



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

בפני כב' השופט נפתלי שילה, סגן הנשיאה

המבקשים: פלוני

### פסק דין

היכן וכיצד יותרו נישואיהם של בני זוג יהודים מאותו המין?

- א. **רקע עובדתי**
1. בני הזוג המבקשים, הם גברים יהודים אזרחי ישראל ותושביה, אשר נישאו בנישואין אזרחיים בניו יורק בתאריך XXXX.
  2. המבקשים נרשמו כנשואים במרשם האוכלוסין, לאחר שהציגו בפני פקיד הרישום את תעודת הנישואין שניתנה להם בניו יורק.
  3. יחסי המבקשים עלו על שרטון והם נפרדו בחודש מרץ 2013 ומאז הם אינם חיים עוד כזוג.
  4. המבקשים הגישו תובענה להתרת נישואין והם מבקשים כי בית משפט זה יתיר את נישואיהם על פי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין לאומית), תשכ"ט – 1969 (להלן: "חוק התרת נישואין").

ב. **דיון והכרעה**

1. קיימות שלוש אפשרויות ביחס לשאלה כיצד יותרו נישואיהם של בני זוג יהודים חד מיניים. האפשרות הראשונה היא, כי אין לערכאה בישראל סמכות לעשות כן. זאת, מאחר והדין הישראלי לא מכיר בנישואין חד מיניים. על פי גישה זו, על המבקשים לפנות לרשות המוסמכת במדינה שבה הם נישאו ולבקש את התרת נישואיהם. האפשרות השנייה היא, כי הסמכות נתונה לבית הדין הרבני מאחר ושני המבקשים הם יהודים והאפשרות השלישית היא, כי הסמכות נתונה לבית המשפט האזרחי.



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

2. האפשרות לפיה אין לערכאה בישראל סמכות לדון בהתרת הנישואין: רישומם של המבקשים כנשואים במרשם האוכלוסין, נעשה על בסיס הכרה בתעודה ציבורית שניתנה בחו"ל. הרישום נעשה בהתאם להלכה שנקבעה בבג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל האוכלוסין (ניתן ביום 21.11.06 – להלן "הלכת בן ארי") אשר קבעה כי על פקיד הרישום לרשום במרשם האוכלוסין את העולה מהתעודה הציבורית שהוגשה לו. נקבע כי אין ברישום משום הכרה בסטטוס נישואין אלו ולא ננקטה עמדה ביחס להכרה של נישואין אלו בישראל. לפיכך, לכאורה, כשם שרישום הנישואים בוצע באמצעות הצגת תעודה ציבורית מחו"ל לפקיד הרישום, על המבקשים להמציא לפקיד הרישום תעודת גירושין מחו"ל ובית המשפט לא יזדקק לדון בתביעה זו. זאת, בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שיתיר".
3. אין לאמץ גישה זו. זאת, מאחר ומדינות רבות דורשות תנאי סף לצורך הכרה בסמכותם לדון בגירושין כגון תקופת מגורים מסוימת באותה מדינה. כמו כן, קיים חשש כי מדינות בחו"ל יפעילו את דוקטרינת "פורום לא נאות" ולא יראו עצמם כמסומכים לדון בהתרת נישואין של אזרחי מדינת ישראל ותושביה (ראו: איילת בלכר פריגת וצבי טריגר, גירושים חד מיניים כמקרה מבחן של הזכות לגירושין בישראל, טרם פורסם, להלן: "המאמר").
4. כמו כן, הרציונאל של חוק התרת נישואין מלמד, כי במקום שבו אזרחי ישראל נישאו בחו"ל ולא ניתן להתיר את נישואיהם בבית דין דתי, המחוקק הסדיר עבורם פתרון בישראל. המחוקק קבע מנגנון התרת נישואין עבורם בבית המשפט בישראל ולא הפנה אותם לבצע את תהליך התרת הנישואין במדינה שבה נערכו הנישואין.
5. זאת ועוד: הזכות להשתחרר מהנישואין, היא זכות חשובה שעל המדינה מוטלת החובה לסייע לממשה. זכות זו היא חלק מ"כבוד האדם". בעניין אחר, שבו דנתי בתביעה לפיצויים שהגיש איש עקב סרבנותה של אשתו להתגרש, במצב בו ניתן לו היתר נישואין לשאת אישה שנייה, קבעתי כי: "לתובע נגרם נזק כללי מסוגפגיעה באוטונומיה עקב היותו רשום על הנייר" לאישה שהוא פרוד ממנה ... ועקב העובדה כי הוא נאלץ להישאר בסטאטוס נשוי לאישה שאין לו כל קשר עמה שנים רבות" (תמ"ש 54410/09 פלוני נ' פלונית, ניתן ביום 30.5.11).
6. במאמר, מציינים המחברים בצדק כי: "מן הראוי שכשם שהשיטה המשפטית שלנו אינה כופה על אנשים עם מי להתחתן, אף במצבים שבהם הם הבטיחו נישואים, שהיא לא תכפה עליהם להישאר נשואים בעל כרחם".



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

7. בישראל, לא הוכרו נישואין חד מיניים כתקפים ולא הוגדרו כסטטוס. יחד עם זאת, עצם הותרת רישום במרשם של אדם כנשוי, שעה שהוא לא מעוניין יותר ברישום זה, מהווה פגיעה באוטונומיה שלו. שהרי, למרות שלא הוכרו בישראל נישואין חד מיניים, הוענקו לזוגות חד מיניים זכויות רבות של זוגות נשואים.
8. **בהלכת בן ארי** ציין בית המשפט העליון חלק ממגוון הזכויות שהוענקו לזוגות חד מיניים בישראל והכוללים זכויות על פי הסכמים קיבוציים המוגבלים לבני זוג, זכויות פנסיה, זכויות לגמלאות, זכות לירושה, זכות להנצחה ועוד (ראו פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא בדימוס ברק).
9. הותרת הרישום במרשם האוכלוסין של בן הזוג כנשוי, עלולה להשפיע על מכלול הזכויות הנ"ל. לדוגמא: האם יהיה זכאי בן זוג חד מיני שנפרד מבן זוגו אבל עדיין רשום כנשוי, לפנסיית שאירים או לזכויות נוספות המוענקות לבן הזוג? לכאורה, משבן הזוג עדיין רשום כנשוי במרשם ולמרות שהדין לא מכיר בתוקף הנישואין, יזכה בן זוגו שנפרד ממנו בזכויות אלו רק עקב הרישום הפורמאלי. תוצאה זו עלולה לפגוע קשות בכוונתם ורצונם של בני הזוג לשעבר שעדיין רשומים כנשואים ואולם בפועל אין ביניהם כל קשר. לפיכך, משבני הזוג רוצים לשנות את הרישום, יש לאפשר להם זאת.
10. כמו כן, האם במקרה שבו בן זוג עדיין רשום כנשוי ואולם הוא נפרד מבן זוגו הרשום וחי עם ידוע או ידועה בציבור, הוא היה זכאי לרשת את הידוע בציבור שלו שנפטר? שהרי סעיף 55 לחוק הירושה תשכ"ה – 1965 קובע כי תנאי לזכות בירושה של ידוע בציבור הוא כי בן הזוג הנותר בחיים לא נשוי באותה עת לאדם אחר. האם הרישום הפורמאלי במרשם מחשיב אותו כמי שנשוי לאחר ולכן הוא לא יירש את הידוע בציבור שלו? או שמא מאחר ומהותית הדין הישראלי לא הכיר בנישואין חד מיניים, על אף הרישום כנשוי, לא יחשב אותו אדם כנשוי לבן זוגו הקודם והוא יוכל לרשת את הידוע בציבור שלו?
11. זאת ועוד: לרישום הפורמאלי והטכני של המרשם ייתכנו אולי אף משמעויות נוספות מעבר להשלכות ממוניות. לדוגמא: האם עבירת הביגמיה תחול על בני זוג חד מיניים נשואים שתוקף נישואיהם לא הוכר אך הם נרשמו כנשואים? האם כשבן זוג הרשום כנשוי לבן זוגו נישא לבן זוג אחר או לבת זוג אחרת כשהוא רשום עדיין כנשוי, הוא עובר על עבירה זו? (ראו הדיון **במאמר** שבו טוענים המחברים המלומדים בצדק רב כי: "לא ניתן



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

**להמעיט בחשיבות היכולת לשנות את הרישום במרשם האוכלוסין באופן שישקף את פירוק מערכת היחסים הזוגית החד מינית")**

12. ודוק: כאשר מדובר בנישואים אזרחיים של בני זוג ישראלים שאינם אזרחי ישראל, הרי שלפי כללי בית המשפט הבינלאומי הפרטי יש לפנות לכללי "הדין הלאומי" של בני הזוג בזמן עריכת הנישואים, לצורך הכרעה אילו דינים יחולו עליהם. אם "החוק האישי" של בני הזוג בשעת עריכת הנישואין מכיר בתוקפם של הנישואין, יכיר בהם המשפט האזרחי הישראלי (ראובג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפונניתן ביום 21.11.06, להלן: "בג"ץ בני נח", פסקה 23 לפסק הדין, ע"א 556/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399 (1985)). לעומת זאת, כאשר מדובר בבני זוג אזרחי הארץ, יש מספר גישות כיצד ליישם את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי ונושא זה טרם הוכרע בפסיקה. בבג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז' 225 (להלן: "פס"ד פונק שלזינגר") נדונה שאלה זו על ידי כבוד השופט זוסמן. על פי גישה אחת שהובאה על ידו והמתבססת על הדין האנגלי, יש להכיר בנישואין אזרחיים רק אם יש "כושר" לצדדים להינשא בישראל. על פי גישה זו, נישואים של בני זוג פסולי חיתון או של בני זוג מאותו מין או נישואי תערובת, לא יוכרו בישראל וזאת משום שאין לצדדים כושר לנישואין בישראל. על פי הגישה השנייה אותה הביא כב' השופט זוסמן בפסק דינו והמבוססת על כללי ברירת הדין האמריקאים, יש לבחון את תוקף הנישואים על פי כללי מקום עריכת הטקס ללא אבחנה בין "כושר" ל"צורה". על פי גישה זו, יוכרו גם נישואיהם של פסולי חיתון מכיוון שהם מוכרים במקום עריכת הטקס ויוכרו נישואין של בני זוג מאותו מין אם במקום עריכת הטקס הם מוכרים (לדיון בפרשת פונק שלזינגר ובהבדלים בין הגישות השונות ראו: פרופ' שחר ליפשיץ "דיני משפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנשא מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" משפט ועסקים (2009)). גישה שלישית היא גישתו של פרופ' שאווה בספרו "הדין האישי בישראל" (כרך א' מהדורה רביעית עמ' 554), אותה הזכיר הנשיא ברק בבג"ץ בני נח, לפיה, לעולם יקבע הדין האישי של הצדדים. על פי גישה זו, לנישואין אזרחיים ככלל אין תוקף במשפט הישראלי, אף אם לצדדים היה כושר לנישואין במדינת ישראל ואינם פסולי חיתון.

13. מהמקובץ עולה, כי למרות שהדין הישראלי נמנע מלהכריע בסוגית ההכרה בנישואים חד מיניים, קיימות השלכות רבות למעמד זה ויש לתת פתרון לבני זוג אלו ולהתיר את נישואיהם של זוגות חד מיניים בישראל. השאלה היא, איזו ערכאה מוסמכת לעשות כן?



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

14. האפשרות כי בית הדין הרבני מוסמך לדון בהתרת הנישואין: האם בית הדין הרבני מוסמך להתיר את נישואי המבקשים?

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

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

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

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

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

16. כידוע, נישואיהם של בני זוג מאותו המין אינם מוכרים בשום צורה על ידי בית הדין הרבני והם מהווים עבירה חמורה. (ראו: ד"ר יובל מרין, "הכרה בנישואיהם של מנועי החיתון מחוץ לישראל – מבט מחודש על כללי בררת הדין ושיקולי תקנת הציבור" הפרקליט נ"א(2) 513 בעמוד 578)

17. בתמ"ש 11264-09-12 פלוניס נ' משרד הפנים (ניתן ביום 21.11.12) דן כב' השופט יחזקאל אליהו בשאלת אופן התרת נישואין חד מיניים כאשר באותו מקרה, פנו בני הזוג לבית הדין הרבני תחילה לצורך התרת נישואיהם ואולם, בית הדין הרבני סירב לפתוח להם תיק. לאור סירוב זה, קבע בית המשפט כי בידו הסמכות להתיר את הנישואין וניתן פסק דין המורה על התרתם.

18. כפי שפורט בהרחבה פסק הדין הנ"ל, סמכותם של בתי הדין הדתיים נשללת כאשר הם מבקשים לדון במוסד שאין הם מכירים בו מהבחינה העקרונית (ראו: בג"ץ 673/89 משולם נ' ביה"ד הגדול, פ"ד מה(5) 594, ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, פרופ' רות



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

הלפרין קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" **מחקרי משפט** יז בעמודים 142-155).

19. זאת ועוד: הבסיס הרעיוני העומד מאחורי חוק התרת נישואין הוא שרק במקרים שבהם בית הדין הדתי קובע כי יש צורך בגירושין, הוא מוסמך לדון בגירושין. בכל מקרה שבו סבור בית הדין הדתי כי לא נדרש כלל הליך של גירושין, הסמכות נתונה לבית המשפט לענייני משפחה. ברור אם כן, שרק כאשר בית דין דתי מכיר בנישואין של בני דתות שונות והוא נדרש להליך של גירושין לצורך התרת הקשר הוא רוכש סמכות לדון בעניינם. משלשיטתו הנישואין בטלים מעיקרם, אין לו סמכות לדון בהתרתם.

20. בבג"ץ בני נח דן כב' הנשיא(בדימוס) ברק בנישואין שאינם כדת משה וישראל. בפסק דין זה ציין כב' הנשיא ברק כי:  
"האם לא מתבקש מכאן, כי במקום שבני הזוג היהודים אינם זקוקים לגט מחומרה, כמו בפרשה שלפנינו, אין לבית הדין סמכות לדון בגירושיהם? שאלה זו קשה הייתה בעבר. כיום - לאור עמדתו של בית הדין הרבני הגדול כי בני הזוג היהודים, שנישאו מחוץ לישראל, הם נשואים בעיניו (לעניין היחס החיצוני) על-פי המשפט העברי - אין היא מעוררת כל קושי".

כלומר, לו היה בית הדין הרבני שולל מעיקרא את תוקפם של הנישואין האזרחיים, הרי שהיתה נשללת סמכותו מלדון במקרים שבהם היו בני הזוג נישאים בנישואים אזרחיים. בית המשפט העליון אף הסתייג ממצב בו בני זוג פוגים לבית דין רבני בהסכמה, כאשר האחרון איננו מכיר בסטטוס שלהם. בבג"ץ 9476/96 סרגובי נ' בית הדין הרבני האזוריירושלים (ניתן ביום 11.9.06) קבע כב' הנשיא ברק כי:

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

21. המסקנה היא, שמאחר ובית הדין הרבני לא מכיר כלל וכלל במושג של נישואין חד מיניים, אין הוא מוסמך לדון בנושא זה.



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

22. מכאן נעבור לבחינת האפשרות השלישית והיא האם מוסמך בית המשפט האזרחי לדון בהתרת הנישואין, שעה שנישואין חד מיניים לא הוכרו בישראל? שהרי, כדי להתיר נישואיהם של בני זוג מאותו מין, נדרשת לכאורה תחילה הכרה בנישואיהם. אם הנישואין כלל לא מוכרים, כיצד ניתן לדבר על גירושין? איך יש מקום להתיר נישואין אם מבחינת הדין הם כלל לא תופסים?

23. האם ניתן להתירם על פי חוק התרת נישואין? סעיף 1(ב) לחוק התרת נישואין קובע כי :  
"חוק זה לא יחול אם שני בני הזוג יהודים, מוסלמים, דרוזים או בני אחת העדות הנוצריות המקיימות בישראל בית דין דתי..."

24. ברור אם כן, שבמקרה דנן שבו שני המבקשים יהודים, חוק התרת נישואין לא חל. זאת, להבדיל ממקרה שבו שני בני הזוג מאותו מין הם בני דתות שונות, שאז החוק יחול. לצורך בחינת השאלה האם מוסמך בית המשפט האזרחי לדון בהתרת נישואים חד מיניים, נבחן את הבסיס המשפטי שלפיו נרשמו המבקשים מלכתחילה כנשואים.

25. בהלכת בן ארינקבע, כי יש לרשום כנשואים בני זוג מאותו מין שנשאו בנישואים אזרחיים בחו"ל. אולם, בית המשפט העליון נמנע מלהכריע בשאלת ההכרה בסטטוס זה. נקבע כי :

"בטרם נסיים נחזור ונדגיש במה אנו מחליטים היום, ובמה איננו מחליטים היום. 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"

26. הצורך בזהירות מצד הרשות השופטת בפסיקה בנושאים בהם עולות שאלות רגישות הנתונות במחלוקת ציבורית וערכית, בא לידי ביטוי גם בע"מ 9607/03 פלוני ופלונית נ'



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

פלונית(21.11.06). שם נדון מקרה של בני זוג, אזרחי ישראל ותושביה, מדתות שונות, שנשארו בנישואים אזרחיים ועלתה השאלה האם הם יוגדרו כבני זוג לעניין חוק הירושה. כב' הנשיא (בדימוס) ברק קבע כי התשובה חיובית תוך שנקבע כי:

"חוק הירושה אינו עוסק בתוקף הנישואין עצמם או בשאלות הקשורות בעניין סטטוס פנימי... חוק הירושה לא בא לקבוע דין אישי לעניין נישואין. הוא בא לקבוע הסדרים ממוניים. בחינת השאלה האם המשיבה היא "בת זוג" לפי חוק הירושה, מהווה פעולה פרשנית רגילה בסוגיה משפטית בעלת השלכה מוגבלת. אין מדובר בהכרה בסטטוס אישי. אין בה קביעה בדיני המעמד האישי".

כב' הנשיא ברק הוסיף וקבע "בשוליי" פסק הדין כי: .27

"על רקע דברים אלה, ההכרעה בשאלת זכות המשיבה לרשת את המנוח התקבלה במנותק מן השאלה האם הנישואין האזרחיים שנערכו ברומניה בין המנוח למשיבה תופסים במשפט הישראלי. לו נדרשנו לשאלת תוקף הנישואין – על מנת להבטיח אחידות בהתייחסות של המשפט הישראלי אל מערכת היחסים בין בני הזוג - נוטים היינו לדעה כי הנישואין מוכרים בישראל. עמדה זו מבוססת על הגישה לפיה יש להכריע בשאלת תוקף של הנישואין, הן מבחינת הצורה והן מבחינת הכושר, בהתאם לדין מקום עריכתם. מודעים אנו לקשיים הכרוכים באימוץ גישה זו, הן מנקודת המבט של דבר המלך במועצה והן מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי הפרטי. חרף זאת, הננו סבורים כי הוראות דבר המלך במועצה כפופות לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי וכללים אלה יש להתאימם למציאות הישראלית. על כן נקבע כי בני זוג יהודים, תושבי הארץ או אזרחיה, הכשרים להינשא כדת משה וישראל, הנישאים בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל, התקפים במקום עריכתם, יש לראותם כנישואים בישראל, עתה יש לשקול הליכתו של צעד נוסף, ולהכיר אף בנישואין אזרחיים בין יהודי לבין מי שאינו יהודי, תושבי הארץ ואזרחיה, הנערכים מחוץ לישראל והתקפים פי דין מקום עריכתם (בכפוף לתקנת הציבור הישראלית)... מודעים אנו, עם זאת, למורכבות המשפטית והחברתית של הסוגיא ואין אנו מבקשים להכריע בה בערעור זה. מן הראוי שהמחוקק ייתן הדעת עליה".

רואים אנו, כי בית המשפט העליון נמנע מלהכיר בתוקפם של נישואין אזרחיים בין בני זוג מעורבים, אזרחי ישראל ותושביה, שנערכו בחו"ל וקבע כי על המחוקק להכריע בנושא זה. גם בהלכת בן ארי קבע כב' הנשיא (בדימוס) ברק ביחס לנישואין חד מיניים כי:





## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

"אכן, מקובל עלי כי שאלת הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל ובכלל זה נישואין בני אותו מין, ראוי לה להיקבע בראש ובראשונה בידי המחוקק. זו אינה השאלה שבפנינו. איננו עוסקים כלל בנישואין בישראל".

29. מכאן, שבה ומתחדדת השאלה, מכח מה יכול בית משפט בישראל להצהיר על התרת נישואין של נישואין שאינם מוכרים בישראל. ודוק: בהלכת בן ארי נקבע, כי פקיד הרישום חייב לרשום במרשם את העולה מהתעודה הציבורית המוגשת לו וזאת על פי הלכת פונק שלזינגר שקבעה כי הרישום הוא אסיפת "חומר סטטיסטי" ותו לא. בעניינו, אנו לא דנים בשאלה האם ניתן לרשום תעודת גירושין שהונפקה בחו"ל במרשם. ברור כי לפי הלכת בן ארי, ככל שתוגש ע"י המבקשים תעודת גירושין שהונפקה בחו"ל לפקיד הרישום, יהיה עליו לרשום אותה במרשם. במקרה דנן, יש להכריע בשאלה האם מוסמך בית המשפט בישראל להצהיר על התרת נישואין, של נישואין שהמחוקק והפסיקה, לא הכירו בו.

30. נראה, כי כשם שרישום הנישואין מהווה "רישום לצורכי מרשם בלבד" שאין לו תוקף מהותי ואינו מלמד כי המשפט הישראלי מכיר בתוקפו, כך התרת הנישואין תהווה "התרת נישואין לצורכי רישום בלבד". כבי השופט רובינשטיין, בדעת המיעוט בהלכת בן ארי, ביקר "פיקציה" זו. לדעתו: "האדם מן הישוב אינו מבחין בין הרישום לבין ההכרה בסטטוס, נצא נא לרחובה של עיר ונשאל את הבריות, ודומה שאין חולק כי התשובה תהא כי הם היינו הך". ברם, דעת הרוב קבעה כי יש להמשיך ולנקוט ב"גישת פס"ד פונק שלזינגר לפיה "שאלת הסטטוס אינה ענין למרשם". בהתאם לגישה זו, הורה בית המשפט העליון על רישום גיור שאינו אורטודוקסי, רישום נישואין קונסולריים שנערכו בישראל ורישום אימוץ ילדים שנולדו לבנות זוג בחו"ל והכל, לאור הגישה כי הרישום הוא "רישום טכניסטיסטי גרידא". כשם שעצם הרישום במרשם לא הווה הכרה בתוקף הנישואים החד מיניים, כך אין לראות בהתרת הנישואין משום הכרה בתוקפם.

31. הבסיס לסמכות זו, מעוגן בסעיפים 1 ו- 3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה – 1995 (להלן: "החוק"). סעיף 1 (1) לחוק קובע כי:

"בחוק זה, "עניני משפחה" – אחת מאלה:

(1) תובענה בעניני המעמד האישי, כמשמעותם בדברי המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947...".



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

סעיף 3(א) לחוק הקובע כי:

**"ענייני משפחה לפי חוק זה יידונו בבית המשפט לענייני משפחה".**

על פי סעיף 51 לדברי המלך במועצה על ארץ ישראל 1922-1947 מוגדרים ענייני המעמד האישי: **"... ענייני המעמד האישי פירושם משפטים בענין נישואין או גיטין..."**.

32. במקרה דנן, לא עסקינן בפן המהותי של הגירושין ובסטטוס הגירושין. אנו עוסקים במרכיב הדקלרטיבי טכני של "נישואין וגירושין ברישום בלבד". כשם שבית משפט זה מוסמך לדון בגירושין של צדדים שבית הדין הדתי לא מוסמך לדון בעניינם בהתאם לסעיף 3 לחוק, כך הוא מוסמך לדון בגירושין לצורכי רישום. זאת, שעה שכאמור בית הדין הרבני שאינו מכיר כלל במוסד נישואין מסוג זה, אינו מסמוך לדון בהתרתם ולפיכך לא נגרעת סמכותו בהתאם לסעיף 25 לחוק.

33. משהגענו למסקנה כי יש סמכות לבית משפט זה לדון בהתרת נישואי בני זוג חד מיניים, עולה השאלה, מה הדין המהותי שיש להחיל על התרת נישואיהם של בני זוג אלו? אילו עילות גירושין יוכרו? מה יהיה הדין אם צד אחד יסרב להתגרש?

34. על פי גישה אחת, הדין המהותי שיחול במקרה שלא תהיה הסכמה בין בני הזוג להתגרש הוא דין מקום הנישואין (ראו הדיון במאמר שבו נדונה הבעייתיות של גישה זו, אם בני הזוג עברו לגור במדינה שלא מכירה בנישואין חד מיניים). גישה זו מעוררת קושי מהותי, מאחר והיא מחייבת את אזרחי מדינת ישראל ותושביה, להתדין על פי דין אקראי זר של צדדים אין כל זיקה אליו. בבג"ץ בני נח התייחס בית המשפט לבעייתיות זו ואמר כי:

**"אפשרות חלופית שמציעה העותרת היא כי בית הדין מוגבל בעילות הגירושין המוכרות לפי דין מקום עריכת טקס הנישואין האזרחי. גם עמדה זו אין בידי לקבל. כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים אותנו לכבד סטטוס זר, אך הם אינם מצווים עלינו להכיר בכל גילוייו של אותו סטטוס לפי הדין הזר (שיפמן, בעמ' 373). ההכרה בסטטוס שיוצרים הנישואין האזרחיים, אין פירושה כי בית המשפט כבול בהשקפותיו של הדין הזר לגבי הזכות לגירושין".**



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

35. על פי גישה אחרת, שהועדפה בבג"ץ בני נח, על בית המשפט לפתח דיני משפחה אזרחיים, שעל פיהם יידונו עניינים אלו. כפי שנקבע שם:

"מהו הדין על פיו ידון בית המשפט האזרחי? התשובה לשאלה זו מורכבת היא. היא על בתי המשפט האזרחיים לפתח דיני משפחה אזרחיים אלה. הבעיה לא מתעוררת בפנינו. די אם אציין כי המשפט האזרחי הישראלי כולל כלים משפטיים אשר בעזרתם ניתן לפתח דינים אלה. בראשם עומד המכשיר החוזי בכלל ועקרון תום הלב בפרט".

36. בבג"ץ בני נח, התייחס בית המשפט למקרה שבו אין הסכמה בין בני זוג שנשאו בנישואין אזרחיים לגירושין וקבע כי:

"עילת הגירושין" לה נזקק בית הדין נעוצה בקיומו של קרע בלתי ניתן לאיחוי בין בני הזוג. גישה זו מקובלת עלי. היא תואמת את הגישות המודרניות באשר לעילות הגירושין, שאינם מבוססות אך על אשמה ואינן מוגבלות אך להסכמה... גישת בית הדין אינה הופכת את הנישואין האזרחיים, כשלעצמם, לכלי להשגת גירושין באופן מידי ואוטומטי. הרס חיי הנישואין הוא "עילת גירושין" העומדת בפני עצמה. היא אינה יונקת חיותה מטקס הנישואין האזרחי. לא האופי האזרחי של הנישואין הוא העילה לגירושין, אלא יחסיהם של בני הזוג שהגיעו למשבר שאינו ניתן לאיחוי. עילת הגירושין מבוססת על מציאות החיים של בני הזוג. אכן, באופן עקרוני, ראוייה לטעמנו התפיסה כי לאחר קריסת מערכת היחסים הזוגית, יש לאפשר לבני הזוג להשתחרר מכבליה של מסגרת נישואין כושלת. יש לאפשר למי שחי זמן רב בנפרד מבן או בת זוגו, לאחר שיחסיהם התמוטטו, לצאת ממסגרת הנישואין".

37. במקרה דנן, שני בני הזוג מסכימים להתרת הנישואין ולפיכך, אין צורך להכריע בשאלת עילות הגירושין בהעדר הסכמה. יחד עם זאת, לאור ריבוי המקרים של נישואין חד מיניים של אזרחי ישראל ותושביה הנערכים בחו"ל והתרחבות המדינות המכירות בנישואין חד מיניים, מן הראוי שהמחוקק יביע עמדתו הן ביחס לשאלת תוקף הנישואין והן ביחס לעילות הגירושין. (ראו למשל ההסדר המוצע בתזכיר הצעת חוק חיים משותפים, תשע"ד – 2013. כמו כן, לביקורת על המצב הקיים והצעות למודלים שונים על פיהם יפסוק בית



## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תה"ן 13-11-52224

המשפט בעניינים אלו ראו גם: פרופ' שחר ליפשיץ, "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא בין ליברטריאניזציה" ובין בית המשפט ה"מחשק" "מחקרי משפט יז (תשס"ב)).

(ג) העולה מן המקובץ:

1. ההליך הנכון שיש לנקוט בו במקרים של תובענות להתרת נישואין חד מיניים של בני זוג בני אותה דת הוא באמצעות הגשת תובענה לפסק דין הצהרתי ולא תובענה לפי חוק התרת נישואין, כפי שנעשה במקרה דנן. שהרי, חוק התרת נישואין לא חל על המבקשים שהם יהודים.
  2. ניתן בזאת "צו הצהרתי" לצורכי רישום במרשם, המתיר את נישואי הצדדים. אין בצו זה, משום הכרה בכך שהנישואין היו תקפים על פי הדין הישראלי.
  3. ניתן לפרסום, לאחר השמטת כל הפרטים המזהים.
- ניתן היום ה' טבת תשע"ד, 8 דצמבר 2013, בהעדר הצדדים.