

על הזכות החוקתית לנישואין וגירושין

אהרן ברק

א. על העיוותים של דיני המשפחה בישראל בכלל

כידוע לכל, על-פי המצב המשפטי הקיים, בגרעין של דיני המשפחה בישראל (והם הנישואין והגירושין) חל הדין הדתי והדיין הדתי. גרעין זה מצוי בתוך מעטפת של משפט אזרחי ושל שופט אזרחי. מעטפת זו הולכת ומתפתחת, הן על ידי החקיקה של הכנסת והן על ידי הפסיקה של בתי המשפט. אלה פועלים בעיקר בשני תחומים: האחד, בו קיים גורם זר, כגון נישואין מחוץ לישראל; האחר, בו מתעוררות בעיות של התא המשפחתי שאינן נשלטות במישרין על ידי הדין הדתי.

מצב דברים זה – אותו ירשנו עוד מהמנדט הבריטי – אינו מניח את הדעת. מנקודת מבטו של האדם החילוני, יש בו, בבסיסו, פגיעה במצפון וכפיה דתית, הנוגעת בזכות-הבת החוקתית לחופש המצפון והחופש מדת. מנקודת המבט של האיש הדתי, יש בכפיה הדתית גם בעיה דתית. בצידן של בעיות אלה, קיימים גם פתרונות של המשפט הדתי שנתפסים, הן על ידי האדם החילוני והן על ידי האדם הדתי, כבלתי ראויים בתחומים שונים, בעיקר לעניין הזכות לנישואין ולגירושין עליהן אעמוד בהמשך.

הצעות שונות הועלו במשך עשרות שנים לתיקון המצב. חלקן של ההצעות עסקו בתחום החוקתי, והן הציעו הוראות חוקתיות חדשות. חלקן של ההצעות עסקו בתחום התת-חוקתי, והן הציעו שינויים בדיני המשפחה הנוהגים. אף אני עצמי השתתפתי במאמצים תת-חוקתיים אלה. כך למשל גרסתי – ואני עדין גורס, כ"הסדר ביניים" – כי כל ההיבטים של דיני המשפחה (במובנם הרחב) שאינם מהווים ענייני נישואין וגירושין (במובנם המצומצם), ידונו על פי דין אזרחי בבית משפט אזרחי. הדבר יביא לביטול דיני הכריכה, ולהעברת כל מכלול היחסים בין בני הזוג שאינם קשורים לתוקף הנישואין והגירושין ואת כל השאלות באשר ליחסים בין בני הזוג לבין ילדיהם לתחולת המשפט האזרחי והשופט האזרחי.

הצעות אלה היו בתחום התת-חוקתי. אפילו תתקבלנה, עדין לא יפתרו את הבעיה של ענייני הנישואין והגירושין במובנם המצומצם. זו הרי הבעיה המטרידה את "מבוא סתום", והיא בעייתן של מסורבות הגט והעגונות. זו גם בעייתם של כל אלה שאינן יכולים או אינם רוצים להינשא או להתגרש על פי הדין הדתי.

ב. על כבוד האדם

נקודת המוצא שלי על הבעיות של דיני המשפחה בישראל בכלל, ודיני הנישואין והגירושין בפרט, היא חוקתית. מדינת ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. אחד המאפיינים המרכזיים של דמוקרטיה חוקתית הוא מגילה חוקתית של זכויות אדם, וביקורת שיפוטית לאכיפתה. המגילה הזו בישראל מעוגנת בעיקרה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההוראה המרכזית לענייננו, הקבועה בה 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"שלילי" של הזכות. הוא מטיל על רשויות המדינה את החובה שלא 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 במסגרתן של חוקות רבות, בהן מצויה הוראה דומה (כגון גרמניה, דרום אפריקה, פולניה, ברזיל). היא נבחנה במספר ניכר של פסקי דין של בית המשפט העליון שלנו. בפסק הדין המרכזי לעניין זה כתבתי:

" 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".

כבוד האדם כזכות חוקתית מגינה על אנושיותו של האדם כאדם. זהו חופש הבחירה הנתון לכל אדם לעצב את חייו, להגשים את עצמו, לפתח את אישיותו, ואת זהותו העצמית. זהו החופש של אדם לטוות את סיפור חייו. זו האוטונומיה של הרצון הפרטי, המבוססת כל חופש הבחירה של האדם, ועל הגנה מפני חדירה אליה על ידי המדינה. ביסוד אנושיותו של האדם מונחת התפיסה כי כל אדם הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה. על כן יש להתייחס אל האדם תמיד כמטרה ולא כאמצעי בלבד. אנושיותו של האדם אינה אנושיותו על אי-בודד. זו

אנושיותו בחברה בה הוא חי. זו אנושיותו הבנויה על יחסים הדדיים בין הפרט לבין פרטים אחרים, ובין הפרט לבין המדינה.

על רקע תפיסה רחבה 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 הן. הן מהוות אך זכויות-בת של כבוד האדם. הן מגשימות רק את הערך של כבוד האדם, ועל כן היקפן צר יותר מאותן זכויות אילו הוכרו כזכויות עצמאיות. זכויות הבת האלה כוללות את זכות-הבת לשוויון, את זכות-הבת לחופש הביטוי, את זכות-הבת לשם הטוב, את זכות-הבת לחינוך, את זכות-הבת לקיום אנושי בכבוד ואת הזכות-הבת לחופש המצפון והדת. זכויות-בת אלה חופפות במידה רבה זו את זו ומחזקות בכך זו את זו. לעיתים הן מתנגשות זו בזו. כמו כן הן חופפות את הזכויות החוקתיות המוכרות כזכויות עצמאיות בחוק היסוד, כלומר הזכות לחיים, הזכות לגוף, הזכות לקניין, הזכות לחירות אישית, הזכות להיכנס ולצאת מישראל, הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט, והזכות לחופש העיסוק. בדומה, זכויות-הבת השונות עשויות להתנגש עם הזכויות העצמאיות האלה.

כיצד נפתרת התנגשות זו? התשובה שניתנה על-כך בבית המשפט העליון היא זו: ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות (בין זכויות הבת בין לבין עצמן ובין בינן לבין הזכויות העצמאיות, ואלה האחרונות בין לבין עצמן) לא נפתרת במישור החוקתי. במישור זה זכות-הבת לשם הטוב תתנגש בזכות-הבת לחופש הביטוי, בלי שהתנגשות זו תקבע גבולות חדשים לזכויות המתנגשות. ההתנגשות בעינה תעמוד. פתרון ההתנגשות יבוא 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. על 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”.

אלה הם דיני המידתיות. 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 כי ניתן לפגוע בזכות לכבוד האדם, ובלבד שהפגיעה הינה מידתית. זאת ועוד: הזכות 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). כבוד האדם אינו מכוון כלפי פרט אחר. לזכויות החוקתיות יש תחולה אנכית (כלפי רשויות השלטון) ולא תחולה אופקית (כלפי פרטים אחרים). על כן, לפרט אי' זכות חוקתית לשם הטוב כלפי רשויות השלטון. לפרט ב' זכות חוקתית לחופש הביטוי כלפי רשויות השלטון. זכויות אלה מתנגשות. פתרונה של התנגשות זו, כפי שראינו, לא יעשה במישור החוקתי, אלא במישור התת-חוקתי: הרשות השלטונית – נניח הכנסת – תחוקק חוק על איסור לשון הרע, בכך תפגע פגיעה מסוימת בחופש הביטוי, ותיתן הגנה מסוימת לשם הטוב. חוק זה יהא חוקתי אם הוא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. חוק זה יקבע סעדים של פרט אחד כנגד פרט אחר. חוק זה אינו חלק מחוק היסוד. הוא ברמה תת-חוקתית, רובו במשפט הפרטי-אזרחי.

ג. זכות הבת לחיי משפחה

ואתם עשויים לשאול: מה לנו – כמי שענייני נישואין וגירושים עומדים בראש מעיינינו – בזכות-האם לכבוד האדם על בנותיה השונות? התשובה היא פשוטה. אחת מזכויות הבת החשובות ביותר, המרכזיות ביותר, המונחות בלב ליבה של הזכות לכבוד האדם, היא זכות הבת לחיי משפחה. וכך כתבתי בפסק הדין 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 למימוש 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."

ברוח דומה ציין המשנה לנשיא מ' חשין:

” 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”.

זכות-הבת לחיי משפחה היא עצמה אגד של זכויות. ניתן לגזור ממנה זכויות בת, שהן זכויות-נכדה לזכות לכבוד האדם. אחת מאותן זכויות הבת-נכדה היא הזכות לנישואין ולגירושין. אתמקד בעיקר בזכות לנישואין ולגירושין בין יהודים בישראל. בעיות דומות – אך לא זהות – קיימות לעניין בני החברה הישראלית שאינם יהודים. גם בעניינם שלהם חלות כמובן הזכויות החוקתיות בכלל וכבוד האדם בפרט. בדברי היום אני מתעכב אך בענייני נישואין וגירושין של יהודים, ואפתח בזכות החוקתית לנישואין.

ד. זכות-הבת (הנכדה) לנישואין

1. הכרה בזכות חוקתית לנישואין

בית המשפט העליון הכיר במספר ניכר של פסקי דין בזכות הנישואין כבזכות חוקתית. כבר ראינו כי בפרשת עדאלה קבע המשנה לנשיא מ' חשין כי כל אדם "קנה זכות לנישואין". באותה פרשה ציינה השופטת ד' ביניש:

”זכות היסוד של האדם לבחור בבין זוגו ולהקים עמו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו ומתמצית אישיותו של האדם”.

השופט ס' ג'ובראן הוסיף: "בקשירת קשר הנישואין עמו, מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו".¹ השופט א' לוי ציין בפסק דינו כי מהזכות לכבוד האדם נגזרת "זכותו של אדם לחיי משפחה, בה גלומות שתי זכויות-משנה, אשר דומה כי בלעדיהן אין בה ממש – זכותו היסודית של אדם להינשא לבחירת/ת לבו על-פי רצונו והשקפתו, וזכותו כי יינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא".² בפרשת גלאון כתבה השופטת ע' ארבל:

"הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הערך החוקתי של כבוד האדם. זכותו של אדם ליצור לו קשר זוגי ולהקים משפחה עם בן או בת זוג, 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".

ברוח דומה כתבה השופטת מ' נאור באותה פרשה:

"הזכות לחיי משפחה היא עולם ומלואו. יש לזכות זו נגזרות רבות. כך, למשל, ניתן לראות בפסיקה כי הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות להינשא..."

זו היתה גישתו של השופט נ' הנדל:

"הפסיקה בארץ ומחוצה לה הכירה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית... הזכות בתור שכזו שמורה לכל אדם. החברה רואה את חירות הנישואין כאחת מהבחירות החשובות והמרכזיות בחייו של אדם והגדרתו העצמית".

ברוח דומה ציין המשנה לנשיאה א' ריבלין:

"הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחרות. פגיעה זו בחרות

¹ שם, עמ' 474.

² שם, עמ' 562.

קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי. היא פוגעת אנושות
בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו".

שאלת המפתח הינה כמובן מה תוכנה של הזכות החוקתית לנישואין? מהי החובה שהיא מטילה על המדינה? האם החובה כוללת הכרה במוסד של "נישואין" כמשמעותו כיום? האם מוטלת עליה חובה להנהיג נישואין אזרחיים? האם המדינה יוצאת ידי חובתה בקביעת הסדרים לעניין ברית זוגיות בלבד? בכל השאלות עסקו אך מעטים מהמומחים שלנו בדיני משפחה. בראשם פרופסור פנחס שיפמן. הוא ניתח אותן בהרחבה. הניתוח שלו היה כללי ולא התמקד בדיון החוקתי.

2. האם ההגבלות על הזכות לנישואין הן חוקתיות

המסקנה המתבקשת מהפסיקה הינה כי לכל אדם עומדת זכות חוקתית כלפי הרשויות השלטוניות – זכות הנגזרת מכבוד האדם – לנישואין. זו הזכות החוקתית להינשא על פי רצונו והשקפתו של האדם. כפי שראינו, זכות זו אינה מוחלטת. ניתן להגבילה. הגבלות אלה יכולות לנבוע מתוך הצורך להגן על זכויות חוקתיות של פרטים אחרים (כגון קטינים או בן הזוג האחר), או מתוך הצורך להגן על אינטרס הציבור (כגון איסורי עריות, או החשש הלאומי מפני נשואי תערובת).

בישראל מוטלת על הזכות להינשא הגבלה חשובה, שמקורה בהוראה כי "נישואין... של יהודים יערכו בישראל על פי דין תורה". מכוחה של הוראה זו יהודי אינו יכול לשאת מי שאינה יהודיה; ואף בין יהודים מצויים דינים המגבילים את הנישואין ("פסולי חיתון"). בוודאי שאינם מוכרים נישואין בין בני אותו מין. האם מצב משפטי זה פוגע בזכות החוקתית לנישואין? יש לבחון את היקפה של הזכות לנישואין בכדי להשיב על השאלה האם כבוד האדם (בהיבט של חיי משפחה) נפגע. אם התשובה הינה חיובית, יש לבחון את הוראותיה של פסקת ההגבלה כדי לתת תשובה לשאלה אם הפגיעה היא חוקתית. בהקשר זה מתעוררות מספר שאלות קשות אשר יש להתמודד עמן, כגון:

א. האם דין תורה החל על עריכת נישואין של יהודים בישראל פוגע בזכות-הבת החוקתית לנישואין? האם יש בו פגיעה בזכויות-בת חוקתיות אחרות, כגון זכות-הבת לחופש המצפון והחופש מדת וזכות-הבת לשוויון?

ב. אם התשובה על אחת משאלות אלה הינה בחיוב, יש לבחון אם ההוראה הפוגעת הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והאם היא לתכלית ראויה? יש לבחון את המטרות המונחות ביסוד ההסדר הקיים, תוך נקיטת עמדה בשאלה אם הן מקיימת את מבחני המטרה של חוק היסוד.

ג. אם התשובה הינה כי ההוראה הפוגעת תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והיא לתכלית ראויה, יש מקום לבחון אם הפגיעה בזכות החוקתית היא במידה הדרושה? בהקשר זה יהא מקום לבחון, בין השאר, אם קיימים הסדרים חלופיים, הפוגעים בזכויות-הבת החוקתיות פחות, אך המגשימים את התכלית הראויה, כגון, ברית זוגיות. כן יהיה צורך לבחון – בהנחה שההסדרים החלופיים אינם מגשימים במלואם את התכלית הראויה – אם האיזון בין התועלת השולית של ההסדר הקיים (בהשוואה לחלופה) לבין הנזק השולי שהוא מסב לזכות-הבת החוקתית (בהשוואה לחלופה) הוא מידתי.

שאלות אלה התעוררו במשפט המשווה. בתי משפט במדינות דמוקרטיות חוקתיות עסקו בהן בהרחבה. הפתרונות שניתנו סותרים לעיתים זה את זה. ניתן ללמוד מהמשפט המשווה, אך לעולם אין לשכוח את ייחודם ואת מורכבותם של חוקי היסוד, אשר נועדו לעגן את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד.

יש לחזור ולהדגיש: הזכות החוקתית של הפרט לנישואין מכוונת כנגד המדינה. עליה נאסר לפגוע בזכות זו (ההיבט השלילי) אלא אם הפגיעה היא מידתית; עליה הוטלה החובה להגן על זכות זו (ההיבט החיובי), אלא אם כן ההגנה החלקית היא מידתית. אי-פגיעה או הגנה אלה נעשים במשפט התת-חוקתי, אשר חוקתיותו נקבעת על-ידי פסקת ההגבלה. משפט תת-חוקתי זה הוא דיני המשפחה שתואמים את הזכויות החוקתיות. דיני משפחה אלה הם שקובעים את הזכויות של פרט אחד כלפי פרט שני. הזכות לנישואים שדיני המשפחה התת-חוקתיים יכירן בהם יצטרכו, כפי שראינו, לאזן בין מערכת השיקולים הרלוונטיים. בהיקפה הזכות לנישואין שדיני המשפחה יעניקו לפרט אחד כלפי האחר תהא צרה יותר מזכות הנישואים של הפרט כנגד המדינה. זאת משום שהיא צריכה להתחשב בזכותם של אחרים (כגון הזכות לגירוש של בן הזוג האחר) או באינטרס הציבור (כגון השיקולים הלאומיים כנגד נישואי תערובת). היא מעוררת שאלות חשובות, כגון מעמדם של הנישואין האזרחיים; היחס בינם לבין הנישואין הדתיים; ובינם לבין ברית הזוגיות. בחינת היקפה של זכות תת-חוקתית זו מבחינת הפגיעות בה מנקודת מבטה של פסקת ההגבלה טרם נערכה בישראל. אעמוד מיד על הטעמים לכך, אך לפי כן ברצוני לעמוד על הזכות החוקתית הגירושין.

ה. זכות-הבת (הנכדה) לגירושין

1. הכרה בזכות חוקתית לגירושין

האם עומדת לפרט היהודי זכות-בת חוקתית לגירושין, הנגזרת מכבוד האדם, וזאת בצד זכויות-בת אחרות כגון זכות-הבת לחופש המצפון והחופש מדת וזכות-הבת לשוויון?

התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. המשפט המשווה בעניין זה אינו חד משמעי. כך, למשל, בית-המשפט האירופאי לזכויות האדם פסק כי ההוראה המפורשת בעניין הזכות לנישואין (marriage) אינה כוללת את הזכות לגירושין, וכי השמטה זו של גירושין היא מכוונת. לעומת זאת, בית המשפט העליון של ארצות הברית הכיר בזכות לגירושין כזכות חוקתית הנגזרת מהתיקון ה-14 לחוקה. הפסיקה בישראל בעניין זה מועטה. בפרשת **פלוני נ' פלונית** עסקה השופטת ע' ארבל בסרבנות הגט של הבעל. וכך היא כתבה:

"תופעת סרבנות הגט היא קשה ומורכבת ולצערנו אינה חדשה עמנו. 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 אלה 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 שנית".

נראה לי כי בדברים אלה הכיר בית המשפט בקיום זכות-בת לגירושין הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם. אך מה היקפה של זכות זו? מהי החובה שהיא מטילה על המדינה? האם היא מחייבת הכרה בגירושין אזרחיים? מהו היחס החוקתי לעניין יהודים בין גירושין אזרחיים לגט על-פי המשפט העברי? האם הזכות לגירושין מחייבת הכרה בגירושין ללא אשמה? שאלות אלה נדונו אך על ידי מעטים מהמומחים לגיני משפחה, ובראשם פרופסור שיפמן.

2. האם ההגבלות על הזכות לגירושין הן חוקתיות

הזכות של בני זוג לסיים את קשר הנישואין הינה, איפוא, זכות-בת חוקתית, הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם. כמו הזכות לנישואין, גם הזכות לגירושין אינה זכות מוחלטת. ניתן להגבילה. ההגבלה יכולה להתבסס על זכות חוקתית אחרת, כגון הזכות לנישואין של בן הזוג או של הילדים. ההגבלה יכולה להתבסס על אינטרס הציבור, כגון שמירה על אחדות העם היהודי. בישראל מטיל הדין הדתי הקובע כי "גירושין של יהודים בישראל ייערכו לפי דין תורה" הגבלות ניכרות על זכותה של האישה להתגרש. בהיעדר הסכמת הבעל,

מתעוררות בעיות קשות במצבים בהם הבעל נעלם ובמצבים בהם הוא מסרב להסכים לגט.
האם דין זה – ככל שהוא נוגע ליהודים – הוא חוקתי?

כמו בעניין הנישואין, גם בעניין הגירושין יש לבחון את הוראותיה של פסקת ההגבלה.
אף כאן מתעוררות בעיות קשות, כגון:

א. האם הדין הדתי פוגע בזכות החוקתית לגירושין? הוא נפגעות זכויות-בת אחרות
כגון הזכות לחופש מדת והזכות לשוויון?

ב. האם ההגבלות שהדין הדתי מטיל על הזכויות החוקתיות לגירושין הולמות את
ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? האם הן לתכלית ראויה?

ג. האם הפגיעה של הדין הדתי בזכות החוקתית לגירושין היא מידתית? האם ישנה
חלופה פוגעת פחות בזכות לגירושין המגשימה את המטרה הראויה של הדין הדתי? האם
האיזון בין התועלת לנזק, עליו עמדתי, הוא מידתי? האם "גירושין ללא אשמה" הם פתרון
מידתי?

בכל אלה יש לזכור כי הזכות החוקתית של הפרט לגירושין מכוונת כלפי המדינה. עליה
נאסר לפגוע בזכות לגירושין ועליה הוטלה החובה להגן עליהם, אלא אם כן הפגיעה או אי-
ההגנה הן מידתיות. הדין המידתי יקבע את דיני הגירושין שבין פרט לפרט ואת הזכויות שהוא
מעניק לפרט כנגד פרט. דין זה צריך לאזן בין זכותו של בן זוג אחד כלפי המדינה לגירושין
כרצונו לבין זכותו של בן זוג שני כלפי המדינה להמשך קיום הנישואין. כן יש להתחשב
בזכויות ובאינטרסים של הילדים. אך טבעי הוא שהזכות לגירושין של הפרט כנגד פרט אחר
המהווה חלק מדיני המשפחה התת-חוקתיים תהא צרה יותר מהזכות לגירושין של הפרט כנגד
המדינה. זאת, משום שזכות הגירושין של פרט כנגד פרט אחר צריכה לאזן, בין השאר, בין
הזכות לגירושין של פרט אחד כלפי המדינה לבין הזכות לנישואין של פרט אחר כלפי המדינה
או לאינטרס הציבור (כגון שמירה על אחדותו של העם היהודי המועלה לעיתים בסוגיה זו).
השאלה מהו האיזון הראוי, ומהו המתחם של האפשרויות העומד בפני רשויות השלטון, היא
שאלה חשובה וקשה. הפתרון אינו פשוט. הפסיקה בישראל הכירה במה שפרופסור שיפמן
כינה "תחליפי גירושין תוצרת בית המשפט האזרחי". כל אלה לא יספיקו במסגרת האיזונים
החוקתיים. יהא על מדינת ישראל ליצור דיני גירושין התואמים את דיני הנישואין שהיא
הכירה בהם. האם להכיר בגירושין לפי דרישה? מה הדין אם אחד מבני הזוג מסרב? המשפט
המשווה עוסק בשאלות אלה בהרחבה. בדיקה כזאת טרם נערכה בישראל. מדוע? עובר אני
לבחינתה של שאלה זו. בחינה זו משותפת היא הן לעניין הזכות לנישואין והן לעניין הזכות
לגירושין.

ו. ההוראה בדבר "שמירת דינים"

הסיבה העיקרית להעדר בחינה חוקתית של דיני הנישואין והגירושין בישראל – כמו גם כל דיני המשפחה – נעוצה בהוראה בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בדבר "שמירת דינים" וזו לשון ההוראה:

"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד".

הוראה זו שריינה את הדין הישן בפני ביקורת שיפוטית באשר ליחס בינו לבין חוק-היסוד. היא משקפת פשרה פוליטית, המבוססת על היעדר הסכמה בענייני דת ומדינה. מן הראוי להדגיש, כי ההוראה בדבר "שמירת הדינים" אינה מעלה את מעמדו של הדין הישן לרמה חוקתית. דין זה נשמר ברמתו התת-חוקתית, אך הוא חסין מהכרזה שיפוטית על בטלותו.

דומה שבשל הוראה זו נמנעו מדעני דיני המשפחה מעיסוק בשאלה מה השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המשפחה בכלל ועל דיני הנישואין והגירושין בפרט? על כך יש להצטער, שכן היעדרה של ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של דין הנוגד את הזכות החוקתית לנישואין וגירושין. לא צריך למנוע את העיסוק הענייני בסוגיה חשובה זו. גם לגופו של עניין, הימנעות זו אינה מוצדקת, שכן לקיומה של זכות חוקתית והאפשרות שהדין הקיים פוגע בה באופן לא מידתי יש השלכות משפטיות חשובות. אעמוד על כמה מהן:

א. ראשית, כל דין בענייני נישואין וגירושין אשר נוצר לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כלומר, לאחר ה-25.03.1992 – אינו חוסה תחת חסותה של ההוראה בדבר "שמירת דינים". דין כזה, עד כמה שהוא פוגע בזכות לכבוד האדם באופן שאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, אינו חוקתי וניתן להכריע על בטלותו. זאת ועוד: לעיתים החוק נועד להיטיב עם בעלי הזכות לנישואין או לגירושין. עובדת ההטבה לא מחסנת אותו מביקורת שיפוטית, הן לעניין ההיבט השלילי – האם ההטבה פוגעת בכבוד האדם באופן לא מידתי, והן לעניין ההיבט החיובי – ההטבה אינה מגינה מספיק, וחסר זה מהגנה אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, 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 (תיקון מס' 2), התשנ"ב-1996; חוק בתי דין דתיים (כפיית ציות) (תיקון מס' 3), התשס"א-2001; חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית) (תיקון מס' 2), התשס"ה-2005; חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התשס"ע-2010; חוק תרומות

ביציות, התש"ע-2010. יש לשים לב לכך כי הבדיקה היא כפולה: ראשית, יש לבחון אם החוק מגביל את הזכות לכבוד האדם (הזכות לנישואין, לגירושין, לשוויון, לחופש דת, לחופש מדת, לחופש מצפון ועוד). אם התשובה היא חיובית יש לבחון שנית אם ההגבלה היא מידתית. בדיקה כפולה זו יש לעשות גם אם החוק שנחקק אחרי כינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מיטיב את מצבה של הזכות החוקתית לעומת מצבה לפני חוק היסוד. חוק מיטיב זה יהא חוקתי רק אם הוא, כשהוא עומד לעצמו, מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

ב. שנית, ההוראה בדבר "שמירת דינים" אינה משחררת את הדין הישן מהשפעתו הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפרשת גנימאת ציינתי כי:

"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).".

השפעה פרשנית זו חלה כמובן על החקיקה של הכנסת. האם היא חלה גם על הפרשנות הניתנת לדין הדתי?

ג. שלישית, כפי שראינו בית המשפט ובית הדין אינם יכולים לבטל כלא חוקתי דין המגביל את הזכות לכבוד האדם באופן שאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. עם זאת, אינני רואה כל סיבה מדוע לא יוכל בית המשפט או בית הדין לתת פסק דין הצהרתי לפיו הדין המגביל פוגע באופן לא מידתי בזכות החוקתית לכבוד האדם. אמת, הכרזה זו לא תביא לבטלותו של הדין, שהרי הוא מוגן על ידי ההוראה בדבר "שמירת הדינים". אך להצהרה יכולה להיות השפעה חברתית ומשפטית גם יחד.

ד. רביעית, ההוראה בדבר "שמירת הדינים" מחסנת מפני ביקורת שיפוטית את הדין הישן, הפוגע באופן לא מידתי בכבוד האדם. היא בוודאי לא מחסנת את הדין הישן בפני המחוקק עצמו. הוא כמובן רשאי לבטלו או לשנותו, ובלבד שהביטול או השינוי מקיימים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. שאלה יפה היא – ועוררתי אותה במקום אחר – אם ההוראה בדבר הדין הישן משחררת את המחוקק מחובתו להגן על כבוד האדם? האם החסינות מפני ביקורת שיפוטית היא גם חסינות מפני הגשמת ההוראה החוקתית "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"?

ה. חמישית, החובה להגן על ההיבטים השונים של כבוד האדם אינה רק חובתו של המחוקק. "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (סעיף 11 לחוק היסוד). על כן, מוטלת חובת הכיבוד גם על הרשות השופטת (בית המשפט האזרחי ובית הדין הדתי). כדי לקיים חובה זו, על בית המשפט לפתח משפט אזרחי שיגן על ההיבטים (השלילי והחיובי) של הזכות לכבוד האדם באופן שיקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. מוטלת, איפוא, חובה על בית המשפט לפתח דין אזרחי המגן באופן מידתי על הזכות החוקתית לנישואין ולגירושין. כמובן, פיתוח זה אינו יכול לעמוד בסתירה לחקיקה של הכנסת. עם זאת, הוא עשוי לחול בכל אותם מצבים בהם הסתירה אינה קיימת. בית המשפט העליון עשה זאת בעבר. כך, למשל, בהלכות בדבר שיתוף נעשה שימוש בזכות לשוויון תוך שנקבע כי הלכה זו חל גם בבית הדין הדתי. ביטוי לגישה זו ניתן בפרשת **סלומון נ' סלומון**. שם כתב הנשיא שמגר לעניין הזכות למזונות בנסיבות בהן 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 גם פגיעה בכבוד האדם. בית המשפט אינו יכול להרשות ולהמנע מהחלת מערכת כללים חקוקה כאשר זו נועדה מעיקרה לנסיבות שבהן אין אמת מידה מוכחת אחת. על כן הייתי מיישם הוראותיו של החוק במקרה כאמור".

גישה זו של פיתוח המשפט האזרחי על ידי בית המשפט האזרחי צריכה לחול בפיתוח משפט בינלאומי פרטי. כך למשל באחד מפסקי הדין האחרונים שלי פסקתי כי על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי שלנו, יש להכיר בנישואים אזרחיים שנערכו בקפריסין בין שני יהודים ישראלים. הוא הדין, לדעתי, לעניין נישואי תערובת שנערכו מחוץ לישראל בין שני ישראלים. גישה זו של פיתוח המשפט האזרחי על-ידי בית המשפט האזרחי צריכה לחול גם בפיתוח משפט אזרחי-פנימי. ברוח זו ניתן לפעול בתחומים נוספים של דיני הנישואין והגירושין. כך, למשל, ניתן לפתח משפט אזרחי המגן על האישה מפני עגינותה ומפני סרבנות הגט של בעלה. הגנה זו יכולה להיות בדרך של הכרה באחריות אזרחית בגין הסירוב למתן גט. אחריות זו יכולה להתבסס על הפירוש של הדין הקיים, כגון על הפירוש של העוולות הקיימות בפקודת הנזיקין. אחריות זו יכולה להתבסס על פיתוח אחריות אזרחית מחוץ לפקודת הנזיקין וכחלק מהמשפט המקובל הישראלי. פיתוח זה אסור לו שיעמוד בניגוד לחקיקה הקיימת. יושם אל

לב: הזכות החוקתית לגירושין היא כלפי המדינה. אין היא יכולה לשמש כבסיס 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 של כל אחד מבני הזוג והילדים, וכן באינטרס הציבור, כלפי המדינה. יהא בכל מילוי החובה "לכבד" את כבוד האדם – חובה המוטלת גם על הרשות השופטת. יהיה זה משפט הלכתי, תת-חוקתי, המתחשב בזכויות החוקתיות של כל הצדדים כלפי המדינה ובאינטרס הציבורי, באופן שההגבלה שהוא יטיל וההגנה שהוא יתן תקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. פיתוחו של דין זה חשוב הוא במיוחד לעניין הגשמתה של הזכות החוקתית לגירושין. כך למשל, לעיתים יימצא כי שיטת המשפט שלנו תכיר בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, ובכך תכיר בזכות החוקתית לנישואין. אך מהם דיני הגירושין החלים בעניין זה? טול זוג גברים ישראליים שנישאו מחוץ לישראל בגדרי שיטת משפט המכירה בנישואין. נניח עוד כי על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי נישואים אלה יוכרו בישראל. מה דין הגירושין החל בעניינם? אם אמנם אינו בנמצא דין דתי כזה – ואם בתי הדין הרבניים לא יחילו את הלכות בני נוח במצב דברים זה – מוטלת על הרשות השופטת – בגדרי חובתה לכבד את הזכות לכבוד האדם – לפתח דין אזרחי בדבר גירושין בין בני זוג אלה. פיתוח זה אינו נוגד את הדין הדתי, שכן זה אינו מכיר בנישואים שלא על פי דין תורה. הוא הדין בנישואים מעורבים בין יהודי לבין מי שאינה יהודיה שנערכו בחו"ל. בעניינם, אין כל מניעה לפיתוח משפט מקובל באשר לגירושין, שאינו דין גט אלא דין אזרחי. ייתכן כמובן כי יחול בעניין גירושין דין המקום בו נערכו נישואיהם.

סוף דבר

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן שורה של זכויות חוקתיות, ובהן זכות-האם לכבוד האדם. פסיקה ענפה של בית המשפט העליון גזרה מזכות זו שורה ארוכה של זכויות בת. בין החשובות שבהן היא הזכות לחיי משפחה, ובגדרה הזכות להיכנס לתא המשפחתי והזכות לצאת ממנו. במסגרת זו הוכרה הזכות לנישואין ולגירושין. שתי אלה הן זכויות-בת חוקתיות חשובות. דיני המשפחה צריכים להתאים עצמם למסגרת חוקתית זו. אמת, הפסיקה בעניין "שמירת דינים" מצמצמת את אפשרויות ההתאמה, אך היא לא שוללת אותה. תחום נרחב קיים בו ניתן לתת ביטוי לזכויות-הבת החוקתיות לנישואין ולגירושין – ולצידן לזכויות-בת אחרות, כגון השוויון, הקיום אנושי בכבוד, חופש המצפון, חופש הדת והחופש מדת – ולאזון המידתי בינן לבין עצמן (במקום שהן מצויות בניגוד פנימי) ובינן לבין אינטרס הציבור.

כדי להשיג התפתחות זו נדרשת מחד גיסא פעילות תיאורטית (באקדמיה) בתחומים אלה, ופעילות מעשית (בשטח) מאידך גיסא. פרופסור שיפמן הוא מהיחידים שעמדו בעבר על

השאלות שעוררתי ונתן להן תשובות. חרף זאת, ההיבט החוקתי לא עלה לדיון בשיח הציבורי ובכתיבה המדעית. הצגתו של הנושא כעניין חוקתי מצדיקה דיון ציבורי בו. במסגרת דיון זה יהא מקום לחזור ולשקול את השיקולים והאיזונים עליהם עמד פרופסור שיפמן בכתיבתו המדעית. הפעם יהא זה במסגרת הדיון החוקתי. מקווה אני כי דיון כזה אכן יתקיים, וכי פרופסור שיפמן ייטול בו חלק פעיל. אין כמוהו אשר יכול לגבש את האיזונים התיאורטיים הראויים בין הזכויות החוקתיות והאינטרסים המתנגשים.