

הכרה בנישואיהם של מנועי החיתון מחוץ לישראל – מבט מחודש על כללי בררת הדין ושיקולי תקנת הציבור

יובל מרין*

“If there is one thing that the people are entitled to expect from their lawmakers, it is rules of law that will enable individuals to tell whether they are married and, if so, to whom”.**

- א. מבוא
- ב. רישום נישואין הנערכים מחוץ לישראל לעומת ההכרה בהם
- ג. הענקת זכויות הנובעות מנישואין הנערכים מחוץ לישראל לעומת ההכרה בהם
- ד. הכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום על פי המשפט הבין-לאומי הפרטי – משפט משווה
 1. תוקף צורני לעומת תוקף מהותי
 2. שיטת הדין האישי
 3. דין מקום עריכת הטקס
- ה. בררת הדין בשאלת ההכרה בנישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל – מפרשת סקורניק ועד בג”ץ פלונית (2232/03)
 1. סימן 47 לדבר המלך: כלל בררת דין או הנחיה פנימית?
 2. הערה בדבר “המחלוקת הציבורית” והתערבותו של בית המשפט
 3. סימן 46 לדבר המלך וניתוק הזיקה לדין האנגלי
- ו. התחקות אחר כלל בררת הדין הראוי

* ד”ר למשפטים, מרצה בכיר וחבר סגל ההוראה הקבוע של בית הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל. ברצוני להודות לקרן רינה ומאיר חת, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל, על תמיכתה במחקר זה. כן אבקש להודות לחברי מערכת “הפרקליט” על עבודתם המסורה ולקוראת/ה האנונימית/ת על הערותיו/ה המועילות.

** Estin v. Estin, 334 U.S. 541, 553 (1948).

1. שיקולי המדיניות שבבסיס בררת הדין בענייני נישואין
2. שיטת הדין האישי לעומת העיקרון של דין מקום עריכת הטקס
- ז. תקנת הציבור החיצונית כסייג להכרה בנישואיהם של מנועי החיתון
 1. תקנת הציבור החיצונית בענייני סטטוס – אמות מידה פרשניות
 2. תקנת הציבור הישראלית והמתח בין הדין הדתי לדין החילוני
 - 2.1 ריבוי נישואין, נישואי עריות ונישואי קטינים
 - 2.2 נישואיהם של חסרי דת, "פסולי חיתון" ו"זוגות מעורבים"
 - 2.3 נישואין חד-מיניים
- ח. אחרית דבר

א. מבוא

תחולתו הבלעדית של הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין וחוסר האפשרות להתקשר בנישואין אזרחיים במדינת ישראל פוגעים קשות בזכות לחיי משפחה ולנישואין.¹ זוגות רבים, תושבי ישראל ואזרחיה, נאלצים לצאת אל מחוץ לישראל על מנת לממש את זכות היסוד לנישואין. זוגות אלו (שיכוננו להלן: "מנועי החיתון") כוללים הן בני זוג שדינם הדתי אוסר את נישואיהם ("פסולי חיתון"), "זוגות מעורבים" (זוגות חד-מיניים) והן בני זוג שעצם הדרישה לעריכתו של טקס נישואין דתי (המוכר על ידי רשויות המדינה) מונעת מהם את האפשרות להינשא בישראל (ובכלל זה חסרי הדת וזוגות המשתייכים לעדה דתית שאינה מוכרת).² גם בני זוג הכשירים להינשא בישראל, שאינם חפצים בטקס נישואין דתי, נאלצים לצאת אל מחוץ לישראל על מנת להינשא על פי צו מצפונם. עם זאת, עד כה המשפט הישראלי לא נתן מענה ברור לשאלה אם מנועי החיתון הנישאים מחוץ לישראל שבים ארצה

¹ על הקשיים הנובעים מהחלתו של הדין הדתי כדין בלעדי בענייני נישואין וגירושין בישראל עמדתי בהרחבה במקום אחר. ראו: יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 663 (יובל שני ויורם רבין עורכים, 2004).

² כמחצית מהזוגות הישראלים הנישאים בטקס אזרחי בחו"ל הינם מנועי חיתון בישראל (ובכלל זה "פסולי חיתון"; זוגות שיהדותם מוטלת בספק, זוגות בני דתות שונות וזוגות חד-מיניים). ראו: יאיר אטינגר "הרבנות מרחיבה סמכויות בתיקי נישואים אזרחיים", הארץ 14.1.11. הקבוצה הגדולה ביותר של מנועי חיתון בישראל היא מחוסרי דת ומי שיהדותם מוטלת בספק. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בסוף שנת 2008 מנתה אוכלוסיית הבלתי-מסווגים לפי דת בישראל כ-317,100 נפש, והיוותה 4.3% מאוכלוסיית המדינה. ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סקירה דמוגרפית בישראל לשנת 2008, באתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה: www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hoda=200901280 (נבדק לאחרונה ב-17 לפברואר 2012).

בסטטוס החדש שרכשו במדינה הזרה, או שמא הם מותירים אותו מאחוריהם, כאילו כלל לא רכשוהו.

ניתן לאתר כמה שלבים באופן התייחסותו של בית המשפט העליון לנפקותם של נישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל על ידי תושבי הארץ ואזרחיה. בשלב הראשון נקבע, בהלכת פונק שלזינגר³ (שהוחלה לפני כמה שנים גם על זוגות חד-מיניים)⁴, כי פקיד המרשם חייב לרשום את דבר נישואיהם של זוגות שנישאו אזרחית מחוץ לישראל, אף אם אינם כשירים להינשא במדינת ישראל, וזאת מבלי להכריע בשאלת תוקפם של הנישואין. מאז נרשמים זוגות שכאלה במרשם האוכלוסין כעניין שבשגרה. בפועל מאפשר הרישום לבני הזוג ליהנות מזכויות שונות הנובעות ממוסד הנישואין, אף שהוא אינו מהווה ולו ראייה לכאורה לנכונותו. בשלב השני קבע בית המשפט העליון כי בנסיבות מסוימות ניתן להקנות לנישואין האזרחיים תוקף משפטי יחסי, ובכך לאפשר לבני הזוג ליהנות מחלק מתוצאות הסטטוס שרכשו. גישה זו, המתמקדת בתוצאות הנישואין כעומדות בפני עצמן תוך התעלמות משאלת הסטטוס, מאפשרת הקניית זכויות פרטיקולריות הנובעות מקשר הנישואין, בכל מקרה לפי נסיבותיו, מבלי להכריע בתוקפם של הנישואין הזרים.⁵ בשלב השלישי הסדיר בית המשפט העליון את הדרך להפקעתם של נישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל על ידי בני זוג הכשירים להינשא על פי דין תורה ובתוך כך הכיר באופן מלא בתוקפם של נישואין אלה.⁶

בית המשפט העליון הסדיר אפוא, באופן הדרגתי, היבטים מסוימים הנוגעים לכל אחד משלושת מישורי ההסדרה המשפטית של מוסד הנישואין: השלב הראשון – החיוב לרשום את הנישואין במרשם האוכלוסין, הביא להסדרה מסוימת (דה-פקטו) של מישור יצירת קשר הנישואין; בשלב השני, עם ההכרה בתוקף היחסי של הנישואין למטרה כזו או אחרת, הוסדרו כמה היבטים במישור מערכת הזכויות והחובות בין בני הזוג במהלך קשר הנישואין; והשלב השלישי, של הכרה בנישואין האזרחיים לצורך התרתם, הביא להסדרת מישור היציאה מקשר הנישואין, עבור זוגות יהודים הכשירים להינשא על פי דין תורה. עם זאת, הפתרונות השיפוטיים שהוצעו עד כה בכל הנוגע לנישואיהם הזרים של מנועי החיתון, החל בפתרון המחייב את רישום הנישואין במרשם האוכלוסין, וכלה בקונסטרוקציות המאפשרות הקניית תוקף משפטי יחסי לנישואין אלה, אינם פתרונות מלאים או מספקים, הן מבחינה משפטית והן מבחינה

³ בג"ץ 143/62 הנריט אנה קטרינה פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז (1) 225 (1963). (להלן: "פרשת פונק שלזינגר").

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

⁵ רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח (2) 213 (2003). (להלן: "פרשת פלונית נ' פלוני").

⁶ בג"ץ 2232/03 פלונית נ' ביה"ד הרבני האזורי ת"א-יפו, תק-על 2006 (4) 1748 (2006). (להלן: "פרשת פלונית").

מעשית. מנגנונים אלה פותחו על מנת להביא מזוור (אף אם חלקי) למצוקתם הקשה של מנועי החיתון, ובה בעת להימנע מהכרעה העשויה להתפרש כמפרה את ה"סטטוס-קוו" בענייני נישואין וגירושין. עם זאת, סבורני כי אין בפתרונות האמורים כדי לאזן באופן ראוי בין האינטרס שבשמירה על הסטטוס-קוו (אינטרס שהשלכתו מוגבלת לעריכתם של נישואין במדינת ישראל גופה) לבין האינטרס שבהגנה על הזכות לנישואין כזכות יסוד חוקתית, שהיא זכות שאינה נחלתם הבלעדית של זוגות הכשירים להינשא לפי דינם הדתי. במאמר זה אבקש לערער על ההנחה המקובלת בקרב מרבית המלומדים שחקרו את הסוגיה ולפיה כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי שיש להחילם בישראל שוללים את תוקף נישואיהם הזרים של כלל מנועי החיתון. טענתי המרכזית במאמר היא כי הדין הקיים מאפשר הכרה בנישואין אלו וכי הכרה שכזו אף מתחייבת ממנו. לפיכך, שומה על בית המשפט ללכת צעד נוסף ולהכיר גם בנישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל על ידי בני זוג, אזרחי ישראל ותושביה – שהם בגירים, פנויים ונעדרים קרבת דם או חיתון – המנועים מלהינשא בישראל. בכך יושלם תהליך המעבר מהסתפקות ברישום הנישואין להכרה המלאה בתוקפם. בהקשר זה מתעוררות שאלות משפטיות מורכבות שאין להן מענה ברור בדין הקיים, היות שהסוגיה טרם זכתה להסדרה חקיקתית, ואף לא להכרעה שיפוטית. שאלת תוקפם של נישואין אלה עלתה בפני בית המשפט העליון פעמים ספורות בלבד, והדיון בסוגיה היה תמיד קצר ובלתי-ממצה, והותיר את מרבית השאלות הכרוכות בהכרעה בסוגיה זו בצריך עיון. במצב דברים זה, נותרים מנועי החיתון הנישאים מחוץ לישראל – שנישואיהם תקפים לפי דין מקום עריכתם – בחוסר ודאות באשר לשאלה אם נישואיהם הזרים תקפים גם בישראל, מדינת אזרחותם ומגוריהם. במאמר אטען כי הכרה מלאה בתוקפם של הנישואין הזרים מתחייבת נוכח עקרון היסוד של המשפט הבין-לאומי הפרטי בסוגיה זו, שלפיו "התכונה המרחיקה לכת ביותר של המושג סטטוס [...] היא תכונת האוניברסאליות שלה [...]". העיקרון הכללי הנעוץ בסטטוס הוא, כי במקום שהוא נוצר על-ידי החוק של ארץ אחת, מן הדין כי יוכר על ידי בתי המשפט בכל העולם⁷. עוד אוסיף ואטען כי מתן תוקף מלא לנישואיהם הזרים של מנועי החיתון מתחייב גם נוכח ההכרה בזכות לנישואין כזכות יסוד חוקתית המעוגנת בזכות החוקתית לכבוד האדם.⁸ הכפפת דיני הנישואין והגירושין בישראל להוראות הדין הדתי כדין בלעדי, פוגעת בכבוד האדם – בניגוד לתנאים

⁷ *In Re Luck's Settlement Trusts*, [1940] 3 All E.R. 307, 327. כפי שצוטט ותורגם בע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח(1) 167, 141 (1954). (להלן: "פרשת סקורניק").

⁸ בית המשפט העליון הכיר בזכות לנישואין ולחיי משפחה כזכות יסוד חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשורה של פסקי דין. ראו, למשל: בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 47 לפסק דינו של השופט חשין (2006); ע"א 7155/96 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נא(1) 175, 160 (1997).

הקבועים בפסקת ההגבלה – בהיותה מפלה על רקע לאומי, גזעי, מגדרי ודתי; הסדר זה אף נוגד את הוראות המשפט הבין-לאומי המעוגנות באמנות השונות שישראל חתומה עליהן. לפיכך, לשילתה המוחלטת של הזכות להינשא מקבוצות שונות באוכלוסייה הישראלית, אך בגלל השתייכותן הדתית והעדתית, נוגדת את חוק-היסוד, ולולא סעיף שמירת הדינים, ראוי היה לפסלה כבלתי-חוקתית. עם זאת, בשונה מההסדר הממצה החל בישראל גופה, סוגיית ההכרה בנישואין הנערכים במדינה זרה מעולם לא הוסדרה בידי המחוקק הישראלי (ואף איננה עומדת על סדר יומו), ונותרה בגדר חסר (לקונה). כל עוד לא קבע המחוקק במפורש כי הדין הישראלי הפנימי (לעניין כושר הצדדים להינשא) חל גם על נישואיהם של אזרחי ישראל ותושביה הנערכים במדינה זרה (בין באמצעות אימוץ סטטוטורי של חוליית קישור המפנה לדינים האישי של בני הזוג, ובין בדרך אחרת), ובהיעדר הסדר חקיקתי כלשהו בעניין זה (אף לא הסדר שלילי), שומה על בית המשפט למלא את החסר ולאמץ כלל בררת דין שיתאים למציאות המשפטית והחברתית השוררת בישראל. יתרה מכך, נוכח היעדר חוקתיות ההסדר הנוהג בדין הפנימי, הרי שאף אם יאמץ המחוקק הוראה סטטוטורית שמטרתה לשלול את אפשרות "עקיפת" הדין הפנימי (באמצעות רכישת הסטטוס במדינה זרה), ספק אם הוראה כזו תעמוד בביקורת חוקתית. גם קיומה של מחלוקת ציבורית בשאלת ההכרה בתוקף נישואיהם הזרים של מנועי החיתון איננה יכולה להצדיק את המשך הימנעותו של בית המשפט מהכרעה בדבר טיבו של כלל בררת הדין שיש להחילו בסוגיה זו. מקום שבו נמצא חסר בחקיקה הקיימת, חובה על בית המשפט להשלימו, והוא אינו רשאי להימנע מהכרעה; לא כל שכן בענייני המעמד האישי, ובפרט שעה שהימנעות מהכרעה שקולה לשלילת תוקפו (המלא) של הסטטוס הזר ופוגעת בזכות יסוד חוקתית. לפיכך, אטען במאמר כי המחלוקת הציבורית אינה יכולה לשמש בסיס להימנעות מהכרעה שיפוטית בדבר טיבו של כלל בררת הדין שיש להחילו בסוגיה זו. עוד אטען כי יש לבחון את השלכות המחלוקת רק במסגרת הדוקטרינה של תקנת הציבור ה"חיצונית" – דוקטרינה שנועדה להגן מפני פגיעה באינטרסים כבדי משקל המבטאים את תפיסות היסוד החברתיות, התרבותיות והמוסריות של הפורום. לפיכך, אין בקיומה של מחלוקת ציבורית כדי להשליך על עצם ההכרעה בסוגיה זו, אלא רק על תוכנה. לאור טיעונים אלה, ונוכח הרציונלים והמאפיינים השונים של חוליות הקישור הנוהגות במשפט המשווה בסוגיית כושרם של הצדדים להינשא זה לזה – כלל הבררה המפנה לדין האישי לעומת כלל הבררה המפנה לדין מקום עריכת הטקס – אטען כי יש לאמץ את הכלל האחרון כחוליית הקישור של המשפט הישראלי לצורך בחינת תוקף נישואיהם הזרים של מנועי החיתון. אימוץ חוליית קישור המפנה לדינים האישי של בני הזוג יסתום את הגולל על אפשרות ההכרה בנישואיהם הזרים של כלל מנועי החיתון. זאת, מבלי להביא בחשבון את מידת הפגיעה באינטרס המוגן בנסיבות העניין, מבלי להבחין בין המגבלות השונות על הזכות להינשא בישראל ובין האינטרסים השונים העומדים בבסיס כל

אחת מהן, ומבלי להבחין בין מידת זיקתם של כל אחד מתנאי הכושר להינשא לשמירת צביונו של מוסד הנישואין הישראלי. לעומת זאת, אימוץ "דין מקום עריכת הטקס" כחוליית הקישור בשאלת כושר הצדדים להינשא יוביל – בכפוף לשיקולי תקנת הציבור ה"חיצונית" – לתוצאה הראויה של הכרה מלאה בתוקפם של הנישואין הזרים, ובכך ימנע את הפגיעה הנוספת בזכות האדם הבסיסית להינשא ולהקים משפחה.

אפתח בהערכת המנגנונים השונים שיצר בית המשפט העליון לשם התמודדות עם סוגיית הנישואין האזרחיים הנערכים מחוץ לישראל. במסגרת זו אבחן את היחס בין רישום נישואין הנערכים מחוץ לישראל לבין ההכרה בהם (פרק ב'), ואת היחס בין הענקת זכויות פרטיקולריות הנובעות מהסטטוס לבין הכרה מלאה בתוקפו (פרק ג'). בהמשך אתמקד בשאלת ההכרה בנישואיהם האזרחיים של מנועי החיתון (אזרחי ישראל ותושביה) הנערכים מחוץ לישראל. לעניין זה אעמוד תחילה על עקרונות היסוד של המשפט הבין-לאומי הפרטי בסוגיית ההכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום, כפי שגובשו במשפט המשווה. אבחן את הפתרונות שהוצעו בעניין זה בשיטות משפט הדומות בבסיסן לשיטת המשפט הישראלית, ובפרט המשפט האנגלי והמשפט האמריקני (פרק ד'). לאחר מכן אעמוד על חוסר הבהירות ששרר משך זמן רב בשאלת פרשנותו של סימן 47 לדבר המלך במועצתו ככלל בררת דין של המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי, ואנתח את השלכות סיווגו כהנחיה של הדין הישראלי הפנימי (פרק ה'). במסגרת ההתחקות אחר כלל בררת הדין שראוי לאמצו במשפט הישראלי, אבחן את שיקולי המדיניות שבבסיס בררת הדין בענייני נישואין, ואעמוד על יתרונותיהם וחסרונותיהם של כללי הבררה הנהוגים במשפט המשווה, ועל מידת התאמתם של כללים אלה למשפט הישראלי (פרק ו'). בהמשך המאמר אציע אמות מידה לפרשנותה של תקנת הציבור החיצונית בסוגיית ההכרה בנישואין זרים, ואבדוק כיצד עשויה שליטתו הבלעדית של הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין הנערכים בישראל להשליך על תוכנה של תקנת הציבור הישראלית. לעניין זה אסווג את המגבלות שמטיל הדין הישראלי על כושר הצדדים להינשא לכמה קטגוריות, בהתאם לרציונלים השונים העומדים בבסיס כל אחת מהן. לבסוף, בהתאם לסיווג האמור ולעקרונות הפרשניים המוצעים, אבחן אם ההכרה בנישואיהם הזרים של מנועי החיתון (שהם בגירים, פנויים ונעדרי קרבת דם או חיתון) נוגדת את תקנת הציבור הישראלית החיצונית (פרק ז').

ב. רישום נישואין הנערכים מחוץ לישראל לעומת ההכרה בהם

בית המשפט העליון נמנע עד כה, באופן עקבי, מלהכריע בשאלת תוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל על ידי אזרחי ישראל ותושביה שאינם כשירים להינשא על פי דינם האישי. עד לפני מספר שנים הוא אף נמנע מלהכריע בשאלה זו

ככל שהיא נוגעת לנישואיהם האזרחיים בחו"ל של זוגות הכשירים להינשא בישראל.⁹ עם זאת, עוד בראשית שנות השישים קבע בית המשפט העליון בהלכת פונק שלזינגר כי בני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל רשאים להירשם במרשם התושבים (כיום מרשם האוכלוסין) כנשואים זה לזה. פרשת פונק שלזינגר עסקה בנוצרייה תושבת ישראל בעלת אזרחות בלגית וביהודי אזרח ישראל שנישאו בנישואין אזרחיים בקפריסין; בסברו כי הנישואין אינם תקפים בישראל, דחה פקיד הרישום את בקשתה של האישה להירשם במרשם התושבים כנשואה והתנה את הרישום בהצהרה שיפוטית בדבר תוקף הנישואין. בית המשפט העליון קבע, בהתבסס על הוראות פקודת מרשם התושבים תשי"ט-1949, כי תפקידו של פקיד המרשם הוא לאסוף "חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים" וכי "שום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו".¹⁰ נוכח קביעתו של בית המשפט כי הפקודה האמורה "לא שיוותה לרישום במרשם-התושבים כוח של ראייה או הוכחה לשום דבר",¹¹ פסק בית המשפט כי חובה על הפקיד לרשום את אשר האזרח אומר לו, אלא אם כן מדובר "באי-נכונות של רישום הגלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק".¹² בית המשפט הוסיף וקבע כדלקמן:

"ברשמו את מצבו המשפחתי של תושב, אין זה מתפקידו של פקיד הרישום ליתן דעתו על תוקפם של הנישואין. חזקה על המחוקק שלא הטיל על רשות ציבורית חובה שאין היא מסוגלת למלאה. די לו לפקיד, לצורך מילוי תפקידו ורישום המצב המשפחתי, אם הובאה לפניו ראייה שהתושב ערך טכס נישואין. לשאלה מה תוקף יש לטכס שנערך יש לעתים פנים לכאן ולכאן וביורור תוקפם חורג מגדר מרשם-התושבים".¹³

הלכת פונק שלזינגר נשתרשה בפסיקת בית המשפט העליון ויושמה בהקשרים דומים במספר רב של פסקי דין.¹⁴ כך, בשנת 2006, בפרשת בן-ארי, הוחלה ההלכה האמורה

⁹ בפרשת פלונית, לעיל ה"ש 6, הכיר בית המשפט העליון לראשונה בנישואיהם האזרחיים בחו"ל של זוגות הכשירים להינשא על פי דין תורה. לדיון בפרשה זו, ראו להלן פרק ה'.

¹⁰ פרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 244.

¹¹ שם, בעמ' 249; חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק המרשם" או "חוק מרשם האוכלוסין"), שהחליף את פקודת מרשם התושבים, קובע, בס' 3, כי אין רישום פרטי המצב האישי מהווה ולו ראייה לכאורה לנכונותו.

¹² שם, בעמ' 243.

¹³ שם, בעמ' 252.

¹⁴ ראו למשל: בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970); בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה-תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723 (1989); בג"ץ 2888/92 גולרשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89 (1994); בג"ץ 1779/99 ברנר-

גם על רישום נישואין חד-מיניים שנערכו בקנדה.¹⁵ באותה פרשה טענה המדינה כי הלכת פונק שלזינגר חלה רק על רישום נישואין זרים התואמים "תבנית משפטית" של נישואין המוכרת במשפט הישראלי (קרי: גבר-אישה). בדחות טענה זו, קבע בית המשפט העליון כדלקמן:

"מרשם האוכלוסין לא נועד להכריע בשאלת קיומן או היעדרן של תבניות משפטיות; פקיד הרישום אינו כשיר לקבוע אם קיימת 'תבנית משפטית' מוכרת או רק 'תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסוימת'; המרשם מוסר נתונים סטטיסטיים על התרחשויות אישיות (כגון לידה, מוות, נישואין, גירושין) ולא קונסטרוקציות משפטיות שעברו את עינו הבוחנת של פקיד הרישום. אין זה ראוי כי בשדה הרישום ייערך המאבק המשפטי באשר לסטטוס האישי".¹⁶

נוסף על כך, חזר בית המשפט והדגיש כי אי-הנכונות שאליה מתייחסת הלכת פונק שלזינגר היא אי-נכונות עובדתית, ולא אי-נכונות משפטית; לפיכך, ובהיעדר טענה כנגד תוקפה של תעודת הנישואין הקנדית, שומה על משרד הפנים לרשום את פרטיהם של בני הזוג על יסוד תעודה זו.¹⁷

הלכת פונק שלזינגר מחייבת אפוא את רישומם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, בין שבני הזוג כשירים להינשא על פי דינם האישי, ובין שהם נמנים עם אחת מקבוצות מנועי החיתון בישראל. חשיבותה ויתרונה של הלכת פונק שלזינגר טמונים בכך שהיא מחייבת את רישומם של נישואין התקפים במקום עריכתם אף אם הדין הדתי שולל מבני הזוג את הזכות להינשא בישראל. בכך נותנת ההלכה האמורה תוקף להבחנה (הראויה) בין רישום הנישואין לבין ההכרה בהם. עם זאת, הלכת פונק שלזינגר עצמה, כמו גם האופנים שבהם הוחלה ו"הורחבה" במהלך השנים, זכו לביקורת חריפה.¹⁸ ביקורת זו חולקת על ההנחה העומדת ביסודה של

קריש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000); בג"ץ 4916/04 זלסקי נ' שר הפנים, תק-על 2004(4) 593 (2011). (להלן: "פרשת זלסקי").

15 פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 4.

16 שם, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק. בית המשפט הוסיף והדגיש כי תבנית הזוגיות חד-מינית הוכרה, למטרות כאלה ואחרות, בשורה ארוכה של פסקי דין.

17 שם, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

18 ראו, למשל: מנשה שאוה "לשאלת תוקפם ורישומם של נישואי תערובת שנערכו בפני קונסול זר בישראל" הפרקליט מב 188 (1995); מנשה שאוה "רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק שלזינגר ובתיחום גבולותיה" קריית המשפט א 103 (2001); איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר: הלכת פונק שלזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" משפט וממשל יא 129 (2008). (להלן: "לבונטין").

הלכת **פונק שלזינגר**, ולפיה נועד המרשם לשם איסוף חומר סטטיסטי גרידא.¹⁹ נטען כי רישום הנישואין מקנה הכרה דה-פקטו בסטטוס, וכי אין זה ראוי להבחין בין רישום המצב האישי לבין שאלת ההכרה בו.²⁰ כן נטען כי בחיבו את משרד הפנים לרשום סטטוס זר שטרם הוכר בישראל, נותן בית המשפט העליון את ידו לעקיפת הוראות הדין המהותי החולש על הסוגיה.²¹ טיעונים אלה נסמכים על ההנחה כי לפחות מקצת הנישואין האזרחיים הנרשמים מכוחה של הלכת **פונק שלזינגר**, אינם תקפים על פי הדין המהותי בישראל. לפיכך, נטען כי אין זה ראוי שבני זוג שנישואיהם אמנם תקפים במקום עריכתם, אך אינם תקפים בישראל (או שתוקפם בישראל מוטל בספק), יזכו מכוח פעולה מנהלית של רישום, בזכויות שונות הנובעות מסטטוס הנישואין ובהכרה הציבורית והחברתית הכרוכה בסטטוס זה.²²

כפי שיובהר בהמשך המאמר, לא ניתן למצוא בדין הישראלי תשובה ברורה בשאלת תוקפם של נישואין אזרחיים בחו"ל של מי שאינם כשירים להינשא על פי דינם הדתי בישראל. העמדה המנחה את המבקרים, ולפיה הדין החל בסוגיה זו אינו מכיר בתוקפם של נישואין מעין אלה (או בחלקם), מבוססת על אופציה פרשנית אחת, שאיננה הגישה האפשרית היחידה בסוגיה זו, ואף איננה, בהכרח, הגישה הרצויה. גישה פרשנית אחרת עשויה להביא להכרה מלאה בסטטוס הזר.²³ אם יוכרו הנישואין, יוסרו ספקותיהם של המבקרים בדבר נכונותו (המשפטית) של הרישום המבוקש, ובתוך כך יוסרו חלק מהחששות העומדים בבסיס ביקורתם.

עם זאת, שומה עלינו לתת דעתנו להיבט אחר העולה מטיעוני הביקורת: אם אכן יש ברישום הנישואין הזרים משום הכרה דה-פקטו בסטטוס, היש צורך להידרש גם

¹⁹ שופטים שונים של בית המשפט העליון הביעו לא אחת ספקות בדבר נכונותה של הלכת **פונק שלזינגר**, בקבעם כי העמדה שלפיה נועד המרשם למטרות סטטיסטיות גרידא "מתעלמת מן מציאות" – השופט טל בבג"ץ 1031/93 **פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים**, פ"ד מט(4) 661, 709 (1995); כי כיום עלולה להשתמע ממנה "מעין היתממות או עצימת עין" – השופט טירקל בבג"ץ 5070/95 **נעמת נ' שר הפנים**, פ"ד נו(2) 764, 721 (2002). (להלן: "פרשת **נעמת**"); וכי "בעשורים האחרונים מהווה המרשם בהקשר המשפטי בעיקר שדה קרב, זירת מאבק על סמלים" – פרשת **בן ארי**, לעיל ה"ש 4, פס' ט' לפסק דינו של השופט רובינשטיין. עם זאת, דברי הביקורת האמורים נותרו תמיד בדעת מיעוט.

²⁰ לבונטין, בעמ' 157–158; ראו לעניין זה גם את דברי השופט רובינשטיין (בדעת מיעוט) בפרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 4, פס' א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "דעתי היא כי לאמיתו אין המדובר בנידון דידן אך ברישום סטטיסטי כאפיונו מקדם של המרשם, הגדרה כשלעצמה אבד עליה כלח מזמן, אלא בסמל חברתי-ציבורי [...] מסופקני אפוא באשר להבחנה בין רישום להכרה בהקשר זה שעורכים חברי".

²¹ לבונטין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 132.

²² ראו למשל את דברי השופט רובינשטיין (בדעת מיעוט) בפרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 4, פס' י"ד לפסק דינו: "משאלת הרישום מטרתה רחבה יותר מאשר הבטחת זכויות ספציפיות, ועניינה הכרה בסמל".

²³ ראו פרקים ו' ו-ז' להלן.

לשאלת ההכרה דה-יורה בנישואין אלה? אכן, עצם רישום הנישואין, אף שעל פי חוק מרשם האוכלוסין אינו מהווה ולו ראייה לכאורה לנכונותו, מאפשר בפועל, לבני הזוג ליהנות מזכויות שונות הנובעות ממוסד הנישואין, שכן רשויות המדינה השונות נוהגות להסתמך על הרישום מבלי להתחקות אחר תוקפם המהותי של הנישואין.²⁴ עם זאת, דומני שהטענה שלפיה אין הבדל של ממש – מבחינה משפטית ומעשית – בין רישום הנישואין לבין ההכרה בהם היא מרחיקת לכת. ראשית, היות שבהתאם להוראת סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין, אין רישום הנישואין מהווה ולו ראייה לכאורה לנכונותו, הרי שאין בו כדי להצביע באופן כלשהו על תוקף הנישואין לפי הדין המהותי,²⁵ ורשויות המדינה יכולות בכל עת לחדול מנהגן להסתמך על הרישום

²⁴ כדברי פרופ' שאוה: "יש להניח שבפועל הרשויות השונות במדינה, כמו משרד השיכון, הביטוח הלאומי, שלטונות הצבא, המסים וכו' מתייחסות אל הצדדים כנשואים – באין מכשיר משפטי יעיל אחר – על סמך הרישום במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות, ובהתאם לכך מעניקים את הזכויות הכרוכות במעמד אישי זה" (ההדגשה שלי – י.מ.). ראו: מנחם שאוה **הדין האישי בישראל** כרך א 587 (מהדורה רביעית מורחבת, 2001) ההערות במקור הוסרו. על השלכותיו המעשיות של הרישום עמד גם השופט לנדוי בבג"ץ 80/63 **גורפינקל נ' שר-הפנים**, פ"ד יז(3) 2048, 2071 (1963). (להלן: "פרשת גורפינקל"), בציינו כי "המימרה [...] כי 'מטרת הפקודה (פקודת מרשם התושבים), [...] היא לאסוף חומר סטטיסטי', בוודאי נכונה כשהיא לעצמה, אבל אין היא ממצה את חשיבותו המעשית של המרשם: [...] על-כן אין לבטל כליל את ערך הרישום, כאילו היתה בו רק הוספת עוד סיפורה לחשבון הסטטיסטי הכולל של המרשם".

²⁵ לעניין זה טוען לבונטין כי הוראת ס' 3 לחוק מרשם האוכלוסין היא בגדר "שגגה שיצאה מלפני המחוקק" וכי אין בה כדי לשלול את כוחו הראייתי של רישום המצב האישי, בהיותו "תעודה ציבורית" (במובן ס' 29 לפקודת הראיות), הקבילה לאמיתות תוכנה. ראו לבונטין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 176-180. סבורני כי אין ממש בטענה זו. ראשית, הטיעון האמור מניח כי ההוראות שבפקודת הראיות גוברות על ההוראה שבחוק מרשם האוכלוסין, אולם ההפך הוא הנכון. אם קיימת סתירה בין הוראותיו של חוק מרשם האוכלוסין לעניין נפקותו הראייתית של רישום המצב האישי מחד גיסא, לבין ההוראות בדבר "תעודה ציבורית" שבפקודת הראיות (שמקורן בפקודת העדות המנדטורית, כפי שתוקנה בשנת 1947) מאידך גיסא, הוראת חוק מרשם האוכלוסין היא בגדר דין ספציפי הגובר על הדין הכללי שבפקודת הראיות. נוכח הוראה מיוחדת זו (המהווה כאמור, חריג להוראות הכלליות שבפקודת הראיות), עשוי רישום המצב האישי לשמש ראייה אך לעצם קיומו, אולם אין בו כדי לשמש ראייה לנכונות הפרטים הרשומים בו. לעניין ההבחנה בין תעודה ציבורית המשמשת ראייה לעצם קיומה לבין תעודה שכזו המשמשת ראייה לאמיתות הפרטים הרשומים בה, ראו: ע"פ 236/88 **איזמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(3) 485, 520 (1990). שנית, בשורה ארוכה של דברי חקיקה קבע המחוקק כי מסמכים כאלה ואחרים עשויים להוות "ראיות לכאורה לנכונותם". ראו, למשל: ס' 79 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967; ס' 133(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999; ס' 125(ב) וס' 139 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. ההוראה שבחוק מרשם האוכלוסין איננה חריגה בניסוחה או בלשונה, אלא אך בכך שהיא קובעת, לצד פריטי רישום המהווים ראייה לכאורה לנכונותם, גם פריטי רישום שאינם יכולים לשמש למטרה זו. בין שהוראת ס' 3 לחוק המרשם היא הוראה ראויה ובין שלא, אין מדובר בשגגה; יהיו מניעי המחוקק אשר יהיו, כוונתו הברורה הייתה לשלול את כוחו הראייתי של רישום המצב האישי. כדברי בית המשפט בפרשת **זלסקי**, לעיל ה"ש 14, פס' 19 לפסק דינה

או לחרוג ממנו בנסיבות כאלה ואחרות; מדובר בפרקטיקה שעשויה להשתנות ממקרה למקרה ומעת לעת.²⁶ כדברי הנשיא ברק בפרשת **נעמת**:

"הטיעון בדבר הסתמכותן של רשויות המדינה אינו משכנע כלל ועיקר. חזקה על רשויות המדינה שהן פועלות על-פי החוק. במסגרת זו הן חייבות להיות מודעות לאופי המוגבל של הרישום במרשם. בוודאי כך לעניין הרישום בפריטים לאום, דת ומצב אישי. בית-משפט זה חזר וציין כי אין ברישום פרטים אלה כדי לקבוע את תוקף הגיור או הנישואין. הקביעה מוגבלת לרישום במרשם, ואין לה אף תוקף של ראייה לכאורה. [...] רשויות הציבור צריכות להיות ערות לאופיו המיוחד של המרשם ולאופן שבו מופעל שיקול-הדעת המינהלי במסגרתו. בעקבות רשויות הציבור – ועל רקע המודעות באשר לתפקידו המוגבל של המרשם – גם הציבור הרחב מבין כי הרישום של פרטי הדת, הלאום והמצב האישי במרשם '...לא בא אלא למטרות של סטטיסטיקה וכיוצא בזה, ואין היא מעניקה לנרשם שום זכויות מיוחדות...' (השופט ש' ז' חשין בבג"ץ 145/51 **אבו ראס נ' המושל הצבאי של הגליל**, פ"ד ה' 1476, 1478)."²⁷

שנית, אף בהתעלם מתוקפו המוגבל, הרי שהרישום "מסדיר" בפועל, היבט **אחד בלבד** (משמעותי ככל שיהיה) של מוסד הנישואין, והוא ההיבט של ההכרה (דה-פקטו) בקשר הנישואין מטעמם של צדדים שלישיים.²⁸ אולם הרישום נעדר כל נפקות בכל הנוגע לשני המישורים הנוספים של הסדרת הנישואין: מישור מערכת הזכויות

של השופטת פרוקצ'יה: "ישנם פרטים שרישומם במרשם אינו מהווה ראייה לכאורה לנכונותם [...] ביחס לפרטים אלה, הרישום במרשם אינו נושא תוקף ראייתי, וכמוהו כמאגר סטטיסטי, המשקף נתונים רשומים חסרי מטען משפטי וערכי".

26 ההכרה הרשמית והמלאה בנישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל עשויה להיות בעלת "משמעות מעשית במקרים שגופים פרטיים או ציבוריים לא יסתמכו על המרשם וערכו בירור עצמאי שיגלה כי הצדדים נישאו בנישואים אזרחיים. על פי המצב המשפטי הנוהג, "גילוי" כזה עלול לשלול מאלה שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל את זכויותיהם כנישואים". ראו: שחר ליפשיץ **ברית הזוגיות** המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 68, 50 (2006).

27 פרשת **נעמת**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 745.

28 יצוין כי גם להכרה בבני זוג כ"ידועים בציבור" ישנן השלכות שונות במישור יחסיהם עם צדדים שלישיים, כגון: זכאותם של בני הזוג לקצבאות שארים, להכרה בדירוות מוגנת, להקלות במיסוי ועוד. ראו: עמ"ש (חי') 418-12-08 **ס.ג. נ' ג.ג.**, פס' 8 לפסק דינה של השופטת וילנר (טרם פורסם, 8.3.2009). עם זאת, אין בכך משום הקניית סטטוס משפטי כלשהו לבני הזוג הידועים בציבור. ראו: ע"א 2000/97 **לינדורן נ' קרנית** – **קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים**, פ"ד נה(1) 12, 35 (1999).

והחובות בין בני הזוג במהלך הקשר, והמישור של הפקעת קשר הנישואין.²⁹ במישורים אלה, אין ברישום כדי להקנות לבני הזוג מעמד אישי כלשהו, גם לא דה-פקטו. כך, למשל, זוגות בני אותו המין, אזרחי ישראל ותושביה (בני אותה דת מוכרת), הנישאים בקנדה, כלל אינם יכולים להתגרש זה מזה – לא בישראל³⁰ ואף לא בקנדה³¹ – ועל כן, אף אין בידם להביא לשינוי רישומם כ"נשואים" במשרד הפנים.³² רק הלכה מחייבת המקנה הכרה שיפוטית מלאה בנישואין האמורים לצורך התרתם (כפי שנעשה בבג"ץ 2232/03 בכלל הנוגע לגירושיהם של זוגות הכשירים להינשא בישראל) – בכפוף לפתרון סוגיית סמכות השיפוט (סוגיה קשה וסבוכה כשלעצמה)³³

²⁹ ראו: פרשת פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 5; פרשת פלונית, לעיל ה"ש 6; ע"מ (ת"א) 1044/99 פלונית נ' אלמוני, פס" 9 לפסק דינו של השופט פורת (לא פורסם, 19.10.1999): "הבחינה של תקפות הנישואין לצורך קביעת חיובים בין בעלי-הדין היא בחינה תוכנית, היינו בחינה מהותית, להבדיל מהבחינה הצורנית, המספיקה כשהיא מיועדת לצורכי רישום בלבד".

³⁰ זוגות חד-מיניים המשתייכים לאותה דת מוכרת ודאי לא יוכלו לזום הליך גירושין בבתי הדין הדתיים בישראל, אשר להם הסמכות הייחודית בסוגיה זו (ראו לעניין זה ה"ש 33 להלן). עם זאת, נראה כי לא צריכה להיות מניעה להחלת חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית) התשכ"ט-1969, לצורך התרת נישואיהם של בני זוג מאותו המין (תושבי ישראל ואזרחיה) בני דתות שונות או חסרי דת. הסמכות לפרק קשר נישואין שכזה מוקנית לבית המשפט לענייני משפחה, שיוכל להתיר את הנישואין בהתאם לחלופה של דין מקום עריכת הטקס (ס' 5 לחוק האמור). ראו לעניין זה: תמ"ש (חיפה) 38030/99 גופמן נ' גופמן (לא פורסם, 20.08.2001); כן ראו: Talia Einhorn, *Same-sex Family Unions in Israeli Law*, 4 UTRECHT LAW REV. 222, 233–234 (2008).

³¹ אף כי תושבים ואזרחים זרים רשאים להינשא בקנדה, לשם הקניית סמכות שיפוט לצורך גירושין בבית המשפט הקנדי, מציב החוק הקנדי דרישת תושבות מינימלית של שנה טרם פתיחת ההליך. ראו: Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3, § 3(1) (Can.).

³² בהתאם להוראות חוק מרשם האוכלוסין, שינוי בפרט רישום מחייב הצגת תעודה ציבורית המעידה על השינוי. שינוי הרישום מנשוי לגרוש מותנה אפוא בהתרה שיפוטית של קשר הנישואין. ראו ס' 16, 17 ו-19 לחוק מרשם האוכלוסין.

³³ לכאורה, הסמכות לדון בתביעת גירושין של זוגות בני אותו המין שנישאו מחוץ לישראל מוקנית לבתי הדין הרבניים. זאת, משום שעל פי הפסיקה, תביעות גירושין של זוגות יהודים, תושבי ישראל ואזרחיה, נתונות באופן בלעדי לסמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים, בין שבני הזוג נישאו בישראל או במדינה זרה, ובין שנישאו בנישואין דתיים או אזרחיים. ראו לעניין זה: בג"ץ 3/73 ז'קלין כהנוף נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד כט(1) 449, 452 (1974). ככל שהדבר נוגע לזוגות חד-מיניים, תוצאה זו בלתי-מתקבלת על הדעת, שכן הדין המוחל בבתי הדין הרבניים שולל מכול וכול את עצם קיומם של נישואין חד-מיניים (ואף למצער איננו מסווגם כנישואין בטלים. ראו לעניין זה: פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 183 (מהדורה ראשונה, 1984). לפיכך נראה כי ראוי לפרש את הסמכות הייחודית הנתונה לבתי הדין הדתיים לדון בענייני נישואין וגירושין כמוגבלת לקשרי נישואין שבתי הדין מכירים באופן עקרוני, בעצם קיומם ("תזת אי-ההכרה"). ראו לעניין זה: רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 154–155 (2001). אם תאומץ הפרשנות האמורה, תוקנה

– תוכל להביא מזור למצוקה הקשה שבה נתונים זוגות בני אותו המין החפצים להתיר את נישואיהם הזרים.

אם כן, אף שלרישום הנישואין השלכות מעשיות לא מבוטלות, ישנם הבדלים משמעותיים בין הפעולה המנהלית של רישום המצב האישי והשלכותיה לבין הפעולה השיפוטית של הכרה בתוקף הסטטוס והשלכותיה; נוכח הבדלים אלה, הרי שאין ברישום הנישואין כדי לייתר את הצורך בהכרעה בדבר תוקפם המהותי.³⁴ אך לפני שנפנה לדיון בסוגיה זו, עלינו לתת דעתנו להתפתחות נוספת שחלה בהתייחסותו של בית המשפט העליון לסוגיית הנישואין האזרחיים הנערכים מחוץ לישראל, המהווה "דרך ביניים" בין רישום הנישואין לבין ההכרה המלאה בתוקפם.

ג. הענקת זכויות הנובעות מנישואין הנערכים מחוץ לישראל לעומת ההכרה בהם

במשך קרוב לארבעים שנה הסתפק בית המשפט העליון בחיובו של משרד הפנים לרשום את דבר הנישואין האזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, מבלי להכריע בשאלת תוקפם (המלא או היחסי). עם זאת, במהלך העשור האחרון החל בית המשפט העליון לגבש טכניקה נוספת המאפשרת לזוגות מסוימים שנישאו בטקס אזרחי מחוץ לישראל ליהנות מחלק מתוצאות הסטטוס הזר שרכשו, וזאת באמצעות הקניית זכויות שונות (הנתפסות כנובעות ממוסד הנישואין) לבני הזוג, מבלי להכריע בשאלת תוקפם של הנישואין.

גישה זו מבוססת על ההבחנה בין הנישואין כסטטוס לבין תוצאותיהם; קרי: הכרה בזכויות מסוימות הנובעות מהנישואין הזרים מבלי להכיר בסטטוס עצמו.³⁵ במרבית

הסמכות לדון בגירושין חד-מיניים לבית המשפט לענייני משפחה, מכוח סמכותו השיורית לדון בענייני המעמד האישי שאינם בסמכותם של בתי הדין הדתיים (ראו ס' 11(1), 3 ו-25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995). כן ראו: צבי טריגר ואילת בלכר-פריגת, "גירושין חד-מיניים והזכות לגירושין בישראל" (טרם פורסם). בית המשפט לענייני משפחה יוכל להתיר את הנישואין מכוח היקש, על פי המתווה הקבוע בחוק השיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק השיפוט בענייני התרת נישואין").

³⁴ לא בכדי החליט לבסוף בית המשפט העליון להידרש לשאלת ההכרה המהותית בנישואיהם הזרים של בני זוג יהודים הכשירים להינשא בישראל. ראו: פרשת פלונית, לעיל ה"ש 6. לדיון בפרשה זו, ראו להלן פרק ה'.

³⁵ לגישה זו בארצות-הברית, ראו: *In re Estate of Shippy*, 678 P.2d 848, 850 (Wash. Ct. App. 1984) וראו גם: RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS ch. 11, intro. Note (1971) "[I]n law, a status – can be viewed from two standpoints. It can be viewed as a relationship which continues as the parties move from state to state, or it can be viewed from the standpoint of the incidents that arise from it". בארצות-הברית מקובל לכנות את הגישה של הענקת זכויות הנובעות מנישואין מבלי להכיר בסטטוס כ-"Marriage Incidents Approach". לדיון בגישה זו, ראו גם: PETER HAY, CONFLICT OF

ההליכים המשפטיים הנוגעים לנישואין הנערכים מחוץ לפורום, נוגע הסעד המבוקש לאחת הזכויות הנובעות מהנישואין, כגון מזונות, ירושה או חלוקת הרכוש. בהליכים אלה שאלת תוקפם של הנישואין מתעוררת כשאלה אגבית הדרושה לצורך ההכרעה בשאלת הענקתו של הסעד. הגישה המסורתית של בתי המשפט בארצות-הברית ובאנגליה הייתה לראות בשאלת הסטטוס שאלה הקודמת להכרעה בדבר הזכויות השונות הנובעות ממנו. לפיכך נהגו בתי המשפט להכריע, בראש ובראשונה, בשאלת תוקף הנישואין, ובהתאם להכרעה זו להחליט בדבר הענקת הסעד המבוקש.³⁶ גישה זו התבססה על התפיסה שתוצאות הנישואין קשורות קשר בל יינתק בסטטוס, וכי כלל הזכויות והחובות הכרוכות בסטטוס מותנות בהכרה בו. גישה זו, הרואה בקיום הסטטוס או בהיעדרו כמכריעים בכל הנוגע להענקת הזכויות הנתפסות כנובעות ממנו, יכולה להוביל לגישה של "הכול או לא-כלום". מסיבה זו החלו בתי משפט בארצות-הברית לאמץ גישה ביניים שלפיה אף אם נמצא כי אין להכיר בנישואין על פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, לא יהא בית המשפט מנוע מלהעניק לבני הזוג סעד הנובע מסטטוס זה. בהתאם לגישה זו, הכירו בתי המשפט בארצות-הברית במקרים רבים של נישואין פוליגמיים ונישואי עריות (הנתפסים כנוגדים את תקנת הציבור) כמקנים זכות מסוימת הנובעת מסטטוס הנישואין.³⁷

לפי שיטת המשפט הישראלית, קיומם של נישואין המוכרים על פי הדין בישראל אינו תנאי הכרחי להקניית זכויות שונות הנתפסות כנובעות מסטטוס זה. שהרי ניתן לרכוש חלק ניכר מהזכויות הנובעות מנישואין באמצעות הכרה בבני זוג כידועים בציבור באופן שזכויות אלו אינן נגזרות מסטטוס הנישואין ואף אינן תלויות בו.³⁸ לפיכך החל גם בית המשפט העליון בישראל להשתמש בטכניקה האמורה, ולא אחת התייחס לשאלת הסעד המבוקש כשאלה עצמאית שניתן להכריע בה ללא קשר לשאלת תוקפם של הנישואין למטרות אחרות. גישה זו יושמה בפרשת **פלונית**,³⁹ שעסקה בבני זוג יהודים, תושבי ישראל ואזרחיה (הכשירים להינשא בישראל), שנישאו ב"נישואי פרגוואי" – נישואין שהיו תקפים לפי החוק בפרגוואי. בני הזוג נרשמו כנישואים במרשם האוכלוסין, ומשהתגלע ביניהם סכסוך, פנתה המערערת

.Laws 123 (4th ed., 2004)

.EUGENE F. SCOLES ET AL, CONFLICT OF LAWS, 546 (3rd ed., West. 2000) ³⁶

לעניין זה מתחשבים בתי המשפט בטיב הסעד המבוקש ובנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ובדרך כלל בודקים אם הענקת הסעד נוגדת את הרצינות שבגינה נמנע בית המשפט מלהכיר בסטטוס. כך, למשל, הענקת זכות ירושה במקרים של נישואי עריות איננה נתפסת כנוגדת את המטרה שבבסיס האיסור על נישואין אלו, שכן איסור נישואי עריות נתפס כנועז, בין היתר, למנוע מבני הזוג לקיים חיי שיתוף אינטימיים. ראו: LENNART PÅLSSON, MARRIAGE IN: ³⁷

.COMPARATIVE CONFLICT OF LAWS: SUBSTANTIVE CONDITIONS, 38, 41 (1981)

שחר ליפשיץ דיני הידועים בציבור בישראל בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 55-66 (2005); פרשת **פלונית נ' פלוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 224. ³⁸

פרשת **פלונית נ' פלוני**, לעיל ה"ש 5. ³⁹

לבתי המשפט האזרחיים בתביעת מזונות. בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי ראו לנכון להכריע בשאלת הסטטוס וקבעו כי דינם האישי של בני הזוג אינו מכיר בנישואיהם, ומשום כך מצאו כי לא חלה חובת מזונות בעניינם. בערעורה לבית המשפט העליון טענה המערערת כי יש להכיר בנישואיה על פי המשפט הבין-לאומי הפרטי ולהקנות לה מזונות לפי הדין האישי החל על הצדדים.⁴⁰ בית המשפט העליון בחר שלא להכריע בתוקפם של הנישואין, ותחת זאת קבע כי ניתן לבסס את זכותה של המערערת למזונות על דיני החוזים, תוך הפרדה בין שאלת הסטטוס המשפטי לבין שאלת התוצאות האזרחיות הנובעות ממנו:

"עקרונית, סטטוס וזכויותיו לחוד והיחסים האזרחיים שבין הצדדים לחוד. קיומו, או היעדרו, של סטטוס הנישואין אינו גורר אחריו בהכרח קיומן או היעדרן של חובות אזרחיות בין צדדים. טול בני זוג שאחד או שניהם יהודים, תושבי הארץ ואזרחיה, אשר מטעם זה או אחר הנישואין שלהם על-פי דיני משה וישראל אינם תופסים. אין בבטלות הנישואין כדי להשליך על זכויותיה של האישה למזונות, עד כמה שניתן לבסס זכות זו על המשפט האזרחי. אמת, שלילת סטטוס הנישואין שוללת זכויות אזרחיות הנגזרות ממנו, ואשר אין להן קיום בלעדיו. עם זאת שלילת סטטוס הנישואין אינה שוללת זכויות אזרחיות אשר אינן נגזרות ממנו ואינן תלויות בו, אלא יש להן קיום עצמאי מכוח המשפט האזרחי. [...] במקביל לדין האישי הכירו בתי המשפט גם במשפט האזרחי כמקור לדינים אזרחיים באשר לחובת המזונות של אחד מבני הזוג לאחר".⁴¹

בית המשפט בחר אפוא שלא ליישם את "גישת הסטטוס", גישה המצריכה הכרעה מקדמית בדבר תוקף הנישואין, ולפיה, רק אם ייקבע כי הנישואין תקפים, יחויב הבעל במזונות (על פי המשפט העברי). במקום זאת בחר בית המשפט בקונסטרוקציה חוזית הנגזרת מדיני הידועים בציבור. ביישמו את הגישה החוזית קבע בית המשפט כי יש לראות בבני זוג הנישואים אזרחית מחוץ לישראל "ידועים בציבור" שכרתו הסכם לחיות יחדיו כנישואים; מכוח עקרון תום הלב כולל החוזה תניה ולפיה חבים בני הזוג "מזונות אזרחיים" זה לזה, ששיעורם ומשך תשלומם ייקבע על פי העיקרון האמור.⁴²

40 שם, בעמ' 221.

41 שם, בעמ' 224, 227.

42 שם, בעמ' 231-232; לדיון בקשיים שמעורר הביסוס של חובת המזונות על עיקרון תום הלב, ראו שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" **משפט ועסקים** 447, 495-481 (2009).

נפסק כי במקרים שנסכיבותיהם העובדתיות דומות למקרה הנדון, ניתן יהיה להחיל את דיני החוזים על מערכת היחסים ההדדית בין בני הזוג. תוכנה של מערכת יחסים זו יהיה תלוי בקיומו של הסכם, ובהיעדרו, ייקבעו זכויות הצדדים וחובותיהם ההדדיות בהתאם לעקרון תום הלב. העדפת "גישת החוזה" על פני "גישת הסטטוס" תאמה את העמדה העקבית וארוכת השנים של בית המשפט העליון הנמנעת מהכרעה בשאלת תוקפם של נישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל.

מקרה נוסף שבו הוכרו הנישואין הזרים למטרה ספציפית הוא פרשת **פלוני**.⁴³ אותה פרשה עסקה בגבר יהודי, אזרח ותושב ישראל, ובאישה נוצרייה, אזרחית ותושבת רומניה, שנישאו בנישואין אזרחיים ברומניה ולאחר מכן נרשמו כנישואים במרשם האוכלוסין. לאחר מות הגבר ביקשה האישה לרשת מחצית מעזבונו. האישה ביססה את תביעתה על סעיף 11 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק הירושה"), הקובע את זכות הירושה בין בני זוג נשואים. בית המשפט מצא כי ניתן להעניק את הסעד המבוקש גם מבלי להיזקק להכרעה בשאלת הסטטוס, ובדומה לפרשת **פלונית** שנדונה לעיל, הגדיר את השאלה שבפניו כמוגבלת לבדיקת תוקף הנישואין **לצורך חוק הירושה**.⁴⁴ בהידרשו לתכלית סעיף 11 לחוק הירושה (ובפרט – ההתחקות אחר רצונו המשוער של המוריש וההגנה על האינטרס של בן הזוג הנותר בחיים), מצא בית המשפט כי אין לפרש את המונח "בן זוג" שבסעיף 11 לחוק זה כמוגבל למי שנישא על פי הדין הדתי, וקבע כי גם נישואין אזרחיים מחוץ לישראל, התקפים במקום עריכתם, עונים על דרישת הסעיף.⁴⁵ כדברי בית המשפט: "התא המשפחתי שמוקם בעקבות הנישואין האזרחיים, והאינטרסים של המשתייכים אליו, ראויים לתמיכה ולהגנה של מערכת המשפט בכלל ושל דיני הירושה בפרט".⁴⁶ אם כן, בדומה לפרשת **פלונית**, גם במקרה זה התייחס בית המשפט לתביעת זכות הנובעת מהנישואין הזרים כשאלה עצמאית שניתן לפסוק בה מבלי להכריע בתוקפם של נישואין אלה למטרות אחרות. שני פסקי הדין תרמו להסדרת היבטים חשובים במישור מערכת הזכויות והחובות בין בני הזוג. עם זאת, אין בטכניקה זו, המקנה לנישואין הזרים תוקף יחסי, למטרה מסוימת, משום מענה הולם למקרים הרבים שעובדותיהם עשויות להיות שונות מנסיבותיהן של הפרשות האמורות; ודאי שאין במנגנון זה כדי לתת מענה למכלול הבעיות והסוגיות הכרוכות בנישואין אזרחיים

⁴³ בע"מ 9607/03 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד סא(3) 726 (2007). (להלן: "פרשת פלוני").

⁴⁴ שם, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק. לכאורה, ניתן היה לבסס את זכות הירושה של האישה גם על ס' 55 לחוק הירושה (הקובע הסדרי ירושה בין ידועים בציבור בהיעדר צוואה, הסדר המקביל לזה החל לגבי זוגות נשואים). עם זאת, בית המשפט בחר שלא להידרש לשאלת תחולת הסעיף האמור, בין היתר משום שלא הונחה תשתית ראייתית להוכחת התנאים הנדרשים לצורך ההכרה בבני הזוג כידועים בציבור.

⁴⁵ שם, פס' 17-20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁴⁶ שם, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

הנערכים מחוץ לישראל.

יתר על כן, גישת "התוקף היחסי" שיושמה בפרשות האמורות מובילה להיעדר אחידות בהתייחסותו של המשפט הישראלי למעמדם של בני הזוג הנישאים בטקס אזרחי מחוץ לישראל, וליצירת מצב דמוי "פיצול סטטוס" שבו נישואיהם של בני הזוג יוכרו למטרה אחת, אך לא יוכרו למטרות אחרות.⁴⁷ גישה זו תאלץ את בני הזוג לפנות לבתי המשפט בנוגע לכל אחד ואחד מהנושאים השנויים במחלוקת ביניהם מבלי שתהיה ודאות מספקת למי-מהם בדבר זכויותיו. בני הזוג עשויים לגלות כי הם ראויים לסעד מכוח נישואיהם הזרים בתחום אחד אך לא בתחום אחר. יתרה מכך, סבורני כי הן בפרשת פלונית והן בפרשת פלוני – שגה בית המשפט משבחר להימנע מהכרעה בשאלת הסטטוס. ראוי כי החלטה בדבר הענקת סעד ספציפי הנובע ממוסד הנישואין תתקבל רק בתנאי שנמצא כי כללי בררת הדין, או שיקולים של תקנת הציבור, מורים כי אין להכיר בתוקפם המלא של הנישואין.⁴⁸ אין להתמקד בסעד כשאלה עצמאית אם ניתן וראוי, בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, להקנות תוקף מלא לנישואין הזרים. לעניין זה נפנה עתה.

ד. הכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום על פי המשפט הבין-לאומי הפרטי – משפט משווה

הפתרונות השיפוטיים שהוצעו עד כה בכל הנוגע לנישואיהם האזרחיים בחו"ל של מנועי החיתון בישראל – החל בפתרון המחייב רישומם של הנישואין במרשם האוכלוסין, וכלה בקונסטרוקציות המאפשרות הקניית תוקף משפטי יחסי לנישואין אלה – אינם פתרונות מלאים או מספקים, ואין בהם כדי לייתר את הצורך להכריע בשאלת ההכרה המלאה בנישואין אלה. היות שסוגיית ההכרה בנישואין זרים על פי המשפט הבין-לאומי הפרטי היא אחד התחומים הפחות מפותחים במשפט הישראלי, שומה עלינו לתת דעתנו, בראש ובראשונה, לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי הנהוגים במשפט המשווה בסוגיית ההכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום.

⁴⁷ לעניין זה ציין הנשיא ברק כדלקמן: "ככל שיש פיצול בכך שאדם עשוי להיחשב 'בן זוג' לצורך עניין אחד ולא 'בן זוג' לצורך עניין אחר, יש להשלים עימו. אין זה מצב אידיאלי. אך ככל שצריך להכריע בין אלגנטיות ואחידות במושגי המשפט לבין הגשמת המטרה המונחת ביסוד החקיקה, עדיפה הגשמת התכלית". שם, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁴⁸ כך נוהגים בתי המשפט בארצות-הברית, ביישום את גישת "התוקף היחסי" של הנישואין רק בתנאי שמצאו כי לא ניתן להכיר בתוקפם המלא. ראו: PÅLSSON, לעיל ה"ש 37. הימנעותו של בית המשפט העליון מלפסוק בשאלת תוקף הנישואין האזרחיים של אזרחי ישראל ותושביה, שאינם כשירים להינשא בישראל, נבעה מחוסר נכונותו להכריע בסוגיה הנתונה במחלוקת ציבורית חריפה, ולא משום שנמצא כי הנישואין מחוסרי תוקף על פי הדין החל בסוגיה זו. בארצות-הברית, לעומת זאת, שיטת ה-"Incidents" יושמה רק לאחר שנקבע כי נישואין מסוג מסוים (כדוגמת נישואין פוליגמיים) מנוגדים לתקנת הציבור ועל כן אין להכיר בהם.

1. תוקף צורני לעומת תוקף מהותי

שיטות המשפט כולן מבחינות בין תוקף הנישואין מבחינת הצורה (*The form of*) תוקפם מבחינת כשרות הצדדים להינשא (*The substance of marriage, or marriage essentials*).⁴⁹ אף שהדרישות הנוגעות ל"צורת הנישואין" עשויות להשתנות ממדינה למדינה, מקובל להגדיר מונח זה כמתייחס למכלול התנאים הנדרשים לשם הקניית תוקף משפטי מחייב לטקס הנישואין, בפרט בכל הנוגע לאופן עריכתו של טקס זה.⁵⁰ דרישות הצורה עשויות לגעת, בין היתר, בצורך בהנפקת רישיון על מנת להינשא, בשאלת אופיו של טקס הנישואין (אזרחי ו/או דתי), באפשרות להינשא באמצעות שלוח, כמו גם בשאלת הצורך בעדים וברישום.⁵¹ כל יתר הדרישות שעל הצדדים לעמוד בהן, כגון גיל מינימלי, היעדר קרבת דם או חיתון, הסכמה הדדית, היות הצדדים פנויים וכיו"ב, שייכות לתנאי הכושר להינשא.⁵² מדינות מסוימות מבחינות בין פגמים בכושר להינשא המביאים לבטלות הנישואין מעיקרם לבין פגמים שבגינם הופכים הנישואין לניתנים לביטול.⁵³ לעומת היעדר כשרות להינשא, העלול להוביל לבטלות הנישואין, הרי אי-עמידה בדרישות הנוגעות לצורת הנישואין עשויה לגרור סנקציה כזו או אחרת, אך בדרך כלל אין בה כדי לשלול את

LYNN D. WARDLE & LAURENCE C. NOLAN, FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF FAMILY 49
(2002) LAW 216.

LENNART PÅLSSON, MARRIAGE AND DIVORCE IN COMPARATIVE CONFLICT OF LAWS, 50
169 (1974); CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW 882 (14th
ed., 2008).

Alan Reed, *Essential Validity of Marriage: The Application of Interest Analysis and* 51
Depechage to Anglo-American Choice of Law Rules, 20 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp.
L. 387, 392 (2000); DAVID MCCLEAN & KISCH BEEVERS, MORRIS: THE CONFLICT OF
C. 50; ; LEIL H"ש 201-203 (7th ed. 2009); CHESHIRE, NORTH & FAWCETT
.M. V. CLARKSON & JONATHAN HILL, ON THE CONFLICT OF LAWS, 307-298 (1997)
ניתן לזהות שני אלמנטים אוניברסליים של דרישת הצורה: בכל מדינות העולם נדרשים הן
הודעה כלשהי למדינה טרם עריכת טקס הנישואין והן רישום של הנישואין. ראו: Lynn D.
Wardle, *Special Symposium on International Marriage and Divorce Regulation and*
Recognition: A Survey, 29 FAM. LAW QUARTERLY 497, 502-501 (1995).

PÅLSSON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 169. מבחין בין ארבע קטגוריות של דרישות כושר 52
לנישואין: (א) כושר כללי להינשא (למשל, גיל מינימלי לנישואין); (ב) איסורים המתייחסים
לקבוצות מסוימות של אנשים (למשל, הדרישה להסכמת ההורים לנישואי קטינים); (ג) חוסר
כושר יחסי לגבי נישואיהם של אנשים ספציפיים בלבד (כגון איסור עריות); (ד) הסכמת הצדדים
להינשא זה לזה. וכן ראו: PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 1.

WARDLE & NOLAN, לעיל ה"ש 49, בעמ' 500. 53

תוקפם.⁵⁴

ככל שהדבר נוגע לדרישת הצורה – כלל הבררה המקובל ברחבי העולם כולו, שאין עליו עוררין, הוא דין מקום עריכת הטקס (*lex loci celebrationis*).⁵⁵ באשר לדרישת הכושר להינשא, נוהגים שני כללי בררת דין עיקריים: האחד הוא הדין האישי של הצדדים, והשני הוא דין מקום עריכת הטקס.⁵⁶ מדינות שבהן מקובלת שיטת הדין האישי נחלקות לאלו המפנות, לשם קביעת הדין האישי, ל"דין האזרחות" (*Lex patriae*) ולאלו המפנות לעניין זה ל"דין המושב" (*Lex domicilii*).⁵⁷ להשלמת התמונה יצוין כי אף אם כללי הבררה מפנים לדין המקנה תוקף לנישואין הזרים, הרי שיקולי תקנת הציבור עשויים להוביל לשלילת תוקפם של הנישואין האמורים. הדוקטרינה של תקנת הציבור (כחריג לכללי בררת הדין) מיושמת הן במדינות שבהן נוהגת שיטת הדין האישי והן במדינות המפנות לדין מקום עריכת הטקס.⁵⁸ בטרם נעמוד על יתרונותיהם וחסרונותיהם של כללי בררת הדין האמורים, כמו גם על מידת התאמתם לשיטת המשפט הישראלית, עלינו לעמוד (בקצרה) על מאפייניהם העיקריים של כללים אלה.⁵⁹

2. שיטת הדין האישי

העיקרון המנחה של המשפט האנגלי עד אמצע המאה ה-19 היה העיקרון שלפיו נישואין התקפים במקום עריכתם צריכים להיות תקפים בכל מקום (בכפוף לשיקולי

54 שם.

55 CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 878: "There is no rule more firmly established in private international law than that which applies the maxim *locus regit actum* to the formalities of marriage, ie that an act is governed by the law of the place where it is done". ראו גם: ע"פ 54/54 הרשנהורן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח(2) 1300, בעמ' 1306 לפסק דינו של השופט זילברג (1954). (להלן: "פרשת הרשנהורן"): "שההשקפה כי טכס עריכת הנישואין הוא עניין של צורה גרידא, היא ההשקפה השלטת ברובן ככולן של שיטות המשפט הידועות [...] הכלל כי שאלות של צורה נדונות על-פי ה- *lex loci celebrationis* הנו אף הוא כלל אוניברסלי שאין חולקין עליו".

56 PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 89.

57 שם, בעמ' 90. הכלל של *Lex patriae* הוא כלל הבררה המקובל בכל מדינות הקונטיננט, ואילו ה- *Lex domicilii* הנו כלל בררת הדין הנהוג במרבית מדינות המשפט המקובל, כמו גם בכמה מדינות באמריקה הלטינית. ראו: WARDLE & NOLAN, לעיל ה"ש 49. ברוב המדינות שבהן נוהגת שיטת הדין האישי, מקובל כי מקום המושב או האזרחות של כל אחד מבני הזוג בסמוך לפני עריכת טקס הנישואין הוא הקובע לצורך הפעלת כללי בררת הדין, וכל שינוי שנעשה לאחר הטקס – אין בו כדי להשליך על שאלת תוקף הנישואין. ראו: PÅLSSON, שם, בעמ' 127–128.

58 לדיון בדוקטרינה של תקנת הציבור החיצונית, ראו להלן פרק ז'.

59 בהמשך המאמר נעמוד על שיקולי המדיניות שבבסיס כללי הבררה האמורים, ראו להלן פרק ו'.

תקנת הציבור), וזאת בין שבני הזוג היו תושבי מדינה זרה בעת עריכת הטקס ובין שהיו תושבי אנגליה שנישאו תחת חסותה של שיטת משפט זרה.⁶⁰ בתי המשפט האנגליים נהגו לבחון את תוקף הנישואין תוך פנייה לדין מקום עריכת הטקס, הן לעניין צורת הנישואין והן לעניין כושר הצדדים להינשא.⁶¹ אולם בשנת 1861, בפרשת *Brook*, קבע בית הלורדים, לראשונה, כי יש להבחין בין בדיקת תוקף הנישואין מבחינת הצורה לבין בדיקת תוקפם המהותי, וכי כושר הצדדים להינשא ייבחן לפי דין מקום מושבם.⁶²

בענייני הצורה נותר, עד ימינו אנו, כלל הבררה כשהיה – דין מקום עריכת הטקס.⁶³ לעניין הכושר להינשא, פיתחו בתי המשפט האנגליים במהלך השנים שלוש תאוריות שונות, שכולן נסמכות על מקום המושב: תאוריית "מקום המושב הזוגי" (המיוחסת ל-Dacey);⁶⁴ תאוריית "מקום המושב המיועד" (המיוחסת ל-Cheshire);⁶⁵ ותאוריית "הקשר המשמעותי ביותר".⁶⁶ מבין שלוש התאוריות האמורות, הגישה המקובלת באנגליה כיום היא

⁶⁰ MCCLEAN & BEEVERS, לעיל ה"ש 51, בעמ' 200.

⁶¹ PÄLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 13; J. Beale, *The Law of Capacity in International Marriages*, 15 HARV. L. REV. 382, 385 (1902).

⁶² *Brook v. Brook* 11 E.R. 703 (1861). לדיון מפורט בפרשה זו, ראו להלן, פרק ו' תת-פרק 2.

⁶³ A.V. DICEY & J.H.C. MORRIS, 2 THE CONFLICT OF LAWS, 652 (13th ed., 2000).

⁶⁴ לפי תאוריה זו, הכושר להינשא נבחן לפי דין מקום מושבם של הצדדים במועד עריכת הנישואין: כל אחד מהצדדים צריך להיות כשיר להינשא לרעהו לפי חוק מקום מושבו בעת עריכת טקס הנישואין. תאוריה זו מעוגנת באינטרס שבוודאות ובהשקפה שלפיה מדינת מושבו הקבוע של כל אחד מבני הזוג בעת עריכת טקס הנישואין היא המדינה שלה האינטרס המרכזי בקביעת הסטטוס האישי שלו. חסרונה העיקרי של תאוריה זו הוא שאין היא עולה בקנה אחד עם העיקרון המצדד במתן תוקף לנישואין: אופיו המצטבר של המבחן, שלפיו יש לבדוק ולהחיל את דין מקום המושב של כל אחד מבני הזוג, מקטין במידה ניכרת את הסיכוי להכרה בנישואין הזרים. ראו: Reed, לעיל ה"ש 51, בעמ' 393–395.

⁶⁵ לפי תאוריה זו, כושר הצדדים להינשא נקבע על פי חוק מקום המושב המיועד של בני הזוג הנשוי. גישה זו גורסת כי מקום המושב המיועד נקבע לפי מקום מושבו של הבעל. ראו: G.C. Cheshire, *Private International Law*, 277–278 (7th ed., 1965). ההנחה העומדת בבסיס קביעה זו היא שבני הזוג יקימו את ביתם הקבוע דווקא במקום מושבו של הבעל – הנחה המנוגדת לחלוטין לעקרון השוויון בין המינים. עם זאת, לתאוריה זו כמה יתרונות: היא מאפשרת לבחון את תוקף הנישואין לפי חוקיה של המדינה המושפעת ביותר ממעמד האישי של הצדדים; והיא מקדמת את העיקרון של מתן תוקף לנישואין שכן היא מבטיחה שרק חוק אחד יכריע בשאלת כושרם של הצדדים, ובכך מפחיתה במחצית את הסיכוי שאיסור מסוים יביא לבטלות הנישואין. עם זאת, המבחן לוקה בחוסר ודאות, ואופיו הפרוספקטיבי מקשה על יישומו. ראו: Reed, לעיל ה"ש 51, בעמ' 397–398.

⁶⁶ על פי תאוריה זו, יש לפנות לדין המדינה שלה הקשר האמיץ ביותר לנישואין. המבחן הוא גמיש באשר הוא מאפשר לבחון במקביל את כלל הזיקות הרלוונטיות (ובכלל זה את דין מקום המושב, דין האזרחות, ודין מקום עריכת הטקס) ולהכריע ביניהן על פי נסיבות העניין. עם זאת, המבחן מעורפל, לוקה בחוסר ודאות וקשה ליישום, בפרט לאור הקושי שבקביעת "הקשר המשמעותי"

זו של "מקום המושב הזוגי".⁶⁷ גם בקונטיננט נהוג להבחין בין כלל בררת הדין לעניין הצורה לבין הכלל החל לעניין הכושר להינשא, ולהחיל לעניין הצורה את דין מקום עריכת הטקס. אולם בשונה משיטת המשפט האנגלית, המפנה לעניין הכושר לדין המושב, מפנה כלל הבררה הנהוג בקונטיננט לדין אזרחותם של בני הזוג.⁶⁸

הטיעון המרכזי המצדד בכלל בררת דין המפנה לדינם האישי של בני הזוג, ככל שהדבר נוגע לבחינת כשרותם להינשא זה לזה, נעוץ בתפיסה שלפיה "שאלות סטטוס הן מעניינה של המדינה בה מקיים הוא את מרכז חייו או ענינו של העם אשר הוא שייך לו".⁶⁹ לפי גישה זו, המדינה בעלת האינטרס המשמעותי ביותר בקביעת התנאים ליצירת קשר נישואין תקף צריכה להיות זו שלצדדים יש את מרב הזיקות אליה.⁷⁰ מבחינה זו נראה כי שיטת הדין האישי הנסמכת על מקום המושב הקבוע של הצדדים עדיפה על פני זו המפנה לדין אזרחותם.⁷¹ עם זאת, וכפי שיתבאר בהמשך, שיטת הדין האישי בכל הנוגע להכרה בנישואין זרים (על שתי חוליות הקישור האפשריות – אזרחות או מושב) אינה נטולת קשיים וחסרונות.⁷²

3. דין מקום עריכת הטקס

בארצות-הברית נוהג מאז ומעולם הכלל האנגלי המקורי בדבר הכושר להינשא.⁷³ לפיכך מחילים בתי המשפט בארצות-הברית (ובמדינות נוספות שאימצו כלל בררה זה)⁷⁴ כלל בררה אחד, הן לעניין הצורה והן לעניין הכושר, הוא דין מקום עריכת

ביותר, מקום בו לבני הזוג או לאחד מהם יש זיקות לכמה מדינות בו-זמנית. ראו: Reed, שם, בעמ' 400-402.

⁶⁷ M.D.A. Freeman, *Marriage and Divorce in England*, 29 FAM. L.Q. 549, 561 (1995)

⁶⁸ PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 90.

⁶⁹ פרשת סקורניק, לעיל ה"ש 7, דברי השופט אגרנט בעמ' 166 בהסתמכו על עניין Pugh v. Pugh (1951) 680, 686.

⁷⁰ PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 93.

⁷¹ לא בכדי מסתמנת במשפט הבין-לאומי הפרטי המודרני (בפרט במדינות הגירה) מגמת מעבר מקביעת הדין האישי על בסיס אזרחות לקביעתו על פי מקום המושב הקבוע של בני הזוג. ראו לעניין זה: Michael Bogdan & Eva Ryrstedt, *Marriage in Swedish Family Law and Swedish Conflicts of Law*, 29 FAM. LAW QUARTERLY 675 (1995). גם המחוקק הישראלי בחר לאמץ, בהקשרים שונים, את דין המושב כחוליית קישור. כך, למשל, כלל הבררה המרכזי המנוי בס' 5 לחוק השיפוט בענייני התרת נישואין הוא דין המושב של בני הזוג. כן ראו: ס' 17(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959; ס' 15 לחוק יחסי מומן בין בני זוג, התשל"ג-1973; וס' 77 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב-1962.

⁷² ראו להלן פרק 1, תת פרק 2.

⁷³ PÅLSSON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 23.

⁷⁴ מדינות נוספות שאימצו את דין מקום עריכת הטקס בתור כלל הבררה בעניין הכושר להינשא הן מדינות סקנדינביה, הולנד, רוסיה, דרום אפריקה, אוסטרליה ומרבית מדינות אמריקה הלטינית.

הטקס.⁷⁵ כלל זה בא לידי ביטוי בארצות-הברית ב-, Restatement, Second, Conflict of Laws (1971)⁷⁶.

הכלל של דין מקום עריכת הטקס מבטיח, בדרך כלל, כי נישואין התקפים במקום עריכתם יהיו תקפים גם בפורום.⁷⁷ כלל זה כפוף לחריג של תקנת הציבור ("החיצונית"), ובכמה מדינות בארצות-הברית הוא כפוף גם לחוקים שנועדו למנוע "התחמקות" מדין הפורום. חריגים אלה מושתתים על ההכרה באינטרס שיש למדינה שבה מנהלים בני הזוג את חייהם בכל הנוגע לתוקף נישואיהם. החלת החריגים האמורים מובילה, למעשה, להחלת דין הפורום ולשלילת תוקפם של הנישואין הזרים. עם זאת, חריגים אלה פורשו בצמצום רב, והם מיושמים לעתים נדירות בלבד.⁷⁸ על פי רוב האינטרס שבמתן תוקף לנישואין מקבל עדיפות ברורה על פני האינטרסים העומדים בבסיס החריגים האמורים.⁷⁹ נראה כי הגישה שלפיה תוקף הנישואין, גם מבחינה מהותית, נקבע בהתאם לדין מקום עריכת הטקס, זוכה אט-אט לעדיפות על פני שיטת הדין האישי. זאת, כיוון שגישה זו תואמת את המגמה המצדדת במתן תוקף לנישואין הנערכים מחוץ לפורום זכות אדם בסיסית.⁸⁰ כך, למשל, אמנת האג בדבר הכרה בתוקפם של נישואין משנת 1976 קובעת את דין מקום עריכת הטקס ככלל הבררה הן בענייני צורה והן בענייני כושר.⁸¹ סעיף 9 לאמנה

ראו: PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 4.

⁷⁵ שם. יש להעיר בהקשר זה כי כללי בררת הדין האמריקניים בענייני המעמד האישי התפתחו בעיקר על בסיס הכרה בין-מדינתית בתוך ארצות-הברית. עם זאת, אותם הכללים שגובשו בהקשר של הכרה בין-מדינתית חלים גם בהקשר של הכרה בנישואין שנערכו מחוץ לארצות-הברית. ראו: D. MARIANNE BLAIR, FAMILY LAW IN THE WORLD COMMUNITY 371 (2003).

⁷⁶ STATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS § 283(2) (1971).

⁷⁷ Erret v. Ferret, 237 P.2d 594, 602 (N.M. 1951); *In re May's Estate*, 114 N.E.2d 4, 6 (N.Y. 1953); Henderson v. Henderson, 87 A.2d 403, 408 (Md. 1952); Sutton v. Warren, 51 Mass. (10 Met.) 451, 452 (1845). כמה מדינות בארצות-הברית אימצו את הכלל בחקיקה. כך, למשל, בניו-מקסיקו קובע החוק כי: "All marriages celebrated beyond the limits of this state, which are valid according to the laws of the country wherein they were celebrated or contracted, shall be likewise valid in this state, and shall have the same force as if they had been celebrated in accordance with the laws in force in this state". ראו גם: N.M. Stat. Ann. § 40-1-4 (West 1978).

⁷⁸ PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 8. גם במדינות שבהן נוהגת שיטת הדין האישי מקובל לפרש את הדוקטרינה של תקנת הציבור בצמצום רב. ראו: CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 8.

⁷⁹ דיון בדוקטרינה של תקנת הציבור, ראו להלן פרק ז'. לדיון בחוקים שנועדו למנוע התחמקות מדין הפורום ובפרשנותם המצמצמת, ראו ה"ש 205 להלן.

⁸⁰ SCOLES, לעיל ה"ש 36, בעמ' 548.

⁸¹ The Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages (1977). עד כה חתמו שש מדינות על האמנה (אוסטרליה, לוקסמבורג, הולנד, מצרים, פינלנד

קובע כדלקמן: "A marriage validly entered into under the law of the State of celebration or which subsequently becomes valid under that law shall be considered as such in all Contracting States, subject to the provisions of this Chapter"⁸². גם המחוקק הישראלי בחר לאמץ את דין מקום עריכת הטקס ככלל בררת הדין בכמה דברי חקיקה, ובתוך כך הכיר (למטרות מסוימות) בנישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל והתקפים לפי דין מקום עריכתם.⁸³

ה. בררת הדין בשאלת ההכרה בנישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל – מפרשת סקורניק ועד בג"ץ פלונית (2232/03)

מה טיבו של כלל בררת הדין שיש להחילו בכל הנוגע להכרה בנישואיהם האזרחיים בחו"ל של בני זוג, תושבי הארץ ואזרחיה, הנעדרים כושר להינשא במדינת ישראל? שאלה זו טרם זכתה למענה במשפט הישראלי. החלת שיטת הדין האישי, המפנה לדין האזרחות או לדין המושב של הצדדים לצורך בדיקת כשרותם להינשא, תמנע את אפשרות ההכרה בנישואין אלה. לעומת זאת, אימוץ כלל בררה המפנה לדין מקום עריכת הטקס בשאלת כושר הצדדים להינשא עשוי, בכפוף לשיקולי תקנת הציבור, להביא להכרה מלאה בתוקפם של הנישואין. בית המשפט העליון נמנע באופן עקבי מלפסוק איזו מבין חוליות הקישור האמורות ראויה לאימוץ במשפט הישראלי.⁸⁴ לא אחת הוא הפנה את הסוגיה לפתחו של המחוקק, ואף זה, עד כה, נמנע מלתת דעתו לפתרונה. נוכח היעדר חקיקה ישראלית מקורית בסוגיה זו, ובהיעדר הכרעה שיפוטית, היו שטענו כי הפתרון מצוי במסגרת החקיקה המנדטורית שנקלטה במשפט הישראלי (ובפרט – סימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922).

ופורטוגל), ורק שלוש מתוכן אימצו אותה למשפטן הפנימי (אוסטרליה, לוקסמבורג והולנד):
www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=88 (נבדק לאחרונה ב-1.1.2012).

82. שם.

83. ראו ס' 178(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), הקובע את כלל הבררה החל לצורך בדיקת תוקף הנישואין לעניין עברת ריבוי הנישואין. כן ראו: ס' 5(א)(4) לחוק השיפוט בעניני התרת נישואין.

84. ע"א 373/72 **טפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(2) 7 (1974) (להלן: "פרשת **טפר**"), עמ' 18 לפסק דינו של השופט כהן; ע"א 592/83 **פורר נ' פורר**, פ"ד לח(3) 561, 565 (1984); פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 43, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק. כן ראו לעניין זה: Pinhas Shifman, *Family Law in Israel: The Struggle Between Religious and Secular Law*, 24 IS. L. REV. 537, (1990) 540. כפי שמציינת Wasserstein, בתי המשפט בישראל נוהגים לתת ביטוי רק לעקרונות הכלליים ביותר של המשפט הבין-לאומי הפרטי ובמרבית המקרים, אפילו עקרונות אלה נותרים באוביטר של פסק הדין. ראו: Celia Wasserstein Fassberg, *The Role of Public Law in Private International Law*, in *Israeli Reports to the XII International Congress of Comparative Law* 104, 114 (1986).

במהלך השנים הובעו בעניין זה עמדות שונות ומגוונות, הן בקרב המלומדים שחקרו את הסוגיה, והן בקרב שופטי בית המשפט העליון ושופטי הערכאות הנמוכות. אף כי העמדה הרווחת הייתה כי יש לפרש חקיקה זו בתור הנחיה של הדין הישראלי הפנימי, משך זמן רב שרר חוסר בהירות בשאלה פרשנית זו.

1. סימן 47 לדבר המלך: כלל בררת דין או הנחיה פנימית?

סימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 (להלן: "דבר המלך") מקנה סמכות שיפוט לבתי המשפט האזרחיים בענייני המעמד האישי, וזו לשונו:

"47. שיפוט בענייני המצב האישי

בהתחשב עם הוראות חלק זה של דבר מלך זה יהא לבתי המשפט האזרחיים גם השיפוט בענייני המצב האישי של אנשים בישראל כמוגדר בסעיף 51. שיפוט זה יהא מוצא לפועל בהתאם לכל חוק, פקודות או תקנות שיונהגו או יוחקו להבא, ובהתחשב עם אלה ישפטו לפי חוק המצב האישי הנוהג לגבי בעלי הדין".⁸⁵

הסימן קובע אפוא כי בענייני המעמד האישי יחול "חוק המצב האישי" של הצדדים. ככל שהדבר נוגע לאזרחי ישראל המשתייכים לעדה דתית מוכרת, פירשה הפסיקה את המונח האמור כמתייחס לדינה הדתי של עדה זו.⁸⁶ אפשרות פרשנות של סימן 47 ככלל בררת דין של המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי נדונה לראשונה בפרשת **סקורניק**.⁸⁷ בפרשה זו דן בית המשפט העליון בשאלת תוקף נישואיהם של בני זוג יהודים, שערכו טקס נישואין אזרחי בהיותם תושבי פולין ואזרחיה; עם עלותם לישראל אבדה לבני הזוג נתינותם הפולנית, והם הפכו חסרי אזרחות.⁸⁸ לאחר שהתגלע סכסוך בין השניים, תבע הבעל מהאישה להחזיר מיטלטלין שונים שהיו

⁸⁵ סימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922–1947, בתוך חא"י, כרך ג, עמ' 2738. יצוין כי מאז 1922 לא נחקקו בישראל כל "חוק, פקודות או תקנות" שיכולים להוות בסיס לבחינת התוקף של נישואין אזרחיים של אזרחי ישראל ותושביה, זולת ההוראות הכלולות בדבר המלך עצמו.

⁸⁶ ע"א 26/51 **קוטיק נ' וולפסון**, פ"ד ה(1) 1341, 1345 (1951). כן ראו: שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 131, 555. בשונה מסימן 47, שאינו מגדיר מהו דינו האישי של אזרח ישראלי, קובע סימן 64 (2) לדבר המלך, באופן מפורש, כי דינם האישי של אזרחים זרים המצויים בישראל הוא דינם הלאומי. ראו: חא"י, כרך ג', עמ' 2738. סימן 64 מלמד כי בענייני המעמד האישי זנח המחוקק המנדטורי את עקרון התושבות הנהוג באנגליה, ותחת זאת אימץ – ככל שהדבר נוגע לזרים – את דין אזרחותם. ראו: Wasserstein, לעיל ה"ש 84, בעמ' 113.

⁸⁷ פרשת **סקורניק**, לעיל ה"ש 7.

⁸⁸ שם, בעמ' 146.

ברשותה בטענה כי הנישואין מחוסרי כל תוקף; האישה מצדה הגישה תביעה נגדית למזונות בהתבסס על תוקפם של הנישואין הזרים. שלושת שופטי ההרכב דנו בשאלת תוקף הנישואין כשאלה מקדמית ואגבית. השופטים ויתקון ואולשן סמכו ידם על סימן 46 לדבר המלך וקבעו כי הנישואין תקפים מכוח כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי האנגלי, המפנה בשאלת הכושר להינשא לדין מקום מושבם הקבוע של הצדדים במועד עריכת טקס הנישואין.⁸⁹ בתוך כך שללו את פרשנותו של סימן 47 לדבר המלך ככלל בררת דין; כדברי השופט ויתקון: "הוראתו של הסימן 47 היא הוראה של החוק המוניציפלי-הפנימי ואינה יוצאת מן הכלל האמור לעיל, שהמשפט הבין-לאומי הפרטי קודם בתחולתו למשפט המוניציפלי-הפנימי. אף הוראתו של סימן 47 כפופה לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי".⁹⁰

אף השופט אגרנט קבע כי יש ליתן תוקף לנישואין, אולם בשונה מחבריו להרכב, נסמך לעניין זה על סימן 47 לדבר המלך. כיוון שבני הזוג סקורניק היו אזרחי פולין במועד עריכת נישואיהם ולאחר מכן חסרי אזרחות, קבע השופט אגרנט כי יש לקרוא את סימן 47 יחד עם סימן 64(2) הקובע כי "החוק האישי של הזר הנוגע בדבר יהא חוק לאומיותו, אלא אם כן חוק זה גורר את החוק החל במקום מושבו הקבוע".⁹¹ הן סימן 47 והן סימן 64(2) לדבר המלך אינם עונים על השאלה אם הדין האישי שיש להחילו הוא דינם של בני הזוג במועד עריכת הטקס (החוק הפולני) או דינם האישי במועד הגשת התביעה (הדין העברי).⁹² לפיכך קבע השופט אגרנט כי לעניין זה יש לפנות להוראות המשפט הבין-לאומי הפרטי האנגלי, בהתאם לסימן 46 לדבר המלך. לפי המשפט האנגלי, הדין האישי הקובע בשאלת כושר הצדדים להינשא הוא הדין החל על בני הזוג במועד עריכת טקס הנישואין, קרי: הדין הפולני, המכיר בתוקף נישואיהם של בני הזוג סקורניק.⁹³ פרשת סקורניק עסקה אפוא בבני זוג שהיו נתינים ותושבים של מדינה זרה בעת עריכת טקס הנישואין. אף כי הפרשנות שהוענקה לסימן 47 עשויה להיות ישימה גם בנסיבות אחרות, הרי אין בהלכה האמורה משום מענה לשאלת טיבו של כלל בררת הדין שיש להחילו לשם בדיקת תוקף נישואיהם הזרים של בני זוג שהיו תושבי ישראל ואזרחיה במועד עריכת טקס הנישואין.

העמדה שלפיה יש לפרש את סימן 47 ככלל בררת דין לצורך בדיקת תוקף נישואיהם האזרחיים בחו"ל של אזרחי ישראל ותושביה הובעה בעבר על ידי פרופ'

89 שם, בעמ' 161.

90 שם, בעמ' 179. ראו גם שם, בעמ' 159-160, דברי השופט אולשן בעניין זה: "מתוך נוסח סימן 47 נראה, כי כוונתו היתה להשאיר פתח לשימוש במשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי, עד שבעיה זו תוסדר על-ידי פקודות או תקנות שיחוקקו על-ידי המחוקק הא"י".

91 שם, בעמ' 162-163.

92 שם, בעמ' 163. השופט אגרנט קבע כי משעה שהפכו בני הזוג לחסרי אזרחות, הרי הדין האישי החל עליהם הוא הדין העברי.

93 שם, בעמ' 166-167.

שאוה ופרופ' לבונטין.⁹⁴ ככל שמדובר באזרחי ישראל היהודים, טענו מלומדים אלה כי יש להחיל את הדין האישי-הדתי הן לגבי דרישת הצורה והן לגבי דרישת הכושר להינשא.⁹⁵ לגישתם, משעה שהדין היהודי הדתי קובע כי יהודי יכול להינשא באופן אחד בלבד, עיקרון זה חל לגבי בין שהוא נישא במדינת ישראל ובין שהוא נישא בחו"ל.⁹⁶ התפיסה העומדת בבסיס גישה זו היא כי הדרישה לטקס נישואין דתי אינה דרישה צורנית גרידא, אלא מהווה חלק מדרישת הכושר להינשא, וכי לעניין זה אין לערוך הבחנה בין הצורה לבין הכושר להינשא, המהווים על פי הדין הדתי, מכלול אחד.⁹⁷ לפי גישה זו, טקס נישואין אזרחי, הנערך מחוץ לישראל על ידי אזרחי ישראל ותושביה, נעדר כל תוקף במדינת ישראל (וזאת, אף אם בני הזוג כשירים להינשא לפי דינם האישי).⁹⁸ גישה זו, שאמנם נסמכת על פרשנותו של סימן 47 ככלל בררת דין, היא למעשה מסווה לשלילת תחולתו של המשפט הבין-לאומי הפרטי בסוגיית ההכרה בנישואין הנערכים מחוץ לישראל על ידי אזרחי ישראל ותושביה. גישה זו מובילה ליישום המשפט הישראלי הפנימי על כלל ההיבטים הכרוכים בהכרה בנישואין אלה, ולהעתלמות מההבחנה המקובלת בין תוקף הנישואין מבחינת צורתם לבין תוקפם המהותי. למשפט הישראלי הפנימי (קרי: לדין הדתי) ישנה, לפי גישה זו, תחולה אקסטר-טריטוריאלית, כך ששיטת הדין הישראלי הפנימי, המחייבת את אזרחי ישראל ותושביה להינשא על פי דינם הדתי, חלה גם על נישואיהם מחוץ לישראל.⁹⁹ לגישה פרשנית שכזו, הגורסת כי יש להחיל את הדין הפנימי (ובענייננו,

⁹⁴ שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 131; אביגדור לבונטין **על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה** (1957). ראו גם: משה זילברג **המעמד האישי בישראל** 212 (1965). עמדה דומה הובעה על ידי "The validity in: substance of a marriage contracted by Palestinians, *whether* Goadby in Palestine or abroad, depends, it is submitted, upon the personal (religious) law of each party [...]. Thus a marriage contracted abroad though valid according to the *lex loci celebrationis* both in form and substance might be held invalid in Palestine on the ground that it was substantially unlawful by the religious law of one or both of the parties". FREDERIC M. GOADBY, *INTERNATIONAL AND INTER-RELIGIOUS PRIVATE LAW IN PALESTINE* 152 (1926).

⁹⁵ שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 558; לבונטין, לעיל ה"ש 94, בעמ' 34-36.

⁹⁶ שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 554; לבונטין, לעיל ה"ש 94, בעמ' 95.

⁹⁷ לבונטין, לעיל ה"ש 94, בעמ' 36: "ההבחנה בנישואין בין צורה לתוכן, השאולה מן המשפט האנגלי, היא, אפוא, זמורת-זר אשר אינה משתבצת בהלכות היהודיות, ויש לדחותה – ועמה גם את הניסיון לכוונן עליה קיומו של קשר נישואין, שבלעדיה ודאי אינו קיים".

⁹⁸ שם, בעמ' 18: "והינה מבחינת משפט הנישואין היהודי אין בעצם 'חוץ לארץ'. כלליו פרסונליים ולא טריטוריאליים, וכל עוד אדם הוא יהודי אין חשיבות בעיניו למקום הנישואין. (ממש כשם שאין בעיניו חשיבות לנתינותו הלאומית של יהודי). היוצא לחוץ-לארץ כאילו לא עשה דבר, שכן מעמד הר-סיני מתפשט על כל היהודים בכל המקומות, ומבחינתו אין קסם טבוע בגבולותיה הקיימים של מדינת ישראל".

⁹⁹ יתרונה של העמדה שלפיה הדין היהודי הדתי עשוי להיות בעל תחולה אוניברסלית הוא בכך

הדין היהודי הדתי) באופן גורף, תוך שלילת תחולתו של המשפט הבין-לאומי הפרטי, אין אח ורע בשום שיטת משפט בעולם.¹⁰⁰ הדין הדתי עצמו אמנם טוען לתחולה אוניברסלית, רטרואקטיבית ובלעדית, ושולל באופן מוחלט כל משפט זר,¹⁰¹ אולם, כידוע, "לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית משפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית-הדין הדתי".¹⁰² העמדה השוללת את תחולתו של המשפט הבין-לאומי הפרטי מוחלת רק בבתי הדין הדתיים. גישתם של בתי המשפט האזרחיים

שהיא מאפשרת מתן תוקף לנישואין שנערכו בטקס דתי במדינה שבה מתיר החוק נישואין אזרחיים בלבד. ואכן, גישה פרשנית זו אומצה בפסיקה כאשר היה בהחלת הדין הדתי כדי להקנות תוקף לנישואין הזרים, אך לא יושמה כאשר עשוי היה דין זה לשלול את תוקפם של הנישואין. בפרשת **סקורניק**, לעיל ה"ש 7, הביע השופט אגרנט את העמדה שלפיה יש להכיר בנישואיהם של בני זוג שעלו לישראל לאחר שנישאו על פי דין תורה במדינה וזה המאפשרת נישואין אזרחיים בלבד בציינו כדלקמן: "לשם המטרה המצומצמת של מתן תוקף לנישואין כאלה, מן הדין להעדיף כאן, על פני החוק הלאומי הזר (lex patriae) שהיה לצדדים בשעת הנשואם ושאינו מכיר אלא בנישואין הנערכים בצורה אזרחית מסוימת, את החוק הלאומי האחר שהיה להם אז והממשיך להיות חוקם זה עד היום, הוא החוק העברי. אכן, אם נלך בדרך זו ונפסוק את הדין כך, הרי גם נישאר נאמנים לעקרון – והוא מקובל מאד בענף זה של המשפט – כי שומה על השופט, המברר את ענין כשרותם של נישואין, לעשות כמיטב יכולתו המשפטית לקיים אותם ולא לשללם". ראו פרשת **סקורניק**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 178. בפרשת **שאויליאן** הבחיר בית המשפט העליון כי אמרת האגב האמורה "התייחסה רק לאפשרות להסתמך על דין תורה לביסוס תוקפם של נישואין, ולא לשלילתם". ראו: ע"א 5016/91 **שאויליאן נ' שאויליאן**, פ"ד מט(5) 387, 392 (1996).

גישה זו מבטאת, למעשה, את "פתרון ה-*Lex fori*", שהוא חלופה למשפט הבין-לאומי הפרטי.¹⁰⁰ לפי גישה זו, גם כאשר מעורב אלמנט זר, יש להחיל את הדין המקומי ולעולם אין להחיל דין זר כלשהו. גישה זו מונחית לא רק על בסיס ההנחה בדבר התחולה האוניברסלית של ה-*Lex fori*, אלא גם על ידי שיקולים של נוחות ויעילות (ובכלל זה הידע של כל המעורבים במשפט המקומי והקושי בהוכחת המשפט הזר), וצדק וסבירות (החלת המוסר הציבורי של הפורום ומושגי הצדק והסבירות המקובלים על החברה המקומית). ראו: עמוס שפירא "הערות על טיבם ותכליתם של כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי" **עיוני משפט** י 275, 281–283 (1984). עם זאת, יש להדגיש כי אף שיטת משפט בעולם לא אימצה לעצמה פתרון זה באופן שיטתי וגורף; האמצעי שבו נעשה שימוש כדי להימנע, במקרים ראויים, מהזיקקות לדין הזר, הוא הדוקטרינה של "תקנת הציבור". שם, בעמ' 283. אף המלומד PÅLSSON טוען כי העמדה שלפיה המשפט הפנימי צריך לגבור על כל דין אחר, אפילו כאשר הוא מורה כי הנישואין מחוסרי כל תוקף, מנוגדת בתכלית לנטייה המודרנית הגורסת פיחות במעמדו של המשפט הלאומי; לגישתו, כאשר דין מקום עריכת הטקס מקנה תוקף לנישואין – ראוי להכיר בהם גם בפורום. לפיכך טען PÅLSSON כי אף שבני זוג ישראלים המבקשים להינשא בתוך מדינת ישראל נדרשים לעשות כן בטקס דתי, צורת נישואין זו צריכה להיות אופציונלית בלבד לגבי נישואין הנערכים על ידם מחוץ לישראל. ראו PÅLSSON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 241–243.

יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (המשך)" **משפטים** ד 31, 32–33 (1972).

ע"א 238/53 **כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ח 4, 19 (1954). (להלן: "פרשת כהן").¹⁰²

בישראל היא כי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי מהווים סייג לתחולתו של הדין הדתי, וכי כאשר מעורב אלמנט זר, כפופים כללי המשפט הפנימי (ובכלל זה הדין הדתי) לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.¹⁰³

עמדתם של השופטים ויתקון ואולשן בפרשת **סקורניק** הייתה, כאמור, כי אין לפרש את סימן 47 ככלל בררת דין וכי יש לבדוק את תוקפם של הנישואין בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.¹⁰⁴ היות שסימן 47 לדבר המלך אינו מבחין בין אזרחים זרים לבין אזרחי ישראל (או לבין מחוסרי אזרחות),¹⁰⁵ הרי שאין לראות בפרשנות האמורה כמוגבלת לנסיבות שעמדו בפני בית המשפט בפרשת **סקורניק** (קרי: לזוגות שהיו אזרחים ותושבים זרים במועד עריכת הטקס). עם זאת, לא אחת התייחסו הערכאות הנמוכות להלכת **סקורניק** (ככל שהיא נוגעת לפרשנות סימן 47) כמוגבלת לבדיקת תוקף נישואיהם האזרחיים של יהודים שנישאו זה לזה במקום מושבם ולאחר מכן עלו לישראל.¹⁰⁶ לפיכך, נותר חוסר בהירות בדבר פרשנותו הראויה של הסימן ככל שהדבר נוגע לזוגות שלפחות אחד מהם היה אזרח ישראלי במועד עריכת טקס הנישואין. כמה שופטים של הערכאות הנמוכות קבעו כי בנסיבות כאלה יש לפרש את סימן 47 ככלל בררת דין.¹⁰⁷ שופטים אחרים הניחו, כמובן מאליו ומבלי להיזקק לסימן 47 האמור או למקור סטוטורי אחר, כי ישראל אימצה את שיטת הדין האישי הנסמכת על הדין הדתי, ולפיכך הכריעו בשאלת תוקף נישואיהם

¹⁰³ אנגלרד, לעיל ה"ש 101, בעמ' 33: "מבחינה עקרונית אין כאן הגבלה מיוחדת לתחולת הדין הדתי, כי הרי ממש אותם העקרונות יגבילו את תחולת המשפט הפנימי החילוני של המדינה. מבחינת בתי המשפט האזרחיים אין כאן בעצם סייג לתחולת הדין הדתי, אלא השוואת מעמדו ליתר כללי המשפט הפנימי המהותיים".

¹⁰⁴ גם בפרשת **שמואל**, שעסקה בנישואין אזרחיים שערכו בהודו גבר בן הדת ההינדית ואישה יהודייה אזרחית הודו, דחה בית המשפט את טענת המערער (שהתגיר לאחר עליית בני הזוג לישראל) שלפיה ראוי היה לבדוק את תוקף נישואיו על פי הדין היהודי הדתי (דינו האישי בעת הגשת התביעה). הוא ציין כי "מאז [פרשת סקורניק] מקובל עלינו כי תוקף הנישואין נקבע בבית המשפט המחוזי תוך התחשבות בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי". ראו ע"א 566/81 **שמואל נ' שמואל**, פ"ד לט(4) 399, 403 (1985). עם זאת, לא ניתן ללמוד מפסק הדין מהו כלל בררת הדין שהוחל בפרשה האמורה, שכן בית המשפט בדק את תוקף הנישואין לפי הדין ההודי, שהיה גם דינם האישי של בני הזוג בעת יצירת הקשר וגם דין מקום עריכת הטקס, מבלי להבהיר מהו כלל הבררה שעליו נסמך.

¹⁰⁵ כדברי השופט אולשן בפרשת **סקורניק**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 159: "סימן 47 הוא כללי. אין הוא מגדיר מהו החוק האישי, ואין הוא מבדיל בו בין נתינים זרים לבין נתינים א"י או מחוסרי נתינות. בנוגע לזרים בא אחר-כך סימן עזר, סימן 64, המכיל הוראה מפורשת, שהחוק האישי הנו החוק הלאומי, הוא חוק הנתינות. החוק הלאומי פירושו כל החוק על כל ענפיו, כולל המשפט הבינלאומי הפרטי. אולם בנוגע למתדיינים שאינם נתינים זרים, נשאר סימן 47 ללא כל סימן עזר".

¹⁰⁶ ראו, למשל: תמ"א (י-ם) 2/85 **קליידמן נ' קליידמן**, פ"מ תשמ"ז(2) 377, 383 (1986).

¹⁰⁷ ראו, למשל: תמ"ש (ב"ש) 2400/98 **צ'רניך נ' סלוצקי** (לא פורסם, 14.1.2001).

של בני זוג (שלפחות אחד מהם אזרחי) על פי דין זה.¹⁰⁸

לכסוף, בשנת 2006, הושם הקץ למחלוקת האמורה. כבג"ץ 2232/03, שעסק בהתרת נישואיהם של גבר ואישה יהודים, אזרחי הארץ ותושביה, שנישאו בנישואין אזרחיים בקפריסין (בהיותם כשירים להינשא בישראל לפי דין תורה), נדרש בית המשפט העליון פעם נוספת לשאלת פרשנותו של סימן 47, והפעם הכריע בה באופן מפורש. בית המשפט דחה את עמדתם של פרופ' שאוה ופרופ' לבונטין ואימץ את העמדה שהביעו בזמנו השופטים ויתקון ואולשן בפרשת סקורניק.¹⁰⁹ בית המשפט קבע כי סימן 47 איננו כלל בררת דין, כי אם הנחיה פנימית-ישראלית בענייני נישואין וגירושין של אזרחי ישראל בתוך תחומי מדינת ישראל.¹¹⁰ בית המשפט הוסיף וקבע, בהתבסס על עקרונות המשפט הבין-לאומי הפרטי, כי יש להבחין בין תוקף הנישואין מבחינת הצורה לבין תוקפם מבחינת כושר הצדדים להינשא. בית המשפט סיווג את אופיו של טקס הנישואין (דתי/אזרחי) כחלק מדרישת הצורה, שתיבדק בהתאם לדין מקום עריכת הטקס.¹¹¹ באשר לתוקף המהותי של נישואי זוגות הכשירים להינשא בישראל, הסתפק בית המשפט בקביעה כי נישואין אלה מוכרים בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי האנגליים. בית המשפט נמנע מלקבוע מסמרות בדבר טיבו של כלל בררת הדין שיש להחילו בשאלת הכושר להינשא בנסיבות אחרות.¹¹²

נוכח שלילת פרשנותו של סימן 47 ככלל בררת דין, ולאור הגבלת ההכרעה בדבר תוקף הנישואין כבג"ץ 2232/03 לזוגות הכשירים להינשא בישראל, נותרה שאלת בררת הדין בכל הנוגע לתוקף נישואיהם הזרים של בני זוג, אזרחי ישראל ותושביה, המנועים מלהינשא על פי הדין הדתי, בגדר חסר. קיומו של חסר זה מעורר שתי שאלות: ראשית, האם ראוי כי ההכרעה בדבר טיבו של כלל הבררה תתקבל בידי בית המשפט או שמא יש להמשיך ולהמתין להסדרת הסוגיה בידי המחוקק. שנית, האם לשם השלמת החסר האמור, על בית המשפט לפנות לדין האנגלי דווקא, או שמא ניתן לשאוב השראה לעניין זה מהכללים הנהוגים בשיטות משפט אחרות. נדון בשאלות אלו כסדרן.

¹⁰⁸ ראו, למשל: תמ"ש (ת"א) 12181/01 **בשבירקטר נ' בשבירקטר**, (לא פורסם, 15.5.2002); ת"א 713/92 (ת"א) **צ'יאדרי נ' צ'יאדרי** (לא פורסם, 23.9.1993).

¹⁰⁹ פרשת **פלזניח**, לעיל ה"ש 6. בפרשה זו נסמך בית המשפט העליון על חוות דעתו של בית הדין הרבני הגדול, שלפיה מכיר הדין הדתי בהיבט ה"חיצוני" של הנישואין (קרי: השלכות הנישואין על צדדים שלישיים); ככל שהדבר נוגע להיבט ה"פנימי" של הנישואין (קרי: החיובים ההדדיים בין בני הזוג), נדרש בית המשפט העליון לשאלת תוקפם על פי המשפט הבין-לאומי הפרטי.

¹¹⁰ שם, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹¹¹ שם, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹¹² שם, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק.

2. הערה בדבר "המחלוקת הציבורית" והתערבותו של בית המשפט

בית המשפט העליון נמנע אפוא באופן עקבי מהכרעה בשאלת תוקף נישואיהם של מנועי החיתון הנערכים מחוץ לישראל. שיקוליו בעניין זה דומים מאוד לשיקולים שבבסיס הימנעותו מלהתערב בשאלת הנהגתם של נישואין אזרחיים בתוך מדינת ישראל. בשני ההקשרים נימק בית המשפט (במסגרת הערות אגב) את הפניית העניין למחוקק בכך שמדובר בסוגיות רגישות הנתונות במחלוקת ציבורית חריפה, מאחר שהן מעוררות, בין היתר, בעיות קשות של דת ומדינה.¹¹³

נימוק זה לוקה בחוסר הבחנה בין סוגיית ההכרה בנישואין אזרחיים הנערכים במדינת ישראל עצמה, מחד גיסא, לבין סוגיית ההכרה בנישואין אזרחיים הנערכים במדינה זרה, מאידך גיסא. נוכח ההסדר הסטוטורי הממצה בכל הנוגע לנישואין וגירושין הנערכים במדינת ישראל (שלפיו עריכת נישואין בישראל כפופה באופן בלעדי, להוראות הדין הדתי),¹¹⁴ ונוכח סעיף שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹¹⁵ אכן מנוע בית המשפט מלפסול את ההסדר הפנימי (הבלתי-חוקתי) ואין בידו להתערב בסוגיית הנהגתם של נישואין אזרחיים במדינת ישראל. ההכרה בסטטוס חדש שמבקשים לרכשו במדינת ישראל עצמה (ובכלל זה סטטוס של נישואין אזרחיים) מסורה אפוא לידי המחוקק.¹¹⁶ לעומת זאת, סוגיית ההכרה בסטטוס חדש הנרכש במדינה זרה נשלטת, באופן בלעדי, על ידי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי החלים בישראל. בדומה למרבית תחומי המשפט הבין-לאומי הפרטי, סוגיית ההכרה בנישואין הנערכים מחוץ לישראל על ידי אזרחי ישראל ותושביה (בין שהם כשירים להינשא על פי דינם האישי ובין שלא), מעולם לא הוסדרה בידי המחוקק הישראלי (ואף אינה עומדת על סדר יומו), ונותרה בגדר חסר.¹¹⁷ כידוע,

¹¹³ ראו, למשל: פרשת פלוני, לעיל ה"ש 43, פס' 9 ו-23 לפסק דינו של ברק; פרשת ספר, לעיל ה"ש 84; פרשת פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 230; בג"ץ 639/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 788-789 (1993) (להלן: "פרשת אפרת"); פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 4, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹¹⁴ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 (להלן: "חוק שיפוט בתי דין רבניים").

¹¹⁵ ס' שמירת הדינים שבחוק-היסוד אינו מאפשר להכריז על ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים כבלתי-חוקתי. ראו: מרין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 721.

¹¹⁶ ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נט(5) 64, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005). (להלן: "פרשת ירוס-חקק"). כן ראו: פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 4, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק: "מקובל עלי כי שאלת הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל ובכלל זה נישואין בין בני אותו מין, ראוי לה להיקבע בראש ובראשונה בידי המחוקק".

¹¹⁷ אהרן ברק "החסר (לקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" משפטים כ 233, 253 (1990): "החקיקה הארצישראלית והישראלית לא קבעה הוראות כלליות באשר למשפט בינלאומי פרטי. בתי המשפט ראו בכך חסר. גישה זו בדין יסודה. העדר הוראות בעניין התנגשות דינים הוא

כאשר נמצא חסר בחקיקה הקיימת (בשונה מהסדר שלילי), חובה על בית המשפט להשלימו, ואין הוא רשאי להימנע מהכרעה. ¹¹⁸ זאת, בייחוד בענייני המעמד האישי, ובשעה שהימנעות מהכרעה שקולה לשלילת תוקפו (המלא) של הסטטוס הזר ולפגיעה בזכות יסוד חוקתית, שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. ואכן, לא אחת גילה בית המשפט העליון נכונות להשלים לקונות בתחומים שונים של המשפט הבין-לאומי הפרטי; כך, למשל, בהיעדר כללי בררה סטטוטוריים בדיני הנזיקין, מצא בית המשפט העליון כי המחוקק הותיר את מלאכת עיצובם של כללים אלה בידיו, ופנה ללא היסוס להשלמת החסר. ¹¹⁹ ראוי כי בית המשפט ינהג באופן דומה גם בסוגיית ההכרה בנישואיהם הזרים של מנועי החיתון, חרף היותה נתונה במחלוקת ציבורית. כל עוד לא קבע המחוקק במפורש כי הדין הישראלי הפנימי (לעניין כושר הצדדים להינשא) חל גם על נישואיהם של אזרחי ישראל ותושביה הנערכים במדינה זרה (בין באמצעות אימוץ סטטוטורי של חוליית קישור המפנה לדינם האישי של בני הזוג, ובין בדרך אחרת), ובהיעדר הסדר חקיקתי כלשהו בעניין זה (אף לא הסדר שלילי), שומה על בית המשפט למלא את החסר ולאמץ כלל בררת דין שיתאים למציאות המשפטית והחברתית השוררת בישראל. יתרה מכך, מאחר שההסדר הנוהג בדין הישראלי הפנימי אינו חוקתי (אף כי לא ניתן לפסלו בשל סעיף שמירת הדינים שבחוק-היסוד), הרי שאף לו היה המחוקק מאמץ הוראה סטטוטורית כדי לשלול את אפשרות "עקיפת" הדין הפנימי (באמצעות רכישת הסטטוס במדינה זרה) – ספק אם הוראה כזו הייתה עומדת בביקורת חוקתית.

הטכניקות השונות שגיבש בית המשפט העליון לאורך השנים (החייב לרשום את הנישואין הזרים במרשם האוכלוסין והקונסטרוקציות המאפשרות הקניית תוקף משפטי יחסי לנישואין אלה), אף הן אינן מייתרות את הצורך בהכרעה בדבר תוקפם המהותי. פתרונות אלה אמנם פותחו על מנת להביא מזור (אף אם חלקי) למצוקתם הקשה של מנועי החיתון, ובה בעת להימנע מהכרעה העשויה להתפרש כמפרה את ה"סטטוס-קוו" בענייני נישואין וגירושין. עם זאת, אין בפתרונות חלקיים אלה כדי לאזן באופן ראוי בין האינטרס שבשמירה על הסטטוס-קוו (אינטרס הרלוונטי רק

חוסר-שלימות הנוגד את התכלית ואת התכנון החקיקתי".

¹¹⁸ כפי שמבהיר ברק, השלמת החסר בהוראות המשפט הבין-לאומי הפרטי היא בגדר חובה, ולא המלצה: "דוגמא לחסר גלוי בהסדר, הוא – שוב – העדר הוראות בדבר משפט בינלאומי פרטי. [...] מכיוון שאסור לשופט להימנע משיפוט, הריהו חייב להשלים את החסר". שם, בעמ' 274.

¹¹⁹ ע"א 1432/03 ינון יצור ושיוק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן ואח', פ"ד נט(1) 345, 370 (2004). (להלן: "פרשת ינון"). בית המשפט נקט גישה דומה גם בבחירת כלל בררת הדין בדיני החוזים, בקבעו כי בהיעדר דבר חקיקה המסדיר את בררת הדין בתחום זה, "וכמקובל ברוב מדינות העולם, בית המשפט הוא שנדרש לגבש את כללי בררת הדין שיחולו, וזאת בהתחשב במדיניות בררת הדין ובעקרונות היסוד של הדין המהותי של השיטה". ראו: בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פס' 13 לפסק דינו של השופט ריבלין (לא פורסם, 10.10.2007). (להלן: "פרשת עמותת קו לעובד").

לאופן עריכתם של נישואין במדינת ישראל גופה) לבין האינטרס שבהגנה על הזכות לנישואין זכות יסוד חוקתית. יתרה מכך, בית המשפט העליון מצא לנכון כי הגיעה העת להכריע בסוגיית ההכרה בתוקפם של נישואין אזרחיים בחו"ל שערכו בני זוג הכשירים להינשא בישראל.¹²⁰ סוגיה זו הייתה נתונה אף היא במחלוקת ציבורית (ואף בעניינה לא חל כל הסדר סטטוטורי).¹²¹ משכך, שומה עליו להכריע גם בשאלת תוקף נישואיהם של מי שאינם כשירים להינשא במדינת ישראל.

אין בקיומה של מחלוקת ציבורית בסוגיה זו כדי למנוע הכרעה שיפוטית בדבר טיבו של כלל בררת הדין שיש להחילו. עם זאת, בהתאם לעקרונות המשפט הבין-לאומי הפרטי, עשוי קיומה של המחלוקת להשליך על המסקנה הסופית בדבר תוקף הנישואין. קרי: אם יימצא כי כללי הבררה מפנים לדין המקנה תוקף לנישואין הזרים, תישקל "המחלוקת הציבורית" במסגרת החריג של תקנת הציבור ה"חיצונית".¹²² קיומה של מחלוקת ציבורית עשוי אפוא להשליך על תוכן ההכרעה בסוגיה זו, אך אין בו כדי להשליך על עצם ההכרעה.

3. סימן 46 לדבר המלך וניתוק הזיקה לדין האנגלי

האם בבואו להכריע בשאלת תוקף נישואיהם הזרים של מנועי החיתון, יהא על בית המשפט לפנות לשם השלמת החסר, להוראות המשפט הבין-לאומי הפרטי האנגלי דווקא? או שמא יהא בית המשפט חופשי לאמץ כללי בררת דין הנוהגים בשיטות משפט אחרות?

חלק מכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי האנגליים נקלטו במשפט הישראלי בעבר דרך סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, שזו הייתה לשונו:

"בתי המשפט ישפטו בהתאם לחוק העותומני שהיה נוהג בפלשתינה (א"י) ביום 1 בנובמבר 1914, ובהתאם לאותם החוקים העותומנים המאוחרים יותר, שהוכרזו עליהם במודעה רשמית כעל חוקים בני תוקף [...] ובמקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה, ובהתאם לסמכויות הנתונות לבתי משפט שלום ולשופטי

¹²⁰ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 6.

¹²¹ פרשת פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 230: "השאלה בדבר התוקף בישראל של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין יהודים אזרחי המדינה ותושביה [...] מעוררת בעיות קשות של 'דת ומדינה' בישראל. היא שנויה במחלוקת חריפה. אין לגביה קונסנסוס חברתי. אם ניתן להימנע מהכרעה שיפוטית בשאלות אלה יש לנקוט דרך זו."

¹²² לדיון בנפקותה של המחלוקת הציבורית במסגרת החריג של תקנת הציבור הישראלית החיצונית, ראו להלן פרק ז'.

שלום באנגליה [...], בתנאי שהחוק המקובל ועיקרי הצדק המוזכרים לעיל יהיו תמיד נוהגים בפלשתינה (א"י) רק במידה שתנאי פלשתינה (א"י) ותנאי תושביה וגבולות שיפוטו של הוד מלכותו ירשו זאת".¹²³

סוגיה זו, כאמור, לא הוסדרה בחוק העות'מני שנותר בתוקפו או בפקודות שחוקקו על ידי המחוקק הארץ-ישראלי. לפיכך, לצורך השלמת החסר, ובהתאם לסימן 46 האמור, פנו השופטים ויתקון ואולשן (בפרשת סקורניק) לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי של המשפט המקובל האנגלי.¹²⁴ כדברי השופט אולשן: "כל עוד לא הסדיר המחוקק על-ידי פקודה או חוק, כמו שנאמר בסימן 47, את אופן השימוש בחוק הדתי במקרה בו מצוי אלמנט זר – יש להסתייע גם בסימן 46 (הכולל גם את המשפט הבינלאומי הפרטי), שמכאן ואילך אפשר להשתמש בו".¹²⁵ לאור פרשנות סימן 47 כהוראה מוניציפלית-פנימית הכפופה לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי,¹²⁶ יש להניח כי השופטים ויתקון ואולשן היו פונים למשפט המקובל האנגלי לשם השלמת החסר גם לו היו בני הזוג סקורניק אזרחי ישראל ותושביה במועד עריכת הטקס. עם זאת, מאז ביטול סימן 46 בסעיף 2(א) לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, בתי המשפט בישראל אינם מונחים עוד לפנות לכללי המשפט המקובל הבריטי במקרה של חסר: "היעדרם של דיני משפט בינלאומי פרטי בשיטתנו, היווה בעבר חסר שהצריך מילויו על-ידי פנייה למשפט האנגלי. במידה שחסר זה לא הושלם, מוצדק המשך מילויו על-פי הוראות חוק יסודות המשפט".¹²⁷ סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט מורה כי אין בביטולו של סימן 46 "כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה". עם זאת, עד לביטולו של הסימן האמור לא נפסקה כל הלכה מחייבת בדבר כללי בררת הדין שיש להחילם בכל הנוגע להכרה בנישואיהם הזרים של בני זוג, שהיו תושבי ישראל ואזרחיה במועד עריכת טקס הנישואין, וכך עניין זה נותר בגדר חסר גם לאחר כניסתו של חוק יסודות המשפט לתוקף.¹²⁸ חוק יסודות המשפט לא

¹²³ סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, בתוך: חא"י, כרך ג, עמ' 2738.

¹²⁴ פרשת סקורניק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 160–161, 180.

¹²⁵ שם, בעמ' 160.

¹²⁶ שם, בעמ' 179.

¹²⁷ ברק, לעיל ה"ש 117, בעמ' 272–273.

¹²⁸ אף לו הייתה נפסקת הלכה מחייבת בסוגיה זו טרם ביטולו של סימן 46, הרי בית המשפט רשאי לסטות ממנה: "ה'משפט שנקלט' הוא חלק מ'ההלכה הפסוקה' שבה דן ס' 1 לחוק יסודות המשפט. לעניין זה אין כל הבדל בין ה'משפט שנקלט' לבין 'הלכה פסוקה' של בית המשפט העליון, הממלאת חסר בדין הישראלי. מעמדם של השניים זהה. על-כן, כשם שבית המשפט העליון רשאי לסטות מ'הלכה פסוקה' משלו המשלימה חסר מכוח הדין המשלים, כן רשאי הוא לסטות מ'משפט שנקלט' שהשלים חסר על-פי הדין המשלים הישן". שם, בעמ' 298–299. כך, למשל, אף כי הפסיקה הישראלית קלטה בעבר את כלל בררת הדין בניזיקין מן המשפט המקובל האנגלי, בהתאם למצוותו של סימן 46, לאור חסרונותיו של הכלל האנגלי המקורי, ראה עצמו

שלל את סמכות בית המשפט להשלים חסר בחקיקה, אלא קבע כי במקום מילוי החסר על ידי המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים, יש למלאו על ידי ההלכה הפסוקה, ההיקש ו"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".¹²⁹ אם כן, בית המשפט איננו מופנה עוד לדין זר לשם השלמת החסר, והפסיקה הזרה איננה עוד בגדר מקור משפטי מחייב. עם זאת, גם כיום רשאי בית המשפט להקיש מהלכות זרות ולהסתייע בהן לצורך השלמת החסר, אף כי אין הוא מוגבל עוד להלכות המשפט האנגלי.¹³⁰

בית המשפט העליון קבע בבג"ץ 2232/03 שהנישואין שנדונו באותה פרשה מוכרים בהתאם לכללי בררת הדין האנגליים. קביעתו זו איננה מחייבת החלת כללים אלה גם במקרים אחרים שבהם תתעורר שאלת תוקפם המהותי של נישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל. בנסיבות המקרה שנדון בפרשה זו (בני זוג יהודים, אזרחי ישראל ותושביה, הכשירים להינשא על פי דין תורה), לא הייתה כל חשיבות לטיבו של כלל הבררה, שכן כל אחד מהכללים האפשריים (ראו לעיל פרק ד') היה מוביל לתוצאה הזוהה של הכרה בנישואין – הן מבחינת צורתם והן מבחינת תוקפם המהותי. משום כך לא נדרש בית המשפט לקבוע הלכה כלשהי בסוגיית בררת הדין, אלא הסתפק בפנייה לדין שחל בסוגיה זו בעבר (מכוח סימן 46), והותיר את שאלת טיבו של כלל הבררה שיוחל בנסיבות אחרות בצריך עיון.¹³¹ המקרה שנדון בבג"ץ 2232/03 היה מקרה "קל", משום שהצדדים היו כשירים להינשא בישראל על פי דין תורה, ובית הדין הרבני נאות להכיר בתוקף נישואיהם האזרחיים ("נישואי בני נוח").¹³² שאלת בררת הדין תתעורר במלוא חריפותה לכשיידרש בית המשפט להכריע בתוקפם של נישואין אזרחיים בין בני זוג שהם מנועי חיתון בישראל. לכשתתעורר שאלה זו, ראוי כי בית המשפט יפעל בהתאם למגמה המסתמנת בפסיקה מאז ביטולו של סימן 46, מגמה של "ניתוק גובר מההשפעה הבריטית ועיצוב המשפט הישראלי על יסודות עצמאיים ועל השפעותיהן של שיטות משפט שונות, ולא-דווקא זו של המשפט המקובל האנגלי".¹³³ יתרה מכך, לא אחת נמנע בית המשפט העליון מהחלה מכנית של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי האנגלי אף טרם ביטולו של סימן 46 לדבר

בית המשפט העליון חופשי לסטות מכלל זה ולאמץ תחתיו את הגישה האירופית בשילוב מאפיינים של הגישה הנהוגה בארצות-הברית. ראו: פרשת ינון, לעיל ה"ש 119; ע"א 3299/06 יובינר נ' סקלאר, תק-על 2009(2), 629 (2009). (להלן: "פרשת יובינר").

¹²⁹ ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

¹³⁰ כדברי ברק: "גם לשיטתי מותרת הפנייה להלכות זרות (אם לצורכי פרשנות ואם לצרכי היקש), וזאת כמקור השראה חשוב". ברק, לעיל ה"ש 117, בעמ' 309, ה"ש 289 למאמרו. כן ראו: חיים כהן "דין-השיר" שנתון המשפט העברי יג 285, 290 (התשמ"ז).

¹³¹ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 6.

¹³² שם.

¹³³ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של ישראל כרך א 80 (מהדורה חמישית, 1996).

המלך, וראה עצמו חופשי לבור את כלל בררת הדין הראוי;¹³⁴ לא כל שכן לאחר ביטולו של הסימן האמור.¹³⁵ כך נעשה אף אנחנו.

ו. התחקות אחר כלל בררת הדין הראוי

1. שיקולי המדיניות שבבסיס בררת הדין בענייני נישואין

מהו כלל הבררה הראוי מבין כללי בררת הדין הנהוגים במשפט המשווה לשם הכרעה בדבר תוקף נישואיהם האזרחיים בחו"ל של בני זוג, תושבי הארץ ואזרחיה, שהם מנועי חיתון בישראל? לשם מענה לשאלה זו, שומה עלינו לעמוד תחילה על שיקולי המדיניות שבבסיס כללי בררת הדין בסוגיית ההכרה בנישואין זרים. לאחר מכן נבדוק איזו מבין חוליות הקישור מקדמת את האינטרסים האמורים באופן הראוי ביותר.¹³⁶ במסגרת עיצוב כללי בררת הדין, שואף המשפט הבין-לאומי הפרטי המודרני לגבש כללים תכליתיים המבקשים להגיע לתוצאות צודקות,¹³⁷ ומייחס משקל רב לשיקולי מדיניות כלליים.¹³⁸ שיקולי המדיניות העיקריים, שראוי כי כללי בררת הדין בתחום ההכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום ישאפו לקדם, הם:¹³⁹

¹³⁴ כך, למשל, בפרשת **פונק שלזינגר**, הביע השופט זוסמן את תמיכתו באימוץ כלל בררת הדין האמריקני לעניין כושר הצדדים להינשא, וזאת על אף הוראת סימן 46 לדבר המלך שהייתה בתוקף באותה עת. ראו: פרשת **פונק שלזינגר**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 253–254. לביקורת על התעלמותו של בית המשפט בפרשה זו מהוראת סימן 46 לדבר המלך, ראו: שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 646.

¹³⁵ כפי שמציינת Schuz, המגמה הקיימת בבית המשפט הישראלי, בכל הנוגע לשאלות מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי, היא להשוות, בדרך כלל, בין הדין האנגלי לדין האמריקני ולאמץ את הכלל הראוי מבין השניים. ראו: Rhona Schuz, *Private International Law at the End of the Twentieth Century: Progress or Regress?*, in ISRAELI REPORTS TO THE XV INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW 144, 153 (1999).

¹³⁶ נוסף על שתי שיטות בררת הדין המרכזיות שבהן מתמקד מאמר זה (שיטת הדין האישי לעומת העיקרון של דין מקום עריכת הטקסט), ישנן גישות נוספות, מקובלות פחות, המשמשות חלופות לכללי בררת הדין המקובלים, ובהן גישת דין הפורום, גישת "מירב הזיקות", וגישת "הדין הטוב יותר". לסקירת הגישות השונות, ראו: מיכאל קרייני **השפעת הליך בררת הדין על סמכות השיפוט הבין-לאומית** 46–56 (2002). גישות אלו זכו לביקורת נוקבת, ונראה כי אין בהן כדי לקדם באופן ראוי את שיקולי המדיניות העומדים בבסיס בררת הדין בתחום ההכרה בסטטוס הנרכש במדינה זרה. שם, בעמ' 233.

¹³⁷ פרשת **עמותת קו לעובד**, לעיל ה"ש 119, פס' 18 לפסק דינו של השופט ריבלין.

¹³⁸ הרשימה שלהלן מבוססת, בעיקרה, על: T.C. Hartley, *The Policy Basis of the English*; ¹³⁹ *Conflict of Laws ; of Marriage*, 35 MOD. L. REV. 571, 572 (1972). כן ראו: Reed, לעיל ה"ש 51, בעמ' 388–389. מרבית האינטרסים המנויים ברשימה זו נקבעו כגורמים כלליים שיש להתחשב בהם במסגרת הליך בררת הדין גם בס' 6 של ה-Restatement (Second) on the

1. **העיקרון של מתן תוקף לנישואין:** עיקרון היסוד של המשפט הבין-לאומי הפרטי בכל הנוגע להכרה בנישואין זרים הוא העיקרון של מתן תוקף לנישואין על מנת לשמור על קשרי המשפחה ועל מנת לתת תוקף לכוונת הצדדים ליצור קשר נישואין מחייב.¹⁴⁰ בהתאם לעיקרון זה, יש להעדיף כלל בררה המביא להכרה בנישואין על פני כלל בררה שיש בו כדי לשלול את תוקפם.¹⁴¹
2. **הגנה על הציפיות הסבירות של הצדדים:** בהתאם לשיקול זה, אין זה ראוי לפגוע בציפיות הצדדים על ידי פנייה לדין שבני הזוג לא יכלו באופן סביר לצפות את החלתו; וזאת, בפרט אם הצדדים הסתמכו על תחולתו של דין מסוים וניהלו את חייהם בהתאם לכך, והכול בכפוף לכך שאכן ישנו בסיס סביר לציפיותיהם.¹⁴²
3. **נוחות, פשטות ועילות:** שיקולים אלה בדרך כלל יצביעו לעבר החלתו של דין הפורום, שההתדיינות על פיו תהא הנוחה והפשטה ביותר, הן מבחינת בעלי

Conflict of Laws. (ובכלל זה האינטרס בדבר ההגנה על ציפיות הצדדים, כמו גם השיקולים בדבר ודאות ואחידות).

WILLIAM M. RICHMAN, UNDERSTANDING CONFLICT OF LAWS 402 (3rd ed., 2003) ¹⁴⁰

עקרון היסוד של המשפט הבין-לאומי הפרטי, שלפיו יש לשאוף לכך שנישואין התקפים במקום עריכתם יהיו תקפים בכל מקום בעולם הוכר גם בפסיקה הישראלית. ראו, למשל: פרשת **סקורניק**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 178, פסק דינו של השופט אגרנט: "אם נלך בדרך זו ונפסוק את הדין כך, הרי גם נישאר נאמנים לעקרון – והוא מקובל מאד בענף זה של המשפט – כי שומה על השופט, המברר את ענין כשרותם של נישואין, לעשות כמיטב יכלתו המשפטית לקיים אותם ולא לשללם". ראו גם: פרשת **הרשנהורן**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1307, פסק דינו של השופט אולשן: "משפט סקורניק היה משפט אזרחי, ובית המשפט יצא מתוך הנחה שביסודה מונח העקרון, כי ככל האפשר אין להרוס מעמד אישי שנרכש באופן חוקי בזמן ובמקום שנרכש".

Hartley, לעיל ה"ש 139. בהקשר זה ניתן למנות גם את האינטרס שבהכרה אוניברסלית בזכויות מוקנות. על פי "תורת הזכויות המוקנות", על הפורום לכבד זכויות שנוצרו כדין בחיק שיטת משפט זרה ולהעניק להן תוקף חוץ-טריטוריאלי. ראו: עמוס שפירא "הערות על טיבם ותכליתם של ככלי ברירת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי" **עיני משפט** י 275, 283–284 (1984). כדברי שפירא, יש בעיקרון זה ממד של צדק אלמנטרי: "מי שרכש לו זכות במקום אחד – ראוי לכך שזכותו תוגן בכל אתר ואתר; לכן, כל פורום באשר-הוא נדרש לתת ידו למימושה של זכות שנקנתה כדין בחיק שיטת משפט זרה". יש להעיר כי מזה זמן ניטש ויכוח בכל הנוגע ל"תורת הזכויות המוקנות", שהשפעתה הולכת ונחלשת. ראו לעניין זה: ע"א 2/77 **אזוגי נ' אזוגי**, פ"ד לג(3) 1 (1979). (להלן: "פרשת **אזוגי**"); Kurt Siehr, *A Statute on Private*; *International Law for Israel, in ISRAEL AMONG THE NATIONS: INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW PERSPECTIVES ON ISRAEL'S 50th ANNIVERSARY*, 353, 357 (Alfred E. Kellermann, Kurt Siehr, and Talia Einhorn, eds., 1998). עם זאת, ועל אף הכרוסם שחל ב"תורת הזכויות המוקנות", נראה כי יש לתת משנה תוקף להגנה על סטטוס שנרכש במדינה זרה, בהבדל מ"זכות" חוזית או נזיקית. לפיכך, בהקשר של הכרה בנישואין, הגנה על זכות מוקנית היא שיקול לגיטימי ובעל חשיבות במסגרת עיצוב כללי ברכת דין.

Reed, לעיל ה"ש 51, בעמ' 389–388; Hartley, לעיל ה"ש 139, בעמ' 271–272. ¹⁴²

- הדין ובאי כוחם, והן מבחינת בית המשפט.¹⁴³
4. **ודאות, יציבות ואחידות:** ראוי כי הצדדים יוכלו לדעת בוודאות או לברר בנקל (ללא צורך בהתדיינות משפטית) מהו הדין החל בעניינם.¹⁴⁴ בהתאם לשיקולים אלה, יש לאמץ כללי בררת דין ברורים ומוחלטים, הנעדרים רכיבים של עמימות או גמישות.¹⁴⁵ כמו כן, כללי בררת הדין צריכים להיות מבוססים על המגמה לקדם, ככל הניתן, את אחידותו הבין-לאומית של הסטטוס, ובכך לתרום ליציבות, לוודאות ולביטחון המשפטיים.¹⁴⁶ בהתאם לשיקול זה, אין זה ראוי להחיל את דין הפורום כאשר דין זה עשוי להוביל לפיצול הסטטוס.¹⁴⁷
5. **הדדיות ושיתוף פעולה בין-לאומיים:** על בתי המשפט של הפורום להכיר וליתן תוקף לחקיקה, לפסקי הדין ולהחלטות מנהליות של מדינות אחרות מתוך שיקולי הדדיות ונימוס בין-לאומי (Comity)¹⁴⁸ ביחס לריבונות המדינה הזרה.¹⁴⁹ לפיכך, על כללי בררת הדין להתחשב באינטרסים של מדינות זרות בעת יישום חוקיהן; על מנת לעודד את שיתוף הפעולה בין מדינות – יש להעדיף כלל בררה המקדם אינטרס זה.¹⁵⁰
- במסגרת עיצוב כלל בררת הדין הראוי יש לשאוף ככל הניתן לקידום כלל המטרות האמורות, קרי: אימוץ העיקרון של מתן תוקף לנישואין הזרים, הגנה על ציפיות הצדדים, שמירה על יציבות והבטחת רמה סבירה של נוחות, וכל זאת תוך כדי קידום האחידות וכללי הנימוס הבין-לאומיים. עם זאת, ספק אם ניתן לעצב כלל בררת דין אחד שיקדם במלואם את כלל האינטרסים שנמנו לעיל, שכן שיקולי המדיניות עשויים להתנגש אלו עם אלו, וכל אחד מהם עשוי להוביל לאימוץ כלל בררה שונה.

¹⁴³ Hartley, לעיל ה"ש 142. החלתו של דין זר עשויה להיות מורכבת ומסובכת שכן דין זה הוא בגדר "עובדה" שבדרך כלל נדרש להוכיחה באמצעות מומחים. הצורך להוכיח דין זר עשוי להביא להתמשכות ההליכים ולחוסר ודאות.

¹⁴⁴ Reed, לעיל ה"ש 51, בעמ' 389.

¹⁴⁵ שם.

¹⁴⁶ האופן המיטבי לשם קידום אחידות הסטטוס הוא החלתם של כללי בררת דין שזכו להכרה בין-לאומית נרחבת. ראו: Hartley, לעיל ה"ש 139, בעמ' 572. על חשיבות אחידותו של הסטטוס ראו: Henderson v. Henderson, 87 A.2d 403, 408 (Md. 1952); Leszinske v. Poole, 798 P.2d 1049, 1054 (N.M. Ct. App. 1990).

¹⁴⁷ Reed, לעיל ה"ש 51, בעמ' 390.

¹⁴⁸ "Comity refers to the spirit of cooperation in which a domestic tribunal approaches the resolution of cases touching the laws and interests of other sovereign states"

ראו: Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. Dist. Court S. Dist. Iowa, 482 U.S. 522, 543 n. 27 (1987). "Comity," in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other": Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 163-64 (1895).

¹⁴⁹ Hartley, לעיל ה"ש 139, בעמ' 572-573. ראו גם שפירא, לעיל ה"ש 100, בעמ' 286-287.

¹⁵⁰ Schuz, לעיל ה"ש 135, בעמ' 144.

כך, למשל, השיקולים הנוגעים ליציבות, אחידות והדדיות (שיקולים מס' 4 ו-5 שלעיל) יובילו בדרך כלל, לעבר החלת הדין הזר, ואילו שיקולי נוחות ויעילות (שיקול מס' 3 לעיל) יובילו בדרך כלל, להחלת הדין המקומי.¹⁵¹

כללי בררת הדין בתחום ההכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום נועדו אפוא לקדם כמה מטרות שאינן בהכרח עולות בקנה אחד זו עם זו. המשקל היחסי הניתן לכל אחד מהאינטרסים ואופן האיזון ביניהם עשויים להשתנות משיטת משפט לרעותה. ואכן, כפי שיבואר להלן, הדגשת רציונלים שונים בתכלית הובילה לאימוץ כל אחת מכללי בררת הדין המרכזיים הנוהגים במשפט המשווה.

2. שיטת הדין האישי לעומת העיקרון של דין מקום עריכת הטקס

כפי שראינו, כלל בררת הדין האנגלי המקורי – הן לעניין צורת הנישואין והן לעניין כושר הצדדים להינשא – היה דין מקום עריכת הטקס.¹⁵² העיקרון שעמד בבסיס גישה זו היה כי נישואין התקפים במקום עריכתם צריכים להיות תקפים בכל מקום (בכפוף לשיקולי תקנת הציבור).¹⁵³ הואיל וחלק מהמגבלות על כושר הצדדים להינשא שנהגו באנגליה במהלך המאה ה-19 היו מחמירות מאלו שנהגו במדינות אירופה השכנות, נהגו רבים מתושבי אנגליה שהיו מנועי חיתון לפי הדין האנגלי, לעקוף את האיסור המקומי באמצעות עריכת טקס הנישואין במדינה שכנה; מששבו לאנגליה הוכרו נישואיהם כבדרך שגרה.¹⁵⁴ אולם בשנת 1861, בפרשת *Brook*, החליט בית הלורדים לשים קץ לתופעה זו ולמנוע כל ניסיון נוסף לעקוף את המגבלות שהטיל הדין האנגלי על כושר הצדדים להינשא.¹⁵⁵ פרשה זו נסבה על אודות תוקפם של נישואין שנערכו בדנמרק בין תושב אנגלי לבין אחות אשתו המנוחה, אף היא תושבת אנגליה. נישואין בדרגת קרבה שכזו היו אסורים באותה עת באנגליה, אולם תקפים על פי החוק הדני.¹⁵⁶ בית הלורדים התקומם נגד עקיפת האיסור האנגלי באמצעות נסיעה קצרה למדינה שכנה, וקבע כי הנישואין חסרי תוקף באנגליה. לשם כך החליט בית

¹⁵¹ Hartley, לעיל ה"ש 139, בעמ' 573.

¹⁵² ראו פרק ד', תת פרק 2 לעיל.

¹⁵³ PÄLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 13; BEALE, לעיל ה"ש 61, בעמ' 385.

¹⁵⁴ Wendy A. Adams, *Same-Sex Relationships and Anglo-American Choice of Law: An Argument for Universal Validity*, 34 CAN. Y.B. INT'L L. 103, 110–111 (1996) כך, למשל, זוגות אנגלים שלא עמדו בדרישת הגיל המינימלי לנישואין נהגו לעקוף את הצורך בהסכמת הוריהם באמצעות עריכת הנישואין בסקוטלנד, שלא הציבה דרישה שכזו; במרבית המקרים הוכרו נישואין אלה עם שובם של בני הזוג לאנגליה. ראו, למשל: *Simonin V. Mallac*, 164 Eng. Rep. 917,924; 2 Sw. & Tr. 67,83 (1860).

¹⁵⁵ פרשת *Brook*, לעיל ה"ש 62.

¹⁵⁶ רק בשנת 1907 חוקק באנגליה חוק מיוחד המתיר נישואין מסוג זה *Deceased Wife's Sister's* (Marriage Act 1907). ראו: MCCLEAN & BEEVERS, לעיל ה"ש 51, בעמ' 214.

הלורדים לזנוח את הכלל של דין מקום עריכת הטקס בעניין הכושר להינשא ולאמץ תחתיו את דין מקום המושב. החלטה זו נועדה אפוא לשלול את תוקפם של טקסי נישואין זרים הנערכים על ידי זוגות תושבי אנגליה בניגוד לתנאי הכשרות הקבועים בדין האנגלי הפנימי.

נראה כי התפיסה שהנחתה את בית הלורדים בפרשת *Brook* הייתה כי יש להחיל את דין המדינה המשמשת מרכז חייהם של בני הזוג בכל אותם עניינים הנתפסים כחיוניים לשמירת צביונו של מוסד הנישואין. על כן, על פי תפיסה זו, אין לאפשר לבני הזוג לעקוף את המגבלות שמטיל הדין האישי על כושרם להינשא.¹⁵⁷ כדברי בית הלורדים:

“But while the forms of entering into the contract of marriage are to be regulated by the *lex loci contractus*, the law of the country in which it is celebrated, the essentials of the contract depend upon the *lex domicilii*, the law of the country in which the parties are domiciled at the time of the marriage, and in which the matrimonial residence is contemplated. Although the forms of celebrating the foreign marriage may be different from those required by the law of the country of domicil, the marriage may be good everywhere. But if the contract of marriage is such in essentials as to be contrary to the law of the country of domicil, and it is declared void by that law, it is to be regarded as void in the country of domicil, though not contrary to the law of the country in which it was celebrated”.¹⁵⁸

כפי שעולה מפרשת *Brook*, השיקול המרכזי שבבסיס שיטת הדין האישי הנהוגה באנגליה, בכל הנוגע להכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום, הוא כי מדינת התושבות של בני הזוג היא המדינה שלה האינטרס המשמעותי ביותר בקביעת התנאים המהותיים ליצירת קשר נישואין תקף, אף אם טקס זה נערך בחסותה של שיטת משפט זרה.¹⁵⁹ אף אם מדובר בשיקול חשוב, וכפי שיבואר בהמשך הדברים, ההחלטה להביאו בחשבון במסגרת עיצוב כלל בררת הדין בסוגיית ההכרה בנישואין

¹⁵⁷ ראו: C.M.V. Clarkson, *Marriage in England: Favouring the Lex Fori*, 10 LEGAL STUD. 80, 81 (1990).

¹⁵⁸ פרשת *Brook*, לעיל ה"ש 62, בעמ' 207–208.

¹⁵⁹ שם.

זרים (במקום במסגרתו של חריג תקנת הציבור) הייתה מוטעית מיסודה. אכן, החלטתו של בית הלורדים לשים את עיקר הדגש על שיקולים לאומיים צרים, ובתוך כך לזנוח את העיקרון של דין מקום עריכת הטקס בעניין הכושר להינשא, זכתה לביקורת נוקבת. כך, למשל, המלומד J.H. Beale כינה החלטה זו בתור "שגיאה של הדיוטות".¹⁶⁰ בפרשת פונק שלזינגר ציטט השופט זוסמן (בהסכמה) את ביקורתו האמורה של Beale,¹⁶¹ תוך שהוסיף וציין כדלקמן:

"בבוא בית המשפט בישראל לבור לו את הכלל הישראלי של בררת הדין, לא נהיה אנו חייבים לאמץ לעצמנו את הכלל האנגלי דוקא. אומנם כשלעצמי, לא אראה חובה לעצמי להעמיד הלכה אנגלית על מכונה שגם אם בטעות נולדה, עכשיו מקובלת היא באנגליה, אם כי גם שם לא עמדה עוד במבחן בבית-הלורדים. אם תואם הכלל האנגלי את צרכנו, נקבל אותו כהלכה בישראל. ואולם ייתכן שהכלל האמריקני יהיה מתאים יותר".¹⁶² (ההדגשה שלי – י.מ.)

כלל בררת הדין האנגלי, כפי שעוצב בפרשת *Brook*, נעדר כל קוהרנטיות ועקביות. הכלל איננו מבחין בין בני זוג שהיו תושבי אנגליה במועד עריכת טקס הנישואין לבין בני זוג שנישאו בהיותם תושבי מדינה זרה (והיגרו לאנגליה לאחר מכן). הואיל ובהתאם לגישה המקובלת בדין האנגלי, הכושר להינשא נבחן לפי דין מקום מושבם של הצדדים במועד עריכת הנישואין,¹⁶³ הרי שנישואיהם הזרים של זוגות שהיגרו לאנגליה לאחר נישואיהם מוכרים כבדרך שגרה, אף אם הדין האנגלי מטיל מגבלה על כושרם להינשא. כלל הבררה מחייב הכרה בנישואין אלה אף כי אנגליה היא המדינה שלצדדים יש את מרב הזיקות אליה במהלך נישואיהם.¹⁶⁴ נראה אפוא כי עיקר עניינו של בית הלורדים היה במציאת מנגנון למניעת התחמקות ממגבלות הדין האנגלי הפנימי ולא דווקא בעיצובו של כלל בררת דין קוהרנטי המבוסס על עקרונות היסוד של המשפט הבין-לאומי הפרטי.¹⁶⁵

¹⁶⁰ BEALE, לעיל ה"ש 61, בעמ' 386. ביקורת על שינוי ההלכה באנגליה הובעה גם על ידי הערכאות הנמוכות. ראו, למשל, דברי בית המשפט בפרשת *Sottomayor v. De Barros*, [1879], "I trust that I may be permitted, without disrespect, to say that: 5 P.D. 94 at 100 (Eng.) the doctrine thus laid down has not hitherto been 'well recognized'. On the contrary, it appears to me to be a novel principle for which up to the present time there has been no English authority. What authority there is seems to be distinctly the other way"

¹⁶¹ פרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 253–254.

¹⁶² שם, בעמ' 254.

¹⁶³ ראו לעיל ה"ש 63–66.

¹⁶⁴ ראו: ADAMS, לעיל ה"ש 154, בעמ' 113–114.

¹⁶⁵ כפי שציין בית הלורדים בפרשת *Brook*, לעיל ה"ש 62, בעמ' 212: "It is quite obvious that no

בהתאם לגישה האנגלית, כלל בררת הדין בכל הנוגע להכרה בנישואין זרים נועד לקדם בעיקר אינטרסים חברתיים, תרבותיים ומוסריים המבטאים את תפיסות היסוד של הפורום בדבר מאפייניו המרכזיים של מוסד הנישואין (ובכך לתת תוקף לעקרונות השוללים סוגי נישואין מסוימים, כגון נישואי עריות, נישואי קטינים ועוד).¹⁶⁶ במסגרת עיצוב כלל בררת הדין האנגלי לעניין הכושר להינשא הוענק אפוא משקל רב לאינטרסים הציבוריים של הפורום, קרי: לשיקולי תקנת הציבור ה"פנימית".¹⁶⁷ גישה זו משקפת את התפיסה הקלאסית-מסורתית בדבר תפקידיהם ומטרותיהם של כללי בררת הדין, ולפיה עיקר תפקידם של כללים אלה הוא להבטיח שכל סכסוך בעל יסודות זרים יפתר לפי דינה של המדינה "בעלת מערכת היחסים ה'קרובה' ביותר לסכסוך".¹⁶⁸ הגישה הקלאסית אפוא שמה את הדגש על שיקולי המדיניות של הפורום ועל קידום אינטרסים לאומיים צרים.¹⁶⁹ לעומת זאת, המגמה המסתמנת במשפט הבין-לאומי הפרטי המודרני היא מגמת התרחקות משיקולים מקומיים טהורים, ושימת דגש רב יותר על שיקולים קוסמופוליטיים (מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי) ובכלל זה "נימוס בין-לאומי, שיתוף פעולה עם שיטות משפט ובתי משפט זרים והתנגדות לפרובינציאליות".¹⁷⁰

לפיכך, ומבלי להפחית בחשיבותם של האינטרסים הציבוריים המקומיים, סבורני כי מדובר בסיווג מוטעה, וכי בית הלורדים שגה בכך שבחר לשנות את אופיו של כלל הבררה במקום לשקול את האפשרות לשלול את תוקף הנישואין במסגרת הדוקטרינה של תקנת הציבור ("החיצונית").¹⁷¹ אין זה ראוי כי האינטרסים המקומיים ישמשו

civilised state can allow its domiciled subjects or citizens, by making a temporary visit to a foreign country to enter into a contract to be performed in the place of domicile, if the contract is forbidden by the law of the place of domicile as contrary to religion, or morality, or to any of its fundamental institutions"

¹⁶⁶ בהסתמך על הפסיקה האנגלית בסוגיה זו, ישנם מלומדים המסווגים גם את המדיניות של קידום אינטרסים ציבוריים כרלוונטית לעיצוב כללי בררת הדין בסוגיית ההכרה בנישואין זרים. ראו, למשל: Reed, לעיל ה"ש 51, בעמ' 388-390; כן ראו: Hartley, לעיל ה"ש 139, בעמ' 571-572. והשוו: שפירא, לעיל ה"ש 100, בעמ' 292-293.

¹⁶⁷ לעניין ההבחנה המקובלת במשפט הבין-לאומי הפרטי בין "תקנת ציבור פנימית" לבין "תקנת ציבור חיצונית", ראו להלן פרק ז' תת פרק 1.

¹⁶⁸ ראו: איריס קנאור "הארכיטקטורה של כלל בררת הדין בנזיקין במשפט הבין-לאומי הפרטי בישראל" – עיון תאורטי בפרשת יובינר" הפרקליט נא 21 (2011).

¹⁶⁹ שם.

¹⁷⁰ שם, בעמ' 23.

¹⁷¹ לו היה בית הלורדים בפרשת *Brook* נזקק לדין מקום עריכת הטקס אף לעניין כושר הצדדים להינשא, הרי ניתן היה לשלול את תוקף הנישואין כנוגדים את תקנת הציבור האנגלית החיצונית. משעה שבחר בית הלורדים לאמץ כלל בררה המפנה לדין המושב של הצדדים לעניין כושרם להינשא, הפכה אפשרות השימוש בתקנת הציבור באנגליה רלוונטית רק אם היו בני הזוג תושבי מדינה זרה בעת עריכת טקס הנישואין. ראו פרשת *Brook*, לעיל ה"ש 62.

רציונל העומד בבסיס עיצובו של כלל הבררה, אולם ניתן ואף ראוי להתחשב באינטרסים האמורים, במידת הצורך, במסגרת הדוקטרינה של תקנת הציבור. בשונה מכללי בררת הדין, המתאפיינים בנוקשות ובמוחלטות, מתאפיינת הדוקטרינה של תקנת הציבור בגמישות רבה, ומשמעותה והיקף השתרעותה עשויים להשתנות מחברה לחברה ומעת לעת.¹⁷² המגבלות המוטלות בכל מדינה ומדינה על כושר הצדדים להינשא הן עניין מובהק של "תקנת הציבור" (הפנימיית), וכאשר מעורב אלמנט זר, ראוי כי ייבחנו במסגרת החריג שנועד לכך.¹⁷³ מכוח חריג זה, רשאי בית המשפט לשלול את תוקפם של נישואין שאינם עולים בקנה אחד עם תפיסות היסוד החברתיות, התרבותיות והמוסריות של הפורום.¹⁷⁴

נוסף על הפגמים האמורים, נראה כי החיסרון המרכזי של שיטת הדין האישי הוא בכך שהיא מונעת מראש ובאופן מוחלט (מבלי להותיר שיקול דעת לבית המשפט) את אפשרות ההכרה בנישואין שנערכו תוך הפרת כל אחד מתנאי הכושר להינשא הקבועים בדין מדינת תושבותם או אזרחותם של בני הזוג. בכך היא אינה מביאה בחשבון את מידת הפגיעה באינטרס המוגן בנסיבות העניין, היא אינה מבחינה בין תנאי הכשרות השונים ובין האינטרסים השונים העומדים בבסיס כל אחד מהם, והיא אינה מבחינה בין מידת זיקתם של כל אחד מתנאי הכושר להינשא לשמירת צביונו של מוסד הנישואין. יתרה מכך, שיטת הדין האישי איננה מעניקה את המשקל הראוי לאינטרסים שבמתן תוקף לנישואין הזרים ובהגנה על ציפיות הצדדים, כמו גם לאינטרסים שבאחידות הסטטוס ובשיתוף הפעולה הבין-לאומי.

התפיסה המנחה את שיטות המשפט שאימצו את דין מקום עריכת הטקס ככלל הבררה בכל הנוגע לכושר הצדדים להינשא, ובפרט שיטת המשפט האמריקנית, שונה בתכלית. המאפיין הבולט ביותר של כללי בררת הדין הנוהגים בארצות-הברית בתחום ההכרה בנישואין זרים הוא המדיניות של מתן תוקף לנישואין אלה והחלת החריגים המונעים הכרה שכזו בנסיבות יוצאות דופן בלבד.¹⁷⁵ עם זאת, גם העיקרון של דין מקום עריכת הטקס איננו נטול חסרונות. ראשית, הכלל עשוי לאפשר לצדדים לחמוק מאיסורים שונים הקבועים בדינם האישי והמשקפים את ערכי הקהילה שאליה הם משתייכים, וכל זאת באמצעות נסיעה קצרה למדינה אחרת אך ורק לשם עריכת

¹⁷² ראו לעניין זה עמוס שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי-חוק" **עיוני משפט** ד 509, 530 (1974).
¹⁷³ כדברי Kurt Siehr: "The preference of domestic law over foreign law is a colored one, tainted by prejudice, habit and other human frailties. In conflicts law one must get rid of them. Conflicts law does not need to defend domestic law against foreign intrusions". "If foreign law violates basic values of domestic law, the general clause of public policy assures that such a law will not be applied in domestic courts" ראו:

Siehr, לעיל ה"ש 141, בעמ' 364.

¹⁷⁴ לדין מקיף בתקנת הציבור ראו להלן פרק ז'.

¹⁷⁵ PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 8.

הטקס;¹⁷⁶ שנית, מקום עריכתו של טקס הנישואין עשוי להיות מקרי לחלוטין, מבלי שלצדדים תהיינה זיקות כלשהן למקום זה; אם הצדדים אכן נעדרי כל זיקה למדינה שבה נערך הטקס, הרי שלמדינה זו אין מעורבות ממשית בנישואיהם, ואילו למדינת מושבם או אזרחותם יש אינטרס חזק יותר בכל הנוגע להסדרת מעמדם האישי.¹⁷⁷

לפי הנטען אפוא, חסרונו המרכזי של דין מקום עריכת הטקס ככלל בררה בעניין הכושר להינשא הוא בכך שאין בו כדי לתת ביטוי לאינטרסים של המדינה שבה מקיימים בני הזוג את מרכז חייהם. עם זאת, סבורני כי ניתן להתמודד באופן ראוי עם חסרונותיו של הכלל באמצעות החריג של תקנת הציבור, ובמסגרת זו ליתן משקל לאינטרסים הציבוריים של הפורום. שימוש בכלל בררה המפנה לדין מקום עריכת הטקס איננו מוביל להכרה בנישואין המנוגדים לעקרונות היסוד של הפורום. גם מדינות שדינן מפנה לדין מקום עריכת הטקס בשאלת הכושר להינשא עשויות, במקרים ראויים, שלא להכיר בנישואיהם הזרים של תושביהן או אזרחיהן הנעדרים כשרות להינשא על פי דינם האישי (אף כי הנישואין תקפים על פי דין מקום עריכתם), וזאת אם נמצא כי הכרה בנישואין שכאלה מנוגדת לתקנת הציבור. כפי שנראה בהמשך (פרק ז' להלן), הדוקטרינה של תקנת הציבור (החיצונית) משמשת כמחסום מפני עקיפת איסורים המבטאים עקרונות יסוד ואינטרסים כבדי משקל של הפורום. החלת החריג מאפשרת אפוא למנוע עקיפתן של מגבלות המשרתות אינטרסים כבדי משקל מעין אלה. אימוץ שיטת הדין האישי, לעומת זאת, יציב את ה"מחסום" האמור כבר בשלב ברכת הדין ובכך ישלול מראש את ההכרה בנישואיהם של כלל מנועי החיתון מבלי לבחון את האינטרסים השונים העומדים בבסיס כל אחת מן המגבלות הקבועות בדין הישראלי ואת עצמת הפגיעה בהם עקב ההכרה בנישואין הזרים. ואכן, החשש מפני עקיפת איסורים הקבועים בדין הפורום לא הנחה את המדינות שאימצו את חוליית הקישור של דין מקום עריכת הטקס, אף שכלל זה איננו מבחין בין בני זוג שנישאו במדינה זרה בהיותם תושביה או אזרחיה של מדינה זו לבין בני זוג שנישאו תחת חסותה של שיטת משפט זרה בהיותם תושבי הפורום או אזרחיו. העיקרון שהנחה מדינות אלו הוא עקרון היסוד של מתן תוקף לנישואין התקפים במקום עריכתם (בכפוף לחריג של תקנת הציבור). כך, למשל, מרבית מדינות ארצות-הברית שביקשו למנוע את אפשרות עקיפתן של מגבלות המשקפות עקרונות יסוד של הפורום, עשו כן באמצעות החלת החריג האמור; אף מדינות שביקשו למנוע מראש את אפשרות ההכרה השיפוטית בנישואין מסוג כזה או אחר, לא עשו כן באמצעות שינוי באופיו של כלל ברכת הדין, אלא באמצעות חקיקה מפורשת

¹⁷⁶ לדיון בקושי האמור כנימוק לדחיית כלל הבררה של דין מקום עריכת הטקס ראו: M. Shava, *The Nature and Scope of Jewish Law in Israel as Applied in the Civil Courts As Compared with its Application in the Rabbinical Courts*, 5 THE JEWISH LAW ANNUAL (1985), 19, 3; לבונטין, לעיל ה"ש 94, בעמ' 38-39.

¹⁷⁷ PALSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 5-6.

השוללת מתושביהן את האפשרות "לחמוק" מאיסור הקבוע בדין הפורום באמצעות עריכת הנישואין במדינה זרה.¹⁷⁸ אם כן, רק אימוץ חוליית קישור המפנה לדין מקום עריכת הטקס, ומיקום הדיון הערכי במסגרת החריג של תקנת הציבור, יאפשר להתמודד באופן ראוי ומאוזן עם החשש לעקיפת ההסדר החל במדינת ישראל גופה. יתרה מכך, נראה כי יתרונותיו של כלל בררה המפנה לדין מקום עריכת הטקס עולים על חסרונותיו. בהבדל משיטת הדין האישי, הרי אימוץ העיקרון של דין מקום עריכת הטקס מקדם באופן ראוי את מרבית השיקולים המנחים בכל הנוגע לעיצוב כללי בררת הדין לצורך הכרה בנישואין זרים על פי המשפט הבין-לאומי הפרטי. אימוץ עיקרון זה מקדם, בראש ובראשונה, את המדיניות הרצויה של מתן תוקף לנישואין התקפים במקום עריכתם. הכלל, על פי רוב, עולה בקנה אחד עם ציפיותיהם (הסבירות) של הצדדים.¹⁷⁹ גם שיקולי נוחות, פשטות ויעילות תומכים באימוץ הכלל של דין מקום עריכת הטקס: הכלל ברור, הוא אינו מבחין בין צורה לכושר והוא מפנה לדין אחד בלבד (גם במקרה שבו בני הזוג הם בעלי אזרחויות או תושבויות שונות)¹⁸⁰ לצורך בחינת כלל ההיבטים הנוגעים לתוקף הנישואין.¹⁸¹ בכך מאפשר הכלל להימנע מההבחנות המסובכות ומהקשיים הכרוכים בקביעת תוקף הנישואין על פי שיטת הדין האישי, בפרט כאשר הצדדים כפופים לדינים אישיים שונים.¹⁸² העיקרון של דין מקום

¹⁷⁸ לדיון ב-"Marriage Evasion Statutes" הנהוגים בחלק ממדינות ארצות-הברית, ראו ה"ש 214. חקיקה מעין זו צריכה כמובן לעמוד בביקורת חוקתית. על כן אין להשתמש בה כדי לאכוף איסור שהפרתו איננה פוגעת באינטרסים נעלים של הפורום.

¹⁷⁹ ראו לעניין זה, אף כי בהקשר שונה, את דבריו של השופט ריבלין בפרשת ינון, לעיל ה"ש 119, בעמ' 373: "האדם הסביר מעריך כי התנהגותו נמדדת לפי הדין החל במקום שבו הוא נמצא. ככלל, לא יהיה הוא סבור כי ביצאו את מדינתו מלווה אותו דינו שלו" (ההדגשה שלי - י.מ.).

¹⁸⁰ היות שהכלל של דין מקום עריכת הטקס, בשונה משיטת הדין האישי, נוגע לאירוע במקום לצדדים עצמם, יש בו כדי לפתור את הקושי הנובע מהצורך להבטיח שהחוק שיישם יתאים לשני בני הזוג. ראו: Schuz, לעיל ה"ש 135, בעמ' 156.

¹⁸¹ אימוץ כלל בררה המפנה לדינים האישי של בני הזוג בשאלת כשרותם להינשא עשוי לתרום לנוחות הדיון, לפשטותו וליעילותו. על פי רוב, יש בו כדי לייתר, את הצורך להידרש לכלליה של שיטת משפט זרה. עם זאת, שיטת הדין האישי עשויה גם לסבך את הדיון, בפרט כשלכל אחד מבני הזוג מקום מושב שונה בעת עריכת טקס הנישואין. לעניין הקשיים הכרוכים ביישומן של כל אחת מהגישות הננקטות בדין האנגלי לצורך קביעת דינים האישי של בני הזוג, ראו לעיל ה"ש 64-66. יתר על כן, בין שיש בכללי הבררה השונים כדי לתרום לנוחות הדיון ובין שלא, נראה שאין להפריז בחשיבותם של שיקולי נוחות ויעילות, בפרט בכל הנוגע לקביעת המעמד האישי, ובפרט בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי "העוסק במצבים שהם, מעצם טבעם, בלתי שגרתיים וסבוכים". ראו: שפירא, לעיל ה"ש 100, בעמ' 291.

¹⁸² ראו לעניין זה דברי השופט זוסמן: "הכלל האמריקני נוח ושימושי יותר, הואיל והוא מונע את הצורך לפצל את הדיון כאשר לא היה לבני-הזוג מקום מושב אחד (אשר בעקבות פיצול כזה נוכל להגיע לתוצאה המשונה עליה הצביע חברי הנכבד השופט זילברג, שהבעל יהיה נשוי לאשתו ואילו היא אינה נשואה לו)". פרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 253.

עריכת הטקס מקדם אף את האינטרס שבהדדיות ובשיתוף הפעולה הבין-לאומיים. כדברי השופט זוסמן בפרשת פונק שלזינגר:

"כל ארץ הרוצה לחיות בצוותא במשפחת-העמים חייבת לשם כך לוותר על ביצוען של מקצת מהלכות-הדין שלה כשאלמנט זר קם ומתערב בפעולה משפטית. [...] כשם שאנו דורשים מאומות אחרות הכרה בדין הישראלי, אין אנו פוסלים עסקה שעליה חל דין זר והוא שונה מהדין שלנו. במידה שהלכות ברירת הדין מפנות אותנו לדין זר, הדין הישראלי נסוג".¹⁸³

העיקרון של דין מקום עריכת הטקס תורם גם לוודאות וליציבות ומונע מצב של פיצול סטטוס. אף אם מידת הצורך בוודאות וביציבות עשויה להשתנות מתחום משפטי אחד למשנהו, ואף אם שיקולים אלה אינם שיקולים מכריעים בתחומי משפט מסוימים, אין ספק כי בתחום המעמד האישי נודעת חשיבות מובהקת לאינטרסים שבאחידות האוניברסלית של הסטטוס, בוודאות וביציבות.¹⁸⁴

שיקולי המדיניות שבבסיס כללי בררת הדין בענייני סטטוס נוטים לאמץ את העיקרון של דין מקום עריכת הטקס. סבורני כי אימוץ כלל הבררה האמור מתחייב גם לאור המצב המשפטי והחברתי המיוחד השורר במדינת ישראל. כדברי הנשיא ברק בבג"ץ 2232/03:

"אלפי יהודים, אזרחי המדינה ותושביה, מבקשים לממש את נישואיהם בדרך של נישואין אזרחיים המתבצעים מחוץ לישראל. זו תופעה חברתית שהמשפט צריך להתחשב עמה. עמדו על כך השופטים ויתקון וזוסמן בעבר, כאשר סברו באמרות אגב כי לענין תוקף נישואין שנערכו מחוץ לישראל על ידי אזרחי המדינה או תושביה, די בכך שהם תקפים לפי מקום עריכתם, אפילו אין לבני הזוג כושר להינשא על פי משפטם האישי [...] בגדר העתירה שלפנינו, אין לנו צורך להכריע בעמדה זו, ודי לנו בעמדה המתונה יותר, לפיה הנישואין יתפסו אם יש לבני הזוג כושר להינשא על פי משפטם האישי וטקס הנישואין נערך במסגרתה של שיטת משפט זר המכירה בן".¹⁸⁵

183 שם, בעמ' 256.

184 שפירא, לעיל ה"ש 100, בעמ' 288.

185 פרשת פלונתי, לעיל ה"ש 6, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק. נראה כי בית המשפט התייחס לשיטת הדין האישי בתור "עמדה מתונה" יותר (כדברי) מהשיטה הדוגלת בפנייה לדין מקום

יתר על כן, הכפפת דיני הנישואין והגירושין בישראל להוראות הדין הדתי כדין בלעדי איננה עולה בקנה אחד עם הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בהיותה מפלה על רקע לאומי, גזעי, מגדרי ודתי), ואף נוגדת את הוראות המשפט הבין-לאומי המעוגנות באמנות השונות שעליהן התומה ישראל.¹⁸⁶ אימוץ חוליית קישור המפנה לדינם האישי של בני הזוג יוביל אפוא לפגיעה נוספת (ומוחלטת) בזכות לנישואין, בניגוד לחוק-היסוד.

בשונה מהמצב בישראל, הרי אימוץ שיטת הדין האישי באנגליה – ואף ביתר המדינות המערביות שאימצו שיטה זו, לא הביא לפגיעה (ודאי לא פגיעה משמעותית) בעקרון היסוד של מתן תוקף לנישואין; נוכח מיעוט המגבלות שמטיל הדין האנגלי על כושר הצדדים להינשא, הוכרו מרבית נישואיהם הזרים של תושבי אנגליה.¹⁸⁷ לעומת זאת, החלת שיטת הדין האישי במשפט הישראלי – המטיל שורה ארוכה של מגבלות על הכושר להינשא – תביא לפגיעה קשה בזכות לחיי משפחה ולנישואין של קבוצות אוכלוסייה רבות. נראה אפוא כי נוכח המצב המיוחד השורר במדינת ישראל, ונוכח מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה ולנישואין והחובה בדבר כיבוד התא המשפחתי,¹⁸⁸ אין לאמץ כלל בררת דין השולל מראש ובאופן מוחלט את תוקף נישואיהם הזרים של כלל מנועי החיתון.

לעומת אימוץ שיטת הדין האישי בישראל, העלול להוביל לתוצאות קשות ובלתי-צודקות עבור אוכלוסיית מנועי החיתון בישראל, הרי אימוץ העיקרון של דין מקום עריכת הטקס יוביל לתוצאה הראויה של הכרה בנישואין הזרים, בכפוף לשיקולי תקנת הציבור. במובן זה, אימוץ העיקרון של דין מקום עריכת הטקס יעלה בקנה אחד עם "תורת התכלית", המאפיינת את מרבית גישות בררת הדין המודרניות, ולפיה כלל בררת הדין הראוי הוא זה המוביל לתוצאה הצודקת.¹⁸⁹ יתרה מכך, אימוץ שיטת הדין האישי ישקף גישה אנכרוניסטית, השמה את עיקר הדגש על שיקולים לאומיים צרים. לעומת זאת, אימוץ דין מקום עריכת הטקס יעלה בקנה אחד גם עם הנטייה ההולכת וגוברת של המשפט הבין-לאומי הפרטי לשים את עיקר הדגש על שיקולים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי.¹⁹⁰

עריכת הטקס היות שאין בהחלת הדין האישי כדי לסטות מהדין שחל בסוגיה זו בעבר, מכוח סימן 46 לדבר המלך, אף שאיננו מחייב עוד כיום. עמדה זו "מתונה" יותר גם במובן זה ששיטת הדין האישי שמה את עיקר הדגש על קידום שיקולי המדיניות של הפורום, ועל כן, בשונה מגישה שבה מושם עיקר הדגש על היות הנישואין תקפים במקום עריכתם – אין בה כדי לעורר כל מחלוקת.

¹⁸⁶ ראו לעניין זה: מרין, לעיל ה"ש 1.

¹⁸⁷ לדיון במגבלות שמטיל הדין האנגלי על כושר הצדדים להינשא, ראו להלן פרק ז', תת פרק 1.

¹⁸⁸ פרשת פלזני, לעיל ה"ש 43, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹⁸⁹ ראו לעניין זה: קרייני, לעיל ה"ש 136, בעמ' 234–237. כן ראו: Lea Brilmayer, *Rights, Fairness, and Choice of Law*, 98 YALE L.J. 1277 (1989).

¹⁹⁰ ראו לעיל הטקסט המלווה ה"ש 168–170.

לבסוף, אימוץ העיקרון של דין מקום עריכת הטקס לעניין הכושר להינשא יעלה בקנה אחד גם עם המגמה הכללית של המשפט הישראלי להעדיף את כללי בררת הדין האמריקניים על פני הכללים הנהוגים באנגליה.¹⁹¹ ואכן, ניתן למצוא תימוכין לאימוץ כלל בררת הדין האמריקני בשורה של פסקי דין – החל בתקופת המנדט¹⁹² ועד לימינו אנו.¹⁹³ הביטוי החזק ביותר בזכות אימוץ העיקרון של דין מקום עריכת הטקס, פרט לאמרות האגב של השופט זוסמן בפרשת **פונק שלזינגר**,¹⁹⁴ מצוי בדבריו של הנשיא ברק בפרשת **פלזני**, שהביע תמיכה מפורשת באימוץ כלל הבררה של דין מקום עריכת הטקס, בציניו כי לו היה נדרש בית המשפט לשאלת תוקפם של נישואין בין בני דתות שונות (כאותה פרשה, גבר יהודי ואישה נוצרייה), "נוטים היינו לדעה כי הנישואין מוכרים בישראל, [וזאת בהתבסס על] הגישה לפיה יש להכריע בשאלת התוקף של הנישואין, הן מבחינת הצורה והן מבחינת הכושר, בהתאם לדין מקום עריכתם".¹⁹⁵

¹⁹¹ בית המשפט העליון נדרש לשאלה אם ראוי להעדיף את כללי בררת הדין הנהוגים בארצות-הברית על פני כללי בררת הדין האנגליים כמה פעמים בהקשרים שונים. במרבית המקרים הסתמנה העדפה לאמץ את הכללים האמריקניים על פני הכללים האנגליים. ראו, למשל, פרשת **אזוגי**, לעיל ה"ש 141, שבו הוטלה ביקורת על כלל בררת הדין האנגלי בשאלת יחסי הממון בין בני זוג. כן ראו: פרשת **ינון**, לעיל ה"ש 119, שבו בית המשפט אמנם דחה את שיטת "ניתוח האינטרסים" המקובלת בארצות-הברית, אולם בה-בעת אימץ את החזקה (המפנה לדין מקום ביצוע העוולה) ואת החריג (המאפשר פנייה לדינה של מדינה אחרת שלה זיקה הדוקה יותר לעוולה) הנהוגים בדין האמריקני. יתרה מכך, בפסיקה מאוחרת יותר הגמיש בית המשפט את הכלל שאומץ בפרשת **ינון**, ולמעשה החיל את הגישה הנהוגה בארצות-הברית. ראו: פרשת **יובינר**, לעיל ה"ש 128, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל. כן ראו לעניין זה: קנאור, לעיל ה"ש 168.

¹⁹² ראו למשל, ע"א 11/41 **ביכובסקי נ' ביכובסקי**, 8 פל"ר 241, שעסק בשאלת תוקף נישואיהם האזרחיים בקפריסין של גבר יהודי, אזרח ותושב ישראל, ואישה חסרת דת מוכרת, שהייתה אזרחית ותושבת קפריסין בעת הנישואין. שופטי הרוב קבעו כי כלל הבררה שיש להחילו כאשר מדובר בנישואיהם הזרים של זוגות מעורבים הוא דין מקום עריכת הטקס (כאותה פרשה היה זה החוק הקפריסאי, שהקנה תוקף לנישואין). בית המשפט המנדטורי חזר על הלכה זו הן בב"ש 27/42 **גורוכוב נ' גורוכוב**, 9 פל"ר 268, והן בב"ש 33/42 **פיליפסטל נ' פיליפסטל**, 9 פל"ר 343. לסקירת ההלכות האמורות, ראו: שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 625–628.

¹⁹³ כך, למשל, בהסתמך על פרשת **טפר**, לעיל ה"ש 84 ועל ע"א 778/77 **פרקש נ' פרקש**, פ"ד לג(2) 469 (1979), ציין בית המשפט בפרשת **בודמן**, כי השאלה מהו כלל בררת הדין שראוי לאמצו במשפט הישראלי (הן לעניין צורה והן לעניין מהות) "לא הוכרעה בפסיקה אולם הנטייה המסתמנת היא לעבור למבחן ההלכה האמריקאית, על פיה מבחן הצורה ומבחן הכושר נבדק לפי מקום עריכת הטקס". תמ"ש (ת"א) 80410/96 **בודמן נ' בודמן**, פדאור 99 (5) 618, פס' 9 לפסק דינו של השופט גייפמן. (15.9.1999).

¹⁹⁴ פרשת **פונק שלזינגר**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 254.

¹⁹⁵ פרשת **פלזני**, לעיל ה"ש 43, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק, שהוסיף לעניין זה כדלקמן: "עתה יש לשקול הליכתו של צעד נוסף, ולהכיר אף בנישואין אזרחיים בין יהודי לבין מי שאינו יהודי, תושבי הארץ ואזרחיה, הנערכים מחוץ לישראל והתקפים לפי דין מקום עריכתם (בכפוף לתקנת הציבור הישראלית). זאת נוכח המציאות הקיימת במדינה קולטת עלייה כישראל,

עם זאת, אימוץ העיקרון של דין מקום עריכת הטקס, אין משמעו שכלל הנישואין הנערכים מחוץ לישראל (והתקפים על פי דין מקום עריכתם) יהיו מוכרים ותקפים בישראל שכן, כאמור, כלל זה כפוף לחריג של תקנת הציבור.

ז. תקנת הציבור החיצונית כסייג להכרה בנישואיהם של מנועי החיתון

1. תקנת הציבור החיצונית בענייני סטטוס – אמות מידה פרשניות

הדוקטרינה של תקנת הציבור המהווה עקרון-על במשפט הבין-לאומי הפרטי משמשת כמחסום בפני הכרה באקט זר הנוגד אינטרסים חברתיים כבדי משקל של הפורום.¹⁹⁶ ומטרתה "לעקר תוצאות בלתי צודקות העוללות לנבוע מהחלת דין זר".¹⁹⁷ השימוש בדוקטרינה של תקנת הציבור כחריג לכללי בררת הדין הוא אפוא שימוש שלילי בעיקרו שמטרתו למנוע החלתו של הדין הזר שאליו מפנים כללי בררת הדין של הפורום.¹⁹⁸ "תקנת הציבור" היא מושג גמיש ובלתי ניתן להגדרה ממצה, המגלם אינטרסים ציבוריים חיוניים וערכים מרכזיים של כל חברה וחברה.¹⁹⁹ לפיכך, משמעותה, כמו גם היקף השתרעותה, עשויים להשתנות משיטת משפט אחת לרעותה.²⁰⁰ תוכנה של תקנת הציבור אף עשוי להשתנות מעת לעת, בהתאם לשינויים באקלים החברתי והמשפטי המשליך על תפיסות היסוד של החברה: "מה שבעת אחת נראה כמתיישב עם תקנת הציבור עשוי עם שינוי העת – בכוא זמנים

ובהיעדר אפשרות של בני דתות שונות להינשא בנישואין אזרחיים בישראל".
¹⁹⁶ שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ", לעיל ה"ש 172, בעמ' 531. העיקרון של תקנת הציבור במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי עוגן סטטוטורית בכמה דברי חקיקה. כך, למשל, חוק אכיפת פסקי חוץ קובע כי פסק דין זר לא יוכרז אכיף אם תוכנו סותר את תקנת הציבור הישראלית או אם אכיפתו עלולה לפגוע בריבונותה של ישראל או בביטחונה. ראו ס' 3(3) ו-7 לחוק אכיפת פסקי חוץ, התשי"ח-1958 (להלן: "חוק אכיפת פסקי חוץ"). כן ראו: ס' 143 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, הקובע כדלקמן: "על אף האמור בחוק זה, כשחל דין-חוץ, אין נזקקים לו במידה שהוא מפלה מטעמי גזע, דת, מין או לאום או סותר את תקנת הציבור בישראל".
¹⁹⁷ ה"פ (י-ם) AHAVA (USA) INC 3137/04 נ' J.W.G. LTS ג'. דבלין. ג'י. בע"מ, פ"מ סג(2) 337, פס' 9 לפסק דינו של השופט אוקון (2004). (להלן: "פרשת AHAVA").
¹⁹⁸ סיליה וסרשטיין פסברג "צדק ומשפט בברירת הדין: יחסי ממון בין בני זוג לאחר דנ"א נפיסי" **משפטים** לא 97, 119-120 (1999).
¹⁹⁹ שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ", לעיל ה"ש 172, בעמ' 530-531.
²⁰⁰ שם, בעמ' 530: "תקנת הציבור" היא, במהותה, מוצר מקומי-טיפוסי של החברה בה עסקינן. היא נובעת מהצרכים ומשרתת את האינטרסים של החברה הנדונה, מבטאת את השקפותיה ומגוננת על ערכיה. כל מדינה מטפחת אפוא 'תקנת ציבור' משלה". כן ראו דברי בית המשפט בע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 860 (2000): "תוכנה של תקנת הציבור משתנה מחברה לחברה; הוא משתנה בחברה נתונה מעת לעת". ראו גם: ע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד פ"ד מד(1) 75, 84 (1989); פרשת אפרת, לעיל ה"ש 113, בעמ' 797.

חדשים, אקלים חברתי אחר או הילכות משפט שנתחדשו ובאו – לצאת מגדרה של תקנת הציבור, והוא הדין בהיפוכם של דברים".²⁰¹

לצורכי המשפט הבין-לאומי הפרטי, מקובל להבחין בין "תקנת ציבור פנימית" (Ordre public interne), המבטאת עקרונות ואינטרסים מקומיים הנרחים מפני כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, לבין "תקנת ציבור חיצונית" (Ordre public externe), המבטאת עקרונות ואינטרסים מקומיים בסיסיים בעניינים חיוניים, שמפניהם עשויים להידחות הכללים הרגילים של המשפט הבין-לאומי הפרטי.²⁰² כדברי השופט זוסמן בפרשת פונק שלזינגר:

"ישנם מקרים – יוצאים מן הכלל – בהם מתן תוקף לדין זר ולתוצאה הנובעת ממנו, יהיו פוגמים ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים, ורק מקום שיעמוד דין זר בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראל, יהיה עלינו לפסלו".²⁰³

עניינה של תקנת הציבור החיצונית אפוא הוא "בעקרונות-יסוד, בהשקפות-עומק ובאינטרסים נעלים של החברה והמדינה",²⁰⁴ והיקפה במישור המשפט הבין-לאומי הפרטי צר באופן ניכר מהיקפה במישור המשפט הפנימי.²⁰⁵ שוני בין הדין המקומי לדין הזר כשלעצמו ודאי אינו מצדיק את הפעלתה של דוקטרינת תקנת הציבור;²⁰⁶

²⁰¹ ע"א 4949/03 בולוס גר בע"מ נ' Globe Master Management Ltd., פ"ד נט(5) 616, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2005). (להלן: "פרשת בולוס גר").

²⁰² שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 471; שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ", לעיל ה"ש 172, בעמ' 531. שפירא ממיין את האינטרסים המקומיים שמפניהם עשויים להידחות פסקי חוץ המועמדים להכרה או לאכיפה בישראל לשלוש קבוצות: (1) פסקים זרים העומדים בסתירה בולטת לעיקרי אורח החיים של החברה בישראל (כדוגמת העיקרון של טובת הילד ואיסור ההפליה על בסיס מין); (2) פסקים זרים הפוגעים פגיעה ממשית באינטרסים חיוניים של המדינה במישור מעמדה הבין-לאומי ויחסי החוץ שלה; (3) פסקי חוץ הנוגדים ערכי יסוד של מוסר, צדק, חירות והגינות של החברה הישראלית (כדוגמת פסק זר הנגוע בהפליה גזעית או דתית). שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ", לעיל ה"ש 172, בעמ' 532–534.

²⁰³ פרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 256.

²⁰⁴ ע"פ 2521/03 סירקיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 337, 346 (2003).

²⁰⁵ סיליה וסרשטיין פסברג פסקים זרים במשפט הישראלי – הדין והגיונו 21 (1996). לדין בהבחנה בין תקנת ציבור "פנימית" ל"חיצונית" ראו גם: ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס, פ"ד מח(3) 641, 651–653 (1994) (להלן: "פרשת אשכר"); דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, 626–628 (1996); פרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 256.

²⁰⁶ "שוני מבחינת הנורמות המשפטיות החלות במדינת הפסק ובמדינה שבה מתבקשת אכיפתו אינו הופך את פסק-החוץ, מניה וביה, לפסק-דין הסותר את תקנת הציבור". ע"א 1268/07 גרינברג נ' במירה, 09 (5) 642, פס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין (טרם פורסם, 9.3.2009). בהקשר זה ציטט בית המשפט את אמרתו המפורסמת של השופט Cardozo: "We are not so provincial as to say that every solution of a problem is wrong because we deal with it

החריג יופעל רק כאשר קליטתו של הדין הזר תביא לתוצאות מאוסות ובלתי-נסבלות, שיש בהן כדי לפגום בסדר הציבורי והחברתי במדינת הפורום.²⁰⁷ הפסיקה הישראלית טרם נדרשה לשאלת פרשנותה והיקף תחולתה של תקנת הציבור בכל הנוגע להכרה בנישואין שנערכו תחת חסותה של שיטת משפט זרה. עיקר הדיון במאפייניו של החריג במשפט הישראלי נערך בתחום ההכרה והאכיפה של פסקי חוץ.²⁰⁸ בהקשר זה הדגיש בית המשפט פעם אחר פעם כי יש לפרש את החריג בצמצום מרבי.²⁰⁹ נוכח האינטרס שבמניעת פיצול הסטטוס, ונוכח מעמדה הרם של הזכות לחיי משפחה ולנישואין והחובה בדבר כיבוד התא המשפחתי, ראוי כי מגמה פרשנית זו תיושם, אף ביתר שאת, בתחום המעמד האישי. כדברי השופטת דורנר בפרשת ברנר-קדיש:

otherwise at home" (*Loucks v. Standard Oil Co. of New York* 224 N.Y. 99 120 N.E 198 (1918)). ראו גם דברי השופט חשין בפרשת **אשכר**: "גם אם פסק-החוק מייסר עצמו על נורמה השונה בדין הזר ובדין ישראל, אין בשוני זה, כשהוא לעצמו, כדי למנוע אכיפת אותו פסק, ובוודאי אין בו כדי לסתור את תקנת הציבור בישראל". פרשת **אשכר**, לעיל ה"ש 205, בעמ' 651. כן ראו: ע"א 100/49 **עזבון מילר נ' מילר**, פ"ד ה(2) 1301, 1317, פס" 3 לפסק דינו של השופט אולשן (1951): "אשר לטענתו העיקרית של מר כספי, אנו סבורים, כי הוא הרחיק לכת ברצותו להכניס לחוק הבינלאומי הפרטי, כלל נוקשה ולקבוע מסמרות, שבנוגע לתביעה שלגביה מתנגשות שיטות משפטיות שונות של שתי מדינות, אין להיזקק לעקרונות החוק הבינלאומי הפרטי אלא אם התביעה הנדונה מתבססת, מנקודת ראות חוקי שתי המדינות הנ"ל, על עילת המוכרת על ידי חוקי שתי המדינות גם יחד". ראו גם: Alex Mills, *The Dimensions of Public Policy in Private International Law*, 4 J. Private Int'l L. 201, 212 (2008): "An English court will ordinarily apply foreign law or recognize and enforce a foreign judgment even if the result is different from that which would be reached under English law, and probably even if the cause of action is unknown to English law"

עדי חן "רישום פסק גירושין זר והכרה בו" **מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** 593, 607–608, 611 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006). ההגדרה הקלאסית של תקנת הציבור מצויה בדברי השופט Cardozo: "The courts are not free to refuse to enforce a foreign right at the pleasure of the judges, to suit the individual notion of expediency or fairness. They do not close their doors, unless help would violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal". ראו: *Loucks v. Standard Oil Co. of New York*, שם.

208 ראו ס' 3(3) לחוק אכיפת פסקי-חוץ, המקנה לבית המשפט סמכות להכריז פסק-חוץ כפסק אכיף אם, בין היתר, "ותכנו של הפסק אינו סותר את תקנת הציבור".

209 ראו, למשל, פרשת **בולוס גד**, לעיל ה"ש 201, בעמ' 619: "הלכה פסוקה ומושרשת היא כי רק לעתים נדירות נדחה אכיפתו של פסק-חוץ מטעמים של תקנת הציבור". כן, ראו דברי בית המשפט בפרשת **אשכר**, לעיל ה"ש 205, בעמ' 653: "בית משפט לא יידרש לתקנת ציבור זו כעניין שבשגרה, והשימוש בה כמחסום לא ייעשה אלא במשורה". ראו גם בע"מ 594/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נט(3) 297, 305 (2004): "כבר נפסק כי הפנייה לחריגים המאפשרים לבית המשפט שלא להחיל דין זר בגין פגיעתו בתקנת הציבור צריכה להיעשות במשורה. בית המשפט יפסול את אפשרות החלתו של דין זר רק כאשר אין מנוס מהדבר".

"כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים, כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחד בכל המדינות. בפיצול הסטטוס יש כדי לפגוע הן בתקנת הציבור והן בתקנת הצדדים".²¹⁰

היות שבית המשפט העליון הכיר באופן מלא בנישואין אזרחיים שעורכים מחוץ לישראל בני זוג (אזרחי ישראל ותושביה) הכשירים להינשא בישראל, ברי כי עצם עריכתו של טקס נישואין אזרחי אינו נוגד את תקנת הציבור החיצונית של ישראל.²¹¹ השאלה שטרם זכתה למענה במשפט הישראלי היא אם הכרה מהותית בנישואיהם הזרים של בני זוג, אזרחי ישראל ותושביה, הנעדרים כושר להינשא לפי דינם האישי (להבדיל מעצם רישומם של נישואין אלה), נוגדת את אחד מעקרונות היסוד המבטאים את תקנת הציבור הישראלית החיצונית, או שמא המגבלות שמטיל המשפט הישראלי על כושר הצדדים להינשא (או חלקן) משקפות אך את תקנת הציבור הפנימית. לשם מענה על שאלה זו, נפנה תחילה לפתרונות שהוצעו בסוגיה זו במשפט המשווה, ולאחר מכן נבחן באיזו מידה משליכים מאפייניו הייחודיים של מוסד הנישואין הישראלי על קביעת תוכנה של תקנת הציבור.

לאורך השנים גיבשו בתי המשפט באנגליה ובארצות-הברית כמה עקרונות מנחים בכל הנוגע לפרשנותה של תקנת הציבור החיצונית בסוגיית ההכרה בסטטוס זר.²¹² כפי שראינו, עקרון היסוד של המשפט הבין-לאומי הפרטי בכל הנוגע להכרה

²¹⁰ בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 373 (2000). בפרשה זו הדגישה המדינה כי ביסוד סירובה לרשום את צו האימוץ ההדדי שניתן לטובת בנות הזוג בקליפורניה לא עמדו שיקולים של תקנת הציבור. שם, בעמ' 372. עם זאת, כדברי השופטת (כתוארה אז) ביניש, בעמ' 377 לפסק הדין: "טענת המשיב במקרה דנן, שלפיה אי-נכונות הרישום המבוקש 'גלויה לעין' בשל היעדר אפשרות להכיר בשתי אימהות לאותו ילד איננה אלא לבוש שונה לטענה שאין להכיר באימוץ המבוסס על יחסים חד מיניים בין ההורה הביולוגי להורה המאמץ". ביניש קבעה כי פקיד הרישום אינו מוסמך לשקול שיקולים מעין אלה, ולפיכך נמנעה מלדון בטענה לגופה. השופטת דורנר, לעומת זאת, הביעה את העמדה כי צו האימוץ אינו מנוגד לתקנת הציבור. שם, בעמ' 373-374. ואילו השופט זועבי, שנותר בדעת מיעוט, ציין כי "אף ייתכן שהדברים יבואו בסתירה לתקנת הציבור הישראלית, דבר העלול למנוע אפשרות הכרה בצו האימוץ הזר". שם, בעמ' 381. לאור ההלכה שנקבעה בפרשת **ירוס-חקק**, נשמט הבסיס תחת עמדתו האמורה של השופט זועבי. ראו פרשת **ירוס-חקק**, לעיל ה"ש 116.

²¹¹ פרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 6.

²¹² יצוין כי על אף אופייה המקומי של תקנת הציבור, מסתמן תהליך של הרחבת הדוקטרינה באופן שתכנים ראויים מתוך המשפט הפרטי והציבורי של שיטות משפט זרות מוחלים בפורום המקומי, במקרה המתאים. ראו: פרשת **AHAVA**, לעיל ה"ש 197, פס' 10 לפסק דינו של השופט אוקון. כן ראו: איריס קנאור "המשפט הבינלאומי הפרטי וערעור הריבונות בעידן הגלובליזציה – החלת משפט ציבורי זר על חוזים עבר-לאומיים" **עינוי משפט** כז 489, 491 (2003). כדוגמה למגמה זו מפנה בית המשפט בפרשת **AHAVA** לפסק דינו של בית המשפט של הקהילה האירופית ב-Case 7/98 Krombaci and Bamberski [2000] ECR I-1935, שבו נקבע כי הבחינה תיעשה לפי "תקנת הציבור האירופית", ושקול הדעת של בתי המשפט של

בנישואין הנערכים מחוץ לפורום, הוא העיקרון של מתן תוקף לנישואין אלה:

“Clearly the predominant policy among nations today is to prefer marriage, and to impose relatively few conditions on marriage. Likewise, there appears to be a presumption in favor of recognizing foreign marriages, as a general rule. Accommodating personal autonomy seems to be a stronger part of marriage policy today than in the past”²¹³

לפיכך נוהגים בתי המשפט, הן בארצות-הברית והן באנגליה, לפרש את תקנת הציבור החיצונית בצמצום רב.²¹⁴ מגמה זו מצאה ביטוי גם באופן ניסוחו של החרג

המדינות ייבחו לפי אמת מידה זו. לעניין זה ציין בית המשפט של הקהילה האירופית כדלקמן: “Consequently, while it is not for the Court to define the content of the public policy of the contracting state, it is none the less required to review the limits within which the courts of a contracting state may have recourse to that concept for the purpose of refusing recognition to a judgment emanating from a court in another, contracting state”

²¹³ Wardle, לעיל ה"ש 51. לדיון במאפייני החרג במשפט האנגלי, ראו: CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 908. העיקרון של מתן תוקף לנישואין איננו השיקול היחיד העומד בבסיס פרשנותה המצמצמת של תקנת הציבור החיצונית. גישה זו נובעת גם מהתפיסה שלפיה פרשנות מרחיבה של העיקרון האמור עלולה להביא לביטולם, הלכה למעשה, של כללי בררת הדין. ראו לעניין זה: שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 472.

²¹⁴ PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 8. בארצות-הברית מוכר חריג נוסף לעיקרון של דין מקום עריכת הטקס (פרט לדוקטרינה של תקנת הציבור): חוקים האוסרים "התחמקות" (Evasion Statutes), המובילים, אף הם להחלת דין הפורום. לפי חוקים אלה, הקיימים כיום ב-13 מדינות בארצות-הברית, נישואיהם של מי שנסעו למדינה זרה על מנת לחמוק ממגבלה על כושרם להינשא הקבועה בדין מדינתם – בטלים. כך, למשל, החוק של אריזונה קובע כי: “Parties residing in this state may not evade the laws of this state relating to marriage by going to another state or country for solemnization of the marriage”, ARIZ. REV. STAT. ANN. § 25-112(C) (1956). עוד ראו: Andrew Koppelman, *Same-Sex Marriage*, *Choice of Law and Public Policy*, 76 TEX. L. REV. 921, 923 (1998). עם זאת, אף חריג זה פורש בצמצום רב, ובמרבית המקרים נמנעו בתי המשפט בארצות-הברית מלהחיל את החוקים האוסרים "התחמקות", והכירו בתוקפם של הנישואין אף כאשר הצדדים נסעו לזמן קצר למדינה זרה במטרה ברורה לחמוק מאיסור כזה או אחר, וחזרו למדינתם מיד לאחר טקס הנישואין. ראו: PÅLSSON, שם, בעמ' 29, 32, 74. לעניין הפרשנות המצמצמת שהוענקה ל"חוקי ההתחמקות" ראו גם: Barbara J. Cox, *Same-Sex Marriage and Choice-of-Law: If We Marry in Hawaii, Are We Still Married When We Return Home?* 1994 WIS. L. REV. 1033, 1074-1082 (1994); Larry Kramer, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, 106 YALE L. J. 1965, 1969-1970 (1997).

ב- Restatement, Second, Conflict of Laws (1971):

“A marriage which satisfies the requirements of the state where the marriage was contracted will everywhere be recognized as valid unless it violates the strong public policy of another state which had the most significant relationship to the spouses and the marriage at the time of the marriage”.²¹⁵

ה-Restatement הותירה את מלאכת הגדרתה של תקנת הציבור החיצונית וקביעת תוכנה והיקפה בידי בתי המשפט. על מנת לקבוע אם ההכרה בנישואין הזרים נוגדת, בנסיבות העניין, את תקנת הציבור “החזקה” (“Strong public policy”) של המדינה שלצדדים יש את מרב הזיקות אליה, נוהגים בתי המשפט בארצות-הברית לבחון כמה פרמטרים.²¹⁶ ראשית, בתי המשפט בודקים אם הנישואין הנדונים בטלים מעיקרם או שמא הם ניתנים לביטול, וזאת על יסוד התפיסה שלפיה רק היות הנישואין בטלים מעיקרם עשוי להצביע על תקנת ציבור “חזקה” דיה לשם שלילת תוקפם.²¹⁷ שנית, בתי המשפט נוהגים לבדוק אם יש בהינשואם של הצדדים זה לזה משום הפרה של סנקציה פלילית; היות הנישואין מנוגדים לחוק הפלילי עשוי להצביע אף הוא על אינטרס חזק דיו לשם שלילת תוקפם. שלישית, בתי המשפט לעתים לוקחים בחשבון גם את אופן התייחסותן של מדינות אחרות לנישואין מהסוג הנדון, ובודקים אם מדובר באיסור המקובל במרבית המדינות או רק במיעוטן. גורם נוסף העשוי להילקח

²¹⁵ RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS § 283(2) (1971). בהיעדר חקיקה בשאלת תוקפם של נישואין שנערכו מחוץ לפורום, פונים בתי המשפט בארצות-הברית לעקרונות הכלליים של המשפט הבין-לאומי הפרטי ובכלל זה ל-Restatement; כלל בררת הדין הקבוע ב-Restatement אומץ בחקיקתן של כמחצית המדינות בארצות-הברית. ראו: Koppelman, שם, בעמ' 86. במשפט האנגלי מקובל להגדיר את העקרון של תקנת הציבור כדלקמן: “English courts will not enforce or recognize a right, power, capacity, disability or legal relationship arising under the law of a foreign country, if the enforcement or recognition of such rights, power, capacity, disability or legal relationship would be inconsistent with the fundamental public policy of English Law”. DICEY & MORRIS, לעיל ה"ש 63, בעמ' 83.

²¹⁶ BLAIR, לעיל ה"ש 75, בעמ' 378-379.

²¹⁷ שם. כך, למשל, הגישה המקובלת בארצות-הברית מסווגת נישואי קטינים כנישואין הניתנים לביטול (ולא כבטלים מעיקרם). ראו, למשל: Wilkins v. Zelichowski, 140 A.2d 65 (NJ. 1958). בהתאם לסיווג זה נפסק, במרבית המקרים, כי איסור נישואי הקטינים איננו משקף תקנת ציבור חזקה דיה לשם שלילת תוקפם, וזאת אף כאשר הצדדים ערכו את הנישואין במדינה זרה מתוך כוונה ברורה לחמוק מהאיסור הקבוע במדינתם. ראו, למשל: State v. Graves, 307 S.W.2d 545 (Ark. 1957). כן ראו: PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 70-72.

בחשבון הוא המטרה הספציפית שלשמה מתבקשת ההכרה בנישואין.²¹⁸ סקירת הפסיקה האמריקנית מעלה כי אין אף לא באחד מהגורמים האמורים כשלעצמו, כדי להביא לשלילת תוקפם של הנישואין; העיקרון של מתן תוקף לנישואין מקבל על פי רוב עדיפות מכרעת, ואף התקיימותם של כמה פרמטרים באופן מצטבר איננה מובילה בהכרח למסקנה שהנישואין נוגדים את תקנת הציבור. כך, למשל, היות הנישואין בטלים מעיקרם (לפי דין המדינה שלצדדים יש את מרב הזיקות אליה) מעולם לא שימש, כשלעצמו, בסיס לקביעה שהנישואין נוגדים את תקנת הציבור; המקרים הבודדים שבהם הוחל החריג היו מקרים שבהם, נוסף על היות הנישואין בטלים מעיקרם לפי חוקי הפורום, הם גם נערכו בניגוד לסנקציה פלילית המקובלת במרבית המדינות, כדוגמת ביגמיה או גילוי עריות.²¹⁹ לא אחת נפסק כי אף במקרים מעין אלה אין לשלול את תוקף הנישואין.²²⁰ ניתן למצוא גישה דומה גם במשפט האנגלי.²²¹ עיקר הדיון שנערך במשפט האנגלו-אמריקני בדבר פרשנותה והיקפה של תקנת הציבור החיצונית כסייג להכרה בנישואין זרים, ושכמסגרתו גובשו אמות המידה האמורות, נסב סביב שלוש המגבלות על הזכות להינשא המקובלות בכל מדינות המערב – גיל הנישואין, ריבוי נישואין וקרבת דם או חיתון – ועל שיקולי המדיניות השונים שבבסיס כל אחת מהן.²²² אם כי לאחרונה מתקיים דיון ער בעיקר בארצות-הברית, גם לגבי המגבלה הנוגעת למינם של בני הזוג (מגבלה המקובלת, עדיין,

²¹⁸ ראו, למשל: *In re Dalip Singh Bir's Estate*, 188 P.2d 499 (Cal. Dist. Ct. App. 1948). שבה הוכרו הנישואין הפוליגמיים על מנת להבטיח חלוקה שוויונית של רכוש הבעל המנוח בין שתי נשותיו; בית המשפט נמנע מלקבוע שהנישואין הנדונים מנוגדים לתקנת הציבור.

²¹⁹ ראו, למשל: *People v. Ezeonu*, 588 N.Y.S.2d 116 (N.Y. Sup. Ct. 1992) (אי-הכרה בנישואין פוליגמיים); *Leszinske v. Poole*, 110 N.M. 663, 798 P.2d 1049 (1990) (אי-הכרה בנישואי קרובים).

²²⁰ PÄLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 21–22, 76.

²²¹ המלומד Mills מזהה שלושה עקרונות המנחים את בתי המשפט האנגליים בהחלתה של תקנת הציבור החיצונית: מידת קרבתו של הפורום לסכסוך; מידת היחסיות של הנורמה שהופרה; וחומרת ההפרה של הנורמה בנסיבות העניין. ככל שמעורבותו של הפורום בסכסוך ממשית יותר וככל שהנורמה שהופרה מוחלטת יותר, כך גוברת ההצדקה לעשות שימוש בתקנת הציבור כמחסום בפני החלת הדין הזר (ולחיפך). עם זאת, אף כאשר מצביעים השיקולים האמורים לעבר החלת הדוקטרינה, עשויים בתי המשפט להימנע מהשימוש בה אם יישומה עלול לגרום לאי-צדק בנסיבות העניין. ראו: Mills, לעיל ה"ש 206, בעמ' 210–218, 234–235. ראו גם: McCLEAN & BEEVERS, לעיל ה"ש 51, בעמ' 213–217.

²²² כדברי בית הלורדים בעניין *Radwan v. Radwan* (1972), 3 All E.R. 1026, 1037: "It is an over-simplification of the common law to assume that the same test [...] applies to every kind of incapacity – non-age, affinity, prohibition of monogamous contract by virtue of an existing spouse, and capacity for polygamy. Different public and social factors are relevant to each of these"

במרבית מדינות המערב).²²³ מגבלות אלו הן המגבלות היחידות על כושר הצדדים להינשא שנותרו בעינן במשפט האנגלו-אמריקני (כמו גם ביתר מדינות המערב).²²⁴ אף שהמשפט הישראלי מטיל שורה של מגבלות נוספות על כושרם של הצדדים להינשא זה לזה, הנובעות מתחולתו הבלעדית של הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין במדינת ישראל,²²⁵ סבורני כי ניתן להסתייע באמות המידה שגובשו במשפט האנגלו-אמריקני גם לשם התוויית גבולותיה של תקנת הציבור החיצונית של המשפט הישראלי. אמות המידה האמורות מביאות לידי ביטוי את התובנה שלפיה הפעלת החריג עשויה להיות מוצדקת רק במקרים קיצוניים ויוצאי דופן, ורק כאשר נמצא כי ההכרה בנישואין הנדונים תפגע באינטרס החברתי הכולל, בהיותה נוגדת עקרונות-על וערכי מוסר בסיסיים שיש לגביהם הסכמה חברתית רחבה. ראוי כי תובנה זו תיושם גם בשיטת המשפט הישראלית.

2. תקנת הציבור הישראלית והמתת בין הדין הדתי לדין החילוני

השאלה שמייחדת את המשפט הישראלי היא אם שליטתו של הדין הדתי בסוגיית הכושר להינשא בישראל משליכה אף היא על תוכנה של תקנת הציבור הישראלית החיצונית. סבורני כי כדי לענות על שאלה זו, ראוי לסווג את המגבלות על כושר הצדדים להינשא בישראל, הקבועות כולן בדין הדתי, לשתי קטגוריות עיקריות: קטגוריה אחת כוללת מגבלות המשרתות (גם) אינטרסים דמוקרטיים-חילוניים; ואילו הקטגוריה השנייה כוללת מגבלות שהשיקולים העומדים בבסיסן הם דתיים גרידא, במקורם ובמהותם.²²⁶ כפי שנראה מיד, עם הקטגוריה הראשונה נמנות המגבלות הנוגעות לגיל הנישואין, ריבוי נישואין וקרבת דם או חיתון; ואילו בקטגוריה השנייה נכללים האיסורים של נישואין בין "פסולי חיתון" ושל נישואין בין בני דתות שונות ("נישואי תערובת"), הקבועים אף הם בדין היהודי הדתי. לצורך דיוננו נשייך לקטגוריה השנייה אף את המגבלות על נישואיהם של חסרי הדת ושל אלו שדתם אינה מוכרת.²²⁷

²²³ ראו לעניין זה: פרק ז, תת פרק 2, נושא 2.3 להלן.

²²⁴ ראו: MARY ANN GLENDON, THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE 49 (1989).

²²⁵ ראו ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגרושין), התשי"ג-1953. באשר לתחולת הדין הדתי על בני עדות דתיות אחרות בישראל, ראו סימנים 52, 54 ו-64 לדבר המלך במועצה, 1922.

²²⁶ על משקל דבריו של השופט לנדוי שהבחין, אף כי בהקשר שונה, בין "איסור דתי במקורו ובמהותו" לבין הפרת נורמה חילונית. בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד כד(1) 707, 712 (1970) (להלן: "פרשת רודניצקי").

²²⁷ מגבלות אלו אמנם אינן קבועות באופן מפורש בדין הדתי עצמו (ואף לא בדין האזרחי), אולם הן נובעות מתחולתו הבלעדית של דין זה בענייני נישואין וגירושין ומהיעדר האפשרות להינשא בטקס אזרחי במדינת ישראל. ראו לעניין זה נושא 2.2 להלן.

ניתן למצוא תימוכין להבחנה בין הקטגוריות האמורות גם בהוראות המשפט הבין-לאומי (הפומבי). אף כי הזכות להינשא היא זכות יסוד מהמעלה הראשונה הזוכה להגנה מקיפה במשפט הבין-לאומי, הרי היא איננה זכות מוחלטת, והיא עשויה לסגת, לעתים נדירות ובמקרים יוצאי דופן, מפני אינטרסים מתנגשים. המשפט הבין-לאומי (כמו גם משפטן הפנימי של מרבית מדינות המערב) מכיר בהטלת מגבלות בודדות בלבד על החופש להינשא, וזאת רק מטעמים דמוקרטיים-חילוניים כבדי משקל. הואיל והוראות המשפט הבין-לאומי אוסרות הפליה מכל סוג שהוא בהענקת הזכות לנישואין, הרי שהן שוללות מניה וביה הטלת מגבלות הנשענות על נורמות דתיות גרידא. מגבלות מסוג זה אינן עולות בקנה אחד עם זכות האדם הבסיסית להינשא ולהקים משפחה, כפי שזו מוגדרת באמנות זכויות האדם השונות. כך גם במשפט הישראלי: ההכרה בזכות לנישואין כזכות יסוד חוקתית המעוגנת בזכות החוקתית לכבוד שבחוק-היסוד תומכת בהבחנה האמורה, שהרי מגבלות על הזכות להינשא המושתתות על נורמות דתיות גרידא פוגעות בזכות זו בניגוד לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. אף כי סעיף שמירת הדינים אינו מאפשר להכריז על בטלותן של מגבלות שאינן מתיישבות עם חוק-היסוד, הרי שמגבלות אלו ודאי אינן משקפות את תקנת הציבור הישראלית החיצונית. לפיכך, וכפי שנראה בהמשך הדברים, סבורני כי רק האינטרסים שבבסיס המגבלות המנויות בקטגוריה הראשונה עשויים לשקף את תקנת הציבור הישראלית החיצונית, ואילו האינטרסים שבבסיס המגבלות המנויות בקטגוריה השנייה עשויים לשקף, לכל היותר, את תקנת הציבור של הדין הישראלי הפנימי.

נדון בקטגוריות אלו כסדרן, ולאחר מכן ניתן דעתנו למגבלה הנוגעת למינם של בני הזוג, המצריכה דיון נפרד.

2.1 דיבוי נישואין, נישואי עריות ונישואי קטינים

לא זו בלבד שהדין היהודי הדתי קובע גיל מינימלי לנישואין,²²⁸ ואוסר ריבוי

²²⁸ גיל הנישואין המינימלי הקבוע בדין היהודי הוא 13 לנערים ו-12.5 לנערות, אם כי הדין היהודי מתיר לאב לקדש את בתו גם בהיותה בת פחות מ-12.5; הקטינה אפוא איננה כשירה לערוך את הנישואין בעצמה לפני הגיעה לגיל הקובע. הבחנה דומה קיימת גם בדין המוסלמי, המתיר לאב להשיא את בתו הקטינה אף שאינה יכולה להינשא בעצמה. ראו: שיפמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 149. חוק גיל הנישואין, התש"י-1950 (להלן: "חוק גיל הנישואין"), קובע כי הגיל המינימלי לנישואין, עבור נערים ונערות כאחד, הוא 17. עם זאת, אם הנישואין תקפים על פי הדין האישי החל על הצדדים, אין בסנקציה הפלילית כדי לשלול את תוקפם. ס' 3 לחוק גיל הנישואין אמנם קובע עילת תביעה (חילונית) להתרת קשר נישואין שנערך בניגוד להוראות החוק, אולם סעיף זה מעולם לא הופעל, שכן יקשה לכפות על בית הדין הדתי להתיר את קשר הנישואין ללא עילה שמקורה בדין הדתי. שם, בעמ' 151.

נישואין²²⁹ ונישואי עריות,²³⁰ אלא שהחוק הישראלי החילוני מטיל סנקציות פליליות על גילוי עריות ועל עריכת נישואין ביגמיים ונישואי קטינים.²³¹ אף שאין בסנקציות אלו כדי לגרוע מתוקפם המהותי של הנישואין (עניין שבו נמנע המחוקק החילוני מלהתערב),²³² הרי הפיכת האיסורים הדתיים (והרחבתם) לעברות פליליות, מחזקת את תקנת הציבור התומכת בנורמות המגולמות באיסורים אלה.²³³ נראה אפוא כי בסוגיה זו לא שורר כל מתח בין תפיסת הדין הדתי לבין זו של הדין החילוני. עיקר מטרתם של שלושת האיסורים להבטיח ערכי יסוד ולהגן על צדדים חלשים,²³⁴ והם

²²⁹ יש לציין, עם זאת, כי על פי הדין היהודי, נישואי גבר לאישה שנייה (להבדיל מנישואיה של אישה לגבר נוסף) שנערכו בניגוד לאיסור, אינם מחוסרי תוקף. חרם דרבנו גרשום אמנם אוסר להינשא לאישה שנייה, אך העברה על החרם איננה שוללת בדיעבד את תוקף הנישואין שנערכו בניגוד לו. יתר על כן, ישנם מקרים (יוצאי דופן) שבהם מתיר הדין היהודי לגבר לשאת אישה שנייה. גם לפי הדין המוסלמי, נישואי גבר לאישה שנייה אינם מחוסרי תוקף. הדין הנוצרי והדין הדרוזי, לעומת זאת, אוסרים ריבוי נישואין מכול וכול, וקובעים את בטלותם מעיקרא. ראו: שיפמן, שם, בעמ' 159–160; אהרון ליש "הפולגמיה והמשפחה הדרוזית בישראל" **עיוני משפט** ה' 572 (1977); יעקב מירון "ריבוי נשים למוסלמים וחוקתיות איסורו" **משפטים** ג' 515 (1972).

²³⁰ הדין היהודי קובע כי נישואי עריות בטלים מעיקרם, והצאצאים הם בגדר ממזרים. אף כי דרגות הקרבה האסורה עשויות להשתנות משיטת משפט לרעותה ומדין דתי כזה לאחר, הרי איסור קרבת הדם או החיתון משותף לכל הדתות ולכל התרבויות. באשר לדרגות האיסור והיקפו בדין היהודי ראו: שיפמן, שם, בעמ' 186.

²³¹ ס' 351 לחוק העונשין (שכותרתו "עבירות מין במשפחה ובידי אחראי על חסר ישע") מגדיר את עבירת גילוי העריות כעברה פלילית נפרדת, בקבעו עונשים מרביים חמורים יותר בגין ביצוע עברות מין במסגרת התא המשפחתי (ובכלל זה אינוס, בעילה בהסכמה ומעשים מוגנים). ראו לעניין זה: לימור עזיוני **גילוי עריות** 113–128 (2009). ס' 176 לחוק העונשין מטיל עונש מאסר של חמש שנים על עריכתו של טקס נישואין על ידי אדם בעודו נשוי לבן זוג אחר, וזאת ללא כל קשר להשתייכותו הדתית. ס' 2 לחוק גיל נישואין, מטיל עונש מאסר של שנתיים על האיש או האישה הנושאים את הנערה או הנער, על עורך הנישואין ועל מי שסייע לו. לצד האיסור הפלילי קובע ס' 5 לחוק גיל נישואין, שתי עילות חלופיות להיתר מטעם בית המשפט לנישואין בגיל צעיר: האחת נוגעת לנסיבות שבהן הנערה הרתה או ילדה לאדם שלו היא מבקשת להינשא, או במקרה של נער, כאשר האישה שברצונו לשאת הרתה או ילדה. חלופה נוספת הנוגעת הן לנישואי נער והן לנישואי נערה היא מקרה שבו מלאו להם שש-עשרה שנה ולדעת בית המשפט קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות מתן היתר שכזה, וזאת מבלי לפרט מהן אותן "נסיבות מיוחדות". לדין בעילות ההיתר, ראו: שיפמן, שם, בעמ' 152–154.

²³² המחוקק הישראלי, שנרתע מלהתערב במישור דיני הנישואין הדתיים, צמצם את התערבותו להטלת סנקציות פליליות על עריכת הנישואין שביקש למנוע, וזאת מבלי לנקוט עמדה בשאלת תקפותם. ראו: שיפמן, שם, בעמ' 148, 161.

²³³ אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול** 306 (1990).

²³⁴ ההגבלה בדבר גיל הנישואין נובעת, בין היתר, מהתפיסה כי תנאי מוקדם לנישואין הוא הסכמה חופשית של בני הזוג להינשא, וקביעת גיל מינימום הכרחית על מנת להבטיח את חופשיות ההסכמה. נימוק נוסף הוא הצורך להבטיח חיי נישואין יציבים והתפיסה שלפיה ניתן להבטיח יציבות שכזו רק אם שני בני הזוג בוגרים דיים כך שיהיו מודעים באופן מלא לחובותיהם במסגרת המשפחה: "לשם יצירת תא משפחתי בעל קשר פורמלי מהיבט דרושים בגרות אישית,

משקפים את האינטרס החברתי הכולל.²³⁵ שלוש המגבלות נשענות על שיקולים רציונליים חילוניים, ומבחינת תוכנן אין לראות בהן משום נורמה דתית. מגבלות אלו, המקובלות בכל מדינות המערב ללא יוצא מן הכלל,²³⁶ ייוותרו על כנן גם במסגרת רפורמה להנהגת נישואין אזרחיים במדינת ישראל.²³⁷

לאור הרציונלים שבבסיס שלושת האיסורים האמורים, כמו גם יתר מאפייניהם,

ובחברה מתוקנת ממתנים להתגבשותה של האישיות, קרי של תכונות הנפש והגוף, לפני שמתירים נישואין" – ע"א 4736/94 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 16.10.94). ראו גם: שימון, לעיל ה"ש 33, בעמ' 150. מטרתו של איסור ריבוי הנישואין היא עקירת מנהגים מקובלים בחברות מסורתיות מסוימות, הפוגעים במעמדן של הנשים בחברה. יש הטוענים כי אופן ניסוחו של איסור הביגמיה בחוק העונשין מעיד על כך שמטרת האיסור היא להגן על האישה הראשונה מפני פגיעה בזכויותיה ובמעמדה על ידי נישואין עם אישה אחרת על פניה; הגנה זו חיונית בפרט אם הנישואין השניים עשויים לתפוס לפי הדין הדתי. שם, בעמ' 160. לעמדה שונה בעניין זה ראו: ע"ם 369/07 אבו נאב נ' משרד הפנים, פדאור 09 (58) 764 (טרם פורסם, 23.12.2009), פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל: "האיסור על ריבוי נישואין אינו מיועד להגן דווקא על האישה הראשונה בזמן אלא על מוסד המשפחה בכללותו ועל מעמדה של האישה במסגרת המשפחתית, בין אם באישה ראשונה מדובר ובין אם באישה שניה או שלישית". איסור ריבוי הנישואין אפוא מבוסס על עקרון השוויון בין המינים ומטרתו למנוע שעבודן של נשים לשלטון גברי-פטריארכלי. ראו: יובל מרין "על התמורות בקשר בין אהבה לנישואין – השלכות משפטיות ומגדריות" **משפטים על אהבה** (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) 227, 261. גם את המגבלה בדבר קרבת דם או חיתון אין לסווג כנורמה דתית דווקא: לא זו בלבד שחוק העונשין מטיל איסור חמור על גילוי עריות, אלא שאיסור זה מקובל בכל התרבויות ויש לו צידוקים רציונליים העומדים בפני עצמם. אחד ההסברים לקיומו של האיסור הוא טעם גנטי, קרי: החשש שילדים הנולדים לקרובי משפחה עלולים ללקות במומים גנטיים שונים. החשש הגנטי אמנם אינו מצדיק איסורים המבוססים על קרבת חיתון, ובעניין זה נראה כי הרציונל נשאב מחששות פסיכולוגיים כבדי משקל. ראו: מרין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 706–708 וההפניות שם.

²³⁵ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 233, בעמ' 307.

²³⁶ העיקרון של גיל מינימום לנישואין עוגן אף באמנה בין-לאומית המיוחדת לעניין זה, שעליה חתמה ישראל. ראו: Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages 521 U.N.T.S. 231, Dec. 9, 1964. ס' 2 לאמנה קובע: "States Parties to the present Convention shall take legislative action to specify a minimum age for marriage. No marriage shall be legally entered into by any person under this age, except where a competent authority has granted a dispensation as to age, for serious reasons, in the interest of the intending spouses".
 16 (1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם [Universal Declaration of Human Rights,] G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at p. 71 (1948); ס' 23 (2) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 1041, בעמ' 269; וס' 16 (2) לאמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 1035, בעמ' 179.

²³⁷ ראו, למשל, הצעת חוק נישואין וגירושין, התשס"ט-2009 (236/18/פ) מיום 1.4.2009. והשוו: ס' 2 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010, המתנה את כשירות הצדדים להירשם כבני זוג בהיותם פנויים, בני 18 שנים לפחות, ונעדרי קרבת משפחה.

ובהסתמך על הפרמטרים שגובשו במשפט האנגלו-אמריקני, ייתכן שהכרה בנישואין שנערכו מחוץ לישראל בניגוד לאחד מהאיסורים האמורים תימצא כנוגדת את תקנת הציבור הישראלית החיצונית.²³⁸ עם זאת, ראוי כי בית המשפט יישם את הדוקטרינה של תקנת הציבור בגמישות גם לגבי עריכת נישואין המנוגדים לאחד מהאיסורים האמורים (על אף תפיסתם כאיסורים מוחלטים). כך, למשל, ראוי כי בית המשפט ישקול את אפשרות ההכרה המלאה בסטטוס הזר כאשר מידת הפגיעה באינטרס המוגן בנסיבות העניין היא מזערית בלבד.²³⁹ אף כשנמצא כי חומרת הפגיעה באינטרס המוגן בנסיבות העניין מחייבת שלא ליתן תוקף מלא לנישואין הנערכים בניגוד לאיסורים האמורים, יש לשקול להכיר בנישואין למטרה מסוימת בכל מקרה לפי נסיבותיו ובהתחשב בסעד המבוקש, ובלבד שההכרה בנישואין למטרה ספציפית זו לא תימצא כנוגדת את הרציונל שבבסיס האיסור.²⁴⁰

2.2 נישואיהם של חסרי דת, 'פסולי חיתון' ו'זוגות מעורבים'

פרט לשלוש המגבלות המקובלות בכל מדינות המערב, מטיל המשפט הישראלי שורה של מגבלות נוספות על הזכות להינשא, הנובעות מתחולתו הבלעדית של הדין הדתי

²³⁸ דיון מקיף בשאלת ההכרה בנישואין שנערכו מחוץ לישראל בניגוד לאחד משלושת האיסורים האמורים חורג מגדר המאמר הנוכחי, שעיקר עניינו בשאלת ההכרה בישראל בנישואיהם הזרים של בני זוג בגירים, פנויים ונעדרי קרבת דם או חיתון. סוגיה זו נדונה בהרחבה במשפט המשווה. ראו ההפניות שבה"ש 208 - 213 לעיל.

²³⁹ ראו, למשל: *Cheni v. Cheni*, [1965] P. 85 (Eng.). כפי שעולה מפרשה זו, הכרה בנישואין הנערכים מחוץ לאנגליה (והתקפים על פי דינם האישי של בני הזוג) בין קרובי משפחה בדרגת קרבה שאינה עולה כדי עברה פלילית של גילוי עריות (כהגדרתה בחוק האנגלי), איננה נוגדת את תקנת הציבור האנגלית, וזאת על אף האיסור (האזרחי) לערוך נישואין שכאלה באנגליה עצמה. כן ראו: *Mohamed v. Knott*, [1969] 1 Q.B. 1 (Eng.). *cf.* שבו הוכרו נישואין שנערכו בניגוריה בין בגיר לילדה בת 13, הגם שנישואין שכאלה אסורים באנגליה. לדיון בגמישות של תקנת הציבור בהקשר של נישואי קטינים ראו גם: John Murphy, *Rationality and Cultural Pluralism in the Non-Recognition of Foreign Marriages*, 49 INT'L & COMP. L.Q., 643, (2000) 653-658. כן ראו MILLS לעיל ה"ש 206, בעמ' 218.

²⁴⁰ לדיון בגישת התוקף היחסי ראו לעיל פרק ג'. כפי שיוסבר בהמשך, סבורני כי להבדיל מהאיסורים של נישואי קטינים, נישואי עריות וריבוי נישואין, "עקפת" איסורים שהם דתיים במקורם ובמהותם (קרי: כל יתר האיסורים הקבועים בדין הישראלי) אינה מצדיקה את הפעלת החריג של תקנת הציבור, הואיל ואיסורים אלה אינם משקפים את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי בכללותו. לפיכך, המנגנון של הכרה חלקית בסטטוס הזר (קרי: למטרה מסוימת בלבד), כמו גם המנגנון של הכרה בסטטוס בהתאם למידת הפגיעה באינטרס המוגן בנסיבות העניין אינם ישימים בכל הנוגע לנישואיהם הזרים של מנועי חיתון שהנם בגירים, פנויים ונעדרי קרבת דם או חיתון, הואיל ויש להכיר בנישואין אלה באופן מלא, לכל דבר ועניין, יהיו נסיבות המקרה הקונקרטי והסעד המבוקש אשר יהיו.

בענייני נישואין וגירושין. מגבלות אלה ייחודיות למדינת ישראל. לעניין זה יש להבחין בין היעדר יכולת מעשית להינשא במדינת ישראל לבין מניעה הנובעת מאיסור מפורש הקבוע בדין הדתי. ככל שהדבר נוגע לאזרחי ישראל שהם חסרי דת או שדתם אינה מוכרת, הרי חוסר יכולתם להינשא בישראל נובע מצמצם הדרישה לעריכת טקס נישואין דתי ומהיעדר הסדר משפטי פוזיטיבי בנוגע לנישואיהם, ואין הוא נובע מהוראה מפורשת השוללת את כושרם להינשא או מאיסורים דתיים או אזרחיים כלשהם. חסרי הדת ואלו שדתם אינה מוכרת מצויים אפוא "בחלל משפטי" בכל הנוגע לענייני נישואיהם.²⁴¹ לפיכך, וכיוון שהדין הישראלי נעדר עמדה ערכית בסוגיה זו, אין לומר כי הכרה בנישואיהם של חסרי הדת ושל אלו שדתם אינה מוכרת, שעה שאלה נערכים מחוץ לישראל, נוגדת את תקנת הציבור הישראלית החיצונית. מסקנה זו מתחזקת גם נוכח חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010: אף כי אין החוק מכיר בזכותם של חסרי הדת להינשא בישראל עצמה, אין לראות בו משום הסדר שלילי באשר להכרה בנישואיהם הזרים; נהפוך-הוא: החוק, שנועד לקדם ולהסדיר את קשרי הזוגיות של חסרי הדת, מעיד על כך שהכרה בנישואיהם הזרים אינה נוגדת באופן כלשהו את תקנת הציבור הישראלית (החיצונית).

שאלה אחרת היא אם תקנת הציבור הישראלית החיצונית צריכה לשקף את הנורמות המגולמות באיסורי נישואיהם של "פסולי החיתון"²⁴² ושל בני דתות שונות ("נישואי תערובת"), נורמות שהן דתיות במקורן ובמהותן. במילים אחרות: האם הכרה בנישואין שנערכו על ידי אזרחי ישראל בחו"ל בניגוד לאיסורים דתיים אלה, תביא לתוצאות מאוסות ובלתי-נסבלות, שיש בהן כדי לפגום בסדר הציבורי והחברתי במדינת ישראל? נראה כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. לא אחת נפסק כי תקנת הציבור הישראלית (הפנימית) נקבעת על פי "ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור",²⁴³ וכי "אין לזהות את תקנת הציבור בישראל עם המדיניות המשפטית המונחת ביסוד הדין הדתי".²⁴⁴ תקנת הציבור מכוונת לציבור בכללו, "על גווניו,

²⁴¹ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 133, בעמ' 300. עם זאת, וככל שהדבר נוגע לבני זוג המשתייכים לדת שאינה מוכרת, בזמנו הובעה העמדה שלפיה במידה שיש לבני הזוג כהן דת בישראל (אף שדת זו אינה מוכרת לצורך השיפוט), הרי שנישואיהם בישראל יזכו בתוקף מלא. ראו: שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 168; שיפמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 77. לפי גישה זו, חלק מהזוגות שדתם אינה מוכרת יכולים להינשא במדינת ישראל. לעמדה שונה, שלפיה זוגות שכאלה נעדרים דין אישי כלשהו, ראו: זילברג, לעיל ה"ש 94, בעמ' 259. לדיון בעמדות השונות ראו: רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ' 298-300.

²⁴² קטגוריה זו מתייחסת, בעיקרה, לבני זוג יהודים שנישואיהם אסורים מראש אך תופסים בדיעבד, כגון נישואי כהן עם גרושה, חלוצה או גיורת. ראו: כרמל שלו "חופש ההתקשרות לנישואין ולחיים משותפים" מעמד האשה בחברה ובמשפט 476-477, 479 (1995); בנציון שרשבסקי דיני משפחה 56-60 (מהדורה רביעית מורחבת, 1993); מרין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 714.

²⁴³ ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335 (1963).

²⁴⁴ פרשת אפרת, לעיל ה"ש 113, בעמ' 780.

דעותיו, אמונותיו, עדותיו ודתותיו",²⁴⁵ והיא מתגבשת על פי מכלול הדעות וההשקפות הרווחות בציבור הנאור, בהתחשב במורכבות ובפלורליזם של החברה הישראלית.²⁴⁶ לפיכך נפסק כי "אפילו יחס משפטי מסוים נחשב כאסור או כחטא על-פי הדין הדתי, אין בכך בלבד להפוך יחס זה כנוגד את תקנת הציבור בישראל"²⁴⁷ (ההדגשה שלי – י.מ.). בתי המשפט בישראל מבחינים אפוא בין תקנת הציבור של הדין הדתי לבין תקנת הציבור של המשפט הישראלי בכללותו:

"נראה כאילו מושג 'תקנת הציבור' מפוצל ומתמלא בתוכן מקביל על ידי הדין הדתי לצרכיו ועל ידי הדין המשפט האזרחי לצרכיו [...] מטעם זה, בין היתר, ניפה בית המשפט את החלק האיסורי (להבדיל מן הנורמטיבי) מן הדין הדתי הנוהג בישראל, כשחלק זה מתנגש חזיתית עם חופש המצפון".²⁴⁸

בתי המשפט האזרחיים אינם רואים עצמם קשורים בהשקפותיו של הדין הדתי אף לעניינה של תקנת הציבור הפנימית. לא אחת נדחו עמדות הדין הדתי בקביעת תוכנה של תקנת הציבור, כפי שזו מיושמת בבית המשפט האזרחי.²⁴⁹ תקנת הציבור ה"חילונית", המבוססת על חופש המצפון ועל החופש להינשא, הוחלה אף בענייני המעמד האישי הנדונים בבתי המשפט האזרחיים.²⁵⁰ בהתאם לגישה זו נמנע בית המשפט העליון מלתת תוקף לאיסור הדתי על נישואי כהן וגרושה, וניאות להעניק סעד לכני זוג פסולי חיתון שנישאו בקידושין פרטיים בתוך מדינת ישראל, אף שמדובר בעניין מובהק של נישואין וגירושין הנדון על פי דין תורה, ואף שבית הדין הרבני אינו מכיר בטקסי נישואין פרטיים.²⁵¹ תחילה פסק בית המשפט העליון כי היות שהדין הדתי מכיר בדיעבד בתוקפם של נישואי כהן וגרושה, אף אם נערכו בטקס

245 ש.ם.

246 ש.ם.

247 ש.ם, בעמ' 780–781.

248 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 233, בעמ' 80.

249 ראו לעניין זה: שיפמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 107–108. ראו לעניין זה גם: פרשת **רודניצקי**, לעיל ה"ש 226, עמ' 715, התייחסותו של לנדוי לאיסור הדתי על נישואי כהן וגרושה: "זו השקפתו של בית-הדין הרבני על האינטרס הציבורי, השקפה הניזונה מאדיקותו הדתית. לבית משפט זה השקפה אחרת על מה שהאינטרס הציבורי דורש בעניין זה [...] השקפה הנשענת על חוק המדינה שהוחק על-ידי נציגי הציבור כולו – אדוקים וחופשיים כאחד – עבור הציבור כולו".

250 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 233.

251 פרשת **רודניצקי**, לעיל ה"ש 226, בעמ' 713–716. לאחרונה הביע בית-הדין הרבני בפתח-תקווה דעתו כי יש לקבוע איסור פלילי על עריכת נישואין פרטיים בישראל. ראו: בד"ר (פ"ת) 7941-63-1 **פלונית נ' פלוני**, פדאור 09 (7) 824 (25.3.2009).

פרטי, קידושיהם הפרטיים תופסים לכל דבר ועניין מבחינת תוקפם המהותי.²⁵² לאחר מכן נפסק כי בני זוג יהודים שנבצר מהם להינשא ברבנות, העורכים טקס קידושין פרטי התופס מבחינת הדין הדתי (ולו מספק),²⁵³ יוכלו לרשום את דבר נישואיהם במרשם האוכלוסין, אם פנו קודם לכן לבית הדין הרבני, וזה סירב להעניק להם סעד.²⁵⁴ כיוון שבית המשפט נסמך על הוראות הדין הדתי (שלפיהן נישואי כהן וגרושה הם אמנם אסורים מלכתחילה אך תקפים בדיעבד), נראה, לכאורה, כי פתרונה של סוגיית הקידושין הפרטיים לא הביא להתנגשות חזיתית עם ערכים דתיים. עם זאת, שלילת הסעד הנובע מקידושין פרטיים מזוגות שאינם מנועים מלהינשא ברבנות,²⁵⁵ כמו גם השיקולים שהנחו את בית המשפט, ובהם: מידת הלגיטימיות של הפגיעה בחופש הדת, היענות למצוקות הפרט, הגנה על חופש הנישואין והדאגה לוודאות הסטטוס, מעידים על כך שתקנת הציבור ה"חילונית", ולא תקנת הציבור של הדין הדתי, היא שהכריעה את הכף בסוגיה זו.²⁵⁶ יתרה מכך, במסגרת הדיון בסוגיית הקידושין הפרטיים של פסולי החיתון (הנערכים בישראל) הביע בית המשפט הסתייגות מפורשת מאיסור נישואיהם של כהן וגרושה, בצינו כי מדובר באיסור "פולחני-דתי" שאיננו עולה בקנה אחד עם ערכי היסוד של מדינה דמוקרטית.²⁵⁷ נראה אפוא כי לאור האופן שבו הותוותה תקנת הציבור בסוגיית הקידושין הפרטיים, הרי שהאיסור ההלכתי על נישואיהם של פסולי החיתון אינו משקף אף את תקנת הציבור הישראלית הפנימית; קל וחומר שאין בו כדי לשקף את תקנת הציבור הישראלית החיצונית.

הסוגיה מורכבת יותר ככל שהדבר נוגע לאיסור ההלכתי על נישואי תערובת. בשונה מנישואיהם של פסולי החיתון, האסורים מראש אך תופסים בדיעבד, הרי על פי הדין העברי, נישואין בין יהודי למי שאינו יהודי בטלים מעיקרם.²⁵⁸ לא זו בלבד

²⁵² פרשת כהן, לעיל ה"ש 102.

²⁵³ ההלכה המורה על רישומם של נישואין פרטיים חלה רק כאשר ניתן לקבוע כי בני הזוג זקוקים לגט לפי הדין היהודי הדתי, אף אם מטעמי חומרא בלבד. שיפמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 234.

²⁵⁴ פרשת גורפינקל, לעיל ה"ש 24, בעמ' 2072; פרשת רודניצקי, לעיל ה"ש 226, בעמ' 704; בג"ץ 29/71 קידר נ' ביה"ד הרבני האזורי ת"א-יפו, פ"ד כו(1) 608 (1972).

²⁵⁵ בג"ץ 130/66 שגב נ' ביה"ד הרבני האזורי צפת, פ"ד כא(2) 505 (1967); ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129 (1971).

²⁵⁶ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 233, בעמ' 78-79, 81.

²⁵⁷ פרשת גורפינקל, לעיל ה"ש 24, בעמ' 2089: "איסור נישואי כהן וגרושה הוא כולו דתי-פולחני, בהיותו מבוסס על מושגים עתיקי יומין על מעמד הבכורה של הכהן בעבודת הקודש. הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו."

²⁵⁸ הדין המוסלמי, לעומת זאת, מתיר לגבר מוסלמי לשאת אישה שאינה מוסלמית. ראו: שיפמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 188. לסקירת התפתחות האיסור על נישואי תערובת ביהדות, ראו: צבי טריגר "אהבה ודעה קדומה: על הפרדוקסאליות של תופעת הנישואין הבין-דתיים בישראל"

שהפרת האיסור על נישואי תערובת נתפסת כמעשה פסול וקיצוני בחומרתו בעיני הדין הדתי,²⁵⁹ אלא שבחוגים מסוימים נתפס האיסור על נישואי תערובת כמשרת גם אינטרס לאומי. כידוע, הטלת השיפוט והדין הדתיים בישראל היא תולדה של ההסדר המנדטורי ושל השיטה העות'מאנית שקדמה לו; אולם ההסדר המנדטורי נועד להעניק אוטונומיה לעדות השונות בענייני המעמד האישי, ואילו החלת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין בחקיקה הישראלית נומקה לא אחת בכך שמטרתה "לשמור, כביכול, על אינטרס לאומי כללי, דהיינו – מניעת מצב, אשר לדברי המצדדים בחוק יפלג את היהודים בישראל ויפצלם".²⁶⁰ כמו כן, ובשונה מהעמדה שנקט בסוגיית פסולי חיתון, סירב בית המשפט העליון, בפרשת **טפר**, להעניק סעד לזוגות מעורבים שנישאו בטקס פרטי בישראל.²⁶¹

מאפייניו האמורים של איסור נישואי התערובת, כמו גם ההבדלים בין עמדתו של בית המשפט בסוגיית פסולי החיתון לבין עמדתו בסוגיית נישואי התערובת, מחזקים לכאורה, את תקנת הציבור התומכת בנורמה המגולמת באיסור זה. עם זאת, לאור העקרונות שעליהם עמדנו בדבר מאפייניה של תקנת הציבור הישראלית הפנימית (כתקנת ציבור חילונית-אזרחית-פלורליסטית) ובדבר מאפייניה של תקנת הציבור הישראלית החיצונית (ככזו שיש לפרשה בצמצום רב, בפרט בענייני סטטוס), וכפי שעולה מאמרות האגב של שופטי בית המשפט העליון בסוגיה זו (הן בפרשת **טפר** עצמה והן בפרשת **פונק שלזינגר**), נראה כי אין לראות באיסור הדתי על נישואי התערובת כמשקף את תקנת הציבור הישראלית החיצונית.

בפרשת **טפר** התבקש בית המשפט העליון לאמץ את המוסד האנגלי של "נישואי המשפט המקובל", ובתוך כך להכיר בנישואיהם של יהודי ישראלי ונוצרייה שוויצרית, שערכו טקס נישואין פרטי בישראל.²⁶² בקשת בני הזוג נדחתה לא בגלל הסתייגות כלשהי מן ההכרה בנישואי התערובת ככאלה, אלא כיוון שנמצא כי אימוץ המוסד של "נישואי המשפט המקובל" הוא שעשוי לפגוע ב"סדר הציבורי" בישראל, בהיותו "מוסד דתי מימי הביניים [...] שאבד עליו הכלח".²⁶³ כדברי השופט ויתקון: "לא עניין נישואי התערובת עומד כאן לדיון, אלא הניסיון להקים מוסד של טקס נישואין הנוגד

עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 733, 740–743 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2007).

²⁵⁹ ראו לעניין זה: רוזן-צבי, לעיל ה"ש 233, בעמ' 82.

²⁶⁰ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 133, בעמ' 149, 193, 211. לצד החשש מפני פילוג בעם, נומקה החלתו של הדין הדתי כדין בלעדי בענייני נישואין וגירושין גם בכך שיהא בה כדי למנוע נישואי תערובת. ראו: ד"כ 14, 1411 (התשי"ג). נימוק זה זכה לביקורת נוקבת במהלך דיוני הכנסת בהצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין). ראו: ד"כ 14, 1458 (התשי"ג). ראו לעניין זה: צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת ישראל" **משפטים על אהבה** 204–205 (אורנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

²⁶¹ פרשת **טפר**, לעיל ה"ש 84.

²⁶² שם.

²⁶³ שם, בעמ' 12–13.

את השקפותיה של חברה בת-זמננו.²⁶⁴ אף כי בית המשפט בפרשת **טפר** סירב להכיר במסלול נישואין מקביל עבור זוגות מעורבים המבקשים להינשא במדינת ישראל גופה, נראה כי עמדתו הייתה שונה אילו היה נדרש לשאלת ההכרה בנישואין אזרחיים בין בני דתות שונות הנערכים מחוץ לישראל. לעניין זה ציין השופט ויתקון בפרשת **טפר**, בהסתמך על דברי השופט זוסמן בפרשת **פונק שלזינגר**, כי "השאלה איננה אם בתי המשפט בישראל מכירים בתקפם של נישואי תערובת בין יהודי ולא-יהודיה. למעשה, מזמן הכירו בתקפם, לכשנערכו בדין בחוץ-לארץ".²⁶⁵ השופט ויתקון אמנם לא דייק בתיאור הלכת **פונק שלזינגר**, שכן שאלת טיבו של כלל בררת הדין שיש להחילו בנסיבות אלו נותרה בצריך עיון.²⁶⁶ עם זאת, בדבריו האמורים של השופט ויתקון מגולמת ההנחה (והיא החשובה לענייננו), שהמחלוקת הציבורית בשאלת הסרתה של המגבלה על נישואיהם של בני דתות שונות במדינת ישראל (באמצעות הנהגתם של נישואין אזרחיים) אינה יכולה להצדיק, כשלעצמה, את שלילת תוקפם של נישואי התערובת שעה שהם נערכים במדינה זרה. אכן, עמדה זו עולה באופן ברור מאמרת האגב החשובה של השופט זוסמן בפרשת **פונק שלזינגר**:

"העובדה שהדין הדתי היהודי פוסל נישואי תערובת אינה מחייבת בהכרח את המסקנה שבבואנו לדון בענין פלוני על-פי חוק זה, נפסול תוקפם של נישואין על שום שהם נישואי-תערובת. הנישואין ייפסלו, אם פסלותם מתבקשת מטעמים של הסדר הציבורי החיצוני (הבין-לאומי), כמו שנתבאר לעיל, היינו, אם שופט ישראלי, בתיתו ביטוי לרגשי ציבור ישראל, חייב יהא לומר, תוקפם של נישואין כאלה אינו מתיישב עם אורח החיים שלנו, יהא מקום עריכת הטכס אשר יהא. במקרה של ספק – תוקף הפעולה נהנה ממנו. [...] הסדר הציבורי בישראל אין פירושו, שהשופט יכפה השקפתו של מחנה אחד [המחנה הדתי] על המחנה השני [המחנה החילוני]. החיים מחייבים יחס של סובלנות כלפי הזולת והתחשבות בהשקפתו שהיא אחרת, ולפיכך לא יהא קנה-המידה של השופט אלא מאזן כל הדעות הרווחות בציבור. [...] חוששני כי מנקודת מבטו של יהודי-שומר-מצוות הרי [נישואין בטקס אזרחי] זו עבירה שאינה נופלת בהרבה בחומרתה מנישואי-

264 ש.ם.

265 ש.ם, בעמ' 9.

266 ש.ם, בעמ' 18: "אשר לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, שעליהם מצביע השופט ויתקון בעקבות פסק-הדין בעניין סקורניק [...] עדיין שאלה גדולה היא, אם יחולו במקרה כגון זה כללי ברירת הדין האנגלי, לפיהם ענין כושר הצדדים נקבע לפי מקום מושבם או כללי הדין האמריקני, לפיו קובע בעניין זה דין שבו נערך הטכס. בחירה כזו לא נעשתה, לא בעניין סקורניק, [...] ולא בעניין פונק שלזינגר."

תערובת, וההכרה בתוקפם של נישואין כאלה נוגדת את השקפת עולמו, ופוגעת קשה ברגשותיו. אך זהו ויתור הנדרש מיהודי כזה תמורת ויתור שבני המחנה השני חייבים לו למען החיים המשותפים של אומה אחת".²⁶⁷

סבורני כי דברים אלה, שנכתבו בתחילת שנות ה-60 של המאה הקודמת, משקפים את עמדת הציבור הנאור בסוגיית נישואי התערובת גם בישראל של היום. אף יישומן של אמות המידה שגובשו במשפט האנגלו-אמריקני בסוגיית ההכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום מצביע על כך שההכרה בנישואי תערובת הנערכים מחוץ לישראל איננה נוגדת את תקנת הציבור הישראלית החיצונית. כפי שראינו, היותם של הנישואין בטלים מעיקרם לפי דין הפורום איננו גורם שיש בו, כשלעצמו, כדי להוביל להחלת החריג.²⁶⁸ פרט לנסיבות שבהן חל איסור להכיר בנישואין הזרים מכוח הוראה סטטוטורית מפורשת,²⁶⁹ הוחלה תקנת הציבור החיצונית של המשפט האנגלו-אמריקני רק כאשר נערכו הנישואין (הבטלים מעיקרם) בניגוד לסנקציה פלילית הקבועה בדין הפורום. לא אחת נמנעו בתי המשפט מלהחיל את החריג גם במקרים מסוג זה.²⁷⁰ היות שהחוק האזרחי בישראל אינו אוסר נישואין בין בני דתות שונות בשום צורה שהיא (ואף קובע הסדר פוזיטיבי להתרתם),²⁷¹ והיות שההכרה בנישואי תערובת הנערכים מחוץ לישראל איננה נתפסת כנוגדת ערכי מוסר בסיסיים המקובלים על הציבור הנאור בישראל, הרי שאף לפי העקרונות הפרשניים שגובשו במשפט המשווה, אין לראות באיסור הדתי על נישואי התערובת כמעיד על קיומה של

²⁶⁷ פרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 256-257. ראו לעניין זה גם דבריו של שאוה: "ספק רב הוא אם בית משפט אזרחי בישראל יפסול תוקפם של [נישואי תערובת התקפים על פי הדין הזר] בשל שיקולי תקנת ציבור חיצונית". שאוה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 631.
²⁶⁸ ראו לעיל פרק ז' נושא 1.

²⁶⁹ כדוגמת החוקים הנהוגים במרבית מדינות ארצות-הברית, המכונים "Defense of Marriage Act", לפיהם אין להכיר בנישואין חד מיניים שנערכו במדינה זרה. ראו לעניין זה ה"ש 279 להלן.

²⁷⁰ כך, למשל, אף שבתקופות מסוימות נהגו איסורים על נישואי תערובת בין שחורים ללבנים (Anti-Miscegenation Laws) במרבית מדינות ארצות-הברית (עד לפסילתם בפרשת Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)), ואף שעל פי רוב התלוותה לאיסורים אלה סנקציה פלילית, נמנעו בתי המשפט משימוש גורף בחריג של תקנת הציבור כאשר הנישואין נערכו במדינה זרה. ראו: Koppelman, לעיל ה"ש 214, בעמ' 949-951. כן ראו: Medway v. Needham, 16 Mass. (1819) 157. בפרשה זו הכיר בית המשפט של מסצ'וסטס בנישואין בין-גזעיים שערכו בני זוג תושבי מסצ'וסטס במסגרת נסיעה קצרה למדינה שכנה, אף שנישואין אלה היו אסורים באותה השעה במסצ'וסטס עצמה, ואף שכל מטרתם של בני הזוג הייתה לחמוק מהאיסור הקבוע במדינת מגוריהם. החלטה זו הייתה אמנם יוצאת דופן בתקופתה, אולם יש להניח כי אילו לא האיסור הפלילי על עריכת הנישואין, היו בתי משפט נוספים פוסקים באותה רוח.
²⁷¹ ראו חוק השיפוט בענייני התרת נישואין.

תקנת ציבור "חזקה" דיה לשם שלילת תוקפם שעה שהם נערכים מחוץ לישראל. מסקנה זו מתחזקת גם לאור העובדה שישראל היא המדינה המערבית היחידה שבה חולש הדין הדתי, באופן בלעדי, על שאלת כושרם של הצדדים להינשא זה לזה. בהקשר זה יש לתת את הדעת לכך שמרבית מדינות העולם משתמשות בדוקטרינה של תקנת הציבור דווקא כדי למנוע החלת כללי משפט זר הכוללים מגבלות על נישואין מכוח דין דתי.²⁷² מגמה זו באה לידי ביטוי גם בהחלטתו של ה-Institute of International Law משנת 2005, לעניין השימוש בחריג של תקנת הציבור במסגרת ההכרה בנישואין זרים:

“States shall guarantee respect for freedom of marriage. This means that, for the purposes of private international law, States shall invoke public policy against foreign laws that restrict that freedom on racial or religious grounds, and recognize the validity of a marriage celebrated in violation of the religious prescriptions of the normally applicable law”.²⁷³

2.3 נישואין חד-מיניים

נישואין חד-מיניים אינם נתפסים על ידי הדין היהודי האורתודוקסי כנישואין בטלים, אלא כנישואין שכלל אינם קיימים.²⁷⁴ בחוגים דתיים מסוימים אף זוכה הקשר הזוגי החד-מיני לגינוי חריף וקיצוני.²⁷⁵ ההכרה בנישואין חד-מיניים אפוא נוגדת את תקנת

²⁷² PÅLSSON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 338.

²⁷³ Resolution of the Institute of International Law on "Cultural differences and ordre public in family, private international law", Krakow Session, 2005. זמן גם באתר: www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_02_en.pdf (נבדק לאחרונה בתאריך 1.1.2012). "Public policy should be invoked against the normally applicable law only to the extent that, in the circumstances of the case, the application of that law would infringe the principles of equality, non-discrimination and freedom of religion"

²⁷⁴ שיפמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 183.

²⁷⁵ הדין הדתי החל על יהודים בישראל הוא הדין כפי שהוא מתפרש על פי היהדות האורתודוקסית. ראו: פנחס שיפמן **מי מפחד מנישואין אזרחיים** 13–15 (מהדורה ב' מעודכנת, 2000). גישה זו שוללת את הקשר הזוגי החד-מיני מכול וכול. עם זאת, ראוי לציין כי זרמים מתונים יותר ביהדות, ובכלל זה התנועה הרפורמית והתנועה הקונסרבטיבית, מגלים עמדה סובלנית (ולעתים אף אוהדת) כלפי הזוגיות החד-מינית. כך, למשל, לא מכבר אישרה התנועה הקונסרבטיבית העולמית עריכת "טקסי מחויבות" של זוגות חד-מיניים על ידי רבני התנועה. ראו: Laurie *Conservative Jews Allow Gay Rabbis and Unions*, NEW YORK TIMES Goodstein (7.12.2006).

הציבור של הדין הדתי בישראל.²⁷⁶ עם זאת, כפי שראינו, במסגרת קביעתה של תקנת הציבור של המשפט הישראלי, בתי המשפט האזרחיים אינם רואים עצמם קשורים בנורמות ובאינטרסים דתיים.²⁷⁷ נשאלת השאלה אפוא האם ההכרה בנישואין חד-מיניים שנערכו מחוץ לישראל בין בני זוג שהם תושבי ישראל ואזרחיה, נוגדת את תקנת הציבור החילונית, היא תקנת הציבור של המשפט הישראלי.

אף שמספר הולך וגדל של מדינות פתחו את מוסד הנישואין בפני זוגות חד-מיניים,²⁷⁸ מגבלה זו עדיין מקובלת במרבית מדינות המערב, ובשונה מאיסור נישואיהם של "פסולי החיתון" ושל בני דתות שונות, ייתכן שתיוותר על כנה גם במסגרת רפורמה עתידית להנהגתם של נישואין אזרחיים במדינת ישראל. לפיכך, לכאורה, אין לראות באיסור הנישואין החד-מיניים כמשקף נורמות דתיות גרידא. עם זאת, קשה למצוא נימוקים רציונליים-ליברליים-חילוניים שיש בהם כדי לתמוך באיסור האמור, ונראה כי הטיעונים המשמשים להצדקתו מהווים למעשה מסווה

²⁷⁶ לעניין זה יפים דבריו של בית המשפט העליון של קונטיקט (שפסק כי האיסור הסטטוטורי על נישואין חד-מיניים מפר את עיקרון השוויון המובטח בחוקתה של מדינה זו), בדהותו את הטיעון שלפיו פתיחת מוסד הנישואין בפני זוגות חד-מיניים עשויה לפגוע בחופש הדת: "Religious autonomy is not threatened by recognizing the right of same sex couples to marry civilly. Religious freedom will not be jeopardized by the marriage of same sex couples because religious organizations that oppose same sex marriage as irreconcilable with their beliefs will not be required to perform same sex marriages or otherwise to condone same sex marriage or relations. Because, however, marriage is a state sanctioned and state regulated institution, religious objections to same sex marriage cannot play a role in our determination of whether constitutional principles of equal protection mandate same sex marriage". *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407 (Conn. 2008).

²⁷⁷ ראו לעיל תת-פרק 2.2.

²⁷⁸ המדינות שפתחו את מוסד הנישואין בפני זוגות חד-מיניים עד כה הן: הולנד, בלגיה, ספרד, פורטוגל, קנדה, דרום-אפריקה, נורבגיה, שוודיה, איסלנד, ארגנטינה, מקסיקו (מקסיקו סיטי בלבד), שש מדינות בארצות-הברית (מסצ'וסטס, קונטיקט, איווה, ורמונט, ניו-המפשייר, ניו-יורק וושינגטון). מדינות רבות נוספות הסדירו את ההכרה בזוגיות החד-מינית באמצעות כינוסם של מוסדות דמויי נישואין (כדוגמת חוקי "הברית האזרחית" וחוקי "השותפות הרשומה"), שבמסגרתם מוענקות לבני הזוג שורה של זכויות הנובעות ממוסד הנישואין, ובהן: דנמרק, פינלנד, ניו-זילנד, אוסטרליה, הונגריה, שווייץ, אנגליה, אירלנד, צרפת, גרמניה, צ'כיה, לוקסמבורג, סלובניה, ומספר מדינות בארצות-הברית (קליפורניה, ניו-ג'רזי, אורגון, וושינגטון, הוואי ונבאדה). ראו: "Timeline Of Gay and Lesbian Marriage, Partnership or Unions Worldwide." זמין באתר: ukgaynews.org.uk/marriage_timeline.htm (נבדק לאחרונה בתאריך 1.1.2012); Elizabeth Burleson, *From Nondiscrimination to Civil Marriage*, (2010) CJLPP/2/ http://works.bepress.com/elizabeth_burleson/2/ (נבדק לאחרונה ב-1.1.2012) כן ראו לעניין זה: יובל מרין "נישואין בין בני-זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" **המשפט** ז 253 (2002).

לדעה קדומה בנוגע לקהילת ההומואים והלסביות. הטיעון המקובל ביותר להצדקת איסור הנישואין החד-מיניים הוא טיעון הגדרתי-היסטורי-מוסרי-מסורתי, הנסמך על דת ומשפט טבע, ולפיו נישואין, מעצם טבעם, יכולים להתקיים רק בין גבר לאישה; לפיכך, ומכיוון שמוסד הנישואין נועד, בראש ובראשונה, להולדת ילדים ולגידולם, כך ממשך הטיעון, הרי שהזוגיות החד-מינית איננה עולה בקנה אחד עם הגדרת המוסד ועם מטרתו, ופתיחתו בפני זוגות בני אותו המין אף עלולה לפגוע ביציבותו.²⁷⁹ הכשל המרכזי של הטיעון האמור נעוץ בהתעלמותו מהתמורות הרבות שחלו בתפיסתו של מוסד הנישואין ובמאפייניו (החברתיים והמשפטיים כאחד) במהלך העשורים האחרונים, ובעיקרם: המעבר מתפיסת הנישואין כמוסד פטריארכלי המיועד בראש ובראשונה להבאת ילדים לעולם, לתפיסתו הנוכחית כמוסד המבוסס על ברית ורעות, שעיקר מטרתו להסדיר ולקדם את הקשר הרגשי והכלכלי בין בני הזוג, תוך כדי חתימה לשוויון.²⁸⁰ זאת ועוד, דיני המשפחה המודרניים אינם קושרים את הנישואין להולדה או את ההולדה לנישואין, והמדינה מסדירה ומעודדת ילודה וגידול ילדים במסגרות שאין דבר בינן לבין מוסד הנישואין.²⁸¹ הטיעון האמור מבקש להתעלם גם מהשינויים הרבים שחלו

²⁷⁹ ראו, למשל: George W. Dent, Jr., *The Defense of Traditional Marriage*, 15 J. L. & POLITICS 581(1999); James Q. Wilson, *Against Homosexual Marriage*, in SAME-SEX Stephen Macedo, MARRIAGE: PRO AND CON 159 (Andrew Sullivan ed., 1997) *Homosexuality and the Conservative Mind*, 84 GEO. L.J. 261 ; Lynn D. Wardle, *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, BYU L. REV. 1 (1996). ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא בחקיקה הפדראלית בארצות הברית בנוגע לנישואין חד-מיניים. בשנת 1996, מתוך חשש שאחת ממדינות ארצות-הברית או יותר תכונה בנישואין חד-מיניים, חוקק הקונגרס האמריקני חוק פדראלי המכונה "החוק להגנה על מוסד הנישואין" – (DOMA) "The Defense of Marriage Act". בעקבותיו חוקקו מרבית מדינות ארצות-הברית חוקים דומים שנועדו אף הם "להגן על מוסד הנישואין" מפני ההכרה בנישואין חד-מיניים. חוקים אלה קובעים כי מוסד הנישואין מוגבל לקשר שבין גבר ואישה וכי הן הממשל הפדראלי והן המדינות אינם מחויבים להכיר בנישואין חד-מיניים שיערכו במדינה זרה. ראו: YUVAL MERIN, *EQUALITY FOR SAME-SEX COUPLES: THE LEGAL RECOGNITION OF GAY PARTNERSHIPS IN EUROPE AND THE UNITED STATES*, 228-236 (2002).

²⁸⁰ מרין "על התמורות בקשר", לעיל ה"ש 234, בעמ' 260.

²⁸¹ ראו, למשל, חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992. סבורני כי הביטוי הקולע ביותר לתמורה שחלה בתפיסת הקשר בין נישואין להולדה מצויה בפסק דינו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה, בפרשה שעסקה בשאלת ההכרה בזוגות חד-מיניים כבעלי זכויות הגירה שוות לאלו של בני זוג ממין שונה: "מן הבחינה המשפטית והחוקתית, פוטנציאל ההולדה [שוב אינו] תכונה מגדירה של קשרי נישואין. השקפה שכזאת יש בה משום ביזוי של בני-זוג (אם נשואים ואם לאו) שאין ביכולתם, מכל סיבה שהיא, להביא ילדים לעולם בהיכנסם בקשר שכזה, או שיכולת זאת נשללה מהם בכל שלב לאחר שהתקשרו בקשר זה. היא מבזה לא פחות בני-זוג הנכנסים בקשר זה בגיל שבו שוב אין להם רצון בקשרים מיניים. ביזוי הוא להורים מאמצים לרמוז לכן שמשפחתם היא פחות בגדר משפחה וזכאית פחות לכבוד ולדאגה ממשפחה שהולידה

במבנה המשפחה בחיי המעשה, ומההכרה המשפטית ההולכת וגוברת במשפחות ה"פוסט-מודרניות" למיניהן, הבאה לידי ביטוי, בין היתר, בזניחת מרבית ההבחנות שהיו נהוגות בעבר בין זוגות נשואים (הטרנסקסואליים) מצד אחד, לבין רווקים וידועים בציבור (תהא נטייתם המינית אשר תהא), מן הצד האחר, הן לעניין זכות ההורות והן לעניין ההנחות בדבר טובתו של הילד.²⁸² הטיעון "ההגדרתי" אפוא נשען על תפיסת עולם שמרנית ועל הרצון לשעתק את החלוקה הדיכוטומית המסורתית לתפקידי מגדר ובתוך כך לשמר את מאפייניו הפטריארכליים וההטרנסקסיסטיים של מוסד הנישואין – מאפיינים שמרבית מדינות המערב פועלות למיגורם.

נימוק נוסף המובא כנגד ההכרה בנישואין חד-מיניים הוא טיעון "המדרון החלקלק", שלפיו ההכרה בנישואין חד-מיניים תוביל ואף תצדיק את ההכרה בנישואי קטינים, בנישואי עריות ובריבוי נישואין.²⁸³ אף טיעון זה משולל כל יסוד. אמנם בחוגים דתיים מסוימים נתפס הקשר הזוגי החד-מיני כלא פחות מאוס מיחסי עריות, אולם לעניינה של תקנת הציבור החילוני, יש להבחין היטב בין איסור הנישואין החד-מיניים מצד אחד, לבין האיסור של נישואי קרובים, נישואי קטינים וריבוי נישואין, מן הצד האחר.²⁸⁴ כפי שראינו, מטרתם של האיסורים האחרונים היא להבטיח ערכי יסוד (ובכלל זה ערך השוויון בין המינים) ולהגן על צדדים חלשים.²⁸⁵ שיקולים אלה כלל אינם ישימים ככל שהדבר נוגע לזוגות בני אותו המין (שהם בגירים, פנויים ונעדרי קרבת דם או חיתון), ואינם יכולים להצדיק את איסור נישואיהם.²⁸⁶ כפי שקבע בפשטות בית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק

את ילדיה. היינו טוענים גם שהיא מבזה בני-זוג המחליטים מרצונם שלא להביא ילדים לעולם או שלא לקיים יחסי מין; שכן החלטה זאת כל-כולה מצויה בתחום המוגן של חופש הפרט ופרטיותו". *Nat'l Coal. for Gay & Lesbian Equal. v. Minister of Home Affairs* 2000 (2). SA 1 (CC) para. 51 (S. Afr.).

282 כך, למשל, בשנת 1997 ביטל בית המשפט העליון (בהסכמת המדינה) את המגבלות שהוטלו על נגישותן של נשים רווקות (ובכלל זה לסביבות) לשירותי הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית. ראו: בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות, דינים עליון נה 778 (11.2.1997). באופן דומה, קבע בית המשפט העליון כי בנות זוג במשפחה לסבית יהיו רשאיות לאמץ זו אל ילדיה של זו. ראו: פרשת ירוס-חקק, לעיל ה"ש 116.

283 ראו, למשל: Wardle, לעיל ה"ש 279, בעמ' 47. כן ראו לעניין זה: מרין "על התמורות בקשר", לעיל ה"ש 234, בעמ' 260-262.

284 לדיון מפורט בסוגיה זו ראו: מרין, לעיל ה"ש 279, בעמ' 260-262.

285 ראו לעיל פרק ז', תת-פרק 2, נושא 2.1.

286 לדיון בהבחנה בין נישואין חד-מיניים לבין נישואין פוליגמיים ולדחיית הטיעון שלפיו ההכרה בנישואין חד-מיניים תוביל להכרה בנישואין פוליגמיים, ראו, למשל: Hema Chatlani, *In Defense of Marriage: Why Same-Sex Marriage Will Not Lead Us Down A Slippery Slope Toward The Legalization Of Polygamy*, 6 James M. Donovan, *Rock-Salting the Marriage is not a Slippery Slope: Why Same-Sex*; *Appalachian J. L.* 101 (2006); *Commitment to Polygamous Marriage*, 29 N. KY. L. REV. 521(2002) Strassberg,

בפרשת *Martinez*, במסגרת החלטתו להכיר בנישואין חד-מיניים שנערכו בקנדה על ידי בנות זוג אמריקניות, תושבות ניו-יורק (טרם פתיחת מוסד הנישואין עבור זוגות חד-מיניים במדינת ניו-יורק עצמה):²⁸⁷

“[The natural law] exception has generally been limited to marriages involving polygamy or incest or marriages ‘offensive to the public sense of morality to a degree regarded generally with abhorrence’, and that cannot be said here”.²⁸⁸ (ההדגשה שלי – י.מ.)

יתרה מכך, בשונה מיחסו השלילי של המשפט הישראלי לנישואי קטינים, ריבוי נישואין ונישואי עריות, לא זו בלבד שהמחוקק הישראלי ביטל את האיסור הפלילי על קיום “יחסי מין הומוסקסואליים” לפני למעלה משני עשורים²⁸⁹ ומאז קבע שורה

Distinctions of Form or Substance: Monogamy, Polygamy and Same-Sex Marriage, 75 N.C.L. REV. 1501 (1997)

²⁸⁷ עד שנת 2011 היו מנועים זוגות חד-מיניים מלהינשא במדינת ניו-יורק. ביוני 2011 התקבל “החוק לשוויון בנישואין” שפתח את המוסד בפני זוגות בני אותו המין. ראו: Marriage Equality Act, 2011 N.Y. Sess. Laws 8354 (McKinney)

²⁸⁸ *Martinez v. County of Monroe*, 850 N.Y.S.2d 740 (N.Y. App. Div. 2008) (החלטה זו שימשה תקדים מדינתי להכרה בנישואין חד-מיניים שנערכו מחוץ לניו-יורק והוחלה בשורה ארוכה של מקרים דומים שנדונו בערכאות הנמוכות. ראו, למשל: *Godfrey v. Spano*, 920 N.E.2d 328, 333 (N.Y. 2009); *Lewis v. N.Y. Dept. of Civil Servs.*, 872 N.Y.S.2d 578 (N.Y. App. Div. 2009); *Beth R. v. Donna M.*, 853 N.Y.S.2d 501, 504-06 (N.Y. Sup. Ct. 2008); *Golden v. Paterson*, 877 N.Y.S.2d 822 (N.Y. Sup. Ct. 2008); *Arthur S. Leonard, New York Recognition of a Legal Status for Same-Sex Couples: A Rapidly Developing Story*, 54 N.Y.L. SCH. L. REV. 479, 485-491 (2010). באנגליה, שכן כלל בררת הדין האנגלי לעניין הכושר להינשא (המפנה לדין מקום המושב) ולא החרג של תקנת הציבור, הוא שמונע את אפשרות ההכרה בנישואיהם של זוגות בני אותו המין, תושבי אנגליה, הנישאים במדינה זרה. עם זאת, חוק “הברית האזרחית” משנת 2004, שהקים באנגליה מוסד דמוי-נישואין עבור זוגות בני אותו המין, קובע כי נישואין חד-מיניים של תושבי אנגליה, הנערכים במדינה זרה, יוכרו באנגליה כ“ברית אזרחית” (אף כי לא כנישואין לכל דבר ועניין). ראו: *Wilkinson v. Kitzinger* [2006] EWHC 2022 (Fam), [2007] 1 F.L.R. 295; *Civil Partnership Act 2004*, c.33, §§ 212-218. לסקירת החוק האמור ולניתוח הוראותיו, ראו: *Kenneth McK. Norrie, Recognition of Foreign Relationships Under the Civil Partnership Act 2004*, 2 J. PRIVATE INT'L L. 137 (2006).

²⁸⁹ בשנת 1988 נערכה רפורמה בחוק העונשין, שבמסגרתה בוטל הסעיף שאסר “משכב זכר”. ראו: תיקון מס' 22 לחוק-העונשין (ס"ח תשמ"ח מס' 1246 עמ' 62, מיום 31.3.1988); וכן יובל יונאי “הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה” *משפט וממשל* ד 531 (1998).

של הגנות מפני הפליה על בסיס נטייה מינית,²⁹⁰ אלא שזוגות בני אותו המין זוכים להכרה משפטית רחבה ולהגנה מקיפה במגוון של תחומי משפט.²⁹¹ ההכרה בנישואין חד-מיניים הנערכים מחוץ לישראל לא תפגע באופן כלשהו בעקרונות ובאינטרסים שבבסיסה של תקנת הציבור הישראלית החיצונית (הם "עקרונות-היסוד" ו"האינטרסים הנעלים" המקובלים על הציבור הנאור בישראל). נהפוך הוא: הכרה שכזו תקדם את עקרונות-העל של שיטת המשפט הישראלית, ובכלל זה זכות היסוד לחיי משפחה ולנישואין ועיקרון השוויון בין המינים (עיקרון שהוכר בפסיקה כמשקף את תקנת הציבור הישראלית החיצונית),²⁹² כמו גם השוויון מבחינת הנטייה המינית. הסירוב לתת תוקף לנישואיהם הזרים של בני אותו המין, הוא שיפגע בעקרונות שבבסיסה של תקנת הציבור הישראלית. לפיכך, ראוי כי בתי המשפט בישראל יאמצו את הגישה שנקט בית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק בפרשת *Martinez* האמורה, בקבעו כי היות שנישואין חד-מיניים אינם מעוררים שאט נפש מוסרית, ובהיעדר איסור סטטוטורי מפורש על הכרה בנישואין אלה שעשה שהם נערכים במדינה זרה²⁹³ (להבדיל מהאיסור הסטטוטורי שחל באותה עת על עריכתם במדינת ניו-יורק עצמה),²⁹⁴ אין לקבוע כי ההכרה בנישואין חד-מיניים

²⁹⁰ ראו, למשל: ס' 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; ס' 3 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; ס' 4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; ס' 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

²⁹¹ ובכלל זה: הכרה בזוגיות החד-מינית לצורך הענקת זכויות והטבות בתחום יחסי העבודה – ראו למשל: בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749 (1994); זכאות לזכויות פנסיוניות, זכויות לגמלאות ולקצבאות שארים – ראו למשל: ע"ב (ת"א) נד-3/1712 אבן נ' אוניברסיטת תל-אביב (לא פורסם, 5.3.1995); ע"ב (ת"א) 3816/01 לוי נ' מנטחים (לא פורסם, 25.06.2001); ע"ש 369/94 שטיינר נ' צבא ההגנה לישראל (לא פורסם, 05.01.1996); ב"ל (ת"א) 3536/04 רז נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם, 28.02.2005); הכרה כ"בן זוג" לצורך החוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991 וחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 – ראו למשל: תמ"ש 48260/01 פלוני נ' פלוני (2001); תמ"ש (ת"א) 3140/03 ר.א. נ' ל.מ., פ"מ ס"ד(3) 337 (2004); הכרה כ"ידועים בציבור" לעניין זכויות על פי חוק הירושה, התשכ"ה-1965 – ראו למשל: ע"א (נצ') 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' האפוטרופוס הכללי, פ"מ סג(2) 721 (2004); זכויות בתחום ההגירה – ראו למשל: עת"מ (מחוזי ת"א) 2790/04 רוזנברג נ' שר הפנים (לא פורסם, 29.12.2004); רישום נישואין חד מיניים הנערכים מחוץ לישראל – ראו למשל: פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 4.

²⁹² פרשת אזוגי, לעיל ה"ש 141, עמ' 27-28.

²⁹³ בשונה ממרבית מדינות ארצות-הברית, מדינת ניו-יורק מעולם לא חוקקה חוק האוסר הכרה בנישואין חד-מיניים הנערכים במדינה זרה (Defense of Marriage Act). לעניין חקיקה מסוג זה, ראו לעיל, ה"ש 279. כן ראו: Leonard, לעיל ה"ש 288, בעמ' 254.

²⁹⁴ בשנת 2006 פסק בית המשפט לערעורים כי חוק הנישואין של ניו-יורק חל רק על זוגות בני מין שונה, וכי המגבלה בדבר מינם של בני הזוג איננה נוגדת את חוקתה של מדינה זו. ראו: *Hernandez v. Robles*, 855 N.E. 2d 1 (N.Y. 2006). עם זאת, בפרשת *Martinez* קבע בית

הנערכים מחוץ למדינת ניו-יורק, נוגדת את תקנת הציבור (החיצונית) של מדינה זון.²⁹⁵

אם כן, נוכח מאפייניה של תקנת הציבור החיצונית בענייני סטטוס ואמות המידה לפרשנותה, ולאור מאפייניו של איסור הנישואין החד-מיניים, כמו גם מידת ההכרה וההגנה שמספק המשפט הישראלי לבני זוג מאותו המין ולמשפחותיהם, הרי שאין לראות בהכרה בנישואין חד-מיניים, שעה שהם נערכים מחוץ לישראל, כנוגדת את תקנת הציבור הישראלית החיצונית. ניתן למצוא חיזוק למסקנה זו גם בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **בן-ארי**. אמנם בפרשה זו נמנע בית המשפט מלנקוט עמדה בשאלת ההכרה המהותית בנישואין חד-מיניים שנערכו בקנדה, בציינו: "לא מונחת בפנינו כלל בקשה להכיר בנישואים בין בני זוג מאותו מין שנערכו מחוץ לישראל. כאשר שאלה זו תתעורר, היא תיבחן על פי הכללים המקובלים עלינו של המשפט הבינלאומי הפרטי".²⁹⁶ עם זאת, ואף כי המדינה הבהירה שאיננה מתנגדת לרישום הנישואין מטעמים של תקנת הציבור,²⁹⁷ התייחס בית המשפט לטענת המדינה, שלפיה אין להורות על רישום נישואין זרים שאינם תואמים "תבנית משפטית" של נישואין המוכרת במשפט הישראלי כטיעון הנשען על שיקולים של תקנת הציבור.²⁹⁸ לפיכך, דחיית טיעון "התבנית המשפטית" בפרשת **בן-ארי**, כמו גם הדגשת המישורים הרבים שבהם מכיר המשפט הישראלי בזוגיות החד-מינית,²⁹⁹

המשפט לערעורים כי אין להסיק מפסיקתו בפרשת *Hernandez* שההכרה בנישואין חד-מיניים הנערכים מחוץ לניו-יורק נוגדת את תקנת הציבור, שכן הלכת *Hernandez* מוגבלת לקביעה שלפיה חוקת ניו-יורק איננה מחייבת הכרה בנישואין חד-מיניים הנערכים בניו-יורק עצמה. ראו: פרשת *Martinez*, לעיל ה"ש 288, בעמ' 743. ראו לעניין זה גם: Kimberly N. Chehardy, *Conflicting Approaches: Legalizing Same-Sex Marriage through Conflicts of Law*, 8 Conn. Pub. Int. L.J. 301, 321-324 (2009).

²⁹⁵ פרשת *Martinez*, לעיל ה"ש 288, בעמ' 742. "The place for the expression of the public policy of New York is in the Legislature, not the courts. The Legislature may decide to prohibit the recognition of same-sex marriages solemnized abroad. Until it does so, however, such marriages are entitled to recognition in New York" *Martinez* האמורה, פסקו הערכאות הנמוכות של מדינת ניו-יורק באופן עקבי כי יש להכיר בנישואין חד מיניים הנערכים על ידי תושבי ניו-יורק מחוץ למדינתם. ראו, למשל: *Golden v. Paterson*, No. 260148-2008, 2008 WL 866 N.Y.S.2d 844 (N.Y. 2008); *Godfrey v. Dinapoli*, No. 2344747, 2008 N.Y. Misc. Lexis 5838 (N.Y. 2008); *Lewis v. N.Y.S. Dept. of Civil Service*, 2008 N.Y. Misc. LEXIS 1623 (N.Y. 2008); *Beth R. v. Donna M.*, 853 N.Y.S.2d 501 (N.Y. 2008); *C.M. v. C.C.*, 67 N.Y.S.2d 884, 889 (N.Y. 2008).

²⁹⁶ פרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 4, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק. לדיון בפרשה זו, ראו לעיל פרק ב'.

²⁹⁷ שם, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

²⁹⁸ שם.

²⁹⁹ שם, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

עשויים אף הם ללמד על כך שאם יידרש בית המשפט לסוגיית ההכרה בנישואין חד-מיניים הנערכים מחוץ לישראל, יימנע מלקבוע כי הכרה שכזו נוגדת את תקנת הציבור הישראלית החיצונית.

ח. אחרית דבר

הדין הישראלי הפנימי בענייני נישואין וגירושין פוגע קשות באפשרותם של רבים מאזרחי ישראל ומתושביה לממש באופן מלא את זכותם לחיי משפחה. דין זה מטיל שורה של מגבלות על הזכות לנישואין ונוקט אפליה קשה, על רקע דתי ועדתי, כלפי קבוצות אוכלוסייה שונות ומגוונות. תחולתו הבלעדית של הדין הדתי מונעת ממספר לא מבוטל של אזרחים לממש את זכותם הבסיסית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפתרון הראוי לשם הבטחת זכותו של כל אזרח לנישואין החופשיים מכבלי הוראות הדין הדתי, הוא שינוי חקיקתי שיאפשר נישואין אזרחיים במדינת ישראל. עם זאת, פתרון שכזה איננו מסתמן בעתיד הנראה לעין. במצב המשפטי הקיים נאלצים הזוגות המנועים מלהינשא בישראל לצאת אל מחוץ לגבולות המדינה על מנת לממש את זכות היסוד לנישואין. היעדר הכרה שיפוטית מלאה בנישואיהם הזרים של מנועי החיתון מחריף את הפגיעה בזכותם לחיי משפחה.

כפי שראינו, לאורך השנים אימץ בית המשפט העליון מנגנונים שונים שנועדו להתמודד עם הקושי האמור, בהקנתו לנישואין הזרים כמה נפקויות במישורים שונים (ובכלל זה החיוב לרשום את הנישואין במרשם האוכלוסין וההכרה בתוקפם היחסי). אולם עד כה הוא נמנע מהכרה מלאה בנישואין הזרים. הפתרונות שהוצעו בסוגיה זו עד כה הם חלקיים ובלתי-מספקים. אף שמכוח רישום נישואיהם והקניית כמה זכויות פרויקטוריות, "נחשבים" בני הזוג, לצרכים מסוימים, כנשואים זה לזה, הרי בהקשרים אחרים נעדר הסטטוס הזר כל נפקות, מעשית ומשפטית כאחד. באמצע מנגנונים שונים המאפשרים לבני זוג שנישאו בטקס אזרחי מחוץ לישראל ליהנות מחלק מתוצאות הסטטוס הזר שרכשו, מבלי לפסוק בשאלת תוקפם של הנישואין, ביקש בית המשפט העליון להימנע, ככל הניתן, מהכרעה העולה להתפרש כמתנגשת עם הוראות הדין הדתי. כאמור, עמדה זו לוקה בחוסר הבחנה בין השיקולים הנוגעים להתערבות שיפוטית בשאלת הנהגת נישואין אזרחיים בתוך מדינת ישראל לבין השיקולים העומדים בבסיס ההכרעה בשאלת תוקפם של נישואין שכאלה שעה שהם נערכים במדינה זרה. בשונה מהסדר הסטטוטורי המפורש החל על נישואין הנערכים במדינת ישראל עצמה, המחוקק הישראלי מעולם לא שלל (במפורש או במשתמע) את אפשרות ההכרה בנישואיהם הזרים של מנועי החיתון, וסוגיה זו נותרה בגדר חסר שעל בית המשפט להשלימו. יתרה מכך, בהבדל מהדין החל על עריכת נישואין בישראל, שאלת ההכרה או אי-ההכרה בנישואין הנערכים מחוץ לפורום נשלטת, באופן בלעדי, על ידי הוראות המשפט הבין-לאומי הפרטי.

המשפט הבין-לאומי הפרטי, מעצם טבעו, עשוי להוביל להכרה בסטטוס הנרכש במדינה זרה אף אם אין הסטטוס מוכר על ידי הדין הפנימי של הפורום. הדין הפנימי המהותי מחד, והמשפט הבין-לאומי הפרטי מאידך, עוסקים כל אחד במישורים שונים, ומהווים מסגרות נורמטיביות מובחנות ונפרדות זו מזו. לפיכך, אין לראות בהוראותיהן כמתנגשות אלו עם אלו, אף אם עשויה להתקבל תוצאה משפטית שונה בכל אחד משני המישורים.

עקרון היסוד המקובל בכל שיטות המשפט המערביות הוא כי כאשר מעורב אלמנט זר, כפופים כללי המשפט הפנימי לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. בהתאם להנחת יסוד זו, ונוכח היעדרם של כללי בררת דין סטטוטוריים בכל הנוגע להכרה בנישואין הנערכים מחוץ לישראל, ביקשתי להציע במאמר זה אמות מידה לצורך גיבוש ואימוץ כלל בררת דין שיתאים למציאות החברתית והמשפטית הייחודית השוררת במדינת ישראל. בהקשר זה ביקשתי לערער על ההנחה שהייתה מקובלת עד לפני כמה שנים ולפיה כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי החלים בישראל שוללים את תוקף נישואיהם הזרים של מנועי החיתון. כפי שראינו, נקודת המפנה בעניין זה חלה בבג"ץ 2232/03, עם שלילת סיווגו של סימן 47 לדבר המלך ככלל בררת דין של המשפט הבין-לאומי הפרטי החל בישראל; בפרשה זו הדגיש בית המשפט העליון כי פנייתו לכלל הבררה של הדין האנגלי הייתה מוגבלת לנסיבות העניין, ובתוך כך נמנע מלקבוע מסמרות בדבר טיבו של כלל בררת הדין שראוי יהיה להחילו בשאלת הכושר להינשא בנסיבות אחרות. אם כן, בית המשפט הותיר פתח לאימוץ כלל בררת דין שונה כאשר ידרש לפסוק בשאלת תוקף נישואיהם של מנועי החיתון. נוכח עמדה זו, התמקדתי במאמר בבחינת טיבם ומאפייניהם, כמו גם חסרונותיהם ויתרונותיהם של כללי בררת הדין המרכזיים הנהוגים בסוגיה זו במשפט המשווה. המסקנה שעלתה מבחינת הרציונלים העומדים בבסיס כל אחת מחוליות הקישור שנבחנו, כמו גם משקילת ההשלכות השונות של החלת כל אחת מהן בישראל, הייתה כי כלל בררת הדין המפנה לדין מקום עריכת הטקס לעניין כושר הצדדים להינשא הוא הראוי לאימוץ במשפט הישראלי. כפי שראינו, כלל זה מקדם באופן הראוי ביותר את עקרונות היסוד של המשפט הבין-לאומי הפרטי בכל הנוגע להכרה בסטטוס הנרכש במדינה זרה. כלל הבררה האמור עולה בקנה אחד גם עם ההכרה של הדין הישראלי במעמדה הרם של הזכות לנישואין כזכות יסוד חוקתית. יתרה מכך, גישה זו היא המתאימה ביותר למצב החברתי הייחודי השורר במדינת ישראל. כפי שהובהר במאמר, אימוץ העיקרון של דין מקום עריכת הטקס בעניין הכושר להינשא איננו מחייב הכרה בכל סוג של נישואין הנערכים מחוץ לישראל, אף אם נישואין אלה תקפים לפי דין מקום עריכתם. אם יאומץ העיקרון האמור, תישקל שאלת נכונותה של שיטת המשפט הישראלית לתת תוקף לסטטוס זר (הנרכש על ידי בני זוג המנועים מלהינשא בישראל) במסגרת החריג של תקנת הציבור החיצונית. הואיל וסוגיית היקף תחולתה של תקנת הציבור הישראלית החיצונית בענייני סטטוס טרם

נדונה במשפט הישראלי, ביקשתי לגבש אמות מידה ראשוניות לפרשנותה. כמו כן, דנתי במאפייניהם הייחודיים של האיסורים הנובעים מתחולתו הבלעדית של הדין הדתי במדינת ישראל ובמידת הפגיעה באינטרס המוגן שנובעת שעשויה לנבוע מ"עקיפת" כל אחד מהם. נוכח אופן התווייתה של תקנת הציבור הישראלית הפנימית (כתקנת ציבור חילונית-אזרחית-פלורליסטית), ובהתאם לאמות המידה שגובשו במשפט המשווה בסוגיית היקף התפרשותה של תקנת הציבור החיצונית בענייני סטטוס, הרי שבשונה מנישואין הנערכים בניגוד לאיסור על נישואי קטינים, נישואי עריות וריבוי נישואין, הגענו לכלל מסקנה כי "עקיפת" איסורים שהינם דתיים במקורם ובמהותם (קרי: כל יתר האיסורים הקבועים בדין הדתי) אינה מצדיקה את הפעלת החריג של תקנת הציבור, שכן איסורים דתיים אלה אינם משקפים את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי בכללותו. מסקנתי אפוא היא כי אין לראות בהכרה בנישואיהם הזרים של מנועי חיתון בגירים, פנויים ונעדרי קרבת דם או חיתון, כנוגדת את תקנת הציבור הישראלית החיצונית. יש להכיר בנישואין אלה באופן מלא, לכל דבר ועניין, יהיו נסיבות המקרה הקונקרטי אשר יהיו.