

13.08.95 ערעור משפחות 8/94-ב

בועדת הערעורים לפי חוק משפחות חיילים
שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) תש"י 1950
ב ת ל - א ב י ב - י פ ו

בפני: כב' השופט ג. גרמן - יו"ר
ד"ר ע. כווש - חברה
מר י. קינן - חבר

מס' תיק: 8/94

המערער: שטיינר אדיר
המשיב: קצין התגמולים
בא כוח: עו"ד בן דרור אמנון
בא כוח: עו"ד קפשוק

ה ח ל ט ה

לפנינו ערעור על החלטת קצין התגמולים (להלן המשיב) מיום 21.3.94 (להלן ההחלטה). לפיה נדחתה תביעת המערער להכרת זכות על פי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) תש"י - 1950 (להלן החוק). החתום על ההחלטה נושא בתואר "ראש תחום תביעות וקביעת זכאות". הסמכות על פי החוק נתונה בידי קצין תגמולים (סעיף 4 וסעיף 23 לחוק). ליכאורה, לא ניתנה, איפוא, ההחלטה על ידי המוסמך לתיתה. הואיל ושני הצדדים לא התייחסו לשאלת סמכותו של נותן ההחלטה וראו בו את קצין התגמולים, לענין ההחלטה, אף אני אענה אחריהם אמן לענין זה.



ערעור משפחות 1-8/94 ב-13.08.95

השאלה שבמחלוקת

א. השאלה שבמחלוקת נקבעה בקדם הדיון כדלקמן:
האם נכלל המערער במסגרת ההגדרה של בן משפחה כאמור בסעיף 1(א) או 1(א1) לחוק משפחות חיילים (=החוק), הן מבחינת התשתית העובדתית והן מבחינת ההגדרה המשפטית.

ב. ביום 28.9.94 הודיענו ב"כ המשיב כי אינו חולק על כל ענין שבעובדה הנטען ע"י המערער. לפיכך, מתמצית השאלה שבמחלוקת אך לבחינת ההגדרה המשפטית על נתוני התשתית העובדתית שהציג המערער בערעורו.

העובדות

העובדות כפי שהן עולות מנימוקי הערעור הן כדלקמן:

א. המערער, אזרח ישראל, יליד שנת 1966, ומתגורר בתל-אביב.

ב. שותפו ובן-זוגו לחיים של המערער, אל"ם דורון מייזל ז"ל (להלן המנוח), נפטר ביום 28.11.91.

ג. ביום מותו שירת המנוח בשירות פעיל בצה"ל, בדרגת אל"ם.

ד. בשמונה השנים האחרונות לחיי המנוח, למן שנת 1984, חיו המערער והמנוח בצוותא, וניהלו חיי משפחה ומשק-בית משותף. המערער והמנוח מתגוררו יחד בדירתו של המנוח, ברחוב העמל 21 רמת-גן.



משך כל השנים שחיו יחד, הוכרו המערער והמנוח כבני-זוג לכל דבר וענין על-דבר כל קרוביהם, ידידיהם ומכיריהם. מהות היחסים בין

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

המערער והמנוח היתה ידועה לרבים, וביניהם אנשי ציבור בכירים
וקצינים גבוהים בצה"ל.

בסעיפי המשנה של סעיף 5 מובאות דוגמאות לפיהן הבהיר המנוח את טיב
היחסים שניהל עם המערער לרמטכ"ל רא"ל משה לוי, לאלוף יצחק מרדכי,
לשר הבטחון (=ב-1987) מר יצחק רבין ולפורום המטה הכללי.

ו. בשנת 1987 לקה המנוח במחלת הסרטן. בתחילה דומה היה כאילו הוא מצליח
להתאושש ולהתגבר על מחלתו, ברם, לרוע המזל, היתה התאוששות זמנית,
ועד מהרה חלה התדרדרות במצבו של המנוח.
המערער סעד את המנוח לאורך כל הדרך. בימי חייו האחרונים של המנוח,
היה המערער היחיד שהורשה על-ידי המנוח לסעוד אותו ולטפל בו.

ז. המנוח נפטר ביום 29.11.91, תוך שהוא מותיר אחריו צוואה לטובת
המערער ולטובת שלושת ילדיו של המנוח.

טענות ב"כ המערער

יש להכיר במערער ובמנוח כידועים בציבור.

א. יחסי המערער והמנוח עומדים בכל המבחנים שגיבשה הפסיקה במדינת ישראל
להכרה בבני-זוג כידועים בציבור (ר' ע"א 384/61 מ"י נ' פסלר, ט"ז
102, וכן ע"א 235/72, בירנבאום נ. עיזבון יעקב לוי, כ"ז (1) 645,
וכן ע"א 107/87 אלון נ. מנדלסון, מ"ג (1) 435, וכן ע"א 79/83, ה"מ
נ. מוקרן, ל"ט (2) 690, וכן ע"א 621/69, נסס נ. יוסטר, כ"ד (1)
(623).

המערער ובמנוח נתקיימו המבחנים של בני-זוג ידועים בציבור כדלקמן:

מגורים ולינה משותפים במעון משותף, תחת קורת גג אחת.



13.08.95 ערעור משפחות 8/94-ב

7 (ב) ניהול משק בית משותף, ארוחות וסעודות משותפות בדירת המגורים
8 באורח חיים קבוע, יציאות משותפות לבלויים ולטיול בארץ
9 ובחול"ל.

11 (ג) פעולות משפטיות - המנוח קבע בצוואתו את המערער כאחד
12 מירשיו.

14 (ד) הקשר היה בלעדי - אף אחד מבין השניים לא ניהל קשרים
15 רומנטיים עם צד ג'.

17 ב. חוקי מדינת ישראל לא איפשרו לשניים להנשא ועל כן נאלצו לחיות
18 כידועים בציבור.

20 ג. המחוקק הכיר בבני זוג מאותו המין כידועים בצבור במספר חוקים:
21 (א) חוק פצוירי פרטורין תשנ"ג - 1963.

23 (ב) חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ג - 1972.

25 חוקים אלה מעניקים זכויות ל"בן זוג": "לרבות הידוע בצבור כבן זוגו
26 והוא גר עימו", בחוק פצוירי פרטורין, ו-"לרבות הידוע בצבור כבן
27 זוג", בחוק הגנת הדייר.

29 ד. יש לראות את המערער והמנוח כבני זוג או כידועים בציבור לפי החוק.



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

(א) יש לקרוא את החוק על פי חוק הפרשנות התשמ"א - 1981, החל גם על החוק, לפיו: "האמור בלשון זכר - אף לשון נקבה במשמע, וכן להפך".

(ב) יש לקרוא את סעיף 1 לחוק כדלקמן:
"בן משפחה של חייל שנספה במערכה פירושו - מי שהיתה אשתו של הנספה ביום מותו, ובכלל זה אשה שלפני מות הנספה גרה יחד עמו וביום מותו היתה ידועה בציבור כאשתו - כל עוד לא נישאה לאחר (להלן: "אלמנה");

או מי שהיה בעלו של הנספה ביום מותו, ובכלל זה איש שלפני מות הנספה גר יחד עמו וביום מותו היה ידוע בציבור - כל עוד לא נישא לאחר (להלן: "אלמן");

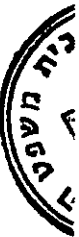
או מי שהיה בעלה של הנספה ביום מותה, ובכלל זה גבר שלפני מות הנספה חי יחד עמה וביום מותה היה ידוע בציבור כבעלה - כל עוד לא נישא לאחרת (להלן: "אלמנה");

או מי שהיתה אשת הנספה ביום מותה, ובכלל זה אשה שלפני מות הנספה חיה יחד עמה וביום מותה היתה ידועתה בציבור - כל עוד לא נישאה לאחרת (להלן: "אלמנה"). (ההדגשות שלי ג' ג').

ד. מניעת אפליה ופגיעה בעקרון השוויון

(א) משכרו של המנוח נוכח כספים בסכומים נכבדים להבטחת זכויותיו הסוציאליות לרבות הזכות המעוגנת בחוק. אילו בחר באשה כבת זוג היא היתה זכאית להכרה ולתגמולים.

(ב) אי מתן תגמולים למערער מקפח את המנוח בהשוואה לשאר חיילי



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

צה"ל, ורק משום שבחר בן זוג ממין זכר.

(ג) יש להתייחס אל יחסי המנות עם צה"ל ביחסי עובד ומעביד. מחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון) תשנ"ב - 1992 עולה שלמעביד אסור להפלות את העובד לרעה ולשלול משאריו את זכותם למזונות ואין לשללם בשל מינם (=היותם בני אותו מין) ונטריתם המינית (=הומוסקסואלים).

טענות ב"כ המשיב

א. המערער לא נכלל בהגדרת "בן משפחה" שבחוק.

ב. הידועים בצבור הנכללים בהגדרת "בן משפחה" אינם בני אותו המין של הנספה אלא בני המין השני. הדברים עולים מלשון החוק.

ג. החוק, כפי שחוקק בראשיתו, תכליתו היתה, כמובא בדברי ההסבר להצעת החוק, לעזור למשפחות חיילי צה"ל שנפטרו במלחמת השחרור להקלט במערכת חיה הכלכליים של המדינה לאחר שראש משפחתם נפל. רק ב-1977 הושוו זכויות של אלמן לזכויות של אלמנה של נספה. לא היתה כל כוונה למחוקק להעניק זכויות כלשהם לבני זוג מאותו המין, כעולה מהאמור בהצעת החוק.

ד. גם בבג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ (להלן בג"צ דנילוביץ) הניח כב' המשנה לנשיא, השופט א' ברק כי אין למשיב זכות חוזית מכח ההסכם הקבוצי וההסדר הקבוצי כי אין אפשרות לפרשם כמעניק זכויות לבני זוג מאותו המין. אם כן לגבי ההסכם הקבוצי



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

קל וחומר לענין החוק.

ה. הן על פי לשון החוק והן על פי תכלית חקיקתו יש לפרשו כאיננו חל על בני זוג מאותו המין. במקרה דנן לשון החוק ברורה ביותר ואין להזקק אפילו לבדיקת תכלית חקיקתו.

ו. המושגים הלשוניים של "זוג" ו"בני זוג" והקשר הלשוני בינם לבין משפחה משמעותם חבירה של שני פרטים הנימנים על שני המינים לחיים משותפים בתא משפחתי שהשיתוף מתאפירן בין היתר בחרי אישות המיועדים מושגית להבטחת המשכיות החיים (כב' השופט קדמי בבג"צ דנילוביץ).

ז. ח"כ יעל דירן העלתה הצעה לתיקון החוק שמגמתה להחיל את החוק גם על בני זוג הומוסקסואלים, אבל הממשלה דחתה הצעה זו, מכאן שהחוק כפי שהוא איננו כולל בני זוג מאותו המין.

ח. דיני העבודה אינם חלים על שירות קבוע בצה"ל והיחסים בין החייל והמדינה אינם של עובד ומעביד. על כן אין להחיל על חייל בכלל ועל המקרה דנן בפרט את הוראות חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה התשי"ח - 1988 (סעיף 2 כפי שתוקן ב- 2.1.92).

ט. אין בעמדת המשיב משום הפליית המערער ופגיעה בעקרון השוויון אלא לכל היותר הבחנה מותרת. לא בכל חוק הוענקו זכויות לידועים בצבור, אפילו לבני זוג ממינים שונים.



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

י. "תקנת הצבור" איננה משלימה עם הסכם ממון של בני זוג בני אותו המין ובית המשפט איננו מנוע מלדחותו (ע"א 640/82, כהן נ' הירוצ' המשפט לממשלה, פד"ר לט, (1), עמ' 673, בעמ' 690). השוויון הפורמלי איננו חזות הכל כשהוא עומד בסתירה לתקנת הצבור.

יא. פתרון חד משמעי לבעיית הידועים בצבור אינו בידי בית המשפט. אין קונצנזוס בענין זה בחברה הישראלית. הכרעות חד משמעיות בענין בסוגיה רגישה זו יכולות לבוא אך מגורמים לבר משפטרים (בג"צ 693/91, ד"ר אפרת נגד הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פד"ר מז, (1), 749, בעמ' 763). לא כל שכן במקרה דנן.

יב. "חקיקה מפלה" מחוסנת בפני בקורת של בית המשפט להבדיל מחקיקת משנה וממדיניות הנוגדת את עקרון השוויון. המשיב לא החליט על פי מדיניות שהוא קבע אלא על פי החוק. שנוי החוק יכול לבוא רק בחקיקת הכנסת.

יג. הפסיקה מאוחדת בדעתה כי אין בכוחו של בית המשפט לבטל ו/או לסטות מהוראות חוק אפילו סותר חוק זה עקרונות כלשהן.

יד. המערער לא סמך על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק ב-1992. אפילו היה סומך עליו אין עקרון השוויון כלול בו ואפילו היה עקרון השוויון כלול בו אין מקום לפגוע בתוקפו של החוק שנחקק ב-1950, לאור סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

ט"ו. בג"צ דנילוביץ איננו יכול לשמש תקדים בענייננו מהטעמים הבאים:

(א) בית המשפט העליון דחה את פרשנות ההסכם וההסדר הקבוצי כמעניק זכות לבני זוג מאותו המין. דווקא משום כך קבע בית המשפט שההסכם הוא מפלה ועומד בניגוד לעקרון השוויון שעפ"י חוק שיוויון ההזדמנויות בעבודה. המשטר החוזי כפוף לעקרון נורמטיבי בדבר שיוויון, עקרון הנשאב מחוק שיוויון הזדמנויות בעבודה, שהוא עליון למשטר החוזי בענייני עבודה. כאמור, אין יחסי עובד ומעביד חלים על שרות צבאי.

(ב) בג"צ יכול היה להתערב ולפסול הסכמים קבוציים לאור עקרון השוויון שבחוק אבל איננו מוסמך לעשות זאת, כאמור, ביחס לחקיקה ראשית בחוק דנן.

(ג) הזכירות על פי החוק, בניגוד לזכויות סוציאליות, אינן נרכשות על ידי החייל, כפי שטען ב"כ המערער, אלא מקורן בהוראה סטטוטורית. המחוקק קובע מי זכאי לפנות על פיו ואין הדבר ניתן לרכישה או לשיקול דעת איש הצבא.

(ד) זוג דו מיני איננו שווה לזוג חד מיני. על כן העדר שוויון בין שני סוגי זוגות אלה איננו "הפליה" אלא "הבחנה".

ה ה כ ר ע ה

א. מקור הזכות הנתבעת

(א) המערער מעגן את זכותו בחוק ורואה עצמו ככלול במסגרת ההגדרה של "בן משפחה של חייל שנספה במערכה".

ונה לשון ההגדרה המצויה בסעיף 1 לחוק, סעיף "פירושים":



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

"(א) מי שהיתה אשתו של הנספה ביום מותו, ובכלל זה אשה שלפני מות הנספה גרה יחד עמו וביום מותו היתה ידועה בצבור כאשתו - כל עוד לא נישאה לאחר (להלן - "אלמנה")."

(א) מי שהיה בעלה של הנספה ביום מותה, ובכלל זה גבר שלפני מות הנספה גר יחד עמה וביום מותה היה ידוע בצבור כבעלה-כל עוד לא נישא לאחרת (להלן-"אלמן")."

(ב) הכל מודים שבנספה ממין זכר עסקינן והמערער תבע את זכותו על-פי החוק בהיותו "בן משפחה" של אותו נספה ממין זכר, אל"מ דורון מייזל. הסעיף המתאים ל"בן משפחה" של נכה נספה ממין זכר הוא סעיף 1 (א) הנ"ל. סעיף זה מתירחס לנספה ממין זכר באומרו: "מי... ביום מותו" (=מין זכר) ובהמשך "וביום מותו" (=מין זכר). סעיף 1 (א) איננו מתאים למערער הואיל והוא עוסק בנספה ממין נקיבה, באומרו: "של הנספה ביום מותה" (=מין נקיבה). ובהמשך "וביום מותה" (=מין נקיבה).

(ג) הכל מודים שהמערער לא היה נשוי כדין למנוח ומענתו היא שהוא נכנס למסגרת: "ידועה בצבור כאשתו - כל עוד לא נישאה לאחר (להלן-"אלמנה").", שבסעיף 1 (א) לחוק.



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

ב. פרשנות סעיף 1 (א)

(א) לשון החקיקה

1. סעיף 1 (א) מגדיר "בן משפחה" מהו. הוה אומר, המעגל התוסס את הזכאים על פי החוק הוא מעגל "בן משפחה". במסגרת זו כוללת ההגדרה, בסעיפים קטנים (א), (א1), (ב), (ג), (ד): בעל, (לרבות ידוע בצבור כבעל של הנספה); אשה (לרבות ידועה בצבור כאשתו של הנספה); ילדו של הנספה, הוריו של הנספה, אחיו או אחותו. חלק מבני משפחה אלה זכותם מוגבלת, היא מוכרת רק בהתמלא תנאים הנקובים בחוק. אמור מעתה, שהמחוקק כולל במסגרת "בן משפחה", הזכאי על פי החוק, רק את שבעת הקרובים של הנספה, דהיינו אלמן או אלמנה (לרבות ידועים בצבור ככאלה) הורים, אח ואחות בן ובת (= "ילדו").

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

(Nuclear, Elementary or conjugal Family)

הכוללת זוג הורים וילדיהם ה"לא נשואים". או בהגדרה של The lexicon Webster Dictionary, כרך 1 - ערך - Family: "The unit consistiny of parents and their children".

החוק, אכן, מתירחט, "למשפחה גרעינית". לענייננו,



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

מכריע, איפוא, האלמנט של הורות וילדים כנ"ל. מכאן
המסקנה הבלתי גמנעת שאין לדבר על "משפחה" (ואין אנו
עוסקים בבטורים מושאלים) ללא האלמנט של זכר ונקיבה
ושל הורות בפוטנציה, הורות מושגית. אמנם, לאחרונה,
מצויות משפחות חד הוריות, אך זאת כאשר אחד ההורים
איננו מוכן להכנס למסגרת המשפחה. משפחה זו לא נוצרה
מלכתחילה אלא על ידי זכר ונקיבה אשר ילדו את
הילד(ים) של המשפחה החד הורית. שני אנשים מאותו
המין אינם מייסדים משפחה ואינם פוטנציאל למשפחה.
אמור מעתה, שהמערער והמנוח, חרף הקשרים שביניהם, לא
היו "משפחה" וממילא אין המערער יכול להיות "בן
משפחה". הוא נחסם, איפוא, במעגל התוחם הראשון
שבהגדרת החוק, דהיינו ב"בן משפחה".

2. ב"כ המערער, בסיכומיו, ער לכך שבהגדרה החד משמעית
של סעיף 1 (א) אין למערער חלק ונחלה שכן מילות החוק
ברור מללו: "מי שהיתה אשתו" (=אשה ולא גבר); "ובכלל
זה אשה שלפני...". (= אשה ללא גבר); "היתה ידועה
בצבור כאשתו" (=אשה ולא גבר); "(להלן "אלמנה")"
(=אלמנה ולא אלמן). ב"כ המערער איננו מנסה לאנוס את
מילות החוק, הואיל והוא מבין שהן אינן סובלות
פרשנות ש"האשה" הזכאית על פי סעיף 1 (א) היא "אשה"
ממין זכר. אך הוא תומך יתידותיו בחוק הפרשנות
התשמ"א, 1981, (להלן חוק הפרשנות) הקובע:



ערעור משפחות ב-8/94 13.08.95

"1. חוק זה יחול לגבי כל חיקוק והוראות מינהל, אף אם ניתנו לפי תחילתו, אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתירשב עם חוק זה...".

... 2.

... 3.

... 4.

... 5.

6. האמור בלשון זכר-אף לשון נקבה במשמע וכן להפך".
טוען, ארפוא, ב"כ המערער שלאור האמור בסעיף 6 לחוק הפרשנות יש לקרוא בסעיף 1 (א) כדלקמן: "או מי שהיה בעלן של הנספה ביום מותו, ובכלל זה איש שלפני מות הנספה גר יחד עמו כל עוד לא נישא לאחר (להלן: "אלמן").

אין בידי לקבל הצעה פרשנית זו וטעמי עמי:

(1) ב"כ המערער ציטט את סעיף 1 לחוק הפרשנות ובו הסריג: "ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתירשב עם חוק זה".

הפרשנות שמציע ב"כ המערער מגיעה כדי אבסורד, זו פרשנות שאיננה מתירשבת עם החלת הכלל שבסעיף 6 לחוק הפרשנות על ההגדרה שבסעיף 1(א) לחוק. ב"כ המערער מציע לנו לקרוא במקום "מי שהיתה אשתו" מי שהיה בעלן. לא מצאנו בשפה העברית את שם העצם בעל כמתירחט ליחס שבין שני זכרים, במעגל של "בן



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

משפחה". כך גם לא מצאנו את הפעל בעל, לתיאור בעילה של זכר את זכר. במקורותינו משמש לענין זה הפעל רבע ולא הפעל בעל, כגון: "ואמר רב יוסף פלוני רבעו לאונסו (סנהדרין, ט' ע"א) ופרש"י על אתר: "פלוני רבעו במשכב זכור". וכן: "לכן מי שהעיד שפלוני רבעו בין לאונסו של נרבע בין ברצונו" (רמב"ם, הלכות עדות, פ"י"ב, ה'ב'). וכן: "מי שהעיד על פלוני שרבעו בין לרצונו בין לאונסו" (שו"ע חו"מ, ס' ל"ד, סעי' כ"ז).

(2) ניסוחו של החוק, המתייחס בסעיף 1(א) לנספה זכר ולזכאית נקיבה, ובסעיף 1(א) לנספה נקיבה ולזכאי זכר, מצביע בעליל על כך שהמחוקק הבהיר ברורות מתי כוונתו לזכר ומתי כוונתו לנקיבה. אין, איפוא, משמעות, בניסבות אלה, להחלת סעיף 6 לחוק הפרשנות.

(3) כוונת סעיף 6 לחוק הפרשנות איננה יכולה להיות שבכל מקום שכתוב בחיקוק "אשה" או "גבר" שיש לקרוא "אשה" גם כגבר ו"גבר" גם כאשה. אם אבסורד זה אפשרי, נקרא, איפוא, בחוק שווי זכויות האשה גם חוק זכויות הגבר. כוונת סעיף 6 לחוק הפרשנות היא שכאשר מנוסחת הוראת חיקוק בלשון זכר או בלשון נקיבה והיא איננה נוקבת ומתייחסת לאשה לעומת גבר או לאשה כאשת גבר, או לגבר כבעלה של האשה, וההוראה מנוסחת בלשון זכר, אין לומר



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

שהוראת החוק מופנית ומתייחסת לזכרים בלבד, כך גם לגבי לשון נקיבה. כל זאת, כאשר מובן שהחיקוק מתייחס הן לזכרים והן לנקיבות, אלא שהחיקוק נקט בנסוח ההוראה לשון זכר או לשון נקיבה, לשם הקיצור. מגמת סעיף 6 הנ"ל קשורה בחשיבותן העיקרית של ההגדרות שבחוק הפרשנות או בסעיפי פרשנות שבחוקים אחרים. באשר לסעיפי פרשנות המופיעים בדבר חקיקה: "למעשה אין סעיפים אלה קובעים כיצד יש לפרש אלא מהו הפירוש. הם נועדו, בעיקרו של דבר לייתר חלק מהתהליך הפרשני, ולקצר את לשון החקיקה... זאת ועוד: ההגדרות מעניקות תוכן למונח המוגדר - בין אם הן מופיעות בסעיף ההגדרה בחוק הספציפי ובין אם הן מופיעות בחוק הפרשנות הכללי - 'הכל אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה'. נמצא, כי מטרתן העיקרית של ההגדרות לקבוע את היקף המשמעות הלשונית (המפורשת או המשתמעת) של המונחים. משמעותן המשפטית תיקבע על פי תכלית החקיקה. חשיבותן העיקרית של ההגדרות באה לידי ביטוי מקום שניתן למונח מובן שונה ממונחו הרגיל או מקום שמונחו הרגיל אינו ברור דיו לצרכיו של דבר החקיקה. במצב דברים זה נותן המחוקק ביטוי ללקסיקון המיוחד בו הוא נוקט, ובכך מזהיר את הציבור ומעמידו על המובן המיוחד שהמחוקק מעניק לאותו ביטוי. כך, למשל, נקבע בחוק הפרשנות כי



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

יחיד כולל רבים, וזכר כולל נקיבה. דברים אלה משנים את המשמעות הרגילה של המונחים, מקצרים את החיקוק ומזהירים את הציבור. "א' ברק, פרשנות במשפט, נבו הוצאה לאור, ירושלים, תשנ"ג-1993, כרך ב, ע' 137, 138).

יתר על כן, בשנת תשל"ז תוקן החוק והוסף בו סעיף 1 א שנה לשוננו: "כל האמור בחוק זה לגבי אלמנה של נספה יחול לגבי אלמן של נספה, בתיאומים לפי הענין". עד לתיקון זה לא חל החוק אלא על אלמנה של נספה ולא על אלמן של נספה (=חירלת). ההוראה של סעיף 6 לחוק הפרשנות איננה חדשה. היא היתה מצויה, בשנת תשל"ז, בסעיף 2 לפקודת הפרשנות, ולא היה בה כדי למלא את הטעון תיקון. אילו היה ממש בטענת ב"כ המערער לא היה נדרש תיקון לחוק. הווה מסיק, שאין בהוראת סעיף 6 לחוק הפרשנות כדי למלא אחר מגמת ב"כ המערער בפרשנות החוק. דרוש, איפוא, תיקון חקיקתי מפורש לחוק, אם המחוקק חפץ לשנותו, כך שיכלול גם בני זוג מאותו המין.

3. בחוק זה, להבדיל מחוקים אחרים, לא נקט המחוקק במינוח "בן זוג". אם באשר למינוח "בן זוג" אפשרי שחלוקות הדעות אם הוא סובל בני-זוג מאותו המין (ראה עמדתו של כב' השופט קדמי בבג"צ דנילוביץ וכפרי שהוא הבין את עמדתו של כב' המשנה לנשיא, השופט א' ברק באותו פסק דין) קשה להלום, על פי לשון החוק דנן,



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

שהוא סובל במינוח "בן משפחה", ובלשונו המפורשת
 "אשה" ובעל, תוך המנעות משימוש במונח "בן זוג", גם
 בני זוג מאותו המין.

4. אכן, מעמדת המשנה לנשיא בבג"צ דנילוביץ עולה, שאף
 כשמדובר במינוח "בן זוג" סבוכה הפרשנות להגיע
 למסקנה שהוא כולל בני זוג מאותו המין, ואלה דבריו:
 "בפנינו לא חזר המשיב על הקונסטרוקציה הפרשנית.
 אכן, קונסטרוקציה זו - שנדחתה, כאמור, על ידי בית
 הדין הארצי לעבודה - סבוכה היא (השווה לעניין
 הדיבור "בן זוג", ד"נ 13/84 לוי נ. ועדת הכספים של
 כנסת, פ"ד מא (4) 921; ראה גם

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

אמור מעתה, שהמשנה לנשיא לא יסד את הכרעתו בבג"צ דנילוביץ
 על אדני הקונסטרוקציה הפרשנית אלא על אדני הקונסטרוקציה
 הסטטוטורית.

5. ב"כ המערער הפנה אותנו למספר חוקים בהם הכיר המחוקק
 אף בבני זוג מאותו המין. איננו תמימי דעים שכך הכיר
 המחוקק, על פי לשון החוק. ב"כ המערער לא הציג בפנינו



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

אף אסמכתא שפרשה כך את החוקים האלה ולמיטב ידיעתנו אין אסמכתא כזו. אין מקום להרחיב את יריעת החלטתנו לפרשנות החוקים האלה או אחד מהם, לאור בג"צ דנילוביץ. על כל פנים, בענין דנן, אין מקום להרחבת משמעות "בן משפחה" גם על זוג חד מיני, בוודאי לא על פי ניסוחו של החוק, הן מחמת עמדתו של המשנה לנשיא ביחס לקונסטרוקציה הפרשנית, הן לאור עמדתו הפרשנית של כב' השופט קדמי, הן לאור העובדה שכב' השופטת ד' דורנר נמנעה כלל מלגעת בקונסטרוקציה הפרשנית והן, ובמיוחד, לאור הלשון האחרת בה נקט המחוקק בחוק דנן, כמפורט לעיל.

(ב) תכלית החקיקה

1. שם החוק הוא: "חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) תש"י-1950". שמו של החוק מעיד עליו שתכליתו להיטיב עם "משפחות חיילים". מרכיב המשפחה בחוק זה הוא, איפוא, הדומיננטי, ויותר מכך, הוא ואין בלתי. לאור שמו של החוק, מחמת תכליתו, מתבקשת ההגדרה של "בן משפחה": שכן מי שאינו "בן משפחה" חסם בעדו המחוקק את הדרך לחסות בצל החוק.

2. שם החוק הוא מרכיב שיש ליתן עליו את הדעת בפרשנותו של כל חוק. אך תשומת לב יתירה וחשיבות מיוחדת יש להעניק לשם החוק דנן. שכן, עם תום ההצבעה על החוק בכנסת, ב-כ"ו בתמוז תש"י (11.7.50), כאשר "החוק בנוסח הוועדה נתקבל פה אחד", אמר ח"כ עקיבא גלובמן, יו"ר ועדת העבודה של הכנסת, אשר אליה העברה הצעת



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

החוק להכינה לקריאה שניה ושלישית, כדלקמן: "אני
 חייב לומר שהתחבטנו לא מעט בקביעת שם החוק.
 התייעצתי עם יושבי ראש הוועדות המטפלות בחוקים
 הקשורים בזכרונם של אלה שבזכותם קמה המדינה, ורציתי
 שהכנסת תדע שקבענו את שמות החוקים כפי שקבענו מאחר
 שלא מצאנו אפשרות לאחד אותם במסגרת חוק אחד". (דברי
 הכנסת, 1950, כרך 6, עמ' 2169). דברים חריגים אלה
 על אודות שם החוק מחייבים ליתן משקל נכבד לשם החוק
 ולמשמעותו, בבואנו להבין את תכלית חקיקתו. הכרת
 החוק בידועים בצבור כבעל או כאשה של הנספה אין בה
 כדי לסתור את יסוד המשפחתיות, הואיל וגבר ואשה
 יכולים להקים משפחה (= ללדת ילדים) גם אם לא נישאו
 משיקולים שלהם (כגון, "אלפנה" שאינה חפוצה להפסיד
 זכויותיה על פי החוק אם תנשא לאחר) או מהטעם שהחוק
 במדינת ישראל איננו מכיר משפחית בנשואיהם. לעומת
 זאת, בני זוג חד מיני אינם יכולים ללדת זה מזה ועל
 כן אינם יכולים מושגית להקים משפחה. אי ההכרה
 בנישואיהם של המערער והמנוח איננו תוצאה של אי הכרה
 של חוקי מדינת ישראל, כפי שטוען ב"כ המערער, אלא
 תוצאה של אי הכרה של חוקי הטבע. מבחינה זאת, ניתן,
 אמנם, על דרך הטבע, לראות עריות משני המינים
 כידועים בציבור, כגון: בת כידועה בציבור של אביה,
 או בן כידוע בציבור של אמו, או אח ואחות כידועים
 בצבור זה לזה, שכן על דרך הטבע הם יכולים ללדת
 ילדים (חרף אי הכרת החוק בנישואיהם), מה שאין כן
 בזוג חד מיני. אם נבוא להכיר בזוג חד מיני כידועים



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

בצבור לענין החוק, ולהחיל עליהם את הגדרת "בן משפחה", קל וחומר, שעריות כנ"ל, יוכרו כידועים בצבור וכ"בן משפחה" לענין החוק. תוצאה זו נראית לי תוצאה שקשה להולמה.

3. על תכלית החקיקה, שלא לראות בבני אותו המין בני זוג, לענין "בן משפחה", ניתן ללמוד מההגדרה של "הורו של נספה" (סעיף ג), בהגדרת "בן משפחה", בסיפא של הגדרת "בן משפחה"), לאמור:

"אולם אם היה לנספה הורה מלידה והורה חורג או מאמץ שניהם בני מין אחד, לא יראו כשכול אלא אותו הורה...". הוה אומר, בצד העקרונות אין המחוקק מכיר בהורים של הנספה אלא אם שני ההורים משני מינים שונים, דהיינו או שני הורים מלידה (=זכר ונקיבה) או אב מלידה ואם חורגת או מאמצת או אם מלידה ואב חורג או מאמץ. החוק לא מכיר, איפוא, בשני הורים של נספה אם הם בני מין אחד, כגון אב מלידה ואב מאמץ (אפילו בהעדר אם מלידה) או באם מלידה ואם מאמצת.

בהנחה, שאין לנספה שני הורים ממינים שונים מדוע לא יוכרו שני הורים בני מין אחד, אליבא דהמערער? ולהפחשה, על דרך משל, נניח שלקצין פלוני היה בן מנשואיו עם אשתו. אשתו הלכה לעולמה ואותו קצין פלוני יצר קשרים הומוסקסואליים עם אלמוני (בין קודם לפטירת אשתו ובין לאחר מכן). אליבא דב"כ המערער, לבנו של אותו קצין פלוני, שני הורים, הורה מלידה (= קצין פלוני) והורה חורג (=אלמוני). הבן



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

התגייס לצה"ל ונספה. שני ההורים מבקשים להיות מוכרים עפ"י החוק, זה כהורה מלידה וזה כהורה תורג. על פי הסיפא של הגדרה של "בן משפחה" רק אחד מהם יזכר מפני שהם בני אותו מין ורק בשל כך (אלא אם הוא "נצרך"). זו תכלית החקיקה והיא משליכה על הפרשנות לעניין שבפני.

המורם מהמוטעם עד כאן הוא שהמחוקק לא כלל את המערער במסגרת "חוק משפחות" ובמסגרת "בן משפחה", כלשון החוק. אמשיך וארחיב בנושא תכלית החקיקה, כשאדון בעקרון השוויון. סבורני, איפוא, שלמגמה הפרשנית של ב"כ המערער אין עיגון לשוני בשם החוק ובנוסח החוק ואין לשון החוק סובלתה (ראה א' ברק, פרשנות במשפט, שם, עמ' 81 - 85). אני מתקשה לראות מהי האפשרות הלשונית שאבור לעצמי אשר תתאים לפרשנותו של ב"כ המערער אפילו תוך "אינוס הלשון". ההצעה שהציע לנו ב"כ המערער, כיצד לקרוא בחוק, מביאה לידי אבסורד כמנומק לעיל. אם בבג"צ דנילוביץ בחרו שופטי הרב שלא להכריע בבעיה, שם, על דרך פרשנות המונח "בן זוג", שהיא "סבוכה", כלשון כב' המשנה לנשיא (עמ' 6 לפסק הדין המודפס), לא כל שכן בענין דנן, כפי שהוטעם לעיל. על כן, נראה לי, שהקונסטרוקציה הפרשנית לא תעמוד לו למערער שבפנינו. אם חפצה החברה במדינת ישראל לראות זוג גברים הומוסקסואליים כנשואים ולהעניק להם זכויות של בעל ואשה על פי החוק, הדרך היא בתיקון החוק על ידי הרשות המחוקקת.



30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

ג. הזכות לשיוויון

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

(א) כמדינה יהודית:

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

(2) דרך חוק יסודות המשפט תש"ם - 1980, הקובע: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" (סעיף 1 לחוק);

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



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

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

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

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



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

שוויון ואהבת הבריות - היו לאחדים בידה של האומה העברית, ושניהם כאחד מהווים יסוד היסודות של היהדות, לדורותיה ולתקופותיה". מחמת יריעתנו הקצרה נסתפק באסמכתא זו.

(ב) במדינה דמוקרטית: אף לענין זה נתלה עצמנו באשלי ברבי, באסופת המקורות בפסיקה הישראלית שקבץ כב' המשנה לנשיא א' ברק בבג"צ דנילוביץ (עמ' 6 לפסק הדין המודפס, סעיף 10 ואילך) ואלו דבריו: "השוויון מהווה ערך יסוד במשפט הישראלי". "הוא מנשמת אפו של המשפט החוקתי שלנו כולו" (השופט לנדוי בבג"צ 98/69 ברגמן נ. שר האוצר, פ"ד כג (1) 693, 698), והוא "ממהותה ומאופיה של מדינת ישראל" (המשנה לנשיא, השופט אלון, בע"נ 2/88 בן שלום נ. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מג (4) 221, 272). "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (בג"צ 114/78 בורקאן נ. שר האוצר, פ"ד לב (2) 800, 806 (השופט שמגר). ביסוד עקרון השוויון עומדים שיקולים של צדק והגינות. "עקרון השוויון הוכר נו, זה מכבר, כאחת ממידות הצדק וההגינות" (בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ. ממשלת ישראל (טרם פורסם) (השופט מצא). השוויון הוא מרכיב מרכזי בהסכמה החברתית עליה מושתתת החברה (ראה בג"צ 953/87 פורז נ. ראש



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309, 332. "ההפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה. חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נהוגה אפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת" (השופט בר בבג"צ 104/87 נבו נ. בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760).

עקרון השוויון מעוגן בישראל במספר מערכות נורמטיביות. ראשית, הוא מהווה עקרון הלכתי - פרי "המשפט המקובל נוסח ישראל" - אשר הוכר ופותח על ידי בתי המשפט בישראל. עקרון זה מוקרן אל תוך תכליתו (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה ומהווה אמת מידה לפרשנותו. "עקרון יסוד המשמש מטרה חקיקתית לכל פעולות הגוף המחוקק, הוא העיקרון של שוויון הכל בפני החוק... על-כן יש להניח ולפרש דברי חקיקה, כבאים להגשים מטרה זו ולא לסתור אותה" (ראה בג"צ 301/63 שטרייט נ. הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612; ראה גם בג"צ 507/81 אבו-חצירא נ. היועץ המשפטי ממשלה, פ"ד לה(4) 561, 585). העקרון ההלכתי של שוויון מוקרן לתוך "מושגי השסתום" של המשפט (כגון סבירות, צדק, שוויון ותקנת הציבור). ומהווה מרכיב נורמטיבי בגיבוש היקף פריסתם (ראה בג"צ 693/91 אפרת נ. הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749). על כן עשוי הסכם קיבוצי מפלה לעמוד בניגוד לתקנת הציבור ולהפסל בשל כך (ראה בג"צ 104/87 הנ"ל וכן דב"ע לג/3-25 ועד אנשי צוות



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

דיילי אונרר - חזין, פד"ע ד' 365). העקרון ההילכתי של שיוויון פהווה עוגן נורמטיבי להכרה בזכות לשיוויון כזכותו של האדם בישראל. מכוחו מתגבשות הלכות שיפוטיות המשקפות אותו - כגון הלכת שיתוף הנכסים בין בני זוג - (ראה בג"צ 1000/92 בבלר נ. בית הדין הרבני הגדול, ירושלים (טרם פורסם)). עד כאן לשון המשנה לנשיא.

ד. גבולותיה של זכות השוויון

(א) קביעת המחוקק בחוק.

1. "חוק משפחות חיילים" הוא חוק מפלה מעצם מהותו. הוא מעניק זכויות לקבוצה מצומצמת של אזרחי המדינה, קבוצה הקשורה בחיילים שנספו במערכה. אף לא כל אותה קבוצה הקשורה לחייל שנספה במערכה זכאית להנות מהזכויות שהחוק מעניק. החוק מפלה אף בין אלה הנמנים על הקבוצה הקרובה לנספה והוא מצמצם את הזכאות ל"משפחות חיילים". החוק מוציא מן הכלל ידידים ורעים, רב ותלמיד, מפקד ופקוד, מחנך וחניד, אפילו נפשם קשורה היתה בקשר אמיץ בנפשו של הנספה, ואפילו היו נאהבים ונעימים בחייהם, והוא מצמצם את המעגל לבני משפחה בלבד, גם אם האחרים היו קשורים בנפשם אל הנספה יותר מאשר בני המשפחה ואפילו היו האחרים נהנים ותלויים כלכלית בנספה, יותר מבני המשפחה. החוק ממשיך ומפלה בין הנמנים על משפחת החייל הנספה, ומצמצם את הזכאים על פיו, אך למי שנכלל בהגדרה



ע"ע 13.08.95 ב-8/94 משפחות

הספציפית של "בן משפחה", כפי שהחוק מגדיר ותו
לא. הנה כי כן, החוק הלך וחסם מעגל בתוך מעגל
עד שהגיע למעגל של "בן משפחה", תוך הפליית כל
אלה שנשארו מחוץ למעגל זה.

2. "חוק משפחות חיילים", כפי שחוקק בשנת
תש"י-1950, היפלה אף בין חייל שנספה לבין חיילת
שנספתה, בעוד שאלמנה של חייל שנספה היתה זכאית
לזכויות על פי החוק הרי שאלמן של חיילת שננספתה
לא היה זכאי לזכויות על פי החוק. אף על פי כן,
בהפליה כה בוטה, לא מצאנו שבית המשפט התערב
וקרא בחוק, על אדני זכות השוויון, ש"אלמנה" גם
אלמן במשמע. זאת, חרף חקיקתו של חוק שוויון
זכויות האשה, תשי"א-1951, בסמוך לאחר חקיקתו של
"חוק משפחות חיילים". המצב המשפטי תוקן על ידי
הכנסת, למעלה מ-25 שנה לאחר מכן, בתיקון משנת
1977, בו הושוו מעמד ה"אלמנה" וה"אלמן". בית
המשפט השאיר את זכות החקיקה למחוקק, אשר לו
בלבד נתכנו עלילות החקיקה, וזאת חרף קביעתו של
השופט לנדוי (כתוארו אז) בבג"צ משנת 1969 (בג"צ
98/69 ברגמן נ' שר האוצר הנ"ל) שהשוויון "הוא
מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו", וחרף
הקביעה בבג"צ משנת 1963 (בג"צ 301/63 הנ"ל),
בדבר עקרון השוויון כ"עקרון יסוד המשמש מטרה
חקיקתית לכל פעולות הגוף המחוקק".



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

3. בית המשפט נמנע מלהתערב בחקיקה המיוחדת לנפגעי צה"ל, גם כאשר הוא סבר שהחקיקה מפלה, איננה צודקת וראוי לתקנה. הדברים אמורים בחוק שהוא בן זוגו של "חוק משפחות חיילים", מבחינת ייחודו לחיילי צה"ל. המדובר, בחוק הנכים (תגמולים ושיקום) תשי"ט - 1959 [נוסח משולב]. סעיף 32 לחוק הנכים דן בהתיישנות תביעה על פי אותו החוק. ההתיישנות בחוק הנכים שונה מההתיישנות בחוק ההתיישנות תשי"ח-1958, הן באורך תקופתה (3 שנים בלבד) והן במהותה, בהיותה התיישנות מהותית ולא דיונית. הוראות ההתיישנות בחוק הנכים קשות לתובע זכות נכות ומפלה אותו לרעה בהשוואה לכלל בעלי זכויות במדינה. וכך אומר בית המשפט העליון (מפי כב' השופט א' ברק כתוארו אז, ההדגשות שלי - ג' ג'):

"על כן, משבא לפני בית המשפט העליון עניינו של נכה, שטען להארכת מועד ההתיישנות מכוח הוראת סעיף 11 לחוק ההתיישנות, נדחתה טענתו. אומר בית המשפט:

'מוסיף בא-כח המערער וטוען שמאחר וחולה נפש הוא יש להחיל את הוראות סעיף 11 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958. ואולם כבר פסקנו כי הוראות חוק ההתיישנות אינן חלות על תביעות נכים, שלגביהן ראה המחוקק לקבוע הוראות מיוחדות'.

גישה זו של בית המשפט נראית גם לנו. בחוקקו את סעיף 32א לחוק הנכים ביקש המחוקק לקבוע משטר



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

משלו של הארכת מועדים, שיש בו איזון משלו, והמחליף את ההסדר של חוק ההתיישנות בכל הנוגע להארכת מועדים. אין זה סביר להניח, כי המחוקק ביקש לקבוע משטר הארכה, המיתוסף להסדר הכללי בעניין הארכת מועדים. ייתכן שבכך נגרם עוול לנכים מספר, אך פתרונה של תקלה זו הוא בידה המחוקק. אכן, כאשר בעבר הופנתה תשומת לבו של המחוקק לעניין זה, נבדקה הסוגיה, והוחלט על העלאת תקופת ההתיישנות משנתיים לשלוש שנים, זאת ותו לא..."

כב' המשנה לנשיא, השופטת מ' בן פורת (כתוארה אז), הסכימה עם כב' השופט ברק ואמרה (ההדגשות שלי-ג' ג'):

"אני מסכימה, שאין מנוס מהמסקנה, אליה הגיע חברי הנכבד, השופט ברק. אמרתי "אין מנוס", שכן אנוסים אנו לירשם את כוונת החקיקה כפי שזו עולה מן הכתוב, גם אם הכתוב אינו מניח את דעתנו. ראויים הם נכי צה"ל שנפגעו במהלך שירותם הלאומי להוראות ההתיישנות פחות נוקשות, המביאות בחשבון מצבים ואירועים, אשר לגבי כלל אזרחי המדינה מעכבים את מרוץ ההתיישנות, לפי חוק ההתיישנות. אי רישום "חבלה" עשוי לנבוע מסיבות רבות ומגוונות, לרבות רשלנותו של המופקד על כך או אי-יכולתו של הנחבל לדאוג להודעה מתאימה, כגון מחמת מצב נפשי, דוגמה שאולי קרובה לענייננו. ברם, למחוקק פתרונים. אמנם ניתן לצקת פירושים



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

חדשים להוראות חוק, בהתאם לשינוי המצואות והתנאים, אך רק אם הפירוש מתיישב, ולו אך בקושי, עם כוונת דבר החקיקה הנוגע לעניין. במקרה שלפנינו לא השכלתי למצוא דרך לתת להוראות החוק בו עסקינן פירוש, שישרת את עניינה של המבקשת. לא אוכל איפוא אלא להביע את התקווה שהערותיו של חברי הנכבד, השופט ברק, ודברי שלי יזכו לתשומת לבם של העוסקים במלאכת החקיקה, וכי ימצאו דרך לשינוי המצב בעתיד הנראה לעין".

(ראה ר"ע 166/83, בן הלל נ' קצין התגמולים, פד"י ל"ח (3), עמ' 13, עמ' 19-21).

זו היתה גם עמדתו של כב' הנשיא מ' שמגר, שאמר בפסק הדין, בעניין כספי, כדלקמן (ההדגשה שלי - ג' ג'):

"בהקשר זה יש מקום להבהיר בקצרה את הבעייתיות הטמונה במערכת דיני התיישנות שקבע החוק. הוראות סעיפים 32 ו-32א עומדות במרכז הסדר התיישנות בחוק. בשורה של פסקי דין בסוגיה זו נפסק, שאין לראות בהסדרי התיישנות המצויים בחוק התיישנות, תשי"ח-1958, משום הסדרים משלימים להוראות החוק, אלא רואים את ההסדר שקבע המחוקק לעניין התיישנותה של זכות הנובעת מהחוק כממצה וכחל באופן בלעדי על זכות כזו... אך כיוון שהסדר התיישנות בחוק מצומצם ביותר ואינו כולל אלא הוראה בדבר אורכה של תקופת התיישנות ושתי דרכים להארכתה, הרי שההסדר הזה נמצא לוקה בחסר.



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

כך, למשל, אין בחוק הוראות בדבר חישוב תקופת ההתיישנות והעילות להארכתה, במיוחד במקרים של מחלת נפש ושל התיישנות שלא מדעת. הסדרים כאלה וכיוצא בהם מצויים בחוק ההתיישנות, אך, כאמור, הנכה איננו יכול ליהנות מהם. בית המשפט זה הצביע, לא אחת, על הליקוים הללו. הבענו דעתנו, כי הניסיון למצוא איזון כולל בין השמירה על זכויותיו של הנכה לבין ההגנה על כספי הציבור לא עלה יפה, וכי בחשבון כולל נמצאו זכויות הנכה מקופחות... הוספנו וציינו, כי ראוי היה להמיר את הקריטריונים הנוקשים, הנקובים בסעיף 32א כתנאים להארכת מועד ההתיישנות, במתן שיקול-דעת רחב יותר לקצין התגמולים, כך שיתאפשר לו להכיר בזכויותיו של מי שנפגע במהלך שירותו ועקב שירותו, ואיחר, מטעמים מוצדקים, בהגשת תביעתו...". (ראה ע"א 455/85, קצין תגמולים נ' אברהם כספי, פד"ר מב (1) עמ' 177, בעמ' 184).

4. חברת הכנסת יעל דירן הגישה לבנסת הצעת חוק לתיקון חוק משפחות חיילים, בהבינה שזו הדרך היחידה לשנוי החקיקה הקיימת, וזה לשון ההצעה: הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכת (תגמולים ושיקום), (תיקון - הגדרת בן משפחה), התשנ"ד-1994.



13.08.95 8/94-ב ערעור משפחות

תיקון סעיף 1. בסעיף 1 לחוק משפחות חיילים
שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"ט 1950
(להלן-החוק העיקרי), בהגדרת "בן משפחה" -

1. במקום סעיף קטן (א), יבוא:

"(א) מי שהיתה בת זוגו של הנספה ביום מותו,
לרבות מי שהיתה ידועה בציבור כבת זוגו
וגרה יחד עימו אותה שעה, או מי שהיה
ידוע בציבור כבן זוגו וגר יחד עימו
אותה שעה-כל עוד לא נישאו לאחר."

2. במקום סעיף קטן (א1), יבוא:

"(א1) מי שהיה בן זוגה של הנספה ביום
מותו, לרבות מי שהיה ידוע בציבור כבן זוגה וגר
יחד עמה אותה שעה או מי שהיתה ידועה בציבור
כבת זוגה וגרה יחד עמה אותה שעה-כל עוד לא
נישאו לאחר, (להלן "אלמן" "אלמנה")."

יאמר נא המחוקק את דברו, ברצותו יתקן וברצותו
ימאן. אל לנו, כוועדת ערעורים, להתעטף באיצטלה
לא לנו, ועל אדני עקרון זכות השוויון להעניק
זכויות למי שהמחוקק בחוק הספציפי, והכה מיוחד
הזה, לא מצא לנכון להעניק. הדברים אמורים גם
אליבא דמי שיסבור שחוק משפחות חיילים עומד
בסתירה לעקרון השוויון. אין דעתי כדעתו ואטעים
את עמדתי בהמשך הדברים.



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

5. בשורה של פסקי דין הביע בית המשפט העליון את הרעיון שאין חכמה, אין עצה ואין תבונה כנגד חוק שהכנסת חוקקה, יהיה אשר יהיה, אלא בהיותו עומד בסתירה לחוק יסוד המאפשר ביטולו של החוק בכפוף לתנאים הנקובים בו. ראה ע.א. 228/63, עזרזר נ. ענך, פד"ר י"ז, 2541, בעמ' 2547, דברי כב' השופט ברנזון: "נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר".

וכן בג"צ 188/63, בצול נ. שר הפנים, פד"ר י"ט, (1), עמ' 337, בעמ' 349, דברי כב' השופט ברנזון: "אחרי שהחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראותיו, קביעותיו והנחותיו".

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

ע.א. 780/70, עיריית ת"א-יפו נ. שולמית ספיר, פד"ר כה, (2), עמ' 486, בעמ' 491: "בית המשפט



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

אינו מעביר תחת שבט ביקורתו חוק הכנסת אם טוב הוא ואם רע, אם סביר הוא ואם לאו".
 בג"צ 778/78, א.ה.ל. אגודת הבונים להשכרה בגוש דן, אגודה עותומנית ואח' נ. שר הבינוי והשיכון ואח', פד"ר לח, (1), עמ' 625, בעמ' 629, דברי כב' השופט ד' לוין: "הכנסת, והיא בלבד, רשאית לפסול חוק כולו או מקצתו, לשנות חוק או לחוקק חוק אחר תחתיו, מובן כי בית המשפט לא יתערב בהליך ממין זה שהוא כאמור בתחום סמכותה הבלעדי של הרשות המחוקקת".

בג"צ 120/73, טוביס נגד ממשלת ישראל, פד"ר כ"ד, (1), 757, עמ' 759: "התשובה הקצרה על שלוש הטענות הללו אחת היא המעשים הפסולים בהנחה הבלתי מוכחת שאמנם יש בהם פסול נעשו לא בידי הממשלה כי אם בידי הכנסת ואין בית משפט זה מהרהר אחת הכנסת".

בג"צ 142/89, תנועת לאו"ר - לב אחד נרות חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פד"ר מד, (3), 529, 554: "... על פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפיסה זו, קיבלנוה בירושה מן התפיסה האנגלית ופיתחנו אותה על רקע המציאות של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

הנאור... אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק-שאינו סותר הוראה משוררית בחוק יסוד והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקה לכת זו. נראה לי כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות בשלב זה של חיינו הלאומיים על ידי העם ונציגיו הנבחרים".

(ב) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

המערער לא תמך יתדותיו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך כמדומה שלא ניתן להתעלם ממנו. אכן, גם בבג"צ דנילוביץ לא התייחסו לחוק יסוד זה, אבל נראה שהטעם הוא מפני שענין דנילוביץ אירע קודם חקיקת חוק היסוד.

1. עקרון השוויון כחלק מהחוק

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו כולל, על פי כתבו, את עקרון השוויון, אף שהוא מונה עקרונות אחרים (כגון: קנין, תנועה, פרטיות). העדר קונצנזוס בכנסת לגבי הכנסת עיקרון זה לחוק היסוד מנע, אמנם, את הכנסתו. כיוון שכך, גילתה



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

הכנסת, על דרך השלילה, את אי רצונה שעיקרון זה
ישווה בעוצמתו לעקרונות האחרים שבחוק היסוד,
שבכוחם להביא לבטול חוקים העומדים בסתירה להם.
מסקנה זו מאששת את המחשבה שלאחר חקיקת חוק
יסוד: כבוד האם וחירותו וכל עוד אין הוא כולל
את עקרון השוויון, תש כוחו של עיקרון השוויון
בהשוואה לעקרונות וערכים אחרים שנכללו בחוק
היסוד הנה.

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

הרעיון המונח בבסיס מסקנה זו הוא: "כי זכויות
האדם המפורטות שנקבעו בחוק יסוד: כבוד האדם
וחירותו אינן ממצות את מלוא היקיפו של העיקרון
בדבר כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד: כבוד האדם
וחירותו לא ביקש ליתן רשימה סגורה של זכויות
יסוד. הוא קבע את העיקרון הבסיסי בדבר כבוד
האדם וחירותו. הוא גזר ממנו מספר זכויות אדם
קונקרטיות. יש להניח כי הכנסת תמשיך במלאכה זו.



13.08.95 8/94-ב ערעור משפחות

עם זאת, הטקסט החוקתי שנקבע עשיר דיו להקרין מתוכו זכויות אדם נוספות, הנגזרות מהעיקרון הבסיסי בדבר כבוד האדם וחירותו: (ברק, שם, עמ' 447). דעה זו הביע גם כב' השופט אור בבג"צ 5394/92, הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה (טרם פורסם) ואשר הובא ע"י כב' המשנה לנשיא בבג"צ דנילוביץ (עמ' 9 למודפס) כדלקמן:

"היום ניתן לעגן את עיקרון השוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון כזה משמעותו העלאת עיקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית".

2. אין שוויון אלא בין שווים

גם אם אאמץ השקפה זו של פרופ' א' ברק, סבורני שאין זכות השוויון עומדת בסתירה להחלטת המשרב שלא להכיר במערער, ונמוקי עמי: אין מקום להשוואת המערער עם שאר הזכאים על פי החוק.

על מנת עיקרון השוויון כתב פרופ' א' ברק (פרשנות במשפט, שם, עמ' 459): "לפי הכרתי, שוויון אינו מושג פורמלי. זה מושג מהותי, אשר הגינות, צדק ומוסר משמשים בו בערבוביה. אין עקרון "טהור" של שוויון. אין להפריד הפרדה גמורה בין שוויון לבין צדק ומוסר. שוויון הוא תרכובת בין כל אלה. יש להכיר בכך, ולהתמודד עם עקרון השוויון בתפישה זו". על יסוד פסיקתו של



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

כב' הנשיא אגרנט (כתוארו אז) בפסק הדין בענין
 בורנובסקי (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים
 הראשיים לישראל, פד"י כה (1), 7), העלה כב'
 המשנה לנשיא, השופט א' ברק, בבג"צ דנילוביץ, את
 רעיון "שיוויון הרלוונטי" (RELEVANT EQUALITY)
 לעומת "הבחנה מותרת". בהתאם להגדרה זו:
 "שיוויון הינו 'ייחס שווה אל בני אדם, אשר לא
 קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלבנטיים
 לאותה מטרה" (פרשנות במשפט, שם, הערה 259).
 "בקביעת הבדלים של ממש שהם רלבנטיים לאותה
 מטרה מיוחדת העיקרון המהותי של השיוויון" (שם).
 "השיוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן אין
 לך גורם הרסני לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה,
 כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון
 היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים
 את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם"
 (שם עמ' 458, על פי בג"צ 950/87 פורז נ' ראש
 עיריית תל אביב יפו, פד"י מב, (2), 309 (332),
 מפני השופט ברק).

מטרת החוק היא לסייע ל"בן משפחה" של נספה. כפי
 שהובהר לעיל. יחס מין בין שני זכרים אינם
 יוצרים זיקת משפחה בהעדר היסוד ההכרחי המושגי
 של לידת ילדים. פוק חזי מאי עמא דבר (צא וראה
 איך העם נוהג, ולעניננו גם איך העם סבור). אין
 רואים ואין מתייחסים לזוג זכרים, אפילו יקיימו



0

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

יחסי מין, וחרף יחסי ידידות עמוקים ביניהם, כמשפחה. אין חכמה, אין עצה ואין תבונה כנגד חוק הטבע, זוג זכרים לא ילדו ילדים מעצם הווייתם כזכרים ועל כן מעולם ולעולם לא ייצרו יחסיהם ההומוסקסואליים יחסי משפחה. ההשוואה לענין זה כלל לא מתחילה.

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



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

הנישואין גידול ילדים, אין ביחס שונה לזוג
הומוסקסואלי משום הפרת המגילה".
אכן, בכוחו של המשפט ליצור פיקציות ולראות את
השונים כשווים, ואפילו עד כדי אבסורד, אבל זאת
על המחוקק לעשות במפורש. בתחום יחסי עבודה, קבע
המחוקק, בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה התשמ"ח
- 1988, בתיקון שתוקן ב- 1992, סוג נוסף של
איסור הפליה: "מחמת... נטייתם המינית". הבטוי
"נטייתם המינית" קבל משמעות בדברי שרת העבודה
והרווחה, הגב' אורה נמיר, בהסבירה בכנסת את
האיסור הזה גם במובן אשר "תאפשר להם (=לנשים
ולגברים) לחיות לפי נטיותיהם המיניות כאזרחים
שווים לכל דבר...". דעת הרוב בבג"צ דנילוביץ
ראתה לקבוע שההסכם הקבוצי, החל על יחסי העבודה
של עובדי חברת אל-על, כפוף לחוק שוויון
ההזדמנויות בעבודה, וכי יש לראות בהפליה,
המנוגדת לחוק זה, את אי מתן כרטיס טיסה ללא
תשלום (או בהנחה) למר דנילוביץ, המועסק כדייל
בחברת אל-על, עבור גבר עמו הוא מקיים מערכת
יחסים יציבה ומתמשכת, בדומה לכרטיסים המוענקים
לבני זוג ולידועים בצבור. (ראה להלן על
האנלוגיה של בג"צ דנילוביץ לעניננו).



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

3. הכרה במערער כרוכה בהפליה נגד אחרים

פריצת החוק, כמבוקש על ידי המערער, תהיה כרוכה בהפליה רחבה וחמורה של המערער על פני צבור אחר אם לא יוכר. למשל: חברים (גברים) החיים יחדיו מספר שנים, מנהלים משק משותף, אלא שאינם מקיימים יחסי מין ביניהם. ועתה הגה בעצמך, ממה נפשך: אם קיום יחסי מין איננו תנאי ביחסים שבין 2 החברים שבמשל, יש לומר שיחסי מין אינם תנאי גם ביחסים שבין ידועה בצבור כאשתו של נספה (= "אלמנה") לנספה, הואיל ואין הצדקה להפליה ביניהם. בהנחה שאמנם תכיר הפסיקה בשני החברים שבמשל, ואף ב"ידועה בצבור" שלא קיימה יחסי מין עם הנספה כבעל ואשה, תעקר המשמעות של "בן משפחה" בהגדרת החוק. אם לא תכיר הפסיקה בשני חברים אלה שבמשל, מחמת העדר תנאי של קיום יחסי מין, ותכיר במערער, נמצאת אומר שדוקא יחסי המין בין המערער והמנוח הם אשר העניקו למערער את כרטיס הכניסה לתחום ההגדרה של "בן משפחה" שבחוק. תוצאה זו עולה כדי אבסורד, כפי שהבהרתי, שכן יחסים הומוסקסואלים אין בהם, מעצם טיבם, כדי לייסד "משפחה".



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

4. חוק "משפחות חיילים" אינו כפוף לעקרון השוויון

ביחס למערער

בסעיף הקודם היתה נקודת המוצא שאין מקום להשוואה בין בני המשפחה כהגדרתם בחוק לבין המערער. בהעדר שיוויון, לא יחול עקרון השוויון על השונים. גם בהנחה שאמנם קיים "שוויון רלבנטי", אין בכוחו של עקרון השוויון לבטל את החוק או לשנותו, מן הטעם הבא: כאמור, יש לראות את עיקרון השוויון כמעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שסבור פרופ' ברק ובהתאם לפסיקתו של כב' השופט ת' אור בבג"צ 5394/94 הנ"ל.

כך גם סבורה הגב' י' קרפ במאמרה: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו-ביוגרפיה של מאבקי כח", משפט וממשל א (תשנ"ג) 322, 367.

משעוגן עיקרון השוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא נכבל בכבלי חוק היסוד כפי שנכבלו שאר העקרונות והערכים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמור מעתה, ששינוי החוק, אף אם החוק עומד בסתירה לעיקרון השוויון, כפוף ומוגבל בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בו נאמר: "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". "רק דבר חקיקה שנחקה לאחר כניסתו לתוקף של חוק היסוד נתונה לביקורת שיפוטית של דבר חוקיותה (להבדיל משובנה)" (א' ברק במאמרו:



13.08.95 ב-8/94 ערעור משפחות

כבוד האדם כזכות חוקית, הפרקליט מא, חוברת ג',
עמ' 271, בעמ' 276, הערה 45).

5. הכרה במערער עומדת בסתירה לערכיה של מדינת
ישראל כמדינה יהודית.

אפילו לא היה בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם
וחרותו כדי למנוע שנורו ותיקונו של החוק, לא
היה מקום לתקנו או לפרשו על בסיס עקרון
השוויון, במקרה דנן, בהיותו עומד בסתירה לערכי
חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו עומד
בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.
סעיף 1 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו (כפי
שתוקן בתיקון תשנ"ד) קובע: "זכויות היסוד של
האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם,
בקדושת חירו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח
העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

ואכן, כנאמר לעיל, קובעת ההכרזה על הקמת מדינת
ישראל: "לפריכד התכנסנו, אנו חברי מועצת העם,
נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום
המנדט על ארץ ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית
וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות
המאוחדות, אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה
יהודית בארץ ישראל היא מדינת ישראל".

עוד קובעת ההכרזה: "מדינת ישראל... תהא מושגתת
על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של
נביא ישראל".



0
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

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

על אודות ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית
 ודמוקרטית אמר המשנה לנשיא (כתארו אז) כב'
 השופט אלון בפסק הדין בענין סוויסה, בש"פ
 2169/92, סוויסה נ' מדינת ישראל, פד"ר מו, 3
 עמ' 338, בעמ' 343): "תכלית ההגנה על חירות
 האדם היא, איפוא, 'כדי לעגן את ערכיה של מדינת
 ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. היינו ערכים
 היונקים מערכיהן של מורשת ישראל ושל מורשת
 היהדות ומערכי הדמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש.
 לאורה של תכלית דו-ערכית זו יש איפוא לפרש את
 האיסור...". (המדובר, שם, בנטילת חרות של אדם
 במעצר או הגבלתה). במאמרו: "דרך חוק בחוקה:
 ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" (עיוני משפט,
 י"ז 1, תשנ"ג, עמ' 659, בעמ' 668) מעמיד פרופ'
 מ' אלון את השאלה: "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה
 יהודית - מה הם וכיצד ועל פי מה יש להגיע
 לחקרם?" בתשובה לשאלה וכן בפסק דינו בענין
 קסטנבאום (ע"א 294/91, חברת קדישא גחש"א "קהילת
 ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו, (2) 464, בעמ'
 512) מצטט כב' השופט מ' אלון מדברי חבר הכנסת
 אוריאל לין, יו"ר ועדת החוק חוק ומשפט, שאמר עם
 הבאת החוק לקריאה שניה ושלישית (דברי הכנסת



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

השתים עשרה, מושב רביעי, חוברת כד (תשנ"ב)
 (3782) וחוזר על מסקנתו שמשמעות מקורותיהם של
 ערכי מדינת ישראל, לאור ועקב חקיקתו של חוק
 יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא "ערכים היונקים
 מערכיה של "מורשת ישראל ומורשת היהדות ומערכי
 הדמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש" (שם, עמ' 513).
 אליבא דפרופ' אלון כוללים "ערכיה של מורשת
 ישראל ומורשת היהדות אף את המשפט העברי, כד
 עולה ממאמרו הנ"ל. עמדתו של פרופ' אלון היא,
 איפוא, (שם, עמ' 670):

"אד מה שפשוט ומובן, ואין צריך אלא לחזור
 ולהדגישו, שכשם שהמושג מדינה דמוקרטית מתפרש
 מתוך עיון בהלכות דמוקרטיה שבדמוקרטיות נאורות,
 כך צריך שהמושג מדינת יהודית יתפרש מתוך עיון
 במקורות יהודים שבכבשונה של יהדות ומתוך
 התמודדות עם מקורות אלה. יכול וגם ייתכן, כי
 התמודדות כגון זו לא תביא תמיד לאותן מסקנות,
 שתהיינה מקובלות על כל השופטים. כאמור, מקום יש
 בכגון דא לחילוקי-דעות ולחילוקי גישות. מה
 שברור הוא - ודבר זה לדעתי, אינו יכול להיות
 שנוי במחלוקת - כי משמדובר בחוק יסוד: כבוד
 האדם וחירותו בשורה של זכויות יסוד, שעליהן
 עמדנו לעיל, ומשנאמר בחוק היסוד האמור כי המטרה
 להגן על זכויות היסוד המנויות בחוק היא לעגן
 בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה
 יהודית ודמוקרטית, יש לעיין ולדון בכל אחת ואחת



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

מזכויות היסוד המנויות בחוק כפי שהן נלמדות
ונדונות במקורן וביישומן, למען עגן דרכן את
ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית:
וכבר אמרנו לעיל, כי זוהי תכלית דו-ערכית,
והמגמה צריך שתהא מציאת הסינתזה והמכנה המשותף
לתכלית שלובת ערכים זו. מילוויה של משימה זו
מצווים אנו מעתה בהוראת המחוקק, כשופטים
בישראל, להיזקק, בכל חומר העיון, לפי כל עניין
ועניין "הפניית המחוקק לערכי היסוד של מורשת
היהדות, לענין זכויות היסוד שבחוק יסוד: כבוד
האדם וחירותו, היא הפנייה לערכים אלה לגופם
ולתוכנם, לדיון לעיון בהגותם ובפסיקתם -
תשובתם, לאורד דברי - ימיה של יצירה מופלאה זו,
כשם שהפניית המחוקק לערכי היסוד של דמוקרטיה
היא הפנייה לדיון ועיון בגופם ותוכנם,
במקורותיהם ובפסקיהם, כפי שאכן כך נוהגים אנו,
כשופטים, ביושבינו על מדין ובעשותנו במלאכת
השפיטה".

עמדתו הנ"ל של המשנה לנשיא, מ' אלון, לא זכתה
לתגובה, לגופו של ענין, של שופטי הרוב בענין
הסטנבאום. כב' הנשיא מ' שמגר התייחס ואמר: "אני
מעדיף להשאיר שאלה פרשנית זו בצריך עיון מאחר
שהדבר אינו דרוש, לדעתי, לצורך ענייננו" (שם,
עמ' 485). כב' השופט א' ברק (כתוארו אז) התייחס
ואמר: "... לא זה המקום לעמוד על כך. מבקש אני
איפוא רק ליתן "הערת אזהרה" זו: עמדתו הפרשנית



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

של חברי, המשנה לנשיא, לדיבור "כמדינה יהודית
 ודמוקרטית" אינה פשוטה כלל ועיקר, לא בתוכנה
 ולא בשיטתה. הסוגיה כבדה מדי, חשובה מדי וסבוכה
 מכדי שניתן יהא לדון בה אגב אימרת אגב לאימרת
 אגב". עמדתו של פרופ' א' ברק באה לידי בטוי
 במאמרו: "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות
 ("ממשל ומשפט", א' תשנ"ב, עמ' 9, בעמ' 30-31),
 לאמור: "תוכנו של הדיבור "מדינה יהודית" ייקבע
 על פי רמת ההפשטה שתינתן לו. לדעתי יש ליתן
 לדיבור זה משמעות ברמת הפשטה גבוהה, אשר תאחד
 את כל בני החברה ותמצא את המשותף שבהם. על רמת
 ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד
 עם אופיה הדמוקרטי של המדינה. אכן, המדינה היא
 "יהודית" לא במובן ההלכתי-דתי, אלא במובן זה
 שליהודים זכות לעלות אליה, והווייתם הלאומית
 היא הווייתה של המדינה (הדבר מתבטא בין השאר
 בלשון ובמועדי המנוחה). ערכי היסוד של היהדות
 הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של
 אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב
 והיושר שמירת כבוד האדם, שלטון החוק על המחוקק
 וכיוצא בהם ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם
 כולו. הפניה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה
 האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של
 המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת
 ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי... אכן,
 ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם



ערעור משפחות 13.08.95 ב-8/94

ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההסטוריה היהודית. לצידם, כאמור, יעמדו אותם ערכים של מדינת ישראל אשר צומחים מאופיה הדמוקרטי של המדינה. השילוב וההתאמה בין אלה הם שעיצבו את ערכיה של מדינת ישראל". (ראה עמדתו גם בספרו, פרשנות במשפט, שם, עמ' 429). בית המשפט העליון טרם הכריע מה הפרשנות שיבורו להם בתי המשפט בבואם לפרש את הדיבור "כמדינה יהודית", כשיטתו של פרופ' מ' אלון, כשיטתו של פרופ' א' ברק, או שתאומץ שיטה ממוצעת בין שתי השיטות העומדות זו מקצה מזה וזו מקצה מזה.

האמת ניתנת להאמר, שלא ירדתי לסוף פרשנותו זו של פרופ' א' ברק. שכן, לשון חוק היסוד מתייחסת לשני משאבי ערכים מהם שואבת מדינת ישראל את הערכים עליהם היא מושתתת: יהדות ודמוקרטיה. משנזקק הגוף המכונן לשני המשאבים, נמצאת למד ששאיבה בלעדית ממשאב אחד לא תפיק את מלוא מכלול הערכים עליהם חפץ הגוף המכונן להשתית את ערכי מדינת ישראל. אפשר אמנם שמקצת הערכים המצויים במקור אחד מצויים הדדית אף במקור השני. אפשר שהערכים שבמקור האחד עומדים בסתירה לערכים שבמקור השני (במקרה זה, יתעורר הצורך להכריע איזה ערך עדיף - לא בהכרח איזה מקור עדיף. סתירה אפשרית זו איננה צריכה לאיים עלינו, שהרי אפשרי קונפליקט בין ערכים של אותו מקור עצמו



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

והדבר יבוא על תיקונו בקביעת סדרי עדיפויות, בין עקרוניים ובין קונקרטיים). בוודאי אי-אפשר לומר שמשאב אחד של ערכים אגוד כולו במשנהו, שאם לא כן, לא שני משאבים עימנו אלא משאב אחד, כשהשני מצוי בכיסו כמעשה הקינגורו. לפי פרשנותו של פרופ' א' ברק קבע הגוף המכונן, בסעיף 1 א' לתוק היסוד, מקור אחד בלבד לתשתית הערכים של מדינת ישראל והיא הדמוקרטיה האוניברסלית, כשהוא ממייך את ערכי הדמוקרטיה האוניברסלית לשניים: האחד, ערכי דמוקרטיה אשר צמחו מתוך המסורת וההסטוריה היהודית ונקלטו על ידי המדינות הדמוקרטיות של אומות העולם; והשני - ערכי הדמוקרטיה האחרים. על פי פרשנות זו מאבד הבטוי הערכי "כמדינה יהודית" את משמעותו הערכית היחודית לעם ישראל וניתנת לו משמעות מצומצמת של מקור לערכים דמוקרטיים אוניברסליים, מקור ממנו שאבו אומות העולם הנאורות ערכים דמוקרטיים.

גישתו של פרופ' א' ברק נובעת, אמנם, מתוך מגמה חיובית שתכליתה למנוע סתירה "בין יהדותה לדמוקרטיה של המדינה לענין ערכיה". על כן, לדעתו, "יש לשאוף לכך כי הדיבור "יהודית" ודמוקרטיה" לא יכלול בחובו ניגוד, אלא השלמה והרמוניה" (ברק/פרשנות במשפט, שם, עמ' 428). הדרך בה נקט פרופ' ברק, למנוע ניגוד אפשרי כזה בין "שני מלכים שישתמשו בכתר אחד" (רש"י לבראשית א', טז, ד"ה: "המארות הגדולים"), של מדינת

0
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

ישראל, היתה למעט את המלך האחד, דהיינו את הערכים "כמדינה יהודית", על ידי העלאתו לרמת הפשטה גבוהה, כך שהפניה לערכים אלה תהיה רק "ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה" (שם, עמ' 428).

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

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

אין חולק שתורת ישראל, בודאי זו שבכתב, היא המקור הראשון, הן כרונולוגית והן מבחינת החשיבות העניינית, לערכיו של עם ישראל. מכאן, שערכיה של תורת ישראל הם אדנים ובטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. איסור גלוי עריות הוא אחד מערכי התשתית של תורת ישראל ושל עם ישראל. פרשת איסורי העריות כוללת גם משכב זכר (ראה: ויקרא י"ח, 22). מרכזיותו, חשיבותו



13.08.95 ערעור משפחות 8/94-ב

0
1
2
3
4 ומעמדו בסולם הערכים של עולמה של היהדות של
5 איסור זה, באים לידי ביטוי בכך שהוא אחד משלושת
6 האיסורים הבלעדיים שלגביהם מצווים על פי תורת
7 ישראל ביהרג ועל יעבור. הווה אומר, בהיררכיה של
8 ערכי היסוד בעולמה של היהדות הוא מצוי בשלב
9 גבוה יותר מן הערך של השבת ומן הערך של קדושת
10 חיי אדם. לפי שיטתו של פרופ' א' ברק, ונראה שכך
11 עולה מפסיקתה של כב' השופטת דורנר בענין
12 דנילוביץ, הרי שכל עוד משכב זכר מנוגד לערכי
13 אומות העולם הנאורות, יהיה הדבר מתאים לערכי
14 מדינת ישראל "כמדינה יהודית". אבל, ככל שאצל
15 אומות העולם המערביות הולך ומתפתח תהליך הדרגתי
16 של שנוי התפיסה החברתית כלפי ההומוסקסואליות,
17 והיא מקבלת לגטימציה, כך גם במקביל, במדינת
18 ישראל, יש לראות תופעה זו כעולה בקנה אחד עם
19 ערכיה של "מדינת יהודית". המצב כיום, לאור
20 סקירתה של כב' השופטת ד' דורנר בבג"צ דנילוביץ
21 (ואסתפק בסקירתה שהיא ממצה לענייננו), אין
22 אחידות אף באומות העולם הנאורות ביחסן לתופעה
23 זו. יחד עם זאת, אין כל ספק שהומוסקסואליות
24 ויהדות אינם עולים בקנה אחד. זו גם עמדתה של
25 היהדות הרפורמית בארה"ב. הנתונים על כך מופיעים
26 במאמרו של נתניאל ס. לרמן, המנהל הקליני בדימוס
27 של בית חולים הממשלתי בברוקלין: "הומוסקסואליות
28 ויהדות האם הם עולים בקנה אחד?" (פורסם
29 ב"תפוצות ישראל", כ"ד (3-4) עמ' 162, בעמ'
30
31



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

163), לאמור:

"הרב אלכנסדר שינדלר, נשיא איחוד הקהילות העבריות האמריקניות (הרפורמיות) שאל את הרב שלמה פריהוף, הסמכות הרבנית העליונה של היהדות הרפורמית, האם 'עידוד הקמתו של בית כנסת הומוסקסואלי' יהיה 'בהתאם לרוחה של המסורת היהודית'. תשובתו של הרב פריהוף היתה שלילית. 'הומוסקסואליות היא חטא... בחיים היהודיים', כתב. עם זאת, הטעים הרב פריהוף, כי יתא זה בניגוד להלכה להרחיק חוטאים מן הקהילה, לבודדם בקהילה נפרדת וכך לאפשר להם להמשיך ולחטוא ביתר קלות. אין צורך לוטר שלכהן כרב במה שמכונה "נשואיהם" של שני הומוסקסואלים, ותיאור אורת חריהם כ"קידושין" עומדים בניגוד מוחלט לכל הערכים הנעלים של החיים היהודיים" (ההדגשה שלי-ג' ג').

אם זו השקפת עולמה של היהדות הרפורמית, על אחת כמה וכמה היהדות הקונסרבטיבית והיהדות האורתודוקסית.

ערך יסוד של עם ומדינה איננו יכול להשתנות, מכח היותו ערך יסוד. הוא אף איננו יכול להיות תלוי בדעת אחרים, ואפילו האחרים הם אומות נאורות, ולהסרך אחריהם. אפשר, אמנם, שטמונה חכמה רבה באימרתה הידועה של המג'לה, כי "עם שנוי העתים משתנים הדינים" (סעיף 39' למג'לה - ראה א' ברק/פרשנות במשפט, שם, עמ' 502). אכן, דינים



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

משתנים אבל ערכי יסוד של עם, עליהם מושתתת
מדינתנו, אי אפשר להם שישתנו. אם אמנם ישתנו
ערכי היסוד של המדינה לא תהיה זאת עוד אותה
מדינה. על אודות שינוי בערכי יסוד כתב פרופ' ג'
פרוקצ'יה במאמרו: "הערות בדבר שינוי תוכנם של
ערכי היסוד במשפט" (עיוני משפט, ט"ו (תש"ן)
377). והוא אומר (עמ' 378): "כל מה שנכתב על
ידי שופטי ישראל על גמישותם המושגית של
ערכי-היסוד נכתב ברוח אופטימית, המדגישה את
כושרה של השיטה המשפטית להתפתח מכוח עצמה
ולהמציא תשובות הולמות לדרישות של חיי החברה
המשתנים. הדברים שנאמרו נכונים, אך לדעתנו,
חסרה בהם האזהרה, שהתכונה של ערכי-היסוד להתאים
את תוכנם לשינויים של חיי החברה כוללת בחובה
סכנה, שהשינוי לא יהיה תמיד לכיוון ההתקדמות
והגברת ההגנה על זכויות האדם, ושבעקבות נסיגה
בחיי החברה, עלולים ערכי-יסוד אלה להיות
מותאמים להשקפות שליליות של חברה נתונה, שנמצאת
במצב של נסיגה אידאולוגית.

אין זו סכנה עיונית גרידא: לא חסרות דוגמות
בהיסטוריה המשפטית של אומות, שהנסיגה שבה אנו
דנים אומנם התקיימה הלכה למעשה... אין בכוחם של
ערכי היסוד לעצור את הידרדרות החברה. לא לשם כך
הם נוצרו. רק הכוחות הפנימיים של החברה יכולים
למנוע את הידרדרותה. רק עמידה מתמשכת ובלתי
מתפשרת על ערכי המוסר הנצחיים של האנושות



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

יכולה למנוע את הידרדרות החברה.

חירות, שוויון, צדק, אינם רק ערכי-יסוד; הם גם מושגי-יסוד הקודמים לשיטה משפטית וקיימים מעל ומעבר לה. כל עוד קיימים ערכים מוסריים אלה בלבבות בני-אדם, הם ימנעו את הידרדרות החברה והשיטה המשפטית, אך אם אלה אינם קיימים כדברי LEARNED HAND, אין בכוחם של חוקה, חוקים ובתי משפט להצילם" (עמ' 382-383). (הדברים הובאו על ידי המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט מ' אלון, בפסק הדין בענין ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', בג"צ 1635/90, פד"י מה, (1), עמ' 749, בעמ' 784).

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

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



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

0
 1
 2
 3
 4 משקבע המוסד המכוון את ערכיה של מדינת ישראל
 5 "כמדינה יהודית", כאחד משני עמודי התווך של
 6 המשפט החוקתי של המדינה, הוא עשה זאת תוך הכרה
 7 וידיעה ברורה שערכי היסוד, לפחות אלה המעוגנים
 8 ושמקורם בתורת ישראל ובנביאי ישראל, נבחנו
 9 בתכונות של אמת ויציב. הם לא השתנו מאז נתינתם
 10 למשה מסיני, ועל פי תפישת עולמה של היהדות הם
 11 אף אינם עתידים להשתנות, בבחינת "חוק נתן ולא
 12 עבור" (כחוקי הטבע, תהילים קנ"ח, ו). כל
 13 הטלטלות, כל הסערות, כל האסונות ועד לשואה
 14 האחרונה, שעבר העם היהודי מאז נהיה לעם, לא היה
 15 בכוחם לעקור ממקומם את ערכי היהדות שמקורם
 16 בתורת ישראל, ובחזון נביאי ישראל, בבחינת
 17 "וגם נצח ישראל לא ישקר" (שמו"א, טו, כט).
 18 ההשקפה, שערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית"
 19 יונחו, לשבט או לחסד, להיות או לא להיות, על פי
 20 התפישות החברתיות והמשפטיות של האומות המערביות
 21 הנאורות, עומדת בסתירה לעצם קביעתם כתשתית
 22 ערכית (יחד עם ערכי מדינה דמוקרטית) למדינת
 23 ישראל. שמא התכוון המוסד המכוון שערכיה של
 24 מדינת ישראל כמדינה יהודית ישמשו עוגן מפני
 25 אפשרות הסחפותה של המדינה אחרי ערכי יסוד של
 26 אומות העולם, כפי שהזהיר פרופ' ג' פרוקצ'יה,
 27 על אדני הדוגמאות ההסטוריות של הדרדרות תהומית
 28 של מדינות נאורות. כמדומה, שאף פרופ' א' ברק
 29 הגמיש את ההשקפה הראשונה שהביע ושהועלתה לעיל.
 30
 31



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

במאמרו: "כבוד האדם כזכות חוקתית", הנ"ל, הוא
 איננו חוזר על עצדתו, לפיה ערכיה של מדינת
 ישראל "כמדינה יהודית" חייבים שיהיו תואמים את
 אופיה הדמוקרטי של המדינה וכי הם מוגבלים לאותם
 ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה
 הדמוקרטית (=העולמית), ואשר צמחו מתוך המסורת
 וההסטוריה היהודית, וכי הפניה לערכים אלה היא
 ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם. במאמרו אומר
 פרופ' א' ברק (עמ' 6-275):

"מעמד מיוחד יש ליתן למורשת היהודית שלנו וזאת
 משני טעמים: ראשית משום מעמדה המיוחד של מורשת
 ישראל כמקור לערכי יסוד בשיטת המשפט הישראלית;
 שנית, משום המעמד המיוחד הניתן למורשת ישראל
 בפסקת המטרה. זו קובעת כי מטרתו של חוק היסוד
 'להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד
 את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית
 ודמוקרטית'. מכוחה של הוראה זו, יש ליתן לדיבור
 "כבוד האדם" אותה משמעות אשר תיתן ביטוי לערכיה
 של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכיה
 של מדינת ישראל כמדינה יהודית, הם ערכים
 ציוניים מזה וערכים של מורשת ישראל מזה. מכאן
 חשיבותה של תפישת המורשת, אשר בצד תפישות של
 ציונות ודמוקרטיה יגבשו את מהותו של "כבוד
 האדם" כמושג מפתח משפטי בחיים החוקתיים שלנו".
 ואמנם, בענין וכסלבאום (בג"צ 5688/92, וכסלבאום
 נ' שר הבטחון, פד"ר מז, (2), עמ' 812). אמר



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

השופט א' ברק: "כבוד האדם הוא עיקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני, ואין לראות בו בטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי. תכנו של "כבוד האדם" ייקבע על פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק יסוד" כבוד האדם וחירותו".

גישה זו מבקרת כב' המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, בפסק הדין בענין שפר (ע"א 506/88, שפר נ' מדינת ישראל, פד"י מ"ח, (1), 87), בעמ' 103) ואומר: "דברים אלה, עם כל הכבוד, אינם מקובלים עלי תמיהני, כיצד ומאין נכנס לחוק היסוד האמור- לצורך הגדרת זכויות היסוד שבו - 'הציבור הנאור בישראל'... משזכינו ולעולמה של מערכת משפטנו בא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שוב אין צורך ואין זה מן הראוי, להכניס למערכת משפטנו אלמנט והגדרה כגון 'השקפות הציבור הנאור בישראל'. אין זה מן הראוי - על שום שחוק יסוד זה, כל כולו ערכים שמלאכת פרשנותם רוויה היא השקפות עולם וגישות יסוד, ומושג כה עמום כ"נאור" רק יוסיף אי וודאות על אי הוודאות במעשה אמנות פרשנות קשה זו; ואין זה מן הצורך, על שום שחוק יסוד זה כולל הוא בחובו הוראה מפורשת בדבר מטרתו - ומתוך כך אופן פרשנותו - הירינו: עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. לא ההשקפות של האדם



13.08.95 ערעור משפחות 8/94-ב

0
1
2
3
4
5 "הנאור" או הציבור "הנאור" קובעות את היקפו,
6 תוכנו ומהותו של ערך העל "כבוד האדם". היקפו,
7 תוכנו ומהותו של ערך על זה - כפי שכך הוא
8 לעניין כל הערכים, ההוראות והכללים המצויים
9 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ייקבעו ויתפרשו
10 על פי האמור בחוק זה, היינו לפי ערכיה של מדינה
11 יהודית ודמוקרטית, וזאת מתוך עיון בערכים אלה,
12 עמידה עליהם, ומציאת הסינתזה שביניהם".

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

16 "ביקורת זו, יש לדחותה. היא מבוססת על ההנחה,
17 כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וערכיה
18 כמדינה דמוקרטית תואמים זה את זה, ומובילים
19 תמיד לפיתרון זהה. ולא היא. ערכיה של מדינת
20 ישראל כמדינה יהודית עשויים להתנגש עם ערכיה
21 כמדינה דמוקרטית. כיצד תיפתר התנגשות זו? הצעתי
22 הנה, כי אמת המידה של "הציבור הנאור" תשמש גורם
23 מכוון ומדריך. למותר לומר, שגם לאחר השימוש
24 באמת מידה זו, עדיין ישארו מקרים שבהם ההכרעה
25 תחייב הפעלת שיקול דעת שיפוטי".

26 אם הבנתי, אל נכון, את עמדתו של פרופ' א' ברק
27 אין הוא חוזר, כאמור, אל התיזה הראשונה בדבר
28 ההפשטה של ערכי "מדינה יהודית" ברמת הפשטה
29 האוניברסלית שלהם, שאילו כך היה הדבר, לא תתכן,
30 לפי גישה זו, התנגשות בין שתי מערכות הערכים



13.08.95 ב-8/94 ערעור משפחות

0 שהרי, לפי גישה זו, מוכפפים הערכים של "מדינה
 1 יהודית" לערכים של "מדינה דמוקרטית" ובכך נוצרת
 2 ההרמוניה ונשללת ההתנגשות. הוא מציע, איפוא,
 3 שכל אחת ממערכות הערכים "היהודית והדמוקרטית"
 4 תעמוד על עומדה וכי במקרה של התנגשות תשמש אמת
 5 המידה של "הציבור הנאור" גורם מכוון ומדריך.
 6 מיהו "הציבור הנאור" שעל אמת מידתו אמור בית
 7 המשפט להיות מונחה, מכוון ומודרך? "אכן, הדיבור
 8 "ציבור נאור" הוא דיבור מטאפורי. מאחוריו
 9 עומדים האתוס המשפטי ועקרונות היסוד החברתיים
 10 העושים חבת לצודקת לראויה" (א' ברק/פרשנות
 11 במשפט, שם עמ' 662). כזאת אמר גם המשנה לנשיא,
 12 א' ברק, בענין סויסא (בג"צ 7074/93, 7105,
 13 7165, 57/94, מ' סויסא ואח' נ' היועץ המשפטי
 14 לממשלה ואח', פד"י, מח, 2, 749, בע' 781):
 15 "כמובן, "הציבור הנאור" ו"האדם הסביר" אינם אלא
 16 מטאפורות... הם מהווים פרסוניפיקציה של האיזון
 17 הראוי בין הערכים, העקרונות והאינטרסים הנאבקים
 18 על הבכורה".
 19 הגדרה זו, עם כל הכבוד, ולמיטב עניות הבנתי,
 20 עדין לא נותנת פתרון לבעיה. שהרי הבעיה היא:
 21 התנגשות בין אותם "עקרונות היסוד החברתיים
 22 העושים חבה לצודקת לראויה", בין אותם "הערכים,
 23 העקרונות והאינטרסים הנאבקים על הבכורה", כפי
 24 שראה אותם המוסד המכוון, בקובעו את אותם
 25 עקרונות יסוד כערכי "מדינה יהודית ודמוקרטית".
 26
 27
 28
 29
 30
 31



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

על כן, נראה לי, וכפי שאמרתי לעיל, התנגשות בין ערכים קיימת בכל מערכת ערכים גם בתוכה פנימה, הן בנו היהודית והן בנו הדמוקרטית. בהנחה שקיימת היררכיה בין ערכי המערכת, היא נותנת את התשובה על פי סולם ערכיה הפנימי וכאשר אין תשובה במערכת הערכים לעדיפותו של ערך על חברו נעשה האיזון בכל מקרה ספציפי ונסיבותיו.

כך, לעניות דעתי, על השופט לעשות גם כאשר מתנגשים ערכים משתי המערכות, היהודית והדמוקרטית. ואומנם, לאחר שפרופ' א' ברק (חקיקה במשפט, שם, עמ' 453) מצטט את דברי המשנה לנשיא, השופט אלון, בענין בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה [פד"י, מג' (4) 221 (259)], הוא כותב: "אכן, היחס בין יהדותה של המדינה לבין אופיה הדמוקרטי, יחייב הפעלת שיקול דעת שיפוטי. שיקול דעת זה מתבטא במשקל שיינתן לערכים השונים ולאיזון שיומצא ביניהם", ואני הקטן הייתי מוסיף, לאו דוקא במישור העקרוני, אלא אף במישור הפרטני, של כל מקרה לגופו, בלי שיקבע במישור העקרוני שערך פלוני נדחה לחלוטין מפני ערך אלמוני. כל ערך שהמוסד המכוון ראה אותו כאחד מערכי המדינה יש לו שעה ויש לו מקום.

ספציפית, לענין דנן, נראה ש"הצבור הנאור" חלוק בדעתו, האם ישנה הסכמה חברתית לדאות זוג הומוסקסואלי שוה לזוג דו-מיני. מסקנה זו עולה

0
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

מדברי כב' השופט קדמי בבג"צ דנילוביץ. ואם לענין זה חלוקות הדעות בבית המשפט העליון, שאמור להביע את עמדת "הצבור הנאור", אין זאת אלא שלענין דנן אין ל"צבור הנאור" במדינת ישראל דעה מגובשת שניתן ליסד עליה כח הכרעה שישמש בסיס להכרעה, מן הפן הזה, בערעור דנן.

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

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

בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי. "מדינה יהודית" היא



ערעור משפחות 1-8/94 ב-13.08.95

"הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. "מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית שהתנ"ך הוא הבסיס שבספריה ונבואי ישראל הם יסוד מוסריותה. (ההדגשה שלי - ג' ג'). "מדינה יהודית" היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים על פי דין תורה. "מדינה יהודית" היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים".

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

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

עמדתו זו של פרופ' א' ברק, כך לעניות הבנתי,



0
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

איננה חוזרת עוד על עמדתו המקורית בדבר ההפשטה הגבוהה של הערכים המבטאים "מדינה יהודית".

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

אי הכרת המשיב במערער, על פי "חוק משפחות חירלים", איננה עומדת, איפוא, בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, באשר היא איננה פוגעת בזכות הפרט של המערער לחיות את חייו הפרטיים, עם נטיותיו המיניות כרצונו, היא איננה מקפחת אותו בזכויות האזרח בהיותו הומוסקסואל. התוצאה אף איננה עומדת בסתירה לעמדת כב' השופט חיים כהן (כתוארו אז) שכתב (ע"פ 224/63, יוסף בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י יח, 225, בעמ' 238), בהתייחסו למצב המשפטי, מבחינת היות המעשה עבירה פלילית:

"משכב אשה שלא כדרכה, וכך משכב זכר, כשהמעשה נעשה בצניעה ועל ידי בני-אדם בגירים מרצונם הטוב אינם מעשים שיש בהם קלון ואין הם מעידים על עושיהם, שהם פושעים ראויים לעונש".

יחד עם זאת, בטול העבירה הפלילית על יחסים הומוסקסואלים, עדין איננה הופכת יחסים אלה



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

לעולים בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל
כמדינה יהודית.

חרף עמדת "מורשת ישראל" ביחס להומוסקסואליזם,
לא קיבלה על עצמה מדינת ישראל, מכח סעיף 1 א
לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נורמה האוסרת
יחסים אלה. מכח הערכים הדמוקרטיים של המדינה
וזכויות היסוד הנובעים מהם, "המדינה לא תתערב
בחירו הפרטיים ובהתנהגותו בחזרי חדרים" של
האדם. אמנם, דברי השופט חיים כהן נאמרו כ-30
שנה לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,
אבל מאחר והדין הפלילי במדינת ישראל איננו כולל
עוד עבירה אשר כזו, עד עצם היום הזה, הדברים
שנאמרו בשעתו יפים גם לשעה זו.

יתר על כן, במצב אשר כזה מושג, אולי, האיזון
הנכון בין ערכיה של המדינה כמדינה דמוקרטית
מחד, דהיינו ברשות או בזכות, הניתנת לפרט לחיות
את חייו הפרטים, בנשיותו המיניות, כאשר לבו
חפץ ולבלתי קפחו אך מפני היותו חי את חייו
כרצונו, ובין ערכיה של המדינה "כמדינה יהודית"
מאידך, בשלילת ראיית יחסים אלה כיוצרים תא
משפחתי, מכח פיקציה משפטית, בניגוד למצב הטבעי.
על כן, בלי לפגוע בזכותו של המערער לנהל את
חייו המיניים כרצונו, השאלה היא: האם לאור היות
יחסים אלה עומדים בסתירה לערכי המדינה "כמדינה
יהודית" יש להעלות יחסים אלה וליתן להם הכרה
וגושפנקה כיוחסים המיסדים משפחה, לענין "חוק



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

משפחות חיילים שנספו במערכה", כאשר המחוקק איננו עושה זאת וכאשר ניסוחו של החוק מביא אפשרות של הכרה וגושפנקה אלה לידי אבסורד, כמוטעם לעיל. החוק איננו מקפח את המערער בגלל יחסיו ההומוסקסואליים עם המנוח-הנספה. המערער איננו זכאי להיות מוכר על פי החוק מפני שיחסים אלה מעצם טיבם וטרבעם אין בהם כדי ליצור את התא המשפחתי הגרעיני של הורים וילדים, שהוא עיקרון המפתח להענקת זכות על פי החוק.

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

ובאן מקום איתי להראות שגם אומות העולם, שמשכב זכר היה רווח אצלם, ידעו להבחין בין עצם קיום היחסים לבין העלאתם לדרגת יחסים משפטיים המקובלים בין איש ואשתו. זה לשון הגמרא (תולין, צב, ע"א): "עולא (=אמורא, בסוף המאה ה-3 לסה"נ) אמר: "אלו שלושים מצוות שקבלו עליהם בני נח (=אומות העולם) ואין מקרימין אלא שלשה. אחת, שאין כותבין כתובה לזכרים" ופרש"י על אתר (בדף צ"ב ע"ב): "אע"פ שחשודין למשכב זכור ומייחדין להם זכר לתשמישן אין נוהגין קלות ראש במצוה זו כל כך שיכתבו להם כתובה".

על כן, אפילו יסבור הסובר שיש בענין דנן "הפליה רלבנטית" אין להחיל עליו את עקרון השיוויון,



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

שכן החלת עיקרון השוויון, במקרה דנן, חרף האמור בחוק, סותרת את ערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית". יתר על כן, אין לפגוע בחוק, לאור סעיף 8 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק זה (=זכות השוויון לענין דנן) אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". אם לגבי חוק שחוקק לאחר תחולתו של חוק יסוד זה, אמורים הדברים (ראה סעיף 10 לחוק), לא שכן לגבי פרשנות של בית המשפט האמורה להעמיד את החוק בניגוד לעקרון השוויון.

על כן, אפילו עומד החוק בניגוד לזכות השוויון, ומשום כך הוא פוגע בזכות שלפי חוק היסוד, ואפילו חוקק לאחר תחילתו של חוק היסוד, הוא עומד בקריטריונים של סעיף 8 לחוק היסוד: הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ואף דמוקרטית (כמנומק לעיל) הוא נועד לתכלית ראויה - הענקת זכויות ל"משפחות חיילים שנספו במערכה" ומידתיותו אינה עולה על הנדרש, שכן היא מצומצמת בהקיפה ובתחולתה לצבור ספציפי ולארוע ספציפי.



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

ה. פסק הדין בג"צ דנילוביץ והשלכתו על העניין דנן.

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

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

דברים שאמר כב' השופט קדמי (דעת מיעוט) על אודות
 המושג "בני זוג" יפים שבעתיים למקרה דנן. המחוקק
 במקרה דנן נמנע מלהשתמש במושג "בני זוג" הניתן,
 אולי, לפרשנות, הכוללת מי שמקיימים יחסים
 הומוסקסואלים, והשתמש במושגים "חוק משפחות",
 "בן משפחה" "בעל" ו"אשה" "אלמן" ו"אלמנה", שזיקתם
 לתא המשפחתי היא זיקה חד משמעית שאין נותנת להחדיר
 אליה זוג חד-מיני.

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

"כל עוד אין הסכמה חברתית כאמור - הזוג החד-מיני,
 אינו בא בגדר "זוג" בלשוננו ואינו מוכר כאחד מתאי
 הגרעין של חברתנו; ומטבע הדברים שהיוצרותו,
 מחוייבותם ההדדית של מרכיביו, לשיתוף וליציבות
 וזכויותיהם וחובותיהם של הנמנים בעליו (כך!) -
 אינם מוסדרים על ידי משפטנו". לדעת כב' השופט
 קדמי: "השנוי הדרוש כאן, הינו, איפוא, שינוי מושגי
 בסיסי של תפיסתנו החברתית, בדבר מהותו של התא
 החברתי היסודי הנמנה בין רכיבי הבסיס האירגוני של
 חברתנו. גילוי של מה שנראה על פניו כ"סובלנות" כלפי



13.08.95 ערעור משפחות 8/94-ב

0
1
2
3
4 חריגים ומאמץ למניעת קיפוח סוציאלי לכאורה מאותם
5 חריגים על רקע חריגותם-אינה יכולה לבוא במקום
6 השינוי המושגי בסיסי הדרוש, להשוואת הזוג החד מיני
7 לזוג הדו-מיני."

8 סבורני, שאם המסקנה מעמדתו של כב' השופט קדמי לא
9 היתה מקובלת על דעת הרוב בבג"צ דנילוביץ, הרי שלאור
10 שנוי הנסיבות וההבדל העקרוני שבין שני המקרים, כפי
11 שהוטעם לעיל ויוטעם להלן, גם שופטי הרוב בבג"צ
12 דנילוביץ לא היו מכירים במערער בענין דנן.

13
14 היפה לתחום יחסי עבודה איננו יפה לענין דנן. (ב)

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

כב' השופטת דורנר הוסיפה ואמרה: "מסכימה אני לתוצאה
המוצעת על ידי המשנה לנשיא. עם זאת, לדעתי זכותו של
המשיב אינה נובעת אך מחוק שוויון ההזדמנויות אלא
נובעת היא מעקרון השוויון בכללותו שניקלט זה מכבר
בתחום יחסי העבודה. גם כב' השופט קדמי הבין שפסק
דינו של המשנה לנשיא צומצם לגיזרה צרה ביותר, לענין



ע"ע 13.08.95 משפחות 8/94-ב

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

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

לאור הבנה זו, אין להשוות בין הענין דנן לבין עניין דנילוביץ מן הטעמים הבאים:

1. זכותו של דנילוביץ עוגנה ביחסי עבודה, מה שאין כן בענין דנן.

2. זכותו של דנילוביץ עוגנה בנורמה של חוק בתחום יחסי עבודה אשר שללה במפורש הפליה בין עובדים "מחמת נטיותם המינית". הוראת חוק זו גוברת ומבטלת כל הוראה נוגדת בהסכם הקבוצי. לעומת זאת, בענין דנן, אין עניינו של החוק תחום יחסי עבודה.

נקיטת החוק במושגים: "משפחות" "בן משפחה", כמוטעם לעיל, ניסוחו ומשמעותו שוללים הכללת המערער, כמי שחרי עם המנוח-ה"נספה" חרי שתוף



13.08.95 ב-8/94 ערעור משפחות

הומוסקסואליים, במסגרתו. במקרה דנן אין מצויה
נורמה עליונה, מעל לחוק השוללת את אי הכללת
המערער במסגרת החוק.

(ג) בין צה"ל לבין חייליו לא חלים יחסי "עובד

ומעביד".

לענין זה טען ב"כ המערער שיש לראות את יחסי
המנוח וצה"ל כיוחסי עובד ומעביד, לענין החוק.
בטענה זו ביקש ב"כ המערער להכניס את העניין דנן
למסגרת דיני העבודה כדי שניתן יהיה לגזור
אודותיו גזירה שווה מענין דנילוביץ. טענה זו
נדחת. משני טעמים:

1. החוק חל לא רק על אנשי צבא קבע, אלא גם על
חיילי שרות סדיר. לפי החוק, זכאי להיות "בן
משפחה" של "נספה", גם מי אשר נפל ביום
הראשון לשרותו בצה"ל. אין הזכות תלויה
בהפרשות מן המשכורת, כפי שטען ב"כ המערער.

2. ב"כ המערער נתפס לכלל טעות עקרונית. כבר
נפסק שחייל אינו "עובד" של המדינה וכי החייל
נתון במסגרת של מעמדו מכח הדין הציבורי ולא
מכח התקשרות חוזית. חייל המתנדב לשרות קבע
מקבל על עצמו את עול המעמד הזה ועל כן אין
הוא מתקשר בחוזה אלא בהתחייבות לשירות קבע,
אשר הצבא יכול ליזום התרתה (בג"צ 279/72,
אילן עובד נ' שר הבטחון, פד"י, כז(1), עמ'



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

169). מפאת מרכזיותה של הטענה אצטט מפסק

הדין (עמ' 172, החל מול האות א'):

"כבר העיר השופט גויטיין בעניין וידר, ע"א 153/54, בראש ע' 1250, כי: 'קשה לומר שחייל עושה 'עבודה' עבור הצבא. החייל כפוף לפקודות וממלא תפקיד, אך אינו מבצע עבודה במובן הרגיל של המילה', ולהלן (בע' 1251) הוא מביא תוך הסכמה דברי פסק דין אוסטרלי, כי 'אדם בכוחות המזוינים של הכתר אינו בקטיגוריה אחת עם אדם בשירות פרטי... אדם בכוחות המזוינים של הכתר מבצע חובה לאומית, ואינו הופך למשרת או עובד - באיזו משמעות אמיתית של מונחים אלה - של הכתר או הממשלה...'. כך הוא ביחסים בין החייל והצבא, אם כי כלפי צד שלישי יכול החייל להיחשב כעובדו של הצבא, למשל, לצורך אחריותה השלוחית של המדינה (ע"א 338/60, בע' 1574-1575). הדיבור השגור בפי הבריות שחייל בשירות קבע "חותם על חוזה" עלול איפוא להטעות. הוראות הפיקוד העליון מבהירות כי:

'היחסים בין צה"ל לבין חייל בשירות קבע אינם יחסי עובד ומעביד. המשרת בשירות קבע הוא חייל בשירות סדיר והיחסים בינו לבין צה"ל מושגתים על הוראות החוק הצבאי, על פקודות הצבא ועל פקודות אחרות שניתנו לו כדין' (3.0501, חלק ראשון, סעיף ג (5)).



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

הוראה זו משקפת אל נכון את מצבו של החייל
 הנתון במסגרת של מעמד (סטטוס) מכוח הדין
 הציבורי ולא מכוח התקשרות חוזית. החייל
 המתנדב לשירות קבע מקבל על עצמו את עול
 המעמד הזה ועל כן אין הוא מתקשר בחוזה אלא
 ב"התחייבות לשירות קבע" (שם סעיף ג (1), וכן
 ראה הגדרת "חייל" בסעיף 1 של חוק השיפוט
 הצבאי, תשט"ו-1955), והצבא יכול ליזום את
 התרת ההתחייבות... שמע מינה שגם כאן לא עלה
 על הדעת שחייל ייחשב כעובד של המדינה בתור
 מעבידתו".

הפסיקה היא עקבית וכך נפסק גם בבג"צ 709/79,
 כהן נ' שר הבטחון (פד"י לד, (2), עמ' 465,
 בעמ' 469-470).

(ד) פסק דין הרוב לא עוגן בקונסטרוקציה הפרשנית
 ב"כ של דנילוביץ לא חזר בפני בג"צ על
 הקונסטרוקציה הפרשנית וקבל את הכרעת בית הדין
 הארצי לעבודה שהדיבור "בן זוג" בהסכם הקבוצי
 איננו כולל בני זוג חד-מיניים.
 כב' המשנה לנשיא צירן שהקונסטרוקציה הפרשנית
 היא אכן סבוכה. בהעדר טיעון על בסיס
 הקונסטרוקציה הפרשנית הוא לא עסק בה. לעומתו,
 כב' השופט קדמי יסד את פסק דינו על פרשנות
 המושג "בן זוג" והגיע למסקנה שהיא איננה כוללת
 בני זוג חד-מיניים.



ע"ר ע"ר משפחות 8/94-ב 13.08.95

אם כך הם פני הדברים ביחס לפרשנות "בן זוג", לא כל שכן, שכאשר מדובר ב"בן משפחה" ושאר מונחי החוק, שאין לראות את החוק ככולל בהגדרתו, כמוטעם לעיל, זכר ידוע בצבור כבעל של זכר, כהצעת ב"כ המערער.

(ה) בענין דנן מקור הנורמה בחוק-אין מעליו נורמה

חוקית אחרת, ספציפית לתחומן.

כב' המשנה לנשיא קבע, אמנם, שהטענה בדבר הבדל מהותי בין בני זוג, שאינם מאותו המין, כבעל ואשה וכידועים בצבור, לבין בני זוג מאותו המין היא טענה ש"נראית לי קשה". הוא לא הכריע בה והשאירה בצריך עיון. כב' המשנה לנשיא יסד את פסק דינו על הקביעה שאפילו יש אי שוויון בין בני זוג דו מיני לבין בני זוג ששניהם זכרים, שוני זה, לענין דנילוביץ, הוא בלתי רלבנטי. אבן הפינה של פסק דינו של כב' המשנה לנשיא היא, בסופו של דבר (ונראה שזה הרציו של פסק הדין), חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה והעובדה שמבחינת תנאי העבודה ומלוי תפקידו בעבודה לא חרג דנילוביץ מאחרים. המשנה לנשיא ראה באי מתן כרטיס טיסה לדנילוביץ, עבור בן זוגו ממין זכר, הפליה על רקע נטיה מינית, בנמקו: "אין כל דבר המאפייין את מהות התפקיד או המשרה המצדיקה שיפול לא שוויוני זה". כב' המשנה לנשיא ביסס מסקנתו זו על סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

בו נאמר: "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". מאחר ובענין דנילוביץ לא היתה ההפליה מתחייבת מאופי או ממהות התפקיד או המשרה, היה באי הענקת כרטיס הטיסה משום הפליה.

בענין דנן, כאמור, הנתונים אחרים. הוראות החוק והגדרותיו הן הקובעות. אין הוראה נורמטיבית מעל החוק, המתייחסת ספציפית לתחום המשפטי ולחוק, שהיא מכוונת ושיש בכוחה להרחיב את הוראות החוק על מי שהחוק לא כלל אותו בין הזכאים על פיו.

(ו) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אין בו כדי לשנות

את החוק.

כב' המשנה לנשיא אכן כתב: "אכן, כשם שמכח העליונות הנורמטיבית של החוקה (או חוק היסוד המשוריין) ניתן להרחיב את היקף התחולה של הוראת חוק". לאפשרות נקישת דרך זה, בענין דנן, התייחסתי בהרחבה לעיל והסקתי לשלילה, כמוטעם.

(ז) במקרה דנן אין "הפליה רלבנטית"

כב' השופטת דורנר נימקה את פסק דינה בעקרון השוויון וסברה שההטבה ניתנת לעובד עבור בן הזוג שעימו הוא חולק את חייו למעשה. לדעתה, מינו של בן הזוג איננו רלבנטי לתכלית מתן ההטבה הסוציאלית. נראה בעיני, שהחוק, במקרה דנן, ראה רלבנטיות להעניק את זכויות "אלמן" או "אלמנה"



13.08.95 ערעור משפחות 8/94-ב

ל"משפחות" החיילים, ומתוכם דוקא ל"בן משפחה".
 הכללתו של המערער שאיננו עונה לקריטריונים אלה
 איננה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק ואין בה
 משום הפליה.

תיקון החוק שהוסיף את הידוע(ה) בצבור להגדרת בן
 משפחה איננו פוגע בתכליתו להיות מיוחד למשפחה.
 עמד על כך כב' השופט קדמי בפסק דין המיעוט
 בבג"צ דנילוביץ. אף כי מסקנת חוות דעתו לא
 התקבלה על דעת הרב, יש בדברים העקרוניים לשמש
 תימוכין לקביעתנו. ואלה דבריו(עמ' 34 למודפס):

"ההכרה בזוג הדו-מיני ה"ידוע בציבור כ"זוג", על
 אף שלא קיימות לגביו כל הערוכות המשפטיות
 למחויבות ההדדית וליציבות, נעוצה בכך, שהתנאים
 החברתיים הבסיסיים לקיומו של "זוג"-קרי: חבירה
 של שני פרטים ממינים שונים ל"בשר אחד", המסוגל,
 מושגית, להבטיח רבייה - מתקיימים כאן;
 ומשמתקיימים אלה - אין הצדקה חברתית להתעלם
 מקיומו בפועל של התא המשפחתי ומבני הזוג
 המרכיבים אותו, אלא, אדרבא, לדאוג לשמירת
 המחויבות ההדדית והיציבות של התא, אף ללא המעמד
 הפורמלי של נישואין.

הכללים המעניקים לבני הזוג הדו-מיני הידוע
 בציבור "טובות הנאה הדדיות" כזוג נשוי - בתנאים
 שקובע לכך הדין - נעוצים ברצון ליתן ביטוי



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

למחוייבות ההדדית ולהבטיח את היציבות של התא המשפחתי שבנה ה"זוג" הידוע בציבור, שלא בדרך הפורמלית של כניסה למוסד הנישואין דווקא. לא כך הם פני הדברים כאשר מדובר בזוג החד-מיני: מצד אחד לא מתמלא התנאי המהותי של מין שונה, שבלעדיו אין לדבר פיסית על "בשר אחד" ומושגית על רבייה והמשך החיים ועל כן אין הוא מהווה אותו תא ראשוני העומד בבסיס המבנה האירגוני של החברה האנושית; ומצד שני לא קיימת בין בני הזוג אותה מחוייבות הדדית ליציבות השיתוף והמשכיותו, שיש בכוחה להניע את החברה להכיר בהם כזוג "מיוחד" ולשבץ אותם לצד הזוג "המובהק" בבסיס המבנה החברתי". עכ"ל.

וארשה לעצמי להוסיף בשולי דבריו של כב' השופט קדמי. היצירה המשפטית של הסטטוס של "הידועה בצבור כאשתו" או "הידוע בצבור כבעלה", נוצרה לאור מגבלות משפטיות המונעות מגבר ואשה ספציפיים להקים משפחה ולהוליד ילדים ולחיות כבעל ואשה טבעיים. המגבלות המשפטיות מקורם, מחד גיסא, בחוק לפיו "נישואין וגירושין של יהודים יערכו בישראל על פי דין תורה" (סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) התשי"ג - 1953). נשואיהם של זוגות מסויימים, כגון כהן וגרושה ושאר פסולי חיתון, עגונות ומעוכבות גט, לאלה ביקש המחוקק למצוא פתרון



0
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
2
4
4
5
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

ולהעניק להם זכויות בלי שהדבר יפגע, מבחינה
 חוקית, בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין
 וגירושין) תשי"ג-1953. ראה לענין זה: "דיני
 המשפחה בישראל/אריאל רוזן צבי, לענין "תחליפי
 נישואין: ידועים בציבור", סעיף 311. מאידך גיסא
 יש זוגות המעוניינים בהקמת משפחה אמיתית אך
 מבקשים שלא להיות נשואים באופן משפטי, אף
 שמבחינת החוק (לרבות דין תורה) אין מניעה
 שיבואו בברית הנישואין. השיקול העומד פעמים הרבה
 מאחורי רצון זה נעוץ בנתון שנשואיהם עלולים
 שישמשו עילה לפגיעה בזכויות ממזניות המגיעות
 להם כל זמן שלא ינשאו לאחר. כגון, זכויות
 פנסיה, זכויות לגימלה וזכויות סוציאליות אחרות,
 לפי חוקים מסויימים, לרבות איבוד זכויות לפי
 החוק דנן (ראה בשולי הגדרת "אלמנה" בסעיף 1
 ובשולי הגדרת "אלמן" בסעיף (א) להגדרת "בן
 משפחה" בחוק דנן).

אמור מעתה, שכאשר מדובר בזוג דו מיני שמעצם
 טיבעו וטיבו ראוי הוא ויכול להקים משפחה ובני
 הזוג חיים כבני משפחה, אלא שטעמים כנ"ל מונעים
 בעדם להנשא כדין, ראה המחוקק להכיר בתחליף
 הנישואין ולהתירחם אליהם כזוג נשוי. כך גם לענין
 החוק דנן. מה שאין כן בני זוג חד מיני, שמעצם
 טבעו וטיבו איננו יכול להקים משפחה, ואין לראות
 ביחסים שביניהם תחליף נישואין, או דמויי נישואין.
 בזוג אשר כזה לא ראה המחוקק "בן משפחה" ואין זה



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

מן הראוי שאנו נכיר בו ככזה. תמוהה, על דרך
המעטה, טענת ב"כ המערער, שחוקי מדינת ישראל לא
איפשרו לשניים להנשא.

(ח) החלת תקדים דנילוביץ תיצור פארדוקס והפליה בין
הזכאים שבחוק ואי וודאות.

1. אם יוחל החוק על בני זוג חד מיני, מן השעם
של "שוויון רלבנטי", ייווצר מצב של הפליה
חמורה בין האשה הנשואה כדין לחייל "נספה" או
הבעל הנשוי כדין לחיילת "נספה", לבין גבר
שהוא "בעלו" (בלשון ב"כ המערער) של חייל
"נספה". "אלמנה" מוגדרת כאלמנה "כל עוד לא
נישאה לאחר". כאשר היא נישאת לאחר היא
מפסיקה להיות מוכרת על פי החוק.

"אלמנה" ממין זכר "ושאינו "אלמן" (זה הסטטוס
שמבקש ב"כ המערער להעניק למערער), ממנו לא
תסור הכרת החוק לעולמים, שכן מעצם טיבעו ועל
פי החוק כיום הוא איננו יכול להנשא "לאחר"
(ההדגש הוא על "לאחר" ולא "לאחרת" כי:
הדיבור "כל עוד לא נישא לאחרת" הוא חלק
מהגדרת "אלמן" שהוא בעלה של חיילת "נספה"
ואילו המערער נטען להיות "אשתו", ממין זכר
של המנוח שהוא חייל "נספה").

זו הפליה שאין הדעת סובלתה. הבא להכיר
ב"אשתו" ממין זכר של נספה, כדי לקיים "שוויון
רלבנטי", ימצא עצמו יוצר, באופן פארדוקסאלי,



0
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
1
4
5
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

הפליה זועקת לרעת האשה הטבעית, האלמנה הטבעית, שלמענה חוקה החוק במקורו, ואפילו ביחס לידועה בצבור. שכן גם ידועה בצבור אפשר ש"תנשא לאחר", מה שאין כן, כמוטעם, ביחס ל"אשתו" ממין זכר של נספה, אף פעם לא יוכל להנשא לאחר. גם טעם זה יש בו כדי להביא למסקנה שאל לנו כרשות שופטת לתקן את החוק. עלינו להשאיר זאת למחוקק, אם יעלה לרצון מלפניו לתקן. במקרה אשר כזה יתן המחוקק את דעתו לפרדוקסים השונים שעלולים להווצר מנוסח החוק הקיים וייתן לכך פתרונים בנוסח ראוי ומתאים.

2. פריצת ההגדרה של ידוע(ה) בצבור והחלתה גם על זוג חד מיני, אף מחוץ למסגרת דיני העבודה, כגון לגבי החוק דנן, תיצור אי ודאות בחוקים נוספים, כל עוד לא יבוא הענין לדיון בפני בית המשפט העליון. הדברים אמורים, למשל, בחוק משפחות חד הוריות, התשנ"ב-1992, חרף הסמכות היחודית שניתנה לבית הדין לעבודה "לדון ולפסוק בכל תובענה הנובעת מחוק זה" (סעיף 5 לחוק). סעיף 1 (1) לחוק מגדיר את האפשרויות להיות "הורה יחיד", לאמור: "הוא איננו נשוי ואין אדם בציבור הידוע כבן זוגו". האם גבר "תושב ישראל אשר בחזקתו ילד הנמצא עמו ואשר נתקיים בו", ש"הוא איננו נשוי", אבל הוא חי חיים הומוסקסואליים עם



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

גבר אחר יחשב כ"הורה יחיד" ויחול עליו "חוק משפחות חד הוריות אם לאו? חוק זה, על פי האמור בו, תכליתו להעניק ל"הורה יחיד" עדיפויות בתחום המקצועי והכלכלי. לכאורה, גם חוק להסדר התדיינות בין בני זוג התשכ"ט - 1969, לא יחול על בני זוג חד מיני. בד' באב תשנ"ה (31.7.95), נתקבל בכנסת חוק בית המשפט לענייני משפחה התשנ"ה - 1955. בסעיף ההגדרות (סעיף 1 (2)) נאמר: לעניין פסקה זו, "בן משפחתו" -

(א) בן זוגו, לרבות הידועה בציבור כאישתו, בן זוגו לשעבר, בן זוגו שנשואיו עמו פקעו ובלבד שנושא התובענה נובע מהקשר שהיה ביניהם בתקופה שבה היו בני זוג". האם גם בני זוג חד מיניים נכללים בהגדרה זו לענין חוק בית המשפט לענייני משפחה התשנ"ה-1955, אתמהא! החוק הוא חוק מהפכני, כוללני ביותר. חזקה על המחוקק שהוא היה ער לפסק הדין בענין דנילוביץ ולהצעת החוק של חברת הכנסת יעל דיין ואף על פי כן, לא כלל בהגדרה הנ"ל בני זוג חד מיני. החלת חוק משפחות חיילים גם על בני זוג חד מיני, יביא לאי בהירות בחוקים הנ"ל, ובמיוחד בחוק בית המשפט לענייני משפחה.

לפיכך, נראה לי, ראשית לכל, לאמץ, לענין



13.08.95 ב-2/94 ערעור משפחות

פרשנות החוק דנן, את הגישה המקובלת בפסיקה הישראלית לפיה יש מקום להחיל את חוקות התכלית רק אם הטקסט של החוק איננו ברור או מביא לתוצאה אבסורדית (ראה א' ברק/פרשנות למשפט, שם, עמ' 491, הערה 58). אין לומר על החוק דנן, שפירושו המילולי יביא לתוצאה אבסורדית ועל כן "יש להקפיד על פירוש הדברים שנאמרו בחיקוק מבלי להוסיף עליהם או לגרוע מהם או מבלי לקרוא מתוכם דבר שלא נאמר ע"י המחוקק...".

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

(ט) בניגוד לטעם שבתקנת הצבור

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



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

(י) העדר קשר בין הזכות לבין השכר

כב' השופטת דורנר מעלה טעם נוסף והוא: "הטבות
בן הזוג הן חלק בלתי מבוטל משכרם של עובדים"
(ההדגשה שלי-ג' ג'). היא סירמה את פסק דינה
באומרה: "במקרה שלפנינו, מניעת הטבה מן המשיב
תביא להקטנת שכרו בשעור מחיר הכרטיס ולכך אין
הצדקה". לית מאן דפליג שטעם זה איננו רלבנטי
למקרה דנן, כמוטעם לעיל.

(יא) אין לשלול נפקות לעומס התקציבי על קופת המדינה

- יכריע המחוקק

כב' המשנה לנשיא העלה בשולי פסק דינו, בבג"צ
דנילוביץ, טעם נוסף, בכותבו:
"הרחבה זו תואמת את התבנית החוזית. היא מוסיפה
קבוצה קטנה של נהנים, ואינה מטילה, על כן,
מעמסה תקציבית של ממש".

במקרה דנן, אין מדובר בעובדי חברת אל-על, אלא
בכלל אזרחי המדינה המתגייסים (ות) לצה"ל. כמדומה,
שהרחבת החוק על בני זוג מאותו המין, יש בה כדי
להטיל מעמסה תקציבית של ממש. על כל פנים, מן
הראוי, ליתן למחוקק להתייחס לאפשרות הרחבת החוק
לאחר שיבדוק את הדבר גם מאספקט זה.

אין, איפוא, בבג"צ דנילוביץ כדי לשמש תקדים לעניין
דנן.



13.08.95 ב-8/94 ערעור משפחות

מילות סיכום

א. השאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים, כפי שניקבעה בקדם הדיון ובתשובה לה אמור היה ערעור זה להיות מוכרע, ביקשה לבדוק האם נכלל המערער במסגרת ההגדרה של "בן משפחה", כאמור בסעיף 1(א) או בסעיף 1(א1) לחוק. הובהר שסעיף 1(א) איננו רלבנטי למערער שכן עניינו ב"נספה" ממין נקיבה. אלו ואלו מודים שהמנוח היה ממין זכר. על כן הסעיף הרלבנטי לגביו הוא סעיף 1 (א) לחוק.

ב. הטעמנו שלאור פרשנתו של סעיף 1(א) לחוק, הן על פי לשונו הוא, ונוסח סעיפים אחרים בחוק, והן על פי תכליתו של החוק אין המערער נכלל במסגרת ההגדרה של "בן משפחה". משהגענו למסקנה זו, בהכריענו בשאלה השנויה במחלוקת כפי שנוסחה, מן הראוי היה לסיים את ההחלטה.

ג. בסיכומיו העלה ב"כ המערער טענה נוספת, החורגת מהשאלה השנויה במחלוקת והיא, כלשונו: "מניעת אפליה ופגיעה בעקרון השוויון". טענה זו חורגת מהשאלה השנויה במחלוקת שכן משמעותה היא שגם אם המערער איננו נכלל בהגדרה של "בן משפחה" על פי סעיף 1 (א) לחוק, יש להכיר בו מכח עקרון השוויון ומניעת הפליה, חרף העובדה שמהחוקק הוציאו ממסגרת הזכאים על פי החוק. למרות החריגה מהשאלה השנויה במחלוקת ומאחר וב"כ המשיב, בסיכומיו, לא טען לחריגה זו, דנתי אף בטענה זו. ב"כ המערער לא תמך יתירותיו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מצאתי לנכון שלא להתעלם מהחקיקה הקונסטיטיוטיונית החדשה, הן מחמת חשיבותה העקרונית ולאור טענה של הפרת זכות יסוד, והן מחמת שב"כ המשיב העלה בסיכומיו את חוק יסוד: כבוד האדם



ערעור משפחות 8/94-ב 13.08.95

וחירותו, במגמה להצביע על כך שאי הכרת המשיב במערער איננה עומדת בסתירה לחוק יסוד זה.

ד. העלנו שאין להחיל את עיקרון השוויון הואיל ואין מדובר בשווים אלא בשונים. הוספנו שגם אם מדובר בשוויון הרי שהוא "שוויון בלתי רלבנטי" ומדובר ב"הבחנה מותרת". עוד הוספנו שבמקרה דנן, אין להפעיל את עקרון השוויון מחמת גבולותיו, דהיינו שההוראה המפלה, ליכאורה, נקבעה בדבר חקיקה של הכנסת ואין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כדי לשנות את החוק. עוד ענינו ואמרנו שההכרה במערער עומדת בסתירה לערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית". הטעמנו, שההכרה במערער כרוכה בהפליה נגד אחרים.

ה. המערער תמך יתירותיו בבג"צ דנילוביץ. סברתי שאין בתוצאותיו של פסק הדין בבג"צ זה לשמש אנלוגיה, היקש או גזירה שווה לענייניו של המערער בפנינו.

ו. אם סבורה החברה במדינת ישראל שיש להכיר ביחסים הומוסקסואלים, ולהעלותם לרמת לגטימציה של "משפחה" ואת בני הזוג החד מיני לדרגת "בן משפחה", למיצער לפי החוק בן עסקינן, מן הראוי שהדבר יעשה על דרך חקיקה ולא על דרך פרשנות בלתי סלולה שרוב בה העקוב על המישור. מה עוד, כאמור, שהצעת חוק לתיקון, כנ"ל, מונחת על שולחן הכנסת. כאמור, אין בדברינו כדי לפגוע בזכותו הדמוקרטית של כל אזרח במדינת ישראל לחיות את חייו הפרטיים על פי נטיותיו המיניות, כל עוד אין במעשיו עבירה על החוק.



ערעור משפחות 1-8/94 ב-13.08.95

0
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

לשורה אחרונה:
המורם מהמוטעם והמקובץ הוא שאני מציע לחברי לדחות את הערעור
ללא צו להוצאות.

גרמן גרשון
ש ו פ ט
יו"ר

ד"ר מ. כווס: אני מסכימה לתוצאה שהגיע אליה יו"ר הוועדה.

קינן: אני מסכים לתוצאה שהגיע אליה יו"ר הוועדה.

בו דוחים, איפוא, את הערעור ללא צו להוצאות.

תן היום י"ז באב תשנ"ה 13.8.95 בהעדר הצדדים.

גרמן גרשון
ש ו פ ט
יו"ר
ד"ר מ. כווס
חברה
חבר



בית משפט השלום תל-אביב-יפו
אני מאשר
שהעתק זה נכון ומתאים למקור
מזכיר ראשו
20/8/95
מאריך

בית משפט השלום
יפו זמנ 1 תד 14000
ל-אביב 1340