

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

א. מבוא

ב. ההתפתחויות בחוץ לארץ

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

2. Civil Union - נישואים סוג ב?

3. מודל הכרה בנישואים

א. דרך חקיקה

ב. דרך ליטיגציה

ג. דרך עקפת חקיקה

ג. המגמה המסתמנת בארץ

1. הרשות השופטת

2. רשויות ציבור

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

ה. ישראל 2020 - מה צופן בחובו העתיד?

א. מבוא

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

* שוכנת דין וסמורגית לתואר שני בפסיכותרפיה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, סטודנט למשפטים שנה 3, אוניברסיטת חיפה.

1 מנתונים שעלו בסקר של איגוד "משפחה חדשה" שנערך בסברדאר 2004, עלה כי 22% מהציבור בישראל תומך בהשוואת מעמדה של המשפחה החד-מינית, למשפחה ההטרוסקסואלית, לעומת 30% מהציבור בארצות הברית. ראו <http://www.newfamily.org.il/images/IsraelFam2004.pdf> (למסמך לחצו כאן).

2 אנו לא מחיימים לסקר את כל ההסדרים הקיימים מפאת קוצר הדיווח אך במסגרת בוחננו לטרון הכרה ראשונית לקראת ישראל עם הסדרים אלו נשתדל בהחלט לחבא קוד אפיון של המודלים השונים הקיימים בעולם שלרעתנו מאפיינים את ההסדרים השונים הקיימים.

3 בארצות הברית העיסוק בנישואים חד-מיניים טיבל באובססיה, חיפוש שערבנו בילקסיס לפי מילות חיפוש "Same Sex Marriage" הניב 60 תוצאות מחצי השנה האחרונה. נראה שהסוגיה אף עומדת כאחת הסוגיות המרכזיות על סדר היום בבחירות הקרובות בארצות הברית, יש הטוענים כי ללא מערכותה של ארצות הברית בעיקר דויתנה אף מקבלת מקום מרכזי יותר, להרחבה ראו R. W. Stevenson, "Bush Refines His Position on Gay Marriage Ban" N. Y. Times 15.7.2004.

אביטל אברהם ואיתי אפטר ייבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני? הארץ בן א (2) (התשס"ד) 110

ב. התפתחויות בחוץ לארץ

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

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

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

4. לחלוקה שונה למודלים והרחבה בעיקר לבני המודל השני ראו יי מדין נישואין בין בני זוג מאותו מין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגות חד-מינית *המשפט* 12 (2001) 20-33.
5. במשפט האנגלי אמריקני הנדסה הנישואים היא על פי המשפט הנכבד של אקרוס - פעולה מינית שמטרתה הולדת צאצאים. ראו E. Laird "Student Essay: I. Defining Feminism: The Law is Straight and Narrow, How American Courts Define Families" 9 *Cardozo Women's L. J.* (2003) 221, 226. להפיסתם השמרנית של השופטים האנגלים ראו *Bellinger v. Bellinger* [2003] 2 AC 467 (ניתן גם ללחוץ <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld2003/ldjudgm/jd030410/bellin-1.htm>) (ניתן גם ללחוץ <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld2003/ldjudgm/jd040521/glu-1.htm>). עם זאת, ב-30 [UKHL] *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] שניתן ב-21.6.2004. העניק בית הלורדים זכות ספציפית הנחמה בחוק לזוג יידוע בציבור לזוג חד-מיני, בטענה כי הרצונת של החוק להענקת הזכות לירודעים בציבור מתקיים גם בזוגות חד-מיניים (ניתן לצפייה ב-<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld2003/ldjudgm/jd040521/glu-1.htm>).
6. חשוב לציין כי ב-1997 חיו בארצות הברית כ-4,000,000 זוגות חד-מיניים חורים יחיד. ראו M. A. Tumeo "Civil Rights for Gays and Lesbians and Domestic Partner Benefits: How Far Can an Ohio Municipality Go?" 50 *Clev. St. L. Rev.* (2002-2003) 165, 167.
7. *Laird*, לעיל הערה 5, בע' 221.
8. בעיקר בגלל תפיסתם החברתית כי נישואים בין בני זוג שלא יכולים להביא ילדים לעולם בדרך טבעית. אינם צריכים להיות מוסרים על ידי המדינה.
9. *Jones v. Hallahan*, 501 S. W.2d 588 (Ky. 1973). ראו התייחסות דומה של השופט קרמי בבג"ץ 211/94 אל-על נגד מדינת ישראל *בענין דניאל*, פ"ד סדק(9) 749, 773.
10. *Shore v. Holcomb*, 645 N. Y. S. 2d 286 (Sup. Ct. 1996).
11. העמדה החברתית שעדיין באה לידי ביטוי בחלק מהכתובה האקדמית שקיימת בסוגיה היא שמערכת היחסים ההומוסקסואלית היא מערכת מופקרת ולא יעובה בטאור המחקרים המצוטטים מצביע על כך ש 38% מהגברים ההומוסקסואלים קיימו יחסי מין עם יותר מ-1000 בני זוג ואילו 50% מההומוסקסואלים וזכרים הגברים קיימו יחסים עם למעלה מ-500 בני זוג. עצם ההסתמכות על מחקר שכזה מעידה עשרה שנים על התפיסה שעדיין קיימת בקרב קבוצות שמרניות בארצות הברית כאשר למערכת היחסים ההומוסקסואלית, מעבר לכך אף מצוין בוחב ומאמר את המשפטים החוקיים של זוגות ההומוסקסואלים בידידל ילדים ואם ריכוז ההפרשת הנפשית שלטענתו מאפיין את ההומוסקסואלים. ראו R. G. Wilkins "The Constitutionality of Legal Preferences for Heterosexual Marriage" 16 *Regent U. L. Rev.* (2003-2004) 121, 135-137.
12. *Laird*, לעיל הערה 5, בע' 221.

אביטל אברהם ואיתי אפטר "יבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בחוק נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני?" הארץ דין א(2) (התשס"ד) 110

לחוקת המדינה¹³. המבנה הפדרלי האמריקני החרף את משמעותה של אי-אחידות זו, בגלל שאלת ההכרה של רשויות מדינה מסוימת בנישואים שנערכו במדינה אחרת. חשש משימוש בחוקת ארצות הברית לכפות על מדינות אחרות להעניק תוקף תוקי לנישואים חד-מיניים הוביל ללחץ על מחוקקי מדינות שונות לתקן את חוקת מדינותיהן כדי למנוע הכרה בנישואים חד-מיניים¹⁴. ביטוי חריף לחשש כזה ניתן לראות גם ביום¹⁵, כאשר הנשיא האמריקני ג'ורג' בוש מבקש לאשר תיקון לחוקה¹⁶ שיגדיר שהנישואים בארצות הברית הנם מוסר לאיחוד בין גבר לאישה בלבד¹⁷. התיקון קובע שלא תיתכן עקיפת החוק דרך חוקת ארצות הברית, חוקות המדינות או כל חקיקה אחרת¹⁸.

כאמור לעיל, לבני זוג מאותו המין קיימת ברוב המקרים האפשרות להסדיר ביניהם את מכלול זכויותיהם וחובותיהם זה כלפי זה באמצעות כריתת הסכם. סביר שבני זוג מאותו המין לא ייתקלו בבעייתיות בבתי המשפט בבואם לאכוף הסכם כזה¹⁹. עם זאת, לא ברור באיזו מידה יחייב הסכם זה צדדים שלישיים, כמו מעבידים, קרנות פנסיה או גופים פרטיים אחרים שגם להם קיימת זכות חחית לקבוע את מדיניותם בדבר ההכרה במוטבים. מכיוון שהגישה הכללית בארצות הברית נשענת על חירות הפרט להגדיר בעצמו את מוטביו, ניתן לצפות כי ברוב המקרים יהיה המכשיר החחי מספק. חריג בולט הוא סוגיית האימוץ, תחום שבו בתי המשפט עשויים שלא לאפשר אימוץ הדדי מטעמים של תקנת הציבור.

2. Civil Union - נישואים סוג ב?

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

- 13 בית המשפט החלוץ הראשון היה בית המשפט העליון בהוואי ב-*Baier v. Lewin*, 852 P. 2d 41 (Haw. 1993), ובעקבותיו ניתנה פסיקה דומה בבית המשפט העליון באלסקה: *Brasae v. Bureau of Vital Statistics*, 1998 WI 88743 (Alaska Super. Ct. 1998).
- 14 דרישת ה-"Full Faith and Credit" (U. S. Const., Art. IV, § 1) מקנה להליכים משפטיים, צווים ורישומים שהתקבלו במדינה אחת בארצות הברית תוקף בכל המדינות האחרות בארצות הברית.
- 15 נכון לשנת 2000, 31 מדינות חוקקו חוקים כאלה או תיקנו את חוקותיהן בהתאם (כולל הוואי). ראו *Tuneco*, לעיל הערה 6, בע' 169-170.
- 16 בענין לנוכחותה של התפיסה השמרנית גם כיום ניתן לראות באי-הסכמתו של האחראי הפדרלי לפיצוי בני זוגם של קורבנות אסון ה-11 בספטמבר. האחראי הרגיש עצמו מחויב לחוק מדינת ניו-יורק ולא הכיר בוכותו לפיצוי של בן זוגו במשך 18 שנים של אחד מן הקורבנות. ראו: C. Meyer "Portraits of Grief: Reflection on 'The New York Times 9/11 Obituaries Through a Legal Lens: Who Cares?'" *Reflections on Law, Loss, and Family Values in the Wake of 9/11* 22 N. Y. J. Sch. J. Int'l & Comp. J. (2003) 283, 288.
- 17 בהצבעה על התיקון המוצע ב-15.7.2004 לא עלה בידי התומכים להעביר את ההצעה לאישור המדינות. ההצעה נפלה ברוב של 50 מתנגדים מול 48 תומכים בסנאט (לשם העברת התיקון לאישור המדינות יש צורך ברוב של 67 סנאטורים) מה שמרחיק את האפשרות להעברת התיקון בזמן הקרוב. ראו *N. Y. Times* 15.7.2004 "Senators Block Initiative to Ban Same Sex Marriage".
- 18 הנשיא ג'ורג' בוש הכריז על תמיכתו בחוק ב-24.2.2004 כשהכריז כי "the union of a man and a woman is the most enduring human institution" (בתרגום מילולי אומר הנשיא כי למעשה איתור בין גבר לאישה הוא המוסר האנושי העתיק ביותר ששרד). ראו M. Sokolove "Can 'This Marriage Be Saved'" *N. Y. Times* 11.4.2004.
- 19 *G. V. Bradley "Law and The Culture of Marriage"* 18 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol.* (2004) 189, 203-204. להרחבה ראו www.aclu.org, נציין שהליך דומה קורה גם באוסטרליה: ראש הממשלה מעוניין לאשר חוק שיאסור נישואים חד-מיניים ואימוץ מתוך לאוסטרליה של ילדים של בני זוג מאותו המין, אך יאפשר אימוץ ילדים באוסטרליה עצמה. ראו רויטרס, מערכת וואלה! "אוסטרליה תאסור נישואין חד מיניים" וואלה! 27.5.2004 (ניתן לצפייה ב-<http://news.walla.co.il/?w=/548616>).
- 20 חשוב להדגיש שהחזקה האופציונלי מוכר בארצות הברית. בני זוג יכולים לבקש מבית המשפט אכיפה של ההסכם, או לתת תוקף של פסק דין להסכם שביניהם. סביר שבית המשפט יראה בכך הסכם תקף בין שני אנשים כחברה ולא בין בני זוג. סביר אף שבית המשפט במודל זה לא יגדיר את שני בני הזוג כמקיימים מערכת יחסים ביניהם אלא כשני צדדים לחוזה בלבד. נציין שלא נתקלנו בדיון בסוגיה במאמרים האמריקניים וכל עוד לא נרשם ההסכם אצל רשויות המדינה, סביר שאכן בתי המשפט יתייחסו לחחים אלו כאל חוזה גילי.
- 21 בהגדרת בית המשפט העליון של מסצ'וסטס "second-class status": *Opinions of the Justices to the Senate*, 440 Mass. 1201; 802 N. E. 2d 265 (2004) (לצפייה לחצו כאן).

Solidarité²²). החוק מאפשר לכל אדם, תהא נטייתו המינית אשר תהא, להיכנס להסדר חזי מוגדר מראש בחוק. ההסדר בחוק מגדיר זכויות וחובות משפטיות, בין השאר, החובה לתמוך תמיכה כלכלית ונפשית הדדית, חבות משותפת כלפי צד ג', שיתוף בהוצאות, אחרי החתימה על חזה זה תחול חזקת שיתוף על הרכוש שנרכש לאחר החתימה, וכן יחולו זכויות וחובות על פי הביטוח הלאומי וכלפי רשויות המס. בני הזוג חופשיים להוסיף זכויות וחובות להסדר החוקי, אך לא לגרוע מהן. נציין כי החוק אינו מאפשר לבני הזוג לאמץ ילדים. התרת הקשר המשפטי לכקשת אחר מבני הזוג מצריכה אקט שיפוטי. בני הזוג מחויבים לדווח לרשויות על כוונתם לפרק את הקשר. עד אז החובות והזכויות על פי החחה שרירות וקיימות. הסדר דומה ניתן למצוא בין היתר גם בגרווגיה, שבריה, איסלנד, גרמניה ובחלק ממחוזות ספרד. בדנמרק ובשבריה ההסדר ליברלי יותר ומאפשר לאמץ את ילדי בני הזוג²³.

המודל התפתח כפשרה בין אי-ההכרה במיסוד היחסים החד-מיניים בכלל ובין מתן האפשרות להינשא. המטרה הייתה לאזן בין הציפיות החברתיות של הקהילה ההומו-לסבית לבין המגבלות החוקיות או החוקתיות. תוצאת הפשרה היא מתן האפשרות ליהנות ממרבית הזכויות הנובעות מן הנישואין אך אין היא מקנה את הסטאטוס הנחשק, ולעתים אף לא את מלוא הזכויות. ההסכם כונה ימוסד משפחתי "sui generis", ויוצר קטגוריה משפטית חדשה בחוקי המשפחה²⁴.

מודל זה, בצורה זו או אחרת, אומץ בחלק ממדינות ארצות הברית²⁵. ישנן ואריאציות שונות למודל זה. בורמונט, למשל, יש אנריינטציה אירופית של הכרה ב-Civil Union. החוק בורמונט²⁶ מכיר ב-civil unions של זוגות חד-מיניים ומעניק לזוגות המכניסים עצמם תחת מטרייה זו את כל הזכויות המוענקות לזוגות נשואים על פי החוק²⁷. יישום אחר של המודל, האופייני יותר לארצות הברית, הוא ה-Registered Domestic Partnership. דוגמה למודל זה ניתן למצוא בקליפורניה, שם מתיר החוק לבני הזוג החד-מיניים, בהתקיים תנאים מסוימים²⁸, לרשום את מיסוד היחסים ביניהם. הרישום הוא שמקנה לבני הזוג זכויות הקבועות בחוק, הכוללות, בין השאר, את הזכות להיכלל בין שאירי בן הזוג בתביעת נזיקין (ובכלל זה גם הזכות לפיצויים נפשיים), הזכות לאמץ את ילדי בן הזוג, הזכות לקבל החלטות רפואיות עבור בן זוג לא כשיר²⁹. בשנת 2002 התקבל שינוי לחוק הירושה

22 Loi no 99-944 du 15 Novembre 1999 relative au pacte civil de Solidarité, טבלת השוואתית של הסדרים ניתנת לצפייה ב-
<http://www.lavie.ca/cu/en/themes/pr/cpra/laviolette/annex.asp> (ניתן גם ללחוץ באנן) (להלן: **טבלה**).

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

24 ברמניה התקבל ההסדר במטרה להישות קבוצות הומו-לסביות, כאשר בחי המשפט לא היו מוכנים להכיר כי מן העדקה מתפרשת זכותם להינשא ולא היה רוב במלגט לחוק החוקה. ההסדר הגרמני מצוי ב-BGB: Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften, BGBl. 2001 I, 266; [An Act to End the Discrimination of Same-Sex Unions: Life Partnerships - "Life Partnership Act"] D. Ullrich "Case Comment/Chronique De J. Wardle "Is Marriage Obsolete?" 10 Mich. J. Gender & L. (2003) 189, 198-199. Jurisprudence: The German Federal Constitutional Court on Same-Sex Life Partnerships and Same Sex Marriage: Comparing Apples with Oranges" 20 Can. J. Fam. L. (2003) 179, 185-189.

25 נכון לשנת 2003 ההסדר אומץ בעשר מדינות בארצות הברית ובשבעים מחוזות, ראו Tumeo, **לעיל הערה 4**, בני 170.

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

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

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

29 AB 25 California, וכן **לעיל הערה 4**, בני 236.

אביטל אברהם ואיתי אפטר "יבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בחוק נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני?" הארץ דין א(2) (התשס"ד) 110

בקליפורניה אשר העניק את זכויות הירושה המוענקות לבני זוג על פי חוק, בהיעדר צוואה, גם לבני זוג חד-מיניים³⁰. מעניין לציון עוד שחברות פרטיות בארצות הברית אף אימצו מודל זה בצורה כזו או אחרת³¹. המודל נראה לכאורה כמדמה נישואים ולכן נחשב פשרה פוליטית-חברתית טובה לאי-הכרה בנישואים³². עם זאת ישנו הבדל בסיסי ומהותי בין מודל זה ובין הכרה מלאה בנישואים היות שבסופו של יום בני הזוג החד-מיניים אינם נחשבים נשואים על כל המשתמע מכך³³. ניתן לטעון כי מודל זה, אשר נראה לכאורה ליברלי, מנציח את הפליית הזוגות החד-מיניים בכך שהוא מעניק להם נישואים סוג ב' בלבד³⁴. בכואנו למצוא פתרון משפטי לסוגיה העומדת על הפרק, נשאל אם שונה מערכת היחסים החד-מינית ממערכת היחסים הטרוסקסואלית. יש הטוענים כי בסוגיית ההכרה בנישואים, האוריינטציה המינית של בני הזוג אינה מצדיקה הסדר שונה הנחות במהות³⁵. מאידך גיסא, מוסד הנישואים תמיד היה בעל אוריינטציה דתית (בכל העולם) ולפיכך מושא לשמירה דווקנית על אופיו זה על ידי הקבוצות השמרניות בחברה נתונה. לפיכך, גם אם מדובר בנישואים סוג ב', עדיין ייתכן ומדובר ברע במיעוטו והטוב ביותר שניתן להשיג בחברות שבהן נתח הקבוצות השמרניות בחברה גדול³⁶.

3. מודל הכרה בנישואים

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

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

א. דרך חקיקה

החלוצה בתחום הגה הולנד אשר בינואר 2001 חוקקה חוק המאפשר נישואים בין בני זוג חר-מיניים.³⁸ החוק מכיר בנישואים אלה בלא כל הבחנה בינם ובין נישואים אחרים. כבר ב-1989 החל המאבק לקראת הכרה בנישואים חר-מיניים.³⁹ ב-1992 הוצע לאמץ את המודל השני לעיל, היינו הכרה ב-Domestic Partnership, תם חילופי הממשל וכניסתה של ממשלה ליברלית, בלא נציגות שמרנית. נחקק ב-1997 חוק המיישם זאת. בדיקה שערך הממשל ב-1998 מצאה כי זוגות רבים מאוד רשמו את מערכת היחסים שלהם בהתאם לחוק, באפריל 2001, ברוב גדול אך עם מיעוט קולני, אושר החוק המכיר בזכות להינשא.⁴⁰ הוחלט שער בירור מקיף של הסוגיה, לא יבוטל החוק המאפשר רישום "אזרחי" של הנישואים לאור כמות הזוגות שניצלו הסדר זה. כך נותרה לזוגות אלו חלופה שאינה כוללת את הסמליות שבנישואים.⁴¹ כמובן מדובר בהליך ייחודי להולנד ולתפיסה החילונית-ליברלית האופיינית למדינה זו. עם זאת ייתכן שניתן להסיק מכך כי תהליכים דומים יתרחשו גם ברחבי העולם במדינות שונות, כאשר השלב הסופי שלהם יהיה, אולי, הכרה בזכותם המלאה של בני הזוג החר-מיני לנישואים לפי המודל ההולנדי.⁴²

חשוב לציין כי על אף השוואת המעמד בין זוגות חר-מיניים לזוגות הטרוסקסואלים בסוגיית הנישואים, נותר הבדל אינהרנטי בכל הקשור להנחת ההורות בין בני זוג. ילדה שנולדה במסגרת נישואים הטרוסקסואליים תוכר אוטומטית כביתם הביולוגית של שני בני הזוג. לעומת זאת, ילדה של אחת מבנות הזוג החר-מיני הנמצאת במסגרת נישואים לא תוכר כביתה של בת הזוג השנייה בלא הליך אימוץ רשמי. הבדל חשוב נוסף, הקשור להיות המודל יוצא דופן ברמה הבינלאומית, הגו היעדר תוקף בינלאומי לנישואים במסגרת המשפט הבינלאומי הפרטי.⁴³ על כך נרחיב מעט בהמשך כשנדון בשאלת ההכרה בארץ של נישואים חר-מיניים שנערכו בחוץ לארץ, בעקבות הולנד, התקבל בשנת 2003 הסדר סטוטורי דומה גם בבלגיה.⁴⁴

ב. דרך ליטיגציה

דרך נוספת להכרה בנישואים הגה באמצעות פנייה לערכאות, קגרה מהווה רוגמה טובה להכרה כזו. הצעד הראשון התרחש כאשר בית המשפט העליון הפרללי הכריע כי הפליה על בסיס נטייה מינית מעוגדת לסעיף 15 לצירטר הקנרי.⁴⁵ שנה לאחר מכן פסק בית המשפט העליון כי קביעת הסדר שונה לעניין חלוקת הרכוש בין זוגות חר-מיניים ובין זוגות דו-מיניים אינו חוקתי, ופנה למחוקק כדי שישדיר שוויון זכויות לבני הזוג

- 38 Staatsblad van het koninkrijk der Nederlanden 2001, nr. 9 (11 January) (Official journal of the Kingdom of the Netherlands). ניתן למצוא תרגום לא רשמי לאנגלית ב-<http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meniers/index.php3?c=86>
- 39 K. Waaldijk "Others May Follow: The Introduction of Civil Partnership in the Netherlands" 38 *N. Eng. L. Rev.* (2004) 569 (ניתן לצפייה ב-<http://www.nesled.edu/lawrev/vol38/3/11-Waaldijk-PDF.pdf>) (ניתן גם ללחוץ בצג).
- 40 S. Kurtz "Going Dutch? (Lessons of the Same-Sex Marriage Debate in the Netherlands)" 31.5.2004 *The Weekly Standard* 31.5.2004 (www.freerepublic.com/focus/1-news/1140886/posts)
- 41 K. Waaldijk "Text of Dutch Law on the Opening Up of Marriage for Same-Sex Partners (Plus Explanatory Memorandum)" (<http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meniers/index.php3?c=86>) (ניתן לצפייה ב-<http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meniers/index.php3?c=86>)
- 42 לרעת רבים מההומנים בנישואים החר מיניים, לא מדובר כשאלה אם יכירו ארצות הברית ומדינות אחרות בנישואים חר-מיניים, אלא מתי תגיע הכרה שכזו. Stacey, לעיל הערה 34, בע' 342.
- 43 הולנד אינה מצפה שמדינות אחרות, אפילו בתוך אירופה, תכריזנה בתוקף הנישואים הללו עקב המחלוקת הקשה סביב הסוגיה. זוגות דו-מיניים נישואים צפויים להיתקל בבעיה פרקטית ומשפטית מרחף להולנד. ראו Waaldijk, לעיל הערה 39.
- 44 L. Silberman and K. Wolfe "Conference on Marriage, Families, and Democracy: The Importance of Private International Law for Family Issues in an Era of Globalization: Two Case Studies- International Child Abduction and Same-Sex Unions" 32 *Hofstra L. Rev.* (2003) 233, 249.
- 45 *Friend v. Alberta* [1998] 1 S. C. R 493.

החד-מיניים בכל החקיקה האזרחית. בית המשפט אמנם לא קבע במפורש כי קיימת זכות חוקתית לנישואים,⁴⁶ אך בתי המשפט לערעורים בשלוש פרובינציות שונות: אונטריו, קוויבק וקולומביה הבריטית,⁴⁷ קבעו כי החוקים שקבע המחוקק - חוקים שלא הכירו בזכות של חד-מיניים להתחתן - אינם חוקתיים בשל כך, ואכן בעקבות פסקי הדין הללו מוענקים כעת בקנדה רישיונות נישואים לבני זוג חד-מיניים. בעוד התיקים ממתינים לדיון בבית המשפט העליון אימצה הממשלה הפרדלית הצעת חוק המגדירה נישואים כאיחוד בין גבר לאישה בלבד, אך הקובעת מתן זכויות גם לבני זוג מאותו המין. הצעת חוק זו הועברה לחוות רעת בית המשפט העליון הקנדי בדבר חוקתיותה על דרך *reference*.⁴⁸ יש לציין כי בפרובינציה הקנדית אלברטה התקבל חוק באמצעות פסקת ההתגברות (סעיף 33 לצירטר הקנדי) הקובע כי על אף האמור בסעיף 15 לצירטר יש להכיר בנישואים רק בין גבר לאישה.⁴⁹ נראה כי לחוק זה אין תוקף שכן העניין אינו מצוי בסמכותה של פרובינציה אלא של הממשל הפרדלי.

תהליך רומה במהותו ניתן לזהות גם במספר מקומות בארצות הברית,⁵⁰ אם כי התוצאות הסופיות שם ברורות פחות. רישיונות להינשא ניתנים רק במדינת מסצ'וסטס, שבה פסק בית המשפט העליון של המדינה שהגבלת כל הזכויות המשתמעות מנישואים מנוגדת לחוקת המדינה.⁵¹ בית המשפט השהה את תוקף פסק הדין למשך חצי שנה כדי לאפשר למחוקק להגיב בהתאם. המחוקק פנה לבית המשפט וביקש הבהרות אם ניתן להסתפק ב־Civil Union לפי המודל השני לעיל בלבד ונענה בשלילה. השופטים הדגישו כי פסקו כך כדי לבטל את מעמדם החברתי הנחות של מערכות היחסים של זוגות חד-מיניים (נישואים סוג ב'), מעמד הנצח עקב הגבלת הגישה לנישואים מלאים.⁵² כמו בקנדה גם במסצ'וסטס מחתנים זוגות חד-מיניים, אירוע היסטורי בארצות הברית שנתפס כבעל השפעות תרבותיות מהותיות,⁵³ אך גם שם לא אמר המחוקק את המילה האחרונה ונעשים ניסיונות לתיקון החוקה להגדרת נישואים כבין גבר לאישה בלבד.⁵⁴ ניתן להסיק שהפנייה

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

47 *Hendricks v. Quebec (P. C.)* (2003), J. E. 2003-466 (אונטריו); *Halpern v. Canada* (2003), 225 D. L. R. (4th) 529 (Ont. C.A.) (קוויבק); *Barbeau v. British Columbia (A. G.)*, 2003 B. C. C. A. 251 (2003) (קולומביה הבריטית). יש לציין כי העתירה הראשונה להכרה בזכות להינשא בקולומביה הבריטית נדחתה על ידי בית המשפט: *Egale Canada Inc. v. Canada* (2001) 99 B. C. L. R. (3d) 122 (B. C. S. C.). 10-11 ביולי 2003 נדון 19 במרץ 2004 נבטלו הנישואים בשלושת המחוזות, שבהם חיים שני שלישים מאוכלוסיית קנדה. F. C. DeCoste "Forum: Same-Sex Unions and the Law: The Halpern Transformation: Same-Sex Marriage, Civil Society, and the Limits of Liberal Law" 41 *Alberta L. Rev.* (2003) 619

48 החוקן צפה לעלות לאישור כמחשב חבא של הפרלמנט השנה (2004). להרחבה ראו <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Same-sex%20marriage%20in%20Canada>, כך ראו החלטת הפרלמנט הקנדי למנות לבית המשפט העליון הפרדלי לצרעו על ההחלטה בתי הדין העליונים במדינות [http://www.parl.gc.ca/Infocentre/Doc/37/2/UST/Meetings/Minutes/USTmin62\(5280\)-E.html](http://www.parl.gc.ca/Infocentre/Doc/37/2/UST/Meetings/Minutes/USTmin62(5280)-E.html) מעבר לכך ניתן לראות את <http://www.parl.gc.ca> שאר הדיונים הרבים בנושא באתר הפרלמנט הקנדי.

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

50 לאחרונה, בתאריך 4.8.2004, פסק בית משפט מקומי בעיר סיאטל שבמדינת וושינגטון כי גם במדינה זו יש זכות חוקת לבני זוג מאותו המין להינשא. חשוב לציין שפסיקה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון של המדינה, וסירג, עד החלטתו הסופית בסוגיה. אין אפשרות להעניק רישיונות לנישואים חד-מיניים במדינה. ראו *Anderson v. King County*, No. 04-2-04964-04 SEA, *The Seattle Times* 4.8.2004. להרחבה ולהעובדות ראו *S. Bhatt "King County judge rules in favor of same-sex marriage" The Seattle Times* 4.8.2004.

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

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

53 מתן רישיון לנישואים במדינה נבטל לתוקפו מ-17.8.2004. מאז זוגות חד-מיניים עמדו בתור במשך שעות ארוכות כדי להיות בין מקבלי הרישיונות הראשונים, גם אנשים מחוץ למדינה חתו אף על פי שלא נטחו כלל שנישואים כאלו יזכו מחוץ למסצ'וסטס (אם כי בני דרך למשל הודיע שני המשפטים כי לנישואים אלה יהיה תוקף). ראו *P. Belluck "Massachusetts Arrives at Day for Gay Vows" N. Y. Times* 17.5.2004.

54 *Silberman & Wolfe*, לעיל הערה 44, בע' 288. בעיה שעלולה להיגרוור גם בקנדה יכולה להיות תוקפם של הנישואים שבכר הוכרו לאחר שיאשר חוקן אפשרי לחוקה. מאחר שלפחות החוקן במסצ'וסטס לא יאושר לפני נובמבר 2006, סביר להניח שיחזו הרבה מאוד זוגות חד-מיניים נישואים שנעמדם ויטל בספק.

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

ג. דרך עוקפת חקיקה

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

- 55 הכוונה לתקן את חוקת ארצות הברית כך שנישואים יהאפשרו בין גבר לאישה בלבד, אין בה כדי להטיל צל על ההתקדמות הדרה
 שהתרחשה בסוגיה ברמה המדינית, במיוחד כאשר מובאת בחשבון שמרנות החברה האמריקנית והשברה שרק בשנים האחרונות
 מתעוררת סוגיה ביטול האיסור על משכב זכר בחוקים הפליליים של חלק מן המדינות בארצות הברית. נכון לשנת 2003 נמצאו 13
 מדינות אשר החוק הפלילי שלהן מכיל איסור כזה, אולם חשוב לציין שבמספר רב (Lawrence v. Texas, 539 US 558 (2003) (ניתן לצפייה
 ב-<http://www.supremecourt.us/opinions/02pdf/02-102.pdf>), שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון האמריקני, נקבע
 שאיסורים כאלו אינם חוקיים, להרחבה ראו: S. Clark 'Perspectives: Federal Jurisprudence, State Autonomy: Progressive
 Federalism? A Gay Liberationist Perspective' 66 Albany L. Rev. (2003) 719, 750.
- 56 בית משפט באויונה קבע שא-הכרה בנישואים חד-מיניים מתעוררת על בסיס הטענה שנישואים חקפים רק כפיש אפשרות להביא
 צאצאים לעולם, ואילו בית משפט בניו ג'רזי קבע שלש לשמור על ההגדרה המסורתית של המשפחה וכך בכך יש להעניק זכויות מסוימות
 למני זוג חד-מיניים, המחוקק אכן הגיב וקבע כי בני זוג מעל גיל 62 יוכלו לרשום את מערכת היחסים שלהם ולהיחשב מחלק מחובות של
 בני זוג נשואים, ראו Silberman & Wolfe *לעיל* הערה 44, בע' 269-271.
- 57 הענקת הרישיונות מתבצעת לטעמים גם במקומות שכבר יש בהם הסדר מובנה לשותפות החד-מינית, למשל, בצרפת, אשר שם, כפי
 שנראה בהמשך, יש PACS ובכל זאת הייתה תחום מקומית (אמנם בעיר קטנה) להכרה מלאה בנישואים והענקת רישיונות נישואים, ראו
 "סעירה בצרפת, ראש עירייה חתן זוג הומואים בניגוד לחוק" *הארץ* 28.6.2004.
- 58 דרך עוקפת חקיקה זו אינה ייחודית למדינות מערב אירופה או לארצות הברית, לאחרונה נישא זוג חד-מיני בנישואים פורמים בלא כל
 חוקי חוקי בצ'כיה, המצב במדינה אירופית עדין במיוחד עקב העובדה שבמקומות הקומונים העצמה הומוסקסואליות אל מחוץ לחוק
 והענייה כמחלל נפש, למרות זאת ולמרות שלישות רחוקה מסוימת בחלק מהמדינות (ולדוגמה פולין), שבה רק 19% מהציבור
 הומואים חד-מיניים, לטענת צ'כיה, שבה שיעור התמיכה עומד על 80%, נראה כי ההליך שהתרחש במדינות מערב
 יגיע גם לשם וכעת תלויות ועומדות הצגת חוק להסדרת הסוגיה בחלק ממדינות מזרח אירופה וזאת יכול להיות עקב ההתמחות
 לאיחוד האירופי, להרחבה ראו 14.6.2004 "The Boston Globe" *לעיל* הערה 58.
- 59 אמנם תקפותם של הרישיונות מותן לטעמים שבהם הוענקו, מוטלת בספק, במספר מקרים מדובר בערים קטנות ביותר, ובמקרים מסוימים
 בתי המשפט המדינתיים או הרשויות המבצעות שם הורו להפסיק את מתן הרישיונות, להרחבה ראו
<http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Same-sex%20marriage%20in%20the%20United%20States>
- 60 בקליפורניה חוקקו חוקים שקבעים כי רישיונות נישואים יוענקו רק לבני זוג ממין שונה, בדיון בשני חלקים, Lockyer v. San Francisco
 ו-Lewis v. Alfaro (ראו *לעיל* הערה 58), הדגיש בית המשפט ששאלת חוקיות הסדרים אלו אינה עומדת על הפרק, אלא שאלת הציות
 של פקיד העירייה לחוקי המדינה, השופטים אף השאירו פתח לדיון נפרד בחוקיות ההסדרים, למרות זאת במהלך הדיון עלו באופן
 בלתי גמעי שאלות לגבי חוקיות ההסדרים וההצדקה החוקתית האפשרית למעלה זו של פקיד העירייה, בסופו של דבר ביטל בית
 המשפט 3-4000 רישיונות נישואים שהוענקו לזוגות חד-מיניים, ופסק כי פקיד העירייה חרג מסמכותם, עם זאת, כאמור, בית המשפט
 לא נקט עמדה בשאלת חוקיותו של האיסור על הנישואים החד-מיניים, להרחבה, לרבות כל המסמכים שהונשו לדיון והטיעונים בעל
 מה שדושטש בדיון, ראו <http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/sfmarriages>, לצפייה כחולשת לחצו כאן.
- 61 לא זו בלבד שכית המשפט ביטל את תוקפם של הנישואים, אלא שיש הפנים הצרפתי אף השעה את ראש העיר מתפקידו בשל פעולתו
 זו, עם זאת נציין כי שרר דיוס של בני הזוג שקיבלו את רישיון הנישואים, טען כי הנישואים עדיין תקפים, ובביתונו למיטת לבית הדין
 האירופי לזכויות אדם, חשוב להבין כי ניתן לייחס את ביטול הענקת הרישיון והשעיית ראש העיר מתפקידו גם למאבק הפוליטי בין
 הממשל הצרפתי לאופוזיציה, שמיצג ראש העיר, עוד נציין שמספר שנתר כעת האחרונה על ידי מגוון צרפתי, עלה ש-64% מהצרפתים
 דווקא תומכים בנישואים חד-מיניים, להרחבה ראו Reuters "Court Annuls France's First Same-Sex Marriage" *N.Y. Times* 27.7.2004.

אביטל אברהם ואיתי אפטר "יבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני?" הארץ דין א(2) (התשס"ד) 110

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

ג. המגמה המסתמנת בארץ

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

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

1. הרשות השופטת

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

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

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

64 לעיל, הערה 9.

65 שם, בע' 757.

66 להרחבה ראו א' בן-דוד זוגות ללא נישואים: הידועה בציבור (2003), 297-321. המחבר דן בהתפתחות ההכרה בזוגות החד-מינית דרך ההכרה ההדרגתית בזכויות הזוגות ה"ידועים בציבור". המחבר סוקר תקדימים עונים, ואף מרחיב בהצגת אות להתפתחויות עדכניות בתל אביב בהתמודדות עם הזוגות החד-מינית.

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

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

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

68. פשוט מסוימת שהוצעה בסוגיה, ובה שוב ניתן לראות דוגמה להענקת הזכויות האינצידנטליות ולא דווקא העקרונות, היא שבנות זוג מורשות להיות אפוטרופסות, כל אחת על ילדי בת זוגתה, אם כי חשוב לזכור שמהות האפוטרופסות משמעותית הרבה פחות מהליך האימוץ כך שלא סביר שבני זוג ובנות זוג חד-מיניים יסתמקו בפתרון שכזה, כמו שאכן ארז, דאו סעף 21 לע"מ (ת"א) 1144/00 ד"ר-חגית נ. הירש המשפט לממשלה (לא פורסם).

69. בג"ץ 4252/00 בביר קרוא נ. שר הפנים, פ"ד נ(2) 368 (מ"ת לצפיה 28). על החלטת בית המשפט העליון דגשה בקשת לדיון נוסף (דב"ץ 4252/00), אך המדינה מחקה את בקשתה לאור החלטת שר הפנים פור להכיר באימוץ שנעשה מחוץ לישראל. ראו לזלץ,

70. ע"מ (ת"א) 101/99 פלגות נ. הירש המשפט לממשלה, מ"ס תשי"ט(1) 351, פסק הדין קבע ברוב דעות כי אין להתייחס לבנות הזוג החד-מיניות אימוץ דרדי ואימוץ של כל אחת את ילדי חברתה, עין בחוות דעתה החולקת של השופטת רותלי מוכיח כי הפרשנות תלויה במפרש. במקרה זה היו נמוקים עובדתיים לטובת החרת האימוץ (השלים בפסק דנה של השופטת רותלי), אך נראה כי דעה הרכ חשה אז כי לא היה שיעור בתפיסה החברתית המצייק הברה באימוץ חד-מיני. סוגיה זו של האימוץ מעלה שאלות עקרוניות רבות, כשבין השאר ניתן למנות את סוגיית האימוץ על ידי בני זוג חד-מיניים גברים, עם כל רצונו להרחיב בסוגיה אין זה המקום לעשות כן.

71. ראו פרק ב(1) לעיל, ייחבן מצב שבו גישה שמרנית כזו של בית המשפט תקבל הכרה בחקיקה מפורשת, כפי שקרה במדינות מסוימות בארצות הברית. בהתחשב בחוסר היציבות הפוליטית המאפיינת את ישראל, לא קשה להעלות על הדעת מצב שבו יצליחו סמליות הדיות לחוקק חוקים המגדירים נישואים בין גבר לאישה בלבד, גם בישראל. יתרה מזו, גם אם בית המשפט ירמז כי בכוחו להכיר בזכות הנישואים של הזוגות החד-מיניים, ואף יקבע מסקנות לגבי חקיקת חוק שבה, חוסר הסכמה בין בית המשפט העליון לעורכים שונים ברשות המחוקקת עשו להביא לידי התערבות חקיקתית מאף לידי שינוי החלטות חקיקתיות של בית המשפט העליון.

72. שאלת טובת הילד עלתה במיקוד של השופט פורת, כי לדעתו המשפחה החד-מינית אינה מסוגלת יעבה דיה ואינה דולמת את דרישות טובת הילד (עניין פלגות, לעיל דננה סד, בע' 864-865), ראוי לציון כי השופטת רותלי אינה מסכימה לטיעון כי המסגרת המשפחתית החד-מינית נוגדת את טובת הילד. השופטת רותלי טענה כי המחקרים שעליהם ביסס השופט פורת את טיעונו אינם חד-משמעיים (שם, בע' 899), זוגות יציבה, בין שהיא חד-מינית או הטרוסקסואלית, עדיפה כלי מסך על פני זוגות שאינה יציבה, תרא נפיתם המינית של בני הזוג אשר תחא (שם, בע' 902).

73. ראו סעף 65 לחוק הירושה, באקטובר 2003 פסק בית המשפט לענייני משפחה שאף אם גברים חיי יחיד כבני זוג במשך 40 שנה, לא ניתן לפרש את הדיוק ככולל בני זוג חד-מיניים ולפיכך אין לבן הזוג ששרד בחיים זכות לרשת את בן זוגו שנפטר, ת"ע (נצ"י) 101/01 פלגות נ. האפוטרופס הכללי (לא פורסם). על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי בנצרת (ע"א (נצ"י) 3245/03 ענתה נ. האפוטרופס הכללי, כמו כן הוראה דומה קיימת בסעף 62(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (ע"ב), מכירה ורכישה), תשכ"ב-1969, בע"י (ת"א) 1228/01 שטיינבר נ. פיקלשונ מח היא (לא פורסם) דוחתה וערר הערר את בקשתו של בן זוג מאוחר זמין לפטור מס שבח במכירת חלקו לבן זוגו בריתם המשותפת, שטיינבר הגיש ערעור לבית המשפט העליון, אך המדינה הסירה את התנגדותה לפני שערר הערעור. ניתן לראות את עמדת משרד האוצר בסוגיה זו בדיון מיום 26.7.2001 של הוועדה לקידום מעמד האישה, פרטוקול מס' 130 מיוזמת הוועדה לקידום מעמד האישה, בע' 20-22, 26 ולצפיה לחצו באן, כעין שהיה 13.12/01 מיום 28.7.2005 בסוגיה (ניתנת לצפיה 28) בייחוד.

74. חמ"ש (חיפה) 32920/97 פלגות נ. אלמגור (לא פורסם).

75. חמ"ש (בי"ש) 8910/01, שניתן בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע ביום 12.8.2001 (שמות העצדים לא פורסמו).

76. חמ"ש (ת"א) 2102/00 לובמן נ. הירש המשפט לממשלה (לא פורסם).

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

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

2. רשויות ציבור

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

- 77 שם, כסעף 9.
- 78 תמ"ש (ת"א) 3140/03 (לא מודפס). איור באמצעות www.lawdata.co.il.
- 79 כסעף 10 לפסק הדין ניתן למצוא התייחסות למספר פסקי דין שבהם הכירו בתי המשפט במעמדם ובזכויותיהם של בני הזוג החר-מיניים וקיומם כתא משפחתי.
- 80 ליתנתו, זו היתה שטחלה מפסק דין תמ"ש (ת"א) 3140/03, לעיל הערה 78.
- 81 ביחוד לאור האפשרות שנמתחה בעת בקורה, מסצוטס, הולנד ובלנד להנשא, יגיע במהרה הרגע שבו יצטרך בג"ץ להכריע בסוגיות רעם נישואי בני זוג חר-מיניים ישראלים שניכרו מחוץ לישראל. סוגיה ה-Conflict of Laws המתעוררת עקב ההכרה בזכות הנישואים במדינות מסוימות בעולם הידון בקורה בהמשך.
- 82 ההרצאה הובאה בתוך "נימק", בעני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה (חלק 3), 1149, 1156. לעומת סבור שיפמן בביקורתו מיד לאחר מתן פסק הדין בגלביץ כי טעק אם יש לגיטימציה חברתית לזוגיות החר-מינית, "שיפמן בעני המשפחה בישראל (סדרורה שנייה, 1998, כרך א) 274.
- 83 בהנחה לסממני השוני בעיים בארצות הברית שהחליטו להעניק רישיונות נישואים למרות לשון החקיקה במדינתם, עם זאת חשוב לציין כי בישראל אין עדיין ביטוי ממשי למעלות עצמאיות של רשויות מקומיות במישור זה. גם בהנחה שניתן להבחין במצבים לכך, נציין כי פעולות שכאלה רחוקות מלהיות בעלות משמעות כלשהי.
- 84 שלא כבארצות הברית ובמקומות שונים באירופה, אין הערייה יכולה, למשל, לתת רישיונות נישואים בלי היתר חוקי. אך אם רשויות הציבור יקבלו את הזוגיות החר-מינית כמובנת מאליה ויתייחסו לבני זוג מאותו המין בהתאם, הרי ניתן יהיה למנות קווי דמיון בין הפעילות המתרחשת בערכאות וברשויות הציבור בישראל (מיד) לבין המתרחש בערים השונות בארצות הברית (ואף לאחרונה באירופה) (ראו לעיל).

את הזכויות הניתנות בדרך כלל לבני זוג⁸⁵, כך, כאמצע שנות ה-90 נאבק אקדמאי באוניברסיטת תל אביב לקבל זכויות שוות עבור היידוע בציבור⁸⁶ שלו, זכויות שלהן זכאי כל בן זוג של איש סגל באוניברסיטה. מאבקו נחל הצלחה כאשר האוניברסיטה הסכימה להעניק לבן זוג⁸⁷ ולבני זוג חד-מיניים אחרים חלק מהזכויות האמורות⁸⁸. מאבקים משפטיים וחברתיים נוספים בשנים שלאחר מכן, הובילו להענקת זכויות לקצבאות שארים לבני זוג של עובדי מדינה, קצבאות שארים מקרנות פנסיה והעברתם של פיצויי פיטורין לעובד שנפטר⁸⁹.

ברמה המוניציפלית ניתן לראות את המגמה הליברלית ביותר, במדיניותה של עיריית תל אביב. ייתכן שמדובר בתוצאה של המאבק של הקהילה ההומו-לסבית בעיר⁹⁰ אך ייתכן שהשתנתה התפיסה בהנהגת העירייה עצמה כאשר לזוגיות החד-מינית, מלבד הענקת הזכויות לבני זוג של עובדים⁹¹ הלכה העירייה צעד קדימה ואפשרה באופן ברור ומפורש הענקת זכויות לבן זוג מאותו המין של תושב העיר⁹², גם כאן, ברומה למדיניות הרשות השופטת, ניתן למצוא עקבות להסדרי הזכויות מהמודל השני. אך ניתן גם לטעון, שהיעדר מדיניות מפורשת ביחס לבני זוג חד-מיניים⁹³, והימנעות מהסדרים פרטניים בסוגיה, מראה על נטייה דווקא לכיוון מודל אי-ההכרה במערכת הזוגית החד-מינית. אם כי חשוב לזכור, שבניגוד למצב בארצות הברית ואירופה, בישראל העניין אינו עומד על סדר היום המדיני⁹⁴ ואפשר שזוהי הסיבה להיעדר המדיניות.

מתוך הכרה בעובדה שלהסדרים ברמה המוניציפלית השפעה מוגבלת ברמה הארצית⁹⁵, נבחן את השינוי שאולי מסתמן ביחסן של רשויות השלטון המרכזי למערכות היחסים החד-מיניות. גם בתחום זה לא ניתן למצוא התפתחויות שהן בגדר "אבני דרך" שעל פיהן ניתן לבא כיצד יפעלו הרשויות במקרים שיתעוררו לפנייהן. אך בכל זאת ניתן לנסות לראות בהתפתחויות הקיימות אינדיקציה לכיוון מסוים. תחילה היה מדובר בהענקת זכויות אינצידנטליות למערכת היחסים. במקרה אחד, לפני שנים אחדות ניתנה האפשרות לבן זוג של

85. רוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בעמדת הביטוח הלאומי ועל פי תשובה שקיבלו מנכ"ל פניות הציבור ממסד, כי משום שבתוך הביטוח הלאומי יש הבדלים בהתייחסות לגברים ולנשים, היחס לבני זוג חד-מיניים שונה מהיחס לזוגות הטרוסקסואלים. ראו עתירה מסוגית, חילון הערה 47.

86. לפי פרופ' אבן, האוניברסיטה הסכימה להעניק את כל הזכויות לאחר שניתן פסק הדין בעניין העלפסק, לעיל הערה 9, אם כי הענקת המוניציפלי למעידון הספורט מתקלה בכל זאת בקשיים מסוימים גם לאחר החסכס, לרבות פרופ' אבן, אוניברסיטת תל אביב מעניקה כיום זכויות לבני זוג מאותו המין כמו לבני זוג ממין שונה. משיחתו עם הממנה על משאבי האנוש לשעבר עולה כי היו בערך 10 בקשות דומות ובכולן ניתנו זכויות שוות. כמו כן ציין הממנה (לרבות פרופ' אבן) כי לא ראה צורך לרשם הגדרה למעט "בן זוג" או להתאים את הוראות האוניברסיטה.

87. זאת על פי פרסומי האגודה לזכויות האזרח, בין הזכויות שהוענקו לו ניתן למנות קצבת שארים, כרטיס טיסה בשנת שבתון, סטור משכר לימוד ומטוי וזוגי למעידון הספורט. <http://www.geocities.com/psgr/chapter14.html> אם כי חשוב לציין, שבחלק מהוראות האוניברסיטה מופיעים הביטויים "בעל ואשה" היידוע ודוגמה בציבור, ובחלקם האחר מופיע הביטוי "בן זוג", בבדיקה אצל שריר רות קייס, היועצת המשפטית של אוניברסיטת תל אביב, עלה כי אין כל נוהל ספציפי העוסק בזכויות לבני זוג מאותו המין כמו שאין נוהל לבני "ידועים בציבור" - ממין שונה. לרבות האוניברסיטה משהייתה לפרש את הוראותיה באופן מרחיב וליברלי. שריר קייס והסיפה שבמסגרת האפשר מוסתפקת האוניברסיטה בהצהרת הפונה כי הוא חי במשותף עם בן זוג בלא קשר למינו (להוראות ראו איניקס הוראות האוניברסיטה, ניתן לצפייה ב- <http://www.tau.ac.il/hylaws/index.ah.html>).

88. ראו לעיל בחלק מן המקרים מדובר בזכויות פרטיות ולא ברשויות ציבור אך ניתן ללמוד גם מניסוחן של אלה אל בני הזוג החד-מיניים, יש לציין שר כי זכויות המדינה הודיעה בשנת 1998 כי באופן עקרוני היא תרצה בפניה של בני זוג מאותו המין למתן גמלאות, ראו אייל גרס "פניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות המגויס ולסביות בעה"ל כמשקפים השותאחיים" פלילם 5 (תשס"א) 85.

89. וזוהי טענתם של ארגוני הקהילה בישראל, ראו ע' 10 למצט המפלגות בנושא הדומאים, הלסביות הביסקסואלים והטרנסגנדרים (ניתן לצפייה ב- <http://www.geocities.com/psgr/chapter7.html>).

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

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

92. רוגמה טובה לכך ניתן למצוא באוניברסיטת תל אביב. במעל, ניתנת בכל הנראה הזכויות, אבל רובן לא מעוגנות בהוראות וזן לא מוסדרות. באופן רשמי ובכירי נראו הערה 87 לעיל, מצב כזה מאפשר כמובן לאוניברסיטה להערים קשיים על דורשי הזכויות, אם היא חרצה בכך, כשבמקביל לא בטוח כלל שבני זוג מאותו המין בכלל מודעים לאפשרותם לידוע זכויות שכאלה. זו התחשפה שעולה גם מסקירתו הכללית של המסדרות הציבוריים, בכל שוזה בדיט לבדוק את הסוגיה.

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

94. ברומה למצב בארצות הברית, גם כאן אין להסדרים המקומיים משמעות מבחינה ארצית, אף שהעיר תל אביב היא הסטודולין של ישראל וכמו משפיעה על הארץ כולה. עדין במענה כמו זו, אשר השלכותיה הרחוקות-תרבותיות מוגזגות, ישנה חשיבות להרוב האוכלוסייה והתפלגותו ברחבי הארץ.

עולה חדש לנהוג ברכבו הפטור ממס של העולה בלא נוכחותו⁹⁵. במקרה שני, ואולי המהותי יותר, בחודשים האחרונים קיבלה פרקליטות המדינה, בלא הכרעה שיפוטית, את ערעורם של בני זוג חד-מיניים על אי-מתן פטור ממס שכח בהעברת זכויות ברירה משותפת⁹⁶. במקרה שלישי, הסכים משרד הפנים לתת לבן זוג מאותו המין תעודת פטירה של בן זוגו⁹⁷.

המגמה הזו מתבטאת גם במישור יחסו של צה"ל למערכת היחסים החד-מינית⁹⁸, חאת בפשרה שהושגה עם בן זוגו של קצין שנפטר במהלך שירותו הצבאי. בן הזוג קיבל זכויות דומות לאלו הניתנות לבני זוגם ממין שונה של הנפטרים במסגרת זו⁹⁹. ניתן כמובן לטעון שמדובר בזכויות שוליות למערכת היחסים הזוגית ואין לראות בהן כלל עדות לתפיסה הקיימת בקרב רשויות המדינה. עם זאת ההתפתחויות של החודשים האחרונים יכולות להעיד על תחושה בתפיסה, אם כי ביהילוך איטי¹⁰⁰. כלפי מודל ההכרה המלאה בזכויות או אפילו ההכרה בנישואים זה פקטו. די אם נציין את החלטותיו של שר הפנים מהחודשים האחרונים לאפשר רישום אימוץ של ילדי בן זוג מאותו המין שברצו מחוץ לישראל וההכרה שזרים שהם בני זוג מאותו המין של ישראלים יזכו לתושבות קבע (כמו ידועים בציבור)¹⁰¹. בדומה למגמה שזוהתה ביחסה של הרשות השופטת, גם כאן לא מגלות הרשויות קו אחיד בהתייחסותן לזכויות הנובעות ממערכות היחסים. כך למשל, סירובו של המוסר לביטוח הלאומי (בספטמבר 2003) להעניק קצבת שארים לבן זוגו מאותו המין של עובד שנפטר¹⁰².

התמונה המצטיירת מבחינת מדיניות הרשויות השונות מגוונת כמעט כמו הרשויות עצמן. מחד גיסא, אין מדיניות מפורשת¹⁰³ ברי שלא לעודד את חמת זעמן של הקבוצות השמרניות בחברה, ומאידך גיסא מוענקות זכויות אינצטנדרליות¹⁰⁴ בכל מקרה לגופו כמעשה של ייחודי שריפה¹⁰⁵. לדעתנו, גם אם נקבל את התפיסה שמערכת היחסים החד-מינית עורגת חריגה בחברה הישראלית, עדיין אין זה הוגן להותיר בני אדם אלו במצב

95. מפרסומי האגודה לזכויות האזרח, לעצ' הערה 87.
96. ראו דין בסוגיה בספר הקודם. מדובר היה בע"א 5178/03 שטיינר ב' מנהל מס שבת מוקדקקין, ראו הערה המדונה על קבלת הערעור מיום 24.2.2004, כפי שפורסמה ב- www.lawdata.co.il.
97. כ"ל 1532/2004 ד' ב' המוסר לביטוח לאומי (ניתן לצפייה ב- <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=839>). המידע לקוח מסעיף 88 לכתב העתהיה.
98. משנת 1998, עם ביטול ההוראות המיוחדות השקפות בשירות המוסקטואלים כצבא, התבטלה הפליחה בתחום השירות. הכרזה זו העלתה על סדר היום גם את שאלת ההכרה ביחסים הזוגיים של חיילים אלו. המגמה המוצהרת של הצבא היא כי כל עוד מדובר בזכויות שניתנות על פי כללי הצבא ובליגוד להקיקה, הן ניתנות גם לבני זוג מאותו המין. ראו גרס, לעצ' הערה 88, בע' 170. גרס מעלה סימני שאלה כאשר להצטרף מדיניות זו, לאור חוות דעת של הפרקליטות הצבאית מ-4.2.1997 אשר לפיה נעשית הבחנה בין שני סוגי הטבות. כאשר מדובר בטבות שמטרתן חיזוק ועידוד מוסר הנישואים, הן אינן ניתנות לבני זוג חד-מיניים, לעומת הטבות שמטרתן חיזוק הקשר הזוגי וחי השיתוף הניתנות גם לבני הזוג החד-מיניים של החיילים, שם, בע' 173.
99. בין השאר היה מדובר בזכויות לקבלת מכתבי הנתונים, הוספת לקסי זיכרון ובתיבה באלבום ההנצחה של צה"ל. כמו כן קיבל בן הזוג פיצויים נגמלה חריגת בן המוות אך לא באותו סכום שהיה מקבל אם היה בן זוג ממין שונה. כל זאת כחלק מהסכם הפשרה בינו לבין הפרקליטות הצבאית ופרקליטות המדינה. ראו בג"ץ 3398/96 שטיינר ב' שר הביטחון (לא מורס) וכן A. Balkin and M. Levitt *Effects of Lifting of Restrictions on Gay and Lesbian Service in Israeli Forces: Appraising the Evidence* (CSSMM, University of California at Santa Barbara, 2000) 8 (ניתן לצפייה ב- <http://www.gaymilitary.ucsb.edu/Publications/IsraelPub1.htm>).
100. ר' סער יחיים שאינם נשואים לבני זוגם הישראלי יזכו לתושבות קבעי בשרץ 27.2.2004. חשבו לצין שמדובר בהחלטה פוליטית של שר הפנים (אברהם סורו) שמגלה תפיסה ליברלית חילונית ושנויים בזהות מאיישי התפקיד נעשים להביא לדי שני כעמדה. עם זאת, העובדה שלא התעוררה נשקה ציבורית חריפה לחללנו זו יכולה ללמד כי העניין אינו מצוי בראש סדר יומם של המפלגות הדתיות והימין בוחריהן.
101. ב-23.2.2004 הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח עתירה בנושא לבית דין האזרחי בתל אביב (ראו לעצ' הערה 97). חשבו לצין כי אם נממכים על לשון חוק מפורשת, ויתכן שרצוים הם שביח המושפט יכריע, כפי שעשה בעניין בצלבוץ, וכך יאפשר היקש למקרים דומים. כמו כן, כאן מדובר בהענקת מסף ישייר על ידי המדינה, והפקדים רוצים שביח המושפט יקן עליהם כאשר תעשה עד תביעות מקבצות אחרות.
102. מלבד התקדימים שעדיין לעיל והמדיניות הרשמית של עיריית תל אביב, חישורנו אחר עמדות מדיניות של גופים אחרים (ציבוריים ופרטיים) לא העלה דבר, נראה שהרשויות באמת אינן רוצות להן בסוגיה כל עוד הוא אינו עולה על סדר יומן. למשל, בבדיקה באוניברסיטת חיפה אצל מחלקת כוח אדם נתקבלה תשובה כי מקרה כזה משולם לא אורע ואין כל מדיניות כלפי בקשה עתידית שבו. חשבו לצין כי אין זו אינדיקציה לכך שאין גופים נוספים הנתונים מדיניות ברורה, אלא רק אינדיקציה בדעתם למגבלות המחוקק.
103. ולעיתים אף זכויות אלו נתקלות בקשיים כאמור. אינדיקציה מסוימת לכך, אם כי לא מחלטית האילו ושנים גורמים רבים העלולים להכשיל הצעת חוק, היא אי-קבלתה של ההצעה לכלול בני זוג בני אותו המין בחוק הזכות לקבורה חלופית, ראו ה"ח 746/03 (ניתנת לצפייה ב- www.acri.org.il).

אביטל אברהם ואיתי אפטר "יבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני?" הארץ דין א(2) (התשס"ד) 110

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

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

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

הגישה הראשונה מתנגדת להכרה בנישואים. בקרב הקהילה ההומו-לסבית ישנם אלה הסבורים שההכרה חותרת תחת מטרות מוסד הנישואים המסורתי ואין לתת לכך יד. אחרים סבורים דווקא כי ההכרה מחזקת את מוסד הנישואין, אך אין לתת לכך יד משום שמדובר במוסד המדכא את המטרות האמיתיות של הזוגיות ואינו מוסד ראוי אף להטרסקסואלים. לדעתם, מסגרת הנישואים אינה נחוצה להבעת אהבה ומחויבות. להפך, היא מערערת את הבסיס השיתופי של מערכת היחסים ומהווה מוסד עתיק, חסר תועלת ופטריארכלי¹⁰⁹. הכרה בנישואים, לדעתם, תכפה על מערכת היחסים החד-מינית סטנדרטים השואבים מהעולם ההטרסקסואלי, סטנדרטים שאינם בבסיס הזוגיות החד-מינית המדישה את האהבה בלא הסממן הרכושי הנלווה. דווקא הזוגיות החד-מינית, שהתגבשה בגלות חברתית כפויה, צריכה להגן על עצמה מפני השתלטות ערכית. חלק מחברי הקהילה התומכים בגישה זו מתנגדים אף לרישום הזוגיות ביניהם, כחלק מהסדר חוקי זה או אחר, מחשש לפגיעה בחופש ובגמישות הקיימת במערכת היחסים הלא רשומה והלא מחייבת¹¹⁰. הם מעוניינים ליצור מסגרת חדשה ולא לאמץ מסגרת קיימת ולא מתאימה: הם אינם רוצים להיות מזוהים למסיבה של אחרים אלא לתכנן את המסיבה שלהם עצמם מראשית היוזם.

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

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

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

107 ראו Hull, לעיל הערה 102.

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

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

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

111 Clark, לעיל הערה 55, בע' 748.

אביטל אברהם ואיתי אפטר "יבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בחוק נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני?" הארץ דין א(2) (התשס"ד) 110

הגישה השנייה מעדיפה פתרונות כרוגמת הפתרון שנקט בוורמונט, היינו הסדר אזרחי המעניק את כל הזכויות של הנישואים בלי הסמליות שבנישואים המסורתיים, בין התומכים בגישה זו ישנם אלו המעוניינים בהכרה משפטית או חוקית בנישואים, לא כסמל למחויבות אלא כדי להבטיח קבלת הטבות שהנן חלק מן הנישואים¹¹¹. אחרים סבורים כי כל עוד החברה אינה בשלה לכך, מאבק להכרה בנישואים עשוי לגרום להתעוררות בקרב קבוצות שמרנים שתהווה כבומרנג שעלול להוביל לפגיעה בהישגים שהושגו עד כה¹¹². בבסיס הגישה השלישית ניצב סירוב לקבל כל דבר שהוא פחות מהכרה מלאה בנישואים¹¹³. ישנם המעוניינים בהכרה המלאה כמנוף לקידום התערותם המלאה של ההומוסקסואלים בחברה. הם מקווים שהכרה מלאה תוביל למעמד שווה, למיגר ההומופוביה¹¹⁴, ולביטול מוחלט של ההפליה. לפי גישה זו מתן הזכויות בלא מתן הזכות להינשא הוא צעד חשוב אולם אינו יכול להיות היעד הסופי¹¹⁵. ביטוי למהות המאבק ניתן לראות בהגדרת המאבק על ידי אחד המלומדים העוסקים בסוגיה:

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

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

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

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

- 112 ראו Hull, לעיל הערה 106, בע' 642.
- 113 Clark, לעיל הערה 55, בע' 737. רוגמה לתגובת בומרנג היא ניסיונו של הנשיא בוש לשנות את חוקת ארצות הברית (ראו לעיל הערה 111). עוד ראו את תגובת המועמד לנשיאות האמריקני, גארי באואר, בעקבות התלטת בית המשפט בוורמונט כי הענקת הזכויות היא מעשה טרוריסט: Donovan, לעיל הערה 109, בע' 805.
- 114 Donovan, לעיל הערה 109, בע' 744-745.
- 115 ראו Hull, לעיל הערה 106. המחברת מראה כי הווגות החד-מיניים אינם רוצים ללכת נגד הזרם החברתי המקובל ומנסים לתקן את הטקסיות של הנישואים בטקסים הפרטיים שהם עורכים. הווגות החד-מיניים אינם מעוניינים להתחמק מהחוק אלא רוצים להיות כפופים לו בגלל המשמעות התרבותית והסמלית שבו. המחברת מאששת את מסקנותיה במחקר שערכה ובו ראינה 38 ווגות חד-מיניים. גישה קיצונית טוענת כי הדרך לשוויון לבעלי הנטייה החד-מינית מצריכה נישואים כדי לשלול את הדימוי המופקר שיש לחברי הקהילה. ראו Clark, לעיל הערה 55, בע' 746.
- 116 Hull, לעיל הערה 106, בע' 638-639, 642-643.
- 117 Donovan, לעיל הערה 109, בע' 747.
- 118 שם, בע' 754.
- 119 ראו G. Buseck "Symposium Transcription: Keynote Address: Civil Marriage for Same-Sex Couples" 38 N. Eng. L. Rev. 495, 501-502 (2004). המחבר מתאר דוגמה בן הקהילה ההומו-לסבית בוורמונט, אשר בשנת 1993 הייתה חלוקה בשאלת הרצון בהכרה בנישואים. עד 1998 התמתנה הייתה שונה לחלוטין והקהילה כולה הייתה מלוכדת סביב המאבק להכרה בנישואים.
- 120 מרין, לעיל הערה 4, בע' 20.

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

ה. ישראל 2020 - מה צופן בחובו העתיד?

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

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

121 ראו Wardle, *על הערה* 27, כע' 196-207.

122 מתאר תפוצת מצב עולמי אוסטרלי יחסית, נכון לשנת 2004, לפי: שלוש מדינות מצטרפות כיום לזוגות החר-מיניים את מלוא זכויות
הנישואים: הולנד, בלגיה וקנדה. במסצ'וסטס, בריטאניה והחלטת בית המשפט העליון מ-17 במאי 2004 החלה המדינה להעניק את מלוא
זכויות הנישואים לזוגות חר-מיניים. מדינות אחרות מצטרפות לזוגות חר-מיניים במשט את כל זכויות הנישואים: שש מדינות סקנדינביות,
גרמניה ודרום אפריקה. מדינות רבות נוספות נחנות כמחצית מן הזכויות, והשכנות, החברה והאזרחות של תושבים לזוגות החר-מיניים
אוסטרליה, ניו זילנד, הונגריה, ישראל, פורטוגל, צרפת, 11 מתוך 17 הפרובינציות של ספרד ו-2 פרובינציות בארגנטינה. לשנת המחקר,
במהלך שלוש השנים הבאות התמנה "התמלא".

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

123 האם באמת יסירו הנישואים לשילובם בחברה, או שמא הם רק רואים בכך "פיתרון קסמים" להפליה איזושהי כלפי ההומוסקסואליות
בחברה?

124 בעיקר מעבר ממדינה למדינה בתוך ארצות הברית ובאזור האירופי, דוגמה טובה היא החלטה שניתנה לאחרונה על ידי בית המשפט
העליון בקנדיקט, כאשר לפניו עמדה בקשת לפרק שותפות רשומה של 18 חר-מיני שנרשם בוורמונט. בית המשפט העליון בקנדיקט
הכריע כי אין לו זכות או סמכות לפרק הסדר שותפות שנחתם בין בני זוג בוורמונט: *Rosengarten v. Downes*, 806 A. 2d 1066, 1066 (Conn. 2002), כפי שמציע אצל Silberman & Wolfe, *על הערה* 44, כע' 289. נוסף לכך תכין בי אפשר לעבוד בקלות בין קנדה
לארצות הברית, וכי תושבות אינה תנאי לנישואים בקנדה. על כן צפויות לעלות בעיות דומות בעתיד רחוקה לצדן. Silberman & Wolfe, *על הערה* 44, כע' 271.

125 שיפוט, *על הערה* 82, כע' 249-275, מאחר שלרוב המוחלט של האזרחים בישראל יש דין אישי, כדור כי אין סיכוי ממשי לשינוי דרסטי
שבו. ראו רביז היב יעל דין בועז, *על הערה* 73, כע' 27-28.

126 הצעת חוק בטשא "בית הוגנות" העומדת לחיות מוגשת בקרוב לקריאה ראשונה אינה כוללת בי זוג מאוחד המין, ועל כך ועומים
בקדילה ההומו-לסבית, אך, לדיעבד, כפי שבעבר לא ניתן היה להעלות על הדעת שיתקבל חקיקה המעניקה זכויות שוות לזוגות
הנישואים בטקס דתי ולזוגות חקשריים עצמם בבית אריות, חנה טרמה כי יום זה אינו רחוק, כך גם כאשר לחברה בנישואים חר-
מיניים מוזנח לישראל או אפילו בארץ. להצעה *למצב כאן* (נסח ההצעה אותר באמצעות www.ynet.co.il).

אביטל אברהם ואיתי אפטר "יבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני?" הארץ דין א(2) (התשס"ד) 110

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

לפי המסתמן, לבית המשפט שלוש ברירות אם וכאשר תעלה סוגיה זו לפניו. השופטים יכולים ליישם את מודל ההכרה המלאה ולטעון שתוקי מדינת ישראל אינם שוללים נישואים חד-מיניים¹²⁸ ומשכך, אם נערכו בהתאם לחוקי המדינה שנתנה להם תוקף הם יקבלו תוקף מלא (או חלקי)¹²⁹. גם בישראל¹³⁰. בתי המשפט יוכלו אף לקבוע שנישואים שכאלו אינם נוגדים את תקנת הציבור¹³¹. הנמקה אפשרית ניתן למצוא בהחלטות השיפוטיות האחרונות לעיל¹³² ובעמדתן של חלק מהרשויות לטובת קבלת הזוגות החד-מינית. דרך שנייה והפוכה יכולה כמובן להיות הדרך המסורתית, שבה עדיין בוחרים חלק מבתי המשפט האמריקניים. בדרך זו ישלול בית המשפט את ההסדר בין בני הזוג החד-מיני בטענה של חוסר סמכות לרונן בו וידרוש הבהרה מפורשת מן המחוקק¹³³. בית המשפט יכול לנקוט גם עמדה מפורשת נגד ההכרה בנישואים החד-מיניים תוך הישענות הפוכה על "תקנת הציבור", בטענה כי החברה אינה מכירה במערכות כאלו ולפיכך לא צריכה לעודד אותם¹³⁴.

שתי דרכים אלו נראות אפשריות בה במידה, אך סביר יותר להניח שכית המשפט יחליט ש"לא להחליט" בתוקף הנורמטיבי של הזוגיות החד-מינית. ניתן לשער כי השופטים יעודדו את הצדדים להגיע לפשרה ביניהם או שיעניקו בעצמם את הזכויות המתבקשות אך בלא הכרעה עקרונית אלא ספציפית לגוף המקרה בלבד. בדרך זו למעשה ייצור בית המשפט מה שניתן לכנות "דיאט PACS"¹³⁵. הסדר שדומה בבסיסו להסדרי הענקת הזכויות מהמודל השני, אך בניגוד אליו, ההענקת היא מקומית וספציפית ולא חלק ממדיניות גורפת. בישראל נראה כי על כל צעד קדימה לקראת הכרה בזכויות הנישואים, צועדים אנו גם לאחור¹³⁶. לפיכך, לא ניתן לאתר מגמה אחידה ועמדה ברורה שיעזרו לצפות את העתיד לבוא בישראל. בהערכתנו זו יש כמובן להביא בחשבון את תגובתה האפשרית של הכנסת. מכיוון שעל פי המבנה החוקתי הקיים כיום בישראל לכנסת המילה האחרונה, לעתים אף ללא רוב מיוחד, אין להתעלם מכך שכל התקדמות שתושג בבית המשפט העליון, אם בכלל, תהא תלויה בחסדי הכנסת, אם כמחוקקת ואם כמכוננת.

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

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

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

129 זאת במיוחד אם ילדים מעורבים בעניין וישפיעו מההחלטה.

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

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

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

133 ראו שיפמן, לעיל הערה 82, בע' 275.

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

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

אביטל אברהם ואיתי אפטר "יבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני?" הארץ דין א(2) (התשס"ד) 110

וקשה לדעת מה יעניק יציבות להכרה כזו או אחרת בזוגיות החד-מינית: שינוי בחברה או שינוי במשפט¹³⁶. שאלת המשנה אפוא היא אם על המשפט ללכת כאן כעמוד ענן לפני המחנה החברתי, או שמא נדרש שינוי חברתי ותרבותי מהותי לפני שתוכר הזכות המשפטית של הזוגות החד-מיניים להינשא¹³⁷.

נראה כי השאלה המרכזית בהארה זו, הכרה בנישואים חד-מיניים בישראל על פי כל אחד המודלים שסקרנו, נותרת פתוחה. התפתחויות העת האחרונה בישראל הן צעד גדול בהכרה בהומוסקסואליות בישראל, אך צעד קטן יחסית בכל האמור בהכרה בזוגיות החד-המינית כזוגיות שווה לכל דבר. הכה ננית שראובן ושמעון, שנישאו באושר וכעושר בטורונטו, נוחתים כיום בהיר אחד בישראל. האם יוכרו נישואיהם במדינת ישראל? האם יוכלו מלכתחילה להינשא בישראל? אם תגיע הסוגיה להכרעה בג"ץ, לאיזו מסקנה יוביל הדיון על רבדיו המשפטיים, החברתיים והסימבוליים¹³⁸? התמונה המצטיירת מטושטשת לא רק בישראל, כי אם גם בזירה העולמית. האם יצטרפו מדינות נוספות להולנד, בלגיה, קנדה ומסצ'וסטס במתן רישיון לנישואים חד-מיניים, או שאלו תישארנה חלוצות בודדות? אם יוכרו נישואים חד-מיניים במדינות נוספות, מהו המודל שיאומץ? האם תגובת "בומרג" שמרנית תוכל להחזיר את הגלגל לאחור?

נאלצים אנו לסיים הארה זו ללא אפילו. אין לנו ברירה, אלא לסיים בסימני שאלה. לצערנו, נכון לרגע כתיבת מילים אלו, אין ביכולתנו לספק תשובות.

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

137 ראו דברי חייב יעל דיין בוועדה, לעיל הערה 3, בע' 27 כי "הנושא שאנחנו מעלים הוא לא נושא חדש אלא נושא שנמצא בריון מזה שנים. יש עליו חילוקי דעות בתוך הקהילה, מחוץ לקהילה, בעיבור וכעולם. זה לא העניין של קרב בין דתיים וחוזים לחילוניים. אילו זה היה כך, יוכלו או להרים ידיים לגמרי או למצוא דרכים עוקפות. אנחנו מדברים על נושא חברתי מהדרגה הראשונה שיש לו פתרונות שונים במקומות שונים, אבל אין לו פתרון גורף ברוב העולם...".

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