

נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית*

יובל מרין**

מבוא

במהלך העשור האחרון התפתחו ברחבי העולם סוגים שונים של הכרה משפטית בבני זוג מאותו המין כ"משפחה". בניגוד למשפט הישראלי, המכיר בזוגיות הומוסקסואלית באופן נקודתי בלבד במספר מצומצם של תחומי משפט¹, ניתן למצוא במשפט המשווה הכרה סטטוטורית מקיפה בקשרי הזוגיות החד-מינית. עקב מחקר שערכתי בנוגע לסטטוס המשפטי

* חלקו הראשון של מאמר זה (פרק I) הנו גרסה מורחבת ומעודכנת של הרצאה שניתנה במסגרת יום עיון ב"Y. Merin "Models for the Legal: New-York University School of Law במרץ 2000. ראו: Y. Merin "Recognition and Regulation of Same-Sex Partnerships – A Comparative Overview" 26(1) *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* (Spring, 2001) 191

** דוקטור למשפטים, מרצה וחבר הסגל הקבוע בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. ברצוני להודות לפרופ' אלון הראל, לד"ר אייל גרוס, לד"ר משה כהן-אליה, לד"ר יובל שני, לד"ר רינת קיסאי, לתמר מרין ולמיכל אלפון על הערותיהם. כן ברצוני להודות לחברי מערכת כתב העת המשפט, ולעפרה גרובר בפרט, על הערותיהם וסיועם בהכנת המאמר לפרסום. גרסה מקוצרת של מאמר זה התפרסמה במשפט 12 (2001).

1 הכרה זו מוצאת ביטוי בעיקר בתחום יחסי העבודה וחזיונות סוציאליים שונות. ראו: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), תשנ"ב-1992, ס"ח 37; בג"צ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (להלן: עניין דנילוביץ); ע"מ 8/94 שטיינר נ' קצין התגמולים, בפני ועדת הערעורים לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (לא פורסם, החלטה מיום 13/8/95); ע"ש 369/94 שטיינר נ' צבא התגנה לישראל (לא פורסם, החלטה מיום 5.12.96). לדין בהתפתחויות אלו ראו מאמרו של א' הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט 1 (תשס"ב) 195. לגיתוח פסקי הדין המגויים לעיל, ראו: A.M. Gross "Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-Recognition of Same-Sex Couples in Israeli Law" *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (Oxford, R. Wintemute ed., 2001) 391. כן ניתן ללמוד על מידת ההכרה בקשרי זוגיות חד-מינית כקשרי משפחה מפסקי דין העוסקים בזכויות ההורות של הומוסקסואלים ולסביבות בישראל, ראו: בג"צ 2078/96 וין נ' שר הבריאות (לא פורסם), דינים עליון נה 778; תמ"ש 50/97 פלונית נ' הי"ם (לא פורסם, עותק שמור במערכת); ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי, (טרם פורסם) תקדין מחוזי 2001(2) 125; בג"צ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים, פ"ד (נד) 368. ראו עוד לעניין זה תמ"ש 14480/98 פלוני נ' אלמוני (לא פורסם, עותק שמור במערכת); תמ"ש 32520/97 פלונית נ' אלמונית (טרם פורסם), תקדין משפחה 53 (2) 97.

של זוגות חד־מיניים במשפט המשווה, מצאתי לנכון לסווג הסדרים אלו לארבע קטגוריות רחבות של הכרה משפטית בוגיות הומוסקסואלית ולמספר קטגוריות משנה המיוחדות באופיין למדינה זו או אחרת.² אכנה את ארבע הקטגוריות הרחבות "מודלים" להכרה ולהסדרה של מעמדם המשפטי של בני זוג מאותו המין, ואלה הם: נישואין בין בני זוג מאותו המין, או "נישואין חד־מיניים" (Same-Sex Marriage); "שותפות רשומה" (Registered Partnership); "שותפות משפחתית" (Domestic Partnership); ו"מגורים משותפים ללא נישואין" (Cohabitation).³ ההבדלים בין המודלים השונים הגם הן כמותיים והן איכותיים. חשיבות ההבחנה בין ארבעת המודלים נובעת, בין היתר, מן התפיסה הרווחת והמוטעית לפיה זכאים זוגות הומוסקסואלים וזוגות לסביות להתחתן במספר מדינות (הן באירופה והן בארצות־הברית), בעוד שלמעשה, עד לא מזמן, לא היו רשאים זוגות חד־מיניים להתחתן בשום מקום בעולם ואפשרות זו נפתחה בפניהם רק לאחרונה, ואף זאת – במדינה אחת בלבד (הולנד). יתר על כן, הערכת המודלים שפותחו עד כה במדינות מערביות שונות תסייע בעתיד בבחירת הפתרון הראוי לאופן הסדרת הזוגיות החד־מינית במשפט הישראלי. כיוון שהמאמר מתמקד בבחינה ביקורתית של מודלים קיימים להכרה בוגיות ההומו־לסבית, ובוכה תחולת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין ואופייה החוקתי המיוחד של מדינת ישראל, הסדר חלופי לנישואין במשפט הישראלי שיכלול גם זוגות חד־מיניים הנו נושא למאמר נפרד. עם זאת, הדיון במאמר הנו עקרוני ובעל תחולה רחבה, ויש בו כדי להשליך אור גם על אופן ומידת ההכרה בוגיות החד־מינית במסגרת המשפט הישראלי.⁴

המאמר פותח בסקירה ובניתוח של המודלים העיקריים להכרה בוגיות חד־מינית ושל ההסדרים המיוחדים למספר מדינות ספציפיות. לאחר מכן מציג המאמר שני טיעונים מרכזיים: ראשית, כעולה מן ההשוואה בין ההסדרים השונים, אין במודלים האלטרנטיביים לנישואין

2 ראו: Y. Merin *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States* (Chicago, 2002) ch. 3-7

3 (התרגום שלי – י.מ.). בהיעדר מינוח מקובל למושגים אלו בעברית, ועל מנת להימנע מחזרה על המינוח הלועזי, אשתמש להלן בתרגומם הנוכח לעיל לעברית בכל מקום שבו מתייחס המאמר למודלים השונים.

4 ברי כי עד שלא יושווה מעמדם של זוגות הטרוסקסואלים שאינם יכולים להתקשר בנישואין דתיים או שאינם רוצים שהדין הדתי הוא שיסדיר את נישואיהם, ובמילים אחרות, כל עוד לא יונהגו בישראל נישואין אזרחיים או שיוקם מוסד אחר דמוי נישואין, לא תיתכן הסדרה מקיפה של מערכות יחסיהם של זוגות חד־מיניים במסגרת דיני המשפחה בישראל. רפורמה מעין זו נתונה בידי הרשות המחוקקת. כדברי הנשיא ברק בבג"צ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד (מוז) 749, פתרון בעיית חוסר השוויון במסגרת מוסד הנישואין אינה בידי המשפט, שכן "אין בעניין זה קונסנסוס בחברה הישראלית, ואין לצפות מבית המשפט כי יכריע באופן מובהק לכיוון זה או אחר... יש הסבורים כי פתרון הבעיה הוא בהנהגת נישואין אזרחיים... אין לצפות מבית המשפט כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים, וביט המשפט טרב לכך בעקביות" (שם, בע' 789). בשלב זה לא מסתמנת נכונות מצד המחוקק להנהגתם של נישואין אזרחיים. קל וחומר ככל שהדבר נוגע להכרה מקיפה בקשרי המשפחה של זוגות חד־מיניים בישראל. לדיון בהצעת החוק המתגבשת להקמת מוסד חלופי לנישואין בישראל עבור זוגות הטרוסקסואלים ראו, להלן פרק 3.

משום הקניית שוויון זכויות להומוסקסואלים וללסביות, באשר מוסד הנישואין מקנה מספר רב יותר של זכויות וחובות לבני הזוג; שנית, גם לו היו המודלים האלטרנטיביים מקנים את אותן ההטבות והחובות הנובעות ממוסד הנישואין, הרי שמבחינה הצהרתית, הם עדיין היו מהווים הסדרים "נפרדים אך שווים" למוסד הנישואין ועל כן מותירים את קבוצת ההומוסקסואלים והלסביות בעמדת נחיתות, בבחינת אזרחים סוג ב'. מסקנת המאמר הנה כי רק פתרון שבמסגרתו יפתח מוסד הנישואין גם לזוגות חד-מיניים, כפי שנעשה בהולנד, יענה על דרישת השוויון, וכי הסדרים אלטרנטיביים מגלמים תפיסה של מערכות היחסים החד-מיניות כפחותות ערך בהשוואה לקשרי הזוגיות הטרוסקסואלית; יש בהם כדי להנציח סטראוטיפים ודעות קדומות כלפי הומוסקסואלים ולסביות ולשלול מהם את הזכות לבחור באופן שווה כיצד להסדיר את מערכות יחסיהם.

1. מודלים להכרה בזוגיות חד-מינית במשפט המשווה

(א) נישואין חד-מיניים

נישואין אזרחיים הנם המודל הרחב והמקיף ביותר להכרה משפטית בקשרי זוגיות הקיים כיום, הן מבחינת מידת הסדרתו החוקית על ידי המדינה והן מבחינת מספר החובות, ההגנות, הזכויות וההטבות שהוא מקנה לבני הזוג או מטיל עליהם. המדינה היחידה בעולם בה מוכרים כיום נישואין בין בני זוג הומוסקסואלים או לסביים הנה הולנד. בעבר, בתי משפט בהולנד, כמו בתי המשפט בארצות-הברית, פסקו כי זוגות חד-מיניים אינם רשאים להינשא. הצעת "החוק לפתיחת מוסד הנישואין" לבני זוג מאותו המין אומצה על ידי הפרלמנט ההולנדי בספטמבר 2000, והחוק נכנס לתוקפו באפריל 2001.⁵ החוק לפתיחת מוסד הנישואין מרחיב את ההגדרה של "נישואין" וקובע בפשטות כי נישואין יכול שיערכו בין בני זוג ממין שונה או בין בני זוג מאותו המין. לפי החוק החדש, על מנת להתחתן בהולנד, לפחות על אחד מבני הזוג להיות אזרח או תושב הולנדי (דרישה זו קיימת גם לגבי זוגות הטרוסקסואלים המעוניינים להתחתן בהולנד). באותו המעמד בו התקבל בהולנד החוק לפתיחת מוסד הנישואין, אושרה גם הצעת חוק בעניין אימוץ על ידי זוגות חד-מיניים, המתירה לזוגות אלו לאמץ יחדיו ילדים שנולדו בהולנד, אך אינה מתירה אימוץ בידי זוגות חד-מיניים של ילדים ממדינות זרות.⁶ ההבדלים היחידים בין נישואין חד-מיניים לנישואין בין בני זוג ממין שונה הנם חוסר ההכרה בנישואין מהסוג הראשון מחוץ להולנד⁷ וההגבלות על אימוץ ילדים מחוץ להולנד. בשום מקום אחר בעולם לא הוענקה לזוגות חד-מיניים הזכות להינשא.

5 ראו: (Last visited on 23.4.2001) [http://ruljis.leidenuniv.nl/user/cwaaldij] (באתר זה ניתן למצוא תרגום של עיקרי החוק החדש ודברי הסבר לחוק, בנוסף לתיאור מפורט של ההתפתחויות שהובילו לקבלת החוק).

6 שם. חוק זה, כמו החוק לפתיחת מוסד הנישואין, נכנס לתוקפו באפריל 2001.

7 לפיכך, מחוץ לגבולות הולנד, ייתקלו זוגות נשואים חד-מיניים בבעיות סוככות בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי. לדיון מקיף בבעיות אלו, ראו: 4. ch. 2, *supra* note 2, Merin.

מספר בתי משפט בארצות-הברית גילו נכונות להורות למחוקק לפתוח את מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים, אך בסופו של דבר נמנעו מעשות כן; לפיכך, אין עדיין בארצות-הברית מדינה המכירה בנישואין בין בני זוג מאותו המין. לעניין זה ראוי לציין את החלטתו המפורסמת של בית המשפט העליון של הוואי משנת 1993 לפיה אי-הכללת זוגות חד-מיניים במסגרת החוקים הנוגעים לנישואין ולגירושין במדינה מהווה הפליה אסורה על בסיס מין העומדת בניגוד לחוקה של הוואי.⁸ בית המשפט החזיר את התיק לערכאה הנמוכה כדי שזו תבדוק אם המדינה יכולה להצדיק את שלילת הזכות לנישואין מזוגות חד-מיניים. משעה שלא עלה בידי המדינה להוכיח קיום הצדקה שכזו, ניתן פסק דין לטובת התובעים, המחייב את הוואי לפתוח את מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים.⁹ הייתה זו הפעם הראשונה שבית משפט כלשהו בעולם הכיר בזכות של זוג חד-מיני להיכלל במוסד הנישואין. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון של הוואי; במקביל פסק בית משפט באלסקה באופן דומה וקבע אף הוא כי יש לפתוח את מוסד הנישואין לזוגות הומוסקסואלים ולסביות; גם על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון של המדינה.¹⁰ בזמן שהערעורים על החלטות אלו היו תלויים ועומדים, ובמטרה למנוע החלטה שיפוטית שתחייב הכרה בנישואין חד-מיניים, ערכו המחוקקים בהוואי ובאלסקה משאל עם שמטרתו הייתה להביא לתיקון חוקתיהן באופן שימנע אפשרות של פתיחת מוסד הנישואין להומוסקסואלים ולסביות (וזאת על ידי הגדרה חוקתית מפורשת של מוסד הנישואין כמוגבל לגבר ואישה). בנובמבר 1998 הצביעו הבוחרים בשתי המדינות ברוב גדול בעד התיקונים לחוקת, וזמן קצר לאחר מכן פסק בית המשפט העליון של מדינת הוואי כי לאור תיקונים אלו, ההחלטה בעניין איננה עוד בידי ודחה את התביעה;¹¹ מאותה הסיבה, משכו התובעים באלסקה את עתירתם. כשנה לאחר מכן דן בית המשפט העליון של מדינת וורמונט אף הוא בסוגיה זו וקבע כי בעוד שאין חובה להעניק להומוסקסואלים ולסביות את הזכות להתחתן, על המחוקק להקנות לזוגות חד-מיניים את ההטבות הנובעות ממוסד הנישואין;¹² החלטה זו הובילה לאימוץ ה-Civil Unions Act בורמונט בו אדון בהרחבה בהמשך. בתגובה לפסיקתו הראשונית של בית המשפט העליון של מדינת הוואי, ומתוך חשש שאחת או יותר ממדינות ארצות-הברית יכירו בשלב מסוים בנישואין חד-מיניים, חוקק הקונגרס בשנת 1996 חוק פדרלי המכונה "החוק להגנה על מוסד הנישואין" "The Defense of Marriage Act" (להלן: "DOMA").¹³ בעקבותיו חוקקו עד כה שלושים

8 *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44, 67 (Haw. 1993) (להלן: עניין *Lewin* או *Lewin case*).

9 ראו: *Baehr v. Muike*, 910 P.2d 112 (Haw. 1996) נימוק המדינה היחיד היה מבוסס על הפגיעה האפשרית לילדים הגדלים במשפחות חד-מיניות. בית המשפט דחה טיעון זה מכול וכול וקבע כי לא הוכח שייגרם כל נזק פסיכולוגי או אחר לילדים אלו. זאת ועוד: נפסק כי פתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים דווקא תסיב את מצבם של ילדים הגדלים במסגרת זו שכן המוסד מקנה להם הגנה מקיפה ושורה של זכויות.

10 *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, No. 3AN-95-6562 CI. (Alaska Super. Ct. 1998) 10

11 ראו: *Baehr v. Muike*, 994 P.2d 566 (Haw 1999)

12 *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. Sup. Ct., 1999) 12 (להלן: עניין *Baker* או *Baker case*).

13 The Defense of Marriage Act, 1 U.S.C.A. 7 (West 1997) (להלן: DOMA).

וחמש מדינות בארצות-הברית חוקים דומים שנועדו אף הם "להגן על מוסד הנישואין" מפני זוגות חד-מיניים¹⁴. חוקים אלו קובעים כי מוסד הנישואין מוגבל לקשר שבין גבר ואישה וכי הן הממשל הפדרלי והן המדינות אינן מחויבים להכיר בנישואין חד-מיניים שיערכו במדינה אחרת או מחוץ לארצות-הברית¹⁵.

(ב) שותפות רשומה

המודל השני הקיים להכרה בזוגיות חד-מינית הנו המודל הצפון-אירופי של "שותפות רשומה" (Registered Partnership)¹⁶. נהוג לכנות מודל זה ולהתייחס אליו כאל "נישואין" לכל דבר ועניין, בעוד שבחינה מדוקדקת של חוקי השותפות הרשומה מגלה כי על אף שמודל זה מבוסס על מודל הנישואין, הוא שונה ממנו באופן מהותי, ואין לראות בו הסדר חוקי של נישואין בין בני זוג מאותו המין. חוקים בעניין שותפות רשומה אמנם מפנים לחקיקה הקיימת בענייני נישואין וגירושין ומחילים חקיקה זו על מוסד השותפות הרשומה, כך שהם מקנים לבני זוג מאותו המין את רוב הזכויות, ההטבות, ההגנות והחובות הקשורות בנישואין, אך זאת בכפוף למספר חריגים משמעותיים. יחד עם זאת, חוקים אלה הנם האלטרנטיבה הקרובה ביותר למוסד הנישואין הפתוחה כיום בפני הומוסקסואלים ולסביות, וההסדר המשפטי המקיף ביותר להכרה בזוגיות חד-מינית (פרט לחקיקה המרחיבה את הגדרת מוסד הנישואין כך שיחול גם על זוגות הומוסקסואלים ולסביות, כפי שנעשה בהולנד). חוקים אלה אומצו עד כה על ידי שש מדינות בצפון אירופה: דנמרק (1989)¹⁷, נורווגיה (1993)¹⁸, שוודיה

14 ראו: Lambda Legal Defense and Education Fund, 2000 Anti-Marriage Bills Status Report: [http://www.lambdalegal.org/cgi-bin/pages/documents/record?record=578] (Last visited on 23.4.2001); P. Ferdinand "Vermont Legislature Clears Bill Allowing Civil Unions: Gay

Couples Given Rights Like Those of Married Couples" *Washington Post* 25.4.2000
15 לדין בחוקים אלו ובשאלת חוקיותם, ראו: G.W. Willett "Equality Under the Law or Annihilation of Marriage and Morals? The Same Sex Marriage Debate" 73 *Ind. L.J.* (1997) 335; J.G. Brown "Extraterritorial Recognition of Same-Sex Marriage: When Theory Confronts Praxis" 16 *Quinnipiac L. Rev.* (1996) 1; B. Cox "Are Same-Sex Marriage Statutes the New Anti-Gay Initiatives?" 2 *Nat'l. J. Sexual Orientation L.* (1996) 194; N.J. Knauer "Domestic Partnership and Same-Sex Relationships: A Marketplace Innovation and a Less than Perfect Institutional Choice" 7 *Temple Pol. & Civ. Rts. L. Rev.* (1998) 337; B.A. Robb "The Constitutionality of the Defense of Marriage Act in the Wake of Romer v. Evans" 32 *New Eng. L. Rev.* (1997) 263; L.M. Farabee "Marriage, Equal Protection, and the New Judicial Federalism: A View from the States" 14 *Yale L. & Pol'y Rev.* (1996) 237; D.O. Coolidge & W.C. Duncan "Definition or Discrimination? State Marriage Recognition Statutes in the 'Same-Sex Marriage' Debate" 32 *Creighton L. Rev.* (1998) 3, 11-13

16 לעניין המינוח העברי, לעיל הערה 3.

17 ראו: Danish Act no. 372, June 7, 1989 (Registered Partnership Act); Danish Act no. 373, June 7, 1989 (amending the Danish marriage, inheritance, penal, and tax laws to conform to the Registered Partnership Act). For the text of act in English see [http://users.cybercity.dk/~dco12530/s2.htm] (Last visited on 23.4.2001)

(1995)¹⁹, איסלנד (1996)²⁰ הולנד (1998)²¹ ולאחרונה – פינלנד (2002)²². הצעות חוק "שותפות רשומה" תלויות ועומדות כעת בבלגיה²³, באיטליה, בשווייץ ובברזיל²⁴. חוקי השותפות הרשומה של מדינות סקנדינביה מוגבלים בתחולתם לזוגות חד-מיניים בלבד, בעוד שהחוק ההולנדי פתוח גם בפני זוגות הטרוסקסואלים. לפיכך יכולים כיום הן זוגות חד-מיניים והן זוגות הטרוסקסואלים בהולנד לבחור בין שותפות רשומה לבין נישואין על מנת להסדיר משפטית את מערכות יחסיהם²⁵, ואילו זוגות הומוסקסואלים במדינות סקנדינביה רשאים להתקשר בשותפות רשומה אך מנועים מלהינשא, אפשרות העומדת רק בפני זוגות הטרוסקסואלים.

כאמור, חוקי השותפות הרשומה מקנים את רוב הזכויות הנובעות מנישואין בכפוף למספר יוצאים מן הכלל. ראשית, חוקים אלו מטילים דרישות אורחות ותושבות חמורות יותר מאלו

18 ראו: [http://users.cybercity.dk/~dko12530/s2.htm] (Last visited on 23.4.2001). Act No. 40 of April 30, 1993. For the text of the act in English see

19 ראו: Ministry of Justice. See [http://www.casti.com/FQRD/texts/partnership/se/sweden-act.html] (Last visited on 23.4.2001).

20 ראו: [http://www.casti.com/FQRD/texts/partnership/is/iceland-bill.html] (Last visited on 23.4.2001); [http://www.casti.com/FQRD/texts/partnership/is/iceland-chng.html] (Last visited on 23.4.2001). Act number 87 of June 4, 1996. See

21 ראו: Act of July 5, 1997, Netherlands Law Gazette 324, and Act of December 17, 1997, Netherlands Law Gazette 660.

22 ראו: R. Hiltunen "Approved Finnish Legislation on Same-Sex Partnerships" ILGA - Euroletter no. 93 (Nov. 2001).

23 בנוסף להצעת החוק הבלגית בעניין שותפות רשומה, נכנס בינואר 2000 לתוקף חוק משנת 1998 היוצר מוסד חדש בבלגיה – Statutory Cohabitation, המסדיר רישום חוזה למגורים משותפים של כל שני בוגרים לרבות זוגות חד-מיניים; על הצדדים מוטלת חובה לחלוק את הוצאות המחיה ואת התובות הקשורות למגורים המשותפים.

24 באוקטובר 2000 הוגשה הצעת חוק שותפות רשומה בפני הפרלמנט הספרדי ונחלה תבוסה מוחצת. הצעות דומות נדחו בסוף שנת 1999 גם על ידי בית המחוקקים הצ'כי. נראה שהמדינה היחידה שבה יש סיכוי ראלי לקבלת חוקי שותפות רשומה בעתיד הנראה לעין הנה שווייץ. בשאר המדינות שצוינו לעיל מדובר בהצעות חוק שסיכוייהן להגיע לדיון בפרלמנט קטן ביותר.

25 לפי החוק החדש בהולנד לעניין נישואין חד-מיניים, מוסד ה"שותפות הרשומה" שהיה קיים בהולנד משנת 1998 ימשיך להתקיים לצד נישואין חד-מיניים במשך חמש שנים נוספות, ובמהלך תקופה זו אפשר יהיה לעבור מסטטוס של שותפות רשומה לזה של נישואין או להפך, ראו: *Merin, supra note 2*, ch. 4.

26 בברזיל, באיסלנד ובפינלנד, רק אם אחד מבני הזוג הנו אורח ותושב המדינה, רשאים בני הזוג להתקשר בשותפות רשומה. ביולי 2000 תוקן החוק השוודי ועל פי החוק החדש, גם בני זוג שאינם אורחי שוודיה רשאים להתקשר בשותפות רשומה, אם גרו בשוודיה לפחות שנתיים לפני רישום השותפות. לפי החוק הדני, אופציה אחת הנה כי אחד השותפים הנו אורח דני או אורח מדינה אחרת שיש בה חוק שותפות רשומה; לחלופין, אם שני בני הזוג היו תושבי קבע בדנמרק במהלך השנתיים שקדמו לרישום, רשאים הם להתקשר בשותפות רשומה. לצורך רישום שותפות בהולנד נדרש בעבר כי שני בני הזוג יהיו אזרחים הולנדים או תושבי קבע בהולנד; החוק תוקן בדצמבר 2000 וכיום די בכך שאחד מבני הזוג יהא אורח או תושב הולנדי, *Ibid*, ch. 3-4.

הקיימות לשם נישואין באותן מדינות, במובן זה שחוקי השותפות הרשומה מוגבלים בתחולתם בדרך כלל לאזרחי המדינה בה נחקקו או לתושביה, כך שזרים מנועים מלהתקשר בשותפות רשומה במדינות אלו²⁶. שנית, לפי חוקי השותפות הרשומה, זוגות חד-מיניים אינם נהנים מזכויות הורות שונות המוענקות באופן אוטומטי לזוגות נשואים באותן מדינות, ובכלל זה זכויות חזקה, אימוץ והזרעה מלאכותית²⁷. היקף שלילת זכויות ההורות משתנה ממדינה למדינה: במדינות הסקנדינביות נשללת מלסביות (ומגשים לא נשואות בכלל) נגישות לשירותי הזרעה מלאכותית, ובני זוג הקשורים בשותפות רשומה אינם רשאים לאמץ יחדיו ילד זר; חלק ממדינות צפון אירופה מתירות לבת זוג בשותפות רשומה לאמץ את ילדיה הביולוגיים או המאומצים של בת זוגה, בעוד שאחרות אינן מקנות זכות זו²⁸. במדינות הסקנדינביות קיים הבדל נוסף בין האלטרנטיבות העומדות בפני זוגות נשואים לבין אלו העומדות בפני זוגות הקשורים בשותפות רשומה והוא שזוגות נשואים יכולים לבחור בין טקס נישואין אזרחי לבין טקס נישואין דתי-כנסייתי מטעם המדינה²⁹, בעוד שלטקס "נישואין" דתי של זוגות חד-מיניים המעוניינים להתקשר בשותפות רשומה אין כל נפקות משפטית³⁰.

Ibid, ibid 27

28 כך, למשל, בדנמרק, בנורווגיה ובשוודיה, החוק אינו מכיר בזכותם של זוגות חד-מיניים לחזקה משותפת על הילדים הביולוגיים או המאומצים של כל אחד מבני הזוג. רק החוקים באיסלנד ובפינלנד מקנים לזוגות חד-מיניים חזקה משותפת אוטומטית כלפי ילדיהם של כל אחד מבני הזוג, ובהולנד חזקה משותפת אפשרית רק לאחר קבלת צו מיוחד מבית המשפט. כמו כן, על פי חוקי השותפות הרשומה, זוגות חד-מיניים מנועים מלאמץ באופן משותף ילד שאינו ילדו הביולוגי של אחד מהם ומלאמץ זה את ילדיו (הביולוגיים או המאומצים) של זה. לכלל זה יש חריג בחוקים של דנמרק והולנד, לפיו השותפים רשאים לאמץ זה את ילדיו של זה (אלא אם כן מדובר בילד שאומץ מלכתחילה על ידי אחד מבני הזוג מארץ זרה). כאמור לעיל, החל מאפריל 2001, רשאים בני זוג הקשורים בשותפות רשומה בהולנד אף לאמץ יחדיו ילד שאינו ילדו הביולוגי או המאומץ של אחד מהם כל עוד לא אומץ הילד במקור ממדינה זרה. רואים אנו, אם כן, כי המדינות שבהן קיימים חוקי שותפות רשומה מקנות את הזכות לאמץ ילדים ממדינות זרות רק לזוגות הטרוסקסואלים נשואים; הרציונל שניתן לכך על ידי מדינות אלו הנו החשש שאם יותר לזוגות חד-מיניים לאמץ ילדים מחוץ לארץ, יפסיקו מדינות רבות לשלוח את ילדיהן לאימוץ במדינות צפון אירופה מחשש שמא יאומץ הילד על ידי זוג הומוסקסואלים. לדיון ברציונל זה ולביקורת בעניין זה, ראו: *Ibid*, ch. 8. יתר על כן, מדינות סקנדינביות שוללות מלסביות נגישות להזרעה מלאכותית (חוקיהן אוסרים באופן גורף מתן שירותים מעין אלו לכל אישה שאינה נשואה); הולנד הנה המדינה היחידה שבה אין מגבלות בחוק על נגישות לשירותים אלו ואף קיימת חקיקה המגנה מפני הפליה על לסביות המעוניינות להשתמש באמצעי הזרעה מלאכותית, *Ibid*, ch. 4.

29 לפי חוקי מדינות אלו ישנן לשני סוגי הטקסים תוצאות משפטיות זהות, קרי: גם טקס דתי בלבד מקנה רישום אוטומטי של דבר הנישואין בעירייה; זאת ועוד, במדינות סקנדינביות הכנסייה הנה באופן פורמלי גוף של המדינה המנוהל ומתוקצב על ידה. ראו: *ibid*, ch. 3.

30 אין ספק, כי בהקשר זה לא רצו ממשלות סקנדינביות לכפות בחוק על הכנסייה לפעול בניגוד לשיקולי דת שבסמכותה (וזאת למרות נכונותם של כמרים רבים במדינות סקנדינביות "להשיא" זוגות חד-מיניים בטקס בעל תוקף משפטי, ולא רק כאקט פרטי). יש לציין כי האופציה של נישואין דתיים לזוגות חד-מיניים אינה רלוונטית בהולנד מבהינה משפטית, שכן מדינה זו מכירה אך ורק בטקס נישואין אזרחי שנערך בעירייה, ראו: *Ibid*, ch. 4.

בנוסף על האמור לעיל, ושוב, בניגוד לנישואין, לסטטוס של שותפות רשומה יש תוקף משפטי והשלכות רק במשפט הפנימי של המדינה בה נקשרה השותפות. הכרה הדדית בשותפויות רשומות שנערכו מחוץ לגבולות המדינה קיימת רק בין המדינות הסקנדינביות בהתאם לאמנה בה מדינות אלו התקשרו לעניין זה³¹. מדינות אחרות אינן מכירות בשותפויות רשומות שנקשרו באחת ממדינות צפון אירופה. לפיכך, בהימצאם במדינות אחרות, בני זוג חד-מיני הקשורים בשותפות רשומה נחשבים זרים זה לזה מבחינה משפטית. חוסר ההכרה בשותפות במדינות אחרות עלול להוביל לבעיות שונות בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי (למשל, בענייני ירושה של נכסים השייכים לאחד מבני הזוג והמצויים מחוץ לגבולות המדינה בה נרשמה השותפות). יתר על כן, קיומה של שותפות רשומה אינו מונע מכל אחד מהשותפים להתחתן עם אדם אחר במדינה זרה וזאת מבלי לפרק קודם לכן את השותפות במדינה בה נרשמה. כמו כן, לפי חוקי השותפות הרשומה עצמם, כל הסעיפים באמנות בינלאומיות, כמו גם כללי המשפט הבינלאומי הפרטי וכללי המשפט האירופי הנוגעים לנישואין, אינם חלים על שותפויות רשומות³².

ניתן למצוא וריאציות על מודל השותפות הרשומה בחוקים המסדירים זוגיות שלא במסגרת מוסד הנישואין בצרפת ובגרמניה. חוקים אלו דומים במידת מה לחוקי השותפות הרשומה של מדינות צפון אירופה, אך הנם מצומצמים ביותר מבחינת היקף ומספר הזכויות והחובות המוענקות מכוחם בהשוואה לחוקי השותפות הרשומה, ולפיכך יש לסווגם כהסדרים מיוחדים להכרה בזוגיות חד-מינית ולא כחלק אינטגרלי ממודל השותפות הרשומה. בשנת 1999 חוקקה צרפת את חוק "הסכם השותפות האזרחי" ("Pacte Civil de Solidarité"), ובראשי תיבות PaCS, המקנה מספר מוגבל ביותר של זכויות הן לזוגות חד-מיניים והן לזוגות הטרוסקסואלים³³. באופן דומה, בנובמבר 2000 אימץ הבית התחתון הגרמני חוק שמהווה וריאציה מסוימת של שותפות רשומה (The "Life Partnership" Act) המיועד להסדיר את מערכות יחסיהם של זוגות חד-מיניים בלבד³⁴. בניגוד לחוקי השותפות הרשומה, הן ה-PaCS והן ה-Life Partnership אינם מחילים את החקיקה הקיימת בענייני נישואין וגירושין,

31 על פי החוק הדני, מוקנה לשר המשפטים שיקול דעת באם להכיר בשותפויות רשומות שנערכו במדינות נוספות (סמכות זו רלוונטית כיום רק לעניין הכרה בשותפות הולנדית). הולנד מכירה בשותפויות רשומות שנקשרו במדינות סקנדינביה רק אם שני השותפים הנם אזרחים הולנדיים, ראו: *Ibid*, ch. 3.

32 *Ibid*, *ibid*

33 אין צורך באזרחות צרפתית על מנת להתקשר ב-PaCS, ודי בכך ששני בני הזוג הנם תושבים חוקיים בצרפת. הזכויות העיקריות המוקנות בחוק הנן משטר של רכוש משותף (אלא אם כן קבעו בני הזוג אחרת בחוזה ביניהם), אחריות משותפת לחובות וזכאות לביטוח רפואי; החוק אינו מקנה זכויות ירושה או זכויות כלשהן בתחום התורות. מיסוי כווג נשוי וביטוח לאומי מוענקים לבני הזוג מהשנה השלישית לקשר ואילך. בניגוד לטקסי נישואין שנערכים בעירייה, ה-PaCS נרשם על ידי הודעה משותפת של בני הזוג לפקיד בית המשפט המקומי. ניתן לפרק את ה-PaCS על ידי הודעה משותפת או חד-צדדית לפקיד בית המשפט או פשוט מכוח נישואין של אחד מבני הזוג לאחר, שכן רישום ה-PaCS אינו משנה את הסטטוס של הצדדים כ"רווקים/ות". ראו: Loi no. 99-994 du 15 Novembre 1999 Relative au Pacte Civil de Solidarité, [http://www.perso.club-internet.fr/ccucs] (Last visited on 23.4.2001).

והם מוגבלים לרשימת הזכויות המנויות בחוק, שהנה מצומצמת ביותר. לפיכך מקנים חוקים אלו מספר מועט של זכויות בהשוואה למודל השותפות הרשומה, אך הם רחבים יותר ממרבית חוקי השותפות המשפחתית בארצות-הברית (ראו להלן).³⁵

(ג) שותפות משפחתית

המודל השלישי להכרה משפטית ביחסיהם של בני זוג מאותו המין הנו המודל של "שותפות משפחתית" (Domestic Partnership)³⁶. זהו המודל העיקרי להסדרת הסטטוס של זוגות חד-מיניים בארצות-הברית. בניגוד לשותפות רשומה, אין מודל זה מבוסס על מודל הנישואין, שכן מוקנות מכוחו מספר מצומצם של זכויות ספציפיות מבין המגוון הרחב של זכויות המוקנות מכוח מוסד הנישואין. כמו כן, קשה לקטלג את ההסדרים המשפטיים המקובצים תחת הכותרת של "שותפות משפחתית" כמודל אחד, שכן בניגוד לנישואין ולשותפות רשומה, המקנים הגנות וזכויות סטנדרטיות במישור הלאומי, החוקים, התקנות או התכניות המכונים "שותפות משפחתית" שונים אלה מאלה הן מבחינת הגדרת "השותפות המשפחתית", הן מבחינת מספר הזכויות וההטבות הנובעות ממוסד זה בכל מקום ומקום והיקפן, והן מבחינת תחולתו הגאוגרפית והעניינית³⁷. בארצות-הברית ישנם שני סוגים של שותפויות משפחתיות: שניהם חלים, בדרך כלל, הן על זוגות חד-מיניים והן על בני זוג ממין שונה³⁸.

34 מדובר בחוק בעל שני חלקים: החלק הראשון לא הצריך אישור של הבית העליון ועל פיו מוכרים זוגות חד-מיניים כקרובי משפחה, וכאים להירשם תחת אותו שם משפחה ולהיות בעלי זכויות של "בן זוג" בכל הנוגע להחלטות רפואיות וזכאות לביטוח רפואי, כמו גם הזכות שלא להעיד זה כנגד זה. כן מקנה החוק הגנה בתחום הדיור ומחיל את הסעיפים בחוק הירושה הנוגעים לזוגות נשואים גם על זוגות חד-מיניים. החוק אינו דורש כי בני הזוג יהיו תושבי גרמניה או אורחיה ואף מקנה זכויות הגירה והתאזרחות. עם זאת החוק אינו מקנה זכויות הורות (פרט לחוקה משותפת). הליך פירוק השותפות וחלוקת הרכוש בין הצדדים נעשה על ידי בית המשפט בדומה להליכי גירושין. בדצמבר 2000 דחה הבית העליון של הפרלמנט הגרמני (הבונדסראט) את חלקו השני של החוק, שהקנה זכויות כלכליות שונות לבני הזוג. הבונדסראט השמרני לא אישר את הסעיפים המקנים לזוגות חד-מיניים זכויות זהות לאלו של זוגות נשואים בתחום מס הכנסה ומסי ירושה. גם החובה לתמוך כלכלית זה בזה וזכויות פנסיה לבן הזוג לא אושרו בבית העליון. ראו: German Parliament OKs DP: Planet Out News Staff, Friday, November 10, 2000, and German Senate OKs DP Bill, PlanetOut News Staff Friday, December 1, 2000, [http: www. planetout .com/pno] (Last visited on 23.4.2001) על אף שהתקשורת הגרמנית ומספר רב של פוליטיקאים תיארו את החוק כמוסד הדומה באופיו לנישואין לזוגות חד-מיניים, הרי שהחוק מקנה מספר קטן מאוד של זכויות וכלל אינו מטיל תובת על בני הזוג. ההכרה לפי חוק זה היא, אם כן, מאוד מוגבלת והנה דומה בהיקפה לזו המוענקת על ידי החוק הצרפתי. ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 5. לבסוף יש לציין כי פורטוגל אף היא הצטרפה לאחרונה לרשימת המדינות המכירות בזוגיות חד-מינית, באמצע חוק הדומה למודל השותפות הרשומה הצפון אירופי, אם כי פחות מקיף ממנו. ראו: "The New" M. Freitas (2001) Portuguese Law on Same-Sex Unions" ILGA-Euroletter no. 88 (May 2001).

35 ראו: Merin, *Ibid*, *ibid*.

36 לעניין המינוח העברי, **לעיל** הערה 3.

37 כיוון שלא מדובר בהכרה פדרלית, יש לבדוק אילו מדינות, ערים, רשויות מקומיות ומעבדים מעניקים סטטוס זה ואילו זוגות וכאים להכרה כ"שותפות משפחתית"; הדבר משתנה מעיר לעיר, ממדינה למדינה וממעבד למעבד. ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 7.

38 באמצע שנות השמונים, כשהחלו ערים שונות ומעבדים בארצות-הברית להכיר ב"שותפויות משפחתיות", היה המוסד מיועד לזוגות חד-מיניים בלבד, אך בשנים האחרונות הוגדרו מחדש רוב ההסדרים ככוללים בני זוג ממין שונה שאינם נשואים. *Ibid*, *ibid*.

סוג אחד מתבטא בהענקת הטבות שונות על ידי מעבידים פרטיים לשותפויות משפחתיות כפי שאלו מוגדרות על ידי אותו מוסד³⁹. הסוג השני של "שותפות משפחתית" הנו מוסד המוקם מכוח הוראת חוק כלשהי (חקיקה מדינתית או תקנה/צו מוניציפלית). המדינות היחידות המכירות בשותפות משפחתית כיום הן ניו-יורק, הוואי, ורמונט, מסצ'וסטס, קליפורניה, קונטיקט ואורגון⁴⁰. החוקים במדינות אלו מקנים לבני זוגם של עובדי המדינה הטבות כלכליות שונות במסגרת העבודה, אם זוגות אלו עונים על ההגדרה של "שותפות משפחתית" לפי החוק הרלוונטי. שותפויות מעין אלו אינן מוכרות במדינות אחרות. החוק של מדינת הוואי: The Reciprocal Beneficiaries Act היה עד לא מזמן המקיף ביותר מסוגו בארצות-הברית מבחינת הזכויות שהוענקו על פיו לזוגות חד-מיניים⁴¹. חוק זה חל גם על זוגות ממין שונה ומקנה, בין השאר, זכויות ירושה, זכות להגיש תביעה אזרחית בגין גרימת מוות ברשלנות לבן הזוג וביטוח רפואי לבן הזוג. עם זאת, אין החוק מחייב מעסיקים מן המגזר הפרטי לספק ביטוח רפואי לבני הזוג של עובדיהם.

עקב החלטת בית המשפט העליון של מדינת ורמונט לפיה על הפרלמנט לבסס חקיקה שתחיל את הזכויות, ההגנות והחובות הנובעות מנישואין גם על זוגות חד-מיניים במדינה⁴², אימץ הפרלמנט של ורמונט את חוק "הברית האזרחית" (The Civil Unions Act), שנכנס לתוקפו ביולי 2000⁴³. החוק, שחל אך ורק על בני זוג מאותו המין, מקנה להם את כל הזכויות, ההטבות וההגנות שמוענקות לזוגות הטרוסקסואלים מכוח מוסד הנישואין בתוך מדינת ורמונט, אך מונע את אפשרות פתיחת מוסד הנישואין לבני זוג מאותו המין, שכן הוא מגדיר "נישואין" מפורשות כברית בין גבר לאישה. עם זאת, מוסד דמוי נישואין זה מבטא את ההכרה הרחבה ביותר בזוגיות חד-מינית הקיימת בארצות-הברית כיום, והוא דומה באופיו יותר למודל השותפות הרשומה האירופי מאשר למודל השותפות המשפחתית האמריקאי. אולם יש לציין מספר מגבלות של החוק בהשוואה לחוקים בצפון אירופה: ראשית, החוק חל רק במדינת ורמונט ומקנה רק את הזכויות הנובעות מנישואין שהנן בסמכותו של המחוקק במדינת ורמונט. לפיכך, אין החוק מעניק את כל קשת הזכויות המוענקות אוטומטית לזוגות נשואים ברמה הפדרלית (מדובר בלמעלה מאלף זכויות, כגון זכויות בתחום ההגירה, זכויות בתחום המיסוי הפדרלי וכיוצא בזה)⁴⁴. כמו כן, המעמד החדש שמקנה החוק לזוגות חד-

39 כיוון שעיקר ענייני במאמר זה הנו הסדרים סטטוטוריים של זוגיות חד-מינית, לא אפרט במסגרת זו את אופיין של תכניות המגזר הפרטי המכונות "שותפות משפחתית". לדיון בסוג זה של שותפות משפחתית,

ראו: *Ibid*, *ibid*.

40 *Ibid*, *ibid*. שאר ההסדרים של "שותפויות משפחתיות" מוגבלים לרמה המוניציפלית.

41 ראו: The Reciprocal Beneficiaries Act, H.R.S. 572C (1997).

42 ראו: *Supra* note 12.

43 ראו: Acts of the 1999-2000 Vermont Legislature, No. 91 An Act Relating to Civil Unions: (approved Apr. 26 2000) 1202 (2000) [<http://www.leg.state.vt.us/docs/2000/acts/ACT091.HTM>] (Last visited on 23.4.2001). לדיון מקיף בחוק ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 7.

44 ראו: Merin, *Ibid*, *ibid*.

מינייים אינו מוכר בשום מדינה אחרת בארצות-הברית ולפיכך תחולתו מוגבלת לתושבי ורמונט⁴⁵. אין ספק כי המחוקק של מדינת ורמונט עשה כל שביכולתו על מנת להשוות בין זכויותיהם של זוגות הומוסקסואלים לאלו של זוגות נשואים, פרט לפתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים; עם זאת, החוק ימשיך להיות בעל תחולה מצומצמת עד שהסטטוס שהוא מקים יוכר על ידי מדינות אחרות בארצות-הברית.

בנוסף לשבע המדינות שצוינו לעיל, תקנות וחוקים בעניין שותפויות משפחתיות אומצו על ידי למעלה משמונים ערים ורשויות מקומיות ברחבי ארצות-הברית. רובם מקנים זכויות לבני הזוג של עובדי הרשות המקומית. חלק מן הערים מאפשרות לרשום את השותפות (הרישום יכול שיהיה סימבולי בלבד ללא הענקת זכויות כלשהן, ויכול שיקנה מספר מצומצם של זכויות, בעיקר בתחום העבודה), וחלקן מאפשרות הכרה בסטטוס בדיעבד ללא רישום; חלקן מאפשרות רק לתושבי העיר ליהנות מן ההטבות ומספר קטן של ערים מכירות בשותפויות שנרשמו בערים אחרות⁴⁶. סן-פרנסיסקו הנה אחת הערים היחידות שתקנותיה חלות גם על חברות ועל מעסיקים פרטיים שמתקשרים בחוזה עם העירייה (San Francisco's Equal Benefits Ordinance)⁴⁷. תקנות וחוקים המסדירים שותפויות משפחתיות הנם מוגבלים בהיקפם ובתחולתם: בדרך כלל נדרשת הוכחת מגורים משותפים לתקופת זמן מסוימת טרם הרישום והוכחת קיומה של תלות הדדית כלכלית ורגשית. לפיכך, קיומה של שותפות משפחתית נבדק בכל מקרה לגופו. יתר על כן, די בהודעה חד-צדדית על מנת להביא לפירוק השותפות; שותפות משפחתית חלה בעיקר בתחום ההטבות הקשורות במקום העבודה (כגון ביטוח רפואי לבת הזוג של עובדת ציבורית) ורק על עובדים מסוימים (לעתים מקנה הסטטוס מספר זכויות נוספות שאינן בתחום יחסי העבודה, כגון זכויות ביקור בבתי חולים ובבתי סוהר), והסטטוס מוכר במספר קטן של מדינות וערים. לאור זאת, קיים מספר רב של זוגות שאינם זכאים להתקשר בשותפות משפחתית. אם כן, בניגוד לנישואין ולשותפות רשומה, היקף ההכרה בזוגיות חד-מינית לפי מודל זה משתנה מאוד למשנהו ומוגבל לאזורים מסוימים. יתר על כן, מספר ההטבות שמוענקות לאותם זוגות שממלאים אחר התנאים לקיומה של שותפות משפחתית הנו מזערי בהשוואה לאלה המוענקות מכוח שותפות רשומה או מכוחו של מוסד הנישואין. זאת ועוד: בניגוד לנישואין ולשותפות רשומה, מודל השותפות המשפחתית אינו מטיל חובות הדדיות כלשהן על בני הזוג או חובות זכויות כלפי צדדים שלישיים או המדינה⁴⁸.

יש לציין, עם זאת, כי בניגוד למרבית ההסדרים האירופיים שאינם מעניקים לזוגות חד-מיניים זכויות כלשהן בתחום ההורות, מדינות רבות בארצות-הברית (וזאת ללא קשר למוסד השותפות המשפחתית) מעניקות זכויות הורות מקיפות לזוגות חד-מיניים: למשל, בארצות-הברית לא קיימת כל הפליה בנגישות לשירותי הזרעה מלאכותית, מרבית המדינות מאפשרות

45 תושבים של מדינות אחרות זכאים אמנם להתקשר ב"ברית אזרחית" במדינת ורמונט, אך אין לסטטוס זה כל השלכה משפטית מחוץ לגבולות מדינת ורמונט. *Ibid*, *ibid*.

46 *Ibid*, *ibid*.

47 ראו: San Francisco, Cal., Ordinance 97-66-33.1 (June 1, 1997).

48 ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 7.

לבן הזוג ההומוסקסואל לקבל חוקה על ילדיו של בן זוגו, וכמחצית המדינות מתירות לבנות הזוג לאמץ זו את ילדיה של זו⁴⁹.

לבסוף יש לציין כי מספר אזורים מחוץ לארצות-הברית אימצו גרסה זו או אחרת של מודל "השותפות המשפחתית". שניים מתוך ארבעה-עשר המחוזות של ספרד, קטלוניה ב-1998⁵⁰ וארגון ב-1999⁵¹, אימצו חקיקה הדומה בהיקפה להסדרים בארצות-הברית מכוחה ניתנות הטבות שונות הן לזוגות הומוסקסואלים והן לזוגות הטרוסקסואלים שאינם נשואים⁵².

(ד) מגורים משותפים ללא נישואין

המודל הרביעי הקיים להכרה משפטית ביחסיהם של בני זוג מאותו המין הנו "מגורים משותפים ללא נישואין" (Cohabitation)⁵³, מוסד הדומה באופיו למוסד הידועים בציבור בישראל. כמו "שותפות משפחתית", גם מודל זה יושם עד כה במישור המקומי בלבד. מודל המגורים המשותפים מתיימר להשוות את מעמדם המשפטי של זוגות חד-מיניים עם זה של זוגות ידועים בציבור בני מין שונה ולפיכך מקנה לזוגות אלו חלק מן הזכויות הנובעות מנישואין. היקף ההכרה במסגרת מודל זה תלוי במידת ההסדרה המשפטית של מגורים ללא נישואין במדינה הנדונה, והוא ישים רק במדינות שבהן ישנה הכרה בזכויותיהם של זוגות הטרוסקסואלים לא נשואים הגרים במשותף. מספר מדינות הרחיבו הסדרים משפטיים מעין אלו כך שיחולו גם על זוגות חד-מיניים הגרים במשותף. כך, למשל, שתיים מתוך שמונה היחידות הפדרליות האוסטרליות מסדירות בחוק את חלוקת הרכוש בין בני הזוג עם פירוק הקשר⁵⁴. בנובמבר 2000 קיבל הפרלמנט של ניו-זילנד חוק דומה שכותרתו The De-Facto Relationships Property Bill. לפי החוק החדש, שנכנס לתוקף רק בפברואר 2002, בני זוג מאותו המין שגרו יחדיו לפחות שלוש שנים יהיו רשאים לפנות לבית המשפט לצורך חלוקת הרכוש ביניהם עם פירוק הקשר באופן דומה לכללי פירוק הקשר בין זוגות הטרוסקסואלים ידועים בציבור או לגירושין בין בני זוג⁵⁵. יתר על כן, הממשל הפדרלי בקנדה שוקל לתקן

49 לדיון מקיף בזכויות ההורות של זוגות חד-מיניים בארצות-הברית, ראו: *Ibid*, *ibid*. להסברים אפשריים בדבר ההבדלים בין מידת ההכרה בזכויות הורות של זוגות חד-מיניים באירופה לעומת ארצות-הברית, ראו: *Ibid*, ch. 8.

50 ראו: "Law 10/1998 of 15 July on the Stable Union of De-Facto Couples" [http://www.redestb.es/triangulo/leycatin.htm] (Last visited on 23.4.2001) (in Spanish).

51 ראו: "The Unmarried Couples Law" For the English translation of the Aragon partnership law see [http://www.redestb.es/triangulo/leyarin.htm] (Last visited on 23.4.2001).

52 בדומה למודל האמריקאי, שותפות משפחתית בספרד מוגבלת למספר קטן של זכויות כלכליות המוענקות לבני הזוג במסגרת העבודה. לאחר רישום השותפות, חלות על הצדדים חובות לתמוך זה בזה במהלך הקשר ואף לאחר סיומו. ההסדרים בקטלוניה וארגון אינם מקנים זכויות הורות, הטבות מס, ביטוח לאומי וזכויות בתחום ההגירה, שכן נושאים אלה אינם בסמכות מחוזות אלו. ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 6.

53 לעניין המינוח העברי, **לעיל** הערה 3.

54 המדובר ב-"The Capital Australian Territory and New South Wales"; הצעת חוק דומה הונחה בפני הפרלמנט של מדינת ויקטוריה בנובמבר שנה זו. ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 6.

Ibid, *ibid* 55

ששים ושמונה חוקים פדרליים כך שיכירו בזכויותיהם של בני זוג מאותו המין באופן זהה להסדר המשפטי הקיים לגבי זוגות הטרוסקסואלים הגרים במשותף⁵⁶. מספר פרובינציות קנדיות כבר השוו בין מעמדם המשפטי של זוגות חד-מיניים הגרים במשותף לזה של זוגות הטרוסקסואלים לא נשואים⁵⁷.

ביטוי למודל זה ניתן למצוא גם בהונגריה: בשנת 1995 קבע בית המשפט החוקתי של הונגריה כי על המחוקק להעניק שוויון זכויות לזוגות הומוסקסואלים ולסביות. עקב כך תיקן המחוקק ההונגרי שנה לאחר מכן את "חוק הידועים בציבור" (The Common Law Marriage Act) באופן שיחול לא רק על זוגות הטרוסקסואלים שאינם נשואים כי אם גם על זוגות חד-מיניים⁵⁸. לפיכך כלולים כעת בני זוג לסביות או הומוסקסואלים בהגדרת ה"ידועים בציבור" וזכאים לאותן זכויות כשל בני זוג ידועים בציבור הטרוסקסואלים⁵⁹. החוק ההונגרי משקף הכרה נרחבת ומקיפה בזוגות הומוסקסואלים כמשפחה בדומה למודל הצפון-אירופי של שותפות רשומה. עם זאת, בניגוד לשותפות רשומה, החוק ההונגרי אינו קובע הליך רישום והזכויות מכוחו אינן מוקנות באופן אוטומטי, כל מקרה נבחן לגופו באופן רטרואקטיבי. יתר על כן, החוק ההונגרי אינו מעניק לבני הזוג זכויות הורות כלשהן⁶⁰.

2. נישואין "סוג ב"

שלושת המודלים האחרונים (שותפות רשומה, שותפות משפחתית ומגורים משותפים ללא נישואין) המהווים אלטרנטיבות למוסד הנישואין, כמו גם ההסדרים הקיימים בצרפת, בגרמניה, בהונגריה, בספרד, בבלגיה ובפורטוגל, אינם מקנים לזוגות חד-מיניים את מלוא "סל הזכויות" שמקנה מוסד הנישואין. על כן, לא ניתן לראות במודלים אלטרנטיביים אלו השוואה של מעמדם של זוגות חד-מיניים לזה של זוגות הטרוסקסואלים הרשאים להתחתן. חוסר השוויון מתבטא בשני נדבכים: ראשית, מספר החובות והזכויות המוענקות מכוח המודלים האלטרנטיביים נופל ממספרן של אלו המוענקות מכוח מוסד הנישואין⁶¹. שנית, גם לו היו מקנים המודלים האלטרנטיביים את מלוא הזכויות וההטבות הנובעות ממוסד הנישואין – טענתי הנה כי מודלים אלו, בהיותם מוסדות מיוחדים להכרה בזוגות חד-מינית, יהיו בבחינת

Ibid, *ibid* 56

57 כך, למשל, בשנת 1999 הייתה קיבוק הראשונה שפעלה בכיוון זה עת הגדירה מחדש את המונח "בן זוג" ככולל בני זוג מאותו המין. בעקבותיה תיקנו גם אונטריו וקולומביה הבריטית את הגדרת המונח "בן זוג" במספר רב של חוקים. תיקון הגדרת המונח "בן זוג" בחוקי אונטריו היה תוצאה ישירה של החלטת בית המשפט העליון של קנדה ממאי 1999 לפיה על המחוז לכלול זוגות חד-מיניים בהגדרת המונח "בן זוג" בחוקים הנוגעים לזכויות פנסיה. ראו: *M. v. H.*, 62 C.R.R. 2d (1999).

ראו: 5, ch. 2, *supra* note Merin.

59 ראו: Hungary's Common Law Marriage Act of 1996: XLII Law 1-3 (May 21, 1996) (Stuard, 1996) Schulte trans.,

60 החוק אינו מקנה לזוגות חד-מיניים זכויות חזקה, אימוץ או הורעה מלאכותית. ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 5.

Ibid, ch. 9 61

הסדרים "נפרדים אך שווים" למוסד הנישואין המפלים כנגד קבוצת ההומוסקסואלים והלסביות. נראה כי תפיסה דומה עמדה מאחורי ההתפתחויות האחרונות בהולנד: כפי שראינו, אף על פי שמוסד השותפות הרשומה, המקנה לזוגות חד-מיניים את מרבית הזכויות הנובעות מנישואין, היה קיים בהולנד מאז 1998 – לא הסתפק הפרלמנט ההולנדי בקיום מוסד זה והיה נחוש בדעתו לפתוח את מוסד הנישואין הקיים גם לזוגות חד-מיניים. לפיכך נראה כי המחוקק ההולנדי הביע את עמדתו כי שוויון זכויות מלא לזוגות הומוסקסואלים ולסביות ייתכן רק על ידי הכללתם במוסד הנישואין. הולנד הנה, אם כן, המדינה היחידה בה הוקנה עד כה שוויון זכויות מלא לזוגות חד-מיניים.

על מנת לעמוד על טיבה של הטענה הראשונה, קרי: חוסר השוויון הקיים מבחינת היקף החובות והזכויות ומספרן בין אלו הנובעות ממוסד הנישואין לבין אלו המוענקות מכוח המודלים האלטרנטיביים, נבחן את היקף הזכויות והחובות הקמות מכוח מוסד הנישואין ונבדוק את מידת יישומן במסגרת המודלים האלטרנטיביים. ניתן לחלק את מטרותיו של מוסד הנישואין ואת הזכויות המוענקות מכוחו באופן גס לשלוש קטגוריות עיקריות, שכל אחת מהן נועדה לקדם או להסדיר תחום אחר⁶²: ראשית, קידום הקשר הרגשי בין בני הזוג; מטרה זו מוצאת ביטוי, בין היתר, בזכות לקחת חופשת מחלה על מנת לטפל בבן הזוג; זכויות ביקור בבתי חולים ובבתי סוהר; זכות בן הזוג הזור להגר ולהתאזרח במדינה בה הוא חי עם בן הזוג; וכן הזכות שלא להעיד כנגד בן הזוג. שנית, קידום השיתוף הכלכלי בין בני הזוג כדי לאפשר להם למקסם את איכות החיים המשותפת שלהם. דוגמאות לכך הן החלתה של חוקת השיתוף, תוך הגנה על הצד החלש כלכלית במקרה של גירושין; הגדרת בני זוג כשארם לצורכי ביטוח חיים ופנסיה; זכויות בתחום הירושה, הביטוח הלאומי, מס הכנסה ועוד. מטרה שלישית הנה הסדרת יחסי הורים ילדים: זכות אוטומטית לחוקה משותפת על ילדיו של בן הזוג, זכותו של הורה חורג לאמץ את ילדי בן הזוג, והעדפת זוגות נשואים במסירת ילדים לאימוץ, כמו גם הזכות להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית⁶³. ברוב מדינות המערב זכויות אלו אינן מוענקות במלואן לזוגות שאינם נשואים ובכלל זה לזוגות שיחסייהם מוסדרים באחת המסגרות החלופיות למוסד הנישואין. כפי שראינו, ישנם ארבעה חריגים מרכזיים בחוקי השותפות הרשומה המבדילים מוסד זה ממוסד הנישואין⁶⁴. מתוך שלוש המטרות של מוסד הנישואין שהוזכרו לעיל, ולאור אופיים של החריגים המצויים

62 M.S. Wald "Same-Sex Couples: Marriage, Families, and Children: An Analysis of Proposition 22 – the Knight Initiative" (The Stanford Institute for Research on Women and Gender, December 1999) 7, see also at: [<http://www.lawschool.Stanford.edu/faculty/wald/>] (Last visited on 10/10/2001) (עוֹתָק שְׂמוֹר בְּמַעֲרַכְתּוֹ); לְדִין מְקִיף בְּסוּגִיָּה זוֹ רְאוּ:

.Merin, *supra* note 2, ch. 2, 9

63 ראו, למשל, חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996, הקובע כי משירותי פונדקאות ייבנו רק "אישה ואישה שהם בני זוג", קרי: החוק מוגבל לזוגות נשואים בלבד.

64 חוסר היכולת במדינות סקנדינביה לערוך טקס דתי-כנסייתי; דרישות האזרחות והתושבות; הגבלת התחולה למדינות צפון אירופה בלבד והבדלים בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי, ובכלל זה: חוסר ההכרה במוסד השותפות הרשומה מחוץ למדינות שבהן ניתן להירשם; ולבסוף – הדרת זוגות הקשורים בשותפות רשומה ממרבית זכויות ההורות.

בחוקי השותפות הרשומה, ניתן בנקל להסיק כי חוקים אלו מוגבלים להסדרת שתי הקטגוריות הראשונות של מוסד הנישואין (וגם זאת, באופן חלקי בלבד) ולהכרה מועטה ביותר במסגרת הקטגוריה השלישית, קרי: זכויות הורות של זוגות חד-מיניים. לפיכך, על אף שמודל השותפות הרשומה הנו המקיף ביותר מבין שלוש האלטרנטיבות הקיימות, אין הוא מעניק לזוגות חד-מיניים את מלוא הזכויות הקיימות מכוח מוסד הנישואין. באופן דומה, לאור פסיקה וחקיקה במדינות שאימצו את המודלים של שותפות משפחתית ושל מגורים משותפים ללא נישואין – ניתן למצוא הכרה בעיקר בזכויות הורות של זוגות חד-מיניים, תוך כדי הסדרה מינימלית של שתי המטרות הראשונות של מוסד הנישואין (להוציא את חוק הברית האזרחית של מדינת רומנונט)⁶⁵. לאור מסקנתנו זו בדבר מודל השותפות הרשומה, ומכוח קל וחומר, ברי שגם שני המודלים האלטרנטיביים האחרים (שותפות משפחתית ומגורים משותפים ללא נישואין), שהיקפם מצומצם יותר ממוסד השותפות הרשומה, אינם בגדר מוסדות המקנים מעמד שווה לסטטוס של נישואין. לפיכך, כל שלושת המודלים האלטרנטיביים למוסד הנישואין הנם נחותים בהשוואה למוסד זה וניתן לראות בהם "נישואין סוג ב" (בבחנית "Marriage Light"⁶⁶) המיועדים להסדיר באופן נפרד קשרי זוגיות של הומוסקסואלים ולסביות תוך שמירת עליונותו של מוסד הנישואין כמוסד אקסלוסיבי המיועד לזוגות הטרוסקסואלים⁶⁷. לא ניתן לראות בהסדרים החלופיים הכרה בערכם של קשרי זוגיות הומוסקסואליים כשווי ערך לקשרים בין בני זוג ממין שונה. עד שלא יושווה מעמדם של זוגות חד-מיניים לזה של זוגות נשואים, מבחינת היקף הזכויות המוקנות להם ומספר – משיכו ההסדרים האלטרנטיביים להוות הפליה כנגד הומוסקסואלים ולסביות. יתר על כן, כפי שנראה מיד, הפליה זו תימשך כל עוד לא ייפתח מוסד הנישואין עצמו לזוגות חד-מיניים.

3. "נפרד אך שווה"

מסקנה זו מובילה אותנו לטעון השני שהוצג בפתח הפרק הקודם, לפיו גם לו יקנו המודלים האלטרנטיביים לזוגות חד-מיניים את מלוא הזכויות המוענקות להטרוסקסואלים מכוח מוסד

65 *Supra note 43*. להשוואה בין המודלים השונים להכרה בזוגיות חד-מינית ובין מודלים אלו לבין מוסד הנישואין, ראו: Merin, *supra note 2*, ch. 8-9.

66 ראו: E. McNamara "Marriage Lite Just Won't Cut It" *Boston Globe* 22.12.1999.

67 ביטוי לכך ניתן למצוא בדברי ההסבר להצעת חוק השותפות הרשומה בנורווגיה לפיה "המחוקק מבהיר את עמדתו כי אין בכונתו להקנות לזוגות הומוסקסואלים שוויון זכויות עם עמיתיהם הטרוסקסואלים, שכן נישואין הנם היחידה החברתית הבסיסית והמסגרת הטבעית לגידול ילדים. לנישואין יש מעמד מיוחד, ואין בהצעת החוק משום הקניית זכות לנישואין הומוסקסואליים. הצעת החוק עושה שימוש במונחים 'רישום' ו'שותפות'. המונח 'נישואין' שמור לנישואין בין הטרוסקסואלים במשמעותם האידאולוגית והדתית... נישואין הנם המוסד החברתי הבסיסי... הם מגלמים מערכת יחסים בין גבר לאישה... מערכת יחסים הומוסקסואלית לעולם לא תוכל להיות זהה לקשר נישואין, לא מבחינה חברתית ולא מבחינה דתית; [מערכת יחסים שכזו] איננה מהווה תחליף למוסד הנישואין ואיננה מתחרה בו". ראו: Norway Ministry of Children and Family Affairs, *The Norwegian Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples* (1993) 5, 12.

הנישואין (ואכן, התיקונים האחרונים לחוקי השותפות הרשומה משקפים מגמה זו, ונראה כי בעתיד הקרוב תהיה זהות מלאה בין המוסדות מבחינת היקף הזכויות והחובות)⁶⁸, והבחנות בין האלטרנטיבות לבין מוסד הנישואין עצמו יישטטו כך שההבדל היחיד שייותר יהיה השם, עדיין יהיו תחליפים אלו בבחינת מוסדות "נפרדים אך שווים" לזוגות הומוסקסואלים, הפוגעים בעקרון השוויון (במובנו הרחב, כפי שיוסבר להלן) והמנציחים את נחיתותה של קבוצת ההומוסקסואלים והלסביות. טיעון זה יוצא מתוך הנחה שלא די בקיומן של חובות וזכויות זהות כדי להשוות את מעמדם של זוגות הומוסקסואלים לזה של זוגות הטרוסקסואלים, אלא שדרוש אף לקחת בחשבון את ההשלכות של הסגרציה שנוצרת עקב הדרת ההומוסקסואלים ממוסד הנישואין, שהגו מוסד בעל משמעויות ערכיות, חברתיות ותרבותיות מעבר ל"סל הזכויות" המוענקות מכוחו⁶⁹. לפי גישה זו, רק פתיחת מוסד הנישואין הקיים לזוגות חד־מיניים, כפי שנעשה בהולנד, תענה על דרישת השוויון, והסדרים אלטרנטיביים הנם פסולים, שכן יש בהם כדי להנציח את ההפליה הקיימת כלפי הומוסקסואלים ולסביות⁷⁰. עם זאת, ראוי להבהיר כי כל מדינה הצועדת לקראת הכרה מקיפה בזוגיות חד־מינית צריכה לעבור מספר שלבים מקדמיים מבחינה פוליטית, חברתית ומשפטית. במילים אחרות, נראה כי לא תיתכן "קפיצה" מהיעדר מוחלט של הכרה בזוגיות החד־מינית להכרה מלאה (קרי: פתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד־מיניים). מדובר בתהליך, שניתן לכנותו "תורת השלבים", המורכב ממספר שלבים מקדמיים ובכלל זה איסור הפליה מחמת נטייה מינית במספר תחומי משפט, כדוגמת איסור הפליה במסגרת יחסי עבודה ובצבא; הענקת שוויון לזוגות הומוסקסואלים בתחומים שאינם קשורים דווקא להכרה בזוגיות החד־מינית במסגרת דיני המשפחה, כגון זכות בן הזוג הזור להגר ולהתאזרח במדינה בה הוא חי עם בן הזוג; וקיומו של הסדר לזוגיות חד־מינית שלא במסגרת מוסד הנישואין (ההסדרים האלטרנטיביים עליהם עמדנו לעיל). רק אז תהיה הקרקע כשרה לפתיחת מוסד הנישואין לזוגות בני אותו המין. תהליך שכזה התרחש טרם אימוצם של הסדרים מקיפים בכל המדינות המכירות כיום בזוגיות ההומוסקסואלית⁷¹. לפיכך מתייחס הטיעון בפרק זה רק לאותן מדינות בהן קיימים הסדרים חלופיים מקיפים להכרה בזוגיות ההומוסקסואלית⁷².

על מנת להדגים ולהבהיר טיעון זה, ניתן להיעזר באנלוגיה בין ההפליה הקיימת כלפי הומוסקסואלים בתחום הנישואין לבין ההפליה מחמת גזע בארצות־הברית. כשם שסגרציה

68 ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 3-4.

69 על התמורות שחלו במוסד הנישואין ועל מעמדו והשיבותו כיום ראו: *Ibid.*, ch. 8.

70 לדיון מקיף בטיעון זה, ראו: *Ibid.*, ch. 10.

71 לדיון באופיים של התהליכים הסוציו־פוליטיים והמשפטיים המהווים "תנאים מוקדמים" לעצם הדיון

בשאלת הכללת הומוסקסואלים ולסביות במסגרת מוסד הנישואין, ראו: *ibid.*, ch. 11.

72 לעניין זה ראו והשוו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה

חמישית, 1996, כרך א) 326, המבחינים בין שלושה מישורים שכל אחד מהם משקף רמת סובלנות גבוהה

יותר: עניינו של המישור הראשון הוא ההיתר לקיום יחסי מין הומוסקסואליים במשפט הפלילי; המישור

השני מתבטא באיסור הפליה מחמת נטייה מינית ולפיכך עוסק בהיבט השלילי של הזכות לשוויון;

המישור השלישי, המתקדם ביותר, "עניינו ההיבט החיובי של הזכות לשוויון – ההכרה בשותפים לחיים

בני אותו המין כבני זוג, לשם רכישת זכויות והטבות כלכליות שונות".

בין-גזעית בארצות-הברית תרמה לאפלייתם של השחורים, כך גם מוסדות מיוחדים להומוסקסואלים וללסביות, שנועדו להסדיר את קשריהם בנפרד ממוסד הנישואין, מהווים הפליה פסולה. האנלוגיה מתייחסת לשני היבטים של הפליה גזעית בארצות-הברית: ראשית, חוקים שאסרו נישואי תערובת בין שחורים ללבנים (Anti-Miscegenation Laws) ואשר נפסלו על ידי בית המשפט העליון האמריקאי בפסק הדין *Loving v. Virginia*⁷³ (להלן: האנלוגיה לעניין *Loving*) והסטרגיה דה-יורה בין הגזעים במסגרת מערכת החינוך, שבוטלה בהחלטה המפורסמת *Brown v. Board of Education*⁷⁴ (להלן: האנלוגיה לעניין *Brown*)⁷⁵. אנלוגיה זו, על שני היבטיה, מבוססת על הטיעון שכשם שהאיסורים על נישואי תערובת והסטרגיה בין שחורים ללבנים במוסדות חינוך היו פסולים ומנוגדים לחוקה האמריקאית בהיותם מבוססים על הפליה מחמת גזע ועל האידאולוגיה של עליונות הגזע הלבן, כך גם פסולה הדרתם של זוגות חד-מיניים ממוסד הנישואין המבוססת על טעמים אנלוגיים של הפליה: מין, נטייה מינית ומגדר⁷⁶, ועל אידאולוגיה דומה: הומופוביה, סקסיזם, תפיסה

73 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (להלן: עניין *Loving* או *Loving case*).

74 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: עניין *Brown* או *Brown case*).

75 האנלוגיה מן הסוג הראשון יושמה בעבר על ידי מספר כותבים אמריקאים, ראו:

A. Koppelman "The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination" 98 *Yale L. J.* (1988) 145; A. Koppelman "Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination" 69 *N.Y.U. L. Rev.* (1994) 197, 255-257; A. Koppelman "Same-Sex Marriage and Public Policy: The Miscegenation Precedents" 16 *Quinnipiac L. Rev.* (1996) 105; A. Koppelman "Three Arguments for Gay Rights" 95 *Mich. L. Rev.* (1997) 1636, 1661; W.N. Eskridge "A History of Same-Sex Marriage" 79 *Va. L. Rev.* (1993) 1419, 1504; W. Eskridge *The Case for Same-Sex Marriage* (New-York, 1996); M. Strasser *Legally Wed: Same-Sex Marriage and the Constitution* (1997) 66-69; M. Strasser "Family, Definitions, and the Constitution: On the Miscegenation Analogy" 25 *Suffolk U. L. Rev.* (1991) 981, 1001; M. Strasser "Domestic Relations Jurisprudence and the Great, Slumbering Baehr: On Definitional Preclusion, Equal Protection and Fundamental Interests" 64 *Fordham L. Rev.* (1995) 921, 927; M. Strasser "Constitutional Limitations and Baehr Possibilities: On Retroactive Legislation, Reasonable Expectations, and Manifest Injustice" 29 *Rutgers L.J.* (1998) 271, 275-276.

76 לדעה כי הדרת זוגות חד-מיניים מהווה הפליה על בסיס מין המבוססת על תפיסה דיכוטומית של חלוקה לתפקידי מגדר (עמדה שהנה חלק מטענה כללית יותר בארצות-הברית לפיה יש לראות בכל סוגי ההפליה נגד הומוסקסואלים הפליה מחמת מין) ראו: Koppelman "Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination", *Ibid*, *ibid*; S.A. Law "Homosexuality and the Social Meaning of Gender" *Wis. L.Rev.* (1988) 187; S. Pharr *Homophobia: A Weapon of Sexism* (1988). כן ראו יישום של גישה זו בפסק הדין של בית המשפט העליון של מדינת הוואי בו נקבע כי הדרת הומוסקסואלים ולסביות ממוסד הנישואין מהווה הפליה על בסיס מין (ולא על בסיס נטייה מינית), ראו: *Lewin case*, *supra* note 8. אחת הסיבות שעמדו בבסיס סיווג ההפליה כנגד הומוסקסואלים ולסביות כהפליה על בסיס מין הנה העובדה שבעוד שפסיקת בית המשפט העליון הפדרלי בעניינים חוקתיים מכירה במין כאחד הבסיסים שבגינה חל איסור להפלות ומסווגת קטגוריה זו כחשודה או כמעין חשודה, הרי שנטייה מינית אינה מוכרת כקטגוריה שלגביה קיים איסור הפליה; גישה זו מוצאת ביטוי, בין

בינארית של תפקידי מינים ועל הכוונה לשמר פילוסופיה של "הטרנסקסואליות כפויה" (שימור "העליונות הטרנסקסואלית" בתור נורמת ההתנהגות החברתית השלטת או אף הבלעדית)⁷⁷. אנלוגיה זו איננה מובנת מאליה והיא מעוררת מספר שאלות: ראשית, מדוע ראוי להתייחס להפליה מחמת גזע (גזענות) כדומה או כאנלוגית להפליה מחמת נטייה מינית (הומופוביה); כיצד ניתן להשוות בין קבוצת השחורים לבין קבוצת ההומוסקסואלים והלסביות, שכן יש להן מאפיינים שהם שונים אלו מאלו. אמת נכון הדבר כי, על פניו, יש בסיס לטענה שמדובר בהפליה מסוג שונה ובמיעוטים בעלי תכונות ומאפיינים שונים. עם זאת, הסתכלות מעבר למאפיינים ה"חיצוניים" השונים והתייחסות לטיבה המהותי, העמוק יותר של ההפליה בשני המקרים – עשויה להצדיק את האנלוגיה. בכך מתבסס אני על התאוריה של המשפטן והפילוסוף האמריקאי דיוויד ריצ'ארדס, שערך השוואה בין שני סוגי ההפליה; השוואה זו נערכה אמנם בהקשר כללי יותר, אך היא ישימה גם לשאלת הדרתם של זוגות חד-מיניים ממוסד הנישואין⁷⁸. תפיסתו של פרופ' ריצ'ארדס הנה כי המשותף להפליה על בסיס גזע ולהפליה על בסיס נטייה מינית, קרי: המשותף לגזענות ולהומופוביה, הוא כי שתיהן צורות של מה שהוא מכנה "שעבוד רוחני", או "מוסרי" ("Moral Slavery"), שכן הן מיעוטים אתניים והן מיעוטים מיניים הודרו תמיד ממנגנוני העצמה והשלטון ההיררכיים, ובלשונו:

היתר, גם בדברי חקיקה פדרליים: כך, למשל, סימן 7 לחוק הפדרלי בדבר זכויות אורחיות משנת 1964 (Title VII) האוסר על הפליה בתחום העבודה על בסיס מין (וכן גזע, צבע, דת או לאום) אינו מונה נטייה מינית כאחד הבסיסים שבגינם קיים איסור להפלות. ביטוי לעמדה המסוגלת הפליה על רקע נטייה מינית כהפליה על בסיס מין ניתן למצוא גם בפסיקה הישראלית: ראו, למשל, דברי השופט אלוני בע"ש 94/369, לעיל הערה 1, הקובע כי "אין חולק על כך שאילו היה המערער אישה" היה זכאי הוא לכל הזכויות נוכח העובדות האמורות המוסכמות על הכל. עולה מכך שמבקשים לשלול את זכויותיו של המערער אך ורק בגלל היותו גבר"; כן ראו דברי הנשיא ברק המציין (מבלי להכריע בדבר) כי ניתן להתייחס להפליה בעניין **דנילוביץ** כמבוססת על שיקולים פסולים של מין, וכי הדעה כי אין לראות בכך משום הפליה על בסיס מין שכן אותה טובת הנאה ניתנת גם לעובד וגם לעובדת - אינה משכנעת. ראו: עניין **דנילוביץ**, לעיל הערה 1, בע' 763.

77 המונח "הטרנסקסואליות כפויה" ("Compulsory Heterosexuality") נטבע על ידי הכותבת הפמיניסטית אדריאן ריץ' בתחילת שנות השמונים כנותן ביטוי לתפיסה לפיה התנועה הפמיניסטית בארצות הברית אינה לוקחת בחשבון קיומן של לסביות בקרבה וכי היעדר נרטיבה לסבית בשית הפמיניסטי פוגע גם בתפיסת עולמן של נשים הטרנסקסואליות. כותבים רבים שאלו מונח זה והשתמש בו כמייצג גישה חברתית כוללת לפיה הטרנסקסואליות היא אורה החיים השולט והנורמה ההתנהגותית הלגיטימית הבלעדית בחברתנו באופן שמביא לדחיקת מיעוטים מיניים לשוליים ואף להתעלמות מקיומם. ראו: A. Rich "Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence" reprinted in *The Lesbian and Gay Studies Reader* (New-York, H. Abelove et al. eds., 1993) 227; ליישום רחב של גישה זו ראו, למשל: W.N. Eskridge *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* (Cambridge, 1999) 224. הסבור כי בעצם קיומם של הומוסקסואלים ולסביות יש משום איום על התפיסה המסורתית של החלוקה הדיכוטומית לתפקידי מינים, איום המביא לשעתוק תפיסת הטרנסקסואליות הכפויה. D.A.J. Richards *Identity and the Case for Gay Rights: Race, Gender, Religion as Analogies* 78 (Chicago, 1999) 36-38. Merin, *supra* note 2, ch. 2.

“Homophobic prejudice, like racism and sexism, unjustly distorts the idea of human rights applicable to both public and private life. Like the other main forms of moral slavery (racism and sexism), such prejudice, remitting homosexuals to a degraded private sphere, injures their basic human rights to both a public and private life”⁷⁹.

בטרם נבחן את האנלוגיות לגופן, נדרש מענה לשאלה מקדמית נוספת הנוגעת לתקפותן: כפי שנראה להלן, המסקנה כי אין להפלות בין שחורים ללבנים במסגרת מוסד הנישואין כמו גם במסגרות אחרות הייתה מבוססת על הקביעה כי אין שוני רלוונטי בין שחורים ללבנים המצדיק את ההפרדה, וכי הפליה על בסיס גזע הנה “חשודה” בהיותה מבוססת על מאפיין שאיננו מן העניין (הטיעון כי יש לסווג גם את ההומוסקסואלים והלסביות כ”קבוצה חשודה” מקנה משנה תוקף לאנלוגיה⁸⁰). באופן דומה, תקפות האנלוגיה תלויה בשאלה אם קיים שוני רלוונטי בין זוגות הטרוסקסואלים לבין זוגות חד-מיניים לצורך מטרת מוסד הנישואין. רק תשובה שלילית לשאלה זו – יהא בה כדי להצדיק את פתיחתו של מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים. במסגרת זו קצרה היריעה מכדי להעמיק את הדיון בשאלת הרלוונטיות שבשונות זו⁸¹. אסתפק בכך שאציון כי בעניין זה נטושה מחלוקת בקרב הפעילים לקידום זכויות ההומוסקסואלים והלסביות לבין עצמם. מחנה אחד, אותו ניתן לכנות “מחנה הבדלנים”, אשר מהווה מיעוט בקרב הקהילה ההומו-לסבית, סובר כי יש לשלול מכול וכול את אפשרות הכללת ההומוסקסואלים במסגרת מוסד הנישואין, הן מן הנימוקים שבבסיס הביקורת הפמיניסטית על מוסד הנישואין כמוסד דכאני ופטריארכלי המנציח את נהיתותן של נשים ומביא להכפפתן, והן מן הנימוק כי קיים שוני רלוונטי בין מערכות היחסים החד-מיניות לבין מערכות היחסים ההטרוסקסואליות – שוני של זהות ותרבות שיש בו כדי להצדיק הסדר נפרד ומיוחד לקשרי הווגיות ההומוסקסואלית⁸². תפיסה זו רואה בהומוסקסואלים מיעוט בעל מאפיינים תרבותיים שונים מאלו של הרוב ההטרוסקסואלי, והיא מלווה בחרדה מכך שהכללת ההומוסקסואלים במסגרת מוסד הנישואין תפגע בצביון המיוחד של מערכות

79 ראו: D.A.J. Richards *Women, Gays, and the Constitution: The Grounds for Feminism and Gay Rights in Culture and Law* (Chicago, 1998) 288-289.

80 על אף שביט המשפט העליון של ארצות-הברית לא הקנה לקבוצה זו הכרה כקבוצה “חשודה”, ראויה לציון בעניין זה ההלטתו המשכנעת של בית משפט פדרלי לערעורים בפסק הדין *Watkins v. United States Army*, 847 F.2d 1329 (1989), בו נפסק כי הומוסקסואלים מהווים “Suspect Class” שכן מדובר בקבוצה קטנה ומבודדת שקיימים לגביה סטראוטיפים שליליים והיסטוריה של הפליה מכוונת: הקבוצה מוגדרת על פי תכונה שאין בינה לבין היכולת לתפקד בחברה ולתרום לה דבר, ושקשה ביותר לשנותה, וכי אין לקבוצה את הכוח הפוליטי הדרוש כדי להביא לשינוי חקיקתי.

81 ראו בהרחבה ב: 2 Merin, *supra* note 2.

82 ראו לעניין זה: P.L. Ettelbrick “Since When Is Marriage a Path to Liberation?” reprinted in *Lesbian and Gay Marriage: Private Commitments, Public Ceremonies* (Philadelphia, S. Sherman ed., 1992) 20; P.L. Ettelbrick “Wedlock Alert: A Comment on Lesbian and Gay Family Recognition” 5 *J. L. & Pol’y* (1996) 107.

יחסייהם (או תביא לפגיעה במאפייני המיעוט ההומוסקסואלי)⁸³, תביא ל"התבוללות" של ההומוסקסואלים והלסביות בקרב הטרנסקסואלים, ויהיה בה משום ניסיון עלוב לחקות את אורח החיים הטרנסקסואלי⁸⁴. מנגד ניצב מחנה אליו משתייכים מרבית ההומוסקסואלים והלסביות⁸⁵, שאיננו מוצא פסול בהטמעה (ניתן לכנותו "מחנה הנטמעים", לפחות ככל שהדבר נוגע למוסד הנישואין: לפי גישה זו, גם אם קיים שוני בין שני סוגי הזוגיות, הרי שאין הוא שוני רלוונטי למטרות מוסד הנישואין⁸⁶; יש להיאבק למען פתיחת מוסד הנישואין הן משום שתהיה בכך משום הקניית שוויון זכויות מהותי למיעוט ההומוסקסואלי (ולא רק שוויון פורמלי, המושג ממילא על ידי ההסדרים האלטרנטיביים) והן משום שאין במוסד הנישואין כדי לאיים על המאפיינים המיוחדים של אוכלוסיית ההומוסקסואלים והלסביות⁸⁷; להפך, הדוגלים בפתיחת מוסד הנישואין להומוסקסואלים אינם חשים מאוימים מפני אפשרות

83 ראו: C.R.P. Pouncy "Marriage and Domestic Partnership: Rationality and Inequality" 7 *Tem. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.* (1998) 363

84 ראו: M. Warner *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life* (1999) הטוען, בין היתר, כי נישואין חד-מיניים יביאו ל"מיניסטרימינג" ולנורמליזציה של הקהילה ההומוסקסואלית - דבר שיוביל לאיבוד החופש המיני של חברי הקהילה ולאבדן זהותה. כן ראו לעניין זה: N.D. Polikoff "We Will Get What We Ask For: Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not 'Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage'" 79 *Va. L. Rev.* (1993) 1535, "[t]he desire to marry in the lesbian and gay community is an attempt to: 1536 mimic the worst of mainstream society, an effort to fit into an inherently problematic institution that betrays the promise of both lesbian and gay liberation and radical feminism"

85 אינדיקציה לכך שהרוב המוחלט בקרב הקהילה ההומו-לסבית תומך בנישואין חד-מיניים ניתן למצוא בסקר שערכה אוניברסיטת אוטרקט בהולנד טרם אימוץ החוק לפתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים. לפי הסקר, שמונים וחמישה אחוזים מן ההומוסקסואלים והלסביות בהולנד תמכו בכניסו של נישואין חד-מיניים בעוד ששבעה אחוזים בלבד התנגדו להכרה בנישואין אלו. ראו: ILGA Bulletin of January 1998, פורסם באתר: <http://www.ilga.org/wwwilga.org/information/europenews/html> (last visited on 23.4.2001)

86 ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא בדברי הנשיא ברק בעניין **דנילוביץ**, הסבור כי על אף שבהקשרים מסוימים ייתכנו הבדלים בין זוגות הומוסקסואלים לזוגות הטרנסקסואלים, הרי שלצורך הענקת ההטבה (כרטיס טיסה חינם לבן זוגו של דנילוביץ) - קרי: תמיכה בתא חברתי הדוק המבוסס על חיי שיתוף - אין כל שוני רלוונטי בין שני סוגי הזוגות, וכי ההבחנה ביניהם הנה שרירותית ומהווה הפליה מחמת נטייה מינית: "וכי הפרידה מבן-זוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מבן-זוג מהמין השונה? האם חיי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחווה וניהול התא החברתי, מהיי שיתוף אלה בין בני-זוג ממין שונה?", עניין **דנילוביץ**, **לעיל** הערה 1, בע' 762. לרעת יפיים דברים אלה גם לעניין הדרת ההומוסקסואלים ממוסד הנישואין, המיועד אף הוא לתמוך בתא חברתי הדוק המבוסס על חיי שיתוף. לטיעון כי גישת הנשיא ברק מכירה בקשרים חד-מיניים רק ואם הם דומים לקשרים הטרנסקסואליים, וכי אין בגישה שכזו משום הכרה מלאה בזוגיות ההומוסקסואלית, ראו: Gross, *supra* note 1.

87 ראו, למשל: T.B. Stoddard "Why Gay People Should Seek the Right to Marry" reprinted in *Lesbian and Gay Marriage: Private Commitments, Public Ceremonies* (Philadelphia, S. Sharman ed., 1992) 13; ראו גם א' סאליוון "נישואים, לא פחות" **הארץ** 21.6.2000 (תורגם מתוך: *The New Republic*)

הכללתם במוסד זה וסוברים שמהלך שכזה, בנוסף להיותו הפתרון היחיד להשגת שוויון זכויות מלא, יביא דווקא לתמורה חיובית באופיו של מוסד הנישואין עצמו וליתר שוויוניות בין המינים במסגרתם⁸⁸, שכן מודל הזוגיות החד-מינית הוא לרוב שוויוני יותר (מבחינת חלוקת התפקידים בין בני הזוג) ממודל הזוגיות ההטרסקסואלי המסורתית⁸⁹. יתר על כן, המצדדים בפתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים מבססים את טיעונם על זכות הבחירה השווה⁹⁰: קרי – דרישה כי תעמוד לזוג הומוסקסואלי אותה אפשרות בחירה העומדת לזוג הטרסקסואלי האם להתחתן או לחיות במשותף ללא כל הסדר משפטי. בניגוד לתפיסת "הבדלנים", אין גישת "הנטמעים" גורסת כי מדובר ב"כפיית" נישואין על זוגות חד-מיניים, אלא עומדת על זכותם השווה של אלו לבחור אם וכיצד להסדיר את מערכות יחסיהם⁹¹.

מחלוקת דומה קיימת בקרב התנועה הפמיניסטית: ישנה טענה לפיה בהקשרים מסוימים יחס שונה (ואף "נפרד") כלפי נשים לעומת גברים מוצדק ואף רצוי ואין בו משום פגיעה בעקרון השוויון; הדברים אמורים בעיקר כשהרציונל ליחס השונה מונע משיקולים של הפליה מתקנת או מהצורך להפריד בין המינים בעניינים הקשורים בצניעות ובפרטיות. מנגד נטען כי אין ליתן יחס שונה לנשים אף אם הדבר מיועד לתקן הפליה ממנה סבלו בעבר, שכן בטווח הרחוק יוביל הדבר לשעתוק נחיתותן של הנשים⁹². מבלי להיכנס למחלוקת בין הזרמים השונים בתנועה הפמיניסטית, ברי כי הטיעונים המצדיקים הפרדה בין המינים בהקשרים מסוימים אינם ישימים לעניין הדרת ההומוסקסואלים ממוסד הנישואין (ההפרדה לא משרתת את הרציונלים של הפליה מתקנת ואין היא קשורה בשיקולים של צניעות

88 עדות לכך הנה התהליך העקבי של שינויים דרמטיים במוסד הנישואין מבחינת השוואת הזכויות בין המינים במסגרתו, שינוי שהחל בסוף המאה התשע-עשרה והגיע לשיאו בשנות השבעים של המאה העשרים. על הטרנספורמציות שחלו במוסד הנישואין בתקופה זו ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 2. ראו לעניין זה: M.A. Glendon *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe* (Amsterdam, 1989); E.J. Graff *What is Marriage For?* (Boston, 1999); M. Yalom *A History of the Wife* (New-York, 2001)

89 Richards, *supra* note 79, at p. 345

90 ראו, למשל: Eskridge, *supra* note 75

91 ראו: E. Wolfson "Crossing the Threshold: Equal Marriage Rights for Lesbians and Gay Men and the Intra-Community Critique" 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* (1994) 567, 606; ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 10

92 מחלוקת זו מוצאת ביטוי, בין השאר, בשיח הקיים בין הפמיניזם התרבותי לפמיניזם הליברלי. ראו, למשל: C. Gilligan *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1988) 1; R. West "Jurisprudence and Gender" 55 *U. of Chicago L. Rev.* (1993) 1; C. MacKinnon "Feminist Discourse, Moral Values and the Law – A Conversation" 34 *Buff. L. Rev.* (1985) 11. מחלוקת דומה קיימת בקרב מיעוטים אתניים, ובכלל זה בקרב השחורים בארצות הברית: ישנם שחורים התומכים במוסדות נפרדים אך שווים ובתוך כך מבקרים את החלטת בית המשפט ב: Note "Using Discourse Ethics To Provide Equality In *Brown case*, *supra* note 74" Education For African-American Children Forty Years After *Brown v. Board of Education*" 5 *B.U. Pub. Int. L.J.* (1995) 99, 101

ופרטיות)⁹³. כאמור, הן "מחנה הבדלנים" והן המתנגדים לנישואין חד-מיניים מחוץ לקהילה ההומו־לסבית טוענים כי יש להסדיר את הזוגיות ההומוסקסואלית במסגרת נפרדת או חלופית לאור ההבדלים הקיימים בין הזוגיות החד-מינית לזוגיות ההטרוסקסואלית. עמדה זו מתעלמת מן העובדה שהנהגתן של שותפות רשומה או שותפות משפחתית איננה בגדר התחייבות להכרה בזוגות חד-מיניים כשוים בכל התחומים של חיי המדינה והחברה; לכל היותר, היא מגלמת יחס של סובלנות גרידא כלפיהם, ולא של קבלה, ומשדרת מסר שלפיו הזוגיות החד-מינית, גם אם היא נסבלת, היא פגומה מבחינה מוסרית. יתר על כן, וזאת יש להדגיש, ניתן לראות ביצירתן של חלופות נפרדות ונבדלות מנישואין הפליה מסוג חמור עוד יותר מאשר אי-הענקת זכויות כלשהן לזוגות חד-מיניים, שכן הענקת כל תוכן מוסד הנישואין להומוסקסואלים ובאותה עת מניעת המוסד עצמו מהם, מהווה, מבחינה סמלית והצהרתית, הפליה טהורה וקיצונית יותר מאשר מניעת זכויות כלשהן⁹⁴. זהו כינון של מוסד מדומה שמטרתו לבטל את חוסר השוויון כשבאותה עת הוא תורם להנצחתו. לפיכך, נראה שלמרות קיומן של נקודות זהות רבות בין זוגות חד-מיניים לזוגות בני מין שונה ובין הומוסקסואלים והטרוסקסואלים, הרי שכשהדברים אמורים בזכות להינשא, יש מי שנוטים להדגיש את ההבדלים הקטנים, הלא-רלוונטיים, ולהשתמש בהבדלים אלה להצדקת הפליה נגד הומוסקסואלים ולסביות, כאשר למעשה הקשרים הזוגיים שלהם מצדיקים את הזכות להשתתפות שווה במוסד הנישואין. גישה זו מזכירה את התאוריה של פרויד בדבר "הנרקיסוסים של ההבדלים הקטנים"⁹⁵.

לגישתי, על אף קיומם של הבדלים בין זוגיות הומוסקסואלית לזוגיות הטרוסקסואלית, ובאופן דומה לקיומם של הבדלים שלא מן העניין בין קבוצות אתניות, אין שוני רלוונטי בין קבוצת הומוסקסואלים והלסביות לבין ההטרוסקסואלים לעניין הסדרים משפטיים הנוגעים לקשרי זוגיות. לפיכך, שומה עלינו לבדוק אלו מבין שני המקרים של הפליה על רקע גזע בארצות-הברית דומה יותר לאפלייתם של הומוסקסואלים ולסביות בהקשר הספציפי של הדרתם ממוסד הנישואין ויצירת מוסדות חלופיים, דמויי נישואין, לשם הסדרת מערכות

93 מכל מקום, במסגרת מוסד הנישואין, ובניגוד להומוסקסואלים ולסביות המודרים לחלוטין ממוסד זה (פרט להולנד), במרבית מדינות המערב (להוציא את ישראל) הוחל שוויון מוחלט בין נשים לגברים בפני החוק; כמובן, שוויון זה הגו להלכה בלבד ואיננו בהכרח משקף את יחסי הכוחות בין המינים במסגרת מוסד הנישואין למעשה.

94 לעניין זה ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 10.

95 ראו: S. Freud "Civilization and its Discontents" *Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and its Discontents and Other Works* (New-York, 1985) 251, 305 פרויד פיתח רעיון זה בהקשר של הניסיון להסביר את כוחה הפראי של האנטישמיות באירופה: כאשר יהודים רבים (כמו פרויד עצמו) נטמעו בהצלחה מסחררת בתרבות הגרמנית, התמקדה האנטישמיות המדינית בלהט בהבדלים תרבותיים קטנים מאוד ולמעשה יצרה הבדלים מיתולוגיים שלא היו קיימים במציאות. אפשר להתייחס למודל זה כאל תאוריה של דעה קדומה מדינית, שהגו ישים גם לענייננו לאור המוטיבים המשותפים לאנטישמיות ולהומופוביה, המטילות שתייהן סטיגמה על זהויות פומביות המערערות על הסטראוטיפים הרווחים בהקשר של זהות דתית או מינית. לאנלוגיה בין אנטישמיות להומופוביה ולדיון בתזה של פרויד, ראו גם: Richards, *supra* note 79, at p. 438.

יחסיהם. עד אמצע המאה העשרים היו ברוב מדינות ארצות-הברית חוקים שאסרו ואף הטילו סנקציה פלילית בגין נישואי תערובת בין שחורים ללבנים⁹⁶. הרציונל שעמד בבסיס חוקים אלו היה שימור עליונות הגזע הלבן. בעניין *Loving* ביטל בית המשפט העליון חוקים אלו שכן מצא כי מטרתם היחידה הייתה הפליה גזעית בניגוד לתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית⁹⁷. האנלוגיה בין חוקים אלו לבין הדרת הומוסקסואלים ולסביות ממוסד הנישואין מוצאת ביטוייה בכך שהיחס המבוזה כלפי הומוסקסואלים מעניק לגייטימציה לרתיעה הלא רציונלית נוכח עצם הרעיון של נישואין בין בני זוג מאותו המין, תגובה השוללת מההומוסקסואלים את זהותם ומנציחה את נחיתותם; סוג זה ממש של חשיבה מעגלית הוא שאפשר את כפיית הביזוי התרבותי על השחורים בארצות-הברית מכוח החוקים האוסרים נישואי תערובת⁹⁸. האנלוגיה לעניין *Loving* איננה חדשה, וההשלכות של עניין *Loving* על מעמדם וזכויותיהם של זוגות חד-מיניים בכלל, ועל חוקים המגדירים נישואין כמוגבלים לגבר ואישה בפרט – נדונו במרבית פסקי הדין בהם עתרו זוגות הומוסקסואלים ולסביות לפתיחת מוסד הנישואין⁹⁹; טענה זו התקבלה עד כה רק על ידי בית המשפט העליון בהוואי¹⁰⁰. על אף שיש בטיעון זה מידה רבה של שכנוע, הנני סבור כי לשם הערכת מודלים אלטרנטיביים לנישואין – אין להסתפק באנלוגיה לעניין *Loving*. זאת משום שבאותה פרשה לא היה מדובר במוסד נישואין נפרד (אך שווה) לזוגות מעורבים, כי אם באיסור על נישואי תערובת; יתר על כן, ביטול החוקים שאסרו על נישואי תערובת הביא ל"פתיחת" מוסד הנישואין לכל הגזעים על בסיס שווה, ובתי המשפט שפסלו חוקים אלו – כמו גם המחוקק – לא העלו על דעתם ליצור מוסד רישום נפרד לשחורים או לזוגות מעורבים תוך שמירת מוסד הנישואין הקיים ללבנים בלבד¹⁰¹. לעומת זאת, האלטרנטיבות לנישואין הקיימות כיום הנן בגדר מוסדות מיוחדים שנועדו ליתן פתרון נפרד לזוגות הומוסקסואלים ולסביות על מנת שלא לאפשר להם להינשא¹⁰². האנלוגיה לעניין *Loving* הייתה אם כן מדויקת יותר לו היה מדובר

96 חוקים מסוג זה היו בתוקף כבר משנת 1660; בשיאם היו חוקים אלו קיימים ב-41 קולוניות ומדינות בארצות-הברית. ראו: P. Pascoe "Miscegenation Law, Court Cases, and Ideologies of 'Race' in Twentieth-Century America" 83 *J. Am. Hist.* (1996) 44, 49

97 *Loving case, supra note 73*, at pp. 10-11

98 Richards, *supra note 79*, at p. 346

99 ראו למשל: *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn., 1971); *Baker case, supra note 12*; Singer *v. Hara*, 522 P.2d .1187 (Wash. Ct. App. 1974)

100 *Supra note 9*

101 ראו: Merin, *supra note 2*, ch. 11

102 אמנם, מספר מודלים להכרה בזוגיות חד-מינית פתוחים גם לזוגות הטרוסקסואלים. עם זאת, אין בעובדה זו כדי לשנות את מסקנתנו כי מדובר בהקמת מוסד נפרד מיוחד להומוסקסואלים: למשל, בחינה מדוקדקת של ההיסטוריה החקיקתית של ה-PaCS הצרפתי מגלה כי מוסד זה יועד מראש להסדיר אך ורק קשרי זוגיות חד-מינית וכי העובדה שהחוק שהתקבל בסופו של דבר אפשר רישום גם לזוגות הטרוסקסואלים נבעה אך ורק מן ההתנגדות העזה שהייתה להצעת החוק המקורית: הצגת המוסד החדש כהסדר נוסף לקשרי זוגיות, שבין היתר, פתוח גם להומוסקסואלים, אך לא נועד דווקא עברם – הייתה הדרך היחידה שמצא המחוקק הצרפתי מבחינה פוליטית לשכנע את הציבור הרחב ואת מרבית חברי הפרלמנט לתמוך בחוק.

בהסדר נפרד לזוגות מעורבים או לזוגות שחורים תוך שימור מוסד הנישואין ה"רגיל" ללבנים בלבד.

אין ספק כי המחוקקים בארצות סקנדינביה, כמו גם המחוקק בוורמונט - יכלו בפשטות לקבוע, כשם שעשה המחוקק ההולנדי, כי נישואין יכול שיערכו גם בין בני זוג מאותו המין ולהימנע מהצורך בחקיקה מיוחדת, ולעתים מסובכת ביותר, שמטרתה להחיל על קשרי זוגיות חד-מינית זכויות הנובעות מנישואין אך באותה עת לשמר את מוסד הנישואין לזוגיות ההטרוסקסואלית. בגלל התנגדות דתית, פוליטית וציבורית עזה לשינוי בהגדרת מוסד הנישואין, עשו אותם מחוקקים ליברליים וסובלניים, שללא ספק רצו לקדם את זכויות ההומוסקסואלים במדינותיהם ולמגר את ההפליה כנגד הומוסקסואלים ולסביות, מאמץ נכבד על מנת ליצור מוסד משפטי דומה לנישואין תוך הימנעות מודעת ומכוונת מפתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים. המודלים הנפרדים להסדרת זוגיות חד-מינית הנם תוצר של פשרה פוליטית שמנחה אותה הרצון לשמר את עליונותו של מוסד הנישואין כמוסד הטרוסקסואלי¹⁰³, ולא כוונה ליצור מוסד נפרד המתאים יותר (לכאורה) למאפיינים המיוחדים של הזוגיות ההומוסקסואלית, מתוך תפיסתה כשונה באופן רלוונטי מהזוגיות ההטרוסקסואלית. לו זה היה הרציונל ליצירת מוסדות אלטרנטיביים למוסד הנישואין, הרי שחוקי השותפות הרשומה ודאי לא היו מפנים לאותן הזכויות בדיוק הקיימות מכוח מוסד הנישואין; ובמילים אחרות, לו התפיסה הייתה כי אכן קיימים הבדלים רלוונטיים - האם לא היה מן הראוי שהמוסד החלופי יהיה שונה במהותו ובאופיו, ולא שונה אך ורק בעובדה שהוא נפרד? לפיכך מוצא אני את האנלוגיה לעניין *Brown* מדויקת ומועילה יותר לצורך בחינתם של מוסדות אלטרנטיביים לנישואין עבור זוגות חד-מיניים, שכן בשני המקרים מדובר בהסדרים "נפרדים אך שווים" ובסגרגציה מודעת ומכוונת המבוססת על סטיגמות ודעות קדומות.

103 ראו דברי ההסבר להצעת חוק השותפות הרשומה בנורווגיה, *supra* note 67. התייחסות ביקורתית להצעת החוק ניתן למצוא בדבריו של: R. Halvorsen "The Ambiguity of Lesbian and Gay Marriages, Change and Continuity in the Symbolic Order" 34 *J. of Homosexuality* (1998) 214-215, המציין כי:

"It is not stated directly and bluntly that couples of the same and 'opposite' sex are of different value, or that heterosexuality should be privileged, or that lesbians and gays and heterosexuals are ascribed an unequal quality. Instead, the judgment is expressed through euphemisms whereby one avoids explicitly expressing the view that heterosexuality is better. The euphemisms work as a neutralization of the political relation between heterosexuality and homosexuality: By using euphemisms the actors in the discussion were able to present their political choice as less controversial by neutralizing either the claims of sameness or difference of heterosexuals and lesbians and gays. The changing views of the division of the population into two sexual categories is visible in the very naming of the institution as 'Registered Partnership' in public, in official schemes, and in the liturgy. The use of the words demarcates gay and lesbian partnerships from marriage". באופן דומה, נטען כי כינון מוסד השותפות הרשומה בדנמרק כנפרד ממוסד הנישואין נובע מדעות קדומות וסטראוטיפים נגד הומוסקסואלים ולסביות. ראו: C.A. Sloane "A Rose by any Other Name: Marriage and the Danish Registered Partnership Act" 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (1997) 189, 192

הדוקטרינה של "נפרד אך שווה" התפתחה בארצות-הברית בהקשר של סגרגציה בין שחורים ללבנים ומצאה ביטוי בפעם הראשונה בפסק הדין *Plessy v. Ferguson*¹⁰⁴ בו קבע בית המשפט העליון של ארצות-הברית כי חוק של מדינת לואיזיאנה שחייב את חברות הרכבות במדינה להסיע שחורים ולבנים בקרונות נפרדים (אך זהים, קרי: "שווים"), לא היה בגדר הפרה של התיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית. גישת שופטי הרוב בפסק הדין הייתה כי על מנת להגיע לשוויון זכויות, אין צורך באינטגרציה בין הגזעים, וכי אין ההפרדה הכפויה מביאה לנחיתות השחורים; הפרדה זו היא חלק מן המסורת בדרום האמריקאי, שעייגונה בחוק אך משקף נורמות חברתיות מקובלות ולגיטימיות. בכך הוענקה גושפנקא חוקית למדיניות של הפרדה בין-גזעית ולעיוגן חוקתי של התאוריה של עליונות הגזע הלבן שמצאה ביטוי במסגרות נוספות במדינות רבות אחרות, ובכלל זה במסגרת מערכת החינוך. חלפה עוד כמחצית המאה עד שבית המשפט העליון האמריקאי פסל את דוקטרינת ה"נפרד אך שווה" בעניין *Brown*. בהחלטה זו קבע בית המשפט שבתי ספר ציבוריים "נפרדים אך שווים" לשני הגזעים הנם מעצם טבעם בלתי שווים ("Inherently Unequal")¹⁰⁵. זאת כיוון שההפרדה יוצרת סטיגמה כלפי התלמידים השחורים ומעוררת בהם רגשי נחיתות בגין צבע עורם. בכך פסל בית המשפט באופן מפורש את הדוקטרינה של "נפרד אך שווה". יש לפרש את עניין *Brown* באופן רחב כביטוי לעמדה העקרונית שהפרדה שמטרתה להפלות קבוצת מיעוט מתוך דעה קדומה איננה רק בלתי חוקתית, כי אם גם פסולה מבחינה חברתית ומוסרית¹⁰⁶.

האנלוגיה בין הסגרגציה הגזעית בארצות-הברית לבין הדרתו של ציבור ההומוסקסואלים ממוסד הנישואין נבנית על הרציונל שעמד בבסיס החלטת בית המשפט בעניין *Brown*. כשם שהפרדה בין הגזעים בארצות-הברית הייתה מבוססת על הפילוסופיה הראויה לגנאי של עליונות הגזע הלבן (גזענות), כך גם האיסור הקיים על נישואין חד-מיניים מבוסס על הפליה מסוג דומה (או אנלוגי): הומופוביה וסקסיזם, הטרוסקסואליות כפויה וחלוקה בינארית כפויה לתפקידי מינים¹⁰⁷. שניהם יוצרים סטיגמה, רגשי נחיתות בקרב המיעוט ותחושה של אזרחות סוג ב' ומנציחים דעות קדומות. אלטרנטיבות לנישואין מגלמות תפיסה של הומוסקסואלים ולסביות כבעלי ערך נמוך יותר מבחינה חברתית ומביאות לדה-הומניזציה של ההומוסקסואל. הבסיס לשני סוגי ההפליה הנו הרצון להגן על המעמד העליון כשהאמצעי הנו הפרדה. הפרדה בהקשר הגזעי יוצרת אם כן את אותם סוגים של רגשי נחיתות שמוסדות נפרדים להומוסקסואלים ולסביות יוצרים¹⁰⁸.

האנלוגיה לעניין *Brown* נדונה קצרות על ידי בית המשפט העליון של מדינת ורמונט

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) 104

Brown case, *supra* note 74, at p. 485 105

Merin, *supra* note 2, ch. 11 ראו: 106

Ibid, *ibid* 107

D. Link "The Tie that Binds: Recognizing Privacy and the Family Commitments of Same-Sex Couples" 23 *Loy. L.A. L. Rev.* (1990) 1055, 1149; C. Jax "Same-Sex Marriage – Why Not?" 4 *Widener J. Public L.* (1995) 461, 490; S.L. Toussaint "Defense of Marriage Act: Isn't it Ironic... Don't You Think? A Little Too Ironic?" 76 *Neb. L. Rev.* (1997) 924, 946-947

בעניין *Baker* ונדחתה בטענה כי התובעים לא הביאו ראיות לפיהן הדרת הומוסקסואלים ממוסד הנישואין וזה בחומרתה לפגיעה שנובעת מההפרדה הבין-גזעית¹⁰⁹. כפי שראינו, בית המשפט בעניין *Baker* סירב להורות למחוקק לפתוח את מוסד הנישואין להומוסקסואלים והסתפק בקביעה כי יש להעניק לזוגות אלו את כל הזכויות והחובות הנובעות מנישואין. לפיכך מגלמת החלטה זו את התפיסה שמוסד נפרד (אך שווה) איננו בגדר הפליה פסולה בהקשר של נישואין חד-מיניים. לעומת זאת, בפסק דין קנדי בו נדונה הענקת הטבות סוציאליות שונות על ידי מעביד לזוגות חד-מיניים באופן נפרד (אך שווה לחלוטין) לאלו המוענקות לזוגות הטרוסקסואלים במסגרת אותו מקום עבודה (וזאת על ידי הגדרה נפרדת של המונח "בן זוג מאותו המין" לעומת "בן זוג ממין שונה" במקום לשנות את הגדרת המונח "בן זוג" כך שתהיה ניטרלית מבחינת המין), פסל בית המשפט את ההסדר הנפרד מטעמים דומים לאלו שנדונו בעניין *Brown*¹¹⁰. בית המשפט הקנדי נימק את החלטתו כקובעו, בין השאר, כי:

"[T]he separate regime introduced by the [employer] perpetuates a distinction drawn on the lines of sexual orientation and while there may be no discrimination in terms of access to benefits, this manner of providing these benefits does not recognize the innate dignity of human beings, and carries with it a stigmatization that the same-sex relationship is not deserving of the status of 'spouse'"¹¹¹.

בית המשפט הוסיף:

"Legislative distinctions between persons on the basis of sexual orientation, even though in practical terms they may not give rise to substantive inequality, e.g., access to benefits, may reaffirm pre-existing discriminatory notions and, on this basis, be themselves discriminatory. In my view, on the facts of the case at bar, the employer's separate definition of same-sex partners, made without explanation, reinforces a distinction drawn between same-sex and heterosexual couples, one made typically on discriminatory grounds. Such a distinction, relying on classifications reflecting pre-existing biases without a plausible non-

¹⁰⁹ יש לציין, עם זאת, כי התובעים באותו עניין כלל לא טענו לתחולת האנלוגיה ואפשרות זו הועלתה על ידי שופטת המיעוט בפסק הדין, כאשר לתובעים לא ניתנה הזדמנות להביא ראיות בעניין זה. ראו דעתה החולקת של השופטת Johnson, לגישה, ישנה הקבלה ברורה בין הפרדה על בסיס גזע לבין הקמת מוסד נפרד לזוגות חד-מיניים.

¹¹⁰ ראו: *Canada (Attorney General) v. Moore*, 55 C.R.R. 2d 254 (Federal Ct., Trial Division, 1998). עשר שנים קודם לכן פסל בית המשפט העליון של קנדה את הדוקטרינה של "נפרד אך שווה" בפסק הדין המנחה: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 1 Canada S.C.R. 143, 166 (1989).

55 C.R.R. 2d, *ibid*, at pp. 274-275 111

discriminatory rationale, in my view, constitutes adverse differentiation within the meaning of s. 7 of the Canadian Human Rights Act. *It is no more appropriate for the employer in this case to have established a separate definition for persons in same-sex relationships than it would have been for the employer to create separate definitions for relationships of persons based on their race, color or ethnicity, or any other prohibited ground enumerated in the Act*¹¹² (י.מ.). (ההדגשה שלי - י.מ.)

דברים אלה יפים גם לעניין הדרת הומוסקסואלים ולסביות ממוסד הנישואין ולעניין ההפליה האינהרנטית שבהסדרים האלטרנטיביים להכרה בווגיות חד-מינית; כשם שלא קיים שוני רלוונטי בין הומוסקסואלים להטרוסקסואלים למטרת ההטבה במסגרת העבודה, כך גם אין כל שוני רלוונטי למטרת ההכרה בהם במסגרת מוסד הנישואין, המבוסס על "סל" שלם של הטבות מעין אלו והמיועד אף הוא לתמוך בתא חברתי הדוק המבוסס על חיי שיתוף¹¹³. רואים אנו, אם כן, כי ההחלטה בעניין *Brown* ישנן השלכות מרחיקות לכת מעבר למקרה הספציפי של מוסדות חינוך נפרדים (אך שווים) בארצות הברית, ולרציונל שעומד בבסיסה יש תחולה אוניברסלית¹¹⁴. מסיבה זו אין להגביל את הטיעון למוסדות נפרדים אך

112 *Ibid.*, at pp. 280-281. ראו לעניין זה גם דעת המיעוט של השופט לינדן מבית משפט הפדרלי לערעורים שבקבדה בפסק דין: *Egan v. Canada*, 15 C.R.R. 2d 310, 361 (1993) שקבע כי העובדה שהטבות הוות ניתנות לזוגות חד-מיניים במסגרת תכנית נפרדת אינה יכולה לרפא את ההפליה שבשלילת מתן הטבות והוות לזוגות חד-מיניים והטרוסקסואלים **באותה מסגרת**, וכי תכנית מסוג זה מוכירה את הדוקטרינה הפסולה של "נפרד אך שווה", לפיכך:

"One cannot avoid the conclusion that offering benefits to gay and lesbian partners under a different scheme from heterosexual partners is a version of the separate but equal doctrine. That appalling doctrine must not be resuscitated in Canada 40 years after its much-heralded death in the United States". *Ibid.*, *ibid.*

113 ראו והשוו דברי הנשיא ברק בעניין **דנילוברין**, לעיל הערה 1, בע' 763.

114 הדוקטרינה של עניין *Brown* מצאה ביטוי במקרים של סטרגייה אף במשפט הישראלי. ראו: בג"צ 6698/95 **קצדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (פסק דינו של הנשיא ברק בע' 278-280). בפרשה זו טען מנהל מקרקעי ישראל כי טיפול נפרד אך שווה, קרי - החלטה על הקצאת מקרקעין להקמת יישוב ליהודים בלבד - אינו פוגע בעקרון השוויון, שכן מנהל מקרקעי ישראל היה מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב לערבים בלבד. בהתייחסו להחלטה בית המשפט בעניין *Brown*, הסביר הנשיא ברק כי "ביסוד גישה זו מונחת התפישה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית" (שם, בע' 279). הנשיא ציין כי "אכן ייתכנו מקרים בהם יהיה בטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והתפצות למנוע 'התבלבלות כפויה'" (שם, בע' 279). עם זאת, הנשיא קבע כי ככל שהדבר נוגע להפרדה בין יישוב יהודי לערבי לא הייתה תחולה לחריג זה שכן, לגישתו: "אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב קהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד... ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים 'קבוצה ייחודית'... נהפוך הוא: כל יהודי בישראל כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים

שווים בארצות-הברית דווקא, וראוי לעשות בו שימוש גם לצורך בחינת האלטרנטיבות הקיימות למוסד הנישואין במדינות אחרות שבהן ישנם הסדרים מיוחדים לזוגיות ההומוסקסואלית, כגון מדינות צפון אירופה, כמו גם לצורך הערכת הצעות אפשריות להסדרת זוגיות שלא במסגרת מוסד הנישואין במשפט הישראלי.

כאמור, ניתוח האפשרות של הסדר אלטרנטיבי לנישואין במשפט הישראלי חורג ממסגרת הדיון במאמר זה. עם זאת, ברצוני להעיר בשולי הדברים כי בהסתמך על טיעוני המאמר, כל פתרון אפשרי שיוצע בעתיד בישראל להסדרה של מערכות יחסים זוגיות שלא במסגרת מוסד הנישואין יצטרך לעמוד בשתי דרישות: ראשית, יהיה עליו לכלול גם בני זוג מאותו המין, ושנית, ראוי שהסדר שכזה יעניק את מרבית אם לא את מלוא הזכויות הנובעות ממוסד הנישואין. יתר על כן, גם לו יוקם מוסד שכזה, הרי שכלל שהדבר נוגע לזוגות חד-מיניים, ספק אם יעמוד בדרישת השוויון לאור הרציונל העומד בבסיס עניין *Brown* בהיותו נפרד ממוסד הנישואין. אף על פי שלא נראה כי הסדר של נישואין אזרחיים יאומץ בארץ בעתיד הנראה לעין, הולכת ומתגבשת כעת הצעה במשרד המשפטים לכונן מוסד של "רישום בני זוג" אצל "רשם הזוגיות" (הצעת חוק לרישום בני-זוג, תשס"א-2001) לפיה כל איש ואישה שהסכימו לחיות יחדיו יוכלו לרשום מה שייקרא "שותפות זוגית". לפי נוסח ההצעה, המוסד יקנה מספר פחות של זכויות מאלו הנובעות מנישואין ויהיה פתוח רק לזוגות הטרוסקסואלים¹¹⁵. לאור טיעוני המאמר, ובהנחה שהצעת החוק תאומץ, הרי שאי-הכללתם של זוגות חד-מיניים במסגרת מוסד זה תהווה הפליה פסולה שלא תעמוד בדרישת השוויון על פי עקרונות חוקתיים של המשפט הישראלי, כמו גם המשפט המשווה בסוגיה זו.

סיכום

מסקנתנו הנה כי אין להסדיר קשרי זוגיות חד-מיניים באופן נפרד (אף אם שווה) ממוסד הנישואין הקיים, הפתוח ברוב מדינות העולם כיום רק לזוגות הטרוסקסואלים. כדי להימנע מהפליה פסולה כלפי אוכלוסיית ההומוסקסואלים והלסביות, יש להכיר בקשרי זוגיות אלו

כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית... הגורם המאפיין את קבוצת התושבים בישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות הענין שלפנינו, קריטריון מפלה... אכן, השילוב בין התוצאה הבלתי שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי שוויוניים שבבסיסה, יוצר 'מסה' חזקה של העדר שוויון, 'מסה' שאינה מתבטלת ואף אינה פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים. אגו דוחים, איפוא, את הטענה כי בנסיבות הענין שלפנינו לא נפגם עקרון השוויון" שם, בע' 280. רואים אנו אפוא כי גם במסגרת המשפט הישראלי הבסיס לבדיקה אם מדובר בהפליה פסולה או בהבחנה בין שונים תלויה בשאלה אם ישנם טעמים מיוחדים המצדיקים את ההפרדה, כגון מאפייני מיעוט שיש לשמרם, לדיון בשאלה זו בהקשר של הדרת הומוסקסואלים ממוסד הנישואין, ראו לעיל.

115 ברצוני להודות לעו"ד איתן אטיה, יועץ משפטי לשר המשפטים, על המידע שסיפק לי בנוגע להצעת חוק זו.

בדרך של פתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים, וזאת על ידי הגדרה מחדש של המוסד ככזה שאינו מוגבל לגבר ואישה. רפורמה מעין זו תבטא לא רק סובלנות אלא גם קבלה של הקהילה ההומו־לסבית ותפיסה של מערכות היחסים החד-מיניות כשוות ערך לקשרי זוגיות הטרוסקסואליים, וגם תביא, בטווח הרחוק, ליתר שוויון בין גברים לנשים במסגרת הנישואין, כאשר יחול שינוי הדרגתי באופיו הפטריארכלי של המוסד ששוב לא יתבסס על חלוקה בינארית לתפקידי מינים אלא יהיה מוסד שוויוני יותר המשקף תפיסות נאורות בדבר יחסי הכוחות בין גברים לנשים.

לאור הרציונלים שעמדו בבסיס פסילת הדוקטרינה של "נפרד אך שווה" בארצות־הברית והחלתם לעניין הדרת זוגות חד-מיניים ממוסד הנישואין, מצאנו כי התרופה היחידה להפליה הקיימת כנגד הומוסקסואלים ולסביות בתחום ההכרה בקשרי המשפחה שלהם הנה הכללתם במוסד הנישואין. חוק או הסדר שאיננו בגדר "פתיחת מוסד הנישואין" לזוגות חד-מיניים מהווה הפרה של עקרונות יסוד חוקתיים, ובראשם, עקרון השוויון ואיסור ההפליה.