

מה למשפט ולמשפחה? | איילת בלכר-פריגת*

1. משפחה ומשפט: הצגת נושא הדיון

א. המשפחה כאידאל; המשפט כאנטי-אידאל

מה למשפחה ולמשפט? בשאלה זו אני בדרך כלל פותחת את הקורס בדיני משפחה, שכן לכאורה אין לך צירוף מושגים מנוגד יותר ממשפחה ומשפט. מיתוס המשפחה מזוהה עם ערכים של קבלה ללא תנאי, של ראגה, של תמיכה, של נאמנות, של אלטרואיזם, וכמובן – של אהבה.¹ אמנם, אנו יודעים כי לא מדובר בתיאור של עובדה חברתית אלא במיתוס, בפיקציה, שהפער בינו לבין החוויה האישית של משפחה הוא רב; הספרות הביקורתית על אודות המשפחה, למשל, חשפה את תדירותם של מקרי האלימות וגילוי העריות במשפחה.² גם אם המשפחה מתפקדת באופן הנחשב כנורמטיבי, בפועל נחווים היחסים המשפחתיים פעמים רבות כיהסטים של ניצול, של השפלה או של דחייה וכמעוררי תסכול.³ ובכל זאת, מיתוס המשפחה נשמר ומטופח ולו כביטוי לשאיפה אנושית.⁴

מיתוס המשפחה הוא גורם מרכזי ביחסים הבעייתיים והמורכבים של המשפט עם מוסד המשפחה, שכן המשפט מעורר קונוטציות שהן ההפך הגמור מכל אותם ערכים שאמורה המשפחה לייצג. בראייה אוהדת מזוהה המשפט עם מושג הצדק,⁵ ואילו בראייה

* מרצה, מכללת שערי משפט. ברצוני להודות לרות זפרן על הערות מועילות לטיסה קודמת וכן למערכת "משפט, חברה, ותרבות" ובפרט לסטודנטיות אביגיל פאוסט ודניאל לבנשטיין על עבודת העריכה היסודית של המאמר.

1 DAVID ARCHARD, CHILDREN: RIGHTS AND CHILDHOOD 119 (2nd ed. 2004); Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497, 1521 (1983).
CHRISTOPHER L. LASCH, HAVEN IN A HEARTLESS WORLD: THE FAMILY BESIEGED (1977)

2 ראו למשל: דו"ח הוועדה בראשות יהודית קרפ "אלימות בין בני-זוג: היבט משפטי" בתוך מעמד האישה בחברה ובמשפט 280 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה); Barbara Bennett Woodhouse, *The Dark Side of Family Privacy*, 67 GEO. WASH. L. REV. 1247 (1999)

3 ראו למשל את הדיון בפסק הדין 59 N.W.2d 336, 157 Neb. 226, *McGuire v. McGuire* (1953) (להלן: עניין *McGuire*) בחלק 2 להלן.

4 דוגמה מעניינת לשימור מיתוס המשפחה מציגה חנה נוה; היא מתייחסת לשימור המיתוס בספרות העברית ומראה כיצד אף שהספרות עוסקת, כביכול, במשפחות שאינן עונות לאידאל אלא חורגות ממנו, למעשה היא משמשת לשימורו של אידאל המשפחה. ראו חנה נוה "לב הבית, לב האור: דיוקן המשפחה בספרות העברית החדשה" על אהבת אם ועל מורא אב: מבט אחר על המשפחה 105 (אביעד קליינברג עורך, 2004).

5 לדיון מעניין ביחס שבין משפט לצדק בהקשר של המשפט הישראלי, ראו למשל את דוד הר "משפט, צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט 507 (1998). הר מנתח את דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (נ) 661 (1996) ואת העמדות השונות שהביעו שופטי ההרכב בשאלת היחס שבין המשפט לצדק.

אוהדת פחות (אך ככל הנראה נפוצה יותר) מזוהה המשפט עם ריחוק, עם חוסר אמון ועם יריבות. בעניין הצדק אף היו מי שטענו כי אין לו מקום בחיי משפחה, חיים האמורים להתנהל על יסוד רגשות של דאגה ושל אהבה נטולת אינטרס ולא על יסוד טענות של צדק (וזכויות).⁶ יריבות וחוסר אמון נתפסים, כמובן, כפוגעים לא רק ביחסי משפחה אלא ככלל ביחסים בין-אישיים;⁷ אולם בהקשר המשפחתי הִקְרָבָה, אמון הדדי ורגשות דומים נתפסים כמהותיים יותר וכחלק מהגדרתה של משפחה. המשפט מציב את האחד לעומת האחר, ואילו המשפחה קושרת את האחד לאחר ומחברת אותם יחדיו.⁸

יחסי המשפט עם המשפחה הם אפוא מורכבים, וכבר כאשר נדרשים לשאלה "מהי משפחה" מתעוררת מורכבות זו. תפיסה רווחת אחת רואה במשפחה יחידה "טבעית" הקודמת למשפט וקיימת מחוץ לו.⁹ מנגד, קיימת תפיסה הרואה במשפחה מוסד שהמשפט מגדירו באמצעות נורמות וכללים משפטיים פורמליים.¹⁰ למעשה, יחסי הגומלין בין המשפט למשפחה הם מורכבים יותר, כפי שאראה במאמר. יתרה מזו, המתח בין שתי תפיסות אלו של יחסי משפחה ומשפט אינו מתמצה בהגדרה מבנית של המשפחה, אלא מתעורר גם בעת יציאת תוכן לאידאל ההתנהגות המצופה מבני משפחה.¹¹

- 6 ראו למשל: MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE 33 (2nd ed. 1998). לסקירה של עמדות נוספות השוללות את תחולתו של "צדק" במשפחה וביקורות על עמדות אלו ראו למשל: Jeremy Waldron, *When Justice Replaces Affection: The Need for Rights*, 11 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 625 (1988); SUSAN MOLLER OKIN, *JUSTICE, GENDER, AND THE FAMILY* 25–40 (1989) (ביקורת מנקודת מבט פמיניסטית בעיקרה).
- 7 משום כך, היו מי שטענו כי המשפט אינו ראוי להסדיר לא רק יחסים משפחתיים אלא יחסים בין-אישיים ככלל. בהקשר זה ידועות התפיסות השונות על אודות תפקידו של המשפט בעיצוב יחסים בין-אישיים כפי שביטאה אותן פטרישיה ויליאמס. ויליאמס תיארה את החוויות שעברו היא ומרצה עמית בתהליך שכירת דירה. עבור העמית, גבר לבן, חתימת הסכם פורמלי ומעורבות המשפט בעניין סימלו חוסר אמון וריחוק. לעומת זאת, דווקא עבור ויליאמס – אישה שחורה – חתימה על הסכם משפטי מפורט היה אקט של יצירת אמון שיצר אפשרות ליחסי קרבה: Patricia J. Williams, *Alchemical Note: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 401, 408 (1987).
- 8 ליאור ברשק ודנה פוגין' "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה בעקבות ע"פ 4596/98 פלוגנית נ' מדינת ישראל" מחקרי משפט כ 7, 40 (2003).
- 9 Olsen, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1504. גם בקרב התומכים בתפיסה זו, שהיא סוציולוגית יותר במהותה, ניתן למצוא גישות שונות ביחס לאופן הגדרתה של משפחה. ראו למשל: Elizabeth Beck-Gernisheim, *On the Way to a Post-Familial Family*, in LOVE AND EROTICISM 53 (Mike Featherstone ed., 1999).
- 10 דיון מפורט במתח זה ערכתי במאמר קודם. ראו איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות, ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 554–552, 574–572 (2003). ראו עוד: פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדין" עיוני משפט כח 643 (2004).
- 11 ראו למשל הדיון בעניין McGuire, לעיל ה"ש 3, בחלק ג2 להלן.

ב. הצגת מבנה הטיעון

במאמר זה בכוונתי לנסות להפריך את הסברה לפיה למשפט תפקיד רק במצבי משבר בחייה של המשפחה.¹² בכוונתי להראות את ערכו של המשפט ואת תרומתו גם לחיי משפחה מתפקדת שיחסי חבריה מושתתים על אהבה ועל אחווה, כמו גם ליציבותה של מערכת היחסים המשפחתית.

בחלקו הראשון של המאמר אבחן באופן ביקורתי את התפיסה המסורתית לפיה למשפט תפקיד מצומצם ביחס למשפחה וליחסים המשפחתיים, תפקיד המוגבל להתמודדות עם מצבי משבר ועם חיי משפחה שבאו אל סופם. אראה כי תפיסה זו מושתתת על הבנה צרה של המשפט כמוסד שתפקידו לפתור סכסוכים ולהציב סטנדרט מינימלי של התנהגות, הא ותו לא. נוסף לכך אראה כי למעשה לא ניתן להגביל את מעורבות המשפט ביחסים המשפחתיים למצבי משבר ולטעון להעדר התערבות של המשפט ביחסי משפחה קיימים. בהקשר זה אתייחס לכתיבה הביקורתית על אודות גישת אי-ההתערבות במשפחה.

בחלקו השני של המאמר אבקש להציג תפיסה רחבה ועמוקה יותר של תפקיד המשפט, מתוך נקודת מוצא לפיה "אי-התערבות" של המשפט במשפחה אינה אפשרית. בחלק זה של המאמר אתייחס, לפיכך, לכמה תפקידים מרכזיים שיכול המשפט למלא, ובכללם הגדרת כללי רקע התומכים במערכות יחסים משפחתיות, הצהרה בדבר אופיים של היחסים המשפחתיים ובדבר טיבם¹³ ומתן משמעות להתנהגות המשפחתית האלטרואיסטית. נוסף לכך, אדון בתרומתו של המשפט ללכידותן וליציבותן של מערכות יחסים משפחתיות מתוך הבנה של משפחות כמוסדות חברתיים. התגברות על הרתיעה הראשונית מפועלו של המשפט בתחום היחסים המשפחתיים והתמקדות בתרומתו האפשרית להם מספקות כלים ביקורתיים לבחון הסדרים משפטיים שונים הנוגעים ליחסי המשפחה. אעשה זאת לא רק בהתייחס למידת התאמתם של ההסדרים להתמודדות עם מצבי משבר אלא גם, ואולי אף בעיקר, בהתייחס להשפעתם על מערכות יחסים משפחתיות קיימות. אדגים טענה זו באמצעות כמה הסדרים משפטיים הנוגעים למשפחה, אשר זכו להתייחסות המשפט הישראלי בשנים האחרונות.

12 למעשה, גם בהקשר של סכסוכים משפחתיים, התפיסה הרווחת בדבר ייחודם של היחסים המשפחתיים רואה במשפט כלי בלתי ראוי וגס מדי להכריע בסכסוכים אלו. הכתיבה על אודות דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים (alternative dispute resolution), כדוגמת הגישור, רווחת בפרט בהקשר של יחסי המשפחה. על דרכים חלופיות בישראל, ראו למשל סוזן זיידל גירושין בדרך אחרת: גישור – אמצעי לגירושין בכבוד (1993). נוסף לכך, בהתייחס לסכסוכים אלו מוסט הדגש משיח משפטי לשיח טיפולי. ראו למשל: Martha Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decision Making*, 101 HARV. L. REV. 727 (1988). אין בכוונתי להרחיב בעניין זה, שכן מאמר זה עוסק בתרומתו של המשפט למערכות יחסים קיימות ולא בתפקידו ככלי ליישוב סכסוכים בין בני משפחה או בעת פירוק יחסים משפחתיים.

13 פועלו של המשפט במישורים אלו אינו ייחודי להקשר המשפחתי. על תפקידים אלו של המשפט בפועלו בתחום דיני הקניין ראו למשל: חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 312–315 (2005).

2. משפחה ומשפט: מעורבות מוגבלת לצורך הגנה

במבט ראשון, הרעיון של הסדרה של יחסי המשפחה באמצעות המשפט נראה בלתי ראוי. אנו מצפים כי הורים יטפלו בילדיהם, ידאגו להם ולבריאותם, לחינוכם, למלבושם ולמזונם. אנו מצפים מילדים כי ידאגו להוריהם המזדקנים ומבני זוג כי ידאגו האחד לרווחת האחר, כל זאת לא מתוך חובה משפטית אלא בהיותם מונעים מרגש של אהבה ואף על פי שהחובה המשפטית קיימת.¹⁴ נראה כי רובנו נחוש תחושת אי-נוחות נוכח משפחה שחבריה מנהלים את יחסיהם בהתאם לכללים, לחובות ולזכויות המשפטיות החלות עליהם. במשפחה שבה מערכות היחסים תקינות, אף אם אינן אידאליות, אנו מצפים כי היחסים יתנהלו מתוך דאגה, מתוך התחשבות ומתוך חיבה (גם אם לא מתוך אהבה).¹⁵ הרתיעה ממפגש בין המשפט ליחסים המשפחתיים עמדה ביסוד גישת אי-התערבות המשפט במשפחה, גישה אשר הייתה נפוצה במשפט האנגלו-אמריקני.¹⁶ על פי גישה זו, ראוי שהמשפט ימשוך את ידו ממוסד המשפחה ויימנע מהסדרה של היחסים המשפחתיים

14 ראו למשל ס' 14–15 ו-17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 (בעניין חובות הוריות); ס' 2–5 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959 (בעניין קביעת חובת מזונות בין בני זוג, חובת ההורים במזונות ילדיהם הקטינים והטלת חובה על ילדים בגירים לדאוג למזונות הוריהם בנסיבות מסוימות).

15 SANDER, לעיל ה"ש 6, בעמ' 33. ראו גם: MILTON C. REGAN JR., ALONE TOGETHER: LAW AND THE MEANINGS OF MARRIAGE 22–3 (1999). רגן מתאר סצנה מתוך הספר "חוג שמחת המזל" של אמי טאן; בסצנה מתארת דמותה של לנה את המבוכה שחשה כאשר אמה הגיעה לביקור וראתה על המקרר רשימה של הפריטים ושל סכומי ההוצאות המשותפות שהוציאו היא ובעלה הרולד. לנה והרולד נוהגים לחלק את ההוצאות המשותפות באופן מדויק על פי הכנסותיהם היחסיות ומקפידים שלא להכניס לרשימת ההוצאות המשותפות פריטים אישיים, כגון טמפונים וגלירות. לנה ממשיכה לספר שנוח לה שאמה אינה רואה את חלקה האחר של החלוקה, דהיינו את ההתנצחויות בשאלה אם פריטים כדוגמת אמצעים למניעת היריון הם בגדר הוצאה משותפת או אישית. בהמשך הסצנה ובעקבות הערה של אמה כי גלידה אינה הוצאה משותפת שכן לנה שונאת גלירות, הרולד מסכים (מיד וללא כל דיון בנושא) שזוהי הוצאה אישית שלו. לנה מתלוננת מדוע הוא "מוכרח תמיד להיות כל כך הוגן!" (אמי טאן חוג שמחת המזל 153 [1990]). ואכן, כפי שמציין רגן, גם אם הסידור הוא "הוגן" ו"צודק" רובנו נזדהה עם מבוכתה של לנה נוכח סידור זה.

16 Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 U. Mich. J. L. REF. 835 (1985). גישה זו נפוצה בעיקר במשפט המקובל, אך גם בארץ ניתן למצוא לה ביטוי. ראו למשל את הוראות החוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, התשכ"ט–1969. כן ראו ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 501 (1996). זו לא הייתה הגישה המשפטית בארצות הקונטיננטל, שם הוביל הֶגְיוֹן מפעל הקודיפיקציה להסדרת "דיני המשפחה" כך שתייחסו תחילה לאירוסים, בהמשך ליצירת הנישואים ולבסוף למשמעויות של יצירת הנישואים ויפרטו את החובות ואת הזכויות המשפטיות ההדדיות של בני הזוג (ואחר כך, כמובן, יעברו לדון בגירושים ובתוצאותיהם). MARY ANN GLENDON, *THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW, AND THE FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE* (1989) 7–86. עם זאת, כפי שמציינת גלנדרן, אותה "התערבות" של המשפט או הסדרה של

— דהיינו, יש להימנע מלקבוע כללים משפטיים אשר יסדירו את מערך היחסים במשפחה מתפקדת או למצער להימנע מלאכפם.¹⁷ נוסף על כך יש להימנע מהחלתם של הדינים הכלליים (דוגמת דיני נזיקין ודיני חוזים) ומאכיפתם על היחסים שבין חברי המשפחה.¹⁸ עם זאת, גם חסידי גישת "אי-ההתערבות" הכירו בקיומם של מקרים שבהם אידאל המשפחה אינו מתקיים. בעולמנו, הרחוק מלהיות מושלם, הורים מזניחים לעתים את ילדיהם,¹⁹ אהבה מגיעה אל סופה ויחסים זוגיים מתפרקים,²⁰ ילדים ונכדים אינם דואגים להורים ולסבים המזדקנים²¹ ואחים מסתכסכים.²² במקרים כאלו גם חסידי גישת "אי-ההתערבות" ראו הצדקה להתערבות המשפט במערכות יחסים משפחתיות.²³

א. המשפט כספק של רשתות הגנה

תפקידו הראשוני של המשפט, לא רק בהקשר המשפחתי, הוא תפקיד מגונן.²⁴ לפיכך, באותם מקרים שבהם מערכות יחסים משפחתיות אינן מספקות את התמיכה או את הדאגה המצופה מהן, אין להסתפק בצער על העדרו של הרגש המשפחתי, אלא יש להבטיח כי בני המשפחה אשר נותרו ללא מערכת התמיכה המשפחתית לא יוותרו בלא כלום.²⁵ במצב כזה המשפט הוא אחד הגורמים הנקראים לפעול. יש לדאוג כי ילדים אשר אינם מקבלים

היחסים המשפחתיים נעשתה מתוך ראייה שונה של המשפט — לא ככופה התנהגות מסוימת אלא כמחנך וכמעביר מסרים.

17 על אי-אכיפתן של חובות הנישואים כאשר בני הזוג נשואים וחיים יחדיו ראו למשל את עניין *McGuire*, לעיל ה"ש 3. ראו גם דיון בחלק 2 להלן.

18 על אי-החלתם ואי-אכיפתם של הדינים האזרחיים הכלליים על בני זוג נשואים, ראו למשל: Banks McDowell, *Contracts in the Family*, 45 B.U. L. REV. 43 (1965) (בעניין דיני חוזים); Carl Tobias, *Interspousal Tort Immunity in America*, 23 GA. L. REV. 359 (1989); (בעניין דיני נזיקין). אציין כי לגישתי, כאשר אותם דינים כלליים מוחלים (או שאינם מוחלים) בהקשר המשפחתי הם בגדר חלק ממה שאני מגדירה כ"דיני משפחה". לגישתי, דיני המשפחה אינם מכסים רק את דיני הנישואים, הגירושים, המשמורת, המזונות וחלוקת הרכוש, קרי את הדינים המסורתיים הנחשבים כדיני המשפחה. עם זאת, אין לכך השלכות הנוגעות למאמר זה.

19 ראו למשל את ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג (5) 69 (1999).

20 על שיעור הגירושים בישראל ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה גירושין בישראל: היקף הגירושין וגורמים המשפיעים על הסיכויים להתגרש (2005) www.cbs.gov.il/www/publications/tec13.pdf.

21 ראו למשל ע"פ 1280/06 כרמלי נ' מדינת ישראל, תק-על 2007 (1) 3086 (2007).

22 ראו למשל רע"א 3888/04 שרבט נ' שרבט, פ"ד נט(4) 49 (2004); ע"פ 5199/04 עוזרי נ' מדינת ישראל, תק-על 2005 (2) 3355 (2005); ע"א 2239/03 סובחי יוסף סלאח נ' יוסף סלאח מדינה, פ"ד נט(1) 433 (2004).

23 Olsen, לעיל ה"ש 16, בעמ' 838–841.

24 Carl E. Schneider, *The Channelling Function in Family Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 495, 505 (1992).

25 Waldron, לעיל ה"ש 6; ARCHARD, לעיל ה"ש 1, בעמ' 118–123.

את הדרוש למזונם, למלבושם, למדורם ולחינוכם מתוך אהבה – יקבלו זאת מכוח הדין; כי כאשר מערכת היחסים הזוגית מגיעה אל קיצה, יקבלו בני זוג את המגיע להם ולו מן הבחינה הכלכלית; כי הורים מזדקנים יזכו לכל הפחות לדרוש להם לשם קיום מינימלי וכדומה. לתפקידו המגונן של המשפט נודעת חשיבות מיוחדת בהקשר של יחסי משפחה, בשל הפגיעות הייחודיות של בני משפחה ביחסיהם אלו עם אלו ובשל הקושי לעזוב מערכות יחסים משפחתיות.²⁶ הדבר נכון במיוחד ככל שמדובר בילדים, שכן חוסר יכולתם לעזוב את מערכת היחסים המשפחתית עם הוריהם ומצבם הטבעי הופכים אותם לתלויים באלו האמורים לדאוג להם.²⁷

חלק ניכר מההסדרים המשפטיים המתייחסים למשפחה עוסקים בסיטואציה של פירוק היחסים המשפחתיים ומסדירים את הזכויות ואת החובות בין הצדדים בהתרחשות זו, ואילו רק חלק קטן יותר מן ההסדרים המשפטיים עוסקים בזכויות ובחובות במערכות יחסים מתפקדות.²⁸ התמקדות בתפקידו של המשפט כספק רשתות הגנה פורמליות מבהירה מדוע

26 ראו עוד בחלק 2 להלן.

27 ילדים תלויים באופן מוחלט במדינה ובמשפט ביכולת "לצאת" ממערכת היחסים עם הוריהם, כפי שממחיש מקרהו של גרגורי קינגסלי (Gregory Kingsley) שהעלה על סדר היום (ובסופו של יום שלל) את יכולתו של ילד לזום ניתוק משפטי מהוריו. עד גיל 12 בילה גרגורי את מרבית חייו בין משפחות אומנות שונות. במשך כל חייו גידלה אותו אמו הביולוגית לתקופה של כמה חודשים בלבד. בהגיעו לגיל 12 הגיע גרגורי למשפחה אומנת שבה הרגיש רצוי ואהוב; הוריו האומנים חפצו לאמצו והוא חפץ להיות מאומץ על ידם. אולם כאן נתקלו קינגסלי והוריו האומנים בקושי, שכן המדינה סירבה לפתוח בהליכים להכריז על גרגורי כעל בר אימוץ ועל ניתוק הקשרים המשפטיים בינו לבין אמו הביולוגית. בעזרת אבי המשפחה פנה גרגורי לעורך דין, וזה הגיש בשמו בקשה לניתוק הקשר המשפטי עם אמו. הערכאה הראשונה שדנה בעניין הכירה בזכות העמידה של גרגורי ושל ילדים ככלל לזום בעצמם הליכים לניתוק הקשרים המשפטיים בינם לבין הוריהם (מה שזיכה את המקרה בכותרות, בשנות התשעים של המאה הקודמת, כמקרה שאפשר לילד "להתגרש" מהוריו). אולם ערכאת הערעור קבעה לבסוף שלגרגורי לא הייתה זכות עמידה לזום את ההליכים, וכי היזמה לנקיטת הליכים משפטיים לניתוק קשר הורי מסורה למדינה באופן בלעדי. בכך, למעשה, נסתם הגולל על יכולתם של ילדים "לצאת" ממערכת היחסים עם הוריהם ללא תלות במדינה. Christina Dugger Sommer, *Notes: Empowering Children: Granting Foster Children the Right to Initiate Parental Rights Termination Proceedings*, 79 CORNELL L. REV. 1200, 1214–20 (1994); Jay C. Laubscher, *A Minor of 'Sufficient Age and Understanding' Should have the Right to Petition for the Termination of the Parental Relationship*, 40 N.Y.L. SCH. L. REV. 565, 580–3 (1996). יצוין, עם זאת, כי אימוצו של גרגורי על ידי משפחתו האומנת אושר גם על ידי ערכאת הערעור, לאחר שזו מצאה כי אמו נטשה אותו למעשה.

28 שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים כיוכל הבא: בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט 'המחשק' מחקרי משפט יז 159, 169–170 (2001). ראו עוד: GLENDON, לעיל ה"ש 16, בעמ' 85–86. כפי שצוין בה"ש 16 לעיל, הרבר שונה בשיטות משפט השייכות למסורת הקונטיננטלית. גלנדון מייחסת את עיסוקו הבלעדי כמעט של המשפט המקובל בפירוקן של מערכות יחסים, בין היתר, לדרך שבה התפתח המשפט המקובל, קרי לצמיחתו מהחלטות שיפוטיות. כיוון שהעיסוק השיפוטי היה ברובו בסכסוכים שהתעוררו עם התערבותן של

אין להתפלא על כך, שכן ככזה המשפט אינו אמור (לפחות לכאורה) למלא תפקיד בחייה של משפחה מתפקדת. יתרה מזו, גם כאשר המשפט מכיל הסדרים הנוגעים למערכות יחסים מתפקדות (כגון חובת מזונות החלה על בעל כלפי אשתו כחלק מחובות הנישואים או חובות ההורים לסיפוק צורכיהם הבסיסיים של ילדים) ההנחה היא שהסדרים אלו לא יופעלו על ידי הצדדים בחיי היום-יום, אלא רק במצבי משבר או עם פירוק היחסים.²⁹ גם אם הנחה זו אינה מתקיימת והצדדים פונים למשפט טרם פירוק היחסים המשפחתיים, אידאולוגיות בדבר אי-התערבות ובדבר פרטיותה של המשפחה ירתיעו את המשפט מלפעול.³⁰

ב. דימויו הנחות, הדל והמשני של המשפט

תפיסת המשפט כממלא תפקיד של ספק רשתות ביטחון והגנה במקרים שבהם מערכות היחסים המשפחתיות מתפרקות או שאינן ממלאות את תפקידן, מכירה אמנם בנחיצותו של המשפט אך מותירה אותנו עם דימוי נחות שלו. ראשית, אין המשפט יכול להבטיח כי באמצעותו יקבלו אינדיבידואלים בדיוק את אותם הדברים שהיה באפשרותם לקבל מתוך רגשות של אהבה. מזון, חינוך, קורת גג, טיפול רפואי, ממון וכדומה הניתנים מתוך דאגה כנה ומתוך אהבה אין דינם כדין אותם צרכים המסופקים מתוך חובה ובעקבות מעורבות משפטית.³¹

מערכות יחסים ולאחר פירוקן, אין זה פלא שהיצירה השיפוטית שהתבססה על פסיקה זו עסקה בפירוק מערכות יחסים. ראו גם: Joanna L. Grossman, *Separated Spouses*, 53 STAN. L. REV. 1613, 1624 (2001) (reviewing HENDRIG HARTOG, *MAN AND WIFE IN AMERICA: A HISTORY* [2000]).

29 ראו דיון בחלק 2 בהלן.

30 הפסיקה הדנה בסוגיה זו היא מועטה, משום שאם מערכות היחסים המשפחתיות קיימות ומתפקדות – ממילא תביעות אשר מוגשות בין בני המשפחה הן נדירות מאוד. דוגמה מפורסמת מן המשפט האמריקני לעניין זה הוא פסק הדין בעניין *Kilgrow v. Kilgrow*, 268 Ala. 475, 107 So. 2d 885 (1959). באותו עניין סירב בית המשפט להתערב במחלוקת בין הורים נשואים שחיו יחדיו כאשר לחינוך בתם ולאופי בית הספר שאליו תירשם. בין ההורים, אשר היו נשואים כעשר שנים, התגלעה מחלוקת חריפה בנוגע לחינוך שאותו תקבל הילדה, וכל אחד מהם פעל לשם רישומה של הילדה לבית ספר אחר. כך, בין היתר, באחד הימים התכוון האב להביא את הבת לבית הספר שאליו רשם אותה ואז לתת לאשתו את המכוננית כדי שתוכל להגיע למקום עבודתה. לשם כך יצאו השלושה יחדיו בבוקר מהבית. כשיצא האב מהרכב כדי לפתוח לילדה את הדלת ליד בית הספר, ניצלה זאת האם כדי לעבור במהירות למושב הנהג ולהימלט עם הרכב ועם הילדה (שם, בעמ' 886–887). עם זאת, בית המשפט סירב הן להכריע בזכויות כל אחד מן ההורים לקבוע את החינוך אשר תקבל הילדה הן לדון בשאלת טובתה של הילדה במצב דברים זה.

31 ARCHARD, לעיל ה"ש 1, בעמ' 120. אין זה מן ההכרח שבהתקיים רגשות של אהבה, של אינטימיות ושל דאגה מקבלים אינדיבידואלים יותר מאשר הם זכאים לו. אם ניקח למשל בעל החב במזונות אשתו, אין זה מן ההכרח שהבעל ייתן לאשתו יותר כספים בהתקיים יחסי אהבה ביניהם, או אף בדיוק את הסך המגיע לה. קיימת אפשרות שבהתקיים יחסים משפחתיים,

לנחיתותו של המשפט כאשר הוא נתפס אך כספק של רשתות ביטחון יש היבטים נוספים. לכאורה, בתפקידו זה המשפט דרוש אך ורק כאשר המשפחה מתפרקת או בלתי-מתפקדת, ולפיכך אין לו כל ערך או תרומה לחייהן של מערכות משפחתיות מתפקדות. אם לשאול דימוי שאוזכר בספרות, הרי ניתן להשוות את המשפט בהקשר זה לתפקידה של תחבושת עבור גוף בריא:³² כל עוד אנו שלמים ובריאים אין אנו זקוקים לתחבושת; אנו מקווים תמיד כי לא נזדקק לה, וכאשר אנו נזקקים לה ונאלצים לחבוש את גופנו איננו סבורים כי מצבנו הוא טוב באותה מידה שהיה בטרם נזקקנו לחבישה. כאשר למשפט, ניתן לטעון שהתפקיד שהוא ממלא עוד נחות מזה של התחבושת, שכן התחבושת מסייעת בריפוי גופנו ובהשבת מצבנו לקדמותו כך שלא נזדקק לה, ואילו המשפט אינו יכול לתקן את מערכות היחסים המשפחתיות.³³ דימויים אחרים שנזכרו בספרות השוו את המשפט לפוליסת ביטוח או לרשת המתוחה מתחת לחבל הלולייני.³⁴

יש שטענו אף כי תחבושות אשר חובשים על גוף בריא אינן יכולות להזיק (ברגיל) וכי פוליסות ביטוח אינן גורמות להתרחשות האירוע הביטוחי, ואילו כללים משפטיים, ובפרט אלו הקובעים זכויות וחובות בין צדדים, יכולים להזיק למערכות היחסים ולהרע להן.³⁵ הרעיון ביסוד טיעון זה הוא כדלקמן: ברגע שאחד הצדדים מציג דרישה מכוח הדין, יש בהתנהגות זו דבר מה "מדבק" העשוי לגרום גם לצדדים האחרים למערכת היחסים לחשוב עליה במונחים משפטיים.³⁶ החשש כאן הוא מ"משפוט" של מערכות יחסים משפחתיות

יקבלו אינדיבידואלים בני המשפחה אף פחות מאשר החלק המגיע להם על פי הדין. אולם כאשר יחסי המשפחה המתקיימים הם תקינים, זכויות וחובות על פי דין אינן תופסות מקום מרכזי בחיי המשפחה. ראו: SANDEL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 33. עדיין, נראה כי אין חולק על כך שמצב שבו בני משפחה מתנהלים מתוך רגשות של אהבה ושל דאגה הוא המצב העדיף מבחינה מוסרית. סוזן מולר אוקין, המבקרת את הפילוסופים הליברלים הדנים ב"צדק" על התעלמותם ממוסד המשפחה, מסכימה אף היא כי לערכים דוגמת חיבה ונדיבות יש ערך מוסרי גבוה יותר (OKIN, לעיל ה"ש 6, בעמ' 28).

32 John Tomasi, *Individual Rights and Community Virtues*, 101 *ETHICS* 521 (1991)

33 השוו: Robert Young, *Dispensing with Moral Rights*, 6(1) *POL. THEORY* 63, 68 (1978). במובן זה אפשר לדמות את המשפט לתרופות הניתנות לשם טיפול במחלה כרונית.

34 ARCHARD, לעיל ה"ש 1, בעמ' 91. גם כאן, התרחשות האירוע הביטוחי או נפילת הלולייני על רשת הביטחון הם הרצויים פחות. עם זאת, דימויים אלו מוצלחים יותר בעיניי שכן לפוליסת ביטוח, כמו גם לרשת מתוחה מתחת לחבל הלולייני, יש ערך ותרומה גם כאשר בסופו של דבר לא נזקקים להם. ראו הדין בחלק 3א להלן.

35 Young, לעיל ה"ש 33, בעמ' 68.

36 השוו SANDEL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 33; ARCHARD, לעיל ה"ש 1, בעמ' 121. כפי שמתאר זאת ארצ'רד: אם אני מתחילה לדאוג לחינוך ילדי, למלבושם, למזונם ולבריאותם מתוך מודעות לחובותיי המשפטיות ואילו בעבר דאגתי לכל אלו מתוך רגשות של אהבה, יש בכך כדי לפגוע במרקם היחסים המשפחתיים. אם אני מפסיקה לפעול מתוך אהבה ופועלת מתוך חובה, הרי לתוך מערכת היחסים המשפחתית מוכנסים ריחוק ואף מידה מסוימת של ניכור. החלפת הערכים המשפחתיים – אינטימיות, דאגה, קבלה ואהבה – בחשיבה משפטית יש בה כדי לערער את מערכת היחסים המשפחתית ואף להביא לפירוקה.

— הסדרת מערכות יחסים בדרכים משפטיות.³⁷ "משפוט" מתאפיין גם בנטייה להגדיר ולפתור מחלוקות ובעיות אישיות באמצעות המשפט, אף אם לא בדרכים משפטיות ממש ובאמצעות מוסדות משפטיים אלא בדרכים "כמו משפטיות".³⁸ "משפוט" של החברה היא תופעה שהצביעו על קיומה כבר בעבר, בייחוד בישראל;³⁹ ואכן, ניתן לטעון כי חשש זה קיים בייחוד כיום, בתרבות שבה המשפט נוטל חלק כה מהותי ושבה שאלות רבות הנוגעות למערכות יחסים משפחתיות מובאות לפתחו של המשפט וזכותו, פעמים רבות, לכותרות בעיתון לצד ניתוח משפטי של המצב.⁴⁰

נראה כי ניתן להשיב לטענה בדבר השפעתו השלילית של המשפט על מערכות יחסים משפחתיות בקלות יחסית. ראשית, טענה זו אינה מבחינה בין עצם קיומם של כללים משפטיים לבין פנייה של הצדדים אליהם. קיומם של כללים משפטיים המסדירים את מערכות היחסים המשפחתיות ואף קובעים זכויות וחובות בין בני משפחה עדיין אין משמעה שהצדדים ינהגו בהסתמך על כללים משפטיים אלו; ודאי שאין משמעה בהכרח כי הצדדים יפנו למשפט ויתבעו את מימוש זכויותיהם. המציאות מלמדת כי כאשר היחסים במשפחה תקינים ומתפקדים הצדדים אינם פונים למשפט. כך, למשל, בדיון הישראלי קיימת חובת מזונות של בעל יהודי כלפי אשתו היהודייה כחלק מחובות הנישואים, וחובה זו פוקעת עם פקיעת הנישואים. סעיף החוק העוסק בערכאה שאליה יכולה אישה לפנות בתביעתה למזונות משתמש במונח "תביעת מזונות" שלא אגב גירושין.⁴¹ אף על פי כן, רובן המכריע של תביעות המזונות מוגשות על ידי נשים כחלק מסכסוך גירושים ולמעשה

37 אריאל רוזן-צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז 689, 701 (1992).

38 ראו למשל שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב "המציאות המשפטית: על שפיטות וגבולות המשפט" מחקרי משפט יב 369, 371 (1995).

39 שם.

40 ראו למשל את הדיון המתנהל בימים אלו בעניין מתן אפשרות למאהבת של אדם נשוי להרות מזרעו באמצעות הפריה מלאכותית (IVF), ללא ידיעת אשתו: אביעד גליקמן "המדינה נגד אישה שרוצה להרות לבן זוגה הנשוי" Ynet 28.1.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3663151,00.html. ראו גם את הדיון המשפטי והתקשורתי המתמשך בהתייחס לתביעות בגין הפרת הבטחת נישואים, למשל בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004); גילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין" המשפט 21, 10 (פברואר 2006); עופר גרוסקופף וסלה חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדרג הפיתוי הגברי" לדגם "שברון הלב", בתוך: משפטים על אהבה 107 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, מסדרת הספרים משפט, חברה ותרבות בעריכת מנחם מאוטנר, תשס"ה); רענן בן צור "בן 78 יסיכר בבית-משפט למה הוא לא מתחתן" Ynet 27.8.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3442450,00.html; רענן בן צור "בית משפט לצעירה: ביטלת את החתונה? שלמי" Ynet 31.8.2005 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3135793,00.html. עוד ראו את ההתייחסות התקשורתית-משפטית להתנהגות הנתפסת כהפרה של החובות ההוריות: בנימין שמואלי "כמה שווים חיי פעוט?" Ynet 3.8.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3432398,00.html.

41 ס' 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.

מיועדות לשפר את עמדתן בהליך הפירוד.⁴² פנייה למשפט נתפסת כבלתי מתיישבת עם הערכים המשפחתיים ולפיכך לא תיעשה כל עוד קיימת מערכת יחסים תקינה ומתפקדת בין בני המשפחה. אם הם אינם מופעלים על ידי הצדדים, קשה לראות כיצד עשויים הכללים המשפטיים לפגוע במערכות היחסים המשפחתיות.⁴³

חשוב מכך, אף אם רשתות הגנה משפטיות מאפשרות את עזיבתם של יחסי משפחה ואת פירוקם, אין זה דבר רע בהכרח. במערכות יחסים משפחתיות רבות, היכולת להתנתק מהן ולעזוב אותן היא יכולת חשובה שיש לשמר.⁴⁴ מצב שבו אישה אינה יכולה לעזוב מערכת יחסים בלתי מתפקדת, מאמלת ואף אלימה בשל העדרה של רשת ביטחון כלכלית ומסגרת נישואים הנשמרת במצב כזה אינם רצויים. נוסף לכך, כפי שיודגם ביתר פירוט בחלקו השלישי של המאמר,⁴⁵ לא ניתן לומר במקרים אלו שמערכת היחסים המשפחתית מתפקדת. במובן זה, לא רשתות ההגנה המשפטיות הן שגורמות לפירוק מערכת היחסים

42 דוגמה בולטת לשימוש שעושות נשים בזכות למזונות במסגרת סכסוך הגירושים אפשר למצוא בתביעות נשים למדור (שהוא חלק מזכות האישה למזונות), במיוחד כשהאישה טוענת לזכות להמשיך ולהתגורר בדירת המגורים של בני הזוג בשל רצונה ב"שלום בית". המטרה העיקרית של תביעה כזו היא למנוע את פירוק השיתוף בדירת המגורים כדי שלא לתת לבן הזוג את החלק המגיע לו ממכירה זו. ראו למשל: בג"ץ 304/04 יאיר נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד ס(2) 99 (2005); בג"ץ 207/04 גולדמברג נ' גולדמברג, פ"ד ס(3) 147 (2005). דוגמה נוספת לכך ניתן למצוא בחובת המזונות החלה על הורים חורגים כלפי ילדיהם של בני זוגם. החובה חלה על בן הזוג של ההורה כל עוד הוא נשוי לו; עם פירוק היחסים הזוגיים בגירושים, חובת המזונות המוטלת על בן הזוג (לשעבר) של ההורה אינה ממשיכה להתקיים (ס' 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות)). פסקי הדין אשר דנו בחובת המזונות של הורים חורגים עסקו במצב של פרידת ההורה מבן הזוג. ראו: ע"א 132/62 יחמילוב נ' מרמור, פ"ד טז 1520 (1962); ע"א 386/78 רבני נ' רבני, פ"ד לג(3) 591 (1979). באותו עניין קשר הנישואים הפורמלי טרם נותק, על אף הסכסוך והפרידה בין ההורה לבן זוגו; לו היה קשר הנישואים מסתיים, לא היה בן הזוג חב במזונות על פי חוק.

43 בהקשר המשפחתי עלתה טענה כי להגנות משפטיות עלולה להיות השפעה שלילית על מערכות יחסים ותרומה לפירוקן מעצם קיומן, גם כאשר אין הן מופעלות על ידי הצדדים. כך, למשל, הגישה העוינת כלפי הסכמי קדם-נישואים נבעה מתפיסתם כמעודדי גירושים. ראו למשל: Janet L. Dolgin, *The "Intent" of Reproduction: Reproductive Technologies and The Parent-Child Bond*, 26 CONN. L. REV. 1261, 1268 (1994); Peter Severeid, *Increase In Value of Separate Property in Pennsylvania: A Change in What Women Want?* 68 TEMP. L. REV. 557, 596 (1995).

44 ראו למשל: Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75, 86-8 (2004). במובן זה ניתן להסתכל על כללים המאפשרים "יציאה" מקשרים משפחתיים כסוג של רשת הגנה.

45 ראו הדיון בחלק ג2 להלן על אודות עניין *McGuire*, לעיל ה"ש 3.

אף אם הן מאפשרות אותו.⁴⁶ ואכן טענות מעין אלו אינן מבוססות על נתונים תומכים, ואין ראיות לתרומתן של רשתות הגנה משפטיות להתערערותן של מערכות יחסים ולפירוקן.⁴⁷ גם לאחר שהשכנו לטענה בדבר תרומה אפשרית של רשתות ההגנה המשפטיות לפירוקן של מערכות יחסים, עדיין עלינו להתמודד עם תפיסת המשפט כנחות. אם צדדים למערכת יחסים פונים למשפט יש בכך כדי להעיד כי לא מתקיימים ביניהם רגשות של חיבה ושל דאגה, וזוהי התרחשות הנחשבת כרצויה פחות. ואולם, האם תפקיד המשפט מתמצה במתן רשת ביטחון או פוליסת ביטוח למקרה שמערכת היחסים המשפחתית עולה על שרטון? נראה לי כי התמקדות בלעדית בפועלו התרופתי של המשפט במצבים שבהם פונים הצדדים למשפט ולכללים המשפטיים כדי להסדיר את מערכות היחסים המשפחתיות ביניהם לאחר התערערותן היא שגויה. תפיסת המשפט כאמצעי לפתרון בעיות וסכסוכים המגדיר סטנדרט מינימלי של התנהגות רצויה ותו לא היא גישה צרה, המחמיצה פן חשוב בפועלו של המשפט. בהמשך המאמר אבקש להציג תפיסה רחבה יותר של המשפט ככלל ושל תרומתו למוסד המשפחה וליחסים המשפחתיים בפרט. אולם בטרם אפנה לדיון זה, ברצוני להציג ביקורת נוספת על הגישה לפיה למשפט תפקיד רק במצבי משבר בחייה של המשפחה. ביקורת זו קוראת תיגר על עצם הרעיון לפיו ניתן לייחד את מעורבות המשפט למקרים שבהם המשפחה אינה מתפקדת וחושפת את מעורבותו של המשפט בהגדרת יחסי משפחה ובהגדרת תפקוד ראוי של משפחה. דיון זה פותח פתח להבנה מעמיקה יותר של מקום המשפט ביחס למוסד המשפחה.

ג. אי-התערבות?

הגישה לפיה על המשפט למשוך ידו ממעורבות ביחסים משפחתיים ולהגביל את מעורבותו ביחסים אלו למצבי משבר, מניחה כי "אי-התערבות" של המשפט במשפחה היא אפשרית. ואולם בעקבות פרנסס אולסן, אשר קראה תיגר על האפשרות להעדר מעורבות של המשפט במשפחה, נחשפו הרבדים הרבים של ההכרעות המשפטיות המובילים להחלטה "שלא להתערב".⁴⁸ ראשית, גם יצירת ספירה מבודדת מחוץ לתחום השגתו של המשפט מצריכה פעולה משפטית של הגדרת אותה ספירה. כך, למשל, האם אותה משפחה שבענייניה אין להתערב משמעה דווקא זוג נשוי עם ילדים? מה לגבי מערכות יחסים בין אחים או מערכות יחסים בין בני דודים? האם סבא וסבתא המבקשים לשמור על קשר עם נכדיהם מבקשים התערבות של המשפט במשפחה? האם אם ביולוגית המבקשת לשמור על קשר עם ילדה

46 הטיעון בהקשר זה דומה לטיעונים שנשמעו בעקבות מהפכת הגירושים והמעבר ל"גירושין ללא אשם". גם אז, בין הטענות שנשמעו הושמעה הטענה לפיה המעבר ל"גירושין ללא אשם" הוביל לעלייה במקרי הגירושים. ראו למשל: שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671, 703–707 (2005).

47 השווא: ARCHARD, לעיל ה"ש 1, בעמ' 91; 89, Michael J. Meyer, *Rights between Friends*, J. OF PHIL. 467, 472 (1992).

48 Olsen, לעיל ה"ש 16.

שנמסר לאימוץ מתערבת במשפחה המאמצת? ומה לגבי אב המבקש לשמור על קשר עם ילדיו? האם אף הוא מתערב בתא המשפחתי של האם המשמורנית עם ילדיה?⁴⁹ יתרה מזו, המשפט מגדיר גם מהו תפקוד נאות של משפחה ומתי המשפחה "אינה מתפקדת" כך שהתערבותו היא ראויה. פסק הדין בעניין *McGuire*,⁵⁰ פסק דין מפורסם מן המשפט האמריקני, ממחיש זאת היטב. בפסק הדין נדון עניינם של גבר כבן שמונים ושל אישה בשנות השישים המאוחרות לחייה, אשר היו נשואים למעלה משלושים שנה ללא ילדים משותפים. לבעל הייתה שליטה על רובם המכריע של הנכסים ושל הכספים, אשר גם היו רשומים על שמו,⁵¹ ומדובר היה ברכוש רב למדי. אף על פי כן, בבית לא היו מים זורמים והאישה נאלצה לשאוב מים מהבאר; לא היו שירותים או מקלחת בתוך הבית או מערכת חימום מרכזית. נוסף לכך, במשך ארבע שנים הבעל לא נתן לאישה כסף לרכוש בגדים חדשים כלל; בית המשפט ציין שארבע שנים קודם להגשת התביעה על ידי האישה נתן לה הבעל כסף לרכישת מעיל. מובן שמותרות ובילויים לא עלו על הדעת כלל, ובהקשר זה הזכיר בית המשפט יציאה משותפת של בני הזוג לסרט שתיים-עשרה שנים קודם להגשת התביעה. עם זאת, מצא בית המשפט לנכון לציין כי האישה ידעה על חסכותו יוצאת הדופן של הבעל טרם הנישואים.

האישה פנתה לבית המשפט לא כדי לתבוע פירוד או גירושים, אלא כדי לאכוף את חובת המזונות (התמיכה הכלכלית) אשר הוטלה על בעלה מכוח הדין. במסגרת חובה זו היא ביקשה לחייבו להתקין בבית מערכת חימום ראויה וצנרת, ולמסור לידה סכום כסף אשר יאפשר לה לרכוש בגדים ולבקר את שתי בנותיה מנישואים קודמים. על אף יכולתו הכלכלית של הבעל, חובתו מכוח הדין לתמוך כלכלית באשתו וביקורתו של בית המשפט על התנהגותו של הבעל ועל חסכותו, סירב בית המשפט לפסוק לטובתה של האישה מזונות כל עוד בחרה להישאר עם בעלה. בהתאם לגישת איההתערבות קבע בית המשפט כי רק מרגע שבני הזוג נפרדים ומערכת היחסים הזוגית מתפרקת יכול המשפט להיכנס לפעולה:

[I]t is clear [...] that to maintain an action such as the one at bar, the parties must be separated or living apart from each other. The living standards of a family are a matter of concern to the household, and not for the courts to determine, even though the husband's attitude toward his wife, according to his wealth and circumstances, leaves little to be said in his behalf. As long as the home is maintained and the parties are living as husband and wife it may be said that

49 מאמר קודם שלי עסק בהשלכותיו של הסיווג המשפטי של מערכת יחסים כ"משפחה", בשלילת ההכרה ממנה כמשפחה או בראייתה כמשפחה "חסרה". ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 10.

50 ראו עניין *McGuire*, לעיל ה"ש 3.

51 דיני הרכוש שחלו על בני הזוג בעניין *McGuire* לא הכירו בבעלות משותפת של האישה ושל הבעל על הרכוש שנצבר במהלך החיים הזוגיים מכוח היחסים הזוגיים. על פי אותם דיני רכוש, רכוש שהיה רשום על שמו של הבעל היה בבעלותו הבלעדית.

the husband is legally supporting his wife and the purpose of the marriage relation is being carried out. Public policy requires such a holding.⁵²

מתיאור העובדות בעניין *McGuire* על ידי בית המשפט עולה תמונה של משטר אימה, אשר כלל אלימות (אף אם לא פיזית אלא כלכלית) וניצול של פערי הכוחות בתוך המשפחה מצד הבעל. אמנם, מבחינה פורמלית היו בני הזוג נשואים, אך חיי הנישואים שלהם היו רחוקים מאידאל האהבה והדאגה המזוהה עם היחסים המשפחתיים. אולם בעיני בית המשפט מדובר היה במשפחה מתפקדת שאין מקום להתערב ביחסים שבין חבריה. אם כן, הקביעה אם מדובר במשפחה מתפקדת או כזו שאינה מתפקדת היא הכרעה שיפוטית.⁵³

עניין *McGuire* ממחיש ביקורת נוספת שאותה השמיעה אולסן, והיא הביקורת על חוסר הקוהרנטיות של גישת אי-ההתערבות. כפי שהבהירה אולסן, גם החלטה משפטית "שלא להתערב" משפיעה על היחסים המשפחתיים ומעצבת אותם.⁵⁴ במיוחד נטען כי גישת "אי-ההתערבות" במשפחה שימשה בעיקר ככלי לשימור כוחם של גברים כפטריארכים של המשפחה ופגעה באינטרסים ובזכויות של נשים ושל ילדים.⁵⁵ עניין *McGuire* אכן משמש כדוגמה מובהקת לביסוס טענה זו. סירובו של המשפט להיחלץ להגנת האישה באותו עניין הותיר אותה למעשה כפופה למשטר העריצות של בעלה. בהקשר זה ראוי עוד לציין במאמר מוסגר כי בניגוד למשתמע מדברי בית המשפט, יכולתה של הגברת מקגווייר לעזוב את בעלה הייתה מוטלת בספק רב; תביעתה הוגשה קודם למהפכת ה"גירושין ללא

52 עניין *McGuire*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 342.

53 אכן לעתים, כדי להצדיק את התערבותו, קובע המשפט כי המשפחה אינה מתפקדת. כך, למשל, נעשה בהחלטות הנוגעות לשלילת מעמד הורי ולמתן אפשרות לאמץ ילדים. לא רק המשפט מגדיר מהו "תפקוד תקין" של משפחה אלא גם גופי מדינה וגופים חברתיים, ופעמים רבות מעורבים בכך גם גופי ידע כדוגמת מערך העבודה הסוציאלי, הפסיכולוגיה ואף הרפואה. ראו למשל: מילי מאסס ועדי אופיר "דאגה השגחה והפקרה: על אימוץ כפוי וסגור" עיוני משפט כט(2) 257, 282–288 (2006).

54 Olsen, לעיל ה"ש 16.

55 שם. ראו גם דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 203–204 (1996). בהקשר זה יש להזכיר גם את עקרון "פרטיות המשפחה" שהוא במידה רבה אחיה של גישת "אי-ההתערבות" (לעניין זה ראו למשל את ברשק ופוגין, לעיל ה"ש 8). ההבדל ביניהם הוא שעקרון פרטיות המשפחה מכיר במעורבות המשפט ביצירת אותה ספֶרה פרטית. דהיינו, גישת "אי-ההתערבות" מתייחסת למשפחה כקיימת וכמתנהלת במנותק מהמשפט, ואילו עקרון "פרטיות המשפחה" מכיר בחשיבות המשפט בהבטחת אותה "פרטיות" למשפחה ולא מניח כי היא קיימת מעצמה. במילים אחרות: עקרון פרטיות המשפחה לא מתכחש ל"התערבות" של המשפט, אלא שאותה התערבות צריכה להיות מכוונת ליצירתה של הספֶרה המשפחתית ולשמירתה כספֶרה פרטית. מובן שעקרון פרטיות המשפחה נחשף לאותן ביקורות כגישת "אי-ההתערבות", ובפרט לטענה כי הוא מוביל הנצחתם של יחסים פטריארכליים ולהנצחת כפיפותם ונחיתותם של נשים ושל ילדים. ראו למשל: Barbara Bennett Woodhouse, *The Dark Side of Family Privacy*, 67 GEO. WASH. L. REV. 1247 (1999).

אשם" ובנברסקה של אותה עת קשה היה להשיג פסק דין של גירושים.⁵⁶ יתרה מזו, עזיבתה של הגברת מקגווייר עשויה הייתה להקנות למר מקגווייר עילת גירושים נגדה ואף לשמש בסיס לשלילת זכותה לתמיכה כלכלית ממנו.⁵⁷ נוסף על כך, כפי שכבר צוין, לפי דיני הרכוש של אותה עת נקבעה הבעלות ברכוש בהסתמך על הרישום, כך שרכוש שהיה רשום על שם הבעל נתפס כשייך לו ולו בלבד.

לפיכך, מתוך הבנה כי העדר התערבות של המשפט היא בלתי אפשרית וכי כלל לא ניתן לדבר על ניתוק מוחלט של המשפחה מעולם המשפט, אבקש לחרוג מגבולותיה של שאלת התערבותו המועילה או המזיקה של המשפט במשפחה. במקום לדון בשאלה האם להתערב, שאלה שבמוכנים רבים אינה קוהרנטית, כלשונה של אולסן, בכוונתי לבחון את מגוון התפקידים שהמשפט ממלא ויכול למלא ביחס למשפחה.

3. משפחה ומשפט: תפיסה חדשה

א. רשתות הגנה ככללי רקע

כדיון על המשפט כפועל רק במצבי משבר בחיי המשפחה ציינתי כי תפיסה המתמקדת בפועלו התרופתי של המשפט רק לאחר התערעות היחסים היא תפיסה צרה, הרואה במשפט כלי לפתרון סכסוכים בלבד. תפיסה רחבה יותר של המשפט מכירה בפועלו גם אם הוא אינו משמש כלי להכרעה, אלא פועל ברקע מערכות יחסים. כללי רקע, כשמים כן הם, פועלים ברקע של מערכות יחסים ובעצם קיומם עשויים להשפיע על מערכות יחסים משפחתיות, לעצב אותן ולתרום להן. התמקדות במשפט במלאו תפקיד של ספק כללי רקע למערכות יחסים משפחתיות מבהירה את הרלוונטיות ואת החשיבות שברשתות הגנה משפטיות למערכות יחסים מתפקדות, ואף לאלו המקיימות אידאליים של תמיכה, הענקה ללא ציפייה לתמורה, שיתוף והסתמכות.

56 "מהפכת הגירושין" הוא מונח שטבעה לינור וייצמן לתיאור המעבר מדיני גירושין המבוססים על אשם לדיני גירושין שאינם מבססים על אשם: LENORE WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION: THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONCLUSION FOR WOMEN IN AMERICA (1985). דיני הגירושין שהתבססו על אשם ראו בגירושים סעד משפטי המוקנה לצד "תמים" כנגד צד "אָשָׁם". לשם קבלת הסעד היה על הצד ה"תמים" להוכיח את קיומה של עילה לגירושים המבוססת על אָשָׁם של הצד האחר. אותו "אָשָׁם" שנדרש היה להוכיח נבע לרוב מהפרה של חובה מחובות הנישואים כפי שהוגדרו על ידי המדינה. לעומת זאת, עם המעבר לדיני גירושין שלא התבססו על אָשָׁם, אפשר היה לקבל פסק דין של גירושים גם כנגד צד "תם" (ואף אם במבקש הגירושים עצמו דבק "אָשָׁם"). עילות הגירושים בשיטת משפט שבה דיני הגירושין אינם מבוססים על אָשָׁם הן עילות אובייקטיביות, כגון התערעות ללא תקנה של קשר הנישואים, פרידה בפועל בין בני הזוג וכדומה. ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 683-678. בעמ' 683-678.

57 ראו: Marsha Garrison, *Toward a Contractarian Account of Family Governance*, 1998 UTAH L. REV. 241, 250; Janet L. Dolgin, *Choice, Tradition, and the New Genetics: The Fragmentation of the Ideology of Family*, 32 CONN. L. REV. 523, 559 n. 208 (2000).

טבען של מערכות יחסים משפחתיות – ובפרט אלו הממשות את אידאל המשפחה – שצדדים להם אינם דואגים להבטיח את האינטרסים האישיים הצרים שלהם.⁵⁸ כפי שכבר צוין, מערכות יחסים משפחתיות מתאפיינות, בדרך כלל, בכך שהצדדים אינם פועלים מתוך שיקולים של זכויות, של צדק ושל חישובים קטנוניים. במובן זה צדדים למערכות יחסים משנים לעתים את מצבם לרעה והופכים לפגיעים. הידיעה על קיומה של הגנה משפטית יכולה להקל על חברי המשפחה להאמין זה בזה ולסמוך זה על זה. אם הכללים המשפטיים מספקים הגנה ראויה לצדדים, הרי הם מקלים עליהם לבנות מערכות יחסים המבוססות על אמון ועל הסתמכות מבלי להסתכן במצב שבו אמונם ינוצל לרעה.

דימוי רשת הביטחון מתחת לחבל שעליו מהלך הלולייני משמש כהמחשה טובה לתפקידם של הכללים המשפטיים. הלולייני אינו מעוניין ליפול מן החבל וגם אנו כצופים איננו מעוניינים בכך – תרחיש של נפילת הלולייני איננו תרחיש רצוי, אף אם נפילתו תיבלם ברשת הביטחון (מובן כי נפילה ללא רשת ביטחון רצויה עוד פחות). עם זאת, עצם קיומה של רשת ביטחון מקל על הלולייני לעלות על חבל הלוליינות ולבצע תרגילים מסוכנים. יש שיירתעו מהשוואת הסיכון שבכניסה למערכות יחסים אינטימיות ומשפחתיות ובהחלטות באשר להתנהלות ולהתנהגות במסגרת מערכות יחסים כאלו לסיכון שבעלייה על חבל לוליינות (ואולי אף מעצם השימוש במונח "סיכון" בהקשר זה). אולם אין להתכחש לכך שמערכות יחסים משפחתיות הופכות אותנו לפגיעים יותר, בין היתר משום שמצופה מאיתנו שלא לשמור על האינטרסים הפרטיים שלנו.

אם כן, בבואנו לבחון דין קיים או רצוי עלינו לבחון אותו לא רק כאמצעי להכרעה בסכסוך משפחתי, אלא גם, ואולי אף בעיקר, לבחון כיצד הוא פועל ברקע מערכות יחסים קיימות. ניקח כדוגמה את פסיקת בית המשפט העליון לפיה נכסי הקריירה של אדם, ובכללם כושר השתכרותו והמוניטין המקצועי-אישי שלו, הם נכסים כרי חלוקה בגירושים.⁵⁹ ניתן לבחון פסיקה זו מנקודת מבט שלאחר סכסוך משפחתי – השפעתה על יכולתם של כל אחד מבני הזוג לצאת מקשר הנישואים, לבנות חיים חדשים וכדומה.⁶⁰ אולם ראוי לבחון פסיקה כזו גם בהיבט של השפעתה על הנישואים ועל העומדים לבוא בברית הנישואים.

58 ברור שבמובנים רבים, האינטרס המשפחתי הוא גם אינטרס אישי של כל אחד מהצדדים. עם זאת, נראה כי ניתן להבחין בין האינטרס האינדיבידואלי הצר (ויש שיכנהו ה"אטומיסטי") לבין האינטרס האינדיבידואלי במערכת היחסים. ראו למשל: Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Revisioning the Family: Relational Rights and Responsibilities*, in RECONSTRUCTING POLITICAL THEORY 84 (Mary Lyndon Shanley & Uma Narayan eds., 1997). טענה זו דומה לטענה לפיה גם אם אנו פועלים למען אחר, פעולה זו משרתת את האינטרס שלנו ולכן היא פעולה אגואיסטית – פרשנות המעוותת את המונח "אגואיזם" במובנו היומיומי. טענה לפיה מישהי הפועלת לקידום טובת בן זוגה, טובת ילדיה או טובת התא המשפחתי כולו תחת קידום האינטרס הצר שלה עדיין פועלת לקידום טובתה שלה, מרוקנת מתוכן את משמעות הפעולה למען עצמנו (משמעות המונח "אגואיזם"). השוו: Kurt Baier, *Egoism*, in A COMPANION TO ETHICS 197, 198 (Peter Singer ed., 1991).

59 בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלוני, תק-על 3215 (3)2007.

60 ראו למשל: Frantz and Dagan, לעיל ה"ש 44, בעמ' 110; תמ"ש (ת"א) 70030/98 פלוני נ' פלוני, תק-מש 1(2000), 334, פס' 10 לפסק דינו של השופט שוחט (2000).

כך, הכרה בנכסי הקריירה של אחד מבני הזוג כנכסים משותפים שמהם זכאים שני בני הזוג ליהנות גם לאחר פירוד, מקלה על אחד הצדדים להסכים לויתורים במטרה להשקיע במשפחה או בקידום הקריירה של האחר (למשל, כאשר זו מצריכה שהיה מחוץ לארץ); היא מאפשרת לחברי המשפחה להתייחס לטובת המשפחה כיחידה ולא לטובתו האישית של כל אחד מהם.⁶¹

חשוב להדגיש כי איני מתכוונת לטעון שהמשפט הוא הגורם היחיד, או המכריע, בבחירותיהם של אנשים בנוגע למערכות היחסים המשפחתיות שלהם.⁶² בהקשר המשפחתי במיוחד, אנשים פועלים מתוך מגוון של מניעים ויש להניח (או לפחות לקוות) כי מניעים רגשיים הם הגורם העיקרי לבחירה בדרך פעולה כזו או אחרת. כך, נשים יסיפו להינשא (ואף להינשא כדת משה וישראל) גם אם דיני הגירושין בישראל ימשיכו להיות בלתי שוויוניים וכאלו המעמידים נשים בעמדה נחותה ורעה.⁶³ גם אם דיני הרכוש יותירו נשים שוויתרו על קריירה במצב כלכלי רע לאחר גירושים, נשים יסיפו להפחית משעות עבודתן מחוץ לבית לטובת גידול הילדים וטיפוח המשפחה.⁶⁴ הורים ישקיעו בעתיד ילדיהם, בהשכלה ואף בחסכוניות תחת דאגה לעתידם שלהם, אף בהעדר מערך דינים אשר יבטיח כי ילדיהם ידאגו להם אם יתעורר הצורך לעת זקנה. על אף כל האמור, אין כל ספק כי קיומן של רשתות הגנה משפטיות ראויות יקלו על הצדדים לבנות מערכות יחסים המבוססות על הסתמכות ואמון, ולהתנהג באופן אשר עשוי להותיר אותם חשופים ופגיעים.

ב. המשפט כמעניק משמעות להתנהגות המשפחתית

אם תופסים את רשתות ההגנה המשפטיות כקובעות סטנדרט מינימלי של התנהגות בין בני משפחה, אזי סטנדרט זה יוצק משמעות להתנהגות העולה על אותו סטנדרט – התנהגות אלטרואיסטית של נתינה ושל דאגה נטולות אינטרס, של סלחנות ושל נדיבות.⁶⁵ אבהיר את דבריי. ניקח לדוגמה גבר המעוניין להעניק מתנה לאשתו – להעביר על שמה

61 יש להודות כי הניתוח בטקסט הוא פשטני במידת מה ונועד רק לשם ההדגמה. גם מנקודת המבט של יחסים משפחתיים קיימים, ויתור על קריירה (בייחוד כשזה נעשה דרך כלל על ידי האישה) אינו דבר חיובי בהכרח. ייתכן שראוי כי שני הצדדים יותרו מעט על הקריירה וישקיעו יחדיו במשפחה. איני מתיימרת לערוך כאן דיון ממצה בנושא, אלא רק להדגים את סוג ההשפעות של המשפט שעלינו לבחון.

62 כפי שיידון ביתר פירוט להלן, קיים גם ספק עד כמה הציבור הרחב מודע לפרטי ההסדרים המשפחתיים ועד כמה הם מעניקים לו הגנה, אם בכלל (ראו בחלק 3 להלן).

63 ניתן כמובן לומר שיש לכך תפקיד במעבר ההולך וגדל לנישואים אזרחיים או לחיי זוגיות ללא נישואים. ראו למשל את הנתונים המופיעים באתר האינטרנט של ארגון "משפחה חדשה" נתונים-מידע-וסטטיסטיקות www.newfamily.org.il/cat/14-%20

64 "דפוס התעסוקה של נשים: השפעות ארוכות-טווח על שכן" סוציולוגיה ישראלית א 239 (1999).

65 השו: JOEL FINEBERG, *A Postscript to the Nature and Value of Rights, in RIGHTS, JUSTICE*, (1980) 156; TOMASI; AND THE BOUNDS OF LIBERTY: ESSAYS IN SOCIAL PHILOSOPHY 156 (1980) לעיל ה"ש 32, בעמ' 524–525.

מחצית מן הזכויות בדירה שרכש טרם נישואיהם. כלל משפטי הקובע כי לבעל זכויות קנייניות בלעדיות בנכס⁶⁶ הוא היוצר את ההבנה כי הפעולה שנעשית היא של נתינת מתנה, כיוון שמתנה מקבלת את משמעותה על רקע כלל הקובע העדר חובה לתת והעדר זכות לקבל. באופן דומה, התנהגות הורית העונה לאידאל ההורי של מסירות (ואף של הקרבת האינטרסים האישיים), של נתינה אין-סופית וכדומה מקבלת משמעות על רקע הכללים המשפטיים הקובעים במה מחויבים הורים. באופן דומה ניתנים המשמעות והערך להתנהגותם של הורים המסייעים כלכלית לילדיהם הבגירים ותומכים בנכדיהם גם בהעדר חובה חוקית לעשות כן.

לכאורה, בהתאם להגיון המוצע כאן ניתן לומר כי בהעדר כל חובות משפטיות (חובות הורים כלפי ילדיהם וחובות בין בני זוג), כל התנהגות בין בני משפחה הייתה מובנת כהתנהגות "מעל ומעבר"; אך מובן שלאמור כאן ישנן מגבלות. לפיכך, תפקידו זה של המשפט הוא משני בחשיבותו לתפקידו המגן של המשפט, שהוא תפקידו הראשוני והחשוב ביותר. על המשפט להעניק רשתות הגנה אשר יבטיחו ביטחון מינימלי לבני משפחה בהעדר תפקוד של מרקם היחסים המשפחתי או בהתפרקו. אולם, מעצם טיבן קובעות רשתות הגנה אלו סטנדרט מינימלי בלבד של התנהגות, אשר תורם למתן משמעות וערך לאותה התנהגות משפחתית מצופה העולה עליו. דברים אלו קשורים לתפקידו ההצהרתי והיצירתי-מחנך של המשפט, שידון בחלק ג להלן. בדיון בתפקידו זה של המשפט אתייחס גם לעניין שנדון כאן בדרך אגב – מודעות הצדדים לכללים המשפטיים.⁶⁷

ג. תפקידו המחנך וההצהרתי של המשפט

פועלו של המשפט ברקע מערכות יחסים משפחתיות אינו מתמצה רק במתן רשתות הגנה; לכללי הרקע המשפטיים תפקיד מחנך והצהרתי. אכן, בכתובה המשפטית בעשורים האחרונים ננטשה הגישה לפיה המשפט הוא לא יותר מאשר אמצעי לפתרון בעיות וסכסוכים המגדיר סטנדרט מינימלי של התנהגות רצויה.⁶⁸ גישה זו הוחלפה בגישה השמה את הדגש בתפקידו של המשפט ביצירה ובעיצוב של עצמנו, של ערכינו ושל העדפותינו ככלל, ובמערכות היחסים שלנו עם אחרים בפרט.⁶⁹ למעשה, גישה זו מקפלת בחובה שתי תפיסות נפרדות אך קשורות באשר לתפקידו של המשפט. הראשונה תוצאתית יותר

66 ובלבד שאין מדובר בנישואים ארוכי טווח. ראו למשל: ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, פ"ד מז(5) 596 (1993); ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685 (1994).

67 כאמור לעיל, כרי שאבין שבעלי נותן לי מתנה עליו גם לדעת שלא מוטלת עליו חובה לתת לי מחצית מן הזכויות בדירה.

68 גישה זו של המשפט כמגדיר סטנדרט מינימלי של התנהגות מקובלת משתקפת בתיאורו של הולמס את המשפט, לפיו יש לבחון את המשפט מנקודת מבטו של "האיש הרע": Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 459 (1897) reprinted in 110 HARV. L. REV. 991, 993 (1997).

69 ראו למשל: Katharine T. Bartlett, *Re-Expressing Parenthood*, 98 YALE L. J. 293, 293-4 (1989); Carol Weisbrod, *On the Expressive Functions of Family Law*, 22 U. C. DAVIS L. REV. 991 (1989); MARY ANN GLENDON, *ABORTION AND DIVORCE IN WESTERN LAW: AMERICAN FAILURES, EUROPEAN CHALLENGES* 8 (1987).

במהותה ומתמקדת בהשפעה שיש למשפט וכיכולתו לחנך;⁷⁰ השנייה מתמקדת במסרים הערכיים הטמונים במשפט מבלי להתחשב בהשפעתם על אנשים בפועל.⁷¹ על פי גישות אלו יכולים הכללים המשפטיים להעביר מסר, ועל פי הגישה הראשונה אף להטמיע ערכים ראויים בהקשר המשפחתי – שיתוף, שוויון, כבוד, מחויבות הדדית או סולידריות. גם כאן, חשיבותם והשפעתם של הכללים המשפטיים חורגת מגבולות המקרים הקונקרטיים שבהם הם מופעלים. אם ניקח לדוגמה את האיסור המוטל על בעל לאנוס את אשתו,⁷² הרי קביעת איסור כזה מעבירה מסר בדבר האישיות הנפרדת של בני הזוג,⁷³ חובת הכבוד ההדדית ותפיסת יחסי האישות בין בני זוג נשואים כביטוי לקשר האינטימי בין בני הזוג ולא כחובה מחובות הנישואים.⁷⁴ לפיכך, קיומו של האיסור מעצב ומגדיר את תפיסת הזוגיות והנישואים הן עבור בני הזוג עצמם הן עבור החברה בכללותה. בדומה, האיסור על הורים להעניש את ילדיהם בענישה גופנית בפרט⁷⁵ והשיח על אודות זכויות הילד אל מול הוריו בכלל, עיצבו והגדירו מחדש את האופן שבו נתפסים יחסי הורים וילדים. לעתים, כמו בדוגמאות שצינתי לעיל, מועבר המסר ישירות על ידי המשפט, אך לעתים המסר הוא סמוי ומועבר בדרכים עקיפות.

תפקידו ההצהרתי והמחנך של המשפט ככזה הוא תפקיד ריק מתוכן נורמטיבי עצמאי.⁷⁶ לפחות מן הבחינה העקרונית, ניתן לצקת לנורמות המשפטיות מגוון רחב של ערכים ותכנים נורמטיביים שאותם הן יבטאו. לפיכך, גם אם מבחינה היסטורית נוצל המשפט כדי להעביר מסרים שכיום נתפסים כבלתי ראויים, עדיין אין זו סיבה להסתכל על ההיבטים

Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2026–70 (1996).

Lewis A. Kornhauser, *No Best Answer?* 146 U. PA. L. REV. 1598, 1635 (1998); Carl E. Schneider, *Marriage, Morals, and the Law: No-Fault Divorce and Moral Discourse*, 1994(2) UTAH L. REV. 503, 567–8.

ראו ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 281 (1980). בעניין זה נדחתה עמדת המשפט המקובל האנגלי לפיה לא ניתן להאשים בעל באינוס אשתו. העמדה שהובעה בעניין כהן עוגנה בשנת 1988 בחקיקה – ראו חוק העונשין (תיקון מס' 22), ס"ח התשמ"ח 62.

תפיסת המשפט המקובל לפיה לא ניתן להאשים בעל באינוס אשתו הייתה קשורה גם לדוקטרינת הכסות (coverture), לפיה אישיותה המשפטית של האישה מתמזגת עם זו של בעלה. ראו: Jill Elaine Hasday, *Contest and Consent: A Legal History of Marital Rape*, 88 CAL. L. REV. 1373, 1400 (2000).

Elizabeth Kiss, *Alchemy or Fool's Gold? Assessing Feminist Doubts About Rights*, in RECONSTRUCTING POLITICAL THEORY: FEMINIST PERSPECTIVES 1, 6 (Mary Lyndon Shanley & Uma Narayan eds., 1997).

ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000). סקרים שונים אשר נערכו לאחר שניתן פסק דינה של השופטת ביניש מראים את ההשפעה שהייתה לו על עמדות הציבור ביחס להורים המטילים ענישה גופנית על ילדיהם. ראו: Benjamin Shmueli, *Who's Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable*, 118 Model, 26 PENN. ST. INT'L L. REV. 57, 99 (2007) שם.

Schneider, לעיל ה"ש 24, בעמ' 500.

ההצהרתיים והמחנכים של המשפט כשליליים במהותם.⁷⁷ אכן, היסטוריית המסרים הנוגעים למשפחה (ואין מדובר בהיסטוריה רחוקה) היא היסטוריה מפותקת למדי של עיגון עקרונות וערכים פטריארכליים⁷⁸ ושל התייחסות לילדים כקניין של הוריהם.⁷⁹ ברמה הגלויה, מסרים אלו שייכים לעבר ואילו כיום ערך השוויון בין המינים מקודם לכאורה וילדים נמצאים כביכול במרכז השיח המשפחתי הנוגע להם. אולם רבים עדיין מפקפקים במסרים של המשפט בהקשרים אלו. דוקטרינות שונות החולשות על יחסי הורים-ילדים עדיין מסוות תפיסה של ילדים כקניין,⁸⁰ ודיני הזוגיות מחילים עדיין רעיונות אי-שוויוניים ופטריארכליים.⁸¹ עם זאת, ניתן עדיין לצקת לכללים המשפטיים תכנים ומסרים בעלי אופי שונה, שהרי תפקידו ההצהרתי של המשפט הוא בלתי קבוע. יתרה מזו, המשפט אינו יכול פשוט "למשוך את ידו" ממערכות יחסים משפחתיות ולא לשקף כל עמדה שהיא ביחס אליהן, שהרי גם בהעדר הסדרה יש כדי לבטא עמדה ערכית.⁸²

על אף האמור לעיל, יש להדגיש בכל הנוגע לתפיסה התוצאתית של תפקיד המשפט, קרי ליכולתו של המשפט לחנך אנשים, לעצב את התנהגותם ולהשפיע עליה, כי יכולת זו מוטלת בספק. הקושי מתעורר בכל אחד מן השלבים: גיבוש מסר על ידי המשפט, העברתו לפרטים שעליהם חל המשפט וההשפעה על אותם פרטים. ראשית, בנוגע לגיבוש המסר על-ידי המשפט, הרי בין היתר בשל אופי התפתחותו של המשפט לאורך שנים ניתן למצוא במשפט סתירות רבות.⁸³ בישראל בפרט מאופיין תחום דיני המשפחה בסתירות פנימיות, בין היתר בשל שליטתן של שתי מערכות שונות וסותרות של דינים – אזרחית ודתית – על גיבושו של התחום.⁸⁴ נוסף לכך, בתחום דיני המשפחה קיימים בעיקר סטנדרטים פתוחים

77 השוו: Jeremy Waldron, *Rights and Needs: The Myth of Disjunction*, in LEGAL RIGHTS: HISTORICAL AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES 87, 108–9 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1997).

78 Olsen, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1530–1531.

79 ראו למשל: MARY ANN MASON, FROM FATHER'S PROPERTY TO CHILDREN'S RIGHTS: THE HISTORY OF CHILD CUSTODY IN THE UNITED STATES 46 (1994); Barbara Bennett Woodhouse, "Who Owns the Child?": *Meyer and Pierce and the Child as Property*, 33 Wm. & Mary L. Rev. 995, 1042–3 (1992).

80 שם. כך, למשל, דיני המשמורת בישראל מדברים עדיין על "החזקת" ילדים. ראו למשל, את השינוי המושגי בהמשגת יחסי הורים-ילדים שמבקשת לכונן "הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין" בראשותו של פרופ' דן שניט. ראו הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (ועדת שניט), www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf (2008).

81 בישראל לא מדובר רק ברמה הסמויה של דיני הזוגיות. היות שרכיב ניכר מדיני הזוגיות נשלט על ידי דין פטריארכלי, אך צפוי הוא שערכים אלו יהיו חלק מהמשפט הישראלי.

82 ראו הדיון על אודות גישת "אי-ההתערבות" במשפחה בחלק 2 לעיל.

83 Weisbrod, לעיל ה"ש 69, בעמ' 995.

84 על הפיצול בתחום דיני המשפחה בישראל (פיצול בסמכות ובדין) ראו למשל: אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול 26–98 (1990).

של שיקול דעת להבדיל מכללים⁸⁵ ומושם דגש מיוחד בהכרעות פרטניות בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו. בשל כך קשה עוד יותר לגבש מסר שאותו ניתן להעביר לציבור.⁸⁶ פרט לבעיית גיבוש המסר על ידי המשפט, מתעורר קושי בהעברתו לנמענים – הציבור שעליו חל הדין. אין חולק כי פרטי פרטיו של המשפט – תוכנם של סעיפי חוק, תקנות ופסקי דין – אינם ידועים למרבית הציבור. אולם באמצעות קטגוריות, מושגי יסוד ומוסדות משפטיים מעביר המשפט מידע על אודות תכניו ועל אודות המסרים הגלומים בו.⁸⁷ בתחום דיני המשפחה, מוסדות דוגמת "נישואים" ו"הורות" ממלאים תפקיד חשוב זה.⁸⁸ בכל זאת, המידע שעובר באמצעים אלו הוא רק מידע כללי ובסיסי על אודות תכני המשפט.⁸⁹ אף אם קיימים מסרים מגובשים על ידי המשפט ומסרים אלו עוברים לציבור הנמענים, יחסי הגומלין והקשר בין המשפט וההתנהגות האנושית הם עדיין בגדר חידה,⁹⁰

- 85 על כללים לעומת סטנדרטים ראו למשל: מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).
- 86 Weisbrod, לעיל ה"ש 69, בעמ' 996. קרל שניידר טוען כי בניגוד לדינים אחרים, דיני המשפחה חסרים תשתית תאורטית וכי ההכרעות האינדיבידואליות לתכלית מסוימת, שנתפסות כהכרחיות בענייני משפחה, מקשות על גיבושה של תאוריה. Carl E. Schneider, *The Next Step: Definition, Generalization, and Theory in American Family Law*, 18 U. MICH. J. L. REFORM 1039, 1041–8 (1985). עם זאת, חשוב לציין כי שמירה על שיקול דעת והכרעה פרטנית יש בה משום העברת מסר, בשונה מקביעתו של כלל. כך, למשל, הסטנדרט הידוע של "טובת הילד" מעביר מסר לפיו טובתו של כל ילד וילד היא השיקול המכריע בעיני המשפט, ולא כלל מדיניות כזה או אחר. ראו למשל: Robert H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, LAW & CONTEMP. PROBS. Summer 1975, 226. ראו עוד בר"ע (ת"א) 1364/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, תק-מח 2006(3) 454, 481 (2006); בפסק הדין נקבע כי יש לבחון כל מקרה בהתאם לטובתו של הילד שבו מדובר, וכי אין לקבוע מסמרות בדבר עדיפותו העקרונית של אחד מן האינטרסים הללו: חשש מהפיכתו של ילד לממזר, גילוי האמת והוכחת אבהות ביולוגית.
- 87 ראו למשל: Hanoch Dagan, *Just Compensation, Incentives, and Social Meanings*, 99 MICH. L. REV. 134, 149–150 (2000).
- 88 Schneider, לעיל ה"ש 24, בעמ' 500–503. בהקשר זה, הבנת התפקיד החשוב שממלאת ההכרה המשפטית במוסד מאירה באור חדש את הכללים המשפטיים הנוגעים לאופן יצירתן של מערכות יחסים משפחתיות ולהכרה המשפטית במערכות יחסים אלו. ארון בכך בהרחבה בחלק 3ד להלן.
- 89 GLENDON, לעיל ה"ש 16, בעמ' 138–139. נוסף לכך, המידע שמגיע לציבור לעתים קרובות אינו מדויק משום שהסוכנים המעבירים את המידע לציבור – כדוגמת כלי תקשורת, חברים ובני משפחה שעברו הליך משפטי דומה, וכמובן, עורכי דין – חוטאים באי-דיוק בהעבירם את המידע. ראו גם דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים 186–192 (2008), על המידע החלקי והמוטה שמעבירים עורכי דין ללקוחותיהם בענייני גירושים, ובפרט בכל הנוגע למשמורת ילדים.
- 90 Weisbrod, לעיל ה"ש 69, בעמ' 992–993; GLENDON, לעיל ה"ש 16, בעמ' 138–139.

במיוחד בתחום חיי המשפחה ומערכות יחסים.⁹¹ לא ברור עד כמה המשפט משפיע על החברה ומעצב אותה ועד כמה הוא מושפע מן החברה, משקף אותה ומתעצב על ידה.⁹² על אף ספקות אלו נראה כי למשפט השפעה מחנכת, אף אם מדובר בהשפעה צנועה למדיי. כך אראה בהמשך המאמר.⁹³ בכל מקרה, גם במנותק מהפן התוצאתי, הנוגע להשפעתו בפועל של המשפט על התנהגותם של אנשים, למסרים הערכיים הטמונים במשפט יש ערך עצמאי. בעצם ההצהרה על ערכים ממלא המשפט תפקיד חשוב,⁹⁴ ולפיכך יש לוודא שהערכים המגולמים במשפט בנוגע למערכות יחסים משפחתיות יהיו ערכים ראויים.⁹⁵

בהקשר זה מן הראוי לתת את הדעת לחוק יחסי ממון בין בני זוג⁹⁶ ולתיקונו בשנה החולפת.⁹⁷ חוק יחסי ממון בין בני זוג, אשר נחקק בשנת 1973, היה נושא לביקורת נוקבת. החוק החליף את חזקת השיתוף שפותחה בפסיקה⁹⁸ וקבע הסדר איזון משאבים בין בני הזוג,

MARTHA ALBERTSON FINEMAN, THE NEUTERED MOTHER: THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES 14–33 (1995) 91

קשה עד מאוד לערוך מחקרים אשר יבחנו נכונה את מידת השפעתו של המשפט ולא ניתן לבדוד את השפעת המשפט, כיוון שבררך כלל שינויים בדין מתרחשים בחפיפה עם שינויים חברתיים בנוגע לנושא הנדון. לפיכך הסקת מסקנות מהשוואה פשוטה בין המצב החברתי טרם השינוי המשפטי לבין המצב החברתי לאחריו לא יניבו את המסקנה על השפעתו של המשפט כשלעצמו. Gary B. Melton, *The Significance of Law in the Everyday Lives of Children and Families*, 22 GA. L. REV. 851, 867–8 (1988) 92

GLENDON, לעיל ה"ש 16, בעמ' 139. ראו למשל את האמור בה"ש 75 לעיל על ההשפעה שהייתה לפסיקה שאסרה על ענישה גופנית של ילדים. ניתן להניח כי הידע על אודות תכני המשפט, ולפיכך גם ההשפעה שיש למשפט על החלטות והתנהגות של אנשים משתנה, בין היתר, בהתאם להשתייכותם הסוציו-אקונומית. כך, למשל, ניתן להניח כי רוב הזוגות הנשואים בנישואים אזרחיים (שלא מטעמי מניעות מלהינשא בישראל) הם אנשים המכירים את הבעייתיות של דיני המשפחה בישראל. ניתן גם לשער שקיימת התאמה מסוימת בין מידת היכרותם את הדין לבין השכלתם ורמת חייהם. תימוכין מסוימים להשערה זו ניתן למצוא אצל סילביה פוגל-ביז'אווי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" בתוך מין, מיגדר, פוליטיקה 107, 116–121, 135–139, 147–164 (דפנה יורעאלי עורכת, 1999). פוגל-ביז'אווי מבחינה בין משפחות "נאו-מודרניות", הממשיכות לקיים את דפוסי המשפחה המוכרים, לבין משפחות "פוסט-מודרניות", התופסות את הנישואים כעניין של הפרט. היא מציינת מאפיינים המראים על התאמה מסוימת בין השתייכות חברתית-מעמדית (ובכלל זה רמת השכלה) לרפוס המשפחתי. 93

ראו למשל: Kornhauser, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1636. ראו גם: Schneider, לעיל ה"ש 24, בעמ' 567–568. 94

במסגרת זו אין כוונתי לדון בשאלה מהם אותם ערכים לגבי כל אחת ממערכות היחסים המשפחתיות. 95

חוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשל"ג-1973 (להלן: "חוק יחסי ממון"). 96

חוק יחסי ממון בין בני-זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח התשס"ט 18. 97

על פיתוח חזקת השיתוף והצידוק המשפטי לכך ראו למשל: אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 212–286 (התשמ"ב). 98

הניתן למימוש רק בעת גירושים או מוות.⁹⁹ עיקר הביקורת על החוק התמקדה בהתנייה זו של מימוש הזכויות ברכוש בסיומו המשפטי של קשר הנישואים, כיוון שהדין הדתי בישראל שלט על התרתם של קשרי נישואים;¹⁰⁰ נוצרים קתולים, למשל, לא יכלו להשיג פסק גירושים,¹⁰¹ ודרישת ההסכמה לגט הקשתה על השגתו אצל יהודים. בכך הפך הסדר איזון המשאבים, שניתן היה להפעילו רק לאחר הגירושים, לאות מתה.¹⁰² אם כן, גם הביקורת על החוק כחנה אותו מנקודת מבט בלעדית כמעט של תפקידו בעת סכסוך משפחתי. לאחר שנים רבות של ניסיונות לתקנו תוקן היבט זה של החוק בשנת 2008.¹⁰³ התיקון לחוק אפשר עריכה של איזון המשאבים קודם לפקיעת הנישואים, באופן פורמלי ומבלי תלות בהשגת גירושים דתיים.¹⁰⁴ בלא ספק מדובר בשינוי מבורך אולם בהשוואה לחזקת השיתוף, חוק יחסי ממון לוקה עדיין בחסר אידאולוגי אם בוחנים את המסר המועבר על ידי כל אחד מן ההסדרים. חזקת השיתוף ראתה ברכוש שלגביו היא חלה כרכוש משותף לשני בני הזוג ובכך העבירה מסר של שיתוף ושל שוויון כערכי יסוד של זוגיות ונישואים. לעומתה, חוק יחסי ממון יוצר לכל אורך הנישואים הפרדה כמעט מוחלטת של רכושם של בני הזוג ושל התחייבויותיהם.¹⁰⁵ עם התערערות היחסים (בעבר – עם הגירושים) נוצרת לכל אחד מבני הזוג זכות ברכושו של בן הזוג האחר. התפיסה בחוק היא של "רכוש שלי" ו"רכוש שלך", ולכל אחד יש זכויות ברכוש האחר, לעומת התפיסה בדבר רכוש "שלנו" שעומדת ביסוד חזקת השיתוף.

ההתמקדות הבלעדית כמעט בפועלו של החוק בעת משבר משפחתי וההתעלמות מן המסר הגלום בו למערכות יחסים מתפקדות נובעת מן התפיסה הצרה והדלה של תפקיד המשפט בהקשרן של מערכות יחסים משפחתיות. כאמור, תפיסה זו מייחסת למשפט תפקיד בלעדי של הכרעה בסכסוכים ומתן הגנה רק אם מערכת היחסים המשפחתית מתפרקת. הבנת תפקידו של המשפט וחשיבותו גם במהלך החיים המשפחתיים, ככלל, ותפקידו

99 ס' 5 לחוק יחסי ממון.

100 ראו למשל: אריאל רוזן צבי, לעיל ה"ש 98, בעמ' 346–348; מנשה שאוה הדין האישי בישראל 221–218 (מהדורה ג, תשנ"ב).

101 ראו למשל: בע"מ 5794/03 פלונית נ' פלוני, תק-על 2005(4) 2594 (2005).

102 באותם מקרים שבהם הושגה הסכמה בין יהודים להתגרש היה זה בדרך כלל לאחר שהושגה הסכמה בענייני הרכוש (בניצול של כוח המיקוח העדיף של הגברים, שהיו חזקים יותר מבחינה כלכלית ואשר הסכמתם החופשית להתגרש נדרשה במידה רבה יותר מהסכמתה החופשית של האישה). קיומו של הסדר "מוסכם" בעניין הרכוש סיכל את הפעלתו של הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק.

103 חוק יחסי ממון (תיקון מס' 4), לעיל ה"ש 97. על הניסיונות הכושלים לתקן את החוק קודם לכן ראו למשל: תזכיר חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – איזון המשאבים ודירת המגורים) התשנ"ה-1995; הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון המשפט החל על יחסי ממון בין בני הזוג) התשנ"ט-1999 ה"ח; והצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – איזון בפקיעת נישואים) התשס"ב-2002 ה"ח הכנסת התשס"ג 13.

104 ראו ס' 5א לחוק יחסי ממון.

105 ראו סעיף 4 לחוק יחסי ממון.

ההצהרתי של המשפט בפרט, תאפשר לנו את הרחבת נקודת המבט הדרושה להסתכלות כוללת על הסדרים משפטיים לשם בחינה ביקורתית שלהם.

ד. משפט, מוסדות חברתיים ומערכות יחסים משפחתיות

עד כה הראיתי כי המשפט חשוב גם למערכות יחסים קיימות, בספקו כללי רקע שלאורם מנהלים בני המשפחה את חייהם ובהעבירו מסרים על אודות היחסים המשפחתיים. כעת ברצוני להראות כי יחסי הגומלין בין משפחה למשפט הם אף עמוקים יותר, כיוון שלמשפט יש השפעה על עצם קיומם של היחסים המשפחתיים, על יציבותם ועל לכידותם. תפקיד זה של המשפט קשור במושג "מוסדות חברתיים" ומקומו של המשפט בעיצובם. מוסד חברתי הוא מערכת של ערכים, של נורמות ושל דפוסי התנהגויות של פרטים או של קבוצות.¹⁰⁶ משפחה, נישואים, הורות וכדומה הם מוסדות חברתיים כאמור. למשפט (שהוא עצמו מוסד חברתי) תפקיד וחלק ביצירתם ובעיצובם של מוסדות חברתיים, בין היתר כיוון שהמשפט נתפס כמוסד המצוי בעמדה ייחודית בבטאו את קולה הרשמי של החברה.¹⁰⁷ הבנה של תפקיד המשפט ותמיכתו המוסדית במערכות יחסים זורה אור חדש על מאבקייהן של משפחות חדשות לקבל הכרה מן המשפט.

(1) מוסדות חברתיים, התנהגות מוטבעת ומוסדות משפחתיים חסרים

מוסדות חברתיים ממלאים תפקידים שונים; בין התפקידים שהם ממלאים הם גם מספקים הנחיות ופותרונות מוסדיים להתנהגות יום-יומית בחיי המשפחה. דפוסי פעולה מוכרים אלו משחררים את בני האדם מהצורך להמציא עבור עצמם פתרונות ולקבל מחדש החלטות בנוגע לפעולות חוזרות ונשנות בתחומי חיים מרכזיים.¹⁰⁸ לדברי אנדרו שרלין, קיומן של נורמות התנהגות מוטבעות ומוכרות תורם ליציבותן של מערכות יחסים וללכידותן.¹⁰⁹ במצב שבו בני משפחה נסמכים על קשת נרחבת של התנהגויות מוטבעות (habitualized) כדי לסייע להם להתמודד עם בעיות שגרתיות בחיי היום-יום המשפחתיים, הם נדרשים לקבל פחות החלטות, ולפיכך מצטמצמים גם הסיכויים למחלוקות.¹¹⁰ שרלין ביקש להסב את תשומת הלב להסדרים מוטבעים אלו, החולשים על התנהלותן של מערכות יחסים משפחתיות והנלקחים כמובנים מאליהם, מבלי לזכות בהכרה.

106 Schneider, לעיל ה"ש 24, בעמ' 498. קיימות הגדרות שונות למוסד חברתי ועם זאת רובנו יודעים למה אנו מתכוונים כאשר אנו עושים שימוש בביטוי זה, ראו: F. Stuart Chapin, *A*

New Definition of Social Institutions, 6 SOCIAL FORCES 375 (1928)

107 Monte Neil Stewart & William C. Duncan, *Marriage and the Betrayal of Perez and Loving*, 2005 B Y U L. REV. 555, 562; Thomas W. Joo, *Presumed Disloyal: Executive Power, Judicial Deference, and the Construction of Race Before and After September* .II, 34 COLUM. HUM. RTS L. REV. 1, 1-2 (2003)

108 Andrew Cherlin, *Remarriage as an Incomplete Institution*, 84 AM. J. SOC. 634, 634-6 (1978)

109 שם.

110 שם, בעמ' 636.

למעשה, כיום משפחות נתפסות פחות כ"מוסדות" ויותר כ"מערכות יחסים". את התפקיד המוסדי (והמשפטי) בעיצובן של משפחות החליפו הצדדים עצמם, היכולים ליצור לעצמם מערכות יחסים משפחתיות כרצונם.¹¹¹ אולם שרלין טוען כי בניגוד לסברה המקובלת, משפחות ומערכות יחסים משפחתיות הן עדיין ממוסדות (institutionalized), וכיום ההתנהגות המשפחתית היא לרוב התנהגות מוטבעת המקובלת על בני המשפחה.¹¹² בני משפחה וחוקרים של המשפחה נוטים להתעלם מהיבט זה של היחסים המשפחתיים ומן התפקיד שהוא ממלא בשמירה על יציבותן ועל לכידותן; לעומתם טוען שרלין כי ניתן לזהות את התפקיד המרכזי שממלא עדיין המיסוד ביחסים המשפחתיים דווקא אם הוא חסר, קרי כאשר בוחנים את אותן מערכות יחסים משפחתיות הנעדרות נורמות מוטבעות וממוסדות החולשות עליהן, בין היתר בשל העדר הכרה מן המשפט או בשל הכרה חלקית בלבד.

בשל התפקיד החשוב שממלא המשפט ביצירתם של מוסדות חברתיים, מערכות יחסים משפחתיות שאינן זוכות להכרה או להסדרה מלאה באמצעות המשפט הן בגדר מה ששרלין מכנה "מוסדות חלקיים" (incomplete institution). במערכות יחסים אלו, בין היתר בשל העדר ההסדרה המשפטית, לא קיימות נורמות מוטבעות החולשות על הסדרת מערכת היחסים.¹¹³ שרלין טוען כי כאשר מערכת יחסים משפחתית אינה זוכה להכרת המשפט היא אינה מוסד שלם, ונעדרת לפיכך את אותם פתרונות מן המוכן להסדרה ולהתמודדות עם דילמות יום-יומיות. לכן, טוען שרלין, יש השפעה על לכידותה של אותה מערכת יחסים משפחתית ועל יציבותה.

הדוגמה שבה משתמש שרלין היא משפחות "חורגות", קרי משפחות שנוצרו לאחר נישואים שניים ושבהן לפחות לאחד מבני הזוג יש ילדים מן הנישואים הראשונים.¹¹⁴ היחסים המשפחתיים במערכות יחסים אלו, ובפרט היחסים שבין בן הזוג של ההורה לילדיו של ההורה, אינם מוסדרים. כך, בין היתר, מציין שרלין כי לא ברור מהם תחומי

111 שם, בעמ' 634–635. בישראל התייחס לכך שחר ליפשיץ, בין היתר במאמרו: שחר ליפשיץ "נישואים בעל כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741, 762 (2001). ליפשיץ מדבר על "דה-משפטיזציה" של המשפחה. שרלין מדבר באופן רחב יותר על תפיסה של העדר מיסוד.

112 Cherlin, לעיל ה"ש 108, בעמ' 636.

113 לתפקידו של המשפט ביצירתן של מערכות יחסים משפחתיות כמוסדות חברתיים ראו: Cherlin, שם, בעמ' 644–646. מלבד המשפט שרלין בוחן גם את השפה (מוסד נוסף) כממלאת תפקיד בהפיכתן של מערכות יחסים משפחתיות למוסדות שלמים (ומושלמים). בהקשר זה ראו גם את מאמרה של מיכל טמיר (המתבסס על מחקר משפטי סוציו-לינגוויסטי שערכה במשותף עם דליה כהנא-אמיתי) העוסק אף הוא בהעדר הסדרה משפטית, כמו גם בהתעלמות של הלשון ממשפחות חדשות. בעוד ששרלין התמקד במשפחות חורגות, טמיר וכהנא-אמיתי התמקרו במשפחות לסביות. מיכל טמיר "השפה העברית לא המציאה לי תואר": על כבודן של משפחות 'אלטרנטיביות' בישראל קרית המשפט ח (2008).

114 בהעדר ילדים מן הנישואים הראשונים, מערכת היחסים המשפחתית הנוצרת לאחר נישואים שניים דומה עד מאוד לזו הנוצרת בעקבות נישואים ראשונים – כמוה גם היא מוסד שלם המוכר על ידי המשפט (שאף רואה בה כאידאל). שם, בעמ' 642–643.

האסור והמותר ביחסים רומנטיים-מיניים בין בן זוג של הורה לילדי ההורה (אם אין מדובר בקטינים).¹¹⁵ כמו כן, אין הגדרה מלאה של חובותיו של בן הזוג כלפי ילדים אלו¹¹⁶ או של סמכויותיו בחינוכם.¹¹⁷ לפיכך, הצדדים לאותן מערכות יחסים נאלצים להמציא עבור עצמם פתרונות לדילמות אלו.

בישראל נערכו בתחילת המאה העשרים ואחת מחקרים המתייחסים למשפחות לסביות, אף הן משפחות חדשות הנעדרות הכרה משפטית מלאה ופתרונות מוסדיים להישען עליהם בחיי היום-יום.¹¹⁸ גם מחקרים אלו חשפו את הצורך של חברות אותן משפחות להמציא עבור עצמן פתרונות לדילמות אשר משפחות "מוכרות" מקבלות "מן המוכן":

115 שם, בעמ' 644. כך, למשל, בישראל התפרסם לפני כשנה סיפורו של אב שהתחתן עם אישה שהייתה לה ילדה בת שבע מנישואים קודמים. לשניים נולדו שתי ילדות נוספות ואז אימץ הגבר גם את בתה של אשתו מנישואיה הקודמים. כעבור כמה שנים טענו האב המאמץ ובתו המאומצת כי הם מאוהבים וביקשו להינשא. הם גם ביקשו לבטל את צו האימוץ שניתן לטובתו של האב-בעל בשל מצב הדברים המורכב. ראו: מערכת וואלה! "התגרש מאשתו לטובת הבת שלהם" <http://news.walla.co.il/?w=/10/1043607>. דוגמה מפורסמת אחרת היא מערכת היחסים שנרקמה בין הבמאי וודי אלן לסוון-יי, בתה המאומצת של מיה פארו שהייתה בת זוגו. אם נקבל את השקפתה של מרגרט מיד על אודות תפקיד הטאבו בנוגע ליחסי מין בתוך המשפחה כמיועד לאפשר לילדים לפתח הזדהות, קרבה וחיבה עם בני משפחה מבלי לחשוש מניצול מיני, יש להבטיח שטאבו זה יחלחל גם למשפחות שבהן יחסי ההורות אינם ביולוגיים. ראו: Margaret Mead, *Anomalies in American Post-divorce Relationships*, in: *DIVORCE AND AFTER 107* (Paul Bohannan ed., 1970). ס' 351 לחוק העונשין קובע איסור על קיום יחסי מין עם קטינים בתוך המשפחה. הגדרת "משפחה" לעניין חוק זה היא הגדרה רחבה הכוללת את כל מי שמתפקד כבן משפחה מבלי חשיבות למעמדו המשפטי הפורמלי. עם זאת, העדר האיסור על נישואים הופך עדיין את הילדים למושא פוטנציאלי לתשוקות מיניות.

116 Cherlin, לעיל ה"ש 108, בעמ' 644. בישראל, פסק הדין המפורסם בע"א 2034/98 אמין נ' אמין פ"ד נג' (5) 69 (1999) דן בחובותיו הרגשיות של אב כלפי הילדים שהזניח. מעניין לציין כי בפסק הדין מוזכר התפקיד שמילאה בת זוגו החדשה של האב בזניחה ובהזנחה של ילדיו: "הסיבה העיקרית לניתוק נעוצה בהסכם שעשה האב עם אשתו השנייה, לפיו יבנו הם את ביתם החדש ללא יסודות מן העבר: האב ינתק כל קשר עם ילדיו מנישואיו הקודמים" (בעמ' 74-75). אולם, פסק הדין דן בשאלת אחריותו של האב בלבד. נשאלת השאלה, האם לבת זוגו של האב אין חובות כלפי הילדים או אחריות עליהם? החוק הישראלי דן רק בחובת המזונות המוטלת על בני זוג של הורים כלפי הילדים, וגם היקפה של חובה זו אינו ברור עד תומו (סעיף 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) התשי"ט-1959). החוק אינו מטיל על בני זוגם של ההורים חובות נוספות.

117 Cherlin, לעיל ה"ש 108, בעמ' 645. על ההסדרה החלקית ונעדרת הקוהרנטיות של יחסים בין ילדים לבני הזוג של הוריהם במשפט הישראלי, ראו איילת בלכר-פריגת ורפנה הקר "הורים או זרים: על מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני זוג של הורים" (צפוי להתפרסם בכתב העת משפטים מ(1), אוגוסט 2010).

118 טלי ליבני הורות בדרך לא סלולה: אימהות לסבית בחברה הישראלית (עבודת גמר לתואר "מוסמך בעבודה סוציאלית", אוניברסיטת חיפה – בית הספר לעבודה סוציאלית, 2004).

מניתוח הממצאים עולה כי היעדר ההכרה המשפטית במשפחה כמו גם היעדר מודל משפחתי מגובש לחיקוי מביא לידי כך שבמידה מסוימת, כל זוג נאלץ לסלול את דרכו, 'להמציא' את האופן שבו הוא מעוניין לגבש את המבנה המשפחתי. כך, כל זוג צריך לתאם ציפיות ביחס לתפיסת ההורות והמשפחה, לברר ולהחליט ברמה הזוגית כיצד הוא תופס את ההורות ואת המבנה המשפחתי [...] סלילה של דרך משפחתית חדשה מצריכה לא פעם השקעת אנרגיות רבות במקומות שהם מגובשים ומובנים מאליהם עבור משפחות הטרוסקסואליות.¹¹⁹

שרלין, טלי ליבני ומיכל טמיר מדגישים כולם את העדר ההכרה וההסדרה המשפטית כגורם מרכזי בהעדרם של פתרונות מן המוכן לדילמות יום-יומיות בחייהן של משפחות חדשות.¹²⁰ על פי שרלין, ה"מחיר" שגובה סלילת הדרך המשפחתית והמצאת פתרונות לדילמות ולבעיות יום-יומיות אינו מסתכם רק בהשקעת אנרגיות מצד הצדדים לאותן מערכות משפחתיות. הצורך להתדיין על כל אותן סוגיות ודילמות שעבור משפחות "מוכרות" הן מובנות מאליהן מגביר את החיכוך במערכות יחסים אלו ופוגע ביציבותן ובכלידותן. לפיכך, טוען שרלין, היותן של משפחות אלו מוסדות חברתיים חלקיים בלבד, בין היתר בשל העדרה של הסדרה משפטית מלאה של היחסים המשפחתיים הנוצרים במסגרתן, יש בה כדי להסביר את השיעור הגבוה יותר של פירוק מערכות יחסים אלו.¹²¹

מחקר נוסף הוא המחקר שערכו טמיר וכהנא-אמתי, לעיל ה"ש 113. ליבני, שם, בעמ' V, 44 ו-47. ליבני מציינת, עם זאת, כי לצד הקשיים שבפילוס דרך חדשה והמצאת פתרונות לדילמות המשפחתיות היום-יומיות יש בה גם יתרונות, שכן "מצב מיוחד זה עשוי לזמן חשיבה ועיבוד חדשים של משמעות מושגים כגון: הורות, אימהות ומשפחה. כך, לצד הקשיים נוצרת כאן הזדמנות לבדיקה מחודשת של תפקידים ומבנים משפחתיים הנתפסים לא פעם כמובנים מאליהם בחברה ההטרוסקסואלית. בדיקה מחודשת זו מביאה לצד הקשיים הכרוכים בה גם הזדמנות לצמיחה".

120 Cherlin, לעיל ה"ש 108, בעמ' 643-645; ליבני, לעיל ה"ש 118, לאורך העבודה כולה ובפרט בעמ' VI ובעמ' 44; טמיר, לעיל ה"ש 113. הדוגמה המרכזית שעליה נסמך שרלין היא משפחות מנישואים שניים; הוא כחן הסברים אפשריים אחרים שהועלו בספרות ליציבותן הפחותה והגיע למסקנה כי הסברים אלה אינם מספקים. כך, בין היתר, מתייחס שרלין לעצם מורכבותן של משפחות מנישואים שניים כאשר לבני הזוג ישנם ילדים. אולם לדבריו, מורכבות מערכת היחסים כשלעצמה אינה צריכה להוביל ליציבות פחותה של מערכות יחסים אלו. הוא מתייחס למחקרים שנעשו בחברות שבהן קיימים מבני משפחה מורכבים ומצייין את יציבותן של מערכות יחסים אלו על אף מורכבותן. עם זאת, באותן חברות מערכות היחסים המשפחתיות המורכבות הן בגדר מסגרות משפחתיות מוכרות הנשלטות על ידי כללי התנהגות ברורים.

121 Cherlin, לעיל ה"ש 108, בעמ' 636, 643-645. ראו גם אצל ליבני, לעיל ה"ש 118, בעמ' 47; ליבני מתארת את ההשפעה שיש לאי-ההכרה המשפטית על מערכת היחסים הזוגית הלסבית ואת הקשיים שהיא גורמת במישור הזוגי.

(2) משפט כיוצר משפחות או כמעניק להן הכרה בלבד

אם טיעונו של שרלין הוא נכון,¹²² הרי יש בכך כדי להאיר באור חדש את יחסי משפט-משפחה ואת השאלה אם משפחות קיימות מחוץ למשפט וקודמות לו. על פי התפיסה הרווחת, משפחה היא יצירה אנושית "טבעית" הקיימת מחוץ למשפט. המשפט אינו יוצר משפחות אלא יכול רק להכיר (או שלא להכיר) במשפחות קיימות.¹²³ תפיסה זו באה לידי ביטוי בתחושה של רבים לפיה ישנן משפחות קיימות ומתפקדות שאינן זוכות להכרת המשפט. למעשה, כתיבה רבה כמו גם פסיקה בתחום דיני המשפחה מכוונת לגשר על הפער בין משפחות "דה-יורה" המוכרות מבחינה משפטית לבין משפחות טבעיות או משפחות "דה פקטו" שאינן מוכרות ככאלו.¹²⁴

ברור כי המציאות היא מורכבת יותר וכי למשפט תפקיד ביצירתן של משפחות, שהרי קולו הרשמי בדבר מי יכול להינשא למי, מי נחשב כהורה של מי וכדומה משפיע על יצירתן של משפחות במציאות. קרל שניידר אף מיקד את תשומת הלב בתפקידו זה של המשפט בתחום דיני המשפחה וכינה אותו התפקיד ה"מתעל" או ה"מְכוּן" (channeling function) של דיני המשפחה. שניידר טען כי תפקיד מרכזי של דיני המשפחה הוא לתעל את בני האדם לאותם מוסדות משפחתיים-משפטיים מוכרים, בהתייחסו ליתרונות של מוסדות חברתיים עבור בני האדם, כפי שצויינו לעיל.¹²⁵

עם זאת, שניידר לא התייחס לאותם אלו שעל אף ההכוונה המשפטית אינם מתועלים למוסדות המשפחתיים-משפטיים המוכרים אלא בוחרים לחיות במערכות יחסים משפחתיים שהמשפט אינו מכיר בהן או מכיר בהן חלקית בלבד. שרלין, לעומתו, התמקד דווקא באותן מערכות יחסים כדי להראות את התרומה שעשויה להיות למשפט ליציבות היחסים המשפחתיים וללכידותם. עבודתה של ליבני על משפחות לסביות בישראל חושפת פן נוסף של העדר ההכרה המשפטית. אמנם, בנות המשפחה סוללות לעצמן את דרכן ומגיעות להבנות בנוגע להורותן המשותפת, לזוגיותן ולחיייהן המשפחתיים; אך גורמים שאינם נמנים עם המשפחה הגרעינית מרגישים חופשיים להחליט אם לקבל או שלא לקבל תפיסות והגדרות אלו של המשפחה בשל העדרה של הכרה משפטית.¹²⁶ כך, למשל, משפחה מורחבת, גורמי ממסד (כגון מורים, רופאים וכדומה) והחברה בכללותה יכולים שלא לקבל את האופן שבו תופסות בנות המשפחה את היחסים המשפחתיים שלהן.

122 על טענתו של שרלין בהקשר זה נמתחו ביקורות, אולם מחקרים מאוחרים תומכים בטענתו ולו באופן חלקי. ראו: Andrew J. Cherlin & Frank F. Furstenberg, Jr., *Stepfamilies in the United States: A Reconsideration*, 20 Annu. Rev. Sociol. 359, 376–377 (1994).

123 Olsen, לעיל ה"ש 16, בעמ' 846.

124 שם. בישראל הדוגמה הבולטת ביותר היא זו הנוגעת לידועים בציבור. ראו למשל ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נו(5) 309 (2002); ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1998). דוגמה נוספת היא הדין המשפטי הנוגע ליחסים משפחתיים בין בני זוג מאותו המין. ראו למשל ע"א (נצרת) 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 11.11.2004).

125 Schneider, לעיל ה"ש 24.

126 ליבני, לעיל ה"ש 118, בעמ' VI ובעמ' 44.

האמור לעיל על אודות השפעתו של המשפט על יציבותן ועל לכידותן של מערכות יחסים משפחתיות מסב את תשומת הלב לפן נוסף של מאבקייהן של משפחות חדשות לזכות בהכרה משפטית. למאבקים משפטיים של משפחות חדשות ישנם שני פנים: פן מעשי ופן עקרוני. הפן המעשי נוגע לזכויות כלכליות, סוציאליות ומשפחתיות מוחשיות.¹²⁷ אולם, מאבקים משפטיים מצדן של משפחות חדשות אינם מתמצים בכך. כפי שציין השופט רובינשטיין בדעת מיעוט בעניין בן-ארי,¹²⁸ מאבקים משפטיים רבים הם מאבקים סמליים על עצם ההכרה המשפטית. צדדים למערכות יחסים משפחתיות אשר המשפט אינו מכיר בהן כ"משפחה" נאבקים על קבלתה של הכרה כזו. כך, למשל, בעניין בן-ארי ביקשו בני זוג מאותו המין אשר נישאו בקנדה לרשום את נישואיהם במרשם האוכלוסין בדומה לרישום של נישואים אזרחיים בין בני זוג שהם גבר ואישה,¹²⁹ ובעניין ירוס-חקק¹³⁰ ביקשו בנות זוג שגידלו יחד שלושה ילדים להכיר באימהות של שתייהן כלפי כל אחד מהילדים, באמצעות הליך של אימוץ.

מובן, כי הן בעניין ירוס-חקק הן בעניין בן-ארי, להכרה המשפטית הפורמלית ביחסים המשפחתיים התלוו תוצאות מעשיות. כך, למשל, מתן צווי האימוץ בהתאם להחלטה בעניין ירוס-חקק ומתן מעמד משפטי של "אם" למי שעד לאותו מועד לא נחשבה ככזו, הקנו לילדים זכות ירושה על פי דין ולא רק על פי צוואה וזכות למזונות לא רק מכוח ההסכם בין שתי האימהות.¹³¹ עם זאת, ברור עוד כי המשמעות האמיתית של המאבק המשפטי היא ההכרה עצמה. ההכרה המשפטית במערכת יחסים כ"משפחה" משפיעה על

127 ראו למשל ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443 (1984), הדין בזכויות ובחובות הרכושיות בהתאם לחוקת השיתוף בין בני זוג ידועים בציבור; ע"א (מחוזי נצרת) 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו – 11.11.2004) העוסק בזכויות הירושה על פי דין בין בני זוג מאותו המין; ו"ע (מחוזי ת"א) 1228/01 שטיינר נ' מס שבת ת"א 2, תק-מח 2003(2) 31216 (2003), העוסק בתחולת פטור ממס שבח על בני זוג מאותו המין.

128 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, תק-על 2006(4) 1725 (2006) (להלן: עניין בן-ארי).

129 יצוין כי מאז שנפסק עניין בן-ארי קבע בית המשפט העליון כי נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין גבר לאישה הכשרים להינשא תקפים לכל דבר ועניין ולא רק לעניין הרישום במרשם האוכלוסין. ראו: בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, תק-על 2006(4) 1748 (2006).

130 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).

131 על הבעייתיות שבזכות למזונות שמקורה בהסכם בלבד, בין הורה הילד לבין מי שמבחינה משפטית אינו נחשב כהורה, ניתן ללמוד מתמ"ש (י-ם) 10681/98 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו – 19.9.2000). במקרה זה נדונה תביעת מזונות שהגישה אישה בשם בנה נגד הגבר שעמו היה כידועה בציבור. הילד נולד לאישה מתרומת זרע; לטענתה קיבלה את הסכמת בן הזוג לתרומה כיוון שבעיות פריון אצלו מנעו מהם להביא לעולם ילד ביולוגי משותף. לטענתה, כוונתם הייתה לגדל את הילד יחדיו ולפיכך הוא מחוייב במזונותיו. השופטת מימון קבעה כי אף אם טענותיה של האישה נכונות, הרי חובת הגבר במזונות לא נובעת ממעמדו המשפטי כהורה הילד אלא מכוח ההסכם שבינו לבין האם. משכך, במקרה של הפרת ההסכם על ידי האם (כך קבעה השופטת שאירע) – הגבר פטור ממזונות הילד. ראו עוד: רות זפרן,

ההכרה החברתית בה;¹³² אולם חשוב מכך, ההכרה המשפטית מבטיחה כי שאר התפקידים שממלא המשפט ביחס למערכות יחסים משפחתיות – מתן רשתות הגנה, תמיכה ויצירת נורמות החולשות על מערכת היחסים והיכולות להפוך לחלק מן ההתנהגות המוטבעת – יתקיימו ביחס למערכת יחסים זו.¹³³

4. סיכום

במאמר זה ביקשתי להראות את מורכבותם של יחסי המשפט עם מוסד המשפחה ועם הקשרים המשפחתיים ואת הממדים הרבים שלהם. הראיתי כי אף שהמשפט נקרא להיכנס לפעולה בעיקר עם התערערותן של מערכות יחסים משפחתיות, למעשה יש לבחון את פועלו בתחום היחסים המשפחתיים מזווית ראייה של יחסים קיימים ומתפקדים ואף מזו של יחסי משפחה שטרם נוצרו, בהיותו פועל בעיקר ברקע היחסים. במצב זה מספק המשפט רשת ביטחון לבני המשפחה ומקל עליהם לסמוך זה על זה ולהאמין זה בזה; הוא מעניק משמעות להתנהגות המשפחתית האלטרואיסטית ומעביר מסרים בנוגע לערכים המשפחתיים הרצויים. עוד הראיתי את מורכבות יחסי הגומלין בין המשפט לבין המשפחה ואת השפעת המשפט על יציבותם של היחסים המשפחתיים ועל לכידותם. ביקשתי להציג גישה אוהדת לתפקידו של המשפט ביחס למשפחה ולחבריה.

עם זאת, חשוב לזכור שתורמתו של המשפט ליחסים המשפחתיים היא בגדר שאיפה שאינה מתממשת תמיד. אמנם המשפט יכול לספק רשתות הגנה לבני משפחה, לתמוך במערכות יחסים ולהעביר מסרים ברבר מחויבות הדדית, אמון, דאגה ושיתוף, אך הוא יכול גם להיות מנוצל בצורות אחרות. ההיסטוריה מלמדת כי המשפט יכול להותיר בני משפחה מוזנחים ופגיעים, להעביר מסרים בלתי ראויים, לפגוע ביציבותן של מערכות יחסים ובלכידותן ואף לתרום להריסתן. מטרתי, אם כן, לא הייתה להציג תמונה ורודה של פועלו של המשפט בתחומי המשפחה, אלא לאזן את התיאור השלילי הנפוץ בהקשר

¹³² "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 250–251 (תשס"ו).

¹³³ ראו למשל: ליבני, לעיל ה"ש 118, בעמ' VI, 38 ו-46.

¹³³ האמור כאן אינו מתנגש עם מחקרה של הדר אבירם על קהילת הפוליאמוריה (מלשון ריבוי אהבות) בסן-פרנסיסקו; קהילה זו בוחרת (לפחות בשלב זה) שלא לצאת למאבק משפטי להכרה במערכות היחסים המשפחתיות שמקיימים חבריה – מערכות יחסים בו־זמניות שמבוססות על ידיעה ועל הסכמה של כל המשתתפים. אבירם מציינת את העדרת הגמישות ואת הרצון להימנע מהגדרות ומהכללות (המחויבות לשם הכרה משפטית) כסיבות מרכזיות להעדר הפנייה למשפט. *Hadar Aviram, Make Love, Not Law: Perceptions of the Marriage Equality Struggle Among Polyamorous Activists*, 7 J. BISEXUALITY 261 (2008). עם זאת, נקודת מבטה של אבירם שונה משלי שכן היא בוחנת "תנועה" ולא מערכות יחסים. ענייני שלי הוא במערכות יחסים משפחתיות, ביציבותן, בלכידותן ובתפקידו של המשפט בהקשר זה. גם ממחקרה של אבירם עולה כי את הגמישות "קונה" הקהילה הפוליאמורית ב"מחיר" (בין היתר) של יציבות מערכות היחסים, וכי אנרגייה ומשאבים מוקדשים לניסיון להשיג את אותה יציבות ובה בעת לצורך להתמודד עם הקשיים בדרך להשגתה.

זה ולהראות כי הדברים מורכבים יותר. חשיפת הפוטנציאל החיובי שיש למשפט בפועל בתחום יחסי המשפחה מקנה כלים לבקר ולטייב הסדרים משפטיים הנוגעים למשפחה.