

בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תמ"ש 11264-09-12 פלונים ואח' נ' משרד הפנים

בפני כב' השופט יחזקאל אליהו

תובעים/מבקשים:

1.

2.

ע"י עוה"ד יהודית מייזלס

נגד

נתבע/משיב:

משרד הפנים

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז ת"א אזרחי
עו"ד יהודית אריאב פוקס

פסק דין

כללי

1. בתמצית, השאלה שלפניי הינה מי היא הערכאה המוסמכת להתיר נישואיהם של בני זוג גברים, אשר נישאו זה לזה בקנדה ואשר נישואיהם נרשמו במשרד הפנים בישראל: בית המשפט לענייני משפחה כטענת התובעים או בית הדין הרבני כטענת הנתבע?

רקע עובדתי

2. המבקשים, יהודים, תושבי ואזרחי מדינת ישראל, נישאו בנישואים אזרחיים בקנדה ביום _____ ונרשמו כנישואים במשרד הפנים. נישואי הצדדים עלו על שרטון והם חיים בנפרד מאז שנת 2009. במסגרת ההליכים לסיום קשר הנישואים ביניהם, ערכו המבקשים הסכם פירוד אשר קיבל תוקף של פסק דין ע"י בית משפט זה ביום 18/7/11 בפני כב' השופט פאול שטרק, תמ"ש 3739-06-11 [פורסם בנבו].

3. במסגרת פסק הדין המאשר את ההסכם, בקשו הצדדים "מבית המשפט להמליץ למשרד הפנים למחוק את הרישום כ"נשוי" וזאת מאחר ואין הליך במדינה ישראל כדי לבטל את מעמדם כנישואים". לאחר אישור ההסכם בין הצדדים ומתן תוקף של פס"ד להוראותיו נתנה ע"י כב' השופט פאול שטרק החלטה ולפיה: "כיום אין כלים כדי להתמודד עם המצב הנוכחי. אולם בקשת ב"כ הצדדים נראית הגיונית ביותר, ממליץ למשרד הפנים למחוק את הרישום. יש להדגיש כי הרישום היה על פי בקשת הצדדים בעקבות הליך בחו"ל והיום הרישום התרוקן מכל תוכן".

-
4. עפ"י הנטען בבקשה המשיב/משרד הפנים סירב לשנות את רישום המבקשים כנשואים על בסיס אישור ההסכם בלבד.
5. עוד עפ"י הבקשה המבקשים אינם יכולים לפנות לערכאות בקנדה לצורך מתן פסק דין לגירושין משום שבניגוד לאקט הנישואים, הגירושים הם אקט שיפוטי שמצריך עמידה של המבקשים בתנאי הסמכות הקנדיים. לפיכך, פנו הצדדים ביום 30/8/12 בבקשה למתן פסק דין לגירושין לבית הדין הרבני בהתאם לסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 אולם, בית הדין הרבני סירב לפתוח תיק לגירושין, סירב לקבל את התביעה ומזכיר בית הדין מסר, כי עליו להתייעץ בעניין עם היועץ של בתי הדין הרבניים.
- מדי יום פנו המבקשים לבית הדין הרבני אך ללא הועיל. משסרב בית הדין לפתוח התביעה ולקבלה ומאחר שדין תורה שעל פיו מוסמך בית הדין לדון בנישואין וגירושין אינו מכיר בנישואין אלה, עולה כי בית הדין הרבני אינו יכול ואינו מוסמך (בניגוד לסברתם הראשונה של המבקשים) לדון בתביעה.
6. לפיכך הגישו המבקשים לבית המשפט ביום 4/9/12 תביעה זו למתן פסק דין להתרת נישואיהם של הצדדים, מכוח סמכויותיו לפי חוק בית משפט לענייני משפחה, ותיאורית "אי ההכרה".
7. ביום 22/9/12 נתנה על ידי החלטה ולפיה בנסיבות אלה כאשר משרד הפנים אחראי על הרישום ומתן הסעד המתבקש בתביעה מכון למעשה כנגדו – הנני מורה על צירופו של משרד הפנים באמצעות פ.מ.ת.א כנתבע בתיק בהיותו צד דרוש והכרחי להליך. כן הורתי על התייצבותו של המשיב לדיון שנקבע ליום 28/10/12.
8. לבקשת המשיב נדחה הדיון דחייה קצרה ליום 6/11/12 תוך שבהחלטתי הוריתי כי הואיל והמדובר בשאלה משפטית גרידא יהיו ב"כ הצדדים ערוכים לסיכומים בע"פ בתום הדיון.
9. ביום 29/10/12 הוגשה תגובת המשיב ולפיה בתמצית: "היות והמבקשים משכו בקשתם מבד"ר לאחר שלושה ימי עבודה בלבד לא ניתנה לבד"ר האפשרות לפתוח תיק ולהידרש לבקשת המבקשים לגופו של עניין. בדיקתנו העלתה כי בד"ר לא סרב לפתוח התיק ולהידרש לבקשה, וכי אין כל מניעה מצד בד"ר לקבל את תיקם של המבקשים לרישום" (סי' 8 לתגובה). ובהמשך: "המבקשים אף לא טענו כי התקבלה החלטה כלשהיא מטעם בד"ר המסרבת לדון בבקשתם. נוכח האמור לעיל, המשיב סבור כי על המבקשים לשוב ולפנות לבד"ר, כפי שפנו לכתחילה ועל כן יש לדחות הבקשה" (סי' 9 לתגובה).

הדין החל בבית הדין הרבני

10. כפי שיובהר להלן בהרחבה, הדין החל בבית הדין הרבני הוא הדין הדתי ו/או דין תורה משליך השלכה ישירה ומכרעת לעניין קביעת הערכאה המוסמכת לדון בתביעה דן. בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 נקבע: "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים". ס' 2 לחוק קובע: "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה".

11. אין צריך להרחיב ולומר כי נישואים חד מיניים בין שני גברים אינם מוכרים עפ"י דין תורה. לא זו אף זו, עפ"י הדין הדתי "משכב זכר" הינו אסור. לפיכך נישואים אלה אינם תקפים, הינם בטלים מעיקרם (void) וכאמור עולים כדי חטא. הפסיקה בבית הדין הרבני מלמדת כי בית הדין אינו מכיר בהיותם של בני זוג מאותו המין כעונים להגדרת בני זוג בכלל, לא כל שכן בני זוג נשואים. כך למשל בתיק רבני מס' 835722/2 פלוני נ' פלונית מיום 16/3/11 (פורסם בנבו) נפסק:

"אמנם דעת הרוב בבית המשפט המחוזי בנצרת בתיק ע"א (נצרת) 3245/03 [פורסם בנבו] שאזכר ע"י ב"כ המתנגד הייתה כי ניתן לפרש את המונח "איש ואישה החיים חיי משפחה" גם כ"איש ואיש החיים חיי משפחה", דעה זו אינה מקובלת עלינו".

12. כפי שיובהר להלן, הדין הדתי החל בבית הדין הרבני, עמדתו כאמור באשר לנישואין ולזוגיות חד מינית היא אשר מפקיעה ושוללת את סמכותו של בית הדין לדון בתובענה דן.

סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לדון בתביעה

13. בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי מקום שבית הדין הדתי אינו מכיר בתביעה מסוימת מכח הדין על פיו הוא דן, אין הדבר מצוי בסמכותו הייחודית ולמעשה מופקעת ממנו הסמכות לדון בו.

14. בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו), (להלן: "פרשת פלונית") נדונה שאלת סמכותו של בית המשפט האזרחי לדון בתביעת אבהות ומזונות של ילדה מוסלמית אשר נולדה מחוץ לנישואין. עניינים אלה הינם מענייני המעמד האישי של מוסלמים ובמועד מתן פסק הדין הסמכות הייחודית לדון בענייני המעמד האישי של מוסלמים הייתה נתונה לבית הדין השרעי. בית הדין השרעי קבע כי עפ"י ההלכה המוסלמית, ילד שנולד מחוץ לנישואין אינו משויך לאביו ועל כן, הילדה באותו מקרה לא תיחשב כבתו של אביה הביולוגי וכפועל יוצא מכך גם אינה זכאית למזונות ממנו. בסעיף 29 לפסה"ד קבע כב' השופט (דאז) חשין:

"במה דברים אמורים, במקום שבית הדין יכול ונכון - מעיקרו של הדין שעל פיו הוא דן - להידרש לתביעות ולהכריע בהן, בין לחיוב בין לשלילה. ואילו במקום שבית 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 שבית 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 שלידעתו (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".

15. הנה כי כן קבע בית המשפט העליון בפרשת פלונית הנ"ל, כי אי ההכרה העקרונית והמהותית של בית הדין השרעי בילדים שנולדו מחוץ למסגרת הנישואין, מפקיעה את סמכותו של בית הדין השרעי לדון ב"אבהות האזרחית" של אותם קטינים. לבית הדין השרעי סמכות ייחודית לדון בנושאי אבהות ומזונות בין מוסלמים, אך ורק כאשר מדובר באבהות המוכרת עקרונית לפי הדין הדתי שלפיו הוא דן. ראו לעניין זה גם מאמרה של פרופ' רות הלפרין קדרי "דיני משפחה נוסח ישראל לקראת השלמה", מחקרי משפט יז, תשס"ב-2001 בעמ' 124 וניתוחה לפרשת פלונית.

16. עוד לעניין זה של "תאוריית אי ההכרה" ראו גם דבריה שלפרופ' רות הלפרין קדרי "דיני משפחה נוסח ישראל לקראת השלמה", מחקרי משפט יז, תשס"ב-2001 בעמ' 143 : "הלוגיקה ברורה: אי ההכרה העקרונית – המושגית מצד המערכת הדתית באותו "דבר" משפטי שקיים במערכת האזרחית – היא זה מושג, מוסד, קשר, הליך או מבנה משפטי-שוללת ממנה באופן עקרוני את הסמכות לדון באותו הדבר".

17. החלה של ההלכה לפיה אי הכרה עקרונית של הדין הדתי בקשר הנישואין מביאה לשלילת סמכותו של בית הדין לדון בהתרת הנישואין- נעשתה בפסק דינו המאלף והמקיף של כבי' השופט משה דרורי רמ"ש (ים) 41782-04-10 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו). פסק הדין דן בהתרת נישואיהם של המבקשת, ישראלית יהודייה, בת לשני הורים יהודיים, אשר נשאה למשיב סודני, מוסלמי בן לשני הורים מוסלמיים, אשר נשאו בנישואין אזרחיים בקפריסין. המבקשת הגישה בקשה להתרת הנישואין לבית המשפט לענייני משפחה בירושלים בהתאם לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969, אשר שמו כיום שונה ושמו הוא: חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרי מיוחדים) וסמכות בינלאומית), התשכ"ט-1969. חוות הדעת של בית הדין השרעי שהוגשה לבית המשפט בהתאם לפנייה עפ"י החוק (להלן – "חוות הדעת של בית הדין השרעי"), קבעה:

"לפי המצב שהוצג בפנינו, הבעל מוסלמי והאישה יהודיה, ולפי תצהיר האישה מיום 11.3.2009 הם נשואים בנישואין אזרחיים בקפריסין. למרות שמוסלמים צריכים להתחתן בכתובה, במקרה זה לא ענה

**ההסכם הזה על התנאים הנכונים ולכן הוא בטל. ואז בית המשפט
השרעי על מנת שיסיים את הקשר ביניהם מצווה עליהם שייפרדו מיד
ואם לא ייפרדו הקאדי צריך להפריד ביניהם".**

18. בעקבות חוות דעת זו, ניתנה על ידי בית המשפט לענייני משפחה (סגנית הנשיא, כב' השופטת נילי מימון) החלטה, ביום ב' שבט תש"ע (17.1.10), שהיא נשוא הבר"ע (להלן – "ההחלטה"), אשר קבעה:

**"בתיק זה ניתנה חוות דעת בית הדין השרעי העליון לערעורים, לפיה על
סיום הנישואין להתבצע באמצעות גירושין או בהפרדה על-ידי בית הדין
השרעי.**

**אף שבחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-
1969 נתונה היתה השאלה של העברת עניין לבית דין דתי בשיקול דעתו
של נשיא בית המשפט העליון, לכאורה אין הוראות סעיף 3(ג) לחוק
שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית)
התשכ"ט-1969 נותנות שיקול דעת דומה בידי בית המשפט ומשניתנה
חוות דעת בית הדין הדתי.**

**לפיכך, ונוכח חוות דעתו של בית הדין השרעי העליון לערעורים כאמור
לעיל, אני מפנה הצדדים לביה"ד השרעי.
התיק יובא בפני בעוד 45 יום מהיום
ניתנה היום, ב' בשבט תש"ע (17.1.2010), בהעדר הצדדים
המזכירות תמציא העתק לב"כ הצדדים".**

19. המערערת הגישה בקשת רשות ערעור, ובה עתרה לכך שבית המשפט המחוזי ייתן לה רשות ערעור על החלטה הנ"ל מיום 17.1.10, וכי בית המשפט ידון **"בבקשה כבערעור תוך קביעה כי שגה בית משפט קמא בהחלטתו ולהורות על החזרת התיק לבית המשפט קמא להתרת נישואיה של המערערת"**. לטענת המערערת, טעה בית המשפט למשפחה, בפרשנות, אשר נתן לחוות הדעת של בית הדין השרעי לערעורים. הפרשנות המשפטית, אותה נתן בית המשפט לענייני משפחה, לחוות הדעת האמורה, היא, כי יש להתיר את הנישואין בין בני הזוג, באמצעות גירושין, או בהפרדה על ידי בית הדין השרעי. פרשנות זו, לדעת ב"כ המבקשת, מכניסה את המקרה לגדרי סעיף 3(ג) לחוק השיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), תשכ"ט-1969 (להלן: **"החוק"**), הקובע, כי אם קבע בית הדין הדתי בחוות דעתו, כי הנישואין יתבטלו באמצעות גירושין, בני הזוג יופנו לבית הדין הדתי, לצורך התרת הנישואין. הפרשנות המשפטית הנכונה, לשיטתה של ב"כ המערערת, היא כי בית הדין השרעי קבע בחוות דעתו כי הנישואין בטלים מעיקרם, וכי כל הנותר הוא להפריד, פיזית, בין בני הזוג; דבר זה, כבר התבצע, ממילא. פרשנות זו, מכניסה את המקרה דווקא בגדרו של סעיף 3(ד) לחוק האמור. משמעות סעיף זה הינה כי לבית המשפט סמכות להחליט בעניין התרת הנישואין.

כבוד השופט מ.דרורי לאחר ניתוח ארוך ומקיף של חוק התרת נישואין מאז חקיקתו בשנת 1969 על תיקונו משנת 1995 במסגרת חוק בית המשפט לענייני משפחה והתיקון משנת תשס"ה (2005) קבל את הערעור, בקובעו כי הפרשנות שנתנה ע"י בית המשפט לענייני משפחה לחוות הדעת של בית הדין השרעי אינה זו העולה מן המילים של חוות הדעת.

וכך באו לידי ביטוי הדברים בפסה"ד סעיפים 87-95 :

87. מן המילים בחוות הדעת של בית הדין השרעי, הקובעות כי **"במקרה זה לא ענה ההסכם הזה על התנאים הנכונים ולכן הוא בטל"**, עולה כי בית הדין השרעי קובע, כי הנישואין בין המבקשת לבין המשיב אינם נישואין תקפים (void), משום שלא נערכו על פי כתובה, ואין הם מצריכים גירושין כדת, אלא פרידה פיזית של בני הזוג. במילים אחרות, לעניין ההגדרות שבסעיף 6 לחוק משנת תשס"ה (כמצוטט בפסקה 81 לעיל), המצב המשפטי, על-פי חוות הדעת של בית הדין השרעי, היא כי לפנינו הכרזה כי **"הנישואין בטלים מעיקרם"**. לכן, יש לסיים הגירושין על ידי התרת נישואין (ראה הגדרת המונח **"התרת נישואין"** בסעיף 6 רישא לחוק משנת תשס"ה), ולא על ידי **"גירושין"**, שבהגדרת מונח זה בסעיף 6 הנ"ל, נקבע, במפורש, כי גירושין הינם **"למעט הכרזה שהנישואין בטלים מעיקרם"** (ההדגשה במקור י.א.).

88. על כל פנים, מהנוסח המילולי של חוות הדעת של בית הדין המוסלמי השרעי עולה, כי אחריות זו של בית הדין הדתי המוסלמי השרעי, על הפרידה הפיזית, אין משמעותה, כי על בית הדין השרעי לנקוט בפעולה שיפוטית כלשהי שתביא לידי התרת הנישואין על ידי אותו בית דין (כפי שהבינה, כנראה, השופטת המלומדת, סגנית הנשיאה), וזאת, מכיוון שהנישואין הינם בטלים מעיקרם, לפי דין השריעה, וכל שנדרש, על-פי חוות הדעת הנ"ל של בית הדין השרעי, הוא לגרום לכך שתהיה הפרדה פיזית של בני הזוג, זו מזה.

90. מסקנתי היא, כי טעה בית המשפט קמא, בקובעו כי משמעות חוות דעתו של בית הדין הדתי היא כי על סיום הנישואין להתבצע באמצעות גירושין או בהפרדה על ידי בית הדין השרעי.

91. מבחינה משפטית אנליטית, אין צורך להפריד את בני הזוג באמצעות פסק דין לגירושין, שכן, בעיני הדין המוסלמי, הנישואין הוכרזו כבטלים מעיקרם.

לכן, כפי שכבר כתבתי לעיל (פיסקה 87 סיפא), הדרך הנאותה לסיום הנישואין היא הדרך של **"התרת נישואין"**, ולא של **"גירושין"**.

92. בית הדין השרעי קבע, איפוא, שתי קביעות :

ראשית, כי הנישואין בטלים מעיקרם ;

שנית, לאחר מכן, ציווה על מימוש בטלות הנישואין, באמצעות הפרדה פיזית של בני הזוג.

93. אשר על כן, נכנס המקרה שבפניי בגדרי סעיף 3(ד) לחוק השיפוט כפי שתוקן בשנת תשס"ה, אשר זו לשונו (הסעיף המלא צוטט בפסקה 79 לעיל)

"קבע ראש בית הדין או הדיין המוסמך כי אין צורך בגירושין כאמור בפסקה א(1) או כי הדין אינו מאפשר גירושין כאמור בפסקה א(3), או שלא נמסרה קביעה בתוך שלוש החודשים מיום משלוח הפניה והמועד למסירת הלאה וארך, או שחלפה התקופה שניתנה כארכה – ידון בית המשפט בבקשה להתרת הנישואין".

94. עניינו הרואות, כי במקרה בו קובע בית הדין הדתי כי לפי הדין אין צורך בגירושין, הוראות החוק משנת תשס"ה, הינן ברורות: הסמכות נתונה לבית המשפט לענייני משפחה – ולא לבית הדין הדתי – לדון בבקשה להתרת הנישואין (וראה גם את סעיף 6 לחוק משנת תשס"ה, ופרשנותו, כפי שהסברתי לעיל, בפסקה 87 סיפא ובפסקה 91 סיפא).

95. ראייה נוספת לכך שזו הפרשנות הסבירה והנכונה של החוק, כפי שתוקן בשנת תשס"ה, ניתן להביא מדברי ההסבר להצעת החוק (שהובאו לעיל בפסקה 66, בקטע המודגש), שם נכתבו הדברים הבאים :

"ובמקרים שבהם בית הדין השיב כי אין צורך בגירושין פי הדין הדתי, כדי שכל אחד מהצדדים יוכל להינשא מחדש, ימשיך בית המשפט לענייני משפחה וידון בהתרתה נישואין".

21. לעניינו יש לזכור, כי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין(מקרים מיוחדים וסמכות בינלאומית), התשכ"ט-1969 אינו חל בעניינו לאור הוראת ס' 1 (ב) לחוק :

"חוק זה לא יחול אם שני בני הזוג יהודים, מוסלמים, דרוזים או בני אחת העדות הנוצריות המקיימות בישראל בית דין דתי, למעט במקרים האלה :

(1) שני בני הזוג הם בני עדה נוצרית אחת המקיימת בישראל בית דין דתי ואולם לאותו בית דין אין סמכות שיפוט מבחינה בין-לאומית להתיר את נישואיהם ;

(2) שני בני הזוג הם בני עדה דתית אחת, למעט יהודים, ואולם לבית הדין הדתי הנוגע בדבר אין סמכות שיפוט מבחינה בין-לאומית להתיר את נישואיהם, ובלבד שראש בית הדין הודיע, בהודעה כללית לנשיא בית המשפט העליון, כי אינו מתנגד להחלת הוראות חוק זה במקרים אלה".

22. 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.

23. 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.

24. 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.

בית המשפט לענייני משפחה הינו "הפורום הטבעי", "הפורום הנאות" לדון בתביעה

25. המונחים "פורום טבעי" או "פורום נאות" הינם מונחים הרלוונטיים מקום שבו מתעוררת שאלה של סמכות בינלאומית. על-פי הדוקטרינה הנ"ל, יכול בית המשפט לקבוע, כי ישראל אינה הפורום הנאות לדון בתביעה וכי קיים פורום זר המתאים לדון בתביעה וכי פורום זה הינו הפורום הטבעי לדון בה. השאלה האם הפורום המקומי הינו הפורום המתאים לדון בתובענה מוכרעת, בדרך כלל, בהתאם למבחן "מירב הזיקות". היינו, על בית המשפט לבחון מהו הפורום בעל הקשר המשמעותי והמהותי למחלוקת נשוא הדין.

26. בעניינו כאמור לעיל לא מתעוררת כל שאלה של סמכות בינלאומית. עם זאת דומה, כי המונחים "הפורום הטבעי" ו"הפורום הנאות" אין קולע ונכון מהם כדי לתאר את ההכרעה בעניין הערכאה המוסמכת לדון בתביעה: בית הדין הרבני או בית משפט לענייני משפחה?. לפיכך אשתמש ואשאיל את המונחים הנ"ל השגורים ומקובלים בעניין סמכות בינלאומית גם לעניינו.

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. רשימה חלקית של הפסיקה בעניין זה מפורטת בסעיף 19 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק בבג"צ 3045/05 יוסי בן –ארי נ' מנהל האוכלוסין [פורסם בנבו]: (1) זכויות על פי הסכמים קיבוציים המוגבלים לבני זוג (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דני לביץ, פ"דמח(5) 749); (2) הענקת זכויות פנסיוניות, כגון פנסיית שאירים (נד/1712-3 עוזי אבן נ' אוניברסיטת תל-אביב(לא פורסם); ע"ב (ת"א) 3816/01 פטריק לוי – מבטחים) [פורסם בנבו] (3) זכויות לגמלאות לפי חוק שירות הקבע בצבא ההגנה לישראל (ע"ש 369/94 שטיינר נ' צבא ההגנה לישראל) [פורסם בנבו]; (4) זכות להנצחה (בג"ץ 5398/96 שטיינר נ' שר הביטחון) [פורסם בנבו]; (5) הכרה כ"בן זוג" לעניין חוק מניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 (תמ"ש 48260/01 פלוני נ' פלוני (לא פורסם) [פורסם בנבו]); (6) הכרה כ"בן זוג" לעניין חוק בית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש 3140/03 בעניין ר.א. ו-ל.מ.פ. (לא פורסם) [פורסם בנבו]; (7) הכרה כידוע בציבור לעניין זכויות על פי חוק הירושה (ע"א (נצי) 3245/03 ע"מ נ' האפוטרופוס הכללי [פורסם בנבו]); (8) קצבת שאירים לפי חוק הביטוח הלאומי (ב"ל (ת"א) 3536/04 גיורא – המוסד לביטוח לאומי [פורסם בנבו]).

27. לא זו אף זו בבית משפט זה התנהלו הליכים נוספים בעניינם של התובעים: תמ"ש 3739-06-11 [פורסם בנבו] במסגרתו אושר הסכם הפרוד בין הצדדים וקבל תוקף של פס"ד ע"י כב' השופט פאול שטרק. כן ניתן ע"י בית משפט זה כב' השופטת ע'. מילר ביום 10/3/09 צו אימוץ על בנם הבגיר של התובעים במסגרת תיק אמצ (ת"א) _____ (פורסם בנבו).

28. בנסיבות אלה לאור עמדת הדין הדתי באשר לנישואי הצדדים מחד, ומאידך 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.

סמכות טבועה

29. 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], תשמ"ד-1984 המסמך כל בית-משפט בעניין אזרחי להעניק כל סעד שיראה לנכון. ובלשון החוק:
- "כל בית משפט הדן בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו".**

30. סעיף 75 הנ"ל זכה לניתוח מקיף ברע"א 6339/97 רוקר נ' סולמון, פ"ד נה (1) 199 בפסק דינו של כב' השופט מ' חשין. בסעיף 20 לפסה"ד קבע:
- "סמכות זו שאנו מדברים בה קנויה לבית-משפט באשר בית-משפט הוא. אחת משלוחותיה של סמכות-תשתית זו היא אותה סמכות שיש המכנים אותה "סמכות טבועה" או "סמכות טבעית". לסמכות זו הגדרות רבות. נזכיר, למשל, את דבריו של השופט ברנזון בד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב (פרשת בן שחר [35]), בעמ' 96, ולפיהם:
- הסמכות הטבעית שמדובר בה... אינה אלא אותה סמכות מינימלית בענייני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק. סמכות זו היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט ניחן בו והנותן לו פורקן בעשיה היומיומית שלו".

31. בהמשך בסעיף 21 לפסה"ד נקבע:
- "אין צורך בדמיון מפליג כדי להבחין כי גבולותיה של אותה "סמכות טבועה" מטושטשים-משהו (בלשון המעטה), וכי היקף פרישתה של הסמכות אינו בהיר לחלוטין. אכן, בית-המשפט מדבר על הסמכות הטבועה כ"סמכות מינימלית", אך בה-בעת מחיל הוא סמכות זו גם על "צדקתו" של המשפט.

.....

ואמנם, סקירה קלה של הפסיקה בישראל תלמדנו כי לא אחת ולא שתיים עשה בית-המשפט שימוש באותה סמכות הקנויה לו מטבע ברייתו, גם לנושאים שנתקשה לסווגם כנושאי דיון ונוהל גרידא".

בסעיף 22 לפסה"ד נקבע:

"מה הם גבולותיה ומהו תחום פרישתה של אותה סמכות טבועה, סמכות שבית-משפט קנה מטבע ברייתו? גבולות אלה ותחום הפרישה ייגזרו ממהותו של בית-המשפט ומהשקפותיה של החברה על תפקידה ועל דרך פעולתה של הרשות השופטת בצדן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. ראו והשוו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ [47], בעמ' 630-628".

בהמשך בסעיף 23 :

"הרשות השופטת אינה אך חבר שופטים וספר חוקים ושולחן וכיסא ומנורה. המושג רשות שופטת הינו רחב – רחב ועמוק – מאלה. בית-משפט הוא צדק ויושר, ערכים ומנהגות, מוסכמות ומושכלות, עקרונות ועיקרים".

ובסעיף 24 :

"משנתמנה פלוני שופט, מצהיר הוא הצהרת אמונים בזו הלשון (סעיף 6 לחוק-יסוד : השפיטה) :

אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים.

שבועה זו מכילה יסודות אחדים, ומכולם ביקשנו לעמוד על חובתו של השופט לשמור אמונים לחוקי מדינת ישראל ולשפוט משפט צדק. שופט שומה עליו לעשות ככל-יכולתו לשלב ולמזג בין השניים – בין החוק לבין משפט הצדק, וסדק – או סדק-לכאורה – כי ייגלה בין שני אלה שומה על השופט לעשות לגישור ולפישור בין השניים, מתוך מודעות כי החוק נועד למקרה ה"ממוצע" וכי יש שמערכת המוצגת לפניו היא כה רחוקה מן ה"ממוצע" עד שיש להשלים מעט, לחסר מעט, "לפרש" על-דרך שלא תביא לעוול.....סמכות ליתן כל סעד יש לו לבית-המשפט, והשאלה שלפנינו מסבה עצמה על שיקול-דעתו של בית-המשפט, אם יעניק לבעל-דין סעד זה או סעד אחר. דומים הדברים – דומים הם אך אינם זהים – לפעולתו של בית-המשפט של ה-Equity, שהתאים את הדין לחיים המשתנים. בית-משפט של Equity החזיק בסמכויות-למעשה ליצור דין, ואכן יצר דין מיום ליום. אנו, לענייננו עתה, אין אנו מרחיקים-לכת כדי כך. ענייננו הוא אך ורק בנושא הסעד, ולגירסתנו מחזיק בית-המשפט – מטבע ברייתו – בשיקול-דעת איזה סעד יעניק למתדיין שהוכיח זכותו לפניו".

32. בעניינו יש לפנות לבג"צ 3045/05 יוסי בן ארי נ' מנהל האוכלוסין [פורסם בנבו]. בעתירה זו עתרו חמישה זוגות גברים אשר ערכו טקס נישואין אזרחי בקנדה ואשר בקשתם לשנות את רישומם במרשם האוכלוסין מרווק לנשוי, סורבה ע"י פקיד הרישום. בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ קיבל את העתירה בדעת רוב מפי הנשיא (בדימוס) ברק, בהסכמת הנשיאה) כתוארה אז) ביניש והשופטים: ריבלין, פרוקצ'יה נאור וחיות כנגד דעתו החולקת של השופט רובינשטיין. בסעיף 23 לפסה"ד הדגיש השופט ברק:

"הננו מחליטים כי במסגרת מעמדו הסטטיסטי-רישומי של מרשם האוכלוסין, ועל רקע תפקידו של פקיד הרישום כמאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול המרשם, על פקיד הרישום לרשום במרשם האוכלוסין את העולה מהתעודה הציבורית המוגשת לו על ידי העותרים, לפיה העותרים נשואים. איננו מחליטים כי בישראל מוכרים נישואים בין בני אותו מין; איננו מכירים בסטטוס חדש של נישואים אלה; איננו נוקטים כל עמדה באשר להכרה בישראל של נישואין בין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל (בין בין תושבי ישראל ובין בין מי שאינם תושבי ישראל). התשובה לשאלות אלה, בהן אין אנו מכריעים היום, קשה היא וסבוכה

.....

33. לדידי התרת נישואי הצדדים אינה, אלא צידו השני של המטבע כפי שנקבע בבג"צ 3045/05 הנ"ל. 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 ויורה על התרת הנישואין. בנסיבות אלה כאשר בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בתביעה ובכל מקרה אינו הפורום הנאות לדון בה, חובה על השופט היושב בדין להפעיל את הסמכות הנתונה לו וליתן לתובעים את הסעד לו עתרו.

34. לפיכך הנני מורה על התרת הנישואין בין התובעים.

35. המזכירות תמציא פסה"ד לבאי כוח הצדדים ותסגור התיק.

36. פסק הדין ניתן לפרסום ללא פרטים מזהים.

ניתן היום, ז' כסלו תשע"ג, 21 נובמבר 2012, בהעדר הצדדים.

יחזקאל אליהו 54678313/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה
