

לתקציר פסק הדין

תמ"ש (תל-אביב-יפו) 6960/03

ק' צ.

מ' מ.

נגד

מדינת ישראל – היועץ המשפטי לממשלה

בית משפט לענייני משפחה בתל-אביב-יפו

[21.11.04]

כבוד השופט יהודה גרניט

בשם המבקשים - עו"ד אירית רוזנבלום

החלטה

1. עניינה של החלטה זאת הוא בבקשת המבקשים כי בית המשפט יאשר את ההסכם שהם עשו ביניהם, לפי סעיף 3 (ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה - 1995 (להלן: חוק ביהמ"ש לענייני משפחה).

רקע

2. המבקשים הם בני-זוג, בני אותו מין, החיים ביחד כמשפחה ומנהלים משק בית משותף מזה כ-19 שנים, כאשר איש מהם אינו נשוי לאחר (להלן: בני-הזוג).

3. בני-הזוג החליטו להרחיב את התא המשפחתי שלהם ולממש את רצונם להיות הורים. בני הזוג הגיעו להסכם עם אימם של הקטינים שהיא תהרה לק' צ.. ביום 18.9.01 נולדו התאומים נ"פ צ. וא' צ.

לבקשת אימו של צ', הוא נשא, לפני הלידה, את אם הילדים לאישה (ביום 7.8.01)

והם התגרשו ביום 10.12.02.

בני-הזוג המשיכו, גם בתקופת נישואיו של ק' צ., לחיות ביחד כבני-זוג, כך שהנישואים היו פורמאליים בלבד.

4. אם התאומים מגדלת אותם, כאשר בני-הזוג הם לטענתם, שותפים מלאים לגידולם ולטיפולם צרכיהם ושניהם מהווים דמויות הוריות לתאומים, ביחד עם אימם של התאומים.

ההסכם

5. ההסכם כולל הסדר של היחסים הרכשיים של בני-הזוג בעת החיים המשותפים ולעת פרידה או מוות, גידול התאומים, פרנסתם וחינוכם בתקופת החיים המשותפים והמשך גידולם והדאגה לצרכיהם על-ידי י' מ., למקרה מותו של ק' צ.

6. על-פי החלטתי, מסר ב"כ היועמה"ש את עמדתו.

יש לציין כי, בבקשתם המקורית, בני-הזוג ביקשו לאשר את ההסכם על-פי חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג - 1973 (להלן: חוק יחסי ממון), אולם לנוכח תגובת ב"כ היועמה"ש, הם שינו את עמדתם וביקשו לאשר את ההסכם על-פי סעיף 3 (ג) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה.

בתגובתו מיום 18.3.04, טוען ב"כ היועמה"ש, כי אכן, על-פי פסק-הדין שניתן ברע"א 6854/00 היועמה"ש נ' זמר, נקבע "כי ניתן לאשר הסכם בין בני זוג שהינם ידועים בציבור והם גבר ואישה, אך לא שינה את יתר ההלכות שצויינו בעמדתו שניתנה לפני בית משפט נכבד זה".

האם לבית המשפט לענייני משפחה נתונה סמכות לאשר הסכם בין זוגות חד-מיניים

7. ב"כ היועמה"ש טוען בתגובתו כי דרושים שני תנאים, על-פי סעיף

1 (2) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, "כדי שתובענה אזרחית תכנס למסגרת סמכותו של בימ"ש לענייני משפחה, וניתן יהיה לאשר הסכם וליתן לו תוקף של פסק-דין מכח סמכות זו.

האחד - קיומו של סכסוך בין הצדדים, והאחר היות הצדדים בני משפחה".

דהיינו, ב"כ היועמה"ש מתמקד בשאלת סמכותו של ביהמ"ש לענייני משפחה לאשר הסכמים בין בני-זוג מאותו מין וטוען כי לביהמ"ש לענייני משפחה נתונה סמכות לאשר הסכמים בין בני-זוג, רק כאשר קייים סכסוך בין בני-הזוג ורק כאשר בני-הזוג הם בני משפחה.

סעיף 3 (ג) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, קובע:

3" סמכות בית המשפט לעניני משפחה

(א) עניני משפחה לפי חוק זה יידונו בבית המשפט לעניני משפחה.

(ב) ...

(ב1) ...

(ג) כל ענין שלגביו נתונה לבית המשפט לעניני משפחה סמכות לפי חוק זה, גם אישור הסכם בקשר אליו במשמע, אף אם אינה תלויה ועומדת אותה שעה תובענה לגביו, ובית המשפט יהיה רשאי ליתן להסכם זה תוקף של פסק דין.

(ד) ... "

קיום סכסוך אינו תנאי לאפשרות לאשר הסכמים בעניינים שהם בגדר סמכותו של ביהמ"ש לעניני משפחה

8. סעיף 1 (2) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, קובע:

1" הגדרות

בחוק זה "עניני משפחה" - אחת מאלה:

(1) ...

(2) תובענה אזרחית בין אדם או עזבונו לבין בן משפחתו, או עזבונו, שעילתה סכסוך בתוך המשפחה, יהא נושאה או שוויה אשר יהא."

9. טענותיו של ב"כ היועהמ"ש בענין הדרישה לקיום סכסוך, כתנאי לאישור הסכם בין ידועים בציבור, הועלתה על ידו גם ברע"א 6854/00 היועהמ"ש נ' זמר, פ"ד נז (5) 491 ונדחתה (בה נדונה בקשת רשות הערעור שהגיש היועהמ"ש על החלטת סה"נ ח' פורת בע"מ 1002/00 (זמר); ב"כ היועהמ"ש טוען בתגובתו בענייניו, כי סה"נ ח' פורת טעה ולכן הוא הגיש בקשת רשות ערעור (ר' סעיף 20 לתגובת ב"כ היועהמ"ש).

השופטת ד' דורנר קבעה בפרשת זמר:

"ככל שקיים בין הצדדים סכסוך, הכרה בסמכותו של בית-המשפט לאשר הסכמים עשויה לקדם את פתרונו. אף מעמדת היועץ המשפטי לממשלה משתמעת האפשרות, כי לו היה בין בני הזוג הידועים בציבור סכסוך בפועל, הייתהלבית-המשפט לענייני משפחה הסמכות לאשר הסכם שנועד לשים קץ לסכסוך זה. [498] איני רואה הבדל, לעניין זה, בין אישור הסכם, השם קץ לסכסוך, לבין אישורו עוד בטרם התגלע סכסוך, באופן העשוי לצמצם את הסיכוי להיווצרותו של סכסוך כזה בעתיד. בזה גם בזה יש כדי לקדם את התכלית שבבסיס החוק, והיא מניעתן של מחלוקות משפטיות בתוך המשפחה. הדבר אף עולה בקנה אחד עם העקרון הכללי בדבר הצורך למנוע התדייניות

משפטיות מיותרות, שכן ככל שניתן, באמצעות שימוש בסמכותו של בית- המשפט, למנוע מראש היווצרותו של סכסוך הרי, למצער ככל שהדבר נוגע לענייני משפחה, מטרה זו ראויה ויש לאפשרה" (ההדגשה שלי - י.ג.)

ובהמשך נקבע על-ידי השופטת ד' דורנר:

"שנית, וזה העיקר, תכליתם של שני דברי החקיקה - הן חוק יחסי ממון והן חוק בית-המשפט למשפחה - אינה יצירת הבחנה בין בני זוג נשואים לאלה שאינם נשואים, כי אם מתן כלים לצדדים להגיע ביניהם להסכמה, התואמת אמות-מידה שיפוטיות ועשויה להיות יציבה יותר מזו שבהסכם אשר לא הוגש לאישור. הערך המצוי בבסיס העניין הוא הכרה בקיומה של גמירת דעתם של הצדדים בכל הנוגע לאופי הסדרי הממון ביניהם ולטיבם, שאך ברור הוא, כי אין היא נובעת מהיותם נשואים, אלא מקיומם של חיים בצוותא" (ההדגשות שלי - י.ג.)

השופט י' אנגלרד הצטרף, לעמדתה של השופטת ד' דורנר ואילו הנשיא ברק הרחיק לכת, ולא רק שהצטרף, אלא השאיר בצריך עיון את השאלה, אם לא ניתן לאשר הסכם ממון בין ידועים בציבור גם על-פי חוק יחסי ממון.

ואלה דבריו של הנשיא א' ברק:

"מסכים אני לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' דורנר. לאור זאת, מבקש אני להשאיר בצריך עיון את השאלה אם חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג - 1973 - החל על בני זוג - אינו יכול לחול, מתוכו הוא, על ידועים בציבור. שאלה זו התעוררה בע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, ובפסק דיני - עימו הסכים השופט ד' לוי - השארתי אותה בצריך עיון. שאלה זו עשויה להתעורר מחדש לאור גישתנו, כי הוראה בדבר חקיקה לעניין "בן-זוג" עשויה לחול - אם הדבר נדרש על פי תכלית החקיקה - גם לעניין ידועים בציבור, וזאת אף בלא שהדבר נקבע במפורש באותו דבר חקיקה (ראו ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12).

בחינתה של שאלה זו מעוררת בעיות פרשניות קשות, הנובעות מהוראותיו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, שחלקן בוודאי אינו יכול לחול על ידועים בציבור. השאלה הינה, אם ניתן להפריד בין החלק שאינו יכול לחול על ידועים בציבור לבין החלק העשוי לחול עליהם. כאמור, אין לי צורך להחליט בשאלה זו, שכן במסגרת הערעור שלפנינו כל שנתבקש הוא לאשר את ההסכם, בלא כל הפנייה מיוחדת לחוק יחסי ממון בין בני-זוג" (ההדגשה שלי - י.ג.)

מכאן, שמי שטעה בהבנת החוק, הוא ב"כ היועמה"ש (ולא סה"נ ח. פורת)

10. בהתאם להלכת זמר, אני דוחה את טענתו של ב"כ היועמה"ש, וקובע כי לבית המשפט לענייני משפחה נתונה סמכות לאשר הסכם בין בני-זוג, על-פי סעיף 3 (ג) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, גם כאשר לא קיים כל סכסוך בין בני-הזוג וכדברי השופטת ד' דורנר בפרשת זמר, האישור נועד גם לצמצם את הסכסוכים העתידיים בין בני-הזוג.

ודוק, סעיף 3 (ג) עצמו קובע כי הסמכות לאשר הסכמים נתונה "אף אם אינה תלויה ועומדת אותה שעה תובענה לגביו".

אילו עמדתו של ב"כ היועהמ"ש היתה מתקבלת, על בית המשפט היה לבדוק בקרבייהם של בני-הזוג הבאים לפניו כדי לאשר הסכם ביניהם, ורק במידה וימצא שקיים סכסוך, יהיה רשאי לאשר את ההסכם; את קיומו או העדרו של הסכסוך, היה על בית המשפט לוודא, בהעדר תביעה ובהעדר תצהירים; או שמא סבור ב"כ היועהמ"ש כי לכל בקשה לאישור הסכם על-פי סעיף 3 (ג) הנ"ל, על בני-הזוג לצרף תצהיר שבו יצהירו כי קיים ביניהם סכסוך, למרות העדרו של כל סכסוך ביחסיהם. ב"כ היועהמ"ש אינו מתייחס גם לאפשרות שניתנה לאשר הסכם לגבי מצב עתידי, כדי למנוע סכסוך בעתיד ואינו מנמק מדוע אין לאפשר זאת. מכל מקום, הטענה של ב"כ היועהמ"ש, כי תנאי לאישור הסכם בין בני זוג או בין בני משפחה, הוא קיום סכסוך, אינה עומדת במבחן ההיגיון ומטרתו של סעיף 3 (ג) והיא נדחתה בבית המשפט העליון בפרשת זמר.

במקרה שלפנינו אכן מדובר בהסכם הצופה פני העתיד.

האם בני-זוג חד-מיניים, החיים כמשפחה, יוכרו כמשפחה גם בעיני הדין?

א. הפן הלשוני

11. ב"כ היועהמ"ש טוען כי המושג "בן משפחתו" שבסעיף 1 (2) (א) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, מתייחס אך ורק לבני-זוג שהם גבר ואישה, הואיל ולטענתו, לשון החוק הקובעת כי "בן זוגו לרבות הידועה בציבור כאשתו".

12. תוצאת הבחינה לשונית של החוק, אינה עולה בקנה אחד עם פרשנותו של ב"כ היועהמ"ש, אלא להיפך, לשון החוק מלמדת כי לשון החוק אינה מבחינה בין המינים, ואנמק.

סעיף 3 (א) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, קובע את היקף סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה:

"3 (א) ענייני משפחה לפי חוק זה יידונו בבית המשפט לענייני משפחה".

"ענייני משפחה" מוגדרים בסעיף 1 לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה:

"בחוק זה, "ענייני משפחה" - אחת מאלה:

(1) תובענות בענייני המעמד האישי....

(2) תובענה אזרחית בין אדם או עזבונו לבין בן משפחתו, או עזבונו, שעילתה סכסוך בתוך המשפחה, יהא נושאה אשר יהא;

לענין פסקה זו -

"בן משפחתו" -

(א) בן זוגו לרבות הידועה בציבור כאשתו, בן זוגו לשעבר, בן זוגו שנישואיו עמו פקעו..."

החוק משתמש בלשון זכר במונחים "בן משפחתו" ו"בן זוגו". במידה והמחוקק היה רוצה לייחד את סמכותו של ביהמ"ש לעניני משפחה רק לבני-זוג דו-מיניים, היה עליו לנסח את סעיף 1 (2) (א), לפחות כך:

"לענין פסקה זו - "בן משפחתו" (א) "בת זוגו לרבות הידועה בציבור כאשתו".

אולם המחוקק בחר לנסח בלשון זכר, הן את הביטוי "בן משפחתו" והן את הביטוי "בן זוגו".

לפיכך, מלשון החוק לא רק שלא ניתן לקבוע כי המחוקק התכוון ש"בן משפחתו" של הגבר היא אישה, אלא להיפך, ש"בן משפחתו" של הגבר, הוא גבר (והוא הדין לגבי "בן זוגו לשעבר").

בפרשנות זו תומך אף סעיף 6 לחוק הפרשנות, תשמ"א - 1981, הקובע:

"6. האמור בלשון זכר - אף לשון נקבה במשמע, וכן להיפך".

מכאן, שלשון החוק המדבר על "בן משפחתו" ועל "בן זוגו" בלשון זכר, מתייחסת אף לזוגות המורכבים מאיש ואישה, מאיש ואיש ומאישה ואישה.

את בית המשפט מחייבת הוראת סעיף 6 לחוק הפרשנות; דהיינו, שאת כל המונחים הנ"ל שבחוק, הן אלה שבלשון זכר והן אלה שבלשון נקבה (כמו "לרבות הידועה בציבור כאשתו"), יש לפרש כחלים הן על גברים והן על נשים, כך שמלשון החוק לא ניתן לגזור כל מסקנה על כוונת המחוקק לקבוע כי "בן משפחתו" של הגבר היא אישה בלבד. וכאמור, במידה וניתן לגזור איזו שהיא מסקנה דווקנית, המסקנה צריכה להיות כזאת, הנותנת נפקות לשימוש שהמחוקק עשה בלשון זכר, הן בביטוי "בן משפחתו" והן בביטוי "בן זוגו", כביטויים המתייחסים לבני אותו מין בלבד.

לגבי "הידועה בציבור כאשתו", אני סבור כי גם ב"כ היועהמ"ש יסכים, כי הביטוי מתייחס גם ל"ידוע בציבור" ולא רק ל"ידועה בציבור", מכאן שגם המונחים "בן משפחתו" ו"בן זוגו" מתייחסים לשני המינים ולא רק למין אחד.

מכאן, ש"בן משפחתו" של אדם מסויים יכול להיות או "בן זוגו" או "בת זוגו".

דר' אייל גרוס כותב במאמרו, דנילוביץ, שטיינר, והתיאוריה הקווירית, כי "מקור המילה "זוג" הוא ביוונית וכי במקור זה היא דווקא כן מציינת שניים מאותו מין: ה"זוג" המקורי הוא שני השוורים שמושכים את העגלה" (דר' אייל גרוס, דנילוביץ, שטיינר, והתיאוריה הקווירית, משפט נוסף, מס' 1 פברואר 2001, 47, 53).

13. יש הטוענים כי הנוסח "בן זוגו לרבות הידועה בציבור כאשתו" שבסעיף 1 (א) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, מתכוון לכך ש"בן משפחתו" של האיש היא אישה, לה הוא נשוי וגם לאישה הידועה בציבור כאשתו.

פרשנות זאת אינה תואמת את לשון החוק (הדווקנית) הואיל ואין שם תשובה לסיטואציה כאשר מדובר ב"בת משפחתו". דהיינו, מי היא "הידועה בציבור כאשתו" של האישה?

מכאן שכל הביטויים, הן "בן משפחתו" והן "בן זוגו" והן "הידועה בציבור כאשתו" -

על כולם יש להחיל את הוראות סעיף 6 לחוק הפרשנות (שצוטט לעיל).

14. ניתן להתייחס לעניין לשון החוק, גם מהפן הנגטיבי, דהיינו, מהם המלים שהמחוקק מכיר ומשתמש בהם בחוקים אחרים שהוא חוקק ואשר בהם הוא לא השתמש בהם בהגדרת "בן משפחתו" או "בן זוג".

למשל, בסעיף 1 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה - 1995 (שנחקק באותה שנה שבה חוקק חוק ביהמ"ש לעניני משפחה), מופיעה ההגדרה הבאה:

"אשתו - לרבות הידועה בצבור כאשתו..."

המחוקק נמנע לקבוע בחוק ביהמ"ש לעניני משפחה את הנוסח הבא:

"בן משפחתו - אשתו, לרבות הידועה בציבור כאשתו".

ניסוח יותר ספציפי ומפורט נקבע בחוק שירות המדינה (גימלאות) (נוסח משולב), תשל"ל - 1970, שם הגדיר בסעיף 4 (א) את שאריו של הנפטר:

"4. (א) אלה הם שאריו של נפטר, לענין חוק זה:

(1) מי שהיתה אשתו בשעת מותו, לרבות מי שהיתה ידועה בציבור כאשתו וגרה עמו אותה שעה (להלן - אלמנה);

(2) מי שהיה בעלה בשעת מותה, לרבות מי שהיה ידוע בציבור כבעלה וגר עמה אותה שעה (להלן - אלמן)".

וכן ראה ניסוח דומה בסעיף 21 (1) לחוק שירות הקבע בצבא ההגנה לישראל (גימלאות) (נוסח משולב), תשמ"ה - 1985.

בחוקים שונים ידע המחוקק להגדיר בלשון זכר "בן זוג" - לרבות ידוע בציבור" (ראה סעיף 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א - 1991 או ניסוח דומה בסעיף 86 (ב) (2) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, המגדיר מיהו "בן משפחתו" או כאמור בסעיף 335 (ב) (1) ובסעיף לחוק העונשין הנ"ל, שם "בן משפחתו", הוא: "בן זוג, לרבות הידוע בציבור כבן זוג". דהיינו, המחוקק יודע, כשהוא רוצה בכך, להשתמש בלשון זכר, בו בביטוי "בן משפחתו" והן בביטוי "בן זוג" והן בביטוי "הידוע בציבור כבן זוג", כאשר ברור כי המחוקק מודע לתחולת סעיף 6 לחוק הפרשנות על הביטויים האלה והם חלים גם בלשון נקבה. השימוש בסעיף 1 (2) (א) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה בלשון נקבה בביטוי "לרבות הידועה בציבור כאשתו" מלמד כי השימוש בביטוי "בן זוג" שם אינו מתייחד אך ורק לזכר ונקבה, אלא, כאמור, "בן זוג" של "בן משפחתו" יכול להיות גם זכר וגם נקבה - והכל כאשר אנו מדברים על לשון החוק.

כך, שאם אפילו נאמר כי "בן זוג" של "בן משפחתו" הם רק אלה הנשואים זל"ז. בא ההמשך הקובע "לרבות הידועה בציבור כאשתו" לומר לנו כי הביטוי "הידועה בציבור" אינו מתייחס רק לאשה אלא גם לאיש. מכאן, שגם בן-זוג חד מיני, של בן-זוג מאותו מין, נכנסים להגדרת "ידוע או ידועה בציבור", הואיל וגם הם חיים ביחד בחיי משפחה, כמו הזוגות הדו-מיניים שלא נישאו. דהיינו, הגדרת "בן משפחתו" חלה על כל הזוגות, בין הנשואים זל"ז ובין שאינם נשואים זל"ז, יהיה מינם אשר

יהיה ותהיה נטייתם המינית אשר תהיה.

15. בסעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה - 1965, המחוקק השתמש במילים "איש ואשה". העובדה שהמחוקק לא השתמש במילים "איש ואשה" ולא קבע בחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, את הנוסח שבחוקים הנ"ל מחזק את המסקנה כי על-פי לשון החוק, המחוקק לא רצה להגביל את סמכותו של ביהמ"ש לעניני משפחה רק לבני-זוג דו-מיניים.

אולם נוכחנו רק לאחרונה כי גם המילים "איש ואשה" שבסעיף 55 לחוק הירושה, פורשו על-ידי בית-המשפט המחוזיבנצרת, בע"א (נצ') 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' היועהמ"ש, כחלים גם על בני-זוג חד-מיני. בן הזוג החד-מיני שנשאר בחיים זכה בעזבונו של בן-זוגו החד-מיני שנפטר, "כאילו המוריש ציווה לו מה שהנשאר בחיים היה מקבל בירושה על פי דין אילו היו נשואים זה לזה", כאמור בסעיף 55 לחוק הירושה (פסק הדין בע"א 3245/03 ניתן ביום 11.11.03, במהלך כתיבתה של החלטתי זאת, יתכן כי פסק-דין זה מיייתר את הצורך לנמק את זכותם של המבקשים, כזוג חד-מיני, כי ביהמ"ש לעניני משפחה יאשר את ההסכם שעשו ביניהם, אולם מצאתי לנכון לצטט קטעים ממנו במקומות הרלבנטיים בהחלטה זאת).

סה"נ נ' ממן קובע בפרשת ע"א 3245/03, לענין לשון החוק:

"הנימוק העיקרי שבעטיו סבור חברי כי סעיף 55 אינו (חל) על המערער נעוץ בלשון הסעיף המדברת על " איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף...". לדעת חברי לשון החוק כה חד משמעית עד שאין היא יכולה לשאת את המשמעות של "גבר וגבר". איני חולק על כך שמבחינה לשונית גרידא הביטוי "איש ואשה" בעברית זהה למשמעות שיש למילים "זכר" ו-"נקבה" [מילון אבן שושן, הוצאת קריית ספר]. אך לדעתי, אין השימוש במילים האלה מכוון לצמצם את תחולת הסעיף לזכר ונקבה. ניתן לדעתי להגיע למסקנה הזו מבלי להעמיס על הביטוי משמעות שאינו יכול לשאת".

בהמשך קובע סה"נ נ' ממן:

"לדעתי, המחוקק בשנת 1965 הרחיק לכת די והותר, מבחינתו כשהקנה מעמד של יורשים לידועים בציבור. הוא לא נתן דעתו כלל למעמדם של ידועים בציבור בני אותו המין לא מפני שביקש לשלול את זכותם אלא מפני שלא העלה על דעתו קיומה של תופעה הקרויה משפחה של בני אותו מין. לכן אין לסעיף 55 תכלית של שלילת זכויות הירושה של ידועים בציבור בני אותו מין".

דברים אלה טובים ונכונים אף להגדרת "בן משפחתו" ו"בן זוגו" שבסעיף 1 (2) (א) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה.

סה"נ נ' ממן מתייחס בפסק דינו גם לענין הפרשנות התכלית של החוק וקובע, לגבי "איש ואישה":

"אני מוכן להרחיק לכת ולומר כי גם בהנחה שהייתה למחוקק כוונה כזו, אין היא חזות הכל ואיננו לפרש את החוק אך ורק לאורה. יש לקחת בחשבון את ההתפתחויות שחלו בחקיקה ובפסיקה וגם את השינויים בהלך הרוח של הציבור. הפרשנות אינה נעצרת ביום שהחוק פורסם בספר החוקים. משקלה

של הנחת היסוד של המחוקק אינו רב".

סה"נ נ' ממן מתנגד, בע"א 3245/03, לשימוש במילים כדי לשלול זכויות, ואלה דבריו:

"לשיטתי, הביטוי "איש ואשה" הוא מְפֹתָח; אין הוא בגדר מנעול. השפה העברית מבחינה בין זכר ונקבה גם בתחום הדקדוק והתחביר ולעיתים השימוש בלשון זכר דווקא או נקבה דווקא עשוי להצביע על כוונה. בהקשר הנוכחי הנני סבור כי משקלו של המרכיב הדקדוקי של הטקסט אינו רב, משום שבחירה בכל מילה אחרת בעברית היתה מעוררת אותה קושייה, שכן אין לך מילה בעברית שאינה זכר או נקבה, ביחיד או ביחידה ברבים או ברבות. כאן ראוי להפנות את תשומת הלב לכך שגם המחוקק לא דק פורטא בסעיף 55: הוא משתמש בביטוי "נשואים זה לזה" ולא "נשואים זה לזו".

בפרשת ע"א 3245/03 דובר, כדבריה של השופטת ג' (די ליאו) לוי:

"בפרק מחיים, ואף ממוות, של שני אנשים - גברים, המערער ובן זוגו שנפטר, ש.ר. ז"ל (להלן "המנוח"), שהחליטו לקשור נפשם יחדיו, וחלקו חייהם במשך כ- 40 שנה. והם גרו באותה דירה והיו שותפים לכל, שותפות רגשית ושותפות חומרית. זו היתה בחירתם וזה היה רצונם. שותפות חיים זו התקיימה עד מותו של המנוח".

פסק-הדין בע"א 3245/03, סותם את הגולל על עמדתו של ב"כ היועמה"ש לגבי אישור הסכם בין בני-זוג חד-מיני, על-פי סעיף 3 (ג) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, הואיל ואם בן-זוג חד-מיני יורש את בן זוגו החד-מיני, כאילו היה נשוי לו, על אחת כמה וכמה שבני-זוג חד-מיניים זכאים כי ביהמ"ש לעניני משפחה יאשר את ההסכם שהם עשו ביניהם.

יש לציין, כי ביום 17.11.03 הונחה על שולחן הכנסת השש-עשרה הצעת חוק הירושה (תיקון - בני זוג מאותו מין), תשס"ד - 2003 (מספרה פ/1573) ובה הוצע כי במקום המלים "איש ואישה", בסעיפים 55 ו-57 (ג) לחוק הירושה, יבוא "בני זוג" ובסוף הסעיף יאמר: "לענין סעיף זה - "בני זוג" - לרבות בני זוג מאותו מין" (יש להניח כי גורלה של הצעה זו יהיה כגורל הצעתו של ח"כ א' וילן ובה ביקש לתקן את סעיף 1 (2) לחוק, כך שבהגדרת "בן משפחתו" יבוא "בן זוגו מאותו מין" (ר' בענין זה בסעיף 19 להלן).

16. ולבסוף, יש להביא את דבריו של הנשיא א' ברק בפרשת לינדורן:

"לשון ותכלית

8. בפרשנותו של טקסט משפטי עלינו להבחין בין משמעותו הלשונית של הטקסט לבין משמעותו המשפטית. משמעותו הלשונית של הטקסט קובעת את מגוון המשמעויות שהטקסט יכול לשאת בשפתו. משמעותו המשפטית של הטקסט היא המשמעות הלשונית המגשימה את התכלית שהנורמה הגלומה בטקסט נועדה להגשים (ראו בג"ץ 267/88 רשת כוללי האידרא, עמותה נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3) 728, 736). בקביעת מתחם המשמעויות הלשוניות, הפרשן פועל כבלשן".

....

המובן הלשוני של הדיבור "בן-זוג"

9. מהו מובנו הלשוני של הדיבור "בן-זוג" בשפה העברית? במתן תשובה לשאלה זו יש לפנות לתורת הבלשנות.

יש להעזר במהותה של הלשון ובעיותיה. השופט הופך להיות בלשן, תוך שהוא נעזר בעולם הבלשנות (ראו לנדוי, "המשפט במשפט: בלשנות משפטית - הבלשן בשירות המשפטן", עיוני משפט כ"ב 37 (1999)). בהקשר זה ניתן להיעזר במילונים ובשאר אמצעים להבנת הלשון העברית. דומה שהמובן הלשוני של הדיבור "בן-זוג" דינו "אחד מן השניים שהם זוג" (א. אבן-שושן, המלון החדש 243 (כרך א, תשכ"ו)). בן-זוג הינו, איפוא, אחד מצמד. לענין זה, אין כל דרישה לשונית שהצמד יהא נשוי כדת וכדין" (ההדגשות שלי - י.ג.).

(ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נה (1) 12).

ובהמשך קובע הנשיא א' ברק:

"אכן, המובן שיש ליתן לדיבור שבחוק - כגון הדיבור "בן זוג" - אינו קבוע ועומד לעולמים. החוק הוא חלק מהחיים, והחיים משתנים. עם השינוי במציאות משתנה גם הבנת החוק. לשון החוק עומדת על מכונה, אך משמעותה משתנה עם "תנאי החיים המשתנים" (השופט אגרנט בע"א 58/50 ברנר נ' וינריך, פ"ד ה' 1451, 1460), עמד על כך השופט זילברג באומרו:

"לכל חוק וחוק יש מציאות מסוימת, ועם השתנותה היסודית, משתנה מאליו גם החוק".

(בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141, 158).

החוק משתלב במציאות החדשה. כך מדבר חוק ישן אל האדם המודרני. מכאן הגישה הפרשנית, כי "החוק מדבר תמיד" (Always Speaking) (ראו F. Bennion, Statutory Interpretation 686 (3 Rd Ed., 1999)).

הפרשנות היא תהליך מתחדש. יש לתת תוכן מודרני ללשון הישנה, בכך יקטן הפער בין החוק לבין החיים. על רקע זה נכון לומר, כפי שאמר רדברוך, כי הפרשן עשוי להבין את החוק טוב יותר מיוצר החוק, וכי [33] החוק הוא לעולם חכם מיוצרו (ראו G. Radbruch, "Legal Philosophy", The Legal Philosophies of Lask, Radbruch And Dabin 141 (1950)).

מכאן הגישה הפרשנית המקובלת באנגליה, לפיה יש ליתן לחוק פרשנות שהיא Updating (בניון, שם, עמ' 686). אכן, החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב ויקדם את המציאות המודרנית (ראו א. ברק, פרשנות במשפט 264, 603 (כרך שני, 1993)) (ההדגשות שלי - י.ג.).

(ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נה (1) 32, 12).

17. דהיינו, הפרשנות של לשון החוק וגם של תוכן החוק, משתנים עם השתנות המציאות ובית המשפט אינו רשאי שלא לפרש את החוק בהתאם למציאות ובודאי

שב"כ היועהמ"ש אינו רשאי שלא להתייחס בטיעונו בפני בית המשפט למציאות, והכוונה, במקרה שלפנינו לכך שבמדינת ישראל חיים אלפי זוגות חד-מיניים שהחוק ובית המשפט אינם רשאים להתעלם מהם ומזכויותיהם ולדחות כל בקשה שלהם, רק מפני שמדובר בזוג חד-מיני. מי שמנסה להתעלם מהמציאות ימצא את עצמו במקום שבו עמד ב"כ היועהמ"ש בפרשות זמר, לינדורן וע"א 3245/03.

18. שופטים מסויימים מתייחסים לבני-זוג חד-מיניים, כבני משפחה, כדבר שבשגרה.

לדוגמה, ביום 2.6.97 נתן השופט א' גלובינסקי מביהמ"ש לעניני משפחה בחיפה, צו הגנה, לפי החוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א - 1991, כנגד חברתה לחיים של המבקשת (תמ"ש 32520/97 פלונית נ' אלמונית, תקדין). השופט מפרש את המונח "בן זוג" ככולל גם בן זוג מאותו מין (הגדרת "בן משפחה" בסעיף 1 לחוק הנ"ל היא: "בן זוג..."). למרות שהחוק מתייחס בסעיפיו השונים במפורש ל"בן משפחתו" (11 פעמים, ראה סעיפים 2 (א), (1), (2), (3), (ב), (ח); 2 (א); 2ה; 3 רישא ו- (1), (2), (3); 7 (ג).

השופט מאיר יפרח קבע בהחלטה שנתן ביום 1.6.00, בת"א 56381/00 (ת"א) דרור נ' ברק (נבו), כי הסמכות לדון בתביעתו של דרור נגד בן זוגו ברק, נתונה לבית המשפט לעניני משפחה. השופט יפרח קבע זאת, על-פי הקריטריון של זהות הצדדים, בהיותם בני זוג, מושג הכולל לדעתו גם בני זוג חד-מיניים ועל-פי קריטריון מהות הסכסוך, הנובע מניהול חייהם המשותפים של בני-הזוג החד-מיני, לאורך שנים ארוכות.

השופטת חנה ריש-רוטשילד, מביהמ"ש לעניני משפחה, אישרה הסכם בין בני זוג חד-מיני ונתנה לו תוקף של פסק-דין ביום 16.2.04 (תמ"ש 3140/02 ר"א ול"מ (דינים)).

השופטת אסנת אלון-לאופר, מביהמ"ש לעניני משפחה בבאר שבע, אישרה הסכם בין זוג לסביות, בקובעה כי הגדרת "בן משפחה" אינה מכוונת רק לבני-זוג דו-מיני (תמ"ש 8510/01).

השופטת ג' (די ליאו) לוי קבעה בפרשת ע"א 3245/03:

"מכאן שאם מסקנתנו הינה שהבחירה בביטוי היתה רק על מנת לבטא חיי שיתוף בין בני זוג, יכולים אנו לומר ש"בן זוג" הינו גם בן זוג בן אותו המין, כפי שיטתו של סגן הנשיא השופט ממן.

אם נאמר ההפך שכוונת המחוקק בסעיף 55 לחוק הירושה, היתה לשלול מבני זוג בני אותו המין את הזכות הזו לרשת האחד את השני, נאמר שהמחוקק התכוון להפלות.

ומדוע תהא בכך הפלייה? משום שכל אותם תנאים שקבע המחוקק בסעיף 55 לחוק הירושה לגבי איש ואישה בני זוג בני מין שונה, המקימים את הזכות לירושה כפי בן הזוג היורש עפ"י הדין, מתקיימים בעניינם של המבקש ובן זוגו:

- הם מקיימים חיי משפחה;

- הם אינם נשואים זה לזה;

- ובשעת מותו אף אחד מהם לא היה נשוי לאדם אחר;

אין חולק כי זה היה מצבם של המבקש ובן זוגו בענייננו. יתירה מזו, בית המשפט העליון כבר "הכיר" בכך כי חיי שיתוף כאלה זהים לחיי שיתוף של בני זוג בני מין שונה, באותה פרשת דנילוביץ שאזכרה על ידי חברי (בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ פד"י מה (5) 749):

"מבחינה של העניין הנדון, עניין לנו בהבחנה שהיא שרירותית ובלתי הוגנת, וכי הפרידה מבן זוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מבן זוג מהמין השונה?"

האם חיי שיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחווה וניהול התא החברתי, מחיי שיתוף אלה בין בני זוג ממין שונה?"

כב' הנשיא ברק הציג שאלה רטורית כמובן שמשמעותה ברורה מאלה - אין שוני בין בני זוג בני אותו המין ובין זוגות בני המין השונה ככל שהדבר נוגע לחיי השיתוף.

ואם אנו נקבע כי בן זוג מאותו המין אינו זכאי לרשת את בן זוגו, נמצא עצמנו קובעים שקיים כזה שוני, ורק בשל שוני זה אין בן הזוג בן אותו המין זכאי לרשת את בן זוגו.

המילה "הכיר" נרשמה על ידי במרכאות משום שחיי השיתוף בין זוגות בני אותו המין, מתקיימים בין אם נתעלם מהם ובין אם נכיר בהם, ויחס החברה לזוגות כאלה, אין לו השפעה על עצם קיומם. מבחינה זו אין הם זקוקים להכרת החברה בחייהם. הם זקוקים להכרה מבחינה משפטית ככל שחיי שיתוף אלה מקנים להם זכויות משפטיות, או כדי למנוע כל פגיעה בהם או אפלייה בגין היותם בני זוג בני אותו המין".

ובהמשך קובעת השופטת ג' (די ליאו) לוי:

"אם ניישם דברים אלו על המקרה שבפנינו, המסקנה הבלתי נמנעת הינה כי הפרוש לפיו גם בן זוג בן אותו המין יכול לרשת את בן זוגו ככל בן זוג בן המין האחר היורש עפ"י דין את בן זוגו, הינו פירוש המקדם את השוויון והשולל את ההפלייה" (ההדגשה במקור). נ.

ובהמשך:

"שלילת זכותו של בן אותו המין לרשת את בן זוגו כיוורש עפ"י דין, כאשר חיי השיתוף אותם הוא חי עם בן זוגו הוכרו כבר גם על ידי בית המשפט העליון כשווים לחיי שיתוף של בני זוג בני מין שונה, תהווה רמיסת המיעוט ויוצא הדופן.

האם יכולים אנו למצוא הצדקה כלשהי לרמיסה ופגיעה כזו? לא מצאתי כל אינטרס נגדי שיכול לעמוד כנגד פגיעה כזו ולגבור עליה, לא בחוק הירושה ואף לא בחוקים אחרים וודאי לא בחוקי היסוד.

אם בני זוג בני אותו מין החולקים חייהם יחדיו, הוכרו על ידי בית המשפט העליון כזכאים להנות מזכויות שהוקנו לבן זוג בן מין שונה כמו בעניין

דנילוביץ הנ"ל, אם הם יכולים לאשר בבית המשפט לענייני משפחה הסכם ממון שנעשה ביניהם (תמ"ש 08510/01 ביהמ"ש לענייני משפחה ב"ש); אם ניתן להוציא נגד אחד מהם בבית המשפט לענייני משפחה צו הגנה לפי החוק למניעת אלימות במשפחה (תמ"ש (חיפה) 32520/97), אם הם יכולים לקבל פס"ד הצהרתי בביה"ד לעבודה, שבן זוג בן אותו המין הינו ידוע בציבור של אדם שנפטר, לצורך מתן פנסיית שארים (ע.ב. 3816/01 בביה"ד לעבודה בת"א), ואם כפי שאמרנו לעיל אין עליהם כל איסור שבדין לחיות חיי שיתוף ולצוות אחד לשני את רכושם בצוואה, אזי קביעה שבן זוג בן אותו המין אינו יכול לרשת את בן זוגו, תביא לתוצאה בלתי רצויה מבחינה חברתית תפגע בתקנת הציבור, תפגע בשוויון ותפלה על בסיס נטייה מינית".

ולסיום קובעת השופטת ג' (די ליאו) לוי:

"הכרה בזכותו של המערער לרשת את בן זוגו נותנת אכן פתרון לבעיות ההווה. זוהי תוצאה צודקת המקדמת את המציאות המודרנית, משקפת את הכרתה של החברה בה אנו חיים בזכויות הפרט בזכות השוויון ואיסור ההפליה, תואמת את העקרונות שנקבעו בחוק יסוד; כבוד האדם וחירותו, ומגשימה את כוונתו המשוערת של המנוח".

19. לעומתם, דחה השופט י' שנהב (כתוארו אז) מביהמ"ש לענייני משפחה בתל-אביב, בקשה לאשר הסכם בין בני-זוג חד-מיני, הואיל והם אינם בני משפחה (תמ"ש 21030/00 ל' נ' היועהמ"ש).

בענין זה כותבת איילת בלכר-פריגת:

"התמקדות בתחימת גבולות המשפחה וסיווג אנשים כ"בני משפחה" או "זרים" לא זו בלבד שהיא יוצרת תיאור מעוות של מערכות היחסים הקיימות במציאות, אלא היא אף מסתירה את הסוגיות האמיתיות שיש לדון בהן".

(איילת בלכר-פריגת, על זכויות, גבולות ומשפחה, עיוני משפט כז (2) נובמבר 2003, 539, בעמ' 580).

איילת בלכר-פריגת מסיימת את מאמרה במלים אלה:

"במקום להתמקד בהצבת גבולות ושמירתם, מן הראוי להתמקד ישירות באינטרסים שבשםם לכאורה פועלים הגבולות: אינטימיות, אחריות ודאגה. כך נוכל להגן על מערכות יחסים משפחתיות, ולעשות כן במסגרתו של שיח משפטי עשיר יותר ומושכל יותר, ההולם את יחסי המשפחה".

(איילת בלכר-פריגת, שם, בעמ' 586).

20. יש לציין כי חבר הכנסת אבשלום וילן הגיש לכנסת השש-עשרה, ביום 14.7.03, הצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה(תיקון - זוגות חד מיניים), התשס"ג - 2003 (מספרה פ/1163) ובה ביקש לתקן את סעיף 1 (2) לחוק, כך שבהגדרת "בן משפחתו" יבוא "בן זוגו מאותו מין".

בדברי ההסבר נאמר:

"בעקבות חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כי חוק בית המשפט לענייני

משפחה לא יחול על זוגות חד מיניים, מוצע להחיל את החוק גם במקרים אלו.

חיים משותפים לבני זוג מאותו מין הם תופעה נפוצה ומן הראוי להחיל עליה את החוק מבלי לקבוע עמדה ערכית על התופעה.

הצעות חוק זהות הוגשו על-ידי חבר הכנסת מוסי רז בכנסת החמש-עשרה ומספרן פ/4071 ו-פ/3358.

הצעת החוק נדחתה בישיבת הכנסת מיום 14.1.04 ברוב של 34 נגד 12. להלן דבריו של שר המשפטים, יוסף לפיד בדיון:

"שר המשפטים יוסף לפיד: חבר הכנסת וילן, אני לא צריך לומר לך שאני וחברי מפלגתי מתייחסים בשוויוניות גמורה לזוגות דו-מיניים וחד-מיניים. הבעיה היא משפטית, ולא במישור האנושי. יש בעיות משפטיות מאוד קשות, והנושא של נישואין ובית-דין למשפחה וכל הכרוך בזה, נוגע לקשת רחבה מאוד של נושאים שעדיין לא מצאו בישראל את ההסדר הנאות. 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 ובניסיון להכרה בחוק בישראל בזוגות חד-מיניים כמשפחה. ההסכמים הקואליציוניים קובעים, כי כל שינוי בסטטוס-קוו בענייני דת ומדינה ייעשה בהסכמת כל מרכיבי הקואליציה, ולצדדי, אין הסכמה כזאת בעניין הצעת החוק שלפנינו. כמי שהלך הרבה עם ש"ס בהיותו בממשלה, אתה בוודאי מכיר את האילוצים הקואליציוניים. הסיבה השנייה היא, שלפני שנתנים סמכות לבית-המשפט לענייני משפחה לדון במוסד משפחתי חדש, ראוי שהמחוקק ייתן 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 בית-המשפט לענייני משפחה. אלה נימוקים כבדי משקל, שגם מי שמצדד בהכרה בזוגות חד-מיניים צריך להתחשב בהם. אי-אפשר על-ידי עקיפת הנושא עצמו להגיע אל הנושא. אני בטוח שאתה, חבר הכנסת פינס, ואני חושבים בדיוק אותו דבר בעניינים האלה. אני מסביר לך את העמדה של ממשלת ישראל, לאור ההסכמים הקואליציוניים, וגם לאור האילוצים המשפטיים, ועל כן אני מבקש לדחות את ההצעה" (ההדגשה שלי - י.ג.).

על-פי פרשנותי ופרשנותו של ביהמ"ש המחוזי בנצרת בע"א 3245/03, ללשון החוק, אין צורך להמתין שהכנסת תתקן את החוק וכי סמכותו של ביהמ"ש לעניני משפחה חלה, הן לפי לשון החוק והן על-פי פרשנותו והן על-פי תכליתו, על כל הזוגות, הן הדו-מיניים והן החד-מיניים.

ב. הפן המהותי -הטיעון כי המחוקק לא נתן את דעתו ליצירת משפחה המורכבת מזוג חד-מיני והאם זוג חד-מיני מהווה משפחה

21. טענתו השניה של ב"כ היועמה"ש היא כי "המחוקק לא נתן את דעתו ליצירת משפחה המורכבת מצמד בני אותו מין. מוסד חברתי משפטי זה, אינו מוכר כלל ועיקר בדין הישראלי, ויצירתו כרוכה בהכרעה בשאלות ערכיות המעוררות סוגיות קשות חברתיות ומוסריות שעניינם תפיסת דיני המשפחה בישראל. הכרעה אם להכיר במוסד משפטי חברתי זה היא בראש וראשונה עניין למחוקק לענות בו"

(סעיף 22 לתגובת ב"כ היועהמ"ש).

זוהי, עם כל הכבוד, אמירה שלא ניתן לה כל ביסוס על-ידי ב"כ היועהמ"ש. היה מצופה כי טענה כה מהותית תנומק, בליווי אסמכתאות, אולם העדר ההנמקה, אומר דרשני. דהיינו, שמא אף אליבא ב"כ היועהמ"ש, ההפך הוא הנכון, שמא המחוקק בנסחו את סעיף ההגדרות שבחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, לא רצה להגביל את סמכותו של ביהמ"ש לענייני משפחה, להשקפתו של ב"כ היועהמ"ש ודווקא ניסח את ההגדרות כך שהן חלות - גם לשונית וגם מהותית - על כל הזוגות יהיה מינם אשר יהיה וללא כל הפלייה מטעמי מין או מטעמי נטייה מינית.

22. דבריו הנ"ל של ב"כ היועהמ"ש, מלמדים כי ב"כ היועהמ"ש אוטם את עיניו ואת אוזניו למציאות המתרחשת כיום הן בישראל והן בעולם המערבי כולו - מציאות ההולכת ומתרחבת, של חיי משפחה המתקיימים בין זוגות חד-מיניים, החיים ביחד במשק בית משותף; במדינות לא מעטות - כמו הולנד דנמרק, שוודיה, נורבגיה, איסלנד גרמניה, וורמונט (בארה"ב), צרפת, ניו-זילנד, הונגריה, בלגיה, גרינלנד, שתי מדינות באוסטרליה - קיים חוק המשווה את הזכויות של הזוגות ההומוסקסואלים והלסביות לזכויות של הזוגות הדו-מיניים. במדינות מסוימות - כמו הולנד, קנדה, מדינת מסצ'וסטס, ספרד - ניתן למערכת יחסים זוגית כזו לגיטימציה והם יכולים אף להינשא, לגדל ילדים ואף לאמץ ילדים ובודאי לעשות ביניהם הסכמים (ביום 3.10.04 פורסם בעתון "הארץ" כי ממשלת ספרד אישרה חוק חדש שיעניק לזוגות הומוסקסואלים ולסביות זכות להינשא).

עמדתו של ב"כ היועהמ"ש לפיה הכרה במשפחה חד-מינית כמשפחה היא רק ענין של המחוקק, נדחתה בפסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי בנצרת - ע"א 3245/03 הנ"ל, שם קבע סה"נ נ' ממנ:

"האם הפרשנות המרחיבה שניתנה לביטוי "בן זוג" משפיעה על פרשנות הביטוי "איש ואשה" שבסעיף 55? לדעתי התשובה חיובית, למרות שמדובר בשני ביטויים שונים ולמרות שהפסיקה שעסקה בכך לא נגעה במישור דיני הירושה. תרומתה של הפסיקה שתוארה לעיל אינה ביישומה הישיר; היא באה לידי ביטוי בהענקת ההשראה לרעיון שהתא הקרוי "משפחה" יכול להיווצר גם בלי נישואין וגם אם שני חבריו הם בני אותו מין. נקודת הכובד כאן היא "משפחה" שהיא גרעין הזכות שבסעיף 55 לחוק" (ההדגשה שלי - י.ג.)

23. כפי שהראיתי לעיל, מלשון החוק, לא ניתן להסיק כי המחוקק לא נתן את דעתו למשפחה המורכבת מבני-זוג בני אותו מין. כמו כן הפסיקה הכירה בזוגות חד-מיניים, עד כדי הכרה באימוץ שנעשה בחו"ל של בת הזוג של האם הביולוגית. דהיינו, כיום, הדין מכיר בכך כי לקטין יש כיום שני הורים בני אותו מין (בג"צ 1779/99 פלונית נ' שר- הפנים, פ"ד נד (2) 368).

(לגבי בג"צ 1779/99, ר' את מאמרו של דר' חנן גולדשמידט - "תעודת הזהות המפוספת של משפחת ישראלי" - השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני. המשפט ז', תשס"ב - 2002, עמ' 217).

24. יש לזכור ולהזכיר, כי בעלי האידאולוגיות השמרניות התנגדו להענקת זכויות למאמינים בדת אחרת משלהם, לבעלי צבע עור השונה משלהם, לנשים, לעובדים, לילדים וכיום הם מנהלים מלחמת מאסך כנגד הענקת זכויות לבעלי נטייה מינית אחרת משלהם, כגון זכויות למשפחות חד-מיניות; פעמים רבות הם גם גייסו את האל לעזרתם וכיום הם מנמקים את התנגדותם להחלת ערך השוויון

לגבי בעלי נטייה מינית השונה משלהם, על פרשנותם את המילה "יהודית" בביטוי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", שבסעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

על כך כותבת מיכל טמיר (יצחקי), במאמרה המאלף, הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות:

"... הבעיה העיקרית הינה בשימוש בחוק-היסוד כמכשיר להכנסת גישות ערכיות אורתודוקסיות המתנגדות להומוסקסואליות, וזאת לאור ערכיה של מורשת ישראל. ואכן, השופט גרמן בעניין אדיר שטיינר קבע כי "אין כל ספק שהומוסקסואליות ויהדות אינם עולים בקנה אחד". לדעתי, מאחר והתאמה לערכיה של מדינת ישראל מהווה אחד הקריטריונים להכשר של פגיעה בזכות, הרי שיש לפרש "יהודית ודמוקרטית" כערכים היהודיים ו/או הערכים הדמוקרטיים, שיש בהם להגדיל זכויות, שהרי המחוקק לא נתן הכשר לפגיעה בזכות בכל פעם שהדת היהודית מאפשרת זאת. סעיף 8 לחוק היסוד קובע כי על-מנת שחוק יוכל לפגוע בזכויות אדם, עליו להלום את ערכי המדינה כיהודית והן את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית, לפיכך, "חוק הפוגע בזכות האדם באופן ההולם את ערכי המדינה כמדינה יהודית, אך אינו הולם את ערכיה כמדינה דמוקרטית, אינו עומד בתנאי סעיף 8" (ציטוט ממאמרו של א' בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 452, 443).

(מיכל טמיר (יצחקי), הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות, הפרקליט מה א', 94, 116).

בכל הכבוד, אני מסכים עם דבריה הנ"ל של מיכל טמיר ולכן לא ניתן להשתמש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי לשלול זכויות וכדי להפלות בין קבוצות שונות, כמו חברי הקבוצה ההומוסבית.

עמדה זאת, לפיה המחוקק אינו מתכוון לשלול זכויות, אלא אם הוא קובע זאת במפורש, נקבעה כאמור, בע"א 3245/03 הנ"ל. בית המשפט המחוזי בנצרת, שפסק-דינו מנחה אותי כשופט בערכאה נמוכה יותר (סעיף 20 (א) לחוק יסוד: השפיטה), קבע כי בסעיף 55 לחוק הירושה אין מדובר ב"הסדר שלילי" השולל את הזכות לרשת של בן-הזוג מאותו מין וכי לשון החוק היא "מפתח ולא מנעול" לזכויות.

אין צורך לקרוא ספרי משפט והיסטוריה כדי לדמות את מי שייצג את המדינה במשפטים להענקת שוויון זכויות לשחורים בארה"ב, או במדינות בהן לא ניתנה זכות בחירה לנשים, הטוען, כפי שטוען ב"כ היועמה"ש במקרה שלפנינו, כי המחוקק לא הכיר בשחורי העור כמי שיש להעניק להם זכויות או כי המחוקק לא הכיר בנשים כמי שיש לתת לו את זכות הבחירה (ואלה רק דוגמאות).

ושבו עולה התמיהה, מדוע היועץ המשפטי לממשלה נלחם, באופן כה חד-צדדי, את מלחמתם של בעלי האידאולוגיות השמרניות ואינו נלחם את מלחמתם של המופלים לרעה, כדי למנוע את ההפלייה, כמו הזוגות החד-מיניים.

השאלה אם בני-הזוג מהווים משפחה, תיבחן לפי מהות היחסים ביניהם ולא לפי מינם

25. הנשיא א' ברק (בטרם נשיאותו) קבע בפרשת דנילוביץ, כי הבסיס הוא חיים משותפים בין בני הזוג ולא נטייתם המינית:

"רלבנטיות זו נבחנת באמות מידה של שרירות והגינות וצדק. ביסוד הענקתה של טובת ההנאה לעובד עבור בן זוג או ידוע בציבור מונחת הגישה כי יש מקום להעניק טובת הנאה לעובד - בדמות כרטיס טיסה - עבור זה שעמו הוא חי ואתו הוא מנהל משק משותף, ממנו הוא נפרד כאשר הוא יוצא לטיסותיו, ואליו הוא חוזר בסיום עבודתו. זוהי אמת המידה המשותפת לבת זוג ולידועה בציבור גם יחד. מטרתה של טובת ההנאה אינה בחיזוק מוסד הנישואין. אכן, אל-על מעניק את טובת ההנאה לעובד החי עם ידועה בציבור, חרף העובדה שאותה ידועה בציבור נשואה כדין לאחר. הרעיון המונחביסוד הענקתה של טובת ההנאה הוא, אפוא, חיים משותפים לתקופה מסוימת (הקבועה בהסדר הקיבוצי) המעידה על תא חברתי הדוק, שביסודו חיי שיתוף. על רקע הקשר זה, ברור בעיני כי שלילתה של טובת הנאה זו מבן זוג מאותו מין, מהווה הפליה ופגיעה בשיוויון. אכן, הטעם היחיד לשלילת טובת ההנאה מחבר לחיי שיתוף מאותו מין, הוא בנטיה המינית. זאת ותו-לא. שוני זה אינו רלבנטי כלל לענין הנדון (תמיכה בתא חברתי הדוק, המבוסס על חיי שיתוף)" (ההדגשות שלי-י.ג.).

(בג"צ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749, 762).

מכאן, שגם לענין אישור הסכם בין בני-זוג, הנטייה המינית אינה רלבנטית.

26. יפעת ביטון עורכת במאמרה, השוואה בין זוגות חד-מיניים לבין זוגות דו-מיניים החיים כידועים בציבור, ואלה דבריה:

"זוגות ידועים בציבור, כזוגות חד-מיניים, אינם נשואים. לא דתית ולא אזרחית. באופן כללי, ניתן בהחלט לומר כי זוגות חד-מיניים עונים על כל אותם קריטריונים בהם משתמש בית-המשפט לזיהוי זוג כידועים בציבור: מדובר בזוגות לא נשואים אשר מנהלים חיי משפחה ומשק בית משותף. הם גרים יחד, מנהלים חיי אישות מתוך חיבה ותחושת מחויבות וכל זאת תוך ניהול הזוגיות שלהם כגוף כלכלי אחד ותוך ידיעה של הציבור על יחסיהם אלה" (הדרישה האחרונה בוטלה בע"א 481/73 רזנברג נ' שטסל, פ"ד כט (1) 505 - י.ג.) "השוואה זו, בין זוגות ידועים בציבור לזוגות חד-מיניים, כבר נתקבלה כמובנת מאליה במדינות שונות. אצלנו, על-אף שבית-המשפט ניסה שלא לשוות נופך כזה להחלטתו, נראה שלהשוואה זו ניתן בהחלט למצוא תימוכין בדברי השופט ברק בפרשת דנילוביץ, שם קבע כי אין הבדל, מבחינת ניהול חיי השיתוף האמורים, בין זוגות ידועים בציבור לבין זוגות חד-מיניים".

(יפעת ביטון, השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים, קרית המשפט, כרך ב', 401, 418 - 420).

27. פרופ' משה זכי כותב במאמרו, מחשבות על זוגיות ועל מסוגלות זוגית:

"מסוגלות זוגית מוגדרת כיכולת לקיים שיתוף פעולה, קרבה ואינטימיות עם בן זוג (Lucke, 1989). בדומה להערכה המתודולוגית של מסוגלות הורית (זכי, 1992), גם המסוגלות הזוגית ניתנת להערכה פסיכולוגית. Beck (1989) מציע 10 קריטריונים לקביעת המסוגלות הזוגית:

1. רגשות חום: זיקה רגשית עם רגשות עמוקים.
2. אכפתיות: ביטוי שבן זוגך חשוב לך ושאתה מוכן לסייע לו בשעת הצורך.
3. ביטויי חיבה: ביטויי רגשות מילוליים ובלתי-מילוליים.
4. קבלה: מתן הרגשה שבן זוגך מקובל עליך כאדם ללא תנאי גם אם קיימות ביניכם מחלוקות.
5. אמפאטיה: הבנה של רגשות השני ואף לחוש אותם - ומכאן להבין את בן הזוג.
6. אינטימיות: אינטימיות פרושה שיתוף בדעות, ברצונות, וברגשות.
7. ידידות: לראות בבן זוג כרע וידיד אמת.
8. הסבת קורת-רוח: השאיפה לגרום לבן זוגך אושר.
9. תמיכה: לתת לבן הזוג הרגשה שהוא יכול לסמוך עליך ושהוא יכול להישען עליך בזמנים קשים.
10. קירבה: סיפוק מן הקשר המלווה בתחושת נאמנות, ורצון להיות יחד ולחלוק חוויות משותפות".

(פרופ' משה זכי, מחשבות על זוגיות ועל מסוגלות זוגית, רפואה ומשפט, גיליון 30, מאי 2004, עמ' 90, 91).

אני סבור כי לקריטריונים הנ"ל, אין כל קשר לנטייה המינית של בני הזוג ולשאלה האם מדובר בזוג חד-מיני או בזוג דו-מיני. רגשות, איכפתיות, ביטויי חיבה, אינטימיות, תמיכה, קירבה וכו' קיימים או שאינם קיימים בכל זוג, תהיה נטיית המינית אשר תהיה.

להומוסקסואלים וללסביות, כמו לשאר בני האדם, יש צורך ורצון ליצור להם מערכת זוגית ומשפחתית, שבה יוכלו לממש, בין השאר, את זהותם הנפרדת ואת נטיית המינית. מיכל טמיר כותבת במאמרה הנ"ל, כי "מחקרים מראים כי בערך למחצית מההומוסקסואלים והלסביות ישנם בני זוג לחיים" (ר' שם בעמ' 125 ואת המקור בה"ש 159). לפיכך יש לדחות, בכל הכבוד את דבריו של השופט י' קדמי (מיעוט בפרשת דנילוביץ, שם קבע כי הזוגיות של ההומוסקסואלים היא חיקוי של בני-זוג דו-מיני ושל זוגיות דו-מינית (בג"צ 721/94, שם, בעמ' 769, פסקה (ד)).

חברתי, השופטת חנה ריש-רוטשילד, אשר החליטה ביום 16.2.04 לאשר הסכם בין בני זוג חד-מיניים ולתת לו תוקף שלפסק-דין לפי סעיף 3 (ג) (תמ"ש 3140/03 ר"א ול"מ, דינים), מביאה מדבריו של הנשיא א' ברק בהרצאה שנתן בסוף שנת 1998, שנשאה היה "גישור בסכסוכי משפחה גשר בין בית המשפט לעניני משפחה לבית הדין הדתי":

"המסגרת המקובלת של המשפחה היא בני זוג, גבר ואשה, הנשואים זה לזה, הוריהם וילדיהם. מסגרת זו אינה מתקיימת בכל הנסיבות החיים יוצרים מציאות שהמשפט חייב להתמודד עמה, אנו נתקלים במשפחה החד הורית,

ידועהקשר בין גבר לאשה ללא נישואין, אך תוך יצירת תא משפחתי, במסגרת הידוע והידועה בציבור. הקשר ההומוסקסואלי דורש את הכרתנו השיפוטית ... בית המשפט ניצב בפני מציאות חדשה. הוא חייב לתת לה פתרונות. עם זאת, מציאות חדשה זו בעיקרה, אינה מבקשת למוטט את מושג המשפחה. היא מבקשת להסתפח אליה. היא מבקשת לתת לה מובן חדש" (ההדגשה שלי - י.ג.).

מהעובדה כי בני-הזוג שלפנינו, חיים ביחד בחיי משפחה, במשק בית משותף, במשך כ- 19 שנים, ניתן להסיק כי חלק גדול לפחות מהקריטריונים הנ"ל, מתקיימים בזוגיות שלהם.

28. להלן כמה דברים שכתבו מלומדים נוספים בסוגיה של משפחות חד-מיניות.

סילביה פוגל-ביז'אוי, כותבת במאמרה - משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות:

"מוסד הידועה בציבור איפשר גם התחלה של הכרה משפטית בזוגיות חד-מינית. בישראל אין כזכור הכרה בזו של נישואין חד-מיניים, וכן גם בשאר העולם, להוציא דנמרק, שוודיה ונורווגיה ... כתוצאה מכך, בכל הנוגע למערכת היחסים שבין בני הזוג לבין עצמם (שיתוף ברכוש, חובת מזונות, קבלת החלטות רפואיות בעת חירום, וכד') יכולים בני הזוג להסדיר זאת באמצעות חוזה. בעניינים שבינם לבין צדדים אחרים, כגון קבלת הטבות מהמדינה בגין בן הזוג, נדרשת הכרה חוקית לשם קבלת זכויות".

(סילביה פוגל-ביז'אוי, - משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות, מין מגדר פוליטיקה (1999), הוצאת הקיבוץ המאוחד, עמ' 107, 120).

המחברת מתייחסת במאמרה הנ"ל, גם להשוואת זכויותיו של בן-זוגו של דנילוביץ, כלפי אל-על, להשוואת זכויותיו של בן-זוגו של פרופ' עוזי אבן כלפי אוניברסיטת תל-אביב ולהשוואת זכויותיו של אדיר שטיינר לזכויות אלמנות צה"ל, בהיותו הידוע בציבור של אל"מ דורון מייזל ז"ל.

דר' יובל מרין מפנה, במאמרו נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגות חד-מיניים, לאפשרות הניתנת במדינות רבות בצפון אירופה ל"שותפות רשומה" (Registered Partnership), כדרך להכרה בזוגיות חד-מינית, דבר המקנה לזוגות אלה את רוב הזכויות, ההטבות, ההגנות והחובות הקשורות בנישואין. הדבר נעשה בדנמרק (1989), נורווגיה (1993), שוודיה (1995), איסלנד (1996) הולנד (1998) ופינלנד (2002). הצעות חוק שותפות רשומה תלויות ועומדות, בעת כתיבת המאמר, בבלגיה, איטליה, שווייץ וברזיל.

(יובל מרין, נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגות חד-מיניים, המשפט ז', 253, 257, 258).

דרך אחרת היא שותפות משפחתית (Domestic Partnership), שהוא המודל העיקרי להסדרת הסטטוס של זוגות חד-מיניים בארצות-הברית, המקנים זכויות השונות מאלה של השותפות הרשומה (ר' יובל מרין, שם, בעמ' 261 - 264).

יובל מרין כותב במאמרו הנ"ל:

"לגישתי, על אף קיומם של הבדלים בין זוגיות הומוסקסואלית לזוגיות הטרוסקסואלית, ובאופן דומה לקיומם של הבדלים שלא מן העניין בין קבוצות אתניות, אין שוני רלבנטי בין קבוצת ההומוסקסואלים והלסביות לבין ההטרוסקסואלים לעניין הסדרים משפטיים הנוגעים לקשרי זוגיות" (ההדגשה במקור). (ר' יובל מרין, שם, בעמ' 274).

במאמרו של יובל יונאי, הדין בדבר נטייה חד-מינית - בין היסטוריה לסוציולוגיה, משפט וממשל, כרך ד' תשנ"ח יוני 1998, בעמ' 531 ובמאמרה הנ"ל של יפעת ביטון, השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים, קרית המשפט, כרך ב', 401 - מובאת סקירה רחבה בענין התפתחות הפסיקה והחקיקה לגבי זוגות חד-מיניים וכן בפסק-דינה של השופטת ד' דורנר, בבג"צ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749, בעמ' 777 - 781);

איילת בלכר-פריגת, רואה בבני זוג חד-מיניים, משפחה לכל דבר והיא מונה את המשפחות החד-מיניות במסגרת השינויים ש"המשפחה" עברה בעשורים האחרונים (איילת בלכר-פריגת, על זכויות, גבולות ומשפחה, עיוני משפט כז (2) נובמבר 2003, 539, בעמ' 553).

הרוצה להעמיק בסוגיה, מוזמן לעיין בספר:

Recognition of Same-Sex Partnerships Legal

Study of National, European and International Law A

,Mads Andenaes & by Robert Wintemute Edited

Oregon, 2001 Oxford-Portland

29. לפיכך, אני קובע, כי בני-זוג חד-מיני החיים ביחד, מהווים משפחה

ומכאן שהביטוי "בן משפחתו" שבחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, חל גם על זוגות חד-מיניים.

אין להפלות לרעה זוגות חד-מיניים (בלתי נשואים זל"ז), לגבי אישור הסכמים ביניהם לפי סעיף 3 (ג) הנ"ל -

לעומת זוגות דו-מיניים (בלתי נשואים זל"ז),

לעומת זוגות חד-מיניים שנישאו כדין בחו"ל,

לעומת זוגות דו-מיניים שנישאו בחו"ל,

לעומת זוגות (דו-מיניים) שנישאו בנישואין קונסולאריים

ולעומת זוגות (דן-מיניים) שנישאו שלא כדין בנישואין פרטיים

30. אין חולק כי אין מניעה בדין הישראלי לאשר הסכם על-פי סעיף 3 (ג) לחוק

ביהמ"ש לעיני משפחה, בין בני-הזוג הבאים:

בני-זוג שנישאו כדין בישראל;

בני-זוג שנישאו בישראל שלא כדין (בנישואים פרטיים);

בני-זוג אזרחי המדינה ותושביה שנישאו בחו"ל;

בני-זוג שנישאו בישראל בנישואים קונסולאריים;

בני-זוג "ידועים בציבור".

הרישום במרשם האוכלוסין לגבי נישואין שנערכו בחו"ל ואף בין בני-זוג שנישאו בנישואין פרטיים או בנישואין קונסולאריים, מחייב להכיר בבני-הזוג אלה, כבני-זוג שזכותם כי בית המשפט לעניני משפחה, לא רק יאשר הסכם ביניהם על-פי סעיף 3 (ג) הנ"ל, אלא אף על-פי חוק יחסי ממון. הדבר נקבע, לגבי אישור הסכם בין בני-זוג כהן וגרושה, שנישאו בנישואין פרטיים בע"א 640/82 כהן ואמר נ' היועהמ"ש, פ"ד לט (1) 673 ולגבי בני-זוג שנישאו בנישואים קונסולאריים בבג"צ 2888/92 גולדשטין נ' שר הפנים, פ"ד נ (5) 89.

הנשיא ברק קבע:

"לצרכים רבים יש לראות בני זוג אזרחי הארץ ותושביה שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל כידועים בציבור".

(רע"א 8256/99 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח (2) 213, סעיף 31 וכן ראה דברי הנשיא ברק בדנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ' (3) 573).

פרופ' מ' שאווה כתב בענין שלפנינו:

"יתר על כן, גם שופטים של בית המשפט העליון ייחסו לרישום הנישואין במירשם האוכלוסין ערך מסוים בקובעם, למשל, כי מן הבחינה הדיונית, היינו לצורך אישור הסכם ממון על פי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, די אם המבקשים רשומים "נשואים" במירשם האוכלוסין כדי לראותם "בני-זוג" לצורך אישור הסכם ממון".

(פרופ' מ' שאווה, לשאלת תוקפם ורישומם של נישואי תערובת שנערכו בפני קונסול זר בישראל, הפרקליט מ"ב חוברת א 1995, עמ' 188, 216, 217).

31. ההבדל היחידי בין כל הזוגות הנ"ל לבני-הזוג שלפנינו, הוא בכך שמדובר בזוג חד-מיני.

סה"נ נ' ממנ קבע כי מדובר באפלייה בלתי מוצדקת על רקע נטייה מינית, ואלה דבריו בע"א 3245/03:

"אם יוכרו זכויות הירושה של ידועים בציבור שהם כהן וגרושה או של ידועים בציבור שאחד מהם אינו יהודי, ובעת ובעונה אחת יישללו זכויות הירושה של ידועים בציבור שהם הומוסקסואליים או לסביות, יהיה זה בבחינת אפלייה בלתי מוצדקת על רקע נטייה מינית, שכן אין כל צידוק משפטי או חברתי לקיים

אבחנה כזו".

ב"כ היועהמ"ש מודע לאפשרות כי בני-הזוג שלפנינו יכולים להינשא

זל"ז, באחת מהמדינות שבהן החוק מאפשר זאת, כמו קנדה, ספרד, הולנד. זוגות חד-מיניים שינשאו באחת המדינות בהן הדבר חוקי, רשאים להירשם במרשם האוכלוסין, כנשואים זל"ז כפי שנקבע בפסק-הדין שניתן בבג"צ 1779/99 פלונית נ'שר- הפנים, פ"ד נד (2) 368, אשר חייב את שר הפנים לרשום את בת זוגה של האם הביולוגית של הקטין כהורה מאמץ על-פי פסק-דין שניתן במדינת קליפורניה.

כמו כן, הסכם שאושר בפסק-דין בבית משפט של מדינה, בה בני-זוג חד-מיני רשאים לעשות ביניהם הסכמים לחיים משותפים, יכול להיות מוכר בישראל, על-פי חוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח - 1958.

32. ב"כ היועהמ"ש טוען כי לגבי פסק הדין שניתן בבג"צ 1779/99 הוגשה בקשה לדיון נוסף, כי פסק-הדין אינו קובע כי בני-זוג מאותו מין מהווה תא משפחתי לצורך חוק ביהמ"ש לעניני משפחה וכי הרשום במרשם אינו מהווה ראייה לאמיתות תוכנו (ר' סעיף 21 לתגובתו).

אכן, היועץ המשפטי לממשלה הגיש בקשה לדיון נוסף (דנג"צ 4252/00) ואף ביקש לעכב את ביצוע הרישום, על-פיפסק-הדין שניתן בבג"צ 1779/99, אולם הנשיא א' ברק דחה את הבקשה ביום 3.6.01 (ראה בתקדין). ביולי 2001 נרשמה ניקול כאמו השנייה של הקטין.

האם ב"כ היועמ"ש היה יכול להתנגד לאישור הסכם, על-פי סעיף 3 (ג) הנ"ל, שיעשה בין האם המאמצת לבנה המאומץ (לכשיגיע לבגרות), שהורותה לגביו נרשמה במרשם האוכלוסין, כאמור בפסק-הדין שניתן בבג"צ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים, פ"ד נד (2) 368, הנ"ל?, האם גם במקרה כזה ב"כ היועהמ"ש היה טוען כי לא מדובר בתא משפחתי או כי הרישום במרשם האוכלוסין אינו מהווה ראייה לאמיתות תוכנו? - אין ספק, כי לאחר שהאם המאמצת נרשמה כהורה של הקטין, אין כל בסיס להתנגדות לאישור הסכם בין האם המאמצת לבנה המאומץ, לכשיגיע לבגרות, כפי שאין כל בסיס להתנגדות לאישור כזה בין כל הורה מאמץ לילדו המאומץ שבגר.

33. ועוד, בע"א 8256/99 הנ"ל, נקבע כי חובת המזונות חלה גם בין יהודים שנישאו בפרגוואי בעודם אזרחי המדינה ותושביה, למרות שלפי חוקי מדינת ישראל הם אינם נחשבים כנשואים. האם הטלת חובת מזונות, בניגוד לחוק האזרחי המחיל אתהדין האישי, היא פחותת ערך מאישור הסכם בין בני-הזוג בני אותו מין? או שמא פגיעה בזכות הקניין שבהטלת חובתמזונות על מי שאינו נשוי כדן, היא חמורה יותר מאישור הסכם בין בני-הזוג החד-מיניים, אישור שאינו פוגע בזכויותיו של איש?

34. הגישה לפיה יש להשוות את הזכויות של הזוגות החד-מיניים לזכויות הזוגות הדו-מיניים, בתחומים שונים, נתקלת באידאולוגיה המסורתית המנסה להגן על המשפחה המסורתית, בדרך של שלילת הזכות לפטור ממס שבח מבני-זוג חד-מיניים. בענין זה ראה את פסק דינו של השופט (בדימוס) עמוס זמיר בר"ע 1228/01 אדיר שטיינר נ' מס שבח (דינים) לעומת פסק-דין המיעוט של דן מרגלית עו"ד ורו"ח שהשתית את הכרעתו על חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו. וכן ראה אתפסק הדין שניתן בע"מ 10/99 (ת"א) פלונית נ' היועהמ"ש, פס"מ תש"ס

(1) 831. לעומת פסק דינה (מיעוט) של השופטת ס' רוטלוי (ר' את ביקורתה של מיכל בלכר-פריגת על פסק הדין האחרון, במאמרה הנ"ל, בעמ' 582 - 584). (אדיר שטיינר הגיש לבית המשפט העליון ערעור על פסק דינו של השופט עמוס זמיר (ע"א 5178/03, אדיר שטיינר נ' מנהל מס שבחמקרקעין).

בניגוד לפסק הדין שניתן בר"ע 1228/01, תביעתו של אדיר שטיינר נגד משרד הבטחון, לקבלת זכויות הניתנות לאלמנותצה"ל, בשל היותו בן-זוגו של אל"מ דורון מיזל ז"ל, הסתיימה בפשרה עם ב"כ היועמה"ש, לאחר ששטיינר הגיש ערעור על החלטתו של בית משפט השלום בתל-אביב (ע"מ 8/94 שטיינר נ' משרד הבטחון) וב"כ היועמה"ש הגיש ערעור על החלטת הוועדה לערעורים לפי חוק שירות קבע (גימלאות) שליד בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בה הכיר השופט שאול אלוני בזכויותיו של שטיינר, ע"ש 369/94 שטיינר נ' צה"ל (ראה על הפרשה זו בספר "זוגיות ללא נישואין" מאת א' בן-דרור, בעמ' 304 - 306; במאמרו של יובל יונאי, שם, בה"ש 144 בעמ' 578 ובה"ש 185 בעמ' 453; ביקורת על פסק הדין ע"מ 8/94 ראה במאמרה של יפעת ביטון, שם בעמ' 444 - 453 וכן ראה שם גם לגבי הסכמת משרד הבטחון להכיר באדיר שטיינרכבן משפחתו של אל"מ דורון מיזל ז"ל, לצרכי הנצחתו, לאחר הגשת בג"צ על-ידי האגודה לזכויות האזרח (וראה גם במאמרה הנ"ל של מיכל טמיר).

ביקורת על השימוש בזכות לשוויון, בהקשר של זוגות חד-מיניים, ראה במאמרה הנ"ל של יפעת ביטון בעמ' 454 - 461 והיא ממליצה על שימוש בזכות לפרטיות ולכבוד "זכויות אלה מעמידות לזוגות חד-מיניים אילן עצמאי להיתלות בו לקבלת זכויות כמו כל זוג "מוכר" אחר, גם מבלי שיילצו לאמץ לעצמם סטנדרטים לא להם, כדי לקבל הכרה בזכויותיהם. דרישתם במסגרת זכויות אלו לעצמם מהווה הצהרה גלויה על זכותם להכרה עצמאית ומקורית בהם, דווקא בשל מי שבחרו להיות ולא למרות מי שבחרו להיות. בנוסף, מעמדן של זכויות אלו בחוק היסוד הינו בלתי-מעורער, להבדיל מחיכוכים הניטשים סביב מעמדה של הזכות לשוויון" (יפעת ביטון, שם, בעמ' 460).

מיכל טמיר כותבת במאמרה הנ"ל:

"על-פי הנוסחה הפורמלית של שוויון שהוגדרה על-ידי אריסטו, יש לנהוג בשווים באופן שווה, ובלא שווים - באופן בלתי שווה, בהתאם לשוני שביניהם. נוסחה זו התקבלה בפסיקה בישראל על-ידי השופט אגרנט, אשר הגדיר בעניין בורנובסקי שוויון כ"יחס שווה אל בני אדם שווים, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלבנטיים לאותה מטרה" (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 35). " ... על-פי נוסחה פורמלית זו, אפשר היה להצדיק במהלך ההיסטוריה קיפוח של קבוצות חלשות כמו נשים, על סמך הטענה שהם שונים ואינם שייכים כלל לתחום ההגנה החוקתית על אזרחים. זאת ועוד, הנוסחה האריסטואית מותירה לדורשי השוויון את הנטל להוכיח אמפירית כי הם בעלי תכונות אשר הופכות אותם לזכאים ליחס זהה" (ההדגשה שלי - י.ג.).

(מיכל טמיר, שם, בעמ' 123).

בהמשך כותבת מיכל טמיר, כי הואיל והזהות של ההומוסקסואלים והלסביות היא שונה, לא ניתן לומר שהם "שווים" ו"השוויון הקלאסי, בדמות "יחס שווה לשווים", אינו יכול לסייע לקבוצה מופלית מבנית והיסטורית כמו ההומוסקסואלים ולסביות". יש להכיר "בהומוסקסואלים ובחיייהם, כאורח חיים אלטרנטיבי הזכאי להכרה ולעידוד

חברתיים, לאור זאת, חשוב כי בדיון בשוויון להומוסקסואלים ולסביות ייושם עקרון שוויון מהותי, הלוקח בחשבון את קיפוחם ההיסטורי-מבני ואת הסטריאוטיפים השליליים הקיימים בחברה, מחד; ואת זהותם המובחנת, מאידך" (ההדגשה שלי - י.ג.).

(מיכל טמיר, שם, בעמ' 123).

35. ומכאן נשאלות השאלות הרטוריות - מדוע תיפגע זכותם של בני-הזוג

שלפנינו, ובקשתם לאשר את ההסכם שעשו ביניהם על-פי סעיף 3 (ג) הנ"ל, תידחה ואילו בני-זוג חד-מיני, שנישאו כדין במדינה זרה, יהיו רשאים לאשרו לא רק לפי סעיף 3 (ג) הנ"ל, אלא אף לפי חוק יחסי ממון; ומדוע יגרע חלקם של בני-הזוג שלפנינו מבני זוג 'כהן וגרושה' שנישאו בישראל בנישואין פרטיים (תוך הפרת סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג - 1953) ומבני-זוג שנישאו בישראל בנישואין קונסולאריים, והזכאים כי הסכם ממון ביניהם יאושר לפי חוק יחסי ממון? ומדוע תיפגע זכותם של בני הזוג שלפנינו לעומת האם המאמצת לאשר הסכם עם בנה המאומץ, שהוא בנה הביולוגי של בת-זוגתה (בג"צ 1779/99)? ולבסוף, האם עקרון השוויון המהותי, אינו מחייב את החברה ואת בתי-המשפט, כחלק מהחברה, למנוע את הפלייתם לרעה של הזוגות החד-מיניים לעומת הזוגות הדו-מיניים, לפחות בענין אישור הסכם ביניהם על-פי סעיף 3 (ג) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה?

השופטת ד' דורנר קבעה בפרשת זמר:

"בענין זה יש לשוב ולהדגיש, כי הסמכות לאשר הסכם בין בני זוג החיים במשותף קשורה בטבורה לתפקידיו ולאופיו המיוחד של בית-המשפט לעניני משפחה. כידוע, ערכאה זו הוקמה על מנת לכנס תחת קורת גג אחת את הטיפול בסוגיות משפטיות שונות, ששורשן במחלוקת בתוך התא המשפחתי. לצורך כך רוכזו בידי בית-המשפט סמכויות מתחומים שונים, שנועדו לאפשר מתן פתרון מקיף לכלל העניינים המתעוררים, ותוך התחשבות ביחסים המיוחדים שבין בני המשפחה. ראו דברי חברי, הנשיא אהרן ברק, ברע"א 6558/99 חבס ואח' נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, בע' 342-343.

על רקע זה ברור, כי מסירת עניין לטיפולו של בית-המשפט לעניני משפחה אין בה משום קביעה ערכית לגבי מהות היחסים בין הצדדים המעורבים בהליך, אלא היא נועדה לספק כלי מעשי ומסגרת דיונית מתאימה, שיאפשרו לברר ביעילות את העניין המשפחתי. משכך, אין אני סבורה כי יש בהפעלת סמכויותיו של בית-המשפט לעניני משפחה בעניין הבא בפניו, כדי להשליך על הגדרתם המשפטית או החברתית של היחסים בין הצדדים לאותו עניין. אף מן הבחינה המהותית, ברי כי בעצם אישורו של הסכם אין משום הכרעה שיפוטית לגבי מהות היחסים שבין הצדדים. עמד על כך השופט אליעזר גולדברג:

...תוכנו של ההסכם והמעמד האישי של הצדדים אינם עומדים לדיון ובית המשפט ממלא תפקיד מוגבל ופאסיבי, והוא ליתן תוקף להסכם, לאחר שנכח, 'שבני הזוג עשו את ההסכם או את השינוי בהסכמה חפשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו'... מכאן שאין באישור ההסכם כשלעצמו כדי לקבוע דבר על תקפות הנישואין, ואין מקום לחשש, כי במתן האישור המבוקש קובע בית המשפט, ולו רק אגבית, מימצא כלשהו בנדון.

[ע"א כהן, שם, בע' 679. ההדגשה במקור].

8. שנית, וזה העיקר, תכליתם של שני דברי החקיקה - הן חוק יחסי ממון והן חוק בית-המשפט למשפחה - אינה יצירת הבחנה בין בני זוג נשואים לאלה שאינם נשואים, כי אם מתן כלים לצדדים להגיע ביניהם להסכמה, התואמת אמות-מידה שיפוטיות ועשויה להיות יציבה יותר מזו שבהסכם אשר לא הוגש לאישור. הערך המצוי בבסיס העניין הוא הכרה בקיומה של גמירת דעתם של הצדדים בכל הנוגע לאופי הסדרי הממון ביניהם ולטיבם, שאך ברור הוא, כי אין היא נובעת מהיותם נשואים, אלא מקיומם של חיים בצוותא" (ההדגשות שלי - י.ג.).

(רע"א 6854/00 היועהמ"ש נ' זמר, פ"ד נז (5) 491, סעיפים 7, 8 לפסק דינה)

בהמשך קובעת השופטת ד' דורנר:

"מכל האמור עולה, כי אין בהקניית הסמכות לאשר הסכמי ממון בין בני זוג ידועים בציבור משום פגיעה בנישואין כמוסד משפטי, או משום השוואת מעמדם של הידועים בציבור לזה של הנשואים, ואף אין יסוד לחשש בדבר טשטוש האבחנה, ככל שהיא קיימת, בין שתי צורות החיים במשותף".

(רע"א 6854/00, שם, בסעיף 9).

למרות שפסק הדין שניתן בפרשת זמר מתייחס לאיש ואישה הידועים בציבור, אינו רואה כל מניעה להחיל את דבריה הנ"ל של השופטת ד' דורנר, גם על זוגות חד-מיניים, הואיל ואין באישור הסכם ביניהם כדי לפגוע במוסד הנישואין או בהשוואת מעמדם למעמד הזוגות הנשואים "ואף אין יסוד לחשש בדבר טשטוש ההבחנה, ככל שהיא קיימת, בין שתי צורות החיים במשותף", כדברי השופטת ד' דורנר.

גם השופט י' אנגלרד, קבע, בפרשת זמר, כי -

"נמצא, כי אישורו במסגרת הוראת סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה - 1995, דווקא מעיד על כך שבני הזוג אינם נשואים. לכן, אין יסוד לטענה כי ההליך הנדון הוא גורם לטישטוש הגבולות בין קשר הנישואין לבין יחסי זוגיות אחרים".

האיסור להפלות הפלייה בלתי רלבנטית

36. השופט מ' חשין, קבע את העיקרון, המקובל כמדומני על הכל, לגבי השאלה מה היא הפלייה, ואלה דבריו:

"מעשה של הפלייה הוא, כך למדנו, יחס בלתי-שווה כלפי שווים במקום שהשוויון הוא מגופו של עניין. יחס בלתי-שווה כלפי שווים לוקה בהיעדר הגינות; ואנו, שמבקשים אנו להיות הגונים והוגנים ביחסנו לזולתנו, נעשה ממילא כמיטבנו שלא להפלות בין שווים. כך ביחסנו לזולת בחיי היומיום וכך בקביעתן של נורמות להסדר נורמטיבי של יחסי-אנוש בחברה. ראו, למשל: בג"צ 678/88, בג"צ 803/88 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח' פ"ד מג(2) 501, 507 - 508; בג"צ 7111/95, בג"צ 8195/95 מרכז השלטון המקומי נ'

הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 502-503; בג"צ 6845/00 איתנה ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם); י. זמיר ומ. סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס - 1999) -165".

בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז (1) 433, בסע' 22).

ובהמשך קובע השופט מ' חשין:

"לא נכחד, כמובן, כי ערכים כערך השוויון וככבוד האדם, תוכנם ותחומי התפרשותם ייקבעו, בין השאר, על-פי התפישות המקובלות בחברה. ראו והשוו: בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 777-778, 779 ועוד (מפי השופטת דורנר). בתחילת-כל-התחילות ובסוף-כל-הסופות, כולנו חיים אנו באטמוספירה חברתית מסויימת, והשקפות המקובלות בחברה תחדורנה על דרך האוסמוזה החברתית אל גופנו ואל תודעתנו ותיקלטנה בנו. ואולם, חלילה לנו מערב מציאות בערכים. ואמנם, המיבחן הקובע חובת שוויון - וכמותו האיסור על הפלייה - מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות". כן היא הפלייה מחמת גזע, כן היא הפלייה מחמת מין, כן היא הפלייה מחמת נטיה מינית, כן היא הפלייה מטעמים אחרים אף-הם. כל מעשי הפלייה מאלה שהיזכרנו מקורם ב"תפיסות חברתיות מקובלות": תפיסה חברתית כי בן גזע אחד נחות מבן גזע אחר; כי נשים אינן כשירות לבצע לעשות פעילויות כגברים; כי אנשים בני גיל מסויים אינם כשירים למקצועות מסויימים וכו'. אכן, לשירוש "תפיסות חברתיות מקובלות" - מקובלות אך פסולות - נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המישמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטראוטיפ שדבק בקבוצה שפלוני נמנה עם חבריה. על המאבק ב"תפיסות חברתיות מקובלות" עמדנו בבג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ'שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) ("ההדגשות שלי - י.ג.).

בג"צ 2458/01, שם, בעמ' 451, סעיף 36).

בבג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, קבע השופט מ' חשין:

"ענייננו-שלנו, נזכור, נסוב על זכות-יסוד שקנה היחיד - כל יחיד - לנישואין ולהקמת משפחה. למותר כי נזכיר שזכות זו הוכרה באמנות בינלאומיות המקובלות על הכל; ראו: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית על זכויות אדם; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966. עוד על הזכות, ראו: אמנון רובינשטיין, הזכות לנישואין, עיוני משפט ג' תשל"ג-1973, 433, Irene Fahrenhorst, Family Law as Shaped by Human Rights, T.A University Studies in Law vol. 12 (1994) 33".

בבג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728, 782).

השופט י' זמיר קבע בבג"צ 6051/95 רקנט נ' ביה"ד הארצי לעבודה:

"השוויון הוא ערך יסודי בכל חברה דמוקרטית" (בג"ץ 953/87 הנ"ל, בעמ'

332). תפקידו של בית-המשפט הוא לקדם את השוויון...".

"פנים רבות יש לשוויון וכן, מן הצד השני של אותו מטבע, להפליה. ההכרזה על הקמת מדינת ישראל משנת 1948, קובעת כי המדינה "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין...". זוהי רשימה מצומצמת של איסורי הפליה. רשימה רחבה יותר מופיעה בהצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, סעיף 2, שנתקבלה באומות-המאוחדות, אף היא בשנת 1948. הצהרה זאת (בסעיף 2) מחייבת [341] שוויון בלי הבדל "גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, לידה או מעמד אחר". זוהי רשימה של איסורי הפליה קלאסיים. היא מופיעה, בשינויים מסוימים, באמנות בין-לאומיות נוספות ובחוקות של מדינות רבות".

...

"אולם הרשימה של איסורי הפליה אינה סגורה. היא הולכת ומתרחבת, בישראל כמו במדינות אחרות, עם התפתחות המודעות הציבורית בדבר הצורך להגן על קבוצות פגיעות בקרב האוכלוסיה. בהתאם לכך, איסורים חדשים מצטרפים מעת לעת לרשימה של איסורי הפליה. כך, למשל, איסור הפליה מחמת נטייה מינית. ראו פרשת דנילוביץ [בג"ץ 721/94 פ"ד מח(5) 749] (ההדגשות שלי - י.ג.).

(בג"צ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא (3) 289, 340, 341).

37. אין צורך להכביר מילים על חשיבותו של השוויון ועל איסור ההפליה - גם על רקע נטייה מינית - בכל חברה, ובחברה דמוקרטית על אחת כמה וכמה.

האיסור על הפליה מחמת נטייה מינית, נקבע בסעיף 2 (א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח - 1988; בסעיף 2 (ב) לחוק חובת מכרזים, תשנ"ב - 1992; בסעיף 3 (א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א - 2000; לחוק לשון הרע, תשכ"ה - 1965 הוספה הנטייה המינית כמהווה לשון הרע (סעיף 1 (4), תיקון תשנ"ז - 1997); חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח - 1998, קבע, בסעיף 3 (5), כי התייחסות מבזה לנטייתו המינית של אדם, מהווה הטרדה מאיימת; סעיף 1 (א) לתוספת לתקנות למניעת הטרדה מינית (חובות המעביד), תשנ"ח - 1998, קובע: "אם כי ברוב המקרים הטרדה מינית נעשית על ידי גבר כלפי אישה, הטרדה מינית יכולה להיעשות הן על ידי גבר והן על ידי אישה, כלפי גבר או אישה; והחוק מכסה את כל האפשרויות האלה"; בין הוועדות הקבועות של הכנסת, נמצאת הוועדה לקידום מעמד האישה. תחום עניינה של הוועדה הזאת, על-פי סעיף 13 (11) לתקנות הכנסת. הוא: "קידום מעמד האישה לקראת שוויון בייצוג, בחינוך, במעמד האישי ובמניעת אפליה בשל מין או נטייה מינית בכל התחומים; ...".

הדברים הובהרו הבהר היטב על-ידי המשנה לנשיא א' ברק בבג"צ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749. לגבי הפעלת עקרון השוויון גם לגבי מי ששונה מינית, קבע הנשיא א' ברק (בטרם נשיאותו):

"נקודת המוצא העובדתית הינה, כי בני האדם שונים הם זה מזה. "אין אדם הדומה לחלוטין לרעהו" (השופט ש. לוין בבג"צ 141/82 רבינשטיין נ. יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141, 648). כל אדם הוא עולם בפני עצמו.

החברה מבוססת על בני אדם השונים זה מזה. רק הגרועות שבדיקטטורות מבקשות לבטל הבדלים אלה. זאת ועוד: ביסוד כבוד האדם מונחת ההנחה, שכל אדם ואדם הוא חופשי לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו (ראה בג"צ 5688/92 ונסלבאום נ.שר הבטחון פ"ד מז(2) 812). [761] על רקע חופש זה בא עקרון השיוויון. משמעותו הינה שיוויון בפני החוק, ונייטרליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם. זהו השיוויון בהפעלת החופש. זהו השיוויון בהזדמנויות. שיוויון זה מניח הסדר הנורמטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם. עם זאת, עקרון השיוויון אינו מניח אך דין אחיד לכל. אכן, עקרון השיוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השיוויון דורש כי קיומו של דין מבחין יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השיוויון מניח, אפוא, קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני (הבחנה, אבחנה). הפליה - שהינה ניגודו של השיוויון - קיימת, אפוא, באותם מצבים בהם דין שונה לאנשים השונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם, ובלשונו של השופט אור: "יחס שונה ללא הצדקה עניינית" (בג"צ 5394/92 הנ"ל) (ההדגשות שלי - י.ג.).

ובהמשך נקבע על-ידי הנשיא א' ברק (בטרם נשיאותו):

"יטען הטוען: חיי שיתוף ואחווה בין בני מינים שונים (בין כבעל ואשה ובין כידועים בציבור) הוא כה שונה במהותו מחיי שיתוף ואחווה בין בני אותו מין, עד כי כל משטר משפטי המעניק טובת הנאה ליחס הראשון, אין בו הפליה כלפי היחס השני. אף שטענה זו נראית לי קשה, מוכן אני להשאירה בצריך עיון, שכן השאלה שעלינו לשאול אינה אם היחס האחד (חיי שיתוף ואחווה בין בני מינים נוגדים) שונה הוא על-פי אמות מידה כלשהן מהיחס האחר (חיי שיתוף ואחווה בין בני אותו מין). כאמור, מוכן אני להניח כי בהקשרים חברתיים שונים, אכן קיים שוני זה. השאלה אותה עלינו לשאול הינה אם השוני ביחס הוא רלבנטי לעניין הנדון. "העניין הנדון" הוא התא החברתי, חיי השיתוף והאחווה, המצדיקים, לדעת אל על, הענקת טובת הנאה לעובד (הקבוע) בדמות כרטיס טיסה שיאפשר לו ליטול עמו את זה שעמו הוא חי חיים משותפים. לעניין זה, השוני בין חיי שיתוף בין בני מינים שונים וחיי שיתוף בין בני אותו מין הוא הפליה ברורה ובטה" (ההדגשות שלי - י.ג.).

לאחר שהנשיא א' ברק דן בהפליות על-פי בסיסים שונים הוא קובע, שם, לגבי הפלייה על בסיס נטיה מינית:

"לא יכול להיות ספק בכך, כי הפליה בענייננו היא על בסיס "הנטיה המינית" של העובד (הקבוע). הפליה זו – כלפי ההומוסקסואל וכלפי והלסבית פסולה היא. יש בה פגיעה בשיוויון. דבר זה עולה במפורש מהוראותיו של חוק שיוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח - 1988" (ההדגשות שלי - י.ג.).

השופטת ד' דורנר מבססת את הכרעתה לטובת דנילוביץ, לא על החוק לשוויון זכויות בעבודה, אלא על עקרון השוויון הכללי, לפיו אין להפלות לרעה זוגות חד-מיניים, ואלה דבריה:

"הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו (Michel Foucault) עמד על השפעת הנורמות החברתיות - המשקפות את המקובל, "הנורמלי", ומשתנות מעת לעת ומחברה לחברה - על הפעלת החוקים (הנורמות המשפטיות) הטרנזנדנטיים והפורמאליים.

"... le pouvoir de la norme... est venu s'ajouter a d'autres pouvoirs en les obligeant a de nouvelles delimitations; celui de la loi... Et du texte[778] Le pouvoir de la norme fonctionne facilement a l'interieur d'un systeme del'egalite' formelle, puisque a l'interieur... la regle, il introduit...des differencesindividuelles". (M. Foucault, surveiller et punir (1975) 186).

(...כוחן של הנורמות החברתיות מתווסף לכוחות אחרים - החוק והטקסט - וכופה עליהם הגבלות חדשות... כוח הנורמות החברתיות פועל היטב בתוך משטר המושתת על שוויון פורמאלי, כיוון שהוא מחדיר לתוך הכללים השוויוניים הבחנות אינדיווידואליות).

נראה לי כי אי אפשר להכריע בעתירה שלפנינו ללא התייחסות לשינויים שחלו בנורמות החברתיות בישראל ביחס להומוסקסואליות" (ההדגשה שלי - י.ג.).

ובהמשך קובעת השופטת ד' דורנר:

"עקרון השוויון אינו פועל בחלל חברתי ריק. השאלה אם במקרה זה או אחר נוהגת הפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על-סמך התפיסות החברתיות המקובלות. עמדה על כך השופטת ווילסון (Wilson) בפסק הדין הקנדי בעניין R. V. Turpin (1989) 1 S.C.R. 1296, :1331

discrimination in grounds relating to personal In determining whether there is individual or group, it is important to look... to the larger social characteristics of the a court political context. Accordingly, it is only by examining the larger context that and "inequality can determine whether differential treatment results in

ביקורת על פסק הדין בפרשת דנילוביץ ובמיוחד על עמדת המיעוט של השופט קדמי שם, ראה במאמרה הנ"ל של יפעת ביטון בעמ' 429 - 436.

אולם גם השופט קדמי קבע בפרשת שידור תוכנית טלוויזיה על בני נוער חד-מיניים:

"העידן בו אנו חיים, מטפח את זכויות הפרט ונושא את דגל ההבנה, הסבלנות והסובלנות כלפי מיעוטים וחריגים; והנמנים על הקהילה החד-מינית - גם לשיטתם שלהם - משתייכים לאחרונים. ברם, כחריגים אחרים, גם הם מהווים חלק אינטגרלי מהמסגרת החברתית שלנו; וכל עוד לא ניתן להצביע על סיבה מיוחדת המצדיקה את הצרת צעדיהם וצמצום זכותם להציג את אורח חייהם וחוויותיהם בפני הציבור, אין לשלול זאת מהם" (ההדגשה שלי - י.ג.).

(בג"צ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך, פ"ד נא (5) 822, 826).

38. יפעת ביטון כותבת במאמרה הנ"ל על זכותם של הזוגות החד-מיניים לשוויון, וזאת לאחר שהיא מציינת את הדמיון הכמעט זהה בין זוגות דו-מיניים הידועים בציבור, לבין זוגות חד-מיניים (ראה סעיף 26 דלעיל):

"יישום משפטי טהור של מצב הדברים שהצגנו על מבחן השוויון הישראלי, יפעל כך: כל אימת שביחסייהם של זוגות חד-מיניים יש אותם מאפיינים של יחסים של זוגות ידועים בציבור, הרי שיש לראותם כמי שאסור להפלותם

לעומת אלה האחרונים, שכן על-פניו ניתן לומר כי השוני בין זוג ידועים בציבור לזוג חד-מיני מתמצה במינם הזהה של בני-הזוג האחרונים, לעומת מינם ההטרוגני של בני-הזוג מן הסוג הראשון. זהו הבסיס להפליה בין זוגות אלה. כעת, נבדוק אם יש חשיבות לשוני זה בין המינים לצורך קביעת היחס אליהם. זהו השלב האחרון במבחן השוויון, בו נבחן אם ההפליה בין הזוגות מבוססת על הבחנה לגיטימית ביניהם. תשובה שלילית לשאלה זו תחייב את השוואת זכויותיהם של הזוגות החד-מיניים לאלה של הידועים בציבור" (ההדגשה שלי - י.ג.).

(יפעת ביטון, שם, בעמ' 421).

פרופ' אמנון רובינשטיין, כתב במאמרו - , הזכות לנישואין, כך:

"אמת הדבר: לא הכל מקבלים הגדרה זו של מוסד הנישואין ויש השואפים להרחיב את הגדרתו ולהחילו על כל מי שרוצה להתקשר בדרך של קבע תוך קבלת ההתחייבויות הנובעות מהתקשרות מסוג זה. חוגים בתנועה למען שחרור האשה, ובתנועה למען שחרור ההומוסקסואלים, כמו חוגים רדיקאליים אחרים, תוקפים את המונופולין והבלעדיות של מוסד הנישואין המונוגמי בין גבר לאשה ותובעים להעניק מעמד משפטי לקשרים אחרים ולהחילם בין השאר חגבי התקשרויות בין גבר לגבר ובין אשה לאשה. לטענתם של חוגים אלה, שמצאה אף אוזן קשבת אצל משפטנים ידועים, אין לראות היום את חובת הקמת המשפחה והולדת הילדים כחלק אינטגרלי של מוסד הנישואין;... ד"ר יורם דינשטיין אף הוא מבקר את הדין הקיים שאינו מעניק את זכות הנישואין לבני אותו מין" (ה"ש 5).

(אמנון רובינשטיין, הזכות לנישואין, עיוני משפט ג' 1973, עמ' 433, 435, 436).

פרופ' א' רובינשטיין מסכם את מאמרו הנ"ל במלים אלה:

"ראוי להדגיש, כי השאלה היום אינה עוד אם תהיה הזכות לחיים משותפים ולהקמת משפחה משוחררת ממגבלות דתיות. המציאות קבעה זכות זאת ובהיעדר חקיקה בנוסח חוקי האפרטהייד בדרום אפריקה, האוסרת על חיים משותפים בין בני-זוג "פסולים", לא תוכל הכנסת, אף אם תרצה, לחסל מציאות זו. השאלה האחת והיחידה היום היא, אם צריך החוק להכיר במציאות זו ולמצוא לה פתרון הוגן, או שצריך הוא להמשיך ולהתעלם ממנה, ולקיים שיטה הפוגעת בעקרונות משפטיים מוכרים".

(א' רובינשטיין, שם, בעמ' 458).

39. את ההפליה בשל נטייה מינית יש למנוע, לא רק בדיני העבודה אלא גם בדיני המשפחה. סירוב לאשר את ההסכם בין בני-הזוג שלפנינו, מפלה אותם לרעה לעומת זוגות דו-מיניים החיים כנשואים או שחיים חיי משפחה משותפים, ללא נישואין (המכונים "ידועים בציבור"), הואיל ולא קיימת כל הבחנה רלבנטית, לעניין אישור הסכמים בין בני-זוג חד-מיניים לבני-זוג דו-מיניים, שבגינה ניתן להפלות את בני-הזוג החד-מיניים.

40. בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, שהוגשה בשנת 1973 (ה"ח 1085, תשל"ג 12.8.73), הוצע לקבוע בחוק יסוד:

1. האדם הוא בן חורין. אין מטילים עליו הגבלות או חובות אלא מכוח חוק.

2. (א) הכל שווים לפני החוק.

(ב) אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה, מעמד חברתי, השתייכות ארגונית או פוליטית".

היותו של האדם בן חורין הוכר בסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מטעמים ידועים, שלא כאן המקום לפרטם, לא נקבע עקרון השוויון לפני החוק, במפורש, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (השוויון הוכנס לחוק היסוד בדרך ההפניה להכרזה על הקמת המדינה בסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל כך ראה בהמשך).

ביקורת על הצעת חוק היסוד, ראה במאמרם של דר' פנינה להב ודר' דוד קרצ'מר, מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים, משפטים ז' 1975/6, עמ' 154.

עמדתו של ב"כ היועהמ"ש, המתנגד לאישור ההסכם בין בני-הזוג החד-מיני, נוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

41. בנושא זה אני מאמץ, בכל הכבוד, את דבריה של יפעת ביטון במאמרה: השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים, קרית המשפט, כרך ב', 401, לפיהם ניתן לראות את זכותם של זוגות חד-מיניים לבטא ולהגשים את שאיפותיהם לחיות חיי משפחה, כחלק מהזכות לכבוד, כחלק מהזכות לפרטיות - זכויות המנויות והמוגנות במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

42. אולם לדעתי, ניתן לבסס את הזכות לשוויון, לרבות את זכותם של זוגות חד-מיניים להכרה ולשוויון, גם על הוראות סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע:

1. "עקרונות יסוד

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

כאמור בהכרזה, מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".

אם עד לכניסתו לתוקף של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, השאלה האם עקרון השוויון הוא חוקתי, היתה מוטלת בספק (ראה דיון נרחב בשאלה זו, בספרו של א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מה' 5, כרך א' עמ' 53 ואילך), הרי לאחר חוק היסוד, לא ניתן להטיל ספק כי החובה לקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחי המדינה, היא חובה חוקתית, בדרך של אינקורפורציה של החובה לקיים שוויון שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

אין לי ספק כי גם אם הביטוי "מין" שבהכרזה, אינו כולל "נטייה מינית" - שוויון

הזכויות, הקבוע בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, צריך לחול גם על בעלי נטיות מיניות שונות. הואיל והעיקר נמצא ברישא הקבוע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה" והמלים "דת, גזע ומין" שבהכרזה, הן רק דוגמאות שאינן מהוות רשימה סגורה של אלה שאין להפלותם לרעה. ולפיכך, אין להפלות את הזוגות החד-מיניים לעומת הזוגות הדו-מיניים.

אני מניח כי אין חולק כי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (כאמור בסעיף 1א' לחוק היסוד), לא רק שאינם סותרים את העקרונות שבמגילת העצמאות, אלא שהעקרונות שבמגילת העצמאות הם חלק מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

זכויות היסוד של האדם בישראל, על-פי חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו להיות בן חורין, משמעותם גם, להיות בן חורין לבחור לחיות בזוגיות חד-מינית. ועל הכל, לרבות בית-המשפט, לכבד את בחירתו של אדם בישראל, לחיות במשפחה חד-מינית ושלא להפלות אותו, בשל נטייתו המינית, לעומת הזוגות האחרים.

מכאן שעל בית המשפט, שהינו רשות מרשויות השלטון, מוטלת חובה לכבד את הזכות לשוויון, שהיא, כאמור לעיל, חלק מהזכויות המוגנות לפי חוק היסוד, בהתאם להוראות סעיף 11 לחוק היסוד, הקובע:

"11. תחולה

כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה."

על הזכות לשוויון ועל החובה לקיים שוויון זכויות, על-פי ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראה בפסק-דינו של השופט י' זמיר, בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5) 15, 34 (בסעיף 23).

לכן, גם פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, חלה על הזכות לשוויון, שהיא כאמור, "זכות שלפי חוק-יסוד זה" ומכאן, שפרשנות של חוק לפיה החוק מתכוון להפלות בין בני האדם על-פי נטייתם המינית, מנוגדת לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

43. לפיכך, הפרשנות לפיה הביטויים "בן משפחתו" ו"בן זוגו" חלים רק על זוגות דו-מיניים, היא פרשנות העומדת בניגוד לחוק היסוד וסירוב לאשר הסכם על-פי סעיף 3 (ג) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, מהווה הפלייה בלתי רלבנטית, האסורה לפיחוק-היסוד.

44. יישום האמור לעיל לגבי סעיף 1 לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, (הגדרת "בן משפחתו" ו"בן זוגו"), מחייב לקבוע - על-פי הזכות החוקתית לשוויון בין בעלי נטיות מיניות שונות - כי חוק בית המשפט לעניני משפחה, חל גם על זוגות חד-מיניים וכי אין כל מניעה לכך שביהמ"ש לעניני משפחה יאשר הסכם בין בני-זוג חד-מיניים, לפי סעיף 3 (ג) לחוק הנ"ל.

כל פירוש אחר של הגדרות "בן משפחתו" ו"בן זוגו" שבסעיף 1 לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה, עומד בניגוד לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ודוק, חוק ביהמ"ש לעניני משפחה נתקבל לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולכן

פיסקת ההגבלה חלה עליו והוא אינו מוגן על-ידי סעיף 10 לחוק היסוד.

מיכל טמיר (יצחקי) מציעה, במאמרה הנ"ל "לראות בהומוסקסואליות זהות המובחנת בנטייה המינית" (בעמ' 99) ולהכיר "בזכות לאי-הפליה מחמת נטייה מינית במסגרת השוויון החוקתי. בהקשר זה ייטען כי לזהות המובחנת של ההומוסקסואלים והלסביות יש קשר הדוק לנטייה המינית שלהם, להבדיל ממינים, דהיינו ה"ג'נדר" אליו הם שייכים; לאור זאת "סביבת השוויון" החוקתי המתאימה לטיפול באפליה זו היא אפליה מחמת נטייה מינית ולא אפליה מחמת מין".

(מיכל טמיר (יצחקי), שם בעמ' 96, 97).

בהמשך כותבת מיכל טמיר:

"מההגנה על זכותם של ההומוסקסואלים והלסביות לשוויון במסגרת חוק-היסוד נובעות גם כן מספר מסקנות: ראשית, פגיעה בזכות השוויון של ההומוסקסואלים והלסביות תיתכן רק בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, אשר עומד בהוראות פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד; שנית, פרשנותם של חוקים קיימים, אשר תוקפם משוריין בסעיף 10 לחוק-היסוד, תיעשה ברוח הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד, דהיינו באופן המתיישב כמה שיותר עם זכותם של ההומוסקסואלים והלסביות לשוויון" (מיכל טמיר, שם, בעמ' 97).

מאחר ו"ההומוסקסואליות הינה חלק מזהותו והווייתו של אדם, אין ספק כי רצונו של אדם לממש ולהגשים זהות זו, מוגן כחלק מכבודו".

"לאור זאת, "בעידן בו כבוד האדם הנו זכות יסוד חוקתית מוגנת, יש ליתן תוקף לשאיפותיו של האדם להגשים את הווייתו האישית" (דברי השופט בנייש בע"א 7155/96 פלוני נ' י"מ, פ"ד נא (1) 160). (מיכל טמיר, שם, בעמ' 101).

45. הואיל וחוק ביהמ"ש לעניני משפחה חוקק לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפרש את חוק ביהמ"ש לעניני משפחה כחוק שאינו מפלה את הזוגות החד-מיניים לעומת הזוגות הדו-מיניים.

לפיכך, יש לדחות את טיעונו של ב"כ היועמה"ש, המבוססים על הפלייתם לרעה של בני-הזוג שלפנינו לעומת בני-זוג, בני מינים שונים, החיים כידועים בציבור; מבני-זוג בני אותו מין שנישאו כדין במדינה זרה; מכהן וגרושה שנישאו בישראל, בניגוד לדין בנישואין פרטיים ומהורה של קטין שאימץ אותו כדין על-פי פסק זר - והכל, לפחות, לצורך אישור הסכם לפי סעיף 3 (ג) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה.

הואיל ומדובר בזהות הומוסקסואלית, זהות זו מכתיבה להומוסקסואלים וללסביות את מי מהם יבחרו כבן/בת זוגם ועם מי הם יקימו משפחה. כל הפלייה של זוגות חד-מיניים מהווה הפלייה בלתי רלבנטית ופסולה לעומת כל הזוגות הדו-מיניים.

הערות לגבי עמדתו החד-צדדית של היועץ המשפטי לממשלה

46. דר' רות הלפרין-קדרי, התייחסה בהרצאתה ביום 1.4.03 בנושא "משפחות חדשות - משפט ושינוי", לאידואולוגיות השמרניות והמודרניות, ביחסן למשפחה הנאלצת להתמודד בימינו עם השינויים שחלו במעמד האשה, עליה בשיעור

הגירושין, משפחות חד-הוריות ועוד. המשפט אף הוא נאלץ להתמודד עם המציאות המתהווה.

47. לפיכך, תמוה בעיני כי ב"כ היועהמ"ש רואה את עצמו כ"שומר החומות" בנושאים רבים של עניני המשפחה ואוטם את אוזניו משמוע ומכסה את עיניו מלראות את שינויים החלים בחברה הישראלית שבימינו, בה מתקיימים יחסים זוגיים ומשפחתיים באופנים שונים, כמו יחסים בין ידועים בציבור, משפחות חד-הוריות, משפחות בני אותו מין והן לגבי נושאים אחרים כמו "חשש לממזרות" (תמ"ש 76760/01 ס"נ נ' כ' (ש') א', מיום 5.9.04 - פורסם בדינים); מעורבות המשפחה המאמצת בהליכי ביטול "בר-אימוץ" (בע"מ 6930/04, 6509/04, פלונית ופלוני המיועדים לאימוץ הקטין נ' האב הביולוגי ואח', מיום 22.8.04); הכרה בצו אימוץ זר של בת זוגה של האם הביולוגית, בג"צ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים, פ"ד נד (2) 368 (שעליו הודיע ב"כ היועהמ"ש כי הגיש בקשה לדיון נוסף (דנג"צ 4252/00), שעד היום לא הוכרעה, למעט הדחייה שדחה הנשיא א' ברק ביום 3.6.01, את בקשתו של ב"כ היועהמ"ש לעכב את ביצוע פסק-הדין) ועוד נושאים רבים, בהם דחה בית המשפט העליון את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, החל מפרשת פונק שלזינגר (בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225) ועד היום.

חוסר ההנמקה של הטענה כי לא ניתן לתת לבני משפחה חד-מיניים, כל סעד וכל אמצעי שהחוק מעניק לבני משפחה דו-מיניים - מכיוון ש"מוסד חברתי משפטי זה, אינו מוכר כלל ועיקר בדין הישראלי", עומדת בניגוד לא רק למציאות שבה קיימות משפחות חד-מיניות שהמשפט חייב להתייחס אליהם ולא להתעלם מהם, אלא גם לפסיקתו של בית המשפט העליון, בבג"צ 1779/99, בה הוענקו זכויות לבן-זוג במשפחה חד-מינית, בפרשת דנילוביץ, בפרשות אדיר שטיינר, בג"צ 273/97 (קלפים פתוחים) ובע"א (נצרת) 3245/03.

הטיעון הנ"ל של ב"כ היועהמ"ש מלמד, כי ב"כ היועהמ"ש סבור שאישור הסכם בין זוגות חד-מיניים מאיים על המשפחה המסורתית, הדו-מינית, וכי המשפחה הדו-מינית זקוקה להגנה, הואיל ואם המשפחה הדו-מינית אינה זקוקה להגנה (והיא לא זקוקה לכל הגנה, הואיל ואין ספק שאדם שאין לו נטייה מינית לבני מינו לא יקח לעצמו בן-זוג בן-מינו), הפלייתם של הזוגות החד-מיניים נובעת אך ורק מאידאולוגיה שמרנית המקדשת את מה שהיה ואינה מוכנה לקבל כל שינוי מהותי שחל במציאות, ודורש מהמציאות להתאים את עצמה לדין, במקום שהדין יתאים את עצמו למציאות.

אין לי ספק כי הדין צריך להתייחס למציאות החברתית ולהשתנות עקב השינויים החלים בחברה, בה זוגות חד-מיניים רבים חיים חיי משפחה, כפי שהדבר נעשה לגבי זכויות הידועים בציבור.

48. כידוע, אין במשפט הישראלי כל איסור על מימוש הנטייה המינית, הן בביצוע אקטים מיניים והן במימוש השאיפה והרצון לחיות בחיי משפחה ובזוגיות עם בעל אותה נטייה מינית.

חיים ה' כהן, כותב בספרו "המשפט" על מעמדו ותפקידו של היועץ המשפטי לממשלה:

"היועץ המשפטי לממשלה הוא החוליה המקשרת בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת. מעמדו המיוחד שלהיועץ המשפטי לממשלה במשפט החוקתי של מדינת ישראל מקורו ... בעיקר במנהג

שנהגו כל ממשלות ישראל להכיר במוסד היועץ המשפטי כרשות ממשלתית לא-פוליטית ובלתי-מפלגתית המכלכלת את ענייניה אך לפי שיקולים משפטיים-מקצועיים בלבד" (ההדגשה שלי - י.ג.)

(חיים ה' כהן, המשפט, מוסד ביאליק, בעמ' 369).

בהמשך, מתייחס ח' כהן, להפרדה שבין תפקידו של שר המשפטים ותפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ושואל "ולמה טובים השניים מן האחד?" וזו תשובתו:

"הקונספציה הפשוטה המונחת ביסוד ההפרדה בין הפוליטיקה ובין המשפט היא שזו חיה על אפוליות, לטובה או לרעה, וזה חי על השוויון; זו מטבע ברייתה נושאת פנים, וזה אין בו משוא פנים" (ההדגשות שלי - י.ג.).

(חיים ה' כהן, שם, בעמ' 369, 370).

לפיכך, מצופה מיועץ משפטי לממשלה בחברה דמוקרטית, כי הוא יפעל להתאמה בין המשפט לבין מציאות החיים, כי הוא יגן על זכויותיהם של כל בני החברה, תהיה נטייתם המינית אשר תהיה, כי הוא יהיה ער למציאות הקיימת והמתפתחת בחברה ולא ישמש לפה, באופן אוטומטי, לבעלי אידאולוגיות שמרניות המתנגדות למתן כל זכות לאלה מבני החברה שנטייתם המינית המוצהרת, שונה מזו של בעלי האידאולוגיה השמרנית.

49. יש לציין כי המדינה אינה צד להליך אישור ההסכם, כך שלא היה הכרח לקבל את עמדת ב"כ היועמה"ש (ר' סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח - 1958). עמדתו של ב"כ היועמה"ש נתבקשה על-ידי בהחלטה מיום 13.2.03. לפיכך, אם בכל מקרה שבו המדינה צד לסכסוך המשפטי, נדרשת מהיועץ המשפטי לממשלה שיציג את עמדתו על בסיס עקרון השוויון, גישה כזאת נדרשת ממנו, על אחת כמה וכמה, כאשר הוא מוזמן למסור את עמדתו.

לכן תמוהה בעיני גישתו החד-צדדית של ב"כ היועמה"ש. מצופה מב"כ היועמה"ש להציג בפני בית המשפט את מירב העמדות בסוגיה הנדונה ולהמליץ על העמדה הנראית לו ולנמק מדוע על בית המשפט לאמץ את העמדה המועדפת בעיניו. לעומת זאת אנו מוצאים בהרבה סוגיות מהותיות, בעיקר בנושאי המשפחה, שיש להן פנים שונות, עמדה חד-צדדית של ב"כ היועמה"ש שאינה ערה לשינויים החלים במציאות ולשינוי הדפוסים והגישות בחברה. וחבל.

הצגת עמדה חד-צדדית ובלתי מנומקת על-ידי ב"כ היועמה"ש, לפיה "המחוקק לא נתן את דעתו ליצירת משפחה המורכבת מצמד בני אותו מין. מוסד חברתי משפטי זה, אינו מוכר כלל ועיקר בדין הישראלי", ולכן יש לשלול מהמבקשים את האפשרות שניתנת לכל בני משפחה אחרים לאשר הסכמים על-פי סעיף 3 (ג) הנ"ל, עומדת בסתירה לחובתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפרוס בפני בית-המשפט את מכלול השיקולים, על-פי עקרון השוויון, ולנמק מדוע יש להפלות לרעה את הזוגות החד-מיניים, ככל שהדבר נוגע לאישור הסכם ביניהם על-פי סעיף 3 (ג) לחוק ביהמ"ש לעניני משפחה.

יש להזכיר, כי לו עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה מתקבלת, גם בני-זוג ידועים בציבור לא היו זוכים להכרה בדין הישראלי, לפיכך יש בסיס סביר להנחה

כי בעוד כמה שנים יהיה היחס לעמדתו של ב"כ היועהמ"ש בענין אישור הסכם בין זוג חד-מיני, כפי שמתייחסים כיום לעמדתו בענין אישור הסכמים בין הידועים בציבור (פרשת זמר).

התוצאה

50. לפיכך, אין כל מניעה לאישור ההסכם בין הצדדים, על-פי סעיף 3 (ג) לחוק בית המשפט לעניני משפחה.

51. המבקשים יתייצבו בפני ביום 30.11.04 בשעה 8:30 לאישור ההסכם.

המזכירות תשלח החלטה זאת למר מני מזוז, היועץ המשפטי לממשלה, ירושלים ולפמ"מ.

ניתנה היום ח' בכסלו, תשס"ה (21 בנובמבר 2004) בהעדר הצדדים.

ניתן לפרסם את ההחלטה הזאת.