

נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?

דן יקיר ויונתן ברמן

המאמר עוסק בדילמות שליוו את העתירה לבג"ץ בפרשת בן ארי, שביקשה לחייב את משרד הפנים לרשום במרשם האוכלוסין את נישואיהם של בנות זוג ובני זוג מאותו המין, שנישאו מחוץ לישראל. העתירה התקבלה בסופו של דבר, אך פסק הדין היה טכני ונעדר רטוריקה התומכת בזכותם של בני זוג בני אותו המין לשוויון. אף על פי שבעיני רבים בקבוצה ההומו־לסבית־בי־טרנס, רישום נישואין נראה צעד מתבקש לאחר ההישגים המשפטיים שהושגו ב־15 השנים האחרונות בנוגע לזכויות בנות זוג מאותו המין, לא ניתן להתעלם מן השאלה אם אכן מדובר במאבק לקידום זכויות האדם, כמו גם מהיעדרו של קונסנזוס פנים־קבוצתי בנושא. המאמר מנתח באופן ביקורתי את השאלות שמעוררת סוגיית כניסתם של בני זוג מאותו מין למוסד הנישואין ומתאר את הלבטים, המשפטיים והאישיים, שליוו את הכותבים - שהיו עורכי הדין שייצגו את העותרים מטעם האגודה לזכויות האזרח - במסגרת ההתדיינות.

בנובמבר 2006 ניתן פסק דינו של בג"ץ שבו נקבע כי על משרד הפנים לרשום במרשם האוכלוסין את נישואיהם של בנות זוג ובני זוג מאותו המין שנישאו מחוץ לישראל.¹ פסק הדין ניתן בעתירותיהם של חמישה זוגות גברים, שהשניים הראשונים שבהם יוצגו על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל באמצעות כותבי מאמר זה.

שישה משופטי ההרכב המורחב שדן בעתירה קבעו, כנגד דעתו החולקת של השופט אליקים רובינשטיין, כי פקיד מרשם האוכלוסין שבפניו מוצגת תעודה המעידה על עריכת טקס נישואין בחו"ל, אינו רשאי להרהר בשאלת תוקפם של הנישואין, והוא חייב לרשום אותם. בית המשפט הדגיש בפסק דינו כי הוא אינו פוסק, לכאן או לכאן, בשאלת תוקפם של נישואי בני זוג מאותו המין שנישאו בחו"ל, וכי כל שהוא עושה הוא להחיל הלכה נושנה, הידועה כהלכת פונק־שלזינגר,² שבה נקבע כי לפקיד מרשם האוכלוסין אין שיקול דעת בכל הנוגע לרישום נישואין שנערכו בחו"ל, אף לא בנוגע לנישואיהן של בנות זוג מאותו המין. אף שפסק הדין נתפס כפורה כפורה, הוא טכני למדי ואיננו מורכב מבחינה משפטית, והוא נעדר רטוריקה מן הסוג שניתן למצוא

בפסקי דין שניתנו במדינות אחרות בסוגיית נישואיהם של בני זוג מאותו המין, רטוריקה המעלה על נס את זכותן של בנות זוג מאותו המין לשוויון.³

כמשפטנים הומואים העוסקים בזכויות אדם היינו שותפים – שנינו יחד וכל אחד לחוד – לכמה מאבקים למען שוויון זכויות להומואים וללסביות, בייחוד בכל הנוגע לזכויותיהם של בני זוג מאותו המין. אך מקרה זה עורר דילמה מיוחדת ועליה נעמוד במאמר זה.

מאבקים לשינוי חברתי ולקידום זכויות האדם דוגמת זה שהוביל לפסק דינו האמור של בית המשפט העליון, מעלים לעתים תכופות מספר רב של שאלות הנוגעות למשל לבחירת האמצעי המתאים לקידום השינוי החברתי המבוקש, לטקטיקה שתיבחר להובילו ולרטוריקה שתיבחר לקדמו. אולם לעתים לפני ההתמודדות עם שאלות אלה לא ניתן להתעלם משאלות מקדמיות, הנוגעות לעצם בחירתו של המאבק – האם המאבק הנבחר הוא אכן מאבק לקידום זכויות האדם? מה העלות שבצד הבחירה במאבק כזה או אחר? האם קידומו של המאבק עשוי להביא לפגיעה בזכויותיהן של קבוצות אחרות או אפילו באלו של בני זוג או בנות אותה הקבוצה (חלקם או כולם) שהוא נעשה לכאורה בשמה?⁴

שאלות אלה עלו כולן בטרם החלו ההליכים המשפטיים שיזמה האגודה לזכויות האזרח בישראל בעניין רישומם של נישואי בנות זוג מאותו המין. במהלך 15 השנים שקדמו להגשת העתירות בעניין רישום נישואי בני זוג מאותו המין, חלה התקדמות של ממש בכל הנוגע להשוואת זכויותיהן של בנות זוג מאותו המין לזכויותיהם של בני זוג ידועים בציבור בני המינים השונים,⁵ ורובה ככולה של התקדמות משפטית זו נעשתה באמצעות התדיינות משפטית.⁶ אף בתחום מימוש זכותם של הומואים ולסביות להורות חלה התקדמות ניכרת בשנים אלה.⁷ לרבים היה נרמה כי לאחר שזוגות בני אותו המין החלו להינשא במדינות שבהן הדבר התאפשר, הצעד הבא המתבקש הוא מאבק על הכרה בנישואיהן של בנות זוג מאותו המין בישראל.

המאבק לפתיחת דלתות מוסד הנישואין בפני בני זוג מאותו המין מצטייר כמאבק שמטרתו מצד אחד לאפשר להם ליהנות מן ההטבות המטריאליות הניתנות לבני זוג נשואים, ומן הצד האחר, כמאבק סמלי נגד עצם הדרתן של בנות זוג מאותו המין ממוסד חברתי זה. במסגרת תפיסת המאבק כסמלי יש הרואים בעצם סגירת דלתות מוסד הנישואין בפני בני זוג מאותו המין אפליה פסולה, אפליה שחומרתה אינה נופלת מזו של הפרדה גזעית. זאת, אף אם ניתן להבטיח להם את כל ההטבות המטריאליות הניתנות לבני זוג נשואים באמצעות מוסדות אחרים (דוגמת מוסד הירועים בציבור בישראל או מוסדות כגון civil unions במדינות אחרות).⁸ אולם לא ניתן להתעלם מגישות אחרות באשר למוסד הנישואין.

מה שנדמה בעיני רבים כצעד המתבקש הבא, נתפס בעיני אחרים כצעד שיש לשקול בכובד ראש או אף כצעד פסול מעיקרו. אמנם, המחלוקת בין התומכים למתנגדים מקרב בני ובנות הקבוצה ההומו-לסבית-בי-טרנס הנוגעת למאבק של בנות זוג מאותו המין להינשא לא זכתה בישראל לנראות שלה זכתה במדינות אחרות, ובראשן ארצות הברית.⁹ אף קשה לומר כי היא זכתה למקום מרכזי בדיון הפנים-קבוצתי בישראל. עם זאת, אי אפשר להתעלם מהיעדרו של קונסנזוס בתוך הקהילה בישראל בעניין הבחירה במאבק זה.

ההתנגדות הפנים-קבוצתית למאבק על נישואי בני זוג מאותו המין לא זכתה לביטוי ציבורי של ממש בישראל, לפחות לא במסגרת השיח המרכזי ולא באמצעי התקשורת המרכזיים של הקבוצה ההומו-לסבית-בי-טרנס בישראל, אולם היא קיימת.¹⁰ ביקורת זו כוללת התנגדות לאימוצו של מודל הנישואין מתוך תפיסתו כמודל דכאני ושמרני ששימש באופן היסטורי, ועודו משמש, לדיכוי

נשים ולהכפפתן לקבוצת הגברים.¹¹ ביקורת זו דוחה את האפשרות כי כניסת בנות זוג מאותו המין למוסד הנישואין תביא לשינוי באופיו, והיא מניחה כי הדבר יביא דווקא לשינוי מערכות היחסים בין גברים לגברים ובין נשים לנשים ולקליטה של אלמנטים פטריארכליים לתוכן.

ביקורת זו רואה בסוגי מערכות היחסים הקיימים בין בני הקבוצה ההומו-לסבית-בי-טרנס מגוון בעל פוטנציאל חתרני, הקורא תיגר על האופן שבו החברה מבנה ומארגנת את מערכות היחסים הזוגיות בין גברים לנשים. האוחזים בה רואים בשילובם של בני זוג מאותו המין במוסד זה צעד לקראת טמיעה (אסימילציה), לקראת ניטרול אותו פוטנציאל חתרני ולקראת אימוץ של ערכי החברה ההטרוסקואלית. לגישת המבקרים, תחת ניצול הפוטנציאל החתרני שבמערכות יחסים מסוגים שונים כדי לקרוא תיגר על הסדר החברתי הקיים, כניסה למוסד הנישואין עלולה להביא ל"נורמליזציה" או ל"מיינסטרימינג" של בני הקבוצה ובנותיה.

עוד מוסיפה הביקורת כי כניסה למוסד הנישואין מחזקת את הרעיון שלפיו קיימת תבנית אחת ויחידה (או תבנית עליונה על התבניות האחרות) לקיום מערכות יחסים, תוך חיזוק הקשר הקיים היום בין הימצאות במערכת יחסים מסוג מסוים לבין זכאות לסוגים שונים של הטבות וזכויות, ותוך פגיעה במי שאינם רוצים או אינם יכולים להיכנס למסגרת זו. מאבק למען הכרה בנישואין בין בנות זוג מאותו המין גם מחזק את התפיסה שלפיה בידי המדינה הפרווגטיבה ההחליט אלו מערכות יחסים ראויות ל"הכרה" ואלו אינן ראויות לה. זאת, במקום להיאבק דווקא על הפקעת שאלת ה"הכרה" במערכות יחסים מידי המדינה, על ניתוק הקשר בין הטבות וזכויות לזוגיות או על החלתן של זכויות והטבות שונות גם על סוגים אחרים של מערכות יחסים.

על הביקורת מסוג זה, שנשמעה גם במדינות אחרות ובעיקר בהקשר האמריקני,¹² נוספת הביקורת הייחודית הקיימת בהקשר הישראלי. מוסד הנישואין בישראל הוא, כמובנים רבים, מוסד מפלה ודכאני מזה שנדרון בהקשרים אחרים. בעוד שמאבק על הכללתם של בני זוג מאותו המין במוסד הנישואין עשוי להצטייר כמאבק בעצם האפליה הטבועה בו, ניתן גם לפרשו דווקא כנכונות לקבל את עקרונותיו. כידוע, ישראל אינה מאפשרת לבני דתות שונות להינשא בתחומה, ואף שהיא מאפשרת לבני זוג בני דתות שונות שנישאו בחו"ל להירשם במרשם האוכלוסין, עד היום נמנעות רשויות המדינה, ובכללן בית המשפט העליון, מלהכריע בשאלת תוקפם של נישואין אלו. ישראל גם אינה מאפשרת נישואין אזרחיים בתחומה, ואף שהיא 'מתירה' לאזרחיה להינשא בנישואין אזרחיים בחו"ל, הגירושין ייערכו תמיד בערכאה משפטית דתית אם בני הזוג הם בני אותה הדת.¹³ גם במקרים מסוימים, שבהם הנישואין עצמם אינם נמנעים, מדינת ישראל מטילה מגבלות של ממש על היכולת לממש את מערכת היחסים בין בני הזוג¹⁴ בין שמדובר באזרחי ישראל ובתושביה שבחרו להינשא לתושבי הרשות הפלסטינית ומבקשים לחיות את חייהם במדינת ישראל,¹⁵ ובין שמדובר בתושבי הרשות הפלסטינית שבחרו להינשא לתושבי מדינה אחרת ומבקשים לחיות את חייהם המשותפים בשטחי הרשות הפלסטינית.¹⁶ ועל כל זאת יש להוסיף כמובן כי גם במקרים שבהם אין נמנעת הכניסה לקשר הנישואין, ואין נמנע מימושם של החיים המשותפים, הדין האישי ההלכתי מבנה אל תוך מערכת הנישואין במדינת ישראל אפליה חריפה בין נשים לגברים הן באשר למערכת החובות במהלך הקשר, והן באשר לאפשרות להשתחרר מן הקשר.

שאלה נוספת שעלתה בקשר לבחירת המאבק לרישום הנישואין נגעה לשאלת הרלוונטיות של מאבק זה לכלל הקבוצה. טענה שנשמעה בשלב ההחלטה בדבר אימוץ המאבק נגעה לתפיסתו של המאבק לרישום הנישואין כמאבק אליטיסטי שאינו נוגע לחייהם של מרבית הלסביות, ההומואים, הטרנסג'נדרים והביסקסואלים בישראל, אלא רק לקומץ זוגות המעוניינים להינשא והיכולים

להרשות לעצמם נסיעה יקרה לקנדה לצורך נישואיהם. נוכח הפערים הכלכליים הקיימים בין נשים לגברים (פערים העשויים להכפיל עצמם כאשר מדובר בזוג גברים לעומת זוג נשים), אף עלה החשש שמא קבוצת הנהנים העיקרית מקידומו של מאבק מסוג זה תהיה קבוצת הגברים, ולעומתם הרלוונטיות לקבוצת הנשים תהיה פחותה. חשש זה התאמת במידה מסוימת לאחר הגשת כל חמש העתירות לרישום של נישואין שנערכו בקנדה. אי אפשר היה להתעלם מכך שבין כל זוגות העותרים לא נמצא אף לא זוג אחד המורכב משתי נשים.

בהקשר זה יש לציין כי חלק מן המאבקים הקודמים להכרה בזכויות המטריאליות של בני זוג ובנות זוג מאותו המין עשויים להיתפס, באופן דומה, כמאבקים אליטיסטיים שאינם נוגעים לכלל הקבוצה או לרובה,¹⁷ בעוד שאחרים עשויים להיתפס כרלוונטיים גם להומואים וללסביות מוחלשים כלכלית.¹⁸ אולם להבדיל מן המאבק על רישום הנישואין, ההנחה שעמדה ביסוד מאבקים קודמים להכרה בזכויות המטריאליות הייתה כי הכרה בקיומה של זכות מסוימת או בחובה להעניק הטבה מסוימת היא חלק מיצירתו של קאנון משפטי המעגן עקרונות שיאפשרו בעתיד קבלת הטבות ומימוש זכויות הרלוונטיות גם לחלקים נוספים של הקבוצה ההומו־לסבית־בי־טרנס. זאת, אף אם הכרה זו אינה רלוונטית ישירות לרובם המוחלט של ההומואים והלסביות (דוגמת החובה להעניק כרטיס טיסה לבן זוגו של דייל).

לעומת זאת עלו ספקות באשר לשאלה אם המאבק על רישום נישואין יוכל, בדומה למאבקים קודמים, ליצור בסיס משפטי לקידום זכויות נוספות של חלקים מוחלשים יותר בקרב הקבוצה. זאת, במיוחד נוכח היותה של ההנמקה המשפטית שעמדה ביסוד הדרישה לרישום נישואין שנערכו בחו"ל, הנמקה כמעט טכנית, המבוססת על היעדר שיקול דעתו של פקיד מרשם האוכלוסין בעת רישום הנישואין במשרד הפנים ולא על תוקפם של הנישואין.¹⁹

למעלה מכך, המאבק לקידום האפשרות לרישום נישואין שנערכו בחו"ל לווה בחשש כי דווקא הצלחה במאבק זה עלולה לפגוע בהישגים קודמים. עיגונן של זכויות בנות זוג מאותו המין במשפט הישראלי נעשה לאורך השנים מתוך השוואתן של זכויות אלה לזכויותיהם של ידועים בציבור בני המינים השונים. כידוע, ההכרה הרחבה בזכויותיהם של ידועים בציבור בישראל אינה נובעת דווקא מתפיסה חברתית או משפטית של חופש בחירה בין סוגים שונים של מערכות יחסים, אלא היא התפתחה על רקע המגבלות השונות המוטלות על כניסתם של זוגות רבים למוסד הנישואין, שאת חלקן הזכרנו לעיל. לפיכך, בצד הניסיון להרחיב את היקף התפרסותו של מוסד הנישואין עלה חשש (אף כי הוא רחוק) כי הדבר יהווה פתח לאימוץ פרשנות משפטית שמרנית שלפיה הזכויות שמעניק מוסד הידועים בציבור (בין שמדובר בבני זוג מאותו המין, ובין שמדובר בבני זוג בני המינים השונים) 'התייתרו', וכל זוג שיהיה מעוניין בקבלת זכויות מתוקף הזוגיות יתכבד וייכנס למוסד הנישואין.

כאמור, על אף קיומה של מחלוקת פנימית בקרב חברי הקהילה בישראל נדמה שזו לא מצאה את ביטויה באופן ממשי באמצעי התקשורת המרכזיים שלה, וודאי שלא באותו היקף שבו היא באה לידי ביטוי במדינות אחרות שבהן עמדה על הפרק שאלת המאבק על ההכרה בנישואין של בנות זוג מאותו המין. לאחר שבשנת 2003, בעקבות פסק דינו של בית המשפט בפרובינציית אונטריו שבקנדה, התאפשר לבני זוג ישראלים מאותו המין להינשא מחוץ לישראל,²⁰ החלה תכונה בקרב דמויות בולטות בפוליטיקה ההומו־לסבית־בי־טרנס בישראל סביב שאלת הרישום וההכרה בנישואין שנערכו בקנדה. אף התארגנה קבוצה של כמה זוגות לנסיעה משותפת לקנדה לצורך עריכת טקסי נישואין, ומתוך כוונה מוצהרת להיאבק על רישומם.²¹ יש להניח כי אלמלא

הביורוקרטיה הקנדית, שערכה במשך חודשים ארוכים את הגעת תעודות הנישואין ליעדן, היו העתירות הראשונות מוגשות זמן רב לפני מועד הגשתן בפועל, בחודש מרס 2005. בתוך תכונה זו בלט בדממתו ובהיעדרו הכמעט מוחלט הקול שקרא לחשוב באופן מקיף על השלכותיו של המאבק האמור ברוח הביקורת שפירטנו.

ישאל הקורא ותשאל הקוראת שהגיעו עד הלום – ובצדק – מדוע אפוא הגשנו את העתירות. הרגשתנו הייתה שכל עוד מוסד הנישואין זוכה למקום כה מרכזי בחברה, וכל עוד קבוצה לא מבוטלת בקרב ההומואים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסג'נדרים רואים חשיבות רגשית, חברתית וסמלית בטקס הזה, יש לאפשר להם להיכנס למוסד הזה. יתרה מזו: סברנו, ואנו עדיין סבורים, שאת הדיון הציבורי על מקומו של מוסד הנישואין בחברה לא צריך לנהל כאשר המדינה היא המדירה מתוכו קבוצות מיעוט, אלא כאשר חופש הבחירה בהצטרפות למוסד זה אם לאו מוקנה לכולם.

הלבטים והביקורת (ובכלל זה הביקורת העצמית) בכל הנוגע להגשת העתירות מצאו את ביטויים אף בהחלטה להשמיט שיר שהובא בתחילה בשתי העתירות הראשונות, שהוגשו בחודש מרס 2005, על ידי כותבי מאמר זה. בטיטת העתירות צוטט השיר The Occupied Territories של המשורר אסקס המפיל (Essex Hemphil):

You are not to touch other flesh
without a police permit.
You have not privacy—
the State wants to seize your bed
and sleep with you.
The State wants to control
your sexuality, your birth rate,
your passion.
The message is clear;
your penis, your vagina,
your testicles, your womb,
your anus, your orgasm,
these belong to the State.
You are not to touch yourself
or be familiar with ecstasy.
The erogenous zones
are not demilitarized.²²

השיר, שנועד להופיע במבוא לעתירה, כוון להתריס נגד יומרתה של המדינה להגביל את זכותם של העותרים לבחור לאיזה סוג של מערכות יחסים ייכנסו, ונגד יומרתה לקבוע אלו נישואין ואלו מערכות יחסים הם לגיטימיים ומוכרים ואלו לא. אולם למעלה מכך, הוא הובא אף כסוג של התרסה כלפי עצמנו, כותבי העתירה. מטרתו הייתה, בין השאר, להזכיר לנו את הביקורת הנישאת בפי רבים, ושאלנו שותפים לה באופן חלקי למרות הבחירה לפעול לקידומו של המאבק, נגד המאבק להכרה בנישואין (או רישומם). השיר נועד להזכיר גם לנו כי בבחירתנו במאבק זה

ובבקשתנו מבית המשפט לחייב את המדינה לייחס משמעות לנישואי בנות זוג מאותו המין (גם אם רק לצורך רישומם), ייתכן שאנו דווקא תורמים למשטור המיניות בחסות המדינה וליצירתן של הייררכיות בין סוגי יחסים שונים. הוא נועד לשמש תמרוז אזהרה מפני התוצאות העשויות להיות לבחירה במאבק זה.

אולם כאמור, בסופו של דבר הושט השיר מן המבוא לעתירה ימים ספורים לפני הגשתה. עשינו זאת לבקשת אחד העותרים, מתוך רצון לשמור על מה שהיה עשוי להיתפס בעיני השופטים כ"מהוגנות" בטרם הכניסה לדיון בשאלת הנישואין. ייתכן שבכך נפלנו לתוך המלכודת שמפניה מזהירה אחת הביקורות המרכזיות שהזכרנו בכל הנוגע למאבק על הזכות לנישואין – החשש מוויתור על האלמנטים החתרניים שמערכות יחסים בין הומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים יכולות להציב בפני הסדר החברתי הרכאני הקיים לטובת ה"מהוגנות" של הנישואין. עם זאת, את הטיעון בפני ההרכב המורחב בדיון ביום 28.5.06 פתחתי [ד' י'] כך:

ביום שישי, בשעת צהריים חמה ולחה בתל-אביב, שבתי לביתי עמוס בקניות לשבת. על המדרכה שלפני הבניין המשותף עמדה השכנה מלמטה ושוחחה עם אשה מבוגרת. כשנכנסתי לבניין נכנסה השכנה אחרי, וסיפרה שהציגה בפני השנייה תמונות מהחתונה של בנה. "מזל טוב!" אמרתי. היא השיבה כאילו בביטול: "אה, זה כבר היה לפני חודשיים", אבל מיד הוסיפה ושאלה: "אתה גם רוצה לראות את הצילומים?" כיוון שזו הצעה, שאסור לסרב לה, השבתי מיד: "ברור!" ואכן, הצילומים היו יפים מאד. ואז היא שאלה: "אז לאחל בקרוב אצלך?" ואני, מופתע כל פעם מחדש שיש מישהו שמכיר אותי ולו באופן אקראי ולא יודע שאני הומו, התחלתי להתלבט אם לענות תשובה לא מחייבת ולקצר בשיחה, או להיכנס לנושאים אישיים ולדיון פילוסופי מעמיק. בדרך כלל השליחות שבקידום זכויות האדם, ולו בשיחת אקראי עם שכנה, גוברת עלי. בעודי מהרהר בכך הוסיפה השכנה ושאלה: "או שאתה בכלל לא רוצה להתחתן?" השבתי שאני באמת לא רוצה להתחתן, אבל שממילא המדינה לא מאפשרת לזוגות הומואים להתחתן. השכנה לא התבלבלה ואמרה: "הומואים? ולמה לא רגיל, אם תסלח לי על הביטוי?" וכאן השבתי כדי לסיים את השיחה: "מה לעשות, ככה נולדתי..." כמוכן שתשובה מוצלחת יותר היתה להשיב לה: "למה להיות רגיל אם אפשר להיות בלתי רגיל", אבל זו כבר חוכמה שלאחר מעשה.

השופטים נראו משועשעים מהסיפור פרט לאחת השופטות, ששמרה על פנים חמורות סבר. המשכתי וטענתי שכל הסיפור הזה לא בא אלא ללמד שיש ממש באחת מהטענות של הפרקליטות שלפיה הנושא שנוי במחלוקת בחברה הישראלית. המסקנה שמשרד הפנים מסיק מכך היא בדיוק המסקנה הפוכה מזו העולה מהמצב המשפטי. על פי הלכת פונק-שליזינגר,²³ אין לפקיד במשרד הפנים שיקול דעת, אלא עליו לרשום נישואין של ישראלים שנערכו בחו"ל. דווקא בסירובו של הפקיד לרשום נישואין אלה הוא נוקט עמדה במחלוקת הציבורית.

מאמרו של ויליאם רובינשטיין (William Rubenstein), ששמו נפתח באכונה "Divided We Litigate",²⁴ בוחן אסטרטגיות של בחירה במאבקים לשינוי חברתי וטקטיקות לקידומן של בחירות אלה על רקע מאבקהם של הומואים ולסביות על הזכות לנישואין בארצות הברית. המחבר עומד על הקשיים שמאבקים לשינוי חברתי דרך ליטיגציה מעוררים. הקשיים שעליהם הוא עומד נובעים, בין היתר, מן העובדה שכל אדם וכל ארגון יכולים להניע הליכים משפטיים העשויים להשפיע על מערך הזכויות של קבוצה שלמה בלי שקבוצה זו הייתה מעורבת בהליך המשפטי, בלי

שהקבוצה הייתה שותפה לעצם הבחירה במאבק ובמטרותיו, ובלי שהקבוצה הייתה שותפה לגיבוש ההחלטות האסטרטגיות בנוגע לאופן שבו תקודם המטרה ובנוגע לטענות הנטענות כדי לקדמה. כאמור לעיל, שתי העתירות הראשונות הוגשו במרס 2005 על ידי האגודה לזכויות האזרח באמצעות כותבי מאמר זה, ושלוש עתירות נוספות שאוחדו איתן הוגשו בנובמבר 2005 באופן פרטי. על הדינמיקה בין העתירות השונות ועל היחס בין העתירות ניתן לכתוב רבות על רקע דבריו של פרופ' רובינשטיין, אולם בשל קוצר היריעה ניתוח מקיף כזה לא יוכל למצוא את מקומו במסגרת מאמר זה. עם זאת, ועל רקע הדילמות והקשיים העולים בעתירה המדוברת, נבקש להתייחס בקצרה לאחד העניינים המדגימים את המתח בין טיעונים שארגוני זכויות אדם בוחרים להעלות לבין אלה המועלים על ידי עותרים פרטיים. בשלוש העתירות הנוספות שהוגשו בעניין רישום נישואיהם של בני זוג מאותו המין ושנדונו עם העתירות שהגשנו אנו, כתבו העותרים:

ההכרה בנישואי העותרים וזוגות כמותם אינה מהווה 'איום' גדול יותר מאשר ההכרה בנישואי זוגות ישראלים הטרנסקסואלים בחו"ל, גם על הקבוצות השמרניות ביותר במדינת ישראל, וזאת מאחר שהחשש להתבוללות ולמזרות, העומד בבסיס ההתנגדות לנישואין אזרחיים איננו קיים לגבי נישואין של בני זוג מאותו המין.²⁵

הנימוק בדבר היעדרו של "איום" ה"תבוללות" והמזרות, שנדמה שמטרתו הייתה להפיס את דעתו של בית המשפט מפני חששות שונים העולים לעתים בתיקים הנוגעים לנישואין ולזוגיות,²⁶ נפקד משתי העתירות שהגישה האגודה לזכויות האזרח, ולא בכדי. עניין זה עשוי להדגים את השוני בתפיסות בדבר מקומו של מאבקן של בנות זוג מאותו המין לרשום את נישואיהן בהקשר הרחב של מאבקים על הזכות למימוש הזכות לנישואין, ובהקשר הרחב עוד יותר של מאבקים לשינוי חברתי ולהגנה על זכויות האדם. הוא מדגים גם את המתח בין תפיסתם של מאבקים לקידום זכויותיהם של בני זוג מאותו המין כמאבקים פרטיקולריים שאין בהכרח קשר בינם לבין מאבקים אחרים (ולעתים אפילו יש קונפליקט בינם לבין מאבקים אחרים), לבין תפיסתם כחלק ממאבק אוניברסלי רחב היקף לקידום זכויות האדם. התפיסה הראשונה תהיה מוכנה, לפחות לצורך קידום המאבק הספציפי, להתפשר על זכויותיהן של קבוצות אחרות ולעשות שימוש בטרוריקה העשויה לעגן, להנציח ולהעניק לגיטימציה לתפיסות קיימות העומדות ביסוד הפגיעה בזכויותיהן של קבוצות מוחלשות אחרות. מנגד, התפיסה השנייה רואה בכל המאבקים לקידום זכויות אדם מאבקים המקיימים ביניהם זיקה הדוקה. תפיסה זו רואה קשר הדוק בין הפרתן של זכויות של הומואים, לסביבות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים לבין הפרת זכויותיהן של קבוצות אחרות. היא נרתעת מחיזוקן של תפיסות חברתיות רווחות אך פסולות לצורך קידומה של מטרה מסוימת, תהא זו חשובה ככל שתהא. זאת, לא רק מתוך נאמנות לקבוצות חברתיות נוספות, אלא אף מתוך תפיסה שלפיה בסופו של דבר אימוץ נימוקים מן הסוג האמור, ולו כאמצעי טקטי להשגת מטרה נקודתית, עשוי להביא להנמקה משפטית שתפגע בעתיד גם בקבוצה הטוענת טענה זו.²⁷ תפיסה שנייה זו היא שהנחתה את כותבי מאמר זה, ואנו מאמינים שגם העותרים שייצגנו שותפים לה.²⁸

הערות

אנו מודים לד"ר יעקב בן-שמש, לעו"ד עורך פלר, לפרופ' אלון הראל ולד"ר אייל גרוס על הערותיהם המועילות.

- 1 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, תק-על 2006(4) 1725 (2006) (להלן – בג"ץ בן-ארי).
- 2 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963).
- 3 ראו פסקות 19-23 לחוות דעת הרוב של הנשיא ברק בבג"ץ בן-ארי, לעיל ה"ש 1. כן השווו בין פסק דינו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) לפסק דינה של השופטת דורנר בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994). כן ראו למשל בקנדה: Halpern v. Department of: CCT 60/04 Minister of Home Affairs; בדרום אפריקה: Public Health 36 R.F.L. (5th) 127 (2003); v. Fourie (South Africa, Dec. 1, 2005); Goodridge v. Dept. of Public Health, 798 N.E. 2d 941 (Mass. 2003).
- 4 לביקורת על בחירתם של מאבקים לשינוי חברתי על רקע שאלות דומות ראו למשל חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פלילים 53 (2000).
- 5 ראו Aeyal M. Gross, *Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-Recognition of Same-sex Couples in Israeli Law*, in LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX PARTNERSHIPS: A STUDY OF NATIONAL, EUROPEAN, AND INTERNATIONAL LAW 391 (Robert Wintemute and Mads Andenas eds., 2001); אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפיכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט 195 ז (2002); יובל יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד 531 (1998); אלון הראל "בתי משפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד 785 (1998).
- 6 ראו למשל בג"ץ דנילוביץ, לעיל ה"ש 3 (עובד זכאי לקבל בשביל בן זוגו בן אותו המין את ההטבות הניתנות על ידי המעביד לידועים בציבור של עובדיו); ע"ש (מחוזי ת"א) 369/94 שטיינר נ' צבא הגנה לישראל (לא פורסם, 5.12.1996). (אלמן זה"ל זכאי לקצבת שארים כמות בן זוגו איש הקבע); ע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבח מקרקעין (לא פורסם, 29.2.2004). (בני זוג מאותו המין, המעבידים זה לזה זכויות בדירת המגורים המשותפת, זכאים לפטור ממס שבח וממס רכישה – היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז הנחה את הפרקליטות להסכים לקבלת הערעור בבית המשפט העליון לאחר שקודמו בתפקיד, אליקים רובינשטיין, הודיע לוועדת הערר שדנה באותו העניין, כי לא ניתן לאמץ את הפרשנות המוצעת על ידי העוררים); ע"א (מחוזי נצ') 3245/03 ע' מ' נ' האפוטרופוס הכללי, פ"מ תשס"ג(2) 721 (2004) (אלמן זכאי לרשת את בן זוגו ללא צוואה – היועץ מזוז החליט שלא להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון באמצע פרשנות בית המשפט המחוזי); בל' (אזורי ת"א) 3536/04 גיורא רז – המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם, 18.8.2005) (אלמן זכאי לגמלת שארים מהמוסד לביטוח לאומי עם פטירת בן זוגו – בית הדין לעבודה נתן תוקף של פסק דין לעמדת היועץ מזוז).
ביום 8.12.2004 הודיע דובר משרד המשפטים כי "גישתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה היא, שיש להבחין, לצורך הכרה בבני זוג מאותו מין, בין סוגיות ממוניות והסדרים פרקטיים אחרים, בהן המגמה צריכה להיות פרגמטית וגמישה, ברוח הזמן והמציאות המשתנה, לבין סוגיות של יצירת סטוס אישי סטוטורי חדש, המחייבות גישה זהירה יותר, ושהן בדרך כלל עניין למחוקק" (העתק מההודעה מצוי אצל המחברים).
- 7 ראו למשל בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות, דינים עליון נה 778 (1997) (משרד הבריאות ביטל הגבלות על טיפולי פוריות לנשים לא נשואות, לרבות לסביות); בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000) (מינהל האוכלוסין חייב לרשום כאם בת זוג שאימצה בחו"ל את הילד של בת זוגה); ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) (חוק אימוץ ילדים מאפשר לבת זוג לאמץ את ילדי בת זוגה).

- 8 ראו למשל יובל מדין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז 253 (2002).
- 9 לעניין הוויכוח הציבורי-משפטי בארצות הברית בנוגע לבחירה במאבק על נישואי בנות זוג מאותו המין ראו: William B. Rubenstein, *Divided We Litigate: Addressing Disputes Among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns*, 106 YALE LAW REV. 1632, 1635 (1997).
- 10 ראו למשל אייל גרוס "עכשיו גם הומו חייב להתחתן?" Ynet 21.11.2006, <http://www.ynet.co.il/html/3330933,00-L,0,7340/articles/il.co> (כל אתרי האינטרנט המאזכרים במאמר זה נצפו לאחרונה ביום 4.12.2007); אייל גרוס "עוד כמה מילים על נישואין ותגובות כמובטח" המשטה 23.11.2006, www.notes.co.il/gross/25599.asp; Aeyal M. Gross, *Sex, Love, and Marriage: Questioning Gender and Sexuality Rights in International Law*, 21 LEIDEN J. OF INT. L. part 4 (forthcoming, 2008).
- 11 כשטענו זאת בדיון בפני ההרכב המורחב ביום 28.5.06, תהה השופט רובינשטיין אם אכן אנו מתכוונים למסד הנישואין המסורתי בין גבר לאישה. עמדה על כך כבר בשנת 1725 רוקסנה, גיבורת הרומן של דניאל דפו, כשהסבירה מדוע סירבה להצעת נישואין טובה למדי: "לבי נטה לעצמאות רכושי, ואמיתי לו שאיני מכירה שום מצב של נישואים שאינו, במקרה הטוב, מצב של נחיתות, אם לא של עבדות בפועל; שאין לי כל צורך בכך, שחייתי עתה חיי חירות מוחלטת, חופשייה כביום היולדי, וכי בהיות לי כסף רב, איני מבינה כיצד מתיישבות המילים לכבד ולציית עם חירותה של אשה חופשייה" (דניאל דפו רוקסאנה, הגבירה בת המזל 195 (גרשון גירון מתרגם, 2007)).
- 12 ראו למשל: Paula Ettelbrick, *Since When is Marriage a Path to Liberation?*, *Out/Look* 9 (1989); Janet Halley, *Recognition, Rights, Regulation*, 9 *Rubenstein*, לעיל ה"ש 9; *Normalization: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate*, in *THE LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX PARTNERSHIPS: A STUDY OF NATIONAL, EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW 97* (Robert Wintemute and Mads Andenas eds., 2001).
- 13 ראו בג"ץ 2232/03 פלזניט נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, תק-על 2006(4) 1748 (2006), שניתן ביום שבו ניתן פסק הדין בבג"ץ בן-ארי, לעיל ה"ש 1.
- 14 יודגש כי לא רק בן זוג זר הנשוי לישראלי זכאי למעמד, אלא אף ידוע בציבור. הנוהל של משרד הפנים משנת 2000 (כפי ששונה ותוקן שוב ושוב מאז) – "בני זוג של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם נשואים כולל בני זוג מאותו מין" – קובע הליך להסדרת מעמד של ידוע בציבור. מעניין לציין שפסק הדין המנחה של בית המשפט לעניינים מנהליים, שפסל את מדיניות משרד הפנים לדרוש מידוע בציבור זר השוהה בישראל שלא כדיון, לצאת מישראל כתנאי להסדרת מעמדו, ניתן דווקא בעניין זוג הומואים: עת"מ (מנהלי ת"א) 2790/04 רוזנברג נ' שר הפנים, תק-מח 2004(4) 6290 (2004). לאחר מכן אושרה ההלכה בבית המשפט העליון בערעור, שהתייחס לבני זוג בני המין השונה: עע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, תק-על 2006(1) 3756 (2006).
- 15 ראו חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544 המונע הסדרת מעמדם של בני זוגם הפלסטינים של אזרחי ישראל, ופסק הדין שבו נמנע בג"ץ מלבטל חוק זה – בג"ץ 7052/03 עראלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754 (2006).
- 16 ראו למשל בג"ץ 6133/03 אבו בכר נ' משרד הביטחון, פ"ד (נז) 651 (2003), שבו אושרה עמדת המדינה שלפיה היא אינה מתירה, לעת הזו, "איחוד משפחות" בשטחי הרשות הפלסטינית בין תושבי הרשות לבני זוגם שאינם תושבי הרשות.
- 17 כך למשל המאבק על זכותו של דייל לקבלת כרטיס טיסה לבן זוגו (בג"ץ דנילוביץ, לעיל ה"ש 3).

- 18 כך למשל המאבק על זכאותו של אלמן לגמלת שארים (עניין רו, לעיל ה"ש 6) או על זכאותו של אלמן לרשת את בן זוגו בהיעדר צוואה (עניין ע' מ', לעיל ה"ש 6). באוגוסט 2007 אישרה ועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת החוק את הצעת חוק הירושה החדש. בניגוד להצעה של ועדת טירקל לכלול בחוק הגדרה של "בן זוג" בלשון ניטרלית, שתפורש כחלה אף על בני זוג ובנות זוג בני אותו המין, התקבלה הצעת שר המשפטים דניאל פרידמן לחזור לנוסח של סעיף הירועים בציבור בחוק הקיים, המדבר על איש ואישה (סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1955, ס"ח 63). היועץ המשפטי לממשלה ושר המשפטים אמנם הודיעו כי אין באימוץ הנוסח הישן כדי לגרוע מן הפרשנות שנתן לו בית המשפט המחוזי בעניין ע' מ' הנ"ל (למשל במכתב עוזרת היועץ המשפטי לממשלה לאפטרופוס הכללי מיום 2.9.2007), אולם מכיוון שמדובר בנושא מתחום המשפט הפרטי, עלה החשש כי יורשים פוטנציאליים יאחזו באימוץ הנוסח המיני הישן כדי לפרשו כמוציא מתחולת חוק הירושה בן זוג בן אותו המין של נפטר. בעקבות מחאות של ארגוני זכויות אדם ושל האגודה להומואים, לסביות, בייסקסואלים וטרנסג'נדרים הודיע שר המשפטים כי "לא יתן יד לפגיעה בזכויותיהם של זוגות חד מיניים ולא יקדם את הצעת חוק הירושה, באם הדבר עלול לפגוע בזכויות רכושיות של זוגות חד מיניים" (מכתב יועץ השר לאגודה לזכויות האזרח מיום 3.9.2007) (העתקים משני המכתבים מצויים אצל המחברים).
- 19 לספקות דומים בנוגע למאבקים פמיניסטיים שנתפסו על ידי חלק מן הנשים כמאבקים אליטיסטיים, שאינם רלוונטיים לחלק גדול מן הקבוצה, ראו הנרייט דהאן כלב "פמיניזם בין מזרחיות ואשכנזיות" מין מיגדר פוליטיקה 217 (דפנה יזרעאלי עורכת, 1999).
- 20 גם מדינות שהתירו נישואי בנות זוג מאותו המין, הגבילו זאת לנישואיהן של בנות זוג שלפחות אחת מהן היא תושבת המדינה שבה נערכים הנישואין. בשנת 2003 הייתה קנדה למדינה הראשונה שאפשרה נישואיהם של בני זוג מאותו המין שאיש מהם אינו תושב המדינה. דרום אפריקה הצטרפה אליה בדצמבר 2006.
- 21 יניב הלפרין "משלחת זוגות חד-מיניים – לנישואים בקנדה" 6.3.2005 www.gogay.co.il/GoGay 6.3.2005; יניב הלפרין "החתונה הזו היא שלב פרוצדוראלי בחיים" GoGaytoday/ItemDB.asp?CMID=4084; www.gogay.co.il/today/ItemDB.asp?CMID=4093 13.3.2005
- 22 Essex Hemphil, Ceremonies (1992).
- 23 לעיל ה"ש 2.
- 24 לעיל ה"ש 9.
- 25 סעיף 103 לעתירה כבג"ץ 10218/05 הרלנד, עו"ד נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, שכתב עו"ד און שטוק.
- 26 ראו למשל סעיפים י"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין בבע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, תק-על 2006(4), 2765 (2006), שבהם הוא מבכה את תופעת "נישואי התערובת".
- 27 לדיון על דילמות בייצוג של עורכי דין לשינוי חברתי ראו נטע זיו "עריכת דין למען מטרה חברתית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" משפט וממשל ו 129 (2001).
- 28 מאמר זה נכתב מתוך הערכה רבה לחמשת הזוגות על שנאבקו למען שוויון זכויותיהם, כמו גם למען שוויון לקבוצת המיעוט שאליה הם ואנחנו משתייכים. הערכה מיוחדת שמורה לשני הזוגות אותם ייצגנו אנו – יוסי בן-ארי ולורן שומן, ספי בר לב וירון להב – על המעורבות הרגשית והאינטלקטואלית הגבוהה שגילו במהלך ההתדיינות.