

הזכות לנישואין והשפעתה על זוגות מאותו המין

עבודה סמינריונית בקורס "חופש הדת והמצפון"
62690

מגישה: דניאלה זלוטניק

לידי: פרופ' שמעון שטרית

ספטמבר 2011

תוכן עניינים

3.....	מבוא
5.....	פרק א' – הזכות לנישואין
5.....	חלק א' – הרציונאליים להינשא
6.....	חלק ב' – נישואין כזכות יסוד
7.....	חלק ג' – הגבלה על הזכות לנישואין
8.....	פרק ב' – מימוש הזכות לנישואין
8.....	ישראל
8.....	חלק א' – נישואין דתיים
9.....	חלק ב' – קידושים פרטיים
10.....	חלק ג' – נישואים אזרחיים
12.....	חלק ד' – ברית הזוגיות לחסרי דת
15.....	ארה"ב
15.....	חלק א' – נישואין אזרחיים והשפעה דתית
15.....	חלק ב' – זכות חוקתית להינשא
18.....	חלק ג' – הזכות לנישואין "מסורתיים"
19.....	פרק ג' – איסור נישואין בין בני זוג מאותו המין כפגיעה בשוויון
19.....	הצדקות לאיסור על נישואין בין בני זוג מאותו המין
21.....	ישראל
21.....	חלק א' – הפליה של זוגות מאותו המין בכניסה למוסד הנישואין
21.....	חלק ב' – התפתחות זכויות להט"ב בישראל והזכות לנישואין
25.....	חלק ג' – הצדקה למתן זכות לנישואין לבני זוג מאותו המין
27.....	ארה"ב
27.....	חלק א' – הרקע של נישואין מאותו המין
29.....	חלק ב' – "איחוד אזרחי" מול נישואין
30.....	חלק ג' – נישואין אזרחיים מול חופש הדת והמצפון
33.....	פרק ד' – הפגיעה הכלכלית והחברתית בבני זוג מאותו המין
34.....	העדפת זוגות נשואים בחקיקה: הצדקות וביקורות
34.....	ישראל
34.....	חלק א' – ידועים בציבור – מבוא
35.....	חלק ב' – ידועים בציבור מאותו המין
37.....	חלק ג' – האם ההסדר הוא פתרון לפגיעה הכלכלית והחברתית בבני זוג מאותו המין?
39.....	ארה"ב
39.....	חלק א' – ידועים בציבור – מבוא
40.....	חלק ב' – האם ההסדר הוא פתרון לפגיעה הכלכלית והחברתית בבני זוג מאותו המין?
42.....	סיכום
45.....	ביבליוגרפיה

מבוא

נדמה, כי אין בקשה ותקווה בסיסית יותר מלהינשא לאדם שאתה אוהב ולקיים עמו חיי משפחה. ברית הנישואין נתפסת כשיא המימוש העצמי של האדם וכמרכיב מרכזי בחתירה שלו אחר אושר ושמחה בחייו. בעבודה זו, אבקש לעמוד על טיבה של הזכות לנישואין ולבחון את אופן מימושה בישראל ובארה"ב. בבחינה זו, אתמקד בהשפעה של הזכות לנישואין על בני זוג מאותו המין בשתי המדינות. אבקש לטעון כי היעדר האפשרות של זוגות אלה להינשא גוררת פגיעה בשני היבטים: האחד הוא הפגיעה בשוויון של זוגות אלה, לעומת זוגות ממין שונה, בכניסה למוסד הנישואין. והשני הוא הפגיעה הכלכלית והחברתית בזוגות אלה שנובעת מכך שגישתם להסדרים, לזכויות ולחובות הקשורים למוסד הנישואין נמנעת.

בפרק א' אבחן את טיבה של הזכות לנישואין. אעמוד על הרציונאליים של בני זוג בעולם המערבי להינשא, על היקפה של הזכות לנישואין וההכרה בה ועל הלגיטימיות של הגבלות משפטיות עליה. אבקש לטעון כי גם בימינו, למוסד הנישואין משמעות חברתית, דתית ומשפטית רבה. ולאור זאת, חלה התפתחות בהכרה בזכות לנישואין עד שזו הפכה לזכות יסוד מרכזית במשפט הבין לאומי בכלל ובמשפט החוקתי של ישראל וארה"ב בפרט. מכאן, אין תמה כי עולות דעות המבקשות למתוח את הגבולות שהציבה המדינה לקיום ולמימוש הזכות.

בפרק ב' אבחן את המשמעות של הזכות לנישואין בישראל ובארה"ב וכיצד זו ממומשת ובאה לידי ביטוי בפועל. בישראל, למרות שמוסד הנישואין ניתן בידיים דתיות בלבד, הזכות לנישואין יקרה ללבם של רבים. ולכן, אלה המנועים דתית להינשא ואלה הבוחרים מסיבות מצפוניות שלא לקחת חלק בטקס דתי, מבקשים לממש את זכותם לנישואין גם באמצעים אחרים. אבחן שלושה דרכי עקיפה מרכזיות של הנישואין הדתיים: קידושים פרטיים, נישואין אזרחיים וברית הזוגיות לחסרי דת. אבקש לטעון שדרך המלך של הזכות לנישואין היא עדיין באמצעות נישואין דתיים. ומסלולים אלה אינם בגדר פתרון ולא מאפשרים מימוש חופשי, מלא ואידיאלי של הזכות לנישואין.

בחלק העוסק בארה"ב אפתח בהצגה של צורת הנישואין האזרחיים במדינה. למרות שזהו מימוש אזרחי וחילוני של הזכות, אטען כי תפיסות העומק של המוסד יונקות מערכים יהודים-נוצרים שמרניים וממסורות דתיות. אמשיך בבחינת התפתחות הזכות החוקתית לנישואין בראי הפסיקה. משום שהנישואין נתפסים כזכות חוקתית מרכזית לתפיסת הכבוד והאוטונומיה של הפרט, כל

הגבלה על כניסה למוסד נבחנת בקפידה. ועם השנים, הפסיקה אכן פסלה הגבלות רבות ואבקש להראות כיצד פסיקות אלו עיצבו את הזכות לנישואין וביטאו את חשיבותה בחברה.

בפרקים ג' ו-ד' לעבודה אתמקד בהגבלה על בני זוג מאותו המין להינשא והקשיים הנובעים ממנה. בפרק ג' אפתח בהצגת ההצדקות האוניברסליות לאיסור על בני זוג מאותו המין להינשא. בפרק זה אבחן כיצד ישראל וארה"ב מתמודדות עם האיסור על הנישואין ואיזו השפעה של הזכות לנישואין על זוגות אלה בשטחן. בחלק על ישראל, אבחן את ההתפתחות בזכויות להטי"ב¹ ואת הערכים במשפט הישראלי שעליהם ניתן להתבסס על מנת להצדיק היתר לנישואין בין בני זוג מאותו המין: עיקרון השוויון וערך הסובלנות.

בחלק על ארה"ב, אבחן את הרקע של סוגיית הנישואין של בני זוג מאותו המין ואת המגמה של 'התקדמות ונסיגה' המאפיינת אותה. אתמקד בקליפורניה והוואי כמקרי מבחן המדגימות תופעה זו. לעומתן, אבחן את מסצ'וסטס כדוגמא למדינה שהתירה בחוק נישואין של זוגות מאותו המין מכוח עיקרון השוויון ובדגש על הזכות החוקתית להינשא. בנוסף, אבחן האם אכן ניתן להסתפק במודל של איחוד אזרחי, בניגוד לנישואין ממש, עבור זוגות אלה. כמו כן, אתייחס בקצרה לסוגיה של העימות בין הזכות לנישואין של בני זוג מאותו המין לחופש הדת ואציין את הקשיים העולים מההתנגשות בין שני ערכים אלה.

בפרק ד' אבחן את ההסדרים של ידועים בציבור כפתרון לפגיעה הכלכלית והחברתית של זוגות בני אותו המין. אפתח בבחינת הרציונאלים להעדפת זוגות נשואים בחקיקה ויצירת הסדרים ייחודיים עבורם, ואת הביקורת על כך. בחלק של ישראל, אבחן את מעמדם של ידועים בציבור מאותו המין ואת הקשיים בהם הם נתקלים בסטטוס זה. לסיכום, אטען כי המודל, בצורתו כיום, אינו מספק לפתרון אי השוויון הכלכלי והחברתי מהם סובלים זוגות אלה. בחלק על ארה"ב, אראה כי הסדרים של ידועים בציבור שוכללו והותאמו במיוחד לזוגות בני אותו המין על מנת להשוות את זכויותיהם לבני זוג נשואים. עם זאת, אטען כי גם בארה"ב, פתרון זה אינו מספק.

בסיכום, אעמוד על כך שכיום אין בישראל או בארה"ב פתרונות ראויים ומלאים לפגיעות שנובעות מהאיסור על בני זוג מאותו המין להינשא. על אף שהמערכת המשפטית בשתי המדינות חיזקה את מעמדה של הזכות לנישואין וביקשה, ככל שיכלה, לבטל מגבלות על הכניסה למוסד או לסייע לזוג המבקש לממש את זכותו להינשא וליהנות מזכויות שוות לזוגות נשואים, הפתרונות שהיא מציעה לזוגות מאותו המין אינם מספיקים.

¹ מדובר בראשי התיבות של "לסביות, הומואים, טרנסקסואלים וביסקסואלים".

פרק א' – הזכות לנישואין

הזכות לנישואין נתפסת כתשתית לקיומה של החברה האנושית. ברית זו, המאחדת בני זוג על מנת ליצור ולקיים חיי משפחה נתפסת כמהות המימוש העצמי של האדם. הברית מסמלת את קבלת האדם את ההשלכות החברתיות, הדתיות והמשפטיות ביחס לקשר הפנימי בינו לבין בן-זוגו וביחס של שניהם למול החברה. על אף שהנישואין מתקיימים בכמה תצורות וכי צורתם השתנתה ומשתנה לאורך ההיסטוריה באופן דינאמי, הם נתפסים כאקט מכוון שמקורו בערש התרבות האנושית. כך, "קיומה של המשפחה בה מאלוה ממעל, מן הטבע, מן המערך הגנטי של האדם".²

חלק א' – הרציונאליים להינשא

על פניו, הרציונאליים המסורתיים לנישואין אינם מתקיימים בעולם המערבי בתקופתנו: קיום של יחסי מין בין בני זוג אינו מותנה בהיותם נשואים והמשפט לא מטיל סנקציות פליליות על ניאוף. כמו כן, ברוב המדינות לא נשמרת ההבחנה בין הזכויות והמעמד של ילד שנולד לתוך קשר נישואין לבין ילד שנולד מחוץ לו. ובשיטות משפט בהן ההבחנה עודנה קיימת, המגמה השלטת לא מייחסת לכך השפעה של ממש.³ עם זאת, בעולם המערבי כיום, ועל אף העלייה הניכרת בשיעור הגירושין, נותר מוסד הנישואין "פופולארי" מאוד וישנם אף אחוזים הולכים וגדלים של נישואין שניים.

בעוד שירדה קרנם של הרציונאליים המסורתיים להינשא ואין כל מניעה מבני זוג המעוניינים בכך לחיות יחד ולהעמיד צאצאים מחוץ למסגרת זו, עולה השאלה מדוע מוסד הנישואין נותר בשימוש כה נרחב. נראה שהסבר מרכזי לכך נוגע לתפיסות החברתיות של הנישואין. מבחינה חברתית, הנישואין נתפסים כ"טקס מעבר" המלמד על המוכנות של בני הזוג לקחת על עצמם מחויבויות 'בוגרות' והטקס מבטא את חציית הגבול של השניים אל עבר עולם המבוגרים.⁴ כמו כן, הנישואין נתפסים עבור בני הזוג כ'צעד הבא' שמבטא את עוצמת מערכת היחסים ביניהם ואת מידת אהבתם זה לזה בפני כלל החברה.

² בג"ץ 7052/03 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פס' 46 לפסק דינו של המשנה לנשיא בדימי חשין (לא פורסם, 14.05.2006) (להלן, פרשת **עדאלה**).

³ פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, עמ' 153 (1995)

⁴ בן ציון שרשבסקי, **דיני משפחה**, עמ' 33 (1993), Alison Diduck and Felicity Kaganas, Family Law, Gender and the State, p.34 (2006) (להלן, **דידוק וקגנס**).

נוכח המקום המרכזי של מוסד הנישואין בחברה וכתוצאה מעליית חשיבות זכויות האדם בעולם המערבי, העמדה המשפטית מזהה את הנישואין כזכות יסוד שהיקפה וחשיבותה הולכים וגוברים בשנים האחרונות. במשפט הבין לאומי, הזכות להינשא ולקיים חיי משפחה מוכרת וזוכה להגנה במספר אמנות שנחתמו ואושררו על ידי מדינות רבות. למשל, ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובעת כי "כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אזרחות או דת".⁵ ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדינתיות נקבע כי "הזכות לשאת בן זוג ולכונן משפחה תהיה מוכרת לגבר ולאשה שבגיל הנישואין".⁶ בזאת, מדינות רבות בעולם המערבי הכירו בזכות לנישואין ולקחו על עצמן מחויבות לפי כללי המשפט הבין לאומי לאפשר ולתמוך בכינונו וקיומו של התא המשפחתי.

מדינות רבות מלוות את ההגנה במשפט הבין לאומי בהגנה חוקתית פנימית על הזכות להינשא. כך, ישנן מדינות בהן ההגנה על הזכות להינשא מעוגנת במפורש בחוקה ובאחרות, על אף שהזכות אינה מצוינת במפורש, הפסיקה בחרה לראותה כנובעת מתוקף זכויות חוקתיות כלליות. דוגמאות מובהקות לכך הן ארה"ב וישראל. בישראל נגזרת הזכות להינשא ולקיים חיי משפחה מחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו.⁷ הפסיקה מקשרת היבטים בזכות לנישואין לערך כבוד האדם, וזאת מתוך התפיסה שחלק מכבוד האדם הוא יכולתו לעצב את חיי משפחתו לפי רצונו החופשי ואמונותיו.

בארה"ב הזכות להינשא הוכרה כזכות חוקתית ראשונה במעלה בפסיקה,⁸ גם בהיעדר אזכור חוקתי מפורש. הזכות להינשא הוכרה, בין היתר, בהתבסס על התיקון ה-14 לחוקה שקובע את הזכות להגנה שווה תחת החוק ולהליך הוגן⁹ (במקרה בו נפסל האיסור על נישואין בין-גזעיים) וכן בהתבסס על התיקון ה-1 לחוקה שפורש כמשתרע ומגן גם על פרטיות האדם בביתו מכאן, על קדושת הנישואין.¹⁰

יצוין כי בחינת הזכות לנישואין אינה משתרעת רק על המגבלות האפשריות לכניסה אל מוסד זה. ההכרה של מדינה בזכות לנישואין אינה מסתכמת בהכרה המוסדית באיחוד בני הזוג אלא טומנת בחובה הטלת חובות אקטיביות המסדירות את המוסד. כך, תוכן הזכות לנישואין מחייב, במקרים

⁵ סעיף ט"ז(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם (נפתחה לחתימה ב-1948).

⁶ סעיף 23(ב) לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

⁷ סי' 2,4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סי"ח התשנ"ב 150 (להלן, **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**). פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 2, פס' 25, 32 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק, פס' 44 לפסק דינו של המישנה לנשיא בדימוי חשין, פס' 6 לפסק דינה של השופטת (דאז) ביניש ופס' 8 לפסק דינו של השופט גיבראן.

⁸ *Loving v. Virginia*, 388 U.S 1, 12 (1967) (להלן, פרשת **Loving**).

⁹ שם, עמ' 1, *U.S CONST. amend. XIV*.

¹⁰ *Evan Gerstmann*, Same-Sex Marriage and the Constitution, p.84 (2008) (להלן, **גרסטמן**).

רבים, תמיכה בקשר הנישואין והגנה עליו בחקיקה. למשל, באמצעות הסדרת אופן ביצוע הטקס ורישומו, קביעת הסדרים כלכליים החלים בין בני הזוג ויצירת מתווה המאפשר פרידה שנותן מענה לשאלות של חלוקת הרכוש ומשמורת לילדים קטינים. עמדה זו עולה בקנה אחד עם האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בה נקבע כי "יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה [...] במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם".¹¹

חלק ג' – הגבלה על הזכות לנישואין

ככל שאר זכויות האדם, אין הזכות לנישואין בלתי מוגבלת. למדינה יש אינטרס בקיומו של מוסד הנישואין ולה הזכות להתוות את המבנה שלו בחברה, ובכך להגביל צורות מסוימות של חיים בצוותא ולבכר צורות אחרות.¹² עם זאת, מכיוון שמדובר בזכות יסוד, יש לוודא כי ההגבלות אותן מטילה המדינה משרתות מטרה לגיטימית בחברה, נעשות במידה הנחוצה, ולא נובעות מטעמים מפלים. כלומר, על המחוקק לנמק את ההגבלות על הזכות לנישואין בפגיעה בחברה ולא להסתמך על רתיעה מוסרית בלבד.¹³

כל הגבלה על הכניסה למוסד הנישואין עדיין מעלה ביקורת ליברלית מצד אלה הדוגלים בחירויות הפרט ובצמצום ההתערבות והסדרת המדינה את מוסד הנישואין, וזאת גם כאשר מדובר בהגבלות המשותפות לרוב מדינות העולם, או למדינות המערב (למשל, איסור על פוליגמיה). בנוסף, ביקורת ליברלית קיימת בקביעת תוכן הזכות לנישואין ואופן קיומה (למשל, חובה של עריכת טקס דתי). בעבודה זו, אבקש לבחון את מימושה של הזכות לנישואין בישראל ובארה"ב ואת המגבלות על הכניסה למוסד הנישואין, בהתמקד בשאלה של נישואין בין בני זוג מאותו המין.

¹¹ סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037 (נפתחה לחתימה ב-1966).

¹² גרשטס, לעיל ה"ש 10, עמ' 75, שמעון שטרית, **הארץ הטובה: בין כוח ודת**, עמ' 299 (1998)

¹³ *Maja Kirilova Eriksson, The Right to Marry and to Found a Family: A World-Wide Human Right*,
(1990) p.31 (להלן, אריקסון)

פרק ב' – מימוש הזכות לנישואין

ישראל

חלק א' – נישואין דתיים

הזכות לנישואין בישראל מופקדת כולה בתחום הדין הדתי. הסדר זה יסודו עוד בתקופת שלטונה של האימפריה העות'מאנית והמנדט הבריטי ובא לידי ביטוי בסימן 47 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל שקבע כי "בענייני המצב האישי של אנשים בישראל" יחול הדין האישי.¹⁴ לאחר הקמת מדינת ישראל, חלק מרשימת הנושאים שנקבעו כ"ענייני המצב האישי" נמחקו והוסדרו בחוקים אזרחיים (דוגמת ירושה ואימוץ) אך ההסדר לפיו נישואין וגירושין יעשו בהתאם לדין הדתי של כל אזרח נשמר. כך, דיני הנישואין בישראל אינם טריטוריאליים אלא פרסונאליים, והדין משתנה בהתאם לשייכות הדתית של כל פרט.

משום שהזכות לנישואין מופקדת בתחום הדין הדתי, נראה שלא ניתן לדון בעמדתו הכוללת של המשפט הישראלי בנושא זה שכן, זו אינה אלא "בבואה לדין הדתי" של כל עדה מוכרת.¹⁵ בעבודה זו אבקש להתמקד בדין הדתי החל על האוכלוסיה היהודית בישראל. המונופול הדתי על הנישואין והגירושין נקבע בחוק שיפוט בתי דין רבניים לפיו "נישואין וגירושין של יהודים בישראל יערכו על פי דין תורה".¹⁶ הפסיקה הגדילה לעשות והרחיבה את תחום סמכות בתי הדין הרבניים כך שזה יכול היבטים נוספים. למשל, קביעת הכשרות להינשא, הצהרת תוקפם של נישואין וכו'.¹⁷

הסיבה לפיה ישראל בחרה לשמר את סמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים על נושא הנישואין והגירושין נובעת, במידה רבה, מהסדר הסטטוס-קוו של יחסי דת ומדינה.¹⁸ ההסכמה לדין הדתי ב"מכתב הסטטוס-קוו" מבוססת על שתי סיבות עיקריות. האחת, חשש מקרע ופילוג בין חופשיים לדתיים. שכן, האפשרות של נישואין וגירושין אזרחיים עלולה הייתה להביא להפרת איסור אשת איש ולממזרות בישראל. ולכן, עלה חשש ליצירת שתי קבוצות שלא מתחתנות זו בזו. השנייה, הרצון למנוע נישואי תערובת מאינטרסים לאומיים ודתיים כאחד. שאיפה זו הקלה על הבחירה

¹⁴ סימן 47 לדבר המלך על מועצתו 1922-1947.

¹⁵ שרשבסקי, לעיל ה"ש 4, עמ' 139

¹⁶ ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) התשי"ג-1953, ס"ח 134 (להלן, חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)).

¹⁷ שיפמן, לעיל ה"ש 2, עמ' 33

¹⁸ שטרית, לעיל ה"ש 12, עמ' 170

בנישואים דתיים שלא מאפשרים זאת.¹⁹ עם זאת, טיעונים אלה לא עומדים במבחן המציאות: נישואי תערובת וחיים בצוותא של בני זוג מדתות שונות מתקיימים בפועל (הגם במספרים יחסית מצומצמים) והחשש ממזרות נוגע רק לזכות לגירושין, ולא לנישואין עצמם.

על פי השקפה ליברלית, החובה לערוך טקס נישואין דתי מהווה כפייה דתית. כך, גם פרטים שלא מזהים עצמם עם הדת היהודית ומנהגיה, מחויבים להירשם ברבנות, לערוך טקס דתי בנוכחות רב ובאולם אירועים כשר. ולעיתים, על בני הזוג אף לבצע נוהגים דתיים נוספים לקראתו (דוגמת טבילה במקווה, ייעוץ כלות וחתנים וכו').²⁰ מעבר לקביעת צורת הטקס, דיני הנישואין ביהדות מטילים מגבלות על הכושר להינשא של פרטים. ההגבלה יכולה שתהיה יחסית, כך שהפרט נעדר כושר להינשא במצבים ספציפיים בלבד (למשל, כהן יכול להינשא, אך לא לגרושה) ויכולה להיות מלאה (פסולי חיתון, דוגמת ממזרים שלא יכולים להינשא כלל לפי הדין הדתי).

כך, פרטים שלא מזהים עצמם עם המסורת היהודית נאלצים לסבול בגינה כשגישתם אל מוסד הנישואין נמנעת או מוגבלת מסיבות שהן מזהים כ"לא רלוונטיות" בתפיסת עולמם. כמובן, חלק מדיני הנישואין היהודיים אכן עולים בקנה אחד עם דיני הנישואין האזרחיים המקובלים במערב (דוגמת דרישת ההסכמה של בני הזוג)²¹ אך לצד אלה ניכרים ההשפלה והקושי של מנועי החיתון. אלה, שעומדים בדרישות האזרחיות של הנישואין (כגון גיל מינימאלי או מונוגמיה) אינם מורשים להינשא לאדם אותו הם אוהבים. יש לציין כי כפיית הנורמה הדתית פוגעת למעשה גם בדת. שכן, הרבנות נאלצת להתפשר ולהקל באיסורים ובדרישות ההלכה משום הלחץ של הציבור החופשי שמבקש להינשא בישראל.²²

חלק ב' – קידושים פרטיים

קידושים פרטיים היא תופעה המאפשרת לבני זוג לממש את זכותם לנישואין בניגוד לעמדה של דינם הדתי. בדין הדתי היהודי טקס נישואין יכול 'לתפוס' גם אם לא נעשה על ידי גורם רשמי ובמקרה זה, הנישואין תקפים וגם על המדינה להכיר בהם. עניין זה מעורר קשיים משתי בחינות: מבחינה דתית, מדובר בתקלה ציבורית. מכוח הטקס נוצרים חובות לבני הזוג, למשל איסור 'אשת איש' וחיוב בגט מספק אך הציבור לא מודע לכך. בהלכה הסתייגו מכך וקבעו את חרם ירושלים

¹⁹ שם, עמ' 297

²⁰ שם, עמ' 298

²¹ אמנון רובינשטיין, "הזכות לנישואין" עיוני משפט ג', עמ' 434 (התשל"ג-1973) (להלן, רובינשטיין).

²² שטרית, לעיל ה"ש 12, עמ' 298

שאוסר ומטיל סנקציה חברתית על עריכת טקסים פרטיים, אך אינו יכול לאיין את תוקפם.²³ ואילו מבחינה אזרחית, אם הזוג נשוי על הרישום לשקף מציאות זו ומכיוון שמדובר היה לרוב בזוגות שמנועים להינשא מטעמים דתיים, הפסיקה ביקשה לסייע להם.

קידושים פרטיים נועדו לעקוף איסורים דתיים שאוסרים על נישואין אך, אם אלה נערכו כהלכה, הם תופסים בדיעבד, דוגמת נישואי כהן וגרושה או ריבוי נשים. הנושא עלה לדיון לראשונה בפרשת **גורפינקל-חקלאי** בה ספק-כהן נשא לאישה גרושה בטקס פרטי והשניים ביקשו להירשם במרשם. בג"ץ הכשיר את בקשתם משום שבית הדין פסק כי אסור להם להינשא לאחרים.²⁴ בעקבות הפרשה זוגות נוספים שהיו מנועים להינשא בדין הדתי או שלא רצו בו פעלו באופן דומה. מגמה זו הטרידה את בית הדין שלא רצה לעודד נישואין אסורים ולכן החל לעכב את הדיונים. נוכח זאת, התערב בג"ץ והורה על רישום בני הזוג כנשואים, זאת גם לפני שבית הדין בחן את כשרות הטקס²⁵ וגם כאשר הביע ספקות לגביו.²⁶

כיום, נושא הקידושין הפרטיים פחות רלוונטי וזוגות רבים מעדיפים להינשא באופן פומבי מחוץ לישראל. כמו כן, בג"ץ קבע כתנאי להתערבותו במקרים אלה בכך שהסעד ינתן רק לבני זוג שאינם יכולים להינשא בבית הדין ולכן, הפתרון אינו מסייע לזוגות שמעוניינים, מסיבות מצפוניות, שלא להינשא ברבנות אך עדיין לערוך טקס דתי.²⁷ אמנם, ההכרה הדתית בתוקפם של קידושין פרטיים אכן מאפשרת לבני זוג לעקוף את המגבלה על זכותם להינשא אך הכרה זו משתרעת רק על מספר מצומצם של מקרים ובני הזוג עדיין כפופים לבית הדין הדתי, שמחויב לעשות ככל שביכולתו על מנת שהקשר יסתיים מיידית. לכן, קידושים פרטיים אינם מהווים דרך מיטבית למימוש הזכות לנישואין בישראל.

[חלק ג' – נישואים אזרחיים](#)

הגורמים המניפים את דגל הנישואין האזרחיים בישראל משתייכים לכמה קבוצות באוכלוסייה: מאות פסולי חיתון, יהודים לא-אורתודוקסיים המבקשים להינשא על פי דיני הזרם הדתי שלהם, זוגות המבקשים טקס שוויוני ואזרחי, ומאות אלפי חסרי דת שרובם מזרע ישראל, ועלו ממדינות

²³ יוגדה מיכאל, "נישואין פרטיים" (פורסם בנדון: התייצבות היועץ המשפטי לממשלה בבית הדין הרבני בבקשה לאישור תיק נישואין, תיק 1-11-000899468), פורסם באתר <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/havat/32-2.htm>

²⁴ בג"ץ 63/80 גורפינקל-חקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז, 2048 (1980).

²⁵ בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704 (1969).

²⁶ בג"ץ 29/71 קידר נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב יפו, פ"ד כו(1), עמ' 612 (1972).

²⁷ שם, עמ' 613-614

ברה"מ לשעבר.²⁸ בנוסף, אחוז ניכר מאזרחי ישראל היהודים, שנישאים במסגרת אורתודוקסית, תומכים בקיומם של נישואים אזרחיים. על אף קול מחאתם של אלה, המחוקק נמנע מליצור מוסד של נישואין אזרחיים בשל השמירה על הסטטוס-קוו. הפסיקה, ברובה, חיזקה עמדה זאת ונמנעה מיצירה שיפוטית של נישואין אזרחיים בפרשות רבות: "אין לצפות מבית המשפט כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים, ובית המשפט סירב לכך בעקביות".²⁹

עם זאת, בלא ליצור מוסד של נישואין אזרחיים, הפסיקה עדיין תרמה למעמדם של זוגות שנישאו בצורה זו והקנתה להם, במקרים מסוימים, הכרה וזכויות שונות. בפרשת **סקורניק** הכיר בית המשפט בנישואין אזרחיים מכוח כללי המשפט הבין-לאומי.³⁰ בפרשה נחלק המותב לגבי הסיבה לתקפות הנישואין. מכאן, נישואין אזרחיים שנעשו טרם עליית הזוג ארצה מוכרים אך במקרה של זוג תושב ישראל שנישא בחו"ל, שאלה ההכרה נותרה מעורפלת. בעניין **פלונית (נישואי קפריסין)** מתקבלת גישתם של ויתקון וזוסמן ובכך, כאשר יש לבני הזוג כושר להינשא בישראל, נישואיהם האזרחיים תקפים.

הכרעה זו נשענת על "ההכרה במעמדה של הזכות לנישואין ולחיי משפחה ולנוכח החובה בדבר כיבוד התא המשפחתי".³¹ כך, ממומשת הזכות לנישואין בישראל גם באמצעות נישואין אזרחיים. בפרשת **פלונית (נישואי רומניה)** התקדמה הפסיקה והכירה בתוקף של נישואין אזרחיים גם בין בני זוג שחסרים כושר להינשא בישראל, לעניין חוק הירושה בלבד.³² גם כאן מנומקת ההכרעה נוכח הזכות לנישואין³³ והיא נחשבת לציון-דרך מהותי שכן, המקרה לא דרש התייחסות לתוקף הנישואין משום שהאישה יכלה לרשת מכוח היותה ידועה בציבור.

פרשות אלו מהוות התפתחות חדשה בסוגיה ועד יצירתן 'פיצתה' הפסיקה על סוגיית ההכרה דרך פיצול בין שאלת התוקף לבין מתן הזכות לרישום. בפרשת **פונק-שלזינגר** ניתנה הזכות לרישום ויחד עמה, בפועל, ניתנו שלל הזכויות.³⁴ קשר של נישואין אזרחיים גם זוכה להגנה משפטית שכן, התרתו מחייבת הכרעה שיפוטית ובני הזוג אסורים בדין הפלילי מלהינשא לאדם נוסף. כמו כן,

²⁸ שטרית, לעיל ה"ש 12, עמ' 269, האגודה לזכויות האזרח ואח'י "לגנוז את הצעת 'חוק ברית הזוגיות לחסרי דת' (מכתב התנגדות לועדת השרים לענייני חקיקה בנדון: התנגדות לתזכיר חוק 'חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התשס"ט-2009) (16.07.2009). <http://www.acri.org.il/he/?p=2212>

²⁹ בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1), פס' 44 לפסק דינו של השופט ברק (1993) (להלן, פרשת אפרת).

³⁰ בג"ץ 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח, 141 (1954).

³¹ בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא בדימי' (דאז) ברק (לא פורסם, 21.11.2006).

³² בע"מ 9607/03 פלונ נ' פלונית, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא בדימי' (דאז) ברק (לא פורסם, 29.11.2006).

³³ שם, פס' י לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא בדימי' (דאז) ברק.

³⁴ בג"ץ 143/62 פונק-שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963), שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה, עמ' 251 (2005).

ככל שכמות הטקסים האזרחיים גדלה, כך גובר הלחץ המשפטי להכרה מלאה. כמובן, סקרים שונים מציגים היקף שונה לתופעה אך נראה שמדובר על אחוז לא מבוטל מכלל הזוגות הנישאים, ולפי מחקר של ארגון "משפחה חדשה" מדובר על כ-8,000 זוגות בממוצע שנישאים אזרחית בחו"ל כל שנה.³⁵

ההכרה בתוקפם של הנישואין האזרחיים ומתן סעד של רישום וזכויות שוות מגבירים את חופש הנישואין ונסמכים, ברובם, על הזכות החוקתית להינשא. עם זאת, נראה כי התפתחויות אלו אינן מעוגנות בהסדר מדיני. מעמד הנישואין עדיין אינו ברור מבחינת רשויות המדינה ולכן, גוף ציבורי או פרטי שיגלה כי הזוג נישא אזרחית יכול לשלול מהם את זכויותיהם, על פניו, ללא כל מניעה חוקית.³⁶ אין זה ראוי שהמדינה, שהעניקה את הבלעדיות לדין הדתי, תשלח את הזוגות למדינה זרה על מנת להשיג 'פתרון' בעייתי זה. מה גם שלמרות ההצעות בנושא, נאלצים בני הזוג להתמודד עם העלויות הגבוהות לבדם.³⁷ בנוסף, נישואין אלה מחייבים כיום גירושין בבית הדין הרבני ובכך, נשלל מהם ההיבט האזרחי. כך, הבעיה של הזוגות המבקשים להימלט מהדין הדתי נותרת בעינה ונישואין אלה אינם מממשים במלואה את הזכות לנישואין חופשיים בישראל.

חלק ד' – ברית הזוגיות לחסרי דת

ברית הזוגיות הינה הסדר חוקי שנוצר בשנת 2010 המאפשר לבני זוג חסרי דת, שהם איש ואישה, להירשם יחד וליהנות מהזכויות והחובות של זוג נשוי.³⁸ על פי הערכות, מספר חסרי הדת בישראל הוא כ-300,000. בהגדרה, חסר דת הוא אדם שלא משתייך לעדה דתית מוכרת אך רוב רובם של חסרי הדת בישראל הם אזרחים שעלו מכוח חוק השבות ומזהים את עצמם עם העם היהודי ומדינת ישראל, למרות שהלכתית אין הם נחשבים ליהודים.³⁹ החוק מאפשר לזוגות אלה להקים משפחה ולזכות במעמד חוקי בעיני המדינה.

בניגוד לנישואין הדתיים הנוהגים בישראל, מוסד ברית הזוגיות נעדר כל מאפיין דתי. על פניו, ההסדר מהווה פריצת דרך משמעותית בנושא מימוש הזכות לנישואין בישראל ועבור רבים מבטא "צעד ראשון במסע ארוך שסופו הוא אישור חוק ברית הזוגיות הכללי במדינת ישראל".⁴⁰ בהסדר זה, ביקשו מובילי החוק להתנתק מגישת 'הכל או לא כלום' שאפיינה את המאבק לחופש נישואין

³⁵ "60 שנות נישואין וגירושין בישראל" – דו"ח מיוחד של ארגון משפחה חדשה, נמצא באתר ארגון משפחה חדשה:

<http://www.newfamily.org.il/2308/60>

³⁶ ליפשיץ, לעיל ה"ש 34, עמ' 259

³⁷ שטרית, לעיל ה"ש 12, עמ' 303

³⁸ ס' 13(א)(1) לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010, ס"ח 2235 (להלן, חוק ברית הזוגיות)

³⁹ פרוטוקול ישיבה מס' 76 של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-18, עמ' 51-50 (13.10.2009) (להלן, ועדת ברית הזוגיות).

⁴⁰ שם, עמ' 3.

בישראל בעשרות השנים האחרונות, שלא הביאה לאף הישג, ולנסות להתחיל בפתרון נקודתי יחיד.

כך, החוק אכן מאפשר הסדר דמוי-נישואין לקבוצת חסרי הדת אך נותן מענה רק למצב שבו שני בני הזוג הינם חסרי דת כשבפועל מדובר בקבוצה מצומצמת מאוד. שכן, ההערכות הסטטיסטיות מציגות כי מחצית מבין הזוגות אשר נישאים אזרחית בחו"ל הינם 'מעורבים', כך שרק אחד מבני הזוג חסר-דת או לא יהודי ולכן, עבורם הסדר זה אינו רלוונטי.⁴¹ באשר לזוגות בהם שני בני הזוג חסרי דת, הנתונים מצביעים כי רק כ-1,500 זוגות מסוג זה נישאו בעשור האחרון.⁴² ואכן, בדיונים בחוק הודו מוביליו כי אין מדובר בפתרון כולל אך, "שגם אם החוק הזה פותר בעיה של 20 משפחות בישראל, ראוי לחוקק אותו...".⁴³

מנגד, קולות רבים, משני צידי המתרס, מתנגדים לחוק. מחד, עולה ההתנגדות לפיה ההסדר אינו רחב דיו ויוצר 'גטו משפטי' עבור קבוצה אחת באוכלוסיה שמנועה להינשא עם כלל אזרחי ישראל. לדעתם, המחיר של אותו 'פתרון חלקי' כבד מנשוא: ראשית, החוק דווקא מחזק את בתי הדין הדתיים שכן, הם המחליטים אם האדם משתייך לזרם דתי או לא. שנית, חסרי דת לרוב מגדירים את עצמם כיהודים והחוק לא פותר את בעיית הגיור או מאפשר להכניסם לקהל ישראל, ולהיפך הוא 'מייצר חסרי דת' ומבודד אותם מהאוכלוסייה היהודית. ושלישית, החוק אינו רחב דיו לכלול זוגות מאותו המין או לאפשר נישואין אזרחיים לכל המעוניין בכך.

המתנגדים רואים בהסדר המצומצם, שלא מתמודד עם הבעיות האמיתיות בשטח, כהולכת שולל וזריית חול בעיני הציבור. החוק נועד לסמן 'הישג' פוליטי כשבפועל, הוא נעדר משמעות של ממש. שהרי, זוגות חסרי דת אינם מחויבים לעשות שימוש בחוק והם רשאים להמשיך ולהינשא בחו"ל, להירשם במרשם ולזכות בכך במלוא הזכויות ככל זוג נשוי. ואכן, סביר שכך יעשו שכן, חוק ברית הזוגיות מציע להם הסדר מפלה שלא מאפשר להם לקבל הטבות מכוח חוק השבות ובוחר אותם מבחני זוגיות שלא חלים על קבוצות אחרות. כך, חוקים הקשורים לסוגיה של הורות לא חלים על זוגות אלה, אלא לאחר שחלפו 18 חודשים מהיום בו נרשמו במרשם.⁴⁴

מאידך, יש הטוענים כנגד החוק משום החשש לטשטוש הזהות היהודית. בתודעה הציבורית, נראה כי אין לנתק בין חופש הנישואין לבין פגיעה באופיה היהודי של המדינה ועידוד התבוללות ונישואי תערובת. הדיון על ברית הזוגיות, וכן על נישואין אזרחיים בכלל, נושק לשאלה הטעונה של "מיהו

⁴¹ שם, עמ' 7.

⁴² שם, עמ' 28.

⁴³ שם, עמ' 3.

⁴⁴ ס' 13(ג)(ב)(1) - 13(ב)(ג)(2) לחוק ברית הזוגיות

יהודי" ומציף את המאבק התרבותי-אידיאולוגי להגנה על הרוב היהודי שנשמר באמצעות החיוב בנישואין (או גיור) אורתודוקסי. לדידם, חוק ברית הזוגיות עומד בניגוד להשקפת עולמם זו ויוצר פרצה שעלולה, עם הזמן, להכשיר התבוללות ואת מחיקת הזהות היהודית של ישראל. כאמור, "ניצור סדק ולאחר מכן נפרוץ את הסכר".⁴⁵

חשש זה אינו בעלמא ולראייה, חוק ברית הזוגיות בצורתו זו אינו אלא נגזרת של הסדר רחב יותר שעוגן בהצעת חוק. בצורתו המקורית, החוק ביקש לחול על כל איש ואישה ולהוות אלטרנטיבה של ממש לנישואין דתיים בישראל, עבור אלה הרוצים בכך. עם זאת, לחץ מצד מפלגות דתיות ומרכזיות ביטא את החשש ששרר בחברה הישראלית מהשלכות ההסדר על אופיה היהודי של המדינה ועל שמירת הטהרה של העם היהודי. בהשפעתה של התנגדות זו, צומצמה הצעת החוק ונקבעה תחולתה לגבי חסרי דת בלבד וכשגם לעניין זה, כאמור, נותר חשש לסוגיה זו.

כיום, לאחר כמעט שנה מפרסום החוק, נראה שיש בסיס לטענות לפיהן ההסדר אינו מציע פתרון למצבם של חסרי הדת בישראל. זוגות בודדים בלבד נזדקקו לו ונראה שהסיבה טמונה באפשרות של בני הזוג להמשיך להינשא בחו"ל ולקבל זכויות ככל זוג נשוי ובעובדה שמספר הזוגות בהם שני בני הזוג חסרי דת נמוכה.⁴⁶ מכאן, למרות כוונת מובילי החוק, כשלה ברית הזוגיות במימוש הזכות לנישואין בישראל. חלק משמעותי באוכלוסיית המדינה, בין אם לא יכול להינשא לפי הדין הדתי ובין אם לא מעוניין בכך מסיבות מצפוניות, נותר ללא אלטרנטיבה לנישואין הדתיים ונמנעת ממנו כל הכרה מצד המדינה במשפחתו. גורמים אלה 'פושטים ידם' אל המדינות הסמוכות למען עריכת הטקס ולא זוכים לממש את זכותם לנישואין בארצם שלהם.

לסיכום, דרך המלך למימוש הזכות לנישואין בישראל היא בנישואין דתיים. זוגות רבים, עם זאת, אינם נוחים ממערכת זו. חלק נדחים על ידה ואחרים בוחרים להימנע ממנה מסיבות מצפוניות, ורואים בעובדה שהיא מהווה דרך בלעדית להינשא ככפייה דתית על אורח חייהם החופשי. נוכח זאת, ביקשו אזרחי ישראל לממש את זכותם להינשא בדרכים עקיפות דוגמת נישואין אזרחיים וקידושין פרטיים. ואף המחוקק, בשים לבו לקושי זה, חוקק מסלול ייחודי לחסרי דת המעניק להם הסדר דמוי-נישואין. אך אלה אינם מאפשרים מימוש מלא של הזכות לנישואין בישראל.

⁴⁵ ועדת ברית הזוגיות, לעיל ה"ש 39, עמ' 21.

⁴⁶ אפרים, עומרי "זוג ראשון נרשם בברית הזוגיות": "החוק מקרטע" ידיעות אחרונות Ynet (12.04.2011),

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4056049,00.html>

חלק א' – נישואין אזרחיים והשפעה דתית

ככלל, נהוגים בארה"ב נישואין אזרחיים. בני זוג יכולים להינשא על ידי גורם אזרחי (למשל, פקיד או שופט) ואינם מחויבים לערוך כל טקס דתי. כמובן, זוגות המעוניינים בכך, יכולים להינשא לפי אמונתם על ידי כהני דת אך אין חובה לכך. עם זאת, נראה כי ההפרדה בין הערכים הדתיים לבין הספרה האזרחית אינה כה ברורה. שהרי, כהני דת רשאים לקיים טקס דתי ואזרחי כאחד ובכך, המערכת הדתית פועלת יחד עם המערכת האזרחית, ללא הבחנה של ממש.

יתרה מזאת, עד המחצית השנייה של המאה ה-20, מוסד הנישואין בארה"ב נשען על חוק כנסייתי ואלוהי, והפסיקה השתמשה בביטויים בעלי גוון דתי.⁴⁷ כך, קבע בית המשפט העליון של מדינת ארקנסו כי נישואין הם "diving institution [...] ordained by the laws of God and man".⁴⁸ זו אינה רטוריקה שיפוטית גרידא, הביטויים שיקפו את ההבנה התרבותית שתפסה את הנישואין בהקשר דתי. כלומר, בבסיס הסוגיה המשפטית של נישואין בארה"ב מצויה תפיסה דתית-נוצרית. למעשה, בעבור רבים מאזרחי המדינה משקף מוסד הנישואין, עד היום, נורמות של אמונה ומבטא עמדה מוסרית היונקת מהמסורת היהודית-נוצרית.

כך, העמדה השלטת כיום לפיה הנישואין בארה"ב היו, מאז ומתמיד, מוסד חילוני, אינה נכונה.⁴⁹ ניתן להבין את המגבלות וההסדרים לגבי כניסה למוסד הנישואין כמבטאים, במידת מה, תפיסות ציבוריות לגבי אמונה וערכים דתיים. מכאן, שינויים בהסדרת הנישואין וביטול מגבלות מטעמים חוקתיים וליברליים אינה פשוטה. החשש הוא כי ניתוק הנורמות הדתיות ממוסד הנישואין תרדד את המוסד בעיני הציבור ותפגע ביוקרתו.⁵⁰ עם זאת, נראה כי עם הפיכת הזכות להינשא לחוקתית, מידת ההתחשבות וההתייחסות למקורות הדתיים של המוסד פחתה. כיום, התפיסה הציבורית רואה במוסד הנישואין כמוסד אזרחי וחילוני לחלוטין.

חלק ב' – זכות חוקתית להינשא

עד תחילת המאה ה-20, נישואין בארה"ב לא נתפסו כזכות חוקתית אלא, לכל היותר, זכות חוקתית לכל אדם שעומד בתנאים המדינתיים לכניסה למוסד זה. בשל כך, למחוקק סמכות מלאה לקבוע

⁴⁷ Charles J. Reid Jr., *Marriage: Its Relationship to Religion, Law and the State, in Same-Sex Marriage* and Religious Liberty, p. 157 (Douglas Laycock ed., 2008). (להלן, ריד).

⁴⁸ *Pryor v. Pryor*, 235 S.W. 419, 420-21 (ARK. 1922)

⁴⁹ ריד, לעיל הי"ש 47, עמ' 183.

⁵⁰ שם, עמ' 186.

ולחסדיר את הנישואין כראות עיניו.⁵¹ עם זאת, במאה ה-20 חלה התפתחות בפסיקה לפיה החוקה האמריקנית (בייחוד מגילת הזכויות שבה) חולשת ומגינה גם על זכויות שלא מצוינות בה במפורש אך נובעות מתוכנה ועיקריה. בין הזכויות הראשונות שהוכרו כבעלות מעמד חוקתי, עומדת הזכות לנישואין וההגנה על חיי המשפחה של הפרט.

בפרשת **Griswald** פסל בית המשפט העליון בארה"ב חוק במדינת קונטיקט שאסר על השימוש באמצעי מניעה. בהכרעתו קבע בית המשפט כי החוקה מגינה גם על זכויות שמשמעות ונובעות ממנה.⁵² בהתבסס על התיקון ה-1 לחוקה ועל תיקונים נוספים המגנים על האדם ועל ביתו הסיק בית המשפט את קיומה של זכות לפרטיות.⁵³ בית המשפט הוסיף וקבע כי הזכות לפרטיות האדם בביתו משתרעת גם על קדושת הנישואין. שכן, הרעיון שחדר השינה הזוגי אינו מוגן נתפס כ-"repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship".⁵⁴ כך, חשיבות מערכת היחסים בין בני זוג נשואים מקבלת משנה תוקף באמצעות הזכות החוקתית לפרטיות.

הפרשה הידועה ביותר בכל הנוגע לזכות לנישואין עצמה היא פרשת **Loving**. בפרשה זו ביטל בית המשפט העליון את האיסור על נישואין בין-גזעיים בוירג'יניה, תוך שהתבסס גם על כך שנישואין הם זכות יסוד. ברובו, דוחה פסק-הדין את טיעוני המדינה לפיהם החוק מתייחס וחל על שני הגזעים בצורה שווה ולכן אינו מפלה.⁵⁵ דעת הרוב דחתה את טיעוני וירג'יניה וראתה באיסור על נישואין בין-גזעיים כמבטא תפיסה אאווגנית וגזענית. ולכן, על דין החוק להיפסל. מכאן, האיסור על בני הזוג לבינג להינשא הינו מפלה וחירותם לממש את זכותם לנישואין נפגעה ללא הצדקה והליך הוגן.

יש הטוענים שעיקרה של פרשת **Loving** הוא בסוגיית הגזע. לפיהם, ההכרעה נשענת על עיקרון השוויון בין הגזעים והפסיקה כלל לא ביקשה ליצור זכות עצמאית לנישואין. עמדה זו, אבל, ניתנת לסתירה: ראשית, בחלקו הראשון של פסק הדין, בו קבע בית המשפט כי למחוקק אין כוח בלתי מוגבל להסדיר ולהגביל את הנישואין, מסתמך בית המשפט על שני פסקי דין שמבהירים נקודה זו, אך לא עוסקים בשאלה של גזע.⁵⁶ שנית, חלקו השני של פסק הדין מתייחס לחשיבותה של

⁵¹ גרשטם, לעיל הי"ש 10, עמ' 79

⁵² *Griswald v. Connecticut*, 381 U.S. 484 (1965) (להלן, פרשת **Griswald**)

⁵³ שם, עמ' 485, U.S CONST. amend. I

⁵⁴ שם, עמ' 486, גרשטם, לעיל הי"ש 10, עמ' 85.

⁵⁵ פרשת **Loving**, לעיל הי"ש 8, עמ' 8

⁵⁶ שם, עמ' 7, גרשטם, לעיל הי"ש 10, עמ' 86-87.

הזכות להינשא, וזו כלל אינה מצומצמת לשאלה של גזע: "The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men".⁵⁷

ואכן, התפיסה לפיה מבוססת ההכרעה בפרשת **Loving** על הזכות לנישואין היא שהתקבלה בסופו של דבר. בפרשת **Zablocki** פסל בית המשפט העליון חוק של מדינת ויסקונסין שאסר על מי שאינו תומך בילדיו מקשרים קודמים להינשא.⁵⁸ דעת הרוב, בהתבסס גם על ההכרעה בפרשות **Loving** ו-**Griswald**, קבעה שיש זכות לנישואין וכי זו נגזרת מהזכות לפרטיות.⁵⁹ הפסיקה הכירה בחשיבותו של אינטרס המדינה במקרה, אך קבעה שהחוקה אינה מאפשרת לה להגביל את הרוצים להינשא כראות עיניה. אמנם, המחוקק רשאי להסדיר את מוסד הנישואין אך כל הגבלה על הזכות תיבחן בביקורת שיפוטית מחמירה. כך, האמצעי של ויסקונסין לממש את האינטרס שלה אינו מידתי ופוגע באופן קשה בזכות לנישואין.⁶⁰

עמדה זו זכתה לביטוי ולחיזוק בפרשת **Turner** בה דן בית המשפט העליון באיסור שחל במדינת מיזורי על אסירים להינשא. תקנות שירות בתי הסוהר במדינה אסרו על אסירים להינשא אלא בנסיבות חריגות ובהינתן אישור אחראי הכלא. הסיבה לכך הייתה החשש שנישואי האסירים יסכנו את ביטחון בית הסוהר.⁶¹ במקרה זה, גם המדינה הודתה שהזכות להינשא הינה חוקתית לפי פרשות **Loving–Zablocki** אך ביקשה לטעון שבבית הסוהר זו לא חלה, או למצער היא מצומצמת יותר.⁶² עם זאת, ולמרות שבנושאי ביטחון בית המשפט לרוב אינו מתערב,⁶³ נפסלה תקנה זו.

לאחר הכרעה זו, קשה יהיה לטעון שהנישואין אינם בגדר זכות חוקתית ונראה כי הפסיקה אף מגדילה ויוצקת לתוכה משמעויות רחבות מאוד – הגבלת הזכות פסולה לא רק מתפיסות מוסריות לגבי עליונות גזעית אלא גם כלפי אנשים, שעל פניו, המדינה צריכה להעניש וליטול את חירותם.⁶⁴ בשיח החוקתי האמריקאי, הספרה הביתית של נישואין, מערכות יחסים משפחתיות וגידול ילדים

⁵⁷ שם, עמ' 12.

⁵⁸ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978)

⁵⁹ שם, עמ' 384.

⁶⁰ שם, עמ' 389.

⁶¹ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 83 (1987)

⁶² שם, עמ' 94.

⁶³ גרשטם, עמ' 89

⁶⁴ גרשטם, לעיל ה"ש 10, עמ' 89-90

נתפסים כמרכזיים לתפיסת הכבוד והאוטונומיה של האדם. אלה מהווים גרעין מהותי של זהות בו המדינה יכולה להתערב רק מטעמים כבד משקל.⁶⁵

חלק ג' – הזכות לנישואין "מסורתיים"?

נוכח עמדה זאת, דחה בית המשפט העליון האמריקאי חוקים והסידורים רבים שהגבילו את הזכות להינשא ולחיי משפחה אך בפעולתו זו גם פגע בית המשפט באמונה ובתפיסות המוסר של רבים מאזרחיו. שהרי, ההסדרים הנדונים ביטאו עמדות חברתיות, דתיות ומוסריות שראו בשלילה את האפשרות של נישואין בין-גזעיים, מתן 'פרס' נישואין לאסירים, הבאת ילדים לחיי עוני ותלות במדינה וכו'. כשבית המשפט פסק לטובת הזכות החוקתית להינשא, המדינה לא תמכה באיחודים אלה לפתע. ולראייה, באלבמה ובדרום-קרוליינה נותרו החוקים האוסרים על נישואין בין-גזעיים בספרי החוקים למשך תקופה ארוכה לאחר שכבר לא ניתן היה לאכוף אותם.⁶⁶

בהכרעותיה לעניין זה, הפסיקה לא תפסה את הזכות לנישואין כמוגבלת למקרים של חיי משפחה מסורתיים. יש הטוענים כי בפרשת **Boddie** הסיקה הפסיקה אף זכות לגירושין, כנובעת מחשיבות הזכות לנישואין (שניים).⁶⁷ בפרשה זו, קבע בית המשפט העליון שתשלום אגרה, בעודו אמצעי לגיטימי מצד המדינה להגביל את התופעה של תביעות סרק, אינו יכול למנוע מעניים גישה לערכאות ובפרט, בהגשת תביעות לגירושין.⁶⁸ התפתחויות אלה, שהתבססו על הזכות לנישואין ועל חירות הפרט לכינות זהות ולחיים פרטיים, התבטאו ביחס להיבטים, שעבור רבים, נתפסו כפסולים ואף כנוגדים את תקנת הציבור.

Chai R. Feldblum., *Moral onflict and Conflicting Liberties*, in **Same-Sex Marriag and Religious Liberty**,⁶⁵
p. 139-140 (Douglas Laycock ed., 2008)

Strassr, Mark., On Same-Sex Marriage, Civil Unions, and the Rule of Law: constitutional⁶⁶
interpretation at the crossroads, p.101 (2002). (להלן, **שטרסר**).

⁶⁷ גרשטם, לעיל ה"ש 10, עמ' 98

⁶⁸ *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 384 (1971)

פרק ג' – איסור נישואין בין בני זוג מאותו המין כפגיעה בשוויון

בפרק א' עמדנו על חשיבותה של הזכות לנישואין ובפרק ב' נוכחנו כיצד זכות זו ממומשת בהרחבה בישראל ובארה"ב ונסמכת על שיח חוקתי של זכויות אדם. עם זאת, ברוב המקרים, וגם בעולם המערבי הליברלי, פוסחת זכות זו על קהילת הלהט"ב. אלה, המבקשים למסד את הקשר שלהם וליצור תא משפחתי, אינם בעלי מעמד דומה לזוגות ממין שונה. האיסור על נישואין של בני זוג מאותו המין מהווה, אם כן, פגיעה בזכותם של זוגות אלה להינשא ובכך, הוא מפלה אותם ביחס לשאר האוכלוסיה שנהנית מהיתרונות החברתיים, המשפטיים והכלכליים שנובעים מהסדר זה. מנגד, יש הטוענים שמדובר בהבחנה לגיטימית המבטאת תפיסות עומק דתיות ומוסריות הנוגעות למהות ולמבנה של קשר הנישואין.

הצדקות לאיסור על נישואין בין בני זוג מאותו המין

ניתן למנות ארבע הצדקות 'אוניברסאליות' לאיסור על נישואין של בני זוג מאותו המין. הראשונה נוגעת לטעמים של הגדרה ומסורת. הטענות מבוסס על התפיסה ההיסטורית לפיה נישואין היו, מאז ומעולם, בין גבר לאישה. נישואין בין בני זוג מאותו המין הם "אוקסימורון" והתרתם תוביל לשינוי תוכנו ומהותו של מוסד הנישואין.⁶⁹ לטיעונים אלה היו אחיזה בשנות ה-70 בארה"ב, שם עתירות בנושא הוכרעו לפי בחינה מילונית של הגדרות הנישואין.⁷⁰ ביקורת כנגד עמדה זו גורסת כי קבלת תבנית קיימת כאקסיומטית מאיינת כל צורך בהוכחה לנכונותה או להיותה ראויה וכך, אנו מועדים לקיבעון.⁷¹ ובכלל, מוסד הנישואין השתנה לאין שיעור לאורך השנים ונוכח הפגיעה הקשה בזוגות מאותו המין, יש למצוא הצדקה חזקה יותר לשמירתו בין גבר לאישה בלבד.

ההצדקה השנייה נעוצה בחוק הטבעי ובדוגמות דתיות. חלק מהמבקרים של זוגיות מאותו המין נתמכים ב"חוק הטבעי" שגורס כי זוגיות זו הינה סטייה ומפני שהיא לא מאחדת בין גבר ואישה, היא לא משיגה את ה"טוב" המהותי שבקשר הנישואין. נימוק דתי יכול להתלוות לכך ולתלות את ההתנגדות לזוגיות כחלק מאמונה דתית גורפת. עם זאת, פרט לזרמים המסורתיים של היהדות,

⁶⁹ רובינשטיין, לעיל ה"ש 21, עמ' 436.

⁷⁰ גרשטס, לעיל ה"ש 10, עמ' 22.

⁷¹ דידוק וקגנס, לעיל ה"ש 4, עמ' 48.

נצרות ואסלאם, ישנן קבוצות דתיות שמקבלות איחודים אלה. כמו כן, אין הכוונה לחיוב קבוצות דתיות להתיר נישואין אלה מבחינה דתית, אלא לאפשר נישואין אזרחיים לזוגות אלה.⁷²

ההצדקה השלישית נוגעת לגידול ילדים בתאים משפחתיים אלה. כעיקרון, ילד לזוג מאותו המין יגדל בלא הוריו הביולוגיים ולכן, ניתן לגרוס שבתים אלה אינם מהווים סביבה אידיאלית לילד. עם זאת, הקשר בין הורות לנישואין אינו ברור שכן, יש זוגות שיבקשו להינשא מבלי הרצון לגדל ילדים. ומנגד, ישנם תאים משפחתיים שכיום, גם ללא הכרה, מתפקדים כהורים לכל דבר ועניין. כך, אם עיקר רצוננו הוא בטובת הילד, דווקא ראוי להרחיב את ההכרה בתאים משפחתיים של זוגות מאותו המין על מנת לחייב אותם משפטית בנורמות המקובלות ולאפשר לילדיהם את מלוא הזכויות. כך, הילד יזכה באכיפת מזונות ילדים, זכות לרשת או לתבוע במקרה של מוות ברשלנות, יהנה מהטבות במס הכנסה של הוריו וכו'.⁷³

ההצדקה הרביעית להתנגדות לנישואין של בני זוג מאותו המין נוגעת לתפיסה שהכרה בזוגיות תהווה "תמיכה ממשלתית" בה. מתן היתר להינשא מעביר את המסר כי על הציבור לרכוש כבוד למערכות יחסים אלה ולקבלן כלגיטימיות בחברה.⁷⁴ נדמה כי התנגדות הציבור להכרה זו יכולה לשמש כבסיס לאיסור חוקי שכן, ראוי שהמדינה תבטא את רוח הציבור. עם זאת, אם דעת הרוב פוגעת במיעוט, יש להקפיד על הגבול. במקרה זה, לא ברור שלמדינה יש אכן אינטרס לתמוך או לבכר זוגיות ממין שונה על פני זוגיות מאותו המין. האיסור ה'יתיאורטי' על נישואין, שנועד לרצות חלקים באוכלוסייה, שולל את הרצון של רבים להינשא ואף מונע מהם הכרה בתאים המשפחתיים שלהם, שכבר קיימים 'בשטח'.

על אף הביקורת שניתן למתוח עליהם, טיעונים אלה מהווים בסיס איתן להצדקת הפגיעה בזכותם של בני זוג מאותו המין להינשא. הם אומצו במקרים רבים על ידי בתי המשפט והמחוקק כטעמים להחלטתם בסוגיות שנוגעות ליחס לבני זוג מאותו המין. מלכתחילה, הסיבה להכרה בחשיבות של הזכות לנישואין היא שנישואין נתפסים כמוסד חברתי מהותי בקהילה, ומלמד על הנורמות שלה ומכאן, נראה כי אין זה ראוי לזנוח עמדות וחששות אלה ולהכיר באופן גורף בנישואין של בני זוג מאותו המין.⁷⁵

מנגד, וכפי שעלה בפרק א', בעולם המערבי כיום, מהווים הנישואין טקס מעבר לבגרות ומלמדים על האהבה בין בני הזוג ומחויבותם זה לזה. הכרה חברתית זו נמנעת מזוגות מאותו המין. למרות

⁷² גרשטס, לעיל ה"ש 10, עמ' 25-26.

⁷³ שם, עמ' 37.

⁷⁴ שם, עמ' 43.

⁷⁵ אריקסון, לעיל ה"ש 13, עמ' 96.

שזוגות אלה יכולים לקיים זוגיות דומה למודל ההטרסקסואלי הנורמטיבי ולעיתים, ניתן לשער, אף לשמש הורים ובני זוג טובים יותר מאשר בחלק מהקשרים בין זוגות ממין שונה, זוגות מאותו המין עדיין מופלים ולא רשאים להיכנס למוסד הנישואין. להלן אבחן כיצד ישראל וארה"ב מתמודדות עם האיסור ואיזו השפעה יש לזכות לנישואין על זוגות מאותו המין בשטחן.

ישראל

חלק א' – הפליה של זוגות מאותו המין בכניסה למוסד הנישואין

על פניו, נישואין בישראל מהווים פרקטיקה דתית וחלק מחופש הדת במדינה. זכות לנישואין אכן קיימת במדינה אך ממומשת רק בהתאם לדין האישי, הוא הדין הדתי. ועבור אלה שאינם רשאים להינשא על פי הדין הדתי, המדינה כמעט ואינה מציעה אפשרות רשמית אחרת להינשא. מאחר ואין בישראל עדה דתית מוכרת התומכת בנישואין של בני זוג מאותו המין, אלה מהווים מקרה מובהק נוסף של מנועי חיתון בישראל.⁷⁶ מכאן, ניתן לטעון שלא מדובר בהפליה מכוונת של בני זוג מאותו המין מצד המדינה אלא תוצאה של הפרקטיקות הדתיות של עדות מוכרות בישראל, בה אל למחוקק להתערב.

עם זאת, בשל מרכזיות מוסד הנישואין בחברה (ובייחוד בחברה הישראלית), בני זוג מאותו המין מזהים בו חשיבות רגשית, חברתית וסמלית ולכן, מבקשים לבוא בשעריו.⁷⁷ בדומה לזוגות שנישאים אזרחית בחו"ל כתוצאה ממניעות דתית או מטעמים מצפוניים, הנישואין לא נתפסים עבור בני זוג מאותו המין כאקט דתי אלא כטקס-מעבר חברתי. יתר על כן, משום שאוכלוסייה זו אינה זוכה להכרה מאף עדה דתית בישראל (בניגוד לזוגות שהינם פסולי חיתון מסיבות ספציפיות) נדמה שהמוטיבציה האזרחית להסדיר עבורם נישואין, או תחליפי נישואין, צריכה שתהיה גבוהה במיוחד.⁷⁸

חלק ב' – התפתחות זכויות להט"ב בישראל והזכות לנישואין

עם ביטול האיסור הפלילי על מין שלא כדרך הטבע בשנת '88 השינוי שחל במעמד המשפטי של קהילת הלהט"ב היה אדיר בהיקפו, ולא בכדי הגדיר אותו הראל כ"מהפכה משפטית

⁷⁶ בן-דרור, אמנון הידועה **בציבור: נשואים ללא נישואין**, עמ' 255 (2000)

⁷⁷ דן יקיר ויונתן ברמן, "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?" **מעשי משפט** א', עמ' 173 (2008) (להלן, **יקיר וברמן**)

⁷⁸ ליפשיץ, לעיל ה"ש 34, עמ' 263.

הומוסקסואלית".⁷⁹ בשנים האחרונות עמדה זו הפכה יותר גורפת כשבשורה ארוכה של פסקי דין והחלטות הוענקו לבני זוג מאותו המין זכויות על פי חוקים והסדרים ספציפיים וזאת, גם במישור המשפחתי. מכאן, עולה השאלה האם מכוח התפתחות זו יש מקום לדרוש היתר לנישואין של בני זוג מאותו המין בישראל, ואם כן, על אילו ערכים במשפט הישראלי ניתן להתבסס על מנת לתמוך בכך?

דרך המלך – עיקרון השוויון

הפסיקה ראתה בשוויון כערך יסוד במשפט הישראלי וחיזקה את מעמדו בפרשות רבות. השוויון נתפס "כאחת ממיזות הצדק וההגינות"⁸⁰ והינו "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".⁸¹ ובפרשת **עדאלה** נקבע כי היבטים של זכות השוויון שקשורים לכבוד האדם נכללים ומוגנים לפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.⁸² מכוח ערך זה אף נקבעו הלכות לטובת קהילת הלהטי"ב: בפרשת **דנילוביץ'** קבע בג"ץ שמעביד אינו רשאי להפלות במתן הטבות לעובדים בין בני זוג ממין שונה לבני זוג מאותו המין ולצורך ההכרעה, התבססה דעת הרוב על ערך השוויון כעוגן נורמטיבי.⁸³

היעדר אפשרותם של בני זוג מאותו המין להינשא בישראל מפלה אותם לעומת זוגות ממין שונה ובכך נפגעת זכותם לשוויון. פגיעה זו בשוויון אף משפיעה על זכותם החוקתית לכבוד שכן, נמנעת מהם אפשרות למסד קשר אינטימי עם בן זוגם הנבחר וליצור תא משפחתי שזוכה להגנה ולהכרה. עם זאת, ערך השוויון אינו מוחלט אלא יש לאזנו עם זכויות ואינטרסים שונים. בסוגיה זו, ניתן לגרוס כי על עיקרון השוויון לסגת מפני האינטרס של התחשבות ברגשות דתיים, שהוכר כשיקול לגיטימי בפרשת **חורב**.⁸⁴

את החשש לפגיעה ברגשות דתיים יש לאזן לפי נוסח פסקת ההגבלה.⁸⁵ התחשבות ברגשות דתיים ובאורח חיים זה הולם את ערכי ישראל כמדינה יהודית. ולענייננו, הפגיעה ניכרת משום האיסור הדתי על משכב זכר ומשום העובדה שהאיחוד בין גבר ואישה בנישואין נחשב כמצווה.⁸⁶ מבחינה דמוקרטית, נראה שניתן לפגוע בזכויות על מנת להגן על רגשות דתיים, כל עוד שהפגיעה היא

⁷⁹ הראל, אלון "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" **המשפט** ז', 195-197 (2002)

⁸⁰ בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, פס' 22 לפסק דינו של השופט מצא (1994).

⁸¹ בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1), עמ' 693, עמ' 698, בן דרור, לעיל הי"ש 76, עמ' 324.

⁸² פרשת **עדאלה**, לעיל הי"ש 2, פס' 39-40 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק.

⁸³ בג"ץ 721/94 **אל-על נ' דנילוביץ'**, פ"ד מח(5) 749, פס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר (1994) (להלן, פרשת **דנילוביץ'**).

⁸⁴ בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק (1997) (להלן, פרשת **חורב**).

⁸⁵ ס' 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

⁸⁶ פרשת **חורב**, לעיל הי"ש 84, פס' 55 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק.

מעבר ל"רמת הסבולת".⁸⁷ לעניין זה, קשה לאמוד את מידת הפגיעה ברגשות הדתיים אך די לבחון את התחושה הקשה שיצרה ברית הזוגיות לחסרי דת על מנת להבין, מכוח קל וחומר, את ההשפעה הקשה של הסדר דומה לזוגות מאותו המין.

באשר לתכלית הראויה, בפרשת **חורב** נקבע כי התחשבות ברגשות דתיים יכולה שתהיה גם תכלית ראויה. לעניין השמירה על מוסד הנישואין הדתי-מסורתי, ניתן אף לטעון שהסכם הסטטוס-קוו אף 'משדרג' את האינטרס הדתי למעלת זכות ומצדיק איזון לטובתו. בנוסף, הפסיקה הכירה בערך השמירה על מוסד הנישואין כחלק מתקנת הציבור בישראל.⁸⁸ בבואה לשקול סוגיה זו, סביר כי הפסיקה תתחשב ברתיעה הציבורית הקיימת בכל הנוגע להשפעה של נישואין בין בני זוג מאותו המין על מוסד הנישואין כפי שהוא מוכר כיום. כך, אי מתן זכות לנישואין יכולה שתהיה מוצדקת מבחינת תכליתה. מבחינת מידתיות, ניתן לכאורה להצדיק את אי מתן ההיתר בכך שזוגות בני אותו המין זכאים, במידת מה, להכרה מסוימת בקשרם מכוח המעמד של ידועים בציבור (ועל כך בהרחבה בפרק ד').

עוד יצוין כי גם אם היעדר האפשרות של בני זוג מאותו המין להינשא מהווה פגיעה בשוויון שאינה מוצדקת לפי תנאי פסקת ההגבלה, התערבות באמצעות בתי המשפט בשאלה זו היא בעייתית בפני עצמה. שאלת ההכרה בסטטוס, אשר פועל כלפי כולי עלמא, הינה סבוכה וקשה בישראל. אין לגביה הסכמה לאומית גם לגבי נישואין אזרחיים של בני זוג ממין שונה בחו"ל, קל בחומר בנושא נישואין של בני זוג מאותו המין.⁸⁹ בשל הסוגיה הטעונה והחשש לערעור הסטטוס-קוו בענייני דת ומדינה התבטא בית המשפט העליון פעמים רבות כי יש להתיר את הנושא למחוקק.

אמנם, בשורה של פסקי דין, בית המשפט אכן העניק זכויות שיוחדו, לכאורה, לקשר של נישואין. עם זאת, בית המשפט עשה זאת ממניעים סוציאליים או, בהתחשב בנסיבות של המקרה הספציפי, וזאת תוך אמירה חד-משמעית שאין בהכרעה משום הכרה בסטטוס משפטי חדש. כך, למשל, בפרשת **ירוס-חקק** בה ניתן צו אימוץ צולב לזוג נשים, שביקשו לאמץ זו את ילדיה של זו, קבע ברק כי "הכרה בסטטוס משפטי חדש - בין סטטוס של נישואים אזרחיים ובין סטטוס של משפחה חד-מינית – ייעשה על ידי המחוקק ולא על ידי בית המשפט".⁹⁰

⁸⁷ שם, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק.

⁸⁸ פרשת **אפרת**, לעיל ה"ש 29, פס' 37 לפסק דינו של השופט ברק.

⁸⁹ בג"ץ 5058/95 **בן מנשה נ' שר הדתות**, פ"ד נא(3) 876, עמ' 878 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק (1997).

⁹⁰ ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(4) 64, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק (2005) (להלן, פרשת **ירוס-חקק**).

בית המשפט נקט עמדה דומה גם לעניין נישואין של בני זוג מאותו המין בפרשת **בן-ארי**. במקרה זה עתרו חמישה זוגות של גברים שנישאו בטקס אזרחי בקנדה כנגד החלטת הממונה על הרישום במינהל האוכלוסין שסירב לרשום אותם כנשואים במרשם.⁹¹ בהכרעתו, התבסס בית המשפט על הלכת **פונק-שלינגר** והורה על הרישום אך זאת, תוך שהוא מדגיש, כי אין הכרעתו מכירה בתוקף של איחוד זה: "איננו מחליטים כי בישראל מוכרים נישואים בין בני אותו מין: איננו מכירים בסטטוס חדש של נישואים אלה: איננו נוקטים כל עמדה באשר להכרה בישראל של נישואין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל".⁹²

על אף שפסק הדין נחשב לפורץ דרך, ההכרעה נסמכה על נימוקים 'טכניים' של גבולות סמכותו של הפקיד והלכת **פונק-שלינגר**⁹³ והיא נעדרת רטוריקה של שוויון או של חשיבות הזכות להינשא,⁹⁴ כפי שעולה בפסקי דין אמריקאיים שעסקו בשאלה של נישואין בין בני זוג מאותו המין. מכאן, נראה שערך השוויון אינו נחשב כעוגן מספק להכרה בנישואין אלה: העיקרון מוגבל ואינו חזק דיו להצדיק את התערבות בית המשפט בסוגייה.

מסלול משני – ערך הסובלנות

הסובלנות מהווה ערך בסיסי בדמוקרטיה ודורשת ויתור הדדי בין גורמים בחברה.⁹⁵ לפי הראל, ההכרה והזכויות שניתנו לקהילת הלהט"ב בעשור של שנות ה-90 נבעו ישירות מערך זה. בעוד שמבחינה מוסרית גורמים רבים התנגדו לתופעה, הם לא ראו לנכון להגביל אותה באמצעות הדין הפלילי או באמצעות מניעת זכויות.⁹⁶ עבורם ההצדקה להכרה הייתה גישה של סובלנות במישור המשפטי, וזאת למרות אי-נוחות והתנגדות לתופעה במישור המוסרי או החברתי.

עמדה זו באה לידי ביטוי ביחס לסעיף בחוק הפלילי שאסר על משכב "שלא כדרך הטבע". על אף נוסח הסעיף, השיח הציבורי והמשפטי ראה בו כאיסור גורף על הומוסקסואליות בכלל.⁹⁷ כהן ושמגר, כיועצים המשפטיים לממשלה, פרסמו הנחיה שלא לחקור ולהעמיד לדין פרטים לפי סעיף זה כשהעבירה בוצעה בין בגירים, בהסכמה ובצנעה.⁹⁸ אך קולות כנגד הסעיף לא נקטו בקו של קבלה חברתית: כשכהן ביקר את הסעיף בפרשת **בן-עמי** הוא בחר להתנסח בלשון של סובלנות אך

⁹¹ בג"ץ 3045/05 **בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים** (לא פורסם, 21.11.2006) (להלן, פרשת **בן-ארי**).

⁹² שם, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא (בדימי) ברק.

⁹³ שם, פסק דינה של הנשיאה ביניש.

⁹⁴ יקיר וברמן, לעיל ה"ש 80, עמ' 169-170.

⁹⁵ פרשת **חורב**, לעיל ה"ש 84, פס' 56 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק.

⁹⁶ הראל, לעיל ה"ש 82, עמ' 198.

⁹⁷ יונאי, יובל "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל" **סוציולוגיה ישראלית** א(2), עמ' 288 (1999).

⁹⁸ שם, עמ' 268, הראל, לעיל ה"ש 82, עמ' 204.

עדיין ייחס לאקט ההומוסקסואלי פגיעה בכבוד ובמוסר של אדם: "אדם המוחל על כבודו, כבודו מחול .. אין להם לבתי המשפט לשים עצמם אפטרופסים על העריות".⁹⁹

תגובה דומה התקיימה בעניין **קלפיים פתוחים** בה אישר בית המשפט שידור של תוכנית טלוויזיה לבני נוער שעסקה בנושא של זהות מינית. בהכרעתו, הצדיק קדמי את השידור בהתבסס על ערך הסובלנות: "העידן בו אנו חיים, מטפח את זכויות הפרט ונושא את דגל ההבנה, הסבלנות והסובלנות כלפי מיעוטים וחריגים".¹⁰⁰ הגם שקדמי לא מביע עמדה בשאלה האם התופעה מזיקה, הרטוריקה שלו אינה מלמדת על קבלה או תמיכה בה והוא אף מסייג את הכרעתו בכך ש"הכרת התופעה אינה הופכת אותה כשלעצמה לרצויה ומקובלת".¹⁰¹

עם זאת, נראה שגם הסובלנות אינה מהווה עוגן יציב לניסיון להסדיר אפשרות נישואין לבני זוג מאותו המין בישראל שכן, ההתקדמות שנעשתה בשם הסובלנות הגיעה לעצירה בסוף שנות ה-90. כשהדומיננטיות של ערכי המשפחה והזוגיות ממין שונה בישראל הפסיקו להיות עוד אקסיומה, מפנה הסובלנות את מקומה לטובת ההסדרים הפוליטיים ושיח הזכויות.¹⁰² בנוסף, סובלנות אינה מתאימה לעיסוק בסוגיות של סטטוס אישי שכן, ההכרה בנישואין של זוגות אלה אינה רק 'סובלנית' לאורח חייהם, אלא היא משפיעה על האוכלוסיה כולה ועל הגדרתו של מוסד הנישואין בחברה. ותוצאה זו, כך נדמה, לא ניתן להצדיק מכוח הסובלנות לבדה.

[חלק ג' – הצדקה למתן זכות לנישואין לבני זוג מאותו המין](#)

עדיין, יש הרואים בהיעדר האפשרות של בני זוג מאותו המין להינשא כפגיעה חמורה בזכותם לשוויון ולחיי משפחה. גם אם ניתן יהיה להבטיח את כל הזכויות והחובות של מוסד הנישואין באמצעות הסדר חלופי "דמוי-נישואין" אין בכך כדי למנוע מדיניות של 'נפרד אבל שווה' שמעצם טבעה אינה שווה והוגנת. לפי עמדה זו, הזכות לנישואין נועדה לקיים את עיקרון השוויון. כלומר, ככל שהמדינה מקיימת את מוסד הנישואין, כך היא מחויבת מכוח עיקרון השוויון להעניק לכל המעוניין את האפשרות להצטרף ולקחת בו חלק. אין לקבל את טענת המדינה שמדובר בעניין דתי שכן, חשיבות המוסד עמוקה יותר ומשתרעת גם על היבטים חברתיים ומשפטיים. זאת, בייחוד בישראל, בה זוגות שלא מעוניינים מבחינה מצפונית או אינם כשרים להינשא בצורה דתית, אינם מוותרים על המוסד ובחרים להגיע לרישום ולהכרה גם בדרכים עקיפות.

⁹⁹ ע"פ 224/63 בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"ח(3), עמ' 238 (1964).

¹⁰⁰ בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך והתרבות והספורט, פס' 3 לפסק דינו של השופט קדמי (לא פורסם, 21.0.1997).

¹⁰¹ שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט קדמי.

¹⁰² הראל, לעיל ה"ש 82, עמ' 211-213.

כמו כן, ניתן לבקר את משיכת ידו של בית המשפט מהכרעה בתוקפם של נישואין בין זוגות מאותו המין שנעשו בחו"ל. שהרי בית המשפט הוא שהכריע כי נישואין אזרחיים בחו"ל, כאשר בני הזוג כשרים להינשא בארץ, הם תקפים. ואף הגדיל וקבע שנישואים של בני זוג שאינם כשרים להינשא בארץ תקפים לעניין חוק הירושה. על בית המשפט להתייחס להתפתחות בתפיסה הציבורית אשר הופכת יותר סובלנית ואוהדת לאורח חיים זה. יתכן והכרעה של מתן תוקף לנישואין אלה שנערכו בחו"ל או חיוב המדינה בהסדרת נישואין לקהילה זו אינו אפשרי או ראוי כיום. אך נדמה שבשנים הקרובות, יגיע מועד מתאים וראוי לכך. זאת בייחוד, אם תהיה הכרה גוברת ממדינות נוספות באיחודים אלה וכחלק מהמגמה של סובלנות ושוויון זכויות של להט"ב במשפט הישראלי.

התייחסות לתפיסה הציבורית המשתנה וחובה של סובלנות ושוויון אינה פוסחת על המחוקק. כפי שהסדיר, ואמנם בקושי רב, את נושא הנישואין בין חסרי דת, עליו להפנות מאמצים לפתרון עבור זוגות בני אותו המין, בהתחשב בזכות החוקתית לנישואין ולחיי משפחה. למצער, אל למחוקק להדיר אותם מפתרון אזרחי בעתיד. בהקשר זה, יצוין כי היוזמה המקורית של ברית הזוגיות, שביקשה להוות פתרון מקיף לכלל אזרחי המדינה, הדירה בני זוג מאותו המין מההסדר.¹⁰³

כיום, המניעה של בני זוג מאותו המין להינשא היא, בעיקרה, מניעה דתית. לכן קבוצה זו הינה עוד חלק מסך כל הנפגעים מהשיטה דתית. נדמה כי אין בהיעדר האפשרות שלה להינשא משום הפליה מכוונת מטעם המחוקק ואין להסכים שכך יהיה בעתיד. ההדרה של בני זוג מאותו המין ממוסד הנישואין פוגעת קשות בכבודם ובתחושת השייכות שלהם לחברה. בייחוד לאחר שבית המשפט העניק סעד של רישום בפרשת **בן-ארי** ובכך, הקנה לזוגות אלה "סמל חברתי ציבורי"¹⁰⁴ הטומן בחובו השלכות משפטיות רבות, אין להשלים עם "חזרה אחורה" ועם מחיקת ההישגים המעטים שהושגו.

כפי שאטען בקשר לארה"ב, מניעה של בני זוג מאותו המין להינשא בטקס אזרחי קשה להצדקה. מה גם, שברית הזוגיות בישראל אמורה הייתה להיות הסדר דמוי-נישואין בלבד ובכך, אין בהיתר לאיחוד זה עבור זוגות מאותו המין משום פגיעה בבסיסו של מוסד הנישואין המסורתי. אל למחוקק לעצום עיניו מול הסבל של אלו המבקשים להינשא ואינם מורשים לעשות כן. זו המדינה שמאפשרת ותומכת כלכלית ומוסדית בנישואין ולכן, אין לה רשות להתחבא מאחורי נימוקים

¹⁰³ מרסיאנו, אילן "ברית הזוגיות" – המהפכה השקטה בנישואים האזרחיים "ידיעות אחרונות YNET (16.06.2004)

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2932908,00.html>

¹⁰⁴ פרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 91, פסי' א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

דתיים בלבד. בייחוד, כשהפתרונות האזרחיים אינם כוללים אוכלוסייה זו ומעמיקים את חוסר השוויון, ההפליה והפגיעה בכבודה.

ארה"ב

חלק א' – הרקע של נישואין מאותו המין

הנושא של נישואין בין בני זוג מאותו המין הפך מרכזי בשנים האחרונות. המגמה המאפיינת את ההתפתחותו היא של קידמה, לרוב בידי בתי המשפט, כשלאחריה גל-נגד ולקייחת צעד אחורה בידי המחוקק. נבחן מגמה זו במקרי המבחן של הוואי וקליפורניה. עד כה, נישואין בין בני זוג מאותו המין אפשריים במדינות בודדות בלבד בארה"ב: ניו המפשייר, קונטיקט, אוויה, מסצ'וסטס וניו יורק.

מבחינה משפטית, האיסור על נישואין של בני זוג מאותו המין יפסל באם ימצא כי הוא מפר את חוקת המדינה או חוקת ארה"ב. לרוב, חוקת המדינה לא דורשת עמידה בתנאים מחמירים כפי שמחייב התיקון ה-14 לחוקת ארה"ב ולכן, מבחינה מדינתית הסיכוי לקבוע כי האיסור לא-חוקתי גדול יותר. טענה של פגיעה בתיקון ה-14, לעומת זאת, תתקבל כשהחוק מתייחס לקריטריון חשוד ("Suspect Class") ולכן דורש ביקורת מתמירה ("Strict Scrutiny"). כיום, אין קונצנזוס כי נטייה מינית מהווה קריטריון חשוד אך תחת ביקורת זו, האיסור כמעט תמיד ייחשב כנוגד את זכותם החוקתית של בני זוג מאותו המין להינשא.¹⁰⁵

"התקדמות ונסיגה" – הוואי וקליפורניה כמקרי מבחן

הכרעת בית המשפט העליון של הוואי בפרשת **Baehr** הציבה את הסוגיה בקדמה הבמה והובילה להתפתחויות במדינות נוספות. זו הייתה נקודת המפנה שסימנה את תחילת ה'מלחמה' על סוגיה זו באמצעים פוליטיים, כלכליים ודתיים כאחד. בפרשה, בה עתרו כמה זוגות לקבל היתר נישואין קבע בית המשפט שהאיסור על נישואין בין בני זוג מאותו המין מפר את עיקרון השוויון, בהיותו מפלה על בסיס מגדר, קטגוריה שמעוגנת במפורש בחוקת המדינה.¹⁰⁶ הנימוק הודגם בפשטות: אי יכול להינשא לבי' אך לא לגי' וזאת בגלל המגדר שלו. אכן, ניתן לבקר הנמקה זו בהיותה פשטנית:

¹⁰⁵ גרשטס, לעיל ה"ש 10, עמ' עמ' 15-16
¹⁰⁶ Baehr v. Lewin 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993)

היחס לשני המינים הוא זהה לחלוטין ורצינאל זה אינו עולה בקנה אחד עם מוסדות 'חוקיים' אחרים כמו קבוצות ספורט נפרדות לגברים ולנשים.

על כל פנים, לאחר שנקבע שהחוק מפלה, היה עליו להיבחן בביקורת מחמירה שמעבירה את נטל ההצדקה לידי המדינה. בתשובתה, ציינה המדינה מספר אינטרסים להגבלת הזכות לנישואין (דוגמת הגנה על ילדים או הבטחת ההכרה של הנישואין במדינות אחרות) אך כל אלה נדחו על ידי בית המשפט כלא מצדיקים את הפליה בגישה לזכות להינשא.¹⁰⁷ לאחר ההכרעה בית המשפט עיכב את ביצוע פסק הדין והמדינה הגיבה בתיקון לחוקה שמאפשר למחוקק לאסור נישואין אלה, אותו המצביעים אישרו במשאל עם. כך, הדיון המשפטי המקיף הראשון בסוגיה זו מבטא את המגמה של התקדמות ונסיגה – בית המשפט פסק כי האיסור על נישואין מאותו המין מפלה על בסיס מין אך המחוקק ודעת הקהל הם שהכריעו ויצרו סעיף בחוקה המותיר למחוקק שיקול דעת בסוגיה זו.

קליפורניה מהווה דוגמא נוספת לחוסר היציבות שבטיפול בסוגיה זו. ב-2004 ראש העיר של סן-פרנסיסקו הורה להנפיק רשיונות נישואין גם לזוגות מאותו המין, ואלפים נישאו עד שבית המשפט ביטל את ההוראה והחל לדון בסוגיה. בפרשת **Marriage case** נקבע כי האיסור על נישואין אלה עומד בניגוד לחוקת המדינה בשל הפגיעה בזכות לנישואין.¹⁰⁸ ועם זאת, חודשים לאחר הפסיקה התקבלה "הצעה 8": תיקון לחוקה שמקנה תוקף רק לנישואין של בני מין שונה.¹⁰⁹ יצוין כי הקמפיין שניהלו שני הצדדים ביחס להצעה היה היקר ביותר במדינה, פרט למירוץ לנשיאות. מה שמלמד על החשיבות של הנושא והרגשות העזים שהוא עורר, משני צידי המתרס.

מגמת ההתקדמות והנסיגה מתבטאת גם ברמה העל-מדינתית. בעוד מספר מדינות התירו בשטחן נישואין בין בני זוג מאותו המין, הגיבו חלק מהמדינות בתיקונים חוקתיים או בחוקים שמענגים את האיסור על נישואין אלה. המגמה בלטה גם ברמה הפדרלית כאשר בשנת '96 חוקקה ארה"ב את חוק הגנת הנישואין (*DOMA*)¹¹⁰ החוק מונע מבני זוג מאותו המין זכאות להטבות הפדרליות של נישואין, גם אם בני הזוג מתגוררים במדינה בה הם רשאים להינשא.¹¹¹ וכן קובע כי מדינות לא

¹⁰⁷ גרשטם, לעיל ה"ש 10, עמ' 15, 51.

¹⁰⁸ In re Marriage Cases (2008) 43 Cal.4th 757

¹⁰⁹ ניתן למצוא את הנוסח המדויק בקישור הבא: <http://voterguide.sos.ca.gov/past/2008/general/text-proposed-laws/text-of-proposed-laws.pdf#prop8>

¹¹⁰ Defence of Marriage Act, 28 U.S.C. §1-3 (1996)

¹¹¹ שם, סעיף 3.

חייבות להכיר בנישואין אלה שאושרו במדינה אחרת. ובכך הוא חיזק את המדינות המתנגדות לאיחודים אלה.¹¹²

מסצ'וסטס – היתר נישואין בין בני זוג מאותו המין

בשונה מהנעשה בהוואי ובקליפורניה, במסצ'וסטס בית המשפט העליון של המדינה התיר נישואין בין בני זוג מאותו המין והחלטתו עמדה. בפרשת **Goodridge** קבעה דעת הרוב כי הזכות להינשא אינה בגדר מותרות אלא זכות יסוד שזוכה להגנה מפני התערבות לא מוצדקת מצד המדינה.¹¹³ שופטי הרוב גם קבעו כי על מנת שלזכות זו יהיה משקל, עליה להבטיח לכל אדם את האפשרות לבחור את מי הוא רוצה לשאת. בהכרעה, אף השווה בית המשפט את האיסור על נישואין אלה לאיסור על נישואין בין-גזעיים.¹¹⁴

דעת הרוב דחתה את הטענה כי היתר לנישואין אלה יפגע בנישואין המסורתיים. בהשוואה לפרשת **Loving** קבע בית המשפט כי, כפי שנישואין בין-גזעיים אינם פוגעים בכבודו של מוסד הנישואין ושל איחודים בין בני אותו הגזע, כך נישואין של בני זוג ממין שונה לא יאבדו מתוקפם באם יותרו נישואין של בני זוג מאותו המין. יתר כל כן, העותרים מבקשים להינשא ולא לחתור תחת המוסד. מתן אפשרות שיעשו כן אף מחזקת את חשיבות הנישואין לפרטים ולקהילה בכלל. כך, העובדה שבני זוג מאותו המין מוכנים לאמץ את הדרישה לבלעדיות הקשר, לתמיכה הדדית ולמחויבות זה כלפי זה הינה עדות לחשיבות המתמשכת של המוסד בחברה האנושית.¹¹⁵

וכשבוחנים את הנתונים, קשה לפקפק בחשיבותה ובמשמעותה של הזכות להינשא עבור קהילת הלהט"ב בארה"ב. הרצון להצטרף למוסד זה הוא גדול: בסן-פרנסיסקו, לאחר שראש העיר הורה להנפיק רשיונות, נישאו כארבעת אלפים זוגות בפרק זמן של כששה חודשים. ובמסצ'וסטס, בשנה הראשונה שלאחר **Goodridge** הונפקו כששת אלפים רשיונות נישואין לזוגות אלה.¹¹⁶

חלק ב' – "איחוד אזרחי" מול נישואין

מול השאיפה להצטרף למוסד הנישואין, נראה כי האפשרות של איחוד אזרחי לא מספיקה. זוגות אלה לא מוכנים להסתפק בהסדר נישואין מסוג ב' אלא מבקשים כי מערכת היחסים שלהם תהיה

¹¹² שם, סעיף 2, שטרסר, לעיל ה"ש 69, עמ' 25.

¹¹³ *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941, p.345 (Mass. 2003)

¹¹⁴ שם, עמ' 326.

¹¹⁵ שם, עמ' 337.

¹¹⁶ גרשטם, לעיל ה"ש 10, עמ' 5.

"included in the family of state-sanctioned human relations"¹¹⁷. כל פשרה בעניין מעבירה את המסר שמערכות יחסים אלה נחותות במעמדן ומהוות פגיעה וביזוי של עקרונות דתיים. מכאן השימוש בביטוי "אזרחי" (Civil-Union) או "שותפות" (Domestic-Partnership) מלמדים כי ההכרה היא מהמדינה ואין באיחוד זה, מעצם מהותו, משמעות רוחנית כלשהי.¹¹⁸

יצירת מערכת מקבילה לנישואין יכולה להיות מוסברת רק עקב האמונה שנישואין בין בני זוג מאותו המין יחללו את מעמד מוסד הנישואין עצמו ומכאן, מדובר בתוצאה של הפליה ושנאה.¹¹⁹ עמדה דומה עלתה בבית המשפט העליון במסצ'וסטס שקבע שההבדל הלשוני בין "איחוד אזרחי" ל"נישואין" אינו ראוי. הבחנה זו, לפי בית המשפט, משקפת שהמטרה היא להעניק לזוגות מאותו המין הסדר מסוג ב' ובכך לנסות ולמחוק את כתם ההפליה בחוקי הנישואין.

חלק ג' – נישואין אזרחיים מול חופש הדת והמצפון

כזכור, התפיסה של הנישואין בארה"ב אינה לחלוטין "אזרחית". מדובר באומה דתית שבספרה הפוליטית שלה פועל לובי חזק שנאבק בהתפתחויות בסוגיה זו ומבקש לשמור על ערכי המשפחה המסורתיים. מכאן נובע המתח בין זכותם של בני זוג מאותו המין לנישואין ולשוויון לבין חופש הדת. אמנם, נראה שלא סביר שכוהן דת יחויב על ידי המדינה לערוך איחוד שאינו עולה בקנה אחד עם אמונותיו¹²⁰ אך השאלה הופכת משמעותית כשעוסקים בפקידים או נציגי ציבור שמתוקף תפקידם יאלצו לסייע בטקסי נישואין ואף לערוך אותם.

מחד, סירוב מצידם פוגע בזכותם של בני הזוג להינשא ואין לאפשר זאת. זוגות אלה יתרעמו על כך שגורמים ציבוריים יוכלו שלא להעניק להם שירות, לו הם זכאים לפי החוק, ולהתייחס אליהם באופן מפלה.¹²¹ מאידך, נישואין אלה הינם תופעה חדשה ויתכן ויש להתחשב בפקיד שלא ידע כי יידרש לערוך טקסים אלה. הדוגלים בגישה זו מתנגדים לחייב, או להעניש, את מי שלא מוכן לבצע טקס נישואין כאשר יש אופציות אזרחיות חליפיות (פקיד אחר שיכול לסייע, למשל). שימוש בכוח כופה מצד המדינה ופגיעה בחופש האמונה צריך להישמר למקרים נדירים ונחוצים בלבד.

עם זאת, למתן היתר נישואין לבני זוג מאותו המין השלכות רחבות יותר מעצם ביצוע הטקס. נישואין אלה ידרשו מגוון של שירותים ממשלתיים ומסחריים (דיור, אימוץ, ייעוץ נישואין וכו'),

¹¹⁷ Baker v. Vermont, 744 A.2d 864, p.44 (Vt. 1999) (להלן, פרשת Baker), שטרסר, לעיל ה"ש 69, עמ' 34.

¹¹⁸ שטרסר, לעיל ה"ש 69, עמ' 128.

¹¹⁹ שם, עמ' 34.

¹²⁰ Robin Fretwell Wilson, *Matters of Conscience: Lessons for Same-Sex Marriage from the Healthcare* Context, in *Same-Sex Marriage and Religious Liberty*, p. 97 (Douglas Laycock ed., 2008) (להלן, **וילסון**).

¹²¹ שם, עמ' 99.

אך עבור גורמים רבים מתן השירותים מהווה בעיה מוסרית משום אמונתם כי בכך הם מסייעים לחטא. גם מוסדות דת המתנגדים לתופעה עלולים להיפגע שכן, יתכן ומחשש להאשמה בהסתה או בפשעי שנאה, בתי תפילה ימנעו מלדרוש או להטיף כנגד קיום טקסים אלה, כפי שמתחייב מאמונתם.¹²² כך, ההכרה המשפטית בנישואין עלולה להוביל להגבלה משמעותית על הזכות להתנגדות מצפונית לקיומם. כך, למשל, בפרשת *Ocean Grove* תבע זוג נשים כנסייה על כך שלא איפשרה להן לערוך טקס בשטחה. השטח המדובר לא היה מבנה הכנסייה עצמה אלא טיילת ששייכת לה, ובפועל נעשה בה שימוש ציבורי, אך עדיין הסוגיה מעוררת שאלות קשות.¹²³

מאידך, נראה שבפועל הפגיעה בחופש הדת אינה מתחייבת מהמציאות. ראשית, הפסיקה בארה"ב מייחסת חשיבות יתרה לעקרונות של חופש הביטוי וחופש הדת. המחוקק גם מעניק פטור מטעמי מצפון בחוקים מסוימים וישנה התחשבות בפקידים רושמי הנישואין. אכן, ההנחה שאין הבדל בין נישואין בין בני זוג מאותו המין לנישואין מסורתיים נתונה למחלוקת ומעלה קשיים דתיים עבור חלק מהאוכלוסיה, אך אלה אינם "מכת מוות" לחופש הדת והאמונה. קשיים אלה ניתנים לפתרון ולפשרה בתוך שיח מכבד של משפט, דת וגבולות של חופש וחירות בחברה.

שנית, בל נשכח כי לחופש הדת ישנו צד אחר והוא הקהילות הדתיות אשר תומכות בנישואי בני זוג מאותו המין. לא כל הדתות שותפות לאותה התפיסה באשר לטבעם של הנישואין, ויש קהילות של קווייקרים, בודהיסטים, יהודים רפורמים וכתות נוצריות שמעוניינות לערוך טקסי נישואין של בני זוג מאותו המין כחלק מעיקרי אמונתן. הצד האחר של טיעוני חופש הדת בסוגיה זו זוכים לעיתים קרובות להתעלמות. כך, בפרשת *Shahar* נדון מקרה בו מעביד חזר בו מהצעת עבודה לאישה אשר נישאה לבת זוגה בטקס דתי יהודי. העותרת לא ייחסה לטקס משמעות משפטית או אזרחית, אלא ראתה בו כטקס דתי בלבד.¹²⁴ ועל אף שהמעביד, התובע הכללי של מדינת ג'ורג'יה, טען שהחזרה מהצעת העבודה נעשתה בשל עריכת הטקס, בית המשפט דחה טענה של פגיעה בחופש הדת.¹²⁵

מכאן, ההעמדה של שוויון מול אמונה בסוגיה של נישואין של בני זוג מאותו המין נדמית פשטנית. אכן, מתן היתר לנישואין אלה ישפיע על חופש הדת ויתכן ואף יגביל אותו במידת מה אך הפגיעה אינה אנושה כפי שהמתנגדים טוענים. יש, כמובן, לייחס לפגיעה זו משקל אך היא אינה מחייבת

Marc D. Stern, *Same-Sex Marriage and the Churches*, in *Same-Sex Marriage and Religious Liberty*,¹²² p.6 (Douglas Laycock ed., 2008)

Spoto, Mary-Ann, State sides with lesbian couple in fight against Ocean Grove association, NJ.COM¹²³ (Dec. 30, 2008), available at:

www.nj.com/news/index.ssf/2008/12/judge_rules_monmouth_church_gr.html

Shahar v. Bowes, 144 F.3d 1097 (11th Cir. 1997), par. 9-10.¹²⁴

שם, פסי' V. שטרסר, לעיל ה"ש 66, עמ' 123.¹²⁵

איסור מוחלט של נישואין בין בני זוג מאותו המין. ניתן, וראוי, לתת מענה לקשיים הדתיים בתוך המסגרת החוקית של נישואין אלה. זו יכולה להיעשות באמצעות פטורים מטעמי מצפון ובשמירה שיפוטית על 'מרחב בטוח' לביטויי התנגדות לנישואין אלה על ידי מוסדות ופרטים.

אם כן, נראה כי במסגרת אזרחית של נישואין (ולעניין זה, גם אם נקבל את שורשיו הנוצריים של המוסד, כיום התפיסה הציבורית רואה בו כחילוני) אין מנוס מלהתייחס לפגיעה בשוויון, להפליה ואף לפגיעה בחופש הדת שמתלווים לאיסור על נישואין אלה. כפי שקבעה הפסיקה במסצ'וסטס, כתם חוקתי זה אינו יכול להימחק באמצעות 'משחקי הגדרות' או מוסדות המיועדים רק לבני אותו המין – הדרישה היא להכרה בזכות לנישואין ומתן גישה שווה למוסד זה. הזכות החוקתית לנישואין בארה"ב השפיעה על מעמדם של בני זוג מאותו המין ובמקרים רבים הייתה הבסיס, או ההשראה, להקנות להם גישה שווה למוסד הנישואין.

פרק ד' – הפגיעה הכלכלית והחברתית בבני זוג מאותו המין

העדפת זוגות נשואים בחקיקה: הצדקות וביקורות

קושי נוסף הנובע מהיעדר האפשרות של בני זוג מאותו המין להינשא נוגע לזכאותם להכרה חוקית במדינתם ולשוויון זכויות חברתיות וכלכליות כזוג לכל דבר. למרות שזוגות אלה לא זוכים להגנה במסגרת מוסד הנישואין, הם עדיין חיים יחד, מנהלים משק בית משותף ומגדלים ילדים. הסדרים הקשורים לסוגיות אלה לא תמיד חלים, במלואם או בכלל, על זוגות מאותו המין ובכך, דיני המשפחה והמשפט האזרחי הנוהג במדינה מפלה אותם מול זוגות בני מין שונה שעל פניו, מנהלים סגנון חיים דומה.

ההצדקה של המדינה להיטיב עם בני זוג נשואים, על פני יחידים או זוגות לא נשואים, נסמכת על שתי היבטים עיקריים: דת ויציבות. מבחינה דתית, מוסד הנישואין נתפס כדרך אידיאלית לחיים וביהדות אף נתפס בגדר מצווה ממש.¹²⁶ מכאן, יתכן והמדינה מונעת מטעמים דתיים כשהיא בוחרת לעודד מסלול זה של מערכת יחסים. מבחינת היציבות, ישנה תפיסה לפיה הנישואין משקפים רמת מחויבות גבוהה ויציבות רבה יותר בקשר. ולכן, על המדינה לעודד דפוס משפחתי זה על פני החיים יחד ללא נישואין.¹²⁷

מנגד, יש הטוענים שעל המדינה להיות נייטראלית בהענקת זכויות לתאים משפחתיים מסוגים שונים או, לכל הפחות, לבכר את עיקרון הפונקציונאליות. במרבית המקרים, זוגיות ללא נישואין מתפקדת באופן דומה לזו שבמסגרת הנישואין. ובראייה זו, זכויות כלכליות הנוגעות לענייני מס או ביטוח לא נועדו לחזק או להחליש את מוסד הנישואין. תכליתם היא ליצור יחס מיוחד לאנשים התלויים זה בזה כלכלית ומנהלים משק בית משותף ולכן, נראה שאין סיבה לחייב שמערכת יחסים זו תעוגן דווקא בנישואין.¹²⁸

בנוסף לחקיקה התומכת כלכלית בזוגות נשואים, המדינה מקנה לזוגות אלה אפשרויות חברתיות-משפחתיות ייחודיות. במקרים רבים, זוגות נשואים בלבד הם שרשאים לאמץ ילדים ממוסדותיה של המדינה או לקחת חלק בהסדרים של פונדקאות או טיפולי פוריות. כמו כן, המדינה מעורבת בחקיקת חוקים ייחודיים לזוגות נשואים. לרוב, המדינה יוצרת נורמות משפטיות על מנת להסדיר

¹²⁶ שיפמן, לעיל ה"ש 3, עמ' 162-163.

¹²⁷ ליפשיץ, לעיל ה"ש 34, עמ' 199.

¹²⁸ רובנישטיין, לעיל ה"ש 21, עמ' 450-451.

היבטים מסוימים בחיי המשפחה עבור זוגות נשואים בלבד. למשל, זכויות רפואיות, משמורת וטיפול בילדים, הסדרים כלכליים בזמן ובסיום הנישואין, ירושה וכו'. זאת בניגוד לזוגות שחיים ללא נישואין, שבהיעדר התייחסות חוקית ספציפית, פונים לדינים הכלליים של חוזים ונזיקין.

לדעת רבים, אין מקום לבכר זוגות החיים יחד במסגרת נישואין לעומת זוגות שלא נישאו, זאת כל עוד שהם, בדומה למקביליהם הנשואים, מקיימים יחד משק בית משותף ותלויים זה בזה מבחינה רגשית, כלכלית וחברתית. יש מקום לנתק את מערכת הזכויות והחובות ממעמד הנישואין וליישם אותה כלפי זוגות העומדים בקריטריונים מסוימים.¹²⁹ מדינות רבות התייחסו לקושי של ההבחנה ה'קרה' שבין זוגות נשואים ללא-נשואים ופיתחו, כתגובה לכך, צורות והסדרים ייחודיים עבור בני זוג אלה. להלן, נעסוק בהסדרים אלה בישראל ובארה"ב ונבחן עד כמה הם מצליחים להתמודד עם הפגיעה הכלכלית והחברתית של זוגות בני אותו המין שלא מורשים להינשא.

ישראל

חלק א' – ידועים בציבור – מבוא

ידועים בציבור הוא כינוי לבני זוג שהיחסים ביניהם דומים ליחסים שבין בני זוג נשואים אך אלה אינם נשואים משפטית. המשפט הישראלי מייחס משמעות לסטטוס זה ומקנה לזוגות אלה מעמד במסגרת חוקים רבים, עד שיש אף הטוענים כי זוגיות זו עדיפה מזו של נישואין ממש.¹³⁰ המדיניות של בתי המשפט בעבר העניקה זכויות לידועים בציבור רק אם צוינה אפשרות זו בחוק. בנוסף, רוב החוקים שהוחלו במפורש היו סוציאליים שבאו לידי ביטוי לאחר מות אחד מבני הזוג. עם זאת, כיום מגמת הפסיקה היא של החלה של מגוון רחב, ככל הניתן, של חוקים על זוגות אלה.¹³¹

על אף שבישראל יש ביקורת דתית ומוסדית כלפי זוגיות זו,¹³² למוסד הידועים בציבור ולהרחבתו בידי בתי המשפט יש רציונאליים מהותיים. ראשית, החיים כידועים בציבור אינם תמיד בבחינת בחירה. עבור זוגות רבים זו תוצאה של מגבלות הדין הדתי או, שמסיבות מצפוניות, אין הם רוצים להיכלל במוסד דתי. אלה ידועים בציבור "תוצרת ישראל" שלמרות רצונם בקשר מחייב, אין להם זכות לנישואין. שנית, זוגות אלה מתפקדים כזוג נשוי לכל דבר ועניין ולכן, אין לגרוע מהם הטבות

¹²⁹ שם, עמ' 451

¹³⁰ שיפמן, לעיל ה"ש 3, עמ' 157, שטרית, לעיל ה"ש 12, עמ' 295.

¹³¹ ליפשיץ, לעיל ה"ש 34, עמ' 227-229.

¹³² הרב ישראל רוזן, "ברית זוגיות? בטלו את "הידועה בציבור" ידיעות אחרונות (19.02.2009) YNET

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3674467,00.html>

או זכויות. שלישית, בהיעדר הכרה וחובת שיתוף כלכלי, בן הזוג ה"ביתי" (לרוב, יהיו אלה נשים) יפגע לאחר פרידה, כשבן הזוג האחר יתעשר על חשבונו. ניתן ללמוד 'מכללא' על המחויבות בין בני הזוג מהתנהלותם ולאכוף את ההסכמים הפנימיים ביניהם ללא קושי של ממש.¹³³

לכן, המחוקק ובתי המשפט החילו חוקים והסדרים רבים שיועדו לזוגות נשואים גם על זוגות של ידועים בציבור. כך, מהווה מוסד הידועים בציבור תחליף זוגיות מעין רשמי הזוכה להכרה ולהגנה מסוימת מידי המדינה. הוא נתפס כמוסד חילוני שעולה בקנה אחד עם חירות הפרט לעצב את חי המשפחה שלו כראות עיניו ולפי צו מצפונו.¹³⁴ ומכאן, יש אשר רואים בו משום פתרון למצוקת הנישואין בישראל.

חלק ב – ידועים בציבור מאותו המין

על אף שבני זוג מאותו המין הינם מקרה מובהק של מנועי חיתון, זוגות אלה אינם זכאים להצטרף בצורה גורפת ושווה למוסד הידועים בציבור בישראל. גם כיום, עולה בפסיקה גישה דו-ערכית לסוגיה של בני זוג מאותו המין כידועים בציבור. אין קביעה לפיה זכויות של ידועים בציבור חלות אוטומטית על ידועים בציבור מאותו המין, אלא ישנה בחינה פרטנית לכל זכות או חובה. עמדה זו עלתה לראשונה בפרשת **דנילוביץ'**. בפרשה זו, שהינה ההלכה עד היום, נקבע כי יש לבחון כל מקרה באופן עצמאי ולוודא אם יש שונות רלוונטיות שמצדיקה את היחס השונה בין זוגות מאותו המין לבין זוגות ממין שונה. ומכאן, אין בעצם היחס הלא-שווה משום הפליה.¹³⁵

מחד, זכו בני זוג מאותו המין להכרה בפסיקה כידועים בציבור ולזכויות השוות הנגזרות מכך במגוון פסקי דין בערכאות הגבוהות. כך, למשל, זוגות מאותו המין הוכרו כזכאים לקצבת שארים ולפנסיה של בני זוגם שהלכו לעולמם. בפרשת **לוי** קבע בית המשפט כי זוג גברים נחשב כידועים בציבור לצורך זכאות לפנסיה ולקצבת שארים.¹³⁶ מוסד הביטוח הלאומי אף יצא בקריאה לזוגות אלה למצות את זכויותיהם.¹³⁷ הפסיקה אף הלכה צעד קדימה בסוגיה זו והכירה, בשנת 2010, בגבר כידוע בציבור של מנוח למרות שהקשר בין השניים נשמר בסוד. בית הדין האזורי לעבודה

¹³³ ליפשיץ, לעיל ה"ש 34, עמ' 47-49.

¹³⁴ שם, עמ' 45.

¹³⁵ פרשת **דנילוביץ'**, לעיל ה"ש 86, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיא (דאז) ברק.

¹³⁶ ע"ב (ת"א) 3816/01 **לוי נ' מבטחים** (לא פורסם, 25.06.2001).

¹³⁷ דניאל אדלסון "הביטוח הלאומי לאלמנות לסביות: הגישו תביעות" **ידיעות אחרונות** YNET (15.07.2009).

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3746798,00.html>

קבע כי במידה ובני הזוג "בארוך" יש להקל לגבי מידת ההוכחה. ההכרעה הייתה רגישה למצב זה ולא הניחה לחיים "בארוך" להוות גורם לשלילת זכויות מבני הזוג.¹³⁸

מאידך, הפסיקה לעיתים לוקחת "צעד אחורה" ומשנה מפסיקות, שקודם לכן, הקנו מעמד והכרה לבני זוג מאותו המין כידועים בציבור. למשל, חלה תפנית בהכרה בהסכמי חיים משותפים על ידי בית משפט לענייני משפחה. בפרשת **זמר** הוכרע כי לבית המשפט יש סמכות לאשר הסכמים בין ידועים בציבור, לרבות הסכמי ממון.¹³⁹ עוד לפני הכרעה זו, אישר בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע הסכם זוגיות בין בנות זוג מאותו המין בטענה כי "הגדרת המשפחה היא הגדרה רחבה, ושתי בנות הזוג עונות על הגדרת 'בן משפחה' שבחוק בתי המשפט לענייני משפחה".¹⁴⁰ עם זאת, בפסיקה אחרת קבע בית המשפט, בהתבסס על דעת המיעוט של קדמי בפרשת **דנילוביץ'**, כי בני זוג מאותו המין אינם נחשבים ל"זוג" ולכן, גם אינם "ידועים בציבור".¹⁴¹ ולכן, אין קביעה ברורה לגבי מעמדם של בני זוג אלה ויכולתם לאשר הסכמי ממון ולהיחשב כידועים בציבור.

תגובות שונות נרשמו גם לעניין ירושה של בני זוג מאותו המין. גם בהיעדר צוואה מפורשת, ידועים בציבור יורשים זה את זה בדומה לזוג נשוי: חוק הירושה מקנה זכות ירושה ל"איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה".¹⁴² בשנת 2004 קבע בית המשפט כי לשון הסעיף אינה שוללת מידועים בציבור מאותו המין לרשת זה את זה.¹⁴³ היועמ"ש לא ערער על הכרעה זו והוסיף הנחיה המבקשת להשוות את זכויותיהם של ידועים בציבור מאותו המין בכל הנוגע לזכויות רכושיות. עם זאת, עולה בפסיקה גם התנגדות לעמדה זו. ובשנת 2008 קבע בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע כי ההלכה הקודמת אינה מחייבת ואינה ראויה.¹⁴⁴ ובכך, גם בשאלה של ירושה, מעמדם של ידועים בציבור בני אותו המין נותר לא יציב.

הדוגלים באי-הכרה של זוגות בני אותו המין כידועים בציבור מבססים את עמדתם בכמה בחינות. ראשית, המחוקק הקנה זכויות לידועים בציבור באופן ברור ומכאן, אם ניצמד ללשון החוק ניווכח כי הוא אינו כולל בתוכו סעד לבני זוג מאותו המין. ללא הוראה מפורשת של המחוקק המתייחסת

¹³⁸ ע"ד עירא הדר "ידועים בארוך" GOGAY (10.05.2010)

<http://www.gogay.co.il/content/article.asp?id=9124>

¹³⁹ רע"א 6854/00 **היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר**, פ"ד נו(5) 491, פס' 6 לפסק דינה של השופטת דורנר (2003).

¹⁴⁰ תמ"ש (ב"ש) 8510/01 **אלמונית נ' אלמונית** (לא פורסם, 2001)

¹⁴¹ תמ"ש 21030/00 **ליבמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 9 לפסק דינו של השופט שנהב (לא פורסם, 17.03.2002).

¹⁴² סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 446 (להלן, **חוק הירושה**), ליפשיץ, לעיל ה"ש 34, עמ' 108.

¹⁴³ ע"א (נצ'י) 3245/03 **ירושת המנוח ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 15 לפסק דינו של סגן הנשיא ממך (לא פורסם, 11.11.2004).

¹⁴⁴ יובל יועז "ביהמ"ש מסיג לאחור את הזכויות הרכושיות של זוגות חד-מיניים", **גלובס** (07.10.2010).

<http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000592156>

לזוגות אלה, לא ניתן יהיה להחיל את החוקים הללו לגביהם.¹⁴⁵ בעת כינון המוסד לא הייתה ציפייה שהוא ישרת בני זוג מאותו המין ולכן חוקים רבים המתייחסים לידועים בציבור משתמשים בלשון "איש ואישה". העניין שכיח בהסדרים של הורות אשר מדירים במפורש בני זוג מאותו המין. כך, קובע חוק אימוץ ילדים כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד"¹⁴⁶ ובחוק הסכמים לנשיאת עוברים ההתייחסות להורים המיועדים היא "איש ואישה שהם בני זוג".¹⁴⁷ שנית, הפסיקה עוררה גם את טעם תקנת הציבור כהצדקה לדחיית תביעות של בני זוג מאותו המין להכרה כידועים בציבור "אין בית-המשפט מנוע מלדחות את הבקשה מטעם שבתקנת הציבור (כגון הסכם בין שני גברים או בין שתי נשים)".¹⁴⁸ יתכן, אם כן, כי מכוח תקנת הציבור, על הפסיקה לפרש את המונחים של "בן זוג" או "משפחה" בהתאם לקונצנזוס המקובל בחברה כיום ובכך, לא לכלול ולהתייחס לבני זוג מאותו המין ולתא המשפחתי שאלה יצרו.

חלק ג' – האם ההסדר הוא פתרון לפגיעה הכלכלית והחברתית בבני זוג מאותו המין?

על כל פנים, נראה כי הפגיעה הכלכלית והחברתית של בני זוג מאותו המין אינה יכולה להיפתר גם על ידי הגדרתם כידועים בציבור לכל דבר ועניין. שכן, מעמד הידועים בציבור טומן בחובו היבטים בעייתיים שחלקם "כלליים" ומשותפים לכל הזוגות וחלקם מעוררים קשיים ייחודיים עבור זוגות אלה. מבחינה כללית, ישנן שלוש בעיות מרכזיות במוסד הידועים בציבור כיום שכמובן, ישפיעו גם על זוגות בני אותו המין.

ראשית, ידועים בציבור לא זכאים למלוא הזכויות והחובות שמקנים הנישואין. בשנים האחרונות מעמדם כמעט והשתווה לזה של זוגות נשואים אך קיים עוד אי-שוויון בתחומים מסוימים. כך, למשל, חוק פיצויי פיטורין מתיר לעובד להתפטר בדין מפוטר לרגל נישואיו בעוד שידועים בציבור לא זכאים לכך.¹⁴⁹ ידועה בציבור לא זכאית לפטור משירות צבאי כאישה נשואה. הכלל בדיני הראיות המונע מאדם להעיד בהליך פלילי נגד בן-זוגו¹⁵⁰ לא הוחל על ידועים בציבור. וזוגות אלה נתקלים בקשיים בקבלת משכנתא, בהליך התאזרחות של בן זוג זר ובהיבטים נוספים.

¹⁴⁵ בן-דרור, לעיל הי"ש 76, עמ' 318.

¹⁴⁶ סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 1028.

¹⁴⁷ סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 1577.

¹⁴⁸ ע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(1) 673, פסי' 13 לפסק דינו של השופט גולדברג (1985).

¹⁴⁹ סעיף 1(8) לחוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963, ס"ח 404.

¹⁵⁰ סעיף 3 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, ס"ח 705.

שנית, למרות הצעות בנושא, לא קיים רישום מוסדר לידועים בציבור.¹⁵¹ על בני הזוג להתדיין מול כל רשות בנפרד על מנת לממש את זכויותיהם או לתבוע לאחר פרידה או מוות של אחד מהם, הכרה בדיעבד כידועים בציבור. שלישית, ישנן טענות על שימוש מניפולטיבי, לאחר פרידה, בטענה של צד אחד כי הקשר בין בני הזוג היה של ידועים בציבור. חשש זה מתקשר להיעדר הרישום המוסדר שכן, לא מוטלת על בני הזוג חובה להצהיר על מחויבותם זה לזה על מנת להיחשב כידועים בציבור. כמו כן, תנאי הסף על מנת להיחשב ידועים בציבור "קלים" ומאפשרים תביעה במקרים רבים. כך, הפסיקה הכירה בזוג כידוע בציבור גם בהיעדר של מקום מגורים קבוע, רמזים להפרדת רכוש, חוסר נאמנות ואלימות. והיא אף סירבה לקבוע פרק זמן מינימאלי לצורך הכרה כידועים בציבור ובמקרה מסוים, אף הסתפקה במספר חודשים.¹⁵²

מכאן, עצם המעמד של ידועים בציבור אינו יציב. היקף הזכויות אמנם גדל עד כי זוגות אלה נהנים מחזקת השיתוף ואף מחובה מסוימת של מזונות לאחר פרידה¹⁵³ אך לא חלה התפתחות בנושאים של רישום ובבחינה לעומק בשאלה של כניסה ל"סטאטוס" זה. בעיות אלה ישפיעו גם על זוגות בני אותו המין: היעדר רישום מוסדר יאלץ אותם לתבוע הכרה במעמדם מול כל רשות ומוסד באופן מסורבל. וכמו זוגות ממין שונה, הם יהיו חשופים לתביעות מניפולטיביות ויסתכנו בהכרעות שלא משקפות את רצון הצדדים בעת קיום הקשר. בסופו של דבר, פגמים אלה במוסד הידועים בציבור יסבו לבני זוג מאותו המין פגיעה כלכלית וחברתית.

כמו כן, בני זוג מאותו המין נתקלים בקושי ייחודי בכל הנוגע להגדרתם כידועים בציבור אשר נובע מתנאי הסף שפותחו בפסיקה. על מנת לבחון האם קשר זוגי 'עלה מדרגה' וניתן להגדירו כקשר של ידועים בציבור, מתייחס בית המשפט לסוגיות של נאמנות, ניהול משק בית משותף, קיום תדיר של יחסי מין וכו'. בכך, על מנת לזכות בהכרה יש 'להעתיק' את הדגם של המשפחה המסורתית.¹⁵⁴ עם זאת, חלק מהזוגות בני אותו המין לא דוגלים במונוגמיה וחלקם לא מנהלים משק בית משותף משום שהם "בארוני". אמנם, עולה בפסיקה רגישות מסוימת לעניין הסודיות ואי הקפדה על קיום תנאי הסף ועדיין, נראה שמודל הידועים בציבור מבוסס על שאלת ה"כמו" ומבקש להכיר בזוגות מאותו המין רק אם הם מתפקדים ובנויים לפי הדגם ההטרורסקסואלי. מכאן, זוגות רבים שרואים עצמם כמחויבים לכל דבר ועניין ייפסלו על ידי בתי המשפט ולא יתפסו כידועים בציבור.

¹⁵¹ ליפשיץ, לעיל ה"ש 34, עמ' 224, 374.

¹⁵² שם, עמ' 93-94.

¹⁵³ שם, עמ' 89, 91.

¹⁵⁴ בן-דרור, לעיל ה"ש 79, עמ' 422.

לסיכום, נראה כי מודל הידועים בציבור בישראל אינו מספק לפתרון אי-השוויון הכלכלי והחברתי בו נתקלים זוגות בני אותו המין. מעמדם של בני זוג ידועים בציבור נבדל ממעמדם של זוגות נשואים ובכך, זוגות בני אותו המין שלא יכולים לבחור להינשא נפגעים מאי-שוויון זכויות. בנוסף, הפסיקה מבחינה בין ידועים בציבור מאותו המין לבין ידועים בציבור ממין שונה ולא מקנה להם זכויות ומעמד זהה. כמו כן, נראה כי גם אם יוכרו בני זוג מאותו המין כי ידועים בציבור הם עדיין ייפגעו מהבעיות המבניות של מוסד זה ומהגישה ההטרקסואלית של בתי המשפט. כך, הפגיעה הכלכלית-חברתית של היעדרה של זכות לנישואין לאוכלוסיה זו אינה ניתנת לפתרון.

ארה"ב

חלק א' – ידועים בציבור – מבוא

מוסד הידועים בציבור¹⁵⁵ אינו משוכלל ורחב היקף כפי שהוא בישראל. משום שהנישואין בארה"ב הם אזרחיים וככלל, גם מטילים פחות מגבלות על בני הזוג, נדמה שלא היה צורך בפיתוח מוסד הידועים בציבור ובהרחבת היקף הזכויות הנכללות בו. כך, עבור רבים בארה"ב, המגורים יחד נתפסים כיתקופת מבחן בלבד, לפני ההחלטה על הנישואין, ולא כבחירה בפני עצמה. ועל כך ניתן להוסיף כי בחלק מהמדינות קיים עוד איסור פלילי על מגורים יחד ללא נישואין (על אף שזה אינו נאכף).¹⁵⁶

נוכח זאת, ארה"ב מקנה זכויות מדינתיות ופדרליות רבות לזוגות הנשואים. הזכויות המדינתיות, על פי רוב, כוללות הטבות של ביטוח רפואי משפחתי, זכויות ביקור בבתי חולים, שליטה בהלוויה ובסידורי הקבורה של בן הזוג, ירושה אוטומטית, חסינות מעדות נגד בן הזוג במשפט וכו'. ומבחינה פדרלית, נראה שישנם אלפי הסדרים חוקיים אשר מתייחסים לנישואין כגורם המשפיע על זכאות בני הזוג להטבות מסוימות. למשל, זוגות נשואים זכאים לפטורי מס בענייני הכנסה ומקרקעין. לזוג נשוי ישנה זכאות לשינוי שם בעקבות הנישואין ולמשמורת וזכויות הוריות על

¹⁵⁵ בארה"ב אין מונח אחד מקביל למוסד הידועים בציבור בישראל. לצורך עבודה זו, הכוונה היא להסדרים השונים המתייחסים לבני זוג לא נשואים ומקנים להם מעמד זכויות, בדרגות משתנות. דוגמת Domestic Partnership או Civil Union.

¹⁵⁶ כך למשל במדינות פלורידה, מיסיסיפי, מישיגן ווירג'יניה.

ילדיהם. ובנוסף, נישואין מקנים הטבות מוגדלות בתוך תוכניות פדרליות מסוימות (לדוגמא, בחוקים המתגמלים חיילים שהפכו נכים במהלך שירותם הצבאי).¹⁵⁷

הקריאה לשכלול מוסד הידועים בציבור עלתה, שלא במפתיע, כתגובה לדרישה של בני זוג מאותו המין להינשא. צעד זה היטיב עם התומכים באיסור על נישואין של בני זוג מאותו המין ונתפס על ידם כשביל ביניים מוצלח. כך, מתן הכרה חוקית לזוגיות זו דרך מסלול מקביל של זכויות וחובות, שזהה לנישואין בכל דבר פרט לשמו, החלישה את טיעון ההפליה של קהילת הלהט"ב בסוגיה של נישואין ושמרה על מוסד הנישואין בצורתו המסורתית. שהרי, זוגות בני אותו המין לא הופלו מול זוגות ממין שונה בכל הנוגע לזכויות החברתיות והכלכליות שמציע מוסד הנישואין, גם אם עדיין לא הורשו להצטרף למוסד זה.

מקרי מבחן – קליפורניה ורמונט

זו הייתה דרך הפעולה של מדינות ורמונט וקליפורניה. בקליפורניה קיים משנת 99 הסדר של שותפות ביתית רשומה (Domestic Partnership). מדובר בהסדר חוקי שמוצע לזוגות בני אותו המין (ובמידה פחותה, פתוח גם לזוגות ממין שונה כשאחד מבני הזוג מעל גיל 62).¹⁵⁸ עם השנים, ההסדר גדל בהיקפו וכעת מאפשר לבני הזוג ליהנות מרוב מוחלט של זכויות, הגנות והטבות אשר מציע מוסד הנישואין וכמו גם, לשאת בנטל של החובות ותחומי האחריות שזה כולל. לדוגמא, בני הזוג בשותפות רשומה זכאים להחליט בנושאי בריאות של בני זוגם, נהנים מהליכי אימוץ דומים לזה של הורה-חורג, מחויבים להגיש דוחיות מס משותפים וכו'. אך בהסדר עדיין יש הבדלים בין שותפות רשומה לבין נישואין במספר היבטים. למשל, על בני זוג בשותפות רשומה חובה לגור יחד (בעוד שחובה זו לא מוטלת על זוגות נשואים) והם לא זכאים לתוכניות ביטוח מדינתיות.¹⁵⁹

בורמונט, לעומת זאת, הסדר של איחוד אזרחי מקנה לבני הזוג את מלוא הזכויות והחובות של מוסד הנישואין. כזכור מפרק ג', בפרשת Baker בית המשפט העליון של ורמונט איפשר למדינה להשוות איפשר למדינה להשוות את זכויותיהם של בני זוג מאותו המין דרך מסלול של איחוד אזרחי (Civil Union). לדעת בית המשפט, הקושי העיקרי בו נתקלים זוגות אלה הוא

¹⁵⁷ גרשטם, לעיל הי"ש 10, עמ' 21. ניתן גם למצוא סעיפים ספציפיים בקישור הבא:

<http://www.gao.gov/new.items/d04353r.pdf>

¹⁵⁸ California Family Code Sec. 297-295.5 (2010)

¹⁵⁹ Bob Egelko, "Same-sex couples sue over state insurance", SFGate (14.04.2010)

http://articles.sfgate.com/2010-04-14/bay-area/20848622_1_long-term-care-same-sex-partners-care-or-nursing-homes

ההפליה ואי-השוויון הכלכלי-חברתי מול זוגות בני מין שונה ולכן, די במציאת הסדר שישווה את מעמדם כדי לעצור את ההפליה, גם אם זה לא יוגדר כנישואין ממש.

חלק ב' – האם ההסדר הוא פתרון לפגיעה הכלכלית והחברתית של זוגות בני אותו המין?

מבחינת הפגיעה הכלכלית והחברתית, עולה ביקורת כלפי הבחירה בכלי הידועים בציבור כפתרון. ראשית, ההסדר אינו בהכרח משווה את זכויותיהם ומעמדם של בני זוג מאותו המין לאלה של בני זוג ממין שונה. כפי שעלה במקרה של קליפורניה, היקף הזכויות והחובות אינו זהה. למרות שניתן להצדיק, על פניו, שינויים בשל רמת המחויבות השונה או הרצון לעודד מערכות יחסים יציבות של נישואין, אין לבני זוג מאותו המין יכולת להינשא כלל. לכן, הפגיעה הכלכלית והחברתית, גם אם מצומצמת בהיקפה, אינה מוצדקת או ראויה. ומכאן, הסדר של ידועים בציבור לא פותר את אי-השוויון ואת ההפליה בה נתקלים זוגות בני אותו המין.

שנית, נראה כי גם ההסדר של ורמונט שמשווה לחלוטין את הזכויות והחובות הינו בעייתי. משום שאיחוד אזרחי לא יוכר או יכובד במדינות אחרות, הוא לא מאפשר זכויות, הטבות, הגנה וביטחון זהים ושווים.¹⁶⁰ כך, הסדרים אלה אינם חזקים דיים על מנת לקיים את זכותם של בני הזוג לטייל. הזכות לטייל הוכרה כזכות חוקתית¹⁶¹ והינה בעלת חשיבות עליונה בחברה דינאמית כמו ארה"ב, בה זוגות רבים עוברים ממדינה למדינה בחיפוש אחר תעסוקה או השכלה. למעשה, נראה כי זוגות אלה 'לכודים' במדינה שמכירה בזוגיות שלהם והמחיר של כניסה למדינה אחרת הוא של ויתור על הזכויות הכלכליות והחברתיות בהן זכו קודם לכן. ובעוד שארה"ב מזהה את עצמה כאומה אחת, האובדן עבור זוגות אלה קשה מאוד.¹⁶²

אכן, להסדרים השונים של ידועים בציבור בארה"ב ישנה עדיפות על ההסדר הישראלי בכל הנוגע להתייחסות לזוגות בני אותו המין. בניגוד למצב בישראל, ההסדרים האמריקניים מגובים ברישום של הזוג שמסדיר את מעמדם בחוק ומונע תביעות בדיעבד והתדיינות פרטנית מול גופים שונים. כמו כן, ההסדרים תוכננו במפורש לכלול בני זוג מאותו המין. אלה הם הנהנים העיקריים מהם וזוגות אלה לא מופלים לרעה בתוך אוכלוסיית הידועים בציבור הכללית. בנוסף, ההסדרים מקנים היקף זכויות וחובות רחב ובמקרה של ורמונט, אף משווים לחלוטין את מעמדם של בני הזוג בכל הנוגע לזכויות הכלכליות והחברתיות.

¹⁶⁰ שטרסר, לעיל הי"ש 69, עמ' 23.

¹⁶¹ שם, עמ' 55, (1999) 526 U.S. 489, *Sáenz v. Roe*.

¹⁶² שטרסר, לעיל הי"ש 69, עמ' 73.

ההסדרים שיפרו את מעמדם הכלכלי והחברתי של זוגות אלה בחברה וצמצמו את חוסר השוויון בינם לבין זוגות בני מין שונה. מכאן, נדמה כי ההסדרים בארה"ב מהווים פתרון עדיף בכל הנוגע להפליה בזכויות בה נתקלים בני זוג מאותו המין בשל האיסור עליהם להינשא. אמנם, כפי שצוין, ישנן ביקורות כלפי מודלים אלה. בייחוד, על כך שהם לא מעלימים לגמרי את ההבחנה בין זוגות שנישאו לבין זוגות שלא נישאו (וזאת מפני שלא התאפשר להם) ועל כך שאין הסדרה פדרלית של מעמד זה. אך, ככלל, ההסדרים בהם עסקנו מעניקים לזוגות אלה הכרה חוקית ומסדירה עבורם סוגיות משפחתיות של ענייני ממון, ירושה, משמורת, זכויות רפואיות וכו'. ובכך, מצמצמת את הקושי של אי-שוויון זכויות שגורר האיסור על נישואין של בני זוג מאותו המין.

סיכום

הזכות לנישואין הינה מרכיב מרכזי בתפיסת הכבוד והאוטונומיה של הפרט בעיצוב וביצירה של חיי משפחה. בשל חשיבותה בהיסטוריה האנושית, זכות זו גם זוכה להכרה ולהגנה בכללי המשפט הבין לאומי ובמשפט הפנימי של מדינות שונות, ובפרט של ישראל וארה"ב. הנישואין הינם מוסד חברתי ולכן, אופן מימוש הזכות להינשא משתנה מתרבות אחת לאחרת. אופן מימוש הזכות לנישואין נובע, אם כן, מה"אני מאמין" של המדינה ומבטא את תפיסות העומק שלה בשאלות של "מהי משפחה", מי ראוי להצטרף למוסד הנישואין ומה היקף שיקול דעתו של המחוקק בהגבלה על זכות זו.

כך, בבחינה של אופן מימוש הזכות בישראל, עמדתי על מרכזיותו של הדין הדתי היהודי. מסיבות היסטוריות, הנישואין הדתיים הוסכמו בפשרה שבין הציבור החופשי לציבור הדתי ביישוב בארץ ישראל ומאז, המימוש הדתי של הזכות לנישואין נתפס כחלק מהסטטוס-קוו של יחסי דת ומדינה. עם זאת, נראה כי הדין הדתי מדיר זוגות רבים משערינו. זוגות אלה, המנועים דתית מלהינשא או המסרבים מצפונית להינשא בטקס דתי, מאתגרים את המערכת המשפטית ומנסים להצטרף אל מוסד הנישואין בדרכים עקיפות. פעולה זו, דווקא, מדגישה את החשיבות החברתית של מוסד הנישואין ומשקפת את היותה של הגישה החופשית לנישואין מהותית לכלל הציבור. אך הדרכים הללו אינן מאפשרות מימוש מושלם של הזכות – קיימות עדיין בעיות של נגישות והכרה.

בארה"ב, לעומת זאת, מימוש הזכות לנישואין משקף דווקא את ההפרדה שבין דת למדינה. מוסד הנישואין, על אף מקורותיו הדתיים, נתפס כמוסד חילוני וליברלי. עם התפתחות הנישואין כזכות חוקתית ראשונה במעלה, בוטלו מגבלות רבות על הכניסה למוסד זה ולמחוקק נותר שיקול דעת מצומצם בכל הנוגע למניעה מזוגות המבקשים להינשא, לעשות כן. עם זאת, למרות החופש הקיים בארה"ב בגישה לנישואין או דרכי העקיפה של הדין הדתי בישראל, בני זוג מאותו המין לא נהנים מכך. זוגות אלה נפגעים שיטטית מהתפיסה המסורתית הרואה בנישואין כאיחוד שבין גבר לאישה בלבד ולכן, לרוב, מודרים ממוסד הנישואין.

בשתי המדינות, לאחר ביטול האיסור הפלילי על הומוסקסואליות, תשומת הלב המשפטית החלה לנוע לעבר מתן זכויות 'חיוניות' לזוגות אלה ובפרט, זכותם לנישואין. בעבודה זו התמקדתי בשתי הפגיעות המרכזיות הנובעות מהיעדר אפשרותם של זוגות אלה להינשא: פגיעה בשוויון בגישה אל מוסד הנישואין ופגיעה הכלכלית-חברתית של אי-הזכאות להטבות הנגזרות ממעמד הנישואין.

בבחינה זו, ביקשתי להוכיח כי על אף ההצדקות המצויות להפליה זו, או ההסדרים המיוחדים שנועדו לפתור את אי-השוויון בזכויות הכלכליות-חברתיות, הפגיעה אינה ניתנת להצדקה וגם אינה נפתרת.

באשר לגישה השוויונית למוסד הנישואין, עלה בפרק ג' כי ישנן הצדקות מסוימות למנוע מבני זוג מאותו המין גישה למוסד הנישואין. כמו כן, צוינה הבעייתיות בהקשר הדתי שלבטח תתעורר באם יותרו נישואין אלה ומבחינה משפטית, נראה שערכי השוויון או הסובלנות אינם מספיקים על מנת להתיר נישואין אלה או להצדיק התערבות של הפסיקה בסוגיה רגישה זו. מנגד, השוואה לארה"ב מצביעה על כך, שלמרות מגמת ההתקדמות והנסיגה, מדינות שהתירו בחוק נישואין של זוגות מאותו המין לא נתקלו בקשיים מיוחדים. ויתכן, אם כן, ו"השד אינו כה נורא". מכאן, על ישראל להיות רגישה למשפט ההשוואתי בסוגיה זו וככל שמגמת ההכרה בזוגיות זו תתקדם, עליה לשקף זאת גם במשפט הפנימי שלה.

יתר על כן, בחלק על ישראל ביקשתי להתריע על החשש להפליה של זוגות בני אותו המין גם בתוך הסדר אזרחי כולל. זו הייתה המטרה המקורית בהצעת חוק ברית הזוגיות שאם הייתה מתקבלת, עלולה הייתה, לצד מידור זוגות אלה מההסדר החדש, אף למחוק את כל ההישגים בהם הם זכו במסגרת של ידועים בציבור. משום היותו הסדר אזרחי (שאף לא עושה שימוש במונח 'נישואין') אין להצדיק את ההדרה של זוגות אלה מתוכו משום ההגנה על רגשות דתיים או הפגיעה במוסד המשפחה המסורתי. מכוח עקרון הסובלנות והשוויון, יש לאפשר גם לזוגות מאותו המין ליהנות מהסדר אזרחי כולל.

באשר לפגיעה הכלכלית-חברתית, הצגתי בפרק ד' כיצד מדינות רבות מקנות לזוגות נשואים מגוון של הטבות, זכויות וחובות ייחודיות הנובעות ממעמד זה. על פניו, יש להעדפה זו של זוגות נשואים הצדקות רבות מצד המדינה אך זוגות מאותו המין, שלא יכולים לקבל הטבות אלו משום האיסור עליהם להינשא, נפגעים מכך כלכלית וחברתית. בפרק זה בחנתי את ההסדרים השונים הקיימים בישראל ובארה"ב שנועדו לתקן את אי-השוויון בזכויות וביקשתי לטעון כי אלה אינם בגדר פתרון של ממש. אמנם, הסדרים מסוג של ידועים בציבור מקדמים זוגות מאותו המין ובארה"ב, הם אף יכולים להשוות את מעמדם לזוגות נשואים באותה המדינה. עם זאת, יש בעיות מבניות במוסדות אלה שלא מאפשרים לבני זוג מאותו המין ליהנות משוויון כלכלי וחברתי.

כך, בישראל מוסד הידועים בציבור סובל מבעיות של הגדרה ורישום שמקשות על זוגות לזכות בהכרה ובנוסף, הוא לא מקנה את מלוא הזכויות מהם נהנים זוגות נשואים. כמו כן, ההסדר אינו

מותאם לצרכים הייחודיים של זוגות מאותו המין: הכניסה למוסד דורשת עמידה בקריטריונים הטרוסקסואליים שמבקשים לקבל רק את דגם המשפחה המסורתי. כך, המוסד אינו מהווה פתרון מספק לשם השוואת הזכויות של בני זוג מאותו המין במישור הכלכלי-חברתי. מבחינה השוואתית, ההסדרים בארה"ב עדיפים על ההסדר הישראלי במתכונתו הנוכחית. הם כוללים זוגות מאותו המין בלא הפליה והבחנה וחלקם אף מאפשרים שוויון זכויות מלא. עם זאת, אלה עדיין חסרים הסדרה פדרלית ולכן, לא מאפשרים לזוגות לעבור מדינה.

לסיכום, הזכות החוקתית לנישואין ולחיי משפחה פוסחת, במקרים רבים, על זוגות מאותו המין. בכך, אלה חשופים לפגיעה קשה בשוויון. הפליה זו מערערת את כבודם של זוגות אלה ואת המעמד של התא המשפחתי שהם עיצבו ויצרו מתוך הסכמה הדדית, אהבה ושמחה. על אף שישנן הצדקות לפגיעה זו, נוכח מקומה המהותי של הזכות לנישואין, נדמה שידה של האחרונה צריכה שתהיה על העליונה. נראה, אם כן, כי על ישראל לטכס פתרון אזרחי עבור זוגות אלה או, למצער, להיות רגישה למגמות העולמיות ולחזק את מעמדם בחקיקה ובפסיקה. עליה ללמוד ממדינות בארה"ב שהתירו נישואין אלה ולבחון כיצד אלה התמודדו עם הפגיעה ברגשות הדתיים ולהימנע מלהפלות זוגות אלה בעת יצירת הסדר אזרחי כולל.

כמו כן, נדמה כי אין להצדיק את ההעדפה של זוגות נשואים בהיבטים כלכליים או חברתיים כשהגישה למוסד הנישואין אינה חופשית לכל המעוניין. קושי זה מצריך פתרון מצד המחוקק וכן, רגישות והתאמה מצד הפסיקה. אין זה ראוי להוסיף על ההפליה של בני זוג מאותו המין בכניסה למוסד הנישואין גם פגיעה כלכלית חברתית באמצעות חוקים העוסקים במפורש בבני זוג נשואים או ממין שונה. התאמה והרחבה של מוסד הידועים בציבור יכולות לתקן, ואף למחוק, את הפגיעה הזו.

אם כן, מכוח חשיבותה של הזכות לנישואין ולחיי משפחה, יש למצוא הצדקות חזקות מאין כמותן על מנת להפלות זוגות בכניסה למוסד ולמנוע מהם זכויות כלכליות וחברתיות הנובעות ממנו. ההסדרים הקיימים כיום אינם מהווים פתרון והרצון האנושי בזוגיות ומשפחה דורש הכרה והגנה – זאת, גם עבור זוגות שהזוגיות ביניהם נתפסת כשונה בחברה. כך, נוכח הזכות לנישואין והמשמעויות החברתיות, המשפטיות והדתיות הנובעות ממנה, עלינו לאפשר כניסה למוסד זה או, למצער, לא להפלות זוגות, שלא הותרה כניסתם, בהיבטים כלכליים או חברתיים אשר נובעים ממעמד זה.

ביבליוגרפיה

חקיקה

חקיקה ישראלית

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 1028

חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010, ס"ח 2235

חוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 446

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 1577

חוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963, ס"ח 404.

פקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, ס"ח 705.

חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) התשי"ג-1953, ס"ח 134

חקיקה זרה

הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם (נפתחה לחתימה ב-1948).

אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037 (נפתחה לחתימה ב-

1966).

U.S CONST. amend. I

U.S CONST. amend. XIV

Defence of Marriage Act, 28 U.S.C. §1-3 (1996)

California Family Code Sec. 297-295.5 (2010)

פסיקה

פסיקה ישראלית

בג"ץ 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח, 141 (1954).

בג"ץ 143/62 פונק-שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963)

בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704 (1969).

בג"ץ 29/71 קיזר נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב יפו, פ"ד כו(1), 612 (1972).

בג"ץ 63/80 גורפינקל-חקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז, 2048 (1980).

ע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(1) 673, (1985).

בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993)

בג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994)

בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, (1994).

בג"ץ 5058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876, (1997).

בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, (1997)

בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך והתרבות והספורט, (לא פורסם, 21.0.1997)

תמ"ש 21030/00 ליבמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, (לא פורסם, 17.03.2002).

רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, פ"ד נז(5) 491, (2003).

ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(4) 64 (2005)

תמ"ש (בי"ש) 8510/01 אלמונית נ' אלמונית (לא פורסם, 2001)

ע"ב (ת"א) 3816/01 לוי נ' מבטחים (לא פורסם, 25.06.2001).

בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.05.2006)

בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (לא פורסם, 21.11.2006)

בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 29.11.2006)

ע"א (נצ"י) 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה, (לא פורסם, 11.11.2004).

בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (לא פורסם, 21.11.2006)

פסיקה זרה

Pryor v. Pryor, 235 S.W. 419, 420-21 (ARK. 1922)

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)

Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371 (1971)

Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978)

Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987)

Baehr v. Lewin 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993)

Shahar v. Bowes, 144 F.3d 1097 (11th Cir. 1997)

Baker v. Vermont, 744 A.2d 864 (Vt. 1999)

Sáenz v. Roe, 526 U.S. 489 (1999).

Goodridge v. Dept. of Public Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003)

In re Marriage Cases (2008) 43 Cal.4th 757

ספרות

ספרות בעברית

ספרים

בן-דרור, אמנון הידועה בציבור: נשואים ללא נישואין (2000)

ליפשיץ, שחר הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005)

שטרית, שמעון הארץ הטובה: בין כוח ודת (1998)

שיפמן פנסח, דיני המשפחה בישראל (1995)

שרשבסקי בן-ציון, דיני משפחה (1993).

מאמרים

הראל, אלון "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז', 195 (2002)

יונאי, יובל "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל"

סוציולוגיה ישראלית א(2), 257 (1999)

יקיר, דן וברמן, יונתן "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?" מעשי משפט

א', 169 (2008)

רובינשטיין, אמנון "הזכות לנישואין" עיוני משפט ג', 433 (התש"ל-ג-1973)

עיתונות

מרסיאנו, אילן "ברית הזוגיות" – המהפכה השקטה בנישואים האזרחיים" ידיעות אחרונות

YNET (16.06.2004)

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2932908,00.html>

זינו, אבירם "היועמ"ש: להתיר אימוץ רגיל לזוגות חד-מיניים" ידיעות אחרונות Ynet

(10.02.2008)

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3505039,00.html>

אדלסון, דניאל "הביטוח הלאומי לאלמנות לסביות: הגישו תביעות" **ידיעות אחרונות** YNET
(15.07.2009).

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3674467,00.html>

עו"ד הדר, עירא "ידועים בארון" **GOGAY** (10.05.2010)

<http://www.gogay.co.il/content/article.asp?id=9124>

יובל יועז "ביהמ"ש מסיג לאחור את הזכויות הרכושיות של זוגות חד-מיניים", **גלובס**
(07.10.2010).

<http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000592156>

אפרים, עומרי "זוג ראשון נרשם בברית הזוגיות: "החוק מקרטע" **ידיעות אחרונות** Ynet
(12.04.2011)

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4056049,00.html>

ספרות באנגלית

ספרים

Diduck, Alison and Kaganas, Felicity, Family Law, Gender and the State, (2006).

Eriksson, Maja Kirilova., The Right to Marry and to Found a Family: A World-Wide Human Right (1990)

Gerstmann, Evan., Same-Sex Marriage and the Constitution (2008)

Strassr, Mark., On Same-Sex Marriage, Civil Unions, and the Rule of Law: constitutional interpretation at the crossroads (2002)

מאמרים

Feldblum, Chai R., *Moral onflict and Conflicting Liberties*, in Same-Sex Marriag and Religious Liberty, p.123 (Douglas Laycock ed., 2008)

Reid, Charles J. Jr., *Marriage: Its Relationship to Religion, Law and the State*, in Same-Sex Marriag and Religious Liberty, p. 157 (Douglas Laycock ed., 2008)

Stern, Marc D., *Same-Sex Marriage and the Churches*, in *Same-Sex Marriage and Religious Liberty*, p.1 (Douglas Laycock ed., 2008)

Wilson, Robin Fretwell., *Matters of Conscience: Lessons for Same-Sex Marriage from the Healthcare Context*, in *Same-Sex Marriage and Religious Liberty*, p. 77 (Douglas Laycock ed., 2008)

עיתונות

Spoto, Mary-Ann, State sides with lesbian couple in fight against Ocean Grove association, NJ.COM (Dec. 30, 2008), available at:

www.nj.com/news/index.ssf/2008/12/judge_rules_monmouth_church_gr.html

Bob Egelko, "Same-sex couples sue over state insurance", **SFGate** (14.04.2010)

http://articles.sfgate.com/2010-04-14/bay-area/20848622_1_long-term-care-same-sex-partners-care-or-nursing-homes

דו"חות

60 שנות נישואין וגירושין בישראל – דו"ח מיוחד של ארגון משפחה חדשה, נמצא באתר ארגון

משפחה חדשה: <http://www.newfamily.org.il/2308/60>

האגודה לזכויות האזרח ואחי' "לגנוז את הצעת "חוק ברית הזוגיות לחסרי דת" (מכתב התנגדות לועדת השרים לענייני חקיקה בנדון: התנגדות לתזכיר חוק "חוק ברית הזוגיות לחסרי דת,

התשס"ט-2009) (16.07.2009). <http://www.acri.org.il/he/?p=2212>

מקורות נוספים

פרוטוקול ישיבה מס' 76 של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-18, עמ' 50-51 (13.10.2009) ויגודה מיכאל, "נישואין פרטיים" (פורסם בנדון: התייצבות היועץ המשפטי לממשלה בבית הדין הרבני בבקשה לאישור תיק נישואין, תיק 1-11-000899468), פורסם באתר

<http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/havat/32-2.htm>