

בתי המשפט

תמש 016610/04

בית משפט לענייני משפחה מחוז ת"א**תאריך:****בפני כב' השופט יהושע גייפמן****בעניין: 1. פלוני****המבקשים****2. אלמוני****ע"י ב"כ עו"ד אירית רוזנבלום****נ ג ד****המשיב****היועץ המשפטי לממשלה****ע"י ב"כ עו"ד דר' ורדה בן שחר ועו"ד אורלי מנצור**

ספרות:

[א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית \(2004\)](#)

מיני-רציו:

* משפחה – יחסי ממון בין בני-זוג – הסכם ממון

* משפחה – בית-המשפט לענייני משפחה – סמכות

* בתי-משפט – סמכות – בית-המשפט לענייני משפחה

האם מוסמך ביהמ"ש לענייני משפחה לאשר הסכם ממון בין בני זוג מאותו מין

בקשה לתת תוקף של פסק דין מכוח סעיף 3(ג) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 להסכם לחיים משותפים שכרתו בני זוג בני אותו מין.

ביהמ"ש דחה את הבקשה וקבע:

אין סמכות לביהמ"ש למשפחה לאשר הסכם של בני זוג בני אותו מין. פרשנות לפיה מוסד ידועים בציבור, לעניין סמכות השיפוט של ביהמ"ש לענייני משפחה, כולל גם בני זוג מאותו מין - יש בה משום הוספת נורמה ערכית השנויה במחלוקת חברתית, ואין זו מלאכתו של ביהמ"ש להוסיף את הנורמה בדרך פרשנות, שעה שהמחוקק הביע את כוונתו במפורש.

אין מדובר בסוגיה של פגיעה בזכויות מהותיות של בני זוג מאותו מין. לבעל דין אין זכות קנויה לקבוע באיזה ערכאה שיפוטית ידון עניינו. סכסוך בין ידועים בציבור חד-מיניים ידון בבתי המשפט הרגילים

(בימ"ש שלום או בימ"ש מחוזי לפי שווי התיבה) ובערכאות אלה יוכלו המבקשים לממש את זכויותיהם המהותיות.

ההסכם של זוגות חד-מיניים תקף גם ללא אישור ביהמ"ש. בתי-המשפט הרגילים יוכלו לשקול ליצור גם מסלול של מתן תוקף של פס"ד להסכם של זוגות חד-מיניים ללא תביעה.

החלטה

1. בקשה ליתן תוקף פסק דין מכוח סעיף 3(ג) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה תשנ"ה-1995 להסכם לחיים משותפים שכתרו בני זוג בני אותו מין (להלן: זוג חד-מיני).

2. סמכות ביהמ"ש לענייני משפחה ליתן תוקף פסק דין להסכם בין בני משפחה, גם אם לא הוגשה תביעה בעניינם, מעוגנת בסעיף 3(ג) לחוק ההקמה. סמכות זו הופעלה גם לגבי ידועים בציבור (ראו [רע"א 6854/00 היועמ"ש נ' זמר תק-עליון 2003 \(2\) 3132](#)).

הסכם בין ידועים בציבור אינו טעון אישור ביהמ"ש כדי שישתכלל והוא הדין לגבי שינויו. בפרשת זמר אמר השופט אנגלרד:

"בהשוואה לזוגות נשואים, הידועים בציבור נהנים מיתר אוטונומיה בעיצוב יחסי הממון שביניהם, בין השאר משום שההסכם ושינויו אינם כפופים לאישור ביהמ"ש".

3. סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה מסמיך את ביהמ"ש למשפחה לאשר הסכם בכל עניין שלגביו נתונה לביהמ"ש סמכות לפי חוק. סעיף 3(א) לחוק העביר לסמכות ביהמ"ש למשפחה את ענייני המשפחה שהוגדרו בחוק. סעיף 1(2) לחוק מגדיר "ענייני משפחה" כתובענה אזרחית בין אדם כנגד בן משפחתו שעילתה סכסוך בתוך המשפחה. "בן משפחתו" הוגדר בסעיף 1(2) (א) לחוק: "בן זוג, לרבות הידועה בציבור כאשתו".

בענין זה עיקרה של השאלה, האם בני זוג חד-מיניים נכנסים להגדרה של "הידועה בציבור כאשתו", להבדיל מבני זוג נשואים.

4. הנושא של זוגות חד-מיניים עלה במפורש בדיון שהתקיים בוועדת החוקה חוק ומשפט של בית המחוקקים הישראלי, שעה שוועדת החוקה הכינה את חוק ביהמ"ש לענייני משפחה לקריאה שניה ושלישית.

בדיון שהתקיים בוועדת החוקה ב-29/5/95 אמרה עו"ד בנזימן, משדולת הנשים: "אני מבקשת ... לכתוב גם כאן: לרבות הידוע בציבור. למחוק את המילה "כאשתו".

על כך העיר שר המשפטים פרופ' דוד ליבאי בעמ' 7 לפרוטוקול ועדת החוקה: "את מציעה שכל מערכת יחסים בין גבר לאשה או בין גבר לגבר ובין אשה לאשה תכלול במסגרת החוק הזה". בסיום הדיון בוועדת החוקה הוסיף שר המשפטים דוד ליבאי בעמ' 11 לפרוטוקול ועדת החוקה: "אני מציע להשאיר את הנוסח כפי שהוא... כדי לא לחייב אנשים שהדבר הזה קשה להם מאוד להצביע נגד החוק... יהיה כאן מושג שיעלה אנשים על בריקדות, ולא בכדי. הנושא במחלוקת". בשלב ניסוח חוק ביהמ"ש לענייני משפחה הוכנס במכוון הביטוי "ידועה בציבור כאשתו" כדי למנוע מבני זוג מאותו מין לבוא בגדר "בן משפחה" - לענין הסמכות השיפוטית של ביהמ"ש למשפחה. הרשות המבצעת ביקשה להעביר את חוק ביהמ"ש למשפחה בבית המחוקקים הישראלי בהסכמה רחבה של כל המפלגות, ולהימנע מעירוב נושאים השנויים במחלוקת קשה בתחום דיני המשפחה.

5. בקריאה השניה והשלישית של חוק ביהמ"ש למשפחה במליאת הכנסת הוגשו לענין המילים: "בן משפחתו - בן זוג לרבות הידועה בציבור כאשתו" - שתי הסתייגויות של חברות כנסת.

הסתייגות ראשונה היתה של ח"כ יעל דיין. ח"כ יעל דיין ביקשה בקריאה השניה של החוק במליאת הכנסת, שהמילה "כאשתו" תמחק בסעיף 1 (2) (א) לחוק ביהמ"ש למשפחה. הסתייגות זו נדחתה בהצבעה במליאת הכנסת.

הסתייגות שניה היתה של ח"כ נעמי חזן. ח"כ נעמי חזן ביקשה בקריאה השניה של החוק במליאת הכנסת, שבמקום המילים "הידועה בציבור כאשתו" יבוא: "הידוע בציבור כבן זוג".

גם הנסיון של ח"כ יעל דיין וגם הנסיון של ח"כ נעמי חזן להכניס בשלב הסופי של החקיקה (בהצבעה על הקריאה השניה של החוק) את בני הזוג החד-מיניים להגדרת ידועים בציבור - נדחתה ע"י הרשות המחוקקת.

6. הרשות המחוקקת הביעה במפורש את דעתה, גם בוועדת החוקה של הכנסת וגם במליאת הכנסת, שבני זוג חד-מיניים אינם באים בהגדרת "בן משפחה" בחוק ביהמ"ש לענייני משפחה.

7. גם הרשות המבצעת הביעה את דעתה, שחוק ביהמ"ש למשפחה אינו חל על זוגות חד-מיניים.

ב-14/7/03 הגיש ח"כ אבשלום וילן לכנסת ה-16 הצעת חוק ביהמ"ש לענייני משפחה (תיקון - זוגות חד-מיניים) תשס"ג-2003 (פ/1163) ובה ביקש לתקן את סעיף 1 (2) לחוק כך שבהגדרת "בן משפחה" יבוא "בן זוג מאותו מין". הצעות חוק זהות הוגשו ע"י ח"כ מוסי רז בכנסת ה-15 (פ/4071 ופ/3358).

הצעת החוק נדחתה בישיבת הכנסת מיום 14/1/04 ברוב של 34 כנגד 12. בדיון במליאת הכנסת אמר שר המשפטים יוסף לפיד:

"ההצעה שלך מבקשת להרחיב את סמכות בתי המשפט לענייני משפחה גם לבני זוג מאותו מין. הממשלה החליטה להתנגד להצעת החוק משתי סיבות עיקריות: הסיבה האחת היא, שמדובר בשינוי מהותי ובנסיון להכרה בחוק בישראל בזוגות חד-מיניים כמשפחה. ההסכמים הקואליציוניים קובעים, כי כל שינוי בסטטוס-קוו בענייני דת ומדינה יעשה בהסכמת כל מרכיבי הקואליציה, ולצדרי אין הסכמה כזאת בענין הצעת החוק שלפנינו. הסיבה השניה היא, שלפני שנתנים סמכות לביהמ"ש לענייני משפחה לדון במוסד משפחתי חדש, ראוי שהמחוקק יתן דעתו לשאלת ההכרה בזוגות חד-מיניים בדין המהותי. כלומר יש לבחון את עיגון הזכויות בחוק לגבי ענייני יחסי ממון, תשלום מזונות וכו', ולא להכיר במוסד משפחתי כזה בעקיפין באמצעות חוק שעוסק בסמכויות ביהמ"ש לענייני משפחה. אני מבקש לדחות את ההצעה".

8. גם היועץ המשפטי לממשלה סבור שאין סמכות לביהמ"ש למשפחה להפעיל את סעיף 3 (ג) לחוק לעניין בני זוג חד-מיניים. מוסיף ואומר היועץ המשפטי לממשלה בסיכומיו:

א. אין המדובר בחוק ביהמ"ש למשפחה בלאקונה אלא בהסדר שלילי של המחוקק. לא נעלמו מעיני המחוקק בשנת 95, כאשר נחקק החוק, מקרים כדוגמת בקשת המבקשים. המחוקק בחר להגדיר בן משפחה כידועה בציבור כאשתו, ולא להכניס בני זוג חד-מיניים לגדר הגדרת בן משפחה.

ב. המבקשים אינם ממלאים את הגדרת הידועה בציבור כאשתו.

בהודעה נוספת מ-9/1/05 הודיעה לשכת היועץ המשפטי לממשלה לארגון "משפחה חדשה":

"גישתו הכללית של היועץ המשפטי לממשלה, שיש להבחין לצורך ההכרה בבני זוג בני אותו מין בין סוגיות רכושיות - סוציאליות לבין סוגיות שעניינן מעמד אישי ויצירת סטטוס אישי חדש. בשאלות מן הסוג הראשון סבור היועץ המשפטי לממשלה שיש לנטות לגישה יותר גמישה ופרגמטית ברוח הזמן והמציאות של קיום בני זוג מאותו מין".

בדיון שהתקיים במעמד הצדדים ב-28/3/05 חזר היועץ המשפטי לממשלה על התנגדותו לאישור ההסכם בין בני זוג חד-מיניים בביהמ"ש למשפחה.

9. בפסיקת בתי המשפט למשפחה סוגיה זו שנויה במחלוקת. סגן הנשיא השופטת יהודית שטופמן (כתוארה דאז) בתמ"ש [14480/98](#) פלוני נ' אלמוני, וסגן הנשיא השופט יצחק שנהב בתמ"ש [21030/00](#) ליבמן נ' היועץ המשפטי - סברו שאין סמכות לביהמ"ש למשפחה לאשר הסכם של בני זוג בני אותו מין.

כנגד סברו השופטים חנה רוטשילד-ריש (תמ"ש [3140/03](#)) ויהודה גרניט (תמ"ש [6960/03](#)) שהדבר בסמכות ביהמ"ש למשפחה, אולם עיקר הנמקותם מתבססת על הדין הרצוי לפי השקפתם, ולא על הדין המצוי.

10. וכאן אני בא ומצטרף לעמדת סגני הנשיאים השופטת יהודית שטופמן והשופט יצחק שנהב ומעיר שורה של הערות נוספות:

א. בע"א [10280/01](#) חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם) אמר השופט ברק:

"ככלל שופט אינו צריך להיות נושא דגל של הסכמות חברתיות חדשות. עליו לתת ביטוי לערכי היסוד המוכרים בחברתו ולא ליצור אותם" (א). [ברק שופט בחברה דמוקרטית](#) 47 (2004).

עוד הוסיף השופט ברק בספרו "שקול דעת שיפוטי" (תשנ"ג-1993) בעמ' 289-290:

"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".

ב. אין המדובר בחלל נורמטיבי אלא בהסדר שלילי של המחוקק. המחוקק הן בועדת החוקה והן בהצבעה בקריאה השניה והשלישית במליאת הכנסת שלל במכוון את האפשרות שבני זוג חד-מיניים יכללו בגדר בני משפחה ויבואו בגדר הסמכות של ביהמ"ש למשפחה. מחלוקת זו עלתה לדיון בועדת החוקה שהכינה את החוק. בהעדר הסכמה של הממשלה הוגשו בעניין שתי הסתייגויות של חברות כנסת במליאת הכנסת, וגם הסתייגויות אלה נדחו בהצבעה של מליאת הרשות המחוקקת.

ג. בתחום הרגיש של ענייני המשפחה, על שופט המשפחה לגזור על עצמו איפוק שיפוטי ולהשאיר לבית המחוקקים לומר את דברו בסוגיה זו. יפים לעניין זה דברי השופט עציוני, שהובאו ע"י הנשיא ברק ב**[בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות פ"ד נ"א \(3\) 879](#)**:

"ומה לנו בתור שופטים, המצווים להתרחק מכל פולמוס וריב פוליטי, לבוא במקום המחוקק ולהכריע בשאלה שמפלגת את הציבור? ואם היינו עושים זאת האם לא היו שואלים אותנו בצדק, "מי שמכם" ומי הסמיך אתכם להסיג את גבולו של המחוקק..."

גישתו של הנשיא ברק לעניין התאפקות שיפוטית בכל הנוגע לנשואין אזרחיים, שכן עניין זה שנוי במחלוקת חריפה, תקפה גם לענייננו (ראו פרשת בן מנשה בעמ' 880 בין האותיות ג'-ד').

ד. אין המדובר בסוגיה של פגיעה בזכויות מהותיות של בני זוג מאותו מין. לבעל דין אין זכות קנויה לקבוע באיזה ערכאה שיפוטית ידון עניינו. סכסוך בין ידועים בציבור חד-מיניים ידון בבתי המשפט הרגילים (ביהמ"ש שלום או ביהמ"ש מחוזי לפי שווי התביעה) ובערכאות אלה יוכלו המבקשים לממש את זכויותיהם המהותיות.

ההסכם של זוגות חד-מיניים תקף גם ללא אישור בית המשפט. בתי המשפט הרגילים יוכלו לשקול ליצור גם מסלול של מתן תוקף פסק דין להסכם של זוגות חד-מיניים ללא תביעה, כפי שבתי המשפט המחוזיים נהגו, קודם הקמת ביהמ"ש למשפחה, לתת תוקף פסק דין להסכמי גירושין ללא הסמכה מפורשת בחוק (השוו סעיף 75 לחוק בתי המשפט).

ה. פרשנות החקיקה היא תפקיד שיפוטי והחוק הוא אומנם יצור מתפתח בסביבתנו חברתית, אולם כאשר כוונת המחוקק ורצונו היתה ברורה והמחוקק התכוון במפורש לומר כי דינו של עניין פלוגי יהיה שונה - אין השופט כפרשן רשאי להורות אחרת.

ו. למונח "בן זוג" אין משמעות אחת ויחידה בכל דברי החקיקה (ראו ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה (1) 38, 12).

כך למשל "בני זוג" בחוק יחסי ממון אינם כוללים ידועים בציבור. הוראות רבות בחוק יחסי ממון אינם מתאימות ליישום לעניין ידועים בציבור, ואין גם הצדקה להטיל מגבלה על ידועים בציבור בכריתת הסכם ושינויו, שעה שהמחוקק לא הורה על כך במפורש. כך נהגו גם בתי המשפט מאז חקיקת חוק יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג-1973.

המבקשים מבקשים ללמוד גזירה שווה מחוק למניעת אלימות במשפחה. בחוק למניעת אלימות במשפחה נאמר: "בן זוג לרבות ידוע בציבור" ולא

נאמר: "בן זוג לרבות הידועה בציבור כאשתו". זאת ועוד, החוק מסמיך גם את ביהמ"ש השלום ליתן סעדים לפי [חוק למניעת אלימות במשפחה](#). גם אם יפורש "ידוע בציבור" [בחוק למניעת אלימות במשפחה](#) ככולל בני זוג מאותו מין - יוכל ביהמ"ש השלום, להבדיל מביהמ"ש למשפחה, ליתן סעדים אלה לבני זוג חד-מיניים.

ז. גם במאטריה של אישורי הסכמים נקבע בעבר, כי אין לאשר הסכמים בין בני זוג חד-מיניים לפי חוק יחסי ממון.

בע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ל"ט (1) עמ' 673, 689 אמר השופט ברק:

"תפקידו של ביהמ"ש על פי חוק יחסי ממון הוא לקבוע אם בני הזוג עשו את הסכם הממון בהסכמה חופשית... בטרם יעשה כן, חייבת לבוא הכרעה קודמת ונגררת כי הצדדים שבפניו הם בני זוג, שכן לא כל הפונים אל ביהמ"ש יענו. כך למשל פשיטא שאם שני גברים, או שתי נשים, באים בפני ביהמ"ש, ומבקשים לאשר הסכם שביניהם כהסכם ממון, לא יאשרו ביהמ"ש, שכן המבקשים אינם בני זוג".

בפרשת [כהן הוסיף השופט גולדברג בעמ' 380 לפסק הדין](#):

"מקובל עלי שגם בבקשה לאישור הסכם ממון עפ"י החוק אין ביהמ"ש מנוע מלדחות את הבקשה... כגון הסכם בין שני גברים או בין שתי נשים".

ח. באמנות הבינלאומיות שחתמה ישראל לא התחייבה מדינת ישראל להכיר בזוגות חד מיניים כמשפחה. נישואין בין בני זוג חד מיניים אינם מוכרים במשפט הישראלי ויצירת מוסד חברתי משפטי זה מעורר סוגיות חברתיות מוסריות נכבדות בתחום דיני המשפחה.

בפרשת [ע"א 10280/01 חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה הוסיף הנשיא ברק](#):

"מקובלת עלי גישתו של חברי כי עקרונית ראוי הוא כי הכרה

בסטטוס משפטי חדש בין סטטוס של נישואין אזרחיים ובין סטטוס של משפחה חד - מינית יעשה ע"י המחוקק ולא ע"י ביהמ"ש".

ט. פרשנות לפיה מוסד ידועים בציבור, לענין סמכות השיפוט של בית המשפט לענייני משפחה, כולל גם בני זוג מאותו מין - יש בה משום הוספת נורמה ערכית השנויה במחלוקת חברתית, ואין זו מלאכתו של בית המשפט להוסיף את הנורמה בדרך פרשנות, שעה שהמחוקק הביע את כוונתו במפורש.

י. צודק ב"כ היועץ המשפטי לממשלה שהוראת סעיף 21 להסכם החיים המשותפים דנה בענין היפותטי עתידי, אם אחד הצדדים יאבד את כושרו המנטלי ויזקק לטיפול רפואי עתידי. אם בעתיד תיווצר סיטואציה כזו, ידון בית המשפט בענין, ויתן הוראות עפ"י [חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#). הפעלת [חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#) אינה מותנית בהיות בעל הדין בן משפחה. החוק העביר לסמכות בית המשפט לענייני משפחה את כל הטיפול בענין חסויים יהיו הצדדים אשר יהיו.

כשם שאין ליתן פסק דין בענין משמורת של קטין קודם היוולדו של הקטין, כך אין ליתן פסק דין להסכמה בענין מינוי אפוטרופוס לגוף לחסוי, אם תפגע בעתיד יכולתו המנטלית של אדם לקבל החלטות ויקלע לנסיבות בהן ידרש לקבל טיפול רפואי. כל החלטה שיפוטית תינתן בהתאם לנסיבות שיהיו נכון למועד קרות האירוע.

מתן פסק דין לפי סעיף 3 (ג) [לחוק בית המשפט לענייני משפחה](#) אינו אוטומטי והוא נתון לשיקול דעת ביהמ"ש. לא ניתן לשריין מראש מינוי אפוטרופוס לגוף לחסוי. עפ"י עקרון טובת החסוי, שבית המשפט מופקד עליו - ענין זה צריך להיבחן לפי העובדות נכון לקרות האירוע.

11. סוף דבר. הבקשה ליתן תוקף פסק דין להסכם חיים משותפים בין בני זוג חד-מיניים - נדחית. הבקשה אינה בסמכות בית המשפט למשפחה.

אין צו להוצאות.

על ההחלטה לא יחול צו איסור פרסום.

ניתנה היום כ"ט בניסן, תשס"ה (8 במאי 2005) בהעדר הצדדים.

יהושע גייפמן 54678313-16610/04

יהושע גייפמן, שופט

רונית טלבי, קלדנית

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)