

מיהו בן זוג: הערות להגדרת בן זוג בהצעת חוק הירושה

מאת
שחר ליפשיץ*

תקציר

מאמר זה נכתב בעקבות פרסומו של תזכיר חוק הירושה (תיקון מס'...), התשפ"א-2021. המאמר מתמקד בשני שינויים משמעותיים המוצעים בתזכיר לגבי ירושת בן זוג, שינוי בדיני ירושת הידועים בציבור והסדרת מעמדם של בני זוג נשואים-פרודים. במאמר אבקר הן את הגישה העקרונית המוצעת בתזכיר והן את יישומיה הקונקרטיים. במישור העקרוני, המאמר מבהיר ששני השינויים המוצעים בתזכיר משקפים תפיסה "פונקציונלית"- "מהותית" המעדיפה את מהותו של הקשר הזוגי על פני תיוגו הפורמלי. משכך, כאשר בני זוג חיים כידועים בציבור ולא נישאו באופן רשמי ניתן לראות אותם כנשואים מן הבחינה הפונקציונלית ולהחיל עליהם את דיני הנישואים. בה בעת, כאשר בני זוג פרודים מתפקדים כגרושים למעשה, יש להתייחס אליהם כאל גרושים אף על פי שלא התגרשו רשמית. המאמר מציע ניתוח המלמד שיש להסתייג מאימוץ גורף של גישה פונקציונלית להגדרת בן זוג כמוצע בתזכיר, שכן דווקא מנקודת מבט ליברלית הממוקדת בהגשמת רצון הצדדים, כמו גם מנקודת מבט מוסדית-מערכתית, קיימים שיקולים כבדי משקל להבחנה בין נישואים לבין קשר זוגי שאינו מלווה בנישואים ולהבחנה בין גירושים לבין פרידות לא-פורמליות. לצד זאת יצביע המאמר על נסיבות ייחודיות ההופכות את מוסד הידועים בציבור לתחליף נישואים אזרחי עבור מי שאינם יכולים או אינם רוצים להינשא בנישואים דתיים, ואת הפירוד הקבוע לתחליף גירושים עבור מסורבי הגט. דיוננו יעלה שנדרשת מערכת דינים ייחודית המאזנת בין השיקולים האוניברסליים, הניצבים כנגד אימוץ מלא של גישה פונקציונלית, לבין השיקולים המעוגנים בהקשר הישראלי הנקודתי התומכים בגישה זו. לנוכח ההסתייגות מן הגישה העקרונית, המאמר פונה לניתוח השינויים המוצעים בתזכיר, מצביע על השינויים הפוסעים בכיוון ראוי ומציע תיקונים משלימים.

* פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לאמיר פינקוס, לאביבה וופנר ולהודיה זנג על העזרה במחקר, ולחברי מערכת פורום עיוני משפט על עבודת העריכה.

- מבוא.....2
- א. ירושת ידועים בציבור.....5
1. התיקונים המוצעים בתזכיר.....5
2. מתווה לדיון: כיצד ראוי להסדיר את ירושת הידועים בציבור בישראל.....6
- (א) רקע פוזיטיבי ומבט השוואתי: ייחודם של דיני הידועים בציבור בישראל.....6
- (ב) ההיבט הנורמטיבי – דיני הידועים בציבור בין גישה פונקציונלית לתחליף נישואים.....11
3. יישום: בחינת התיקונים המוצעים בתזכיר בראי שיקולי המדיניות הראויים.....16
- (א) הכללת בני זוג מאותו מין בהגדרת בני זוג.....17
- (ב) שילוב הממד הסובייקטיבי בהגדרת הידועים בציבור.....17
- (ג) קביעת חזקת "בני זוג" לגבי מי שחיים במשותף שלוש שנים רצופות לפחות...19
- (ד) איחוד ההסדרים בין הידועים בציבור לנישואים ודרכי הדרת בני זוג.....21
- (ה) הגדרת נישואים אזרחיים מחוץ לישראל כנישואים לצורך חוק הירושה.....25
- ב. שלילת זכויות הירושה מבני זוג פרודים.....25
1. התיקונים המוצעים בתזכיר.....25
2. מתווה נורמטיבי – כיצד ראוי להסדיר את מעמדם של הפרודים.....26
- (א) ההצדקה הפונקציונלית להגדרת פרוד כגרוש – מבט ביקורתי.....26
- (ב) הכרה משפטית ב"גירושים למעשה" כתחליף גירושים אזרחי.....28
3. בחינת התיקון המוצע בתזכיר בראי שיקולי המדיניות הראויים.....30
- ג. ריכוז המלצות ודברי סיום.....33

מבוא

לאחרונה פורסם תזכיר חוק הירושה (תיקון מס'...), התשפ"א-2021 (להלן: "תזכיר החוק" או "התזכיר"), תזכיר המציע תיקונים משמעותיים לחוק הירושה תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק הירושה" או "החוק המקורי"). התיקון המוצע בתזכיר כולל, בין היתר, שני שינויים מרחיקי לכת בנוגע לירושת בן זוג לצורך דיני הירושה:

1. שינוי בדיני ירושת הידועים בציבור: התזכיר מבטל את ההבחנה בין הסדרי הירושה של בני זוג נישואים לבין ההסדרים העוסקים בבני זוג שאינם נישואים, המכונים בז'רגון הישראלי "ידועים בציבור", ומאחד אותם להסדר אחד. כהמשך לכך, התזכיר מציע הגדרה מחודשת של קטגוריית בני הזוג שאינם נישואים לצורך דיני הירושה, הגדרה החורגת בכמה היבטים מן ההגדרה הקיימת.¹

¹ לתיאור מפורט של השינויים ראו להלן פרק א.1.

2. הסדרת מעמדם של בני זוג נשואים-פרודים: התזכיר קובע לראשונה בחוק הירושה קטגוריה של בני זוג פרודים. על פי התזכיר, במקרה של פירוד תישללנה זכויות הירושה על פי דין מבין הזוג הנותר בחיים. זאת, גם אם בני הזוג לא התגרשו באופן רשמי.²

על פי דברי ההסבר לתזכיר, שני השינויים קשורים זה בזה והם משקפים תפיסה "פונקציונלית"- "מהותית" המעדיפה את מהותו של הקשר הזוגי על פני תיגונו הפורמלי.³ משכך, כאשר בני זוג חיים כידועים בציבור ולא נישאו באופן רשמי ניתן לראות אותם כנשואים מן הבחינה הפונקציונלית ולהחיל עליהם את דיני הנישואים. בה בעת, כאשר בני זוג פרודים מתפקדים כגרושים למעשה, יש להתייחס אליהם כאל גרושים אף על פי שלא התגרשו באופן רשמי. גישה פונקציונלית ליחסים זוגיים הן בהקשר של דיני הידועים בציבור והן בהקשר של הסדרת מעמד הפרודים זכתה לתמיכה מסוימת בספרות המחקר בישראל,⁴ ולעיתים ניתן למצוא לה גם הדים בפסיקה.⁵

במאמר זה אטען שיש להסתייג מאימוץ גורף של גישה פונקציונלית להגדרת בן זוג כמוצע בתזכיר. לצורך ביסוס טענתי אבקש להבחין בין שיקולים אוניברסליים, דהיינו שיקולים עקרוניים הקשורים במוסד הידועים בציבור שאינם ייחודיים למציאות הישראלית ויש להם רלוונטיות לקביעת מדיניות ציבורית הן בישראל והן בעולם, לבין שיקולים המעוגנים בהקשר המיוחד של דיני הנישואים והגירושים בישראל. מנקודת המבט האוניברסלית אני סבור כי קיימים שיקולים כבדי משקל להבחנה בין נישואים לבין קשר זוגי שאינו מלווה בנישואים. בדומה לכך, וביתר שאת, אני סבור שקיימים שיקולים משמעותיים התומכים בהבחנה בין גירושים לפרידות לא-פורמליות.⁶ שיקולים אלו הובילו את מרבית מדינות העולם שלא לאמץ גישה

2 לתיאור מפורט של השינויים ראו להלן פרק ב.1.

3 דברי ההסבר, תזכיר חוק הירושה, התשפ"א-2021, עמ' 2.

4 ראו למשל מאמרו של פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" **עיוני משפט** כח 643 (2005) (להלן: שיפמן **משפחה חדשה**), וכן ראו פנחס שיפמן "זוגיות יחד ולחוד – אוטונומיה בתוך אינטימיות" **משפט ועסקים** כד 341, 344–345 (2021) (להלן: שיפמן **זוגיות יחד ולחוד**).

5 ראו בהקשר של ידועים בציבור ע"א 2000/97 **לינדרון נ' קרנית** – **קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים**, נה(1) 12 (1999) (להלן: **לינדרון נ' קרנית**), פסק דינו של השופט ברק המציע פרשנות תכליתית של דיני הנישואים. בהתאם לפרשנות זו יש להעניק זכויות של נשואים לא רק למי שנשוי באופן הלכתי אלא גם למי שמתפקדים בפועל כנשואים. לעילית הגישה הפונקציונלית בפסיקה ובחקיקה העוסקת בגירושים ראו שחר ליפשיץ, "גירושים ללא מדיניות גירושים: על ההסדרה האזרחית הראויה של גירושים למעשה" **עיוני משפט** מה 1 (2021) (להלן: ליפשיץ **גירושים ללא מדיניות גירושים**). כמו כן ראו רות הלפרין-קדרי ובנימין שמואלי "המגמה המתפתחת של גירושים ללא גירושים" **עיוני משפט** מב 597 (2020) (להלן: הלפרין-קדרי ושמואלי).

6 ראו להלן פרק א.2.ב. לגבי הביקורת על הגישה הפונקציונלית לעניין הנישואים, ולהלן פרק ב.2. לעניין הביקורת על הגישה הפונקציונלית לעניין הגירושים.

פונקציונלית, וודאי שלא במתכונת גורפת כמוצע בתזכיר, לגבי הסדרה משפטית של היחסים הזוגיים בכלל ובהקשר של דיני הירושה בפרט.⁷ אולם עיוננו ילמד שלמרות הביקורת העקרונית על הגישה הפונקציונלית, בהקשר הישראלי, קיימות נסיבות ייחודיות הקשורות בהסדרה הדתית של הנישואים המובילה לכך שקיימים בני זוג שהחוק הישראלי אינו מאפשר להם להינשא זה לזה, כגון בני זוג מאותו מין, כוהן וגרושה, בני זוג מדתות שונות או חסרי דת (להלן: "פסולי החיתוך"). נוסף על כך, קיימים בני זוג בעלי כשירות להינשא שאינם מעוניינים להינשא על פי הדין הדתי (להלן: "מתנגדים אידאולוגיים"). לנוכח הנסיבות הייחודיות הללו, מוסד "הידועים בציבור" משמש במקרים רבים כתחליף אזרחי לנישואים עבור מי שאינו יכול או אינו רוצה להינשא בנישואים דתיים.⁸ בדומה לכך, בהקשר הישראלי שבו דיני הגירושים נערכים על פי הדין הדתי, קיימת תופעה של סרבנות גט. בנסיבות הללו, לעיתים, הכרה משפטית בפרידה שאינה מלווה בגירושים הלכתיים, כגירושים לצרכים אזרחיים, מתפקדת כתחליף גירושים אזרחי עבור מסורבי ומסורבות הגט.⁹ תפקידם של הידועים בציבור כתחליף נישואים ושל הפירוד למעשה כתחליף גירושים מצדיק חריגה מן החשיבה האוניברסלית בנושא ומן ההסדרים המקובלים בתחומים אלה בעולם המערבי. אף על פי כן, דיוננו יעלה שנדרשת מערכת דינים ייחודית המאזנת בין השיקולים האוניברסליים הניצבים כנגד אימוץ מלא של גישה פונקציונלית לבין השיקולים המעוגנים בהקשר הישראלי הנקודתי התומכים בגישה זו. זאת, להבדיל מן האימוץ הגורף של הגישה הפונקציונלית העולה מהתזכיר ביחס לשני ההקשרים. בהתאם, נציע במאמר תיקונים והשלמות להסדרים שהוצעו בתזכיר שפורסם, בדרך שהם ישקפו מדיניות ראויה עבור המשפט הישראלי, מדיניות הלוקחת בחשבון שיקולי מדיניות כלליים אוניברסליים לצד שיקולי מדיניות הממוקדים בייחודיות המשפט הישראלי. הערות להיבטים נוספים שבתיקון יזכו לדיון בהודמנויות נוספות.

מבחינה מבנית: בפרק הראשון נעסוק בשינויים המוצעים בענייני הידועים בציבור, בפרק השני נעסוק במעמד החדש של נשוי-פרוד. בכל אחד מן הפרקים נפתח בסקירת השינויים המוצעים בתזכיר, לאחר מכן נציע מתווה נורמטיבי הכולל שיקולי מדיניות ראויים, ולבסוף נבחן, נעריך ולעיתים נמליץ לשנות או להשלים את התיקונים המוצעים בתזכיר לנוכח המתווה הנורמטיבי. בחלק הסיום נסכם את ההמלצות המעשיות

⁷ ראו את הסקירה ההשוואתית המובאת בפרק א.א.2. ובפרק ב.2.
⁸ על תפקידם של הידועים בציבור כתחליף נישואים ראו אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול** 309–303 (1990); גישה זו אפיינה את כתיבתו המוקדמת של שיפמן, ראו פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** 285–286, 344–345 כרך ראשון (מהדורה שנייה 1995); פנחס שיפמן, "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" **משפטים** יט 847, 849–851; כמו כן ראו שחר ליפשיץ, **הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 55–60, 65 (2005) (להלן: ליפשיץ **הידועים בציבור**).

⁹ ראו פנחס שיפמן "על תחליפי גירושים תוצרת בית המשפט האזרחי" **ספר לנדוי** כרך ג 1607 (אהרן ברק ואליעזר מזוז עורכים 1905); ליפשיץ **הידועים בציבור**, שם בעמ' 61–65.

הקונקרטריות המובאות במאמר הן לגבי מקרים שבהם יש לאמץ את התיקונים המוצעים בתזכיר והן לגבי מקרים שבהם נמליץ על תיקונים והשלמות לנוסח המוצע בתזכיר.

א. ירושת ידועים בציבור

1. התיקונים המוצעים בתזכיר

חוק הירושה מבחין בין ההסדר החוקי החל על ירושת בני זוג נשואים לבין ההסדר החל על בני זוג שהם ידועים בציבור. סעיפים 10 ו-11 לחוק הירושה דנים בזכויות הירושה על פי דין של בני זוג. לעומת זאת, זכויות הירושה של בני זוג שאינם נשואים מוסדרים בחוק הקיים בסעיף 55 לחוק הירושה. סעיף זה, שכותרתו "מעין צוואה", קובע:

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 ציווה 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.

המונח "ידועים בציבור" אינו מופיע במפורש בחוק המקורי, ואף לא בתזכיר. עם זאת, בז'רגון המשפטי הישראלי בני זוג שאינם נשואים נחשבים כתנאים מסוימים כידועים בציבור, גם במקרים שבהם הביטוי "ידועים בציבור" אינו מופיע במפורש בחקיקה. בהתאם לכך, מקובל לראות את סעיף 55 הקיים לחוק הירושה כעוסק בזכויות הירושה של הידועים בציבור,¹⁰ וכך נתייחס אליו במאמר זה.

על פי התיקון המוצע, ההסדרים בחוק יאוחדו במובן זה שהגדרת בן זוג לצורך ירושה תכלול הן בני זוג נשואים והן בני זוג שאינם נשואים (ידועים בציבור), וסעיף 55 יבוטל.

נוסף על כך, בסעיף 1א לתזכיר מוצעת הגדרה מחודשת לבני זוג לצורך חוק הירושה. על פי ההגדרה המוצעת בני זוג הינם:

מי שחיים חיי משפחה במשק בית משותף בשים לב לכוונת הצדדים לקיים חיי משפחה כאמור דרך קבע, ואין לאף אחד מהם בן זוג אחר; לעניין זה, חזקה כי מי שחיים חיי משפחה במשק בית משותף במשך שלוש שנים רצופות לפחות, ואין לאף אחד מהם בן זוג אחר, הם בני זוג.

למעשה, קיימים ארבעה הבדלים בין ההסדר הקיים להסדר המוצע:

¹⁰ שמואל שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 465-480 כרך א, (1995) (להלן, שילה פירוש לחוק הירושה); ע"א 714/88 שנצר נ' ריבלין, מה(2) 089 (1991); ע"א 107/87 אלון נ' מנדלסון, מג(1) 431 (1989); ע"א 621/69 נסיס נ' יוסטר, כד(1) 617 (1970) (להלן: נסיס נ' יוסטר).

1. השמטת הדרישה של איש ואישה והכללה במשתמע של הסדר הירושה החל על "בני זוג" גם על בני זוג מאותו מין.
2. שינוי ההגדרה של ידועים בציבור בדרך המוסיפה לממד האובייקטיבי של "חיים חיי משפחה במשק בית משותף", הקיים גם בגרסה הקיימת, ממד סובייקטיבי של "כוונה לקיים חיי משפחה דרך קבע".
3. קביעת חזקת "בני זוג" לגבי מי שחיים שלוש שנים רצופות לפחות.
4. וכאמור, ביטול סעיף 55 המגדיר את ירושת הידועים בציבור כמעין צוואה, איחוד ההסדרים בין ירושת בני זוג ידועים בציבור שאינם נשואים לבין ירושת בני זוג נשואים וכפועל יוצא מכך התייחסות לירושת בני הזוג בשני המקרים כירושה על פי דין.

לצורך הערכת השינויים המוצעים בתזכיר נידרש תחילה, בחלק 2(א), לרקע קצר של מוסד הידועים בציבור בישראל ובעולם. לאחר מכן, בחלק 2(ב), נציג מתווה נורמטיבי הפורס את שיקולי המדיניות שראוי שינחו את הסדרת זכויות הירושה של ידועים בציבור בישראל. בעקבות סקירת הרקע והצגת המתווה נפנה בחלק השלישי של הפרק להערכת השינויים המוצעים בתזכיר, ובעקבות זאת נציע תיקונים והשלמות.

2. מתווה לדיון: כיצד ראוי להסדיר את ירושת הידועים בציבור בישראל

(א) רקע פוזיטיבי ומבט השוואתי: ייחודם של דיני הידועים בציבור בישראל

המונח "ידועים בציבור" הוא כינוי לבני זוג החיים במשותף בדומה לזוגות נשואים אך אינם נשואים מבחינה משפטית-פורמלית. מחקר השוואתי מלמד כי ההסדרה המשפטית של הידועים בציבור בישראל ייחודית בהשוואה למקובל במדינות העולם המערבי בשני ממדים מרכזיים:¹¹

ראשית, בישראל ניכרות מגמות לצמצום הפער המשפטי בין ידועים בציבור לבין נשואים. לאור מגמה זו, היקף הזכויות בישראל של מי שאינם נשואים זהה כמעט לחלוטין להיקף הזכויות של בני זוג נשואים.¹² שנית, בישראל ניכרת מגמה לצמצום תנאי הסף הנדרשים לצורך הגדרת אדם כידוע בציבור. כך למשל, בחלק ניכר מן המדינות בעולם המערבי, על מנת לקבל זכויות של ידועים בציבור, בהקשרים השונים שזכויות כאלה מוכרות בהם, יש לעמוד בתנאי כניסה ברורים להגדרת מוסד הידועים בציבור. תנאים אלו כוללים בדרך כלל מספר שנים מינימלי של מגורים משותפים, ובמקומות מסוימים גם חשבון בנק משותף ו/או תצהיר בפני רשות או גורם משפטי. לעומת זאת, בישראל לא גובתה הרחבת הזכויות לידועים בציבור בתנאי כניסה ברורים או משמעותיים.¹³

¹¹ ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 78–87 (2005). לדוגמאות קונקרטיות הממוקדות בדיני הירושה ראו בהרחבה במקורות המצוינים בהערות השוליים הבאות.

¹² ליפשיץ **הידועים בציבור**, שם.

¹³ ליפשיץ **הידועים בציבור**, שם, 23–31.

שני המאפיינים הללו של המשפט הישראלי באים לידי ביטוי מובהק בתחום דיני הירושה. כך, אף על פי שסעיף 10 לחוק הירושה הקיים אינו מגדיר את הידוע בציבור כירוש על פי דין, סעיף 55 העוסק בזכויות הירושה של הידועים בציבור משווה כמעט לחלוטין, על פי הפרשנות שניתנה לו בפסיקת בתי המשפט,¹⁴ בין זכויות הירושה של ידוע בציבור שבן זוגו נפטר לבין הזכויות של מי שהיה נשוי למנוח. התיקון המוצע סוגר את הפער בין הידועים בציבור לנשואים ומשווה לחלוטין את זכויות הירושה בשני המקרים.

השוואה מוחלטת בין זכויות הירושה של נשואים לאלו של הידועים בציבור נדירה ביותר, וקשה למצוא לה מקבילות במדינות נוספות בעולם המערבי.¹⁵ כך, ברובן הגדול של ארצות המערב, לרבות כל מדינות ארצות הברית,¹⁶ הפרובינציות המרכזיות בקנדה

¹⁴ ע"א 1717/98 בלאו נ' פוזש, פ"ד נד(4) 376 (2000) (להלן: בלאו נ' פוזש), פסק דינו של השופט טירקל. כמו כן ראו שילה, פירוש לחוק הירושה, בעמ' 476 (לעיל ה"ש 10), וכן שאול שוחט, מנחם גולדברג ויחזקאל פלומין דיני ירושה ועזבון 52–54 (מהדורה שישית מורחבת ומעודכנת, 2005) הסבורים כי השוואה בין ירושת הנשואים לירושת הידועים בציבור בהקשרים הללו הינה השוואה מוחלטת. עם זאת, בשנים האחרונות הבחינו כמה שופטים בבתי המשפט הדיוניים בין זכויות הירושה של הנשואים לאלה של הידועים בציבור: ע"מ"ש (מחוזי תל אביב-יפו) 11700-12-16 ש. א. ואח' נ' ש.ט. (נבו) 07.10.2018 (להלן: ש.א. ואח' נ' ש.ט.), פסקי דינם של השופטים שוחט ואטדגי; ע"מ (מחוזי חיפה) 306/06 פלונית נ' אלמונית (נבו) 13.06.2007 (להלן: פלונית נ' אלמונית), פסק דינה של השופטת וילנר, לדין בכך ראו להלן חלק א.ד.3.

¹⁵ למיעוטן של המדינות המכירות בזכויות ירושה של ידועים בציבור ראו ליפשיץ הידועים בציבור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 89–90; עוד ראו Frank Rainer, *The Status of Cohabitation in the Legal Systems of West Germany and Other West European Countries*, 33(2) AM. Elena A. Kirillova, Varvara V. Bogdan, Elena V. J. COMP. L. 185 (1985) Kaymakova, Igor N. Ozerov & Sergey S. Zenin, *Inheritance Rights of Spouses in the Actual Marriage: A Comparative-Legal Aspect*, 7(16) J. ADVANCED Res. L. & ECON. 270 (2016) (להלן: Kirillova & Bogdan & Kaymakova & Ozerov & Zenin). כמו כן ראו Gregor Christandl, *Succession Rights for Cohabitants*, EDINBURGH L. REV. לאחרונה Catherine Brown, Kyle T. Gardiner, *The* (להלן: Christandl) 24(1), 138 (2020) Brown & : (להלן: rights of unmarried cohabitants in Canada, 24 Tr. & Tr. 86 (2018) (Gardiner).

¹⁶ E. Gary Spitko, *Interstate Inheritance Rights for Unmarried Committed Partners: Lessons for U.S. Law Reform from the Scottish Experience*, 103 IOWA L. REV. 2175 (2018) (להלן: Spitko).

כגון אונטריו,¹⁷ ובמדינות אנגליה,¹⁸ דנמרק¹⁹ וגרמניה,²⁰ בני זוג שאינם נשואים, ולחלופין שלא התקשרו בקשר זוגי פורמלי אחר המוכר על ידי המדינה ושלא ערכו צוואה – אינם יורשים זה את זה. במדינות אחרות, דוגמת סקוטלנד, החוק מעניק לבתי המשפט שיקול דעת להקנות לידוע בציבור חלק מזכויות הירושה, אך אין מדובר בזכויות ירושה מלאות המוקנות באופן אוטומטי ללא הפעלת שיקול דעת שיפוטי כפי שמדובר במקרה של נשואים.²¹ זאת ועוד, במדינות הנדירות המכירות בזכויות ירושה

¹⁷ Brown & Gardiner, לעיל ה"ש 15; לעניין ההסדר באונטריו ראו שם בעמ' 90–91, S.1(1)(b) Succession Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. S.26; S.1(1) Family Law Act, RSO 1990, c F.3, אולם יש לציין כי גם באונטריו, אף על פי שהידועים בציבור אינם יורשים הם יכולים לבקש תמיכה כלכלית, ראו 4511 Kerzner Estate, No. (Stajduhar v. Kerzner Estate, No. 4511) O.J. [2017].

¹⁸ Law Commission, Intestacy and Family Provision Claims on Death, (Law Com no 331, 2011) para 8.1, וכך EWCJ [2019] Kahrman v Harrison-Morgan, Civ 2094, כמו כן ראו Simone Wong, *Cohabitation Reform in England and Wales: Equality or Equity*, *Canadian journal of women and the law.*, 27(1), 112, (2015) אומנם באנגליה ה- Law Commission בדוח ה"נ"ל הציעה הכרה חלקית בזכויות הירושה של הידועים בציבור, אך הצעה זו לא התקבלה נכון להיום.

¹⁹ Ingrid Lund-Andersen, *Registered and Unmarried Partners in Denmark – Recent Legal Developments*, 2011 INT'L SURV. FAM. L. 157, 161–164 (2011) המציגה כי ידועים בציבור אינם זכאים בדנמרק לירושה מכוון הדין בהעדר צוואה. עם זאת, החל מ-2006, ידועים בציבור יכולים להוריש זה לזה באמצעות צוואה, ובתנאי שהזוג התגורר יחדיו בעת הפטירה ולהם ילד משותף (או שצפוי להיוולד), או לחלופין בהעדר ילד שהצדדים התגוררו יחדיו שנתיים טרם הפטירה. להרחבה ראו גם Gitte Meldgaard Abrahamsen, *Do Unmarried Cohabitants Have Inheritance Rights (in Practice) in Denmark?*, in NORDIC INHERITANCE LAW THROUGH THE AGES SPACES OF ACTION AND LEGAL STRATEGIES 349 (2020). יצוין כי בעת תיקון החקיקה ב-2006 עלתה הצעה, אשר לא צלחה לבסוף, שידוע בציבור יהא זכאי בהעדר צוואה לרבע מעיבוד המנוח (עד מגבלה של 500,000 כתר דני) בהתקיים התנאים המצטברים שלפיהם הצדדים התגוררו יחדיו שנתיים בטרם הפטירה ובנוסף שלצדדים ילד משותף (או שעתיד להיוולד).

²⁰ Kirillova, Bodgan, Kaymakova, Ozerov & Zenin, לעיל ה"ש 15. כך למשל הרחיב חוק המשפחה הסקוטי, The Family Law (Scotland) Act 2006, את זכויות הירושה לידועים בציבור. מנסחי החוק ביקשו להעניק לבתי המשפט את הגמישות הדרושה לפרשנות העובדות של כל מקרה מתוך הבנה כי יחסי המגורים המשותפים והנסיבות האישיות של השותפים משתנים. בהתאם לכך, ס' 25(2) קובע כי ביהמ"ש יבחן את הקשר בהתאם לפרמטרים של משך מערכת היחסים, טיבה ומכלול ההסדרים הפיננסיים הקיימים בין הצדדים. אולם, ס' 29 לחוק מסייג כי הירושה תחול רק במצב שבו בני הזוג חיו יחד במשותף בעת פטירת המוריש. לצד זאת, המחוקק אף הויתר את קביעת שיעור נתח הירושה של בן הזוג בידי בית המשפט, וזה רשאי להתחשב ב"כל עניין שיראה לנכון" (עד שיעור מקסימלי שלו היה זכאי אילו נישאו). במסגרת קביעת נתח הירושה, ביהמ"ש שוקל בחוזר את תנאי הבסיס שהיה עליו לשקול לשם הגדרת המבקש כידוע בציבור, בס' 25 לחוק. חרף זאת, יצוין כי מחקרים אמפיריים שנערכו בסקוטלנד הצביעו כי בפועל אירעו מקרים בודדים של תביעת ירושה עקב זוגיות שכללה מגורים

של ידועים בציבור, גם אם באופן מצומצם מזה הקיים בישראל, קיימת מגמה לקבוע תנאי סף נוקשים הנדרשים לצורך הגדרת בן הזוג כמי שזכאי לירושה.²² כך למשל תנאי הסף של המחוזות השונים באוסטרליה ושל הפרובינציות בקנדה שבהם מוכרות בנסיבות מסוימות זכויות ירושה של ידועים בציבור, כוללים בדרך כלל תקופת זמן מינימלית של חיים משותפים – לרוב שנתיים או שלוש,²³ כשלצידן החרגה בחלק מן המדינות במקרים שבהם לצדדים ילד משותף ו/או במקרה של התקשרות פורמלית

משותפים של למטה משנתיים, ומקרים נוספים, מעטים יחסית, בתביעות ירושה של חיים משותפים של תקופה נמוכה מחמש שנים. ראו בנושא זה למשל Christandl, לעיל ה"ש 15, בעמ' 138; כן ראו Spitko, לעיל ה"ש 16, על כך שבמדינת יוקון בקנדה רשאים בני זוג לפנות לבית המשפט בבקשה לקבל חלק מהעזובון, S74(1) Estate Administration Act, RSY 2002, c 77; אף באונטריו שהזכרה לעיל, ה"ש 17, ידועים בציבור שחיו יחדיו שלוש שנים זכאים לתמיכה מן העזובון אך לא לזכויות ירושה מלאות.

למגמה זו ראו למשל Christandl, לעיל ה"ש 15, בעמ' 140–141.

כך למשל באונטריו, שבה כזכור לידועים בציבור זכות לתמיכה כלכלית מן העזובון, נדרשות לפחות שלוש שנים של חיים משותפים, ראו Stajduhar v. Kerzner Estate, לעיל ה"ש 17; זהו המצב בכמה פרובינציות באוסטרליה, ראו למשל new walls Succession Act 2006 No 80 S. 104(b) and s 105. בדרום ויילס, הגדרת בן זוג לצורך העיריות הינה מי שניהל משק בית משותף עם הנפטר סמוך לפטירתו. שותפות במשפחה מוגדרת כזוג שנרשם לפי חוק, או במערכת יחסים דה פקטו שכללה תקופה רצופה של שנתיים לפחות, או מערכת יחסים שהביאה להולדת ילד, Wolfram Muller-Freienfels, *Cohabitation And Marriage Law – A Comparative Study*, International Journal of Law, Policy and the Family, 1(2), 259, 273–274 (1987); גם במספר מצומצם של אזורים בקנדה זהו המצב, ראו Brown & Gardiner, לעיל ה"ש 15. באלברטה, הגדרת בני זוג כוללת תלות הדדית ביניהם. התלות ההדדית מתקיימת אם האדם חי עם האדם האחר במערכת יחסים של תלות הדדית במשך תקופה רצופה של לא פחות מ-3 שנים, או של קביעות כלשהי, אם יש ילד מהקשר מלידה או אימוץ. לחילופין, אם הזוג התקשר בהסכם שותפות תלויה והדדית לפי ס' 7 לחוק, S.3(1) Adult Interdependent Relationships Act, SA 2002, c A-4.5; בקולומביה הבריטית, אם הזוג היה נשוי או במערכת יחסים דמוית נישואים במשך שנתיים עד המוות, SBC 2009, c 13, s.2(1)(b) Wills, Estates and Succession Act, במניטובה, ההגדרה כוללת אדם שאינו נשוי למי שלא הותיר צוואה, והם התגוררו יחד במערכת יחסים זוגית, (א) לתקופה של שלוש שנים לפחות, או (ב) לתקופה של שנה לפחות והם ביחד הורים לילד, S.1(1) Intestate Succession Act, CCSM 1990, c 185; בטריטוריות הצפון-מערביות החוק כולל בן/בת זוג שחיו יחד במערכת יחסים זוגית מחוץ לנישואים עם המנוח, S.1 Intestate Succession Act, RSNWT 1988, c I-10, אם הם חיו כך במשך תקופה של שנתיים לפחות, או שמערכת היחסים הייתה מערכת יחסים קבועה כלשהי והם יחד ההורים הטבעיים או המאמצים של ילד משותף, S.1(1) Family Law Act, SNWT 1997, c 18.

22

23

המשקפת רצון לקשר משפטי מחייב.²⁴ זוהי גם הפרקטיקה הנוהגת במדינות נוספות שבהן מוכרות זכויות ירושה של ידועים בציבור.²⁵ בישראל, לעומת זאת, היקף זכויות הירושה של הידועים בציבור לא גובה בקביעת תנאי סף משמעותיים.²⁶ כך, בחוק הירושה הקיים, אין הגדרת מינימום בחוק לגבי זמן החיים המשותפים המגדיר בני זוג. להפך, קיים פסק דין של בית המשפט העליון שקבע שתקופה של שנה ואפילו למטה ממנה מספיקה לצורך הגדרת בני הזוג כידועים בציבור לצורך דיני הירושה.²⁷ בתי המשפט הדיוניים פסעו צעד נוסף, ובפסק דין של בית המשפט המחוזי נקבע כי תקופה של שלושה חודשים הספיקה כדי להגדיר בני זוג כידועים בציבור לצורך חוק הירושה.²⁸ דוגמה נוספת לצמצום תנאי הסף בישראל תמצא בפסק דין של בית המשפט העליון הקובע שאף אם בני הזוג אינם גרים יחד באותה דירה באופן קבוע אלא גרים בדירות נפרדות זה לצד זה, הם יוכלו להיחשב כידועים בציבור לצורך דיני הירושה.²⁹ השילוב של השוואה כמעט מוחלטת בין זכויות

²⁴ ראו בנושא זה את ההסדרים במחוזות השונים בקנדה ובאוסטרליה, וכן את החוק בסקוטלנד, המתוארים בה"ש 21 ו-22 לעיל.

²⁵ זהו המצב בקטלניה, ראו Christandl, לעיל ה"ש 15, בעמ' 140, שבה זוג צריך לחיות יחד לפחות שנתיים ללא הפרעה, או שיש להם "ילד משותף", או שהחיים המשותפים מוסדרים מפורמלית בדרך של שטר נוטריוני. באופן דומה קבע המחוקק אף בניו זילנד [(N.Z) Property (Relationships) Act 1976, s 85(3)] כתנאי סף לירושה מגורים משותפים של לפחות שלוש שנים, למעט אפשרות סטייה בהתאם לשיקול דעת שיפוטי מתנאי זה, ככל שלצדדים ילד משותף או שכן הזוג השורר תרם תרומה "יוצאת דופן" לקשר, ובנוסף אי-הורשה תגרום לו לעול חמור. יצוין כי ביהמ"ש העליון בניו זילנד פירש בצמצום את החריג של תרומה "יוצאת דופן" וקבע שמדובר בתרומה "מעל ומעבר" מן המצופה בשגרה במסגרת מערכת יחסים זוגית רגילה ונורמטיבית, ראו H v H [2013] NZHC 443, [2013] NZFLR 387.

²⁶ להתייחסות קונקרטיית לתנאי הכניסה המקובלים בהקשר של זכויות הירושה של הידועים בציבור ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 85-87.

²⁷ ראו **נסים נ' יוסטר**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 621, שם מציין בית המשפט העליון שתקופה של שנה ואפילו תקופה קצרה ממנה עשויה להספיק; לתקופות קצרות בהקשרים אחרים ראו רע"א 9755/04 **ביטון נ' קצין תגמולים – משרד הביטחון** (נבו) 31.08.2008; ע"ע (ארצי) 46205-08-18 **סידורובה נ' מזריצר** (נבו) 14.07.2019.

²⁸ ת"ע (מחוזי תל אביב-יפו) 3696/90 **אמיר נ' זגר** (נבו) 16.09.1991. (להלן: **אמיר נ' זגר**); אף פסקי דין נוספים של בתי המשפט הדיוניים מתייחסים לכמה חודשים של קשר כמינימום הנדרש לצורך דיני הירושה. ראו למשל ע"ע (משפחה ירושלים) 20528-03-15 **א.א. נ' י.ח.** (נבו) 26.02.2018. פסקה 18 לפסק הדין:

"גם קשר קצר, יחסית, עשוי ללמד על קשר עמוק כשל בעל ואישה אם מתקיימים לגביו בצורה ברורה המאפיינים הדרושים... הדעת נותנת כי לרוב יידרש קשר של מספר חודשים לפחות במתכונת משותפת ויציבה על מנת שניתן יהיה לבסס ממצאים בדבר קיומו של קשר עמוק ושותפות גורל קבועה בדומה לזוג נשוי, וקשר על פני זמן קצר מזה יוכל לבסס קביעה בדבר שותפות גורל בהינתן נסיבות ומאפיינים מובהקים, שיצדיקו קביעה שכזו".

²⁹ בע"מ 3497/09 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 4.5.2010) (להלן: **פלוני נ' פלונית**, דירות סמוכות).

הירושה של בני זוג נשואים לאלו של הידועים בציבור ושל תנאי כניסה רחבים ועמומים המקנים זכויות אלה, נדיר וייחודי למשפט הישראלי.

(ב) ההיבט הנורמטיבי – דיני הידועים בציבור בין גישה פונקציונלית לתחליף נישואים

ניתן להתבונן בדיני הידועים בציבור בישראל משתי נקודות מבט: (1) נקודת מבט המאמצת גישה פונקציונלית ולא פורמליסטית של המשפט. לגישה זו, ההצדקות לדיני הנישואים נעוצות בתוכן הממשי של הקשר הזוגי ולא בתיוגו הפורמלי, ועל כן יש להחיל דינים אלה גם על ידועים בציבור.³⁰ גישה זו נשענת לכאורה על חשיבה אוניברסלית שאינה קשורה בהכרח לנסיבות הישראליות. (2) נקודת מבט ייחודית לישראל – הרואה במוסד הידועים בציבור תחליף אזרחי לנישואים הדתיים בעבור אלו שאינם יכולים או אינם מעוניינים להינשא בנישואים דתיים.³¹

(1) נקודת המבט הפונקציונלית – ניתוח ביקורתי

כאמור, הדרך הראשונה שבה ניתן לנסות להצדיק את המגמה של השוואת המעמד של הידועים בציבור לזו של הנישואים היא נקודת המבט הפונקציונלית. דרך זו אינה מעוגנת בהקשר המיוחד של דיני הנישואים והגירושים בישראל, אלא על שיקולי מדיניות אוניברסליים כלליים המעדיפים התייחסות למהותו של הקשר על פני תיוגו הפורמלי.

כנגד דרך חשיבה זו עמדתי בספרי על הידועים בציבור בישראל על כך שמנקודת מבט אוניברסלית, שאינה לוקחת בחשבון את הנסיבות הייחודיות הקיימות בישראל, קיים קושי לתמוך בגישה הפונקציונלית המשווה לחלוטין בין הידועים בציבור לנישואים, וודאי שאין מקום להקלת תנאי הסף לצורך הגדרת בני הזוג הזכאים לתנאים הללו.³²

ראשית, במקרים רבים, במיוחד כאשר מדובר בקשרים קצרי טווח, החיים כידועים בציבור משקפים תקופת מבחן שבעקבותיה יחליטו הצדדים האם להפוך את הקשר למחייב.³³ בנסיבות כאלה, התייחסות לבני זוג ידועים בציבור כאילו נישאו מרוקנת

³⁰ ראו את כתיבתו של שיפמן, לעיל ה"ש 4, וכן ראו לינדורן נ' קרנית, לעיל ה"ש 5; ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, 46–47.

³¹ לנקודת מבט זו ראו את המקורות המוזכרים לעיל ה"ש 8.

³² לטיעונים הליברליים כנגד השוואת ידועים בציבור ונישואים ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, עמ' 71–76, וכן *Shahar Lifshitz, Married Against Their Will? Toward a Pluralist Regulation of Spousal Relationships*, 66 WASH. & LEE L. REV. 1565 (2009) (להלן: *Shahar Lifshitz, Married Against Their Will*). כמו כן ראו Marsha Garrison, *Is Consent Necessary? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligation*, 52 UCLA L. REV. 815 (2005).

³³ לתפקיד זה של החיים כידועים בציבור ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 74, ובהפניות המובאות בה"ש 7 שם; כן ראו רבקה הזה ואורלי בנימין "ואז הייתי צריכה ללכת לרבנות": מיפוי זהויות חילוניות ומגדריות במשפחות ישראליות בקוהביטציה

מתוכן את משמעותה של תקופת הניסיון. שנית, אף במקרים של קשרים ארוכים, בחלק מן המקרים הבחירה של ידועים בציבור שלא להינשא משקפת את הרצון של בני הזוג, או לפחות של אחד מהם, שלא ליטול על עצמם מחויבות משפטית. במקרים אלו, החלת דיני הנישואים על הידועים בציבור, ובמיוחד כאשר מדובר על ההיבטים המחייבים שבנישואים, כגון חלוקת רכוש ו/או הטלת אחריות כלכלית הודנית, ובהקשר של המאמר הנוכחי קביעת ברירת מחדל המשווה בין זכויות הירושה של בן זוג נשוי לאלו של הידוע בציבור, חותרת תחת בחירת הצדדים שלא להינשא.³⁴ שלישית, השוואה מוחלטת של דיני הידועים בציבור לאלה של הנישואים מצמצמת את מגוון המוסדות הזוגיים, בעוד שהבחנה ביניהם מגוונת את המוסדות הזוגיים ומשום כך היא ראויה יותר מנקודת מבט פלורליסטית.³⁵ נוסף על כך, הבחנה פורמלית בין הנישואים למי שאינם נשואים מגבירה את הוודאות המשפטית ומקטינה את הצורך בבחינה פולשנית של נכחי הקשר הזוגי של בני הזוג.³⁶

לצד הטענות הללו, הניצבות כנגד השוואה מוחלטת בין דיני הידועים בציבור לבין דיני הנישואים, אין להתעלם לחלוטין מהגיונה של הגישה הפונקציונלית. לפי הגישה הפונקציונלית, הרציונל מאחורי דיני הנישואים קשור במקרים רבים לתוכן המהותי של הנישואים, תוכן המתקיים גם כאשר מדובר בבני זוג שבחרו שלא להתחתן. בהתאם לכך, ניתן לכאורה לטעון שההצדקות הרווחות לזכויות הירושה של בני זוג נשואים, כגון אומד דעתו של המוריש, נכונות גם במקרה של בני זוג שאינם נשואים פורמלית. נוסף על כך, אין להתעלם ממקרים של פערי כוחות בין בני הזוג שבעקבותיהם הצד החלש כלכלית נאלץ להסכים בחריקת שיניים לאי הנישואים גם כאשר באופן מהותי מתקיימות ההצדקות להחלה ולו חלקית של מחויבות הנישואים על יחסי הצדדים. לבסוף, קיימים מקרים שבהם חיים משמעותיים כידועים בציבור אינם משקפים החלטה

סוציולוגיה ישראלית יב(2) 455, 456–459 (2011) (להלן: הזה ובנימין "ואז הייתי צריכה ללכת לרבנות"); ורד בלוש-קליינמן ושלמה ושרליץ, "קוהביטציה בקרב בוגרים צעירים בישראל" **חברה ורווחה** יט(4), 461 (1999) (להלן: בלוש-קליינמן ושרליץ "קוהביטציה בקרב בוגרים צעירים בישראל").

³⁴ לטיעון זה ראו June Carbone & Naomi Cahn, *Nonmarriage*, 76 MD. L. REV. 55 (2016). כמו כן ראו Garrison, לעיל ה"ש³². לטיעון בהקשר הישראלי ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש⁸, בעמ' 96–98; להדהוד הגישה בפסיקה ע"א 52/80 **שחר נ' פרידמן**, לח(1) 443, 458 (1984) (להלן: **שחר נ' פרידמן**) "ההבדל בין זוג נשוי לבין זוג הידוע בציבור כנשוי הוא, לצורך הנושא שלפנינו, רק בכך, שרובן נטל הוכחה כבד יותר על מי שמנסה להוכיח את כוונת השיתוף בנכסים של הזוג הידוע בציבור".

³⁵ Shahar Lifshitz, *Married Against Their Will*, לעיל ה"ש³⁰. עמדה זו הפכה לאחרונה לגישה הרווחת במחקר. ראו למשל Carbone & Naomi Cahn, שם. עוד ראו William N. Eskridge Jr., *Family Law Pluralism: The Guided-Choice Regime of Menus, Default Rules, and Override Rules*, 100 GEO. L.J. 1881, 1889 (2012).

³⁶ ראו ברוח זו Marsha Garrison, *Marriage Matters: What's Wrong With the ALI's Domestic Partnership Proposal*, in RECONCEIVING THE FAMILY: CRITIQUE ON THE AMERICAN LAW INSTITUTE'S PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION 305, 328 (Robin Fretwell Wilson ed., 2006); לטיעון בהקשר הישראלי ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש⁸, בעמ' 104.

מודעת שלא ליטול מחוביות משפטיות הדדיות אלא המשך טבעי של חיים משותפים שלא לור בנישואים.³⁷

משום כך, כשם שאין לאמץ עמדות קיצוניות שלפיהן יש להשוות ידועים בציבור לנישואים, כך יש גם לדחות עמדות המתכחשות באופן גורף למחויבות הנוצרת בחיים בין בני זוג שלא נישאו.³⁸ חלף זאת, יש לבכר את האיזון שמדינות רבות בעולם המערבי עורכות בין הגישה הפורמלית, המבחינה באופן גורף בין נישואים לבין חיים כידועים בציבור, לגישה הפונקציונלית, המשווה בין שני המקרים. זאת באמצעות הענקה חלקית של זכויות הנישואים לידועים בציבור, במיוחד זכויות בעלות גוון הגנתי-סוציאלי, לצד קביעת תנאי כניסה ברורים ומשמעותיים הנדרשים לצורך הכרה בזוג כידועים בציבור, תוך מתן העדפה למבחנים ברורים וניתנים להוכחה.

(2) נקודת המבט הממוקדת בתפקידם של הידועים בציבור כתחליף לנישואים עבור מי שאינו יכול או אינו רוצה להינשא בנישואים דתיים.

ביסוד הביקורת על הגישה הפונקציונלית עמדה הטענה שהחיים כידועים בציבור משקפים בחירה שלא להינשא, ובמשתמע דחייה של המחויבות המשפטית הטמונה בנישואים. ברם, הניתוח "האוניברסלי" אינו לוקח בחשבון את מורכבות הסיטואציה בישראל, ואת העובדה שבמקרים רבים החיים כידועים בציבור אינם נובעים מדחיית המחויבות המשפטית אלא מחוסר יכולת או חוסר רצון להינשא על פי הדין הדתי.³⁹ בנסיבות אלה, ניתן לכאורה לטעון שהביקורת שהוטחה בגישה הפונקציונלית אינה רלוונטית כלל עבור המשפט הישראלי, ומשום כך בישראל ראוי לאמץ גישה המשווה לחלוטין את מעמד הידועים בציבור לאלו של הנישואים.

דעתי שונה. אכן, גם לשיטתי, התפקיד של מוסד הידועים בציבור כתחליף לנישואים מצדיק יחס ייחודי של המשפט הישראלי. עם זאת, בספרי על הידועים בציבור בישראל הוכחתי שגם במציאות הישראלית קיימים זוגות שבחרו שלא להתחתן מסיבות אוניברסליות, בשל אי רצונם במיסוד משפטי של הקשר, ללא קשר להיבט הדתי, ויש להישמר מכפיית מחויבות משפטית על מי שלא בחר בכך.⁴⁰ בהתאם לכך, סברתי

³⁷ ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 121–143; Grace G. Blumberg, *The Regularization of Non-marital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the Courtney American Welfare State*, 76 NOTRE DAME L. REV. 1265 (2001); ולאחרונה, Erez G. Joslin, *Family choices*, 51 ARIZ. ST. L.J. 1285 (2019), וכן ראו Aloni, *Compulsory Conjugal*, CONN. L. REV., 53(1), 55, (2021).

³⁸ להצעתה של תפיסה "מאזנת" ראו Joslin, שם. כן ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 145–153.

³⁹ הזה ובנימין "ואז הייתי צריכה ללכת לרבנות", לעיל ה"ש 33; רינה שחר ומיה אלמקייס "עד החתונה זה יעבור" עמדות של צעירים בשאלה "למה לא להתחתן?" **סוגיות חברתיות בישראל** 21, 141 (2016).

⁴⁰ מעניין כי בניגוד לעמדה המקובלת שידועים-בציבור הם מנועי-חיתון ברוב המקרים, המלומד שילה מציין בספרו כי כל ההתדיינות בבית המשפט העליון בסכסוכי ירושה בין ידועים-בציבור עסקו למעשה באנשים שיכלו להינשא, שילה, **פירוש לחוק הירושה**,

בספרי שעל בתי המשפט העוסקים ביחסי הרכוש בין הידועים בציבור לנסות להבחין בין סוגים שונים של ידועים בציבור, ובעיקר בין ידועים בציבור שלא התחתנו מסיבות אוניברסליות, וביניהם חוסר הרצון להתמסד וליטול מחויבויות משפטיות, לבין ידועים בציבור שלא נישאו מן הסיבות המעוגנות בהקשר הישראלי, בעיקר פסולי החיתון והמתנגדים האידאולוגיים לנישואים הדתיים. כהמשך לכך טענתי שגם אם לנוכח המציאות בישראל ניתן להצדיק מדיניות המחילה באופן נרחב את דיני הנישואים על הידועים בציבור, מעבר לזו הקיימת בעולם המערבי, יש להקפיד על הגדרה ברורה של הידועים בציבור ועל תנאי סף המבחינים בין קשרים ארעיים לקשרים קבועים, ובין מי שביקשו בקשר משפטי מחייב לבין מי שלא חפצו בכך.⁴¹ בהמשך המאמר, כאשר אתמקד בתיקון החקיקתי המוצע עבור דיני הירושה, אף אציע מנגנונים שיש לעגן בחקיקה שמטרתם סינון בין הסוגים השונים של הזוגות שאינם נשואים.

(3) ייחודיותם של דיני הירושה

לטיעון העקרוני, המסויג מהשוואה גורפת של מעמד הידועים בציבור לאלו של הנשואים בכלל ובהקשר הישראלי בפרט, משנה תוקף כאשר מדובר על דיני הירושה: ראשית, דיני הירושה מתייחדים במעמד המרכזי שהם מייחסים לחופש הציווי ולהגשמת רצון המנוח.⁴² משום כך, בתחום הירושה יותר מאשר בתחומים אחרים יש

לעיל ה"ש 10, בעמ' 468, והשוו לטענה שטענתי בספרי הידועים בציבור, לעיל ה"ש 8, שער שני, שלפיה לפחות במקרים שבהם מדובר בידועים בציבור שלא נישאו מטעמים אוניברסליים, קרי טעמים שאינם מעוגנים באי יכולתם להינשא נישואים דתיים או בהתנגדותם לדין הדתי, יש להישמר מהשוואה גורפת בין זכויות הנשואים לזכויות הידועים בציבור.

41 להצגת הטיעון בהרחבה ראו ליפשיץ הידועים בציבור, לעיל ה"ש 8. טיעון זה עודנו שנוי במחלוקת בפסיקה, והשוו בהקשר זה בין בג"ץ 4178/04 פלוני נ' בית הדין הרבני לערעורים, סב(1) 235 (2006), שבו פתחה השופטת ביניש את הפתח להבחנה בין סוגים שונים של ידועים בציבור מתוך כבוד לאוטונומיה ולחופש הבחירה שלהם, עם העמדה שהוצעה על ידי השופטת ברק-ארז בבע"מ 2478/14 פלונית נ' פלונית (נבו 20.8.2015). שלפיה אין להבחין בין פסולי חיתון לבין ידועים בציבור שלא קיימת מניעה חיצונית לנישואיהם; עוד ראו לאחרונה רע"א 5096/21 פלוני נ' ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ (נבו 15.12.2021) (להלן: פלוני נ' ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ) שבו פסעה השופט וילנר צעד נוסף בכיוון שבו תמכתי וביקשה לתת משקל רב להיבט הסובייקטיבי של החיים כידועים בציבור ולנכונות של בני הזוג לקחת על עצמם את המחויבויות והזכויות הכרוכות בו.

42 על הדגשת רצונו של המצווה קיימת ספרות ענפה, ראו ע"א 5717/95 וינשטיין נ' עו"ד פוקס, נד(5) 792, 806, 810–813 (2000) (להלן: עניין וינשטיין); ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לוד(3) 701, 724 (להלן: עניין קניג נ' כהן); ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28–29 (1993); ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 334 (1992); ע"א 1212/91 קרן לביי נ' פליציה בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 745 (1994) (להלן: עניין קרן לביי); ג' טדסקי "צוואה משותפת" עיוני משפט ו (1979) 662, 672. על רקע זה, אין במשפט הישראלי (כמקובל במדינות אחרות) מוסד של חלק משוריין בצוואה (חלק מן העיזבון שהחוק מגדיר לגביו את היורשים ללא אפשרות של חריגה בצוואה). עם זאת,

להעניק משקל רב לחשש שבני הזוג לא נישאו משום שלא רצו למסד את יחסיהם ולתת להם נופך משפטי. שנית, דיני הירושה עוסקים בחלוקת העיזבון לאחר שהוסדרו זכויותיו של בן הזוג על פי דיני הרכוש הזוגי. דהיינו, הזכות לאיזון משאבים במקרה של בני זוג נשואים,⁴³ והזכויות הרכושיות על פי חזקת השיתוף במקרה של ידועים בציבור.⁴⁴ באופן פורמלי חזקת השיתוף מבוססת על ההסכמה המשווערת של בני הזוג, ברם באופן מעשי דיני השיתוף פותחים פתח לשיקולים נורמטיביים רחבים מעבר להסכמת הצדדים ובכללם שיקולי הגינות, שוויון מגדרי, הסתמכות וכיוצא באלה.⁴⁵ יתרה מזו, אפילו כאשר מדובר על רכוש שאינו בר איזון במקורו, כגון נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות, פתחה הפסיקה פתח לקביעת שיתוף בנכס מכוח הסכמת הצדדים, במיוחד כאשר מדובר בדירת מגורים, וזאת באמצעות הלכת השיתוף הספציפי.⁴⁶ משום כך, שיקולי הצדק, ההגינות והשוויון אמורים לקבל מענה כבר במסגרת דיני הרכוש הזוגי. לכן, יש היגיון בכך שחלוקת העיזבון עצמו, העוסקת ברכוש הפרטי של המנוח שלגביו אין לבן הזוג טענות רכושיות, הקשורות במאמץ המשותף ו/או בהסתמכות בן הזוג, צריכה להתמקד ברצונו המשווער של המוריש. ודאי שאין לקבל מצב שבו ידוע בציבור יוכרז כיורש רק משום שהמנוח לא הכין צוואה כאשר ירושה כזו תהיה בניגוד ברור להצהרות המפורשות של המוריש או להסכמים המפורשים בין בני הזוג באופן החותר תחת מרכזיות המצווה לקיים את דברי המת בדיני הירושה.

בישראל קיים המוסד של מזונות מן העיזבון (ראו ס' 56, 57 לחוק הירושה), המגביל במידה מסוימת את חופש הציורי.

⁴³ ס' 104(4) לחוק הירושה.

⁴⁴ בקצרה אזכיר כי על בני זוג נשואים חל הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון, בעוד שעל ידועים בציבור חלה חזקת השיתוף. עם זאת בפרשת **שחר נ' פרידמן**, לעיל ה"ש 34, הדגיש בית המשפט שבהקשר של ידועים בציבור יש להפעיל את חזקת השיתוף באופן מצומצם, וזאת בין היתר בשל האפשרות שאי הנישואים מעיד על כוונה שלא לשתף. עם זאת, במשך השנים לא כל השופטים נקטו את המגמה המצמצמת, וראו בהקשר זה את הניתוח אצל ליפשיץ, **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 89–94.

⁴⁵ על הרציונלים השונים של חזקת השיתוף וחוק יחסי ממון ויישומם בפסיקה ראו בהרחבה שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** (2016) (להלן: ליפשיץ **השיתוף הזוגי**) פרקים ד–ה.

⁴⁶ ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, שם, פרק ו, וכן שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ומשילות" בעקבות בג"ץ 4602/13 "עיוני משפט מג 5 55–62 (2020); חנוך דגן ורפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13 **מחקרי משפט** לב 519 (2019). כאמור, על יחסי הרכוש בין ידועים בציבור חלה חזקת השיתוף, ופסקי הדין שעסקו בחזקת השיתוף פתחו אף הם פתח להחלת החזקה בתנאים מסוימים גם על נכסים מלפני הנישואים. ראו ע"א 806/93 **הדרי נ' הדרי**, מח(3) 685 (1994), ע"א 2280/91 **אבולוף נ' אבולוף**, מז(5) 596 (1993), וכן על פסקי דין שמקורם בירושה ראו ע"א 4151/99 **בריל נ' בתיל** פ"ד נה(4) 709 (2001). ראו על כך שחר ליפשיץ, "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627–710 (2005).

לא למותר להזכיר שבמקרים רבים טענות ירושה של ידועים בציבור מעוררות עימות בין בן הזוג הידוע בציבור לבין ילדיו של המנוח מקשר קודם.⁴⁷ במקרים אלו התוצאה של הגדרת הידוע בציבור כירוש על פי דין הינה שהידוע בציבור יירש חצי מרכושו של המנוח, לרבות רכוש שנצבר בתקופת הקשר הזוגי שלו עם ההורה של הילדים המתחרים על הירושה, או אפילו רכוש שירש המנוח מבן זוגו הקודם. נסיבות אלו דורשות אמות מידה קפדניות במיוחד בטרם יוכרע שבן הזוג יוגדר כידוע בציבור. לסיכום, הגם שהתייחסות לידועים בציבור כירשנים על פי דין כאילו היו נשואים אינה רווחת בעולם המערבי, ניתן להצדיקה לנוכח הנסיבות הייחודיות הקיימות בישראל. עם זאת, כדי להתגבר על הקשיים שהכרה כזו מעוררת בכלל, ובהקשר לדיני הירושה בפרט, יש לאזן את ההכרה הרחבה בזכויות הידועים בציבור כתנאי כניסה משמעותיים ובמנגנונים נוספים המבחינים בין סוגים שונים של ידועים בציבור, ובייחוד בין כאלה המבקשים לקחת על עצמם מחויבות משפטית לבין אילו שאינם חפצים במחויבות כזו.

3. יישום: בחינת התיקונים המוצעים בתזכיר בראי שיקולי המדיניות הראויים

בחלק זה נבחן את ארבעת התיקונים המוצעים בתזכיר החוק בהקשר של ירושת הידועים בציבור, בראי שיקולי המדיניות שנותחו בחלק הקודם. בסעיף א נתמוך בשינוי שהכליל בני זוג מאותו מין בהגדרת ידועים בציבור. בסעיף ב נתמוך בהכללת הממד הסובייקטיבי בהגדרת בן זוג על ידי הוספת הביטוי "מתוך כוונה להקים חיי משפחה דרך קבע". לצד התמיכה בתיקון הנקודתי נסביר מדוע תיקון זה לבדו אינו מספיק. בסעיפים ג–ד נתייחס לתיקונים נוספים שהוצעו בתזכיר המציעים קביעת חזקה לגבי בני זוג המתגוררים יחדיו שלוש שנים ואיחוד ההסדרים בין ידועים בציבור ונשואים. אף בהקשר של הסעיפים הללו הדיון יוביל למסקנה מעורבת שלפיה התיקונים הללו פוסעים בדרך כלל בכיוון הראוי, אך אין הם מספיקים. יתרה מזו, דיונו יעלה שלעיתים הניסוח הקיים המוצע בתזכיר מעורר קשיים חדשים, ואפילו מסיג את המשפט הישראלי לאחור. דיונו לא יסתפק במתיחת ביקורת על הניסוח המוצע, ועל כן סעיפים ג–ד יכללו לצד הביקורת על ההצעה הקיימת גם המלצות קונקרטיות לתיקונים לניסוח הקיים של התזכיר הנדרשים לצורך הגשמת המדיניות האזרחית הראויה. בסעיף ה נציג

⁴⁷ כך במחקר הסוציולוגי מוכרת קטגוריה נפוצה של קשרים בין ידועים בציבור המהווים סיבוב שני לשני בני הזוג או לפחות לאחד מהם, ראו בהקשר זה הוזה ובנימין, "ואז הייתי צריכה ללכת לרבנות", לעיל ה"ש 33, ובלוש-קליינמן ושרלין, "קוהביטציה בקרב בוגרים צעירים בישראל", לעיל ה"ש 33. דומה כי גם חלק ניכר מפסקי הדין שעסקו בזכויות הירושה של הידועים בציבור עימתו בין זכויות בת הזוג לבין הזכויות של הילדים מקשר קודם, ראו למשל ע"א 7210/96 עיזבון המנוח משה גרינברג ז"ל נ' מנחם גצל גרינברג, נב(4) 49 (1998); פלוני נ' פלונית, דירות סמוכות, לעיל ה"ש 29; אמר נ' זגר, לעיל ה"ש 28; נסיס נ' יוסטר, לעיל ה"ש 10.

תיקון נוסף לחוק, שהתזכיר המוצע אינו מתייחס אליו כלל, העוסק במעמדם של הנישואים האזרחיים מחוץ לישראל.

(א) הכללת בני זוג מאותו מין בהגדרת בני זוג

אני סבור שהכללת בני זוג מאותו מין בהגדרת הידועים בציבור היא מהלך ראוי. ראשית, ככל שבני זוג מאותו מין מקיימים קשר זוגי דמוי נישואים, ההצדקה הפונקציונלית המבקשת לשייך זכויות לקשר המהותי ולא לתיוגו הפורמלי רלוונטית לגביהם.⁴⁸ שנית, הדרתם של בני זוג מאותו מין מכללי הירושה על פי דין ויצירת הבחנה בינם לבין בני זוג ממין שונה ללא הצדקה מהותית פוגעת בערך השוויון.⁴⁹ שלישית, בני זוג מאותו מין הם מקרה מובהק של מי שאינו יכול להינשא בנישואים דתיים, ומשום כך מנקודת המבט המצדיקה את דיני הידועים בציבור בשל היותם תחליף אזרחי לנישואים הדתיים,⁵⁰ החלת דינים אלו על הידועים בציבור מתבקשת. לא למותר לציין שאפילו כיום סעיף 55 מתייחס אומנם לאיש ואישה, אולם קיימת פסיקה דיונית שלפיה הגדרת איש ואישה בחוק הירושה אינה מונעת את החלתו של הסעיף גם על בני זוג מאותו מין.⁵¹ למרות זאת, בעיניי, אין להסתפק במהלך הפסיקתי, וכעניין הצהרתי ותורת משפטי חשוב שמהלך הכללתם של בני זוג מאותו מין ייערך באופן פורמלי ומסודר על ידי המחוקק.

(ב) שילוב הממד הסובייקטיבי בהגדרת הידועים בציבור

שינוי מוצע נוסף בהגדרת ידועים בציבור עוסק בהוספת רכיב סובייקטיבי "בשים לב לכוונת הצדדים לקיים חיי משפחה כאמור דרך קבע", לרכיב האובייקטיבי הקיים כבר כיום בסעיף 55 המסתפק "בחיים חיי משפחה במשק בית משותף". יש לתמוך בשינוי המוצע. כאמור בפרק הרקע, המגמה של צמצום הפער המשפטי בין הידועים בציבור לבין בני זוג נישואים טומנת בחובה סכנה מנקודת המבט הליברלית. היא מטשטשת את ההבחנה בין קשרים המשקפים רמת מחויבות גבוהה בין בני הזוג לבין קשרים ארעיים או קשרים שמטרתם הייתה בחינה של הקשר שלא בשלם לקשר מחייב trial marriage. נוסף לכך, כפי שהדגשנו בחלק הקודם, ההשוואה בין ידועים בציבור לנישואים אינה נותנת את הדעת למקרים שבהם בני הזוג, או מי מהם, בחרו בחיים כידועים בציבור בשל אי-רצונם ליטול על עצמם מחויבות דמוית נישואים. כפי שהסברנו קושי זה משמעותי במיוחד בתחום דיני הירושה, שבהם לאומד דעתו של המנוח ניתן משקל מרכזי.

⁴⁸ ראו לעיל ה"ש 4 ו-30.

⁴⁹ מיכל טמיר, "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" הפרקליט מה 94 (2001).

⁵⁰ ראו לעיל ה"ש 8.

⁵¹ ע"א (מחוזי נצרת) 3245/03 ע.מ. ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' האפורופוס הכללי,

תשס"ג(2) 721 (2004); ת"ע (משפחה חיפה) 8299-08-20 ס' ד' נ' ב' א' י (נבו)

(31.01.2021).

לנוכח הדברים, הנוסח הקיים של סעיף 55, שהסתפק בהגדרה האובייקטיבית של בני זוג כמי "חיים חיי משפחה במשק בית משותף", אינו נותן מענה לשיקולי המדיניות המבקשים לכבד את בחירת הצדדים ואת הדרך שבה הם חווים את הקשר שביניהם. לעומת זאת, הדרישה לכוונה לקיים חיי משפחה דרך קבע מבחינה בדרך ראוייה יותר בין קשרים ארעיים לבין קשרים המשקפים רמת מחויבות גבוהה. משכך, אנו תומכים בהוספת הרכיב של "כוונה לקיים חיי משפחה דרך קבע" להגדרה הקיימת. הוספת רכיב זה אף משתלבת היטב עם המגמה המתפתחת בפסיקה המעניקה עדיפות לדרך שבה אפיינו בני הזוג את הקשר שלהם בעת שנקבע מעמדם כידועים בציבור. על פי הגישה המתפתחת, במקרים שבהם העידו הנסיבות, כפי שפורשו על ידי בית המשפט, על כך שהצדדים חוו את עצמם כבני זוג, הגדירה אותם הפסיקה כידועים בציבור גם כאשר הנתונים האובייקטיביים לא תמיד שיקפו את החוויה הסובייקטיבית.⁵² עם זאת, בעיינו אין די בתוספת זו. ראשית, התמקדות בכוונה לחיות חיי משפחה דרך קבע אינה נותנת מענה מספק למקרים שבהם התכוונו בני זוג לנהל חיי משפחה דרך קבע אך לא חפצו במערכת יחסים הכוללת מחויבות משפטית. לאחרונה נענה בית המשפט לביקורת שנמתחה במחקר האקדמי בנושא,⁵³ והוא עמד על הצורך למקד את דיני הידועים בציבור, או במינוח שהוצע על ידי השופטת וילנר דיני השותפות הזוגית, על בני זוג שהחליטו, בין במפורש ובין במשתמע, להחיל על עצמם את מרבית התוצאות האזרחיות-כלכליות של מוסד הנישואין.⁵⁴ על רקע זה, ההגדרה המוצעת בחוק והמתמקדת אך ורק בכוונת הצדדים לגבי רצונם בקשר קבוע, ללא התייחסות לשאלת רצונם בקשר משפטי מחייב, עלולה להחזיר את המשפט הישראלי לאחור לתקופה שבה כשל המשפט הישראלי מלהבחין בין בני זוג המעוניינים במחויבות משפטית לבין בני זוג שלא נטלו על עצמם מחויבות כזו. בסעיף הבא אציע נוסח משופר שעשוי להתמודד עם הקושי הקיים בהקשרים אלו, ועם החסרים הקיימים בהגדרה המוצעת בתזכיר. אולם תחילה נתייחס לקושי נוסף בנוסח הקיים של סעיף 55, שלשיטתנו ניתן לו מענה חלקי בלבד בהצעה המוצעת בתזכיר.

⁵² להעדפת הממד הסובייקטיבי בהגדרת הידועים בציבור ראו **פלוני נ' פלונית**, דירות סמוכות, לעיל ה"ש 29. במקרה זה לנוכח מסקנת בית המשפט שהצדדים חוו את עצמם כבני זוג, פסק בית המשפט שיש ליישם את סעיף 55 אף על פי שהנתונים האובייקטיביים היו אמורים להוביל לכאורה למסקנה שונה (העדר חשבון בנק משותף, מגורים בדירות סמוכות).

⁵³ כך ביקרתי בכתיבתי האקדמית את הפסיקה שלא תמיד הבחינה בין ידועים בציבור שביקשו לקחת על עצמם מחויבות משפטית לבין ידועים בציבור שלא היו מעוניינים במחויבות כזו. ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, וכן את דיונונו לעיל בטקסט המתייחס להערות 37–41.

⁵⁴ וראו בהקשר זה את פסק דינה של השופטת וילנר **פלוני נ' ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ**, לעיל ה"ש 41, המדגישה את האוטונומיה של בני הזוג ואת הצורך לבסס את מוסד הידועים בציבור רק על מי שהיו נכונים להיכנס לשותפות זוגית מחייבת.

(ג) קביעת חזקת "בני זוג" לגבי מי שחיים במשותף שלוש שנים רצופות לפחות

דיני ידועים בציבור בישראל מעוררים קושי לנוכח היעדרם של תנאי סף אובייקטיביים כגון קביעת משך זמן מינימלי של חיים משותפים, הצהרות כתובות וכיוצא באלה. תנאי סף אובייקטיביים חשובים הן כאמצעי ראייתי המקל על האפשרות להעריך את כוונת הצדדים לקיים קשר קבוע ומחייב, והן בהקשרים מסוימים כמעוררים שיקולים לבר-חוזיים שהם מעבר לכוונת הצדדים, כגון קיומה של תלות כלכלית לצורך חקיקה סוציאלית ו/או הטלת חובת מזונות. חסרונו של המצב הקיים הוא כפול. ראשית, תנאי הסף העמומים מקשים על הבחנה בין קשרים קבועים המלווים בהסכמה למחויבות משפטית לקשרים ארעיים ולקשרים שאינם מלווים במחויבות. שנית, ההגדרה העמומה מובילה לעמימות משפטית ולריבוי התדיינות. כפי שראינו קושי זה לא נותר במישור התאורטי, שכן בתי המשפט סירבו לקבוע כללי אצבע של תקופת זמן מינימלית. במקרים רבים הם יישמו את סעיף 55 והעניקו זכויות ירושה של אדם נשוי לבני זוג שחיו יחדיו תקופות חיים מצומצמות מאוד, ולעיתים גם לבני זוג שלא חיו תחת קורת גג אחת במשך מרבית תקופת חייהם ושקיימו הפרדה כלכלית ברורה. במקרים אלו, זכויות הירושה של הידועים בציבור באו על חשבונם של ילדי המנוחים מנישואים קודמים.⁵⁵

על רקע האמור, ההצעה בתזכיר שלפיה חזקה שמי שקיימו חיי משפחה במשק בית משותף במשך שלוש שנים רצופות ייחשבו כבני זוג פוסעת בכיוון נכון בכך שהיא עשויה לצמצם את העמימות הקיימת. עם זאת בשינוי המוצע אין די, ויש לנקוט צעדים נוספים.

ראשית, ההצעה קובעת כי שלוש שנים של קיום משק בית משותף יהיו חזקה לצורך קבלת הזכאות, אך אין היא קובעת תקופת מינימום של חיים משותפים. משום כך, ההצעה בנוסחה הקיים לא תציב מחסום בפני המגמה הקיימת בפסיקה להכיר בתקופות חיים קצרות מאוד כמבססות זכויות ירושה של ידועים בציבור, גם כאשר לא לוו בהצהרה כתובה או בהולדה משותפת של ילדים. אזכיר בהקשר זה את הביקורת שמתחתי בכתבתי האקדמית המוקדמת על הפסיקה שהשוותה בין נישואים קצרים לבין תקופת חיים קצרה כידועים בציבור, שלא הייתה רגישה דיה להבחנה בין אקט הנישואים המשקף נכונות להיכנס למערכת יחסים משפטית לבין מגורים משותפים שאינם מבטאים כשלעצמם מחויבות כזו.⁵⁶ לא למותר להזכיר בהקשר זה שבספרות הסוציולוגית תקופת חיים קצרה שאינה מלווה בהתחייבות פורמלית ו/או בהולדת ילדים נתפסת בדרך כלל כתקופת מבחן לקשר, ולא כרקימה של קשר מחייב.⁵⁷ לדעתי, בדומה למקובל במדינות אחרות שבהן הוכרו זכויות של ידועים בציבור, יש לקבוע תקופת מינימום של חיים משותפים כתנאי סף לצורך היכללות בהגדרה של בני זוג

⁵⁵ ראו בהרחבה לעיל ה"ש 47.

⁵⁶ ראו בעניינים הללו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 98–99 ו-105–106.

⁵⁷ ראו לעיל המקורות המוזכרים בה"ש 33.

לצורך דיני הירושה.⁵⁸ משום כך, בכפוף לחריגים שיצינו להלן, אני סבור כי ראוי להציב את הדרישה שלוש שנים של משק בית משותף, או למצער לשנתיים כאלו, כתנאי סף מינימלי ולא רק כחוקה.

שנית, על מנת לסייע בהבחנה בין ידועים בציבור שבחרו שלא להינשא בשל חוסר מחויבות וחוסר גמירות דעת לבין אלו שלא נישאו מתוך בעיה דתית או אידאולוגית, ראוי לקבוע חזקה הניתנת לסתירה שלפיה מי שהתקשרו בהסכם שבו הגדירו את עצמם כבני זוג, או שהצהירו בדרך משפטית אחרת בפני רשות מקומית,⁵⁹ מעסיק, קרן פנסיה, עורך דין או אפילו גופים פרטיים העוסקים בכך על היותם בני זוג, ייחשבו כבני זוג גם לצורך דיני הירושה.

אדגיש ואחדד שהצעת, שלפיה התקשרות הסכמית ו/או הצהרה על קיומה של זוגיות תהווה חזקה להיותם בני זוג לצורך דיני הירושה, עומדת בפני עצמה ללא קשר להצעה בדבר קביעת תקופת מינימום של חיים משותפים כתנאי להכרה כבני זוג. ברם, במידה שתתקבל הצעתי לקביעת תקופת מינימום של חיים משותפים כתנאי להגדרת בני זוג כידועים בציבור, יש להוסיף להגדרה חריג שלפיו חתימה על תצהיר או הסכם כאמור מאפשרת, אף כי אינה מחייבת, להגדיר את בני הזוג כיורשים גם אם תקופת המינימום לא הושלמה, ובלבד שהם המשיכו לחיות כבני זוג סמוך למות המנוח. בכך יקנה המחוקק כלי נגיש ופשוט לבני זוג המבקשים ליצור קשר משפטי מחייב אך אינם רוצים או אינם יכולים להינשא בנישואים דתיים, לבטא את כוונתם להקים זוגיות שיש לה נפקות משפטית. אוסיף ואומר שבקביעת חזקה כאמור טמון יתרון משמעותי, לא רק עבור בני זוג בתחילת דרכם אלא גם עבור בני זוג נוספים החווים את עצמם כבני זוג ומבקשים ליצור קשר קבוע מחייב אך מבחינה אובייקטיבית אינם עומדים בדרישות הקבועות בחוק לקיום משק בית משותף, כגון בני זוג המחזיקים בשתי דירות נפרדות ומתגוררים יחדיו באופן חלקי. על פי הנוסח הקיים של החוק קיים ספק האם זוגות כאלה יוכרו כידועים בציבור. אף מן הבחינה הנורמטיבית, השאלה עד כמה ניתן למתוח את מוסד הידועים בציבור למקרים מהסוג הזה שנויה במחלוקת.⁶⁰ על רקע זה, קביעת מכניזם קל ליישום המאפשר לכלל הזוגות, ובכלל זה כאלה שאינם עומדים באמות המידה "האובייקטיביות", לשקף את הדרך שבה הם רואים את יחסיהם, היא מהלך ראוי וחיוני ביחוד בהקשר של דיני הירושה, שבו לכוונת הצדדים מוענק כאמור משקל מכריע.

עוד אציע כי החוק יחריג את תקופת הזמן של שלוש שנים במצבים שבהם נולד לבני הזוג ילד משותף, או שהם הוכרו כהורים משותפים לילד, והם חיו כבני זוג בעת פטירת המנוח. חריג מסוג זה קיים גם במשפט ההשוואתי,⁶¹ והוא ניתן להצדקה הן

⁵⁸ לקביעת תקופת מינימום של חיים כידועים בציבור במדינות שונות ראו לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** 225–252.

⁵⁹ כך למשל החלה עיריית תל אביב במהלך של רישום זוגיות של ידועים בציבור במאגר עירוני לצורך קבלת זכויות עירוניות שונות. ראו על כך "ידועים וידועות בציבור בתל אביב-יפו" **תל אביב יפו** (1.6.2021) <https://did.li/oenTY>.

⁶⁰ ראו בעניינים אלה שיפמן **זוגיות יחד ולחוד**, לעיל ה"ש 4.

⁶¹ ראו לעיל ה"ש 24–25.

מנקודת המבט של הכוונה המשווערת של הצדדים והן בשל שיקולים נוספים הרואים בהורות משותפת בסיס משמעותי ליצירת משפחה.⁶²

(ד) איחוד ההסדרים בין הידועים בציבור לנשואים ודרכי הדרת בני זוג

ירושת הידועים בציבור מוסדרת בסעיף 55, אשר כותרתו בגרסתו הנוכחית הינה "מעין צוואה". עם זאת, בפועל, חרף לשונו המפותלת של הסעיף, התוצאה המעשית שלו הינה שידוע בציבור שנפטר ללא צוואה (ובכפוף לכך שהן המנוח והן בן זוגו לא היו נשואים) יורש את בן זוגו, בדרך שבני זוג נשואים יורשים זה את זה בירושה על פי דין. ואכן הן בפסיקה והן בין המלומדים היו שהציעו להתעלם מהכותרת ומן המיקום ולפרש שהסעיף קובע שידוע בציבור הוא יורש על פי דין כבן זוג נשוי.⁶³ משום כך, במבט ראשון יש לברך את התזכיר על כך שהסיר את הערפול בנוסח הקיים ואיחד את ההסדרים. אולם, במבט שני, מתברר שבלא משים איחוד ההסדרים ללא צעדים משלימים, שאצביע עליהם בחלק זה, עלול להוביל לתוצאות לא צפויות ולהחמיר את הקשיים שעמדתי עליהם בסעיפים הקודמים.

אסביר את חששותיי. בפסיקה נדונו מפעם לפעם מקרים שבהם המנוחים לא ערכו צוואה בת-תוקף על פי הדין, אך ביטאו בדרך אחרת באופן ברור וחד-משמעי את כוונתם להדיר את זכויות הירושה של בני הזוג שאינם נשואים להם, כגון על ידי הכללת סעיף "מדיר" בהסכם ממון.⁶⁴

על פי סעיף 55 בגרסתו הנוכחית ירושת ידועים בציבור מתקיימת רק "כשאין הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת, בצוואה שהשאיר המוריש" [ההדגשה שלי - ש"ל].

משום כך, ברוח הגישה המשווה לחלוטין בין ירושת הידועים בציבור לזו של הנשואים, היו שסברו שהצהרה חד-משמעית מצד המנוח על רצונו להדיר את בן זוגו, ואפילו הסכמה זוגית, לא יועילו כל עוד אין מדובר בצוואה תקפה.⁶⁵ לעומתם סברו שופטים אחרים שהניסוח הקיים של סעיף 55 פותח פתח רחב יותר להתחשבות ברצון הברור של המנוח להדיר את בן זוגו ו/או בהסכמת הצדדים שלא להוריש זה לזה חרף הוראת סעיף 55 לחוק הירושה.⁶⁶

⁶² איילת בלכר-פריגת, "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" משפט ועסקים יט 821 (2016).

⁶³ ראו העמדות שהובאו לעיל ה"ש 14, אולם השוו לדין המפורט של השופט שוחט בכתבתו השיפוטית המאוחרת יותר, הן בעמדות הללו והן בעמדות נגדיות בפסק דינו בפרשת ש.א. ואח' נ' ש.ט., לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. 14.

⁶⁴ שם, וכן פלונית נ' אלמונית, לעיל ה"ש 14 שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

⁶⁵ ראו דעת המיעוט של השופט י' כהן בפרשת פלונית נ' אלמונית, וכן את דעת המיעוט של השופטת שבח בפרשת ש.א. ואח' נ' ש.ט., לעיל ה"ש 14 שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. זו גם הייתה עמדת השופט טירקל בפרשת בלאו נ' פרוש, לעיל ה"ש 14.

⁶⁶ כך לדעת השופטת וילנר, בפרשת פלונית נ' אלמונית, לעיל ה"ש 14, ניתן לראות בהוראה בהסכם, המדירה את הידועה בציבור מן הצוואה, כהוראה המבטלת את ההורשה על פי

במאמר שניתח את הסוגיה תמכתי בעמדה כי הצהרה כתובה ופורמלית של המנוח המדירה את בן הזוג, ובוודאי הסכם מפורש, אמורים לגבור על הוראת ההורשה בסעיף 55 גם אם לא נערכו במתכונת של צוואה פורמלית.⁶⁷ כאמור, דיני הירושה בישראל מתייחדים בהדגשה כמעט מוחלטת של רצון המצווה.⁶⁸ על רקע הדגשה זו נראה כי אין היגיון לאפשר לידועים בציבור לרשת את בני זוגם כאשר בני הזוג הבהירו מפורשות שאין הם חפצים בכך. ודאי שקביעה כזו היא בלתי נסבלת מנקודת הראות הליברלית החזיתית, שבמרכז הרצון להגשים את כוונתם של הידועים בציבור והניסיון שלא לכפות עליהם מחויבויות שהם לא בחרו בהן.⁶⁹ לכאורה, הטענות שהעליתי נגד העמדה המקנה זכויות ירושה לידועים בציבור גם בניגוד להוראה מפורשת בהסכם המורה על כוונה מנוגדת עשויות להיות מכוונות גם כלפי הסכמים או הצהרות של בני זוג נשואים המדירים זה את זה שלא בדרך של צוואה תקפה.

אכן, אין להכחיש שלעיתים מתרחש קונפליקט בין הדרישות הצורניות שקבע המחוקק בדיני הצוואות לבין האינטרס להגשים את רצון המת. ברם, נראה שסיבות הגיוניות מסבירות מדוע המחוקק מוכן לעמוד על קיום הדרישות הצורניות גם במחיר פגיעה מסוימת בקיום רצונם של נפטרים כלשהם. הסיבות הללו קשורות ישירות לנימוקים הניתנים בדרך כלל לדרישות צורניות, ובמרכזם אינטרסים ראייתיים הקשורים לרצון להבטיח את מהימנות הצוואה, הרצון להבטיח את גמירות דעתו של המצווה והרצון להגן על אנשים מפני הורשות "חפוזות". באופן עמוק יותר, קיים אינטרס ציבורי להתוות דרך מוגדרת להיווצרות התחייבויות משפטיות. התוויית דרך

ה"מעין צוואה" שיצר ס' 55, וזאת אף על פי שההוראה המבטלת מופיעה בהסכם ולא בצוואה. השופט וילנר בהקשר זה סבורה כי יש להעניק לכללים הפרוצדורליים המופיעים בס' 36 לחוק הירושה, העוסק בביטול צוואות, פירוש גמיש שיאפשר לראות בהוראת הסכם הממון הוראה המבטלת את ההורשה על פי דין בדרך שתגשים באופן מהותי את כוונת המנוח. בשינויים מסוימים, שהמסגרת הנוכחית אינה מתאימה לפרטם, זו גם הייתה עמדתו של השופט שוחט בפרשת **ש.א. ואח' נ' ש.ט.** הנ"ל. באותה פרשה פסע השופט אטדגי בכיוון אחר. לדעתו ס' 55 הוא סעיף דיספוזיטיבי, ושסכמה כאמור מאיינת את הגדרת הצדדים כידועים בציבור. עמדה מורכבת הציגה השופט שטמר בפרשת **פלוגית נ' אלמונית** הנ"ל. השופט שטמר הצטרפה למסקנתו העיונית של השופט כהן כי לא ניתן להדיר את בן הזוג ממעמדו כיוורש באמצעות הוראה הסכמית. ברם לדעת השופט שטמר, לעיתים ניתן לראות בהוראה המופיעה בהסכם הממון הוראה צוואתית וליתן לה תוקף על פי דיני הירושה. במקרה הספציפי סברה השופט שטמר כי יש לראות בסעיף בהסכם בין הידועים הוראה צוואתית המורה כי בת הזוג לא תירש את המוריש, וכי מן הבחינה הצורנית ניתן לראות בסעיף צוואה בעדים כמוכנה בס' 20 לחוק הירושה, שניתן להכשירה בהתאם לס' 25 לחוק הירושה למרות פגמים צורניים שנפלו בה.

ראו שחר ליפשיץ "הסדרה חוזית של יחסי הממון בין בני זוג לעת מוות" **הון אנושי** א 33 (2014).

על הדגשת רצונו של המצווה קיימת ספרות ענפה, ראו לעיל ה"ש 42.
 וראו בעניין זה: שחר ליפשיץ "נשואים בעל כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור" **עיוני משפט** כה (3) 741 (2002), וכן המקורות הרבים בארץ ובעולם המוזכרים לעיל ה"ש 16–20.

כזו יוצרת כלי המאפשר הבחנה קלה יחסית בין פעולות משפטיות מחייבות לפעולות משפטיות שאינן מחייבות. בכך נחסכות טעויות שבהן פלוני או פלונית מחויבים בהתחייבות שלא רצו בה, ולהפך.

במבט ראשון, ההצדקות לקיומן של דרישות פורמליות בחוק הירושה רלוונטיות גם לזכות הירושה של ידועים בציבור. על כן, מי שמקבל את העובדה שאין לכבד את רצונם של נשואים שלא להוריש את רכושם לבני זוגם, אלא אם כן רצונם זה בוטא במסגרת צוואה, אינו יכול להלין על תוצאה דומה המתקבלת כאשר מדובר בבני זוג ידועים בציבור.⁷⁰ אלא שמבט שני על הסוגיה מביא לידי מסקנות שונות לחלוטין. אני סבור כי האנלוגיה בין היכולת לשלול זכויות ירושה של אדם נשוי לבין היכולת לשלול זכויות ירושה של ידוע בציבור היא מוטעית. הצבת אנלוגיה זו אינה לוקחת בחשבון את ההבחנה הבסיסית בין נישואים ובין מוסד הידועים בציבור. הכניסה לנישואים מלווה במעשה משפטי פורמלי, ואילו החיים כידועים בציבור אינם מלווים במעשה כזה. להבחנה זו משמעות חשובה במיוחד בדיון הנוכחי:

ראשית, העובדה שהנישואים מערבים מעשה משפטי פורמלי בדמות טקס הנישואים מבטיחה את מודעות בני הזוג לכך שחלה עליהם מערכת נורמות משפטיות, וביניהן זכויות ירושה. נראה אפוא שגם מנקודת ראות ליברלית הגיוני לצפות מן המשתתפים בנישואים לנקוט דרך משפטית מוגדרת (קרי: צוואה) אם ברצונם לסטות מן המערכת הנורמטיבית הסטנדרטית. בניגוד לכך, החיים כידועים בציבור נמנעו ממעשה משפטי פורמלי, ולפיכך אין הצדקה לדרוש מהם לנקוט מעשה משפטי פורמלי כדי לבטא כוונה משפטית נוגדת. למעשה, עצם ההחלה של נורמות משפטיות על ידועים בציבור, ובמיוחד החלתם של דיני הירושה, מתבססים על אומדנה שזו כוונתם. אין שום היגיון להפעיל אומדנה זו באופן גורף במקרים שבהם הבהירו המורישים כי אינם מתכוונים להוריש את רכושם לבני זוגם.

שנית, אופיו הפורמלי של טקס הנישואים מתאים לאופיין הפורמלי של דרישות הצוואה. השילוב של שניהם מבטיח השגת ודאות משפטית בסכסוכי ירושה. אולם, באופן טבעי, החיים כידועים בציבור אינם מושתתים על רכיבים פורמליים. היעדרם של מרכיבים פורמליים במוסד הידועים בציבור בולט במיוחד במשפט הישראלי, שאינו דורש כמעט לחלוטין רכיבים צורניים בהגדרת הידועים בציבור. על רקע האופי הלא-פורמלי של הגדרת הידועים בציבור, נדמה כי הצבת דרישות צורניות (קרי: צוואה) לא תביא לידי ודאות. ודוק, לו היה המחוקק מעדיף את האינטרס של ודאות משפטית היה עליו לוותר כליל על קביעת זכות ירושה לידועים בציבור, תוך הותרת האפשרות להוריש לידועים בציבור במסגרת צוואה. עצם הנכונות להכיר בזכות הירושה של ידועים בציבור בהיעדר צוואה מוכיחה נכונות לסטות מעקרונות פורמליים לצורך הגשמת רצונם של הצדדים. מדוע אפוא הנכונות לסטות מעקרונות פורמליים נבלמת כאשר מדובר בדרך שבה ידועים בציבור צריכים לשקף את אי-רצונם להוריש את רכושם?

⁷⁰ ראו לעיל סקירת וניתוח הפסיקה בה"ש 66.

לכסוף, כפי שראינו, הגדרת הידועים בציבור במשפט הישראלי בכלל, ובדיני הירושה בפרט, אינה מבוססת כבמדינות אחרות על קריטריונים אובייקטיביים ברורים. נהפוך הוא, בית המשפט בהכיר כי העיקר בעניינם של ידועים בציבור אינו התנאים האובייקטיביים אלא הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים.⁷¹ בהתאם לכך, בית המשפט נכון לייחס לבני הזוג מעמד של ידועים בציבור כאשר הוא משתכנע שכך הם חזו את עצמם גם כאשר מן הנתונים האובייקטיביים עולה לכאורה תמונה שונה. משכך, קשה להבין מדוע יתעלם בית המשפט מהצהרה של אחד מבני הזוג המעידה על כוונה סובייקטיבית ברורה להדיר את בן הזוג הידוע בציבור, וזאת גם כנסיונות שבהן אלמלא ההצהרה היו הנתונים האובייקטיביים תומכים לכאורה בסיווג בני הזוג כידועים בציבור. נשוב להצעת החוק. אני חושש שאיחוד ההסדרים יסתום את הגולל על האפשרות המתגבשת בספרות המשפטית ובפסיקה הדיונית לתת מעמד להצהרות ברורות של המוריש, ולהסכמות בין בני הזוג שלפיהן חרף רצונם לחיות באופן קבוע כמשפחה אין ברצונם להוריש זה לזה. לכן, לנוכח האיחוד המסתמן, חיוני להוסיף הוראת חוק מפורשת הקובעת שבמקרה של בני זוג שאינם נשואים, יש ליתן תוקף להסכמות כתובות בין בני הזוג שלפיהן אין הם מעוניינים להיחשב כידועים בציבור בכלל, או שאין הם מעוניינים להוריש זה לזה חרף היותם ידועים בציבור. נוסף על כך, על החוק להבהיר שיש לכבד הצהרה כתובה פורמלית וחד-משמעית של המנוח שבמסגרתה הדיר את בן זוגו מלירש אותו.⁷²

⁷¹ ראו עניין **פלוני נ' פלונית**, דירות סמוכות, לעיל ה"ש 29, וכן **פלוני נ' ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ**, לעיל ה"ש 41.

⁷² בנקודה זו אעיר כי לצד התיקונים המוצעים בתזכיר לגבי הגדרת בן זוג, התזכיר כולל גם הצעה לתיקון סעיף 8 לחוק הירושה. לפי ההצעה, הוראות סעיף קטן (א) (זה העוסק בבטלות התחייבויות לעסקאות לאחר המוות) לא יחולו על הסכם ממון לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973. בהתאם לכך, ניתן לגרוס שאם תקבל ההצעה בתזכיר בנושא זה, אזי גם ללא התיקון המוצע במאמר הנוכחי תוכר הדרה מוסכמת של בן זוג שנכללה בהסכם ממון. עם זאת, אינני משוכנע שהניסוח הנוכחי של התיקון המוצע לסעיף 8, המתיחס לתוקפן של התחייבויות המותנות במוות, רלוונטי גם לגבי הדרות בני זוג מירושה. לפחות מן הבחינה המילולית, הנוסח המוצע כעת בתזכיר בהקשר זה ממוקד בהתחייבויות להעברת נכסים שלא בהסכמים הקובעים זהות של יורשים, ובכלל זה הדרתם. מעבר לכך, התיקון המוצע במאמר הנוכחי רחב יותר מזה שיושג אם יתקבל התיקון המוצע לסעיף 8, וזאת גם אם תקבל הפרשנות המרחיבה של התיקון המאפשרת להחיל אותו לא רק על התחייבויות אלא גם על הדרות. על פי התיקון המוצע ניתן יהיה להדיר בן זוג אך ורק בהסכם ממון. לעומת זאת, לשיטתי, מן הנימוקים המופיעים בטקסט על הדין לכבד רצון ברור של מוריש לא להוריש לבן זוגו גם כאשר רצון זה מופיע בהסכם רגיל שאיננו הסכם ממון, ואף במקרים שבהם מדובר על הצהרה כתובה חד-צדדית. בכל מקרה, המאמר הנוכחי מבקש להסדיר את ירושת הידועים בציבור באופן לכיד העומד בפני עצמו, ללא תלות בתיקונים נוספים המוצעים בתזכיר בעניינים אחרים.

(ה) הגדרת נישואים אזרחיים מחוץ לישראל כנישואים לצורך חוק הירושה

נוסף להתייחסותי לתיקונים שהוצעו בתזכיר והמלצותי לגביהם, אציע תיקון עצמאי נוסף שלפיו לצד מי שנישא כדת משה וישראל והידועים בציבור החוק יוסיף חלופה שלישית של בן זוג, הכוללת מי שנישא בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל. בפסיקה ובספרות האקדמית קיימת עמימות האם ניתן להכיר בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל על בסיס המשפט הבינלאומי הפרטי.⁷³ לפחות במקרה אחד סבר בית המשפט העליון שלצורך דיני הירושה ניתן להכיר בנישואים אזרחיים כנישואים, וזאת מכוח פרשנות תכליתית של המונח "נשוי".⁷⁴ ברוח פסיקת בית המשפט העליון, אני סבור שבני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל משקפים באופן ברור ביותר שרצונם בקשר משפטי מחייב. על כן יש לתקן את החוק ולהבהיר שמי שנישא בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל ייחשב כנשוי לצורך חוק הירושה.

ב. שלילת זכויות הירושה מבני זוג פרודים

1. התיקונים המוצעים בתזכיר

התייחסות לבני זוג פרודים כגרושים התקבלה במשפט הישראלי, בפסיקה ובחקיקה,⁷⁵ בהקשרים שונים ותוך שימוש בהגדרות ובמונחים שונים. הגם שבחוק הירושה הקיים לא קיימת התייחסות לבני זוג פרודים כקטגוריה השוללת את זכויות הירושה על פי דין, כמה פסקי דין דיוניים התייחסו לבני זוג פרודים כגרושים בהקשר של דיני הירושה. עם זאת, קיימת גם פסיקה הפוכה, כך שהמצב המשפטי הקיים איננו חד-משמעי.⁷⁶

התזכיר המוצע מכריע אפוא בוויכוח, וקובע לראשונה בחוק הירושה קטגוריה של "בני זוג פרודים". כך, במקרה של פירוד תישללנה זכויות הירושה על פי דין מבן הזוג

⁷³ לסקירת המחלוקת בפסיקה לגבי מעמדם המשפטי של נישואים אזרחיים בישראל ראו שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי מדיני הנישואים של מי שנשאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" **משפט ועסקים** י 447, 462-468 (2009); אבשלום וסטרייך, "בחזרה לעתיד: על עיצובם של הנישואין והגירושין האזרחיים בישראל" **דין ודברים** י 69 (2017).

⁷⁴ בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלוני, סא(3) 726 (2006).

⁷⁵ ראו ליפשיץ **גירושים ללא מדיניות גירושים** והלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 5; שימפון **זוגיות יחד ולחוד** לעיל ה"ש 4.

⁷⁶ ראו למשל תמ"ש (משפחה י-ם) 57918-06-15 ע.ח.פ. נ' ר.פ. (פורסם בנבו, 18.2.2016); ת"ע (משפחה חי') 12601-03-09 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2.11.2009); עוד ראו תמ"ש (משפחה נצ') 34273-05-15 מ.ג. נ' ר.א. (פורסם בנבו, 3.5.2017). לסקירה ולניתוח פסקי הדין הללו ראו ליפשיץ **גירושים ללא מדיניות גירושים**, הטקסט המתמייחס להערות 121-131, שם.

הנותר בחיים, וזאת גם אם בני הזוג לא התגרשו באופן רשמי.⁷⁷ כהמשך לכך, התזכיר מציע הגדרה של פרודים שלא יחולו עליהם דיני הירושה על פי דין. על פי ההגדרה פרודים הינם:

נשואים שאינם חיים חיי משפחה במשק בית משותף מתוך כוונה של שניהם או של אחד מהם לנתק את חיי המשפחה כאמור; לענין זה, חזקה כי מי שאינם חיים חיי משפחה במשק בית משותף שלוש שנים רצופות לפחות הם פרודים; כוונה הצדדים תיבחן בין היתר בשים לב למשך הפירוד, התנהגות הצדדים וקיומו של הליך להתרת נישואין.⁷⁸

2. מתווה נורמטיבי – כיצד ראוי להסדיר את מעמדם של הפרודים

ההסדר המוצע בתזכיר הן לגופו, ובוודאי לנוכח דברי ההסבר שהובאו בראשית המאמר, משקף יישום של גישה "פונקציונלית" לגירושים.⁷⁹ על פי הגישה באופן מהותי בני זוג פרודים מתפקדים כ"גרושים למעשה". לכן, כשם שבני זוג גרושים אינם יורשים זה את זה, אין הצדקה לאפשר לבן זוגו הפרוד של המנוח לרשת אותו רק משום שבני הזוג לא התגרשו באופן פורמלי. נאמנים למתודה שנקטה בפרק הקודם, נבקש להעריך גישה זו בשני שלבים. ראשית במתודה אוניברסלית, במנותק מהאופי המיוחד של דיני הגירושים בישראל, ולאחר מכן נבחן כיצד משפיע ההיבט הייחודי לישראל.

(א) ההצדקה הפונקציונלית להגדרת פרוד כגרוש – מבט ביקורת

על אף הפיתוי לאמץ את התפיסה הפונקציונלית שלפיה מי שמתפקד כגרוש כמוהו כגרוש, אני סבור שמנקודת מבט אוניברסלית שאינה מעוגנת בהקשר הישראלי לא ניתן להצדיק את הנכונות המסתמנת של המשפט הישראלי להתעלם מכך שבני הזוג ה"גרושים למעשה" לא התגרשו באופן פורמלי על ידי טיעוני מדיניות פונקציונליים.⁸⁰ לדעתי, ההצדקות הקונבנציונליות להקפדה על דרישות פורמליות, שכפי שהסברתי בפרק הקודם מצדיקות את ההבחנה בין הנשואים לבין בני זוג שאינם נשואים,⁸¹ עשויות להצדיק ביתר שאת גם את ההבחנה בין גרושים לפרודים.

⁷⁷ ראו סעיף 1א(1) לתזכיר המוצע המגדיר בני זוג כמי שהם נשואים שאינם פרודים.

⁷⁸ ראו הגדרת פרודים בסעיף 1א לתזכיר המוצע.

⁷⁹ ראו את דברי ההסבר לתזכיר, לעיל ה"ש 3. התזכיר כורך יחדיו את ירושת הידועים בציבור עם אי ירושת הפרודים, ורואה בשניהם ביטוי לגישה הפונקציונלית המעדיפה מהות על פני צורה. לא למותר לציין שפרופ' שיפמן, שבכתבתו האקדמית תמך בגישה הפונקציונלית, ראו שיפמן **זוגיות יחד ולחוד**, לעיל ה"ש 4, היה חבר בוועדת טירקל שישבה על המדוכה של החוק לפני כמעט 20 שנה, ובהיבטים רבים ההצעה הנוכחית מבוססת על מסקנותיה.

⁸⁰ ראו בנושא זה בהרחבה, ליפשיץ **גירושים ללא מדיניות גירושים**, לעיל ה"ש 5.

⁸¹ ראו בהמשך מדוע בהקשר של הנשואים יש לדחות את הגישה הפונקציונלית ראו בהרחבה לעיל פרק 2.א.ג). בהערות המובאות שם נדונו הרצון להימנע ממניפולציות, שיקולים

ראשית, בעוד שהבדיקה האם בני זוג התגרשו באופן פורמלי היא פשוטה ואינה דורשת הליך פולשני, הבדיקה האם בני זוג חיו באופן קבוע בפירוד, והאם כוונתם הייתה לפירוד של קבע, דורשת התדיינות משפטית שתוצאותיה אינן ודאיות, ולעיתים היא גם תחייב נבירה בנבכי יחסי בני הזוג לאחר מותו של אחד מהם. שנית, הכרה בבני זוג פרודים כגרושים עלולה לעודד מניפולציות שבהן יגדירו את עצמם בני זוג או מי מהם כנשואים או כגרושים על פי שיקולי נוחות ולא על פי מצב הדברים האמיתי. שלישי, כאשר מדובר בזוגות עם ילדים נקודת המבט של טובת הילד תומכת בדרישה חד-משמעית מבני הזוג להבהיר באופן משפטי וברור את מעמדם הזוגי. רביעית, ניתן לצפות ממי שבחרו ביוזמתם להינשא, ובכך ביקשו לחסות בצל המוסד המדינתי של הנישואים, לסיים באופן ממוסד את יחסיהם באופן שיקדם יציבות וודאות וימנע מניפולציות והתדיינויות. ודאי שמערכות משפט אזוריות המציבות תנאים אזוריים, הנדרשים לצורך הכרה בגירושים, כגון חובת השתתפות בייעוץ ו/או התאמת הסדרי הגירושים לטובתם של ילדים, יהססו לתת תוקף מלא ל"גירושים למעשה" של בני זוג שלא מילאו אחר הדרישות הללו. לבסוף, אפילו מנקודת המבט הפונקציונלית, הבחירה של בני זוג שלא להתגרש גם במצב שבו הם חיים בנפרד עשויה ללמד שקיימת ביניהם זיקה כלכלית או נפשית המונעת מהם להיפרד, ועל כן אין ללמוד מכל פרידה שלא לוותה בגירושים על רצון לניתוק סופי של מערכת היחסים.

אף עיון במשפט ההשוואתי ילמד שברמה המשפטית-פוזיטיבית קיים הבדל משמעותי בין גישה פונקציונלית לנישואים לבין גישה פונקציונלית לגירושים. כך, בעוד שהכרה בזכויות ידועים בציבור נפוצה בארצות מערביות רבות, אף שבהיקף מצומצם מזה הקיים בישראל,⁸² התייחסות אזורית לפרידה כגירושים, ובוודאי במתכונת נרחבת,⁸³ כמעט אינה מוכרת במקומות אחרים בעולם המערבי באופן כללי,⁸⁴

ראייתיים התומכים בהגדרות פורמליות ובכללם מניעת הפולשנות הכרוכה בדרישת ראיות על המצב העובדתי של יחסי הצדדים, כמו גם מתן אפשרות לצדדים לבטא באופן ברור את כוונתם.

ראו לעיל פרק א.2.

82

ראו בהקשר זה: Jennie Suk, *Criminal law comes home*, 116 YALE L.J 2, 57 (2006): "Our legal system has no counterpart to common law marriage in the divorce realm. Couples who want to end a legal marriage cannot become divorced by living as if divorced; they must seek a formal legal divorce". כן ראו MARY ANN GLENDON, *TRANSFORMATION OF FAMILY LAW*, 148 (1989), העומדת על המחויבות של העולם המערבי לגירושים פורמליים; אולם השוו ליפשיץ **גירושים ללא מדיניות גירושים**, לעיל ה"ש 5, שם עמדתי על כמה הקשרים נקודתיים שבהם ניתן להצביע על התייחסות מובחנת לפרידה קבועה כגירושים.

83

להמחשת דבריי, ולו לצורך הקוריוז, אציין שלצד המחקר העצמאי שערכתי בספרות המשפטית ושאליו התייחסתי בהערה הקודמת, פניתי לעמיתים חוקרים ופעילים בשדה מארצות הברית, אנגליה וגרמניה ושאלתי אותם על מעמדם המשפטי של "גירושים למעשה" במדינות שבהן הם פועלים, הן בהקשר של דיני הירושה והן בהקשר של תחומים נוספים. רובם המכריע התקשו להבין את השאלה או לזהות "גירושים למעשה" כקטגוריה משפטית מובחנת.

84

ובהקשר של דיני ירושה באופן ספציפי.⁸⁵ הנה כי כן, שיקולי מדיניות אוניברסליים, כמו גם מבט השוואתי, מלמדים על הקושי באימוץ גישה פונקציונלית המבקשת להתייחס לפרודים כגרושים הן בהקשר של דיני הירושה והן בהקשרים משפטיים רחבים יותר.

(ב) הכרה משפטית ב"גירושים למעשה" כתחליף גירושים אזרחי

בעוד שההצדקה הפונקציונלית אינה יכולה להצדיק מדיניות אוניברסלית המשווה פרודים לגרושים, ניתן להצדיק מהלך כזה במציאות הישראלית על רקע דיני הגירושים הדתיים בישראל ותופעת סרבנות הגט הנגזרת מהם.

כפי שהרחבתי במקום אחר, אבן הראשה של המדיניות אזרחית הרווחת והראויה של דיני גירושים אזרחיים נעוצה במתן אפשרות לכל אחד מבני הזוג להחליט על סיום קשר הנישואים, ללא צורך בהסכמת בן זוגו וללא צורך בהצדקת רצונו להתגרש,⁸⁶ משטר המכונה "גירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה", ובלעז *unilateral no fault divorce*.⁸⁷ לעומת זאת בישראל, שבה ענייני נישואים וגירושים נדונים על פי הדין הדתי, דיני הגירושים הדתיים בכלל, והדין הדתי היהודי בפרט, מקשים על האפשרות לקבל גט ללא שיתוף פעולה של שני הצדדים.⁸⁸ לנוכח מציאות משפטית זו רווחים

⁸⁵ Adam J. Hirsch, *Inheritance on the Fringes of Marriage*, U. ILL. L. REV. 235, 265–266 (2018) מצייין כי בכל מדינות המשפט המקובל בארצות הברית פרידה שאינה מלווה בגירושים אינה שוללת את זכותו של בן הזוג על פי צוואה (זאת בניגוד לגירושים, הקובעים חזקה כמעט בלתי ניתנת לסתירה שלפיה ההורשה לבן הזוג בוטלה גם אם הצוואה לא בוטלה באופן פורמלי). אף הקוד האחיד בארצות הברית, Unif. Probate Code § 2-802(a) (amended 2010), 8 pt. 1 U.L.A. 322 (2013) קובע שגרוש אינו נחשב כבן זוג שורר לצורך קבלת ה-*Elective Share* (החלק הניתן לבן הזוג השורר במקרה מוות גם אם הורר בצוואה). בה בעת הקוד מדגיש שפרידה אינה נחשבת כגירושים. לניצנים של הכרה במשמעות המשפטית של פרידה לעניין דיני הירושה ראו Hirsch, שם, בעמ' 267–268, המציין שבניגוד למצב הקיים ברוב המדינות שבו פרידה, ואפילו הליך גירושים, אינם משנים לעניין דיני הירושה, בניו ג'רזי בן הזוג השורר מפסיד את זכותו ל-*elective share* לפני מות הנפטר היה הליך גירושין או נסיבות שהיו מובילות לצי גירושין, כגון שהצדדים החלו בהליך גירושין אך לא הספיקו להשלימו. נוסף על כך, על פי הסקירה המובאת שם, באורגון "אם בני הזוג גרו בנפרד, בין אם היה צו גירושין ובין אם לאו, ביהמ"ש יכול לשלול את זכות ה-*elective share* או להפחיתה לסכום כזה שבית המשפט יקבע כסביר והולם".

⁸⁶ ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671, 680–688 (2005) (להלן: "ברצוני להתגרש").

⁸⁷ להצבת זכות היציאה מן הקשר הזוגי כאחד המאפיינים הבולטים של דיני המשפחה המודרניים ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", שם, בעמ' 695–696; וכן C.J. Frantz & H. (2004) 86–87, 104 *COLUM. L. REV.* Dagan, *Properties of Marriage*.

⁸⁸ יחיאל קפלן "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי-דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" מחקרי משפט כא 609 (2005); בנימין שמואלי "סרבנות גט – עילה נשית, גברית או עצמאית המאפשרת לפצות גם גברים מסורבי גט?"

מקרים של בני זוג פרודים שאינם מתגרשים משום שאחד מהם מונע את האפשרות להתגרש. זהו הרקע להתפתחותם של תחליפי הגירושים האזרחיים במשפט הישראלי, תחליפים המקנים בהקשרים שונים תוצאות אזרחיות של גירושים במקרים שבהם התפרק בפועל הקשר הזוגי. תחליפים אלו נועדו להקל על מצוקתם של מסורבי ומסורבות הגט.⁸⁹ ברם, כפי שטענתי בהרחבה במקום אחר, אם אכן נועדו תחליפי הגירושים לסייע למסורבי הגט, יש לפתח את התחליפים רק למען אלו שבני זוגם מסכלים את האפשרות להתגרש. לכן יש לבקר את העובדה שבמרבית המקרים לא פעלו בתי המשפט על פי אמת מידה זאת, ועל כן ניתנו תחליפי הגירושים מבלי להבחין בין הצד הסרבן לבין הצד המסורב, באופן הפוגע באופן לא צודק במסורבי הגט. יתרה מזו, לעיתים, במקרים שבהם המעמד כגרוש טומן בחובו הטבות משפטיות, כגון הטבות של הורה יחיד, אי ההבחנה בין סרבנים ומסורבים הופך את **תחליפי הגירושים לתמריץ לסרבנים** שסירבו להתגרש ובכל זאת החוק מעניק להם הטבות של גרושים.⁹⁰

עד כה הסברתי מדוע ההבחנה בין סרבנים ומסורבים חיונית, כמעט הייתי אומר מובנת מאליה, על פי הגישות המדגישות את ההכרה המשפטית בפיירוד כתחליף גירושים אזרחי שמטרתו הקלה על דיני הגירושים. אולם בישראל, לטעמי, גם על המצדדים בגישה הפונקציונלית מנימוקים אוניברסליים לתת מקום להבחנה האמורה. אכן, גם אם המוטיבציה המרכזית של המשפט האזרחי בהתייחסות ל"גירושים למעשה" כגירושים נעוצה בגישה פונקציונלית לנישואים ובתפיסה שלפיה נישואים שהתפרקו אינם נחשבים עוד כנישואים, אין המשפט האזרחי יכול להתעלם ממצבים שבהם הכרה ב"גירושים למעשה" כגירושים, גם אם היא עשויה להיות מוצדקת על פי ניתוח תכליתי של חוק נקודתי, מתמרצת בסופו של דבר סרבנות, שהרי היא מאפשרת לסרבן להמשיך בנישואים הדתיים ובה בעת ליהנות מן היתרונות הגלומים במעמד של גרוש ו/או יחיד. במקרים אלה, אם יכיר המשפט האזרחי ב"גירושים למעשה" כגירושים, תוטל עליו האחריות לתמרוץ סרבנות ולהעמקת הסבל של מסורבי הגט. במקרים שבהם הכרה ב"גירושים למעשה" כגירושים שוללת זכויות המגיעות ברגיל לנישואים, הגישה הפונקציונלית, שאינה מבחינה בין סרבנים ומסורבים, מעוררת קושי הפוך. האם יהיה זה הוגן שמדינה שחוקיה התייחסו למסורב או למסורבת כנישואים

בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והגברת כוח המיקוח של המסורב/ת "עיוני משפט לט 545 Ram Rivlin, *Religious Norms Between Ethics and Law: The Death and Afterlife of Jewish Divorce Law*, 4 OXFORD J. L. & REL. 469 (2015)

⁸⁹ בכתיבתו המקורית של שיפמן, ההתייחסות לתחליפי הגירושים כאמצעי להקלה על מסורבי הגט וכאמצעי להגשמה אזרחית של מדיניות גירושים ללא אשמה הינה ברורה. ראו למשל פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א 428 (מהדורה שנייה 1995): "ככל שסמכותו של השופט האזרחי מגעת, עליו להושיט ברוח נדיבה תרופות אזרחיות חלופיות, שיש בהן כדי להקהות את העוקץ מכלולן התרת הנישואים בדרך הדתית". בהמשך הוא כותב על הצורך להקטין למינימום את נזקיו של מסורב הגט, ועל כך שיייתכן ששימוש נרחב בתחליפי הגירושים יתרום לכך שהתפיסה החברתית של גירושים-דה-פקטו תתקרב לתפיסה החברתית של הגירושים.

⁹⁰ ראו ליפשיץ **הידועים בציבור**, לעיל ה"ש 8, ה"ש בעמ' 275–299.

חרף רצונם להתגרש, שמנעה ממסורבי הגט להינשא מחדש, ואף קבעה שנישואים כאלה ייחשבו כעבירה פלילית, תחליט באותה נשימה לשלול מהם בכל זאת זכויות של נשואים כאילו היו גרושים? כזכור, בחלק הראשון של פרק זה הבעתי את דעתי שקשה להצדיק מנקודת מבט אוניברסלית שיטת משפט פונקציונלית שתתעלם לחלוטין מהמעמד המשפטי הפורמלי של הנישואים ותשווה לחלוטין את מעמדם המשפטי של "גרושים למעשה" עם מעמדם המשפטי של גרושים. אולם, מן הניתוח בחלק הנוכחי עלה שגם אם הייתה הצדקה משפטית תאורטית לגישה פונקציונלית כזו, הרי שיישומה בהקשר הישראלי, בהתעלם מדיני הגירושים הדתיים ומן ההבחנה הנדרשת בין סרבנים למסורבים, עלול להוביל לתוצאות קשות. משוכנעים בעמדה הערכית העקרונית המבקשת להבחין ביחס המשפטי לפרודים בין סרבנים ומסורבים, נשוב לבחינת הצעת החוק הקיימת בהקשר של מעמדם של פרודים בדיני הירושה.

3. בחינת התיקון המוצע בתזכיר בראי שיקולי המדיניות הראויים

יישום העמדה המבקשת להבחין בין סרבנים ומסורבים בהקשר של דיני הירושה מוביל למסקנה שבמקרה של פירוד קבוע קיימת הצדקה לשלול מבן הזוג הסרבן את האפשרות לרשת את בן זוגו המנוח מסורב הגט. ייתכן גם שניתן להצדיק את יישום הגישה הפונקציונלית במקרים שבהם שני הצדדים הסכימו להסתפק בפרידה קבועה, אך מסיבות שונות, כגון חוסר הרצון להשתתף בטקס הגירושים הדתי, לא היו מעוניינים להתגרש. לעומת זאת, על פי ניתוחנו, גם במקרה של פירוד קבוע אין הצדקה לשלול ממסורב גט שחי בפירוד מבן זוגו ונותר נשוי בעל כורחו את מעמדו כנשוי לצורך דיני הירושה.

בניגוד למסקנה זו, התזכיר המוצע פוסע במידה רבה בעקבות הגישה הפונקציונלית ומגדיר בני זוג פרודים כגרושים ללא הבחנה בין סרבנים ומסורבים. משום כך אימוץ הנוסח הקיים של התזכיר עלול להוביל למצב שבן זוג מסורב גט שחי בנפרד מבן זוגו לא יוכל לרשת אותו אף על פי שהסיבה לאי הגירושים נטועה בהתנהגות הסרבן. בכך התזכיר חשוף לביקורת שנמתחה על הגישה הפונקציונלית המובילה לעולל כלפי מסורבי ומסורבות הגט.

לכאורה, ניתן להבין בכל זאת את העמדה בתזכיר המצדיקה את אי ההבחנה בין סרבנים ומסורבים בהקשר של דיני הירושה. ראשית, במצבי ירושה, בשונה מתחומים אחרים שבהם עסקנו, יש להתמקד בהיבט הפונקציונלי של המשפט שלפיו במקרה של בני זוג הפרודים דרך קבע רצונו המשווער של הנפטר היה להדיר את בן זוגו, וזאת ללא קשר לשאלת זהות הסרבן ולביקורת הערכית עליו. שנית, ניתן לטעון שבהקשר של דיני הירושה אין להתייחס לתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים ולהבחנה בין מסורבים וסרבנים. הגיונה של הטענה נובע מהנסיבות הייחודיות של דיני הירושה. הצדקה המרכזית לגישת תחליף הגירושים היא מניעת סרבנות, אך במצבי ירושה לא ניתן למנוע את הסרבנות שכן בן הזוג הסרבן כבר נפטר בין כה וכה. נוסף על כך, ניתן לטעון שחופש הציווי הקיים במשפט הישראלי מחליש גם את היבט הכוונת ההתנהגות

לגבי זוגות עתידיים, שכן ממה נפשך, אם סרבנים מודעים לכלל המשפטי – הם ידירו את בני זוגם המסורבים באמצעות צוואה, ולעומת זאת אם אין הם מודעים אליו – לא יהיה ניתן לכוון את התנהגותם באמצעות כלל זה.

לכאורה, אם כן, העובדה שבתחום הירושה הסרבן כבר נפטר שומטת את הקרקע מן ההבחנה בין הסרבנים למסורבים והיא פותחת את הפתח לאימוץ גישה פונקציונלית מלאה שאינה מבחינה בין סרבנים למסורבים.

ברם, למרות הפיתוי לבכר גישה פונקציונלית טהורה הרואה פירוד קבוע כגירושים, אני סבור שכמו בתחומים אחרים גם בתחום דיני הירושה קיימת הצדקה להבחין בין סרבנים למסורבים:

ראשית, אין זה הוגן שמסורבת גט, שלאורך חייו של הסרבן שילמה את המחיר על מעמדה כנשואה, תוכר לאחר מותו כגרושה. שנית, אין זה צודק להעמיד בפני הסרבן "שירות" של הגשמת רצונו המשוער, כאשר לא טרח לערוך צוואה תוך פגיעה במסורבת הגט. שלישית, לגינוי כלפי הסרבן, המשתקף בין היתר ביישום הלא-סימטרי של הגישה הפונקציונלית, משמעויות חינוכיות שעשויה להיות להן השלכה עתידית על ההתקבלות החברתית של מושג הסרבנות. לבסוף, לדעתי אפילו מנקודת המבט הפונקציונלית ניתן לגרוס שאי הנכונות להתגרש עשויה לשקף שבתודעת הסרבן הגירושים למעשה אינם שקולים לגירושים סופיים, ולכך אמורה להיות השלכה מבחינת דיני הירושה.

לנוכח טיעונים אלה, ראוי להוסיף לנוסח הקיים של התיקון המוצע בתזכיר סייג המבהיר כי בן זוג "גרוש למעשה" ייחשב בכל זאת כבן זוג במקרה של סרבנות גט.⁹¹ סייג כאמור יקבע שפרוד שהוכיח שפעל לסיום הנישואים, ושהסיבה לאי גירושיו קשורה באי הסכמת בן זוגו לגירושים, ייחשב כנשוי לצורך דיני הירושה.⁹²

⁹¹ ביום 17.12.2020 התקיים מפגש של פורום האקדמיה ומשרד המשפטים, ובו הצגתי את מאמרי "גירושים ללא מדיניות גירושים" (לעיל ה"ש 5). למאמר הגיב המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזורי) דאז, ארז קמיניץ, ובעקבות ההצגה והתגובה התפתח דיון בנוגע לשאלה האם נכון לשלב במסגרת דיני הירושה הבחנה בין סרבנים למסורבים, או שמא גישה פונקציונלית מלאה ראויה יותר. הניסוח הקיים של תזכיר החוק שנערך ופורסם לאחר קיום הדיון חורג מהנוסח המקורי של הצעת חוק דיני הממונות, שנקט את הגישה הפונקציונלית ללא כל סייג. ניסוח זה כולל כזכור את ההנחיה שלפיה "כוונת הצדדים תיבחן בין היתר בשים לב למשך הפירוד, התנהגות הצדדים וקיומו של הליך להתנת נישואין" (ההדגשה שלי - ש"ל); הגם שאף הניסוח הקיים אינו מאמץ את עקרונות הפעולה המבחיין בין סרבן למסורב במלואו, הוא פותח פתח פרשני מסוים לשילוב עיקרון זה. אני מקווה שהניסוח הסופי של הצעת החוק יפסע צעד נוסף ויעמוד במפורש על הקשר שבין זהות הסרבן לבין הנכונות לנקוט גישה מהותית הרואה פירוד כגירושים. להשלמת התמונה בדבר המודלים האפשריים לתיקון חוק הירושה, אזכיר גם את הצעת חוק הירושה (תיקון - אי תחולה על בני זוג פרודים), התשע"ח-2018 פ/541/20. חידושה של הצעה זו, שעל פי האמור בה השתתף בניסוחה מרכז רקמן הפועל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, הינו בכך שבן זוג פרוד לא יוכל לרשת. הגדרת בן זוג פרוד על פי ההצעה אינה נקבעת בהתאם לקריטריונים אובייקטיביים, כגון תקופת פירוד

לקראת סיום, אציין שהבעיה שעליה עמדתי בפרק זה, בדבר אי הבחנה של קטגוריית הפרוד המוצעת בין סרבנים ומסורבים והפגיעה הנובעת מכך במסורבי גט פרודים שלאחר מות בני זוגם הדין מתייחס אליהם כגרושים, מתעוררת גם בהקשרים נוספים. כך למשל, על פי הניסוח הקיים של סעיף 238 לחוק ביטוח לאומי פרודה מסורבת גט לא תיחשב כאלמנה לאחר מותו של בן זוגה שלו הייתה נשואה בזמן המוות.⁹³ זו תוצאה לא הוגנת שתיקון חקיקתי שיכלול סייג מהסוג שהוצע במאמר הנוכחי עשוי לתקנו. אף בדיני הפנסיה קיימים עיוותים הפוגעים במסורבות ומסורבי גט פרודים, ובמאמר שהוקדש לנושא הצעתי מכניזם לתיקונם.⁹⁴

בהיזון חוזר לדיני הירושה, אציין שקיומם של מקרים נוספים שבהם הולכת ומתגבשת הקטגוריה של פירוד תומכת אף היא בשילוב ההבחנה בין מסורבים וסרבנים אף בדיני הירושה. לאימוץ תזכיר חוק הירושה בכלל, ולקטגוריית הפרוד בפרט, עשויה להיות תהודה רחבה בקרב משפטנים. לכן, אף על פי שתזכיר החוק הנוכחי ממוקד בדיני הירושה, הוספת הקטגוריה של פרוד בתזכיר והתייחסות לפרוד כגרוש עשויה לחלחל גם לפרשנותם של חוקים נוספים העוסקים בפירוד, כגון לגבי ביטוח לאומי, זכויות של חד-הוריות ועניינים נוספים.⁹⁵ בכל הנושאים הללו קיימת הצדקה להבחנה בין סרבנים ומסורבים, אולם הבחנה כזו לא אומצה על ידי הפסיקה. על כן, בניית הקטגוריה של פרוד כגרוש ללא הבחנה בין סרבנים ומסורבים עלולה להוביל להשלכות רוחב מסוכנות בתחומים אחרים, כאלה שישפיעו הן על חקיקה והן על פסיקה עתידית בתחומים הללו. מנגד, שילוב ההבחנה בין סרבנים ומסורבים בהגדרת פרודים בחוק הירושה עשוי לסייע בעיצוב ראוי של הקטגוריה גם במקרים נוספים.

ממושכת, אלא רק בהתאם לשתי חלופות המבקשות לזהות סרבנות גט. על פי חלופה אחת, "פרוד" הוא מי שנפסק נגדו בבית דין רבני בפסק דין או בהחלטה כי עליו לתת גט או לקבל גט. על פי החלופה השנייה, "פרוד" הוא מי שהוגשה נגדו תביעה לגירוש או להתרת נישואים וחלפה שנה מיום הגשת הבקשה. כאמור, בניגוד להצעת חוק הממונת המקורית של משרד המשפטים, ואפילו הצעת התזכיר בניסוחה הנוכחי, הצעה זו אכן נותנת מקום להבחנה בין סרבנים למסורבים, ובכך יתרונה על הצעות משרד המשפטים. עם זאת, בעיניי, הקריטריון הראשון לסרבנות הוא צר מדי, שכן הוא מתבסס אך ורק על הכרעות שיפוטיות של בית הדין. לעומת זאת, הקריטריון השני הוא רחב מדי. הגדרת אדם כסרבן גירוש אם לא נענה לתביעת גירוש בטווח זמן של שנה לאחר שהוגשה אינה רגישה למדיניות האזרחית המבקשת למנוע הליכי גירוש חפוזים, והיא עלולה לפגוע במיוחד בנשים חלשות כלכלית הנוקקות לזמן הסתגלות לגירוש. לכן, אם תתקבל ההצעה, המשמעות היא שאישה שהוגשה כנגדה תביעת גירוש והגט לא סודר תוך שנה תוגדר כסרבנית. אומנם ההגדרה הנקודתית היא לצורך חוק הירושה, אולם להגדרה כזו עלולות להיות השלכות רוחב קשות גם לתחומים נוספים. משום כך, בסופו של דבר אני סבור שהנוסח המוצע בתזכיר חוק הירושה הקיים בתוספת לתיקון שהוצע בטקסט עדיף.

⁹³ ס' 238 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995.

⁹⁴ ראו ליפשיץ **גירושם ללא מדיניות גירושם**, לעיל ה"ש 5, פרק ב.1 (ב). הטקסט המתייחס לה"ש 104-119.

⁹⁵ שם.

בשולי הפרק העוסק בהשפעת פירוד על זכויות הירושה אזכיר שבעוד שקשר הנישואים פוקע באופן פורמלי באמצעות גירושים, סיום הקשר בין ידועים בציבור אינו דורש אקט פורמלי. אכן כפי שלמדנו בפרק הנוכחי גם כאשר מדובר בנשואים התזכיר מכיר בנסיבות מסוימות באפשרות שפרידה תפקיע את זכויות הירושה, עם זאת התזכיר מדבר על פרידה ממושכת של שלוש שנים, שניתן לראות בה תחליף לגירושים פורמליים. במקרים של ידועים בציבור, שבהם לא קיים מלכתחילה קשר פורמלי, יש להסתפק בפרידה קצרה בהרבה כאינדיקציה לפקיעת הקשר, לפחות לצורך דיני הירושה. משום כך, יש לחדד שזכויות הירושה של בני זוג שאינם נשואים מוגבלות למי שהמשיכו לקיים חיי משפחה ומשק בית משותף בעת המוות.

ג. ריכוז המלצות ודברי סיום

לסיכום, אם כן, המלצותיי בהקשר של השינויים המוצעים לגבי הסדר הירושה של הידועים בציבור ושל בני זוג פרודים הן כדלקמן:

(א) יש לתמוך בהשמטת הביטוי "איש ואישה" מן הניסוח הקיים של החוק כמוצע בתזכיר.

(ב) יש לתמוך בהוספת הדרישה של "כוונה לקיים חיי משפחה דרך קבע" לניסוח הקיים כמוצע בתזכיר.

(ג) יש להגדיר תקופת חיים של שלוש שנים של חיי משפחה משותפים כתקופה מינימלית הנדרשת לצורך הכרה בידועים בציבור. לחלופין יש להגדיר תקופת שנתיים של קיום משק בית משותף כמינימום הכרחי לצורך הכרה בבן זוג כידוע בציבור ותקופה של שלוש שנים כקובעת חזקה של בני זוג הזכאים לרשת זה את זה בהתאם לניסוח הנוכחי.

(ד) יש לקבוע חזקה שמי שהביאו במשותף ילדים לעולם וחיים במשק בית משותף בעת פטירת מי מהם נחשבים כבני זוג, זאת גם אם משך הקשר ביניהם לא הגיע לתקופת המינימום המוגדרת.

(ה) יש לקבוע שלצורך דיני הירושה נישואים אזרחיים ייחשבו כנישואים.

(ו) יש לקבוע חזקה, שלפיה בני זוג שהתקשרו בהסכם, או הצהירו בפני רשות או גוף פרטי על היותם בני זוג, ייחשבו כבני זוג לעניין זכויות הירושה.

(ז) לצד התיקון החקיקתי של דיני הירושה, יש לעודד רשויות עירוניות ואת לשכת עורכי הדין לצאת במהלך חברתי רחב של רישום זוגיות ממוסד באופן שיסייע להבחין בין סוגים שונים של ידועים בציבור.

(ח) יש לקבוע כי הסכמה בין בני הזוג שלפיה אחד מהם או שניהם לא יירשו זה את זה או אפילו הצהרה כתובה וחד-משמעית של המנוח המדירה את בן זוגו תקבל תוקף משפטי גם אם לא נערכה במתכונת של צוואה.

(ט) יש להבהיר כי במקרה של הידועים בציבור נדרש שהקשר הזוגי ימשיך בעת הפטירה כדי להצדיק את קיום המעמד של בן זוג לצורך דיני הירושה.

(י) יש לתמוך בהוספת קטגוריה של פרוד לחוק הקיים כמוצע בתזכיר.
 (יא) יש לסייג את ההגדרה המוצעת בתזכיר לפירוד בסייג שלפיו פרוד שהוכיח שפעל לסיום הנישואים, והסיבה לאי גירושיו קשורה באי הסכמת בן זוגו לגירושים, ייחשב כנשוי לצורך דיני הירושה.

בשלב הבא יש להציע תיקוני חקיקה גם להוראות חוק נוספות העוסקות בגירושים למעשה, כגון הוראות בדיני הביטוח הלאומי ודיני הפנסיה, ולשלב בהם בשינויים המחויבים סייג דומה לסייג שעליו המלצנו בהקשר של דיני הירושה.

תזכיר חוק הירושה בכלל, וההמלצות בתזכיר בהקשר של ירושת בן הזוג בפרט, מבוססים בעיקרם על עבודת מחקר וחיבה מעמיקה שנערכו בוועדת טירקל. ועדת טירקל ירבה על המדוכה לפני קרוב לשני עשורים. כפי שמאמר זה לימד, בזמן שחלף התפתח המחקר הסוציולוגי הבוחן מיהם הידועים בציבור, נישואים אזרחיים מחוץ לישראל הפכו נפוצים יותר, לאחרונה מתפתחים כלים משפטיים וחברתיים כגון חתימה על תעודות זוגיות ורישום עירוני שעשויים להבחין בין סוגים שונים של ידועים בציבור, הועלו כיוונים חדשים נורמטיביים במחקר ופותרו כיוונים חשובים בפסיקה, חלקם חיוביים וחלקם מעוררי ביקורת ודורשים תיקון על ידי המחוקק. הנוסח הקיים של התזכיר אינו נותן מענה מספק לכל ההתפתחויות הללו. למרבה השמחה, משרד המשפטים פתח לשיתוף פעולה עם האקדמיה הישראלית. כך למשל נערכה באוניברסיטת בר-אילן, בעקבות פרסום התזכיר, סדנה בהשתתפות חוקרים מובילים בתחום דיני הירושה יחד עם בכירי משרד המשפטים העוסקים בזוויות שונות של דיני הירושה. אף לשכת עורכי הדין נרתמה למאמץ, והיא משתפת פעולה עימי לצורך קידומן של ההמלצות המוצעות. אני מקווה ומאמין שפרסום המאמר הנוכחי, בצירוף פעולה משותפת עם לשכת עורכי הדין לקידום המלצותיו, יהווה חלק מן המאמץ לשיפורם של דיני הירושה בישראל.

אוסף ואומר ששני הנושאים המרכזיים שבהם עסקנו – ירושת ידועים בציבור ומעמדם של בני זוג פרודים – מתעוררים לא רק בהקשר של דיני הירושה אלא גם בהקשרים נוספים, רבים ומגוונים, חלקם נוגעים ליחסים בין בני הזוג לבין עצמם וחלקם ליחסים בינם לבין הרשויות. משום כך לשינויים המוצעים בתזכיר, כמו גם להמלצות שהוצעו במאמר הנוכחי, במידה שיופנמו על ידי המחוקק, יכולה להיות השפעה רחבת היקף על דיני המשפחה כמובנם הרחב.