

הגבלות על הכושר היחסי (מי כשר לשאת את מי)

7. הגבלת הנישואין להתקשרות בין גבר לאשה

1388. אין צריך לומר כי מושג הנישואין המקובל מתייחס רק להתקשרות בין גבר ואשה. יש מדינות אחדות בהן נקבע הדבר במפורש¹, אך למעשה ברוב המדינות מובנת הגבלה זו מאליה ללא כל הוראה סטטוטורית מפורשת². לכשנדייק, אין כאן הגבלה על הזכות לנישואין, כי אם פועל-יוצא מעצם מושג הנישואין כפי שמקובל לתפוס אותו. לכן, כאשר שני גברים "נישאים", לאחר שאחד מהם הצליח להסוות את זהותו המינית³, הרי לפי אבחנה ששיטות משפט אחדות מבצעות, אין לפנינו נישואין "בטלים" אלא נישואין "בלתי קיימים"⁴.

בהקשר זה מתעוררת, לעיתים, הבעיה של אדם שעבר ניתוח המיועד לשנות כביכול את מינו. בבריטניה התעוררה, למשל, השאלה האם אדם שנולד כגבר ו"שינה" את מינו יכול להינשא לגבר אחר. בית המשפט השיב על כך בשלילה, בהטעימו כי מינו של אדם נקבע בשעת לידתו ואינו יכול להשתנות כתוצאה מניתוח⁵. לעומת זאת, בארצות הברית, הכיר בית המשפט בניו ג'רסי⁶, בתוקף נישואין של גבר ש"שינה" את מינו

1. כך למשל, באנגליה לפי "A marriage... shall be void... where... that the parties are not respectively male and female". Matrimonial Causes Act, 1973 sec. 11.

2. כך הדבר ברוב המדינות בארצות הברית, אם כי אחדות מהן קבעו לאחרונה את הדבר בחוק מפורש. ראה: Areen, *Family Law* (New York, 1978), p. 25; Glendon, *State Law and Family* (Amsterdam, 1977), pp. 36-37.

3. או, כמובן, כאשר שתי נשים נישאו זו לזו. כך, למשל, באנגליה בפרשת *Talbot v. Talbot* (1967), Sol. Jo. 213, נקבעה בטלותם של נישואין שנערכו בין אלמנה ש"נישאה" לאדם שהציג עצמו בפניה כגבר ושהתברר מאוחר יותר שהוא, למעשה, אשה.

4. הכוונה לאבחנה בין "matrimonium nullum" לבין "matrimonium non existens". ראה על כך להלן בדיון על התוצאות המשפטיות של הנישואין הבטלים, 215§ ואילך.

5. *Corbett v. Corbett* [1971] p. 83; (1970) 2 All E.R. 33.

6. *M.T. v. J.T.* (1976) 140 N.J. Super 77, 355 A 2d, 204.

התקשרויות חד-מיניות

ל"אשה"⁷, בהטעימו כי המבחן הקובע הוא היכולת המינית לתפקד כגבר או כאשה.⁸

בדין היהודי החלת הנישואין על גבר ואשה בלבד מובנת על רקע האיסור החמור של משכב זכר,⁹ ובדומה לו האיסור על יחסים מיניים בין נשים.¹⁰ הקביעה בדין היהודי כי נישואין בין אנשים שזהותם המינית אינה ברורה מצריכים גט מספק,¹¹ מלמדת על בטלותם הגמורה של "נישואין" בין גבר לגבר ובין אשה לאשה.¹²

חוגים רדיקאליים, שקולם נשמע במיוחד בארצות הברית, תובעים שינוי הגישה בנושא זה, תוך הכרה בנישואין חד-מיניים¹⁴, אך נסיונות אלו להכרה משפטית נכשלו עד כה ברוב המדינות.¹³ לעומת זאת, הכרה ב"נישואין" חד-מיניים¹⁴ באה לידי ביטוי בשינויים חקיקתיים בארצות אחדות בסקנדינביה.¹⁵

7. לעומת זאת לא הוכרו נישואין, כאשר הניתוח, שנועד לשנות את המין, בוצע לאחר עריכתם 67 Misc 2d 982, 325 *Anonymous v. Anonymous* (N.Y. S. 2d 499 (sup. ct. 1971)). קביעה זו מעוררת קשיים חמורים. כיצד יש לפסוק אם לאחר נישואין שנערכו בין גבר לאשה עבר הגבר ניתוח המיועד לשנות את מינו?

8. ראה בסוגיה זו: Brént, Some Legal Problems of the Postoperative Transsexual, 12 *Journal of Family Law* 405 (1972).

9. כפי שנקבע בוויקרא, י"ח, כ"ב.

10. "נשים המסוללות (פירוש המשחקות ומתחככות זו בזו) אסור ממעשה ארץ מצריים שהוזהרנו עליו וראוי להכותן מכת מרדות הואיל ועשו איסור ויש לאיש להקפיד על אשתו מדבר זה ומונע הנשים הידועות בכך מלהכנס לה ומלצאת היא אליהן". שו"ע אה"ע כ' ב'.

11. "טומטום ואנדרוגינוס או שקידשו או שקידשם איש קידושיהם ספק וצריכים גט מספק". שו"ע אה"ע מ"ד ה'.

12. לעומת זאת במשפט המודרני יש הסוברים שאנשים שזהותם המינית מוטלת בספק יתכן שאינם כשרים להינשא בכלל: Bromley, *Family Law* (London, 1981) p. 37.

13. בית המשפט העליון בארצות הברית דחה הכרה בנישואין הומוסקסואליים בפרשת *Baker v. Nelson* 409 U.S. 890 (1972); Note, the Legality of Homosexual Marriage, 821 *Yale L. J.* 573 (1973).

14. בהקשר זה מעניין לציין כי חז"ל ראו לגנות גינוי חריף במיוחד את הנסיונות לליגאליזציה של התקשרויות בין גבר לגבר או בין אשה לאשה, דבר שנחשב בעיניהם כחמור יותר מעצם היחסים האסורים. ראה דברי הגמרא בחולין צ"ב, ע"א: "שלושים מצוות שקבלו עליהם בני נח ואין מקיימים אלא שלשה. אחת שאין כותבים כתובה לזכרים...", ודברי רש"י שם: "דאף על פי שחשודין למשכב זכור ומייחדין להם זכר לתשמישין, אין נוהגים קלות ראש במצוה זו כל כך שיכתבו להם כתובה", והשווה עם דברי המדרש: "ר' הונא בשם רב יוסף אמר 'דור המבול לא נימוחו מן העולם עד שכתבו גמומסיות (=שטרי נישואין וכתובות – ראה ספר הערוך ערך גמס) לזכר ולכהמה" (בראשית רבה, כ"ו, ט); בוויקרא

ביטול האיסור הפלילי

יש להבחין לענין זה בין שתי שאלות: ראשית, האם יחסים הומוסקסואליים צריכים להיות אסורים בחוק הפלילי; שנית, האם יש הצדקה מספקת לראות יחסים אלה כראויים להכרה משפטית כאילו היו נישואין בין גבר לאשה.

בישראל, אסר בעבר החוק הפלילי על משכב-זכר, וכן על משכב עם אדם שלא כדרך הטבע, אבל, איסורים אלה היו בבחינת "הלכה ואין מורין כן", כיון שלפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לא נאכפו איסורים אלו מחמת העדר ענין ציבורי, אם המעשה נעשה בצניעא על ידי בגירים, תוך הסכמה והבנה מלאה וללא ניצול של יחסי תלות או מרות. ואכן, בשנת תשמ"ח, בוטלו איסורים אלו, כשהמעשה נעשה בנסיבות אלה.¹⁶

יש מקום לטענה כי בנסיבות של בגירים מסכימים העושים את מעשיהם בצניעא, המעשה אינו ראוי כלל להיות בגדר עבירה פלילית, כיוון שהאוריינטציה המינית של אדם, לפי אותה טענה, היא בגדר נתון הטבוע בו, מבלי שהוא "אשם" בהיווצרותה. אמנם אין להשוות בהכרח נתונים טבעיים כגון, גיל או מין עם "אוריינטציה מינית" שענינה התנהגות מסוימת ולא רק תכונה טבועה. אבל ספק אם יש טעם וצורך להטיל סנקציה פלילית בנסיבות כאלה, אם התנהגותו של אותו אדם אינה גורמת נזק לזולת.¹⁷

ואולם ביטול האיסור הפלילי איננו אומר, כשלעצמו, שיש אינטרס חברתי מוצדק להכיר בזוג גברים או נשים כבני זוג "נשואים". ניתוחנו את מוסד הנישואין העלה שהמאפיין העיקרי של מוסד זה, להבדיל מיחסי אישות מחוץ לנישואין, הוא התמיכה החברתית הניתנת לקשר זה מתוך מגמה להגן על יציבות הנישואין.¹⁸ ניתן לטעון כי ההגנה על יציבות הנישואין אינה נובעת רק מן הרצון לתמוך בעצם השותפות האינטימית הקיימת בין בני הזוג, אלא בעיקר מתוך השיקול שהנישואין נועדו לשמש מסגרת משפחתית לגידול ילדים. כאשר שיקול זה אינו תופס מראש, מתעורר ספק אם יש

רבה, כ"ג, ט', הנוסחא היא "לזכר ולנקבה" (אם כי הנוסחה בבראשית רבה היא כנראה עיקר. ראה מהדורת מרגליות, תשל"ב, עמ' קלב) והשווה המקבילה, בתנחומא, מהדורת בובר, סי' ל"ג, וכן סי' כ"א, ומדרש הגדול בראשית י' י"א וכן ראה הדרשה המובאת בספרא דבי רב, אחרי מות, פרשה ט', א: "או כמעשה ארץ מצרים וכמעשה ארץ כנען לא תעשו... לא אמרתי אלא בחוקים החקוקים להם ולאבותיהם ולאבות אבותיהם ומה היו עושים האיש נושא לאיש והאשה לאשה... לכך נאמר ובחוקותיהם לא תלכו".

15. ראה הערה 21 להלן.

16. וראה סעיף 347 של חוק העונשין, תשל"ז—1977, לגבי הנסיבות בהן נעברת העבירה של "מעשה סדום".

17. ראה דעתו של השופט ח' כהן בע"פ 224/63, בן עמי נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"ח(3) 225, 238.

18. ראה א. רובינשטיין, אכיפת מוסר בחברה מתירנית (ירושלים, תשל"ה), עמ' 18 — 21.

19. ר' לעיל 785 ואילך.

התקשרויות חד-מיניות

הצדקה למסגרת מחייבת של נישואין שהיא, בסופו של ניתוח, מסגרת המגבילה, לפחות להלכה, את החירות המינית של הצדדים²⁰. שהרי אחד הצידוקים העיקריים למסגרת מגבילה זו התובעת נאמנות ובלעדיות הוא הרצון למנוע טשטוש ייחוסם של הצאצאים, טשטוש העלול להתרחש אם יותרו יחסי-אישות עם זרים. צידוק זה נעלם בהתקשרות חד-מינית, שהפרתה אינה הרת-תוצאות חמורות שכאלה. אבל, ללא ספק התביעה להרחיב את מושג הנישואין ולהחילו על התקשרויות חד-מיניות נועדה לשמש מכשיר להשגת לגיטימציה חברתית ליחסים אלה, ועל כך נטושה, בעצם, המחלוקת האמיתית. אך אין צריך לומר שכל הרחבה של מוסד הנישואין על זוגות חד-מיניים, יש בה בהכרח ערעור היסודות וההנחות שעליהם נשען קשר הנישואין המסורתי. אין תימה שבארצות הסקנדינביות בהן הופחתה מאד משמעותו המפליגה של מוסד הנישואין, תוך השוואה כמעט-מלאה בינו לבין חיי אישות ללא נישואין, הוכשרה קרקעו של מוסד זה לקלוט, ללא זעזועים מיוחדים, אף התקשרויות חד מיניות²¹. במשפטנו עשויה שאלת מעמדן של התקשרויות חד-מיניות לעלות במסגרת הזכויות הניתנות ל"ידועים בציבור כנשואים", אולם ספק אם בית המשפט יהיה מוכן להכיר בזוג גברים או בזוג נשים כאילו היו "ידועים בציבור כבני זוג", כל עוד מושג הנישואין המקובל, שידיעת הציבור מתייחסת אליו, כולל רק התקשרויות בין גבר לאשה²². ספק גם אם ביטול האיסור הפלילי

20. היה מי שאמר כי בארצות הברית העלה בית המשפט העליון את הנישואין לדרגת זכות אנושית יסודית, אבל, בפועל החפצים בזכות זו הם רק כמרים והומוסקסואלים... Krause, *Family Law, Cases & Materials* (Minn, 1976), Introduction

21. ההכרה המפליגה ביותר היא בדנמרק המכירה בשותפות רשומה של זוגות חד-מיניים שתוצאותיה זהות, פרט לחריגים מעטים, לאלה של זוג נשוי. ראה: Nielsen, "Family Rights and the 'Registered Partnership' in Denmark" 4 *International Journal of Law and the Family* (1990) 207. הכרה מצומצמת יותר, בעיקר לגבי זכויות רכושיות, ניתנת בשבדיה. ראה: Saldeen, "Sweden: More Rights for Children and Homosexuals", 27 *Journal of Family Law* (1988) 295, 296-297. על הרקע האידאולוגי והחברתי בארץ זו שהצמיח שינוי זה, ראה: Bradley, "Principles and the Legal Institution of Marriage: Domestic Relations Law and the Social Democracy in Sweden" 4 *International Journal of Law and the Family* (1990) 154.

22. כך הדבר לגבי החוק האוסר על ביגמיה. סעיף 167 של חוק העונשין, תשל"ז-1977, מגדיר את העבירה כ"נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר", ומכאן שלפי תפיסת המחוקק אין נישואין אלא בין איש לאשה, ולכן נדמה ש"דין המדינה שבה נערכו" הנישואין, כאמור בסעיף 178(1), אין בכוחו לשמש יסוד להרשעה בביגמיה, לגבי "נישואין הומוסקסואליים", אפילו היו מוכרים נישואין כאלה במדינה כלשהי.

הכרה במתקשרים כ"ידועים בציבור"

יתפרש בהכרח כהכשר מוסרי, חברתי ומשפטי להתקשרויות אלו, להבדיל מחוסר רצונו של המחוקק לתרגם כל גינוי מוסרי לעבירה פלילית.

138.18. עם זאת, הצעד הראשון להרחבת מושג הזוגיות והכללת התקשרויות חד-מיניות בו, כבר נעשה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בפרשת דנילוביץ.²³ בית המשפט גרס כי טובת-הנאה הניתנת לבן-זוגו של עובד, ואף לידוע בציבור כבן-זוגו, אסור שתישלל משותפו לחיים, בן-אותו-מין, כיון שבכך יש אפליה פסולה. הרקע העובדתי של פסק הדין נעוץ במערכת ההטבות שחברת "אל על" מעניקה לעובדיה, וביניהם כרטיס טיסה חינם אשר, על פי ההסכם הקיבוצי, ניתן לעובד בעבורו ובעבור בן-זוגו. ההסדר הקיבוצי מרחיב את מעגל הזכאים, תוך מתן כרטיס כאמור גם לידוע בציבור כבעל או אשה "אם בני הזוג חיים ביחד במשק בית משותף כבעל ואשה לכל דבר וענין ואין באפשרותם להינשא לפי החוק". בית המשפט היה מוכן להניח כי פרשנותן של הוראות אלה מחייבת שלילת מתן ההטבה לעובד החי עם בן זוג מאותו מין, שהרי הוראות אלו מתייחסות במפורש ל"בעל ואשה". אך בית המשפט נזקק לשאלה אם שלילה זו איננה בגדר אפליה פסולה, ועל כך הוא השיב, ברוב דעות, בחיוב.

הדינמיקה בענין זה – מאלפת. לכתחילה ניתנה ההטבה, בהסכם הקיבוצי שנדון באותו ענין, לבן-זוג. מאוחר יותר, היא הורחבה בהסכם העבודה, לאלה החיים יחד כ"בעל ואשה לכל דבר וענין, ואין באפשרותם להינשא לפי החוק". אך ההרחבה ל"ידועים בציבור", שנעשתה כדי להתגבר על חומרות הדין הדתי המונעות מפסולי-חיתון להינשא, הביאה את בית המשפט למסקנה מרחיקת-לכת המכירה בזוגיות חד-מינית. בעיני בית המשפט, "אמת המידה המשותפת לבת זוג ולידועה בציבור גם יחד", היא "חיים משותפים לתקופה מסוימת... המעידה על תא חברתי הדוק, שביסודה חיי שיתוף", ומכאן החלטתו שאין לשלול אותה טובת-הנאה מ"בן זוג מאותו מין".

ויש לדייק בדבר: בית-המשפט לא בנה את החלטתו האוסרת על אפלייתו לרעה של אותו עובד, בהיותה אפליה בשל היותו של העובד בעל מעמד אישי שונה (כלומר, רווק), אלא דווקא בשל היותו בעל "נטיה מינית" שונה (כלומר, הומוסקסואל).²⁴ ביטול אפליה לרעה של אדם

23. בג"ץ 721/94, אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', טרם פורסם.

24. מעניין הדבר שלתוצאה אחרת, אשר הולמת את הניתוח המוצע כאן, הגיע בית המשפט הפדרלי לערעורים בקנדה בענין Egan v. Canada F. C. J 362 (1993). בית-המשפט גרס ששלילת הטבה של כיטוח לאומי הניתנת לבן-זוג, משותפיו ההומוסקסואלי איננה בגדר אפליה בשל נטיה מינית, כי אותה הטבה נשללת גם מאנשים אחרים, כגון קרובי-משפחה, ויסוד השלילה איננו הנטיה המינית כי אם העובדה שאין הצדדים בני זוג.

בשל מעמדו האישי, איננו טומן בחובו מתן לגיטימציה ערכית לאורחות חייו, והוא ניזון מן הרעיון שענינים אלה אינם רלבנטיים כלל ועיקר לזכויותיו כעובד. לעומת זאת, הצגת הנטייה המינית כאילו היא הגורם שבגללו הופלה העובד, הביאה את בית המשפט להכרה בזוגיות חד-מינית כשוות-ערך, בהקשרים רבים, לזוגיות דו-מינית, אך ניתן לטעון שבכך יש משום אפליה לרעה של אנשים החיים חיי-שיתוף עם קרובים או חברים, כשאין בקשר החברתי או המשפחתי שלהם אלמנט מיני. נטייה מינית איננה צריכה לשמש יסוד לאפליה לרעה, אך גם לא להעדפה לטובה. אך פרשנות בית המשפט הביאה להכללת שותפויות הומוסקסואליות, לפחות בחלק מן ההקשרים, במסגרת הזוגיות המוכרת, מבלי שנבדקו ההנחה המוקדמת, המובלעת בפסק-הדין, ואשר לפיה אין פסול מפלה בעצם השימוש ברעיון הזוגיות בהקשר של מתן טובות-הנאה לעובד כחלק מתנאי עבודתו. אך מן הראוי היה להביא בחשבון את הפרובלמטיקה הערכית הגלומה באותה הנחה מוקדמת, כי ממנה משתמע שהתכליות החברתיות של קידום התא המשפחתי, מצדיקות מתן העדפות לבני-זוג על פני רווקים, אף על פי שהנשוי והרווק מבצעים אותה עבודה ממש. ואם כך הדבר, יש מקום לטעון, על יסוד אותן תכליות חברתיות עצמן, שמותר להעדיף "תא משפחתי" על פני "תא חברתי". מכל מקום, מן הראוי להדגיש שהדילוג מן ההכרה בנישואין כתא משפחתי נורמאטיבי, אל ההכרה ב"תא חברתי" שעד כה לא זכה לגיטימציה, נעשה קל יותר, לאחר שבתווך, בין שתי הקצוות, הוקמה תחנת-ביניים, והיא הידועים בציבור, וזאת בתור תא משפחתי שהוכר בדיעבד, מחמת אילוץ הנובע כביכול מחומרות הדין הדתי.

לא כאן המקום להתעכב על כך שדוקא קיומה של מערכת אלטרנטיבית לנישואין, אשר כביכול מוצאת את הצדקתה באילוצים הנובעים מן הדין הדתי, משמש כר נרחב לטיפוח המשפטי והחברתי של תופעות שאלמלא כן היו נחשבות לבלתי לגיטימיות. אין להניח, למשל, שהמחוקק הישראלי היה מכיר בנישואין אזרחיים של בני אותו מין. הכרה שיפוטית בתופעה זו יכולה למצוא את הצדקתה רק מתוך כך שיחסים-דמויי-נישואין, יכולים לפרוץ את המסגרת המסורתית, בהיותם חסרים את הערך הסמלי הגבוה יותר המיוחס דוקא למוסד הנישואין, שהוא נוקשה יותר, דורש הסכמה חברתית רחבה, ופחות פתוח לשינויים חברתיים מפליגים.

138.28. עם זאת, בעוד שניתן לטעון שיש הסכמה חברתית רחבה לכך שאין להפלות אדם בשל נטיותיו המיניות, ספק אם יש הסכמה מעין זו למתן לגיטימציה לזוגיות חד-מינית. דוקא ההתנגדות להפליה בשל נטייה מינית ניזונה מן ההשקפה שהעדפותיו המיניות של אדם הן ענינו האישי, ומן הדין שיהיו שמורות בצינעת פרטיותו. לעומת זאת, הדרישה להכרה בזוגיות

הכרה במתקשרים כ"ידועים בציבור"

חד-מינית מבקשת להיבנות מחשיפת הנטיה המינית ברבים, תוך דרישה להשוות את בעליה, לבני-זוג כדת וכדין. בין הדרישה לשמירת צינעת-הפרט לבין החשיפה הפומבית כתנאי לרכישת זכויות, שורר פער. ניתן לטעון כי פרשת דנילוביץ, כלל איננה מעמידה במרכזה את מושג הזוגיות המשפחתית אלא את רעיון הידידות ההדוקה בין שני בני אדם, אשר היא צריכה לפעמים, לשמש כגורם המכריע בקבלת זכויות משפטיות מסוימות. עם זאת, בקביעת משמעותן הערכית והפוליטית של הכרעות שיפוטיות, אין להתעלם מן הערך הסמלי שהציבור מייחס להן, ואשר עשוי לחרוג מעבר למשמעותן המשפטית-טכנית. לגבי הפרשה שלפנינו, יש מקום לטענה שמבעד הציפוי הדק של הנמקה טכנית צרה²⁵ אכן מסתתרת תפיסה רעיונית רחבה המבקשת לחולל שינוי במעמדן של התקשרויות חד-מיניות.

25. כך הוא לפי גישתו של השופט ברק, השופטת דורנר, לעומת זאת, ביקשה להבליט בפה מלא את התפיסה החדשה.