

## כשהזכות לחיי משפחה מתנגשת עם הזכות לאיחוד משפחה

עו"ד סאוסן זהר<sup>1</sup>

רבים מהמלומדים בתחום הפילוסופיה הפוליטית רואים בריבוי נשים זכות תרבותית וגורסים, כי על בתי המשפט לכבד אותה ולהגן עליה. טענתם המרכזית של הוגים אלה היא, שאין תרבות עליונה על תרבות אחרת, ולכן בתי המשפט מנועים מלאכוף ערכים ליברליים מערביים על קבוצה תרבותית שאינה שותפה לערכים אלו. הספרות הפמיניסטית, על פי רוב, שוללת גישה זו וטוענת שהיא מנציחה את יחסי הכוח בתוך החברה הפטריארכלית. ברשימה קצרה זו אבקש לעמוד על מורכבות הסוגיה. אטען, כי ככלל יש להחיל את איסור האפליה בין גברים לנשים ואת האיסור על פגיעה בזכויות אדם בסיסיות כעקרונות-על דומיננטיים. אטען גם, שלעתים יש לבדוק את המניעים העומדים מאחורי החקיקה או החלטות בתי המשפט, שכן במקרים מסוימים, בחסות טענת "ההגנה על זכויות נשים", בתי המשפט מבקשים למעשה להנציח את האפליה בין קבוצות תרבותיות שונות. החלטות בג"ץ בסוגיית איחוד המשפחות, שבה יש אפליה בין האזרחים היהודים לאזרחים הערבים, מספקות דוגמה טובה למורכבות הסוגיה.

"נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם – מאסר חמש שנים". כך קובע סעיף 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בבואו לסווג מעשה של ריבוי נישואים כעבירה פלילית שדינה עונש מאסר בפועל.<sup>2</sup> אין ספק, כי סיווג "ריבוי הנישואים" כעבירה פלילית נועד, בראש ובראשונה, להרתיע מפני ערעור מוסד הנישואים המונוגמיים, בהיותו יסוד מיסודות המשטר החברתי במדינה. זו היתה כוונת המחוקק במעמד חקיקת החוק וזו היתה ועודנה עמדת בתי המשפט בבואם להחיל את החוק על עוברי העבירה.<sup>3</sup> תופעת ריבוי הנשים רווחת בארץ גם בקרב אזרחים ערבים וגם בקרב יהודים, לרבות בקרב עולי תימן.<sup>4</sup> עם זאת, אין ספק שהתופעה שכיחה יותר בקרב האוכלוסייה הערבית בנגב. לפי הערכה שפירסם משרד הבריאות בשנת 2001, 36% מהנשים הערביות הבודויות בנגב נשואות לגבר הנשוי ליותר מאשה אחת.<sup>5</sup>

בית המשפט התייחס לערך המרתיע של עונשי המאסר הנגזרים על מי שהורשעו בעבירה זו וקבע לא פעם, כי "הרי לא רק בנאשם העומד לדין המדובר, אלא בעיקר בצורך להרתיע אחרים, שלא יעשו כמוהו, פן תיווצר אנדרלמוסיה בכל הנוגע למוסד הנישואים במדינה"<sup>6</sup>. סמוך לתחיקת

<sup>1</sup> עורכת דין בעדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.

<sup>2</sup> תופעת ריבוי הנישואים נקראת גם פוליגמיה או ביגמיה. ההבחנה בין פוליגמיה לביגמיה היא גבולית. ביגמיה הינה מצב שבו אדם התחתן עם אשה אחרת, כאשר נישואיו הראשונים עודם בתוקף. פוליגמיה הינה מצב שבו מקיים איש חיי נישואים עם אשה אחרת, כאשר נישואיו הקודמים לא פורקו וללא צורך בקיום טקס נישואים רשמי. מקורות אחרים מבחינים בין ביגמיה לבין פוליגמיה על פי מספר הנשים הנישואות לאותו גבר. לפי הבחנה זו, ביגמיה הינה נישואי איש לשתי נשים, ופוליגמיה הינה נישואי איש ליותר משתי נשים.

<sup>3</sup> ראו ת"פ (נצי) 4433/04 **מדינת ישראל נגד דבס חליל**, ניתן ביום 20.3.2005; ע"פ 185/82 **אחמד בן עטיה נגד מדינת ישראל**, לז' (1), 85.

<sup>4</sup> ראו ע"פ 392/80 **מדינת ישראל נגד אברהם הלוי**, פ"ד לה (2) 698.

אגב אורחא, תופעת ריבוי הנישואים רווחת גם במדינות המערב, למשל בקרב הנוצרים המורמונים במדינת יוטה שבארצות הברית, למרות האיסור החוקי על כך. ראו:

Samantha Slark, *Are Anti-Polygamy an Unconstitutional Infringement on the Liberty Interests of Consenting Adults?*, 6 Journal of Law & Family Studies, 2004.

<sup>5</sup> רחל ורצברגר, "נישואי קרובים ופוליגמיה", מרכז מחקר ומידע של הכנסת, 19.3.2001.

<sup>6</sup> ע"פ 185/82 **אחמד בן עטיה גודה נגד מדינת ישראל** לז' (1) 85; עפ 392/80 **מדינת ישראל נגד אברהם הלוי** לה (2) 698; ת"פ (כ"ס) 1701/04 **מדינת ישראל נגד סלאמה סאלח**, גזר דין מיום 18.1.2005.

העבירה הקל בית המשפט בעונשים והתייחס באופן סלחני לעוברי העבירה. בפרשת גודה<sup>7</sup> סקר בית המשפט את מדיניות הענישה המקילה שננקטה לאחר חקיקת החוק וקבע כי יש להחמיר את הענישה, עקב העלייה בממדי תופעת ריבוי הנישואים במדינה באותן שנים. "יש להראות לכל עבריין בכוח, כי המדינה לא תתייחס בקלות לכל מי שיעבור על החוק", קבע בית המשפט.<sup>8</sup>

מדיניות הענישה הרצויה בגין ביצוע עבירה זו נידונה לא אחת על ידי בית המשפט, אשר חזר וקבע כי היעד העיקרי של החקיקה הוא הרתעה מפני תופעת ריבוי הנישואים. בית המשפט הוסיף: "לא ניתן להשיג מטרה זו בעונש שאינו מאסר בפועל.<sup>9</sup> ריצוי העונש בעבודות שירות אינו הולם עבירות אלה והוא מחטיא את מטרת הענישה". בפרשה אחרת נקבע,<sup>10</sup> כי גם מאסר על תנאי אינו הולם את מטרת הענישה בגין העבירה. "לעונש מאסר על-תנאי אין כל ערך על עבירה של ריבוי נישואים"<sup>11</sup>, הוסיף בית המשפט.

עם זאת, בתי המשפט אינם עקביים ביישום חוק העונשין, ובעיקר אינם מפגינים אחידות במדיניות הענישה בגין עבירה זו. מצד אחד בית המשפט שב ומדגיש את החשיבות שהוא מייחס למיגור תופעת ריבוי הנישואים, מתוך רצון לשמור על מוסד הנישואים המונוגמי. מצד אחר, בבואו לגזור את העונש – המיועד להרתיע מפני ביצוע העבירה (חמש שנות מאסר בפועל<sup>12</sup>) – הוא מסתפק בהחלה מינימלית של החוק ונוקט מדיניות ענישה מקילה ביותר כלפי עוברי העבירה. בין העונשים הקלים המוטלים בבתי המשפט לבין השגת תכלית ההרתעה, אין ולא כלום. למשל, בפרשת דבס<sup>13</sup> גזר נשיא בית משפט השלום בנצרת על נאשם שהורשע בעבירה של ריבוי נישואים 24 חודשי מאסר, מהם 18 בלבד בפועל. אגב אורחא, גזר דין זה הוא אחד הגבוהים שנגזרו על נאשמים בעבירה של ריבוי נישואים לפי סעיף 176 לחוק העונשין, אם לא הגבוה ביניהם. בפרשות אחרות, לעומת זאת, מצאו בתי המשפט לנכון להקל עוד יותר בגזרי הדין. למשל, בפרשת גודה<sup>14</sup> דחה בית המשפט העליון את ערעור הנאשם על חומרת העונש והטיל עליו 12 חודשי מאסר בפועל. בפרשת אחרת<sup>15</sup>, בית המשפט מצא לנכון לגזור על הנאשם חמישה חודשי מאסר בפועל ו-12 חודשי מאסר על תנאי. במקרה אחר<sup>16</sup> גזר בית המשפט על הנאשם 18 חודשי מאסר על תנאי, ורק שישה חודשי מאסר בפועל.

מעבר לרצון להגן על מוסד הנישואים המונוגמיים, אין כל ספק שריבוי נישואים פוגע פגיעה חמורה וקשה בזכויותיהן של הנשים המעורבות במערכת זו. בית המשפט אינו מתעלם מהפגיעה בעקרון השוויון בין איש ואשה עקב מעשה של ריבוי נישואים<sup>17</sup>, המעוגן כשלעצמו בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. זה לא כבר קבע בית המשפט כי האיסור על ביגמיה טומן בחובו

<sup>7</sup> ע"פ 185/82 אחמד בן עטיה גודה נגד מדינת ישראל לז' (1) 85.

<sup>8</sup> שם.

<sup>9</sup> בע"פ 4085/91 איברהים שיבלי נגד מדינת ישראל, תק-על 91(3) 2288.

<sup>10</sup> ע"פ 392/80 מדינת ישראל נגד הלוי לה (2) 698.

<sup>11</sup> ראו גם ת"פ (ב"ש) 2626/02 מדינת ישראל נגד בן זקן חנניה גזר דין מיום 29.9.2005.

<sup>12</sup> סעיף 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

<sup>13</sup> ת"פ (נצ'י) 4433/04 מדינת ישראל נגד חליל דבס, פסק דין מיום 20.3.2005.

<sup>14</sup> ע"פ 185/02 אחמד בן עטייה גודה נגד מדינת ישראל, פד"י לז' (1), 85.

<sup>15</sup> ת"פ (קרית שמונה) 558/04 מדינת ישראל נגד קהמוז, תק-על 2005(2), 11541.

<sup>16</sup> ת"פ (כ"ס) 1346/03 מדינת ישראל נגד עודה בן רבחי, פסק דין מיום 21.3.2004.

<sup>17</sup> ראו ת"פ (קרית שמונה) 558/04 מדינת ישראל נגד קהמוז, תק-על 2005(2), 11541.

יעד חברתי חשוב – הגנה על האשה הראשונה<sup>18</sup>. בית המשפט הכיר בכך שעליו להגן על האשה הראשונה מפני אפליה, אי שוויון ומעמד נחות<sup>19</sup>. פסיקותיו הסתמכו על מחקרים שנעשו בקרב הנשים הבדויות, שמהם עלה כי "לנשים יש תחושות קשות בקשר לחיים במשפחה פוליגמית. גורמי התסכול והעוינות בין נשותיו של בעל אחד, נובעים מיחס מפלה של הבעל וקנאה של כל אשה למעמדה"<sup>20</sup>.

בנוסף להשלכות הפסיכולוגיות והחברתיות של ריבוי הנישואים, המהוות כשלעצמן פגיעה בכבוד של האשה, התופעה פוגעת בזכויות אדם בסיסיות של הנשים המעורבות בתא המשפחתי הפוליגמי. נישואים של הבעל עם אשה נוספת מביאים לפירוק חלקי, אם לא מלא, של הנישואים הראשונים, מתוך פגיעה בזכותן של הנשים המעורבות לחיי משפחה תקינים ושלמים. ריבוי נישואים פוגע בזכות הפרטיות, לאינטימיות ולאוטונומיה של היחידה המשפחתית, אשר הוכרה כזכות נעלה על ידי בית המשפט העליון.<sup>21</sup> בנוסף, במערכת פוליגמית קיימת פגיעה בזכויות החברתיות והכלכליות של הנשים המעורבות. ריבוי נישואים מביא לחלוקה של הכנסת הבעל בין הנשים והילדים בתא המשפחתי הפוליגמי ופוגע בזכויותיהן של הנשים בירושת הבעל לאחר מותו.<sup>22</sup> ריבוי נישואים אף פוגע בזכותן של הנשים לקיום מינימלי ולחיים בכבוד. בתי הדין דחו לא אחת תביעות להבטחת הכנסה שהגישו נשים החיות במסגרת תא משפחתי פוליגמי, בין אם נשואות ובין אם ידועות בציבור. מדיניות בתי הדין הינה לדחות את ההכרה באשה התובעת את קצבת הבטחת הכנסה מהמוסד לביטוח לאומי כ"בן זוג", ובכך למנוע ממנה את קבלת הקצבה, המיועדת מלכתחילה לסייע בקיום המינימלי של המבקשת.<sup>23</sup>

כאמצעי נוסף למיגור תופעת ריבוי נשים, צירף אליו בית המשפט את חוק האזרחות, התשי"ב-1952, המאפשר בסעיף 7 איחוד משפחות עקב הענקת אזרחות ישראלית לאחד מבני הזוג, כאשר רק לאחד מהם יש אזרחות ישראלית. בדונו בבקשות לאיחוד משפחות לפי חוק זה, מקבל בית המשפט באופן אוטומטי את מדיניות משרד הפנים, הדוחה את הבקשות במקרים שבהם מדובר בנישואים פוליגמיים. יתר על כן, דחיית בקשות לאיחוד משפחות התעצמה בעקבות חקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל, התשס"ג-2003, המונע מאזרחים ישראלים הגשת בקשות חדשות למתן מעמד לבני זוג או בנות זוג שהם תושבי הגדה המערבית או רצועת עזה. התיקון גם מונע מתן מעמד בישראל, לכל מי שלא הגיש בקשה כאמור עד לתאריך 12.5.2002. לטענת המדינה, חוק זה נחקק לתכלית ביטחונית – למנוע מתושבי הגדה המערבית ורצועת עזה שקיבלו מעמד בישראל לסייע בביצוע פעולות נגד ביטחון המדינה. חוק זה מוחל על קבוצה "חשודה" של האוכלוסייה, גם באופן רטרואקטיבי, ושולל זכויות חוקתיות של אזרחים על בסיס מפורש וישיר של שייכות אתנית. בעתירה שהוגשה לבג"ץ נגד חוק זה נטען, בין היתר, שהחוק פוגע בזכות החוקתית לכבוד

<sup>18</sup> ראו ת"פ (ב"ש) 2626/02 מדינת ישראל נגד בן זקן חנניה, גזר דין מיום 29.9.2005.

<sup>19</sup> בל (ב"ש) 1447/00 אבו עשיבה עודה נגד המוסד לביטוח לאומי, מיום 10.2.2002.

<sup>20</sup> שם. בית המשפט התבסס על מחקרו של מגיד אלעטאונה, "הקשר בין מעמדה של האשה הבדויות לבין מצבה הפסיכולוגי", מתוך יום עיון בנושא הבדויות לזכרו של יצחק נצר ז"ל, חוברת מס' 24, פברואר 1993.

<sup>21</sup> ע"א 2266/93 פלוני נגד פלוני, פ"ד מט(1) 221.

<sup>22</sup> Women Living Under Muslim Laws, *Women, Family, Laws and Customs in the Muslim World*, 2003

<sup>23</sup> ראו בל (ת"א) 1041/02 עפאוי נוף נגד המוסד לביטוח לאומי, פסק דין מיום 16.11.2003.

אדם; בזכות החוקתית לשוויון; בזכות החוקתית לחירותו האישית של הפרט לקיים חיי משפחה לפי בחירתו; בזכות החוקתית לפרטיות ובזכות החוקתית להליך הוגן.<sup>24</sup>

השאלה שאבקש להתמקד בה היא, מהי מידת הלגיטימיות של השימוש שעושים בתי המשפט בתיקון זה כדי למגר את תופעת ריבוי הנישואים. השאלה אינה תיאורטית, שכן בג"ץ החל לאחרונה, וביתר שאת, לדחות בקשות לאיחוד משפחות בטענה שקבלתן תביא להכרה בריבוי נישואים. כך למשל, בפסק דין מיום 26.10.2005 דחה בית המשפט העליון עתירה לאיחוד משפחות שהגיש אזרח ערבי מלוד הנשוי לחמש נשים שונות, שמהן יש לו 39 ילדים, לאחר שנוכח לדעת כי מדובר בנישואי ביגמיה.<sup>25</sup> במקרים נוספים אישרו בתי המשפט את החלטות משרד הפנים לדחות בקשות לאיחוד משפחות.<sup>26</sup> בדחותו את העתירות שהוגשו נגד משרד הפנים ציין בית המשפט לא אחת, כי היענות לבקשה לאיחוד משפחה במקום שבו הזוג הישראלי חייב עצמו בעבירת ביגמיה, יש בה לא רק סיוע בעקיפין – לאחר מעשה – לביצוע העבירה, אלא גם עידוד לביצועה.

אכן, דחיית בקשה לאיחוד משפחה בנימוק של מניעת אשרור נישואים פוליגמיים של הבעל, תורמת למיגור התופעה ולהרתעה מפני ביצוע העבירה. עם זאת, הדחייה פוגעת גם בזכויות יסוד של האשה שבגינה הוגשה הבקשה לאיחוד משפחות. אשה ההופכת לאשה שנייה או נוספת של בעלה, לרוב אינה נכנסת למערכת כזאת מרצונה החופשי. לעתים אין לה ידיעה מוקדמת על סוג החיים המשפחתיים שאליהם היא נכנסת. אשה כזאת, שאיננה אזרחית ישראל ושלעתים בקשתה לאיחוד משפחתה מוגשת לאחר שילדה ילדים לבן זוגה, נאלצת לאחר דחיית הבקשה לשוב לבית אביה. זכותה לחיי משפחה שלמים ותקינים ולאוטונומיה של התא המשפחתי נפגעת אף היא. לעתים נאלצת אשה כזאת לחזור לבית הוריה לבדה ולהשאיר את ילדיה עם אביהם בישראל, ולעתים ילדיה חוזרים עמה לבית הוריה. בכל מקרה, הפגיעה באשה ובילדים כרוכה בהשלכות חברתיות וכלכליות עצומות, שלא תמיד אפשר להתמודד עמן.

כך נהפכו חוקי האזרחות שהוזכרו לעיל לכלים אפקטיביים ביותר במלחמה נגד תופעת ריבוי הנישואים. האפקטיביות שלהם עולה אף על זו של הכלי העיקרי שנועד מלכתחילה להיאבק בתופעה – סעיף 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. אולם יש לזכור, כי שני הכלים נבדלים זה מזה בתכליתם. תכליתו של סעיף 176 לחוק העונשין היא למנוע עבירה של ריבוי נישואים, בניסיון למגר את התופעה. שני חוקי האזרחות<sup>27</sup> נחקקו לתכליות "דמוגרפיות" ו"ביטחוניות", המביאות לשלילת זכויות חוקתיות מאלה המבקשים לאחד את משפחותיהם ולממש את הזכות הבסיסית לחיי משפחה תקינים ושלמים. שימוש בחוק אחד לצורך מימוש תכלית של חוק אחר, מקדם את היציבות והוודאות ביישום שלטון החוק. אולם, יישום חוקי האזרחות לצורך מימוש התכלית של חוק העונשין הוא ערבוב מין שאינו במינו, צעד המדיף ריח של הפעלת שיקולים זרים ביישום החוקים. כוונתי אינה למתוח ביקורת על המאמץ למגר את תופעת ריבוי הנישואים, אלא דווקא

<sup>24</sup> ראו כתב העתירה שהגישו מרכז עדאלה, חברי כנסת ערבים ואחי' נגד חקיקת התיקון לחוק. בג"ץ 7052/03, עדאלה ואחי' נגד שר הפנים (תלוי ועומד). לעיון בעתירה:

[http://www.adalah.org/features/famuni/2003july\\_fam\\_uni\\_pet-heb.pdf](http://www.adalah.org/features/famuni/2003july_fam_uni_pet-heb.pdf)

<sup>25</sup> בג"ץ 5291/05 **עבד אלכרים אזברגה נגד שר הפנים**, פסק דין מיום 26.10.2005 (טרם פורסם).

<sup>26</sup> ראו גם בג"ץ 5185/02 **אבו עאיש נגד שר הפנים** (פדאור (לא פורסם) 03 (3) 860); בג"ץ 5303/05 **בדארנה נגד שר**

**הפנים**, פסק דין מיום 21.7.2005; בג"ץ 9015/02 **אבו אלקימה נגד שר הפנים** (פדאור (לא פורסם) 03 (4) 191); בג"ץ 1126/02 **אבו עסא נגד שר הפנים** (פדאור (לא פורסם) 02 (3) 19).

<sup>27</sup> חוק האזרחות, התשי"ב-1952, וחוק האזרחות והכניסה לישראל, התשי"ג-2003.

להביע הסתייגות ממתן הכשר יישומי וגושפנקא לחוקים גזעניים ומפלים, בטענה שאלה נועדו להרתיע מפני ביצוע העבירה המיוחסת בחוק אחר. יישום עקבי ושיטתי של חוקים שונים עם תכליות שונות, לצורך מיגור תופעה שלילית, אמור לחול באופן דו כיווני. היינו, כפי שבית המשפט מיישם באופן מלא את הוראות חוקי האזרחות כדי לא לתת הכשר לעבירת ריבוי הנישואים, כך הוא חייב להחיל באופן מלא את הוראות חוק העונשין, שנחקקו במפורש לצורך מניעה והרתעה מפני עבירת ריבוי הנישואים.

לסיכום, כפי שצוין לעיל, תופעת ריבוי הנישואים פוגעת באופן בסיסי בזכויות הנשים ועל כן יש להשתמש בכלים משפטיים כדי למגר אותה. הטענה הדוגלת באי התערבות המדינה בזכויות תרבותיות של קבוצת מיעוט עת מדובר בריבוי נישואים, פסולה בעיני. אי ההתערבות נועדה לשמר את הפגיעה בזכויות הנשים החיות בתא משפחתי פוליגמי. יש לחשוף את יחסי הכוחות המשוקעים בהגדרת המושגים ובשימוש בשפה. השליטה בהגדרת זכות קיבוצית נשענת על יחסי השליטה של קבוצה דומיננטית אחת בתוך הקבוצה התרבותית. על כן, ההגדרות והשימוש בשפה מחייבים איון ונטרול של יחסי שליטה אלו. נטרול מעין זה יוביל לקביעה הערכית, שלפיה פגיעה בזכויות נשים היא גם פגיעה בזכות קיבוצית של כל חברי הקבוצה: נשים כגברים.

עם זאת, ועל בסיס עיקרון שוויוני זה, אין להסכים עם גישת בתי המשפט, המבקשת להנציח את אי השוויון הלאומי בין האזרחים הערבים לאזרחים היהודים באמצעות חוקים גזעניים, מתוך שימוש בטרמינולוגיה שלכאורה מגינה על זכויות הנשים. האיסור על איחוד משפחות פוגע בגברים ובילדים הערבים, אך במיוחד בנשים הערביות. גישת בית המשפט בתיקים של איחוד משפחות עומדת על שתי רגליים – שני חוקי האזרחות לעיל מצד אחד והגישה הרואה בריבוי נישואים זכות תרבותית מוגנת, מהצד האחר. למעשה, שתי הרגליים האלה מבוססות על המשך יחסי השליטה ועל הנצחת האפליה. הראשונה מבקשת להפלות בין יהודים לערבים, השנייה מבקשת להפלות בין גברים לנשים. בעיני, שתיהן אינן לגיטימיות. לעומת זאת, לחוק העונשין כשלעצמו לגיטימיות הנובעת מהיותו כלי מרתיע המבקש לקדם תכלית לגיטימית – הגנה על נשים מפני פגיעה בעקרון השוויון בין המינים ופגיעה בזכויות אדם בסיסיות שלהן. למותר לציין, כי תחולת חוק העונשין אמורה להיות אוניברסלית. כלומר, הוא חל על כל מי שעובר עבירה של ריבוי נישואים, ללא הבדלי דת או לאום.