

בג"צ 3045/05
בג"צ 3046/05
בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

קבוע: 16.11.05

העותרים בבג"צ 3045/05

1. יוסי בר-ארי
2. לורן שומן
3. האגודה לזכויות האזרח

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ואח'
טל': 6521218 פקס': 6521219

העותרים בבג"צ 3046/05

1. יוסף בר לב
2. ירון להב
3. האגודה לזכויות האזרח

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ואח'
טל': 6521218 פקס': 6521219

נגד

המשיב

מנהל מינהל האוכלוסין

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים
טל: 02-6466590 פקס: 02-6467011

תגובה מקדמית מטעם המשיב

- 1 המשיב מתכבד להגיש בזאת את תגובתו המקדמית לעתירה, כדלקמן:
- 2 עניינה של עתירה זו בבקשת העותרים כי המשיב ישנה את רישום מצבם האישי מ"רווק" ל"נשוי", וכי ירשום כל אחד מן העותרים כבן זוגו של השני. במישור העקרוני, מבקשים העותרים כי המשיב ירשום כל שני בגירים המציגים תעודת נישואין מאומתת מחו"ל, כנשואים זה לזה.
- 3 עמדת המשיב היא שדין העתירה להידחות. עמדה זו תפורט להלן.

העובדות הצריכות לעניין

- 4 העותרים בכל אחת מן העתירות דן הינם תושבי ישראל ואזרחיה, בני אותו מין, אשר נישאו זה לזה בטקסים שנערכו באונטריו שבקנדה.
- 5 כעולה מן העתירה בבג"צ 3045/05, העותרים נישאו ביום 11.11.03 בטקס נישואין בצפון יורק שליד טורונטו שבקנדה. ביום 22.12.04, פנו העותרים למשיב בבקשה להירשם במרשם האוכלוסין כבני זוג אחד של השני. העתק פנייתם מיום 22.12.04 מצורף לעתירה כנספח ע/4.
- 6 עמדת המשיב, כפי שיפורט להלן, הינה כי אין מקום לבצע את הרישום המבוקש על ידי העותרים. העתק מכתב המשיב לעותרים מיום 24.4.05 מצורף לעתירה כנספח ע/10.
- 7 כעולה מן העתירה בבג"צ 3046/05, העותרים נישאו ביום 29.6.03 בטקס נישואין בעיר טורונטו שבקנדה. ביום 6.3.05, פנו העותרים למשיב בבקשה להירשם במרשם האוכלוסין כבני זוג אחד של השני. העתק פנייתם של העותרים מצורף לעתירה כנספח ע/3. כמו כן, העתק מכתב המשיב מיום 8.3.05, לפיו אין מקום לביצוע הרישום המבוקש, מצורף לעתירה כנספח ע/4.
- 8 העתירות דן הוגשו ביום 28.3.05 בעקבות סירובו של המשיב לרשום את העותרים כבני זוג אחד של השני כמבוקש על ידם.

מבוא

- 9 עמדת המשיב היא כי אין מקום לרישום נישואין חד מיניים אשר נערכו במדינה זרה, וממילא אין מקום לחייב את רישום נישואיהם של העותרים בפרט. עמדה זו מתבססת על שיקולים משני מישורים:
1. **היעדר הכרה בדין בסטטוס של תא משפחתי חד מיני והיקף שיקול דעתו של פקיד הרישום;**
המשיב יטען כי לא קיימת בישראל תבנית משפטית מתאימה לרישום נישואין בין בני זוג מאותו מין. היות שמרשם האוכלוסין נועד לשקף **תבניות משפטיות מוכרות**, אין מקום לרישום סטטוס שלא הוכר מבחינה מהותית בישראל. עמדת המשיב היא שלא ניתן ליצור מוסד משפחתי חדש באמצעות הכלי המינהלי-דיוני של רישום במרשם האוכלוסין, וכי הכרה בנישואין בין בני זוג מאותו מין הינה עניין שבסמכותו המובהקת של המחוקק.
 2. **המשפט הבינלאומי הפרטי;**
המשיב יטען כי תחולתם של כללי ברירת הדין החלים על הכרה בנישואין שנערכו במדינות זרות אינה מתאימה מקום בו מדובר במוסד חברתי שאינו מוכר בישראל. המשיב סבור כי עיקרו של הרציונאל לתחולת כלל ברירת הדין אינו קיים בנסיבות העניין.
- 10 ראשית, נפנה לטענות המשיב במישור הראשון: לשאלת ההכרה בתא משפחתי חד מיני והיקף שיקול דעתו של פקיד הרישום.

1. שאלת ההכרה בתא משפחתי חד מיני והיקף שיקול דעתו של פקיד הרישום

א. דיני משפחה בישראל - הקמת תא משפחתי ורישום

- 11 ענייני המעמד האישי בישראל מוסדרים על פי הדין האישי של בעלי הדין, וזאת על פי סימן 47 לדבר המלך במועצה. לגבי אזרחי ישראל, הדין האישי הינו הדין הדתי של הדת או העדה אליה הם משתייכים. סימן 51 לדבר המלך במועצה מפרט את העניינים שהם בגדר ענייני המעמד האישי, ומונה, בין היתר, נישואין וגירושין.
- 12 על כן, ענייני נישואין וגירושין של אזרחים במדינת ישראל מוסדרים על פי הדין האישי של בעלי הדין. עם זאת, לעיתים נדחית תחולתו של הדין האישי, לדוגמה, קיימת חקיקה אזרחית שמסדירה סוגיות קשורות לנישואין וגירושין, הדוחה את תחולת הדין האישי באותן סוגיות. ראו, למשל, חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969, הקובע אפשרות לגירושין אזרחיים בנישואי תערובת.
- 13 סוגית רישום של נישואין של מי שרשום במרשם האוכלוסין כ"תושב" מוסדרת בסעיף 19ג לחוק מרשם האוכלוסין, הקובע כי תיקון רישום במרשם האוכלוסין בידי פקיד הרישום ל"נשוי" ייעשה על יסוד תעודה ציבורית המעידה על נישואין. על סוגית הרישום וטיבו של חוק מרשם האוכלוסין, נעמוד בהרחבה בהמשך.

ב. הכרה בנישואין חד מיניים

- 14 בהתאם לאמור לעיל, 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. כמו כן, אין בישראל כל דבר חקיקה שתכליתו מתן הכרה לנישואין בין בני זוג מאותו מין. לעניין זה, ראו את האמור בפסק דינו של כב' המשנה לנשיא (בדימו) מצא (דעת מיעוט) בע"א 10280/01 ד"ר טל ירוס-חקק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה תק-על 12005(1), 163, (להלן - פרשת ירוס-חקק):

"עד כה הכיר הדין, לצד התא המשפחתי המסורתי - הכולל הורים הנשואים זה לזה וילדיהם - גם בקיומו של תא משפחתי "חד-הורי". . . לצרכים כאלה ואחרים הכיר הדין גם בקיום תא משפחתי הכולל הורים "ידועים בציבור", גבר ואישה החיים יחדיו ללא נישואין. . . **אולם עד היום טרם הוכר בחוק, או בהלכות בית המשפט הנוגעות לסוגיית המעמד האישי (להבדיל מאשר לענייני של זכויות חומריות כאלה ואחרות), קיומו הנורמאטיווי של תא משפחתי הכולל בני זוג בני אותו מין.**" (עמ' 176)

- 15 בפרשת ירוס-חקק, קבעה דעת הרוב כי אין מניעה לכך שילד יאומץ על ידי בת זוגה של אימו הביולוגית, וכי הזוגיות של האם הביולוגית ושל המבקשת לאמץ את בנה רלבנטית רק לעניין טובתו של הקטין. בפסק דינו, הדגיש בית המשפט העליון כי אין בקביעתו משום מתן הכרה לתא משפחתי חד מיני, ובכך אף אישר בית המשפט כי מוסד זה אינו מוכר כיום.

"הקשר האינטימי בין האם הביולוגית למבקשת לקבל צו אימוץ כמאמץ יחיד - היותם זוג חד מיני - הינו נתון עובדתי שיש לקחתו בחשבון באימוץ יחיד. אין הוא נתון נורמטיבי; אין הוא הופך אימוץ יחיד לאימוץ משותף; אין בו יצירת סטטוס משפטי שלא היה קודם לכן; אין בו הכרה בזוג חד מיני כ'איש ואשתו'. . . החד מיניות של משפחה זו היא נתון חשוב שאין להתעלם ממנו. עם זאת, זהו נתון עובדתי שאינו הופך את ההתחשבות בו להכרה משפטית בסטטוס חדש" (סעיף 22 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק)

ועוד נקבע, כדלקמן :

" אין אנו קובעים כלל כי זוג חד מיני הוא "איש ואשתו יחד"; אין אנו מתבקשים ליתן צו אימוץ משותף. עניין לנו באימוץ על ידי מי שאינה נשואה. אין בו במקרה הספציפי שלפנינו כל הכרה עקרונית בזכותם של בני זוג חד מיניים לאמץ ילד; אין בו אף הכרה כי כל אחד בזוג החד מיני הוא "בן זוגו" של האחר לעניין סעיף 13(1) לחוק האימוץ. אין בפסק דיננו כל קביעת סטטוס או מעין סטטוס או בדיל סטטוס. " (סעיף 26 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק)

כמו כן נקבע, כדלקמן :

"הרשות השופטת, מעיקרה, לא הוסמכה לפרוץ ולכבוש דרכים חדשות בנושאי חברה. ראו, למשל: בג"צ 4112/99 עדאללה, מרכז המשפטי נ' עיריית תל-אביב פ"ד נו(5) 393, 460, והאסמכתאות שם. מטעם זה, אפשר אחרת היתה דרכנו לו נתבקשנו להכיר בסטטוס חדש של זוג חד-מיני. ואולם אנו, ענייננו עתה הוא בטובתם של הילדים; " (סעיף 15 לפסק דינו של כב' השופט חשין)

16 לא זו בלבד שהמחוקק לא ראה לנכון להסדיר מעמד של נישואין חד מיניים, וכי מעמד מסוג זה אף לא הוכר בדרך שיפוטית, אלא שגם אין הסכמה חברתית באשר לסוגיה של נישואין חד מיניים. השאלה הערכית אם התא המשפחתי החד מיני ראוי להכרה משפטית היא שאלה נתונה במחלוקת בחברה הישראלית. הכרעה במחלוקת חברתית זו כרוכה בהכרעה בעניין ערכי הנוגע לתפישת דיני המשפחה ולמרקם החברתי בישראל. אף בעניין זה, ניתן לפנות לדבריו של כב' המשנה לנשיא מצא בפרשת ירוס-חקק, כדלקמן :

"אך גלוי וידוע, כי יחסה של החברה הישראלית להומוסקסואלים וללסביות עדיין רחוק מלהיות חד-ערכי; וכי בקרב חוגים רחבים בציבור תופעת הזוגיות החד-מינית נתפסת כתופעה חריגה. . היחס החברתי לתופעת הזוגיות החד-מינית עודנו שנוי במחלוקת עמוקה בקרב רוב הציבור. " (עמ' 176)

17 ראו גם דבריו של כב' הנשיא ברק בפסק הדין בעניין בג"צ 4058/95 יוסף בן מנשה, עו"ד נ' שר הדתות פ"ד נא(3), 876, כדלקמן :

"דעתי היא, כי על השופט להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה או אי ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולנורמות המשפטיות הנגזרות מהם. על השופט לשאוף לאותו פתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית, או לפחות אינו סותר אותה. לדעתי, רצוי להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסות היסוד של הציבור. כך, למשל, מוצדקת התאפקות שיפוטית בכל הנוגע לנישואין אזרחיים, שכן עניין זה שנוי במחלוקת חריפה בציבור. הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים הדמוקרטיים, בשיקולי הפרדת הרשויות ובצורך להבטיח את אמון הציבור" (א. ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 289)). (עמ' 878)

פסק דין זה נדון בהרחבה בסעיף 31 להלן.

18 יצוין, כי גם תזכיר הצעת החוק הממשלתית ברית הזוגיות, אשר הוכנה על ידי משרד המשפטים, לא נועד לחול על בני זוג מאותו מין. הצעת חוק זו, אשר נחשבת למתקדמת, נועדה לאפשר לאיש ולאישה שאינם יכולים או אינם מעוניינים להינשא לפי הדין האישי בישראל, ליתן נפקות משפטית למיסוד הקשר שביניהם, בדומה לנישואין. כאמור, **אף מנסחי הצעת חוק זו לא ראו לנגד עיניהם חוק שיחול על בני זוג מאותו מין**. דבר זה נכון גם לגבי הצעות חוק פרטיות אחרות בנושא נישואין אזרחיים בישראל, ובין היתר, הצעת החוק התקשוריות זוגיות (רישום ופירוק), אשר הונחה על שולחן הכנסת בחודש פברואר 2004, הצעת החוק רישום זוגיות, אשר הונחה על שולחן הכנסת בחודש יולי 2004 והצעת החוק נישואין אזרחיים, אשר הונחה על שולחן הכנסת בחודש יולי 2005.

ג. הכרה ב"זוגיות" חד מינית

- 19 כאמור לעיל, מדינת ישראל איננה מכירה במוסד של נישואין חד מיניים. **עם זאת, ניתן לומר כי מדינת ישראל מכירה בזוגיות חד מינית**, וזאת בהקשרים רבים. **הכרה זו ניתנת בנוגע להיבטים כלכליים-סוציאליים, ואף בהקשר של הסדרת שהייה כחוק בישראל**. דוגמאות רבות להכרה בזכויות כלכליות-סוציאליות של בני זוג מאותו מין הובאו בפירוט על ידי העותרים בעתירתם, ואין צורך אפוא לחזור על הנאמר שם. עם זאת, נעמוד בקצרה על מספר הקשרים בהם זוגיות חד מינית מוכרת בישראל.
- 20 בבג"צ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ' פ"ד מח(5), 749, קבע בית המשפט העליון כי איסור אפליה בעבודה מחייב מעסיקים להעניק לעובדים שיש להם בן זוג מאותו מין את ההטבות שהם מעניקים לעובדים נשואים או ידועים בציבור.
- 21 בשנת 1996, במסגרת דיון משפטי בעניינו של **אדיר שטיינר** (בג"צ 5398/96 **אדיר שטיינר נ' שר הבטחון ואח'**), הוחלט להכיר בזכותו של בן זוג מאותו מין של איש צבא שנפטר בעת שירותו הצבאי לתגמולים ותשלומי פנסיה. כמו כן, הוכרה זכותו של בן הזוג כבן משפחה בכל הקשור להנצחת בן זוגו המנוח.
- 22 כמו כן, עמדת המדינה בבע"א 5178/03 **שטיינר נ' מנהל מס שבח**, הייתה כי "בן זוג" לעניין סעיף 62(ב) לחוק מיסוי מקרקעין הקובע פטור ממס במכירת זכות במקרקעין בדירת מגורים, ללא תמורה, מיחיד לבן זוג המתגורר יחד איתו בדירה, הוא גם בן זוג מאותו מין.
- 23 היועץ המשפטי נקט בעמדה דומה בעניין ע"א 3245/03 **ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, שעניינו תחולת סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן - חוק הירושה), על בני זוג חד מיניים. לפי עמדתו, הפרשנות שניתנה על ידי רוב שופטי ההרכב לעניין סעיף 55 לחוק הירושה, הינה פרשנות סבירה ואפשרית. לעניין זה, ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי הרציונאל בבסיס הסדרי הירושה הקבועים בסעיף 55 לחוק הירושה, הינו כפול: הראשון הינו לאפשר לבן הזוג שימוש ברכוש המשותף, ובכך להגן על אינטרס לגיטימי של התלוי, והשני הינו כיבוד רצונו המשוער של בן הזוג המת. פרשנות הקובעת כי התכליות הללו חלות לעניין בני זוג חד מיניים, ולכן חל עליהם ההסדר הקבוע בסעיף היא כאמור סבירה, ואין בה משום יצירת מעמד אישי חדש.
- 24 עמדת היועץ המשפטי לממשלה בב"ל 3536/04 **גיורא רז נ' מוסד לביטוח לאומי** הייתה שיש לפרש את סעיף 238 לחוק הביטוח הלאומי כמקנה זכות לקצבת שארים גם לבני זוג מאותו מין. לפי עמדת המדינה, תמיכה בתובע שהינו בן זוג של נפטר מאותו מין, מגשימה את התכלית החקיקתית של חוק הביטוח הלאומי ושל קצבת השארים.
- 25 לעניין הסדרת שהות חוקית בישראל, בקשתו של אזרח או תושב ישראלי לאיחוד משפחות עם בן זוגו מאותו מין מטופלת על ידי משרד הפנים כבקשה לאיחוד משפחות של בני זוג ידועים בציבור אשר אינם מאותו מין, בהתאם לנהלי עבודה שנקבעו לעניין זה.

26 על כן, עמדת המשיב היא כי קיימת הבחנה בסיסית בין שאלות של סטטוס לבין שאלות הנוגעות להסדרת היבטים כלכליים-סוציאליים, לעניין בני זוג מאותו מין. כאמור, בהעדר כל אקט חקיקתי, מדינת ישראל אינה מכירה בנישואין חד מיניים. עם זאת, ניתן לומר כי הזוגיות החד מינית מוכרת, וזאת בהיבטים הכלכליים-סוציאליים. לעניין הבחנה זו בין נישואין חד מיניים לבין זוגיות חד מינית, עמדת המשיב היא ששאלת ההכרה במוסד הנישואין החד מיניים מצויה בתחום סמכותו של המחוקק, בעוד ששאלת הזכויות והחובות הכלכליות-סוציאליות הינה שאלה של פרשנות החוק הקיים, בשים לב לתכליתו, ועל כן, מצויה גם בסמכותו של בית המשפט ושל הרשות המינהלית. עמדה זו תפורט להלן.

ד. סמכותה של רשות מינהלית

27 עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי שאלת ההכרה בסטטוס של נישואי בני זוג מאותו מין הינה שאלה ערכית, שהמקום הראוי להכרעה בה הוא בית המחוקקים. לעומת זאת, שאלות כלכליות-סוציאליות יש לבחון לפי אמות מידה כלכליות-סוציאליות, על רקע תפישה עקרונית של שוויון ובהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה והקשרו החוקי.

28 לפיכך, המשיב סבור שהכרה בזכויות כלכליות-סוציאליות הינה, בין היתר, מלאכה של פרשנות החוק ותכליתו. זאת להבדיל מן השאלה של יצירת מעמד חדש בישראל, שהינה המלאכה המובהקת של המחוקק, וזאת מפני שהשאלות הטעונות הכרעה ביצירת מעמד חדש נוגעות למרקם החברה ולערכיה.

29 על כן, ביצוע רישום נישואין חד מיניים על ידי פקיד הרישום הינו בגדר פלישה לסמכותו של המחוקק, שכן בידו - ולא בידי הרשות המינהלית - מצויה הסמכות לעצב את ההסדרים הראשוניים בנושאים השנויים במחלוקת ציבורית. לעניין זה ראו בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד (5) 481:

"גישתנו הינה כי יש עניינים, מיוחדים במינם, שבהם לא קנתה הרשות המבצעת סמכות לקבל הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית. יש עניינים כאלה, שבהם ההכרעות צריכות להתקבל בכנסת, תוך שהרשות המבצעת צריכה להסתפק במדיניות לביצוע".

30 דברים אלה יפים לענייננו מאחר שנדרשת בו הכרעה בתפישה החברתית העומדת בבסיס הוראות הדין המתייחסות למבנה המשפחה בישראל. תפישה זו שנויה במחלוקת ציבורית, ובמדינה דמוקרטית עניין זה מסור למחוקק.

31 לסיכום, נאמר כי העובדה שמדובר במוסד משפחתי אשר אינו מוכר בדין הישראלי, ואשר שנוי במחלוקת ציבורית, מהווה עילה לאי רישום הנישואין. שאלת ההיבטים הכלכליים-סוציאליים הינה עניין של פרשנות החוק הקיים לאור תכליתו. בניגוד לכך, שאלת הרישום כרוכה ביצירת תבנית משפטית חדשה אשר מתאימה לנישואין חד מיניים. עמדת המשיב היא כי לא ניתן ליצור תבנית משפטית חדשה באמצעות פרשנות של חוק כללי, ובאמצעות פרשנות חוק מרשם האוכלוסין, שהינו חוק מינהלי, בפרט, וקל וחומר שלא ניתן לעשות זאת באמצעות פעולה מינהלית של רשות מינהלית דוגמת המשיב, אלא נדרשת התערבותו של המחוקק והכרעתו.

ה. חוק מרשם האוכלוסין - חוק מינהלי

32 כאמור לעיל, עמדת המשיב היא שלא קיימת תבנית משפטית בישראל המכילה בתוכה את מוסד הנישואין בין בני זוג מאותו מין, וכי אין זה מתפקידה של רשות מבצעת ליצור תבנית חדשה אלא מתפקידו של המחוקק. עמדה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח העובדה שחוק מרשם האוכלוסין הינו חוק מינהלי, שאינו קובע הסדר מהותי. גם מטעם זה סבור המשיב כי המרשם אינו הכלי המתאים להכרה במוסד חדש.

33 עמדת המשיב היא כי שימוש בכלי מינהלי של רישום במרשם האוכלוסין כדי ליצור תבנית משפטית חדשה מנוגד לכוונת המחוקק. בחקיקת חוק מרשם האוכלוסין לא ראה המחוקק לנגד עיניו את הפיכתו של מרשם האוכלוסין לכלי ליצירת תבניות משפטיות חדשות. **נהפוך הוא, כוונת המחוקק בהקמת מרשם האוכלוסין היא כי מרשם זה ישקף את התבניות המשפטיות הקיימות בישראל ואת התאים המשפחתיים המוכרים על ידי המחוקק.** חוק מרשם האוכלוסין הינו כלי דיוני (כלי קיבול) אשר אמור להכיל רק תכנים מהותיים שמוכרים בדין המהותי בישראל. לאמתו של דבר, מכוונת העתירה להפוך את חוק מרשם האוכלוסין לכלי להכרה ישירה במוסד משפטי חדש.

34 לעניין העובדה שחוק מרשם האוכלוסין לא נועד להכרעות מהותיות, השוו בג"צ 6539/03 **גולדמן נ' משרד הפנים ואח' תק-על-2004(3), 3406:**

"חוק המירשם, בעיקרו, חוק טכני הוא, וכי נטיל על כתפיו הדלות משא כבד של שאלות הרות-עולם, לא יהיה בכוחו לשאתן. חוק המירשם לא נועד, מעיקרו, להכיל שאלות של עם ולאום, של דת ומדינה, של גיור כהלכה ושלא-כהלכה, של מיהו יהודי ומיהו שאינו-יהודי. הכרעות בשאלות אלו ובשאלות דומות להן הכרעות היסטוריות הן, ובהיותן מה שהן, אך מוזר - אף מגוחך - הוא הטיעון כי פקיד המירשם אמור להכריע בהן. הכרעות מסוג זה לא לפקיד המירשם ניתנו, אף לא לבית-המשפט בשיבתו לביקורת על החלטות הפקיד."

35 בפסק דינו בבג"צ 4058/95 **יוסף בן מנשה, עו"ד נ' שר הדתות פ"ד נא(3), 876**, נתן בית המשפט את דעתו לבקשת העותר כי ימונה פקיד אשר בסמכותו לערוך נישואין אזרחיים בישראל. בבקשתו, הסתמך העותר על סעיף 2 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום) המכיל הוראות בדבר **רישום** נישואין בישראל, ובין היתר, גם רישום נישואין אזרחיים שנערכים על ידי פקיד. בית המשפט דחה את העתירה בקובעו כי פקודת הנישואין והגירושין (רישום) קובעת **הסדר פרוצדוראלי בלבד, להבדיל מהסדר מהותי** באשר לנישואין אזרחיים. על כן, לא ניתן ללמוד מפקודת הנישואין והגירושין (רישום) דבר על קיום מוסד של נישואין אזרחיים בישראל. שם, קבע בית המשפט העליון כי **אין זה מתפקידו של בית המשפט להורות על הכרה בנישואין אזרחיים בישראל אלא מתפקידו של המחוקק, ואלה דבריו:**

"לדעתנו, דין העתירה להידחות. **פקודת הנישואין והגירושין (רישום) אינה קובעת דין מהותי. היא עוסקת בדין דיוני.** היא מנחה את "הרשות הרושמת" - המוסמכת לערוך נישואין מכוח דין שהוא חיצוני לה - כיצד לרשום את הנישואין. היא נועדה לקיים פיקוח על נישואין הנערכים כדין בישראל (ראה ע"פ 208/53 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 838, 833). **אין כל אפשרות לגזור מהוראה מינהלית זו הכרה במוסד הנישואין האזרחיים...** מכיוון שהפקודה עוסקת בהיבט המינהלי בלבד, אין לראות בה מקור להסמכת פקיד לערוך נישואין אזרחיים.

שאלת הנהגתם של הנישואין האזרחיים בין בני זוג חסרי עדה דתית - כמו גם הנהגתם של נישואין אזרחיים לגבי בני זוג המשתייכים לעדות דתיות שונות - **היא שאלה קשה וסבוכה. אין לגביה הסכמה לאומית. היא קשורה בהכרה בסטטוס, הפועל כלפי כולי עלמא. במצב דברים זה נראה לכאורה כי המוסד הראוי לטיפול ולהסדרת הנושא היא הכנסת ולא בית המשפט.** עמד על כך השופט זילברג לפני למעלה משלושים שנה בצינו:

"בית משפט זה לא על האולימפוס, אלא בקרב עמו הוא יושב. ידועה לנו יפה המחלוקת הנטושה בישראל בין מחייבי הנישואין הדתיים ומחייבי הנישואין האזרחיים. ואין אנו עוצמים עין או אוטמים אוזן בפני הטרוניות ההדדיות של שני המחנות. אבל הבעיה היא: נכבדה מדי, עדינה מדי, רבת פנים מדי, ועוררי צבעים דאלטוניסטים הרואים את הכל ב'שחור-לבן' - או ב'לבן-שחור' - לא יפתרוה לעולם. **כי בתחומי בעיה זו, כמו אצל כל השאלות החברתיות הגדולות של מדינתנו הצעירה ועמנו העתיק, פועלים גורמים מגורמים שונים: שיקולי דת, מוסר, תרבות, נימוסין, 'למה יאמרו'; סולידריות בין-לאומית ואחריות לאומית; מסורת וקידמה, עם ומדינה, גולה ומולדת - כל אלה ערכים היוליים אשר רק מחוקק כל רואה, הסוקר את כולם סקירה אחת, יוכל ליצוק מהם מטבעות של משפט.** על כל פנים לא באמצעים פרטיזניים מחתרתיים תיפתר הבעיה, ולא בלהטוטי-משפט של 'הבה נתחכמה' ייושרו ההדורין הגורליים שבה" (בג"ץ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2060, 2048).

ולפני למעלה מעשרים שנה חזר בית המשפט העליון וציין - בגדרי ערעור אזרחי אשר ביקש להכיר ב- "common law marriage" כי פתרון הבעיה צריך להימצא על ידי המחוקק. וכך כתב השופט ויתקון:

"מאבקם של המערערים והחוגים החושבים כמוהם על זכותם להינשא שלא במסגרת דתית, כבודו במקומו מונח, **אך עליהם להפנות את תביעתם אל הנמען הנכון, הוא המחוקק.** אין פתרון לבעייתם אלא בדרך של נישואין אזרחיים הנערכים מטעם המדינה ללא התחשבות בהשתייכותם (או חוסר השתייכותם) הדתית של הצדדים. אין לבקש מבית המשפט לפתור את הבעיה, ולא-כל-שכן בדרך שאינה מוסיפה כבוד לא למשפט ולא למאבק המערערים" (ע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח) 7, 13 (2).

ברוח דומה פסק השופט עציוני:

"לא כן הדבר כשמדובר בהנהגת מוסד משפטי חדש כנישואין אזרחיים בארץ. כאן לא בהיסח הדעת החסיר המחוקק את הנוסח הזה מספר החוקים. ברור לכל מי שעוקב אחרי עבודת הכנסת ודעות המפלגות השונות **שעניין זה הוא סלע מחלוקת חריף בציבור הישראלי וכי עדיין לא נפלה ההכרעה להנהגת נישואין אזרחיים, הכרעה שתקבל צורה משפטית נאותה. ומה לנו בתור שופטים, המצווים להתרחק מכל פולמוס וריב פוליטי, לבוא במקום המחוקק ולהכריע בשאלה שמפלגת את הציבור? ואם היינו עושים זאת האם לא היו שואלים אותנו בצדק, 'מי שמכם' ומי הסמיך אתכם להסיג את גבולו של המחוקק... הגיעה לכן השעה כי הפרקליטים המלומדים, או אלה העומדים מאחוריהם, יבינו כי את התיקון, למה שנראה להם כמצב הפוגע בזכויות האדם, יש לחפש במישור הפוליטי הפרלמנטרי ולא בבית המשפט, וכי אין זה ביכולתנו ואף לא מתפקידנו להכריע במקום שנחוצה הכרעת הכנסת" (שם, עמ' 15-16).**

ולפני למעלה משש שנים כתבתי באחת הפרשות:

"פתרון חד משמעי לבעיית הידועים בציבור אינו בידי בית המשפט. אין בעניין זה קונסנסוס בחברה הישראלית, ואין לצפות מבית המשפט כי יכריע באופן מובהק לכיוון זה או אחר... הכרעות חד-משמעיות בסוגיה רגישה זו יכולות לבוא אך מגורמים לבר-שיפוטניים. יש הסבורים, כי פתרון הבעיה הוא בהנהגת נישואין אזרחיים... אחרים סבורים, כי הפתרון יימצא בתחומי המשפט העברי עצמו... כך או כך, בית המשפט עצמו אינו יכול ואינו צריך לפתור את הבעיה בבסיסה. אין לצפות מבית המשפט, כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים, ובית המשפט סירב לכך בעקביות" (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 789, 749.

ואם יורשה לי, אביא דברים שכתבתי לפני עשר שנים מחוץ לפסק דין, והנוגע לענייננו:

"דעתי היא, כי על השופט להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה או אי ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולנורמות המשפטיות הנגזרות מהם. על השופט לשאוף לאותו פתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית, או לפחות אינו סותר אותה. לדעתי, רצוי להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסות היסוד של הציבור. כך, למשל, מוצדקת התאפקות שיפוטית בכל הנוגע לנישואין אזרחיים, שכן עניין זה שנוי במחלוקת חריפה בציבור. הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים הדמוקרטיים, בשיקולי הפרדת הרשויות ובצורך להבטיח את אמון הציבור" (א. ברק, שיקול דעת שיפוטני 1987 (289)).

אכן, הבעיה אותה מעלה העותר קשה היא. עם גלי העליה החדשים מברית המועצות (לשעבר) היא אף החריפה. עם זאת, התשתית הנורמטיבית עליה עמד העותר, והמבוססת על פקודת הנישואין והגירושין (רישום), אינה מאפשרת את הפתרון אליו הוא שואף. עניין זה הוא כאמור למחוקק. לפיכך העתירה נדחת. " (דברי כב' הנשיא ברק בעמ' 879-878)

36 בפסק דין זה, נקבע כי "אין כל אפשרות לגזור מהוראה מינהלית... הכרה במוסד הנישואין האזרחיים." באופן דומה, סבור המשיב שאף לא ניתן ליצור הכרה במוסד משפחתי חדש מחוק מרשם האוכלוסין. כשם שאין בפקודת הנישואין והגירושין (רישום) כדי להקים מוסד של נישואין אזרחיים, כך לא ניתן להפוך את חוק מרשם האוכלוסין לכלי למתן הכרה במוסד משפחתי חדש - נישואין בין בני זוג מאותו מין - וזאת בניגוד לכוונת המחוקק ובדרך העוקפת דיון ציבורי.

37 ויודגש, כי עמדת המשיב היא שמרשם האוכלוסין נועד לשקף את התבניות המשפטיות המוכרות בישראל מבחינה משפטית. מבחינה מהותית, וכפי שפורט לעיל, מוסד הנישואין במדינת ישראל מתקיים בין איש ואישה בלבד, והמחוקק לא הכיר בנישואין בין בני זוג מאותו מין. לפיכך, סבור המשיב ששימוש במרשם האוכלוסין על מנת ליצור או לשנות את התבניות המשפטיות הקיימות במדינת ישראל אינו אלא ניסיון לרתום את העגלה לפני הסוסים. כלי מינהלי-דיוני שנועד לשקף את המצב המשפטי הקיים אינו אמצעי להכלה וליצירת שינוי בתבניות משפטיות שלא נוצרו בדין המהותי. אדרבה, כל שינוי בתבניות אלה בדין המהותי הוא שעשוי להשפיע על רישום פרטים במרשם.

1. היקף שיקול דעתו של פקיד הרישום

38 כאמור לעיל, סעיף 19 לחוק מרשם האוכלוסין קובע כי פקיד הרישום, בבואו לערוך שינוי במרשם ולערוך שינוי בפרט הרשום "מצב אישי", תוך שינוי רישום ה"תושב" מפנוי-רווק/אלמן/גרש לנשוי, רשאי לעשות כן אך ורק על יסוד תעודה ציבורית המעידה על נישואין. כתוצאה מכך, על פקיד הרישום לרשום כנשוי מי שנישא מחוץ לישראל בנישואין אזרחיים, אף על פי שתוקפם של נישואין אלה מוטל בספק מבחינת הדין האישי של הצדדים. סוגיה זו הוכרעה לראשונה בעניין **פונק שלזינגר** (בג"צ 143/62 **פונק שלזינגר נ' שר הפנים** פ"ד יז 225). שם, קבע בית המשפט העליון כי אין לפקיד הרישום סמכות להכריע בשאלות משפטיות הנוגעות לתוקף המהותי של נישואין, אלא עליו לבצע רישום בהתאם לתעודה הציבורית שבפניו. בעניין פונק שלזינגר נקבע, כי שאלות משפטיות סבוכות הנוגעות לתוקף נישואין בסיטואציות משפטיות ייחודיות, וזאת לנוכח תחולת הדינים השונים העשויים לחול בסיטואציות אלה (דין דתי, דין אזרחי), אינן מענייננו של פקיד הרישום, וזאת מפני שאין בידיו את הכלים הדרושים לצורך ההכרעה בשאלות משפטיות מסוג זה. לעניין סוג השאלות שאין ביכולתו של פקיד הרישום להכריע בהן, ראו דבריו של כב' השופט זוסמן, כדלקמן:

"טול את מקרהו של פלוני יהודי שנשא אשה אלמונית שהיא קתולית בטכס אזרחי בארץ פלמונית, והוא מציג בפני פקיד הרישום תעודת נישואין. בבית-משפט אזרחי תיקבע דיות הטכס על-פי הדין הנהוג בארץ עריכתם. לא כן בבית-דין דתי, שיפסול טכס אזרחי. כיצד יכוון פקיד הרישום את דעתו, לבית-המשפט המחוזי או לבית-דין דתי? מעיז אני לומר, כי לענין תוקפם של נישואי תערובת כאלה, אין בכלל איש בישראל היכול לחזות מראש אם תופסים הם אם לאו."

39 המשיב סבור, כי יש להבחין בין שאלות משפטיות סבוכות הנוגעות לנישואין אשר תוקפם מוטל בספק, לבין המקרה שלפנינו. להבדיל ממצב הדברים בעניין פונק שלזינגר, אין מחלוקת כי מדינת ישראל אינה מכירה בנישואין חד מיניים. בבואו לשקול בקשה לרישום נישואין חד מיניים, פקיד הרישום אינו נדרש להכריע בשאלות סבוכות באשר לתוקף הנישואין, שכן מן המפורסמות הוא שנישואין בין בני זוג מאותו מין אינם מוכרים בישראל על פי הדין המהותי, והכל כמפורט לעיל.

40 על כן, 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.

41 לעניין זה, ניתן אף לפנות לקביעתו של בית המשפט העליון בעניין פונק שלזינגר, **כי אין לחייב את פקיד הרישום לרשום דבר שהוא אינו נכון בצורה הגלויה לעין**, כדלקמן:

"פרקליט המדינה המלומד, אשר טען למשיב, לא נגע בשאלה זו אלא בהערת-אגב אחת, ואמר, כי אין פקיד ציבור חייב לרשום בפנקס המתנהל על-ידי רישום שאינו נכון, ומכל מקום לא יכפה עליו בית-משפט זה לעשות כן, כמו שפסקנו בבג"צ 237/61 **חברת פאר הדר בע"מ נ' ראש אגף רישום והסדר הקרקעות, ואח' פ"ד טז, 1422**. לטענה זו אני מסכים, אך במה דברים אמורים: **באי-נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר**" (עמ' 243-244)

42 כאמור, עמדת המשיב היא שרישום נישואין חד מיניים, מקום בו אלה לא זכו להכרה בדין הישראלי, אינו אלא **יצירת יש מאין**, וזאת מפני שתבנית משפטית מתאימה אינה קיימת בישראל. **לאור זאת, סבורים המשיבים כי מדובר ברישום שהוא לוקה, מבחינה משפטית, באי נכונות גלויה לעין**.

43 בפסק דינו בעניין בג"צ 1779/99 **ברנר-קדיש ואח' נ' שר הפנים**, התייחס בית המשפט העליון לטענת המשיבים כי אין מקום לרישום צו אימוץ זר לפיו ילד אומץ על ידי בת זוגה

- של אימו הביולוגית. שם, טען המשיב, בין היתר, כי אין לחייב את הפקיד ברישום שאינו נכון על פניו.
- 44 על פסק דין זה הוגשה עתירה מטעם המדינה לקיום דיון נוסף, אשר בה החליט כבוד הנשיא ברק ביום 23.4.01 לקיים דיון נוסף. בעלי הדין הגישו סיכומים מטעמם, והדיון הנוסף תלוי ועומד בפני בית המשפט הנכבד.
- 45 מבלי לגרוע מטענות המשיב בסיכומים מטעמו בדיון הנוסף יצוין כי המשיב סבור שיש להבחין בין פסק הדין בעניין ברנר-קדיש לבין נסיבות המקרה דנן. בפסק הדין בעניין ברנר-קדיש, דחה בית המשפט העליון את טענת המשיב כי אין מקום לחייב רישום דבר שאינו נכון בצורה הגלויה לעין, וזאת מן הטעם כי "הרישום שלפנינו אינו משקף את ההיבט הביולוגי, כי אם את ההיבט המשפטי", כלומר, הגם שמבחינה ביולוגית לא ייתכן שיהיו לילד שתי אמהות, הרי שמבחינה משפטית הדבר ייתכן ולכן יש לרשום את צו האימוץ.
- 46 לעומת זאת, טענת המשיב בעניין שלפנינו הינה כי בישראל, מן הבחינה המשפטית, אין נישואין חד מיניים. 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 כפי שפורט לעיל.
- 47 בהקשר זה יוזכר, כי גם בסיכומיו במסגרת הדיון הנוסף, טען המשיב כי החסר בתבנית משפטית מוכרת מהווה עילה לאי רישום האימוץ במרשם. שם, כוונת המשיב הייתה לתבנית המשפטית של הורות חד מינית.
- 48 עניין פסק דין ברנר-קדיש הוא בקשר בין כל אם וילדה, ופסק הדין אינו עוסק בקשר המשפטי בין שתי האמהות. העותרות ברנר-קדיש לא ביקשו מבית המשפט הנכבד זה הכרה בקשר המשפטי שביניהן, אלא ביקשו הכרה בקשר שנוצר מכוח צו האימוץ הזר בין האם המאמצת לילד המאומץ ("אימוץ יחיד"), ומכאן רישום ילדן כילד לשתי אמהות. **על כן, בית המשפט העליון לא נדרש לשאלה של הכרה בתא משפחתי חדש ושאלה זו נותרה ברקע הדברים ולא נשאלה במישור המשפטי.**
- 49 בכך דומה פרשת ברנר-קדיש לפרשת ירוס-חקק, הנזכר לעיל. שם כאמור, קבעה דעת הרוב כי אין באימוץ במסגרת זוגיות חד מינית משום הכרה בתא משפחתי חדש.
- 50 כל זאת להבדיל מן המקרה שלפנינו. עצם בקשת העותרים במקרה דנן הינו הכרה בתא משפחתי חדש אשר אינו מן התבניות המשפטיות המוכרות בישראל. בניגוד למצב הדברים בעניין ברנר-קדיש ובעניין ירוס-חקק, העותרים בפנינו מבקשים כי יוכר תא משפחתי חדש אשר אינו מוכר כיום.
- 51 למה הדבר דומה? ניתן לדמות את בקשת העותרים לבקשה לרישום "נישואין מעגליים" (בלועזית: **polygynandrous (or circular) marriages**), תופעה נדירה אך מוכרת בקרב חברות מסוימות, בהם יותר מגבר אחד מתאחד עם יותר מאישה אחת להקים תא משפחתי, עם אחריות משותפת לילדים. אילו הייתה מוגשת בקשה לרישום נישואין אלה, סבור המשיב כי לא היה מקום להיענות לבקשה, שכן נישואין מסוג זה אינם מוכרים בישראל, ואין נפקא מינה אם הנישואין נערכו כביכול בישראל או שנערכו כדין במדינה זרה אשר מכירה בתא משפחתי זה.
- 52 לאור כל האמור לעיל, סבורים המשיבים כי רישום נישואין חד מיניים הינו לוקה, מבחינה משפטית, באי נכונות גלויה לעין, וזאת בשל העובדה כי רישום כאמור חורג מהתבניות המשפטיות העומדות לרשותו של פקיד הרישום. אשר על כן, אין מקום לחייב את פקיד הרישום לרשום נישואין מסוג זה.

- 53 נישואין חד מיניים אינם מוכרים במדינת ישראל, וזאת מפני שאין חקיקה שתכליתה מתן הכרה למוסד חברתי חדש זה. כמו כן, הלכה פסוקה שנוגעת לזכויותיהם של זוגות חד מיניים קבעה כי אין במתן זכויות וחובות כלכליות-סוציאליות משום הכרה בסטטוס של נישואין חד מיניים.
- 54 עמדת המשיב היא כי יש להבחין בין הכרה בנישואין חד מיניים כמוסד חברתי חדש, לבין הכרה בזוגיות חד מינית לצורך זכויות כלכליות-סוציאליות. כאמור, שאלת מעמד של בני זוג מאותו מין הינה שאלה ערכית, שהמקום הראוי להכרעה בה היא בית המחוקקים. לעומת זאת, שאלת ההכרה בזוגיות חד מינית הינה שאלה של פרשנות החוק הקיים. לפיכך, עמדת המשיב היא כי לא ניתן ליצור תבנית משפטית חדשה של נישואין חד מיניים באמצעות פעולה מינהלית, או לחילופין על ידי פרשנות שיפוטית, אלא נדרשת הכרעתו של המחוקק.
- 55 יתרה מזו, המשיב סבור כי חוק מרשם האוכלוסין הינו חוק מינהלי. לפיכך, לא ניתן לעשות בו שימוש כדי ליצור תבנית משפטית חדשה. אדרבה, עמדת המשיב היא כי שימוש מסוג זה הינו מנוגד לכוונת המחוקק, שכן, המרשם נועד לשקף את המציאות הנורמטיבית המהותית ואת התאים המשפחתיים המוכרים על ידי המחוקק. חוק מרשם האוכלוסין הינו כלי דיוני אשר אמור להכיל רק תכנים מהותיים שמוכרים בדין המהותי בישראל.
- 56 לבסוף, סבור המשיב כי בקשת העותרים נוגעת לרישום שהוא לוקה, מבחינה משפטית, באי נכונות גלויה לעין, וזאת, כפי שנאמר לעיל, מפני שרישום נישואין חד מיניים חורג מהתבניות המשפטיות העומדות לרשותו של פקיד הרשום. כאמור לעיל, בבואו לשקול בקשה לרישום נישואין בין בני זוג מאותו מין, נדרש פקיד הרישום לרשום נישואין אשר, אליבא דכולי עלמא, אינם מוכרים בישראל. לפיכך, בסירובו לרשום נישואין כאמור, פועל פקיד הרישום בגדר סמכותו, כפי שהעניין הובהר בהלכת פונק שלזינגר.
- 57 בכל האמור עד כה, יש, לטעמו של המשיב, להביא לדחייתה של העתירה. עם זאת, סבורה המדינה כי, נוכח ההתפתחויות בנוגע לסוגיה של נישואין חד מיניים במשפטן של מדינות שונות, כמו גם ההתפתחויות במשפט הבינלאומי הפרטי בנוגע לסוגיה זו, ניתן לפנות למשפט המשווה. ממשפט המשווה ניתן ללמוד, כי נוצר סייג לתחולתם של כללי ברירת הדין הנוגעים להכרה בנישואין אשר נערכו במדינות זרות. יתרה מזו, מקורות אלה תורמים להבנתנו את ההקשר הרחב בו מתעוררת שאלת הנישואין החד מיניים.

2. המשפט הבינלאומי הפרטי

א. עיקרון ההדדיות

58 תפקידו של המשפט הבינלאומי הפרטי לתת פתרון למצבים שבהם למספר מערכות משפט נגיעה למצב עובדתי נתון. מטרת המשפט הבינלאומי הפרטי בכלל, וכללי ברירת הדין בפרט, היא ללמדנו מהו הדין החל על מקרה מסוים מקום בו ניתן להחיל עליו מספר דינים שונים. כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מהווים חלק מהמשפט הפנימי של המדינה, ונחוצים על מנת להסדיר סוגיות מורכבות מבחינת תחולת הדינים.

59 לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי מספר תכליות. לדוגמה, הם נועדו לספק ודאות משפטית בפעולות מורכבות מבחינה בינלאומית (פעולות שמתרחשות במספר מקומות בו זמנית או בין גורמים הנמצאים במדינות שונות בעת ביצוע הפעולה). בנוסף, כללים אלה נועדו להבטיח את עיקרון ההדדיות בין מדינות ("comity"), כך שמעמד משפטי שנוצר במדינה אחת יוכר גם במדינה אחרת, ולהפך. פירוש המונח comity הוא "נימוסיות" או "אדיבות", והוא מבטא יחס חברי וכבוד הדדי בין מדינות. בית המשפט התייחס לטעם זה בפסק דינו בעניין פונק-שלינגר (עמ' 257-256), כדלקמן:

"כל ארץ הרוצה לחיות בצוותא במשפחת-העמים חייבת לשם כך לוותר על ביצוען של מקצת מהלכות-הדין שלה כשאלמנט זר קם ומתערב בפעולה משפטית. דרך משל אנו איננו גורסים כי ערבות צריכה להיפסל על שום שניתנה בדיבור פה, והדין הנוהג לגבי יהודים בישראל אינו מחייב הכרעת בית-משפט לשם הפקעת נישואין אלא מסירת גט וקבלתו דיין. בארצות אחרות - ההלכה היא שונה, אך שוני זה אינו פוגע בסדר הציבורי בישראל ואנו, כשם שאנו דורשים מאומות אחרות הכרה בדין הישראלי, אין אנו פוסלים עיסקה שעליה חל דין זר והוא שונה מהדין שלנו. במידה שהלכות ברירת הדין מפנות אותנו לדין זר, הרי הישראלי נסוג. אך ישנם מקרים - יוצאים מן הכלל - בהם מתן תוקף לדין זר ולתוצאה הנובעת ממנו, יהיו פוגמים ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים, ורק מקום שיעמוד דין זר בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראל, יהיה עלינו לפסלו."

60 בפסק דין זה, נותן בית המשפט ביטוי לרציונאל העומד ביסוד כללי המשפט הבינלאומי הפרטי לפיו, על מדינת ישראל להכיר במעמד שנוצר במדינה אחרת, על מנת שמדינה זו תכיר במעמד שנוצר במדינת ישראל. ניתן לסטות מרציונאל זה, לפיו על דיני מדינת ישראל לסגת בפני מצב משפטי שנוצר במדינה זרה, מקום בו כללי ברירת הדין מפנים לדין המהותי של מדינה זרה זו, רק במקרה של פגיעה קשה בתקנת הציבור.

61 המשיב סבור כי רציונאל זה אינו חל מקום בו מדובר במוסד שנוי במחלוקת חובקת עולם. רוב מכריע של מדינות בעולם אינן מכירות בנישואין חד מיניים, והמדינות המעטות אשר יוצרות מעמד אישי זה מודעות היטב למחלוקת סביב הסוגיה. במצב דברים זה, לא ניתן לומר כי קיימת ציפייה בקרב מדינות העולם כי מעמד אישי זה יוכר על ידי מדינות אחרות, ומשכך, היעדר ההכרה לא מהווה פגיעה בעקרון ה"נימוסיות" המנחה יחסים בין מדינות שונות.

62 טלו לדוגמה טקסי נישואין בקנדה, שם נערך טקס הנישואין של העותרים. מספר פרובינציות בקנדה החלו להעניק תעודות נישואין לזוגות חד מיניים, הראשונה מביניהן העניקה תעודת נישואין לזוג חד מיני בשנת 2003. מדינות אלה העניקו תעודות הנישואין אף על פי שהחוקה הפדראלית של קנדה קובעת כי הסמכות הבלעדית לענייני נישואין וגירושין נתונה בידי השלטון הפדראלי, ולא בידי המדינות. עת שהחלו להעניק תעודות

אלה, קבע החוק הפדראלי כי נישואין הינם בין איש ואישה בלבד, אם כי בתי משפט במספר מדינות קבעו כי הגדרה זו אינה חוקתית. לאור זאת, מעמד המשפטי של נישואין חד מיניים לא היה ברור (היות שלא תאמו את החוק הפדראלי) במשך פרק זמן רב, עד שביום 20.7.05 התקבל חוק פדראלי אשר הכיר בנישואין אזרחיים בין בני זוג של אותו מין (Civil Marriage Act, 2005).

63 במצב דברים זה, בו במשך פרק זמן משמעותי מדינות מסוימות בקנדה לא הכירו במעמד האישי שנוצר במדינות אחרות, ולא ברור היה כי השלטון הפדראלי הכיר במעמד זה, לא ניתן לומר כי קיימת ציפייה בקנדה כי דווקא מדינת ישראל תכיר במעמד החדש שנוצר.

64 על כן, המשיב סבור כי רציונאל מרכזי לתחולת כלל ברירת הדין אינו מתקיים כאשר מדובר בנישואין חד מיניים. **כאשר מדובר במוסד משפטי חדש שמוכר במדינות מעטות בעולם בלבד, לא ניתן לומר שהרציונאל לתחולת כללי ברירת הדין מתקיים במלוא עוזו. בנסיבות אלה, סבור המשיב כי יש לאמץ מבחן מחמיר פחות מזה שנקבע בהלכת פונק-שלזינגר. במצב דברים זה, די כי מדובר במוסד משפטי אשר אינו מוכר בישראל, ואינו מתיישב עם ההסדרים המוכרים בישראל בתחום זה, על מנת להצדיק סטייה מכללי ברירת הדין.**

ב. הכרה בנישואין חד-מיניים במשפט המשווה

65 ישנן מדינות ספורות בעולם שמכירות בנישואין בין בני זוג מאותו מין. נכון לעת כתיבת שורות אלה, ולמיטב ידיעת המשיב, מדינות אלה הינן קנדה, הולנד, בלגיה וספרד. רק המשפט הקנדי והמשפט הספרדי משווים באופן מוחלט בין המעמד של זוג הטרוסקסואלי לזוג הומוסקסואלי. במשפט ההולנדי ובלגי נותרו מספר הבדלים בין הזכויות הניתנות לקטגוריות השונות, דוגמת זכויות באימוץ.

66 לעומת זאת, ישנן יותר מדינות שמעניקות מעמד מסוג כלשהו לבני זוג מאותו מין, אם כי לא מדובר במעמד של "נישואין". לדוגמה, צרפת מכירה במוסד הקרוי "ברית אחדות אזרחית" ("Pacte Civil de Solidarit"), בגרמניה ניתן לרשום "שותפות לחיים", בניו זילנד, מדובר ב"איחוד אזרחי" ("Civil Union") ובאנגליה חוק חדש יצר מעמד של "שותפות אזרחית" ("Civil Partnership"). **לא למותר לציין, כי בכל אחד מן המקרים האמורים, נוצר המעמד החדש מכוח חוק.**

67 לענייננו, השאלה הרלוונטית מתחום המשפט המשווה היא כדלקמן: **מה דינם של נישואים חד מיניים שנערכו במדינות חוץ אשר מכירות במעמד זה, במדינות חוץ אשר אינן מכירות בו?**

ארצות הברית

68 תחילה, ניתן לפנות למדינות **ארצות הברית**. שם, החוקה האמריקאית מסדירה את יחסיהן של המדינות השונות, במונחים של המשפט הבינלאומי הפרטי, כדלקמן:

"Full faith and credit shall be given in each state to the public acts, records and judicial proceedings of every other state."

US Constitution, Article IV, Section 1

69 בהתאם לסעיף זה, על כל מדינה מוטלת החובה להכיר בתוקף הפעילויות המשפטיות שהתבצעו במדינה אחרת ועל פי דיניה. משמע, מקום בו בני זוג נשואים על פי דיניה של מדינה אחת, על שאר מדינות ארצות הברית מוטלת החובה להכיר במעמד שנוצר, וזאת בשל כללי ברירת הדינים שחלים בין המדינות השונות בארצות הברית מכוח חוקה.

70 עם זאת, מדינות רבות בארצות הברית בחרו לסטות מכללי ברירת הדין בכל אשר נוגע להכרה בנישואין חד מיניים שנערכו במדינות אחרות, על אף הבעייתיות במישור החוקתי. לעיתים, הסטייה נעשתה מכוח חוקת המדינה, ולעיתים היא מוסדרת בחוק רגיל. לדוגמה, מדינת אלסקה חוקקה תיקון לחוקת המדינה לפיה תכיר המדינה בנישואין בין גבר ואישה בלבד. סעיף חוקתי זה חל גם לעניין ההכרה בנישואין חד מיניים שנערכו במדינות אחרות:

"To be valid or recognized in this State, a marriage may exist only between one man and one woman"
Constitution of Alaska, Article 1, Section 25

בדומה לכך, מדינת אורגון חקקה תיקון לחוקת המדינה בשנת 2004, לפיו המדינה תכיר רק בנישואין בין גבר ואישה:

"It is the policy of Oregon, and its political subdivisions, that only a marriage between one man and one woman shall be valid or legally recognized as a marriage"
Constitution of Oregon, Article XV, Section 5a

כמו כן, מדינות אחרות, וביניהן, ג'ורג'יה, הוואי, קנטאקי, לואיזיאנה, ומישיגן יזמו תיקונים לחוקות מדינתן על מנת להימנע מהכרה בנישואין חד מיניים אשר נערכו במדינות אמריקאיות אחרות.

71 כאמור, מדינות אחרות בארצות הברית בחרו לעגן את הסתייגותם מכלל ברירת הדינים המקובל ביניהן בחוק רגיל, ולא בחוקה. כך, לדוגמה, מדינת פלורידה קבע כי אין להכיר בנישואים חד מיניים אשר נוצרו מחוץ למדינת פלורידה ואף במדינות זרות בעולם, כדלקמן:

"Marriages between persons of the same sex entered into in any jurisdiction, whether within or outside the State of Florida, the United States, or any other jurisdiction, either domestic or foreign, or any other place or location, or relationships between persons of the same sex which are treated as marriages in any jurisdiction, whether within or outside the State of Florida, the United States, or any other jurisdiction, either domestic or foreign, or any other place or location, **are not recognized for any purpose in this state.**"
Fla. Stat. 741.212 (2005)

72 חוק שמטרתו להגן על מוסד הנישואין כמוסד בין גבר ואישה בלבד מכונה בארצות הברית "חוק הגנת הנישואין" (Defense of Marriage Act). ככלל, חוקים אלה לא רק מונעים נישואין מסוג זה בתחום שיפוטה של מדינה מסוימת, אלא נועדו ליצור חריג לכלל לפיו יוכר מעמד משפטי מסוג זה אשר נוצר במדינה אחרת. למיטב ידיעת המשיב, 38 מדינות בארצות הברית אימצו תיקון לחוקה או חוקקו חוק מדינתי להגנת נישואין כאמור לעיל.

73 למעשה, ניתן לומר כי נוצר סייג לתחולת כללי ברירת הדין החלים בין מדינות בארצות הברית. סייג זה נוצר לעניין נישואין חד מיניים, וזאת לאור התפישה הציבורית כי אין מקום להביא להכרה בנישואין חד מיניים בדרך של תחולת המשפט הבינלאומי הפרטי. השקפותיה הערכיות-חברתיות של כל מדינה באות לידי ביטוי בסוגיה זו של נישואין חד מיניים, וברי כי רוב מדינות ארצות הברית אינן נכונות לכופף את הדין המהותי לכללי

74 סייג זה להכרה הדדית בפעילות משפטיות בין מדינות קיבל גושפנקא משפטית בחוק פדראלי שגם הוא קרוי Defense of Marriage Act משנת 1996. חוק זה מעניק לכל מדינה סמכות להכיר, או לסרב להכיר, במעמד כלשהו שנוצר בין בני זוג מאותו מין. חוק זה קובע כדלקמן:

"No state, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship."
Defense of Marriage Act, 1996, Section 2

75 במאמר מוסגר יוסף כי חוק זה אף מגדיר את המונח "נישואין" לצורך פרשנותם של חוקים פדראליים כאיחוד בין גבר ואישה בלבד.

76 עוד יוסף, כי עתירה התוקפת את חוקתיותו של החוק הפדראלי נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי במדינת פלורידה. בית משפט זה קבע כי החוק הוא חוקתי וכי המחוקק הפעיל כראוי את סמכותו להסדיר את כללי ברירת הדין בארצות הברית. שם, קבע בית המשפט המחוזי, כדלקמן:

"Congress' actions are an appropriate exercise of its power to regulate conflicts between the laws of two different States, in this case, conflicts over the validity of same-sex marriages. Adopting Plaintiffs' rigid and literal interpretation of the Full Faith and Credit would create a license for a single State to create national policy"

העתק פסק הדין בעניין Wilson et. al. v. Ake et. al. [2005] 354 F. Supp. 2d 1298 מצורף ומסומן **מש/1**. יצוין, כי על פסק דין מחוזי זה לא הוגש ערעור.

אנגליה

77 ניתן למצוא דוגמאות נוספות לסייג זה אשר נוצר בתחולת המשפט הבינלאומי הפרטי באשר לנישואין חד מיניים. **באנגליה**, לדוגמה, חוקק חוק Civil Partnership Act 2004 (להלן - **החוק האנגלי**), לפיו ניתן מעמד של "שותפות אזרחית", להבדיל ממעמד של נישואין, לבני זוג מאותו מין אשר חפצים ברישום מעמדם.

78 פרק 2, חלק 5 לחוק האנגלי מתייחס לבני זוג אשר רכשו מעמד כלשהו במדינה זרה, ועתה מעוניינים בהכרת מעמד זה באנגליה. בני זוג אלה רשאים לרשום את יחסיהם כ"שותפות אזרחית" באנגליה מכוח סעיף 215 לחוק. סעיף 213 לחוק מפנה לרשימה של סוגי מעמד שונים אשר נוצרו במדינות זרות ואותם ניתן לרשום כשותפויות אזרחיות באנגליה. לדוגמה, בני זוג הרשומים בצרפת ב"ברית אחדות אזרחית", או בני זוג הרשומים בגרמניה ב"שותפות לחיים". **רשימה זו כוללת, בין היתר, נישואין חד מיניים שנערכו בבלגיה ובהולנד. משמעות הדבר היא, כי נישואין חד מיניים במקומות אלה אינם זוכים בהכרה כנישואין, אלא נרשמים לפי בקשת בני הזוג כ"שותפויות אזרחיות"**

לפי החוק האנגלי. זאת להבדיל מנישואין שנערכו בין בני זוג שאינם מאותו מין, שכן נישואים אלה זוכים להכרה בדין האנגלי לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הרגילים החלים שם. יצוין כי בפני בית המשפט האנגלי תלויה ועומדת עתירה בה מבקשים העותרים כי נישואיהם החד מיניים שנערכו בקנדה יוכרו כנישואין באנגליה.

אוסטרליה

79 **באוסטרליה**, כלל ברירת הדין באשר להכרה בנישואין שנערכו במדינה זרה מעוגן בחוק הנישואין משנת 1961 (The Marriage Act, 1961). חלק VA לחוק זה מפנה לדין מקום עריכת הטקס על מנת לקבוע את תוקפם של הנישואין, ובכך מכירה אוסטרליה בנישואין אשר נערכו כדין במקום עריכתם.

80 **בשנת 2004** חוקק תיקון לחוק זה המגדיר נישואין כאיחוד בין גבר ואישה בלבד. כתוצאה מכך, כלל ברירת הדין המפנה למקום עריכת הטקס אינו חל ביחס לנישואין חד מיניים. התיקון לחוק זה גם שולל הכרה בכל מעמד אחר הניתן מכוח דין זר לבני זוג חד מיניים, כדלקמן:

"A union solemnized in a foreign country
between:
(a) a man and another man; or
(b) a woman and another woman;
must not be recognized as a marriage in Australia"
Marriage Amendment Act 2004, Schedule 1

81 על כן, באוסטרליה אנו מוצאים דוגמה נוספת לסייג שנוצר במשפט הבינלאומי הפרטי החל על הכרה בנישואין שנערכו במדינות זרות, והוא סייג בעניין נישואין חד מיניים.

82 עולה מדוגמאות אלה מהמשפט המשווה, כי הסוגיה של נישואין חד מיניים זוכה להתייחסות מיוחדת ומפורטת בחקיקה בקרב מדינות העולם. ישנן מדינות ספורות אשר הכירו בנישואין חד מיניים מכוח חוק, ומדינות אשר החליטו במפורש בחוק שלא להכיר בהם. **כך או כך, לא ניתנת הכרה לנישואין חד מיניים מכוח תחולתם של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הרגילים.** מדינות רבות בעולם ראו לנכון לקבוע הסדרים ספציפיים הנוגעים לסוגיה זו של נישואין חד מיניים, ובכך לקבוע סייג לתחולת כללי ברירת הדין החלים על תוקפם של נישואין בדרך כלל.

83 דוגמאות אלה מהמשפט המשווה אף תומכות בטענת המשיב כי הרציונאל של נימוסיות הדדית העומד מאחורי כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי אינו מתקיים בהקשר של נישואין חד מיניים. עולה כי מדינות רבות בעולם אינן מכירות בנישואין חד מיניים אשר נערכו במדינות זרות, ואינן רושמות נישואין חד מיניים אשר נערכו במדינות זרות. במצב דברים זה, **לא ניתן לומר כי קיימת ציפייה בקרב המדינות המעטות אשר עורכות טקסי נישואין חד מיניים כי מעמד זה יוכר במדינות אחרות, וכי דווקא מדינת ישראל תכיר במעמד זה**; וכי כך תעשה באמצעות רישום במרשם האוכלוסין על יסוד חוק מרשם האוכלוסין, חוק טכני-סטטיסטי.

84 כזכור, עמדת המשיב היא כי לא ניתן לומר כי קיימת ציפייה בקרב מדינות העולם שנישואין חד מיניים יוכרו על ידי מדינות אחרות, ומשכך, היעדר ההכרה לא מהווה פגיעה בעקרון ה"נימוסיות" בין מדינות. לפיכך, טענת המשיב היא כי רציונאל עיקרי לתחולת כללי ברירת הדין אינו מתקיים בנסיבות העניין.

85 כאמור לעיל, המשיב אף טוען כי נוצר סייג לתחולת כללי ברירת הדין בקרב מדינות העולם לפיו הכללים הרגילים החלים על ענייני המעמד האישי אינם חלים בנוגע לנישואין חד מיניים. משכך, סבור המשיב כי רציונאל עיקרי נוסף לתחולת כללי ברירת הדין - הגנה על הודאות המשפטית - אינו מתקיים בהקשר של נישואין חד מיניים.

86 משמעותה של ודאות משפטית בהקשר זה הינה, כי מעמד האישי של בני זוג שנישאו

בנישואין חד מיניים במדינה כלשהי בעולם יוכר גם במדינות אחרות בהן בני הזוג יחליטו להשתקע. לנוכח העובדה כי מדינות כה רבות אינן מכירות במעמד שנוצר מכוח נישואין חד מיניים מעבר לגבולותיהן, סבור המשיב כי לא ניתן כלל להשיג ודאות משפטית בתחום משפטי זה. יתרה על כן, אף אם מדינת ישראל תכיר בנישואין חד מיניים מכוח כללי ברירת הדין, ישנם סיכויים גבוהים כי מדינת מושבם הבאה של בני הזוג, אם יעתיקו את מקום מגוריהם בשלב כלשהוא למדינה אחרת, לא תכיר בנישואין אלה. משכך, בתחום נשוא העתירה, לא ניתן לדבר כלל על תחולת הרציונאל הנוסף לכללי ברירת הדין, כמתואר לעיל.

3. סיכום

- 87 כאמור, עמדת המשיב מבוססת על שיקולים משני מישורים עיקריים: החסר בתבנית משפטית קיימת באשר לנישואין חד מיניים בדיני מדינת ישראל, וכללי המשפט הבינלאומי הפרטי.
- 88 **ראשית**, ברישום נישואין חד מיניים יש משום יצירת תבנית משפטית חדשה. כאמור לעיל, עמדת המשיב היא שלא ניתן ליצור מעמד חדש בישראל באמצעות הכלי הטכני של רישום במרשם האוכלוסין, וכי הכרה בנישואין בין בני זוג מאותו מין הינה עניין שבסמכותו המובהקת של המחוקק.
- 89 להבדיל מן ההכרה בזכויותיהם הכלכליות-סוציאליות של בני זוג מאותו מין, אשר נקבעות מכוח פרשנות דברי חקיקה קיימים, שאלת רישום מוסד הנישואין החד מיני לא ניתנת להכרעה בדרך של פרשנות חוק המרשם. סוגיה זו נוגעת ליצירת תבנית משפטית חדשה, ובשל כך, נמצאת בגדר סמכותו הבלעדית של המחוקק.
- 90 בשל כך שתבנית משפטית זו של נישואין חד מיניים אינה קיימת בישראל, אין מקום לחייב את רישום נישואי העותרים. אם וכאשר התבנית המשפטית של נישואין חד מיניים תוכר על ידי המחוקק, ניתן יהיה, ככלל, לבצע רישום מסוג זה.
- 91 טענת המשיב מקבלת משנה תוקף לאור העובדה כי חוק מרשם האוכלוסין הוא חוק מינהלי ואינו נועד לקבוע הסדרים מהותיים. ברי, כי אין ליצור הכרה במוסד חדש ושנוי במחלוקת חברתית באמצעות כלי שהינו מינהלי בלבד.
- 92 **במישור השני**, עמדת המשיב היא כי תחולתם של כללי ברירת הדין החלים על הכרה בנישואין שנערכו במדינות זרות אינה מתאימה מקום בו מדובר בתבנית משפטית שאינה מוכרת בישראל. תוצאת תחולתם של כללי ברירת הדין הרגילים במצב דברים זה הינה כי יצירת סטאטוס, חדשני ככל שיהא, במקום כלשהו בעולם, תגרור בעקבותיה אוטומטית העתקת המצב למדינת ישראל. בכך, הופכת ישראל ל"שבויה" בידי כל רשות ברחבי העולם אשר תכתוב למדינת ישראל סטאטוס אישי חדש.
- 93 יתרה מזו, המשיב סבור כי הרציונאל לתחולת כללי ברירת הדין בנסיבות כגון אלה אינו מתקיים כמפורט לעיל. כאמור לעיל, לא ניתן לומר כי קיימת ציפייה שמדינת ישראל תכיר בנישואין חד מיניים שנערכו במדינות זרות וזאת בניגוד לציפייה הקיימת במרבית התחומים כי פעולה משפטית לפי דיניה של מדינה אחת תוכר כתקפה במדינות זרות. יסוד ההדדיות (comity), אשר עומד בבסיס הציפייה כי פעולה משפטית שנעשת במדינה אחת תוכר במדינה אחרת, אינה קיימת לגבי נישואין חד מיניים. האמור לעיל עולה בבירור גם מסקירה של המשפט המשווה בנושא דנן, כפי שהוצגה לעיל, לפיה מדינות העולם יצרו סייג לכללי ברירת הדין הרגילים המאפשר התמודדות עם הסוגיה של נישואין חד מיניים.
- 94 יובהר כי העמדה לעניין אי הרישום אין בה משום נקיטת עמדה ערכית או ציבורית בשאלה האם ראוי להכיר בנישואי בני אותו מין, אלא עמדה משפטית-מקצועית באשר למצב המשפטי הנוהג.

היום, י"א חשוון תשס"ו
13 נובמבר 2005

יוכי גנסיין
מנהלת תחום עניינים מינהליים
בפרקליטות המדינה

דניאל מארקס
עוזרת לפרקליט המדינה