

מעבר לקהילתנות ולאינדיבידואליזם: התפיסה המורכבת של משפחה ושל הזכות לפרטיות בתוך המשפחה

א. הקדמה

הפיתוחים התאורטיים והמשפטיים של הזכות לפרטיות בתוך המשפחה – כלומר זכותם של בני המשפחה לפרטיות לנוכח בני משפחה אחרים – מעטים מאוד.¹ עובדה זו אינה מפתיעה, משתי סיבות עיקריות. הסיבה הראשונה היא שההתפתחות התאורטית של מושג הפרטיות ושל הזכות המשפטית לפרטיות נקשרה בעיקר לנפרדות של בני האדם אלו מאלו ולזכותם של בני האדם להיעזב לנפשם.² תפיסה אינדיבידואליסטית כזו של פרטיות אינה מתאימה בדרך כלל להחלה בתוך מערכת יחסים אינטימית, המאפיינת את מרבית המשפחות. הסיבה השנייה נעוצה בשתי התפיסות הרווחות על משפחה: התפיסה הקהילתנית והתפיסה האינדיבידואליסטית.³ התפיסה הקהילתנית של המשפחה רואה בה יחידה אחת סגורה ומאוחדת, המושתתת על עקרונות אלטרואיסטיים.⁴ תפיסה זו נמנעת מלהחיל את הזכות לפרטיות בתוך המשפחה משום שלשיטתה משפחה של יחסים משפחתיים – ובמיוחד החלה של זכות אינדיבידואליסטית כפרטיות – עלול ליצור הפרדה בין בני המשפחה

* מרצה מן החוץ, אוניברסיטת תל־אביב, המכללה האקדמית ספיר, המכללה האקדמית תל־אביב-יפו. אני מבקשת להודות למערכת כתב העת "משפט, חברה ותרבות" על העריכה היסודית ועל ההערות המועילות.

1 Bryce Clayton Newell et al., *Privacy in the Family*, in SOCIAL DIMENSIONS OF PRIVACY Benjamin Shmueli & ;104, 104 (Beate Roessler & Dorota Mokrosinska eds., 2015) Ayelet Blecher-Prigat, *Privacy for Children*, 42 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 759, 773 (2010).

2 ראו, למשל, Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

3 MARY ANN GLENDON, ראו, במשפחה. *The Transformation of Family Law* (1989) Duncan Kennedy, *Three Globalizations*; *The Transformation of Family Law* (1989) of Law and Legal Thought: 1850-2000, in THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL 19 (David M. Trubek & Alvaro Santos eds., 2006) (הכותב על חלוקה בין פרטי לציבורי ומקדיש דיון גם לתפיסות המשפחה בתקופות שהוא סוקר); Shahar Lifshitz, *The Liberal Transformation of Spousal Law: Past, Present and Future*, 13 THEOR. INQ. L. 15 (2012).

4 ראו, למשל, MICHAEL ;MILTON C. REGAN, *FAMILY LAW AND THE PURSUIT OF INTIMACY* (1993) John Eekelaar, *Self-Restraint: Social Norms*; WALZER, SPHERES OF JUSTICE 231 (2008) Bruce C. Hafen, *The Family; Individualism and the Family*, 13 THEOR. INQ. L. 75 (2012) .1. as an Entity, 22 U.C. DAVIS L. REV. 865 (1989). להרחבה על תפיסה זו ראו להלן חלק ב.

ולפגוע בקהילה משפחתית. התפיסה האינדיבידואליסטית של המשפחה רואה את בני הזוג כפרטים נפרדים, שווים ואוטונומיים ודוגלת בהתערבות מינימלית של המשפט והמדינה בנעשה בתוך המשפחה, כדי לשמור על החירות של בני הזוג לקבוע ולהסדיר בעצמם את היחסים ביניהם.⁵ אם כן, על אף השוני בין שתי התפיסות בנוגע למשפחה, שתיהן סבורות שאין זה ראוי להחיל את הזכות המשפטית לפרטיות בתוך המשפחה.⁶ הן התפיסה הרווחת של מושג הפרטיות ושל הזכות לפרטיות הן התפיסות המסורתיות בנוגע למשפחה מקשות על פיתוח הזכות לפרטיות בתוך המשפחה ועל החלתה.

ביקורת נוקבות נמתחו על התפיסה האינדיבידואליסטית של הפרטיות, ובעקבותיהן החלה להתפתח תפיסה אחרת של פרטיות. תפיסה זו מכונה בספרות relational privacy והיא מדגישה את חשיבות הפרטיות לפיתוח ולקיומן של מערכות יחסים הדוקות ואינטימיות.⁷ לפי תפיסה זו של פרטיות, יש קשר הדוק בין האינדיבידואליות של האדם לבין קשריו האישיים: הם שלובים זה בזה, תלויים זה בזה ומשלימים זה את זה.⁸ הנבדלות והעצמיות של כל אדם נחוצות לחיזוק הקשרים הבונים שלו עם האחרים בחייו, לרבות בני המשפחה, והקשרים הבונים בחייו של האדם נחוצים לחיזוק עצמיותו ונבדלותו מאחרים.⁹ בד בבד, נמתחה ביקורת לא מעטה גם על התפיסות המסורתיות של משפחה,¹⁰ ובשני העשורים האחרונים החלה להתפתח תפיסה מורכבת, המשלבת בין ההיבטים האינדיבידואליסטיים של המשפחה

- 5 ראו Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 Wis. L. Rev. 1443. להרחבה על תפיסה זו ראו להלן חלק ב.2.
- 6 ההבדל המרכזי בין התפיסה הקהילתנית של המשפחה לבין תפיסתה האינדיבידואליסטית נמצא באפשרות לצאת מהנישואים: התפיסה הקהילתנית נסמכת על חשיבותו החברתית של מוסד המשפחה ומבקשת להערים קשיים על יציאה מהנישואים, ואילו התפיסה האינדיבידואליסטית מקדמת את האוטונומיה של הפרט לצאת מקשר נישואים. ראו Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 34-40.
- 7 ראו, למשל, Shmueli & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 1; Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1968); מאמרה של איילת בלכר-פריגת "הזכות לפרטיות במשפחה" משפט, חברה ותרבות ב 339 (מיכאל בירנהק עורך, 2019); ראו גם להלן חלק ג.2.
- 8 ראו Fried, שם. השילוב ההדוק בין אינדיבידואליות ליחסים מופיע גם בכתיבה על אוטונומיה הנטועה במערכות יחסים ובקשרים (relational autonomy). ראו גם, למשל, MARILYN FRIEDMAN, DIANA T. MEYERS, SELF, SOCIETY, AND PERSONAL AUTONOMY, GENDER, POLITICS (2003) Yael Braudo-Bahat, ;JENNIFER NEDELSKY, LAW'S RELATIONS (2011); CHOICE (1989) *Towards a Relational Conceptualization of the Right to Personal Autonomy*, 25 Am. U. John Christman, *Relational Autonomy, Liberal*; J. GENDER SOC. POL'Y & L. 111 (2017) *Individualism, and the Social Constitution of Selves*, 117 PHIL. STUD. 143 (2004).
- 9 המונח "יחסים בונים" (constructive relationships) מתייחס למערכות יחסים המקנות לאדם ביטחון בעצמו ובסביבתו, מאפשרות לו לפתח חשיבה עצמאית ומקורית, ביקורתית ויצירתיות ומחזקות את האוטונומיה האישית שלו. ראו NEDELSKY, שם, בעמ' 38-41, 46-49; Paul Marina; Benson, *Oppressive Socialization*, 17 SOC. THEORY & PRACTICE 385 (1991) A.L. Oshana, *Personal Autonomy and Society*, 29 J. SOC. PHIL. 81, 94 (1998).
- 10 ראו להלן חלק ב.3.

לכין היבטיה הקהילתניים.¹¹ תפיסה זו נשענת על ההנחה שעקרונות אינדיבידואליסטיים ועקרונות קהילתניים יכולים לדור בכפיפה אחת ולאפיין יחד את המשפחה, בלי צורך לבחור ביניהם. יתרה מזו, התפיסה המשולבת רואה את העקרונות האינדיבידואליסטיים ואת אלו הקהילתניים כעקרונות המפירים ומחזקים אלו את אלו ונחוצים לקיום של יחסים בונים בתוך המשפחה. על אף התפתחויות תאורטיות אלו הן בכתיבה על פרטיות הן בכתיבה על משפחה, טרם נעשה חיבור משמעותי בין התפיסה החדשה של הפרטיות לתפיסה המורכבת של המשפחה. המאמר הנוכחי מבקש לגשר על הפער הזה. הטענה המרכזית במאמר היא שהמשגה של הזכות לפרטיות בתוך המשפחה צריכה להתבסס על תפיסתה המורכבת של המשפחה, התפיסה האינדיבידואליסטית-קהילתנית, תוך הדגשת נחיצותה של הפרטיות לחיזוק של מערכות יחסים אינטימיות בתוך המשפחה.

חלקו השני של המאמר מציג את התפיסות המסורתיות של משפחה, את הקושי לקדם פרטיות בתוך המשפחה במסגרת התפיסות המסורתיות ואת הביקורות הפמיניסטיות על התפיסות המסורתיות. חלקו השלישי של המאמר מציג את התפיסה המורכבת של המשפחה, כפי שפותחה עד כה, ואת האפשרות שתפיסה זו תשתלב עם התפיסה של פרטיות כנטועה בתוך מערכות יחסים וכמקדמת אותם. שני החלקים הבאים של המאמר (ד וד) דנים בשני פסקי דין ישראליים העוסקים בהיבטים שונים של פרטיות בין בני זוג. פסקי הדין מדגימים הן את הקושי להמשיג פרטיות בין בני זוג, בהינתן התפיסות הצרות של משפחה ושל פרטיות, הן את היכולת לפתח המשגה חדשה ומורכבת יותר של משפחה ושל פרטיות.

ב. הקושי לקדם פרטיות במשפחה תחת התפיסות המסורתיות של משפחה

1. התפיסה הקהילתנית של המשפחה כיחידה

תפיסת המשפחה כיחידה נשענת על תפיסת המשפחה כקהילה מאוחדת המושתתת על סולידריות, אלטרואיזם, דאגה וחיבה (או אהבה). לפי תפיסה זו, משפוח היחסים המשפחתיים עלול להוביל לפגיעה במרקם היחסים הייחודי בתוך המשפחה ולפגוע בה, ועל כן על המשפט להימנע ככל האפשר מהתערבות במשפחה.¹² תפיסה זו של המשפחה מזוהה על פי רוב עם תפיסות דתיות, שמרניות וקהילתניות.¹³ באופן מסורתי זיהתה תפיסה זו את המשפחה

11 ראו, למשל, שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי (2016); Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 3; Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75 (2004), reprinted in HANOCH DAGAN, *PROPERTY: VALUES AND INSTITUTIONS* 197 (2011); Martha Minow & Mary L. Shanley, *Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory and the Law*, 11 HYPATIA 4 (1996): "[T]he individual must be seen simultaneously as a distinct individual and as a person fundamentally involved in relationships of dependence, care, and responsibility" Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Marriage as Relational Contract*, 84 VA. L. REV. 1225 (1998). להרחבה ראו להלן חלק ג.1.

12 ראו, למשל, REGAN, לעיל ה"ש 4; Eekelaar, לעיל ה"ש 4; Hafen, לעיל ה"ש 4.

13 Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 18.

עם העומד בראשה – הגבר, שעליו הוטלה האחריות לפרנס את בני המשפחה האחרים.¹⁴ ההנחה הייתה שהגבר דואג לטובת המשפחה ולרווחתה, ועל כן האינטרסים של המשפחה והאינטרסים שלו זהים ומקודמים באמצעות החלטותיו ופעולותיו המשפטיות. תחת הנחה זו הוענקה לראש המשפחה אוטונומיה אל מול המדינה, וזו בדרך כלל לא התערבה בהחלטותיו ובנעשה בתוך המשפחה.¹⁵

עם התחזקות הליברליזם בחברה המערבית במאה התשע-עשרה – שהייתה כרוכה, בין היתר, בהתגברות של תפיסות שוויוניות – החלו מעצבי מדיניות והוגים להקדיש תשומת לב גם לאשה וילידים ולא רק לראש המשפחה כנציג שלה. ההתחזקות הליברלית הייתה שלובה במאבקים פמיניסטיים שהחלו לחשוף את העוולות המתרחשות בבית ובמשפחה ובראשן אלימות במשפחה.¹⁶ מגמה ליברלית זו השפיעה גם על התפיסה הקהילתנית של המשפחה והובילה לגישה מרוככת יותר, המצדיקה התערבות במשפחה במקרה הצורך.¹⁷ הצדקה זו הושפעה, בין היתר, מעקרון הנזק של ג'ון סטיוארט מיל, שלפיו גבול ההימנעות מפגיעה בחירותו של אדם נמצא במקום שבו חירות זו מאפשרת לו פגיעה באדם אחר.¹⁸ תחת תפיסה זו, כאשר נגרם נזק לאחד מבני המשפחה, הנחת האלטרואיזם במשפחה מתערערת ואז יש הצדקה להתערב בתא המשפחתי כדי להגן על הפרט הנפגע.¹⁹

כיום, תפיסת המשפחה כיחידה אינה נשענת בדרך כלל על אדנים פטריארכליים ואינה רואה במובהק את הגבר כ"נציג" של המשפחה. עם זאת, התפיסה הקהילתנית של המשפחה כתא מאוחד ואלטרואיסטי לא חלפה מן העולם. המשפטן הקהילתני ג'ון איקלאר (Eekelaar), למשל, סבור שעל אף התחזקות האינדיבידואליזם בחברה המערבית, בתוך המשפחה עדיין רווחות בדרך כלל נורמות מוסריות המבוססות על דאגה, שיתוף ומחויבות הדדית.²⁰ לפיכך, לדעתו, לא רק שאין צורך בהתערבות ניכרת של המשפט בתוך המשפחה – התערבות כזו

-
- MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN 14
 LAW 270 (1990) ;Lifshitz ;שם, בעמ' 24; Singer, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1456.
- 15 ראו, למשל, WILLIAM BLACKSTONE, BLACKSTONE'S COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 189 (1892): "By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband..."
- 16 ראו, למשל, Reva B. Siegel, "The Rule of Love": Wife Beating as Prerogative and Privacy, 105 YALE L.J. 2117 (1996).
- 17 Kennedy, לעיל ה"ש 3.
- 18 ג'ו. ס. מיל על החירות 149-157 (עפר קובר מתרגם, 2006).
- 19 WALZER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 231.
- 20 Eekelaar, לעיל ה"ש 4. ראו גם Carl E. Schneider, *Marriage, Morals, and the Law*: Lynn D. ;No-Fault Divorce and Moral Discourse, 1994 UTAH L. REV. 503 (1994) Wardle, *Children and the Future of Marriage*, 17 REGENT U. L. REV. 279, 307-308 (2005). לדיון בתפיסות קהילתניות עכשוויות נוספות של המשפחה ראו Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 34-40.

עלולה להעמיד בסכנה את קיומן של נורמות אלו.²¹ יש לציין כי בשונה מהגישה הקהילתנית המסורתית, איקלאר סבור שהנורמות שאמורות לחול בתוך המשפחה כוללות גם שוויון מגדרי והיעדר הכפפה וכפייה, ואינו מניח שהגבר הוא האישיית המשפטית המזוהה עם המשפחה.²² דוגמה נוספת לתפיסה הקהילתנית מופיעה בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול בפרשת פלונית, שעסקה בבעל שצילם בסתר את אשתו מקיימת יחסי מין עם גבר אחר וביקש להשתמש בצילומים אלו במסגרת הליך הגירושים של בני הזוג.²³ כאשר טענה האשה שאין להשתמש בצילומים אלו משום שהם מהווים פגיעה בפרטיותה קבע בית הדין הרבני שלא מדובר בפגיעה בפרטיות, משום שצילום אשה על ידי בעלה בתוך ביתם המשותף אינו חדירה ל"רשות היחיד", כלשון סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות. הדיין דיכובסקי הוסיף ותהה: "כיצד ניתן לדבר על חדירה לפרטיות של בן זוג אחד כלפי השני, כאשר כל מהות הנישואין היא הרחבת הפרטיות הנפרדת לפרטיות משותפת?"²⁴ עמדה זו מייצגת תפיסה קהילתנית מובהקת, שלפיה בתוך בית המשפחה אין רלוונטיות למושג אינדיבידואליסטי כפרטיות. לעומת זאת, כאשר הוגשה לבג"ץ עתירה נגד פסיקה זו של בית הדין הרבני קבע הנשיא ברק שגם בתוך המשפחה יש להחיל את הזכות לפרטיות:

הנישואין אינם שוללים מבני הזוג את זכותם לפרטיות זו כלפי זה. הזכות לפרטיות עומדת לכל אחד מבני הזוג כלפי העולם כולו, לרבות כלפי בן זוגו. אכן, כשם שכל אחד מבני הזוג זכאי לכבודו ולחירות גופו כלפי בן זוגו [...] וכשם שכל אחד מבני הזוג שומר על קניינו כלפי בן זוגו, כך זכאי כל אחד מבני הזוג לפרטיותו כלפי בן זוגו.²⁵

דבריו של הנשיא ברק משקפים תפיסה מובהקת של בני הזוג כאינדיבידואלים הנבדלים זה מזה וזכאים לפרטיות זה כלפי זה כפי שהיו זכאים לה אילו היו זרים זה לזה. זו התפיסה האינדיבידואליסטית של המשפחה, שתידון בחלק הבא.

21 Eekelaar, שם. ראו גם Jonathan Herring, Relational Autonomy and Family Law 59 (2014); Stanley I. Benn, *Privacy, Freedom, and Respect for Persons*, in XIII NOMOS: PRIVACY (J. Ronald Pennock & John W. Chapman eds., 1971) 1, 18 (הטוען כי התערבות מדינתית במשפחה עלולה לפגוע במרקם היחסי הייחודי המתגבש בין הפרטים); Hafen, לעיל ה"ש 4 (המציג את עליית האינדיבידואליזם במשפחה, ככאה על חשבון הערכות ההרדית במשפחה); Wardle, שם, בעמ' 308: "Marriage and family happiness are matters of joint-interest and mutuality that require sharing and the voluntary subordination of self-interest to the interests and welfare of spouse, children, parents, and extended family members"

22 Eekelaar, שם. ראו גם Walzer, לעיל ה"ש 4, בעמ' 239-242.

23 פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול מצוטט בבג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 594 (2006).

24 שם, בעמ' 605.

25 שם, בעמ' 606.

2. התפיסה האינדיבידואליסטית של המשפחה

התגברות הליברליזם בחברה המערבית הובילה לכיוון נוסף: "הפרטה" של מוסד הנישואים ועליית התפיסה החזונית שלו. גישה זו צברה תאוצה ברוב שיטות המשפט המערביות בשנות השישים של המאה העשרים, אך שורשיה נעוצים במאה התשע-עשרה.²⁶ לפי תפיסה זו שני בני הזוג הם פרטים שווים, נבדלים, עצמאיים ואוטונומיים, היכולים לבחור להיכנס לקשר נישואים, לעצב בעצמם את היחסים הזוגיים ולצאת מקשר הנישואים כשירצו.²⁷ כאמור, תפיסת המשפחה כיחידה מזוהה בעיקר עם תפיסות שמרניות, דתיות וקהילתניות; לעומתה, התפיסה האינדיבידואליסטית של המשפחה מזוהה עם תפיסות ליברליות.

לכאורה מדובר בתפיסה הפוכה לתפיסת המשפחה כיחידה, שכן האחת שמה במרכז את המשפחה כתא מאוחד, כמעט ללא התייחסות פרטנית לפרטים המרכיבים אותו, והאחרת שמה במרכז את הפרטים ואת האוטונומיה האישית שלהם ולא את התא עצמו. אלא ששתי הגישות מובילות בפועל לאותה תוצאה: כמו התפיסה הקהילתנית, גם התפיסה האינדיבידואליסטית דוגלת בהימנעות המדינה מהתערבות בנעשה בתוך המשפחה, וליתר דיוק: הימנעות ממשפט של היחסים המשפחתיים. המשפטנית הפמיניסטית פרנסיס אולסן (Olsen) עמדה בהקשר זה על הבדל משמעותי בין השפעת התגברות הדומיננטיות של התפיסה החזונית על השוק לבין השפעתה על המשפחה: בספרה השוקית התחזק מעמדו של המשפט כאוכף של החוזים, ובספרה הביתית הובילה התפיסה החזונית להתרחקות של המשפט מהמשפחה, עד כדי הימנעות מאכיפה של חוזים בין בני זוג נשואים.²⁸ אמנם, גם הספרה השוקית נחשבת למרחב שבו המשפט מעדיף להימנע מהתערבות בעיצוב היחסים החזויים בין פרטים, אך בספרה זו יש למשפט תפקיד חשוב באכיפת חוזים והוא מתערב כשאחד הצדדים מפר חוזה.²⁹ לעומת זאת, במרחב המשפחתי המשפט נמנע לא רק מעיצוב היחסים החזויים בין בני הזוג, אלא

26 Singer, לעיל ה"ש 5; Michael Grossberg, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America* 30-33, 304-7 (1985)

27 לסקירת ההתפתחות של גישה זו ראו Singer, שם. ראו גם GLENDON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 140-136 (המצביעה על הבדלים אחדים בין שיטות משפט בנוגע לגישה החזונית, אך מראה שהתפיסה שלפיה בני הזוג הם פרטים אוטונומיים ושווים, היכולים להסדיר ביניהם בחוזה את היחסים הזוגיים, משותפת לרוב שיטות המשפט שהיא מנתחת); Shahar Lifshitz, *The Pluralistic Vision of Marriage*, in *MARRIAGE AT THE CROSSROADS: LAW, POLICY, AND THE BRAVE NEW WORLD OF TWENTY-FIRST-CENTURY FAMILIES* 260 (Elizabeth Scott & Marsha Garrison eds., 2012)

28 Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497, 1521 (1983); בעמ' 95; Mary Anne Case, *Enforcing Bargains in an Ongoing Marriage*, 35 WASH. U. J.L. & POL'Y 225 (2011); לעיל ה"ש 11, בעמ' 1230: "[T]he law does not enforce the explicit promises of the marriage partners (the wedding vows); nor does it enforce promises about conduct during the marriage" Lenore J. Weitzman, *Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change*, 62 CALIF. L. REV. 1169, 1180-90 (1974)

29 Olsen, שם.

גם מאכיפה של חוזים שנחתמו ביניהם בפועל.³⁰ יש לציין כי ההימנעות תקפה כל עוד בני הזוג נשואים, ואילו במסגרת תהליך של פְּרָדָה או גירושים המשפט אכן אוכף חוזים בין בני זוג כמו, למשל, הסכמי ממון שנחתמו לפני הנישואים או במהלכם.³¹ אם כן, התמונה המתקבלת היא של הימנעות חזקה מהתערבות אקטיבית במשפחה ככל שמדובר במשפחה שאינה בסכסוך משפטי.

3. הקושי לקדם פרטיות במשפחה

שתי התפיסות המנוגדות מציבות כמה קשיים לקידום הפרטיות של בני המשפחה בתוך המשפחה באמצעות המשפט. קושי ראשון, הרלוונטי בעיקר לתפיסה הקהילתנית, נעוץ בהנחה שחזוק האינדיבידואליזם של הפרטים במשפחה עלול לפגוע במרקם היחסים המשפחתיים ולפיכך לפגוע במשפחה. הנחה זו נשענת על הניגוד בין הציפייה לבסס את חיי המשפחה על עקרונות אלטרואיסטיים ועל הצבת הטוב המשפחתי המשותף בראש סדר העדיפויות המשפחתי, לבין תפיסת הפרטיות כעיקרון אינדיבידואליסטי, המקדם את נפרדות האדם מבני משפחתו ואת אי־תלותו בבני המשפחה האחרים.³² לפי תפיסה זו של המשפחה ושל פרטיות, קידום הפרטיות בתוך המשפחה באמצעות המשפט עלול לפגוע במרקם היחסים המשפחתיים ולהחיל על המשפחה עקרונות אינדיבידואליסטיים חזקים. מתוך כך עולה, לפי התפיסה הקהילתנית, הסכנה של החלשת ההיבטים האלטרואיסטיים, הקהילתיים והשיתופיים של המשפחה.³³

הקושי השני בקידום הפרטיות של בני המשפחה (ובעיקר של בני הזוג) בתוך המשפחה, הרלוונטי בעיקר לתפיסה האינדיבידואליסטית שלה, נעוץ בהנחה ששני בני הזוג הם פרטים שווים ואוטונומיים, היכולים ורשאים לעצב בעצמם את יחסיהם הזוגיים.³⁴ הנחה זו נעוצה בהפרדה הליברלית בין הפרטי לציבורי ובתפיסה שלפיה הפרדה זו מאפשרת את חירות הפרט בתוך המרחב הפרטי, החופשי ככל האפשר מהתערבות המדינה והמשפט. לפי תפיסה זו, עצם נסיגת המדינה מהמרחב הביתי היא המאפשרת את האוטונומיה והפרטיות של שני בני הזוג בתוך המשפחה ואת השוויון ביניהם.³⁵ לעומת זאת, התערבות המשפט במשפחה והחלת מדיניות משפטית בתוך המשפחה, לרבות הזכות לפרטיות, נתפסות תחת תפיסה זו כנושאות סיכון לפגיעה באוטונומיה האישית של בני הזוג וביכולתם לעצב את יחסיהם

30 Case, לעיל ה"ש 28.

31 Scott & Scott, לעיל ה"ש 11.

32 טיעון זה, כמובן, נעוץ בתפיסה המסורתית של הפרטיות, כפי שהוצגה בהקדמה.

33 ראו, למשל, Benn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 18 (הטוען כי התערבות מדינתית במשפחה עלולה לפגוע במרקם היחסים הייחודי המתגבש בין הפרטים); Hafen, לעיל ה"ש 4 (המציג את עליית האינדיבידואליזם במשפחה כבאה על חשבון הערכות ההדרית במשפחה); Wardle, לעיל ה"ש 20, בעמ' 308: "Marriage and family happiness are matters of joint-interest and mutuality that require sharing and the voluntary subordination of self-interest to the interests and welfare of spouse, children, parents, and extended family members"

34 Olsen, *The Family and the Market*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1504-1505. ראו גם Walzer, לעיל ה"ש 4, בעמ' 227-231.

35 Olsen, שם, בעמ' 1499, 1502-1504.

בעצמם. בין היתר מתעורר חשש שהתערבות המדינה במרחב הפרטי תוביל לכפיית נורמות וערכים של המדינה על המשפחה אף אם אינם תואמים בהכרח את ערכי המשפחה. מעניין לראות שמדובר בשתי הנחות הנסמכות זו על זו ומחזקות זו את זו: הגבולות המכוננים את המרחב הפרטי נתפסים כמאפשרים ומחזקים את האוטונומיה של בני הזוג, את השוויון ביניהם ואת פרטיותם, וההנחה שבני הזוג שווים ואוטונומיים מחזקת את ההצדקה לשמירה קפדנית על הגבולות בין הפרטי לציבורי, כלומר על הגבולות שבין הבית למדינה. חיזוק הדדי זה, התופס את התערבות המדינה והמשפט כפתח לפגיעה באוטונומיה של בני הזוג, מקשה מאוד על היכולת לקדם מדיניות משפטית במשפחה, אף אם מטרתה לחזק את הפרטיות של בני הזוג בתוך המשפחה.³⁶

שני הקשיים שנדונו עד כה – הנחת הניגוד בין אלטרואיזם לאינדיבידואליזם והנחת האוטונומיה של הפרטים במשפחה – מובילים לדיון בקושי שלישי, משותף לשתי התפיסות. הקושי נעוץ בכך ששתי התפיסות, כל אחת מסיבותיה, דוגלות בהימנעות מרבית מהתערבות של המשפט והמדינה במשפחה. התפיסה הקהילתנית נמנעת מהתערבות כדי לא לפגוע במרקם היחסים המשפחתיים והתפיסה האינדיבידואליסטית נמנעת מהתערבות כדי לא לפגוע באוטונומיה האישית של בני הזוג ובחירותם לעצב את יחסיהם בעצמם. הימנעות זו של המשפט מקשה על החלה של מדיניות משפטית אקטיבית בתוך המשפחה, ולפיכך גם מקשה על קידום מדיניות משפטית שמטרתה לחזק את הפרטיות של בני המשפחה בתוך המשפחה.

4. הביקורות הפמיניסטיות על התפיסות הרווחות של המשפחה

ביקורות פמיניסטיות נוקבות נמתחו הן על הנחת האלטרואיזם המאפיינת את התפיסה הקהילתנית, הן על הנחת האוטונומיה והשוויון של בני הזוג המאפיינת את התפיסה האינדיבידואליסטית והן על ההימנעות של המשפט מהתערבות במשפחה המשותפת לשתי התפיסות. ראשית, המבקרות הצביעו על כך שבמקרים רבים הנחת האלטרואיזם היא נחזית בלבד. במשך עשורים רבים חשפו מבקרות פמיניסטיות תופעות חברתיות שליליות רחבות שהתרחשו בחסות המרחב הביתי ובהן הכפפה של נשים, אי-שוויון ואלמות.³⁷ הימנעותו של המשפט מהתערבות הופכת את הכוח הגברי במרחב הפרטי לבלתי-נראה, ואת כאביהן, סבלן ופחדיהן של הנשים לשקופים עבור מעצבי המדיניות המשפטית.³⁸ עבור נשים רבות הבית הוא למעשה מרחב של דיכוי, אלימות, אונס ועבודה קשה ונצלנית.³⁹ בהתאם לביקורות אלו,

36 בעניין זה השוו לפרדוקס שעליו הצביעה טרייסי היגינס. Tracy E. Higgins, *Reviving the Public/Private Distinction in Feminist Theorizing*, 75 CHI.-KENT L. REV. 847, 852 (1999): "From a liberal standpoint, this view leads to a paradoxical: conclusion that securing individual autonomy requires greater state regulation of the sphere in which .that autonomy is exercised"

37 Frances E. Olsen, *Myth*; SUSAN M. OKIN, *JUSTICE, GENDER AND THE FAMILY* (1989) שם; .of *State Intervention in the Family*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 835 (1984)

38 Robin L. West, *Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory*, 3 WIS. WOMEN'S L.J. 81 (1987)

39 CATHARINE A. MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* 93-102 (1987); CATHARINE A. MACKINNON, *TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE* 191, 194 (1989); (1987)

בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים קראו כותבות פמיניסטיות רבות לטשטוש ההבחנה בין הפרטי לציבורי, והזמינו את המשפט ואת המדינה להחיל מדיניות אקטיבית לקידום של זכויות הנשים ושל ביטחונן בתוך המשפחה.⁴⁰ "האישי הוא הפוליטי" – הסיסמה שזוהתה עם הגל השני של הפמיניזם בסוף שנות השישים – קיבלה חיזוק אקדמי וביססה את הקריאה הפמיניסטית להתערב אקטיבית בנעשה בתוך המשפחה.

שנית, המבקרות הפמיניסטיות ערערו על הנחת האוטונומיה והשוויון של הפרטים במשפחה. ביקורות אלו התמקדו בעיקר בכך שהנחה זו אינה נותנת את הדעת לפערי הכוחות המגדריים בתוך המשפחה ומחוץ לה, שבדרך כלל מקנים לגברים כוח ניכר בעיצוב היחסים בין בני הזוג. כך, למשל, כותבות הדנות בפערי הכוחות המגדריים ובסוציאליזציה של נשים מערערות על ההנחה שההסכמה היא בין שני צדדים שווים לגמרי.⁴¹ מבקרות אחרות עוסקות ברטוריקת הבחירה בהקשר של חלוקת התפקידים הביתית בין בני הזוג. הן מצביעות על כך שפערי הכוחות המגדריים – ולא דווקא העדפה אותנטית – הם שמובילים נשים רבות לקחת על עצמן את רוב הטיפול בבית ובמשפחה, על חשבון האפשרות לפתח קריירה מקצועית ופעמים רבות גם על חשבון עצמאותן הכלכלית.⁴² החשיפה של פערי הכוחות במשפחה מערערת את ההנחה שעיצוב חיי המשפחה והנישואים נעשה על ידי שני שותפים בעלי כוח שווה ובעלי אוטונומיה אישית שווה, ובהתאם לכך מערערת את ההנחה שאל להם, למשפט ולמדינה, להתערב בנעשה בתוך המשפחה.

על נטיית המשפט להימנע מהתערבות במשפחה נמתחה גם ביקורת קונספטואלית: המבקרות הפמיניסטיות חשפו כי ההבחנה בין התערבות להימנעות היא מתעתעת. הן הראו שהמרחב הביתי תמיד נוצר ומעוצב על פי החלטות פוליטיות, גם אם לכאורה המדינה נמנעת מהתערבות במשפחה.⁴³ לפי ביקורות אלו ההבחנה בין התערבות להימנעות היא מלאכותית,

40 MacKinnon, Toward a Feminist Theory, שם, בעמ' 190-192; Okin, לעיל ה"ש 37, בעמ' Carole Pateman, The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political ;110 Catharine A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the* ;Theory 300 (1989) ;Okin, *State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 SIGNS 653, 656 (1983) ;37 Olsen, *The Family and the Market*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1568. יש לציין כי הקריאה להתערבות המשפט התמקדה במשפט הפלילי ונבעה מהציפייה שהמדינה תטפל גם בפגיעות המתרחשות בתוך המרחב הביתי. עוד כדאי לשים לב שעל אף הביקורת של מקינון על השימוש במושג הפרטיות למשטור חיהן של נשים ולהפקעת החלטות על גופן, מיניותן וחיהן, המסגרת המושגית שהיא מציעה בנוגע להפלות מונחת למעשה על יסודות של פרטיות ואוטונומיה של נשים ועל יכולתן לבצע החלטות פרטיות. לדיון בנקודה זו בתאוריה של מקינון ראו Higgins, לעיל ה"ש 36, בעמ' 856.

41 MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State*, שם. לסקירה וניתוח של ביקורות אלו ראו Orit Gan, *Contractual Duress and Relations of Power*, 36 HARV. J.L. & GENDER 171 (2013).

42 ראו, למשל, Joan C. Williams, *Unbending Gender: Why Family and Work Conflict*, AND WHAT TO DO ABOUT IT 37-39 (2000).

43 Okin, לעיל ה"ש 37, בעמ' 110.

וההשפעות של המשפט והמדינה ניכרות גם כשהם לכאורה "נמנעים" מהתערבות. ⁴⁴ לפיכך, הימנעות מהחלת מדיניות משפטית קונקרטית בתוך המשפחה מהווה החלטה מודעת ואקטיבית להותיר על כנם את פערי הכוחות, את הכפיפות של נשים רבות בתוך המשפחה, את העוולות המתרחשות בתוך המשפחה וכן הלאה. ⁴⁵

הביקורות שהוצגו הן תמצית קצרה של הביקורות הפמיניסטיות הרבות והמורכבות שנמתחו על התפיסות המסורתיות של המשפחה ועל הנחות היסוד שלהן, המקשות על קידום זכויותיהם של בני המשפחה אל מול בני משפחה אחרים, לרבות הזכות לפרטיות בתוך המשפחה. בעקבות הביקורות הללו חלו בשני העשורים האחרונים שינויים מהותיים הן בתפיסות המשפחה הן בתפיסת הפרטיות במשפחה. בשינויים אלו יעסוק החלק הבא של המאמר.

ג. התפיסה המורכבת של משפחה ושל פרטיות במשפחה

1. כיוונים חדשים

בשני העשורים האחרונים, בעקבות הביקורות הפמיניסטיות שהוצגו בחלק הקודם, החלה להתפתח תפיסה מורכבת של משפחה, המכירה בייחודיות החברתית של התא המשפחתי ושל היחסים הנרקמים בו ובה בעת אינה מוותרת על התמקדות באינדיבידואליות של הפרטים במשפחה. ⁴⁶ בדומה לתפיסה הקהילתנית, התפיסה המורכבת של המשפחה נשענת על תפיסת היחסים והקשרים במשפחה כמושתתים במידה רבה על אינטימיות, חיבה הדדית, אהבה, אמון ואלטרואיזם, ולפיכך כשונים מהיחסים בין זרים או בין מכרים. בד בבד, התפיסה המורכבת מדגישה גם את חשיבות האינדיבידואליות של כל אחד מהפרטים במשפחה, שכן השייכות למשפחה אינה מבטלת את העצמיות ואת הנבדלות של כל אחד מהם. במובן זה התפיסה המורכבת עולה בקנה אחד גם עם התפיסה האינדיבידואליסטית של המשפחה. מאחר שבמציאות הקשרים בתוך המשפחה בדרך כלל שונים מקשרים חוזיים רגילים – אך בה בעת בני המשפחה אינם נטמעים אלו באלו ואינם מתמזגים לכדי ישות אחת (המשפחה) – ניכר כי ההמשגה המורכבת של המשפחה מדויקת יותר מההמשגות שהציעו התפיסות הרווחות. התפיסה המורכבת של המשפחה קיבלה כמה פיתוחים בכתיבה התאורטית על משפחה ובמיוחד בכתיבה המשפטית על משפחה. המשפטניות מרתה מינאו (Minow) ומארי שאנלי (Shanley) כתבו בשני המשפחה בו-זמנית נבדלים זה מזה ותלויים זה בזה, אך הן לא הציגו פיתוח תאורטי של השילוב בין שני היבטים אלו של משפחה, ובמקום זאת התמקדו בעיקר

44 ראו, למשל, שם; Olsen, *Myth of State Intervention*, לעיל ה"ש 37.

45 Olsen, שם.

46 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 11; Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 11; Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 3; Minow & Shanley, לעיל ה"ש 11, בעמ' 22: "The individual must be seen simultaneously as a distinct individual and as a person fundamentally involved in relationships of dependence, care, and responsibility" לעיל ה"ש 11.

ביחסי התלות והדאגה המאפיינים משפחה.⁴⁷ מכיוון אחר, המשפטנים אליזבת סקוט (Scott) ורוברט סקוט (Scott) התמקדו בהיבטים האינדיבידואליסטיים-חוזיים של הנישואים ופיתחו את הרעיון של יחסים זוגיים כחווה יחס (relational contract).⁴⁸ אמנם הם הצביעו על כך שהנישואים אינם זהים לחווה מסחרי רגיל, אלא מבוססים על קשר ארוך-טווח ומאפיינת אותם דינמיקה של משא ומתן זוגי השונה ממשא ומתן מסחרי, אך טענתם המרכזית נעוצה בהגנה על התפיסה החוזית של הנישואים לנוכח הביקורות הקהילתניות עליה.

בשונה ממינאו ושאנלי ובשונה מסקוט וסקוט, המשפטנים שחר ליפשיץ, חנוך דגן וקרולין פרנץ (Frantz) הקדישו דיון משמעותי לשילוב בין ההיבטים האינדיבידואליסטיים של משפחה לבין היבטיה הקהילתניים.⁴⁹ הם מבקרים את התפיסות הרווחות על כך שהן כופות "בחירה" בין החלת נורמות קהילתניות-שיתופיות בתוך המשפחה לבין החלתן של נורמות אינדיבידואליסטיות. הם הדגישו כי אף על פי שהיבטים אלו נתפסים כסותרים או מנוגדים, למעשה שניהם יחד מאפיינים את המשפחה ואף מחזקים זה את זה. בהתאם, הם משלבים את היבטיה הקהילתניים של המשפחה עם היבטיה האינדיבידואליסטיים במודלים המשפטניים שהם מפתחים: מודל הקהילה המשפחתית (ליפשיץ) ומודל המשפחה כקהילה ליברלית שוויונית (פרנץ ודגן).

ליפשיץ, המתמקד בהסדרה משפטית של הרכוש המשפחתי, רואה את בני הזוג כפרטים אוטונומיים היכולים לקבוע ביניהם את תנאי הזוגיות, בדומה לתפיסה האינדיבידואליסטית, אך גם סבור שבהיעדר הסכם מפורש בין בני הזוג יש להחיל בררת מחדל בעלת אופי קהילתני, שכן רוב הזוגות נוטים להסכים ביניהם על חיי שיתוף קהילתיים.⁵⁰ בדומה לתפיסה האינדיבידואליסטית, ליפשיץ סבור שיש להקל על היציאה של בני הזוג מקשר הנישואים, אך בדומה לתפיסה הקהילתנית הוא טוען שבעת פְרדה יש להביא בחשבון את האחריות ההדדית של בני הזוג, הנובעת מקשר הנישואים.⁵¹ אצל פרנץ ודגן התפיסה המורכבת של המשפחה ניכרת, בין היתר, בהבנה שהשגת הטוב המשותף אינה רק פרויקט קהילתי אלא גם חלק מההגשמה העצמית של בני המשפחה כפרטים נבדלים.⁵² כמו כן, לפי פרנץ ודגן הדאגה האלטרואיסטית השוררת בתוך המשפחה מחייבת את האוטונומיה האישית של חבריה, שכן אחרת לא מדובר באלטרואיזם אלא בכפיית טיפול.⁵³ לבסוף, פרנץ ודגן מייחסים חשיבות

47 אפשר לומר שאלו הם היבטיה הקהילתניים של המשפחה, אך בניגוד לתפיסה הקהילתנית מינאו ושאנלי אינן תופסות את המשפחה כתא סגור שהמשפט אמור להימנע מהתערבות בו.

48 ראו Scott & Scott, לעיל ה"ש 11.

49 ליפשיץ, לעיל ה"ש 11; Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 11.

50 ליפשיץ, שם, בעמ' 90-92. למשל, תחת בררת מחדל קהילתנית אפשר לכלול בשותפות הרכושית גם נכסים הנחשבים לעתים "חיצוניים" לנישואים כגון נכסים מלפני הנישואים, מתנות וירושות. זאת, משום שההנחה היא ששני בני הזוג רואים את עצמם כשותפים מלאים ומסתמכים על נכסים כאלו עד כדי כך שהם מתמזגים במסגרת ההתנהלות הכלכלית המשפחתית. לעומת זאת, תחת בררת מחדל אינדיבידואליסטית נכללים בשותפות רק נכסים שנצברו על ידי שני בני הזוג במשך הנישואים ומקורם אינו בירושה או במתנה.

51 שם, בעמ' 63-79.

52 Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 11, בעמ' 85.

53 שם.

רבה ליכולת לצאת מקשר הנישואים, ומבהירים שיכולת זו אינה מקדמת רק את הטוב האישי אלא גם מחזקת את הקהילה, שכן היא הופכת את ההישארות בה לבחירה אמתית וכנה של בני הזוג.⁵⁴ אף שליפשיץ, פרנץ ודגן אינם מתייחסים מפורשות לפרטיות בתוך המשפחה, התפיסה המורכבת שהם מפתחים בכתיבתם פותחת פתח להחלה של הזכות לפרטיות בתוך המשפחה. כך, במיוחד, תפיסת המשפחה כמושתתת על השילוב בין האינדיבידואליות של בני המשפחה לבין היותם חלק מקהילה מאפשרת לקדם את התפיסה של פרטיות במשפחה כמשמרת את הנבדלות של בני המשפחה אלו מאלו, בד בבד עם תרומתה לחיזוק הקשרים הבונים בין בני המשפחה. בתפיסה זו של פרטיות עוסק הסעיף הבא.

2. פרטיות במשפחה

הביקורות הפמיניסטיות שהוזכרו בחלקו הקודם של המאמר הובילו לא רק לשינויים בתפיסת המשפחה אלא גם לשינויים בתפיסת הפרטיות של המשפחה ובתפיסת הפרטיות בתוך המשפחה. בתחילה, כפי שהוסבר לעיל, בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים קראו כותבות פמיניסטיות רבות לטשטוש ההבחנה בין הפרטי לציבורי, והזמינו את המשפט ואת המדינה להחיל מדיניות אקטיבית שמטרתה לקדם את זכויות הנשים ואת ביטחונן בתוך המרחב הביתי.⁵⁵ אולם, לקראת סוף שנות התשעים של המאה העשרים ובראשית שנות האלפיים, בצד הזמנת המשפט והמדינה לטפל בנעשה בתוך המרחב המשפחתי, החלו להישמע גם אזהרות פמיניסטיות מפני היעלמות ה"פרטי".⁵⁶ כותבות אלו הדגישו את החשיבות של פרטיות עבור נשים. לטענתן, הבעיה המרכזית אינה הפרטיות לכשעצמה או החלוקה בין הפרטי לציבורי, אלא העובדה שבאופן מסורתי נכפתה על נשים פרטיות מהסוג הלא נכון – הרחקתן מהעולם שמחוץ לביתן, כמו גם עוולות רבות שהתאפשרו תחת חסות הפרטיות שניתנה למשפחה.⁵⁷ בה בעת נשללה מנשים פרטיות "מהסוג הנכון", ובמיוחד פרטיות של נשים בתוך ביתן, אל מול בני זוגן.⁵⁸ פרטיות "מהסוג הנכון" היא פרטיות המקדמת את עצמאותן של הנשים, את יכולתן לקבל החלטות הקשורות לגורלן (פרטיות בהחלטה), את

54 שם, בעמ' 87: "The legal power to exit converts the daily life of marriage into a manifestation of a choice that positively reaffirms spouses' plural identity". השווה הנוך דגן "שיתוף במקרקעין: מוסד חברתי רצוי?" משפטים כז 493 (1997) (המראה כיצד דווקא דיני פירוק השיתוף במקרקעין, המקלים על פירוק שיתוף, נועדו ליצור אמון מוגבר בין השותפים). להרחבה על תפיסותיהם של ליפשיץ, פרנץ ודגן ראו יעל ברוידא־בהט רכוש משפחתי, אוטונומיה במשפחה והמעורבות של ארגוני נשים ישראלים בחקיקת חוק יחסי ממון (1973-1948) (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2016).

55 ראו לעיל ה"ש 40.

56 ראו, למשל, Higgins; ANITA ALLEN, UNEASY ACCESS (1988), לעיל ה"ש 36; Joan Landes, Introduction, in FEMINISM, THE PUBLIC & THE PRIVATE 1, 3 (Joan B. Landes ed., 1998); Ruth Gavison, *Feminism and the Public/Private Distinction*, 45 STAN. L. REV. 1, 2 (1992); Linda C. McClain, *Reconstructive Tasks for a Liberal Feminist Conception of Privacy*, 40 WM. & MARY L. REV. 759 (1999).

57 ALLEN, שם, בעמ' 54-55.

58 שם, בעמ' 54-70.

השוויון שלהן ואת התפתחותן האישית.⁵⁹ אניטה אלן (Allen), למשל, מצביעה על הגבלת כוחן של נשים לקבל החלטות הקשורות ליחסי מין, לפיריון ולאורח החיים שלהן כפגיעה בפרטיותן בתוך המשפחה, השלובה בפגיעה בביטחונן הפיזי והרגשי ובחזוקת נחיתותן.⁶⁰ לפי אלן, כדי לפתח את עצמיותן ואת האוטונומיה האישית שלהן, נשים זקוקות ליכולת להציב סביבן גבולות ולשמור על פרטיותן בתוך המשפחה, וכן להבטיח את זכותן לפרטיות החלטתה.⁶¹ כמו כן, המבקרות הזהירו כי ניפוץ המרחב הפרטי ("exploding the private") טומן בחובו נגישות תמידית וישירה של אחרים ושל המדינה אל נשים ושליטה בהן.⁶² אם כן, כותבות אלו ביקשו להותיר על כנה את הפרטיות למשפחה בד בבד עם קידום הפרטיות ודאגה לזכויותיהן ולביטחונן של נשים בתוך המשפחה.⁶³

ההתמקדות בפרטיות בתוך המשפחה, בגבולות הנחוצים בין בני המשפחה ובתפקיד המשפט ככינונם, מעלה את החשש לניתוק ואף לניכור בין בני המשפחה. ביקורת ברוח זו השמיעה המשפטנית ג'ניפר נדלסקי (Nedelsky), שניתחה בהרחבה את מטאפורת הגבולות (boundaries) – מטאפורה המשמשת לעיצוב הזכויות במשפט האנגלו-אמריקני ומהווה מוטיב מרכזי בתפיסת האוטונומיה האישית בשיטות משפט אלו.⁶⁴ לפי נדלסקי, מטאפורת הגבולות מציירת את האחר כמפחיד ומאיים שיש להגן על עצמנו מפניו. איום זה מוביל את האדם לחיפוש אחר ביטחון באמצעות שליטה על אחרים ולא באמצעות אינטראקציה חיובית ובונה עמם. אף שאזהרתה של נדלסקי חשובה מאוד לדיון בפרטיות של בני המשפחה,

59 שם; McClain, לעיל ה"ש 56, בעמ' 771. ראו גם VIRGINIA WOOLF, A ROOM OF ONE'S OWN (1929).

60 ALLEN, שם, בעמ' 55. לדוגמה, כללים משפטיים שאפשרו לגבר לקיים יחסי מין עם אשתו בניגוד לרצונה, ורווחו במדינות המערב עד הרבע האחרון של המאה העשרים, הפקיעו את שליטתן של נשים על הנגישות של אחרים לגופן. במשפט המקובל נכללו כללים אלו תחת דוקטרינת Coverture, שבמסגרתה איבדה האשה את אישיותה המשפטית העצמאית עם נישואיה והתמזגה אל תוך אישיותו המשפטית של בעלה. להרחבה, ראו Rev. B. Siegel, *The Modernization of Marital Status Law: Adjudicating Wives' Rights to Earnings, 1860-1930*, 82 Geo. L.J. (1994) 2127. בדומה, הגבלת הנגישות לאמצעי מניעה ולהפלות הפקיעה מנשים את פרטיות ההחלטה לגבי פרייון. אף שעם השנים חלו שינויים משמעותיים במעמדן של נשים בחברה ובמשפחה עדיין יש נשים רבות הסובלות מפגיעות אלו בפרטיותן בתוך המשפחה.

61 ALLEN, שם, בעמ' 70-72.

62 Gavison, לעיל ה"ש 56, בעמ' 9-10. בהקשר זה חשוב לשים לב בעיקר להבדלים בין משפחות משכבות סוציו-אקונומיות שונות. על אף התפיסה של הערפת ההימנעות, התערבות המדינה במשפחות מהשכבות הנמוכות יותר – ובעיקר במשפחות חד-הוריות שבהן האשה היא ההורה היחידה – היא גבוהה. MARTHA FINEMAN, *THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY, WOMEN, THE STATE, AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES 185-89* (1995). WELFARE (Linda Gordon ed., 1990).

63 McClain, לעיל ה"ש 56, בעמ' 764. ראו גם JOHN GILLIOM, *OVERSEERS OF THE POOR: SURVEILLANCE, RESISTANCE, AND THE LIMITS OF PRIVACY* (2001).

64 NEDELSKY, לעיל ה"ש 8, בעמ' 91-117. לסקירה קצרה של ביקורות קהילתניות (communitarian) על רעיון הפרטיות בין בני משפחה ראו Shmueli & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 1, בעמ' 776-774.

היא אינה מחייבת ויתור על פרטיות בכלל ועל פרטיות במשפחה בפרט, שכן גם הפרטיות עצמה עשויה לתרום לקידום היחסים והקשרים בין בני המשפחה.⁶⁵ אכן, הכותבות הפמיניסטיות שהדגישו את חשיבות הפרטיות עבור נשים הציעו המשגות מחודשות של מושג הפרטיות והגדירו אותה באופן שאינו מחייב בידוד וניתוק.⁶⁶ אמנם חלק מרכזי בפרטיות טמון ביכולת של אדם להפריד את עצמו מהאחרים, פיזית ורעיונית,⁶⁷ בהיעדר גישה של אחרים אליו ולמידע על אודותיו (פרטיות במידע) וכן ביכולת של אדם להחליט בעצמו החלטות הקשורות לחייו (פרטיות בהחלטה). עם זאת, הפרטיות היא גם חלק מרכזי בעיצוב של מערכות היחסים בחייו של האדם ובמיוחד בין בני המשפחה; למעשה, דווקא היכולת של האדם להתפתח כאינדיבידואל, להבחין את עצמו מבני המשפחה האחרים ולהגיע להחלטות באשר לגורלו, מאפשרת ליחסים האינטימיים להתחזק.⁶⁸ חוקרת התקשורת סנדרה פטרוניו (Petronio), למשל, מתייחסת לתרומתה של פרטיות בני הזוג בתוך המשפחה לחיזוק היחסים הבונים ביניהם.⁶⁹ לשיטתה, יש חשיבות לשמירה על מרחבים פרטיים של כל אחד מבני הזוג, בד בבד עם הכרה בכך שגבולות הפרטיות בתוך המשפחה נחצים באופן תדיר ובלתי-נמנע. בה בעת, יכולתו של אדם לבחור לשתף את בן הזוג בהחלטות אישיות ובמידע על אודותיו מאפשרת את פיתוח היחסים האינטימיים בין בני הזוג.⁷⁰ בחירה זו אינה מתאפשרת ללא זכות מקדמית לפרטיות בתוך המשפחה.⁷¹ שלילת הפרטיות מראש אינה מאפשרת לאדם לבחור מתי הוא רוצה לשמור עליה אל מול בן זוגו ומתי הוא רוצה לוותר עליה, ובמצב כזה היחסים עלולים ללבוש אופי של כפייה וכפיפות. במילים אחרות,

65 נדלסקי עצמה מוסיפה שאין צורך לוותר לחלוטין על פרטיות, אך היא עושה זאת בהערת אגב בלבר. NeDELSKY, שם, בעמ' 33: "To insist on the centrality of relationships in human lives is not to deny the value of privacy or solitude. Both of those values require structures of relationships that support them – that allow people the opportunities to retreat from others in various ways"

66 ראו, למשל, ALLEN, לעיל ה"ש 56; McClain, לעיל ה"ש 56, בעמ' 765; Gavison, לעיל ה"ש 56.

67 ALLEN, שם, בעמ' 11, 15, 47.

68 ראו FRIEDMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 116-117.

69 SANDRA PETRONIO, BOUNDARIES OF PRIVACY: DIALECTICS OF DISCLOSURE (2012). להסבר על המונח "יחסים בונים" ראו לעיל ה"ש 9.

70 ALLEN, לעיל ה"ש 56, בעמ' 47: "Privacy [...] allows us to control information about ourselves and thereby shape relationships, allowing some to become intimate, keeping others at a distance" James Rachels, *Why Privacy Is Important*, 4 PHIL. & PUB. AFF. 323, 326 (1975); Fried, לעיל ה"ש 7, בעמ' 482 (הטוען כי עיקרה של הזכות לפרטיות אינו חסימת המידע על אודות האדם מפני אחרים אלא השליטה שיש לאדם על חשיפת המידע, וכי לשליטה זו חשיבות בפיתוח היחסים בין האדם לבין אחרים).

71 טיעון זה מזכיר את התפיסה של פרנץ ודגן, שלפיה הקלת היכולת לצאת מהמשפחה מחזקת את הקהילה המשפחתית, שכן היא הופכת את ההישארות במשפחה לבחירה אמתית וכנה. ראו לעיל ה"ש 54.

דווקא היעדרה של הזכות לפרטיות בתוך המשפחה עלול במידה רבה להחליש את הקהילה הזוגית והמשפחתית.

לפרטיות בתוך המשפחה יש היבט נוסף, הקשור לעובדה שהמרחבים הפרטיים של בני המשפחה שלובים אלו באלו ותלויים אלו באלו במידה רבה. מצד אחד, גם במסגרת היחסים הזוגיים אמורה להישמר כאמור מידה של פרטיות בין בני הזוג, הנחוצה לבניית היחסים ביניהם. מהצד האחר, הגבול בין בני הזוג הוא משותף, ובהתאם לכך הוא מעוצב ומכוון על ידי שניהם כחלק מהיחסים ביניהם. פטרוניו מכנה זאת "Dyadic privacy boundary", והיא רואה בבנייתו המשותפת של הגבול חלק מהפרויקט הזוגי המשותף, המחזק את האינטימיות בין בני הזוג.⁷² בד בבד, הקשר המיוחד בין בני המשפחה (ובמיוחד בין בני הזוג) מוביל לכך שגבולות הפרטיות שלהם נחצים באופן תמידי, המרחבים הפרטיים שלהם חופפים ולעתים מתמזגים, ובני המשפחה חולקים זה עם זה מידע פרטי.⁷³ פטרוניו טוענת כי בצד הגבולות בין בני המשפחה, גם הפרטיות המשותפת, חציית הגבולות והמרחבים החופפים והמאוחדים מחזקים את האינטימיות בין בני המשפחה ובין בני הזוג בפרט. מעניין לראות שהמשפט אכן מעודד הסרה של גבולות הפרטיות בתוך המשפחה בדרכים שאינן קשורות דווקא לזכות לפרטיות, כמו החיסיון מפני מתן עדות של בן זוג או בת זוג של נאשם.⁷⁴ אם כן, הפרטיות בין בני המשפחה קיימת ונחוצה, אך יש להכיר גם בגבולותיה הנזילים ובכך שהמרחבים של בני המשפחה הם משותפים במידה רבה. זהו חלק בלתי-נפרד מהיחסים המיוחדים הנוצרים בתוך המשפחה, המובילים לתפיסתה לא רק כאוסף של אינדיבידואלים הנבדלים אלו מאלו אלא גם כתא מיוחד ומאוחד.

בה בעת, גם הפרטיות של התא המשפחתי – לנוכח המדינה ולנוכח אחרים שאינם בני משפחה – נחוצה להתפתחות האינדיבידואלית של כל אחד מבני המשפחה ולחיוזוק האינטימיות המשפחתית. בתוך המרחב הביתי אדם אמור להיות מוגן מפני גישה של אחרים למידע על אודותיו. בתוך מרחב זה, והרחק מהמבט של אחרים, בני אדם יכולים לפתח את עצמיותם, את תחומי העניין שלהם, את הרגליהם וכן הלאה.⁷⁵ הפרטיות של התא המשפחתי מאפשרת גם את חיוזוק האינטימיות של בני המשפחה ואת פיתוח האמון שלהם אלו באלו⁷⁶ – בתנאי, כמובן, שהפרטיות של התא המשפחתי אינה הרמטית ואינה משמשת להסוואת עוולות בתוך המשפחה.

72 PETRONIO, לעיל ה"ש 69, בעמ' 137: "Partners establish boundary rules that maintain the communal sense of connectedness"

73 שם: "As people gain knowledge about each other, they become interdependent through the mutual sharing of private information [...] As a relationship becomes deeper and more disclosive, a relational boundary around co-owned private information grows to reflect the shared intimacies"

74 ס' 3 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971.

75 ראו, למשל, ALLEN, לעיל ה"ש 56, בעמ' 35-52, 70-72; Joseph Kupfer, *Privacy, Autonomy, and Self-Concept*, 24 AM. PHIL. Q. 81 (1987).

76 מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 121 (2010); ראו גם Eekelaar, לעיל ה"ש 4.

בצד החשיבות של הפרטיות לחיזוק היחסים הבונים בין בני המשפחה, היחסים הבונים הם תנאי הכרחי להבטחת הזכות לפרטיות בתוך המשפחה ולהתפתחות האינדיבידואלית של כל אחד מבני המשפחה. כך, למשל, יחסים המאופיינים באלימות, בכפייה, בפטרנליזם ובכפיפות שלובים בדרך כלל ברמיסת פרטיותו של הצד החלש במערכות יחסים אלו. דוגמה מובהקת בהקשר זה היא אלימות כלכלית במשפחה: פעמים רבות יחסי הכפיפות והיחסים האלימים מתבטאים בשליטה של הגבר בכספי המשפחה, לרבות מעקב קפדני אחר ההוצאות הכספיות של האשה, באופן שפוגע אנושות בפרטיותה.⁷⁷ לעומת זאת, יחסים בונים מקדמים את העצמיות של האדם בתוך מארג היחסים ומקנים לו רשת ביטחון חזקה, וזו מאפשרת לו לשמור על פרטיותו בתוך המשפחה. הפרטיות במשפחה, כאמור, מאפשרת לחזק את היחסים הבונים, ומכאן שהקשר בין פרטיות בתוך המשפחה לבין היחסים הבונים בין בני המשפחה הוא מעגלי ומתחזק (reinforcing): קיומם של יחסים בונים הוא בסיס איתן להגשמת הפרטיות של בני המשפחה, המחזקת את היחסים הבונים וכן הלאה.⁷⁸

אם כן, אפשר לראות שהעקרונות של תפיסת הפרטיות כמכוננת קשר ושל התפיסה המורכבת של המשפחה שלובים אלו באלו. שתי התפיסות אינן מחייבות "בחירה" בין קידום ההיבטים האינדיבידואליסטיים של בני האדם ושל המשפחה לבין הקשרים הקהילתיים שלהם; יתרה מזו, שתיהן מזהות את ההיבטים האינדיבידואליסטיים והקהילתיים כמחזקים אלו את אלו ושלובים אלו באלו, וראות את השילוב ביניהן כמאפשר לבני האדם לפתח את עצמיותם הנבחנת בד בבד עם חיזוק רשת הקשרים האישיים בחייהם. הקשר ההדוק בין התפיסות על משפחה לבין התפיסות על פרטיות במשפחה, וכן האופן שבו המשפט יכול לקדם פרטיות הקשרית במשפחה, מומחשים בשני החלקים הבאים של המאמר, שבהם ינותחו שני פסקי דין ישראליים: פסק דין בעניין שיתוף בן זוג בהחלטה על הפלה ופסק הדין בעניין הספר הגנוז.

ד. פרטיות בין בני זוג: פסק הדין בעניין שיתוף בן זוג בהחלטה על הפלה

חלק זה של המאמר יעסוק בפרטיות ההחלטה ובשיתוף במידע אגב דיון בפרשת פלוני נ' פלוני משנת 1980 (להלן: פרשת ההפלה).⁷⁹ פרשה זו זכורה במשפט הישראלי כפרשה שקבעה את ההלכה שאין לבן הזוג זכות טיעון בפני הוועדה להפסקת היריון בנוגע לשאלה אם בת זוגו רשאית לבצע הפלה. פסק הדין עסק בגבר שביקש וקיבל מבית המשפט המחוזי מעמד משפטי במסגרת דינוי הוועדה להפסקת היריון בנוגע לכת זוגו שעמדה לעבור הפלה. בני הזוג נישאו בשנת 1975, נולדה להם ילדה אחת, ולאחר כניסתה של האישה להיריון נוסף בשנת 1980 – הם נפרדו. האשה פנתה לוועדה להפסקת היריון וקיבלה אישור לבצע הפלה, והגבר פנה לבית המשפט המחוזי וקיבל אפטרופסות על העובר, צו מניעה זמני לביצוע

77 על אלימות כלכלית בישראל ומחוץ לישראל ועל הקשר בין אלימות כלכלית לבין התפיסה הקהילתית של המשפחה ראו אריאן רנן-ברזילי ושרילי יוסרי "אלימות כלכלית במשפחה – בין דומיננטיות גברית לגבריות נכפית?" עיוני משפט לט 613 (2016).

78 לדיון באופי המעגלי הדומה של האוטונומיה האישית, בתפיסתה כנטועה במערכות יחסים, ראו Braudo-Bahat, לעיל ה"ש 8, בעמ' 133.

79 ע"א 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57 (1981).

ההפלה וזכות לטעון את טענותיו בפני הוועדה. בהמשך לפסק דין זה ביטלה הוועדה את האישור שנתנה לאשה. האשה ערערה לבית המשפט העליון וזה, ברוב קולות, ביטל את הצו והשיב על כנה את החלטת הוועדה לאשר את הפסקת ההיריון. השופטת הדסה בן-עתו קבעה כי אין לאפשר לגבר כל זכות טיעון בפני הוועדה ולכן יש להפוך את פסיקת בית המשפט המחוזי. השופט מאיר שמגר קבע כי במקרה הנדון טעה בית המשפט בכך שביטל את החלטת הוועדה ואף סבר שאין חובה לתת לגבר זכות טיעון, אך גם טען שיש מקרים שבהם ראוי לאפשר לבני זוג לטעון בפני הוועדה, ככל שאפשרות זו אינה גורמת לעיכוב יתר שמסכל את מטרת הוועדה וכל עוד ניתנת לנשים הזדמנות לענות לטיעוניהם. לעומתם, השופט מנחם אלון סבר בדעת מיעוט כי חובה לאפשר לגבר זכות טיעון בפני הוועדה, למעט מקרים חריגים שבהם הנסיבות מצדיקות מתן החלטה של הוועדה ללא שמיעת הגבר. לפני הדיון באופן שבו התפיסות על משפחה ועל פרטיות משתקפות אצל כל אחד מהשופטים, נדרשות שתי הבהרות. ראשית, המאמר אינו מתיימר לערוך ניתוח מעמיק בשאלה המשפטית בדבר שיתוף בן זוג בהחלטה על הפסקת היריון או למצות את הדיון בה. בתוך כך, המאמר גם אינו עוסק במקור הזכות לפרטיות במשפט הישראלי טרם חקיקת חוק הגנת הפרטיות בשנת 1981 ולפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992.⁸⁰ תחת זאת הדיון נועד להמחיש את ההבדלים בין התפיסות השונות של זכות לפרטיות ושל משפחה. שנית, הדיון בשאלת שיתוף בן הזוג בהחלטה על הפסקת היריון, כנטועה במערכת היחסים בין בני הזוג, אינו מחייב את המסקנה שיש לשתף את בן הזוג בהחלטה זו. כלומר, הניתוח אינו מוביל למסקנה שיש לשנות את המצב המשפטי הקיים בישראל ובמדינות רבות בעולם.⁸¹ עם זאת, ניתוח פסק הדין לאור התפיסות השונות של משפחה ושל פרטיות מוסיף נדבכים חשובים לדיון על אודות שיתוף בן זוג בהחלטה על הפסקת היריון, ואלה מאפשרים המשגה מורכבת יותר של ההחלטה.

על אף חילוקי הדעות בין השופט אלון לשופט שמגר קריאת פסק הדין מעלה כי שניהם נקטו תפיסה דומה של המשפחה ושל הזכות לפרטיות – התפיסה האינדיבידואליסטית. לעומתם, השופטת בן-עתו נקטה תפיסה מורכבת של המשפחה וראתה את זכות האשה לפרטיות כנטועה במארג היחסים המשפחתיים. ההבדל הבולט טמון בהמשגת השאלה של שיתוף בן הזוג בהחלטה על הפסקת היריון. השופטים שמגר ואלון התמודדו עמה באמצעות איזון ערטילאי בין זכות האשה לפרטיות ההחלטה לבין זכות הטיעון של הגבר, ואילו השופטת בן-עתו קשרה אותה למערכת היחסים בין בני הזוג. עיקר הדיון של השופט שמגר התמקד באופן שבו התמודדו שיטות משפט אחרות עם שאלת המינוי של אפוטרופוס לעובר ועם ההתנגשות בין זכותן של נשים להפסיק את ההיריון לבין זכותם של גברים להשתתף בהחלטה. הוא הסיק שמינוי אפוטרופוס לעובר נועד להבטיח שהאינטרסים של העובר

80 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128; חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992, ס"ח 150. בהקשר זה כדאי לציין כי בעוד שפסק הדין הנדון בחלק זה של המאמר ניתן בטרם נחקקו שני החוקים האלה, פסק הדין שיידון בחלק הבא של המאמר התבסס הן על חוק הגנת הפרטיות הן על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, לא אתיחס במאמר לשאלה אם, וכאילו מידה, ההבדלים בין שני פסקי הדין באשר לתפיסות על משפחה ועל פרטיות במשפחה נובעים מהשינויים התחיקתיים הנ"ל.

81 ראו, למשל, *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (להלן: עניין קייסי).

ישיקלו בתהליך קבלת ההחלטה, ובישראל הוועדה להפסקת היריון ממילא ממלאת את התפקיד הזה.⁸² לפיכך, לפי השופט שמגר, אין הצדקה למינוי הגבר כאפוטרופוס לעובר. עוד קבע השופט כי זכות האשה להכריע בעצמה על הפסקת ההיריון או על המשכו גוברת, משום שהיא הנושאת בסיכונים הכרוכים בהיריון.⁸³ לעומת השופט שמגר, הכריע השופט אלון לטובת זכות הטיעון של הגבר, בהיותה חלק מרכזי מכללי הצדק הטבעי.⁸⁴ לשיטת השופט אלון, באיזון בין פרטיות ההחלטה של האשה לבין זכות הטיעון של הגבר האחרונה היא שגוברת. על אף התוצאה השונה, שני השופטים ערכו ניתוח אינדיבידואליסטי שעניינו התנגשות בין זכויות.

גם השופטת בן-ענתו התייחסה להתנגשות הזכויות ותיארה באריכות את הוויכוח האמריקני שבין זכות ההפלה לבין ההתנגדות להפלה,⁸⁵ כמו גם את הוויכוח בשאלת החיות של העובר.⁸⁶ אלא שבשונה משני השופטים האחרים הסיקה השופטת בן-ענתו כי ויכוחים אלו הם פוליטיים בעיקרם ואי-אפשר לחלץ מהם הכרעה משפטית עקרונית. את התשובה לשאלת השיתוף של בן הזוג בהחלטה מצאה השופטת בהקשר אחר – תחום המשפחה והיחסים המשפחתיים. ראשית הכירה השופטת בקשר הרגשי של הגבר לעובר.⁸⁷ קשר זה יכול לנבוע מהקשר הגנטי שלו לעובר⁸⁸ וכן מהיכולת של הגבר לדמיין את התינוק ואת הילד העתידי שלו ולחוש קרבה אליו אף שטרם נולד. חשוב לציין כי ההתייחסות לקשר בין הגבר לבין העובר נושאת מטען היסטורי בעייתי: נימוקים מסוג זה היו ערוץ מרכזי שדרכו ניסו מתנגדי ההפלות בארצות-הברית לפגוע בזכותן של נשים להפיל.⁸⁹ על אף מטען בעייתי זה אפשר להניח שגברים רבים אכן מרגישים קשר רגשי לעובר, רוצים בכנות לדעת על ההיריון ולהיות שותפים בהחלטה על ההפלה, וחווים קושי אמתי עקב ההחלטה של בנות-זוגם להפיל ומהישארותם מחוץ לתהליך של קבלת ההחלטה. התייחסות להיבטים אלו של ההפלה אינה מחייבת בהכרח החלה של חובה לשתף את הגבר בתהליך ההחלטה, ואכן השופטת בן-ענתו פסקה בסופו של דבר כי הוועדה אינה אמורה לשמוע את הגבר כלל. עם זאת, תפיסת ההחלטה

82 עניין פלונגית, לעיל ה"ש 79, בעמ' 71.

83 שם, בעמ' 67.

84 שם, בעמ' 88.

85 שם, בעמ' 76-80.

86 שם, בעמ' 81.

87 שם, בעמ' 83: "אין איש חולק בשותפותו של האב ביצירת העובר ובחובת פרנסתו, גידולו וחינוכו, לאחר שיצא לאוויר העולם. על כן הרעיון, שיש לשתף את האב בהחלטה בדבר ביצוע הפלה, שובה את הלב במבט ראשון".

88 השוו Michael Freeman & Alice Margaria, *Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty*, 13 THEOR. INQ. L. 153 (2012) (המצדיקים באמצעות החשיבות החברתית המיוחסת לגנטיקה ולקשר דם את ביטול זכותן של נשים ללידה אנונימית, היינו: את חובתן למסור את שמותיהן או את שמות האבות הביולוגיים של התינוקות בעת הלידה או לפני מסירתם לאימוץ). אפשר לבקר טיעון זה, המייחס משקל ניכר למטען גנטי ולקשר דם בהגדרת ההורות והמשפחה, אך גם קשה להתעלם מהחשיבות החברתית המיוחסת להם.

89 ראו Mary Ziegler, *Abortion and the Constitutional Right (Not) to Procreate*, 48 U. RICH. L. REV. 1263, 1270-1277 (2014).

על הפלה כנטועה במערכת היחסים הזוגית והמשפחתית אינה מאפשרת לבטל את הקושי של הגבר ואת הקשר שלו לעובר כלא־רלוונטיים, והשופטת בן־עתו אכן לא התעלמה מהם ואף הכניסה אותם למכלול השיקולים בפסיקתה.

עוד התעכבה השופטת בן־עתו על היתרונות של שיתוף משפחתי בתהליך לקבלת החלטה, והמשיגה את התהליך האוטונומי האידיאלי כנטוע במערכת היחסים הזוגית.⁹⁰ תפיסה זו של תהליך ההחלטה פותחה מאוחר יותר בהרחבה יתרה בכתיבה על אוטונומיה אישית, כחלק מהביקורת על התפיסה הליברלית של תהליך ההחלטה.⁹¹ התפיסה הליברלית – הערש שבו צמחה הזכות לפרטיות – התמקדה במידה רבה בזכותו של כל אדם להחליט בעצמו החלטות הקשורות לחייו.⁹² לפי התפיסה הליברלית, תהליך ההחלטה כולל את הניתוח האינדיבידואלי והרציונלי של מכלול האפשרויות העומדות לפני אדם ואת בחירת האפשרות הטובה ביותר מבחינתו.⁹³ התערבות חיצונית בתהליך זה נתפסת כפגיעה באוטונומיה האישית. בפועל, כותבות אחדות הראו כי תהליכים של קבלת ההחלטות אינם מבודדים כפי שהם מתוארים בספרות הליברלית, אלא מתרחשים במסגרתן של מערכות יחסים בחייהם של אנשים, וברוב המקרים – בשיתוף עם אחרים.⁹⁴ בשונה מהשופטים שמגר ואלון, שדמינו את תהליך ההחלטה כתהליך מבודד שבו האשה מתלבטת בינה לבינה בין המשך ההיריון לבין הפלה, השופטת בן־עתו מיקמה את תהליך ההחלטה ואת השאלה של פרטיות ההחלטה בתוך מערכת היחסים הזוגית.

יתרה מזו, השופטת בן־עתו הצביעה על כך שלאשה עצמה עשויים לצמוח יתרונות משיתוף בן הזוג בהתלבטות לגבי ההפלה. גם היבט זה נדון בהרחבה על ידי כותבות שציינו כי תהליכים של קבלת החלטות עשויים להשתפר אם הם נערכים בשיתוף עם אחרות ואחרים בחייו של האדם.⁹⁵ התייעצות של אדם – עם בן זוגו, הוריו, חברי משפחה אחרים, קולגות וחברים – מאפשרת לו לזהות בבהירות רבה יותר את רצונותיו, את מכלול השיקולים ואת העדפותיו. לעתים עצם הצורך להסביר לאחרים את הבחירות או את ההעדפות עוזר לאדם

90 עניין פלוניתי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 83: "אין ספק שכאשר מדובר בהורים נשואים זה לזו ובמשפחה מתוקנת, רצוי ואף מקובל ששני ההורים יהיו שותפים להחלטה. הייתי אומרת שהדבר רצוי לא רק לאב אלא גם לאם, שכן מדובר בהחלטה קשה הגורמת לעתים לבטים לא מעטים – ולעתים יהיה לאשה נוח לקבל אותה בעצה אחת עם שותפה לחיים. אולם, ענייננו דווקא באותם מקרים שבהם יש חילוקי דעות בין האב לבין האם, והשאלה היא מה זכויותיו ומה מעמדו של האב כשהדעות חלוקות".

91 לניתוח המשגה הליברלית של תהליך ההחלטה ושל הביקורת על המשגה זו ראו Braudo-Bahat, לעיל ה"ש 8, בעמ' 115-129.

92 ראו, למשל, JOSEPH ;GERALD DWORKIN, THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY 12 (1988) Harry G. Frankfurt, *Freedom of the Will* ;RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 205 (1986) *and the Concept of a Person*, 68 J. PHIL. 5, 20 (1971).

93 תפיסה זו של תהליך ההחלטה מאפיינת בעיקר את התפיסה הפרוצדורלית של האוטונומיה האישית; ראו שם.

94 ראו, למשל, FRIEDMAN, לעיל ה"ש 8; MEYERS, לעיל ה"ש 8.

95 Andrea C. Westlund, *Autonomy and Self-Care, in* AUTONOMY, OPPRESSION, AND GENDER 181 (Andrea Veltman & Mark Piper eds., 2014).

לנסח אותם לעצמו בצורה חדה ומדויקת. התייעצות עם האחרים גם מקנה לאדם נקודות מבט חדשות שלא חשב עליהן בעצמו, שיקולים חדשים ואף אפשרויות חדשות. כמוכן זה, האוטונומיה האישית וזכותו של אדם לפרטיות ההחלטה – כלומר זכותו להחליט בעצמו החלטות הקשורות לגורלו האישי – לא רק שאינן נפגעות כשאדם משתף אחרים ואחרות בחייו בתהליך ההחלטה שלו, הן אף יכולות להתחזק ולהשתפר בזכות השיתוף.⁹⁶ לפי השופטת בן עתו, שיתוף בן הזוג בהחלטה על ההפלה – החלטה הרת גורל – עשוי לסייע לאשה להגיע להחלטה שהיא תהיה שלמה עמה.⁹⁷

תפיסה זו של יתרונות ההתייעצות עולה בקנה אחד עם הביקורת של הפסיכולוגית הפמיניסטית קרול גיליגן (Gilligan) על המסגור האינדיבידואליסטי של זכות הנשים להפיל. לפי גיליגן, מסגור זה מחמיץ רבדים רבים של ההתלבטות בין הפלה לבין המשך ההיריון, ושל האופן שבו התלבטות זו קשורה בעבותות למערכות היחסים בחייהן של הנשים ולאופן שבו נשים תופסות את עצמן כחלק ממארג של קשרים ויחסים.⁹⁸ קשרים ויחסים אלו חשובים כשלעצמם, כחלק מעצמיותן של הנשים, בצד הנבדלות האינדיבידואלית שלהן. הם גם קשורים קשר הדוק להתלבטות הקונקרטית לגבי ההפלה ולגבי שיתוף בן הזוג (ואנשים אחרים) בהתלבטות ובהחלטה. ההמשגה האינדיבידואליסטית של ההתלבטות על הפסקת היריון לא רק שאינה משקפת את תפיסתן העצמית של נשים רבות, היא אף פוגעת בהן ממש, שכן היא מובילה לתפיסתן העצמית הדיכוטומית של נשים כאנוכיות או כקרבנות.⁹⁹ לעומת זאת, לפי גיליגן, הכנסת שיקולים הקשורים למערכות יחסים לדיון בהחלטה על הפלה מאפשרת לנשים להמשיג את ההתלבטות באופן מורכב יותר ולהגיע להחלטה שהן יותר שלמות עמה. במילים אחרות, הכנסת שיקולים אלו לתוך הדיון בהפלות ובשאלת שיתוף בן הזוג אינה קוראת תיגר על האוטונומיה האישית של נשים ועל זכותן לפרטיות החלטה אלא להפך: היא מאפשרת המשגה מורכבת ומדויקת יותר של ההתלבטות של הנשים עצמן ומביאה בחשבון את מכלול הממדים בעצמיותן של הנשים ובפרטיותן.

96 Braudo-Bahat, לעיל ה"ש 8, בעמ' 133. מוכן שהיתרונות של התהליך המשותף מותנים בקיומן של מערכות יחסים בונות בחייו של האדם. שם, בעמ' 132-135. ראו גם NEDELSKY, לעיל ה"ש 8, בעמ' 38-41.

97 בארצות-הברית שימשה חשיבות הייעוץ וההדרכה של הורים לילדיהם נימוק לביטול הזכות לפרטיות של קטינות בהיריון, הפונות לסיוע בביצוע הפלה. ראו Shmueli & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 1, בעמ' 777-780 (המבקרים את שלילת הזכות לפרטיות של ילדים); בלכר-פריגת "הזכות לפרטיות במשפחה", לעיל ה"ש 7. לעומת זאת, בישראל, סעיף הפלות בחוק העונשין קובע כי אין הכרח לקבל את הסכמת הוריה של קטינה לביצוע הפלה. ראו ס' 316(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

98 קרול גיליגן בקול שונה 91-123 (נעמי בן חיים מתרגמת, 1995).

99 לפי גיליגן, האנוכיות מתנגשת עם תפיסתן העצמית של הנשים כקשורות לאחרים וכדואגות להם. ה"אחרים" בהקשר זה אינם רק העוברים אלא גם ההורים ובני הזוג וכן תפיסות חברתיות רחבות ורווחות. מהצד האחר, גם החלטה הנובעת מתוך תחושה של הקרבה עצמית וריצוי הזולת (בין שהבחירה היא בהפלה ובין שהיא בחירה בהמשך ההיריון) מתבטאת במצוקה של הנשים. ראו שם.

בה בעת, השופטת בן-עתו הסתייגה וציינה כי יתרונות השיתוף מתממשים רק כשמדובר ב"משפחה מתוקנת".¹⁰⁰ גם הכרה זו מתיישבת עם תפיסת האוטונומיה האישית כנטועה במערכות יחסים ועם הימנעותן המפורשת של הכותבות על תפיסה זו מפני רומנטיזציה של קשרים אישיים ושל יחסים. כותבות אלו מתנות את צמיחת האוטונומיה האישית בכלל, ואת היתרונות הגלומים בשיתוף אחרים בקבלת החלטות בפרט, בקיומם של יחסים בונים ובקיומה של סביבה תומכת.¹⁰¹ תפיסה זו מכירה בכך שאדם יכול להיות נתון לעתים במערכות יחסים המאופיינות בניצול, בכפייה, בדיכוי, באלמות וכן הלאה. לפיכך, לפי נדלסקי, אף על פי שמערכות יחסים הן הבסיס להתפתחות האוטונומיה האישית, אין לשמר בכל מחיר את מערכות היחסים הקיימות: בראש ובראשונה יש לבחון אם הן בונות או הורסות.¹⁰² בהתאם לכך, חיזוק הזכות לפרטיות ההחלטה, באמצעות היכולת של האשה לשתף את בן-זוגה בתהליך ההחלטה, תלוי בקיומם של יחסים בונים במשפחה.

עם זאת, חשוב לציין שהשופטת בן-עתו לא הסבירה מהי "משפחה מתוקנת" ואף לא התייחסה מפורשות לשאלה אם במקרה הנדון דובר ב"משפחה מתוקנת" או לא; היא רק ציינה שחילוקי הדעות ברורים ועל כן אין טעם בהופעת הגבר בפני הוועדה. עניין זה בעייתי למדי. אפשר לטעון שדווקא כשיש מחלוקת בין בני הזוג יש טעם בשמיעת שני הצדדים; נוסף על כך, לא כל מקרה של חילוקי דעות טומן בחובו יחסים הורסים בין בני הזוג, והיעדרם של חילוקי דעות לא בהכרח מעיד על יחסים בונים. היעדר חילוקי דעות עשוי לנבוע, למשל, מפערים ניכרים ביחסי הכוחות בין בני הזוג ומהנטייה של נשים רבות שלא לערער על דעתם של בני הזוג. לעתים פערים אלו מוסווים תחת הנחת השוויון והאוטונומיה של בני זוג.¹⁰³ לפיכך, אף על פי שהשופטת בן-עתו לא התייחסה לשאלה מהי "משפחה מתוקנת", נראה כי היא הסתמכה על ההנחה המבוססת שיש משפחות "לא מתוקנות" שבהן לא מתקיימים התנאים הנדרשים להגשמת יתרונותיו של השיתוף, ועל כן לא נכון להחיל בחוק, באופן גורף על כלל המשפחות, את חובת השיתוף של בן הזוג בהחלטה על הפסקת ההיריון.

שני השופטים האחרים כלל לא קשרו בין התהליך המשותף של קבלת החלטה לבין הזכות לפרטיות ההחלטה. השופט שמגר נקט תפיסה אינדיבידואליסטית של המשפחה ושל הזכות לקבלת החלטה; הוא התעלם מההשלכות של היחסים הזוגיים על תהליך ההחלטה ומהשפעות העיצוב של תהליך ההחלטה על היחסים הזוגיים. הוא ערך בחינה השוואתית וניתוח פורמליסטי של לשון החוק ושל כוונת המחוקק והכריע כי המחוקק לא התכוון להעניק לגבר זכות טיעון בפני הוועדה. לעומתו, השופט אלון דווקא ייחס חשיבות לשותפות הזוגית אך לא גזר ממנה את חשיבות ההתייעצות והשיתוף בין בני הזוג או את היתרונות שיכולים לצמוח לאשה מהתהליך המשותף.¹⁰⁴ השופט אלון נקט קו אינדיבידואליסטי וגזר

100 עניין פלונית, לעיל ה"ש 79, בעמ' 71.

101 Braudo-Bahat, לעיל ה"ש 8, בעמ' 132-135.

102 NEDELSKY, לעיל ה"ש 8, בעמ' 122-123.

103 ראו לעיל חלק ב.4.

104 עניין פלונית, לעיל ה"ש 79, בעמ' 89: "שותפות זו שותפות שבזיקה היא, שותפות של קשר טבעי ועמוק של הורים בגורלו של עובר יוצא חלציהם. שותפות של קשר טבעי זה קיימת היא לגבי העובר, גם כאשר הוריו אינם נשואים, ומכל שכן שמצויה גם מצויה היא בהורים בני זוג, הבונים את ביתם וקן משפחתם. ומשעולה על הפרק שאלה של הפסקת היריון, זכות יסוד,

מהקשר הזוגי את זכות הטיעון הנפרדת של כל אחד מההורים בפני הוועדה. עבור השופט אלון, הקשר הזוגי הוא רק הרקע לזכות האינדיבידואלית של כל אחד מבני הזוג, והוא לא ייחס למשפט, לפרטיות או לזכות הטיעון תפקיד בחיזוק הקהילה המשפחתית. הוא אף לא נתן את הדעת לטיב היחסים בין בני הזוג אלא הניח שיש ביניהם "שותפות של קשר טבעי ועמוק" וצייר דימוי אידאלי של משפחה. כפי שהבהירה השופטת בן-עתו, במקרים רבים דימוי כזה אינו משקף את המציאות – ודאי לא במקרים המגיעים לדיון שיפוטי.

לסיכום, תפיסתה המורכבת של השופטת בן-עתו באשר למשפחה ולפרטיות ההחלטה אתגרה את תפיסותיהם האינדיבידואליסטיות של השופטים שמגר ואלון לגבי פרטיות ההחלטה. אף על פי שבסופו של דבר הכרעתו של השופט שמגר דומה לזו של השופטת בן-עתו, הברדלי הגישות ביניהם ברורים. השופטת בן-עתו מיקמה את שאלת ההסכמה של בן הזוג ואת פרטיות ההחלטה של האשה בתוך הקשר משפחתי, כשאלות הצומחות מתוך היחסים בין בני הזוג, ולא דנה בהן רק כהתנגשות בין שתי זכויות אינדיבידואליסטיות. היא התמקדה בטיב היחסים, בתהליכים של קבלת החלטות במשפחה, בחשיבות של פרטיות האשה ושל ביטחונה – ולא רק בעיקרון המופשט של זכות האשה להחליט על גופה לעומת זכות הגבר להביע את עמדתו. השופטת בן-עתו הדגישה את היתרונות שבתהליך החלטה משותף והעבירה את המסר ששיתוף זה ראוי ורצוי ב"משפחות מתוקנות" – ובה בעת פתחה פתח לנשים להחליט אם לשתף את בן הזוג בהתלבטות ובאיזה אופן. כזכור, עצם האפשרות לבחור כך יכולה לחזק את היחסים הבונים בין בני הזוג, שכן השיתוף בהחלטה נעשה מתוך בחירה ולא מתוך כפייה.¹⁰⁵ כל אלו הם חלק משמעותי בתפיסה המורכבת של המשפחה ובתפיסת פרטיות ההחלטה כנטועה בתוך מערכות יחסים, תלויה בהן ומשפיעה עליהן. בחלקו הבא של המאמר נראה כי לצורך חיזוק היכולת לבחור בשיתוף נדרשת הגנה גם על זכותו של כל אחד מבני הזוג לפרטיות לנוכח צדדים שלישיים.

לפני המעבר לדיון בסוגיה זו ראוי לשים לב לכך שבפסק הדין בפרשת ההפלה כלל לא נדונה פרטיות המידע, כלומר הזכות שלא לשתף את הגבר במידע על אודות ההיריון וההפלה המתוכננת.¹⁰⁶ זאת, ככל הנראה, משום שממילא בפרשה זו הגבר ידע הן על ההיריון הן על ההפלה המתוכננת. עם זאת, חשוב להקדיש לכך דיון קצר משום שגם להיבט זה של פרטיות יש היבטים משמעותיים רבים הקשורים ליחסים בין בני הזוג.¹⁰⁷ כמו הזכות לקבל החלטות, גם הזכות שלא לשתף במידע יכולה לסייע לקידום האינדיבידואליות והנבדלות של כל אחד מבני הזוג, בד בבד עם חיזוק הקהילה המשפחתית. הזכות שלא לשתף את בן הזוג במידע

המעוגנת בצדק אלמנטרי וטבעי, מצויה ביד כל אחד משני ההורים, שתישמע דעתו, ושיאזינו לרצחי לבו, עובר לקבלת ההכרעה בדבר הפסקת ההיריון וכריתתו של הוולד".

105 ראו לעיל ה"ש 70.

106 על פרטיות כזכותו של אדם לשלוט בזרימת המידע על אודותיו ראו בירנהק, לעיל ה"ש 76, בעמ' 89 (המכנה זכות זו "פרטיות כשליטה").

107 חשוב לזכור שאם אכן יש זכות טיעון גורפת לגבר בפני הוועדה, כפי שביקש לקבוע השופט אלון, או שיש נסיבות שבהן ראוי לתת לגבר זכות טיעון, כפי שהציע השופט שמגר, אזי יש גם חובה ליידיע את הגבר לגבי ההיריון ולגבי ההפלה המתוכננת. לעומת זאת, אם הוועדה אינה אמורה לשמוע את הגבר כלל, כפי שקבעה השופטת בן-עתו, משתמע מכך שגם אין חובה ליידיע אותו.

על אודות ההיריון וההפלה המתוכננת מחזקת את מעמדה האינדיבידואלי והאוטונומי של האשה בתוך קשר הנישואים, ובכך היא עולה בקנה אחד עם ההיבטים האינדיבידואליסטיים של המשפחה ושל הזכות לפרטיות. בה בעת, זכות זו גם מאפשרת לאשה לבחור אם לשתף את בן זוגה במידע, מתי ובאיזו מידה – ובכך מעודדת שיתוף. השמירה על הפרטיות כבררת מחדל, בצד היכולת לסטות ממנה, מאפשרות את חיזוק היחסים הבונים במשפחה. נוסף על כך, כמו הבחירה בשיתוף בן הזוג בתהליך ההחלטה, גם היכולת לבחור לשתף במידע על ההיריון ועל ההפלה המתוכננת תלויה בטיב היחסים בין בני הזוג. כך, למשל, במחקרים סוציולוגיים כמותניים ואיכותניים נמצא מתאם בין אלימות מצד בן הזוג לבין השכיחות של ביצוע הפלות יזומות. שכיחות האלימות של גברים כלפי נשים גבוהה יותר בקרב נשים שעברו לפחות הפלה אחת מאשר בקרב נשים שלא עברו הפלות.¹⁰⁸ כמו כן, נמצא קשר הדוק בין יחסים אלימים לבין קונפליקטים קשים במהלך ההיריון, לרבות לגבי ההחלטה על הפלה.¹⁰⁹ אמנם קשה לדעת בבירור אם ההפלות היזומות הן תוצאה של האלימות או להפך, אך לנוכח המתאם המובהק שנמצא הסיקו חוקרים שיש לשקול בזהירות רבה החלטה גורפת של החובה ליידע את הגבר לגבי ההפלה.¹¹⁰ אכן, החשש מפני אלימות היה אחד הנימוקים המרכזיים לביטול דרישת ההסכמה בארצות הברית בפסק הדין בעניין קייסי.¹¹¹ אם כן, גם הזכות לפרטיות המידע בתוך המשפחה, שכלל לא נדונה בפרשת ההפלה, נטועה בתוך מערכת היחסים המשפחתית, משפיעה עליה במידה ניכרת ובה בעת מושפעת ממנה במידה ניכרת.

ה. טשטוש גבולות הפרטיות במשפחה וחובת האמון: פרשת הספר הגנוז

בצד הריון בפרטיות של בני הזוג בתוך המשפחה יש לתת את הדעת גם לטשטוש גבולות הפרטיות בתוך המשפחה ולהשפעה של פרטיות בני הזוג לנוכח צדדים שלישיים על מערכת

108 Jay G. Silverman et al., *Male Perpetration of Intimate Partner Violence and Involvement in Abortions and Abortion-Related Conflict*, 100 AM. J. PUB. HEALTH 1415 (2010). המתאם מתחזק ככל שמספר ההפלות היזומות (abortions) שעברה האשה עולה: נשים שעברו שתי הפלות ויותר נמצאות בסבירות גבוהה יותר לסבול מאלימות מאשר נשים שעברו הפלה אחת. ראו William A. Fisher et al., *Characteristics of Women Undergoing Repeat Induced Abortion*, 172 CAN. MED. ASS'N J. 637 (2005).

109 Silverman et al., שם.

110 שם, בעמ' 1417: "Policies aimed at requiring women to notify partners or to obtain partner consent before undergoing an abortion should be reconsidered because of the likelihood of both endangering women and placing them at risk for coercion regarding this critical decision. Efforts to prevent the violent and coercive behavior of men and boys should be incorporated within any comprehensive program to reduce unintended pregnancy and the subsequent need for abortion services"

111 עניין קייסי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 893.

היחסים הזוגית. קשר זה מתבהר מתוך הדיון בפרשת הספר הגנוז.¹¹² במרכז הפרשה עמד רומן אוטוביוגרפי שפרסם גבר (המערער) ובו נדונו לפרטי-פרטים חיי הזוגיות שלו ושל בת-זוגו לשעבר (המשיבה). הרומן היה בדיוני, אך בשתי הערכאות שבהן נדון המקרה – בית המשפט המחוזי בירושלים ובית המשפט העליון – נקבע כי הספר כלל פרטים רבים שקשרו במובהק בין הדמויות הבדיוניות לבין מחבר הספר וכת זוגו לשעבר. לא היה ספק שהגבר יכול לוותר על פרטיותו-שלו ולפרסם ספר העוסק ברומן שניהל עם בת זוגו מחוץ לנישואים במשך כמה שנים, בפירוק נישואיו כשהתגלה הרומן ובסיום הקשר הזוגי עם המשיבה; אולם בויתור על פרטיותו הפר המערער גם את פרטיותה של בת זוגו לשעבר. פגיעה זו בזכות האשה לפרטיות והאיזון בינה לבין חופש הביטוי וחופש היצירה של הגבר עמדו במרכז פסק הדין.

השופט נעם סולברג פסק לטובת האשה וקבע שיש למנוע את הפצת הספר ולפצות את האשה בגין הנזקים שגרם לה הפרסום; הצטרפו אליו השופטים מרים נאור וסלים ג'ובראן. הניתוח המשפטי הארוך שערך השופט סולברג בפסק הדין התמקד בניתוח חוקתי של ההתנגשות בין הזכות לפרטיות לבין חופש הביטוי. הוא בחן בהרחבה את ההתמודדות של שיטות משפט שונות עם התנגשות זו והסיק שזכות אחת אינה גוברת תמיד על האחרת או נסוגה מפניה, ויש לבחון בכל מקרה את מידת הפגיעה בכל אחת מהזכויות ואת התועלת הצומחת מתוך הפגיעה. לשם כך נדרש השופט סולברג לניתוח של כל אחת מן הזכויות. לענייננו רלוונטיות ההצדקות של הזכות לפרטיות, כפי שהוא פירט אותן.¹¹³ חשוב להדגיש שאף כי פרסום הספר, כמו גם הדיון המשפטי, התרחשו לאחר תום הקשר הזוגי, בדיון השתקפה תפיסת השופט את המשפחה ואת המרחבים האישיים של בני המשפחה גם במשך הקשר הזוגי עצמו. פסיקת בית המשפט והנימוקים שעליהם היא נשענת, שינתחו להלן, מעבירים מסר ברור באשר לחשיבות הפרטיות בתוך המשפחה – מסר המהווה כלל רקע גם עבור משפחות שאינן נתונות בסכסוך משפטי.

השופט סולברג התייחס, ראשית, להיבטים האינדיבידואליסטיים של הזכות לפרטיות. לשיטתו, הזכות לפרטיות היא "המרחב בו מצוי כל היקר לאדם, רגשותיו, מאווייו הפנימיים, סודותיו הכמוסים".¹¹⁴ זו הזכות של האדם שיניחו לו לנפשו¹¹⁵ כמו גם זכותו להימנע מחשיפה כלפי אחרים,¹¹⁶ המאפשרת לו ליצור עולם אישי, אינדיבידואלי וייחודי.¹¹⁷ פגיעה בפרטיות היא "פגיעה בכבודו של האדם, ברווחתו, ביכולת המימוש העצמי".¹¹⁸ הפגיעה בפרטיות, המשיך והסביר השופט סולברג, היא גם "קריעת המסך המפריד בין הפרטי לציבורי" –

112 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (פורסם כנבו, 22.5.2014).

113 שם, בפס' 74-90. גם חלק זה של המאמר אינו מתיימר להציג ניתוח משפטי של האיזון בין הזכות לפרטיות לבין חופש הביטוי וחופש היצירה, אלא מתמקד בהמשגה של משפחה ושל פרטיות כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסק דינו של השופט סולברג.

114 שם, בפס' 76.

115 שם, בפס' 77.

116 שם, בפס' 79.

117 שם.

118 שם, בפס' 75.

וכתוצאה מכך נפגעת זכותו של אדם לנהל את חייו כרצונו, כלומר נפגעת זכותו לאוטונומיה אישית.¹¹⁹ אלו הן ההצדקות הליברליות המוכרות והקלאסיות של הזכות לפרטיות. בצדן נדרש השופט סולברג גם להצדקות הקשורות לאופן שבו הזכות לפרטיות נטועה במערכות יחסים – הצדקות שבדרך כלל אינן נשמעות בשיח המשפטי על אודות פרטיות;¹²⁰ במיוחד הוא התעכב על האופי המיוחד של הזכות לפרטיות בתוך המשפחה ובמסגרת קשר זוגי. ראשית התייחס השופט לטשטוש של גבולות הפרטיות בתוך המשפחה. בתוך המרחב הביתי, הסביר, אדם מסיר את השריון שהוא עוטה כשהוא נמצא מחוץ למרחב זה. חשיפת המידע בין בני הזוג מהווה, לשיטתו, חלק מההסכמות השוררות בין בני זוג במסגרת הקשר האינטימי ביניהם,¹²¹ והיא נובעת מהיחסים הרומנטיים.¹²² לדידו, טשטוש של גבולות הפרטיות בין בני זוג והסרת המחיצות אינם רק תוצר של החלטות קונקרטיות של אדם לחשוף מידע לפני בן זוגו; לעתים המידע נחשף מעצם הזוגיות וללא צורך במילים מפורשות. עוד הסביר השופט סולברג כי הבחירה של בני זוג להסיר את גבולות הפרטיות בתוך הבית ולהיחשף לפני בני זוגם אינה רק נובעת מהקשר הזוגי אלא יש לה תפקיד מרכזי בעיצוב הזוגיות ובחזיון. הוא התייחס במפורש לזכות לפרטיות כזכות הנחוצה להבטחת מערכות היחסים בחייו של האדם, במיוחד מערכות היחסים האינטימיות בחייו, הנחוצות להתפתחותו האישית ולצמיחתו.¹²³ לזכות לפרטיות יש תפקיד מרכזי בפיתוחן ובחזיוןן, ולפי השופט סולברג עובדה זו מהווה הצדקה משמעותית להבטחת הזכות לפרטיות. בכך עולים דבריו בקנה אחד עם התפיסה המורכבת של המשפחה ועם התפיסה של פרטיות כנטועה בתוך מערכות יחסים, מושפעת מהן ומשפיעה עליהן.

אפשר למצוא בדבריו של השופט סולברג ביטוי גם לניתוח של פטרונין, שלפיו המרחבים הפרטיים של בני המשפחה שלובים אלו באלו ותלויים במידה רבה אלו באלו.¹²⁴ מצד אחד, כפי שראינו בדיון על שיתוף בן הזוג בהחלטה על הפלה, גם במסגרת היחסים הזוגיים אמורה להישמר מידה של פרטיות בני הזוג זה מזה, הנחוצה הן לחיזוק הנבדלות האינדיבידואלית של כל אחד מהם הן לחיזוק היחסים הבונים ביניהם. מהצד האחר, כפי שעולה מההסבר של השופט סולברג, הגבול בין בני הזוג הוא משותף ונחצה דרך קבע.¹²⁵ לכל אחד מבני הזוג

119 שם, בפס' 80.

120 ראו Shmueli & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 1; בלכר-פריגת "הזכות לפרטיות במשפחה", לעיל ה"ש 7.

121 עניין פלוני, לעיל ה"ש 112, בפס' 86.

122 השופט סולברג התייחס בפסק הדין בעיקר למוסד הנישואים, אך הבהיר שדבריו נכונים גם לקשרים רומנטיים ארוכי־טווח שאינם נישואים. שם, בפס' 89.

123 שם, בפס' 78.

124 ראו לעיל ה"ש 69-73. "פרטיות תלויה" (interdependent privacy) אינה ייחודית למשפחה והיא מאפיינת גם קשרים אחרים כגון קשרי חברות. ראו, למשל, Gergely Biczók & Pern Hui Chia, *Interdependent Privacy: Let Me Share Your Data*, in INTERNATIONAL CONFERENCE ON FINANCIAL CRYPTOGRAPHY AND DATA SECURITY 338 (2013).

125 עניין פלוני, לעיל ה"ש 112, בפס' 87: "מערכת הנישואין מבוססת על יחסי 'אהבה אחווה שלום ורעות'. האחד משמש כ'איש סודו' של האחר. ההקרבה, החברות העזה, האמפתיה האינסופית, אלו הם תמצית חיי הנישואין [...] הנפרדות הופכת לאחדות. [...] מבריות נפרדות הופכים בני

יש מידע רב על אודות בן הזוג השני, ובמקרים רבים המידע על אודות בן זוג אחד חופף למידע על אודות בן הזוג השני. כפועל יוצא מכך, כאשר אחד מבני הזוג מוותר מרצון על פרטיותו כלפי צדדים שלישיים, הוא בהכרח פוגע גם בפרטיות של בן זוגו כלפי צדדים אלו. לנוכח הגבולות הנזילים בתוך המשפחה והשיתוף התמידי במידע על אודות בני הזוג, יש הכרח בחובת אמון ביניהם, כפי שניסח זאת השופט סולברג:

הזכות לפרטיות במופעה הרומנטי, היא למעשה זכותו של בן הזוג לא להיות מנוצל על-ידי בן זוגו. מצב דברים בו בן זוג אחד חושף בפני בן הזוג השני את כל אשר על לבו, ובן הזוג השני משתמש במידע לצרכיו שלו – איננו נסבל. משטר משפטי שאיננו מונע זאת, איננו מגן על החווה הבלתי כתוב של הנישואין.¹²⁶

אם כן, הניתוח שערך השופט סולברג לזכות לפרטיות קשר בין ההיבטים האינדיבידואליסטיים של הפרטיות לבין היבטיה הקשורים למערכת היחסים האינטימית בין בני הזוג, וכן קשר בין שני אלו לבין ההיבטים האינדיבידואליסטיים והקהילתניים של המשפחה. השופט הכיר באופי המיוחד של היחסים הזוגיים, בדינמיקה המורכבת של הפרטיות בתוך המשפחה ובחשיבות הפרטיות להתפתחות האישית והאינדיבידואלית של כל אחד מבני הזוג ולחיוזוק הקשר הזוגי. בכך הניתוח שערך השופט סולברג עולה בקנה אחד עם ההכרה בחשיבות הפרטיות לחיוזוק הקשרים והיחסים הבונים בחייהם של בני האדם, וכן עם הקריאה של כותבות פמיניסטיות לקדם את זכותן של נשים לפרטיות מהסוג הנכון בתוך ביתן. אין מדובר בכירוד פיזי או רעיוני של האשה בביתה, אלא בהכרה בנחיצות בפרטיות של האשה להתפתחותה האינדיבידואלית. השופט סולברג לא הניח כי מרגע שוויתרה האשה על פרטיותה בתוך הקשר הזוגי היא ויתרה בכך על פרטיותה בכלל, אלא ערך ניתוח מורכב של הקשר ההדוק בין חצייה של גבולות הפרטיות בתוך הבית לבין שמירה עליהם מחוץ לבית. בדברי השופט סולברג אפשר למצוא אפוא את החיבור המובהק שבין התפיסה המורכבת של המשפחה לבין התפיסה של הפרטיות כנטועה בתוך מערכות יחסים, משפיעה עליהן ומושפעת מהן.

1. סיכום

מהדיון התאורטי ומניתוח שני פסקי הדין הישראליים עולה כי לזכות לפרטיות – אף שהיא נתפסת בדרך כלל כזכות אינדיבידואליסטית מובהקת – יש גם פנים קהילתניים מובהקים. תפיסה זו מתחזקת ביתר שאת בתוך המשפחה, המהווה מרחב שבו ההתפתחות האינדיבידואלית של כל אחד מבני המשפחה נחוצה לצורך חיוזוק הקהילה המשפחתית

הזוג לתא משפחתי אחד [...] הם משתפים זה את זה במחשבותיהם וברגשותיהם על אודות הסובב אותם. במערכות יחסים רבות, בני הזוג קוראים האחד את השני, כספר הפתוח בבחינת 'כל רו לא אניס ליה'."

126 השוו' ס' (8)2 ו-9) לחוק הגנת הפרטיות, הקובעים כי מידע שנמסר בהסכם סודיות (אף אם משתמע) אסור בגילוי, וכן שמידע שנמסר למטרה אחת לא אמור לשמש למטרה אחרת. אף על פי שהיישום של סעיפים אלו בהקשר המשפחתי אינו בהכרח קל ליישום – שכן "הסכם הסודיות" והמטרה של מסירת המידע הם משתמעים ואינם מוגדרים ברורות – ניכר כי המחוקק מודע לצורך להגן על מידע באמצעות הגבלת הפצתו, כדי לעודד את חשיפתו בין פרטים קונקרטיים.

והיחסים האינטימיים בין בני המשפחה, והקשרים הבונים בתוך הקהילה המשפחתית נחוצים להתפתחות האינדיבידואלית של כל אחד מחבריה. בהתאם לכך, זכויות שמחזקות רק פן אחד בתפיסה העצמית של בני האדם עלולות לפגוע ברווחתם במקום לשפר אותה, ולפיכך ראוי להמשיג את הזכות המשפטית לפרטיות באופן שישקף את התפיסה העצמית הדואלית של בני האדם בכלל ובתוך המשפחה בפרט.

במילים אחרות, ראוי להמשיג את הזכות לפרטיות של בני הזוג בתוך המשפחה באופן שיקדם את הנבדלות האינדיבידואלית של כל אחד מהם לנוכח בני הזוג השני, יחזק את הקהילה המשפחתית ויאפשר לשני פנים אלו של המשפחה – האינדיבידואליסטי והקהילתני – להשתלב יחד ולחזק זה את זה. על הזכות לפרטיות בתוך המשפחה להבטיח שלכל אחד מבני הזוג יש מרחב פרטי בתוך הקהילה המשפחתית, ושפרטיותו של כל אחד מבני הזוג נשמרת כלפי צדדים מחוץ למשפחה. הבטחה זו היא שיכולה לעודד כל אחד מבני הזוג לשתף את בן זוגו במידע ובהחלטות, ולמעשה – כפי שעולה מהניתוח של שני פסקי הדין – השיתוף הזוגי לא יכול להתאפשר ללא הבטחת הפרטיות. אם בן זוג אחד יודע שהמשפט מגן על הפרטיות של המידע על אודותיו מפני צדדים חיצוניים לקשר הזוגי, הוא ישתף את בן זוגו ביתר קלות; אם אשה תדע שהחוק אינו מחייב אותה לקבל את הסכמתו של בן זוגה להפלה, היא תרגיש יותר בטוחה לשתף אותו במידע על ההיריון ולהיעזר בו בהחלטות לגבי הפסקתו. באופן זה גם הנבדלות האינדיבידואלית וגם השיתוף יכולים לחזק את האינטימיות בין בני הזוג ואת היחסים הבונים ביניהם, בהינתן שהיחסים בונים דיים מלכתחילה, כפי שהוסבר. אם כן, למשפט יש תפקיד מכריע בגיבוש כללים ששומרים על פרטיות בני הזוג בתוך המשפחה ובה בעת מעודדים את בני הזוג לשיתוף. כללים אלו מעבירים את המסר שהשיתוף בין בני זוג, הן במידע הן בהחלטות אישיות, עשוי לתרום לחיזוק הקהילה הזוגית, ושלפרטיות בכלל ובתוך המשפחה בפרט יש תפקיד מכריע בהקשר זה.¹²⁷ לשם כך על המחוקקים להמשיך ולקדם חקיקה שמחזקת את הפרטיות של בני הזוג בתוך המשפחה ואת הפרטיות של כל אחד מהם כלפי צדדים שלישיים. כפי שצוין לעיל, המשפט הישראלי עושה זאת כיום בדרכים עקיפות למדי כגון חיסיון מפני מתן עדות של בן או בת זוג ואיסור חשיפת מידע שניתן תחת הסכם סודיות או שניתן למטרה מסוימת שאינה קשורה למטרת החשיפה. ראוי שהמחוקק הישראלי ישקול להוסיף כללים משפטיים העוסקים ישירות בפרטיות בין בני זוג ומבטיחים את ההגנה על הפרטיות של כל אחד מהם באופן שיחזק את הקהילה המשפחתית. כמו כן, בבואם של בתי המשפט לפרש את החקיקה הרלוונטית, עליהם להעדיף פרשנות העולה בקנה אחד עם תפיסת הפרטיות בתוך המשפחה כתורמת לחיזוק הקהילה המשפחתית – ובאופן רחב יותר, לחזק את תפיסת הפרטיות כנטועה במערכות יחסים. אלו הם כללי הרקע שמעצבים את החיים המשפחתיים והזוגיים;¹²⁸ עליהם לעלות בקנה אחד

127 לדיון בתפקיד האקספרסיבי של המשפט ראו, למשל, Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PENN. L. REV. 2021 (1996); מנחם מאוטנר "שלוש גישות על

משפט ותרבות" הרצאה באקדמיה הלאומית למדעים, 6.3.2007.

128 ראו, למשל, איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" האם המשפט חשוב? 275 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

עם התפיסה העצמית הדואלית של כל אחד מבני הזוג בתוך המשפחה כאינדיבידואל נבדל בתוך קהילה מגובשת ומאוחדת.