

## חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה

אהרון ברק\*

רשימה זו בוחנת את השפעתה של המהפכה החוקתית על דיני המשפחה. במידה רבה ניתן לומר כי החוקתיזציה של המשפט הישראלי, אשר התרחשה לאחר כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, פסחה על דיני המשפחה. מכאן החשיבות שבבחינת ההיבטים החוקתיים של דיני המשפחה בישראל. מטרת הרשימה כפולה: ראשית, בחינת צורת החשיבה המשפטית הראויה בהיבטה המתודולוגי; שנית, בחינת הפוטנציאל החוקתי הטמון בדין החוקתי הקיים. הרשימה מתרכזת בזכות החוקתית לכבוד האדם ובהשפעתה על דיני המשפחה בישראל, תוך בחינת ההיבטים החוקתיים של חיי המשפחה: הכניסה לתא המשפחתי, חיי המשפחה וסיום התא המשפחתי. בהמשכה הרשימה דנה בסיבות למיעוט השפעתן של הזכויות החוקתיות על דיני המשפחה בישראל, ובעיקר בסיבה העיקרית, שעניינה הוראת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בדבר "שמירת דינים".

### הצגת הבעיה

פרק א: על כבוד האדם כזכות־אם חוקתית

פרק ב: הזכות לחיי משפחה כזכות־בת חוקתית

1. ההכרה בהיבט החוקתי של הזכות־הבת לחיי משפחה

2. חוקת המשפחה

3. מאפייניה של הזכות־הבת לחיי משפחה

(א) הזכות־הבת לחיי משפחה והזכויות־הבנות האחרות של כבוד האדם

(ב) חשיבותה של הזכות־הבת לחיי משפחה

(ג) הזכות לחיי משפחה כזכות יחסית

(ד) הזכות לחיי משפחה – זכות שלילית וזכות חיובית

פרק ג: הזכות־הבת לחיי משפחה – יצירת התא המשפחתי

1. הזכות ליצירת תא משפחתי

2. הזכות להכרה ביחסי זוגיות

\* נשיא בית־המשפט העליון בדימוס; בית־הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

(א) הזכות ליצירת קשר משפחתי

(ב) הנישואים

(ג) ברית הזוגיות

(ד) "ידועים בציבור"

3. הזכות להורות

(א) הולדה

(ב) אימוץ

פרק ד: הזכות־הבת לחיי משפחה – הזכויות במסגרת התא המשפחתי

פרק ה: הזכות־הבת לחיי משפחה – הזכות לצאת מהתא המשפחתי

פרק ו: ההיבט החוקתי של חיי המשפחה

1. "משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה" – האומנם?

2. התא המשפחתי ושתי רמות נורמטיביות – חוקתית ותת־חוקתית

פרק ז: הזכות־הבת לחיי משפחה והפסקה בדבר "שמירת דינים"

סוף־דבר

## הצגת הבעיה

על־פי המצב המשפטי הקיים, בגרעינם של דיני המשפחה בישראל מצויים הדין הדתי והדיין הדתי. עיקרון זה חל לגבי כל הדתות. במאמר זה אתרכז בדיני המשפחה החלים על יהודים. הגרעין הדתי של דיני המשפחה מצוי בתוך מעטפת של משפט אזרחי ושיפוט אזרחי. מעטפת זו הולכת ומתפתחת הן על־ידי חקיקה של הכנסת והן על־ידי פסיקה של בתי־המשפט. ניתן לומר כי את הגרעין של דיני משפחה דתיים מקיפה מעטפת של דיני משפחה אזרחיים. דינים אזרחיים אלה התבססו על ה"אני מאמין" של החברה הישראלית ועל תפיסותיה הבסיסיות. מאז כונן חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הושפעו דיני המשפחה האזרחיים גם מהערכים ומהזכויות החוקתיים שמצאו ביטוי בחוק־היסוד, ובעיקר מכבוד האדם ומהחירות האישית.<sup>1</sup>

1 רשימה זו עניינה השפעתה החוקתית של הזכות לכבוד האדם. תחולתה של הזכות לחירות אישית (ס' 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992, ס"ח 150 – "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת") היא בעייתית. גדר הספקות היא אם החירות האישית חלה על כל פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הרצון או שמא היא משתרעת רק על אותן פגיעות בחירות הנעשות בדרך דומה לזו של מאסר, מעצר או הסגרה. על־פי הגישה השנייה, החירות האישית חלה אך על פגיעות של רשות שלטונית שהן בעלות אופי פיזי. בעיה דומה התעוררה גם בקנדה (ראו: Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 S.C.R. 307 (Commission), וברום־אפריקה (ראו: Ferreira v. Levin NO, 1996 (1) (SA 984 (CC)).

מצב דברים זה, שאותו ירשנו עוד מהמנדט הבריטי, אינו מניח את הדעת. היבטים מסוימים של הדין הקיים פוגעים במצפון, ויש בהם כפייה דתית.<sup>2</sup> בצד בעיות אלה קיימים גם תכנים של המשפט הדתי שנתפסים כבלתי־ראויים בתחומים שונים, בעיקר משום שהם מפלים בין איש לאישה.

רשימה זו בוחנת את השפעתה של המהפכה החוקתית<sup>3</sup> על דיני המשפחה.<sup>4</sup> היא מבקשת לגבש את ההיבטים החוקתיים של דיני המשפחה, כלומר, את "חוקת המשפחה".<sup>5</sup> הספרות המשפטית הישראלית בתחום זה מועטה.<sup>6</sup> במידה רבה ניתן לומר כי החוקתיזציה של המשפט הישראלי,<sup>7</sup> אשר התרחשה לאחר כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, פסחה על דיני המשפחה. על כך יש להצטער. מהפכת זכויות האדם לוותה פרישה רחבה של אמנות בין־לאומיות העוסקות בדיני משפחה,<sup>8</sup> וכן מספר רב של חוקות בחוקות שונות המעניקות מעמד חוקתי להיבטים שונים של המשפחה.<sup>9</sup>

2 ראו: Gidi Sapir & Daniel Statman, *Religious Marriage in a Liberal State*, 30 CARDOZO L. REV. 2855 (2009).

3 על המהפכה החוקתית ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (2004) (להלן: ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה").

4 הדיבור "משפחה" – המופיע בספר החוקים מבלי שיש לו הגדרה כוללת – אינו מופיע בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לנגד עינינו עומדת המשפחה כפי שהיא מובנת בחברה הישראלית של היום, קרי, המשפחה במובנה הסוציולוגי־המודרני. מובן זה כולל הן את "המשפחה הטבעית" והן את "המשפחה החדשה"; הוא משתרע על המשפחה הדו־הורית ועל המשפחה החד־הורית כאחת; והוא כולל בחובו גם את ההפריה הטבעית, את ההפריה החוץ־גופית ואת הפונדקאות.

5 על חוקת המשפחה ראו להלן תת־פרק ב2.

6 חיבורים חריגים ראויים לציון, אשר הכירו בחשיבותן של הזכויות החוקתיות לגיבוש דיני המשפחה, הם פנחס שיפמן **שפה אחת ודברים אחרים: עיונים במשפט, הלכה וחברה** (2012) (להלן: שיפמן **שפה אחת ודברים אחרים**); שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" **עיוני משפט** כח 671 (2005); שחר ליפשיץ "שוויון בנישואים, הזכות להתגרש ואוטונומיה קהילתית: הרהורים בעקבות תמורות במעמד האשה במשפט העברי" **עיוני משפט** כז 139 (2003) (להלן: ליפשיץ "שוויון בנישואים"). ראו גם יחיאל ש' קפלן "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני – איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות" **קריית המשפט** ח 145 (2009); יפעת ביטון "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד־מיניים" **קריית המשפט** ב 401 (2002).

7 על החוקתיזציה של המשפט הישראלי ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996), פורסם גם באהרן ברק **מבחר כתבים** כרך א 455 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (להלן: ברק "הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי").

8 ראו יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 663 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

9 ראו ס' 6 לחוקה של גרמניה (1949); ס' 18 ו־39 לחוקה של ספרד (1978); ס' 136 (1) לחוקה של פורטוגל (1976); ס' 29 לחוקה של איטליה (1948); ס' 14 לחוקה של שווייץ (1999).

להוראות אלה באמנות ובחוקות הייתה השפעה רבה על דיני המשפחה.<sup>10</sup> כך, למשל, השינויים הרבים ביותר במשפט הפרטי הגרמני הוסבו על-ידי הוראות החוקה הגרמנית שעניינן המשפחה.<sup>11</sup> התפתחות דומה לא התרחשה בישראל. מכאן החשיבות שבבחינת ההיבטים החוקתיים של דיני המשפחה בישראל. זוהי "חוקת המשפחה".<sup>12</sup> איני מבקש להציע פתרונות. הבעיות קשות, והשיקולים נוגדים. מטרתי היא להציע מתודולוגיה חוקתית לפתרון של הבעיות השונות. תוך כדי כך אעמוד על הפוטנציאל החוקתי – בכל הנוגע בזכות לחיי משפחה – הטמון בדין הקיים. מטרתי אפוא כפולה: ראשית, בחינת צורת החשיבה המשפטית הראויה בהיבטה המתודולוגי; שנית, בחינת הפוטנציאל החוקתי הטמון בדין החוקתי הקיים.

**בפרק הראשון** אתרכו בזכות החוקתית לכבוד האדם ובהשפעתה על דיני המשפחה בישראל. בפרק השני אבחן את הזכות-הבת לחיי משפחה, הנגזרת מהזכות לכבוד האדם, ואתח את ההיבטים החוקתיים של חיי המשפחה. בפרקים השלישי, הרביעי והחמישי אעמוד על ההיבטים השונים של הזכות לחיי משפחה מנקודת-המבט החוקתית. אפתח (בפרק השלישי) בהיבטים החוקתיים של הכניסה לתא המשפחתי, ואתרכו בזכות לזוגיות ובזכות להורות. אמשיך (בפרק הרביעי) בהיבטים החוקתיים של חיי המשפחה עצמם, ואסיים (בפרק החמישי) בהיבטים החוקתיים של סיום התא המשפחתי. בהמשך, בפרקים השישי והשביעי, אנתח את הסיבות למיעוט השפעתן של הזכויות החוקתיות על דיני המשפחה. אתרכו (בפרק השביעי) בסיבה העיקרית, שעניינה הוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בדבר "שמירת דינים". אסיים רשימה זו בדברי סיכום קצרים.

## פרק א: על כבוד האדם כזכות-אם חוקתית

נקודת המוצא של דיני המשפחה בישראל היא חוקתית. מדינת-ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. אחד המאפיינים המרכזיים של דמוקרטיה חוקתית הוא מגילה חוקתית של

10 ראו: June Sinclair, *Ebb and Flow: The Retreat of the Legislature and the Development of a Constitutional Jurisprudence to Reshape Family Law*, 2002 INT'L SURV. FAM. L. 393; Julia Sloth-Nielsen & Belinda van Heerden, *The Constitutional Family: Developments in South African Family Law Jurisprudence Under The 1996 Constitution*, 17 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 121 (2003).

11 ראו: Nina Dethloff & Kathrin Kroll, *The Constitutional Court as Driver of Reforms in German Family Law*, 2006 INT'L SURV. FAM. L. 217. ס' 16 לחוקה של גרמניה קובע: "Marriage and the family shall enjoy the special protection of the state".

12 "חוקת המשפחה" מכנסת את כל ההסדרים החוקתיים המעצבים את דיני המשפחה. בעבר ניתחתי באופן דומה את "החוקה הכלכלית" – ראו אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" מבחר כתבים כרך א 485 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (להלן: ברק "החוקה הכלכלית של ישראל"). באופן דומה ניתן לנתח את "חוקת העבודה", את "החוקה הצבאית" ועוד.

משפט ועסקים טז, תשע"ד חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה

זכויות אדם וקיום ביקורת שיפוטית לשם אכיפתה.<sup>13</sup> מגילה זו בישראל מעוגנת בעיקרה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההוראה המרכזית לענייננו היא זו בדבר כבוד האדם. סעיף 2 לחוק־יסוד זה קובע:

"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם."

זהו ההיבט ה"שליילי" של הזכות.<sup>14</sup> הוא מטיל על רשויות המדינה את החובה לא לפגוע בכבוד האדם. ההיבט ה"חיובי" של הזכות מעוגן בסעיף 4, הקובע:

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

היבט זה מטיל על המדינה את החובה לממש את כבוד האדם ולמנוע פגיעה בו על-ידי פרטים אחרים.

מהו כבוד האדם כזכות חוקתית? שאלה זו התעוררה במדינות רבות שחוקותיהן כוללות הוראה דומה (כגון גרמניה,<sup>15</sup> דרום-אפריקה<sup>16</sup> ופולין<sup>17</sup>), והיא נבחנה במספר ניכר של פסקי־דין שנתן בית־המשפט העליון שלנו.<sup>18</sup> בפרשת התנועה לאיכות השלטון נפסק:

13 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי המאוחד).

14 על ההיבט השליילי של זכות, ועל ההבחנה בינו לבין ההיבט החיובי, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 513 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

15 ס' 1(1) לחוקה של גרמניה (1949): "Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority" MATTHIAS MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE 97 (2008); WERNER HEUN, THE CONSTITUTION OF GERMANY: A CONTEXTUAL ANALYSIS 204 (2011); DONALD KOMMERS & RUSSELL MILLER, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 356 (3rd ed. 2012).

16 ס' 10 לחוקה של דרום-אפריקה (1996): "Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected" LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 17 (2012).

17 ס' 30 לחוקה של פולין (1997): "The inherent and inalienable dignity of the person shall constitute a source of freedoms and rights of persons and citizens. It shall be inviolable. The respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities"

18 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת עדאלה); בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406 (2008); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: פרשת "המפקד הלאומי"); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (פורסם בנוב, 19.11.2009); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ

"הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים..."<sup>19</sup>

הזכות החוקתית לכבוד האדם מגינה על אנושיותו של האדם כאדם.<sup>20</sup> זהו חופש

המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2009); בג"ץ 8300/02 נטר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2010); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012).

19 פרשת התנועה לאיכות השלטון, שם, בעמ' 654.

20 ראו אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז 469 (2005). ראו גם תמר הוסטובסקי-ברנדס "כבוד האדם במשפט הישראלי" (עתיד להתפרסם); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 400 (2008). ההגנה על האנושיות שבזכות לכבוד האדם מופיעה כבר אצל קנט – ראו: ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 30 (2009). הזכות להגנה על האנושיות אינה מוחלטת ואינה קשורה לרציונליות האנושית. היא כוללת את ה-empowerment ואת ה-constraint שעליהם כותבים Beyleveld & Brownsword. ראו: DERYCK BEYLEVELD & ROGER BROWNSWORD, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND BIOLAW (2001). זכות זו חלה במצבים שבהם האנושיות נפגעת על-ידי השפלה ודיכוי. עם זאת, אין היא מוגבלת לכך. האנושיות שביסודו של כבוד האדם מצרפת את "הכבוד הסגולי" ואת "כבוד המחיה" במינוחה ובכתיבתה של אורית קמיר – ראו אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם 15 (2005). גישה זו דומה לגישתה של Erin Daly (ERIN DALY, DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTIONS, AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON (2013) וכן לגישתו של Ackermann (ACKERMANN), לעיל ה"ש 16, בעמ' 23, שעל-פיה: "[T]he human worth (dignity) of each and every person is the capacity for and the right to respect as a human being. Thus arises from all those aspects of the human personality that flow from human intellectual and moral capacity; which in turn separate humans from the impersonality of nature, enables them to exercise their own judgment, to have self-awareness and a sense of self-worth, to exercise self-determination, to shape themselves and nature, to develop their personalities and to strive for self-fulfillment in their lives. It also arises from the capacity of human beings to enter into meaningful relationships with others and thereby achieve self-fulfillment at least in part" גישתנו דומה לגישתו של Matthias Mahlmann (ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 15; Matthias Mahlmann, The Basic Law at 60 – Human Dignity and the Culture of Republicanism, 11 GERMAN L.J. (2010) 9), המבקש לתת לכבוד האדם הגדרה חיובית המנותקת מתפיסות דתיות. גישה זו מעניקה לכבוד האדם משמעות דמוקרטית, שכן אין משמעות לדיבור "כבוד האדם" על אי בודד. עם זאת, היא אינה מרחיקת-לכת כגישתו של Möllers – ראו: Christoph Möllers, Democracy and Human

הבחירה הנתון לכל אדם<sup>21</sup> לעצב את חייו,<sup>22</sup> להגשים את עצמו<sup>23</sup> ולפתח את אישיותו ואת זהותו העצמית.<sup>24</sup> זהו החופש של אדם לטוות את סיפור חייו.<sup>25</sup> זו האוטונומיה של

*Dignity: Limits of a Moralized Conception of Rights in German Constitutional Law*, 42  
ISRL. REV. 416 (2009).

- 21 ראו ע"א 3077/90 **פלוגיני נ' פלוגיני**, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995) (להלן: ע"א 3077/90 **פלוגיני נ' פלוגיני**): "כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה..." (השופט מ' חשין); בג"ץ 7357/95 **ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 769, 783 (1996) (להלן: פרשת **פטה המפריס**); פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 751; פרשת **נסר**, לעיל ה"ש 18, פס' 45 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.
- 22 ראו ע"א 6871/99 **רינת נ' רום**, פס' 17 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין (פורסם בנבו, 21.4.2002) (להלן: פרשת **רום**).
- 23 ראו ע"א 4534/02 **רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ**, פ"ד נח(3) 558, 573 (2004) (להלן: פרשת **שוקן**).
- 24 פרשת **נסר**, לעיל ה"ש 18, פס' 46 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. ראו גם בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, 480 (2005) (להלן: פרשת **עמותת מחויבות לשלום**).
- 25 ראו פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 548 (השופט א' ריבלין); ע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289, 329–330 (2000): "כל אשה, כל אדם, זכאים לכתוב את סיפור חייהם כרצונם ועל-פי בחירתם – כל עוד אין הם פולשים לתחומו של הזולת – והיא האוטונומיה של הרצון החופשי. כי ייכפה על אדם ללכת בדרך שלא איווה ללכת בה, תיפגע האוטונומיה של רצונו החופשי. אכן, זה גורלנו, גורל האדם, שעושים וחודלים אנו כל העת שלא-מרצון חופשי, ועל דרך זו נמצאת האוטונומיה של רצונו חסרה. ואולם במקום שהפגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי פגיעה עמוקה היא, אר-אז יתערב המשפט ויאמר את דברו... האוטונומיה של הרצון החופשי נגזרת מתוך כבוד האדם והיא בתשתית חשיבתנו המשפטית. כבוד האדם משמיע אדם חופשי – לא בכדי תִּכְרַו הכבוד והחירות וירדו אל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – והוא אדם שהמשפט מקנה לו זכות וחופש להתוות את מהלכיו בדרכו-שלו" (השופט מ' חשין); בג"ץ 2123/08 **פלוגיני נ' פלוגיני**, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 6.7.2008) (להלן: פרשת **פלוגיני נ' פלוגיני**): "חופעת סרבנות הגט היא קשה ומורכבת ולצערנו אינה חדשה לנו. היא כרוכה בפגיעה קשה וכואבת באישה הנותרת כבולה לנישואין שאין היא מעוניינת בהם עוד: חירותה נפגעת, כבודה ורגשותיה נפגעים וזכותה לחיי משפחה נפגעת גם היא – זכויות אלו הוכרו בשיטתנו כולן כזכויות הנהנות ממעמד חוקתי וראשון במעלה... בתוך כך נפגעת גם זכותה של האישה לאוטונומיה, זכותה של האישה להגשים עצמה כאדם חופשי, זכותה לבחור את גורלה, לכתוב את סיפור חייה – להחליט, היא ורק היא, האם ומתי יבוא על סיומו קשר נישואין שאין היא רוצה בו עוד והאם ומתי תבחר לקשור עצמה בקשר כזה בשנית." ראו גם פרשת **גלאון**, לעיל ה"ש 18, פס' 26 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין. כן ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **ספר ברנזון** ב 183, 196 (2000): "מעל לכל אלה ניצבת היכולת של הפרט לבחור, היכולת לכתוב את סיפור חייו – הכוללת את היכולת להחליט בסופו של כל פרק על התוכן של הפרק הבא. היכולת להחליט עצמאית מתי לסיים את הפרק הנוכחי ולהתחיל את הפרק הבא. הספר הוא ספר אישי, אך הוא מכוון לקריאה על-ידי אחרים, כשם שספריהם של אחרים משפיעים ומקרינים על מלאכת הכתיבה של הפרט האחד."

הרצון הפרטי,<sup>26</sup> המבוססת על חופש הבחירה של האדם<sup>27</sup> ועל הגנה מפני פגיעה של המדינה בחופש זה.<sup>28</sup> ביסוד אנושיותו של האדם מונחת התפיסה כי כל אדם הוא עולם בפני עצמו ומטרה בפני עצמה.<sup>29</sup> על-כן יש להתייחס אל האדם תמיד כאל מטרה, ולא כאל אמצעי בלבד.<sup>30</sup> אנושיותו של האדם אינה אנושיותו על אי בודד.<sup>31</sup> זו אנושיותו בחברה שבה הוא חי.<sup>32</sup> זו אנושיותו הבנויה על יחסים הדדיים בין הפרט לבין פרטים אחרים ובין הפרט לבין המדינה.<sup>33</sup>

על רקע תפיסה זו של כבוד האדם כזכות חוקתית קבע בית-המשפט העליון, בעשרות פסקי-דין, כי מכבוד האדם נגזרות זכויות רבות. זכויות אלה אינן מוכרות בחוק-היסוד כזכויות עצמאיות העומדות על רגליהן שלהן. הן מהוות אך זכויות-בנות של כבוד האדם, ועל-כן היקפן צר מכפי שהיה אילו הן הוכרו כזכויות עצמאיות.<sup>34</sup>

26 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 684; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 34 לפסק-דינה של השופטת ד' ביניש (2006); פרשת נטר, לעיל ה"ש 18, פס' 46 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. ראו גם אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 277 (1994).

27 ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 570–571 (1999).

28 ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 561–562 (2005) (להלן: פרשת חוף עזה); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235 (1995) (להלן: פרשת פלוני נ' פלוני); רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872 (2002) (להלן: רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני); בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 187, 124 (2005) (להלן: פרשת ההורים המיועדים לאימוץ הקטין).

29 ראו פרשת פטה המפריס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 783.

30 ראו בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(3) 117, פס' 28 לפסק-דינו של השופט א' לוי (2007); פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 18, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

31 ראו רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 64 (1996); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 39 (1997); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832 (1999); בג"ץ 7015/02 עגיוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002). ראו גם בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 384 (1993); פרשת עמותת מחויבות לשלום, לעיל ה"ש 24, בעמ' 488 (הנשיא א' ברק), 495 (השופט א' לוי).

32 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 685 וכן בש"פ 537/95 גניאמת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 413 (1995). ראו גם ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל ה"ש 26, בעמ' 277.

33 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 781: "האוטונומיה היא, אפוא, תלוית יחסים ('relational autonomy') (השופט א' לוי).

34 ראו פרשת עמותת מחויבות לשלום, לעיל ה"ש 24, בעמ' 480. ראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 18, פס' 34 לפסק-דיני; פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 295 ו-296: "היקפן של זכויות הבת הנגזרות מזכות האם לכבוד האדם לא [י]חפוף תמיד את היקפה של זכות הבת אילו נקבעה כזכות מפורשת ועצמאית בחוק היסוד" (הנשיא ברק).



הזכויות-הבנות האלה כוללות, בין היתר, את הזכות-הבת לאישיות,<sup>35</sup> את הזכות-הבת לשוויון,<sup>36</sup> את הזכות-הבת לחופש הביטוי,<sup>37</sup> את הזכות-הבת לשם טוב,<sup>38</sup> את הזכות-

- 35 ראו ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 843, 837 (1994) (להלן: פרשת פלוני נ' אלמוני); ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 175, 160 (1997) (להלן: פרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה); בג"ץ 4112/99 עראלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 413, 393 (2002); בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 457, 449 (1997); ע"א 3077/90 פלוגת נ' פלוני, לעיל ה"ש 21.
- 36 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 18; פרשת עראלה, לעיל ה"ש 18; בג"ץ 9722/04 פולגת גיינס בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.12.2006); בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הביטחון והשיכון, פס' 7 (פורסם בנבו, 13.12.2006); בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 296 (2006); פרשת אלחנתי, לעיל ה"ש 18; פרשת "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 18; בג"ץ 9863/06 קרין – עמותת קטועי רגליים לוחמים נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 28.7.2008); ע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 6.10.2009); בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פס' 40 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 3.3.2009); בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009) (להלן: פרשת "נוער כהלכה"); בג"ץ 7178/08 פורום ראשי המועצות הדרוזיות בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.11.2009); פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 18; בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לעניני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010) (להלן: פרשת טבקה); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010) (להלן: פרשת לה"ב); ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.2010); בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות (פורסם בנבו, 12.1.2011); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011); בג"ץ 7871/07 רפאל נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 6.2.2011); פרשת גלאון, לעיל ה"ש 18; פרשת נסר, לעיל ה"ש 18; בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 23.2.2012).
- 37 ראו פרשת "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 18; רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין, פס' 5 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 26.12.2011) ("מעמדו האיתן של חופש הביטוי מימים ימימה"). ראו גם ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פס' 4 לפסק-דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 8.2.2012) (להלן: פרשת דיין-אורבך).
- 38 ראו דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 74–75 (1998) (להלן: פרשת קראוס); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 651 (1999); ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865, 906 (2001); רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 518 (2001) (להלן: פרשת אמר נ' יוסף); פרשת רום, לעיל ה"ש 22, פס' 17 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין; פרשת שוקן, לעיל ה"ש 23; רע"פ 8295/02 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 578, 598, 619 (2005) (להלן: פרשת ביטון נ' סולטן); ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד ס(4) 13, 26 (2005); בג"ץ 10271/02 פריד נ' משרתת ישראל, פ"ד סב(1) 106, פס' 52 לפסק-דינו של השופט י' עדיאל (2006); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה ופס' 5 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 12.11.2006); ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פס' 9–10 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 12.12.2006); ע"א 89/04

הבת לחינוך,<sup>39</sup> את הזכות-הבת לקיום אנושי בכבוד<sup>40</sup> ואת הזכות-הבת לחופש המצפון והדת.<sup>41</sup> זכויות-בנות אלה חופפות במידה רבה זו את זו, ומחזקות בכך זו את זו. לעיתים הן מתנגשות זו בזו.<sup>42</sup> אכן, הזכויות-הבנות עשויות להופיע בשני הצדדים של המאזניים.<sup>43</sup> כמורכב הן חופפות את הזכויות החוקתיות המוכרות כזכויות עצמאיות בחוק-היסוד, כלומר, את הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף, הזכות לקניין, הזכות לחירות אישית, הזכות להיכנס לישראל ולצאת ממנה, הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט, והזכות לחופש העיסוק. גם כאן, באופן דומה, הזכויות-הבנות השונות עשויות גם להתנגש בזכויות עצמאיות אלה.

- נודלמן נ' שרנסקי, פס' 12–13 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 4.8.2008); רע"א 4447/07 מור נ' ברק א.טי.סי, פס' 17 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 25.3.2010); דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 2 לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.7.2011); ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פס' 19 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 27.7.2011); פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 37, פס' 66 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין ופס' 2 לפסק-דינו של השופט י' עמית; רע"א 2572/04 פריג' נ' "כל הזמן", פס' 20 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 16.6.2008).
- 39 בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 18.7.2005); בג"ץ 6914/06 ארגון הורים ארצי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.8.2007); בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 5.12.2007); פרשת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 36; בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571 (2008); פרשת טבקה, לעיל ה"ש 36; פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36.
- 40 ראו פרשת עמותת מחויבות לשלום, לעיל ה"ש 24; בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2008); בג"ץ 4253/02 קריתי – ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.3.2009); פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 36; ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים (פורסם בנבו, 5.6.2011); בג"ץ 488/11 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 19.6.2011); בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.2012); בג"ץ 8335/09 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 16.2.2012); פרשת חסן, לעיל ה"ש 18.
- 41 ראו פרשת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 36; בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 1.8.2010).
- 42 ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 856, 840 (1989); בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 202, 193 (1997); רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 50 (1998); פרשת סנש, לעיל ה"ש 31; פרשת שביט, לעיל ה"ש 38; פרשת אמר נ' יוסף, לעיל ה"ש 38; פרשת שוקן, לעיל ה"ש 23; בג"ץ 1355/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 609 (2004); פרשת מורדוב, לעיל ה"ש 38; פרשת ביטון נ' סולטן, לעיל ה"ש 38; פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 37, פס' 2–3 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.
- 43 ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 376, 360 (2001). ראו גם מאיר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ 5, 14 (1996) ("יש להסתכל... על כבוד האדם בשני הכיוונים, כאילו בעיניו של האל יאנוס").

כיצד התנגשויות אלה נפתרות? התשובה שניתנה לכך בבית-המשפט העליון היא זו: ההתנגשויות בין הזכויות החוקתיות (בין הזכויות-הבנות לבין עצמן ובין לבין הזכויות העצמאיות, כמרגם בין אלה האחרונות לבין עצמן) אינן נפתרות במישור החוקתי.<sup>44</sup> במישור זה הזכות-הבת לשם טוב, לדוגמה, תתנגש בזכות-הבת לחופש הביטוי, מבלי שהתנגשות זו תקבע גבולות חדשים לזכויות המתנגשות. ההתנגשות בעינה תעמוד. פתרון ההתנגשות ימצא במשפט התת-חוקתי, כלומר, בחקיקה או בהלכה הפסוקה. דינים אלה – הפוגעים בזכות-בת חוקתית אחת (כגון חופש הביטוי) כדי להגן על זכות-בת חוקתית אחרת (כגון שם טוב או פרטיות) או על אינטרס ציבורי (כגון שלום הציבור) – יהיו חוקתיים רק אם הם יקיימו את הוראותיה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-היסוד, שעל-פיה:

“אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק [ולדעתי גם בהלכה הפסוקה] ההולם את ערכיה של מדינת ישראל [לדעתי, ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית], שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...”<sup>45</sup>

אלה הם דיני המידתיות.<sup>46</sup> פגיעה בזכות-בת חוקתית תהא אפוא חוקתית רק אם היא מידתית. אכן, הזכות החוקתית לכבוד האדם, על בנותיה, אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. יחסיות זו משמעותה שניתן לפגוע בזכות לכבוד האדם, ובלבד שהפגיעה תהא מידתית.<sup>47</sup> נקודת-המפתח היא שהזכות החוקתית לכבוד האדם – כמו כל שאר הזכויות החוקתיות בחוק-היסוד – מכוונת כלפי רשויות השלטון: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת (הכוללת הן את בתי-המשפט האזרחיים והן את בתי-הדין הדתיים). סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

“כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה.”

הוראה זו – והדומות לה בחוקות השונות – התפרשה כקובעת כי הזכות לכבוד האדם (כמו כל שאר הזכויות החוקתיות) מכוונת כלפי רשויות השלטון, וכלפיהן בלבד.<sup>48</sup> חוקה נועדה להגן על הפרט מפני השלטון, ולא מפני פרט אחר. היחסים בין

44 ראו פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 355–356.

45 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

46 לדעתי, הדרישות בדבר "ערכיה של מדינת ישראל", "תכלית ראויה" ו"במידה שאינה עולה על הנדרש" הן כולן חלק מדרישת המידתיות. ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 295 ואילך.

47 ראו להלן הטקסט שליד ה"ש 87 ואילך, הטקסט שלאחר ה"ש 131 והטקסט שלאחר ה"ש 194.

48 ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 353, 405 (2012) (להלן: ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי"). ראו גם ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992); ע"א 6601/96 **AES System Inc. נ' סער**, פ"ד נד(3) 850, 860 (2000); דב"ע (ארצי) נג/3-17 **טועמה נ' טכנו גומי**

פרטים נקבעים ברמה התת-חוקתית. בתחום דיני המשפחה הם נקבעים על-ידי המשפט האזרחי (במובנו הרחב). על-כן כבוד האדם כזכות חוקתית אינו מכוון כלפי פרט אחר, אלא כלפי הרשויות השלטוניות בלבד. לזכויות החוקתיות יש תחולה אנכית (כלפי רשויות השלטון), ואין להן תחולה אופקית (כלפי פרטים אחרים).<sup>49</sup> על-כן לפרט א יש זכות חוקתית לשם טוב כלפי רשויות השלטון, ולפרט ב יש זכות חוקתית לחופש הביטוי כלפי רשויות השלטון. אולם לפרט א אין זכות חוקתית לשם טוב כלפי פרט ב, ולפרט ב אין זכות חוקתית לחופש הביטוי כלפי פרט א. הזכויות החוקתיות של שני הפרטים הן כלפי המדינה. חובתה של המדינה להגן על שמו הטוב של א מתנגשת בחובתה של המדינה להגן על חופש הביטוי של ב. כאשר אנו אומרים כי זכותו החוקתית של א לשם טוב מתנגשת עם זכותו החוקתית של ב לחופש הביטוי, איננו יוצרים בכך קשר חוקתי בין א ל-ב. כנגד זכותו החוקתית של א לשם טוב לא עומדת חובתו החוקתית של ב, וכנגד זכותו החוקתית של ב לחופש הביטוי לא עומדת חובתו החוקתית של א. כנגד הזכויות החוקתיות של א ושל ב עומדת חובתה החוקתית של המדינה. ההתנגשות היא בין החובות החוקתיות הנוגדות של המדינה. חובתה החוקתית של המדינה להגן על שמו הטוב של א מתנגשת עם חובתה החוקתית של המדינה להגן על חופש הביטוי של ב. פתרונה של התנגשות זו לא ייעשה במישור החוקתי: היקפה של הזכות לחופש הביטוי לא יצטמצם באופן שישלול את תחולתה של הזכות ככל מקרה שבו השם הטוב נפגע; ובאופן דומה, היקפה של הזכות לשם טוב לא יצטמצם באופן שישלול את תחולתה של הזכות לעניין פגיעות בשם הטוב הנגרמות על-ידי מימוש חופש הביטוי. פתרונה של ההתנגשות יתקיים במישור התת-חוקתי. בגדריו של זה ייערך האיזון בין שתי הזכויות. תוצאתו של איזון זה תהא נורמה תת-חוקתית אשר תפגע באופן מידתי בזכות האחת כדי להגן באופן מידתי על הזכות האחרת. כך, למשל, הכנסת תחוקת חוק שיאסור לשון-הרע בתנאים מסוימים, ובכך תפגע במידה מסוימת בחופש הביטוי ותספק הגנה מסוימת לשם הטוב. חוק זה יהא חוקתי רק אם פגיעתו בחופש הביטוי תהא מידתית, מחד גיסא, ורק אם הימנעותו מהגנה על היבטים מסוימים של השם הטוב תהא מידתית, מאידך גיסא.

ליסיצקי בע"מ, פד"ע כה 227, 239 (1992). החוקה של דרום-אפריקה קובעת כי מגילת הזכויות חלה גם ביחסים בין פרטים – ראו ס' 28(2): "A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right." חרף זאת, גם בדרום-אפריקה הזכויות החוקתיות מכוונות כנגד השלטון, ורק האיזון בין הזכויות החוקתיות המתנגשות ברמה התת-חוקתית מעניק זכויות לפרט כנגד פרט. ראו ACKERMANN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 255; Carmichele v. Minister of Safety and Security, 2001 (4) SA 938 (CC).

49 אולם ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", שם. באותו מאמר עמדתי על כך שאף-על-פי שאין לזכויות החוקתיות תחולה ישירה במשפט הפרטי, יש להן תחולה עקיפה בו. תחולה זו פועלת בעיקר בשני ערוצים מרכזיים: ערוץ הפרשנות של המשפט הפרטי הקיים (לרבות פרשנותם של מושגים-סתום); וערוץ היצירה של משפט חדש, לרבות פיתוח המשפט המקובל. פיתוח זה מהווה – לעניין הזכויות החיוביות שאינן מוגנות במשפט הפרטי – חובה של הרשות הציבורית (המחוקקת והשופטת).

חוק זה יקבע סעדים של פרט אחד כנגד פרט אחר. חוק זה לא יהא חלק מחוק-היסוד. הוא יהיה ברמה התת-חוקתית, ורובו יהיה במשפט הפרטי-האזרחי.

## פרק ב: הזכות לחיי משפחה כזכות בת חוקתית

### 1. ההכרה בהיבט החוקתי של הזכות-הבת לחיי משפחה

במסגרת אגד הזכויות<sup>50</sup> הנגזרות מהזכות החוקתית לכבוד האדם מצויה גם הזכות-הבת לחיי משפחה. כך כתבתי בפסק-דיני בפרשת **עדאלה**:

"נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה 'יחידה חוקתית'... היא זוכה להגנה חוקתית. הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם... הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד... אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם... קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו... מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם... הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת."<sup>51</sup>

ברוח דומה ציין המשנה לנשיא מ' חשין:

50 על כבוד האדם כאגד של זכויות ראו פרשת **עמותת מחויבות לשלום**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 481; פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 685; פרשת **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש 18, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

51 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 296-297. להכרה מוקדמת יותר בזכות לחיי משפחה כנגזרת מכבוד האדם, עוד לפני פרשת **עדאלה**, ראו פרשת **פלוגי נ' אלמוני**, לעיל ה"ש 35; פרשת **פלוגי נ' פלוגי**, לעיל ה"ש 28; ע"א 5587/93 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: פרשת **נחמני הראשונה**); ע"א 3077/90 **פלוגי נ' פלוגי**, לעיל ה"ש 21; ע"א 7038/93 **סולומון נ' סולומון**, פ"ד נא(2) 577 (1995); דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 6611 (1996) (להלן: פרשת **נחמני השנייה**); פרשת **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה"ש 35; רע"א 3009/02 **פלוגי נ' פלוגי**, לעיל ה"ש 28; בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נ(1) 419 (2002) (להלן: פרשת **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**); פרשת **ההורים המיועדים לאימוץ הקטין**, לעיל ה"ש 28.

"כולנו נסכים – כיצד נוכל אחרת – כי אדם, כל אדם, קנה זכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה. הברית בין איש ואשה, חיי המשפחה, נוצרו לפני היות המדינה ולפני שזכויות וחובות באו לעולם... הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה. התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, ועליו נבנית חברה ומדינה... הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו – נסכים ונצהיר – כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם. והזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה גוזרת מעצמה, כדבר הלמד מעניינו, זכותו של אזרח ישראל להתגורר עם בני משפחתו בישראל, וחובתה של המדינה כלפי האזרח לאפשר לו לממש זכותו לחיות עם בני משפחתו בישראל."<sup>52</sup>

גישה זו התקבלה על-ידי השופטים האחרים בפרשת **עדאלה**,<sup>53</sup> ואומצה בשורה ארוכה של פסקי-דין שניתנו בבית-המשפט העליון למן אותה פרשה.<sup>54</sup> הזכות-הבת לחיי משפחה היא אגד של זכויות-נכדות. "הזכות לחיי משפחה היא עולם ומלואו. יש זכות זו נגזרת רבות."<sup>55</sup> כשם שרשימתן של הזכויות-הבנות הנגזרות מכבוד האדם אינה סגורה, כך גם רשימתן של הזכויות-הנכדות הנגזרות מהזכות-הבת לחיי משפחה אינה סגורה. יתר על כן, הן עצמן כוללות בחובן זכויות-נינות.

## 2. חוקת המשפחה

מאות בשנים היו דיני המשפחה חלק מרכזי של המשפט הפרטי. הם מהווים חלק חשוב בקודיפיקציות האזרחיות,<sup>56</sup> ובמדינות המשפט המקובל הם היוו בעיקר חלק מההלכות

52 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 399–400.

53 ראו השופטת ד' ביניש (שם, בעמ' 465); השופט ס' ג'ובראן (שם, בעמ' 469, 474, 478); השופטת א' פרוקצ'יה (שם, בעמ' 496, 497); השופטת מ' נאור (שם, בעמ' 523, 534); השופט א' ריבלין (שם, בעמ' 548); השופט א' לוי (שם, בעמ' 562).

54 ראו בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 13.6.2006); פרשת **פלוני נ' פלונית**, לעיל ה"ש 25; בג"ץ 4293/01 **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה** (פורסם בנבו, 24.3.2009) (להלן: פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**); בג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 22.2.2010); רע"ב 6956/09 **יונס נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 7.10.2010); בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 13.4.2011); דנ"א 1892/11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (פורסם בנבו, 22.5.2011) (להלן: פרשת **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**); פרשת **גלאון**, לעיל ה"ש 18; בג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 5.2.2013) (להלן: פרשת **פלונית נ' משרד הבריאות**).

55 פרשת **גלאון**, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור.

56 ראו הספר הראשון בקודיפיקציה האזרחית בצרפת ("קוד נפוליאון") (1804); הפרק הרביעי ("דיני

שפותחו על-ידי השופטים. מהפכת זכויות האדם שהתרחשה לאחר מלחמת-העולם השנייה,<sup>57</sup> האמנות הבינ-לאומיות שנחתמו בנושאים אלה והחוקות שכונו, ובהן מגילת זכויות חוקתיות,<sup>58</sup> הביאו לידי שינוי מהותי ביסודותיהם של דיני המשפחה. בראש הפירמידה של דיני המשפחה שוב אין עומדות הקודיפיקציות האזרחיות או ההלכות של המשפט המקובל. בראש דיני המשפחה – כמו בראשם של שאר ענפי המשפט הפרטי – מונחת החוקה בכלל ומגילת הזכויות החוקתיות בפרט.<sup>59</sup> זוהי תוצאה ישירה של המהפכה החוקתית<sup>60</sup> ושל היהפכותה של ישראל לדמוקרטיה חוקתית. ניתן אפוא לדבר על "חוקת המשפחה".<sup>61</sup> זו כוללת את כל ההסדרים החוקתיים המעצבים את דיני המשפחה. קיימת חפיפה רבה בין היקפה של הזכות-הבת לחיי משפחה של הזכות-הבת לשוויון. הסדרים תת-חוקתיים רבים אשר פוגעים בזכות-הבת לחיי משפחה פוגעים גם בזכות-הבת לשוויון. כך, למשל, חוקתיותו של חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010,<sup>62</sup> צריכה להיבחן לא רק מזווית-הראייה של הזכות-הבת לחיי משפחה, אלא גם מזווית-הראייה של הזכות-הבת לשוויון. חפיפה רבה קיימת גם בין הזכות-הבת לחיי משפחה לבין הזכות-הבת לחופש המצפון והדת.

חוקת המשפחה פועלת ביחסים שבין הפרט לבין רשויות השלטון<sup>63</sup> (הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת, לרבות בתי-הדין הדתיים). היא קובעת את הזכויות החוקתיות שיש לפרט כלפי רשויות השלטון. היא אינה פועלת ביחסים שבין הפרט לבין פרטים אחרים. היא אינה מעניקה זכויות חוקתיות לבין-זוג אחד כלפי בן-הזוג האחר או להורים כלפי ילדיהם או להפך. תחולתה של חוקת המשפחה היא אנכית. אין לה תחולה אופקית.<sup>64</sup>

אם כך, מה השפעה יש לחוקת המשפחה (הממוקמת במישור החוקתי) על דיני המשפחה (הממוקמים במישור התת-חוקתי)?<sup>65</sup> אכן, דיני המשפחה עוסקים ביחסים המשפטיים שבין הפרטים. אם חוקת המשפחה אין לה תחולה ביחסים אלה, מה השפעתה על דיני המשפחה? התשובה היא שדיני המשפחה של המשפט הפרטי –

משפחה" (בקודיפיקציה האזרחית בגרמניה (ה-B.G.B.) (1900); והספר הראשון בקודיפיקציה של הולנד (1838).

57 למהפכה זו ראו לעיל ה"ש 8 ו-10.

58 ראו לעיל ה"ש 9 ו-10.

59 ראו Sinclair, לעיל ה"ש 10; Sloth-Nielsen & van Heerden, לעיל ה"ש 10; Mary Ann Glendon, *Introduction: Family Law in a Time of Turbulence*, in 2 IV INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW (2006).

60 על המהפכה החוקתית ראו ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.

61 חוקה זו עומדת בצד "החוקה הכלכלית" – ראו ברק "החוקה הכלכלית של ישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 485; "החוקה הפלילית"; "חוקת העבודה"; "החוקה הצבאית" (או "חוקת הביטחון") ועוד.

62 חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010, ס"ח 428.

63 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

64 ראו להלן הטקסט שלאחר ה"ש 112. כן ראו לעיל הטקסט שליד ה"ש 48 ואילך.

65 ראו קפלן, לעיל ה"ש 6.

הדינים הדתיים, החקיקה האזרחית והלכות המשפט המקובל – מעוגנים במשפט התת-חוקתי. משפט זה הוא פרי פעולתן של הרשויות השלטוניות, אשר קובעות את תוכנו או מסמיכות את הדין הדתי לכך. משפט תת-חוקתי זה פוגע בזכות חוקתית של פרט אחד (כלפי הרשויות השלטוניות) ומגן על זכות חוקתית של פרט אחר (כלפי הרשויות השלטוניות). משפט תת-חוקתי זה יהא על-כן חוקתי רק אם הוא יקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.<sup>66</sup>

מהפכת זכויות האדם שתחילתה עם סיום מלחמת-העולם השנייה – ובישראל, המהפכה החוקתית שהתרחשה עם כינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – הביאה לידי חוקתיזציה של המשפט.<sup>67</sup> כל נורמה של המשפט התת-חוקתי (בין נורמה חרותה ובין נורמה הלכתית), ובכלל זה כל דיני המשפחה, תהיה חוקתית רק אם פגיעתה בזכויות הפרט תהיה על-פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. אמת, אין לזכויות החוקתיות תחולה ישירה ביחסים בין פרטים, אך יש להן תחולה עקיפה בעיצוב המשפט החל ביחסים בין הפרטים, כלומר, במשפט הפרטי בכלל<sup>68</sup> וביחסי המשפחה בפרט.<sup>69</sup> אכן, בדמוקרטיה חוקתיות רבות הובילו החוקה בכלל ומגילת הזכויות החוקתיות בפרט לשינויים מקיפים בדיני המשפחה. כך, למשל, מבין כלל השינויים במשפט הגרמני שהוסבו על-ידי החוקה הגרמנית, הרבים ביותר התרחשו בתחום דיני המשפחה.<sup>70</sup> הוא הדין בשינויים הרחבים שהתרחשו בדיני המשפחה של דרום-אפריקה בעקבות כינונה של החוקה שם (בשנת 1996).<sup>71</sup>

### 3. מאפייניה של הזכות-הבת לחיי משפחה

(א) הזכות-הבת לחיי משפחה והזכויות-הבנות האחרות של כבוד האדם הזכות-הבת לחיי משפחה מאגדת בתוכה את כל ההיבטים של כבוד האדם הנוגעים בחיי המשפחה. נקודת-המבט הינה מתוך ההיבט ה"משפחתי" של כבוד האדם החוצה. הזכות-הבת משתרעת על כל אותם עניינים הקשורים להגנה על כבוד האדם בהקשר המשפחתי או למניעת פגיעה בו. כפי שראינו, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מכיר בזכות עצמאית לחיי משפחה, וזו מוכרת כזכות חוקתית רק בהיותה חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. הזכות לחיי משפחה מהווה זכות-בת. היקפה ותוכנה אינם יכולים לחרוג מהמסגרת של כבוד האדם. על-כן תוכנה של הזכות-הבת לחיי משפחה יהיה שונה – וצר יותר – מכפי שהיה אילו היא הוכרה כזכות עצמאית. "לא כל ההיבטים

66 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

67 על תופעה זו ראו ברק "הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 7.

68 ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 48.

69 על התחולה העקיפה ראו להלן הטקסט שלאחר ה"ש 112.

70 ראו Dethloff & Kroll, לעיל ה"ש 11.

71 ראו: Robbie Robinson, *Family and Child Law in South Africa: Common Law v. Constitutional Norms and Values*, 2007 INT'L SURV. FAM. L. 271.



של חיי המשפחה נגזרים מכבוד האדם. עלינו למקד עצמנו באותם היבטים של חיי המשפחה החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם.<sup>72</sup>

ההיבטים השונים של אנושיות האדם – וביניהם חופש הרצון של הפרט להיות חלק ממשפחה, והאופן שבו יוכל להגשים את עצמו, את זהותו, את חופש הבחירה שלו ואת מימושו העצמי, ובכך לשלוט בגורלו ולטוות את סיפור חייו – משותפים לזכות-הבת לחיי משפחה ולזכויות-בנות אחרות של כבוד האדם. כמו-כן קיים קשר רב בינה לבין הזכות העצמאית לחירות אישית, לפרטיות ולקניין. קשר הדוק זה משמעו שקיימת חפיפה (בין חפיפה משלימה ובין חפיפה נוגדת) בין הזכות-הבת לחיי משפחה לבין הזכויות-הבנות האחרות של כבוד האדם, וכן בין הזכות-הבת לחיי משפחה לבין הזכויות העצמאיות המוכרות בחוק-היסוד. פתרונה של חפיפה זו אינו טמון בקביעת גבולות חדשים בין הזכויות החופפות. חפיפה זו אינה משפיעה על היקפן של הזכויות החופפות. היקפן משקף את האידיאלים המונחים ביסודן, ומקום שהאידיאלים חופפים גם הזכויות החוקתיות חופפות. אכן, תוצאותיה של החפיפה אינן במישור החוקתי כלל. תוצאותיה מונחות במישור התת-חוקתי. שם נערך האיזון בין הזכויות החוקתיות, מצד אחד, לבין הזכויות או האינטרסים המתנגשים עימן, מצד אחר. איזון זה נערך במסגרתה של פסקת ההגבלה, ובגדריו יש בכוחה של החפיפה המשלימה להגביר את עוצמתן של הזכויות החופפות, ובכך להשפיע על נקודת האיזון.

#### (ב) חשיבותה של הזכות-הבת לחיי משפחה

במגילת הזכויות החוקתיות שלנו ניתן לזכות-הבת לחיי משפחה מעמד בכורה. צוין כי הזכות לחיי משפחה "היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן... בין זכויות האדם, ניצבת זכותו של אדם למשפחה במידרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולציניעת הפרט".<sup>73</sup> ברוח דומה צוין כי הזכות לחיי משפחה הינה זכות "ממעמד חוקתי וראשון במעלה",<sup>74</sup> "שאין מרכזית ממנה",<sup>75</sup> וכי ההגנה עליה "מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם"<sup>76</sup> – "גרעינה".<sup>77</sup>

72 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 296. ראו גם פרשת **גלאון**, לעיל ה"ש 18, פס' 2 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל.

73 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 496 (השופטת א' פרוקצ'יה). ראו גם פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54, פס' 1 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; פרשת **דקה**, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 54, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

74 פרשת **פלוני נ' פלונית**, לעיל ה"ש 25, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

75 פרשת **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, לעיל ה"ש 54, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

76 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק); פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54, פס' 2 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

77 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק); פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה ופס' 2 לפסק-דינה של

לא כל ההיבטים של הזכות לחיי משפחה מצויים בגרעינה של הזכות לכבוד האדם. חלקם מצויים בוודאי באזורים ההיקפיים של כבוד האדם. לא הרי זכותה להורות של גב' נחמני<sup>78</sup> (אשר מבלי לממש את זכותה לביצית שהופרתה על-ידי זרעו של בעלה לא תוכל להיות לאם), המונחת בליבה של הזכות לכבוד האדם ובליבת הזכות להורות, כהרי זכותה של גב' פלונית<sup>79</sup> (אשר גם אם לא תממש את זכותה לזרעו של התורם האלמוני, תוכל עדיין להיות אם מתורם אחר), המונחת באזורים ההיקפיים של הזכות לכבוד האדם ושל הזכות להורות.<sup>80</sup> עם זאת, הן גרעינה של הזכות לחיי משפחה והן אזוריה ההיקפיים הם חלק מהזכות לכבוד האדם.<sup>81</sup> "אפילו מדובר בהיבט 'פריפריאלי' של הזכות... אין בכך כדי להשפיע על הגדרת הזכות."<sup>82</sup> ההבחנה בין גרעינה של הזכות לכבוד האדם לבין אזוריה ההיקפיים רלוונטית לעניין הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית.<sup>83</sup> צידוק זה מוצא את מקומו בגדריה של פסקת ההגבלה בכלל, ובאיוון הנערך במסגרתה בפרט.<sup>84</sup> לא הרי משקלו של השיקול בדבר הנזק השולי הנגרם בפגיעה בגרעינה של הזכות החוקתית לכבוד האדם כהרי משקלו של השיקול בדבר הנזק השולי הנגרם בפגיעה בשוליה של אותה זכות. חוששני כי ההבחנה בין גרעינה של הזכות לכבוד האדם לבין שוליה גורמת לעיתים לגלישה משאלת חוקתיותה של הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם לשאלת עצם קיומה של פגיעה בזכות חוקתית זו.<sup>85</sup> בגלישה זו השוליים נתפסים כמצויים מחוץ לתחומה של הזכות לכבוד האדם. על גישה זו יש להצטער. כמובן, לעיתים השוליים מרוחקים מן הגרעין עד כדי כך שהם ניתקים לחלוטין מ"תחום הכבידה של הזכות".<sup>86</sup> במצב דברים זה אכן אין לדבר עוד באזוריה ההיקפיים של הזכות או בשוליה, אלא בהעדרה של הזכות. אך כל עוד השוליים הם חלק מהזכות, אופייה השולי של הפגיעה בזכות רלוונטי אך לשלב של בחינת חוקתיותה של הפגיעה, ולא לשאלת עצם קיומה של הפגיעה בזכות לכבוד האדם.

- 
- הנשיאה ד' ביניש; פרשת **גלאון**, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק-דינו של השופט א' לוי; פרשת **פלונית נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 54, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארוז.
- 78 ראו פרשת **נחמני הראשונה**, לעיל ה"ש 51.
- 79 פרשת **פלונית נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 54.
- 80 שם, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארוז.
- 81 ראו פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54, פס' 3 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.
- 82 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 549; פרשת **גלאון**, לעיל ה"ש 18, פס' 26 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.
- 83 ראו פרשת **חורב**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 49; פרשת **"המפקד הלאומי"**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 761.
- 84 פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54, פס' 3 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; פרשת **שביט**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 651; פרשת **פלונית נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 54, פס' 24 לפסק-דינו של השופט י' עמית.
- 85 השוו לבג"ץ 7956/10 **גבאי נ' שר האוצר**, פס' כד לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.11.2012).
- 86 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 398.

**(ג) הזכות לחיי משפחה כזכות יחסית**

הזכות החוקתית לכבוד האדם היא זכות חוקתית יחסית בישראל.<sup>87</sup> אין היא מוגנת כדי מלוא היקפה. היבטים שונים בגדרה אינם ניתנים למימוש, שכן הוראות תת-חוקתיות מגבילות את מימושה המלא. הוראות אלה הן חוקתיות עד כמה שהן ממלאות את דרישותיה של פסקת ההגבלה.<sup>88</sup> דין זה חל כמובן גם על הזכות-הבת לחיי משפחה. זכות-בת זו – ככל שאר הזכויות-הבנות – אינה מוחלטת. ניתן להגבילה, ובלבד שההגבלה תואמת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.<sup>89</sup>

המתודולוגיה החוקתית מבחינה בין שלושה שלבים בבחינה החוקתית.<sup>90</sup> השלב הראשון בוחן אם נורמה תת-חוקתית פגעה בזכות חוקתית או הגבילה אותה. השלב השני בוחן אם הפגיעה היא חוקתית, כלומר, ממלאת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. השלב השלישי בוחן את הסעדים. בחינה זו יש לקיים לעניין חוקתיותן של נורמות תת-חוקתיות (חוק, הלכה פסוקה, דין דתי). כך, למשל, יש לבחון (בגדרי השלב הראשון) אם הדין הקיים בישראל שלפיו "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה"<sup>91</sup> פוגע בזכות-הבת החוקתית לנישואים. אם התשובה חיובית, יש להמשיך ולבחון (בגדרי השלב השני) אם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, יש לבדוק אם הפגיעה בזכות-הבת לנישואים הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,<sup>92</sup> ואם היא נעשית לתכלית ראויה.<sup>93</sup> כן יש לבחון אם הפגיעה בזכות-הבת לנישואים אינה עולה על המידה הדרושה. בהקשר זה יש מקום לבחון, בין היתר, אם קיימים הסדרים חלופיים אשר מגשימים גם הם את התכלית הראויה אך פוגעים פחות בזכות-הבת לנישואים,<sup>94</sup> כגון ברית זוגיות. בהנחה שההסדרים החלופיים אינם מגשימים במלואה את התכלית הראויה, יש מקום לבחון אם האיזון בין התועלת השולית של ההסדר הקיים (בהשוואה לחלופה) לבין הנזק השולי שהוא מסב לזכות-הבת החוקתית (בהשוואה לחלופה) הוא מידתי.<sup>95</sup>

87 על מהותה של הזכות היחסית ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 56.

88 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

89 ראו פרשת **דוברין**, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

90 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 51. ראו גם פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש

13; פרשת **חוף עזה**, לעיל ה"ש 28, פס' 56 לפסק-הדין; פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש

18, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק; פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, פס' 18 לפסק-דינו של

הנשיא א' ברק; פרשת **"המפקד הלאומי"**, לעיל ה"ש 18, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור;

פרשת **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש 18. לתיאור המבחנים ראו אהרן ברק **שופט**

**בחברה דמוקרטית** 340 (2004).

91 ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 165.

92 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 308 ואילך.

93 שם, בעמ' 300.

94 שם, בעמ' 393.

95 שם, בעמ' 432.

בחינה דומה (בגדרי השלב הראשון) יש לערוך לעניין השאלה אם דיני הגירושים הקיימים פוגעים בזכות־הבת החוקתית לגירושים. אם התשובה הינה בחיוב, יש לבדוק (בגדרי השלב השני) אם הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. האם יש חלופה שמגשימה גם היא את התכלית הראויה של הדין הדתי אך פוגעת פחות בזכות לגירושים? האם האיזון בין התועלת לבין הנזק הוא מידתי? האם גירושים ללא אשמה הם פתרון מידתי?

#### (ד) הזכות לחיי משפחה – זכות שלילית וזכות חיובית

הזכות לחיי משפחה – כמו כל זכות־בת אחרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם<sup>96</sup> – היא זכות שלילית וחיובית כאחת. בהיבט השלילי שלה ("אין פוגעים... בכבודו של אדם באשר הוא אדם")<sup>97</sup> היא מגינה על הזכות לחיי משפחה מפני פגיעה בה על־ידי הרשות השלטונית. בהיבט החיובי שלה ("כל אדם זכאי להגנה על... כבודו")<sup>98</sup> היא מבקשת לקדם את חיי המשפחה באמצעות נקיטת צעדים כגון מימון טיפולי פוריות, הבטחת אפשרות של אימוץ ומתן היתר לפונדקאות. כן היא מבקשת להגן על חיי המשפחה מפני פגיעה בהם על־ידי צד שלישי. בשני המקרים – הן לעניין ההיבט השלילי והן לעניין ההיבט החיובי – הזכות אינה מוחלטת.<sup>99</sup> ההיבט השלילי מתבטא בהגנה על חיי המשפחה מפני מעורבות־יתר שלטונית הפוגעת בזכות. ההיבט החיובי מתבטא במחלוקת של המדינה בשמירה על חיי המשפחה, בקידום ובהגנה עליהם מפני פגיעה על־ידי צד שלישי. בהתייחסו להיבט החיובי כתב השופט מ' חשין:

"בצידה של זכות זו קמה ומתייצבת חובתה של המדינה להיות לעזר לאדם לבוא אל שלו. הזכות השוכנת בחוק היסוד קורנת אל פנינו. מקרינה היא מעצמה סעד לבעל הכבוד, ומטילה היא מעצמה חובה על זולתו. כך ככלל, ולא כל שכן שחוק היסוד מפורשות – בסעיף 4 בו – כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו."<sup>100</sup>

בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**<sup>101</sup> נידונה השאלה אם מוטלת על המדינה חובה לאפשר לאדם לממש את הורותו בדרך של אימוץ או בדרכים אחרות.

96 ראו פרשת **חסן**, לעיל ה"ש 18, פס' 29 לפסק־דינה של הנשיאה ד' ביניש; ע"א 3077/90 **פלונת נ' פלוני**, לעיל ה"ש 21; פרשת **רסלר**, לעיל ה"ש 18, פס' 54 לפסק־דינה של הנשיאה ד' ביניש; פרשת **לחון**, לעיל ה"ש 40, פס' 10 לפסק־דינה של הנשיאה ד' ביניש; פרשת **אבו מסאעד**, לעיל ה"ש 40, פס' 21 לפסק־דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת **קראוס**, לעיל ה"ש 38; פרשת **עמותת מחויבות לשלום**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 478; פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 681; בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1) 200, 211 (2006).

97 ס' 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

98 ס' 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

99 ראו לעיל חלק ב(ג) לרשימה זו.

100 ראו ע"א 3077/90 **פלונת נ' פלוני**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 593 (ההדגשה במקור).

101 פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54.

בפסק-דין המיעוט שלה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי הזכות למשפחה ולהורות "נתפסת כחירות שאין לפגוע בה על-ידי התערבות השלטון, או גורם אחר. זוהי זכות שאין כנגדה חובה של השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי לאפשרה וכדי לממשה... הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו ואת הווייתו האישית באמצעות הקמת משפחה והבאת ילדים לעולם".<sup>102</sup> בהמשך הוסיפה השופטת א' פרוקצ'יה:

"על-פי התפיסה החוקתית הנוהגת כיום בשיטתנו, ההכרה בזכות החוקתית להורות ולמשפחה נשענת על ההנחה כי מדובר בזכות בעלת אופי הגנתי, שאינה מעמידה כנגדה חובה של המדינה לפעול. עיקרה בהגנה מפני פגיעה של השלטון, להבדיל מקיומה של חובה על השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי להעמיד אמצעים שונים על מנת לאפשר את מימוש הזכות. הזכות להורות מתפרשת על-פני האוטונומיה של הרצון הפרטי. היא אינה גולשת לתחום בו נדרשת התערבות המדינה לצורך מימושו. התערבות המדינה בתחומים השונים כגון אימוץ, פונדקאות והפרייה חוץ-גופית, המהווים אמצעים שונים למימוש ההורות, נעשית במסגרת פעולתה השלטונית, והיא כפופה לביקורת שיפוטית מינהלית, אולם אין היא בגדר מימוש חובה הניצבת כמענה לזכות חוקתית של אדם למימוש הורות באמצעים חלופיים להולדה טבעית. אין להוציא מגדר האפשר כי שינויי העיתים, הדינמיקה החברתית, והצרכים האנושיים יביאו עמם עם הזמן שינויים בתפיסה החוקתית בדבר מקומה של המדינה במתן אמצעים למימוש זכות האדם למשפחה ולהורות. בענין זה, אין בהכרח זהות בשיקולים בין האמצעים השונים, ואין דומה אימוץ ילד שהוא בעל יישות עצמאית ונושא לזכויות, כאמצעים אחרים שנועדו לאפשר הבאת ילד לעולם, כגון פונדקאות והפרייה חוץ-גופית. השאלה באיזו מידה חייבת המדינה לסייע לפרט בהעמדת אמצעים לצורך מתן עזרה לתהליכי הולדה באמצעות טכניקות הולדה מלאכותיות היא קשה ומורכבת. ככל שנדרשת התערבות גורמים חיצוניים בתהליכי הולדה, אנו מתרחקים מן הליבה הקשה של הזכות להורות המבוססת על האוטונומיה של הפרט וזכותו העצמאית לקבל החלטות הקובעות את גורלו בלא התערבות חיצונית."<sup>103</sup>

על רקע גישתה זו קבעה השופטת א' פרוקצ'יה כי "הסדר האימוץ במדינה אינו מהווה חלק מזכותו החוקתית של מבקש האימוץ למשפחה ולהורות, והוא אינו מקים זכות חוקתית נגזרת בידי אדם לתבוע מן המדינה את מימוש הורותו באמצעות אימוץ".<sup>104</sup> על-פי גישתה:

102 שם, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

103 שם, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (ההדגשות במקור).

104 שם, פס' 25 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

"החלטת אדם על רצונו לממש את הורותו בדרך של אימוץ מצויה בתחום האוטונומיה של הפרט, המוגנת מפני התערבות חיצונית של השלטון. אולם מימושה של החלטה זו חורג מתחום האוטונומיה של הפרט וכפוף להסדר האימוץ שנקבע על-ידי המדינה, אשר תכליתו המרכזית הינה לקדם את טובת הילד, כאשר המבקשים לאמץ משתלבים אל תהליך האימוץ כדי לקדם את תכלית טובת הילד, הנמצא לעולם במרכזם של העניין והדאגה במוסד האימוץ..."<sup>105</sup>

לדעתה של השופטת א' פרוקצ'יה:

"טובת הילד על-פי מושג חוק האימוץ אינה מתיישבת עם קיומה של זכות משפטית מוכרת לאמץ במבקש זאת. ההנחה בדבר זכות כזו מרחיקה את טובת הילד ממוקד עניינו של מוסד האימוץ, ואינה עולה בקנה אחד עם הרעיון כי חובתה ההומניטרית של המדינה היא לדאוג לילדים נזקקים כמטרה בלתי מסוייגת שאינה כפופה לזכותו של אחר. ההתחשבות בכמיהתם של המבקשים לאמץ כדי רמה של גיבוש זכות היה משלב שיקולים חיצוניים לטובת הילד, וגורע ממימושו של עקרון מרכזי זה."<sup>106</sup>

גישתה זו של השופטת א' פרוקצ'יה הייתה דעת מיעוט. הנשיאה ביניש ציינה כי כנגד גישתה של השופטת א' פרוקצ'יה ניתן להעמיד שיקולים נוגדים, התומכים בהכרה במעמדה החוקתי של הזכות ליהפך להורה באמצעות מוסד האימוץ. לדבריה של הנשיאה ד' ביניש:

"על-פני הדברים, יש מקום לטענה כי הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ. לפי גישה זו, ראוי לאפשר הגדרה רחבה יחסית להיקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות, תוך התאמת היקף ועוצמת ההגנה החוקתית שתינתן לזכות האמורה בהקשרים שונים, בהתנגש עם זכויות ואינטרסים נוגדים. בין היתר, תושפע מידת ההגנה על מימוש הזכות לחיי משפחה ולהורות, ממיקומו של המקרה בגרעין של הזכות החוקתית או בשוליה..."<sup>107</sup>

105 ש.ם.

106 ש.ם, פס' 27 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (ההדגשה במקור).

107 ש.ם, פס' 3 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (ההדגשה במקור).

הנשיאה ד' ביניש ציינה כי "הסוגיה העקרונית הנוגעת לשאלת ההכרה החוקתית בזכות להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ, היא קשה ורגישה. היא קשורה בטבורה להגדרת היקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות".<sup>108</sup> בנסיבות המקרה שלפניה לא נדרשה הכרעה בסוגיה החוקתית, ועל-כן לדבריה יש "להותירה לימים שיבואו".<sup>109</sup>

המשנה לנשיאה א' ריבלין ציין בפסק-דינו כי "פעמים רבות, כדרכו של עולם, הכמיהה לילד מצויה בעצמה גדולה ביותר דווקא אצל אלה אשר אינם מסוגלים לממש אותה באופן פשוט".<sup>110</sup> על-כן "אין לראות בהבדל בין הורות ביולוגית להורות בדרך של אימוץ... פער בעל משמעות נורמטיבית ניכרת".<sup>111</sup> לעניין ההבחנה בין זכויות שליליות לזכויות חיוביות, מצא המשנה לנשיאה א' ריבלין כי אף אם יקבל הבחנה זו, אין היא משקפת את מצב הדברים בענייננו. הטעם לכך הוא שחיקקה של הכנסת הגבילה את אפשרויות האימוץ לעומת ההסדר שקדם לה, ומכאן שהיא פוגעת בהיבט השלילי של הזכות. באשר לשיקול בדבר טובת הילד קבע המשנה לנשיאה כי "אין מקום לבחון את שאלת טובת הילד בשלב עצם ההכרה בזכות החוקתית, אלא כאשר נפנים למלאכת האיזונים ובוחנים את עצמת ההגנה על זכות זו".<sup>112</sup>

במחלוקת זו דעתי כדעתם של הנשיאה ד' ביניש והמשנה לנשיאה א' ריבלין. בקביעת היקפה של הזכות לחיי משפחה יש לתת ביטוי לאידיאלים של כבוד האדם המונחים ביסודה. התחשבות בשיקולים נוגדים – מהם הקשורים לזכותם של אחרים (כגון זכות הילד או זכות המאמץ) ומהם הקשורים לטובת הציבור (כגון טובת הילד) – צריכה להיעשות במסגרת פסקת ההגבלה. אין לפרש את הזכות-הבת לחיי משפחה כזכות בעלת אופי שלילי בלבד. ככל זכות-בת של כבוד האדם, יש בה היבטים שליליים ויש בה היבטים חיוביים. האפיון האנליטי של הזכות כ"חירות" (במובנה ההופלדיאני) אינו מכריע בעניין זה, שכן הגבלת החירות (בענייננו – הגבלת הזכות לאימוץ) באה מהוראותיו של חוק האימוץ, הקובע תנאים לאימוץ שאינם נותנים ביטוי לכל רצונותיו של המאמץ. כמובן, הזכות החוקתית לאימוץ מכוונת כלפי המדינה. למבקש לאמץ אין זכות חוקתית לאמץ כלפי פרט אחר.

את המכלול החוקתי של חיי המשפחה ראוי לחלק לשלושה היבטים. הראשון עניינו הזכות להקים את התא המשפחתי. היבט זה משתרע על הזכות החוקתית להכרה ביחסי זוגיות (הכוללת, בין היתר, נישואים, ברית זוגיות, "ידועים בציבור") ועל הזכות החוקתית להכרה בהורות (על כל היבטיה, לרבות אימוץ). ההיבט השני עניינו הזכות

108 שם, פס' 4 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

109 שם, פס' 5 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

110 שם, פס' 3 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

111 שם, פס' 4 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

112 שם, פס' 6 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין. ראו גם את פסקי-הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין בפרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 549, ובפרשת **גלאון**, לעיל ה"ש 18, פס' 26 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

החוקתית כאשר התא המשפחתי כבר קיים. היבט זה בוחן את הזכות החוקתית של ההורים (הביולוגיים או המאמצים) כלפי המדינה באשר ליחסיהם ההדדיים וכן באשר ליחסיהם עם הילדים. כן נכללת בהיבט זה זכותו של הילד כלפי המדינה באשר ליחסיו עם הוריו. במסגרת היבט זה נבחנות הזכויות החוקתיות של הילד למזונות, למשמורת ולחינוך. ההיבט השלישי עניינו זכותו של הפרט במשפחה לצאת ממנה. היבט זה כולל את הזכויות החוקתיות לסיום הזוגיות (כגון גירושים) ואת ההיבטים החוקתיים של סיום ההורות (כגון במקרה של מסירת הילד לאימוץ).

בטרם נפנה לניתוחם של שלושה היבטים אלה, אעיר כי חלוקה זו לשלושת ההיבטים נועדה אך לצורך הצגה ברורה של הדין החוקתי. מצד אחד, שלושת ההיבטים של הזכות לחיי משפחה אינם מקיפים את התחום כולו, וקיימים בוודאי מצבים שונים שאינם נופלים למסגרתו של אחד מהם; ומצד אחר, כפי שנראה, קיימת חפיפה בין ההיבטים השונים – כך למשל, האימוץ מתחיל לעיתים את היחס המשפחתי (מנקודת־מבטו של המאמץ) ובר־בזמן מסיים יחס זה (מנקודת־מבטם של ההורים הטבעיים). החיים החברתיים נמצאים בתנועה מתמדת, ועימם נעה גם הזכות־הבת לחיי משפחה.

## פרק ג: הזכות־הבת לחיי משפחה – יצירת התא המשפחתי

### 1. הזכות ליצירת תא משפחתי

ההיבט הראשון של הזכות לחיי משפחה מתמקד ביצירתו של התא המשפחתי. רובינזון קרוזו מצוי לבדו על אי בודד, ולפיכך הדרכים המשפטיות ליצירת התא המשפחתי אינן רלוונטיות לגביו. לא כן האדם בגדרי החברה. האדם זקוק לחיי משפחה. היטיב להביע זאת השופט ס' ג'ובראן בפרשת קו לעובד:

"מטבעו של האדם, מטבע בריאתו ממש, לחפש לו את זוגו או את זוגתו, עמם יחיה את חייו, עמם יקים את משפחתו, יביא ילדים לעולם, וימשיך את שרשרת משפחתו. שרשרת הדורות. כך מזה עידן ועידנים וכך גם בימינו אנו, חרף שינויים רבים אשר באו על דרכי האדם ועל משפחתו, עדיין ניכר באדם יצר עז להקים משפחה ולהמשיך את שרשרת הדורות על ידי גידול ילדים. ביצירת משפחה מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם... המשפט נותן ביטוי לטבעו זה של האדם, ולזכותו להקים משפחה."<sup>113</sup>

ברוח דומה כתבה השופטת ע' ארבל בפרשת גלאון:

113 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 54, פס' 4 לפסק־דינו של השופט ס' ג'ובראן.



"זכותו של אדם ליצור לו קשר זוגי ולהקים משפחה עם בן או בת זוגו, כרוכה בעבודות בערך כבוד האדם, ומצויה בליבתו. היא מהמרכיבים היסודיים המגדירים את זהותו של האדם ואת יכולתו להגשים עצמו. זכותו של אדם לבחור עם מי יקשור את חייו היא הביטוי האולטימטיבי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. היא מבטאת את צרכיו הבסיסיים ביותר של אדם באהבה, בשייכות, בשיתוף ובהעמדת דור המשך. ככזו, היא נובעת מבסיס הקיום האנושי."<sup>114</sup>

זכות זו ליצירת התא המשפחתי נתונה לכל אדם – בין הטרוסקסואלי ובין הומוסקסואלי,<sup>115</sup> בין נשוי ובין שאינו נשוי, בין שהוא חי עם בן-זוג ובין שהוא הורה יחידני. היא מתחלקת לשתי זכויות-בנות (זכויות-נכדות של הזכות לכבוד האדם): הזכות לזוגיות והזכות להורות.<sup>116</sup> נעמוד על כל אחת מהן בנפרד.

## 2. הזכות להכרה ביחסי זוגיות

### (א) הזכות ליצירת קשר משפחתי

החברה האנושית בנויה על הקשר המשפחתי. המאפיין קשר זה הוא קביעתו וביסוסו על אינטימיות בין בני המשפחה. המשפחה הגרעינית בהיסטוריה האנושית הייתה מבוססת על גבר ואישה הנשואים זה לזה ועל ילדיהם. במשך השנים השתנתה ההבנה של הקשר המשפחתי, וכיום הוא משתרע על כל מה שנתפס כיחידה משפחתית בעיניה של חברה נתונה בזמן נתון. הזכות החוקתית לכבוד האדם היא זכותו של הפרט לעצב את התא המשפחתי שלו. "אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי."<sup>117</sup>

התא המשפחתי נוצר על-פירוב על-ידי קשר של זוגיות. מכבוד האדם נגזרת הכרה בזכותו של כל אדם ליצור את קשר הזוגיות שבו יחפוץ. הזכות לחיי משפחה כוללת אפוא "את זכותו של הפרט לבחור את בן זוגו ולהקים עימו משפחה."<sup>118</sup> "זכות היסוד של האדם לבחור בבן-זוגו ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו..."<sup>119</sup> "ביצירת משפחה מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם..."<sup>120</sup> "זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למיצוי החיים וטעם החיים; היא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את

114 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

115 ראו יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז 253 (2002).

116 ראו פרשת גלאון, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור.

117 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק).

118 ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, 231 (2006) (להלן: פרשת אורן) (השופטת ד' ביניש).

119 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 465 (השופטת ד' ביניש).

120 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 54, פס' 4 לפסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן.

חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות מאויי חייו.<sup>121</sup> "זכותו של אדם ליצור לו קשר זוגי ולהקים משפחה עם בן או בת זוגו, כרוכה בעבותות בערך כבוד האדם, ומצויה בליבתו. היא מהמרכיבים היסודיים המגדירים את זהותו של האדם ואת יכולתו להגשים עצמו. זכותו של אדם לבחור עם מי יקשור את חייו היא הביטוי האולטימטיבי לאוטונומיה של הרצון הפרטי."<sup>122</sup> על-כן דין המטיל חובה על אדם ליצור קשר של זוגיות בניגוד לרצונו פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם.<sup>123</sup> באופן דומה, דין המונע אדם מליצור קשר זוגיות עם מי שהוא חפץ בו פוגע אף הוא בזכות החוקתית לכבוד האדם. כך, למשל, דין המונע בני-זוג מאותו מין מליצור קשר זוגי פוגע בכבוד האדם של כל אחד מהם.<sup>124</sup>

### (ב) הנישואים

במשך אלפי שנים התפיסה השלטת היא שקשר הזוגיות יוצר את התא המשפחתי בדרך של נישואים. בכך נוצר סטטוס המכיר במערכת דינים מיוחדת החלה על תא משפחתי זה. מקום שהנישואים הם דרך-המלך ליצירת התא המשפחתי, כבוד האדם דורש שדרך זו תעמוד לרשותו של הפרט על-פי בחירתו. זוהי הזכות החוקתית של הפרט כלפי המדינה לנישואים.<sup>125</sup> רק בדרך זו הפרט מגשים את עצמו; רק בדרך זו ניתן ביטוי לרצונו החופשי ולאוטונומיה של רצונו; רק בדרך זו מתאפשר לפרט לטוות את סיפור חייו. מכאן ההכרה בזכות-בת לנישואים הנתונה לכל אדם.<sup>126</sup> כל אדם "קנה זכות לנישואין",<sup>127</sup> ומהזכות לכבוד האדם נגזרת "זכותו של אדם לחיי משפחה... בה [גלומה] זכותו היסודית של אדם להינשא לבחירת/לבו על פי רצונו והשקפותיו".<sup>128</sup> "יש לראות בזכות לחיי משפחה ולנישואין זכות חוקתית, המוגנת במלוא היקפה על-ידי חוק-היסוד".<sup>129</sup> "החברה רואה את חירות הנישואין כאחת החירויות החשובות והמרכזיות בחייו של אדם והגדרתו העצמית."<sup>130</sup> "הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות להינשא",<sup>131</sup> ועל-כן כל הגבלה של היכולת להינשא פוגעת בזכות החוקתית

121 פרשת דקה, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

122 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

123 השו"ע"א 501/81 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד לה(4) 430 (1981).

124 ראו: National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs, 2000 SA 1 (CC) (2).

125 ראו יהודה צבי בלום "דיני הנישואין בישראל וזכויות האדם" **הפרקליט** כב 214 (1966); אמנון רובינשטיין "הזכות לנישואין" **עיוני משפט** ג 433 (1974).

126 ראו כרמל שלו "חופש ההתקשרות לנישואין ולחיים משותפים" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** 459 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

127 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 307 (המשנה לנשיא מ' חשין).

128 שם, בעמ' 474.

129 שם, בעמ' 396 (השופט ס' ג'ובראן).

130 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 18, פס' 2 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל.

131 שם, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור.

לנישואים. זכות זו אינה מוחלטת. זו זכות יחסית. על-כן רבות מההגבלות המוטלות על חופש הנישואים – אם מטעמי גיל, אם מטעמים של גילוי-עריות ואם מטעמים אחרים – הן חוקתיות, שכן הן מקיימות את דרישותיה של פסקת ההגבלה. בצד הזכות להינשא עומדת הזכות לא להינשא. כל דין הכופה על אדם נישואים לא בהסכמתו פוגע בזכותו לכבוד האדם.<sup>132</sup>

דיני הנישואים בישראל נקבעים בעיקרם על-ידי הדין הדתי ונידונים לפני בתי-הדין הדתיים. יהודי בישראל יכול להינשא רק על-פי דין תורה,<sup>133</sup> וענייני הנישואים שלו (עד כמה שהוא אזרח או תושב בישראל) "יהיו בשיפוטם היחודי של בתי הדין הרבניים".<sup>134</sup> מוסלמי בישראל, דרוזים בישראל ונוצרים בישראל צריכים להינשא על-פי הדין של העדה הדתית שהם משתייכים אליה. דינים דתיים אלה מטילים מגבלות שונות על כוחו של אדם להינשא. מי שאינו יכול להינשא על-פי הדין הדתי, או אינו רוצה להינשא על-פי הדין הדתי מטעמיו שלו, אינו יכול להינשא בישראל. נישואים אזרחיים אינם מוכרים בישראל.<sup>135</sup> מצב דברים זה פוגע בזכות החוקתית להינשא, ונשאלת השאלה אם הפגיעה הינה מידתית. הפגיעה בכבוד האדם קיימת שכן הדין הקיים פוגע בחופש הרצון של המבקש להינשא ובאוטונומיה של רצונו. היא מונעת מהפרט את האפשרות לטוות את סיפור חייו. "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" קובעת כדלקמן:

"Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family."<sup>136</sup>

הדין הקיים פוגע לא רק בזכות-הבת לחיי נישואים, אלא לעיתים גם בזכות-הבת לחופש המצפון ולחופש מדת.<sup>137</sup> היבטים שונים שבו פוגעים גם בזכות-הבת לשוויון. השאלה אם פגיעות אלה הן חוקתיות – כלומר, אם הן מקיימות את הוראותיה של פסקת ההגבלה – לא נידונה בהרחבה בישראל. הטעם לכך נעוץ בהוראה בדבר "שמירת

132 ראו שחר ליפשיץ **הידועים-בציבור – בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** (2005) (להלן: ליפשיץ **הידועים-בציבור**).

133 ראו ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

134 ראו ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

135 נישואים אזרחיים מחוץ לישראל יוכרו על-ידי בתי-המשפט האזרחיים כבעלי תוקף בישראל. ראו רע"א 8256/99 **פלוגית נ' פלוני**, פ"ד נח(2) 213 (2003) (להלן: רע"א 8256/99 **פלוגית נ' פלוני**). בתי-הדין הרבניים ייתנו להם תוקף במסגרת נישואים של בני נח. ראו בג"ץ 2232/03 **פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי**, פ"ד סא(3) 496 (2006) (להלן: פרשת **פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי**); גירושין (גדול) 4276/03 **ח' ש' נ' ח' י'** (פורסם בנבו, 11.11.2003).

136 ס' 16 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם: Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948).

137 ראו: Gidi Sapir & Daniel Statman, *Religious Marriage in a Liberal State*, 30 CARDOZO L. REV. 2855 (2009).

דינים<sup>138</sup>. נדון בכך בהמשך.<sup>139</sup> במשך השנים הוצעו בעולם הצעות שונות לתיקון המצב,<sup>140</sup> כגון הנהגת נישואים אזרחיים.<sup>141</sup> הצעות אלה נעות בין שני קצוות: בין הסדרה קפדנית על-ידי המדינה, המעוגנת בתפיסה כי נישואים הם "מוסד" חוקתי המחייב הסדרה, לבין ניטרליות של המדינה,<sup>142</sup> תוך מתן תוקף לבחירותיהם של הצדדים.

### (ג) ברית הזוגיות

בכמה שיטות משפט שבהן הנישואים הם דרך-המלך ליצירת התא המשפחתי מוכרת דרך נוספת, שעניינה הוא שותפות משפחתית<sup>143</sup> או ברית זוגיות. דרך זו קיימת בעיקר לעניין בני-זוג מאותו מין. בשיטות משפט רבות נישואים אפשריים רק בין גבר לאישה. אין הם פתוחים לבני אותו מין המבקשים להינשא. כדי לפתור את בעייתם, נוצר המסלול של ברית זוגיות. במסגרת מסלול זה ניתנות לבני-זוג מאותו מין המבקשים ליצור תא משפחתי רוב הזכויות הניתנות לנישואים. עם זאת, לנוכח ייחודם של הנישואים בתרבותן של מדינות אלה, אין השותפות המשפחתית מכונה "נישואים". הדבר עורר טענות בדבר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון והפרת המחויבות החוקתית של נישואים לכל. כל שיטת משפט ופטרונותיה שלה.<sup>144</sup>

בישראל – שבה נישואים אזרחיים אינם מוכרים – יכלה ברית הזוגיות לפתור את בעייתם של כל בני-הזוג שאינם יכולים או אינם רוצים להינשא על-פי הדין הדתי.<sup>145</sup> חרף זאת לא הוכרה זכות כללית לברית זוגיות.<sup>146</sup> בשל פסקת "שמירת הדינים" גם לא התקיים דיון ציבורי-משפטי בשאלה אם מחדל זה הינו חוקתי. תחת זאת נחקק חוק ברית

138 ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

139 ראו להלן פרק ז.

140 ראו, לדוגמה, בדרום-אפריקה (Minister of Home Affairs v. Fourie, 2006 (1) SA 524 (CC)), בקנדה (Same-Sex Marriage Reference, [2004] 3 S.C.R. 698) ובגרמניה (פרשת השותפות האזרחית – 105 BverfGE 313 (2002)).

141 ראו פנחס שיפמן **מי מפקד מנישואין אזרחיים?** (2000); אבישלום וסטרייך ופנחס שיפמן **מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל** (נייר-עמדה מציל"ה, רות גביוון עורכת, 2012). על נישואים בין בני אותו מין ראו: EVAN GERSTMANN, SAME-SEX MARRIAGE AND THE CONSTITUTION (2nd ed. 2008); YUVAL MERIN, EQUALITY FOR SAME-SEX COUPLES: THE LEGAL RECOGNITION OF GAY PARTNERSHIPS IN EUROPE AND THE UNITED STATES (2002).

142 ראו: Sherif Girgis, Robert P. George & Ryan T. Anderson, *What is Marriage?*, 34 HARV. J. L. & PUBLIC POL'Y 245 (2011).

143 ראו: Shahar Lifshitz, *Married Against Their Will? Toward a Pluralist Regulation of Spousal Relationships*, 66 WASH. & LEE L. REV. 1565 (2009); Jama B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443 (1992).

144 ראו את ההפניות לעיל בה"ש 140.

145 ראו שחר ליפשיץ **ברית הזוגיות** (2006); שחר ליפשיץ "רישום זוגיות" **ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו** 361 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

146 על מעלותיה וחסרונותיה של ברית הזוגיות ראו וסטרייך ושיפמן, לעיל ה"ש 141.

הזוגיות לחסרי דת. על-פי חוק זה, המסלול של ברית הזוגיות מוכר רק במקרה של "בני זוג חסרי דת",<sup>147</sup> ו"בני זוג" מוגדרים בחוק כ"בני זוג שהם איש ואישה".<sup>148</sup> חוק זה הוחק לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך פסקת "שמירת הדינים" אינה חלה עליו.<sup>149</sup> יש אפוא מקום לבחון אם החוק פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם. הטעון האפשרי הוא כפול: ראשית, החוק פוגע בכבוד האדם של אלה שהוא חל עליהם שכן הוא אינו מכיר בזכותם להינשא; ושנית, ההכרה בברית זוגיות רק לבני-זוג שהם גבר ואישה חסרי דת מהווה – הן מנקודת-המבט של חסרי דת בני אותו מין והן מנקודת-המבט של כל מי שאינו חסר דת – הפליה הפוגעת בזכות-הבת החוקתית לשוויון. אם אכן נפגעת זכות-בת (לחיי משפחה או לשוויון), יש לבחון אם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.

#### (ד) "ידועים בציבור"

ברשימה ארוכה של חוקים הכיר המחוקק הישראלי בתופעה של "ידועים בציבור". רוב רובה של חקיקה זו עוסקת בנושאים סוציאליים.<sup>150</sup> עם זאת, בחוקים אחדים הוענקו ל"ידועים בציבור" זכויות מסוימות הנתונות לבני-זוג נשואים.<sup>151</sup> הפסיקה פירשה הוראות אלה, ופיתחה לצידן משפט מקובל ישראלי באשר ל"ידועים בציבור". על-פי פסיקה זו, רוב הזכויות הנתונות לבני-זוג נשואים נתונות גם ל"ידועים בציבור". עם זאת, להבדיל מנישואים, היחסים של "ידועים בציבור" טרם הוכרו כיוצרי סטטוס משפטי.<sup>152</sup> הבסיס ל"ידועים בציבור" הוא עדיין הסכמי.

### 3. הזכות להורות

#### (א) הולדה

פסק-הדין הראשון שבו הוכרה הזכות להורות כזכות חוקתית הוא פרשת נחמני הראשונה. השופט ט' שטרסברג-כהן ציינה באותה פרשה כי "הזכות להורות נגזרת מהזכות להגשמה עצמית לחירות ולכבוד".<sup>153</sup> על גישה זו חזר השופט א' גולדברג בפרשת נחמני השנייה.<sup>154</sup> "הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה יונקות...

147 ס' 2 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת.

148 ס' 1 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת.

149 על פסקת "שמירת הדינים" ראו להלן פרק ז.

150 ראו ליפשיץ **הידועים-בציבור**, לעיל ה"ש 132. ראו גם אמנון בן-דרור **הידועה בציבור בישראל** – **נשואים ללא נישואין** (מהדורה שלישית, התש"ס); דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" **עיני משפט** ג 459 (1973); חמן פ' שלח "בן הזוג הידוע בציבור" **משפטים** 1, 119 (1975).

151 ראו, לדוגמה, ס' 16 לחוק השמות, התשט"ז-1956, ס"ח 94.

152 ראו ע"א 2000/97 **לינדורן נ' קרנית**, פ"ד נה(1) 12, 35 (1999); ע"א 2622/01 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון**, פ"ד נז(5) 309, 315 (2003); פרשת **אורן**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 242.

153 פרשת **נחמני** הראשונה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 499.

154 פרשת **נחמני** השנייה, לעיל ה"ש 51.

שתייהן את חיותן מאותם ערכי יסוד של חירות וכבוד האדם, אשר מוגנים עתה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>155</sup> ברוח דומה ציינתי באותה פרשה כי "מנקודת המבט החוקתית מוכרת כמובן החירות החוקתית להיות הורה או שלא להיות הורה. חירות זו נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לפרטיות".<sup>156</sup> זכות זו להורות מבוססת על "אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט-בראשית של החי לקיום ולהישרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מיטענו הגנטי".<sup>157</sup> על רקע זה הוכרה זכותה החוקתית של אישה ללא בן-זוג שהמדינה תחיל עליה את הסדרי הפונדקאות.<sup>158</sup> באופן דומה הוכרה הזכות של אסיר לאפשר לו הזרעה מלאכותית בבת-זוגו.<sup>159</sup> הזכות להורות נפגעת אם מחייבים עובדת זרה שילדה בישראל לצאת מן הארץ, ומתנים את שובה לכאן באי-הבאת פרי-בטנה עימה.<sup>160</sup> הזכות להורות מתקיימת אם מאפשרים שימוש בכל אמצעי ההפריה והלידה.<sup>161</sup> הנה כי כן, "הזכות להורות... נגזרת מההגנה על כבוד האדם... החלטת אדם בעניין הורותו היא ביטוי מובהק למימוש חופש הבחירה הנתון לו".<sup>162</sup> הזכות להורות "שלובה לבלי הפרד בשאיפה האנושית הבסיסית (חוק היסוד: אנושיות) לפרי בטן ולהמשכיות".<sup>163</sup> אכן, הזכות להורות היא זכותו של הפרט כנגד המדינה. זו "אינה רשאית לפגוע בזכותו של אדם להורות ללא טעמים ענייניים כבדי משקל".<sup>164</sup> טעמים אלה מוצאים את מקומם בפסקת ההגבלה. כמובן, בצד זכותו של הפרט כנגד המדינה להיות הורה עומדת גם זכותו של הפרט כנגד המדינה לא להיות הורה. כך, למשל, חוק האוסר הפלה פוגע בזכות לא להיות הורה. פגיעה בזכות זו הינה חוקתית רק אם היא מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה.

הזכות להורות היא מקיפה.<sup>165</sup> היא משתרעת על כל דרכי ההפריה והלידה.<sup>166</sup> אין לקבוע בעניין זה רשימה סגורה של דרכי הורות. התפתחותו של מדע הרפואה קודמת

155 שם, בעמ' 724.

156 שם, בעמ' 790.

157 פרשת משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל ה"ש 51, בעמ' 461.

158 שם.

159 ראו פרשת דוברין, לעיל ה"ש 54; פרשת גלאון, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור.

160 ראו פרשת קן לעובד, לעיל ה"ש 54.

161 ראו פרשת פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 54, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

162 פרשת ההורים המיועדים לאימוץ הקטין, לעיל ה"ש 28, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

163 פרשת קן לעובד, לעיל ה"ש 54, פס' 1 לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

164 פרשת פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 54, פס' 7 לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

165 ראו דפנה הקר סוגיות משפחתיות בעיניים משפטיות (2012); כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 501 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, (1995).

166 ראו: June Carbone, *The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity*, 65 LA. L. REV. 1295 (2004–2005). ראו גם מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט 21 (1996); יוסי גרין הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה (1995).

להתפתחות המשפט בתחום זה,<sup>167</sup> ובעתיד יהיה אפשר בוודאי לכלול במסגרת זו דרכי הולדה שאינן מוכרות לנו כיום.<sup>168</sup> כל הוראה המגבילה את הגישה לטכניקות הולדה מלאכותיות פוגעת בזכות החוקתית להורות. פגיעה זו תהא חוקתית אם היא תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. שאלה יפה היא אם מוטלת חובה (חיובית) על המדינה לממן את ההוצאות הכרוכות בטכניקות אלה. כן מתעוררות שאלות יפות באשר למועד ההכרה בהולדה כיוצרת יחסי הורות. האם הוראה הקובעת כי ההורות צריכה להיקבע בצו שיפוטי פוגעת בזכות להורות?

שאלה חשובה היא אם זכות ההורות משליכה גם על זכותם של הסבים והסבות.<sup>169</sup> בעניין זה טרם התגבשה הלכה פסוקה.<sup>170</sup> לדעתי, יש להכיר גם בזכותם של הסבים והסבות זכות חוקתית כנגד המדינה – הנגזרת מכבוד האדם – להכרה במעמדם.<sup>171</sup> "קול הדם" הוא גם קולם. עד כמה שיש התנגשות בין זכות זו לבין זכותם של ההורים, הפתרון אינו שלילת זכותם של הסבים והסבות, אלא עריכת איזון – במסגרת המשפט התת-חוקתי – בין הזכויות המתנגשות. כך, למשל, במסגרת איזון זה יהיה אפשר להכיר בזכות הביקור של הסבים והסבות מקום שקיים קרע בינם לבין ההורים.

### (ב) אימוץ

האם עומדת לפרט זכות חוקתית להורות בדרך של אימוץ? מה חובתה של המדינה בעניין זה? השאלה נידונה אגב אורחא בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**.<sup>172</sup> בפרשה זו נידונו החוקתיות והחוקיות של "כלל הפרש הגיל המרבי" בין מאמץ למאומץ במסגרת האימוץ הבין-ארצי. דרישה זו נקבעה בכללים על-פי חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996. לעניין ההיבט החוקתי התעוררה השאלה אם כלל הפרש הגיל המרבי פוגע בזכות החוקתית להורות הנגזרת מכבוד האדם. התשובה לשאלה אם הזכות לאימוץ נגזרת מכבוד האדם אינה פשוטה.<sup>173</sup> השופטת א' פרוקצ'יה ציינה בפסק-דינה כי "אין להוציא מגדר האפשר כי שינויי העיתים, הדינמיקה החברתית, והצרכים האנושיים יביאו עמם עם הזמן שינויים בתפיסה החוקתית בדבר

167 ראו: BIOMEDICINE, THE FAMILY AND HUMAN RIGHTS (Marie Thérèse Meulders-Klein, Ruth Deech & Paul Vlaardingerbroek eds., 2002).

168 למשל, עם התפתחות עתידית של טכניקות ההולדה עשוי להיווצר מצב שבו בני-זוג יוכלו לבחור במאפייני הילד. שאלה יפה היא אם תעמוד להם אז זכות חוקתית לכך.

169 ראו ישראל דורון וגליה לינצ'ין "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" **משפחה במשפט ב** 147 (2009).

170 ראו ע"א 121/79 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד לד(2) 253 (1979); ע"א 212/85 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד לט(4) 309 (1985).

171 ניתן לראות בכך זכות-נכדה לסבות, שאינה נגזרת מהזכות להורות.

172 פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54.

173 בפרשת Fretté v. France, 38 Eur. Ct. H.R. 438 (2004) החליט בית-המשפט האירופי לזכויות אדם כי האמנה האירופית לזכויות האדם אינה מכירה בזכות לאימוץ.

מקומה של המדינה במתן אמצעים למימוש זכות האדם למשפחה ולהורות.<sup>174</sup> באשר למצב הקיים, השופטים נחלקו בדעותיהם. השופטת א' פרוקצ'יה, בדעת מיעוט, ציינה כי "הסדר האימוץ במדינה אינו מהווה חלק מזכותו החוקתית של מבקש האימוץ למשפחה ולהורות".<sup>175</sup> גישה זו התבססה על שני נימוקים. **האחד** קשור לאופייה של הזכות להורות. לדעת השופטת א' פרוקצ'יה, הזכות להורות היא זכות הגנתית, כלומר, בעלת היבט שלילי בלבד.<sup>176</sup> בעניין זה קבעה דעת הרוב – של הנשיאה ד' ביניש והמשנה לנשיאה א' ריבלין – כי הזכות להורות היא בעלת היבט חיובי והיבט שלילי גם-יחד. כפי שראינו, דעתי היא כדעת הרוב. הנימוק **האחר** של השופטת א' פרוקצ'יה קשור ליחס בין דיני האימוץ לבין טובת הילד. לדעתה, "טובת הילד על-פי מושג חוק האימוץ אינה מתיישבת עם קיומה של זכות משפטית מוכרת לאמץ במבקש זאת. ההנחה בדבר זכות כזו מרחיקה את טובת הילד ממוקד עניינו של מוסד האימוץ, ואינה עולה בקנה אחד עם הרעיון כי חובתה ההומניטרית של המדינה היא לדאוג לילדים נזקקים כמטרה בלתי מסוייגת שאינה כפופה לזכותו של אחר. ההתחשבות בכמיהתם של המבקשים לאמץ כדי רמה של גיבוש זכות היה משלב שיקולים חיצוניים לטובת הילד, וגורע ממימושו של עקרון מרכזי זה".<sup>177</sup> כנגד גישה זו ניתן לומר כי הזכות לאמץ – כמו כל זכות-בת של כבוד האדם – אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית, וככזו ניתן להגבילה. במסגרת הגבלות אלה ייתן ביטוי לזכותם של אחרים (זכות הילד וזכותם של ההורים הביולוגיים) ולאינטרס הציבור (בהגשמת טובת הילד).

הכרה באופייה החוקתי של הזכות לאימוץ אין פירושה שכנגד הקשר בין ההורים לבין ילדם הטבעי תעמוד זכותם של אחרים לאמצו. הסדר מוסדי של דיני האימוץ מבוסס על שני שלבים בהליך האימוץ. בשלב הראשון נידונה השאלה אם הילד בר-אימוץ. בשלב זה קולם של ההורים המאמצים אינו נשמע. רק בשלב השני, לאחר שהילד כבר הוכרז בר-אימוץ, הם נכנסים לתמונה. הבחנה זו בין שני שלבים באימוץ מאפשרת הכרה באופי החוקתי הן של זכות ההורים הביולוגיים לילדם הטבעי והן של זכותם של מאמצים.

הזכות החוקתית לאימוץ, אם תוכר, תהא נתונה לכל פרט כלפי המדינה. על-כן ייכלל במסגרת זו אימוץ על-ידי בני-זוג מאותו מין.<sup>178</sup> כמו-כן, חקיקה הקובעת כי אין לאמץ בגיר תפגע בזכות החוקתית לאימוץ – הן של הבגיר והן של המבקש לאמצו.<sup>179</sup> לבסוף,

174 פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

175 שם, פס' 25 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

176 שם. ראו על כך לעיל בחלק ב3(ד) לרשימה זו.

177 פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54, פס' 27 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (ההדגשה במקור).

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

179 פרשת **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה"ש 35.



להורים המיועדים לאמץ קטין שהוכרז בר-אימוץ תהיה הזכות החוקתית שהמדינה תכיר בזכותם לאמץ את הקטין.<sup>180</sup> יודגש שוב: גם אם ייקבע כי לפרט יש זכות חוקתית לאימוץ, זכות זו לא תהיה מכוונת כלפי פרט אחר כלשהו. ככל זכות חוקתית בגדר חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות תהיה מכוונת כלפי המדינה, וכלפיה בלבד. המדינה תהא חייבת, בין היתר, לקבוע הסדר אשר יאפשר את הגשמתה של זכות זו. לא למותר לציין כי יהיה אפשר להגביל זכות זו, ובלבד שההגבלה תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

### פרק ד: הזכות־הבת לחיי משפחה – הזכויות במסגרת התא המשפחתי

התא המשפחתי הוקם. מהי חובתה של המדינה כלפי הפרטים המרכיבים אותו? מהי חובתה של המדינה כלפי כל אחד מבני-הזוג שהקימו את התא המשפחתי, ומהי חובתה כלפי כל אחד מילדיהם של בני-הזוג? במתן תשובות לשאלות אלה עוסק ההיבט השני של הזכות לחיי משפחה. התשובה הכוללת היא כי על המדינה מוטלת חובה לשמור על התא המשפחתי, לאפשר את מימוש חיי המשפחה, ולהבטיח "המשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת".<sup>181</sup> "זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למיצוי החיים וטעם החיים; היא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות מאוויי חייו."<sup>182</sup> כך, למשל, כאשר שני בני-הזוג ישראלים, זכותם החוקתית כלפי המדינה היא שהם יוכלו לממש את חיי המשפחה שלהם בצוותא בישראל.<sup>183</sup> כאשר אחד מבני-הזוג הוא זר, זכותו החוקתית של בן-הזוג הישראלי כלפי המדינה היא שחיי המשפחה ימומשו בישראל. הוראה הפוגעת בזכות זו הינה חוקתית רק אם היא מידתית.<sup>184</sup> לאסיר ישראלי יש זכות חוקתית לקשר עם בני משפחתו שמחוץ לכלא.<sup>185</sup> כמו-כן, לאסיר יש הזכות לקיים טיפולי הפריה מלאכותית.<sup>186</sup> להורים יש זכות חוקתית כלפי המדינה לגדל את ילדיהם ולחנכם. "זכותו

180 פרשת ההורים המיועדים לאימוץ הקטין, לעיל ה"ש 28.

181 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 298 (הנשיא א' ברק).

182 פרשת דקה, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

183 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 18; פרשת גלאון, לעיל ה"ש 18. בעניין זה לא נחלקו הדעות בין השופטים בשתי פרשות אלה. המחלוקת התעוררה מקום שאחד מבני-הזוג אינו ישראלי ובן-הזוג הישראלי ביקש כי יינתן לו לגור בישראל.

184 בדעה זו היו שופטי הרוב הן בפרשת עדאלה והן בפרשת גלאון. השוני בין הפרשות הוא לעניין מידתיותה של הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה בישראל.

185 ראו פרשת יונס, לעיל ה"ש 54.

186 ראו פרשת דוברין, לעיל ה"ש 54.

של הורה, מכח קשר דם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה.<sup>187</sup>

הזכות בגדרי המשפחה אינה מוגבלת לזכויות ההורים כלפי המדינה. היא כוללת גם את זכויות הילדים כלפי המדינה. אכן, חובתה החוקתית של המדינה כלפי ילדיהם של בני-הזוג היא לקיים את קשר ההורות ולשמור עליו. "הזכות לחיי משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זו גם זכותו של הנולד להורות. הזכות לחיי משפחה מעוגנת היום בהוראת חוק היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחירות וחלק מזכות היסוד לכבוד."<sup>188</sup> על המדינה מוטלת החובה להגן "על האוטונומיה האישית של הילד והורהו."<sup>189</sup> עליה מוטלת חובת ה"שמירה על קשר המשפחה הטבעי בין הורים לילדים ועל המארג הסבוך של זכויות וחובות הנובעות מקשר הורות זה."<sup>190</sup> על-כן, כאשר רשויות הסעד מוציאות ילד מרשות הוריו הטבעיים, הן פוגעות בזכותו החוקתית של הילד "להיות נתון למשמורת הוריו, לגדול ולהתחנך על ידם."<sup>191</sup> אכן, "זכותו של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים."<sup>192</sup> "לכל ילד קנויה זכות לגדול בחיק הוריו, ולזכות לחום ולאהבת אמת בשנות גידולו והתפתחותו עד לבגרות."<sup>193</sup> מכאן גם זכותו של הילד לדעת מי הם הוריו.<sup>194</sup>

הזכויות של בני התא המשפחתי כלפי המדינה אינן זכויות מוחלטות. הן זכויות יחסיות. הן ניתנות להגבלה. ניתן אפוא לפגוע במימוש הקשר בין חברי התא המשפחתי – למשל, ניתן להוציא קטין ממשמורת הוריו. פגיעות אלה הן חוקתיות אם הן מקיימות את תנאיה של פסקת ההגבלה. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת **משפחה חרשה נ' שר העבודה והרווחה**:

"הזכות למשפחה ולהורות כזכות חוקתית אינה זוכה בכל הנסיבות למלוא היקף פרישתה. כמו זכויות חוקתיות אחרות, גם הזכות למשפחה כחירות המוגנת מפני

187 רע"א 3009/02 פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 28, בעמ' 894.

188 ראו פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 548. ראו גם את מאמרה החשוב של קרפ: Judith Karp, *Matching Human Dignity with the UN Convention on the Rights of the Child, in THE CASE FOR THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA* 89 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008).

189 רע"א 3009/02 פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 28, בעמ' 893.

190 דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 274 (2004).

191 שם.

192 פרשת **משפחה חרשה נ' שר העבודה והרווחה**, לעיל ה"ש 54, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

193 פרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 54, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

194 ראו פרשת **פלוני נ' אלמוני**, לעיל ה"ש 35; פרשת **פלוני נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 54; רות זפרן "סודות ושקרים" – על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי – **משפטים** לה 519 (2005); רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" **משפחה במשפט** א 225 (2007); Katherine O'Donovan, *A Right to Know One's Parentage?*, 2 INT'L J. L. & FAM. 27 (1988). זכות זו נגזרת גם מהזכות-הבת לאישיות – ראו לעיל ה"ש 35.

התערבות אינה מוחלטת. במצבים חריגים עשויים החוק והשלטון להתערב בה, ולהצר את היקף ההגנה החוקתית עליה, כאשר כנגדה עומד ערך נוגד חשוב אחר. הלגיטימיות של הפגיעה בזכות למשפחה ולהורות מותנית בעמידה במבחני פיסקת ההגבלה.<sup>195</sup>

### פרק ה: הזכות־הבת לחיי משפחה – הזכות לצאת מהתא המשפחתי

ההיבט השלישי של חיי המשפחה עוסק בזכות להביא את התא המשפחתי לידי סיום. נפתח בגירויים. שאלת־המפתח היא אם ניתן לגזור מהזכות לחיי משפחה לא רק את הזכות החוקתית לנישואים, אלא גם את הזכות החוקתית לגירויים. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. המשפט המשווה בעניין זה אינו חד־משמעי. כך, למשל, בית־המשפט האירופי לזכויות אדם פסק כי ההוראה המפורשת בעניין הזכות לנישואים (marriage) אינה כוללת את הזכות לגירויים, וכי השמטה זו של הגירויים היא מכוונת.<sup>196</sup> לעומת זאת, בית־המשפט העליון של ארצות־הברית הכיר בזכות לגירויים כזכות חוקתית הנגזרת מהתיקון הארבע־עשר לחוקה.<sup>197</sup> הפסיקה בישראל בעניין זה מועטה. בפרשת פלוני נ' פלונית<sup>198</sup> עסקה השופטת ע' ארבל בסרבנות־הגט של הבעל, וכך כתבה:

"תופעת סרבנות הגט היא קשה ומורכבת ולצערנו אינה חדשה לנו. היא כרוכה בפגיעה קשה וכואבת באישה הנותרת כבולה לנישואין שאין היא מעוניינת בהם עוד: חירותה נפגעת, כבודה ורגשותיה נפגעים וזכותה לחיי משפחה נפגעת גם היא – זכויות אלו הוכרו בשיטתנו כולן כזכויות הנהנות ממעמד חוקתי וראשון במעלה... בתוך כך נפגעת גם זכותה של האישה לאוטונומיה, זכותה של האישה להגשים עצמה כאדם חופשי, זכותה לבחור את גורלה, לכתוב את סיפור חייה –

195 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 54, פס' 21 לפסק־דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

196 ראו: Johnson v. Ireland, 9 Eur. Ct. H.R. 203 (1987).

197 ראו: R.N. Sexton, *A Constitutional Right to Divorce in the U.S.A.*, 5 TRENT L.J. 49 (1982); Cathy J. Jones, *The Rights to Marry and Divorce: A New Look at Some Unanswered Questions*, 62 WASH. U. L.Q. 577 (1985); Tom Bosworth, *The Federal Constitutional Right to Divorce*, 14 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 94 (2004).

198 ראו פרשת פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 25 (השופטים ע' ארבל, ס' ג'ובראן וח' מלצר).

להחליט, היא ורק היא, האם ומתי יבוא על סיומו קשר נישואין שאין היא רוצה בו עוד והאם ומתי תבחר לקשור עצמה בקשר כזה בשנית.<sup>199</sup>

דומה שניתן להסיק מדברים אלה כי אכן מוכרת זכות חוקתית של פרט כנגד המדינה לגירושים. משמעותה של זכות זו היא שכשם שעל המדינה להסדיר דיני נישואים, כך עליה להסדיר דיני גירושים. האחד כרוך באחר. דינים אלה – הפוגעים בהיבטים שונים של חיי המשפחה – יהיו חוקתיים רק אם יקיימו את תנאיה של פסקת ההגבלה.<sup>200</sup> תוכנם של הסדרים אלה ייקבע במשפט התת-חוקתי.<sup>201</sup> יהא עליהם לאזן באופן מידתי בין הזכות החוקתית לנישואים של אחד מבני-הזוג לבין הזכות החוקתית לגירושים של בן-הזוג האחר, ובין שני אלה לבין אינטרס הציבור. כן יהא עליהם לקבוע את תוצאותיו של סירוב לא-מוצדק לגירושים.<sup>202</sup>

כאשר התא המשפחתי מבוסס על ברית זוגיות או על קשר של "ידועים בציבור", מוטלת על המדינה החובה לקבוע דינים באשר לכוחו של אחד מהצדדים לאותו קשר לצאת ממנו. דוגמה לכך עשוי לשמש חוק ברית הזוגיות לחסרי דת. החוק קובע את הדרכים ליצירת ברית הזוגיות. כן קובע החוק דברים מסוימים לגבי היציאה מקשר זה. כך, למשל, נקבע כי ניתן לצאת מברית הזוגיות אם הצדדים הסכימו לכך.<sup>203</sup> בהעדר הסכמה, יש לפנות לבית-המשפט לענייני משפחה, אשר מוסמך ליתן פסק-דין המתיר את ברית הזוגיות.<sup>204</sup> החוק קובע את התנאים לכך.<sup>205</sup> תנאים אלה פוגעים בזכותו החוקתית של בן-הזוג המסרב להתרת ברית הזוגיות. חרף זאת יימצאו תנאים אלה חוקתיים אם הם מקיימים את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

דינים אלה לניתוק היחס הקושר את התא המשפחתי צריכים לחול גם על נישואים שנערכו מחוץ לישראל. בדרך-כלל דיני הגירושים אינם דיניה של המדינה שבה נערכו הנישואים, אלא דיניה של המדינה שבה בני-הזוג מתגוררים.<sup>206</sup> חובתה החוקתית של

199 שם, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

200 שאלה יפה היא אם מוכרת זכות חוקתית למסירת קטין לאימוץ, כלומר, לסיום תא משפחתי אחד וליצירתו של תא משפחתי חדש. דומה שהתשובה צריכה להיות בחיוב. שיטת משפט שאין בה הסדרי אימוץ היא פגומה – הן מנקודת-מבטו של מי שמבקש לאמץ והן מנקודת-מבטו של מי שמבקש כי ילדו יאומץ על-ידי אחר.

201 ראו ליפשיץ "שוויון בנישואים", לעיל ה"ש 6.

202 ראו יחיאל קפלן ורונון פרי "על אחריותם בנויקין של סרבני-גט" עיוני משפט כח 773 (2005).

203 ס' 10 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת.

204 ס' 11(א) לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת.

205 ס' 11(ב) לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת.

206 ראו: AVIGDOR VICTOR LEVONTIN, CHOICE OF LAW AND CONFLICT OF LAWS 26 (1976);

LAWRENCE COLLINS, DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS 715 (13th ed.

2000). כן ראו פנחס שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" משפטים

טז 212, 224 (1986).

משפט ועסקים טז, תשע"ד חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה

המדינה היא לקבוע דינים לסיום הקשר, בין שהקשר נוצר בדרך של נישואים ובין שהוא נוצר בדרך אחרת.

## פרק ו: ההיבט החוקתי של חיי המשפחה

### 1. "משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה" – האומנם?

המעייין בדיני המשפחה בישראל מוצא כי מרבית הספרות עוסקת ביחסים בין הצדדים לתא המשפחתי לבין עצמם. ספרות זו עוסקת בזכותו של פלוני להינשא לאלמוני או להתגרש ממנו, או בזכויות שבין ההורים לבין עצמם ובינם לבין ילדיהם. נוכחותה של המדינה היא שולית, ושמורה למצבים פתולוגיים. היטיב להביע זאת השופט נ' הנדל בציינו:

"משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה. המפגש ביניהם מתרחש בעיתות משבר של המשפחה, ולא ברגעי הצלחתה. כל אחד אף מביט בזהירות כלפי השני. המשפחה שוחרת פרטיות והמשפט אינו מעוניין לשמש 'הורה על' ולהיכנס לעובי הקורה של מנעד הפרטים הדורש הכרעה בחיי היום-יום של הילד.

החיסוך בין השניים נוצר במצבי חירום. בית המשפט אינו יכול לעמוד מנגד נת נפגע הפרט קשות בדלת אמותיו של בית משפחתו."<sup>207</sup>

עם זאת, אין לשכוח כי הפתולוגיה פועלת בגדרי הפיזיולוגיה. התא המשפחתי הוא "יחידה חוקתית"<sup>208</sup> הזכויות שיש לצדדים לתא זה בינם לבין עצמם, והתרופות שיש להם זה כנגד זה כאשר הזכויות מופרות, נגזרות כולן מהזכויות החוקתיות שיש לכל אחד מהצדדים כלפי המדינה. המשפחה מוגנת על-ידי המשפט (הפרטי). תוכנה של הגנה זו נקבע על בסיס הזכויות החוקתיות שיש לבני התא המשפחתי כלפי המדינה. אכן, משפט חוקתי ומשפחה הם ידידים קרובים.

### 2. התא המשפחתי ושתי רמות נורמטיביות – חוקתית ותת-חוקתית

ניתוח חוקתי זה מבחין בין שתי רמות נורמטיביות במסגרת המכלול של דיני המשפחה. הרמה הנורמטיבית האחת היא הרמה החוקתית. רמה זו נגזרת מכבוד האדם, וקובעת את

207 פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ה"ש 54, פס' 1 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל.

208 פרשת עראלה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק).

הזכויות החוקתיות להיבטים השונים של חיי המשפחה שיש לפרט כנגד המדינה. הרמה הנורמטיבית האחרת היא הרמה התת-חוקתית. זו משקפת את תוצאות ההתנגשויות שבין הזכויות החוקתיות לחיי משפחה לבין עצמן ובין לבין אינטרס הציבור. בחיי היומיום איננו מבחינים בין רמות אלה. הן מתגלות רק כאשר מצב פתולוגי מחייב עריכת צילום נטגן של חיי המשפחה. כך, למשל, כתבתי באחת הפרשות:

”יש להם להורים גם זכויות... מהותה של זכות זו היא, כי את החובות כלפי הילד הקטין רשאים למלא ההורים – הם ולא זולתם. זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו...”<sup>209</sup>

בספרות המקצועית כונתה זכותו זו של ההורה “זכות מועברת”,<sup>210</sup> שכן זו זכות הנושאת בחובה חובה. לדעתי, ההסבר לזכות מועברת זו – זכות ההורה לקיים את חובתו כלפי ילדו – הוא זה: זכותו של ההורה היא זכות חוקתית כלפי המדינה. אכן, באותה פרשה ציינתי כי “זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה”.<sup>211</sup> לעומת זאת, החובה של ההורה היא חובתו כלפי הילד. זוהי חובה המצויה במשפט התת-חוקתי, בדיני המשפחה. כנגד זכותו החוקתית של ההורה עומדת חובתה החוקתית של המדינה לקבוע דינים תת-חוקתיים שיאפשרו להורה, ולא לזר, לשמור על הילד ולחנכו. כנגד חובתו של ההורה עומדת זכותו התת-חוקתית של הילד שהוריו ישמרו עליו ויחנכו אותו.

### פרק ז: הזכות־הבת לחיי משפחה והפסקה בדבר “שמירת דינים”

עיון בספרות המשפטית בישראל העוסקת בדיני המשפחה מעלה כי ההיבטים החוקתיים של דיני המשפחה אינם זוכים בבחינה מקיפה. דומה כי הטעם העיקרי לכך נעוץ בהוראה בדבר “שמירת דינים”, שעל־פיה:

209 ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461 (1984) (להלן: ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית).

210 ראו פרשת פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 28, בעמ' 237.

211 ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ה"ש 209, בעמ' 467. ראו גם ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 1 (1984). (“הדין מכיר בזכותם הקונסטיטוציונית של ההורים הטבעיים לקיים את חובתם כלפי ילדם” (השופט א' ברק)).

"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-  
היסוד."<sup>212</sup>

הוראה זו שריינה את הדין הישן מפני ביקורת שיפוטית באשר ליחס בינו לבין הזכויות החוקתיות שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דבר זה נכון לעניין כל הזכויות החוקתיות, ולעניין כל הזכויות-הבנות של כבוד האדם. עם זאת, דבר זה בולט במיוחד לעניין דיני המשפחה. דומה שהטעם העיקרי המונח ביסוד ההוראה בדבר "שמירת דינים" היה להגן על דיני המשפחה הדתיים שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק-היסוד מפני הזכויות הקבועות בו. אכן, השפעתה העיקרית של פסקה זו מתבטאת בתחום דיני המשפחה בכלל ודיני הנישואים והגירושים בפרט. ביטולה של הפסקה בדבר "שמירת דינים" – המהווה ביטוי לפשרה פוליטית המבוססת על העדר הסכמה בענייני דת ומדינה – הוא בידי הכנסת כרשות מכווננת. עם זאת, גם במסגרתה של פסקה זו יש מקום לבחינה מחודשת של הדין הישן במשקפיה של המציאות החוקתית החדשה, ובלבד שהבחינה תיעשה בגדריה של פסקת "שמירת הדינים". נקודת המוצא של בחינה מחודשת זו היא שהפסקה בדבר "שמירת דינים" לא העלתה את מעמדו של הדין הישן לרמה חוקתית. דין זה נשמר ברמתו התת-חוקתית, ולפיכך הכנסת, כרשות מחוקקת, יכולה לשנותו בדבר חקיקה רגיל. לא נדרש תיקון של חוק-היסוד באמצעות חוק-יסוד. פועלה של הפסקה בדבר "שמירת דינים" הוא בעיקרו מתן חסינות לדין הישן מפני הכרזתו השיפוטית כבלתי-חוקתית וכבטל.<sup>213</sup>

בחינה זו של דיני המשפחה במשקפי הזכויות החוקתיות צריכה להתחשב בכמה היבטים משפטיים. נעמוד על כל אחד מהם בנפרד. **ההיבט הראשון** מבוסס על כך שכל דין שחל על חיי המשפחה ואשר נוצר לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כלומר, לאחר ה-25.3.1992 – אינו חוסה תחת הגנתה של ההוראה בדבר "שמירת דינים". אם דין כזה פוגע באופן לא-מידתי בזכות לכבוד האדם, הוא אינו חוקתי, וניתן להכריז על בטלותו. זאת ועוד, לעיתים החוק נועד להיטיב עם בעלי הזכות בגדר התא המשפחתי. עובדת ההטבה אינה מחסנת אותו מביקורת שיפוטית.<sup>214</sup> אכן, כל החוקים הבאים אינם נהנים מחסינותה של ההוראה בדבר "שמירת דינים", ויש מקום לבחון אותם לאור הזכות החוקתית לכבוד האדם: חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995 (על תיקוניו); חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (שתוקן בשנת 1996); חוק מידע גנטי, התשס"א-2000; חוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1956 (שתוקן בשנים 2001 ו-2008); חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969 (שתוקן בשנים 2005 ו-2009); חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010; וחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. יש לשים לב שהבדיקה היא כפולה: ראשית, יש לבחון אם החוק מגביל את הזכות לכבוד

212 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

213 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 222.

214 ראו בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג' (5) 241, 261 (1999).

האדם (על שלל בנותיה – הזכות לנישואים, הזכות לגירושים, הזכות לשוויון, הזכות לחופש דת, הזכות לחופש מדת, הזכות לחופש מצפון ועוד); **שנית**, אם התשובה חיובית, יש לבחון אם ההגבלה היא מידתית. בדיקה כפולה זו יש לעשות גם אם החוק שנחקק אחרי כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מיטיב את מצבה של הזכות החוקתית לעומת מצבה לפני חוק-היסוד. חוק מיטיב זה יהא חוקתי רק אם הוא כשלעצמו פוגע בזכות החוקתית באופן מידתי.

**ההיבט השני** מבוסס על כך שההוראה בדבר "שמירת דינים" אינה משחררת את הדין הישן מהשפעתו הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפרשת **גנימאת ציינתי**:

"יש לו, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, השפעה פרשנית על הדין הישן. אמת, חוק היסוד אינו יכול לשנות את תוקפו של הדין הישן. אך חוק היסוד צריך להשפיע על מובנו של הדין הישן... פרשנותו של הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שמר על תוקפה (validity) של החקיקה הישנה. הוא לא שמר על מובנה (meaning)".<sup>215</sup>

**ההיבט השלישי** מבחין בין הכרזה כי דין ישן אינו מתיישב עם הזכות החוקתית לחיי משפחה לבין הכרזה כי דין ישן זה בטל בשל אי-חוקתיותו. שתי הכרזות אלה שונות זו מזו. הפסקה בדבר "שמירת דינים" שוללת את כוחו של בית-המשפט ליתן הכרזה על בטלותו של הדין הישן, אולם אין היא שוללת את יכולתו של בית-המשפט ליתן הכרזה בדבר אי-התיישבותו של הדין הישן עם הזכויות החוקתיות. אכן, בית-משפט אנגלי – אף שאינו מוסמך ליתן הכרזה על בטלות – מוסמך ליתן הכרזה על אי-התיישבות (incompatibility). הוראה מפורשת בעניין זה מצויה ב-<sup>216</sup> Human Rights Act, 1998. לדעתי, גם בהעדר הוראה מפורשת, סמכות זו עומדת לבית-המשפט.<sup>217</sup> חשיבותה טמונה בהפניית תשומת-הלב של המחוקק ושל החברה הישראלית בכללותה לקיומה של פגיעה לא-מידתית בזכות החוקתית לכבוד האדם.

**ההיבט הרביעי** מצביע על כך שפסקת "שמירת הדינים" אומנם מחסנת דין ישן הפוגע באופן לא-מידתי בכבוד האדם מפני ביקורת שיפוטית, אך אין היא מחסנת אותו מפני המחוקק עצמו. זה רשאי כמובן לבטלו או לשנותו, ובלבד שהביטול או השינוי יהיו מידתיים. לדעתי, ההוראה בדבר הדין הישן אינה משחררת את המחוקק מחובתו החוקתית להגן על כבוד האדם. החסינות מפני ביקורת שיפוטית אינה גם חסינות מפני

215 בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 410–411 (1995). ראו גם דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).

216 Human Rights Act, 1998, c. 42, § 4 (Eng.)

217 ראו: David Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 INT'L L.J. CONST. 217 (2009) L. 183.



הגשמת ההוראה החוקתית "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".<sup>218</sup> "שמירת הדינים" אינה משחררת את המחוקק מחובתו החוקתית. עם זאת, יש מקום לטענה כי פסקת "שמירת הדינים" מעניקה חסינות לחקיקה מפני סעד שיפוטי של ביטולה. על-כן בית-משפט אינו רשאי לאכוף על המחוקק את הגשמת חובתו החוקתית.

**ההיבט החמישי** מצביע על כך שהחובה להגן על חי המשפחה אינה רק חובתו של המחוקק. "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".<sup>219</sup> על-כן חובת הכיבוד מוטלת גם על הרשות השופטת (בית-המשפט האזרחי ובית-הדין הדתי). כדי לקיים חובה זו, על בית-המשפט לפתח משפט אזרחי שיגן על ההיבטים של הזכות החוקתית לחיי משפחה באופן שיקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. מוטלת אפוא חובה על בית-המשפט לפתח דין אזרחי שיגן באופן מידתי על הזכות החוקתית לחיי משפחה. כמובן, פיתוח זה אינו יכול לעמוד בסתירה לחקיקה של הכנסת. עם זאת, הוא עשוי לחול בכל אותם מצבים שבהם הסתירה אינה קיימת. בית-המשפט העליון עשה זאת בעבר. כך, למשל, בהלכות בדבר שיתוף נכסים בין בני-זוג<sup>220</sup> נעשה שימוש בזכות לשוויון, ואף נקבע כי הלכה זו חלה גם בבית-הדין הדתי.<sup>221</sup> ביטוי לגישה זו ניתן בפרשת **סולומון**,<sup>222</sup> שם כתב הנשיא שמגר לעניין הזכות למזונות בנסיבות שבהן החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, אינו קובע חובה זו:

"כאשר נוצרות נסיבות שבהן עלולה להישלל זכותו של בן הזוג האחד לזכות בתמיכה הכלכלית הראויה מצד בן הזוג השני למרות נזקקותו המוכחת, מצדיק היישום של עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתוטל חובת מזונות על פי הקווים שהותוו בדין הנ"ל, גם אם אין בסעיף 2(ב) הוראה מפורשת... הפקרת בן זוג למחסור ורעב היא בגדר פגיעה בכבוד האדם. בית המשפט אינו יכול להחשות ולהימנע מהחלת מערכת כללים חקוקה, כאשר זו נועדה מעיקרה לנסיבות שבהן אין אמת-מידה מוכחת אחרת. על כן הייתי מיישם הוראותיו של החוק במקרה כאמור."<sup>223</sup>

גישה זו של פיתוח דיני המשפחה על-ידי בית-המשפט צריכה לחול גם בפיתוח משפט בין-לאומי פרטי, המהווה חלק נכבד של דיני המשפחה בכל שיטת משפט. כך בכל מדינה, וכך בוודאי בישראל, בהיותה מדינת עלייה אשר התקבצו בה בני-זוג שנישאו זה לזה בגדרן של שיטות משפט שונות. כך, למשל, נקבע באמרת-אגב כי על-פי

218 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

219 שם.

220 ראו ע"א 300/64 **ברגר נ' מנהל מס עזבון**, פ"ד יט(2) 240 (1965); ע"א 253/65 **ברוקר נ' ברוקר**, פ"ד כ(1) 589 (1966). ראו גם אריאל רוון-צבי **יחסי ממון בין בני זוג** 224 (התשנ"ד).

221 ראו בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221 (1994). ראו גם שיפמן **שפה אחת ודברים אחדים**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 143.

222 ראו פרשת **סולומון**, לעיל ה"ש 51.

223 שם, בעמ' 580.

כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי שלנו, יש להכיר בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין שני יהודים ישראלים<sup>224</sup> או בין יהודי ישראלי לבין לא-יהודי.<sup>225</sup> גישה זו של פיתוח המשפט האזרחי על-ידי בית-המשפט האזרחי צריכה לחול גם בפיתוח משפט אזרחי-פנימי.<sup>226</sup> בעבר היא נעשתה תוך שימוש בדוקטרינות של המשפט הפרטי בלבד, כגון עקרון תום-הלב.<sup>227</sup> היא צריכה להיעשות גם תוך שימוש בזכויות החוקתיות המעצבות את חיי המשפחה. ברוח זו ניתן לפעול בתחומים אזרחיים שונים של דיני המשפחה. כך, למשל, ניתן לפתח משפט אזרחי שיגן על האישה מפני עגינותה ומפני סרבנות-הגט של בעלה. הגנה זו יכולה להיות בדרך של הכרה באחריות אזרחית בגין הסירוב למתן גט.<sup>228</sup> אחריות זו יכולה להתבסס על הפירוש של הדין הקיים, כגון על הפירוש של העוולות הקיימות בפקודת הנזיקין. אחריות זו יכולה להתבסס גם על פיתוח אחריות אזרחית מחוץ לפקודת הנזיקין וכחלק מהמשפט המקובל הישראלי. כך או כך, פיתוח זה אסור שיעמוד בניגוד לדין הקיים. יושם אל לב: הזכות החוקתית לגירושים היא כלפי המדינה. אין היא יכולה לשמש בסיס להפרת חובה חקוקה של אחד מבני-הזוג כלפי האחר. לעומת זאת, פיתוח משפט מקובל ישראלי ייתן ביטוי – במשפט התת-חוקתי – לאיזון הראוי בין הזכויות החוקתיות כלפי המדינה של כל אחד מבני-הזוג והילדים, וכן בינם לבין אינטרס הציבור. יהא בכך משום מילוי החובה "לכבד" את כבוד האדם, אשר מוטלת כאמור גם על הרשות השופטת. יהיה זה משפט הלכתי, תת-חוקתי, המתחשב בזכויות החוקתיות של כל הצדדים כלפי המדינה ובאינטרס הציבורי, באופן שהגבלה שהוא יטיל וההגנה שהוא ייתן יהיו מידתיות.

פיתוחו של דין זה חשוב במיוחד לעניין הגשמתה של הזכות החוקתית לחיי משפחה. כך, למשל, לעיתים ימצא כי שיטת המשפט שלנו תכיר בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, ובכך תכיר בזכות החוקתית לנישואים. אך מהם דיני הגירושים החלים בעניין זה? טלו זוג גברים ישראלים שנישאו מחוץ לישראל בגדרי שיטת משפט המכירה בנישואים אלה. נניח עוד כי על-פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, נישואים אלה יוכרו בישראל. מה דין הגירושים החל בעניינם? אם אכן אין בנמצא דין דתי כזה, ואם בתי-הדין הרבניים לא יחילו את הלכות בני נח<sup>229</sup> במצב דברים זה, מוטלת על הרשות השופטת – בגדרי חובתה לכבד את הזכות לכבוד האדם – לפתח דין אזרחי בדבר גירושים בין בני-זוג אלה.<sup>230</sup> פיתוח זה אינו יכול לנגוד את הדין הדתי. הוא הדין בנישואים מעורבים בין יהודי לבין לא-יהודי שנערכו בחוץ-לארץ. בעניינם של אלה

224 ראו פרשת פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, לעיל ה"ש 135.

225 ראו בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, פ"ד סא(3) 726 (2006).

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

227 ראו רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 135.

228 ראו קפלן ופרי, לעיל ה"ש 202.

229 על הלכות בני נח ראו פרשת פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, לעיל ה"ש 135.

230 ראו חמ"ש (משפחה ת"א) 11264-09/12 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.11.2012).

אין כל מניעה לפיתוח משפט מקובל בנוגע לגירושים שאינו דין גט (ועל-כן דיני הממזרות אינם חלים בו), אלא דין אזרחי. פיתוח משפט מקובל צריך לחול בכל ההיבטים של הזכות החוקתית לחיי משפחה. הם צריכים להקיף אפוא את הזכות לזוגיות (מעבר לנישואים עצמם, לרבות ברית הזוגיות וה"ידועים בציבור") ואת הזכות להורות. הם צריכים לכלול את הזכויות והחובות – ברמה התת-חוקתית – ביחסים בין בני-הזוג לבין עצמם ובין ילדיהם. הם צריכים להשתרע על סיוע חיי המשפחה. הם צריכים לתת תשובה למשפחה הטבעית ולמשפחה החדשה גם-יחד. הם צריכים לתת פתרון ראוי הן למי שהדין הדתי חל עליו והן למי שהדין הדתי אינו חל עליו.

## סוף-דבר

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן שורה של זכויות חוקתיות, ביניהן הזכות-האם לכבוד האדם. פסיקה ענפה של בית-המשפט העליון גזרה מזכות זו שורה ארוכה של זכויות-בנות. אחת מאותן זכויות-בנות היא הזכות לחיי משפחה, ובגדרה הזכות להיכנס לתא המשפחתי (הזכות לזוגיות ולהורות), הזכויות במסגרת התא המשפחתי (זכויותיהם של בני-הזוג וזכויות הילדים) והזכות לצאת ממנו (אם בדרך של גירושים, אם על-ידי פירוק של קשר ה"ידועים בציבור" או של ברית הזוגיות, ואם בדרך של אימוץ). זכות-בת זו היא בעלת חשיבות רבה. היבטים ניכרים שלה מצויים בליבה של זכות האדם לכבוד האדם. כל הזכויות הכלולות בזכות-הבת לחיי משפחה הן יחסיות. ניתן להגבילן, ובלבד שמתקיימים תנאיה של פסקת ההגבלה. זכויות אלה הן בעלות היבט שלילי והיבט חיובי גם-יחד. זכויות-נכדות אלה מכוונות כולן כלפי המדינה (יחס אנכי), ואין הן חלות ביחסים בין פרטים (יחס אופקי). הן מהוות את חוקת המשפחה, הקובעת את המסגרת שבה פועלים דיני המשפחה התת-חוקתיים, העוסקים ביחסים הפנימיים בין בני המשפחה. היבטים מסוימים של דינים אלה פוגעים באופן לא-מידתי בחוקת המשפחה. עם זאת, תוקפם לא נפגע. זאת, בשל פסקת "שמירת הדינים". חרף הוראותיה, יש להכיר בתחום נרחב שבו ניתן לתת ביטוי לזכות-הבת לחיי משפחה, ולצידה לזכויות-בנות אחרות, כגון השוויון, הקיום אנושי בכבוד, חופש המצפון, חופש הדת והחופש מדת, וכן לאיזון המידתי בין לבין עצמן (מקום שהן מצויות בניגוד פנימי) ובין לבין אינטרס הציבור. כדי להשיג התפתחות זו, נדרשת מודעות של ציבור עורכי-הדין להיבט החוקתי של דיני המשפחה, ונדרש עניין של מדע המשפט הישראלי בתחום זה. אני מקווה כי רשימתי זו תעורר את העניין בתחום חשוב זה.

