמירות שלפיהן אישה הטוענת – ומוכיחה – כי אישהּ בגד בה או הכה אותה, אין באלה כדי לייסד עילה לחייבו ליתן גט בידה, אלא אם התרו בו תחילה כי ישוב מדרכו הרעה, היה מקום להוסיף ולעיין בסוגיה".

לפי חשין, לכאורה, ניתן להתערב. **אם לא היה מסכים לכך שאין ראיות, חשין היה נכנס לעובי הקורה ומפעיל ביקורת חוקתית, מהותית, הלוקחת את כל עקרונות זכויות האדם והאישה והשוויון המגדירה, ומלביש את כל זה על הדין הדתי.** לדעת המרצה, חשין הרשה לעצמו להגיד את כל זה משום שידע כי יצטרף לדעת הרוב, יש לו נתיב הימלטות דרך הטיעון כי אין ראיות.

"בית דין רבני הפוסק בניגוד להוראת חוק המכוונת עצמה אליו במישרין, בית המשפט הגבוה לצדק מוסמך ורשאי להתערב בהכרעתו...אין להבחין לעניין זה בין הוראת חוק שנחרתה בספר החוקים לבין עיקרון שהוא בליבה של תקנת הציבור". למעשה, **חשין נותן לנו פרשנות חדשה למונח "חקיקה טריטוריאלית"**. **החקיקה הזאת אינה רק זכויות מוגדרות, אלא גם מונחים ערטילאיים כמו "כבוד האדם" ו"שוויון" הם חלק מהחקיקה הטריטוריאלית, והדין הדתי חשוף אליהם**. לפי חשין, החסינות של הדין הדתי כלל לא מתקיימת. לא בכדי, פסק הדין הזה שניתן כשלוש שנים לפני פרישתו עשה הרבה רעש.

זו דעת יחיד שנשארה באוביטר, אך יש לזכור את פיסקה 36 של השופט ברק בפ"ד **בפרשת בני נוח** – "עילת הגירושין לה נזקק בית הדין נעוצה בקיומו של קרע בלתי ניתן לאיחוי בין בני הזוג. **גישה זו מקובלת עלי**". הרטוריקה הרדיקאלית של השופט חשין מפס"ד רפאלי לא נשארת לבדה ונדמה כי ברק היה מוכן להצטרף אליה. אולם כיום, חשין וברק אינם בבג"צ ונדמה כי אין מי שיצטרף ויוסיף על כך.

גם בפרשה זו, **משתמע מדבריו של ברק, שהוא כן מעביר את הדין הדתי בשבט ביקורתו, הוא, לכאורה, עושה איזושהי הערכה, הוא מעריך את הדין הדתי כפי שנמסר לו מידי דייכובסקי**, בהיקשר של העילה להחזרת הנישואין, וקובע – "הדין הדתי נראה לי". מה זה המשפט הזה? נניח וזה לא היה מקובל עליו? האם יכול הוא היה לעשות משהו בנדון? מי שם את ברק כמעריך את הדין הדתי? זה **הדין הדתי של הגירושין, יש לו חסינות, לא ניתן לבקר אותו ולא ניתן להפעיל עליו את המבחנים של זכויות האדם.** יש להיות קשובים לכך שיש אמירות שכאלה.

הכשירות להינשא – כל המגבלות שהדין הדתי מטיל על הכשירות להינשא מצויות, לכאורה, מעבר להישג ידה של המערכת האזרחית. כאן באה לידי ביטוי החסינות המהותית, כמושג המונע את ההתערבות השיפוטית והפיקוח השיפוטי מצד מהערכת האזרחית.

* **דוג' למגבלה על הכשירות להינשא מכוח הדין הדתי** – איסור נישואי כהן וגרושה. זוהי מגבלה מפלה, היא לא עומדת באמות המידה של הביקורת של המערכת האזרחית, אך המערכת האזרחית לא יכלה לעשות דבר, שכן אנו מצויים בלב ליבו של הדין הדתי המהותי.

הניסיונות לצאת מן הקשר – מבנה הגירושין ההלכתי איננו שוויון, הוא מפלה לרעה נשים, לא עומד באמות המידה של השוויון המגדרי. גם כאן, לכאורה, קצרה ידה של המערכת האזרחית, בשל חסינות הדין הדתי המהותי.

"**לכאורה**" – אנו מנהלים מו"מ עדין בין כללי המשחק והתוצאות הנגזרות מהן לבין הניסיונות מצד המערכת האזרחית ללכת מסביב ולעקוף.

* **דוג' לשני פ"ד שקובעים דבר אחר על החסינות המהותית בנקודת הגירושין** – השופט חשין התבטא בצורה מרחיקת לכת ביחס לביקורת חזיתית קשה מאוד שהעביר על המערכת הדתית (האוביטר **בפ"ד רפאלי**). בנוסף, התייחסותו של השופט ברק **בפרשת בני נוח**.

**היווצרותם של דיני משפחה אזרחיים –**

**הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים –**

המערכת האזרחית נדרשת לעיתים להחיל דין דתי. זהו השעטנז הבלתי-אפשרי של דיני המשפחה בישראל, אשר אין לו אח ורע בשום מערכת דיני משפחה בעולם. גם במדינות בהן מתקיים עדיין עיקרון הדין האישי, ותחום הנישואין והגירושין אינו נשלט ע"י נורמות אזרחיות, יש הפרדה מלאה בין ערכאות השיפוט. כל מושג "הפיקוח השיפוטי" של בג"צ, אינו קיים במקומות אחרים.

המחשבה הראשונה, בד"כ, קופצת אל שופט אחד – השופט ברק. הטענה הינה, שברק לא יכול היה להגיע לפסיקתו בעניין פרשת המזונות האזרחיים, ללא הכשרת הדרך של השופט שמגר. התיזה של המרצה הייתה, **שגם שמגר וגם ברק כיוונו לאותה מטרת-על של יצירת דיני משפחה אזרחיים, במיוחד בתחום המזונות**. אצל שמגר המהלך הצטמצם לתחום המזונות, ואילו אצל ברק תחום המזונות היווה פתח להרחבה משמעותית יותר של כל נושא ההשלכות הכלכליות של הגירושין.

לדעת המרצה, שמגר הרחיק לכת הרבה יותר מברק, אך כיוון ופסקי הדין שלו היו קצרים, לא ראו בהם מהפכניים ולכן הם לא התפרסמו בפד"י. דרך הפעולה של שניהם שונה מאוד. ברק, כדרכו, כאשר הוא מגיע לצומת שחשיבותה ברורה לו, לא מסתיר את הדברים, אלא נכנס במלוא העוז והסמכות, בדיוק כמו בבלי ולב. שמגר, מנגד, פועל בדרך יותר סמויה. השאלה המעניינת – היכן טמון פוטנציאל גדול יותר, בדרך הסמויה והחתרנית של שמגר, או בדרך העימותית של ברק?

**פסיקות המזונות של שמגר –**

השלב הראשון – **החלה, לכאורה, של הדין הדתי.** ניתן לראות בפסיקתו של שמגר מהלך הדרגתי של התרחקות מן הדין הדתי, כאשר בשלב הראשון הדין הדתי עוד נמצא, אך הוא בעצמו "לא ידע שהוא כזה" – **האופן בו שמגר מחיל את הדין הדתי שונה לחלוטין מן האופן בו, יש להניח, בד"ר היה מחיל אותו.**

**פ"ד פרידמן** – תביעת המזונות נדונה ביהמ"ש האזרחי, אשר שלל את זכותה של האישה למזונות, בשל טענת הבעל שהאישה בגדה בו. ההשלכה הכלכלית המידית לבגידה היא אובדן הכתובה (המזונות הם חלק מתנאי הכתובה). הבעל טען שהאישה בגדה, אך לא די בכך, אלא יש צורך בשני עדים למעשה הבגידה עצמו. מבחינה עובדתית, האישה הודתה בבגידתה באוזני אדם שלישי. בנוסף, הבעל נקט בהליך מאוד יוצא דופן – "כינוי וסתירה", הליך של מעין התראה/אזהרה, שבעל החושד באישתו יכול לנקוט בו. **אם האישה הפרה את ההתראה, בכך נשלמת הדרישה הראייתית של הוכחת הבגידה**, זוהי דרך לעקוף את דרישה שני העדים. ביהמ"ש החוזי קבע כי יש פטור ממזונות.

* **שני סוגי הגנה מפני תביעת מזונות** –

1. פטור ממזונות (כולל מסיבות הנוגעות להתנהגות האישה, כגון בגידה).
2. קיזוז.

לפי ההלכה, אישה עלולה להפסיד את זכותה למזונות אם היא מורדת, או נוהגת בדרך הסוטה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה. דרגות הסטייה נחלקות לשלוש: **הקלה** – עברה על הדת (הפרת דיני ייחוד – שהות עם גבר זר בחדר סגור), **הבינונית** – עשתה מעשה כיעור (נהגה בדרך שמעלה חשד משמעותי שקיימה קשר אינטימי אסור עם איש שאינה בעלה, אך אי-אפשר להוכיח את הקשר), **הקשה** – זנתה תחת בעלה. כל אלו יכולות להביא לשלילת זכותה למזונות.

בפ"ד זה הבעל ביקש לעשות שימוש בדרך ההגנה של פטור, אשר הסתמך על בגידה האישה. ביהמ"ש המחוזי קיבל את הטענה, אך **שמגר הופך את פסק הדין**. **שמגר מסתמך על הצורך בשני עדים** – לשם הוכחת הבגידה נדרשים שני עדים. אולם, שני העדים נדרשים על מנת להוכיח בגידה לצורך ההשלכה בתחום האיסור וההיתר, לצורך ההשלכה על עילת הגירושין (האם היא יכולה לחזור ולחיות עם הבעל, האם הוא מחויב לגרשה, או לא?). אולם, **לעניין ההשלכה הממונית של אובדן הכתובה והמזונות נדרשת מידת הוכחה פחותה בהרבה**. מופעל כאן הכלל ההלכתי בדבר הודעת בעל דין**. לצורך השלכות ממוניות, די במקרים רבים בהודעת בעל הדין** – **הודעת האישה בבגידה הייתה אמורה להספיק**. כיצד, אם כן, ניתן להבין את פסק הדין של שמגר? לדעת המרצה, יש כאן קו מנחה. יש לנו, לכאורה, הפעלה של הדין הדתי ופסיקה לפיו, אך הפסיקה שגויה ומוטעית.

**פ"ד גל** – האישה תובעת מזונות. הבעל טוען שהיא בגדה ומביא ראיות לכך מחוקר פרטי. הבעל הסתייע בחוקר פרטי והביא תמונות מהן עולה ללא ספק כי האישה שהתה במכונית עם גבר זר, נכנסה עימו לביתו ושהתה עימו שם פרק זמן כאשר הם גם יצאו מהבית יחדיו.

גם אם אין מדובר בהוכחה ברורה של בגידה, בוודאי שמדובר **במעשי כיעור**. אם בית הדין הרבני היה מיישם את ההלכה היהודית על המקרה, היה נפסק שהבעל פטור ממזונות האישה. ביהמ"ש המחוזי אכן פסק כי מדובר במעשי כיעור והאישה איבדה את המזונות. אולם בג"צ (השופט שמגר) קבע, כי **כיוון והמשיב עזב את האישה ונסע לחו"ל, לא ייתכן שהיא תסתגר בביתה ולא תפגוש אנשים ולפיכך לא מדובר במעשה כיעור**.

**לפי שמגר** – "אין מקום לדרוש כי בתקופה זו תסתגר המערערת בביתה, לא תצא מפתחו ולא תבלה במסיבות-חברים, בקולנוע או בבתי חברים. התצלום בדבר נשיקת ע' ל' למערערת הוא צולם כפי שנראה בבירור ובעליל, בעת מסיבה כאשר מספר חברים יושבים סביבם. לא הייתה בכך על פניו כל התייחדות מינית. אינני סבור שניתן לייחס

לאשה בנסיבות מקרה זה, ולאור עובדותיו הנ"ל, "מעשי כיעור" עקב יציאותיה עם מכר, בעת שבעלה אינו עימה, לפי בחירתו".

השלב השני – **החלת הדין הדתי תוך העברת ביקורת ישירה**.

**פ"ד גרינהאוז** - במקביל לתביעת המזונות שנדונה בבימה"ש המחוזי, נדונה גם תביעת גירושין שהבעל הגיש כנגד האישה בבד"ר. בד"ר פסק והמליץ לצדדים לנהל מו"מ לגט – זהו פ"ד סופי של בד"ר, אך אין מדובר בחיוב, אלא זוהי המלצה לגט. זהו הנוסח בו בד"ר משתמש לרוב, הוא, בעצם, נמנע מלפסוק. אולם, בד"ר הוסיף – "יש רגלים לדבר קצת, כי האישה עוברת על דת" – עוברת על דת יהודית. היו הקלטות של שיחות טלפון, שהאישה ניהלה עם יותר מגבר אחד, מהם ניתן להניח כי יש קשר אינטימי בין האישה לאותם הגברים.

לו היינו מייצגים את הבעל בביהמ"ש האזרחי, והיינו מבקשים להתגונן מפני תביעת המזונות, מה היינו עושים? **נטען למעשה בית דין** – כבר ניתן פסק דין, בו נקבע כי האישה עוברת על הדת. זהו מעשה בית דין מן הסוג של **השתק פלוגתא – קביעה סופית ומוחלטת, בדבר ממצא עובדתי שהגיע עליו בד"ר במסגרת דיון בעילה אחרת – עילת הגירושין** (ולא בדיון בעילת המזונות). הממצא העובדתי – האישה עוברת על הדת - יכול לשמש נסיבה חשובה בדיון המתנהל ביהמ"ש האזרחי. זו הדרך בה עושים שימוש במעשה בית דין באשר לממצא שכזה, לפלוגתא. אולם, גם המוזי עצמו דחה את ההסתמכות על מעה בית דין, והבעל ערער.

**השופט שמגר מאמץ את גישת ביהמ"ש המחוזי. התוצאה – האישה זכאית למזונות**. "גם אם נמצאה האשה עוברת על דת זוהי רק עובדה אחת ממכלול עובדות המהוות את היסודות לפסק הדין. ובמכלול עובדות אלו נמצאת גם דרך התנהגותו של הבעל ואכן לפי התנהגותו אין לומר שעבירת האשה על דרכי הצניעות צריכה להפריע לו כי גם הוא נוהג כך. אין העובדה שהאשה עוברת על דת עומדת לזכותו של הבעל. ועל כן קביעתו של בית הדין הרבני לפטור את הבעל ממזונות האשה אינה בגדר מעשה בית דין מכיון שהשאלה אם חייב הבעל במזונות או פטור נדונה אז בבימ"ש המחוזי ולא היה מקום שבית הדין הרבני יפסוק בה"

הבעל פרסם מודעה במדור ה"פנוייים/פנויים", מודעה בו הוא נחזה לגבר פנוי המחפש אישה למטרות של קשר אינטימי. "המבחן הוא עתה מעין חתך של המנהגים המקובלים בשני חלקי המשפחה, ויכולה האישה לישון בביתו של גבר אחר ללא חשש מפני אובדן מזונותיה, כל עוד יעלה בידה להוכיח, כי גם מי שנשוי עמה אינו נמנע ממעשים דומים. המבחן האישי בדבר התנהגותו של בן הזוג הופך איפוא למעין מבחן קבוצתי או סביבתי. דומה כי אמת המידה האמורה יכול שתעורר ספקות". עקרון זה נוגד את התפיסה ההלכתית.

**שמגר מוצא אסמכתא מן הדין הדתי - מפנה אל פ"ד רבני, על מנת להוכיח שאישה יכולה לישון בביתו של גבר זר, והיא לא צריכה לחשוש לאובדן מזונותיה**. אולם, אם הולכים לאותו פ"ד, מגלים שהאישה באותו פסק הדין הייתה אחות סעודית והגבר היה קשיש שנזקק לטיפול. הבעל התיר לה לעבוד ולישון שם. האיש, בבד"ר ניסה להסתמך על כך שישנה בביתו של אחר, על מנת לטעון שלא מגיעים לה מזונות. על כך שמגר מסתמך כשהוא מחדש לנו הלכה כה מרחיקת לכת בדבר ההדדיות הנדרשת כעת משני צדי המשפחה. **יש כאן ביקורת מאוד ברורה נגד האפליה המבנית הטבועה בדין הדתי בהקשר זה.**

**פ"ד כהן** – עוד יותר מרחיק לכת. יש הסתמכות על כך שהאישה בגדה, אך יש לנו כבר חיוב של האישה בגט, בהסתמך על הודאתה בבד"ר, שהיא בגדה. בד"ר מחייבה בגט.

* **פ"ד פורר** – חיוב אישה בגט הוא בגדר פסק דין קונסטיטוטיבי, דהיינו הוא יוצר מציאות משפטית חדשה. מרגע שאישה חויבה בגט, היא מאבדת את זכותה למזונות (גם אם עדין לא קיבלה את הגט – הם כבר, כאילו, גרושים). הרציונל ההלכתי – לא לעודד את האישה להימנע מלקחת את הגט, לשלול את התמריץ הכספי של האישה להישאר נשואה.

גם כאן, **כל כולו של פסק הדין מהווה תרעומת ותוכחה כנגד טענות ההגנה של** **הבעל** (בגדה, ולכן מפסידה מזונותיה). "המערער עזב משפחתו לפני מספר שנים ומתגורר עם אשה אחרת ונולדו לו ממנה בינתיים שני ילדים.על רקע החלטת המערער להקים למעשה משפחה שניה, אין הוא יכול להשמע בטענות נגד האשה, שעניינם דברים שאירעו אחרי שעזב את הבית".

שוב, **יש כאן אזכור של הדין הדתי, אך אין ספק שגם ההחלה של הדין הדתי עצמו פשוט חסרת בסיס**, הפסיקה גם מנוגדת לפסיקות קודמות של ביהמ"ש העליון עצמו (**פ"ד פורר**). יש לנו מעשה בית דין – פסק דין קונסטיטוטיבי. שמגר מתעלם מכך לחלוטין, המנחה אותו היא עמדה קשה, הלא מוכנה לו לקבל את האפליה המבנית, את חוסר הצדק ועיוות הדין שעלול להיווצר עם החלה מלאה של הדין הדתי.

השלב השלישי – **התעלמות מן הדין הדתי עצמו**. בסוף הדרך (**פ"ד כהנא וסולומון**), הדין הדתי כבר לא נמצא. 25 שנה לפני **פ"ד כהנא**, היה סיפור זהה לחלוטין. ביהמ"ש העליון קבע – "כאלה הם דיני המשפחה בישראל, אך אין בידי להושיע" באותו פ"ד, האישה יצאה כשהיא לא זכאית לכלום. **שמגר, בפ"ד כהנא, פוסק כי ישנה התחייבות.**

פ"ד כהנא עסק בכהן וגרושה שהתחתנו בקפריסין. כשביקשו להתגרש, בית הדין הורה על גט לחומרא, שכן לבני הזוג היה אסור להתחתן. מדובר בפסק דין קונסטרוקטיבי היוצר מציאות עובדתית-משפטית חדשה ומרגע שהאישה חויבה בגט, כבר לא מגיעים לה מזונות. אילו שמגר היה מתייחס לדין הדתי, הוא היה חייב להתייחס לכלל הזה, אך הדין הדתי לא נמצא בפסיקתו. **שמגר מבסס פסיקתו על חוזים וצדק ומתעלם מהדין הדתי.**

"אם גזירת הדין היא שתצא האשה וידיה על ראשה ללא מזונות, בנסיבות כאלה, בוודאי שנקבלנה. ברם, אם ניתן לבסס את זכותה של האשה למזונות לאו דווקא מכוח הנישואין אלא מכוח התחייבותו של הבעל (בנדוננו הנתבע), מחייב הצדק שלא תישלל זכותה של האשה למזונות גם לאחר שניתן פסק הדין המחייב בגירושין (לפחות כל זמן שאין גירושין למעשה ושבני הזוג חיים יחד בכפיפה אחת)".

האם יש יסוד נוסף מעבר להתחייבות? הצדק. **יש לנו שני יסודות** - **התחייבות וצדק**. זהו פסק הדין המרכזי של המזונות האזרחיים, העוסק בהתחייבות ושיקולי צדק. **הדין הדתי כבר לא נמצא כאן בכלל, הוא נעדר לחלוטין. כיצד שמגר מוציאו מן הזירה? קובע כי יש יסודות אחרים מהדין הדתי, יש מעבר לדין הדתי**. **זו ההתחלה של דיני המשפחה האזרחיים, של דיני המזונות האזרחיים.**

**פ"ד סולומון** – מדובר בזוג מעורב. העימות איננו נגד ערכאת שיפוט דתית, אלא נגד הדין הדתי עצמו. האישה תובעת מזונות רק לאזרחי (זוג מעורב). נפסקו מזונות לפי חוק שיפוט דיני משפחה (מזונות), סעיף 2א'. לפי איזה דין נבחן? לפי הדין היווני האורתודוכסי. האישה לא מצליחה להוכיח טענתה לפי הדין הזר. מתעוררת השאלה – מה קורה, כאשר לא מצליחים להוכיח? לפי שמגר, אין זה משנה –

"מסקנתי היא כי במקרה דנן אין צורך להכריע בקושיות המשפטיות, כי בית-המשפט הסיק מהראיות שלפניו את המסקנה שאין הצדקה עניינית לתשלום מזונות, מאחר שהמערערת משתכרת, היינו יכולה להתקיים ממעשה ידיה. הווי אומר, לאור סכום הכנסותיה לא הייתה זוכה במזונות לו היו מיושמות **אמות-המידה הרגילות המקובלות בבתי-המשפט**".

**האם יש בדיני המזונות אמות מידה רגילות מקובלות? לא.** זה המאפיין את דיני המזונות, לכל אחד וכל אחת יש אמות מידה לפי הדין האישי שלהם, זהו פיצול הדין. מהיכן שמגר מסיק זאת? שמגר ממציא. שמגר משייך זאת –" לזכות בתמיכה הכלכלית הראויה מצד בן-הזוג השני למרות נזקקותו המוכחת, מצדיק היישום של עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתוטל חובת מזונות על-פי הקווים שהותוו בדין הנ"ל, גם אם אין בסעיף 2(ב) הוראה מפורשת כדוגמת זו שבסעיף 3(ב). הפקרת בן-זוג למחסור ורעב היא בגדר פגיעה בכבוד האדם. בית-המשפט אינו יכול להחשות ולהימנע מהחלת מערכת כללים חקוקה, כאשר זו נועדה מעיקרה לנסיבות שבהן אין אמת-מידה מוכחת אחרת". **מדובר אפוא בעקרונות, השאובים מכוח המסגרת הכללית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עליהם מסתמך שמגר.** לדעת המרצה, הבעייתיות כאן היא שאין אמות מידה מקובלות.

בעצם, יש לנו את **עקרונות "המזונות החוזיים" ושיקולי צדק מפ"ד כהנא ורמה מופשטת ביותר של כבוד האדם בפ"ד סולומון.** הטקטיקה של שמגר הייתה מאוד שקטה ומוצנעת, הפוכה לחלוטין מזו של ברק. את הרעש הגדול חולל דווקא פסק דינו של ברק בנושא המזונות האזרחיים, שניתן כ-10 שנים מאוחר יותר.

**המזונות האזרחיים של השופט ברק –**

**פ"ד פלוני נ' פלונית** **של השופט ברק** – האם זהו המקרה המתאים לכולל בו את המהפכה של המזונות האזרחיים?

* נישואי פרגוואי – נישואים באמצעות ייפויי כוח של עו"ד שהיה לו רשיון להקנות את הסטאטוס הזה לפי הדין הפרגוואיני, אין צורך בהגעה של בני הזוג לפרגוואי. כיום, פרוצדורה כזאת, באמצעות ייפויי כוח, לא אפשרית.

נידון מקרה של זוג שהתחתן בנישואים אזרחיים – נישואי פרגוואי. כאשר ביקשו להתגרש, האישה פנתה לביה"ד הרבני שם נקבע שהיא אינה זכאית למזונות שכן הנישואים לא תקפים. בית המשפט המחוזי הסכים עם קביעת ביה"ד הרבני וקבע כי הדין האישי החל על הצדדים הוא המשפט העברי, לפיו הם אינם נשואים ומכאן שלא חלה חובת מזונות. האישה הגישה בקשת ערעור וקיצרה את משך המזונות שביקשה עד לרגע שנכנסה להיריון מבן זוגה החדש. **בבית המשפט העליון קבע ברק כי האישה זכאית למזונות מתוקף ההסכם בין בני הזוג ומתוקף חובת תום הלב**. ברק פורש מניפסט מרשים על כל הרעיון של מערכת היחסים הכלכלית-ההדדית בין בני הזוג ומדבר שם על מצבים בהם **אין להפקיר בן זוג**. אך לא בטוח כי זהו המקרה הנכון לעשות זאת, בהתחשב בכך שמדובר היה בנישואים קצרי מועד, לאף אחד מהצדדים לא היה חוסר יכולת כלכלית ושהתביעה שונתה כך שהמזונות יהיו רק עד לרגע שבו האישה כבר "שייכת" לאחר. לדעתה של המרצה, זה בעייתי שפסיקה כה מהפכנית שמביעה עקרונות ליברליים וניטראליים מבחינה מגדרית, מגיעה דווקא בפרשה בה בכלל לא מגיעה לאישה מזונות.

מדובר בבני זוג שזהו הקשר הראשון שלהם (בני זוג צעירים), לאחר שסיימו לימודים – ביהמ"ש המחוזי, כאשר הוא דוחה את תביעת המזונות , מדבר על כך שמדובר "בנישואין קצרים מאד והאישה שיש לה מקצוע שמאפשר מחייה בכבוד". **האם זהו המקרה בו ראוי לבצע את המהפכה הגדולה של המזונות האזרחיים?** לא. מדוע, אם כן, עשה זאת ברק? הוא היה לקראת פרישה. היה לברק פסק דין במגירה, יש לו תיזה מוכנה, הוא אך חיכה למקרה המתאים ליישום התיזה – חושש כי המקרה לא יגיע עד לפרישה, ועל כן בוחר במקרה.

* המקרה המתאים – קשר ארוך זמן המבוסס על נישואין אזרחיים, בדומה **לפ"ד כהנא**. אלו הם המקרים הקלאסיים, במסגתרם מתאים היה לבחון את התיזה של המזונות האזרחיים.

**השופט ברק קובע כי יש לנו 2 דרכים לניתוח המקרה (שתי דרכים לבחינת הזכות למזונות) – הדין הדתי ודיני החוזים האזרחיים.**

* **דרך הסטאטוס (פ"ד שמואל, פ"ד בכר גולדברג)** – בדיקה האם נוצר סטאטוס. כלומר, האם הנישואין האזרחיים נתפסים כתקפים בשיטת המשפט שלנו ואז בדיקת השלכות הסטאטוס. ייתכן שאחת מהתוצאות היא שמתעוררת חובת מזונות של הבעל לאישה לפי הדין האישי.
* **דרך ההסכם-החוזה** – התמקדות בשאלת ההסכם בין הצדדים, באומד דעתם ובכוונתם הסובייקטיבית.

גם **בפ"ד שמואל** הנישואים נעשו בדרך אזרחית. לעניין תביעת המזונות, נקבע כי כללי ברירת הדין חלים במערכת האזרחית ולא חלים במערכת הרבנית. ההבדל בא לידי ביטוי בנושא הנישואים האזרחיים. כאשר מוגשת תביעת מזונות המתבססת על נישואים אזרחיים בביהמ"ש האזרחי, לפי תקדימים של שמואל ובכר-גולדברג, צריך השופט לשאול עצמו – האם הנישואים תקפים לפי כללי ברירת הדין, לפי כללי המשפט הפרטי הבינלאומי? אם התשובה חיובית, מלבישים על המקרה את חובת המזונות של איש יהודי, כלפי אשתו היהודייה (זוהי **הלכת בכר-גולדברג, שיושמה בפ"ד שמואל**).

ברק מכנה את דרך הניתוח הזו – **הדרך של הסטטוס**. **אותה שאלה המוכרעת על פי כללי ברירת הדין היא שאלת הסטטוס** – **האם נוצר סטטוס של נישואים תקפים?** האם הם נישואים, כן או לא? **כך נהגו בתי המשפט האזרחיים, עד לפרשת פלונית.**

ברק, מנגד – "הנכריע ערעור זה בדרך הסטטוס או בדרך ההסכם? **דעתי הינה כי ראוי הוא שנלך בדרך החוזה**". **השופט ברק מבכר את דרך החוזים**. "ראשית, התשובה לשאלה המשפטית שעליה מונח כל כובד המשקל של זווית הראייה הראשונה – שאלת תוקף הנישואין האזרחיים – אינה פשוטה כלל ועיקר. השאלה בדבר התוקף בישראל של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין יהודים אזרחי המדינה ותושביה, היא קשה וסבוכה. יש בה הבחנות דקות ודקיקות. אם ניתן להימנע מלהיכנס ליער סבוך זה רצוי הוא הדבר, שכן אין לדעת כיצד נצא מסבך זה". **ממתי שיקול שכזה מרתיע את השופט ברק מ"להיכנס אל הפרדס"?! התשובה לבחירה בדרך החוזית – סדר יום, אג'נדה ומטרה.** אותה התיזה, תורה של ברק היא התורה החוזית, זהו הפיתוח אליו הוא חתר.

**מה עומד מאחורי הדרך החוזית? את תוכן החוזה נשאב מאותו מושג-על הנקרא תום הלב.**

הפסקאות המרכזיות בפסק דינו של השופט ברק הן 19, 22-24. "המזונות שלפנינו הם מזונות אזרחיים; הם מהווים את תוכן החוזה שבין הצדדים; הם ממלאים את התמיכה הכספית של בן-זוג אחד באחר; הם נועדו להבטחת רמת חייו של בן-הזוג ולאפשר את שיקומו לאחר הפרדה הפיזית בין הצדדים; אין הם מזונות כמשמעות דיבור זה בדיני המשפחה; אין הם מזונות הנגזרים מסטטוס הנישואין". **זוהי ההכרזה. החשיבות של הפסקה הזו כפולה** –

1. במהות, בתוכן של הדין עצמו.
2. **לעניין הסמכות** – למשפט יש פוטנציאל עצום לנושא הסמכות, כאן טמון הפוטנציאל להגיש תביעה של מזונות בביהמ"ש אזרחי, מבלי שזה יהא מושפע מהדין הדתי. לכאורה, גם אם נכרך עניין המזונות בתביעת הגירושין בבד"ר, הרי **שמדובר במזונות אחרים, זו עילה אחרת. עילת המזונות האזרחיים לא מושפעת משאלת קיומם או היעדרם של המזונות המסורתיים.**

במה ברק מוסיף לנו על אותה פסקה מפסיקתו של שמגר בכהנא? **מושג תום הלב לא נמצא בפסיקתו של שמגר, אלא הוא מדבר על צדק וכבוד האדם** (מושג ערטילאי, אותו שמגר מתרגם למונחי רעב ומחסור).

* **אין לנו פרמטרים מנחים** - יש פסקי דין לכאן ולכאן. במקרה דנן, נקבע כי המטרה של המזונות היא שיקום לאחר הפרידה (מזונות לאחר שבני הזוג נפרדים) והבטחת רמת החיים של בן הזוג. המזונות בהחלט יינתנו גם אם הם לא חיים יחד. עד מתי? לא ידוע, הכל פתוח.

ברק מדבר על מזונות מכוח חובת תום הלב, שמרכיבים אותה קווי המחשב של הצדדים, ההגינות, היושר ותחושת הצדק של החברה בישראל, ולא נותן לנו הגדרות ברורות יותר מזו של ה"צדק". הבעיה היא שנשארנו עם **הנחות אמורפיות וכלליות ולא ברור על אילו מערכות יחסים חלה הפסיקה של ברק**.

* על הקונספט הזה של המזונות האזרחיים ברק חזר גם **בפ"ד נישואי קפריסין** (פרשת בני נוח).

ברק מסביר בפסק הדין כי "המזונות שלפנינו הם **מזונות אזרחיים**, הם מהווים את תוכן החוזה שבין הצדדים, הם ממלאים את **התמיכה הכספית של בן הזוג האחד בשני**. הם נועדו להבטחת רמת חייו של בן הזוג ולאפשר את שיקומו **לאחר הפרידה הפיזית בין הצדדים**. **אין הם מזונות כמשמעות דיבור זה בדיני המשפחה**".

**הפוטנציאל החשוב ביותר לתביעת מזונות אזרחיים הוא כאשר תביעה למזונות לפי הדין האישי – "מזונות דתיים" – נדחתה, מסיבות של פטור או מסיבות של קיזוז**. טענות הפטור מתייחסות להתנהגות האישית: התנהגות מינית לא נאותה, מעשה כיעור וכדומה. לכאורה, במידה ותביעת "מזונות דתיים" נדחית, לא ניתן להגיש תביעה חדשה לבית המשפט לענייני משפחה, שכן מדובר ב"מעשה בית דין" והתביעה תידחה. אולם **ברק פותח לנו בעצם עילה חדשה – עילה אזרחית למזונות. לפיכך, תביעה חדשה לבית המשפט לענייני משפחה לא תידחה שכן זו אינה אותה עילה ולכן לא מדובר ב"מעשה בית דין".**

**הפוטנציאל בפסק דינו של ברק עצום גם בנושא של מזונות לאחר פירוד**. לפי התפיסה ההלכתית, הזכות למזונות קיימת כל עוד הנישואים קיימים, כחלק מתנאי הנישואין המצויים בכתובה. אולם, אם הנישואים באים לסופם, הכתובה כבר לא קיימת וכבר אין לאישה זכות במזונות. סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) גם קובע כי "אדם חייב במזונות בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו". אולם **ברק מסביר, כי הדיבור "מזונות" בהקשר האזרחי אינו זהה לדיבור "מזונות" בהקשר הדין האישי. המזונות האזרחיים נועדו לאפשר שיקומו של בן הזוג לאחר הפרידה**. מדובר בפוטנציאל גדול שטרם מומש. כשנדבר על יחסי ממון, נתייחס גם לשאלת ההתחשבות בהון האנושי, בכושר ההשתכרות וכו'. יש לשים לב כי ההתייחסות פה היא רק לנישואים אזרחיים.

* **עד מתי קיימת חובה וזכות למזונות מכוח ההלכה? עד הגט.** ברק מדבר על מזונות גם לאחר הפירוד. לכן, אפשר לדבר על תביעת מזונות שמתייחסת בלי שום קשר למועד הפירוד, גם בנישואים כדמו"י. לפי הדין האישי זה לא אפשרי אך אפשר לבנות כאן עילה של מזונות לפי המזונות החוזיים. ברק הזכיר את נושא המזונות בשלב שלאחר הפירוד, בפס"ד שעסק בנישואי קפריסין, אך בהקשר של נישואין אזרחיים בין יהודיים. כיום אין לנו התמודדות עם הנושא בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה.

**דבריו של ברק לא מותירים ספק לגבי תחולת הקונסטרוקציה של מזונות חוזיים בשני מקרים –**

1. **נישואים אזרחיים** – לעניין זה, אין הבחנה בין בני זוג יהודיים לבני זוג לא יהודיים.
2. **ידועים בציבור**.

**השאלה החשובה ביותר – האם הפרמטרים שהותוו כאן, האם מושג המזונות האזרחיים, מצומצם לזוגויות של מסגרת של ידועים בציבור וגם לנישואים אזרחיים (פ"ד פלונית), או שמא הוא משתרע גם על נישואים כדת משה וישראל?** התשובה, לפי ברק, היא שלילית. "אין דבר בפסק-דיני זה שיש בו לבסס טענה בדבר "מזונות אזרחיים" החלים על בני-זוג יהודיים, תושבי הארץ ואזרחיה אשר נישאו כדת משה וישראל בישראל (או שהם ספק נשואים). על נישואין אלה חל המשפט העברי, ופסק-דיני זה איננו בוחן מערכת זו; אין בו דבר על תחולתם של דיני החוזים הכלליים על בני-זוג אלה, וממילא אין בו דבר על תפקידו של תום-הלב בהקשר זה. פסק-דיני זה מתייחס לנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל של יהודים, תושבי הארץ ואזרחיה. אין הוא חל במקום שיהודים ערכו ביניהם טקס נישואין אזרחי בהיותם תושבי מדינה זרה או אזרחי מדינה זרה ולאחר מכן עלו לישראל. על מצב דברים זה חלה **הילכת** שמואל, שלפיה דיני המזונות נקבעים על-פי המשפט העברי".

לדעת המרצה ולדעת מרצים נוספים לדיני משפחה, השופט ברק ברר את מילותיו בקפידה. הוא **לא אמר שהקונסטרוקציה אינה חלה על נישואים כדמו"י. לדעת המרצה, אין ספק שהניתוח שברק ביצע בפס"ד ישימה ורלוונטית גם למערכת נישואים כדמו"י.** כל האופן שבו ברק בוחן את שאלת כוונת הצדדים וההתחייבות ההדדית שלהם כמי שתופסים את המערכת הזוגית כערבות הדדית, אינה מאפשרת הבחנה בין התקשרות של בני זוג בנישואים כדמו"י לבין התקשרות בנישואים אזרחיים. **לעומת זאת, ייתכן ויהיו מי שיאמרו כי ברגע שבני זוג התחתנו כדמו"י, הם הכירו בכך שמכלול הדינים שיחול עליהם יהיו כפי שזה מתווה בהלכה היהודית**. לדעת המרצה, רק מיעוט מבני הזוג מודעים בכלל למכלול ההיבטים המשפטיים וההלכתיים שהם נכנסים לתוכם, כאשר הם נישאים בישראל כדמו"י. **בינתיים אין לנו פסיקה של בתי המשפט לענייני משפחה שיכולה להצביע על דרך כזאת או אחרת.**

**פ"ד פלונית נ' פלונית – פ"ד האבהות האזרחית של השופט חשין –**

ביסוס הטענה, שיש לנו כאן ביסוס, או פיתוח של מושגים של דיני משפחה, הנטועים כולם בספירה האזרחית ומתעלמים לגמרי מהמקבילים שלהם שאמורים להיות נשלטים ע"י הדין האישי. מזונות, לפי כללי המשחק הבסיסיים, אמורים להיות נשלטים ומוכתבים ע"י הדין האישי (ענייני המעמד האישה – תחולה מוחלטת של הדין האישי, לפי ס' 51 לדבר המלך). אולם, ראינו איך המזונות הוצאו, מבלי לטעון כי הם אינם חלק מענייני המעמד האישי (בניגוד לרכוש). לאורך כל הפסיקה של שמגר ושל ברק, אנו רואים את **הבניה של התחום, במנותק מן הדין האישי.** את אותו המהלך אנו רואים בפ"ד של חשין, בפרשיית האבהות האזרחית.

שתוקית = ילד/ילדה השותקים כאשר הם נשאלים, מי האבא. נידון מקרה של ילדה לזוג שלא נישא. חשין קורא לפעוטה "שתוקית", שכן היא מושתקת ע"י מערכת המשפט הישראלית, כל אימת שהיא מנסה לתבוע מזונות. המערכת השרעית משתיקה אותה, עקב היעדר זכות מהותית, שכן המערכת השרעית לא מכירה בילדים מחוץ לנישואין והמערכת האזרחית משתיקה אותה, אין לה סמכות.

הילדה מושתקת, ואין לה זכות, משום שהיא מוסלמית, ושאלת האבהות לפי חלוקת הסמכויות בין בית הדין השרעי לביהמ"ש האזרחי מוכתבת לשרעי (מדבר חקיקה עות'מני עתיק), בשונה משאלת האבהות בדין הדתי היהודי – לא ענייני מעמד אישי, שאלה אזרחית. אין סמכות לביהמ"ש האזרחית לדון בתביעה של הילדה, **ובבית הדין השרעי נקבע כי הילדה לא זכאית למזונות, נקבע כי אם הם לא נישואים, הוא לא האב. האבהות הינה אך מכוח נישואים.**

* ילד לא-חוקי – ילד שנולד מחוץ למסגרת נישואים חוקית. רק מסגרת נישואים רשמית וחוקית מולידה את הסטטוס של ילד ואבהות.

חשין מסביר כי "זעקתה של שתוקית הקטנה עולה לפנינו" וגורס כי **לא יעלה על הדעת שגם בג"צ ישתיק אותה.** חשין יכול היה לסטות מהתקדימים של היעדר סמכות למערכת האזרחית, אך בוחר בדרך אחרת. **חשין יוצר מערכת חדשה לפיה הדין הישראלי מכיר באבהות טבעית, ביולוגית – האבהות האזרחית**. **זו מדובר באבהות המשפטית הפורמאלית שקיימת לפי הדין האישי, אלא אבהות אזרחית.** אם בית הדין השרעי אינו מכיר בה, אז רק לבית המשפט האזרחי יש סמכות בהקשר זה. מדובר בכלי גאוני שממנו בתי הדין כל כך מפחדים. חשין בעצם אומר – אם אתם לא מכירים בזה, אין לכם סמכות. זה בדיוק מה שדייכובסקי הבין שברק יכול לעשות לו, עם סוגיית הנישואים האזרחיים.

**המתקפה האזרחית על המערכת הדתית –**

תחום דיני המשפחה הוא הכואב והקשה ביותר בפרקטיקה המשפטית של היום-יום, לא רק כי מדובר במקרים קשים ומסובכים בין גבר ואישה, אלא כי מדובר גם במערכה הניטשת בין שתי מערכות משפט קוטביות. כעת, נתאר את המתקפה האזרחית על המערכת הדתית. **המתקפה האזרחית מתחלקת לשלושה שלבים** –

1. מלחמה קונבנציונאלית – המערכת האזרחית פועלת לפי "כללי המשחק" והגבולות הבסיסיים שנקבעו בשנות ה-50 (לשופט זילברג היה משקל משמעותי בקביעתם). המלחמה מתנהלת לפי כללי המלחמה /משחק הבסיסיים שהותוו בשנות ה-50 (זילברג), במסגרתם, המע' האזרחית פעלה בשלוש אסטרטגיות

* **צמצום סמכויות ביד"ר** – צמצום הכריכה, צמצום כלל מבית הדין, מעמד עצמאי לקטינים, צמצום סמכות מוסכמת ונמשכת וכו'.
* **ניכוס תחומי שליטה** – בעיקר בנושא הרכושי. רכוש הוגדר כענייני נישואים וכפוף לדין הדתי, ובאופן הדרגתי הוא הוצא מסמכות ביד"ר, דרך הגדרתו כעניין אזרחי-חוזי (עוד לפני **פ"ד בבלי**).
* **גיבוש מסלול אזרחי מקביל** – הכרה בידועים בציבור ובנישואים אזרחיים מחוץ לישראל.

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

1. אימפריאליזם שיפוטי מוסדי (**פ"ד בבלי, פ"ד לב**) – השלב בו השופט ברק **כופה את המערכת האזרחית על המערכת הדתית**. נפרצות הגדרות. אם עד כה הגבול בין מע' הדינים היה ברור, קרי נותרה גדר הפרדה (למרות הניכוס ), ברק מפרק את הגדר **בפ"ד בבלי ולב**. השופט מחיל על המע' הדתית את כל הדין האזרחי. הגבולות לא ברורים יותר (חלק יאמרו שאין גבולות). מדובר **במהלך אימפריאליסטי**, שאינו ייחודי אך למערכת האזרחית. גם בית הדין הרבני הוא אימפריאליסטי. אולם, המהלך של ברק כפה את המערכת האזרחית על המערכת הדתית. מדובר ב**אימפריאליזם מוסדי,** שכן מי שהולבשה עליו המערכת האזרחית זו בעצם ערכאת השיפוט הדתית.
2. אימפריאליזם שיפוטי פרסונאלי (גיבוש דיני המזונות האזרחיים ודיני המשפחה האזרחיים) – הדבר נעשה בעיקר דרך דיני המזונות, אבל ראינו גם את המהלך של השופט חשין **בפ"ד אבהות אזרחית**. ניתן לראות בכך אימפריאליזם פרסונאלי, שכן **הנמענים של הפיתוח המשפטי הם לא בתי הדין הדתיים, אלא האינדיבידואלים** – הגבר והאישה, לכאורה, עשויים להיות נתונים לדין אזרחי ולא לדין דתי, דין אשר אינו תלוי בהשתייכות הדתית שלהם.

לדעת המרצה, מדובר במהלך רציף וברור של "מתקפה אזרחית", שהייתה בדרך לפיתוח דיני משפחה אזרחיים. אולם, לפחות לעת עתה המהלך נעצר. שופטי משפחה מהססים לפסוק ובינתיים פסק הדין של ברק לא התקבל כל כך.

**מצוקת העיגון –**

**נורמות חברתיות מול נורמות הלכתיות –**

**נושא הגירושין הוא נושא מרכזי בו יש התנגשות בין התפיסה המערבית לתפיסה ההלכתית.** עד לאמצע המאה ה-20, אקט הנישואין נתפס בעולם (הנוצרי בעיקר) כמעשה דתי שיוצר חיבור מיתי בין בני הזוג אותו אין לנתק. עם השנים התפיסה הזאת איבדה מעוצמתה ובהדרגה התפתחו המצבים של עילות גירושין. כלומר, אם צד אחד היה יכול להוכיח שצד אחר חטא לעצם הקדושה שבחיבור הנישואין היה אפשר לקבל את סעד הגירושין. אולם לא היה ניתן להתגרש בהסכמה, בתפיסות של העולם הנוצרי וגם בתפיסות של המשפט האזרחי (שהיו מבוססות במידה רבה על התפיסות הנוצריות). זאת, בניגוד לתפיסה ההלכתית, שקובעת כי אם יש הסכמה בין שני בני הזוג להתגרש אין בעיה לגרשם. אם כן, התפיסות המנוגדות בין העולם ההלכתי לבין העולם הנוצרי או האזרחי היו קיימות גם בשלב המוקדם.

מאמצע המאה ה-20, גברה ההתייחסות אל האינדיבידואל כאל נושא זכויות אדם ועלתה תפיסת כיבוד האוטונומיה של הפרט וזכותו של האדם להשפיע על חייו. ככל שעלו תפיסות אלו, עלתה בעולם המערבי התפיסה שהגירושין הם דבר שפשוט יקרה כאשר צד אחד יהיה מעוניין בכך, והאופן שבו התפיסה מומשגת הוא "גירושין ללא אשם". כך נוצר קיטוב הולך וגובר בין התפיסות ההלכתיות-דתיות והתפיסות האזרחיות בשיטות משפט מערביות לאקט הגירושין.

סוזן וייס הקימה את "יד לאישה" ואת "מרכז צדק לנשים". בעיית מסורבות הגט קיימת בכל מקום בעולם, לא רק בישראל. המרצה טוענת, שבכל מקום בעולם, בו יש קהילה יהודית, יש קוקה קולה, בית חב"ד ועגונה.  
כשהסתיים הסרט הופיעה כתובית, לפיה תמרה עדיין קשורה בקשר הנישואין. **הסרט היה קו פרשת המים ביחס של ביד"ר לארגוני הנשים**. הממסד הרבני, בעקבות הסרט, החרים את ארגוני הנשים. גם מרכז רקמן מצא עצמו בחזית ההתנגשות.

הסרבן של תמרה הובא שוב ושוב בכפייה לדיונים בביד"ר. ולבסוף הוא הסכים לסדר גט, ובמעמד הטקס עצמו אמר לה שהיא מגורשת בתנאי ש...(התחיל להקריא רשימה ארוכה של תנאים לגבי הילדים). התנאי העיקרי שלו היה, שיוכל לראות את הילדים, ללא פיקוח של פקידת סעד. ביד"ר היה מוכן לשקול את התנאי, ומינה את היועץ לשיפוט רבני, העו"ד הרב שמעון יעקובי, איש חריף ובקיא מאוד. המייצגת של תמרה סרבה לכך (היות והאבא הורשע כבר על התעללות בילדים). נחשפנו לסיפורה של בחורה שבעלה הציב שורה של תנאים, בעבור מתן הגט. תמרה סירבה לכך, ולפיכך בית הדין הרבני הסביר כי אין מקום לחייב את הבעל בגט, שכן הוא מסכים לתת אותו, והאישה היא שמעגנת את עצמה, ע"י כך שאיננה נענית לתנאיו של הבעל. תמרה מעגנת עצמה כי היא מסרבת לתנאים של הבעל. אם היא תחליף ייצוג, הם ידאגו שיהיה גט (כי הם לא אהבו את ארגון יד לאישה). תמרה, בתגובה, החליפה ייצוג וביד"ר אמרו לבעל שאם לא ייתן גט, ישימו אותו במאסר ובבידוד. האיום פעל והוא מיד נתן הגט.

* זהו במנגנון הלכתי של מהרשד"ם (רבי שמואל די מדינה), מהמאה ה-16, כאשר הארץ הייתה תחת שליטת האימפריה העותומאנית. מדובר היה בדעת מיעוט שבמיעוט, שלא הונהגה במשך מאות שנים. אולם, **בשנות ה-90', החלה להתפתח בישראל אסכולה לפיה מותר לבעל להכניס תנאים לדרישה למתן גט, וכאשר האישה מסרבת להם, מופסקת השאלה האם יש מקום לחיוב בגט או לא**. האסכולה קנתה שליטתה בביד"ר הגדול ומדובר במגמה הולכת וגוברת.

**שתי נקודות מרכזיות מהמקרה של תמרה** –

1. בלו גרינברג, המייסדת של הפמניזם האורתודוקסי –

“When there is rabbinic will, there is a halachic way,”

בהמשך, היא סייגה דבריה, אך המקרה הזה של תמרה ממחיש את זה.

1. סיפור המאבק של הממסד הרבני בנשים (ובארגוני הנשים).

ניתן לצפות, שתהיה נהירה המונית לנישואין בקפריסין, ככל שתעלה המודעות. לצערנו, טוענת המרצה, זה לא קורה וזוגות ממשיכים להינשא בישראל כדת משה וישראל.

* הערה – בתחילת הסרט תמרה חובשת כיסוי ראש מחמיר, המסתיר את כל שערות ראשה. בסוף הסרט היא כבר עם ברט, כשרוב שיערה חשוף. הדבר מדגיש לנו את **השינוי בזהות הדתית שלה**. כל הנשים בסרט עוברות משבר אמונתי עמוק מאוד. רבקה אמרה – "אלוהים אמת והדת אמת. חוץ מזה אני לא יודעת כלום".

נשים שאינן רואות עצמן כפופות להלכה, במקרים רבים, באמת יתגברו על המשבר, ימשיכו הלאה ולא ימנעו מלהיכנס לקשר זוגי חדש. נשים דתיות לא יכנסו לקשר חדש, כל עוד הן לא קיבלו גט.

מעניין לשים לב לויכוח שמתנהל בין תמרה לבין רעות (בסצנה האחרונה, בה תמרה כבר מיואשת ושוקלת לוותר, כי המרדף אחר הבעל לא מתקדם לשום מקום), כאשר רעות היא זו שמשכנעת את תמרה שהיא צריכה את הגט ושחיים בלי גט הם לא חיים. **החברה החילונית אומרת לתמרה, שהיא אחראית למצב שלה, שכן היא בוחרת לנהוג עפ"י ההלכה.**

התפיסה המערבית – גירושין ללא אשם –

**התפיסה המערבית רואה בגירושין כמעט זכות מוקנית**. בשיח הבינלאומי יש ויכוח, אם הגירושין הם זכות אדם (באותה רמה שהנישואין הם זכות אדם), או לא. נותרה רק מדינה אחת בעולם, בה אין גירושין מוכרים – הפיליפינים. בכל שאר העולם, עברו לשיטה שמאפשרת גירושין.

**השיטה שלא מאפשרת גירושין היא הנצרות הקתולית**. הנישואין זה אחד משלושת הדברים שאדם נדרש לעשות כל חייו. הרעיון הוא, שאת קשר הנישואין יוצר האל, ומה שחיבר האל שום בן תמותה לא יכול לפרק. אצל הקתולים, כדי "להתגרש", ניתן להגיע לדרכי הוכחה של הפקעה, שבה מוכיחים שהזוג הזה אף פעם לא נועד לחיות יחד, זה הליך מורכב, יקר ולכן הוא לא נפוץ בכלל.

**התפיסה בעולם המערבי היא, שהגירושין מבטאים את האוטונומיה של הפרט**, ובהתאם לקו של הליברליזם האינדבידואלי, השולט כיום בתפיסה הפוליטית-מדינית ברוב העולם המערבי, **צריכה להיות אפשרות לכל אדם לצאת מקשר של נישואין**. כמובן שזה רק בנשיאה בתוצאות של פירוק הקשר – דאגה לילדים, חלוקה נכונה של רכוש ועוד. ברור אפוא, שחייבת להיות דרך להשתחרר מקשר הנישואין.

**הגירושין ללא אשם** התפתחו רק מאוחר יותר, בשנות ה-20. ההתנתקות מהדין הקתולי התרחשה כבר החל מהמאה ה-12 והלאה, באופן הדרגתי. למרות זאת, **נותרה תפיסה שהנישואין הם איזשהו קשר קדוש ואי אפשר לצאת ממנו רק אם רוצים,** אלא צריך להצביע על סיבות מוצדקות, או על אשמה של הצד האחר, הנותן לגיטימציה לצד המעוניין לצאת מהקשר. רצון משותף של שני בני הזוג לא מהווה סיבה לסיים הקשר. הגישה מנוגדת לתפיסה היהודית-הדתית, היות ולפי ההלכה, הסכמה של שני בני הזוג היא תמיד עילה לגירושין.

**בעולם המערבי הגירושין מוכרזים ע"י המדינה (ביהמ"ש)**, והם מגיעים רק לאחר שצד אחד הצליח להוכיח את אשמת הצד האחר. בעקבות מהפכת הגירושין ללא אשם, ההכרזה הזו באה כמעט באופן אוטומטי, לפי דרישת צד אחד, כאשר הדרישה מעידה על כך שהנישואין כבר הגיעו למשבר שאי אפשר להתגבר עליו/משבר ללא אפשרות שיקום אנו קוראים לזה **עילת תום הנישואין**.

**לפי הגישות המערביות, גם אם לא דבק שום רבב בצד שכנגד, בית המשפט יעניק את סעד הגירושין, בהתאם לדרישה של צד אחד בלבד.** הדרך שבה זה יתבצע והזמן שזה ייקח, משתנה ממדינה למדינה. יש מדינות בהן זה אורך חודשים, בעוד באיטליה זה יכול להימשך 3 שנים. המשותף לכל המדינות הוא, דאגה למנגנונים חקיקתיים-שיפוטיים טרם הגירושין, שיבטיחו את האינטרסים של הילדים – הן מבחינת הקשר שלהם עם ההורים (שכן זו זכותם להמשיך להישאר בקשר עם שני הוריהם) והן מבחינת ביטחונם הכלכלי של הילדים. יש שיטות משפט שמסדירות תחילה גם את עניין חלוקת הרכוש, ויש המאפשרות שזה יקרה לאחר הגירושין. אולם, **המהות של התפיסה המערבית, שקיימת כמעט בכל מדינות העולם המערבי, היא שאפשר להתגרש גם בהתאם לדרישה של צד אחד בנישואין.**

* באיטליה, יש זמן של שנתיים עד שאפשר להתגרש. בשאר המדינות, אין מגבלת זמן, אך הגירושין יבואו אך לאחר שהזוג מגיע להסכמה לגבי טובת הילדים.

**עילת הגירושין ללא אשם** באה בעקבות מספר אירועים, ביניהם **מהפיכת זכויות האדם** (באה אחרי מלחמת העולם השנייה) **והמהפכה הפמיניסטית** של ראשית שנות ה-60 של המאה הקודמת (שביקרה את מוסד הנישואין). הגירושין ללא אשם הפכו את הגירושים לקלים יותר - יעד של התנועה הפמיניסטית.  
סיבה נוספת שזירזה את הגירושין ללא אשם, היא **אי הנחת עמוקה מן הדרך בה התנהלו תיקי גירושין**. מי שלא טוב לו בנישואין ורצה להתגרש, התחיל לפברק עילות אשם, כדי שיאפשרו להם להתגרש. המצב הקיים פגע קשות בחברה, בזוגות עצמם, בילדים וזה הביא לבזבוז זמן וכסף.

* **לסיכום –** בכל שיטת משפט בעולם המערבי, גם הנישואין וגם גירושין (הכניסה והיציאה מקשר הנישואין), הם אקט בעל משמעות משפטית, הנעשה באמצעות גורם חיצוני לבני הזוג. לאדם חיצוני ניתנה סמכות ליצור את קשר הנישואין, דבריו קונסטיטוטיביים, הם היוצרים את השינוי בסטאטוס ("אני מכריז עלייכם..."). הדבר זהה גם לעניין סיום קשר הנישואין, המתבצע ע"י ערכאה שיפוטית, שנותנת פסק דין (תוצר שיפוטי המסיים את קשר השיפוטי, הוא המשנה את הסטטוס לגרושים).

התפיסה ההלכתית – גירושין בהסכמה –

**ביהדות**, **הזוג יוצר את הקשר. אין שום סמכות חיצונית שמכריזה עליהם כנשואין. בשיטות המשפט המערביות** **– צד ג', הכומר, יוצר את הקשר שבין בני הזוג.** כיום התפתחנו, ובשיטות משפט המערביות מי שיוצר את קשר הנישואין הוא ראש העיר, הפקיד או הקפטן של הסירה. צד ג' שיוצר את קשר הנישואין הוא מי שהמדינה מינתה אותו להיות רשם הנישואין.

**מאחר והזוג הוא הריבון ליצירת הקשר, הזוג הוא גם הריבון לסיום הקשר**. התפיסה ההלכתית גורסת, כי **גירושין יהיו רק בהסכמה**. ללא הרצון המשותף של שני הצדדים – אין גירושין. אם שני בני הזוג רוצים לסיים את הקשר, אין שום בעיה. **הבעיה נוצרת, כאשר רק צד אחד מעוניין לסיים את הקשר, והצד השני לא מעוניין לסיים את הקשר.** נראה, כי יש הבדל בין נחיצות הסכמת האישה לנחיצות הסכמתו של הבעל, אולם נקודת המוצא ההלכתית היא שצד שלא מסכים לגירושין, מונע אותם מן הצד האחר.

הביטוי המקרין על זירת הגירושין הלא-סימטרית הינו בעת היציאה מהקשר – היציאה לא יכולה להתבצע ע"י גורם חיצוני לבני הזוג, או לפחות, בתפיסה האורתודוכסית המקובלת כיום, סיום הנישואין לא יכול להתבצע ע"י גורם חיצוני. היציאה מהנישואין לא יכולה להתבצע ע"י ביד"ר, אין לו סמכות לסיים את הנישואין. **רק לבעל יש סמכות לסיים את הנישואין, הסיום נוצר כאשר הוא מוסר לאישה את שטר הגט מרצונו החופשי**. ללא הפרוצדורה הזו, אין גירושין, הנישואין עדין תקפים והאישה היא אשת איש.

המצב הזה הוא פתח לעיגון וכמובן גם פתח לסחטנות. הצד שלא מעוניין או פחות מעוניין יכול להציב דרישות. **הבעיה היא בצורך להשיג את ההסכמה לגירושין וכן בפער הכוחות בין הצדדים** **(האיש והאישה), ביחס לנחיצות ההסכמה**. נשים מצויות בסכנה גדולה יותר: "אינו דומה האיש המגרש לאישה המתגרשת. שהאישה יוצאת לרצונה ושלא לרצונה, והאיש אינו מוציא אלא לרצונו" (הרמב"ם, משנה יבמות י"ד). המרצה טוענת, שהנשים מצויות בצד הגרוע. הכל מתחיל מדאורייתא, **בפרשת קדושים**. ויקרא, כ, י: "איש כי ינאף אשת רעהו כי ינאף אשת איש מות יומת הנואף והנואפת". מעניין, כי לא קיים מקביל. **מדין תורה לגבר מותר לשאת כמה נשים שרוצה ולהביא לעולם כמה ילדים שרוצה, ולאישה מותר רק גבר אחד**.

ההבדל נובע מכך **שההכרח ברצון הבעל בגירושין הוא מדאורייתא**. אפילו אם יש ספק ברצון הבעל, או שאנסו אותו, שלא כדין, יש לתת את הגט, ולכן הרצון שלו לא היה כן, אלא יהיה מדובר בגט מעושה, והאישה תיחשב כאשת איש. אם היא עדיין אשת איש, והיא הולכת וקושרת קשר עם אחר, הילדים יהיו ממזרים. מדובר באיסור עריות חמור ביותר מדאורייתא. ניאוף (קשר אינטימי) של איש עם אישה שנשואה לאיש אחר מהווה איסור עריות מן הדרגה החמורה ביותר (דאורייתא) והעונש הוא מוות. **ההכרח ברצון הבעל בגירושין הינו מדאורייתא, ועל כן לא ניתן לעקוף אותו.**

זאת, בעוד שאיש שלוקח לעצמו, או מקיים קשרים עם נשים אחרות פנויות, אין על כך שום איסור מדאורייתא. איש שעדיין נשוי לאישה, יכול להיות עם אישה אחרת ואף לשאת אישה אחרת. הוא יכול לקשור קשר עם כמה נשים שהוא רוצה (ולראיה שלמה המלך), ובלבד שהנשים שנישאות לו, הן פנויות. ילדים שנולדים לאיש שעדיין נשוי מקשרים שיש לו עם נשים אחרות אינם נחשבים ממזרים. **האיסור הוא רק מדרבנן (חדר"ג) אבל התורה לא אוסרת זאת**.

את רצון האישה ניתן לעקוף ע"י כך שאותה מחייבים בגט הרבה יותר בקלות – הרצון שלה לא נדרש מדאורייתא, אלא הרצון שלה הינה אך תקנת חכמים (החדר"ג). יש היררכיה שונה של מקור הסמכות ההלכתית – הנורמה הבסיסית הינה מדאורייתא, עליה לא ניתן להתנות ומתחת יש לנו מדרבנן. **ההכרח ברצון האישה בגירושין הינו אך מדרבנן, ועל כן ניתן לעקוף אותו** (ע"י היתר 100 חכמים, למשל). אם אישה מסרבת להתגרש ויש עילת גירושין מבוססת נגדה, ניתן לעקוף את סירובה דרך "היתר מאה רבנים" לגבר לשאת אישה אחרת.

מדאורייתא, גבר יכול לשאת יותר מאישה אחת, בניגוד לאישה. במקרים מסוימים, בהם האישה לא יכולה לקבל הגט (מחוסר הכרה / במצב צמח), או כאשר היא מסרבת לקבל הגט, וביד"ר סבור שיש עילת גירושין כנגדה, יותר ויותר נוטים להעניק היתרים לשאת אישה נוספת. במקור, זו אמורה הייתה להיות פרוצדורה מאוד מורכבת. בבסיס, ההיתר הזה היה אמור להיות מקרה נדיר וקיצוני. כל הרעיון של גיוס חתימות של מאה רבנים משלושה מחוזות שונים, נועד למנוע מצב שבו הדבר ייהפך לדבר שבשגרה.

בפועל אין זה כך ביום – כיום, מגייסים חתימות של מאה רבנים באינטרנט או אפילו באמצעות זיופים. גם אם זה לא בזיוף או באמצעות האינטרנט, היתר מאה רבנים ניתן היום בקלות יותר. **עצם קיומה של האופציה הזאת משנה את מאזן הכוחות בין הגבר לאישה.**

**המצב של אישה מסורבת הגט שונה ממצבו של גבר מסורב הגט בכך שהוא יכול להתקשר עם מישהי אחרת והקשר ייחשב מבחינת המשפט האזרחי כ"ידועים בציבור" והוא יוכל להקים משפחה חדשה כולל ילדים**, ללא שום חשש. זה ההבדל הגדול בין האיש לבין האישה. גם האישה הנשואה מסורבת הגט, אם היא קושרת קשר עם איש אחר, מבחינת משפט המדינה האזרחי, הקשר הזה יוכר כקשר של ידועים בציבור, אבל היא לרוב תימנע מהבאת ילדים בגלל שילדיה ייחשבו כממזרים. יש תנועת מרי אזרחית של נשים שאומרות שלא אכפת להן להביא ממזרים לעולם, אבל רוב הנשים לא עושות זאת, גם אם הן חילוניות, וזאת כדי לא לפגוע ביכולת הנישואין של ילדיהן. אם כן, איום ממזרות ילדים עתידיים קיים רק על הנשים.

**זהו חוסר הסימטריה הבסיסי בין האיש לאישה ביחס למה שמכונה דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין וביחס למאזן הכוחות שאיתו הם באים לנהל את המשא ומתן על הגט**. יש פה פער כוחות עצום בין האיש לאישה. פער הכוחות נובע מהאפליה בין האיש לאישה מדין תורה. נכון שמדרבנן גם האיש מנוע מלשאת אישה נוספת על אשתו, לפי חרם דרבינו גרשום. אסור לאיש לקחת אישה על אשתו וכדי לא לעקוף זאת בכך שהוא יגרש את האישה הראשונה בניגוד לרצונה, רבינו גרשום התקין שלא יגרש את האישה הראשונה מבלי רצונה. אולם, רבינו גרשום לא יכול היה לשנות את דין תורה שכן מדין תורה האישה מתגרשת גם מבלי רצונה.

אקט הנישואין נמצא בריבונות של בני הזוג, הם השולטים על יצירת קשר הנישואין. הנוכחות של הרב כלל אינה הכרחית לשם יצירת קשר הנישואין ושינוי הסטטוס. גם עדי הקיום לא יוצרים את הנישואין עצמם, אלא בני הזוג יוצרים, באמצעות הקידושין, שהם אקט של קניין של האישה ע"י הבעל. אולם, עלינו לשים האצבע בצורה מדויקת – **השליטה נמצא בידי הבעל**, הקידושין מתבצעים כאשר הוא הקונה את האישה. נכון הוא כי האישה צריכה לרצות להתקדש, אך הוא המקדש והיא המתקדשת, היא תמיד פאסיבית והבעל תמיד אקטיבי.

פרק א' במשנה בקידושין מתחיל בכך **שהאישה נקנית, היא פאסיבית**. לעמיתו של דבר, **האיש בלבד הוא הריבון, הוא המקדש, הוא קונה את האישה, ומכאן ההצדקה הלשונית למונח "בעל"**, המשמעות של הבעלות היא בהחלט במקום. לדעת המרצה, **האיש בעצם קונה את כישורי ההולדה של האישה הזו**. הוא בא להבטיח את האבהות של הילדים לגבי האישה שנשואה לו.

הדבר מדגיש את **אלמנט הקניין**. אין מדובר בקניין שאנו מכירים, שכן הבעל לא יכול למכור את אישתו. אולם, הבעל נקרא בעל, **הבעלות קיימת, היא מתייחסת לכל הקשור לכישורי ההולדה של האישה**, לכך שהבעל אכן קנה את כישורי ההולדה, במובן שיש פה בטחון מלא שאותם ילדים שהאישה תלד אכן שלו, ולא של אף איש אחר. מכאן, נובעים הדינים המשלימים את הסנקציות החריפות, שכן קיימה יחסים אינטימיים עם אחר – דיני הממזרות, למשל. הדינים נועדו להשלים את ההבטחה של המעגל הקנייני – בעלות על כישורי ההולדה. ההשלכות – היכולת של האישה לצאת מקשר הנישואין, ללא אותו אקט סיום הקשר מצד הבעל. למנוח הקניין יש משמעות מעשית מאוד קונקרטית, מאוד מוחשית.

* "קונה עצמה" – חוזרת להיות בעלים של עצמה, על מנת שתוכל להינשא לאחר מיכן לאחר. ללא הגט או מיתת הבעל, היא קנויה לאותו בעל שקידש אותה. השילוב של הקידושין והקניין הוא לב ליבו של המלכוד של הקידושין כדת מושה וישראל.

**הרמב"ם** – " האישה..והאיש אינו מוציא אלא שלרצונו**". חרם דרבנו גירשום** **נועד להביא לביטול הא-סימטריות** **וקבע** –

1. איסור על גירוש אישה בניגוד לרצונה.
2. על מנת שלא ניתן יהא לעקוף את התקנה הראשונה, נאסר על הבעל לשאת אישה נוספת.

בפועל, **הכוח לא הושווה**.

* יש לזכור, כי יכול להיווצר מצב, במסגרת תביעת הגירושין, שלאישה יהיה יותר כוח מהבעל. למשל – כשלבעל דחוף יותר לסיים את הקשר ולהקים משפחה חדשה.

נתונים – 300 תיקים של סרבני גט בביד"ר מידי שנה. נכון להיום, יש 17 מסרבי גט, היושבים בכלא.

* **גירושין בהסכמה כוללים גם מו"מ**. כמובן שאם יש צד אחד שכבר מאוד נואש לגירושין, אזי שיש לו חולשה במו"מ. תמיד יש מו"מ, וההסכמה מלווה בתנאים. החוק מהווה גורם משמעותי בהבניית הכוח של מו"מ. לא ניתן להתווכח, ברור שמאזן הכוחות מעוות לחלוטין. יש להביא בחשבון, שכאשר קיימת אלימות (ובדרך כלל האלימות היא מהצד של האיש), הגורמים המעורבים צריכים לעצור ולהימנע מלשלוח את בני הזוג לגישור. כאשר אחד הצדדים מפעיל אלימות, כל המאזן בגישור נפגע.

תיקי גירושין תביעות גירושין חד-צדדיות –

צד אחד רוצה לסיים, הצד השני לא רוצה לסיים (או לפחות אומר זאת) – תיקים שמוגשים שלא בהסכמת שני הצדדים. כבר במבט ראשון, ברור לנו הפער – רק 10 אלף מתוך 17 אלף התיקים נגמרים. 7 אלף תיקים לא מסתיימים.

עמ' 19 מהדו"ח – איך מוגדרים מסורבי ומסורבות גט? **לפי ביד"ר, אישה שמסרבת לקבל הגט בגלל שהיא טוענת שההסדר הרכושי הנלווה מפלה, הנוגד את הזכויות המגיעות לה – היא סרבנית גט, הבעל הוא מסורב גט**. מעבר לכך, לעיתים בתי הדין הרבניים במקרים רבים יגיד **שהיא מעגנת את עצמה באי-קבלת ההסדר.**

זמן המתנה לגט – גם כשמגיעים עם הסכם בין בני הזוג, אנו צפויים לחכות חודשים רבים (זמן ממוצע של 227 ימים). בעת תביעה חד-צדדית, זמן ההמתנה הוא מעל לשנה.

בכל שנה מוגשים כ-8,000 תיקים של גירושין בהסכמה וכ-8,000 תיקים של גירושין ע"י צד אחד. מה קדם להסכם, אנחנו לא יכולים לדעת. ב-2007 בית הדין הרבני נתן החלטה, לפיה ניתן לחייב את הבעל לתת גט בסה"כ ב-243 תיקים ורק בפחות מ-20 מקרים הוא קבע שניתן לכפות גט, וזאת מתוך כ-4,000 תביעות שהוגשו על ידי נשים.

**הבעיה הכי גדולה – סוג ההחלטות למתן גט**. במרבית המקרים (90 אחוז), ההחלטה מסתיימת באמירה של "ראוי שהצדדים יתגרשו". ב**-90% מהמקרים של התביעות החד-צדדיות, בית הדין הרבני פוסק פסק דין לגירושין.** בית הדין דן שנים רבות בתיק, ובכל זאת החלטתו הינה בגדר המלצה. פסק דין לגירושין אומנם מסיים את התיק מבחינת בית הדין, אבל זה בעצם לא עשה כלום. שולחים את הצדדים לנהל מו"מ כדי שיתגרשו. לכאורה, התביעה התקבלה. בית הדין לא שלח את הצדדים לשלום בית. אבל בית הדין נוקט בלשון הכי נמוכה שיש ומבחינתו אין עילה שמגיעה אפילו לא כדי המלצה לגט, חיוב לגט או כפייה לגט.

לפי "**חוק הסנקציות**", **חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995**, גם פסקי דין כאלה הם פסק דין לגירושין. גם לאחר פ"ד כזה, ניתן לפנות בבקשה להטיל סנקציה. לפי המילים הברורות של חוק הסנקציות, גם ב-90% האלה ניתן להטיל סנקציה. כך אומר החוק האזרחי. אולם, בית הדין הרבני אומר שבמקרים האלה אי אפשר להטיל סנקציות. מבחינת בית הדין, פ"ד כזה, שלא נוקט במילים חזקות יותר כמו "בית הדין ממליץ לבעל לייתן גט, על הבעל לתת גט, ניתן לכפות על הבעל לייתן גט לאישה", **אין מקום להפעיל את חוק הסנקציות**. **רק במקרים של המלצה, חיוב וכפייה ניתן הלכתית להטיל סנקציות**. מבחינת בית הדין, בכל 90 אחוז מהמקרים, אין מקום לנקוט בסנקציות. **הבעל, מבחינת בית הדין איננו סרבן.** מבחינת ארגוני הנשים, מנגד, הוא כן סרבן. זוהי המחשה של הא-סימטריות המוחלטת.

**פתרונות לסרבנות הגט –**

מהם אותם פתרונות פנים-הלכתיים, שבתי הדין הרבניים לא עושים בהם שימוש?

* לדוג' – תביעות נזיקין בגין עגינות וסרבנות גט. זוהי המצאה של עורכת הדין סוזן וייס שהגתה את הרעיון. היא הקימה גם את מרכז צדק לנשים. זהו ניסיון להפעיל את המערכת האזרחית, על מנת לאלץ את המערכת הדתית להגיב, להתאים עצמה, למצוא דרכים אזרחיות כדי להתעמת ולתקן את העיוות הנוראי במערכת הדתית. הדרך המרכזית לצורך כך היא, כאמור, **תביעות נזיקין בגין סרבנות גט.**

טענת המרצה – המנגנונים כן קיימים בהלכה, אלא שהם אינם מיושמים ע"י בתי הדין הרבניים, משום שהם נתפסים כחורגים ממסגרת הקונבנציות ההלכתיות המקובלים. לדעת המרצה, הכלים כן נמצאים במסגרת ארגז הכלים ההלכתיים.

מעבר לפתרונות הפנים-הלכתיים, ישנם ערוצים מבחוץ, דרכי התקשרות אלטרנטיביות (נישואים אזרחיים מחוץ לישראל, ידועים בציבור). אולם, גם אם מדובר בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל, הדרך היחידה לצאת מן הסטטוס של הנישואים הינו בביד"ר.

שלושת מישורי הפתרון ההלכתיים (פונק' משולבת של נסיבות המקרה עם האמצעים הננקטים) –

1. הרחבת עילות הכפייה לגט (לאמץ את גישת הרמב"ם ופוסקי ספרד) – זהו המהלך השמרני ביותר, הנמצא במיינסטרים של ההלכה. הגט נמצא בשליטה המלאה של הבעל. לכאורה, לביד"ר אין שום סמכות לעשות דבר – ברצותו נותן, ברצותו מעכב. אולם, ברור שההלכה גם בבסיסה הייתה ערה לכך שמערכת כזו לא יכולה להתקיים. **מערכת כזאת, שלא מאפשרת במקרים קיצוניים להביא למצב בו יינתן גט, אין לה תוחלת.**

הרמב"ם שם את הדגש על המצבים שבהם מותר מן הדין לכפות את הגט. כבר במשנה יש לנו רשימה של עילות גירושין מוכרות: מי שעוסק במלאכות המסריחות את בעליהן וגורמות לכך שאי-אפשר לחיות עימו, שחין, ריח רע מהפה. אלונסיבות בהן אנו אומרים שהבעל כופין אותו להוציא. המכנה המשותף לכל העילות – **מקצועות שלא ניתן לחיות עם מי העוסק בהן.**

**מה ניתן לומר על הרשימה אז וכיום? היא כבר לא רלוונטית**. אולם, כבר בגמרא עלתה השאלה – האם זו רשימה פתוחה או סגורה? בגמרא יש הרחבה של עילות הגירושין האלה, בדרך של קל וחומר.

נקבע, כי **הרשימה אינה סגורה, והוסיפו לה שני מקרים שגם לגביהם הקונצנזוס היה כי מדובר בעילות שכפייה** – **אינו זן ואינו מפרנס, או האישה שבאה מחמת טענה שהיא רוצה ילד.**

**אינו זן ואינו מפרנס** – האישה עלולה לרעוב, ועל כן אם על מפני ריח הפה כופין (העילות המופיעות במשנה – הסירחון), הרי מפני חיי נפש לא כל שכן ("קל וחומר"). בימינו, אנו נייחס זאת למצבי האלימות. **אלימות היא סכנה של חיי נפש, אזי שאם כופין על ריח פה, קל וחומר שנכפה בגין סיכון חיי נפש**. אולם, אין זה כך בפועל. ברוב בתי הדין האלימות אינה עילת כפייה (ייתכן כי יחייבו, או ימליצו בלבד).

**משמעות הכפייה** – **ניתן להשתמש בחוק הסנקציות וכן לנקוט באמצעי הכפייה הקשים ביותר שהיו נהוגים בעבר** – שוטים, או קנס ממון גדול במיוחד. כאשר בית הדין מגיע למסקנה כי יש עילת כפייה של ממש, ניתן לנקוט בכל אמצעי הכפייה החמורים. אולם, מה קורה לרצון החופשי של הבעל? הרמב"ם – "מכים אותו עד שאומר רוצה אני". זו הנמקה מדהימה מבחינת ההתחקות אחר נפש האדם. יש בנפש האדם מאבק מתמיד בין היצר הרע לבין האני האמיתי, שכן רוצה לעשות את מה שצריך לעשות. כל שבתי הדין עושים ע"י המלקות הוא, לחלץ את האני האמיתי, כדי שאותו אדם יוכל לעשות את מה שצריך לעשות.

**הלגיטימציה לשימוש באמצעי הכפייה הקיצוניים ביותר קיימת אך בנסיבות בין יש קונצנזוס מלא בדבר קיומה של עילה**. ס' 5 לחוק שיפוט בתי דין רבניי + פ"ד אחרון – ניתוח אמצעי הכפייה הקיימים בחוק הישראלי. **התרגום העדכני לאמצע הכפייה הקיצוניים, של ישראל כמדינה דמוקרטית, הוא המאסר.**

**האמצעי הראשון הוא הרחבת עילות הכפייה**. יחד עם התפתחות הרחבת עילות הכפייה בגמרא, הגמרא מכירה גם במצב שבו האישה מורדת. זאת כשאין עילה קונקרטית כמו שהבעל חולה נפש, פדופיל, מתעלל וכו', אבל האישה לא רוצה לחיות יותר עם הגבר שעימו היא נשואה.

**מורדת בטענת מאיס עלי** – אני לא יכולה לחיות איתו יותר, אני מורדת במובן שאינני מוכנה לחיות איתו בשום מובן שהוא – מורדת לאישות, מורדת ממלאכה וכו'. מצב זה הוא תקנה קדומה המכונה **הדינא דמתיבתא**, שהתייחסה לסיטואציה בה נשים שרצו להשתחרר מכבלי נישואיהן, על מנת להינשא לאחר, לא יכלו לעשות זאת. הן פשוט הלכו וביקשו להתדיין בערכאות של גויים, הלכו ותלו עצמן בבתי דין של גויים. **תקנת הגאונים** – **על מנת למנוע שלא תצאנה לתרבות רעה, נקבע כי כל אישה שתאמר לבעל שהיא אינה רוצה אותו יותר, מיד כופים על הבעל לגרשה** (ההנמקה של הגאונים – שבנות ישראל לא תצאנה לתרבות רעה).

גם **הרמב"ם** אימץ תקנת גאונים זו. הוא הביא הנמקה פסיכולוגית – "כופין אותו בשעתו לגרשה, לפי שאינה כשבויה להיבעל לשנוא עליה". האישה אינה שבויה ולכן כופים אותו לגרשה. מה שכן, האישה מפסידה את כתובתה. **בפ"ד רפאלי**, חשין מביא ציטוט של הרמב"ם, היא לא שבויה להיבהל לשנוא לה.

* ההולכים אחר פסיקתו של הרמב"ם, צרכים לפסוק כי אישה המכניסה עצמה לקטגוריה של מורדת, יש לה עילת כפייה.

באשכנז, **רבינו תם** אמר: "אבל נחשוש שמא עינה נתנה באחר". רבנו תם מתייחס לפוליטיקה של הכוח – אם נותנים לכל אישה שרוצה להיות עם אחר להשתחרר מהקשר ע"י כל שתאמר שהיא אינה מעוניית לחיות עוד עם בעלה, זהו מצב שלא ייתכן. כיוון ולא ניתן לדעת מדוע המורדת לא רוצה לחיות עם בעלה יותר, רבינו תם סבר שאין לכפות את הגבר לגט, אבל כן הסכים להשתמש באמצעים אחרים שאינם דרכי כפייה ממש, שיש ביכולתם להביא את הבעל לגרש את האישה. זה מה שנקרא "כפייה בדרך ברירה".

**הרא"ש** קיבל את דרכו של רבינו תם והוסיף נימוק: "יש חשש אדיר שמא כל בנות ישראל פרוצות ורוצות להיות עם גברים אחרים". לדידו, אם נקבל את דרך המורדת לא נשאיר מצב של שלמות המשפחה. לכן, אין לכפות את הגבר לתת את הגט. ההלכה היהודית בעצם ביקשה לשמור את התא המשפחתי שלם ולא מתפרק.

**לכן, החל מרבנו תם, אליבא ד'פוסקי אשכנז מורדת איננה עילת כפייה. אולם, רבנו תם בנה מנגנון אחר – כפייה בדרך ברירה.**

* פוסקי **יהדות ספרד** קיבלו את דעת הרמב"ם שהחזיק בעמדה שמורדת זו כן עילה לכפייה לגט. אך **חכמי אשכנז** עצרו את ההכרה בעילה זאת וקיבלו את דעת רבינו תם. עקרונית, המצב יכול להוביל לכך שדיינים ספרדים יקבלו את עילת המורדת כעילה לגט, בעוד דיינים אשכנזיים ישללו אותה. **בשנים האחרונות ההבחנות הללו מטשטשות והדיינים הספרדיים הלכו בעקבות הפוסקים האשכנזיים**. גם הרכב דיינים שהוקם ע"י הרב הראשי בשנות ה-90' שמטרתו הייתה לכלול הרכב שמקל במקרי עגינות ומוכן לפסוק גט במצבי סירוב גט, הפך בסופו של דבר ל"הרכב העגונות", כפי שכינה זאת **הרב דיכובסקי** – הרכב שרק מעגן נשים ולא מתיר אותן מנישואיהן. **פ"ד רפאלי** **הינו דוגמא קיצונית למצב שבו ייתכן ובית המשפט היה מוכן להתערב בתוכן הדין הדתי עצמו. כך לפחות משתמע מדעת היחיד של השופט חשין.** חשין נכנס לדון בעילה של מורדת "מאיס עליי" ומביא לראייה את **פסק הדין הרבני אבן צור**, בו פסקו כפיית גט. אולם, בסופו של דבר, הוא קובע שאין מקום להתערבות במקרה הקונקרטי הזה.
* יש לשים לב שמורדת היא גם עילת גירושין של הגבר כנגד האישה. הגבר יכול לטעון שאישתו מורדת בו ולבקש להתגרש ממנה, עקב כך.

**פ"ד פלני נ' ביד"ר** – זהו פ"ד מדהים, אין ספק שפ"ד זה הושפע ישירות מפרשת שי כהן (ניתן שבוע-שבועיים לאחר ששי כהן ברח). השופטים הבינו שאנו מצויים בתקופה בה כל התודעה הציבורית מכוונת למערכת הכה מעוותת ובלתי אפשרית הזו – איך ייתכן שאנו מגיעים למצב בו הגבר כלוא במשך 10 שנים, ללא מתן גט לאישה. יחד עם זאת, מבחינה משפטית טהורה, ברור שניתן היה לכתוב פ"ד הפוך שהיה נכון מבחינת פרשנות החוקר, כוונת המחוקק וכו'.

**הטיעון הטוב ביותר לצד הבעל** – אין מדובר בכפיית ציות, אלא ענישה, ענישה שאיננה מדיתית. התשובה של **השופט זילברטל** הלכה להנמקות של הבעל עצמו ודיברה על כך שעצם העובדה שהוא מבקש להשתחרר והשמיע בכל מיני הזדמנויות התייחסות להגבלת תקופת המאסר שלו (10 שנים), מעידה על כך **שהאופק של השחרור שיחק תפקיד מערך השיקולים שלו**. כאשר תהיה לפניו מציאות חדשה – בה אין לו שום אפשרות להשתחרר, יש להניח שכאשר הבעל ימצא עצמו במציאות חדשה כזו, בה הדרך היחדה שלו להשתחרר הינה לתת את הגט, הכלי עשוי לעבוד – כלי של כפיית ציות, ולא של ענישה. עדין, מדובר בפ"ד בעייתי, התוצאה בעייתית – ביטוי חריף לכתם שחור לדמוקרטיה.

1. הרחבת המנגנון של "כפייה עקיפה", "כפייה בדרך ברירה" – **אין עילת כפייה של ממש, אך הנסיבות מצדיקות את כך שהבעל כן יתן גט לאישה, ניתן לנקוט באמצעים שונים, שאינם אמצעי כפייה אסורים, שלא יעשו את הגט** (לא יהפכו את הגט למעושה).

כאן נכנס **חוק הסנקציות** – אי-יכולת להשלים מניין, צו מניעה, כתב סירוב. **פ"ד פלוני נ' פלונית** – ביה"ד הזכיר את האפשרות של נקיטה באמצעי לחץ חברתיים, כדרך לגיטימי, דרך שלא מעשה את הגט. **הרחקות ד'רבינו תם** מיוחסות לרבינו תם, מי שחסם את הדרך בפני השימוש בעילת המורדת כעילה שמאפשרת כפיית הבעל לתת גט. רבינו תם יצר מנגנון חדש. הכוונה היא לשימוש באמצעי לחץ שמזרזים את מתן הגט, אך אינם נחשבים לאמצעי כפייה ממש, המותרים רק כאשר קיימת עילת כפייה. הרעיון הוא לנקוט בסנקציות חברתיות, סוג של חרם: לא להעלות אותו לתורה, לא לשאת ולתת איתו, לא לבקר אותו בעת חוליו.

**אלו הם הכלים ההלכתיים בהם ניתן לעשות שימוש כאשר מדובר בחברה המנהלת אורח חיים דתי, סנקציות להן יש משמעות מעשית**. במדינת ישראל של היום, קשה לראות איך העסק יכול לעבוד. חוק הסנקציות הוא תרגום משפטי/מערבי/דמוקרטי לרעיון של הרחקות דרבינו תם – כפייה בדרך ברירה, או כפייה עקיפה.

**פס"ד כץ** דן בשאלה, האם בית דין רבני יכול להוציא כתב סירוב. המתודה של כתב הסירוב היא לנהוג כך כנגד מי שאינו נוהג כדין תורה. כאשר מדובר במקרה של קהילה מאוד מלוכדת, שומרת מצוות, כאשר החיים של כל פרט ופרט מתנהלים לפי קוד החיים החברתי, **יכול להיות שלסנקציות כאלה תהיה אפקטיביות והן אכן יגרמו לבעל לתת לאישה את הגט**. **חוק קיום פסקי דין לגירושין הוא לבוש מודרני של אותן הרחקות רבינו תם.** הרעיון היה לקחת את אותה מתודה הלכתית ולהלביש אותה בלבוש של סנקציות שהמדינה יכולה להפעיל נגד הבעל הסרבן. אם בעבר הקהילה הפעילה סנקציות חברתיות, היום המדינה יכולה להפעיל סנקציה שפוגעת בזכויות אזרח של האדם. פס"ד רוזנצוויג ממחיש את עילות הכפייה בדרך ברירה.

סוגים שונים של כפייה בדרך ברירה –

1. **חוק הסנקציות –** האם חוק הסנקציות באמת עובד? כשמנסים להצליב את הלשון של ביד"ר עם לשון חוק הסנקציות, אנו בבעיה. **חוק הסנקציות, בסעיף 1ב'** – "לענין סעיף זה, אין נפקה מינה אם ננקטה בפסק הדין לשון של כפיה, חובה, מצווה, הצעה או לשון אחרת". **החוק מדבר על כפייה, חובה, מצווה, הצעה, או לשון אחרת.**

המילה מצווה לא מופיעה בנתונים הרשמיים של ביד"ר, אך יש לנו **המלצה**. אין לנו דרך פורמלית וברורה לדעת מה מקביל למה. אולם, אנו יכולים לדעת **שהחלטות של מצווה לגט מקודדות בד"כ תחת המילים "המלצה לגט"** – כאשר ביד"ר כן נוקט בלשון של המלצה לגט, זהו המקביל ל"מצווה לגט", שהחוק נקט בה. מעבר לכך, **פסק הדין לגירושין (90 אחוז), מבחינת ביד"ר, זה המקביל למילים שבסוף סעיף קטן ב' – הצעה או לשון אחרת**. הדבר חשוב, על מנת להבין שברמת הפרשנות הפשוטה של החוק, כל מה שיש כאן נכנס לסעיף 1ב'. בכל פסקי הדין הללו, בכל ההחלטות, ניתן לנקוט בסנקציות, להפעיל את חוק הסנקציות.

**כמה סנקציות באמת ניתנות?** רק בשליש מהמקרים שביד"ר חייב ואף כפה מן גט, הופעל החוק. בנוסף, לפי ההתפלגות שבין בתי הדין הרבנים השונים, ניתן לראות פער עצום בין בתי הדין הרבניים השונים – חיפה מטה למעלה, תל אביב מטה למטה.

חלק מהבעיה שזיהנו בפרויקט של המעכב אחר היישום היא, שלמעשה **יש צורך לפנות בבקשה נפרדת לביד"ר, על מנת להטיל סנקציה** – יש פקק, מחסום, בחלק מהפעמים נשים כלל לא מודעת לאפשרות שיש להטיל סנקציה על הבעל, בחלק אחר מהפעמים הנשים כה מאוימות/חוששות/חסרות משאבים, כך שהם לא נוקטות בדרך זו. על כן, הועלתה הצעה שתאלץ את ביד"ר להקים מנגנון, שיחייב אותו לקיים ביוזמתו דיון באפשרות של הטלת סנקציות, ברגע שניתן פ"ד לגירושין.

* לא ניתן לומר כי חוק הסנקציות מופעל. רק ב-50 אחוז מהמקרים בהם מופעלות סנקציות, זה עובד.

1. **מזונות מדין מעוכבת** – הרעיון מבוסס על משנה בכתובות, כאשר רש"י מסביר שיש סיטואציה בה האישה **מגורשת ואינה מגורשת** – מצב עובדתי, שמתאר נסיבות בהן הבעל כתב את הגט, מסר אותו לאישה והאישה לא לקחה אותו, או לא הגיע בדיוק לרשותה. מבחינת המשפט העברי, **מדובר במצב של ספק**, לא ניתן להכריע לכאן, או לכאן. לכאורה, האישה לא זכאית למזונות מכוח דיני המזונות הרגילים (היא כבר לא אישתו), מאידך היא עדין לא בדיוק קיבלה את הגט, היא עדין אשת איש, והיא **לא יכולה לקבל מזונות מגבר אחר**. לפי רש"י, במצב כזה **היא מעוכבת מחמתו מלהינשא לאחר**. המשמעות הכלכלית – **היא מעוכבת מחמתו מלהיות ניזונה ממישהו אחר, ולכן הוא כן חייב במזונותיה.** **המזונות בהם הוא חייב אינם מדיני המזונות הרגילים, אלא הם מזונות מיוחדים.**

**מה לא חל, כאשר לא דנים לפי דיני המזונות הרגילים? קיזוז מעשי ידיה.** את הקיזוז מפעילים מכוח הכלל משום איבה, כדי שלא תהיה ביניהם איבה או שנאה. לא ייתכן שהבעל יהא חייב לזון אותה, והיא תשמור את משכורתה לעצמה. אין זה צודק, זה יגרום לשנאה ביניהם. לכן, החכמים קבעו את הכלל – מקזזים את המזונות ממעשי ידיה. אולם, **כאשר אנו מצויים במצב של מעוכבת, הרי שהם לא נישואים, ואין חשש שתהא ביניהם איבה, החשש לא מתקיים מבחינה מעשית, אם לא מקזזים את מעשי ידיה, גובה המזונות יכול להיות גבוה מאוד**. יש לנו כאן כלי עם פוטנציאל משמעותי – אם נצליח להכניס עצמנו לסיטואציה בה האישה תהא מעוכבת מחמתו להינשא לאחר, ניתן יהא לתבוע מזונות שיהיו גבוהים למדי (לא נקזז מהם דבר) – יפעיל חץ על הבעל לתת גט.

**מתי אישה תחשב כמעוכבת מחמתו להינשא לאחר?** האם יש להגיע לפ"ד של ביד"ר, שאכן מחייב את הבעל לתת גט והבעל מסרב לתת גט? ברור שבמצב כזה היא מעוכבת מחמתו מלהינשא לאחר. האם בנסיבות פחותות מחיוב, הנסיבות הן כאלה שברור שיש כאן עילה המגיעה לכדי חיוב? האם גם כאשר אין פ"ד של ביד"ר, או הנסיבות הן כאלה שכן מקימות עילת גירושין, ניתן לומר כי האם מעוכבת מחמתו? שאלה נוספת – האם ניתן לתבוע מזונות מעוכבת גם בבימה"ש לענייני משפחה? בתי המשפט קובע **סמכות נגררת** – **ס' 76 לחוק בתי המשפט קובע כי אם במהלך דיון שנמצא בסמכות ביהמ"ש, מתעוררת שאלה ששייכת לערכאה שיפוטית אחרת, רשאי הוא להכריע בה** (האם הבעל סרבן גט, למשל). כאשר מדובר בתביעה למזונות מעוכבת, יש לברר אם האישה אכן מעוכבת מחמתו, יש לברר אם יש עילת גירושין – סמכות השייכת לביד"ר. זו הדרך בה ניתן להפעיל כלי זה בביהמ"ש לענייני משפחה. **דרך זו כמעט ולא מיושמת**. עו"ד לא מכירים אותה וחוששים להשתמש בה וכן ביד"ר יטען כי אין סמכות למערכת האזרחית ולא יאשר את הגט בגין התביעה האזרחית.

**גם מזונות מדין מעוכבת וגם חוק הסנקציות תקפים רק כאשר יש עילת גירושין**. שאלה גדולה היא, מה צריכה להיות הדרגה של עילת הגירושין? יש בסיס הלכתי לטעון שהרחקות רבינו תם יכולות להיות מופעלות גם בנסיבות של עילת גירושין בדרגה יחסית נמוכה, אפילו פחות מהמלצה לגט. בטח לא רק ברמה של חיוב לגט. אותו דבר לגבי מזונות מדין מעוכבת. יש בסיס הלכתי, לפיו מזונות מדין מעוכבת ניתן להטיל כל אימת שקיימת עילת גירושין, ואפילו אם היא לא ברמה גבוהה. אבל לפי התפיסה של בתי הדין הרבניים – את כל הכלים האלה, אם אפשר בכלל להפעיל אותם, ניתן להפעיל רק במקרים שיש חיוב לגט או אפילו כפייה לגט.

1. **הסכם קדם-נישואין – מימוש התחייבות כספית שהבעל נטל על עצמו מראש ובהסכמה, באמצעות הסכם קדם נישואין (הסכם קדם נישואין כאמצעי למניעת עגינות).** מדובר בהתחייבות חוזית מראש לקבל סוג כזה של סנקציה כספית. היא נכנסת לתוקף כאשר בעצם לפי פרשנות גמישה יש פה עילת גירושין. הרעיון הוא, **שבהסכמה חופשית האיש נוטל על עצמו, מראש, התחייבות לשלם סכום חודשי גדול אם יהיה סרבן גט, כאשר ההתחייבות תבוא לסיומה ברגע שהוא ייתן גט.**

כאשר יש התחייבות כספית שניתן להפעילה בנסובת בהן צד אחר רוצה להתגרש והשני לא, אנו מצפים שברגע שנפעיל את ההתחייבות הכספית, יינתן הגט – **אמצעי לחץ להפעלת הגט**. **הדבר ייחשב כאמצעי לחץ כשר, שכן הבעל הסכים לכך, אין מדובר באונס ממון / קנס ממון.** בנוסף, מראש נדאג לכך שהסכום בו התחייב לא יהא גבוה מידי, אלא סכום ביניים – יכאב מספיק על מנת שייתן גט, אך לא מעבר לכך.

**האתגר הוא כפול** – יש לעמוד גם באתגר **הכשרות ההלכתית** וגם באתגר של **אפשרות האכיפה אזרחית.**

* האתגר ההלכתי – **שזה לא יהיה גט מעושה.** שההסכם יעמוד מול כל הטענות ההלכתיות שעשויות לשלול את תוקפו. עקרונית, ניתן לבנות את זה כך, שזה לא יהא גט מעושה, שכן **ישנה הסכמה מראש.**
* אפשרות האכיפה האזרחית – **ניתן יהא לבוא עם הסכם זה לביהמ"ש לענייני משפחה ולאכוף אותו**. בהסתמך על ההסכם, ביהמ"ש יפעיל את ההתחייבות הממונית ולא ימנע מכך בטענה כי אין מדובר בסמכותו.

**המפתח לפתרון שני מישורי הקושי, הן האזרחי והן ההלכתי, מצוי ביצירת הפרדה וניתוק בין יצירת החיוב ומימושו לבין אי-מתן הגט.** הכוונה היא לניסוח חיוב שנקרא מזונות מדין מעוכבת / מזונות מוגדלים, שהם משמעותיים יותר. לדוג' – חצי מהמשכורת החודשית של הבעל, או סכום גדול יותר, שעשוי להיות "מעצבן" מספיק כדי לגרום לבעל לתת את הגט. המנגנון ב"הסכם לכבוד הדדי" עובד כך, שחותמים על ההסכם יחד עם החתימה על הכתובה (טרם הנישואין). האיש מתחייב בהסכם לשלם לאישה דמי מזונות חודשיים, החל מתום 180 יום מיום ההודעה על הרצון בגירושין. כיוון והגבר נטל את ההתחייבות הזאת לפני הנישואין, היא קיימת שם כל הזמן. **בהתבסס על שורה של תקדימים, ניתן להגיד שהדרישה הזאת לגט לא הופכת את הגט למעושה ושהקנס המוטל על הגבר אכן לגיטימי, שכן הבעל נטל את ההתחייבות על עצמו מראש, באופן וולונטרי לחלוטין**. זה גם קשור לחיוב של מזונות מדין מעוכבת (שהגבר חייב בו מעיקר הדין), שכן האישה מעוכבת מחמתו מלהינשא לאחר.

יש שורה של הנמקות הלכתיות, שנותנות מספיק אסמכות הלכתיות לכך שהמנגנון הזה כשר מבחינה הלכתית וניתנה למהלך גם הסכמה של פוסקים גדולים. אולם למרבה הצער, כמה וכמה דיינים של בית הדין הרבני פרסמו מאמרים הלכתיים בהם נטען שההסכם הזה איננו הסכם "כשר" מבחינה הלכתית, וגט שיוסדר בהתאם להסכם כזה ייחשב כגט מעושה. גם בקרב רבני צוהר הייתה התדיינות בין שניים שהציגו דעות מנוגדות בנושא.

**הסכם ממון מתייחס להסדרת כל הנושאים הרכושיים-הממוניים של בני הזוג וצופה פני סיום של הקשר, בין בגין פטירת אחד מבני הזוג ובין אם בגירושין**. ההגדרה של **הסכם ממון** (**פ"ד שי**) היא כזו המתייחסת להסדרת מכלול הנושאים הרכושיים. כאשר אנו נכנסים למסגרת של הסכם ממון, מוטלת עלינו החובה לדאוג לאישור שלו, בהתאם לפרק השני של חוק יחסי ממון. אם אין אישור, הוא לא תקף. **ההסכם כאמצעי למניעת עגינות יכול להיות גם הסכם ממון, ניתן לכלול אותו במסגרת רחבה יותר, כזה שיתייחס לכל האספקטים הממוניים. אם זה כך, עליו לעבור את מנגנון האישור לפי חוק יחסי ממון. אולם, אם ההסכם מתייחס אך ורק לסיטואציה של הצורך לשתף פעולה במתן גט, דהיינו למניעת סרבנות גט, אין מדובר בהסכם ממון, ואין צורך באישור**. ניתן להתייחס אליו כאל תוספת לכתובה, שהיא סוג של הסכם קדם נישואין, שכולם ממלאים אחריו כחלק מהפרוצדורה של עריכת הקידושין והנישואין. יש להתייחס לכל האמצעים הללו כאמצעים נלווים לכתובה.

ההסכמים שבחוברת רקמן –

**הסכמים 1-4** – מנגנון ממוני שנועד לתמרץ מתן גט.

**הסכמים 5-6** – הסכמים רדיקלים המנסים לעקוף את הצורך במתן הגט ע"י הבעל. התמודדות ישירה עם העיגון דרך עקיפת הצורך במתן הגט ע"י הבעל.

**הסכמים 2-4** – מבוססים על הדדיות.

**הסכמים 1,5,6** – הסכמים המדגישים את הצורך בהגנת האישה.

המצב היום הוא שיש כאלה שחותמים על ההסכמים האלה, אבל לא ניתן להבטיח שההסכמים האלה יעבדו בבוא היום. **לדעת המרצה, החשיבות של ההסכמים האלה עדיין מאוד גדולה, מהסיבות הבאות –**

1. ככל שברמת ה"שטח" יהיו יותר זוגות שיחתמו על הסכמים כאלה ויראו בכך חלק ממסגרת הנישואין שביניהם, תגיע נקודה שבה לבתי הדין הרבניים לא תהיה ברירה אלא כן לקבל את הקונסטרוקציות האלו כקונסטרוקציות רלוונטיות ואופרטיביות, והם לא יוכלו יותר להסתתר מאחורי הטיעונים של גט מעושה. אם כן, גם אם כיום בתי הדין הרבניים לא יקבלו את ההסכמים הללו, ייתכן ובבוא היום הם כן.
2. מעבר לצפי הזה שהוא אולי קצת נאיבי, לדעת המרצה, יש בכך מסר חינוכי ותודעתי מאוד חשוב שעולה מקידום הרעיון הזה של הסכמי קדם נישואין.
3. כאשר זוגות מתחתנים תוך מודעות למורכבות של הגירושין בישראל, וגם מודעות לסכנות של קשר במדינת ישראל, ההשפעה על הזוג עצמו מאוד חשובה. המציאות מוכיחה כי בארה"ב, כמעט ולא היו מקרים של סרבנות גט בקרב זוגות שהתחתנו על בסיס הסכמי קדם נישואין.

לפיכך, מתקיימים כינוסים הסברתיים שבאים לקדם את השימוש במכשיר הזה. כך גם פורסמה חוברת הסכמי קדם נישואין. אולם לא ניתן להצביע עדיין על תקדים שהגיע לבית הדין הרבני או בית המשפט האזרחי בו נבחן ניסיון ליישם ולאכוף הסכם כזה.

1. אמצעים שמייתרים את הגט, עוקפים את הצורך במתן גט ע"י הבעל, מביאים אותנו לנק' המוצא. אלו הם האמצעים הרדיקליים ביותר –זוהי הדרך הקיצונית ביותר, שמבקשת לייתר את הצורך בהסכמת הבעל ובשיתוף הפעולה שלו, ומנסה לעקוף אותה כדי להגיע לפתרון האולטימטיבי.

במה הגירושין בהלכה היהודית שונים מכל הגירושין בשיטות משפט אחרות? **הגירושין הוא אקט של הצדדים עצמם ולא אקט שיפוטי חיצוני לצדדים**. בכל שיטת משפט אחרת, לרבות שיטות משפט דתיות, הגירושין יכולים להתרחש ע"י מעשה שיפוטי שהינו חיצוני לצדדים (הכרעה שיפוטית שמסיימת את קשר הנישואין). **בהלכה היהודית, ממש כפי שהקידושין הם מעשה של הצדדים עצמם, גם סיום הקשר נמצא בשליטת בני הזוג. לאמיתו של הדבר, סיום הקשר מצוי בעיקר בידיו של הבעל ומכאן הקושי שקיים בגירושין ביהדות, לעומת שיטות משפט אחרות**. אם נצליח לעקוף זאת, גם הגירושין ביהדות יוכלו להתנהל כפי שמתנהלים גירושין בכל שיטת משפט אחרת.

**בבג"צ פלונית נ' ביד"ר הגדול** (נישואי קפריסין) ראינו שגם נישואין אזרחיים דורשים סיום. אולם, נישואין אזרחיים לא דורשים גט ויכולים להסתיים בפ"ד של ערכאה שיפוטית. הם מסתיימים לפי עילה של משבר בלתי ניתן לאיחוי. אם היינו מצליחים להביא את התפיסה של הנישואין כדמו"י למצב כזה, היינו פותרים את כל בעיית העגונות ומסורבות הגט. לשם אי אפשר להגיע לפי התפיסה ההלכתית האורתודוקסית. אולם, הדעות הרדיקליות ביותר מעניקה לפחות **ארבע אפשרויות, שבאמצעותן מייתרים את הצורך במתן הגט ע"י הבעל. עקירת הבעיה מן השורש, עקיפת הצורך בשיתוף פעולה של הבעל. ישנן 4 דרכים מוכרות בהלכה עצמה, העוקפות את הצורך בשיתוף פעולה של הבעל –**

* הפקעת קידושין – בגיטין, כתוב שכל מי שמקדש, מקדש על דעתם של חכמים ולחכמים יש הכוח והסמכות להפקיע ממנו את הקידושין. **כל מי שמקדש, תולה את תוקף הקידושין בהסכמת החכמים, להם סמכות להפקיע את הקידושין**. אם הקידושין מלכתחילה לא היו קיימים, אין כל בעיה. זו אמירה מאוד מרחיקת לכת וגם בגמרא התרגום הקונקרטי שלה היה יחסית מצומצם. תקנות כאלה הותקנו לכל אורך הדורות, יחד עם זאת, מקובל על כל הפוסקים כי מאז תקופת הגאונים, אין עוד בידי החכמים כוח להפקיע קידושין.

יש בגמרא כמה וכמה מקרים בהם מתוארים מקרים שבהם היה ניתן להפקיע גירושין. לדוג' – אם הבעל מסר גט בידי שליח ולפני שהוא הגיע ליעדו הוא התחרט. במקרה כזה, עושים הפקעת קידושין. לאורך הדורות, בכל מיני מצבי מצוקה, חכמים לקחו את הכלי ההלכתי הזה ונתנו לו תוקף, בין היתר, באמצעות התקנת תקנות של הפקעת קידושין.

ב-1945 פורסם ספר מחקרי היסטורי של פרופ' אליעזר ברקוביץ' והרב פרופ' פריימן, שהראה איך בניגוד למחשבה המקובלת שאסור להפקיע קידושין, מאות שנים היה ניתן להפקיע קידושין – נעשה לכל אורך הדורות. הוויכוח מלווה אותנו כבר עשרות שנים. **הדעה המקובלת – לאחר חתימת התלמוד, לא ניתן להפקיע קידושין.** נדרשת הסכמה כללית, יש צורך בהתקנת תקנה. עם זאת, הוכח, שגם לאחר חתימת התלמוד, נעשו הפקעות של קידושין.

גם במאה הקודמת היו יוזמות לכנס חכמים בארה"ב, בישראל ובמדינות נוספות, כדי להתקין תקנות של הפקעת קידושין. **פרופ' ליפשיץ** – גם חקיקה של הכנסת היא תקנת קהל של ימינו. ליפשיץ מציע **התקנת תקנה המאפשרת לביד"ר להפקיע קידושין בדרך של הפקעת כסף הקידושין מן הבעל**. גם **הרב אנקין** קרא לקבלת תקנה כללית שתאפשר הפקעת קידושין. הקריאות הללו נתקלו בהתנגדויות עזות, שכן כמעט כולם נתקלו למחלוקות הקשורות בעליית הזרמים האלטרנטיביים לאורתודוכסיה – הרפורמים והקונסרבטיביים. פתרון בעיית העגונות נקלע ללב ליבו של הוויכוח הנ"ל.

ההתנגדות הייתה פוליטית (במובן ההלכתי של העניין) משני כיוונים –

1. את הקריאות להתקין תקנות של הפקעת קידושין השמיעו באופן משמעותי בעיקר במאה ה-19, כאשר במדינות המערביות החלו להנהיג גירושין אזרחיים. באותה עת, התרחש משבר מאוד גדול בקהילות היהודית, שכן אם מדינה כמו צרפת מתירה נישואין וגירושין אזרחיים לכולם ומה שקובע זה רק הנישואין והגירושין האזרחיים, אזי שאין משמעות לגט ההלכתי. גם אם צדדים התחתנו כדמו"י, ברגע שאחד הצדדים הולך לבית משפט אזרחי ומקבל גט, האישה יכולה להתחתן מחדש מבחינת המדינה, למרות שמבחינה הלכתית היא עדיין נשואה וילדיה ייחשבו ממזרים. הדבר יצר משבר קולוסאלי בכל הקהילות היהודיות במדינות המערביות ולכן ביקשו להתקין תקנות הפקעת גירושין. אולם, הרבנים עמדו על הרגליים האחריות וחסמו את המהלך. הסיבה הייתה שהם **חששו שכל אימת שיהיו גירושין אזרחיים זה יפקיע את הקידושין הדתיים.**

**קהילות יהודיות ניסו לשמר את הדרך שתגרום לנשים כן להתגרש גם גירושין דתיים הלכתיים ולא להסתפק רק בגירושין האזרחיים.** זו המציאות של הקהילות היהודיות בכל מקום כיום מחוץ לישראל. בסוף המאה ה-20, תשומת הלב למצוקת מסורבות הגט והעגונות התחילה להדהד, בעיקר במקומות שיש בהם קהילה יהודית (אורתודוקסית). במקומות בהם האוכלוסייה היהודית הייתה מספיק חזקה מבחינה פוליטית, התחילו להתקין חוקים שבאמצעותם המדינה האזרחית ניסתה לתת פתרון לחילוץ עגונות.

בארה"ב, התיקון הראשון לחוקה משמש חסם מפני חוקים כאלה. אולם, בניו יורק יש חוק הקובע כי כאשר מדובר בנישואים דתיים, צד מתגרש יהיה חייב להצהיר בפני בית המשפט שהוא הסיר כל מחסום מפני הצד השני להינשא מחדש לפי אותו דין דתי שלפיו נישאו בנישואים עצמם. הדבר לא פותר מצב בו האישה מבקשת את סעד הגירושין, אלא רק מצב בו הגבר מבקש. לכן, הוסף חוק נוסף במדינת ניו-יורק שהולך "לכיס" וקובע כי כאשר בית משפט בא לפסוק על חלוקת רכוש, הוא יעשה זאת לפי שורה של כ-15 פרמטרים של שיקולי דעת שיפוטיים. אחד מהם הוא מצב שבו צד אחד מעכב את הצד השני מפני נישואין דתיים מחודשים. חוקי גירושין יש גם במדינות נוספות כמו אנגליה, קנדה ועוד.

1. התנועה הקונסרבטיבית כן התקינה תקנות של הפקעת קידושין, ומבחינה פוליטית-יהודית, ברור שברגע שרבנים אורתודוקסים רואים שרבנים קונסרבטיבים משתמשים בכלים הלכתיים, זה הופך להיות מוקצה מחמת מיאוס ולכן לא קיבלו את הדרך הזאת. לכן **היום, המיינסטרים האורתודוקסי לא מתיר הפקעת קידושין.**

* ביטול קידושין – זוהי דרך שהציע הרב **פרופ' עמנואל רקמן**, שהיה מנהיג אורתודוקסי חשוב בארה"ב והרב הצבאי הראשי. הוא נחשב לבר-סמכא באורתודוקסיה המודרנית, ובגיל 80, לאחר שניסה במשך שנים רבות לקדם פתרונות למצוקות של מסורבות גט, הקים בית-דין עם שותפים לתפיסתו. **רקמן סבר, שהקידושין הם למעשה חוזה.**

מדובר מבנה פנימי, הפועל בדרך חוזית ותופס ומסתמך על כך שאקט הקידושין הוא אקט קנייני. בגמרא, אותם מנגנונים הלכתיים מופעלים בהקשר של קידושין ובהקשר של מעשי קניין אחרים, כמו קניית פרה, או רכישת שדה. כשם שבדיני חוזים ובדיני הקניין ההלכתיים אנו מכירים במושגים של התקשרות בטעות, או טעות היורדת לשורשו של עניין – מקח טעות, המאפשר להגיע לתוצאה שהחוזה/העסקה בטלה מעיקרה. בניתוח החוזי של עסקאות ממכר יש עילות לביטול חוזה ומצבים שבהם **אם מדובר בטעות יסודית שיורדת לשורש העניין, מדובר במקח טעות והחוזה הופך להיות בטל מעיקרו**.

ניתן לעשות זאת בהשלכה לחוזה הנישואין, קניין הקידושין. זוהי דרך שלא דורשת שום הסכמה, או תקנה כללית, ביד"ר יכול לנקוט בה. **הביטול מסתמך על כך שמדובר בחוזה קנייני, עליו חלים דיני הקניין והחוזים.** מה קורה כאשר אדם קנה שדה, או אישה, והתברר לו לאחר מיכן שהשדה לא נמצא במקום שחשבת, או שיש לאישה מום חמור? **זוהי** **טעות היורדת לשורשו של עניין, מקח טעות, פגם חמור היכול לבטל את ההתקשרות מעיקרה.**

**הגמרא –** אם רוצים לומר שזוהי טענה שהאישה יכולה לעלות, אנו רוצים ללכת עד כדי כך רחוק? זה לא יכול להיות, תמיד טוב לאישה להיות בזוג מלהיות לבדה.במחקר של המרצה, היא גילתה כי זוהי אמירה שיוחסה לנשים. האמירה מבטל כל אפשרות להפקעת גירושין אך גם לביטול גירושין.לא הלכו עם אמירה זו עד הסוף.

**הרב סולובייצ'יק** טען, שהאמירה היא אמירה קיומית, מהותנית, היורדת לשורש מהות הקיום הנשי. הוא הכיר בעילות כפיית גט במקרים של "מקח טעות", לדוגמא כאשר הגבר התגלה כחולה מחלת הנפילה, אפילפטי או הומוסקסואל. **הרב פינשטיין** לקח את האמרה למקרים בהם הבעל לא רצה ילדים, או הכריח את האישה לעשות הפסקת הריון – פסק על ביטול גירושין במקרים אלה.

התפיסה הינה, כי זו הקונספציה הנכונה להפעיל במצבים בהם הבעל מעגן עגינות ארוכת שנים, שהרי העגינות, סרבנות גט, היא סוג של אלימות – אלימות רגשית ונפשית. אותו מנגנון חוזי שההלכה מכירה בקיומו ובאפשרות להפעילו, רלוונטי במקרים של מקח טעות, וניתן לעשות בו שימוש במקרים של המצוקות שקיימות בדורנו. לדוג' – מקרי אלימות. מעשי האלימות יורדים לשורש ההתקשרות, לשורש הסכמת האישה להינשא, להתקדש. ניתן לומר, באמצעות התאוריות הפסיכולוגיות של ימינו, שאותו מבנה נפשי אלים היה קיים כבר בעת הקידושין. האלימות טבועה באדם, גם אם היא לא באה לידי ביטוי חיצוני. כך שאישה שנישאה והסתבר שבעלה הינו בעל נטיות פליליות קשות (גם אם מדובר באלימות כלפי אחרים או פדופיליה), קווי האופי הבעייתיים האלו, היו קיימים בו כבר כאשר הם נישאו. אילו ידעה על כך כאשר הם נישאו, היא לא הייתה נישאת לו. בנסיבות אלו, אף אישה לא הייתה מסכימה להינשא לאיש כזה.

בגמרא לא הפעילו את הגישה הזאת מתוך סברה, כי גם אם האישה מצאה שהתחתנה בסוף עם אדם בעל מום, שאם הייתה יודעת שכזה הוא, לא הייתה מתחתנת איתו, הרי שעדיין התמזל מזלה על כך שהיא נשואה, שהרי חזקה היא שהאישה מעדיפה לחיות בשניים מאשר באחד, ומכאן שאין להפעיל את אופציה זו.

* קידושין על תנאי – הדבר נכנס לחוזה הקידושין עצמו, כתוספת לכתובה. בעבר נעשה שימוש במנגנון הזה וגם כיום יש מי שמשיא כך זוגות בארה"ב. שני האלמנטים האחרונים מחזירים אותנו למכניזם של הסכם קדם נישואין. המנגנונים יכולים להתקיים, רק אם דאגו לכך בעת ההתקשרות. המבנה של ביטול גירושין, מנגד, לא תלוי בדבר שצריך להיאמר או להיעשות בעת הגירושין. גם הפקעת הגירושין לא תלויה בכך בהכרח, אולי אך בתקנת קהל כללית. **קידושין על תנאי והרשאה למתן גט עושים שימוש במנגנונים שחייבים להתקיים בעת הקידושין עצמם.**

**קידושים על תנאי – עושים שימוש במבנה החוזי של אקט הקידושין והרעיון דומה לרעיון ההפקעה – המבנה מקשר אותנו ברמה התיאורטית והתאולוגית לסמכותם של חכמים. התנאי תולה אותנו בעמדתם של חכמים. הוא יכול להיות מנוסח בכל מיני דרכים –** אם יקרה שבני הזוג חייבם בנפרד בפרק זמן ממושך, והבעל מסרב לתת גט למרות שהוא מחויב לתת, וכל מיני אלמנטים אחרים, וחכמים יגיעו למסקנה כי התנאים התקיימו, הקידושין יהיו בטלים מעיקרם, יהיו כלא היו. **התנאי מנוסח באופן המכניס את אלמנט ההפקעה.**

**אנו יכולים לראות את ההתלכדות של הניסיונות לוויכוחים הפנים הלכתיים של הזרמים השונים ביהדות.** הניסיון המשמעותי לקדם את המבנה של התנאי נעשה עם הנהגתם של נישואין וגירושין אזרחיים, בסוף המאה ה-19, ע"י צרפת. אנו מגיעים למצב בו האישה מתחתנת עם בן זוג חדש (וזה יהא תקף), אך הילדים יהיו ממזרים – הקהילה היהודית נתקלה בבעיה בהיקף חסר תקדים של ריבוי ממזרים, בעיה שלא ניתן למנוע אותה. יש צורך בפתרון – **הפתרון היה קידושין על תנאי. התאני שהוכנס הוא – והיה שניפרד בערכאות אזרחיות, הקידושין בטלים, היו כלא היו.** התנאי הזה שהוצע ע"י רבנים אורתודוכסים זכה להתנגדות רבה, שכונסה בחוברת – אין תנאי בנישואים. ההתנגדות נבעה בעיקר מכך שאנו מעניקים לערכאות של גויים את הסמכות לסיים את הנישואין ההלכתיים.

הקונסרבטיביים ניסו לעשות שימוש בתנאי כזה, וזה עורר את הוויכוח הפנים הלכתיים ולא ניתן היה לחזור לאותו הרעיון של תנאי. ובכל זאת, הרב אנקין כן ניסה להחיות מחדש רעיון זה. ההתנגדויות הן מאוד עזות, אך הרעיון לא נגוז.

* הרשאה למתן גט – עושה שימוש במבנה אחר, **של גט ע"י שליח**. מבנה זה הוא מבנה שהשתמשו בו גם הרב הרצוג וגם הרב גורן, עבור חיילים שיצאו בשעתו לחזית. האיש ממנה שלוח למתן גט, שיוכל לתת את הגט בשמו בהתקיים שורה של נסיבות. זה מחזיר אותו לרעיון התנאי. הרב עוזיאל כתב על אפשרות זו. הרעיון הרדיקלי ביותר – מינוי האישה עצמה לתת לעצמה גט. החשוב במבנה זה – חלק מההתנגדויות להפקעת קידושין ולקידושין על תנאי באו על רקע הטיעון שכל אותם מקרים בגמרא, בהם כן עשו הפקעת קידושין או כן ביטלו קידושין, עקב התקיימות תנאי, היו כאלה שהיו גט, אך הייתה עימו בעיה. לא ניתן לעשות שימוש בהפקעה או בתנאי, מבלי שיהיה איזשהו שטר גט. ברגע שמוסיפים מנגנון של מינוי שליח – פתרנו את הבעיה, שכן יש שטר גט.

יש גט, והרעיון הוא לאחד את כל המנגנונים הללו יחד. האם ניתן לקיים התקשרות הלכתיות לגיטימית ומוכרת ללא האלמנט של הקניין? האם קידושין כדמו"י אינהרנטית כוללים את אלמנט הקניין, או שמא ניתן לעשות זאת ללא הקניין.

אחת המגמות בשנים האחרונות – זוגות שומרי הלכה, שכן מעוניינים להמשיך ולחיות במסגרת ההלכתית, המבקשים מראש להימנע מכל אפשרות של מצבי עיגון וסרבנות גט. הדרך בה הם מנסים היא התקשרות של קידושין כדמו"י מגובה עם כל ההסכמי קדם נישואין, בדרך פרטית (לא דרך הרבנות, לא להירשם, לא להיות רשומים כנשואים. בכך בעת משבר הזוג יהא פנוי להינשא לאחרים מבחינה אזרחית). הליכה בדרך הזו לא מעניקה פתרון מלא.

**נשק יום הדין – תנאי בגט וביטול גט**

בסרט מקודשת נחשפנו לסיפורה של בחורה שבעלה הציב שורה של תנאים, בעבור מתן הגט. תמרה סירבה לכך, ולפיכך בית הדין הרבני הסביר כי אין מקום לחייב את הבעל בגט, שכן הוא מסכים לתת אותו, והאישה היא שמעגנת את עצמה, ע"י כך שאיננה נענית לתנאיו של הבעל.

מה קורה כיום בבתי הדין? **פ"ד אברהם** ממחיש לנו את המרכיב של תנאי בגט. הטקטיקה – "אני מוכן לתת גט, אך בתנאי". התנאי יכול להיות העברת סמכויות השיפוט לביד"ר בנושאים שונים, תנאי רכושי פרופר (וויתור על זכויות רכושיות), תנאי בנוגע לילדים (סכום מזונות נמוך, הסדרי ראיה וביקור). התגובה של ביד"ר תלויה בעמדה שלו ביחס לשאלה ההלכתי – **האם ניתן להתנות תנאי למתן הגט?** האם, כאשר יש עילת גירושין, עדין ניתן לקבל את התנאים שהבעל מתנה למתן הגט, או שמא כאשר יש עילת גירושין וביד"ר משתכנע כי יש אלימות קשה, ביד"ר חייב להטיל חיוב על הבעל לתת את הגט?

אם ביד"ר מאמץ את הגישה, לפיה לגיטימי להתנות תנאי למתן הגט, אזי שהוא ימנע מלדון בשאלה אם יש עילת גירושין או לא. הדבר המרחק לכת ביותר – ביד"ר המאפשר תנאי לגט עשוי גם בשלב מאוחר יותר לבטל את הגט באופן רטרואקטיבי.

**המרהשד"ם** – **אם התנאי קל, האישה חייבת למלא אחריו, ואין לכפות על הבעל מתן גט, מבלי שהאישה תמלא את התנאי – יהא זה גט מעושה**. ניתן להתנות תנאי בגט אפילו כאשר יש עילה. אם מדובר בתנאי סביר ואישה יכולה לעמוד בתנאי הזה – אסור לחייב את הבעל בגט, והאישה חייבת למלא אחר התנאי. בשעתו, המהרשד"ם היה בדעת מיעוט. רוב הפוסקים לא קיבלו את עמדתו, אך בדינמיקה של מאבקי הסמכות בין ביד"ר לביהמ"ש לענייני משפחה, הייתה עדנה למהרשד"ם, שכן התנאי בפ"ד בן שאול של הבעל היה להעביר לביה"ד,זה משרת ביה"ד הרבני.

מדובר במנגנון הלכתי של מהרשד"ם (רבי שמואל די מדינה), מהמאה ה-16, כאשר הארץ הייתה תחת שליטת האימפריה העותומאנית. מדובר היה **בדעת מיעוט** שבמיעוט שלא הונהגה במשך מאות שנים. אולם בשנות ה-90', החלה להתפתח בישראל אסכולה לפיה מותר לבעל להכניס תנאים לדרישה למתן גט, וכאשר האישה מסרבת להם, מופסקת השאלה האם יש מקום לחיוב בגט או לא. **האסכולה הזאת קנתה שליטתה בבית הדין הרבני הגדול** ומדובר במגמה הולכת וגוברת. פרופ' רדזינר מסביר איך גישה שפותחה ע"י מהרשד"ם ואשר לאורך מאות שנים אף אחד לא עשה בה שימוש, לפתע זכתה לעדנה בבית הדין הרבני בשנים האחרונות.

**מה שעוד יותר מרחיק לכת הוא, שבית הדין הרבני מקבל את האפשרות שהבעל יתנה תנאים, גם כאשר תיאורטית היו במקרה נסיבות של חיוב בגט.** גם במצבים בהם יש עילת גירושין כמו: הבעל אלים, מתעלל בילדים, רועה זונות, בית הדין הרבני מקבל את הקונסטרוקציה של תנאי בגירושין. המגמה הזו, שהחלה באופן הססני בשנות ה-90', הפכה לדעה המקובלת בבית הדין הרבני. הרב דיכובסקי היה היחידי שיצא כנגדה.

הדגמה של הדינמיקה –

**פ"ד בן שאול** – פ"ד זה עסק בבני זוג שחיו בנפרד 18 שנים. היה כבר חיוב לגט, והאישה דרשה מביה"ד הרבני להפעיל על בעלה את החוק ולהטיל עליו סנקציות. כעת, הבעל אמר שהוא מסכים למתן הגט, אך בתנאי שכל הנושאים שהוכרעו כבר בבית המשפט (רכוש, מזונות) יועברו לדיון מחדש בבית הדין הרבני. משהאישה סירבה, קבע הדיין הרב פרופר שהחיוב בגט בטל והסביר כי "האישה היא זאת שמעגנת את עצמה בסירובה לדון ע"פ דין תורה".

**פ"ד אברהם** – פ"ד מדגים מקרה בו האישה הסכימה לסחטנות (התנאי – לדון בענייני הרכוש לפי דין תורה) ולפתיחה מחדש של כל ענייני הרכוש בבית הדין הרבני. בתמורה, הבעל נתן את הגט. או אז, האישה אמרה שהסכמתה לפתוח מחדש את כל הנושאים הייתה הסכמה שנבעה מעושק וכפייה, כאשר בכלל לא הייתה מוכנה לדון מחדש בכל ענייני הרכוש. בית הדין הרבני האיזורי שהבין שהוליכו אותו שולל אומנם לא אמר שהגט בטל, אך נתן פס"ד שקבע כי האישה מעוכבת נישואין – כל עוד היא לא מסכימה, היא מעגנת עצמה. ביה"ד הרבני הגדול אישר פסיקה זו. לאחר שחזרה בה מהסכמתה, נקבע כי הגט מעוכב. הגט לא תקף, וכדי להינשא לאחר האישה חייבת גט נוסף. האישה עתרה לבג"צ, אך כיוון ומדובר בנושא כשרות גט, שהינו מענייני נישואין וגירושין, הנושא חסין מפני התערבות בג"צ. השופט מצא אף קבע כי האישה באה בידיים לא נקיות.

המקרה הקיצוני ביותר הוא של אישה דתייה שומרת מצוות, שפתחה מחדש את הסכם הגירושים בביהמ"ש לענייני משפחה, מכיוון שההסכם הזה היה מנשל אותה מכל הזכויות הרכושיות שלה. בביהמ"ש הם הגיעו להסכמות רכושיות חדשות, אך בכל זאת הבעל לשעבר, שכבר נישא בעצמו מחדש ונולד לו ילד, פנה לביה"ד הרבני בטענה שהגט היה גט מוטעה. לאחר מכן, הוא הודיע לביה"ד הרבני בפ"ת שהוא חוזר בו מהבקשה לבטל את הגט. ביד"ר שלל זאת, בטענה שזהו ענין חמור של איסור והיתר והם ממשיכים לדון, אפילו שביטל את התביעה. בביה"ד הרבני נקבע שאישה מעוכבת מלהינשא, היא חייבת גט נוסף. הבעל, מצידו, התנה את מתן הגט הנוסף במאה אלף ₪.

הועלתה טענה לביטול גט, כי היה גט מוטעה וכן היה תנאי מותנה למתן גט שני (הבעל רצה 100 אלף ₪). היה רצון להגיש תלונה על ביגמיה, אך הבעל לא באמת עבריין כי הוא עשה זאת בגיבוי ביה"ד הרבני. לבסוף, הוגשה תביעת נזיקין. לדעת המרצה, התוצאה הינה סחטנות גליה על פי ההלכה. נקיטת יוזמה עצמאית ע"י בית הדין עצמו – "תגיד שזה גט מוטעה ושנדון מחדש בעניין הגירושים".

**ביטול גט רטרואקטיבית** – **זוהי התגובה של ביד"ר לצמצום הסמכויות ולאימפריאליזם השיפוטי של המערכת האזרחית. התגובה הזו היא נשק יום הדין, לא ניתן לעשות כנגדה דבר, זה חסין מפני ביקורת בג"ץ** – **פ"ד אברהם**. מבחינה משפטית טהורה, זהו פ"ד נכון.

**פ"ד פגס** – נוקט באותה גישה של אי רצון לפתוח הסכם בו האישה נושלה מכל הזכויות. זאת, מכיוון שחוזה הוא חוזה. יש לקיים החוזה. השופט שמגר אומר באותה עת שהגט היה הדבר אותה היא רצתה יותר מכל. היא הייתה מוכנה לא לקבל כלום, זאת רטוריקה מסחרית מובהקת.

פ"ד נוסף בו כן מובעת אמפתיה למצב של סרבנות גט הוא **פ""ד קרן העגונות**. בפ"ד דובר על כך שהמוסד לביטוח לאומי מוחק חובות לאדם שהוא סרבן גט. בייניש טוענת, שאין מדובר בחריגה מסמכות, כי מדובר על סמכויות עזר לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים וחוק הסנקציות – זה נועד להגשים את המטרה של מתן גיטין. נכון שהאופן בו הסמכות מיושמת קלוקלת, אך בעקבות העתירה התקינו נהלים ברורים ביותר.

זאת עתירה בעייתית ולכן מרכז רקמן לא הצטרף לעתירה – ההחלטה אכן פותרת את הבעיה של לא מעט נשים ולא רצו להשקיע בזה יותר מדי זמן. פ"ד, לפי רות, מאכזב – אמנם הוא מביע אמפתיה, אבל זה יותר מס שפתיים, כי יש שם משפט אחד – "הם מפנות זרקור לסוגיה כאובה של נשים מעוכבות גט על השלכותיה ומעלות את עניינן של הנשים של מציאת פתרון לפתרון על עגינותם" – למעשה, היא מקבלת את מה שביה"ד מוכרים לה. הם אומרים לה שרק עם וויתור חובות ניתן להושיע אותן, אך אסור לביהמ"ש לקבל זאת. אולי נחזיר את עונש המלקות?!

**הדינמיקה של נשק יום הדין** – המנגנון שבאמצעות בתי דין רבניים מרשים לעצמם להגיע למצב בו במקום להיכנס לעובי הקורה ולהכריע האם יש עילה לגט, בכל אחת מדרגות החומרה השונות של העילה לגט (המלצה, מצווה, חיוב או כפייה), הם **מרשים לעצמם** (לעיתים בעקבות טענות שמעלה הבעל, ולעיתים מיוזמתם) **לקבוע תנאים למתן הגט** – **לקבוע שההוראה לתת את הגט תהיה מותנית בשורה של דרישות המופנות כלפי האישה.**

**המהלך המשלים של אותה דינמיקה של נשק יום הדין – ביטול הגט רטרואקטיבית**, כאשר הסיטואציה מתרחשת במצב בו ניתן הגט לאחר שהאישה נכנעה לתנאים לעיל (נכנעה לסחטנות), ובשלב מאוחר יותר, אחר שסודר הגט, היא נוקטת באיזשהו מהלך שעומד לכאורה בניגוד לאותן דרישות/תנאים להם היא הסכימה קודם לכן. כאן, שוב, נכנס ביד"ר לתמונה, בד"כ בעקבות טענות שמעלה הבעל (האקס), אך לעיתים הדבר קורה אפילו מיוזמתו העצמית של ביד"ר, וביד"ר מעלה פה את המנגנון של **גט מוטעה**. **הטענה – מאחר והגט ניתן על סמך מצג עובדתי ו/או משפטי מסוים, שבשלב מאוחר יותר התברר שהוא לא נכון, יש בכך לגרום לבטלות הגט, עקב הטעות שבהינתנו.**

* **פ"ד אברהם** – מדגים את ההלך המשלים, של ביטול רטרואקטיבי של הגט.
* מדובר **בסחטנות גלויה על פי ההלכה**. האם זה באמת על פי ההלכה? **פרופ' עמיחי רדזינר** הראה כי אותה התשובה שמסתמכים עליה, התשובה של המהרשד"ם, הייתה דעת מיעוט, שבמשך מאות שנים לא התחשבו בה בכלל. ככל שמלחמת העולם בין המערכת האזרחית לרבנית התגברה, כך התגלתה התשובה של המהרשד"ם, **והרב שיינפן ואיזרר יצרו סביבה מעין קונצנזוס מדומה**. אותה דעת יחיד הפכה לאורך כמה וכמה פסקי דין להלכה, תוך ציטוט וחזרה על טעות באזכור.
* זהו נשק יום הדין, הוא חסין מפני התערבות המערכת האזרחית.

**ההיבט ההלכתי, אסכולת הרב איזרר** **פ"ד פלונית נ' פלוני** – פסק דינו של הרב איזירר בבית הדין הרבני הגדול בנושא גט על תנאי. זוהי האסכולה השולטת בביד"ר.

המשפטים החשובים ביותר מפסק הדין – " ".

אם הבעל לא סובל את זה שהיא לובשת אדום, הוא יכול להתנות את הגט בתנאי, שמכאן והלאה האישה לא תלבש אדום. הגרוש יכול להוסיף ולשלוט באישה מכאן והלאה, ובלבד שהיא יכולה לקיים את התנאי, הגם שלא חלה עליה חבות משפטית. זהו תנאי שניתן להתנות בו את מתן הגט.

בפ"ד היה מדובר **בהורדת סכום המזונות לילדים**. ביהמ"ש לענייני משפחה העלה את הסכום. הבעל חזר לביד"ר וטען כי מדובר בגט מוטעה, והרב איזרר צידד בו. הייתה עתירה לבג"ץ. זו הייתה עתירה חסרת סיכוי, העתירה הוגשה כאשר השופט חשין עוד היה בביהמ"ש העליון. הייתה ציפייה, שלקראת פרישתו הוא ילך בעקבות פסיקתו **בפ"ד רפאלי.** העתירה התבססה על האוביטר של חשין בפ"ד רפאלי, אך בג"ץ לא רצה להתערב ודחק בארגון להגיע לפשרה. הפשרה – האב הסכים לשלם את הסכום, משך את התביעה שלו לביטול הגט. הרב איזרר עצמו, שבועת ספורים לאחר הגשת התביעה לבג"ץ, שלח בדואר (פרוצדורה משונה) פ"ד משלים לפ"ד המדובר, בו הוא חוזר בו מחלק מהדברים שצוטטו לעיל. אולם, עדין, **גם באותו פ"ד משלים נקבע כי ניתן להתנות על גובה סכום המזונות של הילדים. אין חזרה מהגישה הכללית בדבר הלגיטימציה להתנאה בגט, אך יש סיוג מהדברים הכה מרחיקי לכת (ללבוש אדום).**

* **בכל דיון על חיוב בגט, ביה"ד צריך לפתוח מחדש את כל הנושאים, לרבות אלו שכבר הוכרעו, בין בביה"ד ובין בבית המשפט, בכדי לבדוק האם האישה יכולה לוותר מהתנאים להם זכתה.** לדידו של הרב איזרר, ניתן לקבל בעצם כמעט כל תנאי למתן גט שמציב הבעל.

**זוהי הלכה בהלכות גיטין (עניין לגט), ולא בשאלות משפטיות כלליות, לא של עניין אזרחי – זהו המשפט שעל בסיסו יוצרים את חסינות ההתערבות בעניין זה מצד המערכת האזרחית.** מדובר בהלכה בגיטין ולא בכלל משפטי, ולכן הערכאה האזרחית אינה יכולה להתערב. התוצאה האפשרית של אסכולה זו היא **סיכול של כל ההישגים בערכאה האזרחית**. המרצה קוראת למהלך זה "נשק יום הדין", שכן ברגע שמקבלים את העניינים האלו כעניינים הלכתיים, **המערכת האזרחית נשארת ללא יכולת התערבות.**

**אסכולת הרב דייכובסקי –**  " ". מדובר בחילול השם, הם לא רוצים באמת בדין תורה, אלא שימוש ציני בתורה לקבל הגט. לפי גישה זו, הבעל אומר שהוא סומך רק על ביה"ד הרבני, כאשר בפועל מדובר סה"כ בדרך להשיג יתרונות ממוניים על האישה. לפיכך, **מדובר בניצול ציני של התורה כדי לאלץ את האישה לקבל את התנאי**. מכאן שאין לקבל את ההתניות של הבעל למתן הגט.

כל דבר ניתן לפתוח מחדש – יוצרים חומה של אי-התערבות. **בפ"ד אברהם** ראינו את פריסת החומה – אנו לא יכולים להתערב, כך נקבע. מבחינה משפטית טהורה, פ"ד זה נכון, המצער – נימת הנזיפה שביהמ"ש העליון מוצא לנכון להפנות כלפי האישה שהוליכה שולל את המערכת, אך תוצאתית פ"ד נכון. גם **פ"ד רפאלי** ממחיש לנו את אותה החסינות, את אותה אי-יכולת של המערכת האזרחית להתערב בלב של דיני הגירושין.

**פרשת מרכז צדק** – סוג של שיתוף פעולה עם הדינמיקה הזו של הסחטנות. נפסק, כי **הקופה המשלמת כסף לסרבני גט היא לגיטימית, היא בסמכות ביד"ר, ובלבד שינהיגו כללים ברורים לחלוקת הכספים, ובלבד שבוועדה תהא אישה אחת.** מדובר בשיתוף פעולה עם המערכת.

**פ"ד כנגד החלטה ביד"ר מיום 18.12** – **דרישה להמציא דחיית תביעת הנזיקין כתנאי להפעלת מאסר והשארת פסה"ד לכפיית גט; עתירה כנגד פס"ד זה תלויה ועומדת.** דורשים מהאישה להמציא פ"ד לדחיית תביעת הנזיקין, היינו האישה צריכה לפעול וגם ביהמ"ש לענייני משפחה צריך לתת פ"ד בו הוא דוחה את תביעת הנזיקין של האישה. על האישה להמציא לביד"ר פ"ד סופי הדוחה את תביעת הנזיקי (לא שהיא תמשך אותה), יש צורך בהחלטה שיפוטית של ממש שדוחה את תביעת הניזיקית. על כך הוגשה עתירה – עד כאן, אם נשלים עם פסיקה כזו של ביד"ר, נסוג אחורה מכל ההישגים של המערכת האזרחית.

רציונליות דומה וניסיון דומה של ייחוס וחישוק הסמכות בידי ביד"ר לפסיקת הרב איזרר – סתימת החומה מפני התערבות של ביהמ"ש האזרחי.

בינתיים, בג"ץ נתן צו ביניים – אמנם הוא לא מאותת התערבות מהותית, אך נטען – אסור לשחררו. בהמשך לכך, בג"ץ טען שההחלטה בדבר השחרור מסורה לביד"ר הגדול בדיון הבא. **ביד"ר הגדול הבין את הרמז ומאז התקיימו 3 דיונים והם לא משחררים אותו, מנסים את האישה למשוף את תביעת הנזיקים, ולא להמציא פ"ד של דחייה.**

**הזירה החדשה של העימות בין המערכות – פיצויים נזיקיים בגין סרבנות גט**

**מדובר ברעיון שנהגה ע"י סוזן וייס ממרכז צדק לנשים, שביקשה עוד בשנות ה-80' לאתר מהלך שיעזור לנשים עגונות לזכות לגט, כאשר הסנקציות האחרות כנגד הבעל הסרבן אינן אפקטיביות או אינן נאכפות.** למעשה, בצרפת של שנות ה-70, בתי משפט אזרחיים הכירו רעיונית ומעשית באפשרות של לתבוע נזיקית בגין סרבנות גט. **תשובתה של המערכת האזרחית היא לאפשר לנשים לתבוע פיצויי נזיקין בגין סרבנות גט.** רק לאחרונה הוטלו פיצויים בגובה של 700,000 ₪, אף מבלי שנפסק חיוב בגט. הדבר מעיד על כך שהמערכת האזרחית רואה עצמה מוסמכת להכריע בשאלה האם הייתה סרבנות גט, תוך שהיא איננה כפופה להגדרה של בית הדין הרבני. **גם אם בית הדין הרבני לא נקט בחיוב בגט, זה לא מונע מבית המשפט לראות באישה מסורבת גט ולראות בבעל כמי שגרם מעשה נזיקי לאישה**. בפסיקה אחרת, מרחיקת לכת לא פחות, אח הבעל חויב בשידול לעיגון (בסך של כ-40,000 ₪). המציאות מוכיחה שהמהלך הזה באמת מצליח להביא בעלים סרבנים לתת את הגט המיוחל.

ציוני הדרך –

* **תמ"ש 3950/00** – השופט גרינברגר: הכרה בעילת התביעה. השופט גרינברג היה הראשון שטען כי יש עילה.
* **תמ"ש 19270/03** – השופט מנחם כהן (ירושלים): פיצויים נזיקיים בגין עגינות, מיום פסה"ד לחיוב – 400,000 ₪. מנחם כהן היה הראשון שהורה על פיצויים בסכום גבוה מאוד. מרגע זה, הסכום הפך להיות נק' ההתייחסות לכימות.
* **תמ"ש 6743/02** – השופט גרינברגר: 500,000 ₪ בגין 9 שנות סרבנות, החל משנה לאחר הגשת התביעה, בעוד שהחיוב בגט נפסק רק כעבור 6 שנים.
* **תמ"ש 24782/98**, השופטת סיוון: 700,000 ₪ בגין 10 שנות סרבנות, אף שלא נפסק חיוב בגט אלא רק המלצה. **עמ"ש 1020/09** – בית המשפט המחוזי ת"א, השופטים קובו, רובינשטיין וצ'רניאק: אישור פסק הדין של סיוון.

המרחיק לכת בפ"ד של סיוון – לא היה כפייה, לא שינה דבר מה ביד"ר קבע, לא היה חיוב בגט על הבעל הסרבן, אך 14 שנים של סרבנות, כאשר הם היו נשואים בסך הכל 3 חודשים, ויש עדות לאלימות קשה – בנסיבות אלה, קובעות השופטות, המערכת האזרחית יכולה לדון, גם בשאלה אם יש סרבנות גט.

איך ביהמ"ש לענייני משפחה יכול לדון? **מכוח סמכות נגררת – סמכות אגב אורחה, סמכות אגבית**. חשוב לא לשכוח במבחן להדגיש שזוהי בסיס הסמכות של המערכת האזרחית לדון בשאלות אלו.

* **תמ"ש 30560/70** – השופט קיציס: מזונות מעוכבת + 380,000 ₪ בגין 8 שנות סרבנות (היה חיוב בגט). השופט מכניס אלמנט נוסף – מזונות מדין מעוכבת (עשויים להיות גבוהים מהרגיל, כי לא מקזזים את מעשי ידיה) + סכום בגין 8 שנות סרבנות גט. יש אפשרות לביהמ"ש לענייני משפחה לברר האם היא מצויה במצב של מעוכבת מחמתו, ועל כן האם יש כאן עילה לגירושין? הדבר מומחש לנו היטב בפ"ד של השופטת קיציס.
* **תמ"ש 22158-97** – השופט מנחם כהן: חיוב אחי הבעל בפיצויים בגין שידול לעיגון. פ"ד של מנחם הכהן מחייב לא רק את הבעל הסרבן, אלא **גם את אחיו בפיצויים בגין שידול לעיגון**. זה מרחיק לכת ברור, שמבחינת האפקטיביות וההרתעה שיכולים להיווצר כלפי המעגנים בפוטנציה והממריצים לעגן – זה מאוד אפקטיבי.

לאחר תיאור המתקפה האזרחית, מה צפוי שיקרה? **מכת נגד של ביד"ר**. **מכת הנגד של בית הדין הרבני מגיעה באזהרות שהם נותנים בתיק 7041-21-1 – לא יסדירו לאישה את הגט, עד לביטול פסק הדין הנזיקי**. ניתנה הזהרה לעורכי הדין מתביעות רשלנות מקצועית של נשים שיישארו מסורבות גט לנצח.

בפ"ד זה אנו נתקלים לראשונה **בדרישה לבטל את פ"ד הנזיקי** (לא דרישה שמופנית למערכת האזרחית, אלא לאישה עצמה, שתוותר על פ"ד הנזיקי שהשיגה). הרציונל – זהו גט מעושה במישרין. ביד"ר מרחיק לכת וטוען – **עורכי דין חייבים לחשוב פעמיים, בטרם הם ממליצים על הגשת תביעת נזיקין, שכן הלקוחה תמצא עצמה ללא גט. כמו כן, ניתן יהא לתבוע אותם ברשלנות מקצועית**.

הפרדוקס הוא, שבאותה פרשה עצמה, **תביעת הנזיקין כן הועילה** – האישה השיגה תביעת נזיקין לטובתה. הבעל טען כי הוא לא יכול כעת לתת גט. בפיסקה האחרונה – רואים "אחר כל הדברים האלו הובא לידעיתנו כי בין הצדדים סודר גט...ובכל זאת מצאנו לכנון לפרסם את פ"ד". בתי הדין מודעים לגודל המאבק, והיה להם חשוב מאוד לפרסם את פסק הדין המזהיר את עורכי הדין, את ארגוני הנשים והנשים עצמן. תאכלס, בשטח, בתיק הספציפי הזה האישה קיבלה את הגט, תביעת הנזיקין אכן הועילה.

**מאמר של הרב לוי** – לא לגמרי אם ניתן לסדר גט פיטורין או לא. הרב ינאי בפ"ד מלחמת העולם – לא די, שכן לאחר מיכן עלולה להתעורר שאלה של גט מוטעה. הרב ינאי הוא זה שסם את האצבע על מה באמת מדובר – מדובר פה על סמכות הפסיקה, על עצם...זו מלחמת עולם של ממש. הוא קורא לביהמ"ש העליון להתערב.

ההתפתחויות האחרונות –

* פ"ד של ביד"ר הגדול שניתן בחודש דצמבר, המורה לביהמ"ש לדחות את תביעת הנזיקין עצמה.
* פ"ד של ביד"ר אזורי מחיפה – ניתן בחודש מרץ, קובע את אותה ההחלטה. מדובר במצב בו הבעל מסביר לבית הדין – נתבעתי בנזיקין ע"י האישה, למרות שלא חויבתי בגט. כבר הפקדתי לאישה את סכום הכסף בו חויבתי. אם הוא כבר הפקיד, הניתן לומר כי הגט שהוא ייתן יהיה גט מעושה? לא, כי הוא כבר שילם. **לא ניתן באמת לטעון שהגט יהיה מעושה. ובכל זאת, בידר טוען** - "התערו שאינה..אשר נתון..עם זאת..המטרידה..עצם כשרותו של הגט..ביד"ר דוחה את תביע הגירושין של האישה והתיק ייסגר". אין דרך להבין זאת, מלבד המלחמה – בית הדין בחיפה מכיר את פסיקת ביד"ר הגדול – **גט לא יהיה כאן, האישה תבעה נזיקין, והתביעה כבר מומשה, על כן היא תישאר ללא גט.**
* בפ"ד אחר מבית דין רבני איזורי בנתניה, שניתן בשנה שעברה, נקבע כי אם **האישה תובעת פיצויי נזיקין נוכח סרבנות גט, לא מסדרים לה את הגט ואין לאישה יותר כל מוצא.** אם כן, המילה האחרונה טרם נאמרה. אבל "נשק יום הדין" (תנאי בגט וביטול גט) שנמצא בידי בתי הדין הרבניים **עשוי לסכל את כל האפשרויות של המערכת האזרחית להתמודד עם פסיקות בית הדין הרבני**. **זה שולל את היכולת של בית המשפט לצמצם את סמכויות ביד"ר**, לנכס לעצמו תחומי שליטה או לגבש מסלול אזרחי מקביל. הדבר פשוט מותיר את בית המשפט ללא יכולת התערבות.

השקף –

האליפסה משליכה על כל החלק התחתון, מלבד גיבוש אזרחי מקביל. גיבוש המסלול האזרחי המקביל – ידועים בציבור ונישואין אזרחיים. גם על מסלול של הנישואין האזרחיים יש שתי אליפסות – מייצגות את מכת הנגד. הריבועים – המתקפה האזרחית הנמשכת, האליפסה – התגובה, מכות הנגד של המערכת הרבנית

**נישואין וקידושין כדמו"י –**

**הזכות לנישואין –**

זוהי זכות אדם בסיסית. היא מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות. **פ"ד עדאללה** – זכות האדם לכבוד האדם כוללת גם את הזכות לחיי משפחה. כלומר, **הזכות לחיי משפחה כוללת זכות בת – הזכות לנישואין**.

**בפ"ד עדאללה**, שעסק באיחוד משפחות, נידונה באופן מקיף הזכות לחיי משפחה והזכות לנישואין. הזכות לחיי משפחה ונישואין הוצגה כזכות יסוד במשפט הישראלי והוגדרה כזכות לשוויון, המשתרעת על שלושת שלבי הנישואין: בכניסה לנישואין, במהלך חיי הנישואין ובפירוק של קשר הנישואין. הזכות הזאת מוכרת גם באמנות בינלאומיות, כמו אמנת סידו (Cedaw). במשפט הבינלאומי, הזכות לנישואין כוללת שוויון מגדרי, אך לא רק, אלא גם שוויון אנכי בין כל הפרטים. לא ניתן להגביל את הנישואין ללבנים בלבד, או לשחורים בלבד, או להגביל (לפי נורמות המשפט הבינלאומי) את הנישואין לבני אותה דת בלבד – מדינה לא יכולה לחוקק, שרק יהודים יתחתנו עם יהודים. אם מחוקקים שהגירושין הינם רק בהסכמה של הגבר, או רק של האישה, והצד האחר לא יכול להשתחרר ללא הסכמת הראשון, הרי שהחקיקה סותרת את הזכות לשוויון, את הנורמות של המשפט הבינלאומי.

האם מדינת ישראל עומדת בחובה להבטיח את הזכות לנישואין? לא. בישראל ניתן להתחתן רק בנישואים דתיים. בני זוג אינם יכולים להתחתן בנישואים אזרחיים וכן בני זוג שאינם בני אותה דת אינם יכולים להינשא בישראל. כ-400,000 תושבים בישראל אינם יכולים להינשא במדינה. זאת הפרת זכויות אדם חמורה מאוד. יש בארץ אפליה על בסיס לאום ודת וכן אפליה מגדרית.

**כיצד מדינת ישראל מתחמקת מהאמנות?** פטנט ההסתייגויות – כאשר ישראל הצטרפה לאמנות המענגות את העקרונות של זכויות היסוד (דרישה לשוויון לכל אורך הדרך), היא עשתה זאת תוך הכנסת הסתייגות, לפיה **ככל שהדין הדתי החל בתחומי הנישואין והגירושין במדינת ישראל אינו עולה בקנה אחד עם הסעיפים הספציפיים באותן אמנות, ישראל לא רואה עצמה כפופה לאותם הסעיפים**. ברור, שמדינת ישראל מפרה את זכויות, הן על בסיס לאום ודת והן על בסיס מגדרי.

יש להבחין בין צורת הנישואים לכושר הנישואים. **הזכות לנישואים מורכבת משני היבטים** –

1. **הדרך בה נעשים הנישואים** – המרכיבים הצורניים של הנישואים, שאלת הרישום של הנישואין, מי משמש בטקס הנישואים כמורשה מטעם המדינה וכו'.
2. **ההיבטים מהותיים של כושר הנישואים** – מי רשאי להינשא, מי רשאי לשאת את מי וכו'.

**מגבלות על הזכות לנישואין –**

מגבלות אוניברסאליות (לא נחשבות כהפרה של הזכות) –

* **גיל** – גיל המינימום על מנת להתחתן בישראל הוא 17. נוצר מצב אבסורדי, במסגרתו נער בן 17.5 יכול להתחתן, אך הוא נעדר כשרות משפטי ולא יכול לרכוש דירה. ניתן להתחתן עוד לפני 16, בנסיבות מיוחדות, בעת הריון. כיום, יש הסתייגויות מכוון משרד הרווחה – להשאיר את אותו החריג – מתן היתר, ללא מגבלת גיל, לחברות מסורתיות.

הבעיה – **אם רואים את הנישואין כחוזה, הרי שלקטינים אין כשרות משפטית, ועל כן הם לא יכולים להתקשר בחוזה.**

באמנת זכויות הילד וברמה הבינלאומית, גיל המינימום לנישואים הוא 18. גם במדינות המפותחות יש כיום קושי גדול עם נישואי קטינות, שבחלקן הגדול אלו נישואי כפייה ונישואי חטיפה, המבוצעים תוך הפעלת אלימות.

שיטות משפט שונות מתמודדות עם נישואי קטינים ע"י קביעה כי מדובר בנישואים אסורים, ואם בכל זאת הם בוצעו, הם בטלים וחסרים תוקף. אולם, בישראל, מבחינה דתית הנישואים נחשבים תקפים. סימן 47 וסימן 51 לדבר המלך קובעים כי **תוקף נישואין בישראל נקבע לפי דין אישי-דתי**, **ולפי דין זה נערה בת 12 וחצי ונער בן 13 יכולים ליצור קשר נישואין תקף ולפיכך חוק גיל הנישואין אינו יכול לבטל נישואים שכאלו**. מי שישיא קטינים יעבור עבירה פלילית, אבל הנישואין עצמם יהיו תקפים.

* **ריבוי נישואין** (פוליגמיה) – גם בסוגיה זו מתעוררים וויכוחים בין מדינות מפותחות למתפתחות. הדין המוסלמי פוליגמיסטי. בישראל, קיים חוק עבירת ריבוי הנישואין. אולם, יש מקרים בהם הוא לא נאכף (על הבדואים, למשל).
* **מגבלות של קרבת משפחה מדרגה ראשונה** – קשרים בתוך המשפחה.
* **בני אותו מין** – האמנם? האם זו מגבלה שרירה וקיימת, או שמא כבר לא? הדבר משתנה. כיום, למעשה, מגבלה זו יותר ויותר נתפסת כהפרת הזכות לנישואין. יש כאן תהליך שמתרחש בעולם המערבי. עד לפני 10-15, הטלת מגבלה כזו נתפסה כלגיטימית, אך כיום היא יותר ויותר עוברה להפרת זכות היסוד לנישואין. בכל שנה מתווספות עוד מדינות שלא רק מאפשרות לקשור קשר הומוסקסואלי, אלא גם מאפשרות לזוגות בני אותו מין להינשא, בדיוק כמו זוגות הטרוסקסואלים.

מגבלות החיתון בהלכה היהודית –

מגבלות החיתון בהלכה היהודית מחולקות ל-2 קטגוריות, בהתאם להתייחסות ההלכתית אליהן. בשתיהן, הקשר עצמו אסור, אבל יש הבחנה לגבי תוקפו של הקשר האסור. שרשבסקי מסביר לנו את שתי הקטגוריות של מגבלות החיתון בהלכה היהודית. הכותרות נגזרות מהתוצאות של הפרת המגבלה – הן משקפות מה קורה עם עוברים על מגבלת הנישואין.

* **אסורים ובטלים** – עריות מדאורייתא – קרבת משפחה מדרגה ראשונה, אשת האח שהתאלמנה כאשר אין דין ייבום, אחות אשתו + אשת איש. כאשר עוברים על המגבלות של הקטגוריה, גם בדיעבד, אין לכך שום משמעות. אסור מלכתחילה וגם בטלים בדיעבד. אלו הם איסורי עריות מדאורייתא. במקרים הכלולים בקטגוריה זו, **גם אם בני הזוג מקיימים את כל המרכיבים ההלכתיים הנחוצים לנישואים כדמו"י, הנישואים חסרי תוקף.** דוג' – אשת איש, אישה הנשואה לאיש אחד, אם גבר אחר מבקשה לשאת אותה לאישה, היינו ליצור עימה קשר של נישואין, הקשר לא יכול להתקיים, הוא אסור מלכתחילה ובטל, הוא חסר כל תוקף ומשמעות.

התוצאות הנוספות של הפרה של המגבלות – ילדים, ממזרות. בכל הקטגוריות הללו, ממזר הוא לא רק מי שנולד לאשת איש מגבר אחר שאינו בעלה, אלא גם מי שנולד מקשר אסור בכל אחת מהקבוצות של אסורים ובטלים.

* **אסורים מלכתחילה, אך תופסים בדיעבד** – חייבי לאווין מדאורייתא ושניות לעריות: כהן לגרושה/חלוצה/גיורת, יהודי/ה לממזר/ה, אשת איש שזנתה לבעלה ולבועלה. השם הינו על סמך תוצאות ההפרה. כאשר מפירים את המגבלות, **הקשר כן תקף בדיעבד**, המגבלות מטילות את האיסור העקרוני מלכתחילה, אך אם מפירים –הקשר כן תקף. זוגות הנמצאים בקטגוריה זו ועורכים טקס עם כל המרכיבים ההלכתיים הנחוצים, נישואיהם יהיו תקפים, למרות שהם אסורים מלכתחילה.

זו ההבחנה בין הקטגוריה הראשונה לקטגוריה השנייה. מצד אחד, ההלכה אומרת שזה אסור, אך מצד שני המעשה נושא נפקויות, כאשר הנפקות המשמעותית ביותר היא **שהאישה הופכת לאשת איש**. אם האישה מבקשת לאחר מיכן להתחתן עם אחר, היא זקוקה לגט מאותו בן זוג שעימו נישאה בנישואים האסורים אך התקפים. עם זאת, כמובן שעשויים להתעורר ספקות בנוגע למעשה הנישואין (האם מולאו הדרישות ההלכתיות). ילדים הנולדים כתוצאה מהפרת האיסור **אינם ממזרים** (אלא אם מדובר באיסור של יהודי/יהודייה הנישאים לממזר/ת). דוג' – כהן שנשא גרושה – הילדים לא יהיו ממזרים.

דוג' נוספת –הכהן והגרושה, יהודי ויהודייה לממזר וממזרת, ואשת איש מן הקטגוריה הראשונה שזנתה, אם היא כן חוזרת לבעלה או שהיא נישאת לאחר שהיא כבר גרושה עימו היה לא את הקשר האסור – אסור מלכתחילה, אך תקף בדיעבד.

אם כן נעשה טקס של נישואין ע"י זוג שנכנס לקטגוריה הזו, הטקס, על אף היותו אסור מלכתחילה, יש לו תוצאות והשלכות פנים הלכתיות, נוצרת זיקת קידושים. נוצרו קידושין והקשר הוא קשר שתופס.

|  |  |
| --- | --- |
| **אסורים ובטלים** | **אסורים מלכתחילה, תופסים בדיעבד** |
| הקשר אסור ואם יבוצע כאילו לא בוצע והינו חסר תוקף | הקשר אסור אך אם בוצע הוא מקבל תוקף |

קבוצות מצוקה מכוח הדין עצמו –

* **מנועי חיתון / פסולי חיתון** – הקידושין אסורים מלכתחילה, אך תופסים בדיעבד (הכהן והגרושה).
* **זוגות מעורבים, בני דתות שונות** – אינם יכולים להינשא בישראל, ישנה מגבלה בדין הדתי.
* **עגינות** – מגבלה בדין הדתי, אליה מצטרפת מגבלה פורמלית-אזרחית-פלילת, עקב עבירת הפוליגמיה. לא יכולים להתגרש בשל מצוקת הגירושין, ועל כן, בשל מגבלות הדין הדתי בישראל – לא יכולים להינשא לאחרים. מבחינת המציאות של החיים, הם לא נמצאים במסגרת נישואין חייה, הם לא חיים בזוגיות עם בני הזוג, אך הם לא יכולים להינשא לבני זוג חדשים שייתכן כי הם מצאו מסגרת זוגית עימם. גם מכוח הדין האזרחי, הנשוי לא יכול להינשא בשנית.
* בני אותו מין – מגבלה בדין הדתי, אך גם מגבלה מכוח הדין האזרחי בישרלא.

קבוצות מצוקה הנגרמות ממניעים אידאולוגיים, שאינם נובעים ממגבלות הדין הדתי –

**מתנגדים לכפיית ההלכים הדתיים עליהם לצורך יצירת קשר של נישואין** – אלו הם אותם האנשים, שמבחינת הדין הפורמאלי לא קיימת עליהם מגבלה להינשא, אבל הם כן רואים את עצמם במצוקה, שנובעת מתפיסות של זהות עצמית-אידיאולוגית. הכוונה הינה להתנגדות לכל אלמנט/סממן דתי ביצירת סטטוס הנישואין, התנגדות לרבנות, התנגדות לאיזשהו כפייה של טקס רשמי כלשהו – כניסה של השלטונות לתוך המרחב הפרטי האישי. הטענה היא, שזכותם לנישואים נפגעת כי הם לא יכולים להינשא בדרך אחרת והמדינה כופה עליהם דין דתי בנישואין ומרכיבים צורניים מסוג מסוים – דתי אורתודוקסי.

ישנה קשת שלמה של מניעים אידיאולוגיים. בפסקה התייחסו בעיקר להתנגדות לכפייה הדתית – יש הכרה בכך שדרך הנישואין הקיימת בישראל מהווה כפייה דתית. הפסיקה התמודדה עם אילו שביקשו לעקוף את הכפייה הדתית ע"י יצירת טקסים פרטיים.

**אלו הן קבוצות מצוקה ייחודיות לשיטת המשפט בישראל.**

מאחר וקידושין "אסורים מלכתחילה תופסים בדיעבד" נעשים בסתר, ללא פיקוח של רשם נישואים מטעם המדינה, יכולים להתעורר **ספקות בנוגע לעדים או למעשה הנישואין עצמו**. **בפ"ד רודניצקי** ביה"ד הרבני מצא סתירה בין שני העדים לאקט הנישואין, ומכיוון שכך קבע כי לא בטוח שנערכו קידושין. אם ביה"ד הרבני מטיל ספק בכך שנערכו קידושין, התוצאה היא **ספק קידושין**. ספק קידושין הוא מצב הלכתי עם משמעויות רבות אשר החשובה בהן היא חיוב גט כדי להינשא לאחר. הגט הזה הוא גט מספק ולא גט לחומרא.

**ההבדל בין גט מספק לגט מחומרא הוא שעל גט מספק אי-אפשר לוותר. כאשר יש ספק נישואין, יהיה חייב להינתן גט אם האישה תרצה להינשא לאחר**. גט לחומרא יכול להתעורר כאשר אולי לא ניתן להסדיר את הגט (לדוגמא: הגבר לא מסכים לתת אותו, הגבר לא נמצא) ואז יכול להיות שיוותרו על הסדרת הגט, כי לא באמת צריך אותו. אבל קידושין מספק כן מחייבים גט בכל מקרה ולא ניתן לוותר עליו. מצד שני, תוצאות אחרות של הנישואין הן כבר פחות ברורות במצבים של קידושין מספק. למשל: ההשלכות הממוניות שהכתובה מביאה עימה ובראשן הזכות למזונות. אולי יפעילו שם כלל הלכתי שאין מוציאים ממון מחמת הספק. אולי אם אישה שנשואה בקידושין פרטיים ואפשר לומר עליהם שהם מוטלים בספק תפנה לביה"ד הרבני בתביעת מזונות, הוא יגיד לה שהיא רק ספק מקודשת ולכן לא יוציאו ממון מחמת ספק. ביד"ר גם יכול להגיד שהיא נשואה בנישואים אסורים ולכן הוא לא יכול לעזור לה, כי קשר אסור אינו מצמיח זכויות. קשר אסור צריך לעשות הכל כדי לסיים אותו כמה שיותר מהר. גט האישה חייבת כי היא אולי בכל זאת אשת איש, אבל זכויות ממוניות לא יגיעו לה. זאת עשויה להיות העמדה ההלכתית של בית הדין הרבני. אבל מבחינת המעמד האישי-הדתי של הזוג הזה, האישה הזאת היא למעשה אשת איש, או ספק אשת איש, ולכן צריך פה גט כדי שתוכל להתחתן עם אחרים. התוצאה ההלכתית הזאת אפשרה את התפתחות הסאגה הממושכת בכל הנוגע לפרשיות הקידושין הפרטיים. זה מחזיר אותנו לשנות ה-60 וה-70. פסק הדין החשוב ביותר בהקשר זה הוא פ"ד רודניצקי.

**ההכרה בקידושין הפרטיים –**

הקידושין הפרטיים הם תופעה שהתרחשה בסוך שנות ה-60 ולאורך ה-70, כאשר זוגות מנועי חיתון גילו את אותו מצב ייחודי מבחינת הדין הפנים דתי ביחס לאותה קבוצה של אסורים מלכתחילה, אבל תקפים בדיעבד. הייחודיות – אסור מלכתחילה אבל תקף בדיעבד. הם גילו את הפוטנציאל הטמון בערכית טקס באופן פרטי ועקיפת האיסור.

**דרך יצירת הקידושין והנישואין עצמם בהלכה** – הנחוץ על מנת ליצור נישואין תקפים לפי ההלכה: שני עדים כשרים (עדי קיום) ומעשה הקידושין עצמו, דרכו האיש קונה את האישה והאישה מקודשת אך לו, תוך אמירה המצהירה על כך שכוונת העברת הכסף, או שווה הכסף, היא להופכה לנשואה. אין צורך ברב מסדר קידושין, אין צורך בפומביות.

הזוגות שנקטו בדרך של קידושין פרטיים רצו להשיג אחד משני הדברים –

1. להתחתן, כי הם לא יכלו לעשות זאת דרך הרבנות. לדוגמא – כהן וגרושה.
2. להתחתן לא ברבנות, כי הם לא רצו רב אורתודוקסי ובכלל את כל דרך הכפייה הזו של הרבנות.

מבחינת המבנה ההלכתי, הם מנצלים את הדואליות שמאפיינת את אותה קטגוריה, של האסורים מלכתחילה אבל תקפים בדיעבד. הדואליות מאפשרת להם לבוא למערכת המשפט בישראל ולהגיד: נכון שאסור היה לנו להתחתן אבל בדיעבד, אך אחרי שעשינו את טקס הקידושין הפרטי, אנחנו נשואים. מה שמכריע כאן זה הדין הדתי, כי נישואין וגירושין יערכו לפי דין תורה, הקובע כי מדובר בנשואים תקפים.

* **הכהן והגרושה** – אין הם צריכים את הרב מסדר הקידושים והפומביות, די בכך שהם ידאגו לכך שהמרכיבים ההכרחיים יתקיימו – יעשו טקס פרטי שתופס מבחינה הלכתית. אתגור המערכת המשפטית, שתכיר בתוצאות המשפטיות של הטקס. מה הכוונה? הכוונה הייתה לשני מישורים שונים – המישור המנהלי והמהותי.

**המישור המנהלי** (השלכות בעיקר בין הזוג לרשויות) – **הרישום**. משאת נפשם של אותם הזוגות כוהנים-גרושות הייתה להיות רשומים כנישואים. גם סרבני המצפון, המתנגדים אידיאולוגית, רצו להיות מוכרים, היינו רשומים כנשואים. עלינו לזכור, כי מדובר בכמה עשרות שנים לפני שההכרה במוסד הידועים בציבור הפכה להיות כה רחבה. אנו בעידן שונה, בו המסלול העוקף של ידועים בציבור טרם היה מפותח, בדומה לנושא של נישואים אזרחיים (מי עלה על דעתו לעלות על מטוס על מנת להתחתן, לא הייתה נגישות). על כן, קם מסלול הקידושין הפרטיים, הטקס הפרטי, שדרכו ניסו להכריח את המערכת להכיר בהם היה מאוד חשוב. ההשלכות הן בעיקר בין הזוג לרשויות – מיסים, משכנתא, ירושה, הטבות סוציאליות.

**מישור המהותי** – השלכות פנימיות לבני הזוג. מבחינת מערכת היחסים הפנימית בין בני הזוג, הם נשואים. אם לא בצורה וודאית, אז נשואים מספק, אם עשו טקס שממלא אחר הדרישות ההלכתיות. המשמעות החשובה ביותר היא, שאם האישה שהתחתנה רוצה להינשא לאחר, היא צריכה גט. ירושה הינו מבנה ביניים. הכוונה הינה למזונות ושיתוף בנכסים.

מה שעניין את הזוגות הוא המישור המנהלי, שכן הוא המגלם את שאלת הסטטוס (מעמד כנשוי או לא). החשוב ביותר לבני הזוג הוא הצהרה והכרה מטעם המדינה, הם רצו רישום של הסטאטוס, שיהיה כתוב שהם נשואים בתעודת הזהות ובמרשם האוכלוסין.

הדרך בה הזוגות הללו פעלו היא ע"י **ניצול הפרצה שבדין** – למרות שאסור מלכתחילה, אם הלכתם ונישאתם בדיעבד אתם כן נשואים. לאור הפרצה שבדין, הם עושים את הטקס הפרטי ומבקשים מפקיד הרישום לרשום שהם נשואים. בהתחלה, פקיד הרישום הפנה אותם לבית הדין הרבני, כדי שיכריע אם הם נשואים או לא.

**אבחנה שהנהיג בג"ץ – נעזור למי שמנוע**. מי שפנויים להינשא, אך מטעמי מצופן ואידיאולוגיה לא מעוניינים ללכת בדרך המלך, לא יקבלו סעד של רישום כנישואים. מדוע? ביחס לפנויים, קל יותר לומר – רציתם לעקוף את המערכת, למרות שהיא פתוחה בפניכם. לא ניתן לאחוז את החבל בשתי הקצוות. בטרמינולוגיה המשפטית, ניתן לומר עליהם כי הם לא זכאי לסעד מכוח היעדר תום לב. על מנת להעניק סעד מן הצדק, יש להפעיל מבחני סף רבים – תום לב, ידיים נקיות. העומד מאחורי היחס של בגץ לסרבני המצפון, מבחינת משקל המצוקה – **אין זו מצוקה, הם לא באמת זקוקים לסעד**. עבור בג"ץ, חשוב יותר לשמור על מדיניות ציבורית ועל הסדר הציבורי. אותם אלה שאינם במצוקה מעוניינים להפר את הסדר הציבורי, זהו עניין למחוקק (שממשיך לשמר את הכפייה הדתית והטלת המגבלות לנישואין), בג"ץ לא ייתן ידו לחתור תחת החלטת המחוקק לשמר את הסטטוס קוו בנושאים אלה.

* כיום, כבר אין גל של זוגות הנישאים בנישואין פרטיים. מה שמניע זוגות המחפשים דרך פרטית הם שיקולים שונים לחלוטין.

מה המלכוד של בית הדין הרבני?

**אם ביה"ד הרבני יקבע שבני הזוג נשואים, הוא בעצם מכשיר את הקידושין** **הפרטיים** ופותח פתח לכולם לנצל את הפרצה שבדין הדתי. בכך הוא "יורה לעצמו ברגל" ומסייע בידי עוברי עבירה על הדין הדתי. מנגד, **אם ביה"ד הרבני יקבע שבני הזוג לא נשואים, הוא פועל בניגוד לדין הדתי** ואם אותה אישה שהיא בעצם אשת איש, תלך ותינשא לאיש אחר, ילדיה יהיו ממזרים.

בית הדין הרבני נמצא פה במלכוד מאוד בעייתי וקשה. בהתחלה הוא חושב שהוא מוצא דרך לעקוף זאת. הוא אומר שהוא לא יכול להצהיר שהם נשואים, אבל אם הם רוצים להינשא עם אחרים, הם צריכים לבקש גט מספק. מצד אחד, הוא לא אומר שהם נשואים ומצד שני, הוא קובע שהם לא יכולים להינשא לאחרים כל עוד לא ניתן גט. עם ההחלטה הזו, בני הזוג הולכים לפקיד הרישום, אך הוא מסרב לרשום אותם והם פונים לבג"צ.

בג"צ קובע, שהמשמעות של הפסיקה של ביד"ר היא שבני הזוג נשואים ושפקיד הרישום חייב לרשום אותם כנשואים. ביד"ר מבין שכבר אין לו דרך להימלט מזה **ובפ"ד רודניצקי**, ביד"ר פשוט לא מכריע.

האמירה הגורפת של השופט לנדוי **בפ"ד רודניצקי** – הזוג היה כהן וגרושה, שביקש מביד"ר הכרה כנישואין או כפנויים להינשא לאחרים, להצהיר מהו המצב האישי שלהם. להצהיר, כי נעשה מעשה קידושים שבגינו הם לא יכולים להינשא לאחרים. לחלופין – להצהיר כי הם רשאים להינשא לאחרים.

ביד"ר מוצא עצמו במלכוד – מחד, הוא לא יכול להגיד שהם פנויים להינשא לאחרים, שכן מדובר באשת איש. מאידך, אם יקבע כי הם נשואים, הרי הוא מכשיר את הקידושין הפרטיים, נותן יד לעוברי עבירה.

זהו המלכוד בו ביד"ר מוצא עצמו. **מבחינה הלכתית**, המעשה האסור יותר הוא של המנועים – לכהן אסור לשאת גרושה. **מבחינה בגצ"ית**, העזרה ניתנת דווקא למנועים. מבחינה דתית, הפנויים לא עוברים בדיוק עבירה. אם כי, ישנה תקנת ירושלים / חרם ד'ירושלים, לפיה אסור לכל איש בישראל לקדש שלא בפני עשרה ושלא לאחר רישום במועצות הדתיות – הרבנות ניסתה להבטיח את המונופול והפומביות, ועל כן היא החליטה שקידושים פרטיים אסורים, גם על פנויים. מעבר על חרם ד'ירושלים היא עבירה שחומרתה פחותה בהרבה מאשר העבירה של המנועים, מדובר בדרגות איסור דתי שונות לחלוטין. אולם, מבחינה האזרחית, דווקא הפנויים לא יזכו לעזרה. זהו הפרדוקס באותם הימים.

בשל המלכוד, **ביד"ר החליט שלא להחליט** – נטען, כי אין הוא יכול להחליט, שכן הייתה סתירה בדברי העדים, וכן כי אין מדובר בעדים כשרים – לא שומרים שבת, לא ניתן לקבל את עדותם.

על אף ההחלטה האמורה, בני הזוג מגיעים לפקיד המרשם במשרד הפנים ומבקשים שירשום אותם כנשואים. משרד הפנים טען, כי עליו לפעול לפי החלטת ביד"ר. לאחר מיכן, בני הזוג פונים לבג"ץ, אשר עליו היה לבדוק את הפעולה המנהלית של פקיד הרישום – האם נהג כדין כאשר סירב לרשום אותם כנישואין, או לא?

ביחס לשאלה זו, בג"ץ היה צריך **לפסוק ששיקול הדעת של פקיד הרישום נופל במתחם הסבירות, ההחלטה שלו סבירה.** השופט לנדוי העניק לעצמו את הסמכות לעשות את מה שביד"ר היה צריך לעשות. אם מחפשים את הפגיעה הדרמטית ביותר בסמכות ביד"ר – היא כאן. **השופט לנדוי סימל את המהלך הרדיקלי ביותר של חדירה לסמכות ביד"ר, בדרך תחבולתית** – תחבולה ע"י שגוי של השאלה הבג"צית העומדת לדיון (השאלה שהייתה צריכה להיות – האם פעולת פקיד הרישום נופלת במתחם הסבירות). לאחר מיכן, לנדוי מבהיר לנו שביד"ר מוצא עצמו חסר יכולת להכריע בשאלה הזו (הוא גם מצטט פ"ד קודם – **פ"ד שגב**, בו השופט זוסמן טען..."חושבני שעל שאלה זו יש תשובה..בעצמו פוסק בענין חובת המשיב..). לנדוי יכול להסתמך על זוסמן שבאובטיר קודם צפה מראש מצב זה. "הנני סבור שמן הדין שהפעם נפעל כך".

**ההצדקה לכך שערכאה אזרחית תכריע בשאלה שהיא בלב הנישואין והגירושין** – **סמכות נגררת**. בסופו של יום, השופט לנדוי מורה לפקיד הרישום לרשום את בני הזוג כנשואים. זאת החלטה תקדימית שכן הוא מכריע בעניין של נישואין, שמצוי בסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני. הוא מתרץ את התערבות בג"צ בעניין הנישואים, בהתערבות של כדרך אגב. הוא מסביר, כי בעצם השאלה שנמצאת בסמכות בג"צ היא האם פקיד הרישום נהג כשורה כשסירב לרשום את בני הזוג כנשואים. כדי להכריע בשאלת סבירות התנהלות פקיד הרישום, בג"צ צריך להכריע האם בני הזוג נשואים או לא. זאת שאלה של **סמכות נגררת**.

אולם, **זוהי תחבולה – מספיק לדעת אם ההחלטה נופלת במתחם הסבירות, אין צורך לברר אם הזוג נשוי או לא**. הביקורת של המרצה היא שפקיד הרישום כן נהג כדין. לא הייתה שום נחיצות להכריע בשאלה אם בני הזוג כן נשואים או לא נשואים. לנדוי היה צריך לאשר את התנהלות פקיד הרישום. ברור שזו דרך עקלקלה ולא הגונה כדי להכריע בסוגיה. אולי לנדוי הרגיש שהפגיעה פה בזכויות האזרח היא כבר בלתי-אפשרית, קבע כי הם יותר קרובים לנשואים מאשר פרודים, ועל כן הוא הורה לפקיד הרישום לרשום אותם כנשואים.

האמירה הגורפת בעניין מהות הדין הדתי שאותו המערכת המשפטית האזרחית בישראל צריכה להפעיל (איך, בכל זאת, לנדוי קובע שמבחינת משפט המדינה הם אכן נישואין?) – "במקורו ובמהותו על כלל היהודים בישראל...אינה עניין של אמונה דתית". המשך הפסקה – "שומא עלינו לנקוט פירוש של החוק..שיש בו כדי למנוע סתירה כזו לעקרונות יסוד של חוק המדינה".

למה אין אפשרות, למרות סעיף שמירת הדינים, ללכת אחר הכוון של זכויות האדם וחוקי היסוד? זה מה שניסה השופט לעשות – דרך המבנה המורכב של הדואליות ההלכתית (אסור, אבל תופס), הוא טוען – **מה שאני לוקח מההלכה זה רק את החלק השני, של "התופס בדיעבד", הוא מתעלם לגמרי מהחלק האיסורי**. כל החלק האיסורי של הדין הדתי, כל עוד אין לו בעצמו השלכות נורמטיביות קונקרטיות, לא מעניין, לא נקלט למשפט הישראלי. **רק החלק של ההשלכות הנורמטיביות נקלט – הנישואין תקפים, ולכן הורה לפקיד הרישום לרשום אותם כנישואין.**

**המסר של פ"ד רודניצקי לביד"ר** – הפסדתם, חשבתם שאתם יכולים להימנע מלהכריע, אך אין אתם יכולים לעשות זאת. אם אתה לא יכולים להחליט, אנו נורה לפקיד הרישום. מאז, ביד"ר מעניק החלטה של – לא נישואים, אך גם לא רשאים להירשם כנישואים לאחרים – פקיד הרישום הבין, כי הוא חייב לרשום אותם כנישואים. לאט לאט, דעך הטרנד של הקידושין הפרטיים.

**בפ"ד גבאי**, השופט ברק מזכיר את הפינג-פונג סביב נושא הקידושין הפרטיים ואומר שאולי צריך לעשות כמעשה לנדוי **בפ"ד רודניצקי** כדי לשים קץ לסוגיה. אולם הוא לא עושה זאת. בפ"ד מאוחר יותר מפ"ד רודניצקי, נאמר בצורה בוטה יותר: "הטלנו על בית הדין הרבני משימה גדולה שאין הוא מסוגל לשאת בה" ולכן בית המשפט מורה בעצמו לפקיד הרישום לרשום את כל הזוגות העותרים שנישאו בקידושין פרטיים כנשואים. זאת התערבות חסרת תקדים בכל המסגרת של חלוקת הסמכויות.

לנדוי אומר **בפ"ד רודניצקי** משהו משמעותי מאוד על תחולת הדין הדתי במשפט הישראלי. לנדוי טוען, שסעיף 2 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים, אשר קובע כי נישואין וגירושין יערכו על פי דין תורה, עושה **הבחנה בין החלק האיסורי של דין תורה לבין החלק המשפטי של דין תורה.** החלק המשפטי זה אותו עניין של "התופס בדיעבד". לנדוי טוען, שלמשפט הישראלי לא נקלטו כל מגבלות החיתון שהמקור שלהן הוא דתי בלבד (לדוגמא, כהן וגרושה). מה שנקלט זה רק מה שיוצר נפקויות משפטיות הלכתיות, גם אם המעשה הוא מעשה אסור מלכתחילה.

אם אנחנו מייצגים רבנים של התנועה הקונסרבטיבית בישראל (שמועצת הנישואים אינה מכירה בהם כרשמי נישואים, וזאת בין היתר כי התנועה מתירה קידושין של כהן וגרושה) שרוצים לעתור לבג"צ, נוכל להסתמך על האמירה של השופט לנדוי **בפ"ד רודניצקי**, ולטעון שאותם רבנים גם משיאים לפי דין תורה, לפי דין התורה שנקלט במשפט הישראלי. הם לא מסדרים קידושין בין יהודי ללא יהודי כי זה חסר תוקף גם בדיעבד, אבל הם כן מסדרים נישואין לכאלה שיש להם תוקף גם בדיעבד.

לאן עלינו להגיע? סיטואציה שארעה **בפ"ד קרן היהדות המתקדמת** – פ"ד בו רבנים רפורמיים עתרו לבג"ץ נגד ההגבלה ונגד פסילתם מלשמש כרבנים מסדרי קידושים. הפסילה שלהם ע"י הרבנות הראשית עוגנה בכך שהם לא מקיימים נישואין וגירושין לפי ההלכה. נטען לבג"ץ – אולי אנו לא מקיימים את הנישואין והגירושין לפי ההלכה האורתודוכסית, אך הם עומדים בתנאי הבסיס, הם מקיימים אותם לפי ההלכה, כפי שהיא חלה בישראל, בהסתמך על השופט לנדוי בפ"ד רודניצקי. אנו משיאים כהן וגרושה מלכתחילה – ממלאים לחלוטין אחר התפיסה ההלכתית, כפי שהיא מובנת במערכת האזרחית בביהמ"ש העליון. יהודי ולא-יהודייה, כמובן, הם לא ישיאו. כך, **ניסתם הגולל על האוביטר של לנדוי בפ"ד רודניצקי**. יש פסקה חשובה, כאוביטר, אך הפוטנציאל לא מומש.

**בפ"ד קרן התנועה**, השופט אילון דוחה באופן גורף **את גישתו של השופט לנדוי.** השופט אלון הבהיר, שהאמירה הזאת של לנדוי היא אוביטר בלבד, ואין לה אחיזה במשפט הישראלי. לדבריו, דין תורה, כפי שנקלט במשפט הישראלי, הוא דין תורה כפי שמיושם, בין היתר, לאורך כל ספרות ההלכה שבעל פה, השו"ת, ופסיקות בתי הדין הרבניים בישראל.

האופי המשנה של הקידושין הפרטיים –

כיום יש עדנה מחודשת לקידושים פרטיים, אבל מכיוונים אחרים לחלוטין. יש תופעה של זוגות דתיים, הרואים עצמם כשייכים לקהילה הדתית, שמאוד חשוב להם למסד את הקשר בדרך הלכתית, שתהיה מוכרת מבחינה הלכתית, לגיטימי, אבל חשוב להם יותר לא להיתפס תחת האחיזה של הממסד הרבני האורתודוכסים שיש לו מונופול על דרך המלך בישראל. מדובר עדיין בקבוצה מצומצמת, שכל מה שהם מבקשים זה לא להיות במגע עם הרבנות וגם למנוע אפשרות של מגע כזה במקרה של גירושים. הדבר האחרון שהם רוצים זה הכרה, בשונה לחלוטין מהקידושין הפרטיים של שנות ה-60 וה-70.

אילו של היום רוצים להימנע מהרישום (הפוך משנות ה-60), כי אז הם יהיו כפופים לסמכות של ביד"ר. הדרך היחידה – לא להיות רשומים כנישואין, אך הם עדין רוצים לערוך טקס דתי. אותם זוגות רוצים להיות נשואים מבחינה דתית (רבים מהם מגיעים מהמגזר הדתי-לאומי) אבל הם לא רוצים את הרישום כי הם יודעים שאם יהיה רישום, לא יהיה מנוס ממעבר דרך בית הדין הרבני אם הם ירצו להיפרד. אם לא יהיה רישום והם ירצו להיפרד ויסכימו על כך, הם לא יזדקקו להסכמת ביה"ד הרבני כדי להתגרש. הם יוכלו לבקש משלושה רבנים שיסכימו להקים בית דין רבני אד-הוק (כפי שהיה לאורך כל השנים בעבר) שיסכימו להסדרת הגירושין.

הם לא מסתפקים במסגרת של ידועים בציבור. הדרך שלהם – **הקידושים הפרטיים**.

**ידועים בציבור –**

שיטת המשפט הישראלי מאוד משונה וייחודית, עם השלכות קונקרטיות לנושא זה. לכאורה, יש פרדוקס – מחד, אנו מדברים על חופש הנישואין, על המצוקות בשפה פשוטה – קשה להינשא ולהתגרש, שכן יש מגבלות רבות. נוצר הרושם של שיטת משפט נוקשה, מסורתית. מאידך, היחס אל מוסד הידועים בציבור הוא מאוד מאפשר ומכיר (ביהמ"ש הכיר בידועים בציבור של 3 חודשים בלבד – **פ"ד סיגל ביטון**). האם זהו באמת פרדוקס? לא, זה נובע אחד מהשני. בגלל המצוקות, בגלל שכל כך קשה להיכנס ולצאת מהדרך הרשמית, המערכת האזרחית הייתה חייבת למצוא אפיק מאפשר. ייתכן, שעם הזמן האפיק הזה הפך להיות יותר מידי מאפשר, ליברלי.

המצאה זו הינה של המחוקק, לא של ביהמ"ש. **מוסד הידועים בציבור הופך להיות חלק מתקנת הציבור בישראל**. גם אם המחוקק הציג לנו לראשונה את המוסד, ביהמ"ש ניכס זה ואימץ את המוסד, בעיקר בפ"ד של ברק, הפך את המוסד לחלק לגיטימי ואפילו מרכזי בתקנת הציבור בישראל. בהמשך הדרך, גם **בפ"ד ס.ג** אנו רואים בצורה ברורה, כיצד ביהמ"ש קובע כי הכרחי להכיר במוסד זה, בגלל המצוקות הקשות של הנישואים והגירושין שבדרך הרשמית.

על פניו נראה שמדובר במהלך נאור, מתקדם, ליברלי. אך נשאלת השאלה האומנם הכרה נרחבת בקשרים שלא מוסדו ולא נרשמו היא באמת מהלך ליברלי? **האם המוסד ליברלי, או אנטי-ליברלי?** עד לא מכבר, לא הייתה מחלוקת כי מדובר במוסד ליברלי – הפתרון לאנטי-ליבריות של הדרך הרשמית (הקושי להינשא ולהתגרש). המערכת הרשמית איננה ליברלית, ומוסד הידועים בציבור מעניק פתרון, את הדרך העוקפת. אולם, האם באמת מדובר במוסד ליברלי?

**בפ"ד בר-נהור** בני הזוג עשו הכל כדי שלא יכירו בהם כידועים ציבור. הם אפילו חתמו על הסכם בו קבעו שעל אף שהם חיים כביכול כידועים בציבור, הם מבקשים שלא יכפו עליהם ו"ילבישו" עליהם את התווית של ידועים בציבור. בהסכם ביניהם הם גם ביקשו לקבוע מה יקרה אם אחד מהם ימות, כדי שלא יחולו הכללים שחלים במקרה של ידועים בציבור. אך בית המשפט לא קיבל את זה ואמר שלא חשובה ההגדרה, אלא המציאות העובדתית. אולם לא ברור עד כמה פס"ד מרחיק לכת. האם הוא מצומצם רק לנסיבות של השאלה הקונקרטית שהייתה בפס"ד – מזונות מן העיזבון (שלגביהם יש סעיף מפורש בחוק הירושה שהוא דין קוגנטי שלא ניתן להתנות עליו ולכן ההסכם שעשו בני הזוג לא מעלה ולא מוריד)? או שהוא רלוונטי לכל זוג שחי כידועים בציבור (כמו שדעת הרוב הציעה) ולכן, גם בני זוג שחתמו על הסכם שקובע שהם אינם ידועים בציבור ייחשבו ככאלה, לאור אורח החיים שלאחר ההסכם שיכול שיעיד על שינוי מנקודת הזמן שבה נערך ההסכם.

**השופטת וילנר** מנסה **בפ"ד ס.ג** למפות את כל הסיטואציות הנופלות לקטגוריה של ידועים בציבור. נקבע, כי יש משמעות לנסיבות השונות, יש משמעות לסיבות השונות שבגינן זוגות חיים כידועים בציבור ולא נישואים בדרך רשמית. אם מדובר בחברים בראשית הדרך, אין זה ליברלי להחיל עליהם את דיני הגירושין והנישואין, שכן בכך כופים עליהם את המערכת שהם כלל לא רצו להיות חלק מימנה.

האם זה תמיד מתקיים בכל הנסיבות ובכל המצבים? נבדוק בפסקי הדין. לא ברור שיש משך זמן מינימאלי של חיים משותפים שרק ממנו והלאה נגיד שמדובר בידועים בציבור. הפסיקה, לפחות בראשית הדרך, לא יצרה את ההבחנות האלו. רק בפסקי הדין של השנים האחרונות אנחנו רואים את ההבחנות האלו והקביעה שיש להתחשב בכל הנסיבות והסיבות.

יש להיות ערים להבחנה בין הקבוצות השונות של זוגות שמוצאים את עצמם בקטגוריה של ידועים בציבור –

* **זוגות המנועים מלהתחתן בגלל שהדין הקיים במדינת ישראל לא מאפשר להם להתחתן**. לדוגמא: כהן וגרושה, יהודי וערביה וכו'. זוגות כאלו מצויים באחת מקבוצות המצוקה האובייקטיביות – מידת ההוכחה שתידרש פה כדי לגבש את הטיעון שמדובר בקשר של ידועים בציבור תהיה קלה. קובעת זאת השופטת וילנר ואומרים זאת גם **בפ"ד סלם נ' כרמי**.
* **זוגות שאין להם מניעה מלהתחתן** – לא תימנע מהם האפשרות להחיל על עצמם מערכת של ידועים בציבור, אבל מידת ההוכחה שתידרש תהיה כבדה יותר.
* הגישה **בדרום אמריקה** לחיי משפחה ללא נישואים – חלק ניכר מהחברות חיים ללא נישואים, בברזיל זוהי הנורמה. בחוקה עצמה, הגדרת "משפחה" כל כך רחבה, וכוללת גם חיי משפחה ללא נישואים. **באירופה**, המצב שונה – נשמרות האבחנות, הקריטריונים להכרה בידועים בציבור מעוגנים בחוק (בד"כ – 5 שנים של חיים משותפים, או ילדים משותפים מאותו הקשר).

**פ"ד שחר נ' פרידמן** – זהו פ"ד מראשית שנות ה-80. זהו פ"ד הראשון המדבר על **החלת הילכת השיתוף על בני זוג ידועים בציבור**. יש **דעת מיעוט של השופט שיינבוים.** החלוקה בין תפיסות העולם הייתה ברורה. שיינבוים היה איש דתי, טיעונו נובע מתפיסת עולם המתייחס לזוגיות ללא נישואים בצורה שלילית. נק' המוצא שלו לא יכולה להיות חיובית כלפי זוגיות שכזו, במיוחד כלפי ההכרה בידועים בציבור, במיוחד כאשר אחד מהם, או שניהם, נישואים לאחרים. מדובר בנתינת יד לסוג של ביגמיה. אולם, הדבר הכרחי בישראל, משום שלעיתים הנישואים הינם בשל חוסר אפשרות לצאת מן הקשר (מסורבי גט).

**הבעייתיות של ההגדרה של ראשית הדרך** (פסקי הדין של שנות ה-60) – בראשית הדרך, השאלה הייתה מאוד מגדרית, מזוהה עם ידועה בציבור. הכינוי המלא – "ידועה בציבור כאישתו". **בפ"ד דרדיאן**, קובע השופט זילברג – "הגדרתה המשפטית המדויקת של הידועה בציבור כאישתו היא קשה...או בלתי אפשרית..ידועה בציבור כאישתו ולא נתפרש לנו...הבלתי נשוי..עלינו לעשות..". הדבר משקף לנו את הדילמות של ראשית הדרך. המונח לקוח מדברי החקיקה של ראשית הדרך. פסקי הדין התמודדו עם השאלה – **האם הציבור יודע שהם לא באמת נישואים, אך כן מחשיב אותה כאישתו?** מסכת העדויות הייתה כבדה, על מנת להוכיח שהציבור באמת יודע שהם לא ידועים, אך מתייחס אליהם כנישואים. "מהותה של האישות" – האם הם חיו יחד, או לא? האם קיימו מערכת יחסים אינטימיים, או לא?

ביגמיה מהותית –

בעיה נוספת שקיימת בהכרה במוסד הידועים בציבור הוא **עניין הביגמיה המהותית**: אדם שנשוי ובמקביל מנהל מערכת יחסים שבהחלט יכולה במצב המשפטי הקיים במדינת ישראל להקים זכות והכרה במין מעמד של ידועים בציבור. זאת ביגמיה מהותית ולא פורמאלית, שכן לא מדובר בשני קשרי נישואים במקביל (והרי הדבר אסור על פי חוק), אבל כן מתקיימים פה שני קשרים במקביל. יכול להיות שבאחד הקשרים לא מדובר בקשר ממשי-אמיתי, כמו **בפ"ד נזרי**. שם האישה ה"חוקית" התנגדה למתן שם המשפחה לאישה שבאמת מקיימת מערכת יחסים עם הגבר והטענה הייתה שהקשר עם האישה החוקית הוא קליפה ריקה מתוכן. אולם **בפ"ד פלונית נ' פלוני** (אי-שיתוף למרות 11 שנות קשר) כן היה מדובר בביגמיה מהותית. הרבה מפסקי הדין של ידועים בציבור מעוררים סיפורים קשים. בפסק הדין הזה, 10 שנים אותו גבר ניהל מערכת יחסים עם עובדת שלו, ולאחר שכבר הייתה הפלה, בסוף היא יולדת ילדה משותפת. או אז יש חיים משותפים של 4 חודשים. הוא מספר לאישה ה"חוקית" על הרומן, אבל העסק של הרומן מתפוצץ.

**לגבי תביעה עבור הילדה** – אין ספק שלילדה מגיע מזונות, הכרת אבהות וירושה (כשהאבא ילך לעולמו). אבל בעניין האישה עימה ניהל הגבר רומן עולה השאלה האם יש לקבל תביעות של הפרת נישואין או להתנגד להן. מחד, תהיה בכך אופציה לתקן עוול שנעשה, ומאידך, זה עשוי להציג נשים כחסרות ישע התלויות בגברים. לא בכדי מתקיימים דיונים פילוסופיים רבים בנושא של הפרת הבטחת נישואין ולכן לא ברור מה היו פוסקים בשיטות משפט אחרות.

אולם, תביעה רכושית כמו זו שהאישה הגישה לא היה ניתן להגיש בשום שיטת משפט אחרת. באף שיטת משפט לא ניתן היה לטעון שאדם נשוי יכול לנהל במקביל מערכת יחסים אחרת שתוליד הכרה של המשפט בשיתוף רכושי עם אישה אחרת. האם פסק הדין עצמו מוצדק? האם השופט שנלר פסק נכון? לאמיתו של דבר חסרים לנו הרבה מאוד נתונים. אכן מדובר בהתנהגות נלוזה של האיש. אבל הדבר ממחיש שיש דברים שהמשפט לא יכול להתמודד איתם ולתת לנו מענה. יש גבול לכמה בית המשפט או השופטים יכולים להיכנס לקרביים של מערכות יחסים ולהבין באמת מה היה מאזן הכוחות ומה היו השיקולים של הצדדים ומה כל אחד מהם חשב. האמת היא שבהרבה מאוד מפסקי הדין שעוסקים בידועים בציבור, זה נדמה כאילו נפרצו הגבולות. **בפ"ד סלם נ' כרמי**, מדובר בעשרות שנים של קשר לא ברור בין הצדדים שניהלו מערכת יחסים שבשלב מסוים הייתה פתוחה ובשלב אחר חיו יחד ללא קשר אינטימי. מדובר בפסקי דין "צהובים". לפחות היום לא היינו יודעים מי עומד מאחורי פסקי הדין האלו, שכן היום שמות הצדדים אינם נחשפים והצדדים מקבלים את השמות "פלוני" ו"פלונית".

**בפ"ד היועץ המשפטי נ' זמר**, דנו בשאלה של אישור הסכמים בין ידועים בציבור ובצורך להכיר בהסכם של ידועים בציבור. ההכרה בידועים בציבור היא מכורח הנסיבות העובדתיות – התנהגות, כוונה והנסיבות שאופפות את הקשר. אך אם עושים הסכם ונותנים לו תוקף של פסק דין, זה מעיד כמאה עדים על כך שבאמת הקשר הוא של ידועים בציבור. יותר מזה, יש עכשיו יותר ויותר זוגות שלא מסתפקים בהסכם, אלא מבקשים פס"ד הצהרתי שיצהיר עליהם שהם ידועים בציבור. עם פסק הדין הזה סלולה הדרך כדי לקבל הטבות המגיעות לידועים בציבור. הבעיה מתעוררת כאשר לא דואגים להסדיר את כל זה.

כאשר אחד מבני הזוג או שניהם נישואים לאחרים מתעורר קושי מהותי, אך בישראל ההכרח הינו בשל מצוקת העגינות. יחד עם זאת, יש לנו מקור אחד בחוק שלא מאפשר הכרה בידועים לציבור במצבים אלה – **חוק הירושה, סעיף 55** – ""איש ואישה חיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה, ומת אחד מהם ובשעת מותו אף אחד מהם לא היה נשוי לאדם אחר, רואים את הנשאר בחיים כאילו המוריש ציווה לו את מה שהנשאר בחיים היה מקבל בירושה על פי דין אילו היו נשואים זה לזה, והוא כשאין הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת, בצוואה שהשאיר המוריש".

**אחד התנאים להכרה – שבשעת מותו, אחד מהם לא היה נשוי.** זו פשרה שהמערכת הפוליטית הגיעה אליה, על מנת לא להכשיל את חוק הירושה. הפשרה הפוליטית – **אשת איש לעולם לא תוכל להיות מוכרת כידועה בציבור של אחר, הזכאית לירושה, לפי ס' 55.** הדרך לעקוף את הבעיה – צוואה.

* **שאלת ההתייחסות הדיפרנציאלית** – העומד מאחוריה הוא הצורך להבחין בין הנסיבות והסיבות השונות שבגינם זוגות חיים במסגרת של ידועים בציבור. ספרו של שחר ליפשיץ מבסס טענה זו, ויוצא בביקורת כנגד הפסיקה שעד לאחרונה לא הבחינה בין הקטגוריות השונות.

**פ"ד ורסנו** – 20 שנה לפני פ"ד המזונות האזרחיים, פ"ד זה נתן **פתח להכרה במזונות בין בני זוג החיים ללא נישואים, על בסיס הסכם משתמע**. בפ"ד זה הדבר נאמר כאופציה, לא כך נפסק. באופן לא שגרתי, בפ"ד זה ברק פותח את פסק הדין, ומספר לנו כי הם חיים כידועים בציבור, משום שהם מנועי חיתון (כהן וגרושה). פ"ד זה הוא חריג – קובע מיד את הנסיבה והסיבה שבגינה הזוג חיים כידועים בציבור. השופטת וילנר **בפ"ד ס.ג** גם כן מהווה חריג דומה, היא מבחינה בין כל המצבים השונים של החיים יחד ללא נישואין.

מר אלפא וגברת ביתא – חיים כידועים בציבור, כשכל אחד מהם נשוי לבין זוג מקורי אחר. יכולים להיות מצבים שונים בדבר הסיבה שבגינה הם עדין נישואין לאחר –

* מר ביתא סרבן גט, ועל כן גברת ביתא הינה מסורבת גט.
* בני הזוג ביתא לא חשים צורך לסדר גט כדמו"י – **פ"ד אפרת**. מיכל אפרת ביקשה לקבל את שם המשפחה של בן זוגה, עוזי אורנן. המדינה התנגדה (משרד הפנים).
* גברת ביתא מנהלת שתי מערכות זוגיות במקביל – לא קיים בפסיקה.
* מר אלפא מנהל שתי מערכות זוגיות במקביל – כן נמצא בפסיקה, **פ"ד פלונית** של השופט שנלר, ניהול של מערכת זוגיות במשך 11 שנים עם אישה אחרת.
* מר אלפא הוא סרבן גט. אם ביתא היא מסורבת גט, יש אינטואיציה להכרה. אולם, אם אלפא הוא סרבן גט, יש לבחון מי נפגע, ומה קורה עם ביתא? שאלה מכוון אחר – מדוע עלינו לשאול את כל זה, אם המערכת של ידועים בציבור מעוגנת בתפיסות חוזיות ו/או בתפיסות נורמטיביות? מדוע שנשאל עצמינו שאלות מוסריות/אתיות?

מבט משווה – **בישראל** – ידועים בציבור, מושג ייחודי, אין כינוי כזה באף שיטת משפט אחרת. הכותרת הנותנים למצבים כאלה – קומון לו מריג', המתאר מצבי היסטורי של הכרה מלאה בנישואים על בסיס חיים משותפים, זוהי אחת מדרכי ההתקשרות בנישואים פורמליים. המונח העדכני – די פקטו ריליישנס די יוניס.

כאשר מסתכלים במבט השוואתי, על שיטות משפט אחרות בעולם, אין כל ספק שמידת ההכרה הנרחבת הקיימת במדינת ישראל בקשרים של חיים זוגיים ללא כל מיסוד רשמי, היא חסרת תקדים בהיקפה. חשוב להבין שאין הכוונה למערכות המקבילות למערכת הנישואים הרשמית – "שותפות רשומה" – מעין מסלול ב', שמהווה מיסוד של הקשר, כפי שקיים במדינות שונות (כמו ארה"ב וסקנדינביה). מדובר על מה שמכונה בספרות האקדמית כ"איחוד דה פקטו", להבדיל מדה-יורה. מדובר בקשרים שאינם ממוסדים ואינם רשמיים. כאשר בודקים מהי ההכרה ששיטות משפט אחרות מייחסות ל"איחוד דה-פקטו" מגלים שמדובר בהכרה מאוד נמוכה, ביחס לישראל.

נטל הוכחה כבד יותר לעניין הלכת השיתוף –

**פ"ד שחר נ' פרידמן ופ"ד 4589/05** – ישנה התייחסות שונה לשאלת השיתוף בנכסים אצל ידועים בציבור, מול זוג נשוי. בשני פסקי הדין נקבע, כי חזקת השיתוף בידועים בציבור לא כל כך פשוטה, טבעית ומובנת מאליה כמו חזקת שיתוף בנישואים כדין. **אצל ידועים בציבור, ייתכן כי נצטרך להוכיי קצת יותר, או שקל יותר לסתור את קיומה של החזקה.**

**פ"ד סלם נ' כרמי** – נטענה עמדה דומה. כמו כן, **היקף ההתפרסות של שיתוף הנכסים בידועים בציבור עשוי להיות צר יותר מאשר אצל נישואין כדין.** השאלה המשפטית נגעה לנכסים עסקיים. **האם שיתוף הנכסים לגבי זוג ידוע בציבור כולל גם את הנכסים העסקיים?** נעשתה אבחנה ברורה – התוכן של המילים "חל בשינויים במחויבים". יש מעט אבחנה בין ידועים בציבור לנישואים – **בידועים בציבור, יש להוכיח מעט יותר** – מעורבות בניהול של העסק, או בהחלטות שהתקבלו, להוכיח שהמימון של העסק גם בא מהכספים המשותפים וכו'.

גם אם מטשטשת ההבחנה בין רכוש עסקי לפרטי, ישנן נסיבות שבגינן יכול להיות שלא נכלול את הרכוש העסקי בגדר הרכוש המשותף, במיוחד אצל זוגות ידועים בציבור. יש להיות ערים כל העת גם לשאלה כלפי מי מופנות הזכויות – האם התביעה להכרה כידועים בציבור מופנית כלפי צדדים חיצוניים / המדינה או שהתביעה מופנית כלפי פנים – כלומר במישור הפנימי של היחסים (עיזבון, מזונות, רכוש).

**האם החבילה ששייכת לבני זוג נשואים רשמית, זהה לחבילה ששייכת לבני זוג שהם ידועים בציבור?** לפי חוק יחסי ממון, כאשר הנישואים באים אל סופם עורכים איזון וכל צד מקבל מחצית מהשווי. מדובר בזכויות אובליגטוריות. מכוח הלכת השיתוף מדובר בזכויות קנייניות. המשמעות היא שזכויות מכוח הלכת השיתוף ניתנות למימוש מיידי – ברגע שאחד מבני הזוג מעוניין לממש אותן, אפשר לפתוח בהליך של פירוק שיתוף. שותפים קנייניים יכולים לתבוע את פירוק השיתוף בכל רגע נתון, אך זכויות מכוח יחסי ממון מוגבלות למימוש בהתאם לחוק יחסי ממון. יש בעייתיות נוספת שהייתה בעבר שאיזון המשאבים היה מרגע הגט. סיום של קשר של ידועים בציבור יכול ליצור השלכות ממוניות נוספות של מזונות, או מעין מזונות.

ההתפתחות החקיקתית –

הכנסת הכירה בכך שקיימת בעיה חברתית מאוד משמעותית של בני זוג שלא הצליחו להסדיר את מעמדם בדרך מסודרת, מתוך אילוצים מעשיים, וביקשה לתת להם הכרה והגנה. מדובר היה לדוגמא באלפי הרוגים במלחמות ישראל, שהותירו מאחוריהם אלמנות שלא היו נשואות להם בדרך פורמאלית ואנשים שהגיעו לאחר השואה ולא היה ידוע מה עלה בגורל בני זוגם.

הסקירה של השופט ברק **בפ"ד אפרת** – מדובר בחקיקה סוציאלית (בעקבות השואה), שהמדינה חוקקה על מנת להעניק הטבות, תגמולים, כדי להגן כלכלית. החוקים האלו דיברו במפורש על כך שהמונח בני זוג כולל גם את הידועה בציבור, כבת זוגו של מי שהחוק מדבר עליו. בהמשך, חוקים רבים לא נקטו בהגדרה מפורשת, אלא הפנו להגדרות מאותם חוקים ראשונים. עם השנים הידועה בציבור הפכה לסלע מחלוקת בפוליטיקה הישראלית. זאת, בשל הבעייתיות מהבחינה הדתית של קיום יחסים בין בני זוג שהינם פנויים לנישואים. המפלגות הדתיות סברו שכל הכרה של המדינה בזוגות כאלו, שיש בה גם הטבה ועידוד כלכלי היא בעייתית. לכן, הדרך העוקפת שהתפתחה הייתה לא לקרוא "לילדה בשמה", כלומר לא לכתוב ידועה בציבור, אלא להפנות להגדרות קודמות בחקיקה ראשונה.

**חקיקה סוציאלית שהכירה בידועים בציבור –**

* חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), 1950.
* חוק נכי המלחמה בנאצים, 1954.

תחילה התמקדה החקיקה הסוציאלית **במערכת היחסים שבין הפרט (אפילו שני בני הזוג) למדינה**. כל הקצבאות, הגמלאות, ההטבות והתגמולים ששייכים למערך הביטוח הלאומי ולתחום הרווחה ניתנו בצורה שווה לידועים בציבור כאילו היו זוגות נשואים.

השלב הבא – חוקי מעמד האישי הנוגעים למערכת הפנימית של בני הזוג – חוק הירושה. גם חוק הירושה לא השתמש במונח ידועים בציבור, מאותן סיבות פוליטיות שהובילו "לא לקרוא לילד בשמו".

**בפ"ד אפרת**, השופט ברק אומר שהשמירה על ההבחנה בין מערכת של נישואים פורמאליים לבין מערכת של ידועים בציבור היא כבר לא חלק מתקנת הציבור בישראל. המגמה מאז הלכה והתחזקה. התמיכה בכך ברורה, שכן יש במערכת הידועים בציבור לתת מענה על כך שההסדרים הרשמיים שהמדינה מאפשרת אינם נותנים אופציית נישואים לזוגות רבים.

* **חוקים המטילים עלויות** – הכוונה הינה לחוקים שמקנים זכויות למשפחה חד-הורית. יש שורה של הטבות עבור משפחה חד-הורית. מתי אישה נחשבת כחד-הורית? אם היא לא נשואה. אולם, לחוקים אלה נוספו בהדרגה גם המגבלות, לפיהן נדרש כי היא **איננה נשואה ולא חיה כידוע בציבור** (אין מישהו הידוע בציבור כבן זוגה) – **זוגיות לא פורמלית, של ידועים בציבור, נחשבת לקשר שיש בו כדי לשלול הטבה.** מדוע? הרציונל של ההטבה – האישה נושאת לבד בנטל כלכלי מסוים. על כן, ההנחה היא שכאשר יש בן זוג ויש חיים משותפים, משק בית כלכלי משותף, הנטל מתחלק, והרציונל מתקיים גם כאשר חיים יחד כידועים בציבור (ניהול של חיי משפחה משותפים במשק בית משותף). **אם מתקיים התנאי, אין הגיון שאותה אישה/איש יהיו זכאים להטבות כחד-הוריים.**

מוסד של ידועים בציבור לא מוביל רק לרווחים, אלא גם כורך בחובו עלויות – חוק משפחות חד הוריות מעניק עידוד וסיוע למשפחות חד-הוריות, אך רק כאשר אין מישהו שידוע בציבור לאותו גרוש או גרושה. אם הגרוש/ה מקיים מערכת יחסים של ידועים בציבור הוא לא יהיה זכאי לסיוע הניתן במסגרת החוק.

* **חוקים המטילים חובות ואחריות** – הכוונה היא להכנסת ההגדרות והמצבים של ידועים בציבור לחוקי מניעת אלימות במשפחה. החל מחוק העונשין, המטיל ענישה מוגברת בהרבה על עבירות אלימות/מין בתוך המשפחה, ודרך החוק למניעת אלימות במשפחה. הדבר מבטא את אותה אחריות מוגברת לשלמות נפשית, לאי-פגיעה, להגנה על חלשים במשפחה. אותה אחריות מוגברת יש לה מקום גם כאשר המשפחה איננה משפחה בדפוסים של קשר פורמלי מוכר כדין, אלא של זוגיות ללא נישואים.

התפתחות פסיקתית –

**בראשית הדרך, היה צורך להיאבק עם הטיעון שזוגיות ללא נישואין נוגדת את תקנת הציבור.** זהו טיעון משיח דיני החוזים. הטיעון המתוחכם יותר אמר שהסכם לחיים משותפים ללא נישואים לא מוסרי ונוגד את תקנת הציבור. הטענות האלו הושמעו בתחילת הדרך, בעיקר כאשר היה מדובר בידועים בציבור שהיו נשואים לבני זוג אחרים. הטענות נדחו לאורך הדרך והיה שינוי ערכי שבולט לעין **בפ"ד אפרת ובפ"ד לינדורן**.

**פ"ד אפרת** – המשמעותי ביותר (שינוי שם), כאשר פקיד הרישום התנגד לבקשת מיכל, בטיעון שהסתמך על סעיף 16 לחוק, כפי שהיה אז, לפיו השם החדש יהא נוגד את תקנת הציבור – יש בו כדי להטעות. התנגדות זו של משרד הפנים נסמכה על שורה שלמה של תקדימים של ביהמ"ש העליון.

* מתי בימה"ש עליון סוטה מתקדימים? מה צריך להתרחש? **יש להוכיח שינוי של רוח הזמן, שינוי של הנורמה החברתית**. "שמו של אדם הוא חלק מאישיותו...ביטוי לאישיות...ייעוד".

**"הציבור הנאור"** – אמירה של השופט לנדוי. איך יודעים מהי תקנת הציבור? "עליו להיות פרשן נאמן...". השופט ברק אימץ אמרה זו, ועשה בה שימוש **בפ"ד אפרת** – "בקביעת ההשקפות המקובלות...אין השופט עורך...ואת תפיסותיו של הציבור הנאור...". על בסיס כל זה, טוען ברק – **תקנת הציבור השתנתה, ומוסד הידועים בציבור כיום הוא חלק מתקנת הציבור, לא נוגד אותה.** חלק מתקנת הציבור הינה לשמור על האבחנה בין מוסד הנישואים כדין לידועים בציבור. אולם, השופט ברק לא קובע מהו המתחם העדין של שמירת האבחנה בין שני המוסדות.

**פ"ד לינדורן** – נקבעה הלכה הסוטה מהלכות קודמות. **שאלה של ס' 78 לפקודת הניזיקין, מי הם "תלויים"?** לפי ההלכות הקודמות, כאשר הופיע בחוק המונח בן זוג, ולא נאמר בסעיף ההגדרות שזה כולל גם ידוע בציבור, בן זוג היה רק נשוי כדין. כלומר, **ברירת המחדל של המנוח בן זוג לא כללה ידועים בציבור**. הכלל הפרשני היה שכאשר המחוקק רצה לגלות את דעתו שכוונת החוק היא להתפרס גם על ידועים בציבור, הוא ציין זאת במפורש. אם לא ציין זאת, כמו בחוק יחסי ממון, כנראה שלא התכוון לכלול בו ידועים בציבור.

פ"ד זה עסק בפיצויים לידועה בציבור. השאלה שהתעוררה נגעה להגדרת "תלויים" בסעיף 78 לפקודת הנזיקין, שמדברת על מי זכאי לפיצויים בעקבות מעשה עוולה. מדובר בדבר חקיקה מהתקופה המנדטורית. השופט ברק אמר כי אין שום היגיון ללכת אחורה ולהפעיל את אותו כלל פרשנות לפיו כל עוד דבר החקיקה לא ציין זאת במפורש, הוא לא מתייחס לידועים בציבור, שכן בתקופת המנדט המוסד של ידועים בציבור עוד לא קיבל כלל הכרה בשיטת המשפט שלנו.

**ברק משנה הלכה וסוטה מתקדימים קודמים** – **בן זוג לעניין ס' 78 כן כול גם ידועים בציבור.** התכלית החקיקתית של סעיף 78 היא חקיקה סוציאלית. ברור שלגבי בן ובת זוג שניהלו משק בית משותף עם תלות בנושאים הכלכליים, אין ספק כי הנותר/ת בחיים עונים על ההגדרה של "תלויים". אין ספק שהתקיימה התכלית החקיקתית שבגינה מונים את בני הזוג בגדר החקיקה.

אין קביעה גורפת לעניין כל דבר חקיקה, שכן כל דבר חקיקה צריך להתפרש בפני עצמו ולפי תכליתו. הסיבה המעשית לסטייה הנקודתית – דבר החקיקה המשמעותי ביותר שעדין מתפרש כך שבן זוג הוא רק נשוי ולא ידוע בציבור – פקודת מס הכנסה. ברק ידע, שאם הוא קובע שבן זוג בכל הקשר וכל דבר חקיקה כולל גם ידוע בציבור, הוא יוצר אנדרלמוסיה. בעקבות **פ"ד לינדורן**, הכלל הוא שיש להתייחס לכל דבר חקיקה לגופו, לפי התכלית החקיקתית והשאלה היא האם הכללת ידועים בציבור בגדר ההגדרה "בני זוג" תגשים את התכלית החקיקתית שבאותו דבר חקיקה או לא.

**בפ"ד זמר** נשאלה השאלה האם ניתן לפנות לבית משפט לענייני משפחה בבקשה לאישור הסכם לחיים משותפים, והשופטת דורנר קובעת שם שאין צורך באישור. חוק יחסי ממון קובע שהסכם ממון בין בני זוג חייב אישור בית משפט אחרת אין לו תוקף. אבל חוק יחסי ממון מתייחס רק לזוג נשוי. לכן, זוג של ידועים בציבור שמסדירים את המערכת הכלכלית ביניהם אינם חייבים אישור בית משפט כדי שלהסכם ביניהם יהיה תוקף. ידועים בציבור אינם חייבים לאשר הסכם כלכלי ביניהם כדי לתת לו תוקף, בעוד נשואים חייבים לאשר הסכם ביניהם אחרת אין לו תוקף. דורנר מסבירה כי אם ידועים בציבור מבקשים לגבור על הלכת השיתוף, הם יכולים לחתום על הסכם ואינם צריכים את אישורו של בית המשפט, אולם היא מבינה מדוע הצדדים מבקשים את אישור בית המשפט, וזאת כדי לחזק את תוקפו של ההסכם.

מי שהתנגדה לאישור ההסכם ע"י בית המשפט היא המדינה שמאוד נבהלה וחששה שיהיה בכך מסלול עוקף נישואים, שמקנה מעמד. מעין סטאטוס מקביל לסטאטוס הנישואים. מבחינת המדינה, כל מה שניתן עד עכשיו לזוגות ידועים בציבור היה מתוך הכרח, אבל מתן גושפנקא רשמית ע"י בית המשפט למוסד הידועים בציבור הוא בעייתי. דורנר ביקשה לטעון כי הכרת בית המשפט בהסכם הכלכלי בין בני הזוג הידועים בציבור אינה בגדר הכרעה ערכית לגבי מערכת היחסים בין בני הזוג שמשווה את מערכת היחסים של הידועים בציבור לזוגות נשואים, אלא רק סעד דיוני פרוצדוראלי ("מסירת עניין לטיפולו של בית המשפט לענייני משפחה אין בה משום קביעה ערכית לגבי הצדדים בהליך, אלא כלי מעשי ומסגרת מתאימה שיאפשרו לקבוע את טיב מערכת היחסים של הזוג"). הדבר יכול להזכיר לנו את שנאמר על רישום גיור, כאילו מדובר רק בצעד פרוצדוראלי שלא מעיד דבר על המהות. בית המשפט מנסה לצמצם בכך את פסיקתו, תוך היעדר התייחסות למשמעות המעשית של הפסיקה. זאת על אף שיש משמעות מעשית לפסיקה, שכן בני הזוג יכולים לעשות שימוש בכך במגעים מול רשויות המדינה השונות.

האמנם הושווה המעמד?

**בפ"ד אפרת** ברק קובע שכבר אין צורך לשמור על הפער שבין ידועים בציבור לבין המסלול הפורמאלי של הנישואים. לכאו,רה התבקש משפט שיש להשוות בין מערכת היחסים שבין ידועים בציבור לבין זוגות נשואים, אך ברק העדיף לחכות עם זה לשלב הבא שבו הנושא יידון בבית המשפט. השאלה שעולה כעת האם אכן הושווה מעמדם של ידועים בציבור לזה של זוגות נשואים.

**פ"ד בוארון** **קובע בצורה משכנעת, שאם אנחנו מחילים את כל החבילה של הזכויות, התגמולים והתמרוצים על ידועים בציבור, אין שום סיבה שלא נחיל גם את התפיסה של העלויות.** התיק עסק באלמנות שהיו זכאיות לקצבת שארים שקיבלו הודעה מהמוסד לביטוח לאומי לפיה כיוון והן נמצאות בקשר של ידועים בציבור הן כעת מאבדות את זכאותן לקצבת שארים. במשך שנים נהוג היה לומר שיש פה יתרון אדיר לחיים כידועה בציבור, שכן הידועה בציבור שמרה על הקצבה מהמוסד לביטוח לאומי. פס"ד בוארון קבע בצורה מפורשת שלא רק את הזכויות יש להחיל על הידועים בציבור, אלא גם את העלויות. אם יש לאדם זוגיות חדשה, קצבת שארים כבר איננה רלוונטית. בתגובה, הידועות בציבור טענו שהן מופלות מול אלמנות צה"ל, כי אלמנות צה"ל לא מאבדות את הקצבה, גם אם הן מתחתנות או הופכות להיות בהמשך ידועות בציבור. אבל זה מכניס אותנו למחוזות אחרים של ההתייחסות של מדינת ישראל לכל הנושא של אלמנות צה"ל. ביהמ"ש קבע שזה מעיד על התפיסה של מ"י, שמשלמת חוב למי שהקריבו את המחיר היקר ביותר בעבור המדינה.

יתרונות הידועה בציבור –

**במישור הכלכלי** – נשים הם בד"כ אלה שחלוקת הרכוש חשובה להן יותר. עדיף להיות ידועה בציבור מאשר נשואה, לפחות עד 2008 – **היא לא צריכה גט**. **קשר של ידועים בציבור ניתן להתרה ללא גט**. בהיבט הכלכלי והרכושי, **חלה הלכת השיתוף על ידועים בציבור, ולא חוק יחסי ממון.** עד שנת 2008, חלוקת רכוש לפי חוק יחסי ממון הותנתה בכך שהנישואין הסתיימו בגט, או מוות. כלומר, ללא גט, לא הייתה חלוקת רכוש. אותה **אישה נשואה מולכדה פעמיים** – אחת, בכך שהיא זקוקה לגט ונתונה לסחטנות. שתים, גם את הרכוש היא לא מקבלת, כל עוד אין גט. זהו המצב האבסורדי, עד לתיקון מס' 4.

**פקודת מס הכנסה מפורשת ללא עוררין כפקודה שחלה אך ורק על בני זוג נשואים ולא על ידועים בציבור**. כך יוצא שבאופן פרדוקסאלי נוצר יתרון לחיים ללא נישואים, בעיקר אם שני בני הזוג עצמאיים. כשבני זוג נשואים, מחברים את ההכנסות שלהם לצורך חישוב המס השולי שישלמו, ואילו כאשר מדובר בבני זוג ידועים בציבור לא מחברים את ההכנסות שלהם וכך יוצא שהמס השולי שהם נדרשים לשלם למס הכנסה נמוך יותר. **מכאן יוצא שהרבה יותר משתלם להיות ידועים בציבור, לפי ענייני המס, ונוצר תמריץ הפוך לנישואים.**

שאלת ההגדרה ומבחני הידועים בציבור – במבט עכשווי

* **משך הזמן** – מחד, **פ"ד סיגל ביטון** (3 חודשים). מנגד, **פ"ד של השופטת לוי** – 7 שנים של קשר, הם חברים במובן הצר, תקופת ניסיון.

**פ"ד סיגל ביטון** – פ"ד מדגים את המצב הקיצוני ביותר, את פרק הזמן הקצר ביותר להכרה בידועים בציבור. הסיבה שהכירו בהם כידועים בציבור לאחר 4 חודשים בלבד, היא כי היה מדובר בחייל שנהרג, והאישה ביקשה את קצבת השארים שלו.

נידון מקרה של בני זוג שהתכוונו להינשא, לאחר שהיו בקשר תקופה ארוכה אך חיו ביחד רק 4 חודשים, בדירה עם שותפים. אך אז הגבר, חייל בקבע, נפגע במהלך שירותו הצבאי. האישה תבעה את משרד הביטחון וביקשה לקבל גמלה כאלמנת צה"ל, בטענה שהיו ידועים בציבור. היא אכן זכתה בתביעה, אך מעניינת לא פחות היא השאלה אם התביעה לא הייתה מכוונת כנגד המדינה (רשויות הרווחה, או רשות המיסים, או ההגירה), והייתה תביעה לירושה מול האם של החייל (נוכח ירושה של מיליונים מהאב), האם התוצאות היו זהות? **פ"ד זה דיבר על הרובד החיצוני.** הזכויות שנדרשו היו מול המדינה, ברובד החיצוני. היה צריך לעשות פה הבחנה בין המישור הפנימי למישור החיצוני, הבחנה בין סעיף 55 שקובע הגדרה ברורה לבין הפיתוח של ההגדרה בפסיקה שהפכה להיות חמקמקה. ברובד הפנימי, ייתכן כי התוצאה הייתה שונה. **האם הרעיון של השופטת וילנר באמת קנה אחיזה או שאי אפשר להחיל אותו?**

בפ"ד הסתכלו על הרובד החיצוני, בין הזוג לרשויות המדינה (רשויות רווחה), שכן הנסיבות של הפרידה אינן מרצון, ונראה היה שהתכוונו להתחתן. הזכויות שנדרשו כאן היו מול המדינה, ברובד החיצוני. לא בטוח שאם הייתה מבקשת זכויות ברובד הפנימי כגון חלוקת רכוש, לא בטוח שהתוצאה הייתה זהה.

השאלה שנותרה היא, **האם הושווה מצבם של הידועים בציבור למצבם של בני הזוג הנשואים, או שמא עדיין יש הבדלים?** בעוד שכאשר מדובר בנישואים, גם אם אחד מבני הזוג מת לאחר שבוע, כלל לא מתעוררת השאלה אם בן הזוג שנותר בחיים אלמן או לא, כאשר מדובר בזוגיות ללא נישואים, משך הזמן רלוונטי. כך לדוגמא **בתמ"ש 7525-02-09**, השופטת מרינה לוי לא הכירה בבני זוג שניהלו 7 שנות קשר כידועים בציבור. מיותר לציין כי הפסיקה הזאת לא עולה בקנה אחד עם פס"ד סיגל ביטון.

בסיפור של זוגיות בת חצי שנה ופרידה בנסיבות רגילות – ברובד הפנימי, התוצאה תהא שונה.

**נק' רגישה של אלמנות צה"ל** – אובדן חיים ייחודי למדינת ישראל בסיטואציות הקשורות ללוחמה. הדבר דורש התייחסות שניתן לצפות שתהא מעט שונה ומקלה יותר, מאפשרת יותר מענק זכויות מאפשר בנסיבות אחרות. יש להוסיף את ההתייחסות הצרה בהקשר של פ"ד שדן באלמנות רגילות שחוזרות ונישאות מחדש, או נכנסות לקשר של זוגיות של ידועין לציבור, ומאבדות את זכותן לקצבת שארים, לעמת אלמנות צהל של מאבדות, בנסיבות מקבילות. ביהמ"ש הסכים עם שימור האבחנה, מנסיבות הקשורות לאתוס של החברה הישראלית.

* **יחסים אינטימיים** – **פ"ד סלם** – אין יחסים אינטימיים, אך זה לא שולל, הייתה זוגיות עם שיתוף רגשי.
* **רכיב הכרחי ללא עוררין – משק בית משותף**. **פ"ד דירות נפרדות** – המרחיק לכת בפ"ד של השופטת ארבל – בהגדרה של סעיף 5 לחוק הירושה נאמר במפורש: משק בית משותף". כיצד, אם כן, ניתן לקבוע שניתן להכיר בידועים בציבור גם במצב של מגורים בדירות נפרדות? אין באמת אונס של המילים של החוק, ועדין זה מאוד מרחיק לכת.

מאידך, ניתן לומר **שבזמן האחרון יש נסיגה מההכרה הנרחבת בידועים בציבור** – **פ"ד פלונית** של שנלר (11 שנים עם ילדה משותפת).

ידועים בציבור מול שותפות זוגית – ניתוח חוזי מול נורמטיבי – **פ"ד ס.ג**

**פ"ד המשלים של השופט עמית** – "על פי המודל הנורמטיבי, בית המשפט מכיר בחזקת השיתוף גם כאשר אינה עולה בקנה אחד עם כוונת הצדדים או כוונת אחד הצדדים. במקרה דנן, איננו נדרשים לקבוע מסמרות בסוגיה זו. אין חולק כי הצדדים לא התגוררו במשותף - ואין נפקא מינה שהדבר נבע מאילוצים שונים כטענת המערערת – ולא ניהלו משק בית משותף. לכן, על פי כל אחת מהגישות, אין לראות את המערערת כידועה  בציבור של המנוח". **השופט מציג את המודל הנורמטיבי, אך קובע כי אין צורך להיכנס לסוגיה זו במקרה דנן.**

אין ספק **שפ"ד שחר נ' פרידמן** עולה בקנה אחד עם המודל הנורמטיבי, וייתכן כי הוא בעייתי יותר עם המודל החוזי. ולנר שמה הדגש אך ורק על המודל החוזי, על כוונת הצדדים. ייתכנו סיטואציות, בהן התוצאות יהיו שונות. השופט עמית – המודל החוזי איננו חזות הכל, יש גם היבטים נורמטיביים.

**פ"ד פלונית** **של שנלר** – האם ניתן לראות את המודל הנורמטיבי כמוביל אותנו לתוצאה אחרת? שנלר שם הדגש על **שאלת הכוונה**. לפי שנלר, המודל הנורמטיבי מביא לתוצאה מעט אחרת. האם הש' עמית היה מסכים לתוצאה הזו? מדובר בפ"ד של קשר של 11 שנים, והגבר עדיין נשוי ויש ילדה משותפת. זהו המקרה המובהק בו יש לבחון, את הכוונה של מי בוחנים? כאשר הצדדים יחד תובעים זכויות מול צדדים שלישיים, מול רשויות המדינה, אין ספק באשר לכוונתם, הכוונה משותפת. כאשר תובעים מול רשויות מדינה הגירה, רווחה, מס וכו' – אין ספק באשר לכוונתם, היא משותפת. מנגד, במקרה פ"ד, זהו המקרה הסבוך ביותר – ברור שמתחילת הקשר הצדדים לא חושבים אותו דבר. האם נכון הוא שביהמ"ש יתעסק עם נבחי הנפש של זוגיות כה מורכבת?

לכן יש חשיבות להיכנס רק לשיקולים נורמטיביים. לעניין השיקולים הנורמטיביים, נשאל – איזה מסר יעלה? האם מבחינת טיעון ההסתמכות של האישה, נכון לאפשר לה הסתמכות זו? האם נרצה לעודד גישה כזו לחיים, של נשים היוצרות תלות בגבר המפרנס? השיקולים הללו לא בהכרח יובילו אותנו לתוצאה ברורה, אך הם שונים מהשיקולים החוזיים.

**פ"ד בר נאור** – **האם יש לפ"ד אמירה כללית, לפיה לא ניתן להתנות על מצב עובדתי של ידועים בציבור?** האם בכל מצב, לאור העובדה כי בני הזוג הצהירו כי הם לא מתכוונים להיות ידועים בציבור, יש להתעלם מההצהרה, ונסיק שידועים בציבור באיזשהו שלב הופך להיות מצב עובדתי, שלא ניתן להתנות עליו, כמעט כמו סטטוס? האם זו התוצאה של פ"ד, או שגם את הפ"ד הזה יש לפרש בצורה מצומצמת, לנסיבות הקונר' בהן הוא עסק ולשאלה המשפטית הספצ' בה הוא דן – תביעה למזונות מן העזבון? אין לשאלה זו בהכרח תשובה.

**נישואים אזרחיים –**

בין יהודים ובין בני דתות שונות, או ספק יהודים, או חסרי דת –

נישואים אזרחיים מחוץ לישראל – יהודים שנישאים מחוץ לישראל, משתי סיבות (מנועי חיתון, או שהם לא מעוניינים בנישואים הדתיים מטעמים אידיאולוגיים). נישואין אזרחיים מחוץ לישראל יכולים להתקיים בין בני זוג יהודים וגם בין בני זוג שהינם בני דתות שונות, ספק יהודים או חסרי דת. אולם נישואין אזרחיים אינם פתוחים בפני בני אותו מין, אלא אם כן המדינה בה מתחתנים מכירה בכך.

**דברי החקיקה שלגביהם אין שום ספק שהם כן מכירים בנישואים אזרחיים, אך לצרכים מסוים** –

ריבוי נישואים – **ביגמיה, חוק העונשין**. החוק קובע, כי "נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם - מאסר חמש שנים". (ס' 176). ס' 178 – "ענין סעיף 176, אין נפקא מינה –

(1)   אם תקפם של הנישואין הקודמים הוא לפי דין המדינה שבה נערכו או לפי דין דתי שעל פיו נערכו;

(2)   אם הנישואין החדשים תקפים או בטלים;

(3)   אם הנישואין החדשים נערכו מחוץ לישראל, ובלבד שבשעת הנישואין היה הנושא אזרח ישראלי או תושב ישראל".

**השופט זילברג** **כינה זאת – נישואים לצורך ביגמיה**. לכאורה, החוק מכיר בנישואים אזרחיים. ברגע שמבצעים נישואים אזרחיים, ואתם נשואים לאחר, לא משנה אם הם בטלים ולא מוכרים, **ברגע שבוצע הטקס האזרחי בחו"ל, נכנסים להגדרות של עבירת הביגמיה**. החוק יוצר הסדר משפטי מיוחד בהתייחסות לנושא הנישואים האזרחיים.

ה**תרת נישואים – חוק השיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים) יוצר הסדר מיוחד, המאפשר לסיים קשר של נישואים אזרחיים**. האם בעצם העובדה שביהמ"ש מסיים את הקשר, ניתן ללמוד משהו על תקפם? לא. העובדה שנחקק חוק המעניק כלי לסיים את הנישואים, עדין לא משמיע דבר ביחס לשאלה של תקפות הנישואים. כל דיון על נישואים אזרחיים בישראל הוא מורב, הוא צריך להתחלק בין השאלה הבסיסית – האם תקפים או לא, לבין שאלות משנה של - מה התוצרים של נישואים כאלה, מהן ההשלכות, ושאלה נוספת – השאלה הפוליטית, האם יש להנהיג נישואים אזרחיים בישראל, או למה אין נישואים אזרחיים בישראל?

**התרת הקשר אינה באה להכריע האם קשר הנישואין היה תקף מבחינת מהות כללי ברירת הדין**. בית המשפט לענייני משפחה אינו נדרש לדון בשאלה האם הקשר בין יהודי לכפול דת תקף או לא. הוא רק צריך להביא את קשר הנישואין הזה לכדי סיום. זו כמובן אנומליה, אך זהו המצב בישראל.

**ההבדל בין הנישואין לבין הגירושין נובע מכך שבעוד נישואין מתקיימים במסגרת טקס שמקנה רישום וסטאטוס, אך לא מהווה אקט שיפוטי, הגירושין הוא מעשה שיפוטי**. מדובר בסכסוך בין הצדדים שדורש הכרעה שיפוטית. וכדי שבית המשפט יוכל לדון בתביעת הגירושין, נדרש שתהיה לו סמכות לכך. לכל המדינות יש לפחות דרישות סמכות מינימאליות.

מה תוקפם של נישואים אזרחיים בישראל?

דברי חקיקה ספציפיים, שעבור לא-משפטנים היוו טיעון – "החוק מכיר בנישואים האזרחיים".

**חוק השיפוט בענייני התרת נישואים** – עד לשנת 69, לא הייתה בישראל דרך לסיים קשר של נישואים אזרחיים. כלומר, אם היו מגיעים ארצה זוג שנישא בחו"ל של יהודי ולא-יהודייה ומבקשים להתגרש, לא היה להם בעצם איך להתגרש, הסמכות לא לביד"ר ולא לבית דין דתי אחר – הסמכות מותנית בהשתייכות של בני הזוג לאותה הדת. לא היה שום דין המאפשר לביהמ"ש אזרחי לסיים את הקשר.

עד 2005, כל מקרה כזה של סיום נישואים של זוגות מעורבים היה צריך להגיע לנשיא ביהמ"ש העליון, שהיה עליו לקבוע לפי סעי, 3 – לאיזה ביד"ר דתי הוענק הסמכות לסיים את קשר הנישואין? ב-2005, נשיא ביהמ"ש העליון הוחלף בנשיא ביהמ"ש לענייני משפחה.

**ס' 5 לחוק ברירת הדין בביהמ"ש לענייני משפחה** – **לפי איזה דין יפעיל בהמ"ש את סמכויות לסיים את הקשר?** לפי איזה דין יפעיל ביהמ"ש את סמכותו להתיר את קשר הנישואין? יש שיקול דעת די רחב לביהמ"ש לענייני משפחה לסיים את קשר הנישואים

החוק החדש ביותר בהקשר של נישואים אזרחיים במובן הרחב – **חוק ברירת הזוגיות לחסרי דת** (2010). מדוע נטען כי החוק מסווה, ולא עושה דבר? הסיטואציה של חסרי דת איננה נפוצה. החלק הגדול – ספק יהודים. והמצוקה הרווחת ביותר היא שאחד הוא עולה לשעבר והשני הוא ישראלי מלידה שיהדותו אינה מוטלת בספק. על מנת שהחוק יאפשר את השימוש בו, שני בני הזוג צריכים להיות חסרי דת באופן וודאי. המצוקה – אחד חסר דת, והאחר לא. עבור זוגות אלה, אין מענה בחוק. החוק יצר מסלול שיכולים להשתמש בו עשרות בדדות של זוגות מידי שנה. החוק לא באמת נותן מענה למצוקת הנישואין.

לדעת המרצה, החוק רק זורע חול בפני מי שהחוק מתייחס אליו, שכן הסיט' של חסרי דת אינה מאוד נפוצה, כדי שהחוק יאפשר את השימוש בו. שני בני הזוג צריכים להיות חסרי דת באופן ודאי, והמצוקה הרווחת ביותר היא שאחד הוא עולה לשעבר והשני הוא ישראלי מלידה שיהדותו אינה מוטלת בספק. אלה הזוגות שקיימת הבעיה אצלם ועבורם אין מענה בחוק!

**הפסיקה צריכה לתת לנו מענה ל** –

1. האם נישואים אזרחיים מוכרים בישראל? האם ישראלי שנישא בחול נישואיו יהיו מוכרים?

2. האם אותם גילויים שונים של נישואים עקב הנישואים האזרחיים חלים לגבי זוג שנישא בנישואין אלו?

**מהשאלה הראשונה הפסיקה התחמקה כל העת**. לאורך עשרות שנים, ביהמ"ש התחמק משאלה ההכרה, שאלת הסטטוס. ראינו זאת **בפ"ד המזונות האזרחיים** של ברק – "שאלה מאוד סבוכה...". אותו ברק עצמו, **בפ"ד בני נוח**, מבהיר כי זו שאלה שחייבים להתייחס אליה, זו השאלה הראשונה שעליה יש לתת את הדעת. האמנם היו חייבים לתת את הדעת בשאלה זו? ברק מבצע מהלך דומה ב**פ"ד רומניה**, נישואי התערובת (בע"ם 9607/03). לשופט ברק בנושא הנישואים האזרחיים יש 4 פסקי דין חשובים – מזונות אזרחיים, וה-3 האחרים ניתנו ברצף, בשנה האחרונה של ברק – בני נוח, רומניה תערובת (חוק הירושה) ונישואי טורנטו של בני זוג בני אותו מין.

**התחמקות משאלת ההכרה (ה"סטאטוס") לאורך כל השנים** – בפסיקה, יש התחמקות עקבית מן הצורך להכריע בשאלת הסטאטוס וההכרה בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל. הפסיקה פשוט נמנעת מלנקוט עמדה האם קשר של נישואין אזרחיים מחוץ לישראל מוכר כתקף או לא בשיטת המשפט שלנו. **איך הפסיקה הצליחה להתחמק מכך? הפסיקה מצליחה להתחמק, שכן היא יכולה לתת תשובות לשאלות של גילויי הסטאטוס (חבילת הזכויות והחובות) מבלי להכריע בשאלת הסטאטוס עצמה.** בעוד בעבר היה מקובל לחשוב שה"חבילה" צמודה רק לסטאטוס, הפסיקה בישראל השכילה לאורך השנים לתת תשובות לכל אחת משאלות גילויי הסטאטוס מבלי שיהיה צורך לתת מענה על השאלה המקדמית האם בכלל יש כאן סטאטוס או לא, ושאלת הסטאטוס נותרה מיותרת.

הפסיקה התחמקה משאלת התוקף, עד שברק מגיע לקראת פרישתו ומשנה עמדתו – מחליט כי השאלה חשובה ויש לתת עליה את הדעת. **האמנם שאלת הסטטוס כה חשובה?** לכאורה, היא קריטית, כי ללא סטטוס אין גילויי סטטוס. ההשלכות – מזונות אישה, חלוקת רכוש, רישום. כל אלה גילויי סטטוס. לכאורה, בשיטת משפט מסודרה, נורמלית, הניתוח חייב להיות כזה, שלפיו ללא סטטוס – אין גילויי סטטוס. בישראל, אין זה כך, בשל כל העיוותים, בעצם **אנו נגיע למסקנה שאין בהכרח קשר בין שאלת הסטטוס לגילויי הסטטוס**. לכן, "לשם מה לנו סטטוס?".

**סעד הרישום** – **פ"ד פונק-שלזינגר**. זהו המהלך הראשון שסימן את הכיוון לכל ההמשך הוא ההתייחסות לרישום. העתירה לבג"צ הייתה מאוד צרה ומצומצמת והתייחסה לעניין הרישום גרידא. השאלה שנשאלה היית,ה האם פקיד הרישום רשאי לסרב לבקשה לרשום אדם יהודי כנשוי? וכן לסרב לרשום אישה כאם נוספת לאם היולדת של הילדה המשותפת לבת זוגה? נקבע, כי פקיד הסעד חייב לרשום לפי התעודה שמציגים המבקשים. **בג"צ קבע, שרק אם הרישום המתבקש עומד בסתירה גמורה למה שנחזה לראות בעין בלתי מזוינת, פקיד הרישום רשאי לסרב.**

היישום האחרון ביותר של עניין זה הוא **פ"ד בן-ארי ושומן** (נישואי טורונטו) – נידון מקרה של בני זוג מאותו המין שהתחתנו בטורונטו, שם מותרים נישואים חד-מיניים. הרישום לו זכו בני הזוג הסתמך על ההיתר לנישואים חד מיניים בחו"ל. כיום, הכי נוח להסדיר נישואים של בני זוג מאותו המין בטורונטו, שכן היא לא דורשת תושבות או שהות מינימאלית. זאת, לעומת ספרד, לדוגמא, שמאפשרת נישואים לבני אותו המין, אך מגבילה זאת רק לבני זוג ששהו בה שהות מספקת.

**הענקת גילוי סטטוס – מזונות אשה (פ"ד שמואל)/שיתוף נכסים/ירושה** – לגבי כל אחד מהם, אנו יודעים היטב, שבעצם לא משנה שאלת הסטטוס! **לא משנה אם הנישואים תקפים או לא**.

מזונות אישה – **פ"ד שמואל**. דיברנו על ההבדלים בין ביהמ"ש אזרחי לדתי, כאשר בביהמ"ש אזרחי יש תחולה למסגרת כללים של משפט בינלאומי פרטי, דבר שלא רלוונטי בבה"ד דתי. דבר זה יכול לבוא לידי ביטוי, ברגע שמדברים על נישואים אזרחיים ועל מזונות. ע"פ הפ"ד – **זוג שנישא מחוץ לישראל ומתעוררת שאלת המזונות, קודם כל נשאל האם הנישואים תקפים, ולאח"כ נשאל מה חובות המזונות של בעל יהודי לאשתו היהודיה**. ברק **בפ"ד המזונות האזרחיים** מזכיר את פ"ד שמואל שוב, וקובע שאנו **לא נלך לשאלת הסטטוס!** אם עד לפ"ד של המזונות שהאזרחיים היינו יכולים לחשוב שיש עוד משמעות לשאלת הסטטוס/האם הקשר כן מוכר בישראל כתקף או לא (מתוך מחשבה, שרק אם הוא מוכר, אז תהיה זכות למזונות, כלומר, מזונות נגזרים רק מקשר תקף), **ברק בפ"ד זה משנה את הגישה וקובע שהולכים בדרך ניתוח אחרת, של דרך החוזה!**

בסוף השורה הזו ראינו שהש' פלאוט, שאליה חזר התיק של בני נוח – ההתדיינות המשפטית המשיכה בבהמ"ש למשפחה גם בשאלת חלוקת הרכוש וגם בשאלת המזונות. פלאוט נתנה את פסקי הדין, ובשתי השאלות האלו היא נסמכת על רע"א של ברק. כששנים אח"כ חוזר אליה אותו התיק של בני נוח, היא פוסקת בהתאם לגישת ברק! מזונות אזרחיים גם ל-5 שנים אחרי סיום הנישואין!

באשר לחלק ב"חבילה" שנוגע למישור הפנימי שבין בני הזוג עצמם, **השופט ברק קבע בפ"ד של המזונות האזרחיים, כי אם הוא חל על זוגות שחיים כידועים בציבור, קל וחומר שהוא חל גם על זוגות שנישאו בנישואים אזרחיים, שהרי זוג שנישא בנישואים אזרחיים** הוא בוודאי גם ידוע בציבור, שעוד טרח לעגן את מערכת היחסים בפרוצדורה רשמית, תוך הצגת הכוונות הפנימיות באופן חיצוני. **אחרי פ"ד פלונית (המזונות האזרחיים), אנו כבר לא צריכים להכריע בשאלת סטאטוס הנישואים, לצורך הזכות למזונות.**

ירושה – **ס' 55 לחוק הירושה – בני זוג שאינם נשואים זה לזה יכולים לרשת אחד את השני, בתנאים מסוימים**. לכך יש להוסיף את **פ"ד שנצר נגד ריבלין** – נקבעה ההלכה, כי ס' 55 משמיע זכויות זהות לידועים בציבור לגבי כל הזכויות מכח חוק הירושה, כולל לס' 11 לחוק הירושה - זכות הירושה של בן זוג. רואים התייחסות לדירת בן הזוג – בפ"ד נאמר, כי ידועים בציבור נכנסים גם **לס' 11** – לכן, לכאורה, לא צריך את ס' הסטטוס! פ"ד המרחיק לכת בנושא הוא **פ"ד רומניה (נישואי תערובת)**- ברק נכנס לשאלת הסטטוס.

**נישואי קפריסין (בני נוח), רומניה ("תערובת"), טורונטו (בן ארי)** – האם יש הכרעה בשאלת ברירת הדין? **בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית** (נישואי תערובת, רומניה), היה תיק בו נידונה שאלת זכותה לירושה של אישה נוצרייה, תושבת רומניה, שנישאה עם יהודי בנישואין אזרחיים ברומניה. **לפי חוק הירושה קיימים שני סוגים של יחסים בין בני זוג המקנים זכות ירושה על פי-דין** –

1. "בני זוג" הזכאים לרשת מכוח קשר נישואין פורמאלי (**סעיף 11 לחוק הירושה**).
2. בני זוג הזכאים לרשת מכוח חיי משפחה במשק בית משותף, מבלי שנישאו בטקס נישואין פורמאלי (**סעיף 55 לחוק הירושה**).

אולם, במקרה הזה היה מדובר על בני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים בחו"ל, ולכאורה החוק אינו נותן מענה למקרים כאלו. השופט ברק קבע, כי **יש לכלול בגדר "בן זוג" לעניין סעיף 11 גם נישואי מוריש יהודי למי שאינה יהודייה**, **אשר נישאו מחוץ לישראל בנישואין אזרחיים התקפים במקום עריכתם**.

**לכאורה אולי אנחנו כבר באמת לא צריכים להכריע יותר בשאלת הסטאטוס של נישואים אזרחיים**. הרי בני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל זכאים לקבל את כל ה"חבילה" – כמובן שאת כל הזכויות במישור החיצוני, וככל הנראה גם את כל הזכויות שבמישור הפנימי – **גם מבלי להכריע בשאלת הסטאטוס**.

**אולם, האם יש הכרעה בשאלת ברירת הדין?** האם אנחנו יודעים איזה כללי ברירת דין יש להפעיל כדי להכריע האם הנישואים האזרחיים תקפים או לא? השאלה של נישואין אזרחיים מחוץ לישראל היא שאלה שמתעוררת חדשות לבקרים והתעוררה פעמים רבות מאוד בבתי המשפט בישראל, ובעצם עד היום (או אולי עד פס"ד נישואין קפריסין), בית המשפט התחמק מלהכריע לגביה ולקבוע אם הנישואין תקפים או לא תקפים.

שאלת תקפותם של נישואין מחוץ לישראל (פסקאות 24-28 **לבג"ץ 2232**) / האפשרויות השונות לנתח את תוקפם של נישואים אזרחיים (כולן מעוגנות במשפט הבינלאומי פרטי) –

1. **גישת דין מקום עריכת הנישואין (כללי ברירת הדין האמריקאים)** – כללי ברירת הדין האמריקאים קובעים, שכדי להכריע בשאלה האם להכיר בתוקף של אקט שיפוטי זר, יש לבדוק האם האקט תקף באותו מקום שבו נעשה. התוצאה של גישה זו היא הכרה בכל הנישואים – הגישה המאפשרת ביותר. זאת הגישה הקיצונית שמכירה הכי הרבה בנישואים אזרחיים. אם זוג נישא בקפריסין והנישואין אזרחיים תקפים שם, אז גם יהיו תקפים בארץ.

לדוג' – **פ"ד נישואי רומניה**. יש לשים לב, שפ"ד זה היה האחרון שברק נתן, ניתן לאחר פרישתו למעשה. ברק קובע, כי הגישה צריכה להיות הכי מאפשרת, הגישה של כללי ברירת הדין האמריקאים, לפיהם כל עוד נערך טקס התואם את תנאי המקום, הנישואים צריכים להיחשב כתקפים.

לאיזה סיטואציה נועדו כללים אלה? להתנגשות בין מדינות של פדרציה, כמו בארה"ב – כללי ברירת הדין האמריקאים נוצרו כדי למנוע, או להפחית במידת האפשר, התנגשויות בין הסדרים בין מדינות שונות בפדרציה. הדבר מסביר, מדוע נלך אחר מקום עריכת הנישואין, נכבד את הדין הפנימי והתנאים הפנימיים של כל אחת מהמדינות, על מנת להפחית למינימום את ההתנגשויות.

האם נכון הוא לייעד כלל זה הנועד לסיטואציה מדינתית-פוליטית מאוד מסוימת? הטיעון של ברק – העלייה מארצות ברית המועצות לשעבר הביאה לריבוי המשמעותי של מקרי נישואים אזרחיים, ולכן אין ברירה – שיקולים שונים מחייבים אותנו להכיר כמה שיותר, ולכבד כמה שיותר את האקטים האינדיבידואלים שבצעו זוגות, שלא הייתה להם ברירה, אלא להתחתן בנישואים אזרחיים.

1. **גישת סימן 46 לדבר המלך** **ומועצתו** – כללי ברירת דין אנגליים: הבחנה בין כושר להינשא לבין צורת הטקס). כשיש לקונה בחוק, פונים לדבר המלך – לכללי ברירת הדין האנגליים. אלו קובעים כי השאלה האם הטקס תקף מבחינה צורנית מוכרעת לפי דין מקום הטקס, אך שאלת הכושר להינשא (האם בני הזוג הספציפיים יכולים להינשא) מוכרעת לפי דין מקום מושבם של בני הזוג, כאשר יש לנו לקונה.

סימן זה קובע, שכל זמן שיש בחוק הישראלי לקונה, יונקים הסדר מהדין האנגלי. יש לנו חסר – החוק הישראלי לא קובע האם נישואים אזרחיים תקפים, ולכן צריכים לקלוט את כללי ברירת הדין האנגליים. הכללים האנגליים מבחינים בין צורת הטקס (פקיד עירייה, או אדם אחד שיש לו סמכות) לבין הכשירות להינשא. בודקים את שאלת הכשירות להינשא לפי דין מקום המושב של בני הזוג. זוג יהודיים, תושבי הארץ שנישאים בקפריסין – מתקיימת צורת הטקס, אבל את הכשירות נבחן ע"י ההלכה והיות ששניהם יהודים, מותר להם הלכתית להינשא. אולם, מנגד, זוג מעורב שיינשא בחו"ל, לפי סימן 46, הכשרות שלהם להינשא לא קיימת.

אם בני הזוג ישראלים – הדין האישי שלהם יכריע. אם הם יהודים – הדין העברי. כאן אנחנו נכנסים להבחנה בין פנויים להינשא לפסולי חיתון לפי ההלכה היהודית, ולשאלה מה קורה עם בני זוג שאסורים מלכתחילה אבל מוכרים בדיעבד. הגשה הינה ייבוא הדין האנגלי דרך סימן 46, שחלקו המהותי – לברר את שאלת הכשירות להינשא, לפי דין מקום מושבם של בני הזוג. לכן, לפי סימן 46, אם מדובר בזוגות פנויים חיתון – התוצאה חיובית. זוגות מעורבים – שלילית. מנועי חיתון – שלילית.

1. **דין אישי לאורך כל הדרך** – גישת סימן 47 לדבר המלך. שואלים, למעשה, האם מדובר ביהודים, ואז מחילים את ההלכה בנוגע להאם הנישואים תקפים, פועלים לפי הדין האישי. **לפי גישה זו, אין לנו לקונה, כי על כל שאלה אנחנו צריכים להכריע לפי הדין האישי של הצדדים**. גם אם מדובר באקט משפטי שנעשה מחוץ לישראל, אנחנו עדיין צריכים להכריע לפי הדין האישי של הצדדים. לפיכך, יש לשאול את ההלכה היהודית האם היא מכירה בנישואין אזרחיים או לא?

נפקויות במצבים שכיחים (בהנחה שמדובר באזרחי ותושבי ישראל) –

* **פנויי חיתון** – סימן 46 מאפשר, לגבי סימן 47 אנחנו לא יודעים מה גישת ההלכה לגבי נישואין אזרחיים.
* **פסולי חיתון** – סימן 46 מאפשר? הדבר תלוי בשאלה האם קלטנו גם את החלק האיסורי של הדין העברי או לא? הנושא לא הוכרע מעולם.
* **זוג "מעורב"** – סימן 46 לא מאפשר, שכן ליהודי אין כושר להינשא או לשאת מי שאינו יהודי, לפי הדין העברי.

דין אישי יהודי: השקפת ההלכה אודות נישואין אזרחיים –

השאלה הזאת רלוונטית רק בין בני זוג יהודים, שכן אין קידושין בין יהודי למי שאינו יהודי. מה קובעת ההלכה לעניין נישואים אזרחיים? "האישה נקנית בשלוש דרכים".

עד **לבג"צ בני נוח**, הגישה המקובלת הייתה להבחין בין מצבים שבהם לבני הזוג הייתה אפשרות להתחתן בנישואין כדמו"י לבין מצבים שבהם הנישואין האזרחיים נעשו מתוך חוסר ברירה של בני הזוג. ההבחנה נוגעת לאותם מצבים, בהם **הנישואים האזרחיים היו הדרך היחידה שמאפשרת התקשרות בין בני זוג**, המדינה לא התירה, אסרה באיסור פלילי נישואים דתיים. במצב כזה, הנישואים האזרחיים היו הדרך היחידה. על כן, נפסק **ייתכן שהם כן התכוונו לנישואים כדמו"י, אך לא היה ביכולתם לעשות כן**. יש מקום להחיל את החזקה.

בעבר, זוגות נישאו בדרך אזרחית במקומות בהם היה אסור לבצע טקס דתי או במקומות בהם לא ידעו כיצד לבצע את הטקס הדתי. אלו מצבים שבהם הדרך האזרחית לא הייתה האופציה המועדפת על בני הזוג, אך ננקטה בהיעדר אפשרות של עריכת טקס נישואין כדמו"י. הניתוח ההלכתי במצב כזה הוא פשוט. **המשנה אומרת שאישה נקנית בשלוש דרכים: 1. כסף. 2. שטר. 3. ביאה.** הדרכים שרלוונטיות כיום הן הכסף (פרוטה או שווה פרוטה) וכמובן הביאה. על מנת שמעשי האישות אכן יצרו קשר של קידושין כדמו"י, צריך שתהיה כאן כוונה ליצור את הקשר של הקידושין כדמו"י.

**מתי ניתן לייחס לבני הזוג כוונה של קידושין כדמו"י?** כאן נכנסת חזקת "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות". הגישה הרווחת הייתה, כי **כאשר הנישואין האזרחיים הם בלית ברירה, יש להניח כי אדם לא רצה לעשות בעילתו סתם, אלא ביקש לחיות בקשר לגיטימי של קידושין כדמו"י**. בנסיבות כאלה, קובעים שהיו כאן קידושי ביאה. אם כן, מבחינים בין בני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים בלית ברירה לבין בני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים, תוך שהייתה להם ברירה אחרת.

**דרך קידושי הביאה עשויה להיות רלוונטית לכל מצב של זוגיות, של קיום חיים משותפים** – למשחק נכנסת החזקה, לפיה **אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות**. בעילות זנות הינה ניהול אורח חיים לא לגיטימי. אם לאדם 2 אפשרויות – להיות בסדר מבחינה הלכתית, או לא, אזי שחזקה היא על האדם שהוא מעדיף לעשות את הדבר הנכון. בפוטנציה, החזקה הזו יכולה להיות מאוד מרחיקה לכת, ולכבול גם זוג צעיר, ידועים בציבור בתחילת דרכם, בעת תקופת הניסיון שלהם לנישואים הלכתיים, על בסיס החזקה. זה לא יעלה על הדעת, אך האפשרות התיאורטית קיימת, חייבים להיות ערים לו.

המצב עימו ביה"ד הרבני מתמודד כיום רבות, הוא של בני זוג יהודים פנויי חיתון שבחרו שלא להיות בקשר עם הרבנות, ולכן הם בוחרים למסד את הקשר ביניהם באמצעות נישואים אזרחיים מחוץ לישראל. **הדעה הרווחת בקרב הפוסקים היא שבהיעדר כוונה של קידושין כדמו"י אין לייחס כוונה של נישואין כדמו"י, כי הנישואים האזרחיים סותרים כאן את הכוונה של הנישואין כדמו"י ונעשו כדי להימנע מנישואין כדמו"י**.

גישה זאת היא שהוליכה את ביה"ד הרבני האיזורי להגיד **בפרשת בני נח** שלא היו כלל נישואים ושבני הזוג פנויים להינשא לאחרים, ללא כל פרוצדורה. האישה היא שאמרה שזה לא ייתכן. אולי היא חששה שזכויותיה הממוניות יקופחו, אבל בכל אופן הטיעון שלה היה שלא יכול להיות שקשר של 20 שנה בין בני זוג, קשר שגם עוגן באקט של נישואים אזרחיים, עם רישום במרשם האוכלוסין, ייחשב ל"היה כלא היה" ולכן היא התחילה את המאבק שלה באמצעות המערכת האזרחית ועתרה לבג"צ. אז בג"צ מחזיר את התיק לביה"ד הרבני ושואל את הדיינים: לפי מה התרתם את הנישואין בין בני הזוג?

* **עד כה, ניתנו פסקי דין שהורו על החלת ספק של קידושי ביאה על ידועים בציבור**. אולם, מדובר במקרים בודדים בלבד. מדוע? החזקה הזו מוחלת **רק כאשר יש יסוד להאמין שבאמת הייתה כוונת קידושין כדמו"י בעצם קיום החיים המשותפים**. זו הדעה המקובלת. אם נחזור למצב של נישואים אזרחיים, יש מחד, ראיה לכך שבני הזוג התכוונו לחיים משותפים רשמיים, שיהיה להם נופך רשמי. מאידך, לא התכוונו להינשא כדמו"י. אולם, בכל יתר הנישואים האזרחיים, החזקה לא מתקיימת, שכן ברור שבני הזוג בחרו בדרך האזרחית, כדי להימנע מקידושין כדמו"י.

**התשובה הבסיסית של הריב"ש** – "אין ספק..שנאשו בנימוסי הגויים אין בהם חשש גירושין...רק שהכומר מברך אותם בקול גדול...אין אומרים..חזקה..שאינה לשם קידושים אינה מקודשת...שהוא מתייחד עימה..לא נאמרה אלה..ולא בפרוצים..זרה". **החזקה רלוונטית רק לגבי אנשים שהם כשרים, שומרי דת** – זוהי נק' משמעותית, לפיה **החזקה לא רלוונטית לגבי הרוב המכריע של הנישאים בנישואים אזרחיים כיום**.

**שיקולי מדיניות סותרים, משני צדי המתרס** – איזו גישה הלכתית תהא יותר ליברלית? מבחינה אינטואיטיבית, תפיסה מתקדמת וליברלית תהא זו הקובעת כי גם נישואים אזרחיים נכיר. אולם, דווקא גישה כזו היא המחמירה יותר, הפחות נוחה, שכן היא פחות מאפשרת לנו למצוא פתרונות, היא תביא אותנו למצוקת העיגון, מימנה ניסינו לברוח. **הגישה הליברלית יותר היא דווקא הגישה הדוחה נישואים אזרחיים.**

המבנה ההלכתי של נישואי בני נוח –

**בבג"ץ 2232, פרשת בני נוח** – הרב דייכובסקי פיתח תיזה של נישואי בני נח. לדעת המרצה, מדובר בפוליטיזציה של השאלה, כי כל החשש של הרב דיכובסקי היה שתאבד הסמכות לבד"ר. אלמלא העתירה לבג"צ בני נוח, התיאוריה לגבי נישואי בני נח (שהיום מיוחסת לנישואין אזרחיים) כלל לא הייתה מגיעה להכרעה שיפוטית. הייתה פוליטיזציה של שאלת השקפת ההלכה אודות נישואים אזרחיים.

השופט ברק הלך שבי אחרי הקונבנציות האינטואיטיביות, אחר התפיסה היותר פופוליסטית, לפיה נרצה שההלכה תכיר בנישואים אזרחיים. **דובר היה בנישואים אזרחיים בין שני יהודים, כאשר מערכת היחסים ביניהם הייתה כזו בה נוצר תלות כלכלית בין האישה לאיש** – האיש עו"ד מצליח, האישה הייתה מנהלת המשרד שלו (קיבלה מימנו את המשכורת). האיש ביקש לסיים את קשר הנישואין. בגלגול הראשון, בד"ר קובע שהם כלל לא נישואים. לפי הגישה ההלכתית הרווחת, לפיה בעידן הנוכחים אין מקום להחיל על רוב הנישואים האזרחיים את החזקה האמורה, **הזוג לא נשוי, אין צורך בגט**. האיש מבקש לשנות את הרישום מנשוי לגרוש, אך האישה טוענת – לא ייתכן לשנות את הרישום, ללא פ"ד המורה על גירושין. ביד"ר הגדול קובע – נפלה שגגה בביד"ר האזורי. נכון שלקשר אין משמעות הלכתית, אך יש להוסיף משפט אופרטיבי. האישה עותרת לבג"ץ בטענה כי לא הייתה עילה. עצם העתירה הייתה בעייתית, ניסוח הסעד קשה, יש קושי גדול לעתור לבג"ץ כנגד פ"ד של ביד"ר – ביד"ר דן פה בשאלות שהן הלב של ענייני הנישואין והגירושין, שאלת תוקף הנישואין, שאלות שהם בלב הסמכות הייחודית של ביד"ר. לכן, ניסוח האפשרות להתערב בעייתי. אילו בג"ץ רצה, הייתה לו דרך פשוטה לומר: אין לנו עילה להתערב, בדומה **לפרשת אברהם** (ניסיון לבטל את ביטול הגט – בג"ץ קבע, כי אין לו אפשרות להתערב, שכן מדובר בעניין מובהק של גירושין). גם כאן, ההתערבות קשה.

אולם, השופט ברק כן רצה להיכנס לגופו של עניין. אחד הטיעונים של האישה – יש יחס מפלה לזוגות שנישאו בנישואים אזרחיים, כל ההתייחסות המזלזלת והמבטלת של ביד"ר נבעה מכך שמדובר בקשר אזרחי. זו **אפליה נגד זוגות שנשואים אזרחית מול זוגות הנישואים כדמו"י, ועל כן פ"ד לא יכול להיוותר על כנו.**

השופט ברק, בצעד חריג מאוד, פונה לביד"ר ומבקש שיבהירו את הבסיס למה שפסק, שישלים השלמת הנמקתו. **התשובה של ביד"ר הגדול, פ"ד המשלים של הרב דייכובסקי** (פסקה 15 לפ"ד של ברק) –

"א. הנישואין האזרחיים הותרו על פי דין תורה, באמצעות פסק-דין המתיר את נישואי הצדדים.

 ב.    פסק דין להתרת נישואין אזרחיים, יינתן כאשר קיימות עילות ממשיות, שבגינן לא ניתן לקיים שלום בית בין הצדדים. בית הדין יבחן את העילות הללו, ולאחר שיגיע למסקנה שאכן אפסה התקווה לשלום ואין מנוס מפירוק הנישואין, אזי יינתן פסק-דין להתרת הנישואין.

 ג.     בית-הדין יבחן את האפשרות לביצוע גט פיטורין הן מבחינה הלכתית והן מבחינה מעשית. במידה ולא ניתן לסדר גט פיטורין מבחינות אלו, אזי יותרו הנישואין בדרך של פס"ד.

 ד.    אין צורך בהסכמת שני הצדדים להתרת הנישואין אולם יש צורך בתביעה של צד אחד, ובציון עילות מתאימות, כאמור לעיל".

**דייכובסקי טוען שקשר של נישואין הלכתיים מורכב, לכאורה, משתי קומות –**

1. הקומה האוניברסאלית – שייכת לכל בני נוח, לכל האנושות. **במסגרת 7 מצוות בני נוח**, שלכאורה, כל האנושים חייבת בהם, קיימת גם הקונספציה של זוגיות, שאנו יכולים לכנותה – **זוגיות מונוגמית**, עם בלעדיות לאחד. זו הקומה הבסיסית, היא קיימת לכל האנושות. **לבושה כיום – נישואין אזרחיים.**

החלק של קשר הנישואין שמייחד את האישה המסוימת הזאת לאיש המסוים הזה ואוסר אותה לכולי עלמא, החלק הזה קיים רק אצל יהודים שנישאו כדמו"י. אולם, החלק של הנישואין שבו האיש קונה את האישה, קיים גם אצל בני נח.

לבני נח אין דין של קידושין אבל יש להם דין של נישואין. הרב דייכובסקי מסביר שכל זה רלוונטי גם ליהודים, שהרי גם יהודים הם בני נח. אם כן, **גם יהודים שלא עשו את הנישואין כדמו"י, אבל כן עשו את הנישואין לפי דיני אומות העולם כיום, נכנסים לאותה מדרגה ראשונה של קשר של נישואין, שהוא קשר אוניברסאלי שמוכר גם בהלכה**. ממש כפי שאמורים לסיים את הקשר הזה לפי דיני אומות העולם, בפסק דין של ערכאה שיפוטית מוסמכת, גם כאן בנישואים אזרחיים צ**ריך לסיים את הקשר הזה באמצעות פס"ד של ערכאה שיפוטית מוסמכת, והיא בישראל בית הדין הרבני**.

1. קידושין כדמו"י – זוהי קומה נוספת לגבי יהודים. קיומה של הקומה הוא המצריך את הגט, כאשר בלעדיו לא ניתן להיכנס לקשר חדש. אולם, **כאשר קיימת רק הקומה הראשונה בלבד, יוצאים מהקשר באמצעות אקט שיפוטי של ערכאת בעלת סמכות, אין צורך בגט.**

**מחד, אין צורך בגט, אך מאידך אין הדבר מוריד מחשיבותו של הקומה, יש לה משמעות, היא מוכרת מבחינה הלכתית**. מדוע היה חשוב לדייכובסקי לדלות את הדעה הלא-מקובלת הזו של נישואי בני נוח? **דייכובסקי פחד מאיבוד סמכות של בד"ר.** היה ברור, שאם נותרת הגישה שהפעיל בד"ר האזורי, הדבר היה מוביל את ברק ללקיחת סמכויות בד"ר – אלה הם נישואים לא מוכרים, ולבד"ר יש סמכות רק על נישואין מוכרים. אם בד"ר לא מכיר בנישואים, אזי שאין לו סמכות לדון בהם, וגם לא בגירושין, שכן אין צורך בכלום (לפי ביד"ר האזורי). זוהי הפוליטיזציה, פחד משמיטת סמכות של בד"ר. הרב הבין שזו הדרך בה ברק מאיים ללכת, הוא הבין גם שברק מעניק לו חבל לרדת מהסולם, בכך שברק פנה באמצע הדיון לבד"ר וביקש חוות דעת משלימה, הליך מאוד לא שגרתי, הוא אותת לו – אם לא יענה תשובה אחרת, הוא יאבד את הסמכות.

* אילו ברק היה מוותר על הפנייה, הייתה לו הזדמנות לקבוע כי לביד"ר אין סמכות לדון בנישואים אזרחיים.

**גירושין ללא אשם** – זהו הכיוון שכל העולם המערבי הלך אליו, בדיוק כפי שדייכובסקי ניסח – **תום הנישואין**. העילה לסיום הנישואין היא גירושין ללא אשמה – משבר בלתי ניתן לאיחוי. זוהי העילה שעל בסיסה פוסק בד"ר האזורי לקביעה כי הנישואים הסתיימו. ברק קופץ על אמירה זו, מתלהב מכך שבד"ר מכיר בגירושין ללא אשם, אך שוכח **שהעילה רלוונטית אך לנישואים אזרחיים**. העילה לא רלוונטית ל-90 אחוז מהמקרים הנדונים בביד"ר.

שני דברים מפריעים במבנה הזה של נישואי בני נח –

* **פוליטי** – עשוי להיפתח פה פתח לעקיפה מלאה ומוחלטת של כל שליטת בית הדין הרבני לגבי חלקים מאוד גדולים בציבור הישראלי שיבינו שאם הם נוקטים בדרך של נישואים אזרחיים הם עושים מסלול שעוקף דת מהתחלה ועד הסוף (מה שלא קיים היום).
* **דתי** – יש גישה הלכתית שאומרת שגם בנישואין אזרחיים ואפילו אם נעשו מלכתחילה כדי לעקוף את הנישואין כדמו"י, כן נוצרה זיקת אישות וקידושין, ואם יש ספק בזה אז חייבים גט כדי להתיר גירושין, ולא רק גט לחומרה שאפשר לוותר עליו. אומנם הגט ניתן מספק, אבל צריכים את הגט וללא הגט האישה היא אשת איש. ובשביל הספק הזה, אומרים בתי הדין הרבניים שהם לא יכולים לוותר על הסמכות לדון במקרים האלה כי אם הם יעשו את זה, הם בעצם פותחים פתח לספק של ממזרות.

ההבחנה בין גט מספק לגט לחומרה –

**הגישה ההלכתית המקובלת – ייתכן מצב של ספק של נישואים כדמו"י**, העשויה להתבסס על החזקה לעיל. החזקה מעלה ספק, שאולי נוצרו כאן קידושים כדמוי, לפי קידושי ביאה. אולם, ספק זה לא מתקיים ברוב המקרים בימנו. זו הדרך ההלכתית המקובלת בימנו. במצב שכזה, או שלא דורשים דבר (לא נישואים בכלל), או שדורשים גט, אך זהו **גט לחומרה**, שמשמעותו – לא באמת צריך כאן גט, אך למראית עין נרצה גט, שלא יחשבו שאישה נשואה נחשבת כפנויה לאחר, ללא גט. אם לא ניתן לסדר גט לחומרא (הבעל לא נותן/נעלם), מוותרים על גט זה, שכן לא באמת צריכים אותו, האישה איננה אשת אישה.

* **גט לחומרה** – מבחינה מעשית, גט לחומרה הוא **גט שניתן לוותר עליו**. זהו גט שבית הדין הרבני דורש רק לצורך מראית עין כדי שלא יווצר רושם שזוג שנחשב נשוי נפרד ללא גט. אבל אם אין אפשרות לסדר את הגט הזה, **ניתן לוותר על הגט ואין בו צורך הלכתי, והאישה פנויה להינשא לאחר גם ללא הגט**. לדעת המרצה, עד לפרשת בני נח, ב-80% מהמקרים, זאת הייתה העמדה של בתי הדין הרבניים בישראל ביחס לנישואים אזרחיים בין יהודים. העמדה שלהם הייתה שלא נוצרה כאן זיקת אישות, בוודאי לא נוצר כאן חשש לקידושין, ואם מסדרים כאן גט זה רק גט לחומרה, כדי שלא יגידו שהאישה הולכת להתחתן עם מישהו אחר, מבלי שקיבלה גט מבעלה הראשון.
* **גט מספק – על גט מספק אי אפשר לוותר**. גט מספק הוא תוצאה של תיאוריה הלכתית (שלא מוכרת בשיטת משפט אזרחית) של **מצבי ספק – ספק האם אחד הצדדים יהודי או לא יהודי וכן ספק האם היו קידושין או לא.** זהו מצב מוגדר שיש לו השלכות. כאשר מדובר בספק קידושין, זה מניב תוצאה שמחייבת גט מספק. **ללא הגט, האישה לא יכולה להינשא לאחר.** **היא ספק אשת איש**. אם האישה תוליד ילדים לגבר אחר, הילדים שלה יהיו ספק ממזרים, ולפיכך לא יוכלו להינשא ברבנות, בשל הספק.

ההתפכחות: תגובת הנגד של ביד"ר – המלחמה על הנישואין האזרחיים

עד **לפ"ד נישואי קפריסין**, הגישה הייתה שלא דורשים גט וודאי, אלא לכל היותר גט לחומרה. ואם דורשים רק גט לחומרה, אזי שאפשר גם לוותר עליו במקרה הצורך. אומנם, בני הזוג צריכים תמיד לעבור בגירושין דרך הרבנות, אבל המעבר קל ומהיר. אולם, אז הגיעה תגובת הנגד של ביה"ד הרבני והמלחמה הזאת כללה שתי מערכות:

* **כריכה גם בנישואים אזרחיים מוץ לישראל, למרות האוביטר של ברק** (**פ"ד 764411/1**) – ברק: האם בג"ץ יכול להתערב ולקבוע כי הכריכה לא תופסת? לא, אין מקום להתערבות בג"ץ. ברור שניתן לכרוך גם לתביעת גירושין בנישואין אזרחיים, ובג"ץ לא יוכל להתערב לאחר מיכן.

ברק אמר שכל תביעת גירושין במקרה של נישואים אזרחיים לא יכולה להוליד סמכות נכרכת, כיוון והכריכה הזאת אינהרנטית, מעצם טיבה וטבעה, לא תעמוד במבחני כנות הכריכה. ברק מסכים עם הקונסטרוקציה של הרב דייכובסקי, לפיה לא ניתן לסיים זוגיות רשומה ללא הליך שיפוטי, אבל כל זה לא נוגע לשאלת הזכויות הפנימיות שמצמיח קשר כזה. כולם יודעים, שמבחינה הלכתית קשר כזה לא מצמיח זכויות, ולכן מי שבכל זאת כורך בתביעת גירושין של נישואין כאלו, כל המטרה שלו היא למנוע זכויות מבן זוגו. מכאן ברק הגיע למסקנה, **שכל כריכה במקרה של תביעת גירושין בנישואים אזרחיים איננה כנה.**

או אז מגיעה תשובת בתי הדין הרבניים, כשפ"ד המשמעותי ביותר הוא **פ"ד האיזורי בנתניה (משנת 2010)**, בו ניתנת תשובה ניצחת לברק. מדובר בפ"ד מרתק מבחינה הלכתית. בסיומו, נקבע שמכוח "מנהג המדינה" ביה"ד כפוף לחוק יחסי ממון (והלכת השיתוף), ואף לחובת המזונות בנישואים אזרחיים, ולכן הכריכה כנה. הרב ינאי כתב 25 עמודים הלכתיים מפורטים, כשלכולם ברור שהוא לא מתכוון לאף מילה. אם תבוא אישה ותתבע מזונות אזרחיים בבד"ר, היא לא תקבל. אולם, תיאורטית, כן יכולה להיות זכות למזונות בנישואים אזרחיים בביד"ר.

* **עגינות** – מספר פסקי דין היוצרים עגונות גם על בסיס נישואים אזרחיים. המשמעות הינה, כי בתי הדין לא ממשיכים בקו של דייכובסקי. ולא רק זאת, אלא גם ביחס לגישה שהייתה קיימת קודם לכן (אין צורך בגט, הוא רק לחומרא, ואם הבעל סרבן יוותרו על הגט) – בתי הדין מתהדרים בכך שהם מפעילים מיד את הסנקציה החמורה ביותר, הם לא מוותרים על הגט.

בניגוד גמור לקו שהוביל הרב דייכובסקי, ובניגוד לכל המקובל עד כה, **קיימת יצירת מצבי עגינות ברורים בנישואין אזרחיים (מצב יותר חמור). בפ"ד בולגריה**, בני הזוג לא חיו כבר שנים ביחד ובד"ר היה יכול להגיד שאפשר לוותר על הגט לחומרה ושהאישה יכולה להינשא לאחר. אבל בד"ר אמר לבעל שאם לא ייתן את הגט יופעלו נגד סנקציות (במסגרת חוק קיום פסקי דין בגירושין) וייתכן והוא אף יישלח למאסר. עד כדי כך מקבלים פה את עמדת האישה. אך התוצאה היא, שיש מצבי עגינות גם בנישואין אזרחיים. אם עד עכשיו ניתן היה לומר שנשים שנישאות בנישואים אזרחיים מגינות על עצמן מפני חשש של הימצאות במצב של עגינות, היום זה כבר לא נכון. **כיום, נישואים אזרחיים לא מעניקים ביטחון מפני עגינות.** אם כן, גם אם במסגרת גיבוש מסלול אזרחי מקביל, בית המשפט הכיר בנישואים אזרחיים, הרי שיכול להיות מצב של עגינות גם בנישואים אזרחיים. **גם אם בני זוג נישאו בנישואים אזרחיים, מאזן הכוחות יכול להיות אותו מאזן כוחות כמו בנישואים כדמו"י, ואז הגבר יכול גם להציב תנאים בגט.** מכאן, שההשלכות של נישואים אזרחיים כיום דומות הרבה יותר להשלכות של נישואים כדמו"י, לעומת המצב הנוהג לפני רק כעשר שנים.

הבחירה להינשא בנישואים אזרחיים היא אשליה, אנו כן מוצאים עצמנו ברבנות. בעקבות פסקי הדין של ההתפכחות, כל הגיבוש המקביל של הנישואים האזרחיים סוכל. שכן יש לנו גם כריכה של רכוש בנישואין אזרחים, ובקשת סיום שלהם, וגם חשש במקרים קונקרטיים של עגינות גם בנישואין אזרחיים. מכת הנגד של העגינות בנישואין אזרחיים + הוספת תנאי לגט, היא מכה קשה וחזקה.

הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל –

**הצעות שונות של ברית הזוגיות** –

כיום, כבר עבר חוק ברית הזוגיות. מהו היחס בין חוקי ברית הזוגיות לנישואים אזרחיים? האם ברית הזוגיות, כאשר היא פתוחה לכל, שווה להנהגתם של נישואים אזרחיים? בישראל, עלינו למצוא מנגנונים שיאפשרו להחזיק החבל משני קצותיו, למצוא מוצא כדי לתת תוקף לנישואים אזרחיים, אך לא לקרוא לזה כך, נקרא לזה ברית הזוגיות. אולם, מהותית יהא זה אותו דבר.

בהיבטים של זכויות המוענקות לזוגות (אימוץ, או טיפולי פוריות, למשל) וזכויות המוקנות מכוח זוגיות (כניסה לישראל), המעמד של ברית הזוגיות שונה מזו של נישואים כהלכה (יש צורך להמתין זמן רב יותר). יש יחס חשדני יותר לבאים בברית הזוגיות. אולם, מהותית, מבחינת החבילה של החובות והזכויות, הם שווים.

**מה יקרה אם יונהגו נישואים אזרחיים בישראל?**

פרפו' רוזן-צבי, מסלולים מקבילים – המדינה תעניק אפשרות בחירה לזוגות העומדים להינשא, בין שתי חלופות – חלופה דתית ואזרחית, חלופות שוות מעמד. הרעיון – הדרך בה נכנסתם היא הדרך הנבחרת לכל אורך הדרך, ועל כן את היציאה מקשר הנישואין יש לעשות באותו המסלול (הדתי, או האזרחי).

החובות והזכויות מבחינת המדינה, מבחינת שירותי הרווחה וכו' זהים לחלוטין. מבחינת המערכת הפנימית של בני הזוג, במסלול הדתי – חל הדין הדתי, וניתן לפנות אך לבית הדין הדתי. במסלול האזרחי – המערכת האזרחית תגבש דין שלם, הסמכות התא אך ורק לבתי המשפט האזרחיים.

**היתרונות** – לא כופים כפייה חילונית, אנו עדין מאפשרים לאנשים מאמינים, כאשר האמונה הדתית היא גם אידיאולוגית מוצקה מבחינת השיוך הלאומי, להמשיך ולאחוז בדרך החיים שלהם, ולא כופים עליהם להיחשף לפרקטיקות אזרחיות-חילוניות.

**החיסרון** – הותרנו את הבעייתיות מן המערכת של הדין הדתי, הבאה לדי ביטוי באפליה כנגד נשים (עגינות וסרבנות גט), על כנה. יתרה מכך, ברגע שנתנו אפשרות בחירה, בד"ר יקשיח את עמדותיו ("אתם בחרתם בי, ידעתם למה אתם נכנסים"). מנגד, יש הטוענים כי העמדות ירוככו, כי בד"ר ירצה להראות שהוא יותר מאפשר.

נישואים אזרחיים בלעדיים – אך ורק נישואים אזרחיים. הדרך היחידה שתהא מוכרת מבחינת המדינה תהא האזרחית. קיים בצרפת ובארה"ב, ברוב המדינות המערביות הדמוקרטיות. יכולים להיות כוהני דת שיהיה להם סמכות מטעם המדינה למלא את הטפסים האזרחיים הרשמיים – ייתכן שיהיה רב המקיים טקס דתי (שמותר מבחינת המדינה), אך מבחינת המדינה, מה שיצור את הסטטוס ויוכר כתקף הוא הרישום בטפסים, שהרב מסדר הקידושין יהא מוסמך למלא. הטקס האזרחי הוא הקובע. האמנם פתרנו סוגית העגונות? לא, תיווצר עגינות וממזרות (לכאורה, אין דרך להבטיח שהם באמת התגרשו מבחינה דתית, חזרנו למצב שהיה בצרפת).

פתרונות נוספים – יש מדינות שניסו לקבל חוקים, בניסיון לפתור את בעיית העגינות היהודית. הגט לוו הראשון בנו-יורק קובע, כי אם מבקשים גירושין, יש להצהיר, שבמידה והנישואים היו גם דתיים, אזי שאתה מסיר מבן הזוג כל מחסום מלהינשא מחדש בדרך דתית. הבעיה הינה כי מדובר בהתערבות דתית, יש בעיה חוקתית.

הגט לו השני התקבל ב-93, וקבע, כי כאשר ביהמ"ש פוסק בנגע לסעד מזונות, או חלוקת רכוש, יש סדרה שלמה של פרמטרים שביהמ"ש צרך להביא בחשבון, ובין היתר – אם צד אחד מונע מהאחר נישואים מחדש דרך דתית. אין בעיה חוקתית, אך הבעיה לפי המתנגדים היא, כי הגט יהא גט מעושה, שכן יש כאן הפעלה של בסנקציה כספית על הבעל, ועוד ע"י ביהמ"ש של גויים.

על כן, נראה כי יש דרכים למדינה להעניק פתרונות לסיום הדרך של הנישואין הדתיים.

עמדות המתנגדים לנישואים האזרחיים –

יהיו גם גירושין אזרחיים, אך הנישואים האזרחיים יוצרים חשש של קידושין כדמו"י, ולכן כל אישה היא ספק אשת איש, ואם דרך הסיום היא אזרחית, ללא גט, **אנו יוצרים דור שלם של ספק ממזרים, הבעיה היא בגירושין. התשובה** – הכל תלוי בעמדה ההלכתית שתבחר. זו שאלה של חישובים ושיקולים פוליטיים.

**בעיה עמוקה יותר בנישואין האזרחיים – מאפשרים נישואי תערובת**. אין שום אפשרות למדינה לשלוט על הכניסה לקולקטיב היהודי בדרך של יצירת קשרי זוגיות, של נישואין. זו הסיבה, שבגינה אין סיכוי להנהיג נישואים אזרחיים בישראל – **חשש מהתבוללות**. המדינה לא יכולה להתיר בחוק התבוללות – הרוב הגדול של חברי הכנסת שותפים לעמדה זו.

**זוגות בני אותו מין –**

כשמדברים על ספקטרום ההתייחסות מצד המדינה לזוגות בני אותו מין, ניתן לתאר רצף החל מן הקצה האוסר ביותר (עד רמה של קרימינליזציה) וכלה בקצה המאפשר ביותר, כאשר השאלה היא אם הקצה המאפשר ביותר הוא לאפשר לזוגות בני אותו מין להיכנס למוסד הנשואים (שעד לאחרונה היה שמור רק לזוגות הטרוסקסואלים) או להחזיק בילדים.

בלא מעט מדינות בעולם המערבי אנחנו עוברים בשנים האחרונות מהלכים שבמסגרתם ניתן לזוגות בני אותו מין איזשהו "כרטיס כניסה" לאותו סטאטוס (או מעין סטאטוס) שהיה שמור לזוגות הטרוסקסואלים, אך עדיין עם מגבלות שקשורות לרוב לגידול ילדים. יכול להיות הסדר משפטי לפיו זוגות בני אותו מין יוכלו להיכנס למסגרת של "שותפות רשומה", אבל הם לא יוכלו ליהנות מתמיכת המדינה לצורך הקמת משפחה, כאשר הם יזדקקו לסיוע על מנת להביא ילדים לתא המשפחתי. כלומר, "כרטיס הכניסה" לתא המשפחתי קיים, אבל הוא נעצר ברגע שמגיעים לילדים.

ההנמקות של השופט מרקוס משקפות את הגישה הערכית המאוד מהססת ואולי אפילו ביקורתית וחוששת לגבי האפשרות של גידול ילדים במסגרת תא של בני זוג בני אותו מין. ראינו זאת גם בעמדות המיעוט בפס"ד ברנר-קדיש ובוודאי בפס"ד ירוס-חקק. גם בדעת הרוב בפס"ד ירוס-חקק אפשר לראות את התשובה להתייחסויות השליליות לנושא גידול הילדים במסגרת תא משפחתי של בני זוג בני אותו מין.

בארה"ב, ניתן בשנת 1995 פס"ד ברוורד של בית המשפט העליון, בערעור על פס"ד של מדינת טקסס. באותה עת, יחסים הומוסקסואליים בטקסס נחשבו אז לעבירה פלילית והתובע הכללי הפעיל את סמכויות האכיפה בנושא. במסגרת כך, פרצו לביתו של המתמודד מטעם האופוזיציה בבחירות המקומיות ותפסו אותו יחד עם בן זוגו בחדר השינה. הוא הושם במעצר והובהר לכל התושבים מדוע הוא נמצא שם. בהמשך הוא הועמד לדין בטקסס והופלל. בערעור לבית המשפט העליון של ארה"ב נקבע ברוב של 5:4 שכל מדינה רשאית להוסיף ולשמר חוקים שהופכים יחסים הומוסקסואליים לעבירה פלילית.

ברוב מדינות העולם (בעיקר ביבשת אפריקה) יחסים הומוסקסואליים עדיין אסורים על פי חוק. יש אפילו עונש מוות בתימן, איראן, סעודיה וסודאן. בשנות ה-90' גם בחלק ניכר ממדינות ארה"ב (מדינות הדרום בעיקר) יחסים הומוסקסואליים היו אסורים. זה שונה בפס"ד לורנס משנת 2003, אז ארה"ב הצטרפה למשפחת האומות הליברליות ויחסים הומוסקסואליים הותרו בחוק. לפיכך, האמירה של אובמה כיום מקבלת משמעות עוד יותר חזקה. בישראל יש הכרה בנישואים הומוסקסואליים ממדינות אחרות, בעקבות **פ"ד בן ארי ושומן.**

הולנד הייתה המדינה הראשונה בעולם לאפשר נישואים הומוסקסואליים, בשנת 2001. בלגיה אחריה בשנת 2003, קנדה לאחר מכן בשנת 2005. בקנדה גם אין דרישה של זיקה מדינתית ולכן זוגות הומוסקסואלים רבים הולכים להתחתן שם. גם ספרד מאפשרת החל משנת 2005 נישואים הומוסקסואליים בשטחה והדבר מעניין שכן 80% מתושבי המדינה הם קתולים מאמינים.

יש גם מדינות שמכירות בזוגיות רשומה וכל מיני קונסטרוקציות דומות. זה אולי מה שמקביל אצלנו לניסיון לקדם את המושג של "ברית הזוגיות". חוק ברית הזוגיות שעולה לדיון חדשות לבקרים מוצע בכמה ורסיות ממקורות שונים ויש הבדלים עקרוניים בהם. הגרסא שמקדם המכון הישראלי לדמוקרטיה גם מתפצלת לשתיים. בגרסא היותר רשמית אין פתח בברית הזוגיות לזוגות בני אותו מין. בבחינת השיקולים הפוליטיים של ראשי המכון הישראלי לדמוקרטיה, בכדי לקדם איזשהו סיכוי שברית זוגיות תיפתח באופן הרבה יותר רחב ולא רק לזוגות ששניהם חסרי דת, התפיסה היא שמוצדק לשלם את המחיר שזה יהיה פתוח רק בפני זוגות הטרוסקסואלים. אבל יש הצעות בגרסאות שונות לפיהן ברית הזוגיות תפעל באופן הרבה יותר רחב. אם יתרחש הבלתי-אפשרי ובאמת יעבור חוק ברית הזוגיות ויפתח אותו באופן רחב גם לזוגות בני אותו מין, נצטרף לאותן מדינות שמאפשרות נישואין אזרחיים לבני זוג מאותו המין. אבל החוק שעבר עד עכשיו מכיר רק בנישואין של זוגות ששניהם מחוסרי דת.

ספקטרום ההתייחסות מצד המדינה –

* **הגישה האוסרנית** – זהו הצד הקיצוני ביותר. איסור מוחלט, ובמדינות מחמירות – עונש מוות (אוגנדה). גישת הקרימינליזציה קיימת בחלקים מאוד נרחבים בעולם, אם כי לא בעולם המערבי. אבל מספרית, זה הרוב המוחלט של העולם.
* **גישה "סובלת", דה-קרמיניליזציה** – ביטול האיסור הפלילי על מעשה סדום. בישראל, השלב הזה קרה בשנת 1988. חיים כהן, לכשהיה יועץ משפטי אמר לא לאכוף את האיסור על יחסים הומוסקסואליים עוד בשנות ה-70 אך החוק נותר על כנו ולכאורה היה ניתן לאכיפה עד ביטול העבירה בשנת 1988.
* **הגישה המגוננת** – לדוג': חוק שיווין הזדמנויות בעבודה ואיסור אפליה מטעמי נטייה מינית. **לפי גישה זאת לא תומכים ולא מעודדים וגם לא מקנים זכויות, אבל כן מונעים התייחסות מפלה מטעמים של נטייה מינית**. רואים את זה אצלנו בחוק למניעת אפליה בעבודה משנת 1992, כאשר נוסף האיסור של הפליה מטעמים של נטייה מינית. פ"ד פורץ הדרך בהקשר זה הוא **פ"ד דנילוביץ'**. שאלת מחשבה אפשרית היא לבקש לנתח את **פ"ד דנילוביץ'** ואת **פ"ד בבלי** מבחינת הגישה של ברק. ניתן לראות פה דפוס שחוזר על עצמו בהנמקה של ברק. ברק קובע בפסקי הדין הללו שיש שתי אפשרויות ניתוח:

1. האפשרות המצומצמת יותר (הפחות רדיקלית).
2. האפשרות המהפכנית.

**בפ"ד בבלי ובפ"ד מזונות אזרחיים ברק בוחר באופציה המהפכנית. בפ"ד דנילוביץ' הוא בוחר באופציה הלא מהפכנית, אבל הרטוריקה שלו היא כן מהפכנית**. האפשרות המהפכנית היא להגיד שבני זוג מאותו מין הם בני זוג לכל דבר ועניין ולכן בכל מקום שכתוב 'בני זוג' זה כולל גם בני זוג מאותו המין. אך בפס"ד דנילוביץ' ברק פוסל את האפשרות הזאת. זה לא שברק אמר שהמושג 'בני זוג' אף פעם לא כולל בני זוג מאותו המין, אבל הוא אומר שלעניין הפליה בעבודה יש לנו חוק מפורש שאוסר הפליה בעבודה ומשנת 1992 עילה פסולה להפליה זו הפליה מטעמי נטייה מינית. כך שמשנת 1992 אסור להפלות בין עובד אחד למשנהו, רק בגלל שאחד הוא הטרוסקסואל והשני הומוסקסואל. בהקשר הזה ברק מנתח האם יש לנו באמת הפליה וצולל לתיאורים ממש פיוטיים ופסטורליים: "האם חיי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם מחיי שיתוף של בני מין שונה?". פסק הדין רווי התייחסויות ברמה הרטורית אל בני זוג מאותו המין, בדרך שמעמידה אותם באופן שווה לחלוטין מבחינת התייחסות חברתית-ערכית לזוגיות הנורמטיבית של בני זוג הטרוסקסואלים.

* **גישה תומכת** – מאפשרת גם רכישה של זכויות על בסיס איזשהו מעמד הדומה למעמד של ידועים בציבור. כאן יש קשת מאוד רחבה. **פ"ד של השופט עמית בעע"ם 343/09 הבית הפתוח לאחווה ולסובלנות נ' עיריית י-ם** הוא בנושא בקשה לתקציבים, כפי שמגישים ארגונים חברתיים. מדי שנה, הבית הפתוח נאלץ לעתור גם בהקשר של מצעד הגאווה וגם בהקשר של בקשות תקציבים לפעילויות. פ"ד נותן סקירה מאוד מקיפה של היסטורית ההתייחסות של מדינת ישראל לבני זוג מאותו מין. אבל מאז ספטמבר 2010, אז ניתן פסק הדין חלו עוד התפתחויות.

**בישראל, אנו מצויים בגישה התומכה. הקצה שלה – הכרה מלאה, הקנייה מלאה של הכרה בנישואים.**

* אפריל-מאי, שנת 2013 – צרפת היא המדינה ה-14 המאפשרת נישואים של בני אותו מין.

במשך שנים, נעשו ניסיונות לגרום לביהמ"ש העליון בארה"ב לשמוע עתירות בנושאים אלה, אך זה נדחה באופן שיטתי. שני קייסים כן מצאו את דרכם. הבית הלבן הצטרף כידיד ביהמ"ש לצד התומכים.

**DOMA** – גם אם התקיימו נישואים בין בני אותו מין מוכרים באותן 12, אך מדינה אחרת חוקקה חוק המגביל את הנישואין לאיש ואישה בלבד, היא לא מחויבת להכיר בתוקפם של הנישואין הללו. זה מערער את כל המערכת הפדרלית, ההכרה המדינתית שמעוגנת בחוקה עצמה – כל מדינה צריכה הכרה הדדית באקטים השיפוטיים של כל אחת מהמדינה. כמו כן, הוסף כי הממשל הפדרלי לא יכיר בנישואין בין בני אותו מין, ולכן גם לא יעניק כל מיני הטבות פדריליות. ממשל אובמה הכריז כי יפעל לבטל את החוק, אך כל עוד הוא קיים, ממשיכים לאכוף אותו. אולם, הם לא יגנו עליו בפני תקיפה על החוקתיות שלו, אלא הם גם יצטרפו כידיד לעתירות נגד החוק.

עתירה נוספת במדינת קליפורניה – הסמן השמאלי, מבשרת על מהפכים ומהלכים חקיקתיים וחוקתיים הליברליים ביותר. המצב בסופו של דבר היה כזה, שבמשאל עם שהתקיים בבחירות האחרונות בקליפורניה על שאלת ההכרה בנישואים בין בני זוג מאותו מין. באופן מפתיע, בניגוד לתחזיות, תושבי קליפורניה הצביעו נגד ההכרה. בית המשפט הפדרלי הפך את ההכרעה – נעשה מהלך של התערבות פדרלית בהכרעה של תושבי מדינה מסוימת. גם סיפור זה הגיע לביהמ"ש העליון, שאיחד את 2 העתירות.

דעת הקהל בארה"ב ברורה, לא מותרה ספק לאן הרוח נושבת ייתכן, שהעליון האמריקאי ימצא את הדרך להכריע בעתירות מבלי לפסוק בצורה ברורה וחד משמעית אם הסמכות לנישואין בין בני אותו מין, כן מוענקת, או לא. כיצד? השאלה רגישה ופחות חד-משמעית מאיסור נישואין של שחורים ולבנים. השיח של זכויות אדם בינלאומיות חייב להיות נטוע בחשיבה המשפטית. יש לחשוב גם מעבר לגבולות הפנים-מדינתיים, על הזירה הבינלאומית, בה הזכות לנישואין בין בני אותו מין לא ברורה בכלל. ביהמ"ש האירופאי לזכויות אדם הכריע כי יש להעניק את הזכות לנישואין גם לזוגות בני אותו מין. אולם, הוועדה לזכויות אדם דחתה תביעות פרטיות שטענות – בכך שמדינה מסוימת לא מעניקה את הזכות לנישואין לזוגות בני אותו מין היא מפרה את האמנה. התביעות נדחו. במישור הבינלאומי, הזכות לא מוכרת. ברמה האירפוית, הזכות מוכר. השאלה לא מוכרעת.

**כיצד ביהמ"ש האמריקאי יכול להכריע בעתירות נקודתית בלבד? הדרך שייתכן שיוכל ללכת בה – לדון בשאלת הסמכויות של כל מדינה אל מול הממשל הפדרלי, ייטען כי הנושא נתון להכרע של המדינות.**

מעמדם של זוגות בני אותו מין בישראל –

**היועמ"ש פרסם הנחיות לאחר פ"ד של ביהמ"ש בנצרת** – **עא 3245/03 בעניין ירושת המנוח ש.ר**. פסק הדין עסק בהחלת סעיף 55 לחוק הירושה גם על בני זוג ידועים בציבור בני אותו מין ודיבר על המונח "איש ואישה". השופט המחוזי, הנשיא ממן, קבע כי איש ואישה כולל גם איש ואיש. האם יש גבול לפרשנות התכליתית? יש לנו כאן מונח עם זיהוי מיני/מגדרי ברור, שלא מותיר ספק – "איש ואישה". האם זה יכול להיחשב כאיש ואיש לפי הפרשנות התכליתית? **השופט קבע כי הסעיף כולל גם בני זוג מאותו מין.** הוא מסביר כי זוגות בני אותו מין אומנם לא נכנסים להיות בני זוג במובן של סעיף 11 לחוק הירושה, כי בני זוג בחוק הירושה זה רק נשואים וזוגות בני אותו מין לא יכולים להינשא בישראל, אבל הם כן "איש ואישה" לצורך סעיף 55 לחוק הירושה.

היועץ המשפטי דאז היה מני מזוז והוא נתן הנחיה לא לערער על החלטת בית המשפט. הוא גם הנחה את האפוטרופוס הכללי ואת רשויות המס מאותו פסק דין לנהוג בבני זוג מאותו המין, בדיוק כפי שנוהגים בידועים בציבור שהם הטרוסקסואלים. כלומר נקודת המעבר פה היא אותה פסיקת מחוזי בנצרת והנחיות היועמ"ש בעקבותיה, לצורך העניינים הכלכליים. היועמ"ש הוציא הנחיות (חומר עזר), שמדברות על כך שכל אימת שמדובר בהטבות כלכליות, בהכרה בזוגיות לצרכים של זכויות רווחה וזכויות כלכליות, המדינה מקבלת את השוואת מעמדם לזוגיות של בני זוג בני מינים מנוגדים. כלומר, בעקבות פסק הדין, היועמ"ש קובע כי גם זוגיות בני אותו מין הם כמו כל זוג של ידועים בציבור, כל עוד מדובר ברובד הכלכלי/רכושי/רווחתי.

"הגישה העקרונית המנחה את היועץ המשפטי לממשלה היא, כי יש להבחין בין עניינים ממוניים-סוציאליים, בהם צריך לנקוט עמדה פרקטית וגמישה ברוח הזמן והמציאות החדשה, לבין ענייני מעמד אישי ויצירת סטאטוס, בהם יש לנהוג בזהירות, ובד"כ הסדרתם היא עניין למחוקק".

ריאקציה לפסק הדין – פ"ד בנצרת הוביל ריאקציה בביהמ"ש לענייני משפחה (**1320/08**) וגם בבד"ר (**בבד"ר חיפה מיום 16.3.11**). כיצד ביהמ"ש לענייני משפחה יכול לפסוק בניגוד לפסק הדין בנצרת? הוא לא מחויב לו, התקדים המחייב הוא רק של ביהמ"ש העליון. לא פסק הדין בנצרת ולא ההנחיות של היועמ"ש מהוות תקדים מחייב. לא היה ערעור.

**ביד"ר 835722/2 פלוני נ' פלונית** – השופט ציטט פ"ד של שופט מבית המשפט לענייני משפחה בב"ש **ת"ע 1320/08**, שקבע שהוא לא מבין כיצד ניתן למתוח את הפרשנות של "איש ואישה" על בני זוג מאותו המין. דייני בית הדין הרבני בחיפה קבעו כי הם מקבלים את דעת המיעוט בפס"ד שניתן בנצרת ואת דעת שופט המשפחה בבאר שבע. העובדה שלא היה כאן ערעור בעצם יוצרת לנו מצב משפטי שבו **אין תקדים מחייב של ביהמ"ש העליון שינחה את המערכת המשפטית כולה לומר שבני זוג מאותו מין דינם כדין ידועים בציבור לכל הקשר במשפט הישראלי**. לכן לכאורה, פסיקת בית הדין הרבני מבחינה פרשנית היא לגיטימית. האם הזכויות מובטחות,? לא בהכרח. **במקום בו יש עמימות, כאשר החוק משתמש במילים של איש ואישה, ייתכן כי דינים לא יהא זה לזה של ידועים בציבור, שכן אין כיום הלכה מחייבת של ביהמ"ש בנושא.**

* הדין הממחיש לנו את הוויכוח הערכי בצורה המשמעותית ביותר הוא **פ"ד בעניין בין ארי ושומן**.

אם פ"ד היה מגיע לבג"צ ככל הנראה הוא היה מתהפך. אבל **בבג"צ בת-חן גרוני** טבוע עקרון חשוב מבחינת סמכויות בית הדין הרבני. העיקרון הזה אומר **שמכיוון ובית הדין הרבני לא מכיר במוסד הידועים בציבור, הוא לא יכול לרכוש סמכות בסכסוך ירושה כאשר אחד הצדדים הוא ידוע בציבור**. מדובר **ב"תזת אי-ההכרה".** אם ביה"ד הרבני לא מכיר במוסד הידועים בציבור, לא יכולה להיות לו סמכות לדון בסכסוך שאחד ממרכיביו נוגע לקיום משהו שהוא לא מכיר בו. אולם ביה"ד הרבני בחיפה אומר שהעניין שלנו, שונה כי איש ואיש בכלל לא יכולים להיות ידועים בציבור. מנגד ניתן להשיב באותה הנמקה שניתנה בבת-חן גרוני. **אם ביה"ד הרבני לא מכיר במשהו (כמו זוגיות הומוסקסואלית), הוא לא אמור לדון בעתירה**. לכן, אם היו עותרים לבג"צ העתירה כנראה הייתה מתקבלת.

מדובר בתחום שאין לגביו קונצנזוס חברתי, אבל **אותה התייחסות מאפשרת ומעניקת זכויות לפי הנחית היועמ"ש בנושאי הרווחה, הכלכלה והזכויות מצד המדינה לזוגות הומוסקסואליים היא כבר מוסדרת, שרירה וקיימת, ואין שום צפי לשינוי בנוגע אליה**. הכל כמובן מתוך הנחה שאותם זוגות הומוסקסואליים יכולים לבסס את מעמדם בדומה לידועים בציבור ולהוכיח שהתקיימו בהם אותם תנאים לאמוד באמצעותם האם קשר זוגי עונה על התבנית של קשר של ידועים בציבור.

לגבי אותה הבחנה בין מישור כלכלי למישור ערכי, יש לשים לב כי **המישור הערכי מתייחס לשאלה של הורות וגידול ילדים.** השאלה הזאת שוות ערך לשאלת כרטיס הכניסה למוסד הנישואים. כאשר חברה נוקטת עמדה שרואה בתא של שני גברים או שתי נשים כתא ראוי ולגיטימי לצורך הולדת וגידול ילדים, היא מביעה בכך את עמדתה של שוויון מוחלט בין הזוגיות הזו לזוגיות הנורמטיבית המקובלת.

הלכת פונק-שלזינגר – האם בני זוג בני אותו מין הינם "בני זוג" –

**המונח בין זוג לעניין האימוץ פורש ככולל גם בני זוג מאותו המין. זוהי התוצאה של** **פ"ד ירוס-חקק.**

**פרשת ירוס-חקק** – בנות זוג שחיו יחדיו וניהלו משק בית משותף הגישו בקשה לבית המשפט למתן צו אימוץ לכל אחת מהן באשר לילדי רעותה. יצוין כי עוד לפני כן ניתן לאביטל צו אפוטרופסות על הילדים של טל ולטל על הילדים של אביטל. המאבק התחיל מיד לאחר פ"ד דנילוביץ', כאשר בנות הזוג ערכו משפט ציבורי במסגרת האגודה לזכויות האזרח. המשפט הציבורי הזה עורר עניין מאוד גדול והוא זה שגרם לרשויות הרווחה לאפשר את מתן צו האפוטרופסות. בעקבות הצו הזה בנות הזוג החליטו "ללכת על כל הקופה" ולהגיש את התביעות האלה "על אמת" ולא רק במשפט מבוים.

הסעיף הרלוונטי כאן הוא **סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים**. סעיף 3 מתחלק לרישא: "אין אימוץ אלא על ידי איש ואישתו יחד" ולסיפא לפיה בית משפט רשאי לתת צו אימוץ למאמץ יחיד במקרים שונים, כמו אם הורי המאמץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ. על זה צריך להוסיף את סעיף 25(2) שקובע כי אם האימוץ לטובת המאמץ, בית המשפט רשאי להיפטר מהתנאים של פטירת המאומץ הוא קרבת המאומץ. טל ואביטל שילבו את סעיפים 3(2) ו-25(2). הן לא הלכו לפי סעיף 3 רישא שכן אין אימוץ שלא ע"פ איש ואישה. הן גם לא הלכו לפי סעיף 3(1) שאומר "אם בן זוגו הוא הורה מאומץ או אימץ אותו לפני כן".

בנות הזוג הגישו את העתירה שלהן בסוף שנות ה-90. פ"ד המחוזי ניתן בשנת 2001 ופס"ד העליון בשנת 2003. היה אז היסוס מאוד גדול. המהלך הפוזיטיביסטי בפס"ד לא היה מאוד מרחיק לכת. **המהלך לא קבע שאישה ואישה או איש ואיש הם בני זוג לצורך חוק האימוץ. המהלך הפוזיטיביסטי השתמש בעיקרון העל של טובת הילד, שכן בנות הזוג כבר חיו כבנות זוג, והילדים חיו כאחים ביחידה משפחתית אחת. אין ספק שהן אימהות לילדים ואין ספק שטוב לילדים ששתי האמהות יוכרו כהורות לילדים, לפי פ"ד של ברק.**

לאחר מתן פסק הדין **היועץ המשפטי הלך צעד אחד קדימה**: "יש לפרש את המונח 'בן זוגו' לעניין סעיף 3(1) ככולל גם בן זוג מאותו המין המבקש לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוגו. לפיכך, בנסיבות של אימוץ ילדו הביולוגי או המאומץ של בן-זוג חד-מיני, יש לנקוט בהליך לפי סעיף 3(1) כאמור, שהוא דרך המלך ההולמת מקרים אלה...".

**פרשת ברנר-קדיש** – בני הזוג הגיעו מקליפורניה. התעוררה שאלה של הכרה באימהות, תא משפחתי של שתי אימהות. בקליפורניה, כל אחת הוכרה כאם המאמצת של הילד הביולוגי של בת הזוג. על סמך הרישום, כשחזרו ארצה, רצו רשום להירשם באופן דומה. האם עצם זה שנעשה אימוץ בחו"ל, מספיק כדי לדרוש את הרישום במרשם האוכלוסין כאמא ואמא? פקיד הרישום טען כי זה לא אפשרי. לפי הלכת **פונק-שלזינגר** (לפקיד הרישום אין שיקול דעת, עליו לרשום מה שאומרים לו, אלא אם כן קשיש בן 80 רוצה להירשם כילד בין 8 – הבקשה שקרית). פקיד הרישום טען, כי **לא ייתכן שלילד יהיו שתי אימהות, זה נופל לחריג של שלזינגר.**

פ"ד מעורר שאלה משפטית קשה – חוק מרשם האוכ' קובע, שיש לנו סדרה של פרטים, שלגבי חלקם הרישום מהווה **ראיה לכאורה בלבד**. מנגד, לגבי הלאום, דת, מצב אישי, שם בן זוג – הראיה אפילו לא ראיה לכאורה. בפ"ד עמדה לדיון **שאלת ההורות** – ביקשו לרשום את שמות ההורים. **הדבר נופל לגדר פריט רישום של ראיה לכאורה. פונק-שלזינגר, מנגד, דיבר על הנישואין, שלא מהווה ראיה לכאורה**.

* פסקי הדין שהסתמכו על גיור – לא ראיה לכאורה.

**בפ"ד ברנר-קדיש, המדינה ודעת המיעוט של השופט זועבי טוענים לגבי ההחלה של שלזינגר –** האם מדובר בעוד פסק דין בסדרה, האם נכון לומר שזה בדיוק אותו דבר? לא! מדובר ברישום שכן מהווה ראיה לכאורה לנכונות מה שנרשם בו. השופט זועבי – ההליך הנכון שהיה צריך לנקוט בו הוא הליך של הכרה בפסק חוץ. האימוץ הוא אקט שיפוטי.

בגלל דעת המיעוט של זועבי, שלא מעטים הסכימו אתו, המדינה ביקשה דיון נוסף. ניתן דיון נוסף. הבקשה עמדה בפני ביהמ"ש העליון במשך 6 שנים, ולא דנו בה. בינתיים ניתנה הכרעה בעניין **ירוס-חקק.** והתעורר הדיון **בפרשת בן ארי ושומן**. גם פה, נשאלת השאלה – האמנם זהו פ"ד פונק-שלזינגרי מובהק, או שמא הוא בעייתי כמו ברנר-קדיש?

המדינה ניסתה לטעון שאין מקום לרישום, שאין תחולה **לפונק-שלזינגר**. נטען, כי **פונק-שלזינגר** יכול כל עוד שקיים המושג הזה של **תבנית משפטית**. **הלכת שלזינגר רלוונטי כל עוד קיימת בישראל התבנית המשפטית שלתוכה מבקשים להיכנס**. **אולם, אין בישראל תבנית משפטי מוכרת לזוגיות שלבני אותו מין. לכן, פונק-שלזינגר לא חל**. הרוב דוחה את הטיעון, והשופט ברק מדבר על הגאוניות של הלכת שלזינגר – מאפשרת לפסוק, לתת את סעד הרישום המבוקש, מבלי להגיד אם מכירים בתוקף הנישואין/הגיור, או לא.

**השופט רובינשטיין** – ממשיך את המסורת של כל השופטים הדתיים, קורע את המסווה מעל להתחכמות של פונק-שלזינגר. טוען, כי יש להודות על האמת ולהיות כנים – המשחק הזה של לתת את סעד הרישום אך לא להכיר סטטוס? **כולם יודעים, שברגע שיש סעד של רישום, כולם מתייחסים לקשר הזה, לזוגיות כאל מוכרת ותקפה לכל דבר ועניין**. "האדם מן הישוב לא מבחין בין הרישום לסטטוס". זו אבחנה מלכותית. האיזון השברירי נשמר, בין היתר, ע"י המצאה של פיקציות כמו הלכת פונק-שלזינגר. רובינשטיין לא מוכן לקבל את הפיקציה, ולתת את הסעד של ההכרה, של הרישום בפרשת בן ארי. השופט מאיר – הוא, כשלעצמו, היה מצדד דעת המיעוט של השופט זועבי בפרשת ברנר-קדיש.

**פ"ד משפחה** חדשה עוצר רגע אחד לפני שהוא אומר שבעצם העובדה שלאישה יחידה לא פתוחה הדרך להסתייע בהסדר הפונדקאות שהחוק הישראלי מאפשר לזוגות, היא בעצם הפליה פסולה ולכן העתירה צריכה להתקבל. הוא נעצר רגע אחד לפני כן כי הוא אומר שהמהלך הזה צריך להיעשות ע"י המחוקק. בעקבות פס"ד הזה היועץ המשפטי נתן הנחיות המצדדות בעמדה של חשין. בעקבות פס"ד משפחה חדשה והנחיות היועץ המשפטי נשמרה ההבחנה בכל מה שנוגע לסיוע בהבאת ילדים עתידיים וזאת **ההבחנה בין פסקי הדין שעוסקים באימוץ ומאשרים את האימוץ (פ"ד ירוס-חקק וברנר קדיש) לבין הנגישות של זוגות בני אותו מין לסיוע המדינה לצורך הבאת ילדים עתידיים לעולם, בעיקר ע"י פונדקאות**. זאת משום שהזרעה מלאכותית, ע"י פניה לבנק הזרע, כן נפתחה בפני נשים שאינן נשואות. זו יכולה להיות פשוט אישה לא נשואה או אישה שחיה בזוגיות עם בת-זוג.

המסלול הזה כבר היה פתוח בפני נשים עוד לפני **פ"ד משפחה** חדשה ובעצם על בסיס זה פנה ארגון משפחה חדשה בעתירה לבג"צ כדי לאפשר פה גם את הפונדקאות. ההבדל מבחינת פרוצדורה טכנית בין פונדקאות להזרעה מלאכותית הוא שבהזרעה מלאכותית צריך רק תרומת זרע. דרכי הרבייה של האישה תקינים לחלוטין וכל שהיא צריכה זה תרומת זרע. תרומת הזרע יכולה להיעשות בהליך מאוד פשוט של הזרקה לצוואר הרחם ויכולה להיות גם בהליך של הפריה חוץ-גופית. הצורך בהליך של הפריה חוץ-גופית מתעורר כאשר יש אולי צורך גם בתרומת ביצית. האישה שמבקשת את הזרע יכול להיות שלה עצמה כבר אין ביציות ואז היא זקוקה גם לתרומת ביצית. אבל היא יכולה לשאת את ההיריון. הביצית המופרית אמורה להיות מושתלת אצלה והיא מתעתדת להיות האם. גם ההליך של ההזרעה המלאכותית וגם התהליך של תרומת ביציות והפרה חוץ-גופית פתוחים בפני נשים לבדן. גם לצורך כך נדרשו מאבקים משפטיים רבים (המפורטים כולם **בפ"ד של חשין בעתירה של משפחה חדשה**).

**מתי צריך פונדקאות?** כאשר האישה לא יכולה לשאת את ההיריון, או כאשר מדובר בגבר. כאן אנחנו מגיעים באמת להבדל בין גברים לנשים. כדי שאישה תגשים את האימהות שלה היא לא זקוקה למישהי אחרת שתישא את ההיריון עבורה, אלא אם כן יש לה בעיה רפואית. אבל גבר או זוג גברים הומוסקסואליים שמבקשים להגשים את ההורות שלהם לא יכולים לעשות זאת ללא סיוע של אישה שתישא את ההיריון עבורם. אלה הם קבוצות מובחנות שנזקקות לשירותי נשיאת עוברים. פס"ד משפחה חדשה לא פתח בפניהם את הפתח הזה וכך גם הנחיות היועמ"ש בעקבות פס"ד הזה.

איפה מתגרשים? **תמ"ש (ת"א) 11264-09-12, פרשת עוזי אבן ועמית קמה**

היחיד שיכול לתת הוראה לפקיד הרישום עבור פקיד הרישום – בד"ר. לכן, הוגשה תביעה לבד"ר. בד"ר טען כי הוא אינו יכול לפתוח את התיק בכלל. הדבר גורם לבני הזוג לבצע צעד נוסף לטובת הזכויות: **הגשת תביעה לביהמ"ש לענייני משפחה**. הם מסתמכים בהסתמכות ישירה על דברים שהמרצה כתבה – **תיזת אי-ההכרה**. יש כאן פתח למערך שלם של דיני משפחה אזרחיים ושל זכויות של דיני משפחה אזרחיים, מחוץ להישג ידו של בד"ר. נטען, כי יש כאן **פיתוח של כל מיני מבנים, שבד"ר לא מכיר בהם.**

* לדוג' – פ"ד האבהות האזרחית של חשין. בד"ר השרעי לא מכיר באבהות זאת, מבחינה מושגית והכרתית, אך במשפט הישראלי יש מבנה מוכר של אבהות ביולוגית וזוהי אבהות אזרחית. כל פסיקת המזונות האזרחיים של שמגר וברק היא אותו דבר – בניה של סוגיה שלמה של מזונות, שלא מוכרת בבד"ר ולכן היא לא בסמכותו. **גם אם הוגשה תביעה למזונות דתיים בבד"ר, עדין ניתן להגיש תביעה למזונות אזרחיים בביהמ"ש לענייני משפחה, שכן אין מדובר באותה התביעה**. זוהי תיזת אי-ההכרה.

**השופט אליהו בביהמ"ש לענייני משפחה קבע ויישם את תיזת אי-ההכרה**. היישום פשוט – בד"ר לא מכיר בעצם קיומה האפשרי של זוגיות כזו של בני זוג מאותו מין, ולכן לא ייתכן כי תהא לו סמכות בנוגע לדבר שלא קיים עבורו. על כן, במצב זה, הסמכות תהא לביהמ"ש לענייני משפחה. **האם זה מסמל אפשרות של גירושין אזרחיים לכל מצב של נישואין אזרחיים? לא.**

**הגאונות של דייכובסקי, שברגע האחרון קבע כי כן מכירים בקומה הראשונה** – נישואים אזרחיים הם לא "שום דבר", אלא מדובר בקומה הראשונה של הזוגיות, לכן לא ניתן ליישם את תיזת אי-ההכרה על זוגות יהודים (בד"ר מכיר במבנה) הטרו-סקסואליים שנישאו בנישואין אזרחיים.

**היבטים ממוניים של המשפחה – מזונות בין בני זוג**

במסגרת נושא ההשלכות הכלכליות של הגירושין, נעסוק בעיקר ביחסי ממון בין בני הזוג, אך נתמקד גם בתחום של מזונות אישה. ננסה להראות את הקשר שבין סעדי המזונות (בעיקר מזונות אישה) לבין הסעד של חלוקת הרכוש (יחסי ממון בין בני זוג). לכאורה, מן הראוי שכל המשמעויות הכלכליות של פירוק תא משפחתי יבחנו ביחד, כאשר יש קשר בין סעד המזונות לבין ההסדר הסופי של חלוקת הרכוש. במסגרת שאלת המזונות יש להביא גם בחשבון את ההסדר של מזונות לילדי בני הזוג.

אולם, הרבה פעמים הדיונים בחוק, הדיונים התיאורטיים והדיונים בערכאות המשפטיות מנותקים, והאינטראקציה שלכאורה ברורה בין סעד המזונות להסדר חלוקת הרכוש אינה באה לידי ביטוי, לא בחוק ולא בהכרעות השיפוטיות עצמן. **סיבה עיקרית לנתק שבין סעד המזונות להסדר חלוקת הרכוש היא העובדה שעקרונית, ההסדרים הנורמטיביים באים ממקורות שונים לחלוטין:**

**הדין השולט בנושא של מזונות בני זוג הוא הדין האישי – החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) משנת 1959, קובע בסעיף 2(א) כי "אדם חייב במזונות בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו".** נתקלנו בחוק הזה **בפ"ד סולומון נ' סולומון**, שעסק באיש יווני-אורתודוקסי שלא הוכח דינו האישי, אז עלתה השאלה האם ניתן להחיל עליו בכל זאת את חובת המזונות. בפס"ד ניתנה התייחסות לנושא של פיתוח אזרחי של דיני משפחה. לפעמים יש מי שסבור בטעות שכיוון ויש חוק לעניין מזונות, אז ההסדר המשפטי לגבי מזונות נקבע ע"י החוק הזה, אבל זה לא נכון שכן החוק קובע שהדין האישי הוא שקובע את המזונות. אם כן, המקור הנורמטיבי לעניין המזונות הוא הדין האישי.

**לעניין יחסי ממון, המקור הנורמטיבי הוא דין אזרחי – חוק יחסי ממון.**

**לעניין מזונות ילדים, המקור הנורמטיבי הוא גם הדין האישי – סעיף 3(א) לחוק דיני משפחה (מזונות) קובע**: "אדם חייב במזונות הילדים...לפי הוראות הדין האישי שלו". רק אם האדם הוא מעדה לא מוכרת, יחול עליו הדין האזרחי. **רק במקרים בהם האדם מעדה דתית לא מוכרת או חסר דת יחול עליו הדין האזרחי בנוגע למזונות אישה וילדים –**

* **סעיף 2(ב)** – "אדם שאינו יהודי או מוסלמי או דרוזי או חבר אחת העדות הדתיות המפורטות בתוספת הראשונה לפקודת הירושה, או שלא חל עליו דין אישי, חייב במזונות בן-זוגו, והוראות חוק זה יחולו על מזונות אלה".
* **סעיף 3(ב) –** "אדם שאינו חייב במזונות הילדים הקטינים שלו והילדים הקטינים של בן זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, או שלא חל עליו דין אישי, חייב במזונותיהם, והוראות חוק זה יחולו על מזונות אלה".

המשפט הישראלי מכיר בכך שיכולות להיות סיטואציות שהדין האישי יפטור בן-זוג ממזונות בן-זוגו או ממזונות ילדים. אולם בעוד שבמקרה של בני זוג, אפשר לקבל סיטואציות שבהן לא תהיה חובת מזונות של בני זוג, **במקרה של ילדים, אין להתיר אותם ללא מזונות מהוריהם ולכן יש להחיל את החוק הזה כדי לכסות על מצבים שבהם הדין האישי פוטר ממזונות. כאן טמון ההבדל בין מזונות בני זוג בסעיף 2(ב) למזונות ילדים בסעיף 3(ב).**

הבנו את המקורות הנורמטיביים השונים של שלושת הנושאים (מזונות אישה, יחסי ממון ומזונות ילדים) שכולם מסדירים היבטים כלכליים של פירוק יחסי משפחה וראינו שיש הבדלים משמעותיים במקורות הנורמטיביים שלהם, מה שמוביל לכך **שהדיונים בהקשרים אלו יהיו מנותקים**. מדוע נאמר שההסדרים האלו פותרים היבטים של פירוק יחסי משפחה? הזכות של אישה למזונות היא זכות שקמה במהלך חיי הנישואין. אבל השאלות האלו מתעוררות כאשר הפנים הם לגירושין, כך שיש כאן חוסר תיאום. לכאורה, תביעת אישה למזונות מבוססת על זה שבני הזוג ממשיכים להיות נשואים, אבל, **בפועל, תביעות למזונות מוגשות כצעד טקטי ראשון של נשים שמבקשות להתגרש**. לפעמים הן אפילו לא יגישו תביעת גירושין, אלא רק תביעה למזונות. תביעת המזונות היא לרוב "יריית הפתיחה" של תהליך הגירושין מצד נשים. אם כן, יש לנו דבר והיפוכו. **אם אישה תובעת מזונות זה אומר שהיא מחד נשואה ומאידך שהיא מעוניינת להתגרש**. בראשית הדרך, בתי המשפט העלו את האוקסימורון הזה, אך מהר מאוד קיבלו את זה שמדובר במציאות משפטית היוצרת את המסר הכפול הזה, וגם אם הם ניסו להגיד שתביעת מזונות לא מסתדרת עם הרצון להתגרש, ברור שבדינאמיקה של סכסוכי גירושין בישראל, "נשק" תביעת המזונות הוא בדרך כלל ה"נשק" היעיל ביותר מצד אישה שמבקשת להתגרש, משום שהליך הגירושין עלול להימשך לא מעט זמן. אפשרות האישה לזכות במזונות (ואף באופן מהיר יחסית) נותנת לאישה אמצעי לחץ על הבעל. גם אם המזונות לא מאוד גבוהים, זה עלול להוות לחץ כי אף אדם לא מעוניין לשלם עוד אלפי שקלים, למי שאיתה הוא מצוי בסכסוך וכנראה בדרך לגירושין. לכן, כל המחשבה שבעצם יש כאן דבר והיפוכו מושמת בצד.

מזונות אישה: מאזרוח ו"שוויוניזציה" לקידום צדק מגדרי בסיום קשרי זוגיות –

**בתוך הזירה הזו של מזונות אישה עולים נושאים רבים –**

* פרויקט המזונות האזרחיים של שמגר.
* התקבלות המהלכים בבתי המשפט לענייני משפחה (הקשר ל"שוויוניזציה" במזונות ילדים).
* מהפכת המזונות האזרחיים של ברק.
* היחס בין המזונות האזרחיים-חוזיים לבין קידום ההתחשבות בהון האנושי.
* לקראת תשלומי איזון עיתיים.

**עקרונות הדין האישי היהודי בקביעת מזונות –**

עקרונות מזונות אישה לפי ההלכה – **אחד מתנאי הכתובה הוא הזכות למזונות, שכוללת גם את הזכות למדור** (**פ"ד ראש חודש ופ"ד אקנין**), **הזכות לכסות ועוד.**

* **המזונות הם "חד סטריים", רק האישה זכאית מכוח הדין** – יש לזה חריגים אבל הם מאוד נדירים. התוקף הנורמטיבי של חובת אישה לזון את בעלה שונה מאוד מחובת הגור לזון את אשתו. היא מתעוררת רק כשמדובר באישה ממש עתירת נכסים וממון ובעל עני מרוד. אבל גם כאן החובה אינה נובעת מקשר הנישואין אלא מדיני צדקה כלליים.
* **הזכות למזונות תלויה באופן הדוק בהתנהגות האישה** – לבעל יש הגנות מפני מתן מזונות הקשורות להתנהגות המינית או המוסרית של האישה, לפי דרגות חומרה: עוברת על הדת, עושה מעשי כיעור וזנתה תחת בעלה. זה בעצם פטור ממזונות. התנהגות האישה בדרכים אלו מביאה לכך שהיא מפסידה את מזונותיה והבעל פטור ממזונות. ההתנהגות שייכת גם להפרת חובות אחרות של האישה כלפי הבעל, מה שנכנס תחת המושג "מורדת". אישה יכולה למרוד ממלאכה, מיחסי אישות וכן "אישה שאינה עימו" (**בפ"ד פלולי נ' פלולי**, הבעל ביקש לטעון שהאישה אינה זכאית עוד למזונות שכן אינה נמצאת עימו, אבל היא הסבירה כי הוא היה זה שעזב).
* **המזונות ניתנים רק במהלך הנישואין – ברגע שבני הזוג מתגרשים, חובת המזונות נפסקת.**

ההבדל בפרשנות הזכות למזונות בין ביה"ד הרבני לבית המשפט לענייני משפחה יכולה להוביל נשים להעדיף להגיש תביעת מזונות דווקא לביה"ד הרבני, כי ה"נשק" של הבטחת הזכות להמשיך לגור באותה דירה בדיוק וע"י כך מניעת מימוש הנכס ע"י הבעל, מהווה יתרון ברור עבור הנשים במאבק הגירושין ובמאבק על הזכויות הכלכליות מול הבעל. אבל כמובן שזה הוא אינו השיקול הבלעדי.

עקרונות מזונות ילדים לפי ההלכה –

* **החיוב המרכזי מכוח הדין הוא על האב בלבד, חובת האם משנית בלבד** – חובת האם נעוצה בדיני צדקה והיא משנית. האישה חייבת להניק את הילדים, אבל חובת מזונות האם כלפי ילדיה היא לא מכוח ההלכה, אלא מכוח דיני צדקה בהלכה.
* **אופי החובה משתנה בהתאם לגיל הילד ובהתאם לצרכיו** – יש קטגוריות לפי גילאים: "קטני קטנים" (ילדים עד גיל 6) שצרכיהם הכי גבוהים, "ילדי מצווה" (ילדים עד גיל 12-13 – אבל כאן הרבנות הראשית התקינה תקנה שהעלו את חובת המזונות לילדי מצווה עד לגיל 15) וילדים גדולים יותר.

**תפיסה דתית מול אזרחית –**

* **התפיסה הדתית** – עקרונות מסורתיים-שמרניים – תפיסה מסורתית של משפחה (שונות מובהקת בין המינים, חלוקת תפקידים נוקשה, סטנדרט כפול של התנהגות מינית), כפי שהוצגו לעיל.
* **התפיסה האזרחית** – תפיסה הפוכה.

לכן, צפויה להיות פה מלאכת התאמה, מצד בית המשפט האזרחי.

מלאכת ההתאמה של העקרונות והכללים ההלכתיים למערכת הערכים, העקרונות והנורמות האזרחיים –

**במסגרת הגנות נגד תביעת מזונות אישה** –

* **הכיוון הראשון: בהגנה מסוג קיזוז – הרחבת ההגנה – ישנו עקרון הלכתי שקובע**: "מעשי ידיה כנגד מזונותיה". **התפיסה האזרחית אימצה את הגישה הזו וביקשה לעודד את ההגנה מסוג קיזוז**, מתוך ניסיון לעודד את השוויון, לקדם השתתפות נשית בכוח העבודה האזרחית ולשחרר נשים מתלות כלכלית בבעל. **בפ"ד ביקל נקבע שביהמ"ש רשאי לקזז מסכום המזונות את פוטנציאל השתכרות האישה.**
* **הכיוון השני: בהגנה מסוג פטור – צמצום ההגנה – בפ"ד פלולי נ' פלולי צמצמו את הקביעה מפ"ד ביקל ונתנו לנו להבין שההלכה המנחה היא שאישה לא מחויבת לעבוד**. רק בסיטואציות שדומות לפס"ד ביקל, בהן מדובר באישה שעבדה והפסיקה לעבוד או באמת באישה שאין שום סיבה שלא תממש את יכולות העבודה שלה, כן נקזז את פוטנציאל ההשתכרות. כאן עולות השאלות מתי יש לאישה פוטנציאל השתכרות וכו'. מה נגיד במקרה שהאישה בת 45 ולא עבדה כבר 20 שנים? לכאורה אולי נחשוב שאין לה יכולת עבודה, אבל בפועל היא כן יכולה למצוא עבודות שונות.
* **כיוון שלישי (סמוי): אזרוח מלא – כל אותם פסקי דין שדנו בהתנהגויות לא נאותות של נשים**. ברור שאילו פסקי הדין היו נידונים בביה"ד הרבני, הם היו מביאים לפטור הבעל ממזונות. אולם שמגר קבע שקיימת הדדיות וגם הבעלים לא נהגו כשורה, ולא קיבל את טענת הפטור ממזונות. **אצל שמגר היה אזרוח מלא באופן סמוי, בעוד אצל ברק האזרוח המלא היה גלוי.**

**הכלל ממנו נגזר היקף המזונות** – "עולה עימו ואינה יורדת עימו", מבוסס על סטריאוטיפים מגדריים שרואים בנישואין עסקה כלכלית. **כאשר אישה מתחתנת, התפיסה היא שהיא רק אמורה לשפר את מעמדה הכלכלי ולא לדרדרו**. אם מקובל הכלל ההלכתי, הרי שאם האישה עד עכשיו לא הייתה צריכה להשתכר למחייתה, **אין שום סיבה שעכשיו נשלח אותה לעבוד ולהרוויח את לחמה.** השאלה היא אם היא לא חייבת לעשות זאת במסגרת החובות שלה מול הבעל.

אמרנו שתביעת המזונות משמשת כ"יריית פתיחה" לנשים בהליך הגירושין. תביעה בבית המשפט כדאית רק כאשר משכורת הבעל גבוהה בעוד משכורת האישה נמוכה, אך כיוון ורוב הנשים משתכרות בשכר ממוצע, ייתכן ועדיף להן דווקא להגיש תביעת מזונות בביה"ד הרבני, בניסיון לזכות במדור הספציפי.

**חוק המזונות (הבטחת תשלום) קובע כי כאשר אישה זוכה למזונות, היא זכאית לקבל קצבה מהמדינה, דרך הביטוח הלאומי, אם הגבר לא משלם לה**. תקרת הקצבה עומדת על כ-3,000 ₪ לחודש לאישה עם ילד. בהמשך, המדינה גובה את החוב מהבעלים, אולם החובות נערמים ועומדים כיום על מיליארדי שקלים.

מזונות אישה בדין הדתי: "מעשה ידיה כנגד מזונותיה" –

**סיווג מלאכות "מעשה ידיה"** –

* **מלאכות של חיבה** – "וכן כל אישה רוחצת לבעלה פניו וידיו ורגליו" – חיוב מוחלט שאינו תלוי בגורם סובייקטיבי.
* **מלאכות הבית** – "טוחנת ואופה ומכבסת, מבשלת ומניקה את בנה" – החיוב תלוי ביכולת הכלכלית וברמת החיים של בני הזוג.
* **מלאכות רווחה (מלאכות לשם רווח)** – אם יוחלט שיציאת אישה לעבודה היא במסגרת מלאכת רווחה, אזי שהיא תחויב בכך.

כיוון הפעולה הראשון: הגנת הקיזוז

בעבר, עבודת האישה סווגה מחוץ להגדרות "מלאכת רווחה" או "העדפה ע"י הדחק" שלגביהן הייתה מחלוקת, ולכן רק אם האישה עבדה בפועל ניתן היה לקזז את השתכרותה ממזונותיה. אולם **היום יש סיווג מחדש וכל אישה מחויבת במלאכת רווחה. לפיכך, הבעל יכול לכפות את האישה לעבוד באמצעות אמירתו**: **"צאי ידייך במזונותייך" והתוצאה היא קיזוז פוטנציאל השתכרות האישה מקצבת מזונותיה.**

ביהמ"ש לענייני משפחה קיימת מגמה מעורבת, תוך נטייה להתעלמות מהנחיות בית המשפט העליון בפס"ד **פלולי נ' פלולי**. בחלק ניכר מפסיקות בית המשפט, **התקבלה הגנת קיזוז פוטנציאל ההשתכרות.**

**סיכום ביניים –**

* אימוץ נלהב למדי של מהלך קיזוז כושר ההשתכרות, למרות הסיווג **בפ"ד פלולי**, תוך הדגשת רטוריקת השוויון.
* אימוץ מסויג יותר של מהלך צמצום טענת הפטור, הדגשת ההנמקות הראייתיות-טכניות והיסוס לגבי הכנסת הדדיות וריכוך הסטנדרט המיני הכפול. בית המשפט לענייני משפחה בדרך כלל אומר שההתנהגות הנלוזה של האישה לא הוכחה ושהראיות אינן מספיקות.
* נכון להיום הפסיקה אינה מחילה את המזונות החוזיים שברק ביקש להנחיל **בפ"ד פלונית** (לאחר ששמגר פסק על מזונות אזרחיים **בפ"ד כהנא**) במצב של נישואין כדמו"י – לדוגמא: **בפ"ד ס.נ נ' ב.ח** השופט שוחט אומר שאין מחוזות חוזיים בנישואים כדמו"י.

ישראל: השלכות כלכליות של גירושין

בעולם המערבי, יש הכרה בתופעה הכלל-עולמית של פמיניזציה של העוני – **שיעורן של נשים בקרב אוכלוסיית העניים הולך ועולה, הרבה מעבר לשיעורן היחסי באוכלוסיית העולם** (שעומד על 52%). יש יותר ויותר תשומת לב והבנה לכך שיש קשר הדוק בין פירוק הנישואין לבין מצבן הכלכלי של נשים. **פירוק נישואין משפיע כלכלית בצורה יותר קשה על נשים לעומת גברים**. המחקרים שפרצו את הדרך בהקשר הזה הם מחקרים שנערכו בארה"ב, ובראשם מחקרה של הסוציולוגית לינור וייצמן אשר החליטה לחקור את ההשפעה של המעבר לגירושין ללא אשמה על מצבן הכלכלי של נשים. היא שמה לב שבמדינת קליפורניה, אשר הייתה הראשונה להנהיג את משטר הגירושין ללא אשמה (היעדר צורך להוכיח אשמת הצד השני כדי לקבל סעד של גירושין והסתפקות ברצון צד אחד לפירוק הקשר, כדי להביא לסיומו), מספר שנים לאחר הנהגת משטר זה, השיעור של הנשים בקרב העניים במדינה עלה בצורה מבהילה. לפיכך, היא ביקשה לבחון את ההשפעות הכלכליות של הגירושין על נשים ועל ילדים. הממצאים שלה דיברו על כך שתוך 4 שנים מהגירושין מצבם הכלכלי של נשים וילדים צנח ב-70% ממה שהיה כאשר היו נשואים, בעוד מצבם הכלכלי של גברים השתפר ב-100%. המחקרים חזרו על עצמם במקומות רבים והתגלה שהמגמה אחידה.

**בישראל לא נעשה מחקר שבודק קונקרטית את ההשלכות הכלכליות של הגירושין**. **לפיכך, מה שניתן לעשות הוא לבדוק את קבוצת האוכלוסייה שיש לגביה נתונים כלכליים והקבוצה הזאת היא אמהות חד-הוריות.** אין נתונים אמפיריים או מחקריים שמגדירים בנפרד נשים גרושות עם ילדים. לכן, ניתן רק להסתכל על האוכלוסייה שכן נמדדת ע"י הביטוח הלאומי וזאת קבוצת המשפחות החד-הוריות. אולם יש לזכור כי כיום למעלה מ-20% מהמשפחות החד-הוריות אלו נשים שהחליטו להביא לעולם ילדים ללא בן זוג.

נתונים לגבי משפחות חד-הוריות –

* בראש הרוב המוחלט של משפחות חד-הוריות (97%) עומדות נשים, כאשר קרוב ל-70% מהן כתוצאה מגירושין.
* בשנת 2010 הגיע מספר המשפחות החד-הוריות בישראל ל-129,000 שהם 12.4% מסך המשפחות עם ילדים בארץ, ומספר הילדים בהן הגיע ל-215,477, שהם 8.6% מסך הילדים בארץ.
* כל ילד שלישי במשפחה חד-הורית נמצא מתחת לקו העוני, לעומת כל ילד רביעי במשפחה דו-הורית.
* שנת 2000: למעלה מ-40% מן הנשים שקיבלו השלמת הכנסה היו חד-הוריות.
* שנת 2001: למעלה משליש מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה הן חד-הוריות.

חשוב להכיר גם את פערי השכר בישראל בין גברים לנשים –

* שנת 2007: ההכנסה לשעה של גברים שלמדו 16+ שנים גבוהה ב-30% מזו של נשים בעלות אותה השכלה.
* ההכנסה לשעה של מנהלים (גברים) גבוהה ב-14% מזו של מנהלות.
* שנת 2010: הכנסת נשים בשירות המדינה נמוכה ב-19% מזו של גברים, בברוטו הפער הוא 23%.
* נשים מהוות 68% מהעשירון התחתון ו-22% מהעשירון העליון.
* גברים עובדים בשכר 29% יותר שעות מנשים, אך משתכרים 63% יותר מן הנשים.
* נשים מהוות 65% ממקבלי הבטחת הכנסה.

הגירושין לא מתרחשים בחלל ריק. הגירושין מתרחשים בתוך שוק עבודה ושוק כלכלי שיש בו פערים מאוד גדולים בין נשים לבין גברים. גם בהקשר לחיים המשותפים והאפשרויות לפירוק הנישואין מתבססים על ידיעת האישה שיודעת מה אפשרויות העבודה וההשתכרות שעומדות בפניה בשוק הכלכלי. האישה גם מחפשת לעבוד במקומות שבהם היא לא תצטרך לעבוד שעות נוספות, שכן היא צריכה לדאוג לבית ולילדים. הדברים האלה מתפתחים מכוח האינרציה של החיים המשותפים, הסכמות שנוצרות תוך כדי החיים המשותפים והן לא נוצרות בחלל ריק, אלא במסגרת הנתונים המוצגים מעלה. נתונים אלו גם משפיעים על סיום קשר הנישואין. **השאלה איך האישה יוצאת מקשר הנישואין מבחינה כלכלית ואיך הגבר יוצא מהם, מושפעים מאותן הסכמות וחלוקת תפקידים שהם גיבשו במהלך החיים המשותפים**. הם מושפעים גם ממה שמחכה להם בשוק העבודה.

ישראל – משטר הגירושין, בין חוזים למשפחה

**לפי הדין האישי, לפי ההלכה היהודית, סעד המזונות יכול להיות מוענק כאשר מתפרק התא המשפחתי? לא, אין מזונות בן-זוג לאחר הגירושין, הזכות למזונות היא אחד מתנאי הנישואין, היא זכות שעומדת לאישה כחלק מתנאי הכתובה, שהיא המסמך העוטף את מסגרת הנישואין**. תנאי הכתובה קיימים רק כל עוד הנישואין קיימים. כאשר הנישואין באים אל סופם, הכתובה מסתיימים, ההסכם מסתיים, והאישה אולי זכאית לסכום הכתובה. **הזכות למזונות קיימת רק כל עוד הנישואין קיימים – אין סעד מזונות לאחר הגירושין.** המשפט מתאר את נושא המזונות ביחס לבני זוג יהודים בישראל באופן כללי, שכן המזונות מוכתבים לפי הדין האישי. מכאן החשיבות הכה גדולה של הפוטנציאל של פ"ד פלונית המזונות האזרחיים. אלו הם **המזונות המשקמים – מזונות לאחר הגירושין.**

עד לא מכבר, התשתית לחלוקה הייתה חוזית. **פ"ד שחר נ' פרידמן** היה אחד הראשונים, אך קדמו לו גם פסקי דין שסקו בזוגות נישואין – ברגר, ברקר בראלי. פסקי הדין שסוקרים את התהליך – חסל, בסיליאן. בכל פסקי הדין ניתן לראות את ההישענות על הבסיס החוזי.

**חסר לנו המרכיב של צרכים**. **הדגש הוא על כוונה, ועל הסכם מיוחס מכללא, אין מקום בעצם לשאלות של צרכים, של שוויון, היבטים סוציאלים, צדק חלוקתי**. אין מקום, בבסיס התיאורטי של הדיון, לשיקולים כאלו. גם זה משתנה.

עד לא מכבר, הייתה תפיסה צרה יחסית של רכוש / נכס ושל הנכסים ברי החלוקה. **במקור, בראשית הדרך, נכללו אך ורק נכסים מוחשיים** – דירה, מיטלטלין, מקרקעין. לקח זמן עד להכנסת הנכסים הלא-מוחשיים: נכסי קריירה. הכוונה הינה לשלב ההרחבה של ההליכה מעבר לנכסים המוחשיים, הכללה של נכסים קריירה קיימים: פנסיה, קופות גמל, ביטוחים בריאותיים – נכסים הנלווים למקום העבודה. בשפה הכלכלית אנו מדברים על **אולד-פרופרטי**: הנכסים המוחשיים (שלב א' – נדלן ומיטלילין), **וניו-פרופרטי**: המשרה/מקום העבודה, וכל הנלווה לה.

**הרכיב המשמעותי ביותר בניו-פרופרטי, שהוא לא מוחשי, מהווה שלב ג': כושר השתכרות, ההון האנושי, המוניטין האישי.**

בתהליך שהתרחש אלצנו, בראשית הדרך התפיסה הייתה מאוד מצומצמת לעניין הרכוש הישן – הנכסים המוחשיים. במהלך שנות ה-90, התרחשה ההתפתחות: **פ"ד לידאי ורון**, **שלא ברשימה, בהם הורחבה העוגה לכלול גם את אותם נכסי קריירה מוחשיים. ההתפתחות הדרמטית ביתר – הכללה של נכסי קריירה עתידיים, פוטנציאל השתכרות.**

**משטר הגירושין, עד לשנים האחרונות, התנהל על בסיס משפטי היוצרת פערי כוח מגדריים – מציב אותנו במצב משפטי של פערי כוח עצומים.** החקיקה. התשתית המשפטים של כל יחסי הממון עד לא מכבר חיזקה את החזק והחלישה את החלש. הבעיה – החלוקה לפי חוק יחסי ממון, היא רק לאחר מתן הגט. כעת, הכל נמצא בדינמיות משמעותית – תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, וגם ברמה הפסיקתית, המרחיבים את העוגה (חלוקה המביאה בחשבון שיח של צרכים וצדק חלוקתי).

**פוטנציאל השתכרות / הון אנושי / מוניטין אישי וחלוקתו בעת הפירוד –** גם זה נכסי קריירה, אך יש גם נכסי קרירה אחרים, שכבר מזמן הוכרו כחלק מהפול הכללי של הרכוש שאמור להיות מחולק בעת הפירוד – נכסים פיננסיים עתידיים, שהם כן ברי קימא, כן מדויקים וקיימים: פנסיה, קופות גמל, ביטוחים, פיצויי פיטורים, הכוונה הינה לזכויות עבודה, שנלוות למקום העבודה וצמודות למשכורת. אלו הם נכסי קרירה קלאסיים. נכסי הקרירה העדכניים הם ההון האנושי / מוניטין אישי / פוטנציאל השתכרות.

* **גירושין "קשים"** – הקונטקסט בישראל הוא משטר גירושין "קשים". בישראל, בניגוד למשטר הגירושין במדינות המערב, **אין גירושין ללא אשם בנישואין כדמו"י ויש להשיג הסכמה של שני בני הזוג לגירושין או להוכיח עילת גירושין**. מה גם ששיעור מתן פסקי הדין המחייבים בגט הוא נמוך.
* **חלוקת הרכוש כסעד הממוני הבלעדי עם הגירושין, אין מזונות בן-זוג לאחר הגירושין** – בעוד בשיטות משטר אחרות ניתן לפסוק מזונות לאחר הגירושין, בישראל מעולם לא היה סעד כזה. לפיכך, **חלוקת הרכוש היא הסעד הממוני הבלעדי שבא עם הגירושין**. מכאן גם חשיבות הפוטנציאל של פס"ד פלונית, לעניין המזונות האזרחיים.
* **בסיס תיאורטי מסורתי של חוזים (כוונת שיתוף) וזכויות, ללא מסורת של שיח של צרכים** – לעניין חלוקת הרכוש, **יש להראות שהלכת השיתוף התבססה על כוונת שיתוף ולא על צרכים.**
* **עד לאחרונה, התפיסה הייתה צרה של רכוש ונכסים ברי-חלוקה** – התפיסה דיברה על חלוקת רכוש של נכסים כמו בית או רכב. בהמשך הדרך, **בפ"ד לידאי** ה**ורחבה הגדרת הנכסים הניתנים לשיתוף – מקניין ומיטלטלין – גם לזכויות הקשורות למקום העבודה**. בכך היה כדי ליישר קו עם תפיסה כלכלית מודרנית שמכירה בכך שהרכוש המשמעותי בחברה המתועשת הוא לא בית ומיטלטלין, אלא כל הזכויות הקשורות למקום העבודה: פנסיה, קופות גמל, השתלמות.
* **הכל על בסיס תשתית משפטית שיוצרת פערי כוח מגדריים, מחלישה את החלשה ומחזקת את החזק – הרבה כוח מצוי בידי הבעל.**
* **הרע שבכל העולמות** – הרקע לשאלה של ההסדרים הרכושיים.

התחלנו מדין אזרחי בעייתי – חוק יחסי ממון, במשך 30 שנה, היה כאבן שאין לה הופכין – ללא גט, אין חלוקת רכוש. הגט הוא אך לאחר "הסכמה", המושגת לאחר מו"מ והגעה להסכם של מאזן כוחות (אולם, מלכתחילה, מאזן הכוחות לא שוויוני).

באשר להלכת השיתוף, שהחלה להתפתח עוד בשנות ה-60, יש להבין, כי המטרה הראשונה של בתי המשפט הייתה לנכס לעצמם את הסמכות לדון בכלל בנושא הרכושי. הרכוש סווג כענייני מענייני המעמד האישי, תחת הקטגוריה (**פ"ד סידיס**) – הרכוש הוא בעצם עניין של נישואין, כי בניתוח ההלכתי, הנישואין הם אלה היוצרים מערכת יחסים כלכלית מאוד מסוימת בין בני הזוג, שונה לחלוטין מהמערכת הכלכלית מן התפיסה האזרחית. **המערכת הכלכלית שנוצרת בין בני הזוג היא מגדרית לחלוטין, ומשקפת באופן מלא חלוקת תפקידים מגדרים – האישה אחראית על הפנים, הבעל אחראי על החוץ.** במסגרת אחריותו, הבעל רוכש שליטה על כל הרכוש שאיתו היא באה לנישואין. שליטה זו מגיעה גם עם מערכת שלמה של חובות. **פ"ד סידיס** - כל ההיבטים הרכושיים הם עניין של נישואין.

**המערכת האזרחית צריכה להוציא את זה מהתפיסה כי מדובר בעניין של נישואין**. כיצד? אם נגיד שזה חוזה, שכל המערכת כלכלית של בני הזוג כלל לא שייכת לנישואין, אלא היא נוצרת מעצם החיים המשותפים, מעצם הכוונות/ההסכמות/הדברים המוסכמים מאליהם, זה לא קשור לשאלה אם היו נישואין, או לא. **אם המטריה חוזית, אזי שאנו בספירה האזרחית, ולא של דין דתי ושל בד"ר**. אולם, הדבר מחזק את הדגש על ההיבט החוזי-הסכמי, לא מעניק לנו מקום להכניס את ההיבטים של הצרכים והצדק החלוקתי, של השוויון.

**היבטים ממוניים של המשפחה – שיתוף נכסים**

על הלכת השיתוף –

* **היסודות המסורתיים** – "אורח חיים תקין ומאמץ משותף" כמלמדים על חזקת שיתוף בנכסים. **חזקה על בני זוג המנהלים "אורח חיים תקין ומאמץ משותף" שהרכוש שנצבר ע"י מי מהשניים מצוי בבעלותם המשותפת** (**פ"ד חסל, מצטט את פס"ד אפטה**) – יש פה יסוד חוזי, שיקולים של הסתמכות ויסוד קניין (מאמץ משותף). האם ריבים בין בני זוג סותרים את אורח חיים תקין? לא.
* **הרחבה מנכסים "אישיים" לנכסים "עסקיים"** (**בסיליאן, פס"ד סלם נ' כרמי**), תוך הבחנה ברמת הראייה הנדרשת להוכחת שיתוף או הקלת סתירתו (**פ"ד ארגוב**) – יש מי שאומרים שיותר קל לסתור את הלכת השיתוף ברגע שמדובר בנכסים עסקיים. **פ"ד אבולוף** עסק בנישואים ממושכים של 44 שנים ודיירות מוגנת בחנות פרחים. הזכות להחזיק בחנות הפרחים בדיירות מוגנת, נרכשה ממש מעט לפני הנישואים. מחד, מדובר בנכס עסקי, ומאידך זו חנות שמצויה ליד דירת המגורים ויש לה אופי שקרוב יותר לנכס אישי. **בפ"ד אבולוף**, **נאמר שאין מקום יותר להבחנות בין נכסים "אישיים" לנכסים "עסקיים". אולם, לדעת המרצה, עדיין ניתן להבחין בין נכסים אישיים לנכסים עסקיים ולאבחן את המקרה בפ"ד אבולוף ממקרים אחרים**, שכן כאן מדובר בחנות שקרובה מאוד לדירת הזוג, זאת חנות קטנה ופשוטה, בני הזוג חיו הרבה מאוד שנים יחד וכו'.

**פ"ד סלם** מתעמק בשאלת הנכסים העסקיים. המקרה מורכב – זוג אדריכלים, האם העיסוק המקצועי שלהם היה נפרד לחלוטין או שמא הם גם עבדו יחד? האם עצם ההכרה ברכוש העסקי כחלק מהשיתוף תמיד היא לטובת האישה? לא, יש להיות ערים לכך שיש סיכון הגדלת הפול הכללי של השיתוף, משום שיחד עם ההרחבה, ייתכן כי יבואו עימו חובות – **פ"ד שלם נ' טוונקו**.

* **הרחבה גם לחסכונות וקופות גמל** – "**נכסי העתודה הכלכלית**", סעיף 5ג' לחוק יחסי ממון (**פס"ד רון, פס"ד לידאי**) – בעבר קראנו רק לחסכונות וקופות גמל "נכסי עתודה כלכלית". **היום קוראים גם לכושר השתכרות מוגבר, מוניטין והון אנושי "נכסי העתודה הכלכלית".** הכוונה כיום היא גם לפיצויי פיטורין, פנסיה וקופות גמל, שהם חלק מהנכסים הניתנים במסגרת העבודה. הפנסיה היא הנכס הכלכלי החשוב ביותר שיש לאדם בשוק העבודה ובעולם המערבי, והיא גם חלק מנכסי העתודה הכלכלית והרכוש המשותף בר-החלוקה.
* **זניחת רכיב החיים ה"תקינים", זניחת רכיב ה"מאמץ המשותף", די בחיים משותפים – העקרונות ששולטים היום בהלכת השיתוף זה כבר לא אורח חיים תקין או מאמץ משותף**. **בפ"ד חסל** יש ציון כי היום די בחיים משותפים של בני הזוג. באופן הדרגתי, המרכיב של החיים התקינים לאט לאט נדחק. גם הרכיב של המאמץ המשותף נדחק לאט לאט. אנו רואים זאת בצורה ברורה – אם נצמדים לדרישה לכך שיהא מדובר בנכסים שנרכשו במאמץ משותף, לא ניתן לכלול מתנות, ירושה ונכסים פרטיים (נכסים חיצוניים – המרכיב של המאמץ המשותף לא מתקיים).

האם נכון להגיד כי גם לגבי נכסי קריירה לא מתקיים המאמץ המשותף? החלוקה המגדרית מבטאת בדיוק את ההסכם הלא כתוב שנוצר בין בני הזוג ביחס להשקעה של כל אחד מהם בבית פנימה. לכן, **לא ניתן לומר שהתקדמות במסלול המקצועי, בקריירה, הגדלת ההון האנושי וכושר ההשתכרות, נעדרת מרכיב של המאמץ המשותף.**

* **מעבר הדרגתי מבסיס חוזי קנייני לבסיס של צדק חברתי** – כידוע, מטרתה של חזקת השיתוף היא צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים (**פ"ד חסל נ' חסל**). **ההלכה כיום בישראל מבוססת על צדק חברתי, תוך שוויון בין המינים**. בכל הנוגע להשלכות כלכליות של גירושין, בעיקר בשאלה של חלוקת רכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים, ההסדר המשפטי בישראל הוא בפירוש מן המתקדמים בעולם. גם הרציונאליזציה שלו והעקרונות שעל בסיסם הוא מושתת הם בפירוש מן המתקדמים בעולם.

המרצה מבקשת להבהיר כי חלוקת העבודה המסורתית בין בני הזוג גורמת לכך שהגבר שהשקיע בכל שנות הנישואים בעבודה בשכר, כושר ההשתכרות שלו רק עלה עם השנים, בעוד שהאישה עם ההשקעה הפנים-ביתית שלה במשפחה ובילדים איבדה את כושר ההשתכרות שלה. מכאן, ההבחנה בין שיטות ההכרעה:

* **אם מפרקים את הנישואין בשיטה של הפרדה רכושית – הגבר יצא עם כל הרווחים** (הון אנושי, כושר השתכרות) והאישה יוצאת עם כל ההפסדים (אובדן כושר השתכרות).
* **אם מפרקים את הנישואים בשיטה של צדק חברתי – אנחנו מחלקים את כל ההפסדים והרווחים (לרבות הרווחים העתידיים) בין בני הזוג**. כיוון ובחברה המסורתית, הגבר יוצא עם הון אנושי וכושר השתכרות גבוה יותר מהנישואים, יש להתחשב בזה בעת חלוקת הנכסים.
* **מעבר מחזקה עובדתית-הסכמית לחזקה נורמטיבית-קוגנטית (חקיקה שיפוטית)** – **בפ"ד חסל, בפ"ד שלם נ' טוונקו** ובפסקי דין נוספים אנחנו מוצאים שהחזקה כיום היא כבר חזקה קוגנטית. יש פה חקיקה שיפוטית ממש.
* **החלה הדרגתית על נכסים חיצונים (בריל מול פסקי הדין אבולוף והדרי)** – יש החלה של ההלכה הזאת על נכסים חיצוניים. הבעיה כאן היא שאין פה מאמץ משותף. אם נהיה פורמאליים ונבקש לאחוז בבסיס להלכה, הרי שאין פה את יסוד המאמץ המשותף. אבל יש פה תהליך הדרגתי בכל הנוגע להלכת השיתוף שהוביל לכך שהלכת השיתוף הוחלה גם על נכסים חיצוניים. אולם יש לשים לב להבחנות בין סוגי נכסים חיצוניים ומה שנעשה עימם.

אולם ניתן לראות את ההבדל שבין הפסיקה **בפ"ד אבולוף** אשר הכירה בנכס החיצוני כנכס בר-חלוקה לבין **פ"ד בריל** שדן בנכסים חיצוניים – נכסים שהובאו לקשר מלפני תקופת הנישואין או נכס שהתקבל כירושה או מתנה במהלך החיים המשותפים והתייחס לשאלה של משך זמן הנישואים, לצורך ההכרעה. אחד הפרמטרים שלפיהם בית המשפט יכריע האם הרכוש החיצוני נכנס למסגרת השיתוף או לא, זה האם ניתן לומר שהרכוש נטמע בתוך השיתוף בין בני הזוג. בפס"ד בריל יש הבחנה בין היטמעות ממשית של נכסים חיצוניים (לדוגמא: נעשה בכסף שימוש לרכישת מוצרים) לבין היטמעות רעיונית (שלא התממשה בפועל). **בפ"ד בריל נדחתה טענת השיתוף, אך אין זה אומר שנכסים חיצוניים לא יהיו חלק מהרכוש המשותף שמחולק בין בני הזוג, שכן ההלכה נכונה לאותן נסיבות של המקרה הנידון**. בתיקים שונים ניתן יהיה לאבחן את המקרים, ועולה בבירור מפסקי הדין בנושא **שאין וודאות לגבי הפסיקה בעניין הנכסים החיצוניים.**

* **ניתוח אנליטי של תכליות הלכת השיתוף – פ"ד שלם נ' טווינקו בע"מ** (שאלת השותפות בחובות).

התכליות של הלכת השיתוף שמוצגות בבית המשפט בישראל הן בגדר טקסטים שכמעט לא ניתן למצוא בשיטות משפט אחרות. פס"ד שלם נ' טוונקו הוא פס"ד מרכזי לעניין שאלת השותפות בחובות. מדובר בשאלה לא פשוטה. בעבר, הפסיקה ניסתה למצוא את הדרכים שבהם כאשר בית המשפט שהרגיש שהתוצאה תהיה לא צודקת להטיל על האישה את האחריות לחובות שהבעל צבר (בדר"כ מעסקיו), להימנע מכך. הפסיקה הבחינה שיתוף ברווחים לבין אי-שיתוף בחובות, כמו חובות אישיים שנועדו לקדם התנהגות לא ראויה מצד הבעל (לדוג' – הימורים בקזינו, הימורים פרועים בבורסה או מימון מאהבת).

**בפ"ד שלם נ' טוונקו** השופט ברק יוצר קונסטרוקציה שונה והרטוריקה בו חשובה. החלק הראשון של פסק הדין מפרט את התכליות של הלכת השיתוף, כאשר ניתוח הזה מוליך את השופט להגיע לתוצאה שתאפשר לעשותה הפרדה בין מועד התגבשות השיתוף בנכס, לבין מועד התגבשות אחריות לחובות.

**ברק יוצר גישה שהוא מגדיר כ"גישת ביניים", לפיה תהיה אבחנה באשר לשאלת מועד גיבוש השיתוף בנכסים המשפחתיים המובהקים. הוא מפרט את התנאים להלכת השיתוף וחוזר אחורה למאמץ המשותף. הוא מסביר שצריך שמתישהו לאורך החיים המשותפים התגבש השיתוף באותו נכס משפחתי מובהק**. ברק הצליח לגרום לכך שמחד, הפול הכללי של השיתוף יכלול גם נכסים עסקיים וחיצוניים, אך האחריות לחובות תהא יותר מצומצמת, אין הלימה בין השיתוף לאחריות לחובות.

ברק מדבר בעיקר על הדירה, אבל אומר שייתכן שדין דומה יחול גם על נכסים מרכזיים נוספים של בני הזוג, שיש להם השלכות מהותיות על בני הזוג. **לגבי הנכסים המשפחתיים המובהקים, השיתוף מתגבש כאשר מתקיימים התנאים לאורך החיים המשותפים**. השיתוף הזה כולל גם את השיתוף בזכויות וגם את השיתוף בחובות, ככל שהם נוגעים לנכס הזה עצמו. ברק בעצם מבחין בין מועד המשבר ביחסי הנישואין וההבחנה הזאת חשובה לצורך ההכרעה בנוגע לאחריות לחובות. **אם מסכימים שמדובר בחובות שהאישה כן עשויה להיות שותפה להם (הם לא נוצרו עקב התנהגות לא ראויה של הבעל), אז כמו שהאישה נהנית מהרווחים, היא צריכה לשאת גם באחריות לחובות**. אבל את האחריות לחובות לא מטילים כשהחיים הם משותפים. **השאלות האלו בדרך כלל מתעוררות כשיש סכסוך בין צד שלישי (חברה / איש עסקים) לבעל, והצד השלישי שמבקש לרדת לנכסי הבעל, מנסה לעשות זאת ע"י תקיפת השותפות בין הבעל לאישה.**

**בפ"ד בן-גיאת נ' הכשרת היישוב**, בני הזוג ניסו יחד להבריח נכסים ובאמצעות הלכת השיתוף לדאוג לכך שמחצית הדירה תהיה חסינה מפני מימוש המשכנתא של חברת הכשרת היישוב על נכסי הבעל.

האם בגלל חוק יחסי ממון אין יותר רלוונטיות להלכת השיתוף? לא. שכן **חוק יחסי ממון אינו חל על מסגרות זוגיות כמו ידועים בציבור, ששיעורם באוכלוסייה רק הולך ועולה, ומכאן יש נטייה להפעלת הלכת השיתוף במקביל לחוק יחסי ממון.**

התפתחויות בחלוקת רכוש – כיוונים מעורבים

* **התפתחויות בבסיס התיאורטי** – הדגשת יסוד השוויון על פני יסוד הכוונה והמאמץ המשותף (**פ"ד חסל, פס"ד שלם נ' טווינקו**) – המעבר מהרציונאל ההסכמי לרציונאל הנורמטיבי: הקלה בתנאי הכניסה, החלה רחבה גם על רכוש פרטי, צמצום אפשרות הסתירה, מועד סיום גמיש.
* **התפתחויות בכיוון של צדק חברתי-חלוקתי.**
* **שאלות פתוחות?** **(פירות העץ המשותף, חובות, "אשמה")** – חלק מזה (עניין החובות) השופט ברק ניסה לפתור, אבל עדיין יש כיוונים לא סגורים. פירות העץ המשותף הם מעין רווחים עתידיים קונקרטיים, מהשקעה שנוצרה במהלך חיי הנישואין (ולא פוטנציאל השתכרות או הון אנושי). זה לא נפסל לגמרי בפס"ד חסל, אבל ייתכן ולא יתקבל.

**פ"ד חסל** מדבר על כך שאשמה של אחד הצדדים לא שוללת את הזכות לחלוקת הרכוש, אבל יש פסק דין אחר שקובע הפוך. בעיקרון, בתי המשפט נמנעים מלהיכנס לתוככי חיי הנישואין ולבחון טענות של אשמה כמו בגידה של אחד מבני הזוג, כמשפיעות על חלוקת הרכוש. אם כן, מדובר בשאלות פתוחות שלא ברור מה ההלכה בנוגע אליהן.

* **חובות: פ"ד שלם נ' טווינקו (מסוכם חלקית בפ"ד בן גיאת נ' הכשרת היישוב) – חפיפה בין זכויות לחובות, אבל "גישת ביניים" באשר להתגבשותם.**

שאלת סווג הזכויות היא החשובה. **כיצד אנו מסווגים את הזכויות מכוח הלכת השיתוף? הזכויות קנייניות, או מעין קנייניות.** פ"ד של השופט עמית, **בן-גיאת** – השופט מעניק בסוף פסק הדין פסקה שלמה על סיווג הזכויות – מקובל לומר שהם **קנייניות, או מעין קנייניות**. **מנגד,** **הזכויות מכוח יחסי ממון – אובליגטוריות**. המשמעות היא, שכאשר מפרקים רכוש הכפוף להלכת השיתוף, יש לי הזכות לנכסים עצמם. כאשר מפרקים לפי יחסי ממון, יש משמעות לשווי בלבד, כאשר הנישואים מסתיימים ומתקיים הסדר של איזון משאבים, מכניסים את כל הרכוש בר החלוקה, מורידים מימנו את החובות, ומחלקים חצי-חצי, מקבלים את סכום הכסף, לא מקבלים את הנכס עצמו / רישום.

ההבדל המשמעותי שגרם לבעייתיות של החוק – אם יש זכות קניינית, הזכות קיימת בכל רגע נתון. אם אנו שותפים קנייניים, שותפים בעלות על רכוש, חלים דיני השיתוף הקנייני, לפי חוק המקרקעין שחל גם בשינויים המחויבים גם על מיטלטלין. **בעלות משותפת משמעותה, שניתן לדרוש פירוק שיתוף כל זמן, בכל רגע נתון, גם לפני הפירוד.**

**לגבי ידועים בציבור** – מבחינת הזכויות הרכושיות והשיתוף בנכסים, מצבה של הידועה בציבור טוב יותר ממצבה של הנשואה לאחר 74, שכן הזכויות שלה הן קנייניות. כלומר, היא יכולה לתבוע את המימוש שלהן בכל רגע נתון. עד לתיקון מס' 4, נובמבר 08, הנשואה לא יכלה בכלל לממש את זכותה לרכוש המשותף, אלא אם כן בן הזוג היה מאוד הוגן.

**חזית הדיונים המשפטיים: הון אנושי וחלוקתו בעת הפירוד –**

הכרה בהיבטים הכלכליים העתידיים כחלק מהרכוש המשותף, כחלק מהעוגה הכללית שצריכה להתחלק בין בני הזוג. **במסגרת הרכוש השותף יש לכלול גם את כושר ההשתכרות האישי והמוניטין האישי וההון האנושי המוגבר.**

* **היפרדות בתחילת הדרך** – ההון האנושי לא מושפע מהחיים המשותפים. **היפרדות בסוף הדרך** – יש תוצרים מההון האנושי, אשר מתחלקים חצי וחצי. **הבעיה היא היפרדות באמצע החיים** – שנות ה-40.

ההצדקה –

* השקעת האישה המכוונת כלפי פנים, מניבה הנאה ותועלת בעיקר פנים-יחידתית ומעט חברתית, אבל חסרת כל ערך שוק חיצוני. השקעת האישה המכוונת כלפי חוץ, מניבה הנאה ותועלת פנים-יחידתית וחברתית, בעלת ערך שוק חיצוני.
* ההבדל הדרמטי במחיר שמשלמות נשים (עם ילדים) לעומת המחיר שמשלמים גברים על פירוק התא המשפחתי.
* Mothers and others: "The motherhood penalty" .
* צדק חלוקתי בפיזור עלויות, מחיר והפסדים.

אם בני זוג נפרדים בגיל מבוגר (לדוגמא: גיל 60), אותו מרכיב של הון אנושי מוגבר או כושר השתכרות מוגבר נתן כבר את אותותיו על הנכסים של בני הזוג (וגם לגבי פנסיה, הרי שהיא חלק מהרכוש בר-החלוקה). **הבעיה היא עם בני הזוג בגילאי הביניים (גילאי 40-45), שבמסלול קריירה רגיל, הגבר הספיק למקסם את כושר ההשתכרות שלו, ובנקודת הזמן הזאת הוא מתחיל לקטוף את הרווחים על בסיס הרכיב המוגבר הזה, וכאן באים לידי ביטוי הפערים הגדולים בין הצד שמקסם את כושר ההשתכרות שלו, לצד שלא עשה זאת.**

**הכלל המנחה הוא צדק חלוקתי בפיזור עלויות, מחיר והפסדים ולא רק צדק חלוקתי ברווחים**. **בבע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, השופט ריבלין אומר**: "הזמן המשפחתי הוא אחד והוא נוצר בשניים". הוא מאמץ את ההצדקות התיאורטיות להתחשבות באותו רכיב של הגברת ההון האנושי, הגברת כושר ההשתכרות הפוטנציאלי והגברת המוניטין האישי להבדיל מהמוניטין העסקי. מעל הכל, **הדגש הוא על אותו פער ממשי וברור בין בני הזוג מבחינת כושר ההשתכרות, שנובע מכך שאחד מבני הזוג ויתר על קריירה ונשאר בבית לגדל את הילדים**. לא בכל מקרה בית המשפט ימצא לנכון לכמת את כושר ההשתכרות הפוטנציאלי של אותו בן זוג שיותר פיתח את הקריירה שלו.

בנסיבות מסוימות, עשויים בני הזוג לעמול יחד, תוך מאמץ משותף, על הגברת כושר השתכרותו של אחד מהם. להשקעה זו פוטנציאל כלכלי ניכר. אם יפורק הקשר הזוגי מבלי הוא הובא בחשבון, יווצר פער בין שני בני הזוג, עקב הנישואין. יש לבחון אם הפער שנוצר בין בני הזוג הוא עקב הנישואין.

ההתנגדות –

* במהות: **חוסר צדק** – "הכישורים האישיים של האיש".
* קשיי הערכה, "**שיעבוד" האיש**, הגברת תלות האישה. מדובר בדמגוגיה ולא טענה מהותית.
* **נוגד את גישת ה"פירוד הנקי"** (או פיקציית הפירוד הנקי) – בשל התשלומים העתיים. כשיש ילדים, אין פירוד נקי.

במצבים שהפער אינו גדול, כאשר בני הזוג מרוויחים סביב השכר הממוצע במשק, זה לא יהיה רלוונטי. פסקי הדין שיישמו את ההלכה של ריבלין אינם רבים עד כה. אם כן, על אף שיש לנו כבר תקדים מחייב של בית המשפט העליון, בפועל היישום הוא אינו רחב. עם זאת, במבט השוואתי, מדובר בפסיקה מרחיקת לכת בקנה מידה עולמי. ברוב מדינות ארה"ב ואירופה עדיין לא מחילים את רציונאל כושר ההשתכרות המוגבר. ההלכה הזאת מוחלת רק במדינות כמו קנדה, אוסטרליה וניו-זילנד. **באותם מקרים שבהם ברור שכושר ההשתכרות הוא בעיקר תוצאה של כישרון אישי, בלתי-תלוי בקונסטלציה של המשפחה והנישואים, החישוב לפיו העקרונות שטווה ריבלין יהיה שונה**. התיק המדובר עסק בבני זוג שהיו נשואים במשך 28 שנים, ולכן היה מקום לפתח את ההלכה, בניגוד לפס"ד בנושא המזונות האזרחיים של השופט ברק, שעסק בבני הזוג שהיו נשואים רק שנה וחצי. במקרה הזה, האיש היה רו"ח עצמאי בעל מחזור שנתי של 800,000 ₪ עם מוניטין משרד שהוערך ב-700,000 ₪ כשהאישה הייתה רק יועצת חינוכי. נפסק לה פיצוי חד-פעמי בסך 250,000.

**יש לבחון את הפער שנוצר בין בני הזוג עקב הנישואין, ולאזן אותו בכסף או בשווה כסף**. **יש לשים לב כמובן שמדובר אך ורק בפער שנוצר במהלך הנישואין, עקב הנישואין. יש לגרוע מן הפער את התרומה לכושר ההשתכרות שבאה מכישרון אישי וכן את זו שנוצרה קודם לתחילת הקשר הזוגי או לאחר שפורק**.

כושר ההשתכרות המוגבר נכנס בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון רק **בסעיף 8 שעוסק בנסיבות המיוחדות**. לפי הסעיף, הון אנושי אינו נכס. **מתחשבים בכושר ההשתכרות, רק בנסיבות מיוחדות, אבל הוא לא נחשב כנכס בר חלוקה.** אם זה היה נחשב נכס בר-חלוקה, הוא היה נכנס לסעיף 4.

**היבטים ממוניים של המשפחה – איזון משאבים**

השפעות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון (שאישר לחלק רכוש לפני הגירושין) –

הבעיה שהייתה בחוק יחסי ממון היא שחלוקת הרכוש הייתה תלויה בגבר. החוק יצר מנגנון שנותן בצורה דרמטית כוח לצד ששולט על סיום הקשר, שזה לפי ההלכה היהודית האיש ולא האישה. מי שלחץ והביא ליצירת המנגנון הנ"ל הם כמובן המפלגות הדתית. הנימוק היה שאם נאפשר חלוקה לפי הגט, אנשים לא יסדירו את הגירושין ההלכתיים. התשובה של המתנגדים הייתה שבין כה וכה זה המצב הנוהג, אך הם טענו שבאמצעות החוק יהיה אפשר להביא לשינוי המגמה. משנת 1975, 35 שנים לקח עד שניתן היה לשנות את החוק בסוף 2008, בזכות לחץ רב של ארגוני הנשים ובסיוע ח"כ פרופ' מנחם בן-ששון.

**פ"ד קנובלר-יעקובי** **עסק בשאלת ההחלה מקבילה של הלכת השיתוף אם חוק יחסי ממון, משום שבני הזוג לא התגרשו, הזוגות עדין היו נישואין (הבעלים סרבו לתת גט)**. השופט שמגר מעניק נותן תיאור מדויק של תופעה הסחטנות: הבעלים מסרבים לתת גט, שכן הם רוצים יתרון רכושי – לא מעוניינים בחלוקת הרכוש. כיצד נפתור את הבעיה של הנשים? נקבע, כי חלה עליהם הלכת השיתוף, במקביל לחוק יחסי ממון. הבעיה – חוק יחסי ממון, לכאורה, קובע כי אין קיום להלכת השיתוף. היכן חוק יחסי ממון קובע זאת? איזה סעיף שולל את ההחלה המקבילה של הלכת השיתוף במהלך חיי הנישואין? ס' 4. לפי הלכת השיתוף, בעת החתונה, כל הנכסים מכאן ולהבא כפופים לסוג של שיתוף – קיום חיי הנישואין משפיע על הקניינים, יש זכויות מלאות בקניין. ס' 4 קובע כי לחתונה לא תהיה השלכה של הקניינים. ס' 4, אם נהיה כנים, קובע כי אין הלכת השיתוף מעת קבלת החוק.

לפי סעיף 5, לא ניתן לומר כי ניתן לקיים איזון משאבים כשאין גט. ובכל זאת, **בפ"ד יעקובי** הנשים כן קיבלו את הזכויות הרכוש, כן נערך איזון משאבים. הייתה פניה לדין הכללי. אין הפעלה של הלכת השיתוף, אלא מפעילים דינים כללים – שיתוף בנכס ספציפי. **סעיף 4 לא שולל יצירת שיתוף בנכסים ספציפיים, מכוח הדין הכללי. ההליך זהה להלכת השיתוף בתחילת הדרך, אך לא קוראים לזה כך.**

* **פ"ד אבו רומי** – נטען, כי לא היה הוכחות מספקות על מנת להקים זכויות מכוח הדין הכללי. הינו מצפים כי יוכרע שכן מגיע שיתוף.

**הלכת השיתוף יכולה להכניס פנימה גם נכסים פרטיים, חיצוניים וגם מלפני הנישואין**. **בפ"ד אבו רומי** לא הייתה בעיה של טרם גירושין, אלא הגירושין כן הגיעו לסיומם, הייתה בעיה של היקף השיתוף. השופטת שטרסברג הייתה נאמנה לשיטתה, התוצאה הייתה חייבת להיות שיתוף, בלש פרק הזמן הרב של חיי הנישואין המשותפים.

**פ"ד קנובלר יעקובי** **מהווה הניסיון הפסיקתי לתת מענה לאי-האפשרות לעשות הפרדה רכושית לפני הגט.** בפסק הדין הזה לא ניתנה הכרעה. **פ"ד אבו-רומי מסכם את כל הדעות שהובאו בפ"ד קנובלר-יעקובי**. אין הכרעה בפס"ד שכן הדעות נחלקו. השאלה המשפטית שנידונה הייתה **האם אפשרת לעשות הפרדה רכושית לפני הגט?** המקרים שנידונו היו מקרים של סירוב גט, והנשים ביקשו לממש את הזכויות הרכושיות שלהם. הנשים טענו כי אומנם חל עליהם חוק יחסי ממון, שכן התחתנו אחרי 1974, אבל חלה עליהם גם הלכת השיתוף. השאלה שנשאלת היא האם הלכת השיתוף ממשיכה לחוק במקביל לחוק יחסי ממון? לכאורה מסעיף 4 לחוק יחסי ממון אין מקום לספק כי אין יותר מקום להלכת השיתוף. זאת הייתה כוונת המחוקק. סעיף 5(א) דיבר על כך שהזכות לאיזון משאבים קמה או עם הגט או עם פטירת אחד מבני הזוג. ובכל זאת בפס"ד קנובלר יעקובי השופטים שמגר ודורנר אמרו שעל אף סעיף 4, אם התוצאה של פרשנות החוק היא כל כך מעוותת וכל כך לא רצויה, נפרש את החוק לא לפי מילותיו המדויקות. הם הסבירו כי במילים "עקב הגירושין" הכוונה לסיום היחסים בין בני הזוג ולא לגירושין בפועל.

**אומנם השורה התחתונה בפ"ד קנובלר יעקובי הייתה פירוק השיתוף ואכן ביצעו איזון משאבים, אבל לא הייתה דרך לדעת מה נפסק ולפי מה עושים את האיזון**. האם הלכת השיתוף ממשיכה לחול או שמקדימים את איזון המשאבים? האם מדובר בזכויות קנייניות כמו בהלכת השיתוף או זכויות אובליגטוריות כמו בחוק יחסי ממון? אם הזכות של האישה היא זכות קניינית, כי הלכת השיתוף ממשיכה לחול במקביל, זה משהו אחר לגמרי. אם זו רק זכות אובליגטוריות, אולי היא לא מתגברת על צד ג'.

**אם הלכת השיתוף ממשיכה לחול במקביל, כל הפסיקה שמרחיבה את הלכת השיתוף, בעלת משמעויות לטיב הזכויות (כמו שראינו בפ"ד בן-גיאת) אבל גם לעניין היקף הזכויות**. ההרחבה הלכה אחורה לנכסים פרטיים (דירות וכו') וקדימה לכושר השתכרות ולהון אנושי. לכן, יש משמעות לדעת מה באמת נפסק בפ"ד קנובלר. האם נפסק שיש סימולטניות או משהו אחר.

**בעיית איזון המשאבים בלי קשר לגט נפתרה, לכאורה, בסעיף 5א לחוק יחסי ממון.** אבל יש עדיין משמעות לשאלת הסימולטניות ככל שהדבר נוגע לטיב הזכויות ולטיב השיתוף. המחשה של הנפקויות האלה ראינו למשל **בפ"ד בן-גיאת** כאשר היה צריך להתמודד מול צדדים שלישיים (השופט עמית טוען שהסימולטניות כן קיימת ורובינשטיין סבור שלא) וכן כל אותם כיווני התפתחות של הרחבת היקף השיתוף גם הם רלוונטיים, שכן חוק יחסי ממון הוא יחסית מצומצם יותר. לדוגמא: בכל מה שנוגע לנכסים פרטיים, חוק יחסי ממון קובע שהם מחוץ לשיתוף. חוק יחסי ממון גם לא כולל את ההון האנושי וכושר ההשתכרות המוגבר, אלא רק פותח פתח להתחשבות בהם במסגרת הנסיבות המיוחדות. לעומת זאת, הלכת השיתוף כן מכירה בזה.

אותם פסקי דין של ארבל ורובינשטיין שהחילו את השיתוף על דירת מגורים שאיתה בא בן הזוג לפני קשר הנישואין, למרות שמדובר היה בזוג שנישא לאחר חוק יחסי ממון, הם פסקי דין בלי הלכה ברורה. הם פשוט אומרים כי הבעל שהגיע עם הנכסים הפרטיים לתוך הקשר יצר מצב כאילו מדובר בנכסים משותפים ולכן הם ניתנים לחלוקה. וזאת על אף שהחוק קובע שיש לפעול אחרת.

**לסיכום, נדמה שעדיין אין לנו שאלה תחתונה בשאלת הסימולטניות. לדעת המרצה, השופט עמית יוביל את המצב המשפטי לכיוון קיומה של סימולטניות.**

הנפקויות של שאלת הסימולטניות –

1. **המועד** – האם ניתן לפרק את השיתוף הרכושי בכל רגע נתון? אם מדובר בזכויות קנייניות פרורפר – ניתן לממש את הזכות בכל רגע. האם לנפקות הזו יש משמעות גדולה כפי שהיה בעבר? בנובמבר 08 עבר תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון. השאלה נפתרה.
2. **היקף השיתוף וטיב הזכויות** – נכסים שנרכשו לפני החיים המשותפים, לפי חוק יחסי ממון, הוחרגו מהשיתוף. תחת הלכת השיתוף, הם כן יכולים להיכנס לשיתוף. מדובר בנכסים חיצוניים – נכס פרטי, נכס שהתקבל במתנה, או בירושה, במהלך החיים המשותפים וגם נכס עסקי – שייכים לעסק שבן הזוג מנהל / בבעלותו. **לפי חוק יחסי ממון, המבחן הוא ברור – מה שהיה פרטי לפני הנישואין נשאר מחוץ לשיתוף. לפי הלכת השיתוף – ייתכן כי זה ייכנס לשיתוף.**

שאלות נוספות ביחס לחוק יחסי ממון –

* **החלת איזון המשאבים על נכסים פרטיים** – האם הפסיקה החדשה תואמת את **פ"ד אבו-רומי**?
* **סעיף 8 "נסיבות מיוחדות"** – מדובר בסעיף שנותן המון שיקול דעת לבית המשפט (להכיר אותו היטב). סעיף 8 לא אפשר להקדים את איזון המשאבים לפני מתן הגט. הוא לא מתייחס למועד עריכת איזון המשאבים, אלא ליחס החלוקה (למחצה או אחרת), לאיזון שווי הנכסים (המועד להערכת שווים של הנכסים).
* **בג"ץ 8928/06 – בגידה אינה "נסיבות מיוחדות"** (בניגוד לעמדת בית הדין הרבני, לרבות הרב דיכובסקי), "לאשם היחסי בפירוק הנישואין אין ולא כלום עם הזכויות ברכוש המשותף" – יש הפרדה בין שאלות של אשמה מוסרית לבין שאלות כלכליות.

השפעת הבגידה, פ"ד הרבני שנהפך בפ"ד של העליון – **בג"ץ 8208/06.** בבד"ר נפסק שבגלל הבגידה של האישה החלוקה צריכה להיות שונה ולא חצי חצי, ו**ביהמ"ש העליון ביטלו את ההתחשבות באלמנט הבגידה כנסיבות מיוחדות.**

* **אוביטר בפ"ד אבו-רומי** – "יתכן גם שניתן לבוא לקראת בן-הזוג החלש שממנו נשללת דירת המגורים ע"י חלוקה לא שוויונית של הרכוש בעת איזון המשאבים" – מדובר היה באישה ערביה, עם 7 ילדים, נטולת ממון. שטרסברג כהן אומרת שיכולנו להפעיל את הסעיף 8(2) על אף שהטענה לא הועלתה ע"י עורכי הדין.
* **תמ"ש (י-ם) 20674/04** – **עיגון ממושך, נתק כלכלי וכללי, אלימות פיזית ונפשית** (השופטת מימון יוצרת מנגנון שונה מ-50%-50% לטובת האישה).

יישום פוסט-פלונית (**רע"א 8256/99 – בני נח**) –

**תמ"ש 67910/00** – בני הזוג מוצאים את עצמם אח"כ בבית המשפט לענייני משפחה, כאשר האישה תובעת מזונות וגם חלוקת מוניטין אישה בנוסף לחלוקת הרכוש הרגילה. השופטת אומרת: ניתן כבר פס"ד של מזונות אזרחיים. אם פוסקים מזונות אזרחיים, פוסקים פחות מוניטין. "פסד זה למזונות יילקח בחשבון בעת מתן פסק הדין בתביעת התובעת למוניטין, שהרי הא בהא תליה". ממחיש לנו את ההתלכדות, הסעד האחד הוא תמונת המראה של האחר, לא ניתן לקבל גם וגם (מזונות וחצי מהמוניטין האישי, שכן שני הסעדים מבטאים את אותו הדבר – את הפער הכלכלי שנוצר, את התלות שנוצרה ואת הצורך לבצע איזון. ראייה של מוניטין כנכס מבטאת את כל השאלה של התלות הכלכלית העתידית. היא מגלמת את אותו הרציונל של המזונות האזרחיים. השופטת פלאוט פסקה לה 300,000 ₪. מדובר היה בבני זוג שהיו נשואים במשך 14.5 שנים עם בת אחת, כשהאישה ויתרה על קריירה ועבדה במשרדו על בן זוגה. לדעת המרצה, הסכומים האלה נמוכים מדי ואינם עולים כדי רמת המוניטין של בן הזוג.

**ע"מ 740-08** (מחוזי חיפה, וסרקרוג מול עמית) –

הון אנושי – או פיצויי שיקום, או מזונות אזרחיים? שופטים, במובלע או במפורש, מלכדים את שתי המגמות.

האישה זנחה את נסינה לפתח יכולת השתכרות משלה, פיתחה תלות כלכלית באיש, שכפה עליה פרידה מתוכננת. היה לא מעט רכוש, הכל רשום על שם הבעל. האישה כבר הייתה מסורבת גט, מבעלה הראשון, מתברר שהיא ויתרה על הכל על מנת לקבל את הגט. נפסקו פיצויי שיקוים בסך 200 אלף ₪. **השופטת וסרקרוג מחילה מזונות אזרחיים על נישואין כדמו"י, מדובר בשינוי כיוון**. בנוסף, יש התלכדות. הביקורת – השופטת מערבבת הכל, את המבנה של המזונות האזרחיים והמבנה של נכסי קריירה. מאידך, אולי הם משקפים את אותו הדבר – ניתן לקחת את הסעדים כמשלימים (מזונות אזרחיים ונכסי קריירה). המכשיר שצריך לבנות – תשלומי איזון עיתיים, המלכד גם את ההנמקות של המזונות האזרחיים וגם את האיזון שריבלין מדבר עליו לעניין ההון האנושי. "הסלט" של השופטת מבטא את אותו הרעיון, אלא שהיא לא אומרת זאת בצורה ברורה. לבסוף היא אפילו מבצע אומדנה. השופט עמית משתמש במונח – "עסקת חבילה".

* **התלכדות וטשטוש הרציונאלים המובהק אצל וסרקרוג** (פסקאות 9-10) – אולי זה לא משנה מאיפה אנחנו לוקחים את ההנמקות. מה שמשנה זה השורה התחתונה – סכום הפיצויים שפוסקים.
* **השופט עמית לא מבין את התלכדות הנושאים אצל וסרקרוג ומאיפה מגיעות ההנמקות שלה**. בעוד וסרקרוג פסקה 200,000 ₪ בראותה אותה כמי שהייתה קורבן, **מבחינת השופט עמית היא ממש לא קורבן. הוא מצביע על כך שיש בעיה עם התוצאה של השופטת וסרקרוג, שכן מדובר בכפל פיצוי – גם מקבלת תשלום חד-פעמי (שלא ברור על מה הפיצוי) וגם במקביל מזונות**. עמית קורא לזה כפל פיצוי. המרצה לא בטוחה שזה כפל פיצוי, אבל היא מסכימה שיש פה בעיה. כי זה יגרום לכך שהאישה לא תרצה להתגרש. יש מצבים שבהם נשים מעכבות את הגט, כי ברגע שהן יתגרשו הן לא יקבלו יותר תשלום מזונות. לכן, לדעת המרצה, השופט עמית צודק ויוצר כאן מנגנון של "עסקת חבילה" שרואה את כל ההשלכות הכלכליות של עסקת הגירושין (פסקת 4).
* **האם ניתן לראות פה איזשהו כיוון של פסיקת מזונות אזרחיים גם כאשר יש נישואים כדמו"י?** לפי השופטת וסרקרוג (אף שמדובר רק בפס"ד במחוזי) היא אינה מדברת על כך שפס"ד של המזונות האזרחיים ניתן רק לגבי נישואים אזרחיים או ידועים בציבור. אצלה מדובר בזוג שנישא כדמו"י. אם כן, **ניתן להסתמך על פסק הדין הזה בהקשר של מזונות אזרחיים גם בנישואים כדמו"י.**

יש פסקי דין של השנים האחרונות, המטשטשים לגמרי בין שני המשטרים. פ"ד של השופט רובינשטיין – "גבולות הגזרה בין המשטרים אינם ברורים". על דירת המגורים גם ביהמ"ש המחוזי וגם ביהמ"ש לענייני משפחה החילו את אותן אמות המידה השאובות מפסיקת הלכת השיתוף על זוג שפורמלית חל עליו חוק יחסי הממון. **הדרך לעקיפת הסימולטניות – נוצר שיתוף בנכס ספציפי**. נכון ששאלת הסימולטניות פתוחה, אך המהלך, לכל הדעות, אפשרי – **במקביל לחוק יחסי ממון, יכול להיווצר שיתוף בנכס ספציפי.**

סעיף הסמכויות המיוחדות, סעיף 8 –

**סעיף 1 –** מאפשר החרגה נוספת של נכסים, להוציא אותם מכלל האיזון.

**סעיף 2 –** זהו הסעיף שמשתמשים בו יותר ויותר, הוא מעניק לערכאה השיפוטית **שיקול דעת שיפוטי לחרוג מחלוקה של חצי-חצי וללכת לחלוקה ביחס אחר**. שיקול הדעת היה קיים עוד לפני התיקון. מה שהתווסף: " בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג" – **נכסי קריירה מן הסוג של ההון האנושי, של המוניטין האישי וכושר ההשתכרות (הנכסים העתידיים / זכויות עתידיים) – הם חלק מהשיתוף.** לא כחלק מהנכסים ברי האיזון, אלא נכנסים לאפשרות של החלוקה לא של חצי חצי, חלוקה לא שוויונית.

* אם הדירה הראשונה הייתה רשומה על בן זוג אחד, והם משפרי דיור והדירה הבאה כבר נרשמת על שם שניהם – האם יש שאלה לעניין השיתוף? ברור שלא. הדירה שייכת לשניהם. המקור שלה לא רלוונטי. **היטעמאות נכסים** – כאשר יש נכס פרטי עימו הגיע אחד מבני הזוג, אך ברבות השניים **הוא נבלע – חדל מלהיחשב פרטי, תהיה תוצאה של שיתוף.** מונח הנועד לסתור את ההיטמעות – **עקיבה**. ניתן לעקוב אחר הנכס, ולטעון כי האופי הפרטי ממשיך ללוותו.

ס' 8 יכול להיות המקום בו מפצים על אי-הכללת איזשהו רכוש שהתפיסה היא שמן הדין כן יש להכלילו.

האם הסעיף הוא המאפשר הכללת נכסים לתוך השיתוף? לא, הוא קובע אילו יש להוציא, הוא **מאפשר רק החרגה של נכסים ולא הוספה.** הוא כן מאפשר, באמצעות החלוקה הלא שווה, הגעה לתוצאה צודקת.

* **פ"ד שילה** – נישואין של 4 וחצי שנים בלבד, הבעל עיגן את האישה במשך 26 שנים. השופטת מימון קבעה כי יש להפעיל את סעיף 8(2), יש לחלק בדרך שהיא לא חצי חצי והיא לא העניק לו שום זכות בזכויות הפנסיונית.

**היבטים ממוניים של המשפחה – הסכמים בין בני-זוג (לרבות הסכמי ממון)**

הסכמי ממון –

* על מי בעצם חלה חובת האישור (כתנאי לתקפות ההסכם?) האם כל זוג (ידועים בציבור, מי שנישאו בנישואים אזרחיים וכו') חייב לאשר הסכם רכושי אחרת לא יהיה להסכם תוקף**? ידועים בציבור אינם נדרשים לאישור ההסכם. זוג שאינו רשום כנשוי לא חייב לאשר את ההסכם, וגם ללא אישור ההסכם יהיה תוקף להסכמות ביניהם.**
* איזה הסכם בין בני הזוג הוא "הסכם ממון" (**הלכת שי**)? אם מסמך הסכמות בין בני זוג עונה להגדרה של הסכם ממון כפי שהגדיר אותו פ"ד שי, חייבים לאשר אותו, אחרת אין לו תוקף. **לפי פ"ד שי, הסכם קדם נישואין לכבוד הדדי אינו הסכם ממון**. הפרמטרים של פסד שי כדי שההסכם ייחשב כהסכם ממון –

1. להתייחס למכלול יחסי הממון של בני הזוג.

2. להתייחס לאפשרות החלוקה שלהם במצב של סיום הנישואין (במקרה של גירושין או פטירה).

הסכם קדם נישואין לא נותן דעתו על כל היקף היחסים, כמו במקרה של עגינות, ולכן הוא יהיה תקף גם ללא אישור בית המשפט. אבל אם מדובר יהיה בהסכם שיענה על הפרמטרים, הוא יידרש לאישור בית המשפט.

* האם זוג שנישא לפני 73 כפוף גם הוא לדרישת האישור, ואם לא אין תוקף להסכם? פרק רביעי, הוראות שונות, **ס' 14** – "סעיף 3 ושאר הוראות הפרק השני לא יחולו על בני זוג שנישאו זה לזה לפני תחילת חוק זה.". על כן, יתר הוראות החוק כן חלות על מי שנישאו לפני 73 (בניגוד לאמור בסעיף 3 – החל רק על מי שנישא לאחר 73).
* **פ"ד בבלי** – גם זוגות הכפופות לחובת אישור ההסכם, ולא אישרו, האם בכלל לא יתחשבו בהסכם? לא, יתחשבו בו.

**הורים וילדים – משמורת והחזקת ילדים**

בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, העיקרון שנוגע לאפוטרופסות קובע ששני ההורים הם האפוטרופוסים על הילדים באופן שווה. האפוטרופסות משמעותה האחריות ההורית לגידול השוטף של הילד, כל קבלת ההחלטות בחייו וכו'. **לאפוטרופסות צמודה גם הרשות להחזיק בילד.** לפי החוק שלנו יש הבחנה בין המשמורת המשפטית (האפוטרופסות) שהיא תמיד משותפת לשני ההורים, אלא אם כן בית המשפט קובע אחרת (לדוגמא: כשהורה מזיק לילד / מוגבל בנפשו) לבין ההחזקה הפיזית (השאלה אצל מי הילד ישהה).

בארה"ב של שנות ה-70' מי שהחזיק בילד פיזית היה אחראי על כל מה שקשור לילד, גם במישור הפיזי אבל גם במישור המשפטי. הדבר השתנה בעשורים האחרונים, כאשר הטריגר לשינוי הוא המהפכה הפמיניסטית (שדרשה שוויון בכל התחומים, לרבות לגבי תפקידים במשפחה).

בעבר, הייתה מקובלת **חזקת הגיל הרך** לפיה טובת הילד עד גיל 6 היא שהילד יגור אצל האם (אלא אם כן הוכח אחרת). החל משנת 2003, החוק מאפשר גם לגברים לקחת חופשת לידה (ב-10 שבועות, שלאחר 6 השבועות הראשונים מהלידה). אולם רק 0.3% עושים בכך שימוש. אולי כי זה במועד שכבר מאוחר מהלידה, אבל עדיין רק אחוז קטן מהאבות לוקחים חופשת לידה. אלה גם הנתונים של סקרי כוח אדם. הנושא הזה נמצא בחזית של הדיון הציבורי. **ועדת שניט מנסה ליצור שינוי טרמינולוגיה, כך שנדבר על חלוקת אחריות הורית בין שני הורים.**

**מהפכת זכויות הילד** – ההכרה שהתפתחה בהרבה מדינות העולם המערבי, לפיה **ילדים הם ישויות אוטונומיות בעלי זכויות**, הם לא רכוש, הם לא רק מי שחייבים לטפל בהם – ילדים הם גם בעלי זכויות עצמאיות, הם עומדים בפני עצמם. לכן, **הטרמינולוגיה היא זכויות הילד ולא רק טובת הילד.**

הביטוי הראשון לפיתוח זכויות הילד – **הצטרפות לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד**, שגובשה בשנת 1989, וישראל הצטרפה ב-1991. לאמנה יש אשרור כמעט אוניברסאלי. ישראל לא החילה את האמנה בדין הפנימי. אמנה שהיא כן חלק מהדין הפנימי בישראל – אמנת האג בדבר חטיפת ילדים בין-מדינתית.

* **ילד** – יציר אנוש מתחת לגיל 18. אנומליה – גיל הנישואין המינימלי הוא 17.

**3(1)** – "תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה". **טובת הילד היא החלק המשמעותי ביותר ביישום זכויות הילד.** השיקול הקונספטואלי – לא באים רק מתוך עמדה פטרונית, אלא מעמדה המכבדת את הילד כישות העומדת בפני עצמה, אדם העומד בפני עצמו, ורק לאחר מיכן מפעילים את השיקולים של יישום טובת הילד.

**3(2)** – "לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו...אחריות בסיסית..בראש מעיינהם תעמוד..". זה רלוונטי לעניין המשמורת. האם הדין כיום תואם את הצורך של המדינה להבטיח אחריות משותפת? יש לפנות לפרק השני, **סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאופוטרופוסות** – " ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". היינו, **יש אופוטרופסות משותפת, האחריות של ההורים על הילדים בישראל משותפת.**

**סעיף 15** – "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו". **האופטורפוסות בסעיפים הללו היא המשמורת משפטית, החובה לדאוג לכלכל, להבטיח את שלום והתפתחות ולקבל החלטות עבור הילד.** משמורת פיזית – חלק אחרון מסעיף 15, זו החזקה של הילד. משמורת זו שאובה מעולם מושגים של רכוש, קניין, בעול ורכוש – מבחינת הטרמינולוגיה, אין זה תואם את האמנה.

וועדת שניט –

הוועדה הוקמה בשנת 2006, ובראשה עמד פרופ' דן שניט. היה עליה לנסח מחדש את הכללים בכל הקשור לנושא האחריות ההורים בדין הישראלי, להסדיר את הנושא של הורים וילדים ככל שזה קשור לדיני משפחה.

סעיף 24 עוסק בהסכם בין הורים החיים בנפרד – ניתן להסכים בידי מי תהא האופטרופסות וההחזקה. סעיף 25 – אם אין הסכם, רשאי ביהמ"ש לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שיראה לו לטובת הקטין. זהו **סעיף חזקת הגיל הרך**, לפיה עד גיל 6 הילדים יהיו אצל האם, אלא אם יש נסיבות אחרות. טובת הילד תקבע לאן ילכו, ויש חזקה שילדים עד גיל 6 טובתם היא להיות עם האם. **על הוועדה היה לבחון, האם לאור ההתפתחויות יש מקום להותיר את החזקה הזו על כנה**. הועדה פרסמה המלצות דוח ביניים ב-2008, בהם נאמר שהכיוון לבטל את חזקת הגיל הרך ולא לקבוע שום חזקה חלופית אלא להותיר את ההכרעה בדבר המשמורת על הילדים לפי טובת הילד בלבד. **כיצד תקבע טובת הילד? יש שורה של פרמטרים, ללא שום כלל מסיע / חזקה מנחה.**

כשהוגש הדוח הסופי, היה כבר רוב מוצק לביטול החזקה, עם הצעה של שתי אלטרנטיבות לסעיף חלופי – שתיהן מסכימות כי השאלה תקבע על פי טובת הילד ויובאו בחשבון פרמטרים שונים.

מה עושים אם כפות המוזנים שוות? היציבות מקבלת את השיקול הגובר, זהו סעיף שובר-שוויון, סוג של חזקה שניתן לכנותה – **חזקה לטובת מי שטיפול בו עד כה, חזקת המטפל העיקרי.** אין חזקה אפריורית, אין העדפה של אף צד. אולם, אם מגיעים לשוויון, יש חזקת המטפל העיקרי.

חזקת הגיל הרך העניקה את האופטרופסות באופן הבלעדי לאימהות. את החזקה הזו ביטלו ברחבי העולם – **מעבר לברירת מחדל של משמורת משפטית משותפת, שאצלנו קיימת מאז ומעולם**. האחריות ההורית בישראל תמיד הייתה משותפת.

**כאשר משפחות זקוקה להתערבות ביהמ"ש (נמצאות בקונפליקט גבוה), ההסדר של משמרות פיזית משותפת הוא הגרוע ביותר**. כדי לקיים זאת (מגורים של הילד לסירוגין), חייב להיות שיתוף פעולה מלא בין ההורים, נכונות לגמישות של הסדרים, זה בעייתי. כמו כן, חייבת להיות סמיכות מגורים, יש צורך במצב כלכלי מספיק גבוה להחזקה של 2 בתים מלאים.

**וועדת שיפמן** **מציעה רפורמה לעניין מזונות הילדים** – חייב להיות דין אחיד, ולא ללכת אחר הדין הדתי. חייב להיות גם נטל על שני ההורים בנוע למזונות ההורים לפי מידת ההשתכרות/ההכנסה. בנוסף, העובדה שילד לן אצל אחד ההורים צריכה להיות מובעת בחשבון לעניין חישוב המזונות – העובדה שהילד ישן אצל האב מספר ימים, זה צריך להפחית את גובה המזונות. אם הילד לן 5 ילדים בשבועיים אצל הילד, יש הפחתה של 35 אחוז מהמזונות.

* הבעיה – הוועדות עבדו ללא שום סיכרוניזציה.

**חיי משפחה – הצד האפל של המשפחה: אלימות במשפחה**

בתחומי ידע שונים במחקר יוצקים למושג "אלימות במשפחה" משמעויות שונות. עד לפני כ-20 שנה, אלימות הוכרה במחקר בפרשנות מצמצמת כאלימות פיזית. בעבר, ההגדרה הייתה מצומצמת לאלימות פיזית. ב-15 השנים האחרונות, החלו להכיר בקשת רחבה יותר של גילויים של התנהגות שנחשבים ונתפסים כאלימות.

כיום, החוויה הסובייקטיבית של האישה היא שצריכה לכוננן את הגדרת האלימות . כיום, כל התנהגות שהיא חוליה בשרשרת של התנהגויות שגורמת לאישה לחוש פחד, אימה וכו', היא אלימות. ההגדרה תלויה התפיסה הסובייקטיבית של האישה. **חוקרים הבינו כי אלימות כוללת גם ביטויים אלימים שאינם פיזיים**, אך יוצרים סיטואציה בה האישה מרגישה "עושת דברו" של הגבר עימו היא חיה ואינה יכולה להתנהל בזכות עצמה. יצוין כי על פי רוב, נשים הן הקורבנות של אלימות במשפחה.

אילו סוגים שונים של ביטויי אלימות קיימים? מעגל הכוח והשליטה מגלם מגוון ביטויים של אלימות –

* תופעות **אלימות פיזית**.
* **אלימות מילולית** – הרמות קול, צעקות, גידופים.
* **התעללות רגשית** – ביטויים חוזרים של השפלות, גילויי קנאה אובססיביים, מעקב צמוד, בידוד חברתי, ניסיון לנתק את האישה מבני משפחתה, ניסיון להגביל את לוח הזמנים של האישה, מניעת גישה למשאבים. זוהי התעללות המונעת מאישה יכולת לנהל את חייה בכוחות עצמה ולעשות כרצונה.
* **התעללות פסיכולוגית** – התעללות המכניסה את האישה לחרדה מתמדת / פאניקה. האישה כל כך מושפעת מהאלימות, עד שהיא כל הזמן מרגישה שהגבר "נמצא שם", היא לא רגועה וכל דבר "מקפיץ" ו"מעורר" אותה. נשים כאלו סובלות לרוב מתסמיני פוסט-טראומה.
* **אלימות מינית** – כפייה של יחסי מין או מגע-מיני בין בני הזוג והתייחסות אל האישה כאל אובייקט מיני. פעמים רבות נשים לא מזהות את הסיטואציה במסגרתה הן נענות שלא מרצון ליחסי מין כהתעללות מינית, ולוקח להן גם זמן רב להודות בכך.
* **הרס רכוש** – טריקת דלתות, בעיטה בחיות מחמד החשובות לאישה, שבירת מראות וחפצי ערך. לעיתים, הגבר כלל לא מרים יד על האישה ובכל זאת החוויה בתוך מערכת היחסים היא של פחד ושליטה.
* **אלימות כלכלית** – מדובר באלימות מתוחכמת יותר. לגבר יש שליטה מוחלטת במשאבים ולאישה אין יכולת לחוש תחושה של עצמאות כלכלית. המנעד נע מרמה שלאישה אין אפילו שקל בכיס ועד כדי מצב שבו לאישה יש אפילו כרטיס אשראי והיא נשואה לגבר עשיר, אבל היא לא יכולה להוציא כספים מבלי תהליך של חנופה לגבר וקבלת אישור להוצאות כלכליות.

**אם בספרות הקלינית ובמחקר יש הכרה בביטויים נרחבים של אלימות, אנחנו רואים הזדהות של הציבור דווקא עם ההגדרה המצמצמת**. הבעיה בהגדרה הרחבה – פגיעה בעקרון החוקיות. הדבר משפיע כמובן גם על האופן שבו שופטים מפרשים את העילות שמצדיקות צווי הגנה במקרים של אלימות במשפחה. כמובן שבכל מערכת יחסים יש ביטויי אלימות שיותר נפוצים בה. אבל יש סוג של דינאמיקה בין הביטויים השונים. בדרך כלל אלימות מילולית מתפתחת לאלימות רגשית ופסיכולוגית ובהמשך להרס רכוש ואף אלימות פיזית.

ישנן תיאוריות שונות שמנסות להסביר את קיומה של תופעת האלימות במשפחה, אשר חוצה תרבויות-עדות-דתות וכו'. התיאוריה הפמיניסטית למשפט, לדוגמא, מנסה "להעיר" אותנו מהחלום של הגישה הפוזיטיביסטית לפיה המשפט ניטראלי. לפי גישה זו, קבוצת הגברים שולטת בחברה, אוחזת במוקדי הכוח וגם מעצבת את המוסדות החברתיים (לרבות מוסדות המשפט) שמסתירים את היחסים האמיתיים בחברה. **לפי התיאוריה הפמיניסטית לא סתם אנחנו נתקלים במציאות שבה גברים אלימים כלפי נשים. למעשה, האלימות כלפי נשים היא אמצעי של כלל הגברים להמשיך לשלוט בכלל הנשים**. בעצם, לא רק הגברים האלימים מרוויחים מכך שהם שולטים בנשים שלהם, אלא כל הגברים שכן המצב של שליטה גברית נמשך בעולם. בשורה התחתונה, האלימות היא כלי ליצירת אימה בין המינים ועוזרת לגברים לשמר את השליטה שלהם בחברה. ביחס למשפט, הטענה היא שבדרך שבה קטגוריות משפטיות וסעדים מעוצבים, יש כדי לתת יד להמשך המצב ולהנצחתו. כך לדוגמא לא קיימת עבירה של אלימות פלילית כלפי נשים בתוך המשפחה כמו אלימות מילולית, רגשית, פסיכולוגית וכדומה, אשר יוצרות את אותו אפקט שגורמת האלימות הפיזית. ומדוע סוגי אלימות אלו לא עוצבו בחקיקה? שכן גברים הם המחוקקים והם לא מרגישים את התחושה הזו של אלימות במשפחה.

**המאמר לגבי ניימינג, בליימינג וקליימינג** – **שלושה צעדים לקבלת הסעד**. בתחום של אלימות במשפחה, יש קושי לעניין מתן השם – נשים מתקשות לתת שם. שלב האשמה – נשים רבות, גם כאשר הן מרגישות כי הדבר אסור/פלילי, מאשימות את עצמן, ולא את הבעל. היכולת לדווח, לפנות לעזרה – יש מכשולים רבים לעניין אלימות במשפחה, יש קשיים חיצוניים על האישה: בושה, פחד מהגבר, פחד מפירוק המשפחה ופגיעה בילדים וכו'. כאשר המוד מוצג ומיושם על אלימות במשפחה, הגבולות מטשטשים, קשה לעבור את המשוכות.

מאפייני משפחות שסובלות מאלימות –

* **בידוד חברתי (ה"סוד") –** משפחות שסובלות מאלימות הן לרוב מבודדות מבחינה חברתית. לכל הצדדים – הגבר, האישה והחברה – יש אינטרס לשמור על האלימות במשפחה בסוד. הגבר לא רוצה שזה יתגלה מסיבה ברורה. לאישה נוח שאף אחד לא ידע כי היא מתביישת לספר על מצבה שכן זה גם מעיד על הבחירה הלא נכונה שביצעה בהינשאה לגבר האלים. לחברה יש אינטרס בשמירת ה"סוד", והרי ברור שאף אחד לא רוצה להתערב במערכת יחסים של אנשים אחרים. לכן, תופעת האלימות במשפחה הולכת וגדלה, בהימצאה בתוך מרחב שמשמר אותה מפני התערבות חיצונית.
* **המערכת ההיררכית במשפחה מופרת –** במקום שהיחס יהיה מערכת זוגית --> הורים --> ילדים, המערכת ההיררכית במשפחה משתנה: האבא הופך להיות מעל האמא ואז מעל הילדים, או לעיתים האבא אף רותם את הילדים כנגד האמא והילדים הופכים שותפים לאבא בהורדת סמכות האם.
* **קנאה וחשדנות הדדית –** הגבר כל הזמן מקנא באישה וחושד על מעשיה וגם היא כל הזמן חושדת מה צעדיו הבאים.
* **חיזוק תפקידי מגדר מסורתיים –** גם כשהאישה עובדת ומפרנסת, עדיין יש נטייה לחלוקת תפקידים מסורתית. היא זאת שדואגת לבית ומטפלת בילדים. זה דבר בולט בכל החברה, אבל בצורה יותר משמעותית במשפחות שיש בהן אלימות במשפחה. במשפחות כאלו הבעל מכתיב את כל סדר העניינים בבית. יש שליטה של הגבר בבית והאישה מאבדת את תחושת האוטונומיה שלה.
* **יחס של מובחנות ולכידות –** הלכידות משקפת את מידת החיים המשותפים ביחד, בצוות, כזוג. המובחנות משקפת עד כמה למרות הלכידות, בני הזוג מסוגלים לתת מרחב אחד לשני לחיות את חייהם. ככל שהמובחנות גבוהה והלכידות גבוהה, מערכת היחסים בריאה יותר. במשפחות עם אלימות, הלכידות מאוד נמוכה וגם המובחנות מאוד נמוכה. בני הזוג כל הזמן צמודים ונמצאים ביחד, אבל זה נובע בשל "חניקה", ואין שום יכולת לתת אוטונומיה ותחושת מרחב אחד לשני.
* **תקשורת קלוקלת** **–** כל חוסר הסכמה בין בני הזוג נתפס כמשהו הרסני לקשר. אין יכולת לנהל דיאלוג אמיתי. כל ויכוח מעורר תחושה של חוסר ביטחון אצל האישה וחרדת נטישה אצל הגבר.

**כל הגורמים לעיל מובילים לחוסר יציבות. הסיכוי לפרידות ולחזרות במערכות יחסים אלימות מאוד גבוה.** הנשים מוצאות את עצמן עוזבות וחוזרות בממוצע 6 פעמים עד שהן עוזבות בפועל. פעמים רבות ברור לגבר שהאישה לא תעזוב. ברור שיש אלמנטים שמחזקים את יכולת האישה לעזוב, אבל עדיין לוקח לנשים זמן רב עד שהן עוזבות במקרים של אלימות.

הסטטיסטיקות מראות, שאחוזים רבים מהגברים והנשים שמצויים במצב של אלימות במשפחה היו עדים וחשופים לאלימות בצעירותם. כ-45% מהגברים המתעללים סבלו מאלימות שהופנתה כלפיהם ואצל נשים, רבות מהן סבלו מהתעללות מינית קודמת. בדרך כלל בנות מאמצות את המודל של האמא המוכה והבנים מאמצים את המודל של האבא המכה.

פעמים רבות נשים שסובלות מאלימות מעידות שחל בהן ליקוי בשיפוט. הן נכנסו למערכת היחסים האלימה בתקופה שבה היו זקוקות להרבה חום, ותפסו את גילויי הקנאה לעיתים כמחמאה מבלי יכולת לתפוס את המציאות כפי שהיא. האישה מנסה להסביר לעצמה מדוע זה קרה ו"מחליקה" את מה שקרה. מכאן מתחיל המדרון החלקלק.

**אחרי האירוע הראשון של האלימות, האישה מרגישה שאולי לה יש חלק בגרימת ההתפרצות הזאת והיא מרגישה צורך לקחת אחריות**. או שהיא מרגישה צורך לעשות את דברו או שהיא מנסה להרגיע את הגבר כדי שלא יתפרץ. האישה עשויה להודות לשם כך בחסרונות שלה, בטעויות שלה או בבעייתיות שבה. ברגע שאישה מנסה לתרץ את המעשים של הגבר (לדוגמא: הייתה לו ילדות קשה, קשה לו בעבודה, אני לא הייתי בסדר) ולוקחת על עצמה את האחריות – מגיעה נקודת האל-חזור, לפי הספרות, אשר ממנה היא עתידה להפוך להיות אישה מוכה ואין סיכוי לחזור מכך. הספרות מסבירה שברגע שהיא לוקחת על עצמה את האחריות לגמול אותו מהאלימות, היא לוקחת על עצמה משימה שלא תוכל לעמוד בה לעולם.

**האישה נמצאת במצב של מלכוד**. ככל שהאישה מנסה ולא מצליחה לגמול את הגבר, היא מנסה עוד יותר ועוד יותר. ככל שהאישה הצדיקה את האלימות והעבירה אליה את האחריות ואת התפקיד להציל את הקשר, כך היא יותר ויותר תנסה לרפא את הקשר ויהיה לה יותר קשה לוותר על הקשר. גם הבעל מצידו מצפה שהאישה תצליח לרפא אותה. יש פה יחסים של דינאמיקה הדדיים בין הגבר לאישה. ככל שהאישה לא מצליחה, הוא עוד יותר כועס על האישה, ומכאן המלכוד שבמערכת היחסים. התחושה של האישה היא תחושה של שליטה על כל אספקט בחיים שלה. במערכות יחסים אלימות יש תחושה כאילו בני הזוג אוהבים אחד את השני ושונאים אחד את השני, כאילו הם לא יכולים אחד בלי השני ולא יכולים אחד עם השני.

המחקרים מדווחים על אחוזים מאוד גבוהים של דיכאון. כמעט אין אישה נפגעת אלימות שלא סובלת מדיכאון כלשהו. פעמים רבות הן אינן מסוגלות ליהנות משום דבר. פעמים רבות נשים מרגישים תחושה אשמה על התנהגות הגבר ועל חוסר יכולתן לרפא את הקשר. בנוסף הגבר מצידו מאשים את האישה, וכך יוצא שכל תחושת האשמה מוטלת עליה. מה גם שפעמים רבות בני זוג כאלו נותרים ללא קשרים חברתיים ומשפחתיים קרובים והאישה מוצאת את עצמה מרגישה לבד. הגבר הופך להיות האדם היחידי שיש לאישה, ואם היא תוותר עליו היא תישאר בלי כלום. הדבר הזה יכול להסביר מדוע נשים אינן מצליחות בקלות לצאת ממעגל האלימות. לאישה יש הסברים רציונאליים ורגשיים רבים מדוע לא לעזוב.

מדוע נשים נפגעות אלימות לא עוזבות?

**תיאורית "מעגל האלימות" (לינור ווקר)** – התיאוריה מסבירה איך האלימות משתמרת ואיך כל אחד מבני הזוג משמר את התפקיד שלו. ווקר גורסת שמעגל האלימות מורכב משלושה שלבים:

* **שלב היווצרות המתח –** הגבר צובר מתחים, כעסים וחוסר שביעות רצון מתפקוד האישה. האישה מנסה להרגיע אותו ולא מצליחה. התשדורת של הייאוש מהאישה גורמת לגבר לחוש חרדת נטישה ומובילה להתפרצות.
* **שלב ההתפרצות –** ההתפרצות האלימה יכולה לבוא באמצעות כל אחד מביטויי האלימות.
* **שלב החרטה ("ירח הדבש") –** הגבר חש חרטה על המעשים שלו, ייתכן והוא חושש שהאישה תעזוב אותו, וכדי להרגיע אותה הוא מתנצל, מבטיח הבטחות, קונה מתנות וכו' (כמו בירח הדבש). יש מעין תקוות לעתיד והאישה רוצה להאמין שהיא לא תסבול יותר. בשלב הזה מושלמת ה"קורבניות" של האישה. כאשר האישה מקווה ומאמינה שזאת הפעם האחרונה שהאירוע האלים קורה, זה השלב שבו היא מקבעת את הקורבניות שלה ומבטיחה לעצמה שהסיפור הזה לא רק יחזור, אלא ברמה גבוהה יותר.

**מעגל האלימות הופך לטרפז, הגבר מדלג על שלב החרטה**. התמריץ שלו להתחרט הולך ומתאפס, שכן הוא רואה שהאישה תמיד נשארת שם, למרות הישנות המקרים. יש רק התפרצות וצבירת מתח. בנוסף, נשים רבות רוצות להישאר בקשר, למצוא פתרונות פנימיים לקשר.

ככל שבני הזוג חיים תקופה ארוכה יותר בתוך מעגל האלימות, שלבי היווצרות המתח וההתפרצות מתגברים ושלב החרטה קטן ואף נעלם מתוך המעגל, שכן הגבר מבין שאין סיכוי שהאישה תעזוב אותו כבר. בתוך המעגל רואים שלעיתים האישה מבצעת מעשה כדי להקדים את ההתפרצות, משום שהיא יודעת שההתפרצות גם ככה תבוא ולכן היא מעדיפה שלפחות היא תשלוט במועד ההתפרצות של אירוע האלימות. כשמבינים את המנגנון הזה שבמסגרתו האישה מבצעת בעצמה טריגר שמוביל להתפרצות, מצליחים להבין מקרים בהם האישה כביכול "הובילה" לאלימות. האישה נכנסת אט-אט לתחושה של חוסר אונים, שכן לא משנה מה תעשה האלימות תחזור. החיים מרגישים ריקים וחסרי משמעות.

התשובה לשאלה מדוע נשים נפגעות אלימות לא עוזבות, בהסתמך על תיאוריית מעגל האלימות היא שהנשים מצויות במלכוד. אין להן אופציות אמיתיות. יש להן פחד לעזוב את הגבר המאיים, פחד להסתדר בחיים, חוסר עצמאות שסיגלו לעצמן (הן לא מבצעות פעולות בסיסיות כמו משיכת כסף מכספומט), הן חסרות תמיכה חברתית ועוד. המלכוד הזה לא מותיר להן ברירה, אלא להישאר עם הגבר האלים. זאת התיאוריה שרווחה במשך שנים.

**תיאורית הבחירה (מושפעת מהפמיניזם התרבותי) –** התיאוריה מנסה לצייר נשים לא בפריזמה של קורבנות, אלא להסביר מדוע מנקודת המבט שלהן ההחלטה לא לעזוב מגיעה ממניעים רציונאליים. הטענה היא **שנשים נפגעות אלימות לא עוזבות לא מחמת היעדר אופציות, אלא מתוך בחירה חופשית שמוסברות ע"י ההבדלים החברתיים בין נשים לגברים, באופן שבו הם מתבוננים על המקום של היחיד בתוך מערכת היחסים.** יש מחקרים שמלמדים כי נשים מאופיינות יותר מגברים בצורך בקשר. הן מגדירות עצמן ע"י מערכות יחסים, ולכן גם כשהקשר כרוך במחיר של אלימות, הן רואות בו חלק מהזהות שלהן ולכן לא קמות ועוזבות.

**החוק למניעת אלימות במשפחה –**

בישראל, בשנת 1991 נחקק החוק למניעת אלימות במשפחה, כאשר תכלית החוק **הייתה לספק "עזרה ראשונה" לבן משפחה שהינו קורבן לאלימות**. **ההגדרה של "בן משפחה" בחוק הינה מאוד רחבה, כאשר בן זוג כולל גם ידוע בציבור**. **מדובר בחוק אזרחי המבקש להעמיד לאותו בן משפחה שסובל מאלימות זכות לצו הגנה.** צו ההגנה יכול להתקבל נוכח עילות שונות הקבועות בו. חשוב להבין כי החוק מאפשר קבלה של צו הגנה מבלי שיש זכות משפטית קודמת למבקש הצו. הצו יכול להתקבל גם כשהזוג גרוש (ולאישה אפילו אין זכות למזונות). הפרוצדורה לקבלת הסעד מאוד מהירה. אין אפילו צורך להיות מצוידים בעורך-דין. נדרש רק מילוי של טופס הדורש תצהיר. אך לעיתים מילוי התצהיר מאוד קשה, כאשר האישה מתארת משהו מאוד מינימליסטי בתצהיר, בעוד במהלך המשפט היא "נשברת" ומספרת הכל והקו שהיא משדרת בעצם אינו אחיד. הסמכות מאוד רחבה וניתן לבקש צו הגנה בבית משפט שלום, בבית משפט לענייני משפחה וכן בבית דין דתי. החוק מקנה סעדים אזרחיים והפרת צו הגנה נחשבת להפרת צו שיפוטי. **בחלק מהעילות אפשר לקבל את הצו במעמד של צד אחד.** תוקף הצו הוא עד לתקופה של 3 חודשים, כאשר ניתן להאריך את תוקפו עד לשנה בלבד. אך כדי להאריך את הצו מעבר לתקופה זו, יש צורך להגיש את התביעה מחדש.

היקף הסעדים (סעיף 2) –

1. **צו הגנה מאפשר להרחיק בן זוג אלים מדירה בה הוא מתגורר, כאשר אין התייחסות לעניין הבעלות בדירה, ובלבד שהאישה מתגוררת בדירה**. בפרקטיקה רואים שככל שפוגעים פחות בזכויות הקנייניות של הגבר, בית המשפט יאפשר יותר להרחיק את הגבר. אולם הקושי מתעורר במקרים מורכבים כמו כאשר בני הזוג גרים בדירה על שם ההורים של הגבר. לכאורה ניתן להרחיק את הגבר מהבית, אבל ההורים יכולים להעיף את האישה מהבית. לפעמים הפתרונות שמקנה החוק אינם מספיק טובים. כמו כן, ניתנת יכולת למנוע מהגבר המתעלל להימצא במרחק מסוים מהדירה. לפעמים שופטים מציינים את המרחק המדויק שעל הגבר לשמור מהאישה. אך מעבר לבעיית האכיפה, לפעמים הנשים עוברות דירה ואז צו שמרחיק את הגבר מהדירה הקודמת אינו תקף לגבי הדירה החדשה ועל האישה להגיש תביעה חדשה. לפעמים גם האישה לא יודעת איפה הגבר מתגורר כעת, ואין יכולת למסור לו את הצו.
2. **צו הגנה מאפשר לאסור את יכולתו של הגבר להטריד את בן משפחתו בכל דרך ובכל מקום**. אבל האישה צריכה לחשוף את פרטי מגוריה לשם הצו והגבר מקבל העתק של פרטים אלו ועשוי להטריד אותה. מעבר לכך נשאלת השאלה מה זו הטרדה. אין הגדרה ברורה למונח הזה. לפעמים בית המשפט נוקט בלשון עמומה מאוד, מבלי להסביר למה הכוונה. העמימות הזאת מקשה לקבוע כי הגבר אכן ביצע הטרדה. גם כשהאישה מרגישה מוטרדת, השופט עשוי לקבוע שמבחינה אובייקטיבית לא התבצעה כאן הטרדה. במסגרת החוק למניעת הטרדה מאיימת, ניתנים סעדים דומים במהות, אבל הוא מתייחד למקרים שבהם ההטרדה אינה נובעת מבני משפחה. החוק למניעת אלימות במשפחה קובע כי בית משפט שדן בתביעה במסגרת חוק זה, רשאי לתת גם צו מניעת הטרדה מאיימת לאדם.
3. **צו הגנה מאפשר לאסור על גבר לפעול בדרך המונעת או מקשה שימוש בנכס**. לדוגמא: צו הגנה שימנע מהגבר לעשות שימוש ברכב או לנתק לאישה את השאלטר של המים. בפרקטיקה, בתי משפט חוששים להתערב בנושאים הנוגעים לזכויות קנייניות.

בחוק יש הוראות חשובות לגבי נשיאת נשק. ל**בית המשפט יש אפשרות בעילות מסוימות לאסור על הגבר להחזיק נשק.** סטטיסטית, מחקרים מראים שכ-45% מהרציחות של בני זוג בישראל בשנים האחרונות התרחשו באמצעות נשק חם, מה שמעיד על חשיבות השימוש בסמכות זו.

**סעיף 2(ב) מתקשר לאלימות כלכלית וקובע, כי צו הגנה יכול להכיל גם דרישה לערובה הן לקיומו והן להתנהגות טובה או כל הוראה אחרת הדרושה להבטחת שלומו ובטחונו של בן משפחה**. מדובר בסעיף כללי, שקובע כי ביהמ"ש יכול להחיל בתוך הצו תנאים, דרישה לערובה, או להוראות אחרות הדרושות להבטחת שלום בן המשפחה. אין לנו באופן ישיר סעדים כנגד אלימות כלכלית. הסעיף מהווה כלי לנסות להתמודדות עם אלימות כלכלית.

הסעיף הזה מזכיר את אחד הקשיים המרכזיים שלא זכו למענה בחוק, וזהו הקושי שמציבה אלימות כלכלית. החוק אינו מספק מענה כאשר השליטה של הגבר באישה היא באמצעים כלכליים, ולכן דרך יצירתית לשימושו של בית המשפט לתת מזור לנשים המצויות במצב של אלימות כלכלית היא במסגרת סעיף זה. מניסוח הסעיף עולה שבית המשפט יכול לתת הוראות נוספות שיגשימו את הצורך הכלכלי. השופט מרקוס נתן פס"ד, בתיק שעסק באלימות כלכלית ונפשית של הגבר באישה, בו תיאר את מסכת השליטה הכלכלית של האישה ונתן צו הגנה. הוא קבע שמתקיימת עילה לפי סעיף 3(3) לחוק. הוא לא הרחיק מיד את הגבר מהבית, אלא השתמש בסעיף הסל 2(ב), וקבע שעל הגבר להתמיד בתשלום המזונות הזמניים שנפסקו בהליך אחר, כדי לשמור על שלומה של האישה.

העילות למתן צו ההגנה –

1. **בסמוך לפני הגשת הבקשה נהג באלימות בבן משפחתו, ביצע בו עבירת מין או כלא אותו שלא כדין** – דרישת סמיכות הזמנים באה לתת הצדק למתן הפניה. זאת אף שלעיתים לוקח זמן רב עד שנשים מחליטות להוציא החוצה את מקרה האלימות. הפסיקה הכירה בסמיכות משפטית, מעבר לסמיכות הפיזית, אבל האישה צריכה לתת הסבר מאוד משכנע מדוע התמהמה. הרבה פעמים הסמיכות הזאת מהווה מכשול. בנוסף, החוק למניעת אלימות במשפחה אינו מגדיר מה זה אלימות. אבל הפסיקה צמצמה את המונח הזה לאלימות פיזית שטומנת בחובה סכנה מוחשית גופנית. הפסיקה שעוסקת בעילה הזאת דורשת מסוכנות גבוהה לאישה. **בית המשפט נדבק לפרשנות הצרה של אלימות.**
2. **התנהגותו נותנת בסיס סביר להניח כי הוא מהווה סכנה גופנית ממשית לבן משפחתו או שהוא עלול לבצע בו עבירת מין** – הסעיף הקודם מקנה עילה לקבל צו הגנה אם מעשה האלימות נעשה בעבר. הסעיף דנן צופה עתיד, לא דורש אלימות ספציפית, אלא מכלול של אירועים, התנהגות המרמזת על מסוכנות עתידית. לא צריך להוכיח אירוע בעבר כמו שצריך להוכיח בסעיף (1), אלא להצביע על מסכת כללית, תהליך הסלמה בתמונה הרחבה של מערכת היחסים. **צריך להוכיח חשש למסוכנות עתידית.** ביהמ"ש יתחשב בתמונה של הסלמה – מכלול האירועים כולם יוצרים חשש מאלימות עתידית. בפועל, בתי המשפט מחמירים בפרשנות העילה.
3. **התעלל בבן משפחתו התעללות נפשית מתמשכת, או התנהג באופן שאינו מאפשר לבן משפחתו ניהול סביר ותקין של חייו** – הסעיף פותח את הפתח להכיר באלימות שאינה פיזית, אבל גם פה רואים **שיש חשש גדול יחסית והתלבטות גדולה של בית המשפט לגבי השימוש בסעיף הזה**. צריך להראות התעללות נפשית מאוד קיצונית ולא נקודתית. גם המונח "ניהול סביר ותקין של חייו" עמום ולא ברור. אבל זה סעיף שלדעת המרצה יש מקום לעשות בו יותר שימוש.

הגדרת "בן משפחה" מאוד רחבה, ומכאן שמי שיכול להגיש את הבקשה הוא גם ההורה של האישה.

מקרים בהם צו ההגנה לא כדאי, אלא אף עשויה לסכן –

1. הגבר לא שומר חוק – הגבר לא שם על החוק, ויכול עף להעלות את המסוכנות.
2. כשקיים קושי של אכיפה.