

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 3045/05

בג"צ 3046/05

העותרים
בבג"צ
1. יוסי בן-ארי
2. לורן שומן
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

:3045/05

העותרים
בבג"צ
1. יוסף בר לב
2. ירון להב
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

:3046/05

כולם ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או יונתן ברמן
ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או
מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה
מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון
אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או לימור
יהודה ו/או עאזם בשארה 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
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

השלמת טיעון מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.11.2005, מתכבדים העותרים להשלים את טיעוניהם. לנוחיותו של בית המשפט ועל מנת לאגד את כל טענות העותרים במסמך מסכם אחד, תכלול השלמת טיעון זו את כלל טענות העותרים, אלה שהוצגו בעתירה, וכך אלה, העולות בתגובה לטיעוני המשיב.

מבוא

עניינה של עתירה זו בסירובו 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 בנישואין 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 כשנוגע הדבר לנישואיהם 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.

הטיעונים, העולים בתגובתו המקדמית של המשיב, לא רק שאינם יכולים לעמוד, אלא שהם כה רעועים, עד שמתגנב אל הלב החשד, שמא המשיב עצמו אינו מסוגל להגן משפטית על עמדתו, וכל שהוא רוצה הוא להטיל את ההכרעה הברורה אל חיקו של בית המשפט, על מנת שלא הוא שיצטייר כמי שפתח את הדלת בפני רישום בני זוג מאותו המין כנישואים במרשם האוכלוסין (ראו והשוו: אלון הראל "בתי-המשפט והומוסקסואליות - כבוד או סובלנות? " משפט וממשל ד (תשנ"ח) 785, ה"ש 1). טיעוני המשיב בעניין תוקף הנישואין אינם אלא הוכחה נוספת לצדקתו של בית משפט זה, שקבע פעם אחר פעם, שלמשיב אין הכישרים הנדרשים על מנת להכריע בשאלות, הנוגעות לתוקף הנישואין.

המשיב מתייחס להעדרה של "תבנית משפטית" לרישום נישואי העותרים במרשם האוכלוסין. כפי שנפרט בהמשך, טענה זו, שנטענה על ידי המשיב על דרך הסתם, לא ידענו מניין באה, ונודה על האמת – אף לא הצלחנו לעמוד על משמעותה. עוד טוען המשיב, כי להבדיל ממצב הדברים בבג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (להלן – עניין פונק שלזינגר), שם היה קיים ספק בדבר תוקף הנישואין, הרי שבענייננו, "אין ספק כי הנישואין אינם תקפים". אף טענה אחרונה זו לא ברור מניין נשאבה. המשיב, בIODעו כי כאשר בענייני רישום עסקינן, בית המשפט אינו טובל רגליו בבוע הסמיד של שאלות תוקף הנישואין, זרק אמירה זו אל חלל האוויר על דרך הסתם, ומבלי שאפילו התיימר להתייחס אל הסוגיות המורכבות, הנוגעות לשאלת תוקף הנישואין. שלא כבעניין פונק-שלזינגר, בו המשיב הפליג בטיעונו למחוזות רחוקים, הנוגעים לשאלות של כללי ברירת הדין, המשפט הבינלאומי הפרטי, שאלת הדין במדינה, בה נערך הטקס, ושאלת היותה של שיטה משפטית כזו או אחרת קומולטיביית או דיסטריבוטיבית, כאן נמנע המשיב מלהתייחס לעניינים אלה, בIODעו שדיון אמיתי בתוקפם של נישואי העותרים כאן דורש הכרעה בשאלות קשות עד מאוד ורחבות עד מאוד, שטרם הוכרעו בישראל, ואשר התשובות להן תשפענה לא רק על שאלת נישואיהם של בני זוג מאותו המין. המשיב נמצא פוסח על שתי הסעיפים, כשמצד אחד הוא טוען חד-משמעית ועל דרך הסתם, כי אין מחלוקת באשר להעדר תוקפם של נישואי העותרים, ומצד שני מסרב הוא לצאת למסע הארוך והמייגע ולהתייחס לשאלות, שההכרעה בהן נדרשת על מנת לקבוע בצורה מוסמכת, כי נישואי העותרים אינם תקפים.

העותרים, כמפורט בהרחבה בהמשך, סבורים, כי שעה שנדרשת הכרעה בשאלות של רישום, לא נדרשת הכרעה בשאלת תוקפם של הנישואין, ועל כן לא יתיימרו להשיב לשאלות, שבית משפט זה עצמו טרם השיב עליהן. יחד עם זאת, במהלך תגובה זו נזכיר ונעלה את השאלות הסבוכות, שעל בית משפט זה יהיה להכריע בהן, אם יבחר ללכת בדרכו של המשיב ולקבל את טענת המשיב, כי נישואי העותרים אינם תקפים. ככל שיתקש המשיב לדבוק בטענתו בדבר העדר תוקפם של הנישואין, יהיה עליו להתייחס לשאלות אלה, אשר, כאמור, לא ניתן להתעלם מהשלכותיהן מרחיקות הלכת אף על שאלת תוקפם של נישואי בני זוג בני המינים השונים.

הערה טרמינולוגית

בתגובתו המקדמית חוזר המשיב ועושה שימוש במונחים "זוג חד-מיני", "נישואין חד-מיניים" וכיוצא באלה. לא הכרנו, אף ספק אם נכיר ולו תא משפחתי אחד של הומואים, לסביות, ביסקסואלים או טרנסג'נדרים, המגדיר עצמו כ"זוג חד-מיני", או בתא משפחתי, המגדיר עצמו כ"תא משפחתי חד-מיני", כשם שמעולם לא נתקלנו בזוג הטרוסקסואלי, המגדיר עצמו כ"זוג דו-מיני". לפיכך נעשה אנו שימוש במונחים דוגמת "בני זוג מאותו מין", "זוג הומוסקסואלי", "זוג הומואיי", "זוג לסבי", "משפחה הומואית", "משפחה לסבית", או בפשטות "זוג" או "משפחה".

הטיעון המשפטי

הלכת פונק שלזינגר

1. 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 בעניין פונק שלזינגר, בעמ' 231 (ההדגשה הוספה).

2. והנה, למעלה מארבעים שנים חלפו, ופקיד המרשם, אותו פקיד רישום שנקבע, כי אין לו הסמכות להכריע בתוקפם של נישואין, מוסיף ועומד במריו. 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 לרושםם בקובץ המרשם כמבוקש", מסר פקיד הרישום (ראו נספח ע/10 לעתירה בבג"צ 3045/05, ההדגשה הוספה). בבית המשפט חזר פקיד הרישום על טענתו זו, ומסר, כי "נישואין בין בני זוג מאותו מין אינם מתקיימים במדינת ישראל מאחר שהדין האישי החל על סוגיה זו, כאמור

לעיל, **אינו מכיר בקיומם** של נישואין חד מיניים" (סעיף 14 לתגובה המקדמית, ההדגשה הוספה).

3. באותה שנה נישאו בקנדה אף מר יוסף בר לב ומר ירון להב. אף הם פנו אל פקיד הרישום בבקשה לרשום את נישואיהם במרשם האוכלוסין, ובקשתם סורבה אף היא. "כפי הידוע לך בישראל לא מתבצע שינוי סטאטוס אישי לבני זוג מאותו מין. בהתאם לאמור לא ניתן לרשום כנישואים בקובץ המירשם", הודיע פקיד הרישום (ראו נספח ע/4 לעתירה בבג"צ 3046/05). גם בעניינם חזר פקיד הרישום על אותה הטענה בבית המשפט.

4. בחינת תשובת פקיד הרישום, כמו גם תגובת המשיב לעתירה, לא יכולה שלא להזכיר את דברי הכתוב: "מה-שְהֵיָהּ, הוא שְיֵהֵיָהּ, ומה-שְנֵעֵשָׂה, הוא שְיֵעֵשָׂה; וְאֵין כָּל-חֶדֶשׁ, תַּחַת הַשָּׁמַשׁ. יֵשׁ דָּבָר שְיֵאֱמַר רְאֵה-זֶה, חֶדֶשׁ הוּא: כָּבֵר הָיָה לְעֵלְמִים, אֲשֶׁר הָיָה מְלַפְּנֵנוּ" (קהלת יא, ט-י). המשיב הסיר את שכבות האבק מעל הטיעונים, שטען בפני בית משפט זה לפני למעלה מארבעה עשורים בעניין פונק שלזינגר – לשיטתו, אין ספק כי הנישואין, היום כמו אז, אינם תקפים; לשיטתו, אין ספק, היום כמו אז, כי אין "תבנית משפטית" לסוג הנישואין, שהוא מתבקש לרשום; לשיטתו, היום כמו אז, לפקיד הרישום מוענק שיקול דעת האם לרשום נישואין של מי שמציג בפניו תעודת נישואין, אף שאין יסוד לפקפק באמינותה. ההבדל היחיד שניתן למצוא, הוא שלפני ארבעים שנה הפגין המשיב חריצות ועמד באופן רציני יותר על השאלות הנוגעות לתוקף הנישואין, ואילו היום הוא גורס על דרך הסתם, כי אין מחלוקת באשר להעדר תוקפם של הנישואין בישראל.

5. השאלה, ככל שבכלל קיימת שאלה, העומדת בפני בית משפט זה, אין עניינה הכרה ב**סטטוס** של העותרים כנישואים, וזאת בניגוד לתמונה שמנסה המשיב לצייר בתגובה המקדמית. 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.

6. כפי שציין המשנה לנשיא (דימי) מצא בע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועמ"ש (פסק דין מיום 10.1.2005) (להלן – עניין ירוס-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)
7. המשיב שב ומדגיש בתגובתו המקדמית, כי בעוד שמדינת ישראל נכונה להכיר בזכויות כלכליות וסוציאליות של בני זוג מאותו המין, **אין היא נכונה להכיר בסטטוס חדש של בני זוג מאותו המין, הנשואים זה לזה** (ראו, למשל, סעיפים 26, 27, 53 לתגובה המקדמית). ואולם, כאמור, הסעד המבוקש בעתירה זו כלל אינו נוגע ליצירת סטטוס או להכרה בו, כשם שהעיר המשנה לנשיא מצא בציטוט שלעיל בעניין משמעותו של רישום במרשם האוכלוסין.
8. לפי הוראות סעיף 17ג לחוק **מרשם האוכלוסין** חייב פקיד הרישום לרשום שינוי במצבו האישי של הפונה אליו עם הצגת תעודה ציבורית, המעידה על השינוי. 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 בידיו". 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).
9. 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 לעניינים של סטטוס או לשאלת תוקפם של הנישואין, וממילא אין צורך להכריע בשאלת תוקף הנישואין. 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)
10. המשיב, הפועל כפקיד הרישום בתפקיד של מאסף סטטיסטי בלבד, אינו אמור לבחון האם, מבחינה משפטית, תקפים נישואי בני הזוג, הפונים אליו בבקשה להירשם, ואולם בתגובתו

המקדמית, בה הוא אינו מסתיר את התייחסותו לתוקף הנישואין, ניכר כי הוא בוחן שאלות אלה, אף על פי שהדבר נאסר עליו במפורש. המשיב, בתפקידו כרשות מינהלית, כלל אינו אמור לתת דעתו לשאלה מה דינם של הנישואין 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, כללי המשפט הבינלאומי הפרטי וכללי ברירת הדין.

11. המורכבות, כמו גם הרגישות, של השאלות, העולות כאשר נדרשת הכרעה בתוקפם של נישואין, 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)

12. 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 היה פונה מי מן העותרים לבית הדין הרבני בבקשה לקבל גט פיטורין, יש להניח, שבית הדין היה קובע, כי אין תוקף לנישואין לפי הדין הדתי. לעומת זאת, לו פנה אל בית המשפט לענייני משפחה או לכל בית משפט אזרחי אחר, כשהוא מביא בפני בית המשפט שאלה, שעל מנת להכריע בה יש להקדים ולהכריע בשאלת תוקף הנישואין, 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 (להלן – עניין סקורניק); ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399, 403 (להלן – עניין שמואל)).

13. אמירות דוגמת אמירת המשיב, לפיה בענייננו "מקום בו תפיסת המחוקק את המונח 'נישואין' אינה כוללת נישואין חד מיניים, אי הנכונות הגלויה לעין אינה אי נכונות ביולוגית, אלא אי נכונות משפטית מובהקת" (סעיף 46 לתגובה המקדמית), הן בדיוק מסוג האמירות, שבאה הלכת פונק שלזינגר למנוע. על הטענה, לפיה מדובר ב"אי נכונות משפטית", נעמוד

ביתר הרחבה בהמשך, אולם כבר עכשיו יצויין, כי בית משפט זה שלל מכל וכל את האפשרות שהמשיב יכריע בעצמו, כפי שניתן לראות שעשה כאן, בדבר "נכונות משפטית" או "אי נכונות משפטית". וכיצד ניתן להבין טענה בדבר "אי נכונות משפטית", אם לא פלישה לתחום המשפטי האסור וחציית הגבול ששורטט למשיב לפני שנים? ניתן רק לשוות בעיני רוחנו את המשיב ניצב לפני למעלה מארבעים שנים בבני בית משפט זה, כשבציקלונו אותה הטענה: **"מקום בו תפיסת המחוקק את המונח 'נישואין' אינה כוללת 'נישואי תערובת', אי הנכונות הגלויה לעין אינה אי נכונות ביולוגית, אלא אי נכונות משפטית מובהקת"**. טענה זו נדחתה אז, ויש לדחותה גם כעת.

14. בהעדר יכולת לצפות כיצד יפסקו בתי המשפט, אם תגיע שאלת ההכרה בתוקף נישואיהם של העותרים להכרעה, לא ראוי לו למשיב, אף אין לו סמכות, להתיימר ולהכריע בשאלת תוקף הנישואין 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" (ראו נספח ע/10 לעתירה בבג"צ 3045/05), אינה אלא ניסיון של המשיב לקחת לידי סמכות שיפוטית, אשר כלל לא הוענקה לו בחוק המסמיך. 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? העניין 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)

15. את שנמנע בית משפט זה מעשות בהעדר צורך ממשי – קביעת מסמרות בשאלת תוקפם של נישואין מסוגים שונים, שנערכו בחו"ל בין שני תושבי מדינת ישראל – מתיימר המשיב לעשות. המשיב מבקש ליטול לעצמו את הסמכות השיפוטית להכריע בהינף קולמוס בשאלות, שבת משפט זה נוהג לגשת אליהן בדחילו ורחימו. בית משפט זה גרס מאז ומתמיד, כי הכרעה בשאלת תוקפם של נישואין בין תושבי ישראל ואזרחיה שנישאו בחו"ל, ועל כך נתעכב בהמשך, "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 (להלן – עניין פלונית); ראו גם:

בג"צ 51/80 כהן נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לה(2) 8, 10 (להלן – עניין כהן הראשון). לעומתו סבור המשיב, כי אותן שאלות משפטיות מורכבות ורגישות, שמהכרעה בהן נמנעו ההרכבים, שדנו בשני עניינים אלה, טוב להן שתמצאנה מענה מאחורי שולחנו של פקיד הרישום, וכי הוא זה שיכריע, כי "מדובר באי נכונות משפטית מובהקת".

16. 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 האוכלוסיין (ראו: בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסיין, פ"ד מג(2) 723; בג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661; בג"צ 5070/95 נעמת - תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו (2) 721 (להלן – עניין נעמת)).

17. אף בנוגע לרישום נישואין לא מצא לנכון בית משפט זה ברבות הימים לסטות מן ההלכה, שנקבעה בעניין פונק שלזינגר. כך, למשל, בבג"צ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89 (להלן – עניין גולדשטיין), 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, וזאת בניגוד לדרך, שמנסה המשיב להוליכנו בעניין זה:

"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 האוכלוסיין כנשואים לחוד." (שם, עמ' 92-93)

18. 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)

19. 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)

20. 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 אישה את בנה הביולוגי של זוגתה. למותר לציין, ובכל זאת נציין, כי העותרים, ואף ביתר שאת באי כוחם, סבורים, כי ההלכה שנפסקה בעניין ברנר-קדיש נכונה. אך המשיב לא השלים עמה, והגיש בקשה לדיון נוסף, שעדיין תלויה ועומדת - דנג"צ 4252/00 שר הפנים נ' ברנר-קדיש.

21. 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. בסיכומים מטעם שר 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 הרשום. העולה מן האמור כי למרשם שתי תכליות. התכלית הראשונה כללית, במובן זה שהיא משותפת לכל פרטי המרשם, ולפיה המרשם הוא מאגר מידע לצרכים סטטיסטיים. התכלית השניה 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, האסמכתאות הושמטו)

העתק הסיכומים מטעם שר הפנים בדנג"צ ברנר-קדיש מי וס 2.9.2001 צורף לעתירה בבג"צ 3045/05 וסומן ע/11.

22. עוד נטען על ידי שר הפנים 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 קליטה לפי חוק אכיפת פסקי חוץ, התשי"ח-1958 (עמ' 12-15 לסיכומי העותר בדנג"צ ברנר-קדיש). העותר מסיים טיעונו בעניין זה באמירה, לפיה "הלכת פונק-שלזינגר לא דנה כלל במצב דברים מעין זה, ולפיכך אין לה תחולה בענייננו" (שם, עמ' 15).

23. מעניין לציין בהקשר זה, כי פרופ' שאוה, שהיה מן המתנגדים החריפים ביותר לפסק הדין בעניין ברנר-קדיש ולהחלת הלכת פונק שלזינגר על רישום אימוצים, שנערכו בחו"ל על ידי בני זוג מאותו המין, סבר אף הוא, כי במצב המשפטי הקיים, הלכת פונק שלזינגר חלה על רישום נישואיהם של בני זוג מאותו המין, שנישאו בחו"ל. לשיטתו של פרופ' שאוה, הימנעות מרישום בני זוג מאותו המין שנישאו בחו"ל מנוגדת להלכת פונק שלזינגר:

"כיום במספר מדינות בודדות מאפשרים לצדדים מאותו מיין (הומוסקסואלים או לסביות) להינשא. נניח ששני גברים הומוסקסואליים (או שתי לסביות) הם יהודים אזרחי המדינה ותושביה, הנוסעים לביקור במדינה המאפשרת להם לערוך נישואין והם נישאים שם ומקבלים תעודת נישואין. בשוכם ארצה מבקשים – על סמך הלכת פונק-

שלזינגר – לרשום את נישואיהם במרשם האוכלוסין. ... היכול פקיד מרשם האוכלוסין לסרב לרשום אותם "נישואים"? דומני כי על פי הלכת פונק-שלזינגר ככתבה וכלשונה התשובה היא שלילית."
 (מנשה שאוה "רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק-שלזינגר ובתיחום גבולותיה" קריית המשפט א (תשס"א) 103, 130-131).

24. המשיב מצטט בתגובתו ארוכות מפסק הדין בבג"צ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נאן 876 (להלן – עניין בן מנשה), ומבקש לטעון, כי האמור בפסק דין זה תומך בעמדתו. ואולם אך מובן, כי פסק הדין באותו עניין עוסק במצב דברים שונה לחלוטין מזה הניצב במרכז ענייננו, והוא מחזק דווקא את טענות העותרים. בעניין בן מנשה התבקש בית המשפט להורות למדינה לאפשר קיומם של נישואין אזרחיים בישראל בין בני זוג חסרי עדה דתית. בית המשפט אכן סירב לחייב את המדינה לקיים בתחומה נישואין אזרחיים, אך שם דובר בעריכתם של נישואין בישראל על ידי רשות מינהלית ולא ברישום במינהל האוכלוסין. ואולם אין כל מחלוקת, כי בני זוג חסרי עדה דתית, שאינם יכולים להינשא בישראל לפי פסק הדין בפרשת בן מנשה, נישאים כדבר שבשגרה בחו"ל, והמשיב רושם אותם במרשם האוכלוסין כנישואים. המסקנה היחידה, העולה לצורך ענייננו מפרשת בן מנשה, היא שלו היו מבקשים העותרים מבית המשפט לחייב את המדינה להשיא אותם בישראל, ייתכן שבית המשפט היה דוחה את עתירתם. אין לכך דבר עם רישום של העותרים כנישואים. נהפוך הוא – דווקא העדר קיומה של האפשרות להינשא בישראל הוא שמחזק את הצורך שלא להערים קשיים על מי שנאלצו להרחיק אל מחוץ לישראל על מנת להינשא.

25. יצוין, כי רישום העותרים כנישואים במרשם האוכלוסין יש בו גם כדי להבטיח מניעתן של תקלות שונות. כך, למשל, לא ניתן להתעלם מכך שסעיף 178(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 קובע, כי לצורך הרשעה בעבירת ריבוי הנישואין, די בכך שהנישואין מוכרים במקום עריכתם, אף אם אינם מוכרים בישראל. אם יבחר אחד העותרים לשאת אישה בישראל, הרי שבהתחשב בכך שאין ספק, כי נישואיו תקפים בקנדה, המקום בו נערך הטקס, מדובר יהיה בעבירה פלילית, שבגינה ניתן יהיה להטיל עליו עד חמש שנות מאסר. העובדה שמדובר בעבירה פלילית יוצרת אינטרס ציבורי לרשום את נישואי העותרים ואחרים, שנישאו כמוהם בחו"ל, וזאת על מנת להזהיר את הציבור מפני נישואין עמם, ולהזהיר עורכי נישואין מקיום טקס נישואין בינם לבין אחרות.

26. 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 כנשואים חרג מסמכותו ולקח על עצמו תפקיד, השמור לבתי המשפט ולא לרשות המינהלית.

האמנם "אין ספק כי הנישואין אינם תקפים"?

27. המשיב מוסיף ומתעקש, כי "קיימת הבחנה חשובה לענייננו בין הלכת פונק שלזינגר, החלה מקום בו תוקף הנישואין מוטל בספק, לבין המקרה דנן, בו אין מחלוקת כי מוסד הנישואין בין בני זוג מאותו מין אינו קיים או מוכר בישראל" (סעיף 40 לתגובה המקדמית). אמר ולא הסביר מדוע, מבחינה משפטית, "אין ספק" כי הנישואין אינם תקפים.

28. ראשית, יש לציין, שפעם נוספת המשיב מבקש, במסווה של קריאה של מציאות משפטית ברורה, אשר למעשה היא מציאות לוטה בערפל, ליטול לעצמו סמכויות לא לו. המשיב כלל אינו רשאי לקבוע קביעות כמו "אין ספק שהנישואין אינם תקפים", שעה שהוא נדרש לרשום נישואין על בסיס תעודה ציבורית, שהוצגה בפניו. לפי הכלל, שנקבע בעניין פונק שלזינגר, כל עוד לא התקבלה החלטה שיפוטית, הקובעת כי הנישואין אינם תקפים, חובה על פקיד המרשם לרשום אותם במרשם האוכלוסין. למותר לציין, כי בישראל מעולם לא התקבלה הכרעה שיפוטית בעניין תוקפם של נישואי בני זוג אותו המין בקנדה, לא בבית משפט זה ואף לא בערכאות נמוכות יותר. כל שנמצא בפסיקה הוא הערת אגב של בית המשפט לענייני משפחה, התומכת דווקא בעמדת העותרים, ולפיה במקרה של נישואי בני זוג מאותו המין בחו"ל, קמה למשיב חובה לרשום את נישואיהם (תמ"ש 6960/03, החלטה מיום 21.11.2004, פסקה 22 להחלטה: "ב"כ היועהמ"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").

29. למרות הניסיון ליצור הבחנה מלאכותית, הסיטואציה הניצבת כאן בפני בית המשפט היא **במדוייק ובמובן הצר ביותר** הסיטואציה שעלתה בעניין פונק שלזינגר – גם שם טען המשיב בלהט, כי אין ספק שהנישואין אינם תקפים. גם שם קבע בית המשפט, כי למשיב אין הכישורים, אף לא הסמכות, לקבל הכרעות בעניינים אלה.

30. ואולם כפי שהדבר עולה מפסק הדין בעניין פונק שלזינגר, שם לפחות עמל המשיב וטרח להציג הסבר, גם אם שגוי, למצב המשפטי, ושם טרח להסביר מבחינה משפטית מדוע נישואי בני הזוג אינם תקפים, לשיטתו. דבר זה לא נעשה על ידי המשיב כאן. בענייננו המשיב מנסה לעשות "קיצור דרך" ומנסה להפוך לקלה את המלאכה הקשה, אחת הקשות ביותר בדין הישראלי, שעה שהוא טוען על דרך הסתם, כי "אין ספק שהנישואין אינם תקפים".

31. לא ניתן לטעון טענה בדבר תוקפם של הנישואין על דרך הסתם. מדובר בשאלה סבוכה, המורכבת מכללי ברירת הדין, מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, מן הדין המקומי ומן הדין במקום עריכת טקס הנישואין. עולות בה שאלות קשות ומורכבות. למותר לציין פעם נוספת, אך בכל זאת נציין, כי בית משפט זה קבע, כי הכרעה בשאלת תוקפם של נישואין בין תושבי ישראל שנישאו בחו"ל "היא קשה וסבוכה", הכרעה ש"יש בה הבחנות דקות ודקיקות" (עניין פלונית הנ"ל, עמ' 228). עד היום לא הוכרעה בבית משפט זה השאלה, הנוגעת לתוקפם של נישואי בני זוג תושבי ישראל ואזרחיה, שנישאו בטקס אזרחי בחו"ל (ראו: עניין כהן הראשון; עניין פלונית; ע"א 373/72 טפר נ' מ"י, פ"ד כח(2) 7, 17-18 (להלן – עניין טפר); ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח(3) 561).

32. העותרים נמנעו בעתירותיהם מלהיכנס לעובי הקורה בשאלת תוקף הנישואין, שכן הלכה מלפני בית משפט זה, כי כאשר עומדת על הפרק סוגיית רישומם של נישואין, אין כל צורך לדון בתוקפם. העותרים עודם סבורים כך. אולם אם עומד המשיב על כך שיש צורך לדון בתוקף הנישואין, עליו להסביר באופן מנומק מדוע אין הנישואין תקפים, ועליו להשיב על מספר שאלות כבדות משקל ביותר, שטרם ניתנה להם תשובה על ידי בית משפט זה.

33. כיוון שבית המשפט הנכבד אינו נדרש להכריע בשאלת תוקף הנישואין, נציג בעיקר את השאלות שיש לשאול שעה שתידון שאלת תוקפם של הנישואין. אל שאלות משפטיות אלה יצטרך המשיב להתייחס, אם יוסיף ויעמוד על טענתו, כי "אין ספק שהנישואין אינם תקפים", שכן ללא התייחסות לשאלות אלה, לא יוכל לעמוד בנטל המוטל עליו להסביר את הטענה הסתמית, שנטענה על ידו. העותרים יימנעו, בשלב זה, ממתן תשובות לשאלות אלה, שכן, כאמור, אין צורך אמיתי להתייחס אליהן על מנת לקבל את הסעד המבוקש בעתירה. לעומת זאת, על מנת לדחותה, יש גם יש צורך לתת עליהן את הדעת, על כל ההשלכות הנובעות מכך, לא רק לגבי בני זוג מאותו המין, אלא גם בעניינם של בני זוג בני המינים השונים.

34. ראשית, נציין בקצרה, כי כל ניסיונות המשיב לטעון כאילו אין להחיל בענייננו את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הם חסרי בסיס משפטי, ואולי אף חסרי תקדים. אין בלהטוטי מילים כדי להביא לשינוי הכלל הברור: "תוקף הנישואין נקבע בבית המשפט המחוזי תוך התחשבות בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי" (עניין שמואל הנ"ל, עמ' 403). "מקום שמופיע אלמנט זר באיזה עניין, יש לפנות בראש ובראשונה לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי... כללי המשפט הבינלאומי הפרטי קודמים בתחולתם לכל חוק שהוא מוניציפלי-מקומי גרידא" (עניין סקורניק הנ"ל, עמ' 179). שעה שמעורב אלמנט זר האפשרות היחידה להתעלם מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, כפי שמבקש המשיב לעשות, היא כאשר הכרה בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי תביא לפגיעה ב"תקנת הציבור" (ראו: בג"צ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 374 (להלן – עניין ברנר-קדיש)). המשיב, למרות אמירותיו אודות "העדר הסכמה חברתית" וכיוצא באלה, לא הרהיב עוז בנפשו לטעון, כי הכרה בתוקפם של נישואי בני זוג מאותו המין מהווה פגיעה ב"תקנת הציבור".

35. אין מחלוקת, כי מבחינת צורתם נישואי העותרים תופסים. צורתם של הנישואין נבחנת על פי החוק, החל במקום ובזמן עריכתם (locus regit actum) (ע"פ 54/54 הרשנהורן נ' היועמ"ש, פ"ד ח 1300, 1306 (להלן – עניין הרשנהורן)). אין מחלוקת, כי שעה שהעותרים בכל אחת משתי העתירות נישאו בטורונטו שבקנדה, תפסו נישואיהם מבחינת צורת עריכתם בהתאם לדין, שחל במקום הנישואין, זאת לאחר שביום 10.6.2003 ניתן בבית המשפט העליון של פרובינציית אונטריו פסק הדין בעניין Halpern et al v. Department of Public Health et al, 36 R.F.L. (5th) 127 (2003), שחייב את המדינה לאפשר לבני זוג בני אותו המין להינשא זה לזה.

36. השאלה הסבוכה יותר, העולה באשר לתוקף נישואי העותרים, עניינה תוקפם של הנישואין מבחינה מהותית. שאלה זו טרם זכתה למענה בפסיקה הישראלית:

"אשר לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, שעליהם מצביע השופט ויתקון בעקבות פסק-הדין בעניין סקורניק, ע"א 191/51, עדיין שאלה גדולה היא, אם יחולו במקרה כגון זה כללי ברירת הדין האנגלי, לפיהם ענין כושר הצדדים נקבע לפי מקום מושבם או כללי הדין האמריקני, לפיו קובע בענין זה הדין שבו נערך הטכס. בחירה כזו לא נעשתה, לא בענין סקורניק ולא בענין פונק שלזינגר." (עניין טפר, עמ' 18, ההדגשה הוספה)

37. שאלה זו אינה יכולה להיחתך על פי האמירה הסתמית, שבאה מפי המשיב, לפיה "אין ספק שהנישואין אינם תקפים". מדובר בשאלה סבוכה ומורכבת, שהתשובה לה תשפיע, ללא ספק, גם על שאלת תוקפם של נישואי בני זוג בני המינים השונים, שנישאו בחו"ל. מבלי לתת תשובה לשאלה זו, לא יוכל המשיב לגרוס, כי יש לדחות את העתירה.

38. מהו הדין, על פיו ייחתך כושרם של הצדדים להינשא ותוקף הנישואין מבחינה מהותית? האם הדין החל הוא הדין האישי של הצדדים? דין מקום מושבם הקבוע? דין מקום נתינותם (הדין הלאומי)? או שמא דין המקום, בו נערך טקס הנישואין? שאלה זו, כאמור, טרם זכתה למענה חד-משמעי בפסיקה. היא נדונה בהרחבה בפסק הדין בעניין סקורניק, בו לא היה צורך לקבוע בה מסמרות, שכן באותו מקרה כל האפשרויות הובילו לאותה מסקנה – הדין, שחל באותו מקרה, היה הדין הפולני, שכן בשעת עריכת הנישואין היו בני הזוג סקורניק אזרחי פולין, זה היה מקום מושבם הקבוע, וזה היה המקום, בו נערך הטקס. היא אף נדונה בעניין שמואל, אך גם שם לא היה צורך לקבוע בה מסמרות, משום שגם שם בחירה בכל אחת מן הדרכים השונות הובילה לאותה המסקנה.

39. בעניינם של העותרים כאן, אם המשיב מתעקש, כי נישואיהם אינם תקפים, עליו להשיב לשאלה זו. האם, לגרסתו, נישואיהם של העותרים אינם תקפים, משום שהדין החל הוא דין מקום נתינותם, הדין הלאומי (*lex patriae*) של בני הזוג (כעמדת השופט זילברג בעניין הרשנהורן, עמ' 1304), הלוא הוא הדין הישראלי, המפנה בעניינם של העותרים אל הדין העברי? קבלת טענה כזו, ככל שתיטען על ידי המשיב, אינה פשוטה כלל ועיקר. משמעותה היא, כי אף תוקפם של נישואי בני הזוג פונק שלזינגר אינם תקפים. משמעותה היא, כי אף תוקפם של בני הזוג ישראל סטמקה וביג'לבהן פטל אינם תקפים (עניין סטמקה הנ"ל). משמעותה היא, כי נישואין אזרחיים בין יהודי אזרח ישראל לבין יהודייה אזרחית ישראל, שנערכו בקפריסין, לא יהיו תקפים. משמעותה היא, כי אם, למשל, אזרח ישראל יהודי יישא לאישה בקפריסין אזרחית ישראלית מוסלמית, נישואי בני הזוג לא יהיו תקפים. כך גם אם יישא אותה ב"נישואי מקסיקו" או ב"נישואי פרגוואי". למעשה, בני זוג אלה, יהודי ומוסלמית, לא יוכלו להינשא בדרך כלשהי, שכן הם אינם יכולים להינשא בישראל בשל העדר כשרות להינשא זה לזו לפי דינם האישי, ואף אינם יכולים להינשא בחו"ל, אם נאמץ עמדה זו.

40. משמעותה של קביעה כזו חורגת מפגיעה בזכות לחיי משפחה של בני זוג מאותו המין. משמעותה של קביעה כזו פירושה פגיעה בזכותם לחיי משפחה של עשרות אלפי בני זוג בני המינים השונים החיים בישראל, שנישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל. משמעותה פגיעה בזכותם

לחיי משפחה של עשרות אלפי בני זוג, שאינם בני אותה עדה דתית, ונאלצו להרחיק לחו"ל על מנת להינשא. קבלת עמדה כזו פירושה קביעה משפטית, המכריזה כי עשרות או מאות אלפי בני אדם, החיים בישראל זה שנים כבני זוג נשואים, הם בעצם רווקים, שכן נישואיהם בחו"ל לא תפסו מבחינה מהותית. האם זו היא עמדתו המשפטית של המשיב, עליה הוא מבסס את הקביעה, כי "אין ספק שנישואי העותרים אינם תקפים"?

41. נוסף ונעמוד על התקלות הרבות, אשר יהיו מנת חלקה של החברה הישראלית, אם זו תהא עמדתו של המשיב – טלו, לדוגמה, יהודי אזרח ישראל, הנושא לאישה בקנדה את בחירת ליבו, אזרחית קנדה נוצריה, שמקום מושבה הקבוע הוא קנדה. מה יהיה מעמדם של השניים? הדין הלאומי של הגבר הוא הדין האישי, המפנה אותנו בעניינו של יהודי תושב ישראל אל הדין העברי, ולכן בחינת כושרו להינשא לפי הדין הלאומי תוביל למסקנה, שהנישואין לא תפסו לגביו מבחינה מהותית, וכי הוא רווק. לעומת זאת, בהתאם להוראות סימן 64(II) **לדבר המלך במועצה, 1922** שאלת מעמדה האישי של האישה, שנתיונה קנדית בשעת הנישואין, תיבחן לפי הדין הקנדי. לשם הכרעה בשאלת מעמדה של האישה יהיה צורך לעמוד על שאלה מקדימה וסבוכה אף היא – האם הדין הקנדי בנוגע לנישואין הוא דיסטריבוטיבי או קומולטיבי? אם הדין הוא קומולטיבי, הרי שהעובדה, שבן הזוג הישראלי אינו כשיר להינשא מובילה לכך שלנישואין לא יהיה כל תוקף, ואף האישה תהיה רווקה. אולם אם הדין החל בקנדה הוא הדין הדיסטריבוטיבי, הרי שהמסקנה היא, כי נישואיה של האישה לגבר תופסים, אף על פי שנישואי הגבר לאישה אינם תופסים. הגבר יהיה רווק, בעוד שהאישה תהיה נשואה לו (ראו מנשה שאו ה **הדין האישי בישראל** (מהדורה רביעית, תשס"א-2001) א 81-82). הליכה בדרך זו של קביעת תוקפם של הנישואין מבחינת מהותם בהתאם לכושרם של הצדדים להינשא במקום נתינותם משמעה, במדינה כמו ישראל (בה על כושר הצדדים להינשא מוטלות מגבלות כה רבות) מספר לא מבוטל של מקרים של פיצול סטטוס. לא בכדי נמנע עד היום בית משפט זה מלאמץ את הקביעה, לפיה נחתך תוקפם של הנישואין מבחינת מהותית לפי הדין הלאומי של הצדדים.

42. אפשרות אחרת, שנדונה אף היא בעניין סקורניק, ושהמשיב עשוי לאמץ על מנת להסביר מדוע "אין ספק שנישואי העותרים אינם תקפים", היא קביעה, כי תוקפם המהותי של הנישואין נבחן לפי דין מקום המושב (*lex domicilii*) של הצדדים הנישואים (עמדת השופט אולשן בעניין סקורניק). קביעה זו עשויה לגרור אחריה את אותן התקלות, שגוררת אחריה קביעה, כי תוקפם המהותי של הנישואין ייבחן לפי הדין הלאומי, ולא נשוב על הדוגמאות שהובאו בפיסקאות האחרונות.

43. על פי האפשרות השלישית, העולה בעניין סקורניק, תוקפם של הנישואין תלוי בדין מקום עריכת הטקס (lex loci celebrationis) (עמדת השופט ויתקון בעניין סקורניק). אימוץ כלל זה יוביל למסקנה, כי נישואי העותרים כולם, שנערכו בקנדה, תופסים לפי הדין הישראלי, שכן הם תקפים במקום בו נערך הטקס.

44. הטענה, כי "אין ספק שהנישואין אינם תקפים", כמו גם הטענה, כי החוק הישראלי אינו מכיר בנישואין של בני זוג מאותו המין בכל מקרה, אינה יכולה לעמוד במיוחד נוכח קיומם של מצבים, בהם הצדדים הנישאים לא היו תושבי ישראל ואזרחיה בשעת קיום טקס הנישואין, וערכו אותו בחו"ל. אכן, בעניינם של זוגות דוגמת העותרים, יהודים אזרחי ישראל, טרם קבעה הפסיקה מסמרות בעניין תוקף הנישואין. ואולם טלו, לדוגמה, שתי נשים יהודיות, אזרחיות ותושבות קנדה שמעולם לא היו בישראל, שנישאו שקנדה, חיו בה כבנות זוג נשואות מספר רב של שנים, היגרו לישראל, ורכשו בה אזרחות מכוח **חוק השבות, התשי"ז-1950**. במקרה זה אין ספק, כי נישואיהן של השתיים יהיו תקפים בישראל, וכי המשיב ירשום אותן כנשואות במרשם האוכלוסין. כך עולה מכל אחת מן הגישות שהוצגו לעיל. כך עולה בבירור מפסק הדין בעניין סקורניק. תוקף נישואיהן ייבחן לא לפי "חוק יום הדין", כי אם לפי "חוק יום המעשה", ועל כך לא יכולה להיות כל מחלוקת (עניין סקורניק, עמ' 168; עניין הרשנהורן, עמ' 1303). הדין, שחל בעת עריכת הטקס בין השתיים, בין שיהא זה הדין הלאומי שלהן, בין שיהא זה דין מקום מושבן, בין שיהא זה דינן האישי ובין שיהא זה דין מקום עריכת הטקס, הוא אותו הדין עצמו – הדין הקנדי. כך היה בעניין סקורניק, שעסק בבני זוג, שנישאו בפולין שעה שהיו אזרחיה ותושביה, והיגרו לישראל לאחר מכן. כך היה בעניין שמואל, שעסק בבני זוג, שנישאו בהודו שעה שהיו אזרחיה ותושביה, והיגרו לישראל לאחר מכן. כך גם בדוגמה שהבאנו. בעניינן של השתיים, לא תועיל כל טענה בדבר "העדר תבנית משפטית", שכן לא ניתן להטיל ספק בכך שנישואיהן תקפים בישראל. כך גם לו היה מדובר בזוג גברים יהודים אזרחי ותושבי קנדה, שנישאו בקנדה, ולאחר מכן היגרו לישראל. הדרך היחידה לקבוע, כי נישואין כאלה אינם תקפים בישראל, היא דרך ה"צינור" של "תקנת הציבור". כאמור, המשיב לא הרהיב עוז בנפשו לטעון, כי נישואין בין בני זוג מאותו המין עומדים בסתירה ל"תקנת הציבור".

45. כאמור לעיל, אין אנו רואים מקום להשיב על שאלות סבוכות אלה, שכן עמדת העותרים היא, כי שעה שנבחנת שאלת רישומם של נישואין, שנערכו בחו"ל, אין כל צורך לדון בשאלת תוקפם. כל שרצינו לומר הוא, כי בניגוד לאמירות הסתמיות של המשיב, לפיהן "אין ספק שהנישואין

אינם תקפים" ולפיהן רישום נישואי בני זוג מאותו המין מהווה "רישום של דבר שאי נכונותו המשפטית גלויה לעין", מדובר בשאלה, שאינה נקייה מספקות כלל ועיקר. המשיב מבקש בענייננו לסטות מהלכת פונק שלזינגר, ולקבוע כי לפקיד הרישום סמכות להעלות את שאלת תוקף הנישואין. ככל שיתעקש המשיב לעשות כן, יהיה עליו לספק תשובות מנומקות ומבוססות ביחס לתוקף הנישואין, ולא להסתפק באימרתיו הסתמיות בעניין זה. ככל שבית המשפט יסבור, כי עליו לסטות מהלכת פונק שלזינגר, יהיה אף עליו להכריע בשאלות שהעלינו, תוך התחשבות בהשפעה הרחבה שתהיה להן אף על בני זוג בני המינים השונים.

46. עמדת העותרים היא, כי אין צורך לעשות כן בהליך זה, העוסק אך ורק בשאלה המינהלית של רישום הנישואין במאגר לצרכים סטטיסטיים. ושוב – כעמדתו של הנשיא ברק, 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 ככל שניתן, שכן "אם ניתן להימנע מלהיכנס ליער סבוך זה רצוי הוא הדבר, שכן אין לדעת כיצד נצא מסבך זה" (עניין פלונית, עמ' 228-229).

"אין תבנית משפטית"?

47. המשיב שב ומציין, וחוזר ומדגיש, ומטעים ואומר פעם אחר פעם בתגובתו, כי אין "תבנית משפטית" בדין הישראלי, המכירה בנישואי בני זוג מאותו המין. טענה זו היא טענה מוקשה, לא ידענו מניין שאובה היא ואף לא ידענו מה משמעות הטענה "אין תבנית משפטית", ועל כן נתעכב עליה מעט.

48. ראשית, כפי שצויין בפיסקה 44 לעיל, במצב דברים, בו מדובר בזוג גברים או זוג נשים, שנישאו בקנדה שעה שהיו אזרחי קנדה, שמקום מושבם הקבוע היה קנדה, בדומה למסכת העובדתית בעניין סקורניק, אין כל ספק שהדין הישראלי, לפי כל אחת מן השיטות האפשריות לבחינת תוקף הנישואין, יכיר בתוקפם. לפיכך, שעה שקיימת בדין הישראלי סיטואציה, בה ברור שיוכר תוקף נישואי בני זוג מאותו המין, לא ניתן לדבר אודות "העדר תבנית משפטית".

49. אף שדי בטענה האחרונה, נוסף ונדגיש – סימנים 52 ו-54 **לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922**, נותנים בידי בתי הדין המוסלמיים והנוצריים שיפוט ייחודי בענייני מצב אישי של מוסלמים ונוצרים בהתאמה. הדין, החולש על נישואין בבתי דין אלה, הוא הדין המוסלמי או הנוצרי, בהתאמה (ראו, למשל: בג"צ 9347/99 חמזה נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד נה(2) 592, 596). סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), **התשי"ג-1953** קובע, כי "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". דינם האישי של תושבי ישראל ואזרחיה, השייכים לעדה דתית מוכרת, הוא הדין הדתי של העדה (ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, 1345).

50. זהו, ככל הנראה לשיטת המשיב, הדין שיוצר את "התבניות המשפטיות" לנישואין בישראל. "התבניות המשפטיות", שיוצר לכאורה **הדין המקומי** (לפני שנלקחים בחשבון כללי המשפט הבינלאומי הפרטי), אינן מאפשרות לבני עדות דתיות שונות להינשא בישראל. מה היא, אם כן, "התבנית המשפטית המוכרת" של נישואי בני הזוג ישראל שלזינגר והנרייט אננה קטרינה פונק שלזינגר, אשר אותם אילץ בית המשפט את המשיב לרשום?

51. מבחינת שאלת קיומה או אי קיומה של "תבנית משפטית" מתאימה לרישום נישואין, אין דבר, המבחין בין נישואי בני זוג מאותו המין לבין מה שהמשיב מכנה "נישואי תערובת" (צירוף מילים, המטביע סטיגמה על נישואין מעין אלה, שתחת לעשות בו שימוש, נשתמש בביטוי "נישואין בין בני עדות דתיות שונות"). כמו נישואי גבר לגבר, כך גם לא ניתן למצוא **בדין המקומי** (ושו ב – לפני שנלקחים בחשבון כללי המשפט הבינלאומי הפרטי) הוראות, היוצרות "תבנית" לנישואי יהודי ומוסלמית. כמו נישואי אישה לאישה, כך גם לא ניתן למצוא **בדין המקומי** (ושו ב – לפני שנלקחים בחשבון כללי המשפט הבינלאומי הפרטי) הוראות, היוצרות "תבנית" של נישואי נוצרי ויהודיה. אם ב"תבניות משפטיות" ישראליות עסקינן, נראה שקבלת טענת המשיב פירושה, שאת נישואיהם של כל אלה אין לרשום, משום שהדין הישראלי לא יצר "תבנית משפטית" לנישואיהם.

52. בעיני רוחו של המשיב מסודרים כל תושבי ואזרחי ישראל, הרשומים במרשם האוכלוסין, זוגות-זוגות, גבר ואישה, אישה וגבר, מונחים בצמדים בתוך כלים, שניתן לדמותם לתבניות ביצים ארוכות, הנמשכות ומתארכות עד מעבר לקו האופק. בתוך תבניות אלה מונחים בשני טורים עורפיים כל הגברים וכל הנשים, יהודי עם יהודייה, מוסלמי עם מוסלמית, בן העדה הנוצרית הארמנית עם בת העדה הנוצרית הארמנית, בן העדה היוונית-הקתולית עם בת העדה היוונית-הקתולית, וכן הלאה, מסודרים בסדר מופתי בתוך "התבניות המשפטיות", שיוצרים

חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 ודבר המלך במועצה על ארץ-
ישראל, 1922.

53. ואולם, לו כך אכן היה המשיב מציג את ה"תבניות", לתוכן הוא מבקש ליצוק את תושבי ואזרחי ישראל, כי אז לפחות ניתן היה לומר, כי עמדתו עקבית היא, גם אם עקביות אכזרית היא זו. ואולם, אם נושיט ידינו למשש את תכולתן של אותן "תבניות" נגלה, כי בתוכן נמצאים אף זוגות, זוגות רבים, שאם נקבל את ניתוחו השגוי של המשיב בדבר "תבניות משפטיות" (תהא כוונתו אשר תהא כאשר הוא משתמש במונח זה), לא ברור מי הוא שהעז להרשות את יציקתם אל תוך אותן תבניות.

54. בתבנית הראשונה, תבנית נושנה ומתפוררת, יצוקים להם בני הזוג לייב ומרים סקורניק, שני יהודים, שנישאו בנישואין אזרחיים בפולין, שעה ששניהם היו תושביה. אף בהעדרה, לכאורה, של "תבנית משפטית" של נישואין אזרחיים בישראל, הכיר בית המשפט העליון בתוקף נישואיהם (עניין סקורניק הנ"ל). לידם, יצוקים אף הם בתוך תבנית עתיקה ברישומיו של המשיב, בני הזוג ישראל שלזינגר והנרייט אננה קטרינה פונק שלזינגר, יהודי תושב ישראל ונוצריה תושבת בלגיה, שנישאו בנישואין אזרחיים בניקוסיה שבקפריסין. גם להם מסר המשיב, כי אין "תבנית משפטית" לרישום נישואיהם, בהיותם יהודי ונוצריה, אולם גם להם נמצא מקום בתיבה הזוגית (עניין פונק שלזינגר הנ"ל).

55. לידם בתוך תבנית נוספת, שלא נמצאה לנו בדין המקומי, מונחים אלקנה רודניצקי, כהן, ויעל גולדמר, גרושה, שנישאו בקידושין פרטיים. אף את נישואיהם חייב בית משפט זה לרשום במרשם האוכלוסין, אף בהעדרה, לכאורה, של "תבנית משפטית" בדין הפנימי של נישואין פרטיים (בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' ביה"ד הרבני, כד(1) 704). בהמשך השורה ניצבת תבניתם של ד"ר איתן כהנא, כהן, וגב' ציפורה כהנא, גרושה, שנישאו אף הם בנישואין אזרחיים בחו"ל. לאחר שלושים שנים בתוך התבנית ביקש ד"ר כהנא לטעון, כי התבנית לאו תבנית היא, כי מעולם לא היו הוא ורעייתו בתוך תבנית כלשהי, שכן אין הדין הישראלי מכיר כלל בתבנית זו, ועל כן אין הוא חייב במזונותיה. אף כאן, גם בהעדר אפשרות בדין המקומי לנישואי כהן וגרושה ולנישואין אזרחיים, קבע בית המשפט כי התבנית, שחלקו בני הזוג כהנא משך שלושים שנים, שרירה וקיימת (ע"א 4590/92 כהנא נ' כהנא, תק-על(1) 94(1) 335).

56. ושורת ה"תבניות", אלה שקיימות ואלה שאינן קיימות, לשיטת המשיב, הולכת ונמשכת לה. בתוך תבנית נוספת, שביקש המשיב לפני פחות מעשור לפורר, יצוקים להם מר ישראל

סטמקה, ישראלי יהודי, וגב' ביג'לבהן פטל, אזרחית הודית בת הדת ההינדית. בהעדר "תבנית משפטית" מתאימה בישראל, הרחיק מר סטמקה לבדו לפראגוואי, שם נישא לבחירת ליבו, כשהיא ממתינה לו בישראל. ניסיונות המשיב לכפות עליהם פרידה בשל היותה של גב' פטל שוהה שלא כדין בישראל לא צלחו, ואף הם מצאו מקומם לבטח בתוך תבנית במערכת הממוחשבת של המשיב, חרף העדרה של "תבנית משפטית" בישראל, המאפשרת נישואי יהודי והינדית בטקס אזרחי, כשרק אחד מהם נוכח פיזית בטקס (בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728). בתבנית אחרת, שיצק בית המשפט במחשבי המשיב, גם הפעם בעל כורחו של האחרון, מצטופפים גב' אליני קריסטינה גולדשטיין, אזרחית ברזיל בת הדת הספיריטואליסטית, ומר אורי גולדשטיין, בן הדת היהודית בעל אזרחות כפולה, ישראלית וברזילאית. אלה נישאו בישראל בנישואין קונסולריים-אזרחיים בשגרירות ברזיל בתל אביב, ורשומים כנשואים במחשבי המשיב, אף בהעדר "תבנית משפטית" של נישואין אזרחיים בין יהודי לבת הדת הספיריטואליסטית בדין הישראלי הפנימי (בג"צ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89).

57. בתבנית אחרת, תבנית חצויה ושבורה מנחת זרועו של **חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003**, מצטופפים "עד למתן פסק דין בעתירות העקרוניות או עד שיפקע החוק" גב' רחלי כהן, אזרחית ישראל, ומר חמדי אלחילו, תושב השטחים (או "תושב האזור"), ממתנינים בסבלנות משך שנים לשינוי, שיאפשר איחוויה של התבנית, אשר תירשם אף היא במרשם האוכלוסין חרף היותם של בני הזוג בני עדות דתיות שונות (בג"צ 10728/03 כהן ואח' נ' שר הפנים ואח', החלטה מיום 18.12.2003). לפנייהם ומאחוריהם שורה של אלפים על גבי אלפים של תבניות שבורות, ששוכניהן ממתנינים אף הם ל"שינוי במצב המשפטי".

58. ובתבנית נוספת, תבנית אשר בית המשפט התבקש לפרקה, מצויים בני הזוג יוליה רוטה ומרק נצבטייב, חסרי עדה דתית מוכרת, שנישאו בחו"ל (בה"ן 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707). אין כל אפשרות לחסרי עדה דתית להינשא בישראל, ואולם איש לא יטען, כי נישואים בחו"ל של תושבי ישראל ואזרחיה, שהם חסרי עדה דתית, ורישומם במרשם האוכלוסין הם בבחינת "תבנית משפטית" לא מוכרת, וכי על כן מדובר בבני זוג, שאין אפשרות לרשום נישואיהם במרשם האוכלוסין.

59. עמדת המשיב היא, כי "מרשם האוכלוסין נועד לשקף את התבניות המשפטיות המוכרות בישראל מבחינה משפטית. מבחינה מהותית ... מוסד הנישואין במדינת ישראל מתקיים בין איש ואישה בלבד, והמחוקק לא הכיר בנישואין בין בני הזוג מאותו המין" (סעיף 37 לתגובה המקדמית). ומוסיף המשיב, כי "הדין האישי החל על סוגיה זו... אינו מכיר בקיומם של נישואין חד מיניים" (סעיף 14 לתגובה המקדמית). ואולם, כאמור, ההגבלות על הזכות להינשא בגבולות ישראל והגבולות ששרטט המחוקק אינם מוגדרים אך ורק על בסיס הפרמטר של השתייכות מגדרית. מוסד הנישואין בישראל לא רק שמתקיים בין איש ואישה – המחוקק גם הכיר, לכאורה, אך ורק בנישואי יהודי ליהודיה, מוסלמי למוסלמית וכן הלאה, כפי שפורט לעיל. ניתוח זה של המשיב מוביל למסקנה הדומה, כי אף במרבית המקרים, שתיארנו בסעיפים האחרונים, מדובר ב"תבנית לא מוכרת מבחינת המשפט הישראלי", לפי הגדרתו של המשיב, ועל כן מן האמור בתגובתו עולה, לכאורה, כי אף את נישואיהם של כל אלה אין לרשום. והנה, אף בהעדרן של "תבניות משפטיות" לכאורה, חייב בית המשפט פעם אחר פעם את המשיב לרשום נישואין מסוגים שונים, אשר מובן, כי אין אפשרות לערוך בישראל.

האמנם "אין חקיקה שתכליתה מתן הכרה"?

60. המשיב טוען, כי נישואין בין בני זוג מאותו המין "אינם מוכרים במדינת ישראל, שכן אין חקיקה שתכליתה מתן הכרה למוסד חברתי חדש זה" (סעיף 53 לתגובה המקדמית). כל שייאמר בעניין זה ייאמר למעלה מן הנדרש, שכן, כאמור, במסגרת עתירה זו אין העותרים מבקשים "הכרה" בנישואיהם, אלא את רישומם בלבד, כפי שהדגשנו לעיל.

61. טענתו זו של המשיב בעניין העדר תכליות שזהו עניין היא טענה תמוהה במיוחד. מעבר לתכליות הספציפיות של דברי החקיקה הישראלית, הרי שהצופן הגנטי של כל אחד ואחד מן החוקים בישראל טומן בחובו את התכליות הכלליות, הפרושות מעל לדברי החקיקה כולם, ובהן הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה (בג"צ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות

הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 38; ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נה(1) 12, 29 (להלן – עניין לינדורן).

62. הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה, שתי תכליות כלליות, העומדות בבסיס החקיקה, ואף מעוגנות כזכויות יסוד חוקתיות על-חוקיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יוצרות זכות לעותרים, זכות מן הסוג החזק ביותר שניתן להעלות על הדעת. ומשקיימת לעותרים זכות מכוח חוק היסוד, רובצת לפתחה של המדינה החובה ליתן את הסעד, שיבטיח מימושה של הזכות – מקום שם הזכות שם הסעד (*ubi jus remedium ibi*) (ראו: בג"צ 2344/99 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 754).

63. מקום, בו עומדות לעותרים הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון, חובה על המדינה לאפשר להם להינשא, וקל וחומר שחובה עליה להכיר בנישואיהם, שנערכו בחו"ל. ואולם לא במתן אפשרות להינשא בישראל ואף לא בהכרה מהותית בנישואין עסקינן במקרה זה. כל ענייננו כאן ברישום נישואי העותרים במרשם האוכלוסין. בן בנו של קל וחומר, שהתכליות הכלליות של דברי החקיקה הישראלים מקימים לעותרים את הזכות לקבלת סעד זה.

התיתכן סטייה מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי על בסיס המשפט המשווה?

64. המשיב חוזר ומדגיש את טענתו, לפיה כללי המשפט הבינלאומי הפרטי וכללי ברירת הדין אינם חלים בענייננו, וזאת בטענה, שתכליות המשפט הבינלאומי הפרטי לא מתקיימות בענייננו. לא נתעכב על טענה משוללת יסוד זו. החריג המוכר היחיד לסטייה מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי בהעדר חקיקה מפורשת קיים במקרים, בהם החלת כללים אלה תביא לפגיעה ב"תקנת הציבור". בהמשך נעמוד באופן כללי על משמעותן של טענות בדבר "תקנת הציבור", אולם נדגיש כבר עתה, כפי שכבר צויין לעיל, כי המשיב עצמו לא העלה טענה בדבר פגיעה ב"תקנת הציבור", ולא בכדי.

65. עוד יצויין, כי המשיב מנסה להיבנות מכך, שמדינות אחדות בחרו לסטות מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי ומכללי ברירת הדין בכל הנוגע להכרה בנישואי בני זוג מאותו המין **בחקיקה מפורשת**. העולה מן החקיקה, שהציג המשיב, לא רק שאינו תומך בטענת המשיב,

אלא דווקא מחליש אותה. מן הדוגמאות שהעלה המשיב עולה, כי כאשר מדינה חפצה לחרוג מכללי ברירת הדין ומכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, עליה לעשות כן באופן מפורש באמצעות חקיקה. ברירת המחדל, החלה בישראל בהעדר חקיקה מפורשת בעניין זה, היא תחולתם של כללי ברירת הדין ושל כללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

66. עוד יצויין, כי דברי החקיקה בעניין זה, שהביא המשיב, עומדים בימים אלה ממש לביקורת חוקתית בבתי המשפט המקומיים של אותן מדינות, וימים יגידו אם יצלחו ביקורת זו. ככל שירצה המחוקק הישראלי לסטות מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי ומכללי ברירת הדין, עליו לעשות זאת במפורש בחקיקה, ובלבד שהחקיקה תעמוד בתנאי פיסקת ההגבלה של **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**. ואולם שעה שהמחוקק לא מצא לנכון לעגן באופן מפורש בחקיקה סטייה מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי בעניין זה, אין כל בסיס לטענה, כי הם אינם חלים בענייננו, ובחירתם של מחוקקים כאלה או אחרים לעשות כן אינה מעלה ואינה מורידה לענייננו.

פגיעה בזכות לשוויון

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

68. 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.

69. אם יפנו אל המשיב בני זוג בני המינים השונים ויציגו תעודת נישואין, ירשום פקיד הרישום את השינוי, שחל במעמד האישי, וזאת מבלי שייתן דעתו לשאלה, האם מדובר בנישואין בני תוקף בישראל, לשיטתו, והאם בני הזוג כשירים להינשא 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.

70. 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 נישואין, 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. 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.

71. 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 מרשם 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.

72. נראה, כי עלינו להזכיר למשיב מושכלות ראשונים, 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 יסוד 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.

73. קביעתה של מערכת נורמות אחת לטיפול בעניינים של בני זוג בני מינים שונים ומערכת נורמות שנייה לטיפול בעניינים של בני זוג מאותו המין מהווה אפליה פסולה בשל נטייה מינית ובשל מגדר. פשיטא שאם יפנו גבר ואשה בגירים, שנישאו בטורונטו, ויציגו תעודה מאומתת, הזהה בכל לתעודה, שהציגו העותרים, ירשום אותם המשיב כנשואים 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 מילב, עמ' 132).

74. ההשפלה, הטמונה בסירוב המשיב לרשום את נישואי העותרים, נובעת מכך שבנוהגו בהם מנהג 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.

75. 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 והאחווה, 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

76. 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.

77. 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).

78. 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.

79. כמו כל מונח משפטי או חברתי אחר, גם במונח "משפחה" יש להפיח רוח חיים, העולה בקנה אחד עם מציאות החיים העכשווית (עניין לינדורן, עמ' 32-33; ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309, 326-327).

80. 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 (כתארו אז) 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 הנוזיקין 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 תירשמה 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." (פיסקה 38 לפסק דינו של השופט חשין, והאסמכתאות הנזכרות שם)

81. 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 הולכת וגוברת. רבות מן המשפחות הללו אף מגדלות ילדים, שאין להם עוד אם אחת ואב אחד.

82. 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 אפלייה בגין היותם בני זוג בני אותו המין." (ע"א (נצ' 3245/03 ע' מ' נ' האפוטרופוס הכללי, עמ' 37 לפסק הדין)

83. 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 החברתי, המורכב מבני זוג מאותו המין, הוא תא משפחתי לכל דבר, החוסה תחת כנפי הזכות לחיי משפחה:

83.1. בעניין דנילוביץ הנ"ל נפסק, כי הסכם קיבוצי, המעניק זכויות לבני זוגם של דיילים רק אם בני זוג אלה הם בני זוג ממינים שונים, הוא הסכם מפלה, העומד בניגוד להוראות **חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"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.

83.2. 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).

83.3. בשנת 1996 קיבלה ועדת הערר לפי **חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב]**, **תשמ"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 אישה היה הוא זכאי לכל הזכויות, הרי הכוונה לשלול את הזכויות נעוצה אך ורק בעובדת היותו גבר, הדגישה הוועדה. אף מבחינת תכלית החוק נשוא די ונה - 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)**, **התשי"ו-1950** ערעור דומה של אדיר שטיינר, למרות לשון החוק הדומה (ע"מ 8/94, פסק דין מי וס 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).

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

83.5. 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).

83.6. בשנת 1997 פירש לראשונה בית משפט השלום בחיפה את המונח "בן זוג", שבחוק **למניעת אלימות במשפחה**, **תשנ"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).

83.7. 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.

83.8. מאז שנת 1999 מוענקים באופן שגרתי בבתי המשפט לענייני משפחה ברחבי המדינה צווי אפוסטרופסות לבנות זוג, שבהם מוכרת כל אחת מהן כאפוסטרופה נוספת על הילדים שילדה בת זוגה, ושאותם הן מגדלות יחדיו.

83.9. 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 (ת"א) 3816/01 פטריק לוי - מבטחים, פס"ד 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. פסק דין נוסף ניתן בימים אלה במסגרתו לא רק הוכרה בת הזוג לצורך פנסיית שארים אלא אף בתה התינוקת, למרות העדר קשר משפטי פורמלי בינה לבין בת הזוג המנוחה (ע"ב (חי') 4240/05 א' מ'ל' - מבטחים, פס"ד מיום 26.12.05).

83.10. 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). בדומה, ניתן בפברואר 2004 על ידי בית המשפט 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, תשנ"ה-1995** כולל אף בני זוג מאותו המין (תמ"ש 3140/03).

83.11. 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.

83.12. 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 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד (2) 368; נתקבלה בקשת שר הפנים לקיים דיון נוסף על פסק הדין).

83.13. 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.

83.14. 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.

83.15. בפברואר 2004 ניתן בבית המשפט העליון תוקף של פסק דין להסכמת פרקליטות המדינה לקבל ערעור 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 אדיר שטיינר ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין).

83.16. 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 (נצ') 3245/03 ע' מ' נ' האפוטרופוס הכללי).

83.17. 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).

83.18. ביום 8.12.2004 בהודעה לעיתונות של משרד המשפטים נמסר, כי "בסוגיית 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 הירושה** חל על בני זוג מאותו המין (כן ראו סעיף 3 להודעה).

העתק ההודעה לעיתונות מיום 8.12.2004 צורף לעתירה בבג"צ 3045/05 וסומן ע/12.

83.19. 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.

83.20. 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).

83.21. ביום 10.1.2005 ניתן פסק דינו של בית משפט זה בעניין ירוס-תקק הנ"ל. בית המשפט פסק, כי **חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981** מאפשר לאמץ את ילדיה הביולוגיים של אשה על ידי בת זוגה בהתקיים התנאים, הקבועים בחוק לאימוץ יחיד.

83.22. 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. עמדה זו קיבלה תוקף של פס"ד (בל' (ת"א) 3536/04 גנורא רז – המוסד לביטוח לאומי, פס"ד מיום 18.8.05).

83.23. עו"ד 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", "העדר הסכמה חברתית" והומופוביה

84. החריג, העולה מהלכת פונק שלזינגר לרישומם של נישואין, שנערכו מחוץ לישראל, הוא החריג של "תקנת הציבור". נישואין, הפוגעים בתקנת הציבור, ייתכן שלא יירשמו במרשם האוכלוסין. בניגוד לרושם שמנסה המשיב ליצור, אין בדין הישראלי חריג אחר. ואולם עד היום, למיטב ידיעתם של העותרים, לא נמצא ולו מקרה אחד, בו קיבל בית משפט זה את הטענה, כי יש לסרב לרשום נישואין בין שני בגירים, שנישאו מחוץ לישראל, מטעמים של פגיעה בתקנת הציבור. אף המשיב בענייננו לא הרהיב עוז בנפשו לטעון במפורש, כי נישואי

העותרים סותרים את "תקנת הציבור", אך דומה, כי מתחת לפני השטח זהו טעמו האמיתי לסירוב לרשום את נישואיהם, תוך שהוא עושה שימוש במונחים מרוככים (לכאורה בלבד) דוגמת "העדר הסכמה חברתית" ו"מחלוקת חברתית".

85. 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 שתשמשנה, מקור למילוי המושג "תקנת הציבור" בתוכן.

86. בדוננו בטענה, שעניינה "תקנת הציבור" או "העדר הסכמה חברתית", 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 אותו "העדר הסכמה חברתית" – 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 או ב"העדר הסכמה חברתית".

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

87. "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 כניסיון לשינוי מרחיק לכת באופיו של מוסד הנישואין. אף בעניין נישואי בני זוג בני עדות דתיות שונות קיים "העדר הסכמה חברתית", ואולם אין הדבר מונע את רישומם של בני זוג כאלה, שנאלצו להינשא בחו"ל בהעדר אפשרות להינשא בישראל, על ידי המשיב במרשם האוכלוסין.

88. 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, ואינה חוסה בתוך אותה מסגרת עמומה של "הסכמה חברתית".

89. 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)

90. 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)

91. 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. העדרה של "הסכמה חברתית" אינו יכול לשמש בסיס חוקי לפגיעה בזכויות יסוד מוגנות. לעתים יש דווקא להילחם באותן "תפיסות חברתיות מקובלות", דוגמת הומופוביה. עמד על כך השופט חשין (כתארו אז) 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 שפלוגי נמנה עם חבריה. "בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 450-451, ההדגשות (הוספו).

92. בע"א 640/82 כהן נ' היועמ"ש, פ"ד לט(1) 673 (להלן – עניין כהן השני), העיר בית משפט זה הערות אגב קשות, קשות ביותר, לגבי היחס המשפטי הראוי לבני זוג מאותו המין. באותו פסק דין, שניתן לפני מעט יותר מעשרים שנים, התייחס אחד משופטי ההרכב להסכם בין בני זוג מאותו המין כהסכם הנוגד את "תקנת הציבור" (השופט גולדברג, עמ' 680), בעוד שופט אחר גרס, כי מובן ששני גברים או שתי נשים כלל אינם "בני זוג" (השופט ברק, עמ' 689). למרבית הצער הערות אגב אלה, שנאמרו למעלה מן הנדרש באותו מקרה, לא נשכחו. הן עדיין צרובות על ספר פסקי הדין הישראלי, מהדהדות ומנקרות בתודעה. יתרה מזאת – עד היום הן משמשות שופטים בערכאות הנמוכות, המצטטים אותן כאמירות, המצדיקות המשך הפליית בני זוג מאותו המין (ראו תמ"ש (ת"א) 16610/04 פלוגי נ' היועמ"ש (פסק דין מיום 8.5.2005, פסקה ז' לפסק הדין), בו נסמך השופט גייפמן על דברי בית המשפט בעניין כהן השני על מנת לקבוע, כי בית המשפט אינו מוסמך לאשר הסכמי רכוש בין בני זוג מאותו המין; כן ראו ת' ע' נצ' 710/01 (פסק דין מיום 15.10.2003), בו נסמך השופט בן חמו על דברי בית משפט זה בעניין כהן השני על מנת לקבוע, כי חוק הירושה אינו חל על בני זוג מאותו המין (ערעור על פסק הדין התקבל בע"א 3245/03, פסקה 83.16 לעיל).

93. אמירות אלה היו שגויות אז כן עתה. דחיית עתירה זו משמעותה המשפטית תהיה אחת – אמירה של בית המשפט העליון בישראל, כי הכללים בדבר רישום נישואין של בני זוג מאותו המין שנישאו בחו"ל שונים מאלה החלים זה 40 שנים על בני זוג בני המינים השונים, מטעמים שלא ניתן להסבירם אלא כטעמים של "תקנת הציבור". זאת בין שייעשה שימוש במונח זה, בין שייעשה שימוש במושגים מרוככים, לכאורה, דוגמת אלה, בהם משתמש המשיב ("העדר הסכמה חברתית", "מחלוקת חברתית"), ובין שתאומץ טענתו הסתמית של המשיב, לפיה "אין ספק כי הנישואין אינם תקפים".

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב לרשום את נישואיהם של העותרים במרשם אוכלוסין, וכן את נישואיהם של כל שני גברים או כל שתי נשים, המציגים בפניו תעודת נישואין.

8 בינואר 2006

יונתן ברמן, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

באי כוח העותרים