



מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל

אבישולם וסטרייך פנחס שיפמן

עורכת: רות גביזון

מציל"ה
מרכז למחשבה ציונית,
יהודית, ליברלית והומניסטית



נייר עמדה

מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל

אבישלום וסטרייך ופנחס שיפמן

עורכת: רות גביזון



ירושלים, תשע"ג-2012

A Civil Framework for Marriage and Divorce in Israel

Avshalom Westreich and Pinchas Shiffman

עורכת הסדרה: רות גבזון
עורכי משנה: שמואל רוזנר, דורון שולצינר
עריכה לשונית: איילת דרימלר
עוזרי עריכה: רגב בן־דוד, מירית די־נור
רכזות הפקה: נעמה סרוסי, רעות פורטוגל
גרפיקה: עדי רובין

קרן דניאל 
נייר עמדה זה נכתב בתמיכת קרן דניאל

תוכן נייר העמדה אינו מייצג בהכרח את עמדת מרכז מציל"ה
והוא על אחריות הכותבים בלבד.

© כל הזכויות שמורות למרכז מציל"ה
למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית והומניסטית
ירושלים, כסלו תשע"ג, נובמבר 2012

להזמנות:
מרכז מציל"ה, ת.ד. 8435, ירושלים 91083
טל: 077-4020771
דוא"ל: metzilah@metzilah.org.il
www.metzilah.org.il

מרכז מציל"ה נוסד בשנת 2005 במטרה להתמודד עם הנטייה הגוברת, בישראל ובעולם, להטיל ספק בלגיטימיות של לאומיות יהודית ובמידה שבה היא מתיישבת עם ערכים אוניברסליים. **אנו מאמינים:** הציונות ותפיסת העולם הדמוקרטית-ליברלית יכולות ואף חייבות לדור בכפיפה אחת; שיח ציבורי, מחקר וחינוך טומנים בחובם את המפתח לאינטגרציה של ציונות, ערכים יהודיים וזכויות אדם בישראל; אינטגרציה של ערכים אלו חיונית לשגשוגם של מדינת ישראל ושל העם היהודי.

מטרתו העיקרית של מרכז מציל"ה היא לקדם ידע והבנה ולעורר דיון ציבורי בתחומים שאותם אנו רואים כנושאי הליבה של החיים במדינת ישראל ושל שגשוגו של העם היהודי בארץ ובעולם. עם נושאי ליבה אלו נמנים: זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית לאומית ב(חלק מ)ארץ ישראל; זהויות יהודיות בנות זמננו; טיבה ומאפייניה של החברה הישראלית; הדרכים לשמירה על זכויות האדם של כל אזרחי ישראל ותושביה.

אנו סבורים כי בעת האחרונה, שלא כמו בשלביו הקודמים של המפעל הציוני, חסר דיון מעמיק ומבוסס בנושאי הליבה ובהנחות היסוד שלהם. במקרים רבים, חילופי דברים ומחלוקות מתמצים בהפרחת סיסמאות ובהנצחת סטראוטיפים. על כן, מרכז מציל"ה מתמקד הן בבירורים רעיוניים, אקדמיים והיסטוריים הקשורים לנושאים אלו, הן בדיונים מעשיים הנוגעים לעיצוב מדיניות.

בניסיון לתת מענה על צורך חיוני זה שוקד מרכז מציל"ה על פרסום מגוון חיבורים השופכים אור חדש על בעיות יסוד ומניחים תשתית עובדתית, היסטורית ואידאולוגית למחשבה ולפעולה. המרכז שואף להוציא תחת ידיו פרסומים מדויקים ומקצועיים, שיוכלו להניח תשתית מוסכמת לקידומו של דיון ציבורי חיוני בסוגיות המפתח, שהוא חיוני בחברה הישראלית ובעולם היהודי, ולחדד מחדש תובנות יסודיות הנוגעות להם.

מרכז מציל"ה סבור כי מדינת ישראל חיונית לרווחתו ולשגשוגו של העם היהודי, וכי יש לפעול כדי לבסס את יעדיה של ישראל על מלוא רכיביהם: לממש את זכותם של היהודים ושל העם היהודי להגדרה עצמית באמצעות מדינה יהודית במולדתם ההיסטורית; לכבד את זכויות האדם של כל אזרחיה ותושביה; להיות דמוקרטית יציבה, רודפת שלום ומשגשגת הפועלת לרווחת כל תושביה.

חברי הוועד המנהל של מרכז מציל"ה:

אלוף (במיל') גיורא רום – יו"ר
עו"ד דרור ארד-איילון
עו"ד יואב ארציאלי
פרופ' אלן ארקוש
עופר גלנץ
פרופ' אלכסנדר יעקובסון
עו"ד משה לוסקי
ד"ר דניאל פוליסר
מאיר קראוס
איתן רף

חברי המועצה האקדמית של מרכז מציל"ה:

פרופ' רות גביזון – יו"ר
פרופ' דן אבנון
פרופ' אלה בלפר
פרופ' חדוה בן ישראל
ד"ר טל בקר
פרופ' אביבה חלמיש
ד"ר גדי טאוב
פרופ' ורד נעם
ד"ר ניר קידר
פרופ' גדעון שמעוני
ד"ר עופר שיף

על הכותבים

ד"ר אבישלום וסטרייך הוא מרצה למשפט עברי ולתורת המשפט במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן, ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. בשנים תשס"ז-תשס"ח שהה במרכז ללימודי יהדות שבאוניברסיטת מנצ'סטר, בריטניה, כעמית מחקר ב-Agunah Research Unit. ענף מרכזי של מחקריו עוסק בדיני משפחה, תוך התמקדות בבעיית סרבנות הגט. ספרו, *Talmud Based Solutions to the Problem of the Agunah*, יצא לאור לאחרונה כחלק מפרסומי ה-Agunah Research Unit. הספר, כמו גם מספר מאמרים שפורסמו בשנים האחרונות, נוגעים ברבדים הלכתיים, אזרחיים, היסטוריים וסוציולוגיים של בעיית מעוכבות הגט ופתרונותיה. מחקרים אחרים של ד"ר וסטרייך עוסקים בדיני הנזיקין התלמודיים.

פרופסור פנחס שיפמן הוא פרופסור בדימוס לדיני משפחה וירושה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. שימש כנשיא המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן ומכהן כיום כראש החטיבה לדיני משפחה במרכז האקדמי. מבין ספריו: "ספק קידושין במשפט הישראלי", 1975, "דיני המשפחה בישראל", כךך ראשון, 1984 (מהדורה שנייה, 1995), "דיני המשפחה בישראל", כךך שני, 1989, "מי מפחד מנישואין אזרחיים", 1995 (מהדורה שנייה, 2000), "שפה אחת ודברים אחדים - עיונים במשפט, הלכה וחברה", 2012. ספריו ומאמריו תרמו לגיבושה של התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה, ולעיצובה של פסיקת בית המשפט העליון בתחומי החיכוך שבין הדין הדתי למשפט האזרחי.

תודות

ברצוננו להודות לרבים וטובים שסייעו לנו בנתונים ובמחשבה ובהם משתתפי הדיונים הפנימיים של מרכז מציל"ה וחברי המועצה האקדמית. נייר זה הפך שלם ומדויק יותר בשל הערותיהם החשובות. תוכן הדברים אינו מבטא את דעותיהם, והאחריות לדברים מוטלת על הכותבים בלבד.

תודה רבה לקרן דניאל על תמיכתה הנדיבה בכתיבתו של מסמך זה ובהפקתו. תודה רבה לסמי סגול על תרומתו הנדיבה למרכז מציל"ה ובכלל זה להפקת מסמך זה.

תוכן העניינים

9	תקציר
15	פתיחה
17	פרק א': משפחה וחברה במדינה יהודית ודמוקרטית
17	משפחה, חברה, דת ומשפט המדינה
	מדינה יהודית ודמוקרטית: השלכות על ההסדרה המשפטית
18	של נישואין וגירושין
19	הרקע למונופול הדתי בענייני המעמד האישי בישראל
21	פרק ב': היבטים משפטיים, חברתיים, דתיים והיסטוריים של נישואין
21	הצורך במסגרת אזרחית לנישואין: רקע משפטי-חברתי
23	לקראת מסגרת אזרחית לנישואין במשפט הישראלי
23	צעדים מדודים – לקראת הכרה מלאה
25	ידועים בציבור במשפט הישראלי
28	חוק ברית הזוגיות לחסרי דת
29	נישואין מנקודת מבטן של העדות הדתיות
29	פתיחה
30	נישואין אזרחיים בהלכה היהודית ובפסיקה
32	נישואין על פי החוק האזרחי: עדות דתיות שאינן יהודיות
34	סיכום המציאות הישראלית: לגיטימציה דה־פקטו לנישואין לא־דתיים
35	ככל העמים? נישואין במדינות המערב
37	פרק ג': מן המצוי לרצוי: ביטול המונופול הדתי על נישואין וגירושין
37	פתיחה
38	נישואין דתיים כהסדר בלעדי – פגיעה בזכויות האדם
38	הזכות לנישואין והזכות לגירושין
41	חופש דת והחופש מדת
42	הזכות לשוויון
44	נישואין דתיים בחברה רב תרבותית
48	שיקולי מדיניות דתית

53	פרק ד': ביטול המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין: הלכה למעשה
53	רקע: הצעות להסדרה אזרחית של נישואין וגירושין בישראל בעבר ובהווה
54	מסלול דתי ומסלול אזרחי – זה לצד זה
54	נישואין אזרחיים כפתח-מילוט לפסולי חיתון
55	שיטת המסלולים: נישואין וגירושין אזרחיים כהסדר חלופי לדין הדתי
57	ברית הזוגיות
59	מסגרת אזרחית משותפת וחופש בבחירת טקסים
59	דין אזרחי בלעדי בנישואין וגירושין: גישת פרופ' שיפמן
60	פלורליזם (מסויג) בנישואין וגירושין – אמנת גביזון מדן
63	פרק ה': מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל: המלצות
63	המודל: דין אזרחי כמסגרת אחידה
65	תרומתו של המודל המוצע: הכרעת המדינה בשאלת מעמד הנישואין בחברה
66	גירושין אזרחיים ושאלת מעמדו של הדין הדתי
69	סיכום
71	הערות

תקציר

בנייר זה נבחנת המציאות המשפטית והחברתית בתחום הנישואין והגירושין. נטען בו כי ההסדר המשפטי הנוכחי, שלפיו קיים מונופול דתי על תחום כה מרכזי בחיי האזרחים, אינו מוצדק ואינו יעיל, ונבקש להציע חלופה בצורת מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל.

בחלקו הראשון של הנייר (פרקים א-ג) נעסוק בהסדר המשפטי הקיים ובקשיים שהוא מעורר.

ישראל היא הדמוקרטיה המערבית היחידה בעולם שיש בה הסדר משפטי של מונופול דתי על נישואין וגירושין. היסטורית, הסדר זה הוא למעשה המשכו של סטטוס-קוו שחל בפלשתינה בתקופת המנדט הבריטי, שאף הוא המשך להסדר המילט שהוחל על ידי האימפריה העות'מאנית במאה ה-19. ואולם, כיום רבים רואים בנושא הנישואין והגירושין מרכיב רב משמעות באופייה היהודי של המדינה ואף חלק בלתי נפרד מהגדרתה כמדינה יהודית. גם לגבי בני דתות אחרות, הנישואין והגירושין הם מרכיב משמעותי בזהות של בני הקבוצה.

כך או כך, המדינה מפקידה את העיסוק בענייני נישואין וגירושין של יהודים בידי בתי הדין הרבניים, וענייני המעמד האישי של לא יהודים נדונים בבתי הדין של העדות הדתיות המוכרות. ההשתייכות לעדה דתית זו או אחרת נקבעת לפי הדין הדתי, לעתים בעל כורחו של האזרח. לשם השוואה, ביתר הדמוקרטיות המערביות, המשפט מספק לכל האזרחים, בלי קשר לתרבותם, לדתם או לגישתם לדת, מסגרת משותפת – אזרחית – של נישואין וגירושין.

במציאות החברתית והמשפטית הקיימת, הסדר זה מעורר קשיים ניכרים, ושינויו כמעט מתבקש מאליו. לטענתנו, שינוי הדין הנוהג הוא הכרח חברתי, מוסרי, משפטי, דתי ותרבותי.

חברתי – בשל ריבוי הזוגות המעוניינים במסלול נישואין שאיננו דתי, וריבוי הזוגות שאינם יכולים להינשא במסלול דתי, אם בשל היותם פסולי חיתון ואם בשל היותם מחוסרי דת. הדברים מושפעים מהתמורות שחלו במבנה החברה הישראלית לאחר העלייה ממדינות ברית המועצות לשעבר, כמו גם משינויים בתפיסת המשפחה והזוגיות. שינויים אלו משקפים פער הולך וגדל בין התפיסה הליברלית הרווחת לבין התפיסה הדתית ביחס ליציבות מוסד הנישואין, לאפשרות היציאה ממנו ולקשרים שאינם מוכרים בתפיסה הדתית, כדוגמת זוגות בני אותו מין.

מוסרי – בשל הפגיעה הקיימת בהסדר הנוכחי בזכויות היסוד: הזכות לנישואין והזכות להקים משפחה, חופש דת והחופש מדת, והזכות לשוויון. משפטי – לאור האנומליה במציאות שבה החוק מעניק מונופול מלא בענייני נישואין וגירושין למשפט הדתי, ואילו הפסיקה הולכת ומכירה בסטטוס של נישואין אזרחיים בישראל. בד בבד, הפסיקה הולכת ומחזקת את מעמדם של ידועים בציבור, ההופכים חוקית וחברתית ל"מעין נשואים", ויוצרת בכך למעשה מסלול עוקף לנישואין הדתיים.

דתי – משום שנישואין אזרחיים עשויים להקל את ההתמודדות עם בעיות קשות, העולות בשל ההסדר הקיים הכופה נישואין דתיים גם על מי שאינם מעוניינים בכך, ובראש ובראשונה בעיות של גילוי עריות ושל ממזרות. כמו כן, יש כאן גם אינטרס דתי לשנות את המצב הקיים, שבו בתי המשפט האזרחיים פוסקים, או מתיימרים לפסוק, בשאלות פנים־דתיות מובהקות.

תרבותי – לאור האתגר הניצב לפתחה של ישראל, של התמודדות עם ריבוי התרבויות הדתיות בה ועם ריבוי הגישות לדת ולהשפעתה של כל דת על מוסד הנישואין והגירושין בתוך התרבויות השונות בה; התמודדות עם אתגר זה עומדת בניגוד למונופול של דתות ושל זרמים בלעדיים בתוך כל דת ודת, שעל פיהם נדונים כיום ענייני נישואין וגירושין.

יש לציין, כי בשל הקשיים שמעורר המצב הקיים, המערכת המשפטית בישראל הובילה בשנים האחרונות ליצירת מנגנונים עוקפים בהיקף נרחב, כגון מגוון רחב מאוד של זכויות הניתנות ל"ידועים בציבור כנשואים", ומציבות אותם בשורה אחת עם זוגות נשואים; הכרה בנישואין אזרחיים של יהודים אזרחי ישראל שנישאו בחו"ל; הכרה (חלקית) בנישואין אזרחיים של בני זוג שאחד מהם יהודי והאחר לא־יהודי ובנישואין בין בני אותו מין שנערכו בחו"ל. גם "חוק ברית הזוגיות" שנחקק בשנת 2010 נכנס לקטגוריה זו. פתרונות "מקומיים" אלו מקלים אמנם את מצוקתם של חלק מהנפגעים מהמונופול הדתי־אורתודוקסי על מוסד הנישואין, אולם אנו סבורים כי לא די בהם, ויתר על כן, הם אף תורמים לשימור המצב הקיים ובכך מנציחים את הבעיות הנגרמות כתוצאה ממנו.

הדיון בהיבטים אלו מוליך למסקנה, כי יש צורך בשינוי הדין הקיים, וביצירת מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל. בהצעתנו למסגרת אזרחית שכזו, כמו גם בהצעות שהועלו בעבר לשינוי דיני הנישואין והגירושין בישראל, נעסוק בחלקו השני של הנייר (פרקים ד-ה).

הצעות לסייג או לבטל את המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין בישראל אינן יורדות מסדר היום המשפטי, האקדמי, ההלכתי והציבורי בישראל. ההצעות נחלקות לשתי קבוצות עיקריות: האחת, קבוצה המציעה לשמר את המסלול הדתי,

ולצידו מסלול אזרחי. בקבוצה זו כלולות שלוש הצעות: הצעה מינימליסטית, הדוגלת בנישואין אזרחיים לפסולי חיתון בלבד; הצעה מרחיבה, המבקשת להנהיג שני מסלולים שווים זה לצד זה – נישואין אזרחיים לצד נישואין דתיים – על פי בחירת הצדדים, שהיקף הכלתה משתנה; והצעה המשמרת את בלעדיותם של הנישואין הדתיים, אך מבקשת להנהיג לצידם הסדרי "ברית זוגיות" מכלילים פחות או יותר. בקבוצה השנייה נכללות הצעות להנהיג מסגרת אזרחית אחת משותפת למוסד הנישואין, תוך הכרה בריבוי טקסים. בהצעות אלה, המערכות הנורמטיביות השונות באות לידי ביטוי בטקסים השונים (אזרחיים או דתיים, של דתות וזרמים שונים), אך כולם מסתופפים תחת המטרייה האזרחית המשותפת. ההצעות בקבוצה זו נבדלות זו מזו ביחסן למעמד ולמשקל של הוראות דין דתיות בתוך המסגרת האזרחית, למשל: ביחס לקבלת רישיון נישואין אזרחי לאחר גירושין אזרחיים ללא גירושין דתיים.

בדיוננו נסקור הצעות אלו, ונעמוד על יתרונותיהן וחסרונותיהן. ראוי לציין כי ההכרה בצורך הדחוף לבטל את המונופול הדתי (האורתודוקסי) בנושא, משותפת לכולן. ואולם, לעתים, כפי שנראה, ההצעות הללו משלמות מחיר כבד למדי בניסיון למצוא את האיזון הראוי בין השיקולים השונים הפועלים במציאות חברתית ומשפטית מורכבת שכזו. וכך, ההצעה המבקשת לשמר את המסלול הדתי איננה נותנת מענה מיטבי לסוגיית הפגיעות בזכויות אדם הנגרמות במסלול זה, שכן קיומו של מסלול דתי כמסלול שהמדינה נותנת לו גיבוי מלא מטיל עליה, ולא על הצדדים הנישאים, את האחריות להיבטים של אי שוויון הכלולים בתכנים של הסדרי הנישואין והגירושין של הדתות השונות. לאור קשיים אלו ואחרים, אנו מבקשים להציג את הצעתנו ומפרטים אותה על יתרונותיה.

אנו מציעים לאמץ מודל של מסגרת אזרחית אחת משותפת לנישואין וגירושין. מודל זה ידרוש רישום מוקדם ועמידה בתנאי סף לנישואין, וכן יציב מטרייה נורמטיבית אזרחית אחת לנישואין וגירושין בישראל. לאור מקומה של הדת ומשקלה בחברה הישראלית, יעניק מודל זה לגיטימציה לריבוי טקסים, דתיים ושאינם דתיים, להשלמת הנישואין, וגם לריבוי טקסים והליכים לעניין גירושין, אולם לצורך הכרת המדינה הדין יהיה דין אזרחי אחד. אנשים שירצו בכך, בעיקר אם בחרו להינשא בנישואין דתיים, יוכלו גם לבחור להמשיך להתדיין בענייני נישואין וגירושין בבתי דין דתיים, בכפוף למחויבות בתי הדין לעקרונות היסוד האזרחיים בדיני הרכוש ולשוויון בזכות הגירושין.

בכל הנוגע לתפקידה של המדינה בדיני הנישואין מדובר בשינוי דרמטי, שכן ההכרעות המהותיות הנוגעות להם יוטלו כעת לפתחה, ואילו היבטים דתיים ותרבותיים של הנישואין יהפכו לעניין של בחירה אישית. בכלל זה, המדינה תגבש

עקרונות יסוד למסגרת הנכונה של דיני נישואין וגירושין; המדינה תנקוט עמדה משלה בנוגע למגבלות שראוי להטיל על הכניסה לנישואין (כגון מניעת נישואי בוסר או נישואי ביגמיה, ואולי אף בעניין חיוב בבדיקות רפואיות מסוימות). מעל לכל, מסגרת זו תביא את המחוקק, כמייצג השקפות שונות בחברה, להכריע בשאלת מעמדם של הנישואין בחברה הישראלית אל מול קשרי זוגיות שאינם מלווים בנישואין ובקביעת הדרישות הראויות לשם פירוק הנישואין.

כללו של דבר, הסדר זה יאלץ את המדינה, כמייצגת את החברה הישראלית על כל זרמיה, להתמודד ישירות עם ההכרח לפתח דיני משפחה אזרחיים המושתתים על ערכים שיש להם הסכמה רחבה בחברה הישראלית, אך בה בעת גם מאפשרים ביטוי למגוון של קבוצות, עמדות, זרמים ותרבויות בחברה הישראלית. סביר להניח שבחלק מהנושאים תתגלע מחלוקת, והיא תוכרע באופן שבו מחלוקת כאלה מוכרעות, לאחר דיון, משא ומתן ופשרות. אולם זו תהיה הכרעה של המדינה, ולא של ממוסדים דתיים כאלה או אחרים. ומן הצד השני, המדינה לא תצטרך להחליט, ולא תצטרך להחזיק מוסדות שיחליטו, בשאלות שהן למעשה פנים־דתיות, וכך יפחת המתח העצום הקיים היום בין דת למדינה בישראל ובין תפיסות שונות של דתיות יהודית.

איננו סבורים כי מסגרת אזרחית מסוג זה תפגע בייחוד של אופייה היהודי של המדינה, שכן להערכתנו רבים מאזרחיה היהודים של מדינת ישראל יוסיפו להעניק לנישואיהם תכנים תרבותיים, מסורתיים או הלכתיים יהודיים. יותר מכך, הצבת חלופה של מסגרת אזרחית לנישואין תאפשר לישראלים שאינם דתיים, המבקשים להקנות לחייהם ייחוד תרבותי יהודי, לעשות זאת ללא צורך לפנות תחילה למאבק נגד הדת או נגד הכפייה הדתית, ובד בבד תפחית את המתח בין דת למדינה, כנזכר לעיל.

מאחר שעל פי הצעתנו הנישואין יהיו מוסדרים מכוח דין המדינה בלבד, הרי שגם הפירוד בין בני הזוג ייעשה בדרך המקובלת על המדינה, כלומר בבית משפט אזרחי ותוך הסדרת ענייני הרכוש בהתאם לדין האזרחי. היבט זה מעורר קושי מנקודת מבט הלכתית־יהודית (והוא שמשמש בדרך כלל כטיעון עיקרי לטובת ההצעות המשמרות את המסלול הדתי), שכן גירושין אזרחיים ללא גט דתי עלולים ליצור בעיית ממזרות.

בהקשר לכך, אנו מציעים שני מודלים אפשריים. המודל האחד מעניק לרשות האזרחית מעמד בלעדי בפסיקת הגירושין, ואילו המודל האחר יוצר אינטגרציה בין בית המשפט האזרחי לבית הדין הדתי. לפי המודל האזרחי־בלעדי, לגירושין אזרחיים יהיה תוקף מלא גם ללא גט דתי, דהיינו: אדם הופך להיות פנוי מכוח

גירושין אזרחיים, ורשאי להינשא בשנית. לעומת זאת, המודל האינטגרטיבי מבחין בין הפונקציות השונות של הגירושין: הגירושין האזרחיים אמורים לנתק את הזיקה בין בני הזוג ולהסדיר את הזכויות והחובות, האישיות והממוניות, ביניהם, לרבות בינם לבין ילדיהם, אך אינם מתירים להם להינשא בשנית כל עוד אינם פנויים על פי דינם האישי. המודל האינטגרטיבי מונע את סכנת הממזרות באותם מקרים שבהם נערכו הנישואין לכתחילה כדת משה וישראל. המודל הבלעדי עלול לעורר בעיה זו.

אולם למעשה, גם במצב הדברים הנוהג כיום, משפט המדינה איננו מונע נישואין שניים (דה־פקטו, כידועים בציבור, ולעתים דה־יורה), גם כאשר הנישואין הדתיים לא הותרו, כפי שאיננו מונע קשר זוגי בין פסולי חיתון ואף מכיר במידה רבה בנישואין בין חברי קהילות דתיות שונות (כשאלו נערכים בחו"ל). גם כיום השיקול העיקרי המונע מבני זוג להיקלע למצב של פסלות דתית איננו אזרחי, אלא בראש ובראשונה דתי־תרבותי, ככובד משקלו של השיקול הזה במערך השיקולים של בני הזוג. ההסדר המוצע איננו משנה היבט זה באופן מהותי: בית משפט ישראלי שיוציא פסק־גירושין אזרחי, לפי המודל האזרחי־בלעדי, ישאיר את ההחלטה אם להינשא מחדש ללא גט בידי הצדדים עצמם. כוחו וחיידושו יהיו רק בקביעה הגלומה בו שנישואין בשנית לא יהיו עבירה על חוקי המדינה. ומכל מקום, אין אנו מבקשים להכריע בדבר המודל הרצוי בשאלת הגירושין, בלעדי או אינטגרטיבי.

גם אם יתקבל המודל הבלעדי, וקל וחומר אם יונהג המודל האינטגרטיבי, אל לה למערכת האזרחית לאבד את רגישותה לעוול הנגרם למסורבות גט. אנו מציעים שבכל מקרה ימשיכו להינתן סעדים למסורבות־גט הן על ידי בתי המשפט האזרחיים – כגון פסיקת פיצויי נזיקין, עיכוב הגירושין האזרחיים כשסרבן הגט הוא מבקש הגירושין ואף זקיפת הדבר לחובתו ביחסי הממון בין הצדדים כפי שנהוג במדינות המערב, והן בבתי הדין הרבניים עצמם.

חובתה של המדינה, וחובתם של מנהיגיה, לבסס מסגרת משפטית נכונה והולמת להסדרת סוגיה מרכזית כל כך בחיי אזרחיה, הלוא היא סוגיית הנישואין והגירושין. הדבר נכון בכל מדינה והוא נכון שבעתים במדינת ישראל היהודית והדמוקרטית, החותרת למסגרת מדינית ומשפטית שמאפשרת חברה יציבה, המבוססת על יסודות תרבותיים עמוקים אך מגוונים. לכן, על אף אילוצים פוליטיים ואחרים, בנושא כה מרכזי יש להציג חזון ברור. הצגת חזון שכזה היא מטרתנו בנייר הנוכחי.

פתיחה

ישראל היא הדמוקרטיה המערבית היחידה בעולם שיש בה הסדר משפטי של מונופול דתי על נישואין וגירושין. הסדר שכזה קיים אמנם במדינות פוסט-קולוניאליות כדוגמת לבנון, אולם כמדינה דמוקרטית מערבית, המחויבת לערכי זכויות האדם, ישראל בולטת בשונותה. כחלק מהגדרתה כמדינה יהודית, נושא הנישואין והגירושין נתפס על ידי רבים בקבוצת הרוב כמשקף היבט רב משמעות ביהדותה של המדינה. גם לגבי בני דתות אחרות, הנישואין והגירושין הם מרכיב משמעותי בזהות של בני הקבוצה. על רקע זה אין פלא שהנושא אינו יורד מעל סדר יומה של המדינה מאז הקמתה, והוא עולה לדיון לעתים מזומנות בזירות דיון פוליטיות, חברתיות, אקדמיות ודתיות.

לצד ההיבט המשפטי, למציאות החברתית כוח משלה, ובישראל פותחו מסלולים "עוקפים" למונופול הדתי על נישואין וגירושין. מסלולים אלה אמנם נותנים פתרון לחלק ניכר מן הבעיות המעשיות שיוצר המצב המשפטי, אולם באורח פרדוקסלי הם מקבעים אותו למעשה, ובכך מרחיקים אותו יותר ויותר מהמציאות החברתית.

מטרתו של נייר זה לבחון מחדש את המציאות המשפטית והחברתית בתחום הנישואין והגירושין. מסקנתו היא שהסדר המשפטי הקיים, הנותן מונופול לדתות ולממסדיהן על תחום כה מרכזי בחיי האזרחים, אינו מוצדק ואינו יעיל. חובתה של המדינה, וחובתם של מנהיגיה, לבסס מסגרת משפטית נכונה והולמת להסדרת הסוגיה של נישואין וגירושין. הדבר נכון בכל מדינה והוא נכון שבעתיים במדינת ישראל היהודית והדמוקרטית, החותרת למסגרת מדינית ומשפטית שמאפשרת חברה יציבה, המבוססת על יסודות תרבותיים עמוקים. לכן, על אף אילוצים פוליטיים ואחרים, בנושא מרכזי כזה יש להציג חזון ברור, וזוהי מטרתו של הנייר הנוכחי.

כדי לנסח את החזון המוצע, נפתח ברקע על ההסדר המשפטי הקיים בישראל והשינויים שחלו בו בעשורים האחרונים, ובניתוח האופן שבו הסדר זה מתיישב עם ערכי החברה, התרבות והדת. בהמשך נעבור לבחינת הטענה המקובלת שלפיה המונופול הדתי על נישואין בישראל מוצדק ואף מתחייב מהיותה של המדינה "יהודית ודמוקרטית" ונדון ביחס ההלכתי לנישואין אזרחיים. דיוני רקע אלה ישמשו כתשתית לדיון המהותי, אשר יצביע על הפגמים המשמעותיים בהסדר

הקיים ועל הצורך בשינויו. לבסוף, נפנה לבחינת ההצעות השונות שהועלו להסדרה אזרחית של הנישואין והגירושין, ונפרט את הצעתנו בעניין: מסקנתנו בעקבות הדיון הזה היא כי יש צורך בביטול המונופול הדתי על נישואין וגירושין ובהסדרה של מסגרת נישואין אזרחית שווה ומשותפת, שתייחד מקום של כבוד לטקסים דתיים על פי רצונם של הנישאים. לטעמנו, זהו המבנה הנותן מענה מיטבי הן להגנה על זכויות האדם והן לרצון לשמר מרכיבים דתיים ותרבותיים עשירים בדפוסי הנישואין ובחיי המשפחה בישראל. זה גם המבנה המתאים ביותר לאפיונה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, המכבדת את הזהויות הדתיות והקהילתיות של כלל אזרחיה. בחלקו האחרון של נייר זה נדון ביישום ההמלצה המופיעה בו הלכה למעשה.

פרק א'

משפחה וחברה במדינה יהודית ודמוקרטית

משפחה, חברה, דת ומשפט המדינה

אי אפשר להגזים בחשיבות המשפחה לחיי האדם והחברה. בני זוג הקושרים עצמם זה לזה מבקשים לתת ביטוי לאהבה ולרעות ביניהם והקשר בין בני זוג הוא גם היחידה החברתית הבסיסית שבמסגרתה רוב בני האדם יולדים ומגדלים ילדים.¹ דפוסי המשפחה – היחס בין משפחות גרעיניות למשפחות מורחבות, דפוסי יצירת הקשר (שידוך או בחירה), גיל הנישואין המקובל, מספר הילדים למשפחה, היתר או איסור על ריבוי בני זוג, חלוקת העבודה בין גברים לבין נשים, האחרייות לחינוך הילדים, מידת הקבלה של זוגיות בין בני אותו מין, וכדומה – כל אלה הם מהיסודות המאפיינים החשובים ביותר של חברות אנושיות. בעולם שיש בו ניעות מהירה וחברות רב תרבותיות, מתגלעות מחלוקות עקרוניות כמעט בכל החברות בהקשר לדפוסים של חיי המשפחה.

אף כי חיי המשפחה נתפסים בדרך כלל כשייכים לתחום ה"פרטי", בעולמן של הדתות המונותיאיסטיות התפתחה הסדרה מפורטת למדי של מבנה המשפחה ושל הזכויות והחובות של חבריה.² אך כאשר החלו תהליכים של השכלה ושל חילון במדינות שונות, התבטאו אלה גם בחילון של מוסדות ושל תהליכים חברתיים שנתפסו קודם לכן כדתיים, ביניהם מוסד הנישואין. בכל מדינות המערב הוביל תהליך זה להפרדה ברורה בין ההסדרה המשפטית של מוסד הנישואין על ידי המדינה (הסדרה אזרחית), לבין ההשפעה של הדינים הדתיים ושל הממסדים הדתיים על תוכנה של ההסדרה המשפטית.

לצד זאת, אף שלמדינה, באמצעות מערכת המשפט שלה, יש תפקיד חיוני בהסדרת קשר הנישואין על היבטיו השונים (בכדי ליצור יציבות וכדי להגן על זכויות הצדדים לקשר), הרי שתפקיד זה הוא חלקי ומשני. ההשפעות המרכזיות על מבנה המשפחה ועל הנורמות החולשות עליו הן תרבותיות וחברתיות. בקהילות דתיות באורח מלא אלה הן כמובן נורמות דתיות-חברתיות. אך גם בקהילות שבהן המרכיב הדתי או השמרני משמעותי פחות, נודעת השפעה מתמשכת לנורמות

דתיות על מוסד המשפחה, גם במגזרים שאינם מגדירים את עצמם כדתיים. יש מדינות הרוצות להיאבק בהשפעה זו של המסורת על מוסד המשפחה, אולם אין הכרח לנהוג באופן הזה. מדינות רבות, לרבות אלה שיש בהן הפרדה חוקתית בין דת למדינה, מותירות מקום של כבוד למסורת הדתית ולקהילות הדתיות בארגון החיים החברתיים וחיי המשפחה. מקרה מובהק למציאות כזו היא ארצות הברית, המשלבת הפרדה חוקתית בין דת למדינה ומידה גבוהה של דתיות ושל כבוד לדת בחיים החברתיים והמדיניים. כך או כך, בדמוקרטיה מערביות, המשפט מספק לכל האזרחים, בלי קשר לתרבותם, לדתם או לגישתם לדת, מסגרת משותפת – אזרחית – של נישואין וגירושין. המסגרת הזו חלה על כל האזרחים ומחייבת את כולם גם במקרה של התנגשות בין מצוות דתם לבין חוקים אלה.³ מסגרת הנישואין שנקבעת על ידי המדינה אמורה לאפשר גם קשרי נישואין שדתות מסוימות אינן מאפשרות, למשל, נישואין בין בני דתות שונות או נישואין בין בני אותו מין. עם זאת, מתיחויות והתנגשויות בין המסגרת המשותפת במשפט המדינה לבין הנורמות הדתיות מלמדות כי בתחום חיי המשפחה, גם כאשר הם מוסדרים משפטית על ידי משפט המדינה, תהיה תמיד תחולה רחבה של נורמות חברתיות, שבמקרים רבים ובהקשרים רבים תהייה נורמות דתיות. תופעה זו בולטת במיוחד במקום שבו הזהות האזרחית קשורה לזהות הלאומית וזו קשורה לזהות הדתית – וזה, כמובן, המצב בישראל.

מדינה יהודית ודמוקרטיה: השלכות על ההסדרה המשפטית של נישואין וגירושין

אחת מנקודות המוצא של נייר זה היא אפיונה של ישראל כיהודית ודמוקרטית.⁴ יש הרואים בקיומו של מונופול דתי בנושאי נישואין וגירושין בישראל השלכה מובהקת ופשוטה של אופייה היהודי של המדינה.⁵ לדידם, המונופול הדתי נועד לשמור על אינטרסים תרבותיים ולאומיים ראשונים במעלה ובהם מניעת פיצול של העם היהודי, העלול להתחולל אם לא תישמר מסגרת היוחסין לפי הדין הדתי.⁶ לדעתם של התומכים בטיעונים אלה, ויתור על המונופול הדתי בנישואין וגירושין יהיה למעשה ויתור על הערך החשוב של אחדות העם היהודי, שאינו עולה בקנה אחד עם ערכי היסוד של המדינה היהודית.⁷ אנו סבורים כי היסק כזה מוטעה מכמה טעמים.

ראשית, אנו מבקשים להבחין בין היבטים משפטיים לבין היבטים תרבותיים של אופי החברה בישראל. אופייה היהודי של המדינה אכן עשוי להביא למסקנה כי על המדינה לעודד יצירת קשרי משפחה בין יהודים בישראל בדרך שתשקף

את הייחוד היהודי של הקשר, אך צורות יהודיות של קשר אינן בהכרח דתיות-הלכתיות. המובן היסודי של יהודיות המדינה אינו מגדיר אותה כקהילה אמונית או דתית אלא דווקא כקהילה שיש לה זהות לאומית-תרבותית-היסטורית. יתרה מזו, בחירה במונופול דתי-הלכתי עלולה להחליש את היכולת לשמר ביטוי יהודי פלורליסטי של דרכי יצירת קשר נישואין, ובכך להרתיע את מי שאינם מקבלים את הדרך ההלכתית מלהקנות תוכן יהודי כלשהו לטקסי הנישואין שלהם ולחיי המשפחה שהם מנהלים.

יש לציין עוד, כי אפילו נקבל את האפיון היהודי של מדינת ישראל כאפיון דתי, יש בישראל ובעולם היהודי ויכוחים עקרוניים על מאפייניה של דתיות יהודית. על רקע ויכוחים כאלה, מונופול דתי-אורתודוקסי הנאכף על ידי המדינה פירושו למעשה נקיטת עמדה ממלכתית בנושא שהוא שנוי במחלוקת חריפה – משמעותה של היהדות בימינו. את העמדה הלא פשוטה שאליה נקלעת המדינה בהקשר הזה אפשר אולי להיטיב להבין על ידי הכרות עם הרקע ההיסטורי של המעמד האישי בישראל.⁸

הרקע למונופול הדתי בענייני המעמד האישי בישראל

המונופול הדתי בענייני מעמד אישי לא נוצר במקורו כדי לחזק מרכיבים של הזהות היהודית של המדינה. זהו מונופול שהוא למעשה המשכו של סטטוס-קוו שחל בפלשתינה בתקופת המנדט הבריטי, שאף הוא המשך להסדר המילט שהוחל על ידי האימפריה העות'מאנית במאה ה-19. במסגרת הסדר המילט ניתנו לבתי הדין הדתיים סמכויות שיפוט רשמיות ובלעדיות בענייני נישואין וגירושין ובעניינים נוספים, תוך ניסיון להעניק זכויות שוות לבני העדות הדתיות השונות באימפריה, כאשר השלטון המרכזי שומר לעצמו את העיסוק במדיניות חוץ וביטחון ומסים.⁹ אוטונומיה קהילתית ושיפוטית היתה ליהודים בארצות אירופה ובארצות המזרח עוד בימי הביניים (בהיקף שהיה שונה מזמן לזמן וממקום למקום), אך ההסדר באימפריה העות'מאנית שונה בכך ששיקף הכרה רשמית במערכת בתי הדין הדתיים (לכל הפחות דה-יורה) כחלק ממערכת משפט המדינה.

המנדט הבריטי לא נזקק להיגיון האימפריאלי בהקשר זה, שכן פלשתינה לא היתה חלק מהאימפריה הבריטית. לכן, בבואם להסדיר משפטית את נושא המעמד האישי פנו הבריטים למנהיגי הקהילות השונות ושאלו להעדפתם. מנהיגות היישוב היהודי בחרה במסגרת אזרחית לנישואין, אולם מנהיגי הציבור הערבי העדיפו את שימור שיטת המילט – ובסופו של דבר זו אכן נשתמרה ללא שינוי מהותי.

עם הקמתה של מדינת ישראל נקלטו לתוך משפט המדינה הצעירה כל ההסדרים המשפטיים שהיו נהוגים ערב הקמתה. לישראל לא היה עניין לשנות את ההסדרים שבמסגרתם ניתנה אוטונומיה בנושאים אלה לקהילות הלא-יהודיות. אולם לגבי נישואין וגירושין במגזר היהודי התנהל ויכוח,¹⁰ ורק בשנת 1953 נחקק ההסדר הנוגע לנישואין וגירושין, ששימר את העיקרון של שיטת המילט, תוך הכנסת שינויים מסוימים. כך נקבע, ונהוג עד היום, כי חלק מענייני המעמד האישי, ובעיקר ענייני נישואין וגירושין, נדונים על ידי בתי הדין הדתיים לפי הדין האישי של הצדדים¹¹ ומושתתים הלכה למעשה על ההסדרים שנקבעו בתקופה העות'מאנית.¹²

ההחלטה לאמץ את המונופול הדתי על נישואין וגירושין לא היתה פשוטה, והיא עברה בהצבעה בכנסת רק לאחר דיון ממצה. בנסיבות של תחילת שנות החמישים, החלטה זו התקבלה כפשרה הולמת בין תפיסות שונות בציבור היהודי. המחוקקים הדגישו כי המונופול הדתי חיוני למניעת פילוג בעם היהודי ולמניעת נישואין לבני דתות אחרות.¹³ המציאות החברתית שיקפה במידה רבה את ההכרעה הזו, ולכן היקף הקושי המעשי שנוצר בעקבותיה לא היה גדול. מספר האנשים שביקשו להינשא אך לא יכלו להינשא לפי כללי ההלכה כפי שפורשו על ידי הממסד הדתי-הלכתי היה מצומצם, היקף ההתרסה כלפי ההכרעות שהתקבלו היה מועט, ונמצאו דרכים להתמודד עם קשיים מעשיים או אידיאולוגיים שההכרעה הזאת יצרה.

בענייני נישואין וגירושין ישראל נהגה אפוא בדרך של המשך ולא של מהפכה. אף על פי שמדובר במדינה קטנה יחסית, היא בחרה לשמר הסדר שעוצב על ידי צרכיה של אימפריה בעלת אוכלוסייה מגוונת של עמים ותרבויות, והותירה על כנה אוטונומיה דתית נרחבת לבני כל הקהילות הדתיות המוכרות בקרבה. מעבר לשימור המונופול הדתי-אורתודוקסי הנוגע ליהודים, ושהוצדק בדיעבד כמהלך לשימור יהדותה של ישראל, נמנעה המדינה מחובתה לקבוע מסגרות של נישואין וגירושין גם לבני דתות אחרות, ובכך מנעה מבני הקהילות שאינם חפצים בהסדרה דתית של חיי משפחתם, את היכולת לממש את זכויותיהם האזרחיות ואת גישותיהם התרבותיות.

פרק ב'

היבטים משפטיים, חברתיים, דתיים והיסטוריים של נישואין

הצורך במסגרת אזרחית לנישואין: רקע משפטי-חברתי

נישואין וגירושין של יהודים בישראל נערכים לפי דין תורה.¹⁴ נישואין וגירושין של בני עדות דתיות אחרות נערכים בישראל לפי דין העדה הדתית שאליה משתייכים בני הזוג.¹⁵ מדינת ישראל איננה מאפשרת נישואין וגירושין בתחומה שלא לפי הדין הדתי (אלא רק במקרים חריגים), ובאשר ליהודים, מדובר בדין הדתי כפי שהוא מתפרש על ידי הממסד הרבני-אורתודוקסי. כלומר, ההסדרה המשפטית של נישואין וגירושין כוללת הכפפה של יצירת קשר הנישואין בישראל לדין הדתי, אולם תוצאותיו של קשר כזה (אף כאשר הוא נערך בארץ, ובוודאי כאשר הוא נערך בחו"ל), ואף רישומו או הכרה בו, הם עניינים הנוגעים למגוון של רשויות אזרחיות, החל בפקידי המדינה וכלה בבתי המשפט האזרחיים שלה.

להכפפה זאת של הנישואין לממסדים הדתיים יש כיום מחיר גבוה למדי: חסרי דת אינם יכולים להינשא, בני זוג בני עדות דתיות שונות מנועים לעתים מלהינשא, פסולי חיתון (על פי הגדרת הממסד הדתי) אינם רשאים להינשא, נישואין בין בני אותו מין אינם מוכרים ועוד. ישנם אזרחים שאינם יכולים להינשא כלל, ישנם מי שאינם יכולים להינשא כרצונם, ויש מי שיכולים להינשא כרצונם אך כפופים בעל כרחם למערכת חוקים דתית, המטילה עליהם מגבלות המנוגדות למצפונם, ואף מחייבת אותם לעתים למסגרת יחסים הנראית להם זרה, שגויה ואף מקוממת. אלה המבקשים להתיר את הקשר הדתי מחויבים לעשות זאת על פי הדין הדתי, ולעתים בשל הוראותיו הם (ובעיקר הן) מוצאים את עצמם מעוגנים לקשר שאין הם מעוניינים בו עוד.

בפרק הקודם ציינו כי כאשר החליט המחוקק לשמר את הדין האישי בידי בתי הדין הדתיים לא היה בהחלטה זו כדי לעורר קשיים חברתיים גדולים. אולם שינויים חברתיים ודמוגרפיים שחלו בישראל בעשורים האחרונים החריפו את המצוקה שמצב זה מעורר. ראשית, ההרכב האתני-תרבותי של הציבור היהודי הישראלי השתנה. לפסולי החיתון ה"קלסיים" נוספה קבוצה גדולה: עולים

ממדינות ברית המועצות לשעבר, שמאות אלפים מהם אינם מוגדרים כיהודים לפי ההלכה.¹⁶ עולים אלו אינם יכולים להינשא ליהודים במדינת ישראל – בעיה חברתית ראשונה במעלה שהיא תוצאתו של המצב החוקי הנוהג.¹⁷ רבים מעולים אלה אינם מעוניינים להתגייר כדי להינשא כיהודים, וגם בעבור אלה המעוניינים בגיור אין מדובר בהליך פשוט אלא במסע מסובך, שגם הוא בשליטתו של ממסד רבני הנוקט קו הלכתי נוקשה.¹⁸ בכך, צועד המונופול בענייני נישואין וגירושין יד ביד עם המונופול בענייני הגיור, כאשר שניהם כובלים את ידי המבקשים להינשא. ברם, השינוי החברתי אינו נוגע רק לקבוצת המהגרים החדשה. מדובר בשינוי רחב הרבה יותר, הנוגע למבנה המשפחה הישראלית. הוא כולל עלייה בשיעור הגירושין ולגיטימציה חברתית גוברת לקשרים שאינם מוכרים בדין הדתי – נישואין בין פסולי חיתון, נישואין בין בני דתות שונות, זוגיות ללא נישואין וזוגיות של בני אותו מין.¹⁹ אלה, כל אחד בדרכו, מובילים לפער גדל והולך בין תפיסת הנישואין והגירושין שאותה מייצגים בתי הדין הדתיים לבין תפיסת המשפחה והזוגיות של חלקים נרחבים בחברה הישראלית.

עקב מגמות אלה נתקל מוסד הנישואין והגירושין הדתי בקוצר רוח הולך וגובר של הציבור המצביע ברגליו נגד ההסדר המשפטי הנוהג: עשרות אלפי זוגות ישראלים מדירים רגליהם מנישואין דתיים (חלקם מבחירה, וחלקם מתוך כורח – בשל היותם פסולי חיתון לפי הדין הדתי), ומבקשים לעצמם מסלולי נישואין אזרחיים, בעיקר נישואין אזרחיים בקפריסין, ועשרות אלפים אחרים נמנעים לגמרי מעיגון פורמלי של יחסי בני הזוג, ומסתפקים בקשרים של ידועים בציבור.²⁰ לגבי ידועים בציבור, ברור כי חלק נכבד מן הזוגות החיים כידועים בציבור כלל אינם מעוניינים בקשר נישואין, דתי או שאיננו דתי. זאת בדומה למגמה הקיימת במדינות אחרות בעולם של עלייה במספר הזוגות שאינם נישאים, ואשר יחסיהם מוסדרים באמצעות דיני החוזים. ביחס לזוגות אלה, הנישואין הדתיים אינם מהווים בעיה. עם זאת, נראה כי רבים בישראל בוחרים בדרך של ידועים בציבור בשל העדר אפשרות לנישואין אזרחיים ולא בגלל ויתור שלהם על מוסד הנישואין (ראו להלן). זאת ועוד: סקרים שונים מלמדים כי אזרחים רבים בישראל, אם לא הרוב, תומכים בביטול המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין, וקבוצה גדולה של אזרחים גם היתה מעוניינת להינשא בפועל בנישואין אזרחיים.²¹

אנו סבורים שצריכה להיות הלימה רבה בין היקף התחולה של מוסד הנישואין (והגירושין בכלל זה) לבין התופעה הסוציולוגית של קשרי זוגיות השואפים להיות ממוסדים, מוכרים ופורמליים.²² אולם במצב החברתי והמשפטי הנוכחי בישראל, קטנה באופן משמעותי ההלימה בין הנישואין הפורמליים (המוגדרים לפי הדין

הדתי) לבין קשר משפחתי בין בני זוג כתופעה סוציולוגית. פער זה בין המסגרת המשפטית לבין המציאות החברתית אינו רצוי.²³

לצד פער זה בין המצב המשפטי לבין המציאות החברתית עולים בהקשר לצורך בנישואין אזרחיים גם טיעונים מוסריים, הנובעים מתשתית ערכית דמוקרטית של מדינה יהודית, רב תרבותית ורב דתית, השומרת על זכויות האדם. מניעת נישואין מקבוצות גדולות של אזרחים במדינתם שלהם עומדת בניגוד לזכות לנישואין, המוכרת כזכות אדם בסיסית. בד בבד, כפיית דרך הנישואין הדתית עומדת בניגוד לעקרון החופש מדת. הקניית מונופול למסד האורתודוקסי מעלה שאלות הנוגעות לחופש הדת של מי שמזדהים עם תפיסות עולם של זרמים יהודיים לא אורתודוקסיים. וחלק מתכני ההסדרים הדתיים מעוררים שאלות של שוויון, בעיקר כאלה הנוגעות למעמדן של נשים. גם מנקודת המבט הדתית מעוררת מציאות זו קשיים ניכרים, הלכתיים-פורמליים וכאלו הנובעים משיקולי מדיניות.²⁴

אנו סבורים כי משפט המדינה חייב לספק מסגרת משפטית הולמת לנושא מרכזי ויסודי כמו נישואין וגירושין. אולם מכיוון שמשפט המדינה חל על הכול, ומכיוון שהוא אמור ליצור מסגרת המאפשרת קיום בצוותא של קבוצות שלהן רקע תרבותי שונה ואשר הן חלוקות ביניהן בגישתן לדת, יש היגיון חברתי בחיפוש אחר הסדר משפטי למוסד הנישואין שלא יהיה בו משום כפייה של תפיסת נישואין וגירושין המבוססת על גישה דתית מסוימת.²⁵ בהצעתנו להסדר כזה נעסוק בהרחבה בפרקים הבאים.²⁶ לעת עתה נשוב ונדגיש כי מכלול הטיעונים שהוזכרו עד כה מעמיד בסימן שאלה את צדקת דרכו (המהותית והמעשית) של הדין הנוהג במדינת ישראל, ולטעמנו אף יותר מכך: הוא מכריע את הכף לטובת ביטול מפורש של המונופול הדתי על נישואין והנהגה מוסדרת של מסגרת אזרחית משותפת של נישואין וגירושין, שבתוכה יישמר מקומם של הדינים ושל המוסדות הדתיים.

לקראת מסגרת אזרחית לנישואין במשפט הישראלי

צעדים מדודים – לקראת הכרה מלאה

המשפט הישראלי (ובעיקר הפסיקה) נענה, באופן חלקי וכמידת יכולתו, לאתגרים שמציב בפניו המצב המשפטי והחברתי הקיים. נציג מציאות מעשית זאת בקצרה: בית המשפט העליון צעד שלב אחר שלב בדרך שהובילה אותו ליצירת מערכת אזרחית מפותחת, המכירה, למעשה, בנישואין אזרחיים. תהליך זה החל בהכרה

בנישואי זרים שנערכו מחוץ לישראל כנישואין תקפים מכוח כללי המשפט הבינלאומי, המשיך בהכרה בנישואין אזרחיים לצורך רישום והכרה בזכויות ממוניות ובחובת מזונות מכוח הסכמה מכללא ועקרונות תום הלב, והסתיים – לעת עתה – בהכרה בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל על ידי יהודים אזרחי ישראל ותושביה כנישואין בני תוקף.²⁷

השלב האחרון – ההכרה בתוקפם של הנישואין האזרחיים – הוא המשמעותי ביותר, והוא שונה באופן דרמטי מהעמדה שננקטה על ידי בית המשפט עד אליו. ברוב שנות המדינה, בבואו לדון בהסדרי נישואין, פנה בית המשפט לדיני החוזים ונמלט משאלת הסטטוס, וזאת כדי להיחלץ מן המועקה הנוצרת מסבך דיני המשפחה. הוא נמנע מלפסוק לגבי תוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו על ידי אזרחי ישראל ותושביה והזכות למזונות הנובעת מהם, וביסס את הזכות למזונות על הסכם מכללא, דהיינו הסכם שלא נערך בפועל אך משתמע מהתנהגות הצדדים. הסכם זה נגזר והוסק מעצם עריכת הטקס, ואותו ביקש בית המשפט למלא תוכן בעזרת עקרון תום-הלב, וזאת מבלי לפסוק אם הצמיח טקס זה נישואין תקפים אם לאו.²⁸

אין לחדד שתורת ההסכם מכללא חשובה וחיונית כדי לעשות צדק בין בני-זוג. העובדה שלא נוצר סטטוס של נישואין (בכוונה תחילה או בשל הוראות הדין) אינה אומרת בהכרח שלא נוצר הסכם בין בני הזוג. כך, למשל, אין זה ראוי שיוכל אדם להיפטר מחובתו למזונות לאשתו בטענה שלא היה נשוי לה מפני שהוא לא היה יהודי ולכן נישואיהם לא תפסו לפי הדין הדתי. זכות מזונות מקבילה ראויה להישקל גם ביחס לנישואין אסורים, נישואין אזרחיים שאינם תופסים לפי כללי המשפט הבינלאומי, ואף לגבי ידועים בציבור.

ברם, לחוסר ההכרעה ביחס לתוקפם של הנישואין יש מחיר ציבורי וערכי, אף אם מדובר בהימנעות טקטית מהכרעה.²⁹ ואכן, כפי שציינו, בית המשפט העליון נדרש בסופו של דבר להכרעה כזאת. בשלושה פסקי דין מאוחרים, שניתנו על ידי הנשיא דאז אהרן ברק עם פרישתו, הסתמנה תפנית רבת חשיבות בגישת בית המשפט לנישואין אזרחיים. אפשר לסכם תפנית זו כך: לראשונה קבע בית המשפט חד-משמעית שנישואין אזרחיים של יהודים, אזרחי המדינה ותושביה, הנערכים מחוץ לישראל, הם בעלי תוקף מלא. הוא הכיר בסמכותו של בית הדין הרבני לפרק נישואין אלו, אך ההכרה בסמכות זו שימשה לשופטים כמנוף לפיתוח דיני משפחה אזרחיים הנוגעים לזכויותיהם ולחובותיהם ההדדיות של בני הזוג (פרשת "בני נח").³⁰ בית המשפט הכיר למעשה גם בנישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל בין בני זוג שאחד מהם יהודי והשני לא-יהודי, אם כי להלכה אין הוא מחליט סופית בשאלה זו.³¹ ולבסוף, בית המשפט הסיר למעשה את המחסומים

לשליטת ההכרה בנישואין בין בני אותו מין שנערכו בחו"ל, אף שהוא מדגיש (ייתכן, כבעבר, שמדובר בהדגשה לצרכים טקטיים בלבד, אך ההכרעה העקרונית עומדת בעינה) שאין הוא מחליט אלא בשאלת הרישום.³² פסק הדין איננו נוקט עמדה גלויה "באשר להכרה בישראל של נישואין בין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל". עם זאת, הוא שולל את הטענה שנישואין של בני-אותו-מין חורגים מן הקטגוריה של נישואין, בהזכירו את ההטבות הניכרות שזוג כזה מקבל לפי הפסיקה, ובכך למעשה מכשיר את הקרקע להרחבת ההכרה ביחסים בין ידועים בציבור שהם גבר ואישה גם ליחסים בין בני אותו מין. יצוין כי תיוג היחסים כ"תא חברתי", להבדיל מתא משפחתי, שעטף את פסק דינו של השופט ברק בפרשת דנילוביץ, שבה החלה מסכת מתן ההטבות, נשכח בינתיים.³³

על נישואין אזרחיים שבהם דן בית המשפט – קרי, נישואי אזרחים ישראלים בחו"ל, נישואין בין בני אותו מין ונישואין בין בני קבוצות דתיות שונות – יחולו כנראה דיני המשפחה האזרחיים שבית המשפט החל לגבש בפסקי הדין הקודמים.³⁴ אלא שלכל הפחות במקרה של נישואין בין בני אותו מין ונישואין בין בני קבוצות שונות יהיה על בית המשפט לעצב גם דיני גירושין של ממש, שכן בית הדין הרבני לא יעסוק בהם. עיצוב דיני הגירושין במצבים כאלה עשוי לשמש בהמשך הדרך גם כמסד לדיני הגירושין, עם החלתה העתידית של מסגרת אזרחית לנישואין ולגירושין.³⁵

ידועים בציבור במשפט הישראלי

לצד ההכרה המדודה בתוקפם המשפטי של נישואין אזרחיים שנערכו בחו"ל, החברה הישראלית, ובעקבותיה (או עמה; ראו להלן) גם המשפט הישראלי, אימצו בצורה רחבה חלופה לנישואין הדתיים המוכרים במדינה. אלו הם ה"ידועים בציבור כנשואים".³⁶ מוסד הידועים בציבור הוא תופעה חברתית-סוציולוגית אוניברסלית; הוא אינו ממוסד באופן פורמלי, אך זוכה למידה רבה של הכרה ואישור מהמחוקק ומבית המשפט, ובמסגרתו בני הזוג זוכים למגוון זכויות.³⁷ בהקשר הישראלי, התפתח מוסד הידועים בציבור גם כתגובה (חלקית) לדרישה החברתית הגוברת לנישואין שאינם דתיים, כמו גם כמענה (חלקי אף הוא) לקשיים האידיאולוגיים, המעשיים והמוסריים שהמונופול הדתי והאורתודוקסי מעורר בנושאים של נישואין וגירושין.³⁸

המשפט הישראלי – בחקיקה, ובמידה רבה בפסיקה – העניק לידועים בציבור זכויות כשל זוגות נשואים, ולעתים אף זכויות עדיפות משלהם. בהיבטים רבים צעד המשפט הישראלי בעניין זה אף מעבר למקובל בשיטות משפט אחרות.³⁹ לעניין יחסי ממן בין בני-זוג, למשל, מצבו של הידוע בציבור עשוי להיות טוב

יותר מאשר מצבו של בן-זוג נשוי.⁴⁰ עד לאחרונה, בן הזוג הנשוי היה נאלץ להמתין עד להפקעת הנישואין כדי שיוכל לממש לעצמו זכויות ברכוש אשר נצבר במהלך חיי הנישואין, ואילו על איש ואישה החיים יחד ללא נישואין עשויה היתה לחול חזקת-שיתוף, שאת פירותיה ניתן לקטוף בכל עת. אמנם בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (2008), הוסמך בית המשפט להקדים את הסדר "איזון המשאבים", כך שאיננו צמוד עוד בהכרח לגירושין הדתיים, אבל עם זאת, חזקת השיתוף היוצרת זכות קניינית ואשר עשויה לחדור גם לנכסי העבר של בני הזוג עדיפה על ההסדר הסטטוטורי המסתפק ביצירת חיוב לגבי נכסים שנרכשו במהלך חיי הנישואין.⁴¹ מנקודת מבטו של מי ששוקל, בינו לבין עצמו, אם להעדיף חיים משותפים ללא נישואין על פני נישואין, האפשרות הראשונה עשויה לעתים להתברר ככדאית יותר מבחינה כלכלית.

העובדה שהידועים בציבור הושוו לבני-זוג נשואים כדת וכדין לצורך חוקים רבים, יש בה כדי ללמד על כך שהמחוקק רוצה להחיל את דיני הנישואין, כולם או חלקם, אף על קשרי משפחה ממוסדים ומוכרים בין בני זוג שבחרו לא להיכנס לקשר נישואין רשמי, בלי לבחון את הטעמים שגרמו להחלטה זו של בני הזוג. החלטה זו מובנת יותר כאשר בני הזוג לא יכלו להינשא על פי משפט המדינה. במקרים כאלה, היא נותנת לבני הזוג הגנה הנובעת מדיני החוזים שלא היתה יכולה להינתן להם על פי דיני המשפחה. לעומת זאת, במקום שההחלטה לא לבוא בברית הנישואין היא החלטה רצונית של בני הזוג, המשמעות של הרחבה כזאת נהיית מורכבת יותר. טוב היה לו המסגרת המשפטית בישראל היתה שומרת על האפשרות שטקס הנישואין, המסמל את המחויבות המובעת על ידי הצדדים ביצירת חיים משותפים בעתיד, יהיה הכלי לזיהוי היקפה של התופעה החברתית שהמחוקק מבקש להחיל עליה את דיניו. חיים משותפים ללא נישואין מעוררים קשיים של הוכחה והגדרה, ולעתים רק בדיעבד אפשר לעמוד על כוונת הצדדים ועל מהותו של הקשר. בישראל, כאמור, נראה כי התעצמותו של מוסד הידועים בציבור היא במידה רבה גם תוצאה של חוסר היכולת או הרצון של בני הזוג להתקשר על פי המסגרת המשפטית הקיימת בישראל כיום. המשפט איננו יכול להתעלם מתופעות אלו, אם אין ברצונו ליצור פער רחב מדי בין הנורמות החוקיות לבין המציאות החברתית.

אכן, בית המשפט נקט עמדה גלויה ומפורשת המביעה חוסר שביעות רצון מהמצב המשפטי הקיים, דהיינו, מהמגבלות המוטלות על נישואין וגירושין מכוח הדין הדתי, ובפרט מהעדר האפשרות לאזרחים להינשא בנישואין אזרחיים.⁴² וכך תיאר זאת השופט ח' כהן:⁴³

אחד הנימוקים שהניעו את המחוקק להכיר בזכויותיה של 'אישה הידועה בציבור' היה שיש אלפי נשים 'המעוגנות' לבעליהן המסרבים לפטרן בגט. אין שום 'הצדקה' לכך שאישה לא תהא זכאית לירושת בעלה (הלא־פורמלי) רק משום שלא היה לאל ידה להשיג תעודת נישואין. מה גם שהבעל אשר אשתו מסרבת לקבל גטה יכול על נקלה לקבל היתר נישואין חדשים וביגמיים ולחיות עם אישה אחרת כאוות נפשו.

האומנם ניתן לראות במוסד הידועים בציבור חלופה ראויה להסדרה אזרחית של הנישואין והגירושין? על אף הצעדים מרחיקי הלכת שנעשו בעניין הידועים בציבור במשפט הישראלי, העצמת מעמדם נותנת מענה חלקי בלבד להעדר מסגרת אזרחית לנישואין. המשפט מכיר אמנם בזכויותיהם הכלכליות של הידועים בציבור, אולם אין הוא מעניק למעוניינים בכך סטטוס של זוג נשוי. להצהרתם של בני זוג על עצמם כנשואים יש השלכות רבות, לאו דווקא משפטיות:⁴⁴ חברתיות, פסיכולוגיות, השפעה על יחסי בני הזוג, על טובת הילדים ועוד.⁴⁵ בני הזוג המעוניינים בכך מצפים שגם להם יוענק סטטוס שכזה, לפי בחירתם ומכוח פעולותיהם הגלויות והמוצהרות. מוסד הידועים בציבור איננו נותן מענה מלא לציפייה משמעותית זו. לכך יש להוסיף גם את ההבדלים שעודם קיימים בחוקים אחדים בין זכויותיהם של זוגות נשואים לבין אלה של ידועים בציבור, ובעיקר את הדרישה המוטלת על ידועים בציבור להוכיח באופן פרטני את טיב יחסיהם, דרישה שיש בה לעתים פגיעה באינטימיות, בניגוד לראיה הפורמלית של זוגות נשואים. הבדל זה, והבדלים נוספים, מערערים את הטענה שעל פיה מוסד הידועים בציבור משמש תחליף מספק לנישואין אזרחיים.⁴⁶

כפי שרמזנו לעיל, מוסד הידועים בציבור מעורר קשיים גם מנקודת מבטו של מי שאינו מעוניין במסלול של נישואין. בחירה בחיים משותפים ללא נישואין מלמדת לכאורה על רצון בני הזוג בקשר שיש בו דרגה פחותה של מחויבות אישית לעומת זו הנהוגה בנישואין רשמיים. בקשר כזה, ציפיות הצדדים מתגבשות תוך כדי החיים המשותפים ואינן מוגדרות באורח מחייב מראש. לכן, ניתן לנתקו חד־צדדית, וללא אישור ציבורי באמצעות הליכי גירושין. הכרה בידועים בציבור כנישואין־למעשה, כאילו היו נישואין כדין, עלולה לפגוע בציפיותיהם של בני זוג שנמנעו מלהינשא דווקא כדי שידיהם לא תהיינה כבולות בעת פירוק הקשר.⁴⁷ מעמד הידועים בציבור יוצר קשיים נוספים בנוגע להסדרת יחסים בין בני־זוג גם מנקודת מבט אזרחית. בעיקר, לענייננו, ראוי להזכיר כי מעמד הידועים בציבור מאפשר לאדם נשוי לחיות חיי נישואין בפועל עם יותר מבן־זוג אחד, תוך הכשרתה של ביגמיה מהותית.⁴⁸

גם מנקודת מבט כלל-חברתית מעורר פיתוחו הנרחב של מוסד הידועים בציבור קושי. הפירוד בין בני הזוג במקרה של ידועים בציבור, מעצם טיבו, הוא גמיש ואיננו מוגבל, ובוודאי קל יותר מאשר גירושין. כך, המדינה, המפתחת דרכי עקיפין למונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין, מביאה למעשה לכרסום באינטרסים כלל-חברתיים שמוסד הנישואין נועד לשרת, כגון הגנה על שלמות המשפחה ויציבותה.⁴⁹ לשון אחרת: שלילת האפשרות לנישואין אזרחיים כדרך רשמית ומוכרת משמשת בפועל רזו בטיפוח מגמות המתנגדות רעיונית למוסד הנישואין בתור שכזה, ומעדיפות על פניו קשרי-אישות פתוחים. איננו שוללים אפריוּרית מגמות אלו, אך אנו סבורים שיש לערוך דיון ענייני ונוקב ביחס אליהן ולא לשלבן "בדלת האחורית" וכבדרך אגב.⁵⁰

לסיכום, ניתן לראות בידועים בציבור מענה דה-פקטו להעדרה של מסגרת אזרחית לנישואין. ברם, כפי שהוסבר כאן, פתרון זה הוא חלקי בלבד, ומעורר קשיים ניכרים, הן באשר לרצונם של הצדדים בנישואין בפועל או ביחסים שאינם נישואין, הן באשר לאינטרסים של המחוקק, והן ביחס לשיקולים חברתיים רחבים יותר. הצורך במסגרת אזרחית לנישואין בישראל הוקל אמנם במעט מבחינה מעשית עם פיתוחו של מוסד זה, אולם בהיבטים משמעותיים ומהותיים רבים צורך זה עומד במלוא תוקפו.

חוק ברית הזוגיות לחסרי דת

לפני כשנתיים חוקקה הכנסת את חוק ברית הזוגיות לחסרי דת.⁵¹ חוק זה מעניק לראשונה סטטוס פורמלי לקשרי זוגיות שאינם לפי הדין האישי – הדין הדתי – שאותם הוא מכנה "ברית זוגיות", תוך הסדרת ההיבטים האזרחיים הנוגעים ליצירת הקשר (נהלי רישום הזוגיות, קביעת רשמי זוגיות והנהגת מרשם של בני זוג שבאו בברית הזוגיות) ולהתרתו (הסכמת בני הזוג לפירוד, התרת הקשר במקרה של אי הסכמה וכישלון הניסיונות ליישוב הסכסוך).⁵²

החוק אמנם צועד צעד משמעותי, הצהרתי במידה רבה, להכרה פורמלית בקשרי זוגיות שאינם נישואין דתיים, אולם בצורה מצומצמת ביותר: רשאים לבוא בברית הזוגיות רק בני זוג הרשומים במרשם האוכלוסין כחסרי דת.⁵³ באשר לשאר האזרחים, החוק מותיר את הסדר הנישואין הקיים על כנו, כהצהרתו (סעיף 14): "אין בהוראות חוק זה כדי לפגוע בדיני נישואין וגירושין ובסמכות השיפוט של בתי הדין הדתיים לפי כל דין". כך נותן החוק רק מענה נקודתי מוגבל לקבוצה מצומצמת ביותר באוכלוסייה, ואפשר גם לחשוך שטמון בו תיוג שלילי של אלו המבקשים להיעזר בו, שהרי הם "יסומנו" על ידי החברה כחריגים שאינם יכולים להסדיר את הקשר ביניהם בדרך המקובלת לגבי מרבית אזרחי המדינה.

החוק מושתת על חיתוך של כמה הצעות פשרה: מסלול ייחודי לקבוצה מוגבלת באוכלוסייה מחד ומסלול שאיננו מוגדר פורמלית כנישואין מאידך,⁵⁴ הובילו לתוצאה המתוארת לעיל. דומה כי התועלת שבו איננה רבה, ולא יהיה זה מופרך לשער כי היישום שלו יהיה מצומצם ואף זניח. מעבר לכך, לא רק שהחוק אינו נותן מענה לקשיים המעשיים המגולמים במצב המשפטי הקיים, אלא שהוא אפילו מגביר אותם: הוא מחזק את המונופול הדתי על ידי צמצום לכאורה של הצורך המעשי בביטול.⁵⁵

נישואין מנקודת מבטן של העדות הדתיות

פתיחה

ראינו אפוא כי בתי המשפט והמחוקק נקטו צעדים על מנת לצמצם את הקשיים החברתיים והאידיאולוגיים שיוצר המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין. נימקנו גם את הצורך במענה הולם למציאות החברתית שבה אנשים רבים חיים חיי זוגיות בפועל מבלי לעגן אותם בקשר נישואין על פי חוק. עם המציאות הזאת גם בתי הדין הדתיים צריכים להתמודד. בסעיף זה נעסוק בשאלת ההכרה במסגרת אזרחית לנישואין מנקודת המבט הדתית.

המשפט הישראלי קובע כי ענייני נישואין וגירושין יידונו לפי הדין האישי-דתי של הצדדים. משכך, בבואנו לדון בביטול המונופול הדתי על נישואין וגירושין במשפט הישראלי בכלל, עלינו לבחון זאת גם מנקודת מבטן של העדות הדתיות השונות הקיימות בישראל. בדרך כלל מתמקד הדיון בנקודת המבט ההלכתית-יהודית, וזאת משתי סיבות עיקריות: ראשית, זו העדה הדתית המרכזית, דתו של הרוב במדינת ישראל, ולפיכך מרבית השיח מתנהל מנקודת מבטה. שנית, לביטול המונופול הדתי יכולות להיות השפעות חברתיות ותרבותיות משמעותיות על בני כל העדות הדתיות ובוודאי על ממסדיהן, אולם מנקודת מבט משפטית צרה, לפי שיטות משפט דתיות אחרות הכרה אפשרית במסגרת אזרחית לנישואין או שלילתה איננה בעלת השלכות דרמטיות (למעט, אולי, בענייני ממון), ואילו בשיטת המשפט היהודית (ההלכה) למצב שכזה יש השלכות ניכרות, בין השאר משום שהוא עלול לעורר את הצורך בגט, ובכך יציף בעיות שונות, מסרבנות גט ועד לחשש אפשרי למזרות.

בחלקו הראשון של סעיף זה נבחן לפיכך את ההיבט ההלכתי-יהודי בסוגיה. בחלקו השני של הסעיף נעסוק בעדות דתיות שאינן יהודיות.

נישואין אזרחיים בהלכה היהודית ובפסיקה

קידושין לפי המשפט העברי נערכים באופנים מוגדרים: "בכסף, בשטר ובביאה (=קיום יחסי אישות)" (משנה, קידושין א, א). סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים מכפיף את הנישואין והגירושין בישראל להלכה: "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". אולם מה דינם של נישואין שעל פי המשפט האזרחי לפי ההלכה?

במשפט העברי נתון מעמדם של נישואין אזרחיים במחלוקת עמוקה. יש שאינם מכירים בתוקפו, ואדרבה – טוענים כי כל הכרה, ואפילו מחמת הספק, שגויה, שכן היא תיצור את הרושם שנישואין אזרחיים הם נישואין תקפים. מן הצד השני, יש שביקשו למצוא בקשר שנוצר באמצעות נישואין שעל פי המשפט האזרחי אקט של קידושי כסף, קידושי שטר או קידושי ביאה, שיש לו תוקף הלכתי (להלן גם: זיקת אישות הלכתית).

עמדת בתי הדין הרבניים כיום היא לדרוש ממי שנישאו בנישואין אזרחיים "גט לחומרא" או "גט לרווחא דמילתא".⁵⁶ עמדה זו נובעת מגישה שלפיה נישואין אזרחיים אמנם אינם יוצרים קידושין בעלי תוקף הלכתי, אולם חל לגביהם ספק המחייב החמרה. ספק כזה יכול לנבוע מכך שהכרעה סופית טרם נפלה וייתכן שבכל זאת מדובר בקידושין,⁵⁷ או מהחומרה העקרונית הנקוטה בענייני אישות, גם אם ההלכה מכריעה שאין מדובר בקידושין.⁵⁸ בהתאם לכך, במקרים של עגינות, שבהם אין אפשרות להשיג גט, או במקרים מיוחדים,⁵⁹ מנהג בתי הדין הוא לפטור את בני הזוג הנשואים אזרחית גם מהצורך בגט, ויש אף שסבורים, שבמציאות הישראלית עדיף לכתחילה שלא לחייב בגט.⁶⁰

עד השנים האחרונות התמקד הדיון ההלכתי בנישואין אזרחיים בשאלה האם הם יוצרים גם קידושין כדת משה וישראל (כדמו"י), ומכאן: האם קיימת חובה לתת גט לצורך הגירושין. ברם, בפסק דינו המפורסם של בית הדין הרבני בעניין בני נח הוצעה נקודת מבט חדשה לדברים.⁶¹ בפסק דין זה הכיר בית הדין בכך שלנישואין אזרחיים יש תוקף הלכתי, ולפיכך שהתרתם דורשת פעולה שיפוטית. משמעות הדבר היא כי ההלכה מכירה במעמד של נישואין שאיננו הלכתי, אלא, אפשר לומר, אזרחי-אוניברסלי.⁶² בהתאם לכך, גירושין מנישואין אזרחיים נעשים כמקובל בעולם, וזאת, קובע בית הדין, באמצעות קריטריונים של "גירושין ללא אשם", כאשר מתחוויר לבית הדין כי בין בני הזוג קיים קרע שאיננו ניתן לאיחוי.⁶³ מדיניות גירושין זו קיימת היתה גם בעבר בפסיקות בית הדין ביחס לנישואין אזרחיים, כפי שמצייין פסק הדין,⁶⁴ אולם בית הדין מגדיר וממשיג כעת את הדברים, תוך התייחסות מפורשת למשטר הגירושין המקובל בשיטות המשפט המערביות.⁶⁵

על אף ההכרעה בפסק הדין המדובר, השיח בפסקי דין רבניים הוא בדרך כלל שיח הלכתי קלסי. הלכה למעשה, בתי הדין אינם מיישמים את הקביעה שבבד"ר בני נח, ומוסיפים לדרוש גט בנישואין אזרחיים, גם במקום שבו הנישואין נעשו תוך בחירה מודעת ומתוך רצון שלא להינשא כדמו", וגם במצבים של סרבנות גט.⁶⁶ פסק הדין זכה גם לביקורת מפורשת מצד דיין בית הדין הגדול, הרב אברהם שרמן, אחד משלושת הדיינים החתומים על פסק דין זה עצמו.⁶⁷ ברם, בחלק מפסקי הדין אנו מוצאים התייחסות מפורשת לבד"ר בני נח, ואולי יש בכך כדי לשקף ניצנים לקליטה מהותית של הקונסטרוקציה שנבנתה בבד"ר בני נח על ידי חלק מההרכבים בבית הדין. בפסקי הדין הללו קובעים הדיינים כי יש לאפשר גירושין של בני הזוג שנישאו בנישואין אזרחיים על פי קריטריונים דומים לאלו שנקבעו בבד"ר בני נח: חוסר סיכוי לשלום בית, בלשונו של בית הדין, או שבר בלתי ניתן לאיחוי בקשר הנישואין.⁶⁸

אין זה ברור אפוא עד כמה הקונסטרוקציה שנבנתה בבד"ר בני נח היא רטורית בלבד, ונעשתה לצרכים פוליטיים, או שהיא משקפת הכרה מהותית בסטטוס הנישואין האזרחיים. עם זאת, לפחות במה שנוגע ליחסי הממון צעד השיח ההלכתי כברת דרך משמעותית (אף כי עדיין קיימות מחלוקות בנושא) לקראת הכרה בהשלכות הממוניות שיש לנישואין אזרחיים – המשולבת בהכרה ההלכתית (שאף היא שנויה במחלוקת) בזכויות הממוניות האזרחיות המגיעות לבני זוג שנישאו כדמו".⁶⁹ יש להעיר, כי היישום של זכויות אזרחיות בנישואין כדמו"י איננו גורף ולעתים עודנו לקוי. במקרים שכאלו, כאשר בתי הדין מסרבים לדון לפי חוק יחסי ממון, או עושים זאת בצורה פגומה, נתונים הם לביקורתו של בית המשפט העליון.⁷⁰ ומכל מקום, העקרונות ההלכתיים שבתי הדין משתיתים עליהם את חיובי הממון הנובעים מהדין האזרחי (כמו דינא דמלכותא דינא ומנהג המדינה) נכונים גם לגבי נישואין אזרחיים.⁷¹

קונקרטי, זכויות ברכושם המשותף של בני הזוג בהתאם לחוק יחסי ממון תקפות לפי המשפט העברי גם בנישואין אזרחיים כשם שהן תקפות (לפי חלק מהדעות) בנישואין שנעשו כדת משה וישראל. כך גם באשר לחובת המזונות בנישואין אזרחיים. הרב דיכובסקי הצביע (לפני כשלושים שנה) על יסודותיה של הדילמה באשר להטלת חובה זו.⁷² אמנם, באותו מאמר הכריע הרב דיכובסקי כי אין לחייב במזונות, ועמדה זו באה לידי ביטוי גם בפסק דינו בבד"ר בני נח, שם הוא קובע קצרות, ובהערת אגב, כי אין לדעתו לחייב את הבעל במזונות.⁷³ אך הרב דיכובסקי חזר בו מעמדה זו, ובמאמר מן השנים האחרונות קבע כי:⁷⁴

שוחחתי בזמנו עם הדיין ר' אליעזר שפירא... ושוכנעתי על ידו שהחיובים הממוניים בנישואין אזרחיים תקפים לפי החוק והנהוג באותו מקום שנערכו

הנישואין. על כן, חזרתי בי ממסקנתי כפי שהבעתיה במאמרי, שפורסם ב"תחומין", שאין לחייב במזונות.

עמדה זו, התומכת עקרונית בחיוב מזונות מכוח "מנהג המדינה", אומצה לאחרונה בידי בית הדין הרבני בנתניה. בית הדין קבע, כי בעקבות פסיקת בית המשפט העליון שלפיה חלה חובת מזונות בנישואין אזרחיים,⁷⁵ השתנה מנהג המדינה, ומזונות נעשו מעתה נוהג מקובל, המחייב גם לפי ההלכה. מכאן, קובע בית הדין, שיש לחייב את הבעל במזונות אשתו גם בנישואין אזרחיים.⁷⁶ כללו של דבר, ההלכה היהודית דורשת את המסלול הדתי לנישואין וגירושין. עם זאת, פסיקת בתי הדין הרבניים איננה מתעלמת ממסלולים אחרים. המסלול האזרחי זכה להכרה ראשונית בהיבט של הכרה בבני הזוג כנשואים בנישואי בני נח (הכרה שיש לבחון את כנותה), וזכה להכרה גורפת יותר בעניין ההשלכות הממוניות שיש לקשר הזוגי. לדעתנו, יש לראות בהכרה זו מרכיב חשוב ומרכזי במהלך המבקש להשיג הסכמה רחבה ליצירת מסגרת אזרחית כללית לנישואין.

נישואין על פי החוק האזרחי: עדות דתיות שאינן יהודיות

בישראל מספר רב של עדות דתיות, שאליהן משתייכים מיעוטים שאינם יהודים. שאלת הנהגת נישואין שעל פי החוק האזרחי נוגעת לבני עדות אלו לא פחות מאשר לאוכלוסייה היהודית. לכן, יש לתת את הדעת להשלכות שתהיינה לביטול המונופול הדתי בתחומי נישואין וגירושין על קבוצות תרבותיות בישראל, ובכך ניגע בחלק הבא. בסעיף זה נבקש להבהיר את מעמדם הנוכחי של נישואין שעל פי החוק האזרחי ושאלת ההכרה בהם מנקודת מבטם של בתי הדין הדתיים של העדות שאינן יהודיות. במסגרת הנוכחית לא ניתן להקיף את כלל העדות הדתיות, ולפיכך בחרנו להתמקד בעמדתו של בית הדין השרעי, שבו נדונים ענייני הנישואין והגירושין של המיעוט המוסלמי, שהוא המיעוט הגדול בישראל.⁷⁷

ענייני נישואין וגירושין של מוסלמים בישראל נדונים כאמור בבתי הדין השרעיים ועל פי הדין האישי המוסלמי.⁷⁸ בעוד שבית הדין הרבני פיתח דוקטרינה המעניקה תוקף מסוים לנישואין אזרחיים, בתי הדין השרעיים אווזים בעמדה הרואה בנישואין אזרחיים מעשה חסר תוקף. הבדל זה לא צמח בחלל ריק, אלא נובע מתהליכים היסטוריים שונים שחוו המוסלמים והיהודים. המפגש ההלכתי היהודי עם המודרנה בשתי המאות האחרונות היה עוצמתי ואינטנסיבי, והוליד אינטראקציה משמעותית בין השתיים. המפגש בין ההלכה היהודית לבין הדין האזרחי, בפרט בענייני משפחה, הציב אתגר בפני פוסקי ההלכה במדינות המערב, אשר נזקקו לתת מענה לשאלות המתעוררות במציאות זו. בחברה המוסלמית

שאלות אלו היו רלוונטיות פחות, עד העת האחרונה.⁷⁹ במדינת ישראל התעצמו ההבדלים הללו בגלל מאבקי סמכויות בין הערכאות המאפיינים יותר את יחסי בית המשפט האזרחי ובית הדין הרבני, ופחות את יחסי בית המשפט ובתי הדין השרעיים. גם הקונפליקט הבסיסי הנוגע ליחסי דת ומדינה נמצא במרכז תשומת הלב של הציבור היהודי בישראל במידה רבה יותר מאשר אצל בני דתות אחרות. בפסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט המחוזי בירושלים ציטט בית המשפט את חוות דעתו של בית הדין השרעי בעניין מעמדם של הנישואין האזרחיים בין הצדדים:⁸⁰

לפי המצב שהוצג בפנינו, הבעל מוסלמי והאישה יהודיה, ולפי תצהיר האישה מיום 11.3.2009 הם נשואים בנישואין אזרחיים בקפריסין. למרות שמוסלמים צריכים להתחתן בכתובה, במקרה זה לא ענה ההסכם הזה על התנאים הנכונים ולכן הוא בטל. ואז בית המשפט השרעי על מנת שיסיים את הקשר ביניהם מצווה עליהם שיפרדו מיד ואם לא יפרדו הקאדי צריך להפריד ביניהם.

הסכם הנישואין האזרחיים מוגדר כ"בטל". ואין הכוונה לכך שבית הדין השרעי מכיר בנישואין האזרחיים ומתיר אותם מכאן ולהבא, אלא, כפי שהבין אל נכון בית המשפט המחוזי,⁸¹ שבית הדין השרעי מכריז על הנישואין כבטלים מעיקרם (void). הדין המוסלמי, אם כן, איננו נותן מענה לזוגות מעורבים, כמו גם לזוגות מוסלמים המעוניינים בקשר נישואין שאיננו דתי.⁸²

ברם, המפגש והקונפליקט בין דת למודרנה מונחים בימינו גם לפתחם של בתי הדין הדתיים שאינם יהודיים, ובית הדין השרעי ביניהם, ותובעים התייחסות. ההתמודדות מורכבת, ומתאפיינת בדיאלקטיקה שבין דחייה לבין קבלה, וליתר דיוק בין דחייה גלויה לבין הפנמה סמויה. ד"ר מוסה אבו רמזאן אפיין את בתי הדין השרעיים בשנים האחרונות כמי ש"החלו בתהליך של 'טיהור' פסיקתם מסממנים חילוניים ברמה הרטורית והסמלית ואסרו על כל זיקה לחקיקה החילונית", אולם בד בבד הם משלבים בפסיקתם, באמצעות כלים פרשניים, עקרונות שמקורם בדין הישראלי, תוך הצגתם כעקרונות פנימיים להלכה המוסלמית.⁸³ הדברים נובעים במידה רבה מהמצב המורכב שבו נמצא בית הדין השרעי, בין פטיש המשפט האזרחי לבין סדן הארגונים החברתיים (ארגונים פמיניסטיים בקוטב האחד והתנועה האסלאמית בקוטב השני).⁸⁴ בהיבט זה דומה מצבו של בית הדין השרעי למצבו של בית הדין הרבני, ונקל לראות את קווי הדמיון בתגובות של שתי מערכות אלו לאתגרי ההווה.⁸⁵

נישואין וגירושין אזרחיים הם, אם כן, בדרך כלל מוסד זר לתפיסת הנישואין הדתית. ישנה, כאמור, אפשרות של הכרה מצד הדין הדתי היהודי, ומשיקולים

של מדיניות רצוי שאכן תהיה הסכמה בנוגע לעניינים מהותיים אלו. אך בתי הדין השרעיים – הן בשל אופיים הדתי והן בשל העובדה כי בישראל הקהילה המוסלמית היא קהילת מיעוט, שעושה שימוש באוטונומיה בעניין המעמד האישי כדי לחזק את לכידותה – יהיו פחות יצירתיים בפיתוח מנגנונים כאלה. מצב זה מחזק את הטענה המחייבת מסגרת אזרחית אחידה של נישואין וגירושין, שתוחל על כל אזרחי ישראל וקהילותיה. כך יימנע מצב שבו הסדרת הנישואין והגירושין, כמו גם המתח הדתי-אזרחי העומד ברקע הדיון הזה, יהיו עניינו של הציבור היהודי בלבד, ואילו קהילות שאינן יהודיות יושארו להסדיר את ענייניהן בעצמן, כאשר שיקולים לאומיים ותרבותיים עלולים להקשות על בני הקהילות האלה לקדם שינויים חברתיים בקהילותיהם.⁸⁶

סיכום המציאות הישראלית: לגיטימציה דה־פקטו לנישואין לא־דתיים

ההסדר המשפטי בענייני נישואין וגירושין הוא במידה רבה ירושה היסטורית מהתקופה העות'מאנית, דרך תקופת המנדט, ועיקרו מונופול דתי אורתודוקסי מלא בענייני נישואין וגירושין בישראל. הסדר זה נקלט (לגבי לא יהודים) ועוגן בחוק הישראלי בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל (לגבי יהודים), וקיבל בשעתו גיבוי פוליטי, דתי, ציבורי ואידיאולוגי רחב.

מחלוקת אידיאולוגית ושינויים חברתיים רחבי היקף הביאו לכך שהמציאות בשטח אינה תואמת עוד את ההסדר המשפטי. מצב של העדר אופציה אזרחית לנישואין מוליך הן ליוזמות של שינוי החקיקה בתחום והן ליצירת מנגנוני עקיפה בפועל של הנהוג החוקי הקיים, המזינים אלה את אלה. מנגנונים אלה נובעים מצורך חברתי, ומוצדקים בשיקולים אידיאולוגיים ומוסריים, ומכוחם גם מקבלים לעתים גיבוי משפטי. כך הפך ההסדר המשפטי הקיים להסדר פורמלי שעבר זמנו, ואשר איננו קביל עוד מבחינה מהותית.

המשפט ההשוואתי מלמד, כי במדינות שבהן נהג בתחילה הדין הדתי בלבד התפתח המשפט האזרחי בתהליך הדרגתי. בשלבי התפתחותו הראשונים היה המשפט האזרחי בגדר דין משני אשר חל על יחסים מעורבים ועל זרים, ורק בשלב מאוחר יותר הפך להיות הדין הראשי של אותן מדינות.⁸⁷ באופן דומה, במשפט הישראלי הונחו בשנים האחרונות יסודות יציבים דיים, היכולים להוביל להנהגת נישואין אזרחיים – יסודות שהוחלו בראשיתם על מקרים חריגים יחסית: זוגות מעורבים, זרים, ובמידה מסויגת גם על אזרחי ישראל שנישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל. האם המשפט הישראלי עומד לצעוד בכיוון דומה לזה של מדינות המערב, ולהפוך את הדין האזרחי המשני לדין הראשי שלו? הצגנו כבר את הצורך המעשי

בצעד זה, וכן קבענו כי על אף המטען הרגשי שמלווה את הדיון על הנושא, בפועל הפערים בין המציאות הקיימת לבין המצב שיתקיים אם יונהגו במפורש נישואין אזרחיים הולכים ומצטמצמים. מצב זה, כפי שטענו לעיל, איננו מספק, בעיקר בשל מסירת נושא הנישואין והגירושיין לסמכותן הבלעדית של קהילות דתיות, והימנעותה של המדינה מהתמודדות עצמאית עם תפקידה בהסדרת נישואין וגירושיין בחברה.

ככל העמים? נישואין במדינות המערב

בטרם נפנה לשאלת ההסדר הרצוי בעניין נישואין וגירושיין אזרחיים בישראל, נציג בקצרה כמה הסדרים הנוהגים במדינות המערב. דיון זה ישלים את התמונה ששרטטנו עד כה, אשר כללה את תמונת המצב החברתית, המשפטית וההלכתית הנוהגת בישראל – ה"מצוי". ואחרי שנשלים שרטוט זה נוכל לפנות גם לדיון עקרוני ב"רצוי". ההשוואה להסדרים הנוהגים במדינות המערב תסייע לבחור בהסדר המתאים ביותר בהקשר הישראלי – בזירות המתבקשת כבכל מקרה של יבוא של הסדרים משפטיים מארץ אחת לשנייה, במיוחד בנושאים שלהם משמעות חברתית תרבותית.

בכל הדמוקרטיות המערביות יכולים אנשים להינשא בנישואין אזרחיים, ללא הגבלה הנוגעת לדת או לשיוך אתני, כעולה מההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם.⁸⁸ בכל המדינות מותר לערוך גם נישואין דתיים לצד הנישואין האזרחיים. ההבדלים המרכזיים בין המדינות נוגעים למידה שבה הן מוכנות להכיר בנישואין דתיים כדרך המוכרת גם על ידי משפט המדינה האזרחי. בקצה אחד של הסקאלה קיימות שיטות שבהן לנישואין דתיים אין שום משמעות מבחינת דיני המדינה. במילים אחרות, מדינות שבהן הנישואין הדתיים "מופרטים" לחלוטין. יתרה מזו, יש מדינות שבהן הריאקציה כנגד השתלטות הכנסייה על מוסד הנישואין היתה חזקה כל כך עד שהביאה למצב שבו עריכת נישואין דתיים לפני עריכת נישואין אזרחיים היא בגדר עבירה פלילית. כך הדבר בצרפת, שבה נחשבים הנישואין כמונופול של המדינה, שאין הרשויות הדתיות רשאיות לפגוע בו. צרפת של אחרי המהפכה ביקשה לבסס את רעיון הסקולריזציה של מוסד הנישואין ולעקור את אחיזתה של הכנסייה במוסד זה, ויש כיום מי שסבורים כי הסדר זה פוגע בחופש הדת.⁸⁹

מדינות אחרות מתירות נישואין דתיים, אך מגבילות אותם לטקסים הנערכים על ידי אנשי דת מורשים ואוסרות בחוק על עריכת נישואין דתיים ללא הרשאה.⁹⁰ ויש כאלה שהן שוות נפש ביחסן לנישואין דתיים. הנישואין הדתיים אינם מוכרים, אך גם אינם אסורים. כך הדבר בגרמניה ובארצות אחרות במערב אירופה. פתרון

זה הוא, אולי, הראוי ביותר למבקשים הפרדה בין הממד האזרחי לבין הממד הדתי של הנישואין.⁹¹ ואולם, ספק אם המחוקק הישראלי, כמו גם החברה הישראלית, יהיו מוכנים לבחור בו; רק שיטות משפט שבהן לא נודע לטקס הדתי ערך רב, או שבהן הפרדה מסוג זה בין דת למדינה מושרשת ומקובלת, יכולות להרשות לעצמן אדישות משפטית כלפי נישואין דתיים – כלומר להשאירם מחוץ למערכת הנורמטיבית של המדינה.

שיטה אחרת קובעת מסגרת אזרחית אחידה לכל מבקשי הנישואין, שבתוכה בני הזוג חופשיים לבחור את הדרך שבה יושלם קשר הנישואין. לפי גישה זו, אשר נהוגה בארצות הברית, ניתנת לבני הזוג בחירה בין מגוון טקסים שבאמצעותם יכולים בני זוג להפוך לנישואים על פי משפט המדינה. על המבקשים להינשא לעמוד תחילה בדרישות האזרחיות לשם קבלת רישיון אזרחי לנישואין, ורק לאחר קבלת הרישיון הם רשאים לערוך טקס כרצונם. גם אם בני הזוג בוחרים בטקס דתי, עליהם לפנות למסדר-נישואין המורשה על ידי המדינה. תוקפם האזרחי של הנישואין איננו מותנה בתוקפם הדתי, אלא רק בכך שהטקס נערך על ידי אדם מורשה, לאחר שקוימו הדרישות המוקדמות (רישיון נישואין) והמאוחרות (רישום אזרחי). לשון אחרת: הבחירה היא בין סוגי טקסים ולא בין דינים שונים. ובכל מקרה, הדרך היחידה להתרת קשר הנישואין מנקודת מבטה המשפטית של המדינה היא הדרך האזרחית, ואין אפשרות למנוע מאדם גירושין אזרחיים, גם אם נישואיו נערכו בטקס דתי.

נישואין אזרחיים לפי מודל זה אינם מוצגים כחלופה תחרותית לנישואין הדתיים. המדינה מצידה מכירה בנישואין ובגירושין אזרחיים, ומספקת לכל אזרחיה ותושביה מסגרת משפטית אזרחית להסדרת ענייני המשפחה שלהם, על פי הבנתה את האינטרסים האישיים והציבוריים הרלוונטיים. אולם הסדר זה הוא במידה רבה הסדר מסגרת. השיטה מעודדת בחירה בטקסים שיהיו משמעותיים לבני הזוג, ומניחה את הבחירה לבני הזוג. בחברות מסורתיות, ובמידה רבה גם בחברה החילונית, מדובר בטקסים דתיים. עריכת הטקס הדתי משלימה את קשר הנישואין בין בני הזוג. על הנישואין יחולו דיני המדינה, אך בני הזוג רשאים כמובן להחיל על עצמם גם את הדינים הדתיים של קהילתם, באמצעות מוסדות דתיים וולונטריים.⁹² מבחינתה של המדינה די שנערך טקס על ידי אדם מורשה כחוק. אין המדינה מתערבת בתוכנו של הדין הדתי, והדין הדתי איננו חלק ממשפט המדינה.

פרק ג'

מן המצוי לרצוי: ביטול המונופול הדתי על נישואין וגירושין

פתיחה

נטל הראיה ביחס להסדרים חברתיים הוא על זה המבקש או דורש שינוי. אף אם ההסדר הקיים אינו בהכרח רצוי, לא טוב לשנות בפזיזות מערכת שלמה של הסדרים מקובלים, אשר לה שורשים היסטוריים ותרבותיים. וודאי כך נכון לנהוג בחברה מגוונת כמו החברה הישראלית – חברה שבה יש קשרים מורכבים ועמוקים בין דת, תרבות ולאומיות, שבה זהויות מהוות עילה למחלוקות עמוקות, ושכל ניסיון לשנות את ההסדרים הנהוגים כרוך בסיכון להתפרצותו של עימות בין קבוצות שונות בחברה.

ישראל מחויבת להגנה על זכויות האדם, כולל חירות האדם, שהזכות לנישואין בלי הגבלות מטעמי דת והזכות לתרבות, חופש הדת והחופש מדת נמנית עליהן. כפי שכבר ציינו, ישראל היא היחידה מבין הדמוקרטיות המערביות שאינה מאפשרת מסגרת אזרחית לנישואין לכלל אזרחיה. עם זאת, ניתן לטעון כי ההסדר המיוחד בישראל (שבגינו היא אף הגישה הסתייגות כאשר הצטרפה לאמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות, הכוללת את הזכות להינשא בלי הגבלות דת) מתחייב מכך שאין היא "סתם" דמוקרטיה, אלא "מדינה יהודית ודמוקרטית".⁹³

בפרק זה נבחן עמדה זאת. טענתנו היא, כי אף שבעבר הספיק משקלם של שיקולים דתיים, תרבותיים ולאומיים – יחד עם שיקולים קואליציוניים – לבסס את שימור המונופול של הנישואין הדתיים בחברה הישראלית על כל קבוצותיה, לא די בהם עוד כדי להצדיק מצב זה. זאת מכמה טעמים:

ראשית, המונופול הדתי פוגע פגיעה חמורה בזכויות היסוד של פרטים בחברה. שנית, "יהדותה" של המדינה אינה רק עניין דתי, ולכן אינה מחייבת מונופול דתי (ובודאי שאינה מחייבת או מתירה את קיומו של מונופול דתי בקהילות דתיות לא-יהודיות).

שלישית, מונופול דתי יוצר לחץ שאינו ראוי על מוסדות הדת לספק מענה לצרכים שהמדינה היא שצריכה לספק אותם, ומעודד ניכור של חלקים רבים

באוכלוסייה כלפי הדת עצמה. מסיבה זאת, וסיבות נוספות, אנו סבורים כי שינוי המצב הקיים הוא גם אינטרס דתי.

ולבסוף, ההסדרה המשפטית של יחסי משפחה בחברה מורכבת, השואפת לשמר ריבוי תרבויות שאינן מתמצות רק בדת, חייבת לאפשר מרווח אזרחי הפתוח גם לאנשים שאינם חפצים לחיות על פי הכללים של הקבוצה הדתית שאליה הם שייכים. מסקנה זו נובעת להבנתנו הן ממחויבות לזכויות האדם ולחירותו, והן מהבנה נכונה של הדרכים שבהן יש לשמר את המקום החשוב של דתות ושל תרבויות דתיות בחברה הישראלית בת זמננו, לרבות הרצון לשמר ולפתח מרכיב תרבותי וחברתי ברור של ריבוי זהויות יהודיות בהווה התרבותית של המדינה.

החיפוש אחר הסדר חדש הוא ממילא חיפוש אחר הסדר שישקף בצורה הטובה ביותר הן את הערכים הדמוקרטיים, הן את ערכי ההגנה על זכויות האדם (שהיחס בינם לבין ערכי הדמוקרטיה אינו פשוט וברור כפי שנדמה לעתים) והן את המאפיינים התרבותיים של המדינה, כמדינה יהודית וכמדינה המכבדת את תרבויותיהן של כל הקהילות החיות בה.

נישואין דתיים כהסדר בלעדי – פגיעה בזכויות האדם

המחויבות של ישראל לזכויות אדם אינה מתבססת רק על היותה דמוקרטיה. זו מחויבות נפרדת שתקפה גם במדינות שאינן דמוקרטיות. גם אין ניגוד עניינים הכרחי בין אופייה היהודי של המדינה לבין ההגנה על זכויות האדם. אדרבה, היסודות שעליהם מושתתות זכויות האדם מעוגנים גם בעולמה של היהדות.⁹⁴ לפיכך, הצבעה על העובדה שהמונופול הדתי (אורתודוקסי) בענייני נישואין וגירושין פוגע משמעותית בזכויות אדם היא טענה נורמטיבית כבדת משקל נגד המשך אימוצו של הסדר כזה בישראל גם מנקודת המבט הדתית. ואכן, המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין פוגע במספר גדול של זכויות אדם בסיסיות: הזכות למשפחה בדרך של נישואין ללא הגבלת דת או שיוך קבוצתי, חופש הדת והחופש מדת (שהוא אולי מקרה פרטי של חופש המצפון), והזכות לשוויון. נבחן היבטים אלו.⁹⁵

הזכות לנישואין והזכות לגירושין

בפתיחת מחקר זה הצבענו על כך שהמשפחה הגרעינית והזוגיות האינטימית הן מרכיבי יסוד חיוניים ברווחת הפרטים ובחוסנה של החברה. טענו כי היחידה הזוגית מאפשרת לפרטים לקשור את עצמם זה לזה ולתת ביטוי לאהבה ולרעות

הקיימות ביניהם. בד בבד, הקשר הזוגי הוא היחידה החברתית הבסיסית, המגבשת ובונה את החברה.⁹⁶ ההכרה בחשיבות הנישואין והמשפחה היא מנת חלקן של כל התרבויות בכל הזמנים ובכל המקומות: "עַל כֵּן יַעֲזֹב אִישׁ אֶת אָבִיו וְאֶת אִמּוֹ וְדָבַק בְּאִשְׁתּוֹ וְהָיוּ לְבֶשֶׁר אֶחָד" (בראשית ב, כד).⁹⁷ אין פלא אפוא, שההכרה במרכזיות של הצורך הזה בחייהם של אנשים מצאה ביטוי גם באמנות היסודיות הנוגעות להגנה על זכויות האדם במשפט הבין-לאומי. אמנות אלה שיקפו את המודעות לעובדה שבהיסטוריה האנושית הוטלו על נישואין בין אנשים הגבלות שונות, מטעמי דת או שיוך קבוצתי או טעמים אחרים – ושאפו לבטל איסורים אלה. ואכן, ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם קובעת כי "כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אזרחות או דת".⁹⁸ הזכות לנישואין היא לפיכך אחת מזכויות האדם הבסיסיות. זכויות האדם ניתנות לאדם באשר הוא אדם, ועל המדינה מוטלת החובה למנוע, או לצמצם ככל האפשר, את הפגיעה בהן.⁹⁹ נוסח זה אמנם אינו קובע במפורש כי מדינה חייבת להציע נישואין אזרחיים דווקא, אולם נראה שההכרזה כי הזכות להקים משפחה בדרך של כניסה בברית נישואין תוכר "ללא כל הגבלה מטעמי דת" אינה מתיישבת בקלות עם מצב של מונופול דתי אורתודוקסי על נישואין וגירושין. ודאי שאינה מתיישבת עם מגבלות דתיות המונעות מבני זוג להינשא (למשל: פסולי חיתון). ואכן, מדינת ישראל היתה ערה לכך שהמצב המשפטי השורר בה אינו תואם את הנורמה הבין-לאומית, וצירפה לחתימתה על האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות הסתייגות מתאימה.¹⁰⁰

הזכות לנישואין היא עצמה זכות מורכבת.¹⁰¹ היא כוללת את הזכות להקים משפחה באמצעות קשר נישואין. היא כוללת את החירות לבחור את בן הזוג בלי הגבלות הנוגעות לדת או לשיוך קבוצתי. היא כוללת את החירות לבחור בסוג הטקס שבאמצעותו ייערכו הנישואין. והיא כוללת מידה מסוימת של חירות לגבי היקף החובות הקשורות לנישואין. האמנות הבין-לאומיות קובעות במפורש כי קשר הנישואין צריך להיות מבוסס על בחירה, וכי יש להבטיח כי יתקיים במסגרתו שוויון בין בני הזוג.

המונופול הדתי על נישואין (וגירושין) פוגע בזכות לנישואין בכמה דרכים. ראשית, הדין הדתי מטיל על אלה הכפופים לו מגבלות הנוגעות לזהותו של בן הזוג. רוב הדתות אינן מאפשרות נישואין בין-דתיים, ובתוך כל דת יש קטגוריות נוספות של איסורים (כגון, ביהדות, איסור על נישואי כהן וגרושה). שנית, הדרישה לנישואין דתיים פוגעת בחופש של בני הזוג לבחור את אופי הנישואין כרצונם, אם בטקס דתי שונה (כגון טקס רפורמי או קונסרבטיבי ליהודים), ואם בטקס נטול מרכיבים דתיים.¹⁰² היא משליכה גם על הזכות להתגרש, המוגבלת

למדי לפי הדין הדתי.¹⁰³ כפי שכבר הוזכר, ההגבלות האלה, בעיקר על זהותו של בן הזוג שעמו כשיר אדם לבוא בברית הנישואין, הפכו חמורות יותר מבחינה אנושית וחברתית לאור תהליכים דמוגרפיים שעברו על ישראל.¹⁰⁴ הקושי גדל כאשר המניעה להינשא מבוססת על כלל דתי שלא ברור אם יש לו כיום, במציאות החיים המודרניים, טעם או הצדקה.¹⁰⁵

אנו מבקשים להדגיש, כי אין אנו מערערים על זכותם של בני הזוג לבחור בקשר נישואין דתי, על מכלול הזכויות והחובות הכלולות בו, ועל מאפייניו של מוסד הנישואין הנגזרים מכך. טענתנו היא כי המדינה איננה יכולה לכפות אורח חיים שכזה על אזרחיה. אופיו של מוסד הנישואין, מעבר לדרישות הסף שעל המדינה להציב, צריך להיקבע על ידי בחירה של בני הזוג. לגופו של עניין נעיר, כי אנו סבורים שמשטר הנישואין (ובעיקר הגירושין) שבהלכה מציע גם מסלולים שוויוניים, כמו גם אפשרות בחירה המוענקת לבני הזוג לסיום הנישואין, בדומה לאפשרות הבחירה הניתנת להם ביצירתם.¹⁰⁶

באשר לבני זוג בני אותו מין, סעיף 16 להכרזה האוניברסלית לזכויות האדם עוסק בצורה ברורה ב"איש ואישה" ומכאן עולה כי הסעיף הזה אינו קובע זכות של בני אותו מין, גבר וגבר או אישה ואישה, להינשא. ייתכן כי אילו נוסח הסעיף כיום הניסוח שלו היה שונה, אולם אין בכך ודאות כיוון שחלק ניכר ממדינות העולם עדיין רואות הכרה בנישואין אלה כדבר פסול. עם זאת, מחוקקים בכמה מדינות כבר החליטו כי נכון להכיר בזכותם של בני אותו מין להינשא (ניו יורק, קנדה, ספרד, הולנד, ולאחרונה גם בנפאל המסורתית). במדינות אחרות נטען כי אף בהעדר חקיקה מסוג זה יש להכיר בצורה שיפוטית ("חקיקה שיפוטית") בזכותם של בני אותו מין להינשא מתוקף השילוב של הזכות לנישואין עם הזכות לשוויון. אנו סבורים כי נכון שעניין זה יובא להכרעה דמוקרטית, ולפי הצעתנו – הכרעה שכזו תידרש עם ההסדרה האזרחית של ענייני הנישואין והגירושין.¹⁰⁷

באשר לגירושין, התמונה מורכבת. אמנם משיקולים שונים גירושין לא נכללו בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם.¹⁰⁸ אולם לטעמנו, הזכות לגירושין איננה פחותה מן הזכות לנישואין: הזכות לגירושין מבטאת את זכותו של כל אדם ואדם לחירות, ואת האוטונומיה של היחיד בבחירה שלא להיות קשור בקשר שאין הוא מעוניין בו עוד.¹⁰⁹ בהקשר זה יודגש כי יש הבדל גדול בין מניעת גירושין לבין הסדרה מגבילה של היכולת להתגרש, וכי לא כל הגבלה כזו היא פגיעה בזכות לחירות ולאוטונומיה. למשל: השיטה המשפטית נוהגת לעתים להטיל סייגים על הזכות לגירושין מטעמים שונים, כגון כדי למנוע גירושין חפוזים מדי, כדי להגן על הזכויות הכלכליות של שני הצדדים או כדי להגן על רווחתם ושלומם של הילדים. לכן, במסגרת של קביעת דיני הגירושין האזרחיים יידרש גם דיון בשאלה

של טעמי הגירושין והנסיבות שבהן יותרו. בעיקרו, דיון זה יחרוג מההשלכות של זכויות האדם. ההוראות שעל פיהן יידרשו בני הזוג ובתי המשפט לנסות לשקם את הקשר ולבחון אפשרויות אחרות פרט לגירושין יכולות לשדר מסר בנוגע לחשיבותו של מוסד הנישואין. עם זאת, אל לה לשיטה המשפטית להתעלם מכך שהכבדה על האפשרות של גירושין עלולה להמריץ את מבקש הגירושין לחיות ללא נישואין עם בן-זוג אחר.¹¹⁰

במצב הנהוג היום, הדין הדתי בישראל מטיל מגבלות על הזכות להתגרש, ואלו פוגעות במידה רבה בחירותם (ובעיקר: בחירותן) של המבקשים להתגרש.¹¹¹ הוא גם מעודד מצב לא רצוי של תמריץ לבני זוג השוקלים גירושין למהר ולהגיש תביעה לגירושין בבית דין אזרחי או רבני מאחר שהעתירה תידון במקום שבו הוגשה לראשונה (במקרים רבים, הגבר יעדיף את בית דין הרבני והאישה את בית הדין האזרחי).

במקום שבו ההיזקקות לנישואין ולגירושין דתיים היא עניין רצוני של שומרי המצוות עצמם, בעיית ההכבדה על גירושין היא בעיקר פנים-דתית, והאתגר מוטל לפתחם של פוסקי ההלכה ושל הפרטים הבוחרים בהסדר הדתי. אפילו בתנאים כאלה, על הדין האזרחי להתערב לעתים כדי להקל על מצוקות קיצוניות, כפי שאכן קורה במדינות מערביות רבות, אך ברור כי במשטר שיש בו מונופול דתי על נישואין וגירושין בעיה זו נוגעת לכלל האוכלוסייה.

חופש דת והחופש מדת

הדרישה לביטול המונופול הדתי על נישואין וגירושין איננה נוגעת רק למימוש הזכות לנישואין לאור הקשיים וההגבלות המוטלים על הנישאים בנישואין דתיים. מעורב בה היבט משמעותי נוסף: גם אם לא מוטלות מגבלות על בני הזוג המבקשים להינשא, האם רשאית המדינה לכפות עליהם נישואין בעלי אופי דתי, המנוגד, פעמים רבות, לאמונתם של בני הזוג? ובמילים אחרות: האם אין הזכות לחופש הדת והזכות לחופש מדת מחייבות הסדרה אזרחית של הנישואין והגירושין?

החוק בישראל מחייב את המעוניינים להינשא לעשות זאת בהתאם לדין הדתי של העדה הדתית שאליה הם משתייכים. הוא איננו מאפשר בחירה בין טקסים שונים, ואף לא בין טקסים אלטרנטיביים בתוך אותה הדת. כך, בני הדת היהודית המבקשים להינשא מחויבים לעשות זאת בטקס נישואין אורתודוקסי, וטקס נישואין קונסרבטיבי או רפורמי לא יוכר כטקס תקף. בכך הדין הנוהג בישראל מנוגד לעקרון חופש הדת, שחשיבותו הוכרה בהכרזה האוניברסלית של זכויות האדם,¹¹² ועוגנה בכל מערכות המשפט המערביות.¹¹³ מעקרון חופש הדת מתבקשת

המסקנה כי יש לאפשר מגוון דרכי נישואין, המעניק לכל אזרח את חופש הדת שהוא זכאי לו. ברם, אין מדובר רק בבחירה בין טקסים דתיים, אלא גם באפשרות להימנע באופן מוחלט מכל היבט דתי בטקס הנישואין. זוהי הזכות לחופש מדת. מכוחה ניתן להצדיק את התביעה להכרה של המשפט לפחות באפשרות הבחירה בנישואין אזרחיים.

הזכות לחופש מדת הוכרה במספר פסקי דין של בית המשפט העליון.¹¹⁴ סטטמן וספיר טוענים אמנם, כי החופש מדת איננו מובן מאליו, שכן כמה וכמה הצדקות הניתנות לחופש הדת אינן תקפות כלפי החופש מדת (כגון הטיעון בדבר החשיבות החברתית שיש לדת, המבסס את חופש הדת, אך לא את החופש מדת). אולם ניתן לטענתם לבסס את הדרישה לחופש מדת על הזיקה שבין פגיעה בחופש מדת לפגיעה בחופש המצפון.¹¹⁵ פגיעה בחופש המצפון איננה קיימת אמנם בכל מקרה של כפייה דתית (למשל: כאשר אדם נדרש להאריך את מסלול נסיעתו בשבת), אולם היא קיימת כאשר אדם חילוני נאלץ לממש זכות חשובה שלו באמצעות טקס דתי. כפיית נישואין דתיים היא דוגמה מובהקת למצב שכזה.¹¹⁶

יש לשים לב לאופי העקרוני של ההתנגדות לנישואין דתיים, שבמקרים רבים איננה תלויה בתכנים עצמם של דיני הנישואין והגירושין. עצם חובת ההזדקקות לרשות דתית, שהאזרח אינו מקבל את סמכותה ואולי אף בז לה, ביצירת יחסים שתוכנם הראשוני הוא אינטימי במובהק, נראית כפוגעת בחופש מדת.¹¹⁷ יש לשים לב גם לאופי האמוציונלי שהתנגדות זו עשויה, לעתים, ללבוש. עצם הכפייה של טקס דתי עלולה לקומם רבים מבחינה רגשית. היא מביאה לכך שאלפי ישראלים שכלל אינם מנועים מלהינשא על פי הדין הדתי בוחרים להינשא בנישואין אזרחיים בקפריסין, או בדרכים אחרות, וזאת כדי להפגין את התנגדותם או את חוסר העניין שלהם בטקס דתי כפוי.

הרגישות לכפייה דתית ולחופש המצפון ניכרת במיוחד בקרב האוכלוסייה היהודית. בעדות דתיות לא־יהודיות לא בולטת הדרישה לשחרור משליטת הדין הדתי. אדרבה, שליטה זו מתפרשת כחלק חשוב מן האוטונומיה הדתית והמשפטית שאותן עדות נהנות ממנה. אולם גישה המוותרת על הסדר כולל של הבעיה, ומסתפקת בפתרון חלקי ליהודים בלבד תהיה בעייתית: אם אל לה למדינה לכפות דינים דתיים על אנשים שאינם סרים למרותה של הדת מרצונם, הרי שיש לדחות שליטה כפויה של כל דת.¹¹⁸

הזכות לשוויון

לפגיעה של המונופול הדתי בזכות לנישואין ובחופש הדת ובחופש מדת מצטרפת גם הפגיעה בשוויון, שהתייחסנו אליה עד כה בקצרה בלבד. השוויון הוא זכות

אדם יסודית, ולא בכדי ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מציינת בראש דבריה (סעיף א'), כי "כל בני אדם נולדו בני חורין ושווים בערכם ובזכויותיהם". זכות זו משתקפת גם בענייני נישואין, בזכות להינשא ובזכויות בתקופת הנישואין ולאחר ביטולם. אלא שהדין הנוהג במדינת ישראל בענייני נישואין וגירושין פוגע בשוויון במספר היבטים, בעיקר (בהלכה היהודית) בזכות לשוויון בין המינים בהליך היציאה מן הנישואין. שהרי, אף שלפי ההלכה הנוהגת כיום נדרשת הסכמת שני הצדדים לגירושין, קיימים פערים משמעותיים בין הצדדים, כגון: האפשרות הניתנת לבעל בלבד לשאת אישה שנייה או להתגרש בכפייה בהיתר מאה רבנים, וכן הסנקציה המוטלת על האישה בלבד, שילדים שיוולדו לה מיחסי אישות עם גבר שאיננו בעלה יוכרזו כמזרמים.

הפגיעה בזכות לשוויון קיימת גם בהיבטים נוספים של ההסדר הקיים. כגון בחוסר השוויון בין סוגי הטקסים הדתיים, אלה המוכרים בעיני המדינה ואלה שאינם, בחוסר ההכרה בזכויותיהם של זוגות בני דתות שונות או זוגות בני אותו מין, ולבסוף, יש אף שיטענו כי קיים חוסר שוויון אינהרנטי במוסד הנישואין כשלעצמו במכלול היבטים – חברתיים, כאלה הנוגעים לרכוש ואחרים – שההסדרים הנוהגים לפי הדין הדתי מקבעים אותם.¹¹⁹

המסקנה שעל פיה המצב המשפטי של מונופול דתי אינו מתיישב עם הכרה בזכויות אדם, כגון הזכות לנישואין, הזכויות לחופש דת ולחופש מדת, והזכות לשוויון, אינה מבססת בהכרח, לבדה, תביעה לשינוי ההסדר הקיים. ניתן לטעון כי מחיר השינוי גדול מאוד, וכי על כן יש להסתפק בכך שההסדר החברתי הקיים בפועל בישראל נותן מענה קביל למימוש זכויות אלה. סטטמן וספיר, במאמרם הנזכר לעיל, סבורים כי "העדפה סימבולית" של נישואין על פני ידועים בציבור היא מעשה לגיטימי מנקודת מבט ליברלית, כל עוד ניתנות לידועים בציבור זכויות שוות. הלגיטימציה להעדפת מסלול נישואין כוללת לדבריהם גם העדפת מסלול נישואין דתי, כל עוד מתקיים התנאי האמור.¹²⁰ אנו איננו מקבלים עמדה זו. הבעייתיות במצב המשפטי הקיים איננה רק בהעדפה של דרך אחת מבין שתי דרכים שוות. לב הבעיה הוא בכך שהדין הדתי הנוהג עשוי למנוע מזוגות שהיו מעוניינים בנישואין מללכת בדרך זו, ומאלץ אותם לחיות כידועים בציבור (כגון: זוגות בני דתות שונות ופסולי חיתון). לכל הפחות בעבור זוגות אלו, הבחירה במוסד הידועים בציבור נובעת מאילוץ, ואיננה משקפת הכרעה אוטונומית, ולפיכך איננה משקפת הסדר לגיטימי. מעבר לקשיים המעשיים הנותרים בעינם גם במצב המשפטי-חברתי ה"מתוקן", אסור להמעיט בחשיבותם של השיקולים העקרוניים והכלליים, הן אלה הנוגעים להגנה על זכויות האדם והן אלה הנוגעים לתפקידה של המדינה בהסדרה משפטית בנושאים כגון ענייני מעמד אישי. מכלול

שיקולים אלה מחייב שינוי עקרוני ולא רק חיפוש אחרי "תיקונים" מקומיים לבעיות מעשיות שונות.

נישואין דתיים בחברה רב תרבותית

הפגיעות החמורות והמגוונות בזכויות אדם, כשלעצמן, יכלו להספיק כדי לבסס טיעון חזק לטובת הכרעה על ביטולו של המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין. אלא שלצד פגיעות כאלה למונופול הדתי יש גם תרומה חשובה לערכים חשובים, שיש המתארים אף אותם כחלק משיח זכויות האדם, כגון הזכות לתרבות. כך למשל, נטען כי "ליצירי אנוש יש זכות לתרבות – לא לתרבות כלשהי, אלא לתרבותם הם"¹²¹. לזכות זו כמה היבטים: קיום אורח חיים ללא הפרעה, תוך הכרה בו מצד החברה הכללית, ותוך מתן האפשרות מצד המדינה לפיתוח אורח חיים זה.¹²² מספר הצדקות ניתנו לזכות לתרבות, ולדוגמה: ביסוסה על הזכות לחירות, הכוללת את האפשרות הניתנת לכל אדם לבחור מתוך ההקשר התרבותי שלו.¹²³

ההצדקה לזכות לתרבות מושמעת בדרך כלל על ידי קבוצות מיעוט שחוקי המדינה אינם מאפשרים להן לשמור על מרכיבים חשובים של זהותן בשל התנגשות בין שמירה על מרכיבים אלה לבין חוקי המדינה. לצורך ההערכה של טיעון זה בהקשר להסדר הנישואין החל בישראל נצטרך להבחין בין הדרישות הטבעיות של הזכות לתרבות, שאותן נרצה לקיים בישראל, לבין היבטים של המונופול הדתי שאינם מתחייבים מזכות זו. בפרק זה נסקור כמה טיעונים לטובת המצב הקיים המתבססים על הזכות לתרבות. אלה הם טיעונים חשובים. עם זאת, לדעתנו הם מצדיקים שמירת מקום של כבוד לחירות של בני זוג לבחור בנישואין וגירושין דתיים, אולם לא בכפייתם של הכול להינשא רק במסגרתם.

האינטרס של קהילות בשימור לכידותן. אין ספק כי אורח חיים דתי הוא חלק חשוב מאוד מתרבותם של שומרי מצוות (ולעתים אף מגדיר תרבות זו) וכי הנישואין הדתיים נתפסים כבעלי מטען סמלי רב משמעות בעבור קבוצות האוכלוסייה המבקשת לשמר אותם (שהיא מן הסתם רחבה יותר מקבוצת שומרי המצוות). יתר על כן, לכל קבוצה תרבותית ולאומית יש אינטרס לשמור על לכידות. מתן האפשרות לנישואין אזרחיים עלול לפגוע בלכידות הקיימת בקרב הציבור היהודי בשל שתי סיבות עיקריות: האחת, החשש כי במסגרת של נישואין אזרחיים יתקיימו נישואין בין חברי קהילות דתיות שונות, והשנייה, החשש כי נישואין אזרחיים יעודדו יצירת "ספרי יוחסין", ופיצול דה־פקטו של החברה היהודית בישראל לכמה קבוצות שאינן מתקשרות זו עם זו. טיעונים אלה אינם

מוגבלים לקבוצה היהודית במדינת ישראל. טיעונים להכרה בתרבות על ידי המדינה מושמעים אף ביתר שאת על ידי קבוצות מיעוט, שתרבות הרוב מאיימת להטמיע אותן.

לדעתנו, למרות הטענות הללו, אופייה היהודי של המדינה – אף אם הוא מתפרש כעניין דתי, פירוש שכפי שכתבנו למעלה, שנוי במחלוקת – אינו מקנה תוקף מיוחד לטיעון זה לטובת **מונופול** דתי על נישואין וגירושין. זה הוא טיעון כבד משקל, שאנו מקבלים אותו לטובת הכרה מלאה בחירותם של פרטים לבחור נישואין דתיים, ואף באימוץ עמדות חינוכיות המעודדות אנשים לתת משקל חשוב ליצירת קשר נישואין בתוך תרבותם ובצורה המשקפת אותה. ברם אין זה טיעון בעד מסגרת משפטית שאינה מאפשרת נישואין בדרך לא דתית. יתרה מזו, מונופול דתי כזה עלול אף להחליש את המשמעות התרבותית-חינוכית של לכידות קהילתית תרבותית.

תרומה ליציבות הנישואין בחברה. ועוד נימוק תרבותי בזכות המשך ההסדר הקיים: הפער בין הדין הדתי לדין האזרחי, ומצב של ריבוי תרבויות בכלל, ותרבויות דתיות בפרט, יכול לשקף גם פערים בין גישות שונות ביחס לדמותו של מוסד הנישואין, וביחס לתפקיד המדינה בקידום תפיסה כזו או אחרת של משפחה ושל נישואין. תפיסה דתית נוטה להיות תפיסה שמרנית של הנישואין, הכוללת הגבלות חמורות על פירוק הנישואין ועל קשרים עם בני זוג אחרים במהלכם. תפיסות לא דתיות יכולות לנוע בין שמרנות לבין תפיסה ליברלית-אינדיבידואליסטית של מוסד הנישואין, העשויה לראות בנישואין מסגרת רצונית, ולכן להשאיר את ההחלטה על נסיבות היציאה ממנה לבחירת בני הזוג (גם באורח חד-צדדי). תוצאה אפשרית נוספת שלה היא יחס לא נוקשה כלפי קשרים זוגיים מחוץ למסגרת הנישואין.¹²⁴ מדינה הנותנת מונופול לגישות דתיות תיטה בהכרח לשמרנות, ואילו גישה אזרחית יכולה לנוע בין עמדה אגנוסטית ביחס למוסד המשפחה לבין עמדה אחרת שאינה בהכרח מושפעת על ידי המסורת הדתית. גישה דתית מציגה את עצמה ככזו המממשת ערכים חברתיים מרכזיים, ובעיקר את ערך המשפחה. גישה ליברלית-אינדיבידואליסטית מציבה את האינטרס האישי של בני הזוג כערך מרכזי שאיננו פחות בחשיבותו.¹²⁵ על כן, כפיית מוסד הנישואין הדתי על הכלל עשויה לשרת אינטרס ציבורי-חברתי גם בהיבט הזה, שתכליתו שמירה על יציבות מוסד הנישואין בחברה.

לטעמנו, גם נימוק זה, הנוגע לרצון לשמר יציבות ולקבע את חשיבותו של מוסד הנישואין, אין בו כדי להצדיק מונופול דתי. אנו אמנם סבורים שחשוב שהמדינה תשדר יחס של כבוד למוסד הנישואין וליציבותו – עמדה הנשענת בין השאר על אפיונה של המדינה כיהודית – אולם השגת מטרה חשובה זו אינה מסתייעת בהכרח

בקיומו של מונופול דתי. מונופול אמנם ייטה בהכרח לגישה השמרנית לנישואין, אולם ניתן להעלות על הדעת בחירה במסגרת משפטית אזרחית שתשקף גם היא גישה שמרנית, או לפחות גישה המכבדת את מוסד הנישואין ומעוניינת בשימור יציבותו, אם זו תהיה בחירת המחוקק. החברה, באמצעות המסגרת האזרחית, יכולה לאמץ גישה "לא-מתירנית" למוסד הנישואין ולבטא אותה בהסדרי הכניסה לנישואין ובעיקר בהסדרי היציאה האזרחית מהם. יתרה מזו, לא ברור כי מונופול דתי אכן מקדם את יציבות הנישואין. אדרבה, המונופול הדתי מחזק דווקא דפוסי משפחה אחרים, כגון ידועים בציבור, ובכך עומד הוא בניגוד למגמתם של אלו הרואים בו משען ליציבות הנישואין בחברה.

הכרה ברב תרבותיות. מקום של כבוד לטקסים דתיים בהסדרה המשפטית של המדינה ניתן להצדיק גם על בסיס גישה פלורליסטית-רב תרבותית התומכת בשמירת המאפיינים הייחודיים של כל קבוצה תרבותית, ומכירה בערך הפנימי של כל תרבות ותרבות. עמדה רב תרבותית תקבל לעתים פגיעה בערכים אחרים, כל עוד אין מדובר בפגיעה משמעותית בערכים יסודיים.¹²⁶ בהקשר שלנו עמדה זו מחייבת את בחינת הטענה הבאה: הנישואין הדתיים הם ביטוי תרבותי מובהק. האינטרס לשמר את ההיבט התרבותי הוא בעל משקל רב, ולפיכך מצדיק את ההכרה של המדינה בנישואין דתיים, כאחת מן הדרכים המוכרות להשלמת קשר נישואין. אולם האם ההיבט התרבותי מצדיק גם קביעת מונופול דתי, בטענה שהוא בלבד יוכל לסייע באמת בשמירת הלכידות הקהילתית? מנקודת מבט זו, החשיבות התרבותית והלאומית גוברת על הפגיעה הטמונה בהגבלות ובדרישות של הנישואין הדתיים הבלעדיים בזכויותיהם של בני הזוג.

השאלה שעומדת בפנינו אינה שאלת ההסדרים הנראים מיטביים למנהיגיה של קבוצה דתית, לאומית או תרבותית (שגם התשובה עליה אינה פשוטה). השאלה נוגעת לעמדת המדינה שבה חברה מגוונת המתאפיינת בהבדלי גישות עמוקים ביחס למרכיב שמירת המצוות הדתיות בזהות התרבותית. מדינה שיש בה מציאות כזאת יכולה לכבד את רצונן של הקבוצות בשימור ייחודן, ובמדינה יהודית – מחויבת היא באופן ספציפי לשימור ההיבט היהודי במדינה. אולם בד בבד חייבת היא לספק לאזרחיה מסגרת משפטית המאפשרת להם את מימוש זכויותיהם. גישה רב תרבותית מכילה אפוא גם הכרה בערכן השווה של גישות אחרות, ואל לה למנוע את הניעות של הפרטים בין קבוצה לקבוצה.¹²⁷ חופש הבחירה בין כמה וכמה חלופות הוא, כפי שמציין יוסף רז,¹²⁸ ביטוי לאוטונומיה האנושית, והגבלתו איננה יכולה להיעשות כלאחר יד.

גם מהבחינה המעשית, בחברה פלורליסטית, ולכל הפחות סובלנית,¹²⁹ הכפייה היא דווקא לרועץ, ושכרה עלול לצאת בהפסדה. הטלת הדין הדתי

כחובה על כלל הציבור, לרבות על מי שאינם סרים למרותו מרצונם, יש בה משום נזק חינוכי חמור והרחקת לבו של הציבור ממנו. כנגד זאת, הגישה הרב-תרבותית מציעה דרך אחרת לעיצוב החברה ובנייתה: במקום מאבק בין-תרבותי, המשקף עמדה שוללת של התרבות האחת כלפי חברתה – מצב של דו-שיח והפריה הדדית. קשר שכזה בין התרבויות יוביל את החברה הישראלית לחברה "עשירה במיוחד, המורכבת מתרבויות שונות והמעוצבת בתהליכים של שיח, העשרה הדדית, לימוד מהאחר ופתיחות כלפיו, מתוך הבנה ששום תרבות אינה מכילה בתוכה מונופול על ה'אמת', על ה'ראוי', ומתוך הבנה שאין 'טוב' אחד בלבד שראוי לחיותו, אלא יש 'טובים' רבים, המצויים בתרבויות שונות".¹³⁰ אין צורך לומר, כי גישה זו איננה רואה במונופול הדתי על ענייני נישואין וגירושין משום תרומה לעיצוב החברה ברוח המבוקשת. אדרבה, הנהגת מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין היא הדרך הראויה המאפשרת לכל אחת ואחד את הבחירה.¹³¹ דרך זו אינה מבטלת את החשיבות האישית, הדתית והתרבותית של נישואין דתיים, אלא הופכת את הבחירה בהם, כאמירה תרבותית או מורשתית, לעניין שבני החברה צריכים לבחור בו מרצונם. ניתן לטעון כי בכך מקבלים הנישואין הדתיים אף משנה חשיבות.

נציין כי בסוגיה יסודית – החשש מנישואין בין בני קהילות דתיות שונות, מדובר למעשה על חשש מפני אובדן הלכידות של העם היהודי, ותוצאתו האפשרית של חשש זה היא הסתגרות של תת-קהילות בתוך עצמן. למרות חשש זה, רבים מבני העם היהודי מתנגדים למונופול הדתי, הן בשל הטעמים שציינו למעלה והן מפני שלדעתם במציאות החברתית הקיימת ממילא אין משום הגנה המבטיחה הימנעות מנישואי יהודים עם לא-יהודים או מניעת התבצרות של תת-קהילות יהודיות במטרה לשמור על טוהר מוסד הנישואין.

אכן, המתח שבו אנו עוסקים מורכב וטעון עד מאוד הוא, ואף בית המשפט מבקש לעתים להלך בין הטיפות ביחס אליו. כך, כשנדרש בית המשפט לשאלת ההכרה בנישואין בין יהודים ללא יהודים שנעשו בחו"ל, כתב השופט רובינשטיין:¹³²

אכן אודה ולא אבוש, כי נישואי התערובת, עניין כאוב מימות עולם (ראו בימי שיבת ציון הראשונה עזרא ט', א"ב, י"ב; ופרק י'; נחמיה ט', ל"א), צובטים את ליבי, נוכח משמעותם בממד ההיסטורי והשפעתם על מצבו של העם היהודי ועל גודלו עד כדי משמעות קיומית, ואין כאן המקום להאריך... אך בודאי אין בכך כדי לפגוע בזכויות אדם של כל אדם באשר הוא, ובהן הזכות לנישואין, ואף אין להתעלם – כאמור – ממצייאות ישראלית שבה רבים אין בידם להינשא כדין; כך, למשל, טרם נמצא פתרון גם לחסרי דת זכאי שבות...

הדילמה, אם כך, עומדת בעינה, אולם הפגיעה המשמעותית בזכויות האדם, הטמונה בהסדר הנוכחי, כמו גם הניתוח הנכון של תפקידה של המדינה ושל המשפט בחברה מגוונת, מובילים להכרה בכך שמשפט המדינה חייב לאפשר מסלול ליצירת קשר נישואין מחייב, בלא מגבלות דתיות ובלא מונופול דתי. הסדרה כזו אינה מחייבת כמובן כי מנהיגי החברה הדתית, התרבותית או הלאומית יימנעו מפעולה חינוכית שמטרתה לעודד את בני הקהילה לקשור קשרי נישואין שיאפשרו להם חיים תרבותיים מלאים.

שיקולי מדיניות דתית

ההתנגדות לנישואין שעל פי החוק האזרחי מנקודת המבט הדתית היהודית מתמקדת, בדרך כלל, בתוצאות ההרסניות העלולות להכביד על הפרטים והקהילה בגלל הדרישות ההלכתיות בנושא הגירושין והנישואין. מבחינת ההלכה, פירוד ללא גט במקרה שבו יש צורך בגט שכזה עלול להוביל לממזרות. ריבוי ממזרים, יחד עם הגדלת שיעור הנישואין של יהודים עם שאינם יהודים, עלול להוביל בסופו של דבר ליצירת ספרי יוחסין ולפיצול העם היהודי לשני עמים (או יותר). טיעונים אלו הועלו כבר בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל. כך, זרח ורהפטיג, סגן שר הדתות, הצהיר במהלך דיוני הכנסת שקדמו לחקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים:¹³³

אין לך דבר החשוב כל כך למען אחדות העם כמו דיני נישואין וגירושין אחידים... דיני ישראל בעיני נישואין וגירושין הם המחייבים, וכל סטייה מהם מהווה פגיעה קשה באיחוד העם ועלולה להביא לידי פירודו. אילו היו מכניסים חוקי נישואין וגירושין אזרחיים, הרי בהכרח היה הדבר מביא לפילוג בעם ישראל והיו קמים בו שני עמים, כפי שישנם יהודים ומוסלמים ונוצרים; אז היו שתי קטגוריות של יהודים.

בבחינת ההתנגדות לנישואין שאינם דתיים לאור טענה זו, יש להפריד בין המישור העקרוני-פורמלי לבין המישור המעשי. במישור העקרוני, באופן אולי מפתיע, הבעיה המתעוררת קלה יחסית למענה. הטענה היא כי הכרה בנישואין וגירושין בדין אזרחי עלולה לגרום לריבוי מקרים שבהם יהודים ינשאו שלא על פי ההלכה, ואף יתגרשו בדרך זו, ללא גט. בהינתן הצורך בגט בנישואין אזרחיים,¹³⁴ עלולות להיות לכך השלכות חמורות, כדוגמת איסור אשת איש ואף ממזרות.

ברם, רוב רובם של הפוסקים, וכך מנהג בתי הדין, אינם רואים בנישואין אזרחיים נישואין תקפים לפי ההלכה, והצורך בגט הוא לחומרה בלבד. דרישה זו איננה מעידה על תפיסה הרואה בנישואין אלה נישואין ממשיים, היוצרים בעיית

אשת איש ואשר עלולים לעורר את בעיית הממזרות.¹³⁵ ועוד, גם אלו המעניקים תוקף הלכתי לנישואין אזרחיים לא יכריזו על הילדים (דהיינו: על ילדים שייולדו בנישואין שניים, לאחר שבני הזוג הנשואים אזרחית ייפרדו ללא גט) כממזרים.¹³⁶ מסכם זאת הרב מאיר יששכר מזוז:¹³⁷

למעשה, ודאי שאין ערעור ביחס לכשרות הילד. פסיקת בתי הדין הרבניים בארץ, המצריכים גט לחומרה והמקילים במקום עיגון (שלא נודע מקום הבעל), מוכיחה שאין חשש ממזרות כלל, כי אילו היה נשאר בגדר של ספק ממזר, לא היו מתירים לה להינשא...

למעשה, בסיכומו של דבר, אין לראות בבן ספק ממזר, וכפי שביטא זאת הרב ר' משה פיינשטיין: "משתדלים אנו להשיג גט, אם אפשר, לחומר איסור אשת איש, ומה שהיתרתי היה במקום שאי אפשר להשיג גט. אבל לעניין הבן, שהוא רק איסור לאו של ממזר, וגם בממזר הא איכא קולא (=הרי יש מקום להקל) דספק (=שספק) ממזר מותר (מן התורה), אין להחמיר כלל, אף לכתחילה".

לצד זאת, אף אם אין בעיה עקרונית ביחס לנישואין האזרחיים, בפועל, עם הנהגת דין אזרחי לנישואין, קשה יהיה לוודא שבני זוג הנישואים בנישואין דתיים לא יתגרשו בגירושין אזרחיים בלא גירושין דתיים.¹³⁸ במקרים רבים נערכים טקסים מקבילים, ולצד הנישואין האזרחיים נערכים גם קידושין כדמו". כמו כן, נישואין אזרחיים יאפשרו נישואי יהודים עם שאינם יהודים, ויש להניח כי יאפשרו גם קשרים המוגדרים הלכתית כאיסורי עריות (כדוגמת נישואין של אדם לאחות אשתו, האסורים הלכתית גם לאחר גירושיו ממנה).¹³⁹ לכן, מנקודת המבט ההלכתית, אף אם כשלעצמם נישואין אזרחיים אינם מעוררים בעיית יוחסין, הרי מעשית, מוטל על בית הדין לבדוק כל מקרה לגופו ולוודא שבעיות כאלה אכן לא התעוררו. הטענה בדבר ההשלכות ההלכתיות של נישואין אזרחיים מתעוררת אם כן מחדש, ועמה החשש כי הנהגת נישואין אזרחיים תגרור רשימות יוחסין ותביא לפיצול פנימי בחברה היהודית. עם זאת, בעיות אלה הן בעיות מעשיות, ולפיכך פתרוןן הוא שאלה של מדיניות הלכתית ואזרחית, ונציג את הדברים בחלק המפרט את הצעתנו בנוגע לנישואין וגירושין אזרחיים.¹⁴⁰

לצד הבעיות הללו, הנהגת נישואין אזרחיים עשויה גם לפתור בעיות הלכתיות חמורות. נישואין דתיים כוללים ממד "איסורי", דהיינו: חובה דתית להימנע מכל קשר אחר של יחסי אישות. חובה זו מוטלת על הבעל מכוח חרם דרבנו גרשום או מכוח תקנות חכמים אחרות.¹⁴¹ ביחס לאישה הממד הדתי משמעותי לאין שיעור. יחסי אישות של אשת איש עם מי שאיננו בעלה מוגדרים כאיסורי עריות, האסורים כמובן מן התורה, וילדים שייולדו מקשר זה עלולים להיות מוכרזים

כממזרים.¹⁴² בהתאם לכך, "חומרת אשת איש", דהיינו: ההתייחסות המחמירה לאישה נשואה העלולה לקיים יחסי אישות עם מי שאיננו בעלה, היא שיקול המוביל להחמרה בהיבטים הלכתיים רבים הנוגעים לענייני נישואין וגירושין.¹⁴³ אין לחדד כי קיים פער בין תפיסה חברתית מודרנית שהיא ליברלית-אינדיבידואליסטית-מתירנית לבין התפיסה ההלכתית כלפי יחסי אישות מחוץ לנישואין. זהו פער מהותי, הנובע מגישות שונות באשר לחירות הפרט בתחום המיני. ההלכה מטילה את מלוא כובד משקלה כדי להגביל חירות זו, ולעומת זאת הגישה הליברלית מעניקה לעתים לגיטימציה לקשר זוגי מחוץ לנישואין. למצער, עמדה ליברלית תגרוס כי אין מקום להתערבות משפטית בקשרים מעין אלו,¹⁴⁴ זאת לעומת מכלול האיסורים ההלכתיים, ואף הסנקציות, המוטלים כאמור על קשרים מיניים בין בני זוג שאינם נשואים.

יחסם של חלקים בחברה הישראלית לקשר מיני לפני הנישואין או לקשר זוגי בין בני זוג הנשואים לאחרים נובע לעתים מעמדה ליברלית-מתירנית (יש להדגיש כי החלוקה כאן אינה פשוטה הן בתוך הדתות והן ביניהן, ואין היא מתיימרת לאפיין חברה אחת אל מול השנייה). שמרנות הולכת לעתים עם שמירת מצוות דתיות אולם לא בהכרח. ישנה שמרנות בפועל גם אצל מי שאינם דתיים, וישנם גילויים של גישה מתירנית-אינדיבידואליסטית גם בחברות דתיות. ברם, למגמות המתוארות יש נוכחות בתפיסה הליברלית, ויש בכך לכל הפחות כדי מגמה הראויה לציון. זהו יחס סלחני, ובמידה רבה תומך ומזדהה, אשר הלך ונעשה מקל ומקבל יותר ויותר ברבות השנים. היטיב לתאר את הדברים נשיא בית המשפט העליון (דאז) אהרון ברק:¹⁴⁵

אין ספק כי שמירתו של התא המשפחתי הינה חלק מתקנת הציבור בישראל גם בימינו אלה. האינטרס החברתי תומך בנישואין יציבים. מוסד הנישואין הוא מרכזי לחברה שלנו... עם זאת במהלך השנים השתנו התפיסות החברתיות ביחס לסיום קשר הנישואין ולתופעת הגירושין... גם הסלידה מפני קשר זוגי מחוץ לנישואין אינה משקפת את גישתה של החברה הישראלית של היום, ודיני הידועה בציבור – שלהתפתחותם תרמו המחוקק ובית-המשפט גם יחד – יוכיחו.

פסק הדין של ברק עוסק בהבטחת נישואין של גבר נשוי לאישה שאיננה נשואה. דבריו של ברק ביחס לירידתה של "הסלידה מפני קשר זוגי מחוץ לנישואין" אינם משקפים רק יחס מקבל לקשר בין פנויים, אלא גם הבנה כלפי קשר בין איש ואישה הנשואים לאחרים, כעניינו של פסק הדין.

אף אם נאמץ גישה שמרנית, ונאמר כי קשר זוגי כמתואר איננו מתקבל בחיוב גם מנקודת מבט חברתית שאיננה דתית, יתקיים עדיין פער ניכר בין ההלכה לבין

עמדות מקובלות בחברה הישראלית. פער זה בא לידי ביטוי במצבי הגבול, כגון כאשר בני זוג נשואים פורמלית אך פרודים מעשית. קשר זוגי של בני זוג כאלה עם אנשים אחרים יתפס על ידי ישראלים רבים כלאגיטימי, ואילו נקודת המבט ההלכתית בעניין זה היא פורמלית: בני הזוג נשואים, וביחס לאישה – חלים עליה איסורי אשת איש לכל דבר ועניין, וילדיה מיחסים חדשים אלו עלולים להיות מוכרזים כממזרים.¹⁴⁶

בני זוג הנישאים בנישואין דתיים נכנסים מנקודת המבט הדתית לגדרי ההלכה. כאשר בני הזוג אינם רואים את עצמם ככפופים להלכה, אזי הקוד החברתי-מוסרי לפיו הם חיים איננו תואם את הקוד שעל פיו נישאו והם עלולים – מנקודת המבט ההלכתית – לעבור על איסורים חמורים ביותר. נישואין אזרחיים מבטלים חששות אלו, ומעניקים לבני הזוג מסגרת נורמטיבית המתאימה לאורח חייהם ולתפיסת מוסד המשפחה בעיניהם.

שיקולים אלו הם שיקולים דתיים, וההלכה היא שצריכה לתמוך בנישואין אזרחיים מכוחם.¹⁴⁷ זו, אכן, עמדתו של הרב הראשי לישראל לשעבר, הרב אליהו בקשי-דורון, מכוח שיקול זה, לצד שיקולים הלכתיים נוספים:¹⁴⁸

החוק כיום גורם למכשלות רבות – חלק גדול מהנישאים על פי החוק אינם שומרי תורה ומצוות ואינם מקפידים על איסור אשת איש, כך שקידושין כדת משה וישראל גורמים להכשילם באיסור חמור של אשת איש, וכן האישה נאסרת על בעלה בבגידתה ומאז כל חייהם הם באיסור.

ובהמשך דבריו – מקרי הגבול המחריפים את הבעיה:

החוק מחייב להינשא כדת משה וישראל, אולם כשהזיווג אינו עולה יפה, אין חיוב להתגרש; ואם אין הסכמה לגירושין, הנשים נשארות עגונות. מי שאינם שומרים תורה ומצוות חיים עם בני זוג ללא גט, וחלק מהעגונות מביאות ילדים וכך מתרבים ממזרים בישראל. אילו לא נישאו כדת משה וישראל, דינן היה כפנויות שאין בהן חומר איסור אשת איש, ובניהן כשרים להינשא. נמצא שהחוק המחייב להשיאן כהלכה גורם למכשלות רבות.

ומכאן תוהה הרב בקשי-דורון, בתהייה שהיא כמובן רטורית:

השאלה היא: האם שכר החוק אינו יוצא בהפסדו? האם נכון כיום להקריב את קדושת ישראל על מזבח הסמליות של צביון המדינה היהודית, ולהמשיך לחייב להינשא כדת משה וישראל גם מי שאינם מעוניין בכך וסביר שלא ישמור את המושג 'אשת איש'?

נוכח הבעיות שהעלה בקשי-דורון, יש הסבורים כי ראוי לאחוז את החבל משני קצותיו: לחייב כל יהודי בישראל בנישואין כדמו"י, אך לערוך את הנישואין באופן שאיננו עונה על דרישות ההלכה (עדים פסולים). כך שלמעשה יתקיים טקס מעין יהודי-הלכתי, שלמעשה איננו נישואין כדמו"י. אנו מסכימים עם בקשי-דורון כי מדובר בהצעה לא ראויה שאיננה אתית.¹⁴⁹

נדגיש כי בעינינו של הרב בקשי-דורון ההכרעה בין נישואין כדמו"י לבין נישואין על פי דין אזרחי היא למעשה הכרעה על ציר המתח שבין הרצון לשמור את "קדושת ישראל", המחייב מסגרת אזרחית לנישואין, לבין הרצון לקיים "מדינה יהודית", שמחייבת, לכאורה, את שמירת המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין. לפי הניתוח שהצענו לעיל, מתח זה איננו ממשי, שכן אופייה היהודי של המדינה, מבחינה תרבותית, מעשית וסמלית, כלל אינו דורש את המשך קיומו של מונופול דתי על ענייני נישואין-וגירושין בישראל.

בהערת אגב נזכיר היבט נוסף, שראוי לדון בו במסגרת מערך השיקולים הדתי, והוא בעיית מעוכבות הגט וזיקתה לנישואין על פי החוק האזרחי.¹⁵⁰ כשלעצמנו, אנו סבורים כי להלכה כלים פנימיים להתמודד עם הבעיה. ברם בהעדר רצון או יכולת מצד חכמי ההלכה (ולפחות מצד אלו היושבים בעמדות השפעה) להשתמש בכלים העומדים לרשותם, הרי מתחזקות הקריאות לשימוש בפתרונות חיצוניים לצורך זה.¹⁵¹

ולענייננו, מסגרת אזרחית להכרה בנישואין עשויה להקל במימוש של הזכות להינשא והיכולת לממש גירושין וכך להגדיל את חירות הפרט וחופש הבחירה, כמו גם לפתור את בעיית סרבנות הגט של מי שאינם מקבלים על עצמם את עולה של ההלכה. ברם, רבים, אם לא רוב רובו של הציבור היהודי בישראל, יוסיפו להינשא בנישואין דתיים – וכותבי נייר זה אף מקווים שמגמה זו תימשך. מתוכם, יהיו רבים שלא יסתפקו בגירושין אזרחיים, ולגביהם בעיית מעוכבות הגט תישאר על כנה ויהיה על הממסד הרבני להתמודד עמה, שכן הפתרון לבעיה הוא בראש ובראשונה הלכתי.¹⁵² אפשר להניח עם זאת, כי כאשר תוצע אלטרנטיבה שוות ערך לנישואין הדתיים, הממסד הרבני יאלץ להתגמש ולהקל את מצוקתם של מעוכבות ומעוכבי הגט, וזאת לאור התחרות, שתאפשר קיומם של "כוחות שוק" בתחום המשפחה.¹⁵³

פרק ד'

ביטול המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין: הלכה למעשה

רקע: הצעות להסדרה אזרחית של נישואין וגירושין בישראל בעבר ובהווה

הצעות לסייג או לבטל את המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין בישראל אינן יורדות מסדר היום המשפטי, האקדמי וההלכתי בישראל. האפשרויות השונות, יתרונותיהן וחסרונותיהן, עומדות לדיון באופן עקבי בשלוש הזירות הללו, ומעת לעת מקבלות אף ביטוי פוליטי מעשי, בדמות הצעות חוק, המבקשות (ללא הצלחה) להנהיג בישראל נישואין (וגירושין) אזרחיים בהיקף מסוים. אילו ציפים פוליטיים, כמו גם מורכבות החברה הישראלית, מקשים את קבלתן של ההצעות השונות. חלק מההצעות הן במובהק הצעות פשרה, המבקשות לגשר על הפערים השונים תוך ויתור הדדי, אף כי לטעמנו, כפי שנראה בהמשך, מחירן של חלק מהפשרות הללו גבוה.¹⁵⁴ כמה מההצעות גובשו לכדי חוק, שהתקבל לאחרונה בכנסת – חוק ברית הזוגיות. ברם, כפי שכבר ציינו, מדובר בהצעת פשרה מינימליסטית, שספק רב אם יש בה בשורה ממשית.¹⁵⁵ במסגרת הנוכחית לא נוכל לסקור את כל הרעיונות שהועלו בהקשר זה אלא רק את העיקריים שבהם. ראוי לציין כי המשותף לכולם הוא ההכרה בצורך הדחוף לבטל את המונופול הדתי (האורתודוקסי) בנושא.

המודלים העיקריים שנבחן נחלקים לשתי קבוצות עיקריות: האחת, קבוצה המציעה לשמר את המסלול הדתי, ולצידו מסלול אזרחי. בקבוצה זו כלולות מספר הצעות: הצעה מינימליסטית, הדוגלת בנישואין אזרחיים לפסולי חיתון בלבד; הצעה מרחיבה, המבקשת להנהיג שני מסלולים שווים זה לצד זה – נישואין אזרחיים לצד נישואין דתיים – על פי בחירת הצדדים, שהיקף הכלתה משתנה; והצעה המשמרת את בלעדיותם של הנישואין הדתיים, אך מבקשת להנהיג לצידם הסדרי "ברית זוגיות" מכלילים פחות או יותר. בקבוצה השנייה של המודלים נכללות הצעות להנהגת מסגרת אזרחית אחת משותפת למוסד הנישואין, תוך הכרה בריבוי טקסים. הטקסים השונים (אזרחיים או דתיים), של דתות וזרמים

שונים) הם המביאים בהצעות אלה לידי ביטוי את המערכות הנורמטיביות השונות, אך כולם מסתופפים תחת המטרייה האזרחית המשותפת. ההצעות בקבוצה זו נבדלות זו מזו ביחסן למעמד ולמשקל של הוראות דין דתיות בתוך המסגרת האזרחית (למשל: ביחס לקבלת רישיון נישואין אזרחי לאחר גירושין אזרחיים ללא גירושין דתיים).

נאמר כבר בתחילה, כי אנו ממליצים לאמץ את הגישה של מסגרת אזרחית משותפת וריבוי טקסים. לדעתנו, רק גישה כזו נותנת מענה מספק למכלול הסוגיות שהעלינו. היא מאפשרת הן הגנה מיטבית על זכויות האדם; הן את קידום האינטרסים המדיניים, החברתיים, הדתיים והתרבותיים החשובים של החברה הישראלית – לרבות איזון בין לכידות אזרחית לבין עידוד שימור ייחוד תרבותי של קבוצות; והן איזון נכון בין חוק המדינה לבין מאפייניה התרבותיים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מסלול דתי ומסלול אזרחי – זה לצד זה

נישואין אזרחיים כפתח-מילוט לפסולי חיתון

בעבר הוצגה גישה מינימליסטית, המבקשת להנהיג נישואין אזרחיים, אך לאפשר אותם רק למי שאינם יכולים להינשא בארץ על פי הדין הקיים.¹⁵⁶ הצעה זו משמרת את העיקרון שלפיו הדין הדתי יחול על כל מי שדין זה מספק לו דרך למימוש זכותו לנישואין. אזרחים שהנוהל הקיים נותן להם מענה לא יוכלו לבחור בנישואין לא דתיים. לעומת זאת, המדינה תעמוד בחובתה כלפי מי שאינם יכולים להינשא בנישואין דתיים, ותספק להם את האפשרות להינשא באופן רשמי ולא בדרכים עוקפות. גישה זו מבקשת לחסוך את הצורך בהתדיינות משפטית בדיעבד לגבי תוקפם של נישואין, שיש בה משום נטל כבד הן על הצדדים הנאלצים לעבור התדיינות משפטית מייגעת והן על בתי הדין הרבניים הנקראים לאשר, במישרין או בעקיפין, מעשה שהוא למורת רוחם. היא מאפשרת לכל אדם בישראל להינשא במדינה ועל פי חוקיה, אולם משמרת את המונופול הדתי רק בעבור מי שרשאים להינשא במסגרת הדין הדתי. תומכיה של ההצעה מחזיקים בעמדות הנעות בין אלה המבקשות להגביל את תחולתה לאנשים שנישואיהם אמנם אסורים לכתחילה לפי הדין הדתי, אך תקפים בדיעבד, כגון נשואי כהן וגרושה, לבין עמדות מרחיבות יותר המבקשות להחיל קטגוריה זו על כל מסורבי הנישואין ברבנות, לרבות עגונות, ספק-יהודים, ואף על נישואי יהודים עם שאינם יהודים.¹⁵⁷ מובן, כי רק הגישה המרחיבה אכן נותנת מענה כלשהו לפגיעה בזכות לנישואין הקיימת

בדין הנוכחי. הגישה הראשונה משמרת את המונופול הדתי, שכן היא מאפשרת נישואין של ממש רק למי שההלכה עצמה תכיר בנישואיו בדיעבד. גם בהצעה המרחיבה, על אף שיש בה כדי להציע שינוי בכיוון המבוקש, אין די, ומכמה טעמים. ראשית, ההצעה איננה מאפשרת לכל המעוניין בכך להינשא על פי דין אזרחי. מנקודת מבט אזרחית, הדין עודנו כופה בכך על האזרח מסלול נישואין דתי מסוים, ואיננו מאפשר בחירה, חופש דת (למעוניינים להינשא בדרך דתית אלטרנטיבית) וחופש מדת (למעוניינים להינשא באופן שאיננו דתי). שנית, הסדר זה מותיר על כנו את מגבלות הדין הדתי לגבי מרבית אזרחי המדינה, לעתים בניגוד לרצונם, ובכך, גם מנקודת מבט דתית, עלול לצאת שכרו בהפסדו, כפי שקורה בהסדר הנוהג כיום. שלישית, מנקודת מבט חברתית, הצעה זו יוצרת "כת" של אנשים המנוודים מן הנישואין התקינים ואשר לגביהם, ורק לגביהם, נקבעת דרך אזרחית, שאיננה פתוחה לכלל הציבור. **לאור זאת, אנו סבורים כי יש לראות גם את הגרסה המרחיבה, וקל וחומר את ההצעות הצרות יותר, כבלתי מספקות בעליל.**

שיטת המסלולים: נישואין וגירושין אזרחיים כהסדר חלופי לדין הדתי

ההצעה הרווחת להנהגת נישואין אזרחיים בישראל מבקשת לקבוע דין אזרחי כהסדר חלופי לדין הדתי (להלן גם: שיטת המסלולים).¹⁵⁸ לפי הסדר זה יוחלף המונופול הדתי הקיים כיום באפשרות בחירה לפני בני זוג להחליט בעצמם באיזה מסלול, דתי או אזרחי, הם מבקשים לצעוד. ירצו – יבחרו בטקס דתי על פי העדפתם; ירצו – יינשאו בטקס אזרחי. ובחירה זו תמשיך ללוות אותם במהלך חיי הנישואין. הווי אומר: מי שנישא בנישואין אזרחיים יוכל להתיר את נישואיו רק בדרך של גירושין אזרחיים, ומי שנישא בנישואין דתיים לא יהיה רשאי להתיר את נישואיו אלא בגירושין דתיים. הצעה זו מושכת בשל הבחירה הגלומה בה בין הדינים השונים, אך בחירה זו נשללת מאוחר יותר, לאחר הבחירה הראשונית של הכניסה לנישואין. גם אם אדם איננו (וליתר דיוק, ברוב מוחלט של המקרים: איננה) יכול להיחלץ מן הנישואין הדתיים בדרך הדתית, בכל זאת יהיה מנוע מלהיזקק לגירושין אזרחיים. ההיגיון של שלילה זו טמון ברצון למנוע הכתמת צאצאים עתידיים בכתם של ממצרות, שהרי אם תורשה אישה שנישאה כדת משה וישראל להתגרש בגירושין אזרחיים, יוסיף הדין הדתי לראות בה "אשת איש". התוצאה תהיה שילדיה מגבר אחר עלולים להיחשב ממזרים.

יתרונה של ההצעה הוא בכך שהיא מאפשרת חופש בחירה בסיסי, כמו גם את היכולת של כל אזרח לממש את זכותו לנישואין (שהרי פסולי חיתון ואחרים וכלו להינשא בנישואין אזרחיים) ומידה רבה של חופש מדת (שהרי כל אזרח יוכל

לבחור להינשא בדרך אזרחית). יש להצעה זו יתרונות גם מנקודת מבטה של הדת, וגם כוח משיכה פוליטי, שכן היא משמרת את המאפיינים הקיימים של ההסדר בכל הנוגע למסלול הדתי, אף כי היא מסירה את כוחו המונופוליסטי.

עם זאת, לשיטת המסלולים חסרונות מעשיים ועקרוניים חשובים, המביאים למסקנה כי יש לדחות אף אותה. השיטה הזו מעמידה את הדין הדתי לעומת הדין האזרחי, ושני המסלולים נתמכים ומאושרים על ידי המדינה. בכך ממשיכה המדינה להתנער מאחריותה לקבוע היבטים מחייבים של דיני הנישואין והגירושין לכלל האוכלוסייה ומוותרת על האמירות העקרוניות החשובות שהיא אמורה לשדר בעניין חשיבותו ותנאיו של מוסד הנישואין.

קושי חשוב אחר בהצעה זו נובע מכך שאין היא מאפשרת שיקוף מלא של ריבוי הגישות לדת עצמה, שכן על פיה יונהג מסלול אחד אזרחי, ואילו המסלול הדתי יהיה דתי אורתודוקסי. גישה זו אינה מספקת מענה למי שחפצים בנישואין דתיים לא אורתודוקסיים, או בנישואין שאינם "דתיים" אך שיש בהם סממנים דתיים ותרבותיים משמעותיים. אלה יכוונו למסלול ה"אזרחי", שיהיה ניטרלי ונטול תוכן תרבותי או מורשתי מובהק. דווקא למי שחפצים בכך שהנהגת נישואין אזרחיים לא תחליש את כוחה של המסורת אלא תחזק אותה – השיטה של שני מסלולים בלבד, המעמידה בצורה בולטת "דתיות" מול "אזרחיות" אינה טובה, בעיקר לא במציאות הישראלית.

שיטת שני המסלולים טוענת שיש לעשות ויתורים שונים כדי למנוע פילוג. ברם, יצירת שני מסלולי נישואין עלולה דווקא ליצור חיץ חברתי, ולהוביל לפילוג החברה היהודית, כמו גם לפילוג עדות דתיות אחרות בישראל, לשתי כיתות שיתנזרו מקשרי אישות זו עם זו (גם אם מבחינה הלכתית-פורמלית אין הכרח שכך יהיה). פילוג זה יתבצע תחת דגלו של דין המדינה, כמעט באורח מוסדי ורשמי, ולא יהיה רק עניינים של אי אלו קבוצות מיעוט.

קושי נוסף הוא שהצעת המסלולים מעמידה את הדין האזרחי כמתחרה לדין הדתי. בנישואין האזרחיים יהיה משום מתן לגיטימציה לקשרי אישות רבים הנחשבים פסולים בעיני ההלכה היהודית, כמו גם בעיני דיני הנישואין והגירושין של עדות דתיות אחרות (שאף הן תוצבנה – בעבור בני כל דת ודת – כמתחרות במסלול הנישואין האזרחיים). בהצבת הנישואין הדתיים והנישואין האזרחיים כשתי חלופות יש משום קריאת תגר קשה כנגד הראשונים. עמדתנו היא כי מסגרת אזרחית איננה עניין אנטי-דתי, ולפיכך אין מקום להצגה דיכוטומית שכזו של מסלולי הנישואין.

הסדר המסלולים גם אינו נותן מענה מיטבי לסוגיית הפגיעות בזכויות אדם הנגרמות בשל המונופול הדתי. השימור של המסלול הדתי כמסלול שהמדינה

נותנת לו גיבוי מלא מטיל על המדינה, ולא על הצדדים הנישאים, את האחריות להיבטים של אי שוויון הכלולים בתכנים של הסדרי הנישואין והגירושין של הדתות השונות.

דומה גם כי מהצעה זו עולה מסר שלילי כלפי מסורבות הגט, ולפיו מי שבחרה בנישואין דתיים נפלה קורבן לבחירתה שלה, והאזיקים שבהם נכללה לא יותרו על ידי הדין הדתי אלא אם כן תהיה מוכנה להפוך ל"ידועה בציבור",¹⁵⁹ או לשלם טבין ותקילין כדי להשיג גט דתי. אמנם, אף ההסדר שיוצע להלן איננו מספק פתרון מלא לבעיה (וכבר עמדנו על הדברים בפרקים הקודמים¹⁶⁰), אך אין הוא נועל את הדלת בפני מסורבות הגט, אלא אדרבה: פותח בפניהן אפשרויות נוספות.¹⁶¹ מכל הטעמים האלה, אימוץ שיטת המסלולים איננו מתאים למדינה ולחברה הישראלית.

ברית הזוגיות

הצעה שלישית בקבוצת הצעות ראשונה זו משאירה את המונופול הדתי על מוסד הנישואין על כנו, ומבקשת לתת מענה למכלול הבעיות המעשיות והעקרוניות שהעלינו באמצעות הנהגת מסגרת משפטית חלופית של זוגיות – "ברית הזוגיות". לפי מודל זה, בני זוג שאינם יכולים או אינם רוצים להינשא לפי הדין הדתי יוכלו לכרות ביניהם "ברית זוגיות" אשר תירשם על ידי רשם אזרחי, ופירוקה יהיה נתון בידי בית המשפט.¹⁶² בעיני משפטנים הנוקטים גישה פורמלית עלול ההבדל שבין "נישואין" ובין "ברית זוגיות" להיתפס כקוסמטי בלבד. ובכל זאת, דומה שהצעה זו מבקשת להפחית את המתח הסמלי הכרוך בהנהגת מסגרת אזרחית לנישואין כאלטרנטיבה לדין הדתי; עולה ממנה כי ראוי שמוסד הנישואין ימשיך להיות מיוחד לדין הדתי בשל משמעותו התרבותית וההיסטורית. המותג החדש, "זוגיות", ייתן מענה למי שמעוניין בכל היתרונות החברתיים, הכלכליים והרגשיים של הנישואין, בניכוי המשמעות הדתית הסמלית הכבדה הנלווית להם. שינוי זה אף עשוי להרגיע את החששות שמתעוררים מנקודת מבט הלכתית מפני נישואין אזרחיים המחוללים תוצאות דתיות,¹⁶³ שכן בדרך הזוגיות ברור כי כוונת הצדדים הידועה מראש היא להימנע מיצירת זיקת-אישות דתית.

עם זאת, מבחינת משפט המדינה התוצאות המעשיות של ברית הזוגיות תהיינה שוות ערך לאלו של מוסד הנישואין. וכך למשל, כל הנרשמים כבני-זוג ייהנו מכל היתרונות הכספיים והאחרים מהם נהנים זוגות נשואים. כביכול מעלה המחוקק בזה מדרגה את הידועים בציבור: אותם זוגות שבעבר היו רק בחזקת ידועים בציבור כבני-זוג יוכלו מעתה להיות גם רשומים כבני זוג. וייתכן שבכך נפתח פתח

גם לירידת מדרגה: כל מי שיבחר שלא להירשם במרשם הזוגיות, לא יזכה במכלול הזכויות המוענקות כיום לידועים בציבור.¹⁶⁴

הצעה זו מותירה בידי הדין הדתי האורתודוקסי את הזכות הבלעדית להסדרת מוסד הנישואין, תוך הסתפקות בלשון רפה יותר כביכול – "זוגיות", לשם קיבוע אזרחי של מעמדם של זוגות שאינם נישאים על פי הדין הדתי. מצד זה, ניתן יהיה לבקר את ההדרה של זוגות שאינם יכולים להינשא על פי הדין הדתי ממוסד הנישואין, תוך שהמדינה מותירה להם קשר נחות יותר מבחינת משמעותו הסמלית. אך אפשר להגיע גם למסקנה הפוכה: ההצעה מבקשת לנכס לעצמה שפה ליברלית, עדכנית יותר, לשם תיאור יחסי אישות. שפת הזוגיות, דווקא בשל העמימות הגלומה בה, עשויה, בסופו של תהליך, לבדל עצמה מן השפה הקודמת – שפת הנישואין – אשר עלולה להיוותר כתיאור של יחסים שמרניים שרבים אולי יעדיפו להתרחק מהם.

הדברים נכונים בפרט לגבי זוגות בני אותו המין.¹⁶⁵ מוסד הזוגיות המוצע בדין הישראלי שונה ממוסדות דומים לכאורה בשיטות משפט אחדות בעולם המערבי, המאפשרים לזוגות בני אותו מין להירשם במסגרת "שותפות משפחתית" המקבילה, ברוב תוצאותיה המשפטיות, לנישואין המקובלים. שותפות זו, בחלק מן המקרים, אינה פתוחה לזוגות אחרים, ולפיכך יש הטוענים שצביעתם של יחסים בני אותו מין בצבע שונה כמוה כנידוי הבנוי על אפליה פסולה.¹⁶⁶ מוסד הזוגיות המוצע בישראל, לעומת זאת, יהיה פתוח לכול, ולפיכך לא יתויג בהכרח כנחות ממוסד הנישואין. וממילא, יש הטוענים שהמאבק לשוויון זכויות של בני זוג בני אותו המין (כמו גם המאבק לזכויות הנשים), צריך להתמקד בניתוק הקשר בין זוגיות לבין נישואין, תוך ויתור על הניסיון לחדור למוסד החברתי המגובש של הנישואין, המשמש נדבך באותו מבנה פטריארכלי של החברה הטעון ממילא שינוי מן היסוד.¹⁶⁷ מוסד ברית הזוגיות עשוי להיות, גם על פי גישה זו, צעד ראשון בכיוון המבוקש.

האם אכן התחליף הסמנטי לנישואין אזרחיים, המוצע בברית הזוגיות, הוא תחליף ראוי? מבחינה מעשית, הסדר זה דומה לגישה המרחיבה של שיטת המסלולים. גם הוא משמר את המונופול האורתודוקסי במסלול הדתי. אמנם גמישותו בכך שהקשר החלופי אינו "נישואין אזרחיים" המתחרים במוסד הנישואין הדתי אלא לכאורה מוסד חדש לגמרי. אך מלבד יתרון זה, לגישת הזוגיות יש כל החסרונות שמנינו בשיטת המסלולים.

יותר מזה, לטעמנו גם היתרון המעשי משקף חיסרון מהותי. למוסד ה"נישואין" יש חשיבות מהותית וסמלית כאחת, ומטרתנו היא לכלול בגדרו את מכלול התופעות של קשר זוגי שהמדינה חפצה לעודד ואשר משתתפיו רוצים לראות

בו קשר מתמיד, עמוק ומחייב.¹⁶⁸ ההצעה לצרף לצד הנישואין את ברית הזוגיות חותרת תחת מטרה זו, שכן ברית הזוגיות אמנם מעגנת באורח פורמלי את הקשר שבין בני זוג, אך איננה מגיעה לכדי נישואין. גם יוזמי הרעיון הכירו בכך שמדובר בהסדר חלקי בלבד. זוהי "הצעת פשרה", שאיננה שואפת להציג את עצמה כפתרון האופטימלי. בזה יתרונה – היא פוגעת באינטרס הדתי ובאינטרס החילוני במידה פחותה יחסית, ולפיכך קלה יותר לעיכול למערכת הפוליטית הישראלית.¹⁶⁹

ואכן, הכנסת חוקקה את חוק ברית הזוגיות, אולם חוק זה מצומצם הרבה יותר מאשר ההצעה המקורית, ומאפשר אך ורק לבני זוג ששניהם חסרי דת להיכנס בשערי ברית הזוגיות.¹⁷⁰ כפי שכתבנו בפרק השני,¹⁷¹ יש בכך אמנם צעד ראשוני בכיוון הנכון, של הכרה פורמלית בקשרי זוגיות שאינם נישואין דתיים, אולם צעד זה מוגבל מאוד: החוק הקיים משלב בין פשרת ברית הזוגיות לבין פשרת מסלול-פסולי-החיתון בצורתן המצומצמת ביותר. חיתוך שני הפתרונות הללו מעניק פתרון נקודתי, הסובל ממגרעותיהן של שתי ההצעות הנזכרות, וחל רק על קבוצה זעירה למדי, כמעט חסרת משמעות מעשית, של ישראלים.

כמובן, הניסיון החקיקתי המוגבל אינו מכריע לצורך נייר זה. בהקשר שלנו, יש לבחון את ההצעה על סמך הנחה שאפשר לחוקק חוק "ברית זוגיות" בדרגת ההכללה הגבוהה ביותר: חקיקה שאכן תיתן מענה מעשי מספק לכל מי שירצה להיכנס לקשר של זוגיות שאיננו דתי אורתודוקסי.¹⁷² אלא שכאמור, לדעתנו גם במקרה כזה ברית הזוגיות איננה פתרון מתאים. אנו דוחים אותה מאותם טעמים שהביאו אותנו לדחות את שיטת המסלולים, בצירוף הטעם שאחת מן המטרות של סדר משפטי נכון בענייניו היא היכולת שלו להחיל מסגרת של מוסד "נישואין" משותף על חברה מגוונת מאוד מבחינה דתית ותרבותית.

מסגרת אזרחית משותפת וחופש בבחירת טקסים

דין אזרחי בלעדי בנישואין וגירושין: גישת פרופ' שיפמן
בשנת 1995 פרסם פרופ' שיפמן את הצעתו לנישואין אזרחיים בישראל.¹⁷³ הצעה זו קובעת את הדין האזרחי כדין היחיד. לפי ההצעה, על בני זוג המעוניינים להינשא לעמוד בדרישות מוקדמות לקבלת רישיון אזרחי לנישואין, ואז יוכלו להינשא. הדין הנוהג, הן לעניין נישואין והן לעניין גירושין, יהיה הדין האזרחי, אולם בני הזוג יהיו חופשיים לבחור טקס כרצונם: אם טקס דתי (וכמובן – תוך אפשרות בחירה בין מגוון טקסים דתיים) ואם טקס אזרחי (ואף כאן יש מגוון דרכים אפשריות, כולל למשל דרכים שיש בהן מורשת תרבותית פריטיקולרית

שאינה דתית, ואשר בכולם יישמר היסוד המשפטי הנדרש). אף הגירושין, בדומה לנישואין, ייערכו לפי הדין האזרחי. מי שנישא על פי הדין הדתי או מי שדינו הדתי מטיל עליו חובה לגירושין דתיים יהיה חופשי כמובן להתגרש גם על פי דתו. בראייה השוואתית, ההצעה דומה לשיטה הנהוגה במערכת המשפט של ארצות הברית.

באמצעות מודל זה מצהירה המדינה על הפרדה בין הממד האזרחי לממד הדתי. אין המדינה מתערבת בתוכנו של הדין הדתי, ואין היא נוקטת עמדה בשאלות דתיות, השנויות במחלוקת מעצם טבען. אמנם, במצבים קיצוניים ייתכן שיהיה על המדינה להתערב, כפי שקורה ביחס להתמודדות האזרחית (בישראל ובמדינות המערב) עם בעיית מעוכבות הגט.¹⁷⁴ אולם דין הנישואין והגירושין כשלעצמו הוא דין אזרחי. ההיבט הדתי, וההתמודדות עם הקשיים הנובעים ממנו, הוא אתגרם של אנשי הדת ושל ציבור שומרי המצוות בלבד.

מודל זה איננו מציב את הדין הדתי והדין האזרחי כמתחרים. אדרבה, הדין האזרחי משקף את דרישות הבסיס של המדינה, ובני הזוג רשאים לשלב בו טקס דתי כרצונם. מודל זה איננו יוצר בצורה הצהרתית שני זרמים בחברה, אלא קובע דין אחד לכולם. ולבסוף – הוא פותח את השער בפני פיתוחם של דיני משפחה אזרחיים, כמו גם בפני הכרעות ערכיות, שלא ניתנה להן תשומת לב אזרחית (כדוגמת אופי הנישואין ומעמדם של הידועים בציבור), בשל אופיים של דיני המשפחה בישראל. אפשר להניח, או לפחות לקוות, כי למודל זה תהיה גם תרומה מבריאה לדת (ולהלכה היהודית בפרט), באשר הוא מנתק אותה מעבודותיה של המדינה.¹⁷⁵ הקשר למדינה טומן בחובו אמנם כוח וסמכות רבים המוענקים לאנשי הדת, אולם יש לו מחיר יקר, הן תדמיתית והן מהותית (כפיית החוק החילוני על אנשי ההלכה).

הצעה זו היא הבסיס להצעתנו בהמשך הדברים, ונוסיף ונרחיב בהיבטים שונים שלה. בהצעתנו אנו מאמצים את המודל האזרחי, תוך השלמת מספר מרכיבים הנוגעים למעמדו של הדין הדתי והנישואין והגירושין הדתיים בהסדר זה. אולם בטרם נפנה להצעתנו, נציג הצעה נוספת, המבקשת אף היא להנהיג מסגרת אזרחית אחת לנישואין וגירושין.

פלורליזם (מסויג) בנישואין וגירושין – אמנת גביזון מדן

פרופ' רות גביזון והרב יעקב מדן הציעו לפני שנים אחדות "מסד לאמנה חדשה בין יהודים בענייני דת ומדינה בישראל". האמנה מכילה גם הצעה להסדרת ענייני הנישואין והגירושין בישראל.¹⁷⁶ לפי הצעה זו, המדינה תעניק סמכות לעריכת נישואין הן לפקדי רישום אזרחיים מוסמכים והן לאנשי דת. בני הזוג, לאחר

קבלת רישיון נישואין (על מגבלותיו ראו להלן), יוכלו לבחור את עורך הנישואין שבו הם מעוניינים, ולהינשא בטקס כבחירתם, בדומה להצעתו של פרופ' שיפמן שתוארה לעיל. בכך מבקשת ההצעה להשיג כמה הישגים משמעותיים מנקודת המבט האזרחית.¹⁷⁷ ההצעה מאפשרת לכל גבר ואישה לממש את זכותם להינשא,¹⁷⁸ ורואה את הנישואין כמי שמקבלים את תוקפם מהדין האזרחי. יש בהסדר זה כדי לאפשר חופש דת, חופש מדת, וחשוב במידה לא פחותה: אפשרות בחירה בין זרמים שונים בתוך אותה עדה דתית. זהו פלורליזם נורמטיבי מקיף, הן באשר ליחס בין הדרך הדתית לבין הדרך שאיננה דתית והן מנקודת מבט דתית-פנימית. על אף קווי הדמיון המבניים, בנקודות אחדות יש הבדל בין אמנת גביון-מדן לבין הצעת פרופ' שיפמן, כגון ביחס לזהותם של רושמי הנישואין וביחס לסמכות בתי הדין הדתיים לדון בענייני נישואין וגירושין,¹⁷⁹ וכן בעניין הגירושין האזרחיים. לעניין הגירושין חשיבות יתרה, שכן הוא עומד ברקע כל דיון בהסדרה אזרחית של הנישואין והגירושין, וזאת בשל חומרת אשת איש בדין היהודי ובשל בעיית הממזרות.

בעניין זה, אמנת גביון-מדן מרחיקת לכת יותר מאשר שיטת שני המסלולים, שכן היא מאפשרת "התרת נישואין" הן בבית דין דתי והן בבית משפט אזרחי, בלא תלות בצורת הנישואין.¹⁸⁰ ההצעה, אם כן, איננה מעמידה שתי חלופות בלא אפשרות מעבר ביניהן, אלא מכירה במגוון דרכים לגיטימיות, הן לעניין נישואין והן לעניין גירושין, שבכל שלב ניתן לבחור בכל אחת מהן.

ואולם, יש בהצעה בכל זאת היבט מסייג, הנובע בעיקר ממגבלות הדין הדתי היהודי, ובראש ובראשונה מצילה המאיים של בעיית הממזרות. לפי ההצעה, רישיון נישואין יינתן רק לגבר ואישה שהם פנויים (לצד מגבלות מקובלות אחרות). ואדם ייחשב כפנוי, גם לצורך רישיון נישואין אזרחי, "רק אם הוא נחשב פנוי הן לפי הדין האזרחי והן לפי דינו הדתי". מנסחי ההצעה מבקשים למנוע בדרך זו מצב של ריבוי ממזרים בישראל, העלול להתקיים אם יתאפשרו נישואיהם של בני זוג שנישואיהם האזרחיים הותרו, אך הם עודם מעוגנים זה לזה מבחינה דתית. הסייג המוטל על נישואין שניים לאחר הגירושין הולך בדרכן של הצעות אחרות, שאף הן הסכימו להטיל מגבלות שונות על בני זוג, כדי לצמצם את בעיית הממזרות. בדרך כלל – שלא כבהצעת גביון-מדן הנוגעת לרישיון להינשא לאחר הגירושין ולא לגירושין עצמם – נוגעות ההצעות הללו לעצם האפשרות להתגרש. הן רואות כעיקר את מימוש הזכות לנישואין, ומוכנות לפשרה בעניין הזכות לגירושין, לאור מקומו המשמעותי למדי של ההיבט הדתי בחברה הישראלית.¹⁸¹

גביון ומדן מכירים בכך שהצעתם היא הצעת פשרה, אשר, כפי שמתאר זאת הרב מדן, "מבוססת על העיקרון שבתחום הנישואין ילך הצד ה'דתי' לקראת רעהו

עד לקצה הגבול, ובתחום הגירושין ילך הצד ה'חילוני' לקראת רעהו בדרך זו.¹⁸² אולם מגבלות אלה, לדעת מנסחי ההצעה, הן בבחינת יתרון, שכן הן מאפשרות מחד לשמור על האינטרס התרבותי-לאומי (או: דתי), ומאידך לקיים לצידו את עיקרי זכויות היסוד של הפרט, תוך פגיעה סבירה ומידתית בהן. בהמשך הדברים נבקש לבחון אם ניתן לשמור על העקרונות הנזכרים תוך צמצום היבטי הפשרה שבהסדר המשפטי המוצע.

פרק ה'

מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל: המלצות

המודל: דין אזרחי כמסגרת אחידה

אנו סבורים, כי הגיעה השעה להעמיד מחדש על הפרק את ההצעה לבטל את המונופול הדתי בענייני נישואין, וכי כל הנימוקים שהצגנו לאורכו של נייר זה הופכים את השינוי להכרחי. התפתחויות משפטיות וחברתיות, כמו גם הפנמה והסכמה מצד גורמים במסד הרבני לצורך בהסדר שכזה, הופכים את ההצעה לאפשרית. אף שממבט ראשון הצעתנו עשויה להיראות מרחיקת לכת, השינויים המעשיים הכרוכים בה אינם גדולים, לאור השחיקה הנמשכת באכיפה היעילה של המונופול הדתי המעוגן במשפט. נציג אם כן את המלצותינו, המתבססות על מסקנות הדיונים בסעיפים הקודמים.

אנו מציעים לאמץ מודל של מסגרת אזרחית אחת משותפת לנישואין וגירושין. מודל זה ידרוש רישום מוקדם ועמידה בתנאי סף לנישואין, וכן יציב מטרייה נורמטיבית אזרחית אחת לנישואין וגירושין בישראל. לאור מקומה של הדת ומשקלה בחברה הישראלית, יעניק מודל זה לגיטימציה לריבוי טקסים, דתיים ושאינם דתיים, להשלמת הנישואין, וגם לריבוי טקסים והליכים לעניין גירושין, אולם לצורך הכרת המדינה הדין יהיה דין אזרחי אחד. אנשים שירצו בכך, בעיקר אם בחרו להינשא בנישואין דתיים, יוכלו גם לבחור להמשיך להתדיין בענייני נישואין וגירושין בבתי דין דתיים, בכפוף למחויבות בתי הדין לעקרונות היסוד האזרחיים בדיני הרכוש ולשוויון בזכות הגירושין.

בכל הנוגע לתפקידה של המדינה בדיני הנישואין מדובר בשינוי דרמטי, שכן ההכרעות המהותיות הנוגעות להם יוטלו כעת לפתחה, ואילו היבטים דתיים ותרבותיים של הנישואין יהפכו לעניין של בחירה אישית. מסגרת הנישואין והגירושין האזרחית חייבת להיות כזאת שניתן למלא אותה בתוכן מהותי משתנה על פי בחירת הנישאים, אולם בענייני חיוני הוא כי המדינה תקבל על עצמה את התפקיד של הקפדה על המתחייב מן הסדר הציבורי התקין, כמו גם את שימור האינטרסים הבסיסיים של מוסד המשפחה בחברה ושל חברי המשפחה. המדינה

תחדל מהנוהג הקיים היום, שעל פיו כל הסוגיות של תנאים לכשירות נישואין נקבעים בידי הדין הדתי של הקהילות הרלוונטיות; המדינה תגבש עקרונות יסוד למסגרת הנכונה של דיני נישואין וגירושין; המדינה תנקוט עמדה משלה ביחס למגבלות שראוי להטיל על הכניסה לנישואין (כגון מניעת נישואי בוסר או נישואי ביגמיה, ואולי אף כלפי חיוב בבדיקות רפואיות מסוימות); והיא תקבע את הדרישות הראויות לשם פירוק הנישואין. סביר להניח שבחלק מהנושאים תתגלע מחלוקת, והיא תוכרע באופן שבו מחלוקות כאלה מוכרעות, לאחר דיון, משא ומתן ופשרות. אולם זו תהיה הכרעה של המדינה, ולא של ממסדים דתיים כאלה או אחרים.

למהפך עקרוני זה בתפיסת התפקיד של המדינה יהיו תוצאות מרחיקות לכת: יתחזק המרכיב של תפקיד המדינה כמגנה על רווחתם ועל זכויותיהם של כל אזרחיה, ובד בבד, המסגרת האזרחית המשותפת של דיני הנישואין תסייע ליצור מרחב אזרחי משותף לקבוצות התרבותיות והדתיות השונות החיות במדינה. הסדר זה יאלץ את המדינה להתמודד ישירות עם ההכרח לפתח דיני משפחה אזרחיים המושתתים על ערכים שיש להם הסכמה רחבה בחברה הישראלית, אך בה בעת גם מאפשרים ביטוי למגוון של קבוצות, עמדות, זרמים ותרבויות בחברה הישראלית. עם זאת, המדינה לא תצטרך להחליט, ולא תצטרך להחזיק מוסדות שיחליטו, בשאלות שהן למעשה פנים-דתיות, וכך יפחת המתח העצום הקיים היום בין דת למדינה בישראל ובין תפיסות שונות של דתיות יהודית.

האם מסגרת אזרחית מסוג זה תפגע אנושות בייחוד של אופייה היהודי של המדינה? אין ספק כי מי שלגביו ייחוד זה מוכתב על ידי דרישות הדת היהודית במשמעותה האורתודוקסית המחמירה, עלול לראות זאת כך. אולם תפיסה כזו של אופייה היהודי של המדינה שנויה במחלוקת חריפה. ממילא, הצבת חלופה של מסגרת אזרחית לנישואין תאפשר לישראלים שאינם דתיים המבקשים להקנות לחייהם ייחוד תרבותי יהודי לעשות זאת ללא צורך לפנות תחילה למאבק נגד הדת או נגד הכפייה הדתית.

אין להכחיש כי המסגרת האזרחית אכן תאפשר גם יצירת מרחבים תרבותיים בין הקבוצות הלאומיות, הדתיות והתרבותיות בישראל. יהיו שיאמרו שבדיוק כאן טמונה אחת הבעיות הגדולות של השינוי המוצע: הוא כולל בתוכו, לכאורה, פתיחות בנוגע לאפשרות של נישואין בין-דתיים ובין-קהילתיים, ואולי אף מעודד אותם. כאמור, איננו מקלים ראש בשאלה של נישואין בין-דתיים וההשפעה שיכולה להיות להם. עם זאת, איננו סבורים כי תפקידו של החוק לאסור קשרים כאלה. בחברה מודרנית לא ראוי למנוע טמיעה או התבוללות על ידי מניעה של קשר באמצעים חוקיים. מניעת טמיעה היא פעולה שצריכה לנבוע ממערכת

הערכים המוקנית לאזרחי ישראל באמצעות מערכת החינוך, שתפקידה להנחיל לדור הבא את המסורת התרבותית שבה נולדו ואשר אליה יש לקוות שירצו להמשיך ולהשתייך.

למודל המוצע על ידינו יתרונות גם מנקודת מבט מנהלתית. תפקיד "הרשות הרושמת", לדוגמה, יופקד מעתה כל כולו בידי המדינה, וזו תעניק היתר למי שעומדים בקריטריונים ברורים ומוגדרים לנישואין. במצב הנוהג כיום עניין רושמי הנישואין איננו מוסדר, איננו פועל לפי נוהל אחיד ואיננו מפקח כראוי. היבט זה, יש לציין, הוא היבט מנהלי, אך יש לו השפעות מהותיות משמעותיות, כדוגמת הסמכות הניתנת לרשות הרושמת לקבוע מיהו האדם הכשיר לנישואין.¹⁸³

תרומתו של המודל המוצע: הכרעת המדינה בשאלת מעמד הנישואין בחברה

אחת הבעיות המרכזיות בדיני המשפחה בישראל, הנובעת לפחות חלקית מן המונופול הדתי על נישואין וגירושין, היא בהפרטה של מודלים חלופיים של זוגיות, תוך הרחבת ההכרה המשפטית בהם, שלמעשה הופכת אותם שווי ערך לנישואין כדת וכדין. מציאות זאת מטשטשת את ההבחנה בין נשואים לבין ידועים בציבור כנשואים. מודלים אחרים לא יפתרו את הבעיה הזאת: גם במסגרת המוצעת של בחירה בין דין דתי לדין אזרחי, לא צפוי – כפי שראינו לעיל – צמצום בהכרת המדינה בתופעה של יחסים דמויי-נישואין, הגם שהצדדים, או אחד מהם, עדיין נשואים להלכה לאחרים. מודל ברית הזוגיות הוא למעשה הכרה רשמית בקיומם זה לצד זה של יחסי נישואין ויחסי זוגיות מוכרים אחרים, שאמור להיות להם מעמד זהה מבחינות מסוימות. כאמור, לא ברור מה תהיה השלכת אימוצו של מודל כזה על ההכרה המשפטית במי שיבחרו לא להירשם במרשם ברית הזוגיות.¹⁸⁴

כפי שראינו, התוצאה ממצב עניינים זה היא שבפועל, המדינה נוקטת עמדה שהיא לכאורה ניטרלית בין חיי נישואין מלאים ורשמיים לבין מסגרות חלופיות לחיי זוגיות. בכך המדינה משדרת שאין מבחינתה עדיפות כלשהי לבחירה בנישואין כדרך ליצירת זוגיות והקמת משפחה. לעומת זאת, העמדת דין אזרחי כדין הבלעדי בענייני נישואין וגירושין עשויה לאפשר למדינה לשדר העדפה ברורה, בדרך של ייחודן של טובות הנאה מסוימות, למסגרת הנישואין דווקא, כחלק ממסר חברתי-תרבותי לעניין חשיבותם של נישואין, רשמיותם ויציבותם. מערכת זו תעודד אנשים דתיים לדאוג לרישום אזרחי של נישואיהם הדתיים, ומצד שני תקטין את המוטיבציה של אנשים חילוניים לחיות חיי אישות ללא נישואין.

אנחנו רואים תוצאה זו כיתרון משמעותי של הצעתנו – הן מבחינת הייחוד של קשר שמכוון להיות קשר משמעותי וארוך טווח ומוכר בצורה מובנית על ידי המדינה, והן כדי "להחזיר" למי שרוצים בקשר פחות מחייב של זוגיות, שזכאי אולי לפחות הכרה ועידוד של המדינה, את היכולת לבחור בקשר כזה. חקיקת מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בדרך המוצעת על ידנו תביא אם כן את המחוקק לצורך בהכרעה בשאלת מעמדם של הנישואין בחברה הישראלית.

חקיקת חוק נישואין אזרחי וקביעת התנאים הנדרשים בו להוצאת רישיון נישואין תעלה לדיון את שאלת הנישואין של בני אותו המין. מדינות המערב חלוקות ביחסן המשפטי לכך, אף כי הולכות ונוספות לרשימה מדינות המכירות בנישואין של בני אותו המין.¹⁸⁵ זהו נושא חוקתי וערכי. הוא נוגע גם בשאלת תפקידו של המשפט בחברה כסוכן היוצר שינוי חברתי, היינו, כמי שהוראותיו נועדו לעצב את אורחות חייה של החברה, או כמי שמבקש לתת מענה למציאות החברתית המשתנה. משתי נקודות המבט הללו מתעוררת שאלת תוקפם של נישואין של בני אותו המין. מנקודת המבט הדתית שאלה זו מוכרעת עוד בטרם דיון, שהרי אין בהלכה היהודית מקום ללגיטימציה לנישואין של בני אותו המין. ברם, ההסדרה האזרחית של הנישואין תחייב דיון נוקב בשאלה זו, שיעסוק, בין השאר, במשמעותו של מוסד הנישואין, בערכי דמוקרטיה ושוויון, ובתפקידו של המשפט בחברה. בשאלות אלו נייר זה איננו מבקש ואינו יכול להכריע. אנחנו סבורים ששאלות אלה צריכות להיות מוכרעות על ידי הציבור באמצעות נציגיו. עם זאת, אם יוחלט לא לכלול הכרה בנישואין בין בני אותו מין בתנאי רישיון לנישואין בחוק המסגרת האזרחי, יהיה המחוקק חייב להידרש לדרכים אחרות להגנה על זכויותיהם של בני זוג כאלה, או אף להתיר המשך תחולה של ההסדרים שפותחו בינתיים לגבי מקרים כאלה.

גירושין אזרחיים ושאלת מעמדו של הדין הדתי

מאחר שעל פי הצעתנו הנישואין יהיו מוסדרים מכוח דין המדינה בלבד, הרי שגם הפירוד בין בני הזוג מבחינת המדינה ייעשה בדרך המקובלת על המדינה, כלומר על ידי בית משפט אזרחי ותוך הסדרת ענייני הרכוש בהתאם לדין האזרחי. לעניין מעמדה של הסמכות הדתית, ניתן להבחין בין שני מודלים אפשריים. המודל האחד מעניק לרשות האזרחית מעמד בלעדי בפסיקת הגירושין, ואילו המודל האחר יוצר אינטגרציה בין בית המשפט האזרחי לבית הדין הדתי.¹⁸⁶ לפי המודל האזרחי-בלעדי, לגירושין אזרחיים תוקף מלא גם ללא גט דתי. אדם הופך להיות פנוי מכוח גירושין אזרחיים, ורשאי להינשא בשנית. אמנם בהעדר

גט דתי יש להניח שלפחות האישה תהיה מנועה מלהינשא בטקס דתי (על כל פנים אורתודוקסי), ואף ילדיה מגבר אחר (אם הוא יהודי), עלולים להיות בגדר ממזרים, אך המערכת האזרחית איננה מונעת מטעם זה את האפשרות של אדם להינשא בשנית.

לעומת זאת, המודל האינטגרטיבי מבחין בין הפונקציות השונות של הגירושין: הגירושין האזרחיים אמורים לנתק את הזיקה בין בני הזוג ולהסדיר את הזכויות והחובות, האישיות והממוניות, ביניהם, לרבות בינם לבין ילדיהם, אך אינם מתירים להם להינשא בשנית כל עוד אינם פנויים על פי דינם האישי. המודל האינטגרטיבי מונע את סכנת הממזרות, באותם מקרים שבהם נערכו הנישואין לכתחילה כדת משה וישראל. הוא מותיר ללא פתרון את בעייתן של מעוכבות הגט. אמנם גם גירושין אזרחיים אינם פותרים בכל מקרה את בעייתה של מעוכבת-גט שרואה עצמה מנועה מלהינשא ללא גט. אבל מצד שני, לפי המודל האזרחי-בלעדי, אין המשפט האזרחי מכשיל רצונה של אישה שהתגרשה אזרחית להינשא מחדש בטקס אזרחי.

הפער בין שני המודלים איננו כה גדול כפי שנראה ממבט ראשון. גם לפי המודל האזרחי-בלעדי המערכת האזרחית איננה צריכה להיות אדישה לעוול שעלול להיגרם לאישה הצפויה להישאר בעגינותה כל עוד לא קיבלה גט. כפי שראינו, גם במדינות המערב המותרות בידי בית המשפט סמכות בלעדית בפסיקת גירושין מציידיים את הצד הזקוק בגט, ולרוב זו האישה, בסעדים שונים המיועדים להטיל סנקציות שונות על סרבני-גט. גם אם יתקבל המודל הבלעדי, אין אנו מציעים שהמערכת האזרחית תאבד את רגישותה לעוול הנגרם למסורבות גט. אין אנו מבקשים לחרוץ דין בשאלה השנויה במחלוקת בדבר המודל הרצוי בשאלת הגירושין, בלעדי או אינטגרטיבי. אולם, אנו מציעים שבכל מקרה ימשיכו להינתן סעדים למסורבות-גט הן על ידי בתי המשפט האזרחיים – כגון פסיקת פיצוי נזיקין, עיכוב הגירושין האזרחיים כשסרבן הגט הוא מבקש הגירושין ואף זקיפת הדבר לחובתו ביחסי הממון בין הצדדים כפי שמצוי במדינות המערב, ואף בבתי הדין הרבניים עצמם. לעניין בתי הדין יהיה מקום לשקול המשך האפשרות להטיל על סרבני-גט סנקציות חוקיות, כגון מאסר או צווי הגבלה. עם זאת, אמנם אין אנו שוללים את האפשרות להמשיך ולייפות את כוחו של בית הדין הרבני להטיל סנקציות מעין אלו כאשר לכתחילה נערכו הנישואין כדת משה וישראל, או כאשר היתה הסכמה מראש לשיפוט רבני שכזה, אך לא נראה לנו שיש מקום לכפוף מי שנישא בנישואין אזרחיים לשיפוט רבני בעל כורחו. אין צריך לומר שרשאים הצדדים בהסכמה לפנות לבית דין דתי, הגם שנישאו בנישואין אזרחיים, כדי שיסדר להם גט לחומרא.

ניתן גם לשקול אפשרות נוספת, והיא לאפשר לערכאה דתית, במקרה ששני הצדדים מסכימים לכך,¹⁸⁷ לדון בגירושין, תוך המשך היישום של הדין האזרחי בענייני הממון המהותיים, כמתחייב וכנהוג (בדרך כלל) כיום. הערכאה הדתית תהיה מוסמכת להתיר גם נישואין אזרחיים שלא לוו באקט דתי, כל עוד תכיר הערכאה הדתית בהשלכות המשפטיות שיש לקשר שכזה. הכרה זו ראינו עד כה מצד בית הדין הרבני בעניין בני נח, ומעבר לה בעניין ההשלכות הממוניות שיש לנישואין האזרחיים. יש להדגיש, כי הענקת סמכות אזרחית לבית דין רבני בנישואין אזרחיים איננה מפחיתה מעוצמת השינוי שבהסדר המוצע, גם ביחס להסדרה האזרחית של הגירושין. החלק המשמעותי בהסדר זה נוגע לסמכות בית המשפט האזרחי לעריכת גירושין אזרחיים (גם אם ללא היתר נישואין חדש), אף אם רק צד אחד מעוניין בכך, ואפילו אם הצדדים נישאו בנישואין דתיים. עניין זה נתפס בעיני רבים כנקודת התורפה העיקרית של הסדרים אחרים להנהגת נישואין אזרחיים.

הטיעון העיקרי של מצדדי שיטת המסלולים¹⁸⁸ הוא הטענה שהסדר כזה מונע את פילוג העם. ברור שאם תורשה אישה שנישאה כדמו"י להתגרש אזרחית ולהינשא לגבר אחר ללא גט, ילדיה מן הגבר השני יהיו בחזקת ממזרים על פי הדין הדתי. מסלול הבחירה, לטענת התומכים בו, ימנע זאת – כיוון שימנע ממי שנישאה כדמו"י להתגרש אזרחית. ברם, יש הטוענים שגם מודל המסלולים לא ימנע את פילוג העם ואת ייסודן של רשימות יוחסין.¹⁸⁹ אם נכונה טענה זו, הרי שהיא מבטלת נימוק מרכזי מאוד להעדפת מודל המסלולים על ידי תומכיו.

למעשה, גם במצב הדברים הנוהג כיום משפט המדינה איננו מונע נישואין שניים (דה-פקטו, כידועים בציבור, ולעתים דה-יורה¹⁹⁰), גם כאשר הנישואין הדתיים לא הותרו, כפי שאיננו מונע קשר זוגי בין פסולי חיתון ואף מכיר במידה רבה בנישואין בין חברי קהילות דתיות שונות (כשאלו נערכים בחו"ל).¹⁹¹ כך שהבעיה ההלכתית לא תוחרף אם וכאשר יונהגו נישואין אזרחיים על ידי המדינה. גם כיום השיקול העיקרי המונע מבני זוג להיקלע למצב של פסלות דתית איננו אזרחי, אלא בראש ובראשונה דתי-תרבותי, ככובד משקלו של השיקול הזה במערך השיקולים של בני הזוג. ההסדר המוצע איננו משנה היבט זה באופן מהותי: בית משפט ישראלי שיוציא פסק-גירושין אזרחי, לפי המודל האזרחי-בלעדי, ישאיר את ההחלטה אם להינשא מחדש ללא גט בידי הצדדים עצמם. כוחו וחיידושו יהיה רק בקביעה הגלומה בו שנישואין בשנית לא יהיו עבירה על חוקי המדינה. ואפשר שבפסק עצמו יודגש, שאין בו כדי להתיר תוקפם של נישואין לפי הדין הדתי.¹⁹²

סיכום

הסדרה אזרחית של הנישואין והגירושין במדינת ישראל היא הכרח חברתי, מוסרי, משפטי, דתי ותרבותי.

חברתי – בשל ריבוי הזוגות המעוניינים במסלול נישואין שאיננו דתי, וריבוי הזוגות שאינם יכולים להינשא במסלול דתי, אם בשל היותם פסולי חיתון ואם בשל היותם מחוסרי דת. הדברים מושפעים מהתמורות שחלו במבנה החברה הישראלית לאחר העלייה ממדינות ברית המועצות לשעבר, כמו גם משינויים בתפיסת המשפחה והזוגיות. שינויים אלו משקפים פער הולך וגדל בין התפיסה הליברלית הרווחת לבין התפיסה הדתית ביחס ליציבות מוסד הנישואין, לאפשרות היציאה ממנו ולקשרים שאינם מוכרים בתפיסה הדתית, כדוגמת זוגות בני אותו מין. ההסדר החדש יוצר גם מרחב אזרחי משותף, שאינו "מנוכס" על ידי ממסדים דתיים נפרדים, ואשר בו יכולים פרטים וקבוצות לממש זכויות של "יציאה" מקהילותיהם הדתיות-תרבותיות הפרטיקולריות.

מוסרי – בשל השלילה הקיימת בהסדר הנוכחי של זכויות היסוד: הזכות לנישואין והזכות להקים משפחה, חופש דת וחופש מדת, והזכות לשוויון. משפטי – לאור האנומליה במצב שבו החוק מעניק מונופול מלא בענייני נישואין וגירושין למשפט הדתי, ואילו הפסיקה הולכת ומכירה בסטטוס של נישואין אזרחיים בישראל. בד בבד, הולכת הפסיקה ומחזקת את מעמדם של ידועים בציבור, ההופכים חוקית וחברתית ל"מעין נשואים", ויוצרת בכך למעשה מסלול עוקף לנישואין הדתיים.

דתי – משום שנישואין אזרחיים עשויים להקל את ההתמודדות עם בעיות קשות, הנגרמות בהסדר הקיים הכופה נישואין דתיים גם על מי שאינם מעוניינים בכך, ובראש ובראשונה בעיות של גילוי עריות ושל ממזרות, ולאור העובדה כי המצב הנוכחי מכריח את המדינה ואת בתי המשפט שלה לפסוק או להתיימר לפסוק בשאלות פנים-דתיות מובהקות.

תרבותי – לישראל אתגר של התמודדות עם ריבוי התרבויות הדתיות בה, ועם ריבוי הגישות לדת בתוך התרבויות השונות בה. הסדרה אזרחית של נישואין וגירושין, בצד שימור מקום של כבוד לנישואין וגירושין דתיים, תתרום לשיקום דמותה של הדת בכלל ולחיזוק מוסד הנישואין בישראל בפרט. הסדר כזה עשוי לתרום לפריחתה של יצירתיות תרבותית יהודית בתחום הנישואין והגירושין

במסגרות שאינן דתיות-אורתודוקסיות או דתיות בכלל, ובכך לתרום לעיצובה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ההסדר אף עשוי לאפשר מרחב יצירתיות דומה וחשוב ביותר, ללא התערבות המדינה, בקהילות הדתיות האחרות בישראל.

הצעתנו - חוק מסגרת אזרחי של נישואין וגירושין אחידים לכול - היא לכאורה הצעה מרחיקת לכת. אך לאור השחיקה הנמשכת והרחבה במונופול הדתי המעוגן במשפט, השינויים המעשיים שהיא מביאה עמה אינם כה דרמטיים. אנו סבורים כי בשלה העת להעלות מחדש את ההצעה לבטל את המונופול הזה. התפתחויות משפטיות וחברתיות מסוימות, כמו גם הפנמה והסכמה מצד גורמים בממסד הרבני לצורך בהסדר חדש, מאפשרות עתה את מימוש ההצעה. הפגיעה המשמעותית בזכויות האדם הנובעת מההסדר הנוכחי, בצד תוצאות חמורות של הימנעות המדינה מנקיטת עמדה אזרחית משלה בתחום כה חשוב ומרכזי, הופכות את השינוי להכרחי.

הערות

1. שני היבטים אלו – המשפחה כביטוי לאהבה ורעות אישיים מחד וכגרעין לבניין החברתי מאידך, מצויים כבר אצל אריסטו, **אתיקה ניקומכית**, ח; **פוליטיקה**, א, בהתאמה; ראו .L. Provençal, "The Family in Aristotle", *Animus* 6 (2001), <http://www.swgc.mun.ca/animus>
2. יש להעיר, כי מושג הנישואין בד"ן היהודי, וכן בד"ן המוסלמי, הוא מושג לא-מדינתי, וביסודו אף פרטי ולא ציבורי. עם זאת, הסדרת ענייני המשפחה נותרה עניינה של החברה, כפי שתקנות רבות (כדוגמת "תנאי בית דין" בכתובה, שהסדירו באופן קוגנטי את התחייבויות הבעל בנישואין) יוכיחו.
3. כך, למשל, איסור ביגמיה נמצא במתח עם הוראה בדת המורמונית המאפשרת ריבוי נשים (וילדים). כן מתקיים מתח בין איסור גירושין על פי הדת הקתולית וההיתר להתגרש על פי חוק המדינה.
4. הביטוי נטבע אמנם רק בחוקי היסוד של 1992, אולם השניות באופייה של המדינה, והרצון לקיימה כמדינה שהיא הן יהודית והן כזו המקפידה על זכויות האדם של כל תושביה, ימיהם כימי המדינה והם מוצאים ביטוי מובהק בהכרזה על הקמתה. יש המבקרים אפיון זה מטעמים שונים, אולם טיפול בנושא זה חורג מתחום הננייר הנוכחי.
5. בניסוחים ראשונים אחרי חוקי היסוד נהג אהרן ברק לציין את נושא המונופול הדתי על מעמד אישי כאחד מן המאפיינים של יהודיותה המורשתית של המדינה. בחיבורים מאוחרים יותר נושא זה כלל אינו נזכר, ונראה כי ההשמטה אינה מקרית. ראו למשל א' ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (2004), עמ' 88.
6. ראו אליאב שוחטמן, "לשאלת הנהגתם של נישואין אזרחיים במדינת ישראל", **ספר לנדוי** (אהרון ברק ואליעזר מזוז עורכים, כרך שלישי, תשנ"ה), עמ' 1561–1564 (להלן: שוחטמן, נישואין אזרחיים); צ' טריגר, "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת ישראל", **משפט חברה ותרבות – משפטים על אהבה** (תשס"ה), עמ' 198–207 (להלן: טריגר, יש מדינה לאהבה); וראו עוד להלן.
7. בסיס לטענה זו, הקושרת את המונופול הדתי על נישואין וגירושין ליהודיותה של המדינה ניתן למצוא למשל, וקצת במפתיע, במשנתו של השופט ברק (ראו לעיל, הערה 5). לדיון כללי בריבוי המשמעויות של הביטוי "מדינה יהודית" ראו רות גביון, "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", **עיוני משפט**, יט (1995), עמ' 640–644. הטענה הקושרת את עניין הנישואין והגירושין לאופייה היהודי של המדינה רואה כמוכח את המדינה היהודית כמושג בעל משמעות תוכנית, בהיבטים מסוימים הלכתית, ולא גנאלוגית (מדינתם של היהודים) בלבד. אולם גם בעיני מי שרואה במרכיב התוכני והתרבותי עיקר, והוויכוח בין יהודיות כהלכה ויהודיות כתרבות עברית ויהודית על כל רבדיה הוא אחד מוויכוחי העומק הגדולים ביותר של מפעל ההקמה של מדינת ישראל.
8. הטיעונים שהובאו לעיל מוצגים בדרך כלל מנקודת המבט היהודית (כדרכו של השיח בענייני דת ומדינה), אולם לא רק. למונופול דתי על נישואין וגירושין יש גם תפקיד מורכב בחייהן

- של קבוצות המיעוט. מחד, שמירת מסגרת הנישואין הדתית שומרת על לכידותן. מאידך, מונופול כזה מכביד על התפתחויות חברתיות ותרבותיות בתוך קבוצות אלה, המבקשות לשמר זהות לאומית ותרבותית לאו דווקא בדרך של אורתודוקסיה דתית מחמירה.
9. בשנת 1839 ניתן מאת הסולטן צו "האטי אל שריף", אשר הכיר בשוויון בין מוסלמים ללא מוסלמים באימפריה. חוקים שונים, לצד צווים ספציפיים (פירמאנים), שניתנו במהלך העשורים הבאים העניקו סמכויות דתיות ואזרחיות לרבנים הראשיים באימפריה, וכמו כן – והחשוב יותר לענייננו – נתנו לבתי הדין הדתיים סמכויות שיפוטיות בענייני המעמד האישי ועניינים נוספים. על תהליך זה באימפריה העות'מאנית ראו Elimelech Westreich, "Jewish Judicial Autonomy in Nineteenth Century Jerusalem," *JLAS* 22 (2012), pp. 306-319.
10. לתיאור ההשתלשלות ערב חקיקת החוק ובמהלכו, כמו גם טיעונים שונים שהושמעו במסגרת הוויכוח סביבו, ראו להלן, סמוך להערה 133.
11. לעתים (נוצרים ומוסלמים) מכוח דבר המלך ולעתים (יהודים ודרוזים) מכוח חקיקה ספציפית – חוק שיפוט בתי דין רבניים, התשי"ג-1953 (חשבד"ר) וחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1962.
12. על ענייני המעמד האישי במדינת ישראל ויסודותיהם ראו פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך ראשון, מהדורה שנייה, תשנ"ה), עמ' 19-55 (להלן: שיפמן, דיני המשפחה).
13. צ' טריגר סבור, כי מאחורי המאמץ (גם, אם לא בעיקר, הציוני-חילוני) לחקיקת החוק, עומד הרצון לעצב את מוסד המשפחה, ובכלל זה תפקידי הגבר והאישה בתוכו, בדרך שתתאים לאתוס הציוני; ראו טריגר, **יש מדינה לאהבה** (לעיל, הערה 6), עמ' 212-225. בדברינו כאן, מכל מקום, לא נתייחס לרבדים הסמויים הנזכרים. ברם, אף לגופם של דברים נטען, כי במציאות הנוכחית טיעונים אלו ככל הנראה אינם תקפים עוד.
14. סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.
15. ראו סימנים 52 ו-54 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922-1947.
16. עם תום זרם העלייה העיקרי ממדינות חבר העמים בראשית שנות האלפיים עמד מספר העולים שאינם יהודים לפי ההלכה על כ-250,000; ראו יאיר שלג, "יהודים שלא כהלכה: על סוגיית העולים הלא יהודים בישראל", **המכון הישראלי לדמוקרטיה**, מחקר מדיניות 51 (תשס"ה), עמ' 11-10, http://www.idi.org.il/media/312058/pp_51.pdf.
17. ראו שלג, שם, עמ' 15-16, 19-22. עניין הנישואין והגירושין משתלב במכלול סוגיות שהחברה הישראלית נדרשת להתמודד עמן בעקבות מציאות חברתית זו; בסוגיות אלו עוסק נייר העמדה הנזכר של שלג.
18. סוגיית הגיור עלתה למרכז השיח הציבורי בעקבות פסק דינו של הרב אברהם שרמן, דין בית הדין הגדול, ראו בד"ר (גדול) 1-64-5489 (10.2.2008). הרכב מיוחד שמינה הרב הראשי לישראל שינה את ההחלטה ביחס לגיורת הספציפית שנדונה בפסק הדין; ראו בד"ר (תל אביב) 369472/1 (2.9.10), **הדין והדיין**, 26 (2011) 5, אולם חרב ביטול הגיור עודנה מונפת מעל ראשי המתגיירים.
19. לנתונים על שיעור הגירושין במדינת ישראל ראו **נשים ומשפחה בישראל – דו-שנתון סטטיסטי** (רות הלפרין-קדרי וענבל קארו עורכות, 2009), עמ' 42-45 (להלן: דו שנתון סטטיסטי). שיעור הגירושין נמצא במגמת עלייה, ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה,

- שנתון סטטיסטי לישראל (2012), http://www.cbs.gov.il/shnaton63/diag/03_02.pdf, בעניין הלגיטימציה החברתית לקשרים מחוץ לנישואין נעסוק להלן, סמוך להערות 143-149.
20. לפי נתונים עדכניים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בין שנת 2000 לשנת 2004 נישאו בחו"ל 45,412 תושבי ישראל, ובין השנים 2005 ל-2009 נישאו בחו"ל 40,067 תושבי ישראל, ראו **שנתון סטטיסטי לישראל**, נישואין של ישראלים בחו"ל, 2000-2009, לוח 1. בשנת 2007 למשל, נישאו בחו"ל 8,368 תושבי ישראל (על פי רישומי מרשם האוכלוסין, נכון ל-8.1.2009), ראו דו שנתון סטטיסטי (לעיל, הערה קודמת), עמ' 33-41. יש לציין, כי לא מוטלת חובת רישום על אזרחים ישראלים הנישאים בחו"ל, ובשל כך ייתכן פער זמנים ממושך בין הנישואין לבין רישומם, והנתונים (בפרט מן השנים האחרונות) עשויים שלא לשקף את המספר הממשי של הנישאים בחו"ל; ראו **דו-שנתון סטטיסטי**, עמ' 33. לגבי ידועים בציבור, בשנת 2006 היו בישראל כ-47,000 זוגות שחיו יחד ללא נישואין, ראו **דו-שנתון סטטיסטי**, עמ' 40, וראו שם נתונים על שנים נוספות.
21. לפי סקר של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שפורסם בשנת 2011, 61.7% מהציבור היהודי בני 20 ומעלה תומכים בקביעה כי "יש לאפשר לערוך נישואין אזרחיים בישראל". שיעור התמיכה בקרב עולי ברית המועצות לשעבר, שעלו לישראל משנת 1990 והלאה, עומד על 88.4%, **שנתון סטטיסטי לישראל** 62 (2011) פרק 7, לוח מספר 9. נתונים דומים משתקפים מסקר שערכה עמותת חדו"ש (הפועלת, בין השאר, להסדרת נישואין וגירושין אזרחיים) בתחילת 2009, וממצאיו פורסמו לאחרונה: כ-63% מהציבור הישראלי (ו-88.5% מאלו המגדירים עצמם כחילוניים) תומכים במתן אפשרות לנישואין אזרחיים בישראל. מבין התומכים בנישואין אזרחיים, 28.6% בטוחים שהיו מתחתנים כך, ו-23% חושבים שהיו מתחתנים כך; ראו גיא בן פורת ויניב פניגר, "הסטטוס קוו והרוב הדומם: עמדות הציבור היהודי ביחס לסוגיות של נישואין אזרחיים" (2011) <http://hiddush.org.il/ArticleItem.aspx?aid=2753&pid=0>
22. ראו שיפמן, **דיני המשפחה** (לעיל, הערה 12), עמ' 139-164. מוסד הידועים בציבור מטשטש במידה רבה הבחנה זו; ראו שיפמן, שם, וראו להלן פרק ב', סעיף: ידועים בציבור במשפט הישראלי.
23. טענה זו היא ערכית ביסודה, ולפיה המציאות העובדתית צריכה להשפיע על ביטול הגבלות שונות של הדין כדי לקרב את הנורמות אל המציאות. לטעמנו, הצירוף של מוסד נישואין נוקשה עם זוגיות חופשית למעשה איננו רצוי. יש אמנם לתת מענה לזוגות המבקשים לחיות ללא עיגון היחסים ביניהם בסטטוס פורמלי, ואיננו מבקשים לשלול זאת, אולם העדר ההלימה המתוארת נובע במידה רבה מאילוף ולא מבחירה, ועל משפט המדינה לתת לכך מענה.
24. על עניינים אלו ראו בהרחבה להלן, פרק ג': מן המצוי לרצוי: ביטול המונופול הדתי על נישואין וגירושין.
25. ראו מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר, "הרהורים על רב תרבותיות בישראל", **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** (מנחם מאוטנר, רונון שמיר ואבי שגיא עורכים, תשנ"ח), עמ' 76-75 (להלן: מאוטנר, שגיא ושמיר, הרהורים על רב תרבותיות).
26. ראו להלן, פרק ד': ביטול המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין: הלכה למעשה. לדברים השלכה גם על תפקידה של המדינה בענייני נישואין וגירושין בפרט ובשאלות של דת ומדינה בכלל; ראו להלן, פרק ה': מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל: המלצות.

27. לשביו הראשונים של התהליך ראו ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח(1) 141 (1954); בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963). לפסקי הדין מהעת האחרונה, שהשלימו את מהפכת דיני המשפחה האזרחיים, ראו להלן.
28. ראו רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (להלן: פרשת פלונית, מזונות אזרחיים).
29. כדבריו הנמרצים של השופט ויתקון בפרשה המפורסמת של סקורניק: "תקנת הציבור מחייבת אותנו להשיב תשובה ברורה על שאלת תוקף הנישואין וחלילה לנו להשאיר את בעלי הדין במצב של ספק אם נשואים הם זה לזו אם לאו". ראו ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, 181 (1954).
30. ראו בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו ואח', פ"ד סא(3) 496 (2006). פסק הדין התייחס לפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול: בד"ר (גדול) 4276/סג ח' ש' נ' ח' י' (טז במרחשוון תשס"ד) (להלן בהתאמה: בג"ץ בני נח; בד"ר בני נח; וכמכלול: פרשת בני נח).
31. בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, סא(3) 726 (2006). פסק הדין משקף התפתחות הדרגתית מגרסה מתונה לגרסה מרחיבה ביחס לנישואין אזרחיים. בפסק דין זה נדונה לא רק שאלת כשרותם הצורנית של הנישואין, אלא שאלת הכושר להינשא, שכן הנישואין נערכו בין יהודי-ישראלי לבין אישה לא-יהודייה, רומנייה. כך הורחבה יריעתו של עקרון דין-מדינת-העריכה משאלות של צורה בלבד לשאלות של כושר. פסק הדין ניזון לכאורה רק מכוח שיקולים ספציפיים של דיני הירושה, אך למעשה הוא ממשיך את המגמה הקבועה במשפט הישראלי להכשיר תוקפם של נישואין בין בני קבוצות דתיות שונות "רק" לעניין זה ו"רק" לעניין אחר, עד שהכרה זו משתרעת כמעט על כל דבר.
32. בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, סא(3) 537 (2006). כך קרה גם ביחס להכרה בנישואין אזרחיים של אזרחי ישראל שנערכו בחו"ל – לאחר שהוסר המחסום הפורמלי לרישום הנישואין, ניתן היה אף להכיר בסטטוס הנישואין.
33. להרחבת הדיון בעניינים אלו ראו פנחס שיפמן, "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה", ספר ברק (תשס"ט), עמ' 588-593. יש לציין כי בנושא זה מתנהלים תהליכים דומים בארצות מערביות רבות שניטש בהן ויכוח על שאלת ההכרה בזוגיות של בני אותו מין. לצד מדינות שבהן המחוקק הרחיב מפורשות בחוק את תחולת מוסד הנישואין על בני אותו מין, כגון ספרד, הולנד, קנדה ולאחרונה גם מדינת ניו יורק, יש מדינות שאפשרו לבני אותו מין הסדרת זוגיות במסגרות אחרות הדומות לנישואין, ויש מדינות אחרות שהכירו בזכות של בני אותו מין להינשא דווקא כפירוש של הוראות חוקיות או חוקתיות הנוגעות לשוויון. ראו למשל הדיון במהדורה השנייה של ספרו של ג'רלד רוזנברג, *Gerald Rosenberg, The Hollow Hope* (second edition, 2008).
34. מהלך זה הוא חלק מתהליך רחב (שעל ראשיתו עמד פרופ' אריאל רוזן-צבי), שבית המשפט העליון מוביל, ופועלות בו דמויות נוספות מלבד הנשיא ברק. ראו רות הלפרין-קדרי, "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה", מחקרי משפט יז (תשס"ב), עמ' 105.
35. לעת עתה דיני הגירושין האזרחיים במשפט הישראלי אינם מפותחים דיים, ככל הנראה מכיוון שהאנרגיה השיפוטית מופנית לכיוונים אחרים (כדוגמת יחסי הדין הדתי והדין האזרחי). על כך הצר שחר ליפשיץ, ראו שחר ליפשיץ, "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואין של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואין אזרחיים בישראל", משפט ועסקים י (תשס"ט), עמ' 472-474 (להלן: ליפשיץ, דיני המשפחה בעידן האזרחי).

36. ראו בהרחבה שחר ליפשיץ, **הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** (תשס"ה) (להלן: ליפשיץ, הידועים בציבור); שיפמן, **דיני המשפחה** (לעיל, הערה 12), עמ' 164-156.
37. מוסד הידועים בציבור התפתח בעקבות שינויים חברתיים ומשפטיים בעולם המערבי, החל מתום מלחמת העולם הראשונה ובעיקר בחלקה השני של המאה ה-20, ראו S.M. Cretney, *Principles of Family Law* (6th Edition, 1997), pp. 106-110; and J.M. Masson, *Principles of Family Law* (6th Edition, 1997), pp. 106-110; ליפשיץ, **הידועים בציבור** (לעיל, הערה 36), עמ' 54-50.
38. קשה להעריך בדיוק מהו שיעורם של הידועים בציבור שבחרו בדרך זו כחלק מהמגמה האוניברסלית המתוארת, ומה שיעורם של אלו שבחרו בדרך זו בשל המצוקה הנגרמת מדיני הנישואין והגירושין הייחודיים לישראל (ראו ליפשיץ, **הידועים בציבור** [לעיל, הערה 36], עמ' 100, הערה 106). עם זאת, ברור למדי שמשקלם של האחרונים איננו זניח, בלשון המעטה. כך, מכל מקום, התייחסו לכך בתי המשפט בישראל, שהעניקו לידועים בציבור זכויות ניכרות, אף מעבר למקובל במדינות מערביות אחרות. בראיית בתי המשפט, אם כן, מוסד הידועים בציבור משקף הן את המצוקה שגורמים דיני המשפחה בישראל, והן את קיומו של מסלול פתרון אפשרי, אף אם חלקי. ראו פנחס שיפמן, **מי מיוחד מנישואין אזרחיים?** (1995), עמ' 15-16 (להלן: שיפמן, נישואין אזרחיים); ליפשיץ, שם, עמ' 55-66, 89-120 (ועוד), וראו להלן. נקודת מבט זו הובילה לכך שבתי המשפט הרחיקו לכת בהענקת זכויות (וחובות) לידועים בציבור, אף בעל כרחם, ואף לאלו שכלל אינם מעוניינים במוסד הנישואין. נמתחה על כך ביקורת - ראו ליפשיץ, שם, עמ' 98-101. תופעה זו עלולה אף ליצור מצב של "אהבה במחתרת", שבו זוגות חיים ביחד ולחוד כדי שלא ייחשבו כידועים בציבור, כגון כאשר האישה היא אלמנה הזכאית לגמלה, והייתה ידועה בציבור של אדם אחר תשלול ממנה זכות זו, ראו פנחס שיפמן, **שפה אחת ודברים אחדים** (תשע"ב), עמ' 182-183 (להלן: שיפמן, שפה אחת ודברים אחדים). הצעתנו להלן פותרת לא רק את מצוקתם של אלו המעוניינים בנישואין, אלא גם את הקשיים שעוררה הגישה המשפטית הנזכרת או את מצוקתם של אלו שאינם מעוניינים בנישואין אלא בקשר זוגי שאיננו נישואין (ראו להלן, וכן ליפשיץ, שם, עמ' 251-252).
39. ראו לעיל, הערה קודמת; ליפשיץ, שם, עמ' 94-96 (ועוד).
40. ראו: ע"א 690/82, **כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לט(1) 673, 686. ניתן להימנע מדילמה זו אם מקבלים את הדעה שחזקת השיתוף מוסיפה לחול גם על זוגות שנישאו אחרי החוק. ראו על כך שיפמן, **שפה אחת ודברים אחדים** (לעיל, הערה 38), עמ' 202-203.
41. ראו שחר ליפשיץ, "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון", **חוקים** א (2009).
42. בית המשפט הצהיר על כך בכמה הזדמנויות; ראו למשל דברי השופט ויתקון בבג"ץ 73/66 **זמולון נ' שר הפנים**, פ"ד כ(4) 645, 660; בבג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד מז(1) 749, פסקאות 38-47 לפסק דינו של השופט ברק. ראו עוד שיפמן, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 38), עמ' 52-56.
43. **חיים כהן - שופט עליון, שיחות עם מיכאל ששר** (1989), עמ' 234. השופט כהן מתייחס להכרעתו בפסק דין פסלר, אך בפסק הדין גופו טען השופט כהן, כי הכרעתו איננה תגובה לחומרות הדין הדתי. ראו ע"א 384/61, **מדינת ישראל נ' פסלר**, פ"ד טז 102, 110. יש מקום לשער, שבפסק הדין נקט השופט כהן רטוריקה שביקשה להציג כבלתי-רלוונטית כביכול

- התנגדות למוסד הידועים בציבור בשל פגיעתו בהכרה שהמחוקק הכיר בדין הדתי בתחום הנישואין והגירושין.
44. על ההשלכות של סטטוס הנישואין וניסיונות ההבחנה בינו לבין קשר סוציולוגי בין בני זוג מנקודת מבט משפטית ראו שיפמן, **דיני המשפחה** (לעיל, הערה 12), עמ' 139-164.
45. להיבטים חברתיים, פסיכולוגיים ואחרים, שיש לקשר הנישואין, ראו ליפשיץ, **הידועים בציבור** (לעיל, הערה 39), עמ' 202-205.
46. ראו ליפשיץ, **הידועים בציבור** (לעיל, הערה 39), עמ' 249-251.
47. ראו שיפמן, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 38); ליפשיץ, **הידועים בציבור** (לעיל, הערה 36), עמ' 89-101. כפי שצינו לעיל (סמוך להערות 37-38, ובהערה 38), מדובר בתופעה אוניברסלית, ולפיכך ודאי כי אחוז ניכר מהידועים בציבור משתייכים לקבוצה זו, שכלל איננה מעוניינת במוסד הנישואין.
48. ראו דיונו הנרחב של ליפשיץ, **הידועים בציבור** (לעיל, הערה 36), עמ' 265-360. בהמשך לדיון זה ראוי לציין כי אכן יש מקרים שבהם המחוקק חש שהיצמדותו להגדרה הנורמטיבית של הנישואין כעילה היחידה לתוצאה משפטית עלולה להחטיא את המטרה של איתור התופעה החברתית שבחר לטפל בה, אך אלו הם היוצאים מן הכלל. כך למשל, בחוק משפחות חד-הוריות, תשנ"ב-1992, הוגדרה המשפחה החד-הורית באופן שהורה שאין לו בן-זוג אך חי עם ידוע בציבור, יוצא מגדר "משפחה חד-הורית". ומצד שני, נקבע שמי שיש לו בן-זוג אך חי בנפרד ממנו, נכנס בתנאים מסוימים לאותה הגדרה. ההגדרה הפונקציונלית אשר בעיניה מה שמעלה או מוריד בקבלת זכויות הוא חיי זוגיות בפועל, מסייעת בהתמקדות בתופעה החברתית הראויה לעזרת המחוקק.
49. ג' טדסקי, "משבר המשפחה וחסידה המסורת", **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל ז"ל** (תשכ"ד).
50. אכן, קיימות כיום מגמות הולכות וגוברות, הסוברות כי יש לבטל את מוסד הנישואין, ומציעות כחלופה קשרים חוזיים בין בני זוג. מעמדם המשפטי המתחזק של הידועים בציבור במשפט הישראלי, גם אם נועד להתמודד עם בעיות הנובעות מהדין הדתי, מחזק כאמור מגמות אלו. לטעמנו, יש חשיבות למוסד נישואין פורמלי (לצד מתן האפשרות למסגרות חלופיות), ולכל הפחות ראוי לערוך דיון כן ומעמיק בדברים.
51. חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010.
52. שם, סעיפים 2-8 (התנאים לרישום הזוגיות ורישום הזוגיות), 10-11 (התרת ברית הזוגיות), 13 (מעמדם של בני הזוג שבאו בברית הזוגיות).
53. שם, סעיף 2.
54. על הצעות אלו – נישואין אזרחיים לפסולי חיתון והצעת ברית הזוגיות, ראו להלן פרק ד': ביטול המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין: הלכה למעשה.
55. החוק הוא תוצר של אילוצים פוליטיים והסכמים קואליציוניים, שביקשו לאזן בין גורמים שחרטו על דגלם את המאבק למציאת פתרון אזרחי למבקשים להינשא, לבין גורמים פוליטיים חרדים, המבקשים להותיר את ההסדר הקיים על כנו. התוצאה היא סוג של פשרה, שיש בה היבט הצהרתי, אך חסרונותיה כאמור מרובים למדי. ייתכן, עם זאת, כי החלטות שיפוטיות ירחיבו בעתיד את חוק ברית הזוגיות, בהתבסס על הזכות לשוויון וטיעונים אחרים. ייתכן גם כי תקווה כזו היתה חלק משיקולי המחוקקים. אנו, מכל מקום, סבורים כי

- יש לבטל את המונופול הדתי על ענייני נישואין וגירושין בצורה מלאה ובחקיקה מתאימה, ולא בדרכים עוקפות. אף אם נכון להידרש בשלב היישום לשיקולי היתכנות פוליטית, היעד שאליו חותרים חייב להיות ברור ברמה העקרונית וההצהרתית.
56. ראו למשל דברי הרב זלמן נחמיה גולדברג, "חיוב במזונות בנישואין אזרחיים", **תחומין** כד (תשס"ד), עמ' 188-193, ובהתאם לכך בחלק ניכר מפסקי הדין הדרישה לגט מוגדרת כ"מנהג בתי הדין".
57. כדברי החזון איש, הקובע כי ביחס לנישואין אזרחיים "עדיין לא נסתיימה ההלכה" (דהיינו: לא נקבעה או לא הוכרעה), ראו במכתבו לרב שרגא שטיינברג מתאריך כ"ג סיון תש"א, **אור ישראל** 18 (תש"ס), עמ' יב. דברי החזון איש הם הבסיס לעמדתו המחמירה יחסית של דיין בית הדין הגדול (בדימוס), הרב אברהם שרמן, ראו: Amichai Radzyner, "Problematic Halakha: Creative Halakhic Rulings in Israeli Rabbinical Courts", 20 *Jewish Law Annual* (forthcoming) text next to footnote 179 (להלן: (Radzyner, Problematic Halakha)).
58. זו כנראה עמדתם של הרב פיינשטיין (**אגרות משה** אבן העזר א, עד) ופוסקים נוספים. להיבטים השונים הנוגעים לספק קידושין, ובכלל זה הנטייה להחמיר בענייני אישות גם כשהספק איננו ממשי, ראו פנחס שיפמן, **ספק קידושין במשפט הישראלי** (תשל"ה), עמ' 55-58, 143-150 (להלן: שיפמן, ספק קידושין).
59. כגון: כאשר האישה ביקשה להינשא לכהן, ודרישת גט לחומרה עלולה היתה לאסור אותה עליו; ראו בד"ר (תל אביב) 029055209-1-21 (11.2.09), **הדין והדיין** 21 (תשס"ט) עמ' 7-8.
60. ראו הרב מאיר יששכר מזוז, "נישואין אזרחיים ותוצאותיהם", **שנתון המשפט העברי** ג-ד (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 269-270 (להלן: מזוז, נישואין אזרחיים).
61. ראו בד"ר **בני נח** (לעיל, הערה 30).
62. ראו אריאל פיקאר, "כדת משה וישראל" מהות הנישואין בעיניהם של פוסקי ההלכה במאה העשרים: הנישואין האזרחיים כמקרה מבחן", **תרבות דמוקרטית** 12 (תש"ע).
63. יש להבחין בין גירושין ללא עילה, או גירושין על פי דרישה (שמשמעם גירושין לפי דרישה חד-צדדית, בלא לייחס חשיבות לשיקום קשר הנישואין). לבין גירושין ללא אשם (המצדיקים גירושין ביוזמה חד-צדדית בלא אשמה קונקרטיית של הצד השני, אך זאת במצב שבו קשר הנישואין התפרק) - עמדה שאותה מקבלים בית הדין ובג"ץ בעניין בני נח. ראו שחר ליפשיץ, **דיני המשפחה בעידן האזרחי** (לעיל, הערה 35), עמ' 475-477, וראו גם "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושין", **עיוני משפט** כח (2005), עמ' 671.
64. "קשה לומר מתי החלו בתי הדין הרבניים לבצע התרה של נישואין אזרחיים באמצעות מתן פסק-דין, אך כיום זהו מנהג רווח בבתי הדין" (עמ' 8 לפסק הדין). על מדיניות זו (תוך הטלת ספק בכנותה) ראו הדיון בפרשת שמואל, ע"א 566/81 **שמואל נ' שמואל**, פ"ד לט (4) 399 (1985); פנחס שיפמן, "על הזכות להתגיר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה", **משפטים**, טז (תשמ"ו) עמ' 221-227; הנ"ל, **דיני המשפחה** (לעיל, הערה 12), עמ' 367-382.
65. למעשה, בית הדין מציין שיש מקום להחיל קריטריונים דומים של גירושין ללא אשם בנישואין כדמו"י (אף כי לגביהם ברי כי הדבר ייעשה בהסתייגות ובהססנות גדולה יותר): "יצויין שגם בנישואין כדת משה וישראל מהווה המצב של פירוד מוחלט וחוסר סיכוי לשינוי,

- Avishalom Westreich, "The Right to Divorce in Jewish Law", 1 *International Journal of the Jurisprudence of the Family* (2010), pp. 177. (להלן: Westreich, The Right to Divorce).
66. ראו פסקי הדין המובאים ב**הדין והדיין** 26 (תשע"א) 3-5, וכפי שמסכם זאת עורך כתב העת, עמיחי רדזינר (שם, עמ' 2): "שני פסקי הדין הראשונים המובאים בגיליון זה [אליהם יש להוסיף גם את ההצהרה שבפסק הדין השלישי. א"ו ופ"ש] מלמדים אותנו עד כמה שרירה וקיימת הגישה לפיה אין לוותר על גט בנישואין אזרחיים. במצבים של סרבנות גט מעדיפים בתי הדין לאכוף את מתן הגט (אפילו באמצעות מאסר) ולא להתיר את הנישואין בלא גט".
67. בדברים שבעל פה הודה הרב שרמן, כי חתם על פסק הדין כדי לשמר את סמכות בית הדין הרבני, אולם איננו מסכים עם הקונסטרוקציה שנבנתה סביב עקרון נישואין של בני נח. בראיית הרב שרמן, יש לראות בנישואין אזרחיים ספק נישואין, ומכאן הצורך בגט, וכמובן – הצורך בבירור העניין בבית הדין הרבני. הרב שרמן מבסס את עמדתו על שיטת החזון איש, הנזכרת לעיל, הערה 57, ולפיה נישואין אזרחיים הם כספק קידושין כדמו". על עמדת הרב שרמן ראו Radzyner, *Problematic Halakha* (לעיל, הערה 57), שם. לביקורת נוספת (משתמעת) כנגד קונסטרוקציית בני נח ראו בד"ר (גדול) 1-21-015168958 (ג ניסן תשס"ז), **הדין והדיין** 15 (2007), עמ' 4, עמדותיהם של הרב עמאר והרב בר שלום.
68. ראו לדוגמה בד"ר (חיפה) 583236/1, **פלוני נ' פלונית** (2.6.2010), הדיינים נהרי (אב"ד), יגודה ומייזלס. גם פסק הדין של בית הדין בנתניה מקבל עקרונית את קביעת בית הדין הגדול בבד"ר **בני נח**, ראו בד"ר (נתניה) 764411/1, **פלוני נ' פלונית** (כ"ה בתשרי תשע"א), עמ' 3-7 לפסק הדין (להלן: בד"ר נתניה).
69. לדיון עקרוני במעמד הדין האזרחי בעניין חלוקת רכוש ראו סדרת מאמריהם (והתגובות למאמרים) של הדיינים דיכובסקי ושרמן, **תחומין יח** (תשס"ח), **תחומין יט** (תשס"ט). להיבטים נוספים של הדיון העקרוני, כמו גם ליישום הדברים בפועל, ראו בד"ר **נתניה** (לעיל, הערה 68), עמ' 8-9 לפסק הדין (ועוד).
70. ראו למשל בג"ץ 5416/09, **פלונית נ' פלוני ואח'** (לא פורסם) (2010), וראו דברי השופט רובינשטיין, פסקה י': "שופטי בית משפט זה יכולים להעיד כי בתי הדין מחילים את הוראות חוק יחסי ממון. במובן זה, וכאן אולי הלכנו כברת דרך מאז פרשת בבלי, בתי הדין אינם מתנגדים עקרונית להחלת חוק יחסי ממון... בענייננו שלנו אף קשה להכריע אם מדובר באי הירדות להוראות חוק יחסי ממון, או שמא – אף שהחוק לא הוזכר בשמו – ביישום הטעון תיקון".
71. בד"ר **נתניה** (לעיל, הערה 68), עמ' 40 לפסק הדין.
72. ראו הרב שלמה דיכובסקי, "נישואין אזרחיים", **תחומין ב** (תשמ"א), סעיף ה.
73. בד"ר **בני נח** (לעיל, הערה 30), עמ' 3 לפסק הדין.
74. הרב שלמה דיכובסקי, "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים – הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה", **מאזני משפט ד** (תשס"ה), עמ' 287-291 (להלן: דיכובסקי, בתי הדין ובתי המשפט).
75. **פרשת פלונית, מזונות אזרחיים** (לעיל, הערה 28).

76. בד"ר בני נח מחזק הכרעה זו. שם נקבע כי ההכרה בנישואין אזרחיים איננה יוצרת כשלעצמה את חובת המזונות, אולם היא בעלת משמעות. היא משמשת כ"סימן" למידת התפשטותו של המנהג המכיר בנישואין אזרחיים ובמכלול ההיבטים הממוניים הנלווים אליהם (לעיל, הערה 30).
77. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2010, כ-75% מאוכלוסיית ישראל הם יהודים, כ-17% מוסלמים והיתר נוצרים, דרוזים ובני דתות אחרות. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, **שנתון סטטיסטי לישראל**, 2010, 2.2, http://www.cbs.gov.il/shnaton61/st02_02.pdf.
78. ביחס לנוצרים ומוסלמים ראו סימנים 52 ו-54 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1947-1922.
79. ברם, בעשורים האחרונים המפגש התרבותי, הדתי והמשפטי נעשה ממשי יותר ויותר. כוונת הדברים היא הן למפגש בין הדין המוסלמי לדין הישראלי (ראו להלן) והן, בהקשר רחב יותר ומשמעותי למדי, להשתלבותם של בני הדת המוסלמית במדינות המערב. תהליך זה התעצם בעשרות השנים האחרונות, והוא מוליד התחבטויות, כמו גם אינטראקציה, מרתקות בין התרבויות ובין שיטות המשפט. הדברים חורגים מגבולות הנייר הנוכחי, ונסתפק לפיכך באזכור אחד, של המתח שהתעורר בבריטניה סביב ההצעה לתת מעט לגיטימציה לדין המוסלמי; ראו, Bernard S. Jackson, "Transformative Accommodation and Religious Law", *Ecclesiastical Law Journal* (2009), pp. 131-153.
80. רמ"ש 41782-10-04 **פלונית נ' אלמוני**, 23 במרץ 2011 (השופט משה דרורי), פסקה 23 לפסק הדין.
81. כטענת המערערת בתיק, בניגוד לקביעת בית המשפט לענייני משפחה. ראו שם, פסקאות 26-31, 82-92.
82. מדובר במקרה זה על זוג מעורב. עם זאת, הדגש בחוות דעתו של בית הדין השרעי היא על הפרוצדורה ולא על בני הזוג, ובמשתמע – זו העמדה ביחס לכל נישואין אזרחיים.
83. כדוגמת עקרון טובת הילד, ראו מוסא אבו רמדאן, "התפתחויות אחרונות באחזקת ילדים בבתי הדין השרעיים", **משפחה במשפט**, ב (תשס"ט), עמ' 69-105 (הציטוט מעמ' 71). בעניין טובת הילד, אגב, הושפע המשפט הישראלי מהמשפט העברי, ראו פנחס שיפמן, "טובת הילד בבית הדין הרבני", **משפטים** ה (תשל"ג-תשל"ד).
84. מוסא אבו רמדאן ודניאל מונטרסקו, "שיפוט אסלאמי במדינה יהודית ודמוקרטית – קואופציה ואסלאמיזציה של שדה הדין השרעי", **משפט וממשל** יא (תשס"ח).
85. לייחוד בסוגיות דת ומדינה בקבוצות המיעוט הערבי בישראל לעומת הוויכוח בסוגיות אלה בצידו של הרוב היהודי, ראו למשל עבודותיו של קרייני, הערה 86 להלן.
86. ראו מיכאיל קרייני, "ריקושים יהודיים ודמוקרטיים", **משפט וממשל** ט (תשס"ו), עמ' 477-495. קרייני מתח היבטים אחדים שבהם ענייניהן של קהילות לא יהודיות מוצאים אל מחוץ לתחום הדיון הציבורי בענייני דת ומדינה, וזאת, לטענתו, בהשפעת ("ריקושיים") ההגדרה החוקתית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
87. שיפמן, **דיני המשפחה** (לעיל, הערה 12), עמ' 414.

88. "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" ("Universal Declaration of Human Rights"), 10.12.1948. סעיפי ההכרזה שיצוטטו בדיוננו בהמשך לקוחים מתוך תרגום ההכרזה באתר הכנסת בכתובת: http://www.knesset.gov.il/docs/heb/un_dec.htm.
89. לפי פירוש זה, חופש הדת כולל את החופש להיכנס לקשר נישואין מחייב באמצעות נישואין דתיים בלבד. ההסדר המוצע בדברינו להלן, אכן מאפשר נישואין באמצעות טקס דתי, ואין לראות בו הסדר שנועד לפגוע בחופש הדת.
90. כך, למשל, באוסטרליה, ראו pp. 112-113, Finalay, *Family Law in Australia* (1983).
91. ראו דון-יחיא וליבמן, "הפרדה בין דת ומדינה סיסמה או תוכן?", מולד ה (1972), עמ' 71-89.
92. גם בשיטות אלו המדינה מתערבת בהסדרים דתיים במצבים של פגיעה קיצונית באחד הצדדים, כדוגמת סרבנות גט. ראו למשל חוק הגט השני במדינת ניו יורק: N.Y. Domestic Relation Law § 236 B(5)(h), (6)(d), act of July 17, 1992.
93. על משקלו וחשיבותו של אופייה היהודי של המדינה בהתנגדות לנישואין אזרחיים ראו להלן, סמוך להערה 133.
94. ראו אבישלוס וסטרייך, **זכויות, הלכה והאדם שביניהן** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012). הדבר נכון לא רק לגבי היהדות. ישנה טענה שכיחה של הוגים דתיים, בעיקר נוצריים, כי יסוד זכויות האדם, ובעיקר יסודו של עקרון כבוד האדם העומד בבסיסו, הוא המסורת הדתית של בריאת האדם "בצלם אלוהים".
95. על נושא זה ראו גם פנחס שיפמן, **כדת או כדין: חלופות נישואין וגירושין בישראל – שינוי חינוי ואפשרי** (עורכת נעמה כרמי, 2001) (להלן: שיפמן וכרמי, כדת או כדין).
96. ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם והאמנה לזכויות חברתיות ופוליטיות שתיהן קובעות כי "המשפחה היא היחידה הטבעית והבסיסית של החברה, וזכאית להגנה של החברה והמדינה" (מצוטט מתוך ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, סעיף טז[3]; לעיל, הערה 88).
97. שני ההיבטים הנזכרים, ההיבט האישי וההיבט החברתי, באים לידי ביטוי בשיטות המשפט השונות, אך לא באופן שווה – יש המעניקים משקל יתר למימד האישי, ויש המעניקים זאת למימד החברתי. כך, למשל, בדין הנוצרי המימד האישי מטושטש, בעוד שהמימד החברתי (פריה ורביה וחינוך הילדים) מקבל דגש מרכזי, בהשוואה לדין היהודי, בו שני המימדים הללו באים לידי ביטוי; ראו שיפמן, **דיני המשפחה** (לעיל, הערה 12), עמ' 139-141.
98. סעיף טז(1) להכרזה, לעיל, הערה 88.
99. ראו James Nickel, "Human Rights", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/rights-human>, Section 1 (להלן: "Human Rights"): **זכויות אדם הן** "International norms that help to protect all people everywhere from severe political, legal, and social abuses".
100. ראו, עם זאת, יהודה צבי בלום, "דיני הנישואין בישראל וזכויות האדם", **הפרקליט** כב (תשכו); בלום, שם, עמ' 361, סבור כי הצהרת זכויות האדם איננה אוסרת מגבלות על הנישואין, כדוגמת אלו הטמונים בדין הדתי. בלום מגיע למסקנה זו על סמך ניתוח היסטורי של הצהרת זכויות האדם, ובעיקר הדיונים בוועדות האו"ם שליוו אותה, כמו גם בחינת ניסוחה המקורי בשפה האנגלית. לטעמנו, מכל מקום, להיסטוריה של הטקסט יש אמנם

משקל וחשיבות, אולם יש לבחון את הטקסט – טקסט בכלל, כמו גם טקסט משפטי וכמו גם ההצהרה הנדונה – על סמך האופן שבו הוא נתפס מאז התקבל וההקשרים שבהם הוא מיושם.

101. הסעיף הרלוונטי כאן הוא סעיף 23 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות וראוי להביא אותו במלואו: (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
א. המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה, והיא זכאית להגנה מטעם החברה והמדינה.

ב. הזכות לשאת בן זוג ולכוונן משפחה תהיה מוכרת לגבר ולאישה שבגיל הנישואין.

ג. לא ייערכו נישואין בלא הסכמתם החופשית והמלאה של בני הזוג המיועדים.

ד. מדינות שהן צד באמנה זו ינקטו את הצעדים המתאימים כדי להבטיח שוויון בזכויותיהם ואחריותם של בני הזוג לענייני נישואין, במשך הנישואין ובפירוקם. במקרה של פירוק, ייעשו סידורים כדי להבטיח לילדים את ההגנה הדרושה.

102. יש בכך פגיעה בחופש מדת; ראו להלן, בתת-הסעיף הבא.

103. ראו לענייני מעוכבות הגט, להלן, סמוך להערות 150–153.

104. ראו את הדיון בסמוך להערות 16–23 לעיל.

105. ראו להלן.

106. ראו Michael J. Broyde, *Marriage, Divorce and the Abandoned Wife in Jewish Law* (2001) pp. 25–28 (להלן: Broyde, Marriage). ראו גם פנחס שיפמן, "ההלכה היהודית במציאות משתנה: מה מעכב את מעוכבות הגט", *עלי משפט* 1 (תשס"ז); שיפמן, *שפה אחת ודברים אחדים* (לעיל, הערה 38), עמ' 115–142; Westreich, *The Right to Divorce*; (לעיל, הערה 65). ההלכה מציעה כמה מסלולים אפשריים; לדיון מסכם והצגת הפתרונות השונים ראו Avshalom Westreich, *Talmud Based Solutions to the Problem of the Agunah* (2012), Chps. 1–7 (להלן: Westreich, Agunah). ראו עוד להלן, סמוך להערה 151.

107. ראו להלן, פרק ה': מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל: המלצות. יש לציין כי בתי המשפט ורשויות אחרות של המדינה הלכו כברת דרך ארוכה לכיוון ההכרה בזכויותיהם של בני זוג בקשר בין בני אותו מין. גם זו התפתחות מתבקשת נוכח ההתפתחויות החברתיות.

108. בכלל השיקולים שבשלם גירושין לא נכללו בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם ניתן למנות את המסורת הנוצרית, שהתנגדה לגירושין, כמו גם את ההגבלות המוטלות על גירושין בשיטות משפט רבות. ראו אמנון רובינשטיין, "הזכות לנישואין", *עיוני משפט* ג (תשל"ג), עמ' 457–458 (להלן: רובינשטיין, הזכות לנישואין).

109. בתי המשפט בישראל רואים במניעת גירושין פגיעה בעקרונות חוקתיים של חירות האדם, האוטונומיה של הפרט ועוד. בהתאם לכך, סרבנות גט מצדיקה הטלת פיצויי נזיקין כנגד הסרבן, וזאת בדרך כלל באמצעות עוולת הרשלנות, אך נבחנה גם האפשרות להתבסס על עוולה חוקתית בגין פגיעה בזכויות שמעניק חוק יסוד – כבוד האדם וחירותו. להתלבטות בעניין זה ראו למשל תמ"ש 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ., 21.12.2004; רונן פרי ויחיאל ש' קפלן, "על אחריותם בניזיקין של סרבני גט", *עיוני משפט* כח (תשס"ה), עמ' 773–794.

110. נזכיר כי גם בנושא זה יש מקום רחב לנורמות חברתיות המשלימות נורמות משפטיות (דתיות או אזרחיות). השאלה מתי נכון להתגרש ועד כמה יש לנסות לשמור על שלמותו של קשר נישואין היא שאלה חברתית חשובה, הקשורה לאמונות וערכים יסודיים של החיים

- הטובים. כללית, אין זה תפקידו של המשפט להגביל חירותם של אנשים לצאת מקשר נישואין שאינם רוצים בו, אולם מכך לא עולה שהמדינה חייבת להיות ניטרלית בגישתה לגבי המשכיות או שבירה של קשרי נישואין.
111. אין זו המגמה היחידה בהלכה, אדרבה – יש מקום נרחב למגמות המאפשרות גירושין בבחירה. ראו לעיל, הערה 106.
112. ראו סעיף 18 להכרזה: "כל אדם זכאי לחירות המחשבה, המצפון והדת" (לעיל, הערה 88).
113. ראו דניאל סטטמן וגדעון ספיר, "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים", **מחקרי משפט** כא (תשס"ד), עמ' 8, הערה 10. לחופש הדת ניתנו מספר הצדקות – מוסריות, תועלתניות ותרבותיות; ראו סטטמן וספיר, שם.
114. ראו במאמרם של סטטמן וספיר, שם.
115. סטטמן וספיר, שם, עמ' 38–45.
116. ראו סטטמן וספיר, שם, וראו גם Gidi Sapir and Daniel Statman, "Religious Marriage in a Liberal State" 30 *Cardozo Law Review* (2009), pp. 2867-2868 (להלן: Sapir and Statman, Religious Marriage). דוגמה אחרת היא מונופול דתי בענייני קבורה. שם אולי מדובר בזכויותיהם של הקרובים החיים, שכן לא ברור שלנפטר עצמו יש זכויות, אבל מכל מקום ראוי לאפשר לאלה החפצים בכך טקסי קבורה שאינם דתיים.
117. ראו למשל דבריו של השופט זוסמן: "מן הראוי להתחשב גם בהשקפתו של אדם שאינו חפץ להתייצב לפני רשות דתית. דת היא עניין שבאמונה, והיא מעלה את נפשו של אדם מאמין. מה טעם התייצבותו של אדם שאינו מאמין, בפני רשות דתית?". בג"ץ 130/66-132 **שגב ואח' נ' בית הדין הרבני ואח'**, פ"ד כא(2) 505, 555. לניתוח המושג "כפייה אמונתית" בהקשר זה ראו אצל חמן פ' שלח, **חירות המצפון והדת במשפט הישראלי** (תשל"ח), עמ' 84 ואילך. כן ראו ש' שטרית, "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית והטלת הגבלות מטעמי דת", **משפטים** ג (תשל"א), 467.
118. בסוגיות אלה חשוב לזכור תמיד את ההשפעה של המציאות החברתית והפוליטית. הסדרת ענייני המעמד האישי של קבוצות מיעוט בתנאים של סכסוך בלתי פתור ובאזור שמרני שיש בו התחזקות דתית וגידול בהשפעה הפוליטית של הדת, בעיקר של האסלאם, תהיה תמיד עניין פוליטי רגיש. מבחינת זכויות האדם וגם מבחינה אזרחית נכון ומחייב שהסדר מסגרת אזרחי של נישואין וגירושין יחול על כל תושבי המדינה, בלי הבדל קבוצה ודת. חובת המדינה לסייע למי שעלול להיפגע ממונופול דתי בתוך קבוצתו גדולה אולי אף יותר מחובתה לפעול נגד כפיית דתית בקהילת הרוב. למרות זאת סביר שהמדינה תהסס מלהתערב בהסדרה המשפטית של ענייני המעמד האישי של קבוצות המיעוט אם תהיה לכך התנגדות פוליטית קולנית של מנהיגי אותן קהילות, כדי לא להיראות כמי שמנסה להטמיע בכוח את בני קהילת המיעוט. מן הצד השני, יש למנוע מצב שבו המדינה מסירה את אחריותה מקהילות אלו בשל הסכסוך הלאומי. בנייר זה אין אנו עוסקים ישירות בהיבטים פוליטיים אלה, אולם ברור כי הם צריכים להיות ברקע של ההמלצות, ובעיקר – של פעולה מעשית לקידומו. ראו בהקשר לכך קרייני (לעיל, הערה 86).
119. ראו שיפמן וכרמי, **כדת או כדין** (לעיל, הערה 95).
120. ראו Sapir and Statman, Religious Marriage (לעיל, הערה 116), עמ' 2878–2880. העדפת הדין הדתי אפשרית מנקודת מבט ליברלית בתנאים מסוימים, שעיקרם הפחתת הממד הדתי שבהסדר זה; ראו שם, עמ' 2867–2868.

121. אבישי מרגלית ומשה הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות", **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** (מנחם מאוטנר, רוני שמיר ואבי שגיא עורכים, תשנ"ח).
122. שם, עמ' 97.
123. Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (1989), והשוו מרגלית והלברטל, שם, עמ' 100–102.
124. על גירושין ללא אשם וגירושין ללא עילה ראו לעיל, הערה 63. על היחס לקשרים מחוץ לנישואין ראו להלן, סמוך להערה 145.
125. זו כמובן הצגה גסה של ההבחנה בין הגישות השונות ביחס לנישואין, אך יש בה הרבה מן האמת, ראו בהפניות המובאות לעיל, הערה 63.
126. ליסודות הגישה הרב תרבותית בהקשר הישראלי ראו סדרת המאמרים בספר **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** (מנחם מאוטנר, רוני שמיר ואבי שגיא עורכים, תשנ"ח). הגישה הרב תרבותית מושתתת על פלורליזם ערכי, אולם, כאמור בפנים, אין היא רלטביסטית. ראו אבי שגיא, "הדת היהודית: סובלנות ואפשרות הפלורליזם", **אתגר השיבה אל המסורת** (תשס"ג), עמ' 302–311 (להלן: שגיא, אתגר השיבה אל המסורת).
127. ראו, בהקשר לכך, על שאלת העיצוב הדינמי של הזהות היהודית: אבי שגיא, "ביקורת שיח הזהות היהודי", **תרבות יהודית בעין הסערה – ספר היובל ליוסף אחיטוב** (בעריכת אבי שגיא ונחם אילן, תשס"ב), עמ' 248–292.
128. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986), pp. 336-338, 369-399.
129. על ההבחנה בין המושגים סובלנות ופלורליזם ראו שגיא, (לעיל, הערה 127), עמ' 302–309. בקצרה, פלורליזם מכיר בשוויון מהותי בין הדעות השונות, ואיננו רואה ערך לעמדתו לעומת האחרות, סובלנות אוהזת בדעה כי הצדק עם דרכה שלה, אולם מאפשרת לזולת לבטא את עמדתו בלא מגבלות.
130. ראו מאוטנר, שגיא ושמיר, **הרהורים על רב תרבותיות** (לעיל, הערה 25), עמ' 75.
131. יש להדגיש, כי מדובר רק בפגיעה במונופול הדתי, ולא שלילת האפשרות לנישואין דתיים, יהודיים ושאינם יהודיים. גם בהסדר המוצע יינתן ביטוי תרבותי לדוגלים בנישואין הדתיים (ראו להלן, פרק ה': מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל: המלצות).
132. ראו בע"מ 9607/03 לעיל, הערה 31, פסקה י' לפסק דינו של השופט רובינשטיין. במקרה זה קבע בית המשפט, כי בת זוגו של נפטר שנישאה לו בנישואין בין דתיים בחו"ל זכאית לרשת אותו לפי סעיף 11 לחוק הירושה. בית המשפט נמנע מלהכריע בשאלת תקפותם של נישואין בין בני דתות שונות שנערכו בחו"ל, אף כי השופט ברק קבע באמרת אגב, שראוי להכריע כי נישואין אלו תקפים.
133. כך התבטא גם הרב הרצוג, "התחוקה והמשפט במדינה היהודית", **תחוקה לישראל על פי התורה** (חלק ראשון, תשמ"ט), עמ' 207. לצד מניעת פיצול העם היהודי עומד גם האינטרס למנוע נישואין לבני דתות אחרות. ראו דבריו של ורפהטיג, **דברי הכנסת XIV** (תשי"ג), עמ' 1410.
134. ראו פרק ב', סעיף: נישואין אזרחיים בהלכה היהודית ובפסיקה.

135. ראו שיפמן, **ספק קידושין** (לעיל, הערה 58), עמ' 55-58, 143-150.
136. לעמדה מסויגת יותר בעניין זה ראו שוחטמן, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 6), עמ' 1566-1572.
137. מזוז, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 60), עמ' 246-247. ציטוט דברי ר' משה פיינשטיין על ידי הרב מזוז (להלן) הוא מתוך: **שו"ת אגרות משה**, אבן העזר, ב, יט.
138. על עמדתנו בנקודה זו ראו להלן, פרק ה': מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל: המלצות.
139. נישואין עם אחות אשתו מותרים רק לאחר מות אשתו. ראו רמב"ם, **משנה תורה**, הלכות אסורי ביאה, פ"ב ה"ט. נזכיר, עם זאת, כי המדינה יכולה לכלול איסורים מסוג זה גם בתנאים האזרחיים להוצאת רישיון נישואין. כך למשל, הדבר יכול להיות כלול במה שהצעת גביון-מדן מגדירה כ"קרבה משפחתית אסורה", ראו גביון-מדן, **מסד לאמנה חברתית חדשה** (להלן, הערה 176), עמ' 173, סעיף 2.
140. להלן, פרק ה': מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל: המלצות.
141. חרם דרבינו גרשום מתייחס לתקנה האוסרת ריבוי נשים. התקנה התקבלה בעיקר בקהילות אשכנז, אך גם בקהילות אחרות תקנות מקומיות אסרו ריבוי נשים. ראו **שולחן ערוך**, אבן העזר א, י"א. על התקנה והתפשטותה, כמו גם היבטים נוספים הכלולים בה (איסור גירושי אישה בעל כרח), ראו אלימלך וסטרייך, **תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות** (תשס"ב).
142. ראו רמב"ם, **משנה תורה**, הלכות איסורי ביאה א, ו; טו, א.
143. די בסקירה כללית על תשובות הלכתיות ופסקי דין בענייני נישואין וגירושין כדי להיווכח בכך. פטור בלא כלום אי אפשר, ולפיכך ראו אברהם ח' פריימן, **סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד** (תשכ"ה). הציר המרכזי בחיבורו של פריימן הוא המתח בין האינטרס ההלכתי להפקיע קידושין במצבים מסוימים לבין החומרה האופיינית לענייני נישואין וגירושין. ראו עוד שיפמן, **ספק קידושין** (לעיל, הערה 58), שם.
144. ראו הל"א הארט, **חוק, חירות ומוסר** (1981).
145. ע"א 5258/98 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(6) עמ' 209, 223.
146. מצב זה יכול היה להיפתר, או לפחות להצטמצם משמעותית, אילו בתי הדין הרבניים היו נכונים לפעול בתקיפות למתן גט למסורבות גט. דיינים רבים קראו לכך, תוך שמצביעים על החשש ההלכתי הנגרם לבני זוג הכבולים יחד בקשר זוגי שאיננו קיים למעשה, אולם בפועל חלקים נכבדים בבית הדין חוששים חשש יתר לכשרות הגט "למהדרין", גם במחיר איסורי תורה חמורים ביותר. ראו דבריו הנוקבים של הרב שלמה דיכובסקי, "דרך השיפוט הראויה בבתי הדין הרבניים", **תחומין** כח (תשס"ח), סעיף א2: "גט מעושה מפחיד אותי פחות ממצב של 'לא גט'. עם גט מעושה אפשר להתמודד, ופעמים רבות הגט כשר לפחות בדיעבד. בעוד שעם מצב של 'לא גט' אין יכולת להתמודד".
147. ראו י' ליבוביץ, **יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל** (תשל"ה), עמ' 161-162, 171-172, 187-188. ודוק: אין כוונת הדברים לטעון, כי ההלכה רואה בנישואין אזרחיים מצב של לכתחילה. כוונת הדברים היא כי בנסיבות החברתיות והתרבותיות העכשוויות, יש גם מבחינה הלכתית עדיפות להנהגת נישואין אזרחיים. מנקודת מבט זו, המצב המתואר הוא כמצב של בדיעבד. השוו שוחטמן, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 6), עמ' 1585-1591. כמה מטענותיו של

- שוחטמן, השוללות הסדר של נישואין אזרחיים (בפרט השגותיו על הצעתו של זילברג), מתייחסות להסדר המוצע כהסדר "לכתחילה", אך כאמור לא כך הוא.
148. הרב אליהו בקשי דורון, "חוק נישואין וגירושין – היצא שכרו בהפסדו?", **תחומין** כה (תשס"ה), עמ' 99-100 (להלן: בקשי דורון, היצא שכרו בהפסדו). הרב בקשי-דורון מעלה את הדברים כשאלה, הנותרת ללא מענה, שאלה רטורית, שהתשובה לה מובנת מאליה.
149. הרב אליהו בקשי-דורון מותח ביקורת קשה על הנוהג לקדש בעדים פסולים לא רק מפני שיש בכך ברכה לבטלה, ואף חשש שמא תפסו בכל זאת הקידושין בשל נוכחות עדים אחרים בטקס, אלא גם מפני שיש בכך מרמה כלפי בני הזוג עצמם שאינם יודעים שאולי לא תפסו הקידושין בשל עורמתו של המסדר. בשל כך תמה הרב: "זועקת השאלה: מדוע לכתחילה לקדש כדת משה וישראל את מי שסביר שלא ישמור על קדושת משפחתו?"; ראו בקשי דורון, **היצא שכרו בהפסדו**, שם, שם.
150. למחקר מקיף, הבוחן את הפתרונות ההלכתיים לבעיה, ראו פרסומי ה-Agunah Research Unit: <http://manchesterjewishstudies.squarespace.com/publications> וראו עיקרי המחקר: Bernard S. Jackson, *Agunah: The Manchester Analysis* (2011).
151. ראו שיפמן, **שפה אחת ודברים אחדים** (לעיל, הערה 38), עמ' 281-297; Westreich, *Agunah*; לעיל, הערה 106), עמ' 106-110, וראו הפניות נוספות לעיל, הערה 106.
152. אין הכוונה לשינויה של ההלכה בעניין. להלכה כלים פנימיים להתגבר על הבעיה, כפי שכבר נאמר לעיל. ההימנעות מהשימוש בכלים אלו נובעת ממגמת החמרה, או לעתים משיקולים פוליטיים של מאבקי סמכות (ראו במקורות הנזכרים לעיל, הערה 151), בשל כך, ניסחנו בפנים את הדברים כציפייה מהמסד הרבני להתגמש.
153. קיומם של גירושין אזרחיים, למשל, לא יעניק אמנם לאישה את האפשרות להינשא מחדש לפי הדין הדתי, אולם בהיבטים אחרים, אזרחיים וחברתיים, יהיו אלו גירושין לכל דבר ועניין. ייתכן כי מצב זה יוביל את בית הדין לרכך את עמדתו המחמירה, ולקבל פתרונות הלכתיים, שאף אם אמנם אינם מוסכמים על הכול, יש תשתית הלכתית רחבה המאשרת את אימוצם. לשם השוואה, חוק הגט השני במדינת ניו יורק נתפס על ידי רבים כחוק היוצר חשש לגט מעושה (ראו למשל חלופת המכתבים המובאת בכתב העת **ישורון** ח [תשס"א], עמ' תקטז-תקלו). עם זאת, נעשה מאמץ להכשיר את הגט לכל הפחות בדיעבד, ראו Broyde, *Marriage* (לעיל, הערה 106), עמ' 103-117. מהלך זה נובע, להערכתנו, במידה רבה מהקונפליקט שבו נתונים בתי הדין בארצות הברית, אשר אינם יכולים למנוע את הגירושין, ואינם מעוניינים לנקוט צעד רדיקלי ולהכריז על הגיטין כפסולים ועל ילדים שייוולדו מנישואיה השניים של האישה כממזרים.
154. בהמשך לאמור למעלה, גם פשרות שמתגבשות בנושאים אלה נדונות בתוך הציבור היהודי ללא שיתוף מסודר של נציגי הקהילות הלא-יהודיות.
155. ראו לעיל, פרק ב', סעיף: חוק ברית הזוגיות לחסרי דת.
156. ראו למשל מ' זילברג, **באין כאחד**, (תשמ"ב), עמ' 243-244, וראו גם: פ' שיפמן, "חוק בלא נחת", **דעות** מא (תשל"ב).
157. בתקופה בה הועלו ונדונו הצעות אלו לא היתה בולטות גבוהה לדרישה כי המדינה תאפשר נישואין גם לבני אותו מין, ולפיכך השאלה לא עלתה בהקשר זה. אולם, בעקרון, הגישה המרחיבה יכולה לחול גם על בני זוג מאותו מין.

158. ראו למשל רובינשטיין, **הזכות לנישואין** (לעיל, הערה 108), עמ' 457-453; אריאל רוזן-צבי, "בתי הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד", **דת, ליברליזם, משפחה וחברה – אסופת מאמרים מאת אריאל רוזן-צבי** (אריאל פורת עורך, תשס"א) עמ' 180-189.
159. אף בהיבט זה הצעת שני המסלולים לוקה בחסר: היא תוביל להנצחת המצב הקיים – הבעייתי – בנוגע למעמדם של הידועים בציבור. ראו שיפמן, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 42), עמ' 56.
160. ראו לעיל, סמוך להערות 150-153.
161. לקשיים נוספים בשיטת המסלולים ראו שיפמן, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 38), עמ' 49-51.
162. ראו על כך: שחר ליפשיץ, "ברית הזוגיות", **מחקר מדיניות** 68, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2006) (להלן: ליפשיץ, ברית הזוגיות).
163. ראו לעיל, סעיף: נישואין אזרחיים בהלכה היהודית ובפסיקה.
164. בכך יהיה פתרון לבעיית ה"נשואים בעל כורחם", היינו: בני זוג שאינם מעוניינים במכלול הזכויות והחובות המוענקות להם כיום מכוח דיני הידועים בציבור (ודאי שאינם מעוניינים להינשא), ראו לעיל, סמוך להערות 46-47.
165. גם הצעות של ברית זוגיות מאופיינות במידה שונה של נכונות להכליל. כך למשל, הצעת החוק שגובשה בזמן ממשלת שרון לגבי ברית זוגיות לא כללה בקשר הזה זוגות בני אותו מין. אולם מסגרות הצעה זו גמישות, וההצעה החשובה אכן פותחת עצמה לכל סוגי המשפחות, כולל אנשים בני אותו מין: ראו ליפשיץ, **ברית הזוגיות** (לעיל, הערה 162), עמ' 71.
166. ראו יובל מרין, "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית", **המשפט** ז (2002).
167. ראו לטענות אלו במאמרם של דן יקיר ויונתן ברמן, "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?", **מעשי משפט** א (2008), עמ' 169.
168. ראו לעיל, פרק ב', סעיף: ידועים בציבור במשפט הישראלי.
169. ראו ליפשיץ, **ברית הזוגיות** (לעיל, הערה 162), עמ' 13-14.
170. חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, תש"ע-2010.
171. לעיל, פרק ב', סעיף: חוק ברית הזוגיות לחסרי דת.
172. לכן ייתכן שאם תעמוד להצבעה בכנסת הצעה כזאת, ויהיה נראה כי זה המיטב שניתן להשיג, נכון יהיה לתמוך בה. אבל זה איננו השיקול היחיד העומד על הפרק בדיון העקרוני בהסדרה המשפטית של נישואין וגירושין בישראל.
173. ראו שיפמן, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 38), עמ' 52-60. פרסום ההצעה המגובשת היה שיא של כתיבה ממושכת ומגוונת של שיפמן על היבטים שונים של הנושא. הצעה זו הוצגה גם במסמך של האגודה לזכויות האזרח בישראל, ראו שיפמן וכרמי, **כדת או כדין** (לעיל, הערה 95).
174. ראו למשל חוק הגט במדינת ניו יורק, (לעיל, הערה 92); פיצויי נזיקין למסורבות גט, ראו ז'אן קלוד נידאם, "עמדתם של בתי המשפט האזרחיים בצרפת כלפי תביעות נגד בעלים יהודים למסירת גט", **דיני ישראל** י"א (תשמ"א-תשמ"ג), עמ' 385-404 ועוד.

175. ראו ישעיהו ליבוביץ, **אמונה, היסטוריה וערכים** (תשמ"ב), עמ' 189.
176. פרופ' רות גביון, הרב יעקב מדן, **מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל** (2003), עמ' 173-222 (להלן: גביון-מדן, מסד לאמנה חברתית חדשה). לגרסה מתומצתת ראו יואב ארציאלי, **אמנת גביון-מדן – עיקרים ועקרונות** (2003), עמ' 31-39 (להלן: ארציאלי, אמנת גביון-מדן, עיקרים).
177. לדברי ההסבר של רות גביון ראו גביון-מדן, **מסד לאמנה חברתית חדשה**, שם עמ' 174-215.
178. ההצעה איננה מכירה בנישואין של זוגות בני אותו המין, ראו שם, עמ' 192-195, וכן ארציאלי, **אמנת גביון-מדן, עיקרים** (לעיל, הערה 176), עמ' 34-35. ראו גם הבהרתם של גביון ומדן בעניין זה (אתר אמנת גביון מדן: <http://www.gavison-medan.org.il/marriage/?did=269>, אדר תשס"ו - 3.2006), המדגישים כי על אף אי ההכרה בנישואין של בני אותו המין, זכויותיהם הממוניות והאחרות לא ייפגעו, אלא יוסדרו דרך דיני החוזים או בדרכים משפטיות אחרות.
179. ראו סעיפים 4 ו-6 לאמנת גביון-מדן, **מסד לאמנה חברתית חדשה** (לעיל, הערה 176), עמ' 173, וראו גם דברי ההסבר של פרופ' גביון, שם, עמ' 199-204, ובפרט בעמ' 200.
180. המינוח "התרת נישואין" נבחר במכוון, כדי ליצור הבחנה סמנטית בין גירושין דתיים לגירושין אזרחיים. הבחנה זו מקלה כנראה את קבלת ההצעה, בפרט במצבים שבהם הנישואין מותרים אזרחית ואינם מותרים מנקודת המבט הדתית (שם, עמ' 36). על מצבים אלו נעמוד מיד.
181. ראו רובינשטיין, **הזכות לנישואין** (לעיל, הערה 108), עמ' 457-458. רובינשטיין מציע להתנות את הגירושין האזרחיים בחוות דעת רבנית, וכך למנוע את חשש הממזרות. לדידו, יש בכך אמנם היבט של כפיית הדת ופגיעה בחופש המצפון, אולם יש הבדל בין הזכות לנישואין, שהיא זכות אדם בסיסית, לבין הזכות לגירושין, הדורשת מעצם טיבה התחשבות בן הזוג השני ובשיקולים משפחתיים רחבים, ולפיכך קל יותר לקבל מגבלות המוטלות עליה.
182. גביון-מדן, **מסד לאמנה חברתית חדשה** (לעיל, הערה 176), עמ' 217.
183. על סוגיית "הרשות הרושמת" והפגמים במצב הקיים ראו שיפמן, **דיני המשפחה** (לעיל, הערה 12), עמ' 305-324.
184. לעניין היחס בין נישואין, ברית זוגיות וידועים בציבור נראה כי התשובה תהיה תלויה גם בשאלה עד כמה מסגרת ברית הזוגיות תהיה מכלילה. ככל שהיא תהיה מכלילה יותר, כך יקטן הצורך המעשי של המשפט לדמות את ההטבות לידועים בציבור לאלה של נשואים או של מי שנרשם בברית זוגיות.
185. ראו לעיל, הערה 33. לעמדתה של הצעת גביון-מדן בשאלה זו, והבהרתם בעניין, ראו לעיל, הערות 176, 179.
186. ראו לעניין זה פנחס שיפמן, **שפה אחת ודברים אחדים** (לעיל, הערה 38), עמ' 218-226.
187. עמדה דומה ננקטת גם באמנת גביון-מדן, סעיף 6. ראו גביון-מדן, **מסד לאמנה חברתית חדשה** (לעיל, הערה 176), עמ' 173, 201-204.
188. לעיל, פרק ד': ביטול המונופול הדתי בענייני נישואין וגירושין: הלכה למעשה.

189. ראו שוחטמן, **נישואין אזרחיים** (לעיל, הערה 6), עמ' 1582-1585, 1591-1596.
190. ראו שיפמן, **דיני המשפחה** (לעיל, הערה 12), עמ' 259.
191. הדבר משתקף בנישואין אזרחיים הנעשים בחו"ל, בנטייה להחיל את דין המדינה שבה נערכו הנישואין גם על שאלת הכשרות להינשא (כדוגמת נישואין בין בני זוג שהאחד יהודי והשנייה איננה יהודייה). ראו שיפמן, **שפה אחת ודברים אחדים** (לעיל, הערה 38), עמ' 245-251.
192. אף על פי כן, למשפט האזרחי (גם אם אין בו היבטים דתיים) יש אינטרס למנוע מעשי עוול, כדוגמת מקרי סרבנות גט, כפי שכבר עמדנו בדברינו לעיל.

פרסומים נוספים שראו אור במרכז מציל"ה:

מגמות דמוגרפיות בישראל

מאת: עוזי רבהון וגלעד מלאך (2008)

שישים שנה להחלטת כ"ט בנובמבר 1947 – החלטת החלוקה

והמחלוקת סביבה: עיונים ומקורות

עורכת: רות גביון (2009)

התמודדות עם הגירה גלובלית – מתווה למדיניות הגירה לישראל

מאת: שלמה אבינרי, אמנון רובינשטיין וליאב אורגד (2009)

שישים שנה לחוק השבות: היסטוריה, אידאולוגיה, הצדקה

מאת: רות גביון (2009)

בחירות אזוריות בישראל

מאת: ניר אטמור, יצחק בננסון, אברהם דיסקין וולד חרבש (2009)

פרסום משותף למכון ון ליר בירושלים ומרכז מציל"ה

שיבת פליטים פלסטינים לתחומי מדינת ישראל

מאת: יפה זילברשיץ ונמרה גורן-אמיתי (2010)

התביעה להכרה בישראל כמדינה יהודית: הערכה מחדש

מאת: טל בקר (2012)

פרסום משותף למכון וושינגטון למדיניות המזרח הקרוב ולמרכז מציל"ה

המונופול הקיים כיום במדינת ישראל בנושא נישואין וגירושין, המותיר בידי הממסדים הדתיים את הסמכות הבלעדית בתחום זה ביחס לאזרחי המדינה, מוביל למגוון רחב של קשיים הלכתיים, חוקיים, מוסריים, חברתיים ותרבותיים. גם הניסיונות לתת מענה נקודתי לבעיות אלו, כדוגמת חקיקת "חוק ברית הזוגיות" וההכרה במעמד "דועים בציבור כנשואים", לא הצליחו לפתור אותן באופן רחב, ואף החריפו את חלקן.

במסמך מקיף זה סוקרים המשפטנים ד"ר אבישלום וסטרייך ופרופ' פנחס שיפמן את המצב המשפטי הקיים על שורשיו ועל ההתפתחויות האחרונות בו, בוחנים את הסוגיות החברתיות, ההלכתיות והמוסריות הכרוכות בו, מנתחים הצעות קודמות לפתרון, ומגישים הצעה מפורטת למסגרת משפטית אזרחית לנישואין וגירושין בישראל. הכותבים מבהירים מדוע זוהי אחת הסוגיות החשובות והבוערות ביותר לטיפול בישראל כיום.

ד"ר וסטרייך, מרצה למשפט עברי ולתורת המשפט במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן, מתמחה בדיני משפחה וביחסי דת ומדינה. פרופ' שיפמן, לשעבר נשיא המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן, עוסק בתחום הנישואין והגירושין בישראל מזה כארבעה עשורים, ופרסם ספרים רבים בתחום זה.

מרכז מציל"ה נוסד בשנת 2005 במטרה להתמודד עם הנטייה הגוברת, בישראל ובעולם, להטיל ספק בצדקתה של לאומיות יהודית, וביכולתה להתיישב עם ערכים אוניברסליים. פעילותו של המרכז מבוססת על אמונה שציונות ותפיסת עולם ליברלית יכולות ואף חייבות לדור בכפיפה אחת; ששיח ציבורי, מחקר וחינוך טומנים בחובם את המפתח לאינטגרציה של ציונות, ערכים יהודיים וזכויות אדם בישראל; שהאינטגרציה של ערכים אלו חיונית לשגשוגם של מדינת ישראל ושל העם היהודי.