

משפחה במשפט: בין יצירה, פירוק ושימור התא המשפחתי

דברי מבוא

מאת

בנימין שמואלי*, רונה שוז** ואיילת בלכר-פריגת***

המפגש בין המשפחה למשפט, הוא מפגש מורכב. מחד גיסא, היחסים המשפחתיים מהווים תחום אישי ואינטימי שאמור להיות נשלט על ידי רגשות (ובראשם – האהבה). מאידך גיסא, בעיני רבים נתפסת המשפחה כתא חברתי בסיסי¹ ומכאן נובע, בין היתר, העניין המוגבר שמגלה המשפט במשפחה.

כתב העת "משפחה במשפט", של המרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת "שערי משפט", נוסד על מנת למלא חסר בשיח האקדמי והפרקטי בישראל הנוגע למפגש שבין המשפט לבין מוסד המשפחה ולתת בימה לדיון בינתחומי באתגרים החדשים והוותיקים של תחום דיני המשפחה. כתב-עת זה שואף להיות רב תחומי ויכיל מאמרים מתחומי דעת (דיסציפלינות) שונים הנוגעים למבנה המשפחה וליחסים המשפחתיים (דיני זוגיות, דיני הורים וילדים ומשפחות חדשות), ליחסי משפחה ומדינה ולהשקת בין דיני

* מרצה, מנהל (משותף) ויוזם הקמתו של המרכז לזכויות הילד והמשפחה, מכללת "שערי משפט", עורך משותף של כתב העת ויוזם הקמתו.

** מרצה בכירה, מנהלת (משותפת) של המרכז לזכויות הילד והמשפחה, מכללת "שערי משפט", עורכת משותפת.

*** מרצה, המרכז לזכויות הילד והמשפחה, מכללת "שערי משפט", עורכת משותפת.

1 הזכות להקמת משפחה הוכרה כזכות חוקתית בשיטות משפט שונות. ראו: סעיף 16 להצהרה האוניברסלית בזכויות האדם מ-1948 (BASIC DOCUMENTS ON HUMAN RIGHTS 24 (Jan 1948); Brownlie ed., 3rd ed., 1992); סעיף 23 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966 (שם, בעמ' 133); סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם (שם, בעמ' 331); סעיף 17 לאמנה האמריקנית לזכויות האדם מ-1969 (שם, בעמ' 503); סעיף 18 לצ'רטר האפריקני בדבר זכויות האדם מ-1981 (שם, בעמ' 555); סעיף 15 לפרוטוקול הנספח לאמנה האמריקנית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מ-1988 (שם, בעמ' 52); כן ראו אהרן ברק "הגישור בסכסוכי משפחה – גשר בין בית-המשפט לענייני משפחה לבין בית-הדין הדתי" יהושע גייפמן דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה כרך ג 1149 (2000).

המשפחה לתחומי משפט אחרים (כגון דיני קניין, דיני עונשין, דיני נזיקין ומשפט בין-לאומי).

אחת השאלות הראשונות העולות מן המפגש של המשפט עם מוסד המשפחה היא אם התא המשפחתי יכול להתקיים במנותק מהמשפט. התפיסה המקובלת רואה במשפחה גוף טבעי שיש לו קיום במנותק מהמשפט והמדינה.² בעבר, מקובלת הייתה גם הגישה, שלפיה אל לו למשפט להתערב בתחומה הפרטי (והטבעי) של המשפחה.³ סימנים לגישה זו קיימים אף כיום.⁴ עם זאת, כיום ברור כי למשפט תפקיד וחלק בעיצובה של המשפחה, גם זו שאנו מכנים כטבעית או גרעינית.⁵ חשוב מכך, קיימת הבנה כי קשה, עד בלתי אפשרי, לדבר על "אי התערבות" של המשפט במשפחה, כאשר גם החלטה שלא להתערב משפיעה על היחסים המשפחתיים ומעצבת אותם.⁶ אכן, גישת "אי התערבות" במשפחה שימשה בעיקר ככלי לשימור כוחם של הגברים כפטריארכים של המשפחה על חשבון האינטרסים והזכויות של הנשים והילדים. לפיכך, כיום ברור יותר מתמיד כי למשפט תפקיד, ואף תפקיד מכריע, ביצירתן, בפירוקן, בארגון מחדש או בהגדרתן של משפחות, וכן בהסדרת היחסים המשפחתיים.

נקודות המפגש של המשפחה עם המשפט אינן עשויות מקשה אחת. כך, למשל, יש להבחין בין הסדרת יצירתן, פירוקן או הגדרתן של משפחות לבין הסדרת היחסים המשפחתיים עצמם. בתפקידו הראשון קובע המשפט כללי נישואין וגירושין, מגדיר אמהות, אבהות והורות, ואת ניתוקם של יחסים אלה. בתפקידו האחר קובע המשפט את מערך הזכויות והחובות החל על חברי המשפחה. הסדרת היחסים המשפחתיים נתפסת כבעייתית וכמורכבת יותר, שכן, לעתים, המסגרת הנורמטיבית של המשפט צרה

2 Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 U. MICH. J.L. REF. 835, 846-847 (1985).

3 זו, למשל, הייתה גישת המשפט הרומי. ראו שמואל איזנשטדט **המשפט הרומאי – תולדותיו ותורתו** 15-18, 43-44, 205-209 (1953); ראו בן ירון **מחקרים במשפט רומי** 3-25 (1968); מרדכי א' ראבילו "על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי" **דיני ישראל ה'**, 85, 112-85 (1974). הסדרים דומים (אם כי לא זהים) היו קיימים גם ביוון העתיקה ובמקומות אחרים. על השווה והשונה בהקשר זה, ראו: Steven G. Neeley, *The Psychological and Emotional Abuse of Children: Suing Parents in Tort for the Infliction of Emotional Distress*, 27 N. KY. L. REV. 689, 697 (2000); Marcia A. Kincanon, *The Child Abuse that Doesn't Count: General and Emotional Neglect*, 22 U.C. DAVIS L. REV. 1039, 1045 (1989); ראבילו, שם, בעמ' 88, 92. זו גם הייתה גישתו של המשפט המקובל האנגלי. ראו Olsen, שם.

4 לגישה כי קיימת ספירה משפחתית שבה אל לו למשפט להתערב אלא במקרים מסוימים בלבד, ראו ליאור ברשק ודנה פוגץ' "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה, בעקבות ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל" **מחקרי משפט כ** 7 (2003), בחלק המאמר שכתב ברשק.

5 Olsen, supra note 2.

6 Ibid.

מלהכיל את מגוון ההיבטים הרגשיים והאינטימיים של אותן מערכות יחסים.⁷ דוגמאות בולטות לשאלות של התערבות משפטית בעניינים אינטימיים שברגש שנדונו בבתי המשפט בארץ ובעולם הן תביעה חוזית או נזיקית בגין הפרת הבטחת נישואין⁸ ותביעה נזיקית של ילד נגד הורה בגין הזנחה רגשית.⁹

הבחנה נוספת מתייחסת לתפקידו של המשפט בהסדרת סכסוכים פנים-משפחתיים מול תפקידו בהסדרת סכסוכים בין המשפחה או מי מחבריה לגורם חיצוני למשפחה, בעיקר המדינה וזרועותיה. סכסוכים פנים-משפחתיים מתרחשים בין אורגנים שונים בתוך המשפחה הקיימת או המתפרקת, כגון בין בני-זוג או בין הורים לילדיהם.¹⁰ כאשר המתדיינים הם כולם פרטים, ואין מדובר בסכסוך בין המשפחה כמכלול לבין המדינה או לאורגן אחר, אזי הסיווג של סכסוך כפנימי או כסכסוך בין המשפחה לגורם חיצוני, אינו סיווג פשוט. כך, למשל, סכסוך בין הורים לסבים וסבתות בנושא של הסדרי ראייה עם הילדים עשוי להיתפס כסכסוך בין המשפחה המוגדרת, בדרך כלל, כמשפחה הגרעינית למי שהוא חיצוני למשפחה; אך אותו סכסוך יכול להיתפס כסכסוך פנים-משפחתי, אם המשפחה תוגדר בהגדרה מרחיבה יותר.¹¹

דומה, שלא ניתן לדון בנשימה אחת במקרה, שבו הצדדים חלוקים בעניין כלשהו והמשפט אמור להכריע בקונפליקט ביניהם, ובמקרה שבו הצדדים מעוניינים (בצוותא, ללא מחלוקת ביניהם) בסעד משפטי מסוים והמשפט הוא הכתובת לכך. אכן, אין דומה מאבק בין בני-זוג, החפצים להיפרד זה מזה, לפנייה של בני-זוג פסולי חיתון שנישאו בטקס פרטי בישראל, או של זוגות שנישאו בטקס נישואין אזרחי מחוץ לישראל, למסד כדי שיכיר בנישואיהם. בדומה לכך, אין דומה מאבק בין שני הורים בנוגע

7 איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" **עיוני משפט** כז 539, 581 (2004).

8 ראו עופר גרוסקופף וליסה חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם 'הפיתוי הגברי' לדגם 'שברון הלב'" **משפטים על אהבה** 107 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005).

9 ראו בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: הילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע? – עיון משווה במשפט הרומי, הישראלי, האמריקאי והעברי בעקבות ע"א 2034/98 אמין נ' אמין" **משפטים על אהבה** 269 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005); יחיאל ש' קפלן "זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית" **מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום, לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות** 463 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003).

10 יש לציין כי הילד יכול, מאז כינונו של חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 1537, 393, להגיש תובענה עצמאית לגמרי לבית המשפט לענייני משפחה או להצטרף לתובענה קיימת בכל עניין שבו זכויותיו עלולות להיפגע פגיעה של ממש, כולל תביעה נגד הוריו (ראו סעיף 3(ד) לחוק זה).

11 ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 7. למעשה, עצם העיסוק המשפטי בסיווג צדדים כחיצוניים למשפחה או כמשתייכים אליה עשוי לעוות את התייחסות המשפט לסכסוך ואת אופן הסדרתו. ראו שם.

למשמורת ילד לבין מאבקו של בן-זוג הומוסקסואל באפטרופוס הכללי, או לסכסוך שבין ילד לבין פקיד משרד הפנים המסרב לרשום אותו במרשם האוכלוסין כפי שביקש. כמה דברים אמורים? לדוגמה, בן-זוג הומוסקסואל מגיש בקשה לבית המשפט לרשת את בן-זוגו שאיתו חי עשרות שנים וזה נפטר ללא יורשים וללא שהשאייר אחריו צוואה. המדינה טוענת, כי נכסיו אמורים לעבור לאפטרופוס הכללי בהתאם לחוק הירושה בנדון, הנוקט, לעניין בני-זוג הגרים יחדיו, רק אופציה של "איש ואישה" ולא "איש ואיש".¹² ילד העותר לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה לשנות את שם משפחתו לשם אחר, למשל – לשם המשפחה של הורה חורג או של ידוע בציבור של אחד מהוריו.¹³ הוא מנסה להשתמש במשפט כדי לשנות, למשל, החלטה של פקיד משרד הפנים שמסרב לבצע את השינוי בטענה שהשלכות החוק מונעות זאת ממנו, והילד עותר לחייב את משרד הפנים לעשות כן.

מאבקים משפטיים פנימיים, המתרחשים בתוך המשפחה הקיימת או המתפרקת, נחשבים לסכסוכים קשים וכואבים ביותר. בהקשר זה ניתן לראות את המשפט – אולי מזווית ראייה אחרת – כמספק רשתות הגנה לבני המשפחה, באותם מקרים שבהם יחסי האהבה והדאגה עלו על שרטון. לעתים, שולח המשפט את הצדדים להליך של "שלום-בית", אך בה בעת הוא מאפשר להם גם להינתק מקשרים משפחתיים רעועים ולהקים תחתיהם קשרים חדשים.¹⁴ בהקשר זה, לא אחת, עצב וכאב של האחד הוא גם שמחה ואור עבור האחר. כך, למשל, קבלת גט – במיוחד לאחר שנים רבות של מאבקים משפטיים – מהווה עבור האישה דף חדש שניתן היה לפתוח רק בסיועו של המשפט.

בעשורים האחרונים עבר מוסד המשפחה שינויים מרחיקי לכת כתוצאה משילובם של תהליכים חברתיים והתפתחויות ביו-טכנולוגיות. שינויים אלה הציבו בפני המשפט אתגרים חדשים. לצד סכסוכים משפחתיים מסורתיים (כגון אלה הקשורים בגירושין, במשמורת ילדים ובמזונות), עולות בפני המשפט שאלות חדשות שעמן הוא נאלץ להתמודד, כגון: האם יש לאפשר לאישה רווקה להביא לעולם ילד בסיוע פונדקאות?¹⁵ האם יש לאפשר לאישה להרות מזרעו של בעלה המת?¹⁶ האם במשפחה, שבה שתי אמהות מגדלות יחדיו ילדים, יש לאפשר את עיגון ההורות בפועל בסטטוס משפטי

12 זה היה המקרה בע"א (מחוזי נצ') 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח 4)04(2532(2004).

13 זה היה המקרה בתמ"ש (ב"ש) 18030/98 פלונים נ' אלמוני, טרם פורסם (1999).

14 Jeremy Waldron, *When Justice Replaces Affection: The Need for Rights, in LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981-1991*, 370 (1993).

15 בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים – משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2001).

16 ראו, לאחרונה, תמ"ש (ת"א) 58540/05 ק. ב. ל. א נ' המרכז הרפואי על שם סוראסקי באיכילוב ופרקליטות מחוז מרכז, טרם פורסם (2006).

על-ידי מתן אפשרות של אימוץ?¹⁷ סוגיות אלה מעלות תהיות באשר לתפקידו של המשפט כמשמר, כמשקף או כמשנה נורמות ופרקטיקות חברתיות הקשורות למשפחה. אכן, אתגר זה ניצב לא רק בפני מערכת המשפט בישראל; שיטות משפט רבות ברחבי העולם מתמודדות עם השינויים מרחיקי הלכת שעבר מוסד המשפחה. עם זאת, בישראל, האתגר הוא מורכב במיוחד בשל קיומן המקביל של שתי מערכות שיפוט ומשפט: מערכת אזרחית¹⁸ ומערכת דתית (עקב אי ההפרדה בין הדת למדינה) והגדרתה של מדינת ישראל לא רק כמדינה דמוקרטית אלא גם כמדינה יהודית.¹⁹ בתהליך פתרון הדילמות השונות והסדרת המאבקים הנוגעים למשפחה וליחסים המשפחתיים עולות וצפות שאלות רבות בנוגע לדרך שבה על המשפט לילך. כאשר מבקש המשפט לפתור דילמות ולהסדיר עניינים שונים, הן בתוך המשפחה, הן בין משפחות שונות, הוא נדרש, ככתחומים אחרים, לשיח של זכויות ואיזונים: (1) כיצד להכריע במאבק בין בן-זוג אחד למשנהו, או בין הורה לבין בן-משפחה מורחבת? האם מדובר בהכרעה בסכסוך בין פרטים, כמו בדיני החוזים או הנזיקין, או שמא צריכים סכסוכים במסגרת המשפחה להיתפס אחרת – בספרה שבין הציבורי לפרטי? (2) האם במאבק, שבו מעורבים גם ילדים, יהיו זכויות הילד לעולם עיקרון-על שיגבר על עקרונות אחרים? האם עשויה להיות התנגשות בין טובת הילד – שלעתים נבחנת מנקודת מבט פטרנליסטית, המסתכלת על המציאות מנקודת מבטו של המבוגר – לבין זכויות הילד – עיקרון שמנסה להסתכל על המציאות דרך עיני הילד והאינטרסים שלו – או שמא ההבחנה בין מונחים אלה היא מלאכותית ומיושנת?²⁰ האם ניתן להציב בשורה אחת את זכויות הילד מול זכויות ההורה? ושמא אין להורה כלל זכויות בילד – שהרי הוא אינו חפץ או רכוש – אלא רק חובות כלפיו? ובכלל, עד כמה ניתן להפריד בין אינטרסים של הילד לאינטרסים של ההורה, במיוחד – ההורה המשמורן? (3) האם

17 ע"א 10280/01 ירוס-חקק ג' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 105 (1) 163 (2005).

18 מערכת זו עברה שינוי עם המעבר מבתי המשפט המחוזיים כערכאה ראשונה למערכת חדשה של בתי המשפט לענייני משפחה מאז שנת 1995.

19 סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.

20 לתיאור היחס בין הדוקטרינות, ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 217 ואילך (1989); שולמית אלמוג זכויות של ילדים 45-52 (1997); ישראל צ' גילת דיני משפחה, יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת וחינוך פרק 16, מעמ' 463 ואילך (2001); קפלן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 465-469; יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט 303-334 (2002); רונה שוז "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" מחקרי משפט כ 421, 434-438 (2003); ע"א 2266/93 פלוני, קטין ג' פלוני, פ"ד מט (1) 221 (1995).

בעידן של זכויות אדם, שבו מתמקדים רבות בפרט, יש מקום גם להענקת זכויות למשפחה עצמה, למשל על דרך של הפניית בני הזוג להליך של שלום-בית, למרות ששניהם חפצים להתגרש, או על דרך של חסימת תביעה נזיקית בתוך המשפחה מחשש לפגיעה בהרמוניה של המשפחה?²¹ האם יש מקום להבנה כי, לעתים, פתרון משפטי מסוים, שהוא לטובת אחד האורגנים בתא המשפחתי, עלול לפגוע בתא כמכלול; או שמא לתא המשפחתי אין מעמד משפטי עצמאי, ולעולם יש להתייחס למאבקים במשפחה כמאבקים בין פרטים? (4) ולבסוף, האם המשפט העברי, המהווה מרכיב מרכזי וחשוב בדיני המשפחה החלים בענייני נישואין וגירושין של יהודים, "מדבר" בשיח של זכויות אדם; או לא? האם ניתן וראוי לאתר בו דעות מסוימות (לעתים, דעות מיעוט), לפתחן וליצור דרכן משפט מתקדם שיכול להתיר בעיות קשות וסבוכות, כגון חיים של אדם עם ידועה בציבור בעודו נשוי, כאשר הוא מסרב לתת גט לאישתו, ולדין יש בעיה לכפות את הגט עליו, או האיסור של אשת כהן שנאנסה להמשיך ולחיות עם בעלה?

על אף ההבנה כי המשפט תפקיד חשוב בעיצובן של משפחות ובהסדרת מערכות היחסים המשפחתיים הקיימות, הולכים וגוברים בשנים האחרונות הקולות להסדרת הסכסוכים המשפחתיים מחוץ למערכת המשפטית בדרכים אלטרנטיביות, כדוגמת גישור, טיפול או ייעוץ. יתרה מזו: יש הטוענים, כי המשפט עצמו צריך להיות תפקיד, ולו מסוים, בהכוונת הצדדים לדרכים חלופיות להסדרת ענייניהם. עם זאת, קיימת חשיבות בהכרה בתפקידו של המשפט גם כאשר הצדדים פונים להסדרת הסכסוך ביניהם בדרכים חלופיות. צדדים מנהלים משא ומתן, מתפשרים ומגיעים להסכמים בצלו של המשפט,²² ובדרך כלל הסכמים אלה מקבלים תוקף דווקא באמצעות המשפט. המשפט משפיע אפוא על יחסי הכוח שבין הצדדים, בין שהם מנהלים סכסוך משפטי בין כתליו של בית המשפט ובין שהם מנהלים משא ומתן חוצה לו.

תחום דיני המשפחה הוא תחום מעניין וייחודי, גם משום שהוא נושק לתחומים משפטיים אחרים רבים. קיימים, כמובן, דיני משפחה קלאסיים, כגון ענייני נישואין וגירושין, אימוץ, משמורת וכיוצא בזה. אך גם באותם נושאים קיימות נקודות מפגש עם תחומים משפטיים אחרים, כגון משפט בין-לאומי (למשל, בכל הקשור למעמד של

21 על דוקטרינת החסינות ההורית במשפט האנגלו-אמריקני, ראו Sandra L. Haley, *Comment: The Parental Tort Immunity Doctrine: Is It A Defensible Defense?* 30 U. RICH L. REV. 575, 575-604 (1996); שמואלי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 304-313. על האפשרות של בן-זוג לתבוע את בן-זוגו בנוזקין, לעומת אי האפשרות לעשות כן בעבר, ראו יובל סיני ובנימין שמואלי "הגיעו מים עד נפש" – דרכי התמודדות עם התעללות בבן-זוג בדיני הנוזקין, בדין הפלילי ובדיני המשפחה – הצעת מודל חדש-ישן "מאזני משפט" ו (2006-2007), בדפוס.

22 Robert H. Mnookin & Lewis Kornhouser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L. J. 950 (1979).

בני-זוג מעורבים המעוניינים להינשא או להתגרש, או לחטיפות ילדים על-ידי אחד מבני הזוג), דיני קניין (בעיקר, בכל הקשור לחלוקת רכוש והסדרי ממון), דיני חוזים (מעמד משפטי של ידועים בציבור, פיתוח דיני משפחה חילוניים הנשענים על יחסים חוזיים, הסדרי ממון ועוד), חופש המידע והגנת הפרטיות (למשל, במקרים של מאומץ המעוניין לפתוח את תיק האימוץ הסגור) וזכויות אדם (השייכות, למעשה, לכל הסוגיות כולן). נוסף לכך, ההקשר המשפחתי משפיע על הפעלתם של הדינים הכלליים, דוגמת דיני הנזיקין, דיני החוזים והדין הפלילי. כך, כאשר עסקינן בתביעות נזיקין במשפחה (כגון תביעות בין בני-זוג עקב אלימות, התעללות או סרבנות גט, או תביעות של ילדים נגד הוריהם עקב הזנחה או התעללות לסוגיה), תביעות חוזיות במסגרת המשפחה, או עבירות במסגרת המשפחה, יש מקום להתחשבות ולרגישות כלפי המשפחה ובענייניה.

בכרך זה, הראשון היוצא לאור במסגרת כתב העת, משתקף מגוון נקודות המפגש של המשפט עם מוסד המשפחה והדילמות שהן מעלות. ניתן למצוא בו מאמרים המתיחסים לתפקידו של המשפט בהגדרת היחסים המשפחתיים לצד מאמרים המתיחסים להסדרתם של היחסים. קיימים מאמרים הבוחנים את תפקידו של המשפט ביחסו לחברי המשפחה – בינם לבין עצמם – לצד מאמרים הממחישים את מערכת היחסים שבין המשפחה לגורמים חיצוניים. כן קיימת התייחסות לשאלת מקומו של המשפט ביחס לדרכים חלופיות לפתרון משברים משפחתיים. נוסף לכך, באה בו לידי ביטוי התפרסות תחום דיני המשפחה והשקתו לתחומי משפט אחרים. כך, לצד סוגיות השייכות לדיני המשפחה הקלאסיים, כגון אימוץ, כפיית גט ושמירת הזוגיות, עולות בכרך זה סוגיות המעמידות את המשפחה באור הזרקורים במסגרת תחומי משפט אחרים דוגמת הדין הפלילי.

אחת הסוגיות העולות לדיון חדשות לבקרים, והנחשבת ל"מושכת אש", היא סוגיית ענישתם הגופנית של ילדים. סוגיה זו בוודאי קשורה לדיני העונשין, שכן הדיון העיקרי בה הוא בשאלה אם נכון וראוי שהדין הפלילי יראה בהתנהגות הורית מעין זו – אפילו היא קלה, סבירה ומתונה – עבירה פלילית. הדיון בסוגיה זו קשור בעבותות גם לזכויות האדם, בראותו את הנושא מכיוון של זכויות הילד (מול זכויות האדם של ההורה לחופש דת ומצפון ולזכותו, ואף חובתו, לחנך את ילדו בהתאם להשקפותיו). סוגיה זו קשורה גם לתחומי-דעת שונים, כגון חינוך, פסיכולוגיה, הנחיית הורים ועוד. הברונית ברנדה הייל מריצ'מונד, שופטת בית הלורדים באנגליה, פרופסור למשפטים, שכתבה רבות על דיני הורים וילדים, מדגימה את הצורך בהבנת זכויות הילד מתוך כמה דוגמאות, והעיקרית שבהן היא ענישה גופנית במשפט האנגלי והבין-לאומי.²³ יש בהרצאתה מעין יריית פתיחה בלבד לדיון בנושא זכויות הילד בעידן המודרני, אך דומה,

23 הברונית ברנדה הייל מריצ'מונד "הבנת זכויות הילד: תיאוריה ומעשה" משפחה במשפט א' 13 (2007).

כי היא מציגה תזה סדורה ונחרצת בנדון. ההתפתחות באנגליה לכיוון של איסור על התנהגות זו במערכת החינוך, ובמידה מסוימת גם בתא המשפחתי, מהווה, לדעת הברונית הייל, איזון נכון בין זכויות האדם של המבוגרים (מורים והורים) לבין אלו של הילד – איזון המצביע על הצורך הברור בהתפתחות זכויות הילד בצורה כמעט בלתי מתפשרת.

אך יש הסבורים אחרת. אורלי פוקס-שבתאי, פסיכולוגית קלינית, סבורה, כי האיסור הגורף שהוטל בשנת 2000 על ענישה גופנית בפסיקת בית המשפט העליון²⁴ לא היטיב בסופו של דבר עם ילדי ישראל, כפי שניתן היה לסבור.²⁵ בפרספקטיבה של הזמן שחלף מאז אותה החלטה, סבורה פוקס-שבתאי, כי האיסור פוגע בהתנהגות ההורים כלפי ילדיהם, ומשכך – משפיע בעקיפין בצורה שלילית על התפתחות הילד. לפיכך, לדעתה, על המשפט להבדיל בין ענישה גופנית קלה לחמורה: את הראשונה יש להתיר ולו בנסיבות מסוימות, ואילו את האחרונה יש לאסור. האם פוקס-שבתאי מבטאת מה שרבים חושבים אך לא מעזים לומר בעידן של זכויות האדם והילד של תחילת המאה העשרים ואחת? הייתכן, כי החברה והמשפט הפליגו למחוזות רחוקים מדי בכל הקשור לזכויות הילד?²⁶ או שמא גישתה של פוקס-שבתאי מאפיינת דעות מיעוט שחולפות עוברות להן מן העולם לטובת גישות כמו זו של הברונית הייל? לכאורה, סוגיה זו מציגה קונפליקט בין טובת הילד, הנבחנת לפעמים מנקודת מבט פטרנליסטית של המבוגר (ההורה, המחוקק, בית המשפט) היודע או החושב שהוא יודע מה טוב לילד, מול זכויות הילד. אך אולי דווקא איסור על ענישה גופנית מבטא פטרנליזם (מסוג אחר) כלפי הילד – המבוגרים מחליטים שמדובר בדרך חינוך פסולה שאינה טובה עבורו, על אף שבטווח הארוך אפשר שיהיו ילדים שייווכחו בעצמם שהדבר היה דווקא מועיל להם? האם באמת אפשר לחנך כל ילד ללא שימוש בהכאה לצרכי חינוך? האם לשאלה זו יש בכלל משמעות אם ההכאה פוגעת בזכותו הבסיסית להגנה על גופו? האם קיים "תחום אפור", שבו לא רצוי שהמשפט (במיוחד הדין הפלילי, שהשפעתו אולי רבה ביותר מבחינת התוצאות) ייכנס לתחומיה של המשפחה ויתערב בנעשה בה? ואם כן, האם סוגיה זו שייכת לאותו "תחום אפור", או שמא הרמת יד היא מעבר לכל דיון וויכוח?

מאמר נוסף בכרך זה עוסק בנושא ענישה גופנית לילדים, אך ללא התמקדות בשאלה אם מדובר בהתנהגות שעל הדין לאסור או להתיר. בנימין שמואלי בוחן אם

24 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000).

25 אורלי פוקס-שבתאי "האם היטיב האיסור הגורף על כל מכה חינוכית עם ילדי ישראל?" **משפחה במשפט** א 31 (2007).

26 כך טוענות, למעשה, אורלי פוקס-שבתאי עצמה (פסיכולוגית קלינית, כאמור) ושולמית בלנק (פסיכיאטרית ומשפטנית) בספרן **הורים טובים מדי – לדעת לחבק, לדעת לדרוש** (2004). והשוו **MARTIN GUGGENHEIM, WHAT'S WRONG WITH CHILDREN'S RIGHTS** (2005).

הפמיניזם פורץ גבולות לעבר ההגנה על זכויות הילד.²⁷ האם מקרה הוא שכמעט כל המעורבים (בבית המחוקקים, בבית המשפט, במשרד המשפטים, באקדמיה ועוד) בהטלת האיסור על ענישה גופנית בישראל ובהטמעתו היו נשים? ואם כן, האם יש להסיק מכאן שמאחורי מגמה זו עומדת גישה פמיניסטית? האם יכול להיות בכלל קשר בין פמיניזם לבין הגנת הילד? הענישה הגופנית משמשת כאן כמקרה מבחן לחידוד תיאוריות פמיניסטיות ולהבנת מרחב השתרעותן. האם השפעת הלובי הפמיניסטי על זכויות הילד עשויה להועיל לילדים, שהם נטולי לובי חזק, או שמא דווקא להזיק להם? והאם הפמיניזם מעוניין להתנער מכל קשר לזכויות הילד כדי שיוכל למקד את מאבקו בזכויות הנשים? במאמר נבחנת שאלת ההשפעה המקומית של הפמיניזם בסוגיית הענישה הגופנית כמקרה מבחן, במטרה להבין את ההשפעות העכשוויות והעתידיות-הפוטנציאליות של הפמיניזם גם בתחומים נוספים שביחסי הורים וילדים.

האלימות במשפחה נבחנת בכרך שלפנינו לא רק מנקודת המבט הפלילית ולא רק באמצעות העיסוק ביחסי הורים וילדים, אלא גם מנקודת מבט אחרת. דפנה לביא בוחנת את התאמתו של הגישור כפתרון אלטרנטיבי, חוץ-משפטי, למקרים של אלימות בין בני-זוג.²⁸ הגישור קונה לו כיום מקום של כבוד בשיח המשפטי והחוץ-משפטי. לביא בוחנת אם קיימות משמעות והשפעה ממשית לגישור במקרים שבהם ההיסטוריה בין בני הזוג כה רוויית מתחים ובעיות, לרבות פרצי אלימות. לביא מציגה מודלים שונים בסוגיה, מהם התומכים בגישור במקרי אלימות בין בני-זוג ומהם הסבורים שאלימות וגישור אינם הולכים בצוותא. למעשה, ניתן לראות במאמר זה פתח וראשית לדיון נרחב בשאלה אם תחום הגישור פתוח לכל סוגיה, או שישנם עניינים שלא רצוי להכניסם מראש למסגרת מעין זו. ושמה דווקא בעקבות עבר בעייתי בתולדותיה של משפחה יש מקום, עוד יותר מאשר במקרים אחרים, לפתרונות חוץ-משפטיים?

נשיאו הפורש של בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, נשאל במפגש עם סטודנטים²⁹ "כיצד כבודו יכול לישון בלילה בידועו שכערכאת ערעור אחרונה החלטותיו סופיות ואינן ניתנות עוד לעיון?". הנשיא השיב כי זהו תפקידו ומקצועו, אך הוסיף שקיים סוג מקרים אחד שאינו מאפשר לו לישון היטב בלילה – תיקי האימוץ. לדבריו, הצורך בהכרעה, אם להעביר ילד ממשפחתו הביולוגית למשפחה אחרת, מדיר שינה מעיניו. בכרך זה שני מאמרים בנושא אימוץ. החוט המקשר בין שניהם הוא ניסיונם לסייע במניעת חוסר ודאות בעיצוב דיני אימוץ בישראל, כל אחד מהם בנקודה אחרת. המאמר האחד, של רונה שוז, דן בהכרעה במקרה שבו הילד כבר נמצא אצל הורים מאמצים וכעת ההורים הביולוגיים דורשים אותו חזרה מסיבות שונות, כעולה

27 בנימין שמואלי "מה לפמיניזם ולזכויות הילד? השפעת תיאוריות פמיניסטיות על איסור ענישה גופנית לילדים כמקרה מבחן" **משפחה במשפט** א' 57 (2007).

28 דפנה לביא "אלימות וגישור: האומנם אוקסימורון?" **משפחה במשפט** א' 117 (2007).

29 מכללת שערי משפט, 24.2.05.

מפרשת "תינוק המריבה"³⁰. מקרה זה, שגרם לסערה רגשית רבה, מדגים את הניגוד העצום בין רצונם של הוריו הביולוגיים של המאומץ לבין רצונם של הוריו המאמצים, כשבתוך ניצב הילד עצמו. האם בית המשפט – ובכלל משהו עלי אדמות – מסוגל באמת לקבוע מה הפתרון הטוב ביותר עבור ילד כזה, הנקרע בין שתי משפחות, שכל אחת מהן מעלה נימוקים הגיוניים לצידוד בגישתה? האם מה שמכריע במקרים כאלה הוא, למעשה, גורם בלתי-תלוי, גורם הזמן? היכולת להתדיין בפני שלוש ערכאות במקרה מעין זה מביאה לכך שבינתיים עובר זמן רב, המשפיע באורח מכריע על הילד. זה גלל בינתיים ונקשר להורים המאמצים המחזיקים בו בפועל. האם אין מדובר במצב כזה "משחק מכור"? ושמה דעותיהם השונות של השופטים בערכאות השונות מוכיחות אחרת? שוז בוחנת את השימוש בעקרון טובת הילד כמנגנון להכרעה בסכסוכים מסוג זה, ומנתחת את הסוגיה גם מן ההיבט ההשוואתי. היא מאמצת כעיקרון מנחה את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, אלא אם כן יוכח שהדבר יפגע בזכויות אחרות של הילד באופן ממשי, מתוך הבנה שלא ייתכן שהתחום יתבסס על שיקול-דעת והשקפות חיים של השופט באופן כה נרחב. נוסף לכך, דנה שוז בהצעות שהועלו לשינויים בהליך מתן הסכמה למסור ילד לאימוץ וחזרה מהסכמה זו, שמטרתן מניעת הצורך בהתדיינות, ובוחנת הצעות אלה על פי העיקרון של זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים.

המאמר האחר הנוגע באימוץ, של רות זפרן, דן בנקודת זמן מאוחרת יותר. המאומץ שבגר חפץ כעת לפתוח את תיק האימוץ ולהתחקות אחר זהות הוריה הביולוגי במקרה של אימוץ סגור.³¹ זפרן דנה במידת היקפה של זכות זו במשפט הישראלי והמשווה, תוך בחינת זכות ההורה הביולוגי לקבל מידע על ילדו שנמסר לאימוץ, מחד גיסא, וזכותו להתנגד להתחקות אחר עקבותיו-שלו, מאידך גיסא. על פניה, סוגיה זו מעלה לדיון לא רק את דיני המשפחה ה"טהורים"; היא קשורה גם, ובעיקר, לזכויות אדם בסיסיות לחופש מידע ולהגנת הפרטיות. מתן זכויות לילד שבגר מגשים זכויות בסיסיות שלו (בעיקר, הזכות לזהות), אך עשוי לפגוע בפרטיותו של ההורה הביולוגי באותם מקרים שבהם אין הוא מעוניין להיחשף. זפרן מציעה הצעה בנדון לשינוי החוק הישראלי בצורה שתנסה להגשים ככל הניתן את האינטרסים והזכויות של המעורבים השונים. זכויות האדם עומדות גם בלב שני מאמרים בכרך זה העוסקים בדין העברי בענייני משפחה, שהוא הדין השולט בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, וזאת, מהיבטים שונים. דומה, כי שני המאמרים מצביעים על כך שההלכה היהודית יכולה, ואולי צריכה, להתאים עצמה – אם כי רק בתוך מסגרותיה – לבעיות של זמן ומקום.

30 רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" **משפחה במשפט** א 163 (2007).

31 רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" **משפחה במשפט** א 225 (2007).

שני המאמרים מצביעים על כך שבמקרים רבים ניתן לאתר פתרונות מסוימים שעלו בכתביו של פוסק זה או אחר (גם אם דעות הרוב הגיעו למחוזות אחרים) ולבחון את יישומם בצורות יצירתיות לדילמות עכשוויות שעל הפרק, ובכך להגשים זכויות אדם ולקרב את המשפט לצדק.

לעתים, הצדק זועק: אליאב שוחטמן דן במקרה של גבר הבוגד באשתו או חי עם אישה אחרת כ"ידועים בציבור", ובו בזמן הוא מסרב לתת גט לאשתו.³² מצב כזה רווח כיום הרבה יותר מאשר בימים עברו. בהתאם לדין העברי, קיימת בעיה במקרים רבים לכפות את הגט על הבעל, האוחז את המקל בשני קצותיו – נהנה מחיים עם אישה אחרת ומסרב לתת גט לאשתו, ובכך נמצא במצב של עליונות עליה. זכותה של האישה, שכבודה נרמס ברגל גסה, לפחות לקבל את הגט, עומדת על כפות המאזניים. שוחטמן סוקר את הדעות השונות בנדון ומציע לאמץ גישות שבבסיסן חשש שהבעל יידבק במחלה מדבקת, כגון איידס, וידביק את אשתו, גישות המתירות כפיית גט במקרה כזה עקב הסכנה הבריאותית. בכך מוגשמת הדאגה לזכויותיה של האישה דרך אותה פרצה הנובעת מהחשש לפגיעה אפשרית בבריאותה. בהצעתו זו תורם שוחטמן להשלכה מעניינת וחשובה של זכויות האדם על יישום הדין האישי בבתי הדין הרבניים באחת הזוויות של הבעיה הכה כאובה של מסורבות הגט.

הצדק זועק לא פחות גם במקרה של אשת כהן שנאנסה, שבו דן יעקב שפירא על רקע סרט קולנוע שנוצר לאחרונה והעוסק בדילמה זו.³³ כאן הבעיה הפוכה, שכן לא קיים כל עימות בין הבעל לאישה. להיפך, שניהם מעוניינים באותו פתרון. שני בני הזוג רוצים להמשיך ולחיות יחד, אך הדין העברי גוזר עליה על התא המשפחתי עקב מעמדו של הכהן. למרות שהאישה שנאנסה לא חטאה ולא פשעה, היא אסורה על בעלה. האישה היא בעצם הקרבן. מדוע שתיענש פעמיים? אך הדין גוזר אחרת... היכול הדין העברי למצוא גם כאן פרצה כזו שתתיר את המשך החיים יחדיו? הבעיה מושלכת לפתחם של הפוסקים. שפירא סוקר את הדעות השונות בנדון, בבחינת "הפוך בה והפוך בה", תוך ירידה לשורשיו של הדין. הוא מציג ומציע פתרון יצירתי אפשרי ובוחר את התאמתו ויישומו.

מאחורי הדילמות השונות עומדים אנשים בשר ודם, שסיפוריהם האישיים קורעים לב. אין מדובר בשחקנים סטטיסטיים הניצבים על בימה בשדה המשפט, על אף שהחלטה בעניינם של אלה מוכרעת לעתים דרך שיקולים רחבים של מדיניות משפטית והתחשבות בהשלכת הפסיקה על מקרים עתידיים. כלפי אותם אנשים מדובר במקרים

32 אליאב שוחטמן "בגידה וחיים עם 'ידועה בציבור' – עילה לכפיית גט?" משפחה במשפט א' 259 (2007).

33 יעקב שפירא "אשת כהן שנאנסה ושמירת הזוגיות – הלכה וקולנוע" משפחה במשפט א' 303 (2007).

רבים בדיני נפשות: המשך החיים בתא המשפחתי, האפשרות ליצירתו או הכמיהה לפירוקו; רצון הילד בבירור זהותו, מניין בא, מהם שורשיו, מהי זהותו. לעתים, עומד הפרט הקטן מול הדין הגדול והמאיים; אך לעתים הדין, דווקא הדין ורק הדין, מצליח למצוא פתרון לבעיה. אכן, לעתים, יופיו של המשפט הוא ביכולתו לצלוח בעיה קשה בדרכים יצירתיות ולמצוא מזור לכאב; אך, לעתים, המשפט אכזרי ואינו יכול להתגמש, למרות הרצון, ולפתור את הבעיה; ולעתים, יופיו של המשפט עבור האחד מהוה תוצאה אכזרית עבור האחר...

יהא כרך ביכורים זה התחלה של דיון פורה ומועיל לכולנו.