

יבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני? אביטל אברהם ואיתי אפטר*

א. מבוא

ב. התפתחויות בחוץ לארץ

1. אי-הכרה רשמית בזוגיות חד-מינית, אך הסדרה פרטית של זכויות כלכליות

2. Civil Union - נישואים סוג ב?

3. מודל הכרה בנישואים

א. דרך חקיקה

ב. דרך ליטיגציה

ג. דרך עוקפת חקיקה

ג. המגמה המסתמנת בארץ

1. הרשות השופטת

2. רשויות ציבור

ד. בשולי הדברים: מהפך המשפטי לפן החברתי - למי זה טוב?

ה. ישראל 2020 - מה צופן בחובו העתיד?

א. מבוא

בעת האחרונה אנו עדים להתפתחויות משפטיות בסוגיית זכויות הזוגות החד-מיניים. הקשר הזוגי החד-מיני, ככל קשר, מוליד צרכים מצרכים שונים, חלקם בין בני הזוג וחלקם כלפי צדדים שלישיים, ובכלל זה הציבור הרחב ורשויות המדינה. מענה לצרכים אלו, ובכלל זה מענה משפטי בדמות הכרה בזכויות ובאינטרסים של בני הזוג כזכויות ואינטרסים הראויים להגנה משפטית, נשען על הכרה חברתית במערכת הזוגית החד-מינית. הכרה זו עודנה שנויה במחלוקת חברתית בעולם. במצב דברים זה, כאשר נזקקים בני הזוג החד-מיניים לזכויות אלה, הם נאלצים להיאבק להשגתן. בהארה זו נתמקד בסוגיית זכותם להינשא וליהנות מהזכויות (כמו גם החובות) הנובעות ממסגרת זו. תחילה נסקור את ההתפתחויות שהתרחשו בתחום במדינות המערב - בין שמדובר במתן זכות מלאה לנישואים ובין שמדובר בהסדרים חלופיים - ונתמקד בהסדרים באירופה ובארצות הברית. ההתפתחויות האחרונות בישראל לא התרחשו בחלל ריק, לכל הפחות מבחינה תרבותית, ויש לראותן אל מול ההתפתחויות במדינות אלו. ננסה לראות באיזו מידה רוחות המערב מנשבות, או עשויות לנשב, גם בישראל. לשם כך נסקור התפתחויות אחרונות שהתרחשו בישראל, הן בפסיקה והן ביחסן של רשויות הציבור. במסגרת מחקר השוואתי זה ננסה לאתר מגמות אפשרויות ולשרטט מודלים שניתן לצפות כי יאומצו על ידי הרשויות בישראל. במוקד העיסוק תעמוד שאלת ההכרה בנישואים של בני זוג חד-מיניים שנערכו מחוץ לישראל על ידי מערכת המשפט הישראלית. לעניין זה חשוב לציין גם את עמדת הקהילה ההומו-לסבית בדבר היתרונות והחסרונות במתן הזכות להינשא.

* עורכת דין וסטודנטית לתואר שני בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. סטודנט למשפטים שנה ב, אוניברסיטת חיפה.

1 מנתונים שעלו בסקר של ארגון "משפחה חדשה" שנערך בפברואר 2004, עולה כי 22% מהציבור בישראל תומך בהשוואת מעמדה של המשפחה החד-מינית, למשפחה ההטרוסקטואלית, לעומת 30% מהציבור בארצות הברית. ראו <http://www.newfamily.org.il/images/israelFam2004.pdf> (לצפייה לחצו כאן).

2 אנו לא מתיימרים לסקר את כל ההסדרים הקיימים מפאת קוצר היריעה אך במסגרת כוונתנו לערוך הכרה ראשונית לקורא הישראלי עם הסדרים אלו נשתדל בהחלט להביא קווי אפיון של המודלים השונים הקיימים בעולם שלדעתנו מאפיינים את ההסדרים השונים הקיימים.

3 בארצות הברית העיסוק בנישואים חד-מיניים גובל באובססיה. חיפוש שערבנו ב"לקסיס" לפי מילות החיפוש "Same Sex Marriage" הניב 66 תוצאות מחצי השנה האחרונה. נראה שהסוגיה אף עומדת כאחת הסוגיות המרכזיות על סדר היום בבחירות הקרובות בארצות הברית, ויש הטוענים כי לולא מעורבותה של ארצות הברית בעירק הייתה אף מקבלת מקום מרכזי יותר. להרחבה ראו R. W. Stevenson, "Bush Refines His Position on Gay Marriage Ban" *N. Y. Times* 15.7.2004.

ב. התפתחויות בחוץ לארץ

סקירה השוואתית מגלה שלושה מודלים עיקריים להסדרה חוקית של מערכת היחסים החד-מינית.⁴ מודל אחד כולל אי-הכרה סטטוטורית בנישואים אך אפשרות להסדר חוזי אינדיבידואלי על פי דיני חוזים כלליים או מיוחדים. המודל השני מרחיב את מושג הידועים בציבור (Civil Union) על ידי הענקת זכויות אינצדנטליות בחקיקה או בפסיקה לבני הזוג, יהא מינם אשר יהא, בלא הכרה מפורשת במסגרת החד-מינית. טווח הענקת הזכויות הנלוות שונה בין מדינות שונות. המודל השלישי מכיר בנישואים של בני הזוג החד-מיניים כנישואים לכל דבר ועניין.

1. אי-הכרה רשמית בזוגיות חד-מינית, אך הסדרה פרטית של זכויות כלכליות

אי-ההכרה בזכותם של הזוגות החד-מיניים להינשא היא ברירת המחדל ההיסטורית. היכן שאין הסדר ספציפי אחר ניתן להניח כי לא ניתנה הכרה רשמית למערכת היחסים החד-מינית.⁵ משאין הכרה ביכולת להינשא, אין לדבר כלל על זכויות הנובעות מן הנישואים. בעשורים האחרונים החלו זוגות חד-מיניים בארצות הברית לפנות לבתי המשפט בדרישה למימוש הזכויות שלטענתם הגיעו להם עקב מסגרתם הזוגית. בתי המשפט, לפי התפיסה שנישואים כאלה הם חריגים,⁶ נמנעו מדיון במחלוקת בשל חוסר סמכות להתערב בהיעדר חוק מפורש ובכך בעצם השיבו את פני הזוגות ריקם. דוגמה למגמה מצמצמת זו היא פנייה למילון לביורר ההגדרה ה"נהוגה" או ה"מוכרת" לקשרים משפחתיים (בדגש על המונח "בני זוג") ועל בסיס הביורר לדחות את התביעה.⁷ שיטה נפוצה פחות הייתה להסתמך על התקדימים ולא על היסטוריה, דת או כוונת המחוקק. אולם לעתים הפנייה אל ההיסטוריה או אל כוונת המחוקק מגלה כי דווקא הייתה אינדיקציה להכרה בזוגיות החד-מינית. שופטים הסולדים מהכרה שכזו פנו במקרים אלו לעמדה החברתית שעומדת בבסיס אי-ההכרה בזוגיות זו, ועליה ביססו את סירובם להכיר בזוגיות חד-מינית.⁸ מולם התייצבו שופטים שהסכימו להכיר בזכות של הזוגות החד-מיניים להינשא וקבעו כי אי-מתן רישיון נישואים לזוגות כאלו מנוגד

4 לחלוקה שונה למודלים והרחבה בעיקר לגבי המודל השני ראו י' מרין "נישואין בין בני זוג מאותו מין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט 12 (2001) 20-33.

5 במשפט האנגלו אמריקני הגדרת הנישואים היא על פי המשפט הטבעי של אקווינס - פעולה מינית שמטרתה הולדת צאצאים. ראו E. Laird "Student Essay: I. Defining Feminism: The Law is Straight and Narrow, How American Courts Define Families" 9 *Cardozo Women's L. J.* (2003) 221, 226, לתפיסתם השמרנית של השופטים האנגלים ראו *Bellinger v Bellinger* [2003] 2 AC 467 (ניתן גם ללחוץ <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-1.htm>) עם זאת, ב-UKHL 30 [2004] *Ghaidan v Godin-Mendoza*, שניתן ב-21.6.2004, העניק בית הלורדים זכות ספציפית הנתונה בחוק לזוג "ידוע בציבור" לזוג חד-מיני, בטענה כי הרציונל של החוק להענקת הזכות לידועים בציבור מתקיים גם בזוגות חד-מיניים (ניתן לצפייה ב-<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-1.htm>).

6 חשוב לציין כי ב-1997 היו בארצות הברית כ-4,000,000 זוגות חד-מיניים חיים יחדיו. ראו M. A. Tumeo "Civil Rights for Gays and Lesbians and Domestic Partner Benefits: How Far Can an Ohio Municipality Go?" 50 *Clev. St. L. Rev.* (2002-2003) 165, 167.

7 Laird, לעיל הערה 5, בע' 223.

8 בעיקר בגלל תפיסתם החברתית כי נישואים בין בני זוג שלא יכולים להביא ילדים לעולם בדרך טבעית, אינם צריכים להיות מוכרים על ידי המדינה.

9 *Jones v. Hallahan*, 501 S. W.2d 588 (Ky. 1973). ראו התייחסות דומה של השופט קדמי בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילביץ', פ"ד מח(5) 749, 773.

10 *Storrs v. Holcomb*, 645 N. Y. S. 2d 286 (Sup. Ct. 1996).

11 העמדה החברתית שעדיין באה לידי ביטוי בחלק מהכתיבה האקדמית שקיימת בסוגיה היא שמערכת היחסים ההומוסקסואלית היא מערכת מופקרת ולא יציבה כשאחד המחוקקים המצוטטים מצביע על כך ש 28% מהגברים ההומוסקסואלים קיימו יחסי מין עם יותר מ-1000 בני זוג ואילו 50% מההומוסקסואלים הלבנים הגברים קיימו יחסים עם למעלה מ-500 בני זוג. עצם ההסתמכות על מחקר שכזה מעידה עשרות מונים על התפיסה שעדיין קיימת בקרב קבוצות שמרניות בארצות הברית באשר למערכת היחסים ההומוסקסואלית. מעבר לכך אף מציינן כותב המאמר את השפעתם ההרסנית של זוגות הומוסקסואלים בגידול ילדים ואת ריבוי הפרעות הנפשיות שלטענתו מאפיין את ההומוסקסואלים. ראו R. G. Wilkins "The Constitutionality of Legal Preferences for Heterosexual Marriage" 16 *Regent U. L. Rev.* (2003-2004) 121, 135-137.

12 Laird, לעיל הערה 5, בע' 229.

לחוקת המדינה¹³. המבנה הפדרלי האמריקני החריף את משמעותה של אי-אחידות זו, בגלל שאלת ההכרה של רשויות מדינה מסוימת בנישואים שנערכו במדינה אחרת. חשש משימוש בחוקת ארצות הברית¹⁴ לכפות על מדינות אחרות להעניק תוקף חוקי לנישואים חד-מיניים הוביל ללחץ על מחוקקי מדינות שונות לתקן את חוקת מדינותיהן כדי למנוע הכרה בנישואים חד-מיניים¹⁵. ביטוי חריף לחשש כזה ניתן לראות גם כיום¹⁶, כאשר הנשיא האמריקני ג'ורג' בוש מבקש לאשר תיקון לחוקה¹⁷ שיגדיר שהנישואים בארצות הברית הנם מוסד לאיחוד בין גבר לאישה בלבד¹⁸. התיקון קובע שלא תיתכן עקיפת החוק דרך חוקת ארצות הברית, חוקות המדינות או כל חקיקה אחרת¹⁹.

כאמור לעיל, לבני זוג מאותו המין קיימת ברוב המקרים האפשרות להסדיר ביניהם את מכלול זכויותיהם וחובותיהם זה כלפי זה באמצעות כריתת הסכם. סביר שבני זוג מאותו המין לא ייתקלו בבעייתיות בבתי המשפט בבואם לאכוף הסכם כזה²⁰. עם זאת, לא ברור באיזו מידה יחייב הסכם זה צדדים שלישיים, כמו מעבידים, קרנות פנסיה או גופים פרטיים אחרים שגם להם קיימת זכות חווית לקבוע את מדיניותם בדבר ההכרה במוטבים. מכיוון שהגישה הכללית בארצות הברית נשענת על חירות הפרט להגדיר בעצמו את מוטביו, ניתן לצפות כי ברוב המקרים יהיה המכשיר החוזי מספק. חריג בולט הוא סוגיית האימוץ, תחום שבו בתי המשפט עשויים שלא לאפשר אימוץ הדדי מטעמים של תקנת הציבור.

2. Civil Union - נישואים סוג ב?²¹

המודל השני הוא מודל חוזי המעוגן בחוק. במדינות שונות מעגנת החקיקה התקשרות חווית ספציפית למערכת יחסים בין בני זוג חד-מיניים (ולעתים החוק חל גם על בני זוג הטרוסקואלים), אשר במסגרתה יכולים בני הזוג לעגן משפטית את יחסיהם. בני הזוג נכנסים מרצונם החופשי להסדר משפטי מחייב בלא סטטוס הנישואים. דוגמה טובה ליישום מודל זה ניתן למצוא בהסדר החוקי הצרפתי המכונה PACS (Pacte Civile de)

- 13 בית המשפט החלוץ הראשון היה בית המשפט העליון בהוואי ב-*Baheer v. Lewin*, 852 P. 2d 44 (Haw. 1993), ובעקבותיו ניתנה פסיקה דומה בבית המשפט העליון באלסקה: *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, 1998 WL 88743 (Alaska Super. Ct. 1998).
- 14 דרישת ה-"Full Faith and Credit" (U. S. Const., Art. IV, § 1) מקנה להליכים משפטיים, צווים ורישומים שהתקבלו במדינה אחת בארצות הברית תוקף בכל המדינות האחרות בארצות הברית.
- 15 נכון לשנת 2000, 31 מדינות חוקקו חוקים כאלה או תיקנו את חוקותיהן בהתאם (כולל הוואי). ראו Tumeo, *לעיל* הערה 6, בע' 169-170.
- 16 ביטוי לנוכחותה של התפיסה השמרנית גם כיום ניתן לראות באי-הסכמתו של האחראי הפדרלי לפיצוי בני זוגם של קורבנות אסון ה-11 בספטמבר. האחראי הרגיש עצמו מחויב לחוק מדינת ניו-יורק ולא הכיר בזכותו לפיצוי של בן זוגו במשך 18 שנים של אחד מן הקורבנות. ראו C. Meyer "Portraits of Grief: Reflection on The New York Times 9/11 Obituaries Through a Legal Lens: Who Cares?: Reflections on Law, Loss, and Family Values in the Wake of 9/11" 22 *N. Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* (2003) 283, 288.
- 17 בהצבעה על התיקון המוצע ב-15.7.2004 לא עלה בידי התומכים להעביר את ההצעה לאישור המדינות. ההצעה נפלה ברוב של 50 מתנגדים מול 48 תומכים בסנאט (לשם העברת התיקון לאישור המדינות יש צורך ברוב של 67 סנאטורים) מה שמרחיק את האפשרות להעברת התיקון בזמן הקרוב. ראו *N. Y. Times* 15.7.2004 "Senators Block Initiative to Ban Same Sex Marriage".
- 18 הנשיא ג'ורג' בוש הכריז על תמיכתו בחוק ב-24.2.2004 כשהכריז כי "the union of a man and a woman is the most enduring human institution" (בתרגום מילולי אומר הנשיא כי למעשה איחוד בין גבר לאישה הוא המוסד האנושי העתיק ביותר ששרד). ראו M. Sokolove "Can This Marriage Be Saved" *N. Y. Times* 11.4.2004.
- 19 G. V. Bradley "Law and The Culture of Marriage" 18 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol.* (2004) 189, 203-204. להרחבה ראו www.aclu.org, נציין שהליך דומה קורה גם באוסטרליה: ראש הממשלה מעוניין לאשר חוק שיאסור נישואים חד-מיניים ואימוץ מחוץ לאוסטרליה של ילדים של בני זוג מאותו המין, אך יאפשר אימוץ ילדים באוסטרליה עצמה. ראו רויטרס, מערכת וואלה! "אוסטרליה תאסור נישואין חד מיניים" וואלה! 27.5.2004 (ניתן לצפייה ב-<http://news.walla.co.il/?w=/548616>).
- 20 חשוב להדגיש שהחווה האופציונלי מוכר בארצות הברית. בני זוג יכולים לבקש מבית המשפט אכיפה של ההסכם, או לתת תוקף של פסק דין להסכם שביניהם. סביר שבית המשפט יראה בכך הסכם תקף בין שני אנשים בחברה ולא בין בני זוג. סביר אף שבית המשפט במודל זה לא יגדיר את שני בני הזוג כמקיימים מערכת יחסים ביניהם אלא כשני צדדים לחוזה בלבד. נציין שלא נתקלנו בדין בסוגיה במאמרים האמריקניים וכל עוד לא נרשם ההסכם אצל רשויות המדינה, סביר שאכן בתי המשפט יתייחסו לחוים אלו כאל חוים רגילים.
- 21 כהגדרת בית המשפט העליון של מסצ'וסטס "second-class status": *Opinions of the Justices to the Senate*, 440 Mass. 1201; 802 N. E. 2d 265 (2004) (לצפייה לחצו כאן).

22. (Solidarité) החוק מאפשר לכל אדם, תהא נטייתו המינית אשר תהא, להיכנס להסדר חוזי מוגדר מראש בחוק. ההסדר בחוק מגדיר זכויות וחובות משפטיות, בין השאר, החובה לתמוך תמיכה כלכלית ונפשית הדדית, חבות משותפת כלפי צד ג', שיתוף בהוצאות. אחרי החתימה על חוזה זה תחול חזקת שיתוף על הרכוש שנרכש לאחר החתימה, וכן יחולו זכויות וחובות על פי הביטוח הלאומי וכלפי רשויות המס. בני הזוג חופשיים להוסיף זכויות וחובות להסדר החוקי, אך לא לגרוע מהן. נציין כי החוק אינו מאפשר לבני הזוג לאמץ ילדים. התרת הקשר המשפטי לבקשת אחד מבני הזוג מצריכה אקט שיפוטי. בני הזוג מחויבים לדווח לרשויות על כוונתם לפרק את הקשר. עד אז החובות והזכויות על פי החוזה שרירות וקיימות. הסדר דומה ניתן למצוא בין היתר גם בנוורוגיה, שבדיה, איסלנד, גרמניה ובחלק ממחוזות ספרד. בדנמרק ובשבדיה ההסדר ליבראלי יותר ומאפשר לאמץ את ילדי בני הזוג.²³

המודל התפתח כפשרה בין אי-ההכרה במיסוד היחסים החד-מיניים בכלל ובין מתן האפשרות להינשא. המטרה הייתה לאזן בין הציפיות החברתיות של הקהילה ההומו-לסבית לבין המגבלות החוקיות או החוקתיות. תוצאת הפשרה היא מתן האפשרות ליהנות ממרבית הזכויות הנובעות מן הנישואין אך אין היא מקנה את הסטאטוס הנחשק, ולעתים אף לא את מלוא הזכויות. ההסכם כונה "מוסד משפחתי" *sui generis*, ויוצר קטגוריה משפטית חדשה בחוקי המשפחה.²⁴

מודל זה, בצורה זו או אחרת, אומץ בחלק ממדינות ארצות הברית.²⁵ ישנן ואריאציות שונות למודל זה. בוורמונט, למשל, יש אוריינטציה אירופית של הכרה ב-Civil Union. החוק בוורמונט²⁶ מכיר ב-civil unions של זוגות חד-מיניים ומעניק לזוגות המכניסים עצמם תחת מטרייה זו את כל הזכויות המוענקות לזוגות נשואים על פי החוק.²⁷ יישום אחר של המודל, האופייני יותר לארצות הברית, הוא ה-Registered Domestic Partnership. דוגמה למודל זה ניתן למצוא בקליפורניה, שם מתיר החוק לבני הזוג החד-מיניים, בהתקיים תנאים מסוימים²⁸, לרשום את מיסוד היחסים ביניהם. הרישום הוא שמקנה לבני הזוג זכויות הקבועות בחוק, הכוללות, בין השאר, את הזכות להיכלל בין שאירי בן הזוג בתביעת נזיקין (ובכלל זה גם הזכות לפיצויים נפשיים), הזכות לאמץ את ילדי בן הזוג, הזכות לקבל החלטות רפואיות עבור בן זוג לא כשיר²⁹. בשנת 2002 התקבל שינוי לחוק הירושה

22 Loi no 99- 944 du 15 Novembre 1999 relative au pacte civil de Solidarité. טבלה השוואתית של ההסדרים ניתנת לצפייה ב- <http://www.lcc.gc.ca/en/themes/pr/cpra/laviolette/annex.asp> (ניתן גם ללחוץ כאן) (להלן: טבלה).

23 Amendments to the Danish Legal Incapacity and Guardianship Act and the Danish Adoption Act, 1991. טבלה, לעיל הערה 22.

24 בגרמניה התקבל ההסדר כמענה לדרישות קבוצות הומו-לסביות, כאשר בתי המשפט לא היו מוכנים להכריז כי מן החוקה מתפרשת זכות להינשא ולא יהיה רוב בפרלמנט לתיקון החוקה. ההסדר הגרמני מצוי ב-BGB: Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften, BGBl. 2001 I, 266; [An Act to End the Discrimination of D. Ullrich "Case Comment/Chronique De Same-Sex Unions: Life Partnerships - "Life Partnership Act"] Jurisprudence: The German Federal Constitutional Court on Same-Sex Life Partnerships and Same Sex Marriage: "Comparing Apples with Oranges" 20 *Can. J. Fam. L.* (2003) 179, 185-189.

25 נכון לשנת 2003 ההסדר אומץ בעשר מדינות בארצות הברית ובשבעים מחוזות. ראו Tumeo, לעיל הערה 6, בע' 170.

26 An Act Relating to Civil Union, 2000 Vt. Acts & Resolves 91 (15 Vt. Stat. ann. §§ 1201-1204 (2000)).

27 מדובר בהענקת זכויות ללא הענקת סטטוס הנישואים. ראו <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Same-sex%20marriage%20in%20the%20United%20States>. על התדיינות בית המשפט העליון במדינת ורמונט טרם חקיקת החוק ראו L. D. Wardle "Is Marriage Obsolete?" 10 *Mich. J. Gender & L.* (2003) 189, 198-199.

28 התנאים לפי AB 25 California Section 3 article 297(b) הם: על בני הזוג להיות מעל גיל 18, לחלוק מגורים משותפים, להסכים הסכמה משותפת על אחריות הדדית להוצאות הקיום הבסיסיות, להיות בלתי נשואים או רשומים בשותפות רשומה עם בני זוג אחרים, בלא קרבת דם בין בני הזוג אשר על פי החוק מונעת היתר נישואים. בנוסף, הם צריכים להיות כשירים משפטית ולהגיש הצהרה על השותפות הרשומה בפני הרשות. ראו <http://www.leginfo.ca.gov>.

29 AB 25 California, Laird, לעיל הערה 5, בע' 236.

בקליפורניה אשר העניק את זכויות הירושה המוענקות לבני זוג על פי חוק, בהיעדר צוואה, גם לבני זוג חד-מיניים³⁰. מעניין לציין עוד שחברות פרטיות בארצות הברית אף אימצו מודל זה בצורה כזו או אחרת³¹. המודל נראה לכאורה כמדמה נישואים ולכן נחשב פשרה פוליטית-חברתית טובה לאי-ההכרה בנישואים³². עם זאת ישנו הבדל בסיסי ומהותי בין מודל זה ובין הכרה מלאה בנישואים היות שבסופו של יום בני הזוג החד-מיניים אינם נחשבים נשואים על כל המשתמע מכך³³. ניתן לטעון כי מודל זה, אשר נראה לכאורה ליברלי, מנציח את הפליית הזוגות החד-מיניים בכך שהוא מעניק להם נישואים סוג ב' בלבד³⁴. בבואנו למצוא פתרון משפטי לסוגיה העומדת על הפרק, נשאל אם שונה מערכת היחסים החד-מינית ממערכת היחסים ההטרוסקסואלית. יש הטוענים כי בסוגיית ההכרה בנישואים, האוריינטציה המינית של בני הזוג אינה מצדיקה הסדר שונה הנחות במהותו³⁵. מאידך גיסא, מוסד הנישואים תמיד היה בעל אוריינטציה דתית (בכל העולם) ולפיכך מושא לשמירה דוקנית על אופיו זה על ידי הקבוצות השמרניות בחברה נתונה. לפיכך, גם אם מדובר בנישואים סוג ב', עדיין ייתכן ומדובר ברע במיעוטו והטוב ביותר שניתן להשיג בחברות שבהן נתח הקבוצות השמרניות בחברה גדול³⁶.

3. מודל הכרה בנישואים

המודל השלישי והשכיח פחות בעולם כיום הוא מתן זכות לזוגות חד-מיניים להינשא והכרה מלאה בנישואיהם, בלא כל הבדל בינם ובין זוגות אחרים. הכרה זו הושגה באחת משתי דרכים עיקריות: דרך חקיקה או דרך ליטיגציה. לעתים, כמובן, מוצאים אנו דרך המשלבת בין השתיים. בהקשרה יצוין כי לא תמיד הרשות המחוקקת והרשות השופטת תמימות דעים בשאלה על איזו רשות להכריע בעניין זה ומי יאמר את המילה האחרונה³⁷. נוסף על שתי דרכים עיקריות אלו, נזכיר בקצרה דרך הכרה שלישית המתעוררת לאחרונה והיא מתן רישיונות נישואים לבני זוג חד-מיניים בלא היתר לכך בחקיקה.

- 30 ראו סקירת ההתפתחויות החוקיות בקליפורניה בארבע השנים האחרונות: <http://www.savecalifornia.com/lastfouryears.pdf> (ניתנת לצפייה כאן).
- 31 Tumeo, לעיל הערה 6, בע' 170. כ-100 חברות מתוך ה-500 החזקות ביותר. ראו דוגמאות להסדרים בטבלה, לעיל הערה 22. ניתן לראות זאת כחלק מההכרה החברתית בצורך בהסדר, אשר עליה נדון בהרחבה בפרק ד'.
- 32 Tumeo, לעיל הערה 6, בע' 171.
- 33 ההבדל בין המודל החוזי לבין הכרה בנישואים אינו מתמצה בפן המשפטי, היינו באי-מתן מלוא הזכויות. ההבדל המהותי הוא הביטוי החברתי לאי-ההכרה המשפטית.
- 34 J. Stacey "Confrence on Marriage, Families, and Democracy: Toward Equal Regard for Mrrriages and Other Imperfect Intimate Affiliations" 32 *Hofstra L. Rev.* (2003) 331, 346.
- 35 Ulrich, לעיל הערה 24, בע' 196. המחבר מאזכר בע' 187 מחקר ממנו עולה כי אין הבדל בין מערכות יחסים חד-מיניות למערכות בין בני זוג ממין שונה. הקריטריונים שעל פיהם בוצע המחקר הם: אורך זמן מערכת היחסים, מחויבות, ציפיות, נכונות להענקת טיפול ותמיכה. ראו עוד מרין, לעיל, הערה 4.
- יש לציין כי ביקורת כזו ניתן לטעון גם כלפי הפליית הזוגות החיים יחד בלא נישואים ("ידועים בציבור"), אשר מקבלים הכרה בחלק מן הזכויות בלבד. עם זאת נושא זה חורג מדיונונו כאן ולפיכך לא נרחיב.
- 36 לפיכך ייתכן שכדאי למובילי המאבק בהכרה בזוגיות החד-מינית לתעל את מלוא המשאבים לכיוון שיווי זכויות מלא במסגרת חקיקתית נפרדת, ולא לבזבזם על מאבק שנראה, לפחות כיום, חסר טעם. קיימים, כמובן, שיקולים רבים בעד ההסדר "הנחות", כמו האפשרות לקבל הרבה במחיר של מעט התפשרות (מבחינתם של התומכים בכך) ומנגד עמדה שגורסת כי אם מלכתחילה לא תיזרש הכרה עקרונית, לא תתקבל גם הכרה חלקית. ואף אם תתקבל הכרה חלקית, יציבותה תמיד תהיה רעועה.
- 37 זו שאלה שעולה לדיון בימים אלו ממש בארצות הברית ובקנדה כאשר על הפרק עומדות הצעות לתיקון החוקה והוצאת הסמכות מידי בית המשפט. ראו להלן H. Rogers "Recent Development: Halpern v. Toronto (City) Same-Sex Marriages: Who Should Make the Decision in a "Free and Democratic Society?" 12 *Tulane J. Int'l & Comp. L.* (2004) 525, 542.

א. דרך חקיקה

החלוצה בתחום הנה הולנד אשר בינואר 2001 חוקקה חוק המאפשר נישואים בין בני זוג חד-מיניים³⁸. החוק מכיר בנישואים אלה בלא כל הבחנה בינם ובין נישואים אחרים. כבר ב-1989 החל המאבק לקראת הכרה בנישואים חד-מיניים³⁹. ב 1992 הוצע לאמץ את המודל השני לעיל, היינו הכרה ב-Domestic Partnership, ועם חילופי הממשל וכניסתה של ממשלה ליברלית, בלא נציגות שמרנית, נחקק ב-1997 חוק המיישם זאת. בדיקה שערך הממשל ב-1998 מצאה כי זוגות רבים מאוד רשמו את מערכת היחסים שלהם בהתאם לחוק. באפריל 2001, ברוב גדול אך עם מיעוט קולני, אושר החוק המכיר בזכות להינשא⁴⁰. הוחלט שעד בירור מקיף של הסוגיה, לא יבוטל החוק המאפשר רישום "אזרחי" של הנישואים לאור כמות הזוגות שניצלו הסדר זה. כך נותרה לזוגות אלו חלופה שאינה כוללת את הסמליות שבנישואים⁴¹. כמובן מדובר בהליך ייחודי להולנד ולתפיסה החילונית-ליברלית האופיינית למדינה זו. עם זאת ייתכן שניתן להסיק מכך כי תהליכים דומים יתרחשו גם ברחבי העולם במדינות שונות, כאשר השלב הסופי שלהם יהיה, אולי, הכרה בזכותם המלאה של בני הזוג החד-מיני לנישואים לפי המודל ההולנדי⁴².

חשוב לציין כי על אף השוואת המעמד בין זוגות חד-מיניים לזוגות הטרוסקואלים בסוגיית הנישואים, נותר הבדל אינהרנטי בכל הקשור להנחת ההורות בין בני זוג. ילדה שנולדה במסגרת נישואים הטרוסקואליים תוכר אוטומטית כביתם הביולוגית של שני בני הזוג. לעומת זאת, ילדה של אחת מבנות הזוג החד-מיני הנמצאת במסגרת נישואים לא תוכר כביתה של בת הזוג השנייה בלא הליך אימוץ רשמי. הבדל חשוב נוסף, הקשור להיות המודל יוצא דופן ברמה הבינלאומית, הנו היעדר תוקף בינלאומי לנישואים במסגרת המשפט הבינלאומי הפרטי⁴³. על כך נרחיב מעט בהמשך כשנדון בשאלת ההכרה בארץ של נישואים חד-מיניים שנערכו בחוץ לארץ. בעקבות הולנד, התקבל בשנת 2003 הסדר סטטוטורי דומה גם בבלגיה⁴⁴.

ב. דרך ליטיגציה

דרך נוספת להכרה בנישואים הנה באמצעות פנייה לערכאות. קנדה מהווה דוגמה טובה להכרה כזו. הצעד הראשון התרחש כאשר בית המשפט העליון הפדרלי הכריע כי הפליה על בסיס נטייה מינית מנוגדת לסעיף 15 לצ'רטר הקנדי⁴⁵. שנה לאחר מכן פסק בית המשפט העליון כי קביעת הסדר שונה לעניין חלוקת הרכוש בין זוגות חד-מיניים ובין זוגות דו-מיניים איננו חוקתי, ופנה למחוקק כדי שיסדיר שוויון זכויות לבני הזוג

-
- Staatsblad van het koninkrijk der Nederlanden 2001, nr. 9 (11 January) (Official journal of the Kingdom of the Netherlands). ניתן למצוא תרגום לא רשמי לאנגלית ב-<http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/index.php3?c=86>. 38
- K. Waaldijk "Others May Follow: The Introduction of בליה צרפת וגרמניה ראו "Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries" 38 N. Eng. L. Rev. (2004) 569 (ניתן לצפייה ב-<http://www.nesl.edu/lawrev/vol38/3/11-Waaldijk-PDF.pdf>) (ניתן גם ללחוץ כאן). 39
- S. Kurtz "Going Dutch? (Lessons of the Same-Sex Marriage Debate In the Netherlands)" *The Weekly Standard* 31.5.2004 הרוב בבית התחונן הצביע לטובת החוק: 109 הצביעו בעד ו-33 נגד. בבית העליון 49 הצביעו בעד ו-26 נגד. ראו עוד www.freerepublic.com/focus/f-news/1140886/posts. 40
- K. Waaldijk "Text of Dutch Law on the Opening Up of Marriage for Same-Sex Partners (Plus Explanatory Memorandum)" (ניתן לצפייה ב-<http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/index.php3?c=86>). 41
- לדעת רבים מהתומכים בנישואים החד מיניים, לא מדובר בשאלה אם יכירו ארצות הברית ומדינות אחרות בנישואים חד-מיניים, אלא מתי תגיע הכרה שכזו. Stacey, לעיל הערה 34, בע' 342. 42
- הולנד אינה מצפה שמדינות אחרות, אפילו בתוך אירופה, תכרנה בתקף הנישואים הללו עקב המחלוקת הקשה סביב הסוגיה. זוגות חד-מיניים נשואים צפויים להיתקל בבעיות פרקטיות ומשפטיות מחוץ להולנד. ראו Waaldijk, לעיל הערה 39. 43
- L. Silberman and K. Wolfe "Conference on Marriage, Families, and Democracy: The Importance of Private International Law for Family Issues in an Era of Globalization: Two Case Studies- International Child Abduction and Same-Sex Unions" *Hofstra L. Rev.* (2003) 233, 249. 44
- Vriend v. Alberta* [1998] 1 S. C. R 493 45

החד-מיניים בכל החקיקה האזרחית. בית המשפט אמנם לא קבע במפורש כי קיימת זכות חוקתית לנישואים⁴⁶, אך בתי המשפט לערעורים בשלוש פרובינציות שונות: אונטריו, קוויבק וקולומביה הבריטית⁴⁷, קבעו כי החוקים שקבע המחוקק - חוקים שלא הכירו בזכות של חד-מיניים להתחתן - אינם חוקתיים בשל כך. ואכן בעקבות פסקי הדין הללו מוענקים כעת בקנדה רישיונות נישואים לבני זוג חד-מיניים. בעוד התיקים ממתינים לדיון בבית המשפט העליון אימצה הממשלה הפדרלית הצעת חוק המגדירה נישואים כאיחוד בין גבר לאישה בלבד, אך הקובעת מתן זכויות גם לבני זוג מאותו המין. הצעת חוק זו הועברה לחוות דעת בית המשפט העליון הקנדי בדבר חוקתיותה על דרך ⁴⁸reference. יש לציין כי בפרובינציה הקנדית אלברטה התקבל חוק באמצעות פסקת ההתגברות (סעיף 33 לצ'רטר הקנדי) הקובע כי על אף האמור בסעיף 15 לצ'רטר יש להכיר בנישואים רק בין גבר לאישה⁴⁹. נראה כי לחוק זה אין תוקף שכן העניין אינו מצוי בסמכותה של פרובינציה אלא של הממשל הפדרלי.

תהליך דומה במהותו ניתן לזהות גם במספר מקומות בארצות הברית⁵⁰, אם כי התוצאות הסופיות שם ברורות פחות. רישיונות להינשא ניתנים רק במדינת מסצ'וסטס, שבה פסק בית המשפט העליון של המדינה שהגבלת כל הזכויות המשתמעות מנישואים מנוגדת לחוקת המדינה⁵¹. בית המשפט השהה את תוקף פסק הדין למשך חצי שנה כדי לאפשר למחוקק להגיב בהתאם. המחוקק פנה לבית המשפט וביקש הבהרות אם ניתן להסתפק ב"Civil Union" לפי המודל השני לעיל בלבד ונענה בשלילה. השופטים הדגישו כי פסקו כך כדי לבטל את מעמדם החברתי הנחות של מערכות היחסים של זוגות חד-מיניים ("נישואים סוג ב'"), מעמד הנוצר עקב הגבלת הגישה לנישואים מלאים⁵². כמו בקנדה גם במסצ'וסטס מחתנים זוגות חד-מיניים, אירוע היסטורי בארצות הברית שנתפס כבעל השפעות תרבותיות מהותיות⁵³, אך גם שם לא אמר המחוקק את המילה האחרונה ונעשים ניסיונות לתיקון החוקה להגדרת נישואים כבין גבר לאישה בלבד⁵⁴. ניתן להסיק שהפנייה

46 M. D. Walters "Incorporating Common Law into the Constitution of Canada: *Egale v. M. v. H.* [1999] 2 S. C. R. 3 Canada and the Status of Marriage" 41 *Osgoode Hall L. J.* (2003) 75, 78-80

47 *Hendricks c. Quebec (P. G.)* (2003), J. E. 2003-466 (אונטריו); *Halpern v. Canada* (2003), 225 D. L. R (4th) 529 (Ont. C.A.) (קוויבק); *Barbeau v. British Columbia (A. G.)*, 2003 B. C. C. A. 251 (2003) (קולומביה הבריטית). יש לציין כי העתירה הראשונה להכרה בזכות להינשא בקולומביה הבריטית נדחתה על ידי בית המשפט: *Egale Canada Inc. v. Canada* (2001) 95 B. C. L. R. (3d) 122 (B. C. S. C.). 10-מ ביוני 2003 ועד 19 במרץ 2004 נכנסו לתוקף הנישואים בשלושת המחוזות, שבהם חיים שני שלישים מאוכלוסיית קנדה. F. C. DeCoste "Forum: Same-Sex Unions and the Law: The Halpern Transformation: Same-Sex Marriage, Civil Society, and the Limits of Liberal Law" 41 *Alberta L. Rev.* (2003) 619

48 התיקון צפוי לעלות לאישור במושב הבא של הפרלמנט השנה (2004). להרחבה ראו <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Same-sex%20marriage%20in%20Canada> כן ראו החלטת הפרלמנט הקנדי לפנות לבית המשפט העליון הפדרלי לערעור על החלטות בתי הדין העליונים במדינות: [http://www.parl.gc.ca/InfocomDoc/37/2/JUST/Meetings/Minutes/JUSTmn62\(5280\)-E.html](http://www.parl.gc.ca/InfocomDoc/37/2/JUST/Meetings/Minutes/JUSTmn62(5280)-E.html) מעבר לכך ניתן לראות את שאר הדייונים הרבים בנושא באתר הפרלמנט הקנדי: <http://www.parl.gc.ca>

49 נראה כי לחוק זה אין תוקף שכן העניין אינו מצוי בסמכותה של פרובינציה אלא של הממשל הפדרלי. ראו מסמך משרד המשפטים הקנדי: http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/mar/3.html#_toc23037918

50 לאחרונה, בתאריך 4.8.2004, פסק בית משפט מקומי בעיר סיאטל שבמדינת וושינגטון כי גם במדינה זו יש זכות חוקתית לבני זוג מאותו המין להינשא. חשוב לציין שפסיקה זו צריכה עוד לעבור את אישורו של בית המשפט העליון של המדינה, וכרגע, עד החלטתו הסופית בסוגיה, אין אפשרות להעניק רישיונות לנישואים חד-מיניים במדינה. ראו *Andersen v. King county*, No. 04-2-04964-04 SEA (לצפייה לחצו כאן). להרחבה ולתגובות ראו *The Seattle Times* 4.8.2004.

51 *Goodridge v. Department of Pub. Health*, 440 Mass. 309; 778 N. E. 2d 941 (2003)

52 *Opinions of the Justices to the Senate*, לעיל הערה 21.

53 מתן רישיון הנישואים במדינה נכנס לתוקפו מ-17.5.2004. מאות זוגות חד-מיניים עמדו בתור במשך שעות ארוכות כדי להיות בין מקבלי הרישיונות הראשונים, גם אנשים מחוץ למדינה וזאת אף על פי שלא בטוח כלל שנישואים כאלו יוכרו מחוץ למסצ'וסטס (אם כי בניו יורק למשל הודיע שר המשפטים כי לנישואים אלה יהיה תוקף). ראו *P. Belluck "Massachusetts Arrives at Day for Gay Vows"* *N. Y. Times* 17.5.2004.

54 *Silberman & Wolfe*, לעיל הערה 44, בע' 268. בעיה שעלולה להתעורר גם בקנדה יכולה להיות תוקפם של הנישואים שכבר הוכרו לאחר שיאושר תיקון אפשרי לחוקה. מאחר שלפחות התיקון במסצ'וסטס לא יאושר לפני נובמבר 2006, סביר להניח שיהיו הרבה מאוד זוגות חד-מיניים נשואים שמעמדם יוטל בספק.

לבית המשפט היא הדרך המהירה והיעילה יותר, בהשוואה לחקיקה, להשגת ההכרה בנישואים, ולפיכך ניתן לצפות כי השימוש בדרך זו ימשיך ואף יגבר בארצות הברית ואולי גם במקומות אחרים⁵⁵. אך נבחין שהניסיון מלמד כי יהיו בתי משפט שיתמכו, גם כיום, במודל אי-ההכרה בנישואים אלה או שיבקשו מהמחוקק להגיע להסדר ברוח המודל השני⁵⁶. כמו כן סביר שיהיו בתי מחוקקים שיגיבו באמצעות ניסיונות לשינוי המבנה המשפטי-חוקתי החולש על הסוגיה.

ג. דרך עוקפת חקיקה

דרך לא דרך שבה בוחרים לנקוט ראשי רשויות מקומיות בערים שונות בארצות הברית וברחבי אירופה, היא עקיפת החקיקה. עדות ראשונית לכך נראה בהתפתחות מהעת האחרונה, עם החלטת ראשי ערים שונות בארצות הברית, ולאחרונה גם בצרפת⁵⁷, לחתן זוגות חד-מיניים בניגוד לחקיקה המדינתית אשר אינה מאפשרת נישואים אלו⁵⁸. הראויה ביותר לציון מבין הערים בארצות הברית היא סן פרנסיסקו, אולם ישנן ערים נוספות, בעיקר במדינות ניו יורק וקליפורניה⁵⁹. מעניין אף לראות שבחלק מהמקומות נתקלה פעילות עצמאית שכזו בהתנגדות הרשות השופטת. בקליפורניה, למשל, ביטל בית המשפט את הרישיונות שניתנו על ידי פקידי העירייה בסן פרנסיסקו ופסק כי בפעולתם זו חרגו מסמכותם⁶⁰. בצרפת אף הגיב בית המשפט בצורה דומה וביטל לאלתר את תוקפו של רישיון הנישואים שניתן על ידי ראש עיריית בגלסו⁶¹. דרך "עוקפת חקיקה" זו מהווה ביטוי ראשוני למחאה אשר, בבוא העת, עשויה לגרום לגלגליזציה גורפת של נישואי הזוגות החד-

55 הכוונה לתקן את חוקת ארצות הברית כך שנישואים יתאפשרו בין גבר לאישה בלבד, אין בה כדי להטיל צל על ההתקדמות הרבה שהתרחשה בסוגיה ברמה המדינתית. במיוחד כאשר מובאת בחשבון שמרנות החברה האמריקנית והעובדה שרק בשנים האחרונות מתעררת סוגיית ביטול האיסור על משכב זכר בחוקים הפליליים של חלק מן המדינות בארצות הברית. נכון לשנת 2003 נמצאו 13 מדינות אשר החוק הפלילי שלהן מכיל איסור כזה, אולם חשוב לציין שבפסק דין *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003) (ניתן לצפייה ב-<http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf>), שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון האמריקני, נקבע שאיסורים כאלו אינם חוקתיים. להרחבה ראו *S. Clark "Perspectives: Federal Jurisprudence, State Autonomy: Progressive, Federalism? A Gay Liberationist Perspective"* 66 *Albany L. Rev.* (2003) 719, 750.

56 בית משפט באריוונה קבע שאי-הכרה בנישואים חד-מיניים מוצדקת על בסיס הטענה שנישואים תקפים רק כשיש אפשרות להביא צאצאים לעולם, ואילו בית משפט בניו ג'רזי קבע שיש לשמור על ההגדרה המסורתית של המשפחה ובלבד יש להעניק זכויות מסוימות לבני זוג חד-מיניים. המחוקק אכן הגיב וקבע כי בני זוג מעל גיל 62 יוכלו לרשום את מערכת היחסים שלהם ולהיות מחלק מהזכויות של בני זוג נשואים. ראו *Silberman & Wolfe*, לעיל הערה 44, בע' 271-269.

57 הענקת הרישיונות מתבצעת לעתים גם במקומות שכבר יש בהם הסדר מובהק לשותפות החד-מינית. למשל, בצרפת, אשר שם, כפי שנראה בהמשך, יש PACS ובכל זאת הייתה יומה מקומית (אמנם בעיר קטנה) להכרה מלאה בנישואים והענקת רישיונות נישואים. ראו "סערה בצרפת, ראש עירייה חיתן זוג הומואים בניגוד לחוק" הארץ 6.6.2004.

58 דרך עוקפת חקיקה זו אינה ייחודית למדינות מערב אירופה או לארצות הברית, לאחרונה נישא זוג חד-מיני בנישואים פריים בלא כל תוקף חוקי בצ'כיה. המצב במזרח אירופה עדין במיוחד עקב העובדה שבתקופת הקומוניזם הוצאה ההומוסקסואליות אל מחוץ לחוק והוגדרה כמחלת נפש. למרות זאת ולמרות שליטה דתית קתולית מסוימת בחלק מהמדינות (לדוגמה פולין, שבה רק 19% מהציבור תומכים בנישואים חד-מיניים, לעומת צ'כיה, שבה שיעור התמיכה עומד על 50%). נראה כי ההליך שהתרחש במרבית מדינות המערב יגיע גם לשם וכעת תלויות ועומדות הצעות חוק להסדרת הסוגיה בחלק ממדינות מזרח אירופה (וזאת יכול להיות עקב ההצטרפות לאיחוד האירופי). להרחבה ראו *B. Whitmore "A Prague Spring for gays?"* *The Boston Globe* 14.6.2004.

59 אמנם תקפותם של הרישיונות מחוץ לערים שבהם הוענקו, מוטלת בספק. במספר מקרים מדובר בערים קטנות ביותר, ובמקרים מסוימים בתי המשפט המדינתיים או הרשויות המבצעות שם הורו להפסיק את מתן הרישיונות. להרחבה ראו <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Same-sex%20marriage%20in%20the%20United%20States>.

60 בקליפורניה חוקקו חוקים שקובעים כי רישיונות נישואים יוענקו רק לבני זוג ממין שונה. בדיון בשני תיקים, *Lockyer v. San Francisco* ו-*Lewis v. Alfaro* (ראו לעיל הערה 50), הדגיש בית המשפט ששאלת חוקתיות הסדרים אלו אינה עומדת על הפרק, אלא שאלת הציות של פקידי העירייה לחוקי המדינה. השופטים אף השאירו פתח לדיון נפרד בחוקתיות הסדרים אלו אינה עומדת על הפרק, אלא שאלת הציות של בלתי נמנע שאלות לגבי חוקתיות ההסדרים וההצדקה החוקתית האפשרית לפעולה זו של פקידי העירייה. בסופו של יום ביטל בית המשפט כ-4000 רישיונות נישואים שהוענקו לזוגות החד-מיניים, ופסק כי פקידי העירייה חרגו מסמכותם. עם זאת, כאמור, בית המשפט לא נקט עמדה בשאלת חוקתיותו של האיסור על הנישואים החד-מיניים. להרחבה, לרבות כל המסמכים שהוגשו לדיון והטיעונים בעל פה שהושמעו בדיון, ראו <http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/sfmarriages>. לצפייה בהחלטות לחצו כאן.

61 לא זו בלבד שבית המשפט ביטל את תוקפם של הנישואים, אלא ששר הפנים הצרפתי אף השעה את ראש העיר מתפקידו בשל פעולתו זו. עם זאת נציין כי עורך דינם של בני הזוג שקיבלו את רישיון הנישואים, טען כי הנישואים עדיין תקפים, ובכוונתו לערער לבית הדין האירופי לזכויות אדם. חשוב להבין כי ניתן לייחס את ביטול הענקת הרישיון והשעיית ראש העיר מתפקידו גם למאבק הפוליטי בין הממשל הצרפתי לאופוזיציה, שמייצג ראש העיר. עוד נציין שמסקר שנערך בעת האחרונה על ידי מגזין צרפתי, עלה ש-64% מהצרפתים דווקא תומכים בנישואים החד-מיניים. להרחבה ראו *Reuters "Court Annuls France's First Same-Sex Marriage"* *N. Y. Times* 27.7.2004.

מיניים⁶². אמנם אין מדובר בתופעה גורפת, אך בהחלט ניתן לראות בה סממן להיות הסוגיה במרכז הדיון
הציבורי במדינות אלו.

ג. המגמה המסתמנת בארץ

משהבהרנו, בקצרה, את המצב המשפטי בעולם המערבי בכל הנוגע לזכויות מערכות היחסים החד-
מיניות, נפנה לברר את המצב בישראל. כאמור לעיל, העולם המערבי, ובייחוד שני הכוחות המובילים בו,
אירופה וארצות הברית, משנה פניו ביחס להכרה במערכת היחסים החד-מינית והזכויות הנובעות ממנה.
ההשפעה של אירופה וארצות הברית מהדהדת גם בישראל וניתן למצוא גם כאן ניצנים ראשוניים לשינוי
במדיניות כלפי זוגות חד-מיניים. נדמה שישראל עברה את המשוכה הראשונית של הכרה בהפליה על רקע
נטייה מינית כהפליה פסולה⁶³ ולכן לא נרחיב בעניין זה אלא נתמקד בהכרה במערכת היחסים החד-מינית על
כל הזכויות והחובות הנובות ממנה.

נפתח בתיאור תמציתי של ההתפתחויות בערכאות השיפוט השונות ואחר כך נבחן שינויים שהתרחשו
בקרב רשויות הציבור. בחרנו להתמקד בשתי רשויות אלו כדי לנסות ולבחון אם מתפתחת בישראל מגמה
לאמץ את אחד המודלים שפורטו לעיל או לאמץ מודל ייחודי חלופי כלשהו. מציאת המאפיינים המשותפים
תועיל כמובן גם לבחינת שאלת פוטנציאל ההכרה בארץ בנישואי הזוגות החד-מיניים מחוץ לישראל.

1. הרשות השופטת

רייט הפתיחה בתחום מאבק הקהילה ההומו-לסבית להכיר בזכויות הנובעות ממערכות יחסים חד-
מיניות הייתה עניין דנילביץ'⁶⁴. המקרה נסב סביב בקשת דייל אל על לממש את ההטבה של קבלת כרטיס טיסה
חינם עבור בן זוגו ה"ידוע בציבור"⁶⁵, כפי שניתנת לעובדי החברה הנישואים וה"ידועים בציבור". ראוי לציין כי
בישראל ה"ידועים בציבור" אינם זוכים למלוא הזכויות שלהן זוכים זוגות נשואים, אך קיימת דינמיות אשר
עליה לא נרחיב את הדיבור מקוצר היריעה⁶⁶. רק נציין שתחילת המאבק למען הזכויות לזוגות חד-מיניים הייתה
בניסיון להשוותם ל"ידועים בציבור" בלבד. בית המשפט העליון קיבל את עתירתו של דנילביץ' וקבע כי אין
שוני רלוונטי שעל בסיסו יכולה אל-על להפלות את הזוגות החד-מיניים⁶⁷.

62 אם כי יכול לקרות בדיוק ההפך וכדי לעצור את היוזמות המקומיות האלו יגבירו רשויות השלטון המרכזי את הפיקוח והאכיפה כלפי כל
מי שיערוך נישואים כאלו שמנוגדים למעשה לחוק.

63 להרחבה ראו א' הראל "עלייתה ונפילתה של המהפיכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט 12 (2001) 10.

64 לעיל, הערה 9.

65 שם, בע' 757.

66 להרחבה ראו א' בן-דרור זוגיות ללא נישואים: הידועה בציבור (2003), 297-321. המחבר דן בהתפתחות ההכרה בזוגיות החד-מינית דרך
ההכרה ההדרגתית בזכויות הזוגות הידועים בציבור. המחבר סוקר תקדימים שונים, ואף מרחיב בדוגמאות להתפתחויות עדכניות בתל
אביב בהתמודדות עם הזוגיות החד-מינית.

67 שם, בע' 762. התעוררות דומה מתרחשת כעת באנגליה. בפסק דין Ghaidan, לעיל הערה 5, מציין בית הלורדים כי ניכרת בשנים
האחרונות התפתחות חברתית בהכרה בזוגיות החד-מינית. התפתחות חברתית זו מוכרת לפרלמנט המתעתד לאשר תיקון ולכלול זוגות
חד-מיניים בחקיקה הנדונה בפסק דין זה. החקיקה הנדונה עניינה שמירת זכויות מגורים בדירה של בני זוג לאחר פטירת אחד מהם. בית
הלורדים קובע כי במקרה ספציפי זה אין מקום להפליה בין זוגות הטרוסקסואליים לזוגות חד-מיניים ובמיוחד לאור תכלית החקיקה. בית
הלורדים מחיל את ה-Human Rights Act 1998 אשר נכנס לתוקף ב-2 באוקטובר 2000. חקיקה זו אימצה את אמנת זכויות האדם
האירופית (הרביעית) לתוך החוק האנגלי. האמנה מאפשרת לבית המשפט לפרש ולקרוא לתוך חוקי המדינה פרשנות שתאיים לרוח
האמנה. כך עושה בית הלורדים במקרה ספציפי זה. גם כאן רואים הכרה מסיימת בזוגיות החד-מינית, אם כי הכרה נקודתית ולא
עקרונית. ימים יגידו אם פסק דין זה ישפיע על המערכת המשפטית או החקיקתית וידרבן הכרה בנישואים החד-מיניים, או שמא, בדומה
למצב לאחר פסק דין דנילביץ', הוא לא יהא מבשר ה"מהפכה".

סוגיה מהותית השנויה במחלוקת בתחום זה היא סוגיית האימוץ⁶⁸. בארץ קיימת הבחנה בין אישור אימוץ שבוצע מחוץ לישראל ובין אימוץ בישראל. באשר לרישום אימוץ שבוצע מחוץ לישראל, קבע בית המשפט העליון כי גם לגבי זוגות חד-מיניים יש להכיר בהליך אימוץ שבוצע מחוץ לישראל והורה למשרד הפנים לרשום אימוץ שכזה⁶⁹. עם זאת כאשר הגיעה לפתחו של בית המשפט המחוזי סוגיית אימוץ בארץ על ידי בנות זוג חד-מיניות⁷⁰ לא היה מוכן לאשר זאת. בפסק הדין שניתן בשנת 2001 ניתן ביטוי לתפיסה שמרנית כלפי המוסד החד-מיני אשר על בסיסו פורש חוק האימוץ, תשמ"א-1981 בצמצום. בית המשפט קבע שלשון החוק ברורה ומאפשרת אימוץ רק בין "איש ואשתו". כאמור לעיל, הפרשנות המצמצמת ננקטה גם על ידי מקצת שופטי בתי המשפט בארצות הברית בתחילת המאבק ההומו-לסבי, לפני כשלושים שנה, ומוצאת אופן קשבת בממשל האמריקני הנוכחי ובקבוצות השמרניות במדינה, השואפים למזער הכרה בזוגיות חד-מינית⁷¹. סוגיית האימוץ הנה מורכבת בגלל שאלת טובת הילד⁷² במערכת היחסים החד-מינית, ולפיכך ניתן אולי להבין את הבסיס לפרשנות דווקנית שכזו, או לכל הפחות לגישה כי מוטב שעניין זה יקבע על ידי המחוקק. עם זאת, הסיור להכיר בזוגיות חד-מינית אחרת גם בסוגיות מורכבות פחות, כגון ענייני ירושה ומס שבח⁷³.

בשנים האחרונות נדרשות הערכאות הנמוכות לעניין הזכויות הנובעות מן היחסים החד-מיניים. נכון למועד כתיבת שורות אלו לא ניתן למצוא מגמה אחידה וההכרה היא נקודתית בלבד. בשנת 1997 ניתן צו הגנה לפי החוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 נגד בת זוגה של המבקשת. בית המשפט פירש את המושג "בן זוג" ככולל גם בן זוג מאותו המין על בסיס פסק הדין דנילביץ'⁷⁴. בשנת 2001, אישר בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע הסכם ממון בין בנות זוג חד-מיניות⁷⁵. מאידך גיסא, שנה לאחר מכן סירב נשיא בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב לאשר הסכם ממון בין בנות זוג חד-מיניות⁷⁶. בפסק דין זה ניתן למצוא ביטוי

68 פשרה מסוימת שהושגה בסוגיה, ובה שוב ניתן לראות דוגמה להענקת הזכויות האינצידנטליות ולאן דווקא העקרונות, היא שבנות זוג מורשות להיות אפטרופסיות, כל אחת על ילדי בת זוגתה. אם כי חשוב לזכור שמהות האפטרופסות משמעותית הרבה פחות מהליך האימוץ כך שלא סביר שבני זוג ובנות זוג חד-מיניים יסתפקו בפתרון שכזה, כמו שאכן ארע. ראו סעיף 21 לע"מ (ת"א) 1144/00 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם).

69 בג"ץ 1779/99 ברנר קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (ניתן לצפייה כאן). על החלטת בית המשפט העליון הוגשה בקשה לדיון נוסף (דנג"ץ 4252/00), אך המדינה מחקה את בקשתה לאור החלטת שר הפנים פרוז להכיר באימוץ שנעשה מחוץ לישראל. ראו להלן.

70 ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ תש"ס(1) 831. פסק הדין קבע ברוב דעות כי אין להתיר לבנות הזוג החד-מיניות אימוץ הודי (אימוץ של כל אחת את ילדי חברתה). עיון בחוות דעתה החולקת של השופטת רוטלוי מוכיח כי הפרשנות תלויה במפרש. במקרה זה היו נימוקים עובדתיים לטובת התרת האימוץ (העולים בפסק דינה של השופטת רוטלוי), אך נראה כי דעת הרוב חשה אז כי לא היה שינוי בתפיסה החברתית המצדיק הכרה באימוץ חד-מיני. סוגיה זו של האימוץ מעלה שאלות עקרוניות רבות, כשבין השאר ניתן למנות את סוגיית האימוץ על ידי בני זוג חד-מיניים גברים. עם כל רצוננו להרחיב בסוגיה אין זה המקום לעשות כן.

71 ראו פרק ב(1) לעיל. ייתכן מצב שבו גישה שמרנית כזו של בית המשפט תקבל הכרה בחקיקה מפורשת, כפי שקרה במדינות מסוימות בארצות הברית. בהתחשב בחוסר היציבות הפוליטית המאפיינת את ישראל, לא קשה להעלות על הדעת מצב שבו יצליחו מפלגות דתיות לחוקק חוקים המגדירים נישואים בין גבר לאישה בלבד, גם בישראל. יתרה מזו, גם אם בית המשפט ירמוז כי בכונתו להכיר בזכות הנישואים של הזוגות החד-מיניים, ואף יקבע מסקנות לגבי חוקתיות חוק שכזה, חוסר הסכמה בין בית המשפט העליון לגורמים שונים ברשות המחוקקת עשוי להביא לידי התערבות חקיקתית ואף לידי שינוי החלטות חוקתיות של בית המשפט העליון.

72 שאלת טובת הילד עלתה בנימוקיו של השופט פורת, כי לדעתו המשפחה החד-מינית אינה מסגרת יציבה דיה ואינה הולמת את דרישות טובת הילד (עניין פלונית, לעיל הערה 70, בע' 864-865). ראוי לציין כי השופטת רוטלוי אינה מסכימה לטעון כי המסגרת המשפחתית החד-מינית נוגדת את טובת הילד. השופטת רוטלוי טענה כי המחוקקים שעליהם ביסס השופט פורת את טיעונו אינם חד-משמעיים (שם, בע' 899). זוגיות יציבה, בין שהיא חד-מינית או הטרוסקסואלית, עדיפה בלי ספק על פני זוגיות שאינה יציבה, תהא נטייתם המינית של בני הזוג אשר תהא (שם, בע' 902).

73 ראו סעיף 55 לחוק הירושה. באוקטובר 2003 פסק בית המשפט לענייני משפחה שאף אם גברים היו יחדיו כבני זוג במשך 40 שנה, לא ניתן לפרש את החוק ככולל בני זוג חד-מיניים ולפיכך אין לבן הזוג ששרד בחיים זכות לרשת את בן זוגו שנפטר. ת"ע (נצ') 710/01 פלוני נ' האפטרופוס הכללי (לא פורסם). על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי בנצרת (ע"א (נצ') 3245/03 עזיזה נ' האפטרופוס הכללי). כמו כן הוראה דומה קיימת בסעיף 62(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963. בו' (ת"א) 1228/01 שטיינר נ' פרקליטות מחוז ת"א (לא פורסם) דחתה ועדת הערר את בקשתו של בן זוג מאותו המין לפטור ממס שבח במכירת חלקו לבן זוגו בדירתם המשותפת. שטיינר הגיש ערעור לבית המשפט העליון, אך המדינה הסירה את התנגדותה לפני שנדון הערעור. ניתן לראות את עמדת משרד האוצר בסוגיה זו בדיון מיום 26.7.2001 של הוועדה לקידום מעמד האישה: פרוטוקול מס' 130 משיבת הוועדה לקידום מעמד האישה, בע' 20-22, 26 (לצפייה לחצו כאן). נציין שה"ח 1312/פ מיום 28.7.2003 בסוגיה (ניתנת לצפייה כאן) נדחתה.

74 תמ"ש (חיפה) 32520/97 פלונית נ' אלמונית (לא פורסם).

75 תמ"ש (ב"ש) 8510/01, שניתן בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע ביום 12.8.2001 (שמות הצדדים לא פורסמו).

76 תמ"ש (ת"א) 2103/00 ליבמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם).

לנסיגה בעמדה כלפי סוגיה זו כאשר צוטטה דעת המיעוט בפסק הדין דנילביץ' תוך כינוי מערכת היחסים "צמד חברים" ולא זוג⁷⁷. בשנת 2004 עולה מגמה הפוכה מפסק דין שיצא מאותו בית משפט, ובו אושר הסכם ממון בין שני גברים שחיו יחדיו 37 שנה⁷⁸. בפסק הדין מושוים יחסי בני הזוג ליחסי "ידועים בציבור"⁷⁹. עליות ומורדות על ציר העמדות השיפוטיות מצביע על כך שהשופטים בערכאות השונות נעים בין מודל אי-ההכרה לבין גרסה חלקית של מודל הענקת הזכויות האינצידנטליות למערכת היחסים החד-מינית. חלק מן הפסיקות מבטאות סטיות משמעותיות על ציר זה, כאשר מבין השורות מסתמנת נטייה של השופטים לעבר מודל ההכרה המלאה בנישואים. אולם הם עדיין אינם מוכנים להסתכן באמירה מפורשת שכזו⁸⁰.

נראה אפוא שהזוגות החד-מיניים הבאים לפני הרשות השופטת בבקשת הכרה בזכות זו או אחרת תלויים לפחות במידה חלקית בהרכב הדין בבקשתם ובנסיבות הקשר. לכך יש לצרף את המציאות הידועה שבה הצדדים מגיעים להסכמה בלא הכרעה שיפוטית. ניתן לשער שהמדינה לא פעם מעדיפה כי לא יינתנו הכרעות עקרוניות בסוגיה, ואין זה מן הנמנע כי מגמה זו זוכה לפחות לעידוד שבשתיקה מצד הרשות השופטת. להערכתנו, שיקולים חברתיים ופוליטיים מעכבים את בית המשפט העליון מלהכריע ולקבוע מדיניות אשר תכיר בזוגיות החד-מינית. למרות זאת, התערורות הסוגיה בעולם המערבי ובבתי המשפט לענייני משפחה בישראל מקרבת את העת שבה תגיע הסוגיה לבית המשפט העליון ותתחייב הכרעה עקרונית בו⁸¹. בכך הכיר הנשיא ברק עוד בשנת 1998 בקריאתו להכרה שיפוטית ומציאת פתרונות למציאות החדשה שבפניה ניצב בית המשפט העליון בסוגיה⁸².

2. רשויות ציבור

בעוד הענקת הזכויות תלויה במחוקק או ברשות השופטת, יישומן תלוי ברשות המבצעת, על כל זרועותיה. בהקשר זה ייתכן שאנו עדים לתהליך שמתחיל "מלמטה" ומקביל, אם כי בעוצמה פחותה במידה ניכרת, לתהליך העובר על רשויות ביצוע בארצות הברית⁸³. לאור השלכותיה המעשיות, ישנה חשיבות מכרעת לבחינת מדיניות הרשויות באשר להטבות השונות הניתנות לבני הזוג החד-מיניים⁸⁴. נכון להיום קשה לזהות זכויות מובנות מאליהן שניתנות לבני זוג חד-מיניים בשל מערכת היחסים הזוגית ביניהם. נראה שכמעט כל זכות שמוענקת להם כיום היא תולדה של מאבק משפטי כלשהו והרשויות עדיין לא מוכנות וולונטרית להעניק

77 שם, בסעיף 79.

78 תמ"ש (ת"א) 3140/03 (לא פורסם). אותר באמצעות www.lawdata.co.il.

79 בסעיף 10 לפסק הדין ניתן למצוא התייחסות למספר פסקי דין שבהם הכירו בתי המשפט במעמדם ובזכויותיהם של בני הזוג החד-מיניים וקיומם כתא משפחתי.

80 לדעתנו, זו הרוח שעולה מפסק דין תמ"ש (ת"א) 3140/03, לעיל הערה 78.

81 בייחוד לאור האפשרות שנפתחה כעת בקנדה, מסצ'וסטס, הולנד ובלגיה להינשא, יגיע במהרה הרגע שבו יצטרך בג"ץ להכריע בסוגיית רישום נישואי בני זוג חד-מיניים ישראלים שנערכו מחוץ לישראל. סוגיית ה-Conflict of Laws המתעוררת עקב ההכרה בזכות הנישואים במדינות מסוימות בעולם תידון בקצרה בהמשך.

82 ההרצאה הובאה בתוך "גייפמן, דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה (חלק ג) 1149, 1156. לעומתו סבור שיפמן בביקורתו מיד לאחר מתן פסק הדין דנילביץ' כי ספק אם יש לגיטימציה חברתית לזוגיות החד-מינית. פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (מהדורה שנייה, 1995, כרך א) 274.

83 בדומה לסממני השינוי בערים בארצות הברית שהחליטו להעניק רישיונות נישואים למרות לשון החקיקה במדינתם. עם זאת חשוב לציין כי בישראל אין עדיין ביטוי ממשי לפעולות עצמאיות של רשויות מקומיות בנושא זה. גם בהנחה שניתן להבחין בניצנים לכך, נציין כי פעולות שכאלה רחוקות מלהיות בעלות משמעות כלשהי.

84 שלא כבארצות הברית ובמקומות שונים באירופה, אין העירייה יכולה, למשל, לתת רישיונות נישואים בלי היתר חוקי. אך אם רשויות הציבור יקבלו את הזוגיות החד-מינית כמובנת מאליה ויתייחסו לבני זוג מאותו המין בהתאם, הרי ניתן יהיה למתוח קווי דמיון בין הפעילות המתרחשת בערכאות וברשויות הציבור בישראל (מיד) לבין המתרחש בערים השונות בארצות הברית (ואף לאחרונה באירופה) (ראו לעיל).

את הזכויות הניתנות בדרך כלל לבני זוג⁸⁵. כך, באמצע שנות ה-90 נאבק אקדמאי באוניברסיטת תל אביב לקבל זכויות שוות עבור ה"ידוע בציבור" שלו, זכויות שלהן זכאי כל בן זוג של איש סגל באוניברסיטה. מאבקו נחל הצלחה כאשר האוניברסיטה הסכימה להעניק לבן זוג⁸⁶ ולבני זוג חד-מיניים אחרים חלק מהזכויות האמורות⁸⁷. מאבקים משפטיים וחברתיים נוספים בשנים שלאחר מכן, הובילו להענקת זכויות לקצבאות שארים לבני זוג של עובדי מדינה, קצבאות שארים מקרנות פנסיה והעברתם של פיצויי פיטורין לעובד שנפטר⁸⁸.

ברמה המוניציפלית ניתן לראות את המגמה הליברלית ביותר, במדיניותה של עיריית תל אביב. ייתכן שמדובר בתוצאה של המאבק של הקהילה ההומו-לסבית בעיר⁸⁹ אך ייתכן שהשתנתה התפיסה בהנהגת העירייה עצמה באשר לזוגיות החד-מינית. מלבד הענקת הזכויות לבני זוג של עובדים⁹⁰ הלכה העירייה צעד קדימה ואפשרה באופן ברור ומפורש הענקת זכויות לבן זוג מאותו המין של תושב העיר⁹¹. גם כאן, בדומה למדיניות הרשות השופטת, ניתן למצוא עקבות להסדרי הזכויות מהמודל השני. אך ניתן גם לטעון, שהיעדר מדיניות מפורשת ביחס לבני זוג חד-מיניים⁹², והימנעות מהסדרים פרטניים בסוגיה, מראה על נטייה דווקא לכיוון מודל אי-ההכרה במערכת הזוגית החד-מינית. אם כי חשוב לזכור, שבניגוד למצב בארצות הברית ואירופה, בישראל העניין אינו עומד על סדר היום המדיני⁹³ ואפשר שזוהי הסיבה להיעדר המדיניות.

מתוך הכרה בעובדה שלהסדרים ברמה המוניציפלית השפעה מוגבלת ברמה הארצית⁹⁴, נבחן את השינוי שאולי מסתמן ביחסן של רשויות השלטון המרכזי למערכות היחסים החד-מיניות. גם בתחום זה לא ניתן למצוא התפתחויות שהן בגדר "אבני דרך" שעל פיהן ניתן לנבא כיצד יפעלו הרשויות במקרים שיתעוררו לפניהן. אך בכל זאת ניתן לנסות לראות בהתפתחויות הקיימות אינדיקציה לכיוון מסוים. תחילה היה מדובר בהענקת זכויות אינדיננטליות למערכת היחסים. במקרה אחד, לפני שנים אחדות ניתנה האפשרות לבן זוג של

85 דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בעמדת הביטוח הלאומי (על פי תשובה שקיבלנו מנציב פניות הציבור במוסד) כי משום שבחוק הביטוח הלאומי יש הבדלים בהתייחסות לגברים ולנשים, היחס לבני זוג חד-מיניים שונה מהיחס לזוגות הטרוסקסואלים. ראו עתירה בסוגיה, להלן הערה 97.

86 לפי פרופ' אבן, האוניברסיטה הסכימה להעניק את כל הזכויות לאחר שניתן פסק הדין בעניין *דנילביץ, לעיל* הערה 9, אם כי הענקת המני הזוגי למועדון הספורט נתקלה בכל זאת בקשיים מסוימים גם לאחר ההסכם. לדברי פרופ' אבן, אוניברסיטת תל אביב מעניקה כיום זכויות לבני זוג מאותו המין כמו לבני זוג ממין שונה. משיחתו עם הממונה על משאבי האנוש לשעבר עולה כי היו בערך 10 בקשות דומות ובכולן ניתנו זכויות שוות. כמו כן ציין הממונה (לדברי פרופ' אבן) כי לא ראה צורך לרשום הגדרה למונח "בן זוג" או להתאים את הוראות האוניברסיטה.

87 זאת על פי פרסומי האגודה לזכויות האזרח. בין הזכויות שהוענקו לו ניתן למנות קצבת שארים, כרטיס טיסה בשנת שבתון, פטור משכר לימוד ומנוי זוגי למועדון הספורט: <http://www.geocities.com/pgri/chapter14.html>. אם כי חשוב לציין, שבחלק מהוראות האוניברסיטה מופיעים הביטויים "בעל ואשה" ו"ידוע וידועה בציבור", ובחלקם האחר מופיע הביטוי "בן זוג". בבדיקה אצל עו"ד רות קייסי, היועצת המשפטית של אוניברסיטת תל אביב, עלה כי אין כל נוהל ספציפי העוסק בזכויות לבני זוג מאותו המין כמו שאין נוהל לגבי "ידועים בציבור" ממין שונה. לדבריה האוניברסיטה משתדלת לפרש את הוראותיה באופן מרחיב וליברלי. עו"ד קייסי הוסיפה שבמידת האפשר מסתפקת האוניברסיטה בהצהרת הפונה כי הוא חי במשותף עם בן זוגו בלא קשר למינו (להוראות ראו אינדקס הוראות האוניברסיטה. ניתן לצפייה ב-<http://www.tau.ac.il/bylaws/index-ab.html>).

88 ראו לעיל. בחלק מן המקרים מדובר בחברות פרטיות ולא ברשויות ציבור אך ניתן ללמוד גם מיחסן של אלה אל בני הזוג החד-מיניים. יש לציין עוד כי נציבות המדינה הודיעה בשנת 1998 כי באופן עקרוני היא תדון בפניות של בני זוג מאותו המין למתן גמלאות. ראו אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" *פּוֹלִיטִים* ט (תשס"א) 95.

89 זוהי טענתם של ארגוני הקהילה בישראל. ראו ע' 10 למצע המפלגות בנושא ההומואים, הלסביות הביסקסואלים והטרנסג'נדרס (ניתן לצפייה ב-<http://www.geocities.com/pgri/chapter7>).

90 כאשר בדרך כלל ההסדר ברשויות, אם קיים, מתייחס לסוג זה של הטבות לבני זוג. במקרה זה היה מדובר בהרחבת ההטבות לביטוח רכב וחיים גם לידועים בציבור, אשר כלל גם בני זוג מאותו המין.

91 לשון הפרסום של העירייה מיום 6.1.2002 תחת הכותרת "זכאים" היא "לרבות שני בגירים מאותו המין". ראו <http://www.tel-aviv.gov.il/Hebrew/Cityhall/Card/FamilyCard.htm>.

92 דוגמה טובה לכך ניתן למצוא באוניברסיטת תל אביב. בפועל, ניתנות ככל הנראה הזכויות, אבל רובן לא מעוגנות בהוראות והן לא מוסדרות באופן רשמי וברור (ראו הערה 87 לעיל). מצב כזה מאפשר כמובן לאוניברסיטה להערים קשיים על דורשי הזכויות, אם היא תרצה בכך, כשבמקביל לא בטוח כלל שבני זוג מאותו המין בכלל מודעים לאפשרותם לדרוש זכויות שכאלו. זו התחושה שעולה גם מסקירתנו הכללית של המוסדות הציבוריים, ככל שהיה בידינו לבדוק את הסוגיה.

93 בדיקת המצע של המפלגות השונות בישראל מעלה שברובן אין התייחסות לסוגיה.

94 בדומה למצב בארצות הברית, גם כאן אין להסדרים המקומיים משמעות מבחינה ארצית, אף שהעיר תל אביב היא המטרופולין של ישראל וככוו משפיעה על הארץ כולה. עדיין בסוגיה כמו זו, אשר השלכותיה הדתיות-תרבותיות מגוונות, ישנה חשיבות להרכב האוכלוסייה והתפלגותו ברחבי הארץ.

עולה חדש לנהוג ברכבו הפטור ממס של העולה בלא נוכחות⁹⁵. במקרה שני, ואולי המהותי יותר, בחודשים האחרונים קיבלה פרקליטות המדינה, בלא הכרעה שיפוטית, את ערעורם של בני זוג חד-מיניים על אי-מתן פטור ממס שבח בהעברת זכויות בדירה משותפת⁹⁶. במקרה שלישי, הסכים משרד הפנים לתת לבן זוג מאותו המין תעודת פטירה של בן זוגו⁹⁷.

המגמה הזו מתבטאת גם במישור יחסו של צה"ל למערכת היחסים החד-מינית⁹⁸, וזאת בפשרה שהושגה עם בן זוגו של קצין שנפטר במהלך שירותו הצבאי. בן הזוג קיבל זכויות דומות לאלו הניתנות לבני זוגם ממין שונה של הנפטרים במסגרת זו⁹⁹. ניתן כמובן לטעון שמדובר בזכויות שוליות למערכת היחסים הזוגית ואין לראות בהן כלל עדות לתפיסה הקיימת בקרב רשויות המדינה. עם זאת ההתפתחויות של החודשים האחרונים יכולות להעיד על תזוזה בתפיסה, אם כי ב"הילוך איטי", כלפי מודל ההכרה המלאה בזכויות או אפילו ההכרה בנישואים דה פקטו. די אם נציין את החלטותיו של שר הפנים מהחודשים האחרונים לאפשר רישום אימוץ של ילדי בן זוג מאותו המין שבוצע מחוץ לישראל וההכרה שזרים שהם בני זוג מאותו המין של ישראלים יזכו לתושבות קבע (כמו ידועים בציבור)¹⁰⁰. בדומה למגמה שזוהתה ביחסה של הרשות השופטת, גם כאן לא מגלות הרשויות קו אחיד בהתייחסותן לזכויות הנובעות ממערכות היחסים. כך למשל, סירובו של המוסד לביטוח הלאומי (בספטמבר 2003) להעניק קצבת שארים לבן זוגו מאותו המין של עובד שנפטר¹⁰¹.

התמונה המצטיירת מבחינת מדיניות הרשויות השונות מגוונת כמעט כמו הרשויות עצמן. מחד גיסא, אין מדיניות מפורשת¹⁰² כדי שלא לעורר את חמת זעמן של הקבוצות השמרניות בחברה, ומאידך גיסא מוענקות זכויות אינצטנדליות¹⁰³ בכל מקרה לגופו כמעשה של "כיבוי שריפה". לדעתנו, גם אם נקבל את התפיסה שמערכת היחסים החד-מינית עודנה חריגה בחברה הישראלית, עדיין אין זה הוגן להותיר בני אדם אלו במצב

95 מפרסומי האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 87.

96 ראו דיון בסוגיה בפרק הקודם. מדובר היה בע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבח מקרקעין. ראו הודעת המדינה על קבלת הערעור מיום 24.2.2004, כפי שפורסמה ב-www.lawdata.co.il.

97 ב"ל 3536/2004 רז נ' המוסד לביטוח לאומי (ניתן לצפייה ב-<http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=839>). המידע לקוח מסעיף 59 לכתב העתירה.

98 משנת 1998, עם ביטול ההוראות המיוחדות העוסקות בשירות הומוסקסואלים בצבא, התבטלה הפלייתם בתחום השירות. הכרה זו העלתה על סדר היום גם את שאלת ההכרה ביחסים הווגיים של חיילים אלו. המגמה המוצהרת של הצבא היא כי כל עוד מדובר בזכויות שניתנות על פי כללי הצבא (בניגוד לחקיקה), הן ניתנות גם לבני זוג מאותו המין. ראו גרוס, לעיל הערה 88, בע' 172. גרוס מעלה סימני שאלה באשר להצהרת מדיניות זו, לאור חוות דעת של הפרקליטות הצבאית מ-4.2.1997 אשר לפיה נעשית הבחנה בין שני סוגי הטבות. כאשר מדובר בהטבות שמטרתן חיוק ועידוד מוסד הנישואים, הן אינן ניתנות לבני זוג חד-מיניים, לעומת הטבות שמטרתן חיוק הקשר הווגי וחיי השיתוף הניתנות גם לבני הזוג החד-מיניים של החיילים. שם, בע' 173.

99 בין השאר היה מדובר בזכויות לקבלת מכתבי תנחומים, הזמנות לטקסי זיכרון וכתביה באלבום ההנצחה של צה"ל. כמו כן קיבל בן הזוג פיצויים וגמלה חודשית בגין המוות אך לא באותו סכום שהיה מקבל אם היה בן זוג ממין שונה. כל זאת כחלק מהסכם הפשרה בינו לבין הפרקליטות הצבאית ופרקליטות המדינה. ראו בג"ץ 5398/96 שטיינר נ' שר הביטחון (לא פורסם) וכן *A. Balkin and M. Levitt Effects of Lifting of Restrictions on Gay and Lesbian Service in Israeli Forces: Appraising the Evidence* (CSSMM, University of California at Santa Barbara, 2000) (ניתן לצפייה ב-<http://www.gaymilitary.ucsb.edu/Publications/IsraelPub1.htm>).

100 ר' סער "זרים שאינם נשואים לבני זוגם הישראלי יזכו לתושבות קבע" הארץ 27.2.2004. חשוב לציין שמדובר בהחלטה פוליטית של שר הפנים (אברהם פורז) שמגלה תפיסה ליברלית חילונית ושינויים בזהות מאישי התפקיד עשויים להביא לידי שינוי בעמדה. עם זאת, העובדה שלא התעוררה זעקה ציבורית חריפה להחלטתו זו יכולה ללמד כי העניין אינו מצוי בראש סדר יומם של המפלגות הדתיות וציבור בוחריהן.

101 ב-23.3.2004 הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח עתירה בנושא לבית הדין האזורי בתל אביב (ראו לעיל הערה 97). חשוב לציין כי הם נסמכים על לשון חוק מפורשת, ויתכן שרוצים הם שבית המשפט יכריע, כפי שעשה בעניין *דנילביץ*, ובכך יאפשר היקש למקרים דומים. כמו כן, כאן מדובר בהענקת כסף ישיר על ידי המדינה, והפקידים רוצים שבית המשפט יגן עליהם כאשר תגענה עוד תביעות מקבוצות אחרות.

102 מלבד התקדימים שנידונו לעיל והמדיניות הרשמית של עיריית תל אביב, חיפושנו אחר עמדות מדיניות של גופים אחרים (ציבוריים ופרטיים) לא העלה דבר. נראה שהרשויות באמת אינן רוצות לדון בסוגיה כל עוד הוא אינו עולה על סדר יומן. למשל, בבדיקה באוניברסיטת חיפה אצל מחלקת כוח אדם נתקבלה תשובה כי מקרה כזה מעולם לא אירע ואין כל מדיניות כלפי בקשה עתידית שכזו. חשוב לציין כי אין זו אינדיקציה לכך שאין גופים נוספים המתייחסים למדיניות ברורה, אלא רק אינדיקציה בהתאם למגבלות המחקר.

103 ולעתים אף זכויות אלו נתקלות בקשיים כאמור. אינדיקציה מסוימת לכך, אם כי לא מהותית הואיל וישנם גורמים רבים העלולים להכשיל הצעות חוק, היא אי-קבלתה של ההצעה לכלול בני זוג בני אותו המין בחוק הזכות לקבורה חלופית. ראו ה"ח פ/746 (ניתנת לצפייה כאן).

של חוסר ודאות באשר לזכויותיהם בגין מערכת היחסים הזוגית¹⁰⁴. נחוצה מדיניות מפורשת כלפי בני זוג באשר הם כדי שאלו ידעו בוודאות מהן זכויותיהם מול הרשויות בלא שיזדקקו לפנייה לערכאות משפטיות¹⁰⁵. כאמור, לא ירחק היום שבו זוגות חד-מיניים שנישאו מחוץ לישראל יפנו לבתי המשפט ולרשויות בציבור השונות לצורך הכרה בזכויותיהם. ניתן להניח שפניות אלו ילוו במאבק משפטי. לפיכך ניטיב לעשות אם נקדים דיון אקדמי וציבורי לבעיה.

ד. בשולי הדברים: מהפך המשפטי לפן החברתי - למי זה טוב?

מכיוון שסוגיית היחסים החד-מיניים נתונה במחלוקת ציבורית-חברתית אין להתפלא על כך שגם בעולם המשפט טרם התגבשה הסכמה. משפט ותרבות שזורים יחדיו, במיוחד בתחום הנישואים. המשפט הוא כלי תרבותי-חברתי חזק שבכוחו ליצור שוויון¹⁰⁶, ובלבד שהחברה תקבל הכרעות אלו כשוויוניות. היכולת להשיג שינוי חברתי באמצעות חקיקה או פסיקה חורגת מתחום דיוננו, ותלויה בין השאר בעמדות כלליות לגבי בית המשפט והמחוקק, בעמדות הערכיות-מסורתיות לגבי הסוגיה הנדונה ובגורמים רבים אחרים, כגון אינטרסים כלכליים וחלוקת כוח בחברה¹⁰⁷. להלן נתמקד בשאלה רלוונטית יותר, לדעתנו, והיא התועלת שבהכרה בנישואים לחברה ההומו-לסבית¹⁰⁸. לשם כך נפנה דווקא לבחון את עמדתה של הקהילה ההומוסקסואלית בסוגיה זו. מצאנו שלוש גישות מרכזיות.

הגישה הראשונה מתנגדת להכרה בנישואים. בקרב הקהילה ההומו-לסבית ישנם אלה הסבורים שההכרה חותרת תחת מטרות מוסד הנישואים המסורתי ואין לתת לכך יד. אחרים סבורים דווקא כי ההכרה מחזקת את מוסד הנישואין, אך אין לתת לכך יד משום שמדובר במוסד המדכא את המטרות האמיתיות של הזוגיות ואינו מוסד ראוי אף להטרוסקסואלים. לדעתם, מסגרת הנישואים אינה נחוצה להבעת אהבה ומחויבות. להפך, היא מערערת את הבסיס השיתופי של מערכת היחסים ומהווה מוסד עתיק, חסר תועלת ופטריוארכלי¹⁰⁹. הכרה בנישואים, לדעתם, תכפה על מערכת היחסים החד-מינית סטנדרטים השאובים מהעולם ההטרוסקסואלי, סטנדרטים שאינם בבסיס הזוגיות החד-מינית המדגישה את האהבה בלא הסממן הרכושי הנלווה. דווקא הזוגיות החד-מינית, שהתגבשה בגלות חברתית כפויה, צריכה להגן על עצמה מפני השתלטות ערכית. חלק מחברי הקהילה התומכים בגישה זו מתנגדים אף לרישום הזוגיות ביניהם, כחלק מהסדר חוקי זה או אחר, מחשש לפגיעה בחופש ובגמישות הקיימת במערכת היחסים הלא רשומה והלא מחייבת¹¹⁰. הם מעוניינים ליצור מסגרת חדשה ולא לאמץ מסגרת קיימת במערכת היחסים הלא רשומה והלא מחייבת¹¹¹. הם למסיבה של אחרים אלא לתכנן את המסיבה שלהם עצמם מראשיתה¹¹¹.

104 שאלה מעניינת היא האם בכלל צריך לבסס זכויות על מערכת יחסים זוגית ולא על קשרי תלות. למשל, להרחבה ראו רעיונה של מרתה פיינמן כפי שהוא מובא אצל Stacey, לעיל הערה 34, בע' 331.

105 אמנם לפי נתוני ארגון משפחה חדשה (ראו קישור בהערה 2 לעיל) נראה שרק 1% מהמשפחות מגדירות עצמן כמשפחות חד-מיניות, אך סביר ששיעור הזוגות החד-מיניים בקרב האוכלוסייה בארץ גדול מכך. אף סביר שהימצאות סוגיה זו במרכז סדר היום הציבורי בארצות הברית תוביל בשלב מסוים גם לעליית סוגיית הזכויות לבני זוג חד-מיניים בכלל ולנישואיהם בפרט גם בארץ.

106 ראו K. E. Hull "Symposium: In Their Own Words: How Ordinary People Construct the Legal World: The Cultural Power of Law and the Cultural Enactment of Legality: The Case of Same-Sex Marriage" 28 *L. & Soc. Inquiry* (2003) 629, 629-630.

107 ראו Hull, לעיל הערה 102.

108 המעמד החברתי של הקהילה ההומו-לסבית הנו סוגייה נכבדה שנמצאת בבסיסם של מאמרים רבים, אם כי זהו אינו הדגש בהארה זו. לתמונת מצב ישראלית ראו הראל, לעיל הערה 63.

109 J. M. Donovan "Same-Sex Union Announcements: Whether Newspapers Should Publish Them, and Why We Should Care?" 68 *Brooklyn L. Rev.* (2003) 721, 746.

110 R. Stith "Keep Friendship Unregulated" 18 *Notre Dame J. L., Ethics & Pub. Pol.* (2004) 263, 267.

111 Clark, לעיל הערה 55, בע' 748.

הגישה השנייה מעדיפה פתרונות כדוגמת הפתרון שננקט בוורמונט, היינו הסדר אזרחי המעניק את כל הזכויות של הנישואים בלי הסמליות שבנישואים המסורתיים. בין התומכים בגישה זו ישנם אלו המעוניינים בהכרה משפטית או חוקית בנישואים, לא כסמל למחויבות אלא כדי להבטיח קבלת הטבות שהנן חלק מן הנישואים.¹¹² אחרים סבורים כי כל עוד החברה אינה בשלה לכך, מאבק להכרה בנישואים עשוי לגרום להתעוררות בקרב קבוצות שמרנים שתהווה כבומרנג שעלול להוביל לפגיעה בהישגים שהושגו עד כה.¹¹³ בבסיס הגישה השלישית ניצב סירוב לקבל כל דבר שהוא פחות מהכרה מלאה בנישואים.¹¹⁴ ישנם המעוניינים בהכרה המלאה כמנוף לקידום התערותם המלאה של ההומוסקסואלים בחברה. הם מקווים שהכרה מלאה תוביל למעמד שווה, למיגור ההומופוביה¹¹⁵, ולביטול מוחלט של ההפליה. לפי גישה זו מתן הזכויות בלא מתן הזכות להינשא הוא צעד חשוב אולם איננו יכול להיות היעד הסופי¹¹⁶. ביטוי למהות המאבק ניתן לראות בהגדרת המאבק על ידי אחד המלומדים העוסקים בסוגיה:

The fight over gay marriage has become a fight over ownership of a word.
But what a potent little word it is.¹¹⁷

ישנם אף הטוענים כי שלילת הנישואים הרשמיים מונעת אושר, מחויבות, בריאות נפשית, מערכות יחסים יציבות וגורמת בעיות רבות לחברי הקהילה. הגדרת הנישואים הרשמית, לטענתם, תיצור מסגרת חברתית תומכת לזוגיות החד-מינית, על כל היבטיה¹¹⁸.

חוסר האחידות בגישת הקהילה ההומו-לסבית באשר לצורך בהכרה מלאה בנישואים¹¹⁹, מעלה את השאלה אם ראוי לשאוף להסדר כזה אשר ייצור לחץ על חברי הקהילה להינשא. אף אם הנישואים הם אופציונליים¹²⁰ - כפני הדברים בחברה בכללותה - עדיין ירגישו בני הזוג לחץ חברתי להינשא ולשנות את דפוס ההתנהגות שבו הם חפצים.

קיומם של מוסדות אלטרנטיביים למוסד הנישואים בחברה בכלל עשוי להקהות קושי זה. אם אכן זהו המצב, קיים פער בין המוסר הנוהג - המכיר במוסדות חלופיים - לבין החוק המגדיר נישואים בצורה ארכאית. אם כך, ייתכן סיכוי לשינוי החוק בישראל מתוך הכרה במוסדות חלופיים לנישואים. עם זאת ישנן עדויות כי קיומם של מוסדות חלופיים לנישואים אינו משקף שינוי אמיתי ויצב בחברה, אלא רק שינוי זמני במוסר

112 ראו Hull, לעיל הערה 106, בע' 642.

113 Clark, לעיל הערה 55, בע' 737. דוגמה לתגובת בומרנג היא ניסיונו של הנשיא בוש לשנות את חוקת ארצות הברית (ראו לעיל הערה 18). עוד ראו את תגובת המועמד לנשיאות האמריקני, גארי באוואר, בעקבות החלטת בית המשפט בוורמונט כי הענקת הזכויות היא מעשה טרוריום: Donovan, לעיל הערה 109, בע' 805.

114 Donovan, לעיל הערה 109, בע' 744-745.

115 ראו Hull, לעיל הערה 106. המחברת מראה כי הזוגות החד-מיניים אינם רוצים ללכת נגד הזרם החברתי המקובל ומנסים לחקות את הטקסיות של הנישואים בטקסים הפרטיים שהם עורכים. הזוגות החד-מיניים אינם מעוניינים להתחמק מהחוק אלא רוצים להיות כפופים לו בגלל המשמעות התרבותית והסמלית שבו. המחברת מאששת את מסקנותיה במחקר שערכה ובו ראינה 38 זוגות חד-מיניים.

גישה קיצונית טוענת כי הדרך לשוויון לבעלי הנטייה החד-מינית מצריכה נישואים כדי לשלול את הדימוי המופקר שיש לחברי הקהילה. ראו Clark, לעיל הערה 55, בע' 746.

116 Hull, לעיל הערה 106, בע' 638-639, 642-643.

117 Donovan, לעיל הערה 109, בע' 747.

118 שם, בע' 754.

119 ראו G. Buseck "Symposium Transcription: Keynote Address: Civil Marriage for Same-Sex Couples" 38 N. Eng. L. Rev. 495, 501-502 (2004). המחבר מתאר דוגמה מן הקהילה ההומו-לסבית בוורמונט, אשר בשנת 1993 הייתה חלוקה בשאלת הרצון בהכרה בנישואים. עד 1995 התמונה הייתה שונה לחלוטין והקהילה כולה הייתה מלוכדת סביב המאבק להכרה בנישואים.

120 מרין, לעיל הערה 4, בע' 20.

החברתי המקובל. לפי המצדדים בדעה זו, בטווח הארוך, לא נראה כי יתחולל אי פעם שינוי אמיתי בגישת
החברה כלפי מוסד הנישואים¹²¹.

ה. ישראל 2020 - מה צופן בחובו העתיד?

סקירת ההתפתחות בסוגיית ההכרה בנישואים החד-מיניים בעולם המערבי ובישראל אינה מראה מגמה
ברורה של הצפוי בתחום. אמנם עולה תחושה כי הרגע שבו יוכרו נישואי הזוגות החד-מיניים בעולם המערבי
ממשמש ובא¹²², אך כפי שהראינו לעיל, רבים הם המכשולים העומדים בדרך עד הכרה מלאה בנישואים.
בראש ובראשונה עומדת השאלה אשר שנויה במחלוקת גם בתוך הקהילה ההומו-לסבית, והיא אם נישואים
הם הפתרון הראוי והיעיל¹²³. מלבד הקונפליקט הרעיוני, קיים מכשול פוליטי-חברתי שבבסיסו עומדת
ההתנגדות לפתוח את דלתות הנישואים בפני זוגות חד-מיניים. אין ספק כי הקהילה הצליחה לצעוד צעד גדול
קדימה בהכרה בתוקף הנורמטיבי והמשפטי של הזוגיות החד-מינית. עם זאת מה העתיד צופן בחובו קשה
לדעת לנוכח הניסיונות לתיקונים חוקתיים בארצות הברית ובקנדה אשר ישללו את הזכות להינשא מן הזוגות
החד-מיניים בצורה גורפת.

הפסיקה האחרונה במסצ'וסטס ובקנדה וההסדרים החוקיים בהולנד ובבלגיה אכן מהווים אירוע היסטורי
במהלך המאבק להכרה בנישואים החד-מיניים, אך מאידך גיסא אין להפריז בחשיבותם. מדובר בהכרה
"מקומית" בלבד, שאינה מחייבת בהכרח אזורי שיפוט אחרים. לאור תהליכי הגלובליזציה ניתן לשער
שהשלכותיה המעשיות של הכרה מקומית זו יעמדו למבחן כאשר בני הזוג יזקקו להכרה "חיצונית". הבעיה
המתעוררת היא בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי, שעוסק בין השאר בכללים החלים לבירור תוקפם של
נישואים מחוץ למקום עריכתם. בעיית "מתקל הדינים" (Conflict of Laws) היא אקוטית מתמיד לאור קלות
המעבר ממדינה למדינה בעולם¹²⁴. הבעיה אינה פוסחת על ישראל, ואפשר שאף חמורה היא יותר במקומותינו.
העובדה שהנישואים בישראל עודם נשלטים על ידי הדין הדתי, השולל מכול וכול נישואים שאינם בין גבר
לאישה, ממזערת את הסיכוי להכרה בנישואים חד-מיניים¹²⁵. לפיכך על מערכת המשפט בישראל - המחוקק¹²⁶

121 ראו Wardle, לעיל הערה 27, בע' 196-207.

122 E. J. Graff "Symposium Transcription: Luncheon Address: What Is Marriage for?" 38 N. Eng. L. Rev. (2004) 541-542. המחבר
מתאר תמונת מצב עולמי אופטימי יחסית, נכון לשנת 2004. לפיו, שלוש מדינות מציעות כיום לזוגות החד-מיניים את מלוא זכויות
הנישואים: הולנד, בלגיה וקנדה. במסצ'וסטס, בהתאם להחלטת בית המשפט העליון מ-17 במאי 2004 החלה המדינה להעניק את מלוא
זכויות הנישואים לזוגות חד-מיניים. מדינות אחרות מציעות לזוגות החד-מיניים כמעט את כל זכויות הנישואים: שש מדינות סקנדינביה,
גרמניה ודרום אפריקה. מדינות רבות נוספות נותנות כמחצית מן הזכויות, החובות, ההכרה והאחריות של הנישואים לזוגות החד-מיניים:
אוסטרליה, ניו זילנד, הונגריה, ישראל, פורטוגל, צרפת, 11 מתוך 17 הפרובינציות של ספרד ו-2 פרובינציות בארגנטינה. לטענת המחבר,
במהלך שלוש השנים הבאות התמונה "תתמלא".

לסקירת המצב במדינות ארצות הברית השונות נכון לשנת 2004 ראו thefreedictionary.com/Same-sex%20marriage%20in%20the%20United%20States

123 האם באמת יביאו הנישואים לשילובם בחברה, או שמא הם רק רואים בכך "פתרון קסמים" להפליה אינהרנטית כלפי ההומוסקסואליות
בחברה?

124 בעיקר מעבר ממדינה למדינה בתוך ארצות הברית ובאיחוד האירופי. דוגמה טובה היא החלטה שניתנה לאחרונה על ידי בית המשפט
העליון בקונטיקט, כאשר לפניו עמדה בקשת לפרק שותפות רשומה של זוג חד-מיני שנרשם בוורמונט. בית המשפט העליון בקונטיקט
הכריע כי אין לו זכות או סמכות לפרק הסדר שותפות שנחתם בין בני זוג בוורמונט: *Rosangraten v. Downes*, 806 A. 2d 1066, 1066 (Conn. 2002),
כפי שמופיע אצל Silberman & Wolfe, לעיל הערה 44, בע' 258. נוסף לכך ונציין כי אפשר לעבור בקלות בין קנדה
לארצות הברית, וכי תושבות אינה תנאי לנישואים בקנדה. על כן צפויות לעלות בעיות דומות בעתיד הנראה לעין. Silberman & Wolfe,
לעיל הערה 44, בע' 271.

125 שיפמן, לעיל הערה 82, בע' 269-275, מאחר שלרוב המוחלט של האזרחים בישראל יש דין אישי, ברור כי אין סיכוי ממשי לשינוי דרסטי
שכזה. ראו דברי ח"כ יעל דיין בוועדה, לעיל הערה 73, בע' 27-28.

126 הצעת חוק בנושא "ברית הזוגיות" העומדת להיות מוגשת בקרוב לקריאה ראשונה אינה כוללת בני זוג מאותו המין, ועל כך זועמים
בקהילה ההומו-לסבית. אך, לדעתנו, כפי שבעבר לא ניתן היה להעלות על הדעת שתתקבל חקיקה המעניקה זכויות שוות לזוגות
הנישואים בטקס דתי ולזוגות הקושרים עצמם בברית אזרחית, והנה נדמה כי יום זה אינו רחוק, כך גם באשר להכרה בנישואים החד-
מיניים מחוץ לישראל או אפילו בארץ. להצעה [לחצו כאן](http://www.ynet.co.il) (נוסח ההצעה אותה באמצעות www.ynet.co.il).

ובתי המשפט - לבחון את עמדתם בדבר כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל על הזוגות החד-מיניים שיינשאו מחוץ לישראל ויבקשו הכרה בנישואיהם כאן¹²⁷.

לפי המסתמן, לבית המשפט שלוש ברירות אם וכאשר תעלה סוגיה זו לפניו. השופטים יכולים ליישם את מודל ההכרה המלאה ולטעון שחוקי מדינת ישראל אינם שוללים נישואים חד-מיניים¹²⁸ ומשכך, אם נערכו בהתאם לחוקי המדינה שנתנה להם תוקף הם יקבלו תוקף מלא (או חלקי?) גם בישראל¹²⁹. בתי המשפט יוכלו אף לקבוע שנישואים שכאלו אינם נוגדים את תקנת הציבור¹³⁰. הנמקה אפשרית ניתן למצוא בהחלטות השיפוטיות האחרונות לעיל¹³¹ ובעמדתן של חלק מהרשויות לטובת קבלת הזוגיות החד-מינית. דרך שנייה והפוכה יכולה כמובן להיות הדרך המסורתית, שבה עדיין בוחרים חלק מבתי המשפט האמריקניים. בדרך זו ישלול בית המשפט את ההסדר בין בני הזוג החד-מיני בטענה של חוסר סמכות לדון בו וידרוש הבהרה מפורשת מן המחוקק¹³². בית המשפט יכול לנקוט גם עמדה מפורשת נגד ההכרה בנישואים החד-מיניים תוך הישענות הפוכה על "תקנת הציבור", בטענה כי החברה אינה מכירה במערכות כאלו ולפיכך לא צריכה לעודד אותם¹³³.

שתי דרכים אלו נראות אפשריות בה במידה, אך סביר יותר להניח שבית המשפט יחליט ש"לא להחליט" בתוקף הנורמטיבי של הזוגיות החד-מינית. ניתן לשער כי השופטים יעודדו את הצדדים להגיע לפשרה ביניהם או שיעניקו בעצמם את הזכויות המתבקשות אך בלא הכרעה עקרונית אלא ספציפית לגוף המקרה בלבד. בדרך זו למעשה ייצור בית המשפט מה שניתן לכנות "דיאט PACS"¹³⁴. הסדר שדומה בבסיסו להסדרי הענקת הזכויות מהמודל השני, אך בניגוד אליו, ההענקה היא מקומית וספציפית ולא חלק ממדיניות גורפת. בישראל נראה כי על כל צעד קדימה לקראת הכרה בזכויות הנישואים, צועדים אנו גם לאחור¹³⁵. לפיכך, לא ניתן לאתר מגמה אחידה ועמדה ברורה שיעזרו לצפות את העתיד לבוא בישראל. בהערכתנו זו יש כמובן להביא בחשבון את תגובתה האפשרית של הכנסת. מכיוון שעל פי המבנה החוקתי הקיים כיום בישראל לכנסת המילה האחרונה, לעתים אף ללא רוב מיוחד, אין להתעלם מכך שכל התקדמות שתושג בבית המשפט העליון, אם בכלל, תהא תלויה בחסדי הכנסת, אם כמחוקקת ואם כמכוננת.

אם אכן תוכר הזכות לנישואים חד-מיניים בישראל על פי אחד המסלולים המשפטיים שתוארו לעיל, עדיין אין הכרח להסיק מכך שהתחולל שינוי אמיתי בחברה. שאלת הקשר בין משפט לחברה היא עתיקת יומין,

127 ראו דברי עירא עדן בדיוני הוועדה, לעיל הערה 73, בע' 31 כי למגזרים מסוימים, בניגוד למגזר החד-מיניים, ישנה אפשרות להינשא מחוץ לישראל ולקבל אישור לרישום הנישואים בישראל. לדבריה, הבעיה עלולה להחריף אם יימצא הסדר לזוגות שאינם נישאים כדת משה וישראל אשר לא יכלול את הזוגות החד-מיניים. הסדר כזה יוציא את הזוגות הללו מתחולת הסדרי ה"ידועים בציבור" והפטיקות המעניקות זכויות לאלו האחרונים ילכו ויתמעטו. כך, הזוגות החד-מיניים שיוותרו בגדר "ידועים בציבור" לא יזכו להרחבת זכויות והפלייתם תימשך.

128 ואכן אין בארץ כל חוק המגדיר נישואים רק בין גבר לאישה.

129 זאת במיוחד אם ילדים מעורבים בעניין וישפעו מההחלטה.

130 מהלך דומה נקטו בתי המשפט בארץ בהכרתם, אם כי במידה חלקית, בנישואים האזרחיים. ראו גישת השופט ויתקין בע"א 191/51 סקורניק ב' סקורניק, פ"ד יח 141, 178-180.

131 ראו פסק דין בעניין אישור הסכם ההמון, לעיל הערה 75.

132 כדוגמת פסק הדין של בית המשפט העליון של קונטיקט, לעיל הערה 124.

133 ראו שיפמן, לעיל הערה 82, בע' 275.

134 בהשאלה מהמונח "Marriage Lite", כמצוטט במאמרו של מרין, לעיל הערה 4. אנו סבורים שאף באישור הסכם הממון לאחרונה, ראו לעיל הערה 75, למרות קפיצת המדרגה מחופש החווים הכללי אין לראות בה הגעה ל-"PACS" של ממש.

135 התמונה המסתמנת, לדעתנו, היא שמצד אחד בית המשפט לענייני משפחה מאשר הסכם ממון בין שני גברים (ראו לעיל הערה 78), ומצד שני בהצעת חוק שאמורה להיות המודל האידיאלי לנישואים חלופיים ולהביא לידי פתרון של כל בעיות הנישואים האזרחיים לא מזוכרים כלל בני זוג מאותו המין (ראו לעיל הערה 126). מגמה זו מסתמנת לאורך כל הסקירה שהבאנו לעיל, ונראה שאפילו בקרב רשויות ציבוריות, למשל, אין דעה אחידה: מצד אחד הביטוח הלאומי מסרב להעניק קצבת שארים (ראו לעיל הערה 97), ומצד שני מוענק פטור ממש שבח במכירת חלק בדירה בין בני זוג חד-מיניים (ראו לעיל הערה 96). אמנם מדובר בשתי רשויות שונות, אך נראה שהדרך הטובה ביותר לאפיין את מדיניות הממסד השלטוני על כל רשויותיו השונות היא כמדיניות של "צעד קדימה, צעד אחורה" ביחס כלפי ההכרה בזוגיות החד-מינית.

וקשה לדעת מה יעניק יציבות להכרה כזו או אחרת בזוגיות החד-מינית: שינוי בחברה או שינוי במשפט¹³⁶.
שאלת המשנה אפוא היא אם על המשפט ללכת כאן כעמוד ענן לפני המחנה חברתי, או שמא נדרש שינוי
חברתי ותרבותי מהותי לפני שתוכר הזכות המשפטית של הזוגות החד-מיניים להינשא¹³⁷.
נראה כי השאלה המרכזית בהארה זו, הכרה בנישואים חד-מיניים בישראל על פי כל אחד המודלים
שסקרנו, נותרת פתוחה. התפתחויות העת האחרונה בישראל הן צעד גדול בהכרה בהומוסקסואליות בישראל,
אך צעד קטן יחסית בכל האמור בהכרה בזוגיות החד-מינית כזוגיות שווה לכל דבר. הבה נניח שראובן
ושמעון, שנישאו באושר ובעושר בטורונטו, נוחתים ביום בהיר אחד בישראל. האם יוכרו נישואיהם במדינת
ישראל? האם יוכלו מלכתחילה להינשא בישראל? אם תגיע הסוגיה להכרעה בג"ץ, לאיזו מסקנה יוביל הדיון
על רבדיו המשפטיים, החברתיים והסימבוליים¹³⁸? התמונה המצטיירת מטושטשת לא רק בישראל, כי אם גם
בזירה העולמית. האם יצטרפו מדינות נוספות להולנד, בלגיה, קנדה ומסצ'וסטס במתן רישיון לנישואים חד-
מיניים, או שאלו תישארנה חלוצות בודדות? אם יוכרו נישואים חד-מיניים במדינות נוספות, מהו המודל
שיאומץ? האם תגובת "בומרנג" שמרנית תוכל להחזיר את הגלגל לאחור?
נאלצים אנו לסיים הארה זו ללא אפילו. אין לנו ברירה, אלא לסיים בסימני שאלה. לצערנו, נכון לרגע
כתיבת מילים אלו, אין ביכולתנו לספק תשובות.

136 כפי שמוכיחה דוגמה מנושא אחר. למרות פסק הדין *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954), אשר ביטל את ההפרדה במדינות הדרום בארצות הברית לפני 50 שנה, לא התרחש שינוי חברתי של ממש בהכרה בשוויון בין האפרו-אמריקנים ללבנים בארצות הברית. מטרת פסק הדין הייתה ליצור שוויון בחינוך, אך בפועל הוא יצר הפרדה במערכת החינוך בין הלבנים לאפרו-אמריקנים עקב הגירתם של הלבנים לעיירות נפרדות. ראו (1991) *G. N. Rosenberg The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*

137 ראו דברי ח"כ יעל דיין בוועדה, לעיל הערה 73, בע' 27 כי "הנושא שאנחנו מעלים הוא לא נושא חדש אלא נושא שנמצא בדיון מזה שנים. יש עליו חילוקי דעות בתוך הקהילה, מחוץ לקהילה, בציבור ובעולם. זה לא העניין של קרב בין דתיים וחרדים לחילוניים. אילו זה היה כך, יכולנו או להרים ידיים לגמרי או למצוא דרכים עוקפות. אנחנו מדברים על נושא חברתי מהדרגה הראשונה שיש לו פתרונות שונים במקומות שונים, אבל אין לו פתרון גורף ברוב העולם..."

138 האם ניתן להעלות על הדעת שהנישואים יוכרו, למשל, רק על ידי עיריית תל אביב או רק על ידי אוניברסיטת תל אביב? שאלות אלו ואחרות, לדעתנו, נותרו פתוחות, ורק הזמן ייתן עליהן מענה.