

## הזכות לנישואין

אמנון רובינשטיין \*

### א. מבוא

מי שבא לדון בשאלת הזכות לנישואין בישראל, נתקל בתופעה פרדוקסאלית: בשעה שבמדינות מערביות עומד מוסד הנישואין בסימן התגוננות בפני תנועות רדיקאליות, התוקפות את המוסד עצמו ואת המונופולין, שמעניק לו המשפט, בישראל עוסקים אנו בעיקר בשאלת הזכות לנישואין ובענין ההלכה השווה על כל תושבי הארץ. מבחינה זו מאפיין המאבק הציבורי והמשפטי בישראל תקופות קודמות בקורותיהן של מדינות אחרות. שתי השאלות — הזכות לנישואין ומעמד המוסד עצמו — גפרדות מבחינה אנאליטית: השאלה הראשונה עוסקת בשאלה מי רשאי להיכנס בברית הנישואין. השאלה השנייה נוגעת לטיבה של ברית זו. אך שתי השאלות קשורות ביניהן קשר אמיץ בבסיסן. בסיס זה, הן בשאלת הזכות הן בשאלת הברית עצמה, עובר היום תהליך של טרנספורמציה. בעוד שבעבר הוסדרו שתי השאלות הללו על פי גישות ערכיות שמקורן דתי, הרי הולך ומתעצם בימינו הבסיס החילוני-רציונלי. בסיס חילוני זה נקבע במדינות המערב בשלבים שונים של המאות ה-18 וה-19 בכל הנוגע לזכות הנישואין. עם שבירת המונופולין של השיפוט הכנסייתי, מתן שוויון הזכויות ליהודים ולמיעוטים אחרים והנהגת נישואין אזרחיים, הורחבה הזכות לנישואין והועמדה לא על בסיס דתי מסורתי אלא על בסיס של זכות אזרח, הדוחה מפניה מגבלות מטעמי דת. לאחרונה, הושלם תהליך זה בארצות-הברית עם פסילת חוקיהן של כמה ממדינות הדרום, שאסרו נישואין בין לבנים לצבעוניים.<sup>1</sup>

\* דיקן המקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

<sup>1</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12, 18 L. Ed. 2d 1010, 1018 (1967). תהליך ההשתחררות של דיני הנישואין בכלל, והזכות לנישואין בפרט, מדוקטרינות דתיות לא הושלם בכל מדינות המערב. המדובר בעיקר בזכותם של בני-זוג שנתגרשו להנשא מחדש וכן בזכותה של אשה להנשא, לאחר גירושה, עם הגבר עמו קיימה יחסי מין בעת נישואיה, בבחינת אשה שזנתה תחת בעלה האסורה לבעלה (יבמות כ"ד, ב'). איסור הנישואין מחדש של בני-זוג שנתגרשו קיים ביהדות רק לגבי מקרה בו הגרושה נישאה מחדש לאיש אחר ולאחר מכן מבקשת להינשא לבעלה הראשון: האיסור מבוסס על האמור בספר דברים כ"ד, 4. עד עצם היום הזה יש מדינות בארצות הברית, המגבילות את זכות הנישואין מחדש של בני-זוג שנתגרשו, ושחוקיהן קובעים תקופת המתנה בה אסורים נישואים אלה. ראה פסקי-דין וחוקים, המקובצים ב- *52 Am. Jur. 2d 926* (1970). באותו מקום מובאים גם הנימוקים הרציונאליים הניתנים להצדקתם של דינים אלה. אחד הנימוקים הללו כרוך בצורך לאשר בערכאה משפטית עליזה את הגירושין, מעשה אשר בשיטות המשפטיות הנוצריות, בניגוד ליהודית ולמוסלמית, טעון הכרעה שיפוטית. האיסור על נישואין מחדש עם „הבועל“ קיים אף הוא במספר מדינות, ונכלל אף בדין הגרמני: כך על-פי סעיף 6 לחוק הנישואין הגרמני מיום 20.2.1946 נקבע, כי אין לזכות נישואין בין בן-זוג, שהתגרש בשל גיאוף, עם זה, שנקבע בפסק הגירושין כגורם לגירושין. בתיקון שהוסף ב-11.8.1961.

"Marriage, as understood in Christendom, may be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others".

בכך בא מוסד הנישואין המונוגמי לידי ביטוי קיצוני. שתי השיטות המשפטיות העיקריות הנהוגות בארצנו — היהדות והאיסלאם — מתייחסות בדרך זו רק לאשה הנישאת לבעל שני. הדין העברי מחמיר במיוחד עם „אשת איש": אין היא כשירה להינשא לבעלה ונשואיה עם השני בטלים ומבוטלים. לעומת זאת, לגבי ריבוי נשים, שונים שני הדינים, היהודי והמוסלמי, מהדינים הגזריים. ריבוי הנשים מותר, הנישואין תופשים אלא שבדרך-כלל אסורים הם מכוח המחוקק החילוני, ולגבי חלק מהעדות היהודיות, אף מכוח חרם דרבנן גרשום. על-כל-פנים, מגבלה זו על הזכות לנישואין ביגמיים — בין שזו מתייחסת לכושר להינשא בין שהיא מטילה איסור פלילי — אינה פוגעת בזכות הנישואין אם מקבלים את מהותה הבלעדית כקשר קבוע בין גבר לאשה.

אמת הדבר: לא הכל מקבלים הגדרה זו של מוסד הנישואין ויש השואפים להרחיב את הגדרתו ולהחילו על כל מי שרוצה להתקשר בדרך של קבע תוך קבלת ההתחייבויות הנובעות מהתקשרות מסוג זה. חוגים בתנועה למען שחרור האשה, ובתנועה למען שחרור ההומוסקסואלים, כמו חוגים רדיקאליים אחרים, חוקפים את המונופולין והבלעדיות של מוסד הנישואין המונוגמי בין גבר לאשה ותובעים להעניק מעמד משפטי לקשרים אחרים ולהחילם בין השאר לגבי התקשרויות בין גבר לגבר ובין אשה לאשה. לטענתם של חוגים אלה, שמצאה אף אוון קשבת אצל משפטנים ידועים, אין לראות היום את חובת הקמת המשפחה והולדת הילדים כחלק אינטגרלי של מוסד הנישואין<sup>1</sup>; משום כך, ולאור התיקון

בארצות-הברית נקבע בפסקי-דין שונים, כי הסכמים בין בני-זוג, הקובעים את סיום הנישואין בזמן מסוים בעתיד, אינם תקפים משום שהם נוגדים את תקנת הציבור: 52 Am. Jur. 2d 887 (1970).

למרות הצעות שונות בכיוון של נישואין לפרק זמן מוגבל, אין עדיין שיטה משפטית, המאזנת עקרון זה.

"Speaking on 'Women's Liberation and the Constitution', at a section meeting of the ABA, Mrs. [Rita] Hauser [U.S. representative to the U.N. Human Rights Commission] said that such laws [banning marriage between persons of the same sex] were based on what she called an outdated notion that reproduction is the purpose of marriage. She argued that overpopulation had made this rationale outmoded": "Homosexuals Marriages defended by U.N. aide", *New York Times*, August 11, 1970. „הדעות המיושנות" בדבר מטרת הנישואין באו לידי ביטוי גם במספר פסקי-דין מודרניים. ראה, למשל, *Lopez v. Lopez*, 169 N.Y.S. 2d 74, 76 (1957): "It is a matter of public policy that marriage exists primarily for begetting offspring".

נסיון משפטי, שנעשה בארצות-הברית ליצור הכרה משפטית בנישואין הומוסקסואליים, נכשל עד כה: *Baker v. Nelson*, 191 N.W. 2d 185 (Minn. 1971). בית-המשפט העליון סירב לשמוע צרטיורארי על החלטה זו: 93 S.Ct. 37 (1972).

ראוי להזכיר, כי תהליך הרציונאליזציה של הזכות לנישואין במדינות המערב כולל לא רק זחרת איסורים קודמים, אלא גם הטלת איסורים חדשים, כמו התביעה הקיימת במספר מדינות בארצות-הברית לקיום בדיקת דם של בני-הזוג לפני הנישואין וכמו הטלת איסור לגבי אלה החולים במחלות מדבקות או תורשתיות<sup>2</sup>. ברוב השיטות המתורבות — לרבות המשפט העברי — בסיסו של מוסד הנישואין הוא ההסכמה ההדדית בין בני-הזוג. על הסכמה הדדית זו חלים כללים מקובלים של דיני החוזים ובהתאם לכללים אלה נפטלים נישואין, שהיו בהם פגמים בנוגע להסכמת הצדדים כגון קטינות, אי-שפיות, אינוס ותרמית. מגבלות אלה על זכות הנישואין אינן נושא מאמרו, שכן אין הן אלא חלק מעקרונות כלליים לגבי כשירות של אדם ליצור הסכמה מחייבת. אך הצד ההסכמי שבנישואין נוגע להחלטה המשותפת להקים משפחה בלבד. מרגע שהסכמה זו הושגה ומרגע שלבשה את הצורה והטכס הקבועים בחוק, נוצר בעקבותיה פטאטום משפטי, המסדיר את היחסים בין בני-הזוג בדרך מחייבת, העומדת מעל לרצונם ההדדי, ואת מערכת יחסיהם עם אגשים אחרים, לרבות בני משפחתם וילדיהם וצאצאיהם והעתידים לבוא. סטאטוס זה, על כל חובותיו וזכויותיו, אינו ניתן בשום שיטה משפטית, לכל מי שזכאי להתקשר בחוזה מחייב. כל חברה מתנה את קיומו של סטאטוס זה בכך, ששני הצדדים כשירים להינשא, דהיינו שהם ממלאים אחר תנאים מסויימים, הנקבעים בחוק. תנאים אלה הם נושא מאמרו. השאלה היא, במילים אחרות, באיזו מידה הגבלתה של הזכות להינשא עולה בקנה אחד עם מושגים של שלטון החוק, חופש המצפון וערכים אחרים המקובלים בחברות דמוקרטיות.

ברור הדבר כי לא כל מגבלה פוגעת בערכים אלה. כך, למשל, מגבלה על כושר הנישואין שנועדה לשמור על קשר נישואין קיים ועל בלעדיותו אינה פוגעת בזכות לנישואין, אלא, להיפך, מחזקת זכות זו. מהותו של מוסד הנישואין, כפי שהוא מקובל בימינו, פירושה בלעדיות הקשר בין הבעל לאשה. בשיטות המשפט המושפעות מן הנצרות, בלעדיות זו היא כה חזקה עד כי בני-זוג נשואים אינם כשירים כלל לשאת אחרים ואם התיימרו להינשא, נישואיהם בטלים מכל וכל. מוסד הנישואין בשיטות משפטיות אלה הוגדר בדרך קולעת ביותר על-ידי לורד<sup>3</sup> Penzance:

נקבע, כי בית-המשפט יכול לפטור מהוראה זו, אם יש לכך סיבות מיוחדות. ראה *A. Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, S. 47 (1957). וראה בענין זה, טדסקי, „משבר המשפחה והסירי המסורת", מחקרי משפט לזכר אברהם רונזל 318, 282 (תשכ"ד).

ראה - בענין זה הערה ב-127 A.L.R. 421 (1940). באנגליה, על-פי סעיף 9 ל- Matrimonial Causes Act משנת 1937, כפי שחוקק ב-1965, ניתן לבטל נישואין, אם אחד הצדדים היה נגוע במחלת מין, ואם יוכח כי הצד השני לא ידע על כך ולא קיים יחסי מין מרגע שנודע לו על כך ואם, בנוסף לכך, הוגשה הבקשה תוך שנה מהנישואין.

*Hyde v. Hyde*, (1866) L.R. 1 P.D. 130, 133.

קיומם של גירושין אינו פוגע בהגדרה זו, שכן הדין רואה את הסכם הנישואין כהתחייבות לנצח בעת הנישואין:

*Kenward v. Kenward*, [1950] 2 All E.R., 297, per Evershed M.R. at 303.

הצפוי בחוקת ארצות-הברית בענין שיווי זכויות המינים, יש לדברי חוגים אלה מקום להעניק זכות נישואין גם לבני אותו מין. ד"ר יורם דינשטיין אף הוא מבקר את הדין הקיים שאינו מעניק את זכות הנישואין לבני אותו מין.<sup>5</sup>

אך, עם כל הכבוד, טענות אלה אינן מתייחסות אל הזכות להינשא — במובן המקובל של מונח זה — אלא אל שינוי תכנון ומהותו של מוסד הנישואין מעיקרא והפיכתו למשהו חסונה מכל וכל מהמוסד המופר, בו מתקשר גבר אל אשה במגמה להקים משפחה. אנו נעסוק אך ורק במוסד מופר זה ובתייחס רק אל הזכות להינשא במובן המסורתי של מוסד הנישואין.

פרט למגבלה הקיימת לגבי נישואין ביגמיים, מכירות כל השיטות המשפטיות במגבלה אחת נוספת לגבי הכושר לנישואין וזו נוגעת לנישואין בין קרובי משפחה, בין שמדובר בקרבת דם (consanguinity) ובין שמדובר בקרבת היתוך (affinity). היתדות, כמו כל השיטות המשפטיות, הטילה איסור כבד ביותר על העריות, איסור מדאורייתא על-פי הרשימה של דרגות הקרבה האסורות, הכלולה בספר ויקרא, פרק י"ח. העונש המוטל על קידושי עריות הוא כרת או מוות והנישואין בטלים מעיקרם. בתקופה מסוימת הרחיבה הנצרות את הקטיגוריות האסורות עד שזו כללה דרגות קרבה מרוחקות, מעבר לכל האיסורים שהיו מקובלים ביהדות ובתרבויות אחרות. מסורת זו ניכרת עד היום בדיני מדינות בעלות מסורת נוצרית, שם מוטלים, לעיתים קרובות, איסורי נישואין בדרגות קרבה המתורות ביהדות כגון, נישואי אחיינית עם דודה,<sup>6</sup> ובמספר מדינות בארצות-הברית ובאירופה אף לגבי

התנהגותם של בני הזוג ההומוסקסואלי במקרה זה שימש עילה מוצדקת לפיטורין של אחד מהם ממשרתו כספרן בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת מישיגן, לא בשל התנהגותו המינית אלא בשל הפומביות שנתן ל"נישואין" עם חברו: *McConnell v. Anderson*, 451 F. 2d 193 (1971). יתרה-על-כן, חוגים בתנועה ההומוסקסואלית בארצות-הברית הביעו התנגדות חריפה להכרה בנישואין מסוג זה: *Donn Teal, The Gay Militants* 291 (1971).

ההלכה היהודית מתייחסת, בדומה לנצרות, בחומרה רבה למשכב זכר והרעיון של נישואין הומוסקסואליים, שעל-פי מדרשים שונים יוחס לכנענים, למצרים ולרומאים, היה אחראי לכך שדור המבול נמחה. נישואין אלה הם 'מעשה ארץ מצרים ומעשה ארץ כנען' שהתורה מזוהרת בפניהם: ספרא (תורת כהנים), 'אחרי מות', פרשה ט'; וכן בראשית רבה כ"ו, ה'; ויקרא רבה כ"ג, ט'.

ראה רמז לביקורת זו, Dinstein, "Human Rights: The Quest for Concretization", *1 Israel Yearbook on Human Rights* 13, 27 (1971).

אין ספק כי בקביעת דרגות הקרבה האסורות מושפע המחוקק מהמסורת התרבותית-דתית של חברתו. כך, למשל, הוסדר עניין זה במשפט הבריטי על-ידי חוקים מתקופתו של הנרי ה-8, שקבעו כי איסורי העריות נקבעים על-ידי, 'חוקי האל' ודרגות האיסור אליהן מפנים חוקים אלה הן אותן דרגות הכלולות בספר התפילה המקובל של הכנסייה האנגלית (Book of Common Prayer) ראה *11 Q.B. (1847) Reg. v. Chadwick*, 173, 232-33. רק בשנת 1949 נחקק ה-Marriage Act, שהסדיר באורח סטאטוטורי את דרגות האיסור. ה-Marriage (Enabling) Act 1960 התיר דרגות קרבת משפחה, שהיו אסורות קודם, וביטל את רוב האיסורים, הנוגעים לקרבת היתוך. ראה Jackson, *The Formation and Annulment of Marriage* 157-58 (2nd ed., 1969).

נישואי בני דודים.<sup>7</sup> בשל הבדלים אלה בין דרגות האיסור, עושה מדינת רוד איילנד אבחנה בין נישואי יהודים לנישואי אחרים וקובעת, כי לגבי הראשונים יחול לא הדין הכללי אלא הדין העברי על איסורי עריות שבו.<sup>8</sup> אבחנה זו הוכשרה מבחינת חוקתיותה על-ידי בתי-משפט אמריקניים.<sup>9</sup>

אם כי היקף האיסור מושפע ממסורות תרבותיות ודתיות שונות, האיסור עצמו אינו דתי אלא אוניברסאלי. הוא קיים והיה קיים בכל חברה תרבותית, פרט

גם בישראל, אם יהיה אי-פעם דין נישואין אזרחי, יחולו ודאי לגבי איסורי העריות מדאורייתא. בהצעת חוק פרטית, שהגיש ח"כ גדעון האוזנר ב-21.6.1972 ושכלתיה היתה להתייר נישואין אזרחיים בין בני-זוג יהודים, הפסולים להינשא על-פי ההלכה, נקבע בסעיף 2:

"לא ייערכו נישואין אזרחיים בין קרובים קרבת דם, שאינם חפשיים לפי דין תורה בהיותם 'קידושי עריות'."

ראה הצעת חוק שיפוט בעניני נישואין והתרתם, 64 דב"ח"נ 2996 (תשל"ב). ראה *Storke, "The Incestuous Marriage — Relic of the Past"*, 36 *U. Colo. L. Rev.* 473, 477 (1964).

בחוק של רוד איילנד על הנישואין נקבעות, בסעיפים 1 ו-2, דרגות קרבה האסורות, ובין השאר נאסרים נישואי אחיינית עם דודה. סעיף 3 מכריז על נישואין מסוג זה כבטלים מעיקרם, אך סעיף 4 קובע:

"The provisions of the preceding sections shall not extend to, or in any way affect, any marriage which shall be solemnized among the Jews, within the degrees of affinity or consanguinity allowed by their religion".

(סעיפים 9 ו-22 מכשירים ומעניקים חוקי משפטי מלא לנישואים בין קווקרים ויהודים, שנעשו על-פי דיני דתם).

ראה *Rhode Island General Laws*, tit. XXXVI Ch. 415.

בית המשפט לערעורים של מדינת מרילנד קבע, כי נישואין בין אחיינית לדודה ברוד איילנד תקפים על אף האיסור הכללי על נישואין כאלה. בית המשפט קבע לגבי הסייג המיוחד, שנחקק בעניין יהודים, כי —

"...we do not feel warranted or justified in saying that it violates either the state or Federal Constitution": *Fensterwald v. Burk*, 3 A.L.R. 1562, 1566 (Maryland Ct. App. 1916); *error dismissed*: 248 U.S. 592, 63 L. Ed. 436 (1918); See also *Re May's Estate*, 114 N.E. 2d 4 (N.Y. Ct. App. 1953). בית המשפט האנגלי הכיר אף הוא בנישואין בין אחיינית לדודה, שניהם יהודים ספרדיים, שנישאו במצרים, בקבעו, כי הנישואין הללו אינם, 'כה פוגעים במצפון של בית-משפט אנגלי עד כי יסרב להכיר ולתת חוקי לדין הזר הראוי':

"It would be altogether too queasy a judicial conscience which would recoil from a marriage acceptable to many people of deep religious convictions, lofty ethical standards and high civilization": *Cheni v. Cheni*, [1965], P. 85, 99, applied in *A.G. of Ceylon v. Reid*, [1965] A.C. 720, 734 (P.C.).

*Storke (supra note 7)* מציע ביטול הדין המיוחד לנישואי יהודים וקביעת איסורים מצומצמים, המבוססים על נסיון רפואי וחברתי.

למספר הריגים שוליים, ומשמש דוגמה קלאסית לטאבו משותף לתרבויות, דתות וחברות שונות. במסגרת מאמר זה, אין אנו יכולים לדון במלוא משמעותו של איסור זה ובצידוקיו ההברתיים והמדעיים. לצרכנו די לנו לומר, כי איסורי הקירבה אינם יכולים להיחשב כבורמות דתיות ומשום כך אין הטלתן הכפויה בחוק יכולה להראות כעניין של כפייה דתית או פגיעה בחופש המצפון. כמו מוסדות משפטיים אחרים המושרשים בחברה האנושית — וכמו מוסד הנישואין עצמו — ניתן להעניק לאיסור העריות לבוש דתי, אך גם בלעדי לבוש זה, עדיין נותר האיסור האוניברסאלי שיש לו צידוקים רציונאליים ותועלתניים, העומדים בפני עצמם ללא כל זיקה להשקפת עולם דתית.

שלושה הם הצידוקים הרציונאליים והתועלתניים להטלת איסור על נישואי קירבה: 1. גנטיים, שתכליתם למנוע ניוון המין;<sup>10</sup> 2. פסיכולוגיים, שתכליתם לעמוד נגד המשיכה המינית האינסטינקטיבית השוררת בקרב בני המשפחה, ואשר בלי הטאבו האמור, היתה מובעת הנתקות הילדים מהמשפחה ויצירת תא משפחתי חדש;<sup>11</sup> 3. מגיעת נזק לזולת, שתכליתה לחסוך את סבלם הנפשי של בני המשפחה

<sup>10</sup> קיימים חילוקי דעות בענין מידת הנזק והיקפו מבחינת הדרגות האסורות. אך חילוקי דעות אלה לא ישפיעו על האיסור אם לוקחים בחשבון את הנימוקים הסוציולוגיים והפסיכולוגיים לקיום האיסור. כך קבע בית-המשפט העליון של מדינת ניו-ג'רזי: "Geneticists agree generally that the only effect upon offspring would be an increased chance of transmitting any disease or weakness which already existed in the blood line. Such incestuous relationship may be treated not as biologically harmful but only as sociologically improper. In spite of the above medical opinion, the court, nevertheless, concludes that the public policy of New Jersey is opposed to such incestuous marriage..." : *Bucca v. State of New Jersey*, 128 A. 2d 506, 510 (New Jersey Superior Court, Chancery Division 1957).

(גם בענין זה עסק בית-המשפט בנישואי אחיינית ודודה).

משפטים הרואים את השיקול הגנטי כעיקרו של איסור נישואי הקירבה, פוסלים את החלת האיסור על דרגות קירבה הנובעות מקשרי חיתון (affinity) בהבדל מקירבת דם (consanguinity). ראה: *Storke, supra note 7*.

<sup>11</sup> להסבר פסיכולוגי הניתן בשפה פשוטה לאספקט זה של האיסור, ראה *Storke, Sexual Deviation* 23 (Pelican ed., 1964). הסבר מסוג זה מצוי גם במבואות כ"א, ב-: "גול ועריות נפשו של אדם מתאוות להן ומחמתן". ובקידושין פ"א, ב נמצא ביטוי גלוי לב לרעיון זה: "אמר ר' מאיר: הזהרו בי מפני בתי; אמר ר' טרפון: הזהרו בי מפני כלתי". גם עורך הערך נישואין ב- *Am. Jur.* רואה בשיקולים הסוציולוגיים והפסיכולוגיים סיבה עיקרית לאיסור נישואי קירבה:

"To maintain the sanctity of the home and prevent the disastrous consequences of competition for sexual companionship between members of the same household or family": 52 *Am. Jur.* 2d 915 (1970).

שיקול זה מצדיק הטלת איסור גם על דרגות קירבה הנובעות מאימוץ ומנישואין, כל עוד מדובר בתחום משפחה קרובה.

האחרים.<sup>12</sup> יושם אל לב, כי שלושה נימוקים אלה מסבירים מדוע חל האיסור לא רק על קרובי דם — לגביהם חל הטעם הגנטי — אלא גם על דרגות קירבה אחרות, לרבות הטלת האיסור על ילדים מאומצים והורגים, לגביהם חלים הטעמים האחרים. משום כך, קשה לקבל את ההשוואה, שעושים לעתים בישראל, בין מגבלות על זכות הנישואין מטעמי דת לבין איסור נישואי קירבה.<sup>13</sup>

## ב. הזכות לנישואין במשפט הבינלאומי והדין הישראלי

הזכות לנישואין מופרת היום בין מדינות מתקנות כמות מוכוונות האדם הבסיסיות, והגבלתה במשפט הישראלי מעוררת, בצד הפולמוס הציבורי, גם כמה שאלות חוקתיות יסודיות.

סעיף 16 (1) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האומות המאוחדות ב-10.12.1948, קובע, כי —

"כל איש ואשה שהגיעו לפירקם, רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אורחות או דת. הם זכאים לזכויות שוות בכל הנוגע לנישואין, במשך הנישואין ובעת הפקעתם".

סעיף 12 של האמנה האירופית על זכויות האדם אף הוא קובע את הזכות לנישואין, בכפיפות לחוקים הלאומיים הקובעים את השימוש בזכות זו ("according to the national laws governing the exercise of this right"). סעיף 23 (2) לאמנה הבינלאומית על זכויות אורחיות ופוליטיות משנת 1966 אף הוא קובע, כי —

"תוכר זכותם של גברים ונשים בגיל הנישואין להינשא ולהקים משפחה". גם הוא חוזר ומאשר את הזכויות השוות של בני-הזוג לנישואין, במשך הנישואין ובעת הפקעתם. סעיף 2 לאמנה זו קובע, כי הזכויות הקבועות בו תוענקה על-ידי המדינות החברות ללא הפליה מטעמי גזע, דת, מוצא לאומי, לידה וסטאטוס אחר.

גם בית-המשפט העליון של ארצות-הברית קבע את זכות הנישואין כזכות יסוד ראשונה במעלה ואמר, כי "החרת להינשא או לא להינשא לאדם מגזע אחר שייכת לפרט ואין למדינה הזכות להגבילה".<sup>14</sup>

בישראל אין הגבלה ישירה של זכות הנישואין, כמקובל, למשל, בחוקי האפארטהייד של דרום אפריקה. זכות הנישואין מוגבלת בשל הפקדת עניני הנישואין בתחומו של הדין הדתי והדין הדתי.<sup>15</sup> כתוצאה מכך נפגעת זכות הנישואין בישראל בשלושה אופנים:

1. זכות הנישואין נשללת כליל מבני עדות מסוימות ובני בלי דת.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> ראה *Hughes, "The Crime of Incest"*, 55 *J. Crim. L.* 322, 330 (1964).

<sup>13</sup> ראה בלום, "דיני הנישואין בישראל וזכויות האדם", כ"ב הפרקלים 214, 229 (1965/66).

<sup>14</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. at 12, 18 L. Ed. 2d at 1018. כאן קבע ביהמ"ש,

כי הזכות לנישואין היא חירות של אנשים חופשיים שאין לשללה אלא באמצעים סבירים למען מטרה חברתית (social objective).

<sup>15</sup> ראה רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 109 (1969) (להלן: "רובינשטיין").

<sup>16</sup> עמ. ראה ברכה, מעמדם האישי של חסרי עדה דתית מופרת, א' עמ"ש 156 (1971).

2. הזכות לגישואין בין-עדתיים מוגבלת וקיימת בודאות רק כאשר הדינים האישיים של שני הצדדים מכירים בגישואין כאלה. מכיוון שעל-פי הדין היהודי אין שום הכרה בגישואין תערובת, הרי לגבי הרוב המכריע של תושבי ישראל, מתעוררת השאלה רק כאשר דין הצד הלא-יהודי מתיר גישואין כאלה והדין השני אוסרו. כזה הוא המצב לגבי גישואין נשים יהודיות עם גברים מושלמיים, שהדין השרעי מכיר בהם, באורח עקרוני, ואילו הדין היהודי אוסרם מכל וכל. מעמד המשפטי של גישואין כאלה אינו ברור.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> ענין זה, הסבוך מבחינה משפטית, חשיבותו המעשית פחותה. בשנים האחרונות פועלים הקאדים על-פי הוראות משרד הדתות ומסרבים להשיא מוסלמים לנשים יהודיות אלא אם תתאסלמה הנשים היהודיות. קשה לדעת מאין שאב משרד הדתות סמכות לתת הוראה זו לקאדים. התפתחות זו באה עקב העברת הסמכות לרישום המרות הדת על-פי פקודת העדות הדתיות (המרה) (חא"י, כרך ב', פרק כ"ג, ע' 1269) מהממונים על המחוזות למשרד הדתות. ראה חוק העברת סמכויות (ממונים על מחוזות וקציני מחוז), תשכ"ד-1964 (פ"ח"ח 423, תשכ"ד, ע' 80). המרה כזו אינה קשה לביצוע מבחינה מעשית. כאשר האשה אינה ממירה דתה, יוצרים גישואין אלה בעייה קשה: הדין האישי, החל על בני-הזוג, שונה ומוליד מצב מוזר בו הבעל, על-פי דינו, נשוי לאשתו ואילו האשה, על-פי דינה שלה, אינה נשואה לו. בהעדר דין גישואין כללי קשה לומר מה מצבו המשפטי של זוג זה, האם הוא נשוי אם לאו. מבחינה מעשית, התשובה הראויה היא, כי הכל תלוי בזהות הערכאה בה יתעורר הענין, לצרכי עבירת ביגמיה, אין ספק כי שני בני הזוג כבולים ואינם רשאים להינשא מחדש בלא שיתורו גישואיהם וזאת בהתאם לאמור בסעיף 4 (1) לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי גישואין), תשי"ט-1959 (פ"ח"ח 285, תשי"ט, ע' 144). אם האשה תתבע מוונות, הוכל לעשות זאת בבית-המשפט המחוזי, על-פי החוק לתיקון דיני המשפחה (מוונות), תשי"ט-1959, סה"ח 276, תשי"ט, ע' 72. על-פי סעיף 2 לחוק זה, יחול בתביעה זו הדין האישי של הנתבע, דהיינו הדין השרעי המכיר בגישואין והמעניק זכות לגישואין. אך ראוי לציין, כי החוק כולו חל רק כאשר מדובר בבני-זוג, ובכך חוזרת השאלה לקדמותה.

בעניינים אחרים קשה לדעת מה יהיה דין הגישואין. ניתן להשתמש לצורך זה בסימן 55 לדבר המלך במועצה, 1922 (חא"י, כרך ג', ע' 2738), המתייחס לסכסוך בענייני המעמד האישי הנוגע ל, אנשים השייכים לעדות דתיות שונות" והקובע, כי ניתן במקרה זה לפנות לנשיא בית-המשפט העליון כדי לקבוע לאיזה בית-משפט או בית-דין תהיה הסמכות לדון בסכסוך. קיים ספק אם סימן זה חל במקרה זה, שכן אין זה ברור אם המוסלמים מהווים עדה דתית במובן דבר המלך [ראה בענין זה זילברג, המעמד האישי בישראל 32 ואילך (תשי"ח)]. ספק דומה קיים היום לגבי מעמדה של העדה היהודית לצורך סימן זה. למעשה, נעשה שימוש בסימן זה לגבי בני-זוג, שכל אחד מהם כפוף לשיפוט של בית-דין מוסמי; ראה שאווה, "כללי השיפוט וברירת הדין בענייני החרת גישואין", א' עמ"ש 125 (1971). אם יעשה שימוש בסמכות זו, והענין יועבר לבית-דין דתי של אחד הצדדים, תהיה התוצאה תלויה בבית-הדין: בית-הדין השרעי יכיר בגישואין, ואילו הרבני לא יכיר בהם. לעומת זאת, אם, למשל, תתעורר הבעיה בבית-המשפט המחוזי באורח אינצידנטלי או בתביעה למתן פסק-דין הצהרתי בדבר חוקה הגישואין, ייתקל בית-המשפט בהעדר דין מהותי מפורש בענין חוקה הגישואין.

3. גם כאשר מדובר בגישואין בתוך אותה עדה עצמה מוגבלת זכות הגישואין על-פי דיני דתה. בעייה זו קיימת להלכה לגבי כל העדות הדתיות בישראל, אך היא נתנה אותותיה בעיקר בקרב האוכלוסיה היהודית. יהודי ישראל, שהחל ניכר מהם אינו שומר מצוות ומגדיר עצמו כחילוני, נתקלו בהלכה, שסייגה באורח חמור את הזכות לגישואין מטעמים הקשורים, למשל, במעמד הבכורה של כהנים.

מדינת ישראל רואה עצמה קשורה להכרזה האוניברסאלית ולדבריו יושב-ראש הכנסת, "ההכרזה אושרה על-ידי ממשלת ישראל"<sup>18</sup>. יתר-על-כן, ממשלת ישראל והכנסת מסתמכות דרך קבע על סעיף 13 (2) להכרזה בתביעתן להחיר ליהודי ברית-המועצות וליהודי ערב לעזוב את ארצותיהם ולעלות לישראל.

משום כך התעוררה השאלה באיזו מידה מפירה ישראל את הוראות סעיף 16 להכרזה. אין חולק על כך, כי לגבי ההגבלות המגויות בקבוצה הראשונה דלעיל מפר החוק הישראלי את האמור בהכרזה האוניברסאלית, וזאת משום שהזכות לגישואין גשלת מהישראלים אך ורק משום שאין הם בני עדה או דת מוכרת. פולמוס משפטי התעורר לגבי השאלה, אם ההגבלות המגויות בקבוצות השניה והשלישית דלעיל סותרות את סעיף 16 להכרזה האוניברסאלית ואם אכן מפירה ישראל את עקרונות עמי התרבות עקב כך. פרופ' י. צ. בלום טוען<sup>19</sup>, כי גוסס ההצהרה במקורו האנגלי מצביע על כך, כי מטרת הסעיף היא רק להבטיח את זכותו של אדם להינשא, ולא לשחררו ממגבלות המוטלות מטעמי גזע, לאום ודת. הנוסח האנגלי של הסעיף הוא כדלהלן:

"Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and found a family. They are entitled to equal rights as to marriage during marriage and at its dissolution".  
לדבריו של פרופ' בלום, יש להסמיך את איסור ההפליה אך ורק לגושאי הזכות — גברים וגשים — ולא לזכות עצמה. הסעיף גועד, לדבריו, למנוע מצב הדומה לזה שהיה קיים בקיסרות האוסטרית בתקופת מטרניך, בה נזקקו המועמדים

אם נראה את העדר ההסדר המפורט כ- *lacuna* כדין הישראלי, נצטרך לפנות אל עקרונות המשפט המקובל; שם נקבע העקרון הקומולטיבי, דהיינו כי כדי שיהיו גישואין תקפים יש צורך בכך ששני הצדדים יהיו כשירים על-פי דינם האישי. ראה השופט זילברג בבג"צ 143/62, סוגי-שלינגר נ' שר הפנים, י"ז פד"י 223, 223-238. ספק אם דין זה, שנקבע כחלק מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי מתאים למקרה שלנו, כאשר מדובר בכשירותו של הבעל לא על-פי דין זר אלא על-פי דין מקומי. נראה לנו כי כאשר מדובר בהתנגשות בין שני דינים מקומיים בתוך אותה שיטה משפטית, אין מקום לעשות היקש מתקדימים המתייחסים לדין זר. התקדימים האמריקניים, העוסקים בהתנגשות בין דינים שונים של מדינות בתוך ארצות הברית, מתאימים יותר לתכלית זו. יתר-על-כן, עקרון משפטי בדיני גישואין הוא, שיש לעשות כל מאמץ כדי להציל את תקפם המשפטי של הגישואין. ראה (1970) 4, 103, 133 *Am. Jur.* 2d § 52. אך יתכן וכלל זה לא יחול במדינה, שבה יש התנגדות כה רחבה לגישואין תערובת.

<sup>18</sup> 38 דב"ח"ע 451 (תשכ"ד). ההכרזה אינה בגדר אמנה בינלאומית מחייבת. אשר לערכה המשפטית ככלל פרשנות, ראה רובינשטיין בע' 18, 102, 127.

<sup>19</sup> לעיל הערה 13.

לגישואין להיתר מטעם השלטונות. פרופ' בלום מתייחס למשפט הראשון בלבד בסעיף 16, ואינו מסביר כיצד מתיישב פירושו עם המשפט השני, המדבר על זכויות שוות בקשר לגישואין, במהלכם ובעת התרתם.

עם כל הכבוד, קשה להסכים לפירוש זה, המרוקן את סעיף 16 להכרזה מתוכן. על פי פירושו של פרופ' בלום, חוקי האפארטהייד של דרום-אפריקה יעלו בקנה אחד עם סעיף 16 של ההכרזה, משום שאין הם שוללים את זכות הגישואין מכל וכל, אלא מגבילים אותם מטעמי גזע. נראה לנו, כי גם במקור האנגלי כוונתו של ההכרזה ושל האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ברורה: לשחרר את הזכות לגישואין מהפליית גזעיות, לאומיות ועדתיות. המשפט הישראלי מפר. מטרה זו, לא רק בשלל את זכות הגישואין מקבוצות דתיות מסוימות, אלא גם בהגבילו אותה מטעמי דת. פרופ' בלום תומך יתדותיו בפירושו להכרזה בלשון סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם משנת 1960 בו אין קיימת פיסקה לגבי מניעת הפליית מטעמי גזע, לאום ודת ובו נאמר במפורש כי הזכות כפופה ל- "national laws governing the exercise of this right". מכאן מסיק המחבר, כי על-פי האמנה האירופית, שנתנה ביטוי קונקרטי להוראות הכלליות של ההכרזה האוניברסאלית, אין פסול בהגבלת זכות הגישואין על-פי קריטריונים דתיים כפי שנעשה הדבר בדין הישראלי. אך אם מאמצים פירוש כה דווקא של הוראות ההכרזה והאמנה, ואם משווים את שתיהן מבחינת לשון, הרי יש ללמוד דווקא מהנוסח השונה של ההכרזה, כי היא התכוונה לקבוע זכות גישואין כללית. שיטתו של פרופ' בלום מעוררת קושי נוסף: אם הולכים בדרכו ומשווים את סעיף 12 לאמנה האירופית ללשון האמנה האמריקנית על זכויות האדם משנת 1969, נוכחים לדעת, כי האמנה האמריקנית, ההולכת באופן כללי בעקבות הראשונה, הגבילה במפורש את כוחם של החוקים הלאומיים להצר את זכות הגישואין.

סעיף 17 (2) לאמנה האמריקנית קובע את זכותם של אנשים להינשא, אם הם מילאו את התנאים הנדרשים בחוקים הלאומיים, עד כמה שתנאים אלה אינם פוגעים בעקרון אי-ההפלייה הקבוע באמנה זו.<sup>20</sup> עקרון אי-ההפלייה קובע את השוויון מטעמי גזע, לאום ודת. אם נלך לפי שיטתו של פרופ' בלום, נוכל לומר כי כשם שניתן ללמוד מהאמנה האירופית על ההכרזה, כך ניתן ללמוד מהאמנה האמריקנית על זו האירופית. על-כל-פנים, אם נקבל את פירושו של פרופ' בלום, הרי שנצטרך לקבוע, כי מדינות אירופה המערבית החירו את מה שאסרו מדינות אמריקה הלטינית, והסכימו להטיל מגבלות על זכות הגישואין מטעמי גזע ודת. תוצאה כזו אינה נראית לנו כמתאימה עם המציאות והנסיגה. לדעתנו, בכל שלושת המסמכים התכוונו מנסחיהם לאסור על הפלייה כלשהי בתחום הגישואין מטעמי גזע, לאום ודת.<sup>20</sup> כוונה זו באה לידי ביטוי גם באמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות.

כמו-כן מתנגש החוק הישראלי, לדעתנו, עם סעיף 5 לאמנה הבינלאומית בדבר חיסול ההפלייה הגזעית לכל צורותיה, משנת 1966, שישיראל חתמה עליה

<sup>20</sup> 15 מרצים מהסגל הבכיר של הפקולטה למשפטים בחל-אביב שלחו בתחילת 1973 עצומה לכנסת בה הם, מבקשים להסב את תשומת לב הממשלה והכנסת לכך, שהמצב המשפטי הקיים במדינת ישראל בתחום דיני הגישואין אינו מתיישב עם זכות האדם היסודית לגישואין ולהקמת משפחה, כפי שהיא מופרת ומקובלת במישור הבינלאומי.

ואישררה אותה. הסעיף הנ"ל קובע בין הזכויות האזרחיות את, "הזכות לגישואין ולבחירת בן או בת הזוג". זכות זו צריכה להיות מוענקת לכל תושבי המדינות החתומות ללא הפלייה, "מטעמי גזע, צבע, מוצא לאומי או אתני" ("without distinction" (as to race, colour, or national or ethnic origin)). פרופ' בלום טוען במאמרו, כי האמנה הנ"ל אינה מופרת בישראל משום שההפלייה בדין הישראלי היא על יסוד דת ולא על יסוד גזע או מוצא אתני. אך, לדעתנו, מופרת האמנה בכל מקום בו הדת מאמצת לעצמה קריטריונים של "מוצא אתני או לאומי". כאשר זכות גישואין נשללת מאדם אך ורק בשל כך שנולד לאם לא-יהודיה, זכותו לשוויון על-פי האמנה מופרת, ואין זה משנה אם ההפרה נעשתה במישרין — על-ידי קביעת קריטריון של מוצא בחוק עצמו — או בעקיפין — על-ידי הפניית התושב לדין דתי המאמץ לעצמו קריטריון כזה. התשובה השכיחה הניתנת במקרים אלה, לפיה יכול אותו תושב להיות זכאי לגישואין על-ידי כך שיתגייר, אינה יכולה להחשב כמענה סביר משום שניתן לראות בכך כפייה של אקט הגיור, מעשה שודאי אינו עולה בקנה אחד עם זכויות האדם. יתר-על-כן, לגבי הקראים, אין מענה זה חופשי, שכן לדעת רוב הרבנים אין אפשרות לגיורם.<sup>21</sup> מוצאם הפסול וחשש ממזרותם הוא השולל מהם זכות המובטחת באמנה. גם לגבי מי שיכולה להתגייר זכותה לגישואין נחתה בדין הישראלי, שכן גיורת אינן יכולות להינשא לכהנים.

ביקורת על הדין הישראלי מבחינת המושגים המקובלים של חירות אדם הושמעה על-ידי בית-המשפט העליון בהודמנויות שונות.<sup>22</sup>

### ג. עקיפת המגבלות שהוטלו בדין הישראלי על זכות הגישואין

המגבלות אלה, שהוטלו לגבי ציבור יהודי רב-גוני, שרק חלקו שומר מצוות, הולידו אמצעים משפטיים לעקיפת המגבלה. אמצעים אלה נועדו להקל על מצוקתם של אלה שאינם יכולים או אינם רוצים להינשא על-פי הדין הדתי שהמחוקק הטיל עליהם. נציין בקצרה ארבעה אמצעים שנקטו כדי לעקוף את המגבלות שמטיל הדין הדתי על זכות הגישואין.

#### 1. רישום גישואין הנערכים בחוץ-לארץ

על-פי ההלכה, שנקבעה בבג"צ 113/62,<sup>23</sup> חייב משרד הפנים לרשום כגישואים בני-זוג ישראליים, שגישאו מחוץ לישראל. בית-המשפט העליון קבע, כי אין זה מעניינו של פקיד רישום האוכלוסין לבדוק את תוקפם של הגישואין האלה. די לו בכך שהומצאה לו ראייה לכאורה לאמיתות הרישום. תעודת גישואין של מדינה אחרת משמשת ראייה כזו. כך ניתנה גושפנקא רשמית — לפחות לצורך הרישום — ל"גישואי קפריסין". בית-המשפט הניח ב"צריך עיון" את שאלת תוקף הגישואים עצמם, ברם, החלטתו איפשרה לזוגות רבים, שלא יכלו להינשא על-פי הדין הישראלי, להינשא בחוץ לארץ ולהשיג הכרה במעמדם החדש בכל האמור

<sup>21</sup> ראה קורינגלי, "על הצעת חוק שיפוט בתי דין יהודים קראים", ג' משפטים 407, 411-412 והמקורות המוזכרים שם (1971).

<sup>22</sup> ע"א 450/70, רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, כ"ו (1) פד"י 129, 134; בג"צ 15/69 (המ' 379/69), רורניצקי נ' בית-הדין הגדול לערעורים, כ"ד (1) פד"י 704, 712; בג"צ 130/66, שגב נ' בית-הדין הרבני, כ"א (2) פד"י 505, 551.

<sup>23</sup> י"ז פד"י 225.



במסמכים של מירשם האוכלוסין. בעקבות ההלכה האמורה, נוהג משרד הפנים לרשום גם נישואין שנערכו באמצעות הדואר, כמו טקס הנישואין הנערך במקסיקו ושוב אין צורך בנכוחות פיסית של בני-הזוג. כאמור, לא הכריע בית-המשפט בדבר תוקפו של טקס הנישואין בחו"ל, אך להחלטתו היתה השפעה מכרעת בנושא תופש הנישואין. ראשית, ככל שמתרבים נישואי חוץ-לארץ, כך יגדל הלחץ להכרה משפטית לנישואיהם. שנית, מאחר שזכויותיה של „הידועה בצבור” שוות כמעט לזכויותיה של אשה נשואה כדין, נותן הרישום גושפנקא חיצונית למערכת היחסים הפנימיים בין בני-זוג וזו מעמידה אותם בחזקת נשואים כמעט לכל תכלית. יתר-על-כן, הנישואין בחו"ל מספקים לצורך יצירת העבירה של ביגמיה, בהתאם לאמור בסעיף 4 לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין).

## 2. רישום נישואין פרטיים

אמצעי שני לעקיפת המגבלות, המוטלות מכוח הדין, נוגע רק לבני-זוג יהודיים, שנישואיהם אסורים על-פי ההלכה, אך אם נתקיימו, אין הם בטלים מעיקרא. מדובר בעיקר במקרים של נישואי כהן וגרושה, חלוצה או גיורת, האסורים על-פי הדין העברי. במקרים אלה מסרבים בתי-הדין הרבניים להשיא את בני-הזוג. בשנים האחרונות נפתרה בעייתם של בני-זוג אלה באמצעות „נישואין פרטיים” דהיינו, עריכת טקס נישואין שלא באמצעות הרבנות, כאשר הקידושין נערכים על-פי ההלכה. אמצעי זה עוקף את מגבלות הדין הדתי, לפחות לצורך רישום, תוך שימוש בהכרה החלקית שהדין הדתי מעניק לנישואין אסורים אך תקפים.

בית-המשפט העליון מחייב רישום נישואין פרטיים אלה, רק כאשר מדובר בקידושין פרטיים של בני-זוג האסורים להינשא על-פי דין תורה. כאשר מדובר בקידושין של יהודים הרשאים להינשא על-פי דין תורה, אין בית-המשפט מושיט סעד<sup>24</sup>. כדי להשיג את ההכרה בקידושין פרטיים, יש לפנות אל בית-הדין הרבני ולבקשו להצהיר מהו מעמד האישי של בני-הזוג, דהיינו להחליט אם הם פגויים או זקוקים לגט, ולו רק מחמת ספק. בתי-הדין הרבניים קבעו בתחילה, כי בני-הזוג זקוקים לגט בטרם יוכלו להינשא לאחרים. עקב כך קבע בית-המשפט העליון, כי במקרה זה יש לרשומם כנשואים במרשם האוכלוסין<sup>25</sup>. לכאורה, ניתן היה לראות בכך פתרון סביר לקושי זה של נישואין אסורים. פתרון מסוג זה היה מעניק זכות נישואין לפסולי חיתון ופוטרי את בית-הדין הרבני מהצורך להתנכר לדין המחייב אותו. אך לא זו היתה גישת בתי-הדין הרבניים. הללו חפצו להקשות על נישואים אסורים ועקב כך החלו נוקטים במדיניות חדשה, על-פיה לא קיבלו העותרים הצהרה כלשהי בדבר מעמד האישי. בית-המשפט העליון סרב להשלים עם מדיניות זו וקבע, כי במקרים מסוג זה יעשה הוא את מה שהחסיר בית-הדין הרבני, יקבע את מעמד האישי, יצהיר כי השניים אסורים, מחמת הספק, להינשא לאחרים ללא

<sup>24</sup> בג"צ 130/66, כ"א (2) פד"י בע' 532, מפי השופט אגרנט:

„כאשר מסתבר שקיימת מניעה ממשית — בין מניעה הנעוצה באיסור מן הדין ובין מניעה עובדתית (לרבות זו הנוגעת להמשך יחסי האישות) — בעד סידור נישואין בין הצדדים בעתיד כזה, כי אז לא יהיה מנוס מהמסקנה שלמבקש... ולציבור בכללותו — יש אינטרס לגיטימי בהשגת הכרעה שיפוטית מוסמכת, שיהיה בה כדי לקבוע את מעמד האישי של בני הזוג עקב מעשה הקידושין הפרטיים.”

<sup>25</sup> בג"צ 80/63, גורמינקל ואח' נ' שר הפנים, י"ז פד"י 2048.

גט וכפועל יוצא מכך יורה על רישומם כנשואים<sup>26</sup>. משנוכח בית-הדין הרבני, כי גם אמצעי זה אינו מונע רישום בני-הזוג כנשואים, תחליט לנקוט בדרך חדשה: במקרה אחד תחליט, כי אכן בני-הזוג אסורים לאחרים וזקוקים לגט, אך קבע, כי איסור זה „אין בו משום מתן מעמד כלשהו של נשואים למבקשים, ואין, לכן, לרשום אותם כנשואים”. אך בית-המשפט העליון לא שעה להוראה זו וקבע, כי אין בית-הדין הרבני מוסמך לצוות על רשויות המדינה לרשום או שלא לרשום את בני-הזוג. גם כאן ציווה, איפוא, בית-המשפט על רישום בני-הזוג כנשואים<sup>27</sup>. במקרה אחר, הקיצוני ביותר בשורה זו של מאבק בין שתי הערכאות, התערב בית-המשפט העליון גם כאשר לא ניתנה החלטה כלשהי בבית-הדין הרבני. במקרה זה דובר בקידושין פרטיים, שנערכו בין כהן לחלוצה — דהיינו, אלמנה שקיבלה חליצה מאח בעלה שנפטר בלא שיותיר אחריו בנים. במקרה זה נדון הענין בבית-הדין האזורי, אך כשזה סרב להושיט סעד כלשהו, פנו הצדדים לבית-הדין הרבני הגדול לערעורים וזה החזיר את הדיון לבית-הדין האזורי. בית-המשפט, ברוב דעות, ראה בכך בסיון מחושב להאריך את הדיון כדי להימנע ממתן החלטה. בית-המשפט תחליט להתערב בענין, תוך כדי קיום החליטים הרבניים, וציווה על רישום בני-הזוג כנשואים<sup>28</sup>.

כך נוצר מצב, שבו יכולים בני-זוג אסורים בנישואין, להשיג בדרכי עקלתון הכרה בנישואיהם, לפחות לצורך רישום.

## 3. נישואין בטקס דתי לא אורתודוקסי בחו"ל

האם יכיר הדין בנישואין, שנערכו על-ידי רב לא-אורתודוקסי מחוץ לישראל? זו הדרך השלישית, בה נעקף הדין הדתי בישראל, ונעשה בה כבר שימוש בעבר. סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953 קובע:

„נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על-פי דין תורה.”

המונח „דין תורה” פורש בפסיקה בהתאם לתפיסה של היהדות האורתודוקסית, לאמור:

„ברור, קודם כל, כי המונח 'דין תורה' אין פירושו תורה שבכתב בלבד. הוא כולל, ללא שמץ של ספק, גם את 'הדרבנן', וכונתו לכל אותו מכלול הלכות האישות המצויות בדיני ישראל, ואפילו אם יסודו של הדין הוא בחקנה שתקנו חכמי ישראל בדורות המאוחרים... מותר לנו, איפוא, לקרוא בסעיף 2 שלנו במקום 'דין תורה' — 'דיני ישראל'”<sup>29</sup>.

בית-המשפט העליון קבע עוד, כי חוק שיפוט בתי-דין רבניים אינו חל על יהודים שומרי מצוות בלבד, אלא על כל היהודים, תהא אשר תהא השקפתם הדתית או הלא-דתית. מכאן, כאשר קיימת הוראה מפורשת של הכנסת שאינה משאירה מקום לשום ספק — כמו הוראת סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים —

<sup>26</sup> בג"צ 51/69, רודניצקי נ' בית-הדין הגדול לערעורים, כ"ד (1) פד"י 704.

<sup>27</sup> בג"צ 275/71, כהן—מלר נ' בית-הדין הרבני האזורי, כ"ז (1) פד"י 227.

<sup>28</sup> בג"צ 29/71, קור—כהן נ' בית-הדין הרבני האזורי, כ"ז (1) פד"י 608.

<sup>29</sup> סה"ח 134, תשי"ג, ע' 134.

<sup>30</sup> מתוך דברי השופט זילברג בבג"צ 80/63, י"ז פד"י 2061.

יש ללכת על-פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם אחד העקרונות שבהכרות העצמאות בדבר חופש המצפון.<sup>31</sup>

ואולם, יש לזכור, כי סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים בדבר החלת, דין תורה" על נישואיהם וגירושיהם של יהודים, חל רק כאשר הנישואין והגירושין געריכים "בישראל". לפיכך, לא חלה הוראה זו כשבני הזוג עורכים את נישואיהם (או גירושיהם) מחוץ לישראל.

במקרה כזה, כשמדובר באזרחים ישראלים הנישואים בחו"ל, יש לבדוק תוקף גירושיהם (או גירושיהם) לפי דינם האישי, כאמור בסימן 47 לדבר המלך במועצה, 1922, שהוא — בהתאם לפסיקה — דינם הדתי.<sup>32</sup> ברם, האם כולל דין דתי זה גם את הדינים הרפורמיים ביחס ליהודים, או את ההלכה האורתודוקסית בלבד? בסוגיה זו אין עדיין הכרעה שיפוטית.<sup>33</sup> נראה לנו כי אין ספק בדבר קיום החובה לרשום נישואין אלה בכל הקשור בפסולי דתו. אך גם כאשר אין מדובר בפסולי דתו, נראה לנו כי דין נישואין אלה לצורך הרישום, יהיה כדין נישואי. קפריסין.

#### 4. יידועים בציבור

הדרך הרביעית, בה עוקף החוק הישראלי את המגבלות המוטלות על זכות הנישואין, היא הכרה בזכויותיהם של בני-זוג, שאינם נשואים זה לזו כדין — "יידועים בציבור". תחילתו של מושג זה בחוקי שיקום ותגמולים, בהם הוגדרה "אשה" ככוללת גם את זו, הגרה יחד עם פלוגי, "יידועה בציבור כאשתו". הגדרה זו נכללת כענין של שיגרה, בשורה של חוקים סוציאליים, אך לא בכולם, שהקנו לאשה הלא נשואה זכויות שוות ערך לאלה הניתנות כרגיל לאשה הנשואה כדין.<sup>34</sup> משניתנה הכרה ל"יידועים בציבור" גם בסעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה — 1965,<sup>35</sup> ניתנה, למעשה, גושפנקא סטאטוטורית לזכויות של בני-זוג לא נשואים גם במישור דיני האישות. בסעיף זה לא נעשה שימוש במונח של "יידועים בציבור", אך ניתנה בו זכות ירושה לבני-זוג, "החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך

<sup>31</sup> ע"א 450/70, כ"ז (1) פד"י בע' 134—135.

<sup>32</sup> ראה, למשל, ע"א 26/51, קופיק נ' וולפסון, פד"י 1341, 1345.

<sup>33</sup> בבח"נ 1/72, זידיה ושמעון הולצמן, כ"ז (2) פד"י 85, מציין הנשיא אגרנט, כי די בניור רפורמי כדי לראות במתגיר, "יהודי" לענין הפעלת סמכותו לפי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט—1969, סה"ח 573, תשכ"ט, ע' 248. האם ניתן ללמוד מכך שה, דין האישי של יהודי במובן סימן 47 לדבר המלך כולל גם דינים של הקהילה הרפורמית? השאלה המתעוררת במקרה כזה קשה להכרעה, שכן סימן 47 מדבר על דין אישי ואת בניגוד ללשון "דין תורה" הנקטה בסעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים. האם נאמר כי הדינים של הקהילות הרפורמיות הם הדין האישי לפי סימן 47 או שמא גם לגבי אין ליהודים דין זולת דין תורה? השאלה היא, כמובן, שאלה של מדיניות משפטית והיא כרוכה גם בהשקפת עולם לגבי מהותם של היהדות והעם היהודי.

<sup>34</sup> ראה בענין זה, Friedmann, "The 'Unmarried Wife' in Israeli Law", 2 Israel Yearbook on Human Rights 287 (1972). ריכזו החוקים, שהקנו מעמד ל"יידועה בציבור", נמצא בספרו של אלו, חקיקה דתית 120 ואילך (תשכ"ח).

<sup>35</sup> סה"ח 446, תשכ"ה, ע' 63.

אינם נשואים זה לזה". בית-המשפט ראה הגדרה זו כזוהה להגדרת, "יידועים בציבור", והשופט ברנזון הגדיר מוסד זה:<sup>36</sup>

"יש כאן שני יסודות: חיי אישות כבעל ואשה וגיהול משק בית משותף. היסוד הראשון מורכב מחיים אינטימיים כמו בין בעל ואשתו המשותפים על אותו יחס על חיבה ואהבה, מסירות ואמנות, המראה שהם קשרו גורלם זה בזה... היסוד השני הוא גיהול משק בית משותף. לא סתם משק בית משותף מתוך צורך אישי, נוחות, כדאיות כספית או סידור ענייני, אלא כפועל יוצא טבעי מהיי המשפחה המשותפת, כנהוג ומקובל בין בעל ואשה הדבקים אחד בשני בקשר של גורל חיים והאשה משמשת לו עקרת בית".

בשטחים רבים יש, איפוא, לידועה בציבור — ובענייני ירושה גם לידוע בציבור — זכויות שוות-ערך לזכויות האשה הנשואה כדין. בדין הישראלי אין מעמד של "ילדים בלתי חוקיים ולילדים של בני-זוג של", "יידועים בציבור" יש, איפוא, כל הזכויות של ילדים שנולדו לזוג הנשוי כחוק.<sup>37</sup>

יתר-על-כן, על-פי סעיף 3 לחוק השמות, תשט"ז—1956,<sup>38</sup> ילד שנולד לאם לא נשואה יקבל את שם משפחת אמו, "זולת אם רצתה האם שיקבל את שם משפחת האב והאב הסכים לכך, או שהאם היתה ידועה בציבור כאשתו".<sup>39</sup> מכאן בנו של ידוע בציבור עשוי לשאת את שם אביו אף ללא הסכמת האב.

ההבדלים שבין בני-הזוג הנשוי כדין, לבין, "יידועים בציבור", נעוצים בשני מישורים: האחד קשור במעמד הציבורי-החברתי של בני-זוג שאינם נשואים כדין; האחר קשור בהבדלים המשפטיים בין הזוג הנשוי כדין לבין זוג היידועים בציבור. הבדל בעל השכיבות עירונית, הנובע מעצם מהותו של מוסד היידועים בציבור, מתחייסם לאפשרות ניתוק הקשר; ידוע או ידועה בציבור יכולים לנתק את הקשר הקיים ביניהם על-ידי אקט חד-צדדי ומשותק הקשר, אין לבעל חובה לזון את בת-זוגו לשעבר.<sup>40</sup> על העדר חובה זו ניתן להתגבר באמצעות חוזה המסדיר את

<sup>36</sup> ע"א 621/69, נסים נ' יוסטר, כ"ד (1) פד"י 617, 619.

<sup>37</sup> ילד לאם יהודיה יהיה כשר לנישואין עם יהודים, אפילו אביו נשוי לאשה אחרת. אך לגבי מקרים רבים של ידועה בציבור חל הדין של אשת איש, בשל העדר גט מבעלה הקודם ובניה עלולים להחשב ממזרים.

<sup>38</sup> סה"ח 207, תשט"ז, ע' 94.

<sup>39</sup> אך בית-המשפט העליון החליט, ברוכ דעות, כי לידועה בציבור אין זכות להחליף את שם משפחתה לשם משפחתו של בן-זוגה: בג"צ 243/71, אייזיק (שי"ף) נ' שר הפנים, כ"ז (2) פד"י 33. אך גם לדעת אחד משופטי הרוב (הנשיא אגרנט), שם בע' 49, לא נפגעת, "זכותה של הידועה בציבור להשתמש בשם המשפחה של הגבר עמו התקשרה, שלא לצורך רשמי-משפטי או למטרה בלתי-כשרה". לדעתנו, קשה ליישב את עמדת הרוב עם ההכרה המפורשת, שנתן המחוקק בחוק השמות למעמדה של הידועה בציבור ועם מדיניותו הכללית של המחוקק בדבר העדר זיקה הכרחית בין שם האשה לבין מעמדה כאשה נשואה.

<sup>40</sup> ע"א 563/65, יגר (פלביץ) נ' פלביץ, כ" (3) פד"י 244, 248, מפי השופט ברנזון: "לכל היותר הייתי מבין שהוא חייב לזונה ולפרנסה כל זמן שהם ממשיכים לחיות כבעל ואשה".

ראה ביקורת על הלכה זו, Friedmann, *supra* note 34, at 300—301. הבדל נוסף, בעל משמעות מעשית, נוגע לספק הקיים לגבי זכות תביעה בניזקין של אחד הצדדים לגבי



יחסי הממון בין בני-הזוג. חוזה כזה אינו יכול, כמובן, למנוע מאחד מבני-הזוג להינשא לבן זוג אחר, לאחר התרת הקשר באורח חד-צדדי. ברם, הוא עשוי להטיל עליו את החיוב הכספי לזון את בת-זוגו. האם חווים מסוג זה בטלים בהיותם נוגדים את המוסר ואת תקנת הציבור? על כך נחלקו הדעות בבית-המשפט העליון. השופט חיים כהן מייצג את ההשקפה הליברלית באמרו:<sup>41</sup>

„נישואין של איש ואשה החיים יחדיו או הרוצים לחיות יחדיו, זכות היא להם, ולא חובה, על-פי החוק. הזכות לשאת אשה ולהינשא לאיש מוגבלת בחוק לגבי יהודים, עליהם חלה הוראת סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, שהרי אין נישואיהם של יהודים נערכים בישראל אלא לפי דין התורה בלבד; וכידוע ישנם זוגות רבים אשר לרגל הגבלה זו נשללה מהם זכות הנישואין, אם כי היו מאוד רוצים בה. גם על אלה שהחוק שולל מהם זכות הנישואין, אין החוק אוסר לאהוב זה את זה ולחיות יחדיו ולפרות ולרבות: זכות עריכת נישואין נשללה מהם, זכות החיים לא נשללה מהם. על אלה אשר רוצים היו בנישואין וזכותם נשללה מהם, מתווספים אלה שאינם רוצים בנישואין וזכותם לא איכפת להם: כאלה כן אלה וזכותם לחיות כאוות נפשם אינה נפגעת, ואין החוק מתערב באורח חייהם הפרטיים. ואשר לדת ולמוסר, הרי האמונות והדעות חלוקות בעם: מה שנראה בעיני האחד כמחוייב הדת, נראה בעיני השני כנוגד את המוסר; והצו המוסרי של השני הוא איסור דתי בשביל הראשון. במדינה חופשית ודמוקרטית, אין המחוקק החליטו מתימר להכריע בחילוקי האמונות והדעות: זכאי כל אדם לכלכל צעדיו ואורח חייו בהתאם למצפון שלו, כל עוד אינו עובר עבירה על החוק.“ אך אין לנו צורך להיזקק להשקפה כה רחבה, שכן החוק הישראלי גופו הכיר במוסד של ידועים בציבור ומשום כך הכיר בית-המשפט העליון, ברוב דעות, בתקופה של הסכם לתשלום מזונותיה של הידועה בציבור. כדברי השופט ברנזון:<sup>42</sup> „הכנסת הכניסה את הידועה בציבור תחת כנפי חסותה במספר רב של חוקים...

גרימת מותו של הצד האחר וכן הספק הקיים לגבי החלת דיני הרכוש המשותף של זוג נשוי על זוג ידועים בציבור. לדעת המחבר, הרציו המצדיק החלת כלל הרכוש המשותף — דהיינו השיתוף במאמץ הכלכלי — צריך לחול גם על ידועים בציבור המקיימים משק בית משותף. חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 (פור"ח 712, תשל"ג, ע' 267), שהתקבל לאחר מסירת רשימה זו לדפוס, אינו מזכיר כלל את הידועים בציבור והוא חל על בני-זוג נשואים בלבד. הצעת החוק, לעומת-זאת (ה"ח 849, תשכ"ט, ע' 333), מחילה את הוראת סעיף 14 (א) שבה, הדן ב„אחריות לחובות לצרכי משק הבית“, גם על „איש ואשה הידועים בציבור כבני זוג, אף אם אינם נשואים זה לזה“.

באשר לתביעת גזיקין, ראה Hartley, "Polygamy and Social Policy", 32 Modern L. Rev. 155, 169-70 (1969), הדן בשאלה אם זכאית אשה, שנישאה בנישואין פוליגמיים במדינה בה הוכרה תקפותם, לתבוע פיצויי גזיקין בעקבות מות בעלה במדינה בה נישואין אלה אינם מוכרים.

<sup>41</sup> בג"צ 353/70, איזיק (שיק) נ' משרד הפנים, כ"ה (1) פד"י 544, 550 (דעת יחיד).

<sup>42</sup> ע"א 563/65, כ' (3) פד"י בע' 249. השופט זילברג, בדעת מיעוט, טוען, כי מתן ההכרה על-ידי המחוקק אין פירושו הכרה בהסכם לקיום יחסים עתידיים. ראה ביקורת על עמדתו של השופט זילברג, Friedmann, *supra* note 34, at 300. אך קיימים ספיקות לגבי חוקיותו של הסכם מסוג זה, כאשר אחד הצדדים נשוי כדין: *ibid* at 311.

כלום ייתכן שהמוסר הציבורי וטובת הציבור לא עמדו לעיני המחוקק בעת חקיקת החוקים הללו?... כלום יש שגי סוגי מוסר וטובת הציבור, אחד בחקיקה ואחד בפסיקה? עינינו הרואות, מוסד הידועים בציבור, בעיקר כשמצורף לו הסדר חזוי בענייני ממון, עשוי לשמש דרך יעילה לעקיפת מגבלות הדין הדתי בענייני נישואין. על כן לא ייפלא כי המפלגות הדתיות רואות במוסד זה סכנה לקיום סמכות השיפוט הייחודית שיש לבתי-הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין. בשנת 1965 הוציאה המפלגה הדתית-לאומית חוברת מיוחדת בשם „הידועה בציבור“, בה נכונותה ביקורת חריפה על המצב המשפטי בשטח זה ומידי פעם בפעם נשמעים בכנסת דברים ברוח דומה מפי חברי-כנסת מהמפלגות הדתיות.<sup>43</sup> אך נראים לנו דבריו של פרופ' ד. פרידמן, הסבור, כי התפתחות של מוסד „הידועים בציבור“ מצביע על גבולות אפשריים לפיקוח והתערבות המדינה בשטח הנישואין:

„עובדה היא כי במדינה, אשר בה חלק ניכר בציבור לא היה מוכן להשלים עם הגבלות ואיסורים בשטח הנישואין והגירושין, התפתח מוסד 'בלתי רשמי' של ידועים בציבור המתחרה, כביכול, בנישואין הרשמיים“<sup>44</sup>.

ניתן לומר, כי, למעשה, בשל כל דרכי העקיפה המגויים לעיל, איבד מוסד הנישואין בישראל את המונופולין ומעמד הבכורה להם וכה בשיטות משפטיות אחרות. בכך נעזר הפרדוקס המשפטי בדיני הנישואין: מצד אחד, הגביל הדין את הזכות לנישואין מטעמי דת, ומן הצד האחר, עקף המשפט הישראלי מגבלות אלה על-ידי פיתוח ערכו של מוסד הנישואין עצמו. פרופ' ג. טדסקי מצביע על כך, כי העדר יומה הילוניית למצוא פתרון לאלה שאינם יכולים להינשא על-פי הדין הדתי, מסייע לערעור מוסד המשפחה.<sup>45</sup>

#### ד. דרגות של מעמד הנישואין בישראל

למעשה, קשה עוד לדבר בישראל על זכות לנישואין אלא על זכויות שונות לנישואין. המשפט הישראלי מכיר בדרגות שונות של קשר נישואין. הנישואין השלמים והמלאים, אלה הנערכים בישראל על-ידי בני עדה דתית מופרת על-פי דיני עדתם, מבטאים את הדרגה הגבוהה ביותר של מוסד הנישואין, על מכלול זכויותיו וחובותיו. אך מתחת לה מצויות דרגות נישואין אחרות, הכוללות רק חלק מחובות וזכויות אלה. למעשה, ניצבים אנו בדיני הנישואין בישראל במצב דומה לזה הקיים בדיני קניין: בשני הדינים עוסקים אנו בסטאטוס ובשני המקרים יש לסטאטוס זה דרגות שונות. כשם שהבעלות מגלמת את הזכות הקניינית הגבוהה ביותר וכוללת בתוכה כוחות וזכויות הקיימים גם באורח עצמאי כאשר אין בעלות מלאה — כך גם ה„נישואין המלאים“ מגלמים במשפט הישראלי את המעמד הגבוה ביותר הכולל זכויות שבנישואין העשויות להתקיים בין בני זוג שאינם נשואים ב„נישואין מלאים“. השופט זילברג דיבר על „נישואין לצורך ביגמיה“<sup>46</sup> וקטיגוריה זו כוללת, כפי שראינו, נישואין מחוץ לישראל אפילו אין אלה מופרים במשפט הארץ למטרות אחרות. למעשה, יש לנו

<sup>43</sup> ראה גם אלון, לעיל הערה 34, בע' 121 ואילך.

<sup>44</sup> Friedmann, *supra* note 34, at 314.

<sup>45</sup> טדסקי, לעיל הערה 1, בע' 327.

<sup>46</sup> בג"צ 301/63, שפרייט נ' הרב הראשי, י"ח (1) פד"י 598, 625.

נישואין למטרות שונות: למטרות מזונות נתונה לאשה במקרים מסוימים אופציה לבחור לעצמה את הערכאה ועל-ידי כך לבחור גם בדין שיכשיר נישואין התקפים על-פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי; למטרות סוציאליות וכויות ירושה וחובת מזונות כל עוד קיים הקשר, וכויותיה של הידועה בציבור, במקרים רבים, שוות בערכן לזכויותיה של אשה נשואה.

מבחינה אנאליטית ניתן לומר, כי הזכות לנישואין יוצרת כמה זכויות-מישנה: זכות לבלעדיות הקשר, דהיינו להגנה מפני ביגמיה; זכות למערכת יחסים מיוחדת בין בני-הזוג, לרבות הזכות למזונות; זכויות כלפי צדדים שלישיים, כולל בני משפחה וצאצאים; זכות להרשם ולהקרא בשם משפחה אחד; זכויות סוציאליות פיסקאליות וכלכליות הנובעות מניהול משק בית משותף, כפי שהראתה סקירתנו, הלק ניכר מזכויות אלו מוענקות לבני-זוג, שאינם נשואים כדת וכדין. אמת הדבר, רק הנישואין כדת וכדין — דהיינו אלה הנערכים על-פי הדין המקנה לבית-הדין הדתי סמכות ייחודית — כוללים בתוכם את כל זכויות-המישנה האמורות לעיל. אך אין פירוש הדבר, כי מעמד מועדף זה יהיה בו תמיד גם יתרון לצדדים. כך, למשל, בני-זוג מעורב, הנישאים בטקס אזרחי בחו"ל, קשו נישואיהם מוגן יותר, מבחינת אפשרות התרתו והתרת נישואי ביגמיה, מאשר קשו הנישואין של בני-זוג יהודיים, הנישואים כדת וכדין. בנוג הראשון תמצא האשה הגנה מירבית בבתי-המשפט בישראל, שלא יתירו לגרושה בעל-כרחיה, בהעדר הסכסם או עילה מוכרת אחרת — אלא אם-כן הדין חזר החל מכוח ס' 5 לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים) מתיר לגרש אשה בעל כרחיה — ואילו יהודיה הנשואה ליהודי בקידושין תקפים עשויה למצוא עצמה ללא הגנה כזו. כך, למשל, גרושה או חלוצה שנישאה לכהן עשויה למצוא עצמה געדרת כל זכויות לאחר שנים. רבות של נישואין. בית-הדין הדתי יתיר לבעלה להשליש גט, ללא כל פיצוי כספי, ולשאת אשה אחרת על פניה<sup>47</sup>. מבחינת ההגנה על סטאטוס הנישואין עדיף מצבה של האשה הלא-יהודיה, שנישואיה מזכרים רק באורח חלקי על-פי הדין הישראלי, על-פני מצבה של היהודיה, שנישואיה תקפים, אם כי אסורים.

יתר-על-כך, זכות-המישנה האחרונה שהזכרנו — הזכויות הסוציאליות הפיסקאליות והכלכליות הנובעות מניהול משק בית משותף — הינן פועל-יוצא של סטאטוס הנישואין, אך אינן חופפות אותו. בני-זוג החיים בנפרד, ונישואיהם לא נסתיימו, אינם מקיימים משק בית משותף וספק אם יש מקום להחיל עליהם דינים הנוגעים לניהול משותף כזה. השומה המשותפת לבעל ולאשה לצורך מס-הכנסה ודאי אין לה מקום במקרה כזה. ולהיפך, בני-זוג המקיימים משק בית משותף, תוך חלוקת העבודה והפרנסה בקיום משק בית כזה, זכאים לזכויות הסוציאליות ולהסדרים הפיסקליים המיוחדים, שכל מהותם נובעת מהחיים במשותף. לדעתנו, הנישואין אינם מכריעים לעניין זה. הביטוח-הלאומי ומס-הכנסה אינם עוסקים בדיני משפחה ולא נועדו לחזק או להחליש את קשר הנישואין: תכליתם האחת היא ליצור יחס מיוחד לאנשים התלויים זה בזה קשר כלכלי. בדמה לנו, כי אין זה מענייננו, ואין זה צריך להיות מעניינו של המחוקק, להקור ולדרוש, אם קשר זה מעוגן בדיני נישואין, אם הוא מלווה ביחסי מין ואם הוא נועד להקים משפחה. עצם העובדה כי שני אנשים מקיימים משק בית אחד מוכה אותם, לדעתנו, ביחס מיוחד. משום כך יש

<sup>47</sup> ע"א 571/69, כהנא נ' כהנא, כ"ד (2) פד"י 549.

מקום לנתק לחלוטין את מערכת הזכויות הזו ממעמד הנישואין, ואין גם מקום ליצור סטאטוס מיוחד של "ידועים בציבור". החוק חייב לעסוק בעניינים אלה רק באותו נושא המעניין אותו — דהיינו קיום משק הבית המשותף<sup>48</sup>. כך או כך, רואים אנו כי בישראל נוצרו מעמדות שונים של נישואין, כאשר חלוקת הזכויות היא שרירותית ומותנית בדתו של הישראלי, או בהעדר דתו, או במידת גבולותו לעשות מאמצים לעקוף את המגבלות שמטיל החוק על הזכות לנישואין כדת וכדין.

#### ה. הערכות המצב הקיים והצעת פתרון

הצידוק הנפוץ והפופולארי בעד קיומן של מגבלות דתיות בענייני נישואין ומתן סמכות ייחודית לבתי-דין רבניים מסתמך על שני טיעונים: ראשית, כי על-ידי מתן סמכות ייחודית מסוג זה גמנעים נישואי תערובת, דהיינו נישואין בין יהודים ללא-יהודים; שנית, כי עקב מתן סמכות כזו נמנע פילוג העם היהודי לשני מחנות שאינם מתחברים זה בזה<sup>49</sup>. אך שני הטיעונים אינם עומדים במבחן העובדות: נישואי תערובת מתקיימים בישראל — כאשר מדובר בנישואי יהודיות למוסלמים —

<sup>48</sup> צעד ראשון בכיוון זה עשה המחוקק דווקא בחוק הירושה, העוסק לא בזכויות פיסקאליות וסוציאליות, אלא בעניינים הנובעים מנישואין, דהיינו זכות ירושה ומזונות מן העובד. סעיף 55 לחוק הירושה מדבר על בני-זוג, "החיים חיי משפחה במשק בית משותף". הדגש על חיי המשפחה מוצדק במקרה זה, אך בעניינים פיסקאליים וסוציאלים, אין מקום, לדעתנו, לאזכר את חיי המשפחה. די למחוקק, במשק בית משותף קבוע, כדי שיחיל על השותפים בו, בלא שים לב לשאלת המין, את ההסדרים המיוחדים הימים למשק בית כזה.

<sup>49</sup> למר דוד בן-גוריון, ראש הממשלה הראשון, שבתקופתו נחקק חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין) יש הסבר אחר לקבלת החוק:

"הייתי בעד החוק, ומטעם פשוט: אחרי מלחמת העולם השנייה באה העליה בעיקר מאסיה ואפריקה, כד באירופה-הגשמה שישם מיליון יהודים. על היהודים האלה שבאו בעליה הגדולה ידעתי, שגם אם אינם למדנים גדולים בענייני הלכה וגם אלה שאינם מקפידים כל כך בקיום מצוות, דבר אחד קדוש אצלם: קדושת-המשפחה. ידעתי, שאם לא נקבע בחוק, כי נישואים צריך לעשות על-פי הדת היהודית, יצטרכו הרבה יהודים להתחיל לבדוק מי הבן הזה ומי הבת הזאת שמחתגים אתם — ומה יצא מזה?

הדתיים ניצלו לרעה את חוק-הנישואים. אבל גם הנימוק שהיה קיים כשנקבע החוק, אינו קיים עוד והגיע הזמן לבטל אותו. דיברתי עם שר-המשפטים שפירא ואמרתי לו: 'צריך לבטל כל מה שנעשה עד עכשיו לתת חוקי חוקי להלכה, וצריך לקבוע שוו מדינת חוק ולא מדינת הלכה ושאלו חוקי חוקי להלכה ואין כפיה דתית ולא אנטי-דתית'": דבר, 24 יולי 1970.

בינתיים לא נחקלה אפילו הצעת חוק צנועה של ח"כ ג. האונגר, התובעת מתן זכות נישואין, כאשר שני בני-הזוג הם יהודים ואין הם יכולים להינשא בטקס דתי. ראה הערה 6 לעיל. הוא הדין בהצעה דומה לתיקון שיפוט בתי-דין רבניים, שהגיש ח"כ מ. אביווהר ב-13.6.73 ושנדחתה על-ידי הכנסת.

ומחוק לישראל, כאשר מדובר ב„גישואי קפריסין“ ובגישואין אחרים הנערכים בחו"ל.<sup>50</sup>

הסיועון השני לוקה בכך, שהוא מקיש מדיני הנוצרים ומתבסס על ההנחה המוטעית כי ילדים הנולדים לזוג יהודי מחוק לגישואין הם „ילדים בלתי חוקיים“, שאינם יכולים להינשא לצאצאי זוגות גשואים כדין. אך על-פי הדין העברי, כושרו של הצאצא להינשא אינו קשור בעובדת היותו ילד „בלתי חוקי“. כושר הגישואין על-פי הדין העברי נפגע רק כאשר האם אינה יהודיה שכן אז ילדיה אינם יהודיים או כאשר הילד הוא ממזר.<sup>51</sup> ממזרות נוצרת — פרט לגישואי קירבה —

<sup>50</sup> אין מספרים מעורבבים על מספר גישואי התערובת המורכבים משלוש קטיגוריות: זוגות עולים, ישראלים שנישאו בחו"ל ונשים יהודיות שנישאו למסלמים בארץ. אך מספרים חלקיים מצביעים על כך כי החוק הישראלי אינו מונע נישואין כאלה. כך, למשל, מסר שר הדתות, ד"ר ז. ורהפטיג, כי במשך חמש שנים, בשנים 1955—1963, התקיימו בסך-הכל 122 נישואי קפריסין, „מהם רובם נישואי תערובת, מיעוטם כהן וגרושה“: 42 דבת-מספרים 1269 (תשכ"ה). מספר „גישואי קפריסין“ הלך וגדל במשך השנים ולפי נתונים, שאסף עוזי אסף בן-מנשה, הגיע באוגוסט 1970 ל-750, מהם 242 זוגות מעורבים, וזאת פרט ל-214 זוגות, שנישאו ב„גישואי מקסיקו“. מספר הנשים היהודיות, שנישאו לאחר התאסלמות לערבים, אינו ידוע באורח רשמי. בשנים 1964—1969 התאסלמו 128 אזרחים ישראלים, כולן נשים יהודיות, וזאת על-פי אינפורמציה של משרד הדתות. בשנת 1972 גרשמו בבתי-הדין השרעיים 18 מקרים של המרת דת של יהודים, מהם 16 נשים אשר עשו זאת — ניתן להניח — לצורך גישואין.

יש סימנים שונים המעידים על כך, כי מספר נישואי התערובת בין יהודים לערבים גדול. לדברי חסן אל-עבד, ממלא מקום יושב ראש המועצה המקומית טיבה, יש „למעלה מ-5000 נערות יהודיות, הנשואות לערבים ולדרוזים“. לדבריו, מספר המשפחות המעורבות של גברים מוסלמים ונשים יהודיות בבקה אל ג'רבייה הוא 40, בכפר טייבה 37, בכפר טירה 41: ידיעות אחרונות, 5 יולי 1973. אישור חלקי למספרים אלה נתן איברהים ח'ליל קאסם, ראש המועצה המקומית טירה: לדבריו יש בכפרו „לא פחות מ-100 משפחות מעורבות יהודיות-ערביות“ וכי, בכפרים הערבים-ישראליים-כיום כמה אלפי זוגות מעורבים, שמתוכם רק 11 זוגות, שבהם הגברים הם יהודיים. בכל יתר המקרים — הנשים הן יהודיות: מעריב, 8 יולי 1973. למעשה, אין החוק הקיים מונע נישואי תערובת בין יהודים לערבים.

צורה אחרת של נישואי תערובת, המותרת בדין הישראלי, היא נישואין בפני קונסולים, כאשר הצדדים הם נתינים של מדינה אותה מייצג הקונסול. ראה תקנה 4 (ב) לתקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות) (האיש, כרך ג', ע' 2781), שנותנה על כנה גם לאחר החוק לתקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות), תשי"ז—1956, פה"ח 212, תשי"ז, ע' 20. ראה בענין זה, זילברג, לעיל הערה 17, בע' 366.

<sup>51</sup> אילו היה סיועון זה נכון, היה חל פילוג בקהילות היהודיות בתפוצות. ברוב הקהילות האלה נישאים רק מעטים בטקס דתי — הן בשל העדר טקס מסוג זה, כמו בארצות הגוש המזרחי, הן בשל ירידת השפעתה של המסורת. כך, למשל, באנגליה פוחת והולך מספרם של היהודים הנישאים בטקס אורתודוקסי. קביעה זו נעשתה על סמך המספרים הרשמיים של רשם-האוכלוסים, בידי ד"ר ס. ג. פרייס, מרצה באוניברסיטת בירמינגהם. לפני שלושים שנה — בשנת 1934 — כאשר מנין יהודי בריטניה (אנגליה וויילס) היה

כאשר מדובר בילדיה של „אשת-איש“, ולא כאשר פנויה יולדת בלי שתהיה נשואה. שאלת הממזרות מושפעת לא מקיום הזכות לגישואין שלא על-פי דין תורה, אלא מן האפשרות של התרת קשר הגישואין הדתי שלא באמצעות גט. גירושין אזרחיים מתירים אשה נשואה לגישואין חדשים על-פי הדין האזרחי, בעוד שעל-פי הדין העברי עלולה היא להחשב אשת-איש, לפחות מחמת הספק, וזאת מתוך הנחה כי בתי-הדין הרבניים עשויים לקבוע כי גישואין אזרחיים מצריכים גט או גט מספק.

במילים אחרות: בעיית „אחדות העם“, כפי שהיא מוצגת בציבור, אינה נוגעת לזכות הגישואין אלא לגבי הזכות לגירושין. החשש הוא, כי דין אזרחי בענייני גירושין, שלא יתחשב בחומרתה של ההלכה בגושא של אשת איש, יחיר לשוק — אם להשתמש בלשון ההלכה — נשים שילדיהן יהיו גוועים בחשש ממזרות.

לכאורה ניתן לפתור בעיה זו בנקל. אין ספק כי גם אם יונהגו נישואין אזרחיים בישראל, עדיין יבחר רוב רובו של הציבור היהודי בישראל בחופה וקידושין כדת משה וישראל. ראייה לכך ניתן למצוא בעובדה, כי הרוב המכריע של ציבור זה, למעשה כולו, מביא את בניו בבריתו של אברהם אבינו, וזאת על אף העובדה, כי מדובר בטקס מילה, שאינו כפוי בחוק. ציבור הבוחר מראשונו החופשי בטקס זה — העשוי להרתיע יותר אנשים מטקס החופה — ודאי ימשיך להנשא ולהשיא בטקסים רבניים, שימשיכו להיות, גם אם יונהגו נישואין אזרחיים, בעלי תוקף מלא. לגישואין אזרחיים יוקפו בעיקר אותם ישראלים, שלא יוכלו להינשא, מטעמים שונים, על-פי דין תורה. במצב זה, ייתכנו פתרונות שונים לגבי הזכות לגירושין, שהיא, כאמור, ביסוד הבעיה של „אחדות העם“. נביא בקצרה פתרונות אלה.

1. החלת דין גירושין אזרחי כללי על הכל  
ניתן לגרוס כי ישראל, בדומה למדינות תרבות אחרות, אינה יכולה להקריב עקרונות של שוויון בפני החוק וחופש מצפון לטובת „אחדות העם“ — תהא אשר תהא — משמעותה של ביטוי זה. כראייה לכך אפשר להביא את הקהילות היהודיות הגדולות בארצות-הברית, אנגליה, ברית-המועצות, צרפת ודרום אמריקה — החיות כולן תחת שיטה משפטית המאפשרת נישואין וגירושין אזרחיים, מבלי שיווצר בהן תהליך של פיצול לשני מחנות שאינם נישאים זה לזה. יש הטוענים, כי כל הנימוק של „אחדות העם“ אינו אלא מס שפתיים שנוצר על רקע ישראלי פנימי ושחפיקיו לשמור על השיפוט הרבני. לדעת המחבר, ההתחשבות בצרכי הציבור הדתי ומוסדותיו מחייבת אותנו שלא להיזקק לפתרון מסוג זה, אפילו נכון הדבר כי הוא נוהג ללא קשיים בקרב הקהילות היהודיות בתפוצה.

2. החלת דין גירושין אזרחי רק לגבי מי שיינשא בדרך אזרחית  
על-פי דרך זו, כל מי שיינשא על-פי דין תורה או על-פי דין דתי אחר יוכל להתיר את קשר הגישואין על-פי אותו דין. כלל זה יחול על הרוב המכריע של

כ-300,000, גרשמו 2,233 נישואין רבניים. מקץ 23 שנים, בשנת 1957 — כאשר מספר יהודי בריטניה נאמד ב-435,000 — לא גרשמו בבתי-הכנסת אלא 1,713 נישואין. בשנת 1962 היה מספרם קטן יותר — 1,549. בשנת 1964 פחת מספר הגישואים הרבניים ב-5% לעומת מספרם בשנת 1962: ראה דבר, 19 ינואר 1966, בע' 14.

הציבור היהודי והמסלמי, שימשיכו להינשא אצל הקאדי הרב. הצידיק לכלל זה גובע מכך, כי מי שכרת ברית נישואין על-פי דין דתי קיבל על עצמו התחייבות, שלא להביא לסיימת אלא בדרך הקבועה באותו דין<sup>52</sup>. אם יוחל כלל זה גם על זוג, שנישא בדרך דתית בחו"ל ניתן יהיה לקבוע בביטחה, כי הרוב הגדול של הציבור היהודי בישראל לא יכול להתגרש אלא על-פי דין תורה. לגבי רוב זה, אין שום סכנה, כי הנהגת נישואין וגירושין אורחיים תיצור מצבים של אשת איש או ממזרות. במילים אחרות, בעיית הגירושין והסכנה של יצירת ממזרים קיימת רק לגבי אותם זוגות יהודיים, שנישאו או יינשאו בנישואין אורחיים. השאלה המתעוררת לגבי קבוצה זו היא, האם אין סכנה, כי גירושין אורחיים, ללא גט, ייראו בעיני הדין הדתי כיוצאים מצב שבו יש לפחות ספק בדבר היות האשה המגורשת, "אשת איש" וצאצאיה ממזרים. שאלה זו תהיה קיימת לגבי אותו מיעוט מיהודי ישראל, שיינשא בנישואין אורחיים, וכן לגבי עולים שנישאו, בטרם עלותם לישראל, בנישואין אורחיים בארצות מוצאם<sup>53</sup>.

הקושי בפתרון בעיה זו הוא, שעמדת ההלכה בעניין מעמדם של נישואין אורחיים אינה ברורה כלל. קיימות בעניין זה שתי אסכולות. האחת גורסת, כי לנישואין אלה אין שום נפקות, והאחרת גורסת, כי יש להם נפקות חלקית.

<sup>52</sup> "היות והנישואין הדתיים כוללים חוזה גם על היחסים בין בעל ואשתו בתקופת הנישואין וגם על הדרכים והתנאים לפירוק המשפחה, הרי יחא זה אבסורד גמור לפרק בגירושין חילוניים משפחה שנוסדה בנישואין דתיים": לוינגר, בין שיגרה לחירוש 166, ה"ש 4 (תשל"ג). ניתן גם להצדיק את הטלת דין הגירושין הדתיים על בני זוג יהודים בדרך הבאה: כל ערכאה שתהיה לה סמכות להשיא בנישואין אורחיים תהיה כבולה בענין אחד — ריבוי נישואין. דין הביגמיה יצטרך לחול על הנישואין האורחיים באורח מהותי, ולא רק בדרך עושית. במילים אחרות: על הערכאה ייאסר להשיא בני-זוג בכל מקרה בו חלה עבירת ריבוי נישואין, כפי שזו קבועה בחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין). כך גם נוסח סעיף 2 בהצעתו הפרטית של ח"כ גדעון האוזנר, שהוזכרה לעיל (לא יערכו נישואין שהם עבירה לפי חוק גיל הנישואין, תשי"א—1950 או לפי חוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין) תשי"ט—1959). ניתן גם לקבוע הסדר, כמו זה המקובל במדינות אחרות, על-פיו יהיו הנישואין הביגמיים בטלים מעיקרם. הערכאה האזרחית לא תוכל להתיר את קשר הנישואין הדתי, שכן קשר זה ניתן להתרקה על-פי הדין הדתי. ניתן, איפוא, לטעון, כי ללא הפניית בני-הזוג לערכאה דתית, לא תוכל הערכאה האזרחית להשיאם מחדש בשל איסור ריבוי נישואין.

<sup>53</sup> ראוי להבחין, לעניין זה, בין ארבעה סוגים של זוגות יהודיים העולים ארצה להשתקע בא: (א) זוגות מעורבים, העולים על-פי חוק השבות, תשי"א—1950 (פה"ח 51, תשי"א ע' 159) ומקבלים אזרחות מלאה, נישואיהם תקפים בישראל לצורך השיפוט החילוני ואין זה משנה לעניינם אם יונהג דין נישואין וגירושין אורחיים בישראל. (ב) זוגות יהודיים, שנישאו בחופה וקידושין טרם עלייתם, יחול עליהם ממילא הדין, כי הפקעת נישואיהם תבוא אך ורק על-ידי גט. (ג) מעמדן של נשים יהודיות, שנישאו, נתגרשו ונישאו מחדש בטרם עלייתן, אף הוא לא יושפע מהנהגת דין חדש בישראל. מעמדן נקבע על-ידי מה שהתרחש בעת שהותן בחו"ל. (ד) בקבוצה הרביעית מצויים זוגות יהודיים, שנישאו בחו"ל טרם עלייתם בנישואין אורחיים. רק לגבי קבוצה זו מתעוררת שאלה לגבי השפעתם של גירושין אורחיים בישראל.

על-פי הגירסה הראשונה, "אם אין קידושין אין צריכה גט"<sup>54</sup> ומשום כך, על-פי גירסה זו, בני-זוג יהודיים שנישאו, בישראל או מחוצה לה, בנישואין אורחיים אינם נחשבים לנישואים והאשה רשאית לצאת ולהנשא לאחר בלא שתתעורר בעיניה של חשש לאשת איש וספק לגבי כושרם של צאצאיה להינשא עם יהודים כשרים בעתיד.

הגירסה השנייה אף היא אינה מעניקה תוקף משפטי מלא לנישואים אורחיים, אלא חוששת שמא יש בהם קידושין ביאה — ליתר דיוק קידושין בספק — שכן קיימת חזקה, שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. אם חזקה זו תופשת, גורסת גישה זו, יש לראות בקיום יחסי המין בין בני-הזוג לפחות ספק קידושין. הגישה המתמירה דורשת, איפוא, כי זוג החי יחיים משותפים עקב נישואין אורחיים ייפרד בגט, ולו רק מהחשש שמא היו במקרה זה קידושין ואז, אם תצא האשה בלא גט יהיו ילדיה מהבעל השני ממזרים בספק, האסורים אף הם בנישואין עם יהודים כשרים<sup>55</sup>.

מי שבודק את הנימוקים להחלטה של חזקה זו במקרה של זוג חזי במשותף עקב נישואין אורחיים, יוכח לדעת, כי אין מקום להחלטה של חזקה זו במדינה בה יכולים בני-הזוג לבחור באורח חופשי בין קידושין כדת משה וישראל לבין הטכס האזרחי. כל טיבה של חזקה זו, בא להגיה, כי בני-הזוג היהודי התכוונו להינשא כדת משה וישראל וביטאו כוונתם זו באחת מדרכי הקידושין. אך כאשר קיימת ברירה הפשוט בין שתי צורות הנישואין, קשה להבין כיצד ניתן להחיל חזקה זו. וכך אומר ד"ר בנציון שרשבסקי<sup>56</sup>:

"יש מדינות, בהן יש יסוד להניח שיהודים צריכים או היו צריכים לחשוש פן עריכת נישואין לפי דיני ישראל עלולים לסכן את פרנסתם או אפילו את חייהם, כאשר ייחשבו בעיני השלטונות האנטישמיים כמתנגדים למשטר של המדינה ושיהודים אלה, מתוך אונס אמנם לא נתקדשו בגלוי כדת משה וישראל, אבל שומרים מצוות בצנעה. ייתכן כי במקרים כגון אלה, אם לפי העובדות יש רגלים לדבר, יהא מקום לדעה המחמירה ולא להתיר נישואין חדשים אלא אחרי מתן גט (מספק) על ידי הבעל הראשון. יש מדינות, בהן קיימת שיטת הנישואין האזרחיים והאנטישמיים-החזקים; מתוך טעות וכלי כל כוונה להתכחש לדיני ישראל, גם כאן אולי מקום להנחה שבני הזוג רצו וחשבו שיהיו נשואים גם לפי דיני ישראל ולכן גם כאן יהא מקום לדרישת גט גם מספק לפני מתן היתר לנישואין חדשים. מאידך גיסא, יש מדינות בהן אמנם אין רואים איש ואשה כנישואים אלא על פי נישואין אורחיים, אולם יחד עם זה נותן החוק חופש לכל אחד לערוך גם נישואין

<sup>54</sup> רבי סעדיה גאון, אוצה"נ, קידושין, סי' שט"א.

<sup>55</sup> ראה בעניין זה, ב. שרשבסקי, דיני משפחה 85 (מהדורה שניה, 1967), שם מוסברות גם הדעות והרואות בנישואים אורחיים חשש לקידושין שטר או קידושין כסף.

<sup>56</sup> שם בע' 89—90. ראה פסק-דינו של השופט ב. כהן, בת"א 685/50, סקורניק נ' סקורניק, ה' פ"ם מחוזיים 51, 56—57. שם קובע השופט, כי אין להסתמך על החזקה האמורה בין השאר משום שבפולין, שם נישאו בני-הזוג בטקס אורח, ניתן היה להינשא על-פי דת משה וישראל. בערעור על פסק-דין זה (ע"א 191/51, ח' פד"י 141, 148 ואילך) אין השופט אולשן מקבל את דעת השופט ב. כהן, אך הוא עושה כך אך ורק בשל ענין של ראיות וכן בהתגישו את העובדה, כי אין מדובר כאן בשאלה של גט.

דתיים. יש מדינות אחרות, בהן החוק מוסר לברירה כל אחד ואחד לבוא בברית הנישואין בצורה הדתית או האזרחית, מבלי שהאחת עדיפה על השנייה. אם במדינות כאלה המנהג בין יהודים בדרך כלל הוא לערוך גם (או רק) נישואין דתיים, יהא אולי מקום להניח כי בני זוג שעל אף האפשרות ועל אף המנהג של עריכת נישואין כדת משה וישראל בכל זאת לא קיימו אלא נישואין אזרחיים, עשו כך בכוונה, כלומר בכוונה להיות נשואים אך ורק לפי חוקי המדינה, מבלי שהיו מעוניינים להיות נשואים כדת משה וישראל. לפיכך יהא מקום במקרים כגון אלה למסקנה שאין לראות את בני הזוג כנשואים לפי דיני ישראל ולא לדרוש אפילו גט מספק לשם מתן היתר לנישואין חדשים.

כך יהא בדרך כלל גם המצב אצל יהודים שבזמן המנדט התחתנו בארץ רק בפני מושל המחוז על יסוד פקודת נישואין וגירושין (רישום) או החוק האנגלי ביחס לנישואין בחוץ לארץ או בפני הקונסול שלהם אם לפי חוקם הלאומי היה זה אפשרי. בני זוג כאלה בוודאי אין לראותם, בדרך כלל, כנשואים כדת משה וישראל. עריכת נישואין אזרחיים בארץ ישראל, אף על פי שלא היה כל צורך בכך ואף על פי שזה התנגד לדרך היהודים בארץ, בוודאי מצדיקה את המסקנה שאיש ואשה כאלה לא רצו להיות נשואים כדת משה וישראל ומאחר שלא עשו כלום כדי לסתור את המסקנה הנ"ל, אין כל מקום לא לפסוק כך.

אם דברים אלה נכונים בכל מדינה ובארץ-ישראל המנדטורית, בישראל היהודית לא כל שכן. אם יונהגו נישואין אזרחיים בישראל, קשה לראות כיצד ניתן יהיה להחיל לגביהם את הגישה המחמירה. בענין זה אומר ד"ר יעקב לוינגר:<sup>97</sup> "אם...אם ינהיגו בישראל נישואין אזרחיים, ולא יהיה להם צביון מיוחד, שיגביר באופן בלתי צפוי את החששות שמא הם בעלי תוקף דתי של חופה וקידושין, הרי גם אם יהא ראוי לנו להתמיר ולאסור על כל אשה שנישאה בנישואין כאלה לצאת מבעלה ללא גט, גדמה שיהיה עם זאת נצטרך להכריע, שאם עברה אשה ויצאה בלא גט ונישאה לאיש אחר, יהיו הבנים שיוולדו לה שרויים לכל היותר במצב של ספק, האם אמנם הם ממזרים בספק. מצב זה נחשב במסורת ההלכתית כ'ספק דרבנן' או כ'ספק ספיקא', ומצב זה, בניגוד למצב של 'מזמור בספק' כבר אין מקום להחמיר בו".

לפיכך אין ראוי להניח קושי מבוהיגת ריבוי ממזרים בהנהגת נישואין וגירושין אזרחיים.

לסיכום גישה זו ניתן לומר, כי הנהגת נישואין וגירושין אזרחיים בישראל לא תפגע ברוב היהודים, שימשיכו להתחתן ולהתגרש על-פי דין תורה, ולא תרבה ממזרים גם לגבי אותו מיעוט, שיבחר בדרך האזרחית.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> לעיל הערה 52, בע' 110.

<sup>98</sup> מבחינה הלכתית, ייתכן ויהיה מקום לעשות הבחנה בין יהודים בישראל, שיבחרו בנישואין אזרחיים, לבין יהודים העולים ארצה ממדינות בהן אין קיימת ברירה בין טקס דתי לאזרחי — בשל החוק או בשל הנהגה הקיימת באותה ארץ. לגבי עולים כאלה, כמו, למשל, העולים מברית-המועצות, יהיה אולי מקום להחיל חזקה זו על פי הגישה המחמירה.

לעומת-זאת, ההצעה המבוארת כאן, תענה על הטענה הגורסת כי החלת דין גירושין אזרחי יהיה בו משום כפייה מצפונית, כאשר אחד מבני הזוג הוא דתי ומתנגד לשיפוטם של בתי משפט אזרחיים. טענה זו הושמעה מפי ח"כ י. ש. שפירא (כתארו אז) בעת הדיון בכנסת השנייה על הצעת חוק שיפוט בתי הדין הרבניים: 14 דבחה"נ 1968 (תשי"ג).

הספק האחד והיחיד, שנותר בענין זה, הוא שמא ינקטו בתי-הדין הרבניים בגישה מחמירה לגבי נשים יהודיות, שנישאו ליהודים בנישואין אזרחיים בישראל, בניגוד לדברים האמורים לעיל, וזאת מטעמים שונים הכרוכים במאבק הציבורי בישראל על מקומו של השיפוט הרבני במדינה. קשה להאמין, כי בשאלה כה גורלית כמו ממזרות יתנו בתי-הדין הרבניים דעתם על שיקולים שאינם לענין. על-כל-פנים, במידה ואכן יחילו בתי-הדין הרבניים את החזקה האמורה גם על זוגות יהודיים, שיינשאו בטקס אזרחי בישראל או מחוצה לה, במדינות לגביהן קיימת חזקה האמורה, נותרה עדיין הדרך השלישית, שתפטור גם את בעייתם של זוגות אלה.

### 3. התנצת גירושין אזרחיים של יהודים מחוות-דעת רבנית

ניתן להסדיר בחוק את הזכות לנישואין ולהטותה בצידה זכות מוגבלת לגירושין אזרחיים. ההגבלה תקבע, כי לגבי בני-זוג, המשתייכים לאותה עדה דתית, לא יינתן צו גירושין, אלא לאור קבלת חוות-דעתו של בית-דין של אותה עדה. לגבי בני-זוג יהודיים פירוש הדבר הוא, כי אם יחליט בית-הדין הרבני, שיש צורך בגט פיטורין, ולו רק לחומרה בשל הספק, לא יתיר בית-המשפט האזרחי להשיא את האשה לפני שיותר קשר הנישואין בין בני-הזוג על-ידי גט פיטורין. הסדר מסוג זה, הדומה באורח עקרוני לזה שנתקבל בחוק שיפוט בענייני החרת נישואין (מקרים מיוחדים), יגן באורח מוחלט על האינטרס הלגיטימי, שיש לציבור הדתי במניעת ריבוי ממזרים ובחששות של רבים אחרים מפני יצירת קטיגוריות של יהודים ישראלים, שאינם מתחתנים זה בזה. ראוי לציין, כי הסדר זה טוב יותר גם מן הבחינה הקריייה בלשון ההמון, "פילוג העם": במצב הקיים אין החוק מונע, כפי שראינו, עקיפת המגבלות הדתיות המוטלות בדין ומשום כך אין החוק יכול למנוע בדרך אפקטיבית נשואי אשת איש בחו"ל או חיים בצוותא המעוררים אף הם שאלה של קידושין מספק. בדרך המוצעת לעיל, יחול הסדר כללי של נישואין אך זה יהיה כפוף לכך שבכל מקרה שבית-דין רואה את הנישואין כתקפים לצורך דרישת גט, לא יותר הקשר בלא גט.

להצעה זו אפשר להתנגד, כמוכן, מהטעם של פגיעה בחופש המצפון, שכן דגני הגיטון במשפט העברי אף הם מבוססים על מצוות-האמונה, שאינן בחלת-כל-הציבור, והם מפלים באורח קיצוני בין בעל לאשתו.<sup>99</sup> כשם שזכאי אדם להינשא כשהוא משוחרר ממגבלות הדת וציוויה, כך זכאי הוא גם לדין גירושין אזרחי.<sup>100</sup> אפשר גם להקיש לגבי ישראל מהקהילות היהודיות ברחבי העולם, החיות עם דין

הטענה פגומה מבחינות רבות; בין השאר, קשה להבין מדוע יש להכשיר כפיית שיפוט רבני על לא-דתי ולפסול עקב כך שיפוט רגיל של בתי-המשפט הישראליים על יהודי דתי. על-כל-פנים, טענה זו נפתרה על-ידי הדרך המוצעת כאן.

<sup>99</sup> לוינגר, לעיל הערה 52, בע' 101-102.

"חוק הנישואין והגירושין שלנו... גורם לאי-הגינות גמורה לא רק מנקודת ראות חילונית אלא אפילו מנקודת ראות דתית. לפי חוק זה יכול הבעל לזכות בגט אם אשתו בגדה בו; ואילו האשה לא תוכל לזכות בגט אם אי-פעם בגד הבעל באשתו, ועל כל פנים לא תזכה בגט כשכבר אינם חיים בצוותא ואין חשש להעברת מחלת מין. אמנם אפלייה זו בין איש ואשה מובנת וצודקת בחברה דתית, שהרי אשה שזינתה אסורה לפי הדת על בעלה, דין שאינו קיים לגבי איש שלא היה נאמן לאשתו. אולם אפלייה זו אינה נסבלת בשום פנים, לא מבחינה חילונית-ליבראלית ולא מבחינה דתית, בחברה ובמדינה חילונית".

גירושין אורחי — וחלק גדול מהן נזקק לדין זה ללא גט — ואין מתרחש בהן אסון הפילוג. אך לעומת-זאת, ניתן לטעון, כי קיימים הבדלים יסודיים בין הזכות לגישואין לבין הזכות לגירושין. יצירת הקשר הראשוני והקמת משפחה כחוק בחשבות לזכות בסיסית של האדם ולא לחיגם מצאנוה בהכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם ובמסמכים אחרים המצהירים על זכויות בסיסיות. אין זה מקרה, כי לעומת-זאת, נפקד מקומה של זכות דומה להתרת קשר הגישואין. התרה כזו אינה גראית כזכות מוקנית כזו ולו רק בשל עצם היותה אקט הפוגע בזכויות הצד השני וזכויות בני המשפחה האחרים. בדיני מדינות רבות נמצא, כי דיני הגירושין כוללים אלמנט דתי מובהק כשעילות הגירושין מוגבלות לאלה שהוכרו במשפט הכנסייתי. אם-כי תהליך זה נמצא בנסיגה ומשתרשת ההכרה בחופש הצדדים להביא את הגישואין לקיצוץ בהסכמה הדדית, עדיין יש בדיני הגירושין של מרבית המדינות אלמנט דתי מובהק. בישראל, כשהזכות לגירושין אורחיים יש לה משמעות כה דראסטית לגבי צאצאיה של „אשת-איש“, ניתן אולי לטעון כי הזכות להטיל מגבלות דתיות על התרת קשר הגישואין גדולה מזו הקיימת בחברות אחרות.

יתר-על-כן, בשל השקפתו של הדין העברי, הרואה את האשה כקניין בעלה, ניתן להחיר את קשר הגישואין בהסכמה הדדית של בני הזוג. כך באורח פרדוקסאלי יצר המשפט העברי מצב עניינים שמדינות רבות טרם הגיעו אליו. בשל כך, אין בהטלת מגבלות דתיות על הזכות לגירושין משום פגיעה מהותית בכל אותם מקרים רבים בהם קיימת הסכמה להתרת קשר הגישואין.

אמת הדבר: על-פי הדרך השלישית עדיין יוצרו קשיים לגבי עגונות ונשים שבעלן חלה במחלת רוח או שהוא מסרב לתת גט ושלן תוכלנה על-כן להשיג גירושין אורחיים<sup>60</sup>. אך הקטיגוריה של אנשים הנפגעים עקב מגבלות דתיות, תצטמצם באורח ניכר. יתר-על-כן, בדרך זו — שאינה נקיה מפרובלמטיות מבחינתו של האדם הלא-דתי — ילכו רק אם יחילו בתי-הדין הרבניים את החוקה, שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לגבי גישואין אורחיים, דבר הנראה לנו בלתי סביר מעיקרו לגבי זוגות שגישואין בישראל.

ראוי להדגיש-כי השאלה היום אינה עוד אם תהיה הזכות לחיים משותפים ולהקמת משפחה משוחררת ממגבלות דתיות. המציאות קבעה זכות זאת ובהיעדר חקיקה בנוסח חוקי האפארטהייד בדרום אפריקה, האוסרת על חיים משותפים בין בני-זוג „פסולים“, לא תוכל הכנסת, אף אם תרצה, לחסל מציאות זו. השאלה האחת והיחידה היום היא, אם צריך החוק להכיר במציאות זו ולמצוא לה פתרון הוגן, או שצריך הוא להמשיך ולהתעלם ממנה, ולקיים שיטה הפוגעת בעקרונות משפטיים מוכרים\*.

<sup>60</sup> במסמכים הבינלאומיים, שהוכרו לעיל בפרק ב', מצויות הוראות הקובעות את הזכויות השוות של הצדדים לגישואין בעת הפקעתם. ראה סעיף 16 להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם וסעיף 23 (ב) לאמנה הבינלאומית על זכויות אורחיות ופוליטיות. הדרך השלישית תחרוג, איפוא, מכללים אלה.

<sup>61</sup> קושי זה יהיה קיים לגבי רוב היהודים בישראל גם על-פי הדרך השנייה, שכן על-פיה מי שנישא בדרך דתית יוכל להחיר את הגישואין רק באותה דרך. אך הדרך השלישית תטיל עול של גירושין דתיים גם על מי שמלכתחילה לא חפץ בטקס דתי. מכאן הקושי בקבלת דרך זו מבחינת הנאמנות לעקרונות חופש הדת והמצפון.

\* לאחר הגשת מאמר זה לדפוס, עלתה לדיון ממשלתי הצעתו של השר מ. קול בענין השוואת מעמדם של רבנים מכל הזרמים בעריכת ורישום של גישואין. הצעתו נדחתה.