

## דיני המשפחה בישראל – זכויות בסיסיות במצוקה

מאת  
ורד דשא\*

### א. מבוא

דיני המשפחה הם מבין התחומים החשובים ביותר במערכת המשפט, כך, אם נמדוד את הדברים לפי השפעתם על חיי האדם, היקף הליטיגציה וההשלכות הכלכליות והרגשיות של ההתדיינות.<sup>1</sup> המשפחה, בני המשפחה והתא המשפחתי בכללותו, הם מבין הדברים החשובים והמשמעותיים ביותר עבור האדם - אם לא החשובים שבהם. הרגישות המיוחדת הנלווית לסכסוכים ומחלוקות בתוך המשפחה; טובתם של הקטינים המעורבים, הצורך לנסות ולשמור על שלמות התא המשפחתי או לחילופין על שמירת מסגרת משפחתית כלשהי במקרה של פירוק; ועוצמת הרגשות - לטוב ולרע - הנלווית למחלוקות - הופכת תחום משפטי זה לאחד המורכבים והקשים ביותר לטיפול. עובדה זו דורשת לכן, ללא ספק, מנגנון ודינים מיוחדים שיאפשרו את ניהול הסכסוך באופן המיטבי, המקצועי והרגיש ביותר.

מנגד, גורמים אלה, הם גם אלה אשר הופכים את ההתדיינות בענייני המשפחה בישראל אל מבין הנושאים הטעונים, המורכבים והכאובים ביותר במשפט הישראלי. דיני המשפחה בישראל מאופיינים בהתגוששות בין מערכות שיפוט שונות, במאבק בין התפיסה הדתית לחילונית ובהתנגשות בין הדינים שונים אשר חלים על הנושא: דיני המעמד האישי ובמיוחד דיני הנישואין והגירושין שנתונים לסמכותם של בתי הדין הרבניים, המתח בין הדין הדתי לבין התפיסות האזרחיות והליברליות המאפיינות את הציבור בישראל; התפיסה הליברלית של בית המשפט לענייני משפחה ובג"ץ והסתירות בינן לבין בתי הדין הרבני. כל אלה יוצרים מציאות משפטית כמעט בלתי מתקבלת על הדעת באינספור נושאים הנוגעים לענייני משפחה, שבה חלק גדול מן הזכויות הבסיסיות ביותר של הקיום האנושי איננו מוסדר בה: זוהי מציאות שבה קשה להינשא וגם קשה להתגרש; מציאות שבה הזכות הטבעית להביא צאצאים לעולם לא תמיד ניתנת למימוש, וכך גם הזכות ההפוכה - היינו שלא להיות הורה בעל כורחך; הסדרי מזונות ומשמורת ילדים אינם מוסדרים באופן ברור או שוויוני בין שני ההורים וכך גם זכויות הילד.

בסיכומי של דבר - אף שאנו חיים במדינה סופר-דמוקרטית ושוחרת חופש מהמפותחות בעולם, ומצויים בפתחו של המילניום השלישי - הזכויות הבסיסיות ביותר של האדם: נישואין; גירושין; זוגיות חד-מינית והסוגיות הנגזרות ממנה; הורות - הזכות להיות הורה והזכות שלא

\* הכותבת היא מחברת הספר **מערכת המשפט בישראל** (הוצאת "נבו" 2019).

<sup>1</sup> פיליפ מרכוס, "עתיד בית המשפט לענייני משפחה, פרדיגמות חדשות, תיקוני חקיקה ועוד" (2013), והמקורות הנוכחים שם בהערה 2.

להיות הורה; ילדים: ממזרות, משמורת, מזונות, זכויות הילד ותתי-נושאים הנובעים מהם – כולן מצויות בסבך משפטי עצום.

## ב. המתח בין הדין הדתי לדין האזרחי

מערכת הדינים אשר חלה על ענייני המשפחה בשיטת המשפט הישראלי נוהגת – ברובה הגדול – על פי ההלכה היהודית<sup>2</sup>. דיני הנישואין והגירושין נתונים לשיפוטם הבלעדי של בתי הדין הרבניים. משום כך נכרכות בתביעות גירושין חלק גדול מן המחלוקות שצפות במסגרת הליכי הגירושין ומונחות אף הן לפתחם של בתי הדין הדתיים. אל מול אלה, קיימת מערכת דינים אזרחית החלה על ענייני המשפחה. הגרעין שלה קבוע בחוק בית המשפט לענייני משפחה והחלק הארי שלה – הוא תוצאה של חקיקה שיפוטית שהותוותה על ידי בית המשפט העליון ובתי המשפט לענייני משפחה.

מציאות החיים הישראלית – שהיא חילונית ברובה – וניסיונם של בתי המשפט האזרחיים ליתן מענה לציבור המתדיינים, יוצר מאבק בלתי פוסק בין הזרוע האזרחית של מערכת השיפוט – בתי המשפט לענייני משפחה ובג"ץ – לבין בתי הדין הדתיים. פסקי הדין שיוצאים תחת ידם של השופטים והרבנים נעשים לכאורה תחת מעטה של ארשת משפטית מכובדת. אך גם הברק המשפטי איננו יכול להסתיר את העובדה שמדובר בהתגוששות או במעין מאבק של "הורדת ידיים" בין הערכאות.

בתי המשפט האזרחיים, במיוחד בית המשפט העליון, נוהגים להדגיש, חוזר והדגש את הכבוד ההדדי או הכיבוד ההדדי בין הערכאות<sup>3</sup>, בפועל הדברים נראים אחרת: משפט המדינה ממשיך לכאורה להעניק גושפנקא לדין הדתי אך הערכאות האזרחיות מנסות לעקוף אותו כמעט בכל דרך. כזה הוא למשל המצב בנושא נישואין ותחליפי נישואין. מלומדים רבים מבקרים מציאות זו בריש גלי וכך גם בית המשפט העליון. פרופ' שחר ליפשיץ למשל, אחד המלומדים הבכירים בנושא מעמד אישי ומשפחה בישראל, הגדיר את מצב העניינים בנושא נישואין וגירושין ככזה ש"מעורר ביקורת קשה מנקודת מבט אזרחית והוא ודאי בלתי נסבל מנקודת מבט ליברלית"<sup>4</sup>. פרופ' אהרון ברק אף הוא ציין בשעתו כי:

**"המצב הקיים היום בישראל הוא שהמדינה מפרה בריש גלי ובעוצמה רבה את אחת מהזכויות היסודיות שיש לכל אדם במדינה דמוקרטית שוחרת חופש, והיא הזכות להינשא. במדינת ישראל יהודי אינו יכול להינשא למי שאינו יהודי, נוצרי לא יכול להינשא למי שאינו נוצרי ומוסלמי אינו יכול להינשא למי שאינו מוסלמי. יהודי גם לא**

<sup>2</sup> מערכת השיפוט בענייני משפחה כוללת גם את בתי הדין הדתיים של העדות הנוצריות והמוסלמיות. עם זאת הדין בפרק זה ייחוד בעיקר לקונפליקטים והמאבק בין ההלכה היהודית והמשפט האזרחי.

<sup>3</sup> ראו למשל פסק הדין בבג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נו(2) 118.

<sup>4</sup> שחר ליפשיץ, **ברית הזוגיות** (מחקר מדיניות 2006) המכון הישראלי לדמוקרטיה, עמ' 11.

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, לפרסם, להפיץ, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה

יכול להינשא ליהודי אחר אלא בנישואים דתיים, שאני מאוד בעדם, אבל כאופציה, לא כדבר שחייבים לעשות אותו. זה מצב בלתי מניח את הדעת.<sup>5</sup>

בגישה זו, מתמודד בית המשפט העליון עם פסיקתו של בית הדין הרבני. בתי הדין הדתיים מצידם, מגלים ניכור הולך וגדל לדין האזרחי ולערכאות האזרחיות. מציאות זו, מעבר לכך שהיא פוגעת אנושות בכבודה של מערכת המשפט, בוודאי אינה מיטיבה עם ציבור המתדיינים.

### ג. כפילות הסמכויות ומרוץ הסמכויות

הטיפול בדיני המשפחה בישראל מופקד, כאמור, בידי שתי רשויות שיפוטיות: בתי הדין הדתיים ובית המשפט לענייני משפחה. עובדה זו, הולידה את התופעה המכונה "מרוץ הסמכויות" בין בית המשפט האזרחי לבית הדין הרבני, שהיא אחת הבעיות הקשות ביותר המלוות את העיסוק בענייני משפחה בישראל.

על אף הניסיון לברור מילים, קשה שלא לתאר את הדברים בדמותם האמיתית. המדובר בתופעה אשר מייצרת תוהו ובוהו מוחלט בהתדיינות בדיני משפחה בישראל. תופעה, שגוררת את הצדדים למאבקים מרים ומכוערים. תופעה אשר מוליכה אותם בסבך משפטי ובתהליך משפטי אינסופי, רווי קרבות, תכסיסים ומזימות אשר מקומו לא יישורנו במדינה דמוקרטית נאורה.

זר לו יציץ, יתקשה באופן וודאי להבין הכיצד במדינת ישראל שהיא מדינה מתקדמת, עדיין קיימת תופעה מסוג כזה בעשור השני של המאה העשרים ואחת. מערכת המשפט לעומת זאת, נראית ככזו שמשלימה עם תופעה זו, ומקבלת אותה כרכיב מובנה המוטמע עמוק בתוך שיטתנו המשפטית, משל היה זה עניין שיש להתייחס אליו כמובן מאליו ואין מה לעשות בעניינו.<sup>6</sup>

לדעתנו, לא כך הוא, מדובר בסוגיה משפטית מקצועית בעייתית, כבדה מאוד אמנם, אך מחויבת בקבלת פיתרון. את המציאות המשפטית הקיימת – אשר הכל מודים כי היא בלתי מתקבלת על הדעת – אין לקבל. ההתייחסות אל התופעה כאל מחלה חשוכת מרפא שאין לה מזור עלולה להעלות את הדברים על מסלול של אובדן, ולכן לא ברור מדוע אין אנו עדים, אפילו לא לראשית לתהליך מחשבה בנושא. לדעתנו, מדינה מתוקנת המבקשת להתהדר במערכת המשפט שלה, איננה יכולה להרשות לעצמה כאוס משפטי כזה, אשר גורם סבל ועוול כה גדול, מידי יום ביומו, למתדיינים כה רבים.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> זאב סגל, אריאל בנדור "האדם הנאור – אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון בדימוס, עושה חשבון נפש", הארץ 27.5.2009 <http://www.haaretz.co.il/1.1263152>.

<sup>6</sup> ראו למשל בע"מ 1358/06 פלוני נ' פלוני (החלטה מיום 30.4.06), עמ' 3-2, פורסם בנבו; עניין פיג-פלמן, לעיל הערה 3 פסקה 10 ופסקה 17 לפסק הדין.

<sup>7</sup> על הבעייתיות הנעוצה בתופעת מרוץ הסמכויות ראו למשל אריאל רוזן-צבי "הלכת ה'כריכה' ומירוץ הסמכויות והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה", עיוני משפט יד 67 (תשמ"ט); מנשה שאוה, "על 'כרוך' ועל 'כנות' – הייפסק 'מרוץ הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?", עיוני משפט ב 719 (תשל"ב); יהושע גייפמן, מיכאל טאוסגי, "מרוץ הסמכויות בחליכים לפירוק שיתוף בדירת מגורים של בני-זוג", הפרקליט מ

כל הזכויות שמורות לורד דשא © ע"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, לפרסם, להפיץ, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה

ראוי לומר, מרוץ הסמכויות הוא תופעה עתיקת יומין אשר נמשכת שנים רבות. בתחילת הדרך מדובר היה במרוץ שמתנהל בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני.<sup>8</sup> עם הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה, נראה היה כי יהיה בכך כדי לפתור את הבעיה שכן המחוקק הגדיר בכירור את תפקידו של בית משפט לענייני משפחה והעניק בידיו סמכויות נרחבות, אולם למרות זאת המרוץ נישט עדיין במלוא עוצמתו. אותו מרוץ אשר נהג בעבר בין בית המשפט האזרחי לבית הדין הרבני, מתנהל כעת בין בית משפט לענייני משפחה לבין בתי הדין הרבניים.

מרוץ הסמכויות נובע מכפילות הסמכויות המקנה סמכות שיפוט בנושאים מסוימים הן לבית הדין הרבני והן לבית המשפט לענייני משפחה והוא מייצר תופעות בעייתיות מאוד אשר פוגעות בהליך, בבעלי הדין, ובתא המשפחתי. הוא מוביל להתמשכות ההליכים (אשר רבים מהם עוסקים בשאלות מקדמיות הנוגעות לסמכות), כפילות בדיונים; נקיטת תכסיסנות כדי להתחמק משיפוט הערכאה שאינה מועדפת על ידי מי מהצדדים; הגשתן של תביעות בטרם בשלה העת רק לשם "תפיסת" הסמכות; והימנעות מפנייה להליכי גישור על מנת שהדבר לא ינוצל על ידי הצד השני.<sup>9</sup>

התוצאה היא בעייתית כמעט בכל מישור אפשרי: במישור המשפטי, במישור הדיוני, במישור של התא המשפחתי ובמישור החברתי והציבורי הרחב.<sup>10</sup>

## ד. הזכות לחיי משפחה – בין משפט למציאות

החברה הישראלית עברה ועוברת בעשורים האחרונים שינויים מפליגים בדפוסי הזוגיות והמשפחה - חלקם ייחודיים, וחלקם מאפיינים חברות מערביות רבות. אף על פי כן מדינת ישראל לא השכילה להתאים את מערכת הדינים של ענייני המשפחה לדמותה של החברה הישראלית: מיסוד חיי משפחה ללא נישואין, משפחות חד הוריות, זוגות חד מיניים, דפוסי הורות חדשים - כל אלה ועוד הן תופעות מקובלות ולגיטימיות כיום בחברה הישראלית, אך הן אינם מעוגנות בהסדרי חקיקה מסודרים. התמודדות בתי המשפט עם שאלות אלה, הולידה אמנם בחלק מן המקרים פתרונות משפטיים, חלקם גם קיבלו תוקף של דין יציר הפסיקה אולם עדיין חלק גדול מהם איננו מוסדר. משפחות "חדשות"<sup>11</sup> וזוגות שמקיימים מערכת יחסים זוגית, עוברים מסעות ייסורים מול הרשויות ונדרשים למאבקים משפטיים חדשות לבקרים. למעשה, על אף שמדובר במציאות לגיטימית הנוהגת כבר כמה וכמה עשורים, שום שינוי איננו מגיע

316 (תשנ"א); מנשה שאוה, **הדין האישי בישראל** (מסדה מהדורה שלישית תשנ"ב), עמ' 198; בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2)221, עמ' 234 ואילך.

<sup>8</sup> ראו למשל שאוה, "על 'כרוך' ועל 'כנות'", שם.

<sup>9</sup> ראו למשל רות זפרן, "מירוץ הסמכויות יחי ובוטע": מניצחון בנקודות של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים, **משפטים** מג 571 (2013), עמ' 573.

<sup>10</sup> להרחבה בנושא ראו ורד דשא, **ענייני משפחה במשפט הישראלי – זכויות בסיסיות במצוקה** (המחקר המלא, עתיד לראות אור בקרוב).

<sup>11</sup> את המונח "משפחה חדשה" יש לזקוף לזכותה של עו"ד אירית רוזנבלום, אשר ייסדה ומיסדה ארגון תחת שם זה. אתר הארגון ניתן לצפייה בכתובת [www.newfamily.org.il](http://www.newfamily.org.il).

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, לפרסם, להפיץ, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה

אלא בעקבות עימות משפטי ואין בנראה תהליך יזום של חשיבה ודיון ביחס להתאמת החקיקה למציאות החדשה.

הקושי טמון בכך שמרבית המשפחות והזוגות אינם מצוידים במשאבים לנהל מערכות משפטיות – לא בערכאות הנמוכות, וודאי לא בכג"ץ. התוצאה היא שרוב המתדיינים נדרשים למסלול קשה מנשוא שבמסגרתו רבים נאלצים לוותר על זכויות טבעיות או בסיסיות ביותר. הפער בין התפיסה הליברלית שמאפיינת את ישראל ולכאורה מונחת בבסיסה של מערכת המשפט בישראל, לבין דיני המשפחה והמציאות המשפטית בפועל – הוא עצום.

נכון הוא שהשינוי בדמותה של המשפחה ניכר בכל העולם. משום כך מדובר באתגר משפטי המונח לפתחן של שיטות משפט רבות שמתמודדות איתו – כל אחת בדרכה. עם זאת בישראל הבעיה קשה שבעתיים לאור העובדה שהדינים החלים על המעמד האישי הם הדינים הדתיים אשר הוראותיהם מקפחות ופוגעות בקבוצות שונות באוכלוסייה.

## ה. נישואין וגירושין – מסע ייסורים במערכת המשפט

### 1. נישואין

במרכזם של עניני המעמד האישי עומדים דיני הנישואין. דיני הנישואין בישראל נקבעים בעיקרם על ידי הדין הדתי ונידונים בפני בתי הדין הדתיים. דינים דתיים אלה מטילים מגבלות שונות על זכותו של אדם להינשא<sup>12</sup> וכתוצאה מכך נפגעת הזכות להינשא בכמה וכמה אופנים:

הבעיה המרכזית הראשונה נובעת מן העובדה שדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, קבע רשימה של עדות מוכרות אך הותיר מחוץ להסדר את כל אותן עדות שלא מנויות ברשימה.<sup>13</sup> התוצאה הינה שאנשים שהם חסרי דת או שאינם משתייכים לאחת העדות המוכרות – אינם יכולים להינשא בישראל. בין אלה נמנים גם לא מעט יהודים עולים חדשים שאינם יכולים להוכיח את יהדותם.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> במונח "מגבלות על הזכות להינשא" אין הכוונה למגבלות לגבי נישואין ביגמיים, למגבלות הנובעות מגיל הנישואין, לאיסורי עריות או נישואין בין קרובי משפחה. אלה הן מגבלות מקובלות ומוכרות ברוב שיטות המשפט.

<sup>13</sup> רשימת העדות הדתיות המוכרות מנויות בתוספת השנייה לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל 1922 עד 1947.

<sup>14</sup> על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, נכון לסוף שנת 2012, מנתה אוכלוסיית הבלתי מסווגים לפי דת 306,000 נפש והיוותה כ- 4% מאוכלוסיית ישראל. למספר זה יש להוסיף קבוצה של 32,000 עולים חדשים מאתיופיה ומברית המועצות אשר דתם מוגדרת כנוצרים לא ערבים, ואף הם אינם יכולים להינשא. ראו "נישואין של ישראלים בחו"ל 2000-2012" הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, דברי ההסבר לסקר בכתובת [http://147.237.248.50/www/population/marrige\\_divorce/hagdarot\\_ni2000-2012.pdf](http://147.237.248.50/www/population/marrige_divorce/hagdarot_ni2000-2012.pdf). בשנת 2010 התקבל בכנסת חוק ברית הזוגיות, התש"ע-2010 אשר מאפשר גם לחסרי דת להקים מסגרת משפחתית המכונה "ברית הזוגיות" ולהירשם במרשם הזוגיות. יש לשים לב עם זאת כי החוק איננו מסדיר את עניין הנישואין בין חסרי דת אלא רק את הזכות לערוך ברית זוגיות שממסדת הקשר הזוגי שנכרת בין בני הזוג ואת רישומו ב"מרשם הזוגיות", שהוא מרשם שונה מ"מרשם הנישואים".

**בעיה שנייה** עולה מהעדרם של מנגנונים להסדרת נישואי תערובת, כלומר נישואין בין בני זוג המשתייכים לדתות שונות - למשל יהודי עם מי שאינו יהודי, או נישואין של יהודי עם בן/בת זוג ללא סיווג דת.

**הבעיה המרכזית השלישית** נובעת מן העובדה שגם כאשר מדובר באותה עדה או באותה דת, חלק מן הדינים הדתיים מגבילים – מטעמי דת או הלכה – את יכולתם של בני זוג להינשא. בולט במיוחד בהקשר הזה הדין הדתי היהודי אשר כולל שורה ארוכה של "פסולי חיתון" ומטיל עליהם הגבלות על הזכות להינשא.<sup>15</sup> בעיות שונות עולות גם בנוגע לנישואין של מוסלמים.<sup>16</sup>

**המקור הרביעי לבעיות** מתעורר לאור הגישה הקשוחה הנהוגה על ידי הממסד הרבני. ידועים מצבים בהם גם כאשר שני בני הזוג מוגדרים כיהודים על פי מרשם האוכלוסין, מטילה הרבנות ספק ביהדותם של בני הזוג ולא מאפשרת להם להינשא בישראל.<sup>17</sup>

**בעיות נוספות** עולות מהעדר אפשרות של נישואין אזרחיים בישראל. קיימים מקרים בהם אף שבני הזוג יכולים להינשא בישראל, הם יעדיפו, וסיבותיהם עימם, להינשא בנישואין אזרחיים. כיום, נישואין אזרחיים בישראל, אינם מוכרים על פי הדין.

התוצאה היא שהלכה למעשה - קיימות בישראל שורה ארוכה מידי של מגבלות על הזכות האנושית הבסיסית להינשא. בכך יש כמובן פגיעה בזכות הבסיסית והטבעית לחיי משפחה ולחיי זוגיות, פגיעה בזכות לחופש המצפון ולחופש מדת; פגיעה בזכות לשוויון ובעיקרון איסור ההפליה מטעמי גזע, דת או לאום; ופגיעה בחירויות בסיסיות של האדם באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מושגים של שלטון החוק וערכי הדמוקרטיה.

בנסיבות אלה, ונוכח קולות הביקורת הרבים ואינספור המקרים המשוועים לפתרון, מצופה היה שהמשפט הישראלי יעניק מענה ממשי בסוגיה זו. למרבה הצער לא כך קרה. תחת פיתוח סדור ומובנה של דיני המעמד האישי, נותרנו עדיין עם ההסדרים העותומאניים והמנדטוריים - דבר שמאלץ את בעלי הדין למצוא פתרונות יצירתיים שונים ומשונים - חלקם על גבול הבלתי מתקבל על הדעת - למימוש השאיפה הטריטוריאלית של נישואין והקמת משפחה. כך למשל, על רקע קשיים אלה ובהעדר אפשרות לנישואין אזרחיים בישראל, יצרה המציאות הישראלית בכורח הנסיבות כמה וכמה חלופות לנישואין הדתיים - החל מטקסי נישואין פרטיים<sup>18</sup> או טקסי

<sup>15</sup> על מגבלות הנישואין על פי הדין הדתי היהודי ראו דשא, לעיל הערה 10.

<sup>16</sup> על פי המנהגים המוסלמים, נישואין בין חברי קהילות דתיות שונות אינם מותרים.

<sup>17</sup> כך למשל גרים רפורמים וקונסרבטיבים אשר עלו לישראל מכוח חוק השבות, אינם מוכרים על ידי הרבנות כיהודים ולכן אינם יכולים להינשא בישראל.

<sup>18</sup> ראו למשל בג"ץ 51/69 **רודניצקי נ' בית הדין הרבני**, פ"ד כד(1) 407; בג"ץ 130/66 **שגב נ' בית הדין הרבני האזורי**, פ"ד כא(2) 505; בג"ץ 80/63 **גורפינקל נ' חקלאי**, פ"ד יז, 2048

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

נישואין חילוניים שונים<sup>19</sup>; דרך נישואין בחו"ל<sup>20</sup>, המשך בנישואין באמצעות שליח דוגמת "נישואי מקסיקו"<sup>21</sup> או נישואין באמצעות הדואר דוגמת "נישואי פרגוואי"<sup>22</sup>; נישואין קונסולריים<sup>23</sup>; חיים במסגרות "דמויי נישואין" או "תחליפי נישואין" ועוד כהנה וכהנה רעיונות ודרכים שונות לעקיפת הדין הדתי.

מדינת ישראל מעניקה, בדרכים שונות, לגיטימציה לחלק מחלופות אלה ואף מחילה עליהם חלק מן הדינים החלים על זוגות נשואים.<sup>24</sup> תרומה מכרעת בעניין זה תרם בית המשפט העליון אשר "איתר" דרכים משפטיות שונות לשמירה על זכויות לגיטימיות של האזרח בישראל. יחד עם זאת, ומבלי להקל ראש כהוא זה בפתרונות אלה, מדובר בפתרונות חלקיים שמושגים אך ורק לאחר מאבקים משפטיים, נוצרים באמצעות עקיפת ההסדרים החוקיים, יוצרים דין פתלתל, ואינם נותנים מענה לשאלות העיקריות. אחת הדוגמאות הבולטות בעניין זה נוגעת לשאלת תוקפם של נישואים אזרחיים. באותם מקרים אשר הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון, חיפש בית המשפט העליון - ובצדק רב יש לומר - דרכים להקל על מצוקתם של העותרים הרבים, ולפיכך הורה לפקיד הרישום במשרד הפנים לרשום במרשם הנישואין בני זוג שנישאו בנישואין שאינם מוכרים על פי הדין הדתי. יחד עם זאת נמנע בית המשפט מן השאלה העיקרית הנוגעת לתוקפם של הנישואים ובחר להותיר אותה פתוחה.<sup>25</sup> תרומתו של בג"ץ לשמירה על זכויותיהם הלגיטימיות של העותרים היא ללא ספק דרמטית אך עם כל זאת, התוצאה היא אבסורדית. תחת אימוץ פתרונות ממשיים אנו עדים לסילוף הדין ולעקיפתו בחסות מערכת המשפט עצמה.

<sup>19</sup> ישראל קיימים כיום גופים שמציעים כיום את שירותיהם של עורכי טקסי נישואין חילוניים ברוח התרבות הישראלית והיהודית אך לא דווקא על פי ההלכה. עם עורכי הטקסים הללו נמנים אנשי תרבות, אקדמיה ודמויות ציבוריות.

<sup>20</sup> על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, מספר הזוגות הישראלים אשר נישאו בחו"ל בין השנים 2000-2012 עומד על כ- 75,000 זוגות. ראו בכתובת [http://147.237.248.50/www/population/marrige\\_divorce/luach6.pdf](http://147.237.248.50/www/population/marrige_divorce/luach6.pdf). מספר זה כולל רק את המקרים המדווחים. הסקר מציינ כי ייתכנו מקרים לא מעטים של נישואין בחו"ל שלא דווחו לרשות האוכלוסין ולכן הם לא נכללים בנתונים המצורפים.

<sup>21</sup> נישואי מכסיקו הוא טקס נישואים הנערך לפני רשות רשמית במדינת מכסיקו ובה מופיעים שליחים שמינו בעלי הדין לצורך זה בו בזמן שבני הזוג עצמם נותרו בישראל. מדינת מכסיקו מתירה נישואין כאלה בין אזרחים של מדינה זרה שאינם נוכחים בעצמם בעת הטקס. ראו בג"ץ 51/80 כהן נ' בית הדין הרבני, פ"ד לה(2)8. הסדרים של נישואין באמצעות מיופי כוח נעשו גם במדינות אחרות דוגמת אל סלבדור. ראו בג"ץ 4916/04 זלסקי נ' שר הפנים (2011) פורסם בנבו.

<sup>22</sup> נישואי פרגוואי נערכים באמצעות הדואר. בני הזוג חותמים בישראל בפני עו"ד על יפוי כוח אשר נשלח לפרגוואי. על פי יפוי הכוח נערכים לבני הזוג נישואין בפרגוואי ובסיומם נשלחת לישראל תעודת נישואין לבני הזוג. ראו למשל רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2)213.

<sup>23</sup> נישואים קונסולריים הם נישואין בפני קונסול. ראו למשל בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5)89. באותו עניין נישאו בני הזוג בנישואין קונסולריים בשגרירות ברזיל בישראל. פקיד הרישום במשרד הפנים סרב לרשום את הנישואין בטענה כי אין לקונסול של מדינה זרה סמכות לערוך טקס נישואין בישראל. בית המשפט העליון קבע כי אף שיש ספק בדבר סמכותו של קונסול לערוך טקס נישואין, אין פקיד הרישום מוסמך להכריע בדבר ספק זה ועליו לרשום את בני הזוג כנשואים על פי התעודה הציבורית שהוגשה.

<sup>24</sup> ראו למשל שחר ליפשיץ, "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" משפט ועסקים י 447, 449 (2009) בעמ' 460-449.

<sup>25</sup> ראו למשל בג"ץ 143/62 פונק שלינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1)225; בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3)537 (2006) שם קבע ברק כי בני זוג מאותו מין אשר נישאו במדינה המכירה בנישואיהם, יירשמו כנשואים בישראל; עניין זלסקי, לעיל הערה 21; בג"ץ 10660/05 סרגובי נ' שר הפנים (2011) פורסם בנבו; וראו גם ליפשיץ, דיני המשפחה בעידן האזרחי, לעיל הערה 24 בעמ' 455.

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

יתר על כן, חלופות הנישואין מייצרות מטבע הדברים בעיות משפטיות שונות שאין להם מענה בדין הנוכחי. סוגיות אלה מעסיקות את הפסיקה בישראל בניסיונות ליתן פתרונות מעשיים לבעיות שונות העולות כל פעם בהקשר אחר. בתי המשפט נדרשים לדון בשאלת תוקף נישואין שנערכו בחו"ל<sup>26</sup>, בשאלת תוקפם של נישואין בין פסולי חיתון<sup>27</sup> ושל חסרי דת.<sup>28</sup> בעיות נוספות עולות בהקשר לשאלת מעמדם של מזונות כאשר מדובר בנישואין אזרחיים<sup>29</sup>, בשאלות של מעמד הנישואין לגבי דיני הירושה<sup>30</sup>, בשאלות של יחסי הרכוש, שאלות של דיני הגירושים לגבי אלה שנישאו בנישואין אזרחיים ועוד כהנה וכהנה עניינים שנראים טריוויאליים עבור כל זוג נשוי.

השאלה היא האם נכון לקבל כגזירה סופית את דיני הנישואין בישראל? האם נכון להשלים עם מציאות משפטית שאינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק ועם ערכי הדמוקרטיה? האם נכון לנהוג עצימת עיניים בנוגע לדין הקיים ולהתיר עקיפה של החוק? האם נכון לאפשר לנצח, פגיעה קשה בזכות כה בסיסית הנתונה לכל אזרח ואדם במדינה, כאשר הוא.

## 2. גירושין

שיעור הגירושין בישראל הוא גבוה מאוד.<sup>31</sup> נתונים סטטיסטיים מלמדים כי בעשורים האחרונים שיעור הנישואין יורד והולך, ואילו שיעור הגירושין הולך ועולה. כיום, אחד מכל זוג שלישי בישראל מתגרש.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> בג"צ יוסי בן-ארי, ש.ם. בג"ץ זלסקי, ש.ם; בג"ץ סרגובי, ש.ם.  
<sup>27</sup> ראו למשל עניין רודניצקי, לעיל הערה 18. לעניין נישואי כהן וגרושה. כן ראו מקרים של זוגות מעורבים: ע"א 373/72 טבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2)007; עניין זלסקי, ש.ם; עניין סרגובי, ש.ם.  
<sup>28</sup> ראו למשל ע"א 450/70 רוגזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1)129.  
<sup>29</sup> רע"א 8256/99 לעיל הערה 22.  
<sup>30</sup> ראו למשל פסקי הדין של הנשיא ברק בסוגיית הנישואין האזרחיים בישראל: רע"א 8256/99 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(2)213 (2003) שם קבע הנשיא ברק כי על הנישאים בנישואין אזרחיים בישראל תוטל חובת מזונות אזרחית – חוזית; בעניין בן ארי, לעיל הערה 25 שם קבע ברק כי בני זוג מאותו מין אשר נישאו במדינה המכירה בנישואיהם, יירשמו כנושאים בישראל; בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלוני, פ"ד סא(3)726 (2006) שם קבע ברק כי נישואין אזרחיים בין יהודי ללא יהודי יוכרו כנישואים תקפים לגבי חוק הירושה; בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד סא(3)496 (2006) שם נקבע כי אזרחים ישראלים הכשירים להינשא בישראל אשר בחרו להינשא בנישואין אזרחיים בחו"ל – נישואיהם תקפים לכל דבר ועניין.

<sup>31</sup> מידי שנה מתגרשים בישראל בים 10,000 ל-11,000 זוגות. ראו דוח סיכום שנת 2013 של הנהלת בית הדין הרבני בשנת 2013 התגרשו בישראל 11,219 זוגות. למגמת העלייה ראו הגרף בעמ' 4 לדוח.  
<sup>32</sup> ראו מרכז המחקר והמידע של הכנסת, "מבחר נתונים על גירושין בישראל", כתיבה נטע משה 29.4.2013 עמ' 15. <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03199.pdf>. הנתונים המובאים במחקר נשענים בחלקם על השנתון הסטטיסטי לישראל לשנת 2012, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. לנתונים סטטיסטיים מעודכנים יותר ראו השנתון הסטטיסטי לישראל לשנת 2013. [http://www.cbs.gov.il/reader/shnaton/shnatonh\\_new.htm?CYear=2013&Vol=64](http://www.cbs.gov.il/reader/shnaton/shnatonh_new.htm?CYear=2013&Vol=64). כן ראו עמירם ברקת, "בשיעור הגירושין, ישראל דווקא בצמרת – מקום 6 מבין 46 מדינות", הארץ 8.10.2003; <http://www.haaretz.co.il/misc/1.915948>; לירידת מעמדו של מוסד הנישואין ראו "פני החברה בישראל", דוח מס' 4, רווקות, נישואין וגירושין, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (10/2011). [http://www.cbs.gov.il/publications11/rep\\_04/pdf/1box1\\_h.pdf](http://www.cbs.gov.il/publications11/rep_04/pdf/1box1_h.pdf) (2011).

כל הזכויות שמורות לורד דשא © ע"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, לפרסם, להפיץ, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה



גירושין בכלל, וריבוי הגירושין בפרט, מזמנים בעיות משפטיות רבות הנוגעות לגירושין עצמם אך גם שאיפה לקיומם של הסדרים שיאפשרו את סיום מערכת הנישואין באופן מכובד ומהיר לטובת כלל הנוגעים בדבר.

הבחירה לסיים את קשר הנישואין נושאת עימה צורך להסדיר ארבעה נושאים עיקריים: הגירושין עצמם (הגט); הסדרת הקשר של ההורים עם ילדיהם (משמורת והחזקת ילדים); מזונות; וחלוקת רכוש. הסמכות להסדרת הגירושין נתונה באופן בלעדי לבתי הדין הרבניים בעוד שיתר הסוגיות ניתנות להידון בבית המשפט לענייני משפחה או בבתי הדין הרבניים. התוצאה היא שאותו תיק גירושין מתנהל ברוב המקרים בשתי ערכאות מקבילות, דבר שמצריך הגשת תובענות רבות וניהול הליכים משפטיים ארוכים, קשים וכאובים. יתר על כן, קיומן של סמכויות מקבילות ומרוץ הסמכויות אשר תואר לעיל, מחריף את הקושי. הוא יוצר כפילות הליכים, הוא גורם להגשת תביעות פיקטיביות שכל מטרתן לשלול מבן הזוג האחר את הדרך לפנות אל בית המשפט והוא מוביל להסטת המחלוקת מערוץ אפשרי של הידברות לערוץ של מאבקים שחלק לא מבוטל מהם מיותרים.

בשל כך הפכו ענייני הגירושין במדינת ישראל לאחד מן הנושאים הבעייתיים ביותר אשר טעונים פיתרון דחוף. בני זוג (או אחד מהם) שמבקשים להיפרד, על המשתמע מכך, נאלצים לעבור מסלול תלאות והתגוששות ארוך, מכביד ומייגע במערכת המשפט אשר מוביל במקרים רבים להסלמת הסכסוך בין בני הזוג. הרוח הדמוקרטית והליברלית אשר אמורה לשרור במערכת המשפט בישראל צריכה הייתה לייצר מסלול הולם של פרידה מכובדת ומהירה שיאפשר לבני הזוג להשתקם לאחר הפרידה ולהמשיך בחייהם באופן האופטימאלי. לא כך הדבר. ההסדרים המשפטיים הנוכחיים וכפילות הדינים הפכו את אירוע הגירושין לסחטנות משפטית והם מובילים כמעט דרך קבע לניצול לרעה של ההליך המשפטי על ידי מי מבני הזוג.

הדברים הופכים קשים שבעתיים לאור שלל הבעיות הנובעות מהחלת הדין הדתי על קשרי הנישואין, אשר מטבע הדברים מקבלים ביטוי ויוצרים קשיים גם במקרה של גירושין. כך למשל גם מי שנישא בחו"ל יאלץ ברוב המקרים להתגרש בבית הדין הרבני. זאת ועוד, הדין הדתי בענייני גירושין מייצר קשיים נוספים מהטעם שעל פי הדין הדתי מעשה הגירושין כרוך בהסכמה של שני בני הזוג. הפועל היוצא מכך הינו שהעדר הסכמה מייצר תופעות של עגינות וסרבנות גט באופן שפוגע קשות בחירותו של בן הזוג המבקש להתגרש.

**עגינות** - היא מצב שבו מצוי יהודי כאשר בן זוגו נעלם ולא ניתן לאתרו; כאשר לא ידוע אם בן הזוג חי או מת או כאשר בן הזוג במצב של חוסר שפיות או תרדמת. במקרה כזה לא יכולה אישה עגונה לקבל גט מבעלה, וכך גם איש עגון לקבל גט מאשתו. כל עוד לא ניתן הגט, העגון

אינו יכול להינשא לאחר.<sup>33</sup>

**סרבנות גט** - היא מצב בו אחד מבני הזוג מסרב באופן מכוון ומודע לסיים את הקשר בינו לבין בן זוגו באמצעות הליך גירושין וסידור גט. סרבנות הגט נובעת בדרך כלל מרצון הסרבן להתנקם בכך זוגו או מרצונו לאלץ את בן זוגו לקנות את חירותו במחיר כספי וזכויות רכושיות. סרבנות גט יכולה להתרחש מצד שני-בני הזוג באופן שווה. על אף זאת, ההנחה המקובלת היא שתוצאות הסרבנות פוגעניות יותר עבור נשים.<sup>34</sup> תופעת סרבנות הגט מעוררת קשיים נוספים. כך למשל סיטואציה שבה בני-הזוג הם יהודים שאינם עונים על תנאי האזרחות הישראלית, עלולה ליצר מצב שבו האישה גם מעוכבת מלהינשא וגם איננה יכולה לתבוע מזונות על פי הדין הקיים.<sup>35</sup>

תופעות העגינות וסרבנות הגט, פוגעות כמובן בחירותו של בן הזוג המבקש להתגרש והן פוגעות כמובן בזכותו להינשא או להקים תא משפחתי חדש.

פגיעה נוספת בזכויות הנשים שעולה מהחלת הדין הדתי על הגירושין, נוגעת לחלוקת רכוש בין בני הזוג במקרה של גירושין. על פי הדין האזרחי, זכאית האישה למחצית שווי הרכוש המשותף שצברו בני הזוג במהלך חייהם המשותפים וזאת מכוח הלכת השיתוף שיצרה הפסיקה. אלא שלשיתוף של בית הדין הרבני, הלכת השיתוף איננה חלה בבתי הדין הרבניים. בפסק הדין בעניין בבלי<sup>36</sup> קבע בית המשפט העליון כי בית הדין הדתי הוא חלק אינטגרלי של מערכת השיפוט בישראל וכי המשפט המופעל על-ידי הוא חלק אינטגרלי ממערכת המשפט בישראל. משום כך, בכל הנוגע למשפט האזרחי הכללי, שאינו חלק מענייני המעמד האישי ומהדין האישי, על בתי הדין הדתיים להפעיל את המשפט האזרחי הכללי, בכללו את הלכת השיתוף הנשענת על הלכת בית המשפט העליון ונסמכת בין היתר על חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951.

על אף האמור, נמנע בית הדין הרבני מלפעול על פי הנחיית בית המשפט העליון ואיננו מחיל את הלכת בבלי.<sup>37</sup> התוצאה היא כמובן פגיעה קשה בזכויות האישה וצורך במאבק משפטי ארוך ויקר אשר מטבע הדברים איננו אפשרי עבור כל בעלת דין.

<sup>33</sup> ראו באתר עמותת "עתים" - הזכות ליהדות בכל עת, <http://www.itim.org.il>

<sup>34</sup> עוד על תופעת העגינות וסרבנות הגט ראו דשא, לעיל הערה 10.

<sup>35</sup> ראו למשל בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הגדול לערעורים, פ"ד נט(4)817, פסק דינו של כב' השופט אליקים רובינשטיין. ראו שם במיוחד פסק דינו של כב' השופט אליקים רובינשטיין (דעת מיעוט) אשר דן בהרחבה בסוגיה ה"עגומה" כלשונו של סרבנות הגט בכלל, ושל סיטואציה זו בפרט. עמ' 840-866 לפסק הדין.

<sup>36</sup> עניין בבלי, לעיל הערה 7, שם קבע בית המשפט העליון כי בית הדין הרבני חייב לנהוג על פי הוראות חוק שוויון זכויות האישה

<sup>37</sup> ראו למשל בג"ץ 9734/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נט(2)295; בג"ץ 6866/03 וקנין נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה (2003) פורסם בנבו; בג"ץ 7716/05 פלוני נ' פלוני (2007) פורסם בנבו; בג"ץ 7078/05 פלוני נ' בית הדין הגדול לערעורים (2008) פורסם בנבו; בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני, פ"ד סג(3)484; בג"ץ 8214/04 פלונית נ' פלוני (2010) פורסם בנבו.

הנה כי כן, גם בענייני גירושין, קיימות שורה של סוגיות בעייתיות שתוצאתן היא פגיעה בזכויות בסיסיות של האדם אולם מערכת המשפט הישראלית מתייחסת אל המצב המשפטי הנוכחי כאל עובדה מוגמרת ואיננה מתמודדת כיום עם הסוגיה כלל. השאלה היא האם נכון לקבל תוצאה כזו? הנישואין היא מוסד המבוסס על בחירה חופשית ועל מפגש רצונות. זוג שמבקש לסיים את קשר נישואיו – או אף אחד מבני הזוג אשר מבקש לפתוח בחיי זוגיות חדשים, מבקש זכות בסיסית לגיטימית. האם לא ראוי שמערכת המשפט תאפשר לו זאת מבלי שיהא עליו לעבור מסע ייסורים מתמשך?

## 1. סוגיית הממזרות

סוגיית הממזרות היא אחד הנושאים הקשים והבעייתיים ביותר ביהדות. ממזרים הם אותם ילדים אשר נולדו לאישה יהודייה ולגבר יהודי בעוד האישה נשואה לאחר (אפילו היא פרודה ממנו מזה שנים ארוכות). אנשים המשתייכים לקבוצה זו מנוודים ומוחרמים משפטית וחוקית על דבר שלא עשו, הם אסורים לבוא בקהל, וחווים חיי בושה ונידוי על לא עוול בכפם. חמור מכך, את המצב המשפטי הזה – נגזר עליהם להעביר הלאה לדורי דורות. הם וצאצאיהם יותרו פסולי חיתון לדיראון עולם. מדובר באנשים רבים מספור, אשר סובלים סבל בל יתואר, ובושתם כה גדולה עד שהם מסתירים את סיפורם, זעקתם אינה נשמעת ואין באופק כל פתרון בעניינם<sup>38</sup>.

יתרה מזו, אין זה סוד, שבעיית סרבנות הגט, היא שמעוררת לעיתים קרובות את תופעת הממזרות. שהרי אישה – שאיננה מצליחה להתגרש חרף רצונה, או שגירושה לא הוכרו והיא מצויה בקשר זוגי אחר – יוכרז צאצאה כממזר או כ"ספק ממזר" וייכנס לרשימת מעוכבי החיתון בישראל<sup>39</sup>.

החשש מתופעת הממזרות יוצר בעיות קשות מאוד גם מכיוון אחר - הפעם בסוגיית ההורות. בניסיון להגן על כשרותו של הילד ולמנוע "חשש ממזרות", אין מערכת המשפט מתירה לעיתים ביצוע בדיקות רקמות כאשר אב מבקש לוודא את אבהותו. פעמים רבות יעדיפו בתי המשפט להתנגד לעריכת בדיקת אבהות וזאת בשל האפשרות שהבדיקה תגלה כי הקטין אינו בנו

<sup>38</sup> ראו רבקה לוביץ, "זעקת הממזרים" *ynet* 9.12.2008 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3635591,00.html>; על בעיית הממזרות הקשה ראו גם בג"ץ סבג, לעיל הערה 35 פסקה 14 לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין; על הקשיים והשאפה להימנע מדיון בנסיבות ההורות ראו בע"מ 2685/11 פלוני נ' פלונית (2012) פורסם בנבו;

<sup>39</sup> בג"ץ סבג, שם, פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, להפיץ, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה

הביולוגי של הגבר – דבר שיוביל להכרזתו כממזר. דבר זה פוגע באורח קשה בזכויות חוקתיות בסיסיות ביותר של הגבר אשר נדרש בעל כורחו לגדל את הילד חרף הספקות המקננים בקרבו<sup>40</sup>.

בעיה נוספת שמתעוררת בנושא זה נוגעת להיבטים הקשורים לזכויות הילד והיא המתח בין זכותו של הילד לדעת את מוצאו הגנטי, לבין מה שנתפס בעיני מערכת המשפט כטובתו של הילד בשל החשש לממזרות.<sup>41</sup>

הנה כי כן, בעיה משפטית אחת, יוצרת בעיה שנייה, שגוררת בעיה משפטית שלישית, ורביעית, וכל אחת לא פחות קשה מרעותה.

האם נכון לקבל ולהסכים לתוצאה לפיה במדינת ישראל קיימות כיום תופעות כאלה? האם יכולים היסודות והערכים הדמוקרטיים המונחים בבסיס מערכת המשפט לאפשר מצבים משפטיים כאלה ופגיעה כה קשה בסדרה ארוכה של זכויות חוקתיות? כינונו של חוק יסוד: כבוד האדם אשר נושא עימו תפיסה רחבה של זכויות הפרט אמור להעניק משנה תוקף לזכויות בסיסיות כאלה. אין מדובר בעניין תיאורטי-אקדמי. הקושי וההכבדה היומיומית על רכבות האזרחים ומשפחותיהם מהווה עינוי דין ממשי אשר מחייב מציאת פתרונות משפטיים מעשיים ראויים.

האם לא בשלה השעה כיום, כאשר אנו מצויים כבר עמוק בתוך המאה העשרים ואחת, להתאים את הדין למציאות החיים, להתמודד באופן ממשי עם בעיות משפטיות אלה ולפתור אותן?

## ז. מוסד הידועים בציבור

המושג ידועים בציבור, הוא כינוי כולל לבני זוג אשר היחסים ביניהם דומים ליחסים שבין בני זוג נשואים אך הם אינם נחשבים לנשואים מן הבחינה המשפטית.<sup>42</sup>

יש שטוענים שמוסד הידועים בציבור נוצר בעקבות העובדה שדיני האישות במדינת ישראל מוסדרים באמצעות הדין הדתי וכי הוא מהווה למעשה פתרון אזרחי עבור מנועי חיתון ועבור

<sup>40</sup> ראו למשל ע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד מח(1)711; רע"א 4427/92 אלמוני נ' פלוני, קטין, פ"ד מט(2)57; בע"מ 9638/08 פלונית נ' פלוני (2008) פורסם בנבו; בג"ץ סבג נ' בית הדין, לעיל הערה 35; רות דיין-וולפנר, "הונאת אבהות: סבירות של 15% שהילד לא שלך", ynet 1.1.2012 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4169633,00.html>

<sup>41</sup> ראו רות זפרן, "בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3) התשס"ח-2008 – בא לתקן ונמצא מקלקל", חוקים ג 191 (2011).

<sup>42</sup> שחר ליפשיץ, הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005), עמ' 17.

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה

אנשים שאינם מעוניינים להינשא נישואין דתיים מסיבות אידיאולוגיות.<sup>43</sup> במקרה כזה משקף מוסד הידועים בציבור "תחליף חילוני לנישואין דתיים".<sup>44</sup>

אכן, יכול ובישראל, חלק גדול מן המקרים בהם בוחרים בני זוג למסד זוגיות כזו, נובע מן המגבלות על הזכות להינשא בה נגענו לעיל. יחד עם זאת, יש להניח כי קיימים מקרים בהם מעדיפים בני הזוג להקים תא משפחתי בלא להתקשר בקשר נישואין משיקולים חברתיים או מסיבות אחרות השמורות עם בני הזוג.<sup>45</sup> כך למשל ההחלטה של בני הזוג שלא להתקשר בקשר של נישואין עשויה לעיתים להתקבל בשל שאיפה של בני הזוג או מי מהם לקשר שאיננו מגלם את כלל המחויבויות החלות על זוג נשוי. מקרה אחר עשוי להיות שאיפתם של בני הזוג לדפוס זוגי אשר ההסדר הרכושי בו נשען על כוונה "נוגדת שיתוף".<sup>46</sup>

במקרים כאלה הלגיטימיות של דפוס זוגי זה קמה לאור היותה משקפת את זכותו של הפרט "שלא להינשא". "הזכות שלא להינשא", בדומה ל"זכות להינשא" – גם היא אחת מזכויות היסוד הטבעיות של האדם.

מוסד הידועים בציבור התהווה מכורח המציאות, ולפיכך הוא מוצא את ביטויו בכמה עשרות חוקים אשר ההגדרה בהם איננה אחידה.<sup>47</sup> דבר זה הופך מעמדו המשפטי לאמביוולנטי ולא ברור. מצד אחד, קיימת השלמה עם התופעה ואף מגמה להכרה הולכת וגוברת במוסד זה, להרחבת מעמדו ולקירוב מעמדו של בני הזוג לזוגות נשואים. הדבר בא לידי ביטוי בהגמשת אמות המידה ו"הקלה בדרישות הכניסה" למוסד זה ובדברי חקיקה רבים אשר העניקו לבני הזוג הידועים בציבור זכויות שונות – משתנות בהיקפן – אך דומות לזכויותיהם של בני זוג נשואים.<sup>48</sup> מן הצד השני, מעורר מוסד הידועים בציבור כמה בעיות אשר הדין הקיים איננו נותן להם מענה ראוי:

<sup>43</sup> ראו למשל דניאל פרידמן, "הידועה בציבור בדין הישראלי", ספר דניאל, עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן, (תשס"ח) עמ' 519; ליפשיץ, שם; שחר ליפשיץ, "נשואים בעל כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור" עיוני משפט כה 741 (תשס"ב).

<sup>44</sup> ראו שחר ליפשיץ, "נשואים בעל כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור" עיוני משפט כה, 741 (תשס"ב), עמ' 788 ואילך וראו גם האסמכתאות הנזכרות שם בהערה 167. גם פרופ' פרידמן סבור כי החיים כידועים בציבור נכפים על הצדדים במקרים רבים בשל מגבלות של הדין הדתי, ראו פרידמן, לעיל הערה 43.

<sup>45</sup> ראו למשל פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל (1984) עמ' 103 ואילך; פנחס שיפמן, "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני", משפטים יט 847 (תש"ן); שחר ליפשיץ, "הסדרה אזרחית של הזוגיות – בין תחליף ותגובת נגד לחלופה עצמאית", ספר דניאל, עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים) (2008) עמ' 549 (תשס"ח).

<sup>46</sup> ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1)443, 457; ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי פ"ד נא(1)337(1)346-348. <sup>47</sup> לסקירה מפורטת של חוקים העוסקים בידועים בציבור ראו למשל מנשה שאוה, "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה", עיוני משפט ג, 484 (תשל"ג); אליהו מצא, "ידיעת הציבור וידיעה בציבור", עיוני משפט ב 230 (תשל"ג); חמן שלח, "בן הזוג הידוע בציבור", משפטים ו 119 (תשל"ה). לסקירה מעודכנת יותר ראו אמנון בן דרור, הידועה בציבור בישראל – נשואים ללא נישואין, (מהדורה שלישית 2000) פרק ב'. כן ראו ליפשיץ, "נשואים בעל כורחם", לעיל הערה 44 בעמ' 744-746.

<sup>48</sup> שם, וראו גם ליפשיץ, "הסדרה אזרחית של הזוגיות", לעיל הערה 45; ליפשיץ, "דיני המשפחה בעידן האזרחי", לעיל הערה 24 בעמ' 451-452.

**ראשית**, נמנע המחוקק, כנראה במתכוון, מכל ניסיון להסדיר את המוסד של ידועים בציבור או לפקח עליו באופן כולל.<sup>49</sup> בהעדר הסדר חקיקתי מקיף, נאלצו בתי המשפט להתמודד עם סוגיה זו וליתן תשובות לבעיות המשפטיות הרבות והמורכבות העולות מן הנושא. מטבע הדברים, בהיעדר חקיקה, התשובות הן תשובות נקודתיות לבעיות פרטניות והן אינן מאיינות את הצורך בהתדיינות מולן הרשויות האחרות שבהן מעמד הידועים בציבור עדיין אינו מוכר ובנוסף, גישת הפסיקה איננה אחידה.

**שנית**, זכויות הידועים בציבור הוגבלו על ידי הפסיקה לאלו אשר נקבעו על ידי המחוקק<sup>50</sup> ומכיוון שהמחוקק לא העניק זכויות לידידועים בציבור בכל החוקים העוסקים בנישואין<sup>51</sup>, נוצר מצב שהזכויות המוענקות לידידועים בציבור מוגבלות בהיקפן ונופלות במידה ניכרת מאלה של בני זוג נשואים. מעמדם לעניין זכויות הוכר אמנם בחוקים רבים אולם כל אחד מן החוקים הללו קובע את הנפקות עבור אותו חוק בלבד, ובנוסף, עדיין קיימת מערכת דינים נרחבת אשר חלה רק על בני זוג נשואים ואינה חלה על ידועים בציבור.<sup>52</sup>

שלישית, בשל אופיו הלא פורמאלי של מוסד זה, נדרשים הידועים בציבור, כתנאי להכרה בזכויותיהם, לעבור סדרת מבחנים שבאמצעותם יוכיחו כי אורח החיים שלהם מתאים לדרישות החוק. לבד מן ההכבדה, מדובר לא פעם גם בתהליך מביך שיש עימו גם פגיעה בפרטיות.<sup>53</sup>

נדרשת הסדרה משפטית של דיני הידועים בציבור באופן מרוכז ומסודר ולא כמסכת של טלאים משתנים. בתוך כך, נדרש להגדיר באופן ברור מהם ומיהם ידועים בציבור, מהם הפרמטרים אותם יש לבחון בהקשר זה ומהם דרכי ההוכחה אשר יעידו כי אכן מדובר בידועים בציבור; עוד נדרש לעצב את המחויבויות הקיימות ביניהם, לרבות המחויבות הכלכלית, שאלת המזונות וחלוקת רכוש במקרה של פרידה. זאת, במיוחד נוכח העובדה שבחלק מן המקרים, הבחירה בקשר זוגי זה נובעת בשאיפתם של בני הזוג שלא להחיל על יחסיהם את השיתוף המלא המאפיין זוגות נשואים.

<sup>49</sup> פרידמן, לעיל הערה 42 בעמ' 547.

<sup>50</sup> ליפשיץ, "הסדרה אזרחית של הזוגיות", לעיל הערה 44, עמ' 552 והאסמכתאות המובאות שם בהערה 18; ליפשיץ, "דיני המשפחה בעידן האזרחי", לעיל הערה 24 בעמ' 452.

<sup>51</sup> אחר המקרים הוא הנושא של בנות זוג אשר איבדו את בן זוגם במערכות ישראל או בפעולות איבה. להבדיל מנשותיהם החוקיות של חללי מערכות ישראל, הזכות להכרה ממסדית כאלמנות צה"ל ולסיוע כלכלי, הנשים שלא התחתנו כדת משה וישראל עם בני זוגן לפני שנהרגו בעת שירותם הצבאי, אינן זכאיות לדבר. ראו למשל ברוריה אבידן-בריר, "מחוסרות הכרה", **את**, 14.7.2014; נטע לוי, "עדיף להיות אלמנה", **ynet**, 24.4.2012. כן ראו למשל רע"א 9755/04 סיגל ביטון נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון (2008) פורסם בנבו; ע"א 5102/10 **ליברמן מור נ' הממונה על הגמלאות שירות הקבע** (2010) פורסם בנבו; עש"א 5103/10 **זהר אפרת נ' הממונה על הגמלאות שירות הקבע** (2010) פורסם בנבו.

<sup>52</sup> פרידמן, לעיל הערה 42 בעמ' 548; ליפשיץ, "הסדרה אזרחית של הזוגיות", לעיל הערה 45 בעמ' 552. לסקירה של חלק מן הדינים אשר אינה חלה על ידועים בציבור ראו שאוה, "הידועה בציבור כאשתו", לעיל הערה 47 בעמ' 510 והאזכורים שם בהערות 195-190.

<sup>53</sup> ליפשיץ, "הסדרה אזרחית של הזוגיות" לעיל הערה 45, עמ' 452.

שאלה נוספת אשר עולה בהקשר האחרון עניינה בדיני הירושה. החלת דיני הירושה על ידוע בציבור שנפטר באופן זהה למעמד של זוג נשוי איננה נראית נכונה מאחר שהיא עשויה לייצר תוצאה שבה ייחנה הידוע בציבור שנשאר בחיים, ממחצית שווי רכוש של המנוח באופן שמנוגד לעקרונות של הגינות וצדק.<sup>54</sup> סיטואציה כזו מעוררת כמה וכמה תהיות. היא נראית בעייתית כאשר מדובר בקשר שבו לא התכוונו הידועים בציבור להחיל על יחסיהם הסדר רכוש של שיתוף מלא; היא בעייתית במקרה שמדובר בקשר קצר יחסית – אז ייחנה הידוע בציבור בחיים מרכוש אותו הפיק המנוח לפני היווצרותו של הקשר הזוגי; והיא בעייתית במיוחד גם במקרה שבו מדובר בזוגיות שנייה שבה אחד מבני הזוג הוא אלמן שירש מחצית מרכושו של בן הזוג הקודם. במקרה כזה ראוי היה שרכוש בן הזוג הקודם יעבור לצאצאיו. סיטואציה שמאפשרת לבן הזוג ב"גלגול השני" ליהנות מרכוש בן הזוג הקודם – נראית בלתי ראויה ובלתי מוסרית.<sup>55</sup>

במקביל, נדרש עיון במעמד של ידועים בציבור שמנהלים מערכת יחסים זוגית עם בן זוג ובמקביל נותרו עדיין נשואים לבן זוג אחר. הפסיקה מאפשרת הקניית זכויות לידועים בציבור גם כאשר אחד מבני הזוג (או שניהם) עדיין נותרו נשואים.<sup>56</sup> הסדר זה נראה ככזה אשר מייצר זילות מוחלטת למוסד הנישואין, מקים מעמד משפטי דומה במהותו לביגמיה ובנוסף – מוליד כמובן בעיות משפטיות חדשות: מצד אחד בעיות הנוגעות לאחריותו של בן הזוג לתא המשפחתי הקודם ולהסדרה הרכושית והכלכלית מול בן הזוג הקודם; ומן הצד השני שאלות של רכוש, כלכלה ומזונות במקרה של פרידת ידועים בציבור.

ניתן לראות אם כן, כי היקף השאלות הדורש הסדרה משפטית בנושא זה הוא רב, הוא רחב והוא מורכב. משום כך הוא דורש דיון, התמודדות וטיפול יסודי.

## ח. זוגות חד מיניים

השינוי בדפוסי זוגיות המאפיין את החברות המודרניות, מתבטא בין היתר גם בקיומו של דפוס זוגיות חדש יחסית המתקיים בין בני זוג מאותו מין.

<sup>54</sup> סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 קובע כי "איש ואשה החיים 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 מיווה לו מה שהנשאר בחיים היה מקבל בירושה על פי דין אילו היו נשואים זה לזה, והוא כשאין הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת בצוואה שהשאיר המוריש".

<sup>55</sup> למעשה, סוגיה זו טעונה דיון לא רק במקרה של ידועים בציבור אלא גם במקרה של זוג נשוי. טול אדם שהתאלמן ונישא מחדש. במקרה כזה – על פי הדין – בהעדר צוואה, יורש האלמן מחצית מרכושה של אשתו המנוחה. כאשר האלמן נישא מחדש ולאחר זמן נפטר – תירש אשתו החדשה את רכוש אשתו הראשונה. דומה שהכל יסכימו שסיטואציה כזו לרוב מנוגדת לרצון המוריש. ספק אם אישה שנפטרה – לו נשאלה בחייה – היתה מסכימה לסיטואציה שבה צרתה, וילדיה של צרתה, זוכים ברכושה, בו בזמן שיוצאי חלציה קיבלו חלק קטן יחסית מרכושה. חוק הירושה במתכונתו הנוכחית אינו נותן מענה לסיטואציה כזו ודעתנו היא כי הדבר טעון תיקון.

<sup>56</sup> ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז, 102; ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז, 1009; ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3), 244; בג"ץ 6086/94 נזרי נ' הממונה על מרשם אוכלוסין, פ"ד מט (5), 693; בג"ץ 4178/04 פלוני נ' בית הדין הרבני לערעורים, פ"ד סב(1), 235.

הנושא של זוגיות ונישואין חד מיניים מעורר שאלות שונות הנוגעות להשפעתו על מוסד הנישואין, על מושג ההורות וגידול ילדים ועל דפוסי התרבות והחברה בכללותם ולפיכך הוא עדיין שנוי במחלוקת בעולם. על אף זאת, בפועל, לא מעט זוגות חד מיניים חיים כיום בעולם, חלקם אף בקשרי נישואין<sup>57</sup> וכך הוא הדבר גם במדינת ישראל.<sup>58</sup>

הקשר הזוגי החד-מיני מעורר בעיות משפטיות שונות ומוליד צרכים שונים – חלקם בין בני הזוג וחלקם בינם לבין צדדים שלישיים.<sup>59</sup> המשפט הישראלי נותן מענה לחלק מן הצרכים של המשפחות החד מיניות<sup>60</sup>, אולם מנגד, עדיין קיימת חוסר אחידות ומגמה לא לגמרי ברורה בפסיקה. בית המשפט העליון נדרש לא פעם לשאלות שונות שעולות מן הנושא ואף הוציא תחת ידו כמה פסקי דין הנושאים דגל של שינוי. בג"ץ קבע למשל כי מעבידים אינם רשאים להפלות בין בני זוג ממין שונה לבין בני זוג מאותו מין, בעת מתן הטבות לעובדים<sup>61</sup>; בהמשך קבע בג"ץ כי יש להכיר בהליכי אימוץ שבוצעו מחוץ לישראל גם לגבי זוגות חד מיניים<sup>62</sup>; מאוחר יותר קבע בית המשפט העליון כי אין לשלול את זכותן של בנות זוג מאותו מין לאמץ האחת את צאצאי רעותה.<sup>63</sup> התפתחות חשובה נוספת התרחשה בשנת 2006<sup>64</sup> בעניין בן ארי<sup>64</sup> חייב בג"ץ את משרד הפנים לרשום במרשם האוכלוסין כנשואים כל זוג אשר נישא בנישואין אזרחיים, גם אם אותו זוג הוא זוג מאותו המין. במקביל, בשורה ארוכה של פסקי דין נוספים נקבע כי לבני זוג מאותו מין מוענקות זכויות לפי חוקים והסדרים ספציפיים.<sup>65</sup>

<sup>57</sup> המדינה הראשונה שפתחה את מוסד הנישואין בפני זוגות חד מיניים היתה הולנד בשנת 2001, ועד כה הצטרפו אליה 15 מדינות: בלגיה, ספרד, דרום אפריקה, נורווגיה, שבדיה, איסלנד, דנמרק, פורטוגל, ארגנטינה, אורוגוואי, צרפת, אנגליה, ברזיל וניו-זילנד. נישואין חד מיניים מוכרים גם במחוזות מסוימים במקסיקו. בארה"ב – 13 מתוך 50 המדינות מנהיגות שוויון בנישואין. ראו יובל מרין, "חירות, שוויון ונישואין חד-מיניים", **המשפט ברשת** 16-26 (אוגוסט 2013), עמ' 17 והטקסט הנלווה שם להערות 5-6; כן ראו אביטל אברהם ואיתי אפטר "ייבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרעה שיפוטית-ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים – מדע בדיוני?", **הארץ דין** א 110 (תשס"ד). וראו גם עמרי גולדשטיין, ורד שפילמן "אמא יש רק אחת! – בעקבות ע"א 10280/01 ירוס – חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה", **הארץ דין** ב(2) 92 (2005) בעמ' 104-102.

<sup>58</sup> על פי נתוני ארגון משפחה חדשה, בשנת 2013 חיים כיום בישראל כ-20,000 זוגות חד מיניים המקיימים תא משפחתי קבוע. ראו אילן ליאור, "בקהילה הגאה לא תולים תקוות בהבטחה לקידום נישואים חד מיניים", **הארץ** 8.3.2013. <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1955177>; כן ראו טלי חירותי סובר "משקיעים בזוגיות" **הארץ** 10.1.2008. <http://www.haaretz.co.il/misc/1.1299925>; על פי הנתונים במאמר זה, כמה שנים קודם לכן – בשנת 2008 – היו בישראל כ-9,000 זוגות חד מיניים (18,000 איש) המנהלים חיים משותפים. אברהם ואפטר לעיל הערה 57, עמ' 110.

<sup>59</sup> אברהם ואפטר, שם. כן ראו אלון הראל, "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", **המשפט**, ז 195 (2002); וראו גם גולדשטיין, ושפילמן לעיל הערה 57; לסקירת ההתפתחות במעמדם של זוגות חד מיניים בישראל ראו גם יפעת ביטון, "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד מיניים", **קריית המשפט** ב 401 (2002), עמ' 403 ואילך.

<sup>61</sup> ראו למשל בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5)749.

<sup>62</sup> בג"ץ 1799/99 ברנר קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2)368; ההחלטה זכתה לביקורת רבה מצד מלומדי משפט והמדינה אף הגישה עליה בקשה לדיון נוסף (דנג"ץ 4252/00 שר הפנים נ' ניקול ברנר קדיש (פורסם בבנו) לאחר ששר הפנים החליט להכיר באימוץ שנעשה מחוץ לישראל משכה המדינה את העתירה.

<sup>63</sup> ע"א 10280/01 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5)64 (2005).

<sup>64</sup> בג"ץ 3045/05 יוסי בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3)537 (2006).

<sup>65</sup> רשימה חלקית של הפסיקה בעניין זה מפורטת בסעיף 19 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק בפסק הדין בעניין בן ארי, לעיל הערה 64: (1) זכויות על פי הסכמים קיבוציים המוענקים לבני זוג (בג"ץ דנילוביץ, לעיל הערה 61; (2) הענקת זכויות פנסיוניות, כגון פנסיית שאירים (נד/1712-3 עוזי אבן נ' אוניברסיטת תל-אביב (לא פורסם); ע"ב (ת"א) 3816/01 פטריק לוי נ' מבטחים (לא פורסם); (3) זכויות לגמלאות לפי חוק שירות הקבע בצבא ההגנה לישראל ע"ש 369/94 שטיינר נ' צבא ההגנה לישראל (לא פורסם); (4) הזכות להנצחה בג"ץ 5398/96 שטיינר נ' שר הביטחון (פורסם בבנו); (5) הכרה כ"בן זוג" לעניין חוק מניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 תמ"ש

כל הזכויות שמורות לורד דשא © ע"ד



מן הצד השני, חלק מן הזכויות הבסיסיות המצויות בלב הווייתו של אדם - עדיין אינן ניתנות לזוגות חד-מיניים. אחד העיוותים הגדולים בעניין זה הוא הפגיעה בזכותם של חד-מיניים להיות הורה, להעמיד צאצאים ולהקים משפחה - זכות שהיא מבין הזכויות הבסיסיות ביותר של הקיום האנושי: החוק בישראל איננו מאפשר לזוגות חד מיניים - במיוחד זוגות גברים - להביא לעולם צאצאים באמצעות הליך פונדקאות. **המכשלה הראשונה** בעניין זה קבועה בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו-1996 - הידוע בשפת העם גם כ"חוק הפונדקאות". זה מגדיר כי "הורים מיועדים" - היינו אנשים הזכאים לפונדקאות הם "איש ואישה שהם בני זוג". נוסח זה אינו מאפשר להורים יחידניים או לזוגות חד-מיניים לבצע הליך פונדקאות אלא מחוץ לישראל - דבר שכרוך בקשיים לא מבוטלים ודורש ממון רב.<sup>66</sup> **מכשלה** נוספת היא דרישת החוק הישראלי ל"זיקה גנטית" בין ההורה המיועד הו ההורים המיועדים לבין היילוד. מכשלה זו מפלה מטבע הדברים במיוחד את הגברים שכן היא חוסמת לחלוטין את אפשרותו של הורה יחידני גבר או בני-זוג ששניהם גברים לבצע הליך פונדקאות בישראל; ואם בוצע הליך הפונדקאות מחוץ לישראל - היא אינה מאפשרת את רישום היילוד המקנה לילד מעמד בישראל.<sup>67</sup> **מכשלה** אחרת מתעוררת במקרה של בנות זוג ששתיהן נשים שמבקשות להביא צאצא לעולם בדרך של שאיבת ביצית, הפרייתה והשתלתה ברחמה של בת הזוג השנייה. בדרך זו ייווצר קשר גנטי בין שתי האימהות לבין הילוד, אולם חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010 קובע כי ניתן לאשר תרומת ביציות אך ורק לאישה שאינה מסוגלת להתעבר מביציותיה שלה בשל בעיה רפואית - דבר שמציב מכשלה מול בנות הזוג.<sup>68</sup> יתר על כן ניסיון לבצע הליך של תרומת ביציות בין בנות זוג מהווה על פי החוק עבירה פלילית וגורר סנקציה פלילית.<sup>69</sup>

ההפליה בחוק הפונדקאות מעוררת מחאה קשה ושיח ציבורי נרחב. הוקמו בעניינה וועדות, הועלו יוזמות חקיקה וניסיונות לתיקון החוק כך שלא יפלה חד-מיניים, נערכו הפגנות, ומחאות שזכו לתמיכה מסיבית. ביום 18.7.2018 עבר בכנסת תיקון לחוק הפונדקאות אשר הרחיב את

48260/01 פלוני נ' פלוני (לא פורסם); (6) הכרה כ"בן זוג" לעניין חוק בית המשפט לענייני משפחה - תמ"ש 3140/03 בעניין ר.א. ו-ל.מ.פ. (לא פורסם); (7) הכרה כידוע בציבור לעניין זכויות על פי חוק הירושה - ע"א (נצי) 3245/03 ע.מ. ירושת המנוח ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו); (8) קצבת שאירים לפי חוק הביטוח הלאומי - ב"ל (ת"א) 3536/04 גיורא רז - המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם).

<sup>66</sup> בג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס ויואב ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו-1996 (2017) [פורסם בנבו]. כן ראו בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002) אשר נסב על עתירתה של אישה רווקה שביקשה להביא ילד לעולם. מגופה נשאבו ביציות שהופרו בזרעו של תורם אנונימי והיא ביקשה כי יושתלו ברחמה של אם פונדקאית. פנייתה אל וועדת האישום שכוננה על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים נדחתה וכנגד החלטה זו הוגשה העתירה. העתירה נדחתה. קושי דומה מתעורר גם במקרה של בקשות בני זוג חד מיניים לאימוץ ילדים. ראו למשל ע"א 10280/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) מדובר בעתירתן של בנות זוג החיות יחדיו ומנהלות משק בית משותף שהגישו בקשה לבית המשפט לענייני משפחה למתן צו אימוץ לכל אחת מהן באשר לילדי רעותה. בית המשפט לענייני משפחה דחה את בקשתן על הסף וגם הערעור על כך נדחה, בנימוק שזוגות הומוסקסואליים ולסביות אינם עומדים בתנאי החוק ומטרתו.

<sup>67</sup> ראו למשל בג"ץ 566/11 דורון ממת מגד נ' משרד הפנים (2014) [פורסם בנבו]; בג"ץ 6569/11 ד"ר אילן טבק אברים נ' משרד הפנים (2014) [פורסם בנבו], העתירות נדונו במאוחד. כן ראו בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368; דג"ץ 4252 שר הפנים נ' ניקול ברנר - קדיש (העתירה נמחקה, ראו פסק דין מיום 2.3.2008).

<sup>68</sup> ראו למשל בג"ץ 5771/12 ליאת משה ודנה גליסקו נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו-1996 (2014) [פורסם בנבו].

<sup>69</sup> חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, סעיף 41.

מעגל הזכאים להליך פונדקאות גם לנשים ללא בני זוג הסובלות מבעיה רפואית, ללא קשר לשאלת מעמדן האישי. אף על פי כן החוק עדיין אינו חל על גברים<sup>70</sup> והתוצאה היא שלגביהם הזכות להיות הורה והזכות להקים משפחה בישראל – שהיא זכות יסוד טבעית – אנושית – קיומית איננה קיימת.

בנוסף, קיימות לא מעט סוגיות שבהן עמדת בתי המשפט לענייני משפחה מגלה קו בלתי אחיד שמשנתנה בהתאם לתפיסת עולמו של המותב היושב בדיון. כך למשל אישר בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע הסכם ממון וחיים משותפים שנערך בין שתי נשים והעניק לו תוקף של פסק דין<sup>71</sup>. בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב לעומת זאת, סרב במספר מקרים לאשר הסכמים דומים.<sup>72</sup> ולעומתם קבעו מותבים אחרים בתל אביב, כי יש בסמכותם לאשר הסכם בין בני זוג חד מיניים.<sup>73</sup> מעניין לציין כי הקו הבלתי אחיד בפסיקת הערכאות הדיוניות ביחס להסכמי ממון, קיים על אף שבית המשפט העליון כבר גילה דעתו בסוגיה זו.<sup>74</sup> הבדלי הגישות בפסיקה עולות מטבע הדברים גם בהיבטים אחרים הנוגעים לזוגיות חד מינית.<sup>75</sup>

המצב המשפטי הבלתי עקבי בא לידי ביטוי גם במדיניות הרשויות. לצופה מן הצד נראה לעיתים כי בקרב האחרונות, קיימת שאיפה להימנע מאימוץ מדיניות מפורשת, כדי לא לערור את זעמן של הקבוצות השמרניות בחברה.<sup>76</sup> ייתכן שמשום כך קיימים נושאים נקודתיים בהם מוענקות לזכויות חד מיניים זכויות אד-הוק ומולם נושאים אחרים בהן לא קיימת הכרה במעמד של בני הזוג. התוצאה היא שמבחינה משפטית, מצבם של הזוגות החד מיניים אינו

<sup>70</sup> ביוני 2010 הוקמה ועדה ציבורית בראשות פרופ' שלמה מור יוסף ולצדו 14 מומחים נוספים, וזאת על מנת לבחון את ההסדרה החקיקתית של נושא הפריור וההולדה בישראל. המלצות הוועדה פורסמו במאי 2012 והן ניתנות לצפייה בכתובת <https://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf>. ביום 17.7.2017 עברה בכנסת בקריאה ראשונה הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2) התשע"ז-2017. בשל כך החליט בית המשפט העליון לדחות את העתירה בעניינם של בני הזוג ארד-פנקס שנוכרת בהערה 66 לעיל. יצוין עם זאת כי העותרים טענו שהצעת החוק איננה כוללת מענה לעותרים בעתירה זו – שהם זוגות חד מיניים וגברים יחידניים. ביום 18.7.2018 עברה בקריאה ושניה ושלישית בכנסת הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018. הצעת החוק הרחיבה את מעגל הזכאים להליך פונדקאות גם לנשים ללא בני זוג הסובלות מבעיה רפואית, ללא קשר לשאלת מעמד האישי. אף על פי כן ההסתייגות שביקשה להכליל בחוק זוגות גברים נדחתה והם נותרו מחוץ לחוק. התוצאה היא שגם לאחר התיקון החוק אינו חל על זוגות חד מיניים ועל אבות-גברים יחידניים. ראו "חוק הפונדקאות אושר סופית" 18.7.2018 הודעות הכנסת הכנסת באתר הכנסת בכתובת

<http://m.knesset.gov.il/News/PressReleases/pages/press18.07.18k.aspx>

<sup>71</sup> תמ"ש (ב"ש) 8501/01 (החלטה מיום 12.8.2001). (שמות הצדדים כמו גם ההחלטה לא פורסמו)

<sup>72</sup> תמ"ש (ת"א) 2103/00 ליבמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם); תמ"ש (ת"א) 16610/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (2005) פורסם בנבו.

<sup>73</sup> ראו למשל תמ"ש (ת"א) 3140/03 בעניין ר.א. (2004) פורסם בנבו; כן ראו תמ"ש (ת"א) 6960/03 ק.צ. נ' י.מ. (2004) פורסם בנבו.

<sup>74</sup> ראו רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר (2003) פורסם בנבו. באותו מקרה סרב בית המשפט לענייני משפחה לאשר הסכם ממון שערכו בני הזוג. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעורם של בני הזוג. על כך הגיש היועץ המשפטי לממשלה בקשה לרשות ערעור שבה טען כי הכרה בסמכות לאשר הסכם ממון בין בני זוג ידועים בציבור פוגעת במעמדו הייחודי של מוסד הנישואין, שכן הדבר מעניק גושפנקא משפטית למערכת היחסים בין הצדדים באופן הגורם לטשטוש הגבולות בין קשר הנישואין לבין יחסי זוגיות אחרים. בית המשפט העליון פסק כי בני זוג ידועים בציבור נחשבים לעניין חוק בית המשפט לענייני משפחה כבני משפחה ולכן לבית המשפט לענייני משפחה סמכות לדון בעניינם ככל שהדבר נכלל בגדר "ענייני משפחה". ומאחר שענייני ממון הם במהותם עניינים שבתוך המשפחה, הרי שלבית המשפט לענייני משפחה סמכות לאשר הסכם ממון שערכו ביניהם.

<sup>75</sup> כך הדברים למשל בנוגע לזכויות לפי חוק הירושה. ראו למשל ע"א (נצ') 3245/03 ע.מ. ירושת המנוח ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 65; ומנגד תיק מספר 835722/2 (בד"ר ח"י) פלוני נ' פלונית (2011) פורסם בנבו.

<sup>76</sup> ראו גם אברהם ואפטר, לעיל הערה 57 בעמ' 120, 122.

ברור. מספרם של הזוגות החד מיניים הולך ועולה מיום ליום, לכאורה התופעה הוכרה כלגיטימית והמציאות מלמדת כי היא הפכה זה מכבר לנורמטיבית, אולם בפועל, חלק גדול מן הנושאים עדיין איננו מוסדר וטעון מאבקים משפטיים בכל פעם מחדש.

### ט. הזכות להיות הורה וההורות המשפטית

בגדריה של הזכות לחיי משפחה נכללת גם הזכות להיות הורה. הזכות להיות הורה מערבת שני רכיבים עיקריים: הזכות הטבעית להעמיד צאצאים והזכות לגדלם. בפסק הדין בעניין נחמני<sup>77</sup> אמרה כב' השופטת שטרסברג-כהן בהקשר זה:

**"הזכות להיות הורה היא, על פי טיבה, מהותה ומאפייניה, זכות טבעית מולדת, טבועה באדם. זוהי חרות שאין מולה חובה משפטית, לא ביחסים שבין המדינה לאזרחיה ולא ביחסים שבין בני הזוג לבין עצמם".**

פרופ' דפנה ברק-ארז עמדה אף היא על הזכות להיות הורה בצינה:

**"...הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי... הזכות לחיים היא זכות-יסוד עצמאית ולא נגזרת של אוטונומית הרצון; וכמותה גם הזכות להורות."**<sup>78</sup>

הזכות להיות הורה היא אם כן אחת הזכויות הטבעיות הטריטוריאליות של הקיום האנושי. מושג ה"הורות", עם זאת, בדומה למושג ה"משפחה", הולך והופך עם הזמן להיות מורכב וקשה להגדרה. המשפחה של העת הזאת עשויה להיות מורכבת מכל הצירופים האפשריים – זוגות הטרוסקסואלים – נשואים או שאינן נשואים, בני זוג מאותו מין, הורים יחידניים קרי: משפחות גברים ונשים ללא בני זוג. כך, גם משתנה ללא הרף הגדרת המונח "הורה", ועימו סוגיות הקשורות להורות, הולדת ילדים וגידול ילדים בתא המשפחתי החדש<sup>79</sup>.

אחת התוצאות של השינויים במודל המשפחה היא הופעתם של מקרים שבהם יותר משני הורים משתתפים בהולדתו ובגידולו של הילד. לתופעה זו מתווספת ההתקדמות הטכנולוגית אשר מאפשרת הולדה בטכניקות תחליפיות או מלאכותיות שונות, בכללם הזרעה והפריה מלאכותית – תוך רחמית או חוץ גופית, תרומת תאי זרע ופונדקאות.<sup>80</sup> שימוש בטכניקות מלאכותיות עולה

<sup>77</sup> דני"א 240/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני פ"ד נ(4) 661, 682 (1996); ראו גם פרשת נחמני בהליך הראשון בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499. על הזכות להיות הורה ראו גם בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נז(1) 49 (2002) וכן בג"ץ ליאת משה, לעיל הערה 68 פסקה 25 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (כתוארה אז) והאזכורים שם.

<sup>78</sup> דפנה ברק-ארז, "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני", עיוני משפט כ 197, 199-200 (1996).  
<sup>79</sup> ראו למשל ראו יחזקאל מרגלית, "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל", משפטים מב 835 (2012); פנחס שיפמן, "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון", עיוני משפט כח(3) 643 (2005).

<sup>80</sup> במונח הפריה מלאכותית הכוונה בין היתר להזרעה מלאכותית תוך רחמית ישירה או הפריה חוץ גופית כאשר ההפריה נעשית בתנאי מעבדה. בכל אחת משני הסוגים הללו תיתכן אחת משתי האפשרויות: הפריה של האישה על ידי זרע של הבעל (המכונה הפריה הומוגנית), או הפריה על ידי זרע של תורם (המכונה הפריה הטרו לוגית). ראו מאיר שמגר, "סוגיות בנושא הפריה ולידה", הפרקליט לט(א) 21 (1989).

כל הזכויות שמורות לורד דשא © ע"ד

גם במקרה של משפחות "חדשות" שבהן נולדים ילדים שלא מקיומם של יחסי אישות; גם במודל המשפחה המסורתית – הקלאסי – כאשר ההורים חווים קשיי הולדה טבעיים; הוא עשוי לעלות גם במקרים בהם מדובר בכני זוג אשר יכולים פיזיולוגית להוליד ללא סיוע רפואי אך מנועים או מעדיפים מסיבותיהם מלממש את החלופה הטבעית.<sup>81</sup> בכל אחת מאלה, נוצרת הורות מסוג אחר: בחלק מן המקרים תהיה זו הורות מן הסוג המסורתי הרגיל; במקרים אחרים אנו עשויים להיות עדים לשתי אימהות, לשני אבות,<sup>82</sup>; ליותר משני "הורים"<sup>83</sup>; לילד אשר גדל על ידי "הורים" שאינם הוריו הביולוגיים; להורות שנכפתה על ההורה בעל כורחו<sup>84</sup> ועוד.

הבעיות שנוצרות, הן ברובם הגדול בעיות שאין להם פתרונות בחוק מהטעם שהמחוקקים – בארץ ובעולם – לא חשבו בעבר על אפשרות קיומם, והמשפט לא הצליח להדביק את קצב השינויים של החברה האנושית וחידושי הרפואה המודרנית. כתוצאה מכך גם כיום, כאשר תופעות אלה הפכו רווחות, עדיין אין פתרונות חקיקתיים בנושא. מאחר שכך, נדרשים בתי המשפט למתן מענה בהתבסס על הדין הקיים – החלקי והלא-עדכני והתוצאות אינן מספקות או הולמות.<sup>85</sup>

בישראל הבעיות חריפות במיוחד מהטעם שההסדרים המשפטיים הנוכחיים הם גם לא בהירים וגם לוקים בחוסר רב. על החוק להיות ברור ופשוט ככל הניתן. החקיקה הישראלית לעומת זאת היא גם סבוכה ולא ברורה, גם ספוראדית וגם חסרה כללים ונורמות בסיסיות ביותר.

## י. סוגיות הוריות נוספות - משמורת ילדים ומזונות ילדים

לצד הסדרת הזכות להיות הורה ומערכות היחסים במסגרת המשפחות ה"חדשות" שמזמנת העת החדשה על כל המשתמע מכך, עולות סוגיות הוריות לכאורה "רגילות" אשר מקבלות מימד חדש בעידן המודרני. דפוסי הזוגיות החדשים - ריבוי הגירושין, החיים במסגרות זוגיות ללא נישואין, מוסד הידועים בציבור, הזוגיות החד מינית ובעיות נוספות העולות מן הדין הבעייתי

<sup>81</sup> רות זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי - הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן", **דין ודברים** ב' 223 (תשס"ו).

<sup>82</sup> רות זפרן, "אימהות יש גם שתיים - הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין", **דין ודברים** ג', 351 (תשס"ח); עמרי גולדשטיין, ורד שפילמן "אמא יש רק אחת? - בעקבות ע"א 10280/01 ירוס - חקק נ' היועץ המשפט לממשלה", **הארץ דין** ב(2) 92 (2005)

<sup>83</sup> כך למשל האפשרות של השתלת ביצית של אישה אחרת ברחמה של האם או השתלת ביצית מופרית של האם ברחמה של אישה אחרת - פונדקאית - יוצרת לכאורה שתי אימהות. השימוש של בני זוג באישה פונדקאית - מייצרת שני אבות ואם (הפונדקאית). במקרה של בנות זוג - אחת העניקה ביציות והשתתפה בעיצוב הגנטי של הילד, הביצית הופרטה מזרעו של גבר ובת הזוג השנייה נשאה אותה ברחמה. סיטואציה כזו מייצרת שתי אימהות ואב. במקרה שבו הביצית המופרית שהשתלה ברחמה של האם הפונדקאית ניטלה מאישה שאיננה הפונדקאית - עשויים אנו לעמוד ניצבים בפני סיטואציה שבה לאותו ילד יש 4 הורים. ראו גם רות זפרן, "סודות ושקרים", על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר אביו הביולוגי, **משפטים** לה 519 (תשס"ח), עמ' 520.

<sup>84</sup> ראו למשל ע"א נחמני לעיל הערה 77 וכן דני"א נחמני, לעיל הערה 77; בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, (2013) פורסם בנבו;

<sup>85</sup> אלי וילצ'יק, "האם התחלפית", **משפטים** יז' 533 (תשמ"ח), עמ' 535, בעמ' 545-540; מרגלית, "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל הערה 79.

הנוכחי - מעוררים מטבע הדברים גם סוגיות הוריות "ישנות-חדשות" כגון משמורת או הורות משותפת לאחר פרידה, שטענות פתרונות משפטיים מתאימים.

אחת השאלות החשובות אשר יש לגביהן סלעי מחלוקת כבדים בשנים האחרונות היא שאלת המשמורת והחזקת הילדים. למעשה, סוגיה זו היא מבין הסוגיות הטעונות ביותר בענייני משפחה.<sup>86</sup> גירושין בכלל ושיעור הגירושין הגבוה בפרט, מעוררים שאלות כבדות משקל הנוגעות לאחריות הורית מצד אחד, שאיפה לחוות הורות שלמה של שני ההורים מצד שני, חינוכיותה ומרכזיותה של האם בחיי הילד בגיל הרך אשר קיבלה ביטוי ב"חזקת הגיל הרך" ועוגנה בשעתו בחוק מצד שלישי<sup>87</sup>; צרכי הילד בנוכחותם של שני הוריו מצד רביעי<sup>88</sup>; והאידיאל של הורות שוויונית מצד חמישי.

התפיסה של הורות שוויונית באה לידי ביטוי בהצעה לבטל את חזקת הגיל הרך – כפי שהמליצה הוועדה הציבורית בראשותו של פרופ' דן שניט.<sup>89</sup> לדעת הוועדה, נקודת המוצא היא טובת הילד, והיא מצריכה שותפות שווה של שני ההורים באחריות על ילדיהם ובקבלת החלטות מהותיות בעניינם. משום כך המליצה הוועדה, אשר המלצותיה פורסמו בינואר 2012, המליצה על ביטול חזקת הגיל הרך ועל תיקון חוק הכשרות המשפטית בהתאם.<sup>90</sup> ביום 19.1.2012 אישר שר המשפטים את המלצות הוועדה והורה לקבוע בחקיקה כי חזקת הגיל הרך תבוטל.

אלא שהמלצות הוועדה מעוררות מחלוקת קשה ותהיות רבות נוספות באופן שמחייב לדעתנו עיון מחודש בהם. עדות לכך הוא הניסיון להעביר את "חוק ביטול חזקת הגיל הרך" בכנסת. הניסיון לא צלח והחוק נפל בקריאה טרומית בנובמבר 2015. ההצבעה על חוק זה נדחתה כמה וכמה פעמים לאור היותו שנוי מאוד במחלוקת. בשנת 2017 דנה הכנסת בכמה הצעות חוק בעניין זה שהועלו על ידי גורמים פוליטיים שונים – אחת מהן הייתה לבטל כליל את חזקת הגיל הרך; השנייה להורידה לגיל 4; השלישית שלא לנקוב בגיל מפורש וכן הלאה. בסיכומו של דבר

<sup>86</sup> יואב מזא"ה "משמורת ילדים: מושג מהותי או כותרת חלולה?", **מחקרי משפט** כח 207 (2013).

<sup>87</sup> סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן - חוק הכשרות המשפטית) קובע כי במקרה של הורים שחיים בנפרד, ובאין הסכמה ביניהם למי מהם תהיה אפוטרופסות לקטין, רשאי להחליט בשאלה זו כפי שנראה לו לטובת הקטין "ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". עיקרון זה מכונה "חזקת הגיל הרך". עם זאת יצוין כי המדובר בחזקה הניתנת לסתירה. מקורה של ההוראה בדן העברי אשר קובע כי עד גיל שש על הבן והבת להיות אצל האם ומגיל שש על הבן להיות אצל האב, מהטעם שעל האב ללמד את בנו תורה. עם זאת, החלטת המחוקק לקבוע עיקרון זה כחזקה נעשה מתוך מחשבה של המחוקק שלפיה חזקה זו היא המיטיבה עם הקטין. ראו אבנר שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים תוך דגש על יישום עיקרון טובת הילד", **עיוני משפט** י(1), בעמ' 26-25.

<sup>88</sup> ראו למשל תרצה יואלס ואבי שוורץ, "אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין", **דין ודברים** ו, 375 (2012).

<sup>89</sup> **הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין**. הוועדה, בראשותו של פרופ' דן שניט (כונתה גם וועדת שניט), מונתה בשנת 2005 ע"י שרת המשפטים ונתבקשה לבחון את הכללים הקבועים בחוק הכשרות ביחס לשיתוף וחלוקה של האחריות ההורית בתקופת הגירושין ולאחריה (כלומר: הסדרי הראיה והמשמורת) ויישומם בפרקטיקה הקיימת בבתי המשפט לענייני משפחה ובבתי הדין הרבניים.

<sup>90</sup> הדוח הסופי ניתן לצפייה באתר משרד המשפטים <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5772B626-A9B5-4E1E-B270-41D1BA9195FB/33182/DochSofi.pdf>; תקציר דוח הוועדה ראו בכתובת <http://index.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Pages/VaadatSnit.aspx>

כל הזכויות שמורות לורד דשא © ע"ד

אפשרה פשרה פוליטית שלפיה המינוח בחוק ישתנה מ"ילד" ל"פעוט" והחוק לא יכלול הגדרה מדויקת לטווח הגילאים שבו תינתן לאם חזקה בלעדית על הילד.<sup>91</sup> ההכרעה בנושא התקבלה אם כן משיקולים פוליטיים ולא על פי שיקולים ענייניים. נכון ליולי 2018 – טרם תוקן סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית.

המצב המשפטי בעת הזו הוא בעייתי עד מאוד: על פניו, המצב החוק הנוכחי הוא ברור - חזקת הגיל הרך שרירה וקיימת בחקיקה ותוקפה לא אמור להיות שנוי במחלוקת. חיזוק לכך אנו מקבלים גם מבית המשפט העליון אשר מבהיר חזון והבהר כי כל עוד לא בוטלה על ידי המחוקק לא ניתן להתעלם מקיומה ועל מנת לסתור אותה, נדרשות סיבות מיוחדות אשר ניתן לסתור אותן על רקע על ידי ראיות כבדות משקל.<sup>92</sup> על אף האמור, אנו עדים לא אחת לפסיקת של ערכאות נמוכות אשר ומאמצים גישות "חדשות", ומבטלים או ממתנים את חזקת הגיל הרך באופן שלא ברור על מה הוא נסמך מבחינה משפטית,<sup>93</sup> שהרי החוק, וכך גם הלכת בית המשפט העליון, הם עדיין דין מחייב עבור הערכאות הדיוניות ולא ניתן לפסוק בניגוד להם. פרשנות חוק או ניסיון לפרשו, עדיין איננה יכולה לסתור הוראת חוק מפורשת.<sup>94</sup> המחלוקת העמוקה בנושא זה, וניסיונות החקיקה שלא השתכללו לכלל הכרעה ברורה לכאן או לכאן יצרו בקיעים בוודאות המשפטית.

בנוסף יש לדעתנו צורך בעיון מחודש בשאלות הנוגעות לסוגיית מזונות הילדים. אנו עדים כיום לבעיות שונות בעניין זה שאין להם מענה בחוק - לגישה בלתי אחידה בפסיקה ולקשת חדשה של בעיות שמעורר "הזמן החדש". בעת האחרונה אנו עדים למשל לגישה הנוקטת בצמצום דמי המזונות במקרה של משמורת פיזית משותפת. אולם השאלה האם ראוי והאם נכון להצמיד את סכום המזונות למספר הימים בהם שוהה הילד עם המשמורן<sup>95</sup> אף היא שאלה שיש לדון בה לעומק. מנגד, יש הטוענים כי נדרש שינוי התפיסה בנושא מזונות לאור העלייה ביכולתה

<sup>91</sup> המדובר בהצעות החוק של ח"כ יואב קיש מצד אחד, אל מול הצעתה של ח"כ שולי מועלם מצד שני. בשל התנגדותה של רפאלי להעברת החוק בגרסה של "עד גיל שנתיים", חסם קיש הצעת חוק אחרת בנושא אחר לחלוטין שנוגעת לצירוף אוניברסיטת אריאל למועצה להשכלה גבוהה. כך יצר החוק משבר קואליציוני וההכרעה בנושא התקבלה משיקולים פוליטיים ולא על פי שיקולים ענייניים של טובת הילד וההורים. ראו למשל דנה ירקצי "ההורים נגד פשרת הגיל הרך: 'משחק פוליטי על חשבון הילדים'", וואלה חדשות 16.1.2018; יהונתן ליס, לי ירון "תם המשבר: החוק להסדרת משמורת בגירויים לא יקבע גיל מדויק לחזקת האם על הילד", הארץ 16.1.2018.

<sup>92</sup> ראו למשל בע"מ 1858/14 פלוני נ' פלוני (2014) פורסם בנבו; רע"א 4575/00 פלוני נ' אלמוני, פ"ד נח(2)321; בע"מ 27/06 פלוני נ' פלוני (2006) פורסם בנבו; בג"ץ 2111/11 זר נ' משרד הרווחה (2011) פורסם בנבו, פסקה 6 לפסק הדין; כן ראו פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים למשל: עמ"ש (נצ) 38844/10/13 פלוני נ' פלוני (2014) פורסם בנבו; עמ"ש (ת"א) 55785-02-12 ק.ש. נ' ע.ש. (2012) פורסם בנבו; ע"מ (חי) 384/06 ו.א. נ' ו. (ז. מ. (2007) פורסם בנבו; ע"מ (ב"ש) 119/08 פלוני נ' פלוני (2008) פורסם בנבו.

<sup>93</sup> דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי, "כללי הכרעה בסכסוכי משמורת - על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת", משפט וממשל טו 91 (תשע"ג) – ראו שם למשל רשימת הפסיקה הארוכה המאזכרים בעמודים 108-102; וראו גם פסקי הדין הנזכרים במאמרה של עדי רוז, "משמורת משותפת - התפתחות הפסיקה ובחינת המצוי והרצוי", עת סיוע: בטאון האגף לסיוע משפטי 2 (2012).

<sup>94</sup> ראו פסק הדין בעניין ק.ש. נ' ע.ש., שם, פסקה 22 לפסק דינו של כב' השופט שנלר והאסמכתאות המובאות שם.

<sup>95</sup> ראו דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל (2012), עמ' 70 באתר משרד המשפטים בכתובת <http://index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/DochShifman.pdf>.

הכלכלית של האישה, שאלות של שוויון במזונות וחובת האם להשתתף בהם.<sup>96</sup> גם בנושא זה הדין אינו ברור.

### יא. "הורות כפויה" והזכות שלא להיות הורה

כשם שלצד הזכות להינשא מונחת הזכות או החירות "שלא להינשא", ולצד הזכות להיות הורה - מונחת הזכות או החירות "שלא להיות הורה".

"זכות" זו עולה במשפטנו לא פעם בהקשרים של הורות אשר נכפתה על ההורה – בדרך כלל זהו הגבר. המדובר באותם מקרים בהם אישה מביאה ילד לעולם בניגוד לרצונו של האב הביולוגי, לעיתים אף לא בידיעתו, ומאוחר יותר, דורשת בשם הילד מזונות מן האב הביולוגי.<sup>97</sup> בדרך כלל מקרים אלה מתרחשים בין בני זוג שאינם מנהלים חיים משותפים, לעיתים מדובר במקרה שהוא תוצאה של פגישה חד פעמית.

מסקירת הפסיקה עולים כמה מקרים בהם קיבל בית המשפט את טענת הגבר כי מדובר בהונאה וכי לא חפץ להפוך לאב, ופסק פיצויים לאב שההורות נכפתה עליו.<sup>98</sup> אף על פי כן במרבית המקרים נוטים בתי המשפט שלא לפסוק פיצויים ואף לחייב את הגבר במזונות מנימוקים של טובת הילד. הגישה היא כי יש לראות גבר המקיים יחסי מין עם אישה, לרבות בעקבות פיתוי והטעיה, אחראי לתוצאות הטבעיות של מעשהו.<sup>99</sup> בין לבין פסקו בתי המשפט לטובת האישה על בסיס טענות "יצירתיות" במיוחד. כך למשל נפסק כי בהתנגשות שבין זכות ההולדה השלילית של המבקש עם זכות ההולדה החיובית של האישה, גוברת זכות ההולדה של האישה.<sup>100</sup>

בעיניים גבריות, סיטואציה של הורות כפויה היא פגיעה קשה באוטונומיה של הגבר, בפרטיותו, בחירותו, בזכויותיו ובכבודו. נשים וארגוני נשים מנהלות מלחמות חורמה על הזכות לומר "לא" בהקשרים אחרים. השאלה היא האם זכותו של הגבר לומר "לא" אינה צריכה גם היא לקבל ביטוי כלשהו?

הורות "כפויה" מתעוררת בעשורים האחרונים גם בהקשרים אחרים. בעקבות התקדמות הרפואה והאפשרות להולדה באמצעים מלאכותיים, אנו עדים לסיטואציות שבהן נשאב זרע

<sup>96</sup> מור יוגב ואילת גלעדי" אמא תני לי: שוויון במזונות ילדים", **הארץ דין** ג(1)1 (תשס"ו); יעקב בזק, "חובת האם להשתתף במזונות ילדיה על פי המשפט העברי", הפרקליט לב 357 (תשל"ח)

<sup>97</sup> בשפת העם זכתה תופעה זו לכינוי "גניבת זרע".

<sup>98</sup> ראו למשל ת"א (ת"א) 23789-02-11 **דוד ג' נ' חנה ח' ח'** (2013) פורסם בנבו. על פסק הדין הוגש ערעור ע"א (ת"א) 4438-01-11 פלוני נ' אלמוני (טרם ניתן פסק דין). כן ראו תמ"ש 22317-08-11 **מ' ו' נ' צ' ש' ו'** (2013) פורסם בנבו; הבסיס המשפטי לקבלת טענה של גניבת זרע ופסיקה כנגד האישה מבוססת בדרך כלל על עוולות נזיקיות – עוולת התרמית, רשלנות והפרת חובת תום לב. ראו גם פנחס שיפמן, "הורה בעל כורחו – מצג שווא לגבי שימוש באמצעי מניעה" **משפטים** יח 459 (תשמ"ט); שמואל בניאל, משה רונן, **אבות בעל כורחם** (1992).

<sup>99</sup> ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3)837; ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3)857, 861.

<sup>100</sup> ראו תמ"ש (חי) 10708-02-09 **ש.א. נ' ס.מ.** (2009) פורסם בנבו.

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

מגברים בהסכמתם לצרכי הפריה מלאכותית. סיטואציות כאלה עולות במקרה של זוג עם בעיות פוריות, במסגרת תרומת זרע וכדומה. הבעיה בהקשר זה עשויה לקום כאשר בחלוף זמן, מחליט הגבר לחזור בו מרצונו ואינו חפץ עוד שיעשה שימוש בזרעו – בין בשל פרידה מבת הזוג ובין מסיבות אחרות.<sup>101</sup> בשנת 2007 ניתן פסק דין תקדימי בעניין זה על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם,<sup>102</sup> ובו נקבע כי הגבר זכאי לחזור בו מהליך ההפריה גם כאשר נעשה שימוש בזרעו לצורך ההפריה. הדין הישראלי, עד כה קובע אחרת.<sup>103</sup> יחד עם זאת, נוכח התהפוכות שהתרחשו בהליך המשפטי בעניין נחמני, ונוכח הדעות החלוקות שמעידות על אי-תמימות דעים בכל מותב ומותב שנדרש לדון בנושא – יכול וראוי היה ליתן מחשבה נוספת בנושא.

כפיית הורות, מעוררת שורה ארוכה של בעיות ושאלות אשר מטבע הדברים יש להן השלכות רחבות. מעבר לזכויות האב ולחובות הכלכליות כלפי הילד, עולות גם שאלות של אפוטרופוסות, חובת קיום הסדרי ראייה, שאלות מתחום הירושה, זכותו של הילד לדעת מי הורהו הביולוגי ועוד. בשלה השעה לפתוח את הנושא לדיון מעמיק, שבסופו ניתן יהיה לקבוע מסמרות באופן שייתן ביטוי לכלל ההיבטים העולים מן הנושא – ובכלל זה לזכויותיו של הגבר – שעל פי העקרונות החוקתיים הבסיסיים – לא אמורות ליפול מאלה של האישה.

### יב. הזכויות המהותיות: סיכום ביניים

כפי שניתן לראות הבעיות המשפטיות המהותיות המאפיינות את דיני המשפחה בישראל הם רבות, רחבות ועמוקות. פריסה של הנושא כולו – על כל תתי הנושאים בו אחד לצד השני – על השולחן, מציגה מציאות עגומה וכאובה. הזכויות הבסיסיות והטבעיות שלנו – כאלה שאין צורך בחוק על מנת להקנות אותן או להוכיח את חשיבותן – נפגעות כמעט כולן באורח קשה.

בפני מערכת המשפט מונחת שורה ארוכה של אתגרים כמעט בכל תת נושא בענייני משפחה. בכל אחד ואחד מהן שאלות מגוונות – עצמאיות אך קשורות אחת לשנייה. לדעתנו, במציאות שנוצרה, לא יהיה זה נכון ליטול בעיה אחת מתוך הסל הגדול והעמוס בעיות ולטפל רק בה באופן נקודתי מבלי להסדיר את הנושא בכללותו, אלא נכון היה לדון בהם במאוחד בדרך

<sup>101</sup> ראו למשל עניין נחמני נ' נחמני – לעיל הערה 77; בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (2013) פורסם בנבו.  
<sup>102</sup> Evans v. United Kingdom, App. No. 6339/05 (Eur. Ct. H.R. Apr. 10, 2007). ההחלטה זמינה בכתובת [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046#{"itemid":\["001-80046"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046#{)

<sup>103</sup> ההלכה בעניין נחמני התהפכה שלוש פעמים: באותו מקרה איבדה גברת נחמני את יכולתה להרות הריון טבעי. בני הזוג החליטו להביא ילד לעולם בהפריה חוץ גופית. ביציות שהוצאו מגופה של גב' נחמני הופרעו בזרעו של מר נחמני והוקפאו בבית חולים. בהמשך חל קרע ביחסי בני הזוג. גב' נחמני סירבה להתגרש ומר נחמני עזב את הבית, הקים משפחה חדשה והוליד בת בעודו נשוי לה באופן פורמלי – בשל סירובה להתגרש כאמור. הגב' נחמני פנתה לבית החולים וביקשה לקבל את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך (איתור פונדקאית ולידת הילד). בית החולים סרב לבקשה. הגברת פנתה לבית המשפט המחוזי שקיבל את בקשתה. מר נחמני ערער לבית המשפט העליון וערעורו התקבל ברוב דעות. הגברת נחמני עתרה שוב לבית המשפט העליון בבקשה לקיום דיון נוסף. הבקשה לקיום דיון נוסף התקבלה והנושא נדון בהרכב של תשעה שופטים. עתירתה של גברת נחמני התקבלה ברוב של חמישה שופטים וכנגד דעתם החולקת של ארבעה (הנשיא ברק, והשופטים תאודור אור, יצחק זמיר וטובה שטרסברג-כהן).

כל הזכויות שמורות לורד דשא © ע"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, לפרסם, להפיץ, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה



להסדרה כוללת של דיני המשפחה בישראל. הדיון בכל שאלה במנותק, עלול להוביל לתוצאות בעייתיות, אשר בסופו של דבר אינן משרתות את המטרה.<sup>104</sup>

\* \* \*

סקירת מערכת השיפוט בענייני משפחה מלמדת כי נוסף לזכויות המהותיות שנסקרו לעיל, מתעוררות סוגיות נוספות – מבניות ביסודן, אשר אף הן טעונות ליבון והסדרה. להלן ננסה למנות כמה מהן:

### יג. "משפחה אחת – שופט אחד": האמנם?

בית המשפט לענייני משפחה הוקם לפני כשני עשורים על פי חוק מיוחד שהתקבל בכנסת בשנת 1995.<sup>105</sup> המטרה שבבסיס הקמתו הייתה לרכז תחת קורת גג שיפוטית אחת את כל סמכויות השיפוט של בתי המשפט בנושאי המשפחה ולדון בסכסוך משפחתי אחד על כל גווניו באותה ערכאה, וככל שניתן בפני שופט אחד. זאת מתוך הכרה כי ריכוז סמכויות ייעל את המערכת, ימנע כפילויות בדין ובהכרעות שיפוטיות, יאפשר פתרון שיטתי ומגובש יותר, יקצר את ההתדיינות וכפועל יוצא יביא לפתרונות טובים יותר.<sup>106</sup> בכך אומצה למעשה הדוקטרינה של One Family – One Judge, קרי: "משפחה אחת – שופט אחד".<sup>107</sup>

הדוקטרינה One Family – One Judge נחשבת כ"דוקטרינת על" החלה על העניינים המתנהלים בבית המשפט לענייני משפחה. בית המשפט העליון הדגיש לא פעם כי רוח החוק מבקשת את האחדות הטיפול בנושאי משפחה בפני מותב שיפוטי אחד, וכי "תביעות שונות הנוגעות למשפחה אחת, צריכות להיות מתועלות לרצף אחד של התדיינות, ורצוי שיידונו בפני שופט אחד ולא יפוזרו בין שופטים שונים...".<sup>108</sup> דוקטרינה זו מהווה צידוק לצמצום מידת ההתערבות של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור על החלטת בית המשפט לענייני משפחה.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> קיימת ביקורת בקרב מלומדים על עצם פעולתן המקבילה של שתי וועדות רשמיות מטעם משרד המשפטים באותו שדה חברתי משפטי - (הוועדה לבחינת נושא המזונות, לעיל הערה 95 והוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, לעיל הערה 89) - ללא תיאום ובחינת יחסי הגומלין בין הנושאים. ראו הקר והלפרין-קדרי, לעיל הערה 93 בעמ' 158-159.

<sup>105</sup> חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 (להלן: "חוק בית המשפט לענייני משפחה"). חוק זה יסודו בהמלצת הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה בראשותו של כ"י השופט אלישע שיינבוים ז"ל. לסקירת הרקע שקדם להקמת בית המשפט לענייני משפחה ראו הוועדה בחינת יישום דיני המשפחה, דין וחשבון (1986) פורסם בשנית **במשפחה במשפט**, ב' 278 (2008).

<sup>106</sup> ראו שאול שוחט, "בית המשפט לענייני משפחה – האמנם בית?", **משפחה במשפט** ב' 375 (תשס"ט);

<sup>107</sup> שם. וראו גם דן ארבל ויהושע גייפמן, "חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, הפרקליט מג 431 (תשנ"ז);

<sup>108</sup> ראו למשל בעמ' 1444/13 פלוני נ' פלונית (2013) פורסם בבנו

<sup>109</sup> ראו למשל ע"מ (י-ם) 638/04 ח.ר. נ' ר.ר. (2005) פורסם בבנו, שם נקבע כי: "...לבית המשפט למשפחה יש יתרון רב על פני בית המשפט המחוזי, נוסף על הפער הידוע הקיים תמיד בין ערכאה דיונית לערכאה ערעורית. בית משפט למשפחה הוקם, בין היתר, כדי ששופט אחד יהיה זה אשר יכיר את המשפחה לפני ולפנים..., וזאת בהתאם לדוקטרינה של One Family – One Judge. גם הכלים שניתנו לבית המשפט למשפחה, כולל: ישוב סכסוכים,

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, לפרסם, להפיץ, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה

עם זאת לא פעם נראה כי מדובר בציטוט אקדמי שאיננו מקבל ביטוי בחיי המעשה. בתיקים רבים אנו עדים פעם אחר פעם לחילופי מותבים באותו תיק בשל אילוצים שונים של מערכת המשפט.<sup>110</sup> במקרים אחרים מובילים האינטרסים השונים המכוונים את טענותיהם של בעלי הדין, להתנגד לעיתים לעיקרון זה מסיבות שונות.<sup>111</sup> בפועל, במקרים רבים עיקרון זה איננו ממומש זה אף שמדובר באחד העקרונות החשובים המונחים בבסיסה של ערכאה שיפוטית זו.

## יד. הסמכות הנרחבת ואתגר המקצועיות

עם חקיקתו של חוק בית המשפט לענייני משפחה, הועברו כל ענייני המשפחה שנדונו קודם לכן בבתי המשפט האזרחיים לשיפוטו של בית המשפט לענייני משפחה, וכך גם כל ענייני המעמד האישי. בנוסף, יושב בית המשפט למשפחה גם כערכאת ערעור על החלטות מסוימות.<sup>112</sup>

חוק בית המשפט לענייני משפחה הסמיך את בית המשפט לענייני משפחה לדרון ב"ענייני משפחה". סעיף 1 לחוק מגדיר מהם "ענייני משפחה". המושג "ענייני משפחה" הוא מושג חדש שהוטבע לראשונה בחוק זה, והוא מונח רחב יותר מענייני "המעמד האישי"<sup>113</sup> אשר על פי הדין

שימוש ביחידת הסיוע, ועוד ... מקנים לבית המשפט לענייני משפחה מעמד מיוחד של מי שבקיא היטב בכל ההיבטים של הסכסוך המשפחתי ומכיר, באופן עמוק יחסית, את הצדדים המתדיינים בפניו במסגרת מכלול המחלוקות שביניהם (החזקת ילדים, מזונות, רכוש וכו'). לכן, מידת ההתערבות של בית המשפט המחוזי בהחלטות מסוג זה של בית המשפט לענייני משפחה, תהיה מועטת ומצומצמת יותר ממידת ההתערבות של ערכאה ערעורית בהחלטותיה של כל ערכאה דיונית אחרת". וראו גם עמ"ש (נצ' 9963-06-11 **פלוני נ' אלמוני** (2011) פורסם בנבו; הדבר מתרחש בשל מעבר שופטים מבית משפט שלום אחד למשנהו; מעבר של שופטים לבית המשפט המחוזי (לעיתים לא בשל קידום ממשי אלא כמינוי בפועל); יציאה לחופשות לידה של שופטות; שבתונים ארוכים וכדומה. לא פעם כאשר השופט הקבוע נעדר, מועבר התיק לדיון אצל שופטים זמניים, אשר מתבקשים ליתן החלטה אד-הוק, אלה מתחלפים חדשות לבקרים ולכן אינם מתעמקים כלל בתיק. ראינו גם תיקים בהם התחלף המותב חמש או שש פעמים. פרטי המקרים מצויים אצל המחברת.

<sup>110</sup> ראו למשל תמ"ש (חד') 3921/06 **ק.א. נ' ק.מ.** (2008) פורסם בנבו, שם, על אף מורכבותו הגדולה של התיק וריבוי התובעות אשר הצדיקו במיוחד את שמיעת התיק בפני שופט אחד, נשמע התיק בפני שני שופטים; תמ"ש (קריות) 14654/04 **פלוני נ' אלמונית** (2008) פורסם בנבו, שם הוחלף המותב כמה פעמים; בע"מ 7518/06 **פלוני נ' פלונית** (2006) לא פורסם שם קבע בית המשפט העליון כי הכרות של השופט עם הצדדים היא חשובה אולם עשויים להיות שיקולים נוספים שעומדים על הפרק; לבעייתיות העולה מגישה זו ראו החלטתו של כב' השופט מרכוס (ביהמ"ש לענייני משפחה ירושלים) בבש"א 55045/06 (משפחה- ים) (תמ"ש 18160/06 **ל.א. נגד ג.ג.** (2006) פורסם בנבו; כן ראו ע"מ (ת"א) 1125/04 **נ.ג. נ' ז.ד.** (2005) פורסם בנבו שם נדון עניינו של המערער במקביל על ידי שני שופטי בית המשפט לענייני משפחה; בידי המחברת רשימה של תיקי משפחה נוספים אשר לא פורסמו. באחד מהם נדון עניינה של אותה משפחה בפני לא פחות מארבעה מותבים שונים. זאת בשל האינטרס של אחד מבעלי הדין אשר יצא נשכר מעצם החלפת המותבים. בקשה להעביר את התיק לדיון בפני שופט קודם שדן בתיק, נדחתה. לאינטרסים שונים של בעלי דין והתנגדות לעיקרון One Family – One Judge ראו בר"ע 510/06 (ב"ש) **ח.ב. נ' א.ב.** (2006) פורסם בנבו; תמ"ש (ת"א) 10614/97 **פרידמן נ' עזבון המנוחה רוזה דוד** (2003) פורסם בנבו; בש"א (ת"א) 2859/09 **Redstar Finance LLC נ' רחל לב** (2010) פורסם בנבו; בש"א (חדרה) 1301/06 **א.ש. נ' ד.ש.** (2006) פורסם בנבו;

<sup>112</sup> סעיף 4 לחוק בית המשפט לענייני משפחה מסמיך את בית המשפט למשפחה לשבת כערכאת ערעור על החלטת רשם לפי סעיף 96 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 ועל החלטת ראש ההוצאה לפועל לגבי ביצוע פסקי דין בענייני משפחה כהגדרתם בחוק.

<sup>113</sup> המונח "ענייני משפחה" מוגדר בסעיף 1 לחוק והוא כולל בתוכו גם את ענייני המעמד האישי. כך גם עולה מדברי ההסבר להצעת החוק. הצעת החוק אשר נקראה "הצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (ריכוז סמכויות השיפוט) תשנ"ה-1994", ה"ח 2330 (כז' בכסלו תשנ"ה 30.11.1994), צוין כי עד לאותו חוק היו העניינים הקשורים בדיני המשפחה נדונים על ידי בתי המשפט כדלקמן: **בית המשפט המחוזי** מוסמך היה לדרון בעניינים של המעמד האישי, וזאת מכוח הוראות דבר המלך במועצה 1922. כמו כן הוא הוסמך בשורה של חוקי כנסת לדרון - בין היתר - בנושאים של מזונות, משמורת קטינים, אפטרופסות, חטיפת ילדים, אימוץ ילדים, היחסים הרכושיים של בני זוג, ירושה, וכן בהתרת נישואין במקרים מיוחדים. **בית משפט השלום** מוסמך היה עד לאותה עת לדרון בפירוק של שיתוף של בני זוג במקרקעין, לרבות דירות המדורים ובנכסיהם בכלל - לפי סכום התביעה או שוויה, כפי שהדבר נקבע מכוח חוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. כמו כן היה בית משפט השלום מוסמך לדרון בענייניהם

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי.  
אין להעתיק, לפרסם, להפיץ, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן; איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה

נתונים בידי בתי הדין הדתיים<sup>114</sup>. סעיף 1(2) לחוק קובע כי בית המשפט למשפחה מוסמך לדון ב"תובענה אזרחית שהגיש אדם נגד בן משפחתו, או נגד עזבונו של בן משפחתו, שעילתה סכסוך בתוך המשפחה, יהא נושאה או שוויה אשר יהא". הוראת חוק זו מעמידה דרישה לקיום שני מבחנים מצטברים לצורך הקניית הסמכות לבית המשפט למשפחה<sup>115</sup>:

(א) על הנתבע להיות בן משפחה או עיזבון בן משפחה כהגדרת החוק, בזיקה לתובע.

(ב) עילתה של התביעה היא סכסוך בתוך המשפחה.

היסוד הראשון של "בן משפחה" מתייחס למשפחה מורחבת עד לדרגה שלישית ואף לידועה בציבור ולבן זוג לשעבר ובלבד שנושא התובענה נובע מהקשר שהיה בתקופה שבה היו בני זוג. היסוד השני "שעילתה סכסוך בתוך המשפחה", בא לצמצם ולסייג את היסוד הראשון, ברם בפועל, הוא מכיל בתוכו למעשה כל סכסוך אשר מתגלע בתוך המשפחה המורחבת, יהא אשר יהא נושאו.

באופן זה נוצרו קשיים בשני מישורים: ראשית המונח ענייני משפחה כולל בתוכו את ענייני המעמד האישי המצויים בסמכותו של בית הדין הרבני. בכך, נוצרה סיטואציה דיכוטומית שבה מוקנות סמכויות מקבילות לבית המשפט לענייני משפחה ולבית הדין הרבני בשורה של נושאים. שנית ומנגד, ההגדרה הרחבה של המונח "ענייני משפחה" הובילה לכך שסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה רחבה מאוד ולמעשה כמעט בלתי מוגבלת.<sup>116</sup> כך למשל לשם השוואה הוגבלה סמכותו של בית משפט השלום לדיון בתביעות כספיות עד סכום מסוים, אולם בית משפט לענייני משפחה לעומתו – שדרגתו מקבילה לדרגתו של בית משפט שלום – יכול לדון בכל תובענה כספית ללא שום מגבלה. גם נושאים מורכבים - כמו למשל סכסוכי בעלות במקרקעין - שלא נמסרו לסמכותו של בית משפט שלום – נדונים בבית משפט לענייני משפחה. סיטואציה כזו מזמנת באופן טבעי בעיית מקצועיות אינהרנטית.

## טו. סוגיית הערעור בענייני משפחה

קשיים נוספים מתעוררים גם סביב נושא הערעורים בענייני משפחה.

ערעורים על פסקי דין והחלטות בתי המשפט לענייני משפחה מוגשים כידוע לבתי המשפט המחוזיים. הקושי בהקשר זה נובע מכך שרוב השופטים המחוזיים שדנים בערעורים אלה, לא

של קטינים נזקקים לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה) התש"ך-1960, ובעניינים הקשורים לאפטרופסות לפי חוק ההגנה על חוסים, התשכ"ז-1966 וחוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט-1969. (ההדגשות במקור - ו.ד.).

<sup>114</sup> ענייני המעמד האישי מוגדרים בסעיף 51 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922-1947 (להלן – דבר המלך או דבר המלך במועצה). על פי אותו סעיף, הסמכות לדון בענייני המעמד האישי – המכונים שם "ענייני המצב האישי", נתונה בישראל לבתי הדין של העדות הדתיות כאשר כל עדה תתדיין על פי הדין הנוהג בה. במקביל, הוענקו סמכויות לדון בענייני משפחה גם לערכאות אזרחיות שונות. על כפילות הסמכויות באופן כללי ראו בפרק 52(ב) ובפרק 52(ג) לעיל.

<sup>115</sup> דן ארבל ויהושע גייפמן, "חוק בית-המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995", הפרקליט מג(ג)431 תשנ"ז, עמ' 436.

<sup>116</sup> ראו למשל מנשה שאוה, "היחס בין סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לבין סמכותו של בית הדין הרבני", הפרקליט מד (תש"ס) 44, הערה 80 עמ' 69.

היו בעברם שופטי משפחה – דבר שמייצר קושי ובעיית מקצועיות בערכאות הערעור. כך, לדבריו של השופט שאול שוחט, אשר כיהן שנים רבות כשופט משפחה ודן בסוגיה במאמר שכתב בנושא.<sup>117</sup>

זאת ועוד: מאחר שזכות הערעור על החלטות בית המשפט לענייני משפחה היא לבית המשפט המחוזי – הרי שכמעט ואין בנמצא ערעורים בתיקי משפחה בבית המשפט העליון. מרבית התיקים מסתיימים אם כן בבית המשפט המחוזי. ערעורים על פסקות האחרון אפשריים רק ברשות בית המשפט, רוב בקשות רשות הערעור נדחות ולכן מספר תיקי המשפחה שמגיע לבית המשפט העליון הוא כמעט אפסי. התוצאה הנגזרת מכך היא שלא קיימות כמעט הלכות מחייבות בתחום אלא הלכות מנחות בלבד, דבר הגורם לחוסר וודאות רבתי.<sup>118</sup>

### טז. סיכום: ענייני משפחה - תמונת מצב בפרספקטיבה של שני עשורים

בפרק זה ניסינו למפות את הבעיות העיקריות הסובבות את העיסוק בענייני המשפחה במערכת המשפט בישראל. את הדיון ניסינו לייחד ככל הניתן לבית המשפט לענייני משפחה, אך נוכח אופייה של הבעיה העיקרית, נוגע הדיון בנקודות החיכוך בינו לבין בתי הדין הדתיים, כמו גם בנושאים ובעיות המונחים בבסיסה של מערכת דיני המשפחה בכלל.

הרעיון שהביא להקמתו של בית המשפט לענייני משפחה הוא רעיון נכון ומוצלח והחוק אשר מסדיר את עבודתו של בית המשפט מהווה מסגרת כללית טובה להגשמתו של הרעיון.

עדיין, בחינה של ההתנהלות בנושאי משפחה בראייה מעשית, מלמדת על שורה ארוכה של אתגרים – חלקם מורכבים מאוד – הטעונים מחשבה, ליבון, דיון ותיקון. נוכח חשיבותם של דיני המשפחה, אנו מבקשים לטעון כי המציאות הנוכחית גוררת עיוותי דין ופגיעה קשה ביותר בציבור המתדיינים בישראל. לפיכך אנו סבורים כי זהו אחד האתגרים הגדולים ביותר המונחים בפני מערכת המשפט, אולי אף האתגר הגדול מכל.

בעשור ומחצה האחרון, יצאו תחת ידו של בית המשפט העליון לא מעט הלכות המכרסמות בדין הדתי ומחזקות את הדין האזרחי. אלה, העניקו תשובות נקודתיות ופתרונות ביניים אמנם לאותם מתדיינים אולם לא פתרו את הבעיה הרחבה יותר. יתר על כן, הם העצימו את תחושת המאבק בין הערכאות ואת הפער בין המשפט הישראלי לבין המציאות הישראלית.<sup>119</sup> התוצאה היא הולדתו של דין אזרחי חלקי, מפוצל, פתלתל ולא קוהרנטי אשר איננו יכול לשמש תשתית

<sup>117</sup> שוחט, לעיל הערה 106.

<sup>118</sup> שוחט, שם.

<sup>119</sup> על הפער בין המשפט הישראלי למציאות הישראלית ראו דשא, לעיל הערה 10.

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

מספקת לדין סדור וכולל ובנוסף מאופייין בחסרים רבים ובמגמות סותרות הנעות בין הגישות השמרניות לגישות הליברליות והליברטריאניות.<sup>120</sup>

האתגר הגדול בהקשר זה נובע מן העובדה שבסופו של דבר, ענייני משפחה מכילים בתוכם את הנושאים הבסיסיים והיסודיים ביותר הקשורים לתא המשפחתי. הקשיים בנושא זה, הובילו לכך שבמקומותינו התקבעה שיטת משפט שבה הזכויות הבסיסיות ביותר שלנו – להינשא, להתגרש, להיות הורים, לבחור את בן זוגנו, לגדל את ילדינו, וכיוצא באלה – אינן מוסדרות והדין בהם בעייתי ובלתי אחיד בנושאים הטבעיים והראשוניים ביותר של החיים.

זאת ועוד, עם הזמן השתרשה התובנה לפיה בסכסוכי גירושין, בית הדין הדתי הוא הערכאה העדיפה עבור גברים ולעומת זאת בית המשפט לענייני משפחה והדין האזרחי – נתפסים כ"נוחים" יותר עבור האישה. התוצאה היא חוסר שביעות רצון וחוסר אמון של ציבור המתדיינים כולם: הנשים חשות נפגעות מן הדין הדתי; הגברים, בתחושות של חוסר שוויון וחוסר צדק בכל הנוגע למזונות ילדים, משמורת וסוגיות הוריות אחרות – בהם מעניק בית המשפט לענייני משפחה – אשר נחשב פרו-נשים<sup>121</sup> – יתרון ברור לאישה, לדעתם שלא בצדק.

היקף הקשיים, הוביל אותנו למסקנה כי אין מנוס מביצוע "אתחול" של דיני המשפחה בישראל ומיסוד מחדש וראוי של מערכת הדינים החלה בעניין זה. המצב המשפטי הקשה אליו נקלענו, מייצר קשיים משפטיים, שהולכים והופכים סבוכים מידי יום ביומו ואינם יכולים לקבל פתרון בדין הנוכחי. דבר זה מצריך אימוץ של דרך חשיבה אחרת ופתרון כולל ורחב ככל הניתן.

<sup>120</sup> מרגלית, לעיל הערה 79 בעמ' 839-838 והאזכורים המובאים שם בהערה 8.

<sup>121</sup> במועד כתיבת חיבור זה, הרוב המוחץ של השופטים בבית המשפט לענייני משפחה ברחבי הארץ הוא באופן חד משמעי נשים. יצוין עם זאת כי מדובר בממוצע כללי. בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים מכהנים במועד זה 6 שופטים גברים לעומת שתי נשים.