

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