

גירושים לכולם –

המקרה של גירושים חד-מיניים כמקרה מבחן

איילת בלכר-פריגת, * צבי טריגר**

מאמר זה עוסק בשאלת קיומה ומשמעותה של הזכות לגירושים במשפט הישראלי. כדי לבחון שאלה זו, אנו מנתחים את מקרה המבחן של גירושים חד-מיניים. הליך כזה טרם הוסדר והוכר במשפט הישראלי, ומיעוט הפסיקה לגביו אינו מסייע ביצירת הליך מוסדר וברור שיעמוד לרשותם של זוגות להט"בים המבקשים להתגרש בישראל. סוגיית הגירושים החד-מיניים מעוררת גם שאלות עקרוניות בנוגע לאופיים של הגירושים, לקיומה של זכות לגירושים ולמשמעות הגירושים. שאלות אלה חורגות מהמקרה של גירושים חד-מיניים, אולם מקרה זה מעניק לנו הזדמנות לבחון אותן לעומק. בכך עוסק מאמר זה.

המאמר נפתח בהצגת הפסיקה שניתנה עד כה בכמה תיקי גירושים של זוגות להט"בים, ובניתוח הגישות השונות של השופטים והשופטות לשאלת סמכות השיפוט של בית המשפט לענייני משפחה. לאחר מכן אנו דנים במגוון שאלות הקשורות לזכות לגירושים ולהכרה בה. במסגרת זאת אנו דנים בהעדר ההכרה בזכות לגירושים במשפט הבין-לאומי והמדינתי, ובהשלכותיו; בהבחנה בין הזכות ליציאה מקשר לבין הזכות לגירושים; ובנחיצותה של האחרונה מנקודת מבט של שוויון וזכויות אדם. בהמשך אנו מציעים גישה מעשית לפתרון בעיית הגירושים הלהט"ביים בישראל. במסגרת זאת אנו דנים הן בשאלת סמכות השיפוט והן בשאלת הדין המהותי שיחול בתיקי גירושים בין בני זוג להט"בים, ומציגים את היתרונות והחסרונות של הפתרונות האפשריים.

מטרתנו במאמר זה היא להרחיב את יריעת הדיון בגירושים אזרחיים בישראל בכלל, ולא רק להציע פתרון לבעיית הגירושים החד-מיניים. אנו טוענים כי ניתן לנצל את ההזדמנות שנקרתה בדרכה של מערכת המשפט

* מרצה בכירה, המרכז לזכויות הילד והמשפחה, שערי משפט.

** פרופסור חבר, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. המחברים מודים לחברות ולחברים בפורום דיני משפחה על הערותיהם על טיוטה מוקדמת של מאמר זה, וכן לעירא הדר, ליהודית מיזלס, למיכל עדן ולירוס רבין על שיתוף הפעולה והעזרה.

האזרחית כדי להניח תשתית לפתרון הבעיה החוקתית הכללית שנובעת מהעדר האפשרות למימוש הזכות החוקתית לגירושם ביחס לכולם בישראל.

מבוא

פרק א : נישואים וגירושים חד-מיניים בישראל – בין רישום, תוקף והתרה

1. רישום ללא הכרה?

2. גירושים חד-מיניים בפסיקה הקיימת – פיקציית הרישום נחשפת

פרק ב : לקראת הכרה בזכות לגירושם

1. זכות היציאה

2. התרת נישואים ויציאה מקשר זוגי בישראל

3. הזכות להתרה משפטית של קשר נישואים

4. גירושם כזכות יסוד

(א) התרת נישואים וכבוד האדם

(ב) גירושם, ולא "התרה"

פרק ג : מתיאוריה למעשה – כיצד יותרו נישואים להט"ביים בישראל?

1. סמכות השיפוט

(א) הבעיה : אי-אפשר להתגרש במקום עריכת הנישואים

(ב) תזת אי-ההכרה כשוללת את סמכות השיפוט של בתי הדין

הדתיים

(ג) זוגיות להט"בית בבית המשפט לענייני משפחה

2. התרת נישואים להט"ביים – הדין המהותי

(א) הפתרון האידיאלי : גירושם אזרחיים לכולם

(ב) גירושם חד-מיניים עכשיו

(ג) השלכות אפשריות של העדר גירושם חד-מיניים

סיכום

מבוא

"היום המאושר בחיי" נהפך אצל כשליש מהזוגות הנשואים בישראל לימים קשים; אחרים כבר אינם "מתחתנים רק פעם בחיים". מאמר זה עוסק ברגעי ההתפכחות שחווים מי שזוגיותם באה אל קיצה, ומתמקד בשאלת קיומה ומשמעותה של הזכות לגירושם במשפט הישראלי. כדי לבחון שאלה זו, אנו מנתחים את מקרה המבחן של גירושם חד-מיניים – הליך שטרם הוסדר והוכר במשפט הישראלי, ואשר מיעוט הפסיקה לגביו אינו

מסייע ביצירת הליך מוסדר וברור שיעמוד לרשותם של זוגות להט"בים המבקשים להתגרש בישראל.

בנובמבר 2006, בפרשת **בן-ארי**, הורה בג"ץ למשרד הפנים לרשום נישואים אזרחיים שנערכו בחוץ לארץ בין בני זוג ישראלים להט"בים.¹ בג"ץ החיל בכך את הלכת **פונק שלזינגר** הוותיקה, שחייבה את משרד הפנים לרשום נישואים אזרחיים שנערכו בחוץ לארץ בין בני זוג הטרוסקסואלים.² בין 2010 ל-2016 נרשמו במנהל האוכלוסין 581 זוגות חד-מיניים כנישואים.³

שש שנים לאחר פסיקת בג"ץ בפרשת **בן-ארי** ביקשו זוג גברים שנישאו בקנדה להתגרש.⁴ בני הזוג, גברים יהודים, התחבטו יחד עם עורכת דינם היכן להגיש את הבקשה.⁵ דיני המשפחה הישראלים ידועים בכפילותם ובסיבוכים שהם גורמים: עולה שאלה בדבר סמכות השיפוט (ערכאה דתית או אזרחית) ועולה גם שאלת הדין החל (דין אישי, כלומר דתי, או דין טריטוריאלי, כלומר אזרחי). בני הזוג שביקשו להתגרש היו צריכים להחליט, ראשית, לאיזו ערכאה עליהם לפנות בבקשת הגירושים, וכן לנסות לשער מכוח איזה דין הם יכולים להתגרש, כדי לנמק באמצעותו את בקשתם.

התחבטויות מקדמיות כאלה אינן נחלתם של זוגות נשואים הטרוסקסואלים: כאשר שני בני הזוג הם בני אותה דת, ניתן להתגרש במקום אחד בלבד: בית הדין הדתי. הדין המהותי החל על הגירושים הוא הדין הדתי הרלוונטי.⁶

למן אותו מקרה, שיתואר בפירוט בהמשך, הגיעו אל בתי המשפט כמה תיקי גירושים חד-מיניים נוספים. בכולם עלתה מבין השורות השאלה מהו המסלול הנכון לניתוק הקשר המשפטי בין הצדדים, ולאילו ערכאה נתונה סמכות השיפוט. בחלק מהמקרים טענה המדינה נגד פסיקת בג"ץ, וניסתה לשכנע את בית המשפט כי בני הזוג לא התחתנו מעולם ולכן אין כל צורך בהתרת נישואים. במקרים אלה טענה המדינה כי כל שנדרש הוא "לתקן" את הרישום במרשם האוכלוסין בהתאם לסעיף 19ד לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, כאילו מדובר בטעות שנפלה ברישום בני הזוג כנישואים, ולא בשינוי הרישום בעקבות שינוי במצב האישי של הצדדים.⁷

1 בג"ץ 3045/05 **בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד סא(3) 537 (2006).

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

3 394 מבין הזוגות היו זוגות של גברים, ו-187 היו זוגות של נשים. **נשים ומשפחה בישראל: דר-שנתון סטטיסטי 2016** 35 (רות הלפרין-קדרי, אריאלה גורנשטיין-פניג וקרן הורוביץ עורכות, 2017).

4 תמ"ש (משפחה ת"א) 11264-09-12 **התובעים נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 21.11.2012).

5 ראו גם דורון חלוץ "הצרה הבאה של הלהט"ב בישראל: איך מתגרשים?" **הארץ** 22.8.2015. www.haaretz.co.il/magazine/premium-1.2711863

6 גם כאשר בני הזוג משתייכים לדתות שונות או אינם משתייכים לעדה דתית מוכרת, הליך הגירושים מוסדר על פי חוק.

7 ראו, למשל, 9' לתגובת המשיב בתמ"ש (משפחה ת"א) 8758-03-13 **המבקשים נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם, 22.11.2013). כתיב הטענות הומצאו לדינו תוך השמטת פרטי היהוי של הצדדים על ידי עורכת הדין מיכל עדן, ואנו מודים לה על כך.

בתי המשפט הדנים בתביעות הנוגעות בהתרת נישואים חד-מיניים יכולים להוציא מתחת ידם מגוון רחב של פסקי דין, החל בהצהרה על בטלות הנישואים, דרך הכרה מוגבלת בנישואים, ולו לצורך התרתם, ועד מתן תוקף מלא לנישואים והוצאת פסק דין של "גירושים". מצב דברים זה מעורר לכאורה גם קשיים בהגדרת השאלה שבבסיס מאמר זה: האם אנו דנים ב"זכות לגירושים", בזכות רחבה יותר ליציאה מקשר או בזכות מצומצמת לשינוי המרשם גרידא?

סוגיית הגירושים החד-מיניים מעוררת גם שאלות עקרוניות בנוגע לאופיים של הגירושים, לקיומה של זכות לגירושים ולמשמעות הגירושים. שאלות אלה חורגות מהמקרה של גירושים חד-מיניים, אולם מקרה זה מעניק לנו הזדמנות לבחון אותן לעומק. בכך עוסק מאמר זה.

בספרות המשפטית הישראלית מתקיים דיון בהכרה בתוקפם של נישואים אזרחיים, ובכלל זה של נישואים חד-מיניים.⁸ אנו סבורים כי יש להכיר בתוקפם המשפטי המלא של נישואים אזרחיים, הן הטרוסקסואליים והן להט"ביים. אולם במאמר זה אנו מתמקדים בסוגיה המצומצמת יותר של זכות היציאה מהנישואים, אשר ראוי, לדעתנו, להכיר בה כזכות יסוד. זאת, בין שהירשום משמעו הכרה בתוקפם המלא של הנישואים האזרחיים ובין שהוא נועד לצרכים סטטיסטיים בלבד.

פרק א של המאמר מציג ומנתח את הפסיקה שניתנה עד כה בכמה תיקי גירושים של זוגות להט"בים, ואת הגישות השונות של השופטים לשאלת סמכות השיפוט של בית המשפט לענייני משפחה. פרק ב דן במגוון שאלות הקשורות לזכות לגירושים ולהכרה בה. במסגרת פרק זה אנו דנים בהעדר ההכרה בזכות לגירושים במשפט הבין-לאומי והמדינתי, ובהשלכותיו; בהבחנה בין הזכות ליציאה מקשר לבין הזכות לגירושים; ובנחיצותה של האחרונה מנקודת מבט של שוויון וזכויות אדם. פרק ג מציע גישה מעשית לפתרון בעיית הגירושים הלהט"ביים בישראל. במסגרת פרק זה אנו דנים הן בשאלת סמכות השיפוט והן בשאלת הדין המהותי שיחול בתיקי גירושים בין בני זוג להט"בים, ומציגים את היתרונות והחסרונות של הפתרונות האפשריים.

מטרתנו במאמר זה היא להרחיב את יריעת הדיון בגירושים אזרחיים בישראל בכלל, ולא רק להציע פתרון לבעיית הגירושים החד-מיניים. אנו טוענים כי ניתן לנצל את ההזדמנות שנקרתה בדרכה של מערכת המשפט האזרחית כדי להניח תשתית לפתרון הבעיה החוקתית הכללית שנובעת מהעדר האפשרות למימוש הזכות החוקתית לגירושים ביחס לכולם בישראל.

8 ראו, למשל, יובל מרין "הכרה בנישואיהם של מנועי החיתון מחוץ לישראל – מבט מחודש על כללי בררת הדין ושיקולי תקנת הציבור" הפרקליט נא 513 (2012).

פרק א: נישואים וגירושים חד-מיניים בישראל – בין רישום, תוקף והתרה

1. רישום ללא הכרה?

בנובמבר 2006 נתן בג"ץ את פסק דינו בפרשת **בן-ארי**, שאיגדה עתירות של חמישה זוגות גברים, אזרחי מדינת ישראל ותושביה, אשר נישאו זה לזה בטקס נישואים אזרחי בקנדה.⁹ בהסתמך על התעודות הקנדיות המאמתות את נישואיהם, ביקשו הגברים להירשם כנישואים במרשם האוכלוסין בישראל. הם עתרו לבג"ץ נגד מנהל מנהל האוכלוסין במשרד הפנים בעקבות החיית בקשותיהם. בג"ץ הורה בפסק דינו על רישומם של הגברים כנישואים במרשם האוכלוסין, והחיל בכך את הלכת **פונק שלזינגר** הוותיקה, שחייבה את משרד הפנים לרשום נישואים אזרחיים שנערכו בחוץ לארץ בין בני זוג הטרוסקסואלים בהסתמך על תעודת הנישואים הזרה.¹⁰

בפרשת **בן-ארי**, כבהלכות הקודמות שעסקו ברישום במרשם האוכלוסין ובמשמעותו, הדגיש הנשיא ברק, אשר כתב את דעת הרוב, כי ההכרעה בדבר רישום הנישואים החד-מיניים במרשם האוכלוסין אינה מהווה הכרעה בעניין תוקפם של נישואים חד-מיניים בישראל. הנשיא ברק דבק בתפיסה הסטטיסטית של המרשם, שלפיה לרישום במרשם האוכלוסין אין כל משמעות מן הבחינה המשפטית, שכן הוא אינו

9 פרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 1.

10 פרשת **פונק שלזינגר**, לעיל ה"ש 2. הלכה זו קבעה כי "ראיה לכאורה להוכחת הטכס דייה כדי לחייב את פקיד הרישום לרשום טכס נישואין שנעשה" (שם, בעמ' 258). מאז ניתנה הלכה זו פקיד הרישום נוהג לרשום נישואים אזרחיים על יסוד תעודה ציבורית שמוגשת לו בעניין הנישואים. למן פרשת **פונק שלזינגר** חזר בית המשפט העליון וקבע בהקשרים שונים כי הרישום הוא לצרכים סטטיסטיים בלבד, וכי אין בו כדי להעיד על תוקפם המהותי של הנישואים. על כן "הפקיד חייב לרשום מה שאזרה אומר לו" (שם, בעמ' 249). המרשם מהווה לכל היותר ראיה לכאורה לנכונות הרשום בו, וגם זאת רק לגבי חלק מפרטי הרישום המופיעים בו. ס' 3 לחוק מרשם האוכלוסין, אשר קובע את נפקותו של הרישום, קובע כי המרשם לא ישמש "ראיה לכאורה" בענייני הלאום, הדת, המצב האישי ושם בן הזוג. עיון בפסיקה שניתנה לאחר פרשת **פונק שלזינגר** מעלה כי התפיסה שעמדה ביסוד פסק הדין באותה פרשה עיצבה במידה ניכרת את היקף סמכויותיו וחובותיו של פקיד הרישום גם בנוגע לפרטי רישום נוספים במרשם, שאינם בגדר מצב אישי. כך, בבג"ץ 264/87 **התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מנהל האוכלוסין במשרד הפנים (פקיד הרישום הראשי על-פי חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965)**, פ"ד מג(2) 723 (1989), נקבע ברוב דעות כי על פקיד הרישום לרשום גיורו של אדם על יסוד מסמך המעיד על הגיור בקהילה יהודית מחוץ לישראל; בבג"ץ 1779/99 **ברנר-קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368 (2000), הורה בית המשפט העליון על רישום צו אימוץ שניתן במדינת קליפורניה, שלפיו בנה של אחת מבנות זוג לסביות אומץ על ידי בת הזוג האחרת; בבג"ץ 5070/95 **נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים**, פ"ד נו(2) 721 (2002), הורה בג"ץ על רישומם של עותרים שעברו גיור רפורמי או קונסרוטיבי (בארץ או בקהילה יהודית מחוץ לישראל) כיהודים בפרטי הלאום והדת.

משמש אף ראייה לכאורה לנכונות הרשום בו.¹¹ הכרעת בג"ץ נגעה לכאורה רק בהיקף שיקול הדעת ובתפקידו של פקיד הרישום במרשם האוכלוסין כמאסף חומר סטטיסטי לנוכח מעמדו הסטטיסטי-הרישומי של מרשם האוכלוסין. פסק הדין בפרשת **בן-ארי** הותיר לכאורה פתוחות לא רק את שאלת תוקף הנישואים, אלא גם את השאלה אם המשפט הישראלי מכיר ב"תבנית משפטית" (מונח שהמדינה השתמשה בו בתשובתה לעתירה) של נישואים להט"ביים.¹²

המציאות, כמובן, שונה; לרישום במרשם האוכלוסין יש משמעויות עקרוניות ומעשיות נרחבות. משמעות הרישום היא הכרה דה-פקטו בנישואים הרשומים, מכיוון שרשויות המדינה, כמו גם גופים פרטיים, מסתמכים על הרישום מבלי לבחון את תוקפו.¹³ במאמר מקיף חשף איתן לבונטין באופן שיטתי את הפיקציה בדבר מעמדו של המרשם כמרכז נתונים סטטיסטיים בלבד:¹⁴

"...הלכה למעשה, רישום נישואין (ורישום המעמד האישי בכלל) מהווה בעצמו מרכיב של מעמד. הוא אינו רק דקלרטיבי, אלא קונסטיטוטיבי. מקום שהרישום נפוץ ומסתמכים עליו, ואין ברירה אלא להסתמך עליו, הרי הוא עצמו יוצר מעמד, בדין ובמציאות גם יחד. זהו מעמד של 'נישואין רשומים'... די אם נאמר שיש 'נישואין לכל דבר', יש 'ידועים בציבור', יש 'נישואין לא-רשומים' (כגון קידושין פרטיים) ויש גם 'נישואי-מרשם'... נישואי-מרשם יוכרו אפוא לצרכים רבים ומגוונים של מנהל ציבורי; לצורכי השירות הצבאי; לצורכי מקום העבודה; לצורכי הבנק המסחרי; לצורכי בעל דירה פרטית (המוכן להשכירה רק לזוג נשוי

11 פרשת **פונק שלזינגר**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 252; פרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 1, פס' 15 ו-23 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק. חיווק לעמדה זו סיפק בית המשפט העליון גם בבג"ץ 566/11 **ממט – מגד נ' משרד הפנים** (פורסם בנוב, 28.1.2014). למרות פסיקתם של שופטי הרוב כי במקרה של פונדקאות חו"ל שנעשתה על ידי שני אבות ניתן לרשום את ההורה שאינו ההורה הגנטי כאב נוסף במרשם האוכלוסין על סמך תעודת הלידה הזרה שבה שני הגברים רשומים כאבות, הם המליצו על קיום הליך נוסף בבית המשפט לענייני משפחה, כדי לקבל צו הורות פסיקתי. זאת, משום שצו הורות ישראלי הוא לשיטתם הדרך היחידה ליצור הורות משפטית מלאה, ואין להסתפק ברישום, שהוא בעל משמעות סטטיסטית בלבד. שם, פס' 35 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

12 פרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 1, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק. הנשיא ברק קיבל את עמדת המדינה כי אין זה ברור אם יש הסכמה חברתית לנישואים חד-מיניים בישראל, אולם הוא מציין כי עמדה זו נכונה בנוגע להנהגת נישואים אזרחיים חד-מיניים בישראל, בעוד בפרשת **בן-ארי** מדובר בנישואים אזרחיים חד-מיניים שנערכו בחוץ לארץ. משום כך, לדעתו, רישום הנישואים במרשם האוכלוסין בישראל אינו מהווה הכרעה בשאלת ההכרה של המשפט הישראלי ב"תבנית משפטית" חדשה של נישואים חד-מיניים.

13 ראו, למשל, מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** כרך א 587 (מהדורה רביעית מורחבת, 2001); איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר: הלכת פונק-שלזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" **משפט וממשל** יא 129 (2007); מרין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 520–522; זאב פלק "רישום נישואין בספר התושבים" **הפרקליט** יט 199 (1963).

14 לבונטין, לעיל ה"ש 13.

ומבקש לראות תעודת-זהות); לצורך רבדים רבים ועמוקים של חיי יומיום במסגרת החברה; ואפילו לצורכי הליך שיפוטי, כדי לשלול, למשל, כשרות של בן-זוג להעיד לחובת בן-זוגו במשפט פלילי.¹⁵

לבונטין הדגיש גם את ההבדל בין המרשם לבין תעודת הזהות: "להבדיל מן המרשם, שלציבור הרחב אין גישה אליו, תעודת-הזהות היא מסמך שימושי, נגיש ומוכר, ודרכה לעצב הן את תודעת הנרשם והן את תודעתם של הבאים עימו במגע."¹⁶ מבחינה זו, דעות המיעוט של השופט זילברג בפרשת פונק שלזינגר ושל השופט רובינשטיין בפרשת בן-ארי, אף שהן מפלות בתוצאתן, משקפות נכוחה את מעמדו המשפטי של המרשם כמבטא גושפנקה מדינתית לנישואים ולכן גם הכרה בתוקפם. שופטי המיעוט בשתי הפרשות טענו כי ההבחנה בין רישום הנישואים לבין הכרה בתוקפם היא מלאכותית, וכי רישומם מהווה, הלכה למעשה, גם הכרה בתוקפם, ולפיכך סירבו לאשר את רישום הנישואים בכל אחד מן המקרים.¹⁷ אכן, קשה להאמין שבית המשפט יורה לפקיד הרישום לרשום בארץ אח ואחות שנישאו במדינה שבה נישואי קרובים מדרגה ראשונה אינם אסורים, וזאת משום שרישום ייתפס כמתן גושפנקה לנישואים אלה. כפי שנרחיב בחלקו הבא של המאמר, מצב הדברים של פירוק הקשר הזוגי חושף עוד יותר את הפיקטיביות של ההבחנה בין רישום לבין תוקף ואת הכשל העומד בבסיסה.

2. גירושים חד-מיניים בפסיקה הקיימת – פיקציית הרישום נחשפת

בהתאם לפרשת בן-ארי, בתי משפט הדנים בתביעות הנוגעות בהתרת נישואים חד-מיניים יכולים לכאורה להוציא מתחת ידם מגוון רחב של פסקי דין, החל בהצהרה על בטלות הנישואים, דרך הכרה מוגבלת בנישואים, ולו לצורך התרתם, ועד מתן תוקף מלא לנישואים והוצאת פסק דין של "גירושים". למיטב ידיעתנו, עד כה ניתנו ארבעה פסקי דין בבתי המשפט לענייני משפחה בתביעות לגירושים או להתרת נישואים בין בני זוג

15 שם, בעמ' 158.

16 שם, בעמ' 138.

17 בפרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 239, כתב השופט זילברג, כי הרישום עוסק במעמדו האישי המשפטי של האזרח, כלומר, הוא נגזר מאקטים שתקפים מבחינה משפטית. בפרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 1, בפס' א לפסק דינו, כתב השופט רובינשטיין: "...לאמיתו – אין מדובר בנדון דידן אך ברישום סטטיסטי כאפיונו מקדם של המרשם, הגדרה אשר, כשלעצמה, אבד עליה כלה מזמן, אלא בסמל חברתי-ציבורי, וזו מטרתם של העותרים לאמיתה. כל כך, שכן על הפרק אין לעת הזאת נושאים כלכליים או 'פרקטיים' שבשלהם עתרו". ביטוי לתפיסת הנישואים האזרחיים בין יהודים כתקפים, בשנותם את הכשרות לנישואים של הצדדים, ניתן למצוא גם בפסיקת בית הדין הרבני, שקבע כי אישה יהודייה שהתחתנה בחוץ לארץ עם גבר יהודי בנישואים אזרחיים ולאחר מכן התגרשה ממנו בבית הדין הרבני בגירושים דתיים אינה יכולה להינשא לכהן, בהיותה גרושה לפי הדין הדתי: תיק (אזורי נח) 293122/1 פלוני נ' פלוני (פורסם בפדאור, 21.10.2010).

ובנות זוג להט"בים שנישאו זה לזה בחוץ לארץ.¹⁸ בכל המקרים, להוציא אחד, רשמו בני הזוג את נישואיהם במרשם האוכלוסין בארץ, בהתבסס על הלכת בן-ארי. במקרים אלה בחרו בתי המשפט להציג את הסוגיה המשפטית שהתעוררה כסוגיה צרה שעניינה מוגבל לשינוי הרישום במרשם האוכלוסין.

על פי חוק מרשם אוכלוסין, שינוי בפרט רישום מחייב הכרעה שיפוטית או הצגת תעודה ציבורית המעידה על השינוי.¹⁹ בני זוג להט"בים שהם אזרחים ותושבים של מדינת ישראל אשר נישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל אינם יכולים, מבחינה משפטית או מעשית, להתגרש מחוץ לישראל.²⁰ לפיכך, עם סיום מערכת היחסים הזוגית ביניהם אין באפשרותם להציג תעודת גירושים זרה, אשר בהתבסס עליה ישונה הרישום של כל אחד מהם מנשוי לגרוש, בדומה להליך שאפשר את רישומם כנשואים. על רקע זה התמקדו פסקי הדין הקיימים בצורך בהכרעה על ידי בית משפט בישראל לשם שינוי הרישום מנשוי לגרוש (או לרווק).

למעשה, בחלק מהמקרים שהגיעו עד כה אל בתי המשפט טענה המדינה נגד פסיקת בג"ץ בעניין בן-ארי, וניסתה לשכנע את בית המשפט כי בני הזוג לא התחתנו מעולם ולכן אין כל צורך בהתרת נישואים. במקרים אלה טענה המדינה כי כל שנדרש הוא "לתקן" את הרישום במרשם האוכלוסין בהתאם לסעיף 19 ד לחוק מרשם האוכלוסין, כאילו מדובר בטעות שנפלה ברישום בני הזוג כנשואים, ולא בשינוי הרישום בעקבות שינוי במצב האישי של הצדדים.²¹

אולם הפסיקה הקיימת משקפת, בראש ובראשונה, את הפיקטיביות של ההבחנה שבין רישום נישואים לבין הכרה בתוקפם ואת הכשל העומד בבסיסה של הבחנה זו. מעבר לכך, פסיקה זו כשלה ביצירת הליך מוסדר וברור שיעמוד לרשותם של זוגות להט"בים המבקשים להתגרש בישראל.

המקרה הראשון של גירושים חד-מיניים הגיע אל בית המשפט לענייני משפחה בשלהי 2012.²² בני הזוג, פרופ' עוזי אבן וד"ר עמית קמה, נפרדו ב-2009 וערכו ביניהם הסכם פירוד. ההסכם קיבל תוקף של פסק דין בבית המשפט לענייני משפחה.²³ בפסק הדין שאישר את הסכם הפירוד הוסיף השופט והתייחס לרישום במרשם האוכלוסין:

18 אי-אפשר לדעת מה מספרם המדויק של תיקי הגירושים שהגיעו אל בתי המשפט, שכן כמו כל התיקים הנדונים בבתי המשפט לענייני משפחה, הם נדונים בדלתיים סגורות, ואין פרסום שיטתי שלהם. רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי ביני המשפחה בישראל" **עינוי משפט** לד 603 (2011).

19 ס' 16, 17 ו-19 לחוק מרשם האוכלוסין.

20 על העדר היכולת להתגרש מחוץ לישראל ראו בהרחבה בחלק ג1 (א) להלן.

21 ראו לעיל ה"ש 7.

22 עניין **התובעים**, לעיל ה"ש 4.

23 תמ"ש (משפחה ת"א) 3739-06-11 (לא פורסם, 18.7.2011).

"כיום אין כלים כדי להתמודד עם המצב הנוכחי. אולם בקשת ב"כ הצדדים [לעניין שינוי הרישום – המחברים] נראית הגיונית ביותר, ממליץ למשרד הפנים למחוק את הרישום. יש להדגיש כי הרישום היה על פי בקשת הצדדים בעקבות הליך בחו"ל והיום הרישום התרוקן מכל תוכן.²⁴"

דברים אלה של בית המשפט הם תמוהים. ראשית, הרישום עצמו, שנובע מקיומה של תעודת נישואים זרה (לצרכים סטטיסטיים) לא התרוקן מתוכן, בוודאי כל עוד הצדדים לא התגרשו. מה שהתרוקן מתוכן הוא דווקא המהות, כלומר, מערכת היחסים שהגיעה לקיצה. שנית, הרישום לא נעשה על בסיס בקשתם של הצדדים, שכן בקשה של צדדים להירשם כנישואים, ואף הצהרתם בדבר טקס נישואים שערכו, אין בהם כדי להוות בסיס לרישום כנישואים במרשם האוכלוסין.²⁵ הרישום במרשם האוכלוסין נעשה על בסיס קיומה של תעודת הנישואים. לבסוף, המלצת בית המשפט "למחוק" את הרישום, ולא לתקנו או לשנותו, אינה מתיישבת אף היא עם דבריו לעניין אי-ההתאמה הקיימת במרשם לאחר הפגרה בין הצדדים.

על כל פנים, משרד הפנים (ככל הנראה בצדק) סירב לבקשה לשנות את הרישום במרשם האוכלוסין בהתבסס על דברים אלה האמורים בפסק הדין (שממילא נוסחו כהמלצה). אבן וקמה נזקקו לפסק דין מפורש של גירושים או התרת נישואים. הם לא יכלו להתגרש בקנדה, שכן במועד שבו ביקשו להתגרש הם לא עמדו בתנאים לקיומה של סמכות שיפוט של ערכאה קנדית על גירושיהם. לאחר התייעצויות שקיימה עורכת דינם, בין היתר עם כותבי שורות אלה,²⁶ הוחלט להגיש בקשה לגירושים בבית הדין הרבני. בני הזוג היו יהודים, ולפחות לפי לשון סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, בנסיבות אלה סמכות השיפוט הבלעדית בענייני נישואים וגירושים נתונה לבית הדין הרבני. על פי פסיקת בג"ץ, בלעדיות סמכותו של בית הדין הרבני נשמרת גם כאשר בני הזוג היהודים נישאו בטקס אזרחי מחוץ לישראל.²⁷

החלטה להגיש תביעה בבית הדין הרבני נלווה חשש מרכזי אחד: החשש מפני הכרזה של בית הדין הרבני על הנישואים שנערכו בקנדה ונרשמו בארץ כבטלים מעיקרם. בני הזוג שביקשו להתגרש היו ממוביליהם של מאבקים עקרוניים רבים להכרה בזכויות להט"בים עוד משנות התשעים.²⁸ החלטה של בית הדין הרבני שלפיה נישואים

24 ש.ם.

25 בג"ץ 80/63 גורפינקל נ' שר-הפנים, פ"ד יז 2048 (1963).

26 זאת, בעקבות טיוטה מוקדמת של מאמר זה, אשר הופצה בין העוסקים בתחום בקיץ 2011 (כאשר שאלת הגירושים החד-מיניים טרם התעוררה באופן מעשי בישראל) וצוטטה הן בכתבי טענות והן בחלק מהפסיקה בנושא.

27 בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב-יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006) (להלן: עניין בני נח).

28 תיק הגירושים שלהם זכה בסיקור נרחב בארץ ובעולם, שבמסגרתו הוזכרו מאבקהם הרבים למען שוויון זכויות ולהט"בים לאורך השנים. ראו, למשל, אייל גרוס "דווקא המונופול הרבני מקדם את

חד-מיניים הם בטלים מעיקרם בישראל הייתה מסיגה לאחור את המאבק לשוויון זכויות ללהט"בים, ומבטלת – או לכל הפחות מחלישה – את ההישג שבהלכת **בן-ארי**. מאידך גיסא, דילוג על הגשת תביעה לבית הדין הרבני היה מעמיד אותם בסיכון של דחייה על הסף של תביעתם בבית המשפט לענייני משפחה מחמת חוסר סמכות.²⁹

בסופו של דבר הגיעה התביעה לבית המשפט לענייני משפחה, משום שבית הדין הרבני סירב לפתוח לבני הזוג תיק ואף לגבות אגרה בגינו.³⁰ בית המשפט לענייני משפחה (השופט יחזקאל אליהו) נדרש ראשית לשאלת הסמכות, וקבע כי סמכות השיפוט מסורה לו, ולא לבית הדין הרבני, שכן "בהשתהותו של בית הדין לפתוח התיק, ולקבל אגרה הפקיע בית הדין את סמכותו לדון בתביעה".³¹ בשלב הבא הסתמך בית המשפט על פסיקה קודמת בעניין התרת נישואים בין בני זוג הטרוסקסואלים לפי הוראות חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969 (להלן: חוק ההתרה), שלפיה במקרים שבהם אין צורך בגירושים דתיים, סמכות השיפוט להתיר נישואים מסורה לבית המשפט לענייני משפחה.³² ראוי לציין שקיים קושי בהחלת הוראות חוק ההתרה בעניינם של אבן וקמה, שכן במקרה שלהם דובר בזוגיות בין שני יהודים, ולא בזוגיות בין-דתית, שבה עוסק החוק. נדון בקושי זה בחלק אחר של המאמר.³³

את היענותו לעצם הבקשה הסביר בית המשפט בדברים הבאים:

"התרת נישואי הצדדים אינה, אלא צידו השני של המטבע כפי שנקבע בבג"צ 3045/05 הנ"ל [פרשת **בן-ארי** – המחברים]. משהורה בג"צ על רישום הנישואין אין הדעת נותנת וסובלת כי התובעים אשר החליטו בהסכמה משותפת לפרק את קשר הנישואין יישארו ככולים זה לזה, הדבר נוגד את זכויות וחירויות הפרט, מנוגד לחוקי היסוד ולערכים בסיסיים של צדק ושוויון. במקרה זה, אך טבעי כי בית המשפט ייעשה שימוש בסמכות הטבועה הנתונה לו ויורה על התרת

זכויות החד מיניים" **הארץ** 3.12.2012 www.haaretz.co.il/news/law/1.1878070; עודד בן עמי "עושים היסטוריה: בנישואין – ובגירושין" **mako** 3.12.2012 [channel2/Six-News-cast/Article-y.net](http://www.mako.co.il/news-channel2/Six-News-cast/Article-y.net); צבי טריגר "גירושים חד-מיניים פותחים תקווה לכולם" **ynet** 4.12.2012 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340>; "אורלי וגיא: גירושין חד מיניים" **נענע 10** 4.12.2012 10tv.nana10.co.il/Article/?ArticleID=942155; *Israel Awards Country's First Gay Divorce*, THE TELEGRAPH (Dec. 5, 2012), www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/israel/9723028; *Israeli Court Grants Gay Divorce – Even Though Same-Sex Marriage Isn't Legal*, NBC NEWS (Dec. 4, 2012); Aeyal Gross, *Israeli Family Court in Tel Aviv Orders Dissolution of Same-Sex Marriage*, 1 LESBIAN/GAY L. NOTES 15 (Jan. 2013).

29 ראו גם חלוץ, לעיל ה"ש 5.

30 עניין **התובעים**, לעיל ה"ש 4, פס' 5 לפסק הדין.

31 שם, פס' 23 לפסק הדין.

32 רמ"ש (מחוזי ים) 41782-04-10 **פלונת נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 23.3.2011).

33 ראו חלק ג2(ב) להלן.

הנישואין. בנסיבות אלה כאשר בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בתביעה ובכל מקרה אינו הפורום הנאות לדון בה, חובה על השופט היושב בדיון להפעיל את הסמכות הנתונה לו וליתן לתובעים את הסעד לו עתרו.³⁴

שוב, נראה כי דברי השופט אינם מתיישבים עם ההבחנה שבין רישום לתוקף. התרה אינה צידו האחר של הרישום, שהרי הרישום, לפי הלכת פונק שלזינגר, אינו מקנה תוקף לנישואים, ולכן ממילא אינו יכול להעיד על תוקפם. גם דברי בית המשפט לעניין הפגיעה בזכויותיו ובחירויותיו של הפרט, בשל הותרת הצדדים ככולים זה לזה, אינם מתיישבים עם תפיסת המרשם כמאגר סטטיסטי בלבד שאינו יוצר תוקף. הלא אם הרישום אינו מהווה הכרה בתוקף נישואיהם של הצדדים, מדוע הותרתו על כנו כובלת את הצדדים? הרישום התבסס על תעודת נישואים שניתנה בעקבות טקס נישואים תקף בקנדה, והנישואים (לכל הפחות עד שניתן פסק הדין של השופט אליהו) לא הותרו. מי שהורה על התרת הנישואים הוא בית המשפט, ודבריו מתיישבים עם הכרה בתוקפם של הנישואים, מה שמחייב פעולה שיפוטית לשם התרת הקשר.³⁵ אכן, בהסתמך על פסק הדין שונה הרישום של אבן וקמה במשרד הפנים מנישואים לגרושים.

במקרה אחר, בנובמבר 2013, ניאות בית המשפט לענייני משפחה לתת פסק דין הצהרתי שלפיו שני גברים שנישאו בקנדה אינם נשואים. גם כאן הוגשה הבקשה לבית המשפט בהסכמת שני הצדדים. אולם, בניגוד לפסק דינו של השופט אליהו, השופטת ורד שביט פינקלשטיין לא ניסחה את פסק דינה כפעולה שיפוטית אקטיבית של התרה, אלא כתבה: "ניתן בזאת פסק דין הצהרתי לפיו הצדדים אינם נשואים זה לזה".³⁶ מניסוח זה לא ברור אם לדעת השופטת שינוי הרישום במרשם האוכלוסין צריך להיות ל"גרוש" (כלומר, שבני הזוג אינם נשואים מרגע זה ואילך) או ל"פנוי" (כלומר, שהם לא היו נשואים ואינם נשואים). עם זאת, מהנמקת השופטת עולה, ככל הנראה, שכוונתה היא שבני הזוג אינם נשואים עוד (ולא שהם לא היו נשואים), שכן משתמע מדבריה כי על המרשם לשקף את השינוי העובדתי שחל בחיי הצדדים – מבני זוג למי שנפרדו.³⁷ שוב, שינוי הרישום מתבסס על טיבם ואופיים של יחסי הצדדים בפועל, להבדיל מפרשת בן-ארי ומפרשת פונק שלזינגר לפנייה, שכביכול לא ביססו את הרישום על תוקפם של הנישואים או על החיים הזוגיים בפועל של הצדדים. גם בעניין זה שונה במשרד הפנים מעמדם האישי של בני הזוג ל"גרוש" בהסתמך על פסק הדין.³⁸

בדצמבר 2013 נתן בית המשפט לענייני משפחה (סגן הנשיאה נפתלי שילה) פסק דין

34 עניין התובעים, לעיל ה"ש 4, פס' 33 לפסק הדין.

35 שם, פס' 34 לפסק הדין.

36 תמ"ש (משפחה ת"א) 8758-03-13 המבקשים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 11 (א) לפסק הדין (לא פורסם, 22.11.2013).

37 שם.

38 התכתבות עם עו"ד מיכל עדן מיום 12.8.2015.

נוסף "המתיר את נישואי הצדדים".³⁹ בית המשפט לענייני משפחה קבע כי יש בידיו הסמכות השיפוטית להתיר את נישואיהם של שני גברים יהודים שנישאו בחוץ לארץ ונרשמו במרשם האוכלוסין הישראלי כנשואים, וכי סמכותו זו נובעת מחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ולא מחוק ההתרה (בהיות שני בני הזוג יהודים). בית המשפט אף ציטט בהסכמה מטיטה מוקדמת של מאמר זה את עמדתנו כי אל לה למדינה לכפות בני זוג להישאר נשואים זה לזה כאשר הם חפצים להתגרש,⁴⁰ והוסיף:

"בישראל, לא הוכרו נישואין חד מיניים כתקפים ולא הוגדרו כסטטוס. יחד עם זאת, עצם הותרת רישום במרשם של אדם כנשוי, שעה שהוא לא מעוניין יותר ברישום זה, מהווה פגיעה באוטונומיה שלו. שהרי, למרות שלא הוכרו בישראל נישואין חד מיניים, הוענקו לזוגות חד מיניים זכויות רבות של זוגות נשואים."⁴¹

עוד עמד בית המשפט על ההשלכות המעשיות של פער בין הרישום (כנשואים) לבין מציאות חיים (בני זוג לשעבר) על זכויותיהם של בני הזוג (לעניין פנסיית שארים וזכויות נוספות). לעניין פועלה המשפטי של ההתרה קבע בית המשפט כי מדובר בהתרה "רישומית" בלבד, שאין בה כדי להכיר בתוקפם של הנישואים:

"כשם שרישום הנישואין מהווה 'רישום לצורכי מרשם בלבד' שאין לו תוקף מהותי ואינו מלמד כי המשפט הישראלי מכיר בתוקפו, כך התרת הנישואין תהווה 'התרת נישואין לצורכי רישום בלבד'."⁴²

ברוח זו סיכם בית המשפט את פסיקתו במילים "אין בצו זה, משום הכרה בכך שהנישואין היו תקפים על פי הדין הישראלי".⁴³

גם בפסק דין זה ניכר אם כן הערכוב בין תוקף, סטטוס ורישום. יש בו הכרה משתמעת בכך שהבחנות הללו, הנובעות מן הקביעה של בג"ץ בדבר היות המרשם מאגר סטטיסטי בלבד, הן פיקטיביות. הזכויות וההטבות הניתנות בדין הישראלי לבני זוג להט"בים אינן מוקנות מכוח המרשם, אלא על בסיס מערכת היחסים בפועל (כמו הזכויות וההטבות הניתנות לבני זוג הטרוסקסואלים שהם "ידועים בציבור"). יתרה מזו, גם כאשר מדובר בזוגות הטרוסקסואלים שנישואיהם לא הותרו על ידי גירושים, בין היתר בשל מצוקת הגירושים בישראל, המשפט הישראלי מתייחס אליהם כאל גרושים לעניין קביעת זכויות רכושיות, חובות וזכויות סוציאליות, ואף לעניין הכרה במערכת

39 תה"ן (משפחה ת"א) 13-11-52224 פלונים, פס' 2 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.12.2013).

40 שם, פס' 6 לפסק הדין.

41 שם, פס' 7 לפסק הדין.

42 שם, פס' 30 לפסק הדין.

43 שם, פס' 2 לפסק הדין.

יחסים חדשות שכל אחד מבני הזוג יוצר.⁴⁴ אולם במרשם האוכלוסין אנשים אלה נותרים רשומים כנשואים עד התרת נישואיהם כדין. אנשים יכולים להישאר נשואים באופן פורמלי, כלומר להיות רשומים כנשואים במרשם האוכלוסין, אך לא להיחשב נשואים או בני זוג מן הבחינה המהותית לעניין זכויות, חובות והטבות שונות. במשפט הישראלי, אם כן, יכול להתקיים פער לא רק בין מציאות חייהם של אנשים לבין המרשם, אלא גם בינה לבין תוקף הנישואים.

על כל פנים, מקריאת פסקי הדין הקודמים עשוי לעלות הרושם כי הקושי הכרוך בהתרת נישואיהם של בני זוג מאותו מין הוא עיוני גרידא, לפחות כאשר פרדת בני הזוג נעשתה בהסכמה, וכל שנדרש הוא לגלות יצירתיות או לוליינות משפטית, אשר יאפשרו את שינוי הרישום במרשם הפנים. עם זאת, בפברואר 2014 ניתן פסק דין שהמחיש את הקושי המעשי הקיים במקרים של נישואים וגירושים חד-מיניים, אשר נובע שוב מהחלה פשטנית של הלכת פונק שלזינגר על זוגות חד-מיניים. בעניין זה דובר בכנות זוג אשר נישאו במדינת קונטיקט שבארצות הברית אך לא רשמו את נישואיהן בישראל.⁴⁵ לכאורה, אם הסוגיה המשפטית מוגבלת לפער בין מציאות חייהן של בנות הזוג לבין הרישום במרשם האוכלוסין, כפי שעלה מן הפסיקה שתוארה לעיל, אזי בעניין זה לא היה פער כזה ולכן לא הייתה אמורה לכאורה להתעורר סוגיה משפטית. אכן, בית המשפט לענייני משפחה סירב להתיר את הנישואים בין שתי הנשים, משום שהוא סבר כי התרת נישואים בנסיבות אלה (של אי-רישום בארץ) תהווה הכרה בתוקפם, בעוד "המשפט הישראלי אינו מכיר בתוקף הנישואין של זוגות חד-מיניים".⁴⁶ עם זאת נתן בית המשפט פסק דין הצהרתי שלפיו שתי הנשים אינן נשואות זו לזו.⁴⁷ פסיקתו ייצגה דרך ביניים בין עמדתן של הנשים, שלפיה הן נשואות לכל דבר ועניין ולכן יש להתיר את נישואיהן כדי להופכן לפנויות, לבין עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה:

"אין כל תוקף מהותי לנישואין בין התובעת והנתבעת. משכך גם אין כל מקום לביצוע רישום של הנישואין שעה שהמרשם משקף את המצב המשפטי העובדתי הנכון בין התובעת והנתבעת, קרי הן אינן נשואות."⁴⁸

מעניין להשוות את פסק הדין שקבע כי אין צורך בהתרה משפטית של נישואים חד-מיניים לפסק דין שניתן על רקע עובדות דומות אך עסק בגבר ואישה בני דתות שונות אשר נישאו בחוץ לארץ ולא רשמו את נישואיהם בארץ.⁴⁹ בעניין זה הכיר בית המשפט

44 לעניין זה ראו את הדיון בחלק ב2 להלן.

45 תמ"ש (משפחה ת"א) 56248-10-12 פלוגית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 19.2.2014).

46 שם, פס' 28 (ב) לפסק הדין.

47 שם, פס' 29 (א) לפסק הדין.

48 ס' 1 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה מיום 1.9.2013, מצוטט בס' 4 (יב) לסיכומי הנתבעת 1 בעניין פלוגית, לעיל ה"ש 45.

49 עמ"ש (מחוזי חי') 42622-05-12 פלוגית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 29.11.2012).

המחוזי בכך שבני הזוג יזדקקו להליך של התרת נישואים אזרחית אם הערכאות הדתיות יקבעו כי הנישואים אינם תקפים לפי הדינים הדתיים שחלים על כל אחד מבני הזוג.⁵⁰ אי-רישום הנישואים במרשם האוכלוסין לא שינה לעניין הצורך בהתרה משפטית, דתית או אזרחית, של קשר הנישואים בישראל. פסק דין זה חשוב לענייננו מכיוון שגם לגבי נישואים בין בני דתות שונות אין לכאורה הכרעה כי המשפט הישראלי מכיר בתוקפם,⁵¹ ולמרות זאת הכיר הדין הישראלי בהכרח לקבוע הליך סדור ובהיר להתרת קשר נישואים זה – הן מבחינת הסמכות והן מבחינת הדין החל.⁵² אכן, לטענתנו, שתפורט בהרחבה בהמשך המאמר, לבני זוג נשואים, להט"בים או הטרוסקסואלים, יש זכות להתרה משפטית של קשר הנישואים ביניהם, בין אם נישואיהם נרשמו ובין אם לאו. עם זאת, רק לבני הזוג הלהט"בים אין כיום הליך מוסדר להתרת קשר הנישואים על פי הדין הישראלי.

מן הפסיקה שהוצגה עולה כי הדיון המשפטי שנערך עד כה לא סייע ביצירת הליך מוסדר וברור שיעמוד לרשותם של זוגות להט"בים המבקשים להתגרש בישראל. הפסיקה המועטה הקיימת התמקדה בשאלת סמכות השיפוט, ובמידה פחותה גם במשמעות הרישום. גם הבסיס המשפטי שעליו נשענו פסקי הדין הקיימים שהתירו נישואים חד-מיניים הוא שברירי. אין לבני זוג שמבקשים להתגרש כל ערובה שהשופט או השופטת שידונו בתיבתם יסברו כי יש לבית המשפט לענייני משפחה סמכות שיפוט בעניינם, ואין כל ערובה שהם יסכימו להתיר את הנישואים או לתת פסק דין הצהרתי המכריז על אי-היותם נשואים. בעיה זו מתחדדת על רקע העדר פסיקה רלוונטית של בית המשפט העליון, היכולה להוות תקדים ולו בחלק מן הסוגיות.⁵³

את שטחיות הדיון בסוגיית התרתו של קשר הנישואים החד-מיני ניתן להסביר, בצורה חלקית, באופי המקרים שהגיעו עד כה לפתחם של בתי המשפט, שהייתה בהם הסכמה בין הצדדים על פירוק הקשר. הפסיקה הקיימת אינה מסדירה או מתווה דרך להתמודדות עם מקרים שבהם מתעוררת מחלוקת בין הצדדים על עצם פירוקו של הקשר הזוגי או על התנאים לפירוקו.⁵⁴ בהעדר הסכמה כזו, האם יורה בית המשפט על שינוי המרשם או לא? ולפי מה יכריע בשאלה זו? אכן, לא ברור כיצד ייראה דיון בבקשה חד-צדדית לגירושים חד-מיניים, כאשר אין הסכמה בין הצדדים על עצם פירוק הקשר או על סוגיות רבות הקשורות לפירוקו, וכאשר לתמונה ייכנסו רגשות עזים יותר, כגון רצון

50 ש.ם.

51 עניין **בני נח, לעיל ה"ש 27**; בע"מ 9607/03 **פלוגי נ' פלוגי**, פ"ד סא(3) 726 (2006).

52 ראו בהרחבה את הדיון להלן ליד ה"ש 134–142.

53 על המחסור בתקדימים בתחום דיני המשפחה והשפעתו על משפחות להט"ביות ראו עוד להלן בחלק 11(ג).

54 אצל זוגות הטרוסקסואלים כמחצית מהליכי הגירושים נפתחים באופן חד-צדדי. ראו **נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 2016**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 74–75. אין סיבה להניח שהנתונים יהיו שונים באשר לזוגות להט"בים.

לנקום, סחטנות כלכלית, סכסוך משמורת מר, וכיוצא באלה מאפיינים מצערים של סכסוכי גירושים הטרוסקסואליים רבים.⁵⁵

אולם, חשוב מכל אלה, פסקי הדין הקיימים המתייחסים להתרת נישואים חד-מיניים יוצרים תמונה מעורפלת ואבסורדית של מעמד הנישואים והגירושים הלהט"ביים בישראל: האם בני זוג להט"בים שנרשמו בארץ כנישואים על סמך תעודת נישואים זרה ומבקשים להתגרש לא היו מעולם נשואים, וזה מה שמאפשר את שינוי מעמדם במרשם האוכלוסין לגרושים, או שמא השינוי פועל מרגע ביצועו ואילך? נכון לעכשיו, הפסיקה אינה עקבית בנימוקה המהותיים, שכן היא אינה מתמודדת עם הקשיים שהציבה בפניה פיקציית ההבחנה בין רישום להכרה, ומעדיפה להמשיך לצבוע את השאלות הללו בצבעים פרוצדורליים, המצניעים את הממדים האידיאולוגיים והערכיים שלהן. מי שממלאים בינתיים תפקיד משמעותי בגירושים להט"ביים הם דווקא פקידי הרישום במרשם האוכלוסין, אשר משנים את מעמד הצדדים ל"גרושים" ללא קשר לניסוחן של הוראות בתי המשפט. הדבר בולט במיוחד באשר לפסק הדין שבו איינה השופטת את הנישואים וקבעה כי אין כלל נישואים שניתנים להתרה (להבדיל מהכרזה על בטלותם מרגע מתן פסק הדין ואילך).⁵⁶ קיים גם ספק אם הרשויות מחוץ לישראל, ובפרט במדינה שבה נישאו בני הזוג, יראו את פסקי הדין הקיימים ככאלה המתירים את הנישואים, באופן שיאפשר לצדדים להינשא מחדש.⁵⁷

אנו סבורים כי אין מנוס מהתמודדות חזיתית ויסודית עם הדרך המשפטית הראויה להסדרת פירוק הקשר הזוגי הלהט"בי כאשר מדובר בבני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל; סרבולן של ההנמקות המשפטיות ופיקציית ההבחנה בין רישום לתוקף, בצירוף אופיין הסכסוכי של תביעות גירושים, מחייבים זאת.

הפרק הבא יעסוק בהצדקות לקיומה של זכות כללית לגירושים כבסיס לפתרון האבסורד המאפיין כיום את הטיפול בגירושים חד-מיניים, אך גם כבסיס לכינון זכות לגירושים וגירושים אזרחיים לכולם.

פרק ב: לקראת הכרה בזכות לגירושים

מבחינה היסטורית, הזכות המשפטית לפרק קשר של נישואים, או אף הזכות של בני זוג נשואים להיפרד, אינן מובנות מאליהן. הנישואים נתפסו לא רק כעניין הנוגע לצדדים הנשואים, אלא גם – ובעיקר – כמערכת יחסים שלמדינה ולציבור יש אינטרס חזק

55 על מאפיינים אלה בגירושים הטרוסקסואליים ראו, למשל, דפנה הקר סוגיות משפחתיות בעיניים משפטיות 95–96 (2012).

56 עניין פלונית, לעיל ה"ש 45.

57 מידע שהועבר אלינו על ידי עו"ד מיכל עדן ביום 6.12.2017, בהתבסס על התכתבויות בינה לבין עורכי דין ומומחים אמריקנים.

בהסדרתה, ובכלל זה בהסדרת היציאה ממנה ופירוקה. המורשת הדתית הנוצרית של מוסד הנישואים תרמה גם היא לתפיסת הנישואים כ"שייכים" לא רק לזוג, ולכן הסכמתם לפירוקם אינה מספיקה, ונדרשת גם החלטה שיפוטית בדבר ההצדקה לפירוק הקשר.⁵⁸ על פי המשפט המקובל, למשל, הסכמת הצדדים להתגרש כשלעצמה לא הצדיקה גירושם.⁵⁹

כיום, עם השתנות התפיסה החברתית והמשפטית של קשר הנישואים וראייתו כביטוי לאהבה בין הצדדים⁶⁰ ולאוטונומיה שלהם, ניתן משקל רב יותר לבחירה האישית לא רק בכניסה לקשר,⁶¹ אלא גם בהמשכו.⁶² בדומה לחוזה, יכולת היציאה החופשית מקשר הנישואים נתפסת בעיני רבים כזכות בסיסית ויסודית בראייה ליברלית של מוסד הנישואים, אשר רואה בנישואים (ולכן גם בבחירה לסיימם) מרכיב משמעותי ביכולת המימוש העצמי של הפרט אשר למדינה אין אינטרס לגיטימי להתערב בו.⁶³ תפיסה זו עומדת מאחורי המעבר לגירושם ללא אשם בשיטות משפט רבות במהלך המאה העשרים.⁶⁴

למרות זאת, הזכות לגירושם לא זכתה עד כה בהכרה כזכות אדם במשפט הבינ-לאומי כמו הזכות לנישואים. המשפט הבינ-לאומי מכיר רק בצורך בשוויון בין גברים לנשים בגירושם.⁶⁵ גם כאשר הערות של ועדות בין-לאומיות לזכויות אדם עמדו על

58 בצורות הקתולית אין כלל אפשרות להתגרש.

59 שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושם" עיוני משפט כח 671, 678 (2005).

60 כפי שמתאר יובל מרין, הקשר בין נישואים לאהבה רומנטית והאהבה כסיבה לנישואים עלו רק במאתיים השנים האחרונות: YUVAL MERIN, EQUALITY FOR SAME-SEX COUPLES: THE LEGAL RECOGNITION OF GAY PARTNERSHIPS IN EUROPE AND THE UNITED STATES 25–30 (2002).

61 בחברה היהודית-הדתית-המודרנית מתקיים זה זמן שיח ער בנוגע לצורת הקידושים כדת משה וישראל, בפרט סביב היבטים של קידושים אלה שמשפילים נשים, תוך יצירת צורות חדשות של קידושים על ידי הזוגות עצמם ותמרון עדין בין ההעדפות האישיות לבין דרישותיהן של ההלכה, המשפחה והקהילה. ראו עירית קורן **הרי אתה מחודש לי – מגדר, דת ויחסי כוח בטקס הנישואין היהודי** (2011).

62 הקר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 72.

63 ראו, למשל: Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75, 85–87 (2004).

64 ליפשיץ, לעיל ה"ש 59; הקר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 74–76.

65 הדס תגרי דת, **דיני משפחה וזכויות אדם: סקירה השוואתית של אופני ההשפעה הדתית על דיני המשפחה והשלכות זכויות האדם הנובעות מהשפעה זו** 27 (חיבור שווה ערך לתזה של תואר שני, אוניברסיטת בר-אילן, 2009). האמנות שמבטיחות שוויון בין גברים לנשים בהליכי הגירושם הן אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (ס' 23(4)); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (ס' 16(1)(ד)). ישראל הסתייגה מס' 16 לאמנה האחרונה, משום שקבלתו אינה מתיישבת עם החלטת של דיני נישואים וגירושם דתיים.

הבעייתיות שבהעדר אפשרות להתגרש (למשל, באירלנד עד 1996 ובצ'ילה עד 2004), הדיון בגירושים היה כתוצאה של הזכות לנישואים, ולא כזכות עצמאית להתגרש.⁶⁶ הדס תגרי סבורה כי אי-הכרה בזכות עצמאית לגירושים מבטאת השפעה דתית (בעיקר נוצרית-קתולית) על משטר זכויות האדם במשפט הביין-לאומי, כמו גם עיגון של העיקרון הפטריארכלי של חוסר שוויון בגירושים, שהרי לגברים בדתות רבות יש זכות רחבה, חזקה ומוגנת להתגרש, וזאת מכוח הדינים הדתיים.⁶⁷

גם במשפט החוקתי של שיטות משפט רבות אין הכרה בזכות לגירושים כזכות חוקתית. כך, למשל, במשפט האמריקני הזכות לגירושים מעולם לא הוכרה באופן ישיר על ידי בית המשפט העליון האמריקני כזכות יסוד חוקתית, וזאת בניגוד לזכות לנישואים.⁶⁸ חוקתיותה של הזכות להתגרש עמדה למבחן במשפט האמריקני בכמה תיקים שעסקו, בין היתר, בנגישותם של הליכי הגירושים למי שאינם יכולים לעמוד בתשלום אגרת בית המשפט,⁶⁹ ובחוקתיותה של דרישת תושבות מינימלית של שנה כתנאי לזכאות להגיש תביעת גירושים.⁷⁰ עם זאת, יש הסבורים כי הפסיקה שהכירה בזכות לנישואים כזכות חוקתית הכירה הן בזכותם של הלא-נשואים להינשא והן בזכותם של הנשואים לעשות כן. במילים אחרות, אם אדם נשוי מעוניין להינשא לאחר, יש לו זכות יסוד חוקתית לעשות זאת, וכדי שיוכל לממש זכות זו, צריכה להיות לו הזכות להתגרש ממי שהוא נשוי לו כעת.⁷¹ אולם אין בכך הכרה בזכות עצמאית לגירושים, אלא בזכות הנגזרת מהזכות לנישואים, הנחוצה לצורך מימוש הזכות לנישואים. במאמר זה אנו מבקשים לקדם את ההכרה בזכות לגירושים כזכות יסוד עצמאית במשפט הישראלי, וכפי שנראה, קיים לכך בסיס פסיקתי. הדבר חשוב במיוחד בעניינם של זוגות חד-מיניים, שהם היחידים בלא הליך מוסדר להתרת קשרי נישואיהם, אולם יש בו כדי להשליך על הזכויות של כולם.

1. זכות היציאה

האם ניתן להצדיק את קיומה של זכות לגירושים בהתבסס על הזכות לצאת מקשר זוגי? זכות היציאה נדונה רבות בספרות הליברלית התורת-משפטית, בפרט בהקשר של

66 תגרי, שם.

67 שם, בעמ' 28.

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

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

70 *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975).

71 Cathy J. Jones, *The Rights to Marry and Divorce: A New Look at Some Unanswered* 71

Questions, 63 WASH. U. L.Q. 577, 627–628 (1985). ג'ונס טוענת כי ההכרה בכך שאגרת בית

משפט אינה יכולה לחסום הגשת תביעת גירושים מהווה הכרה עקיפה במעמדה החוקתי של הזכות לגירושים במשפט האמריקני (שם, בעמ' 628–629 ו-643–644).

השתייכות לקבוצה או לקהילה.⁷² נראה כי אין צורך להכביר מילים על חשיבותה של זכות היציאה גם בהקשר של מערכות יחסים של אינטימיות זוגית. הגנה על אפשרות היציאה ממערכות יחסים אינטימיות חיונית לשם שמירה על האינטרסים הפרטניים של כל אחד מן הצדדים למערכת היחסים. האפשרות לצאת ממערכות יחסים (בין כדי ליצור מערכת יחסים חדשה ובין כדי פשוט לא להיות במערכת היחסים הקיימת) היא חלק חשוב מהאוטונומיה של הפרט ומיכולתו להיות הכותב של סיפור חייו.⁷³ חשיבותה של זכות היציאה לפרט נובעת גם ממרכזיותן של מערכות היחסים להגדרת העצמי, ומתפיסת בני האדם כפרטים מקושרים, ולא כפרטים אטומיסטיים.⁷⁴ תפיסה זו מתמקדת בהגנה על יכולת הבחירה של בני האדם להגדיר אילו מערכות יחסים מהוות חלק מזהותם ואילו לא.⁷⁵ מנקודת מבט ליברלית, אך מעטים יטענו נגד ההצדקות לקיומה של זכות יציאה ממערכות יחסים.⁷⁶

מעבר לאינטרס של הפרט, זכות היציאה חשובה גם לשם קידום האידיאל והערך

- 72 ראו, למשל: Susan Moller Okin, "Mistresses of Their Own Destiny": Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit, 112 ETHICS 205 (2002).
- 73 Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 63. ראו גם שחר ליפשיץ "שוויון בנישואים, הזכות להתגרש ואוטונומיה קהילתית – הרהורים בעקבות תמורות במעמד האשה במשפט העברי" **עיוני משפט** כז 139, 167–168 (2003).
- 74 תפיסת ה"אני" כמוגדר על ידי מערכות היחסים בחייו מזוהה עם הכתיבה הפמיניסטית. ראו, למשל, קרול גיליגן **בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה** 165–174 (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995); קרול גיליגן **להצטרף להתנגדות** 32 (צבי טריגר עורך, דנה ג' פלג מתרגמת, JENNIFER NEDELSKY, LAW'S RELATIONS: A RELATIONAL THEORY OF SELF, AUTONOMY, AND LAW 21 (2011); Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. CHI. L. REV. 1 (1988).
- 75 Kenneth L. Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 YALE L.J. 624, 671 (1980); Karin Carmit Yefet, *The Constitution and Female-Initiated Divorce in Pakistan: Western Liberalism in Islamic Garb*, 34 HARV. J.L. & GENDER 553, 566 (2011). אכן, תפיסת ה"אני" כ"אני מקושר" משליכה על האופן שבו מבינים את רעיון האוטונומיה. ראו, למשל: Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 7 (1989) הדין אינו אוסף התחייבויות שבבסיסן מערכות יחסים, שהרי אי-אפשר לאכוף התחייבות לשירות אישי. ס' 23 (לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970).
- 76 בוודאי ככל שהדבר אמור ביחסים בין בגירים. היחסים שבין הורה לילד שונים, שכן הם "ללא יציאה", לכל הפחות עד אשר הילד מגיע לבגרות. תפיסה זו של יחסי ההורות עשויה להשפיע על מערכת היחסים בין מבוגרים החולקים הורות משותפת, שכן אלה אינם יכולים לצאת ממערכת היחסים ביניהם כהורים משותפים. ראו, למשל: Ayelet Blecher-Prigat, *The Costs of Raising Children: Toward a Theory of Financial Obligations Between Co-Parents*, 13 THEORETICAL INQ. L. 179, 188–190 (2012); איילת בלכר-פריגת "מזוגיות ההורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט 821, 847–848 (2016).

החברתי הגלום במערכות יחסים אינטימיות.⁷⁷ אפשרות היציאה היא ההופכת (יחד עם חירות הכניסה) את ההשתתפות במערכת היחסים לעניין של בחירה, אשר נדרשת לשם הגשמת הערכים הגלומים במערכות יחסים אינטימיות ומאפשרת אותה.⁷⁸ קשה לחשוב על מערכות יחסים כפזיות כמבטאות ומגשימות ערכים דוגמת קרבה, דאגה ומחויבות, המזוהים עם מערכות יחסים אינטימיות.⁷⁹

במובנה הפשוט והבסיסי ביותר, היכולת לצאת ממערכת יחסים היא האפשרות לעזוב, לקום וללכת. יציאה מקשר, במונח זה, אינה חופפת בהכרח או זהה לגירושים, שהם התרה משפטית של קשר הנישואים הזוגי, אך מובן שבין השתיים קיים קשר. קשר זה משתנה בהתאם למערך הדינים הכולל שחל על מערכת היחסים. כך, למשל, אם הדין מתנה את מימוש הזכויות וחלוקת הרכוש המשפחתי שנצבר במהלך הנישואים בגירושים פורמליים, אזי יכולת היציאה המעשית מהקשר הזוגי תלויה בהתרתו מן הבחינה המשפטית. כך, למשל, עד לתיקונו בשנת 2008,⁸⁰ התנה החוק הישראלי את ביצוע איוון המשאבים ב"פקיעת הנישואים", ולפיכך הצד החלש יותר מבחינה כלכלית (בדרך כלל האישה) חסר את האמצעים לצאת מן הקשר הזוגי עד להשגת גירושים, מה שהחמיר את תופעת סרבנות הגט.⁸¹

בשיטות משפט לא מעטות גירושים אינם רק ההליך ההופך את בני הזוג מ"נשואים" ל"פנויים", אלא הם כוללים גם הסדרה של היחסים הממוניים בין בני הזוג, חלוקה של הרכוש, קביעת מזונות וכן הסדרה של אופן חלוקת האחריות ההורית ושל הקשר עם הילדים, כאשר לבני הזוג יש ילדים קטינים. להבדיל מישראל, בשיטות משפט אלה אי אפשר כלל לפתוח בהליך לחלוקת רכוש ולהסדרת היחסים הכלכליים בהעדר הליך של גירושים, ובית המשפט נעדר סמכות לפסוק בנוגע להסדרת היחסים הכלכליים בין בני הזוג כל עוד הקשר לא פורק.⁸² בשיטות משפט כאלה ניתן לטעון לקיומה של זכות

77 בעניין זה אנו מסכימים עם פרנץ ודגן שאין סתירה בין הגנה על אינטרסים פרטניים של כל אחד מבני הזוג לבין קידום האידיאל הגלום בתפיסה שיתופית של הנישואים. ראו Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 63, בעמ' 85–86.

78 Karst, לעיל ה"ש 75, בעמ' 637–638.

79 שם, בעמ' 630–637.

80 שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" **חוקים** א 227 (2009).

81 ראו חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, לפני תיקונו בשנת 2008. תיקון מס' 4 לחוק, מ-12.11.2008, הוסיף את ס' 5א, שכותרתו "הקדמת המועד לאיוון המשאבים", ואשר מאפשר לעשות זאת בהתקיים התנאים המנויים בסעיף.

82 ראו, למשל, את פסיקת בית המשפט העליון במדינת ניו יורק בעניין *Settle v. McCoy*, 63 A.D.3d 1215 (2009), שלפיה ניתן לחלק את הרכוש שנצבר במהלך הנישואים באופן אקוויטבילי רק עם פירוק הנישואים. באשר למזונות בני זוג יש הבדל בין מדינות שבהן הזכות למזונות נחשבת חלק מזכויות הנישואים עצמם (בדומה לדין העברי) לבין מדינות שבהן מזונות הינם בעיקר חלק מההסדר הכלכלי לאחר פירוק היחסים. במדינות האחרונות פסק הדין הקובע את המזונות יינתן עם פירוקו הפורמלי של הקשר או לאחריו. ראו: Am. Jur. 2d, Husband and Wife §§ 183, 184. באנגליה ראו: Matrimonial Causes Act 1973, §§ 23–24.

לגירושים בהתבסס על הזכות לצאת מהקשר הזוגי, שכן הגירושים הם תנאי למימוש יכולת היציאה. באופן דומה, אם הדין מטיל על בני זוג שנשואים פורמלית סנקציה פלילית (או כלכלית) בגין קיום מערכת יחסים זוגית מחוץ לנישואים (אף אם מערכת היחסים הנוספת אינה מערכת יחסים של נישואים), יש בכך כדי להדק את הקשר בין יכולת היציאה הממשית מקשר הנישואים לבין ההתרה המשפטית של הקשר,⁸³ שהרי יציאה ממערכת יחסים מטרתה, לא אחת, לאפשר את כינונה של מערכת יחסים אינטימית חדשה.⁸⁴

2. התרת נישואים ויציאה מקשר זוגי בישראל

בישראל הקשר בין התרה פורמלית של הנישואים לבין יכולת היציאה הממשית ממערכת הנישואים הוא מורכב. **מחד גיסא**, ניתן לראות בישראל תהליך ייחודי למדי של צמצום משמעותם של הגירושים הפורמליים כתגובה על מצוקת הגירושים שאופיינית למערכת הדתית.⁸⁵ החלשת המשמעות של הגירושים מתבטאת בכך שבשראל ניתן לקבל תוצאות אשר מזוהות באופן מסורתי עם גירושים גם בלעדיהם: הסדרת הזכויות הרכושיות, פירוק השיתוף בנכסי בני הזוג, ומעל לכל – הכרה במערכות יחסים חדשות. כך, למשל, הן חזקת השיתוף והן סעיף 5א לחוק יחסי ממוץ בין בני זוג מאפשרים את חלוקת הרכוש בין הצדדים גם בהעדר גירושים. מערכות יחסים חדשות אשר יפתח בהן כל אחד מבני הזוג, אף בהיותם נשואים עדיין באופן רשמי, יוכלו לזכות בהכרה בדין הישראלי במסגרת דיני הידועים-בציבור.⁸⁶ הכרה זו, על רקע איסור הביגמיה הקיים בדין הישראלי, מעידה אולי באופן העז ביותר על הניסיון להחליש את המשמעות המעשית והמשפטית של הגירושים. המטרה של הדין האזרחי בישראל היא לאפשר לבני זוג פרודים אשר נשואים עדיין באופן רשמי להמשיך בחייהם ככל האפשר כפנויים, ולענייננו – לממש את זכות היציאה. לא בכדי כינה פנחס שיפמן תוצאות אלה בדין הישראלי "תחליפי גירושים".⁸⁷ מדובר בהמשך טבעי של הפתרונות היצירתיים שגיבשה

83 ראו, למשל, את החקיקה במדינת ג'ורג'יה המטילה איסור פלילי על בגידה (קשר מיני של נשוי או נשואה עם אחרת) ועל קיומה של מערכת יחסים זוגית מחוץ לנישואים: GA. CODE ANN. § 16-6-19 (2007).

84 ראו גם: Jeremy Waldron, *When Justice Replaces Affection: The Need for Rights*, 11 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 625, 634 (1988).

85 ראו, למשל, שחר ליפשיץ **הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 60–62 (2005).

86 ראו, למשל, ליפשיץ, לעיל ה"ש 59, בעמ' 745–748.

87 פנחס שיפמן "על תחליפי גירושין תוצרת בית המשפט האזרחי" **ספר לנדוי** כרך שלישי 1607 (אהרן ברק ואלנינר מוזו עורכים, 1995). כאשר יש לבני הזוג ילדים, גם נשואים הקשורים לחלוקת האחריות ההורית לאחר הפירוד ניתנים להסדרה בלא קשר לגירושים. עם זאת, הדין הישראלי מפריד ככלל שאלות של הורות משאלות של זוגיות. ראו, למשל, פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך

המערכת האזרחית למן קום המדינה לקשיים שתחולת הדינים הדתיים על ענייני נישואים וגירושים מעוררת, ביניהם ההכרה בידועים בציבור, יצירת חזקת השיתוף, רישום קידושים פרטיים, יצירת מזונות אזרחיים ועוד.⁸⁸

החלשת משמעותם של הנישואים הפורמליים מזה ושל הגירושים מזה ניתנת להבנה לא רק על רקע שליטת הדינים הדתיים על הגירושים בישראל, אלא גם כחלק ממגמה כללית של דיני המשפחה – שאינה ייחודית לישראל – להעביר את הדגש המהימור הפורמלי אל תפקודן ומהותן של מערכות היחסים.⁸⁹ התוצאה היא שלפחות בחלק מן המקרים המתעוררים בישראל פוחתת המשמעות המעשית של הגירושים. כאשר כל אחד מבני הזוג יכול לעזוב באופן מעשי את קשר הנישואים, לממש את זכויותיו הרכושיות, ואף להקים קשרים חדשים אשר יזכו בהכרה על ידי המשפט, התרת הנישואים אינה מעלה ואינה מורידה.

מאידך גיסא, גם כאשר פוחתת משמעותה של ההתרה הפורמלית של קשר הנישואים, היא נותרת עדיין חשובה מבחינה מעשית. כך, למשל, על מנת להינשא מחדש, יש להתיר את הנישואים,⁹⁰ ועל מנת שבני זוג אשר אינם נשואים ("ידועים בציבור") יוכלו לרשת זה את זה כיוורשים על פי דין, על כל אחד מהם להיות חופשי מקשר נישואים לאדם אחר.⁹¹ נוסף על כך, אף שניתן לחלק את הרכוש שנצבר במהלך הנישואים עוד קודם לגירושים ובמנותק מהם, מנוסחו של חוק יחסי ממון בין בני זוג עולה כי אין מדובר בעניין של זכות. הכלל הוא שאיזון המשאבים יבוצע לאחר הגירושים, ולבית המשפט יש שיקול דעת להקדים את מועד ביצוע האיזון.⁹² יתרה מזו, בישראל הקשר שבין התרה פורמלית של קשר הנישואים לבין יכולת

ב 31–32 (1989). לכן הסדרת האחריות ההורית בין הורים בנפרד מהגירושים אינה מעידה על החלשת הגירושים.

88 אכן, במקביל לתופעה של צמצום המשמעות של הגירושים, התרחש במשפט הישראלי תהליך של צמצום המשמעות של הנישואים. כחלק מתהליך זה הצטמצם מספר הדינים החלים באופן ייחודי על זוגות נשואים, ובמקביל הוחלו על אנשים החיים ביחסים זוגיים בלא נישואים זכויות והטבות מזה וחבויות מזה הדומות לאלה של נשואים. ליפשיץ, לעיל ה"ש 85, בעמ' 65. תהליך דומה מתרחש גם במדינות מערביות אחרות, אם כי באופן מוחלט יותר.

89 על הגישה התפקודית ככלל ראו, למשל, איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" **עיוני משפט** כז 539, 575 (2003). באשר לגישה התפקודית במסגרת יחסי הורים וילדים ראו, למשל, איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" **משפטים** מ 5, 19–20 (2011).

90 זה היה המקרה של עוזי אבן, שהכיר בן זוג חדש שלא היה אזרח ישראלי. כל עוד הוא נותר נשוי לבן זוגו לשעבר, ורשום ככזה במרשם האוכלוסין, לא היה אפשר לקבל אשרת שהייה בישראל בעבור בן הזוג החדש מכוח קשר הזוגיות בינו לבין אבן. ראו חלוץ, לעיל ה"ש 5; גרוס, לעיל ה"ש 28. כפי שציינו לעיל, ספק אם פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה המצהירים באופן עמום כי הצדדים אינם נשואים מהווים התרה משפטית מספקת שדי בה לאפשר לצדדים להינשא מחדש, לפחות במדינת ניו יורק.

91 ס' 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

92 ס' 5 ו-5א לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

היציאה הממשית מקשר זה תלוי גם בהשתייכותו הדתית ובמינו של הצד המעוניין לצאת מן הקשר. בשל שליטת הדינים ובתי הדין הדתיים על הגירושים בין בני זוג המשתייכים לאותה עדה דתית (מוכרת) בישראל,⁹³ מתהדק הקשר בין גירושים פורמליים לבין יכולת היציאה המהותית מקשר נישואים, בוודאי לגבי נשים דתיות. בעיית מסורבות הגט מהווה את הדוגמה המוחשית ביותר לכך.⁹⁴ הנושא נסקר ונדון בהרחבה בספרות האקדמית, ולפיכך נביא כאן רק את תמצית הדברים: על פי הדין העברי, התרת קשר הנישואים על ידי גט מחייבת את הסכמתם של שני בני הזוג.⁹⁵ משום כך, אנשים רבים – בעיקר נשים אך גם גברים – עלולים למצוא את עצמם כבולים לקשר הנישואים נגד רצונם.⁹⁶ יתר על כן, קיים חוסר סימטריה בין ההשלכות המעשיות של אי-התרת קשר הנישואים באמצעות גט על נשים לבין השלכותיה על גברים. כל עוד האישה היא "אשת איש" באופן רשמי, קיום קשר זוגי עם גבר שאינו בעלה עלול להשליך על זכויותיה הממוניות (למשל, לשלול ממנה את מזונותיה ואת כתובתה),⁹⁷ וילדים אשר ייוולדו לה מגבר אחר, אם תהרה לו, ייחשבו "ממזרים".⁹⁸ נוסף על כך, היא תיפסל מלהינשא לגבר

93 לגבי יהודים – ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים; לגבי מוסלמים – ס' 52 לדבר המלך במועצתו; ולגבי בני העדות הנוצריות השונות – ס' 54 לדבר המלך במועצתו.

94 ראו, למשל, פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א 416–421 (מהדורה שנייה, 1995) (להלן: שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א); רות הלפרין (קדרי) "איש, אישה, קידושין ושביה: הבניית המגדר בדיני נישואין וגירושין בהלכה" **תלפיות – שנתון המכללה** יא 451 (התשנ"ט–התש"ס); אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול** 136–166 (1990); Karin Carmit Yefet, *Unchaining the Agunot: Enlisting the Israeli Constitution in the Service of Women's Marital Freedom*, 20 YALE J.L. & FEMINISM 441 (2009).

95 יחיאל ש' קפלן "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי-דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" **מחקרי משפט** כא 609, 616 (2005); אלימלך וסטרייך "ריבוי נשים וכפיית האשה להתגרש בפסיקת חכמי אשכנז במאה האחת-עשרה ובמאה השתיים-עשרה" **מחקרי משפט** ו 118 (1988); אלימלך וסטרייך "הגנת מעמד הנישואין של האשה היהודייה בישראל: מפגש בין מסורות משפטיות של עדות שונות" **פלילים** ז 273, 284–286 (1998).

96 גם נוצרים קתולים ובני העדה המרונית עלולים למצוא את עצמם במצב זה. שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א, לעיל ה"ש 94, בעמ' 415; תמ"ש (משפחה חי) 14177-03-09 **נ.ע. נ' ע.ע.** (פורסם בנבו, 17.1.2013). בפועל הדרישה להסכמת הבעל לתת גט נמצאת ברמה נורמטיבית גבוהה יותר (מדאורייתא) מן הדרישה להסכמת האישה לקבל את הגט (מדרבנן בלבד). האופן שבו בתי הדין הרבניים בישראל מיישמים את ההבחנה הזאת הוא באמצעות הקפדה יתרה על הסכמת הבעל, מחשש שהגט שיתן יהיה "גט מעושה" והאישה הגרושה תהיה לא פנויה כתוצאה מכך. ראו הלפרין (קדרי), לעיל ה"ש 94.

97 זאת, אף שבית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, קבע באופן נחרץ כי אסור שחלוקת הרכוש תושפע מקיומו של קשר רומנטי-מיני מחוץ לנישואים. ע"א 264/77 **דרור נ' דרור**, פ"ד לב (1) 829 (1978) (חוקת השיתוף); בג"ץ 8928/06 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד סג (1) 271 (2008) (חוק יחסי ממון בין בני זוג).

98 וגם צאצאיהם יהיו ממזרים עד עולם, כפי שנקבע בדברים כג 3. ראו גם תהילה בארי-אלון "עיון מחודש ביסודות ההלכתיים לטיהור ממזרים נוכח התקדמות הרפואה" **שנתון המשפט העברי** כו 43,

האחר ("אסורה לבעלה ולבועלה").⁹⁹ מכאן שלגבי נשים יהודיות דתיות, ובפרט לגבי אלה המעוניינות להרות, העדר הגט משמעו שלילת היכולת לצאת מהזוגיות במובנה הבסיסי ביותר. נשים אלה אינן יכולות לקיים קשר חדש או להביא ילדים לעולם.¹⁰⁰ בהקשרים אלה הגנה על זכות היציאה מחייבת הכרה בזכות לגירושים.

3. הזכות להתרה משפטית של קשר נישואים

האם ניתן לטעון לקיומה של זכות להתרה משפטית של קשר נישואים במנותק מזכות היציאה? במובנים רבים השאלה היא תיאורטית, שכן קיים קשר, כפי שהראינו, בין מימוש זכות היציאה לבין התרה רשמית של קשר הנישואים, וזאת אף במקרים שבהם הוחלשה משמעותו של קשר הנישואים הפורמלי. אף על פי כן מן הראוי לדון בשאלה אם המדינה צריכה להבטיח מנגנון להתרה רשמית של נישואים גם כאשר מבחינה מעשית העדרה של התרה רשמית אינו מונע לכאורה את זכות היציאה מהקשר.¹⁰¹ המענה לשאלה זו כרוך במשמעותה של הזכות לנישואים.¹⁰² נישואים נבדלים מחיים אינטימיים משותפים בהכרה החברתית-הרשמית הניתנת להם על ידי המדינה.¹⁰³ בהתאם, הזכות לנישואים אינה הזכות לחיים אינטימיים משותפים; אלה אפשריים ומוכרים בישראל ובמדינות רבות בעולם גם ללא מסגרת של נישואים.¹⁰⁴ הזכות

44 (2012); רות זפרן "בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008 – בא לתקן ונמצא מקלקל" חוקים ג 191 (2011).

99 לאחרונה פסל בג"ץ נוהג של חלק מבתי הדין הרבניים לרשום על הגט את שמו של הגבר שהאישה אסורה עליו: בג"ץ 5676/12 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים (פורסם בנוב, 12.4.2015).

100 לעיתים הבעל מתנה את הסכמתו למתן הגט בתשלומים כספיים של האישה ובויתור על זכויותיה הרכושיות, בחלקן או במלואן. פגיעה כלכלית חותרת אף היא תחת יכולת היציאה של האישה מהנישואים.

101 זאת, להבדיל משאלת קיומה של זכות לגירושים של אחד מבני הזוג אל מול בן הזוג האחר. ראו: Ram Rivlin, *The Right to Divorce: Its Direction, and Why It Matters*, 4 INT'L. J. JURIS. FAM. 133 (2013).

102 טיעון זה, אשר מפורט ביתר הרחבה בהמשך, אינו מבסס את ההכרה בזכות לגירושים על טיעון של סימטריה או על היות הגירושים זכות הראי של נישואים. אנו מסכימים לעניין זה עם דבריה של דפנה ברק-ארז כי אי-אפשר להניח שזכויות מסוימות צריכות להיות נדונות באותו מישור רק בשל היותן סימטריות לכאורה. הזכות להיות נשוי או נשואה אינה שקולה בהכרח לזכות לא להיות נשוי או נשואה, שכן הזכות ל"יש" והזכות ל"אין" אינן שקולות תמיד. דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 198–199 (1996).

103 Cass R. Sunstein, *The Right to Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081, 2093 (2005); Ayelet Blecher-Prigat, *A Basic Right to Marry: Israeli Style*, 47 ISR. L. REV. 433, 457–459 (2014). הזכות לנישואים אינה מנובעת זכות בלבדית לקבלת הטבות מסוימות כתוצאה ממעמד הנישואים. כך, אם יבטלו הטבות מס והטבות אחרות הניתנות כיום לבני זוג נשואים, או אם ישתנה תוכן הכללים החלים על דיני הרכוש בין בני זוג נשואים, לא יהיה בכך כדי להפר את הזכות לנישואים. Blecher-Prigat, שם, בעמ' 446–447. ניתן גם להטיל ספק במעמדה של הזכות לחיים אינטימיים

לנישואים היא הזכות להכרה רשמית מצד המדינה בקשר הזוגי. אין בכך כדי להטיל חובה על המדינה לקיים מוסד משפטי הנקרא "נישואים",¹⁰⁵ אולם אם המדינה מקיימת מוסד כזה, ונותנת באמצעותו הכרה למערכות יחסים זוגיות אינטימיות, הזכות לנישואים ניתנת להבנה כזכות לגישה או לשוויון בגישה לאותו מוסד.¹⁰⁶

אלא שכאשר המדינה נותנת הכרה למערכות יחסים זוגיות, בין בדרך של קיום מוסד "נישואים" ובין בדרך אחרת (דוגמת מרשם זוגיות), חובה עליה לאפשר גם פירוק רשמי של מערכת היחסים ויציאה מהסטטוס המשפטי המכיר בזוגיות. זאת, משום שפרטים הנכנסים למוסד זה עושים זאת במטרה לכונן מערכת יחסים שהיא חלק מהותי מעצמותם ומזהותם, ולהצהיר על כך.¹⁰⁷ באופן דומה, הגירושים או ההתרה הרשמית מהווים הצהרה מהותית לא פחות על אודות ה"אני".¹⁰⁸ מובן שהכרה בזכות להתרה של הקשר הזוגי אין בה כדי לחייב התרה או גירושים באופן מיידי, בלא הליך משפטי.¹⁰⁹ אולם שאלות אלה חורגות מהיקפו של מאמר זה, העוסק בעצם מתן האפשרות העקרונית להתיר את הקשר הזוגי מן הבחינה המשפטית, ולא בפרטי ההליך המשפטי להתרת הקשר.¹¹⁰

עיון מעניין להכרה בקיומה של זכות להתרת הקשר הזוגי בהתבסס על משמעות הקשר לזהות העצמית של האדם מצוי כיום בפסיקה העוסקת בפיצוי נזיקי בגין סירוב גט, ובפרט בזו העוסקת בזכאות לפיצוי של גברים שנשותיהם מסרבות לקבל את הגט.

משותפים, ככל שמדובר בזכות יסוד במשפט הישראלי, לפחות כפי שזכות זו עוצבה כבג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: **עדאלה**), ובבג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 1 (2012), אשר עסקו בשאלת חוקתיותו של חוק האזרחות.

105 יש אומנם הטוענים כי בהכרה כזו יש משום תרומה לקשר האינטימי בין בני הזוג. ראו, למשל, Karst לעיל ה"ש 75, בעמ' 637–629; Milton C. Regan, Jr., *Calibrated Commitment: The Legal Treatment of Marriage and Cohabitation*, 76 NOTRE DAME L. REV. 1435, 1445 (2001). אולם טענות אלה מושמעות על רקע מצב שבו נישואים כבר קיימים.

106 Sunstein, לעיל ה"ש 103, בעמ' 2094–2095; Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 103, בעמ' 452–450; Patricia A. Cain, *Imagine There's No Marriage*, 16 QUINNIPIAC L. REV. 27, 38–40 (1996). שוויון בהקשר זה יכול להיות מושג הן על ידי מתן הכרה לכולם והן על ידי הימנעות כוללת ממתן הכרה על ידי ביטול מוסד הנישואים המשפטי. ראו Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 103, בעמ' 452; Cain, לעיל בהערה זו, בעמ' 28. הטוענים – הן אלה העוסקים בשוויון והן אלה העוסקים בעיצוב מוסד הנישואים באמצעות ההכרה הרשמית – נדונו בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני מיוני 2015 שבו הוכרה הזכות לנישואים חד-מיניים כזכות יסוד חוקתית המוגנת על ידי התיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות הברית: Obergfell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015).

107 Karst, לעיל ה"ש 75, בעמ' 651; Regan, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1445. לדין מעניין ולניתוח ביקורתי של הקשר בין פורמליות משפטית לבין זהות ראו: Jessica A. Clarke, *Identity and Form*, 103 CAL. L. REV. 747 (2015).

108 Karst, לעיל ה"ש 75, בעמ' 671.

109 ש.ם.

110 לדין מקיף בחלופות השונות של דיני גירושים ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 59.

למיטב ידיעתנו, עד היום ניתנו שלושה פסקי דין שדנו בתביעותיהם של גברים לפיצוי נזיקי בגין סירוב האישה לקבל את גיטה. באותם מקרים ראה בית המשפט לענייני משפחה בהמשך קיום הנישואים הפורמליים כשלעצמו פגיעה באוטונומיה של הגבר החפץ להתגרש.

פסקי דין אלה מעניינים במיוחד על רקע הפסיקה הקיימת בעניין תביעותיהן של נשים מסורבות גט. בגוף הפסיקה העוסק בתביעות של נשים נגד בעליהן, סרבני הגט, הרקע העובדתי מגלה בדרך כלל התנהגויות של התעללות גופנית ונפשית, אשר עשויות להיות כשלעצמן התנהגות עוולתית.¹¹¹ נוסף על כך, הנזק שנגרם לנשים אינו רק הנזק שבעצם הישארותן נשואות מבחינה פורמלית. נשים מסורבות גט אינן יכולות להינשא מחדש, ובמקרים רבים אינן יכולות לקיים זוגיות חדשה בשל אמונתן הדתית שאינה מאפשרת להן לחיות חיים זוגיים בלא נישואים (אין להתפלא, אם כן, שהתביעות הנזיקיות הראשונות בגין סרבנות גט הוגשו על ידי נשים חרדיות). קיום חיים זוגיים מחוץ לנישואים עלול גם להביא לידי פגיעה בזכויותיהן הרכושיות של נשים אלה,¹¹² וכמובן, הן אינן יכולות להביא ילד לעולם מגבר אחר מבלי שחשש הממזרות ירחף מעל לראשו.¹¹³

לעומת זאת, גברים מסורבי גט יכולים לקבל היתר לשאת אישה שנייה, ואין כל השלכות ממוניות מקבילות לעובדה שהם מקיימים קשר זוגי עם אישה אחרת בעודם נשואים, בדומה לשלילת המזונות והכתובה מאישה נשואה הנוהגת כך.¹¹⁴ לבסוף, ילד אשר ייוולד לגבר מאישה אחרת בהיותו נשוי אינו חשוף לכתם הממזרות (כל עוד האישה האחרת אינה נשואה לגבר אחר). כתוצאה מכך גברים יכולים פעמים רבות להתנהל בעולם כאילו היו גרושים, למעט מעמדם הפורמלי כנשואים. לפיכך הכרה בעילת תביעה של גברים בגין סירוב נשותיהם לקבל גט מעלה באופן מזוהך את שאלת הפגיעה הנגרמת אך ורק בשל אי־היכולת הפורמלית להתגרש.

111 ראו, למשל, עמ"ש (מחוזי חי') 23464-10-09 א' ש' נ' ד' ש' (פורסם בנבו, 6.10.2011); בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד" **משפטים** מא 153 (2011); יחיאל קפלן ורונון פרי "על אחריותם בנוזיקין של סרבני־גט" **עיוני משפט** כח 773 (2005); Ayelet Blecher-Prigat & Benjamin Shmueli, *The Interplay Between Tort Law and Religious Family Law: The Israeli Case*, 26 ARIZ. J. INT'L. & COMP. L. 279 (2009).

112 זו אינה עמדתה של המערכת האזרחית, ובג"ץ אסר על בית הדין הרבני לפסוק ברוח זו, אולם בפועל בית הדין הרבני מביא זאת בחשבון.

113 חוק מידע גנטי, התשס"א-2000, מונע מהאב הביולוגי – גם אם הוא מעוניין להיות מוכר כאב – את האפשרות לערוך בדיקה לאימות הקשר הגנטי בינו לבין הילדה או הילד. ראו זפרן, לעיל ה"ש 98.

114 יתרה מזו, לפחות במקרה אחד שידוע לנו קיבל גבר נואף "פרס" וזכה בחלק גדול יותר מהרכוש המשותף, כי בית המשפט ראה בעובדה שיש לו בת זוג חדשה, שאיתה קיים מערכת זוגית במקביל להיותו נשוי, ראייה לשיתוף רכושי "מוחלש" עם האישה שהיה נשוי לה. ראו תמ"ש (משפחה פ"ת) 38559-05-11 ת. ס. נ' ד. ס. (פורסם בנבו, 1.12.2013); עמ"ש (מחוזי מר') 37150-01-14 (לא פורסם, 30.10.2014); בע"מ 8206/14 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 14.4.2015).

כך היה בעניינו של גבר אשר חי בנפרד מאשתו יותר מחמש-עשרה שנים אך זו סירבה לקבל את הגט למרות פסק דין של בית הדין הרבני שהיב אותה לעשות כן.¹¹⁵ גם ההסכם בעניין חלוקת הרכוש והגט שנכרת בין הצדדים ואשר קיבל תוקף של פסק דין, וכן זימונים רבים שהוצאו לאישה להתייצב לקבל את גיטה, לא הועילו. בהמשך ניתן לגבר היתר לשאת אישה שנייה. הוא חי עם בת זוג חדשה, אך מכיוון שמערכת היחסים בינו לבין זוגתו החלה כאשר זו הייתה נשואה עדיין לאחר, קבע בית הדין הרבני, במסגרת הליכי הגירושים שלה, כי הם אסורים בנישואים. לפיכך היה ברור כי סירובה של האישה לקבל את גיטה אינו מהווה מכשול מפני אפשרות נישואי של הגבר עם זוגתו החדשה, ואין הוא מונע ממנו קיום חיים זוגיים. בית המשפט ציין כי הנזק היחיד שנגרם לגבר הוא נזק של "פגיעה באוטונומיה עקב היותו רשום 'על הנייר' לאישה שהוא פרוד ממנה יותר מחמש עשרה שנים ועקב העובדה כי הוא נאלץ להישאר בסטטוס נשוי לאישה שאין לו כל קשר עימה שנים כה רבות".¹¹⁶ בית המשפט ציין כי זהו נזק בר פיצוי, אף שסכום הפיצוי בגין נזק זה, כאשר לא נלווים אליו נזקים נוספים, אינו גבוה.¹¹⁷ אלה ניצני הכרה של הדין הישראלי בזכות להתרה של קשר הנישואים.

מלבד החשיבות של התרה רשמית של קשר הנישואים לגבי זהותו העצמית של אדם, לעצם הצורך לעבור במערכת המשפט עשויה להיות גם חשיבות מעשית לבני הזוג הנפרדים. הספרות המחקרית מראה כי קיימים יתרונות בחיוב בני זוג שנפרדים לעבור דרך מערכת המשפט על מנת להסדיר את יציאתם מהקשר, וזאת בפרט כאשר לבני הזוג יש ילדים קטינים. בסיומו של ההליך המשפטי בני הזוג יוצאים עם פסק דין אשר מחלק את רכושם, מסדיר את יחסיהם הכלכליים לאחר הפרדה, וחשוב מכל – מסדיר את יחסיהם כהורים במשותף.¹¹⁸ לצווי בית משפט בענייני משמורת, הסדרי ראייה, מזונות וכדומה יש תפקיד מכריע בהסדרת ההורות של הורים החיים בנפרד.¹¹⁹ אומנם, הספרות המחקרית מבקרת את השימוש בהליכים משפטיים אדוורסריים לשם הסדרת סכסוכים משפחתיים,¹²⁰ אך ההליך החולש על הסדרת סכסוכים אלה הוא הליך המשלב משפט וטיפול, ויוצר מרחב אשר כונה על ידי הילה מלר "מרחב משפטיפולי".¹²¹ סוכני המרחב

115 תמ"ש (משפחה ת"א) 54410/09 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 30.5.2011).

116 שם, פס' 19 לפסק הדין.

117 בית המשפט פסק פיצוי חד-פעמי בסך של 15,000 ש"ח וכן פיצוי של 350 ש"ח בגין כל חודש סרבנות נוסף. שם, פס' 19 ו-21 לפסק הדין.

118 Clare Huntington, *Postmarital Family Law: A Legal Structure for Nonmarital Families*, 67 STAN. L. REV. 167, 179–180 (2015).

119 שם.

120 זהו גם הרציונל שהביא לידי חקיקת החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014. ראו הצעת חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 908.

121 הילה מלר-שלו "המרחב ה'משפטיפולי': מופעי המפגש בין ה'משפטי' ל'טיפול' בעבודת יחידות הסיוע ובתי המשפט לענייני משפחה" **המשפט** כג 87 (2017).

המשפטיפולי ממלאים תפקיד בהקלת המעבר של הורים מהורות במסגרת זוגית להורות משותפת לאחר הפרדה.¹²²

הכרה בזכות להתרה משפטית של קשר הנישואים מנביעה גם חובה לפעול להתרת הקשר כאמור.¹²³ הפסיקה בנוגע להתרת נישואים להט"ביים, ובעיקר זו שלא התירה את הנישואים אלא הכריזה על היות בני הזוג לא נשואים, משמעה שבני זוג להט"בים שנישאו בנישואים אזרחיים בחוץ לארץ אינם חייבים לכאורה לעבור דרך מערכת המשפט על מנת להסדיר את יציאתם ממערכת היחסים ביניהם במקרה של פרדה.¹²⁴ לכך עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת, במיוחד כאשר לבני הזוג יש ילדים קטינים. אומנם, בני זוג לא נשואים יכולים לפנות למערכת המשפט על מנת להסדיר את יציאתם ממערכת היחסים ביניהם, אולם בהעדר חובה לעשות כן קיימת אפשרות שהם יימנעו מפנייה כזאת. הסבירות להימנעות מפנייה למערכת המשפט גבוהה במיוחד במקרה של זוגות חד-מיניים, בשל חוסר הוודאות הקיים לגבי ההליכים המשפטיים שעליהם לנקוט, ועקב האפשרות להיתקל ביחס להט"בופובי או הטרופילי (העדפת הטרוסקסואליות).¹²⁵

122 Huntington, לעיל ה"ש 118. נטען כי מערכת המשפט האדוורסרית עלולה להעצים עוינות, אך היא מספקת מסגרת להסדרת הליך הפרדה. אכן, ככל האמור בסכסוכים בין בני משפחה הובילו הביקורות הקיימות להקמתם של בתי משפט ייחודיים המשלבים מאפיינים טיפוליים. הילה מלר יחסי הגומלין **בין יחידות הסיוע לבין בתי המשפט לענייני משפחה – בין "משפטי" ל"טיפולי"** 1–12 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, התשע"ד). ככלל, ההבחנה הדיכוטומית המסורתית בין הליכים משפטיים אדוורסריים לבין הליכים "אלטרנטיביים", דוגמת גישור, מאותגרת כיום על ידי המחקר העוסק ביישוב סכסוכים שיפוטי. ראו, למשל: Michal Alberstein, *Judicial Conflict Resolution (JCR): A New Jurisprudence for an Emerging Judicial Practice*, 16 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 879 (2015).

123 פיינברג מכנה זכויות אלה "mandatory rights". ראו: Joel Feinberg, *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in RIGHTS, JUSTICE, AND THE BOUNDS OF LIBERTY: ESSAYS IN SOCIAL PHILOSOPHY 221, 232–233 (1980).

124 מקור יחיד לחובה לפנות למערכת המשפט עשוי להימצא באיסור הפלילי החל על ריבוי נישואים, אשר רלוונטי למקרה שבו בני הזוג או אחד מהם מבקשים להיכנס לקשר נישואים נוסף. עם זאת, הוראת האיסור בחוק הפלילי מנוסחת בלשון ממוגדרת, וקובעת את העברה כחלה על "נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר" (ס' 176 לחוק העונשין, התשל"ד-1977). אומנם, ככלל לא צריך להיות בכך כדי לשלול תחולת הוראה על בני זוג מאותו מין. השוו ע"א (מחוזי נצ') 3245/03 ירושת ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי (פורסם בנבו, 11.11.2004). אולם מכיוון שמדובר באיסור פלילי, יש לאמץ פרשנות דווקנית. ראו יורם רבין וגיב ואקי דיני **עונשין** כרך 99–104 (מהדורה שנייה, 2010).

125 צבי טויגר "נישואים חד-מיניים בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני: ירידת ההומופוביה ועליית ההטרופיליה במשפט" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה** 14, 27 (2013). לא ברור אם בתי המשפט לענייני משפחה, על המרחב המשפטיפולי שהם מציעים, פתוחים לפני זוגות להט"בים. ראו חלק 22(ב) להלן.

4. גירושים כזכות יסוד

(א) התרת נישואים וכבוד האדם

ניתן לעגן את הזכות להתרה משפטית של קשרי נישואים הן בזכות לחירות, הקבועה בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והן בזכות לכבוד האדם, הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד. הזכות לנישואים ולחיי משפחה הוכרה כחלק מן הזכות לכבוד האדם. הבסיס להכרה זו היה הכרה במרכזיותה של מערכת היחסים האינטימית הזוגית להגדרתו העצמית של האדם ולכינון אישיותו.¹²⁶ השופטת ביניש הצהירה כי "בעידן שבו 'כבוד האדם' הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו";¹²⁷ והנשיא ברק קבע כי "אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך כדי חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם".¹²⁸

ברוח זו אנו טוענים כי היציאה וההתנתקות ממערכות יחסים הן משמעותיות לאופן שבו האדם מגדיר את עצמו וקובע אילו מערכות יחסים אינן מהוות עוד חלק בחייו. יתרה מזו, אם הזכות לנישואים היא ביטוי של הכרת המדינה בזכות הפרט למימוש עצמי, אזי חייבת לבוא בצמידות לה זכות להתרת קשר הנישואים. אי-אפשר ליישב את קיומה של זכות לנישואים בלי קיומה של זכות לנישואים מחדש. בלא זכות ליציאה מנישואים לא רצויים, יש לאזרחים זכות לנישואים הניתנת למימוש חד-פעמי בלבד.

ניתן לעגן את הזכות להתרה משפטית של קשר נישואים גם בסעיף 5 לחוק היסוד, הקובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". הגבלת חירותם של גברים ונשים להשתחרר מקשר נישואים עם בן זוג או בת זוג שהם אינם חפצים עוד להיות נשואים להם מהווה – במיוחד בשיטה משפטית ליברלית – משום הגבלה של חירות או נטילתה "בדרך אחרת". עם זאת, עיגון הזכות להתרה משפטית של קשר הנישואים בזכות לכבוד האדם עדיף על עיגונה בזכות לחירות, מכיוון שחוק היסוד מטיל חובה פוזיטיבית על המדינה להגן על כבוד האדם, בעוד ההגנה על החירות מנוסחת באופן שלילי בלבד.¹²⁹ יש בכך כדי להטיל חובה על המדינה (ובכלל זה על בתי המשפט) להבטיח מנגנון שיאפשר התרה פורמלית של הנישואים. אכן, נשיא בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' אהרן ברק, סבור כי בהקשר

126 לדין ביקורתי במשמעותה של הזכות לנישואים במשפט הישראלי ראו Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 103.

127 ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175 (1997).

128 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 104, בעמ' 296. ראו עוד בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 781-782 (1999), שבו ציין השופט חשין כי לכל יחיד יש זכות יסוד לנישואים ולהקמת משפחה; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 683 (1996), שבו ציינה השופטת שטרסברג-כהן כי "לכל אדם הזכות להקים משפחה ולהוליד ילדים".

129 ראו, למשל, בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 822 (2012).

של בני זוג להט"בים המבקשים להתגרש "מוטלת על הרשות השופטת – בגדרי חובתה לכבד את הזכות לכבוד האדם – [החובה] לפתח דין אזרחי בדבר גירושים בין בני-זוג אלה".¹³⁰

(ב) גירושים, ולא "התרה"

בחלק זה של המאמר נטען כי כבוד האדם מחייב גם שההתרה הרשמית של הנישואים הלהט"ביים תהיה על ידי הליך של "גירושים", ולא הליך התרה אשר יישא שם אחר. במבט ראשון, אף על פי שבמשפט הישראלי המונח "נישואים" מתייחס הן לנישואים לפי הדין הדתי והן לנישואים אזרחיים, המונח "גירושים" מתייחס לגירושים על פי הדין הדתי בלבד.¹³¹ לכאורה, הפקעה אזרחית של נישואים קרויה "התרה". עם זאת, כפי שיוסבר בהרחבה בחלק זה, בפועל גם בני זוג דתות שונות או שאינם משתייכים לעדה דתית מוכרת, אשר נישאו בנישואים אזרחיים בחוץ לארץ, יצאו ממערכת המשפט בישראל עם פסק דין של "גירושים", וכך גם בני זוג יהודים שנישאו בנישואים אזרחיים בחוץ לארץ. למעשה, החידים אשר אינם עוברים הליך של "גירושים" הם בני הזוג החד-מיניים. לפיכך נטען כי עקרון השוויון מחייב הסדרת הליך גירושים גם לבני זוג בני אותו מין.

גבר ואישה יהודים שנישאו בנישואים אזרחיים מתגרשים בבית הדין הרבני. אף על פי שזוגות אלה היו אמורים לעבור בבית הדין הליך של התרה, ולא גירושים מכוח הלכת בני נח,¹³² בפועל בתי הדין הרבניים מחייבים אותם כמעט תמיד להתגרש על פי דרישות ההלכה.¹³³ בני זוג דתות שונות או שאינם משתייכים לעדה דתית מוכרת, אשר נישאו בנישואים אזרחיים בחוץ לארץ, מתירים את קשרי הנישואים ביניהם בהתאם לחוק ההתרה.¹³⁴ לכאורה, חוק זה אימץ פתרון בנוסח עניין פונק שלזינגר: מתן פתרון

130 אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" *משפט ועסקים* טז 13, 54 (2013).
131 כך, למשל, בע"א 1915/91 *יעקובי נ' יעקובי*, פ"ד מט(3) 529 (1995) נדחתה הפרשנות האזרחית של המונח "גירושים" בחוק יחסי ממון בין בני זוג (שם, בעמ' 617). פסק הדין בעניין *בני נח*, לעיל ה"ש 27, מלמד לכאורה על גישה שונה. בג"ץ אימץ שם את ההבחנה של בית הדין הרבני בין "גירושים", שהוא מושג אזרחי-כללי, לבין "גט", שהוא הליך הגירושים הייחודי להתרת קשר נישואים כדת משה וישראל. עם זאת, על פי אותו פסק דין, הגירושים (האזרחיים כביכול) נותרו בסמכותו של בית הדין הדתי, והם נשלטים על ידי דין דתי – הן מבחינה מהותית והן לעניין סמכות השיפוט – גם כאשר מדובר רק באותו חלק של הדין הדתי החל על מי שאינם יהודים ("בני נח"). אפילו שמם של הנישואים – "נישואי בני נח" – הוא הלכתי, והם מוכרים ככאלה על ידי ההלכה.

132 עניין *בני נח*, לעיל ה"ש 27.

133 Zvi Triger, *Freedom from Religion in Israel: Civil Marriages and Cohabitation of Jews* 133 *Enter the Rabbinical Courts*, 27(2) ISR. STUD. REV. 1 (2012). לדיון במשמעות ההלכתית של הסוגיה ראו אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות ירדו כרוכזין זה בזה? על נישואין אזרחיים בעקבות פרשת 'בני נח' משפחה במשפט ו-1 543 (2013-2014); עמיחי רודניגר "אכן, רטוריקה בלבד: תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך" *משפחה במשפט* ו-1 579 (2013-2014).
134 חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969.

מעשי לבעיה עקרונית, מבלי להכיר רשמית בקשרי נישואים שאינם מוכרים על ידי הדינים האישיים החלים בישראל. החוק קבע הליך להתרת נישואים של בני זוג שמשתייכים לדתות שונות או שאינם משתייכים לעדה דתית מוכרת. "התרת נישואים" מוגדרת בחוק ככוללת "גירושין, ביטול נישואין והכרזה שהנישואין בטלים מעיקרם".¹³⁵ הגדרה זו נועדה להבהיר כי בקביעת הליך להתרת הנישואים אין משום הכרה בתוקפם, שכן התרת נישואים כוללת גם אפשרות של הכרזה על בטלותם. עם זאת, החוק כפי שפורש בפסיקה, וכן תיקונו בשנת 2005, מלמדים כי בפועל ניתנה הכרה לנישואים אלה, ולו לצורך המצומצם של גירושין.

האופן שבו נוסח החוק ופרשנותו על ידי בית המשפט העליון מונעים מבית המשפט את האפשרות להחיל על נישואיהם של בני הזוג את הדינים של מדינת ישראל, גם כאשר מקום מושבם ודין אזרחותם של בני הזוג הוא ישראל.¹³⁶ המשמעות היא צמצום – אם לא שלילה כליל – של האפשרות להכריז על נישואי בני הזוג כבטלים, שכן הדינים האישיים של בני הזוג (או של אחד מהם) הם אשר משמשים בסיס לטענה בדבר בטלות הנישואים.¹³⁷ כפי שקבע בית המשפט העליון, כאשר מדובר בנישואים בין-דתיים, יחול בדרך כלל על הליך התרת הנישואים הדין הפנימי של מקום עריכת הנישואים.¹³⁸ החלת דין זה משמעה החלת הליך של גירושין, והכרה בתוקפם של הנישואים לכל הפחות בהקשר זה.

היכולת לשלול הכרה מנישואים בין-דתיים צומצמה עוד יותר עם תיקונו של החוק בשנת 2005. התיקון קבע כי בקשות להתרת נישואים בין-דתיים יוגשו לבית המשפט לפני משפחה. כאשר לפחות אחד מבני הזוג משתייך לדת מוכרת (או כאשר קיים ספק

135 ס' 6 לחוק ההתרה. ראו באופן כללי גם פנחס שיפמן "חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים) תשכ"ט-1969" **משפטים** ב 416 (1970); מנשה שאוה "כללי השיפוט וברירת הדין בענייני התרת נישואין" **עיוני משפט** א 125 (1971).

136 עוד בנוסחו המקורי היה עיקרו של חוק ההתרה בקביעת סמכות השיפוט להתיר נישואים, ולא נקבע בו דין מהותי אשר יחול על התרת הנישואים. במקום לקבוע עילות גירושין, החוק קובע בס' 5 ברירת דין מהותי שיש להחיל על התרת נישואיהם של בני הזוג. החוק קובע מדרג חלופות של דינים בהתבסס על "מכנה משותף" של בני הזוג: הדין הפנימי של מקום מושבם המשותף; הדין הפנימי של מקום מושבם המשותף האחרון; הדין הפנימי של ארץ אזרחותם המשותפת; ואחרון – הדין הפנימי של מקום עריכת הנישואים. אולם כל אחת מן החלופות הללו כפופה לסייג שלפיו אי-אפשר להחילה אם חלים על פיה דינים שונים על בני הזוג. סייג זה אינו מאפשר להחיל את הדין הישראלי, המחיל דיני נישואים וגירושין שונים על בני זוג אשר השתייכותם הדתית שונה. שיפמן, שם. סייג נוסף בס' 5 הוא אי-אפשר להחיל דין שאינו מאפשר גירושין.

137 שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א, לעיל ה"ש 94, בעמ' 284–285. דרך זו להבין את החוק אומצה בפסיקת בית המשפט העליון בע"א 641/88 **לעפאראטו נ' מידן**, פ"ד (מג) 261 (1989), אשר הפך פסק דין של בית המשפט המחוזי שהכריז על בטלותם של נישואים בין יהודי לנוצרייה בהתבסס על הדינים האישיים החלים עליהם.

138 אלא אם כן החלת אחת החלופות הקודמות מביאה לידי החלתו של דין שאינו ישראלי, כפי שקורה, למשל, כאשר מקום מושבם הקודם של בני הזוג אינו ישראל. שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א, לעיל ה"ש 94, בעמ' 285.

ביחס להשתייכותו של אחד מבני הזוג לעדה מוכרת), על סגן נשיא בית המשפט לענייני משפחה לפנות לראש בית הדין הנוגע בדבר ולברר אם על פי הדין הדתי הרלוונטי יש צורך בהליך של גירושים, ולו מחמת הספק, כדי שבן הזוג שאותו דין דתי חל עליו יוכל להינשא מחדש.¹³⁹ אם קבע בית הדין כי יש צורך בגירושים, או אז יעביר בית המשפט לענייני משפחה את הבקשה להתרת נישואים לבית הדין הדתי. העברת הדיון לבית הדין הדתי במקרה זה מטרתה להבטיח כי נישואי בני הזוג יותרו גם לפי הדין הדתי החל על כל אחד מהם, וזאת על מנת ששניהם יהיו חופשיים להינשא מחדש בישראל. בכל מקרה אחר, שבו לא נדרש הליך של גירושים על פי הדין הדתי, ידון בית המשפט לענייני משפחה בהתרת הנישואים.

נובע מכך שרק כאשר בית הדין הדתי מכיר בנישואים בין בני הדתות השונות ונדרש להליך של גירושים על מנת להתירם, הוא יכול לרכוש סמכות לדון בעניין. בכל מקרה אחר תיוותר הסמכות בידי בית המשפט לענייני משפחה, אשר חייב כמעט תמיד להכיר בנישואים, כמתואר לעיל. גם אם הצדדים מסכימים להתדיין לפני בית הדין הדתי, אין ביכולתם לעקוף את ההסדר הקבוע בחוק ולמסור בהסכמה את סמכות הדיון לבית הדין הדתי.¹⁴⁰ אי-ההכרה של בית הדין הרבני בנישואי יהודים עם מי שאינם יהודים וראייתם של נישואים כאלה כבטלים מעיקרם היוו שיקול מרכזי בהחלטתו של הנשיא ברק לשלול את סמכותו של בית הדין הרבני לדון בהתרת נישואים כאלה, גם כאשר הדבר נעשה בהסכמת שני בני הזוג.¹⁴¹

מכל האמור לעיל עולה כי ההגדרה המרחיבה של התרת נישואים בחוק ההתרה, באופן הכולל הכרזה על בטלות הנישואים, נותרת בגדר מס שפתיים בלבד בעניינם של בני זוג, גבר ואישה, בני דתות שונות, ובפועל האפשרות לשלילת ההכרה בנישואים

139 ס' 3(א)(1) לחוק ההתרה.

140 עניין זה, שהיה שנוי במחלוקת במשך שנים רבות, הוכרע באופן סופי על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 9476/96 סרגובי נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים (פורסם נבנו, 11.9.2006), שם נקבע כי בתי הדין הרבניים אינם מוסמכים לדון בהתרת נישואים בין יהודים למי שאינם יהודים אף במקרה שבו בני הזוג מסכימים לסמכותו של בית הדין.

141 שם, פס' 27–30 לפסק הדין. אי-ההכרה העקרונית של בית הדין הרבני בנישואים אלה עלולה להוליד, לפי הנשיא ברק, כמה תוצאות שליליות. ראשית, עלולה להיווצר תופעה של פיצול סטטוס, כאשר מעמד אישי שבית משפט אזרחי בישראל היה מכיר בו ייחשב בטל ומבוטל בבית הדין הרבני. כאשר דינים אחרים החלים על בני הזוג או על אחד מהם מכירים בנישואים, "פיצול הסטטוס" האמור מחריף, ואף מוביל לתוצאות קשות. שנית, וחמור מכך, הסמכות בהסכמה לפי ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים אינה מוגבלת לענייני התרת נישואים, אלא כוללת גם מזונות, כלכלה ואפורופוסות. מכאן שעלול להיווצר פיצול דין גם בעניינים אחרים של מעמד אישי, תוך קיפוח זכויותיו של בן הזוג הלא-יהודי. שלישית, מכיוון שבחירת ערכאת השיפוט קובעת למעשה מה יהא על תוקף הנישואים, הכרה בסמכותו של בית הדין הרבני לפי ס' 9 האמור מקנה לצדדים את הכוח לקבוע למעשה את תוקף הנישואים, ו"אין זה רצוי לאפשר לבני זוג לבחור בין פורום אשר יאיין את הנישואין מעיקרם לבין פורום המכיר בתוקפם של הנישואין, וידון בהתרתם" (שם, פס' 29). לבסוף, אי-ההכרה העקרונית של בית הדין בקשר נישואים שבין יהודי לבין מי שאינו יהודי אינה מאפשרת חתירה לשלום בית, ליישוב הקרע בין בני הזוג ולשיקום היחסים המשפחתיים.

חסומה. פסק הדין היחיד שבני זוג כאלה יוצאים עימו מבית המשפט הוא פסק דין המכריז על גירושיהם. זאת, אף שהדין הישראלי טרם הכיר לכאורה בתוקפם המלא של נישואים בין-דתיים.¹⁴²

האם שם ההליך הוא אך שם או שמא יש לו גם משמעות מהותית או סמלית בעלת חשיבות? בהקשר של המאבק להכרה בנישואים חד-מיניים טענו שמרנים לעיתים תכופות כי השם "נישואים" צריך להישמר בבלעדיות למיסוד זוגיות הטרוסקסואלית. גם אלה שלא התנגדו למיסוד זוגיות להט"ב ביקשו לייחד לה שם נפרד. אכן, במדינות מסוימות בארצות הברית, עד לפסיקת בית המשפט העליון שקבע כי הזכות לנישואים היא זכות חוקתית גם של זוגות להט"בים,¹⁴³ יוחדו לזוגות להט"בים מוסדות כגון "האיחוד האזרחי" (Civil Union)¹⁴⁴ או "שותפות זוגית רשומה" (Domestic Partnership).¹⁴⁵ על פירוקם של אלה החילו את סמכות השיפוט של בתי המשפט לענייני משפחה וכן חלקים מדין הגירושים באותה מדינה, בהתאם לאופן מיסודה של הזוגיות.¹⁴⁶

גם בארץ יוחד לזוגות מסוימים (מי שהם "חסרי דת" לפי הגדרה הלכתית) מיסוד זוגיות תחת השם "ברית זוגיות", בהתבסס על השקפת עולם דומה שלפיה בהקשר הישראלי יש לשמור את השם "נישואים" לנישואים דתיים.¹⁴⁷ בשנת 2013 עמד על

142 עניין בני נח, לעיל ה"ש 27; עניין פלוני, לעיל ה"ש 51.

143 עניין Obergefell, לעיל ה"ש 106. בשנת 2013 נפסל, על רקע אי-חוקתיות, הסעיף ב- Defense of Marriage Act (DOMA) שקבע כי נישואים יכולים להיות רק בין גבר לאישה, וכך הוכרו נישואים חד-מיניים ברמה הפדרלית: United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013).

144 ראו, למשל: WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., Baker v. Vermont, 744 A.2d 864 (1999); EQUALITY PRACTICE: CIVIL UNIONS AND THE FUTURE OF GAY RIGHTS 52-92 (2002).

145 לדין באופי המפלה של הקצאת מוסדות שונים לסוגים שונים של זוגיות ראו MERIN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 57-58; David Shankbone, Interview with Gay Marriage Movement Founder Evan Wolfson, WIKINEWS (Sep. 30, 2007), en.wikinews.org/wiki/interview_with_gay_marriage_movement_founder_evan_wolfson.

146 על איחוד אזרחי הוחלו בוורמונט מלוא דיני הגירושים; לעומת זאת, על שותפות זוגית רשומה לא הוחלו כל ההסדרים (כגון האפשרות להיעזר בגישור). MERIN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 212 ו-73, בהתאמה.

147 חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010; Sylvie Fogiel-Bijaoui, *The Spousal Covenant*; (2013) 28(2) ISR. STUD. REV. 210. (Brit Hazugiut), or the Covenant with the Status Quo, אף על פי שהחוק קובע כי דינם של בני זוג שבאו בברית הזוגיות לעניין המרשם הוא כדינם של בני זוג נשואים (ס' 13(א)(1)), מדובר בזוגיות נחותה לעומת זוגיות אשר ממוסדת באמצעות נישואים, וזאת לא רק בשמה, אלא גם בזכויות המוקנות לזוגות שבאו בברית הזוגיות, משום שזכויות מסוימות המוענקות אוטומטית מכוח הנישואים ניתנות לבני זוג שבאו בברית הזוגיות רק לאחר תקופת המתנה של שמונה-עשר חודשים מיום הרישום (ס' 13(ג)(2)), וזכויות אחרות, דוגמת אלה המוחלות מכוח חוק האזרחות וחוק השבות, אינן חלות כלל על זוגות שבאו בברית הזוגיות (ס' 13(ג)(1)). מהמגבלות הללו עולה שהזוגיות הממוסדת בברית הזוגיות נתפסת כחשודה בפיקטיביות, בחוסר רצינות או בחוסר יציבות (ומכאן כנראה הדרישה לתקופת המתנה לצורך זכאות לאימוץ ילד או

הפרק תזכיר חוק חיים משותפים (שיזמה מפלגת "יש עתיד"), שהיה אמור להציע אפשרות למיסוד זוגיות להט"בית.¹⁴⁸ גם תזכיר זה הציע זוגיות ממוסדת מדרגה נחותה לעומת נישואים, ועורר, בצדק רב, ביקורת נוקבת.¹⁴⁹ הצעה נוספת, שהועלתה על ידי חברת הכנסת סתיו שפיר ממפלגת העבודה – הצעת חוק ברית הזוגיות לבני אותו המין – עוררה בעיות דומות.¹⁵⁰

במסגרת הטיעונים בעד נישואים להט"ביים נטען, בין היתר, כי ייחודו של מוסד הנישואים לזוגות הטרוסקסואלים בלבד מהווה פגיעה עמוקה ב"ליבת זכויות האדם",¹⁵¹ מפלה להט"בים על בסיס נטייתם המינית ובחירותיהם האינטימיות, ומבטא משטר של "עליונות הטרוסקסואלית".¹⁵² חלק מהכותבים ברוח זו השוו את איסור

להיעזרות בפונדקאית), ואף בחתרנות פוטנציאלית תחת אינטרסים לאומיים (ולכן נשללות זכויות המוקנות לזוגות נשואים מכוח חוק האזרחות וחוק השבות). לביקורת נוספת על החוק ראו גם שחר ליפשיץ "לא לילד הזה התפללנו: על ההחמצה שבהצעת חוק ברית הזוגיות" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (9.3.2010). www.idi.org.il/articles/4741. תפיסת צורות של זוגיות שאינן זוגיות הטרוסקסואלית המעוגנת בנישואים כפיצוי פחות משמשת את השירות למען הילד הישראלי גם כנימוק לשלילת הזכות לאימוץ תינוקות בריאים מזוגות חד-מיניים. ראו צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 437 (עינב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016). זאת, אף שמחקרים שנערכו בחוץ לארץ הראו כי שיעור פירוק הזוגיות בקרב זוגות של גברים וזוגות של נשים נמוך במעט משיעור הגירושים באוכלוסייה הטרוסקסואלית. ראו MERIN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 68. אולם הערכות בנוגע לשיעור הגירושים החד-מיניים בארצות הברית מצביעות על תהליך שבמסגרתו שיעור הגירושים החד-מיניים ישתווה בסופו של דבר לזה של הגירושים הטרוסקסואליים, לאחר שהזוגות הוותיקים ינצלו את ההכרה בנישואים חד-מיניים ויינשאו, ויגיע תורם של "הצעירים והאימפולסיבים" להינשא. או אז, מעריכים עורכי דין העוסקים בדיני משפחה, תתייצב התמונה על שיעורים דומים בקרב האוכלוסייה. ראו: Jesse Green, *From "I Do" to "I'm Done"*, N.Y. NEWS & POL. (Feb. 24, 2013), nymag.com/news/features/gay-divorce-2013-3.

148 תזכיר חוק חיים משותפים, התשע"ד-2013; יהונתן ליס "משרד המשפטים מקדם הצעת חוק שמכירה בזוגות חד-מיניים" **הארץ** 3.11.2013 www.haaretz.co.il/news/politi/1.2156107.

149 ראו, למשל, אייל גרוס "הכרה בזוגות חד מיניים: שוויון מלא, לא הפרד ומשול" **הארץ** 4.11.2013 www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2156287.

150 שם; הצעת חוק ברית הזוגיות לבני ובנות אותו מין, התשע"ג-2013, פ/1497/19. הצעת חוק זהה מונחת על שולחן הכנסת לדיון מוקדם (הצעת חוק ברית הזוגיות לבני ולבנות אותו המין, התשע"ה-2015, פ/1408/29).

151 Andrew Koppelman, *The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination*, 98 YALE L.J. 145 (1988); Andrew Koppelman, *Same-Sex Marriage and Public Policy: The Miscegenation Precedents*, 16 QUINNIPIAC L. REV. 105 (1996); Andrew Koppelman, *The Miscegenation Analogy in Europe, or, Lisa Grant Meets Adolf Hitler*, in LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX PARTNERSHIPS: A STUDY OF NATIONAL, EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW 623 (Robert Wintemute & Mads Andenæs eds., 2001).
MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME, AND THE LAW 266 152

הנישואים החד-מיניים לחוקי נירנברג, שאסרו נישואים בין יהודים לבין ארים, וכן לחוקי הגזע בארצות הברית. הם טענו כי שלילת הזכות לנישואים משמשת מכשיר לבידוד, להשפלה ולהפליה של קבוצות מיעוט, ומהווה פגיעה בתחושת הכבוד העצמי, בחירות ובוזהות.¹⁵³ שלילת הנישואים מזוגות חד-מיניים נתפסת על ידי התומכים בנישואים אלה כעדות לתפיסת להט"בים כאזרחים סוג ב.¹⁵⁴ באופן מרתק, מחקר שבחן אם התומכים בנישואים חד-מיניים אכן מתכוונים להינשא לכשיתאפשר הדבר מבחינה חוקית מצא כי רבים מהם אינם מתכוונים כלל להינשא; עצם העדרה של הזכות להינשא נתפס בעיניהם כפוגעני וכמשפיל.¹⁵⁵ לדעתם, עצם הזכות להינשא היא שמבחינה בין מי שהם אזרחים מלאים לבין מי שאזרחותם חלקית, ולא מימוש הזכות.¹⁵⁶ לפיכך, לגישתנו, יש להסדיר הליך גירושים לבני זוג להט"בים אשר נישאו בנישואים אזרחיים, ולא ליצור בעבורם הליך של התרת נישואים אשר יישא שם אחר. אומנם, הזכות לשוויון אינה מנויה באופן מפורש כזכות יסוד חוקתית, אך נקבע כי היא חלק בלתי נפרד מכבוד האדם, ככל שמדובר ב"אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק".¹⁵⁷ בפסיקה קיימים ניצנים לגישה שלפיה

(2004); ANDREW KOPPELMAN, SAME SEX, DIFFERENT STATES: WHEN SAME-SEX MARRIAGES CROSS STATE LINES (2006); DAVID A.J. RICHARDS, IDENTITY AND THE CASE FOR GAY RIGHTS: RACE, GENDER, RELIGION AS ANALOGIES (1999); DAVID A.J. RICHARDS, THE CASE FOR GAY RIGHTS: FROM BOWERS TO LAWRENCE AND BEYOND (2005).

153 ראו גם: Zvi Triger, *Fear of the Wandering Gay: Some Reflections on Citizenship, Nationalism and Recognition in Same-Sex Relationships*, 8 INT'L J.L. CONTEXT 268, 275–279 (2012).

154 MERIN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 278–307.

155 Jyl Josephson, *Citizenship, Same-Sex Marriage, and Feminist Critiques of Marriage*, 3 PERSP. ON POL. 269, 275 (2005).

156 שם. גם המתנגדים (לא מטעמים הומופוביים) למאבק למען נישואים חד-מיניים רואים בשאלת האזרחות המלאה את המפתח. לטענתם, הכרה בזכות להינשא כחלה גם על להט"בים תהפוך את מי שאינם רוצים או אינם יכולים להינשא לאזרחים פגומים, ובסופו של דבר תתעל את כל מי שיכול להינשא לבחור בנישואים במקום בהתקשרויות אינטימיות אחרות לא ממוסדות או ממוסדות באופן חלקי (כגון קהביטציה). ראו Triger, לעיל ה"ש 153, בעמ' 278. לניתוח ביקורתי ומרתק של מאבקים להט"ביים בישראל, תוך המשגתם באמצעות המונחים "הומונורמטיביות" ו"הומולאומיות", ולעמידה על הסיבות השונות לכך שמאבקים מסוימים (כגון הכרה בזוגיות ובזכות להורות) קלים יותר לעיכול על ידי המשפט הישראלי ממאבקים אחרים, ראו אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית" **מעשי משפט** ה 101, 109–105 (2013).

157 ראו עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 104, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק. לעיגון הזכות לשוויון כחלק מכבוד האדם ראו, למשל, בג"ץ 721/94 **אל-על נחיבי אור לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, פס' 12–13 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (1994). כן ראו בג"ץ 5394/92 **הופרט נ' די ושם**, **רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, פ"ד מח(3) 353, 362–363 (1994).

הפליה על בסיס מגדרי או על בסיס נטייה מינית פוגעת בכבוד האדם, ולפיכך מהווה פגיעה בזכות חוקתית.¹⁵⁸ מובן גם שכאשר בוחנים את שאלת קיומה של הפליה, יש לבחון לא רק הבחנות מפורשות וגלויות בדין (דוגמת הוצאת בני זוג להט"בים מהסדרי חקיקה החלים על זוגות הטרוסקסואלים), אלא יש לבחון גם את ההשלכות המעשיות של הסדרים החלים לכאורה באופן כללי ואחיד.¹⁵⁹ כאשר בכל המקרים שבהם בני זוג שהם גבר ואישה מבקשים להתיר את נישואיהם הם עוברים הליך משפטי של "גירושים", אף אם נישואיהם אינם תקפים לכל דבר ועניין בדין הישראלי, ביצירת הליך שונה לבני זוג בני אותו מין יהיה משום ביזוי והשפלה.¹⁶⁰

ביסוס מעניין של פסק דין על הפוטנציאל המשפיל והמפלה של העדר גישה לפרוצדורות גירושים השמורות לזוגות שנישאו בנישואים דתיים בלבד ניתן בפרשת **רוטה**.¹⁶¹ מדובר בבקשה לפטור מאגרה בהליך בקשה להתרת נישואים לפי חוק ההתרה בנוסחו הקודם. אישה שביקשה להתגרש טענה כי עליה לשלם כפל אגרה, שכן חל עליה ועל בעלה חוק ההתרה, ומכוחו יש לקיים הליך מקדמי של בירור הערכאה המתאימה, בעוד זוגות שהחוק אינו חל עליהם משלמים אגרה פעם אחת – לערכאה שאליה הם מגישים את תביעת הגירושים. רשם בית המשפט העליון בעז אוקון קיבל את הבקשה ופטור את האישה מאגרה, בקובעו:

"הטלת האגרה מופנית רק לציבור מסוים. אלה הם בני-זוג המצויים בקשר נישואין שאינו בין בני-זוג יהודים, מוסלמים או בני אחת העדות הנוצריות המקיימות בישראל בית-דין דתי. עצם הצורך של בני-זוג אלה לפנות באופן מיוחד לנשיא בית-המשפט העליון לצורך קביעת בית-דין הוא בבחינת נטל.

158 ראו, למשל, עניין **ממט – מגד**, לעיל ה"ש 11, פס' 3–11 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

159 ש.ם.

160 ש.ם. אומנם, גם זכויות יסוד ניתן להגביל, ובלבד שההגבלות עומדות בתנאייה של פסקת ההגבלה. נוסף על כך, אי-אפשר לפסול חקיקה שהייתה קיימת לפני חקיקת חוק היסוד, ומטרתה המרכזית של פסקת שמירת הדינים הייתה אכן לשמור על תוקפם של דיני המשפחה הדתיים. ראו, למשל: Yoav Dotan, *The Spillover Effect of Bills of Rights: A Comparative Assessment of the Impact of Bills of Rights in Canada and Israel*, 53 AM. J. COMP. L. 293, 304 (2005); Gidon Sapir, *Religion and State in Israel: The Case for Reevaluation and Constitutional Entrenchment*, 22 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 617, 628–637 (1999); צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" **משפטים על אהבה** 173, 184 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005). עם זאת, אין דבר חקיקה מפורש השולל הכרה בתוקפם של נישואים להט"ביים, בוודאי לא לצורך המצומצם של מתן אפשרות לבני זוג להט"בים להתיר את הקשר ביניהם בהליך גירושים. ניתן גם לפרש את החקיקה הקיימת באופן המכיר בקיומו של הליך משפטי להתרת נישואים להט"ביים, וכבר נקבע כי חוקי היסוד השפיעו על האופן שבו יש לפרש חוקים, ובכלל זה חוקים שהיו קיימים ערב חקיקת חוק היסוד. ראו בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355 (1995). מרין, לעיל ה"ש 8, אף מפתח טיעון רחב יותר שלפיו פסקת שמירת הדינים אינה מונעת הכרה מלאה בתוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל.

161 בה"ן 6857/00 **רוטה נ' נצבטייב**, פ"ד נד(4) 707 (2000).

הטלת נטל כזה עולה כדי הפניית אצבע מייחדת כלפיהם. היא יכולה ליצור תמריץ שלילי מפני סוג זה של נישואין.¹⁶²

פרק ג: מתיאוריה למעשה – כיצד יותרו נישואים להט"ביים בישראל?

בחלק זה של המאמר אנו מציעים כלים מעשיים למימוש הזכות לגירוש במשפט הישראלי. כנדרש בדיני המשפחה הישראליים בשל אופיים המיוחד, אנו דנים ראשית בשאלת סמכות השיפוט, ולאחר מכן עוברים לדון בדין המהותי שראוי להחיל בהליך כזה. בשאלת סמכות השיפוט אנו מבססים את סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה, ובשאלת הדין המהותי אנו מצייגים פתרונות אידיאליים ופתרונות מעשיים כדי לאפשר את מימוש הזכות החוקתית לגירוש.

1. סמכות השיפוט

(א) הבעיה: אי-אפשר להתגרש במקום עריכת הנישואים

נקודת המוצא של דיוננו היא כי התרת נישואים של בני זוג שהם אזרחים ותושבים של מדינת ישראל, ואשר נישאו בנישואים חד-מיניים מחוץ לישראל, תיעשה בישראל. גירושים בארץ עריכת הנישואים אינם אפשרות מעשית, שכן רוב המדינות המאפשרות "תיירות נישואים" אינן מאפשרות בהכרח "תיירות גירושים", וגם כאשר זו אפשרית, על בני הזוג לעמוד בדרישות שונות, כגון משך תושבות מינימלי בארץ הגירושים.¹⁶³ גם אילו היה אפשר להתגרש במדינה אחרת, כאשר מדובר בבני זוג שהם אזרחים ותושבים של מדינת ישראל, פסק דין של גירושים ממדינה אחרת מעורר את שאלת ההכרה בו

162 שם, בעמ' 715.

163 ראו, למשל, את החוק הקנדי: Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33. החוק מאפשר גירוש של בני זוג שאינם תושבי קנדה בתנאי שמדינת תושבותם אינה מכירה בתוקף נישואיהם, ובלבד שהם חיו בנפרד לפחות שנה לפני הגשת בקשת הגירושים, שאיש מבני הזוג לא גר בקנדה במהלך השנה הזו, ושניהם חיו במהלכה במדינות שאינן מכירות בתוקף הנישואים (ס' 7 לחוק). בעיות דומות התעוררו בארצות הברית בנוגע לגירושיהם של זוגות חד-מיניים אשר נישאו במדינה המכירה בנישואים חד-מיניים ועברו לחיות במדינה שאינה מכירה בהם, ולאחר מכן ביקשו להתגרש שם. ראו KOPPELMAN, לעיל ה"ש 152, בעמ' 104–105. באוקטובר 2017 ניאות שופט של בית המשפט העליון במדינת ניו יורק לפטור זוג גברים פולנים שנישאו בניו יורק בשנת 2012 מדרישת התושבות כתנאי לגירושיהם בניו יורק, בנימוק שבקשתם להתגרש במדינת תושבותם, פולין, נדחתה בשל סירובה של פולין להכיר בנישואים חד-מיניים. ראו: Gruszczynski v. Twarkowski, 62 N.Y.S.3d (2017) 780. הגירושים במקרה זה נערכו בהסכמת שני הגברים, וגם ס' 7 לחוק הקנדי נותן במשתמע פתרון למצבים של גירושים בהסכמה ובשיתוף פעולה.

(בהינתן שפסק דין כזה מתייחס בדרך כלל לא רק לעצם התרת הנישואים, אלא גם לשאלות של חלוקת רכוש ולעיתים אף משמורת ומזונות ילדים). זוהי שאלה סבוכה ומורכבת, החורגת מגבולותיו של מאמר זה.¹⁶⁴

ההנחה שבני זוג אזרחי ישראל ותושביה אשר נישאו בנישואים אזרחיים בחוץ לארץ יתירו את נישואיהם בישראל מתקיימת גם לגבי זוגות הטרנסקסואלים, ללא קשר למדינה שבה נישאו, וזאת גם כאשר אין דרישה לתושבות או לאזרחות על מנת שבתי המשפט של מדינה מסוימת ירכשו סמכות להתרת הנישואים. רכישת סמכות שיפוט אין משמעה עדיין שבית המשפט במדינה זרה יראה את עצמו כפורום הראוי לדון בשאלת הגירושים. מתקבל יותר על הדעת שבתי משפט מחוץ לישראל יפעילו את הדוקטרינה של forum non conveniens, ולא יראו את עצמם כערכאה המוסמכת לדון בהתרת נישואיהם של אזרחי ישראל ותושביה.¹⁶⁵

(ב) תזת אי־ההכרה כשוללת את סמכות השיפוט של בתי הדין הדתיים

שאלת הסמכות לדון בהתרת קשרי נישואים בין בני זוג להט"בים מתעוררת כאשר שני בני הזוג משתייכים לאותה עדה דתית שהיא גם עדה דתית מוכרת בישראל. אם בני הזוג משתייכים לעדות דתיות שונות, או לחלופין משתייכים לאותה עדה דתית אך זו אינה עדה דתית מוכרת בישראל, אזי חל עליהם חוק ההתרה, אשר מקנה את סמכות השיפוט לבית המשפט לענייני משפחה.¹⁶⁶ אם בני הזוג משתייכים שניהם לאותה עדה דתית וזו מוכרת בישראל, אזי לכאורה יש לדון בשאלת סמכותו של בית הדין הרלוונטי להתיר את הנישואים, באשר ענייני נישואים וגירושים מסורים בישראל לסמכותם הייחודית של בתי הדין הדתיים. כך, לכאורה, גם כאשר בני הזוג נישאו בנישואים אזרחיים, כפי שעולה מפרשת **בני נח**. בפרשה זו קבע כאמור הנשיא (בדימ') ברק כי סמכותם של בתי הדין הרבניים משתרעת גם על גירושים בין בני זוג יהודים שנישאו בנישואים אזרחיים.

אולם בכמה פסקי דין גיבש בג"ץ גישה שלפיה בתי הדין הדתיים אינם יכולים לטעון לסמכות שיפוט על מוסדות או מושגים שהם אינם מכירים בהם. גישה זו זוהתה ונדונה בהרחבה על ידי רות הלפרין־קדרי, אשר כינתה גישה זו "תזת אי־ההכרה", וראתה בה אסטרטגיה מתוחכמת של צמצום סמכותן של הערכאות הדתיות על ידי בתי המשפט האזרחיים, תוך ניכוס סוגיות משפטיות רבות יותר למערכת האזרחית.¹⁶⁷ פסק הדין

164 לעניין זה ראו, למשל, ע"מ (מחוזי י"ם) 701/06 **הארו נ' הארו** (פורסם בנבו, 20.6.2006); ע"מ (מחוזי י"ם) 637/04 **פלונת נ' פלוני** (פורסם בנבו, 27.7.2006); תמ"ש (משפחה ת"א) 44620/98 **ויאנו נ' פרקליטות מחוז מרכז** (פורסם בנבו, 10.12.1998); תמ"ש (משפחה י"ם) 19021/00 **ש' פ' נ' ש' פ'** (פורסם בנבו, 6.9.2004).

165 להפעלת הדוקטרינה על ידי בית המשפט בישראל ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 33313-08-10 **ג' ר' נ' ת' מ'** (פורסם בנבו, 23.4.2012).

166 ראו דיון לעיל ליד ה"ש 134–139.

167 רות הלפרין־קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה ישתנו מעתה דיני המשפחה" **מחקרי משפט** יז 105 (2001). האסטרטגיה מתוחכמת ביחס לאסטרטגיות שבהן השתמש בית המשפט העליון בעבר על מנת לצמצם את סמכותם של בתי הדין

הראשון שבו נעשה שימוש בעיקרון זה הוא עניין **משולם**.¹⁶⁸ בפסק דין זה נשללה סמכותו של בית הדין הרבני לדון בשאלה אם אישה פלונית הייתה ידועה בציבור של אלמוני, וזאת מאחר שבית הדין הרבני אינו מכיר באופן עקרוני במוסד הידועים בציבור.¹⁶⁹

שימוש מרחיק לכת אף יותר בלוגיקה של שלילת סמכותם של בתי הדין הדתיים בהתבסס על אי-הכרה העקרונית-המושגית של המערכת הדתית במושג או בקשר הנדונים עשה השופט חשין בפרשת **האבהות האזרחית**.¹⁷⁰ בעניין זה הגישה אישה מוסלמית רווקה תביעת אבהות ומזונות ילדה בשם בתה נגד גבר מוסלמי נשוי, שממנו הרתה לטענתה וילדה את בתה. על פי הדין השרעי, בהעדר קשר נישואים בין האם לאב, הילדה היא בת ללא אב, ואין הכרה באבהות מחוץ למסגרת הנישואים הפורמלית.¹⁷¹ קביעה כי הגבר הוא האב המשפטי של הילדה היוותה תנאי מוקדם לתביעת המזונות שביקשה האם להגיש בשמה של הילדה.¹⁷² לרוע מזלה של אותה ילדה, הלכות בית

הדתיים ולהעביר נושאים לשליטתה של המערכת האזרחית, אשר הסתמכו על פרשנות חקיקה (כגון פרשנות של "ענייני נישואים" או "ענייני גירושים" באופן צר), על פיתוח של הלכות הכריכה וכדומה. כפי שמציינת הלפרין-קדרי עצמה, הראשון שזיהה את הפוטנציאל הגלום בגישה המחשבתית השוללת סמכות על בסיס העדר הכרה היה אריאל רוזן-צבי ז"ל. אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה" **ספר השנה של המשפט בישראל – תשנ"ב–תשנ"ג**, 267, 281–282 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994).

168 בג"ץ 673/89 **משולם נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מה(5) 594 (1991).

169 באותו עניין התעוררה שאלת היותה של האישה ידועה בציבור לצורך קביעת סמכותו של בית הדין הרבני לדון. חוק הירושה קובע בס' 155(א) כי בית הדין הדתי יכול לרכוש סמכות לדון בענייני ירושה כאשר כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו בכתב את הסכמתם לכך. בנוי של הנפטר נתנו את הסכמתם לסמכותו של בית הדין הרבני, אולם האישה, אשר טענה להיותה ידועה בציבור (ומשכך יורשת לפי ס' 55 לחוק הירושה), לא נתנה את הסכמתה להתדיין לפני בית הדין. בית הדין הרבני דן לגופו של עניין בשאלה אם האישה הייתה ידועה בציבור של המנוח, וקבע כי היא לא הייתה ידועה בציבור שלו. מכאן, לשיטת בית הדין, לא נדרשה הסכמתה לשם מתן הסמכות לבית הדין. בג"ץ הפך את ההחלטה ברוב דעות, וקבע כי לבתי הדין הדתיים אין סמכות לדון בטענתה של העותרת. הנשיא שמגר ציין כי בנסיבות המקרה שתוארו לעיל "יש, מניה וביה, קושי ביישום הדין, אשר לפיו דן בית הדין הדתי, כי עליו להתייחס למערכת נסיבות שהדין האמור איננו מכיר בה. הרי מבחינת הדין הדתי יש פסלות, הטבועה, מניה וביה, במערכת היחסים אשר על יסודה מבקשת העותרת הכרה בזכותה בעיבורן". שם, בעמ' 604.

170 ע"א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578 (1995) (להלן: פרשת **האבהות האזרחית**).

171 אף שבמקרים מסוימים האב יכול להכיר בילדה כבתו. ראו שם, פס' 9.

172 חובת המזונות העקרונית נקבעת על פי דינו האישי של החייב (ס' 3(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (להלן: חוק המזונות)), אך במקרה שבו הדין האישי אינו מטיל חובת מזונות לילדים קטינים, חובה זו מוטלת מכוח חוק המזונות (ס' 3(ב) לחוק) – "אדם שאינו חייב במזונות הילדים הקטינים שלו והילדים הקטינים של בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, או שלא חל עליו דין אישי, חייב במזונותיהם, והוראות חוק זה יחולו על מזונות אלה". לפיכך העובדה שהדין השרעי כשלעצמו אינו מטיל חובת מזונות כלפי גבר שנולדה לו ילדה לנישואים לא הייתה צריכה לסתום את הגולל על זכותה או תביעתה של הילדה למזונות. דא עקא שתנאי להטלת

המשפט העליון קבעו כי סמכותם הייחודית של בתי הדין השרעיים – להבדיל מבתי הדין הרבניים או הכנסייתיים – כוללת גם את נושא היוחסין וקביעת האבהות.¹⁷³ בכך נרָאָה כי נסתם הגולל על תביעת המזונות של הילדה, שכן הסמכות הייחודית לדון בנושא האבהות נמסרה לערכאה שאינה מכירה באבהות מחוץ לנישואים. אולם לא כך סבר השופט חשין, שנתן את פסק הדין.

השופט חשין יצר מושג של "אבהות אזרחית" כמעמד עצמאי ונפרד הקיים במקביל לאבהות על פי הדין השרעי. האבהות האזרחית על פי חשין היא אבהות טבעית,¹⁷⁴ ומכיוון שבאופן עקרוני אין היא מוכרת על ידי הדין השרעי, בתי הדין השרעיים משוללי סמכות לדון בה,¹⁷⁵ בעוד הסמכות לדון באבהות המשפטית, המוכרת עקרונית על ידיהם, נותרת סמכות ייחודית בידם.

כפי שהראתה הלפרין-קדרי, ניתן לראות קפיצת מדרגה משמעותית בין פרשת **משולם** לפרשת **האבהות האזרחית**. בפרשת **משולם** נשללה סמכותו של בית הדין לדון במושג שאינו קיים כלל במערכת הדתית ("ידועים בציבור"). בפרשת **האבהות האזרחית**,

חובת המזונות האזרחית על פי החוק הוא קיום קשר של הורות בין הנתבע לילדה, שהרי החובה מוטלת על "הורים". לכן כתנאי מוקדם לתביעת המזונות נדרש ביסוס של קשר האבהות המשפטי בין הילדה לאב.

173 סי' 52 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922–1947, מקנה לבתי הדין השרעיים סמכות ייחודית לדון ב"עניני המעמד האישי של מוסלמים". בביד"ם 1/62 **אבו-אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים, תל-אביב-יפו**, פ"ד יז 2751 (1963), נקבע כי לעניין סמכותם של בתי הדין המוסלמיים אין לשעות אל הגדרת "עניני המעמד האישי" שבסי' 51 לדבר המלך, אלא אל חוק הפרוצדורה של בתי הדין המוסלמיים הדתיים העותמאני, אשר מלשונו עולה כי תביעת אבהות חוסה תחת ענייני המעמד האישי, ומכאן שבתי הדין המוסלמיים קנו סמכות ייחודית לדון בענייני אבהות של מוסלמים. יצוין כי מצב הדברים שונה באשר ליהודים, שכן סמכותם של בתי הדין הרבניים נגזרת מרשימת ענייני המעמד האישי המנויה בסי' 51 לדבר המלך, אשר נושא האבהות נעדר ממנה.

174 השופט חשין סוקר דברי חקיקה רבים המזכירים את האבהות או ההורות שהוא מאפיין כאבהות אזרחית. פניוהיו הרבות של השופט חשין אל משפט הטבע ובחירתו לתאר את האבהות האזרחית כאבהות טבעית מבקשות, ככל הנראה, להבחין אבהות אזרחית זו שהוא יוצר מהאבהות המשפטית של הדין השרעי. לכאורה עולה מדברי חשין כי במשפט האזרחי אבהות היא אבהות טבעית, קרי, ביולוגית. בכך יש כדי לעורר תמיהה, שכן אף שאבהות לגבי יהודים או נוצרים לא הוגדרה כעניין מענייני המעמד האישי, ונשלטה מלכתחילה על ידי הדין האזרחי, בחינת הפסיקה האזרחית שעסקה בשאלת האבהות מראה כי האבהות כפי שפותחה באותה פסיקה אזרחית אינה בדיוק ביולוגית או טבעית. ערכים ואינטרסים שונים מלבד קשר הדם הביולוגי משפיעים על קביעת האבהות. כך, למשל, נקבע כי כאשר האם (היהודייה) נשואה (לגבר יהודי), חשש מקביעת ממזרות עשוי להוביל לחסימה דיונית מפני הוכחה כי בעלה של האם אינו אבי ילדיה. ראו, למשל, ע"א 548/78 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד לה(1) 736, 748–749 (1980); ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711, 738 (1994); בר"ע (מחוז ת"א) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (פורסם בנבו, 5.7.2006). ראו גם רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" **הפרקליט** 311 (2002); זפרן, לעיל ה"ש 98.

175 פרשת **האבהות האזרחית**, לעיל ה"ש 170, בעמ' 619 ("במקום שבו בית-דין דתי כמו מסרב להידרש ל'סמכות' (במובנה הדוקני) או כמו קובע הוא כי אין לו סמכות (במובנה הרחב יותר)").

לעומת זאת, דובר במושג שקיים במערכת הדתית ("אבהות"), ואשר באותו עניין אף היה מסור לסמכותה. על מנת להוציא את הדין בשאלת האבהות מידיה של המערכת הדתית (השרעית באותו עניין), היה צורך ביצירת מושג מקביל של "אבהות אזרחית". מכאן הפוטנציאל הרב הגלום בטכניקה זו. מרגע שרעיון שלילת הסמכות בשל העדר הכרה עקרונית של המערכת הדתית במושג, במוסד או ברעיון אינו מוגבל אך למושגים שאינם קיימים כלל במערכת הדתית, אלא חל גם לגבי מושגים שהמערכת הדתית מכירה בהם בלבד, בתוכניהם ובהגדרתם הדתית, אך אינה מכירה בהם בהגדרתם האזרחית, הפתח להעברת הסמכות מהמערכת הדתית למערכת האזרחית ולפיתוח דיני משפחה אזרחיים הורחב עד מאוד.

כך, אומנם מזונוות הם נושא הנשלט על ידי הדין הדתי,¹⁷⁶ אך ניתן במקביל לדבר על "מזונוות אזרחיים", שהם שונים ממזונוות על פי הדין הדתי,¹⁷⁷ ולכאורה אף על "נישואים אזרחיים", שהם שונים מ"נישואים" במשמעותם הדתית. סמכותו של בית הדין לדון באותם מושגים ומוסדות בלבד האזרחי מותנית בהכרה עקרונית בקיומם של מושגים אלה. לגבי מושגים, מוסדות ומערכות שמן הבחינה העקרונית אין בית הדין מכיר בקיומם, והוא שולל את קיומם מעיקרא, אין לבית הדין סמכות. תפיסה זו תוארה על ידי הלפרין-קדרי כ"נגרר הדין אחר הדין",¹⁷⁸ בפרפרזה על אמרתו הידועה של השופט זילברג.¹⁷⁹ לבית הדין הדתי יכולה להיות סמכות רק לגבי עניינים ותכנים שהוא מכיר בהם באופן עקרוני.

הלפרין-קדרי הותירה את שאלת יישומה של תזת אי-ההכרה על נישואים וגירושים ללא מענה. עם זאת, היא ציינה את האפשרות שסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני לדון ב"ענייני נישואין וגירושין", כקבוע בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, תוגבל לנישואים שהמערכת הדתית מכירה בהם.¹⁸⁰ היא הניחה כי המערכת הדתית תכיר רק בנישואים כדת משה וישראל ותשלול באופן עקרוני את ההכרה בנישואים אזרחיים – גישה אשר תפתח את הפתח לשלילת סמכותם לדון בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. זו אכן הייתה התפיסה המקובלת ביחס לעמדתם של בתי הדין הרבניים עד לפרשת בני נח.¹⁸¹ בפרשה זו קבע כאמור הנשיא (בדימ') ברק כי סמכותם של בתי הדין

176 ס' 2(א) ר-3(א) לחוק המזונוות.

177 רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003); בע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני, פס' 46–50 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 5.11.2015).

178 הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 167, בעמ' 142.

179 אמרתו של השופט זילברג היא האמרה ההפוכה שלפיה "הדין הולך אחר הדיין", ומשמעותה היא שמאפייני הדין משתנים לפי הערכאה שבה הוא מופעל. ראו משה זילברג **המעמד האישי בישראל** 6–4 (מהדורה רביעית, 1965).

180 הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 167, בעמ' 154.

181 אכן, בית הדין הרבני האזורי שדן בעניינם של בני הזוג באותה פרשה פסק כי בני הזוג פנויים להינשא לאחרים בלי הליך שיפוטי של פירוד מרגע שנקבע כי טקס הנישואים האזרחי שערכו אינו תקף מבחינה הלכתית. ראו גם פנחס שיפמן **מי מפחד מנישואין אזרחיים?** 73 (מהדורה שנייה מעודכנת, 2000).

הרבניים משתרעת גם על גירושים בין בני זוג יהודים שנישאו בנישואים אזרחיים. אולם בעשותו כן הסתמך ברק על פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול אשר הכיר באופן עקרוני בקשר נישואים אזרחי, ולו בהקשר הצר של צורך בהליך משפטי לשם התרתם.¹⁸² הנשיא ברק הדגיש כי אילו שלל בית הדין הרבני מיסודו של דבר את תוקפם של הנישואים האזרחיים, היה בכך כדי להשפיע על שאלת סמכותו לדון בעניינם.¹⁸³ בתי הדין הדתיים אינם מכירים בזוגיות להט"בית,¹⁸⁴ ובוודאי לא במיסודה במסגרת קשר של נישואים. לפיכך תזת אי-ההכרה מוליכה למסקנה כי בתי דין אלה נעדרים סמכות לדון בשאלת התרתם של נישואים להט"ביים. אכן, בפרשת גירושיהם של עוזי אבן ועמית קמה אימץ בית המשפט לענייני משפחה את תזת אי-ההכרה ופסק כי בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בהתרת נישואים בין בני אותו מין, שכן הם רואים נישואים אלה כבטלים.¹⁸⁵ השופט אליהו ייחס חשיבות גם לעובדה שבית הדין סירב לפתוח תיק לתובעים ולגבות בגינו אגרה.¹⁸⁶ שני פסקי הדין הנוספים שעסקו בהתרת קשר נישואים חד-מיני התבססו אף הם על תזת אי-ההכרה כשוללת את סמכותו של בית הדין הדתי.¹⁸⁷ בפסקי הדין הקיימים התבססו השופטים על סמכותו השיורית של בית המשפט לענייני משפחה לדון בענייני משפחה, על מנת לבסס את סמכותם לדון בהתרת הנישואים. אולם פסקי דין אלה אינם יוצרים תקדים, ואין הם מחייבים. לפיכך אין בהם כדי להבטיח שבית המשפט לענייני משפחה אכן ייאות גם להבא לדון בהתרת קשר הנישואים הלהט"בי, אף שלגשתנו מדובר בפורום היחיד הראוי.

(ג) זוגיות להט"בית בבית המשפט לענייני משפחה

שאלת סמכות השיפוט של בית המשפט לענייני משפחה על זוגות בני אותו מין התעוררה כבר בשנות התשעים של המאה שעברה. המחלוקת בין שופטי בית המשפט לענייני משפחה בנוגע לסמכות השיפוט על זוגות להט"בים נמשכות אל תוך העשור השני של המאה העשרים ואחת, ונסבות סביב שלל סוגיות, החל בהוצאת צווי הגנה, המשך באישור הסכמי ממון ובמתן צווי אימוץ צולב, וכלה בחלוקת הרכוש לאחר הפירוד. ברבים מן המקרים ניסה צד אחד לטעון כי אין לבית המשפט לענייני משפחה סמכות שיפוט על זוגות להט"בים, שכן הם אינם בני משפחה כהגדרתם בסעיף 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה.¹⁸⁸ היו גם מקרים שבהם הופיעו בני הזוג בצוותא, ולא כיריבים (למשל, בבקשות אימוץ או בבקשות לאישור הסכמי ממון), אך השופטים עצמם

182 עמ' 12 לפסק הדין הרבני המשלים, כמצוטט בעניין בני נח, לעיל ה"ש 27, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

183 שם, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

184 ראו, למשל, תיק (אזורי ח"י) 835722/2 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 16.3.2011).

185 עניין התובעים, לעיל ה"ש 4.

186 שם.

187 עניין פלונית, לעיל ה"ש 45, פס' 23 לפסק הדין; עניין פלונים, לעיל ה"ש 39, פס' 19 לפסק הדין.

188 ראו, למשל, ת"א (שלום ת"א) 56381/00 דרור נ' ברק (פורסם בנבו, 1.6.2000); המ' (משפחה ת"א) 3738/98 פלוני נ' אלמוני (לא פורסם, 18.10.1998).

שללו את סמכות השיפוט של בית המשפט לענייני משפחה על ענייני המשפחה הלהט"בית.

הטענות נשענו על נימוקים שונים, החל בניסוח הממוגדר של זוגיות וידועים בציבור בסעיף 1(2)(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה ("בן זוגו, לרבות הידועה בציבור כאישתו..."),¹⁸⁹ וכלה בהישענות על נימוקים ערכיים השוללים הכרה מזוגיות חד-מינית מטעמים שב"טבע", בדת או במוסר. במקרים אחדים קיבלו בתי המשפט טענות אלה ודחו על הסף תביעות מחמת חוסר סמכות עניינית. חלק מפסקי הדין הללו ניתנו לאחר בג"ץ בן-ארי, ולפחות במקרה אחד¹⁹⁰ הסתמך בית המשפט על דעת המיעוט של השופט קדמי בפרשת דנילוביץ, שפסק כי שני גברים אינם "זוג", אלא לכל היותר "צמד",¹⁹¹ והתעלם מפסק הדין של רוב השופטים, כמו גם מהפסיקה הענפה שבאה אחריה ואשר הכירה, ישירות או בעקיפין, בזוגיות להט"בית.¹⁹² השופט אף קבע כי פרשנות של חוק בית המשפט לענייני משפחה כמכיר בסמכות השיפוט של בית המשפט לענייני משפחה על זוגיות חד-מינית "עומדת בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" ולכן גם בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁹³ הוא הקדיש שלושים ותשעה עמודים לנימוק עמדתו זו בדבר היות ה"הומוסקסואליזם" קביל בישראל כעניין שברשות הפרט אך בלתי קביל ברשות הרבים לאור "ערכיה של המדינה 'כמדינה יהודית' בשלילת ראיית יחסים אלה כיוצרים תא משפחתי, מכח פיקציה משפטית, בניגוד למצב הטבעי",¹⁹⁴ וכל זאת כדי לקבוע שבית המשפט לענייני משפחה נעדר סמכות שיפוט על תביעה למתן צו הגנה שהגיש בן זוג שסבל מאלימות מצד בן זוגו.¹⁹⁵

189 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 16610/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.5.2005).

190 תמ"ש (משפחה ת"א) 16310/08 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 27.4.2008).

191 שם, בעמ' 10 לפסק הדין.

192 כגון עניין ברנר-קריש, לעיל ה"ש 10; ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005); פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 1; ואף השופט קדמי עצמו, אשר חזר בו (מבלי לכתוב זאת במפורש) מעמדתו בפרשת דנילוביץ, לעיל ה"ש 157, בפסק דינו בבג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822, 823–827 (1997).

193 עניין פלוני, לעיל ה"ש 190, בעמ' 21 לפסק הדין.

194 שם, בעמ' 35 לפסק הדין.

195 במקרה אחר דחה בית המשפט לענייני משפחה בקשה לאימוץ צולב בנסיבות זהות לפרשת ירוס-חקק (לעיל ה"ש 192), וזאת בניגוד לחוות הדעת של העובדת הסוציאלית, אשר המליצה באופן חד-משמעי על "עידון הקשר ההורי [בין האם הלא-גנטית לבין הילדים הגנטיים של בת זוגה] גם באופן החוקי". אמ"ץ 37/07 פלונית ואלמונית נ' היועץ המשפטי (לא פורסם, 25.8.2008). חוות הדעת מצוטטת בפסק הדין של ערכאת הערעור: ע"מ (מחוזי ים) 213/08 פלונית נ' היועץ המשפטי, בעמ' 4 (לא פורסם, 19.3.2009). דחיית הבקשה נומקה על ידי בית המשפט בטענה ש"טובתם של הילדים עלולה להיפגע אם יאומצו כמבוקש שכן שאלת מעמדם והסטטוס של בני אותו מין החיים חיים משותפים מצוי במחלוקת לאומית וחברתית" (שם, בעמ' 5). השופטת אזכרה את הלכת בן-ארי, לעיל ה"ש 1, שניתנה שנתיים וחצי לפני כן, וסיכמה כי הלכה זו פעלה במישור הרישום, ולא במישור

כתוצאה מההבדלים בהשקפות העולם ובגישות הפרשניות בין שופטי בית המשפט לענייני משפחה, ולנוכח מיעוט התקדימים המחייבים שיצאו מלפני בית המשפט העליון בנוגע לדיני הזוגיות להט"ב, זוגות אלה נתונים במצב של חוסר ודאות בכל הנוגע בשאלת סמכות השיפוט של בתי המשפט לענייני משפחה ובתחולת הדין המהותי. אחדות, ודאות וצפיות הן עקרונות חשובים במערכת המשפט. המשפט שואף לכך שבמקרים דומים, המעוררים שאלות משפטיות זהות, יהיו הפסיקות זהות. למרות זאת, התחום של דיני המשפחה בכללותם, ושל דיני המשפחה להט"ב בית בפרט, מתאפיין ברמה גבוהה יחסית של חוסר אחידות, חוסר ודאות משפטית והעדר צפיות.

מצב זה משקף בעיה כללית בתחום דיני המשפחה, אשר נוצרה מאז הוקמו בתי המשפחה לענייני משפחה ונקבעו בדרגה של בית משפט שלום. כתוצאה ממהלך זה נהפכו ערעורים לבית המשפט העליון בתחום דיני המשפחה לנדירים יחסית (הערכאה הדיונית הראשונה עד לפתיחתם של בתי המשפט לענייני משפחה הייתה בית המשפט המחוזי, וערעור לעליון היה ערעור בזכות). הלכת **חניון חיפה**,¹⁹⁶ העוסקת בשאלת התנאים למתן רשות ערעור, מיושמת למן שנת 1995 על ידי בית המשפט העליון כדי לחסום ערעורים שניים באופן גורף, מבלי להבחין שבתחום דיני המשפחה קיימת "הפליה" באפשרות הגישה לבית המשפט העליון – הערכאה שפוסקת הלכות מחייבות לעומת תחומי המשפט האחרים, שבהם ייתכנו מצבים לא מעטים שבהם הערכאה הדיונית הראשונה היא בית המשפט המחוזי. הדבר מתחדד לנוכח העובדה שהערעור בפרשת **חניון חיפה** היה מתחום המקרקעין, וכלל לא מתחום דיני המשפחה (בקשת רשות הערעור בפרשה זו נשענה על מחלוקת בין בית משפט שלום לבית המשפט המחוזי בנוגע לתחולתו של חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, על המקרה הנדון), ושההכרעה בו ניתנה כשלוש-עשרה שנה לפני הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה כערכאה בדרגה של בית משפט שלום.¹⁹⁷

של מתן תוקף לזוגיות להט"ב, בעוד שאם היא תיתן צו אימוץ של ילדי בת זוג אחת על ידי בת זוגה, תהיה בכך הכרה בתוקף היחסים ביניהן (שם). בשני המקרים הללו – וסביר להניח שיש מקרים נוספים שאינם קיימים במאגרי המידע, בשל מדיניות הפרסום הלא-עקבית של פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה – היו השופטים מוכנים להקריב את שלומם של המתדיינים (גבר סובל מאלימות, אימהות לא רשומות לילדיהן, וכמובן – ילדיהן הקטינים) ובלבד שלא יוכר תוקפה של זוגיות להט"ב.

196 ר"ע 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ**, פ"ד לו(3) 123 (1982) (להלן: הלכת **חניון חיפה**).

197 לביקורת ברוח זו ראו גם שאול שוחט "בית המשפט לענייני משפחה – האמנם בית?" **משפחה במשפט** ב 375, 380–382 (2009); משה דרורי "מחצית יובל לדוח ועדת שינבוים וח"י שנים לבית המשפט לענייני משפחה" **מאזני משפט** ט 147, 158 (2014). מאמרים אלה נכתבו על ידי שופטי בית המשפט המחוזי. השופט שוחט כיהן בעבר כשופט בבית המשפט לענייני משפחה, ושניהם שופטים בערעורי משפחה במסגרת כהונתם בבית המשפט המחוזי. ראו גם מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" **עיוני משפט** לד 527, 556 (2011), המצביע על כך שיש "חשיבות לשאלה באילו עניינים בית המשפט המחוזי משמש ערכאה ראשונה (שאו ההגעה לבית המשפט העליון היא

מי שסובלות במיוחד הן המשפחות שבראשן בני זוג להט"בים. בעוד המשפחות ההטרוסקסואליות הן הרוב, ותיקי משפחה מסוימים אכן מגיעים לערעור שני בבית המשפט העליון, סיכוייהם של אותם תיקים נדירים יחסית שעוסקים בסכסוכים במשפחות להט"ביות להגיע לבית המשפט העליון נמוכים יחסית. יתרה מזו, פיתוח דיני המשפחה הלהט"בית חדש יחסית, בעוד לגבי המשפחה ההטרוסקסואלית כבר קיימות לא מעט הלכות ותיקות של בית המשפט העליון שניתנו לפני הקמתם של בתי המשפט לענייני משפחה, ורבות מהן נותרו רלוונטיות במידה מסוימת גם כיום.¹⁹⁸

כל עוד לא יצאה הלכה מחייבת מלפני בית המשפט העליון בנוגע לסמכות השיפוט של בית המשפט לענייני משפחה על זוגיות להט"בית בכלל, ועל התרת הנישואים הלהט"ביים בפרט, או לחלופין כל עוד אין הסדר חקיקתי בנושא, זוגות להט"ביים הנזקקים לשירותי בית המשפט תלויים במידה מסוימת של מזל: האם השופט שיב בדין יסבור כי יש לו סמכות שיפוט עליהם? אם כן, האם הוא יסבור שהנישואים היו תקפים או בטלים מעיקרם? האם המערכת תרתום את משאביה לסייע לזוג הלהט"בי המבקש להתגרש – למשל, באמצעות העמדת יחידות הסיוע שליד בתי המשפט לענייני משפחה בניסיון לשקם את הקשר או לגבש הסכמות בין הצדדים בנוגע לסימו – כשם שנעשה בגירושים הטרוסקסואליים?

עניין של זכות), ובאילו עניינים הוא משמש ערכאה של ערעור (שאז ההגעה לבית-המשפט העליון היא עניין של רשות). המאמר עוסק אומנם בדיני החוזים, אבל אמירה זו מבהירה היטב את הבעייתיות בהחלטה של הלכת **חניון חיפה** על כל תחומי המשפט, גם על כאלה שבהם בית המשפט המחוזי לעולם אינו מהווה ערכאה ראשונה. התוצאה היא שבתחום דיני המשפחה בית המשפט העליון בוחר מתי לדרון ומתי לא – בחירה שאינה קיימת בתחומי משפט שבהם הערכאה הדיונית הראשונה יכולה להיות גם בית המשפט המחוזי. גישה זו של בית המשפט העליון, הנאחזת בהלכת **חניון חיפה** גם בתיקי משפחה, למרות ייחודיותם, מבטאת, כך נדמה, את החשיבות הפחותה של דיני המשפחה במשפט הישראלי, למרות ההצהרות והתפיסה החברתית בנוגע לחשיבות המשפחה. ראו טריגר, לעיל ה"ש 160, בעמ' 184–185.

198 תרומה משמעותית – ויחידה עד כה – לתחילת פיתוחם של דיני זוגיות להט"בית על דרך הלכות מחייבות היא פסק דינו של בית המשפט העליון בבע"ס 2478/14 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 20.8.2015), שעסק בשאלות של שיתוף נכסים בין בנות זוג לסביות ובהחלת הלכת השיתוף עליהן. השאלה שבגינה הוענקה רשות ערעור, כפי שציינה השופטת דפנה ברק-ארז, קשורה ל"אמות המידה שצריכות לחול על בחינתה של חזקת השיתוף בעניינם של ידועים בציבור שחלות מגבלות על יכולתם להינשא בישראל" (שם, פס' 33 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). בית המשפט פסק "שעל כלל בני הזוג שמקיימים ביניהם מערכת יחסים של ידועים בציבור ראוי להחיל אותן אמות מידה בכל הנוגע לבדיקת הכוונה לשיתוף בנכסים" (שם, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). נקודת המוצא של הדין הייתה שבנות הזוג הן ידועות בציבור (אף על פי שבתחילת הדרך טענה אחת מהן כי הן לא היו ידועות בציבור), ושאלת סמכות השיפוט, כפי שהתעוררה בפסקי הדין שבהם דנו לעיל, לא התעוררה בבית המשפט לענייני משפחה ובבית המשפט המחוזי.

2. התרת נישואים להט"בים – הדין המהותי

(א) הפתרון האידיאלי: גירושים אזרחיים לכולם

כפי שטענו לעיל, הזכות לגירושים (ולא רק להתרה משפטית) היא חלק מזכות היסוד לכבוד האדם. הפתרון האידיאלי המתחייב מכך הוא חקיקת חוק גירושים אזרחי, שיחול על כלל הזוגות הנישואים בישראל, יהא הרכבם אשר יהא. יצירת מסלול התרה ייחודי לזוגות להט"בים לצד מסלולי הגירושים וההתרה הקיימים כיום תחמיץ את הפוטנציאל לשינוי מוסד הנישואים והגירושים הגלום בהכרה בזוגיות להט"בית. היא עלולה גם לעלות כדי הפליה הפוכה על בסיס נטייה מינית, נגד הטרוסקסואלים, אשר חייבים להתגרש במסגרת דתית, בעוד שזוגות להט"בים בני אותה דת יזכו במסגרת אזרחית לחלוטין להתרת נישואיהם. להיות הדינים הדתיים בעייתיים מבחינות רבות, בעיקר מבחינת העדר השוויון בין גברים לנשים, נשים לסביות הנשואות לנשים יופלו לטובה בתהליך הגירושים, אך בשל נטייתן המינית, לעומת נשים הטרוסקסואליות הנשואות לגברים.

במסגרת פתרון כללי זה יהיה צריך לתת את הדעת לשאלות בסיסיות בסוגיית הסדרת הגירושים, כגון שאלת האשם ומידת הרלוונטיות שלה; שאלת ההדדיות לעומת החד-צדדיות של הגשת התביעה לגירושים; הנהגת חובה לנסות תחילה הליך של פתרון סכסוכים אלטרנטיבי או קביעת תקופת המתנה בטרם יוכלו בני הזוג להתגרש, ועוד.¹⁹⁹ הדיון בשאלות אלה חורג ממסגרת מאמר זה.

מכיוון שמצב הדברים הפוליטי במדינת ישראל, מיום הקמתה ועד ימינו, הופך פתרון זה לאוטופי (למרבה הצער), נציג כעת שני פתרונות מעשיים שיכולים לפתור כבר כיום את בעיותיהם של זוגות חד-מיניים המבקשים להתגרש: החלת חוק ההתרה ופנייה אל כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. פתרונות אלה זמינים אבל אינם ראויים לדעתנו, משום ששניהם צובעים את שאלת ההכרה בנישואים חד-מיניים או את שאלת התרתם בצבעים פרוצדורליים, והופכים אותן לשאלות של משפט בין-לאומי פרטי ומשפט מנהלי. בכך הם מצניעים את הממדים האידיאולוגיים והערכיים שלהן. עם זאת, מצאנו לנכון להתייחס בקצרה לאפשרויות אלה עקב השימוש שנעשה בהן בפסיקה ובספרות הישראליות, ולנוכח יכולתן לספק סעד לזוגות חד-מיניים המתקשים להתגרש כיום.

(ב) גירושים חד-מיניים עכשווי

פתרון אפשרי ראשון הוא החלת חוק ההתרה על גירושים להט"בים. פרשנות תכליתית של החוק יכולה לתמוך בהחלתו על זוגות להט"בים גם כאשר שני בני הזוג הם בני אותה דת. לדעתנו הדבר אפשרי, אך אנו סבורים כי אין זו הדרך הראויה לפתור את מצוקת הגירושים של בני זוג להט"בים.

אומנם, כפי שהראינו לעיל, למרות השימוש במונח "התרה", החוק מכיל מנגנון

199 סקירה מקיפה של שאלות אלה ואחרות הוצגה על ידי ליפשיץ, לעיל ה"ש 59, אולם הוא שימר את ההבחנה בין נישואים וגירושים דתיים לבין ברית זוגיות והתרתה.

מורכב שנועד למנוע מבתי המשפט את האפשרות להכריז על נישואיהם של בני זוג הטרוסקסואלים כבטלים רק משום שהדינים הדתיים אינם מכירים בתוקפם. מנגנון זה מתבסס על סייג המונע החלת דיניה של שיטת המשפט המביאה לידי החלת דין שונה על כל אחד מבני הזוג. לפיכך, כאשר מדובר בבני דתות שונות, אין אפשרות להחיל את הדין הפנימי הישראלי (אשר יחיל על כל אחד מהם את דינו האישי).²⁰⁰ אולם מנגנון זה אינו מספק בטוחה דומה לבני זוג להט"בים. המקרים שהתעוררו בפסיקה הישראלית עד כה עסקו בזוג גברים יהודים או בזוג נשים יהודיות. על בני זוג או בנות זוג אלה חל אותו דין אישי – הדין העברי, שהוא לכאורה הדין שצריך לחול על פי כללי ברירת הדין הקבועים בחוק ההתרה. מכאן שדווקא החלת חוק ההתרה על בני זוג להט"בים עלולה להוביל להכרזה על בטלות נישואיהם.²⁰¹

פתרון אפשרי שני הוא פנייה לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. יובל מרין מציע להחיל בישראל את הדין של מקום עריכת הנישואים ככלל ברירת הדין לקביעת תוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל.²⁰² לטענתו, קיימת לקונה בדין הישראלי בנוגע לסוגיית ההכרה בתוקפם של נישואים הנערכים מחוץ לישראל. אכן, בפסק הדין בעניין בני נח לא הכריע הנשיא (בדימו') ברק בין שני כללי ברירת דין אפשריים:²⁰³ הכלל האחד מבחין בין כשרות לצורה, וקובע כי על שאלת כשרותם של הצדדים להינשא יחול דין מקום מושבם ואילו שאלת תוקף הטקס מבחינה צורנית תוכרע על פי הדין של מקום עריכת הטקס; והכלל האחר מחיל את הדין של מקום עריכת הטקס הן על שאלת כשרותם של הצדדים להינשא זה לזה והן על שאלת תוקפה של צורת הנישואים.²⁰⁴ אולם בפסיקה מאוחרת יותר הביע הנשיא (בדימו') ברק את הדעה כי הגישה האחרונה היא הראויה יותר, וכי היא המתיישבת עם הזכות לנישואים כזכות יסוד

200 ראו דין לעיל בה"ש 134–137 ובטקסט שלידן.

201 בהקשר זה כדאי לציין כי הרוב המכריע של הזוגות בישראל משתייכים לאותה עדה דתית. ראו Daphna Hacker, *Inter-Religious Marriages in Israel: Fogiel-Bijaoui*, לעיל ה"ש 147; 178 ISR. STUD. 14(2) *Gendered Implications for Conversion, Children, and Citizenship*, (2009); צבי טריגר "אהבה ודעה קדומה: על הפרדוקסליות של תופעת הנישואין הבין-דתיים בישראל" *עינונים במשפט מגדר ופמיניזם* 733 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

202 מרין, לעיל ה"ש 8.

203 הנשיא (בדימו') ברק שלל את העמדה שלפיה תוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין בני זוג שהיו באותה עת אזרחי מדינת ישראל ייקבע על פי דינם האישי. עמדה זו ראתה בסי' 47 לדבר המלך במועצתו, הקובע כי על ענייני מעמד יחול דין אישי, כלל החל גם על שאלת תוקפם של נישואים שנערכו מחוץ לישראל. על פי גישה זו, עצם עריכת הטקס מחוץ לישראל אינה בגדר יסוד זר המביא לידי החלתם של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. ראו שרון שקרגי *כללי ברירת הדין בענייני נישואין וגירושין לאור השינויים שחלו בדין המהותי* 125 (2015). עמדה זו זכתה בתמיכה אקדמית נרחבת בעבר. ראו מנשה שאוה *הדין האישי בישראל* כרך ראשון 148–151 (מהדורה שלישית מורחבת, 1991); אביגדור לבונטין *על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה* 36 (1957); זילברג, לעיל ה"ש 179, בעמ' 211.

204 עניין בני נח, לעיל ה"ש 27, פס' 24–26 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק.

חוקתית.²⁰⁵ על פי מרין, אכן יש להחיל בישראל את החלופה האחרונה באופן התואם את הזכות לנישואים כזכות יסוד שהיא חלק מהזכות לכבוד האדם, ובהתאם למעמדה של הזכות לנישואים במשפט הבין-לאומי.²⁰⁶ גם אנו, כמובן, תומכים באפשרות זו, שמשמעותה היא הכרה בנישואים חד-מיניים לכל דבר ועניין. אולם, בהינתן שהסיכוי שתוקף הנישואים החד-מיניים יוכר לכל דבר ועניין (כמו תוקפם של נישואים בין בני דתות שונות) הוא נמוך, ניתן למצוא בכללי המשפט הבין-לאומי מזוור למצוקת הגירושים.

מן הבחינה הפורמלית, כפי שמציינת שרון שקרג'י, המשפט הבין-לאומי הפרטי מחיל כללים שונים על נישואים ועל גירושים.²⁰⁷ "כללי ברירת הדין מעצבים את הנישואין והגירושין כשאלות נפרדות שייתכן כי יחולו עליהן דינים שונים..."²⁰⁸ כך, הדין הישראלי כולל שתי דוגמאות להחלת דיני גירושים על נישואים אשר נכון להיום ייתכן שאינם תקפים על פי כללי המשפט הבין-לאומי להכרה בנישואים. הדוגמה האחת היא חוק ההתרה, שנודון לעיל, והדוגמה האחרת היא סעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.²⁰⁹ האחרון מעניק לבית הדין הרבני סמכות לנהל הליך גירושים דתי בין בני זוג שנישאו בנישואים דתיים בהיותם אזרחים ותושבים של מדינה זרה, ובהתקיים זיקה מינימלית בלבד של אחד מהם למדינת ישראל, וזאת ללא קשר לשאלת תוקפם הכולל של נישואים אלה. מכאן שניתן לאמץ כללי ברירת דין שיחולו רק על התרת הנישואים. כאן בית המשפט יכול לאמץ את הדין של מקום עריכת הנישואים כדין שיחול על הגירושים, בדומה לתוצאה שאליה מוביל חוק ההתרה כאשר מדובר בגירושים של בני זוג בני דתות שונות.²¹⁰

205 עניין פלוגי, לעיל ה"ש 51, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

206 מרין, לעיל ה"ש 8.

207 שקרג'י, לעיל ה"ש 203, בעמ' 60, 137 ו-322. עם זאת, ככלל, יש קשר בין הכללים הללו, שכן דיני הגירושים מוחלים רק על נישואים שלגביהם נקבע כי הם תקפים.

208 שם, בעמ' 322.

209 שם, בעמ' 156–160.

210 גישה המובילה לתוצאה דומה היא הכרה בגירושים מכוח החלת הדין של מקום עריכת הנישואים (long-arm statute), כפי שהוצע בארצות הברית בנוגע לזוגות חד-מיניים אשר נישאו במדינה המכירה בנישואים חד-מיניים, עברו להתגורר במדינה שאינה מכירה בהם, ומבקשים כעת להתגרש במדינה השנייה. ראו: Courtney G. Joslin, *Modernizing Divorce Jurisdiction: Same-Sex Couples and Minimum Contacts*, 91 B.U. L. REV. 1669, 1718–1721 (2011). פתרון זה בעייתי כאשר במדינת התושבות קיימת עוינות בסיסית של מערכת המשפט לנישואים חד-מיניים, ולכן ייתכן שלא יהיה אפשר ליישמו במדינה כזאת. הצעה אחרת היא לנהל את הליך הגירושים במערכת בתי המשפט של המדינה שבה נישאו בני הזוג, בלי דרישת תושבות. ראו: Nick Tarasen, *Untangling the Knot: Finding a Forum for Same-Sex Divorces in the State of Celebration*, 78 U. CHI. L. REV. 1585 (2011). גם פתרון זה בעייתי, שכן הוא עלול להיות יקר ולא נגיש לבני הזוג או לאחד מהם. לביקורת כללית על העדר האפשרות של זוגות חד-מיניים שנישאו במדינה אחת בארצות הברית להתגרש במדינה אחרת ראו גם: Judith M. Stinson, *The Right to (Same-Sex) Divorce*, 62 CASE W. RES. L. REV. 447 (2011).

מבחינות רבות זהו פתרון בעייתי, וייתכן שחסרונותיו עולים על יתרונותיו. ראשית, מפתרון זה נגזר דין גירושים שונה לכל זוג וזוג, לפי דין הגירושים במקום עריכת הנישואים; שנית, דווקא בהליך רגיש כל כך של גירושים הוא מוסיף סרבול פרוצדורלי ועלויות משמעותיות, בשל הצורך להוכיח בבית המשפט את דין הגירושים המהותי שיחול. אולם אף על פי שפתרון זה הוא הרע במיעוטו במקרה הטוב, טמון בו גם פוטנציאל מהפכני, שכן ערך השוויון לא יאפשר לדעתנו לייחד פתרון זה רק לזוגות להט"בים. יהיה צריך להחילו גם על זוגות הטרוסקסואלים שנישאו בנישואים אזרחיים בחוץ לארץ, ובכלל זה על בני זוג בני אותה עדה דתית שהיא עדה דתית אשר מוכרת בישראל.

(ג) השלכות אפשריות של העדר גירושים חד-מיניים

המשפט מכונן מערכות יחסים גם כאשר הוא אינו מעורב בהן ישירות. הגישה המכוננת למשפט רואה אותו "כמכונן את התרבות, ובעקבות זאת כיוצר משמעות בתודעותיהם של בני האדם וכמכונן את יחסיהם החברתיים. על פי תפיסה זו... באמצעות השתתפותו בכינון התרבות, המשפט משתתף בכינון קטגוריות התודעה שבאמצעותן תופסים בני האדם את היחסים החברתיים שהם מצויים בהם".²¹¹ על פי גישה זו, אין לראות את המשפט אך ורק כמנגנון ליישוב סכסוכים וכפועל על החברה מבחוץ.²¹² לכן, גם מבלי להתגרש, דיני הגירושים משפיעים על עיצוב מערכת היחסים בין בני הזוג ועל יחסי הכוחות ביניהם.²¹³

הטרוסקסואלים. לדיון בבעיית הגירושים של זוגות בין-לאומיים (הטרוסקסואלים) במדינות האיחוד האירופי ראו, למשל: Teresa Henderson, *From Brussels to Rome: The Necessity of Resolving Divorce Law Conflicts Across the European Union*, 28 WIS. INT'L L.J. 768, 773-775 (2011). פתרון אחר שאימצו חלק ממדינות ארצות הברית הוא התרת "תיירות גירושים" אל תחומן של זוגות חד-מיניים המבקשים להתגרש אבל אינם יכולים לעשות זאת במדינת תושבותם. בין המדינות שאימצו פתרון זה היו קליפורניה, ורמונט, דלוור, מינסוטה ומחוז קולומביה. Katharine J. Westfall, *Voided Vows: Annulment as a Full Faith and Credit Solution to the Same-Sex Divorce Conundrum*, 23 WM. & MARY BILL RTS. J. 331, 333 (2014). מכל מקום, כל הדיון הזה התקיים לפני הכרעת בית המשפט העליון בשנת 2015 בעניין *Obergefell*, לעיל ה"ש 106, אשר הכירה בזכות לנישואים כחלה גם על זוגות חד-מיניים, מה שישנה כנראה את התמונה ויוביל למיסודם של הליכי גירושים חד-מיניים.

211 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 49 (2008). ראו גם מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 11, 52-53 (2008).

212 לסקירת הגישה המכוננת למשפט, על מקורותיה בכתיבתו של קליפורד גירץ ועל יישומיה הביקורתיים, ראו מאוטנר **משפט ותרבות**, שם, בעמ' 46-55.

213 ראו עוד איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" **האם המשפט חשוב?** 275 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010). כך, למשל, בנישואים הטרוסקסואליים, הידעה של בני הזוג כי במקרה של גירושים תהיה האישה בעמדה נחותה מעצבת את היחסים ביניהם בהתאם. הידע בנוגע לחלוקת הנכסים במקרה של גירושים משפיע גם הוא על הנישואים. נוסף על כך, יחסו של הדין הרתי לנשים במסגרת הנישואים משפיע גם על יחסן של הערכאות האזרחיות, וההסדרים הדתיים נהפכים

טענו כי אי־אפשר לנתק את הגירושים מהנישואים, וכי בין השניים מתקיימים יחסים דינמיים: אלה משפיעים על אלה. מוסד נישואים ללא אפשרות יציאה שונה מאוד ממוסד נישואים עם אפשרות יציאה; ומוסד נישואים שאפשרות היציאה ממנו נתונה באופן שווה לשני בני הזוג שונה ממוסד נישואים שביציאה ממנו מקנה לאחד מבני הזוג עדיפות על רעהו.

בדרך כלל העדר אפשרות להתגרש מנומק בקדושתו של מוסד הנישואים וברצון לשמור על הנישואים מפני התרתם. כך היה בדין הקתולי ובמדינות דוגמת איטליה, אירלנד וספרד שבהן הוחל דין זה.²¹⁴ אולם יש מקרים שבהם המצב ההפוך, והעדר האפשרות להתגרש מצביע דווקא על ערך פחות של הנישואים בעיני החברה. כך, בהקשר של בני זוג להט"בים העובדה שאין בארץ הליך גירושים מראה שהלגיטימיות של זוגיות להט"בית (או של כל צורת זוגיות אחרת שאין פרוצדורה לפירוקה) אינה שלמה עדיין במשפט הישראלי.

אומנם, העדר הכרעה של בית המשפט העליון בדבר פרוצדורה לגירושים חד־מיניים אינו תוצאה של יד מכוונת. בית המשפט אינו יוזם הכרעה בעניינים שלא הובאו לפניו, ופרשת בן־ארי עסקה ברישום נישואים, ולא בגירושים. אולם מוסד הנישואים הוא מוסד מיוחד, שדרכי היציאה ממנו הן חלק בלתי נפרד ממנו.²¹⁵ ההסכמה הליברלית, שהרחיבה את גבולותיו של קשר הנישואים מתוך תפיסה שהוא מבטא היבט חשוב של הזהות ושל הזכות למימוש עצמי, מתיישבת גם עם התפיסה שאין לכפות על אנשים להמשיך להיות נשואים כאשר הם כבר אינם מעוניינים בכך.²¹⁶ תפיסה זו אדישה לשאלות של אשם ושל עדיפות מוסד הנישואים (כעולה, למשל, מן ההכרה הנרחבת בידועים בציבור),²¹⁷ ולכן היא מחייבת לדעתנו דיון גם בדרכי היציאה מן המוסד.

ל"נקודת האפס" הטבעית שלפיה שופטים אזרחיים מנתחים סוגיות כגון טענות עושק של נשים שחתמו על הסכמי גירושים ומבקשות לחזור בהן מהסכמתן בטענה שעשו זאת רק כדי לקבל גט. ראו, למשל, את דבריה של רות הלפרין־קדרי בנוגע להשפעת הגירושים על יחסי הנישואים בין בני זוג יהודים: "...האפליה הקשה נגד האשה בגירושין ופער הכוחות הבוטה ביחס לגט מקרין על מערכת היחסים כולה, גם אם אין היא מסתיימת בגירושין. הכרה בנחיתות המשפטית משפיעה על תפישת העצמיות של האשה ועל תפישת מערכת היחסים הבין־אישית שלה עם בן זוגה. נשים מפנימות את נחיתותן במערכת הזוגית, והפנמה זו מחלחלת למודעות העצמית הכללית שלהן." רות הלפרין־קדרי "דיני נישואין וגירושין והבניית המגדר" להיות אשה יהודייה: דברי הכנס הבינלאומי הראשון – אשה ויהדותה 155, 161 (מרגלית שילה עורכת, 2001). ראו גם טריגר, לעיל ה"ש 160, בעמ' 186–188.

214 באיטליה, למשל, הוכרה האפשרות להתגרש רק בשנת 1970. Valerio Pocar & Paola Ronfani, *Family Law in Italy: Legislative Innovations and Social Change*, 12 LAW & SOC'Y REV. 607, 620 (1978).

215 מוסדות משפטיים אנלוגיים יכולים להיות האפשרות לזנות בלי אפשרות לבטלו; הליך להקמת חברה או שותפות בלי הליך לסגירתה או לפירוקה; הליך לקבלת רישיון בלי הליך לשלילתו, וכדומה.

216 דיני החוזים כבר מכירים בכך שאין לכפות על אדם להיכנס לקשר נישואים שהוא אינו חפץ בו, אף אם נתן הבטחת נישואים.

217 ליפשיץ, לעיל ה"ש 85, בעמ' 65; ליפשיץ, לעיל ה"ש 59, בעמ' 695–696.

סכנה נוספת הרובצת לפתחם של בני הזוג, ובעיקר לפתחו של בן הזוג החלש מבחינה כלכלית, היא סכנת הניצול לרעה של העדר הפרוצדורה. טענות אפשריות של צדדים בסכסוכים משפטיים שלפיהן אין להחיל הסדרים רכושיים כי אין מדובר בזוגיות לגיטימית (כמו טענות טקטיות שנטענו בעבר בנוגע לתחולתם של דיני זוגיות שונים על זוגות חד-מיניים או טענות דומות²¹⁸) עלולות להותיר את בן הזוג החלש בחוסר כל. אי-הוודאות של הצד החלש במערכת היחסים והסכנה שהוא יצא ממערכת יחסים ארוכה ומשמעותית חסר כל מחייבות חשיבה מעמיקה בנוגע לפרוצדורת הגירושים.²¹⁹

אצל זוגות חד-מיניים להעדר האפשרות להתגרש עלולות להיות גם השלכות על ילדיהם של בני הזוג, אם הביאו ילדים לעולם. עדיין קשה מאוד לרשום את שני בני הזוג כהורי הילדים במרשם האוכלוסין. כאשר ההורות מושגת באמצעות פונדקאות, ההורה הגנטי נדרש לעבור בדיקת רקמות לצורך הוכחת הורותו, וזאת גם כאשר קיים צו של בית משפט זר המאשר את הורותו הגנטית. ההורה הלא-גנטי נדרש לקבל צו הורות פסיקתי מבית המשפט.²²⁰ זהו הליך ארוך, רגיש ומורכב, אשר רק בסופו ההורה הלא-גנטי מוכר על ידי מערכת המשפט כהורה של הילד, למרות היותו ההורה מרגע הלידה. לכן חוסר בהירות בנוגע להליך פירוק הקשר עלול ליצור בעיה של סחטנות על רקע זה מצד ההורה הרשום לעניין הסדרי ראייה ומשמורת, ואולי אף לחבל בהשלמת הליכי ההורות המשפטית של ההורה הלא-גנטי.

סיכום

במאמר זה עמדנו על חשיבות ההכרה בזכות לגירושים בכלל, תוך שימוש במקרה של נישואים חד-מיניים כמקרה מבחן. שאלת הזכות לגירושים של זוגות להט"בים שייכת לדור השני של המאבק של המשפחה הלהט"בית לשוויון. אומנם, מאבקי הדור הראשון,²²¹ העוסקים בזכות להקמת משפחה (הזכות לנישואים ולהורות; זכותם של

218 למשל, תמ"ש 51601/98 פלנית נ' אלמונית (לא פורסם, 19.1.1999), שבו טענה אם ביולוגית כי היא ובת זוגה לשעבר לא היו משפחה משום היותן לסביות, ולכן אין לאפשר לבת הזוג לשעבר ולילדה של האם הביולוגית להיפגש. השופטת שטופמן דחתה את טענת האם הביולוגית. ערעורה של האם לבית המשפט המחוזי נדחה, וגם בקשת רשות הערעור שלה לבית המשפט העליון נדחתה.

219 בית המשפט העליון נדרש בעבר לטענות דומות של בני זוג הטרוסקסואלים במטרה לחמוק מחובותיהם כלפי בנות זוגם, כגון כהן שנישא לגרושה וטען כי אין לה זכאות למוזנות בשל הדין הדתי (ראו, למשל, בש"א 6667/93 כהנא נ' כהנא (פורסם בנבו, 30.1.1994)), או במטרה לחמוק מההשלכות של קשר הידועים בציבור בטענה שמדובר ביחסי ניאוף או פילגשות (ראו, למשל, ע"א 481/73 מנהל עזבון ברגמן נ' שטסל, פ"ד כט(1) 505 (1974)).

220 טריגר ומאסס, לעיל ה"ש 147.

221 לסקירה ולניתוח ביקורתיים של מאבקי הדור הראשון בישראל שעסקו בהכרה בזוגיות זו ראו: Aeyal M. Gross, *Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-*

ילדי להט"בים להגנה על קשריהם עם הוריהם ולהכרה משפטית בהם, וכדומה), טרם הוכתרו כולם בהצלחה, אבל רבות מהזכויות של המשפחה ההטרורסקסואלית מוקנות בהדרגה גם למשפחות להט"ביות. מאבקים אלה להקמת משפחות להט"ביות עוררו, באופן בלתי נמנע, גם את שאלת פירוקן של הקשר הזוגי הלהט"בי, ממש כשם שהמאבקים בשנות החמישים והשישים של המאה שעברה להכרה בזוגיות הטרורסקסואלית לא על דרך נישואים ברבנות (ידועים בציבור, קידושים פרטיים, נישואים אזרחיים בחוץ לארץ) עוררו גם הם את שאלת דיני הפירוק של צורות זוגיות אלה. עוד טענו כי הגיעה העת להכיר בתוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו בחוץ לארץ, ולהפסיק להסתתר מאחורי ההבחנה בין רישום לתוקף, אשר באה לעולם ככל הנראה מטעמים פוליטיים ומתוך רצון לתת פתרון אזרחי למצוקת הנישואים מבלי להכעיס את הממסד הרבני. התוצאה של הלכת פונק שלזינגר ושל כל שושלת ההלכות שהסתמכו עליה הייתה היפוך יוצרות מסוים: במקום שהאנשים ומערכות היחסים שלהם יהיו במרכז, והמשפט ישרת אותן באופן שיקדם את טובתם ואת טובת ילדיהם, האנשים ומערכות היחסים שביניהם הוכפפו והוכנסו לסד ההבחנות המשפטיות – תוצאה בעייתית שגם הובילה לחוסר הוודאות ולחוסר האחידות בנוגע לגירושים להט"ביים. מסקנתנו הייתה שיש לאפשר את מימוש הזכות לגירושים, ולהסדיר את גירושיהם של זוגות חד-מיניים בפרט. ייתכן אף שהחשיבה על דרכי ההסדרה של הליך הגירושים החד-מיניים תתרום להכרה עתידית בקיומם של גירושים אזרחיים לכולם.