

- העותרים: 1. יוסי בן-ארי
2. לורן שומן
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או
פאטמה אלעג'ו ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס
ו/או סוניה בולוס ו/או לימור יהודה ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל': 6521218-02 פקס: 6521219-02

- נ ג ד -

המשיב: מנהל מינהל האוכלוסין
רח' הלל 24, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיב לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא ירשום במרשם האוכלוסין את העותר 1 כבן זוגו של העותר 2 ואת העותר 2 כבן זוגו של העותר 1, ומדוע לא ישנה את רישום מצבם האישי של כל אחד מן העותרים 1-2 (להלן – העותרים) במרשם האוכלוסין מ"רווק" ל"נשוי";
2. מדוע לא ירשום במרשם האוכלוסין כל שני בגירים בני אותו המין, המציגים תעודת נישואין מאומתת מחו"ל, כנשואים זה לזה או זו לזו.

מבוא

עתירה זו עניינה סירובו של המשיב לקיים באופן שוויוני את החובה, הרובצת לפתחו, לרשום במרשם האוכלוסין נישואיהם של בני זוג, שנישאו מחוץ לישראל. חובה זו, המבוססת על הלכה של בית משפט זה, הנמצאת עמנו זה למעלה מארבעים שנים, היא מן המפורסמות והידועות שבהלכות, הנוגעות לסמכויות המשיב, ונראה שכמעט מיותר לחזור עליה – תושב ישראל, המציג בפני פקיד הרישום מסמכים, המעידים על קיומו של טקס נישואין בחו"ל, ירשום פקיד הרישום את נישואיו. זהו כל כולו של הטיעון המשפטי על רגל אחת, ונראה, כי אין לך הכרעה קלה יותר מן ההכרעה בסוגיה, העולה בעתירה זו.

והנה מסתבר, כי בעת שבני הזוג שנישאו הם שתי נשים או שני גברים מבקש המשיב להתעלם מהלכה זו. המשיב יודע היטב, כי אין הוא רשאי לבחון בעת רישום נישואיהם של בני זוג את השאלה האם מדובר בנישואים תקפים על פי דיני מדינת ישראל. הוא אף יודע, כי אין הוא רשאי לבחון את שאלת כשירותם של הצדדים להינשא זה לזה לפי הדין החל בישראל. אולם כשמגיע הדבר לעניין נישואיהם של שני גברים או של שתי נשים סבור המשיב, כי בידו להתעלם מן החובה, המוטלת עליו מכוח הדין, ולהתעלם מקביעותיו החוזרות והנשנות של בית משפט זה בעניין היקף שיקול הדעת, הנתון לו בענייני רישום. בכך מפלה המשיב זוגות אלה על רקע נטייתם המינית ומינם, ופוגע בכבודם ובזכותם לחיי משפחה.

מדינת ישראל מנעה מהעותרים להינשא בישראל כשהם מוקפים בכל יקיריהם: בני משפחה, חברים וידידים, ואילצה אותם להרחיק על פני יבשות רבות. די בפגיעה אנושה זו בזכויות היסוד של העותרים. אין להתיר למשיב להוסיף ולהציב מכשול מפני רישום נישואיהם במולדתם.

התשתית העובדתית

1. העותר 1, יוסי בן-ארי, בן 51, הוא מעצב תפאורה ותלבושות לתיאטרון. העותר 2, לורן שומן, בן 41, הוא מתרגם ספרות יפה מעברית לצרפתית. העותר 2 תירגם, בין היתר, סיפורים של ש"י עגנון וסי' יזהר. העותר 2 עלה מצרפת, והתאזרח בשנת 1993.

2. העותרים הכירו זה את זה בשנת 1985 ונפגשו נקשרה האחד בנפשו של השני. מאז היכרותם הם חיים כבני זוג, ובשנת 1987 עברו להתגורר יחד. מאז 1987 ועד היום הם חיים חיי משפחה ומנהלים משק בית משותף - תחילה בתל אביב, בשנים 1989-1993 בצרפת ובשנת 1993 השתקעו בני הזוג בתל אביב.

3. בשנת 2003 החליטו בני הזוג להינשא זה לזה, וביום 11.11.2003 ערכו, בשעה טובה, טקס נישואין בצפון יורק שליד טורונטו שבקנדה.
- העתק תעודת הנישואין של בני הזוג, עליה מוטבעות חותמת שגרירות קנדה בתל-אביב, חותמת של משרד החוץ הקנדי וחתימתו של פקיד אימות מסמכים במשרד החוץ הקנדי מצ"ב ומסומן ע/1.
- העתק הצהרתו של קונסול ישראל בטורונטו, מר אברהם לב לואיס, מיום 10.12.2004, המאמתת את אותנטיות תעודת הנישואים ואת אותנטיות החתימה והחותמת, שהיא נושאת, מצ"ב ומסומן ע/2.
- העתק הצהרת השגרירות הקנדית בתל אביב מיום 2.11.2004, לפיה תעודת הנישואים היא מסמך אותנטי, המאשר כי העותרים נישאו זה לזה ביום 11.11.2003, מצ"ב ומסומן ע/3.
4. ביום 22.12.2004 פנה ב"כ העותרים אל מר ששי קציר, מנהל מינהל האוכלוסין, וביקש, כי השניים יירשמו האחד כבן זוגו של השני במרשם האוכלוסין. לפנייה צורפו המסמכים, המאמתים את נישואיהם של בני הזוג.
- העתק הפנייה מיום 22.11.2004 מצ"ב ומסומן ע/4.
5. באותו מועד פנה ב"כ העותרים אף אל גב' אסתר שרון, ממונה מרשם ודרכונים במטה מינהל האוכלוסין, וביקש אף ממנה להנחות את הגורמים הרלוונטיים לרשום את נישואיהם של בני הזוג במרשם האוכלוסין.
- העתק הפנייה מיום 22.11.2004 מצ"ב ומסומן ע/5.
6. ביום 16.1.2005 התקבלה תגובתה של גב' עליזה קריספין ממחלקת פניות הציבור של מטה מינהל האוכלוסין (הנושאת את התאריך 10.1.2005). בתשובה נכתב, כי הפנייה הועברה לטיפול הגורמים המקצועיים במשרד.
- העתק תשובתה של גב' קריספין מצ"ב ומסומן ע/6.

7. ביום 23.1.2005 התקבלה תשובתה של גב' דגנית רבי ממחלקת פניות הציבור של מטה מינהל האוכלוסין (הנושאת את התאריך 18.1.2005), המאשרת קבלת פנייתו של ב"כ העותרים. הפנייה הוחזרה יחד עם תשובתה של גב' רבי מבלי שטופלה, וצויין, כי יש לשלוח יפויי כוח של בני הזוג על מנת שהפנייה תטופל.

העתק תשובתה של גב' רבי מצ"ב ומסומנת ע/7.

8. ביום 26.1.2005 שלח ב"כ העותרים לגב' רבי פעם נוספת את פנייתו מיום 22.12.2004 בצירוף יפויי הכוח של העותרים, זאת תחת מחאה בעניין הדרישה להציג יפויי כוח לצורך טיפול בעניינים מן הסוג נשוא הפנייה.

העתק מכתבו של ב"כ העותרים מיום 26.1.2005 מצ"ב ומסומן ע/8.

9. ביום 15.2.2005 התקבלה פעם נוספת תשובה מאת גב' דגנית רבי (הנושאת את התאריך 10.2.2005), לפיה הועבר הטיפול בפנייה למנהל מינהל האוכלוסין ולגורמים המקצועיים.

העתק תשובתה של גב' רבי מיום 10.2.2005 מצ"ב ומסומן ע/9.

10. ביום 24.2.2005 התקבלה תגובתו של מר עמוס ארבל, מנהל הלשכה למינהל אוכלוסין בתל-אביב-יפו (הנושאת את התאריך 17.2.2005). את תשובתו של מר ארבל ראוי לצטט במלואה, שכן היא פותחת צוהר להלך המחשבה, העומד ביסוד החלטותיו של פקיד הרישום. וכך כותב מר ארבל – "פנייתך שבנדון הועברה לגורמים המקצועיים במשרד הפנים בירושלים. הפנייה הינה עקרונית היות והבקשה הינה לרשום מעמד "נשוי" של בני זוג ישראליים מאותו מין לאחר שנישאו בהליך אזרחי בקנדה. כידוע, נישואין שכאלו אינם מוכרים באופן חוקי במדינת ישראל ולפיכך לא ניתן לרשוםם בקובץ המרשם כמבוקש". (ההדגשות והטעויות במקור).

העתק מכתבו של מר ארבל מיום 17.2.2005 מצ"ב ומסומן ע/10.

הטיעון המשפטי

הלכת פונק שלזינגר

11. בשנת 1961 נישאו בקפריסין גב' הנרייט אננה קטרינה פונק שלזינגר ומר ישראל שלזינגר, נוצרייה ויהודי, שלא היה בידם להינשא זו לזה בישראל על פי דינם האישי. הם פנו אל פקיד הרישום בבקשה לרשום את נישואיהם בספר מרשם התושבים, ובקשתם סורבה. "סירובו של המשיב נובע מכך, שהוא אינו מכיר בתוקפם החוקי של הנישואין הנ"ל", מלמדנו פסק הדין בבג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 231 (להלן – עניין פונק שלזינגר). בשנת 2003 נישאו בקנדה מר יוסי בן-ארי ומר לורן שומן, שני גברים, שלא היה בידם להינשא זה לזה בישראל על פי דינם האישי. הם פנו אל פקיד הרישום בבקשה לרשום את נישואיהם במרשם האוכלוסין, ובקשתם סורבה. "נישואין שכאלו אינם מוכרים באופן חוקי במדינת ישראל ולפיכך לא ניתן לרשום בקובץ המרשם כמבוקש", מסר פקיד הרישום (ע/10).

12. השאלה, ככל שבכלל קיימת שאלה, העומדת בפני בית משפט זה, אין עניינה הכרה ב**סטטוס** של העותרים כנשואים. כל שמתבקש בית המשפט הנכבד הוא לחייב את המשיב לקיים את חובת ה**רישום**, המוטלת עליו לפי הוראות חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן – חוק מרשם האוכלוסין) ולפי פסיקתו של בית משפט זה.

13. כפי שציין המשנה לנשיא (דימי) מצא בע"א 10280/01 ירוש-חקק נ' היועמ"ש (פסק דין מיום 10.1.2005) (להלן – עניין ירוש-חקק), כאשר אנו עוסקים בשאלות הנוגעות למרשם האוכלוסין, אין אנו עוסקים בשאלות, הנוגעות ליצירת סוג חדש של סטטוס, אלא בסדרי מינהל תקינים. הא ותו לא:

"אין בפסק-הדין בפרשת ברנר-קדיש כדי להשפיע על הכרעתנו; שהלוא השאלה שעמדה בה לדיון עסקה רק בהיקף שיקול-הדעת הנתון לפקיד הרישום לסרב לרשום פסק-אימוץ זר, שניתן במדינה אחרת לפי דיניה. להבדיל משאלה זו, שעיקרה בסדרי מינהל מקובלים וראויים, השאלה העומדת לפנינו היא מהותית ועניינה ביצירתו של מוסד אימוץ חדש לפי דינינו. " (שם, פסקה 25 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימי) מצא, ההדגשה הוספה).

14. לפי הוראות סעיף 17 לחוק מרשם האוכלוסין חייב פקיד הרישום לרשום שינוי במצבו האישי של הפונה אליו עם הצגת תעודה ציבורית, המעידה על השינוי.

15. הלכה ידועה, שנשתרשה זה מכבר בדין הישראלי, היא כי "תפקידו של פקיד הרישום, על פי הפקודה הנ"ל, אינו אלא תפקיד של מאסף סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות

שיפוטית לא ניתנה בידינו". על כן, "הפקיד חייב לרשום את שהאזרח אומר לו", אלא אם כן הדברים אמורים ב"אי-נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר" (עניין פונק שלזינגר, עמ' 243-244).

16. על מנת לקבוע, כי חובתו של המשיב היא לרשום את העותרים כנשואים, אין לנו אלא ללכת בנתיב, שהורנו בית משפט זה בעניין פונק שלזינגר. בית המשפט הדגיש בעניין פונק שלזינגר, כי השאלה העולה בפניו, בבואו להכריע בשאלת רישומם של בני זוג, שנישאו בחו"ל ואינם כשירים להינשא בארץ לפי דינם האישי, כלל אינה נוגעת לשאלת תוקפם של הנישואים, וממילא אין צורך להכריע בשאלת התוקף. דברים, שנאמרו בעניין זה, יפים אף לענייננו:

"לא למותר להדגיש כבר בשלב זה – בפתח דברינו – כי לא בתוקפם של הנישואין או בבטלותם קא עסקינן. השאלה שלפנינו היא [...] היש צידוק לסירובו של פקיד מרשם התושבים לרשום את המבקשת כאישה נשואה" (שם, עמ' 242).

17. המשיב, הפועל כפקיד הרישום בתפקיד של מאסף סטטיסטי בלבד, אינו אמור לבחון האם, מבחינה משפטית, תקפים נישואי בני הזוג, הפונים אליו בבקשה להירשם. המשיב, בתפקידו כרשות מינהלית, כלל אינו אמור לתת דעתו לשאלה מה דינם של הנישואים בין בני הזוג הפונים אליו, שכן מדובר, פעמים רבות, בשאלות משפטיות מורכבות וסבוכות, שיש להכריע בהן על בסיס תשתית נורמטיבית מסועפת ומורכבת, הכוללת את הדין האזרחי המקומי, הדין הדתי במקרים מסויימים, הדין במקום בו נערך טקס הנישואין, הדין במקום מושבם של בני הזוג, אם אחד מהם אינו תושב ישראלי, וכללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

18. המורכבות, כמו גם הרגישות, של השאלות, העולות כאשר נדרשת הכרעה בתוקפם של נישואים, מחייבת הימנעות מהטלת הכרעה זו לפתחה של רשות מינהלית, שכן זו חסרת כלים לקבלתה של הכרעה משפטית מן הסוג האמור. גם לעניין זה יפים דברי השופט זוסמן בעניין פונק שלזינגר:

"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 ראיה שהתושב ערך טקס נישואין. לשאלה מה תוקף יש לטקס שנערך יש לעתים פנים לכאן ולכאן ובירור תוקפם חורג מגדר מרשם התושבים." (שם, עמ' 252).

19. אף לשאלה המורכבת, הנוגעת לשאלת תוקפם של נישואי העותרים, עשויים להיות פנים לכאן ולכאן (וזאת אף על פי שעמדתם המשפטית החד משמעית של העותרים היא, כי נישואיהם תקפים

בישראל). כך, למשל, לו היו פונים השניים לבית הדין הרבני בבקשה לקבל גט פיטורין, יש להניח, שבית הדין היה קובע, כי אין תוקף לנישואיהם לפי הדין הדתי. לעומת זאת, לו פנו אל בית המשפט לענייני משפחה או לכל בית משפט אזרחי אחר, כשהם מביאים בפני בית המשפט שאלה, שעל מנת להכריע בה יש להקדים ולהכריע בשאלת תוקף הנישואים, לא מן הנמנע, שבית המשפט היה מגיע למסקנה שונה לחלוטין מזו שאליה היה מגיע בית הדין הרבני, שכן בדונו בשאלת תוקף הנישואין, על בית המשפט האזרחי להכריע בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי (ראו: ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, 155; ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399, 403).

20. לפיכך, ובהעדר יכולת לצפות כיצד יפסקו בתי המשפט, אם תגיע שאלת ההכרה בנישואיהם של העותרים להכרעה, לא ראוי לו למשיב, אף אין לו סמכות, להתיימר ולהכריע בשאלת תוקף הנישואים לצורך קבלת החלטה בעניין רישום. יומרתו של המשיב להכריע בשאלה זו ולנקוט בה עמדה, תוך שהוא קובע, כי "נישואין שכאלו אינם מוכרים באופן חוקי במדינת ישראל ולפיכך לא ניתן לרושםם בקובץ המרשם" (ע/10) אינה אלא ניסיון של המשיב לקחת לידי סמכות שיפוטית, אשר כלל לא הוענקה לו בחוק המסמך. אף לעניין זה לא נותר לנו אלא להוסיף ולצעוד במסלול, שהתווה לנו בית המשפט בעניין פונק שלזינגר:

"כאשר יחפוץ הפקיד לפסוק בגילו של אדם, בעוד שיש לדבר פנים לכאן ולכאן, תקום השאלה: מי שמך? הענין השנוי במחלוקת יכול שיהא קשה ומסובך, וחילוקי הדעות בין שני בתי-המשפט בעניין הנ"ל יוכיחו. כלום הופקדו בידי פקיד-הרישום סמכויות-שיפוט? כלום הסמיכתו הפקודה להיות הפוסק בעניין הנוגע לרישום? ברור הדבר ונעלה מספק, כי תפקידו של פקיד רישום, על פי הפקודה הנ"ל, אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו." (שם, עמ' 244)

21. את שנמנע בית משפט זה מעשות בהעדר צורך ממשי – קביעת מסמרות בשאלת תוקפם של נישואים מסוגים שונים, שנערכו בחו"ל בין שני תושבי מדינת ישראל – מתיימר המשיב לעשות. המשיב מבקש ליטול לעצמו את הסמכות השיפוטית להכריע בהינף קולמוס בשאלות, שבית משפט זה נוהג לגשת אליהן בדחילו ורחימו. בית משפט זה גרס מאז ומתמיד, כי הכרעה בשאלת תוקפם של נישואין בין תושבי ישראל שנישאו בחו"ל "היא קשה וסבוכה", הכרעה ש"יש בה הבחנות דקות ודקיקות", הכרעה שיש להימנע ממנה, שכן "אם ניתן להימנע מלהיכנס ליער סבוך זה רצוי הוא הדבר, שכן אין לדעת כיצד נצא מסבך זה" (רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 228-229; ראו גם: בג"צ 51/80 כהן נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לה(2) 8, 10). לעומתו סבור המשיב, כי אותן שאלות משפטיות מורכבות ורגישות, שמהכרעה בהן נמנעו הרכבים מורחבים, שדנו בשני עניינים אלה, טוב להן שתמצאנה מענה מאחורי שולחנו של פקיד הרישום.

22. ההלכה, שנקבעה בעניין פונק שלזינגר, ממנה מבקש המשיב להתעלם משל לא באה לעולם, אינה הלכה זניחה או נשכחת חרף הזמן הרב, שחלף מאז נולדה. על ההלכה בעניין חובת ביצוע הרישום חזר בית משפט זה שוב ושוב, חרף ניסיונות המשיב לצמצמה. ההלכה אף הורחבה לעניין רישום פריטי הדת והלאום במרשם האוכלוסין (ראו: בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד מג(2) 723; בג"צ 1031/93 פסרו גודלשטיין נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661; בג"צ 5070/95 נעמת - תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו 721 (2) (להלן – עניין נעמת)).

23. אף בנוגע לרישום נישואים לא מצא לנכון בית משפט זה ברבות הימים לסטות מן ההלכה, שנקבעה בעניין פונק שלזינגר. כך, למשל, בבג"צ 2888/92 גודלשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89 (להלן – עניין גודלשטיין), הורה בית משפט זה לשר הפנים לחזור בו מסירובו לרשום בני זוג, שאינם כשירים להינשא בישראל, ונישאו בנישואים קונסולריים. אף הפעם נעשה הדבר מבלי להידרש לשאלת תוקף הנישואין:

"ההליך שלפנינו אינו הליך המתאים לכך, שכן ההכרעה בשאלת תוקף הנישואין אינה חיונית לשם הכרעה בשאלה אם על פקיד המרשם לרשום את העותרים כנשואים. אכן, העתירה שלפנינו אינה מעוררת את השאלה אם הנישואין שנערכו לפני הקונסול ליהודי ושאינה יהודייה, אזרחי מדינת הקונסול שאחד מהם הוא גם אזרח ישראלי, תפסו מבחינת צורת עריכתם, ואם בני הזוג אכן נשואים זה לזה בשל כך על-פי הדין הישראלי. השאלה המתעוררת לפנינו הינה אם פקיד המרשם חייב לרשום את בני הזוג כנשואים על יסוד תעודת רישום הנישואין שנתקבלה מהקונסול. שאלה זו נחתכת על-פי דיני המשפט המינהלי, הקובעים את היקף שיקול-דעתו של פקיד המרשם, ולא על-פי דיני המשפחה הקובעים את תוקף הנישואין. [...] אכן, תוקף הנישואין לחוד ושאלת רישומם של בני הזוג במרשם האוכלוסין כנשואים לחוד." (שם, עמ' 92-93).

24. לאחרונה, בפסק דין שניתן בבית משפט זה על ידי הרכב של 11 שופטים, חזר והדגיש הנשיא ברק (בהסכמת 8 שופטים נוספים), כי אין מקום לסטות מן ההלכה, שנפסקה בעניין פונק שלזינגר:

"הנה-כי-כן, הילכת פונק שלזינגר - אשר נפסקה לפני כארבעים שנה - ממשיכה לעמוד בתוקפה." (עניין נעמת, עמ' 744).

25. כידוע, משמעות רישומו של המצב האישי במרשם האוכלוסין מצומצמת לצרכים סטטיסטיים בלבד. אין ברישום זה כדי להוות ראייה לכאורה לאמור בו (ראו סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין). משכך, אף טענות בדבר משמעותו של רישום המעמד האישי בחיי היומיום, ככל שקיימת משמעות כזו, אין בהן כדי להביא לסטייה מן ההלכה, שנקבעה בעניין פונק שלזינגר:

"המדינה ביקשה כי נסטה מהילכת פונק שלזינגר. לטענתה, הילכת פונק שלזינגר מתעלמת ממשמעותו של המרשם בחיי היומיום, הן לעניין הסתמכותן בפועל של רשויות המדינה על המרשם והן לעניין משמעותו הציבורית של המרשם ולתוצאותיו הציבוריות. [...] אין בידי לקבל טיעונים אלה. הילכת פונק שלזינגר הכתה שורשים בפסיקה, ונדרשים שיקולים כבדי משקל כדי לסטות ממנה. שיקולים כאלה לא הובאו בפנינו. 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." (הנשיא ברק בעניין נעמת, עמ' 745).

26. בבג"צ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד (2) 368 הוחלה הלכת פונק שלזינגר אף על צו אימוץ, שניתן בחו"ל, לפיו אימצה בת זוג את הבן הביולוגי של זוגתה. למותר לציין, כי העותרים, ואף ביתר שאת בא כוחם, סבורים, כי ההלכה שנפסקה בעניין ברנר-קדיש נכונה. אך המשיב לא השלים עמה, והגיש בקשה לדיון נוסף, שעדיין תלויה ועומדת בפני הרכב מורחב - דנג"צ 4252/00 שר הפנים נ' ברנר-קדיש.

27. עמדת המשיב עצמו, כפי שהוצגה בבית משפט זה בדנג"צ ברנר-קדיש, מבחינה בין רישום נישואין, שנערכו בחו"ל, לבין רישומו של אימוץ, שנעשה בחו"ל. המשיב מבסס את ההבחנה בין רישום נישואין לרישום אימוץ על העובדה, שחוק מרשם האוכלוסין קובע, כי רישום שמות ההורים ושמות הילדים יהוו ראייה לכאורה לנכונותם, בעוד שרישום מצבו האישי של אדם ושם בן זוגו לא יהווה ראייה כזו. בסיכומי משרד הפנים בדנג"צ ברנר-קדיש, שהוגשו לבית משפט זה ביום 2.9.2001, נטען, כי:

"הפסיקה שניתנה לאחר חקיקת חוק המרשם צעדה בתלם שחרש פסק-הדין בעניין פונק שלזינגר, היינו הגדירה את תכלית הרישום כאיסוף נתונים סטטיסטיים. פסיקה זו נסבה על רישום נישואין [...] ורישום דת/לאום [...] וממילא לא התייחסה לתכלית הנוספת, לפיה מהווה המרשם ראייה לאמיתות הרישום. העולה מן האמור כי למרשם שתי תכליות. התכלית הראשונה כללית, במובן זה שהיא משותפת לכל פרטי המרשם הוא מאגר מידע לצרכים סטטיסטיים. התכלית השנייה מיוחדת

לפרטים המנויים בסעיף 4(ב) לסיכומים אלה, ולפיה משמש המרשם ראייה לכאורה לאמיתות הרישום. [...] עמדת העותר היא כי תכלית הרישום משליכה על היקף שיקול דעת פקיד הרישום בעת שקילת בקשה לרשום פרט במרשם ועל מידת השכנוע – העובדתית והעיונית – הנחוצה לצורך הרישום" (עמ' 5-6 לסיכומי העותר בדנג"צ ברנר-קדיש, ההדגשות במקור).

העתק סיכומי העותר בדנג"צ ברנר-קדיש מיום 2.9.2001 מצ"ב ומסומן ע/11.

28. עוד נטען על ידי העותר בדנג"צ ברנר-קדיש, כי אין חובה לרשום צווי אימוץ, שניתנו בחו"ל, שכן בניגוד לתעודות נישואין, צווי אימוץ הם החלטות שיפוטיות, שלפני רישומן עליהן לעבור הליך של הכרה לפי חוק אכיפת פסקי חוק, התשי"ח-1958 (עמ' 15-12 לסיכומי העותר בדנג"צ ברנר-קדיש). העותר מסיים טיעונו בעניין זה באמירה, לפיה "הלכת פונק-שלינגר לא דנה כלל במצב דברים מעין זה, ולפיכך אין לה תחולה בענייננו" (שם, עמ' 15).

29. וסוף פרק זה יחזירנו אל תחילתו – משהציגו העותרים בפני המשיב תעודת נישואין מאומתת, אשר אין למשיב כל סיבה להטיל ספק בהיותה אותנטית ובכך שהיא מעידה על קיומו של טקס נישואין בין השניים, התקף במקום עריכתו, הרי שבהחליטו להימנע מרישום בני הזוג כנישואים חרג מסמכותו ולקח על עצמו תפקיד, השמור לבתי המשפט ולא לרשות המינהלית.

פגיעה בזכות לשוויון

30. ואולם לא רק בשאלה האם סדרי מינהל תקינים מחייבים רישום נישואים, שנערכו בחו"ל, עניין לנו. עניין לנו אף בשאלה האם סדרי מינהל תקינים יוכלו לסבול, כי פקיד הרישום יטפל באופן אחד בזוג פלוני, המציג בפניו תעודת נישואים, ובאופן שונה לחלוטין בזוג פלמוני, המציג תעודה זהה.

31. המשיב מודע היטב לחובות, שמטילים עליו עקרונות המינהל התקין ופסיקתו של בית משפט זה, אך הוא בוחר להתעלם מהן רק כאשר מדובר בבני זוג מאותו המין, שנישאו בחו"ל.

32. אם יפנו אל המשיב בני זוג בני המינים השונים ויצגו תעודת נישואין, ירשום פקיד הרישום את השינוי, שחל במעמד האישי, וזאת מבלי שייתן דעתו לשאלה, האם מדובר בנישואים בני תוקף בישראל, לשיטתו, והאם בני הזוג כשירים להתחתן בישראל. כך, למשל, ירשום פקיד הרישום כנישואים כהן וגרושה, שיציגו בפניו תעודה זהה לזו שהציגו העותרים, וכך גם ירשום מוסלמי

ויהודיה, שיציגו תעודה כזו, יהודי ומי שאינה משתייכת לעדה דתית מוכרת, ואף בני זוג בני אותה עדה דתית מוכרת, שבחרו מסיבה זו או אחרת לבוא בברית הנישואין מחוץ לישראל.

33. ואולם, כאשר יפנו אל פקיד הרישום זוג נשים או זוג גברים, שבאו בברית הנישואין מחוץ למדינת ישראל, ישתנו לפתע כללי המינהל, שמפעיל המשיב. לפתע, היכן שכדבר שבשגרה המשיב אינו מתייחס כלל לשאלה האם נישואים, שנערכו בחו"ל, תופסים בישראל, יפעיל המשיב מערכת אחרת של נורמות, ויתחיל לפשפש בשאלות משפטיות לא לו ולהניח הנחות בלתי מבוססות לגבי תוקפם של הנישואין, כפי שעולה מתשובת המשיב (ע/10). כשתתייצבנה בפני פקיד הרישום שתי נשים או כאשר יתייצבו בפניו שני גברים, הוא יעלה לפתע את שאלת כשירותם להינשא בישראל ותוקפם של הנישואין לפי הדין המקומי, היכן שהוא אינו מעלה ברגיל שאלות בעניינים אלה.

34. יוצא, אם כן, ששתי מערכות שונות של כללים חלות על שני סוגים של זוגות, המבקשים מן המשיב לשנות את רישום מעמדם האישי על בסיס תעודת נישואין בחו"ל – מערכת אחת, זו העולה בקנה אחד עם חוק מדרשם האוכלוסין ועם פסיקתו של בית המשפט, חלה על בני זוג בני המינים השונים. ואילו מערכת אחרת, כזו המבקשת להתעלם מפסיקתו של בית משפט זה, חלה עת מתבקש רישום נישואיהם של בני זוג בני אותו המין.

35. נראה, כי עלינו להזכיר למשיב מושכלות ראשוניות, שנשכחו מלבו, ורק בשל כך נאמר את שנאמר – הזכות לשוויון היא זכות יסוד בשיטת המשפט הישראלית. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עוגנה הזכות לשוויון במסגרת הזכות לכבוד כזכות חוקתית על-חוקית. זאת בעיקר כאשר הפגיעה בזכות באה על רקע השתייכות קבוצתית.

אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 421 ;
 בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4) 94, 133 (להלן – עניין מילר) ;
 בג"צ 5394/95 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 360-363 ;
 בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 760 (להלן – עניין דנילוביץ) ;
 בג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 501, 521–522.

36. קביעתה של מערכת נורמות אחת לטיפול בעניינם של בני זוג בני מינים שונים ומערכת נורמות שנייה לטיפול בעניינם של בני זוג מאותו המין מהווה אפליה פסולה בשל נטייה מינית ובשל מיגדר. פשיטא שאם יפנו גבר ואשה בגירים, שנישאו בטורונטו, ויציגו תעודה מאומתת, הוזה בכל לתעודה, שהציגו העותרים, ירשום אותם המשיב כנישואים ללא כל היסוס. לעומת זאת, העותרים,

אך בשל נטייתם המינית ואך בשל היותם שני גברים, זוכים ליחס שונה. הפליה כזו על רקע השתייכות קבוצתית אינה אלה הפליה, ש"ביסודה [] עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה." (עניין מילר, עמ' 132).

37. ההשפלה, הטמונה בסירוב המשיב לרשום את נישואי העותרים, נובעת מכך שבנוהגו בהם מינהג שונה ובהפעילו כללי מינהל שונים, הוא משדר מסר, לפיו מערכת יחסים בין שני גברים או שתי נשים אינה מערכת יחסים "נורמטיבית", אלא מערכת יחסים כה שונה במהותה וכה פחותה בערכה עד שלא ראוי שנחיל עליה את אותם הכללים, המוחלים על בני זוג בני המינים השונים. החלת כללי רישום אחרים על נישואיהם של בני זוג מאותו המין כמוה כקביעה, כי יחסי האהבה והשיתוף, שבין העותרים, אינם ראויים הם, וכי החלטתם לקשור עצמם זה בגורלו של זה ולבוא בברית הנישואין היא חסרת משמעות, וכל זאת תוך השפלה ופגיעה אנושה בכבודם של העותרים על רקע השתייכותם הקבוצתית.

38. כבר נפסק, כי כאשר עומדת לדיון השאלה האם התייחסות לתא המשפחתי, המורכב מבני זוג מאותו המין, השונה מן ההתייחסות לתא המשפחתי, המורכב משניים בני המינים השונים, מהווה הפליה, יש לשאול, האם השוני בין סוגי אותן משפחות רלוונטי לעניין הנדון:

"השאלה אותה עלינו לשאול הינה אם השוני ביחס הוא רלבנטי לעניין הנדון. "העניין הנדון" הוא התא החברתי, חיי השיתוף והאחוה, המצדיקים, לדעת אל-על, הענקת טובת הנאה לעובד (הקבוע) בדמות כרטיס טיסה שיאפשר לו ליטול עמו את זה שעמו הוא חי חיים משותפים. לעניין זה, השוני בין חיי שיתוף בין בני מינים שונים וחיי שיתוף בין בני אותו מין הוא הפליה ברורה ובוטה." (עניין דנילוביץ, עמ' 762)

פגיעה בזכות לחיי משפחה

39. הגם שעניין לנו ברישום נישואין במרשם האוכלוסין ולא ביצירת סטטוס או הכרה בו, סירוב המשיב לרשום את נישואיהם של העותרים מהווה פגיעה בזכות היסוד שלהם לחיי משפחה ובזכותם של בני זוג מאותו המין לחיי משפחה, זאת בין אם נישאו בחו"ל ובין אם לאו. זאת משום שהסירוב, המבוסס אך על מגדרם ועל נטייתם המינית של העותרים, משדר מסר של דה-לגיטימציה כלפי משפחות של הומואים ולסביות, ומגדירם כמשפחה "חסרה" או "נחותה", כפי שהוסבר לעיל, או כ"לא משפחה". היחס השונה לבני זוג מאותו המין משדר מסר חריף, לפיו כאשר בהומואים או בלסביות עסקינן, עניין לנו בתא כה שונה עד שאין הוא ראוי לאותן הגנות ואפילו לאותם הסדרים פרוצדורליים, להם זכאים כל שני בגירים, המחליטים להקים משפחה.

40. בית משפט זה עמד זה מכבר על חשיבותו החברתית העליונה של התא המשפחתי (בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 783), ואף קבע, כי זכותו של אדם להשתייך לתא משפחתי הינה חלק מזכותו לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(1) 160, 175).

41. אף במשפט הבינלאומי מוגדרת הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד. סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 קובע, כי יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, וסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם מעגן את הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד.

42. כמו כל מונח משפטי או חברתי אחר, גם במונח "משפחה" יש להפיח רוח חיים, העולה בקנה אחד עם מציאות החיים העכשווית (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 32-33; ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נו(5) 309, 327-326).

43. אין בעובדה, שבמרכז המשפחה ה"מסורתית" עמדו איש ואשה, הנשואים זה לזה, כדי לעצור את ההתפתחות הטבעית של הרחבת ההגדרה, כך שתחול אף על תאים חברתיים, שבעבר לא נחשבו למשפחות. תחומי השתרעותה של הזכות לחיי משפחה והגבולות, המותווים על ידיה, אינם יכולים לקפוא על השמרים, ויש להתאימם למציאות החיים. יפים לעניין זה דברי השופט חשין בבג"צ 9098/01 גניס ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון (פסק דין מיום 22.11.2004):

"הנה-כי-כן, לפני שנים לא רבות - עשרים או עשרים וחמש שנים - לא היה עולה על דעת אישה או איש לומר כי המושג "בן-זוג" שבפקודת הנזיקין פורש כנפיו גם על הידועה בציבור. והנה בימינו אמרנו כך [...] . ובימי אבותינו, גם מי שאימצו את דמיונם לא היה עולה בדעתם כי שתי נשים אפשר תירשמנה במירשם האוכלוסין כאימהות לפעוט, שהרי "אמא יש רק אחת". ובימינו אירע הדבר [...]. אפשר, אפוא, כי בנסיבות מתאימות יחליט בית משפט בימינו - או בימים יבואו - החלטות נוספות לא שיערו אבותינו." (שם, פסקה 38 לפסק דינו של השופט חשין, והאסמכתאות הנזכרות שם).

44. בישראל של היום, וכך גם במדינות אחרות, תופעת התאים המשפחתיים, שעמוד התווך שלהם אינו תא של איש ואשה, הולכת ונעשית נפוצה יותר ויותר. יותר ויותר זוגות בני אותו המין אינם חשים עוד צורך להסתיר את התא המשפחתי, שבחרו להקים, והנראות הציבורית של משפחות

אלה צוברת תאוצה. רבות מן המשפחות הללו אף מגדלות ילדים, שאין להם עוד אם אחת ואב אחד.

45. היטיבה לבטא זאת השופטת גבריאלה (דה-ליאו) לוי, בעניין שנדון בבית המשפט המחוזי בנצרת, ועסק בזכויות הירושה של בני זוג מאותו המין:

"המילה 'הכיר' נרשמה על ידי במרכאות משום שחיי השיתוף בין זוגות בני אותו המין, מתקיימים בין אם נתעלם מהם ובין אם נכיר בהם, ויחס החברה לזוגות כאלה, אין לו השפעה על עצם קיומם. מבחינה זו אין הם זקוקים להכרת החברה בחייהם. הם זקוקים להכרה מבחינה משפטית ככל שחיי שיתוף אלה מקנים להם זכויות משפטיות, או כדי למנוע כל פגיעה בהם או אפליה בגין היותם בני זוג בני אותו המין." (ע"א (נצי') 3245/03 ע' מ' נ' האפוטרופוס הכללי, עמ' 37 לפסק הדין).

46. בעשור האחרון המערכת המשפטית על כל ערכאותיה החלה לתת תוקף לעובדה, שבני זוג מאותו המין מהווים תא משפחתי. בין שנאמר הדבר במפורש ובין שהוצנע בתוך קונסטרוקציות משפטיות סבוכות, לא ניתן להתכחש עוד לעובדה, שהמשפחה ההומו-לסבית קיימת קיום של ממש גם בספירה המשפטית. לא ניתן להבין את ההתפתחויות המשפטיות, שיתוארו להלן, מבלי להגיע למסקנה שהתא חברתי, המורכב מבני זוג מאותו המין, הוא תא משפחתי לכל דבר, החוסה תחת כנפי הזכות לחיי משפחה:

46.1. בעניין דנילוביץ הנ"ל נפסק, כי הסכם קיבוצי, המעניק זכויות לבני זוגם של דיילים רק אם בני זוג אלה הם בני זוג ממיינים שונים, הוא הסכם מפלה, העומד בניגוד להוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. משכך, נפסק, כי בן זוגו של דייל חברת "אל על" זכאי לכל אותן זכויות, להן זכאית בת הזוג של עובד החברה או בן הזוג של עובדת החברה.

46.2. בשנת 1995, בעקבות בג"צ דנילוביץ קיבלה אוניברסיטת ת"א את תביעתו של פרופ' עוזי אבן, והחליטה להעניק לבן זוגו את מלוא הזכויות, שהיא מעניקה לידועים בציבור של חברי הסגל האקדמאי, לרבות קבלת פנסיית שארים, פטור מתשלום שכר לימוד לבן הזוג, מתן כרטיסי טיסה לבן הזוג בשנת שבתון וכיוצא באלה הטבות (תיק נד/3-1712 בבית הדין האזורי לעבודה בת"א).

46.3. בשנת 1996 קיבלה ועדת הערר לפי חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985 את ערעורו של אדיר שטיינר, וקבעה כי הוא זכאי לגימלאות לפי החוק כבן זוגו של קצין צבא שנפטר (ע"ש 369/94 שטיינר נ' צה"ל, פסק דין מיום 5.12.96). הוועדה קבעה, כי עקרון השוויון ופסק הדין בעניין דנילוביץ מחייבים לפרש את החוק כחל אף על המערער. בהעדר מחלוקת, שאילו היה המערער אשה היה הוא זכאי לכל הזכויות, הרי הכוונה לשלול את הזכויות נעוצה אך ורק בעובדת היותו גבר, הדגישה הוועדה. אף מבחינת תכלית החוק נשוא דיונה - תכלית כלכלית במהותה, שבאה להבטיח את הקיום הכלכלי של התא המשפחתי - הגיעה ועדת הערר למסקנה, כי בהתקיים חיי שיתוף, אין במינו של בן הזוג כדי להדירו מתחולת אותו החוק.

(למען שלמות התמונה יצויין, כי שנה וחצי קודם לכן דחתה ועדת הערר לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950 ערעור דומה של אדיר שטיינר, למרות לשון החוק הדומה (ע"מ 8/94, פסק דין מיום 13.8.95). על שתי ההחלטות הוגשו ערעורים לבית המשפט המחוזי. בסופו של דבר פרקליטות המדינה והפרקליטות הצבאית יזמו הסכם עם מר שטיינר, לפיו משולמת לו גימלה חודשית, ולפיכך הערעורים נמחקו).

46.4. בשנת 1998 הכיר נציב שירות המדינה בזכאותו של בן זוג בן אותו המין של עובד מדינה לקצבת שארים בהתאם לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970.

46.5. בעקבות עתירה לבג"צ החליט שר הבטחון בשנת 1997 להכיר בבן זוג בן אותו המין של קצין צה"ל שנפטר כזכאי לזכויות הנצחה, הניתנות לבני זוג (בג"צ 5398/96 אדיר שטיינר נ' שר הבטחון, תקדין-עליון 97 (1) 244).

46.6. בשנת 1997 פירש לראשונה בית משפט השלום בחיפה את המונח "בן זוג", שבחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, ככולל גם בן זוג מאותו המין (תמ"ש 32520/97); ובדומה בשנת 2001 הוציא בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב מכוח אותו החוק צו להגנתו של אדם, שהותקף ע"י בן זוגו (תמ"ש 48260/01).

46.7. בשנת 1998 הנחה היועץ המשפטי לממשלה את אגף המכס לאפשר לבן זוג בן אותו המין של עולה חדש להשתמש ברכב פטור ממסים של העולה, בהתאם למדיניות הנוהגת לגבי ידועים בציבור.

- 46.8. מאז שנת 1999 מוענקים באופן שגרתי בבתי המשפט לענייני משפחה ברחבי המדינה צווי אפוטרופסות לבנות זוג, שבהם מוכרת כל אחת מהן כאפוטרופה נוספת על הילדים שילדה בת זוגה, ושאותם הן מגדלות יחדיו.
- 46.9. בשנת 2001 נתן בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב פסק דין הצהרתי, הקובע כי שני גברים היו בני זוג ידועים בציבור, כך שלאחר פטירתו של אחד מהם זכאי השני לפנסיית השארים מקרן הפנסיה של בן זוגו המנוח (ע"ב 3816/01 פטריק לוי נ' מבטחים, פסק דין מיום 25.6.2001). זאת, לאחר שהמפקח על הביטוח הורה לקרן הפנסיה מבטחים לפרש את תקנונה כחל אף על בן זוג בן אותו המין של מבוטח שנפטר.
- 46.10. ועוד בשנת 2001 ניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע תוקף של פסק דין לפי סעיף 3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 להסכם, שנערך בין בנות זוג (תמ"ש 8510/01, פסק דין מיום 12.8.01).
- 46.11. בדצמבר 2002 חלה התפתחות נוספת בתמ"ש 8510/01 הני"ל, כאשר בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע אישר גם הסכם למזונות הקטין, שנולד לאחת מבנות הזוג, ואשר אותו הן מגדלות בצוותא.
- 46.12. בדומה, ניתן בפברואר 2004 על ידי בית הדין לענייני משפחה במחוז תל אביב תוקף של פסק דין להסכם, שנערך על ידי שני גברים. בפסק הדין נקבע, כי המונח "בן זוג" בחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 כולל אף בני זוג מאותו המין (תמ"ש 3140/03).
- 46.13. בשנת 2000 קיבל בג"צ את עתירתן של בנות זוג, שהאחת ילדה ילד והשנייה אימצה אותו בארה"ב, והורה למשרד הפנים לרשום במרשם האוכלוסין את האם המאמצת כאמו של הקטין (בג"צ 1779/99 ברנד-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד (2) 368; נתקבלה בקשת שר הפנים לקיים דיון נוסף על פסק הדין).
- 46.14. בשנת 2001 הסכים משרד הפנים ליתן לבן זוג בן אותו המין תעודת פטירה של בן זוגו. זאת לאחר שבתחילה סירב משרד הפנים לבקשה בטענה, שהנותר בחיים אינו "קרוב", הזכאי לקבל את תעודת הפטירה.

46.15. בינואר 2002 החליטה עיריית תל אביב-יפו להעניק לבני זוג מאותו המין ולילדיהם, שהינם תושבי העיר, הנחות בעבור צריכת שירותים עירוניים ושימוש במתקנים עירוניים, בדומה להנחות, הניתנות לבני זוג נשואים ולילדיהם.

46.16. בפברואר 2004 ניתן תוקף של פסק דין להסכמת פרקליטות המדינה לקבל ערעור בבית המשפט העליון נגד מנהל מס שבח מקרקעין, ולהכיר בבני זוג מאותו המין כמי שזכאים לפטור ממס שבח וממס רכישה בעת העברת בעלות בדירת המגורים המשותפת, כפי שזכאים בני זוג וידועים בציבור בני המינים השונים (ע"א 5178/03 אד"ר שטיינר ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין).

46.17. ביום 11.11.2004 קבע בית המשפט המחוזי בנצרת, כי סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 מעניק לבני זוג מאותו המין את אותן זכויות ירושה, הניתנות מכוח החוק לידועים בציבור בני המינים השונים (ע"א (נצי) 3245/03 ע' נ' האפוטרופוס הכללי).

46.18. ביום 21.11.2004 ניתנה החלטתו של בית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב, בה אושר הסכם, שנערך בין זוג גברים, המגדלים את בנם יחד עם אשה נוספת, אם הקטין (תמ"ש 6960/03). בהחלטה נמתחה ביקורת נוקבת על עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהתנגד לאישור ההסכם בשל היותם של בני הזוג בני אותו המין. לענייננו נפנה במיוחד לדבריו של השופט גרניט, לפיהם "ב"כ היועמה"ש מודע לאפשרות כי בני-הזוג שלפנינו יכולים להינשא זל"ז, באחת מהמדינות שבהן החוק מאפשר זאת, כמו קנדה, ספרד, הולנד. זוגות חד-מיניים שינשאו באחת המדינות בהן הדבר חוקי, רשאים להירשם במרשם האוכלוסין, כנשואים זל"ז" (פיסקה 22 להחלטה).

46.19. ביום 8.12.2004 בהודעה לעיתונות של משרד המשפטים נמסר, כי "בסוגיות ממוניות והסדרים פרקטיים אחרים" עמדת היועץ המשפטי היא, שהמגמה צריכה להיות פרקטית וגמישה לעניין הכרה בבני זוג מאותו המין. עוד נמסר בהודעה לעיתונות, כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, עליה נמתחה ביקורת בתמ"ש 6960/03 הנ"ל, הוגשה לבית המשפט לפני כניסת היועץ המשפטי הנוכחי לתפקיד, וכי עמדת היועץ המשפטי בעניין הכרה בבני זוג מאותו המין שונה מזו שנמסרה לבית המשפט. כמו כן, נמסר בהודעה, כי הוחלט לא להגיש בקשת רשות ערעור בע"א 3245/03 הנ"ל,

שכן עמדת היועץ המשפטי היא כעמדת בית המשפט המחוזי – חוק הירדושה חל על בני זוג מאותו המין (כן ראו סעיף 3 להודעה).

העתק ההודעה לעיתונות מיום 8.12.2004 מצ"ב ומסומן ע/12.

46.20. בשנת 2000 אימץ משרד הפנים נוהל, שפרטיו שונו מעת לעת, על פיו אדם בעל אזרחות זרה, שהוא בן זוג בן אותו המין של ישראלי, זכאי למעמד במסגרת איחוד משפחות כפי שמקובל לגבי ידוע בציבור בן המין השונה.

46.21. ביום 29.12.2004 קיבל בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב את עתירתם של בני זוג, אזרח ישראלי ואזרח קולומביה, ששהה שלא כדין בישראל, ונדרש לצאת מישראל טרם בחינת בקשתו להסדרת מעמדו. בית המשפט (השופט עוזי פוגלמן) החליט, כי יש להחיל את ההלכה, שנקבעה בבג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 728, לגבי האיסור לכפות על בני זוג נשואים פרידה עד לטיפול בבקשתם, אף על בני זוג מאותו המין, וכי דרישת משרד הפנים במקרה זה אינה מידתית (עת"מ (ת"א) 2790/04 רוזנברג נ' משרד הפנים).

46.22. ביום 10.1.2005 ניתן פסק דינו של בית משפט זה בעניין ירוס-חקק הנ"ל. בית המשפט פסק, כי אין בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 מניעה לאימוץ ילדיה הביולוגיים של אשה על ידי בת זוגה בהתקיים התנאים, הקבועים בחוק לאימוץ יחיד.

46.23. ביום 28.2.2005 הגיש היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו לביה"ד לעבודה בתביעה של אלמן נגד המוסד לביטוח הלאומי לקבלת קיצבת שארים לאחר פטירת בן זוגו. עמדתו היא, כי על פי פרשנות תכליתית של חוק הביטוח הלאומי יש להכיר בבן זוג בן אותו המין כאלמן ובבת זוג בת אותו המין כאלמנה (בלי (ת"א) 3536/04 גיורא רז – המוסד לביטוח לאומי).

46.24. עוד ראו: Aeyal M. Gross "Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-Recognition of Same-sex Couples in Israeli Law" *Legal Recognition of Same-sex Partnerships: A Study of National, European, and International Law* (Robert Wintemute and Mads Andenas eds., Oxford, 2001) 391-414; אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפיכה

המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז (תשס"ב) 195; יובל יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 531; אלון הראל "בתי משפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 785; מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה (תש"ס) 94; יפעת ביטון "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" קרית המשפט ב (תשס"ב) 401.

על "תקנת הציבור", "תפיסות חברתיות" והומופוביה

47. החריג, העולה מהלכת פונק שלזינגר לרישומם של נישואים, שנערכו מחוץ לישראל, הוא החריג של "תקנת הציבור". נישואים, הפוגעים בתקנת הציבור, ייתכן שלא יירשמו במרשם האוכלוסין. ואולם עד היום, למיטב ידיעתם של העותרים, לא נמצא ולו מקרה אחד, בו קיבל בית משפט זה, כי יש לסרב לרשום נישואים בין שני בגירים, שנישאו מחוץ לישראל, מטעמים של פגיעה בתקנת הציבור. אף המשיב בענייננו לא הרהיב עוז לטעון, כי נישואי העותרים סותרים את תקנת הציבור, אך דומה, כי מתחת לפני השטח זהו טעמו האמיתי לסירוב לרשום את נישואיהם.

48. תפיסות חברתיות, ככל שאלה קיימות, השוללות את חופש הבחירה של אדם, את זכותו לממש את הזכות לחיי משפחה, את זכותו לבור לו בן זוג כרצונו ואת זכותו ליחס שווה, אינן יכולות למלא את המושג "תקנת הציבור" בתוכן. "תקנת הציבור" דוחה תפיסות חברתיות כאלה מתוכה, ומקומן לא יכירנו בקרבה. תפיסות חברתיות כאלה או אחרות, שאינן אלא דעות קדומות, אינן משמשות, אף לא ראוי שתשמנה, מקור למילוי המושג "תקנת הציבור" בתוכן.

49. בדוננו בטענה, שעניינה "תקנת הציבור", יש לקרוא לילד בשמו. אין לאפשר לטוען להסתתר מאחורי מונחים מרוככים כגון "תקנת הציבור", "תפיסות חברתיות" ו"העדר הסכמה חברתית" לבדם. ביטויים כאלה אינם מביאים לידי ביטוי את המניע האמיתי, את הכוח המזין את אותן "תפיסות חברתיות" – הומופוביה. כשם שאין לקבל הפליה על בסיס השתייכות אתנית או לאומית מטעמים של "תקנת הציבור", שמקורם ב"תפיסות חברתיות" גזעניות, הרווחות בחברתנו, וכשם שלא נשלים עם הפליית נשים מטעמים של "תקנת הציבור", שמקורם ב"תפיסות חברתיות" פטריארכליות, הרווחות אף הן בחברתנו, כך אף אין להסכין עם הפליה של בני זוג מאותו המין מטעמים של "תקנת הציבור", שמקורם ב"תפיסות חברתיות" הומופוביות.

ראו יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז (תשס"ב) 253.

50. "תפיסות חברתיות" שימשו תדיר הנמקה לפגיעה בזכות היסוד של בני זוג מסוגים שונים לבוא בברית הנישואין. כל דרישה להכיר בנישואין, שנתפסו כחורגים בפרט זה או אחר מן הקונבנציות החברתיות בתקופה הרלוונטית, הוצגה תמיד כנסיון לשינוי מרחיק לכת באופיו של מוסד הנישואין. כך, למשל, ההיסטוריה של העולם המערבי רצופה בהגבלות על נישואים בין-גזעיים, בטענה כי יחסים בין בני אדם, המשתייכים לגזעים שונים, כלל אינם חוסים תחת הזכות לחיי משפחה, וכי הכרה בנישואין כאלה תהווה שינוי דרמטי והרה אסון של מוסד המשפחה.

51. בהיסטוריה של ארה"ב ייזכרו לדראון עולם מילותיו של שופט הערכאה הראשונה בעניין, כפי שצוטטו על ידי השופט WARREN בבית המשפט העליון של ארה"ב:

"Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix."

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 3 (1967)

52. בית המשפט העליון של ארה"ב פסל את חוקתיותה של אותה ההגבלה, שהתבססה כל כולה על תפיסות חברתיות גזעניות:

"There can be no doubt that restricting the freedom to marry solely because of racial classifications violates the central meaning of the Equal Protection Clause. [...] To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law."

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1967)

53. קיומן של "תפיסות חברתיות", השוללות זוגיות בין בני אותו המין, אין בו כדי להוביל למסקנה, כי רישום נישואי העותרים פוגע ב"תקנת הציבור". עצם קיומה של "תפיסה חברתית" מסויימת, ככל שזו קיימת, אינו יכול להוות עילה לפגיעה בזכויותיו של אדם, מבלי שייבדק תוכנה של אותה

תפיסה חברתית. לעתים יש דווקא להילחם באותן "תפיסות חברתיות מקובלות", דוגמת הומופוביה. עמד על כך השופט חשין באומרו:

"כשאני לעצמי, אתקשה לקבל כי "תפיסה חברתית מקובלת" – באשר היא – אוצרת כוח לקיים טענת שוויון או להתגבר על טענת הפליה. מושג השוויון ובן-דמותו, איסור ההפליה, מושגים הם השאובים מתחום הערכים: טוב ושאינו טוב, ראוי ושאינו ראוי, צודק ושאינו צודק, הוגן ושאינו הוגן. שלא כמות אלה היא "תפיסה חברתית מקובלת", שבעיקרה אין היא אלא תיאור מציאות קיימת בלא הבעת דעה על אותה תפיסה מבחינה ערכית. העמדתה של "תפיסה חברתית מקובלת" בצד ערכי השוויון ואיסור הפליה, כמו המדובר – תמיד ולא-סייג – במושגים שיש להם מכנה משותף, יש בה לדעתי עירוב מין בשאינו-מינו.

...

חלילה לנו מערב מציאות בערכים, ואמנם, המבחן הקובע חובת שוויון – וכמותו האיסור על הפליה – מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות". כן היא הפליה מחמת גזע, כן היא הפליה מחמת מין, כן היא הפליה מחמת נטייה מינית, כן היא הפליה מטעמים אחרים אף-הם. כל מעשי הפליה מאלה שהזכרנו מקורם ב"תפיסות חברתיות מקובלות": תפיסה חברתית כי בן גזע אחד נחות מבן גזע אחר; כי נשים אינן כשירות לבצע פעילויות כגברים; כי אנשים בני גיל מסוים אינם כשירים למקצועות מסוימים וכו'. אכן, לשירות "תפיסות חברתיות מקובלות" – מקובלות אך פסולות – נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטֶרֶאוטיפ שדבק בקבוצה שפלוני נמנה עם חבריה." (בג"צ 2458/01 מִשפּוּחָה חֲדָשָׁה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים, פ"ד נו(1) 419, 450-451, ההדגשות הוספו).

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תגובתו של המשיב לעשותו מוחלט.

27 במרץ 2005

ב"כ העותרים