

100% מבחן סופי.

שיעור 1:

- מבוא
- נישואים השוואתיים
 - נישואים דתיים : ישראל.
 - נישואין חילוניים : צרפת
 - נישואין אזרחיים : ארה"ב
- נישואין וחוזים
 - ישראל וצרפת- מודל חוזי חופשי : הסכמים בין בני הזוג
 - ארה"ב- מודל מוגבל
- סקירה

מדוע אנו זקוקים לדיני משפחה בין לאומיים/ השוואתיים?

1. ניידות גלובלית.
הרבה אנשים עוברים בין הארצות במהלך חייהם וצריך לבדוק איך הלך הרוח המקום אחר.
קשור : לאיחוד האירופי, חברות רב לאומיות והגירה.
2. תקשורת גלובלית.
על מנת להסביר מערכת בישראל לארצות אחרות יש צורך לדעת ולהבין את ההיסטוריה והמורכבות.
3. אמנות בין לאומיות ושיתוף פעולה.

חלק ראשון : דיני משפחה השוואתיים.

- קבלת נקודת מבט גלובלית.
- ונבדוק כיצד משתלב תמיד החוק הישראלי.

חלק שני : דיני משפחה בינלאומיים.

1. משפט בין לאומי פרטי : בחינת הממד הציבורי, אמנת האג וסתירה בין החוקים.
2. משפט בין לאומי פומבי : התחייבויות המדינה כיצד להסדיר את החוקים שלנו בהתאם לאמנות שחתמנו עליהם כמדינת ישראל.

מתחים בדיני משפחה גלובליים : כמה צריך להבין ולהתייחס למה שקורה מחוץ לישראל?

חילוקי דעות והסכמה כללית :

לדוגמא הפלה, בישראל ישנה שיטה מסוימת ששונה מארצות שונות כמו איטליה וסין. אז כיצד יחתמו על אמנה כללית לכולם בנושא זה? לעומת זאת, אמנה בדבר אימוץ כן ניתן לחתום.

גישור הכרחי בין מערכות משפטיות:

- הגנת הילד: אפילו שאין הסכמה על פונדקאות חייבים לטפל בעניין זה.
- שיפוט ויעילות.

ריבונות מול גלובליזציה/ שיתוף פעולה:

לדוגמא, הריבונות בארה"ב מחייבת שהם לא חותמים על האיחוד האירופי. יש מתח בין כל מדינה לאחרות לה.

חינוך וחלופות:

האם נתמקד במערכת שלנו בלבד או שננהל דו שיח באותה שפה, עם מדינות שבה קורה דבר אחר?

תרבות, מצב כלכלי, דת, גורמים לכך שכל מדינה תראה את הנושא בצורה אחרת. **ביפן אסורה פונדקאות**, נוסעים להודו ומביאים ילד מפונדקאות: רוצים להביא את הילד ליפן: לפי החוק ההודי, ההורים המשפטיים הם היפנים, אבל לפי היפניים האימא הפונדקאית היא ההורה היחיד. מה יעלה בגורלו? ניתן להחזירו ליפן? להשאירו בהודו? אלו סכסוכים ומתחים שכל צד מושך לצד אחר ויש להגיע לפתרון כללי של כולם.

פרספקטיבה השוואתית ביחס לנישואין:

- נישואין נחשבים כתופעה אוניברסלית.
- פעם חשבו שנישואים לא יהיו רלוונטיים, וערכם ירד, אבל האמת שהעניין עדיין מודרני והרבה כן נישאים. יש לנישואין היסטוריה פטריארכלית הנובעת מעניין הבעלות, וכעת יש דרכים שונות לאיחוד אזרחי ודרכים אחרות. לדוגמא, ידועים בציבור. אבל בכל העולם מוסד הנישואין עדיין חזק ולמרות זאת בארץ הוא פחות חזק. המרצה חושבת מדינת. לאו דווקא יהודים. בארץ פחות יש נישואין מאשר ארצות אחרות. ידועים בציבור חזק בארץ ולא משמעותי בארצות אחרות. ילד בחו"ל שנולד מממזרות בעבר, לא ירש, לא קיבל מזונות. אבל כאן בארץ לא מתעלמים מממזרות, מאשרים מזונות כילד חוקי.

א. מערכות דתיות- ישראל

- השיטה הישראלית היא החוק הדתי (גם פקיסטן דתי, משפט דתי).
- נישואין נשלטים כמעט לחלוטין על ידי הדין הדתי.
- המערכת הדתית לא נותנת לזוג מעורב להתחתן. אבל ישנם חריגים: כי לפי מוסלמים יכול גבר מוסלמי להתחתן עם אישה לא מוסלמית.
- לפי החוק בישראל יש איסור על ריבוי נשים והעונש הוא פלילי. בכל עניין נישואין וגירושין, החוק הדתי שולט. מה קורה במצב בו בקרב הקהילה הבדואית מותר לפי החוק הדתי על ריבוי נשים, יש נישואי ביגמיה בניגוד לחוק הישראלי? יש קונפליקט. אפשר להירשם ברשויות האסלאמיות. בארץ יתייחסו אליהם כאל ידועים בציבור ומאפשרים להם לחיות ככה. חסרי דת זה חריג, נישואים אזרחיים.
- נישואין אזרחיים בארץ?
- ידועים בציבור? הם לא נשואים. אין פה דין דתי. חיי שיתוף עם הטבות בקריטריונים מסוימים.

- נישואים בחו"ל- קפריסין: נשוי או לא? יש פה עניין רשמי. צריך לעשות את ההמשך הדתי פה בארץ. התחתנו בקפריסין, נרשמו כנשואים אבל זה רק עניין פורמלי. **בגירושין ע"פ ברק: פלונית**: זוגות של אותו דת עדיין יש לבתי דין דתיים סמכות שיפוט על ענייני הגירושין. אבל, הרבנים בד"כ מבצעים טקסים מלאים למי שהיה יכול להיות נשוי על פי החוק הדתי. אפילו גירושין לידועים בציבור. אם משהו מהזוג הולך לבית דין הרבני יש בעיה לידועים בציבור. אם שניהם החליטו להיפרד כך, זה בסדר ואפשרי. אבל בגלל שיש ספק של קידושי ביאה צריך שלגרש זוג שהגיע לבית דין דתי.
- מערכת משולבת: סוגיות בדיני משפחה שהם מחוץ לבתי דין דתיים: תלוי מי מגיש את התביעה.

המשמעות עבור ישראל:

- מרכזיותה של חיי משפחה והדת לזהות האישית.
- ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית. חשיבותה של יהדות כדי למנוע ממזרות. אבל יש פה עניין שני של דמוקרטיה וחופש של אדם לבחור את הנישואין בחייו.
- ישראל מפוצלת לקהילות אתניות דתיות.
- האם המערכת מפרה את הזכות הבסיסית להינשא?
 - כהן וגרושה יכולים לערוך טקס פרטי בבית ועדיין להירשם כנשואים ברשויות.
 - מה עם בני זוג מאותו מין?
 - האם יש צורך לאפשר נישואים אזרחיים?

הקוד האזרחי הצרפתי:

לפי החוק הצרפתי:

- סעיף 212: בני זוג מחויבים זה לזה באופן הדדי לנאמנות סיוע ונוכחות.
 - סעיף 213: בני הזוג מבטיחים יחדיו את הכוונה החומרית והמוסרית של המשפחה. מפרנסים בעבור החינוך של ילדיהם ומתכוננים לעתיד.
 - סעיף 214: במידה והסכמי הנישואים לא מסדירים את תרומתם של בני הזוג לחיובי הנישואים הם תורמים לכך ביחס ליכולת שלהם.
 - סעיף 215: בני הזוג מחויבים באופן הדדי לחיי שיתוף.
- לרוב הצרפתים יש הסכמים מקדמי שמסדיר ביניהם את העניינים. הכול של מול רשויות ומנהלים. אין עניין דתי. אם לא נרשם אצל העירייה הם לא נשואים מבחינת צרפת: נישואים חילוניים.

המערכת הצרפתית:

- מאוד חילונית.
- מאוד מתבססת על חוזים ואוטונומיה אין הגבלה על החוזה.
- האם יש בכך השפעה שלילית על הנישואים?
 - מצד אחד יכול צד לנשל צד שני מכל זכות בחוזה. לא הוגן באותה מידה וחסר רגשות. פשוט יותר.

המערכת בארצות הברית: חופש הבחירה.

- נישואים אזרחיים שפעמים רבות נשלטים בידי גורמים דתיים, אבל גם על ידי הרשויות האזרחיות. אם בוחרים להתחתן בחו"ל באמצעות רב, זה יכול לגרום לכך וניתן גם להירשם ברשויות אבל אין חובה לכך.
- הסכמי נישואים מוסדרים ומוגבלים.
- חוזה טרום נישואים נפוץ בקרב עשירים. הסכמי ממון: מה שהיה לפני נישואין נשאר רכושך האישי. חוזה כזה יכול להגיד שגם מה שמרוויחים במהלך הנישואין נשאר רכושו של האדם שהרוויח ונשאר שלו בלבד.
- חוזה נישואים שאינם בהיבט של הפרדה מותרים כלל בארצות הברית.
- החוק ולא החוזה הוא הגורם לתנאי הגירושין בארצות הברית. אפשר לכתוב הסכם בהיבט הפרדה או גירושין אבל לא תמיד מתייחסים לזה וצריך אישור של בית המשפט.

האם יש להגביל חוזה נישואים?

• החוק בארצות הברית לגבי חוזה נישואים

- חוק מודל לחוזים טרום נישואים יש שם תבניות מה מותר ומה פחות. לכל מדינה יש מערכת משלה, אך זה משפיע על רוב המדינות. יש גבול, כי זה שונה מחוזים אחרים בין שני אנשים.

פס"ד IN RE SHANAK:

- חוזה טרום נישואים. בסוף הנישואין האישה הייתה מאוכזבת כי נאמר שם שהאישה לא תקבל את הרכוש המשותף אלא רק חלק קטן. לא תקבל מזונות. הגבר היה עורך דין והצליח לנשל אותה מהכסף הגדול כדי להשאיר זאת לילדיו מנישואיו הראשונים. האם בית משפט צריך לאכוף את החוזה על הגירושין? בצרפת כן היו מקבלים חוזה כזה. בארץ יתכן שגם כן. אבל בארצות הברית בית משפט קמה לא היה מוכן, כי אין פה חלוקה הוגנת היות והאישה צריכה לקבל דמי מזונות.
- החוק בארצות הברית אומר שההליך צריך להיות מרצון.
 - ✓ כל צד צריך שיהיה לו עורך דין.
 - ✓ תזמון: לא יכול להיות לילה לפני הנישואים.
 - ✓ לבדוק שאין אי רצון- שאין כפייה או השפעה בלתי הוגנת.
- החוזה צריך להיות שוויוני באופן מהותי או לא בלתי מוסרי- שלא מתנגד למצפון.
 - ✓ לא להשאיר אף אדם בעוני.
 - ✓ הוגן באופן מהותי.
 - ✓ דמי מזונות: אסור לבטל את האפשרות של דמי המזונות.
- חייב להיות גילוי מלא.

יש מסורת (טיפה בארץ גם) להסתכל מעבר. לא רק כחוזה. לראות את המכלול ולוודא שאין נפגעים, כגון הילדים.

אז מדוע להגביל חוזה נישואין?

הבעיה: קשה להבין או לצפות בזמן שהחוזה נחתם והוסכם מה יקרה בעתיד ואיזה מצב יתרחש, ומה יהיה עם הילדים.

- לחצים והשפעה.

- חוסר הגינות.
- מאמינים שהנישואים יהיו לנצח.

מצורפת טבלה שלוש מערכות נישואין שונות: מצגת ראשונה.

שיעור 2

- הרחבת מערכות הנישואים.
- הזכות לנישואים.
- נישואים כהפרת זכות אדם.
- הכרה בנישואים.

שבוע שעבר דיברנו על נישואים פורמליים: ברישום המדינה לפי חוק. ישנן מערכות חילוניות, דתיות ואזרחיות. היום נדון על הרחבת מערכות הנישואים: לא רשמיים, פרטים, חד מיניים ועל הזכות לנישואים.

- הרחבת מושגי הנישואים: אומר שהם גם נישואים?
 - נישואים מנהגים.
 - נישואים על פי חוק מקובל.
 - נישואים חד מיניים.

האם כדאי להרחיב את מערכת הנישואים לעוד מערכות?

- **נישואים מנהגים/ פרטיים: יש להגיש תביעה כדי להוכיח אותם: דרום אפריקה**

לפי החקיקה מ-98 הכירו בנישואים מנהגים: המנהגים והשימושים שנצפו באופן מסורתי על ידי עמי הילידים האפריקאים של דרום אפריקה ואשר מהווים חלק מהתרבויות של עמים אלה. עד עכשיו היה שלטון נישואים מסודר ועם הזמן הפכו זאת למנהגים, לפי מסורת פרטית, ולממשלה יש חיוב להכיר בנישואים פרטיים אלו. עורכים נישואים פרטיים ואז בדיעבד יש לממשלה חיוב להכיר בנישואים אלו.

אולי זכויות וערכים מעוגנים בדרך זו?

- ✓ גיוון תרבותי: לא כולם אותו דבר. לא רוצים קיבעון אלא לתת לכל אחד לפי מסורתו.
- ✓ שימור שבטי: כל שבט ישמור על במסורת הפנימית שלו ולא יאבד אותה.

אילו בעיות היו עולות מכך?

- ☒ בעיה של סדר, פרקטיקה.
- ☒ יש קושי בראיות, לדעת מי אכן נישואים, אי אפשר לדעת את כל המנהגים לעומק.

Mabena v. Letsolalo, Supreme Court, Transvaal Provincial Div. South Africa,

בפס"ד ישנו סכסוך משפטי לגבי התקיימות הנישואים בהקשר של סכסוך על עזבון. היו להם נישואים פרטים מנהגים, האישה רצתה להוכיח נישואים כדי לזכות ברכוש העיזבון כי הנפטר לא השאיר צוואה. היו שאלות:

- האם הנישואים התרחשו עובדתית?
ההורים של הבעל התנגדו לנישואים והם לא היו מוכנים לשלם את מה שצריך. הבעל שילם להורי אשתו. בנוסף, האב של האישה עזב את הבית ולכן לא הוא זה שקיבל את התשלום (כמקובל במנהג) אלא רק אימה. רוצה לומר, אין פה מנהג כמו שהוא באמת. במקרה זה, האם הנישואים המנהגים תקפים? האם פעלו לפי המנהג או קרוב לו?
ויש 3 אפשרויות להחלטה:

1. להחמיר איתם ואז בית משפט חילוני לא יסכים לנישואים אלו.
2. להקל איתם ולתת אפשרות גורפת לנישואים אלו.
3. אינדיבידואלי, לפי הנסיבות של המקרה לפנייהם.

- בית משפט החליט לקבל את הנישואים: לא הוגן לדעת הרוב למנוע מהאישה את רכוש העיזבון. היא חיה כאשתו ולכן ראוי לתת לה את העיזבון.
- מה הם היתרונות והחסרונות?

• יתרונות	• חסרונות
רוצים להכיר בכל מגוון מסורות השבטים. מכירים ומקבלים אבל בכלים מודרניים כדי להגן ולשמור על המנהג.	לפי הראיות קשה לדעת מה המנהגים. בית משפט חילוני רואה כי מנהג הוא עניין גמיש.

- נישואים על פי החוק המקובל: ארצות הברית.

In re Estate of Love .

מחלוקת שהתעוררה עם מותו של הבעל לגבי התקיימות הנישואים, גם הפעם ביחס לחלוקת עיזבון ביחס לרכוש. האלמנטים של הנישואים המקובלים הם מצטברים:

1. הסכם בין אנשים.
2. הגשמה: ביאה.
3. זכאות להינשא. מעבר לגיל מסוים חוקיים או איסור נישואים לאישה אחרת.

- וכיצד ניתן להוכיח זאת?

הדיון יהיה ראייתי. כמובן שמי שדורש את העיזבון ואת קיום נישואים, יטען כי היו אלמנטים מתקיימים. ברגע שנכנסים לנישואים על פי חוק מקובל, נשואים לכך דבר. הדיון בפועל יהיה לראות כיצד הם התנהלו בחייהם. להסתכל על הפרקטיקה של בני הזוג ולקבוע לפי זה. במקרה זה היו ראיות בעד ונגד, על פי דוחות המיסים שלהם, אבל הגיעו להכרעה כי האישה תקבל את הרכוש כיורשת העיזבון. אנשים שנכנסו לנישואי המשפט המקובל הם נשואים על פי כל הדעות, אבל ידועים בציבור מתנהלים באופן דומה ולא נשואים כלל.

העניין זה המסורת. נישואים לפי חוק מקובל. לא קשור לעניין דתי. אלא רוצים לקדש את ערך הפרטיות. לתת לאדם לפי רצונו את חופש הפרטיות, לנהוג לפי צו מצפונו.

- האם מורמונים יכולים להינשא על פי חוק מקובל? איסור ריבוי נשים ולכן אין זכאות ולא יתקבל.
- מה קורה במצב שבו עוברים מקומות מגורים ובמקום החדש כבר אין תוקף לנישואים מקובלים? אם לא מפריס את תקנת הציבור אז מקבלים זאת.

בארץ יש מצבים של נישואים פרטיים. בפס"ד וניצקי, יש הבחנה בין חוסר יכולת להינשא לבין אי רצון להינשא לפי החוק. אם אין רצון להינשא בארץ אז לא יקבלו זאת. אם מדובר על אנשים שלא יכולים להינשא בארץ כמו כהן וגרושה, בית המשפט אומר שחייבים לרשום אותם כנישואים. בסופו של דבר הם כן צריכים להתגרש ולכן יש צורך לרשום אותם כנישואים. הם לא תקפים לפי הלכה יהודית, אלא רק יכירו בהם ברשויות ויתנו להם הטבות. לפי החוק הישראלי לא מאפשרים חופש במערכות הנישואים כי זה יוצר חוסר סדר.

שוני ודימיון בין נישואים מקובלים ונישואים מנהגיים:

שניהם נוצרו בכדי לכבד הליכי נישואים לא רשמיים.
שניהם נאבקים עם בעיות של ראיות ולגיטימציה.

- האם הכרה בנישואים לא רשמיים פוגעת במוסד הנישואים?
- האם היא עוזרת למוסד הנישואים?
- מדוע לא פופולרי בארצות הברית? היו בעבר והפחיתו בכך. בפרקטיקה עברו לנישואים לא רשמיים.

נישואים חד מיניים: קנדה

- המחוקק מתייחס לשוויון זכויות של כל האזרחים.
מתייחס לשוויון זכויות ואומר בית משפט שהזכות לשוויון כוללת גם זוגות חד מיניים.
- נישואים חד מיניים בארצות הברית:
 - על פי החלטה שיפוטית במספר מדינות:
 - על ידי חקיקה במדינות אחרות.
 - מחוץ לחוק.
- מה קורה במצב בו מתחתנים בנישואים חד מיניים במקום אחד שמקבל זאת ואז עוברים למדינה שאוסרת נישואים חד מיניים בשטחה? לא מקבלים. אומרים שזה נוגד את החוקה ואת תקנת הציבור שלהם ולא מאפשרים זאת.

האם יותר טוב להרחיב לנישואים חד מיניים דרך חקיקה או דרך פסקי דין?

התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית:

פס"ד Goodridge v. Dep't of public Health (mass)

הנישואים החד מיניים נבעו מתיקון 14 לחוקה אמריקאית. "אף מדינה לא תחוקק או תאכוף חוק שיגביל את הזכויות ואת החסינויות של אזרחי ארצות הברית..."

• מגדירים את זכות האדם להינשא למי שרצה מכוח המילים: הליך הוגן מביא לפרטיות ואז נישואים תקפים.

→ בגלל הזכות, הממשלה בארצות הברית חייבת להביא הצדקה לחוק שלא נותן לזוגות מאותו מין להינשא- הצדקה רציונלית.

ומה האינטרסים של הממשלה לא להסכים לנישואים אלו, מה ההצדקות שלה?

1. הבט כלכלי: אי אפשר להגדיל את מתן ההטבות לעוד זוגות שיחליטו שברצונם להינשא.

2. גידול ילדים: אין להם יכולות לגדל ילדים כמו זוג של גבר ואישה. טובת הילדים לזוג של גבר ואישה.

3. רבייה: בעייתית באופן של זוגות חד מיניים.

* האם לבסוף החליטו כי אין הצדקה שלא לכלול נישואים הומוסקסואליים? הזוג הביא פסיקה והוכיחו כי סיבות אלו אינן מוצדקות ואכן ניצחו.

ולכן, עדיפה חקיקה או החלטה שיפוטית? בארצות הברית כל הנושא התחיל בפסיקה:

• יתרון של פסיקה אין צורך בהסכמה אזרחית. שיפוט יכול להיות לפני חקיקה. אפשר לא לחוקק שיעבירו חוק, אלא לקבוע שעפ"י רוב שרוצה יכולים לקבוע משהו אחר.

Brown v. Board of Education

לפי עקרונות אלו ניתן להרחיב את החקיקה: בית משפט נותן פתרון מהיר בנושאים של:

- זכויות אדם מוגנות.

- הגנה על מיעוטים מהפליה לרעה.

• התועלת בחקיקה היא שזה מצביע על הסכמה של רוב העם.

נישואים חד מיניים בישראל: בן ארי נגד מנהל מינהל האוכלוסין

זוגות חד מיניים שנישאו בחו"ל ורוצים להיות רשומים כנישואים בישראל. ההחלטה של בית המשפט הייתה שהם יכולים להירשם כנישואים, אבל לא מעיד על תוקף אלא רק על הרישום ויש להם הטבות כמו של ידועים בציבור. נותנים להם זכויות אזרחיות, הכרה כזוג. אבל עדיין מחכים לחקיקה מרכזית כדי למנוע מהם יציאה להינשא מחוץ לארץ.

הזכות לנישואים:

- מספר אמנות ביו לאומיות שמדברות על זכות לנישואים עליהם חתמה מדינת ישראל.

- אבל תמיד יש לישראל הסתייגות היות ויש מונופול לבית הדין הרבני על נושא של נישואין, דין דתי.

הגדרת הזכות להינשא: יכולת להינשא, אך עדיין ישנן מגבלות מסוימות שנכונות לכל העולם:

חשוב לציין, אלא שנישאים מתחת לגיל המותר או בריבוי נשים, זה אסור, אבל אין אכיפה לכך בפועל בארץ.

- גיל הנישואים:

- בארץ מותר להינשא רק מגיל 17. יש פער בין גיל נשים לגברים.
- בנסיבות מסוימות, הריון בגיל 16 ניתן להינשא.
- בארץ עדיין יש 10% של נישואי קטינים. בעדות מסוימות כמו בדואים, חרדים.

- הסכמה חופשית:

- כפייה מבטלת את הנישואים.

- איסור על גילוי עריות:

- קרבת דם מול זיקה.
- דת.

- איסור ביגמיה:

- נישואים חד מיניים?

האם ישנה זכות להינשא לאדם מהמין השני?

- אומרים שבישראל מפרים את הזכות לנישואים. כי אין בכך שוויון בין המינים. לפי אמנה יש חובה בשוויון גם בנישואים.
- מפרה זכויות ממזרים עגונות וחסרי דת.
- מפר את זכויותיהם של הרוצים נישואים מעורבים.
- מפר את זכויותיהם של הרוצים נישואים אזרחים.

פס"ד עדאלה נגד משרד הפנים:

בפס"ד דנו בחוקיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, מפני שמגביל אפשרות של תושבי השטחים הכבושים לקבל אזרחות ישראלית ובכך מונע איחוד משפחות. למרות הכול ואף שמפר חוקי יסוד קבעו שזה לא מבטל את חוק היסוד משיקולים ביטחוניים. באותו פס"ד הרוב הכריזו על הזכות להינשא ועל הזכות להקים משפחה כחלק מהזכות לכבוד האדם. החוק הפר את הזכות לחיי משפחה, כי הרי כבר היו נישואים, ולכן לא באמת מדובר כאן על הזכות להינשא.

שיעור 3

חזרה על שיעור קודם*

נישואים וגירושים בין מסורת למודרניזציה:

מצד אחד, נישואין הן דבר פרטי, אישי, מסורתי. אבל מצד שני, המדינה צריכה להיכנס לשיתוף פעולה עם הנישואים המנהגיים, הדתיים, או החד מיניים. ולכן: מודרניזציה וחילוניות צריכות להיות חלק מהסיפור וכל מדינה צריכה לדאוג לך.

היתרון הוא לכלול את כולם במוסד, אבל בפועל יש בעיות של ראיות וליטיגציה מרה. בארה"ב משפט מקובל לא פופולארי, בגלל חוק וסדר ומפני שיש בעיות של ראיות להוכיח מי נחשב כנשוי. דיברנו על נישואים חד מיניים, שקלנו מה גובר, חקיקה או פסיקה לגבי הרחבת מערכות הנישואים: **יתרון של פסיקה**: אין צורך בהסכמה חברתית. לפעמים צריכים שיפוט כדי להביא לשינוי. **יתרון של חקיקה**: מצביע על דעת רוב העם. מה מקובל והוחלט בדרך דמוקרטית. בארץ עשו זאת בעזרת פסיקה, פס"ד בן ארי נגד מנהל האוכלוסין: זוגות חד מיניים שנישאו בחו"ל ירשמו כזוגות נישואים וניתן לקבל דרך כך הטבות, תנאים סוציאליים, צורך בגירושין. המשכנו בזכות להינשא ובאמנות שישראל חתומה עליהן אבל מסתייגת מנישואין, כי בישראל אין שוויון בעניין זה אלא לטובת הגבר מפני שכך הדבר ביהדות.

עד כמה רחבה הזכות להינשא? יש הגבלות כמו גיל, הסכמה, גילוי עריות, ריבוי נשים. פס"ד *zablocki*: אדם לא שילם דמי מזונות ורצו לקחת ממנו את הזכות להינשא. וקבעו שהחוק לא יכול להגביל את הזכות לנישואים באופן ישיר ובאופן משמעותי בלי סיבה טובה מאוד". גם לאסירים ישנה זכות להינשא.

• האם בסדר שזוג לא יעבוד אצל אותו המעסיק? האם חוקים כאלה מפריים את הזכות להינשא?

עדין יש זכות להינשא ולכן זה לא מספיק משמעותי כדי לפסול את החוקים האלו ומותר לחוקק זאת. ישנה טבלה בסוף המצגת העוסקת במסורת בזכויות האדם, באיזון ביניהם במצב הנוכחי בישראל ובשאר מקומות בעולם.

DOMA: תקנה על החוקה, אפילו נישואים חד מיניים במדינות אחרות לא אומרים שבארה"ב יקבלו זאת.

נישואים בעצם כהפרה של זכויות אדם (משפט בין לאומי פומבי)

אנו בוחנים את היקפה של הזכות להינשא, מתי הם מהווים הפרה של זכויות אדם?

• נישואי ילדים.

• נישואים שידוכים- כפייה.

שידוך:

פס"ד *Hirani*: היראני מתאהבת בהודי מוסלמי. הוריה שידכו לה הודי הינדו. היא עוברת טקס וגרה עם בעלה במשך 6 שבועות לפני שעוזבת אותו. בבית המשפט באנגליה אומרת: **שנכפה עליה ע"י איום שאם לא תתחתן תגורש מבית הוריה.**

• הכרה בנישואים: אם הנישואים תקפים בהודו, הם תקפים גם באנגליה וזאת אם אין הפרה חמורה של מדיניות ציבורית = תקנת הציבור.

החליטו: תקנת ציבור נכנסת פה כדי להגן. ביטלו את הנישואים שלה בהודו, לא נתנו להם תוקף כי לא היה בהסכמתה וכפו עליה להינשא להודי.

מודרניות לעומת מסורת:

האם ראוי שבתי משפט מודרניים יפסקו בסוגיות של תוקף דתי? ראוי שיתמודדו עם משפט מנהגי פרטי?

- בארץ רק בתי דין מתייחסים לכך.

האם על בתי משפט מודרניים להפעיל לחצים בכדי להגן על זכויות אדם/זכויות הפרט באמצעות החלטותיהם?

- בישראל ישנה התייחסות בדיני נזיקין בין בני הזוג.

הכרה בנישואים: משפט פרטי בין לאומי.

אותו עיקרון כמו בפומבי: אם הנישואים תקפים בתחום השיפוט שקידש, הם יהיו תקפים גם במקום החדש.

אופציות אחרות יכולות להיות, שיחייבו אותו להינשא מחדש או לומר לזוג לחזור לתחום השיפוט הראשון.

מה עושים במצב בו חל ריבוי נשים בארץ אחרת ובארץ החדשה זה אסור? או שידוך בין קטינים? מתוקף תקנת הציבור יאסרו את זה בארץ החדשה שהגיעו אליה.

הכרה בנישואים בישראל:

• מוכר לצרכי רישום.

• אם התושבים/ או אזרחים זרים, זה מוכר על ידי המשפט הבינלאומי הפרטי: פס"ד סקורניק.

גרו בהודו והתחתנו, תקף שם. באו לישראל, זה אמור להתקבל פה מכוח החוק הבינלאומי.

• אם נישואים מחוץ לישראל ותקף עפ"י ההלכה היהודית מוכר גם בישראל.

• מה עם תושבי ישראל שיכלו להינשא אבל בחרו שלא להינשא עפ"י ההלכה, אלא נסעו לקפריסין

לנישואים בחוץ לארץ? פס"ד פלונית:

- **בין יהודים שיכולים להינשא:**

1. לבתי הדין ישנה סמכות לגבי תקפות של נישואין וגירושין רק לגבי זוגות שיכלו להינשא בארץ. נישואים זרים מחזיקים בארץ, נשואים ולכן צריכים להתגרש מתוקף בית דין רבני. רצו לתת הצהרה אבל לא הסתפקו בזה.

ולכן, נישואים בין בני זוג כשרים אבל אינם בוחרים להינשא לפי דין דתי בסמכות בית דין רבניים. הם חייבים להכריז על גירושים. השופט ברק אומר שזה נישואים של בני נוח, בלי לעבור את הטקס. לבתי דין יש סמכות לגבי תקפות של נישואין וגירושין, אבל לא רצו לתת להם את הגירושין ממש ולכן עושים בסוף רק הצהרה שהם לא נשואים.

- **בין אלו שלא יכולים להינשא:** ניתן ללכת לבית משפט למשפחה כדי לקבל צו גירושין.

שאולין נגד שאולין: הכרה בגירושים זרים בישראל:

המערערת מבקשת רכוש של הנפטר. המערערת והמנוח נישאו בטקס יהודי בפרס. המנוח התאסלם והתגרש מהאישה עפ"י החוק המוסלמי שאינו מצריך הסכמה ולאחר מכן המיר את דתו בחזרה ליהדות. לאחר מכן נישא לאישה חדשה נוספת ולהם ארבעה ילדים עימם עברו להתגורר בארץ ישראל.

המערערת טוענת כי עדיין נשואה וכי הנישואים לאישה השנייה לא תקפים. לטענתה, האישה השנייה אינה רשאית ולא יכולה לרשת את הנפטר.

עקרון הכרה ההדדית: נישואין וגירושין של תושב זר, אם תקפים במקום ממנו בא, זה תקף גם במקום אליו הגיע. אלא אם כן נוגדים לתקנת הציבור.

1. בפרס: הגירושין היו תקפים ולכן תקפים גם בישראל. ההלכה היהודית אינה מבדילה בין יהודים גם אם הם גרים בחוץ לארץ.

2. למרות זאת, המנוח פעל בחוסר תום לב, המיר דתו רק בכדי להתגרש ללא הסכמת האישה, זה נוגד את תקנת הציבור ולכן הגירושים האלו לא תקפים.

3. אבל, בעל עקרונות השתק שוויוניים, היות והאישה השנייה חיה עם בעלה במשך זמן רב כה ממושך מסרבים לתת לאישה הראשונה להתערב בהליכי הירושה. האישה ידעה את העניין ולא היה גם תום לב מצידה כי לא תבעה את העניין לפני. היא גם לא התגרשה מבחינתה. החליטה לתבוע דווקא עכשיו מפני שיש כסף בסיפור.

גומז: אדם היה נשוי בקולומביה, עבר לחיות בארה"ב, נשא עוד אישה ולא ניסה להתגרש מאשתו הראשונה. הוא נפטר. מי מקבלת את הכסף? הראשונה או השנייה? היו לאישה השנייה ילדים וחיה עמו שנים רבות. האישה הראשונה ידעה שהוא נישא ועזב אותה ולא עומד לחזור. בסוף נתנו הכסף לשנייה. הראשונה הגיעה לארה"ב והגישה תביעה נגד הראשונה ובסוף הגיע הנושא לבית משפט ואמרו שהנישואים הראשונים תקפים והראשונה קיבלה את הרוב. צריך לזכור שלא היו פה גירושין.

שיעור 4

הזכירה את שאולין וגומז: נשים ראשונות רוצות לקבל את ההטבות.

שאלין	גומז
התאסלם על מנת להתגרש בלי הסכמת אשתו.	הכרה בנישואין: האישה רצתה לקבל הטבות. לא היה ניסיון לגירושין. האישה נעזבה על ידי הבעל, וגומז התחתן עם האישה השנייה במקום אחר.
ספק אם גירושין מהראשונה תקפים כי עשה זאת בחוסר תום לב. ולכן אולי נישואים תקפים.	לפי חוק: אישה ראשונה נישואין תקפים.
אז, בארץ, ביטול: בעצם כן התגרש מהראשונה, על ידי תקנת הציבור לטובת האישה השנייה בגלל שחיים בדיעבד ביחד.	בית משפט בניו יורק החליט, להכיר בנישואים ראשונים. מפני שאין הצדקה לבטל את הנישואים לאישה הראשונה. לא ניתן לבטל הנישואים הראשונים אם הם תקפים.
האם הוגן כלפי הראשונה? ידעה שיש פה גירושים בפרס וגם עלתה לארץ וידעה על הנישואים לאישה השנייה, אבל יתכן שהיא פעלה גם בחוסר תום לב.	

- בשניהם הכירו בנישואים הראשונים.
- אבל ההבדל, התוצאה שונה. שאולין האישה השנייה קיבלה הטבות ובגומז האישה ראשונה.
- **שאולין**: הדגישו את הצדק (= ישראל).
- **גומז**: הדגישו את החוזה, ההסכם, מה שכתוב לפי ספר (= ניו יורק).

הכרה בגירושים: טל נגד טל – סכסוכי גירושים בינלאומיים.

הבעל אומר שהתגרש בבית משפט בתל אביב עם הסכמי הפרדה. האישה אומרת שהגירושים בתל אביב לא קבילים ולא תקפים. האישה רוצה לפתוח תיק מחדש בניו יורק ושם דורשת יותר כסף מפעם.

= האישה רוצה לבטל את גירושים בישראל.

הזוג התחתן בארץ, שניהם ישראלים. הוא איש עסקים עשיר. נישואיהם החלו להתפרק. חתמו על הסכמי הפרדה: משמורות, כספים שישלם לאישה: באופן פרטי. לאחר מכן שינו את ההסכם בניו יורק. מה שקיבלה היה סכום מידי ואם תצטרך בעתיד, ישלם לה. הזוג התגרש! הבעל הגיש את ההסכם וההחלטה של בית דין הרבני בניו יורק לבית דין בארץ וזה התקבל בארץ. הוא שילם לה והיא קיבלה את המשמורת. לכן, הוא הוסיף את הכסף שהתחייב לשלם לה בנוסף. לאחר מכן, הגישה תביעת גירושים בניו יורק וביקשה יותר כסף!! לפי החוק בארה"ב כן מגיע לאישה עוד כסף. ההנחה היא שהאישה צריכה לקבל חצי מסכום ואם לא קיבלה אז יפסקו לטובתה. אבל חשוב להכיר את העקרונות של הכרה בגירושין:

1. הכרה הדדית:

עקרון הכרה הדדית מציין כי מדינה אחת תציית לשיפוט מדינה זרה ותאכוף אותו בבית המשפט שלה.

- לעיתים יש אפשרות שלא לקבל את ההחלטה כמו שהיא :
- הונאה, התנגדות לתקנת הציבור, אין הליך שיפוט תקין של גירושים וסמכות שיפוט.

2. הפרדה של כנסייה ומדינה :

סוגיות של חוק דתי לא ידונו בבתי משפט אזרחיים : אין לערב. לא חל על אזרחי לקבל את החלטות בתי דין דתי.

3. תוקפם של הסכמי הפרדה :

- התמזגות בפסקי דין של גירושים : להפוך את ההסכם לצו גירושים על ידי שופט. ובספק הדין : דחו את כל טענות הבעל ולא קיבלו את הגירושים שלהם בתל אביב.

אמרו שאין הכרה הדדית בגירושים דתיים.

אמרו שבישראל אין סמכות לשיפוט בגירושים אלו.

(היא לא הייתה תושבת ישראל וגם לא קיבלה הזדמנות לשימוע)

הסכמי הפרדה לא נבדקו כראוי על ידי בית המשפט בתל אביב

האם היו מקבלים את הגירושים הישראליים במידה והיא הייתה תושבת ישראל בזמן הגירושים ובינתן הודעה? יתכן שבמצב דברים אלו, יקבלו כי יש עקרון הכרה הדדית. היו סולחים על השאר אם בארץ ניתן כחוק. לבסוף, לבית משפט בניו יורק הייתה סמכות בגירושין והיא קיבלה הרבה יותר כסף כי הרכוש היה בחוץ לארץ.

למי יש סמכות שיפוט על גירושין?

כאשר יש 2 תביעות ב-2 מדינות שונות ולא רוצים להחליט פעמים על אותו נושא.

- מהי סמכות השיפוט הראויה לדון בגירושין כאשר ישנם פורומים מתחרים?
- מקום נישואים? אזרחות? תושבות? סמכות שיפוט מרובה ומי שפוסק ראשון? הכול יחד?

1. בארה"ב : מקבלים רק לפי תושבות בשיפוט נמשך.

2. מדינות אחרות : מקבלות גם לפי אזרחות וגם לפי תושבות.

3. ישראל : תושבות אבל לפעמים לפי צדק יש גם אזרחות.

פסק דין קולינס נגד קולינס :

רוס מתחתן בעת מילוי תפקידו עם מישהי בגרמניה. הוא נפרד ממנה וחוזר לאוהיו שבארצות הברית. הוא רוצה להתגרש ממנה באוהיו. האם הוא יכול להתגרש ממנה באוהיו או חייב לחזור לגרמניה?

- מצב משפחתי : התושבות שלו באוהיו מספיקה על מנת להתגרש.
- עניינים כספיים : צריכים שיפוט אישי של האישה.

- צריך להגיש את התביעה באופן נאות ואישי על פי אמנת האג: השגרירות צריכה לתת את המסירה.

חלופות לנישואים: נישואים מקובלים אינם חלופה לנישואים, אלא אלטרנטיבה להתחתן על ידי מערכת רשמית

אין נישואים פרטיים בארץ, חוץ מן החרגי של כהן וגרושה.

• **איחוד אזרחי**

• **חיים יחדיו**

• **ידועים בציבור (ישראל...)**

איחודים אזרחיים

- צריך חקיקה של המדינה ורישום.
- נקרא גם שותפות ביתית.
- יש חקיקה שקובעת איחוד אזרחי רק לזוגות חד מיניים בלבד. לדוגמא, בריטניה ודנמרק.
- יש מדינות עם חקיקה שנותנת אפשרות בחירה גם לזוגות חד מיניים וגם זוגות עם בני המין השני. לדוגמא: ברזיל, צרפת, קולוראדו והוואי.
- חלקם מציעים זכויות וחובות שווי ערך לנישואים של ממש וחלקם קצת שונים. לדוגמא: ירושה, הטבות מס, תגמולי ביטוח.
- כיצד מתגרשים מאיחוד אזרחי? לא גירושין מלאים: יותר קל, במקומות שיש חקיקה כזו מבטלים לפי ההסכם ללא פיקוח נוקשה.
- בישראל: רק חסרי דת יכולים להינשא באיחוד אזרחי.

האם האיחודים האזרחיים שווים ערך לנישואים מבחינת כל החובות והזכויות?

- מבחינה פיננסית יש שוויון.
- לא נותן את הסמליות בנישואין.
- **ההבדל העיקרי:** לא שווה ערך, מפני שיש קושי במעבר לתחום שיפוט זר כאשר אין קטגוריות זהות/ מקבילות, בעוד שלזוגות נישואים זה פחות בעייתי.
- הקהילה החד מינית התלבטה: האם איחוד אזרחים מועיל או מזיק להם? חלקם משבחים על כך ורוצים איחוד אזרחי כי יש בכך יותר חופשיות, בחירה וכדומה. אומרים שזה מצליח לברוח מסממנים של נישואים מסורתיים וכך לצאת מהם בקלות. אבל אלו שהתנגדו, אמרו שהם רוצים להיות דומים לכולם.

מגורים משותפים (חיים יחדיו)

- חיים יחד לא נישואים בלי שום קשר משפטי. יש בניהם יחסים.

מדוע אנשים חיים יחדיו?

- אפשרות ראשונה: לא יכולים או לא רוצים להתחתן בשיטה הרשמית.

- אפשרות שנייה: בארה"ב טוענים שזה מסיבות אחרות: חיסכון בכסף, ניסיון לנישואים בניהם, פחות רציני ויותר זמני וחופשי.

טבעם של מגורים משותפים בארה"ב:

- עם ובלי ילדים.
- חלקם מסתיימים בנישואים וחלקם לא.
- תקופות זמן קצרות יותר.
- מגורים משותפים הם עניים יותר.

ההשפעות של מגורים משותפים:

- גרוע יותר עבור אנשים פגיעים (נשים, ילדים...) אין סטטוס ואין חלוקת רכוש בסוף היחסים. אפילו אם אדם תלוי כספית, וביום יום הם כן חולקים, בסוף אין איזון משאבים ביניהם.

ידועים בציבור: בארץ הם לא נשואים ובארה"ב הם כן נשואים.

- זכויות וחובות רבים כמו אצל זוגות נשואים.

כיצד מזהים ידועים בציבור?

שני תנאים: פס"ד ביטון

- חיים יחדיו (6 חודשים וחיי משפחה משותפים: אבל בגדול זה תלוי נסיבות...).
- מוכרים כזוג או שאשתו של האדם בתודעה הציבורית.

שאלה לדוגמא במבחן: מה דומה ומה שונה בין נישואים מקובלים בארצות הברית לבין ידועים בציבור?

מהו היקף הזכויות והחובות של ידועים בציבור?

1. מצד אחד, במשך שנים הוקנו זכויות וחובות רבים מאוד של זוגות נשואים.
2. מצד שני, בבתי משפט עדיין מתנהלים במס שפתיים כדי לשמור על כמה הבחנות בין נישואים לידועים בציבור.

דוגמאות למחלוקות:

- מנהל מס שבח נגד לבנון:
- לא ניתן ליישם ולהעביר מס רכוש בין בני זוג ידועים בציבור כי זה פוגע במוסד הנישואין.
- זמר
- למי יש סמכות שיפוט בנוגע להסכמי רכוש, בית משפט למשפחה או לבית משפט אזרחי?
- החליטו שהסמכות ניתנת לבית משפט למשפחה.

מדוע זה כל כך רלוונטי בישראל...?

- רבים לא יכולים להינשא בישראל.
- אנשים מתנגדים למערכת הדתית.
- אולי נישואים בארץ הפכו ללא מרכזיים כי מקבלים גם דרכים אחרות.

שיעור 5- להשלים מהמצגות.

שיעור 6: הפסקות הריון: השוואה בין ארצות הברית לישראל

ארצות הברית	ישראל	
<p>תלוי באיזה מדינה מדובר.</p> <ul style="list-style-type: none"> • מדינה יכולה לאסור הפלות כאשר העובר נמצא במצב שיכול לחיות לבד מחוץ לרחם. • למדינות מסוימות מותר להגביל את ההפלות באופן מסוים כבר לפני שיש חיות, אבל בלי להטיל על האישה עול לא הוגן. 	<p>בכל עת, אבל עם אישור הרשויות. ישנן וועדות שונות בכל שלב בהריון ויתכן שהאישור יותר קשה להשגה בסוף ההריון.</p>	מתי?
<p>אישה הולכת לרופא ובמדינות מסוימות לפי החוק הוא חייב לפעול בתהליך של הסכמה מדעת וליידע את האישה בכל התהליך שהיא עומדת לעבור. זאת על מנת לשכנע אותה שלא להפסיק את ההריון. מדובר באינטרס של המדינה שהיא כופה על הרופא לעשות תהליך זה.</p>	<p>צריך להגיש בקשה לוועדה ואחר כך להופיע לשימוע. יש נסיבות שיש לפרט בכדי לקבל אישור: גיל האישה, פגם, הריון עלול לסכן את בריאות הנפשית והפיזית של האישה. פעם היו גם סיבות כלכליות אבל זה בוטל ונכנס בדרך עקיפה מתוך מצב נפשי.</p>	תהליך?
<p>איזון בין זכות לפרטיות בצד אחד ואינטרסים של עוברים שנשמרים על ידי המדינה, אבל עדיין לא יכולה להטיל על האישה עול לא הוגן. יותר זכות לבחירה כיצד אישה תנהל את חייה.</p>	<p>האם ישנה הזכות או לא? נובע מהזכות לחיסיון רפואי ולא נובע מפרטיות של האישה.</p>	עקרון משפטי?

הזכות להתרבות בארצות הברית

באק נגד בל, 1927: חולה שסובלת מפיגור שכלי ועיקרו אותה ולא תוכל להביא ילדים. אמרו ששלושה דורות של מפגרים זה מספיק. פסי"ד זה לא מתקבל היום ומכירים יותר ויותר בזכות להתרבות.

וויסקונסין נגד אוקלי, 2001: הזכות להתרבות אפילו לאסיר. אבל עדיין יש גבול. האם מותר לשים במעצר גבר שלא משלם מזונות ילדיו וכך לא יוכל להביא יותר ילדים? אמרו שמותר, במקרה זה, מפני שהיה לו כסף והוא בכוונה תחילה לא רצה לשלם. יש כאן זכות להתרבות מול אינטרס המדינה במימון ילדים.

גודווין נגד טרנר: שאלה דומה לדוברין: האם הזכות להתרבות שורדת כליאה? האם אסיר יכול לשלוח את הזרע לאשתו על מנת להתרבות? האסיר רוצה לשלוח לאשתו מפני שהיא מבוגרת (בת 30) ופחדו שישאר הרבה זמן בכלא. בית משפט לא אישר זאת מסיבות ביטחוניות, רצו לאסור זאת כחלק מהעונש שלו ולא לתת לו את הזכות הזו וגם אמרו שזה פוגע בשיווין בין גברים לנשים, היות ואין אפשרות להחזיק אותן במעצר בזמן שהן בהריון בגלל סיבה כספית.

הזכות להתרבות בישראל

הזכות להתרבות בישראל נחשבת כזכות יסוד שבמידה רבה אינה מוגבלת.

- הפרייה חוץ גופית ממומנת על ידי המדינה.
- דגש על פריון והבאת ילדים לעולם.
- המשפט עברי מגדיר זאת כמצווה.
- אימהות בפונדקאות: חוק נשיאת עוברים. התירו זאת למען פרו ורבו.

דוברין נגד שרות בתי הכלא בישראל: שרות בתי הכלא נתן אישור לשליחת הזרע ליגאל עמיר וקבוצה של חברי כנסת טענה שיש פה חריגה מסמכות והגישה עתירה בנושא.

- **מה מקור הזכות להתרבות בישראל? חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.**
- **כיצד מסגרת הכלא רלוונטית?** אם יש סיבות ביטחוניות או פדגוגיות בגינם ניתן להגביל את הזכויות האלו? בארץ, אמרו שלא ניתן לשלול זכויות יסוד, אלא אם כן זה הכרחי ממש מאינטרסים פדגוגיים.
- **איזה זכויות נשארו ליגאל עמיר לפי השופטת?** זכותו של אדם לאוטונומיה אישית ולהגשמה עצמית בדרך של הבאת ילדים לעולם...
- **מה לגבי האינטרס של הילד?** לא דיברו בפסק הדין על הזכות להורות עצמה ומה יעלה בגורלו של הילד.
- **למה זה שונה מארצות הברית ששם לא מאפשרים התרבות כזו של אסיר?**
- יש פה זכות רחבה יותר של כבוד האדם וחירותו, שמם דגש על הבאת ילדים.
- קשור להחלטה מנהלית: בארצות הברית אין אישור, בישראל אישרו ורק דרשו לבטל ולאסור זאת.

על מה מדובר בזכות להתרבות? שיש לו את הזכות להתרבות וזו בלבד. שתהיה לו המשכיות פיזית.

כן קשור לגנטיקה - אבל לא קשר להורות שלו בפועל.

סיבות בעד ונגד שימוש של אסיר בהזרעת מלאכותית?

נגד	בעד
שוויון בין גברים לנשים.	זכות יסוד בסיסית.
לא עולה בקנה אחד עם מטרות ביטחון או פדגוגיות.	אין צורך לבטל את הזכויות שלו מהסיבות שנמנו.
משפיע על הילד.	
משפיע על החברה- האם החברה צריכה לממן זאת?	

פס"ד נחמני: הרקע הוא מריבה על עוברים מוקפאים. זהו המקרה הראשון בו הזכות להתרבות גברה על הזכות לא להתרבות: הקפיאו את הביצית לאחר הקפאה. במהלך הטיפולים הזוג נפרד ואז האישה רצתה להתרבות מהעוברים. הגבר סירב ולא רצה שהיא תשתמש בכך. פס"ד שהופיע 3 פעמים בעליון! יש מספר עצום של מקרים באירופה, ארצות הברית ואף בארץ ובד"כ ניצח מי שלא רצה להשתמש בעוברים, אבל לא בנחמני.

למה הזכות לא להתרבות כל כך חזקה תמיד שהיא תמיד גוברת? אי אפשר להחליט עבור אדם להיות הורה בכפייה ואם אפשר להסכים בין הצדדים שאין צורך במזונות, לא צריך להטיל אחריות או אותו אדם? **רוצה רק גנטיקה.**

אז למה רותי נחמני ניצחה בסוף?

- היא צד סימפטי: אישה מבוגרת, בלי רחם שרוצה ילדים.
- דיון חוזי: איפה מתחילה החובה? מזמן הנישואים, או מזמן ההפריה שמשם זה לא הפיך יותר.
- חוק יסוד להתרבות מאוד חזק בישראל.

זכות להתרבות בארצות הברית מול ישראל

ארצות הברית	ישראל
לאסירים יש זכויות חוקיות יותר מוגבלות מסיבות ביטחוניות: קודם כל לאסיר יש פחות זכויות.	אפילו לאסירים יש את כל זכויות היסוד כולל הזכות להתרבות- ורק בצורך חיוני פוגעים בזכות.
הזכות לא להיות הורה תמיד גוברת על הזכות להורות.	נחמני: העדיפו את הזכות להתרבות.
הפרייה מלאכותית תמיד מכוסה מהכיס הפרטי.	הפרייה חוץ גופית במימון המדינה על לשני ילדים לכל בני זוג.
אפשר לגבור על הזכות להורות מסיבה של טובת הילד או מסיבות של ביטחון המדינה.	נדמה שהזכות בלתי מוגבלת?

מערכות פונדקאיות מקומיות

פונדקאות מסורתית: פונדקאות חלקית

- מה זה פונדקאות? רחם להשכרה.
- ישנן מגוון גישות לאומיות – מותר/ אסור/ מוסדרת בחוק/ לא מוסדרת בחוק.
 - ארצות הברית: תלוי. קליפורניה: לא מוסדר אבל מותר. ניו ג'רזי: אסור.
 - ישראל: מותרת ומוסדרת בחוק.
 - רומניה/רוסיה/תאילנד: לא מוסדרת אבל מותרת.
 - הודו: זוגות חד מיניים לא יכולים ורק הם, חוץ מזה אפשר.
 - אנגליה: מוסדרת בחוק, מותר, אבל ללא תשלום. הדרך היא בין משפחה וחברים.
 - אירופה/יפן/טורקיה: אסור.
 - איטליה/בלגיה: אסור.
- בלי חקיקה ספציפית, למה אסורים? האם יש לאכוף את החוזים?
 - חשש למכירת תינוקות.
 - הסכמה מדעת.

איך מגדירים מי הם ההורים החוקיים?

- גנטיקה?
- היריון?
- כוונה?
- צו הורות: צו מבית משפט שהילד שייך להוריו האלו?

האם הן מנוצלות? האם מחליטות בהסכמה מדעת? האם התשלום מותר? האם חייבים להגביל את הדרכים? בגלל שאלות נפוצות אלו רוב העולם אוסר פונדקאות.

BABY M: פונדקאות מלאה לעומת פונדקאות חלקית. הסיפור היה על אימא פונדקאית שברחה ובית המשפט חייב להחזיר להורים. הגיע לבית משפט עליון והוחלט: אמרו שכל התהליך של פונדקאות זה כן מכירת תינוקות. האימא היא עדיין הפונדקאית, כי זו הייתה פונדקאות חלקית. אמרו שאי אפשר למכור את הילד לאימא השנייה שהיא לא ביולוגית וכך יש זוג מול הפונדקאית. הזוג ניצח כי הם משכילים, עשירים, יציבים וקיבלו את התינוק.

Johnson v. calvert: בקליפורניה: פונדקאות מלאה: החליטו שהכוונה היא הקובעת את ההורות הטבעית. לא הסכימה לאכוף חוזה: כי חוזים שמגדירים הורות זה דבר לא מקובל בעניין של טובת הילד. הם קבעו, כוונה קובעת הורות טבעית (לא רצו להתייחס לגנטיקה). כוונה: אם אנחנו מתכוונים שהזוג המיועד זה יהיה ההורים, זה מה שקובע שהם ההורים הטבעיים, המשפטיים – בפועל כן משתמשים בחוזה.

חוק ישראלי: חוק הסכמים לנשיאת עוברים בישראל, 1996

- חובה לעבור וועדה.
- ישנו מחסור בפונדקאיות בישראל.
- הגבלות מטעמים דתיים.

חובה :

- אישה לא נשואה : משפיע על סיכוי שיש לה כבר ילדים שמשפיע על עניין הסכמה מדעת.
- אימהות מאותה הדת.
- חייב להיות זוג נשוי (גם ידועים בציבור).
- (וועדת מור יוסף הוסיפה המלצה לנשים לא נשואות, לזוגות חד מיניים : ללא תשלום...)
- רק פונדקאות מלאה.
- הסדר הורות.

פונדקאות בינלאומית:

- ישנו שוק נרחב לפונדקאות בינלאומית.
- בגלל מקרים של איסורים בארץ, עליות גבוהות, זמינות, ישנה עדיפות לאישה שגרה בארץ רחוקה.
- הודו ואוקראינה רומניה תאילנד הם יעדים נפוצים.

אילו בעיות עלולות להתעורר בפונדקאות בינלאומית? במה זה שונה מפונדקאות מקומית?

- ניצול פונדקאות יותר חמור.
- בגלל שלא אותה מדינה ואותה תרבות, לא אותם אנשים : אולי יש פה השכרת רחם חמורה יותר וזה מעלה בעיות בחברה, התייחסות של בני אדם אל הגוף, בעייתי כמו מכירת אברים.
- ניצול מערכות בריאות : רופא מקבל יותר כסף אם מטפל בלקוח בחו"ל וזה גונב מהאוצר הלאומי של העם. כחברה אחת גדולה זה בעייתי כי בעקבות כך הרופאים שלהם מתפנים לעבוד בפונדקאות בין לאומית וזה גורע מטיפול פנימי בעם שלהם.
- הפרת זכויות הילד :
- עיכובים מנהליים.

X Y : זוג בריטי השתמשו בפונדקאית מאוקראינה. הפונדקאית הייתה נשואה. האב המיועד, הגנטי, הוא המשוער בלבד והבעל של הפונדקאית הוא האבא. לפי החוק באוקראינה הזוג הבריטי הם הורי הילדים ולפי החוק הבריטי האוקראינים הם ההורים. מכך יוצא : שהילד נולד מתהליך פונדקאות.

- להשלים את סוף המצגת.

שיעור 7: סכסוכי משמרות ילדים בינלאומיים וחטיפת ילדים

פסי"ד חוסיין נגד מליק: אימא ואבא גרושים נלחמים על משמורת לילדה בת 10 במשך 3 שנים עד היותה בת 13. הבת נולדה בפקיסטן: כולם אזרחי פקיסטן, התחתנו בפקיסטן וגרו שם ביחד עשר שנים כזוג נשוי. האם נמצאת בזמן הסכסוך בארצות הברית באשרת סטודנט, אחרי שנמלטה מפקיסטן. בית משפט העניק משמורת לאב אך האימא לא החזירה את הילדה ואף החביאה אותה. כמו כן, לא הופיעה בבתי המשפט בפקיסטן.

- סמכות שיפוט במשמורת: בדרך כלל בהתאם לתושבות של הילד: בודקים איפה היה 6 חודשים אחרונים.

לאב יש צו מבית משפט בפקיסטן למשמורת בלעדית והאם פונה לבית משפט בארצות הברית לקבלת צו. בית המשפט נותן לה משמורת זמנית וצו הרחקה (כנראה בעקבות אלימות).

- האם בית משפט בארצות הברית יכול להתעלם מצו בית המשפט בפקיסטן?
- האם בארצות הברית חייבים לציית לצו מבתי משפט בפקיסטן?
- האם בכל מחיר יש לקיים הכרה הדדית ולכבד את ההחלטה הקודמת?

מתי חלה הכרה הדדית "נימוסין בינלאומיים" בצו משמורת מפקיסטן?

1. חייבת להיות סמכות שיפוט ראויה.

2. ההחלטה מתבססת על טובת הילד.

3. החוק שחל אינו סותר את תקנת הציבור.

כיצד האם תוקפת את ההכרה ההדדית ומשיגה את התוצאה שלא יתייחסו ולא יכירו בצו בית משפט מפקיסטן?

1. טוענת שטובת הילד לא מיושמת וחובה לשפוט לטובתו של הילד.

2. חוקים פרוצדוראליים בפקיסטן מפריים את תקנת הציבור.

ניתוח טובת הילד:

- **מהי טובת הילד?** כיצד ניתן לקבוע מה הכי טוב לילד?

- הילד במרכז ההחלטה.

- **כיצד זה נקבע?**

- רשימת גורמים: מין, גיל, דת, רצון הילד, התאמה, יכולת הורית וכדומה.
- יש להימנע מלהאשים את הילד על חטאי ההורים.

- **האם פקיסטן עומד בתקן של טובת הילד?**

- פקיסטן מכירה בחובת טובת הילד, זה קיים בחוקים שלהם ובקודים המצויים בפקיסטן. היה חשוב לארצות הברית להדגיש זאת.

- האם הסטנדרט כן מיושם? האם טובת הילד לפי פקיסטן באמת תקפה ומתקבלת בארצות הברית?

- אימא שלחה את הילדה לבית ספר עם אופי חילוני ובכך הרחיקה את הילדה מהתרבות שלה. לשופטים בפקיסטן היה חשוב להדגיש ולהחזיר את הילדה מקורות שלה. בארצות הברית היו צריכים להחליט עם זה בסיס לשיקולים? האם עליהם לקבל את עניין התרבות?
- בפקיסטן טענו שהאימא מחביאה את הילד. האם ארצות הברית צריכה להתחשב בשיקול זה של פקיסטן ולבדוק אם נכון היה להחליט לפי עניין ההסתרה של הילדה.
- האם נכון היה בפקיסטן להתחשב בעובדה שהאימא גרה עם בן זוג ללא נישואים? האם לפי עיניהם זה היה שיקול שיש להחליט על פיו?
- **לבסוף הם החליטו שבפקיסטן כן ישמו את טובת הילד לפי ראות עיניהם.**

נהלים ומדיניות הציבור

- ההליכים בית המשפט הפקיסטני

- האישה הייתה מיוצגת על ידי עורך דין.
- האישה הייתה מיועדת לשימוע.
- ההליכים בבית המשפט הפקיסטני דומים לאלו במרילנד.

לפי הזנית (הדת הפקיסטנית) יש העדפה למשמורת אצל האימא. אבל אם לא מתנהגת ראוי, כמו במקרה זה, מעדיפים את האבא. לכן, השאלה היא: האם במקרה שבו יש העדפה למשמורת אצל האבא בחוק הפקיסטני זה שולל את העיקרון של טובת הילד בחוק? כאן אמרו, שכן יכבדו את החוק של פקיסטן. למרות ההעדפה שבית המשפט יישם, עדיין חושבים שיש דברים שגוברים על העניין הזה וזאת בכדי להמשיך את ההחלטה שלהם.

מה ההשלכות של פסק הדין למשפחה? האם עדיף להחזיר את הילדה לפקיסטן להתמודד עם כל הקושי התרבותי?

מה תהיה התוצאה של פס"ד הפוך? מה היה קורה אילו לא היו מקבלים את הצו של פקיסטן?

האם בית המשפט הגיע להחלטה שגויה?

- כיצד ניתן להבטיח שבית המשפט הפקיסטני שקל את האינטרסים שמקדשים את טובת הילד?
- יתכן שלא נלקחו בחשבון:
 - טענות על אלימות כלפי האימא.
 - רצון הילד.
 - רמת המחייה.
 - ההשפעה על הילד במעבר בחזרה לפקיסטן.
 - חוסר יכולת מצד האם לעבור בחזרה לפקיסטן עקב המעשים שלה והיא תקבל עונש חמור אם תחשוב לחזור לגור ליד בתה. כך בעצם נגזר עליה לא לראות את בתה יותר.

- מה כן נלקח בחשבון:
 - זוגיות בלי נישואין והשפעה על הילדה מההתנהגות הלא מוסרית של אימה.
 - השפעה אסלמית שרוצים להחזיר את הילדה לדת שלה.
 - חטיפה.
 - הדת הזנית.
- כיצד ניתן ליישב את העובדה שפסיקות בארצות הברית ופקיסטן יהיו מבוססות על שיקולים שונים?
- האם המעבר חזרה היה לטובת הבת?

טובת הילד היא מושג רחב, גמיש ודו משמעי וכמעט תמיד יצטרכו להשתמש בעקרון הכרה הדדית מפני שכל מקום מציג את טובת הילד אצלו, לפי התרבות והחוקים של כל מדינה.

חריגים: בהם לא יכירו בהכרה הדדית

- אם טובת הילד לא נלקח בחשבון בכלל.
 - אם הילד נענש בבירור על חטאי ההורה.
 - אם ניתן להוכיח פגיעה בילד.
- Cedaw : אמנה להסרת הפלייה נגד נשים. דורשת כי מדינות החתומות יבטיחו כי לנשים ולגברים יהיו את אותן הזכויות והאחריות בנוגע למשמורת בן חסות, נאמנות ואימוץ ילדים. בנוסף שטובת הילד תהיה בחשיבות עליונה.

סמכות שיפוט והכרה בצווי משמרות:

- הכרה הדדית/ נימוסין בינלאומיים: מתי משתמשים בעקרון זה?
 - רק לאחר צו סופי.
 - רק אם התקבלה הודעה מוקדמת לגבי התביעה והיה שימוע עם השתתפות משני הצדדים.
 - רק אם תואם באופן מהותי את טובת הילד ולא סותר את תקנת הציבור.
- סמכות שיפוט כאשר ישנן תביעות מתנגשות:
 - מגורים: היכן הילד התגורר ב-6 חודשים שקדמו לתביעה.
 - באופן כללי אין מרוץ לבית משפט, אך לעיתים קשה לקבוע את התושבות.

אמנת האג בדבר היבטים אזוריים של חטיפת ילדים בין לאומית: מדובר על החזרה

- נביא את התביעה איפה שהילד נמצא כרגע.
- אפשר לתבוע לפי אמנת האג בכל מדינה החתומה כדי להחזיר את הילד באופן מהיר ללאום מגוריו אם נלקח שלא בצדק.

- מטרות ההאמנה :

- החזרת ילדים שנלקחו שלא בצדק ממדינות מגוריהם.
 - הבטחת זכויות משמרות.
 - הרתעה הורים מחציית גבולות בחיפוש אחר בתי משפט נוספים אוהדים יותר.
- האמנה חלה על לקיחה שלא בצדק : **כיצד ניתן להוכיח שלקחו את הילד שלא בצדק?**
- הילד נלקח ממקום מגורים רגיל לפני הלקיחה.
 - הפרת זכויות המשמורת של התובע.
 - זכויות המשמורת מומשו בעת ההרחקה.

תוצאה: אם מוכיחים אלמנטים אלו, חייבים להחזיר את הילד ללאום של התובע ורק אז עושים שיפוט במשמורת.

חריגים :

- אם ההשבה תחשוף את הילד לנזק פיסי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד במצב בלתי נסבל.
- נגד רצונו של הילד והוא בגיל מספיק כדי להחליט על כך רצונו.
- שמפר את זכויות האדם.

פסי"ד טורנה נגד משולם

זוג צרפתי מפרזי. אימא ואבא משמורת משותפת. אבל משמורת פיזית לאם ולאב ביקורים רגילים. האב חשש שהאם רצתה לעבור לחיות בישראל ולכן יש צו שאסר עליה לצאת מצרפת. אבל הסירו את הצו כדי לתת לו לטוס לחתונה משפחתית. לבסוף האימא לוקחת את הילד לגור בישראל ולא חוזרת. היא מקבלת צו משמורת זמנית בישראל. האב תובע בהתאם לאמנת האג שיחזירו את בנו. האם טוענת שהאב אלים כלפי הבן. האב לעומת זאת טוען שהבן נלקח באופן בלתי חוקי ויש להחזירו לצרפת.

- לפי האלמנטים: נדרוש השבת הילד, ורק אחר כך ידונו במשמרות.
- האם להחזיר את הילד? מה צריך להחליט?
- נכון שהאב בא רק לבקר ולא בטוח שזה משמורת, אבל בגלל שיש להם משמורת משותפת והחלטות משותפות, כל זה נחשב כמשמורת ויש פגיעה בזכויות המשמורת של האב.

1. נראה את סיפור החטיפה.

2. נבדוק אם התקיימו האלמנטים של החטיפה שמוזכרים באמנה.

3. לבדוק אם ישנו חריגים שיתירו את השארת הילד במקום בו הוא נמצא.

אמנת האג בדבר היבטים אזרחיים של חטיפת ילדים בינלאומית :

- יוצרת שיתוף פעולה בין המדינות החתומות, מאפשרת למדינה אחת להחליט בנוגע למשמורת.
 - שונה מאכיפת פסקי דין זרים שם החוקים יכולים להתנגש ופסקי הדין משתנים.
 - מבחינת סמכות השיפוט: אפשרות אחרת במקום להילחם למי נתונה סמכות שיפוט לסכסוכי משמורת.
 - תהליך שאמור להיות הרבה יותר מהיר מתביעה רגילה.
 - ארה"ב, ישראל וכל מדינות אירופה חתומות על האמנה. חוק מאוד מעשי ורלוונטי.
- לא הרבה משתמשים בכך בגלל שהעלויות מתייקרות כאשר יש להגיש תביעה במקום אליו הועבר הילד.

תחומי מחלוקת נפוצים:

- הילד נלקח ממקום מגוריו הרגיל.

1. פרשת הבלגית: פלוני נגד פלונית: זוג נישא בבלגיה. היא יהודייה והוא לא. יש משמורת משותפת על הבן בגירושין, כאשר לאימא יש משמורת ראשית. האימא עוברת לבלגיה כאשר הילד בן 5 ועדיין ממשיכים ביקורים רגילים עם האבא. בגיל 7 מעניקים לאבא משמורת פיזית עיקרית בבלגיה. האם מגישה תביעת משמורת בצרפת ועוברת לישראל עם הילד ורושמת את הילד לבית ספר דתי. כשנה לאחר מכן, מוגשת תביעה להחזרת הילד לבלגיה.

מה מקום מגוריו הרגיל?

אמרו שמקום מגוריו הרגיל זה או בלגיה או צרפת ובסוף החליטו להחזיר לבלגיה: מקום לאום של התובע.

יש חריגים? בית משפט החליט שאם הילד מתנגד להשבה ונמצא בגיל ובבגרות מספקת להחליט זאת. דעתו של הקטין חייבת להיות עצמאית ועליו להיות מבוגר מספיק ולא תלוי מדי בעמדתה של האם.