

## זרקור: תקדים אבן-קמה – מקרה ראשון של גירושין חד-מיניים בישראל

מאת

### יהודית מייזלס\*

בסוף שנת 2012, לראשונה בישראל, נתן בית המשפט לענייני משפחה פסק דין לגירושין בין בני זוג חד-מיניים. פסק דין זה זכה לסיקור נרחב לא רק בעיתונות ובטלוויזיה בישראל אלא גם בתקשורת הבינלאומית.<sup>1</sup> הסיבה לעניין הציבורי הבינלאומי הנרחב נעוצה בפרדוקס המסקרן שיצר פסק דין זה: במדינה שבה נישואין וגירושין נשלטים באופן בלעדי על ידי הדין והמסד הדתיים, באופן אשר איננו מאפשר לתושביה להינשא בנישואין אזרחיים בתחומי המדינה, נוצרה לראשונה אפשרות לגירושין אזרחיים של בני זוג בעלי דת זהה שלא תחת הדין הדתי.

בישראל לא קיימים נישואין אזרחיים, ודיני הנישואין והגירושין נתונים לשליטה הבלעדית של דיני המעמד האישי, כך שניתן להינשא או להתגרש רק בהתאם לדין הדתי של בני הזוג.<sup>2</sup> הפסיקה הישראלית הכירה לאורך השנים בנישואין אזרחיים שנעשו מחוץ לגבולות ישראל, וכך נוצר פתרון מסוים עבור אלו שאינם יכולים או אינם רוצים להינשא לפי הדין הדתי. הכרה זו כללה גם הכרה פורמלית בנישואין אזרחיים של זוגות בני אותו המין, באמצעות רישום במרשם האוכלוסין כנשואים. אלא שהפרקטיקה של נישואין מחוץ לגבולות המדינה איננה עוסקת בשאלת התרת הנישואין. לפיכך, ולאור הקושי הרב הטמון בגירושין מחוץ לגבולות המדינה (בניגוד לנישואין), כפי שיוסבר להלן, היו הגירושין עד לאחרונה כפופים באופן מוחלט לדין הדתי של בני הזוג, גם במקרה שבו הנישואין עצמם נערכו באופן אזרחי מחוץ לגבולות המדינה.

לבני זוג בני עדות דתיות שונות הוענק פתרון מסוים באמצעות חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בינלאומית)<sup>3</sup> (להלן: חוק התרת נישואין) אשר העניק סמכות להתרת נישואין לערכאות האזרחיות בכל הנוגע לנישואין של בני עדות שונות. ואולם, בני זוג הטרוסקסואלים בני אותה

\* עורכת דין המתמחה בדיני משפחה וירושה. ייצגה את בני הזוג אבן-קמה בתמ"ש (משפחה ת"א) 11264-09-12 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.11.2012) (להלן: פרשת אבן-קמה), שבו עוסק חיבור זה. המחברת מבקשת להודות לעו"ד חופית בן עזרא-כהן על סיועה בכתיבת פרק זה ועל היותה שותפה לסלילת הדרך שפרץ פסק הדין נשוא הפרק.

1 ראו *www.telegraph.co.uk/Israel Awards Country's First Gay Divorce*, THE TELEGRAPH (5.12.2012) [www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/israel/9723028/Israel-awards-countrys-first-gay-divorce.html](http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/israel/9723028/Israel-awards-countrys-first-gay-divorce.html)

2 ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.

3 חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969.

עדה נאלצים להתגרש בבתי הדין הדתיים של העדה שהם שייכים לה, גם אם בחרו להינשא בטקס אזרחי. כך, כל אותם זוגות בני אותה דת שנישאו למשל בנישואין אזרחיים בקפריסין משום שלא רצו להחיל על עצמם דין דתי מטעמים אידאולוגיים, מצאו את עצמם חייבים לפנות לצורך הגירושין לבית הדין הרבני, אותו ממסד שניסו להימנע מהכפפתם אליו. עם זאת, לבני זוג חד-מיניים, שהמערכת הדתית כלל אינה מכירה ביכולתם להינשא, לא יכול המשפט הישראלי לתת את הפתרון של התרת נישואיהם בבית הדין הדתי. משכך, נוצר מלכוד – בני זוג בני אותו המין יכולים להירשם כנישואים, אך כלואים לנצח בנישואין אלה שכן אינם יכולים להתגרש, לא בארץ ולא במדינה שבה נישאו. זוגות אלו סבלו מפגיעה באוטונומיה שלהם, ביכולת להתיר את נישואיהם ולהינשא מחדש.

פרדוקס זה הוא חלק מן הדואליות של דיני המשפחה בישראל. בעקבות אי-ההכרה של הדין בישראל בנישואין חד-מיניים מחד גיסא, והענקת סעד של רישום לנישואין אלה מאידך גיסא, נוצר מצב שבו שהזוגות החד-מיניים שנישאו מחוץ למדינת ישראל ושנישואיהם לא עלו יפה חיו בפירוד, אך במרשם האוכלוסין נותרו רשומים כנישואים, שכן אף לא אחד מהם העלה בדעתו להגיש בישראל תביעת גירושין. עד שכוכב אחד העז, או ליתר דיוק: שניים.

פתרון תקדימי וראשוני למלכוד שזוגות נשואים בני אותו המין היו כלואים בו הגיע בדמות פסיקת בית המשפט לענייני משפחה בעניין אבן-קמה. בפסק דין זה קבע בית המשפט כי הערכאה האמונה על התרת נישואין של בני זוג בני אותו המין היא הערכאה האזרחית. לפסק הדין יש השלכות הן במישור הפרקטי והן במישור הדקלרטיבי: הוא מאפשר לבני זוג בני אותו המין לפרק נישואין שעלו על שרטון, אבל בד בבד עם כך גם מעורר דיון על תוקפם של נישואין בין בני זוג בני אותו המין. הדיון בהתרת נישואין מחייב פעמים רבות דיון במהותם של הנישואין עצמם, לרבות בשאלת עצם קיומם, שכן אם טקס הנישואין חסר תוקף, הרי שבני הזוג אינם נשואים ואין צורך בהתרת הקשר. לאור זאת, האופן בו בתי המשפט דנים בהתרת נישואין של בני זוג בני אותו המין כולל גם את הדיון, או היעדר הדיון המכוון, בשאלת תוקפם של נישואין אלו.

בטרם אדון בפסק הדין, אתאר את השדה המשפטי המורכב של דיני הנישואין והגירושין במשפט הישראלי אשר עמד ברקע פסק הדין, את הפתרונות היצירתיים שבתי המשפט בישראל נקטו עד כה, אם בדרכים מהותיות ואם בדרכים עוקפות ופרוצדורליות, כדי לנסות ולצמצם במעט את הפערים בין דיני הנישואין והגירושין הדתיים בישראל לבין הציבור החילוני ברובו שעליו חלים דינים אלה, וכן את המתח בין הרצון לתת פתרונות משפטיים למצוקות של יחידים לבין הדילמה אם להסתפק בכך או לתת גם הכרה בתוקף של תצורות משפחתיות אלה. לאחר מכן אנתח את פסק הדין, את הבחירות שבהן בחר השופט ואת ההשלכות האפשריות, המודעות או הבלתי מודעות, של פסק הדין.

## א. הצגת הפרדוקס

בשל שליטתו של הדין הדתי על ענייני הנישואין והגירושין בישראל, ומאחר שהדין הדתי אינו מכיר בזוגיות חד-מינית, לבני זוג מאותו המין אין כל אפשרות להינשא בישראל. המשפט הישראלי פטר את עצמו מדיון מהותי בסוגיית זכותם של בני זוג חד-מיניים להינשא בישראל, ואפשר להם לרשום

במרשם האוכלוסין הישראלי נישואין שנערכו מחוץ לישראל, ובלבד שנישאו במדינה שבה, על פי דינה, נישואין אלה תקפים.<sup>4</sup> בכך בחר בית המשפט העליון להימנע מדיון בשאלת תוקפם המהותי של נישואין אלה וקבע כי מדובר ברישום לצרכים סטטיסטיים בלבד, כדי לא ליצור פיצול סטטוס<sup>5</sup> בינלאומי מבלי שיש ברישום זה כדי להעיד על היותם נשואים באופן מהותי לצורך קבלת זכויות או הטלת חובות מכוח סטטוס הנישואין.<sup>6</sup> בבוחרו לקבוע כי מדובר ברישום סטטיסטי פרודורלי בלבד, מבלי להכריע בשאלת התוקף המהותי של הנישואין, נמנע בית המשפט העליון מקונפליקט חזיתי עם מוסדות המדינה הדתיים והסטטוס קוו בעניין נישואין וגירושין. עם זאת, גם בהקשר זה נפער פער בין הכרזה דקלרטיבית זו, שלפיה מדובר ברישום סטטיסטי בלבד, לבין העובדה שבפועל הרישום הסטטיסטי מעניק לבני זוג אלה זכויות מהותיות רבות, כגון משכנתא, הטבות מס וכיוצא באלה.

מצב זה יצר אפוא פער: מחד גיסא, מערכת הכללים של דיני המשפחה בישראל, שהיא מערכת שמרנית שבה אין הפרדה בין דת ומדינה<sup>7</sup> ושבה הדין הדתי חולש על דיני הנישואין והגירושין ומאפשר ליהודים להינשא ולהתגרש בהתאם לדין היהודי הדתי בלבד; מאידך גיסא, ציבור שבוחר לחיות במסגרות משפחתיות ליברליות ואנטי-מסורתיות, כמו למשל זוגות שבוחרים לחיות כידועים בציבור ללא נישואין. דווקא קיומה של מערכת דינים דתית ושמרנית שהחיל המחוקק הישראלי על הציבור בכללותו (על אף היותו ברובו חילוני) יצרה את הצורך לצמצם פער זה שבין הדינים לבין הציבור שעליו הם שולטים. לשם צמצום כזה נדרשת הכרה נרחבת בזכות של אותו ציבור חילוני שלא להכפיף את עצמו למערכת של זכויות וחובות היונקות את חיותן מדינים וכללים דתיים שמרניים, על ידי בחירה בתצורות משפחתיות ליברליות יותר.<sup>8</sup> צורך זה יצר מערכת חילונית של זכויות וחובות בדמותו של מוסד הידועים בציבור בישראל, שהוא מן המפותחים והנרחבים במדינות העולם המערבי-ליברלי.<sup>9</sup> מרגע שהכיר המשפט הישראלי באפשרות רישומם של נישואין חד-מיניים, לא רחק היום שבו התעוררה סוגיית אופן הגירושין במשפחות חד-מיניות. ואולם, סוגיה זו של פירוק הקשר של בני זוג

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

5 בג"ץ 143/62 פונק שלינגר נ' שר-הפנים, פ"ד יז 225, פס' 13(ד) לפסק דינו של השופט זוסמן (1963).

6 פרשת בן ארי, לעיל ה"ש 4, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק; פסיקה מאוחרת פתחה פתח להכרה מהותית רחבה יותר בנישואין, לפחות בכל הנוגע לזכויות כלכליות חברתיות, ראו בג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' 16 לפסק דינו של השופט גזבראן (פורסם בנבו, 20.3.2013) (להלן: פרשת פלונית 6929/10).

7 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391. סעיף זה, סעיף שמירת הדינים, הקובע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד", מאפשר לאותם דינים שמרניים להתקיים גם היום, לאחר המהפכה החוקתית וחקיקת חוקי היסוד, שבמקרים אחרים סייעו רבות למיגור האפליה.

8 על צמצום הפערים על ידי המשפט בין הדין הדתי השמרני לבין הבחירה בתצורות משפחתיות ליברליות ראו אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול 294 ואילך (1990); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ראשון 189 (התשנ"ה).

9 על מעמדם המשפטי הנרחב של הידועים בציבור במשפט הישראלי ביחס למדינות ליברליות מערביות אחרות ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 306; שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741, 785–786 (2002). לביקורת על ההקלה בתנאים להכרה בידועים בציבור שלעתים יוצרת יש מאין זכויות למי שלא התכוונו להכפיף את עצמם לדיני הזוגיות, ראו גם שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 89–120 (2005).

חד-מיניים נשואים סבוכה בהרבה מזו של רישום נישואיהם. בניגוד לנישואין, שהם אקט מנהלי<sup>10</sup> שאותו ניתן לערוך מחוץ לישראל וכך לעקוף את העובדה שבישראל נישואין אזרחיים אינם מוכרים, גירושין הם אקט משפטי-שיפוטי שניתן לעורכו בחו"ל רק בתנאים נוקשים שמציבה כל מדינה ומדינה. גם אילו ניתן לערוך את האקט השיפוטי של הגירושין במדינה הזרה, עדיין הייתה מתעוררת שאלת ההכרה של מדינת ישראל בסמכות הבינלאומית של אותה מדינה לפרק קשר נישואין של בני זוג ישראלים; הכרה בסטטוס שנוצר בחסותה של מדינה זרה אינו מקנה בהכרח לאותה שיטה סמכות להחליט על ביטולו.<sup>11</sup> מדינת ישראל לא יכולה הייתה אפוא להיתלות באותו פתרון מנהלי-פורמליסטי של רישום בלבד של אקט שנעשה מחוץ לגבולותיה, והיה עליה לייצר סעד מהותי של פירוק הקשר עצמו, על מנת שיהיה אפשר לשנות את רישום הנישואין. מאחר שהטריבונל השיפוטי היחיד במדינת ישראל שלו הסמכות לתת סעד של גירושין בין בני זוג יהודים, תושבי מדינת ישראל או אזרחיה, הוא בית הדין הרבני, הבעיה במתן הסעד ברורה. הכיצד יינתן סעד של גירושין לבני זוג שערכאת השיפוט בעניינם כלל אינה מכירה ביכולתם להינשא?

## ב. כללי המשפט הבינלאומי הפרטי – תוקפם של נישואין אזרחיים בישראל

### 1. תוקפם המהותי של הנישואין

כאמור, דיני נישואין וגירושין בישראל נשלטים על ידי דיני המעמד האישי, הלוא הם הדין הדתי. לאור זאת אין בישראל אפשרות לקיים טקס נישואין אזרחי. זוגות רבים מצאו פתרון לחסר זה באמצעות קיום טקס הנישואין מחוץ לגבולות ישראל ורישומם בישראל עם שובם. תוקפם המהותי של נישואין אזרחיים של בני זוג תושבי מדינת ישראל או אזרחיה היה שנוי במחלוקת משך שנים רבות בפסיקה הישראלית. הוא הוכרע באופן חלקי רק בשנת 2006, בפסק דין שהכיר הכרה מהותית בנישואין אזרחיים אלה וקבע כי גם זוגות שנישאים בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל יוכלו להתיר את נישואיהם רק באמצעות בית הדין הרבני בישראל.<sup>12</sup> כפי שאציג בפרק זה, הדרך להכרה זו הייתה ארוכה.

10 במשפט המערבי אקט הנישואין הנו אקט מנהלי, בניגוד לדין הדתי היהודי והמוסלמי, התופסים את הנישואין כאקט פרטי שתוקפו אינו תלוי בפיקוח מדינתי. במדינת ישראל, הנשלטת על ידי הדין הדתי, אקט רישום הנישואין, בניגוד לנישואין עצמם, הנו אקט מנהלי.

11 פעולת רישום הנישואין בישראל, הנעשית על ידי פקיד הרישום, היא פעולה מנהלית, משום שאינה כוללת כל הכרעה או בחינה של תוקפם המהותי של הנישואין, בעוד שאלת הגירושין כוללת הכרעות מהותיות בדבר התוקף המהותי של הנישואין, ולכן מוגדרת כאקט שיפוטי. ראו בג"ץ 4916/04 זלסקי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 19.6.2011); פרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 249. בעוד מדינות רבות מאפשרות למבקרים זרים לקיים בהן טקס נישואין, לצורך אקט הגירושין נדרשים תנאים שונים על ידי כל מדינה ומדינה, כמו אזרחות, תושבות וכיו"ב. את ההבחנה בין אקט משפטי לבין אקט מנהלי הגדיר בית המשפט העליון בבג"ץ 77/63 טרודלר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד יז 2503, 2514–2515 (1963), באופן הבא: "כאשר החלטה היא של גוף מינהלי וביסודה היא מושגת על-יסוד שיקולים של מדיניות או תועלתניות, הרי היא החלטה מיניסטריאלית [...] כאשר הגוף צריך להחליט אך ורק על-סמך העובדות של המקרה המיוחד, אך ורק על-סמך הטענות או העדויות שהובאו בפניו, ואינו רשאי להביא בחשבון גורמים ושיקולים חיצוניים, כי אז הוא חייב לפעול באורח שיפוטי ולא שיקולי (judicially not judiciously)".

12 בג"ץ 2232/03 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006) (להלן: פרשת בני נח).

אזרחי ישראל אשר נישאו בטקס אזרחי נחלקים לשתי קבוצות: האחת היא קבוצת העולים החדשים. אלו הם זוגות יהודים (או בני דת אחרת) שהיו אזרחים ותושבים של מדינה אחרת בעת שנישאו במדינה האחרת בנישואין אזרחיים על פי חוקי אותה מדינה, ולאחר מכן עלו לארץ כאשר הם כבר נשואים ומבקשים לרשום את נישואיהם. הקבוצה האחרת הם תושבי מדינת ישראל אשר יוצאים מגבולות המדינה, נישאים במדינה אחרת בנישואין אזרחיים שתקפים על פי דינה של אותה מדינה וחוזרים כזוג נשוי לישראל. אלה מכונים "נישואי קפיצה", משום שהנסיעה אל מחוץ לישראל נעשית לצורך זה בלבד.

הקבוצה הראשונה הייתה הקבוצה המרכזית בשנות החמישים של המאה הקודמת, וכללה בעיקר עולים חדשים שנישאו בחו"ל טרם עלייתם ארצה. מרבית פסקי הדין של אותה תקופה שניתנו לאחר פנייתם לבית הדין לצורך סעד של פירוק הנישואין עסקו בתוקפם של נישואין אלו. כבר אז נחלקו דעות השופטים בנוגע לאופן שבו יש לבחון את תוקפם של נישואין אלה. על פי גישה אחת, תוקף הנישואין ייבחן רק על פי דין מקום האזרחות של הצדדים בעת נישואיהם. על פי גישה אחרת, את תוקף הנישואין יש לבחון על פי שני קריטריונים שונים: צורתו של טקס הנישואין תיבחן על פי דין מקום עריכתם של הנישואין, ואילו כושר הצדדים להינשא ייבחן על פי דין מקום מושבם של הצדדים בעת הנישואין.<sup>13</sup> נישואין חד-מיניים משתייכים לקבוצת "נישואי קפיצה". לפי הגישה הראשונה שהציעו בתי המשפט, נישואין אלה לעולם לא יהיו תקפים, מאחר שעל פי דין מקום אזרחותם של בני הזוג (ישראל) אין כל הכרה בנישואין אזרחיים. על פי הגישה השנייה, צורת הטקס אמנם תקפה, מאחר שטקס נישואין אזרחיים מוכר על פי דין המדינה שבה נערכו הנישואין, אולם שאלת כושר הצדדים להינשא איננה חד-משמעית. מאחר שזו נבחנת על פי הדין החל במדינת ישראל (מקום מושבם של הצדדים), הדבר תלוי בפרשנות שניתן לשאלת הכושר. אם הפרשנות שניתן לשאלת הכושר תהיה מצמצמת ותיצמד לדין הדתי, הרי שכל הזוגות שאינם רשאים להינשא על פי הדין הדתי נישואיהם האזרחיים לא יהיו תקפים מהותית. אם נחיל פרשנות רחבה יותר על שאלת הכושר, ייתכן שניתן יהיה להכשיר את הנישואין. כך למשל, "נישואי קפיצה" בין כהן לגרושה (שאינם רשאים להינשא על פי הדין הדתי) יהיו תקפים אם הפרשנות שניתן לשאלה הכושר תהיה מרחיבה ומקלה.

במשך שנים רבות לא הכריע בית המשפט העליון בין הגישות לבחינת תוקפם של הנישואין האזרחיים. בנוגע לעולים החדשים ההכרעה לא הייתה נחוצה, מאחר שעל פי שתי הגישות היו הנישואין בדרך כלל תקפים. תופעת נישואי הקפיצה הלכה והתרחבה, ובית המשפט העליון לא יכול היה עוד להתחמק מהכרעה בשאלת תוקף הנישואין. בשנת 2006 נאלץ בית המשפט העליון להכריע בשאלה סבוכה זו בבג"ץ פלונית, הידוע בכינויו בג"ץ בני נח.<sup>14</sup>

באותה פרשה דובר בגבר ואישה יהודים, הכשרים להינשא כדת משה ישראל, תושבי מדינת ישראל ואזרחיה, אשר בחרו, ככל הנראה מטעמים אידאולוגיים, להינשא בנישואין אזרחיים בקפריסין. לאחר כמה שנות נישואין עלו נישואי בני הזוג על שרטון. הבעל פנה לבית הדין הרבני בתביעה למתן פסק דין

13 ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, 179 (1954) ("שאלת תוקף הנישואין, לפחות מבחינת צורתם, תיבחן לפי החוק החל במקום ובזמן עריכתם"). דבריו של השופט ויתקון מרמזים אולי כי הוא מותיר את השאלה פתוחה, וכי ייתכן שהפנייה לדין מדינת הטקס תיעשה גם בנוגע לעניינים אחרים, מלבד צורת הטקס.

14 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 12.

הצהרתי, ובה ביקש כי בית הדין יצהיר שהצדדים כלל אינם נשואים וכי הוא בבחינת "פנוי" הרשאי להינשא לאחרת. בית הדין הרבני האזורי אכן קבע כי הצדדים אינם נשואים (מאחר שמבחינתו נישואין כשרים הם רק נישואין כדת משה וישראל), ועל כן הבעל והאישה רשאים להינשא לאחרים מאחר שהם במעמד של פנויים.

חשוב להתעכב על אחד ההבדלים המשמעותיים בין פסק דין לגירושין לבין פסק דין המצהיר על שני בני הזוג כפנויים. הקביעה שבני הזוג הנם בבחינת "פנויים" משמעה שלא היו נישואין מלכתחילה, ומשכך הם מחוסרים כל זכויות וחובות שמוליד קשר הנישואין.<sup>15</sup> הפסיקה הקובעת שבני הזוג "פנויים" משמעה אפוא שלילת תוקפם של "נישואי קפיצה", בניגוד לזוג נשוי שמוכר כזוג הניצב בפני גירושין, שהתגבשו ביניהם כל הזכויות הנובעות מקשר הנישואין, זכויות שיש להן נפקות רבה לאחר תום תקופת הנישואין. לאור ההבדל בין שתי הקביעות, אין פלא שהאישה ערערה על החלטת בית הדין הרבני האזורי בטענה שבית הדין הרבני התעלם מתוקף הנישואין האזרחיים, אשר לצורך סיומם נדרש אקט שיפוטי הכולל דיון גם בכל הזכויות הנובעות מהנישואין.

בית הדין הרבני הגדול קיבל את ערעורה של האישה וקבע כי אמנם לא היה צורך בסידור גט (הטקס הדתי הדרוש להתרת נישואין כדת משה וישראל), אולם על בית הדין הרבני האזורי היה להתיר את נישואי הצדדים באמצעות פסק דין ולא לקבוע כי הם פנויים. לאחר קביעת בית הדין הרבני האזורי שלפיה הנישואין הותרו בפסק דין, עתרה האישה לבית המשפט העליון בטענה שלא ניתן היה להתיר את הנישואין ללא הסכמתה וכי ההחלטה איננה חוקית.<sup>16</sup> העתירה הגיעה לידי של נשיא בית המשפט העליון דאז, אהרן ברק, אשר בתחילתו של פסק הדין מתאר דו־שיח שניהל עם הדיין דייכובסקי בשאלת סמכותו של בית הדין הרבני הגדול להתיר נישואין שלא בדרך של סידור גט. הדיין דייכובסקי נסמך על הלכה עתיקת יומין, הנקראת הלכת "בני נח" (מכאן כינויו של פסק הדין), שמכוחה מכירה ההלכה בתוקפם של הנישואין האזרחיים באופן מהותי, לפחות בכל הנוגע להשלכות הנישואין האזרחיים על צדדים שלישיים, ועל כן בסמכותם של בתי הדין הרבניים להתיר נישואין אלה.

מעניין לבחון מדוע בחר הדיין דייכובסקי להכיר מבחינה הלכתית בנישואין אזרחיים. ייתכן כי הדבר נובע מן הדאגה לסמכותם ההולכת ומצטמצמת של בתי הדין הרבניים. החל משנות השמונים של המאה העשרים החל בית המשפט העליון לחרסם בסמכותו של בית הדין הרבני;<sup>17</sup> יש להניח שהדיין דייכובסקי חשש שאם בית הדין הרבני לא יכיר בתוקפם של הנישואין האזרחיים, ישלול ממנו בית המשפט העליון את הסמכות לדון בתביעות הנלוות לגירושין של בני זוג יהודים שבחרו להינשא בדרך זו, כגון תביעות רכוש, תביעות מזונות ותביעות משמורת. ייתכן שגם חשוב לבית הדין הרבני לשמר את הסמכות לאותם מקרים שבהם התקיימו נישואין אזרחיים שבהם קיים חשש הלכתי לקידושין כדת משה

15 אמנם גם לבני זוג שאינם נשואים אך חיים כידועים בציבור יכולות לצמוח זכויות הנובעות מהקשר הזוגי, אך זכויות אלה קשות יותר להוכחה, במיוחד בכל הנוגע לפסיקת מזונות.

16 יש להניח כי האישה לא הייתה מרוצה מפסק הדין, משום שאישה נשואה אינה זכאית למזונות על פי הדין הדתי ולכן הקלות שבה הותרו נישואיה (לעומת הקושי שבגירושין בנישואין כדת משה וישראל) שללו ממנה את הזכות למזונות עפ"י הדין הדתי.

17 בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591 (1994); בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006); בג"ץ 206/70 שרגאי נ' בית הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד כד(2) 487 (1970).

וישראל.<sup>18</sup> במקרה כזה יש לסדר, על פי ההלכה, גט לחומרא, על מנת שחלילה ילדיה של האישה מגבר אחר לא יהיו ממזרים או ספק-ממזרים לאור הספק שבקידושין.

השופט ברק אימץ בזרועות פתוחות את עמדתו של הדיין דייכובסקי, וכך סלל את הדרך להכרה מסוימת בתוקפם של נישואין אזרחיים. פסק הדין קובע כי משהערכאה שלה הסמכות הייחודית בישראל להכריע בתוקפם של נישואין מכירה בתוקפם המהותי של נישואין אזרחיים, ברי כי הנישואין תקפים מהותית.<sup>19</sup> נוסף על כך הכריע השופט ברק גם בשאלת אופן בחינתם של הנישואין על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי וקבע כי הבחינה תיעשה בהתאם לגישה השנייה, דהיינו בחינת הצורה על פי דין מקום עריכתו של הטקס ובחינת הכושר על פי דין מקום מושבם של הצדדים בעת הנישואין. יחד עם זאת, בית המשפט העליון לא הכריע בשאלה של פרשנות המונח "כושר" או בשאלה אם יש להחיל את הדין של מקום עריכת הנישואין גם על שאלת ה"כושר", מאחר שבאותו מקרה ממילא היו בני הזוג כשרים להינשא זה לזו על פי הדין החל במדינת ישראל, בניגוד לבני זוג חד-מיניים.

אם כן, גם בג"ץ בני נח לא הכריע חד-משמעית בשאלת תוקפם של נישואין בין בני זוג אשר הדין במדינת ישראל מונע מהם להינשא בתחומי המדינה, בניגוד לבני זוג שיכלו להינשא כדת משה וישראל אך בחרו שלא לעשות כך. כך לעניין נישואי תערובת, וכך גם לעניין נישואין בין בני זוג בני אותו המין. קריאה של פסק הדין כפשוטו מורה כי לאור ההכרעה לעניין הכלל הבינלאומי החל על בחינת תוקפם של נישואין אזרחיים, לכאורה אין תוקף לנישואין בין בני זוג חד-מיניים. לפי האמור בפסק הדין, נישואין בין בני זוג בני אותו המין יהיו תקפים מהותית במדינת ישראל רק אם לבני הזוג יש כושר להינשא לפי דיני המעמד האישי שלהם. זוהי משוכה פרשנית לא פשוטה, כיוון שכדי שבני זוג מאותו המין יוכלו להיות מוכרים כבעלי כושר להינשא על פי דין מדינת ישראל, פרשנות הכושר צריכה להיות רחבה ביותר.<sup>20</sup>

יחד עם זאת, טרם פרישתו של השופט ברק מכס השיפוט הוא הותיר פתח משמעותי להכרה מהותית בנישואין חד-מיניים. שבועות בודדים לאחר שנתן את פסק דינו בבג"ץ בני נח, שבו קבע כאמור כי יש לבחון את תוקף הנישואין האזרחיים על ידי בחינת הכושר על פי דין מקום המושב, נתן השופט ברק פסק דין בדיני ירושה.<sup>21</sup> באותו מקרה נדון עניינו של יהודי, אזרח ותושב ישראל, שנישא לאישה נוצרייה, אזרחית רומניה, בנישואין אזרחיים ברומניה. חודשיים לאחר נישואיהם נפטר הבעל מבלי שהותיר אחריו צוואה. שני בניו של המנוח קיבלו צו ירושה המכריז עליהם כיורשיו הבלעדיים של המנוח. האישה עתרה לבית המשפט לענייני משפחה לביטולו של צו הירושה בטענה שהיא זכאית למחצית מן העיזבון מכוח נישואיה למנוח בעת פטירתו ולחלופין מכוח היותה ידועתו בציבור. בית המשפט העליון ניצב בפני שאלת תוקפם של נישואין אזרחיים אלה לצורך זכויות ירושה. במסגרת אותו פסק דין נדרש הנשיא ברק להכריע בשאלה אם "נישואי קפיצה" שהם נישואי תערובת הנם נישואין התקפים מהותית לצורך חוק הירושה. הכרעתו בבג"ץ בני נח לא יכולה הייתה להועיל במקרה זה ללא

18 כגון כהן וגרושה שהם מנועי חיתון על פי הדין הדתי, אולם אם הם נישאים, נישואיהם תקפים והם זקוקים לגט לצורך התרתם.

19 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 12, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

20 כגון: הכרה בעצם כושרו של אדם להינשא – מעל גיל הנישואין, כשיר בשכלו, כשיר לעריכת פעולות משפטיות וכו', להבדיל מכושר להינשא דווקא למושא נישואיו.

21 בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, פ"ד סא(3) 726 (2006) (להלן: פרשת פלוני 9607/03).

הכרעה בשאלת ה"כושר" הנדרש מבני הזוג, שכן הדין היהודי איננו מכיר בנישואי תערובת ולפיכך אין לבני הזוג הללו כושר להינשא על פי הדין האישי. הנשיא בדימוס ברק, בפסק דין מרתק זה, קבע כי מאחר שחוק הירושה הנו חוק אזרחי, הרי שלצורך בחינת תכליתו ניתן לבחון את תוקף הנישואין על פי כללי ברירת הדין האמריקניים (מקום עריכת הטקס), הבחנים הן את הכושר של הצדדים להינשא והן את צורת הטקס על פי דין מקום עריכתו של הטקס.<sup>22</sup> באמרת אגב מציין ברק כי אילו נאלץ להכריע בנושא, ייתכן שהיה מאמץ את כללי ברירת הדין האמריקניים גם לצורך בחינת תוקף הנישואין בענייני המעמד האישי.<sup>23</sup> באמירה זו יש פתח להכרה עתידית אפשרית מבחינה מהותית בנישואין חד-מיניים שנערכו בין ישראלים במדינה שבה הדינים מכירים בנישואין אלה.<sup>24</sup>

## 2. דרך עוקפת: רישום הנישואין האזרחיים מבלי להכיר בתוקפם

עוד טרם בג"ץ בני נח, נאלץ המשפט הישראלי להתמודד עם הפער בין העובדה שבישראל לא מוכרים נישואין אזרחיים לבין העובדה שזוגות רבים יותר ויותר בוחרים להינשא מחוץ לישראל בנישואין אזרחיים. בית המשפט העליון בחר שלא להתעמת באופן ישיר עם שאלת ההכרה המהותית בנישואין אזרחיים ויצר דרך עוקפת, שאפשרה להקל את מצוקתם של אותם יחידים שנוקקו לפתרון באופן פרטני ומצומצם. בחירה זו נעשתה, ככל הנראה, בשל רגישות פוליטית או רצון שלא לפתוח בחזית מול הממסד הדתי. כלי העזר שגויס לצורך כך הוא המשפט המנהלי.

בפסק הדין בעניין פונק-שלינגר,<sup>25</sup> שבו נדונה שאלת רישום נישואיהם של אישה בלגית נוצרייה ואזרח ישראלי שנישאו בקפריסין, הבחין בית המשפט העליון בין הרישום הפורמלי של הנישואין במרשם האוכלוסין לבין הדיון המהותי בתוקפם של הנישואין. בפסק הדין נקבע כי לפקיד מרשם האוכלוסין אין סמכות לדון בתוקפם המהותי של נישואין, וכי על פקיד הרישום של משרד הפנים לרשום את בני הזוג כנשואים בכל מקרה שבו הומצאה לו ראייה לכאורה על עריכת נישואין. דעת הרוב בפסק הדין קבעה כי יש לבצע את הרישום מאחר שתפקידו של פקיד הרישום הנו תפקיד של "מאסף סטטיסטי" בלבד לצורך ניהול ספר תושבים ולא ניתנה בידיו כל סמכות שיפוטית. ואולם, נקבע מפורשות כי לא יהיה ברישום הסטטיסטי כדי להעיד על תוקפם המהותי של הנישואין.

באותה הדרך התאפשר לראשונה, בנובמבר 2006, רישומם של נישואין חד-מיניים בפרשת בן ארי.<sup>26</sup> באותו מקרה דובר בכמה זוגות של בני זוג מאותו המין, אזרחי ישראל ותושביה, שנישאו בקנדה ב"נישואי קפיצה". כאשר שבו לישראל, ביקשו מפקיד הרישום במשרד הפנים לרשום את נישואיהם. משזה סירב לעשות כן, הם הגישו עתירה לבג"ץ ובה ביקשו מבית המשפט להורות למשרד הפנים לשנות את רישומם במרשם האוכלוסין מרווקים לנשואים, בהסתמך על תעודות הנישואין הקנדית שבה אחזו. בית המשפט העליון, תוך הסתמכות על הלכת פונק-שלינגר אשר שללה את שיקול הדעת של פקיד הרישום, הורה על רישום נישואיהם של כל הזוגות, ובכלל זה גם את נישואיהם של הזוגות החד-

22 שם, פס' 16–18 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

23 שם, פס' 22–23 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

24 פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 575, 591–593 (איל זמיר ואח' עורכים, 2010).

25 פרשת פונק-שלינגר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 249.

26 פרשת בן ארי, לעיל ה"ש 4.



מיניים. דעת המיעוט באותו פסק דין התנגדה לרישום נישואין אלה בטענה שאין מדובר בנתון סטטיסטי בלבד, אלא שיש ברישום נישואין משום הצהרה כלפי רשויות המדינה וכלפי אזרחיה כי זהו הסטטוס של הצדדים, ורישום זה גם מאפשר לקבל טובות הנאה, כגון משכנתא והטבות מס.<sup>27</sup>

### 3. גירושין של זוגות הנישאים בנישואין אזרחיים

כמו ענייני הנישואין, גם ענייני הגירושין נשלטים על ידי הדין הדתי וכפופים לסמכותם הייחודית של בתי הדין הדתיים.<sup>28</sup> בנוגע ליהודים, הסמכות הייחודית לדון בענייני גירושין של בני זוג יהודים, תושבי מדינת ישראל או אזרחיה, נתונה לבית הדין הרבני, וזאת ללא תלות במקום הנישואין של בני הזוג או באופי הטקס.<sup>29</sup> המשמעות היא שאותם בני זוג יהודים שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל, לעתים מטעמים אידאולוגיים, כדי להימנע מהכפתם למסד הדתי, מוצאים את עצמם נאלצים לפנות לבית הדין הרבני במקרה שבו הם מעוניינים בפירוק קשר הנישואין, שכן אין ערכאה שיפוטית אחרת במדינת ישראל שמוסמכת להעניק להם סעד של גירושין.

כאמור, בעניין בני נח נמנע בית הדין הרבני האזורי בתחילה מלהכיר בתוקפם של "נישואי קפיצה". ייתכן שבית הדין הרבני הגדול אליו הגיע הערעור בעניין זה הבין כי אם ידבקו בגישה של אי-הכרה בנישואין אלה, עלולה להישלל מבתי הדין הסמכות לדון בגירושין של קבוצה הולכת וגדלה זו. ואכן, בסופו של דבר הכירו בתי הדין הרבניים בנישואין אלה, אמנם לא הכרה מלאה כנישואין כדת וכדין, אך שיוו להם הכרה לפחות בכל הנוגע למעגל החיצוני של הנישואין והצורך בהתרתם. למותר לציין שההכרה של בתי הדין הרבניים בנישואין אזרחיים שבוצעו מחוץ לישראל הייתה הכרה בנישואין הטרוסקסואליים. בתי הדין הרבניים אינם מכירים בעצם האפשרות של זוגיות בין בני זוג המשתייכים לאותו המין. האיסור על משכב זכר הוא מהאיסורים החמורים ביותר בדת היהודית.<sup>30</sup> במקרים שונים העירו בתי הדין הרבניים כי אינם מכירים גם בזוגות בני אותו המין כידועים בציבור,<sup>31</sup> ואף התייחסו לנטייה מינית זו כאל סטייה או מחלה.<sup>32</sup> כך, הרציונל שעמד מאחורי ההכרה בנישואין אזרחיים הטרוסקסואליים איננו מתקיים במקרה של זוגות בני אותו המין. לבני זוג בני אותו מין גם אין כל כושר להינשא זה לזה על פי ההלכה היהודית, כך שלא יכול להתקיים כל חשש לקידושין במקרה זה, המצריך פיקוח הלכתי על פירוק הקשר.<sup>33</sup> מכאן שסביר להניח כי בתי הדין הרבניים לא דמינו שהכרתם בנישואין אזרחיים עלולה לשמש בעתיד יסוד שעליו תיבנה ההכרה בנישואין (ובגירושין) חד-מיניים.<sup>34</sup>

- 27 שם, פס' ט – לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לדיון בזכויות הסוציאליות והכלכליות אשר להם זוכים בני זוגות חד-מיניים, ראו עירא הדר "זכויות כלכליות לזוגות מאותו המין" בספר זה.
- 28 ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין).
- 29 ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין).
- 30 להרחבה בסוגיה ראו ירון בן נאה "יהדות ויהודים על להט"ב ומולם: יחסן של ההלכה והקהילות היהודיות להומוסקסואליות, לסביות וטרנס – סקירה היסטורית" בספר זה.
- 31 תיק (אזורי חי') 835722/2 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 16.3.2011).
- 32 תיק (אזורי ת"א) 2109-13-1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 18.7.1999).
- 33 ראו איילת בלכר פריגת וצבי טריגר "גירושין חד-מיניים כמקרה מבחן של הזכות לגירושין בישראל" 16 (טרם פורסם).
- 34 שם, בעמ' 34.

בטרם אצלול לדיון בנוגע לתקדים אבן-קמה, אבקש להבהיר כי בתי הדין הדתיים הוסמכו לדון רק בבני זוג שהם בני אותה עדה דתית. התרת הנישואין היחידה שהסמכות בנוגע אליה ניתנה למערכת בתי המשפט האזרחיים היא התרת נישואי התערובת, נישואין שבהם כל אחד מבני הזוג שייך לעדה דתית אחרת או שניהם חסרי דת.<sup>35</sup> אלמלא ניתנה למערכת בתי המשפט האזרחיים הסמכות להתיר קשרי נישואין אלו, בני זוג נשואים השייכים לדתות שונות לא היו יכולים להתיר את קשר הנישואים לעולם.<sup>36</sup>

מכל האמור לעיל עולה אפוא השאלה: לאיזו ערכאה שיפוטית אמורים לפנות בני זוג חד-מיניים אם ברצונם להתגרש? בסוגיה זו נדון כעת.

### ג. מקרה אבן-קמה – גירושין חד-מיניים ראשונים במדינת ישראל

מרגע שנרשמו נישואין חד-מיניים בישראל, ברור היה כי זהו רק עניין של זמן עד אשר יהיה צורך לדון באופן התרתם. פרט לערך הדקלרטיבי הקיים בצורך של בני זוג להתיר קשר של נישואין, קיימים גם צרכים פרקטיים וכלכליים, שכן יש בסטטוס כדי להשפיע על הזכויות המהותיות של בני הזוג. כל אלה נוספים, כמובן, לעובדה שאם אחד מבני הזוג מבקש להינשא לאחר, הוא לא יוכל לעשות כן כל עוד הוא רשום כנשוי לאדם אחר, שכן יהיה בכך משום ביגמיה.<sup>37</sup>

כאמור, לא ניתן לבצע הליך גירושין במדינה זרה. בהיעדר הכרה של מוסדות הדת בישראל בנישואין בין בני זוג בני אותו המין, לא ניתן להתיר את הנישואין גם תחת מוסדות אלו. לפיכך, נותרו בני זוג חד-מיניים נשואים בעל כורחם וללא יכולת להתגרש. המקרה של בני הזוג אבן-קמה אתגר את השאלה היכן וכיצד יכולים בני זוג חד-מיניים להתגרש לאחר שנישואיהם הוכרו ונרשמו במדינת ישראל.

באותו מקרה דובר בבני זוג יהודים, תושבי מדינת ישראל ואזרחיה, אשר נישאו בנישואין אזרחיים בקנדה. לאחר מספר שנים עלו נישואיהם על שרטון. בני הזוג לא יכלו להתגרש בקנדה מאחר שלא עמדו בתנאי הסמכות השיפוטית של המדינה. לאור זאת הם עשו שימוש באמצעים הקיימים להם במשפט הישראלי כדי להתיר את נישואיהם. הם חתמו על הסכם פירוד אשר הסדיר את הנושאים הממוניים ביניהם ואישרו אותו בבית המשפט לענייני משפחה. במסגרת פסק הדין המאשר את ההסכם ביניהם ביקשו בני הזוג מבית המשפט לענייני משפחה כי יורה על שינוי רישום הנישואין שלהם

35 חשוב לציין שהמחוקק הסמיך את בית המשפט האזרחי להתיר את נישואי התערובת מבלי שהמדינה הכירה בתוקפם המהותי של נישואין אלה. יחד עם זאת, העובדה שאותם בני זוג זוכים לסעד של התרת הנישואין באופן שהרישום שלהם במשרד הפנים משתנה מ"נשוי" ל"גרש" מעיד על כך שהנישואין אינם בטלים מעיקרם.

36 חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית). יש להבהיר, גם במקרים אלו בתי הדין הדתיים אינם מחוסרי סמכות כלל, חוק התרת נישואין במקרים מיוחדים מחייב את בית המשפט לענייני משפחה לפנות לבית הדין הדתי אליו שייך כל אחד מבני הזוג על מנת לברר אם בכל זאת, על פי אותה הדת, בני הזוג אינם צריכים הליך גירושין דתי, ואם כן, בית המשפט לענייני משפחה יפנה את בני הזוג להתגרש באותו בית דין דתי.

37 האסורה לפי ס' 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

במשרד הפנים. שופט בית המשפט לענייני משפחה כתב במסגרת פסק דינו המלצה למשרד הפנים למחוק את הרישום של בני הזוג כנשואים מאחר שהרישום אינו משקף עוד את המציאות.<sup>38</sup> משרד הפנים התעלם מהמלצת בית המשפט והודיע לצדדים כי אינו יכול לערוך שינוי ברישום ללא פסק דין מן הערכאה המוסמכת בישראל למתן פסקי דין לגירושין (קרי בית הדין הרבני).

בלית ברירה חיו הצדדים במצב דואלי – חיים בנפרד במציאות היומיומית, אך רשומים כנשואים במרשם האוכלוסין. משכך יצאו בני הזוג אבן-קמה במסע להתיר את קשר הנישואין ביניהם במדינה שבה לא יכלו להינשא מלכתחילה, אשר איננה מוכנה להצהיר על תוקפם המחייב (בניגוד לרישום הסטטוטורי) ואשר אין בה מסלול של נישואין או גירושין אזרחיים.

השניים ניסו ללכת תחילה לערכאה השיפוטית שמדינת ישראל קבעה שהיא המוסמכת לדון בגירושין של בני זוג יהודים, תושבי המדינה או אזרחיה. הצדדים הגישו תביעת גירושין לבית הדין הרבני ולו על מנת להוכיח כי מיצו דרך זו. כאן יש להבהיר את המלכוד שאליו נקלע בית הדין הרבני, שכן הענקת סעד של גירושין לבני זוג אלה משמעה הכרה בכך שהם נשואים.

המציאות עלתה על כל דמיון, ובפועל קיצר בית הדין הרבני את הדרך המשפטית של בני הזוג להשגת מבוקשם בכך שהתעלם כליל מתביעתם ואף סירב לקבלה לרישום. עם הגשת התביעה לגירושין לבית הדין הרבני, ובניגוד לכל תביעה אחרת, סירבה מזכירות בית הדין הרבני לפתוח תיק לגירושין, לקבל את התביעה ואף לגבות אגרה בגין פתיחת התיק, כל זאת בטענה שאין "רובריקה" מתאימה במחשב לתביעה בין "בעל" ל"בעל" אלא רק בין "בעל" ל"אישה". במזכירות בית הדין הבהירו לפיכך לצדדים כי עליהם לפנות להתייעצות עם היועץ של בתי הדין הרבניים בנוגע לפתיחת התיק. בני הזוג פנו לבית הדין הרבני מדי יום ביומו בבקשה לבחון את מצב תביעתם, אך נותרו ללא מענה. משלא נעשה בה דבר, הגישו בני הזוג תביעת גירושין לבית המשפט לענייני משפחה.

תביעת הגירושין שהוגשה לבית המשפט לענייני משפחה הייתה תקדימית מכמה טעמים: ראשית, זו הפעם הראשונה שהוגשה תביעת גירושין בין בני זוג יהודים לערכאה אזרחית באופן המנוגד לסעיף 1 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים, המעניק את הסמכות הבלעדית לכך לבית הדין הרבני. שנית, זו הפעם הראשונה שמוגשת תביעת גירושין בין בני זוג חד-מיניים באופן שחייב את בית המשפט לדון בעצם תוקפם של הנישואין ולהצהיר כי נעשה כאן דבר שיש להתירו.

הפרקליטות, אשר ייצגה את עמדת המדינה, התעקשה במהלך הדיון כי הסמכות הייחודית לדון בתביעה נתונה לבית הדין הרבני ונמנעה מלספק תשובה להתעלמות בית הדין הרבני מתביעת בני הזוג ולעובדה שבית הדין הרבני אינו יכול להעניק להם סעד בשל חוסר ההכרה שלו בנישואין החד-מיניים. בני הזוג, לעומת זאת, ביססו את תביעתם על "תזת אי-ההכרה" שפיתחה פרופ' רות הלפרין קדרי

38 תה"ס 11-06-3739 קמה נ' אבן (לא פורסם, 18.7.2011). עוזי אבן הוא פרופסור לכימיה, נמנה על מקימי הכור הגרעיני בדימונה שם שירת כמדען בכיר והגיע לדרגת סגן אלוף, כיהן כחבר הכנסת מטעם מר"צ בשלהי הכנסת ה-15 והיה להומוסקסואל המוצהר הראשון בבית הנבחרים הישראלי. בשנת 1996 זכה אבן בתביעה שהגיש, באמצעות האגודה לזכויות האזרח, נגד אוניברסיטת תל אביב לאחר שזו סירבה לאפשר לבן זוגו באותה עת, עמית קמה, לקבל אותן זכויות להן זכאים בני זוג הטרוסקסואלים של חברי סגל האוניברסיטה. עמית קמה הוא ד"ר לתקשורת, מרצה מאז 2008 בחוג לתקשורת במכללה האקדמית עמק יזרעאל ובמכללת ספיר, היה למנכ"ל הראשון של אגודת הלהט"ב, חבר בוועד המנהל של האגודה הישראלית לתקשורת ובוועדת ההיגוי של "הפורום ללימודי נכויות ומוגבלויות בישראל", מחקריו עוסקים בקבוצות מיעוט שונות – הומוסקסואלים, מהגרות עבודה, נכים וכו'.

במאמרה "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה"<sup>39</sup> לפי תזה זו, ערכאה שיפוטית מוסמכת לדרון בקטגוריה משפטית רק אם היא מכירה בתוקפה המהותי. ולענייננו, מאחר שבית הדין הרבני איננו מכיר בנישואין חד-מיניים, הרי שאינו מוסמך לדרון בהם, ולמעשה מופקעת ממנו הסמכות לדרון בנושא זה.<sup>40</sup> שלילת סמכותו של בית הדין הרבני משמעה הענקתה לבית המשפט לענייני משפחה משום סמכותו הטבעה לדרון בתביעות בין בני זוג ובענייני המעמד האישי.

בית המשפט לענייני משפחה (השופט יחזקאל אליהו) אימץ את עמדתם של בני הזוג אבן-קמה. הוא קבע, בצעד אמיץ ותקדימי מאין כמותו, כי מאחר שעל פי דין תורה נישואין חד-מיניים אינם מוכרים, משכב זכר אסור ונישואין אלה אינם תקפים ואף עולים כדי חטא, לא נתונה לבית הדין הרבני הסמכות לדרון בתביעת הגירושין של בני הזוג.<sup>41</sup> עוד קבע בית המשפט כי מאחר שהערכאות האזרחיות הכירו בזכויותיהם של זוגות חד-מיניים, ולאור הסמכות הטבעה של בית המשפט לענייני משפחה, הסמכות הטבעית למתן פסק דין לגירושין נתונה לבית המשפט לענייני משפחה ולא לבית הדין הרבני. בית המשפט אף ערך אנלוגיה מחוק התרת נישואין, המעניק במקרים מיוחדים את הסמכות לדרון בגירושין בנישואי תערובת לבית המשפט לענייני משפחה. השופט אליהו קבע כי אמנם חוק התרת נישואין אינו חל במקרה שלנו מאחר ששני הצדדים יהודים,<sup>42</sup> אולם ניתן ללמוד מהחוק שכאשר קיים קשר נישואין אשר התרתו אינה בסמכותו של בית הדין הרבני, הסמכות מוענקת לבית המשפט לענייני משפחה.

בבסיס פסק הדין עמדה שאלת הסמכות, שבה דן השופט באופן יסודי ומקיף. ואולם, פסק הדין חסר התייחסות (ייתכן כי מתוך בחירה) לשאלת תוקפם המהותי של הנישואין. נראה כי עובדות המקרה הספציפי של פרופ' עוזי אבן וד"ר עמית קמה אפשרו לשופט שלא לדרון בשאלה המהות. אבן וקמה הגישו את תביעת הגירושין בהסכמה, ובכך פטרו לכאורה את השופט מלדרון בשאלת הדין המהותי שיחול על תביעות מעין אלו. אילו הגיע לפתחו של בית המשפט מקרה שבו אחד הצדדים תובע גירושין ואילו הצד השני מתנגד וטוען כי לנישואין אין תוקף והנם בטלים מלכתחילה,<sup>43</sup> לא היה מנוס מדיון בשאלת הדין שיחול על תביעות גירושין מעין אלו. במסגרת זו אף הייתה צריכה להידון השאלה אם בכלל ניתן להתנגד לתביעת גירושין בנישואין שיתכן שכלל אינם תקפים מהותית, שכן רישום גירושין אינו כמו רישום נישואין.

פסק הדין תקדימי אפוא משתי סיבות: האחת, משום שזוהי הפעם הראשונה שערכאה שיפוטית דנה באופן מהותי בתביעת גירושין במשפחה חד-מינית; האחרת, משום שזוהי הפעם ראשונה שבני זוג אשר שניהם יהודים התגרשו בישראל בפני ערכאה אזרחית; עד למתן פסק דין תקדימי זה הייתה

39 רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה" מחקרי משפט יז 105 (2001).  
 40 ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995); בג"ץ 673/89 משולם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מה(5) 594 (1991).  
 41 פרשת אבן-קמה, לעיל ה"ש כוכבית.  
 42 ס' 1(ב) ו-1(ב) לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969.  
 43 בדומה לטענה שעלתה בפרשת פלוני 9607/03, לעיל ה"ש 21.

הסמכות הייחודית לרון בענייני הגירושין של בני זוג יהודים, תושבי המדינה או אזרחיה, נתונה לבית הדין הרבני.<sup>44</sup>

פסק דינו של השופט אליהו היה על כן צעד משמעותי בהכרה מהותית בשוויון זכויות ובנישואין של בני זוג חד-מיניים בישראל ואף פתח פתח לסלילת מסלול לגירושין אזרחיים לבני זוג הטרוסקסואלים במדינת ישראל. לא נותר אלא להניח כי אילו נאלץ בית המשפט לרון בשאלות הסבוכות של תוקף הנישואין, ייתכן שפסק דין זה כלל לא היה נולד. מכאן החשיבות הרבה לעובדה שתביעת הגירושין התקדימית הוגשה בהסכמה באופן שלא אילץ את בית המשפט להתמודד עם התנגדות בפני המהותי של הדין, אלא רק עם התנגדות לעצם הסמכות בלבד, אשר המדינה טענה לה. ההישג המשמעותי ביותר בפסק הדין הוא קיצור הדרך להכרה מהותית בנישואין החד-מיניים.<sup>45</sup>

#### ד. בעקבות מקרה אבן-קמה

פסק דינו של השופט אליהו בפרשת אבן-קמה פרץ את הסכר להגשת תביעות גירושין של בני זוג חד-מיניים לבית המשפט לענייני משפחה, ולא חלף זמן רב עד שניתנו פסקי דין נוספים בסוגיה. פסק הדין השני בסוגיית הגירושין החד-מיניים עוסק אף הוא בתביעת גירושין בהסכמה של זוג גברים שנישאו בניו יורק, והוא ניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב (השופט שילה).<sup>46</sup> במקרה זה הגישו הצדדים את התביעה מכוח חוק התרת נישואין במקרים מיוחדים, אשר עוסק בהתרת נישואין בין בני זוג בני עדות דתיות שונות.<sup>47</sup> בפסק הדין נקבע כי חוק התרת נישואין אינו יכול לחול במקרה זה מאחר ששני הצדדים יהודים, אולם לבית המשפט לענייני משפחה אכן הסמכות לרון בתביעה זו. בפסק דינו מונה השופט שילה שלוש אפשרויות באשר לסמכות לרון בתביעה זו: אפשרות ראשונה היא שלא קיימת ערכאה בישראל המוסמכת להתיר נישואין אלו, שכן הדין בישראל אינו מכיר בנישואין בין בני זוג בני אותו המין; השנייה – הסמכות נתונה לבית הדין הרבני מאחר ששני הצדדים יהודים; השלישית – הסמכות נתונה לערכאות האזרחיות.

השופט שילה שולל את האפשרות הראשונה ומסביר כי מאחר שבני הזוג אינם יכולים להתגרש במדינה שבה נישאו, אין זה סביר כי לא תהיה סמכות למדינת ישראל לרון בהתרת הנישואין, שכן תוצאה זו תשלול מן הצדדים את האפשרות להשתחרר מן הנישואין וכך תפגע באוטונומיה שלהם. השופט שילה עורך אנלוגיה מחוק התרת נישואין במקרים מיוחדים וקובע כי מקום שבו אזרחי ישראל נישאו בחו"ל ולא ניתן להתיר את נישואיהם בבית דין דתי, המחוקק הסדיר עבורם פתרון ולא הפנה

44 פרשת פלונית 6929/10, לעיל ה"ש 6, פס' 37–38 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. בפרשה זו עמד השופט ג'ובראן על כך שנפתחה הדרך לקראת שלילת סמכות בית הדין הדתי לרון בעניינם של בני זוג בני אותה הדת מקום שבו יש חשד להטיה מובנית של בית הדין נגד אחד מבני הזוג, זאת בהסתמך על בג"ץ 2621/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 27.12.2011).

45 אוסיף כי לדעתי דרך המלך להכרה בנישואין חד-מיניים תהיה ככל הנראה באימוץ הערת האגב של הנשיא (בדימ') אהרן ברק בפסק דינו בעניין הכרה בנישואי תערובת לצורך חוק הירושה ואימוץ כללי המשפט הבינלאומי האמריקני גם בענייני המעמד האישי.

46 תה"ן (משפחה ת"א) 5224-11-13 פלונים (פורסם בנבו, 8.12.2013) (להלן: פרשת פלונים 2013).

47 חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית).

אותם לבצע את תהליך התרת הנישואין במדינה שבה נערכו. אשר לאפשרות השנייה, בית המשפט שולל את סמכות בית הדין הרבני לדון בהתרת נישואין של בני זוג מאותו המין בהתבסס על הניתוח המקיף שערך השופט אליהו בפסק דינו בעניין אבן-קמה, תוך שימוש בתזת אי-ההכרה. מכאן פונה השופט לדון בשאלת סמכותו של בית המשפט האזרחי לדון בהתרת הנישואין שעה שנישואין חד-מיניים לא הוכרו בישראל. פסק הדין מקיש משאלת נישואי תערובת והימנעותו של המשפט מלהכריע בתוקפם המהותי של נישואין אלה ומבהיר כי הגם שהמשפט הישראלי לא הכריע בתוקפם המהותי של נישואי התערובת, לבית המשפט לענייני משפחה עדיין מוקנית הסמכות לדון בהתרת הנישואין של זוגות אלה לצורכי הרישום שלהם במרשם האוכלוסין. לאור זאת, פסק הדין קובע כי לבית המשפט לענייני משפחה הסמכות לדון בגירושין לצורכי רישום בלבד, ובכלל כך גם לגירושין של זוגות נישואים חד-מיניים.

האנלוגיה שערך שילה לנישואי התערובת נכונה אך אינה נקייה מספקות. בכל הנוגע לנישואי תערובת, לא הייתה למחוקק בררה אלא ליצור טריבונול שיפוטי שיהיה מוסמך לדון בהתרת הנישואין של בני זוג בני עדות שונות, וזאת מאחר שסמכות בתי הדין הדתיים בישראל מותנית בכך ששני בני הזוג יהיו בני אותה הדת. ואולם, במקרה של בני זוג בני אותו המין, לפחות במקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט עד כה, השתייכו שני הצדדים לאותה עדה דתית באופן שקיימו את כל תנאי הסמכות של בית הדין הרבני. פסק הדין אף תהה בשאלת הדין המהותי שיש להחיל על התרת הנישואין, במיוחד במקרים שבהם צד אחד יסרב להתגרש, אך לא הכריע בכך מאחר שבאותו מקרה, כמו במקרה של אבן-קמה, הגירושין היו בהסכמה.

פסק הדין האחרון שניתן בסוגיית הגירושין בין בני זוג חד-מיניים נמנע גם הוא מהכרעה באשר לתוקפם המהותי של הנישואין. ואולם, בסעד שניתן בסופו של דבר בפסק הדין יש משום נסיגה מסוימת בהתפתחות הפסיקתית בסוגיית הגירושין החד-מיניים.<sup>48</sup> פסק דין זה עסק בבנות זוג לסביות, יהודיות אזרחיות ישראל, שנישאו בנישואין אזרחיים במדינת קונטיקט שבארצות הברית. בניגוד לפסקי הדין הקודמים, הן לא רשמו את נישואיהן במשרד הפנים בישראל. נישואי בנות הזוג עלו על שרטון, ואחת מהן הגישה תביעה להתרת נישואין לבית המשפט לענייני משפחה. בית המשפט קבע כי מאחר שבנות הזוג לא רשמו את נישואיהן במשרד הפנים, פסק דין להתרת נישואין אינו רק התרה פורמלית טכנית לצורך שינוי המרשם, כפי שנעשה בשני פסקי הדין הקודמים שעסקו בתביעה מעין זו, אלא מדובר בהכרעה מהותית בדבר תוקפם של הנישואין. במקרה כזה היה מצופה מבית המשפט שיכריע בסוגיית תוקפם הנישואין, שכן כעת עלה בפניו הצורך לעשות כן לשם ההכרעה בהתרת הנישואין. אלא שבית המשפט, לאחר שסקר את פסיקת בית המשפט העליון שנמנעה מלהכריע בתוקפם הנישואין, קבע כי על הסוגיה הזו להיפתר באמצעות רפורמה חקיקתית. עם זאת, בית המשפט לא נתן את דעתו לכך ששאלת תוקפם המהותי של הנישואין לא הוכרעה בבית המשפט העליון רק משום שטרם עלה בפניו הצורך בהכרעה כזו. במקרים שבהם עלתה שאלת תוקפם הנישואין לדיון לצורך מתן סעד מהותי בבית המשפט העליון, בית המשפט דן והכריע בסוגיה. הוא עשה זאת בפרשת בני נח, בנוגע לתוקפם של "נישואי הקפיצה", באמצעות פרשנות כללי המשפט הבינלאומי הפרטי<sup>49</sup> וכפי שהוכרע בנוגע לתוקפם

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

49 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 12.

של נישואי התערובת לצורך מתן סעד מכוח חוק הירושה.<sup>50</sup> הסעד שניתן אפוא על ידי בית המשפט לענייני משפחה באותו מקרה היה פסק דין המצהיר כי בנות הזוג כלל אינן נשואות, וזאת מבלי שהתיר את הנישואין. הצהרה זו כמוה כהצהרה שהנישואין של השניים כלל לא היו. בכך הכריע בית המשפט, על אף קביעתו שאינו מעוניין להכריע בסוגיה זו, כי הנישואין לא היו תקפים. נראה כי מדובר בנסיגה של ממש ביחס לתוקפם של נישואין חד-מיניים, שכן הקביעה שאין צורך להתיר את הנישואין מקורה בהנחה שהם מחוסרי תוקף מהותי.

פסקי דין אלה מדגימים כיצד בשעה שהמחוקק הישראלי נמנע מלהתמודד עם הדרישה ליצירת האפשרות של נישואין אזרחיים בתחומי מדינת ישראל, בתי המשפט הם שנדרשים לתת מענה לדפוסים המשפחה המתפתחים במדינת ישראל. כפי שבית המשפט לא יכול היה להמשיך ולהתעלם משאלת התוקף המהותי של נישואין אזרחיים של אזרחי ישראל הנישואים מחוץ לישראל ולהותיר קבוצה הולכת וגדלה זו ללא מענה, כך גם לא יכול היה להתיר את הזוגות החד-מיניים שמגיעים לפתחו ללא יכולת לפרק את אותן קשר נישואין שהוכר על ידי המדינה (גם אם רק לצורכי רישום).

משנוצר הפתח לגירושין אזרחיים בבתי המשפט, מעניין יהיה לראות את בתי המשפט יוצקים תוכן למסלול גירושין זה, במיוחד באותם מקרים שבהם הגירושין יתבקשו שלא בהסכמת שני הצדדים ויהיה צורך בהוכחה של תביעת הגירושין. שאלה מעניינת היא אם החוק להתרת נישואין (מקרים מיוחדים),<sup>51</sup> המטפל בגירושין של בני זוג מעדות דתיות שונות, ישמש מקור משפטי שממנו ניתן יהיה להקיש גם על התרת נישואין של בני זוג חד-מיניים, וזאת בכל הנוגע לתוכנם המהותי של הסדרי הגירושין. שאלות נוספות עולות בנוגע לתוכן שייצקו בתי המשפט לגירושין אזרחיים בין בני זוג בני אותו המין: האם הם יאמצו את הגישה התומכת בהחלת דין מקום עריכתו של טקס הנישואין, על אף הביקורת שהובעה כנגד גישה זו, במיוחד אם בני הזוג יעברו להתגרר במדינה שאינה מכירה בתוקפם של הנישואין?<sup>52</sup> או בשל חוסר הזיקה של הצדדים לאותו דין?<sup>53</sup> האם בתי המשפט יקבלו את הצעתו של השופט שילה, בפסק דינו<sup>54</sup> ויאמצו את עילת הגירושין שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ בני נח<sup>55</sup> בנוגע לבני זוג יהודים הטרוסקסואלים שנישאו בנישואין אזרחיים, דהיינו קרע בלתי ניתן לאיחוי? ואם כן – כיצד ייצקו תוכן אל תוך מונח זה? האם יידרש פרק זמן מינימלי של פירוד טרם התרת הנישואין? האם תהיה זו שיטת גירושין ללא אשם? האם די יהיה בהצהרת אחד הצדדים שלא ניתן לאחות את הקרע? האם יהיה צורך ביעוץ או גישור חובה טרם הגשת תביעה? ועוד כהנה וכהנה שאלות.

לסיכום, פסק דין אבן-קמה הנו פסק דין פורץ דרך במאבק לקידום זכויותיהם של בני זוג מאותו המין בישראל. בני הזוג אבן-קמה אתגרו את בית המשפט, לראשונה, בשאלת הגירושין של בני זוג חד-מיניים יהודים. התוצאה הייתה מהפכנית: פסק הדין היה הראשון שהתיר גירושין של זוג חד-מיני, וגם הראשון שאפשר לזוג יהודי להתגרש בערכאת שיפוט אזרחית. משסכר זה נפרץ על ידי נציגי קהילת הלהט"ב, ייתכן כי נסללה גם הדרך לגירושין אזרחיים במדינת ישראל.

50 פרשת פלוני 9607/03, לעיל ה"ש 21.

51 חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית).

52 בלכר וטריגר, לעיל ה"ש 33.

53 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 12, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

54 פרשת פלוני 2013, לעיל ה"ש 46.

55 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 12, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.