

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרים

1. האגודה לשמירת זכויות הפרט
2. בן-אורי לנדסברג
3. משה כ"ץ
4. אימרי קלמן
5. רואי חסון
6. אור קרבקי
7. אלירם אהרון

על-ידי באי-כוחם עוה"ד חגי קלעי ו/או אוהד רוזן  
קלעי-רוזן ושות', משרד עורכי דין  
רחוב לבונטין 16, תל אביב 6511205  
טלפון: 03-7943040, פקס: 03-7943065

(להלן: "העותרים")

**נגד**

המשיבים

1. **משרד הפנים**  
על-ידי פרקליטות המדינה,  
מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים  
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 91181  
טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011
2. **הכנסת**  
על-ידי היועץ המשפטי לכנסת  
הלשכה המשפטית, כנסת ישראל  
טלפון: 02-6408636, פקס: 02-6753495
3. **הנהלת בתי הדין הרבניים**  
רח' כנפי נשרים 22, ירושלים  
טלפון: 02-6582822, פקס: 02-6527630

(להלן: "המשיבים")

**עתירה למתן צו על-תנאי**

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו **צו על-תנאי** המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם:

א. מדוע לא יקבע, כי בית המשפט הנכבד מוסמך, על בסיס דוקטרינת אי ההכרה ומכוח סמכותו על פי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, ליתן צו הקובע סטטוס של נישואין בין בני זוג בני אותו המין ויתן צו נישואין כאמור המכיר בנישואי העותרים 2-3 זה עם זה (או שיקבע מיהו בית המשפט האזרחי המוסמך לתת צו כאמור).

- ב. ולחילופין, מדוע לא יקבע כי חובה על בית הדין הרבני, מקום בו הוא אינו מכיר בסמכותו לקיים טקס נישואין בין בני זוג בני אותו המין, להורות על העברת הדיון לבית המשפט לענייני משפחה מכוח סמכותו על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 (להלן: **"חוק בתי המשפט"**), באופן שיקנה לבית המשפט לענייני משפחה סמכות לבצע את טקס הנישואין.
- ג. ולחילופי חילופין, מדוע לא יקבע, בהתאם לעקרון העפרון הכחול, כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), התשי"ג-1953 (להלן: **"חוק שיפוט בתי דין רבניים"**) אינו חל על זוגות בני אותו המין או כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בטל מחמת פגיעה בזכות חוקתית שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.
- ד. וככל שלא יתקבל סעד כאמור בסעיפים א-ג לעיל, מדוע לא יצהיר בית המשפט הנכבד כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים פוגע פגיעה לא חוקתית בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, של בני זוג בני אותו המין.
- ה. כל צו אחר שיימצא צודק ונכון בנסיבות העניין.

ולאחר מכן להפוך את הצו על-תנאי למוחלט.

## תוכן עניינים

- א. תמצית העתירה ..... 4
- ב. הצדדים ..... 6
- ב.1. העותרים ..... 6
- ב.2. המשיבים ..... 7
- ג. רקע עובדתי ומיצוי הליכים ..... 7
- ד. הטיעון המשפטי ..... 9
- ד.1. כללי ..... 9
- ד.2. הזכות לשוויון ..... 10
- ד.3. הזכות לחיי משפחה ..... 11
- ה. יש לקבוע כי הסמכות העניינים לייתן צו נישואין לבני זוג בני אותו המין מסורה לערכאה האזרחית ..... 14
- ה.1. דוקטרינת אי ההכרה ..... 14
- ה.2. הקניית סמכות מכוח סעיף 79 לחוק בתי המשפט ..... 20
- ו. סעדים חוקתיים ..... 23
- ו.1. יש לקבוע כי סעיף 1 לחוק בתי דין רבניים אינו חל על בני זוג בני אותו המין מכוח עקרון העיפרון הכחול (Reading Out) ..... 24
- ו.2. ולחילופין, יש לקבוע כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בטל נוכח הפגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה ..... 26
- ו.3. יש לקבוע קיומה של אי התאמה חוקתית, בין החוק המסמיך באופן בלעדי את הערכאות הדתיות לדון בענייני נישואין וגירושין, לבין זכותם של להט"בים לשוויון ולחיי משפחה ..... 28
- ז. הסעד המבוקש ..... 29
- ח. סוף דבר ..... 30

ההדגשות בעתירה זו ובבקשה המצורפת לה אינן במקור, אלא אם צויין אחרת.

## א. תמצית העתירה

1. הזכות לשוויון, הזכות לחופש דת ומצפון והזכות לחיי משפחה, כולן זכויות חוקתיות ראשונות במעלה, אשר זכו במדינת ישראל לעיגון חוקתי כזכויות נגזרות מהזכות לכבוד האדם כמשמע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
2. אין ולא יכול להיות חולק, כי היכולת להקים תא משפחתי, על ידי בני זוג בני אותו המין, מצויה בלב ליבה, של זכותם לכבוד. שלילת אפשרות זו מבני זוג בני אותו המין, בשל פרשנות המשיבים את החקיקה הקיימת, פוגעת פגיעה חמורה ואנושה, שלא לתכלית ראויה, ובלתי מידתית, בזכויות חוקתיות מוגנות אלו.
3. הדין בישראל, שאין לו אח ורע בקרב מדינות העולם הליברליות, מעניק מעמד מיוחד לערכאות דתיות בכל הנוגע להסדרה של נישואין וגירושין. כך, קובע הדין בישראל כי לבית הדין הרבני הסמכות הבלעדית לדון בענייני נישואין וגירושין של בני זוג יהודים, ובדומה, כי לבית הדין השרעי הסמכות הבלעדית לדון בענייני נישואין וגירושין של בני זוג מוסלמים, לבית הדין הכנסייתי הסמכות הבלעדית לדון בענייני נישואין וגירושין של בני זוג נוצרים (על פי עדתם) וכיו"ב.
4. יחד עם זאת, כפי שיפורט בעתירה, כבר מראשית ימיה של מדינת ישראל, הכירו בתי המשפט בישראל בדוקטרינת אי ההכרה. על פי דוקטרינה זו, מקום בו הערכאה השיפוטית אשר כדרך הכלל מוסמכת להסדיר נושא (ובענייננו – נישואין וגירושין) והיא קובעת שאין לה הסמכות לעשות זאת, מוסדרים כללי הסמכות על פי הסמכויות השירותיות של בתי המשפט.
5. כך, וכפי שידון להלן, כבר בפרשת **רודניצקי** בשנת 1970, קבע בית המשפט העליון הנכבד, בהרכב מורחב של שופטים, כי מקום בו מסרב בית הדין הרבני ליתן צו המורה על רישום נישואים של כהן וגרושה שהתחתנו בטקס פרטי, מהטעם שאין לו הסמכות לדון בכך, יתן בית המשפט העליון צו כאמור המורה למשיב 1 לבצע את הרישום (וזאת בשונה ממצב בו שני בני זוג אשר בית הדין מכיר בסמכותו לאשר את נישואיהם, מבקשים לקיים טקס פרטי, דתי או חילוני).
6. בדומה, פעם אחר פעם קבע בית המשפט העליון, כי מקום בו בית הדין הרבני אינו מכיר בתוקפם של נישואין מלכתחילה, לא יהיה הוא בעל הסמכות לערוך את הגירושין, והסמכות תהיה נתונה לערכאה האזרחית (במקרה של גירושין – בית המשפט לענייני משפחה).
7. בהמשך לאמור, בעת האחרונה התעוררה בבתי המשפט לענייני משפחה שאלת סמכותם להתיר נישואין של שני בני זוג יהודים בני אותו המין. בתי המשפט לענייני משפחה קבעו, פעם אחר פעם, כי נתונה להם הסמכות להתיר את הנישואין הגם ששני בני הזוג הם יהודים (כך, בפרשת **פלונים 1** ובפרשת **פלונים 2**, עליהן יפורט בהמשך). זאת, שכן בית הדין הרבני עצמו קבע כי אין לו כל סמכות לדון בענייני גירושין של בני זוג בני אותו המין.
8. פסיקה זו, המושתתת על דוקטרינת אי ההכרה, אף צוטטה בהסכמה על ידי בית המשפט העליון.
9. בהמשך לאמור, אין כל מחלוקת, וזו אף הייתה עמדת המדינה בהליכים קודמים, כי מקום בו אין כל הסדר חקיקתי לעניין הסמכות להסדרת סטטוס, תהיה הסמכות לבית המשפט בעל הסמכות השירותית לדון בעניין, והוא יהיה רשאי ליתן צו פסיקתי להכרה בסטטוס (כך, זו

ממש הייתה עמדת המדינה בפרשת **ממט-מגד**, שתידון בהמשך הדברים).

10. כפי שיפורט בעתירה, ההלכה שנפסקה כבר בפרשת **רודניצקי**, ואשר אושררה על ידי בתי המשפט לענייני משפחה בכל הנוגע לגירושין של בני זוג בני אותו המין, אימצה לתוך הדין הישראלי את **דוקטרינת אי ההכרה**.

11. דוקטרינה זו עולה בקנה אחד עם העקרונות הכלליים בדבר סמכות עניינית – מקום בו אין ערכאה מכירה בסמכותה לדון בעניין פלוני, תהיה הסמכות נתונה, לערכאה בעלת הסמכות השיורית.

12. **דוקטרינת אי ההכרה – כוחה יפה אף לנישואין של בני זוג בני אותו המין**.

13. אין חולק, כי כל אחת ואחת מהערכאות הדתיות בישראל אינן מכירות, מלכתחילה, בסמכותם לקיים נישואין בין בני זוג בני אותו המין. ויודגש, אין מדובר במצב בו בני הזוג אינם מעוניינים בנישואין שיערכו על ידי הערכאה הדתית – מדובר במצב בו הערכאה הדתית היא שקובעת שאין לה כל סמכות לבצע את הנישואין ולהורות על שינוי הסטטוס של בני הזוג.

14. במצב דברים זה, בו הערכאה הדתית עצמה טוענת להעדר סמכות בעניינם של בני זוג בני אותו המין המעוניינים להתחתן, בהתאם לדוקטרינת אי ההכרה, מסורה הסמכות ליתן צו המורה על שינוי סטטוס לערכאה בעלת הסמכות השיורית.

15. בתוך כך, לגישת העותרים, משאין כל הסדר חקיקתי לנושא זה, מסורה הסמכות השיורית ליתן צו המורה על שינוי סטטוס לבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ, מכוח סמכותו ליתן צו למען הצדק. יחד עם זאת, העותרים מודעים למשמעות הדבר ולנטל שהוא עלול להטיל על בית המשפט הנכבד, וכיכבדו כל הכרעה של בית המשפט הנכבד לעניין הערכאה המוסמכת ליתן צו כאמור.

16. ויוזכר, בהקשר זה, כי העקרון הכללי, שעל פיו מקום בו אין כל ערכאה משפטית המוסמכת לדון בעניין פלוני, רשאי בית המשפט העליון לדון בו מכוח סמכותו על פי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, קנתה אחיזה בשיטתנו המשפטית לאורכה ולרוחבה (אף במקרים בהם קבע החוק מפורשות כי אין כלל זכות גישה לערכאות, כפי שהיה בפרשת **חירות**).

17. ככל שבית המשפט הנכבד ימצא שאין מקום לקבוע שהסמכות למתן צו לשינוי סטטוס לבני זוג בני אותו המין מסורה לו או לכל ערכאה אזרחית אחרת, יתבקש הוא לקבוע כי חלה חובה על בתי הדין הרבניים להעביר הליך לרישום נישואין המוגש להם, לערכאה המוסמכת לגישתם לדון בהליך.

18. כידוע, במצב בו ערכאה מוצאת שאין לה הסמכות העניינית לדון בהליך, רשאית היא להעבירה לבית המשפט המוסמך, ועצם ההעברה, היא המקנה לבית המשפט המוסמך את הסמכות לדון בהליך (גם אם לא הייתה לו הסמכות העניינית מלכתחילה).

19. בהקשר זה, הלכה מימים ימימה היא כי ישנם מצבים בהם סמכות שברשות תהפוך לסמכות שבחובה.

20. נדמה שהמקרה הנוכחי הוא המקרה המובהק, בו ראוי לקבוע כי סמכות הערכאה הדתית להעביר הליך המתנהל בפניה ואשר היא מוצאת שאין לה סמכות עניינית בהקשרו לערכאה אזרחית צריכה להפוך לסמכות חובה. כל החלטה אחרת של הערכאה הדתית היא בלתי סבירה בעליל, שכן היא פוגעת פגיעה קשה ולא מידתית בזכויות חוקתיות מוגנות.

21. יודגש, הגם שלגישת העותרים, די בדוקטרינת אי ההכרה כדי לקבוע שיש לבית המשפט הנכבד הסמכות ליתן צו המורה על שינוי סטטוס מרווק לנשוי, שתי החלופות האמורות יש בהן כדי לצמצם בצורה משמעותית את הפגיעה בזכויות החוקתיות של בני זוג בני אותו המין לשוויון, לחופש דת ומצפון, ולחיי משפחה.
22. ברי, כי מקום בו ניתן, על דרך הפרשנות, להגיע לתוצאה המצמצמת פגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות, יש לבכר דרך זו.
23. מכל מקום, ככל שבית המשפט ימצא כי אין ללכת באף לא אחד משני הנתביים שהוצעו לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן לעותרים סעד חוקתי, בדמות צמצום הסדר (מכוח עקרון "העיפרון הכחול") ולהחריג מתחולתו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בני זוג בני אותו המין, נוכח אי ההכרה הגורפת של בתי הדין הרבניים באפשרותם של אלו להינשא.
24. לחילופין, יתבקש בית המשפט הנכבד להצהיר על בטלותו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. זאת, נוכח הפגיעה הנגרמת מכוחו בזכות הגישה לערכאות, כמו גם הפגיעה הנגרמת מכוחו בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה (וכפי שיוסבר בהמשך הדברים, לעניין שתי הזכויות האחרונות, לגישת העותרים אין סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים חוסה עוד תחת צילה של שמירת הדינים, נוכח תיקונו של חוק שיפוט בתי דין רבניים בשנת 2005).
25. לחילופי חילופין, יתבקש בית המשפט הנכבד להושיט לעותרים סעד הצהרתי, הקובע כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכויות חוקתיות מוגנות.
26. בספרות בישראל, כמו גם בפסיקתם של בתי משפט במדינות המשפט המקובל, הוכרה החשיבות של הצהרה על אי התאמה, גם מקום בו אין סעד בדמות ביטול דבר חקיקה. הצהרה זו, נוכח חובת הכיבוד ההדדי בין הרשויות, משמעה קריאה לדיאלוג חוקתי, והניתוח המשפטי המתחייב על ידי הערכאה הגבוהה ביותר לחוקתיות דבר חקיקה, יאפשר לרשויות המבצעת והמחוקקת לבחון מחדש את דבר החקיקה ואת נחיצותו.
27. בסופו של יום, הפסיקה הקיימת, של בית המשפט העליון, כמו גם של בתי המשפט לענייני משפחה, כבר סללה את הדרך למתן הסעדים המבוקשים בעתירה זו. כל שבית המשפט הנכבד מתבקש, הוא "ליצוק את האספלט", על אותם השבילים שכבר נסללו.

## **ב. הצדדים**

### **ב.1. העותרים**

28. **העותרת 1 – האגודה לשמירת זכויות הפרט בישראל** (להלן: "האגודה"), הינה עמותה רשומה הפועלת משנת 1975, לטובת שוויון זכויות והזדמנויות עבור קהילת ההומואים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסגינדרים בישראל.
29. **העותרים 2-3, בן אורי לנדסברג ומשה כ"ץ**, הם בני זוג בני אותו המין, שערכו "טקס נישואין" פרטי, אשר אינו מוכר ככזה על ידי המדינה, ומשום כך נותרו בעיני המשיבים, כרווקים, ואשר מבקשים שיינתן להם צו נישואין המורה על שינוי הסטטוס שלהם לנשואים זה לזה.

30. **העותרים 4-7**, הם אנשים פרטיים, תושבי ואזרחי המדינה, המשתייכים לקהילת הלהט"ב, ורוצים שתינתן להם האפשרות לבוא בברית הנישואין עם בחירי ליבם.

## **ב.2. המשיבים**

31. **המשיב 1 – משרד הפנים**, הוא האמון על רישום מעמד בישראל מכוח חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

32. **המשיבה 2 – כנסת ישראל**, היא שחוקקה את חוק שיפוט בתי דין רבניים, התשי"ג-1953, וצירופה להליך נעשה מכוח סעיף 1ג17 לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994.

33. **המשיבה 3 – הנהלת בתי הדין הרבניים**, היא צד הנוגע לעניין, אשר צירופה להליך מתחייב נוכח ההשפעה האפשרית של ההליך על בתי הדין הפועלים במסגרתה.

## **ג. רקע עובדתי ומיצוי הליכים**

34. השאיפה לקיום חיי משפחה היא מהשאיפות הבסיסיות ביותר של אדם באשר הוא אדם, וללא תלות בנטייה מינית או זהות מגדרית.

35. במסגרת זאת, משך שנים ארוכות סבלה קהילת הלהט"ב מאפליה חמורה ושיטתית בכל תחומי החיים. יחד עם זאת, עם חלוף התקופות, הכירו רשויות המדינה, כמו גם הלך הרוח הציבורי, כי הפליה על רקע נטייה מינית וזהות מגדרית, אסורה היא.

36. כך, וכפי שיפורט בהמשך הדברים, בוטל בשנת 1988 האיסור הפלילי על משכב זכר; בשנת 1992 תוקן חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשנ"ח-1988 כך שיאסור על אפליה על רקע נטייה מינית בעבודה; בשנת 2000 נחקק חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ע-2000, האוסר על אפליה על רקע נטייה מינית; בשנת 2004 תוקן חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1966 ונוסף לו איסור על הפליה על רקע נטייה מינית; בשנת 2014 תוקן חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 ונוסף לו איסור על הפליה על רקע נטייה מינית; וכיו"ב.

37. גם בתי המשפט, פעלו ברוח המגמה הברורה העולה ממדיניות המחוקקים והמחוקקות, וקבעו, בשורה ארוכה של פסקי דין, כי אין להפלות אדם בגין נטייתו המינית או זהותו המגדרית (וראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: "פרשת דנילוביץ"). בית המשפט העליון אף הכיר, כי ההגנה על אפליה על רקע נטייה מינית וזהות מגדרית מצויה בליבת הזכות לשוויון, הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.10) (להלן: "פרשת הבית הפתוח").

38. אשר למערכת הדינים החלה על נישואין וגירושין בישראל, עיקרה של הסדרת הסוגיה הוא בדרך של מתן הסמכות לערכאות הדתיות להסדיר ענייני נישואין וגירושין מקום בו שני בני הזוג הם בני אותה הדת.

39. במרוצת השנים, ועם התפתחות ההכרה בזכות לשוויון של להט"בים, עבר העולם כולו תהליך הדרגתי וברור של הכרה באפשרות של בני זוג בני אותו המין להינשא.

40. כך, בהולנד הוכרה האפשרות של בני זוג בני אותו המין להינשא כבר בשנת 2001; ובעקבותיה צעדו מדינות רבות נוספות, בהן בלגיה (2003), ספרד (2005), קנדה (2005), דרום אפריקה (2006), נורבגיה (2009), שוודיה (2009), פורטוגל (2010), איסלנד (2010), ארגנטינה (2010), דנמרק (2012), ברזיל (2013), צרפת (2013), אורוגוואי (2013), ניו זילנד (2013), אנגליה (2014), סקוטלנד (2014), לוקסנבורג (2015), ועוד.

41. בארצות הברית, משהנושא מוסדר בחקיקה מדינתית, החל תהליך איטי ומתמיד של הכרה באפשרות של בני זוג בני אותו המין להינשא. במסגרת זאת, בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע, בשני פסקי דין, כי חקיקה פדרלית המונעת הכרה בנישואין בין בני זוג בני אותו המין פוגעת בזכות החוקתית לחיי משפחה ולשוויון, והיא בטלה מחמת היותה לא חוקתית.

42. כך, **בפרשת וינדזור** (*United States v. Windsor, 570 U.S. (2013)*) פסל בית המשפט העליון האמריקאי חקיקה פדרלית הקובעת שנישואין בין בני זוג בני אותו המין לא יוכרו לצרכים פדרליים, דוגמת מיסים והגירה (סעיף 3 ל-*Defence of Marriage Act*).

**פסק הדין בפרשת וינדזור מצורף כנספח לעתירה זו, ומסומן "1".**

43. בהמשך, רק לאחרונה, קבע בית המשפט העליון בארצות הברית **בפרשת אוברג'פל** (*Obergefell v. Huges, 576 U.S. (2015)*), כי אף הסעיף הנוסף באותו החוק, המתיר למדינות שלא להכיר בנישואין שנערכו במדינות אחרות, מקום בו מדובר בנישואין בין בני זוג בני אותו המין, בטל מחמת פגיעתו בזכויות החוקתיות לשוויון ולחיי משפחה.

44. בפסק דינו המכונן, ציין בית המשפט העליון בארצות הברית כך:

**"אף איחוד אינו משמעותי יותר מזה של נישואים, שכן הוא משלב את האידיאלים הנשגבים של אהבה, נאמנות, מסירות, הקרבה ומשפחה... ביצירת ברית ביניהם הופכים שני אנשים למשהו גדול יותר מכפי שהיו קודם לכן. תהיה זו אי הבנה לומר שגברים ונשים אלה (הלהט"בים שעניינם נדון בתביעה – הח"מ) אינם מכבדים את רעיון הנישואים. טענתם היא שהם מכבדים את הרעיון הזה, מכבדים אותו כל כך שהם מבקשים שהוא יחול גם עליהם. תקוותם היא שלא ידונו אותם לחיים של בדידות, הרחק מאחד המוסדות העתיקים ביותר של הציוויליזציה. הם מבקשים זכות לשוויון בעיני החוק. החוקה מעניקה להם זכות זו".**

**פסק הדין בפרשת אוברג'פל מצורף כנספח לעתירה זו, ומסומן "2".**

45. בהמשך לכך, נוכח התפתחויות הדין בישראל, ובטרם הגשת עתירה זו, פנתה העותרת בפנייה מקדימה ליועץ המשפטי לממשלה וליועץ המשפטי לכנסת, כמו גם ליו"ר הכנסת ולמנכ"לית משרד המשפטים.

**פנייה מיום 29.6.15 מצורפת כנספח לעתירה זו, ומסומנת "3".**

46. היועץ המשפטי לכנסת, הסתפק בתשובה סתמית ולקונית, שעל פיה ישנן הצעות חוק פרטיות בנושא המונחות על שולחן הכנסת.

**תשובת המשיב 2 מיום 6.7.15 מצורפת כנספח לעתירה זו, ומסומנת "4".**



47. היועץ המשפטי לממשלה כלל לא השיב לפנייה.

48. בנסיבות אלו, לא נותר לעותרים מנוס, מהגשת עתירה זו לבית המשפט הנכבד.

## ד. הטיעון המשפטי

### 1.1. כללי

49. ההליך הנוכחי, הגם שיש לו היבטים חוקתיים, עוסק בליבתו בשאלה של סמכות עניינית. השאלה המתעוררת, כפי שידון להלן, היא למי נתונה הסמכות העניינית, מקום בו ערכאה אשר על דרך הכלל הסמכות מסורה לה, מסרבת להכיר בסמכות זו.

50. ביתר פירוט, השאלה המתעוררת היא מהי הערכאה המוסמכת לדון בעניינו של זוג, מקום בו ערכאה דתית מסרבת להכיר בסמכותה ביחס לזוג זה, בשל היות בני הזוג בני אותו המין.

51. ויודגש, העתירה אינה עוסקת כלל ועיקר בשאלה האם רשאים בני זוג אשר הערכאה הדתית כן מכירה בסמכותה להסדיר את עניינם לבקש סעד מערכאה אזרחית. כל שנדון בה הוא **מצב בו הערכאה הדתית מסרבת להכיר בעצם הסמכות לדון בעניינם של בני הזוג**.

52. כפי שיפורט להלן, הפסיקה העקבית של בית המשפט העליון ובתי המשפט לענייני משפחה, קובעת כי במצבים אלו תחול "דוקטרינת אי ההכרה". דוקטרינת אי ההכרה משמעה, כי מקום בו הערכאה הדתית אינה מכירה כלל בסמכותה, תהיה הסמכות לדון בעניינם של בני הזוג מסורה לערכאה בעלת הסמכות השיורית לדון באותם סוגי עניינים.

53. ויצוין כבר עתה, דוקטרינת אי ההכרה הוחלה במפורש על בני זוג בני אותו המין, בכל הנוגע לגירושין של בני זוג בני אותה הדת. בדומה, החיל בית המשפט העליון את דוקטרינת אי ההכרה מקום בו ביקשו בני זוג האסורים בקידושין הכרה בנישואין פרטיים ורישום כנישואים, ונתן בעצמו צו המורה למשרד הפנים לרשום את הנישואין מכוח סמכותו על פי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, ליתן צו מן הצדק.

54. בהמשך לכך, ולחילופין, יטען כי גם אם ימצא שאין להחיל את דוקטרינת אי ההכרה על נישואין של בני זוג בני אותו המין, הרי שיש לקבוע כי במצב בו הערכאה הדתית קובעת באופן קטגורי שאין לה הסמכות העניינית לדון בעניינם של בני זוג בני אותו המין, חלה עליה חובה לעשות שימוש בסמכותה על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט, ולהורות על העברת הדיון לערכאה האזרחית המתאימה. מושכלת יסוד היא, כי משהועבר דיון מכוח סעיף 79 לחוק בתי המשפט, קונה בית המשפט המועבר את הסמכות העניינית לדון בהליך אף אם לא הייתה לו סמכות זו מלכתחילה.

55. שתי פרשנויות אלו למצב המשפטי הקיים הן, לגישת העותרים, הפרשנויות הרצויות והמחוייבות.

56. ראשית, לגישת העותרים, פרשנויות אלו עולות בקנה אחד עם לשון החוק ועם הפרשנות השיטתית של בתי המשפט לסעיפים הרלבנטיים.

57. שנית, פרשנויות אלו, והן בלבד, הן שמקיימות את חזקת ההתאמה החוקתית, החלה על כל פרשנות של דבר חקיקה, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

58. בהמשך לאמור, לגישת העותרים, ככל שלא תתקבל הפרשנות המוצעת על ידם, לא יהיה מנוס

ממתן סעדים חוקתיים בהקשרו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, בין אם בדרך של שימוש בעקרון העפרון הכחול (*Reading Out*), בין אם בדרך של הכרזה על בטלותו של הסעיף, ובין אם בדרך של הצהרה על אי התאמה חוקתית של הסעיף. הכל, כפי שיפורט בפרק ו' של העתירה.

59. הילוך הטיעון יהיה כדלהלן:

- א. ראשית, נעמוד בהמשך פרק זה על המסגרת הנורמטיבית, ונבחן את מעמדן החוקתי והעל חוקי של הזכות לחיי משפחה ולשוויון, כמו גם, בקצרה, את ההסדרים החקיקתיים החלים על ענייני נישואין וגירושין בישראל.
- ב. לאחר מכן, בפרק ה' של העתירה, נפנה לבחינת כללי הסמכות העניינית לעניין מתן צו נישואין לבני זוג אשר בית הדין הדתי מסרב לדון בעניינם. במסגרת זו, נעמוד על דוקטרינת אי ההכרה כפי שהתפתחה בפסיקה, והשלכותיה לענייננו. בחלק השני של פרק זה נפנה לבחינת כללי הסמכות מקום בו הליך מועבר מערכאה דיונית אחת לרעותה מכוח סעיף 74 לחוק בתי המשפט, והשלכתם לענייננו.
- ג. בפרק ו' של העתירה, נפנה לבחינת הסעדים החוקתיים המבוקשים, ככל שתדחינה טענות העותרים באשר לפרשנות כללי הסמכות העניינית. בתוך כך, נעמוד על סמכותו של בית המשפט לעשות שימוש בעקרון העיפרון הכחול (*Reading Out*), וצמצום תחולתו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים כך שלא יחול על מי שבית הדין הרבני מסרב להכיר באפשרותו להינשא כלל ועיקר. בחלק השני של פרק זה, נעמוד על הטעמים בגינם, לגישת העותרים, מוסמך בית המשפט להכריז על בטלותו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, נוכח הפגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות, מבלי שהפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, ונטעים מדוע ראוי ליתן סעד זה. בחלק השלישי של הפרק נעמוד על סמכותו של בית המשפט הנכבד ליתן סעד של הצהרה על אי התאמה חוקתית, ונראה כי, ככל שידחו הסעדים הקודמים המבוקשים, יש מקום בנסיבות ההליך ליתן סעד זה.

## 2.2. הזכות לשוויון

60. בית המשפט הנכבד קבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי הזכות לשוויון היא נשמת אפה של הדמוקרטיה, ונדמה כי אין צורך לשוב ולסקור את הפסיקה הרבה באשר למעמדה החוקתי הבכיר של הזכות לשוויון בכלל, והזכות לשוויון בעבודה בפרט (ראו לדוגמא בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 120, 137-128 (1995), בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו 21.2.2012), פסקה 54 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) ביניש, פסקה ט"ו לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין, פסקאות 7-8 לפסק דינה של כב' השופטת חיות, פסקה 1 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988); בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994)). בהקשר זה, כידוע, פגיעה בזכות החוקתית לשוויון אינה נבחנת רק במבחן הכוונה כי אם גם במבחן התוצאה (ראו לדוגמא: פרשת הבית הפתוח לעיל).

61. במסגרת זאת, עמד בית המשפט הנכבד על החשיבות היתרה של ההגנה על הזכות לשוויון של חברי הקהילה הלהט"בית. כך, בפרשת **הבית הפתוח** הבהיר כב' השופט עמית את מעמדה החוקתי של הזכות לשוויון על רקע נטייה מינית וקבע כי:

**"על רקע הוראות הדין שנקבעו על ידי המחוקק הישראלי ועל רקע הפסיקה שעסקה בעניינם של חברי הקהילה הגאה, כפי שנסקרו לעיל, ומבלי לקבוע מסמרות, דומה כי כבר אין מדובר ב'איים' של זכויות, אלא בתפיסה חוקתית כוללת של הזכות שלא להיות מופלה מחמת נטייה מינית. החשוב לענייננו הוא כי מהפסיקה ומהחקיקה דלעיל עולה כי יש הכרה בכך שחברי הקהילה הגאה מהווים קבוצה 'חשודה' בעלת זהות מובחנת הטעונה הגנה בפני הפליה, כי הפליה מטעמים של נטייה מינית נמצאת 'בגרעין הקשה' של איסורי ההפליה וככזו יש לבחון אותה בקפידה"** (פסקה 58 לפסק הדין; וראו עוד ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2013) פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן, פרשת **ממט-מגד**, פסקאות 10-11 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן, ת"א (ת"א) 35563-02-12 **האגודה לשמירת זכויות הפרט**, ע.ר נ' **מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ** (פורסם בנבו, 12.1.2014; ע"א 5116-11-12 **בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקבוביץ'** (פורסם בנבו, 17.6.2014))

62. על בסיס הזכות החוקתית לשוויון, הנגזרת מהזכות לכבוד הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מצאו המחוקקים והמחוקקות לנכון לעגן הסדרים ספציפיים המגינים על הזכות לשוויון ואיסור אפליה על רקע נטייה מינית וזהות מגדרית (וראו סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשנ"ח-1988; סעיף 4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, תשס"א-2000; סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, תשע"א-2000 ועוד).

63. בהקשר הנוכחי, אין לא יכול להיות ספק, כי הזכות לשוויון, משמע אפשרות שווה של בני זוג בני אותו המין להינשא בישראל.

64. במסגרת זאת, כידוע, לנישואין משמעויות רבות, משפטיות וסימבוליות כאחד.

65. שלילה גורפת של הזכות להינשא לבני זוג בני אותו המין, בעוד שלבני זוג הטרוסקסואליים ניתנת זכות זו, היא אפליה קשה, שכן היא מבחינה בין זוגות ללא קיומו של כל שוני רלבנטי, רק על בסיס נטייתם המינית של בני הזוג.

### 3.ד. הזכות לחיי משפחה

66. אין חולק כי הזכות לחיי משפחה היא מזכויות האדם הבסיסיות ביותר, והיא זכות הנגזרת במישרין מהזכות לכבוד הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

67. כך, ציין בית המשפט הנכבד כי:

**"בתחומיה של הזכות לכבוד האדם, ניצבת זכותו של האדם למשפחה ולהורות... הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד**

האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה...

במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים.... זכות זו ניצבת, איפוא, במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לציניעת הפרט. 'היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.

הלגיטמיות של הפגיעה בזכות להורות ולמשפחה מחייבת עמידה במבחני פיסקת ההגבלה. [...] ככל שמעמדה של הזכות החוקתית רם יותר, כך יידרש אינטרס נוגד בעל משקל רב כדי לגרוע מן הזכות או לשוללה" (בג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006), פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

68. בהמשך לכך, עמד בית המשפט העליון מפורשות על משמעותה של הזכות לחיי משפחה בכל הנוגע לפרשנות הדינים החלים על נישואין וגירושין. כך, בבג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 20.3.2013) ציין כב' השופט גיבוראן:

"הפרשנות המבכרת את חופש הבחירה בין הערכאות על פני היעילות הפרוצדוראלית עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית משפט זה בתחום דיני המשפחה. פרשנות זו זוכה ליתר תוקף משנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעלה על נס, כאמור, את האוטונומיה של הפרט, ומחייב, לגישתי, פרשנות פלורליסטית של הדין, באופן שייצוק משמעות מירבית לחופש הבחירה וחופש הדת, לרבות חופש מדת, של הפרטים במדינה" (שם, פסקה 32 לפסק דינו).

69. עיקרון זה, שעל פי יש לבכר פרשנות של דיני המשפחה, לרבות כללי הסמכות בדיני המשפחה, בדרך המגשימה את חופש הבחירה של הצדדים, עובר כחוט השני לאורך פסיקתו של בית המשפט בכל שנותיו (וראו לדוגמא בג"ץ 9611/00 בדר (מרעי) נ' מרעי, פ"ד נח(4) 256 (2000)).

70. בתוך כך, הלכה היא כי הזכות לחיי משפחה כוללת בקרבה אף את הזכות להינשא.

71. כך, ציין כב' השופט לוי כי:

"שתי זכויות חוקתיות של בן הזוג הישראלי המבקש להתאחד כאן עם בן זוגו הפלסטיני, נפגעות מן ההסדר החקיקתי נושא העתירות שבפנינו, ושתייהן כאחת נגזרות מן הזכות לכבוד האדם, המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האחת היא זכותו של אדם לחיי משפחה, בה גלומות שתי זכויות-משנה, אשר דומה כי בלעדיהן אין בה ממש – זכותו היסודית של אדם להינשא לבחירת/ת לבו על-פי רצונו והשקפתו, וזכותו כי יינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא אף מבחינת מיקומו הגיאוגרפי של התא המשפחתי, אותו הם בחרו לעצמם" (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות ערבים

**בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 2002 (2006) (להלן: פרשת עדאלה), פסקה 7 לפסק דינו).

72. בדומה, ציינה כב' השופטת (כתוארה אז) נאור כי:

**"הזכות לחיי משפחה היא עולם ומלואו. יש לזכות זו נגזרות רבות. כך, למשל, ניתן לראות בפסיקה כי הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות להינשא"** (בג"ץ 466/07 חה"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012) (להלן: **פרשת גלאון**), פסקה 8 לפסק דינה).

73. בענייננו, אין ספק כי מניעת האפשרות להינשא פוגעת בצורה קשה ובלתי מידתית בזכותם של בני זוג בני אותו המין, לשוויון ולחיי משפחה. זאת, בין היתר, בשלושה רבדים מרכזיים.

74. **ראשית**, שלילת הזכות להינשא פוגעת ביכולתם של בני זוג לייצר ודאות במערכות יחסים ביניהם. כך לדוגמא, בפרשה שהתעוררה רק לאחרונה, נדון מצב בו אחד מבני הזוג נפטר, ומשפחת הנפטר (וכן בית הדין הרבני) סירבה להכיר בבן זוגו לצורך ירושה וציון כי: "התכלית הסובייקטיבית של סעיף 55 היא לתת מענה לבני-זוג, **בני מין שונה**, שמפאת שיקולים או נימוקים שונים מנמעים מלהתחתן האחד עם השני, **אך עדיין יש להם פוטנציאל לבוא בברית הנישואין על-פי דיני המעמד האישי שלהם**, ובלבד שבאותו הזמן אין הם מצויים בקשר נישואין עם בן-זוג אחר" (ראו תיק רבני מס' 835722/2 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 16.3.2011) ויצוין כי עתירה שהוגשה נגד ההחלטה בבג"ץ 1019/12 **אלמוני נ' בית הדין הרבני הגדול** נמחקה לבסוף, למיטב ידיעת הח"מ, לאחר פשרה בית הצדדים על העברת ההליך לבית המשפט לענייני משפחה). ברי, כי הסדרת נישואי בני הזוג הייתה פותרת קושי זה. בדומה, בני זוג בני אותו המין המבקשים להקנות האחד לשני את הזכויות הנלוות לנישואין, אינם מסוגלים לעשות זאת, בהעדר כל מסגרת חוקית המאפשרת הסדרה כאמור.

75. **שנית**, ישנם שורה של דברים חקיקה המבחינים בין זוגות שהם ידועים בציבור לבין זוגות שהם נשואים. כך, לדוגמא, בכל הנוגע לאימוץ, קובע החוק אבחנה מפורשת בין שני הסטטוסים (ראו סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981). בדומה, בכל הנוגע להסדרת מעמד בן זוג בארץ, מבחין הדין בין בני זוג נשואים ובני זוג שהם ידועים בציבור, אבחנה שאושררה על ידי בית המשפט העליון (ראו ע"מ 4231/12 **בוטובסקי נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 7.7.2013); ע"מ 4614/05 **מדינת ישראל נ' אורן** (פורסם בנבו, 16.3.2006)).

76. שלישית, לצד הרובד המשפטי-הסכמי, לנישואין רובד סימבולי מובהק. הנישואין הם טקס חברתי מקובל המאפשר לבית הזוג להצהיר קבל עם ועדה על מחויבותם ההדדית זה לזה או זו לזו. שלילת האפשרות להשתתף במרקם החברתי והקהילתי בדרך של נישואין, בלוויית הקרובים, המשפחה והחברים, בישראל, עולה כדי השפלה ופגיעה של ממש בזכות לקיים חיי משפחה.

77. על רקע האמור, נפנה אם כן לבחינת כללי הסמכות בכל הנוגע לנישואין של בני זוג בני אותו המין בישראל, ונראה כי על פי כללי הסמכות המקובלים, מכוח דין ומכוח פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון ושל הערכאות הדיונית, יש לקבוע כי הסמכות ליתן צו נישואין לבני זוג בני אותו המין נתונה לבית המשפט הנכבד.

## ה. יש לקבוע כי הסמכות העניינים ליתן צו נישואין לבני זוג בני אותו המין מסורה לערכאה האזרחית

### ה.1. דוקטרינת אי ההכרה

78. סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, קובע כי הסמכות הבלעדית לדון בענייני נישואין וגירושין של בני זוג בני אותו המין מסורה בידי בית הדין הרבני.

79. יחד עם זאת, וכפי שיפורט להלן, בית המשפט העליון ובתי המשפט לענייני משפחה קבעו, בשורה של פסיקות, כי מקום בו הערכאה הדתית אינה מכירה בסמכותה לדון בעניין הקשור בנישואין או גירושין, יתן בית המשפט בעל הסמכות השירותית את הצווים הדרושים על מנת לממש את זכויותיהם של בני הזוג.

80. כך, דוקטרינת אי ההכרה אומצה בשיטתנו המשפטית כבר מראשית דרכו.

81. בפרשת **שגב** (בג"ץ 130/66 **שגב נ' בית-הדין הרבני האזורי**, פ"ד כא(2) 505 (1967)), נדונה השאלה האם יש להכיר בנישואין פרטיים בין יהודים בכל מקרה ואף אם בני הזוג יכולים להינשא ברבנות. בית המשפט העליון דחה (בניגוד לדעתו של השופט זוסמן) את העתירה. יחד עם זאת, כבוד הנשיא אגרנט אימץ את הסייג שנקבע בפרשת גורפינקל וציין:

**"כאשר מסתבר שקיימת מניעה ממשית – בין מניעה הנועצה באיסור מין הדין ובין מניעה עובדתית (לרבות זו הנוגעת להמשכת יחסי אישות) – בעד סידור נישואין בין הצדדים בעתיד כדת, כי אז לא יהיה מנוס מהמסקנה שלמבקש הסעד ההצהרתי – ולציבור בכללותו – יש אינטרס לגיטימי בהכרעה שיפוטית מוסמכת, שיהיה בה כדי לקבוע את מעמדם האישי של בני-הזוג עקב מעשה הקידושין הפרטיים שהלה טוען לו"** (שם, 507).

82. באותה הפרשה אף נדונה השאלה כיצד ינהג בית המשפט העליון ככל שיסרב בין הדין הרבני ליתן סעד לבני הזוג. כבוד השופט זוסמן ציין כי בהקשר זה כי:

**"מה היה בית משפט זה פוסק, אילו סירבו הרבנים המלומדים לדון בבקשת הזוג חקלאי שפנה אליהם עקב ההפניה על ידי בית משפט זה? חושבני, שעל שאלה זו יש רק תשובה אחת ויחידה: במקרה זה היה בית משפט זה בעצמו פוסק בעניין חובת המשיב לרשום את הנישואין"**.

83. בדומה, ציין כב' השופט לנדוי באותה הפרשה:

**"אני מסכים להערת השופט זוסמן, שאלימלא היה בית הדין שם דן בבקשת בני הזוג לגופה, היה בית משפט זה חייב לראות בזה סירוב להשתמש בסמכות, והוא היה יכול למלא בעצמו את מה שהחסיר בית הדין"**.

84. בהמשך לכך, סוגיה זו נדונה בפני הרכב מורחב של שופטי בית המשפט העליון בפרשת **רודניצקי** (בג"ץ 51/69 **רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד כד(1) 704 (1970) (לעיל ולהלן: פרשת **רודניצקי**)).

85. באותה הפרשה, נדון עניינם של בני זוג, כהן וגרושה, אשר אסורים בנישואין על פי ההלכה. בני הזוג קיימו טקס נישואין פרטי, ופנו לבית הדין הרבני בבקשה לקבל צו הצהרתי, שעל פיו הם אסורים על כל אדם ומשכך יש לרשום אותם כנשואים. בית הדין הרבני דחה את העתירה על הסף, וסירב לדון בה (וזאת לאחר שבהליכים קודמים, קבע בית המשפט העליון כי הדרך

להכרה בנישואי כהן וגרושה היא על ידי פניה בדיעבד לבית הדין הרבני בבקשה לצו הצהרתי המכיר בתוקף הנישואין, וראו - בג"ץ 80/63 גופינקל-חקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז, 2048 (1963).

86. בית המשפט העליון קבע, כי הגם שעל דרך הכלל, אין להתיר קיומם של טקסי נישואין פרטיים בין יהודים, העוקפים את סמכותו של בית הדין הרבני הגדול, יהיה הריג לכך מצב בו התקיים טקס נישואין פרטי בין כהן וגרושה.

87. כבוד השופט (כתוארו אז) לנדוי, שכתב את פסק הדין העיקרי, הסביר את הטעמים לכך בהתייחסו לעמדתו בפרשת גופינקל וציין:

**"דעתי הייתה שמטעמים של תקנת הציבור, כפי שהיא נראית בעיני בית המשפט החילוני דווקא, אין להרשות את האנדרלמוסיה בסדרי הנישואין של יהודים בישראל, שהיתה משתררת עם פתיחת הסכר בפני נישואין פרטיים. את דעתי זו סייגתי בנוגע לנישואי כהן וגרושה, בגלל מצוקת המיוחדת של אלה. אכן, גם אלה יכולים להינשא בנישואי קפריסין וכל מיני נישואין אחרים בניכר ולזכות אחר-כך לרישום כנישואים בארץ על פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. אך איזה פתרון הוא זה למחוקק הישראלי ולבתי-המשפט בישראל לשלוח את תושבי המדינה אל מחוץ לגבולותיה, כדי שיבואו שם על תיקונם?"** (שם, עמ' 713).

88. בהמשך לכך, עמד כבוד השופט לנדוי מפורשות על העיקרון, שעל פי מקום בו מסרב בית הדין הרבני להשתמש בסמכותו ודוחה פניות של עותרים על הסף, יכנס הוא בנעלי בית הדין הרבני. וכך ציין כבוד השופט לנדוי:

**"הפעם, נוצר מצב בו נדחה העותר על ידי בית הדין הרבני על הסף בבקשו שם את הסעד האלטרנטיבי, מטעמים של האינטרס הציבורי המנוגדים להשקפת בית משפט זה. ממילא חוזרת המכשלה לידנו, ואנו נוכל לדון בעניין וחייבים לדון בו, כי לעותר ולציבור גם יחד אינטרס שהשאלה תוכרע בדרך שיפוטית. אנו עושים כן בתוקף סמכותונו לפקח על צעדי מרשם האוכלוסין, המיוצג לפנינו על ידי המשיב השני, הוא שר הפנים. סמכותנו זו נובעת מן הסעיף 7(2)(3) של חוק בתי המשפט. אם תוך כדי כך יהיה עלינו להיכנס לגוף השאלה על תקפות הקישורין שנערכו בין העותר וזוגתו, נוכל לדון בשאלה זו 'דרך אגב' לפי סעיף 35 של חוק בתי המשפט, אם כי עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה הם, לפי סעיף 1 של החוק מתשי"ג, בשיפוטם הייחודי של בתי הדין הרבניים"** (שם, עמ' 716).

89. שלושת פסקי הדין האמורים, הם שהתוו את הדרך להכרה בדוקטרינת אי ההכרה. על פי דוקטרינת אי ההכרה – משקבעה הערכאה הדתית כי אין היא מוסמכת לדון או לתת סעד לזוג, אשר על דרך הכלל הייתה לה הסמכות לדון בעניינם, הרי שהסמכות תהיה מסורה לבית המשפט בעל הסמכות השיורית לדון בעניין.

90. בהמשך לאמור, בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995), נדונה השאלה מה הדין, מקום בו בין הדין הרעיוני מסרב להכיר בהורות ביולוגית של קטינה לצורכי חובת

תשלום מזונות, משזו נולדה מחוץ למסגרת הנישואין, ולפיכך על פי הדין השרעי אינה מיוחסת לאביה.

91. בית המשפט העליון קבע כי :

**"במקום שביט הדין יכול ונכון - מעיקרו של הדין שעל פיו הוא דן - להידרש לתביעות ולהכריע בהן, בין לחיוב בין לשלילה. ואילו במקום שביט הדין אינו יכול ואינו נכון להפעיל את סמכותו, ועל דרך זו שולל הוא - ולו בעקיפין - זכויות שמוסלמי קנה על-פי משפט הארץ, קרי: על-פי המשפט האזרחי, ממילא אין לפרש את דבר המלך כמו ביקש להעניק סמכות בלעדית לבית הדין, תוך שלילת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים. או אחרת: חזקה על המחוקק - והיא חזקה שבהלכה - כי 'ידע' מראש שביט הדין השרעי לא יידרש לתביעות 'אבהות' שאותן יגישו ילדים שנולדו מחוץ לנישואין; ומתוך שידע כך מראש, חזקה עליו שלא אמר להעניק לבית הדין השרעי סמכות ייחודית לדון בנושא שלידיעתו (של המחוקק) לא יידרש בית הדין לדון בו (ועל דרך הימנעותו מדון באותו נושא ישלול ממוסלמים זכויות מהותיות שהמשפט האזרחי העניק להם). כך בפירוש דבר המלך מתוכו ובו" (שם, 603).**

92. משכך, קבע בית המשפט העליון כי במקום בו הערכאה הדתית שוללת מניה וביה את סמכותה לדון בסעד המבוקש, שכן היא אינה מכירה כלל בסטטוס של הפונים, תהיה הסמכות לדון בסוגיה מסורה לבית המשפט האזרחי.

93. אותו העיקרון, הוא אף שהנחה את בית המשפט הנכבד בפרשת בני נוח (בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006), שם ציין כב' הנשיא (בדימוס) ברק כי :

**"האם לא מתבקש מכאן, כי במקום שבני הזוג היהודים אינם זקוקים לגט מחומרה, כמו בפרשה שלפנינו, אין לבית הדין סמכות לדון בגירושיהם? שאלה זו קשה הייתה בעבר. כיום - לאור עמדתו של בית הדין הרבני הגדול כי בני הזוג היהודים, שנישאו מחוץ לישראל, הם נשואים בעיניו (לעניין היחס החיצוני) על-פי המשפט העברי - אין היא מעוררת כל קושי" (שם, עמ' 21).**

94. בפרשת סרגובי (בג"ץ 9476/96 סרגובי נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים (פורסם בנבו, 11.9.2006)) קבע בית המשפט העליון כי גם מקום בו מבקשים בני הזוג להקנות סמכות עניינית לערכאה הדתית, מהטעם שהיא שוללת את הנישואים מדעיקרא, אין הם רשאים לעשות זאת, וכי הסמכות העניינית מסורה לבית המשפט האזרחי, הנכון להכיר בתוקפם של הנישואין. כך, ציין כב' הנשיא (בדימוס) ברק כי :

**"אין זה רצוי לאפשר לבני זוג לבחור בין פורום אשר יאיין את הנישואין מעיקרם לבין פורום המכיר בתוקפם של הנישואין, וידון בהתרתם. אם יש לראות את בני הזוג, לפי המשפט הקובע את תוקף הנישואין, לפי כללי ברירת הדין, כנשואים, כי אז לא תהא הרשות בידם להעמיד את תקפם של הנישואין בסימן שאלה על ידי שיסכימו לדון בשאלה זו לפי משפט אחר הפוסל את הנישואין" (שם, פסקה**

29 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק)



95. בחלוף השנים, ונוכח ההלכה שנקבע בפרשת בן-ארי (בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006)), התעוררה השאלה כיצד יותרו נישואיהם של בני זוג בני אותו המין, אשר נישאו בחו"ל (אך אינם מסוגלים להתגרש בחו"ל).

96. בית המשפט לענייני משפחה אימץ את דוקטרינת אי ההכרה, וקבע כי משבית הדין הרבני מסרב לגרש בני זוג יהודים בני אותו המין שנשאו זה לזה, תהיה הסמכות נתונה לו.

97. כך, בתמ"ש (ת"א) 11264-09-12 התובעים נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.11.2012) (לעיל ולהלן: "פרשת פלוניס 1") דן בית המשפט לענייני משפחה בבקשה של בני זוג בני אותו המין שנישאו בקנדה כי יתיר את נישואיהם. בית המשפט (כבוד השופט אליהו) קבע כי הגם שחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרי מיוחדים וסמכות בינלאומית), התשכ"ט-1969 לא חל על בני הזוג, שכן שני בני הזוג הם יהודים, יש לו הסמכות להתיר את הגירושין מכוח דוקטרינת אי ההכרה ומכוח סמכותו הטבעה הקבועה בסעיף 75 לחוק בתי המשפט. כך, ציין הוא כי:

**"במקרה דנן שני בני הזוג יהודים ולפיכך וכאמור לעיל החוק אינו חל. עם זאת ברור כי הבסיס המשפטי עליו נשען פסה"ד רמ"ש (ים) 41782-04-10, יפה ותקף לענייננו. מקום בו ברור כי הנישואין בין התובעים אינם נישואין תקפים (void) ואסורים ואין הם מצריכים גירושין כדת, אלא פרידה פיזית של בני הזוג- זאת עפ"י הדין הדתי החל בבית הדין הרבני – אין בית הדין מוסמך לדון בהתרתם ולפיכך הסמכות נתונה לבית משפט זה.**

לעניין זה יודגש, כי העובדה, כי בית הדין הרבני לא פתח את התיק לתובעים מיד עם הגשתו וביקש שהות לבדוק את העניין מדברת בעד עצמה. ביה"ד הרבני על פקידיו לא ידע כלל כיצד להתמודד עם התביעה. בנסיבות אלה טענות המשיב /הנתבע כי התובעים מהרו להגיש התביעה בבית המשפט כעבור שלושה ימי עבודה בלבד ובטרם ניתנה כל החלטה בעניינם- טוב היה אם לא הייתה נטענת כלל. כלום דבר רגיל הוא שבית הדין הרבני או כל ערכאה אחרת מבקשת שהות ע"מ להחליט אם לפתוח ולקבל את התביעה המוגשת בפניה? לשיטתי כבר בהשתהותו של בית הדין לפתוח התיק, ולקבל אגרה הפקיע בית הדין את סמכותו לדון בתביעה.

עמדת הנתבע, כי על התובעים להגיש תביעתם לבית הדין הרבני, כאשר עמדת הדין הדתי לגבי תוקפם של נישואי התובעים ידועה וברורה לכל, הינה בלתי סבירה לחלוטין" (פסקאות 22-24 לפסק הדין).

98. ועוד ציין כי:

**"כאמור לעיל, הדין הדתי החל בבית הדין הרבני אינו מכיר בנישואין חד מיניים ורואה בהם חטא.**

לעומת זאת בתי המשפט האזרחיים על ערכאותיו השונות קבעו בשורה ארוכה של פס"ד כי לבני זוג הומוסקסואליים מוענקות זכויות לפי חוקים והסדרים ספציפיים. [...] בנסיבות אלה לאור עמדת הדין הדתי באשר לנישואי הצדדים מחד, ומאיזד ההליכים שהתנהלו בעניינם של הצדדים בבית משפט זה והדין וההלכות הכלליות שגובשו בערכאות האזרחיות במרוצת השנים בעניין זוגות חד מיניים – מובילים כולם, כל "הזיקות" למסקנה כי הפורום הנאות והטבעי לדון

בתביעה הינו בית המשפט לענייני משפחה וכי בית הדין הרבני הינו פורום "זר"  
ו"מלאכותי" לדון בה.

מעבר לכל האמור לעיל בהרחבה באשר לסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לדון בתביעה וליתן לתובעים את הסעד לו הם עותרים יש ליתן את הדעת גם לסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 המסמיך כל בית-משפט בעניין אזרחי להעניק כל סעד שיראה לנכון [...]. משהורה בג"צ על רישום הנישואין אין הדעת נותנת וסובלת כי התובעים אשר החליטו בהסכמה משותפת לפרק את קשר הנישואין יישארו כבולים זה לזה, הדבר נוגד את זכויות וחירויות הפרט, מנוגד לחוקי היסוד ולערכים בסיסיים של צדק ושוויון. במקרה זה, אך טבעי כי בית המשפט ייעשה שימוש בסמכות הטבועה הנתונה לו יורה על התרת הנישואין. בנסיבות אלה כאשר בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בתביעה ובכל מקרה אינו הפורום הנאות לדון בה, חובה על השופט היושב בדן להפעיל את הסמכות הנתונה לו וליתן לתובעים את הסעד לו עתרו (פסקאות 26-33 לפסק הדין)

99. בדומה, בתה"ן (ת"א) 52224-11-13 פלונים (פורסם בנבו, 8.12.2013) (לעיל ולהלן: "פרשת פלונים 2"), קבע כבוד המשנה לנשיא שילה כי הסמכות להתיר נישואין של בני זוג בני אותו המין מסורה לבית המשפט לענייני משפחה, מכוח דוקרטינת אי ההכרה, וחרף הסמכות הבלעדית של בית הדין הרבני לדון בכל נושאי נישואין וגירושין של בני זוג יהודים בישראל. כך, ציין בית המשפט כי:

**"האם בית הדין הרבני מוסמך להתיר את נישואי המבקשים?**

סעיף 51 לדברי המלך במועצה על ארץ ישראל 1922-1947 קובע כי:

'...יהא השיפוט בענייני המעמד האישי, בהתאם להוראות חלק זה, מסור לבתי דין העדות הדתיות. לצורך הוראות אלה, עניני המעמד האישי פירושם משפטים בענין נישואין או גיטין...'

סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואים וגירושים) תשי"ג-1953 קובע כי:

'עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים.'

מכאן, שלכאורה הסמכות להתרת נישואין במקרה של בני זוג יהודים מאותו מין מסורה לבית הדין הרבני.

כידוע, נישואיהם של בני זוג מאותו המין אינם מוכרים בשום צורה על ידי בית הדין הרבני והם מהווים עבירה חמורה. [...] סמכותם של בתי הדין הדתיים נשללת כאשר הם מבקשים לדון במוסד שאין הם מכירים בו מהבחינה העקרונית (שם, פסקאות 15-18 לפסק הדין).

100. יצוין, כי בית המשפט העליון התייחס בהסכמה לפסק הדין בתמ"ש (ת"א) 11264-09-12 האמור בפסק דינו בבג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 20.3.2013) פסקה 16 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן.

101. לצד אלו, מן הראוי להדגיש כי המדינה עצמה הכירה בכך שלבית המשפט לענייני משפחה סמכות לתת סעד הקובע סטטוס מכוח סמכותו הטבועה ומבלי שיהיה מקור חקיקה ייעודי המסדיר את הסוגיה, כל זמן שאין הסמכות למתן סטטוס זה מסורה לערכאה אחרת.
102. כך, בפרשת **ממט-מגד** (בג"ץ 566/11 ממט מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014)) נדונה שאלת הסדרת הסטטוס של ילדים שנולדו להורים בני אותו המין מחוץ לישראל.
103. באותה הפרשה, **עמדת המדינה הייתה כי יש לבצע הסדרה זו בדרך של צו הורות פסיקתי**, שכן אין כל דבר חקיקה המסדיר את הנושא (פסקה 5 לפסק דינה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור).
104. בית המשפט העליון קבע, באותה הפרשה, כי לצורך הרישום, די בתעודה בת תוקף המעידה על ההורות ממדינה זרה, **אך הכיר באפשרות לפנות לבית המשפט לענייני משפחה על מנת לבקש צו הורות מכוח הפסיקה המכיר בסטטוס המהותי של הקשר בין ההורים לילדיהם** (הגם שכאמור, אין כל דבר חקיקה המסמיך במישרין את בית המשפט לענייני משפחה לייתן צו מסוג זה) (ראו פסקה 44 לפסק דינה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור).
105. הווה אומר – גם לגישת המדינה עצמה, מקום בו נדרשת הכרעה שיפוטית על מנת לכונן סטטוס בתחום דיני המשפחה, אם אין ערכאה המוסמכת לדון בעניין, תהיה הסמכות מסורה לערכאה האזרחית, מכוח סמכותה השירורית.
106. מהכלל אל הפרט – הפסיקה שנדונה לעיל, מלמדת כאלף עדים כי דוקטרינת אי ההכרה אומצה בשיטת המשפט הישראלית.
107. **על פי דוקטרינת אי ההכרה, מקום בו הערכאה הדתית המוסמכת ככלל לדון בעניינם של בני זוג שוללת מדעיקרא את סמכותה לתת את הסעד המבוקש על ידי בני הזוג, נשללת סמכותה של הערכאה הדתית. משכך, הסמכות לייתן את הסעדים המבוקשים ניתנת לערכאה האזרחית בעלת הסמכות השירורית לדון בעניין.**
108. בהמשך לכך, הפסיקה הכירה בכך שלערכאות אזרחיות הסמכות לתת צווים הקובעים סטטוס משפחתי, מכוח סמכותם הטבועה (כפי שנקבע בפרשת ממט-מגד).
109. כמו כן, הפסיקה הכירה בכך כי בכל הנוגע לנישואין וגירושין של בני זוג בני אותו המין, בית הדין הרבני שולל מדעיקרא את סמכותו לייתן סעדים בעניין, ומשכך, נוכח דוקטרינת אי ההכרה, נשללת סמכותו העניינית לדון בנושא והיא מסורה לבית המשפט לענייני משפחה.
110. נוכח כל האמור, לגישת המבקשים, **ממש כשם שאי ההכרה של בית הדין הרבני בגירושין של בני זוג בני אותו המין מוציאה זוגות אלו מתחולת סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, ומאפשרת להם לערוך את הגירושין בבית המשפט האזרחי, כך אף לעניין הנישואין.**
111. במילים אחרות – **סמכותו של בית הדין הרבני לדון בשאלת נישואי בני זוג בני אותו המין נשללת משהוא עצמו אינו מכיר בסמכות זו. משכך, הסמכות לדון בקביעת סטטוס הנישואין מסורה לערכאה האזרחית המתאימה.**
112. השאלה האחרונה המתעוררת היא מהי הערכאה האזרחית המתאימה.
113. העותרים, על בסיס פסק הדין בעניין רודניצקי, פונים לבית המשפט הנכבד בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, בבקשה שייתן צו מן הצדק, כפי שניתן שם, המורה למשיב 1 לרשום אותם כנישואים.

114. יחד עם זאת, ככל שבית המשפט הנכבד יקבע כי המסלול הראוי לבירור בקשה זו הוא בדרך של פנייה לבית המשפט לענייני משפחה, בבקשה לצו הצהרתי, או לבית המשפט המחוזי (שלו סמכות שיורית בכל עניין אזרחי) בבקשה לצו הצהרתי, אין לעותרים כל התנגדות למתווה זה, אך הם יבקשו כי יובהר בפסק דינו של בית המשפט הנכבד שהסמכות נתונה לבית המשפט לענייני משפחה או לבית המשפט המחוזי.

## ה.2. הקניית סמכות מכוח סעיף 79 לחוק בתי המשפט

115. כאמור, לגישת העותרים, לבית המשפט הנכבד, ולחילופין, לערכאה האזרחית המתאימה, הסמכות ליתן צו נישואין, מכוח דוקטרינת אי ההכרה ומכוח סמכותו של בית המשפט הנכבד ליתן צו מן הצדק (ולחילופין, סמכותן של הערכאות הדיוניות ליתן סעד מכוח סעיף 75 לחוק בתי המשפט, או סמכותו השיורית של בית המשפט המחוזי מכוח סעיף 40 לחוק בתי המשפט).

116. יחד עם זאת, ככל בית המשפט הנכבד ימצא כי אין לערכאה האזרחית הסמכות העניינית ליתן צו כאמור, יטענו העותרים לחילופין, כי מקום בו הערכאה הדתית מסרבת באופן גורף לדון בעניינם של פונים (ובמקרה, בני זוג בני אותו המין) חובה עליה לעשות שימוש בסמכותה על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט, ולהעביר את העניין לערכאה האזרחית המוסמכת.

117. סעיף 79 לחוק בתי המשפט קובע כהאי לישנא:

**”(א) מצא בית משפט שאין הוא יכול לדון בענין שלפניו מחמת שאינו בסמכותו המקומית או העניינית, והוא בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר, רשאי הוא להעבירו לבית המשפט או לבית הדין האחר, והלה ידון בו כאילו הובא לפניו מלכתחילה, ורשאי הוא לדון בו מן השלב שאליו הגיע בית המשפט הקודם.**

**(ב) בית המשפט או בית הדין שאליו הועבר ענין כאמור, לא יעבירו עוד”.**

118. תכליתו של סעיף 79 לחוק בתי המשפט היא להבטיח את יעילות הדיון המשפטי, והמנגנון שנקבע בו, הוא כפול.

119. ראשית, נותן הסעיף סמכות בפני כל ערכאה משפטית להעביר עניין שאינו מצוי בסמכותה לערכאה משפטית אחרת, על מנת לחסוך את הצורך במחיקת ההליך והגשתו מחדש, על כל המשתמע מכך.

120. שנית, משהועבר הליך מכוח סעיף 79 האמור, קונה בית המשפט אליו הועבר ההליך סמכות עניינית לדון בעניין, אף אם לא הייתה בידיו הסמכות העניינית לדון בעניין לו היה מוגש אליו ההליך בראשונה (וראו לדוג' רע"א 3319/00 שור נ' בן-יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד נה(2) 817 (2001); המ' 673/69 פוזין נ' מסטשי, פ"ד כג(2) 644 (1969)). בכך, מבקש החוק להבטיח כי הליכים לא יועברו פעם אחר פעם בין ערכאות שונות, וישוטטו מזו אל זו, בפרט מקום בו ישנה עמימות באשר לסמכות העניינית.

121. כך, קבע בית המשפט הנכבד לעניין פרשנותו של סעיף 79 לחוק בתי המשפט כי על דרך הכלל לא ימאן בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו זו (ראו לדוגמא: ע"א 4272/91 ברבי נ' ברבי, פ"ד מח (4) 689 (1994); ע"א 4491/97 גיינו נ' האגודה האיטלקית (א.נ.מ.י.), פ"ד נג(1) 673 (1999)).

122. בהמשך לאמור, הלכה מימים ימימה היא כי ישנם מקרים שבהם סמכות ברשות תהפוך לסמכות בחובה, מקום בו אי הפעלת הסמכות לוקה באי סבירות קיצונית (ראו לדוגמא: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983); בג"ץ 742/84 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985)).

123. אכן, ערכאה שיפוטית אינה בגדר רשות מנהלית, והיושב בדין, יהיה זה שופט או דיין, כפוף למרותו של הדין בלבד.

124. יחד עם זאת, פרשנותה של ערכאה שיפוטית את הדין, כפופה היא לחובת כיבוד התקדים המחייב. כך, סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה קובע כי הלכה שנפסקה על ידי בית המשפט העליון תחייב כל בית משפט למעט את בית המשפט העליון עצמו.

125. במקרה דנן, לגישת העותרים, **יש מקום לקבוע הלכה לעניין הפעלת הסמכות מכוח סעיף 79 לחוק בתי המשפט במקרים בו הערכאה הדתית שוללת מדעיקרא את האפשרות למתן סעד, שעל פיה חובה על הערכאה הדתית לעשות שימוש בסמכותה על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט, ולהורות על העברת הדיון לערכאה האזרחית המוסמכת.**

126. ברי, כי במצב דברים זה, תהיה לערכאה האזרחית הסמכות לדון בעניין, אף אם לא הייתה לה הסמכות העניינית לדון בעניין קודם לכן, והיא תוכל לתת כל צו, לרבות צו הקובע סטטוס של נישואין.

127. זאת, שכן כל פרשנות אחרת, שעל פיה רשאית ערכאה לסרב באופן קטגורי ליתן סעד המצוי בסמכותה (קרי, לסרב לסוגי פניות מדעיקרא, וללא כל דיון), ובה בעת לסרב להעביר את העניין לערכאה מקבילה אשר תיאות לדון בסעד המבוקש, היא פרשנות העומדת בסתירה חזיתית לחזקת ההתאמה החוקתית. נבאר.

128. על פי תורת הפרשנות בישראל, דבר חקיקה יפורש בשלושה שלבים – בהתאם לשון החוק, בהתאם לתכלית החוק, ובהתאם לחזקת ההתאמה החוקתית (ראו לדוגמא: בג"ץ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3), 728 (1989), ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נה(1) 12 (1999)). ויוזכר, סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי החוק חל על אחת ואחת מהרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת. משמע, אף במסגרת הפעלת הסמכות על ידי הרשות השופטת, חובה עליה לעשות זאת תוך כיבוד הוראות חוק היסוד.

129. במסגרת זאת, אין ספק כי לשון סעיף 79 לחוק בתי המשפט מקנה סמכות לערכאה שיפוטית להעביר עניין שהובא לפתחה ואשר לשיטתה אין לה סמכות לדון בו לערכאה המוסמכת.

130. בהמשך לכך, לא יכולה להיות מחלוקת כי לשון החוק, כמו גם תכלית החוק, אינן קובעים דבר לעניין היקף שיקוף הדעת של הערכאה השיפוטית בבואה להפעיל את סמכותה על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט.

131. משכך, לגישת העותרים, יש לפרש את היקף שיקול הדעת המסור לערכאה שיפוטית בבואה להפעיל את סמכותה על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט בהתאם לחזקת ההתאמה החוקתית – קרי, יש לבחון כיצד תשפיע כל פרשנות על היקף ההגנה על זכויות חוקתיות בדין הישראלי, ולבכר את זו המגשימה בצורה הטובה ביותר את ההגנה על זכויות חוקתיות.

132. במסגרת זאת, המצב שבו ערכאה שיפוטית קובעת, באופן קטגורי, כי אין לה סמכות לדון בסוגיה, אשר על פי דין מסורה לה באופן בלעדי, הוא מצב חריג ויוצא דופן, ולמעשה, אין לו אח ורע בדן הישראלי, למעט בכל הנוגע לערכאות שיפוט דתיות (וברי, כי החלטה של ערכאה אזרחית אשר הייתה קובעת כי אין לה הסמכות לדון באופן קטגורי בקבוצת מקרים אשר הדין קובע שלה הסמכות, הייתה מבוטלת על ידי ערכאת הערעור והערכאה הדיונית הייתה מחוייבת לקיים את הדיון).

133. מצב חריג זה, הוא המהווה את הסיבה לסעד הייחודי המבוקש במסגרת פרק זה של העתירה. 134. לגישת העותרים, חזקת ההתאמה החוקתית, במצב הדברים הקיים, מחייבת קביעת הלכה ברורה, שעל פיה מקום בו מסרבת ערכאה דתית לדון בבקשה לסעד המוגשת לה, סמכות הרשות העומדת לה מכוח סעיף 79 לחוק בתי המשפט הופכת להיות לסמכות חובה, והערכאה הדתית מחוייבת בהעברת העניין לערכאה האזרחית המקבילה.

135. זאת, משלושה טעמים:

136. בראש ובראשונה, זוהי הפרשנות היחידה המגשימה את הזכות החוקתית לגישה לערכאות. 137. כידוע, זכות זו, היא זכות חוקתית על-חוקית העומדת בפני עצמה, והיא אף זכות שער למימוש יתר הזכויות של הפרט. כך לדוגמה, ציין בית המשפט בפרשת **ארפל** כי:

**"זכות הגישה לבית המשפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות"**

**יסוד [...] קיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד"** (ע"א

733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 629

((1997)).

138. בית המשפט העליון עמד, בפרשת חירות (בג"צ 212/03 **חירות נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נז(1) 750 (2003) (לעיל ולהלן: פרשת **חירות**)) על כך שזכות הגישה לערכאות משמע כי גם במקום בו הדין קובע מפורשות שאין לצדדים זכות להשיג על החלטה של ערכאה מנהלית, תהיה פתוחה בפניהם הדרך לבירור העניין בפני ערכאה שיפוטית על ידי עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק.

139. הפרשנות המוצעת על ידי העותרים היא הפרשנות היחידה המגשימה את זכות הגישה לערכאות. זאת, שכן רק פרשנות זו תאפשר לבני זוג בני אותו המין להביא את בקשתם בפני ערכאה שיפוטית אשר תדון בה.

140. כל פרשנות אחרת, במסגרתה בית הדין הרבני רשאי לסרב לדון בעניינם של בני זוג בני אותו המין, אך אינו חייב בהעברת עניינם של העותרים לערכאה המוסמכת, ובה בעת אין לבני זוג בני אותו המין האפשרות לפנות לכל ערכאה שיפוטית אחרת, היא פרשנות אשר שוללת באופן גורף ומוחלט את זכות הגישה לערכאות של בני זוג בני אותו המין בכל הנוגע לענייני מעמד אישי.

141. לא יכולה להיות מחלוקת כי שלילת גורפת ומוחלטת של זכות הגישה לערכאות היא בגדר פגיעה שאין חמורה ממנה בזכות.

142. בהקשר זה, הגם שטרם הוגשו תשובות המשיבים, וממילא העותרים יכולים רק לשער מה יכתב בהם, יצוין כבר עתה כי פגיעה זו ודאי שאינה לתכלית ראויה, שכן היא אינה משרתת כל תכלית למעט הפליה ברורה וגלויה של בני זוג בני אותו המין.

143. זאת ועוד, אף לו הייתה תכלית ראויה לפגיעה, ודאי שאין מדובר בפגיעה העומדת במבחני המידתיות. הלכה היא, כי מקום בו ניתן לברר באופן פרטני את עניינם של הנזקקים לסעד, יש לבכר בירור זה על פני שלילה גורפת של הסעד (ראו לדוגמא: פרשת **עדאלה**; פרשת **גלאון**; בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 28.2.2012)).

144. מכל מקום, כאמור, משניתן בדרך של פרשנות סעיף 79 לחוק בתי המשפט להגשים את זכות הגישה לערכאות, לגישת העותרים יש לבכר פרשנות זו על פני פרשנות הפוגעת בזכות הגישה לערכאות.

145. שנית, כפי שנדון לעיל, אין חולק כי לזכות לשוויון מעמד חוקתי על-חוקי. פרשנות שעל פיה חובה על ערכאה דתית המסרבת לדון בעניינם של בני זוג בני אותו המין להעביר את העניין לערכאה המוסמכת, תצמצם משמעותית את הפגיעה בזכותם של בני זוג בני אותו המין לשוויון. זאת, שכן היא תיצור פתח לדיון בבקשות בני הזוג לגופן, ותאפשר, ככל שהדבר מתאים בנסיבות ההליך הפרטני, את כינון סטטוס הנישואין בין בני הזוג.

146. שלישית, כפי שנדון לעיל, הזכות החוקתית לחיי משפחה אף היא בעלת מעמד חוקתי על-חוקי. גם בהקשר זה, פרשנות המחייבת את הערכאה הדתית המסרבת לדון כלל בעניינם של בני זוג בני אותו המין להעביר את ההליך לערכאה האזרחית המוסמכת, תגשים את הזכות לחיי משפחה, ותאפשר את בחינת בקשת הזוג לגופה. לעומת זאת, אי העברה גורפת של הליכים אלו מבית הדין הדתי לערכאה האזרחית המוסמכת, משמעותה הלכה למעשה שלילה גורפת ומוחלטת של זכותם של בני זוג בני אותו המין להגשים את זכותם לחיי משפחה בדרך של נישואין.

147. נוכח כל האמור, ככל שידחה בית המשפט הנכבד את עמדת העותרים, שעל פיה לבית המשפט האזרחי הסמכות לדון בבקשת הנישואין שלהם מכוח דוקטרינת אי ההכרה וסמכותו הטבועה, יתבקש בית המשפט לקבוע כהלכה מחייבת כי על ערכאה דתית המסרבת לדון מדעיקרא בבקשות של בני זוג בני אותו המין להינשא, חלה החובה לעשות שימוש בסמכותה מכוח סעיף 79 לחוק בתי המשפט, ולהורות על העברת הדיון לערכאה האזרחית המוסמכת.

## ו. **סעדים חוקתיים**

148. כאמור, לגישת העותרים, דרך המלך בעניינם של בני זוג בני אותו המין היא קביעה שלבית המשפט הנכבד, או לכל ערכאה אזרחית אחרת, הסמכות ליתן צו נישואין. זאת, מכוח דוקטרינת אי ההכרה, ומכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט. לחילופין, לגישת העותרים יש לקבוע כי בנסיבות החריגות בהן מסרבת הערכאה הדתית לדון כלל ועיקר בבקשות המוגשות על ידי בני זוג בני אותו המין, תהיה עליה החובה לעשות שימוש בסמכותה מכוח סעיף 79 לחוק בתי המשפט ולהעביר את העניין לבירור בפני הערכאה האזרחית המוסמכת.

149. יחד עם זאת, ככל שתידחה עמדתם זו של העותרים, הרי שיבקשו הם, כפי שיפורט בחלק הראשון של פרק זה, כי בית המשפט הנכבד יתן סעד של צמצום תחולתו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, בשיטת "העפרון הכחול" (*Reading Out*).

150. לחילופין, כפי שיפורט בחלק השני של פרק זה, לגישת העותרים יש לקבוע כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בטל בשל פגיעה בזכות חוקתית שלא בתנאי פסקת ההגבלה.

151. ולחילופי חילופין, כפי שיפורט בחלק השלישי של פרק זה, יתבקש בית המשפט ליתן סעד הצהרתי, על פיו קיימת אי התאמה חוקתית, בין החוק המסמיך באופן בלעדי את הערכאות הדתיות לדון בענייני נישואין וגירושין, לבין זכותם של להט"בים לשוויון ולחיי משפחה.

1. יש לקבוע כי סעיף 1 לחוק בתי דין רבניים אינו חל על בני זוג בני אותו המין מכוח עקרון העיפרון הכחול (*Reading Out*)

152. בפתח דיוננו, יצוין כי העותרים מודעים לקיומה של פסקת שמירת הדינים, הקבועה בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

153. יחד עם זאת, העותרים יטענו כי אין בפסקת שמירת הדינים כדי למנוע מבית המשפט הנכבד לעשות שימוש בעקרון העפרון הכחול, ולתת סעד חוקתי מסוג של *Reading Out*, המחריג מתחולת החוק בני זוג בני אותו המין.

154. עקרון העפרון הכחול, ככלי פרשני, מקובל במשפט הישראלי מקדמת דנא. זהו כלי פרשני מרכזי המשמש את בית המשפט לצמצם תחולתו של חוק.

155. למעשה, עקרון העפרון הכחול הוא תמונת הראי של הסעד החוקתי שהוכר בשיטתנו המשפטית, הוא סעד הרחבת התחולה (*Reading In*).

156. סעד זה, של הרחבת הסדר (*Reading-in*) נקלט בשיטת המשפט הישראלית ומאפשר לבית המשפט לתת סעד חוקתי מבלי להידרש לבטל הוראת חוק. בכך, מגשים סעד זה את חובת הכיבוד ההדדי שבין הרשויות (ראו: בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים לפי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.9.2014), פסקאות 36-37 לפסק דינה של כב' השופטת חיות).

157. סעד זה אף שימש בעבר, בישראל ובחו"ל, ככלי משמעותי לצמצום אפליה על רקע נטייה מינית (ראו פרשת דנילוביץ והשוו לפסקי הדין של בית המשפט העליון בקנדה: *Vriend v. Alberta, [1998] 1 S.C.R. 493* ובדרום אפריקה - *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs, 2000 (1) BCLR 39, 69 (SA)*).

158. בהמשך לכך, הלכה היא כי פרשנותו של דבר חקיקה אשר נחקק קודם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תעשה לאור חוק היסוד.

159. כך, בפרשת גנימאת (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995)) קבע בית המשפט העליון כי יש לפרש את דיני המעצרים בישראל מחדש נוכח השינוי באיזונים הנורמטיביים החולשים על התחום, בשל חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

160. בהקשר זה, אך באחרונה עשה בית המשפט הנכבד שימוש בעקרון העפרון הכחול, בפרשת חסיין (ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן (פורסם בנבו, 15.4.2015)). באותה הפרשה נדונה שאלת היקף היפרסותו של חוק נכסי נפקדים על נכסים במזרח ירושלים.



161. בית המשפט הנכבד מצא כי לו היה החוק נחקק לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ספק אם יכול היה לעמוד במבחני החוקתיות (פסקה 20 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס).

162. לצד זאת, קבע בית המשפט כי הגם שחוקתיות החוק אינה עומדת לדיון, נוכח קיומה של פסקת שמירת הדינים, יש לצמצם את תחולתו בדרך של פרשנות. כך, עמד בית המשפט על היות הפרשנות הרחבה של החוק, שהייתה מקובלת בעבר, פרשנות המובילה לתוצאות שודאי אינן יכולות להיות תכליתו האובייקטיבית, דוגמת ראיית כלל האוכלוסייה המתגוררת בשטחי יהודה ושומרון כ"נפקדים" (ומשכך, הפיכת כל נכסיהם בישראל לנכסי נפקדים, וראו פסקה 29 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס).

163. באותה הפרשה קבע בית המשפט כי:

**"לא ניתן לקבוע כי החוק אינו חל על נכסים במזרח ירושלים שבעלי הזכויות בהם הם תושבי איו"ש. עם זאת, בעת הפעלת הסמכויות המוקנות מכוחו במקרים אלה, יש לנהוג משנה זהירות וקפדנות יתירה. לטעמי, לאור הקשיים שצוינו לעיל, אין מקום לעשות שימוש בסמכויות אלה לגבי הנכסים האמורים, אלא במצבים חריגים שבחריגים. בנוסף, אף מקום בו יוחלט לנקוט פעולה לפי החוק – וכאמור, ראוי שמקרים אלה יהיו נדירים ביותר – יחייב הדבר קבלת אישור מוקדם לכך מהיועץ המשפטי לממשלה עצמו וכן החלטה של הממשלה או של ועדת שרים מטעמה המאשרת זאת. בכך מאמצים אנו, למעשה, את המגבלות לגבי מדיניות הפעלת החוק, אשר המשיבים נטלו על עצמם מימים ימימה. זאת, בתוספת הדרישה כי כל פעולה לפי החוק לגבי נכסים אלה תיבחן ותאושר אף על ידי הממשלה או ועדת שרים מטעמה" (פסקה 32 לפסק הדין).**

164. בפשטות, בית המשפט ישם, הלכה למעשה, סעד של צמצום הסדר – וקבע תנאים שאינם קבועים בחקיקה על מנת לצמצם את תחולתו של חוק נכסי נפקדים.

165. בדומה, בפרשת **אבנרי** (בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 15.4.2015)) עמד בית המשפט הנכבד במפורש על סמכותו לעשות שימוש בכלי "העפרון הכחול" על מנת לצמצם את תחולתו של הסדר שיש בו משום פגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות (וראו עוד, לעניין סמכותו של בית המשפט לצמצם הסדר בחקיקה, חלף ביטולו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 9098/01 **גניס נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נט(4) 241 (2004)).

166. בהקשר הנוכחי, כפי שפורט בסעיפים 60-77 לעיל, לא יכולה להיות מחלוקת כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים פוגע פגיעה בזכות החוקתית של בני זוג בני אותו המין לשוויון ובזכות החוקתית של בני זוג בני אותו המין לחיי משפחה.

167. בהמשך לכך, הגם שמשוהכחה פגיעה בזכות, עובר נטל הראייה לכתפי המשיבים להראות כי הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, יצוין כבר עתה (ותוך שהעותרים שומרים על זכותם להשיב לעמדות המשיבים) כי ספק אם יכולה להיות מחלוקת באשר להיות הפגיעה בזכות שלא בתנאי פסקת ההגבלה. זאת, שכן הפגיעה בזכות כלל אינה משרתת כל תכלית ראויה, וודאי שאינה עומדת במבחני המידתיות.

168. משכך, יתבקש בית המשפט הנכבד לעשות שימוש בסעד חוקתי של צמצום הסדר ( Reading Out), תוך שימוש בעקרון העפרון הכחול, ולקבוע כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים לא יחול על בני זוג בני אותו המין.

169. זאת, נוכח העיקרון שבמסגרתו מקום בו ניתן לעשות שימוש בכלי פרשני על מנת לצמצם פגיעה בזכות חוקתית, יש לבכרו על פני סעדים חריפים יותר, דוגמת קביעת בטלותו של סעיף חוק (ראו לדוגמה בג"ץ 4562/92 ח"כ זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996)).

170. ברי, כי תוצאתו של סעד זה, היא כי בני זוג בני אותו המין יהיו זכאים לפנות לערכאה האזרחית בעלת הסמכות השירותית לדון בענייני מעמד (בין אם לבית משפט זה, ובין אם לכל בית משפט אחר שיקבע) על מנת לבקש צו המצהיר על שינוי הסטטוס שלהם ועל נישואיהם.

## 2. ולחילופין, יש לקבוע כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בטל נוכח הפגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה

171. בהמשך לאמור, ככל שימצא בית המשפט הנכבד כי אין מקום לייתן סעד של צמצום הסדר, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בטל נוכח הפגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות שלא בתנאי פסקת ההגבלה.

172. במסגרת זאת, יטענו העותרים טענה כפולה – ראשית, יטענו הם כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות. השפעתה של זכות זו, הנובעת מסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, אינה תחומה אך ורק לחקיקה שנחקקה לאחר חקיקת חוק יסוד: השפיטה, והיא חולשת על דברי החקיקה כולם. שנית, יטענו העותרים כי באופן מהותי, תוקן חוק שיפוט בתי דין רבניים לאחר שנת 1992, ומשכך, דינו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בטלות נוכח הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה.

173. זכות הגישה לערכאות – כפי שפורט לעיל, מצב הדברים הנוכחי הוא שבתי הדין הדתיים מסרבים באופן גורף ומוחלט לדון בבקשות נישואין וגירושין המוגשות על ידי בני זוג בני אותו המין.

174. כאמור, לגישת העותרים במצב דברים זה הסמכות לדון בבקשות של בני זוג בני אותו המין, וליתן צווי נישואין וגירושין, מסורה לערכאה האזרחית המתאימה.

175. יחד עם זאת, ככל שתדחה פרשנות זו, משמעות הדברים היא כי לבני זוג בני אותו המין אין כל אפשרות לפנות לערכאה כלשהי בבקשה לסעד.

176. כפי שנדון בפסקאות 136-139 לעיל, זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית על-חוקית היא, ומקומה בחוק יסוד: השפיטה.

177. כידוע, על פי ההלכה הפסוקה, לכלל חוקי היסוד מעמד חוקתי על חוקי (ראו פרשת חירות וכן ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נ(3) 793 (2003) (להלן: פרשת מופז)).

178. במצב דברים זה, משלא יכולה להיות מחלוקת כי זכות הגישה לערכאות של בני זוג בני אותו המין נפגעת (ולמעשה נשללת באופן גורף ומוחלט) אין יכולה הוראת סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים לעמוד.

179. ראשית, מהטעם שעסקינן בשינוי הנורמה החוקתית. כידוע, בעוד שפגיעה בנורמה חוקתית כפופה למבחני פסקת ההגבלה (ובמקורו, פסקת ההגבלה השיפוטית, כמשמעותה בפרשת מופז), הרי שינוי של נורמה חוקתית חייב להיעשות בדרך של תיקון חוק היסוד עצמו, ואינו יכול להיעשות בחקיקה רגילה (ראו לדוגמא בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950 (2002)).
180. ברי, כי שלילה גורפת ומוחלטת של זכות הגישה לערכאות מקבוצה של מאות אלפי אנשים בכל הנוגע לנישואין וגירושין אינה בגדר פגיעה בלבד, והיא עולה כדי שינוי של ממש.
181. משכך, נוכח הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת, ממילא בטל סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.
182. שנית, אף לו היה מדובר ב"פגיעה" בלבד, הרי שעדיין הייתה כפופה זו לפסקת ההגבלה השיפוטית.
183. גם בהקשר זה, ההסדר הקבוע בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים אינו עומד בהוראות פסקת ההגבלה.
184. כפי שנדון לעיל, אין להסדר זה כל תכלית ראויה, לפחות בכל הנוגע לבני זוג בני אותו המין, וכל שהוא עושה הוא עיגון של אפליה בוטה וחריפה בחקיקה ראשית.
185. זאת ועוד, אף לו הייתה להסדר הקבוע בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים תכלית ראויה, הרי שודאי ששלילה גורפת של זכות הגישה לערכאות אינה מידתית.
186. ודוקו, אין המצב דומה למצבם של זוג אשר רשאי להתחתן ברבנות אך בוחר שלא לעשות כן (שכן אז יש לו לפחות האפשרות לגשת לערכאה כלשהי). בכל הנוגע לזוגות בני אותו המין, שעריהן של הערכאות הדתיות סגורים ומסוגרים.
187. ברי, כי משהוכחה הפגיעה בזכות, הנטל על המשיבים להראות את עמידתה בתנאי פסקת ההגבלה (השיפוטית), והעותרים שומרים על זכותם להשלים טיעון ככל שידרש במענה לתשובות המשיבים.
188. הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה – משנדונה לעיל בהרחבה הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה של בני זוג בני אותו המין הנגרמת בשל פרשנות לסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים המונע מהם פנייה לכל ערכאה שהיא בבקשה למתן צו נישואין, לא ישובו העותרים ויפרטו את עוצמת הפגיעה והיקפה.
189. כאמור לעיל, העותרים מודעים לקיומה של פסקת שמירת הדינים, וברי, כי הזכות לשוויון, והזכות לחיי משפחה, שתיהן זכויות נגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכפופות לפסקת שמירת הדינים.
190. יחד עם זאת, הלכה היא כי מקום בו דבר חקיקה תוקן, ואף אם תוקן באופן שמקטין את הפגיעה בזכויות, לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא תחול עוד פסקת שמירת הדינים (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) (להלן: פרשת צמח)).
191. בהקשרנו, יטענו העותרים כי חוק שיפוט בתי דין רבניים תוקן אף תוקן במרוצת השנים שמיום חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לעד ליום זה.
192. אמנם, סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים נותר בנוסחו משנת 1953, ולא חלו בו כל שינויים.
193. יחד עם זאת, באופן מהותי שונה סעיף 1 בצורה ממשית.

194. כך, בשנת 2005 נוסף סעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים אשר עניינו היקף הסמכות של בית הדין הרבני, והוא הרחיב את היקף סמכות זה, אף למתדיינים שאינם תושבי ואזרחי ישראל.
195. ברי, כי אין כל הבדל מהותי בין ביטול סעיף הסמכות הישן וחקיקת סעיף סמכות חדש (הכולל את הסמכויות הנוספות של בית הדין), לבין הוספת סעיף נוסף לחוק המרחיב את תחולתו של הסעיף הישן.
196. במילים אחרות, סעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, אשר נוסף בשנת 2005 (לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) שינה באופן מהותי את סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.
197. בהקשר זה, פרשנות פורמליסטית של הלכת צמח, שעל פיו השינוי חייב להיעשות באותו הסעיף, יביא לתוצאה שאינה רצויה מבחינה נורמטיבית, שבמסגרתה ניתן להימנע מכל ביקורת חוקתית על ידי תיקונים עקיפים בחקיקה, מבלי לשנות את סעיף החוק הישן.
198. משמע, לגישת העותרים, יש לפרש את הלכת צמח באופן שקובע כי מקום שבו בדרך של תיקון חקיקה חל שינוי מהותי בהסדר העומד לבחינה חוקתית, לא יחסה הסדר זה תחת פסקת שמירת הדינים.
199. משכך, לגישת העותרים, יש מקום להורות על בטלותו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים אף מהטעם שהוא פוגע פגיעה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה.

**3. ו. יש לקבוע קיומה של אי התאמה חוקתית, בין החוק המסמיך באופן בלעדי את הערכאות הדתיות לדון בענייני נישואין וגירושין, לבין זכותם של להט"בים לשוויון ולחיי משפחה**

200. בהמשך לאמור, וככל שימצא בית המשפט כי אין מקום ליתן סעד של צמצום הסדר, ואין מקום לקבוע כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בטל, יבקשו העותרים כי בית המשפט הנכבד יתן סעד הצהרתי, הקובע כי ישנה אי התאמה חוקתית, בין סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נוכח הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון ובזכות החוקתית לחיי משפחה של בני זוג בני אותו המין.
201. סעד אי התאמה הוא סעד חוקתי מוכר בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית, ולמעשה, זהו הסעד החוקתי המרכזי הקיים בבתי המשפט באנגליה (אשר אין בסמכותם להורות על בטלותו של חוק).
202. בשונה מסעד אופרטיבי, סעד המצהיר על אי התאמה חוקתית הוא סעד המופנה אל הציבור ואל המחוקקים, ומצביע על קיומה של אי התאמה בין דבר חקיקה לבין נורמה חוקתית, על מנת לאפשר את תיקונה (ותחת החזקה כי חובת הכיבוד בין הרשויות מחייבת את הרשות המחוקקת לדון בסעד שניתן על ידי בית המשפט.
203. פרופ' אהרון ברק עמד על חשיבותו ומשמעותו של סעד זה וציין כי: "אינני רואה כל סיבה מדוע לא יוכל בית המשפט או בית הדין לתת פסק דין הצהרתי לפיו הדין המגביל פוגע באופן לא מידתי בזכות החוקתית לכבוד האדם. אמת, הכרזה זו לא תביא לבטלותו של הדין, שהרי הוא מוגן על ידי ההוראה בדבר 'שמירת הדינים'. אך להצהרה יכולה להיות השפעה

- חברתית ומשפטית גם יחד** (ראו הרצאתו של אהרון ברק, נשיא בית המשפט העליון לשעבר, באירוע השנתי של ארגון "מבוי סתום" "נישואין וגירושין בישראל" מיום 17.2.2013).
204. בפועל, בית המשפט העליון בישראל עושה שימוש לא פעם בסעד אי ההתאמה (הגם שלא תמיד תחת שם זה).
205. כך לדוגמא, בפרשת **משפחה חדשה** (בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נז(1) 419 (2002)) נדונה שאלת חוקתיות של ההסדר הקבוע בסעיף 1 לחוק אישור הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, במסגרתו אין אישה רווקה רשאית להתקשר בהסכם פונדקאות.
206. כל המתדיין בפני בית המשפט הנכבד מכיר את הפרקטיקה הנוהגת, במסגרתה בית המשפט מעיר לנציגי המדינה בדבר פגמים חוקתיים או אחרים שנפלו בהתהלות הרשויות, ומותר למדינה פרק זמן על מנת לבחון את הפגמים ולתקנם, מבלי שתידרש הכרעתו.
207. בית המשפט העליון בפסק דין מקיף, עמד על עוצמת הפגיעה החוקתית הנגרמת מכוח החוק בזכות החוקתית לשוויון ולחופש חוזים, ועל היותה של הפגיעה בלתי מידתית.
208. יחד עם זאת, באותה הפרשה מצא בית המשפט העליון לנכון שלא לבטל את הוראת החוק, והוא השיב את העניין לפתחם של המחוקקים והמחוקקות, על מנת שיבחנו את ההסדר, לאור הערות בית המשפט באשר לאי ההתאמה החוקתית.
209. הווה אומר, סעד אי ההתאמה הוא סעד חוקתי, המוכר במדינות המשפט המקובל, בספרות המשפטית בישראל, ואשר בית המשפט הנכבד עושה בו שימוש בפועל.
210. כפי שפורט לעיל, במקרה הנוכחי לא יכולה להיות מחלוקת כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים פוגע פגיעה בזכות החוקתית לשוויון ובזכות החוקתית לחיי משפחה, שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.
211. משכך, וככל שידחה בין המשפט את הסעדים הקודמים שנתבקשו בעתירה, יתבקש הוא ליתן סעד הצהרתי, המצהיר על קיומה של אי התאמה בין הנורמות החוקתיות במדינת ישראל, לבין הפגיעה הנגרמת לזוגות בני אותו המין בגין שלילת אפשרותם להינשא מכוח סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

## ז. הסעד המבוקש

212. נוכח כל האמור בעתירה, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו **צו על-תנאי** המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם:

- א. מדוע לא יקבע כי בית המשפט הנכבד מוסמך, על בסיס דוקטרינת אי ההכרה ומכוח סמכותו על פי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, ליתן צו הקובע סטטוס של נישואין בין בני זוג בני אותו המין ויתן צו נישואין כאמור המכיר בנישואי העותרים 2-3 זה עם זה (או שיקבע מיהו בית המשפט האזרחי המוסמך לתת צו כאמור).
- ב. ולחילופין, מדוע לא יקבע כי חובה על בית הדין הרבני, מקום בו הוא אינו מכיר בסמכותו לקיים טקס נישואין בין בני זוג בני אותו המין, להורות על העברת הדיון לבית המשפט לענייני משפחה מכוח סמכותו על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984, באופן

שיקנה לבית המשפט לענייני משפחה סמכות לבצע את טקס הנישואין.

ג. ולחילופי חילופין, מדוע לא יקבע, בהתאם לעקרון העפרון הכחול, כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 אינו חל על זוגות בני אותו המין או כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 בטל מחמת פגיעה בזכות חוקתית שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.

ד. וככל שלא יתקבל סעד כאמור בסעיפים א-ד לעיל, מדוע לא יצהיר בית המשפט הנכבד כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 פוגע בפגיעה לא חוקתית בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו של בני זוג בני אותו המין.

ה. כל צו אחר שיימצא צודק ונכון בנסיבות העניין.

ולאחר מכן להפוך את הצו על-תנאי למוחלט.

## ח. סוף דבר

213. בני זוג בני אותו המין, ובנות זוג בנות אותו המין, אינם נבדלים מיתר הזוגות. כיתר הזוגות, הם חולקים את חייהם, את שאיפותיהם, את חלומותיהם ואת אהבתם.

214. ככל זוג, מבקשים אף בני זוג בני אותו המין, ובנות זוג בנות אותו המין, את האפשרות להכרה בקשר הזוגי שלהם. הכרה, שלה משמעויות משפטיות, כמו גם חברתיות וסמבוליות.

215. אכן, בימים שנחקק חוק שיפוט בתי דין רבניים, סבלה החברה הכללית מהומופוביה רבת, משכב זכר היווה עברה פלילית, הומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים היו מושא להפליה, מטעם המדינה כמו גם מטעם הציבור.

216. למרבה הצער, גם בימים אלו, הומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים עדיין סובלים לא אחת מאלימות (ויעידו אירועי השנה האחרונה). למרבה הצער, הומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים, עדיין סובלים לא אחת מאפליה בעבודה, מהטרדות מיניות ומהדרה חברתית. למרבה הצער, עדיין נותרו בספר החוקים הישראלי איים של אפליה ממוסדת, אפליה שפגיעתה בקהילת הלהט"ב קשה, חמורה, ובלתי ניתנת להצדקה.

217. במישור הציבורי, עתירה זו מבקשת לתקן עוול מהחמורים שנותרו בספר החוקים הישראלי, הוא השלילה הגורפת והמוחלטת מבני זוג בני אותו המין, ובנות זוג בנות אותו המין, את האפשרות להתחתן. עוול זה פוגע בפגיעה קשה ובלתי מוצדקת בזכות הבסיסית לחיי משפחה, כמו גם בזכות לשוויון.

218. במישור המשפטי, ליבתה של עתירה זו היא בשאלת הסמכות העניינית של בתי המשפט. למעשה, העתירה אינה מבקשת לפרוץ כל נתיב חדש בדין הקיים מימים ימימה. כל שהיא מבקשת הוא שאת אותן הדוקטרינות אשר בית המשפט הנכבד כבר עיגן בהלכה הפסוקה, ובראשן דוקטרינת אי ההכרה, יישמו גם ביחס לזוגות בני אותו המין.

219. בדרך זו, של החלת הדין הקיים בכל הנוגע לכללי הסמכות העניינית, בין אם בדרך של שימוש בדוקטרינת אי ההכרה, ובין אם בדרך של שימוש בסמכות בית המשפט מכוח סעיף 79 לחוק בתי המשפט, ניתן ליישב ללא קושי בין ההסדר החוקי הקיים כיום בחוק שיפוט בתי דין רבניים, לבין הצורך במתן מזור למצוקתם הקשה והבלתי נסבלת של בני זוג בני אותו המין.

220. לחילופין, מבקשת העתירה סעדים חוקתיים. לגישת העותרים, קבלת עמדתם הפרשנית לעניין כללי הסמכות מייתרת את הצורך בדיון בסעדים החוקתיים המפורטים בעתירה. יחד עם זאת, ככל שבית המשפט יבחר שלא לפסוע במסלול שמבקשים העותרים לשרטט לעניין כללי הסמכות העניינית, הרי שלגישת העותרים, הגיעה העת שבית המשפט הנכבד יושיט סעד חוקתי בכל הנוגע לאפשרותם של בני זוג בני אותו המין, ובנות זוג בנות אותו המין, להינשא.

221. דור בא ודור הולך – קרוב לשלושים שנים חלפו מיום שבוטל האיסור הפלילי על משכב זכר, וקרוב לעשרים שנים חלפו מיום שעיגן בית המשפט הנכבד את זכותם של להט"בים לשוויון בפרשת דנילוביץ. עת היא זו, לגישת העותרים, לצעוד צעד נוסף בדרך המובילה לשוויון זכויות, ללא הבדל נטייה מינית וזהות מגדרית.

**היום, 29 באוקטובר 2015**

---

**אוהד רוזן, עו"ד**

---

**חגי קלעי, עו"ד**

**באי-כוח העותרים**