

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

מאת: 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 של זוגות חד-מיניים במשפט המשווה, מצאתי לנכון לסווג הסדרים אלו לארבע קטגוריות רחבות של הכרה משפטית בזוגיות הומוסקסואלית ולמספר קטגוריות משנה המיוחדות באופיין למדינה זו או אחרת². אכנה את ארבע הקטגוריות הרחבות "מודלים" להכרה ולהסדרה של מעמד 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 הנם 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 בזוגיות ההומו-לסבית, ונוכח

תחולת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין ואופיה 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 בזוגיות החד-מינית במסגרת המשפט הישראלי⁴. המאמר פותח בסקירה ובניתוח של המודלים העיקריים להכרה בזוגיות חד-מינית ושל הסדרים המיוחדים למספר מדינות ספציפיות. לאחר מכן מציג המאמר שני טיעונים מרכזיים: ראשית, כעולה מן ההשוואה בין ההסדרים השונים, אין במודלים האלטרנטיביים לנישואין 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 ייפתח 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 ההטרוסקסואליות; 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 לסביות 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

* הנוסח המתפרסם כאן קוצר בשל אילוצי מקום, והושמט ממנו מספר ניכר של הערות שוליים ואסמכתאות. נוסח מלא יפורסם בכרך ז' של כתב העת המשפט.

חלקו הראשון של מאמר זה (פרק 1) הנו גרסה מורחבת ומעודכנת של הרצאה שניתנה במסגרת יום עיון ב"New-York University School of Law" במרץ 2000. ראו: Y. Merin "Models for the Legal Recognition and Regulation of Same-Sex Partnerships - A Comparative Overview" 26(1) N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change (2001) 122.

** דוקטור למשפטים, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. ברצוני להודות לפרופ' אלון הראל, ד"ר אייל גרוס, ד"ר משה כהן-אליה, יובל שני, רינת קיטאי, תמר מרין ומיכל אלפון על הערותיהם. כן ברצוני להודות לחברי מערכת כתב העת המשפט, ולגב' עפרה גרובר בפרט, על הערותיהם וסייעם בהכנת המאמר לפרסום.



באפריל 2001. 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. ההבדלים היחידים בין נישואין חד-מיניים לנישואין בין בני זוג ממין שונה הנם חוסר ההכרה בנישואין מהסוג הראשון מחוץ להולנד⁵ וההגבלות על אימוץ ילדים מחוץ להולנד. בשום מקום אחר בעולם לא הוענקה לזוגות חד-מיניים הזכות להינשא. 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 וגירושין במדינה מהווה אפליה אסורה על בסיס מין העומדת בניגוד לחוקה של הוואי⁶. 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-מיניים⁷. הייתה זו הפעם הראשונה שבת 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 המדינה⁸. 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 חוקותיהן באופן שימנע אפשרות של פתיחת מוסד הנישואין להומוסקסואלים ולסביות (וזאת על ידי הגדרה חוקתית מפורשת של מוסד הנישואין כמוגבל לגבר ואישה). בנובמבר 1998 הצביעו

1. הכרה זו מוצאת ביטוי בעיקר בתחום יחסי העבודה וזכויות סוציאליות 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 ההגנה לישראל (לא פורסם, החלטה מיום 5.12.96). לדיון בהתפתחויות אלו ראו מאמרו של א' הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" בגיליון זה. לניתוח פסקי הדין המנויים 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., forthcoming). כן ניתן ללמוד על מידת ההכרה בקשרי זוגיות חד-מינית כקשרי משפחה מפסקי דין העוסקים בזכויות ההורות של הומוסקסואלים ולסביות בישראל, ראו: בג"צ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות (לא פורסם), דינים עליון נה 778; תמ"ש 50/97 פלונית נ' ה"מ (לא פורסם); תמ"ש 49/97 פלונית נ' ה"מ (טרם פורסם); בג"צ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 268. ראו ערר לעניין זה תמ"ש 14480/98 פלוני נ' אלמוני (לא פורסם); תמ"ש 32520/97 פלונית נ' אלמונית (טרם פורסם), תקדין משפחה (2) 97:53.
2. ראו: Y. Merin *Equality for Same-Sex Couples: A Comparative Study of the Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States* (forthcoming, Chicago University Press) ch. 3-7.
3. (התרגום שלי - י.מ.). בהיעדר מינוח מקובל למושגים אלו בעברית, ועל מנת להימנע מחזרה על המינוח הלועזי, אשתמש להלן בתרגומם הנזכר לעיל לעברית בכל מקום בו מתייחס המאמר למודלים השונים.

4. ברי כי עד שלא ישווה 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 מז(1) 749, פתרון בעיית חוסר השוויון במסגרת מוסד הנישואין אינה בידי בית 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, ובית המשפט סרב לכך בעקבות" (שם, בעל 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.
5. לפיכך, מחוץ לגבולות הולנד, ייתקלו זוגות נשואים חד-מיניים בבעיות סבוכות בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי. לדיון מקיף בבעיות אלו, ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 4.
6. (Haw. 1993) 852 P. 2d 44, 67 *Baehr v. Lewin* (להלן: עניין Lewin case 18).
7. ראו: (Haw. 1996) 910 P. 2d 112 *Baehr v. Miiike*. נימוק המדינה היחיד היה מבוסס על הפגיעה האפשרית בילדים הגדלים במשפחות חד-מיניות. בית המשפט דחה טיעון זה מכל וכול וקבע כי לא הוכח שייגרם כל נזק פסיכולוגי או אחר לילדים אלו. זאת ועוד: נפסק כי פתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים דווקא תיטיב את מצבם של ילדים הגדלים במסגרת זו שכן המוסד מקנה להם הגנה מקיפה ושורה של זכויות.
8. *Brause v. Bureau of Vital Statistics* No. 3AN-95-6562 CI. (Alaska Super. Ct. 1998).

חמש מדינות בצפון אירופה: דנמרק (1989), נורווגיה (1993), שוודיה (1995), איסלנד (1996) והולנד (1998). הצעות חוק "שותפות רשומה" תלויות ועומדות כעת בבלגיה¹¹, בפינלנד, באיטליה, בפורטוגל, בשווייץ ובברזיל¹².

חוקי השותפות הרשומה של מדינות סקנדינביה מוגבלים בתחולתם לזוגות חד-מיניים בלבד, בעוד שהחוק ההולנדי פתוח גם בפני זוגות הטרוסקסואלים¹³. לפיכך יכולים כיום הן זוגות חד-מיניים והן זוגות הטרוסקסואלים בהולנד לבחור בין שותפות רשומה לבין נישואין על מנת להסדיר משפטית את מערכות יחסיהם¹⁴, 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 אזרחות ותושבות חמורות יותר מאלו 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 אלו. 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 מלאכותית¹⁵. היקף שלילת זכויות הורות משתנה ממדינה למדינה: במדינות הסקנדינביות נשללת מלסביות (ומנשים 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 זו. 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 המדינה¹⁶, בעוד שלטקס "נישואין" דתי של זוגות חד-מיניים המעוניינים להתקשר בשותפות רשומה אין כל נפקות משפטית.

בנוסף על האמור לעיל, ושוב, בניגוד לנישואין, לסטטוס של שותפות רשומה יש תוקף משפטי והשלכות רק במשפט הפנימי של



המודל השני הקיים להכרה בזוגיות חד-מינית הנו המודל הצפון-אירופי של "שותפות רשומה" (Registered Partnership). 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, 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

הבוחרים בשתי המדינות ברוב גדול בעד התיקונים לחוקות, וזמן קצר לאחר מכן פסק בית המשפט העליון של מדינת הוואי כי לאור תיקונים אלו, ההחלטה בעניין איננה עוד בידיו ודחה את התביעה⁹; באופן דומה, 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 הנישואין¹⁰; החלטה זו הובילה לאימוץ ה-Civil

Unions Act בוורמונט 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" (DOMA). בעקבותיו חוקקו עד כה שלושים וחמש מדינות בארצות-הברית חוקים דומים שנועדו אף הם "להגן על מוסד הנישואין" מפני זוגות חד-מיניים. חוקים אלו קובעים כי מוסד הנישואין מוגבל לקשר שבין גבר ואישה וכי הן הממשל הפדרלי והן המדינות אינם מחויבים להכיר בנישואין חד-מיניים שייערכו במדינה אחרת או מחוץ לארצות-הברית.

ב. שותפות רשומה

המודל השני הקיים להכרה בזוגיות חד-מינית הנו המודל הצפון-אירופי של "שותפות רשומה" (Registered Partnership). 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, 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

ולשותפות רשומה המקנים הגנות זכויות 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 והעניינית. בארצות-הברית ישנם שני סוגים של שותפויות משפחתיות: שניהם חלים, בדרך כלל, הן על זוגות חד-מיניים והן על בני זוג ממין שונה. סוג אחד מתבטא בהענקת הטבות שונות על ידי מעבידים פרטיים לשותפויות משפחתיות כפי שאלו מוגדרות על ידי אותו מוסד. הסוג השני של "שותפות משפחתית" הנו מוסד המוקם מכוח הוראת חוק כלשהי (חקיקה מדינתית או תקנה/צו מוניציפלי). המדינות היחידות המכירות בשותפות משפחתית כיום הן ניוירוק, הוואי, ורמונט, מסצ'וסטס, קליפורניה, קונטיקט ואורגון⁹. החוקים במדינות אלו מקנים לבני זוגם של עובדי המדינה

המדינה בה נקשרה השותפות. הכרה הדדית בשותפויות רשומות שנערכו מחוץ לגבולות המדינה קיימת רק בין המדינות הסקנדינביות בהתאם לאמנה בה מדינות אלו התקשרו לעניין זה¹⁷. 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 עלולה 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 רשומות. 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 הטרוסקסואלים. באופן דומה, בנובמבר 2000 אימץ הבית התחתון הגרמני חוק שמהווה וריאציה מסוימת של שותפות רשומה ("Life Partnership" Act) המיועד להסדיר את מערכת יחסיהם של זוגות חד-מיניים בלבד. בניגוד לחוקי השותפות הרשומה, הן ה-PaCS והן ה-Life Partnership אינם מחילים את החקיקה הקיימת בענייני נישואין וגירושין 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)¹⁸.

ג. שותפות משפחתית

המודל השלישי להכרה משפטית ביחסיהם של בני זוג מאותו המין הנו המודל של "שותפות משפחתית" (Domestic Partnership). 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 אחיד, שכן בניגוד לנישואין

9. ראו: Baehr v. Miike 994 P. 2d 566 (Haw. 1999).

10. Baker v. State of Vermont 744 A. 2d 864 (Vt. Sup. Ct. 1999) (להלן: עניין Baker case 1A).

11. 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 כולל זוגות חד-מיניים; על הצדדים מוטלת חובה לחלוק את הוצאות המחיה ואת החובות הקשורות למגורים המשותפים.

12. 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 שהמדינות היחידות בהן יש סיכוי ריאלי לקבלת חוקי שותפות רשומה בעתיד הנראה לעין הן פינלנד, פורטוגל ושווייץ. בשאר המדינות שצוינו לעיל מדובר בהצעות חוק שסיכוייהן להגיע לדיון בפרלמנט קטן ביותר.

13. להשוואה בין חוקי השותפות הרשומה של מדינות סקנדינביה והולנד ראו: Merin, supra note 2, ch. 8.

14. 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: *ibid.*, ch. 4.

15. *Ibid.*, *ibid.*

16. 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 סקנדינביה הכנסייה הנה באופן פורמלי גוף של המדינה המנהל ומתקצב על ידה. ראו: *ibid.*, ch. 3.

17. 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.*, *ibid.*

18. *Ibid.*, ch. 5.

19. *Ibid.*, ch. 7. שאר ההסדרים של "שותפויות משפחתיות" מוגבלים לרמה המוניציפלית.

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 אחרות. סן-פרנסיסקו הנה אחת הערים היחידות שתקנותיה חלות גם על חברות ועל מעסיקים פרטיים שמתקשרים בחוזים עם העירייה (San Francisco's Equal Benefits Ordinance). 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.

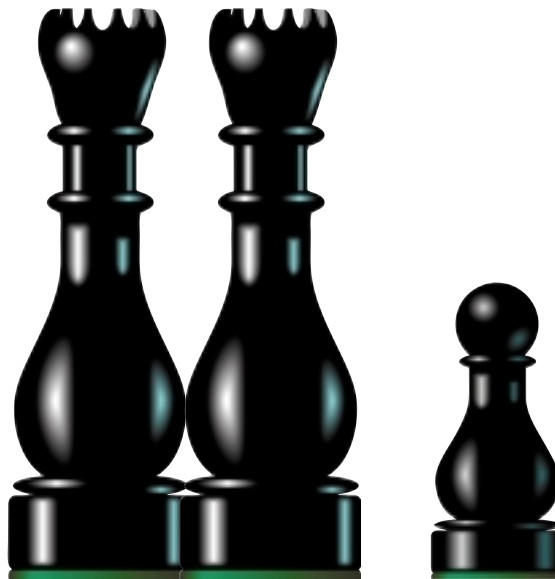
לאור זאת, קיים מספר רב של זוגות שאינם זכאים להתקשר בשותפות משפחתית. אם כן, בניגוד לנישואין ולשותפות רשומה, היקף ההכרה בזוגיות חד-מינית לפי מודל זה משתנה מאזור למשנהו ומוגבל לאזורים מסוימים. יתר על כן, מספר ההטבות שמוענקות לאותם זוגות שממלאים אחר התנאים לקיומה של שותפות משפחתית הנו מזערי בהשוואה לאלה המוענקות מכוח שותפות רשומה או 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 המדינה.

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 אפליה בנגישות לשירותי הזרעה

הטבות כלכליות שונות במסגרת העבודה במידה וזוגות 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-מיניים²⁰. 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 לנסח חקיקה שתחיל את הזכויות, ההגנות והחובות הנובעות מנישואין גם על זוגות חד-מיניים במדינה, אימץ הפרלמנט

של ורמונט את חוק "הברית האזרחית" (The Civil Unions Act) שנכנס לתוקפו ביולי 2000²¹. 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)²². כמו כן, המעמד החדש שמקנה החוק לזוגות חד-מיניים אינו מוכר בשום מדינה אחרת בארצות-הברית ולפיכך תחולתו מוגבלת לתושבי ורמונט²³. 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.

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 כלשהן.

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 ובבלגיה, 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 הנישואין. 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-מיניים, יהיו בבחינת הסדרים "נפרדים אך שווים" למוסד הנישואין המפלים כנגד קבוצת הומוסקסואלים והלסביות.

מלאכותית, מרבית המדינות מאפשרות לבן הזוג ההומוסקסואל לקבל חזקה על ילדיו של בן זוגו, וכמחצית המדינות מתירות לבנות הזוג לאמץ זו את ילדיה של זוג²⁴.

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-1998 וארגון ב-1999, אימצו חקיקה הדומה בהיקפה להסדרים בארצות-הברית מכוחה ניתנות הטבות שונות הן לזוגות הומוסקסואלים והן לזוגות הטרוסקסואלים שאינם נשואים.

ד. מגורים משותפים ללא נישואין

המודל הרביעי הקיים להכרה משפטית ביחסיהם של בני זוג מאותו המין הנו "מגורים משותפים ללא נישואין" (Cohabitation), 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 בהן 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 הקשר. בנובמבר 2000 קיבל הפרלמנט של ניו-זילנד חוק דומה שכותרתו The De-Facto Relationships Property Bill. לפי החוק החדש, שייכנס 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 זוג. יתר על כן, הממשל הפדרלי בקנדה שוקל לתקן ששים ושמונה חוקים פדרליים כך שיכירו בזכויותיהם של בני זוג מאותו המין באופן זהה להסדר המשפטי הקיים לגבי זוגות הטרוסקסואלים הגרים במשותף. מספר פרובינציות קנדיות כבר השוו בין מעמדם המשפטי של זוגות חד-מיניים הגרים במשותף לזה של זוגות הטרוסקסואלים לא נשואים²⁵. 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-מיניים²⁶. לפיכך כלולים כעת בני זוג לסביות או הומוסקסואלים בהגדרת "ידועים בציבור" וזכאים לאותן זכויות כשל בני זוג ידועים בציבור הטרוסקסואלים. החוק ההונגרי

20. ראו: The Reciprocal Beneficiaries Act, H.R.S. 572C 1997.

21. ראו: Acts of the 1999-2000 Vermont Legislature, No. 91 An Act Relating to Civil Unions (approved Apr. 26th 2000) 1202 (2000) [http://www.leg.state.vt.us/docs/2000/acts/ACT091.HTM] (Last visited on 23/4/2001). החוק המקיף ביותר כיום הוא זה של מדינת ורמונט, לדיון מקיף בחוק ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 7.

22. ראו: Merin, *ibid*, *ibid*.

23. 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*.

24. 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.

25. 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 המחוקק לכלול זוגות חד-מיניים בהגדרת המונח "בן זוג" בחוקים הנוגעים לזכויות פנסיה. ראו: (1999) 2d C.R.R. 62 (M. v. H.).

26. ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 5.



ארכיון הארץ

זוג; 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 החלטה של חזקת השיתוף, תוך הגנה על הצד החלש כלכלית במקרה של גירושין; הגדרת בני זוג כשארים לצורכי ביטוח חיים ופנסיה; זכויות בתחום הירושה, הביטוח הלאומי, מס הכנסה ועוד. מטרה **שלישית** הנה הסדרת יחסי הורים-ילדים: זכות אוטומטית לחזקה משותפת על ילדיו של בן הזוג, זכותו של הורה חורג לאמץ את ילדי בן זוגו, והעדפת זוגות נשואים במסירת ילדים לאימוץ, כמו גם הזכות להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית²⁸. 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 הנישואין. מתוך שלוש המטרות של מוסד הנישואין שהוזכרו לעיל, ולאור אופיים של החריגים המצויים 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,

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 - הפרלמנט ההולנדי לא הסתפק 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 אחר²⁷: **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 הזר להגר ולהתאזרח במדינה בה הוא חי עם בן

אלטרנטיביים הנם פסולים, שכן יש בהם כדי להנציח את האפליה הקיימת כלפי הומוסקסואלים ולסביות. 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 אפליה מחמת נטייה מינית במספר תחומי משפט, כדוגמת איסור אפליה במסגרת יחסי עבודה ובצבא; הענקת שוויון לזוגות הומוסקסואלים בתחומים שאינם קשורים דווקא להכרה בזוגיות החד-מינית במסגרת דיני המשפחה, כגון זכות בן הזוג הזר להגר ולהתאזרח במדינה בה הוא חי עם בן זוגו; 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 הומוסקסואלית³². לפיכך מתייחס הטיעון בפרק זה רק לאותן מדינות בהן קיימים הסדרים חלופיים מקיפים להכרה בזוגיות הומוסקסואלית³³.

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 ורמונט)²⁹. 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'" (בבחינת "Marriage Light"³⁰) המיועדים להסדיר באופן נפרד קשרי זוגיות של הומוסקסואלים ולסביות תוך שמירת עליונותו של מוסד הנישואין כמוסד אקסקלוסיבי המיועד לזוגות הטרוסקסואלים. לא ניתן לראות בהסדרים החלופיים הכרה בערכם של קשרי זוגיות הומוסקסואליים כשווי ערך לקשרים בין בני זוג ממין שונה. עד שלא ישווה מעמדם של זוגות חד-מיניים לזה של זוגות נשואים, מבחינת היקף הזכויות המוקנות להם ומספרן - ימשיכו ההסדרים האלטרנטיביים להוות אפליה כנגד הומוסקסואלים ולסביות. יתר על כן, כפי שנראה מיד, אפליה זו תימשך כל עוד לא יפתח מוסד הנישואין עצמו לזוגות חד-מיניים.

3. "נפרד אך שווה"

מסקנה זו מובילה אותנו לטיעון השני שהוצג בפתח הפרק הקודם, לפיו גם לו יקנו המודלים האלטרנטיביים לזוגות חד-מיניים את מלוא הזכויות המוענקות לטרוסקסואלים מכוח מוסד הנישואין (ואכן, התיקונים האחרונים לחוקי השותפות הרשומה משקפים מגמה זו ונראה כי בעתיד הקרוב תהיה זהות מלאה בין המוסדות מבחינת היקף הזכויות והחובות), וההבחנות בין האלטרנטיבות לבין מוסד הנישואין עצמו ייטשטשו כך שההבדל היחיד שיוותר 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 הומוסקסואלים 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 הסגרגציה שנוצרת עקב הדרת הומוסקסואלים ממוסד הנישואין, שהנו מוסד בעל משמעויות ערכיות, חברתיות ותרבותיות מעבר ל"סל הזכויות" המוענקות מכוחו³¹. לפי גישה זו, רק פתיחת מוסד הנישואין הקיים לזוגות חד-מיניים, כפי שנעשה בהולנד, תענה על דרישת השוויון, והסדרים

27. 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); לדיון מקיף בסוגיה זו ראו: Merin, *ibid.*, ch. 2.
 28. ראו, למשל, חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ד-1996, הקובע כי משירותי פונדקאות ייהנו רק "איש ואישה שהם בני זוג", קרי: החוק מוגבל לזוגות נשואים בלבד.
 29. לעיל הערה 21, להשוואה בין המודלים השונים להכרה בזוגיות חד-מינית ובין מודלים אלו לבין מוסד הנישואין, ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 8-9.
 30. ראו: E. McNamara "Marriage Lite Just Won't Cut It" *Boston Globe* 22/12/1999.
 31. על התמורות שחלו במוסד הנישואין ועל מעמדו וחשיבותו כיום ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 8.
 32. לדיון באופיים של התהליכים הסוציפוליטיים והמשפטיים המהווים "תנאים מוקדמים" לעצם הדיון בשאלת הכללת הומוסקסואלים ולסביות במסגרת מוסד הנישואין, ראו: *ibid.*, ch. 11.
 33. לעניין זה ראו והשוו' א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מורחבת, 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 אפליה 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".

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 life⁴⁰.

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 אפליה 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 לאנלוגיה⁴¹). באופן דומה, תקפות האנלוגיה תלויה בשאלה

אם קיים שוני רלוונטי בין זוגות הטרוסקסואלים לבין זוגות חד-מיניים לצורך מטרות 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 זו⁴². אסתפק בכך שאציין 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 נחיתותן 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 הזוגיות ההומוסקסואלית⁴³. 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 יחסיהם (או תביא לפגיעה במאפייני המיעוט ההומוסקסואלי)⁴⁴, תביא ל"התבוללות" של ההומוסקסואלים והלסביות בקרב ההטרוסקסואלים, ויהיה בה משום ניסיון עלוב לחקות את אורח החיים ההטרוסקסואלי⁴⁵. מנגד ניצב מחנה אליו משתייכים מרבית ההומוסקסואלים והלסביות⁴⁶, 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 הנישואין⁴⁷; 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

על מנת להדגים ולהבהיר טיעון זה, ניתן להיעזר באנלוגיה בין האפליה הקיימת כלפי ההומוסקסואלים בתחום הנישואין לבין האפליה מחמת גזע בארצות-הברית. כשם שסגרגציה בין-גזעית בארצות-הברית תרמה לאפלייתם של השחורים, כך גם מוסדות מיוחדים להומוסקסואלים וללסביות, שנועדו להסדיר את קשריהם בנפרד ממוסד הנישואין, מהווים אפליה פסולה. האנלוגיה מתייחסת לשני היבטים של אפליה גזעית בארצות-הברית: ראשית, חוקים שאסרו נישואי תערובת בין שחורים ללבנים (Anti-Miscegenation Laws) ואשר נפסלו על ידי בית המשפט העליון האמריקאי בפסק דין *Loving v. Virginia*³⁴ (להלן: "האנלוגיה לעניין *Loving*"), והסגרגציה דה-יורה בין הגזעים במסגרת מערכת החינוך, שבוטלה בהחלטה המפורסמת *Brown v. Board of Education* (להלן: "האנלוגיה לעניין *Brown*")^{36,35}. אנלוגיה זו, על שני היבטיה, מבוססת

על הטיעון שכשם שהאיסורים על נישואי תערובת והסגרגציה בין שחורים ללבנים במוסדות חינוך היו פסולים ומנוגדים לחוקה האמריקאית בהיותם מבוססים על אפליה מחמת גזע ועל האידאולוגיה של עליונות הגזע הלבן, כך גם פסולה הדרתם של זוגות חד-מיניים ממוסד הנישואין המבוססת על טעמים אנלוגיים של אפליה: מין, נטייה מינית ומגדר³⁷, ועל אידאולוגיה דומה: הומופוביה, סקסיזם, תפיסה בינארית של תפקידי מינים ועל

הכוונה לשמר פילוסופיה של "הטרוסקסואליות כפויה" (שימור 'העליונות ההטרוסקסואליות' בתור נורמת ההתנהגות החברתית השלטת או אף הבלעדית)³⁸. אנלוגיה זו איננה מובנת מאליה והיא מעוררת מספר שאלות: ראשית, מדוע ראוי להתייחס לאפליה מחמת גזע (גזענות) כדומה או כאנלוגית לאפליה 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 באפליה מסוג שונה ובמיעוטים בעלי תכונות ומאפיינים שונים. עם זאת, הסתכלות מעבר למאפיינים ה"חיצוניים" השונים והתייחסות לטיבה המהותי, העמוק יותר של האפליה בשני המקרים - עשויה להצדיק את האנלוגיה. בכך מתבסס אני על התאוריה של המשפטן והפילוסוף האמריקאי דייוויד ריצ'ארדס, שערך השוואה בין שני סוגי האפליה; השוואה זו נערכה אמנם בהקשר כללי יותר, אך היא ישימה גם לשאלת הדרתם של זוגות חד-מיניים ממוסד הנישואין³⁹. תפיסתו של פרופ' ריצ'ארדס הנה כי המשותף לאפליה על בסיס גזע ולאפליה 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:

"Homophobic prejudice, like racism and sexism, unjustly

כוללת לפיה הטרוסקסואליות היא אורח 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* (H. Abelove, ed., New-York, 1993) 227; ליישום רחב של גישה זו ראו, למשל: W.N. Eskridge *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* (Cambridge, 1999) 224. קיומם של הומוסקסואלים ולסביות יש משום איום על התפיסה המסורתית של החלוקה הדיכוטומית לתפקידי מינים, איום המביא לשעתוק תפיסת הטרוסקסואליות הכפויה.

39. D.A.J. Richards *Identity and the Case for Gay Rights: Race, Gender, Religion* (Chicago, 1999) 6-38. Merin, *supra* note 2, ch. 2. ראו גם: as Analogies (Chicago, 1999).

40. D.A.J. Richards *Women, Gays, and the Constitution: The Grounds for Feminism and Gay Rights in Culture and Law* (Chicago, 1998) 89-288.

41. על אף שבת המשפט העליון של ארצות-הברית לא הקנה לקבוצה זו הכרה כקבוצה "שחודה", ראוייה לציון בעניין זה החלטתו 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.

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

43. 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.

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

45. 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"מיניסטרמינג" ולנורמליזציה של הקהילה ההומוסקסואלית - דבר שיובייל לאיבוד החופש המיני של חברי הקהילה ולאבדן זהותה.

46. אינדיקציה לכך שהרוב המוחלט בקרב הקהילה ההומו-לסבית תומך בנישואין חד-מיניים ניתן למצוא בסקר שערך אוניברסיטת אוטרנט בהולנד טרם אימוץ החוק לפתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים. לפי הסקר, שמונים וחמישה אחוזים מן ההומוסקסואלים והלסביות בהולנד תמכו בכינון נישואין חד-מיניים בעוד ששבעה אחוזים בלבד התנגדו להכרה בנישואין אלו. ראו: LGA Bulletin of January 1998, <http://www.ilga.org/www/ilga.org/information/euronews/html> [Last visited on 23/4/2001].

47. ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא בדברי הנשיא ברק בעניין *דנילוביץ*, הסבור כי על אף שבהקשרים מסוימים ייתכנו הבדלים בין זוגות הומוסקסואלים לזוגות הטרוסקסואלים, 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 אפליה מחמת נטייה מינית: "וכי הפרידה מברזוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מברזוג מהמין השונה? האם חיי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחווה וניהול התא החברתי, מחיי שיתוף אלה בין בני-זוג ממין שונה?" עניין *דנילוביץ*, לעיל הערה 1, בע' 762. לדעתי יפים דברים אלה גם לעניין הדרת הומוסקסואלים ממוסד הנישואין, המיועד אף הוא לתמוך בתא חברתי הדוק המבוסס על חיי שיתוף. לטעון כי גישת הנשיא ברק מכירה בקשרים חד-מיניים רק ובמידה שהם דומים לקשרים הטרוסקסואליים, וכי אין בגישה שכזו משום הכרה מלאה בזוגיות ההומוסקסואלית, ראו: Gross, *supra* note 1.

48. 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. Sherman, ed., 1992) 13. לא פחות "הארץ" 21/6/2000 (תורגם מתוך: *The New Republic*).

49. עדות לכך הנו 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 הטרוספורמציות 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).

50. ראו, למשל: Eskridge, *supra* note 36.

שאין במוסד הנישואין כדי לאיים על המאפיינים המיוחדים של אוכלוסיית ההומוסקסואלים והלסביות⁴⁸; להיפך, הדוגלים בפתיחת מוסד הנישואין להומוסקסואלים אינם חשים מאוימים מפני אפשרות 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 במסגרתו⁴⁹, שכן מודל הזוגיות החד-מינית הוא לרוב שוויוני יותר (מבחינת חלוקת התפקידים בין בני הזוג) ממודל הזוגיות הטרוסקסואלית המסורתית. יתר על כן, המצדדים בפתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים מבססים את טיעונם על זכות הבחירה השווה⁵⁰: קרי - דרישה כי תעמוד לזוג הומוסקסואלי אותה אפשרות בחירה העומדת לזוג הטרוסקסואלי 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 מערכת יחסיהם.

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

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

36. האנלוגיה מן הסוג הראשון יושמה בעבר על ידי מספר כותבים אמריקאים, ראו, למשל: A. Koppelman "The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination" 98 *Yale L. J.* (1988) 145; W. Eskridge *The Case for Same-Sex Marriage* (New-York, 1996); M. Strasser "Family, Definitions, and the Constitution: On the Miscegenation Analogy" 25 *Suffolk U. L. Rev.* (1991) 981.

37. לדעה כי הדרת זוגות חד-מיניים מהווה אפליה על בסיס מין המבוססת על תפיסה דיכוטומית של חלוקה לתפקידי מגדר (עמדה שהנה חלק מטענה כללית יותר בארצות-הברית לפיה יש לראות בכל סוגי האפליה כנגד הומוסקסואלים אפליה מחמת מין), ראו: A. Koppelman "Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination" 69 *N.Y.U. L. Rev.* (1994) 197, 255-257; 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 אפליה על בסיס מין (ולא על בסיס נטייה מינית) ראו: *Lewin case*, *supra* note 6. אחת הסיבות שעמדו בבסיס סיווג האפליה כנגד הומוסקסואלים ולסביות כאפליה על בסיס מין הנה העובדה שבעוד שפסיקת בית המשפט העליון הפדרלי בעניינים חוקתיים מכירה במין אחד הבסיסים שבגינו חל איסור להפלות ומסווגת קטגוריה זו כשחודה או כמעין שחודה, הרי שנטייה מינית אינה מוכרת כקטגוריה שלגביה קיים איסור אפליה; גישה זו מוצאת ביטוי, בין היתר, גם בדברי חקיקה פדרליים: כך, למשל, סימן 7 לחוק הפדרלי בדבר זכויות אזרחיות משנת 1964 (Title VII) האוסר על אפליה בתחום העבודה על בסיס מין (וכן גזע, צבע, דת או לאום) אינו מונה נטייה מינית כאחד הבסיסים שבגינו קיים איסור להפלות. ביטוי לעמדה המסוגלת אפליה על רקע נטייה מינית כאפליה על בסיס מין ניתן למצוא גם בפסיקה הישראלית: ראו, למשל, דברי השופט אלוני בע"ש 369/94, 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 לאפליה בעניין *דנילוביץ* כמבוססת על שיקולים פסולים של מין, וכי הדעה כי אין לראות בכך משום אפליה על בסיס מין שכן אותה טובת הנאה ניתנת גם לעובד וגם לעובדת - אינה משכנעת. ראו: עניין *דנילוביץ*, לעיל הערה 1, בע' 763.

38. המונח "טרוסקסואליות כפויה" ("Compulsory Heterosexuality") נטבע על ידי הכותבת הפמיניסטית אדריאן רייץ' בתחילת שנות השמונים כנותן ביטוי לתפיסה לפיה התנועה הפמיניסטית בארצות-הברית אינה לוקחת בחשבון קיומן של לסביות בקרבה וכי היעדר נרטיבה לסבית בשיח הפמיניסטי פוגע גם בתפיסת עולמן של נשים הטרוסקסואליות. כותבים רבים שאלו מונח זה והשתמשו בו כמייצג גישה חברתית

לשם הסדרת מערכות יחסיהם. עד אמצע המאה העשרים היו ברוב מדינות ארצות-הברית חוקים שאסרו ואף הטילו סנקציה פלילית בגין נישואי תערובת בין שחורים ללבנים⁵⁴. הרציונל שעמד בבסיס חוקים אלו היה שימור עליונות הגזע הלבן. בעניין Loving ביטל בית המשפט העליון חוקים אלו שכן מצא כי מטרתם היחידה הייתה אפליה גזעית בניגוד לתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית⁵⁵. האנלוגיה בין חוקים אלו לבין הדרת הומוסקסואלים ולסביות ממוסד הנישואין מוצאת ביטוייה בכך שהיחס המבזה כלפי הומוסקסואלים מעניק לגיטימציה לרתיעה הלא רציונלית נוכח עצם הרעיון של נישואין בין בני זוג מאותו המין, תגובה השוללת מהומוסקסואלים 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 תערובת⁵⁶. 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 הנישואין⁵⁷; טענה זו התקבלה עד כה רק על ידי בית המשפט העליון בהוואי⁵⁸. 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 בלבד. לעומת זאת, האלטרנטיבות לנישואין הקיימות כיום הן בגדר מוסדות מיוחדים שנועדו ליתן פתרון נפרד לזוגות הומוסקסואלים ולסביות על מנת שלא לאפשר להם להינשא⁵⁹. האנלוגיה לעניין Loving הייתה אם כן מדויקת יותר לו היה מדובר 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 שייערכו 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 לזוגות ההטרוסקסואליות. בגלל התנגדות דתית, פוליטית וציבורית עזה לשינוי בהגדרת מוסד הנישואין, עשו אותם מחוקקים ליברליים וסובלניים, שללא ספק רצו לקדם את זכויות הומוסקסואלים במדינותיהם ולמגר את האפליה 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

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 הנשים⁶⁰. 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 ופרטיות). 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 הבדלים 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 כשווים בכל התחומים של חיי המדינה והחברה; לכל היותר, היא מגלמת יחס של סובלנות גרידא כלפיהם, ולא של קבלה, ומשרתת 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 כלשהן⁶¹. 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 "הנרקיסיזם של ההבדלים הקטנים"⁶².

לגישה, 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 ההומוסקסואלים והלסביות לבין הטרוסקסואלים לעניין הסדרים משפטיים הנוגעים לקשרי זוגיות. לפיכך, שומה עלינו לבדוק אלו מבין שני המקרים של אפליה על רקע גזע בארצות-הברית דומה יותר לאפלייתם של הומוסקסואלים ולסביות בהקשר הספציפי של הדרתם ממוסד הנישואין ויצירת מוסדות חלופיים, דמויי נישואין,

הומופוביה וסקסיזם, הטרוסקסואליות כפויה וחלוקה בינארית כפויה לתפקידי מינים⁶². שניהם יוצרים סטיגמה, רגשי נחיתות בקרב המיעוט ותחושה של אזרחות סוג ב' ומצייחים דעות קדומות. אלטרנטיבות לנישואין מגלמות תפיסה של הומוסקסואלים ולסביות כבעלי ערך נמוך יותר מבחינה חברתית ומביאות לדה-הומניזציה של הומוסקסואל. הבסיס לשני סוגי האפליה 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 יוצרים⁶³.

51. 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* (1993); R. West "Jurisprudence and Gender" 55 *U. of Chicago L. Rev.* (1988) 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: *Brown case, supra note 35*; ראו: "Using Discourse Ethics To Provide Equality In Education For African-American Children Forty Years After Brown v. Board of Education" 5 *B.U. Pub. Int. L.J.* (1995) 99. לעניין זה ראו: Merin, *supra* note 2, ch. 10.

52. ראו: S. Freud "Civilization and its Discontents" *Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and its Discontents and Other Works* (New-York, 1985) 251. פרויד פיתח רעיון זה בהקשר של הניסיון להסביר את כוחה הפראי של האנטישמיות באירופה: כאשר יהודים רבים (כמו פרויד עצמו) נטמעה בהצלחה מסחררת בתרבות הגרמנית, התמקדה האנטישמיות המדינית בלהט הבהדלים תרבותיים קטנים מאוד ולמעשה יצרה הבהדלים מיתולוגיים שלא היו קיימים במציאות. אפשר להתייחס למודל זה כאל תאוריה של דעה קדומה מדינית, שהנו ישים גם לענייני לאור המוטיבים המשותפים לאנטישמיות ולהומופוביה, המטילות שתייה סטיגמה על זהויות פומביות המערערות על הסטריאוטיפים הרווחים בהקשר של זהות דתית או מינית. לאלוהיה בין אנטישמיות להומופוביה ולדין בתיה של פרויד, ראו גם: Richards, *supra* note 40, at p. 438.

53. 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.

54. *Brown case, supra* note 34, at pp. 10-11.

55. Richards, *supra* note 40, at p. 346.

56. ראו למשל: 10 *Baker case, supra* note 10; 191 N.W. 2d 185 (Minn.); *Baker v. Vermont*, 1971; *Singer v. Hara* 522 P. 2d 1187 (Wash. Ct. App. 1974); *Baker v. Vermont, supra* note 12.

57. *Supra* note 7.

58. 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 PaCS הצרפתי מגלה כי מוסד זה יועד מראש להסדיר אך ורק קשרי זוגיות חד-מינית וכי העובדה שהחוק שהתקבל בסופו של דבר אפשר וישום 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 עבורם - הייתה הדרך היחידה שמצא המחוקק הצרפתי מבחינה פוליטית לשכנע את הציבור הרחב ואת מרבית חברי הפרלמנט לתמוך בחוק.

59. *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896).

60. *Brown case, supra* note 35, at p. 485.

61. Merin, *supra* note 2, ch. 11.

62. ראו לעניין זה: 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.

חד-מינית הנם תוצר של פשרה פוליטית שמנחה אותה הרצון לשמר את עליונותו של מוסד הנישואין כמוסד הטרוסקסואלי, ולא כוונה ליצור מוסד נפרד המתאים יותר (לכאורה) למאפיינים המיוחדים של הזוגיות ההומוסקסואלית, מתוך תפיסתה כשונה באופן רלוונטי מהזוגיות הטרוסקסואלית. 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.

הדוקטרינה של "נפרד אך שווה" התפתחה בארצות הברית בהקשר של סגרגציה בין שחורים ללבנים ומצאה ביטוי בפעם הראשונה בפסק הדין *Plessy v. Ferguson*⁶⁰ 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, שעיוגונה בחוק אך משקף נורמות חברתיות מקובלות ולגיטימיות. בכך הוענקה גושפנקא חוקית למדיניות של הפרדה בין-גזעית ולעיון 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")⁶¹. 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 ומוסרית.

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 אפליה מסוג דומה (או אנלוגי):

דברים אלה יפים גם לעניין הדרת הומוסקסואלים ולסביות ממוסד הנישואין ולעניין האפליה האינהרנטית שבהסדרים האלטרנטיביים להכרה בזוגיות החד-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 שיתוף⁶⁶. רואים אנו, אם כן, כי החלטה בעניין Brown ישנן השלכות מרחיקות לכת מעבר למקרה הספציפי של מוסדות חינוך נפרדים (אך שווים) בארצות-הברית, ולרציונל שעומד בבסיסה יש תחולה אוניברסלית⁶⁷. מסיבה זו אין להגביל את הטיעון למוסדות נפרדים אך שווים בארצות-הברית דווקא, וראוי לעשות בו שימוש גם לצורך בחינת האלטרנטיבות הקיימות למוסד הנישואין במדינות אחרות בהן 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 שככל 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 הטרוסקסואלים⁷⁰. לאור טיעוני המאמר, ובהנחה שהצעת החוק תאומץ, הרי שאי-הכללתם של זוגות חד-מיניים במסגרת מוסד זה תהווה אפליה 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 מאפליה פסולה כלפי אוכלוסיית ההומוסקסואלים והלסביות, יש להכיר בקשרי זוגיות

האנלוגיה לעניין Brown נדונה קצרות על ידי בית המשפט העליון של מדינת רמונט בעניין Baker ונדחתה בטענה כי התובעים לא הביאו ראיות לפיהן הדרת הומוסקסואלים ממוסד הנישואין זהה בחומרתה לפגיעה שנובעת מההפרדה הבין-גזעית⁶⁶. 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 אפליה 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 נייטרלית מבחינת המין), פסל בית המשפט את ההסדר הנפרד מטעמים דומים לאלו שנדונו בעניין Brown⁶⁵. בית המשפט הקנדי נימק את החלטתו בקובעו, 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'⁶⁶.

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., discriminatory 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-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"⁶⁷.

השופט לינדן מבית המשפט הפדרלי לערעורים שבקנה בפסק דין *Egan v. Canada* (1993) 15 C.R.R. 2d 310, 361, שקבע כי העובדה שהטבות זהות ניתנות לזוגות חד-מיניים במסגרת תכנית נפרדת אינה יכולה לרפא את האפליה שבשלילת מתן הטבות זהות לזוגות חד-מיניים והטרסקסואלים **באותה מסגרת**, וכי תכנית מסוג זה מזכירה 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*.

68. ראו והשוו דברי הנשיא ברק בעניין **דנילוביץ, לעיל** הערה 1, בע' 763.
69. הדוקטרינה של עניין *Brown* מצאה ביטוי במקרים של סרגציה אף במשפט הישראלי. ראו: בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (פסק דינו של הנשיא ברק בע' 280-278). 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 להחלטת בית המשפט בעניין *Brown*, הסביר הנשיא ברק כי "ביסוד גישה זו מונחת התפישה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחודדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית" (שם, בע' 279). הנשיא ציין כי אכן ייתכנו מקרים בהם יהיה בטיפול "נפרד אך שווה" משום אפליה מוצדקת; דבר זה ייתכן "במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע 'התבוללות כפויה'" (שם, בע' 279). עם זאת, הנשיא קבע כי ככל שהדבר נוגע להפרדה בין יישוב יהודי לערבי לא הייתה תחולה לחריג זה.
70. ברצוני להודות לעו"ד איתן אטיה, יועץ משפטי לשר המשפטים, על המידע שסיפק לי בנוגע להצעת חוק זו.

אלו בדרך של פתיחת מוסד הנישואין לזוגות חד-מיניים, וזאת על ידי הגדרה מחדש של המוסד כזכה 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 הטרסקסואלים, וגם תביא, בטווח הרחוק, ליתר שוויון בין גברים לנשים במסגרת הנישואין, כאשר יחול שינוי הדרגתי באופי 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 לאפליה 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 האפליה

64. 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, לגישתה, ישנה הקבלה ברורה בין הפרדה על בסיס גזע לבין הקמת מוסד נפרד לזוגות חד-מיניים.
65. 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).
66. 55 C.R.R. 2d, *ibid*, at pp. 274-275.
67. (ההדגשה שלי - י.מ.). *Ibid*, at pp. 280-281. ראו לעניין זה גם דעת המיעוט של

