

1. פלוני

2. פלונית

3. עמותת 'מבוי סתום' ע.ר. 580268183

כולם ע"י ב"כ עוה"ד בתיה כהנא-דרור ו/או עוה"ד יפעה בלונדר ו/או עוה"ד בתיה כהן
מעמותת 'מבוי סתום'
רחוב התעשייה 8 ירושלים
טלפון: 02-6712282 פקס: 02-6711314

העותרים

- נגד -

1. בית הדין הרבני הגדול ירושלים

2. בית הדין האזורי ירושלים

3. מועצת הרבנות הראשית

4. משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה

5. כנסת ישראל

6. היועמ"ש לממשלה

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

1. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לתת צו על-תנאי, המופנה למשיבים, לבוא ולתת טעם:

א. מדוע לא **יבוטלו פסקי הדין** שנתנו בית הדין הרבני הגדול - המשיב 1, ובית הדין הרבני האזורי ירושלים - המשיב 2. פסקי דין אשר קובעים כי מעמדה האישי של העותרת 2 הוא ספק מקודשת, וכי על העותרים 1-2 להינשא שוב בדרך המנוגדת לעקרונותיהם וזאת כאשר כבר נקבע על ידי רבנים הבקיאים בטיב גיטין וקידושין כי מעמדם האישי של העותרים 1-2 הוא של נשואים. פסקי דין אשר פוגעים פגיעה קשה בזכותם החוקתית לחירות ולכבוד וזכותם היסודית לחופש המצפון - חופש דת;

ב. מדוע המשיבים 1-2 לא **ינפיקו אישור נישואין** עבור העותרים 1-2 לצורך רישומם במרשם האוכלוסין כזוג נשוי כיוון שנישאו לפי דין תורה וקיבלו אישור על כך מבית דין צדק ירושלים;

- ג. מדוע המשיב 3 לא קובע **מדיניות סדורה** בנוגע לחתימת זוגות הבאים להינשא על שטר התנאה ועל הסכם קדם נישואין, כאשר **חוסר מדיניות שכזו פגע בזכויות העותרים 1-2 ועלול לפגוע בזכויות חוקתיות ובזכויות יסוד** של זוגות אשר חותמים על שטר התנאה ועל הסכם קדם נישואין מתוך רצון **לפתור בדרך הלכתית אפשרות של עגינות וסרבנות גט** ;
- ד. מדוע המשיב 3 **מאשר נישואין שנערכו דרך בתי דין פרטיים** מסוימים ואינו נותן אישורים שכאלו לבתי דין פרטיים אחרים, וזאת מבלי שקבע קריטריונים למתן אישור שכזה והאישור שניתן נעשה אך ורק על בסיס הסכמים היסטוריים. התנהלות אשר **מפלה** בתי דין פרטיים כגון בית דין צדק ירושלים ;
- ה. מדוע לא יראה המשיב 4 באישור הנישואין שהנפיק בית דין צדק ירושלים בראשות הרב א' ד' לוי **כ"תעודה ציבורית" לצורך רישום העותרים 1-2 כנשואים במרשם האוכלוסין** וישנה את מעמדם בהתאם, וזאת נוכח העובדה כי העותרים נדחו על ידי המשיבים 1 - 2.
2. כן מבוקש כי בית המשפט הנכבד ייתן כל סעד אחר או נוסף, כפי שימצא לנכון ולצודק לאור נסיבות המקרה ;
3. כמו כן מבוקש כי בית המשפט הנכבד יורה על בטלות סעיף 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) כיוון **שסעיף זה הינו בלתי מידתי ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה ועל כן אינו חוקתי**, משום שהוא חושף את העותרים 1 - 2 לאישום פלילי ולמאסר בגין הדרך שבה נישאו ופוגע קשות בכבודם ובחירותם.
4. כמו כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לחייב את המשיבים בתשלום הוצאותיהן של העותרים בגין עתירה זו, לרבות תשלום שכ"ט עו"ד, בצירוף מע"מ כדין.

תוכן העתירה

פתח דבר

עמ'

הצדדים לעתירה

עמ'

העובדות הרלבנטיות לענייננו - מיצוי ההליכים

עמ'

זכות העמידה

עמ'

שיהוי

עמ'

המסגרת הנורמטיבית

עמ'

פרק ראשון – פגיעה בזכויות חוקתיות

הקדמה

עמ'

פירוט הפגיעה החוקתית במקרה זה

עמ'

פרק שני – התנהלות בלתי סבירה ובלתי מידתית של בית הדין הרבני, של

מועצת הרבנות הראשית ושל משרד הפנים

הקדמה

עמ'

בית הדין הרבני:

1. התנהלות בתי הדין הרבניים בנוגע לנישואים פרטיים

עמ'

2. הקביעה בפסק הדין שעל העותרים 1 - 2 להינשא שנית

עמ'

3. שימוש בתקנת הציבור לצורך קביעת תקפות הנישואין של העותרים

עמ'

4. פסילת הרב המקדש

עמ'

עמ'

מועצת הרבנות הראשית:

1. חוסר קביעת מדיניות לעניין הסכם קדם נישואין ושטר התנאה

עמ'

2. אפליה בין בתי הדין הפרטיים השונים במתן אישור לנישואין שערכו

עמ'

משרד הפנים:

אי רישום במרשם האוכלוסין

עמ'

פרק שלישי: אי חוקיות ס' 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום)

הקדמה

עמ'

היסטוריית תיקון סעיף 7 לפקודה

עמ'

הפגיעה החוקתית שבסעיף 7 לפקודה

עמ'

תקיפת חוקתיות של הסעיף

עמ'

עמ'

סוף דבר

פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו הוא פגיעה בזכויות החוקתיות ובזכויות היסוד של העותרים 1 - 2 אשר ביקשו להתחתן לפי דין תורה בדרך אשר תמנע אפשרות לעגינות ולסרבנות גט, דרך אשר מוכרת ומקובלת בהלכה לדורותיה. היושבים בדין בבית הדין הרבני על 2 ערכאותיו לא קיבלו את אותה הדרך וקבעו כי העותרת 2 הינה ספק מקודשת וכי על העותרים להינשא שנית - ללא תנאי בקידושין. כתוצאה מכך העותרים 1 - 2 רשומים ברשימת מעוכבי החיתון עד שימלאו אחר הוראות בית הדין.
2. לכאורה, העותרים אשר היו פנויי חיתון ולא הייתה להם כל מניעה להינשא על ידי רב רושם נישואין - בדרך שהתוותה הרבנות הראשית. אך למעשה, אפשר להגדיר את העותרים 1 - 2 כמנועי חיתון (כגון כהן וגרושה) כיוון שרב רושם נישואין לא היה מאפשר להם לחתום על שטר התנאה ולא בטוח שהיה מאשר את הסכם קדם הנישואין שעליו חתמו. אם היו העותרים מנסים ללכת בדרך שהתוותה הרבנות הראשית הם היו נאלצים להינשא בדרך הנוגדת את השקפתם החברתית והדתית - כמו שקרה בסופו של יום כאשר בית הדין הרבני מנסה לכפות עליהם נישואין ללא תנאי - לפיכך יש מקום להתערבות בג"ץ במקרה זה.
3. העותרים 1 - 2, שהינם שומרי תורה ומצוות, ביקשו להינשא כדת משה וישראל מתוך רצון להקים בית משותף שיחיו בו באהבה ובאחוה. טרם נישואיהם, בהיותם מודעים למציאות העגומה בנוגע למסורבות גט ועגונות, ביקשו מוצא שיאפשר להם להימנע באופן אישי ממצב של סרבנות גט או עגינות. לפיכך, חתמו המבקשים על הסכם קדם נישואין ועל שטר התנאה והרשאה. לאחר שנקטו צעדים אלה קיימו המבקשים טקס נישואין כהלכה. הרב שערך את טקס הנישואין נתן למערערים אישור על עריכת הטקס, והמערערים אף קיבלו אישור אודות נישואיהם מהרב א' ד' לוי - ראש בית דין צדק ירושלים (להלן: **"בד"ץ ירושלים"**).
4. כאשר העותרים ביקשו להירשם במרשם האוכלוסין כזוג נשוי הם פנו תחילה אל המועצה הדתית בירושלים לצורך הנפקת אישור נישואין וזו הפנתה אותם אל בית הדין הרבני. בית הדין הרבני האזורי ערך 2 דיונים בעניינם של העותרים והוציא פסק דין שבו נדחתה בקשתם ונקבע כי קידושיהם מוטלים בספק וכי עליהם להינשא שוב. עוד נקבע כי עד שלא ימלאו אחר הוראות בית הדין הם יירשמו ברשימת מעוכבי החיתון (להלן: **"פסק הדין באזורי"**). העותרים ערערו על פסק דין זה, ולאחר שהתקיים דיון אחד בבית הדין הרבני הגדול ניתן פסק דין שדחה את הערעור וקבע כי הוא מקבל את כל קביעות בית הדין הרבני האזורי שניתנו בפסק הדין (להלן: **"פסק הדין בגדול"**).
5. המשיבים 1 - 2 העמידו את העותרת במצב של ספק מקודשת ורשמו את העותרים ברשימת מעוכבי חיתון אך ורק בשל שיקולי מדיניות, וזאת חרף העובדה שרבנים אשר מבינים בטיב קידושין וגיטין אישרו נישואין אלו. קביעות בית הדין הרבני מהוות פגיעה קשה בזכויות החוקתיות של העותרים 1-2 לחירות ולכבוד ובזכותם היסודית לחופש מצפון - חופש דת.
6. העותרים ערכו את נישואיהם בטקס פרטי מתוך ידיעה כי הדבר לא יתאפשר להם אחרת. אולם אין במעשיהם כל קריאת תגר על ההלכה ועל מנהגי ישראל. העותרים ביקשו מצד אחד להתחתן כדת משה וישראל ומצד אחר הם רצו כי קידושיהם יהיו קידושי תנאי מתוך תפיסת עולם חברתית - ציבורית המגינה על הנשים מהאפשרות לעגינות ולסרבנות גט.
7. העותרים מבקשים ללכת בדרך החוקתית שהותוותה במדינת ישראל המגינה על כבוד האדם וחירותו ועל האוטונומיה שלו ובד בבד ללכת בדרך ההלכה היהודית. קידושי תנאי וחתימה על הסכם קדם

נישואין היא הדרך אשר משלבת את היסודות הדמוקרטיים והיהודיים של מדינת ישראל ומממשת את זכויות האדם המעוגנים בחוק יסוד.

8. כאמור, בית הדין הרבני קבע כי העותרת 2 היא במעמד של ספק מקודשת ולפיכך לא הסכים להנפיק לעותרים אישור נישואין. בית הדין התנה את הנפקת האישור בנישואי העותרים שנית בלי כל התנאה, בדרך הנוגדת את השקפתם הדתית והחברתית, וזאת למרות שיש להם אישור מרב מוכר כי על פי ההלכה הם נשואים. פסקי הדין של בית הדין הרבני מעמידים את העותרים במצב שקרי ביחס לסטאטוס שלהם, וחרף היותם נשואים לפי ההלכה הם לא יכולים להירשם ככאלה במרשם האוכלוסין.

9. העותרים ניסו להירשם במרשם האוכלוסין ללא אישור של בית הדין ועל סמך האישור שהונפק על יד בד"ץ ירושלים. אולם משרד הפנים סירב לרושםם בטענה כי אין להם תעודה ציבורית בהתאם לס' 19 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה - 1965 (להלן: "חוק המרשם") ואין אפשרות לרושםם כנשואים רק על סמך הצהרתם, וסירב לראות באישור של בד"ץ ירושלים כתעודה ציבורית לצורך המרשם.

10. לאחרונה הדגיש השופט ח' מלצר (בג"ץ 9261/16 פלונית ואח' נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים ואח'), פסק דינו של השופט א' רובינשטיין בהסכמת השופטים ח' מלצר וי' דנציגר [נמצא בנבו, 30.3.17]) את חשיבות הגנת רשויות השלטון, לרבות בית הדין הרבני, על הזכויות החוקתיות של האזרח וזאת מכוח הוראות סעיפים 4 ו-11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11. בית הדין על 2 ערכאותיו לא רק שלא הגן על זכויותיהם החוקתיות של העותרים אלא הוא זה אשר פגע בזכויות אלו. יתרה מכך, כל עוד בית הדין ומועצת הרבנות הראשית אינם פועלים לקדם דרכים הלכתיות אשר יביאו למניעת עגינות וסרבנות גט הם ממשיכים ופוגעים בזכויות חוקתיות של אזרחים רבים אשר מעוניינים להינשא כדת משה וישראל, ומבקשים להשתמש בכלים הלכתיים אשר מאפשרים להם הגנה מפני מצב אפשרי של עגינות וסרבנות גט.

12. על כך יש להוסיף כי קיים כאן ניגוד עניינים מובנה, כאשר הסמכות השיפוטית - כלומר בית הדין הרבני - אינה בלתי תלויה בנושא זה כפי שהיה ראוי שתהיה. בית הדין הרבני למעשה מגן על סמכויותיו של המוסד שמכוחו הוא פועל - הרבנות הראשית לישראל - ומנסה למנוע פגיעה בו.

13. עוד יש להדגיש כי מקרה זה משקף את המצב האבסורדי שקיים כיום במדינת ישראל, שבו זוגות אשר לא נישאו כדת משה וישראל (לדוגמה: נישואים אזרחיים בחו"ל או נישואים של חד מיניים) יכולים להירשם במרשם האוכלוסין כנשואים, בעוד שזוגות שהתחתנו בהתאם לדין תורה אינם יכולים לעשות כן.

14. עוד יש להוסיף כי ס' 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) (להלן: "הפקודה"), אשר חושף את העותרים 1 - 2 לאישום פלילי ולמאסר של שנתיים, אינו חוקתי ויש לבטלו. מטרת הפקודה היא לדאוג למרשם מהימן בנוגע לנישואים וגירושין. אולם האמצעי שנבחר בסעיף 7 לפקודה למימוש מטרה זו - שנתיים מאסר - אינו מידתי ופוגע פגיעה קשה בזכויות החוקתיות של העותרים ולפיכך דינו של סעיף זה בטלות.

הצדדים לעתירה

העותרים

1. **העותר מס' 1**, נעם אורן, נישא לעותרת 2 בנישואים פרטיים ומבקש לשנות את הסטאטוס שלו במרשם האוכלוסין על מנת שיתאים למעמדו האישי. כאשר הגיע לבית הדין הרבני על מנת שינפיק לו אישור נישואין קבע בית הדין הרבני כי אשתו היא ספק מקודשת ולכן עליו לערוך שוב את טקס הנישואין ללא התנאה ועד שיעשה כן הוא רשום ברשימת מעוכבי חיתון. כמו כן בקשתו ממשרד הפנים לשינוי הסטאטוס שלו במרשם האוכלוסין נדחתה.
2. **העותרת מס' 2**, נעה אניקסטר, נישאה לעותר 1 בנישואים פרטיים ומבקשת לשנות את הסטאטוס שלה במרשם האוכלוסין על מנת שיתאים למעמדה האישי. כאשר הגיעה לבית הדין הרבני על מנת שינפיק לה אישור נישואין קבע בית הדין הרבני כי מעמדה הוא ספק מקודשת וכי עליה לערוך שוב טקס נישואין ללא התנאה, ועד שתעשה כן היא רשומה ברשימת מעוכבי חיתון. כמו כן בקשתה ממשרד הפנים לשינוי הסטטוס שלה במרשם האוכלוסין נדחתה.
3. **העותרת מס' 3**, עמותת "מבוי סתום", היא עמותה ללא כוונת רווח הפועלת מאז שנת 1995 למען מסורבות גט ועגונות בישראל. פועלה הוא בסיוע למסורבות גט ועגונות במאבקן לקבלת הגט, ובחתימה למען השגת פתרון כולל לבעיית סרבנות הגט בדרך של קידום וניסוח הצעות חוק, העלאת המודעות הציבורית לעניין ומציאת פתרונות הלכתיים לנושא. בין שאר פעולותיה מחתימה העמותה זוגות על שטר התנאה והסכמי קדם נישואין.

המשיבים

4. **המשיב מס' 1**, בית הדין הרבני הגדול, הוציא פסק דין אשר דחה את ערעור העותרים 1 - 2 על פסק הדין שנתן המשיב 2.
5. **המשיב מס' 2**, בית הדין הרבני האזורי ירושלים, הוציא פסק דין שדחה את בקשת העותרים 1 - 2 להנפיק להם אישור נישואין וקבע כי מעמדה של האישה הוא ספק מקודשת וכי על העותרים 1 - 2 לערוך שוב טקס נישואין ועד שיעשו כן הם רשומים ברשימת מעוכבי חיתון.
6. **המשיב 3**, הרבנות הראשית אחראית על מועצת הרבנות הראשית שהיא הסמכות ההלכתית העליונה עבור ממשלת ישראל ומערך שירותי הדת במדינה.
7. **המשיב מס' 4**, משרד הפנים אשר אחראי, בין השאר, על רשות האוכלוסין וההגירה וסירב לשנות את הסטאטוס של העותרים 1 - 2 במרשם האוכלוסין.
8. **המשיבה מס' 5**, כנסת ישראל אשר אחראית על חקיקת החוקים ואישרה את חקיקת סעיף 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום).
9. **המשיב 6**, היועמ"ש לממשלה אשר עומד בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת ושל השירות המשפטי הציבורי, ומתוקף תפקידו כתב חוות דעת המפרשת את סעיף 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום).

העובדות הרלבנטיות לענייננו - מיצוי ההליכים

1. העותרים 1 - 2 נישאו זו לזה ביום י"ב באב תשע"ו (16.8.16).

2. טרם נישואיהם, ביום כ"ט בתמוז התשע"ו, חתמו העותרים על הסכם שאושר על ידי הרב גדעון פרל (רב אזורי - אלון שבות ואב"ד גוש עציון) ועל ידי עוה"ד איילה אחיטוב. בהסכם זה מסכימים בני הזוג להינשא בהתאם לאמור בהסכם, וכפי שיפורט להלן בקצרה: מוסכם כי הערכאה המקובלת עליהם ליישוב סכסוכים בין בני הזוג תהיה בית המשפט לענייני משפחה או כל בית משפט אזרחי אחר. עוד הוסכם כי אם אחד מבני הזוג יפנה אל בית הדין הרבני לצורך יישוב סכסוך, אזי הוא ישלם לצד השני את כל הוצאות המשפט. כן הוסכם כי הם מוותרים להוציא לפועל כל החלטה או פסק דין בנושאים אלו שיינתנו בבית הדין הרבני. כן הוסכם כי עם קבלת גט וחלוקת הרכוש האישה מוותרת על תוספת כתובתה. המבקשים הסכימו על מנגנון של תשלום דמי מזונות מוגדלים במקרה שבו יחיו בנפרד 18 חודשים ויותר ואחד מהם יתבע גירושין.

מצ"ב ההסכם כנספח א

3. ביום י"ב באב התשע"ו¹ חתמו העותרים בפני שני עדים על שטר התנאה והרשאה. בשטר זה נקבע כי הקידושין יהיו תקפים אך ורק ועל עוד מתקיימים כל שלושת התנאים שפורטו בשטר. עוד הצהיר האיש כי כאשר יאמר "הרי את מקודשת לי..." במעמד החופה הוא מתכוון לקדש את האישה על פי התנאים הללו, והוא מודיע כי גם לאחר הנישואין בכוונתו לחיות עם האישה רק על פי התנאים. האישה הצהירה כי היא מתכוונת להתקדש לאיש על מנת שהקידושין יהיו תקפים אך ורק על פי התנאים, וכי כאשר תסכים להתקדש במעמד החופה היא מתכוונת להתקדש על פי התנאים. התנאים שפורטו הם בנוגע לחייהם המשותפים, להימנעות מחליצה ולהימנעות מפסולי חיתון. כן ניתנה בשטר הרשאה לבית הדין הרבני להפקיע את הקידושין בהתקיים אחד התנאים והרשאה לשליחות בגט. בני הזוג הצהירו כי לפני כל קיום מעשה אינטימי ביניהם הם עושים זאת על דעת שהקידושין תקפים אך ורק על פי התנאים וכי אין בכוונתם ליצור קידושין חדשים ובלתי מותנים על ידי המעשה האינטימי.

מצ"ב שטר ההתנאה והרשאה כנספח ב

4. ביום 7.9.16 הגיעו העותרים אל משרדי המועצה הדתית בירושלים לצורך רישומם כזוג נשוי. כאשר ניגשו אל הפקידה, היא טענה כי אין בסמכותה לפתוח למבקשים תיק לאחר שכבר נערכו הנישואין. בני הזוג התעקשו על פתיחת התיק וביקשו לדבר עם הממונה עליה. הממונה סירב לפתוח להם תיק והפנה אותם לבית הדין הרבני לקבלת אישור נישואין. הממונה אף ציין כי זה הנוהל במקרה שבו זוג כבר התחתן ואינו מעוניין לקיים טקס נוסף.

5. העותרים פנו אל בית הדין הרבני האזורי בירושלים ושם מילאו את הטפסים הנדרשים. הפקידה ביקשה מהם שידברו עם הרב המקדש ויבקשו ממנו לחתום על טופס שבו הוא מתחייב לא לערוך נישואין באופן פרטי. הפקידה הוסיפה כי אם הרב לא יסכים לחתום על ההתחייבות עליו לציין זאת בכתב. לאחר שהעותרים מילאו את המסמכים וצירפו תעודת נישואין מבד"ץ ירושלים המאשר את נישואיהם כדמו"י (בנוגע לבד"ץ ראו להלן), הם הופנו אל פקיד שלישי על מנת להשלים את תהליך פתיחת התיק.

מצ"ב תעודת נישואין בד"ץ ירושלים כנספח ג

6. יודגש כי העותרים הציגו בפני הפקידים אישור מטעם בד"ץ ירושלים - בית דין ירושלים לדיני ממונות ולבירור יוחסין בראשות הרב א' ד' לוי. אישור קובע כי "לאחר שבררנו ואמתנו שבני הזוג דלהלן נכנסו

¹ קיימת טעות סופר בשטר התנאה והרשאה כאילו הוא נחתם ביום י"ג באב התשע"ו, אך למעשה הוא נחתם ביום הנישואין י"ב באב התשע"ו

לחופה וקדושין כהלכתם הננו מאשרים שבני הזוג הללו נשואין כדת משה וישראל, ויחיו באהבה ורעות עד מאה ועשרים ולא יפרדו זה מזו אלא בגט כדמו"י בבית דין זה". עוד פורט באישור תאריך הנישואין, מקום הקידושין, מקום הנישואין, העדים ועורך הקידושין והחופה. על האישור חתום אב"ד הרב אברהם דב לוי.

7. עוד ראוי לציין, כי הרב ד"ר מיכאל אברהם - שערך לעותרים את החופה והקידושין - סרב לחתום על מסמך המחייב אותו לא לקדש שוב ללא אישור הרבנות הראשית. ולמרות זאת הסכים בית הדין לפתוח לעותרים תיק, וזאת חרף הצהרתם הראשונית של הפקידים כי בלעדי חתימת הרב המקדש לא יתאפשר להם לפתוח תיק.

8. הליך פתיחת התיק נמשך כשעתיים ולאורך כל ההליך הדגישו הפקידים בפני העותרים כי מדובר במקרה יוצא דופן וייתכן כי הוא יתעכב יותר מהמקובל ואולי אף יועבר להליך פלילי.

9. לאחר מכן התקיימו 2 דיונים בפני בית הדין הרבני האזורי שבמהלכם העידו העותר 1, שני עדי החופה והקידושין והרב עורך החופה והקידושין. הרב אברהם אף הגיש לבית הדין מסמך שבו הוא עונה על שאלות שנשאל על ידי בית הדין במהלך הדיון. העותרים הגישו את סיכומיהם, וביום 14.3.17 נתן בית הדין הרבני האזורי פסק דין אשר דוחה את בקשת העותרים וקובע כי העותרת 2 היא ספק מקודשת ולכן על העותרים לערוך שוב טקס נישואין. עוד נקבע בפסק הדין כי עד שהעותרים יערכו טקס חדש באמצעות רב רושם נישואין מורשה, וללא תנאי בקידושין, הם יירשמו ברשימת מעוכבי החיתון.

מצ"ב מסמך התשובה של הרב אברהם כנספח ד

מצ"ב פסק הדין כנספח ה

10. ראוי לציין כי ביום 28.3.17 כתב הרב גדעון פרל - הרב אשר חתם לעותרים על הסכם קדם הנישואין שערכו העותרים - מכתב לבית הדין הרבני האזורי שבו הוא מתנער מחתימתו על הסכם זה. בית הדין ביקש את תגובת העותרים, וביום 3.4.17 הגישו העותרים את תגובתם. ביום 18.4.17 הורה בית הדין הרבני האזורי להעביר תגובה זו לרב פרל.

מצ"ב מכתבו של הרב פרל ותגובת העותרים למכתב כנספח ו

11. ביום 6.4.17 הגישו העותרים ערעור על פסק הדין של בית הדין האזורי. ביום 18.4.17 ניתנה החלטת בית הדין הרבני הגדול כי על העותרים להפקיד 20,000 ₪ לצורך הדיון בערעור. ביום 30.4.17 הגישו העותרים בקשה לביטול ההחלטה בדבר הפקדת הערבות או להפחתת סכום הערבות בשל מצבם הכלכלי. בו ביום נתן בית הדין הרבני הגדול החלטה כי הוא מקבל חלקית את בקשת העותרים והפחית את סכום הערבות לסך של 15,000 ₪.

מצ"ב החלטות ביה"ד לעניין הערבות ובקשת המערערים בעניין כנספח ז

12. ביום 28.6.17 התקיים דיון בבית הדין הרבני הגדול בעניין הערעור. בדיון פנה בית הדין אל העותרים והציע להם לפתור את הבעיה על ידי כך שיינשאו שוב. לאחר שהמערערים התייעצו ביניהם הם הודיעו לבית הדין כי הם אינם מקבלים את הצעתו כיוון שהם נשואים לפי ההלכה ולכן אינם מסכימים לערוך שוב טקס נישואין אשר מבטל את שטר ההתנאה.

מצ"ב פרוטוקול הדיון כנספח ח

13. ביום 7.8.17 נתן בית הדין הרבני הגדול פסק דין אשר דחה את הערעור וקבע כי פסק הדין נשוא הערעור שריר וקיים על כל סעיפיו, כן חייב את העותרים בהוצאות בסך של 25,000 ₪.

מצ"ב פסה"ד כנספח ט

14. לאחר מתן פסק הדין בגדול פנו העותרים 1-2 אל משרד הפנים בבקשה לשינוי מעמדם האישי כנשואים. ביום 6.12.17 נשלח לעותרים 1-2 מכתב רשמי מגבי חגית גואלי - ממונה מרשם ודרכונים דסק מרכז - שבו נאמר כי "היות ואין ברשותך תעודת נישואין כנדרש לא ניתן יהיה לעדכן מצבך האישי ע"ס הצהרתכם בלבד".

מצ"ב התשובה כנספח י

15. ביום 28.12.17 שלחה ב"כ העותרים 1-2, עוה"ד בתיה כהנא דרור, מכתבים אל שר הפנים ואל מנהל מינהל האוכלוסין וההגירה שבהם היא מבקשת כי ידאגו לשינוי הסטאטוס של העותרים 1-2 במרשם האוכלוסין.

מצ"ב המכתב כנספח יא

16. ביום 8.1.18 שלחה ב"כ העותרים מכתבים משלימים אל שר הפנים ואל מנהל מינהל האוכלוסין וההגירה שבהם היא מבקשת כי לצורך שינוי הסטאטוס של העותרים 1-2 במרשם האוכלוסין, יראו בתעודה שהנפיק בד"ץ ירושלים כתעודה ציבורית.

מצ"ב מכתב השלמה כנספח יב

17. ביום 9.1.18 ענה עמוס ארבל - מנהל אגף מרשם ומעמד, וביום 15.1.18 ענה אלי לוי - מנהל תחום מרשם ודרכונים מטעם מינהל האוכלוסין וההגירה. בשני המכתבים נאמר כי ההחלטה הראשונית עומדת בתוקפה וכי אין לראות באישור של בד"ץ ירושלים כתעודה ציבורית.

מצ"ב מכתבי התשובה כנספח יג

18. ביום 6.2.18 שלחה ב"כ העותרים מכתב נוסף אל שר הפנים שאליו צורפה תשובת מינהל האוכלוסין.

מצ"ב מכתב התשובה מכתב כנספח יד

19. נכון לכתיבת שורות אלו שר הפנים טרם ענה לעותרים.

20. בנסיבות העניין לא נותר לעותרים אלא לבקש סעד מאת בית המשפט הנכבד זה.

זכות העמידה

1. במקרה זה קיימת זכות עמידה הן לעותרים הפרטיים 1-2 אשר נפגעו באופן אישי מפסקי הדין של בית הדין הרבני, מחוסר המעש של מועצת הרבנות הראשית ומסירוב משרד הפנים לשנות את הסטאטוס שלהם במרשם האוכלוסין, והן לעותרת הציבורית 3 אשר מחתימה זוגות על הסכמי קדם נישואים ושטר התנאה, ובעיקר בשל הסיבה כי מדובר בעניין בעל אופי ציבורי שיש לו נגיעה לקידומו של שלטון החוק, לאכיפת עקרונות חוקתיים ומתבקשת התערבות כדי לתקן פגם מהותי בפעולת המנהל הציבורי.

2. יכול וייטען כי יש לדחות את עתירת העותרים על הסף כיוון שהם לכאורה עתרו באי ניקיון כפיים. נגד טענה זו יש להזכיר את דברי השופט ויתקון בבג"ץ 80/63 שניצה גורפינקל וירחמיאל חקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז [פורסם בנבו], (9.10.1963) השופטים זילברג, לנדוי, ברנזון, ויתקון, מני: **"אך נראה לי, כי אותו שיקול העשוי לסגור את שערי הצדק בפני אדם שסרח, חל בעיקר כאשר העניין נוגע לאינטרס הפרטי של אותו אדם, ואין כוחו יפה באותה מידה, כאשר עיקר העניין הוא בקביעת הלכה בעלת חשיבות ציבורית כללית. כאן יש אומנם למבקשים ענין אישי להשיג רישום נישואיהם, אך יחד עם זאת יש גם ענין ציבורי בכך, שהמרשם ישקף נתונים נכונים ולא ינוהל על-פי שיקולים זרים. אם לא נשעה למבקשים, מכיון שהתנהגותם לא היתה ללא דופי, יימצא הענין הציבורי בנכונות המרשם מקופח"**.
3. עוד בעניין זה יש להזכיר את התלבטות חלק מהשופטים בשאלה זו בבג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים [פורסם בנבו] (28.2.17), השופטים: א' חיות, י' דנציגר, נ' הנדל, י' עמית, מ' נאור, א' רובינשטיין. בפסק דין זה צורפו 2 עתירות שהגישו בעלים סרבני גט אשר ברחו לחו"ל ואינם מקיימים את פסקי הדין של בית הדין הרבני. בפסק הדין נדונה זכות העמידה של אותם בעלים סרבני גט ולבסוף הכריע בית המשפט כי יש לדון בעתירתם וזאת למרות שהעותרים עתרו בחוסר ניקיון כפיים. בפסק דין זה מרחיב השופט י' עמית ומסביר כי נוכח השאלה העקרונית העולה בעתירה הנוגעת לסמכותו של בית הדין הרבני **"אין מקום לסילוק העתירות על הסף. אדרבה, ראוי כי בית המשפט יתן דעתו לגופם של דברים, ועל ידי פסק דינו יימצאו העותרים מזכים את הרבים"**.
4. דברים אלו ראויים גם בענייננו כאשר יכול שיטענו כי העותרים באו לכאורה בחוסר ניקיון כפיים כאשר נישאו בנישואים פרטיים ולא דרך הרבנות הראשית. אולם, מעבר לעובדה כי לעותרים 1-2 לא הייתה ברירה אלא להינשא בדרך שבה נישאו, במקרה זה מדובר בעניין עקרוני שבחינתו על ידי בית המשפט והכרעה בו תזכה את הרבים.
5. לכך יש להוסיף כי לעיקרון לפיו עותר שאינו נקי כפיים נחסם על ספו של בית המשפט הגבוה לצדק ואינו זכאי לקבלת סעד מידיו קיים חריג - כאשר טענת ניקיון הכפיים נושאת בנסיבות המקרה "מטען של ממש" (ראו: בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, [פורסם בנבו] (9.9.2007) בפסקאות 26-27. לחריגים לכלל ראו אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – עילות הסף 156-129 (2008), בעמ' 152-156; כן ראו: בג"ץ 5445/93 עיריית רמלה נ' משרד הפנים, פ"ד נ(1) 397, 404 [פורסם בנבו], (28.11.94)).
6. מקרה זה נכלל בחריג של טענת ניקיון הכפיים כיוון ש"חוסר ניקיון הכפיים" של העותרים אשר נישאו בנישואים פרטיים נעשה בליט ברירה ומתוך ידיעה שבית הדין הרבני לא יאפשר להם להינשא כדת משה וישראל בדרך אשר מאפשרת התמודדות עם בעיית העגינות וסרבנות הגט - קרי, על ידי חתימה על שטר התנאה. נישואי העותרים, שנערכו בדרך השונה מהדרך שהתוותה על ידי הרבנות הראשית, נעשו אך ורק על מנת להגן על העותרים מסכנת עגינות וסרבנות גט.
7. העותרים סוברים כי ראוי שבית משפט זה ייתן דעתו לגופה של העתירה כיוון שמדובר בנושא משמעותי וכבד משקל עבור כלל אזרחי ישראל. העותרים אף מקווים שעל ידי הדיון במקרה שלהם הם יזכו את הרבים ויביאו לפתרון כולל בנושא העגינות וסרבנות גט.

8. על כך יש להוסיף כי עניין אישור נישואים פרטיים נדון רבות בבית משפט זה (ראו: בג"ץ 238/53 אהרון כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(4) [פורסם בנבו], (15.1.1954); בג"ץ 130/66 חיים שגב נ' בית הדין הרבני האזורי, צפת, פ"ד כא(2), 505 [פורסם בנבו], (16.11.1967); בג"ץ 51/69 אלקנה רודניצקי נ' בית הדין הגדול לערעורים, פ"ד כד(1), 704 [פורסם בנבו], (16.6.1970); בג"ץ 71/65 טובה שטנד נ' שר הפנים, פ"ד יט, 501 [פורסם בנבו], (61.3.1965)), והמשותף לכל המקרים שנדונו הוא כי בית המשפט היה מוכן להיענות לבקשת העותרים ולאשר את הקידושין הפרטיים שערכו ובלבד שהתקיימו 3 דרישות אלו: (א) בני הזוג נקטו תחילה בהליכים המתאימים בבית הדין הרבני ומיצו את האפשרות לסעד במוסד זה. (ב) בני הזוג ראוים לסעד כיוון שמנועים להינשא ברבנות. (ג) הטקס שנערך על ידם תופס על פי הדין היהודי (ולו גם מספק).
9. במקרה זה העותרים עונים על הדרישות כיוון שהם מיצו את האפשרויות לסעד בבית הדין הרבני על 2 ערכאותיו וכיוון שבית הדין הרבני אינו מאשר את נישואיהם ומעמידם בספק ומבקש מהם להינשא שנית בטקס אשר מנוגד לדרכם ולאמונתם. פסק הדין מוכיח כי העותרים 1-2 היו מנועים להינשא דרך הרבנות הראשית. הטקס שערכו העותרים תופס על פי הדין היהודי ואושר על ידי רבנים הבקיאים בטיב קידושין וגיטין.
10. לאור כל האמור לעיל ראוי כי בית משפט זה ידון לגופה של העתירה.

שיהוי אל מול מיצוי הליכים

1. ידוע כי כאשר מבקש אדם להביא את טענותיו לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק, הוא צריך להגיש עתירה בעניין ללא שיהוי. אולם אין בחלוף הזמן כשלעצמו כדי לדחות את העתירה על הסף בשל שיהוי בהגשתה, ואמת המידה לבחינת האיחור בהגשת העתירה היא "שיהוי ענייני". כלומר, שאלת

- השיהוי תבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תוך איזון בין האינטרסים המנוגדים העולים בגדריו (ראו: בג"ץ 7053/96 **אמקור בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד נג(1) 193, 202 [פורסם בנבו], (18.1.99)).
2. האינטרסים שיובאו בגדר האיזון הם מהצד האחד האינטרס של העותר ומהצד האחר האינטרס של הרשות המנהלית או של צדדים שלישיים. עוד אינטרס שיש לשקול הוא האינטרס הציבורי הרחב (פירוט בעניין בחינת האינטרס הציבורי ובחינת האיזון בין האינטרסים ראו: בג"ץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון** השופטים: ס' גיבראן, א' חיות, ע' פוגלמן [פורסם בנבו], (6.9.11)).
3. עוד יש לציין בעניין זה כי לצד חובתו של עותר להגיש את עתירתו בהקדם וללא שיהוי, מצויה חובתו הנוספת - למצות את ההליכים בטרם יפנה לבית המשפט. הלכה פסוקה היא כי "**אין לראות במאמצי הפרט למצות את ההליכים המנהליים העומדים לרשותו כיוצרים שיהוי הפועל לחובתו**" (ראו: ע"א 6365/00 **בר אור נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז צפון**, פ"ד נו(4) 38, פסקה 7 [פורסם בנבו], (26.3.02)).
4. כן ראוי לציין בענייננו כי לפי הפסיקה קיימים מקרים שבהם האינטרס הציבורי בשלטון החוק מצדיק דיון בעתירה חרף שיהוי שנפל בהגשתה, לדוגמה כאשר קיים אינטרס ציבורי בהבהרת המצב המשפטי; כאשר נדרש מתן הנחיה לרשות המנהלית בנושא חשוב; וכאשר העתירות מעוררות שיקולים של צדק, הגינות ומידתיות (ראו: עע"ם 867/11 **עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ**, [פורסם בנבו] (28.12.2014) פסקה 28; יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** (2014), עמ' 1946-1952).
5. יישום העקרונות המפורטים לעיל על מקרה זה מצביעים על כך שאין כאן מקום לטענת שיהוי כאשר העותרים הגישו את עתירתם לאחר שמיצו את כל ההליכים על מנת לשנות את הסטאטוס שלהם במרשם האוכלוסין. העותרים לא קפאו על שמריהם ולאחר מתן פסק הדין בבית הדין הרבני האזורי הם ערערו לבית הדין הרבני הגדול. לאחר דחיית הערעור, פנו העותרים אל משרד הפנים, וכאשר הם נדחו על ידי פקידי המינהל לאוכלוסין והגירה, הם פנו אל שר הפנים ואל מנכ"ל המינהל לאוכלוסין והגירה, ורק כאשר גם אלו לא פתרו את בעיית העותרים - פנו העותרים אל בית המשפט הגבוה לצדק.
6. גם אם על פניו נראה כי עתירה זו הוגשה באיחור, בחינת כל האינטרסים והאיזון ביניהם מצביעה על כך שבמקרה זה על בית המשפט לדון בעתירה כאשר היא מעוררת שיקולים של צדק, הגינות ומידתיות וכאשר קיים אינטרס ציבורי בהבהרת המצב המשפטי של העותרים.

המסגרת הנורמטיבית

1. הלכה היא, כי בית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על החלטותיהם של בתי הדין הרבניים בין אם הן מקובלות עליו מבחינה עקרונית או מבחינת התוצאות ובין אם לאו (ראו למשל: בג"ץ 1521/06 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** בירושלים (פורסם בנבו, 6.4.2006); בג"ץ 8872/06 **פלונית נ'**

בית הדין הרבני הגדול [פורסם בנבו], (20.12.2006); בג"ץ 10767/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו], (22.1.2007); בג"ץ 6124/07 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** [פורסם בנבו], (22.11.2007).

2. התערבות בית משפט זה בהחלטות בתי דין דתיים מוגבלת למקרים קיצוניים של חריגה מסמכות, פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, סטייה מהוראות חוק המכוונות לבית הדין הדתי או כאשר נדרש סעד מן הצדק מקום שהעניין אינו בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר (סעיפים 15(ג) ו- (ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה; בג"ץ 8638/03 **סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול**, [פורסם בנבו], (6.4.06); בג"ץ 5182/93 **לוי נ' בית הדין הרבני האזורי**, רחובות, [פורסם בנבו], (7.4.94)).

3. בענייננו מדובר במקרה של פגיעה משמעותית בעקרונות הצדק הטבעי אשר נדרש בו גם סעד מן הצדק. בית הדין הרבני על שתי ערכאותיו העדיף, בשל שיקולי מדיניות, להעמיד את העותרים במצב של ספק קידושין. מצב אשר בעייתו הן מבחינה הלכתית והן מבחינת הרישום במרשם האוכלוסין. מצב היוצר עוולה חוקתית כלפי העותרים 1 - 2 אשר מצד אחד לא יכולים לממש את נישואיהם ומצד אחר אינם יכולים להינשא לאחרים. שכן בהתאם להחלטות בית הדין, עותרים 1-2 ספק נשואים זו לזה ועל כן הם אסורים זו על זה, ואינם מותרים לאחרים כיוון שלא התגרשו, ומעמדם הוא של מעוכבי חיתון.

4. פסקי הדין של בית הדין הרבני פוגעים בזכות היסודית של העותרים לחופש מצפון ובנגזרת שלו - חופש דת. בהתאם למצב החוקי הנישואים של יהודים בישראל הם על פי ההלכה היהודית, והפרשנות ההלכתית לענייני נישואין וגירושין ניתנת על ידי בית הדין הרבני ומדובר בפרשנות אורתודוקסית. במקרה זה העותרים 1 - 2 נישאו על פי ההלכה כפי שהיא מפורשת על ידי הזרם האורתודוקסי. אולם בשל שיקולי מדיניות פסל בית הדין הרבני נישואין אלו, וכתוצאה מכך הורה שלא לרושם כנשואים.

5. ייחוס אג'נדה לעותרים 1 - 2 גרם לבית הדין הרבני שלא לאשר את נישואיהם, וכתוצאה מכך לא מתאפשר רישום במרשם האוכלוסין. בהתאם לסמכות שניתנה לו חייב בית הדין הרבני לדון לפי דין תורה, אולם במקרה זה פסקי הדין שניתנו על ידי בית הדין לא מושתתים אך ורק על הבסיס ההלכתי של המקרה אלא בעיקר על מדיניות מסוימת של בית הדין הרבני - תקנת הציבור.

6. על כך יש להוסיף כי המשיבה 3 פעלה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות כאשר היא נמנעת מלתקן תקנות שיכולות להביא לפתרון בעיית העגינות וסרבנות הגט בכלל, ומלקבוע מדיניות לעניין הסכמי קדם נישואין ושטר התנאה בפרט. הימנעות זו הביאה לפגיעה בזכויות החוקתיות של העותרים 1 - 2, ומביאה לפגיעה שכזו גם בכלל אזרחיה היהודים של מדינת ישראל.

7. כמו כן הרבנות הראשית מפלה לאורך שנים בין בתי דין פרטיים כגון בד"ץ ירושלים לבין בתי דין פרטיים אחרים כגון: בד"ץ העדה החרדית, בד"ץ לנדא ובד"ץ שארית ישראל שמקבלים אישורים לנישואין הנערכים דרכם רק על סמך הסכמים היסטוריים, וכל זאת ללא קביעת קריטריונים למתן אישורים שכאלה.

8. בעקבות פסיקת בית הדין בעניין העותרים 1 - 2 משרד הפנים לא הסכים לשנות את סטאטוס העותרים ולא קיבל את האישור של בד"ץ ירושלים כתעודה ציבורית לצורך רישום העותרים כנשואים, וזאת חרף העובדה שמדובר בבית דין שפוסק בהתאם לדין תורה, ואב"ד הרב א' ד' לוי אשר חתום על האישור ידוע בציבור האורתודוכסי כמומחה בגיטין וקידושין וברור כי לא היה נותן תעודה המאשרת את נישואי העותרים בהתאם לדין תורה אם היה לו פקפוק כלשהו בנישואי העותרים, ולכן אישור מטעמו מעיד כי הנישואין כשרים לפי כללי ההלכה וכי העותרים 1 - 2 נשואים.

9. לכך יש להוסיף כי הסירוב לרשום את העותרים 1 - 2 כנשואים לכאורה מכניס אותם לקטגוריה של ס' 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) וחושף אותם לאישום פלילי ולמאסר כיוון שהם לכאורה לא דאגו לרשום את השינוי בסטאטוס שלהם. סעיף זה פוגע בחירות ובשוויון ואינו מידתי - דבר המצביע על אי חוקיותו ועל הצורך לבטלו.

פרק ראשון - הפגיעה בזכויות החוקתיות ובזכויות יסוד

הקדמה

1. הזכות לכבוד האדם מוכרת כזכות חוקתית מאז נכללה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם "הוא הגורם המאחד את זכויות האדם לשלמות. הוא מבטיח את האחדות הנורמטיבית של זכויות האדם" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619

[נמצא בנבו], (11.5.06) השופטים אהרון ברק, מישאל חשין, דורית ביניש, אילה פרוקצ'ה, אדמונד לוי, מרים נאור, אשר גרוניס, אסתר חיות, סלים ג'ובראן. פסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) א' ברק עמ' 681). הזכות לכבוד האדם היא זכות חוקתית בפני עצמה המאגדת בתוכה זכויות יסוד אחרות. הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה שלילית וחובה חיובית כאחת - החובה שלא לפגוע בכבוד והחובה להגן על הכבוד (ראו: אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" מבחר כתבים 417 (חיים כהן, יצחק זמיר, עורכים, 2000)).

2. להלן נפרט כיצד התנהלות בית הדין הרבני על 2 ערכאותיו פגע בזכויות החוקתיות של העותרים 1-2 על ידי הקביעה כי עליהם להינשא בדרך הנוגדת את מצפונם, דרך אשר פוגעת בחופש הדת שלהם פגיעה קשה, ובעיקר כיוון שקבעו כי הסטאטוס שלהם הוא ספק מקודשים - מעמד שבו הם מנועים מלהינשא לאחרים מצד אחד, ומנועים מלממש את נישואיהם זה כלפי זה מהצד האחר.

חופש דת

3. עוד מקום מדינת ישראל הוכרו חופש הדת, המצפון והאמונה כזכויות יסוד הלכתיות, ועם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפך חופש הדת והפולחן לזכות יסוד חקוקה - כחלק מכבוד האדם. הקשר בין כבוד האדם לאוטונומיה של הרצון הפרטי מוליד את ההכרה כי חופש האמונה הדתית הינו חלק מכבוד האדם, בהיות חופש זה קשור קשר הדוק לאישיותו של האדם, לתפיסת עולמו, לצו מצפוננו, ולייחודו כפרט. ההכרה בחופש הדת, הפולחן, המצפון והאמונה כחלק מכבוד האדם מעגנת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו: בג"ץ 10907/04 **ישראל סולודוך ו-70 אחרים נ' עיריית רחובות**, סד (1) 331 [פורסם בנבו], (1.8.10)).
4. חופש הדת משתרע על חירותו של הפרט להאמין, וחירותו לפעול על פי אמונתו תוך מימוש כלליה ומנהגיה, על כן כולל חופש הדת את זכותו של אדם שלא יכפו עליו לפעול בניגוד לדתו. חופש הדת קשור לפרט ולמימוש זהותו, הוא חלק מה"אני" שלו, וכשם שה"אני" מהווה תופעה מורכבת שאין לקבוע בבירור את גבולותיה, כן אין לקבוע את גבולות חופש הדת (בג"ץ 1514/01 **יעקב גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, נה (4) 267 [פורסם בנבו], (18.6.01)).
5. חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, המורה כי בענייני נישואין וגירושין של יהודים השיפוט הוא בסמכותו של בית הדין הרבני, הינו תולדה של פשרה פוליטית. עוד יש לציין כי על חוק זה חל סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - "שמירת הדינים" ולכן יש לפרשו בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך נמצא בפסיקה את הקביעה כי השלטת דין התורה על עריכת נישואין וגירושין לפי החוק אינה זהה דווקא עם **הפעלה מלאה** של כל דיני ההלכה הנוגעים לנישואין ולגירושין (בג"ץ 51/69 **אלקנה רודניצקי נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים**, כד (1) 704 [פורסם בנבו], (16.6.70)).
6. כן יש להזכיר מושכלות יסוד - כאשר יש התנגשות בין זכויות הפרט - חופש הדת, לבין אינטרס ציבורי - רישום הנישואין על מנת לשמור על הסדר הציבורי, על בית המשפט לערוך איזון ביניהם.

7. עוד יש לציין בענייננו כי לפי החוק נישואין וגירושין בישראל צריכים להיות בהתאם לדין תורה, וכי למועצת הרבנות אף נתון, ככלל, שיקול הדעת בנוגע לעמדה ההלכתית שאותה יש לאמץ ביחס לנישואין וגירושין. אולם הרבנות הראשית פועלת במקרה זה כרשות מנהלית ממלכתית הכפופה לכללי המשפט המנהלי ועל כן גם בבואה לפסוק על פי ההלכה, שיקול הדעת המוקנה לה באשר לקביעת התנאים לנישואין וגירושין איננו שיקול דעת מוחלט. השיקולים הבלעדיים שרשאית מועצת הרבנות הראשית לשקול בבואה להפעיל את שיקול דעתה לעניין נישואין וגירושין הם שיקולים מובהקים הנוגעים לתוקף הנישואין או הגירושין (ראו: בג"ץ 7471/05 **בלדי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל**, סב (2) 370 [פורסם בנבו], (20.6.07)).
8. להלן נפרט כיצד במקרה זה הסירוב של בית הדין הרבני לאשר את נישואי העותרים 1 - 2, והעמדת העותרת במצב של ספק מקודשת, מהווה פגיעה חוקתית קשה בזכויות העותרים לכבוד ולחירות, פגיעה באוטונומיה שלהם, בזכותם לזוגיות ולהורות. ופגיעה בעותרת 2 כאשר העמידו אותה במצב הזהה לעגונות - כאשר מצד אחד היא אסורה על העותר 1 שנישאה לו על פי דין תורה, ומצד אחר היא אסורה לכולי עלמא. כמו כן, שימוש בית הדין הרבני בשיקול של תקנת הציבור לצורך קביעת תקפות נישואיהם, ולא שימוש אך ורק בכלים הלכתיים כפי שהיה עליו לעשות - הביא להעמדת העותרת במצב של ספק מקודשת חרף היותה מקודשת לעותר 1.

פירוט הפגיעה החוקתית במקרה זה

9. בית הדין הרבני הוא גוף שהוסמך על ידי המדינה וככזה הוא כפוף בהכרעותיו לחוקי היסוד ולעקרונותיהם (ראו הכרעת בית המשפט העליון בעניין זה בבג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491 [פורסם בנבו], (10.2.94), ובמאמרו של י"ש קפלן "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני" קרית משפט ח 145 (התשס"ט)). בית הדין הרבני אינו יכול להתנער מכפיפותו להוראות חוקי היסוד, וזאת חרף המחלוקות הפנימיות בתוכו בדבר יישום חוקים אלו בבית הדין הרבני.
10. על כך יש להוסיף כי בפסיקת ההלכה קיימים מנגנונים המאפשרים להתאים בין ההלכה לבין עקרונות מוסריים. הדרך העיקרית לעשות כן היא הדרך הפרשנית המעצבת את ההלכה בהתאם לערכים המוסריים כך שהפרשנות הניתנת להלכה מתיישבת בסופו של דבר עם הערכים המוסריים. דרך אחרת היא שימוש במנגנונים המגשרים בין ההלכה ל'מוסר' כגון עקרון "כבוד הבריות" שבהם העיקרון המוסרי גובר על ההלכה הקונקרטיית כפי שהייתה צריכה להיות אף אם לא ראויה לולא עיקרון זה (ראו: מחקרו של אבישלום וסטרייך **זכויות, הלכה והאדם שביניהן**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012).
11. במקרה זה הדרך הפרשנית שבה נקט בית הדין בפסק הדין הייתה מגמתית ולא ניסתה לגשר בין המקורות ההלכתיים לבין הצורך להגן על העותרת 2 ממצב אפשרי של עגינות וסרבנות גט. ותוצאות אותה פסיקה גורמות לפגיעה חוקתית בזכויות היסוד של העותרים, והכול כפי שיפורט להלן:

העמדת העותרת 2 במצב של ספק מקודשת - הטלת ספק בקידושין

12. בפסק הדין של האזורי נקבע כי במקרה זה התעוררו ספקות רציניים אם הקידושין בתוקף, וכי טרם השלמת הבירור במכלול הנושאים ההלכתיים, דינה של האישה כספק מקודשת. פסק הדין של הגדול, כאמור, אישר קביעה זו.
13. ראשית יש לציין כי בקביעה זו השאיר בית הדין הרבני את העותרת 2 במעמד בעייתי של ספק מקודשת ואף הכניס את העותרים 1-2 לרשימת מעוכבי חיתון וכל זאת **ללא השלמת הבירור ההלכתי** במכלול הנושאים שהעלו את הספק בעיניו. ברור כי היה על בית הדין הרבני להשלים בירור זה טרם מתן פסק הדין וכן היה עליו לפרט את הנימוקים שהובילו אותו לקביעה קשה זו.
14. יתרה מכך, בפסק הדין של האזורי העלה בית הדין **טענות סותרות** בעניין מעמד הנישואין של העותרים - מצד אחד, טוען בית הדין כי האישה ספק מקודשת, ומצד אחר, טוען בית הדין כי לפי סעיף 7 לשטר ההתנאה והרשאה העותרים אינם מקודשים כלל.
15. הספק בנישואין פרטיים נגרם, לפי תפיסת בית הדין, לאו דווקא כתוצאה מכך שהנישואין הפרטיים נערכים ללא פיקוח מדוקדק של הרבנות על קיום כל הדינים הנוגעים לכשרות הנישואין, אלא **בעיקר בגלל ההשקפה העקרונית של בית הדין** שיש לערוך נישואים רק דרכם. אפשר ללמוד זאת ממקרים שבהם בית הדין נותן תוקף לנישואין פרטיים וקובע את תקפם בוודאות כאשר לנגד עיניהם קיים שיקול אחר - דהיינו, כאשר השאלה המרכזית העומדת בפני בית הדין היא לא תוקף הנישואין אלא גירושי הצדדים או ענייני ירושה וכד' (לדוגמה: זוג שנישא בנישואין פרטיים ואחד הצדדים נפטר ובן זוגו מבקש לקבוע בדיעבד את עובדת הנישואין או במקרה שבו נישאו בנישואין פרטיים והאישה רוצה להתחתן עם אחר).
16. חוסר ההכרעה בתוקפם של הנישואין והחלת המושג ספק לגביהם **באה לשרת מטרה ערכית** ברורה - להילחם באגינדה של נישואים פרטיים בכלל וחתימה על שטר התנאה ועל הסכמי קדם נישואים בפרט, גם כששיקול זה אינו נזכר במפורש בפסק הדין. השיקול שלא לסייע בידי אלו שנישאו בנישואים פרטיים הניע את בית הדין הרבני לשלול את ההכרה בהם, בין היתר על ידי **מציאת ספיקות באורח מלאכותי** בתוקפם של הקידושין (עוד לעניין הכנסת שיקולי מדיניות בהכרעת בית הדין בדבר ספק בקידושין אפשר למצוא בספרו של פ' שיפמן **ספק קידושין במשפט הישראלי** (תשל"ה)).
17. עניין נוסף שעולה מקביעת בית הדין כי האישה ספק מקודשת הוא **כפיית קידושין חוזרים**. בהתאם לזכויות החוקיות של העותרים ברור כי **אין מקום לחייב אחד הצדדים לקדש או להתקדש שלא לרצונו**. גם לפי ההלכה דבר זה אינו אפשרי - לגבי האישה לא יכול להיות כל ספק בדבר שהרי **"אין האשה מתקדשת אלא לרצונה והמקדש אשה בעל כרחה אינה מקודשת"** (שו"ע אבן העזר מ"ב סעיף א'). וגם לגבי האיש אין מקום לכפייה שכזאת כיוון שיש חילוקי דעות בהלכה אם קידושי אונס שכאלה תופסים. אם כן מה הועילו חכמים בתקנתם? כאשר בית הדין הרבני כופה על העותרים קידושין חוזרים בניגוד לרצונם הוא מעמיד שוב את נישואיהם בספק ולפיכך כפייה שכזאת הינה חסרת טעם.

18. הוראת בית הדין הרבני להסדיר את נישואי העותרים באמצעות הרבנות המקומית, ללא ברכות מפני הספק תוך הבהרה כי ההליך מוסדר ללא תנאי, והקביעה שעד שהמערערים לא יעשו כן הם יירשמו ברשימת מעוכבי נישואין - מעמידה למעשה את המערערים במצב בעייתי של כפיית קידושין שהם אינם מעוניינים בהם ומטילה עליהם סנקציה אם לא יעשו כן.

19. **העמדת העותרת 2 במצב של ספק מקודשת גורמת לה עוול הן מהבחינה ההלכתית והן מהבחינה האזרחית. ופוגעת קשות בכבודה ובחירותה :**

20. מבחינת המשפט העברי במצב של "קידושי ספק" בני הזוג אסורים בחיי אישות ללא קידושין חוזרים והם אינם יכולים לתבוע זכויות ממוניות כל שהן על סמך קידושין אלו. כלומר לפי ההלכה - כיום לעותרת 2, אשר מוגדרת על ידי בית הדין כספק מקודשת, אסור לקיים יחסי אישות עם העותר 1 והיא גם אסורה לכל גבר אחר. וכמו כן אם יהיו לאחד מהם תביעות ממוניות מהאחר הם לא יהיו זכאים לתבוע אותם.

21. מבחינת החוק האזרחי המעמד של קידושי ספק איננו זהה עם נישואין, כשם שאיננו זהה עם רווקות, אלא מדובר בסוג ביניים שאינו משתייך לאף אחת משתי קטגוריות אלו. כלומר, העמדת העותרת 2 במעמד של ספק מקודשת מתנגש עם החוק האזרחי בכמה מקרים, נביא כאן 3 דוגמאות מהם :

א. לפי חוק מרשם האוכלוסין אפשרויות המעמד של אזרח הן אלו בלבד : "רווק, נשוי, גרוש או אלמן", לצורך המרשם אין מעמד ביניים בין רווק לנשוי. אם כן מה מעמד של זוג שקידושיהם מוטלים בספק? נכון להיום רישום של העותרים 1 - 2 במרשם האוכלוסין אינו תואם את מצבם בפועל - רישום שאינו נכון גם לפי בית הדין הרבני (שלשיטתו הם לא רווקים ולא נשואים) וברור שלא לפי קביעת בד"ץ ירושלים (שלשיטתו שהם נשואים) .

ב. החוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959 קובע מאסר של חמש שנים על נישואי ביגמיה. התוצאה של הקביעה הדתית כי אדם הוא ספק נשוי היא שאי אפשר לרושמו במרשם האוכלוסין כנשוי, ולכן אם האיש יישא אישה נוספת על 'ספק אשתו' הוא לא יעבור את עבירת הביגמיה.

ג. לפי סעיף 11 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 זכות הירושה ניתנת לבן זוגו של המוריש. זכות זו מן הדין עלולה להישלל ממי שהיה ספק בן זוגו של המוריש.

22. מהמקובץ לעיל עולה כי הטלת הספק בקידושין, שנעשתה על ידי בית הדין הרבני מתוך החלטה של מדיניות ולא דווקא כפסיקה הלכתית, פוגעת בזכויות החוקתיות של העותרים 1 - 2 לכבוד ולחירות ובזכותם לאינטימיות, לזוגיות ולהורות.

23. פסיקה זו של בית הדין מעמידה למעשה את העותרת 2 במצב הדומה למצבה של העגונה כאשר מצד אחד היא אינה יכולה לממש את קשר הנישואין ומצד אחר היא אסורה להינשא לאחר. קביעה זו של בית הדין הינה אירונית כאשר העותרים אשר ביקשו להגן על עצמם ממצב של עגינות מוצאים עצמם במצב זה אך ורק עקב קביעת בית הדין.

24. נישואי העותרים אינם מוטלים בספק מבחינה הלכתית ויש להם אישור על כך מבד"ץ ירושלים ולפיכך לא הייתה כל מניעה עקרונית מצד בית הדין הרבני לאשר את נישואיהם, והטלת הספק בקידושי העותרים נעשתה מתוך מגמה ברורה של בית הדין הרבני אשר מתנגשת במקרה זה עם המגמה האזרחית ועם זכויות היסוד של העותרים.

25. זאת ועוד, קביעת בית דין שהעותרים הינם "ספק מקודשים" חורגת מסמכותם כאשר היא מבוססת בעיקר על תקנת הציבור ולא על דין תורה, וההשלכה של קביעה זו היא ההוראה שעל העותרים להינשא בדרך מסוימת אשר נוגדת את חופש הדת (ראו הרחבת בעניין זה להלן).

שימוש בית הדין ב'תקנת הציבור' לצורך קביעת מעמדם של העותרים

26. פסיקת בית הדין הרבני האזורי נשענת על ההנחה כי "תקנת הציבור" במקרה זה היא לדחות את בקשת המערערים. בית הדין הרבני מסביר כי גם אם יתברר שדין העותרת 2 הוא שהיא אשת איש "עדיין יש טעם שלא לתת פסק דין לאישור הנישואין, וזאת מפני תקנת הציבור המחייבת להימנע מאישור בדיעבד של חו"ק שנעשו שלא עפ"י הסדרים שנקבעו בחוק ובתקנות".

27. בית הדין הרבני נמנע מלתת תוקף הלכתי לנישואי העותרים ביודעו שאם היה עושה כן הוא היה מחויב להנפיק להם אישור נישואין. לפיכך, בית הדין הרבני 'עצר' את בירורו בעניין התוקף ההלכתי של הנישואין והחליט להישען על "תקנת הציבור". סמכות בית הדין הרבני היא לדון לפי דין תורה בענייני נישואין וגירושין, אולם במקרה זה פסיקת בית הדין אינה נשענת רק על אדני ההלכה והוכנס בה שיקול 'זר' כדוגמת תקנת הציבור וכתוצאה מכך נפגעה זכותם החוקתית של העותרים.

28. תקנת הציבור הוא מונח שסתום המאפשר גמישות פסיקתית והתאמת הפסיקה לשינויים החברתיים המתרחשים במהלך הזמן. בית המשפט יוצק לעקרון זה תוכן בהתאם למסרים אותם הוא מבקש להנחיל לציבור ובכפוף לנסיבות כל מקרה לגופו. תקנת הציבור הוא מונח משפטי המבטא את אמות המידה העומדות בבסיס התנהלות חברתית תקינה, ולמעשה תקנת הציבור היא מעין מכשיר משפטי הנותן ביטוי לאני מאמין של החברה. עקרון תקנת הציבור הוא מונח דינמי אשר עשוי להשתנות בהתאם לשינויים של האני מאמין החברתי.

29. מעבר לעובדה כי לבית הדין אין סמכות לפסוק על פי שיקולים שאינם הלכתיים, במקרה דנן, למול האינטרס שבשמירה על 'הסדר החברתי' שנקבע בחוק ובתקנות לעניין רישום נישואין וגירושין עומדת זכותם החוקתית של העותרים לחירות, לאוטונומיה ולכבוד האדם. וכפי שכבר נאמר בעניין זה בפסיקה:

"אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי... התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימוש העצמי של האדם"
(בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 [פורסם בנבו] (14.5.06)).

30. כן יש לציין כי קיים גם האינטרס הציבורי שהמרשמים ישקפו את האמת המציאותית וההלכתית.

31. ראוי לציין בעניין זה גם את התייחסות בית המשפט לעניין 'תקנת הציבור' כפי שהיא מתבטאת, בין היתר, בפסקי הדין לעניין אישור נישואין של כהן וגרושה אשר התחתנו בטקס פרטי. לדוגמה בבג"ץ 51/69 אלקנה רוזינצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704 (פורסם בנבו) [16.6.1970] מפרט השופט לנדוי כי :

"זו השקפתו של בית - הדין הרבני על האינטרס הציבורי, השקפה המונעת מאדיקותו הדתית. לבית משפט זה השקפה אחרת על מה שהאינטרס הציבורי דורש בענין זה, כמו שהוסבר בפרשיות חקלאי ושגב, השקפה הנשענת על חוק המדינה שהוחק על - ידי נציגי הציבור כולו - אדוקים וחפשיים כאחד - עבור הציבור כולו... עוד אני גורס שאם יימצא שהגב' גולדמר זקוקה לגט, לפני שתוכל להינשא לאחר, חייב דבר זה להתבטא במרשם האוכלוסין ברישומה כנשואה. לצורך המרשם ... אינו קיים סוג 'ביניים בין רווק ונשוי, אך מי שאינו יכול להינשא לאחר, בוודאי קרוב יותר לנשוי מאשר לרווק. והעיקר: אחת המטרות של המרשם היא ללא ספק למנוע מראש תקלות העלולות לצמוח מנישואי ביגמיה. סכנה זו תימנע לגבי סוג - ביניים זה רק אם גם אלה יירשמו כנשואים."

32. במקרה דנן העותרים 1 - 2 אשר נשואים כדת משה וישראל רשומים במרשם האוכלוסין כרווקים, וכל עוד בית הדין לא ינפיק להם אישור (או שמשרד הפנים יהיה מוכן להסתמך על האישור של בד"ץ ירושלים לצורך הרישום) הם לא יוכלו לשנות את רישומם השגוי ועלולה לבוא תקלה חמורה לציבור.

33. דבר אחר, כיוון שבית הדין הרבני תפס לכאורה צד במחלוקת שבינו ובין העותרים 1-2, מן הראוי היה להזמין גוף חיצוני כדוגמת היועמ"ש לממשלה אשר ייצג את "תקנת הציבור" בעניין זה.

סיכום לעניין הפגיעה בזכויות החוקתיות

34. כיוון שלפרק זה של העתירה וגם לפרק הבא יש נגיעה לפסיקה ההלכתית של בית הדין הרבני ראוי לפרט בקצרה בסיכומו של חלק זה בדבר התערבות בית משפט זה בענייני הלכה.

35. ככלל מקובל כי בית המשפט אינו מתערב בסוגיות הלכתיות, אולם מצאנו ש"לא אחת מוציא בית המשפט מתחת ידיו פסקי-דין שנוגדים - ברב או במעט - את עקרונות ההלכה היהודית, ולעיתים הוא אף מבקש לכפות רבנים ומורי הוראה לפעול בניגוד לצו מצפונם ולהכרעתם ההלכתית" (פרופ' אביעד הכהן "בג"ץ או בד"ץ? מעורבות שיפוטית בסוגיות הלכתיות - מגבלותיה, היקפה ותוצאותיה" בתוך משפט ואדם - משפט ועסקים יד, תשע"ב).

36. במקרה זה מדובר בסוגיה שמעורבות בה שאלות משפטיות (חוקתיות ומנהליות) לצד שאלות "הלכתיות" מובהקות (כשרות הנישואין של העותרים). שאלות אלה מעורבות זו בזו וקשה לנתק את חלקיה השונים של הסוגיה זה מזה.

37. בית המשפט אשרת תפקידו מחייב לתת סעד לפונים אליו אף בעניין בו מעורבות סוגיות הלכתיות, נדרש בעל כורכו להיזקק גם לסוגיה ההלכתית.
38. ברור כי להתערבות בית המשפט בהחלטה של רשות הממלאת גם תפקיד דתי עשויה להיות השלכה גם בתחום הדתי. אולם אין בכך כדי להביא את בית המשפט להימנע מהכרעה בסוגיה שכזו, והשאלה הנשאלת היא רק מהו היקף ההתערבות הרצוי.
39. על כך יש להוסיף כי רוב רשויות הציבור הדתיות - ובכלל זה בתי הדין הרבניים והרבנות הראשית לישראל - כפופות לסמכות בג"ץ ולהתערבותו. היה אם סבר בית המשפט כי התערבות זו דרושה "למען הצדק" או לשם הגנה על זכויות, הוא רשאי - ויש שיאמרו כי הוא אף חייב במקרים מסוימים - להתערב בעניין, אף ובעיקר כאשר אנו עוסקים בפגיעות בלתי מידתיות במבקשי הסעד.
40. כך במקרה זה כאשר הטענה המרכזית היא שהכרעת בית הדין הרבני נעשתה שלא כדין, מחויב בית המשפט להיכנס בעובי הקורה ההלכתית על מנת להכריע אם בית הדין הרבני פעל כדין או שמא עשה את ההלכה קרדום לחפור בו מטרות זרות ושונות לתחום סמכותו. במקרה זה החלת פסקי הדין של משיבים 1 ו-2 פוגעת פגיעה קשה ביותר בזכויות אדם בהיקף ובעוצמה שעשויים להשפיע בצורה ניכרת על זכויות אדם.
41. על כך יש להוסיף כי יש עניינים שבהם החוק עצמו קובע כי הסוגיה תוכרע "על פי דין תורה". בסוגיות אלו בית הדין ובתי המשפט חייבים לעיין באותו "דין תורה" - שפורש כזה עם ההלכה היהודית האורתודוקסית - ה"שולחן ערוך" - כדי להכריע בה. לכך יש להוסיף כי ההלכה היהודית שהינה חלק מהמשפט העברי היא יסוד מיסודות המשפט במדינת ישראל לפי חוק יסוד: השפיטה. ולפיכך בית המשפט אשר בא להכריע בעניינים אשר אמורים להיות מוכרעים על פי דין תורה אינו יכול להימנע מהכרעה בטענה כי מדובר בנושא הלכתי אשר אינו מעניינו.
42. מהמקובץ לעיל עולה כי פסק הדין שניתן על ידי בית הדין הרבני אשר מטיל ספק בקידושי העותרים ומעמיד את העותרת 2 במצב של ספק מקודשת, ואשר נשען בעיקרו על תקנת הציבור ולא דווקא על הדין הדתי, פוגע פגיעה קשה בזכויות החוקתיות ובזכויות היסוד של העותרים 1 - 2 ולכן יש לבטלו ולקבוע כי על משרד הפנים לרשום את העותרים 1 - 2 במרשם האוכלוסין כנשואים.

פרק שני - ההתנהלות הלא סבירה והלא מידתית של בית הדין הרבני, מועצת הרבנות הראשית ושל משרד הפנים

הקדמה - חוסר סבירות וחוסר מידתיות

1. במקרה זה מספר רשויות מנהליות התנהלו בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות כלפי העותרים. בית הדין נהג כך בפסק הדין שבגיננו לא הונפק אישור נישואין לעותרים 1 - 2, ומשרד הפנים

- נהג כן כאשר סירב לראות באישור הנישואין שהנפיק בד"ץ ירושלים כתעודה ציבורית שלפיה הוא יוכל לשנות את סטאטוס העותרים 1 - 2 במרשם האוכלוסין לנשוי, ומועצת הרבנות הראשית בכך שבמשך שנים לא קבעה מדיניות בנוגע להסכמי קדם נישואין ולפירוט הלכתיים אפשריים לטיפול במצב של עגינות וסרבנות גט כגון שטר התנאה, ובכך שהיא מאשרת נישואין של מספר בתי דין פרטיים מבלי שקבעה קריטריונים לכך, והכל כמפורט להלן :
2. בית משפט זה מתערב בהחלטות של רשות מנהלית במקרים שבהם הגורם המוסמך לא שקל את כלל השיקולים הנדרשים לצורך החלטתו, או שלא העניק לשיקולים השונים את המשקל הראוי. ככלל, בית משפט זה קבע לא אחת כי התערבותו תיעשה רק במקרים חריגים - כאשר ההחלטה לוקה בחוסר סבירות מהותית או קיצונית או בעיוות מהותי אחר הדורש תיקון (לכלל אי ההתערבות בשיקול הדעת המנהלי, ראו: בג"ץ 10242/03 מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נח(6) 673, 679 [פורסם בנבו] (14.6.04); בג"ץ 7505/98 קורינאלדי נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד נג(1) 153, 167 [פורסם בנבו] (6.1.99); בג"ץ 3930/94 ג'זמאוי נ' שר הבריאות, פ"ד מח(4) 778, 784-785 [פורסם בנבו] (24.10.94). לעילת הסבירות ראו: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 [פורסם בנבו] (10.11.80); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 [פורסם בנבו] (23.3.93); בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ - אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו] (1.3.2016); מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור - קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 792 (2013); דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי כרך ב, 769-723 (2010)).
3. תפקידה של הביקורת השיפוטית מתמצה בבחינת תקינות וסבירות ההחלטה ופעולת הרשות, הטעמים שעמדו לנגד עיני הרשות והאופן שבו הפעילה את שיקול דעתה.
4. במקרה זה החלטת בית הדין המתבטאת בפסקי הדין אינה סבירה הן בשל הפגיעה בזכויות החוקתיות ובזכויות היסוד של העותרים והן בשל שיקול הדעת המגמתי של בית הדין אשר הנחה אותו במתן פסק הדין. כמו כן פעולת בית הדין - או למעשה אי הפעולה, חוסר מתן אישור נישואין לעותרים נעשה בחוסר סבירות כאשר העותרים כבר הציגו בפני בית הדין אישור שכזה מבד"ץ ירושלים וכאשר הרב אשר ערך לעותרים את החופה העיד על טיב ידיעותיו ההלכתיות בנושא נישואין וגירושין.
5. מועצת הרבנות הראשית נוקטת בחוסר מעש מתמשך כאשר אינה נותנת כל הנחיות בנושא הסכמי קדם נישואין לרב רושם נישואין, וזאת למרות שנושא זה נדון שנים רבות על ידי רבנים שונים ודיינים, וזוגות רבים חתמו וחותרים על הסכמים שכאלו. כמו כן מועצת הרבנות הראשית לא דנה ולא נתנה כל הנחיה בנוגע לפירוט הלכתיים אפשריים למצב של עגינות וסרבנות גט וזאת למרות שפירוט כאלו הועלו במשך השנים על ידי גורמים שונים.
6. בנוסף, הרבנות הראשית מאשרת נישואין שנערכו דרך מספר בתי דין פרטיים אך ורק על בסיס הסכמים היסטוריים שנערכו עמם וללא כל קריטריונים המאבחנים בתי דין אלו מבתי דין פרטיים אחרים.
7. משרד הפנים נהג בחוסר מידתיות כאשר החליט לא לראות באישור הנישואין שהנפיק בית הדין צדק ירושלים כתעודה ציבורית וסירב לשנות את סטאטוס העותרים 1 - 2 במרשם האוכלוסין בהתאם.

בית הדין הרבני ומועצת הרבנות הראשית

1. בשל היותם של המשיבים 1 - 3 רשויות שלטוניות הפועלות מכוח הסמכויות המוקנות להם בחוק, הם כפופים לכללים החלים על כל רשויות המינהל, ובהם האיסור לחרוג ממסגרת הסמכות המוקנית לה בחוק, האיסור לשקול שיקולים זרים והחובה להפעיל את שיקול הדעת המוענק להם מכוח החוק באופן סביר ומידתי (ראו: בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 [פורסם בנבו] (27.5.90); בג"ץ 5009/94 מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מח(5) 617 [פורסם בנבו] (25.12.94); בג"ץ 351/04 מלון פלס בע"מ נ' הרבנות הראשית, המועצה הדתית נתניה, פ"ד נט(2) 433 [פורסם בנבו] (27.9.04); בג"ץ 7471/05 בלדי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל [נמצא בנבו] (20.6.07)).
2. סמכות בית הדין הרבני קבועה בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 אשר קובע, בין השאר, כי נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה (סעיף 2 לחוק). לפיכך נפסק כי משהשליט משפט המדינה לעניין נישואין של יהודים בישראל את הוראות המשפט העברי, הרי טקס של חופה וקידושין בנוכחות רב מוסמך, עדים כשרים ומניין אנשים היא צורת הנישואין היחידה והבלעדית בארץ (בג"ץ 80/63 שניצה גורפינקל וירחמיאל חקלאי נ' היועמ"ש, פד"י יז, עמ' 2048 [פורסם בנבו], (9.10.1963); בג"ץ 130/66 חיים שגב נ' בית הדין הרבני האזורי צפת, פד"י כא(2) 1 [פורסם בנבו] (16.11.67); בג"ץ 359/66 בנימין גיתיה נ' הרבנות הראשית והמועצה הדתית ירושלים, פד"י כא(2) 306 [פורסם בנבו] (7.3.68)).
3. סמכות הרבנות הראשית קבועה בחוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם – 1980, ובהתאם לסעיפים 2(1) ו-7(2) תפקידי מועצת הרבנות הראשית לישראל, בין השאר, הם לתת תשובות וחוות דעת בענייני הלכה לשואלים בעצתה ולעשות כל פעולה הדרושה לביצוע תפקידיה על פי כל דין.
4. להלן נפרט בנוגע להתנהלות שבחוסר סמכות ובאופן שאינו סביר ואינו מידתי, וכן בהפעלת שיקולים זרים של המשיבים 1 - 3 :

בית הדין הרבני

1. התנהלות בית הדין הרבני בעניין אישור נישואין במקרה של "נישואים פרטיים"

1. הרבנות הראשית לישראל אישרה ופרסמה תקנות קבועות לגדרי אישות בישראל שנתקבלו פה אחד בכינוס הרבנים הארצי שהתקיים בימים י"ח-כ"א בשבט תש"י. בדברי המבוא לתקנות נאמר:

"לרגל קיבוץ גלויות מכל תפוצות הגולה, מקצווי ארץ ואיים רחוקים, שעולים לאלפים ורבבות, ומתיישבים בארץ... ומביאים אתם מנהגים קדומים, שאינם הולמים לתקנות חכמים מרי דארעא דישראל... בענייני קדושין ונישואין ובענייני גיטין וגירושין, ייבום וחליצה, ודבר זה עלול להביא מחלוקת בישראל ולהרוס את שלום בית ישראל. לזאת מצאנו וראינו חובה לעצמנו לחדש תקנותיהם של רבותינו הקדמונים זצ"ל, ולהוסיף עוד תקנות כאלה, שהשעה מחייבת אותם"

5. התקנות שהותקנו עוסקות בעניין: סידור קידושין, נישואי בוסר, ריבוי נשים, חליצה, פיצויי גירושין לאישה, כפיית גט (לפירוט בעניין התקנות ראו מאמרו של ד"ר זרח ורהפטיג "תקנות הרבנות הראשית", תחומין כרך טו), תקנות אלו כונו "תקנות חרם דירושלים".

2. לעניין סידור קידושין נקבע בתקנה כי:

"אסור לכל איש ואשה בישראל לקדש ולארס שלא בשעת חופה ובעשרה, אחרי הרשמת הנישואין במשרדי לשכת הרבנות שבכל מקום. ותוספת לתקנה זו היא "הננו גוזרים, לאסור על כל איש ורב בישראל לסדר קידושין ונשואין, אם לא שהוסמך והתמנה לתפקידים אלה עפ"י כתב וחתימת ידם של הרבנות הראשית שבערי-ישראל".

3. התקנה הטילה סנקציה על העובר עליה:

"איסור זה רובץ בחרם חמור על כל איש בישראל שהוא נזקק לעשות קידושין אירוסין אלה, והוא נחשב כחטא פלילי שראוי להיענש עליו. כל איש שארס לו אשה שלא בשעת חופה וקידושין כנ"ל, חייב לגרש ארוסתו זאת בגט כריתות כדת משה וישראל, אחרי תשלום פיצויים, ככל אשר יפסקו עליו בית-דין מוסמך מהרבנות הראשית לארץ-ישראל. ועד אשר יגרש ובתשלום הפיצויים כנ"ל, חייב במזונותיה, כפי אשר יטילו עליו בי"ד".

ד"ר ורהפטיג מעיר כי תקנה זו אינה כוללת הפקעת קידושין אשר נעשו על ידי רב שאינו מורשה ולא לפי תנאי התקנה (שלא כמו בתקנת גולי קאשטילייה המוזכרת במאמר).

6. ואכן לאורך השנים הצביעו דיניי בתי הדין הרבניים בפסיקתם על החומרה הרבה בעריכת נישואין פרטיים. אולם, בפועל, אנו מוצאים התנהלות לא אחידה של הדיינים בנושא - יש דיינים המחייבים גירושין בנישואין פרטיים ויש שאינם מחייבים, יש שמחייבים בגירושין אך אינם מחייבים מזונות אישה.

7. בדיקה של פסקי דין של בית הדין הרבני בנושאים אלו מעלה כי מרבית בתי הדין הרבניים לא פסקו בהתאם לתקנה זו והדיינים לא חייבו גירושין בעקבות נישואין פרטיים.

8. בהתאם למשפט העברי חלותה של תקנה שנתקנה נובע מהנהגתה ולא מעצם תקנתה, ואם תקנה אינה מיושמת אזי לא מדובר בתקנה שנתפשטה והפכה למנהג מחייב (ראו: דברי הרמב"ם בהלכות ממרים פרק ב' הלכות ב' ו-ו). לפיכך, במקרה זה, כאשר מרבית מהדיינים אינם מיישמים את התקנה (ואף במקרה דנן התקנה לא יושמה) היא אינה בגדר מנהג מחייב ובית הדין יכול לאשר נישואים פרטיים.

9. מהמקובץ לעיל עולה כי חרף ההתנגדות העקרונית של הרבנות הראשית ושל בית הדין הרבני לעריכת נישואים פרטיים, למעשה אין התנהלות אחידה בפסיקה של בתי הדין הרבניים בעניין זה ורבים הדיינים אשר אינם דורשים מבני הזוג להתגרש בהתאם לתקנת חרם דירושלים.

10. במקרה דנן בית הדין לא אישר את נישואי העותרים 1 - 2 כאשר פסיקתו נשענה גם על תקנת חרם דירושלים, אולם למעשה הוא לא פעל בהתאם לתקנת חרם דירושלים. ובמקום לקבוע בהתאם לתקנה החליט בית הדין להעמיד את נישואי העותרים בספק. בית הדין לא פסק בדרך אשר פוגעת פגיעה פחותה בעותרים 1 - 2 ולא רק שלא עשה כן הוא אף החמיר עם העותרים והעמידם במצב של ספק.

2. הקביעה כי על העותרים להינשא שוב

1. כאמור לעיל, בית הדין הרבני קבע בפסקי הדין כי קידושי העותרים 1 - 2 מוטלים בספק וכי עליהם להינשא שנית על מנת שיונפק להם אישור נישואין על ידי המועצה הדתית.
2. קביעה זו אינה סבירה ואינה מידתית. כאמור לעיל, בפני בית הדין עמדה האפשרות ההלכתית והמעשית לבטל את קידושי הצדדים או לכל הפחות לקבוע בהתאם לתקנת חרם דירושלים דבר אשר פגיעתו פחותה, אולם בית הדין הרבני בחר, מתוך מדיניות מסוימת, לקבוע כי נישואי העותרים 1 - 2 מוטלים בספק וכי עליהם להינשא שנית בדרך אשר מנוגדת לעמדתם ועד אשר לא יעשו כן העותרים 1 - 2 רשומים ברשימת מעוכבי החיתון.
3. כאמור לעיל, כפיית קידושין על העותרים לא רק שאינה פותרת את הספק לכאורה שבנישואי העותרים אלא מכניסה כאן ספק באשר לנישואין הכפויים ופוגעת באופן משמעותי בזכויות החוקתיות ובזכויות היסוד של העותרים.
4. על כך יש להוסיף כי אחת העילות הממוסדות שנקבעו בפסיקה כעילה להתערבות תחת סעד "למען הצדק" היא כאשר החלטת בית-דין דתי פוגעת שלא במידתיות בזכויות יסוד אזרחיות של האדם (בג"צ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים פ"ד נה(1) [פורסם בנבו] (11.11.98)).

3. שימוש בתקנת הציבור לצורך קביעת תקפות הנישואין

1. בהתאם לסעיפים 1 - 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג - 1953 ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל הם בשיפוט היחיד של בית הדין הרבני, ונישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה.
2. אחת מסמכויות בית הדין היא הסמכות להעניק או לשלול אישור נישואין. הכרעת בית הדין הרבני בנושאים אלו נעשית על פי דין תורה, אולם, כפי שנקבע בפסיקה שיקול הדעת ההלכתי כפוף למגבלות המשפט המנהלי ועל כן אין להפעיל במסגרתו שיקולים שאינם שייכים לדין תורה (ראו: בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673, 679-682 (1990); בג"ץ 7203/00 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(2) 196, 206-207 (2001), בג"ץ 559/95 אוכל יהודי אמיתי בע"מ נ' יפת [פורסם בנבו] (24.12.1995); בג"ץ 11157/03 אירוח גולן בע"מ נ' הרבנות הראשית לישראל [פורסם בנבו] (5.9.2007); בג"ץ 7471/05 בלדי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל [פורסם בנבו] (20.06.2007); בג"ץ 8735/06 פנינה קומפורטי נ' מועצת הרבנות הראשית [פורסם בנבו] (29.6.09)).
3. במקרה זה בית הדין הרבני האזורי קבע בפסק הדין כי "גם אם אכן יתברר שבנידון זה נעשה הליך שלאחריו דין האשה כאשת איש, עדיין יש טעם שלא לתת פסק דין לאישור הנישואין, וזאת מפני תקנת הציבור המחייבת להימנע מאישור בדיעבד של חו"ק שנעשו שלא עפ"י הסדרים שנקבעו בחוק ובתקנות". שיקול זה אינו בסמכותו של בית הדין ואינו שיקול שעל בית הדין להפעיל כאשר הוא בא לאשר האם מבחינה הלכתית בני הזוג העומדים בפניו הם נשואים.

4. פסילת הרב המקדש

1. פסק הדין של בית הדין הרבני אשר העמיד את נישואי העותרים 1 - 2 בספק נשען בעיקרו על העובדה הרב אשר ערך את החופה והקידושין של העותרים 1 - 2 אינו רב רושם נישואין ועל הטענה כי לא ברור אם הוא בקיא בטיב גיטין וקידושין.
2. לעניין החלטת בית הדין הרבני כי קיימת בעיה בסידור חופה וקידושין על ידי אדם שאינו מוסמך, ראוי לציין, כי עיון במקורות שהובאו על ידי בית הדין מעלה כי דעת חכמים אינה נוחה מכך אולם אין בכך כדי להעמיד את הנישואין בספק לכל היותר יש בכך כדי להביא לביטול הנישואין.
3. בית הדין הרבני מציין כי סידור חופה וקידושין על ידי רב שאינו מוסמך מצטרף לבעיות אחרות שעלו לדעתו בדרך עריכת הנישואין. אולם אחד מנימוקיו הוא שהרב ד"ר מיכאל אברהם סירב לפעול בהתאם להנחיית מנכ"ל ולא חתם על התחייבות שלא יערוך יותר חופה וקידושין באופן פרטי. לא ברור מדוע אי חתימת הרב על מסמך שכזה מערערת את תקפות נישואי העותרים, ולהיפך, איך חתימתו על מסמך שכזה נותן תוקף לנישואי העותרים.
4. לעניין זה ראוי לציין כי עיון בקורות חייו של הרב ד"ר מיכאל אברהם וכן הצהרתו המפורשת בפני בית הדין הרבני מעלים כי אף על פי שהוא אינו רב רושם נישואין רשמי, אין ספק כי בשל ידיעותיו ההלכתיות בעניין ובשל הכשרתו תלמידים רבים בנושא אפשר להגדירו כבקיא בטיב חופה וקידושין ובשל כך אין מקום להחלטת בית הדין הרבני כי היותו הרב שערך חופה וקידושין לעותרים מצטרפת להטלת הספק בנישואיהם.

מצ"ב קו"ח של הרב ד"ר אברהם הרלבנטיים לענייננו כנספח טו

5. כמו כן קורות חייו של הרב ד"ר מיכאל אברהם מצביעים על כך שהוא עומד במרבית מהקריטריונים שהציבה מועצת הרבנות הראשית לקבלת כושר "מורשה לעריכת חופה וקידושין"

מצ"ב אמות המידה כנספח טז

6. להלן נפרט בקצרה מקורות הלכתיים התומכים בטענת העותרים כי עריכת החופה והקידושין על ידי הרב ד"ר מיכאל אברהם אינה מערערת על מעמד החופה והקידושין ואינה מטילה אותם בספק: שו"ע אבהע"ז סי' מט ס"ג כתב:

"כל מי שאינו בקי בטיב גיטין וקדושין לא יהא לו עסק עמהם להורות בהם, שבקל יכול לטעות ויתיר את הערוה וגורם להרבות ממזרים בישראל."

כאן קובע המחבר שנדרשת בקיאות כדי "להורות" בגיטין וקידושין.

בב"ש שם סק"ד כתב בשם הט"ז:

"להורות בהם. בט"ז מדייק דוקא להורות אסור אבל לסדר קידושין מותר דאין שם להורות

אבל לסדר הגט דיש הרבה פרטים אסור לסדר אא"כ יודע בטיב גיטין"

הט"ז שם הביא שאכן נהגו לכבד בסידור קידושין בלי תנאים מיוחדים:

"[...]. וכן המנהג בינינו שמכבדין בסידור קידושין אפילו אינו למדן גדול משא"כ בגט."

אמנם בב"ש שם סק"ב כתב:

"להורות בהם. עבה"ט מ"ש ט"ז מדייק אבל לסדר קדושין מותר כו' ועיין בתשו'

שבו"י"ח"ג סי' קט"ז שלא כ"כ אלא דה"ה שלא יסדר קידושין לכתחילה ולהכי נקט

הש"ס לא יהא לו עסק משמע כל התעסקות בענין קדושין וגיטין וגם רש"י ז"ל שכ'

שלא יהא דיין בדבר לא כיון דוקא אם יהי' דיין לדון על הגיטין או הקדושין אם הם

כהוגן רק דה"ה שלא יסדר לכתחלה וזה נכלל ג"כ בכלל דיין וכן משמע בתשו' מהרי"ו סי' פ"ה כו' ובודאי לא בחנם הורגלו דורות הללו שאין מסדרין קדושין בלתי התרת הרב כי יש לחוש להרבה מכשולים שיבא לקדש ח"ו איסור ערוה או שני' כאשר קרה בזמנינו כו' ושם בתשו' הגאון בעל כנ"י כתב שדבר זה הוא תקנה מרבני צרפת שהיו בימי ר"ת שגזרו ואמרו שלא יסדר שום אדם קדושין כ"א מי שנבחר לרב או מ"צ בקהילתו ומי שיעבור על אלה כו' ע"ש ועי' ג"כ מזה בת' כנ"י ס"ס ע"ב וע' בת' נו"בתניינא סי' פ"ג הובא אצלינו בפ"ת ליו"ד סי' רמ"ה ס"ק י"ב"

ר"ת וחכמי צרפת כנראה נהגו כשיטת בעלי התוס', אבל רש"י נקט שהנחיה זאת היא רק להוראה ולא לסידור קידושין וכנ"ל. חשוב לציין שהמחבר בשו"ע שהכיר את מחלוקת רש"י ותוס' בנדון ובכל זאת נקט בלשון "להורות בהם" בוודאי התכוון להכריע להלכה כשיטת רש"י. נמצאנו למדים, שלדעת בעל השו"ע עצמו (וגם הרמ"א לא חולק) וכן עוד מספר פוסקים חשובים אין מניעה לסדר קידושין אף למי שאינו יודע בטיבם, ובוודאי מי שיודע בטיב גיטין וקידושין אלא שאין לו הסמכה או היתר לעשות כן. וגם לדעה שאוסרת (הב"ש) זהו רק דין לכתחילה (ש"נהגו ו"הורגלו" כן), ובוודאי אין לזה השפעה על תקפות הקידושין.

7. קביעתו המגמתית של בית הדין הרבני בעניין זה אשר העמידה בספק את קידושי העותרים בשל הרב שסידר את החופה והקידושין, כיוון שאינו מאושר על ידיה ולא הסכים לחתום על מסמך שלא יעשה כן שוב, סותרת מעשים שבכל יום גם בדורות האחרונים כאשר ראשי ישיבות ור"מים מכובדים בסידור קידושין לתלמידיהם ולמכריהם, והרבנות הראשית אישרה ומאשרת להם ולרבנים שונים לסדר קידושין רק מכוח מעמדם הציבורי.

8. בית הדין הרבני טען כי קידושי העותרים היו מיוחדים ומורכבים ושסידורם הוא בגדר פסיקת הלכה לגבי העניינים הללו עצמם, ולכן במקרה שכזה יש חובה שמסדר הקידושין יהיה בעל הסמכה פורמאלית - שכן עליו לדעת להורות הלכה במקרה מורכב שכזה. אולם למעשה בקידושי העותרים לא הייתה כל מורכבות ואין כל פקפוק הלכתי במעשיהם ואף לא נדרשה כל פסיקה הלכתית בעניינם. המורכבות היחידה במעשיהם הייתה לעניין התנאי, שבנוגע אליו כבר פסקו הפוסקים שערכו את שטר ההתנאה ולא הרב מסדר הקידושין. הרב ד"ר מיכאל אברהם, כמסדר קידושין, כלל לא נזקק לעיין בשאלות בנוגע לתנאי בקידושין ולא נדרש לפסוק לגביו.

9. לבסוף יש לציין כי העותרים לא היו מוכנים לוותר על קידושי תנאי והדבר היה ועדיין בנפשם. העותרים חקרו ובדקו ומצאו שקיים פתרון הלכתי המונע מצבים של עגינות וסרבנות גט, ולפיכך, מתוך מודעות חברתית עמוקה למצב הקשה שבו נתונות נשים עגונות ומסורבות גט ומתוך רצון אישי שהעותרת 2 לא תגיע חלילה למצב שכזה הם ראו עצמם מחויבים להינשא בהתאם לפתרון ההלכתי שנמצא לכך. למיטב ידיעתם של העותרים, אף רב רושם נישואין לא היה מסכים לערוך להם את טקס החופה והקידושין כפי שביקשו לעשות ולפיכך הם נאלצו לפנות לרב אשר מאמין בדרכם. העותרים מעריכים ומכבדים את הרב ד"ר מיכאל אברהם ולפיכך פנו אליו ושמחו כאשר נעתר לבקשתם וקידש אותם כדת משה וישראל ובדרך שיכולה להציל את העותרת 2 מעגינות ומסרבנות גט.

10. מהמקובץ לעיל בנוגע לקביעת בית הדין לעניין הרב שערך את החופה והקידושין עולה כי אפשר לסתור קביעה זו במישור ההלכתי וכי שיקול הדעת שהביא לקביעה זו לא היה נקי והושפע מהמגמה למצוא פסול בנישואי העותרים ולא להכשירם.

מועצת הרבנות הראשית

1. אי קביעת מדיניות בנוגע להסכם קדם נישואין ושטר התנאה

1. מועצת הרבנות הראשית היא הסמכות ההלכתית העליונה עבור ממשלת ישראל ומערך שירותי הדת במדינה. לפיכך היא הגוף אשר אמור להנחות את הרבנים רושמי הנישואין בדבר אישורי הסכמי קדם נישואין וחתומה על שטר התנאה, ובאשר למעמד של אותם זוגות אשר עושים כן. נכון לכתובת שורות אלו, מועצת הרבנות הראשית לא הוציאה כל הנחיות בעניין.
2. אי קביעת הנחיות שכאלה יכולה לפגוע בזוגות שכבר נישאו וחתמו על הסכמי קדם נישואים ו/או על שטר התנאה כפי שנפגעו העותרים 1 - 2. פגיעה זו יכולה להיות גם במצב שזוגות אלו באים להתגרש ובית הדין אינו מוכן לעשות כן עד אשר יבטלו את ההסכמות שחתמו עליהם. והכול כמפורט להלן:

הסכם קדם נישואין

3. במקרה זה קבע בית הדין הרבני כי אין זה המקום לדון בשאלות ההלכתיות החמורות שהסכם קדם נישואין זה מעלה וכי הוא התייחס לכך כבר במקומות אחרים. עוד הבהיר בית הדין הרבני כי בכל מקרה שבני זוג חתמו על הסכם כזה ויבקשו להתגרש, יהיה מוטל על בית הדין לדון בשאלת הכפייה לגירושין העולה כתוצאה מהסכם זה. בית הדין אף פנה למועצת הרבנות הראשית כדי שתוציא הנחיות לרבנים רושמי נישואין ותקבע אלו הסכמים רשאים לאשר.
4. אין מחלוקת כי על הסכם קדם הנישואין של המערערים חתום הרב גדעון פרל שהוא רב אזורי ואב"ד גוש עציון וכי הוא מוסמך מטעם הרבנות הראשית לערוך חופה וקידושין. כאמור לאחר מתן פסק הדין באזורי פנה הרב גדעון פרל אל בית הדין הרבני האזורי ירושלים והתנער מחתימה זו. העותרים שלחו את תגובתם לדברים אלו לבית הדין הרבני וטענו כי כל פעולתם בעניין נעשתה בתום לב וכי הרב פרל אינו יכול להתנער מחתימתו על ההסכם והיה עליו לבדוק את תוכנו בטרם חתם עליו.
5. בית הדין הרבני מודע לכך **שלא קיימות הנחיות לרב רושם נישואין לעניין אישור הסכם קדם נישואין** ומפנה את העניין למועצת הרבנות הראשית. לפיכך, כל עוד אין הנחיה מפורשת מטעם הרבנות הראשית והסכם זה מאושר על ידי רב רושם נישואין אין כל מקום לקביעותיו ולהבהרותיו של בית הדין הרבני בעניין והם נעשו אך ורק מתוך רצון לפסול הסכם זה ספציפית, ומתוך מדיניות לפסול הסכם שכזה והסכמים אחרים בהמשך.
6. עוד יש להוסיף בעניין זה כי הרבנות הראשית הוציאה הנחיות בנוגע להסכם ממון שנחתם טרם הנישואין, ובחוזר המנהל הכללי עג/2 של המשרד לענייני דתות אשר יצא בכ"ד שבט התשע"ג ד(4.2.13) ניתנו הנחיות בעניין אימות הסכם ממון על ידי רב רושם נישואין (הנחיה 824). בסעיף

1.1 נכתב כי הרב רושם הנישואין נדרש "לאמת בחתימתו הסכם ממון המובא לפניו אם נתבקש לכך על ידי בני זוג הנרשמים לנישואין ובלבד שנוכח לדעת כי בני הזוג הנצבים בפניו ערכו את ההסכם מתוך הסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו". עוד הודגש כי מדובר בהסכם ממון שנחתם לפני עריכת הנישואין.

7. קביעת הנחיות בעניין הסכם ממון מחריפה את הבעייתיות באי קביעת הנחיות בנוגע להסכמים שאינם הסכמי ממון ומצביעה על חוסר הסבירות שבהתנהלות הרבנות הראשית בעניין. ראוי לציין בעניין זה כי בהתאם לחלק מהדעות המשפטיות הסכם קדם נישואים הינו סוג של הסכם ממון וזאת בגלל ההיבטים הכספיים שנמצאים בו - כגון הגדלת מזונות.

8. כאשר מועצת הרבנות הראשית אינה קובעת מדיניות בנוגע להסכמי קדם נישואים היא גורמת לפגיעה קשה בזכויות החוקתיות ובזכויות היסוד של זוגות כגון העותרים 1 - 2 אשר חתמו על הסכמי קדם נישואים וכן בזוגות אשר עתידים לחתום על הסכמים שכאלו (דוגמה לפגיעה שכזו אפשר למצוא בפסק הדין של בד"ר (ירושלים) 669147/5 הדיינים: הרב אוריאל לביא – אב"ד, הרב שלמה תם, הרב דוד מלכה (20.7.17) במקרה זה בית הדין לא איפשר לזוג להתגרש עד אשר יבטלו סעיף בהסכם הממון שעליו חתמו).

תנאי בקידושין

1. קביעת בית הדין כי לא סביר לרשום קידושין שנערכו בתנאי, שהרי בעתיד עלול להתברר שבגלל התנאי הזוג כלל אינו נשוי אינה סבירה ואינה מידתית. ראשית אין זה סביר שבית הדין יקבע קביעה שכזאת אך ימנע במתכוון מהבאת נימוקים לקביעה זו. העותרים לא יכלו להתמודד עם קביעותיו של בית הדין לעניין תנאי בקידושין כיוון **שלא הוצגו כל נימוקים** ורק נקבע כי **כל** החכמים התנגדו לכך.

2. שנית, כאמור, מועצת הרבנות הראשית לא קבעה כל מדיניות בנוגע לתנאי בקידושין, וכל עוד אין הנחיה שכזאת וקיימת פרשנות הלכתית שלפיה קידושי תנאי תקפים אין זה מידתי לקבוע כי בשל כך הנישואין בטלים. כמו כן, כפי שעולה ממקרה זה, אי קביעת המדיניות בעניין זה הביאה לכך שבית הדין פסק בהתאם לפרשנות שלו את ההלכה בעניין זה - ובדרך אשר פוגעת בזכויות החוקתיות של העותרים 1 - 2.

3. להלן נפרט בקצרה את הפרשנות ההלכתית בנוגע לתנאי בקידושין אשר סותרת את קביעת בית הדין, ואשר לפיה אין ספק בקידושי העותרים 1 - 2 בשל חתימתם על שטר התנאה:

4. ההלכה, כמו גם כל מערכת חוק בעולם, מכירה בעסקאות על תנאי כעסקאות תקפות וכשרות למהדרין. כל עוד התנאי לא מופר - העסקה בתוקף. יתר על כן, התפיסה המקובלת בדיני תנאים היא שגם אם התנאי הופר הביטול של המעשה נעשה "מכאן ולהבא למפרע". כלומר המעשה חל וקיים בכל מקרה, אלא שאם לא מתקיים התנאי הוא נעקר ממקומו ומתבטל.

5. אם כן, על פי ההלכה מעשה שנעשה בתנאי חל על כל צד, בין אם התקיים התנאי ובין אם לאו. אלא שאם לא התקיים התנאי המעשה נעקר ממקומו למפרע. לכן כל עוד זה לא קרה אין שום פקפוק במעשה והעסקה שרירה וקיימת לגמרי. גם אם התניה בנישואין לא בהכרח מוכרת במערכות חוק אזרחיות רגילות, לענייננו מה שחשוב הוא שההלכה רואה את הקידושין כסוג

של עסקה שניתן להתנות עליה. **לית מאן דפליג שההלכה מכירה בקידושי תנאי, וכל עוד הדבר נעשה כדין יש כאן קידושין תקפים לכל דבר ועניין.**

6. **העותרים נסמכו על השיטה ההלכתית כי התנאי תקף**, ובשום שלב לא חשבו כי תנאי בקידושין יוצר ספק בקידושין והיה ברור כי למרות המחלוקות ההלכתיות לעניין החלת תנאי בקידושין, לפי ההלכה תנאי בקידושין אינו מעמיד את הקידושין בספק וגם אם בטל התנאי - הקידושין קיימים.

7. רבים מחכמי ההלכה הדנים בשאלת התקנת תנאי מתייחסים בחיוב לאפשרות התקנתו במקרה פרטי אולם שוללים את האפשרות לקבוע תקנה בעל אופי גורף. אולם במהלך השנים הוצעו מספר הצעות לקביעת תקנה בעל אופי גורף.

8. במהלך המאה העשרים הועלו מספר הצעות לקביעת תקנה באופן גורף:
תנאי רבני צרפת בשנת 1907 שנוסחו הוא "הרי את מקודשת לי באופן שלא תשארי עגונה ממני, ואם יחרצו שופטי הממשלה גירושין, לא יחולו הקידושין, ותצא האשה ותינשא בחופה וקידושין". ההתנגדות לתנאי זה הייתה גדולה מאוד. חוות דעת של רבנים מכל קהילות ישראל נאספו ופורסמו בחוברת "אין תנאי בנישואין" שיצאה לאור בשנת 1930;

תנאי רבני קושטא בשנת 1924 שהוצא לאור ע"י רבני תורכיה ב"מחברת קידושין על תנאי". נוסח התנאי היה כוללני יותר מהתנאי שהוצא ע"י רבני צרפת. התנאי מתייחס לכך שאם הבעל יעזוב את האישה לזמן ממושך בלי רשותה או שיסרב לקבל עליו דין תורה או שיחלה במחלת רוח או מחלה מדבקת וכד' אזי למפרע לא היו קידושין ואין צורך בגט או חליצה. ההצעה גרמה למחאת רבני הדור שביניהם בלט הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל;

הצעת הרב עוזיאל בשנת 1935 תנאי התולה את תוקפם של הקידושין ברצונו של בית הדין ומעניק לו כוח להפקיע את הקידושין. על מנת למנוע פזיזות משימוש בתנאי מציע הרב עוזיאל שורה של הליכים פרוצדוראליים נוקשים שיידרשו כדי להפעילו. בסיום הצעתו כותב הרב עוזיאל שדבריו הם רק הצעה ובסיס לדיון ושתוקפם מותנה בהסכמת קהילות ישראל. להצעה זו קמו מתנגדים כמו הרב זוין, הרב ולדנברג, הרב קרק והרב הרצוג;

הצעת הרב ברקוביץ בשנת 1966 בספרו "תנאי בנישואין ובגט" מנתח הרב ברקוביץ את כל המקורות הדנים בקידושין ונישואין על תנאי. הוא לא מנסח תנאי ספציפי אך לאורך הספר הוא מציע פרטים נוספים שניתן לכלול בתנאי. גם נגד הרב ברקוביץ קמו עוררים שטענתם העיקרית הייתה כי הוא זהה לתנאי רבני צרפת שכבר התנגדו אליו הרבה רבנים;
הצעת הרב והדיין מיכאל ברויד בנוגע אליה נרחיב בהמשך.

9. הצעות התיקון השונות מתוארים באריכות במקורות שונים אשר מאשרים את האפשרות ההלכתית של תנאי בקידושין (ראו: פריימן "סדר קידושין ונישואין"; מאמריהם של הרבנים גרטנר וקרלינסקי בקובץ "ישורון"; עבודת הדוקטור של יעקב גולן "תנאי בנישואין"; חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה" של ד"ר תהילה בארי-אלון "היסוד הנפשי הנדרש לכינון הקידושין בהקשרן של טענות היטעות והיתנאי").

הצעת הרב ברויד - שעליה נשענו העותרים בשטר ההתנאה ובהסכם שעליו חתמו

10. הצעת הרב והדיין מיכאל ברויד² נשענת על שלושה ענפי פתרון שהועלו במרוצת השנים לבעיית מסורבות הגט והעגונות:

מינוי שליחות לגט בעת הקידושין - האיש ממנה בעת הקידושין את כל מי שיראה את חתימתו על ההסכם כשליח לכתיבת הגט, כעד וכשליח הולכה. מינוי זה מסויג למצב שבו בית הדין יורה לו לגרש את אשתו. האיש נשבע בשבועה חמורה שלא יבטל את השליחות או את הגט ומצהיר על נאמנות אשתו להעיד שלא ביטל את הגט והשליחות. האיש מצהיר שחיי האישות אינם מבטלים את הוראותיו.

התנאת הקידושין - בני הזוג מתנים בתנאי כפול שהקידושין והנישואין יהיו תקפים כל עוד הם חיים בצוותא, אולם אם יחיו בפירוד תקופה ממושכת - בטלים הקידושין והנישואין למפרע. כמו כן מצהירים בני הזוג שחיי האישות אינם מבטלים את התנאי.

הפקעת הקידושין - האיש מתנה את תוקף הקידושין בכך שאם יסרב לתת את הגט תוך פרק הזמן הנקוב, יופקעו הקידושין בהתבסס על תקנת הציבור הקובעת שבמצב כזה תהיה הפקעה. **מצ"ב מאמרם של הרב ברויד וד"ר רחל לב מור בנושא כנספח יז**

11. ד"ר תהילה בארי - אלון מסבירה בעבודתה את היתרון של הסכם זה כדלקמן:

"אגידתם של צדדי ההיתר יוצרת משקל מצטבר של צדדי קולא וגורם לכך שצדדי החומרא מסופקים יותר ויותר. שיטה הלכתית זו העורמת ספק על ספק על מנת לקבוע פסיקה מקלה, היא שיטה רווחת מאוד במיוחד בתחום דיני הגיטין והקידושין. יתרונו של ההסכם בכך שהוא עצמו יוצר שלושה צדדים של ספק. כך למשל, אף אם אנו חוששים ומסופקים שמא האיש והאישה גם יחד מחלו על תנאם, וגם מסופקים שמא האיש ביטל את השליחות, הרי שעדיין יש מקום לסמוך על הפקעת הקידושין. בדרך זו יש לומר שגם אם אנו מסופקים אם ניתן לסמוך על תקנה כללית של הפקעת הקידושין, הרי שיש בסיס רחב יותר לסמוך על תנאי מפורש המעניק כוח של הפקעה וכן על האפשרות שהאיש לא ביטל את שליחות הגט... לצד היתרון המצטבר שהוצג לעיל, עיקר יתרונו של ההסכם המשולש טמון לדעתנו בכך שמן הבחינה המהותית ענפי ההיתר משפיעים זה על זה באופן ההופך אותו לשלם הגדול מסך חלקיו..."

12. ראינו אם כן כי הצעת התנאי כפתרון לבעיות העגינות והסרבנות צפה ועולה שוב ושוב בדברי חכמי ההלכה במהלך השנים. לדעת העותרים ההתדיינות רבת השנים בנושא זה מחזקת את הנטייה להאמין שקיים בסיס אמיתי לפתרון כולל בעניין. עם זאת, ולמרות ההצעות לתיקון מצד גדולי ישראל המבוססות על נימוקים הלכתיים כבדי משקל, קיים קושי להגיע להסכמה בין השיטות השונות - בעיקר משיקולים פוליטיים - דתיים וזאת על אף שרבים סברו כי **התקנת "תנאי בנישואין" יכולה להביא עמה מזור לבעיית סרבנות הגט והעגינות.**

13. מועצת הרבנות הראשית פועלת בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות כאשר שנים היא משאירה נושא משמעותי זה ללא קביעת הנחיות, ובשל חוסר המעש הזה נגרמה לעותרים 1-2 פגיעה קשה בזכויותיהם ובמעמדם וכך גם עלולים להיפגע זוגות נוספים אשר חותמים טרם נישואיהם

² שורשים להצעתו אפשר למצוא בדברי הרב הענקין בספרו פירושי איברא ובדברי הרב הדאיה בשו"ת ישכיל עבדי.

על הסכמי קדם נישואין ו/או על שטר התנאה. כמו כן, חוסר המעש של מועצת הרבנות הראשית בעניין זה פוגע גם בזוגות אשר לא חתמו על הסכם קדם נישואין ו/או על שטר התנאה, והם אינם מוגנים מפני מצב של עגינות או סרבנות גט כאשר מועצת הרבנות הראשית יכלה להגן עליהם מפני מצבים אלו.

14. מועצת הרבנות הראשית היא הגוף היחיד אשר יכול להביא לפתרון הלכתי בעניין זה הן על ידי פרסום הנחיות בדבר חתימה על הסכמי קדם נישואין ו/או שטר התנאה, והן על ידי התקנת תקנות שיכולות להגן על זוגות אשר באים להינשא מאפשרות לעגינות ולסרבנות גט, וכן לדאוג ליישומן של תקנות אלו.

2. הפליה בין בתי הדין הפרטיים במתן אישור לנישואין שערכו

1. במדינת ישראל קיימות קהילות שהנישואין והגירושים נעשים בהן באופן פרטי ולא דרך הרבנות וכל זאת באישור ובשיתוף פעולה עם המשרד לשירותי דת. בד"ץ העדה החרדית, בד"ץ בעלז, בד"ץ הרב לנדא ובד"ץ "שארית ישראל" הליטאי - כל אלה מוכרים על ידי המדינה לרישום נישואים. הרבנות סומכת על רשמים מטעם קהילות אלו שיעשו בירורי רווקות ויהדות כדי לוודא שאינם משיאים אשת איש, בן זוג שאינו יהודי, כהן עם גרושה וכו'. בד"ץ העדה החרדית ובד"ץ בני ברק של הרב נסים קרליץ גם מוכרים לצורך עריכת גירושים. אלה גופים פרטיים שאינם מחויבים לחוק ואינם כפופים לרבנות הראשית בתהליך הנישואין, אך הם נאמנים עליה. אלפים רבים של אנשים מתחתנים ומתגרשים דרך גופים אלו ומשרד הפנים באמצעות המועצות הדתיות והרבנות, מקבל מהם דיווחים ומאשר את מעמד האישי החדש.
2. פעילות בתי דין אלו נעשית על סמך הסדרים היסטוריים שייתכן ומקורם ב"מסמך הסטטוס קוו" - המכתב ששלח דוד בן גוריון אל הסתדרות אגודת ישראל העולמית בשנת 1947. במכתב זה התחייב בן גוריון שלא לשנות את המצב החוקי והעובדתי בענייני דת אשר היה קיים בישראל בשנת 1947, דהיינו, בתי הדין הפרטיים אשר פעלו באותה תקופה בארץ הורשו להמשיך ולסדר נישואין וגירושים, ומצב זה נשמר עד ימינו.
3. נראה כי למעשה קיים במדינת ישראל מסלול של נישואין פרטיים אשר עוקף את הרישום המוסדר בחוק ומוכר על ידי המדינה. יתרה מכך, לעתים בית הדין הרבני עצמו אף מפנה אל אותם בתי דין פרטיים (ראו לדוגמה החלטה של ביה"ד הרבני האזורי ירושלים תיק 1025135/1 אשר ניתנה ביום כ"ה באלול התשע"ה 9.9.15 ע"י הדיינים: הרב י' אליעזרוב, הרב י' גולדברג והרב ד' ברדוגו, שלפיה על "ב"כ האשה להודיע לביה"ד תוך שבוע, באם יש הסכמה, לפנות לבי"ד של העדה החרדית או בי"ד בעלז או ביה"ד של הרב קרליץ, שהם בתי דין פרטיים, כדי להסדיר את הגט, היות ולדברי שני הצדדים התקיימו נישואין כדמו"י... באם תתקבל תשובה חיובית והצדדים יתגרשו, יסגור ביה"ד את התיקים". החלטה זו באה על רקע סירובה של האישה להתגרש במסגרת בית הדין הרבני).
4. במקרה דנן העותרים קיבלו אישור נישואין מבד"ץ ירושלים שבראשות הרב ד' לוי. בד"ץ ירושלים קיים מזה 40 שנה והינו מוסד מוכר וידוע בירושלים. בית דין זה מקביל מהותית לשאר בתי הדין הפרטיים שאושרו על ידי המדינה לצורך רישום נישואין ולא הייתה כל מניעה

שבית הדין הרבני ייתן את אישורו לעניין תקפות נישואי העותרים על סמך האישור שנתן הרב לוין אולם בית הדין בחר שלא לעשות כן.

5. יתרה מכך, הרבנות הראשית מאשרת נישואין שנערכו על ידי בתי דין פרטיים מסוימים ואישורם נעשה אך ורק בהתאם להסכמים היסטוריים, וזאת ללא פרסום קריטריונים למתן אישור שכזה. על פניו אין הבדל מהותי בין בד"ץ ירושלים לכל אחד מבתי הדין הפרטיים שקיבלו אישור מהרבנות הראשית ואין כל סיבה לא לאשר נישואין וגירושין שנעשים באמצעותו. התנהלות מפלה זו של הרבנות הראשית אינה סבירה ואינה מידתית, בעיקר כאשר אין קריטריון המנחה אותה במתן אישורים לבתי דין פרטיים.

ב. משרד הפנים

1. לצורך שינוי מעמדם האישי של העותרים 1-2 במרשם האוכלוסין עליהם להציג אישור נישואין אשר לפי החוק מונפק על ידי המועצות הדתיות ובמקרה של נישואין פרטיים על ידי בית הדין הרבני.
2. במקרה זה בית הדין סירב לאשר את נישואי העותרים 1-2 וזאת בעיקר בשל שיקולי מדיניות ושמירת המונופול המוענק לו בנושא נישואין וגירושין, ולא דווקא משיקולים הלכתיים. אולם לעותרים 1-2 יש אישור נישואים שהונפק להם על ידי בד"ץ ירושלים.
3. משרד הפנים סירב לשנות את סטאטוס העותרים 1-2 במרשם האוכלוסין על סמך האישור של בד"ץ ירושלים בטענה שאישור זה אינו עונה על ההגדרה של "תעודה ציבורית" לפי פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971.
4. להלן נפרט את הדרך לשינוי הסטאטוס במרשם האוכלוסין במדינת ישראל ובעקבות כך את חוסר הסבירות בסירוב של משרד הפנים לשנות את הסטאטוס של העותרים :
5. נושא עריכת הנישואין ורישומם בישראל בנוגע ליהודים מבוסס על מספר הוראות חוק: פקודת הנישואין והגירושין (רישום); חוק הרבנות הראשית לישראל; חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין); חוק מרשם האוכלוסין.
6. סעיפים 2(7) ו-2(8) לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965 קובעים כי אחד מהפרטים שיש לרשום במרשם האוכלוסין הוא המצב האישי של האדם (רווק, נשוי, גרוש או אלמן) וכל שינוי שחל בו, ואם הוא נשוי - את שם בן הזוג שלו.
7. בסעיף 15(2) לחוק מרשם האוכלוסין נקבע כי על הרשות שאחראית על רישום נישואים לפי פקודת הנישואין והגירושין (רישום) לדווח לפקיד רישום של משרד הפנים על המצב האישי של האזרחים כאשר חל בו שינוי, וזאת בתוך 14 יום מיום רישום הנישואין או הגירושין ולצרף העתק מסמך המעיד על כך.
8. פקודת הנישואין והגירושין (רישום) קובעת הוראות לרישום נישואין וגירושין. בסעיף 2 לפקודה מוגדרת "הרשות רושמת" בנישואין לפי דיני ישראל כ"רב". סעיף 2א מגדיר מיהותו של אותו 'רבי' שהינו "רשות רושמת" כך:

”בני זוג יהודים המבקשים להינשא, רשאים להירשם לנישואין אצל כל רב שמונה כרושם נישואין לפי סעיף 2(6) לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש”ם-1980, בלא קשר למקום מגוריהם או למקום עריכת הנישואין”.

9. בהתאם לפקודת הנישואין והגירושין עניין הסמכת רבנים עורכי חופה וקידושין מנוהל על ידי מחלקת אישות וגירות והמפקח על הנישואין ברבנות הראשית לישראל (להלן: **”מחלקת אישות”**). מחלקת אישות קבעה אמות מידה לקבלת הסמכה לעריכת חופה וקידושין, ובנוסף פרסמה רשימה ארצית של רבנים עורכי חופה וקידושין.
10. ביי”א בטבת התשע”ג הוציאה מועצת הרבנות הראשית תקנות והוראות לרישום נישואין. תקנות אלה ערוכות בהתאם לפקודת הנישואין והגירושין ובהתאם לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין), התשי”ג-1953 ועל פי חוק הרבנות הראשית לישראל, תש”מ-1980. בתקנות מפורט הליך ההרשמה לנישואין כדלהלן: ראשית הרב המורשה בודק בדבר מעמדם האישי והמשפחתי של בני הזוג המבקשים להינשא כדי לוודא שאין מניעה לחתנם (הבדיקה כוללת 3 נושאים: יהדות, רווקות והיתר נישואין). השלב הבא הוא פרסום דבר הרישום ולאחר מכן הנפקת **”כתובה”** עריכת חופה וקידושין. השלב הסופי הוא הנפקת תעודת נישואין (שמירת עותק בתיק הנישואין והפצת עותק למרשם האוכלוסין ולמחלקת הרבנות במשרד לשירותי דת).
11. סעיף 48(ג) לתקנות מאפשר לבני הזוג להשתמש בכתובה משלהם וזאת בתיאום עם רשם הנישואין ואישורו. בסעיף 49(ד) נאמר כי **”במקרים חריגים ובאופן חד פעמי רשאי הרב המורשה בעירו להתיר לרב הראוי לכך, לפי שיקול דעתו, לערוך חו”ק במקומו בצירוף ביאור מפני מה אושר”**. בסעיף 49(ז) נאמר **”על הרב המורשה לקבל את רצון בני הזוג בקביעת רב עורך חופה וקידושין מתוך הרשימה הארצית של עורכי החופות, ולאפשר להם לבחור רב שהם מעוניינים בו”**. ולפי סעיף 56 כאשר הזוג מחזיר העתק כתובה לרבנות כאשר הוא חתום ע”י הרב המקדש תונפק להם תעודת הנישואין בחמישה עותקים.
12. סעיף 71(ו) העוסק בנישואין פרטיים קובע כי **”בני זוג שנישאו בחו”ק בארץ באופן פרטי, שלא ע”י לשכת רישום נישואין מוסמכת, או שנישאו בחוץ לארץ, אין בסמכותו של רב מורשה לנישואין להנפיק להם אישור נישואין או תעודת נישואין. הם יכולים לאשר את נישואיהם רק בבית הדין הרבני האיזורי, לאחר חקירתם והחלטתם”**.

מצ”ב התקנות כנספח יח

13. בבג”ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת ואח’ נ’ שר הדתות ואח’, פ”ד מג(2) 661 [פורסם בנבו] (24.7.89) מפרט השופט מ’ אלון בעניין הצד המנהלי והצד המהותי של רישום נישואין כדלהלן: **”רישום הנישואין יש בו אספקטים מנהליים ואספקטים מהותיים הלכתיים. האספקטים המנהליים הם דרכי הרישום וניהולו ובחינת הצרכים האובייקטיביים של האוכלוסייה, של מספר הרשויות הרושמות הדרושות... שיקולים אלה הם בתחום ידיעתו ומומחיותו של שר הדתות... אך רישום הנישואין יש בו גם אספקטים מהותיים הלכתיים מובהקים. כפי שראינו, רישום הנישואין כולל בתוכו את עריכת הנישואין, שהוא תפקיד המחייב ידע הלכתי וכשירות הלכתית וכשר הכרעה בבדיקת עובדות ונתונים המתחייבים לפי ההלכה. ועל כך אמרו חכמים, כאמור לעיל, כי ”כל שאינו ידע**

בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם" (א), [ב]). קביעת כשירות זו היא, בדרך הטבע, בתחום ידיעתם של המומחים לדבר, היינו יודעי דת ודין שאחד מתפקידיה של מועצת הרבנות הראשית הוא מתן רשות לרב לכהן כרב רושם נישואין כתנאי להכרה ברב זה על-ידי שר הדתות כרשות רושמת לנישואין ולגירושין".

14. מהמקורות שהוזכרו עולה כי לפי החוק על כל זוג שמתחתן לשנות את הסטאטוס שלו במרשם האוכלוסין ואם הוא לא עושה כן הוא צפוי לסנקציות הקבועות בחוק. במקרה של זוג ששניהם יהודים על מנת לבצע את הרישום הם צריכים להביא תעודת נישואין אשר מונפקת על ידי המועצה הדתית באישור רב אשר מונה לתפקיד על ידי הרבנות הראשית לישראל. פקיד הרישום יכול לשנות את סטאטוס המרשם רק כאשר מוצג בפניו אישור רשמי המעיד על שינוי זה.
15. אמנם בתי הדין הפרטיים שנישואיהם מאושרים על ידי המדינה מקבלים טפסים רשמיים לצורך אישור נישואין והאישור של בדי"ץ ירושלים לא נכתב על טופס שכזה. אולם, היה על משרד הפנים לבחור בדרך אשר תביא לפגיעה פחותה בעותרים 1-2 ולראות באישור הנישואין שהונפק להם על ידי בדי"ץ ירושלים כתעודה ציבורית לצורך העניין, ולשנות את סטאטוס העותרים במרשם האוכלוסין לנישואים.
16. סירובה של הרשות הרושמת לרשום את עותרים 1-2 כנישואים, פוגעת הן באינטרס הפרטי של עותרים 1-2, להיות רשומים במרשם כנישואים, וכתוצאה מאי רישומם אף להיחשף לאישום פלילי ולענישה של שנתיים מאסר בהתאם לסעיף 7 לפקודה. וזאת כאשר ברור מעל לכל ספק כי עותרים 1-2 עשו כל שהיה לאל ידם להסדיר את רישומם. והן באינטרס הציבורי של אמיתות המרשם.

הפרק השלישי - אי חוקיות ס' 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) (תיקון

2013 - (2

הקדמה

1. סירובם של המשיבים 1, 2, 4 לרשום את העותרים 1-2 כנישואים הכניסה אותם תחת הקטגוריה של ס' 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) וחשפה אותם לאישום פלילי ולמאסר כיוון שהם לכאורה לא דאגו לרשום את השינוי בסטאטוס שלהם.
2. סעיף 7 לפקודה הקובע כי "כל שאינו דואג לרישום הנישואין או הגירושין שלו, או לרישום הנישואין או הגירושין שהוא סידר לאחר, דינו – מאסר שנתיים", מהווה פגיעה בזכויות חוקתיות לחירות ולשוויון, ואינו עומד בשלושת מבחני המידתיות המגולמות בפסקת ההגבלה של חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו ועל כן דינו בטלות.
3. לצורך הגשמת מטרת הפקודה, שהינה לדאוג למרשם מהימן בתחום הנישואין, נבחר בסעיף 7 עונש מאסר של שנתיים. אמצעי זה אינו מידתי ופוגע פגיעה קשה בזכויות החוקתיות של העותרים 1-2 ושל אזרחי המדינה בכלל ולפיכך דינו של סעיף זה בטלות.

היסטוריית תיקון סעיף 7 לפקודה

1. פקודת הנישואין והגירושין (רישום) נחקקה בשנת 1919. שמה המלא של הפקודה מעיד על תכליתה "פקודה הקובעת הוראות לרישום נישואין וגירושין". בסעיף 7 לפקודה (טרם תיקון הסעיף ב-2013) נקבע כי: **"כל שאינו דואג לרישום הנישואין או הגירושין שלו, יואשם בעבירה, ויהיה צפוי לעונשים שנקבעו בתוספת לסעיף 99 של החוק הפלילי העותומאני"**.
2. בשנת 1965 נחקק חוק המרשם. בסעיף 35(ג) לחוק המרשם נקבע כי העונש על אי רישום במרשם וזאת גם לעניין נישואים וגירושים דינו שבועיים מאסר או קנס של 100 ל"י.
3. חקיקתו המאוחרת של סעיף 35(ג) לחוק המרשם אשר כוללת רישום נישואים וגירושין ייתרה לכאורה את סעיף 7 לפקודה (סעיף 1 לעיל), אולם סעיף זה נותר על כנו ולא שונה עקב חקיקת חוק המרשם, עד לשנת 2013 בה התקבל תיקון 2 לפקודה הקובע בסעיף 7 כי **"כל שאינו דואג לרישום הנישואין או הגירושין שלו, או לרישום הנישואין או הגירושין שהוא סידר לאחר, דינו – מאסר שנתיים"**. התיקון פורסם ברשומות ביום 31.10.13. בכך הבחין המחוקק את תחום הנישואים והגירושין, באמצעות סעיף 7 לפקודה, מכלל הסדרת רישום הסטאטוס האישי כפי שבא לידי ביטוי בחוק המרשם.
4. מצב חקיקתי זה יצר למעשה שתי הוראות חוק שונות וסותרות לעבירת הפרת החובה להסדרת הרישום בסטאטוס אישי. בסעיף 35(ג) לחוק המרשם העונש על אי הסדרת הרישום דינו שבועיים מאסר או קנס של 100 ל"י, ואילו בסעיף 7 לפקודה העונש על אי הסדרת רישום נישואין או גירושין **"דינו – מאסר שנתיים"**.
5. תיאור השתלשלות תיקון סעיף 7 לפקודה אשר יפורט להלן מעלה כי התיקון נעשה במחטף ללא דיון משמעותי על מידת התאמת הענישה לתכלית החקיקה, מבלי שנשקלה מידתיות רמת הענישה ומבלי שנלקחה בחשבון הוראת סעיף 35(ג) לחוק המרשם.
6. ביום 12.10.2009 הגיש חבר הכנסת עתניאל שנלר על שולחן הכנסת הצעת חוק לתיקון פקודת הנישואין (רישום) (אזורי רישום) התשי"ע – 2009 (פ/1635/18), בהצעה זו לא נכלל תיקון סעיף 7. אולם כאשר הונחה הצעת החוק לקריאה ראשונה ביום 18.3.2012, סעיף 7 היה כלול בהצעה (לא נמצא כל תיעוד המצביע מתי הוכנס סעיף זה להצעת החוק).
7. ביום 18.3.2012 נערך דיון ראשון בנוגע לתיקון הפקודה כהכנה לקריאה ראשונה. התיקון לפקודה כלל את סעיף 2א (פתיחת אזורי רישום) ואת סעיף 7 (ענישה). רוב הדיון בוועדה נסב על תיקון סעיף 2א. לגבי סעיף 7 נערך דיון רק בעקבות הערתו של היועמ"ש לוועדה, עו"ד אלעזר שטרן, כדלהלן: **"אלעזר שטרן (יועמ"ש):**
אני מסב את תשומת לבם של חברי הוועדה שהעונש הפלילי שנקבע פה הוא גבוה מאוד – שנתיים מאסר – על בעיה של רישום. צריך לשקול האם זה העונש המתאים והראוי.
עתניאל שנלר:
רשמתי לעצמי את הדבר הזה, ויש ממש בטענה הזאת.
היו"ר יצחק הרצוג:
נוריד לשנה.
קריאות:
לא.

שמעון יעקבי :

הייתי רוצה להתייחס.

היו"ר יצחק הרצוג:

אתם רוצים גם את זה ללבן לדיון הבא?

עתניאל שנלר :

לבן את זה אחר-כך."

מצ"ב החלק הרלבנטי מפרוטוקול הוועדה כנספח יט

8. ביום 21.5.2013 הצביעה הכנסת בקריאה ראשונה על תיקון הפקודה. טרם ההצבעה הציג ח"כ עתניאל שנלר – מציע הצעת התיקון שכללה את הסעיפים 2א ו-7, אולם לא התייחס כלל לסעיף 7 והסתפק בדברים הבאים:

"אדוני היושב-ראש, כנסת נכבדה, הצעת החוק לתיקון פקודת הנישואין והגירושין, העוסקת ברישום הנישואים של בני-זוג יהודים, היא פריצת דרך מהפכנית בתהליך רישום הנישואים. הצעת החוק מנסה ליצור את השילוב שבין ההלכה היהודית והמסורת היהודית לצרכיה של החברה המודרנית; חוק שבידו האחת אוהז ומחבק את הדור הצעיר המבקש להתחתן על-פי ההלכה היהודית ודקדוקיה, וידו האחרת מושטת לאווירה הישראלית, לשיח, למוטיבציה של החברה המודרנית במדינת ישראל, אבל כמדינה יהודית. על כך נאמר, חברי חברי הכנסת: אחוז בזה ומזה אל תנח ידך".

כאמור הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה, והועברה לוועדת חוקה להכנה לקראת קריאה שניה ושלישית.

9. ביום 8.7.2013 דנה הוועדה בשתי הצעות חוק שביקשו לתקן את הפקודה ואוחדו - האחת של ח"כ פאינה קירשנבאום (אשר כוללת רק את סעיף 2א, פתיחת אזורי רישום) והשנייה כאמור לעיל של ח"כ עתניאל שנלר. גם בדיון זה בוועדת החוקה חוק ומשפט כמעט שלא הייתה התייחסות משמעותית לתיקון סעיף 7, להוציא הדברים שהשמיע מנכ"ל בתי הדין הרבניים עו"ד שמעון יעקובי:

"הערה אחת היא בקשר לתיקון ההסדר הפלילי על עריכת נישואין פרטיים. מבקר המדינה בדוח הביקורת האחרון שלו, מלפני כחודש-חודשיים, דוח שנתי 2013, מבקר על כך שעדיין לא נמצא הסדר להטלת עיצומים פליליים על מי שעורך נישואין פרטיים, למרות כל הניסיונות שנערכו, להסדיר את זה בשנים האחרונות. נוסח סעיף בקדנציה הקודמת, בישיבה הקודמת, והוא נכנס לנוסח שנדון, ואני מציע להכניס אותו גם פה."

היו"ר דוד רותם:

אני לא מכניס נוסחים של משפט פלילי לחוק אזרחי. זה ילך לוועדת שרים לענייני חקיקה.

שמעון יעקבי :

בפקודה עצמה, שאותה אנחנו עומדים לתקן, סעיף 7 אומר כך: כל שאינו דואג לרישום הנישואין או הגירושין שלו, יואשם בעבירה, ויהיה צפוי לעונשים שנקבעו בתוספת לסעיף 99 של החוק הפלילי העותומאני. הסעיף הזה ביישומו היום-יומי זה סעיף שאינו ישים.

היו"ר דוד רותם:

הרב יעקבי, יואיל נא כבודו לפנות לפרקליט המדינה וליועץ המשפטי לממשלה – הם האחראיים על אכיפת החוק ולא אני.

שמעון יעקבי:

פנינו ויש על זה דיונים. אני מציע שהוועדה תשקול את הדברים. יש חשיבות לכך. כדאי לעיין בהחלטות שנתנו בתי הדין הרבניים בשנים האחרונות בקשר לבעיות קשות מאוד של נישואין וגירושין פרטיים. אולי ירשה לי לצטט מדוח מבקר המדינה האחרון, ואדוני יסתכל על זה קצת בצורה שונה. אנחנו לא מדברים פה על עיצומים מי יודע מה, אבל עיצומים מינימליים ודאי ראויים".

מצ"ב פרוטוקול הוועדה כנספח כ

10. בדברים אלו הסתיים הדיון על תיקון סעיף 7 לפקודה הקובע עונש מאסר של שנתיים למי אשר אינו רושם את נישואיו, או אינו רושם נישואין אותם סידר לאחר.
11. ביום 23.7.2013, בעת דיון המשך בוועדת החוקה חוק ומשפט כהכנה לקריאה שנייה ושלישית, לא הוזכר כלל תיקון סעיף 7 לפקודה, והצעת החוק במלואה כולל התיקון בסעיף 7 עברה בוועדה. ביום 28.10.2013 נערכה בכנסת הצבעה לקריאה שנייה ושלישית ותיקון הפקודה על שני סעיפיו, אושר. הפקודה פורסמה ברשומות ביום 31.10.2013.

ניסיונות המחוקק לתיקון סעיף 7 לפקודה לאחר תיקונו ב-2013

12. מאז כניסת תיקון סעיף 7 לתוקפו נעשו לא מעט ניסיונות לבטל או לשנות סעיף זה באמצעות הצעות חוק פרטיות של חברי כנסת מכל רחבי הבית בטענה לחוסר איזון ומידתיות של הסנקציה הפלילית הכלולה בסעיף 7 לפקודה.
13. ביום 28.7.2014 ח"כ עליזה לביא ואחרים הניחו על שולחן הכנסת הצעה לשינוי סעיף 7 לפקודה (2659/19/פ), וביום 3.12.2014 התקיים דיון מוקדם בהצעה. בדיון ציינה ח"כ עליזה לביא כי תיקון סעיף 7 לפקודה היה סוג של מחטף שהתבצע במסגרת העברת התיקון הרחב לפתיחת אזורי הרישום. לגבי מידת הענישה בסעיף 7 הציעה ח"כ לביא:

"אני אשמח אם תתמכו בהצעת החוק שלי ותבטלו את השימוש הלא-שייך, הלא-מידתי, האכזרי הזה, באיום בכלא למי שבחר בדרך הזאת. אפשר למצוא פתרונות נוספים; אפשר לתת קנס, אפשר לתת פתרונות אחרים, כדי גם למצוא את הדרך שבה הרישום ייעשה ולא יהיה פה עניין של חשש ממזרות."

מצ"ב פרוטוקול הדיון במליאה כנספח כא

- ההצעה הועברה לדיון מוקדם בוועדת הכנסת, אך בפועל ירדה מסדר היום כיוון שלאחר שנדחתה בוועדת שרים לחקיקה לא הועברה למליאה להצבעה טרומית.
14. ביום 11.5.2015 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק נוספת של ח"כ עליזה לביא לתיקון סעיף 7 (461/20/פ) שבה היא מציעה להקטין את העונש בהתאם לסעיף 61(א)(1) לפקודת העונשין, וביום 1.6.2015 לאחר דיון בוועדה ירדה ההצעה מסדר היום.

15. ביום 25.5.2015 הוגשה על ידי ח"כ מיקי רוזנטל ואחרים הצעת חוק לתיקון סעיף 7 לפקודה המבקשת לבטל לחלוטין את סעיף 7 מנימוק של חוסר מידתיות, בין חומרת הענישה והשלכותיה לבין עברת אי הסדרת הרישום (פ/984/20).

בדברי ההסבר נכתב כי:

"כתוצאה מאשמה פלילית ומריצוי מאסר, אדם עלול לשאת בהשלכות עתידיות כמו סטיגמה חברתית שתדבק בו וקושי להשתלב בשוק העבודה. אזרח במדינת ישראל צריך לרשום את נישואיו וגירושיו, אך אדם שאינו עושה כן אינו עברייני נפשע שצריך לרצות מאסר של שנתיים ולשאת באות קלון".

מצ"ב תזכיר הצעת החוק כנספח כב

16. ביום 30.10.17 הניחה ח"כ עליזה לביא הצעת חוק לביטול סעיף 7 לפקודה (פ/4640/20). הצעה זו נדחתה על ידי ועדת שרים לחקיקה ונפלה במליאה בקריאה טרומית.

17. ניסיונותיהם החוזרים ונשנים של חברי הכנסת לביטול או לתיקון סעיף 7 לפקודה מצביעים על אי נחת וחוסר השלמה של המחוקק עם הפגיעה הקשה בזכויות האדם והאזרח הבאה לידי ביטוי בחוסר המידתיות המתקיים בסעיף 7 לפקודה, ועם חומרת הסנקציה המתנגשת עם ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. ומביאה אף את העותרים לבקש מכבוד בית המשפט להורות על בטלות סעיף זה.

תכלית סעיף 7 לפקודה

1. תכלית פקודת הנישואין היא נתינת הוראות לרישום נישואין וגירושין. מטרת החוק הינו הסדרת הליכי רישום לצורך קיומו של מרשם המשקף נאמנה את מעמדם האישי של אזרחי המדינה, ובכך מגן המרשם על אזרחי המדינה מפני ביגמיה למשל, נישואי קרובים, ועוד.
2. בנוסף, רשויות המדינה מסתמכות על האמור בפרטי המרשם (פרטים המהווים גם ראיה לנכונותם) לצורך קביעת זכויות או חובות לאזרחי המדינה.
3. בהמשך לתכלית הפקודה, תכליתו של סעיף 7 הכולל סנקציה פלילית כנגד המפר את הוראות הפקודה, כלומר שלא דואג לרישום נישואיו או לרישום נישואים שסידר לאחר הינה הרתעת העבריינים ומניעתם מלהפר את הוראות הפקודה, כך בין השאר עולה ממעט דברי ההסבר שנאמרו בוועדת חוקה בעת תיקון הפקודה (ראו לעיל סעיף 9 בחלק של היסטוריית תיקון סעיף 7 לפקודה).
4. אלא, כפי שנראה להלן, הוראת סעיף 7 לפקודה אינה מידתית ביחס לתכליתה שכן עונש המאסר אשר נקבע בסעיף 7 לפקודה גם בהיותו משרת מטרה חברתית ראויה הרי שאי מידתיותו בשל עוצמת פגיעתו בערכי כבוד האדם הופכת את תכליתו לבלתי ראויה. **"תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות אדם."** (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ה' מגדל כפר שיתופי ואחרים, פ"ד מט (4) (221) [פורסם בבנו], השופטים מ' שמגר, א' ברק, ד' לוי).

מידתיות סעיף 7 לפקודה

1. מבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה מחייב כי פגיעתו של החוק בזכות המוגנת תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש". דרישת המידתיות מבטאת הכרה בכך שאין די בהלימת החוק לערכיה של מדינת ישראל או בכך שהוא משרת תכלית ראויה; יש לבחון גם את האמצעים שנבחרו על ידי המחוקק להגשמת תכליתו של החוק. בחינה זו, כפי שפורשה בהלכה הפסוקה, מורכבת משלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, הבוחן את מידת ההתאמה בין תכלית החוק לאמצעי שנבחר להגשמתה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הבודק האם, לצורך הגשמת תכלית החוק, נבחר האמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית היא הנמוכה ביותר, מבין האמצעים האפשריים; ולבסוף, מבחן המידתיות במובנה הצר, המחייב את קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין היתרון הצומח מהפגיעה (על מבחן המידתיות: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, [נמצא בנבו] (4.12.02), השופטים א' ברק, ת' אור, ד' ביניש; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, [נמצא בנבו] (9.6.05), השופטים: א' ברק, מ' חשין, ד' ביניש, א' ריבלין, א' פרוקצ'יה א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, ע' ארבל, א' חיות, י' עדיאל; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) 58-026630-2, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, [נמצא בנבו], (19.11.09), השופטים: ד' ביניש, ה' א' ריבלין, א' פרוקצ'יה, א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, ע' ארבל, ס' ג'ובראן, א' חיות).

מבחן הקשר הרציונאלי

2. על פי מבחן הקשר הרציונלי על האמצעי שהחוק נקט בו להתאים לתכלית שהחוק מבקש להגשים, כך שיהא בכוחו להגשימה (ראו, מבין רבים אחרים: בג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון [פורסם בנבו], (12.12.2006), פסקה 29 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 [פורסם בנבו], (4.5.99) השופטים מ' חשין, ד' דורנר, ד' ביניש; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 [פורסם בנבו] (13.4.97) השופטים: א' ברק, ש' לוי, ת' אור, א' מצא, מ' חשין, צ' א' טל, ד' דורנר). במסגרת מבחן הקשר הרציונלי יש להראות "כי האמצעי שנבחר הוא רלוונטי להגשמת המטרה במובן זה שעם חקיקת החוק גדל הסיכוי להגשמת המטרה. על כן, אם אין בכוחו של האמצעי להגשים את מטרות החוק, השימוש באותו אמצעי אינו מידתי" (אהרן ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 374 (2010), להלן: מידתיות במשפט).
3. בהנחה כי תכלית סעיף 7 היא להביא לשינוי חברתי, כלומר למניעת תופעת הנישואים הפרטיים הלא מדווחים, על בית המשפט לבחון את הקשר בין האמצעי אותו בחר המחוקק לבין הגשמת התכלית. אחת מהאפשרויות לבדיקה זו הוא באמצעות מבחן התוצאה (בעיקר כאשר קיימים נתונים המראים בבירור האם הקשר קיים אם לאו) (ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת ואחרים, פ"ד סא (1) 619 [פורסם בנבו], (11.5.06), השופטים אהרן ברק, מישאל חשין, דורית ביניש, אילה פרוקצ'יה, אדמונד לוי, מרים נאור, אשר גרוניס, אסתר חיות, סלים ג'ובראן). במקרה זה הדבר מתאפשר עקב כך שעברו ארבע שנים מיום תיקון סעיף 7 לפקודה, וניתן לבחון האם האמצעי שנבחר בתיקון מקדם את מימוש התכלית.
4. להלן נתונים כמותיים של סוגי נישואים פרטיים שונים כפי שהופיעו בגיליון הראשון של כתב העת "כיכר העיר" (בימה ליהדות – ישראלית) (תשע"ז):

"הן התנועה הקונסרבטיבית והן הרפורמית מעידות על עלייה במספר החופות שהן עורכות כל שנה. הרב גלעד קריב, מנכ"ל התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, מסר לי שרבני ורבות התנועה עורכים ועורכות כאלף חופות בשנה, וזאת אחרי עליה, אמנם מתונה, במשך כל העשור האחרון. על פי עו"ד יזהר הס, מנכ"ל התנועה המסורתית בישראל, רבני ורבות התנועה ערכו כשלוש מאות טקסים בשנה השלמה האחרונה (2015), וזאת לעומת כמאתיים טקסים בשנה שלפניה. ארגון 'הויה', שמאגד כמה עשרות עורכי ועורכות חופות הנמצאים על מלוא הרצף בין חילונים-אתאיסטים למסורתיים ואף שומרי מצוות, מדווח על עלייה הדרגתית בשנים האחרונות, מ-148 חופות שערך ב-2013, דרך 219 ב-2014, 241 ב-2015 ו-298 טקסים שכבר נערכו או רשומים נכון לחודש יולי 2016. עיון באתר ארגון 'טקסים', המקבץ בין שורותיו עורכי טקסים "יהודיים-חילונים" מגלה עלייה מ-23 טקסים בשנת 2004, ל-197 טקסים בשנת 2015".

5. כפי שנראה לעיל, דווקא בשנים האחרונות התופעה של זוגות הנישאים שלא באמצעות המועצות הדתיות גדלה וניכרת מגמת עליה משנה לשנה. וזאת למרות שהחל משנת 2013 זוגות אלו חשופים לענישה על פי סעיף 7 לפקודה.
6. מן הראוי לציין שאין באפשרות חלק הזוגות הנישאים באופן פרטי להינשא באמצעות המועצות הדתיות וזאת בשל היותם פסולי חיתון או מסיבות אחרות. חלק מהזוגות אשר רוצים להינשא באופן שאינו עולה בקנה עם הדרך אותה התוותה הרבנות, כדוגמת העותרים 1-2, נאלצים אף הם להינשא באופן פרטי, ועקב כך, נבצר מהם לרשום את נישואיהם.
7. בהמשך לכך, מידת הוודאות הנדרשת בקשר זה בין אמצעי שפגיעתו קשה מאוד לכבוד האדם, צריכה להיות וודאות קרובה ואולי אפילו מוחלטת (השופט דורנר (כתוארה אז) בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל ואחרים נ' שר האוצר והרשות לניירות ערך, פ"ד נא (4) 367 [פורסם בנבו] (24.9.97), שופטים: א' ברק, ש' לוי, א' גולדברג, ת' אור, א' מצא, מ' חשין, י' זמיר, ט' שטרסברג-כהן, ד' דורנר, י' טירקל, ד' ביניש).
8. במקרה דנן הזכויות בהן פוגע המחוקק בסעיף 7 לפקודה הינן כבדות משקל, כיוון שמדובר בשלילת החירות על ידי עונש מאסר, ולפיכך דרושה "וודאות קרובה" לכך שהאמצעי הנדרש, יגשים את המטרה. לפיכך כאמור לעיל, האמצעי אותו בחר המחוקק, שלילת החירות למשך שנתיים לכל הנישא בנישואים פרטיים אין בכוחו להגשים את המטרה לשמה נועד, הרתעת ומניעת זוגות מלהינשא בדרך זו, בפרט כאשר לעתים קרובות לא עומדת ברירה אחרת בפני זוגות המבקשים להינשא.
9. עוד יש להוסיף בעניין זה כי נקבע בפסיקה בחינה נוספת והיא מהותו של הקשר בין האמצעי למטרה, כדברי השופט ד. ביניש (כתוארה אז) בבג"ץ 9593/04 ראשד מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נגד מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ונגד מפקד מחוז ש"י, משטרת ישראל, פ"ד סא (1) 844, [נמצא בנבו] (26.6.06), השופטים: ד' ביניש, א' ריבלין, ס' ג'ובריאן):

"מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי.

משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון".

10. אמצעי המאסר של שנתיים אותו בחר המחוקק בסעיף 7 לפקודה הינו עבירה מסוג עוון (שהעונש עליה הוא משלושה חודשי מאסר עד שלוש שנים). כאשר המחוקק קובע כי עבירות מסוימות הן מסוג עוון קביעתו נעשית בהתאם לדרגת חומרת העבירה, כלומר עבירות אלו חמורות מעבירות מסוג חטא. הכללת עבירת אי רישום במרשם כעבירה מסוג עוון, כדוגמת הסעיפים הבאים בחוק העונשין – תשל"ז, 1977: סעיף 348(ה) - העושה מעשה מגונה באדם שמלאו לו שמונה עשרה שנים, תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות, סעיף 379 - התוקף שלא כדין את חברו ועוד, הינה שרירותית ואינה עולה בקנה אחד עם עבירות שנקבעו באותו מתחם עונשין ובוודאי שלא עם עקרון הזכות לחירות.

11. נוכח כל הנאמר לעיל עולה כי תיקון סעיף 7 אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי, כאשר הנתונים מצביעים שחלה עליה בנישואים פרטיים, וכן כי ידוע שהדרישה לנישואים על פי הדין האישי שוללת מאזרחים רבים את זכותם להינשא ולהירשם כנישואים, ולפיכך אין וודאות בדבר הקשר, למרות הפגיעה החמורה בזכויות האדם החוקתיות, וכאשר אין קשר לוגי בין האמצעי למטרה.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

12. מבחן המידתיות השני דורש מהמחוקק לבחור מבין כל האמצעים המגשימים את מטרתו הראויה של החוק, אמצעי שפגיעתו בזכויות אדם היא הפחותה ביותר, לפיכך מבחן זה דורש מהמחוקק טרם קבלת החוק (לענייננו טרם תיקון סעיף 7 לפקודה) לבדוק אמצעים אלטרנטיביים להגשמת המטרה תוך פגיעה פחותה ככל האפשר בזכויות האדם אשר נפגעות עקב חיקוק זה.

13. על כך עמד השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ ה' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, [נמצא בנבו], (9.11.95), השופטים מ' שמגר, א' ברק, ד' לוין:

"חוק פוגע בזכות יסוד במידה שאינה עולה על הנדרש, רק אם המחוקק בחר - מתוך מיגוון האמצעים שעמדו לרשותו - באמצעי הפוגע פחות בזכות האדם המוגנת. על המחוקק להתחיל ב"מדרגה" הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם."

14. השאלה הנשאלת בפתח מבחן זה היא האם עונש מאסר בן שנתיים לכל מי שנישא בנישואין פרטיים כדמו"י, פגיעתו היא הפחותה ביותר מבין כל העונשים בהם יכול היה המחוקק לבחור על מנת להגשים את תכלית סעיף 7 לפקודה, יצירת הרתעה והימנעות מפני נישואין מסוג זה, וכתוצאה מכך, שמירת מהימנות המרשם.

15. העובדות מצביעות כי בבוא המחוקק לתקן את סעיף 7 כמעט שלא נתן דעתו על הפגיעה בזכויות אדם, פגיעה שאינה עולה על הנדרש, ואף לא שקל אמצעי שפגיעתו פחותה, וכל זאת חרף אזהרתו של יועמ"ש הוועדה כי: **"העונש הפלילי שנקבע פה הוא גבוה מאוד - שנתיים מאסר - על בעיה של רישום. צריך לשקול האם זה העונש המתאים והראוי"**.

16. כמו כן לא ניתן לומר כי המחוקק עלה אט אט בגרם המדרגות כנדרש. לשם השוואה העונש המוטל מכוח סעיף 35(ג) לאי הסדרת רישום הינו שבועיים מאסר או 100 ל"י קנס, ואילו העונש אותו בחר המחוקק לזוגות שאינם מסדירים מרשם נישואיהם או גירושיהם הינו שנתיים מאסר. בין עונש

מאסר בן שבועיים לבין עונש מאסר בן שנתיים קיימות מדרגות רבות נוספות אשר היה על המחוקק לעלות את דרכם.

17. ניתן להבחין בנקל כי קיימות אלטרנטיביות לאמצעי זה שפגיעתו כה חמורה, אמצעים אחרים, אשר יגשימו את תכלית הפקודה, אך יפגעו במידה פחותה בכבוד האדם, לדוגמה קנס או דרך רישום שונה כפי שהוצע בהצעת החוק משנת 2014 (פ/19/2659) או השוואת העונש להוראת חוק המרשם בסעיף 35(ג).

18. סעיף 7 לפקודה אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ואף לא נעשתה כל בחינה לאיתור אמצעי שפגיעתו פחותה.

מבחן המידתיות במובן הצר

19. מבחן המידתיות המצומצם בודק את גבול ההגנה על זכויות האדם וזאת גם באם צלחנו את מבחני פסקת ההגבלה עד כה, זאת כפי שקבע הנשיא אהרון ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 7052/03, **עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי ואחרים נ' שר הפנים ואחרים**, פ"ד סא(2) 202, [נמצא בנבו], (14.5.06), השופטים: א' ברק, מ' חשין, ד' ביניש, א' ריבלין, א' פרוקצ'יה, א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, ס' גובראן, א' חיות, י' עדיאל):

"תכלית ראויה, קשר רציונלי בינה לבין הוראות החוק, תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם שיש בה כדי להגשים את התכליות הראויות, הם תנאים הכרחיים לחוקתיות הפגיעה בזכויות האדם. הם אינם תנאים מספיקים. משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם."

20. בנוסף לקשר הרציונאלי השלילי שבין הפגיעה בזכויות האדם לבין התכלית אותה רצה המחוקק להשיג בתיקון סעיף 7 ולעובדה כי לא נבדקו ולא נבחרו אמצעים להשגת המטרה אשר פגיעתם פחותה, ניתן לקבוע בוודאות כי סעיף 7 לפקודה אינה חוקתית כיוון שאינו עומד במבחן המידתיות הצר, איזון בין השגת המטרה, מניעה והרתעה מפני נישואים פרטיים לבין פגיעה בחירות ובעקרון השוויון.

פגיעה בזכות לחירות ולשוויון

1. הזכות לחירות, בה פוגע המחוקק בתיקון סעיף 7 לפקודה היא זכות בעלת חשיבות עליונה ועמד על כך השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 **שגי צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, [נמצא בנבו], (14.10.99) השופטים: א' ברק, ש' לוי, ת' אור, א' מצא, מ' חשין, י' קדמי, י' זמיר, ט' שטרסברג-כהן, ד' דורנר, י' טירקל, ד' ביניש):

"החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות."

2. זכות זו בה פוגע המחוקק מגיעה מתוך ליבת כבוד האדם, השמירה על חירותו, והוא פוגע אף בזכות לשוויון. לזכות לחירות מעמד נישא בין שאר זכויות האדם, ולפיכך יש להגן על זכות זו הגנה יתרה, ולדאוג כי פגיעה זו תהיה מאוזנת עם הערכים אותם מבקש המחוקק להשיג.
3. עוד ציין השופט י' זמיר (בפרשת צמח) את הצורך להתייחס באיזון בין הפגיעה בזכות לבין הגשמת התכלית אף כאשר מדובר באינטרס הציבור:

"ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש."

4. לענייננו, האינטרס הציבורי הוא מניעת הפגיעה בסדר הטוב ובנכונות המרשם, ויש לבחון האם האינטרס הציבורי הגלום במטרה זו מצדיק פגיעה בזכות לחירות ובזכות לשוויון.
5. בית המשפט העליון רואה בעקרון השוויון ערך אשר נמצא בבסיסו של עקרון "כבוד האדם". בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת ואחרים**, פ"ד סא (1) 619 [פורסם בנבו], (11.5.06), השופטים אהרן ברק, מישאל חשין, דורית ביניש, אילה פרוקצ'יה, אדמונד לוי, מרים נאור, אשר גרוניס, אסתר חיות, סלים ג'ובראן, כותב הנשיא אהרון ברק (כתוארו אז) בנוגע לשוויון בנטל הגיוס כי:

"הזכות לשוויון הוכרה כזכות אדם בישראל. כבר במגילת העצמאות נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין"... בית המשפט העליון ראה בה מהחשובה שבזכויות האדם. היא מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). "השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל... כך מתבקש מאופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה; כך נגזר מעקרון שלטון החוק הנוהג במדינה. השוויון מונח בבסיס הקיום הלאומי... הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 272, 258; ... היפוכו של השוויון הינו ההפליה (ראו ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35; להלן – פרשת בורנובסקי). ההפליה הינה "הרע-מכל-רע" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 502; להלן – פרשת מרכז השלטון המקומי). ההפליה "היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה" (השופט ג' בך בבג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760).

6. לכך יש להוסיף אף את דבריו המהותיים של כבי הנשיא ברק בבג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית ת"א-יפו, פ"ד מב(2) 309 [נמצא בנבו], (23.5.88) השופטים: א' ברק, ש' לוין, ח' אריאל, כותב השופט אהרון ברק (כתוארו אז):

"השוויון הוא ערך יסוד לכל חברה דמוקרטית, ... הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, ביוזעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש להכיר בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה חברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן,

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

7. סעיף 7 לפקודה אשר מטרתו מניעת זוגות מלהינשא שלא באמצעות הדרכים המוכרות בחוק יוצר הבחנה מפלה בין אזרחים ופוגע בערך השוויון. שכן בפועל קיימות דרכים שונות עבור אזרחי המדינה להינשא ואף להירשם כנשואים אשר אינן מנויות בחוק או לחילופין שלא להסדיר את רישומם כנשואים מבלי שיחול עליהם תוקפו של סעיף 7 לפקודה.
8. בהתאם לסעיף 35 (ג) לחוק המרשם - אזרחי המדינה שנישאו נישואים אזרחיים בחו"ל ובכניסתם לארץ לא דאגו להסדיר את רישומם יהיו צפויים לעונש מאסר בן שבועיים או לחילופין קנס של 100 ל"י. לעומת זאת- על פי סעיף 7 לפקודה, זוג הנישא בישראל אשר לא דאג לרישומם במרשם האוכלוסין צפוי לעונש מאסר של שנתיים.
9. החובה המוטלת על אזרחי ישראל לדאוג למרשם מהימן מתפרשת על כל תחומי החיים - לידה, נישואין ומוות. אי רישום לידה או מוות, יש בהם פגיעה בסדר הטוב, במהימנות המרשם, ועלולה לפגוע פגיעה עמוקה בזכויות אדם לא פחות מאשר אי רישום נישואין. לפיכך, ההבחנה באי רישום נישואין כפי שייצר המחוקק עם תיקון סעיף 7 לפקודה, מהווה הפליה פסולה ובלתי מתקבלת על הדעת.
10. עוד יש להדגיש כי המקרה דנן (שבו עותרים 1 - 2 אשר עשו ככל שלאל ידם להסדיר את רישומם ונדחו על ידי משיבים 1, 2, 4 ולכן חשופים לשנתיים מאסר) משקף מצב אבסורדי שבו זוגות אשר לא נישאו כדת משה וישראל (לדוגמה: נישואים אזרחיים בחו"ל או נישואים של חד מיניים) יכולים להירשם במרשם האוכלוסין כנשואים, בעוד שזוגות שהתחתנו בהתאם לדין תורה אינם יכולים לעשות כן.
11. ביום 24.4.2017 התקבלה חוות דעת מאת המשנה ליועמ"ש (משפט פלילי) עוה"ד רז ניזרי ביחס לתחולת סעיף 7 לפקודה, (ניתן כמענה לבקשת עמותת "עתים") ממנה עולה כי קיימת הבחנה בסעיף 7 לפקודה בין זוגות אשר נישאו בהתאם לדין הדתי הרלוונטי, שעליהם חל סעיף 7 לבין זוגות שנישאו בהתאם לדין הדתי "שאינו רלוונטי" שאינם נכנסים תחת סעיף 7 לפקודה.

מצ"ב חוות הדעת כנספח כג

12. מחוות הדעת של המשנה ליועמ"ש עולה חשש כי סעיף 7 רלוונטי רק לזוגות יהודיים שכן לא ברור מהו הדין הרלוונטי כאשר הנישואים הינם בין בני זוג מוסלמיים, ובכך מייצר אפליה בין זוגות יהודיים לזוגות שאינם יהודיים ונישואים מבלי להסדיר את רישומם.
13. כמו כן, למרות העובדה כי המונח "דין תורה" עשוי להתפרש בדרכים רבות ושונות בהתאם לזמן ולמקום, ולא ברור כיצד ניתן לקבוע מהו הדין הדתי הרלוונטי, פרשנות המשנה ליועמ"ש עלולה להפלות לרעה את הזוגות הנישואים על פי דין תורה - כדת משה וישראל ונחשבים "אורתודוקסים", לבין אלו הנישואים בחתונה קונסרבטיבית, רפורמית או אחרת, שעליהם לא יחול סעיף 7 לפקודה.

סיכום מבחן המידתיות

14. כפי שהראנו לעיל סעיף 7 לפקודה אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה. הוא לא מקיים את דרישת הקשר הרציונאלי בין האמצעי בו בחר המחוקק - שנתיים מאסר, לבין תכלית הפקודה - מרשם

מהימן, כמו כן האמצעי הנבחר פוגעני בצורה קשה וקיימים אמצעים אחרים אשר עשויים להגשים את התכלית ופגיעתם פחותה, לפיכך, הפגיעה בכבוד האדם, בחירותו ובשוויון היא פגיעה בלתי מידתית ובלתי מאוזנת.

15. נוכח העובדה כי העותרים 1 - 2 נדחו על ידי המשיבים 1, 2, 4 וכתוצאה מכך הם חשופים לאישום פלילי ולמאסר בגין הדרך שבה נישאו ובכך מתקיימת פגיעה קשה בכבודם ובחירותם, מתבקש בית המשפט להורות על בטלות סעיף 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) כיוון ש**סעיף זה הינו בלתי מידתי ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה ועל כן אינו חוקתי**.

סוף דבר

1. הכרזת זכויות האדם הקובעת כי "כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא הגבלה מטעמי גזע אזרחות או דת" (ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם סעיף טז), רואה בזכות לנישואין ולגירושין כאחת מזכויות האדם האוניברסליות והבסיסיות ביותר הנובעות מהזכות לאוטונומיה אישית ולחירות הפרט.
2. השיטה הנוהגת במדינת ישראל לפיה הנישואים והגירושין נעשים בהתאם לדין הדתי מביאה לפגיעה בזכותם של רבים מאזרחי המדינה להינשא, כגון: פסולי חיתון, כהן וגרושה, נישואי תערובת וכד'; אזרחיים שאינם מוכנים להינשא שלא בהתאם לדרכם הדתית, אזרחים הכבולים לנישואים קודמים כגון עגונות ומסורבות גט ואינם יכולים להינשא שוב.
3. הסעדים אותם מבקשים העותרים מכבי' בית המשפט - אישור נישואים לעותרים 1 - 2 ורישומם במרשם כנישואים וכן ביטול סעיף 7 לפקודה, מהווים איזון ראוי שבין עקרונות הכרזת זכויות האדם לבין השיטה הנוהגת בישראל.
4. על מדינת ישראל המחויבת לערכי כבוד האדם וחירותו מתוקף היותה מדינה יהודית ודמוקרטית, מוטלת החובה לדאוג לפגיעה מצומצמת ככל הניתן בערכי החירות והשוויון. כפי שהראנו לעיל, הרשויות הממונות על ביצוע הרישום או על אישור הנישואים לא פעלו בהתאם לעקרון האיזון הראוי במשטרנו, וכן הרשות המחוקקת בתיקון סעיף 7 לפקודה פגעה פגיעה קשה בלתי מדתית ובלתי צודקת בעותרים 1-2 ובכלל האזרחים על ידי קביעת עונש של שנתיים מאסר בגין אי דאגה לרישום הנישואים.
5. קביעת כבי' בית המשפט כי על הרשויות לרשום את נישואי העותרים ברשומות יעשה צדק עם העותרים ואף יעלה בקנה אחד עם החובה המוטלת עליהם בחוק. ביטול סעיף 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) יאזן בין הדרישה בחוק המרשם לרישום המעמד לבין עקרונות כבוד האדם וחירותו.
6. טרם סיום ראוי לציין כי עתירה זו אינה רק עתירה "פרטית", שעניינה הפגיעה בזכויות העותרים בלבד. לתוצאות העתירה עשויות להיות השלכות מרחיקות על כלל ציבור.
7. אשר על כן ולאור העובדות והנימוקים המפורטים בעתירה זו מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעדים המפורטים ברישא של העתירה.
8. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק לעותרים את הוצאותיהן בגין עתירה זו.

בתיא כהנא - דרור, עו"ד
בי"כ העותרים