

## ארבעים (ומשהו) שנה של עיוני משפחה\*

מאת

איילת בלכר-פריגת\*\* ורות זפרן\*\*\*

### תקציר

המאמר, אשר נכתב לכבוד הכרך הארבעים של כתב־העת עיוני משפט, בוחן את המחקר דיני משפחה לאורך שנות פרסומו של כתב־העת, ובמקביל מנסה להבין את ההתפתחות שחלה בתחום זה ככלל במשך אותן שנים. חלקו הראשון של המאמר מוקדש לשאלה מהם "דיני משפחה" ומה מייחד תחום זה כענף משפטי נפרד. שאלה זו, שהתעוררה בשלב מקדמי לצורך זיהוי המאמרים שפורסמו בתחום, הובילה לדיון מורכב, לנוכח העדר מענה לשאלה בהקשר הישראלי ועיסוק מוגבל ומצומצם בה בהקשר ההשוואתי. במסגרת דיון זה המאמר בוחן שני סוגים של ספרות: האחד, שהוא תיאורי יותר באופיו, מתמקד בתיאור התחום של דיני משפחה כפי שהוא משתקף בספרי־יסוד ובקובצי חקיקה (קודקסים) ובאופן בנייתם מבחינה היסטורית; והאחר, שהדגש בו הוא נורמטיבי, מתייחס לערכים ולעקרונות שצריכים לעמוד בבסיסו של תחום זה כתחום משפטי נפרד. בסיומו של דיון זה השאלות מהם דיני משפחה, כיצד ראוי להגדיר את התחום ואילו עקרונות ומטרות ראוי שיעמדו בבסיסו נותרות שאלות פתוחות הניצבות ברקע המאמר. חלקיו הבאים של המאמר מוקדשים לדיון במאפיינים ובמגמות שזיהינו בפרסומי כתב־העת בתחום דיני המשפחה. המגמה הראשונה היא הנטישה, כביכול, של הכתיבה המגזרית המתמקדת בקבוצה דתית מסוימת. חקר דיני המשפחה עבר (לכאורה לפחות) מכתיבה שהתמקדה בקבוצה עדתית־דתית מסוימת, ומדיון בדיניה הייחודיים של כל עדה, לדיון בכלל המתדיינים, תהא השתייכותם הדתית אשר תהא, ולכתיבה תיאורטית כללית יותר. אולם מה שנדמה כמעבר מכתביה מגזרית־עדתית לכתיבה אוניוורסלית אינו כזה למעשה. אומנם הדיון בעדות דתיות מובחנות נזנח, והכתיבה במאמרים היא א־מגזרית כללית ואוניוורסלית כביכול, אבל בדוגמאות שהם בוחרים לנתח

\* מאמר זה נכתב לרגל יציאתו לאור של הכרך הארבעים של כתב־העת, אך כרך א יצא בשנת 1971, כך שבמניין השנים מדובר ביותר מארבעים שנה.

\*\* מרצה בכירה, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, הוד השרון.

\*\*\* מרצה בכירה, בית־ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

שתי הכותבות תרמו למאמר במידה שווה. תודה לעוזרות־המחקר שלנו נעה שקילר, קרן אור כהן ומומר לבני; למידענית זהר פורט, מספריית המרכז הבינתחומי הרצליה; לחברות מערכת עיוני משפט פרי ארד, אלינור קמינר גולדפיינר וקרן שרעבי; ולעורך גיא פריבר. תודה מיוחדת לאור אלקיים, חברת מערכת עיוני משפט, על סיועה באיתור חומרים.

הם מתמקדים ביהודים, ומידת הרלוונטיות שלהם לאוכלוסייה הלא-יהודית בישראל הינה מוגבלת. מגמה שנייה שזיהינו קשורה לנושאי המחקר. שינוי זה בנושאי המחקר מתבטא בשלושה מישורים: במישור אחד ניכרת התרחבות מדיון המתמקד בסוגיות של פרוצדורה באופן בלעדי כמעט לדיון בסוגיות הנוגעות גם בתוכנם ובמהותם של היחסים המשפחתיים; במישור שני חל שינוי מסוים בסוגי היחסים שהמחקר מתמקד בהם, שעיקרו מעבר מדיון בלעדי בקשר הזוגי לדיון גם ביחסי הורים-ילדים; ובמישור שלישי חל שינוי בסוגי המשפחות שהמחקר דן בהם – ממשפחות "מסורתיות" יותר באופיין למבנים שונים של משפחות "חדשות". מדובר אומנם בשינויים נפרדים, אולם הם ניוונים כולם, בין היתר, מהתרחבות מגוון החוקרים שהחלו לעסוק בתחום לאורך השנים, וכן מהתפתחותם של דיני המשפחה בישראל בכללותם. הצלילה לכל שינוי ושינוי מלמדת על פער בין מראית פני הדברים לבין פרטי הדברים בפועל, וחושפת, גם כאן, תמונה מורכבת יותר. חלקו האחרון של המאמר מנסה להכליל את ההתפתחויות שחלו בחקר דיני המשפחה במסגרת עיוני משפט אל חקר דיני המשפחה בישראל בכלל, תוך בחינת הכתיבה בתחום מעבר לכתבי-העת ומנקודת-מבט רחבה יותר של ארבעים שנות עיוני משפחה בישראל.

מבוא

א. מהם "דיני משפחה"?

1. צמיחתו של תחום דיני המשפחה
  2. הבסיס הנורמטיבי של דיני המשפחה
  - ב. מכתביה מגזרית לכתביה אוניוורסלית-עיוורת
  - ג. הזוגיות והשלכותיה הממוניות במרכז תשומת-הלב
  - ד. משפחות "מסורתיות" ומשפחות "חדשות"
  - ה. מ"עיוני משפט" לעיוני משפחה
- מילים לסיום

## מבוא

את מחקרנו, שנעשה לכבוד הכרך החגיגי של כתבי-העת עיוני משפט לציון ארבעים שנה להיווסדו, פתחנו במיפוי כל המאמרים בתחום דיני המשפחה שפורסמו בכתבי-העת לאורך השנים. ניגשנו למלאכה עם סקרנות רבה, אך ללא כל תיאוריה מוקדמת לגבי התפתחות הכתיבה בתחום דיני המשפחה בכתבי-העת. התוכנות שגיבשנו התפתחו רק לאחר הליך המיפוי והסקירה, שהיה מרתק כשלעצמו, ותוצאותיו הפתיעו לעיתים אף אותנו. עוד בטרם נתייחס בהרחבה לשאלה המורכבת מה נמצא בגדר התחום של "דיני משפחה", נצביע, כבר בשלב מוקדם זה של המאמר, על כמה נתונים מעניינים.

מספר המאמרים הכולל בתחום דיני משפחה הוא בין 70 ל-80 (המספר המדויק תלוי בהגדרת התחום של דיני המשפחה).<sup>1</sup> מספר זה מהווה כ-7% מסך כל המאמרים שראו אור בכתב-העת לאורך השנים.<sup>2</sup> לצד הנתון הכללי ניתן להצביע על צמצום במספר המאמרים בתחום לאורך השנים. בשנים הראשונות (למעט השנה הראשונה, שבה פורסם מאמר אחד בלבד בתחום) הכיל כל כרך מספר ניכר של מאמרים שעסקו בדיני המשפחה – כשבעה ואף יותר. אולם שבע שנים לאחר תחילת הוצאתו לאור של כתב-העת (בשנת 1978) צלל המספר באופן חד, ורק מאמרים ספורים, אם בכלל, התפרסמו בתחום בכל שנה נתונה. נתון זה נשאר עקבי לאורך השנים, למעט בכרכים ייעודיים שהוקדשו לדיני המשפחה.<sup>3</sup>

עד כרך כ, שפורסם בשנת 1996, נכתבו כל המאמרים בתחום דיני המשפחה (למעט מאמרים ספורים שעסקו בסוגיות הנמצאות בשולי דיני המשפחה, בהשקה להולדה ולרפואה) על-ידי גברים.<sup>4</sup> למיטב ידיעתנו, רובם בעלי רקע דתי (פרופ' מנשה שאוה, פרופ' אריאל רוזן-צבי, פרופ' אבנר שאקי ואחרים). החל בכרך העשרים לכתב-העת (1996-1997) המחברים מתגוונים – נוספים חוקרים וחוקרות מרקעים שונים (דתיים כמרג'ם לא-דתיים), אולם כולם, למיטב ידיעתנו, יהודים. המאפיין המגדרי רלוונטי לא רק לכתובה בתחום דיני המשפחה, אך בתחום זה הוא בולט ומשמעותי במיוחד.<sup>5</sup> בעשורים הראשונים רק מיעוט מקרב החוקרים שפרסמו בכתב-העת בכלל הנושאים היו נשים. האחוזים השתנו מכרך לכרך, אך עמדו על

- 1 ראו דיון בפרק א להלן.
- 2 על-פי בדיקתנו, בכתב-העת ראו אור במהלך ארבעים שנות פרסומו (עד שנת תשע"ו) כ-1,080 מאמרים בסך-הכל.
- 3 כרך כח, שעסק בדיני משפחה באופן כללי, וכרכים יט ו-כ, שפרסמו מקבצי מאמרים שעסקו בפרשת הביציות המופרות של בני-הזוג נחמני. באותה פרשה נפרדו בני-הזוג לאחר שלב ההפריה ולפני השתלת הביציות ברחמה של אם נושאת, והיו חלוקים בשאלה מה ייעשה בביציות המופרות: האשה ביקשה לעשות בהן שימוש לצורך הולדה, אולם האיש התנגד לכך נחרצות. הפרשה נדונה בבית-המשפט העליון פעמיים – פעם בערעור בהרכב של שלושה ופעם בהרכב מורחב של תשעה – ועמדה ברקע של כמה מאמרים שפורסמו בנושא באמצע שנות התשעים של המאה הקודמת.
- 4 עדנה קפלן "הפריה מלאכותית" עיוני משפט ב 110 (1972); עדנה קפלן, חיים בראוטבר ודוד נלקן "אבהות כשאלת מדעי הים" עיוני משפט ז 46 (1979); דליה אבן "ההפלה המלאכותית – האספקט המשפטי" עיוני משפט ב 430 (1972).
- 5 להשפעת מגדרו של המחבר על נושאי המחקר, על אופי המחקר ועל תוכנו ראו, באופן כללי, דפנה הקר, מיה לביא-אג'אי ומיכל קרומר-נבו "הזמנה לדיון במתודולוגיות מחקר פמיניסטיות" מתודולוגיות מחקר פמיניסטיות 7 (מיכל קרומר-נבו, מיה לביא-אג'אי ודפנה הקר עורכות, 2014).
- 6 ככל השנים ובכל תחומי המשפט מספר המחברות קטן ממספר המחברים. לאורך השנים חל אומנם גידול בשיעור היחסי של פרסומי חוקרות, אך לא באופן אחיד וקבוע. אולם בתחומים שאינם דיני המשפחה נרשם ייצוג נשי כבר בשנה הראשונה של כתב-העת ולאורך כל השנים, והיו גם כמה חוקרות בולטות מאוד, ביניהן סמדר אוטולנגי בתחומים המסחריים, נילי כהן בדיני חוזים, נינה זלצמן בקניין, רות בן-ישראל בדיני עבודה, ציפורה כהן בדיני חברות ודפנה ברק-ארו במשפט מנהלי. החל בכרך כ (שנת 1996) מגוון החוקרות מתרחב, ונשים רבות יותר מתחומי מחקר מגוונים יותר משתלבות בפרסומי כתב-העת.

20% לכל-היותר. בסביבות שנת 2000 עלה שיעורן של החוקרות לכ-30%, ומשנת 2010 ניכרת עלייה משמעותית, ובחלק מן הכרכים הנשים מהוות 40% ואפילו 50% מן המחברים. ניכר שגם נושאי המאמרים הלכו והתגונו לאורך השנים. בשנים הראשונות עסקו המאמרים בעיקר בהיבטים פרצדורליים של דיני המשפחה, בשאלות של סמכות<sup>7</sup> ובדילמות הקשורות למורכבות שיוכם העדתי של בעלי-הדין<sup>8</sup> ולהשלכותיו של השייך מבחינת הערכאה המוסמכת.<sup>9</sup> מבחינה מהותית עסקו המאמרים בשאלות הנוגעות ביחסי ממון בין בני-זוג – בחלוקת רכוש בנסיבות של גירושים<sup>10</sup> ובשאלות של ירושה.<sup>11</sup> גם עצם הסדרת הנישואים<sup>12</sup> והחלופה של ידועים-בציבור כחלופה בת-תוקף להסדרה של יחסי זוגיות<sup>13</sup> נדונו במחקרים שראו אור בשנים אלה. מעניין שגם הסוגיות המהותיות יותר שהועלו במאמרים אלה נדונו,

7 מנשה שאוה "על 'כרוך' ועל 'כנות' – הייפסק 'מירוץ הסמכויות' בעניני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?" **עיוני משפט** ב 719 (1972); אריאל רוזן-צבי "הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט ובתי-הדין הרבניים בעניני נישואים והתרתם" **עיוני משפט** ב 759 (1972); מנשה בן דוד שאוה "עמדת המשפט המקומי בסוגיית Renvoi בתחום עניני המעמד האישי" **עיוני משפט** ה 268 (1976); אריאל רוזן-צבי "סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בענינים רכושיים בין בני זוג: הקשר בין כללי הסמכות להוראות הדין המהותי" **עיוני משפט** ו 595 (1979) (להלן: רוזן-צבי "סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בענינים רכושיים בין בני זוג").

8 אבנר ח' שאקי "ספק יהודי" – בפני בתי-דין רבניים ובית-המשפט העליון בישראל" **עיוני משפט** ב 699 (1972); מנשה שאוה "אספקטים משפטיים בתחום עניני המעמד האישי בנוגע להמרת דת בישראל" **עיוני משפט** ד 302 (1975); מנשה שאוה "תקפם של נישואין בין בני-זוג הכפופים לדינים אישיים שונים: האם חלה התרופפות בשיטה הקומולטיביבית?" **עיוני משפט** ד 58 (1974) (להלן: שאוה "תקפם של נישואין בין בני-זוג הכפופים לדינים אישיים שונים"). שאקי, לעיל ה"ש 8.

10 דניאל פרידמן "השפעת גירושיו של המבוטח ונישואיו מחדש על זכויות מכוח פוליסה לביטוח חיים" **עיוני משפט** ו 413 (1978); אריאל רוזן-צבי "יחסי ממון בין בני-זוג: צדק בין הצדדים ותיקון חיי המשפחה" **עיוני משפט** ג 302 (1973) (להלן: רוזן-צבי "יחסי ממון בין בני-זוג"); אריאל רוזן-צבי "חזקת שיתוף הנכסים בין בני זוג: בין 'אורח חיים תקין' ל'מאמץ המשותף'" **עיוני משפט** ז 486 (1980) (להלן: רוזן-צבי "חזקת שיתוף הנכסים בין בני זוג").

11 אורי ידין "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל" **עיוני משפט** ג 26 (1973); יצחק שילה "חוק הירושה, תשכ"ה-1965 בראי הפסיקה" **עיוני משפט** ג 34 (1973); אבנר ח' שאקי "כללי משפט בינלאומי פרטי בחוק הירושה, תשכ"ה-1965" **עיוני משפט** ג 51 (1973); גר טרסקי "צוואה משותפת" **עיוני משפט** ו 662 (1979).

12 אמנון רובינשטיין "הזכות לנישואין" **עיוני משפט** ג 433 (1973); אשר מעוז "נישואין וגירושין בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל" **עיוני משפט** ה 186 (1976); מנשה שאוה "תוקפם של נישואי תערובת בישראל (חלק ראשון)" **עיוני משפט** ה 526 (1977); מנשה שאוה "תוקפם של נישואי תערובת בישראל (חלק שני)" **עיוני משפט** ו 14 (1978).

13 אליהו מצא "ידיעת הציבור" והידועה בציבור" **עיוני משפט** ב 230 (1972); דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" **עיוני משפט** ג 459 (1973); מנשה שאוה "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" **עיוני משפט** ג 484 (1973).

במקרים רבים, תוך התייחסות הדוקה לנושא הסמכויות ולשאלות של פרוצדורה.<sup>14</sup> רק כשבע שנים לאחר-מכן (בשנת 1978) הורחבה נקודת-המבט, והמאמרים החלו לעסוק במגוון סוגיות, ובכלל זה בהסדרה של יחסי הורים-ילדים. סוגיות פרוצדורליות, ובעיקר נושא הסמכויות, המשיכו אומנם להעסיק את המחקר בתחום עוד שנים ארוכות, ואף שמרו על מרכזיותם הברורה עד שנת 1996 (כרך כ), אך אז נזנחו לחלוטין לטובת מאמרים שעסקו בהיבטים מהותיים של דיני המשפחה, תוך התמקדות בדיני משפחה אזרחיים על-עדותיים, המנותקים כביכול מן השייך העדתי של המתדיינים.<sup>15</sup> באותה שנה גם החלה כתיבה המועשרת בניתוח תיאורטי ובהסתכלות בין-תחומית.<sup>16</sup> שילובים של משפחה ונזיקין,<sup>17</sup> משפחה וחוזים<sup>18</sup> ומשפחה ועבודה<sup>19</sup> החלו להופיע ולגוון לא רק את הסוגיות שהתבררו, אלא גם את אופן בחינתן. שינויים אלה התרחשו כאמור בד בבד עם הצטרפותם של חוקרים וחוקרות מרקעים שונים. כהערה מקדמית בלבד, ומבלי להתיימר למצות את הסוגיה, נציין כי ייתכן שקיים קשר בין זהות החוקרים והחוקרות לבין הגיון בסוגיות הנבחרות לדיון במאמרים.<sup>20</sup> נראה טבעי בעינינו ששכל שמספר החוקרים הכותבים בתחום גדל, הסוגיות העולות לדיון מתגוונות ותחומי העניין מתרחבים. מחקר שעסק בפרסומים אקדמיים בתחום הטיפול המשפחתי (פסיכולוגיה) העלה כי בד בבד עם העלייה הניכרת במספר הנשים החוקרות המפרסמות בתחום חל גיוון משמעותי בסוגי המשפחות הנחקרות – מבחינת הרקע שלהן, שיוכן הדתי, שיוכן הגזעי ועוד – וכן בסוגי המחקרים. באופן ספציפי נמצא כי נשים הניבו פרסומים בתחומים מגוונים יותר מאשר גברים.<sup>21</sup> השפעת הרכיב המגדרי על בחירת נושאי המחקר

- 14 רוזן-צבי "סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בענינים רכושיים בין בני זוג", לעיל ה"ש 7.
- 15 להיבט זה ראו להלן פרק א.
- 16 שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741 (2002); איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539 (2003); אריאן רנן-ברזילי "הורים א/עובדים: רב-ממדיות והפמיניזם החברתי של מעמד הפועלות – תשתית תיאורטית לשילוב משפחה ועבודה בישראל" עיוני משפט לה 307 (2012).
- 17 יחיאל קפלן ורוגן פרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני-גט" עיוני משפט כח 773 (2005); יפעת ביטון "עניינים נשויים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורוגן פרי" עיוני משפט כח 871 (2005).
- 18 צבי טריגר "בהחלט הייתם צריכים: מבט חזוי על תרבות מתנות החתונה בישראל" עיוני משפט לה 51 (2012).
- 19 רנן-ברזילי, לעיל ה"ש 16.
- 20 סוגיה משיקה היא זו הנוגעת בהשפעה של זהות מגדרית, השתייכות עדתית ודתית ומאפיינים אחרים של שופטות ושופטים על אופי הפסיקה. סוגיה זו נבחנה על-ידי מיכאל בירנהק ורוד גוסרסקי במאמר שפורסם בכרך כב של כתב-העת. בחינתם התמקדה בשאלת הקשר בין מינויים ל"כסאות המיוחדים" בבית-המשפט העליון לבין הפסיקה בפועל, אך התמקדה בשאלה צרה של כתיבת עמדות מיעוט. בהתייחס לשאלה זו, לא מצאו השניים קשר בין זהות השופטת או השופט לבין כתיבת דעת מיעוט. מיכאל דן בירנהק ורוד גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם שיפוטי" עיוני משפט כב 499 (1999).
- 21 C. Everett Bailey, Julia Pryce & Froma Walsh, *Trends in Author Characteristics and Diversity Issues in the Journal of Marital and Family Therapy from 1990 to 2000*, 28 J. MARITAL & FAM. THER. 479 (2002)

טרם זוקקה אומנם באופן ברור במחקרים,<sup>22</sup> אבל ברור שחוקרות הפועלות מתוך הפמיניזם נחשפות לגישות מחקריות המאפשרות (ואף מעודדות לעיתים) שילוב של הקול האישי במחקר.<sup>23</sup> הזיקה שיש לפמיניזם אל השיח הפוליטי, והרצון של מי שמחויבת למערך הערכים העומדים ביסוד הפמיניזם להביא לידי שינוי חברתי, משפיעים בהכרח על בחירת סוגיות המחקר ועל אופי חקירתן.<sup>24</sup>

עם זאת, הגיוון בזהות החוקרים – ובפרט כניסתן של חוקרות לתחום – אינו יכול להסביר לבדו את השינוי האמור. נראה שיש השפעה גם לגיל החוקרים, ובעיקר למועד ההכשרה המקצועית שלהם, שכן עם השנים החינוך המשפטי משתנה: חוקרים לומדים במגוון גדל של מוסדות בארץ ובעיקר בחוץ-לארץ, נחשפים למתודולוגיות ולתיאוריות שונות המתפתחות בעולם, ומשתמשים בהן במחקרם.<sup>25</sup> השינויים המתרחשים בעולם המשפט ובמציאות המשפטית, אשר חיצוניים למחקר אך נמצאים עימו כמובן בזיקה, משפיעים אף הם על בחירת שאלות המחקר.

מאמר זה יעסוק בניסיון להבין את ההתפתחות שחלה בתחום דיני המשפחה בכללותו, ולא רק בחקר דיני המשפחה לאורך שנות פרסומו של עיוני משפט. חלקו הראשון של המאמר יוקדש לשאלה מהם "דיני משפחה". התשובה לשאלה זו, אשר חיונית באופן מקדמי לצורך זיהוי המאמרים שפורסמו בתחום, התבררה כמרתקת וכמורכבת משציפנו, ולפיכך מצאנו לנכון לדרון בה באופן מורחב. גילינו להפתעתנו שתחום דיני המשפחה, כתחום משפטי ייחודי ונבדל, הוא צעיר למדי בשיטות משפט שונות, דוגמת שיטות המשפט האנגלית, האמריקנית, הגרמנית והצרפתית, וכי השאלה מהם דיני משפחה החלה להעסיק את האקדמיה המשפטית אך באחרונה. אל הדיון בשאלה מהם דיני משפחה התלווה מחוץ לישראל מחקר היסטורי-משפטי אשר לא רק סיפק מידע עובדתי המתאר את התחום, אלא גם סייע בחשיפת הערכים האידאולוגיות והמטרות שבבסיסם של דיני משפחה (במובנם הצר או הרחב) ובהעמדתם לבחינה ביקורתית. אולם בחינת המחקר על-אודות התפתחותם של דיני המשפחה מחוץ לישראל לימדה אותנו על היכולת המוגבלת להסיק ממנו מסקנות לגבי דיני המשפחה הישראליים, ועל המקומיות המאפיינת את תחום דיני המשפחה, בהשוואה לענפי משפט אחרים, בשל ההשפעה הניכרת שיש לחברה שבה הוא מתפתח על אופן עיצובו. לפיכך את

22 אם כי קיים מחקר ראשוני העוסק בסגנונות הכתיבה של גברים ונשים ומוצא ביניהם הבדלים: Shlomo Argamon, Moshe Koppel, Jonathan Fine & Anat Rachel Shimoni, *Gender, Genre, and Writing Style in Formal Written Texts*, 23 TEXT 321 (2003).

23 ראו בקשרים מחקריים שונים: Jonathan Harvey, *Footprints in the field: Researcher Identity in Social Research*, 8 METHODOLOGICAL INNOVATIONS ONLINE 86, 90–91 (2013); Kathryn Haynes, *Linking Narrative and Identity Construction: Using Autobiography in Accounting Research*, 17 CRIT. PERSP. ACCT. 399 (2006).

24 הקר, לביא-אג'אי וקרומר-נבו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12.

25 לטענה זו ראו, למשל, מחקר שעסק בגיוון במחקר שהתרחש בקרימינולוגיה: Matthew S. Crow & John Ortiz Smykla, *An Examination of Author Characteristics in National and Regional Criminology and Criminal Justice Journals, 2008–2010: Are Female Scholars Changing the Nature of Publishing in Criminology and Criminal Justice?*, 40 AM. J. CRIM. JUST. 441 (2015).

חלקו הראשון של המאמר סיימנו בקריאה לעריכת מחקרים – אשר חסרים כיום – על-אודות אופן צמיחתו של תחום דיני המשפחה בישראל, במטרה לאפשר דיון ביקורתי ופיתוח תשתית תיאורטית הולמת לדיני המשפחה הישראליים.

חלקיו הבאים של המאמר מוקדשים לדיון במאפיינים או מגמות שזיהינו בפרסומי כתב-העת בתחום דיני המשפחה. המגמה הראשונה שזיהינו ובדקנו היא נטישת הכתיבה המגזרית המתמקדת בקבוצה דתית מסוימת. כפי שיתואר בפרק ב, חקר דיני המשפחה עבר (לכאורה לפחות) מכתובה שהתמקדה בקבוצה עדתית-דתית מסוימת (יהודים, מוסלמים, דרוזים וכולי), ומדיון בדיניה הייחודיים של כל עדה, לדיון בכלל המתדיינים, תהא השתייכותם הדתית אשר תהא. אולם מה שנדמה כמעבר מכתובה מגזרית-עדתית לכתובה אוניוורסלית אינו כזה למעשה. אומנם הדיון בעדות דתיות מובחנות נזנח, והכתובה במאמרים היא אי-מגזרית כללית ואוניוורסלית כביכול, אבל בדוגמאות שהם בוחרים לנתח הם מתמקדים ביהודים, ומידת הרלוונטיות שלהן לאוכלוסייה הלא-יהודית בישראל הינה מוגבלת.

מגמה שנייה שזיהינו קשורה לנושאי המחקר. שינוי זה בנושאי המחקר מתבטא בשלושה מישורים: במישור אחד ניכרת התרחבות מדיון המתמקד בסוגיות של פרוצדורה באופן בלעדי כמעט לדיון בסוגיות הנוגעות גם בתוכנם וכמהותם של היחסים המשפחתיים; במישור שני חל שינוי מסוים בסוגי היחסים שהמחקר מתמקד בהם, שעיקרו מעבר מדיון בלעדי בקשר הזוגי לדיון גם בקשר ההורי; ובמישור שלישי חל שינוי בסוגי המשפחות שהמחקר דן בהם – ממשפחות "מסורתיות" יותר בטיבן למבנים שונים של משפחות "חדשות". מדובר אומנם בשינויים נפרדים, אולם הם ניוונים כולם, בין היתר, מההתרחבות שחלה במגוון החוקרים ובתחומי העניין שלהם, כפי שהוזכר לעיל, וכן מההתפתחות שחלה בדיני המשפחה בישראל ובהגדרתם, אשר תתברר בפרק א של המאמר.

פרק א עומד גם על מישור השינוי הראשון שצוין לעיל, והוא השינוי שהתרחש בפרסומים מדגש בדיון פרוצדורלי לדגש בדין מהותי. אם בשנים הראשונות ניכר במחקר דיון נרחב בסוגיות פרוצדורליות, ובעיקר בדילמות הקשורות לסמכויות השיפוט ולערכאות הדיון, עם השנים הדגש עובר לסוגיות של מהות – לתוכן הדינים עצמם.

במישור השני ניכרת כאמור הרחבה בנושאי המחקר מזוגיות ומהשלכותיה הכלכליות אל קשרי משפחה נוספים, ובפרט ליחסי הורות, ובכלל זה לנושאים של מזונות ילדים<sup>26</sup> והסדרת האחריות הטיפולית כלפי הילדים.<sup>27</sup> אולם גם כאן בחינה לעומק מלמדת על פער בין מראית פני הדברים לבין פרטי הדברים בפועל. הקשר הזוגי, הניצב כקשר הבלעדי כמעט שנחקר במאמרים המפורסמים בעשור הראשון, נותר מרכזי גם בעשורים הבאים. בחלק מן

26 מנשה שאוה "מזונות ילדים קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי" עיוני משפט ז 316 (1980) (להלן: שאוה "מזונות ילדים (חלק ראשון)"); מנשה שאוה "מזונות ילדים קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי (חלק שני)" עיוני משפט ז 583 (1980) (להלן: שאוה "מזונות ילדים (חלק שני)").

27 אבנר ח' שאקי "עיון מחודש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים'" עיוני משפט ט 59 (1983) (להלן: שאקי "זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים"); אבנר חי שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י 5 (1984) (להלן: שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים"); דן שניט "חזקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט יט 185 (1994).

המאמרים נבדקים אומנם קשרים דיאדיים נוספים, ובעיקר קשרי הורים־ילדים, אולם גם כאשר מוכנסים הילדים לזירה, הקשר בין ההורים והחובות החלות עליהם ביחס לילדיהם נותרים במרכז, ויחסי הורה־ילד אינם נבחנים ככאלה. נבחנות השאלות כיצד יחולק בין ההורים הנטל של מזונות הילדים, וכיצד יחלקו ההורים את האחריות לטיפול בילדיהם. אכן, הילד נהפך למושא הגנה, וטובתו נושאת משקל מכריע, אולם הקונפליקט (וההכרעה בו) הוא בין האם לאב, כך שהקשר הזוגי (לשעבר) נותר מרכזי בדיון. הדיון בפרק ג יבחן את השינוי האמור על מגבלותיו.

המישור השלישי של השינוי בנושאי המחקר, אשר יתברר בפרק ד, נוגע כאמור בסוגי המשפחות הנדונים בחקר דיני המשפחה בעיוני משפט. כמו המציאות החברתית עצמה, גם המחקר מתגוון, וסוגים רבים יותר ויותר של משפחות (חדשים יותר וחדשים פחות) מועלים לדיון. חשוב לציין כי גם בתחילתו של המחקר בעיוני משפט זכו משפחות שחרגו במשהו מהדגם המסורתי הרווח בייצוג־יתר במחקר. באותן שנים ראשונות לא דובר אומנם במשפחות חד־הוריות, רב־הוריות או חד־מיניות, אך במקרים רבים דובר בכל־זאת במשפחות ייחודיות – מעורבות מבחינה דתית או בעלות מאפיינים עבר־לאומיים.

לקראת סיומו של המאמר, בפרק ה, ביקשנו לנסות להכליל את ההתפתחויות שחלו בחקר דיני המשפחה במסגרת כתב־העת עיוני משפט אל חקר דיני המשפחה בישראל בכלל. יריעת מאמר זה לא אפשרה אומנם בחינה של מכלול המחקר שהתפרסם בתחום בארבעת העשורים האחרונים (כפי שנעשה ביחס לעיוני משפט), אך בחרנו להשוות בין המגמות שאיתרנו כאן לבין אלה שאיתרנו ביחס למאמרים שפורסמו בעשורים אלה בכתב־עת מקביל, הוא כתב־העת משפטים, של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. ההשוואה לימדה על דמיון רב בין פרסומיהם של שני כתב־העת, ואפשרה לנו להתבונן על הכתיבה בתחום מנקודת־מבט רחבה יותר של ארבעים שנות עיוני משפחה בישראל.

## א. מהם "דיני משפחה"?

כפי שציינו בקצרה בפתח, האתגר הראשון שנתקלנו בו בפרויקט זה היה לתחום ולהגדיר מהם "דיני משפחה", ולו לצורך איסוף המאמרים שאליהם נתייחס במאמר. התשובה לשאלה זו – שעשויה להיתפס בעיני הקוראת או הקורא כמובנת מאליה, ואשר אף לנו נראתה בתחילה ככזו – התגלתה כמורכבת וסבוכה. כך, למשל, בהינתן שסוגיות רבות בתחום נשלטות על־ידי דין אישי, ואף מסורות לסמכותם של בתי־דין דתיים, נדרשנו לשאלה אם מאמרים במשפט העברי<sup>28</sup> הם מאמרים בדיני משפחה.<sup>29</sup> שאלות נוספות שבהן נתקלנו במהלך בירור זה היו:

28 למשל, אריה אדרעי "הוראה או טעות": על חובת הציות במחשבת ההלכה "עיוני משפט כד 463 (2000); אריה אדרעי "על סף בית־המדרש – דילמות מן העבר ואתגרי ההווה" עיוני משפט כז 193 (2003); שי עקביא וזנר "על כללי התנהגות והכרעות שיפוטיות בהלכה ובמשפט" עיוני משפט לב 305 (2010).

29 מכיוון שבתי־הדין הרבניים דנים על־פי דיני ההלכה, סוגיות כלליות רבות, שאינן קשורות במישורן לדיני משפחה, עשויות להשליך (גם) על התנהלות הדיון בענייני משפחה. ראו גם את הדיון ב"דיני משפחה 3" להלן ליד ה"ש 59-60.



האם מאמרים שעוסקים בירושה, ובפרט בירושה על-פי דין, הם מאמרים ביני משפחה?<sup>30</sup> ומה לגבי מאמרים העוסקים בשאלת הפליליות של אינוס אישה על-ידי בעלה,<sup>31</sup> בדין לגבי הפלות?<sup>32</sup> או בזכויות ילדים?<sup>33</sup>

מובן שלהגדרת תחום דיני המשפחה יש השלכות נרחבות וחשובות החורגות מעבר לגבולותיו של מאמר זה. שאלה זו תשפיע על סוגי מערכות היחסים, הנושאים והסוגיות שיידונו בבית-המשפט לענייני משפחה, ועל סדרי הדין וההליכים הייחודיים לו. בית-המשפט לענייני משפחה הוקם על בסיס התפיסה שסכסוכי משפחה שונים מסכסוכים משפטיים אזרחיים אחרים, ומצריכים פתרון שמשלב כלים משפטיים וכלים טיפוליים.<sup>34</sup> לפיכך טבע החוק את המונח "ענייני משפחה", ומסר אותם לסמכותו של בית-משפט זה.<sup>35</sup> אולם ההגדרה מהם אותם "ענייני משפחה" נותרה פתוחה לפיתוח שיפוטי.<sup>36</sup> הגדרת דיני המשפחה משפיעה

- 
- מובן שהשאלה רחבה יותר ומתייחסת לכל מאמר העוסק בדין דתי המזוהה עם עדה דתית מוכרת בישראל, אולם לא מצאנו שפורסמו בכתב-העת מאמרים העוסקים בדין שרעי, בדין כנסייתי או בדין דרוזי ככזה. עוד לעניין זה ראו להלן בפרק ב.
- 30 ידין, לעיל ה"ש 11; שילה, לעיל ה"ש 11; שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנהגה היא אדם ואינונ": על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" עיוני משפט לח 571 (2016).
- 31 יורם שחר "אנוסה על-פי דין?" עיוני משפט ח 649 (1982).
- 32 אבן, לעיל ה"ש 4.
- 33 יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו 935 (2003).
- 34 הילה מלר-שלו כינתה את המרחב שנוצר משילובם של כלים אלה "מרחב משפטי-פולי". הילה מלר-שלו יחסי הגומלין בין יחידות הסיוע לבין בתי המשפט לענייני משפחה – בין "משפטי" ל"טיפולי" (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בראיילן – הפקולטה למשפטים, 2014).
- 35 ס' 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית-המשפט לענייני משפחה). ראו גם שאול שוחט "בית המשפט לענייני משפחה – האמנם בית?" משפחה במשפט ב 375, 376 (2008).
- 36 "ענייני משפחה" כוללים תובענות בין בני משפחה שעילתן "סכסוך בתוך המשפחה", אך לא הוגדרו מאפייניהן של תובענות אלה. לדיון בשאלה מהן תובענות שעילתן סכסוך בתוך המשפחה ראו, למשל, רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337 (2000); בע"מ 9948/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד ס(3) 176 (2005). עוד ראוי לציין כי בטרם נחקק החוק להסדר התדייניות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014, הותנתה הפניית צדדים ליחידות הסיוע שליד בתי-המשפט לענייני משפחה בהפניה שיפוטית. בלא הפניה כזו לא היה אדם יכול להגיע ולקבל שירות מיחידות הסיוע. מלר-שלו, לעיל ה"ש 34, בעמ' 134. במחקר על-אודות יחסי-הגומלין שבין יחידות הסיוע לבין בתי-המשפט לענייני משפחה מצאה מלר-שלו כי קיימת הבחנה דיכוטומית בהתייחס למהות ההפניות המועברות על-ידי השופטות והשופטים של בית-המשפט לענייני משפחה אל יחידות הסיוע: הסוגיות שאותן הפנו שופטי המשפחה ליחידות הסיוע עסקו בעיקר ביחסי הורים וילדים, ובפרט בענייני משמורת, בהסדרי ראייה, בחידוש קשר ובחינוך ילדים. לעומת זאת, בסוגיות פיננסיות-כלכליות, דוגמת חלוקת רכוש ואיונו או סכסוכי ירושה, מיעטו שופטי המשפחה להפנות את הצדדים לטיפולן של יחידות הסיוע. שם, בעמ' 134-138. גם החוק החדש להסדר התדייניות בסכסוכי משפחה – הקובע

כמוכן גם על מבנה הקורס הבסיסי הנושא שם זה במסגרת לימודי התואר במשפטים.<sup>37</sup> אולם חשוב מכל אלה – הגדרת "דיני המשפחה" מסייעת בחשיפת הערכים שבבסיסו של תחום זה כתחום משפטי ייחודי, בהעמדתם לניתוח ביקורתי ובחשיבה מחודשת עליהם. ניסיון למצוא תשובה לשאלה מהם "דיני משפחה" בספרי-יסוד בתחום לא צלח אף הוא. ראשית, רק שלושה ספרי-יסוד מתייחסים בכותרתם לתחום "דיני משפחה", ואילו ספרי-יסוד אחרים מתייחסים ל"מעמד אישי" או ל"דין אישי".<sup>38</sup> שנית, ספרי-היסוד אינם דנים ככלל בשאלה, אלא יוצאים מנקודת מוצא שלפיה המונח "דיני משפחה" הינו ברור ואינו מצריך פירוש או הסבר.<sup>39</sup> ספרי-היסוד, ובפרט אלה הנושאים את הכותרת "דיני משפחה", גם אינם מתייחסים לשאלת היחס והקשר שבין "דיני המעמד האישי" לבין "דיני המשפחה": האם דיני המשפחה כוללים את כל ענייני המעמד האישי ורק מוסיפים עליהם? האם מדובר בתחומי משפט נפרדים עם חפיפה חלקית ביניהם? שמא קיים קשר אחר ביניהם?

חריג-מה לכך הוא ספרו של בנציון שרשבסקי **דיני משפחה**, אשר פותח בהגדרת דיני משפחה ומגדיר את התחום כ"דיני קרבת דם, כלומר כל אותן ההלכות המטפלות במצב המשפטי הקיים כתוצאה מיחס של קרבת דם; וכמו כן דיני נישואין, כלומר כל אותן ההלכות

---

הליך מיוחד להתדיינות בסכסוכי משפחה, שאמור להיפתח בבקשה ליישוב הסכסוך, ולא בתביעה – אינו חל על סכסוכי ירושה.

37 משנת 1975 לכל-המאוחר ועד לשנת 1993 נקרא קורס-היסוד בתחום זה באוניברסיטת תל-אביב "דיני אישים, משפחה וירושה" (על-פי ידיעוני הפקולטה שהצלחנו להשיג גישה אליהם). מתיאור הקורס בידיעון עולה כי סוגיות של ירושה – ירושה על-פי דין, ירושה על-פי צוואה ועוד – היוו חלק מן הקורס אז. בשנת 1994 שונה שם הקורס ל"דיני משפחה", אולם תוכני הקורס לא שוננו בהכרח. פרופ' שאוה, אשר לימד את קורס-היסוד בתחום לפני השינוי של שם הקורס והמשיך ללמדו גם לאחר-מכן, שמר על תוכן דומה של הקורס (ככל שאפשר ללמוד מן התיאור בידיעון). אולם מרצים נוספים שהחלו ללמד את התחום, ביניהם פרופ' רוזן-צבי ופרופ' מעוז, גרעו ככל הנראה מן הקורס את הוראת דיני הירושה. תודה לאור אלקיים, חברת מערכת כתב-העת **עיוני משפט**, על הסיוע בגישה לחומרים הרלוונטיים להערה זו.

38 ספרי-היסוד שכותרתם היא "דיני משפחה" הם בנציון שרשבסקי **דיני משפחה** (מהדורה מתוקנת ומורחבת, 1993); אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול** (1990); פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ראשון (מהדורה שנייה, 1995); פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך שני (1990). ספרי-יסוד המתייחסים ל"מעמד האישי" או ל"דין האישי" הם מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** (מהדורה רביעית מורחבת, 2001); משה זילברג **המעמד האישי בישראל** (1965).

39 ראו, למשל, שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ראשון, לעיל ה"ש 38, בעמ' 5; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 38 בעמ' 17-21 ו-25. זילברג אומנם מתייחס בספרו למונח "ענייני מעמד האישי", אך לא כמונח שיש להגדירו, אלא כמונח שתוכנו נקבע באופן פוזיטיבי על-ידי רשימת "ענייני המעמד האישי" הכלולה בסימן 51 לדבר המלך. זילברג, לעיל ה"ש 38, בעמ' 3. אף-על-פי-כן, תחום העיסוק של ספרו של זילברג מתפרש מעבר לענייני המעמד האישי כהגדרתם בדבר המלך. כך, למשל, חלקו השני של הספר עניינו ב"חוקי המדינה", ובו דן זילברג בחוק שיפוט בתי דין רבניים, התשי"ג-1953 (להלן: חוק שיפוט בתי-דין רבניים), ובחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. אין הסבר מדוע זכו חוקים אלה (או הם בלבד) להיכלל בספר על המעמד האישי.

הדנות במצב המשפטי הקיים על יסוד או עקב נישואין או בנוגע להם".<sup>40</sup> הגדרה זו נראית צרה מדי בהתייחס למערכות היחסים הבאות בגדרה, במיוחד במציאות המשפחתית-החברתית של ימינו (שהרי אפילו זוגיות הטרוסקסואלית ללא נישואים אינה באה בגדרה). נוסף על כך, שרשבסקי מבהיר כי "כל אותן ההלכות הדנות במצב המשפטי הקיים" כתוצאה מיחסים אלה הן למעשה הלכות שעניינן "או בדיני אישות או בדיני ממון שיסודם במצב כנ"ל [קרי, קרבת דם או נישואים]".<sup>41</sup> על-פי הגדרה זו, כללי הירושה על-פי דין, עברות פליליות הנעשות כלפי בן משפחה או בת משפחה וכן דיני מיסוי או הטבות סוציאליות המתייחסים ליחסים משפחתיים אינם בגדר "דיני משפחה".

שרשבסקי מוסיף עוד כי "נהוג לכלול בדיני משפחה גם את דיני האפטרופסות לפי מינוי, היינו הדינים המטפלים במצב הנוצר עקב העובדה שיש בני אדם שאינם מסוגלים להסדיר בעצמם את ענייניהם... טעמה העיקרית של הכללת דיני אפטרופסות בדיני משפחה הוא שמצבו המשפטי של האפטרופוס דומה בהרבה מובנים למעמדם של הורים כלפי ילדיהם – כלומר למצב משפטי השייך לדיני משפחה".<sup>42</sup> האמירה כי נהוג לכלול ענייני אפטרופסות על-פי מינוי בדיני משפחה אינה נתמכת באסמכתאות, וכפי שנראה בהמשך, בצד שיטות משפט שבהן עניינים אלה אכן כלולים בתחום המכונה "דיני משפחה", קיימות שיטות משפט שבהן עניינים אלה אינם כלולים בו. למעשה, ספרי-יסוד אחרים על-אודות דיני המשפחה בישראל, דוגמת ספריהם של אריאל רוזן-צבי ושל פנחס שיפמן, אינם כוללים התייחסות לדיני האפטרופסות על-פי מינוי.<sup>43</sup> אומנם, ענייני האפטרופסות מנויים ברשימת "ענייני המעמד האישי" המקורית בדבר המלך במועצתו,<sup>44</sup> אולם אין כאמור דיון בספרות בדבר היחס המצוי או הרצוי שבין תחום "ענייני המעמד האישי" לתחום המשפטי המכונה "דיני משפחה".

בהעדר מענה בספרות הישראלית לשאלה מהם דיני משפחה ומה מייחד אותם כענף משפטי נפרד, פנינו לספרות מחוץ לישראל. חקרנו שני סוגים של ספרות: האחד, שהוא תיאורי יותר באופיו, מתמקד בתיאור התחום של דיני משפחה כפי שהוא משתקף בספרי-

40 שרשבסקי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1.

41 שם.

42 שם, בעמ' 1-2.

43 זאת, להבדיל מהאפטרופסות של הורים כלפי ילדיהם הקטנים. לעניין זה, ובניגוד לאמור בספרו של שרשבסקי, ספק רב אם תפקידו ומעמדו המשפטי של האפטרופוס דומים מבחינה משפטית לאלה של ההורה. די בכך שנציין כי אפטרופוס יכול שיתמנה לעניין מסוים בלבד (ס' 33א(ד)) לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962), ואילו ההורות היא מעמד כולל המתייחס למכלול החובות והזכויות שבין הורה לילד. ראו, למשל, איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: על מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5, 10-11 (2010). חשוב מכך, אפטרופוס יכול להתפטר מתפקידו (ס' 60 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות), ואילו ההורות היא מעמד משפטי שאין ממנו יציאה, והוא נמשך לכל-הפחות עד הגיע הילד או הילדה לבגרות. ראו, למשל, איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" משפט ועסקים יט 821, 847 (2016).

44 שאוה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 191; זילברג, לעיל ה"ש 38, בעמ' 30.

יסוד ובקובצי חקיקה (קודקסים) ובאופן בנייתם מבחינה היסטורית;<sup>45</sup> והאחר הוא ספרות הדנה בהגדרת דיני המשפחה מנקודת-מבט נורמטיבית, תוך התייחסות לערכים ולעקרונות אשר עומדים או צריכים לעמוד בבסיסו של תחום זה כתחום משפטי נפרד.

## 1. צמיחתו של תחום דיני המשפחה

בניגוד לתפיסה הרווחת, התגבשותם של דיני המשפחה כתחום משפטי נפרד וייחודי היא עניין צעיר למדי.<sup>46</sup> מחקר מקיף שערך פרופ' מילר-פריינפלס (Müller-Freienfels), ואשר התפרסם בשנת 2003, הוקדש לסקירת התפתחותו וצמיחתו של תחום דיני המשפחה כתחום משפטי נפרד במשפט הצרפתי, במשפט הגרמני ובמשפט האנגלי.<sup>47</sup> מילר-פריינפלס מציין כי הוראות שמתייחסות למגוון היבטים של מערכות יחסים ואשר נחשבות כיום חלק מתחום דיני המשפחה, דוגמת היחסים בין בעל לאישה או בין הורה לילד, נכללו בדברי חקיקה הקדומים ביותר, ואף היוו רכיב חשוב באותם דברי חקיקה. אולם אז דובר בהוראות נפרדות ופזורות, אשר לא אורגנו באופן שיטתי או כונסו יחדיו לכלל תחום או נושא משפטי אחד.<sup>48</sup> מובן אם כן שגם לא היה עיקרון יסודי או בסיס תיאורטי אחר שהיה משותף לכל ההוראות הללו, ופעמים רבות הן שיקפו ערכים ועקרונות סותרים ביחס למה שאנו מכנים כיום "משפחה". על-פי מילר-פריינפלס, תחום דיני המשפחה, כתחום נבדל ונפרד, צמח והתפתח רק במאה השמונה-עשרה במשפט הגרמני,<sup>49</sup> רק במאה התשע-עשרה במשפט

45 מובן שגם סקירה היסטורית או כתיבה שמטרתה תיאור ושיקוף מערכות הכרעות נורמטיביות, אך אנו רואות בכל-זאת לנכון להבחין בין כתיבה כזו לבין כתיבה שמטרתה המוצהרת היא נורמטיבית ביקורתית.

46 Wolfram Müller-Freienfels, *The Emergence of Droit De Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, 28 J. FAM. HIST. 31 (2003).

47 שם, בעמ' 31-32. ראו גם: Janet Halley, *What Is Family Law?: A Genealogy – Part I*, 23 YALE J.L. & HUMAN. 1, 4 (2011) (להלן: Halley, *What Is Family Law? Part I*).

48 Müller-Freienfels, לעיל ה"ש 46, בעמ' 32. מילר-פריינפלס מתייחס לחוקי חמורבי, לחוקי גורטינה מכרתים ועוד. התייחסות מפורזת זו ליחסים משפחתיים מאפיינת למעשה גם את החוקים הדתיים. גם מיזמים של איסוף וארגון של חוקים וכתבי משפטים, דוגמת קוד החוקים הביזנטי, כללו אוסף של חוקים הנוגעים ביחסי נישואים, ביחסי הורים וילדים וכן בירושה, אולם גם כאן לא דובר בארגון שיטתי שהתבסס על היגיון פנימי או עיקרון מאחד. החלוקה הרומית הקלאסית של המשפט לפי המושאים שבהם הוא עוסק – ל-"personae" (אנשים), ל-"res" (חפצים) ול-"actiones" (פעולות משפטיות) – לא יצרה מקום להסדרה שיטתית של יחסים משפחתיים. זאת, במיוחד מכיוון שהקטגוריה של "אנשים" התייחסה לפרט כיחיד, בעוד משפחה, נישואים והורות משקפים מערכות יחסים, שהן מעבר לכל אחד מהצדדים להן כשהוא לעצמו. הסדרה או חקיקה הנוגעת במשפחה גם אינה מתיישבת עם חלוקות או הבחנות מקובלות אחרות של המשפט, כגון זו שבין "משפט פרטי" ל"משפט ציבורי". אמירה זו בדבר איסוף ללא ארגון שיטתי מאפיינת גם את כתביו של ויליאם בלקסטון. Halley, *What Is Family Law? Part I*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 7-8.

49 Müller-Freienfels, לעיל ה"ש 46, בעמ' 37-38.

הצרפתי<sup>50</sup> ורק במחצית השנייה של המאה העשרים במשפט האנגלי.<sup>51</sup> יתר על כן, כפי שיתואר ביתר הרחבה בהמשך, ליצירתו ולהתפתחותו של תחום דיני המשפחה לא נלווה פיתוח של תיאוריה הן בנוגע ל"מהי משפחה" והן בנוגע לעקרונות, לערכים ולמטרות שצריכים לעמוד בבסיס התחום.

גם בארצות-הברית התפתח תחום דיני המשפחה כתחום משפטי נפרד רק במאה התשע-עשרה, כפי שעולה מסדרה של מחקרים שערכה פרופ' ג'נט היילי (Janet Halley) מאוניברסיטת הרווארד – חלקם בנפרד וחלקם בשיתוף עם פרופ' קרי ריטיץ' (Kerry Rittich) מאוניברסיטת טורונטו.<sup>52</sup> על-פי היילי וריטיץ', המאפיין הבולט של תחום דיני המשפחה הוא חריגותו או החרגתו – מה שמכונה בספרות האמריקנית family law exceptionalism.<sup>53</sup> במחקריה של היילי שהוקדשו לסקירה היסטורית של התפתחות דיני המשפחה כתחום ייחודי ומובחן במשפט האמריקני, היא מתארת כיצד התפתח תחום זה בארצות-הברית מהתחום של דיני משק-הבית (Household). רכיב מרכזי במהלך זה, על-פי היילי, היה יצירת הפרדה דיכוטומית בין הבית, האינטימי והאלטרואיסטי, לבין השוק, הנשלט על-ידי אינדיווידואליזם ואינטרסנטיות. נוצרה הנגדה בין דיני משפחה לבין דיני חוזים, כך שההתפתחות של כל אחד מהתחומים הייתה תוך הבחנתו מן התחום האחר.<sup>54</sup>

באחד המחקרים הללו, שהוא בין המחקרים האקדמיים היחידים המוקדשים לדיון מקיף בשאלת ההגדרה של "דיני משפחה", מציעות היילי וריטיץ' להבחין בין "דיני משפחה 1", "דיני משפחה 2", "דיני משפחה 3" ו"דיני משפחה 4".<sup>55</sup> במסגרת "דיני משפחה 1" כוללות היילי וריטיץ' נישואים ותחליפי נישואים, גירושים, סטטוס הורי (אבהות, אימהות) וכן זכויות וחובות הוריות. החוקרות מציינות כי בחלק משיטות המשפט גם דיני ירושה באים בגדר "דיני משפחה 1", אך בשיטות משפט אחרות הם נתפסים כתחום משפטי נפרד.<sup>56</sup>

50 שם, בעמ' 34-36.

51 שם, בעמ' 39-46.

52 Janet Halley, *What Is Family Law?*; לעיל ה"ש 47; Halley, *What Is Family Law? Part I* Halley, *What Is Family: A Genealogy – Part II*, 23 YALE J.L. & HUMAN. 189 (2011) Janet Halley & Kerry Rittich, *Critical Directions in Comparative Family Law: Part II Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 AM. J. COMP. L. 753 (2010)

53 Halley & Rittich, לעיל ה"ש 52, בעמ' 754-755; Halley, *What Is Family Law? Part I*; לעיל ה"ש 47, בעמ' 81-83.

54 Halley, *What Is Family Law? Part I*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 81-83. מכיוון שיחסי העברות נחשבו אף הם חלק מדיני משק-הבית, יצירתו של תחום דיני המשפחה הייתה כרוכה בהפרדתם של יחסים אלה (שכמובן הוצאו בינתיים אל מחוץ לחוק) ובהעברתם לתחום המסחרי/הכלכלי של דיני העבודה (שם). לקריאת-תיגר על התפיסה המקובלת במשפט האמריקני בדבר חריגותם או ייחודיותם של דיני המשפחה ראו: JILL ELAINE HASDAY, FAMILY LAW REIMAGINED 15-94 (2014).

55 Halley & Rittich, לעיל ה"ש 52, בעמ' 761.

56 שם. החוקרות אינן מפרטות באשר להכללתם או לאי-הכללתם של דיני הירושה כחלק מדיני משפחה (1 או ככלל) מעבר לציון ההבדל שקיים בעניין זה בין שיטות משפט שונות, ואף זאת

אפוטרופסות (על-פי מינוי) אינה מוזכרת על-ידיהן כנושא השייך לדיני המשפחה, ובמחקר אחר של היילי היא אף מתארת כיצד כחלק מפיתוחו של תחום דיני המשפחה הופרדו מתחום זה דיני האפוטרופסות והוגדרו כענף משפטי עצמאי.<sup>57</sup>

"דיני משפחה 2", על-פי היילי וריטיץ', כוללים הוראות המתייחסות באופן פרטני ומפורש ליחסים משפחתיים במסגרת דינים שאינם מכוונים באופן כללי למשפחה.<sup>58</sup> כאלה הם, למשל, פטורים שונים בדיני המס להעברות בין בני משפחה, הוראות במסגרת דיני העבודה המאפשרות להיעדר מהעבודה בגין מחלה של בן משפחה, ועוד. "דיני משפחה 3", על-פי היילי וריטיץ', הן כל אותן הוראות אשר אינן מכוונות באופן מפורש וספציפי לבני משפחה או ליחסים משפחתיים אך משפיעות על יחסים אלה ומעצבות אותם.<sup>59</sup> כך, למשל, קביעת מספר השעות המהוות "יום עבודה" משפיעה על חלוקת התפקידים בתוך המשפחה ועל המקום שההורות הפעילה ממלאת בחייהם של אבות ואימהות.<sup>60</sup> "דיני משפחה 4" מתייחסים לנורמות לא-פורמליות השולטות ביחסים המשפחתיים ומסדירות אותם.<sup>61</sup> היילי וריטיץ' מודעות לכך שניתן להעלות ספק לגיטימי בדבר הכללת הקטגוריה הרביעית כ"דין", אך לטענתן נורמות לא-פורמליות צריכות להוות חלק מן הדיון.

מחקריה האמורים של היילי (בצוותא עם ריטיץ' ולבדה) הם תיאוריים, ומטרתם לשקף את תחום דיני המשפחה ואת אופן התפתחותו. אין מדובר בכתיבה תיאורית-נורמטיבית שמנסה להכריע כיצד ראוי להגדיר את התחום ואילו מערכות יחסים צריכות להיכלל בגדרו.<sup>62</sup> מבלי להידרש לשאלות בדבר הכללתן של נורמות לא-רשמיות במסגרת "דיני המשפחה", תיאור התחום של דיני המשפחה המובא במחקריה של היילי נראה בלתי-מתאים לתיאור תחום זה בהקשר הישראלי. ראשית, כללי פרוצדורה אינם זוכים בהתייחסות כלל בניתוחה של היילי, אשר מתארת את דיני המשפחה כדינים מהותיים בלבד. אולם בהקשר הישראלי סמכויות השיפוט וההליכים הפרוצדורליים נחשבים נדבך מרכזי של דיני המשפחה, ואף משפיעים מהותית על תוכנם של דינים אלה. אכן, כפי שכבר ציינו, בשנים הראשונות לכתב-העת הוקדשו רוב המאמרים בדיני המשפחה לנושאים אלה,<sup>63</sup> בדומה לספרי-היסוד בתחום, שגם חלק ניכר מהם הוקדש לשאלות של פרוצדורה וסמכות.

נוסף על כך, המאפיין המרכזי של דיני המשפחה בדין האמריקני – חריגותם והנגדתם לדינים הכלליים, דוגמת דיני חוזים – אינו מאפיין את דיני המשפחה בישראל; נהפוך הוא, מכיוון שבשיראל דיני המעמד האישי מצויים בסמכותם של בתי-הדין הדתיים ונשלטים

מבלי להפנות לאסמכתאות.

- Halley, *What Is Family Law? Part I*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 11; Halley, *What Is Family Law? Part II*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 208. 57
- Halley & Rittich, לעיל ה"ש 52. 58
- שם, בעמ' 762. 59
- ראו דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" *עבודה, חברה ומשפט* יא 275 (2005); רנן-ברזילי, לעיל ה"ש 16. 60
- Halley & Rittich, לעיל ה"ש 52, בעמ' 762. 61
- אף שכל עשייה או כתיבה תיאוריות מערכות, כפי שכבר ציינו, גם היבטים שיפוטיים והכרעות נורמטיביות. 62
- ראו לעיל ה"ש 7-9 והטקסט שלידן. 63

על-ידי הדינים הדתיים, הדגישו בתי-המשפט, ובפרט בית-המשפט העליון, דווקא את ההיבטים הקנייניים-החוזיים של סוגיות שונות שאותן רצו להעביר לסמכותה של המערכת האזרחית ולהכפיף לדינים אזרחיים. דינים כלליים, דוגמת דיני החוזים ודיני הקניין, היוו על-כן חלק מרכזי מפיתוח ליבתם של דיני המשפחה בישראל, בפרט בכל הקשור ליחסים הרכושיים בין בני משפחה.<sup>64</sup> לבסוף, ההבחנה בין "דיני משפחה 1" ל"דיני משפחה 2" אינה כה מובהקת וחדה בישראל.

כדוגמה לקושי להבחין בין "דיני משפחה 1" ל"דיני משפחה 2" בישראל, ניתן לראות את המחלוקת בין יחיאל קפלן ורונון פרי, מצד אחד, לבין יפעת ביטון, מן הצד האחר, בעניין היקפה של עילת התביעה הנזיקית בגין סרבנות-גט כמחלוקת שעוסקת, בין היתר, בשאלת היחס בין תחום דיני הנזיקין, כתחום משפטי כללי, לבין תחום דיני המשפחה, כתחום משפטי ייחודי ונפרד.<sup>65</sup> קפלן ופרי רואים בעילה הנזיקית בגין סרבנות-גט כלי בשירות דיני הנישואים והגירושים (הנשלטים על-ידי דינים דתיים). לפיכך, לשיטתם, יש לעצב ולתחום את העילה הנזיקית בהתאם לדרישות הדין העברי בדבר תוקפו של הגט. בפרט, הם מביעים חשש שהכרה בסירוב לתת גט כמעשה נזיקי מבלי שבית-הדין הרבני פסק כי חובה על הבעל לתת את הגט, וכן פסיקת פיצויים שאינם מוגבלים בשיעורם, עלולות למנוע מן האישה את האפשרות להשיג גט שיהיה תקף וכשר בעיני בית-הדין.<sup>66</sup> ביטון, לעומתם, טוענת כי לשיקולים בדבר כשרותו או תוקפו של הגט, וכן לדיני המשפחה (הדתיים) ככלל, אין ולא צריך להיות מקום לעניין עיצובה והגדרתה של עילת התביעה הנזיקית.<sup>67</sup>

מחלוקת זו, שמצאה ביטוי גם בפסיקתם של בתי-המשפט לענייני משפחה,<sup>68</sup> ממחישה את הקושי בניחוח דיני המשפחה בישראל בהתאם למאפיין החריגות או הנבדלות של דיני המשפחה, את האתגר שבניסיון להפריד ולהבחין בישראל בין דינים כלליים לבין דיני המשפחה, ואת היחס המורכב הקיים ביניהם. יודגש: הנקודה אינה שקפלן ופרי רואים את העילה הנזיקית כשייכת לליבתם של דיני המשפחה ("דיני משפחה 1" במינוחן של היילי וריטיץ') ואילו ביטון רואה בה עילה שהיא בראש ובראשונה נזיקית ואשר מכוננת לבני משפחה ומשפיעה עליהם ("דיני משפחה 2"). עצם ההסכמה על כך שעילות נזיקיות כלליות (דוגמת רשלנות) ניתנות ליישום בהקשר שנחשב כמצוי בליבתם של דיני המשפחה, קרי דיני הגירושים הראויים, אינה מתיישבת עם תיאורם של דיני המשפחה האמריקניים. בין שמקבלים את עמדתם של קפלן ופרי ובין שמקבלים את עמדתה של ביטון, עילה נזיקית מקבלת תפקיד בעיצוב הליך הגירושים, ומחלוקת אקדמית זו, כשלעצמה, מאתגרת את ההבחנה שבין "דיני משפחה 1" ל"דיני משפחה 2".

64 ראו, למשל, רוזן-צבי "חזקת שיתוף הנכסים בין בני-זוג", לעיל ה"ש 10. ראו עוד שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627, 681-686 (2004).

65 קפלן ופרי, לעיל ה"ש 17; ביטון, לעיל ה"ש 17.

66 קפלן ופרי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 802-830 ו-837.

67 ביטון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 888-893.

68 השוו, למשל, בין עמדתו של השופט ויצמן בתמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05 פלוגית נ' עזבון פלוגי, פס' 26-27 (פורסם בנבו, 30.4.2006), לבין עמדתו של השופט גרינברגר בתמ"ש (משפחה י"ם) 6743/02 כ' נ' כ', פס' 10 (פורסם בנבו, 21.7.2008).

קריאה מעמיקה במחקריה של היילי שהוקדשו לסקירה היסטורית של התפתחות דיני המשפחה כתחום ייחודי ומובחן במשפט האמריקני מציעה הסבר מדוע תפיסתו והגדרתו של התחום בישראל הינן שונות.<sup>69</sup> זאת, מכיוון שהאופן וההקשר שבהם התפתחו דיני המשפחה במשפט הישראלי שונים מאלה האמריקניים, באופן שמסליך ישירות על הגדרת התחום ועיצובו. כאמור, בארצות-הברית התפתח תחום דיני המשפחה מדיני משק-הבית, ואילו בישראל התפתחו דיני המשפחה מנקודת מוצא שונה וסביב רעיון "המעמד האישי". נקודת המוצא השונה היא שאחראית לעיצובו השונה של היחס בין תחום דיני המשפחה לדינים הכלליים, דוגמת דיני החוזים, דיני הקניין ודיני הנזיקין.

התפתחותם של דיני המשפחה בדין האמריקני מדיני משק-הבית הובילה גם לראיית המשפחה כיחידה, להבדיל מהתמקדות בחברי המשפחה כפרטים. גישה זו באה לידי ביטוי באופן הבולט ביותר בדוקטרינת ה-coverture, שלפיה עם הנישואים התמזגה אישיותה המשפטית של האישה באופן מוחלט עם זו של הבעל (או ליתר דיוק נבלעה בתוכה).<sup>70</sup> אומנם, דוקטרינת ה-coverture בוטלה זה כבר, אך השלכותיה על דיני המשפחה האמריקניים ניכרות עד היום.<sup>71</sup> ביטוי בולט אחר של גישה זו הוא העיקרון בדבר זכותה של המשפחה כיחידה לפרטיות. עיקרון זה מונע "התערבות" של המדינה בענייניה ונעשה בין חברי המשפחה, ומגלה עוינות לתביעות בין בני משפחה.<sup>72</sup> גם כאן, על-אף היחלשות מסוימת של רעיון פרטיות המשפחה, הוא עודנו רעיון מרכזי בדיני המשפחה האמריקניים גם כיום. בישראל, לעומת זאת, מושג מרכזי בהתפתחותם של דיני המשפחה הוא "המעמד האישי". כפי שנפרט בהמשך, בישראל טרם נעשה מחקר מעמיק ומקיף על התפתחותו של תחום דיני המשפחה, אך מרכזיותו של מושג "המעמד האישי" בצמיחת התחום עשויה ללמד על הצבת הפרט במרכז (מבלי להתעלם ממערכות היחסים שהוא צד להן), להבדיל מהצבת המשפחה כיחידה במרכז.<sup>73</sup> ביסוסה של טענה כזו מחייב כמובן מחקר עצמאי, החורג מגבולותיו של מאמר זה וממטרותיו. עם זאת, נציין כי היכרותנו עם דיני המשפחה הישראליים, המבוססת על מחקר בתחום והוראתו במשך שנים לא-מעטות, מעלה ספק אם בדיני המשפחה בישראל הייתה אי-פעם תפיסה של המשפחה כ"יחידה" כמובנה במשפט האמריקני. כך, למשל,

69 Halley, *What Is Family Law? Part I*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 2; Halley, *What Is Family Law? Part II*, לעיל ה"ש 52.

70 נשים נשואות איבדו את אישיותן המשפטית, וכתוצאה מכך הן לא יכלו להחזיק ברכוש, להתקשר בחוזים או אף להיות אחראיות בנזיקין. ראו, למשל: 1 WILLIAM BLACKSTONE, BLACKSTONE'S COMMENTARIES (1969).

71 HASDAY, לעיל ה"ש 54, בעמ' 97-132.

72 ראו, למשל: Barbara Bennett Woodhouse, *The Dark Side of Family Privacy*, 67 GEO. WASH. L. REV. 1247, 1251-59 (1999); Reva B. Siegel, "The Rule of Love": *Wife Beating as Prerogative and Privacy*, 105 YALE L.J. 2117.

73 דוגמה קיצונית מעט העשויה ללמד על כך ניתן למצוא בדיון בשאלת תוקפם של נישואים שעורך השופט זילברג בבג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר-הפנים, פ"ד יז 225 (1963). השופט זילברג מוכן באופן עקרוני להכיר במצב משפטי שבו אחד הצדדים יוכר על-ידי שיטת משפט כנשוי ואילו הצד האחר ייחשב רווק, וזאת כתוצאה מהחלת דינים אישיים שונים על כל אחד מן הצדדים. ראו שם, בעמ' 233 (פס' 4 לפסק-דינו של השופט זילברג).



התפתחותה של חזקת השיתוף, החל בשנות השישים של המאה העשרים, התבססה על הסכם בין שני יחידים (במקור, אישה וגבר) לשיתוף בנכסים הנצברים במהלך מערכת היחסים הזוגית ביניהם;<sup>74</sup> בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ גם הכיר בזכות לפרטיות הקיימת בין שני בני-זוג;<sup>75</sup> והמשפט הישראלי, בניגוד לזה האמריקאי, מוכן להכיר בעילות תביעה בנזיקין בין ילדים להורים.<sup>76</sup>

ייתכן שככל שגישתו של המשפט הישראלי לדיני המשפחה אכן שונה, הדבר נובע לאו דווקא מעצם רעיון "המעמד האישי", אלא דווקא מגישתו העקרונית של המשפט העברי, אשר השפעתו על דיני המשפחה האזרחיים חורגת מעבר לגבולות תחולתם של הדינים האישיים.<sup>77</sup> כך, הדין העברי מכיר בעילות תביעה בין בני-זוג נשואים לשם אכיפת חובות הנישואים (מזונות אישה הם הדוגמה המובהקת לכך), ואינו נרתע מ"התערבות" במערכת יחסים משפחתית קיימת.<sup>78</sup> על-פי הדין העברי, אישה נשואה מעולם לא איבדה את אישיותה הנפרדת, ומערכת הדינים החלה בין בעל לאישה מבוססת על חובות וזכויות הדדיות בין שני פרטים.<sup>79</sup> מובן שאיננו טוענות כי הדין העברי מכיר בזכויות נשים או בשוויון, שכן כלל הדינים הדתיים המוכרים בישראל הם בבסיסם דינים פטריארכליים. עם זאת, בהיבט זה של הסתכלות על קשר הנישואים כיוצר תא משפחתי שהוא יחידה, הדין העברי מציע לכאורה נקודת-מבט שונה מזו של הדין האמריקני. נדגיש גם כי הכרה משפטית בבני משפחה כפרטים אינה מחייבת תפיסה אטומיסטית שלהם. ניתן – ואף ראוי – להכיר בבני המשפחה כפרטים מקושרים, קרי כמי שמערכות יחסים ממלאות תפקיד בחייהם, ולראות את

- 74 ראו לעיל ה"ש 64 והטקסט שלידה. להחלת חזקת השיתוף על בנות-זוג ראו בע"מ 2478/14 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.8.2015).
- 75 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא (1) 581 (2006).
- 76 ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג (5) 69 (1999).
- 77 ראו, למשל, את נושא קביעת האבהות בדין הישראלי, שהוא עניין אזרחי – רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט 311, 313 (2002); וכן את נושא חובת המזונות בין בני המשפחה המורחבת – משה דרורי "היחס בין הדין האישי והחוק הישראלי בדיני מזונות לקרובים" דיני ישראל ד 219 (התשל"ג).
- 78 ככל שמדובר באישה יהודייה התובעת את בעלה היהודי, הזכות למזונות היא בעיקרה זכות הנובעת מן הנישואים וניתנת למימוש רק בעת הנישואים. ראו, למשל, ס' 4 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים; רות הלפרין-קדרר "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)-שוויון" משפט וממשל ז 767, 773-774 (2004). זהו שוני משמעותי לעומת גישתו של המשפט האמריקני. פסק-הדין האמריקני הנחשב כמייצג המובהק של עקרון פרטיותה של המשפחה הוא פסק-הדין בעניין *McGuire v. McGuire*, 157 Neb. 226, 59 N.W.2d 336 (1953), שבו נדחתה תביעה של אישה נשואה לאכוף את חובת המזונות המוטלת על בעלה מכוח הדין, מכיוון שבית-המשפט לא יתערב ולא ייתן סעד כל עוד הצדדים נשואים, בשל זכותה של היחידה המשפחתית לפרטיות. אף שמדובר בפסק-דין ישן למדי, הוא משקף עדיין את הגישה האמריקנית הקיימת. ראו, למשל: Anne L. Alstott, *Neoliberalism in U.S. Family Law: Negative Liberty and Laissez-Faire Markets in the Minimal State*, 77 LAW & CONTEMP. PROB. 25, 33-34 (2014).
- 79 ראו, למשל, שרשבסקי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 147-152.

המשפט ככלל ואת דיני המשפחה בפרט כמכוונים להגן על מערכות יחסים אלה.<sup>80</sup> כך, ניתן לפתח דיני שיתוף ברכוש (ולא הפרדה רכושית) ואף חובות וזכויות הדריות מתוך תפיסה אינדיווידואליסטית-קישורית, ולא רק מתוך תפיסה של המשפחה כיחידה. עם זאת, הגנה על מערכת יחסים מתוך הכרה באינדיווידואליות של הצדדים לה שונה מהגנה על "יחידה" המורכבת מפרטים, באשר האחרונה מובילה לעיתים להתעלמות מהאינטרסים הנפרדים של חברי אותה יחידה.<sup>81</sup>

מסר מרכזי הנלמד ממחקריה של היילי הוא כי אי-אפשר לנתק את שאלת ההגדרה של תחום דיני המשפחה, על מטרותיהם ועקרונותיהם הבסיסיים, מן השאלה ההיסטורית ברבר אופן התפתחותו ויצירתו של התחום. אכן, גם מילר-פריינפלס הדגיש כי את המונחים "droit de famille", "family law" ו-"Familienrecht" ניתן להבין רק על רקע ההבנה של התפתחותם ההיסטורית והחברתית הייחודית.<sup>82</sup>

כפי שכבר ציינו, בישראל טרם נערך מחקר מקיף על התפתחותם של דיני המשפחה כענף משפטי עצמאי.<sup>83</sup> הסיפור ההיסטורי הידוע והמקובל מתחיל בהסדר שהוא ירושה מן השלטון העות'מאני ואשר החיל דינים אישיים-דתיים על תחום דיני המשפחה ומסר אותם לסמכותם של בתי-דין דתיים. הסדר זה אומץ כמות שהוא על-ידי השלטון המנדטורי, אשר לא רצה לשנות מן ההסדר הקיים, ובהמשך נקלט על-ידי השלטון הישראלי.<sup>84</sup> סיפור מקובל וידוע זה מובא בכרך א של כתבי-העת על-ידי ברוך ברכה במאמרו "מעמד האישי של חסרי עדה דתית מוכרת".<sup>85</sup> המשכו של הסיפור הוא בהעברת חלק מדיני המשפחה להסדרה אזרחית, בין על-ידי חקיקה ובין על-ידי פסיקה, וכן בפיתוח דיני משפחה אזרחיים במקביל לדיני המשפחה הדתיים.<sup>86</sup> זאת, בלא סדר או שיטה מותווית מראש. לטעמנו, אין הסבר משכנע

80 רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

81 ראו, למשל: Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Revisioning the Family: Relational Rights and Responsibilities, in* RECONSTRUCTING POLITICAL THEORY: FEMINIST PERSPECTIVES (Mary Lyndon Shanley & Uma Narayan eds., 1997) 84.

82 Müller-Freienfels, לעיל ה"ש 46, בעמ' 32.

83 זאת, להבדיל ממחקרים אשר התייחסו לנושאים נקודתיים במסגרת תחום דיני המשפחה. כך, למשל, צבי טריגר חקר את ההיסטוריה שהובילה לחקיקת חוק שיפוט בתי-דין רבניים – צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" **משפטים על אהבה** 173 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005); ואיריס אגמון חקרה את ההיסטוריה שהובילה לחקיקת החוק המכונה "חוק המשפחה העות'מאני" – איריס אגמון "יש שופטים בירושלים והיו מחוקקים באסנתבול: על ההיסטוריה של החוק הקרוי (בטעות) "חוק המשפחה העות'מאני" (טרם פורסם). התחלה של דיון ניתן למצוא במחקרו של גל אמיר "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על המילט" **מחקרי משפט** ל 677 (2016). אולם מוקד הדיון של אמיר אינו הגדרת דיני המשפחה או תיאור התפתחותו של התחום, אלא שיטת המילט.

84 אמיר, לעיל ה"ש 83.

85 ברוך ברכה "מעמד האישי של חסרי עדה דתית מוכרת" **עיוני משפט** א 156 (1971).

86 ראו, למשל, רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" **מחקרי משפט** יז 105 (2001).

מדוע יחסים רכושיים בין בני-זוג הוסדרו על-ידי דין טריטוריאלי אזורי ואילו מזונות בני-זוג ומזונות ילדים ממשיכים להיות בשליטתם של הדינים הדתיים. על פניו התבסס בישראל "כאוס נורמלי" – במובן זה שהוא נתפס כבר כמובן מאליו – בכל הקשור לדיני משפחה.<sup>87</sup> בשנים האחרונות החלו חוקרים שונים לערער על הסיפור המקובל. צבי טריגר קרא תיגר על אותו חלק בסיפור המתאר את אימוץ ההסדר על-ידי המחוקק הישראלי, בהדגישו את השינויים המהותיים שהכניס המחוקק הישראלי במצב הקיים ואת המניעים האידיאולוגיים שעמדו בבסיסם.<sup>88</sup> אולם טריגר מתמקד בהסדר החל על יהודים בכל הנוגע בנישואים ובגירושים (במובנם הצר), ואינו מערער על אותם חלקים בסיפור המתחייבים להסדר העות'מאני והמנדטורי. מחקר מעניין אחר הוא מחקרה של איריס אגמון המתחקה אחר שורשיו של חוק המשפחה העות'מאני, החל על מוסלמים במדינת-ישראל.<sup>89</sup> בניגוד לתפיסה המקובלת, שלפיה מדובר בדין דתי-שרעי המוחל על מוסלמים, אגמון מראה כי מדובר דווקא בדבר חקיקה מדינתית שנועד לחול על כלל האזרחים (עם התייחסות שונה לבני דתות שונות), מתוך מטרה לצמצם את האוטונומיה של הקהילות הדתיות (ולמעשה לבטל את שיטת המיליט).<sup>90</sup> השלטון המנדטורי הוא אשר החיל דבר חקיקה זה על מוסלמים בלבד. מחקרו של גל אמיר בוחן אף הוא באופן ביקורתי את ראשיתו של הסיפור, קרי, קיומו של משטר מיליטרי מכוון ומאורגן ואימוצו בהמשך על-ידי המחוקק המנדטורי.<sup>91</sup> על-פי אגמון ואמיר, המחוקק המנדטורי הוא שיצר למעשה את הדינים האישיים, ומטרתו הייתה, ככל הנראה, לפעול בדרך של "הפרד ומשול", כתפיסה של שלטון קולוניאלי.<sup>92</sup>

אם כן, מחקר וניתוח היסטוריים מאתגרים את התפיסה המקובלת על-אודות שורשיהם של דיני המשפחה הישראליים, וחושפים את האידיאולוגיות שעמדו בבסיסם. אנו מנצלות במה זו לקריאה לעריכת מחקר היסטורי שיטתי, שכן מחקר כזה יסייע לנו להבין טוב יותר את ההווה של דיני המשפחה הישראליים, וחשוב מכך – לחשוב מחדש על עתידם.

## 2. הבסיס הנורמטיבי של דיני המשפחה

בהעדר מענה תיאורי או היסטורי לשאלה מהם דיני משפחה בישראל, פנינו לכיוון בחינה אחר, נורמטיבי, בניסיון להגדיר את תחום דיני המשפחה בהתבסס על הערכים ועקרונות-היסוד העומדים בבסיסו. אולם גם כאן נתקלנו בקושי, שכן ליצירתו ולהתפתחותו של תחום דיני

87 כאוס זה מועצם על-ידי המחסור בחקיקה ובתקדימים של בתי-המשפט העליון, וכן בגלל העדר פרסום שיטתי של פסיקות בתי-המשפט ובתי-הדין בענייני משפחה. על "כאוס נורמלי" ראו גם להלן ליד ה"ש 102-104.

88 טריגר, לעיל ה"ש 83.

89 אגמון, לעיל ה"ש 83.

90 ראו גם עירו שחר "משפט מוסלמי כמשפט ילידי: בתי הדין השרעיים בישראל מנקודת מבט פוסט-קולוניאלית" מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל 29, 38 (היבא יובק וליאת קוזמא עורכות, 2017).

91 אמיר, לעיל ה"ש 83.

92 ראו גם שחר, לעיל ה"ש 90, בעמ' 48; Yüksel Sezgin, *The Israeli Millet System: Examining Legal Pluralism Through Lenses of Nation-Building and Human Rights*, 43 *Isr. L. Rev.* (2010), 631, 643.

המשפחה בשיטות המשפט השונות לא נלווה פיתוח של תיאוריה הן בנוגע ל"מהי משפחה" והן בנוגע לעקרונות, לערכים ולמטרות שצריכים לעמוד בבסיס התחום, ועד היום יש חסר בתיאוריה של תחום דיני המשפחה.<sup>93</sup>

חסר זה ניתן להסביר בתפיסה המקובלת שלפיה ה"משפחה" היא מוסד טבעי, טרנס-היסטורי, על-מדינתי (ובוודאי על-משפטי), וכל שעל המשפט לעשות הוא להכיר באותה משפחה "טבעית".<sup>94</sup> הסבר חלופי לתיאורטיזציה החסרה יכול להיות הרגישות האידיאולוגית המתלווה לדיונים על-אודות המשפחה. אכן, בסוקרו את התפתחותם של דיני המשפחה באנגליה מתייחס מילר-פריינפלס לעמימות המכוונת של המושג "משפחה" בפיתוחו של תחום משפטי זה באנגליה, שנועדה לאפשר גמישות והתאמה למציאות משתנה.<sup>95</sup> קרל שניידר מציע הסברים נוספים להעדרה של תיאוריה כללית של דיני משפחה במשפט האמריקני, וביניהם הספקנות כלפי תיאוריות כלליות של ענפים משפטיים בתקופה שלאחר הריאליזם המשפטי, וכן את התפרשותו הרחבה של התחום מעבר לתחומי משפט אחרים (דוגמת חוזים המתמקדים בהחלפת הבטחות).

ככל שיש תיאורטיזציה של דיני משפחה, היא נוגעת בשאלות פרטניות, דוגמת הגדרת הורות, היחס לזוגיות ללא נישואים, היחס לזוגיות חד-מינית וכדומה.<sup>96</sup> הדבר נכון גם לכתיבה התיאורטית בדיני משפחה שהתפרסמה בכתב-העת.<sup>97</sup> כתיבה תיאורטית שהתיימרה להיות כללית, ואשר התייחסה, למשל, לתפקידם של דיני המשפחה במתן הגנה למשפחה כיחידה ולבני המשפחה החלשים יותר, לא דנה למעשה בשאלות העקרוניות אילו מערכות יחסים יש להעדיף ולהגן עליהן, מהי הגנה על בני משפחה חלשים וכדומה. שאלות מעין אלה מחייבות דיון מעמיק יותר בדבר הערכים והאידיאולוגיות שבבסיס הדינים, מה שנעדר כאמור מהכתיבה.<sup>98</sup>

אמת, ספרות ביקורתית עכשווית על תחום דיני המשפחה אינה עוסקת עוד בשאלות נקודתיות בלבד, אלא מתייחסת לליבתו של התחום ולערכים שראוי שיעמדו בבסיסו. כך, למשל, קשר הנישואים נתפס מסורתית כלב-ליבו של התחום, כפי שמראה העיסוק הנרחב

93 Michael D.A. Freeman, *Towards a Critical Theory of*; 2 בעמ' 54, לעיל ה"ש, HASDAY 93 *Family Law*, 38 CURRENT LEGAL PROBS. 153, 154 (1985); Clare Huntington, *Happy Families? Translating Positive Psychology into Family Law*, 16 VA. J. SOC. POL'Y & L. 385, 395 (2008–2009); Carl E. Schneider, *The Next Step: Definition, Generalization, and Theory in American Family Law*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 1039, 1040–41 (1985)

94 Frances E. Olsen, *The Myth of State*; 47 לעיל ה"ש, Halley, *What Is Family Law? Part I* 94 *Intervention in the Family*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 835, 847 (1985) "מה למשפט ולמשפחה? האם המשפט חשוב? 235, 236 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

95 Müller-Freienfels, לעיל ה"ש 46.

96 Schneider, לעיל ה"ש 93, בעמ' 1041.

97 ראו, למשל, ליפשיץ, לעיל ה"ש 16, שמציע תשתית תיאורטית ליחס המשפטי לזוגיות ללא נישואים; רנן-ברזילי, לעיל ה"ש 16, שדן בתיאוריה של יחסי עבודה ומשפחה, ובפרט עבודה והורות. ראו עוד את המאמרים שיידונו בפרק ב להלן.

98 ראו, למשל, Freeman, לעיל ה"ש 93, המבקר באופן זה את ספרו של ג'ון איקלר: JOHN E.EKELAAR, *FAMILY LAW AND SOCIAL POLICY* (1978)

בו בכתב-העת.<sup>99</sup> אולם כיום יש ספרות אקדמית הקוראת תיגר על הצבת קשר הנישואים והקשר הזוגי בכללותו – שהוא כיום קשר רומנטי-מיני בעיקרו – כבסיס וכיסוד של דיני משפחה.<sup>100</sup> מבין המאמרים שפורסמו בכתב-העת ניתן לראות את מאמרה של דפנה הקר על-אודות חשיבותה של הרווקות לנשים כקורא תיגר על הנחות-הבסיס של דיני המשפחה שלפיהן מערכות יחסים, ובפרט זו הזוגית, צריכות לקבל העדפה.<sup>101</sup> אולם ספרות ביקורתית כללית זו לא הצליחה (ומרביתה המכרעת אף לא ניסתה) לגבש הצעה לתשתית נורמטיבית שראוי לבסס עליה את תחום דיני המשפחה או תחום משפטי חלופי (דוגמת דיני אינטימיות). במילים אחרות, ספרות זו התמקדה בביקורת, ולא בפיתוח הצעה לתשתית תיאורטית חלופית. כך או כך, דיני המשפחה, בלשונו של שניידר, לא הגיעו לבגרות,<sup>102</sup> אלא נותרו בגיל ההתבגרות. הם המשיכו להתפתח אד-הוק כתגובה על סוגיות ובעיות שהגיעו לפתחו של בית-המשפט, ולא בדרך של גזירת מסקנות ותוצאות מתיאוריות כלליות.<sup>103</sup> התפתחות זו של דיני המשפחה ניכרה בפרט במהלך העשורים האחרונים של המאה העשרים ובתחילת המאה העשרים ואחת, בעקבות השינויים החברתיים שחלו ביחסים הזוגיים, עליית מעמדם של הילדים, וההתפתחויות הרפואיות שאפשרו את התפתחותן של טכניקות הולדה, ובראשן תרומת ביצית ונשיאת עוברים. שינויים אלה ידועים ונסקרו בהרחבה בספרות, ואין טעם לחזור עליהם בהרחבה כאן. הם הציפו והעלו שאלות בדבר היחס לזוגיות שאינה מתמסדת על-ידי קשר של נישואים, הולדה מחוץ לקשרי נישואים, הגדרת הורות, חובות וזכויות הוריות, וכדומה. אולם בהעדר תשתית תיאורטית, תגובת המשפט על השינויים מרחיקי-הלכת שעברה המשפחה במהלך העשורים האחרונים של המאה העשרים הייתה יצירה שאותה כינה ג'ון דיואר (John Dewar) "הכאוס הנורמלי של דיני משפחה".<sup>104</sup>

לסיכום חלק זה ניתן לומר כי ככל שהדברים אמורים באקדמיה המשפטית הישראלית, הגיעה העת לדיון ביקורתי בדיני המשפחה ולפיתוח תשתית תיאורטית, עקרונות וערכים שיעמדו בבסיסם. זאת, אף אם הדיון יוביל לחשיבה מחודשת על עצם הצדקת קיומו של תחום דיני המשפחה כתחום משפטי נפרד. אפשר שמדובר באגד של דינים – דוגמת דיני זוגיות, דיני הורות ועוד – אשר נעדרים בסיס משותף, אף שיש ביניהם קשר. לעומת זאת,

99 ראו את הדיון בפרק ג להלן.

100 ראו, למשל: 9 Va. J. Soc. Pol'y & L. 239 (2001); Martha Albertson Fineman, *Why Marriage?*, 9 Va. J. Soc. Pol'y & L. 239 (2001); Martha Albertson Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies* 230–33 (1995); בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 43.

101 דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" *עיוני משפט* כח 903 (2005).

102 Schneider, לעיל ה"ש 93, בעמ' 1039–1041.

103 יש אף חוקרים שטוענים כי זו הדרך הראויה שבה על דיני המשפחה להתפתח. ראו, למשל: Marsha Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 Harv. L. Rev. 835 (2000). קרל שניידר מייחס זאת, בין היתר, לספקנות שהתפתחה בעקבות הריאליזם המשפטי כלפי גישה אשר גוזרת מסקנות מתיאוריות כלליות.

104 John Dewar, *The Normal Chaos of Family Law*, 61 Mod. L. Rev. 467 (1998)

אפשר שיש להגדיר תחום רחב יותר של דיני אינטימיות.<sup>105</sup> פרויקט כזה חייב להיות (לכל-הפחות גם) מקומי, שכן תחום דיני המשפחה נחשב מאז ומתמיד תחום "מקומי" במיוחד, כזה המושפע ומתעצב בהתאם לחברה שבה הוא מתפתח.<sup>106</sup> לכן, אף שניתן וראוי ללמוד מכתובה אקדמית דומה מחוץ לישראל, יש לפתח תשתית תיאורטית שתתאים לדיני המשפחה – או לדיני האינטימיות – הישראליים.

נוסף על כך, כפי שצינינו לעיל, מן הראוי שלתהליך החשיבה ופיתוח התיאוריה, העקרונות והערכים של דיני המשפחה בישראל יתלווה גם מחקר היסטורי שיחקה אחר התפתחות התחום. מחקר היסטורי כזה יסייע בחשיפת הערכים העומדים בפועל בבסיס הדינים הקיימים ובהעמדתם לבחינה ביקורתית. כך, למשל, כתיבה מחוץ לישראל חשפה כמה מטרות מדינתיות בעיצוב דיני המשפחה, דוגמת שליטה במין ובמיניות,<sup>107</sup> או מה שמכונה "הפרטה של התלות", קרי, שאיפה שהטיפול בילדים, בקשישים נזקקים או באחרים שאינם יכולים לדאוג לעצמם, וכן עלויותיו של טיפול זה, יושמו על בני משפחה פרטיים, ולא על המדינה.<sup>108</sup> חשיפתן של מטרות אלה העמידה אותן בצפוי לביקורת, ולפיכך גם את ההסדרים המשפטיים שנועדו לקדם.

בהעדר מענה תיאורי או תיאורטי לשאלה מהם "דיני משפחה", גישתנו לשאלה זו לצורך סקירתם וניתוחם של המאמרים בכתב-העת הייתה גישה מרחיבה. למעט מאמרים מובהקים במשפט עברי שאין להם כל קשר לשאלות הנוגעות ביחסים משפחתיים, כל מאמר שניתן לסיווג כעוסק ב"דיני משפחה" על-פי הגדרה כלשהי נחשב על-ידינו ככזה.

מפרק מקדמי זה נעבור כעת לניתוח הכתיבה בארבעים הכרכים של כתב-העת, תוך התייחסות לשלוש סוגיות מרכזיות: (1) מעבר מכתובה מגורית לכתובה אוניוורסלית; (2) הקשר הזוגי כקשר המשפחתי המרכזי בכתובה האקדמית על-אודות המשפחה; (3) זיהוי מנעד המשפחות שהמחקר עוסק בהן והשינויים שחלו בו (ככל שאכן היו שינויים). נחתום את המאמר בניסיון להכליל את המאפיינים של המחקר בדיני המשפחה, כפי שנלמדו מעיון בארבעים שנות פרסומו של עיוני משפט, אל חקר דיני המשפחה בישראל באופן כללי.

- 
- 105 ראו, למשל: Laura T. Kessler, *New Frontiers in Family Law*, in *TRANSCENDING THE BOUNDARIES OF LAW: GENERATIONS OF FEMINISM AND LEGAL THEORY* 226, 240 (Martha Albertson Fineman ed., 2011). ראו גם את הצעתו של ג'ון איקלר לעבור לדבר על "דין אישי", אך במונח שונה מזה המקובל בישראל: JOHN EEKELAAR, *FAMILY LAW AND PERSONAL LIFE* 31 (2006).
- 106 ראו, למשל, Halley, *What Is Family Law? Part I*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 47, 52-53 ו-59; Müller-Freienfels, לעיל ה"ש 46, בעמ' 39.
- 107 ראו, למשל: Susan Frelich Appleton, *Illegitimacy and Sex, Old and New*, 20 *AM. U. J.* 347, 376-77 (2012). זהו גם הרציונל בבסיס הדינים הרתיים, שהיו את הבסיס למה שנהפך לבסיסם של דיני המשפחה המדינתיים, קרי, דיני נישואים וגירושים.
- 108 ראו, למשל: MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *THE AUTONOMY MYTH: A THEORY OF DEPENDENCY* xv (2004); Anne L. Alstott, *Private Tragedies? Family Law as Social Insurance*, 4 *HARV. L. & POL'Y REV.* 3 (2010); Laura A. Rosenbury, *Federal Visions of Private Family Support*, 67 *VAND. L. REV.* 1835 (2014).

## ב. מכתבה מגזרית לכתיבה אוניוורסלית-עיוורת

בעשר השנים הראשונות לכתב-העת הייתה מרבית הכתיבה בתחום דיני המשפחה מגזרית. מאמרים שנכתבו בתחום לא התיימרו לעסוק בדיני המשפחה באופן כללי או מופשט, אלא תחמו באופן מפורש את קבוצת המשפחות שאליהן הם התייחסו. נושאים דוגמת היחסים הרכשיים בין בני-זוג, מזונות בני-זוג, מזונות ילדים ותוקף נישואים נדונו בהתייחס לקבוצת משפחות מוגדרת, בפרט על בסיס השתייכות עדתית.<sup>109</sup> מאפיין זה של הכתיבה בדיני משפחה אינו מפתיע לנוכח שליטתו של הדין האישי, אשר הפכה את התחום בישראל לתחום מגוון, כך שעל כל מערכת יחסים משפחתית חל מערך שונה של דינים בהתאם להשתייכותם העדתית-הדתית של הצדדים.

חריג לכתיבה זו באותן שנים היה נושא הידועים-בציבור, אשר נדון במאמרים מבלי להתייחס להשתייכות עדתית-דתית של הצדדים.<sup>110</sup> את זאת ניתן להסביר לא רק בכך שמדובר לכאורה בסוגיה אזרחית שאינה בשליטת הדין הדתי, אלא גם בכך שלפחות חלק מן הכותבים, דוגמת אליהו מצא ומנשה שאוה, לא ראו ביחסי הידועים-בציבור יחסים השייכים לדיני המשפחה, אלא "מצב עובדתי, שלאור הוראת חוק מסויימת יש בו כדי להעניק זכות פלוגנית לנוגע בדבר, בלי שמעמדו יושפע, עקב זה, למטרות אחרות כלשהן".<sup>111</sup> נקודה זו קשורה כמובן לשאלה מהם דיני משפחה, שבה דנו לעיל.

בשנים מאוחרות יותר, ובפרט מכרך כה (שנת 2002) ואילך, נזנחה כביכול הכתיבה המגזרית, והמאמרים התייחסו לכלל מערכות היחסים המשפחתיות הרלוונטיות, בלי התייחסות למאפיינים עדתיים-דתיים או למאפיינים אחרים של הצדדים (כגון מעמד חברתי-כלכלי). סוגיות דוגמת זוגיות ללא נישואים, הגדרת המשפחה, משפחות חדשות, זכויות ילדים והשילוב בין הורות לעבודה נדונו כולן כסוגיות כלליות.<sup>112</sup> את השינוי הזה באופי הכתיבה ניתן להסביר במעבר מהדגש לסוגיות שאינן נשלטות על-ידי הדין האישי, בזהות הכותבים, בחינוך האקדמי-המשפטי שקיבלו (אשר כלל לעיתים קרובות היחשפות לשיטות משפט

109 ראו, למשל, יעקב מירון "יחסי מומן בין בני זוג מוסלמיים" עיוני משפט ג 279 (1973); שאוה "תקפם של נישואין בין בני-זוג הכפופים לדינים אישיים שונים", לעיל ה"ש 8; מעוז, לעיל ה"ש 12; שאוה "מזונות ילדים (חלק ראשון)", לעיל ה"ש 26; שאוה "מזונות ילדים (חלק שני)", לעיל ה"ש 26.

110 מצא, לעיל ה"ש 13; פרידמן, לעיל ה"ש 13; שאוה, לעיל ה"ש 13.

111 מצא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 231. ראו עוד שאוה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 500-501. עם זאת, כדאי לציין כי בדיון שעורך פרידמן (לעיל ה"ש 13) בסיבות שהובילו להכרה בידועים-בציבור במשפט הישראלי הוא מתייחס לסיבות שרלוונטיות בעיקר ליהודים. הדבר מתיישב עם טענתנו הכללית בחלק זה של המאמר.

112 ראו, למשל, הקר, לעיל ה"ש 101; רנן-ברזילי, לעיל ה"ש 16; שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כה 671 (2005); רונן, לעיל ה"ש

שונות, ובפרט לשיטה האמריקנית), במעבר מכתובה דוקטרינרית לכתובה תיאורטית יותר, ובהשפעת שיח הזכויות על כתיבה זו.<sup>113</sup>

אין חולק כי בכתיבה רחבה ותיאורטית, אשר חורגת מניתוח דוקטרינרי ומתפרשת מעבר לדינים האישיים-הדתיים, יש כדי להעשיר את הדיון בדיני המשפחה הישראליים. אולם קריאה חוזרת של מאמרים אלה מעלה שאלה בדבר מידת התייחסותה של כתיבה זו לסוגיות הרלוונטיות למערכות יחסים משפחתיות מעבר לחברה הפנים-יהודית. כך, נושאי הכתיבה של המאמרים שהתפרסמו בכתב-העת הם נושאים שמידת הרלוונטיות שלהם גדולה במיוחד לאוכלוסייה היהודית, וספק עד כמה הם רלוונטיים לחברה הלא-יהודית בישראל, ובפרט לחברה הערבית. למשל, מערכות יחסים זוגיות ללא קשר פורמלי של נישואים, המכונות בשפה המשפטית "ידועים-בציבור", אינן קיימות כמעט בחברה הערבית בישראל,<sup>114</sup> וכך גם אימהות של רווקות.<sup>115</sup>

אומנם, גם בחברה היהודית עצמה חיים משותפים ללא נישואים או אימהות של רווקות הם מסגרות משפחתיות שאינן קיימות בכל שכבות האוכלוסייה. כך, בחברה הדתית, ובפרט החרדית, מסגרות אלה קיימות, אם בכלל, בשוליים בלבד. אולם אין בכך כדי להפוך את סוגיית ההכרה המשפטית במסגרות משפחתיות אלה לעניין שרלוונטי לציבור היהודי החילוני בלבד. ההכרה המשפטית הרחבה בידועים-בציבור נתפסת כאחד הפתרונות למצוקת הנישואים הנגרמת משליטת הדינים הדתיים על נישואים בישראל, אשר מאפשר להקל מעט את הלחץ החברתי-הציבורי בנושא הנישואים בישראל.<sup>116</sup> כך, כסוגיה פנים-יהודית שאלת המשמעות המשפטיות של חיים משותפים ללא נישואים רלוונטית לכלל הקבוצות בחברה היהודית, דתיים וחילונים כאחד, בין אם מערכת יחסים כזו מתקיימת בקרב הקבוצה הרלוונטית ובין אם לאו.<sup>117</sup>

113 דוגמאות לשימוש בשיח זכויות ניתן לראות אצל ליפשיץ, לעיל ה"ש 112; אצל רונן, לעיל ה"ש 33; ואצל פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643 (2005). שיח זכויות מתאפיין בכלליות ובהפשטה, ולכך אכן מתייחסות חלק מן הביקורות על שיח זה. ראו, למשל: NONSENSE UPON STILTS: BENTHAM, BURKE AND MARX ON THE RIGHTS OF MAN 42–44 (Jeremy Waldron ed., 2015).

114 סילביה פוגל-ביז'או "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט מודרניות" דפנה יזרעאלי, אריאלה פרידמן, הנרייט דהאן-כלב, חנה הרצוג, מנאר חסן, חנה נוה וסילביה פוגל-ביז'או מין מיגדר פוליטיקה 107 (1999). במאמר מוסגר נציין כי גם בחברה היהודית אחוז הזוגות החיים יחדיו ללא נישואים נמוך בהרבה מכפי שהיה אפשר לחשוב לנוכח העיסוק האקדמי הרב בסוגיה.

115 שם, בעמ' 136–137.

116 ראו, למשל, אבישלום וסטרייך ופנחס שיפמן מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל 25–28 (נייר עמדה, 2012). אכן, גיא בן-פורת טוען שקיומם של פתרונות מעשיים עוקפי רכנות (גם אם מדובר בפתרונות חלקיים ובלתי-ממצים) מעכב את יצירתה של רפורמה כוללת. GUY BEN-PORAT, BETWEEN STATE AND SYNAGOGUE: THE SECULARIZATION OF CONTEMPORARY ISRAEL 74 (2013).

117 מובן ששליטת הדינים הדתיים הינה נושא שרלוונטי לכלל האוכלוסיות בחברה הישראלית, אולם הדיונים החברתיים, הפוליטיים והאקדמיים במצוקת הנישואים בישראל, וכן בפתרונות



נוסף על כך, גם כאשר המאמרים עוסקים בנושאים שרלוונטיים גם לאוכלוסייה הלא-יהודית – דוגמת המצוקה הנגרמת (בעיקר לנשים) כתוצאה משליטת הדינים הדתיים בהליך הגירושים, השילוב של הורות ועבודה<sup>118</sup> או זכויות ילדים במשפחה<sup>119</sup> – מערכות היחסים המשפחתיות המקובלות בחברה היהודית מהוות את קנה-המידה שהכתיבה מתייחסת אליו, והסוגיות שמעסיקות את הקבוצות הפנים-יהודיות הן שניצבות במרכז הדיון.<sup>120</sup> כמו-כן, ככל שהמאמרים עושים שימוש במקרי-מבחן, משפחות בחברה היהודית הן המשמשות לכך. התוצאה היא שסוגיות שרלוונטיות לאוכלוסייה הלא-יהודית אינן נדונות באופן שיכול לממש פוטנציאל זה.

ניטול כדוגמה ראשונה את מאמרו של יאיר רונן על זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות.<sup>121</sup> רונן מתייחס במאמרו למדינת-ישראל כאל מדינה של "ריבוי תרבויות", ועומד על חשיבות ההכלה ואי-ההדרה של תרבויות וקהילות שונות בחברה.<sup>122</sup> עם זאת, כל הדוגמאות במאמרו של רונן מתייחסות בסופו של דבר להקשר הפנים-יהודי, וזאת על-אף קיומן של דוגמאות מקבילות שהיו יכולות להעלות אל פני השטח את הקונפליקטים בחברה הישראלית, ובפרט את הקונפליקטים שבין החברה היהודית לחברה המוסלמית. רונן מיישם את דיונו על זכות הילד כזכות להשתייכות בכמה הקשרים. הקשר אחד הוא זה של "היחשפות הילד למסורות תרבותיות שונות".<sup>123</sup> הקשר זה היה יכול לשמש מצע לדיון נוקב בנושא הרגיש של נישואים (או מערכות יחסים זוגיות ככלל) בין-דתיים בישראל, ולניתוח האינטרסים, הצרכים והזכויות של ילדים למערכות יחסים אלה.<sup>124</sup> חלף זאת, הדוגמה המשמשת בסיס לדיון במאמרו של רונן היא הדוגמה של בני-זוג שהיו שניהם יהודים אולם לאחר גירושיהם הצטרפה האם לעדי הווה.<sup>125</sup> השאלה שהתעוררה הייתה בנוגע לאפשרותה של האם לחשוף את הילדים לעקרונות

---

המעשיים הקיימים ובאלה הרצויים, התמקדו בהקשר הפנים-יהודי, והתעלמו (למצער כמעט כליל) מהמשמעויות של ההסדר הקיים ומהפתרונות האפשריים לאוכלוסייה הלא-יהודית. ראו, למשל: Michael M. Karayanni, *The Separate Nature of the Religious Accommodations for the Palestinian-Arab Minority in Israel*, 5 Nw. U. J. INT'L HUM. RTS. 41, 42 (2006)

118 רנן-ברזילי, לעיל ה"ש 16.

119 רונן, לעיל ה"ש 33.

120 כך, חיים משותפים ללא נישואים רלוונטיים גם (ואולי אף במיוחד) למי שאינם משתייכים לעדה דתית מוכרת בישראל. בקרב יוצאי ברית-המועצות-לשעבר, למשל, יש רבים אשר אינם מוכרים כיהודים על-ידי בתי-הדין הרבניים ולפיכך אין באפשרותם להינשא בישראל. אף-על-פי-כן, הדיון האקדמי הקיים – ובפרט מאמרו של ליפשיץ, לעיל ה"ש 16 – מתמקד באלה הבוחרים לא להינשא (ולכן הם "נישואים בעל-כורחם"), ולא באלה שאינם יכולים לעשות כן.

121 רונן, לעיל ה"ש 33.

122 שם, בעמ' 939.

123 שם, בעמ' 966-972.

124 ראו, למשל: Daphna Hacker, *Inter-Religious Marriages in Israel: Gendered Implications for Conversion, Children and Citizenship*, 14 ISR. STUD. 178 (2009); Zvi H. Triger, *The Gendered Racial Formation: Foreign Men, "Our" Women, and the Law*, 30 WOMEN'S RTS. L. REP. 479 (2009).

125 ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995) (להלן: עניין עדי יהווה).

האמונה של עדי יהווה. בית-המשפט מתייחס לאמונתה של האם כהצטרפות ל"כת",<sup>126</sup> ובהתאם לכך רונן דן במאמרו בחשיפת הילדים לאמונות "השנויות במחלוקת".<sup>127</sup> תיאור זה של אמונתה של האם משליך על הדיון העקרוני שנערך על-ידי בית-המשפט – ובעקבות זאת גם על-ידי רונן – בחשיפתם של ילדים לאמונות שונות שההורים משתייכים אליהן, ובעיקרו של דבר מצמצם את היקפו ואת עומקו. אומנם, בישראל נישואים בין בני דתות שונות אינם שכיחים, בין היתר בשל המונופול של הדינים האישיים-הדתיים על נישואים.<sup>128</sup> אולם יש מקרים לא-מעטים של קשרים זוגיים בין בני דתות שונות, וכאשר הללו מגיעים לכלל סיום, שאלות של משמורת, חינוך, קשר עם משפחה מורחבת ואף קשר עם אחד משני ההורים עצמם מעסיקות את בתי-המשפט בישראל.<sup>129</sup> מקרים אלה אכן מעלים שאלות קשות בדבר האופן שבו ראוי להבין ולעצב את זכותם של ילדים להשתייכות ולזהות ואת מקומן של מערכות היחסים עם שני ההורים ביציקת תוכן לזכויות אלה. שאלות אלה, בהקשר של נישואים בין-דתיים, טעונות מבחינה אידיאולוגית ופוליטית בהקשר הישראלי, וטרם זכו בדיון בספרות האקדמית-המשפטית בישראל.<sup>130</sup> מנקודת-מבט זו, קיום הדיון במאמרו של רונן בהקשר המצומצם שתואר מהווה החמצה של הזדמנות לקיום דיון נוקב בסוגיות חשובות אלה.

- 126 ראו, למשל, שם, בעמ' 230, 241 ו-259.
- 127 רונן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 969. השינוי באמונתה של האם אינו מהווה המרת דת בישראל, והאם אינה מוכרת כמשתייכת כעת לעדה דתית אחרת. בהתאם לכך, הליכי הגירושים בין האב לאם, כמרגם בירור שאלת המשמורת על ילדיהם, המשיכו להתנהל בבית-הדין הרבני. עניין עדי יהווה, לעיל ה"ש 125, בעמ' 260-261.
- 128 Hacker, לעיל ה"ש 124; Triger, לעיל ה"ש 124. זו כמובן אחת המטרות של שימור ההסדר הקיים של מונופול דתי על כניסה לנישואים.
- 129 לפסקי-דין שעסקו בשאלת האינטרסים של ילדים שנולדו להורים בני דתות שונות, ובפרט ליהודייה ולמוסלמי, ראו, למשל, בג"ץ 304/86 ברק נ' בית הדין השרעי, יפו, פ"ד מא(2) 745 (1987); ע"א 86/63 אל-צפדי נ' בנימין, פ"ד יז 1419 (1963); בג"ץ 238/75 מזרחי נ' בית-הדין השרעי – נצרת, פ"ד ל(1) 377 (1975); תמ"ש (משפחה ת"א) 105541/97 פלוגית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 25.8.1999). מקרה כואב במיוחד נדון בתמ"ש (משפחה חי') 10-03-42858 האב נ' האם (פורסם בנבו, 20.2.2013), שם דובר באם יהודייה וכאב מוסלמי. במהלך חייהם המשותפים של ההורים, וגם סמוך לאחר פרידתם, הייתה הילדה קשורה מאוד לאביה, "אשר היווה דמות חשובה ומשמעותית בחייה; הקשר ביניהם היה טוב, חם, אוהב ויציב...". אולם לאחר שאימצה האם אורח חיים יהודי-דתי וקשרה את חייה עם בן-זוג יהודי, התהווה ניכור קשה של הילדה כלפי האב, והיא ראתה בו "אויב". פסקי-הדין עצמו דן אומנם בשאלת המשך חיובו של האב במוזנות בתו, אולם אילו דובר באב יהודי, ספק אם היחס המשפטי ככל האמור ליחסי הילדה והאב היה זהה. השוו עמ"ש (מחוזי ת"א) 15-03-60592 ק' ל' נ' י' פ' (פורסם בנבו, 8.6.2015), שבו הורה בית-המשפט על העברת משמורת מהאם לאב בשל מצב קשה של ניכור הורי.
- 130 מאמריהם של Hacker ושל Triger, לעיל ה"ש 124, עוסקים בנישואים בין-דתיים בהיבט של היחסים בין בני-הזוג, ולא בהיבט של הקשר בין הילדים לבין שני הוריהם.

הקשר נוסף שרונן מיישם בו את טיעונו הוא זה של אימוץ ילדים, בין היתר לעניין המקום שיש לתת להעדפות של ההורים הביולוגיים בנוגע למשפחה המאמצת.<sup>131</sup> שאלת ההתחשבות ברצון ההורים המולידים היא שאלה מעניינת, כמובן, במיוחד כאשר אלה מבקשים שהמשפחה המאמצת תהיה דומה להם במאפיינים הנתפסים בעיניהם כמהותיים לזהותם המשפחתית.<sup>132</sup> בהקשר הישראלי שאלת ה"התאמה" בין ההורים המולידים להורים המאמצים היא שאלה רחבה, אשר מתעוררת גם בדרישתו של חוק האימוץ שהשתייכותם הדתית של ההורים המאמצים תהיה זהה לזו של המיועד/ת לאימוץ.<sup>133</sup> דרישה זו מעוררת שאלות בדבר היחסים בין הקהילות השונות בישראל, ובדבר הקשיים המשפטיים בדרך ליצירת קשרים משפחתיים בין-דתיים.<sup>134</sup> עם זאת, גם כאן מאמרו של רונן נשאר בהקשר הפנים-יהודי, ובמקום לדון בשאלת ההתאמה באופן רחב, הוא מתמקד בפסק-דין שבו ההורים הביולוגיים/המולידים, יהודים דתיים ממוצא מזרחי, ביקשו שילדיהם יאומצו על-ידי משפחה בעלת רקע דומה.<sup>135</sup> דוגמה נוספת למאמר תיאורטי כללי אשר עוסק בסוגיה שרלוונטית לזוגות רבים, יהודים ולא-יהודים כאחד, אך מצמצם למקרי-מבחן פנים-יהודיים הוא מאמרו של שחר ליפשיץ על הזכות לגירושים.<sup>136</sup> חלקו הראשון של המאמר עוסק בתיאוריה של דיני גירושים ובשאלת דיני הגירושים האזרחיים שראוי להחיל על "כלל האוכלוסייה".<sup>137</sup> הטיעון שליפשיץ מקדם הוא שככלל יש להכיר בזכותו של כל אחד מבני-הזוג ליזום באופן חד-צדדי את פירוקו של קשר הנישואים. עם זאת, אין לאפשר גירושים מידיים על-פי דרישה של צד אחד בלבד, אלא יש "להשהות את הליך הגירושים ולחזק את הליווי הציבורי, המשפטי והטיפול של התהליך".<sup>138</sup>

בישראל, כידוע, דיני הגירושים נשלטים על-ידי הדינים הדתיים.<sup>139</sup> דינים אלה אינם מתיישבים עם המודל התיאורטי הראוי של דיני הגירושים שליפשיץ מציע: הדין השרעי

- 
- 131 רונן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 979-977.
- 132 ראו, למשל: Carol Sanger, *Placing the Adoptive Self, in CHILD, FAMILY, AND STATE* 58 (Stephen Macedo & Iris Marion Young eds., 2003).
- 133 ס' 5 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981: "אין מאמץ אלא בן דתו של המאומץ".
- 134 ראו, למשל: Michael M. Karayanni, *In the Best Interests of the Group: Religious Matching*: 10/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד תשנ"ג(2) 284 (1993) (שבו (מהוזי י"ם) נדונה בקשתו של גבר יהודי לאמץ ילד של בת-זוגו, אשר מגדירה את עצמה חסרת דת ונולדה לאם פרוטסטנטית ולאב קתולי; האב הביולוגי/המוליד של הילד היה יהודי; היועץ המשפטי לממשלה התנגד לאימוץ על בסיס הדרישה להתאמה דתית).
- 135 רונן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 979-977. פסק-הדין שבו דן רונן הוא ע"א 3063/90 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 837 (1991).
- 136 ליפשיץ, לעיל ה"ש 112.
- 137 שם, בעמ' 688-740.
- 138 שם, בעמ' 676. ראו גם שם, בעמ' 736-740.
- 139 למעט המקרה של נישואים בין בני דתות שונות, שאז חל על התרת הנישואים חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969.

מתיר לגבר לגרש באופן מידי את אשתו על-פי דרישתו בלבד;<sup>140</sup> עדות דתיות נוצריות שונות דורשות את הסכמת הכנסייה לגירושי בני-הזוג אף במקרה שבו שני בני-הזוג חפצים להתגרש; בני-זוג נוצרים קתולים או מרונים אינם יכולים להתגרש על-פי הדין הכנסייתי החל עליהם;<sup>141</sup> ולבסוף, בני-זוג יהודים זקוקים, כל אחד, להסכמתו של האחר על-מנת להתיר את נישואיהם, ובמיוחד האישה נזקקת להסכמתו החופשית של הגבר.<sup>142</sup>

על-אף שליטתם של הדינים הדתיים בהליך הגירושים בישראל, ליפשיץ טוען כי הבנת התיאוריה הראויה של גירושים משליכה על דיני המשפחה האזרחיים הנוהגים בישראל, והחלק השני של מאמרו מוקדש ליישום הדיון התיאורטי להקשר הישראלי. ליפשיץ מתייחס בפרט לסוגיות של יחסים רכושיים, פירוק שיתוף והכרה במערכות יחסים חדשות שכל אחד מבני-הזוג מקים ללא קשר נישואים. אולם גם כאן היישום של יפשיץ מציע להקשר הישראלי מוגבל לאוכלוסייה היהודית ולמצוקת הגט. ליפשיץ מתייחס בפרט למה שכונה על-ידי פרופ' שיפמן "תחליפי גירושין", קרי, לדרך שבה המערכת האזרחית מעניקה לצדדים "תוצאות" של גירושים אף אם אין היא יכולה להעניק להם את הגירושים הפורמליים עצמם. ליפשיץ טוען כי אין לאפשר למי שמונעים גירושים דתיים ליהנות מתחליפי גירושים אלה. טיעון זה מתייחס לסרבני-גט. אין במאמר התייחסות למצוקתם של מי שאינם יהודים, בין שאלה נשים שנישאו בנישואים על-פי הדין השרעי, אשר עלולות להיות מגורשות על-פי רצונו החד-צדדי של הבעל, ובין שאלה נוצרים קתולים או מרונים, שעלולים למצוא את עצמם ללא יכולת להתגרש. האם גם להם המערכת האזרחית יכולה להעניק סעדים אשר יקלו או יצמצמו מצוקות הנגרמות כתוצאה מדיני הגירושים הדתיים?

כדוגמה אחרונה נביא את מאמרה של דפנה הקר על רווקות כאפשרות חשובה לנשים.<sup>143</sup> נראה כי אי-אפשר לחלוק על כך שרווקות כחלופה לנשים רלוונטית לנשים ישראליות באשר הן – יהודיות ולא-יהודיות כאחת. במובנים רבים ניתן אף לטעון כי הרווקות, ככל שמדובר במה שהקר מכנה "רווקות זמנית מתוך בחירה",<sup>144</sup> שמשמעותה דחיית גיל הנישואים, משמעותית לנשים ערביות אף יותר מאשר לנשים יהודיות, כפי שיעיד המאבק להעלאת גיל הנישואים

140 אומנס, על-פי ס' 181 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, גירוש אישה בעל-כורחה מהווה עברה פלילית, אך מדובר בגירוש האישה על-ידי הבעל מבלי לפנות לבית-הדין. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 316 (2005). בהליך בבית-הדין הבעל יכול לקבל סעד חד-צדדי של גירושים.

141 ראו, למשל: Karin Carmit Yefet, *Israeli Family Law as a Civil-Religious Hybrid: A Cautionary Tale of Fatal Attraction*, 16 U. ILL. L. REV. 1505, 1515 (2016). אומנס, לעיתים בני-זוג מרונים או קתולים ימירו את דתם לעדה דתית נוצרית אחרת המאפשרת להתגרש, אך הדבר מחייב את הסכמתם של שני הצדדים. ראו עמ"ש (מחוזי חי') 13-02-45532 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 20.6.2013). פרקטיקה זו אינה יכולה להיחשב אפשרות לגירושים של מי שאמונתם ומצפונם לא יאפשרו להם לבצע המרת דת מעין זו.

142 ראו, למשל, שרשבסקי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 332; רות הלפרין-קרדי "סוד הנשים הנעלמות: על הפער בנתוני היקף בעיית מסורבות הגט בישראל" להיות אשה יהודייה 83 (טובה כהן עורכת, 2009).

143 הקר, לעיל ה"ש 101.

144 שם, בעמ' 905.

שהובילו פמיניסטיות ערביות.<sup>145</sup> עם זאת, הנתונים המובאים במאמרה של הקר על-אודות השינויים החברתיים בחברה הישראלית מתייחסים למעשה אך ורק לחברה היהודית בישראל. כך, הקר מציינת כי בחברה הישראלית ניתן להבחין ב"דחיית גיל הנישואין, ירידה בשיעורי הפרייון, עלייה בשיעורי השתתפותן של נשים בשוק העבודה וירידה בשיעורי השתתפותם של גברים בשוק זה... ירידה במספר השעות שנשים משקיעות בעבודות הבית ובטיפול בילדים ועלייה במספר השעות שגברים משקיעים בטיפול בילדים..."<sup>146</sup>. אולם הבחנות אלה נכונות לגבי החברה היהודית בישראל, וספק אם הן תקפות לגבי החברה הלא-יהודית, ובפרט לגבי החברה הערבית.<sup>147</sup>

גם בחלק של המאמר הבוחר את היחס המשפטי וכולל הצעות לשינוי ההתמקדות היא ברווקות שאינה זמנית, אלא כאורח חיים חלופי, שהוא רלוונטי יותר לנשים יהודיות. כך, הקר מתייחסת להלוואות לדיור ולזכות לאימהות יחידנית, אלא שהלגיטימציה של רווקה ערבייה למגורים לבד אינה קיימת כמעט, וכך גם לעניין הזכות לאימהות יחידנית.<sup>148</sup> גם הדיון בהטבות הסוציאליות הראויות מתמקד באימהות רווקות, ולא בנשים רווקות ללא ילדים. הקר קוראת לערוך מחקר לגבי הצרכים של אימהות רווקות, לשם מתן מענה הולם לצורכיהן. נראה כי מן הראוי לערוך מחקר גם לגבי הצרכים של רווקות לא-יהודיות, באופן שייצור תמריץ כלכלי למשפחותיהן לדחות את גיל הנישואים, לאפשר להן רכישת השכלה ומקצוע, וככלל להרחיב את חופש הבחירה שלהן ביצירת מערכות יחסים משפחתיות. לסיום חלק זה נבקש להדגיש כי נקודת-המבט הביקורתית בחלק זה אינה מבקשת לגרוע מחשיבותם של המאמרים שבהם דנו. כל אחד מהם העלה סוגיה מרכזית לסדר-היום המשפטי, ובמידה רבה בחרנו לדון דווקא בהם בשל חשיבותם. טענתנו כאן דומה לטענות אנטי-מהותניות שנכתבו בהקשרים שונים.<sup>149</sup> גם כותבות שורות אלה "חטאו" בנטילת

145 ראו חוק גיל הנישואין (תיקון מס' 6), התשע"ד-2013, ס"ח 58, שהתקבל בעקבות מאבקם של ארגונים פמיניסטיים ערביים. כן ראו, למשל, את המידע על פרויקט העלאת גיל הנישואים באתר ועד הפעולה לשוויון בענייני אישות: <http://pstatus.org/he/?todo=projects&pcatid=21>.

146 הקר, לעיל ה"ש 101, בעמ' 908.

147 הקר עצמה מפנה בעניין זה למאמרה של פוגל-ביז'אווי, לעיל ה"ש 114. אולם האחרונה מבחינה בין החברה היהודית לחברה הלא-יהודית בכל הקשור להתרחשותם של תהליכים אלה. קביעותיה של פוגל-ביז'אווי לגבי תהליכים אלה בחברה הישראלית מוגבלות לחברה היהודית, והיא מציינת במפורש כי מידת התרחשותם בחברה הלא-יהודית נמוכה בהרבה (עד אפסית). שם, בעמ' 152. ניתן לשער כי גם בחברה היהודית תהליכים אלה אינם מאפיינים את כלל הקבוצות בחברה.

148 נוסף על כך הקר מתייחסת לפטור משירות צבאי (הקר, לעיל ה"ש 101, בעמ' 932-934), שגם הוא אינו רלוונטי לנשים ערביות.

149 לביקורת אנטי-מהותנית ראו, למשל: DIANA FUSS, ESSENTIALLY SPEAKING: FEMINISM, NATURE & DIFFERENCE 2 (1989); Elizabeth Grosz, *Sexual Difference and the Problem of Essentialism*, in THE ESSENTIAL DIFFERENCE 82, 84 (Naomi Schor & Elizabeth Weed eds., 1994); Kimberle Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, 43 STAN. L. REV. 1241 (1991); Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 STAN. L. REV. 581 (1990); Joan C. Williams, *Deconstructing Gender*, 87 MICH. L. REV. 797 (1989).

המשפחה הישראלית-היהודית כקנה-המידה במאמריהן, ואנו שמחות על ההזדמנות לחזור בעיניים ביקורתיות אל גוף המחקר שהצטבר על-מנת להאיר נקודה זו. ככלל, המחקר האקדמי המשפטי על-אודות מערכות יחסים משפחתיות מחוץ לחברה היהודית, ובפרט על מערכות יחסים משפחתיות בחברה הערבית בישראל, אינו רב, ורק בשנים האחרונות הוא מתחיל להתפתח.<sup>150</sup> הדבר נובע, ככל הנראה, מנגישותם המוגבלת של הלימודים האקדמיים והמשורות האקדמיות לערבים בישראל.<sup>151</sup> ההתייחסות החסרה של חוקרות וחוקרים יהודיות ויהודים לקשיים שדיני המשפחה בישראל מעוררים בהקשר של מערכות היחסים של מי שאינם יהודים היא ככל הנראה גם תוצאה נוספת של מדיניות ה"הפרד ומשול" שמגלם משטר המעמד האישי בדיני משפחה, אשר אומץ על-ידי ממשלת המנדט הבריטי ולאחר-מכן על-ידי השלטון במדינת-ישראל.<sup>152</sup> שיטה זו לא רק מאפשרת לגבש מדיניות נפרדת כלפי כל קבוצה באוכלוסייה, אלא גם מקשה מציאת אינטרסים משותפים. עם זאת, בשנים האחרונות ניתן לראות באקדמיה הישראלית, ובכלל זה באקדמיה המשפטית, הכרה במדיניות ה"הפרד ומשול" בתחומי המעמד האישי והמשפחה ובמחיריה, ולפיכך גם יוזמות לשיתופי-פעולה אקדמיים של חוקרות וחוקרים ממגוון קבוצות, ביניהם גם פלסטינים ויהודים.<sup>153</sup> איננו קוראות בהכרח לחוקרות ולחוקרים יהודים לכלול במחקריהם המשפטיים על-אודות דיני המשפחה התייחסות לכלל הקבוצות בחברה הישראלית – הן לכל אלה המהוות עדות דתיות מוכרות והן לכל אלה שאינן בגדר עדות דתיות מוכרות. מטרתנו כאן היא בעיקר להעלות למודעות את ההתייחסות השולית במחקר האקדמי הקיים למשפחות ולמערכות יחסים אינטימיות בחברה הלא-יהודית, כך שכתביה עתידית תיעשה לפחות מתוך מודעות למערכות היחסים שהיא מכלילה ולא להאליה שהיא מדירה.

### ג. הזוגיות והשלכותיה הממוניות במרכז תשומת-הלב

ניכר כי במהלך ארבעים שנות פרסומו של עיוני משפט חל שינוי בסוגיות שנחקרו בדיני משפחה. כפי שצוין כבר בחלקים הקודמים, ההתמקדות בשנים הראשונות במחקר מגזרי השתלבה עם מאפיין נוסף של המחקר – עיסוק מוגבר בשאלות של שיוך ערתי-דתי, סיווג הדין למתדיין על-פי שיוכו זה, ושרטוט גבולות סמכותו של בית-הדין הדתי אל מול ערכאות אחרות. אולם לצד מחקרים אלה, שאופיים פרוצדורלי יותר מטיבו, נמצאו מגוון מחקרים שעסקו גם בדין המהותי.

150 ראו, למשל, היבא יזבק וליאת קוזמא "מעמד אישי ופלסטינים בישראל" מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל 11, 11-12 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).

151 שם.

152 שחר, לעיל ה"ש 90, בעמ' 48; Sezgin, לעיל ה"ש 92.

153 בשנים האחרונות ניתן לראות קואליציות ושיתופי-פעולה חוצי עדות דתיות לשם מאבק בעוולות הנגרמות – בעיקר לנשים – בשל שליטתם של הדינים הדתיים. Sezgin, לעיל ה"ש 92, בעמ' 651-653. שיתוף-פעולה אקדמי כזה הוא שהוביל ללידת הספר מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017), כמו-גם לכנס הדו-לשוני "נשים במלכוד? משפט דתי וזכויות אדם בישראל" שהתקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב (ביום הראשון) ובכית הפרקליט בנצרת (ביום השני) ב-26.10.2016.

פרק זה והפרק הבא יוקדשו להצגת נושאי המאמרים שפורסמו בעיוני משפט לאורך השנים, תוך עמידה על שתי הבחנות: האחת, אשר לה יוקדש פרק זה, מצביעה על התרכזותו של המחקר לאורך כל השנים בזוגיות, אך תוך הכרה במעבר – שהתרחש בערך בשנת 1978 – מהעיסוק האקסקלוסיבי ביחידה הדיאדית-הזוגית לעיסוק גם בסוגיית ההורות (אם כי עדיין במבנה ההטרונורמטיבי ותוך הרגשת מערכת היחסים האופקית); ההבחנה האחרת, אשר לה יוקדש פרק ד, מכוונת את המבט אל עבר הגיוון במבנים המשפחתיים, ועומדת על המעבר – שהתרחש במקביל לזה שתואר לעיל – לדיון גם במערכות יחסים מגוונות ובמשפחות "חדשות" יותר.

ההתמקדות בזיקה הזוגית ותשומת-הלב הפחותה שהוקדשה, אם בכלל, לזיקות משפחתיות אחרות – ביניהן זיקות שבין הורים לילדים, בין סבים לנכדים או בין בני משפחה אחרים – תאמו את התפיסה אשר ראתה את הנישואים (ומאוחר יותר גם את חלופות הנישואים) כמסוד הניצב בלב דיני המשפחה.<sup>154</sup> בחמש השנים הראשונות לפרסום כתב-העת נסבה ההתמקדות בזיקה הזוגית סביב שתי סוגיות תוכן מרכזיות: האחת, כינון הקשר הזוגי – בין על-דרך נישואים ובין על-דרך זוגיות של ידועים-בציבור; והאחרת, היבטים ממוניים של הקשר הזוגי לעת פרידה או מוות. מעניין שמחקרי ירושה היו מרכזיים בשנים אלה (ולמעשה לאורך כל העשור הראשון לפרסומו של כתב-העת),<sup>155</sup> בהשוואה לעשורים המאוחרים יותר, שבהם נזנח הנושא כמעט לחלוטין.<sup>156</sup> אף קורס-היסוד בתחום, כפי שנלמד בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, נקרא בשנים אלה "דיני אישים, משפחה וירושה".<sup>157</sup> הכתיבה בסוגיות של תוכן ומהות – גם אם הייתה כתיבה דוקטרינרית במידה רבה, שהייתה אחוזה בהיבטים פרוצדורליים, הנלווים לליבתם של דיני המשפחה הישראלים – מסמנת את ראשית צמיחתו של המחקר בדיני משפחה בישראל, ולמעשה את תחילת התגבשותם של דינים אלה.<sup>158</sup> אין פלא שדיון זה בהיבטים הממוניים של יחסי הזוגיות נבט בד בבד

- 154 על זיהוי המשפחה כקבוצה המושתתת על יחידות דיאדיות ראו: Jan Trost, *Family Structure and Relationships: The Dyadic Approach*, 27 J. Comp. Fam. Stud. 395 (1996). ראו גם לעיל פרק א. אך ראו גם לעיל ליד ה"ש 100-101 על השינויים המתרחשים בהקשר זה.
- 155 ידין, לעיל ה"ש 11; שילה, לעיל ה"ש 11; שאקי, לעיל ה"ש 11; מנשה שאוה "ירושת בן הזוג: תחומיה של הלכת פינקלשטיין במבחן המציאות" עיוני משפט ח 439 (1981); מנשה שאוה "על הצעת חוק הירושה (תיקון מס' 7), התשמ"ד-1983 – ירושת בן-הזוג" עיוני משפט י 387 (1984); אריאל רוזן-צבי ואשר מעוז "הירושה על-פי דין לאור התיקון לחוק הירושה" עיוני משפט יא 457 (1986); פנחס שיפמן "האם חלה תורת הבחירה (election) בדיני-צוואות?" עיוני משפט יג 93 (1988); גר טרסקי "חובות העזובון" עיוני משפט ה 14 (1976); גר טרסקי "חלוקת העזובון – הצהרתית או העברתית?" עיוני משפט ז 438 (1980).
- 156 למאמר יחיד בתחום זה ראו חיים זנדברג ואדם חפריי-ינוגרודוב "ויתורה של הבת על ירושתה במגזר הערבי-הפלשתיני בישראל – תפקידם של בתי-המשפט האזרחיים" עיוני משפט לג 373 (2010).
- 157 ראו ה"ש 37 לעיל.
- 158 דיון בסוגיות של מהות בענייני משפחה התקיים עוד קודם לכן, אך באופן מצומצם יחסית. כך, למשל, בכרכים הראשונים של כתב-העת משפטים (כרכים א עד ה), שקדמו להוצאתו לאור של עיוני משפט, ניתן להצביע על מאמרים ספורים בלבד שעסקו בהיבטים מהותיים של דיני

עם חקיקתם של שני חוקים מרכזיים בתחום דיני המשפחה: חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, וחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון), התשל"ו-1976. שני חוקים אלה, כפי שיוצג להלן, העסיקו את המחקר באותן שנים ראשונות וכן בשנים שלאחריהן. בטרם נפנה להציג את סוגיות התוכן האמורות, נציין את העובדה המעניינת שהזוגיות העומדת לדיון במאמרים שהתפרסמו באותה תקופה ראשונה אינה בהכרח הזוגיות ה"נורמטיבית", המורכבת מבני-זוג יהודים אשר נישאו כדת וכדין בישראל. אומנם בני-זוג כולם הטרוסקסואלים, ואין דיון בזוגיות חד-מינית,<sup>159</sup> אולם במוקד נמצאים מגוון זוגות: בני-זוג ידועים-בציבור; זוגות שנישאו מחוץ לישראל בנישואים אזרחיים; וזוגות מעורבים המשתייכים לעדות דתיות שונות, בין כאלה שנישאו בישראל ובין כאלה שנישאו מחוץ לה.<sup>160</sup> קשרים מסורתיים פוליגמיים זכו אף הם בהתייחסות.<sup>161</sup>

נושא הידועים-בציבור העסיק במישרין שלושה מחברים בשנים הראשונות, אם כי משלוש נקודות-מבט שונות מעט: אליהו מצא,<sup>162</sup> אשר לא ראה כאמור בידועים-בציבור מוסד זוגי-משפחתי, אלא תוצר עובדתי-הסכמי אשר רלוונטי בעיקרו להקשר הסוציאלי;<sup>163</sup> דניאל פרידמן,<sup>164</sup> אשר זיהה קרבה בין הידועים-בציבור לבין סטטוס הנישואים, והתבונן עליהם דרך מוסד הזוגיות המשפחתי ומתוכו; ומנשה שאוה,<sup>165</sup> אשר מזהה, לצד הדמיון הרב למוסד הנישואים, גם הבחנה ברורה בין מוסד הידועים-בציבור לבין סטטוס הנישואים, אשר ראוי לשיטתו לשמר. בדבריו של שאוה ניכרת ביקורת גלויה על התפתחות המוסד בחוק ובפסיקה, והוא קורא לנקיטת עמדה מצמצמת יותר – הן ביחס להיקף הזכויות הנלוות למוסד והן ביחס להגדרת הבאים בגדרו, ובמיוחד ביחס לאפשרות שאישה או איש שנשואים לאחרים יוכרו כידועים-בציבור.<sup>166</sup>

המשפחה, לרבות בתחום הירושה. באופן דומה, גם בכתב-העת הפרקליט נרשמה כתיבה דלה בסוגיות המהותיות של דיני משפחה ובריני משפחה בכלל, אם כי ניתן להצביע על מאמרים אחדים – שראו אור החל בשנת 1945 (השנה השנייה לפרסום כתב-העת) – אשר עסקו, לצד נושאים של ירושה וסמכויות דיון, גם בנושא של כינון קשר הזוגיות והשלכותיו וכן בהסדרת היחסים בין בני משפחה אחרים, ובראש ובראשונה בין הורים לילדים. גם הספרים שפורסמו בתחום עד לשנות השבעים היו מעטים בלבד. ראו, למשל, זילברג, לעיל ה"ש 38; שרשבסקי, לעיל ה"ש 38; פלטיאל דייקן דיני נישואין וגירושין: לאור חוקי מדינת ישראל תשי"ט-תשט"ו ולאור פסקי הדין של בתי הדין הרבניים והאזרחיים (1956).

159 למעט אזכור כללי (ועל-דרך השלילה) במאמרו של אמנון רובינשטיין שלפיו מאמרו לא יעסוק בזכות לנישואים של בני אותו מין, אלא יתמקד במוסד המוכר והמסורתי שבו "מתקשר גבר אל אשה במגמה להקים משפחה". ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 436.

160 כאמור, מאמרים אלה רואים אור בשנים הראשונות לפרסום עיוני משפט, בשעה שניתן עדיין להצביע על כתיבה מגורית. ראו לעיל בתחילת פרק ב.

161 מאמרים במגוון נושאים אלה מוזכרים להלן בה"ש 168-172.

162 מצא, לעיל ה"ש 13.

163 ראו לעיל ליד ה"ש 110-111.

164 פרידמן, לעיל ה"ש 13.

165 שאוה, לעיל ה"ש 13.

166 לפן הביקורתית האמור ראו שם, בעמ' 512-515.



שלושת המאמרים האלה עסקו כולם בהיבטים כלליים של המוסד והתפתחותו, וכן בהגדרת הידועים-בציבור ובזכויותיהם, ועמדו, כבר אז, על היקף תחולתו חסר התקדים בהשוואה לשיטות משפט אחרות ועל חשיבותו. הקשר ייחודי למוסד הידועים-בציבור מובא במאמרו של אמנון רובינשטיין. המאמר, אשר עסק בזכות לנישואים באופן כללי, פרש, בין היתר, את החלופות הקיימות לנישואים המוכרים בישראל (נישואים כדת וכדין), והציג את הידועים-בציבור – לצד חלופות נוספות, כגון נישואים אזרחיים בחוץ-לארץ – כחלופה המגשימה (באופן חלקי לפחות) את הזכות המהותית להינשא. במובן זה מאמרו של רובינשטיין חורג מהצגה פורמלית של מוסד הידועים-בציבור ומדיון בזכויות הסוציאליות ובהיבטים החזיים של המוסד, וממשיג אותו כחלופה מהותית ומשמעותית לנישואים, ובכך מקרבו לסטטוס משפחתי.<sup>167</sup>

העיסוק בזוגות נשואים במגוון המאמרים מתייחס להיבטים פרוצדורליים, ונוגע בשאלות בדבר תוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו בחוץ-לארץ<sup>168</sup> ושל נישואים מעורבים שנערכו בישראל או מחוץ לה.<sup>169</sup> שאלת ריבוי הנישואים נדונה בעיקר בהקשר של דרוזים,<sup>170</sup> וזוכה בהתייחסות קצרה בלבד במאמרים העוסקים ביהודים.<sup>171</sup>

גם בהקשר זה מאמרו של רובינשטיין חריג בנוף המאמרים, בהביאו אל דיני המשפחה את המשפט החוקתי.<sup>172</sup> רובינשטיין עוסק בזכות להינשא – אף שהוא מייחד אותה, ברוח התקופה, לזוגות הטרוסקסואלים – ומתבונן בזכות בראייה השוואתית-בין-לאומית וישראלית-חוקתית. להשלמת התמונה הוא עוסק בדיני הגירושים ובהשלכותיהם על מימוש זכות הנישואים. רובינשטיין אינו רואה בזכות לגירושים זכות שוות-ערך לזכות להינשא, אך הוא ער למורכבותם של דיני הגירושים, במיוחד לגבי זוגות יהודים, ובצורך לייצר דיני גירושים אשר יאפשרו הנאה מלאה מן הזכות לנישואים.

המאמרים שעסקו בתוכנם של יחסי הזוגיות (להבדיל משאלת כינון הנישואים ותוקפם, כאמור) התמקדו בהסדרה הממונית של יחסי האיש והאישה.<sup>173</sup> המרכזי מבין הכותבים שעסקו בנושאים אלה היה אריאל רוזן-צבי, אשר הניב בעשור הראשון לפרסומו של כתב-העת ארבעה מאמרים שעסקו, לפחות בעקיפין, בהסדרת היבטים ממוניים של יחסי הזוגיות. המפתיע מבין המאמרים האלה הוא מאמרו הראשון, שפורסם בשנת 1973 במסגרת כרך ג

167 רובינשטיין, לעיל ה"ש 12.

168 מעוז, לעיל ה"ש 12.

169 שאוה "תקפם של נישואין בין בני-זוג הכפופים לדינים אישיים שונים", לעיל ה"ש 8; שאוה "תוקפם של נישואי תערובת בישראל (חלק ראשון)", לעיל ה"ש 12; שאוה "תוקפם של נישואי תערובת בישראל (חלק שני)", לעיל ה"ש 12.

170 אהרן ליש "הפולגימיה והמשפחה הדרוזית בישראל" עיוני משפט ה 573 (1977).

171 ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, המדגיש כי מוסד הנישואים מכתוב בלעדיות מונוגמית. כן ראו פרידמן, לעיל ה"ש 13, הודן באפשרות של ביגמיה בפועל, כאשר אדם נשוי מקיים מערכת יחסים של ידוע-בציבור עם אחר.

172 רובינשטיין, לעיל ה"ש 12.

173 מאמר אחד, שלא יידון כאן, הוא מאמרו של אוריאל רייכמן העוסק בפיתוחה של הלכת השיתוף ובזיקה בינה לבין דיני המקרקעין. ראו אוריאל רייכמן "התוצאות הקנייניות של הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג לאחר תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" עיוני משפט ו 289 (1978).

וראשר אותו כתב עוד בהיותו תלמיד לתואר שני): "יחסי ממון בין בני־זוג: צדק בין הצדדים ותיקון חיי המשפחה".<sup>174</sup> במסגרת מאמר זה ביטא רוזן־צבי ביקורת כלפי הפיתוח המואץ של הלכת השיתוף (או כפי שהוא כינה אותה אז – "הלכת שותפות הנכסים") בפסיקתו של בית־המשפט האזרחי. עיקר הביקורת שמתח נסכה על העיוותים שהלכת השיתוף יוצרת במהלך קליטתה אל המשפט הישראלי, על מאפייניו הקניינים ועל מאפייניו ההלכתיים, במסגרת דיני המשפחה. ניכר כי לשיטתו של רוזן־צבי אז, להבדיל מכתובה מאוחרת שלו,<sup>175</sup> קיימת עדיפות להמשך תחולתו של המשפט העברי כמכלול – הן בתחום משטרי הרכוש והן בתחום דיני המזונות. רוזן־צבי מטעים כי קליטתה של הלכת השיתוף אל המשפט הישראלי מהווה "נטע זר" הפוגע בעקרון השוויון. הוא מציין כי "השוויון – נקודת המוצא של הלכת השיתוף – לא הושג, והאזון העדין והמיוחד – מטרת הדין העברי למען שלום המשפחה – הופר לחלוטין".<sup>176</sup> לשיטתו, תחולתה של הלכת השיתוף במקביל לדין האישי היהודי יוצרת יתרון לא־הוגן לאישה, הנהנית מכפל זכויות.

גם על הצעת חוק יחסי ממון בין בני־זוג,<sup>177</sup> שהתגלגלה שנים מספר לאח־מכן לחוק,<sup>178</sup> נמתחת ביקורת בכתביתו המוקדמת של רוזן־צבי.<sup>179</sup> היא אינה תואמת, לדבריו, את רוח המשפט העברי ואת העמדה הבסיסית הקושרת בין זכויות ממוניות לבין המעמד האישי של השניים כזוג נשוי, והיא יוצרת, לשיטתו דאז, עיוות. הוא קורא לשמירת שיקול־דעת שיפוטי רחב שיאפשר לבית־המשפט לסטות מחלוקה שוויונית, וזאת בהתחשב במשך הנישואים, בסוכת פירוקם ובמידת מעורבותה של האישה בנשיאת הנטל הכלכלי של המשפחה. שני מאמרים נוספים שפרסם רוזן־צבי בשנים לאח־מכן כבר מלמדים על שינוי מגמה: הן שינוי מגמה אישי (בכתביתו של אחד החוקרים הבולטים בדיני משפחה באותה עת) והן שינוי מגמה במשפט הישראלי בכללותו. במאמר שפרסם רוזן־צבי בשנת 1978 – "סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בעניינים רכושיים בין בני זוג: הקשר בין כללי הסמכות להוראות הדין המהותי"<sup>180</sup> – ניכרת הכרה בתחולתו המתרחבת של חוק יחסי ממון; ובמאמר אחר, שכותרתו "חזקת שיתוף הנכסים בין בני זוג: בין 'אורח חיים תקין' ל'מאמץ המשותף'",<sup>181</sup> משתקף שכלולה של הלכת השיתוף בפסיקתו של בית־המשפט העליון. עם זאת, את עיקר פיתוחו של הדין בנושא הרכושי, ברוח התואמת את ההבנה המקובלת של הלכת השיתוף בעשורים האחרונים, ביצע רוזן־צבי בספר שפרסם מאוחר יותר – יחסי ממון בין בני זוג<sup>182</sup> – ואשר מהווה עד היום תשתית חשובה להבנתם ולפיתוחם של דיני הרכוש.

- 174 רוזן־צבי "יחסי ממון בין בני־זוג", לעיל ה"ש 10.
- 175 ולהבדיל כמוכר מגישתו בספינת־הדגל של מחקרו: אריאל רוזן־צבי יחסי ממון בין בני זוג (1981).
- 176 רוזן־צבי "יחסי ממון בין בני־זוג", לעיל ה"ש 10, בעמ' 306.
- 177 הצעת חוק יחסי ממון בין בני־זוג, התשכ"ט-1969, ה"ח 333.
- 178 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.
- 179 רוזן־צבי "חזקת שיתוף הנכסים בין בני זוג", לעיל ה"ש 10.
- 180 רוזן־צבי "סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בעניינים רכושיים בין בני זוג", לעיל ה"ש 7.
- 181 רוזן־צבי "חזקת שיתוף הנכסים בין בני זוג", לעיל ה"ש 10.
- 182 רוזן־צבי יחסי ממון בין בני זוג, לעיל ה"ש 175. כתיבה של חוקרים אחרים בתחום הרכושי, שהבולט מביניהם הוא שחר ליפשיץ, נעשתה מחוץ לכרכי כתב־העת.

היבט ממוני נוסף שקיימת התייחסות אליו בשנים הראשונות לפרסום כתבי־העת הוא זה הנוגע במזונות. הערת חקיקה שפרסם רוזן־צבי בשנת 1976, במסגרת כרך ה, מתייחסת לשאלת תחולתו של סעיף 2א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, על יהודים, וזאת לנוכח מגבלת תחולתו של החוק (הקבועה בו בסעיף 2) על מי שיש להם דין אישי.<sup>183</sup> הערת חקיקה זו מצליחה לגלם, לעניות דעתנו, את מאפייני הפרסומים בדיני משפחה בעשור הראשון בעיוני משפט: היא עוסקת בדיני משפחה תוך זיקה לשיוך עדתי; היא עוסקת במידה רבה בשאלה פרוצדורלית; ובעיקר, כמוצג בחלק זה, היא מתמקדת ביחסי הזוגיות. באשר למאפיין האחרון, החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) עוסק במזונות בני משפחה אלה כלפי אלה, ובפרט – לצד מזונות בני־זוג<sup>184</sup> – במזונות ילדים.<sup>185</sup> החוק נוגע גם במזונות בין בני משפחה אחרים.<sup>186</sup> אולם המאמר, להבדיל מן החוק, עוסק אך ורק בשאלות הנוגעות במזונות בני־זוג, ובכך מהווה דוגמה מובהקת למה שנתפס בתקופה זו (ובמידה רבה אף לאחר־מכן) כליבת דיני המשפחה: יחסי האיש והאישה.

כפי שתואר בפרק ב, דיון בהיבטים משפטיים שונים הנוגעים ביחסי בני־זוג נעשה באותן שנים ראשונות ביחס לבני־זוג בני עדות מובחנות – מוסלמים,<sup>187</sup> דרוזים<sup>188</sup> ואף זוגות מעורבים<sup>189</sup> – וזאת, כאמור, לצד דיון בזוגות יהודים ובהתייחס לשאלות של דין אישי יהודי וזיקתו לדין האזרחי הכללי. ההתמקדות בדינים הדיפרנציאליים של בני־זוג (על־פי שיוכם העדתי) נעשית לא פעם בתאחיזה לסוגיות פרוצדורליות: שאלת תחימת הגבול בין סמכותו של בית־הדין הדתי לבין זו של בית־המשפט האזרחי,<sup>190</sup> שאלות של ברירת דין<sup>191</sup> ומשפט בין־לאומי פרטי.<sup>192</sup>

התמקדות הדיון ביחסי הזוגיות – בהגדרה המשפטית של זוגיות ובתוכן של יחסי הצדדים – מתפוגגת בשנים הבאות. החל בשנה השביעית לפרסומי כתבי־העת (בשנת 1978) נכנסים לתמונה גם הילדים. מאמר־יסוד שכתב מנשה שאוה בנושא מזונות ילדים – "מזונות ילדים קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי" (המתפרסם בשני חלקים בכרך ז)<sup>193</sup> – מסמן את ראשית השינוי מבחינת תחומי המחקר בדיני משפחה, אולם מבחינת אופי

183 אריאל רוזן־צבי "החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון) תשל"ו-1976 – האמנם תיקון?" עיוני משפט ה 113 (1976).

184 ס' 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

185 ס' 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

186 ס' 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

187 מירון, לעיל ה"ש 109.

188 ליש, לעיל ה"ש 170.

189 שאוה "תקפם של נישואין בין בני־זוג הכפופים לדינים אישיים שונים", לעיל ה"ש 8; שאוה "תוקפם של נישואי תערובת בישראל (חלק ראשון)", לעיל ה"ש 12; שאוה "תוקפם של נישואי תערובת בישראל (חלק שני)", לעיל ה"ש 12.

190 רוזן־צבי "סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בענינים רכושיים בין בני זוג", לעיל ה"ש 7. מנשה שאוה "ברירת־דין ביחסי ממון בין בני־זוג" עיוני משפט ו 247 (1978).

192 שאוה "תקפם של נישואין בין בני־זוג הכפופים לדינים אישיים שונים", לעיל ה"ש 8.

193 שאוה "מזונות ילדים (חלק ראשון)", לעיל ה"ש 26; שאוה "מזונות ילדים (חלק שני)", לעיל ה"ש 26.

המאמר הוא דומה למאמרים שהתפרסמו בשנים הראשונות: עיקרו דוקטרינרי, והוא עוסק בפרטי-פרטיו של הדין האישי היהודי, בדבר מקור החיוב בנושא מזונות והיקפו, וזאת תוך חלוקה גילאית. כמרכן התפרסמו שני מאמרים הנוגעים בשאלת האבהות (זיהוי האב המשפטי ואופן הוכחת האבהות) – האחד מאת עדנה קפלן, חיים בראוטבר ורוד נלקן,<sup>194</sup> והאחר מאת יעקב מירון.<sup>195</sup> שני המאמרים מוסיפים דיון בשאלה מקדמית שנעשית רלוונטית יותר ויותר עם התרופפות הקשר בין נישואים להורות ועם הגידול בהיקף ההולדה מחוץ לנישואים או בהעדרם. לאחר-מכן התפרסם גם דיון בשאלות של משמורת ואחריות משפטית בשני מאמרים פרי-עטו של פרופ' שאקי.<sup>196</sup> פתיחת השיח לדיון בנושאים הקשורים לילדים היא משמעותית כמובן, ואף שההתייחסות לנושאים אלה היא בעיקרה מנקודת-מבטם של ההורים – באופן המשמר את המוקד בזירה הזוגית (או האופקית) ורואה את "חלוקת הילדים" כחלוקת משאב מסוג מיוחד – אין ספק שהמחקר ער לצורך להגן על ילדים ואף להעניק להם קול נפרד. כך או כך, מה שנרָאָה כהרחבת סוגיות המחקר, וכהתמקדות בשאלות החורגות מכינון הקשר הזוגי ומן ההיבטים הממוניים של קשר זה, התברר כזמני בלבד. בעשור שלאחר-מכן המחקר מתכנס שוב לתחום הזוגיות, וקשרי משפחה אחרים נעלמים מן הזירה. מאוחר יותר, בשנת 1994 (בסוף העשור השני להוצאה לאור של עיוני משפט), מתפרסם מאמר יחיד בנושא משמורת, פרי-עטו של דן שניט.<sup>197</sup> סדרה של מאמרים שעסקו בנושא גורלן של הביציות המוקפאות של בני-הזוג נחמני יכולה להתפרש כעיסוק בסוגיה של יחסי הורים-ילדים (או למען הדיוק, ילדים "פוטנציאליים").<sup>198</sup>

הרחבה אותנטית של המחקר ופתיחת השיח לבני משפחה וליחסי משפחה אחרים ניתן למצוא למעשה רק מאוחר הרבה יותר, במאמרים שהתפרסמו בתחילת שנות האלפיים. ראשון ומרכזי מביניהם הוא מאמרו של יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות",<sup>199</sup> שכבר נדון לעיל,<sup>200</sup> אשר העמיד את הילד בקדמת הבמה. אומנם, בהתאם לתשתית הרעיונית המתגבשת במאמר, הילד אינו עומד בכדידותו, אלא נבחן יחד עם בני משפחה אחרים ועם הקהילה שהוא משתייך אליה, תוך הדגשת יחסיו עימם, אולם הוא עצמו, על זכויותיו ויחסיו,

194 קפלן, בראוטבר ונלקן, לעיל ה"ש 4.

195 יעקב מירון "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בעניני המעמד האישי: השיפוט בעניני אבהות" עיוני משפט ז 729 (1980).

196 שאקי "זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים", לעיל ה"ש 27; שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים", לעיל ה"ש 27.

197 שניט, לעיל ה"ש 27.

198 הדברים נכונים בפרט למאמרים של גנז, מרמור ודוידוב-מוטולה: חיים גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח 83 (1993); אנדרי מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנז" עיוני משפט יט 433 (1995); חיים גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט 453 (1995); סיגל דוידוב-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221 (1996). הדברים נכונים פחות למאמרה של ברק-ארז, החושפת הנחות אידיאולוגיות סמויות בפסיקה שניתנה באותה פרשה: דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197 (1996).

199 רונן, לעיל ה"ש 33.

200 ראו לעיל ליד ה"ש 121 ואילך.

מואר באור הזרקורים. אף בשני מאמרים של מילי מאסס מאמצע העשור הראשון של המאה העשרים ואחת, אשר עוסקים באימוץ,<sup>201</sup> הילד זוכה לעמוד במרכז הדיון. עם זאת, מאמרים אלה מתייחדים בנקודת-מבט נוספת, העוסקת במקומה של המדינה במשטור יחסי משפחה. אף שנכון להקביל בין ההרחבה הקיימת במחקר המתפרסם בעיוני משפט, מבחינת סוג היחסים המשפחתיים הנבחנים בפרסומים, לבין המגמה שג'וז קרבון מצביעה עליה בספרה הקנוני *From Partners to Parents – The Second Revolution in Family Law*,<sup>202</sup> יש לדייק ולהבהיר כי דיני המשפחה בישראל, ובהתאם גם המחקר המקומי של דיני המשפחה, עסקו פחות בהיבטים שהעסיקו את דיני המשפחה האמריקניים. כך, מקומו של האשם בהסדרת פירוקו של הקשר הזוגי, לרבות בהקשר של הסדרת יחסי ההורות לאחר הגירושים, וכן השלכתם של הנישואים (ובעיקר של העדרם) על הקשר ההורי, תפסו מלכתחילה מקום מוגבל בשיטה הישראלית בהשוואה לזאת האמריקנית. בכל הנוגע ביהודים בישראל, לנוכח העובדה שבהינתן הסכמה של בני-הזוג ניתן להתיר את הקשר הזוגי ללא כל עילה, שאלות של אשם הינן משניות באופן מסורתי בפירוק הקשר. בד בבד, היהדות (ובעקבותיה המשפט הישראלי<sup>203</sup>) לא דרשה מעולם קשר של נישואים לצורך הכרה ביחסי הורות, ולפיכך גם כאן הדגש בזוגיות היה משני מלכתחילה, וזאת להבדיל מן המשפט האמריקני, אשר עד לשנות השבעים קשר בין יחסי הנישואים לבין ההורות, והכיר במושג אי-הלגיטימיות של ילדים. לפיכך להרחבת נושאי המחקר בעיוני משפט אל מעבר לדיאדה הזוגית נלווים מאפיינים שייחודיים להקשר הישראלי, אשר מעמעמים במידה מסוימת את מידת המהפכנות הטמונה בהם בהשוואה לארצות-הברית.

היצאה אל מעבר לדיאדה הזוגית (גם אם היא מקיפה מיעוט של מחקרים) מתקיימת בד בבד עם החריגה אל מעבר לגבולות המשפחה המסורתית. בכך יעסוק הפרק הבא.

## ד. משפחות "מסורתיות" ומשפחות "חדשות"

הן במחקר והן בהוראה האקדמית של דיני המשפחה, בארץ ובעולם, מקובל להבחין בין משפחות "מסורתיות" (או כפי שדייקה וכינתה אותן סילביה פוגל-ביז'אוי – "משפחות מודרניות")<sup>204</sup> לבין משפחות "חדשות" (או בלשונה של פוגל-ביז'אוי – "משפחות פוסט-

201 מילי מאסס ועדי אופיר "ראגה, השגחה והפקרה: על אימוץ כפוי וסגור" עיוני משפט כט 257 (2006); מילי מאסס "תינוק על פרשת-דרכים – המחלוקת לגבי משמעות האימוץ" עיוני משפט לא 219 (2008).

202 JUNE CARBONE, *FROM PARTNERS TO PARENTS – THE SECOND REVOLUTION IN FAMILY LAW* (2000).

203 בוודאי ככל שהוא חל על יהודים, אבל גם בהקשר של בני דתות אחרות. ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995).

204 פוגל-ביז'אוי, לעיל ה"ש 114. אנחנו נדבק במונח "משפחות מסורתיות" הן לנוכח שכיחותו ובהירותו והן מכיוון שבאופן יחסי למציאות של העשורים האחרונים, המתאפיינת ברבגוניות משפחתית, המבנה הגרעיני ההטרונורמטיבי הינו "מסורתי".

מודרניות").<sup>205</sup> המשפחות המסורתיות, שהיו סוג המשפחות הבלעדי כמעט במשך מרבית המאה הקודמת, הינן משפחות הטרונומטיביות שכראשן איש ואישה בני אותה דת, אשר נישאו בנישואים מוכרים בדין (דהיינו, על-פי הדין הדתי) והביאו לעולם ילדים משותפים. המשפחות החדשות (שזוהו כתופעה בשנות התשעים של המאה הקודמת) הינן משפחות אשר חורגות מדרג זה, וכוללות, על-פי הסיווג המקובל, משפחות חד-הוריות מבחירה ומשפחות חד-מיניות. המשפחות החדשות עשויות לכלול עוד מגוון משפחות, ביניהן משפחות משולבות<sup>206</sup> ומשפחות מרובות הורים (אשר נוצרו כך מלכתחילה).<sup>207</sup>

ההבחנה בין משפחות מסורתיות למשפחות חדשות אינה קטגורית, ומשפחות יכולות להיות בעלות מאפיינים מגוונים. כך, למשל, משפחה עשויה להתאפיין במאפיינים מסורתיים (כגון זוגיות הטרוסקואלית) בד בבד עם מאפיינים חדשים יותר (העדר מיסוד בנישואים). אף החלוקה הכרונולוגית אינה דיכוטומית, שכן משפחות בעלות מאפיינים החורגים מן ההגדרה המסורתית נמצאו (אם כי בהיקפים קטנים) כבר באמצע המאה הקודמת. מידת "חדשנותה" של המשפחה עשויה להתייחס לא רק לזהות חבריה ולקשרי-הגומלין ביניהם (נישואים והולדה או הסכמים וקרבה רגשית), אלא גם לחלוקת התפקידים ביניהם.<sup>208</sup> משפחות חדשות עשויות להתאפיין, לשיטתה של פוגל-ביז'אווי, בשינוי מבנה התפקידים בין חבריהן.<sup>209</sup> אם בזאת המסורתית תפקידה של האישה-האם הוא בעיקר טיפול בילדים ובמשק-הבית, במשפחה החדשה מעורבותה בשוק העבודה מוגברת, בעוד האישה-האב מגביר את מעורבותו בבית פנימה. רבגוניות במבני המשפחות הינה תוצר של שינויים חברתיים, ערכיים, כלכליים ואף מדעיים. היא תוצר של האפשרות להפריד בין נישואים לפרייון ובין טיפול לבילוגיה.<sup>210</sup>

אך טבעי הוא שעם התרבות סוגי המשפחות והגידול במספרן של המשפחות אשר חורגות מן הדגם המסורתי, ילך ויגבר גם העיסוק בהן במחקר. אולם בטרם נאמר משהו על עידן "המשפחות החדשות" ועל שיקופו במחקר, יש לציין כי גם לפני התקופה שבה הובחן השינוי החברתי (בשנות התשעים, כאמור, עם ההכרה ב"משפחה החדשה") והתרחב באופן ניכר מעגל המשפחות הללו במציאות, עסק בהן המחקר – הנוטה לעיתים קרובות לעסוק ב"שונה" ו"באחר" – באופן שלא היה פרופורציונלי להיקפן במציאות. מבנים יוצאי-דופן של משפחות, החורגים במאפיין אחד או בכמה מאפיינים מן הדגם המסורתי כפי שהוגדר למעלה, מעוררים מטיבם דילמות ואינם מוסדרים בדין הקיים, ולפיכך מושכים תשומת-לב

205 על משפחות "חדשות" מחוץ לישראל ראו בהרחבה: JEFFREY WEEKS, BRIAN HEAPHY & CATHERINE DONOVAN, SAME SEX INTIMACIES: FAMILIES OF CHOICE AND OTHER LIFE EXPERIMENTS (2001).

206 משפחות שבעבר היה נהוג לכנותן "משפחות חורגות", שבהן בן-הזוג או בת-הזוג הגיעו אל הקשר הזוגי לאחר קשר קודם ועם ילדים קודמים, והיחידה החדשה, המשולבת, כוללת יחסי הורות אשר בעבר היה נהוג לכנותם "הורות חורגת".

207 הכוונה למשפחות שנוצרו בנסיבות של הורות משותפת של זוג נשים וגבר, של זוג גברים ואישה או של זוג גברים וזוג נשים.

208 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 113.

209 פוגל-ביז'אווי, לעיל ה"ש 114.

210 שם, בעמ' 158.

מחקרית. כך, ניכר כי כבר בשנים הראשונות לפרסומו של כתב־העת, כאשר במוקד ניצבה שאלת ההסדרה של כינון יחסי הזוגיות ואופי הסדרתם של ענייני הרכוש, נדונו מבנים זוגיים לא־מעטים החורגים מן המבנה הרווח והמקובל. לצד דיון בזוגיות ה"נורמטיבית" – של בני עדה דתית אחת (משותפת) אשר כוננו את יחסיהם בנישואים המוכרים בישראל (כדת וכדין) – נדונו, כפי שהוזכר בפרק ג לעיל, גם מערכות יחסים שכוננו בנישואים אזרחיים, זוגיות מעורבת של בני עדות דתיות שונות, בני־זוג שנאלצו לחיות כידועים־בציבור ללא נישואים וכן מבנים פוליגמיים־מסורתיים. משפחות אלה לא זוהו בהכרח כ"משפחות חדשות" (מושג שהוטבע כאמור רק בשנות התשעים), בין היתר כי הן פעלו על־מנת ליצור מבנים הדומים במידת האפשר למבנה המשפחה המסורתית, אשר בשעריו הן לא הורשו להיכנס.<sup>211</sup> החל בעשור הראשון למילניום הנוכחי, ובד בבד עם ההכרה במשפחות חדשות כתופעה חברתית,<sup>212</sup> משתקפת התופעה גם במאמרים המתפרסמים בעיוני משפט. את נקודת ההתחלה בחרנו לציין דווקא במאמרו של שחר ליפשיץ "נישואים בעל־כורח? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים־בציבור",<sup>213</sup> על־אף מורכבותו של ייצוג "המשפחה החדשה" בהקשרו. ההכרה בידועים־בציבור אינה חדשה, כאמור, וכבר בשנות השבעים זכה המוסד לא רק בפיתוח חוקי ופסיקתי נרחב, אלא גם בדיון מחקרי ניכר.<sup>214</sup> אולם הדיון במאמרו זה של ליפשיץ, המתפרסם בשיא שכלולו ופיתוחו של מוסד הידועים־בציבור בדין הישראלי, מציב את המוסד כחלופה משפטית־אזרחית לכינונה של משפחה בישראל.

בחרנו לציין את מאמרו זה של ליפשיץ (ולא מאמרים אחרים שעסקו במוסד הידועים־בציבור ואשר פורסמו במהלך השנים בעיוני משפט<sup>215</sup>) כמאמר המסמן את תחילת העיסוק במשפחות חדשות בשל שני טעמים: ראשית, הוא עוסק במישרין ובהרחבה בידועים־בציבור כמוסד שקיים לא רק (ואולי אפילו לא בעיקר) כמוסד המבקש לחקות את מוסד הנישואים למי ששעריו סגורים בפניו, אלא כמוסד חלופי, שונה ואחר ממוסד הנישואים, אשר בני־זוג מבקשים להיכנס אליו מבחירה חופשית – מוסד שאליו פונים לא רק מי שאינם יכולים להינשא בישראל כדת וכדין, אלא גם מי שאינם רוצים להינשא כדת וכדין; שנית, הוא מבקש להצביע על מציאות משפטית המטרידה אותו, שבה על זוגות המוכרים על־ידי בתי־המשפט כידועים־בציבור נכפה מארג של חובות וזכויות הדדיות הדומה לזה החל על זוגות נשואים. בכך ליפשיץ מצביע למעשה על יחידות חברתיות (ואולי אפילו יחידות משפחתיות) שבראשן עומדים שניים שאינם רוצים ליצור נישואים, אלא ליצור מערכת משפחתית חלופית, כזאת שאינה כפופה לאותו מארג משפטי של זכויות וחובות החל על בני־זוג נשואים, אלא למארג מובחן אחר.

211 אם בשל מגבלות הדת, אשר אינה מכירה בנישואים בין־דתיים; אם בשל הקושי להשתחרר מנישואים קודמים עקב סרבנות־גט; ואם בשל קביעת הדין במקום שבו נישאו בני־הזוג לפני הגירתם לישראל. ראו, למשל, את הדיון במאמרים המוזכרים לעיל בה"ש 168–172.

212 זיהוי התופעה החברתית של משפחות חדשות התרחש בסוף שנות התשעים של המאה הקודמת ובראשית המאה הנוכחית. עצם הגיוון התגבש לכלל תופעה כעשור קודם לכן, בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת.

213 ליפשיץ, לעיל ה"ש 16.

214 שם.

215 ראו לעיל ה"ש 13.

יש לזכור כי המאמר, המהווה ציון-דרך בפיתוחו של מוסד הידועים-בציבור, משקף שניות ביחס להכרה במבנה המשפחתי של ידועים-בציבור. במאמר מובעת ביקורת על ההרחבה הניכרת שהתרחשה בפסיקה ביחס אליו – הן בעצם הגדרת הידועים-בציבור והכניסה (הקלה) בשעריו, והן בסל הזכויות והחובות (הנרחב) המוענק לו. החשש המובע בו נוגע בעובדה שאיש ואישה עלולים "להיקלע" למוסד זה ללא מודעות או רצון, ובכך למצוא את עצמם ידועים-בציבור "בכפייה". עם זאת, ביקורת זו אינה מערערת בהכרח על החלופה שמוסד הידועים-בציבור מייצר לזוגיות הממוסדת בנישואים, ויש מי שיאמר כי אימוץ עיקריה של הביקורת (לרבות האופן המוצע שם לעיצוב דיני הידועים-בציבור) דווקא יחזק אותו (או אף נועד לחזק אותו), באשר הוא יהפוך אותו לחלופה מודעת, המתבססת על הכרה ורצון של שניים המבקשים להקים כך משפחה.

עיסוק ישיר ומפורש – בעיקר במישור התיאורטי – במשפחות חדשות נמצא במאמרה של אחת מכותבות מאמר זה שנתיים מאוחר יותר, בכרך כז של כתב-העת, שפורסם בשנת 2003. מאמרה של איילת בלכר-פריגת עוסק בגבולות המשפחה, בצורך לפרוץ אותם ובפריצתם דה-פקטו.<sup>216</sup> מאמרה זה של בלכר-פריגת קדם לחוברת שהוקדשה למשפחות חדשות.<sup>217</sup> להלן נתייחס למאמרי החוברת המיוחדת – חוברת כח(3) – ולמאמרה של בלכר-פריגת יחד כמכלול אחד.

למעשה, מאמרים אלה עוסקים בשלוש סוגיות רוחביות: האחת היא הרחבת נקודת-המבט של דיני המשפחה והתייחסות למגוון משפחות, גם כאלה החורגות מן הדגם הטורנוורמטיבי;<sup>218</sup> סוגיה שנייה היא הרחבת תחולתו של עקרון השוויון המגדרי בתחום דיני המשפחה, תוך התמודדות עם הבעיה המורכבת של סרבנות-גט;<sup>219</sup> והשלישית היא ערעור ההצדקה להכרה במשפחה כקונספט בעל גבולות מובחנים,<sup>220</sup> תוך התייחסות לרווקות (לרבות כבסיס להורות יחידנית) כמוסד משפטי הראוי להגנה.<sup>221</sup>

מאמרו של שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עוסק בסוגיה הרוחבית הראשונה, בהנכיחו את המשפחות החדשות ובתארו את ההכרה המשפטית והשיפוטית שהן זוכות בה באופן הולך וגובר.<sup>222</sup> מאמר נוסף, של דפנה הקר, משיק לסוגיה בעקיפין, אם כי באופן הדוק למדי מבחינה רעיונית לפחות.<sup>223</sup> אף מאמרה של בלכר-פריגת עוסק כאמור בסוגיה הרוחבית הראשונה.<sup>224</sup> שניים מן המאמרים שהתפרסמו בחוברת, זה של יחיאל קפלן ורוגן פרי וזה של יפעת ביטון, עוסקים בנישואים בין יהודים המוסדרים כדת וכדין

216 בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 16.

217 ליאורה בילסקי, איסר בירגר, איילת עוז ואורי פרוכטמן "משפחה חדשה – הזמנה לקריאה" עיוני משפט כח 637 (2005).

218 בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 16; שיפמן, לעיל ה"ש 113.

219 קפלן ופרי, לעיל ה"ש 17; ביטון, לעיל ה"ש 17, ליפשיץ, לעיל ה"ש 112.

220 בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 16; הקר, לעיל ה"ש 101.

221 הקר, לעיל ה"ש 101.

222 שיפמן, לעיל ה"ש 113.

223 הקר, לעיל ה"ש 101.

224 בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 16.



ובדילמות הנוצרות סביבם.<sup>225</sup> מאמריהם, המבקשים להתמודד עם בעיית סרבנות-הגט, משתלבים בסוגיה הרוחבית השנייה, הנוגעת בתחולתו של עקרון השוויון המגדרי, שהרי העיסוק במשפחות חדשות כולל לא רק דיון בהרכב המשפחה, אלא גם ניתוח של הערכים המכוננים מוסד זה, ובתוך כך התמודדות עם פערי הכוחות המגדריים הקיימים ב"משפחה המסורתית". מאמריהן של הקר ושל בלכר-פריגת מסווגים לשאלה הרוחבית השלישית – זאת העוסקת בערעור גבולות המשפחה.<sup>226</sup>

החוברת, כמכלול, מייצרת הסתכלות חדשה על דיני המשפחה. מאמרי החוברת<sup>227</sup> יוצאים מן המסגרת הפורמליסטית של הדיון בדיני המשפחה – מן הדיון הדוקטרינרי שאפיין את רוב המאמרים בתחום המחקר בדיני המשפחה (בוודאי בשני העשורים הראשונים של פרסום כתב-העת)<sup>228</sup> – ונמצאים (במידה משתנה של עוצמה) על התפר שבין משפט לחברה. כפי שהיטיבו לתאר עורכי החוברת בדברי המבוא, מדובר במאמרים שעוסקים בממשק שבין משפט לפוליטיקה, במאמרים שעוסקים בתכליות, ביעדים, בעולות חברתיות ובתיקונן. בפרק ב עסקנו בשינוי זה שעבר תחום המחקר המשפטי – בתיאורטיזציה של התחום ובהצבתו בנקודת הממשק שבין חברה למשפט.

בשנים שחלפו מאז יצאה חוברת זו אל האור, בשנת 2005, דעך הדיון במשפחות החדשות מעל דפי כתב-העת. למעשה, גם הדיון בשאלות שנמצאות בליבת דיני המשפחה ואשר נוגעות במשפחות המסורתיות נעלם כמעט לחלוטין, למעט במאמר אחד – מאמרה של רות זפרן הנוגע (בין היתר) באופן ההכרעה בסכסוכי משמורת.<sup>229</sup> מאמרים אחרים, מעטים בלבד, עסקו בסוגיות שאינן בליבת דיני המשפחה.<sup>230</sup> לחסר זה נשוב לקראת סיום המאמר, כאשר נציע את מחשבותינו בנוגע למחקר העתידי הנדרש בדיני המשפחה.

- 
- 225 קפלן ופרי, לעיל ה"ש 17; ביטון, לעיל ה"ש 17.
- 226 בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 16; הקר, לעיל ה"ש 101.
- 227 למעט הערת הפסיקה של סיליה וסרשטיין פסברג "על פסקים זרים בישראל: הצהרה על הכרה והצהרה על אי-הכרה" עיוני משפט כח 951 (2005).
- 228 למעט הדיון בפרשת נחמני, שחרג מליבת דיני המשפחה.
- 229 רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" עיוני משפט לו 269 (2013).
- 230 ביניהם שלושה מאמרים שעסקו באימוץ (מאסס ואופיר, לעיל ה"ש 201; מאסס, לעיל ה"ש 201; לידיה רבינוביץ' "האב שאינו יודע לשאול" – מעמדו של אב ביולוגי לא-נשוי בהליכי אימוץ בהסכמה בישראל" עיוני משפט לד 565 (2011)); מאמר אחד שעסק בירושה (זנדברג וחפריי-וינוגרדוב, לעיל ה"ש 156); מאמר אחד שעסק בסוגיה של פרסום פסיקה בענייני משפחה (רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" עיוני משפט לד 603 (2011)); מאמר אחד שעסק במתנות חתונה מנקודת-מבט חוזית ותרבותית (טריגר, לעיל ה"ש 18); מאמר אחד שעסק במתח שבין משפחה לעבודה (רנן-ברזילי, לעיל ה"ש 16); ומאמר אחד שעסק במורכבות הכרוכה בשימוש באמצעי המאפשר בחירה של מין היילוד וברגולציה הראויה לגביו (יניב רוזן-אל "גבולותיו של חופש הפריון מפרספקטיבה ליברלית: המקרה של בחירת מין היילוד" עיוני משפט לב 391 (2010)).

בשלב זה נבקש רק לציין כי קשה להעריך את הדינמיקה שבין הכתיבה האקדמית על-אודות משפחות חדשות, המשפט בפועל והמציאות החברתית: האם המחקר הקדים את המשפט בפועל? האם המשפט הקדים את השינויים החברתיים ויצר מצב דברים המאפשר את התרחשותם? הספרות האקדמית הקיימת לגבי היחס שבין שתיים מבין צלעותיו של המשולש האמור – היחס שבין המשפט לחברה – מעלה ספקות בדבר יכולתו של המשפט לחנך ולעצב ערכים בחברה.<sup>231</sup> הקושי מתעורר בכמה שלבים: בגיבוש המסר, בהעברתו ובהשפעתו. ראשית, ניתן למצוא במשפט סתירות רבות, ובישראל הדבר נכון במיוחד בתחום דיני המשפחה.<sup>232</sup> נוסף על כך, בתחום דיני המשפחה קיימים בעיקר סטנדרטים פתוחים של שיקול-דעת, להבדיל מכללים, ומושם דגש מיוחד בהכרעות פרטניות בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו. דברים אלה מקשים גיבוש מסר שניתן להעבירו.<sup>233</sup> דברים אלה נכונים, ואף ביתר שאת, לגבי הכתיבה האקדמית, בפרט כיום כאשר מגוון החוקרות והחוקרים בדיני משפחה גדול יותר, והם באים מרקעים שונים (אף שרובם, כאמור, יהודים עדיין). לכן ספק אם הכתיבה האקדמית מגבשת מסר אחיד שניתן להעבירו.

פרט לבעיה של גיבוש המסר, בין על-ידי המשפט בפועל ובין על-ידי המחקר האקדמי, מתעורר קושי בהעברתו לכלל הציבור. אין חולק כי פרטי-פרטיו של המשפט – תוכנם של סעיפי חוק, תקנות ופסקי-דין – אינם ידועים למרבית הציבור, וכך גם תוכנה של הכתיבה האקדמית. מובן גם שככל שמסר עובר, שאלת השפעתו מוטלת בספק, בפרט בתחום שרכים מהנושאים הקשורים אליו מצויים במחלוקת ציבורית. על כל פנים, לדידנו, אף ששאלת היחס בין מחקר אקדמי, משפט בפועל וחברה היא שאלה מעניינת, לכתיבה האקדמית יש ערך כשלעצמה, וראוי שהיא תשקף ואף תקדים בכמה צעדים את המשפט הקיים, ואולי אף את החברה.

## ה. מ"עיוני משפט" לעיוני משפחה

לקראת סיום המחקר ביקשנו לבחון את השאלה אם התובנות המצטיירות מעיון במאמרים שפורסמו בארבעים כרכיו של **עיוני משפט**, משנת 1971 ועד שנת 2016, משקפות את פני המחקר של דיני המשפחה בישראל באופן כללי יותר. לא יכולנו, מטבע הדברים, לעיין בכל הספרות המחקרית בתחום דיני המשפחה שפורסמה בישראל במהלך שנים אלה, ולכן בחרנו את כתב-העת **משפטים** – כתב-העת הראשי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, והוותיק מבין כתב-העת הרואים אור בין כותלי בתי-הספר למשפטים בישראל – על-מנת שישמש לנו בסיס להשוואה.<sup>234</sup> בחנו לגבי כתב-העת זה את התמות

231 ראו, למשל, בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 94.

232 שם.

233 שם.

234 מבין כתב-העת המשפטיים-האקדמיים, כתב-העת **משפטים** הוא היחיד שהוצא לאור בשנים הרלוונטיות. כתב-העת **משפטים-אקדמיים** אחרים החלו לראות אור רק מאוחר יותר. למשל, מחקרי משפט החל בשנת 1980, כתב-העת **משפט וממשל** וכתב-העת **המשפט** החלו בשנת 1992, וכתב-העת אחרים החלו מאוחר אף יותר. כתב-העת **הפרקליט** הוא הוותיק ביותר, ורואה

השונות שאיתרנו ביחס למאמרים שפורסמו בעיוני משפט, ומצאנו דמיון של ממש לצד שונות מסוימת, אשר נעמוד עליהם מיד.

את סקירת המאמרים בכתב-העת משפטים התחלנו בכרך ג, שראה אור בשנת 1971 במקביל ליציאתו לאור של כרך א של כתב-העת עיוני משפט. כרך זה כולל שני מאמרים בתחום דיני המשפחה, ומשקף את המספר המקובל של מאמרים בתחום שראו אור בכל אחד מכרכי כתב-העת משפטים עד שנת 1984, למעט שני כרכים מאותן שנים שכללו מספר גדול יותר של מאמרים, אם כי בנושאים שסיווגם כדיני משפחה מובהק פחות.<sup>235</sup> החל בשנת 1984 מספר המאמרים בתחום דיני המשפחה מצטמצם עוד יותר, וברוב הכרכים מופיע לכל-היותר מאמר אחד בתחום.<sup>236</sup> מגמה של צמצום היקף המאמרים בתחום דיני המשפחה נצפתה כאמור בעיוני משפט שנים אחדות קודם לכן.

גם בכתב-העת משפטים רוב המחברים בעשורים הראשונים הינם גברים.<sup>237</sup> למעשה, עד שנת 1996 נכתבו כל המאמרים בתחום דיני המשפחה על-ידי גברים<sup>238</sup> – כולם יהודים, למיטב ידיעתנו, ורובם דתיים.<sup>239</sup> גם כאן, כמו בעיוני משפט, חל גיוון-מה באמצע שנות התשעים, וגם נשים מתחילות לפרסם בכתב-העת מאמרים בתחום דיני המשפחה.

במשפטים, כמו בעיוני משפט, ההתייחסות למערכות יחסים מחוץ לחברה היהודית הינה בשוליים. העיסוק בסוגיות הנשלטות על-ידי הדין האזרחי החל במשפטים בשלב מוקדם יותר מאשר בעיוני משפט. עם זאת, גם במשפטים העיסוק בסוגיות אלה נעשה תוך התמקדות במערכות יחסים בחברה היהודית כמקרי-מבחן.<sup>240</sup>

גם במשפטים ניכר שינוי וגיוון בנושאי המחקר עם השנים. בשנים הראשונות הנושאים הפרודורליים זוכים בהבלטה רבה. בין אלה אפשר למצוא מאמרים שעסקו בשאלות של

אור משנת 1943, אולם לנוכח מאפייניו המעשיים יותר בשנים הרלוונטיות, הוא מתאים פחות כבסיס להשוואה.

235 כרך א וכרך ו.

236 בחלק מן הכרכים ניתן להצביע על מאמר אחד בלבד בתחום דיני המשפחה (כרכים יד, יז, יח, יט, יכא), ובאחרים אין ולו מאמר אחד בתחום (כרכים כ, כב, כד, כה, לב, לג, לו, לז ו-לח).

237 נתון זה נכון לגבי כל התחומים המשפטיים, ולא רק לדיני משפחה.

238 מאמר אחד, של רות גביון, עוסק אומנם בשאלה שמשיקה לדיני המשפחה, אך היא בעיקרה שאלה של דיני חוזים ונזיקין: רות גביון "אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה" משפטים ח 282 (1977).

239 גם כאן קיימים כמה מחברים בולטים, שהמרכזי מביניהם הוא פנחס שיפמן. ארבעה מבין שמונת המאמרים בכרך ו נכתבו על-ידי, והוא חוזר ומפרסם מאמרים נוספים בשנים שלאחר-מכן – בסך-הכל אחד-עשר מאמרים. מבין המחברים הדתיים ניתן להזכיר, נוסף על שיפמן, את יצחק אנגלרד, אליאב שוחטמן, דב פרימר, אבישלום וסטרייך, אריה ארדעי, שחר ליפשיץ, יחיאל קפלן, יחזקאל מרגלית, יצחק כהן, בנימין שמואלי ועמיחי רדזינר, אם כי אפשר שיש נוספים.

240 ראו, למשל, בני ארבל "על שיקול הדעת במתן היתר נישואין לקטניות" משפטים ח 335 (1977); גביון, לעיל ה"ש 238; פנחס שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י 63 (1980).

תחולת הדין הרתי, <sup>241</sup> בשאלות של שיוך דתי-עדת, <sup>242</sup> בסוגיות הקשורות להמרת דת <sup>243</sup> וכן במורכבות הכרוכה בנושאי סמכות. <sup>244</sup> גם כאן עיקר הדיון בנושאים המהותיים נגע בכנייהזוג ובהיבטים ממוניים של יחסיהם – יחסי ממון ורכוש, <sup>245</sup> מתנות, <sup>246</sup> חשבונות בנק משותפים <sup>247</sup> ומזונות. <sup>248</sup> מבחינה זו מגוון הסוגיות הנוגעות בקשר הזוגי הוא רחב יותר במשפטים. מאמרים אחרים עסקו בנישואים עצמם, בתנאים לנישואים וכמגבלות המונעות אותם, <sup>249</sup> ובמעמדם של ידועים-בציבור. <sup>250</sup> עם זאת, מידת הדיון במגוון יחסי הזוגיות – קרי, בזוגיות החורגת מן המודל המסורתי של בני-זוג מאותה עדה דתית שנישאו כדת וכדין – מצומצמת יותר מאשר בעיוני משפט, והדיון בידועים-בציבור אינו רווח. לעומת זאת, ניכר עיסוק חוזר בסוגיה של הפרת הבטחת נישואים, <sup>251</sup> אשר מתיישב עם טענתנו שבהקשר הישראלי הקשר בין דיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני המשפחה (הנישואים) הינו מורכב ושונה מיחסי הנבדלות המתקיימים בהקשר האמריקני. <sup>252</sup>

גם בכתב-העת משפטים ניכר עם השנים גיוון משמעותי יותר בנושאי המחקר, אם כי כאן החלוקה בין התקופות מובהקת פחות מאשר בעיוני משפט. ראשית, כפי שצינו, כבר בשנים הראשונות מגוון הסוגיות הנוגעות ביחסים הזוגיים הוא רחב יותר במשפטים. בדומה למצב בעיוני משפט, החל בשנות השמונים ניתן להצביע על מאמרים אשר חרגו מן

241 פנחס שיפמן "על גיור שלא כהלכה" משפטים ו 391 (1975); יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הרתי במשפט הישראלי" משפטים ו 5 (1975); פנחס שיפמן "התנגשויות דינים בקביעת ההשתייכות הדתית" משפטים ו 91 (1975); אשר מעוז "מעמדו של מומר" משפטים ז 442 (1976); יצחק קיסטר "אבנר שאקי: מיהו יהודי בדיני ישראל" משפטים ט 160 (1979); פנחס שיפמן "מי רשאי לשמש 'רושם נישואין' בישראל?" משפטים יא 221 (1981).

242 מעוז, לעיל ה"ש 241; קיסטר, לעיל ה"ש 241.

243 מעוז, לעיל ה"ש 241.

244 פנחס שיפמן "סמכות בית-דין בנישואין וגירושין שנערכו מחוץ לישראל" משפטים ו 372 (1975).

245 אוריאל פרוקצ'יה "יחסי ממון בין בני-זוג בפשיטת רגלו של אחד מהם" משפטים ז 266 (1976); אליאב שוחטמן "עוד לשאלת החיוב בפיצויים על הפרת הבטחת נישואין" משפטים ט 109 (1979); דורון נוימן "גורלו של חשבון בנק המשותף לשני בני זוג במות אחד מהם" משפטים י 106 (1980); פנחס שיפמן "ואף-על-פי-כן – שיתוף נכסים" משפטים כו 399 (1995).

246 דב פרימר "השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת נישואין לאור החקיקה האזרחית החדשה" משפטים י 329 (1980); מרדכי אלפרדו ראבילו "מתנה וחשבון-בנק משותף" משפטים כג 239 (1994).

247 נוימן, לעיל ה"ש 245; ריקרדו בן-אוליאל "חשבון בנק משותף: שינוי תנאי הפעלת החשבון על-פי הוראה של בעל חשבון אחד" משפטים יג 295 (1983); ראבילו, לעיל ה"ש 246.

248 גר טדסקי "חיוב המזונות במשפטנו האזרחי" משפטים ו 242 (1975); פנחס שיפמן "מזונות האשה בנישואין בטלים" משפטים ו 514 (1975).

249 ארבל, לעיל ה"ש 240.

250 חמן שלח "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים ו 119 (1975).

251 גביוון, לעיל ה"ש 238; שוחטמן, לעיל ה"ש 245; פרימר, לעיל ה"ש 246; פנחס שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?" משפטים יג 104 (1983).

252 שוחטמן, לעיל ה"ש 245; פרימר, לעיל ה"ש 246; שיפמן, לעיל ה"ש 251.

הדיאדה הזוגית ועסקו בהגדרת הורות – אבהות<sup>253</sup> ואימהות<sup>254</sup> כאחד. הגיוון המשמעותי יותר מתחיל באמצע שנות התשעים, עם התרחבות מנעד הכותבים ובעיקר הכותבות.<sup>255</sup> בראשית המילניום השלישי ניתן למצוא מאמרים רבים יותר אשר מציבים את הילד במרכז<sup>256</sup> ועוסקים ביחסי הורות – הן ביחסי הורים-ילדים והן בהגדרת הורות<sup>257</sup> או בהכרה ביחסים דמויי-הורות.<sup>258</sup> משפחות בעלות מגוון מבנים ניצבות בלב המחקר בעשור האחרון: מאמר העוסק בזכותם של צאצאי תרומת זרע להתחקות אחר זהותו של בעל הזרע מתייחס למגוון סוגי המשפחות שבהן נעשה שימוש בתרומה האמורה – משפחות יחידניות ומשפחות של זוגות נשים;<sup>259</sup> מאמר מאוחר יותר עוסק במעמדם של בני-זוג של הורים (מה שבעבר היה נהוג לכנות "הורים חורגים"), ובו ניצבת בלב הדיון המשפחה המשולבת;<sup>260</sup> משפחות חדשות ניצבות במרכזם של שני מאמרים – אחד שעוסק בהורות הסכמית<sup>261</sup> ואחר העוסק במשפחות מרובות הורים פרי הולדה בסיוע;<sup>262</sup> לבסוף, גם מאמר העוסק באיחוד משפחות וביחסי הורים-ילדים במסגרתן<sup>263</sup> עוסק למעשה במשפחות החורגות מן המבנה המוכר – זה שבראשו עומדים זוג הורים בעלי אותו שיוך דתי שנישאו כדת וכדין בישראל.

כד בכד עם התרחבות סוגי המשפחות הנדונות, גם השיח עצמו מתגוון. בדומה למגמה שתוארה ביחס לפרסומים שראו אור בעיוני משפט, הכתיבה מתרחקת מן הדיון הדוקטרינרי,<sup>264</sup>

- 
- 253 שיפמן, לעיל ה"ש 240; פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו – מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" משפטים יח 459 (1988).
- 254 אלי וילצ'יק "האם התחליפית" משפטים יז 533 (1987).
- 255 ראו, למשל, את המאמרים הבאים: אורית קמיר "לכל אשה יש שם" משפטים כז 327 (1996); רות זפרן "סודות ושקרים" – על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519 (2005); נויה רימלט "אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט בין אידיאל השוויון למציאות האימהית" משפטים לט 573 (2010).
- 256 יחיאל קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623 (2001); יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיוון מחודש" משפטים מא 255 (2011).
- 257 יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835 (2012); טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" משפטים מד 415 (2014).
- 258 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 43.
- 259 זפרן, לעיל ה"ש 255.
- 260 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 43.
- 261 מרגלית, לעיל ה"ש 257.
- 262 מרקוס, לעיל ה"ש 257.
- 263 טלי קריצמן-אמיר "על הורים וילדים: איחוד משפחות בישראל" משפטים מד 361 (2014).
- 264 זפרן, לעיל ה"ש 255; בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 43; מרקוס, לעיל ה"ש 257; מרגלית, לעיל ה"ש 257.

מתחדדת הראייה החוקתית,<sup>265</sup> מתעצמת התשתית התיאורטית,<sup>266</sup> מתבסס מקומם של הדינים האזרחיים,<sup>267</sup> ומשולבת הסתכלות בין-תחומית.<sup>268</sup> מעניין עם זאת שגם בתקופה המאוחרת, לרבות בעשור הראשון והשני של המאה הנוכחית, ניתן להצביע על מאמרים שעוסקים בסוגיות של סמכות,<sup>269</sup> ובתי-הדין – על הדין והדיון בהם – ממשיכים להיחקר.<sup>270</sup>

## מילים לסיום

בפרספקטיבה של יותר מארבעים שנה ניכר שינוי של ממש במחקר בדיני המשפחה כמו-גם בדיני המשפחה עצמם. שינוי זה הינו חלק בלתי-נפרד משינויים תוך-פרופסיונליים המתחוללים בתחום המחקר המשפטי בכללותו, אך נדמה כי יש לו גם מאפיינים ייחודיים. גבולות הכתיבה הדוקטרינריים במחקר המשפטי נפרצים, ואופי הכתיבה נעשה תיאורטי יותר ורב-תחומי. ממאמרים שתכליתם לסכם את הדין ולפרשו, הדגש עובר לבחינתו הביקורתית של הדין, להמשגה תיאורטית ולגיוון מתודולוגי. בביקורת זו מסייעות תיאוריות הנשאבות אל עולם המשפט מתחומים אחרים או בשילוב תחומים, ביניהם משפט וכלכלה, פמיניזמים, משפט וחברה, משפט והיסטוריה וכן משפט ותרבות, ובהתאם מוצעים ניתוחים מפרספקטיבה מתודולוגית רחבה יותר.

באופן דומה, גם הגברת החוקתיוזיה – החדרת שיח של זכויות – מאפיינת את הכתיבה המשפטית בשנים אלה בישראל. המהפכה החוקתית של שנות התשעים, שראשיתה מסומנת בחקיקת שני חוקי-היסוד, והגברת השיח החוקתי, הן בעולם השיפוט והן בעולם האקדמיה, ניכרות גם במחקרים שפורסמו בדיני משפחה מאז ועד היום.<sup>271</sup> שני שינויים אלה קשורים כמובן באופן הדוק לתופעה שאותה אפיין מנחם מאוטנר – במאמרו שפורסם בעיוני משפט ואשר לימים נהפך לספר – כ"ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי".<sup>272</sup> נדמה כי בדומה לתופעות שאותן זיהה מאוטנר כבר אז ביחס לעבודה השיפוטית של בית-המשפט,

265 השיח החוקתי והשפעתם של חוקי-היסוד ניכרים במגוון מאמרים. ראו, למשל, רימלט, לעיל ה"ש 255; קריצמן-אמיר, לעיל ה"ש 263; זפרן, לעיל ה"ש 255.

266 רימלט, לעיל ה"ש 255.

267 עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה": על סידור גטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית" משפטים 5 (2015).

268 בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט וכלל האחריות" של קלברזי ומלמד" משפטים 153 (2011).

269 רות זפרן "מירון הסמכויות 'חי ובוט': מ'ניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" משפטים 571 (2013).

270 עמיחי רדזינר "מלכוב לתל-אביב: פסיקות גט מוטעה בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים בעקבות תיק (אזורי ת"א) 1<sup>29</sup>-9322 (19.3.06) ואחרים" משפטים 155 (2009); רדזינר, לעיל ה"ש 267.

271 ראו לעיל ה"ש 113.

272 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993).

גם העבודה המחקרית של האקדמיה עוברת שינוי רעיוני עמוק. גם החוקר אינו מסתפק עוד בתפקיד פורמליסטי של גילוי הדין ופרשנותו מתוכו הוא, ורוכש לעצמו תפקיד ערכי, ביקורתי, הפורץ את גבולות המשפט מבחינה תוכנית ומבחינה אידיאולוגית. אולם חלק מהשינויים הללו, או לפחות פרטי מאפייניהם, ייחודיים לתחום דיני המשפחה. כך, למשל, סוגי המפגשים התיאורטיים בתחום זה מצומצמים בהשוואה לתחומים אחרים, ונדרמה כי ההרחבה התיאורטית המרכזית – אם לא היחידה – בהקשר של דיני המשפחה היא אל התיאוריה הפמיניסטית. השיח הפמיניסטי מרכזי מאוד בכתיבה על דיני משפחה, בוודאי יותר מאשר בתחומי מחקר העוסקים במשפט מסחרי, לדוגמה.<sup>273</sup> מרכיב בולט ביותר בכתיבה זו הוא ביקורת מגדרית אשר רגישה להשפעות הייחודיות של דיני המשפחה על נשים וגברים. גם המחקר הבוחן את מצבן של הנשים בזירות השונות – חברה, עבודה ומשפחה – וממצאיו של מחקר זה ממלאים מקום בשיח העוסק בעיצוב דיני המשפחה. אפשר להעריך כי הסיבות למרכזיותו של השיח הפמיניסטי בהקשר זה הן משולבות: ראשית, היות הזירה המשפטית רגישה במיוחד לסיווג המגדרי – לתפקידיהם השונים של האם והאב, ולחלוקת העבודה בין גברים לנשים בבית ומחוץ לו; שנית, העובדה שרבים מן החוקרים בתחום הם נשים, המביאות את הזווית הפמיניסטית-התיאורטית אל התחום, כמו גם את חוויותיהן האישיות; ושלישית, העובדה שגם בזירה המקבילה בשיטות משפט אחרות (ובמיוחד בשיטה האמריקנית, שהשפעתה בישראל ניכרת הן בשל החינוך וההכשרה של החוקרים הישראלים והן בשל ההיחשפות למחקר האמריקני) הפמיניזמים תופסים מקום מרכזי בניתוח דיני המשפחה ובביקורת התחום.

קיימים שינויים נוספים שייחודיים למחקר המשפטי בתחום דיני המשפחה. השינויים החלים בפרופיל של המשפחות במציאות והגיוון המתרחש בסוגי המשפחות ובמאפייניהם משפיעים מטבע הדברים על סוגי המשפחות הנדונות במחקר המשפטי ועל תוכנם של המחקרים. שינויים אלה הובילו במקרים רבים לדיון בסוגיות נקודתיות שהתעוררו ביחס למשפחות אלה (דילמות הנוגעות בהגדרת הורות, בגישה להולדה בסיוע וכיוצא בהן), ופחות בשאלות-הליבה הנוגעות במאפייניה של המשפחה, בהגדרתה, בערכים העומדים ביסודה ובאלה שאמורים לעצבה.

התפתחותם המאוחרת והייחודית של דיני המשפחה בישראל, ובפרט התבגרותם (החלקית) מתחום המשתנה מעדה דתית אחת לאחרת לכלל תחום המבקש ליצור מערכת דינים אזרחית המנותקת במידת האפשר מן הדין האישי (לפחות לגבי יהודים), הכתיבו אף הן את ייחודו של המחקר. המחקר משקף שינויים אלה, מחד גיסא, ויש לו תרומה ייחודית לפיתוחם של השינויים, מאידך גיסא. יש להדגיש כי שינויים אלה מאפיינים במיוחד את המתדיינים היהודים, המעסיקים באופן בלעדי כמעט את החוקרים והחוקרות בתחום. מתדיינים אלה מגיעים בהיקפים גדולים אל המערכת האזרחית, ומתעקשים לעיתים קרובות להחיל את הדין האזרחי גם במערכת הרבנית, ולפיכך הצליחו לייצר שינוי של ממש, המהדהד מן המחקר ואליו.

273 הסיווג של דיני עבודה, אשר המחקר שלו מושפע אף הוא מן התיאוריה הפמיניסטית, אינו מסחרי גרידא.

אולם חקר דיני המשפחה או לפחות חלקים ממנו אינם מפותחים דיים. כפי שלימד אותנו מחקר זה, לצד החדרת התיאוריה לכתיבה בתחום, קיימות שאלות תיאורטיות, דווקא בסיסיות וראשוניות מטבען, אשר טרם זכו בדיון: שאלות-היסוד בדבר מהם דיני משפחה, מהי משפחה, ומהם המבנים המשפחתיים והקשרים הבין-אישיים שדיני המשפחה אמורים לחול עליהם; שאלת התיחום בין דיני משפחה לדיני אינטימיות; והמשק המתבקש בין דיני המשפחה (והמשפחה עצמה) לבין יתר תחומי המשפט (והחיים).

הממשקים בין דיני משפחה לבין תחומי משפט אחרים, אף שנחקרו על-ידי חוקרים בעבר ונחקרים גם כיום,<sup>274</sup> ראויים להמשך מחקר. בחינת הממשקים עשויה להעשיר את דיני המשפחה: לשכלל אותם ואת הבנתנו בנוגע אליהם, ולקדם את הפתרונות שניתן לייצר במסגרתם למציאות המורכבת מבחינה משפחתית כמו-גם מבחינה כלכלית. הכרעות בממשק המשפחתי-הכלכלי, המשלבות דיני חוזים, דיני קניין, דיני חברות או דיני עבודה, מחייבות לא פעם הרמוניה או לפחות התאמה בין תחומי החיים לבין תחומי המשפט. שכלול המחקר הבין-תחומי יוכל לסייע בקידום יעד זה.

חסר נוסף שעלה מניתוח המחקרים, בפרט בעשורים המאוחרים, מתייחס למחקר המתמקד באוכלוסייה הלא-יהודית. הדיון אומנם מומשג כעל-מגזרי, אולם ההתמקדות בפועל, כפי שהוסבר, היא באוכלוסייה היהודית, בתוכן דיניה ובמאפיינים הכלכליים-התרבותיים-החברתיים המאפיינים אותה, כמובלע או במפורש. לגבי מגזרים אחרים, ובפרט ביחס לאוכלוסייה הערבית-המוסלמית, קיים חסר מחקרי בולט, והמחקר העתידי נדרש להתייחס אליהם.

היבט אחרון שנרצה להפנות אליו את תשומת-הלב נוגע בחסר אקוטי המשליך להבנתנו על התפתחותו הכוללת של חקר דיני המשפחה בישראל. חסר זה טמון בנגישותה המוגבלת – שכבר צוינה כאן – של הפסיקה בתחום דיני המשפחה, שרובה חסויה, ואשר פרסומה, ככל שמתקיים, נעשה לפי רצונו של השופט היושב בדיון. פרסום פסיקתי חסר זה יוצר תמריץ שלילי לעריכת מחקרים אמפיריים, המחייבים שיתוף-פעולה של מערכת בתי-המשפט, פנייה לארכיונים ומעבר על תיקים באופן ידני. בהינתן חסר זה, גם עבודות שאינן אמפיריות מטיבן ואינן מבקשות לדגום את מכלול הפסיקה על-פי כלליו המדוקדקים של המחקר האמפירי, אך מבקשות לשקף באופן אותנטי את המצב בפסיקה ואת המגמות הבולטות בה, אינן יכולות לעשות את מלאכתן נאמנה. קריאתנו כאן היא לשינוי המדיניות בנוגע לפרסום הפסיקה, מחד גיסא, ולהגברת היקף המחקרים האמפיריים בישראל, מאידך גיסא, כך ששניהם יוכלו לשכלל בצורה מהותית את חקר המציאות המשפחתית הישראלית.

274 בממשק שבין משפחה לחוזים בולטת כתיבתם של שחר ליפשיץ, צבי טריגר, אורית גן ויחזקאל מרגלית; בממשק שבין משפחה לקניין – כתיבתם של חנוך דגן ושלי קרייצר-לוי; ובתחום שבין משפחה לנזיקין – זו של בנימין שמואלי. נוסף על עבודותיהם של חוקרים אלה נערכו מחקרים נקודתיים בממשקים אלה על-ידי חוקרים נוספים, שעל חלקם הצבענו לעיל כאשר התייחסנו למאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט – ראו, למשל, לעיל ה"ש 17-19.