

המערערים : **1. אדיר שטיינר**
2. פלוני

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר
ו/או הדס תגרי ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק
ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית
ו/או פאטמה אל-עג'ו ו/או באנה שגרי-בדארנה
ו/או שרון אברהם-ויס ו/או נעה שטיין
ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 35401, ירושלים 91352
טל': 6521218-02 פקס': 6521219-02

- נגד -

המשיב : **מנהל מס שבח מקרקעין**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

סיכומים מטעם המערערים

מבוא

עניינו של ערעור זה הוא בזכותם של בני זוג בני אותו המין להנות מפטור ממס שבח וממס רכישה בהעברת זכויות בין בני הזוג בדירת המגורים המשותפת שלהם, כפי שנהנים מפטור זה בני זוג נשואים ובני זוג ידועים בציבור. פסק דינה של הוועדה קמא, שדחה את עררם של המערערים, פוגע בזכויות היסוד החוקתיות של המערערים לשוויון, לכבוד ולקניין. קבלת עמדתו של המשיב היא הטלת מס, או שמא נאמר הטלת קנס, על אהבתם של המערערים, כמו גם של בני זוג ובנות זוג במצבם. הדרתם של בני זוג בני אותו המין ממעגל הזכאים לפטור משמעה ייחוס ערך נחות ובלתי ראוי ליחסי האהבה ולחיי השיתוף של בני זוג בני אותו המין.

רקע עובדתי

61. המערערים הם בני זוג, הגרים יחד מאז אוקטובר 1996 בדירה, המצויה ברח' ---- בתל-אביב, והידועה גם כגוש ---- חלקה ---- (להלן – "הדירה"), ומנהלים משק בית משותף. כך, למשל, למערערים צוואות הדדיות, חשבונות בנק משותפים וכל מטלטליהם משותפים (לרבות רכב).

62. ביום 9.5.00 הגישו המערערים הצהרה, לפיה העביר אדיר שטיינר, המערער מס' 1, ללא תמורה מחצית מזכויותיו בדירה לבן זוגו, המערער מס' 2. בהצהרה הם ביקשו פטור מתשלום מס שבח מקרקעין ומס רכישה בהיותם בני זוג ידועים בציבור, המתגוררים ביחד בדירה למעלה משנה, וזאת לפי סעיף 62 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963 (להלן – "חוק מיסוי מקרקעין" או "החוק") ותקנה 21 לתקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה), התשל"ה-1974 (להלן – "תקנות מס רכישה" או "התקנות").

63. בהחלטתה של מפקחת שומת מקרקעין מיום 24.7.00 נדחתה בקשתם לפטור. בנימוקים לשומה נאמר, כי סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, אליו מפנה סעיף 62(ב) לחוק, מגדיר ידועים בציבור כ"איש ואשה" החיים חיי-משפחה במשק בית משותף...". כיוון שבעניינם של המערערים לא מדובר בהעברת זכויות בין איש לאשה אזי סעיף 62(ב) אינו חל. לפיכך נדרשו המערערים לשלם הן מס שבח והן מס רכישה, ששיעורם ביוני 2003 היה ₪ 101,676.

64. ביום 23.8.00 הגישו המערערים השגה על השומה. בהחלטת המשיב מיום 3.4.01 נדחתה ההשגה. נימוקי הדחייה היו, כי ידוע בציבור מאותו מין איננו כלול בהגדרת בן זוג שבמונח "קרוב" המצוי בסעיף 62(א) לחוק, ולחלופין, כי הוראת סעיף 62(ב) אינה חלה מאחר שמדובר בו רק באיש ובאשה.

65. ביום 14.5.01 הגישו המערערים ערר לוועדת הערר קמא. ביום 16.3.03 דחתה הוועדה ברוב דעות את הערר. דעת הרוב (כמו גם המשיב בסיכומיו בפני הוועדה קמא) דנה אך ורק בטיעונם הפרשני של המערערים ודחתה אותו. הוועדה קמא קבעה, כי לא ניתן לפרש את המונח "בן זוג" שבסעיף 62(א) לחוק כחל אף על ידועים בציבור לאור ההסדר המיוחד שנקבע לגביהם בסעיף 62(ב). כן קבעה הוועדה קמא, כי לא ניתן להחיל את סעיף 62(ב) על המערערים, שכן הסעיף מדבר ב"איש ואשה", ומכאן שהמחוקק הביע כוונה אחרת משתמעת שלא לכלול ידועים בציבור בני אותו המין. דעת הרוב התעלמה כליל מטיעונם החוקתי של המערערים. דעת המיעוט לעומת זאת לא דנה בטיעון הפרשני, ואימצה על כרעו וקרביו את הטיעון החוקתי של המערערים, לפיו הוספת סעיף 62(ב) לחוק בשנת 1994 בטלה בהיותה סותרת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הטיעון המשפטי

66. עניינו של ערעור זה בשתי שאלות. השאלה האחת, האם העיסקה נשוא הערעור פטורה ממס שבח, מורכבת משלוש שאלות משנה:

- (א) האם המערערים הם ידועים בציבור, שסעיף 62(ב) לחוק חל עליהם?
- (ב) האם המערערים הם בני זוג, שסעיף 62(א) לחוק חל עליהם?
- (ג) אם התשובה לשתי שאלות היא בשלילה – האם התיקון משנת 1994, שבו הוסף סעיף 62(ב) לחוק, בטל בהיותו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ואם כך הוא – מהו הסעד הראוי במקרה של בטלות?

השאלה השנייה, האם העיסקה נשוא הערעור פטורה ממס רכישה, מורכבת אף היא משלוש שאלות משנה:

- (עד) פטור ממס רכישה לידוע בציבור לפי תקנה 20 לתקנות;
- (עה) פטור ממס רכישה לבן זוג לפי תקנה 21 לתקנות;
- (עו) פטור ממס רכישה אף בהעדר פטור ממס שבח.

פטור ממס שבח

67. סעיף 62 לחוק קובע כדלקמן:

- (א) מכירת זכות במקרקעין והקניית זכות באיגוד ללא תמורה מיחיד לקרובו - שאינו איגוד בשליטתו - יהיו פטורים ממס.
- (ב) מכירת זכות במקרקעין בדירת מגורים, לא תמורה, מיחיד לבן זוג המתגורר יחד אתו בדירה, פטורה ממס; לענין זה, "בן זוג המתגורר יחד אתו בדירה" – מי שעשוי לחול עליו סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, וחי ביחד עם בן זוגו חיי משפחה במשק בית משותף בדירת המגורים הנמכרת, שנה לפחות לפני המכירה.

פטור ממס שבח לפי סעיף 62(ב) לחוק

68. סעיף 62(ב) לחוק קובע פטור ממס שבח בהעברת זכות במקרקעין בדירת מגורים, המועברת ללא תמורה בין בני זוג, המתגוררים יחדיו באותה הדירה. "בן זוג" לצורך פיסקה זו הוא: "מי שעשוי לחול עליו סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, וחי ביחד עם בן זוגו חיי משפחה במשק בית משותף בדירת המגורים הנמכרת...". סעיף 55 לחוק הירושה מדבר ב"איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה

לזה...". סעיף 6 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 קובע, כי האמור בלשון זכר – אף לשון נקבה במשמע, ולהיפך. שילובם של שלושת סעיפי חוק אלה מביאנו למסקנה, כי הפטור ממס שבח חל אף על איש ואיש ואף על אשה ואשה. כך מבחינה לשונית וכך אף על פי עקרונות הפרשנות המקובלים במשפטנו, כפי שיפורט להלן.

69. לאחרונה ניתן פסה"ד בע"א 1165/01 פלונת נ' היועמ"ש, פ"ד נו(1) 69. באותו עניין התכנס הרכב של 9 שופטים כדי להכריע בשאלה אם "בן זוגו" שבסעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 כולל אף את הידוע בציבור. השאלה שהוצבה להכרעה היא, כדברי הנשיא ברק, "אם אין להבין את הביטוי "בן זוגו" (שבסעיף 3(1) לחוק) על רקע הדיבור "איש ואשתו" (שברישא לסעיף 3), והאם ידועים בציבור הם "איש ואשתו" (שם, בעמ' 83). בסופו של דבר הושארה השאלה בצריך עיון, שכן הערעור התקבל מטעמים אחרים. יחד עם זאת ולמרות הלשון המפורשת של הסעיף טרח הנשיא ברק להדגיש, כי אין הוא שולל פירוש זה (שם, בעמ' 84).

70. לעומת זאת הוועדה קמא קיבלה את פרשנות המשיב, לפיה סעיף 62(ב) לחוק חל אך ורק על ידועים בציבור שהינם איש ואשה. פרשנות זו הינה שגויה.

71. סעיף 62(ב) הוסף כתיקון לחוק בשנת 1994. תכלית התיקון הייתה להרחיב את תחולת הפטור ממס בהעברת זכויות ללא תמורה גם על בני זוג ידועים בציבור.

72. את פרשנותו לתיקון ביסס המשיב על לשון הצעת החוק, בה נאמר:

"חוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963 פוטר מתשלום מס העברת זכות במקרקעין ללא תמורה כשמדובר במתנה לקרובים. הגדרת המושג 'קרוב' באותו החוק כוללת, מלבד בני זוג, גם הורים, הורי הורים, צאצאים, אחים ואחיות ובני זוגם של כל אלה, אך מתעלמת מידועים בציבור, שהם פעמים רבות קרובים לנותן המתנה יותר מכל אדם אחר. עובדה זו פוגמת בחירותו של האדם לעשות ברכושו כרצונו. מוצע, איפוא, לשנות את המצב שלפיו **במותו של פלוני תוכל הידועה בציבור לרשת אותו, אך בחייו אינה יכולה לקבל מתנה ממנו**". (ההדגשה הוספה)

לדברי המשיב, הסיפא לדברי ההסבר מעידה על כך, שכוונת התיקון הייתה לתת לידועים בציבור מעמד של בן זוג לצורך קבלת הפטור, תוך הדגשה מפורשת כי מדובר באיש ובאשה בלבד. פרשנות מעין זו אין לה על מה שתסמוך: למקרא כל הפסקה, המצוטטת מתוך הצעת החוק, ברור, כי מטרת התיקון הייתה לבטל את אי השוויון, שהתקיים עובר לתיקון בין בני זוג נשואים לבין ידועים בציבור לעניין הזכות לפטור מכוח החוק שהוענקה עד אז לראשונים בלבד. ברור, אפוא, כי תפקיד הקטע המודגש הוא אך לתת דוגמא ולהמחיש את תוצאותיה הקשות של ההתעלמות מן הידועים בציבור ושל

הפלייתם המתמשכת בקביעת מעגל הנישומים הנהנים מהפטור. אין בדברי ההסבר אחיזה לסברה, שהתיקון ביקש להוציא מצחולתו ידועים בציבור, שאינם איש ואשה. מקום שהמחוקק בא לתקן פגם של אפליה, אין זה סביר להניח, כי כוונתו היתה ליצור במחי אותו קולמוס הפליה דומה לקודמתה.

73. בבוא המחוקק לפטור ממס שבח עסקאות ללא תמורה בין בני זוג, ביקש הוא בכך למנוע הכבדה כלכלית מקום בו מדובר בעסקה במסגרת קשירת חייהם של בני הזוג ושלא למטרות רווח כלכלי. דבר חקיקה זה לא נועד להגדיר או להתערב במבנה ובחיי המשפחה של מבצעי העסקאות, ופרשנות שכזו סותרת את תכליתו של החוק כולו בכלל ואת תכלית סעיף 62(ב) בפרט.

74. אין דבר בהסטוריה החקיקתית של התיקון לחוק, שיצביע על כוונה מיוחדת באימוץ ההגדרה של ידועים בציבור מחוק הירושה דווקא או שיצביע על כוונה לשלול את תחולת התיקון על ידועים בציבור בני אותו המין. ואפילו כך היה, אזי "אין בכוח ההיסטוריה החקיקתית לצמצם את משמעותו העצמית של נוסח החוק, שעם חקיקתו חי חיים פרשניים עצמיים על רקע תכליתו" (ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(1) 69, 76).

75. בהעדר הוראה מפורשת של המחוקק בעניין זה, עומדת בעינה ההנחה, כי מטרתו של התיקון לחוק הייתה להגשים את ערכי היסוד של השיטה ולא לסתור אותם. אחד מן הערכים החשובים ביותר הוא הזכות לשוויון (בג"צ 953/87 פּוּרָז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309, 334-329).

76. לעניין הפטור ממס שבח, ברור כי אין כל שוני רלבנטי בין בני זוג ידועים בציבור בני המין השונה לבין בני זוג בני אותו המין (השוו בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749, 762). בעניין זה הדגיש המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק, כי המטרה והרעיון, המונחים ביסודה של הענקת טובת הנאה, הוא בהתקיימותם של חיים משותפים, המעידים על תא חברתי הדוק, שביסודו חיי שיתוף. מינם או נטייתם המינית של בני הזוג אינה רלבנטית לתכלית זו. מכאן, ששלילת טובת הנאה, ממנה נהנים בני זוג שהם איש ואשה, מהטעם של שוני, המתקיים כביכול, בין חיי שיתוף של בני מינים שונים וחיי שיתוף של בני אותו המין, היא הפליה ברורה ובוטה בשל מין או נטייה מינית.

77. בבג"צ דנילוביץ הדגישה השופטת דורנר, "כי אי אפשר להכריע בעתירה שלפנינו ללא התייחסות לשינויים שחלו בנורמות החברתיות בישראל ביחס להומוסקסואליות" (עמ' 778). בהמשך סוקר פסק דינה את ההתפתחויות החברתיות והמשפטיות, בארץ ובמדינות העולם, שהביאו להכרה ביחסים בין בני זוג בני אותו המין ובתא המשפחתי, אותו הם בוחרים להקים (עמ' 778-778).

78. מאז פסק הדין בעניין דנילוביץ חלו התפתחויות חברתיות ומשפטיות מרחיקות לכת, בישראל ובעולם, המתבטאות בהרחבת ההכרה בתא המשפחתי של בני זוג בני אותו המין ובזכויותיו של הידוע בציבור בן אותו המין, ועל כן להלן, בעמ' 16 ואילך.

79. בהעדר לשון מפורשת, השוללת את הפטור ממס שבח מבני זוג בני אותו המין, לאור הציווי לפרש כל דבר חקיקה כך שיגשים את השוויון ולא יסתור אותו, ולאור התרחבות ההגנה המשפטית על התא המשפחתי של בני זוג בני אותו המין, יש לפרש את ההגדרה של ידועים בציבור כחלה לא רק על "איש ואישה החיים חיי משפחה במשק בית משותף", אלא אף על איש ואיש ועל אשה ואשה.

80. אף לאור תכליתו של החוק יש לפרש את ההגדרה של ידועים בציבור ככזו אשר אינה באה להבחין בין בני זוג על בסיס מינם או נטייתם המינית. על הצורך לפרש חוקים, ובהם אף חוקי מס, לאור תכליתם, עמד הנשיא ברק:

"כללים אלה, המשמשים לפירוש חוקים בדרך כלל, משמשים גם לפירושם של חוקי מסים. אין להם לחוקי המס כללי פרשנות משלהם. (...) כמו כל חוק אחר, גם לעניין חוק מס, נקודת המוצא היא לשון החוק, והשאלה היא אם לאפשרויות השונות יש עיגון, ולו מינימלי, בלשון ההוראה. מבין האפשרויות הלשוניות השונות, יש לבחור אותה אפשרות המגשימה את מטרתה של חקיקת המס. לעתים מטרת החקיקה היא הטלת מס, ולעתים מטרתה היא פטור ממס. בזו כבזו, על הפרשן ליתן אותו פירוש המביא להגשמת תכלית החקיקה (...)"

(ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70, 75).

תכלית החוק בענייננו הינה למנוע מיסוי ככל שמדובר בעסקאות, שהמניע לעשייתן איננו אינטרס כלכלי, אלא חיזוק הקשר הזוגי-משפחתי והעמקת חיי השיתוף. טעם זה מתקיים במלואו אף בענייננו.

1. לעניין זה יפים דבריה של השופטת שטרסברג-כהן, אשר נאמרו לאחרונה בהתייחס לחקיקת מס:

"חזקה היא כי תכליתה של כל הוראת חוק (...) היא להגשים את זכויות היסוד של השיטה, וזכות השוויון בכלל זה (...) "השוויון הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו". חזקה היא כי תכליתו של כל חוק לקדם ולשמר ערך יסוד זה" (א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה בעמ' 566). חזקה היא כי תכליתו של החוק להגשים שוויון פיסקאלי בין המינים. חזקה זו מוצאת ביטוי – בין השאר – בדברי הנשיא שמגר בדונו בשאלת מיסוי בני זוג, באומרו:

"מן הבחינה העקרונית, יש לשאוף למימושה של הזכות לשוויון גם בתחום הפיסקאלי שלפנינו" (ע"א 120/86 הנ"ל, בעמ' 170).
(ע"א 900/01 קלס ואח' נ' פקיד שומה ת"א, פ"ד נז (3) 750, 762)

74. ובהשלכה לעניינו, פרשנות, לפיה הגדרת הידוע בציבור בחוק כוללת ידוע בציבור בן מין שונה אך לא ידוע בציבור בן אותו המין, מובילה לתוצאות בלתי סבירות. פרשנות זו פוגעת בנישומים, אשר אין הצדקה למנוע מהם את האפשרות להוכיח קיום חיי זוגיות משותפים על מנת לזכות בפטור ממס שבח על "עיסקה" לשיתוף נכסים ביניהם. פרשנות שכזו יוצרת עיוותים כלכליים בהטילה מס על עיסקה, הנעשית ללא תמורה ושלא משיקולים כלכליים, וכן עיוותים חברתיים בהפלותה בין בני זוג בשל מינם ונטייתם המינית.

פטור ממס שבח לפי סעיף 62(א) לחוק

74. לחלופין, אף אם ייקבע כי סעיף 62(ב) לחוק חל רק על ידוע בציבור בן המין השונה, יש לפרש את ס"ק (א) כחל אף על בני זוג בני אותו המין.

75. ס"ק (א) חל על "קרוב", המוגדר בסעיף 1 לחוק בצורה רחבה. ההגדרה כוללת בן זוג, וכן שורה ארוכה של קרובי משפחה, ביניהם רבים, שאין בינם לבין בעל הזכות במקרקעין קירבת דם דווקא (בני זוג של אחים וצאצאים, איגוד בשליטה). התכלית הכללית, הגלומה בזכות לשוויון, מחייבת קיומם של טעמים עניינים לשם הצדקת יחס שונה לשווים. אין כל טעם, המצדיק פרשנות שתוציא בני זוג בני אותו המין מחלופת בן זוג שבהגדרת "קרוב". כפי שפורט לעיל, התא החברתי של בני זוג, לרבות זה המתקיים בין בני אותו המין, עבר שינויים שהוכרו בדין. פרשנות לשונית, המפגרת אחר מציאות החיים הנוהגת בפועל ומתעלמת מהעיגון המשפטי לו זכתה, תוך שלילת הזכות לפטור, מקבעת את ההפליה ואינה מקיימת את הזכות לשוויון, ועל כן אינה יכולה לעמוד. ונשוב ונדגיש את האמור: מבין שני פירושים אפשריים על בית המשפט לבחור בפירוש, המתיישב עם עקרונות היסוד (בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח', פ"ד נ (2) 793, 810), ועל פי רוח הזמן וההתפתחות החברתית (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 604).

76. אף התכלית הספציפית של חוק מיסוי מקרקעין, עליה נעמוד להלן, תומכת בהרחבת חלופת "בן זוג" שבמונח "קרוב" והחלתו על בני אותו המין. תכלית זו אינה מצדיקה הבחנה בין מהות הקירבה, המתקיימת בפועל בין בני זוג מאותו המין, לבין מגוון היחסים - בחלקם יחסים פורמאליים גרידא - המתקיימים בין חלופות הקרובים המנויות בו. מהות הקירבה, המתקיימת בין הראשונים, היא של קשר נפשי עמוק, תלות הדדית ושיתוף מלא בתא חברתי, המקיים יחידה משקית כלכלית אחת בדירה ובמשק בית משותפים. מהות זו והגשמתה בחיי היומיום אינה נופלת מזו המתקיימת בין אותם בני

הזוג, שהוכרו כזכאים לפטור. לא אחת היא עולה על זו המתקיימת עם האחרים, שנמנו בהגדרת "קרוב". כאמור, "בן זוג" הוא מצב עובדתי, המכונן זכות משפטית. עיגונה של הזכות המשפטית אינו נובע מסטטוס הנישואין, אלא מחיי השיתוף הנוהגים הלכה למעשה. מכאן מתחייב, שאף על בני זוג בני אותו המין תחול ההגדרה שבחוק. היות שהמובן שניתן לטקסט המשפטי עומד בגדרי מתחם המשמעויות הלשוניות שהוא נושא, הרי המסקנה הבלתי נמנעת היא, כי בני זוג בני אותו המין כלולים במונח "בן זוג" שבהגדרת "קרוב", ויופטרו מחובות המס ככל אחד מאותם קרובים, המנויים בהגדרה.

77. במשך שנים רבות הדגישה פסיקת בית המשפט העליון, כי התייחסות החקיקה ל"בן זוג" משמעה בן זוג נשוי בלבד, ורק איזכור מפורש של ידוע בציבור מקנה אף לו את אותן הזכויות. לאחרונה חל שינוי בגישה זו, ובית המשפט העליון קבע בהרכב של חמישה שופטים, כי יש לפרש את המונח "בן זוג" בפקודת הנזיקין כחל אף על הידוע בציבור (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה (1) 12). טעמי הפרשנות ושיקולי המדיניות, שפורטו בהרחבה בפסק דינו של הנשיא ברק, יפים בשינויים המחוייבים אף לענייננו (עמ' 40-25).

78. לאחרונה, ובנושא דומה מאד לענייננו, חלה התפתחות נוספת בפסיקה – ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון (פס"ד מיום 29.7.03). בעניין זה נקבע על דעת כל שופטי ההרכב, כי יש לפרש את המונח "בן זוג" בדבר חקיקה ככולל אף את הידוע בציבור, אלא אם כן החוק קובע אחרת במפורש או במשתמע (פיסקה 6 ו-18 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן).

79. בעניין לבנון נדונה השאלה אם הידועה בציבור זכאית לפטור ממס גם לגבי נכסים, שאינם דירת המגורים, ולכן הם מחוץ לגדרי סעיף 62 לחוק. דעת הרוב השיבה על שאלה זו בחיוב:

"ביסוד הפטור (ממס שבח וממס רכישה) מונחת מטרה חברתית, שנועדה להקל על הסדרים פנים משפחתיים. אין כל סיבה עניינית, שלא להחיל הסדר זה, שהינו בעל אופי חברתי, על מתנה הניתנת בין ידועים בציבור. גם ידועים בציבור מנהלים חיי משפחה, וההסדרים בענייני מס שבח ומס רכישה החלים על בני זוג נשואים המנהלים חיי משפחה מן הראוי שיחולו גם על ידועים בציבור המנהלים חיי משפחה. הבחנה בין בני זוג נשואים לבין בני זוג ידועים בציבור לעניין הסדרי מס שחב ומס רכישה היא הפליה פסולה, הנוגדת את עקרון השוויון."

(פיסקה 3 לפסק דינו של הנשיא ברק).

80. הוא הדין אף בעניינו. התכלית הספציפית של חוק מיסוי מקרקעין היא כלכלית. ככלל משית החוק מס על מכירת זכות במקרקעין. אולם, משזכות במקרקעין מועברת ללא תמורה בין בני זוג, המתגוררים באותה הדירה, העברה זו פטורה ממש. הכרת הדין בזכות לפטור ממש מעוגנת איפוא במאפייני היחידה החברתית-כלכלית בגדריה מתבצעת ההעברה ובהעדר תכלית כלכלית לבן הזוג המעביר. החוק מכיר בפעולות בעלות גוון כלכלי, המשנות מאופיין ומתכליתן הכלכלית בשל ההיבט הדומיננטי של היחסים, המתקיימים בין המעביר לנעבר. כאשר יחסים אלה מבוססים על חיים משותפים, המתקיימים בפועל ביחידה חברתית-כלכלית אחת, המחוקק אינו מזהה את העברת הזכות כארוע מס, ורואה לנכון לפטור את בני הזוג מהנזק הכלכלי, אותו תגרום חובת תשלום המס הכללית, אם תושט עליהם. העברת הבעלות בדירה, המשותפת לבני זוג ובה הם דרים יחדיו, מוכרת אפוא כביטוי מוחשי לקשר הבינאישי המונח ביסודה. ההכרה בהיבט זה היא המקימה את הזכות לפטור ממש.

81. היוצא מכל זה הוא, שהגבלת הזכות הכלכלית לבני זוג נשואים או לידועים בציבור, שהם איש ואשה בלבד, אינה מגשימה את תכלית החוק, לא זו הספציפית ולא זו הכללית. הזכות לפטור ממש שבח אינה נגזרת מההכרה בסטטוס הנישואין. הכרה זו מתקיימת כיום כלפי איש ואשה בין שהם נשואים ובין שהם ידועים בציבור. הכרה בבני זוג, שהם איש ואישה, ושליטת ההכרה מבני זוג, שהם אישה ואישה או איש ואיש, מהווה הפליה כלפי בני הזוג שהם בני אותו המין, בהיות ההיבט הדומיננטי, המונח ביסוד העברת הזכות המתבצעת ביניהם, זהה. על כן, החובה לפרש את הוראות החוק בדרך שתגשים את הזכות לשוויון ותשלול את ההפליה מובילה אך למסקנה אחת והיא, כי הדיבור "בן זוג" כאחת מחלופות "קרוב" שבחוק כולל בחובו גם בני זוג בני אותו המין. כפי שיפורט להלן, לא מעט זכויות, בהיבטי חיים שונים, הנובעות מעובדת החיים בשיתוף של בני זוג בני אותו המין, כבר זכו להגנת הדין. התאמת המונח "ידוע בציבור" או "בן זוג" כאשר מדובר בבני אותו המין היא אפוא בבחינת התאמת הדיבור לחיים המשתנים. התאמות אלה - שהן בבחינת "סגירת פערים בין החיים למשפט" (לינדורן, עמ' 39) - הן המאפשרות לחוק להיות חלק מהחיים ולא להשתרך הרחק מאחוריהם.

82. ואם ישאל השואל אם אין בפירושו זה כדי לרוקן מתוכן את משמעותו של התיקון, שהוסיף את הסדר הפטור לגבי ידועים בציבור בפיסקת משנה (ב), על כך נשיב להלן.

83. ראשית יש לציין, כי התיקון לחוק - כפי שמשמע מדברי ההסבר - ציין אך זאת, כי בהגדרת המונח "קרוב" לא נכלל במלים מפורשות הידוע בציבור. המחוקק כלל לא התייחס לאפשרות, שהידוע בציבור כלול במונח "בן זוג". זאת ועוד. התיקון בסעיף 62 לחוק, שכותרתו "מתנות לקרובים", הוסיף בסעיף קטן (ב) את הידועים בציבור וזאת מבלי שיחול שינוי בהגדרת "קרוב" בסעיף 1 של החוק. לשון ארבע החלופות המנויות בו עומדת בעינה מאז נוסח חוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963 לראשונה. הצעת החוק

המקורית של חוק מס שבח מקרקעין אינה כוללת דברי הסבר כלשהם, שיהיה בהם כדי להבהיר את הרציונאל, לפיו נכללו ברשימת הקרובים המקורית של הגדרת "קרוב" דווקא אותם קרובים המנויים בה, ורק הם. רשימת קרובים זו נותרה על כנה, חרף מכלול השינויים, שהביאו לשינוי החוק בשנת 1974 ולתיקון בסעיף 62 עשרים שנים מאוחר יותר. יפים לעניינו דבריו של הנשיא ברק בשינויים המחוייבים: "אין להסיק אפוא משתיקתה של הפקודה בכל הנוגע לידועה בציבור כל מסקנה פרשנית באשר לכוונת הכנסת" (עניין לינדורן, בעמ' 37). כך הוא אף בענייננו. על היסח הדעת או על שתיקת החוק, תהא הסיבה אשר תהא, אין לבסס כוונת מחוקק מתוקפה תיגזר שלילתה של הזכות לפטור ממס בדרך של פרשנות.

84. שנית, וחשוב מכך, גם אם המחוקק סבר בשנת 1994, כי אכן המונח "בן זוג" לא כולל ידועים בציבור לרבות בני זוג מאותו המין, כיום יש לפרש את החוק בהתאם להשתנות העתים. כדברי הנשיא ברק, "החוק הוא חלק מהחיים. עם שינוי במציאות החיים משתנה הבנתו של החוק....חזקה על כל חוק שיש להפעילו באופן שישתלב ויקדם את המציאות המודרנית...המטרות חברתיות שאותן יש להגשים הן המטרות חברתיות של ההווה והעתיד, לא של העבר, וזכויות האדם יוגשמו כפי היקפן ועל-פי הבנתנו אותן היום ולא בעבר" (אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 604-603).

85. כפי שנפסק בעניין לבנון, ובשינויים המחוייבים לענייננו, להנחת המחוקק בשנת 1994 יש לתת משקל נמוך. ראשית תיקון 1994 ביקש להיטיב עם ידועים בציבור. תהיה זו תוצאה קשה אם הרצון להיטיב יביא לתוצאה פרשנית, לפיה נפגעת זכותה של קבוצה שלמה של ידועים בציבור להנות מן הפטור. שנית, יש לתת משקל כבד לערכי היסוד של השיטה, ובמרכזם הזכות לשוויון (פיסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק).

86. לאור האמור לעיל המערער 1 זכאי לפטור ממס שבח מקרקעין בין אם נראה בו "ידוע בציבור" לפי סעיף 62(ב) לחוק ובין אם נראה בו "בן זוג" לפי סעיף 62(א) לחוק. יחד עם זאת אם תידחה פרשנות המערערים לשתי פיסקאותיו של סעיף 62 לחוק, יתעורר הצורך לדון בחוקתיותו של התיקון, שהוסיף את פיסקת משנה (ב) לסעיף זה.

אי חוקתיות התיקון לחוק משנת 1994

1. התיקון לחוק, שהקנה פטור ממס שבח לידוע בציבור, התקבל כאמור בשנת 1994, משמע לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך כפוף התיקון לבחינת חוקתיותו לאור חוק היסוד.

2. מקדמת דנא מהווים עקרון השוויון ואיסור ההפליה עקרונות יסוד בשיטתנו המשפטית. "טענת הפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו... ובצורך שבאדם... כי לא יפלו אותנו לרעה, כי נזכה לשוויון... מדוע חוייבתי אנוכי במס ואילו הוא פטור מתשלום מס? הפליה... מוליכה אל תחושה של קיפוח ותסכול... כל אלה הוליכו להלכה מבראשית שרשות אסורה בהפליה." (בג"צ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נב (4), 193, 204-203). הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מזכיר במפורש את הזכות לשוויון, הוכרה זכות זו כחלק בלתי נפרד מן הזכות לכבוד, המעוגנת בחוק היסוד. על פי גישה מצמצמת יותר, תוכר פגיעה בכבוד כאשר הפגיעה בשוויון נושאת בחובה השפלה. כך הוא במקרה של שלילת זכות כלשהי מחמת השתייכות קבוצתית, ובכלל זה מחמת מינו או נטייתו המינית של המופלה. בשלילת זכות בהקשר זה יש משום השפלה חמורה של קורבן האפליה, וממילא פוגעת אפליה על רקע זה בכבוד האדם כמשמעותו בחוק היסוד.

בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח (3), 353, 362-363 ;
בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5), 501, 526 ;
בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5), 749, 760 ;
בג"צ 451/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4), 94, 133 ;
בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מז (2), 812, 830 ;
בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד נד (2), 164, 186-187.

74. התיקון לחוק פוגע בכבוד האדם של בני זוג בני אותו המין. המדינה משדרת באמצעותו מסר שלילי כלפי מהותה הנחותה כביכול של זוגיות בין בני אותו המין, כאילו התא המשפחתי שלהם אינו ראוי לעידוד בשל המעמד הנחות שהיא מייחסת לו. בכך טמונה השפלה עמוקה לקורבן ההפליה (בג"צ מילר הנ"ל, בעמ' 132). בני זוג בני אותו המין אינם זכאים לפטור כלשהו בעת העברת זכויות בדירה בינם לבין עצמם (אף הפטור ממס בעת מכירתה של דירת יחיד אינו חל, שכן הוא חל אך ורק על העברת מלוא הזכויות בנכס). בכך שהמדינה מטילה מעמסה כלכלית כבדה ביותר על בני זוג בני אותו המין (בעניינינו למעלה מ-100,000 ₪), היא מונעת מהם הלכה למעשה את האפשרות לנהל משק בית משותף במלוא מובן המונח, לרבות בעלות משותפת בנכסים. בכך יש יותר מאשר השפלה של לסביות והומוסקסואלים ופגיעה בזכות לכבוד במובנה הראשוני והבסיסי ביותר. בהפלותה בין זוגות ממין שונה לבין זוגות בני אותו המין, באמצעות הדרתם מקבוצת הזכאים לפטור ממס, קונסת המדינה, הלכה למעשה, את האחרונים, וזאת אך משום שבחרו לקשור את גורלם עם בני מינם, ואיתם לבנות קן משפחתי, המבוסס על יחסי שיתוף רגשיים וחומריים.

75. משהגענו למסקנה, כי הוצאת בני זוג בני אותו המין מתחולת הפטור היא פגיעה בזכות, המעוגנת בחוק היסוד, יש לבחון אם הפגיעה עומדת בתנאי פיקטת ההגבלה (סעיף 8 לחוק). התנאי הראשוני הוא, שהפגיעה נעשית לתכלית ראויה. כפי שכבר נאמר, לא ניתן להצביע על תכלית ראויה כלשהי, שתצדיק אפליה בין ידוע בציבור בן אותו המין לבין

ידוע בציבור בן המין השונה לעניין פטור ממס שבח מקרקעין. מהו האינטרס, שהמשיב מבקש להגן עליו – כזה שיש בו כדי לגבור על האוטונומיה של הפרט, המוכרת בדין, לגבש את רצונו ולהגשים את הוויתו האישית להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו – לא ידענו. לפיכך נמצא התיקון פוגע בזכות לשוויון שלא לתכלית ראויה, ודינו להתבטל.

76. הזכות לקניין היא זכות יסוד, המעוגנת במפורש בחוק היסוד. בהתייחסו לפרישתה של זכות זו אמר לאחרונה בית משפט נכבד זה כדלקמן:

”בהקשר החוקתי מתפרשת הפגיעה בקניין באורח רחב כדי להרחיב את ההגנה החוקתית על האינטרס הרכושי של האדם בלא קשר הכרחי לשיבוצו במשבצת משפטית מוגדרת. וכך, פורשה זכות הקניין בהקשר החוקתי כחובקת בתחומיה את זכויות המקרקעין, המטלטלין, חיובים, זכויות ראויות, וכל אינטרס בעל ערך כלכלי. (דברי הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, שם, עמ' 431; דברי הנשיא שמגר, שם, עמ' 328, והשופט גולדברג שם, עמ' 572; ראו גם י' ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 258, 267; א' יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 443, 447).

יוצא, איפוא, כי זכות רכושית של אדם – היא אשר היא לבושה המשפטי מצויה במיתחם ההגנה החוקתית, ויש לבחון האם מעשה החקיקה פגע בזכות זו, ואם כן, מה אופייה ומה שיעורה של פגיעה זו והאם היא עומדת במבחני ההגבלות שתוחמו בחוק היסוד המותירות אותה בתחומי המסגרת החוקתית המותרת.”

(ע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן ואח' (פס"ד מיום 29.6.03) פסקה 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה)

77. הטלתו של מס שבח מקרקעין כשלעצמה היא פגיעה חוקתית בזכות הקניין, אך בית המשפט העליון בהרכב של 7 שופטים כבר פסק, כי פגיעה בלתי שוויונית בזכות הקניין היא פגיעה במידה העולה על הנדרש. פגיעה מעין זו סותרת את הוראות חוק היסוד, ולפיכך היא בטלה (ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה (4) 629, 642).

כן ראו ע"א 6826/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה כפר-סבא נ' חייט, פ"ד נא (2) 286, 296; השוו לעניין התחולה השוויונית של חופש העיסוק: בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441, 471; בג"צ 1030/99 ח"כ חיים אורון ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד נו (3) 640, 660-658.

78. בענייננו אי מתן הפטור פוגע באופן בלתי שוויוני בזכות בעלת ערך כלכלי של בני הזוג המערערים, ועל כן הוא פוגע באופן פסול בזכות הקניין שלהם (יצחק הדרי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" הפרקליט מו (תשס"ב) 11, 17-12).

79. בעניין ק.א.ל הדגיש הנשיא ברק, כי "במתן הסובסידיה חייבת הממשלה לפעול בגדרי הדין. עליה להימנע משרירות או מחוסר סבירות. עליה לפעול בהגינות. עליה לחלק הסובסידיה על-פי עקרון השוויון. אמת, אין למקבל הסובסידיה זכות לקבלה. אך יש למקבל הסובסידיה זכות להקצאה שוויונית של הסובסידיות... משהחליטה להמשיך בהן כלפי פלוני, היא חייבת – מכוח עקרון השוויון – להעניקן גם לאלמוני, עד כמה שפלוני ואלמוני שווים בתכונות שהן רלוונטיות למתן הסובסידיה... הערך והזכות בדבר השוויון מונחים ביסוד כוחותיה של הממשלה. הם הבסיס לכל סמכויותיה... שלטון הפוגע בשוויון הוא שלטון הפועל ללא סמכות." (בג"צ 1703/92 הנ"ל, בעמ' 227).

80. בית המשפט הגרמני לחוקה מרבה להתערב בחקיקת מס. כך, למשל, בשנת 1998 פסל בית המשפט לחוקה הוראות מס, שהתירו ניכוי הוצאה בעבור טיפול בילדים של נישום עובד. הניכוי הותר רק למשפחות חד הוריות, בני זוג גרושים או ידועים בציבור החיים יחדיו, ולא הותר לבני זוג נשואים (שנהנו מהקלות אחרות). בית המשפט קבע, כי הוראות החוק פוגעות בזכות לשוויון, בזכות לקניין ובזכות למשפחה ולנישואין. בית המשפט הורה למחוקק לקבוע משטר מס חדש בתוך שנה, ועד אז ניתנה זכות ניכוי ההוצאה למערער. העלות הכוללת של פסק הדין הוערכה ב-22 מיליארד מרק בשנה (הדרי, שם, עמ' 29-28).

81. עיינו הרואות, כי הן על המחוקק והן על רשויות השלטון מוחלת החובה, שעה שהם מקצים את משאבי המדינה - בהענקה, בחלוקה או בפטור - להקצותם בשוויון. לפרט הנהנה קמה הזכות להקצאה שוויונית של משאבים אלה. כך הוא במקרה זה. אין כל הצדקה לפגיעה, המפלה בזכות הקניין בשל מין ובשל נטייה מינית. גם משום כך התיקון אינו חוקתי.

82. משהגענו למסקנה, כי דבר החקיקה יוצר הפליה כלפי בני זוג מאותו המין לעניין הפטור ממס שבח, יש לקבוע מהי התרופה, לה זכאי המופלה בשל מינו או בשל נטייתו המינית. הסעד הראוי בענייננו איננו ביטול הפטור ממס ליודעים בציבור בני המין השונה, אלא הרחבתו אף לבני זוג בני אותו המין.

83. הרחבת מעגל הזכאים נקבעה כתרופה הראויה באותם מצבים, בהם מקור האפליה הוא בטקסט נורמטיבי, אשר מכוחו ועל פי לשונו נקבעת התוצאה המפלה שבשלילת הזכות. מכוח העליונות הנורמטיבית של הזכות החוקתית לשוויון ניתן להרחיב את התחולה של הוראת החוק. בכך נמנעת ההפליה הנטענת, וזאת על ידי הענקת ההטבה לאותה קבוצה, שהנורמה הדירה אותה מתחולתה באופן מפלה ופסול. במעשה זה השופט אינו מוסיף לגוף הטקסט, הנגוע באפליה פסולה, אלא הוא קובע, כי מכוח הזכות לשוויון מתבקש

מתן טובת הנאה גם לקבוצה המופלית. בדרך זו מביא השופט לעיקור ולביטול התוצאה המפלה, הגלומה בנורמה, שנקבע כי היא מפלה. ובענייננו התקיימו כל הנסיבות, שנקבעו לשימוש בסעד זה – התרופה פשוטה לביצוע, אין בה התערבות יתרה במרקם החוקתי, אין לה השלכות תקציביות (או למיצער הן בטלות בשישים), ואין מדובר בהרחבת טובת ההנאה לקבוצה מהותית מבחינה מספרית (ראו בג"צ דנילוביץ, עמ' 764-767; בג"צ ק.א.ל, עמ' 235, 240-239).

84. כך הוא בענייננו. חוק מיסוי מקרקעין מפלה בין בני זוג מאותו המין לבין בני זוג בני המין השונה, המקיימים חיי שיתוף. בכך פוגע החוק בזכות החוקתית לשוויון, שכלולה בזכות לכבוד ושתמצייתה: יחס שווה לשווים לעניין תכליתו של החוק, וכן בתחולה השוויונית של הזכות לקנין. הסעד הראוי הוא בהרחבת הפטור ממס שבח על מלוא היקפו של מעגל הזכאים, שהוא בני זוג המקיימים חיי שיתוף, ובהתעלם ממינם ומנטייתם המינית. גם בענייננו מדובר בהרחבת ההטבה מקבוצת אוכלוסיה גדולה לקבוצה מצומצמת ביותר. להרחבת הפטור על בני זוג בני אותו המין אין, איפוא, השפעה תקציבית של ממש, ואין בה משום הטלת חובות על מי שהיו פטורים מהם עובר להענקת הסעד. הסעד פשוט לביצוע. התשתית הנדרשת לו קיימת זה מכבר לגבי הרבים, עליהם חל החוק, הן בנוסחו המקורי של החוק ובוודאי לאחר הוספת סעיף 62(ב). אין בו התערבות יתרה במרקם החוקתי, בוודאי לא לאחר תיקון זה, שהחיל את הפטור גם על התא המשפחתי של ידועים בציבור.

פטור ממס רכישה

74. המערער 2 זכאי לפטור ממס רכישה על פי שלוש חלופות אפשריות, שיפורטו להלן.

(א) פטור ממס רכישה כידוע בציבור

74. אם תתקבל הטענה, כי יש לראות במערערים ידועים בציבור לפי סעיף 62(ב), הרי שתקנה 20א היא הרלבנטית. תקנה זו קובעת, שבעסקת מקרקעין, שסעיף 62(ב) לחוק חל עליה, מס הרכישה יהיה שליש ממס הרכישה הרגיל.

75. בכך מפלה תקנה 20א בין ידועים בציבור (בני אותו המין ובני המין השונה כאחד) לבין זוגות נשואים, להם ניתן פטור מלא ממס רכישה על פי תקנה 21. העדר שוני רלבנטי בין בני זוג נשואים לבין בני זוג ידועים בציבור, עומד כאמור אף ביסוד הילכת לינדורן והלכת לבנון. בהקשר זה עמדנו על הדרך הפרשנית – הלשונית והתכליתית – שעל השופט לנקוט,

שעה שהוא בא לפרש דבר חקיקה הנגוע באפליה. עליו לחתור לפירוש של דבר חקיקה, המקדם את עקרון השוויון ושולל את האפליה.

76. אין כל שוני רלבנטי בין בני זוג נשואים לבין ידועים בציבור, שיצדיק יחס שונה לעניין פטור ממס רכישה. לפיכך מדובר באפליה פסולה (ראו בג"צ דנילוביץ, עמ' 771; בג"צ ק.א.ל, עמ' 204).

77. על תקנה זו אמר הנשיא ברק בעניין לבנון: "תמיהה היא, מה ראה מחוקק המשנה להעניק פטור חלקי ממס רכישה, כאשר הפטור שהמחוקק הראשי העניק בתיקון תשנ"ד ממס שבח מקרקעין הוא מלא וכאשר הפטור ממס רכישה בהעברת דירת מגורים לבני זוג נשואים אף הוא מלא. האין כאן הפליה פסולה? שאלה זו אינה בפנינו, ולא שמענו לגביה כל טיעון, ועל כן אנו משאירים אותה בצריך עיון." (פיסקה 7 לפסק דינו).

78. "אין בכוח תקנות לפגוע בזכות מזכויות האדם, אלא אם החוק המסמיך מאפשר זאת בלשון מפורשת או, לפחות, בלשון ברורה" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו) א 180). סעיף 9(ד) לחוק הוא המסמיך את שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, "לקבוע כללים למתן פטור ממס רכישה, כולו או מקצתו ורשאי הוא לקבוע, באישור כאמור, כללים שונים לסוגי חייבים ולסוגי מקרקעין". אין בסעיף זה כל הסמכה, מפורשת או ברורה, להפלות בין בני זוג נשואים לבין ידועים בציבור.

79. הסעד הראוי אפוא אף לעניין זה, הוא לקרוא לתוך תקנה 20א את הפטור המלא ממס רכישה, אותו מחילה תקנה 21 על בני זוג. על השיקולים והמבחנים שביסוד הענקת הסעד של קריאת זכות אל תוך החוק לשם השוואת הזכויות בקרב אלה, שלא מתקיים בעניינם שוני רלבנטי, עמדנו לעניין הרחבת התחולה של סעיף 62(ב) לחוק. דברים אלה יפים אף כאשר מדובר בתקנות.

(ב) פטור ממס רכישה כבן זוג

80. לחלופין, אם תתקבל הטענה, כי יש לראות במערערים בני זוג לפי סעיף 62(א), הרי שתקנה 21 קובעת, שהעברת זכויות במקרקעין מבן זוג לבן זוגו, המתגורר עמו בדירה, פטורה ממס רכישה.

(ג) פטור ממס רכישה אף בהעדר פטור ממס שבח

81. לחלופי חלופין, אף אם ייקבע, כי לא ניתן לפרש את סעיף 62(א) ו-ו(ב) כחל על בני זוג בני אותו המין, עדיין זכאי המערער 2 לפטור ממס רכישה. כפי שכבר נפסק בעמ"ש עשת: "...עסקינן במס רכישה ולעניין זה נאמר, כי מותר שתהא אי התאמה ו"אין פסול

בעובדה זו, שכן, חוק מיסוי מקרקעין שונה ממס רכישה באופיו ובהיותו הנישומים, ואין חובה שקביעה לעניין חוק מיסוי מקרקעין תחייב גם לגבי מס רכישה" (ספרו של פרופ' י הדרי הנ"ל בעמ' 124), הוא הדין בענייננו. " (עמ' 14-13).

82. כפי שהדגיש פרופ' זמיר, לא די בכך שהמחוקק יסמך במפורש את מחוקק המשנה לפגוע בזכויות האדם, אלא צריך בנוסף לכך שהתקנות עצמן יקבעו זאת בלשון ברורה (שם). בענייננו המחוקק לא הסמך את שר האוצר לפגוע בזכות הקניין של בני זוג בני אותו המין או להפלות בין בני זוג נשואים לבין בני זוג שאינם נשואים ובין בני זוג בני אותו המין לבין בני זוג בני המין השונה. אף בלשון תקנה 21 אין דבר שיצדיק פירוש שכזה. הפטור ממס רכישה, הקבוע בתקנה, אף אינו מותנה בפטור ממס שבח בגין אותה עסקה. מכאן שיש לפרש את התקנה בהתאם לחוק המסמך, באופן המגשים את זכויות האדם, ובהן זכות הקניין והזכות לשוויון בשל מין ובשל נטיה מינית.

83. לפיכך זכאי המערער 2 לפטור מלא ממס רכישה אף אם סעיף 62 לחוק אינו חל בענייננו.

זכויות בני זוג בני אותו המין במשפט הישראלי

84. מאז פסק הדין בעניין דנילוביץ חלו התפתחויות חברתיות ומשפטיות מרחיקות לכת, בישראל ובעולם, המתבטאות בהרחבת ההכרה בתא המשפחתי של בני זוג בני אותו המין ובזכויותיו של הידוע בציבור בן אותו המין. ראו: Aeyal 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 המהפכה 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.

74. 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 צה"ל שנפטר (ע"ש 369/94 שטיינר נ' צה"ל, פס"ד מיום 5.12.96). סעיף 21(1) לחוק מגדיר בן זוג, בין היתר, כ"מי שהייתה ידועה בציבור כאשתו וגרה עמו אותה שעה או... מי שהיה ידוע בציבור כבעלה וגר עמה אותה שעה".

הוועדה קבעה, כי עקרון השוויון ופסה"ד בבג"צ 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 להן טען 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, עליהם אין חולק, אין במינו של בן הזוג כדי להדירו מתחולת אותו החוק. אשר על כן, פרשנות, המאפשרת יצירת אבחנה בלתי רלבנטית ופסולה בין בני זוג, תוך שלילת הזכות הנטענת במלואה, אינה מוציאה מהכח אל הפועל את תכליתה של הנורמה, הגלומה בלשון החוק. פרשנות כזו מכרסמת בעקרון החוקתי לשוויון, ודינה להדחות בפני פרשנות המקיימת, את עקרון השוויון.

(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 שלשון החוק דומה (ראו הגדרת "בן משפחה" בסעיף 1 לחוק). על שתי ההחלטות הוגשו ערעורים לבית המשפט המחוזי. בסופו של דבר פרקליטות המדינה והפרקליטות הצבאית יזמו הסכם עם אדיר שטיינר, לפיו משולמת לו גימלה חודשית, ולפיכך הערעורים נמחקו).

75. בשנת 1998 הכיר נציב שירות המדינה בזכאותו של בן זוג בן אותו המין של עובד מדינה לקצבת שארים למרות לשונו של חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, הזהה להגדרה שהובאה לעיל לגבי חייל צה"ל (ראו סעיף 4(א)1 ו-2 לחוק).

76. בעקבות עתירה לבג"צ, שהגיש אדיר שטיינר, החליט שר הבטחון בשנת 1997 להכיר בו כבן זוג של קצין צה"ל שנפטר, הזכאי לזכויות הנצחה הניתנות לבני זוג (בג"צ 5398/96 שטיינר נ' שר הבטחון, תקדין-עליון 97 (1) 244).

77. 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.

78. בשנת 2002 קיבל בג"צ את עתירתן של בנות זוג, שהאחת ילדה ילד והשנייה אימצה אותו, והורה למשרד הפנים לרשום במרשם האוכלוסין את האם המאמצת כאמו של הקטין (בג"צ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד (2) 368; נתקבלה בקשת שר הפנים לקיים דיון נוסף על פסק הדין).

74. בשנת 1997 בית משפט השלום בחיפה פירש לראשונה את המונח 'בן זוג' בחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 ככולל גם בן זוג מאותו המין, תוך שקבע כי עליו לשים כנר לרגליו את פסק הדין בבג"צ דנילוביץ (השופט גלובינסקי, תמ"ש 32520/97).

1. בשנת 2001 נתן לראשונה בית משפט לענייני משפחה תוקף של פסק דין להסכם, שנערך בין בנות זוג: "שתי בנות הזוג עונות על הגדרת בן משפחה שבחוק... הכולל בן זוג... לא מצאתי שהגדרה בחוק ביהמ"ש לענייני משפחה מכוונת לבני זוג ממין שונה דווקא. זאת לאור התפתחות ההלכה והפסיקה בדבר זכויות בני זוג, בעולם וגם בישראל, בתחומים שונים..." (השופטת לאופר, תמ"ש (ב"ש) 8510/01 מיום 12.8.01).

1. בדצמבר 2002 חלה התפתחות נוספת בתמ"ש 8510/01 הנ"ל, כאשר בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע אישר גם הסכם למזונות הקטין, שנולד לאחת מבנות הזוג, ואשר אותו הן מגדלות בצוותא, תוך שהוא מציין, כי החיוב במזונות הקטין עולה הן מהחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), המחייב אדם במזונות ילדי בן זוגו, והן מכוח ההסכם, שנחתם בין בנות הזוג.

69. בשנים האחרונות אימץ משרד הפנים נוהל, לפיו בן זוג זר של ישראלי לרבות בן זוג בן אותו המין זכאי למעמד במסגרת איחוד משפחות כפי שמקובל לבני בן זוג בן המין השונה ('ינוהל הטיפול בהענקת מעמד לבני זוג של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם נשואים כולל בני זוג מאותו מין').

זכויות בני זוג בני אותו המין במשפט הבינלאומי והמשווה

דרום אפריקה

74. ב-1999 פסק בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה בשאלת חוקתיותו של חוק הגירה, שהעניק זכויות הגירה רק לבני זוגם הנשואים של אזרחי או תושבי קבע של דרום אפריקה. בית המשפט העליון פסק כי אי החלת החוק על בני זוג מאותו המין מהווה פגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד, המובטחות בחוקה. נקבע, כי הדרתם של זוגות הומואים ולסביות מתחולתו של החוק מנציחה סטריאוטיפים קיימים, ושולחת מסר כי להומואים ולסביות חסרה האנושיות, הדרושה לצורך קיום חיי משפחה ועל כן פוגעת בכבודם. עוד נקבע, כי הבחנה זו מהווה הפליה של הומואים ולסביות הן על בסיס נטייה מינית והן על בסיס מצב משפחתי, באופן שאינו סביר ואינו מוצדק בחברה דמוקרטית ופתוחה, המבוססת על כבוד אנושי, שוויון וחירות. הסעד, בו בחר בית המשפט במקרה זה, היה סעד של שחזור חוקתי (reading in) של סעיף החוק, כך שיכלול אף בני זוג

מאותו המין. (**National Coalition for Gay & Lesbian Equality v. Minister of**

.Home Affairs, (2 Dec. 1999), Case no. CCT10/99

הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר :

http://www.concourt.gov.za/judgment.php?case_id=12036

75. ב-2002 וב-2003 פסק בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה בעתירות, שהתייחסו

לחוקתיותם של חוקים, המעניקים זכויות והטבות לבני זוגם הנשואים של שופטים.

בעתירות אלה נדון עניינה של שופטת, שחיה מאז שנת 1986 עם בת זוגה. שר המשפטים

סירב להעניק לבת זוגה את ההטבות, הניתנות לבני זוגם הנשואים של שופטים. בית

המשפט פסק פה אחד, כי שלילת הזכויות, המוענקות לבני זוג בני מינים שונים, מבני זוג

מאותו המין מהווה הפרה של הזכות לשוויון, המובטחת בחוקה הדרום-אפריקאית. עוד

נקבע, כי מטרת החקיקה היא הענקתן של הטבות לזוגות, הנמצאים במערכות יחסים בהן

הצדדים לקחו על עצמם חובות של תלות הדדית, ועל כן יש להעניק את ההטבה אף

לזוגות מאותו המין הנמצאים במערכות יחסים מסוג זה. גם במקרה זה נעשה שימוש

בסעד של *reading in*. (**Satchwell v. President of Republic of South Africa** (25

(July 2002, 17 March 2003), Case nos. CCT45/01, CCT48/02

הטקסט המלא של פסקי הדין נמצא באתרים :

http://www.concourt.gov.za/judgment.php?case_id=12081

http://www.concourt.gov.za/judgment.php?case_id=12111

76. ב-2002 פסק בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה בתיק, שעניינו הכרה בזכותם של בני

זוג מאותו המין לאמץ ילדים יחד. העותרות, בנות זוג במערכת יחסים ארוכת שנים,

הגישו בקשה לאמץ אח ואחות, אולם בית המשפט לענייני ילדים קבע, כי החוק מאפשר

אימוץ על ידי שניים רק כאשר מדובר בבני זוג נשואים. לפיכך איפשר בית המשפט לענייני

ילדים רק לאחת העותרות לאמץ את הילדים. בית המשפט החוקתי הפך את החלטת בית

המשפט לענייני ילדים, וקבע פה אחד, כי הגבלת הזכות לאמץ יחד לגבר ואישה נשואים

בלבד מהווה הפליה על רקע נטייה מינית ומצב משפחתי, ופוגעת בזכות לשוויון,

המובטחת בחוקת דרום אפריקה. בנוסף נפסק, כי ההגבלה פוגעת בכבוד של העותרת,

שזכויות ההורות שלה לא הוכרו, וכי ההגבלה פוגעת בעקרון החוקתי של טובת הילד.

לפיכך פסק בית המשפט החוקתי, כי יש לאפשר אימוץ גם על ידי בני זוג בני אותו המין.

גם במקרה זה נעשה שימוש בסעד של *reading in*. (**Du Toit v. Minister for Welfare**

and Population Development (10 Sept. 2002), Case no. CCT40/01

הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר :

http://www.concourt.gov.za/judgment.php?case_id=11993

77. בשנת 2003 פסק בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה בעניין חוקתיותה של חקיקה, הנוגעת לרישום ילדים, שנולדו כתוצאה מתרומת זרע אנונימית. לפי החוק, ילדים, שנולדו כתוצאה מתרומת זרע אנונימית, יירשמו כילדי האם הביולוגית, ויוכלו אף להרשם כילדי בן זוגה של האם, הנשוי לה. העותרות, אשר חיו משך שנים כבנות זוג ואשר אחת מהן הרתה באמצעות הזרעה מלאכותית וילדה תאומים, ביקשו להרשם שתיהן כאימהות הילדים, אולם נתקלו בסרבן של הרשויות, בהתבסס על החקיקה האמורה. בית המשפט החוקתי פסק, אף במקרה זה פה אחד, כי הגבלת הרישום לבן זוגה הנשוי של האם מהווה הפליה על רקע נטייה מינית ופגיעה בזכות לשוויון, המובטחת בחוקת דרום אפריקה. (J. & B. v. Director General, Department of Home Affairs (28) (March 2003), Case no. CCT46/02).

הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר :

http://www.concourt.gov.za/judgment.php?case_id=12103

ארה"ב

74. בדצמבר 1999 קבע בית המשפט העליון של מדינת וורמונט שבארה"ב, כי סירוב רשויות המדינה להשוות בין הזכויות וההטבות, המוענקות לבני זוג נשואים, לבין אלה המוענקות לבני זוג מאותו המין מהווה הפרה של חוקת וורמונט, המבטיחה הגנה שווה (equal protection) של החוק לכל אזרחי המדינה. אף על פי שבית המשפט השאיר בידי המחוקק את הברירה האם להתיר נישואין בין בני אותו המין או למצוא הסדר אחר, שיאפשר הענקת כל הזכויות המוענקות לבני זוג נשואים, בית המשפט הדגיש, שאין הצדקה ואין אינטרס לגיטימי של המדינה להפלות בין זוגות נשואים לבין זוגות בני אותו המין. בית המשפט העליון אף עמד על הרציונלים להענקת זכויות לבני זוג ללא הבחנה בין זוגות בני אותו המין לבין זוגות בני מינים שונים, רציונלים היפים אף לענייננו :

"The State's interest in extending official recognition and legal protection to the professed commitment of two individuals to a lasting relationship of mutual affection is predicated on the belief that legal support of a couple's commitment provides stability for the individuals, their family, and the broader community.

...

The past provides many instances where the law refused to see a human being when it should have. (...) The extension of the Common Benefits Clause to acknowledge plaintiffs as Vermonters who seek nothing more, nor less, than legal protection and security for their avowed commitment

to an intimate and lasting human relationship is simply, when all is said and done, **a recognition of our common humanity.**"

Baker v. State of Vermont 744 A. 2d 864 (Vt. Sup. Ct. 1999), 889 (emphasis added).

75. בעקבות החלטה זו אימץ בית המחוקקים של וורמונט את חוק "הברית האזרחית" (The Union Act Civil), שנכנס לתוקפו ביולי 2000, ואשר מקנה לבני זוג בני אותו המין את כל הזכויות, ההגנות וההטבות, המוענקות לזוגות בני מינים שונים מכוח מוסד הנישואין (סעיף 1204(a) ל-Civil Union Act), ומחיל על בני זוג מאותו המין כל חקיקה, המשתמשת במונחים כגון "בן זוג", "משפחה", "בן משפחה", "תלוי", "שאר" וכל מונח אחר, המתייחס למערכת יחסים זוגית (סעיף 1204(b) ל-Civil Union Act).

נוסחו המלא של החוק נמצא באתר :

<http://www.leg.state.vt.us/docs/2000/acts/act091.htm>

76. זכויותיהם של זוגות בני אותו המין בארה"ב הוכרו אך לאחרונה בפסק דין של בית המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס, אשר קבע כי מניעת האפשרות של בני זוג בני אותו המין להינשא עומדת בסתירה לחוקת המדינה, ופוגעת באוטונומיה של הפרט ובזכות לשוויון (**Goodridge v. Department of Public Health** (2003) WL 22701313 (Mass.), פסק דין מיום 18 בנובמבר, 2003). בית המשפט קצב למחוקק 180 ימים לתיקון החוק, כך שנישואין יוגדרו כחלים אף על בני זוג מאותו המין. בהנמקתו נשען בית המשפט העליון בעיקר על הטיעון, כי מניעת הזכות להינשא פוגעת בבני זוג בני אותו המין, משום שהיא מגבילה את נגישותם להטבות ולזכויות, הניתנות לזוגות נשואים.

הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר : <http://www.glad.org/home.shtml>

77. בשנת 1996 פסל בית המשפט העליון של ארה"ב תיקון לחוקת קולורדו משנת 1996, שקבע כי מדינת קולורדו לא תחוקק, תאמץ או תאכוף חוקים, תקנות או מדיניות, לפיהם נטיות, התנהגות, פרקטיקות או יחסים הומוסקסואליים, לסביים או ביסקסואליים יהיו בסיס לאדם או לקבוצת אנשים לטעון למעמד של מיעוט מוגן או לטעון כי הופלו. בית המשפט העליון קבע, כי תיקון זה עומד בסתירה לתיקון ה-14 של החוקה הפדרלית, והצהיר על בטלותו (**Romer v. Evans**, 517 U.S. 620 (1996)).

78. לאחרונה פסק בית המשפט העליון בארה"ב, כי חוקים, האוסרים על קיום יחסי מין אנאליים או אוראליים (בין אם מדובר בחוקים, האוסרים קיום יחסי מין מסוג זה בין

שני גברים או שתי נשים בלבד, כפי שאסר החוק של מדינת טקסס שחוקתיותו נדונה בפסק דין זה, ובין אם מדובר בחוקים, האוסרים קיום יחסי מין מסוג זה בין כל שני בני אדם) בטלים בהיותם סותרים את החוקה הפדרלית של ארה"ב (**Lawrence v. Texas**, 123 S.Ct. 2472 (2003)). לאור ההיסטוריה של פסיקת בית המשפט העליון בארה"ב מעיד פסק דין זה על השינוי, שחל בתפישות החברתיות לגבי הומוסקסואליות. פסק הדין בעניין **Lawrence** הפך על פיה החלטה, שניתנה על ידי בית המשפט העליון בארה"ב לפני 17 שנים בלבד, ובה אושרה (על חודו של קול, בדעת רוב של חמישה שופטים נגד ארבעה) חוקתיותו של דבר חקיקה מסוג זה (**Bowers v. Hardwick**, 478 (U.S. 186 (1986)).

79. ב-2001 פסקה הערכאה הגבוהה ביותר במדינת ניו יורק, כי לאוניברסיטאות אסור להפלות בין בני זוג נשואים לבין בני זוג מאותו המין במתן עדיפות בזכאות מעוונות (**Levin v. Yeshiva University**, 754 N.E.2d 1099 (N.Y. 2001)). בית המשפט קבע, כי מדיניות האוניברסיטה מנוגדת לחוק, וכי מדיניות נייטרלית, לכאורה, של מתן עדיפות לזוגות נשואים בלבד, מהווה אפליה אסורה על רקע נטייה מינית.
הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר :

<http://www.courts.state.ny.us/ctapps/decisions/76opn.pdf>

80. ב-1998 דן בית המשפט לערעורים באורגון במדיניותו של מוסד אקדמי להקציב לעובדיו סכום כספי מסוים לצורך ביטוח רפואי של בני משפחותיהם, ובכלל זה בני זוג נשואים. במקרה זה הובא בפני בית המשפט עניין של שלוש עובדות לסביות, אשר הגישו בקשות למתן הטבה זו עבור בנות זוגן, ונתקלו בסירוב של המוסד. בית המשפט לערעורים קבע, כי מדיניות המוסד מהווה הפרה של הוראה בחוקת אורגון, האוסרת על הענקת זכויות או הטבות לחלק מאזרחי המדינה תוך הדרת יתר האזרחים. נקבע בפסק הדין, כי הומואים ולסביות מהווים "קבוצה חשודה", אשר חל איסור להפלות את חבריה. עוד נפסק, כי אף על פי שמטרת המדיניות לא הייתה הפלייתם של זוגות מאותו המין, היא מביאה לתוצאה מפלה, העומדת בניגוד להוראות החוקה (**Tanner v. Oregon Health Sciences University**, 971 P.2d 435 (Ore. Ct. App. 1998)).

הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר :

http://www.publications.ojd.state.or.us/A94458_a.htm

קנדה

74. בית המשפט העליון בקנדה עמד אף הוא על החובה להחיל חקיקה, המתייחסת לזוגות בני מינים שונים, אשר אינם נשואים, גם על בני זוג מאותו המין. בשנת 1999 ניתן על ידי בית המשפט העליון בקנדה פסק דין, אשר עסק בתביעת מזונות של אישה נגד בת זוגה,

בתום מערכת יחסים בת 12 שנים. בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון, כי פרשנות של המונח ידועים בציבור, שאינה כוללת בני זוג מאותו המין, מהווה פגיעה בזכות לשוויון, המובטחת בצ'ארטר הקנדי, ומצדיקה מתן סעד על ידי בית המשפט. ביחס לפגיעה בזכות לשוויון ולכבוד של זוגות בני אותו המין באם לא יוחל עליהם דבר חקיקה זה, קבע בית המשפט:

“The crux of the issue is that this differential treatment discriminates in a substantive sense by violating the human dignity of individuals in same-sex relationships. (...) First, individuals in same-sex relationships face significant pre-existing disadvantage and vulnerability, which is exacerbated by the impugned legislation. Second, the legislation at issue fails to take into account the claimant’s actual situation. Third, there is no compelling argument that the ameliorative purpose of the legislation does anything to lessen the charge of discrimination in this case. Fourth, the nature of the interest affected is fundamental, namely the ability to meet basic financial needs following the breakdown of a relationship characterized by intimacy and economic dependence. The exclusion of same-sex partners from the benefits of the spousal support scheme implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence, without regard to their actual circumstances. Taking these factors into account, it is clear that the human dignity of individuals in same-sex relationships is violated by the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA*.” (**M. v. H.** 171 D.L.R. (4th) 577 (1999), 597)

75. עוד לפני כן הכיר בית המשפט העליון בקנדה בהומואים ובלסביות כקבוצת מיעוט, שסבלה באופן היסטורי מהפליה, וכקבוצה שהצ'ארטר הקנדי מגן עליה מפני הפליה:

“The historic disadvantage suffered by homosexual persons has been widely recognized and documented. Public harassment and verbal abuse of homosexual individuals is not uncommon. Homosexual women and men have been the victims of crimes of violence directed at them specifically because of their sexual orientation. (...) They have

been discriminated against in their employment and their access to services. They have been excluded from some aspects of public life solely because of their sexual orientation. (...) The stigmatization of homosexual persons and the hatred which some members of the public have expressed towards them has forced many homosexuals to conceal their orientation. This imposes its own associated costs in the work place, the community and in private life.”

Egan v. Canada, 2 S.C.R. 513 (1995), 600-602

76. לאחרונה הלכה הפסיקה הקנדית צעד נוסף, ובדיון אודות הזכות להינשא קבע בית המשפט לערעורים של אונטריו (בפסק דין מיום 10 ביוני, 2003) כי הגדרת ה-common law של נישואין כאיחוד רצוני של גבר ואישה (the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others) פוגעת בזכות לשוויון, המוגנת בצ'ארטר הקנדי, ועל כן הורה לתת תוקף רטרואקטיבי לטקסי נישואין שערכו זוגות בני אותו המין, וכן לאפשר מעתה לזוגות הומואים ולסביות להתחתן. בית המשפט הקנדי

פירש את נושא הפלייטם של בני זוג בני אותו המין כסוגיה, הנוגעת ישירות לכבוד האדם ולזכות לשוויון, ובלשונו:

“[T]his case is ultimately about the recognition and protection of human dignity and equality in the context of the social structures available to conjugal couples in Canada”

Halpern v. Toronto (City), 172 O.A.C. 276 (Ontario Ct. App., 2003), para. 2.

בית המשפט אף עמד בפרשה זו על הפגיעה, הטמונה בתפישה של זוגיות בין בני אותו המין כנופלת בערכה מזוגיות בין בני מינים שונים:

“Exclusion perpetuates the view that same-sex relationships are less worthy of recognition than opposite-sex relationships. In doing so, it offends the dignity of persons in same-sex relationships.”

Ibid, para. 107.

הטקסט המלא של פסק דין זה נמצא באתר:

<http://www.ontariocourts.on.ca/decisions/2003/june/halpernC39172.htm>

74. ב- 2001 ניתן בקנדה פסק דין בעניינו של אדם, שחי עם בן זוגו משנת 1993 ועד למות בן הזוג בשנת 2000. בית המשפט קבע, כי הגבלת הזכות לרשת בן זוג, שנפטר מבלי שהותיר אחריו צוואה, לבני זוג בני מינים שונים מהווה הפליה על בסיס נטייה מינית, העומדת בסתירה לזכות לשוויון, המובטחת בצ'ארטר הקנדי. בית המשפט הוסיף וקבע, כי מטרת החוק הקובע את אופן חלוקתו של רכושו של אדם שנפטר ולא הותיר אחריו צוואה היא להבטיח, כי הנהנים מחלוקת הרכוש יהיו מי שיש להם קשר אינטימי עם המנוח או קשרי דם עמו, ואולי אף תלויים בו. בית המשפט קבע, כי מטרות אלה מקדמות צדק חברתי וודאות, ומעניקות הכרה וערך כבני אדם לפרט היורש או לפרטים היורשים. לפיכך, שלילת זכותם של בני זוג מאותו המין, בעלי קשר אינטימי ותלות הדדית לרשת על פי דין בהעדר צוואה, היא נעדרת קשר רציונלי למטרות, שחוקי הירושה נועדו לקדם. על כן, קובע בית המשפט, יש להכיר אף בזכותם של בני זוג בני אותו המין לרשת את בן זוגם המנוח בהעדר צוואה (Johnson v. Sand, 2001 ABQB 253).

הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר :

<http://www.albertacourts.ab.ca/jdb/1998-2003/qb/Civil/2001/2001abqb0253.pdf>

בריטניה

75. בפני בית הלורדים באנגליה הובא מקרה, בו אדם בשם Fitzpatrick התגורר בדירה עם בן-זוגו משנת 1976 ועד למות בן הזוג בשנת 1994. בן הזוג המנוח היה דייר מוגן בדירה, בה התגוררו השניים, אולם עם מותו ביקשה החברה שבבעלותה הדירה לפנות ממנה את Fitzpatrick, בן-הזוג שנותר בחיים. בפרשה זו התייחס בית הלורדים לחקיקה אנגלית הקובעת, כי כאשר דייר מוגן שאינו נשוי נפטר ואינו מותיר אחריו צוואה, זכאי בן משפחתו המתגורר עמו לרשת את זכויות הדיירות המוגנת. בית המשפט קבע, כי השימוש במונח "בן משפחה" בחוק מתייחס למערכות יחסים של תלות הדדית, שותפות לחיים, אהבה, מחויבות ותמיכה, וכי בני זוג בני אותו המין עונים על דרישות החוק ויוכרו כבני משפחה לעניין זה. יש לציין, כי בית המשפט עמד על כך שהשאלה הרלוונטית שיש לשאול אינה מי היה נחשב כבן משפחה בעת חקיקת החוק הרלוונטי ב- 1920, אלא מי ייחשב היום כבן משפחה של הנפטר לאור אותם הקריטריונים של תלות, שותפות, אהבה, מחויבות ותמיכה (Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd., [1999] 4 All (England Reports 705) הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר :

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/fitz01.htm>

משפט בינלאומי

76. בספטמבר 2003 קיבלה הוועדה לזכויות האדם של האו"ם החלטה, לפיה אוסטרליה נמצאה מפרה את חובתה לפי סעיף 26 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות

(ICCPR) משנת 1966 (עליה חתומה ואותה אישררה ישראל) בשל הפליה בהענקת הטבות לבני זוג מאותו המין. המקרה שהובא בפני הוועדה היה עניינו של אדווארד יאנג, שבן זוגו מזה 38 שנים נפטר בשנת 1998. אוסטרליה סירבה להעניק ליאנג את זכויות הפנסיה של בן זוגו, איש צבא לשעבר, בטענה כי החוק הרלוונטי מחייב העברת זכויות הפנסיה רק לבני זוג נשואים או לבני זוג בני מינים שונים שאינם נשואים. הוועדה לזכויות האדם קבעה, כי הענקת הטבה לבני זוג בני מינים שונים אשר אינם נשואים, תוך שלילתה מבני זוג מאותו המין, מהווה הפרה של התחייבות המדינות החתומות על האמנה להבטיח שוויון. הטקסט המלא של החלטת האו"ם נמצא באתר :

[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3c839cb2ae3bef6fc1256dac002b3034?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3c839cb2ae3bef6fc1256dac002b3034?Opendocument)

87. בית המשפט האירופי לזכויות האדם דן המערער, Karner, שחי עם בן זוגו בין השנים 1989-1994 בדירה ששכר האחרון בוינה עד מות בן הזוג. לאחר מות בן הזוג ב- 1994 ביקש בעל הדירה לפנות את Karner, ובית המשפט האוסטרי קבע, כי לבעל הדירה הזכות לפנותו, שכן החקיקה האוסטרית הקובעת, כי "שותף לחיים" (life companion או Lebensgefährte) של אדם שנפטר יירש את זכויות השכירות שלו בדירת מגורים, אינה חלה על בני זוג מאותו המין, אלא רק על בני זוג בני מינים שונים שאינם נשואים. בית המשפט האירופי לזכויות אדם הפך את החלטת בית המשפט האוסטרי וקבע, בפסק דין מיום 24 ביולי 2003, כי הענקתן של זכויות לבני זוג בני מינים שונים, אשר אינם נשואים, ושלילתן מבני זוג מאותו המין היא אפליה, האסורה לפי סעיף 14 לאמנה האירופית לזכויות אדם, ומהווה פגיעה בזכות לחיי משפחה, המובטחת בסעיף 8 לאמנה. לפיכך נקבע, כי יש לפרש את סעיף החוק המקומי הרלוונטי כך שיחול אף על בני זוג מאותו המין. בית המשפט האירופי לזכויות האדם אף דחה את טענתה של אוסטריה, כי הפרשנות שהיא מבקשת לתת לסעיף והחלתו על בני זוג לא נשואים בני מינים שונים בלבד מוצדקת לאור המטרה של הגנה על התא המשפחתי המסורתי. (Karner v. Austria, Application no. 40016/98).

הטקסט המלא של פסק הדין נמצא באתר :

<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=1218121048&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

חיוב המערערים בהוצאות

74. הוועדה קמה חייבה את המערערים בהוצאות משפט בסך 5,000 ש"ח. אף אם ידחה בית המשפט הנכבד את הערעור מתבקש הוא לבטל חיוב זה.

75. בעידן החוקתי, בו הסעד הולך אחר הזכות, בוחן בית המשפט מחדש את אופן השימוש בכלים הדיוניים באופן שיעלה בקנה אחד עם הזכויות, המעוגנות בחוקי היסוד (ראו, למשל, בג"צ 3914/92 לב נ' ביה"ד הרבני האזורי, פ"ד מח (2) 491 לעניין צו עיכוב יציאה מן הארץ; בש"א 4459/94, 4475 סלמונוב נ' שרבני, פ"ד מט (3) 479 לעניין צו עיקול זמני; שלמה לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451).

76. זאת ועוד, מדיניותו השיפוטית של בית משפט העליון הינה להימנע מלהטיל הוצאות על בעלי דין, המעלים סוגיות בעלות חשיבות ציבורית-כללית הנוגעות לזכויות יסוד. זו המדיניות הנוהגת בבג"צ, בו ככלל אין נפסקות הוצאות נגד עותר, המעלה סוגיה הנוגעת להגנה על זכויות האדם הבסיסיות שלו, אף אם עתירתו נדחית. העובדה, כי ענייננו מתברר בהליך אזרחי, אין בה כדי להצדיק מדיניות שיפוטית שונה, מה עוד שאף בהליך זה בעל הדין המשיב הוא אורגן של המדינה.

91. מגמתו הנזכרת של בית המשפט העליון, ולצידה הפן החוקתי של הסוגייה כמו גם החשיבות שבאי הרתעת מתדיינים, התובעים את מימוש זכויות היסוד שלהם, תומכים כולם בביטול חיוב המערערים בהוצאות משפט על ידי הוועדה קמא.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור ולקבוע, כי העברת הזכויות בדירה בין בני הזוג המערערים פטורה הן ממס שבת והן ממס רכישה. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות.

21 בדצמבר 2003

דן יקיר, עו"ד
ב"כ המערערים