

בתי המשפט

תמש 016310/08

בית משפט לענייני משפחה

מחוז תל אביב

27/04/2008

בפני: כב' השופט ד"ר גרשון גרמן

בעניין: פלוני

המבקש

נגד

אלמוני

המשיב

מיני-רציו:

* משפחה – חוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 – תחולת החוק

* משפחה – ידועים בציבור – בני-זוג חד-מיניים

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – זכויות הומוסקסואלים ולסביות

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – שוויון

האם ניתן להחיל את החוק למניעת אלימות במשפחה וחוק בית המשפט לענייני משפחה על בני זוג הומוסקסואלים?

בקשה לצו הגנה שהוגשה לפי סעיף 3 לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991. בהתאם לבקשה, הצדדים – בני אותו מין, חיו יחדיו וניהלו משק בית משותף במשך שנתיים וחודשיים. לאחר שהמבקש הודיע למשיב שהוא נפרד ממנו, החל המשיב להטרידו במשלוח הודעות א.ס.א.ס. והתקשרות של המשיב למבקש ולבני משפחתו, לרבות בן זוגו החדש ובתו של המבקש. הפתח דרכו מבקש המבקש לבוא בשעריו של בית משפט זה ולהיות ראוי לסעד על פי החוק הוא היותם של הצדדים ידועים בציבור, בהתאם לסעיף 1(2)(א) (הגדרת "בן משפחתו") לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, ובהתאם לסעיף 1(1), בהגדרת "בן זוג" ו-"בן משפחה".

ביהמ"ש לענייני משפחה דחה את הבקשה מהטעמים הבאים:

1. בהתאם לפסיקה, ניתן להצביע על שלושה נתונים אותם מקובל לראות כיסודות קבועים מינימליים בחיי משפחה: א. יסוד האישות; ב. היסוד הכלכלי; ג. היסוד האמוציונאלי. במקרה דנן, לא הוכחו שני היסודות האחרונים, וכל שאיחד ביניהם הוא יחסי המין המשותפים. ומכאן שלא ניתן, איפוא, לקבוע שהוכח שניתן להגדיר את יחסי הצדדים כיחסים של ידועים בציבור.

2. החוק למניעת אלימות במשפחה וחוק בית המשפט לענייני משפחה איננו חל על בני זוג מאותו מין, מהטעמים הבאים: א. אין לדבר על "משפחה" ללא האלמנט של זכר ונקבה ושל הורות בפוטנציה, הורות מושגית; ב. הן בהצעת החוק והן בדברי הכנסת לעניין החוק אין מאומה, לתחולתו על בני זוג מאותו מין ואין זה מסמכותו של ביהמ"ש לשנות את החוק; ג. יחסים הומוסקסואלים עומדים בסתירה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בהיותם עומדים בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ביהמ"ש מאבחן בין גישתו של הנשיא ברק לבין גישתו של סגן הנשיא אלון); ד. עקרון השיוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מדבר על "יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלבנטיים לאותה מטרה". הכוונה להשוות את הצדדים לזכאים על פי החוק, אין בה ממש. אם יקום בעל דמיון שידחק למצוא שוויון, יהיה שוויון זה שוויון "בלתי רלבנטי" והבחנה תהיה "הבחנה מותרת".

אמנם בעניין דנילוביץ קבע בית המשפט בשבתו כבג"צ כי דייל הזכאי לכרטיס טיסה עבור בן זוגו או בת זוגו זכאי לקבלו גם אם בן הזוג הוא מאותו מין. אלא ששהמשנה לנשיא לא יסד את הכרעתו בבג"צ דנילוביץ על אדני הקונסטרוקציה הפרשנית אלא על אדני הקונסטרוקציה הסטטוטורית (=שהיתה יפה אך לנסיבות עניין דנילוביץ). הנסיבות בבג"צ דנילוביץ שונים מענייננו, ואין בבג"צ דנילוביץ לשמש תקדים לענייננו. בנוסף, להבדיל מעניין דנילוביץ ומעניין שטיינר לא נשללת מהמבקש דגן שום זכות. למבקש אפשרות לפנות לבית המשפט, שאיננו בית המשפט לענייני משפחה, ולבקש שם סעד ראוי שלא על דרך צו הגנה על פי החוק.

לפסק-דין בשלום (14-09-2009): [תא 16310/08 אטינגר שמואל נ' הראל חברה לביטוח בע"מ](#) שופטים: רם וינוגרד, עו"ד: יעקב עוזיאל, איריס קוטלר
להחלטה בעליון (27-06-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, מ' נאור, א' רובינשטיין, עו"ד: יהודה לובלין, ענת טנא, ניר הורנשטיין

לפסק-דין בשלום (14-09-2009): [תא 16310/08 אטינגר שמואל נ' הראל חברה לביטוח בע"מ](#) שופטים: רם וינוגרד, עו"ד: יעקב עוזיאל, איריס קוטלר
להחלטה בעליון (27-06-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, מ' נאור, א' רובינשטיין, עו"ד: יהודה לובלין, ענת טנא, ניר הורנשטיין
להחלטה בעליון (01-11-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, עו"ד: יהודה ליבליין, ניר הורנשטיין

לפסק-דין בשלום (14-09-2009): [תא 16310/08 אטינגר שמואל נ' הראל חברה לביטוח בע"מ](#) שופטים: רם וינוגרד, עו"ד: יעקב עוזיאל, איריס קוטלר
להחלטה בעליון (27-06-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, מ' נאור, א' רובינשטיין, עו"ד: יהודה לובלין, ענת טנא, ניר הורנשטיין
להחלטה בעליון (01-11-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, עו"ד: יהודה ליבליין, ניר הורנשטיין

להחלטה בעליון (20-06-2011): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: מ' נאור, י' דנציגר, נ' הנדל, עו"ד: יהודה ליבליין, ניר הורנשטיין

לפסק-דין בשלום (14-09-2009): [תא 16310/08 אטינגר שמואל נ' הראל חברה לביטוח בע"מ שופטים: רם וינוגרד, עו"ד: יעקב עוזיאל, איריס קוטלר](#)
להחלטה בעליון (27-06-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, מ' נאור, א' רובינשטיין, עו"ד: יהודה לובלין, ענת טנא, ניר הורנשטיין
להחלטה בעליון (01-11-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, עו"ד: יהודה ליבליין, ניר הורנשטיין
להחלטה בעליון (20-06-2011): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: מ' נאור, י' דנציגר, נ' הנדל, עו"ד: יהודה ליבליין, ניר הורנשטיין
להחלטה בעליון (06-09-2011): [בגץ 1631/08 פאר שירותי כח אדם בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#) שופטים:
מ' נאור, עו"ד: קמיל עטילה, עמרי ארז

לפסק-דין בשלום (14-09-2009): [תא 16310/08 אטינגר שמואל נ' הראל חברה לביטוח בע"מ שופטים: רם וינוגרד, עו"ד: יעקב עוזיאל, איריס קוטלר](#)
להחלטה בעליון (27-06-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, מ' נאור, א' רובינשטיין, עו"ד: יהודה לובלין, ענת טנא, ניר הורנשטיין
להחלטה בעליון (01-11-2010): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: א' גרוניס, עו"ד: יהודה ליבליין, ניר הורנשטיין
להחלטה בעליון (20-06-2011): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: מ' נאור, י' דנציגר, נ' הנדל, עו"ד: יהודה ליבליין, ניר הורנשטיין
להחלטה בעליון (06-09-2011): [בגץ 1631/08 פאר שירותי כח אדם בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#) שופטים:
מ' נאור, עו"ד: קמיל עטילה, עמרי ארז
לפסק-דין בעליון (23-11-2011): [בגץ 1631/08 ניצנים ניהול והשמה \(2003\) בע"מ נ' רשות המיסים בישראל](#)
שופטים: מ' נאור, י' דנציגר, נ' הנדל, עו"ד: ק' עטילה, י' ליבלין, בבג"ץ 1631/08 ע' טנא, נ' הורנשטיין,
בבג"ץ 2962/10 א' ברזילי, ק' צוקרמן

פסק דין

בהמשך להחלטתי מיום 3.4.08, ניתן בזה פסק הדין.

לפני בקשה [לצו הגנה](#) שהוגשה לפי סעיף 3 [לחוק למניעת אלימות במשפחה](#), התשנ"א - 1991 (להלן: [החוק](#)).

העובדות והבקשה

בהתאם לבקשה, המבקש הוא גרוש ואילו המשיב הוא רווק, והצדדים חיו יחדיו וניהלו משק בית משותף במשך שנתיים וחודשיים.

המשיב, אכן, הסכים שהוא גר בבית המבקש וכי הם ניהלו יחסי מין אלא שהוא טוען שהם לא היו ידועים בציבור, שכן הוא לא שינה את כתובתו במשרד הפנים. הוא אכל על שולחנו של המבקש בעת שגר בביתו, אבל הוא עצמו לא השקיע מאומה בחיים המשותפים שכן הוא השתמש במשכורתו לצרכיו.

ההטרדה אודותיה הצהיר המבקש החלה לאחר שהמבקש הודיע למשיב שהוא נפרד ממנו. ההטרדה התבטאה במשלוח הודעות א.ס.א.ס. והתקשרות של המשיב למבקש ולבני משפחתו, לרבות בן זוגו החדש ובתו של המבקש.

האיומים התבטאו בכך שהמשיב הפיץ את העובדה שהוא והמבקש היו בני זוג וכי במהלך הקשר המבקש אנס אותו יחד עם אחרים. המשיב יצר קשר עם עיתונאי ופרסם כתבת ענק שחושפת את המבקש. כן שלח המשיב פקס לכל עובדי ה--- על אודות הכתבה.

המבקש רואה בכך התעללות נפשית תוך עירוב חייו האישיים והמקצועיים, דבר שפוגע במעמדו במקום בו הוא עובד וכי הדבר פוגע גם בילדיו של המבקש ובבן זוגו הנוכחי.

הפנייה לעובדי ה--- צורפה לבקשה. כל שנאמר בפנייה הוא שעובדי ה--- מופנים לכתבה שפורסמה בעיתון --- על אודות היחסים של --- עם --- ב----- וכי המבקש פגע בו מינית, תוך ציון שמו ומקום חדר עבודתו של המבקש.

לא ראיתי ליתן [צו הגנה](#) במעמד צד אחד, אפילו הייתי סבור שביחסים שבין הצדדים חל החוק, שכן על פי העובדות המתוארות כל אשר יכול היה להעשות כבר נעשה.

לא היה בתצהיר שצורף לבקשה הבעה של חשש מפני פגיעה פיזית או מפני הטרדה מאיימת.

בפתיחת הדיון ביקשתי מהצדדים להתייחס לשאלת סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לדון ביחסים שביניהם וליתן סעד על פי החוק.

ניסיתי להציע לצדדים הסדר מסויים אך המשיב, לאחר שהתייעץ עם עורך דינו (שלא התייצב בבית המשפט), ייעץ לו שלא להסכים.

המשיב הגיש ביום הדיון תגובה לבקשה. על פי התגובה (סעיף 2) היה המשיב בן זוגו של המבקש "לחיי מין הומוסקסואלי", כאשר מוסבת תשומת לב בית המשפט להפרשי הגיל הגדולים בין הצדדים, כשגיל המשיב מקביל לגילו של בנו של המבקש. המבקש הוא בן -- והמשיב הוא בן --.

האמת ניתנת להאמר, שכמעט ולא ניטענו טיעונים לשאלת הסמכות, הן לשאלת סמכותו של בית משפט זה בכלל והן לעניין מתן צו הגנה בהתאם לחוק, ביחסים שבין הצדדים.

הצדדים היו ידועים בציבור, האמנם?

- א. הצדדים אינם זוג נשוי ואף לא היו זוג נשוי כדין.
- ב. הפתח דרכו מבקש המבקש לבוא בשעריו של בית משפט זה ולהיות ראוי לסעד על פי החוק הוא היותם של הצדדים ידועים בציבור, בהתאם לסעיף 1 (2)(א) (הגדרת "בן משפחתו") לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה - 1995 (להלן: החוק לענייני משפחה), ובהתאם לסעיף 1(1), בהגדרת "בן זוג" ו-"בן משפחה".
- בחוק לענייני משפחה מוגדר "בן משפחתו" כדלקמן:
"בן זוגו לרבות הידועה בציבור כאשתו, בן זוגו לשעבר...".
- בחוק מוגדר "בן זוג - לרבות ידוע בציבור". בן משפחה מוגדר בחוק - "לרבות מי שהיה בן משפחה בעבר והוא אחד מאלה: בן זוג...".
- ג. המבקש לא הניח תשתית ראויה, בתצהיר התומך בבקשה, להיותו ידוע בציבור של המשיב.

(א) המונח "ידוע בציבור" איננו מופיע כלל בבקשה ובתצהיר.

(ב) כל אשר נאמר בתצהיר לעניין התשתית העובדתית הוא:

* הציטוט הושמט לצורך פרסום. מצוי במקור *

(ג) לקראת סוף הדיון אמר המבקש:

* הציטוט הושמט לצורך פרסום. מצוי במקור *

די באמור לעיל כדי לשלול סטטוס של ידועים בציבור.

משאין הצדדים "ידועים בציבור" הם אינם נכנסים להגדרה של "בן זוג" שבחוק.

די בכך לדחות את הבקשה.

ד. בבחינת "יהודה ועוד ליקרא":

(א) המשיב, בתגובתו לבקשה מגיב כדלקמן:
* **הציטוט הושמט לצורך פרסום. מצוי במקור ***

הצדדים לא ביקשו לחקור איש את רעהו על המסמכים שהוגשו.

אמור מעתה, שהיחסים בין הצדדים היו אך יחסים לסיפוק צורכיהם המיניים ולא היה בהם מימד של "ידוע בציבור כאשתו".

(ב) לעניין ההגדרה למונח: "ידועה בציבור כאשתו" אומר מ"מ הנשיא (כתוארו אז) גולדברג בעניין דרדריאן ([ע"א 42/65 דרדריאן נ' עמידר, פ"ד יט \(3\) 259, 261](#)):

"הגדרתה המשפטית המדוייקת של "ידועה בציבור כאשתו", היא קשה כקריעת ים סוף, או בלתי אפשרית כפתרון בעיית ריבוע העיגול. ניתנו לנו שלושה נתונים: ידועה, בציבור, כאשתו, ולא נתפרש לנו מקורו של הידע, לא זהותו של הציבור ואף לא מהותה של "האישות", שהציבור היודע מייחס לזוג הבלתי נשוי. הווה אומר: משלושה נעלמים עלינו לעשות נגלה אחד."
([ע"א 42/65 דרדריאן נ' עמידר, פד"י י"ט \(3\) 259, 261](#)).

מאז עניין דרדריאן התפתחה והתבססה הפסיקה וניתן להצביע על שלושה נתונים אותם מקובל לראות כיסודות קבועים מינימליים בחיי משפחה:

- א. יסוד האישות.
- ב. היסוד הכלכלי.
- ג. היסוד האמוציונאלי.

להרחבה ראה אמנון בן דרור/"**הידועה בציבור-נישואים ללא נישואין**" (מהדורה שלישית מורחבת 2000, עמ' 30-43 והפסיקה המובאת שם).

ראה פסק הדין של סגן הנשיא (של בית משפט זה) השופט יצחק שנהב מיום 17.3.02 ([בתמ"ש 21030/00](#), מאגר נבו, להלן: עניין ליבמן).

ברי, שלא הוכח היסוד הכלכלי, שכן שני הצדדים מודים שהמשיב לא השתתף במאומה ולא תרם מאומה בתחום הכלכלי. התרומה היחידה שתרום המשיב ליחסים שבין הצדדים היא הסכמתו לקיים יחסי מין עם המבקש.

הן המבקש והן המשיב לא התייחסו ליסוד האמוציונאלי. כל שאיחד ביניהם הוא יחסי המין המשותפים (שאלבא דהמשיב התקיימו באותה עת ובאותו מעמד גם עם אחרים).

מהקטע שצוטט לעיל מתגובתו של המשיב (עליו לא נחקר, כאמור) ומהנתון של הפרשי הגילים שבין הצדדים (-- שנה) עולה שכל הקשר בין הצדדים היה מיוסד על סיפוק צרכים מיניים.

לא ניתן, איפוא, לקבוע שהוכח שניתן להגדיר את יחסי הצדדים כיחסים של ידועים בציבור.

די, איפוא, במסקנה זו, כאמור, כדי לדחות את הבקשה.

ד. תחולת החוק לענייני משפחה על הומוסקסואלים

א. לשאלה זו התייחס סגן הנשיא בעניין ליבמן הנ"ל (סעיף 8 לפסק הדין) כדלקמן:

"מעמדם של זוגות חד מיניים בפסיקה

מוסד הידועים בציבור בין גבר ואישה התפתח באופן שהוכר בפסיקה בדרך של פרשנות וכן במספר חוקים, במיוחד אלה הקשורים לזכויות סוציאליות או זכויות שבירושה, אולם ההתייחסות לזוגות חד מיניים היא מסוייגת וזוגות אלה אינן מוכרים "כמשפחה" או "בני זוג" באותם חוקים הקשורים לבני משפחה.

בע"א 640/82 כהן נ' היועמ"ש פד"י לט (1) עמ' 673 נקבע ע"י כב' המשנה לנשיא השופט ברק (כתוארו אז):

"תפקידו של בית המשפט על פי חוק יחסי ממון הוא לקבוע, אם בני הזוג עשו את הסכם הממון בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו (סעיף 2(ב) לחוק). בטרם יעשה כן, חייבת לבוא הכרעה קודמת ונגררת, כי הצדדים שבפניו הם בני זוג, שכן לא כל הפונים אל בית המשפט יענו. כך, למשל, פשיטא שאם שני גברים, או שתי נשים, באים בפני בית המשפט,

ומבקשים לאשר הסכם שביניהם כהסכם ממון, לא יאשרו בית המשפט, שכן המבקשים אינם בני זוג..." (ההדגשה שלי י.ש.). שם בעמוד 689 מול האות ה'.

וכן בפסק דינו של כב' השופט גולדברג בעמ' 380 מול האותיות ה' ו-ו':

מקובל עלי שגם בבקשה לאישור הסכם ממון עפ"י החוק אין בית המשפט מנוע מלדחות את הבקשה מטעם שבתקנת הציבור (כגון הסכם בין שני גברים או בין שתי נשים).

אמנם הדברים נאמרו "כאמרות אגב" אך הדבר מצביע על הסתייגות מההכרה בזוגות חד מיניים כ"בני זוג".

זאת ועוד, כשבית המשפט העליון נדרש לפירוש ס' 78 לפקודת הניזקין (נוסח חדש), ככולל גם ידועה בציבור, כשזו היתה תלויה במנוח, התייחס בית המשפט העליון להגדרת "בן זוג" בהתייחסות לדיני המשפחה.

ע"א 4196/98, 4247/98, 4324/98, 2000/97 לינדורן, יו.פי.אס, ואח' נ' "קרנית" - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, מירי לביא ואח' [פורסם בבנו].

"מסקנתי הינה כי הדיבור "בן-זוג" בסעיף 78 לפקודה משתרע גם על ידועים בציבור. משמעות זו של המונח "בן זוג" נופלת למתחם המשמעויות הלשוניות של הדיבור "בן זוג". משמעות זו היא מובנו המשפטי של הדיבור "בן זוג", שכן מובן זה מגשים את התכלית (הספציפית והכללית) המונחת ביסוד לשון החוק. לא מצאתי טעמים של ממש שלא לקבוע הלכה זו (וברוח זו, ראו גם פרידמן, "הידועה בציבור בדין הישראלי", עיוני משפט ג' 459 (1973)). בהקשר זה, ברצוני להעיר שתי הערות אלה.

ראשית, פסק דיננו קובע הלכה חדשה בדין התלויים שבניזקין. הוא קובע כי ידועה בציבור יכולה להיחשב כ"בן זוג" - או נכון יותר "בת זוג" של הידוע בציבור שלה. אין בפסק דיננו כל קביעה מעבר לכך. אין בו כל קביעת הלכה בדיני המעמד האישי. עמדתנו הינה כי הדיבור "בן זוג" בפקודה מצביע על מצב עובדתי של תלות ולא על סטטוס משפטי. כמובן, בהקשרים אחרים עשוי להינתן לביטוי "בן זוג" מובן אחר. כל חוק צריך להיבדק לגופו; כל ביטוי צריך להיבחן בהקשרו; כל מונח צריך להיקבע עפ"י תכליתו."

נכון, שבמהלך העשור האחרון ניכרת מגמה של בתי המשפט בדרך של פרשנות להכיר בבני זוג מאותו מין כבני זוג, אך הפרשנות היא מצומצמת ולצרכים מסויימים. אין ללמוד מעניין דנילוביץ את מה שיש (צ"ל "שאיין") בו. בעניין דנילוביץ קבע בית המשפט בשבתו כבג"צ כי דייל הזכאי לכרטיס טיסה עבור בן זוגו או בת זוגו זכאי לקבלו גם אם בן הזוג הוא מאותו מין. (ראה להלן התייחסותי לבג"ץ דנילוביץ).

ב. כב' ס/הנשיא סבר בענין ליבמן שהחוק לענייני משפחה איננו חל על בני זוג מאותו המין והטעים זאת בשני טעמים:

1. תכלית החקיקה.
2. לשון החוק.

ואלה דבריו:

"לטעמי התשובה לכך היא שלילית; זאת משני טעמים:

א. תכלית החקיקה -

את המונח "בן זוג", "ידועה בציבור כאשתו" יש לפרש בהקשר לדיני משפחה כי זו התכלית המונחת ביסוד חקיקת חוק בית המשפט לענייני משפחה. החוק עוסק בסמכויות, הוא קובע את הפורום המתאים לדון בכל אותן סכסוכים הקשורים לענייני המשפחה. החוק לא בא להוסיף נורמות מהותיות שלא היו קיימות בכל אותם חוקים שהוכנסו למסגרת החוק.

בפרשנות לפיה המושג "ידועים בציבור" כולל גם בני זוג מאותו מין לא זו בלבד שהוא אינו עומד ביסוד תכלית חקיקת החוק, אלא יש בו משום הוספת נורמה ערכית, השנויה במחלוקת חברתית, ואין זו מלאכתו של בית המשפט להוסיף את הנורמה הנ"ל בדרך של פרשנות, אלא היא מלאכתו של המחוקק בדרך של חקיקה.

ויפים לעניין זה דבריו של כב' הנשיא ברק:

"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... הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים הדמוקרטיים, בשיקולי הפרדת הרשויות ובצורך להבטיח את אמון הציבור. לדעתי, שופט אינו

צריך לראות את עצמו כנושא דגל של הסכמה חברתית חדשה. בדרך כלל, בית הנבחרים הוא המוסד הראוי ליצירת שינויים דרסטיים בעניין זה. פעולה בניגוד להסכמה החברתית תפגע, בטווח הארוך, באמון הציבור במערכת בתי המשפט וביכולתם של אלה לתפקד כראוי." (א. ברק שיקול דעת שיפוטי (תשנ"ג-1993), עמ' 289-290).

ב. לשון החוק -

המושג הלשוני בת זוג "ידועה בציבור כאשתו" בהתייחסות לדיני המשפחה מבטא צרוף של שני פרטים משני המינים.

לעניין זה יפים הדברים שנכתבו ע"י כב' השופט קדמי בבג"צ 721/94 הנ"ל בעמ' 772 מול האות ג':

"החוק מדבר, כאמור אל בני האדם בלשון בני אדם; ובסיס פרשנות הוראותיו עומדת, בראש ובראשונה, המילה. המושגים "זוג" ו"בני זוג" והקשר הלשוני בינם לבין "משפחה" הינם קודם כל מושגים לשוניים, שמשמעותם - ככל שמדובר במישור החברתי - היא כאמור לעיל חבירה של שני פרטים הנמנים עם שני המינים לחיים משותפים בתא משפחתי כשהשיתוף מתאפיין, בין היתר, בחיי אישות המיועדים, מושגית, להבטחת המשכיות החיים."

התייחסות לשונית דומה קיימת גם לידועים בציבור:

"ברם, כפי שכבר נאמר, לא המסגרת הפורמאלית-חיזונית של הנישואין היא המעניקה ל"זוג" את משמעותו הלשונית המסורתית כאמור לעיל: "זוג" במשמעות הנדונה כאן יכול שיהא "נשוי" ויכול שיהא "לא נשוי", אך לעולם חייב הוא להיות "זוג"; ואין לך "זוג" במשמעות הנדונה כאן, אלא אם כן שני הפרטים המרכיבים אותו נמנים עם מינים שונים. לשונית - אין לנו במישור החברתי זוג "אחר; והלשון - היא העומדת בבסיס התקשורת בין בני האדם, והיא האמצעי שבו מבטאים בני האדם את מושגיהם.

הנה כי כן, הנישואין כמוסד משפטי לא מקנים למונח הלשוני "זוג" את תוכנו ומשמעותו המושגית, אלא אך מוספים לו הכרה חברתית כתא משפחתי בקהילה, ומקנים לשני הפרטים המרכיבים אותו - בן הזוג ובת הזוג - זכויות וחובות במישור המשפטי.

אשר על כן - וגם זאת כבר נאמר - מקום ש"זוג" עונה על ההגדרה הבסיסית של מושג זה - לאמור: מקום שמדובר בחבירה של שני פרטים ממינים שונים לחיים משותפים כתא משפחתי במשמעות המוצגת לעיל - אין כל קושי שבהגיון הדברים לראותו כ"זוג

נשוי" לעניינן של חובות וזכויות שקובע הדין לזוג "נשוי"; בבסיס הענקת זכויות והטלת חובות על זוג נשוי על-ידי בית המשפט, עומדת תפיסת השניים כ"זוג".

לעומת זאת, כאשר המדובר בשניים שחברו לחיים משותפים כ"צמד" שאינו "זוג" במשמעות הלשונית הבסיסית האמורה, הגיון הדברים אינו מאפשר להתייחס אליהם מן ההיבט המשפטי כאילו היו "זוג", משום שהם מהווים דבר "אחר". הזוג ה"נשוי" והזוג ה"ידוע בציבור" - "זוג" הם, בעוד ששניים שחברו לחיים משותפים והם מאותו מין - לא "זוג" הם, אלא "צמד חברים".
שם, עמ' 770 מול האות ו'.

נכון, שכב' השופט קדמי היה בדעת מיעוט בעניין דנילוביץ (בג"צ 721/99) ודעת הרוב היתה כי הנטיה המינית השונה אסור לה שתהא רלוונטית כשמוענקת הטבה סוציאלית במסגרת תנאי העבודה.

אולם, במקרה דנן, לא בהטבה סוציאלית עסקינן אלא "בבן" / "בת זוג" "ידועים בציבור" בהתייחסות לדיני המשפחה. ובהקשר לזה יש לקרוא את המושגים של "בן" / "בת זוג" ו"ידועה בציבור" בלשון בני אדם, כפי שמושגים אלה, מובנים בכל אותם החוקים המהווים את דיני המשפחה ואשר הוכנסו לחוק בית המשפט לענייני משפחה תשנ"ה-1995.

משאין המבקשות נכנסות להגדרת "בן משפחה" במונח ס' 1 (2) לחוק אין בית המשפט לענייני משפחה מוסמך לדון בעניינם וממילא, גם לא לאשר את ההסכם".

עד כאן מפסק הדין בענין ליבמן.

תמים דעים אני, עם כל הכבוד, עם עמדתו של ס/הנשיא.

ג. תחולת ההגדרה של "בן משפחה" על בני זוג מאותו המין

התייחסתי לשאלה זו בהחלטתי בעניין שטיינר (עמ"ח 8/94-ב, שטיינר אדיר נ' קצין התגמולים, לא פורסם, מיום 13.8.95 להלן: עניין שטיינר).

המדובר בערעור על החלטת קצין התגמולים לפיה נדחתה תביעת המערער להכרת זכות על פי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) תשי"ו-1950 (להלן, חוק משפחות חיילים).

(א) העובדות בעניין שטיינר היו כדלקמן:

- א. המערער, אזרח ישראל, יליד ---, ומתגורר בתל-אביב.
- ב. שותפו ובן זוגו לחיים של המערער, ---, (להלן המנוח), נפטר ביום-----.
- ג. ביום מותו שירת המנוח בשירות פעיל בצה"ל, בדרגת-----.
- ד. בשמונה השניים האחרונות לחיי המנוח, למן שנת 1984, חיו המערער והמנוח בצוותא, וניהלו חיי משפחה ומשק בית משותף. המערער והמנוח התגוררו יחד בדירתו של המנוח, ברח'----- ב-----.
- ה. משך כל השנים שחיו יחד, הוכרו המערער והמנוח כבני-זוג לכל דבר ועניין על-ידי כל קרוביהם, ידידיהם ומכיריהם. מהות היחסים בין המערער והמנוח היתה ידועה לרבים, וביניהם אנשי ציבור בכירים וקצינים גבוהים בצה"ל.
- בסעיפי המשנה של סעיף 5 מובאות דוגמאות לפיהן הבהיר המנוח את טיב היחסים שניהל עם המערער לרמטכ"ל רא"ל משה לוי, לאלוף יצחק מרדכי, לשר הבטחון (=ב- 1987) מר יצחק רבין ולפורום המטה הכללי.
- ו. בשנת ---- לקה המנוח במחלת הסרטן. בתחילה דומה היה כאילו הוא מצליח להתאושש ולהתגבר על מחלתו, ברם, לרוע המזל, היתה התאוששות זמנית, ועד מהרה חלה התדרדרות במצבו של המנוח. המערער סעד את המנוח לאורך כל הדרך. בימי חייו האחרונים של המנוח, היה המערער היחיד שהורשה על ידי המנוח לסעוד אותו ולטפל בו.
- ז. המנוח נפטר ביום-----, תוך שהוא מותיר אחריו צוואה לטובת המערער ולטובת שלושת ילדיו של המנוח".

(ב) לא היתה מחלוקת בין בעלי הדין שהיחסים שבין המערער לבין בן זוגו התנהלה כמערכת, שאילו התנהלה בין בני זוג דו מיני, ניתן היה להגדירה כידועים בציבור.

(ג) בעניין שטיינר דחיתי את הערעור, בין השאר, מן הנימוקים שהם יפים אף לענין דנן. הדברים המתייחסים לחוק משפחות חיילים יפים, אם לא יותר מזה, אף לחוק ולחוק לענייני משפחה ואלה הדברים:

(1) ההגדרה של משפחה

"משפחה" מוגדרת (ראה האנציקלופדיה העברית ערך משפחה, כרך כ"ד עמודה (649): כ"מסגרת מוכרת ע"י החוק של הורים או ממלאי מקומם האחראים להולדתם, גידולם וחינוכם הראשוני של ילדים. במקביל לאוניברסליות של מוסד המשפחה מצויה התופעה של איסור גלוי עריות המוטל על הורים וילדים, אחים ואחיות לקיים ביניהם יחסי מין".

שני דפוסים עיקריים של קבוצות משפחה הראשון שבהם הוא: "משפחה גרעינית", (Nuclear, Elementary or conjugal Family) הכוללת זוג הורים וילדיהם ה"לא נשואים". בהגדרה של THE LEXICON WEBSTER DICTIONARY כרך 1 ערך - FAMILY:

"THE UNIT CONSISTING OF PARENTS AND THEIR CHILDREN"

החוק, (=בפס"ד שטיינר חוק משפחות חיילים) אכן, מתייחס, "למשפחה גרעינית. לענייננו, מכריע, איפוא, האלמנט של הורים וילדים כנ"ל. מכאן המסקנה הבלתי נמנעת שאין לדבר על "משפחה" (ואין אנו עוסקים בבטויים מושאלים) ללא האלמנט של זכר ונקבה ושל הורות בפוטנציה, הורות מושגית. אמנם, לאחרונה, מצויות משפחות חד הוריות, אך אלה לא נוצרו מלכתחילה אלא על ידי זכר ונקבה אשר ילדו את הילד(ים) של המשפחה החד הורית. שני אנשים מאותו המין אינם מייסדים משפחה ואינם פוטנציאל למשפחה.

אמור מעתה, שהמערער והמנוח, חרף הקשרים שביניהם, לא הו "משפחה" וממילא אין המערער יכול להיות "בן משפחה". הוא נחסם, איפוא, במעגל התוחם הראשון שבהגדרת החוק, דהיינו ב"בן משפחה".

(2) דחיית הקונסטרוקציה הפרשנית

"אכן, מעמדת המשנה לנשיא בבג"צ דנילוביץ עולה, שאף כשמדובר במינוח "בן זוג" סבוכה הפרשנות להגיע למסקנה שהוא כולל בני זוג מאותו המין, ואלה דבריו:

"בפנינו לא חזר המשיב על הקונסטרוקציה הפרשנית. אכן, קונסטרוקציה זו - שנדחתה, כאמור, על ידי בית הדין הארצי לעבודה - סבוכה היא (השווה לעניין הדיבור "בן זוג", ד"נ 13/84 לוי נ' ועדת הכספים של כנסת, פ"ד מא (4) 921; ראה גם:

BOWMAN, CORNISH, "A MORE PERFECT UNION: A LEGAL AND SOCIAL ANALYSIS OF DOMESTIC PARTNERSHIP ORDINANCES", 92 COLUM.L.REV. 1164(1992); ELBIN, "DOMESTIC PARTNERSHIP RECOGNITION IN THE WORKPLACES: EQVITABLE EMPLOYEE BENEFITS FOR GAY COUPLES (AND OTHERS)," 51, ONIO STATE L.J. 1067 (1990)".

אמור מעתה, שהמשנה לנשיא לא יסד את הכרעתו בבג"צ דנילוביץ על אדני הקונסטרוקציה הפרשנית אלא על אדני הקונסטרוקציה הסטטוטורית (= שהיתה יפה אך לנסיבות עניין דנילוביץ).

על כל פנים, בענין דנן, אין מקום להרחבת משמעות "בן משפחה" גם על זוג חד מיני, בוודאי לא על פי ניסוחו של החוק, הן מחמת עמדתו של המשנה לנשיא ביחס לקונסטרוקציה הפרשנית, הן לאור עמדתו הפרשנית של כב' השופט קדמי והן לאור העובדה שכב' השופט ד' דורנר נמנעה כלל מלגעת בקונסטרוקציה הפרשנית.

(3) הזכות לשיוויון

מהותו של עקרון השיוויון ומהותה של זכות השיוויון בעולמו של המשפט בישראל, שורשים עמוקים להם בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

א. כמדינה יהודית:

(1) החל במגילת העצמאות הקובעת: ש"מדינת ישראל... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל", והגדרתה את מדינת ישראל כ"מדינה יהודית" ולא רק כמדינת יהודים;

(2) דרך [חוק יסודות המשפט](#) תש"ס - 1980, הקובע:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרע ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" (סעיף 1 לחוק):

(3) ועד חוק יסוד: כבוד האדם וחירות הקובע:

סעיף 1 א): "חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

הזכות לשוויון מעוגנת בתורת ישראל והיא ניצבת ליד ערשה של האנושות. נתלה עצמנו באילן גדול, כבי השופט מ' אלון (כתוארו אז), אשר אמר לענין זה בפרשת ניימן ([ע"ב 2/84, 3, ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד ל"ט, 2, עמ' 225, בעמ' 298](#)):

"יסוד מוסד בעולמה של היהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויונו ואהבתו. "הוא (= ר' עקיבא) היה אומר: חביב אדם שנברא בצלם, חבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר (בראשית, ט', ו') "בצלם אלוקים עשה את האדם" (משנה, אבות, ג, יד) ובכך מנומק בפסוק אחרון זה איסור שפיכת דמים לבני נוח, עוד בטרם מתן תורה. מאלפים מאוד חילוקי הדעות שבין שניים מגדולי התנאים בדבר כתר העדיפות בסולם הערכים שביחסי אדם לאדם:

"ואהבת לרעך כמוך (ויקרא, יט, יח) רבי עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה; בן עזאי אומר זה ספר תולדות אדם (=ביום ברא אלקים אדם בדמות אלקים עשה אותו - בראשית, ה, ו)- זה כלל גדול מזה" (ספרא, קדושים, פרשה ד, י). אליבא דר' עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם לאדם הוא אהבת אדם והבריות; ואליבא דבן עזאי - הערך העליון והעדיף הוא שוויון האדם, באשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים. ושני הערכים גם יחד - שוויון ואהבת הבריות - היו לאחדים בידה של האומה העברית,

ושניהם כאחד מהווים יסוד היסודות של היהדות, לדורותיה ולתקופותיה. מחמת יריעתנו הקצרה נסתפק באסמכתא זו.

(ב) כמדינה דמוקרטית:

אף לענין זה נתלה עצמנו באשלי רברבי, באסופת המקורות בפסיקה הישראלית שקבץ כבי המשנה לנשיא א' ברק בבג"צ דנילוביץ (עמ' 6 לפסק הדין המודפס, סעיף 10 ואילך).

עקרון השיוויון מעוגן בישראל במספר מערכות נורמטיביות. ראשית, הוא מהווה עקרון הלכתי - פרי "המשפט המקובל נוסח ישראל" - אשר הוכר ופותח על ידי בתי המשפט בישראל. עקרון זה מוקרן אל תוך תכליתו (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה ומהווה אמת מידה לפרשנותו. "עקרון יסוד המשמש מטרה חקיקתית לכל פעולות הגוף המחוקק, הוא העיקרון של שיוויון הכל בפני החוק... על-כן יש להניח ולפרש דברי חקיקה, כבאים להגשים מטרה זו ולא לסתור אותה" (ראה הציטטות ומקורותיו שם).

(4) חברת הכנסת יעל דיין הגישה לכנסת הצעת חוק לתיקון חוק משפחות חיילים (הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), (תיקון - הגדרת בן משפחה), התשנ"ד - 1994), בהבינה שזו הדרך היחידה לשנוי החקיקה הקיימת.

יאמר נא המחוקק את דברו, ברצותו יתקן וברצותו ימאן. אל לנו, כוועדת ערעורים (=ובענין דנו, כבית משפט לענייני משפחה). להתעטף באיצטלה לא לנו, ועל אדני עקרון זכות השיוויון להעניק זכויות למי שהמחוקק בחוק הספציפי, והכה מיוחד הזה, לא מצא לנכון להעניק.

כאמור, יפים הדברים גם לעניין החוק וגם לעניין החוק לענייני משפחה. הן בהצעת החוק והן בדברי הכנסת לעניין החוק אין מאומה, ואפילו לא ברמז, לתחולתו על בני זוג הומוסקסואליים.

עוד אמרתי בעניין שטיינר:

"בשורה של פסקי דין הביע בית המשפט העליון את הרעיון שאין חכמה, אין עצה ואין תבונה כנגד חוק שהכנסת חוקקה, יהיה אשר יהיה, אלא בהיותו עומד בסתירה לחוק יסוד המאפשר ביטולו של החוק בכפוף לתנאים הנקובים בו".

ראה [ע.א. 228/63 עוזו נ' עזר, פד"י י"ז](#), 2541, בעמ' 2547, דברי כב' השופט ברנזון:

"נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של [חוק הכנסת](#) או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר". וכן [בג"צ 188/63, בצול נ. שר הפנים, פ"ד י"ט\(1\)](#), עמ' 337, בעמ' 349, דברי כב' השופט ברנזון: "אחרי שהחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראותיו, קביעותיו והנחותיו".

[בג"צ 108/70, מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד\(2\)](#), עמ' 442, דברי כב' השופט ברנזון, בעמ' 445: "לכל הדעות מה שהכנסת עושה בדרך הרגילה כגוף מחוקק, שנבחר בבחירות דמוקרטיות ומשקף את רצונו החופשי של העם טענת אי-סבירות אינה יפה לו ובית משפט זה אינו רשאי לשים עצמו שופט על סבירותם או אי-סבירותם של מעשי חקיקה כאלה של הכנסת".

[ע.א. 780/70, עירית ת"א-יפו נ' שולמית ספיר, פ"ד כ"ה\(2\)](#), עמ' 486, בעמ' 491: "בית המשפט אינו מעביר תחת שבט ביקורתו [חוק הכנסת](#) אם טוב הוא ואם רע, אם סביר הוא ואם לאו".

[בג"צ 778/78, א.ה. אגודת הבונים להשכרה בגוש דן, אגודה עותומנית ואח' נ. שר הבינוי והשיכון ואח'](#), פ"ד לח(1), עמ' 625, בעמ' 629, דברי כב' השופט ד' לויך:

"הכנסת, והיא בלבד, רשאית לפסול חוק כולו או מקצתו, לשנות חוק או לחוקק חוק אחר תחתיו, מובן כי בית המשפט לא יתערב בהליך ממין זה שהוא כאמור בתחום סמכותה הבלעדי של הרשות המחוקקת".

[בג"צ 120/73, ג 120/73, טוביס נגד ממשלת ישראל, פ"ד כ"ד\(1\)](#), עמ' 757, עמ' 759:

"התשובה הקצרה על שלוש הטענות הללו אחת היא המעשים הפסולים בהנחה הבלתי מוכחת שאמנם יש בהם פסול נעשו לא בידי הממשלה כי אם בידי הכנסת ואין בית משפט זה מהרהר אחר הכנסת".

[בג"צ 142/89, תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת,](#)

[פ"ד מד\(3\), 529, 554 :](#)

"... על פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפיסה זו, קיבלנוה בירושה מן התפיסה האנגלית ופיתחנו אותה על רקע המציאות של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מהקונצנזוס של הציבור הנאור... אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק שאינו סותר הוראה משוריית בחוק יסוד והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, נראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להעשות בשלב זה של חיינו הלאומיים על ידי העם ונציגיו הנבחרים".

[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)

(5)

א'. עקרון השוויון כחלק מהחוק

[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), אינו כולל, על פי כתבו, את עקרון השוויון, אף שהוא מונה עקרונות אחרים (כגון: קנין, תנועה, פרטיות). העדר קונצנזוס בכנסת לגבי הכנסת עיקרון זה לחוק היסוד מנע, אמנם, את הכנסתו. כיוון שכך, גילתה הכנסת, על דרך השלילה, את אי רצונה שעיקרון זה ישווה בעוצמתו לעקרונות האחרים שבחוק היסוד, שבכוחם להביא לבטול

חוקים העומדים בסתירה להם. מסקנה זו מאששת את המחשבה שלאחר חקיקת [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), כל עוד אין הוא כולל את עקרון השוויון, תש כוחו של עיקרון השוויון בהשוואה לעקרונות וערכים אחרים שנכללו בחוק היסוד הזה.

דעה אחרת הביע פרופ' א' ברק בספרו "פרשנות במשפט" (שם, עמ' 458) באומרו: "[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) אינו קובע הוראה מפורשת בדבר השוויון. יש להניח כי הדבר יבוא בחוק יסוד נוסף, על כל פנים, ניתן לומר שהשוויון עומד ביסוד כבוד האדם וחירותו ונגזר ממנו. דומה, איפוא, שכל עוד לא תיקבע בעניין זה הוראה כמפורשת (= שמא ט"ס, צ"ל מפורשת), ניתן לראות כיום את השוויון כמעוגן בחוק יסוד "כבוד האדם וחירותו".

הרעיון המונח בבסיס מסקנה זו הוא:

זכויות האדם המפורטות שנקבעו ב[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) אינן ממצות את מלוא היקפו של העיקרון בדבר כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא ביקש ליתן רשימה סגורה של זכויות יסוד. הוא קבע את העיקרון הבסיסי בדבר כבוד האדם וחירותו. הוא גזר ממנו מספר זכויות אדם קונקרטיות. יש להניח כי הכנסת תמשיך במלאכה זו. עם זאת, הטקסט החוקתי שנקבע עשיר דיו להקרין מתוכו זכויות אדם נוספות, הנגזרות מהעיקרון הבסיסי בדבר כבוד האדם וחירותו: (ברק, שם, עמ' 447). דעה זו הביע גם כב' השופט ת' אור ב**[בג"צ 5394/92](#)**, הופרט נ' יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה (טרם פורסם) ואשר הובא ע"י כב' המשנה לנשיא בבג"צ דנילוביץ (עמ' 9 למודפס) כדלקמן:

"היום ניתן לעגן את עיקרון השוויון ב[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). עיגון כזה משמעותו העלאת עיקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית".

ב'. אין שוויון אלא בין שווים

גם אם אאמץ השקפה זו של פרופ' א' ברק, סבורני שאין זכות השוויון עומדת בסתירה להחלטת המשיב (=קצין התגמולים) שלא להכיר במערער (=בעניין דנן, להחיל את החוק ואת החוק לענייני משפחה על יחסי הצדדים) ונמוקי עמי:

אין מקום להשוואת המערער (= בענין דנן - המבקש) עם שאר הזכאים על פי החוק (=בענין דנן, על פי [החוק למניעת אלימות במשפחה](#) ועל פי החוק לענייני משפחה).

על מהות עיקרון השוויון כתב פרופ' א' ברק (פרשנות במשפט, שם, עמ' 459):

"לפי הכרתי, שיוויון אינו מושג פורמלי. זה מושג מהותי, אשר הגינות, צדק ומוסר משמשים בו בערבוביה. אין עקרון "טהור" של שיוויון. אין להפריד הפרדה גמורה בין שוויון לבין צדק ומוסר. שוויון הוא תרכובת בין כל אלה. יש להכיר בכך, ולהתמודד עם עקרון השוויון בתפיסה זו".

על יסוד פסיקתו של כב' הנשיא אגרנט (כתוארו אז) בפסק הדין בעניין בורונבסקי ([ד"נ 10/69 בורונבסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה\(1\), 7](#)), העלה כב' המשנה לנשיא, השופט א' ברק, בבג"צ דנילוביץ, את רעיון "שוויון הרלוונטי" (RELEVANT EQUALITY) לעומת "הבחנה מותרת". בהתאם להגדרה זו:

"שוויון הינו 'ייחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלבנטיים לאותה מטרה" (פרשנות במשפט, שם, הערה 259).

"בקביעת הבדלים של ממש שהם רלבנטיים לאותה מטרה מוחדר העיקרון המהותי של השוויון" (שם).

"השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן אין לך גורם הרסני לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (שם, עמ' 458, על פי [בג"צ 953/87 פרוז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מ"ב \(2\) 309 \(332\)](#), מפי השופט ברק).

מטרת החוק היא לסייע ל"בן משפחה" של נספה (= בעניין דנן: להגן על "בן משפחה"). כפי שהובהר לעיל, יחסי מין בין שני זכרים אינם יוצרים זיקת משפחה בהעדר היסוד ההכרחי המושגי של לידת ילדים. פוק חזי מאי עמא דבר (צא וראה איך העם נוהג, ולענייננו גם מה העם סבור). אין רואים ואין מתייחסים לזוג זכרים, אפילו יקיימו יחסי מין, וחרף יחסי ידידות עמוקים ביניהם, כמשפחה. אין חכמה, אין עצה ואין תבונה כנגד חוק הטבע, זוג זכרים לא ילדו ילדים מעצם הווייתם כזכרים ועל כן מעולם ולעולם לא יצרו יחסיהם ההמוסקסואליים יחסי משפחה. ההשוואה לעניין זה כלל לא מתחילה.

לעניין התכלית שבחוק (=וכך גם בענין דנן): הכוונה להשוות את המערער (=בענין דנן, את הצדדים) לזכאים על פי החוק, אין בה ממש. אם יקום בעל דמיון שידחק למצוא שוויון, יהיה שוויון זה שוויון "בלתי רלבנטי" וההבחנה תהיה "הבחנה מותרת". אין למצוא בחוק שרירות, בהעדר השוויון לו עותר המערער. אין בניה ובנותיה של החברה ואין הצבור רואים בהעדר שוויון לו עותר המערער משום איפה ואיפה, שכן האיפה הראויה ל"בן משפחה" איננה האיפה הראויה לזכרים המקיימים ביניהם יחסי מין ואפילו חיים בשיתוף. אין בהעדר שוויון, כנטען על ידי המערער, לפגוע "בכוחות המאחדים את החברה". במקרה דנן, מדובר ביחס שונה כלפי שונים. אני תומך יתדותי בפסקי הדין הקנדיים אותם העלתה כב' השופטת דורנר, בפסק דינה בבג"צ דנילוביץ (עמ' 43 למודפס), לפיהם, חרף פירושו בפיסקה של סעיף 15 (1) למגילת הזכויות החירויות, שהיא חלק מ- CONSTITUTION ACT, 1982, כסעיף האוסר הפליה מחמת נטיה מינית, "נדחו תביעות זוגות הומוסקסואליים לזכויות המוענקות לזוגות נשואים", מן הטעם ש"בהיות תכלית הנשואין גידול ילדים, אין ביחס שונה לזוג הומוסקסואלי משום הפרת המגילה".

אכן, בכוחו של המשפט ליצור פיקציות ולראות את השונים כשווים ואפילו עד כדי אבסורד, אבל זאת על המחוקק לעשות במפורש. בתחום יחסי עבודה, קבע המחוקק, בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה התשמ"ח - 1988, בתיקון שתוקן ב- 1992, סוג נוסף של איסור הפליה: "מחמת ... נטייתם המינית". הביטוי "נטייתם המינית" קבל משמעות בדברי שרת העבודה והרווחה, הגב' אורה נמיר, בהסבירה בכנסת את האיסור הזה גם במובן אשר "תאפשר להם (= לנשים ולגברים) לחיות לפי נטיותיהם

המיניות כאזרחים שווים לכל דבר...". דעת הרוב בבג"צ דנילוביץ ראתה לקבוע שההסכם הקיבוצי, החל על יחסי העבודה של עובדי חברת אל-על, כפוף לשוויון הזדמנות בעבודה, ולראות כהפליה, המנוגדת לחוק זה, את אי מתן כרטיס טיסה ללא תשלום (או בהנחה) למר דנילוביץ, המועסק כדיילת חברת אל-על, עבור גבר עמו הוא מקיים מערכת יחסים יציבה ומתמשכת, בדומה לכרטיסים המוענקים לבני זוג ולידועים בציבור. (ראה להלן על האנלוגיה של בג"צ דנילוביץ לענייננו).

ג'. **מדינה יהודית**

הכרה במערער (=בענין דנן בצדדים כבני משפחה) עומדת בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. לא היה מקום לתקן את חוק משפחות חיילים או לפרשו על בסיס עקרון השוויון, במקרה שטיינר, בהיותו עומד בסתירה לערכי חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו עומד בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. כאמור, הדברים יפים וראויים אף לעניין החוק ולעניין החוק לענייני משפחה.

סעיף 1 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו (כפי שתוקן בתיקון תשנ"ד) קובע:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

ואכן, כנאמר לעיל, קובעת ההכרזה על הקמת מדינת ישראל: "לפיכך התכנסנו, אנו חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום המנדט על ארץ ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות, אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל היא מדינת ישראל. עוד קובעת ההכרזה: "מדינת ישראל... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל".

סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע:

"חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

על אודות ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אמר המשנה לנשיא (כתארו אז) כב' השופט אלון בפסק הדין בעניין סוויסה, [בש"פ 2169/92, סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו, 3 עמ' 338, בעמ' 343](#):

"תכלית ההגנה על חירות האדם היא, איפוא, 'כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. היינו ערכים היונקים מערכיהן של מורשת ישראל ושל מורשת היהדות ומערכי הדמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש. לאורה של תכלית זו-ערכית יש איפה לפרש את האיסור..." (המדובר, שם, בנטילת חרות של אדם במעצר או הגבלתה). במאמרו: "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" (עיוני משפט, י"ז 1, תשנ"ג, עמ' 659, בעמ' 668) מעמיד פרופ' מ' אלון את השאלה: **"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית - מה הם וכיצד ועל פי מה יש להגיע לחקרים?"**

בתשובה לשאלה וכן בפסק דינו בעניין קסטנבאום ([ע"א 294/91, חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו\(2\), 464, בעמ' 512](#)) מצטט כב' השופט מ' אלון מדברי חבר הכנסת אוריאל לין, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, שאמר עם הבאת החוק לקריאה שניה ושלישית (דברי הכנסת השתים עשרה, מושב רביעי, חוברת (תשנ"ב) 3782) וחוזר על מסקנתו שמשמעות מקורותיהם של ערכי מדינת ישראל, לאור ועקב חקיקתו של [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), היא "ערכים היונקים מערכיה של "מורשת ישראל ומורשת היהדות ומערכי הדמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש" (שם, עמ' 513).

אליבא דפרופ' אלון כוללים "ערכיה של מורשת ישראל ומורשת היהדות אף את המשפט העברי, כך עולה ממאמרו הנ"ל.

עמדתו של פרופ' אלון היא, איפוא, (שם, עמ' 670):

"אך מה שפשוט ומובן, ואין צריך אלא לחזור ולהדגישו, שכשם שהמושג מדינה דמוקרטית מתפרש מתוך עיון בהלכות דמוקרטיה שבדמוקרטיות נאורות, כך צריך שהמושג מדינה יהודית יתפרש מתוך

עיון במקורות יהודים שבכיבשונה של יהדות ומתוך התמודדות עם מקורות אלה. יכול וגם ייתכן, כי התמודדות כגון זו לא תביא תמיד לאותן מסקנות, שתהיינה מקובלות על כל השופטים. כאמור, מקום יש בכגון דא לחילוקי-דעות ולחילוקי גישות. מה שברור הוא - ודבר זה לדעתי, אינו יכול להיות שנוי במחלוקת - כי כשמדובר **בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** בשורה של זכויות יסוד, שעליהן עמדנו לעיל, ומשנאמר בחוק היסוד האמור כי המטרה להגן על זכויות היסוד המנויות בחוק היא לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יש לעיין ולדון בכל אחת ואחת מזכויות היסוד המנויות בחוק כפי שהן נלמדות ונדונות במקורן וביישומן, למען עגן דרכן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: וכבר אמרנו לעיל, כי זוהי תכלית דו-ערכית, והמגמה צריך שתהא מציאת הסינתזה והמכנה המשותף לתכלית שלובת ערכים זו. מילויה של משימה זו מצווים אנו מעתה בהוראת המחוקק, כשופטים בישראל, להיזקק, בכל חומר העיון, לפי כל עניין ועניין" "הפניית המחוקק לערכי היסוד של מורשת היהדות, לעניין זכויות היסוד שב**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, היא הפנייה לערכים אלה לגופם ולתוכנם, לדיון לעיון בהגותם ובפסיקתם - תשובתם, לאורך דברי-ימיה של יצירה מופלאה זו, כשם שהפניית המחוקק לערכי היסוד של דמוקרטיה היא הפנייה לדיון ועיון בגופם ותוכנם, במקורותיהם ובפסיקהם, כפי שאכן, כבר נוהגים אנו, כשופטים, ביושבינו על מדין ובעשותנו במלאכת השפיטה".

עמדנו הנ"ל של המשנה לנשיא, מ' אלון, לא זכתה לתגובה, לגופו של עניין, של שופטי הרוב בעניין קסטנבאום. כבי הנשיא מ/ שמגר התייחס ואמר:

"אני מעדיף להשאיר שאלה פרשנית זו בצריך עיון מאחר שהדבר אינו דרוש, לדעתי, לצורך ענייננו" (שם, עמ' 485).

כבי השופט א' ברק (כתוארו אז) התייחס ואמר:

"... לא זה המקום לעמוד על כך. מבקש אני איפוא רק ליתן "הערת אזהרה" זו: עמדתו הפרשנית של חברי, המשנה לנשיא, לדיבור

"כמדינה יהודית ודמוקרטית" אינה פשוטה כלל ועיקר, לא בתוכנה ולא בשיטתה. הסוגיה כבדה מדי, חשובה מדי וסבוכה מכדי שניתן יהא לדון בה אגב אימרת אגב לאימרת אגב".

עמדתו של פרופ' א' ברק באה לידי ביטוי במאמרו: "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות (ממשל ומשפט)", א' תשנ"ב, עמ' 9, בעמ' 30-31), לאמור: "תוכנו של הדיבור "מדינה יהודית" ייקבע על פי רמת ההפשטה שתינתן לו. לדעתי יש ליתן לדיבור זה משמעות ברמת הפשטה גבוהה, אשר תאחד את כל בני החברה ותמצא את המשותף שבהם. על רמת ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופייה הדמוקרטי של המדינה. אכן, המדינה היא "יהודית" לא במובן ההלכתי-דתי, אלא במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה, והווייתה של המדינה (הדבר מתבטא בין השאר בלשון ובמועדי המנוחה). ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והיושר שמירת כבוד האדם, שלטון החוק על המחוקק וכיוצא בהם ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפניה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אפיה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי... אכן ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההסטוריה היהודית. לצידם, כאמור, יעמדו אותם ערכים של מדינת ישראל אשר צומחים מאופייה הדמוקרטי של המדינה.

השילוב וההתאמה בין אלה הם שעיצבו את ערכיה של מדינת ישראל".
(ראה עמדתו גם בספרו, פרשנות במשפט, שם עמ' 429).

בית המשפט העליון טרם הכריע מה הפרשנות שיבורו להם בתי המשפט בבואם לפרש את הדיבור "כמדינה יהודית", כשיטתו של פרופ' מ' אלון, כשיטתו של פרופ' א' ברק, או שתאומץ שיטה ממוצעת בין שתי השיטות העומדות זו מקצה מזה וזו מקצה מזה.

האמת ניתנת להאמר, שלא ירדתי לסוף פרשנות זו של פרופ' א' ברק. שכן לשון חוק היסוד מתייחסת לשני משאבי ערכים מהם שואבת מדינת ישראל את הערכים עליהם היא מושתתת: יהדות

ודמוקרטיה. משנזקק הגוף המכוון לשני המשאבים, נמצאת למד ששאיבה בלעדית ממשאב אחד לא תפיק את מלוא מכלול הערכים עליהם חפץ הגוף המכוון להשתית את ערכי מדינת ישראל. אפשר אמנם שמקצת הערכים המצויים במקור אחד מצויים הדידית אף במקור השני. אפשרי שהערכים שבמקור האחד עומדים בסתירה לערכים שבמקור השני (במקרה זה, יתעורר הצורך להכריע איזה ערך עדיף - לא בהכרח איזה מקור עדיף. סתירה אפשרית זו איננה צריכה לאיים עלינו, שהרי אפשר קונפליקט בין ערכים של אותו מקור עצמו והדבר יבוא על תיקונו בקביעת סדרי עדיפות, בין עקרוניים ובין קונקרטיים). בוודאי אי-אפשר לומר שמשאב אחד של ערכים אגור כולו במשנהו, שאם לא כן, לא שני משאבים עימנו אלא משאב אחד, כשהשני מצוי בכיסו כמעשה הקינגורו. לפי פרשנותו של פרופ' א' ברק קבע הגוף המכוון, בסעיף 1 א' לחוק היסוד, מקור אחד בלבד לתשתית הערכים של מדינת ישראל והיא הדמוקרטיה האוניברסלית כשהוא ממיין את ערכי הדמוקרטיה לשנים: האחד, ערכי דמוקרטיה אשר צמחו מתוך המסורת וההסטוריה היהודית ונקלטו על ידי המדינות הדמוקרטיות של אומות העולם; והשני - ערכי הדמוקרטיה האחרים. על פי פרשנות זו מאבד הביטוי הערכי כ"מדינה יהודית" את משמעותו הערכית והיחודית לעם ישראל וניתנת לו משמעות מצומצמת של מקור לערכים דמוקרטיים אוניברסליים, מקור ממנו שאבו אומות העולם הנאורות ערכים דמוקרטיים.

גישתו של פרופ' א' ברק נובעת, אמנם, מתוך מגמה חיובית שתכליתה למנוע סתירה "בין יהדותה לדמוקרטייתה של המדינה לעניין ערכיה". על כן, לדעתו, "יש לשאוף לכך כי הדיבור "יהודית ודמוקרטית" לא יכלול בחובו ניגוד, אלא השלמה והרמוניה (ברק/פרשנות במשפט, שם, עמ' 428).

הדרך בה נקט פרופ' ברק, למנוע ניגוד אפשרי כזה בין "שני מלכים שישתמשו בכתר אחד" (רש"י לבראשית א, טז, ד"ה: "המארות הגדולים), של מדינת ישראל, היתה למעט את המלך האחד, דהיינו את הערכים "כמדינה יהודית", על ידי העלאתו לרמת הפשטה גבוהה, כך שהפניה לערכים אלה תהיה רק "ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה" (שם, עמ' 428).

נראה לי לאמץ דוקא את הסיפא של דבריו של פרופ' א' ברק (שם):

"אם תתגלה סתירה בין אופיה היהודי של המדינה (= בין ערכיה כמדינה יהודית) לבין אופיה הדמוקרטי של המדינה (= בין ערכיה כמדינה דמוקרטית), יהא השופט חייב לפעול - בהעדר הכוונה נוספת - על פי שקול דעתו". אם אמנם יאומצו דברים אחרונים אלה, אין עוד צורך בטכניקה של הגבלת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ל"ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו" ולהגביל את הפניה לערכים אלה "ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופייה הדמוקרטי של המדינה".

אין חולק שתורת ישראל, בוודאי זו שבכתב, היא המקור הראשון, הן כרונולוגית והן מבחינת החשיבות העניינית, לערכיו של עם ישראל. מכאן, שערכיה של תורת ישראל הם אדנים וביטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. איסור גלוי עריות הוא אחד מערכי התשתית של תורת ישראל ושל עם ישראל.

פרשת איסורי העריות כוללת גם משכב זכר (ראה: ויקרא י"ח 22). מרכזיותו, חשיבותו ומעמדו בסולם הערכים של עולמה של היהדות של איסור זה, באים לידי ביטוי בכך שהוא אחד משלושת האיסורים הבלעדיים שלגביהם מצווים על פי תורת ישראל ביהרג ואל יעבור. הוזה אומר, בהיררכיה של ערכי היסוד בעולמה של היהדות הוא מצוי בשלב גבוה יותר מן הערך של השבת ומן הערך של קדושת חיי אדם. לפי שיטתו של פרופ' א' ברק, ונראה שכך עולה מפסיקתה של כב' השופטת דורנר בעניין דנילוביץ, הרי שכל עוד משכב זכר מנוגד לערכי אומות העולם הנאורות, יהיה הדבר מתאים לערכי מדינת ישראל "כמדינה יהודית". אבל, ככל שאצל אומות העולם המערביות הולך ומתפתח תהליך הדרגתי של שנוי התפיסה החברתית כלפי ההומוסקסואליות, והיא מקבלת לגיטימציה, כך גם במקביל, במדינת ישראל, יש לראות תופעה זו כעולה בקנה אחד עם ערכיה של "מדינת יהודית". המצב כיום, לאור סקירתה של כב' השופטת ד' דורנר בבג"צ דנילוביץ (אסתפק בסקירתה שהיא ממצה לענייננו), אין אחידות אף באומות העולם הנאורות ביחסן לתופעה זו. יחד עם זאת, אין כל ספק שהומוסקסואליות ויהדות אינם עולים בקנה אחד. זו גם עמדתה של היהדות הרפורמית בארה"ב. הנתונים על כך מופיעים במאמרו של נתניאל ס. לרמן, המנהל הקליני בדימוס של בית חולים הממשלתי בברוקלין: "הומוסקסואליות ויהדות האם הם עולים בקנה אחד?"

אין זו סכנה עיונית גרידא: לא חסרות דוגמאות בהיסטוריה המשפטית של אומות, שהנסיגה שבה אנו דנים אומנם התקיימה הלכה למעשה... אין בכוחם של ערכי היסוד לעצור את הידרדרות החברה. לא לשם כך הם נוצרו. רק הכוחות הפנימיים של החברה יכולים למנוע את הידרדרותה. רק עמידה מתמשכת ובלתי מתפשרת של ערכי המוסר הנצחיים של האנושות יכולה למנוע את הידרדרות החברה. חירות, שיוויון, צדק, אינם רק ערכי-יסוד; הם גם מושגי יסוד הקודמים לשיטה משפטית וקיימים מעל ומעבר לה. כל עוד קיימים ערכים מוסריים אלה בלבבות בני-אדם, הם ימנעו את הידרדרות החברה והשיטה המשפטית, אך אם אלה אינם קיימים כדברי LEARNED HAND, אין בכוחם של חוקה, חוקים ובתי משפט להצילם" (עמ' 382-383). (הדברים הובאו על ידי המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט מ' אלון, בפסק הדין בעניין ז'רזיבסקי נ' ראש הממשלה ואח', בג"צ 1635/90, פ"ד מה(1), עמ' 749, בעמ' 784).

לעניין זה הוסיף המשנה לנשיא, מ' אלון, ואמר (שם):

"דברים נכונים אלה אושרו לא אחת בדברי ימיה של ההיסטוריה האנושית ומחייבים הם זהירות מרובה במציאת האיזון הראוי בין הצורך לשינוי לפי הדינמיות של ההווה לבין ערכי המוסר והיושר של האנושות שבעבר. ערובה לאיזון זה מגולמת היא במערכת משפטה של מדינת ישראל, שערכי היסוד הפועלים בה לפי צורכי ההווה, שורשיהם שתולים בעקרונות מורשת ישראל מקדמת דנא, המטופחת במשנתם של גדולי ישראל מדור דור והמפותחת בחוכמה ובתרבות של דורות על גבי דורות של חכמי ישראל והגותם; וכל אלה, בקשת מגוונת בשלוחותיה אך הרמונית ביסודה".

משקבע המוסד המכוון את ערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית", כאחד משני עמודי התווך של המשפט החוקתי של המדינה, הוא עשה זאת מתוך הכרה וידיעה ברורה שערכי היסוד, לפחות אלה המעוגנים ושמקורם בתורת ישראל ובנביאי ישראל, ניהונו בתכונות של אמת ויציב. הם לא השתנו מאז נתינתם למשה מסיני, ועל פי תפישת עולמה של היהדות הם אף אינם עתידיים להשתנות, בבחינת "חוק נתן ולא יעבור" (כחוקי הטבע, תהילים קנ"ח, ו'). כל הטלטלות, כל הסערות, כל האסונות, ועד לשואה האחרונה, שעבר העם היהודי מאז נהיה לעם, לא היה בכוחם לעקור ממקומם את ערכי היהדות שמקורם בתורת ישראל,

ובחזון נביאי ישראל, בבחינת "וגם נצח ישראל לא ישקר" (שמו"א, טו, כט).

ההשקפה, שערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית" יונחו, לשבט או לחסד, להיות או לא להיות, על פי התפישות החברתיות והמשפטיות של האומות המערביות הנאורות, עומדת בסתירה לעצם קביעתם כתשתית ערכית (יחד עם ערכי מדינה דמוקרטית) למדינת ישראל. אדרבה, שמא התכוון המוסד המכוון שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ישמשו עוגן מפני אפשרות הסחפותה של המדינה אחרי תפישות חברתיות ומשפטיות של אומות העולם, כפי שהזהיר פרופ' ג' פרוקצ'יה, על אדני הדוגמאות ההסטוריות של הדרדרות תהומית של מדינות נאורות. כמדומה, שאף פרופ' א' ברק הגמיש את ההשקפה הראשונה שהביע ושהועלתה לעיל. במאמרו: כבוד האדם כזכות חוקתית", הנ"ל, הוא איננו חוזר על עמדתו, לפיה ערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית" חייבים שיהיו תואמים את אופייה הדמוקרטי של המדינה וכי הם מוגבלים לאותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית (=העולמית), ואשר צמחו מתוך המסורת וההסטוריה היהודית, וכי הפניה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם. במאמרו אומר פרופ' א' ברק (עמ' 6-275):

"מעמד מיוחד יש ליתן למורשת היהודית שלנו וזאת משני טעמים: ראשית משום מעמדה המיוחד של מורשת ישראל כמקור לערכי יסוד בשיטת המשפט הישראלית: שנית, משום המעמד המיוחד הניתן למורשת ישראל בפסקת המטרה. זו קובעת כי מטרתו של חוק היסוד 'להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. מכוחה של הוראה זו, יש ליתן לדיבור "כבוד האדם" אותה משמעות אשר תיתן ביטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, הם ערכים ציוניים מזה וערכים של מורשת ישראל מזה. מכאן חשיבותה של תפישת המורשת, אשר בצד תפישות של ציונות ודמוקרטיה יגבשו את מהותו של "כבוד האדם" כמושג מפתח משפטי בחיים החוקתיים שלנו".

ואמנם בענין וכסלבאום (בג"צ 5688/92, וכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מו(2), עמ' 812). אמר השופט א' ברק:

"כבוד האדם הוא עיקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוגי או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין

להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני, ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי. תכנו של "כבוד האדם" ייקבע על פי השקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#).

גישה זו מבקר כב' המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, בפסק הדין בעניין שפר (ע"א 506/88, שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח(1), 87), בעמ' 103) ואומר:

"דברים אלה, עם כל הכבוד, אינם מקובלים עלי תמיהני, כיצד ומאין נכנס לחוק היסוד האמור - לצורך הגדרת זכויות היסוד שבו - ' הציבור הנאור בישראל'... משזכינו ולעולמה של מערכת משפטנו בא [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), שוב אין צורך ואין זה מן הראוי, להכניס למערכת משפטנו אלמנט והגדרה כגון 'השקפות הציבור הנאור בישראל'. אין זה מן הראוי - על שום שחוק יסוד זה, כל כולו ערכים שמלאכת פרשנותם רוויה היא השקפות עולם וגישות יסוד, ומושג כה עמום כ"נאור" רק יוסיף אי וודאות על אי הוודאות שמעשה אמנות פרשנות קשה זו; ואין זה מן הצורך, על שום שחוק יסוד זה כולל הוא בחובו הוראה מפורשת בדבר מטרתו - ומתוך כך אופן פרשנותו - היינו: עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. לא ההשקפות של האדם "הנאור" או הציבור "הנאור" קובעות את היקפו, תוכנו ומהותו של ערך העל "כבוד האדם". היקפו, תוכנו ומהותו של ערך על זה - כפי שכך הוא לעניין כל הערכים, ההוראות והכללים המצויים [בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) - ייקבעו ויתפרשו על פי האמור בחוק זה, היינו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת מתוך עיון בערכים אלה, עמידה עליהם, ומציאת הסינתזה שביניהם".

ביקורת זו דוחה פרופ' א' ברק במאמרו: "כבוד האם כזכות חוקתית" הנ"ל (סוף הערה 116, בעמ' 287) ואומר:

"ביקורת זו, יש לדחותה. היא מבוססת על ההנחה, כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וערכיה כמדינה דמוקרטית תואמים זה את זה, ומובילים תמיד לפתרון זהה. ולא היא. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עשויים להתנגש עם ערכיה כמדינה דמוקרטית. כיצד תיפתר התנגשות זו? הצעתי הנה, כי אמת המידה של "הציבור הנאור" תשמש גורם מכוון ומדריך. למותר לומר, שגם לאחר השימוש באמת

מידה זו, עדיין ישארו מקרים שבהם ההכרעה תחייב הפעלת שיקול דעת שיפוטי".

אם הבנתי, אל נכון, את עמדתו של פרופ' א' ברק אין הוא חוזר, כאמור, אל התיזה הראשונה בדבר ההפשטה של ערכי "מדינה יהודית" ברמת הפשטה האוניברסלית שלהם, שאילו כך היה הדבר, לא תתכן, לפי גישה זו, התנגשות בין שתי מערכות הערכים שהרי, לפי גישה זו, מוכפפים הערכים של "מדינה יהודית" לערכים של "מדינה דמוקרטית" ובכך נוצרת ההרמוניה ונשללת ההתנגשות. הוא מציע, איפוא, שכל אחד ממערכות הערכים "היהודית והדמוקרטית" תעמוד על עומדה וכי במקרה של התנגשות תשמש אמת המידה של "הציבור הנאור" גורם מכוון ומדריך. מיהו "הציבור הנאור" שעל אמת מידתו אמור בית המשפט להיות מונחה, מכוון ומודרך? "אכן, הדיבור "ציבור נאור" הוא דיבור מטאפורי מאחוריו עומדים האתוס המשפטי ועקרונות היסוד החברתיים העושים חברה לצודקת ולראויה" (א' ברק/פרשנות במשפט, שם עמ' 662). כזאת אמר גם המשנה לנשיא, א' ברק בעניין סויסא [\[בג"צ 7074/93, 7105, 7165, 57/94, מ' סויסא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' פ"ד מח, 2, 749, בעמ' 781](#) :

"כמובן, הציבור הנאור ו"האדם הסביר" אינם אלא מטאפורות ... הם מהווים פרסוניפיקציה של האיזון הראוי בין הערכים, העקרונות והאינטרסים הנאבקים על הבכורה".

הגדרה זו, עם כל הכבוד, ולמיטב עניות הבנתי, עדין לא נותנת פתרון לבעיה. שהרי הבעיה היא: התנגשות בין אותם "עקרונות היסוד החברתיים העושים חברה לצודקת ולראויה", לבין אותם "הערכים, העקרונות והאינטרסים הנאבקים על הבכורה", כפי שראה אותם המוסד המכוון, בקובעו את אותם עקרונות יסוד כערכי "מדינה יהודית ודמוקרטית". על כן, נראה לי, וכפי שאמרתי לעיל, התנגשות בין ערכים קיימת בכל מערכת ערכים גם בתוכה פנימה, הן בזו היהודית והן בזו הדמוקרטית. בהנחה שקיימת היררכיה בין ערכי המערכת, היא נותנת את התשובה על פי סולם ערכיה הפנימי וכאשר אין תשובה במערכת הערכים לעדיפותו של ערך על חברו נעשה האיזון בכל מקרה ספציפי ונסיבותיו.

כך, לעניות דעתי, על השופט לעשות גם כאשר מתנגשים ערכים משתי המערכות, היהודית והדמוקרטית.

ואמנם, לאחר שפרופ' א' ברק (חקיקה במשפט, שם, עמ' 453) מצטט את דברי המשנה לנשיא, השופט אלון, בעניין בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה [פ"ד, מ"ג(4), 221 (259)], הוא כותב:

"אכן היחס בין יהדותה של המדינה לבין אופייה הדמוקרטי, יחייב הפעלת שיקול דעת שיפוטי. שיקול דעת זה מתבטא במשקל שיינתן לערכים השונים ולאזון שיימצא ביניהם". ואני הקטן הייתי מוסיף, לאו דווקא במישור העקרוני, אלא אף במישור הפרטני, של כל מקרה לגופו, בלי שיקבע במישור העקרוני שערך פלוני נדחה לחלוטין מפני ערך אלמוני. כל ערך שהמוסד המכונן ראה אותו כאחד מערכי המדינה יש לו שעה ויש לו מקום.

ספציפית, לעניין שטיינר, נראה ש"הציבור הנאור" חלוק בדעתו, האם ישנה הסכמה חברתית לראות זוג הומוסקסואלי שווה לזוג דו-מיני. מסקנה זו עולה מדברי כב' השופט קדמי בבג"צ דנילוביץ. ואם לעניין זה חלוקות הדעות בבית המשפט העליון, שאמור להביע את עמדת "הציבור הנאור" (מי אם לא הוא?) אין זאת אלא שלעניין דנן אין ל"ציבור הנאור", במדינת ישראל דעה מגובשת שניתן ליסד עליה כח הכרעה שישמש בסיס להכרעה, מן הפן הזה, בערעור דנן.

הדברים יפים גם לתביעה דנן.

כמדומה, שעמדתו של פרופ' א' ברק, על אודות "מדינה יהודית" קיבלה את גיבושה הברור בספרו (פרשנות במשפט, תשנ"ד - 1994, כרך שלישי, עמ' 332) לאמר:

"מדינה יהודית" היא איפוא מדינתו של העם היהודי, ; "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודית להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית. מדינה שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ גלויות הוא מערכיה הבסיסיים. "מדינה יהודית" היא מדינה שהיסטוריה שלה שלובה ושזורה בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה עברית, ושעיקרי חגיה משקפים את תקומתה הלאומית. "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, ומושבותיה היא בראש דאגותיה. "מדינה יהודית" היא מדינה המנציחה את זכרם של היהודים שנטבחו בשואה, ואשר נועדה להוות "פתרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש

המדינה היהודית בארץ ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי. "מדינה יהודית" היא "הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. "מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. (הדגשה שלי - ג"ג). "מדינה יהודית" היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים על פי דין תורה. "מדינה יהודית" היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים".

המחלוקת בין המשנה לנשיא, (כתוארו אז) השופט מנחם אלון, לבין המשנה לנשיא, השופט א' ברק, בתפיסה מה משמעות ערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית", חודדה, הובהרה וכמדומה, צומצמה, בדברי פרופ' א' ברק (שם, עמ' 334) לאמור:

"עד כמה שהשופט אלון רואה בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית - להבדיל מערכיה כמדינה דמוקרטית - ערכים בעלי אופי הלכתי בלבד ("עולמה של יהדות", "משפט עברי") איני יכול להסכים לעמדתו. עד כמה שהוא רואה בערכיה של מדינה יהודית מכלול ערכים, מהם בעלי אופי דתי הלכתי ("מורשת היהדות") ומהם בעלי אופי ציוני-כללי ("מורשת ישראלי"), מסכים אני לעמדתו זו".

עמדתו של פרופ' א' ברק, כך לעניות הבנתי, איננה חוזרת עוד על עמדתו המקורית בדבר ההפשטה הגבוהה של הערכים המבטאים "מדינה יהודית".

אמור מעתה, אף לפי תפישתו של פרופ' א' ברק, מצוי משכב זכר בסתירה לערכי המדינה בהיותו עומד בסתירה חד משמעית לערכי המדינה "כמדינה יהודית", בהם נכללים ערכים "בעלי אופי דתי-הלכתי (מורשת היהדות)", כלשונו.

אי הכרת המשיב במערער, על פי "חוק משפחות חיילים" (=ולעניין דנן, במבקש ובמשיב, על פי החוק ועל פי החוק לענייני משפחה) איננה עומדת, איפוא, בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, באשר היא איננה פוגעת באוטונומיה של הפרט ואיננה פוגעת בזכות

הנספה. (=בעניין דנן, עם המשיב) המערער איננו זכאי להיות מוכר על פי החוק מפני שיחסים אלה מעצם טיבם וטיבעם אין בהם כדי ליצור את התא המשפחתי הגרעיני של הורים וילדים, שהוא עיקרון המפתח להענקת זכות על פי חוק משפחות חיילים, על פי החוק ועל פי החוק לענייני משפחה.

למצער, לעניין זה, יש משמעות להיותם של יחסים הומוסקסואלים עומדים בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותם עומדים בסתירה לערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית".

וכאן מקום איתי להראות שגם אומות העולם, שמשכב זכר היה רווח אצלם, ידעו להבחין בין עצם קיום היחסים לבין העלאתם לדרגת יחסים משפטיים המקובלים בין איש ואשתו. זה לשון הגמרא (חולין, צב, ע"א): "עולא (=אמורא בסוף המאה ה-3 לסה"נ) אמר:

"אלו שלושים מצוות שקבלו עליהם בני נח (=אומות העולם) ואין מקיימין אלא שלושה. אחת, שאין כותבין כתובה לזכרים" ופרש"י על אתר (בדף צ"ב ע"ב): "אע"פ שחשודין למשכב זכור ומייחדין להם זכר לתשמישן אין נוהגין קלות ראש במצווה זו כל כך שיכתבו להם כתובה".

על-כן, אפילו יסבור הסובר שיש בעניין "הפליה רלבנטית" (ואני לא סברתי כך, כמוטעם), אין להחיל עליו את עקרון השוויון, שכן החלת עקרון השוויון, במקרה דנן, בניגוד לאמור בחוק, סותרת את ערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית".

לאור סעיף 8 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק זה (=זכות השוויון לענין דנן) אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

על-כן, אפילו עומד החוק בניגוד לזכות השוויון, ומשום כך הוא פוגע בזכות שלפי חוק היסוד... הוא עומד בקריטריונים של סעיף 8 לחוק היסוד: **הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל** כמדינה יהודית ואף דמוקרטית (כמנומק לעיל) הוא נועד **לתכלית ראויה** הענקת זכויות ל"משפחות חיילים שנספו במערכה" (=ובעניין דנן, בהקשר לחוק ולחוק לענייני משפחה, ל"בני משפחה" דווקא. ראה המיוחד והמיוחד בהצעת

החוק וב"דברי הכנסת" בעת הדיון בו) ומידתיותו אינה עולה על הנדרש, שכן היא מצומצמת בהיקפה ובתחולתה לצבור ספציפי.

(6) פסק הדין בג"צ דנילוביץ והשלכתו על העניין דנן

סבורני שאין בבג"צ דנילוביץ לשמש תקדים לענייננו ונימוקי עמי:

א'. בן זוג חד מיני איננו "בן זוג", קל וחומר שאיננו "בן משפחה"

דברים שאמר כב' השופט קדמי (דעת מיעוט) על אודות המושג "בני זוג" יפים שבעתיים לענין שטיינר ולענין דנן.

כב' השופט קדמי חולק על המשתמע מדעת הרוב שיש הסכמה חברתית בישראל לראות זוג חד-מיני בגדר זוג היוצר תא-משפחתי. לדעתו:

"כל עוד אין הסכמה חברתית כאמור - הזוג החד-מיני, אינו בא בגדר "זוג" בלשונו ואינו מוכר כאחד מתאי הגרעין של חברתנו; ומטבע הדברים שהיווצרותו, מחוייבותם ההדדית של מרכיביו, לשיתוף וליציבות וזכויותיהם וחובותיהם של הנמנים בעליו (כך!) - אינם מוסדרים על ידי משפטנו".

לדעת כב' השופט קדמי: "השנוי הדרוש כאן, הינו, איפוא, שינוי מושגי בסיסי של תפיסתנו החברתית, בדבר מהותו של התא החברתי היסודי הנמנה בין רכיבי הבסיס הארגוני של חברתנו. גילוי של מה שנראה על פניו כ"סובלנות" כלפי חריגים ומאמץ למניעת קיפוח סוציאלי לכאורה מאותם חריגים על רקע חריגותם-אינה יכולה לבוא במקום השינוי המושגי בסיסי הדרוש, להשוואת הזוג חד מיני לזוג הדו-מיני".

סבורני, שאף אם המסקנה מעמדתו של כב' השופט קדמי לא היתה מקובלת על דעת הרוב בבג"צ דנילוביץ, הרי שלאור שנוי הנסיבות וההבדל העקרוני שבין המקרים, כפי שהוטעם לעיל ויוטעם להלן, גם שופטי הרוב בבג"צ דנילוביץ לא היו מכירים במערער (=ובעניין דנן, בצדדים, כבני משפחה).

ב'.

היפה לתחום יחסי עבודה איננו יפה לעניין דנן

כב' המשנה לנשיא, השופט א' ברק, יסד את פסק דינו על ההנחה "כי זכותו של המשיב (=דנילוביץ) אינה צומחת מן ההסדר הקיבוצי עצמו. לדעת השופט ברק, צומחת זכותו של המשיב מן החוק המתקן (= חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה תשמ"ח-1988, כפי שתוקן ב- 1992-בסעיף 2), המשקף את עקרון השוויון ואיסור הפליה של עובדים מחמת נטייתם המינית". כך הבינה כב' השופטת דורנר את פסק דינו של המשנה לנשיא והדברים הנ"ל צוטטו מדבריה (עמ' 40 למודפס).

כב' השופטת דורנר הוסיפה ואמרה :

"מסכימה אני לתוצאה המוצעת על ידי המשנה לנשיא. עם זאת, לדעתי זכותו של המשיב אינה נובעת אך מחוק שוויון ההזדמנויות אלא נובעת היא מעקרון השוויון בכללותו שניקלט זה מכבר בתחום יחסי העבודה".

גם כב' השופט קדמי הבין שפסק דינו של המשנה לנשיא צומצם לגיזרה צרה ביותר, לעניין שעמד להכרעה שם, כלשונו :

"חברי הנכבד, ער לקיומו של הבדל מהותי המבחין, מושגית בין שני "זוגות" כאמור, אך לגישתו אין להבדל זה השלכה לסוגיה העומדת לדיון; וזאת-משום שלשיטתו, אל-על החליטה להעניק לעובדיה טובת הנאה בדמות כרטיס טיסה שיאפשר לו ליטול עמו את זה שעמו הוא חי חיים משותפים. (ההדגשה שלי - י.ק.). ולעניין זה אין הבדל בין שני הזוגות. גם גישה מצומצמת ומצמצמת (ההדגשה שלי - ג"ג) זו של הבעיה הניצבת בפנינו לא מאפשרת לי, לצערי, להצטרף אל חברי".

תליתי עצמי בשני אילנות גבוהים, חבריו להרכב של המשנה לנשיא, לשם הבנת הרציו של פסק דינו, ועם כל הכבוד, כך הבנתי גם אני.

לאור הבנה זו, אין להשוות בין העניין דנן (=עניין שטיינר וכך גם לעניין דנן) לבין עניין דנילוביץ מן הטעמים הבאים :

1. זכותו של דנילוביץ עוגנה ביחסי עבודה, מה שאין כן בענין זה.
2. זכותו של דנילוביץ עוגנה בנורמה של חוק בתחום יחסי עבודה אשר שללה במפורש הפליה בין עובדים "מחמת נטייתם המינית". הוראת חוק זו גוברת ומבטלת כל הוראה נוגדת בהסכם הקבוצי. לעומת זאת, בענין דנן, אין עניינו של החוק תחום יחסי עבודה.
3. פסק דין הרוב לא עוגן בקונסטרוקציה הפרשנית. ב"כ של דנילוביץ לא חזר בפני בג"צ על הקונסטרוקציה הפרשנית וקבל את הכרת בית הדין לעבודה שהדיבור "בן זוג" בהסכם הקיבוצי איננו כולל בני זוג חד-מיניים.

כב' המשנה לנשיא ציין שהקונסטרוקציה הפרשנית היא אכן סבוכה. בהעדר טיעון על בסיס הקונסטרוקציה הפרשנית הוא לא עסק בה. לעומתו, כב' השופט קדמי יסד את פסק דינו על פרשנות המושג "בן זוג" והגיע למסקנה שהיא איננה כוללת בני זוג חד-מיניים.

4. כב' המשנה לנשיא יסד את פסק דינו על הקביעה שאפילו יש אי שוויון בין בני זוג דו מיני לבין בני זוג ששניהם זכרים, שוני זה, לענין דנילוביץ, הוא בלתי רלבנטי. אבן הפינה של פסק דינו של כב' המשנה לנשיא היא, בסופו של דבר, וזה הרציו של פסק הדין, [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) והעובדה שמבחינת תנאי העבודה ומלוי תפקידו בעבודה לא חרג דנילוביץ מאחרים. המשנה לנשיא ראה באי מתן כרטיס טיסה לדנילוביץ, עבור בן זוגו ממין זכר, הפליה על רקע נטיה מינית, בנמקו: "אין כל דבר המאפיין את מהות התפקיד או המשרה המצדיקה טיפול לא שיוויוני זה". כב' המשנה לנשיא ביסס מסקנתו זו על סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה בו נאמר: "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". מאחר ובענין דנילוביץ לא היתה ההפליה מתחייבת מאופי או ממהות התפקיד או המשרה, היה באי הענקת כרטיס הטיסה משום הפליה.

בענין דנן, כאמור, הנתונים אחרים. הוראות החוק והגדרותיו הן הקובעות.

(7) עוד נימקתי בעניין שטיינר:

"היצירה המשפטית של הסטטוס של "הידועה בצבור כאשתו" או "הידוע בצבור כבעלה", נוצרה לאור מגבלות משפטיות המונעות מגבר ואשה ספציפיים להקים משפחה ולהוליד ילדים ולחיות כבעל ואשה טבעיים. המגבלות המשפטיות מקורם, מחד גיסא, בחוק לפיו "נישואין וגירושין של יהודים יערכו בישראל על פי דין תורה" (סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) התשי"ג - 1953. ראה לעניין זה: "דיני המשפחה בישראל/אריאל רוזן צבי, לעניין "תחליפי נישואין: "ידועים בציבור", סעיף 311. מאידך גיסא, יש זוגות המעוניינים בהקמת משפחה אמיתית אך מבקשים שלא להיות נשואים באופן משפטי, אף שמבחינת החוק (לרבות דין תורה) אין מניעה שיבואו בברית הנישואין. השיקול העומד פעמים הרבה מאחורי רצון זה נעוץ בנתון שנישואיהם עלולים שישמשו עילה לפגיעה בזכויות ממוניות המגיעות להם כל זמן שלא ינשאו לאחר. כגון, זכויות פנסיה, זכויות לגימלה וזכויות סוציאליות אחרות, לפי חוקים מסויימים.

אמור עתה, שכאשר מדובר בזוג דו מיני שמעצם טיבעו וטיבו ראוי הוא ויכול להקים משפחה ובני הזוג חיים כבני משפחה, אלא שטעמים כנ"ל מונעים בעדם להינשא כדון, ראה המחוקק להכיר בהם כתחליף נישואין ולהתייחס אליהם כזוג נשוי(גם לעניין חוק משפחות חיילים) מה שאין כן זוג חד מיני, שמעצם טבעו וטיבו איננו יכול להקים משפחה, ואין לראות ביחסים שבין בני הזוג תחליף נישואין, או דמוי נישואין. בזוג אשר כזה לא ראה המחוקק "בן משפחה" ואין זה מן הראוי שאנו נכיר בו ככזה. (=הדברים יפים, כאמור, גם לעניין החוק וגם לעניין החוק לענייני משפחה).

לפיכך, נראה לי, ראשית לכל, לאמץ, לענין פרשנות החוק דנן, את הגישה המקובלת בפסיקה הישראלית לפיה יש מקום להחיל את תזקות התכלית רק אם הטקסט של החוק איננו ברור או מביא לתוצאה אבסורדית (ראה א' ברק/פרשנות למשפט, שם, עמ' 491, הערה 58). אין לומר על החוק דנן, שפירושו המילולי יביא לתוצאה אבסורדית ועל כן ראוי "להקפיד על פירוש הדברים שנאמרו בחיקוק מבלי להוסיף

עליהם או לגרוע מהם או מבלי לקרוא מתוכן דבר שלא נאמר ע"י מחוקק...".

(דברי כב' השופט גולדברג מתוך ע"א 156/83, צוטט בפרשנות למשפט, שם, בעמ' 543).

(8) בניגוד לטעם שבתקנת הציבור

באשר לתחולת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג -1973, על זוג חד מיני, העיר כב' השופט גולדברג (בהערת אגב): "אם כי אכן מקובל עלי שגם בבקשה לאישור הסכם ממון על פי החוק אין בית המשפט מנוע מלדחות את הבקשה מטעם שבתקנת הציבור (כגון: הסכם בין שני גברים או בין שתי נשים)" (ע"א 640/82, פ"ד ל"ט(1), 673, בעמ' 680, ברישא של סעיף 13).

עוד העליתי בעניין שטיינר:

"האם גם בני זוג חד מיניים נכללים בהגדרה זו לעניין חוק בית המשפט לענייני משפחה התשנ"ה - 1995, אתמהה! החוק הוא חוק מהפכני, כוללני ביותר. חזקה על המחוקק שהוא היה ער לפסק הדין בעניין דנילוביץ ולהצעת החוק של חברת הכנסת יעל דיין ואף על פי כן, לא כלל בהגדרה הנ"ל בני זוג חד מיני".

המחוקק הביע, איפוא, את עמדתו בעליל שלא לכלול בן זוג המוסקסואלי בהגדרה של "בן משפחה" בחוק ובחוק לענייני משפחה.

(ד) אני ער לפסיקתו של עמיתי, כב' השופט א' גלובינסקי, בעניין פלוני נ' אלמונית (תמ"ש (חיפה) 32520/97, מאגר תקדין, תק-של(2)97, (4092), לפיה הוא העניק צו הגנה על פי החוק לאחת מבנות זוג לסביות.

השופט גלובינסקי העניק את הסעד בפסק דין קצרצר כשהוא שם "כנר לרגליו", כלשונו, את פסק הדין בעניין דנילוביץ.

הוא מייסד את פסק דינו על כך שבעניין דנילוביץ (על פי דעת הרוב) "לא נישללה האפשרות לפרש (הדגשה שלי - ג"ג) (בעניין אחר שאינו אלימות במשפחה) את המונח "בן זוג" מאותו המין".

לאור המוטעם לעיל, אין דעתי כדעתו ולו מפני שפסק הדין לא דק פורתא. שהרי בעניין דנילוביץ נשללה במפורש ההסתמכות על הקונסטרוקציה הפרשנית של המונח "בן זוג". הוא הדין לעניין פסק הדין של כב' השפט ש' אלוני, שישב בראש וועדת הערעורים בעניין שטיינר (שדן בערעורו של שטיינר לפי חוק שירות הקבע (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה - 1985, להלן חוק שירות קבע).

השופט אלוני הכיר במערער. אף הוא, בפסק דין קצר, המסתמך על פסק הדין בעניין דנילוביץ.

(ה) להבדיל מעניין דנילוביץ ומעניין שטיינר לא נשללת מהמבקש דן שום זכות. בעניין דנילוביץ אפשר היה שתישלל ממנו זכות מכח חוזה העבודה. בעניין שטיינר אפשר היה שתישללנה ממנו זכויות לפי חוק שירות קבע וחוק משפחות חיילים. למבקש דן אפשרות לפנות לבית המשפט, שאיננו בית המשפט לענייני משפחה, ולבקש שם סעד ראוי שלא על דרך [צו הגנה](#) על פי החוק.

(ו) חתמתי את פסק הדין בעניין שטיינר באוגוסט 1995 באומרי :

"אם סבורה החברה במדינת ישראל שיש להכיר ביחסים הומוסקסואליים, ולהעלותם לרמת לגיטימציה של "משפחה" ואת בני הזוג החד מיניים לדרגת "בן משפחה", למיצער לפי החוק בו עסקינן, מן הראוי שהדבר יעשה על דרך חקיקה ולא על דרך פרשנות בלתי סלולה שרב בה העקוב על המישור. כאמור, אין בדברינו כדי לפגוע בזכותו הדמוקרטית של כל אזרח במדינת ישראל לחיות את חייו הפרטיים על פי נטיותיו המיניות, כל עוד אין במעשיו עבירה על פי החוק".

חלפו 13 שנה והמחוקק מצא לנכון שלא להכיר בבני זוג מאותו המין כ"משפחה" וכ"בני משפחה", בכל הקשור בחוקים שעניינם דיני משפחה.

עניין לנו במחלוקת ציבורית ערכית חברתית ממדרגה ראשונה שלא תוכרע אלא בחקיקה ראשית. אין ראוי לו לבית המשפט ליטול את כיתרו של המחוקק, להכריע ולהשליך אמת או שוויון (רלבנטי או בלתי רלבנטי) ארצה.

כבר כתב כב' השופט זילברג (ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח' 785, בעמ' 9-818):

"שניים הם עקרונות נכבדים אלה, המהווים נכסי צאן ברזל של כל מדינה דמוקרטית נאורה:

"...אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה". שכן "זה נציגה המובהק והמוסמך היחידי של המדינה" (שם, ראש עמ' 820).

אומר אני לעצמי, על דרך הפרפרסה (PARAPHRASIS) מדברי אותו זקן לינאי המלך (קידושין ס"ו ע"א):

רב לך כתר משפט הנח כתר חקיקה לרשות המחוקקת.

המורם מהמוטעם והמקובץ הוא שהחוק למניעת אלימות במשפחה וחוק בית המשפט לענייני משפחה אינם חלים על בני זוג הומוסקסואליים ולפיכך אינם חלים על הצדדים דן.

מכל הטעמים דלעיל, אני דוחה את התביעה.

אין צו להוצאות.

פסק דין זה ניתן לפרסום למעט שמות הצדדים, פרטים מזהים ומתגובתו של המשיב לבקשה המובאת בעמ' 4-5 לפסק הדין.

גרשון גרמן 16310/08-54678313

ניתן היום י"א בניסן, תשס"ח (16 באפריל 2008) בהעדר הצדדים.

ד"ר גרשון גרמן, שופט

קלדנית: ד.ש.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה