

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 7127 /11

- העותרים : .1 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת, ע.ר. 58-028285
- .2 "התנועה המסורתית", ע.ר. 580132454
- .3 חדו"ש-לחופש דת ושוויון, ע.ר. 58-0512523
- .4 ישראל חופשית, ע.ר. 58-0512184
- .5 "קולך" – פורום נשים דתיות ע.ר. 580328136
- .6 "מבוי סתום", ע.ר. 580268183
- .7 תמורה ישראל, ע.ר. 580517241
- .8 הבית הפתוח לגאווה וסובלנות ע.ר. 58-030411-1
- .9 משפחה חדשה ע.ר. 580332302

כולם באמצעות ב"כ עוה"ד ריקי שפירא ו/או עינת
הורביץ ו/או אורלי ארז-לחובסקי ו/או ליאורה בכור
ו/או ניקול מאור ו/או שרה לואיס ו/או רות כרמי ;

אשר כתובתם לצורך המצאת כתבי בי-דין היא :
המרכז הרפורמי לדת ומדינה
רח' דוד המלך 13, ירושלים 91319
טל' : פקס : 02-6256260

נגד

המשיבה : ממשלת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה,
רח' צאלח א-דין 29 ירושלים

עתירה למתן צו על-תנאי

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיבה ומורה לה ליתן טעם, אם רצונה בכך, מדוע לא תקבע ותפעיל לאלתר מנגנון רישום נישואין מכוח פקודת הנישואין והגירושין (רישום) לשם הקמתה של רשות רישום אזרחית עבור נישואין או תסדיר בכל דרך חוקית אחרת נישואין אזרחיים עבור בני זוג שאחד מהם לפחות הינו חסר סיווג דתי או אינו מוכר כיהודי על ידי הרבנות הראשית או שבני הזוג הינם בני דתות שונות.

תוכן העניינים

4.....	מבוא
5.....	הצדדים לעתירה
6.....	הרקע העובדתי
6.....	הדין הנוהג בענייני נישואין וגירושין-הצגת הבעיה
8.....	נתונים על אוכלוסיית חסרי הדת ומנועי החיתון בישראל
8.....	ישראלים חסרי סיווג דתי
8.....	בני זוג בני עדות דתיות שונות
9.....	חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע- 2010
10.....	פנית העותרים
11.....	הטיעון המשפטי
12.....	הזכות לנישואין כזכות חוקתית הנגזרת מחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו
16.....	פגיעה בשוויון
21.....	הזכות לנישואין במשפט הבינלאומי
23.....	פגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד
23.....	ההסדרים החוקיים הקיימים אינם שוללים הקמת מערכת נישואין אזרחית
26.....	למשיבה סמכות להסדיר נישואין אזרחיים
28.....	המסגרת החקיקתית-מהותית לדיני הנישואים האזרחיים
30.....	המסגרת הפרוצדוראלית להסדרת הליכי הנישואים האזרחיים
31.....	פסיקת בג"ץ עד כה בעניין נישואי חסרי דת ויהודים
34.....	שינויי העיתים
35.....	חוסר סבירות
36.....	העדר פעולה להסדרת נישואין אזרחיים מהווה הפרת זכויות חוקתיות
38.....	סיכומם של דברים

עתירה זו עוסקת בבעייתם החמורה של מאות אלפי תושבי ואזרחי ישראל, אשר אין באפשרותם להינשא בגבולות המדינה. רוב רובם של אזרחים אלו הם עולים ממדינות הגוש המזרחי לשעבר אשר עלו לישראל החל משנת 1989 ואילך. עולים אלו, אשר עלו מתוקף חוק השבות, התשי"א-1950, אינם מוכרים על ידי הממסד הדתי כיהודים, זאת למרות השתלבותם המלאה במגזר היהודי, דובר העברית, ולמרות שהם אינם משתייכים לעדה דתית אחרת.

לאוכלוסייה זו של חסרי הסיווג הדתי מצטרפים אף אותם אזרחים ותושבים שהתגיירו בהליכי גיור, שלא באמצעות הממסד הרבני האורתודוכסי. מתגיירים אלו, אשר נרשמים במרשם האוכלוסין כיהודים, אינם זוכים להכרת הממסד הרבני האורתודוכסי בכל הנוגע לנישואין, ודינם כדין אזרחים חסרי סיווג דתי. בני-זוג הנמנים על עדות דתיות שונות אף הם אינם יכולים להינשא בישראל. העובדה שמספרם של אלה שאינם יכולים להינשא בישראל גדל משנת 95 ועד היום בכשלוש מאות שבעים אחוז הוא מצב שבו "הכמות עושה איכות" והוא בגדר נסיבות חדשות המחייבות את הממשלה להשתמש בסמכותה ולמנוע פגיעה אנושה בזכות יסוד חוקתית להינשא ובזכות להכרת המדינה בחיי הזוגיות והמשפחה המוקמים מכוח נישואין אלו.

כאשר החל נוהג ההסדר הקיים בדבר נישואין וגירושין – קרי מסירת ענייני המעמד האישי של תושבי הארץ לבתי דין של העדות הדתיות – בתקופת השלטון העות'מאני בארץ ישראל, ואף כאשר אומץ הסדר זה על ידי השלטון הבריטי באמצעות אימוץ דבר המלך במועצה של ארץ ישראל, 1922 עד 1947 (להלן: דבר המלך במועצה), היה הסדר זה שיקוף של המצב הקיים באותה עת: רוב רובם של תושבי ארץ ישראל המנדטורית, ובוודאי העות'מאנית חיו בקהילות נפרדות ונישאו בינם לבין עצמם. אך עם חלוף העיתים המציאות השתנתה ללא הכר: רבים מאזרחי מדינת ישראל אינם משתייכים לעדה דתית מוכרת ורבים נוספים מבקשים להינשא לבני דתות שונות משלהם. לרבים אלה אין הדין הישראלי מתייחס כלל ואינו נותן להם מענה ואפשרות להינשא במדינת ישראל.

ממשלת-ישראל מחויבת לאפשר לאזרחי המדינה לממש את זכותם החוקתית להינשא ולהבטיח את זכויותיהם החוקתיות לכבוד ולחירות. בית המשפט העליון הכיר זה מכבר במעמדה החוקתי של הזכות לנישואין ומדינת ישראל אף חתומה על אמנות המחייבות אותה לדאוג למימושה של זכות זו בישראל. בחקיקה הישראלית פזורים חוקים המסדירים מהותית את מערכת הזכויות והחובות של בני זוג, אשר אינה נובעת מן הדין הדתי ואף קיימת מערכת דינים המסדירה את הכושר לנישואין ופירוק קשר הנישואין. לפיכך על הממשלה להקים מנגנון נישואין אזרחיים אשר ייתן מענה לאותם מאות אלפי אזרחים שאינם יכולים לממש את זכותם החוקתית להינשא בארץ.

מערכת הדינים המסדירה את היבטיו המהותיים של מוסד הנישואין מוסדרת כבר היום בחקיקה: הכושר לנישואין, איסור ריבוי נישואין, חובת מזונות בין בני זוג, יחסי ממון בין בני-זוג, התרת נישואין במקרים מיוחדים, כל אלה מוסדרים במספר דברי חקיקה הפזורים בדין הישראלי כפי שיפורט בעתירה זו. אשר על כן, מחובתה של הממשלה לעשות שימוש בסמכותה המינהלית ולהקים רשות רישום נישואין. אי שימוש בסמכות זו, פוגעת בזכויות אדם ובזכות החוקתית להינשא ולכן על בית משפט זה להורות למדינה לעשות שימוש בסמכותה. אמנם, מן הראוי היה שהכנסת הייתה נדרשת לעניין ומחוקקת חוק המסדיר נישואין אזרחיים בישראל, אולם הימנעותה של הכנסת אינה יכולה להוות עוד תירוץ למחדלה של הממשלה, להשתמש בסמכות הנתונה לה מכוח החוק, לנוכח המציאות

בה מאות אלפי אנשים אינם יכולים לממש את זכותם החוקתית להינשא. ההיפך הוא הנכון, העובדה שהכנסת אינה מחוקקת חוק נישואין אזרחיים מאז קום המדינה ועל אחת כמה וכמה מאז משנות ה-90 של המאה הקודמת ובתוך כך נמשכת הפגיעה האנושה בזכויות אדם בסיסיות של מאות אלפי אנשים- רק מגבירה את חובתה של הממשלה לעשות שימוש בסמכותה לתקן הפרה זאת.

הצדדים לעתירה

1. העותרים 1-9 הינם חברים בפורום למען בחירה חופשית בנישואין (להלן: "הפורום") אשר הינו קואליציה של ארגונים לשינוי חברתי ותנועות רעיוניות ודתיות, אשר שם לו למטרה לקדם את זכותו של כל תושב ואזרח בישראל להינשא, בהתאם לבחירתו וצו מצפונו. הפורום מורכב מתנועות הנמנות על הזרמים הפלורליסטים, ארגוני נשים ובכללם ארגוני נשים אורתודוקסיות, ארגונים בעלי תפיסה חילונית הפועלים לקיומם של טקסי נישואין יהודיים שאינם דתיים בישראל, וארגוני הומואים, לסביות וטרנסג'נדרים הפועלים להשוואת הזכות להינשא גם לזוגות חד מיניים.
2. העותר 1, המרכז לפלורליזם יהודי, הנו הזרוע המשפטית והציבורית של התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, ארגון הגג של קהילות ומוסדות היהדות המתקדמת (רפורמית) בישראל. ככזה פועל העותר לקידום שוויון וצדק חברתי בישראל, על בסיס גישה יהודית ליברלית וערכי הדמוקרטיה.
3. העותרת 2, התנועה המסורתית (קונסרבטיבית) והיא מאגדת ומייצגת את הקהילות והמוסדות של היהדות המסורתית בארץ. באמצעות שורה ארוכה של מפעלים חינוכיים וכחמישים קהילות ברחבי הארץ, מקיימת התנועה המסורתית פעילות ענפה, המיועדת לציבור הרחב, ומשלבת בדרכה פתיחות ושוויוניות עם נאמנות למסורת היהודית ולהלכה.
4. העותרת 3, עמותת חדו"ש לחופש דת ושוויון פועלת לקדם את ערכי חופש הדת והמצפון ושוויון זכויות גמור ללא הבדל דת, כמובטח במגילת העצמאות של מדינת ישראל, וכמתחייב מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולפעול ליישומם של עקרונות אלה הלכה למעשה.
5. העותרת 4, ישראל חופשית, תנועה אזרחית לא מפלגתית, הפועלת למען ישראל שוויונית, פלורליסטית ודמוקרטית, ברוח הציונות ומגילת העצמאות. התנועה מפעילה מתנדבים בכל רחבי הארץ ומקדמת אג'נדה אזרחית פרוגרסיבית באמצעות העלאת נושאי חופש דת ושוויון לסדר היום הציבורי.
6. העותר 5, ארגון קולך- פורום נשים דתיות המחויבות להלכה, למסורת ישראל ולשוויון מגדרי. "קולך" פועלת ליצור שוויון הזדמנויות לנשים במרחב היהודי הציבורי, לתיקון עוולות בסוגיות הקשורות לנשים בעולמן היהודי, לקידום המודעות הציבורית לצורך מאבק נגד אלימות כלפי נשים ובנות הן במשפחה והן בהטרדות מניות ועוד.

7. העותר 6, ארגון מבוי סתום הפועל למען מסורבות גט ועגונות בישראל. ארגון מבוי סתום מסייע למסורבות גט ועגונות במאבקן לקבלת הגט מבחינה משפטית ורגשית וחותר למען השגת פתרון כולל לבעיית סרבנות הגט.
8. העותרת 7, תמורה יהדות ישראלית - המרכז הגבוה להכשרת מנהיגות יהודית - רבנות חילונית, מרכז לזימות חינוכית וחברתית בתחום "יהדות כתרבות". תמורה מובילה ומעצבת דרכים למימוש תרבות ומורשת יהודית בישראל, לאור אמונות וערכים הומניסטים במדינת ישראל וביהדות העולם. מרח"ב - מועצת הרבנים החילונים בישראל - הינו הגוף המאגד את הרבנים ההומניסטים החילוניים בישראל, המבקש לטפח את היהדות הפלורליסטית במדינה יהודית ודמוקרטית. מטרתו לקדם באופן חיובי את החיים היהודים הפעילים של הציבור החילוני באמצעות פעילות פוליטית, חברתית, קהילתית וציבורית.
9. העותר 8, הבית הפתוח לגאווה וסבלנות הארגון של הקהילה הגאה בירושלים. הבית הוקם על בסיס עקרונות הפלורליזם, הסובלנות החברתית והדמוקרטיה ונותן מענה של שירותים תרבותיים, חברתיים ושירותי תמיכה נפשית-חברתית לצורכי חברי הקהילה הגאה הסובלת פעמים רבות מדיכוי חברתי.
10. העותר 9, ארגון משפחה חדשה, הפועל להכרה ערכית וחוקתית במשפחה, לרבות, כל התאים המשפחתיים בישראל והשוואת זכויותיהן של משפחות מכל הסוגים והמינים. הארגון מסייע לכל מי שחפץ לבנות זוגיות, הורות ומשפחה.
11. המשיבה הנה ממשלת ישראל, שהינה הרשות המבצעת של מדינת ישראל.

הרקע העובדתי

הדין הנוהג בענייני נישואין וגירושין-הצגת הבעיה

12. עם הקמתה אימצה מדינת ישראל באמצעות הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח - 1948 (להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט) את המשפט שהיה נוהג בתקופת השלטון המנדטורי. ירושה זו כללה החלתו של דבר המלך במועצה של ארץ ישראל, 1922 עד 1947 (להלן: דבר המלך במועצה) הקובע בסימן 51 שבו כי ענייני המעמד האישי של תושבי הארץ מסור לבתי דין של העדות הדתיות. התוספת השניה של דבר המלך במועצה מכילה רשימה של עדות דתיות מוכרות בארץ אשר לאלה סמכות ביחס לכל אותם אנשים שהדין האישי של אותה עדה דתית חל עליהם באופן פרסונאלי. המנדט הבריטי אף הוא ירש את ההסדר מקודמתו האימפריה העותמנית והשאיר אותו על כנו. משמעותו של הסדר זה שהדין במדינת ישראל לצורך דיני המשפחה הוא דין פרסונאלי ולא טריטוריאלי. על כל תושב חל הדין האישי לפי השתייכותו הדתית אך אין הסדר מהותי סובסטנטיבי שיטתי בתחום דיני המשפחה. בשנת 1953 נחקק חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התש"ג - 1953 (להלן: חוק שיפוט בתי-דין רבניים) הקובע בסעיף 2 שבו כי "נישואין וגירושין של יהודים יערכו בישראל על פי דין תורה". בכך עוגנה תחולתו של הדין האישי של יהודים בענייני נישואין וגירושין. חוק שיפוט בתי דין רבניים לא שינה את ההסדר הפרסונאלי מימי המנדט אלא רק עיגן בחוק של הכנסת את תחולתו של דין תורה על בני זוג יהודים.

13. לצדו של חוק שיפוט בתי דין רבניים, ממשיך לחול דבר המלך במועצה על ארץ ישראל לפיו בתחום המעמד האישי דינו של תושב נקבע על פי העדה הדתית המוכרת עליה הוא נמנה. כל מי שנמנה עם עדה דתית שאין לה בארץ בית דין דתי מוסמך דינו למעשה כמי שהוא חסר דת. (ראו מ. שאווה, **הדין האישי בישראל**, כרך שני, עמ' 700). מי שאינו משתייך באופן פרסונאלי לאף עדה דתית נותר חסר השתייכות דתית פרסונאלית ולכן אין עליו דין אישי וממילא אין באפשרותו להינשא בארץ. נישואי חסר דת ויהודי אינם מוכרים במדינת ישראל היות ודין תורה אינו מכיר בנישואין בין יהודי/ה למי שאינו/ה יהודי/ה.

14. בעת שנחקק חוק שיפוט בתי-דין רבניים, השתייכה רוב מניינה של האוכלוסייה שישבה בארץ לאחת מן העדות הדתיות המקובלות. חקיקת החוק אפשרה למרבית התושבים היהודים לממש את זכותם להינשא במסגרת בתי הדין הרבניים ולבני עדות דתיות אחרות במסגרת בתי הדין של העדות הדתיות המוכרות מכוח סימן 51 לדבר המלך במועצה. ואולם, בחלוף הזמנים ובעיקר בעקבות העלייה הגדולה מברית המועצות לשעבר, בשנות ה-90 הלכה וגדלה אוכלוסייה של תושבים החיים בישראל אשר אינם מוכרים על ידי אף אחת מן העדות הדתיות המוכרות על פי החוק. הקביעה האם משתייכים תושבים אלה לעדה היהודית או עדה דתית אחרת מסורה לראשיה של אותה עדה, על אף שהדבר אינו קבוע בחוק. (פ. שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך ראשון), ההשתייכות הדתית, עמ' 58) לפיכך הפכה תופעת חסרי הדת לתופעה נפוצה. אלו הם אנשים ששום מערכת דתית אינה רואה אותם כשייכים אליה. במקרה של העולים מחבר המדינות, מדובר במקרים רבים באנשים אשר גדלו כיהודים בארץ מוצאם ורואים עצמם כיהודים, אך הרבנות הראשית מסרבת לראות בהם כיהודים.

לא זו אף זו, מאחר והדין הדתי לא תמיד מכיר בנישואין של בני עדות דתיות שונות, הרי שלא קיימת בישראל דרך לבני זוג שאינם בני אותה העדה הדתית להינשא. בכך מוגבלים אזרחי ישראל בבחירת בני זוגם לנישואין, בבני העדה הדתית בה הם חברים. כמו כן, קיימת קבוצה גדולה של אזרחים שאינם יכולים להינשא בשל אי ההכרה של הרבנות הראשית ביהדותם. על אלה נמנים גרים קונסרבטיביים ורפורמים שגיוורם מוכר לצורך רישומם כיהודים במרשם האוכלוסין אך הם לא מוכרים על ידי הרבנות הראשית ולכן אינם יכולים להינשא בישראל. נוסף על כך גם בני זוג מאותו המין אינם יכולים להינשא כלל בישראל. לכל אלו נגרמות פגיעות חוקתיות חמורות בזכותם לחיי משפחה, לנישואין ולחופש דת.

נתונים על אוכלוסיית חסרי הדת ומנועי החיתון בישראל

ישראלים חסרי סיווג דתי

15. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ב ביולי 2011 נמנו 322,000 אזרחים חסרי סיווג דתי, רובם המכריע עולים חדשים מחבר המדינות שעלו לישראל מראשית שנות ה-90. (ראו:

http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201111101

מדובר באזרחים אשר עלו על פי חוק השבות, מכוח היותם בנים או נכדים ליהודים, שאינם יהודים על פי ההלכה שכן אינם יהודים, אך אינם משתייכים לדת אחרת. עם בואם לישראל נרשמו אפוא במרשם האוכלוסין כחסרי דת. רוב חסרי הסיווג הדתי גדלו כיהודים ונחשבו

כיהודים בארץ מוצאם בשל יהדות אביהם או סבם ועל כן גם סבלו לעיתים מזיהוי זה. גם בישראל הם חיים כיהודים ומקיימים אורח חיים יהודי-ישראלי: חוגגים את החגים, לומדים בבתי הספר הממלכתיים היהודים, משרתים בצבא וכו'. אין להתפלא אפוא שרוב חסרי הסיווג הדתי נישאים ליהודים, ורואים עצמם חלק בלתי נפרד מהעם היהודי והקהילה היהודית הישראלית. זוהי הקבוצה הגדולה ביותר של מנועי חיתון ולגביה הבעיה היא חמורה במיוחד, בין היתר, נוכח העובדה כי המדובר באנשים שהגיעו לישראל כעולים, בהנמקה לאומית-דתית אשר אינה עומדת להם בהגיעם אל מדרגות הרבנות.

מצ"ב הודעת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לכבוד שנת 63 למדינה ומצורפת **כנספח א**.

16. משנת 2000 ועד שנת 2009 10.6% מתוך כלל הישראלים נישאו בחו"ל. 24% מתוכם הם ישראלים חסרי דת. מרביתם של חסרי הדת נישאו עם יהודים (48% מכלל חסרי הדת) רק 5% מתוכם הם חסרי דת שנישאו עם חסרי דת (שאר חסרי הדת נישאו לבני דתות אחרות). נתונים אלה מצביעים על מצוקתם של חסרי הדת בישראל אשר רובם רואים עצמם כיהודים ומבקשים להקים משפחה יהודית ישראלית ואינם יכולים להינשא עם יהודים בישראל.

בני זוג בני עדות דתיות שונות

17. בקבוצה זו, הנקראת לעיתים "נישואי תערובת", כלולים בני זוג בני עדות דתיות שונות, אשר הדין הדתי של אחד מהם אינו מכיר באפשרותם להינשא עם בני עדה דתית אחרת. זהו המצב לגבי רוב רובן של העדות הדתיות. כך, ההלכה היהודית אינה מכירה באפשרותם של היהודים להינשא למי שאינם יהודים ולכן, היות שהסמכות היחידה כיום להשיא יהודים הינה של הרבנות הראשית מכוח סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, אין אפשרות חוקית ליהודי להינשא בישראל לבן זוג השייך לעדה דתית אחרת, או חסר סיווג דתי.

חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010

18. לאחרונה חוקקה הכנסת את חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, תש"ע-2010 (להלן חוק ברית הזוגיות) אשר נועד לכאורה לפתור את בעייתם של חסרי הסיווג הדתי. אולם כפי שיפורט להלן החוק אינו מעניק אפשרות לחסרי הדת לממש את זכותם החוקתית להינשא.

19. סעיף 2 לחוק ברית הזוגיות קובע:

"בני זוג חסרי דת, המסכימים לבוא בברית הזוגיות, רשאים לערוך ברית זוגיות בפני

רשם הזוגיות ולהירשם במרשם הזוגיות, בהתקיים התנאים המפורטים להלן, ובכפוף

להוראות סעיפים 5 עד 8:

(1) הם בני 18 שנים לפחות;

(2) הם תושבי ישראל;

(3) הם רשומים במרשם האוכלוסין כחסרי דת;

(4) "....."

חוק ברית הזוגיות מאפשר אפוא רק לשני בני זוג חסרי דת להירשם במרשם הזוגיות ולא לזוג אשר אחד מהם חסר דת והשני יהודי או בעל דת מוכרת אחרת. בכך יוצר החוק, קבוצה אשר אינה מוגדרת לפי הדין הדתי שלה, אלא היא פרי יצירתו של החוק וככזו היא מוגבלת להינשא רק בתוך עצמה. חוק ברית הזוגיות אף קובע שבתי-הדין הדתיים הם אלה שיקבעו מיהם חסרי הדת ובכך הוא מסמיך לראשונה בחוק של כנסת ישראל את בית הדין הדתי להכריע בדבר השתייכותו הדתית של אחד מבני הזוג ואף מעניק לבתי-הדין הדתיים זכות להתנגד לרישום זוג חסר דת במרשם הזוגיות, אם הוא מוצא שאחד מהם משתייך לעדה הדתית או ספק משתייך (סעיף 6 לחוק ברית הזוגיות). הוראות אלה יוצרות מצב לפיו חסרי הסיווג הדתי אינם מגדירים את עצמם אלא בתי-הדין הדתיים גודרים אותם מחוץ לתחולת הדין הדתי שלהם. קביעה זו משמעה כי מי שמסווג כחסר-דת יוכל על-פי החוק להירשם במרשם הזוגיות עם חסר דת כמותו ויהיה מנוע מלהינשא בישראל עם כל מי שאינו נמנה על חסרי הסיווג הדתי.

לא זו אף זו. החוק יצר מצב לפיו אזרח יכול להיות מוגדר "ספק חסר דת", או "ספק יהודי" ואותו אדם לא יוכל אפילו להינות מהוראות חוק ברית הזוגיות שכן לא יהיה מוכר כחסר סיווג דתי, וכמובן לא יוכל להינשא בכל דרך בישראל.

20. לא רק שהרישום במרשם הזוגיות מוגבל לחסרי דת בלבד, הוא אף מעניק זכויות נחותות באופן משמעותי מרישום נישואין. כך על פי סעיף 13(ג) (1) לחוק ברית הזוגיות, הקלות במתן מעמד בישראל על פי חוקי ההגירה הניתנות לבני זוג נשואים לא יחולו כלל על בני זוג הנישאים במרשם הנישואין. סעיף 13 (ג) (2) לחוק ברית הזוגיות קובע כי הנרשמים בברית הזוגיות לא יהיו זכאים לאמץ ילד או להתקשר בהסכם עם פונדקאית כמו זוגות נשואים אלא בחלוף 18 חודשים מיום הרישום. סעיפים אלה הופכים את מוסד ברית הזוגיות להיות מוסד סוג ב' למוסד הנישואין. לא רק שהחוק יוצר גטו משפטי בהגדירו קבוצת אנשים שהמכנה המשותף שלה הוא אי הכרתה על ידי עדה דתית מוכרת בישראל ועל סמך זה קובע שקבוצה זו יכולה להתחתן רק בתוך עצמה, הוא אף אינו מעניק את מלוא הזכויות הניתנות לבני זוג נשואים.

21. נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה המתייחסים למספר חסרי הדת הנישאים בחו"ל מצביעים בבירור כי מרבית חסרי הדת הנישאים בחו"ל הם אלה הנישאים ליהודים. כך בשנת 2000, 673 זוגות של חסרי דת ויהודים נישאו בחו"ל לעומת 139 זוגות ששני בני הזוג היו חסרי דת. בשנת 2008 ניכר גידול משמעותי במספר חסרי הדת ויהודים הנישאים בחו"ל והוא עמד על 1366 זוגות לעומת 306 זוגות בלבד בהם שני בני הזוג הם חסרי דת. אחוז חסרי הדת הנישאים לחסרי דת אחרים מבין כלל הזוגות הנישאים בחו"ל נותר יציב ועומד על כ 5% במשך העשור האחרון. נתונים אלה מצביעים על-כך שרוב חסרי הסיווג הדתי אינם מגדירים את עצמם כקבוצה נפרדת, אלא הם חלק אינטגרלי של העם היהודי והם בוחרים להינשא עם יהודים.

לוח 2 "נישואין בחו"ל לפי קבוצת אוכלוסייה של כל-אחד מבני הזוג ושנת נישואין"- הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, מצורף ומסומן כנספח ב'.

22. לאור האמור לעיל, עולה בבירור כי חוק ברית הזוגיות לא העניק כל מענה לבעייתם של מי שמוגדרים חסרי דת בישראל. הללו אינם מעוניינים להיות מסווגים כקבוצה נפרדת לצורך נישואין או זוגיות. הם לרוב אינם נישאים אלה עם אלה, אלא עם יהודים. חקיקה המאפשרת להם

להירשם במרשם זוגיות המיועד להם בלבד, מהווה המשך הפגיעה בזכותם החוקתית להינשא. אשר על כן אין להתפלא על כך שמיום הקמת מרשם הזוגיות רשומים בו 15 זוגות בלבד.

פנית העותרים

23. ביום 7.4.11 פנו העותרים אל ראש הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה. במכתבם הציגו העותרים בפני ראש הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה את הנתונים בדבר הגידול המשמעותי של אוכלוסיית חסרי הדת, ואת העובדה שמרבית חסרי הדת הנישאים בחו"ל נישאים לבני זוג יהודים. תופעה זו מצביעה על כך שקבוצת חסרי הדת היא קבוצה של אזרחים המגדירים עצמם כיהודים, חיים כיהודים ומבקשים להינשא במדינת ישראל ליהודים אך אינם יכולים לעשות. למרות העובדה שהזכות להינשא הוכרה כזכות חוקתית ואין כל הוראה חוקית המונעת מחסרי דת להינשא בישראל. העותרים הצביעו על כך שקיימת מערכת דינים המסדירה מהותית את דיני המשפחה האזרחיים בישראל ועל כן בסמכות המשיבה להשתמש בסמכות המינהלית הנתונה לה בפקודת הנישואין והגירושין (רישום), להקים רשות רישום נישואין אזרחיים.

המכתב מצורף ומסומן **כנספח ג**.

24. ביום 14.4.11 נתקבל מכתב מגב' ניקה שטיינהוף מנהלת הלשכה של היועץ המשפטי לממשלה המאשר את קבלת המכתב ואת העברתו לטיפול של עו"ד אורית קורן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה).

המכתב מצורף ומסומן **כנספח ד**.

25. ביום 24.5.2011 נשלחה תזכורת למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), אליה נמסר הנושא לטיפול.

המכתב מצורף ומסומן **כנספח ה**.

26. ביום 6.7.11 השיבה עו"ד מוריה בקשי ממונה במחלקת יעוץ וחקיקה למכתבם של העותרים. במכתבה טענה עו"ד בקשי כי פקודת הנישואין והגירושין (רישום) עוסקת בהיבט מינהלי בלבד ואין לראות בה מקור להסמכת פקיד לערוך נישואין אזרחיים. וכן כי שאלת הנהגתם של הנישואין האזרחיים בין חסרי עדה דתית לבני-זוג המשתייכים לעדות דתיות שונות היא שאלה קשה וסבוכה הנתונה לכנסת ולא לבתי המשפט.

מכתבה של עו"ד מוריה כהן בקשי מצורפת ומסומנת **כנספח ו**.

27. בתשובתה, לא התייחסה המשיבה כלל למצוקה החמורה של מאות אלפי חסרי סיווג דתי בישראל שאינם יכולים להינשא בה, להפרת הזכויות המתמשכת של מאות אלפי אזרחים, ולטענתם של העותרים בדבר הדרכים העומדות בפני הממשלה למלא את חובתה לממש את הזכויות החוקתיות של אזרחי המדינה לחיי משפחה ונישואין בישראל. במצב דברים זה, לא נותרה לעותרים ברירה אלא לפנות לבית משפט זה.

הטיעון המשפטי

בראשית הדברים, נבהיר בקליפת אגוז את עיקרי הטיעון המשפטי שיוצג להלן. בשנים האחרונות שוררת במדינת ישראל מציאות בלתי נסבלת שבה מאות אלפי אזרחים אינם יכולים לממש את זכותם החוקתית להינשא. למרות שמדובר, בשינוי נסיבות קיצוני מבחינת היקפה של התופעה, לא חוקקה הכנסת חוק בעניין ואף הממשלה מסירה את ידה מחובתה לפתור את הבעיה. בידי הממשלה הסמכות והחובה להכיר בנישואין של חסרי דת, מי שיהדותו אינה מוכרת על ידי הרבנות ובני זוג הנמנים על עדות דתיות שונות - לנוכח העובדה ששלושה רבדים נורמטיביים מאפשרים את מיסודו המשפטי והחקיקתי של מוסד הנישואין: ראשית, עצם ההכרה המשפטית בקיומה של זכות יסוד לנישואין ובצורך להעניק לזכות זו הגנה חוקתית נקבעה זה מכבר בפסיקה הישראלית; שנית, קיימת מערכת דינים המסדירה את היבטיו המהותיים של מוסד הנישואין: כשירות לנישואין, יחסי ממון, עילות לפירוק וכו'; ולבסוף, קיימת מערכת דינים המסדירה את הגורם אשר יהא ממונה על הליכי הקמתו של קשר הנישואין וכן הוראות המסדירות את הליכי פירוקו. לשיטתנו, לשלושת הרבדים הנורמטיביים - ביטוי ברור בחקיקה הישראלית, המחייב את הקמתה של רשות רישום נישואין לבני זוג שאחד מהם או שניהם חסרי סיווג דתי או שיהדותם אינה מוכרת על ידי הרבנות הראשית או שהם בני עדות דתיות שונות. אמנם, בכל הנוגע לדין המהותי אשר יחול על נישואין אלו – הרי הוא מצוי במגוון דברי חקיקה ולא בהוראת חוק אחת ייעודית, אולם המציאות הנוכחית, בה מאות אלפי אזרחים בישראל מנועים מלהינשא, מחייבת ראיית דברי חקיקה אלו כתשתית מספקת לדין הנישואין המהותי. זאת, במיוחד לאור ערכי היסוד החוקתיים הגלומים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולנוכח הוראות הדין הבין-לאומי המחייבות את ישראל.

הזכות לנישואין כזכות חוקתית הנגזרת מחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו

28. הזכות לנישואין הוכרה הן בפסיקה והן בספרות משפטית כחלק מהזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותה חלק מן המימוש העצמי הבסיסי של הפרט, אשר העדרו פוגע בכבודו של אדם. השופט ברק התייחס לכך במאמר שהתפרסם בקובץ, **דיני משפחה בעידן בית המשפט לענייני משפחה**, בעריכת השופט י. גייפמן, קובץ ג' עמ' 1150-1149, במילים האלה:

המשפחה הינה יחידה חוקתית. לפרט זכות חוקתית להקים יחידה משפחתית... זה חלק מכבוד האדם... התא המשפחתי מוכר חוקתית. לבני הזוג זכות חוקתית להשתייך לתא זה. קיומו מהווה ערך חוקתי, שהמדינה מגנה עליו ונמנעת מלפגוע בו. הכרה בו תואמת את ערכיה של מדינת ישראל הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית"

29. אף בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק וכערכאת ערעור השמיע בהזדמנויות שונות את דעתו כי המשפחה היא יחידה חוקתית, הראויה להגנה. כחלק מהגנה זו על הזכות לחיי משפחה נקבע כי יש להגן אף על הזכות לנישואין. בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 743, 783 בו דן בית המשפט בזכותה של ידועה בציבור לשאת את שם בן זוגה, קובע השופט ברק:

"אכן, מקובל עלי כי שמירה על שלמות המשפחה מהווה חלק מתקנת הציבור בישראל.

התא המשפחתי הינו "תא ראשוני של החברה האנושית" (השופט ש' ז' חשין בע"א 238/53 כהן ובוסליק נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח' 4, 53), הוא "מוסד המוכר על-ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה" (הנשיא אולשן בע"א 337/62 רוזנפלד נ. יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1030). שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנשואים הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. בני זוג הנשואים כדת וכדין יוצרים סטטוס, (ראה א. לבונטין, על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (1957)), וקיים אינטרס ציבורי עליון בשמירתו של סטטוס זה, ובהסדרת הכניסה אליו, היציאה ממנו והיקף הזכויות והחובות המגבשות אותו". [ההדגשה אינה במקור].

30. בע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (1), 160, 175. חוזר בית המשפט וקובע כי הזכות לחיי משפחה -זכותו של אדם להשתייך לתא המשפחתי ובכלל זה זכותם של בני זוג להינשא ולחיות יחדיו, הזכות להוליד ילדים, זכות ההורים לגדל את ילדיהם ולטפל בהם- נגזרות מהזכות החוקתית לפרטיות, להגשמה עצמית, לחירות ולכבוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"בעידן שבו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו" (ע"א פלוני נ' הי"מ, פ"ד נא (1), 160, 175).

באותו פסק דין מביאה כבוד השופטת בייניש (כתוארה אז) את דבריו של הנשיא שמגר:

"כבוד האדם, בהקשר החוקתי, הוא מושג משפטי, אולם ביטוי המעשי, כאמור, בהוויה האנושית היום-יומית וביחסן של המדינה ושל החברה, ובכלל זה בתי המשפט, אל הפרט החי בה. כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש..." (דברי הנשיא שמגר בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח' [8], בעמ' 842).

31. בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728 (להלן: "ענין סטמקה") בדונו בזכות לאיחוד משפחות, קובע השופט חשין כי הזכות לנישואין היא זכות יסוד:

"ענייננו-שלנו, נזכור, נסוב על זכות-יסוד שקנה היחיד - כל יחיד - לנישואין ולהקמת משפחה..."

מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות ... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או

-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת- הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 787".) [ההדגשות הוספו].

32. בבג"ץ 7502/03 עזאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם) קובע בית המשפט כי הזכות לחיי משפחה היא חלק אינטגרלי מ"זכות-האדם" (כלשון בית המשפט) של כבוד האדם.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע הוראה מפורשת בעניין הזכות לחיי משפחה. השאלה הינה אם ניתן לכלול זכות זו בגדרה של הזכות לכבוד האדם. האם הזכות לחיי משפחה היא "זכות ללא שם" הנגזרת מהזכות לכבוד (ראו ה' סומר, "הזכויות הבלתי-מנויות - על היקפה של המהפיכה החוקתית", משפטים כח 257 (1997))! ודוק: השאלה אינה אם בנוסף לזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לכלול בחובו זכויות אדם נוספות שאינן קבועות בו במפורש. השאלה הינה אם במסגרת הזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש - לענייננו, במסגרתה של הזכות לכבוד האדם - נכלל גם ההיבט של כבוד האדם שעניינו חיי משפחה. אכן, השאלה אינה אם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קיים "חסר" באשר לזכות לחיי משפחה, והאם ניתן להשלים חסר זה. השאלה הינה אם פירושה של הזכות לכבוד האדם מובילה למסקנה כי במסגרתה של זכות מפורשת זו כלול גם ההיבט של האוטונומיה של הרצון הפרטי המכוונת להקמת חיי משפחה ולהגשמתה בישראל. אכן, הזכות לכבוד האדם היא במהותה זכות "מסגרת" או "זכות-אם". המאפיין זכות שכזו הוא כי על פי ניסוחה, אין היא מפרטת בלשונה במפורש את סוגי הפעולות הפרטיקולריות עליהן היא משתרעת. היא בעלת פריסה פתוחה (ראו א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית, עמ' 357 (1994); להלן - פרשנות חוקתית; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג(4) 526, 573; להלן - פרשת דעקה). המצבים עליהם היא משתרעת נלמדים מפרשנות לשונו הפתוחה של חוק היסוד על רקע תכליתו. מצבים אלה ניתן, לשם הנוחות, לקבץ לקטגוריות וסוגים, כגון הזכות לקיום אנושי בכבוד (ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360; להלן - פרשת גמזו; בג"ץ 366/03 עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר [פורסם בנבו]; להלן - פרשת עמותת מחוייבות); הזכות לשלמות הגוף והנפש (ראו פרשת אדם טבע ודין, עמ' 59); הזכות לשם (ראו פרשת אפרת); הזכות של בגיר לאימוץ (ראו ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175), וכיוצא בהן "זכויות בת" הנגזרות מזכות האדם. הן מכוננות בספרות החוקתית זכויות חוקתיות נגזרות (derivative constitutional rights norms) (ראו R. Alexy, A Theory of Constitutional Law 35 (2002); להלן - Alexy). כמוכן, תחום הפריסה של זכויות הבת מעורר שאלות פרשניות קשות. כל עוד הן לא הופרדו על ידי הכנסת מכבוד האדם והועמדו על רגליהן הן, אין מנוס מפעילות פרשנית

המתרכזות בכבוד האדם, והמבקשת לקבוע את היקפה של זכות זו, תוך נסיון לגבש סוגים של מקרים הכלולים בה. כמובן, קטיגוריזציה זו לעולם לא תשקף את מלוא ההיקף של הזכות לכבוד האדם, ואין היא מכוונת לכך. היא נועדה לסייע בהבנת הוראת המסגרת בדבר כבוד האדם. (פסקה 31 לפסה"ד)

בעניין עדאלה נדונה זכותם של ערבים ישראלים לחיות יחד עם בן-זוגם הזר בישראל. מסקנתו של השופט ברק שם היא כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. הזכות החוקתית של בן זוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל.

הזכות לחיי משפחה, במובנה הרחב, מוכרת במשפט הישראלי. היא נגזרת מחיקוקים רבים, הקובעים הסדרים אשר מטרתם לשמור על התא המשפחתי, לעודדו ולטפח אותו. לבני זוג מוענקות זכויות סוציאליות, הטבות במס, בדיור ובשיכון. הם נהנים מזכויות בביטוח רפואי ופנסיוני. יש להם זכויות ביקור בבתי חולים ובבתי סוהר. מוענקות להם חסינויות והגנות בדיני הראיות. הדין הפלילי מגן על המשפחה; לבני הזוג מוענקות זכויות ירושה, מזונות ותמיכה הודנית בזמן הנישואין, וזכויות לחלוקת רכוש בפקיעתם. אף שהחוקים השונים עוסקים בהיבטים מיוחדים, ניתן להסיק מהם כי התא המשפחתי מוכר במשפט הישראלי ומוגן על ידו. אכן, התא המשפחתי הינו "התא הראשוני... של החברה הישראלית" (השופט ש"ז חשין בע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4, 53). "אין קיום לחברה האנושית אלא אם כן שומרים כבבת העין על התא הראשוני שלה, הוא התא המשפחתי" (השופט מ' זילברג בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1021). הוא "מוסד המוכר על ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה" (הנשיא י' אולשן, שם, עמ' 1030). "חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית – הלוא היא המשפחה הטבעית" (השופט אלון בע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434). "שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי... קיים אינטרס ציבורי עליון בשמירתו של סטטוס זה ובהסדרת... היקף הזכויות והחובות המגבשות אותו" (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 783; להלן – פרשת אפרת). אכן, הקשר המשפחתי, והגנה עליו ועל מרכיביו הגרעיניים (בני הזוג וילדיהם), מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחיייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

33. בבג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו בדונו בשאלת התרת נישואין של יהודים ישראלים שנישאו בחו"ל, חוזר הנשיא ברק (כתוארו אז) על תפיסתו כי הזכות לנישואין הוכרה כחלק מן הזכות החוקתית לחיי משפחה, (פסקה 47 לפסק הדין):

"מסקנה זו מתחזקת לאור תפיסתנו את כבוד האדם של כל אחד מבני הזוג. הנכונות להכיר בתוקפו של סטטוס שרכשו יהודים – אזרחי המדינה או תושביה - בחסותו של דין זר שאינו נוגד את תקנת הציבור בישראל מתחזקת נוכח ההכרה במעמדה של הזכות לנישואין ולחיי משפחה ולנוכח החובה בדבר כיבוד התא המשפחתי. אכן, "אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי... התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם" (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם); פסקה 32 לפסק דיני; ראו גם פ' שיפמן "על תחליפי גירושין תוצרת בית המשפט האזרחי" ספר לנדוי 1607, 1608 (כרך ג', תשנ"ה))."

34. בבע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית דן בית המשפט בשאלת מעמדה של בת-זוג נוצריה שנישאה בחו"ל ליהודי לצורך חוק הירושה. בפסק דין זה חוזרים השופטים ברק ורובינשטיין על זכות הנישואין כזכות חוקתית. השופט רובינשטיין אף מציין מפורשות את הצורך במציאת פתרון ראוי לפגיעה החוקתית בזכות זו במציאות הנוכחית בה אין אפשרות להינשא בישראל בנישואין אזרחיים:

"כאמור, אף לדידי אין מקום לגלגול נוסף של תיק זה עצמו. אכן אודה ולא אבוש, כי נישואי התערובת, עניין כאוב מימות עולם ... **אך בודאי אין בכך כדי לפגוע בזכויות אדם של כל אדם באשר הוא, ובהן הזכות לנישואין**, ואף אין להתעלם - כאמור - ממצאות ישראלית שבה רבים אין בידם להינשא כדין; כך, למשל, טרם נמצא פתרון גם לחסרי דת זכאי שבות (ראו מ' קוריאנאלדי, דיני אישים, משפחה וירושה - בין דת למדינה, 285-286). מסופקני אם הדרך של עצימת עיניים כלפי קיומם של הקשיים הללו היא הדרך להיאבק בנישואי תערובת, שהרי נוצרה מציאות עובדתית ומשפטית במהלך השנים, שבית המשפט המחוזי בתיק דנא נדרש אליה בסופו של יום." [ההדגשה אינה במקור].

35. העדר יכולת מוחלט להינשא במדינת ישראל, וכך להקים תא משפחתי המוכר באופן רשמי על ידי המדינה, מהווה פגיעה אנושה בזכות לנישואין. זוהי הפגיעה המתקיימת לגבי כל חסרי הדת, הנעדרים כל אפיק חוקי להינשא בישראל. לא זו אף זו. פגיעה זאת נעשית – על פי הגדרה – בשל דתם (או העדרה) ובכך נמנעת מאנשים אלה זכות יסוד בשל מאפיין בסיסי של חייהם שלא היה נתון לבחירתם אלא נכפה עליהם. הבחנה זאת על פי העדר דת מהווה פגיעה אנושה בכבוד, שכן יש בה מימד עמוק של השפלה.

36. אם יטען הטוען כי חסרי דת יכולים לבוא בברית הזוגיות, והדבר מהווה תחליף ראוי ומידתי לנישואין עבורם, נאמר כי ברית הזוגיות אינה פתרון מידתי לפגיעה בזכות לנישואין. ראשית, כפי

שהובהר לעיל, ברית הזוגיות אינה מאפשר זכויות זהות לנישואין. שנית, אין ודאות מה יהא הסטאטוס של זוגות הבאים בברית זוגיות כלפי מדינה זרה. אלו, בצד הפגיעה העמוקה בכבודם של חסרי הדת הנובעת מהצורך להצהיר שאינם יהודים (!) ולהיות מכורים שלא יהודים על ידי הרבנות האורתודוקסית כדי לבוא בברית הזוגיות – הופכות את ברית הזוגיות במתכונת שחוקקה הכנסת לפתרון בלתי מידתי בעליל.

37. נוסף על כך, חוק ברית הזוגיות מאפשר פתרון, חלקי ביותר כאמור, רק לשני חסרי דת. משמעות הדבר היא שחסר דת מוגבל בבחירת בן/בת זוג רק לחסר דת אחר/ת. דבר זה מהווה כמובן פגיעה חמורה באוטונומיה של הפרט: התערבות ממשלתית בוטה ביכולתו של הפרט להכריע בבחירות האישיות ביותר בחייו- בחירת בן/בת זוג. שהרי ה"פתרון" המוצע לחסרי דת קיים רק בתנאי שיבחרו בן זוג חסר דת נוסף. זוהי פגיעה חמורה בזכות לחירות האישית.

38. בפרשת בני הזוג נחמני בה התחבט בית המשפט בין זכותה של אם להורות לבין זכותו של האב להימנע מכך, התייחס בית המשפט לשאלת היקפה של הזכות לכבוד ולחירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופטת שטרסברג כהן קובעת כי הזכות להקמת משפחה מהווה חלק מהזכות לחירות:

"בעקרון, האוטונומיה להקמת משפחה, לתכנון משפחה, ולהולדת ילדים היא תחום של צנעת הפרט. חירותו של אדם כוללת את חירות ההחלטה העצמאית בענייני נישואין, גירושין, הולדה, ובכל נושא אחר מתחום צנעת הפרט והאוטונומיה של הפרט". [ההדגשה אינה במקור]
ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני פ"ד מט(1) 483, סעיף 7 לפסק הדין.

39. העדר נישואין שלא על פי השתייכות דתית יוצר אפוא פגיעה בזכות היסוד לחירות אישית שכן אדם אינו רשאי לבחור את בן/בת הזוג כרצונו אלא רק על-פי הדת אליה משתייך אותו אדם. הפגיעה הינה כפולה: נפגעים חסרי הדת שאינם יכולים לבחור להינשא עם מי שליבם חפץ, ונפגע אף בן/בת הזוג של חסר דת שאינו יכול לבחור להינשא לבחיר/ת ליבו רק בשל (העדר) דת/ה.

יוטעם כי העדר חופש בחירה בנישואין פוגע כמובן בכל אדם בישראל ולא רק בחסרי דת, שכן כל אדם מוגבל על פי החוק לבחירת בני זוג רק מאותה דת שהוא משתייך אליה. ההבדל בין קבוצת חסרי הדת לשאר אזרחי ותושבי המדינה היא בכמות האנשים שנפגעים, ובעוצמת הפגיעה החוקתית. חסרי הדת מהווים קבוצה המונה כשלוש מאות אלפי בני אדם שאינם יכולים להינשא כלל במדינת ישראל, ועל כן סובלים מפגיעה במספר זכויות יסוד, לא רק החירות האישית וחופש הדת, אלא פגיעה בזכות לנישואין וחיי משפחה שפורטה לעיל וכן הזכות לשוויון שתובא להלן.

פגיעה בשוויון

40. כל בני זוג שאינם נמנים על אותה עדה דתית מוכרת או שאינם מוכרים עלי ידי העדה הדתית אליה הם שייכים או שאינם משתייכים לעדה דתית מוכרת כלל, מופלים לרעה לעומת בני זוג

המשתייכים לעדה דתית מוכרת ויכולים להינשא בארץ. בעוד זוגות אחרים יכולים לממש את זכותם להינשא, לפחות במסגרת הדתית, מנועים המנויים לעיל מלהינשא בארץ. חסרי הדת מוגדרים ככאלה לא על פי דתם אלא מכוח אי השתייכותם לעדה דתית מוכרת ומכוח מגבלה חוקית הקבועה בסימנים 47 ו-51 לדבר המלך ועתה גם בחוק ברית הזוגיות, המעניק לבתי הדין של העדות הדתיות את הסמכות לקבוע מי אינו שייך לעדה הדתית ובכך לחרוץ את דינם של אלה כאזרחים סוג ב' שאינם יכולים להינשא בישראל כלל (אלא רק לבוא בברית הזוגיות בינם לבין עצמם כפי שפורט לעיל). הדרך היחידה הפתוחה בפני חסרי הדת להינשא, בין לבן עדה דתית מוכרת ובין לחסר דת אחר, היא מחוץ לגבולות ישראל, דבר הכרוך בהוצאה כספית, אשר בסופה יוכרו נישואיהם לצורך רישום במרשם האוכלוסין. תקפם של נישואין אלה מבחינה מהותית בישראל טרם נקבע. הוא הדין גם לגבי כל מי שיהדותם אינה מוכרת על-ידי הרבנות הראשית, ולכן אינם יכולים להינשא לפי דתם וכן זוגות המשתייכים לעדות דתיות שונות אשר אינם יכולים להינשא באף אחד מבתי הדין של עדתם כיוון שהדין הדתי אינו מאפשר זאת.

41. כידוע, עקרון השוויון הוא מערכי היסוד החשובים במשפטנו, "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, כז(1) 693, 698). שוויון פירושו מתן יחס שווה לאנשים שאין ביניהם שונות רלבנטית (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35).

42. הטעם לעקרון איסור האפליה הוסבר כך:

"אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם."

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332.

43. בהכרזה על הקמת מדינת ישראל נאמר כי "מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". הכלל הוא כי רק שונות רלוונטית עשויה להצדיק הבחנה בין קבוצות אנשים והיא שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה לעניין זה כבר קבע בית המשפט בפרשת אליס מילר את הדברים הבאים:

הכלל הוא כי שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה. הלוא בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה. כדברי השופט אגרנט בד"נ 10/69 בורנובסקי נ' רבנים הראשיים לישראל ואח' [1], בעמ' 35:

עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים

זאת". אך כתנאי להשגתו של שוויון מהותי חובה לקבוע, שאת עצם הרלוואנציה של השונות, ואת מידתה, יש לבחון, בכל מקרה נתון, בשים לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. לאמור: הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטית (ראה והשווה דברי השופט נתניהו בבג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח' [2], בעמ' 21). עצם קיומו של שוני בין בני אדם אינו מצדיק הבחנה ביניהם. השווה בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח' (להלן – פרשת דנילוביץ [3]), דברי המשנה לנשיא ברק, בעמ' 760-764, ודברי השופט דורנר, בעמ' 782-783. אדרבא, כל אימת שהדבר אפשרי, גם בשונים יש לנהוג בשוויון, תוך התחשבות בהיותם שונים.

(בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94.)

44. השוני בין אנשים, אזרחי ותושבי המדינה, אשר גורם להפליה הינו בדת, או בהעדר דת. גורם זה אינו רלוונטי כלל לנושא הנישואין. מטרת דיני הנישואין והגירושין בישראל הינו להסדיר את הדרכים, המגבלות והזכויות החלות על עריכת נישואין, קיומם וסיומם על מנת לממש את האפשרות של בני זוג לייסד תא משפחתי מוכר על ידי המדינה. לעניין זה ברי שאין כל רלוונטיות לדת או העדר דת ואין נתון זה יכול להוות בסיס להבחנה בין פרטים כך שלחלקם תהא יכולת להינשא ולחלקם לא תהא יכולת כזו. חובתה של המדינה להסדיר נושאים בסיסים הנוגעים לחיים בה, לרבות קיומם של נישואין ואפשרות הקמת משפחה אינה מושפעת ולא יכולה להיות מושפעת מדתם או העדר דת של תושביה ומשום כך ההבחנה בין חסרי דת ואחרים מהווה הפליה בלתי חוקתית.

45. עוד נקבע בבג"ץ אליס מילר על-ידי השופטת דורנר כי הפליה המאששת סטריאוטיפים משפילים מהווה השפלה שיש עמה פגיעה בכבוד על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סיווג אזרחים באופן שלילי כחסרי דת, שעה שהם אינם רואים עצמם ככאלה, אך הרבנות הראשית כופה עליהן הגדרה זו, הגוזרת עליהם באחת שלילת זכותם להינשא והוצאתם מחוץ לקהל, מהווה הפליה המקימה השפלה. הפליה זו אף מאששת סטריאוטיפים משפילים כשמדובר בעולים חדשים שהגיעו לישראל, אותה הגדירו כביתם הלאומי וסבלו לא אחת מניכור והשפלה בארץ מוצאם בשל זהותם היהודית, אולם בהגיעם ארצה הם מוצאים עצמם שוב זרים ומושפלים, בלי יכולת לממש זכויות יסוד כמו הזכות להינשא ולהקים משפחה כשאר האזרחים. לעניין זה יפים דבריה של השופטת דורנר:

לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות. אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. כך, למשל, נפסק כי הפליה לרעה של רשימות קטנות לעומת רשימות גדולות או של רשימות חדשות לעומת רשימות ותיקות פוגעת בעקרון השוויון... עם זאת, פגיעות כאלה בעקרון השוויון, שאף גררו פסילתם של חוקי הכנסת, לא התבטאו בהשפלה, ולכן אף לא היתה בהן פגיעה בכבוד האדם. לא כן הדבר בסוגים מסויימים של הפליה

לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחות כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה... חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם, וכך הוא כאשר אשה מופלית לרעה בשל מינה" (שם, עמ' 132, 133. ראו גם בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד (5) 834, 843; ע"א 4463/04 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136, 191; להלן – פרשת גולן; בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד (4) 26, 46; דורנר, "בין שוויון לכבוד האדם", ספר שמגר: מאמרים 9 (2003)).

(בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94).

46. בבג"ץ 6247/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, הרחיב בית המשפט את ההגנה על הזכות לשוויון במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וקבע כי הזכות לשוויון מוגנת בחוק היסוד לא רק במובנה הצר כאשר היא מביאה לידי השפלה, אלא אף במובן הרחב יותר. זאת, לפי מודל הביניים של הבנת הזכות לכבוד כפוגעת בשוויון ולזכויות ולסיכויים ובמניעת הפליה באשר היא, כפי שקבע הנשיא א. ברק:

אני סבור כי המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין השוויון, הוא מודל הביניים. לדעתי, אין לאמץ את המודל המצומצם. הטעמים לכך הם שלושה: ראשית, עמדת הביניים התקבלה לעניין קביעת תחום התפרסותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע על-פיה, בין השאר, כי את מידותיה החוקתיות של כבוד האדם אין לצמצם אך לעיניניים ולהשפלה (פרשת אדם טבע ודין, עמ' 518). איני רואה טעם לצמצם את היבט השוויון שבחוק היסוד להשפלה בלבד; שנית, ההכרזה על הקמת מדינת ישראל קובעת כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". דברים אלה – גם אם אין בהם מקור ישיר לזכות החוקתית לשוויון (שאלה שכשלעצמה שנויה היא במחלוקת ואשאירה בצריך עיון (ראו פרשנות חוקתית, עמ' 301; פרשת כלל, עמ' 465; פרשת מועצה איזורית חוף עזה, עמ' 769 לפסק דינו של השופט לוי) – בוודאי יש בהם כדי להשפיע על פירושה של הזכות לכבוד האדם ככוללת היבטים של שוויון שמעבר להשפלה וביזוי. אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי זכויות היסוד של האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1); שלישית, התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכז את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של השוויון אשר מבטיחים את התפיסה הראויה הזו של כבוד האדם. . עמד על כך ח' כהן בציניו:

"הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות ובגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות

גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה" (ח' כהן, ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה, עמ' 32).

(פסקה 40 לפסק הדין)

47. לאור דברים אלה, אין עוד ספק כי פגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מתקיימת גם בענייננו. בענייננו מונעת המדינה, כאמור, מקבוצה רחבה באוכלוסייה להינשא אך מטעמי שייכות דתית. המדובר הלכה למעשה בהדרה של חסרי-הדת תוך סיווגם כקבוצה נפרדת בעלת סטיגמה חברתית ותוך פגיעה ביכולתם למימוש ולהגשמה עצמית. בכך מפלה המדינה פרטים אלה, משפילה אותם ופוגעת בזכותם לכבוד.

48. לא זו אף זו, הפגיעה בשוויון יוצרת אף הפליה על בסיס כלכלי. זאת, לאור העובדה שהדרך היחידה לממש בכל זאת את הרצון להינשא היא ביציאה את ישראל וקיום נישואין אזרחיים מחוצה לה. אלא שדרך זו דורשת השקעת ממון. ממון, אשר לאו דווקא מצוי בכיסם של מי שזכותם נפגעה. קבוצת "חסרי הדת" מורכבת בעיקר מעולים שהגיעו לארץ מחבר המדינות. עולים חדשים ממילא מתמודדים עם קשיי שפה, התאקלמות כלכלית וחברתית, השתלבות תעסוקתית ההופכים את חברי הקבוצה לקבוצה מוחלשת. יצירת נטל כלכלי נוסף לפיו, ניתן להשיג סטאטוס של אדם נשוי או אישה נשואה רק בנסיעה לארץ אחרת מטילה על קבוצה זו נטל כלכלי נוסף המהווה אפליה פסולה. לא זו אף זו, עם שובם ארצה, אמנם נרשמים בני-הזוג כנשואים, אולם נישואיהם מוכרים לצורך רישום בלבד. כאמור, אף זוגות, אשר שני בני הזוג נמנים על עדות דתיות שונות או שיהדותם אינה מוכרת על-ידי הרבנות הראשית, מוצאים עצמם מופלים לרעה ונוטלים בנטל כלכלי נוסף, שכן אינם יכולים כלל להינשא בארץ ולצורך רישום כנשואים הם חייבים לנסוע מחוץ לגבולות הארץ, ולשאת בעלויות הכרוכות בכך, על מנת לממש את זכותם החוקתית לנישואים.

הזכות לנישואין במשפט הבינלאומי

49. המשפט הבינלאומי מכיר בכך שלמשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחברה האנושית. המשפחה נתפסת בתור "היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה והיא זכאית להגנה מטעם החברה והמדינה. ביטוי ראשון להכרה בזכות לחיי משפחה כזכות אדם בסיסית ולהגנה על התא המשפחתי ניתן למצוא בסעיף טז להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם משנת 1948 הקובע כדלקמן:

"כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אזרחות או דת. הם זכאית לזכויות שוות במעשה הנישואין, בתקופת הנישואין ובשעת ביטולם"

נוסח דומה מופיע בסעיף 23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות שישראל אישררה :

”(2) הזכות לשאת בן זוג ולכונן משפחה תהיה מוכרת לגבר ולאשה שבגיל הנישואין.

(4) המדינות מתחייבות להבטיח בצעדים אפקטיביים שוויון זכויות ילעניין הנישואין, במשך הנישואין ובפירוקם”
(אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כתבי אמנה 31, 269)

50. זכויות דומות קבועות אף בסעיף 16 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979 CEDAW** שאף היא אושררה על ידי ישראל. סעיף 16 קובע כך :

”1. המדינות שהן צד באמנה ינקטו כל האמצעים המתאימים כדי לבטל אפליה נגד נשים בכל העניינים הנוגעים לנישואין וליחסי משפחה, ובמיוחד יבטיחו, על בסיס של שוויון בין גברים ונשים :
(א) זכות שווה להתקשר בנישואין ;
(ב) זכות שווה לבחור בן זוג באורח חופשי ולהתקשר בנישואין אך ורק בהסכמתן, חופשית ומלאה ;
(ג) זכויות וחובות שוות במשך הנישואין ובעת פירוקם ;”

51. ישראל הצטרפה לשתי האמנות האמורות תוך הסתייגות מהסעיפים המגנים על הזכות לנישואין ולחיי משפחה, תוך שהיא מכפיפה את תחולתם של סעיפים אלה לדין הפנימי שלה. וזו לשון הסתייגותה של ישראל לסעיף 16 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה :

”מדינת ישראל מסתייגת לגבי סעיף 16 לאמנה במידה שדיני המעמד האישי המחייבים את העדות הדתיות בישראל אינם תואמים את הוראות אותו סעיף”

הסתייגות בעלת תוכן דומה מתייחסת, כאמור, אף לסעיף 23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. משמעותן של הסתייגויות אלה היא כי במקרה של התנגשות בין דין העדה הדתית ובין הוראות האמנה, דין העדה הדתית גובר.

52. על פי כללי משפט בינלאומי, כאשר אין באמנה ספציפית מנגנון המסדיר בחינת תוקפן של הסתייגויות, חל סעיף 19 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות :

“Article 19

Formulation of reservations

A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

- (a) the reservation is prohibited by the treaty;
- (b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or

(c) in cases not falling under sub-paragraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty”.

(Convention on the Law of Treaties , <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> Vienna ULR.)

הסעיף מתיר למדינה להסתייג מהוראותיה של אמנה אליה היא מצטרפת ובלבד שהסתייגותיה עומדות בתנאים האמורים: ההסתייגות אינה אסורה לפי האמנה, ההסתייגות אינה נופלת בגדר הסתייגות ספציפיות שהאמנה אוסרת עליהן, ההסתייגות אינה מנוגדת למטרת האמנה.

53. במקרה שלפנינו נראה, כי הסתייגותיה של ישראל מן האמנות ונוהגה על פי הסתייגות אלה אכן מהווים פגיעה בזכות לנישואין ולחיי משפחה. עמד על כך ד"ר יובל מרין ("הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תל אביב, תשס"ה – 2004), בעמ' 717). באומרו כי:

”... מכיוון שהאמנות שדנו בהן אוסרות הפליה על בסיסי מין, לאום, גזע ודת ביישום הזכות לנישואין, יש לפרשן כאוסרות, באופן עקיף, החלה בלעדית של דין דתי בענייני נישואין וגירושין.” יישומן של הוראות האמנות מצריך הענקת זכות לנישואין ללא הפליה מכל סוג שהוא. משום כך יש לפרש את הדיבור לנישואין שבאמנות שהוזכרו לעיל כמתייחס לנישואין אזרחיים.”

בדעה דומה החזיק פרופ' אמנון רובינשטיין (א' רובינשטיין, ב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה חמישית, תל-אביב, 1996) 197. הגורס כי הדין הנוהג בישראל מגביל את הזכות להינשא בניגוד לאמור באמנות הבינלאומיות:

”... ברורה כוונתן של ההכרזה [לכל באי עולם בדבר זכויות אדם] ושל האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות: לשחרר את הזכות לנישואין מהפליית גזעיות, לאומיות ועדתיות. המשפט הישראלי מפר מטרות אלו לא רק בשוללו את זכות הנישואין מקבוצות דתיות מסוימות, אלא גם בהגבילו אותה מטעמי דת. ... כשזכות נישואין נשללת מאדם אך ורק משום שנולד לאם לא-יהודיה, מופרת זכותו לשוויון על-פי האמנה.”

54. אף וועדת האו"ם המפקחת על האמנה לביעור האפליה נגד נשים קבעה לאחרונה כי "הוועדה עודה מוטרדת מכך שהמדינה החברה ממשיכה לאחוז בהסתייגותיה לסעיפים 7(ב) ו-16 של האמנה. עמדת הוועדה כי ההסתייגות לסעיף 16 אינה קבילה וכי היא עומדת בסתירה לנושא האמנה ומטרתה. הוועדה קוראת למדינה החברה להנהיג מערכת אופציונאלית של נישואין וגירושין אזרחיים שתעמוד לרשות המעוניינים בה. (סעיף 49 להמלצות הוועדה).

מדריך האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה (1979) אשר נכתב ע"י פרופ' רות הלפרין קדרי ועו"ד תמר מגידו המביא תרגום של המלצות הוועדה באנגלית מצורף ומסומן כנספח ז ההמלצות מופיעות בנוסחן האנגלי ב:

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>

55. הפגיעה בזכות לנישואין ולחיי משפחה עומדת בנוסף לאמנות שהוזכרו לעיל, בסתירה לסעיפים 2 ו- 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, המעגנים את הזכות לשוויון.

סעיף 2(1) לאמנה זו קובע כי :

"כל מדינה שהיא צד באמנה זו מתחייבת לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוט את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או כל מעמד אחר"

סעיף זה חל על כל הזכויות המנויות באמנה. על כן הסתייגותה של ישראל לסעיף 23 הפוגעת בזכות לנישואין על בסיס דת, מין או מעמד אחר - מפרה אף אותו.

56. אף סעיף 26, המבטיח הגנה בפני החוק מופר על ידי ישראל בהסתייגותה. וזו לשונו של סעיף 26 :

"כל בני אנוש שוים בפני החוק וזכאים, בלא כל הפליה, להגנה שווה מטעם החוק. לענין זה יאסור החוק כל הפליה ויבטיח לכל בני אנוש הגנה שווה ויעילה בפני כל הפליה, במיוחד בשל טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או מעמד אחר"

כאשר מונעת ישראל מחלק מאזרחיה להינשא מטעמי דת ומקבוצת חסרי הסיווג הדתי בשל היותה לא מוגדרת על בסיס דתי, הרי שהיא פוגעת בהגנה השווה והיעילה שהתחייבה להעניק להם בפני החוק.

57. על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי שמדינת ישראל נטלה על עצמה לקיימו, על המשיבים לנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי להבטיח הגנה שווה ויעילה על כל הזכויות המנויות ומוקנות באמנות זכויות האדם. ממשלת ישראל שהיא הגוף המבצע של המדינה, אינה נוקטת בכל אמצעי כדי להבטיח את הזכות השווה של אנשים בישראל ליהנות מהזכות לנישואין, לבחירת בן/בת זוג ולחירות הפרט. למעשה, המצב הקיים הינו של התנערות מוחלטת של ישראל מחובותיה על פי הדין הבינלאומי שהיא לקחה על עצמה.

ההסדרים החוקיים הקיימים אינם שוללים הקמת מערכת נישואין אזרחית

58. לאור העובדה שהזכות לנישואין הוכרה כזכות חוקתית בפסיקה הישראלית וישראל אף התחייבה ואשררה אמנות בינלאומיות בהן התחייבה להגן על זכות זו, הרי שמחובתה של הממשלה למצוא את הדרכים לאפשר לכל אזרחי המדינה לממש את זכותם החוקתית. העותרים יטענו כי במצב החוקי קיימות מספר דרכים בפני הממשלה לקיים חובה זו כלפי אזרחיה. אך ראשית, יש להסיר את הטענה הלכאורית, לפיה קיים הסדר חוקי שלילי אשר אוסר על נישואין בין בני עדות דתיות שונות בישראל. העותרים יטענו כי לא קיים הסדר שלילי שכזה ולמעשה הדין במדינת ישראל לא צפה ולא התייחס כלל למצב זה, ולפיכך פתוחה הדרך של הממשלה לייסד בהתאם לסמכויותיה מנגנון נישואין אזרחיים בין בני עדות דתיות שונות, או בין חסר דת ובעל עדה דתית. להלן פירוט הדברים.

59. סימן 51 לדבר המלך במועצה קובע כי השיפוט בענייני המעמד האישי יהיה מסור לעדות הדתיות. בעת הקמת המדינה בשנת 1948, כאשר אימצה פקודת סדרי השלטון והמשפט את ההסדר המנדטורי בדבר נישואין וגירושין של תושבי המדינה, השתייכו מרבית יושבי הארץ לאחת מן העדות הדתיות ולכן היה באימוץ ההסדר פיתרון לכלל האזרחים. אולם כאמור לעיל, מצב זה שונה לחלוטין היום עם גידולה של אוכלוסיית העולים יוצאי חבר המדינות והיקף הנישואין בין בני עדות דתיות שונות.

60. חוק שיפוט בתי דין רבניים לא שינה באופן מהותי את ההסדר המנדטורי. הוא הרחיב אותו ביחס ליהודים בקבעו שדיני נישואין וגירושין של יהודים יהיו לפי דין תורה. האם קובע סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים הסדר חוקי השולל את תוקפם של נישואי חסר דת ויהודי? אך מובן הוא כי לחסר הדת אין דין אישי ולכן אין מניעה להכרה בנישואיו. אולם האם חל סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים על נישואין אלה בשל העובדה שחסר הדת נישא ליהודיה. הפיתרון לשאלה זו טמון בפירוש המונח "יהודים" שבסעיף 2 הנ"ל. האם מחייב הוא ששני בני הזוג יהיו יהודים ואינו חל על נישואי תערובת, אלא מטפל הוא בנישואי בני זוג שהם שניהם יהודים. או גם אם רק אחד מבני הזוג הוא יהודי חל הסעיף ואז הוא מונע הכרה בנישואין בשל היותם סותרים דין תורה.

61. בסוגיה חשובה זו הייתה נטושה מחלוקת בין פרופ' לבונטין לפרופ' זילברג. לדעת פרופ' לבונטין ניתן להחיל סעיף זה גם כאשר רק אחד מבני הזוג הוא יהודי ועל-כן ניתן לראות בו סעיף האוסר על נישואי תערובת בישראל. אולם לעומתו פרופ' זילברג קבע מפורשות כי החוק חל רק כאשר מדובר בבני זוג אשר שניהם יהודים:

כאן ודאי, ללא ספק ספיקא, המילה "יהודים" פירושה יהודי ויהודיה. שהרי אמר הכתוב וציווה כי נישואיהם וגירושיהם "ייערכו בישראל על-פי דין תורה." ואין אתה יכול לערוך על פי דין תורה נישואין או גירושין של יהודי וגויה"

(זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 365. [ההדגשות במקור])

62. אם אכן חוק שיפוט בתי דין רבניים חל על שני בני זוג יהודים מהו החידוש בסעיף 2 לחוק שהרי דבר המלך במועצה קבע שעל יהודים יחול הדין האישי שלהם הלא הוא דין תורה. על כך משיב פרופ' זילברג:

"ואם ישאל השואל: אם ביהודי ויהודיה הכתוב מדבר-מאי קא משמע לן, ואימתי יכלו אלה להינשא זה לזו כחוק כאן בארץ שלא על-פי דין תורה? אף אתה ענה לו: יהודים סתם נאמר כאן, הווה אומר: אפילו יהודים זרים, ולגבי אלה יש חידוש בהוראה הנ"ל. קודם לכן יכלו, למשל זוג יהודים בריטיים להינשא זה לזו בטכס נישואין אזרחי בפני לא היה פגם בכשר להכיר בתקפם של נישואין אלה לפי תקנה 3 ותקנה 4 (ב), של תקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות), 1922. בא סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים וביטל את האפשרות הזאת. מעתה, לא יוכל איפוא בית משפט אזרחי להכיר בתוקפן של הנישואין הנ"ל, מכיוון שבני הזוג שניהם יהודים, והנישואין לא נערכו על-פי דין תורה."

63. פרופ' שאווה קיבל את דעתו של פרופ' זילברג, כי סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים חל רק כאשר שני בני הזוג הם יהודים. (מ. שאווה, **הדין האישי בישראל**, כרך שני, עמ' 602-594). הוא מבסס את דעתו על כמה נימוקים. נימוק פרשני לפיו רבים כולל את היחיד כאשר הוא מאותו הסוג או אותו המין של הרבים. לכן יהודים הכוונה גם לגבר וגם לאישה שהם יהודים. נימוק ענייני: אם נאמר שסעיף 2 חל גם כאשר מדובר בבן זוג יהודי אחד בלבד נקבע למעשה שלבית הדין הרבני יש סמכות לכפות את דיני ישראל על מי שאינו מזרע ישראל. יתרה מכך, לו סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים היה חל על בני זוג מעורבים שאחד מהם יהודי הרי בבוא בית משפט אזרחי לדון על פי דין תורה בתוקף נישואיהם שנערכו בישראל היה מכריז שבני הזוג פנויים ואז כיצד להסביר הוראתו של המחוקק שגירושיהם יערכו בישראל לפי דין תורה. (ראו: מ, שאווה, הדין האישי בישראל, שם.)

64. לאור האמור לעיל, חוק שיפוט בתי דין רבניים אינו חל על בני זוג אשר אחד מהם יהודי והשני חסר דת ולכן אינו מונע הכרה בנישואין אלה. אולם נותרה השאלה מכוח איזו הוראה חוקית ניתן להכיר בנישואין אלה. סימן 47 לדבר המלך מסמיק את בתי המשפט האזרחיים לדון בענייני המעמד האישי ולפסוק "בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנה שיחוקקו או שיוחלו בעתיד, ובנתון לכך בהתאם לדין האישי המתאים"

65. פרופ' מ. זילברג הביע את תמיהתו על כך שמחוקק דבר המלך לא נתן דעתו על בעיה זו:

"נחמא פורתא אפשר למצוא בכך שהיא אינה הבעיה היחידה, ויש לבקר קשות את מחברי דבר המלך, על שמרוב התעסקות בענייני חלוקת הסמכויות, הם כמעט שכחו לגמרי להסדיר גם את החוק הסובסטנטיבי של המעמד האישי. אין אני מתכוון להסדר כללי, טריטוריאלי-יודע אני, מה מנע אותם מכך-אלא להסדר סובסטנטיבי, חלקי לפחות, של הבעיות הבינלאומיות או בין דתיות"

(מ. זילברג, **המעמד האישי בישראל**, עמ' 40).

66. פרופ' רובינשטיין התייחס לשאלת תוקפם של נישואין בין מוסלמי ויהודיה, כאשר הדין המוסלמי מכיר בנישואין אלה והדין העברי אינו מכיר, וקובע:

"בהיעדר דין נישואין כללי קשה לומר מה מצבו של המשפטי של זוג זה, האם הוא נשוי אם לאו."

א. רובינשטיין, הזכות לנישואין, עיוני משפט ג' (תשל"ג), 440.

עיננו הרואות כי אנו נמצאים במצב משפטי בו אין דין נישואין כללי המכריע סוגיה זו. נראה כי ההסדר העות'מאני אשר ירש המנדט ואומץ על ידי המדינה עם הקמתה היה בגדר צילום מציאות חברתית שבה בני העדות הדתיות השונות נישאו בינם לבין עצמם. השלטון העותמאני לא נדרש לשאלת נישואיהם של בני עדות דתיות שונות וחסרי דת, ולכן לא נקבע דין סובסטנטיבי בעניין. אולם, כיום במדינת ישראל, כאשר מאות אלפי אזרחים אינם יכולים להינשא אם בשל היותם חסרי דת ואם בשל העובדה שהם נישאים לבני עדה דתית אחרת, ולאור העובדה שהזכות להינשא מוכרת כזכות חוקתית מוגנת מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הרי שעל בית המשפט לפרש את החוק באופן שיתאים לחוק היסוד וישלים את החסר בדין הסובסטינטיבי באופן ההולם את תכלית דיני המשפחה ומימוש הזכות החוקתית להינשא ולהקים משפחה.

כפי שלא קיים חוק המסדיר נישואין אזרחיים, הרי שגם לא קיים איסור כללי על נישואין בין יהודי ושאינו יהודי או בין חסר דת לבעל דת. בהיעדר קיומו של דין נישואין כללי המאפשר לקבוע את דינם של בני-זוג בעלי דין דתי שונה, הרי שעל ממשלת ישראל לקבוע באמצעות הסמכות המנהלית המסורה לה בפקודת הנישואין והגירושין (רישום) כי נישואים אלה תקפים כנישואים אזרחיים. מסקנה זו מתבקשת על פי מכלול הזכויות החוקתיות: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגן את זכות הנישואין כזכות יסוד ואת הזכות לחירות ובכלל זאת הזכות לבחור את בן הזוג עימו מקימים משפחה. בהיעדר מניעה מהותית בדין מחובתה של הממשלה להכיר בנישואין אלה כנישואים תקפים אשר ירשמו כנישואים אזרחיים.

למשיבה סמכות להסדיר נישואין אזרחיים

67. העובדה שאין הסדר חוקי הקובע דין מהותי בדיני נישואין במדינת ישראל המונע הכרה בנישואין של חסרי דת עם יהודים, מחייבת את הממשלה ואת שר הפנים לאפשר לאזרחים לממש את זכותם החוקתית לנישואין שהיא זכות ברורה ומוכרת בחקיקה.

68. למשיבה סמכות ואחריות להגן על אזרחי ותושבי המדינה מפני הפרות בזכויות היסוד שלהם, כמו גם לממש את זכויות האדם שלהם על פי המשפט הבינלאומי. עומדות למשיבה יכולות נרחבות לעשות זאת, וביניהן קביעת הסדר לרישום נישואין אזרחיים העולה בקנה אחד עם החוק כפי שהוא היום במדינת ישראל. למשיבה כמובן גם דרכים אחרות להגן על זכויות האדם והיסוד

להינשא, וזאת על ידי קידום חקיקה ראשית שתקבע הסדר נישואין אזרחיים, הצטרפות לתמיכה בחקיקה פרטית כזו. עד כה בחרה המשיבה במודע להתעלם מחובתה החוקית לפעול באופן שיממש את זכויות היסוד ולקבוע הסדרים אשר יגשימו את זכויות היסוד. להלן יפרטו העותרים שיטה אחת אפשרית להסדרת נישואין אזרחיים, שיטה אשר לא תחייב את המשיבה לשנות את החקיקה במדינת ישראל שכן היא עולה בקנה אחד עם האמור בדין כיום.

69. כאשר הדין האישי של בן - זוג אחד מכיר בנישואין ושל השני שולל אותו על הממשלה לבחור את הדרך שתאפשר את מימושה של הזכות לנישואין ולא תשלול אותו. אשר על - כן באין דין מהותי השולל הכרה של נישואין בין יהודי/יה לחסר/ת דת על הממשלה להקים רשות רישום נישואין מכוח סמכותה בפקודת הנישואין והגירושין (רישום) אשר תרשום נישואין אלה כנישואים אזרחיים. על נישואים אלה יחולו כל הדינים המהותיים אשר כבר קיימים היום ביחס לדיני המשפחה כפי שיפורט להלן.

70. גישה זו למצב החוקי הקיים היום עולה בקנה אחד עם גישתו של בית משפט לצורך לפרש את החוקים הקיימים באופן העולה בקנה אחד עם השיטה המשפטית והחובה לקיים זכויות יסוד. בשורה של פסקי דין דן בית משפט זה בצורך לפרש חוקים לאור פרשנות תכליתית ההולמת את ערכי השיטה כך שלא יביאו לפגיעה בזכויות חוקתיות. כך, בבג"ץ 9098/01 גניס נ' **משרד הבינוי והשיכון** פ"ד נט(4) 241 קבע בית המשפט כי יש לפרש את סעיף 20 לחוק ההסדרים באופן שאינו קובע בטלות רטרואקטיבית של חוק הלוואות לדיור (תיקון מס' 5) התשס"א-2001, וזאת בשל פגיעה בזכותם הקניינית של העותרים. לדברי השופט חשין עמידה על תכלית החוק מובילה למסקנה כי הבטלות הרטרואקטיבית אינה חלה על אנשים שהסתמכו על החוק המקורי ושינו את מצבם בעקבותיו, זאת למרות שמבחינה לשונית-מילולית ברי לחלוטין שסעי' 20 ביקש להחיל את עצמו בצורה גורפת. לעמדה זו מצטרף, כאמור, הנשיא ברק המשרטט בפסק דינו את גבולות הפרשנות:

"...לא פעם נקט שיטה זו עצמה בית המשפט העליון שלנו, אשר צמצם או הרחיב את לשונו של החוק כדי להגשים את עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית... אכן, מעשה החקיקה בכלל והוראות חוק יסודיות בפרט אינם מעשה חד-פעמי המנותק מההוויה הכללית. החוק קורם עור וגידים במסגרת שיטה פוליטית ומשפטית נתונה. הוא מהווה לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט, המהווים 'מושכלות ראשונות של אותה חברה'..."

(פסקה 11 לפסק דינו של השופט ברק) [ההדגשה הוספה]

וכן קבע המשנה לנשיא השופט שלמה לוי (כתוארו אז) בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 154:

"חוקים לא חוקקו בחלל ריק. הם מהווים חלק משיטה אינטגרטיבית הכוללת עקרונות יסוד. חזקה עליהם שהם חוקקו בגדר עקרונות אלה ושהם נועדו להגשימם... חזקה עליהם שהם פועלים כדי להגשים צדק ושוויון ושיישומם ימנע תוצאות שאינן מתיישבות עם תקנת הציבור." (פסקה 9 לפסק הדין)

71. לאור העובדה, שחוק ברית הזוגיות לא חל על נישואי יהודיה וחסרת דת. ובעניינם של אלה חל כאמור דבר המלך במועצה אשר אינו מונע הכרה בנישואין אלה כנישואים אזרחיים תוך שימוש בסימן 47 לדבר המלך במועצה. הרי שלאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אשר עיגן את הזכות לנישואין כזכות יסוד על הממשלה לפרש את סימן 47 באופן ההולם את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולהכיר מכוחו בבני זוג אלה כנישואים.

המסגרת החקיקתית-מהותית לדיני הנישואים האזרחיים

72. איזו מערכת דינים תחול על בני זוג שלא חל עליהם דין דתי אחד ואינם כפופים לעדה דתית אחת מוכרת? אמנם ספר החוקים הישראלי אינו כולל מערכת סדורה של דיני נישואין, אך במרחביה של החקיקה הישראלית פזורות הוראות חוק רבות הנוגעות למוסד הנישואין, כשירותו והשלכותיו על זכויות בני הזוג וחובותיהם. הוראות חוק אלו יוצרות תשתית נורמטיבית מהותית למוסד הנישואין האזרחי, המאפשרות לממשלה לרשום נישואין אזרחיים בהתבסס על חוקים אלה.

73. בין הדינים הרבים היוצרים את התשתית המהותית של דיני הנישואים מצויים דינים הקובעים את כשירות בני הזוג להינשא זה לזה. כך לדוגמה חוק גיל הנישואין, התשי"י – 1950 אשר קובע גיל מינימום לנישואין וחוק העונשין התשל"ז – 1977 הקובע בסעיפים 175 – 183 כי ביגמיה היא עבירה פלילית, שבצדה עונש מאסר.

74. בצד דיני הכשירות לנישואין, מצויים בדין הישראלי דברי חקיקה רבים המסדירים את זכויות בני הזוג וחובותיהם זה כלפי זה במהלך הנישואין ואת הזכויות להן הם זכאים מצדדים שלישיים, כדוגמת רשויות המדינה, עקב נישואיהם. בהקשר זה ניתן להזכיר את חוק יחסי ממון בין בני זוג התשל"ג-1973 (להלן: "חוק יחסי ממון") המסדיר את זכויות הקניין של בני הזוג במהלך נישואיהם וקובע כי אלא אם קבעו בני הזוג אחרת, הרי ש"אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקניינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני" (סעיף 4 לחוק יחסי ממון). בן זוג נשוי נכלל בגדר בני המשפחה, להם תינתן עדיפות בעת מינוי אפוטרופוס לאדם, בהתאם להוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב – 1962.

75. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 קובע את סמכות ההורים ותפקידם ביחס לילדיהם הקטינים. כך סעיף 14 לחוק קובע כי ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים. סעיף 18 לחוק קובע כי בכל עניין הנתון לאפוטרופוסים חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה. סעיף 22 קובע מהי האחריות של ההורים כלפי הקטין. סעיף 24 לחוק עוסק בהסכם בין הורים החיים בנפרד וסעיף 25 מסמיך את בית המשפט לקבוע הסדר במקרה שאין הסכם בין ההורים.

76. החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959 (להלן: חוק המזונות) קובע בסעיף 2 שבו:

(א) אדם חייב במזונות בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה.

(ב) אדם שאינו יהודי או מושלמי או דרוזי או חבר אחת העדות הדתיות המפורטות בתוספת הראשונה לפקודת הירושה, או שלא חל עליו דין אישי, חייב במזונות בן-זוגו, והוראות חוק זה יחולו על מזונות אלה"

במקרה זה אנו רואים כי חוק המזונות קובע הסדר חוקי אזרחי עבור מי שאינו משתייך לדין הדתי. סוגיית המזונות אף עוגנה בפסיקתו של בית המשפט העליון, אשר הרחיב אותה והחיל אותה אף על זוגות בני אותה העדה הדתית שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל (רע"א 825/99 פלונית נ' פלוני פ"ד נח(2), 213).

77. לבסוף, החוק הישראלי אף מסדיר מפורשות את דרך התרתם של נישואין, גם כאלו שלא נערכו במסגרותיה של עדה דתית מוכרת. עניין זה מוסדר מפורשות בחוק השיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק התרת נישואין").

78. לעניין חוק התרת נישואין יצוין, כי בצד הגדרת הליכי התרת הנישואין מתייחס החוק מפורשות לעילות ההתרה. החוק קובע כי הסכמת בני הזוג להתרת נישואין לעולם תהא עילה מספקת להתרה וכי בהעדר דין אשר חל על שני בני הזוג רשאי בית הדין לדון בהתרה לפי הדין הפנימי של מקום מושבו של אחד מבני הזוג כפי שיראה לו צודק בנסיבות העניין. בהקשר זה נציין כי גם בית המשפט העליון בבג"צ 2232/03 הנזכר לעיל, קבע כי התפרקות חיי הנישואין והעדר הסיכוי לשיקומם יכולים להוות עילה מספקת להליכי גירושין (וראה פסקאות 36 ו-37 לפסק דינו של הנשיא ברק).

79. בצד הסדרת הליכי התרת הנישואין, קובע דבר המלך במועצה סמכות לבית המשפט המחוזי לדון בענייני המעמד האישי, מקום בו אין לבית הדין הדתי סמכות לעשות כן. סמכות זו, כהגדרת דברי המלך במועצה, כפופה לכל חקיקה ראשית ומשנית, אשר חוקקה לאחר חקיקת דברי המלך. אשר על כן, סמכות זו נתונה כיום לבתי המשפט לענייני משפחה בהתאם לחוק התרת הנישואין.

80. הנה כי כן, החוק הישראלי מניח בסיס איתן לדיני הנישואין, אף אם אלו נערכים שלא באמצעות מוסדותיהן של העדות הדתיות המוכרות ולא תחת חסות הדין הדתי. אכן, בסיס זה בנוי מ"לבנים" הפזורות בין דברי חקיקה שונים, אך אין בכך כדי לסתור את דבר קיומו של דין נישואים מקיף שמקורו בחקיקה האזרחית.

81. בנוסף, מן הראוי להזכיר את קביעתו של בית המשפט בבג"ץ 2232/03 ולפיה עומדים לבית המשפט הכלים לפתח דיני משפחה אזרחיים הנוגעים לזכויות ההדדיות בין בני הזוג, במקום בו קיים חסר בחקיקה, וכדברי הנשיא (בתוארו אז) ברק:

הזכויות ההדדיות בין בני הזוג – סטאטוס הנישואין "כלפי פנים" – נדונות בבית המשפט האזרחי. מהו הדין על פיו ידון בית המשפט האזרחי? התשובה לשאלה זו מורכבת היא. יהא על בתי המשפט האזרחיים לפתח דיני משפחה אזרחיים אלה. הבעיה לא מתעוררת בפנינו. די אם אציין כי המשפט האזרחי הישראלי כולל כלים משפטיים אשר בעזרתם ניתן לפתח דינים אלה. בראשם עומד המכשיר החוזי בכלל ועקרון תום הלב בפרט. [הדגשות לא במקור].

המסגרת הפרוצדוראלית להסדרת הליכי הנישואים האזרחיים

82. כמצוין לעיל, בצד ההגנה החוקתית על הזכות להינשא ולקיים חיי משפחה והדין המהותי המסדיר את יחסי הנישואין גם מחוץ למסגרות העדה הדתית, כוללת החקיקה הישראלית הוראות פרוצדוראליות שעניינם הסדרת אופן כינונם של נישואין שלא באמצעות העדות הדתיות וכן את אופן פירוקם.

83. כך, פקודת הנישואין והגירושין (רישום) עוסקת בהוראות לרישום נישואין וגירושין. הפקודה קובעת הוראות כיצד על הרשות הרשומת לרשום את הנישואין. בהגדרת הרשות הרשומת, מצוינת במפורש האפשרות לקיומה של רשות רישום לנישואין אזרחיים ואת חובותיה מבחינה פרוצדוראלית. סעיף 2 לפקודה קובע כי:

"הרשות הרשומת" פירושה הפקיד המסדר את הקידושין, אם היו הנישואין נישואין אזרחיים, האימם, בנישואין לפי דת האיסלם, הכומר בנישואין לפי דת הנצרות, הרב, בנישואין לפי דיני ישראל והשיך של השבט, בנישואין לפי דת הדרוזים.

כשתקבע הממשלה כי תוקם רשות נישואין אזרחית, הרי שבמסגרת סמכותה השיורית של הרשות המבצעת תוכל היא לקבוע את ההיבטים הטקסיים-פרוצדוראליים של הרישום, שאינם מוסדרים מפורשות בחוק. וכך בדומה, חוק התרת נישואין מסדיר את ההיבטים הפרוצדוראליים של התרת הנישואין בצד ההיבטים המהותיים. חוקים אלה משלימים את רמת החקיקה הפרוצדוראלית ביחס לנישואין שלא באמצעות ממסדי העדות הדתיות המוכרות, לטובת אותם בני זוג המנועים מלהינשא באמצעות אותם הממסדים.

84. החקיקה הקיימת אינה אוסרת על התקנת תקנות מכוחם יוחל הסדר לרישום נישואין אזרחיים. כך, סימן 47 לדבר המלך במועצה קובע כי:

בכפוף להוראות חלק זה של דבר מלך זה יהא לבתי המשפט האזרחיים גם שיפוט בענייני המעמד האישי, כמוגדר בסעיף 51 של אנשים בישראל, בשיפוט זה ישתמשו בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנות שיונהגו או יוחקו להבא, ובכפוף לאלה, לפי הדין האישי החל. [ההדגשה אינה במקור]

85. סימן 47 לדבר המלך במועצה מאפשר להעניק את סמכות השיפוט בענייני המעמד האישי לבתי משפט אזרחיים, וזאת מכוח חוק פקודה או תקנות. הדין האישי יוחל בכפוף להסדרים שיקבעו.

86. סימן 3 (3) לדבר המלך במועצה קובע:

(III) כל מקום שדבר מלך זה או כל פקודה מקנים סמכות להתקין תקנות או להוציא צווים, הרי אם אין נראית כוונה הפוכה מזו, רואים את הסמכות כאילו היא כוללת סמכות לבטל, לתקן או לשנות את התקנות או הצווים, כשהיא ניתנת לשימוש באותו אופן וכשהיא כפופה לאותו אישור ולאותם התנאים (אם יש כאלה) כדרך הסמכות הראשונה.

סימן 47 אינו מציב תנאים לאישור התקנות, לפיכך נראה כי בידי הממשלה הסמכות להתקין תקנות לעניין סמכות שיפוט בתי-משפט אזרחיים בענייני המעמד האישי.

87. הממשלה אף מוסמכת להתקין תקנות מכוח סעיף 37 לחוק יסוד הממשלה הקובע כי שר הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו. סימן 45 לדבר המלך במועצה מעניק סמכות לשר המשפטים להעניק צווים לעניין בתי משפט נפרדים לאזורי שבטים כמו הנגב. מכאן נראה כי השר הממונה על ביצוע החוק הוא שר-המשפטים. הדבר אף הולם את המצב הקיים על פיו שר המשפטים ממונה על בתי-הדין הדתיים, מכאן ששר המשפטים מוסמך להתקין תקנות המעניקות סמכות לבתי משפט אזרחיים לדון בענייני מעמד אישי כך שיתאפשר לחסרי סיווג דתי, למי שיהדותם אינה מוכרת על ידי הרבנות הראשית ולבני זוג בני עדות דתיות שונות להינשא ולהתגרש על פי דין אזרחי.

88. סיכומו של דבר: לממשלה סמכות להורות על הקמת רשות רישום נישואין אזרחיים. אין דבר בחקיקה הנוכחית האוסר על הקמת רשות שכזו ולממשלה סמכות מפורשת בחקיקה לעשות זאת. משכך, חובתה לעשות שימוש בסמכותה על מנת ליצור הסדרים שיפסיקו את הפגיעה האנושה בזכויות יסוד המתרחבת והולכת.

89. עוד יוטעם כי הממשלה כמובן רשאית לקדם הסדר נישואין אזרחיים לחסרי דת בדרכים אחרות העומדות לרשותה, כגון קידום חקיקה ראשית. אולם אין היא רשאית להמשיך להפר את חובתה המינהלית, חובת הנאמנות שלה כלפי אזרחיה וחובותיה לממש את זכויות היסוד לנישואין, לכבוד האדם ולחירות.

90. כיום המשיבה מוסיפה לפגוע בזכויות אלו בעצם אי קביעת מנגנון נישואין אזרחיים. קביעת מנגנון כזה מתחייבת על פי הדין.

פסיקת בג"ץ עד כה בעניין נישואי חסרי דת ויהודים

91. שאלת ההכרה בנישואי תערובת עמדה בפני בית המשפט העליון בע"א 373/72 **גבי טפר ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח (2), 7. שם ביקשו המערערים יהודי ונוצריה שיכירו בטקס פרטי שערכו ביניהם בטקס פרטי בקיבוץ דליה במסגרת ה-MARRIAGE COMMON LAW. בית המשפט ציין שם כי נישואי תערובת שנערכו בחוץ לארץ מוכרים מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, אולם הוא דחה את האפשרות להכיר ב-COMMON LAW MARRIAGE כמוסד המאפשר הכרה בנישואין שנערכו בטקס פרטי בארץ. עיקר נימוקיו של השופט ויתקון מופנים כנגד מוסד זה אשר מקורו במשפט האנגלי ואינו אלא מוסד דתי מימי הביניים שעבר מן העולם ואינו קיים בשום מדינה אחרת. בית המשפט מבחין בין טקס נישואין פרטי של שני יהודים שהוכר בפסיקה ("א 238/53 **כהן בוסליק נ' היועץ המשפטי** פ"ד ח, 4 וכן בבג"ץ 80/63 **גורפינקל חקלאי נ' שר הפנים** פ"ד יז, 2048) מכיוון שאף לפי ההלכה רואים את הטקס למועיל לבין נישואים של יהודי ומי שאינו יהודי, אשר תביעתם צריכה להיות מופנית אל המחוקק. (בשתי הפרשות דובר בכהן וגרושה שאינם יכולים להינשא מלכתחילה ברבנות הראשית אולם בדיעבד מכיר בית הדין בטקס הפרטי

כאוסר את שני בני הזוג על כל העולם) השופט עציוני אף הוא נימק את דחיית הערעור בכך שאין בית המשפט יכול למלא את מקומו של המחוקק להנהיג נישואין אזרחיים בישראל.

92. בבג"ץ 4058/95 יוסף בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא (3), 876. (להלן: פרשת בן-מנשה) דן בית המשפט בעתירה בה נתבקש להורות לשר הדתות לערוך נישואין אזרחיים בין חסרי עדה דתית מוכרת וכן נישואין בין בני עדות דתיות שונות בשל אי יכולתם להינשא בכל דרך אחרת. עתירה זו נדחתה על ידי השופט ברק בקובעו כי פקודת הנישואין והגירושין (רישום) אינה קובעת דין מהותי אלא עוסקת בהיבט המנהלי בלבד וכי המוסד הראוי לטיפול ולהסדרת הנושא הוא הכנסת ולא בית המשפט. בסוף דבריו מביא השופט ברק דברים שכתב בספרו שיקול דעת שיפוטי, 289, 1987:

"דעתי היא כי על השופט להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה או אי ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולנורמות המשפטיות הנגזרות מהם. על השופט לשאוף לאותו פתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית, או לפחות אינו סותר אותה. לדעתי רצוי להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסות היסוד של הציבור. כך למשל, מוצדקת התאפקות השיפוטית בכל הנוגע לנישואין אזרחיים, שכן עניין זה שנוי במחלוקת חריפה בציבור.

93. יש לשים לב כי פסק הדין בן מנשה קבע כי פקודת הנישואין והגירושין (רישום) אינה כשלעצמה מקור סמכות להתערבות בית המשפט לשם הסדרה של נישואין אזרחיים. אולם אין העתירה – והפסיקה שבעקבותיה – מתייחסות כלל להפרת הזכויות החוקתיות של אזרחי המדינה, ולכך שברבות השנים חוקקה הכנסת מערכת דינים המסדירה את היבטיו המהותיים של מוסד הנישואין: כשירות לנישואין, יחסי ממון, עילות לפירוק וכו', ומערכת דינים המסדירה את הגורם אשר יהא ממונה על הליכי הקמתו של קשר הנישואין והוראות המסדירות את הליכי פירוקו. לצד העובדה שחל שינוי מהותי בנסיבות, וכיום, מאות אלפי אזרחים אינם יכולים להינשא, מכלול זה הוא המקום את חובת הממשלה להסדיר את הנושא ומשמנעת הממשלה מלעשות זאת, על בית המשפט הנכבד להורות לה לעשות כן.

94. בעניין זה מן הראוי להזכיר דברים שנאמרו על-ידי השופט ברק בפרשת גיוסם של בחורי הישיבות בבג"ץ 3267/97 אמנון רובינשטיין ואח' נ' משרד הביטחון. בעתירה זו התייחס בית המשפט לעובדה שמספר עתירות קודמות בנושא אשר הוגשו על ידי עו"ד יהודה רסלר נדחו בשל היות הנושא לא שפית והנה בעתירה של אמנון רובינשטיין החליט בית המשפט לקבל את העתירה:

האם מתיישבת מסקנתנו זו עם פסק־דיננו בפרשת רסלר [1]? דומה בעיניי שהתשובה היא בחיוב. הדגשנו בפרשת רסלר [1] כי "הכמות עושה איכות" (שם, בעמ' 505). מאז פסק־דיננו בפרשת רסלר [1] גדל היקפו של ההסדר, עד שהוא הפך לבעיה לאומית. הוא לא הוצג בפנינו בתור שכזה בפרשת רסלר [1]. עיקר מעייננו בפרשת רסלר [1] היו בעיות המעמד והשפיטות. גופה של הבעיה בדבר גיוס תלמידי הישיבה לא הוצג בפנינו כבעיה לאומית בעלת דחיפות ממדרגה ראשונה. מאז פרשת רסלר [1] גדל מספרם של תלמידי ישיבה ששירותם הצבאי נדחה. שיעור יוצאי הצבא ששירותם נדחה מטעם זה מכלל המתגייסים הלך וגדל. המגמה נמצאת בעלייה, ויש בסיס להניח כי היא תמשיך כך בעתיד.... בשלב

מסוים, הופכת הכמות הגדולה החלה על סוגים נרחבים של יוצאי צבא לאיכות שונה. זאת ועוד: מאז פסק־דיננו בפרשת רסלר [1] **חל שינוי מהותי בתפיסתנו את המבנה החוקתי שלנו. הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים התחזק, והדבר משפיע על פרשנותה של הסמכות שהוענקה בחוק שירות בטחון לשר הביטחון ועל הבנתה של הפסיקה שפירשה סמכות זאת. עוצמתו של הכלל הבסיסי גברה, ועמה המשקל הפרשני שיש לתת לו בפרשנות סמכותו של שר הביטחון. כל אלה מהווים "נסיבות חדשות" המצדיקות פרשנות חדשה לסמכות הישנה. אך יהא עניין זה כאשר יהא, משוכנע אני כי מצב הדברים, כפי שהוא ניצב בפנינו היום, מחייב פתרון חקיקתי מבית מדרשה של הרשות המחוקקת. על רקע מספרם ההולך וגדל של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" המקבלים דחיית שירות צבאי, ולימים פטור משירות צבאי; על רקע הקרע בחברה הישראלית בשאלת דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם"; על בסיס הבעיות המשפטיות והרקע האידאולוגי והחברתי הקשה שבבסיסן, ולאור הצורך לתת להן פתרון לאומי כולל, נדרשת מעורבותה של הכנסת למצוא פתרון לבעיה קשה זו.** 42. הגענו למסקנה כי דחיית שירותם של בחורי ישיבה ש"תורתם אומנותם" כפי שהיא נעשית על-ידי שר הביטחון, אינה כדין."

[ההדגשות הוספו]

(פ"ד נב (5) 481, 530).

בעניין גיוס בחורי הישיבות גדל מספר הפטורים שניתן מ-17,017 בשנות ה-80 ל-28,772 בשנות ה-90. גידול של כ-5% מכלל המתגייסים לכ-8% מכלל המתגייסים. הנשיא ברק קבע כי: "...יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות" (שם, בעמ' 505). בגידול המספרי הוא ראה "שינוי נסיבות ההופך את "ההשלכות החברתיות של ההסדר מרחיקות לכת: נוצר קרע עמוק בחברה הישראלית, תוך תחושה הולכת וגוברת של חוסר שוויון". כל אלו הובילו את בית המשפט לקבוע שנושא גיוס בחורי הישיבות הוא שפיט ואף שיש לקבל את העתירה.

95. בענייננו, מדובר בעלייה הרבה יותר משמעותית במספרים, אשר הפכה את חסרי הדת להיות קבוצה של מאות אלפי איש. אותו שינוי נסיבות, עליו דיבר הנשיא ברק, ההופך את ההשלכות החברתיות מרחיקות לכת היוצרות קרע עמוק בחברה הישראלית תוך תחושה הולכת וגוברת של חוסר שוויון חל בענייננו על אחת כמה וכמה. מאז ניתן פס"ד בן-מנשה גדל מספרם של חסרי הדת מ-129,000 אזרחים ל-322,000 אזרחים כיום. גידול של כ-240%. (לפי השנתון הסטיטיסטי לישראל לשנת 2011 שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטיטיסטיקה) ולכן, אף כאן, על אחת כמה וכמה, חל שינוי נסיבות המחייב את בית המשפט לשקול את התערבותו לנוכח העובדה, שעל-אף שינוי הנסיבות, הכנסת נמנעת ממילוי חובתה כמחוקקת והממשלה אינה עושה שימוש בסמכותה למצוא פיתרון לבעיה. בעידן החוקתי, בו בית המשפט הדגיש את העובדה כי הזכות להינשא היא זכות חוקתית כפי שפורט לעיל, הרי שהממשלה מחוייבת ליישם את החוק על פי עקרונות חוקתיים, ועומדת בפניה האפשרות להכיר בנישואיהם של אלה שלא חל עליהם דין אישי דתי, אך

כן חלה עליהם אותה מערכת דינים המהותיים המסדירים למעשה את כל הכרוך בנישואים הנערכים שלא במסגרת עדה דתית.

מצורפת בזה טבלה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מתוך השנתון הסטטיסטי לישראל, אוכלוסיה לפי קבוצת אוכלוסיה מסומנת **כנספח ח'**

שינויי העיתים

96. דבריו של השופט ברק בפרשת בן מנשה ראויים אף לבחינה מחודשת לאור השינויים הדמוגרפיים בחברה הישראלית והשינויים בתפיסות הציבור. פסק דין בן מנשה ניתן לפני 14 שנים. בשנים אלה המשיכה המגמה של ריבוי חסרי הדת החיים בתוך החברה הישראלית והתעצמה. כאמור בעתירה זו הגיעה התופעה למימדים של למעלה מ-300,000 איש החיים במדינת ישראל ומוגדרים כחסרי סיווג דתי. הלכה ונוצרה קהילה אשר מגדירה את עצמה מבחינה חברתית כיהודית לכל דבר אך אינה מוכרת מבחינה הלכתית ידי הממסד. תופעה זו אינה בעייתם של יחידים יוצאי דופן היא בעיה המונית המעוררת את בעיית הנישואים האזרחיים במלוא עוזה.

97. אף בקרב הציבור היהודי במדינת ישראל חל שינוי משמעותי בהשקפות של מרבית הציבור בסוגיה של נישואין אזרחיים. כך לפי השנתון הסטטיסטי לישראל 2011 שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה 61.7% מהיהודים בני 20 ומעלה במדינת ישראל בעד נישואין אזרחיים.

מצ"ב טבלה המתפרסמת בשנתון הסטטיסטי לישראל 2011 המציגה את עמדות היהודים בני 20 ומעלה לפי עמדות בנושא דת ומדינה ומסומנת **כנספח ט'**

98. תופעה נוספת שאנו עדים לה בשנים האחרונות היא התרחבות התמיכה בנישואים אזרחיים גם מצד רבנים אורתודוקסיים. כך למשל הרב הראשי לשעבר הרב אליהו בקשי דורון קבע שיש לאפשר בצד המסלול הרבני הקיים, מסלול מקביל של נישואין אזרחיים. (הרב אליהו בקשי דורון, "חוק נישואין וגירושין-היצא שכרו בהפסדו?", תחומין כה (תשס"ה), עמ' 99-107. אף הרב יובל שרלו, ראש ישיבת פתח תקווה ומראשי רבני צוהר הביע את דעתו בדבר יצירת מסלול נוסף לנישואין אזרחיים. למרות קביעתה של ההלכה האוסרת נישואי תערובת קובע הרב שרלו כי "קשה להבין כיצד מדינה מונעת מאנשים להקים זוגיות כרצונם". ראו: www.kipa.co.il/magazine/44922. הרב נפתלי רוטנברג, רב הישוב הר אדר, אף הוא כתב בדבר הצורך ביצירת מסלול לנישואין אזרחיים.

<http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=729591&contrassID=2>
&subContrassID=3&sbSubContrassID=0 וכן מאמרו של הרב אריאל פיקאר, "מבעד לצהר של נח", דרשני, כתב עת ישראלי להגות ותרבות יהודית, מכון שלום הרטמן, גיליון מס' 2, סתיו 2010. הרב פיקאר מציע לקבוע מסלול נישואין נוסף-מסלול נישואי בני נוח אשר יהיה מוכר כמסלול נישואין אזרחי חליפי. לדעתו האפשרות להינשא ולהתגרש שלא במסגרת דתית היא

חידוש של העידן המודרני שההלכה כלל לא הייתה ערוכה להתמודד אתו והוא מצריך חשיבה מחודשת.

99. התפתחות מחשבתית זו בקרב רבנים אורתודוקסים משקפת שינוי חברתי עמוק שהתרחב בחברה זו. העובדה שעל העותרים נמנים שני ארגונים אורתודוקסיים: ארגון קולך וארגון מבוי סתום, אף היא מצביעה על השינוי החברתי שחל בחברה הישראלית. אם בעבר ראתה עצמה כל החברה האורתודוקסית חזית אחת המתנגדת למיסודם של נישואין אזרחיים, הרי שכיום חלה תפנית משמעותית הנובעת הן מכך שהציבור ער לעובדה שקבוצה משמעותית מתוכו אינה יכולה להינשא בישראל כפי שציין השופט רובינשטיין לעיל בפס"ד פלוני והן מן העובדה שרבים בחברה האורתודוקסית דווקא, מודעים להפליה וחוסר השוויון בין נשים לגברים המתקיימים בבתי הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין ולכן קוראים למיסודם של נישואין אזרחיים בישראל.

100. אותה מחלוקת נטושה המשסעת את הציבור שאוזכרה בפסקי הדין בהם הדגיש בית המשפט כי בסוגיה זו נדרשת התערבותו של המחוקק אינה עוד בין שומרי החומות למנפציה: בין יהודים שומרי מצוות לחילוניים. אף רבנים הנמנים על הממסד האורתודוקסי, וציבור רחב המגדיר עצמו כדתי, מצדדים בהסדרת נישואין אזרחיים כמסלול נוסף לצד המסלול הדתי הקיים מתוך הבנה כי זהו צו השעה על מנת שלא לפגוע בזכויות הפרט של קבוצה משמעותית החיה היום בישראל. הציבור הנאור בישראל, המכבד את זכויות האדם של כל האזרחים מכיר היום בצורך במיסוד מסלול נישואין אזרחיים בישראל עבור מי שאינו יכול להינשא בישראל.

חוסר סבירות

101. קיומם של דינים המסמיכים את הרשות המבצעת לקבוע מסלול נישואין אזרחיים עבור בני זוג המנועים מלהינשא באמצעות העדות הדתיות המוכרות בישראל, בשילוב המציאות הקיימת לפיה ישנם מאות אלפי ישראלים כאלה, מקימה חובה על הרשות המבצעת לפעול בהתאם לסמכותה.

102. כידוע, על המשיב כרשות ציבורית לפעול במסגרת מתחם הסבירות. חוסר הסבירות מתבטא באי שקילות כל השיקולים הרלוונטיים, או מתן משקל מוטעה לשיקולים השונים:

"סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלוונטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים ומבקשת לאזן ביניהם על ידי מתן משקל 'ראוי' ליחסים הפנימיים שביניהם..."

בג"ץ 935/89 גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 514.

103. דרישת הסבירות מבססת את הצורך במתן משקל ראוי לשיקולים עניינים הקשורים בנסיבות המיוחדות של המקרה, תוך התייחסות לחשיבותם היחסית לצורך אותו עניין, ולאור תכלית

החקיקה. כאשר חרזה הרשות ממתחם הסבירות, יתערב בית המשפט בהחלטתה (ראו, למשל, בג"ץ 7364/03 סלאח ג'בארה נ' שר הפנים, פ"ד נח(1) 769).

104. הסמכות למנות רשות רישום שאינה דתית על פי פקודת הנישואין והגירושין (רישום) מסורה בחוק לממשלה ובנסיבות האמורות לממשלה חובה להשתמש בסמכות זו (וראו לעניין זה י. זמיר, הסמכות המנהלית, נבו, עמ' 221). לחלופין יכולה הממשלה לנקוט בדרך אחרת של חקיקת חוק או תקנות כפי שיפורט להלן.

105. בנסיבות הקיימות כיום, של מאות אלפי ישראלים שאינם יכולים כלל להינשא בישראל בשל אי שייכותם או אי הכרה בהם על ידי העדות הדתיות המוכרות בישראל, יהא זה בלתי סביר באופן קיצוני שלא להפעיל את הסמכות הזאת. אי הסדרת אפשרות לנישואין בישראל למאות אלפים מאזרחי המדינה, בפרט נוכח מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה ולנישואין, מהווה הימנעות בלתי סבירה מהפעלת סמכות.

העדר פעולה להסדרת נישואין אזרחיים מהווה הפרת זכויות חוקתיות

106. על ממשלת-ישראל מוטלת החובה בהתאם לסמכויותיה על פי כל דין לאפשר לכל אזרחי המדינה לממש את זכותם החוקתית לנישואין. רק לאחרונה עמדה בפני הכנסת, הצעת חוק נישואין וגירושין-התשע"א-2011 אשר ביקשה לקבוע בחקיקה מסלול לנישואין אזרחיים אשר יתקיים במקביל למסלולים דתיים ובמסגרתו יקבע גם מסלול גירושין אזרחיים. אולם ממשלת ישראל הכשילה את החוק בנימוקים של אחדות עם ישראל מבלי להתייחס להפרה הבוטה בזכויות אדם הנגרמת כתוצאה מהמשך המצב החוקי הקיים.

107. בדחותו את הצעת החוק, בשם הממשלה אמר שר המשפטים, יעקב נאמן, את הדברים הבאים:

"אדוני היושב-ראש, כנסת נכבדה, הצעת החוק שבפנינו מבקשת להנהיג במדינת ישראל, לצד ההסדר הקיים כיום לעניין נישואים וגירושים, גם מערכת מקבילה של נישואים וגירושים אזרחיים, וזאת כדי לאפשר למי שאינם מעוניינים ו/או מנועים מלהינשא על-פי הדין האישי, להינשא בדין האזרחי. כמו כן, ההצעה מבקשת לאפשר לבני-זוג שנישאו בנישואים דתיים זכות להחליט על גירושים אזרחיים.

ראשית, חברי הכנסת הנכבדים, הצעת חוק זו מנוגדת למוסכמות ראשוניות ולמצב המשפטי הנוהג מהקמת המדינה ולפיו נישואים וגירושים בישראל ייערכו על-פי הדין האישי בלבד, ופוגעת במדינת ישראל כמדינה דמוקרטית - -

סליחה. שנית, אפשרות הבחירה בגירושים אזרחיים למי שנישאו בנישואים דתיים, שמקנה הצעת החוק, תגרום לפגיעה שאין לה מרפא, הואיל וכל אחד

מבני-הזוג יהיה מנוע מלהינשא מחדש לפי הדין הדתי, ואם האשה חלילה תינשא מחדש בנישואים אזרחיים, ילדיה ייחשבו על-פי הדין כממזרים.

יצוין כי ממשלה זו חוקקה לא מכבר את חוק ברית הזוגיות - - -

אני רק אוסיף בסיום דברי: אנחנו צריכים לחפש דרך לאחדות בעם ולא להגדיל את הפירוד בעם ולהביא לשנאת חינם. הדרך היא להביא את מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, לכך שתהיה הבנה הדדית בינינו, ולא ניסיונות למנוע אחדות בעם ולהביא לפגיעה בכך. הצעת החוק, כפי שהוצעה על-ידי חבר הכנסת ניצן הורוביץ, פוגעת קשות באחדות העם היהודי, ששב למולדתו אחרי אלפיים שנות גלות – מפני שהוא יהודי, ורק מפני שהוא יהודי.”

108. בדברים שלעיל, לא מתייחס שר המשפטים כלל לפגיעה החמורה בזכויות אדם של מאות אלפי אזרחים במדינת ישראל. לחובת הממשלה למנוע הפרה של זכויות אדם ולקיים את חובתה על-פי אמנות שהיא חתומה עליהם לאפשר לכל איש ואישה את זכותם לאוטונומיה ולחירות, לעצב את חייהם כרצונם ולהינשא במדינת ישראל למי שליבם חפץ. בדבריו על פגיעה באחדות ישראל ושנאת חינם, מתעלם השר לחלוטין מהעובדה שמרבית הציבור במדינת ישראל תומך בנישואין אזרחיים. דבריו של שר המשפטים בדבר החשש לממזרות אינם אלא הדיפה של כל אפשרות למתן פיתרון לסוגיא. אילו אכן הייתה הממשלה פועלת בהתאם לחובתה, הרי שהייתה הממשלה תומכת בהצעת החוק ומסתייגת רק מהסעיף לו חושש השר לפיו אישה נשואה כדת משה וישראל לא תידרש לגט פיטורין. השר אף מתעלם מן העובדה שלאורך הדורות, פוסקים התלבטו בשאלת תוקפם של נישואין אזרחיים ורבים ראו בהם נישואין שאינם תקפים ולכן אין בהם חשש ממזרות. יש מן הפוסקים הרואים בכך יתרון הלכתי משמעותי התורם לאחדות עם ישראל, משום שנישואין אזרחיים מונעים ריבוי ממזרים בעם ישראל. סיכום של הדברים מופיע אצל: הרב שלמה דיכובסקי 'נישואין אזרחיים', תחומין ב (תשמ"א) עמ' 262. וכן סיכום של הדעות שנערך לאחרונה בון ליר וטרם פורסם מצורף כנספח יב.

109. תגובת הממשלה להצעת החוק, ממחישה עד כמה אין הממשלה מקיימת את חובתה למימוש זכויותיהם של אזרחיה ואינה עושה שימוש בסמכותה לפיתרון הבעיה לא באמצעות חקיקה ולא באמצעים אחרים העומדים לרשותה.

הצעת החוק מצורפת ומסומנת כנספח י'.

פרוטוקול דברי הכנסת מצורף ומסומן כנספח יא.

"נישואין אזרחיים- רקע לדיון", ש. טיקוצ'ינסקי ונ. רוטנברג, מכון ון ליר בירושלים, (טרם פורסם) מצורף ומסומן כנספח יב.

110. סקירתה של המציאות המשפטית הישראלית לעיל מלמדת, כי החקיקה הקיימת מאפשרת הסדרת הליך נישואין אזרחי עבור אותם ישראלים חסרי דת וזוגות בני עדה דתית שונה, אשר זכותם החוקתית להקים משפחה נשללת מהם. הסדרה זו איננה אולי ב"דרך המלך" של חקיקה ראשית, אולם המציאות החברתית בישראל ומעמדה החוקתי של זכות הנישואין מחייבים כיום צעידה בדרכים אחרות.

111. אין ההסדר החוקי בישראל שולל נישואין בין בני עדות דתיות שונות, אלא שההסדר הקיים, אשר מקורו במאות קודמות בהן המציאות החברתית הייתה שונה בתכלית, לא מבקש ליצר הסדר עבור המקרה של נישואין בין בני עדות דתיות שונות או אדם שהינו חסר עדה דתית. מצבים אלה לא היו קיימים בעיני רוחו של המחוקק העותמאני או המנדטורי, ולפיכך לא הייתה בהסדר התייחסות לכך. עקב השינוי הדמוגרפי המשמעותי במדינת ישראל, ובהצטרף שינוי התפיסה החברתית בדבר הצורך ביצירת מסלול נישואין אזרחי מקביל, מחובתה של הממשלה להשתמש בסמכותה, ובאחת הדרכים העומדות לרשותה על מנת לאפשר לכלל אזרחי מדינת ישראל לממש את זכותם החוקתית להינשא ולהקים משפחה.

112. העובדה שהחקיקה הישראלית מכילה שלושה רבדים המאפשרים הכרה בנישואין אזרחיים: הרובד החוקתי- קביעה כי הזכות להינשא היא זכות חוקתית המתחייבת מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הרובד המהותי- מערכת דינים המסדירה את הזכויות והחובות של בני זוג בחקיקה אזרחית שאינה נובעת מן הדין הדתי, והרובד הפרוצדוראלי הקובע את הגורם שיהא מוסמך לכינון קשר הזוגי והוראות בדבר הליכי פירוק- כל אלה מטילים חובה על הממשלה להשתמש בסמכותה על מנת לאפשר למאות אלפי אזרחים לממש את זכותם להינשא. ההימנעות לפעול היא המוסיפה ופוגעת בזכות היסוד החוקתית לנישואין ולהקמת משפחה, והיא מנוגדת לחובת הנאמנות של המינהל הציבורי כלפי האזרח, ולכן היא בלתי סבירה באופן קיצוני, ומנוגדת למושכלות יסוד בשיטתנו המשפטית ובמשטרנו הדמוקרטי.

113. לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש ולאחר קבלת המדינה להפכו למוחלט. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ושכר טרחת עו"ד כדין.

ריקי שפירא רוזנברג, עו"ד

ב"כ העותרים

עינת הורביץ, עו"ד

ב"כ העותרים

היום, ה' תשרי תשע"ב

03 אוקטובר 2011