

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 3045/05

בג"ץ 3046/05

בג"ץ 10218/05

בג"ץ 10468/05

בג"ץ 10597/05

בפני :

כבוד הנשיא (בדימי) א' ברק  
כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופטת א' חיות

העותרים בבג"ץ 3045/05 :  
1. יוסי בן-ארי  
2. לורן שומן  
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 3046/05 :  
1. יוסף בר לב  
2. ירון להב  
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 10218/05 :  
1. ג'ונתן הרלנד, עו"ד  
2. איל וולראוד

העותרים בבג"ץ 10468/05 :  
1. ראסל לורד  
2. אברהם עוזרי

העותרים בבג"ץ 10597/05 :  
1. שלומי רמז  
2. תומר מור

נגד

המשיב : מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ד בחשוון התשס"ו (16.11.2005)

בשם העותרים בבג"ץ 3045/05  
 ובבג"ץ 3046/05 : עו"ד דן יקיר; עו"ד יונתן ברמן

בשם העותרים בבג"ץ 10218/05,  
 בבג"ץ 10468/05 ובבג"ץ  
 : 10597/05 עו"ד און אנטוני שטוק

בשם המשיב: עו"ד יוכי גנסי; עו"ד דניאל מרקס

## פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' ברק:

ראובן ושמעון הם אזרחים ותושבים ישראלים. הם ערכו מחוץ לישראל טקס נישואין אזרחי המוכר באותה מדינה. עם שובם לישראל הם פנו לפקיד הרישום. הם ביקשו לשנות את רישומם במרשם מרווק לנשוי. פקיד הרישום סירב לבקשה. האם הסירוב הוא כדין? – זו השאלה שכל אחת מהעתירות הציבה בפנינו. ודוק: השאלה שלפנינו אינה אם הנישואים בין בני אותו מין, שנערכו מחוץ לישראל, תקפים בישראל. העותרים אינם מבקשים כי לנישואיהם מחוץ לישראל יינתן תוקף בישראל. השאלה שלפנינו הינה אם פקיד הרישום – אשר סמכותו קבועה בחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, כפי שפורשה בפרשת פונק שלזינגר (בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225) – פעל במסגרת סמכותו כאשר סירב לרשום את נישואיהם של ראובן ושמעון במרשם. לגדרי סמכותו של פקיד הרישום ולא לגדרי תוקף הנישואין מכוונות העתירות שלפנינו.

א. העותרים

1. בפנינו חמש עתירות של חמישה זוגות. שני בני הזוג בכל אחת מהעתירות הם גברים, אזרחי ישראל ותושביה. העותרים בכל אחת מהעתירות חיים יחד בישראל כבני זוג, מקיימים חיי משפחה ומנהלים משק בית משותף. הם נישאו זה לזה בטקס נישואין

אזרחי בטורונטו שבקנדה המוכר על פי הדין במדינה זו. לאחר חזרתם לישראל הם ביקשו להירשם כנשואים במרשם האוכלוסין. לבקשתם הם צירפו מסמכים המאמתים את נישואיהם. בקשתם נענתה בשלילה. נמסר להם כי "נישואין שכאלו אינם מוכרים באופן חוקי במדינת ישראל, ולפיכך לא ניתן לרושםם בקובץ המרשם" (מכתבו של מנהל הלשכה למנהל אוכלוסין בתל-אביב מיום 24.5.2005). מכאן העתירות.

### ב. טענות הצדדים

2. העותרים מרכזים את עיקר טענותיהם בסמכותו של פקיד המרשם. לטענתם, סירובו של פקיד המרשם לרשום את נישואיהם בטורונטו נוגד את פרשת פונק שלזינגר, והוא מפלה את העותרים לעומת בני זוג שלא בני אותו מין ופוגע בזכותם לחיי משפחה. לטענתם, על פי ההלכה שנקבעה בפרשת פונק שלזינגר, פקיד הרישום פועל כמאסף סטטיסטי בלבד. אין ברישום כשלעצמו כדי ליצור או לשנות סטטוס. לפיכך, שיקול דעתו של פקיד הרישום, בבואו להכריע בבקשה לרישום נישואין, הוא מצומצם. על פי גישת העותרים, משהוצגה בפני פקיד הרישום תעודת נישואין מאומתת, ובהיעדר חשד בדבר אמיתותה, עליו לבצע שינוי רישום ולרשום את המבקשים כנשואים. פקיד הרישום אינו מוסמך לבחון את השאלה האם הנישואין תקפים לפי דיני מדינת ישראל, והאם בני הזוג כשירים להינשא בישראל. שאלות אלה הן לעתים קרובות שאלות מורכבות ורגישות. לדעת העותרים, שאלות אלה קשות הן בעתירות שלפנינו. לפקיד הרישום לא ניתנה הסמכות להכריע בהן. לפי פרשת פונק שלזינגר, כל עוד לא התקבלה החלטה שיפוטית הקובעת כי הנישואין אינם תקפים, חובה על פקיד הרישום לרשום אותם במרשם האוכלוסין. העותרים מציינים כי בישראל מעולם לא התקבלה הכרעה שיפוטית בעניין תוקפם של נישואי בני זוג בני אותו מין בקנדה, לא בבית המשפט העליון ואף לא בערכאות נמוכות יותר. לפיכך, אין לייחס כל משקל לעמדתו של המשיב לפיה הנישואין אינם תקפים, ועליו לרושםם. העותרים עומדים על כך שבית משפט זה חזר ואישר את תוקפה של פרשת פונק שלזינגר מאז ניתנה. היא הוחלה בענייני המעמד האישי, הן לעניין הנישואין והן לעניין אימוץ והורות. ההלכה הורחבה אף לעניין רישום פרטי הדת והלאום במרשם האוכלוסין. עמדת העותרים היא כי הלכה זו היא ראויה, וכי יש להחילה על עניינם.

3. המשיב מבקש כי נדחה את העתירות. עמדתו היא כי אין מקום לרישום נישואין של בני זוג מאותו מין אשר נערכו במדינה זרה. עמדתו זו מתבססת על שלושה נימוקים מרכזיים. ראשית, בדין הישראלי התבנית המשפטית של נישואין מתייחסת לנישואין בין גבר לאשה בלבד. לא קיימת במשפטנו תבנית משפטית מוכרת של נישואין בין בני

זוג מאותו המין. פרשת פונק שלזינגר אינה רלוונטית לעניינם של העותרים. יש להבחין בין רישום במרשם האוכלוסין של נישואין אשר נערכו מחוץ לישראל, יהיה תוקפם אשר יהיה, אך אשר עונים על התבנית המשפטית הבסיסית הקיימת של נישואין בישראל, ואשר על רישומם במרשם האוכלוסין חלה פרשת פונק שלזינגר, לבין רישום נישואין שאינם עולים בקנה אחד עם התבנית המשפטית של מושג זה הקיימת בישראל. שנית, המשיב מצייין כי מרבית מדינות העולם אינן מכירות בנישואין של בני זוג מאותו מין אשר נערכו במדינות זרות, ואינן רושמות נישואין בין בני זוג מאותו מין אשר נערכו במדינות זרות. מדינות רבות חוקקו חוקים בהם נקבע במפורש כי נישואין הם בין גבר לאשה בלבד, וכי אין להכיר בנישואין של בני זוג מאותו מין שנערכו במדינות אחרות. לפיכך, לא ניתן לומר שהמשפט ההשוואתי מחייב הכרה שכזו, שכן לא ניתן לומר שקיימת בקרב המדינות המעטות אשר עורכות טקסי נישואין בין בני זוג מאותו מין, ציפייה כי נישואין אלה יוכרו במדינות אחרות. שלישית, עמדת המשיב היא שסוגיית רישום נישואין של בני זוג מאותו מין היא מאותם עניינים שראוי שיוסדרו בחקיקה ראשית של הכנסת. אין לעשות שימוש בכלי מנהלי של רישום במרשם האוכלוסין כדי ליצור תבנית משפטית חדשה המנוגדת לכוונת המחוקק. בחקיקת חוק מרשם האוכלוסין לא ראה המחוקק לנגד עיניו את הפיכתו של מרשם האוכלוסין לכלי ליצירת תבניות משפטיות חדשות. נהפוך הוא: כוונת המחוקק הייתה שמרשם האוכלוסין ישקף את התבניות המשפטיות הקיימות בישראל בענייני סטטוס. יצירת סטטוס אישי משפטי חדש הינה בגדר הסדר ראשוני המצוי בסמכותו של המחוקק. לפיכך, המקום הראוי להכרעה בשאלת ההכרה בסטטוס אישי חדש של נישואין בין בני אותו מין הוא בית המחוקקים. במיוחד כך לאור העובדה ששאלה זו נוגעת בסוגיות ציבוריות שנויות במחלוקת ביחס למרקם החברה ולערכיה.

ג. ההליך

4. העתירות נשמעו בפני מותב תלתא (הנשיא א' ברק והשופטים א' רובינשטיין ו- א' חיות). בהחלטת ההרכב (מיום 16.11.2005) ניתנה לצדדים האפשרות להשלים טיעוניהם. כן נקבע כי המותב שוקל הרחבת ההרכב וכי ישמעו טיעונים בעל-פה. ההרכב הורחב (ביום 3.3.2006) ונשמעו (ביום 28.5.2006) טיעונים בעל-פה. כל הצדדים ציינו בפנינו כי הם מוכנים לראות כאילו הוצא בעתירות צו-על-תנאי והדיון הוא לאורו.

5. חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965 (להלן – חוק המרשם) מסדיר את פעולתו של מרשם האוכלוסין. נקבע כי במרשם האוכלוסין נרשמים פרטי מידע הנוגעים לתושב. פרטי מידע אלה קבועים בסעיף 2 לחוק המרשם:

“המרשם ופרטי הרישום

2. (א) במרשם האוכלוסין יירשמו הפרטים הבאים הנוגעים לתושב וכל שינוי בהם:

(1) שם המשפחה, השם הפרטי והשמות הקודמים;

(2) שמות ההורים;

(3) תאריך הלידה ומקומה;

(4) המין;

(5) הלאום;

(6) הדת;

(7) המצב האישי: (רווק, נשוי, גרוש או אלמן);

(8) שם בן-הזוג;

(9) שמות הילדים, תאריכי לידתם ומינם;

(10) אזרחות או אזרחויות, של עכשיו ושקדמו;

(11) המען;

(11א) כתובת למשלוח דואר כמשמעותה בחוק עדכון כתובת, התשס"ה-2005, ככל שנמסרה על כך הודעה;

(12) תאריך הכניסה לישראל;

(13) התאריך שבו נהיה לתושב כאמור בסעיף 1(א).

(ב) תושב שנרשם לראשונה ייקבע לרישומו מספר זהות.

חוק המרשם קובע את נפקותו של הרישום (סעיף 3), בזו הלשון:

“המרשם ראייה לכאורה

3. הרישום במרשם, כל העתק או תמצית ממנו וכן כל תעודה שניתנה לפי חוק זה יהיו ראייה לכאורה לנכונות פרטי הרישום המפורטים בפסקאות (1) עד (4) ו-(9) עד (13) לסעיף 2”.

הוצאו מכלל ה"ראייה לכאורה" פסקאות (5) עד (8). עניינן של פסקאות אלה הוא הלאום (פסקה (5)), הדת (פסקה (6)), המצב האישי (רווק, נשוי, גרוש או אלמן) (פסקה (7)) ושם בן הזוג (פסקה (8)). העניין שלפנינו – המצב האישי (רווק, נשוי, גרוש או אלמן) (פסקה (7)) – הוצא ממסגרת הראייה לכאורה.

6. פרק ג' לחוק המרשם עוסק בסמכויות פקיד הרישום. נקבע כי פקיד הרישום רשאי לדרוש ממי שמסר הודעה על פרטי רישום למסור לפקיד כל ידיעה או מסמך שברשותו הנוגעים לפרטי הרישום (סעיף 19(1)). כן רשאי הוא לרשום הצהרה (בכתב או בעל-פה) על אמיתות ידיעה או מסמך שנמסרו לו (סעיף 19(2)). חוק המרשם מבחין בין רישום ראשון לבין רישום שינויים. הרישום הראשון ייעשה על פי "תעודה ציבורית", ובאין תעודה כזאת, על פי הודעת המבקש. רישום שינויים – אשר במסגרתו נופלות העתירות שלפנינו – ייעשה באופן הבא (סעיף 19א):

“שינוי בפרט רישום של תושב יירשם על פי מסמך שנמסר לפי הסעיפים 15 או 16 או על פי הודעה לפי סעיף 17 שהציגו יחד איתה תעודה ציבורית המעידה על השינוי”.

בעתירות שלפנינו לא נמסרו מסמכים על פי סעיף 15 (הדן בפעולות רשמיות בישראל, כגון נישואים שנרשמו לפי פקודת הנישואין והגירושין (רישום)) ולא נעשו פעולות לפי סעיף 16 (הכרעות שיפוטיות). עניינן של העתירות שלפנינו נופל, איפוא, לגדרו של סעיף 17 לחוק המרשם הקובע:

“חל שינוי שלא כאמור בסעיפים 15 ו-16 בפרטי הרישום של תושב, חייב הוא למסור לפקיד רישום הודעה על השינוי תוך שלושים יום...”.

הודעה זו צריכה להיות מלווה ב"תעודה ציבורית המעידה על השינוי". אין די בהודעת המבקש בלבד (ראו ע"א 630/70 טמדין נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 197; להלן – פרשת טמדין; בג"ץ 147/70 שטדמן נ' שר הפנים, פ"ד כד(1) 766; להלן – פרשת שטדמן; בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד יט(4) 661, 676; להלן – פרשת פסרו (גולדשטיין)). "תעודה ציבורית", לעניין זה, "כמשמעותה בפקודת העדות" (היא פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971). לענייננו, אלה הן תעודות הנישואין שהוצאו על ידי גורם מוסמך על פי המשפט הקנדי במקום עריכת טקס הנישואין (ראו הגדרת "תעודה ציבורית" בסעיף 29 לפקודת הראיות).

ה. המעמד הנורמטיבי של המרשם ושיקול דעתו של פקיד הרישום

7. מהו היקף שיקול דעתו של פקיד הרישום? שאלה זו נידונה בשורה ארוכה של פסקי דין. פסק הדין המרכזי הוא בפרשת פונק שלזינגר. זו נפסקה לפני למעלה מארבעים ושתיים שנה. באותה פרשה נישאה גב' פונק שלזינגר, נוצרייה תושבת ישראל, למר שלזינגר, יהודי אזרח ישראל. הנישואין נערכו בקפריסין. על בסיס תעודת הנישואין הקפריסאית ביקשה הגב' פונק שלזינגר להירשם כ"נשואה" במרשם האוכלוסין. שר הפנים סירב לבקשה. ביסוד סירובו עמדה התפיסה כי על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל בני הזוג אינם נשואים. ברוב דעות (השופטים י' זוסמן, צ' ברנזון, א' ויתקון ו-א' מני, כנגד דעתו החולקת של השופט מ' זילברג) הוחלט לעשות צו מוחלט. ביסוד פסק דינו של השופט י' זוסמן, שכתב את פסק הדין המרכזי, עמדה התפיסה כי פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949, "לא שיוותה לרישום במרשם-התושבים כוח של ראייה או הוכחה לשום דבר. מטרת הפקודה היא... לאסוף חומר סטטיסטי. חומר זה יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו" (שם, עמ' 249, וכן בג"ץ 145/51 צברי חסן אבו-ראסי נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה' 1476). על רקע זה נפסק כי "תפקידו של פקיד רישום... אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו" (שם, עמ' 244). על כן, "ברשמו את מצבו המשפחתי של תושב, אין זה מתפקידו של פקיד הרישום ליתן דעתו על תוקפם של הנישואין. חזקה על המחוקק שלא הטיל על רשות ציבורית חובה שאין היא מסוגלת למלאה. די לו לפקיד, לצורך מילוי תפקידו ורישום המצב המשפחתי, אם הובאה לפניו ראייה שהתושב ערך טקס נישואין. לשאלה מה תוקף יש לטקס שנערך יש לעתים פנים לכאן ולכאן ובירור תוקפם חורג מגדר מרשם-התושבים" (שם, עמ' 252). ברוח דומה ציין השופט י' זוסמן כי בית המשפט העליון, שעה שהוא דן בעתירות נגד סירובו של פקיד הרישום לרשום את נישואיו של עותר, אינו קובע כל הלכה באשר לתוקפם של נישואין אלה. "לא

למותר להדגיש – כותב השופט זוסמן – “כי לא בתוקפם של הנישואין או בכטילותם קא עסקינן. השאלה שלפנינו היא... היש צידוק לסירובו של פקיד מרשם התושבים לרשום את המבקשת כאשה נשואה” (שם, עמ' 242). השופט י' זוסמן מכיר בכך כי ייתכנו מקרים בהם אי-נכונותם של הפרטים שאותם מבקש תושב לרשום במרשם גלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק סביר. במקרים אלה אין הפקיד חייב לבצע את הרישום. “פקיד הציבור אינו חייב להשתמש בסמכותו כדי להיות שותף למעשה רמיה. משבא לפניו אדם אשר הוא לפי מראה פניו, ללא ספק, אדם בגיר, והוא חפץ להירשם כילד בן חמש, מה ספק יש כאן שהרישום הוא כוזב ומעשה האדם – מעשה של תרמית הוא? במקרה כזה יצדק הפקיד כאשר יסרב לרשום את הפרטים, ובית משפט זה בוודאי לא ישתמש בכוחו... כדי לחייב את הפקיד 'לזייף' את מרשם האוכלוסין” (שם, עמ' 243).

8. מאז נפסקה פרשת פונק שלזינגר נוהג בית המשפט על פיה. עם השנים הלך כוחה וגבר. ביטולה של פקודת מרשם התושבים והחלפתה בחוק המרשם לא שינה מכוחה. בפרשת שליט בה נפסק הדין על פי חוק המרשם, כתב השופט י' זוסמן:

“בידי פקיד הרישום לא הופקדו סמכויות שיפוט, ומטרת החיקוק שהוא ממונה עליו אף אינה מחייבת, כי הוא יהא הפוסק באיזו שאלה שהיא. אין איפוא כל תימה בכך שלא הפקודה ולא החוק הנ"ל נתנו בידי פקיד הרישום את הכלים בהם משתמש בית-המשפט כדי להוציא אמת לאור... אזרח הבא למסור הודעה כמצוות החוק עומד בחזקת דובר אמת. אין זה מן הראוי שהפקיד יחשוד בכשרים... אין הרישום מותנה בכך שפקיד הרישום יהא משוכנע כי הפרטים שנמסרו לו נכונים הם... הרישום אינו אלא רישום הפרטים כמו נמסרו לפקיד... רק סייג אחד נקבע לסדר רישום זה... והוא... כאשר פרט מן הפרטים מניה וביה לא היה אמת והדבר גלוי לעין, כגון שאדם בגיר מתייצב בפני הפקיד ומבקש להירשם כבן 5... במקרה כזה יסרב הפקיד לרשום את גילו, שכן אין הוא חייב ליתן יד לביצועו של רישום כוזב... חוק מרשם האוכלוסין, שמו מעיד עליו כי חוק מרשם הוא. כקודמתו הפקודה, מטרתו היא כמטרת הפקודה, לאסוף חומר סטטיסטי” (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 506, 507, 508).

ברוח זו נפסק הדין לאחר אותן פרשות (ראו, למשל, פרשת טמריין, עמ' 227; פרשת שטדמן, עמ' 770).



9. פרשת פונק שלזינגר נבחנה בפרשת ש"ס (בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723). ברוב דעות (הנשיא מ' שמגר והשופטים א' ברק, מ' בייסקי ו-ג' כן כנגד דעתו החולקת של השופט מ' אלון) נפסק כי על פקיד הרישום לרשום גיורו של אדם על יסוד מסמך המעיד על הגיור בקהילה יהודית מחוץ לישראל. כותב הנשיא מ' שמגר:

"אם אחרי קבלת פרטים כנ"ל היה לפקיד הרישום יסוד סביר להניח שההודעה איננה נכונה, יסרב לרשום על פיה (סעיף 19ב(ב) לחוק הנ"ל) [החוק הנ"ל – חוק המרשם – א.ב.]. הודעה שאיננה נכונה פירושה הודעה הכוללת דבר שקר (כגון, כאשר המדובר על מעשה רמייה או כאשר יש ראיות על השתייכותו של התושב לדת אחרת...). מהוראותיו של החוק הנ"ל נובע, כי פקיד הרישום איננו בודק את תוקפו או את חוסר תוקפו של טקס גיור, שנערך בקהילה יהודית בחוץ-לארץ, ושעליו מעיד המסמך שיוגש לו. לדידו, משקפת תעודה, המעידה על פניה על כך שנערך טקס גיור בקהילה יהודית כנ"ל, כי אכן קויים טקס כאמור המחייב רישום. תפיסה זו בדבר היקף סמכויותיו וחובותיו של פקיד הרישום לגבי רישומם של הדת והלאום, גם עולה מגישתו של בית משפט זה בעבר, כביטוייה, למשל בפסק הדין בבג"ץ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים" (עמ' 732).

גם שופט המיעוט, המשנה לנשיא מ' אלון, יצא מתוך ההנחה כי "פקיד הרישום חייב לרשום את הפרטים הנמסרים לו בהודעה, אלא אם יש לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 471, 507 ועל פי בג"ץ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 295)". באותה פרשה סבר המשנה לנשיא מ' אלון כי לאור ההגדרה של "יהודי" בחוק המרשם, יש לפקיד יסוד סביר להניח כי ההודעה שמסרו העותרים, באשר לגיורם, אינה נכונה.

10. בפרשת ש"ס נידונה סמכותו של פקיד הרישום לעניין רישום פריט הלאום (פריט 5) והדת (פריט 6). גם בפרשת פסרו (גולדשטיין) נדונה, בין השאר, שאלה זו. הנשיא (בדימ') מ' שמגר – על דעת הנשיא א' ברק והשופטים א' מצא, מ' חשין, ט' שטרסברג-כהן ו-ד' דורנר כנגד דעתו החולקת של השופט צ' טל – ציין כי "חוק המרשם הוא, כאמור, חוק אזרחי שמטרתו איסוף מידע עובדתי לרבות סטטיסטיקה. השר הממונה על ביצועו של חוק המרשם הוא שר הפנים. בידי, ובידי פקידי משרדו, הסמכות לבצע את הרישום בפרטי המרשם על פי הודעת התושב, ובמסגרת הסייגים

להיקף שיקול הדעת שנקבעו בפסיקה... על פי פרשת ש"ס, כאשר מדובר ברישום ראשון, אין פקיד הרישום מוסמך לבחון את תוקפו של הגיור" (שם, עמ' 688).

11. בפרשת פסרו (גולדשטיין) נידונה שאלת הגיור בישראל של הגב' אליאן חוה פסרו (גולדשטיין). שאלה זו לא הוכרעה באותה פרשה. כל שנפסק הוא, כי לעניין גיורה בישראל אין תחולה לפקודת העדה הדתית (המרה). לא נפסק כי הגיור שהיא עברה בישראל תקף. עוד בטרם עברה העותרת את הליכי הגיור, ובטרם נפסק הדין בעניין גיורה, היא נישאה עם מר אורי גולדשטיין בנישואים קונסולריים בשגרירות ברזיל בישראל. השניים פנו לפקיד הרישום בבקשה כי ירשום אותם כנשואים. הפקיד סירב. טעמו היה כי לקונסול של מדינה זרה אין סמכות לערוך טקס נישואין בישראל. בית המשפט (המשנה לנשיא א' ברק והשופטים א' גולדברג ו-א' מצא) פסק כי על פי פרשת פונק שלזינגר על פקיד הרישום לרשום את השניים כנשואים (בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89; להלן – פרשת גולדשטיין). ציינתי בפסק דיני כי השאלה אם ניתן לקיים נישואין קונסולריים בישראל היא שאלה קשה. במצב דברים זה, על פקיד הרישום לפעול, לעניין שינוי רישום, על יסוד תעודה ציבורית שהוגשה לו בעניין הנישואין. בפסק דיני ציינתי כי:

"מאז פרשת פונק שלזינגר קבע בית המשפט העליון, וחזר וקבע, כי תפקידו של פקיד רישום, על פי הפקודה הנ"ל, אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו" (שם, בעמ' 244 (השופט זוסמן)). על-כן, 'הפקיד חייב לרשום את שהאזרח אומר לו' (שם, בעמ' 249), אלא אם כן הדברים אמורים ב'אי-נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר' (שם, בעמ' 243). מכאן, שאם בני הזוג מציגים לפני פקיד המרשם תעודה המעידה על עריכת טקסי נישואין לפני קונסול של מדינה זרה בישראל, על הפקיד לרשום את בני הזוג כנשואים, אלא אם כן ברור וגלוי לעין הוא שהפרטים אינם נכונים, או שאין כל ספק בכך שהקונסול חסר סמכות להשיאם... הנה כי כן, אם פונים אשה לא יהודייה (אזרחית של מדינה פלונית) ואיש יהודי (תהא אזרחותו אשר תהא) לפקיד המרשם, ומציגים לפניו תעודת רישום נישואין של השניים, שנערכה על ידי קונסול של אותה מדינה פלונית, על פקיד המרשם לרשום את בני הזוג כנשואים. אמת, קיים ספק בדבר סמכותו של הקונסול לערוך טקס נישואין במצב דברים זה, אך בספק זה אין פקיד המרשם רשאי להכריע. ספק זה טבוע הוא בשיטת המשפט הישראלית, וכל עוד בית משפט מוסמך לא יכריע בו, יישאר הספק נטוע בשיטת המשפט... אכן, כל עוד קיים ספק זה, על פקיד המרשם לרשום את בני הזוג כנשואים, שכן 'לשאלה מה תוקף יש לטכס שנערך יש לעתים פנים

לכאן ולכאן ובירור תוקפם חורג מגדר מרשם-התושבים'  
(פרשת פונק שלזינגר (2), בעמ' 252) " (שם, עמ' 93, 94).

ברוח זו פסק השופט מ' חשין באחת הפרשות כי "חובתו של פקיד המרשם לרשום במרשם האוכלוסין מידע הנמסר לו והמתועד במסמך (כגון נישואין), בלא שמוסמך הוא לבדוק את התוקף המשפטי של אותו מידע (כגון: אם הנישואין תפסו, אם לאו. ראו והשוו פרשת שלזינגר; פרשת שליט) " (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 387). לגישה זו היפנה השופט י' טירקל באחת הפרשות בציינו, כי "רישום המשיבים כילדיהם של המורישים בתעודת הזהות שלהם עם עליית המשפחה ארצה, אין לו משמעות לעניין ההכרה במשיבים כילדיהם המאומצים של המורישים (על משמעות הרישום בתעודת הזהות ובמסמכים רשמיים אחרים לפי חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, ראו דברי כבוד השופט (כתוארו אז) זוסמן בפרשת פונק שלזינגר; דברי כבוד השופט (כתוארו אז) ח' כהן בפרשת שליט ובדברי כבוד המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק בפרשת גולדשטיין) " (ע"א 8036/96 יהוד נ' יהוד, פ"ד נב(5) 865, 872).

12. פרשת פונק שלזינגר נבחנה מחדש בפרשת ברנר-קדיש. כאן ניתן במדינת קליפורניה צו אימוץ, לפיו בנה של אחת מבנות זוג לסביות, אומץ על ידי בת הזוג השנייה. השתיים חזרו לישראל. הם פנו לפקיד הרישום לרשום את האימוץ במרשם. פקיד הרישום סירב. עמדתו היתה כי מבחינה ביולוגית קיומם של שני הורים מאותו מין אינו אפשרי, ומכאן שאי-נכונות הרישום גלויה לעין. העתירה התקבלה. השופט ד' דורנר ציינה כי:

"במסגרת פסיקה עקיבה וממושכת שתחילתה בבג"ץ פונק שלזינגר, נקבע, שפקיד רישום אינו מוסמך לקבוע מהו תוקפו של הרישום שאותו הוא נדרש לרשום, אלא חייב הוא לרשום את אשר האזרח אומר לו, אלא אם כן מדובר ב'אי נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק (שם, עמ' 243) ...' הרישום שלפנינו אינו משנה את ההיבט הביולוגי, כי אם את ההיבט המשפטי" (בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 374, 375).

השופט ד' ביניש הצטרפה לגישה זו. היא ציינה כי ביסוד עמדתו של שר הפנים, עומד "החריג" שהוכר בפרשת פונק שלזינגר, לעניין כוחו של פקיד הרישום שלא לרשום אי-נכונות הגלויה לעין, ושאינה מוטלת בספק סביר. השופט ד' ביניש ציינה כי חריג זה אינו חל בעתירה שלפניה:

"במקרה שלפנינו, אין בידי המשיב להצביע על 'אי נכונות' גלויה לעין כאמור; פרט הרישום המבוקש אינו עובדה ביולוגית, אלא עניין הכרוך בשאלה משפטית מורכבת. ... טענת המשיב... שלפיה אי-נכונות הרישום המבוקש 'גלויה לעין' בשל היעדר אפשרות להכיר בשתי אימהות לאותו ילד איננה אלא לבוש שונה לטענה שאין להכיר באימוץ המבוסס על יחסים חד-מיניים בין ההורה הביולוגי להורה המאמץ. ... בהיעדר טענה, שאיננה מוטלת בספק, כנגד תוקפו של צו האימוץ הזר או בדבר נכונות פרטי המבקשים... על פקיד הרישום לרשום את פרטי העותרים על יסוד צו האימוץ" (שס, עמ' 376, 377).

שופט המיעוט, השופט ע' זועבי, העמיד אף הוא את פסק דינו על פרשת פונק שלזינגר. מסקנתו שאין לרשום האימוץ התבססה על שני טעמים: ראשית, ביסוד פרשת פונק שלזינגר עמדה ההנחה כי לרישום של הנישואין אין כוח ראייתי, וכל מטרתה איסוף חומר סטטיסטי. בעניין האימוץ, הרישום הוא של פריט שמות ההורים (פסקה (2)). רישום זה מהווה ראיה לכאורה על נכונותו; שנית, כדי ליתן תוקף לצו האימוץ, יש "להכיר" בו על פי הוראות חוק אכיפת פסקי חוק, תשי"ח-1958. בלא הכרה זו אין להתחשב בו. בכך הוא שונה מתעודת נישואין, שרישום על פיה אינו מחייב "הכרה" בה. יצויין כי בפרשת ברנר-קדיש מתקיים דיון נוסף, שטרם הוכרע.

13. החוליה הבאה בשרשרת הפונק-שלזינגרית הוא בפסק דינו בפרשת נעמת (בג"ץ 5070/95 נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721). העותרים בפרשה זו עברו גיור רפורמי או קונסרבטיבי (בארץ או בקהילה יהודית מחוץ לישראל). הם ביקשו להירשם במרשם האוכלוסין, כיהודים בפרטי הלאום והדת. פקיד הרישום סירב לבקשה. החלטנו בפרשת נעמת כי פקיד הרישום פעל שלא כדין. הבסיס לגישתנו נעוץ בפרשת פונק שלזינגר. וכך כתבתי (על דעת המשנה לנשיא ש' לוין, השופטים ת' אור, א' מצא, מ' חשין, ט' שטרסברג-כהן, ד' דורנר, ד' ביניש, א' ריבלין, וכנגד דעתם החולקת של השופטים י' אנגלרד ו-י' טירקל):

"הלכת פונק שלזינגר – אשר נפסקה לפני כארבעים שנה – ממשיכה לעמוד בתוקפה. בכל הנוגע לרישום הפריטים של לאום ודת היא קובעת כי תפקיד המרשם הוא '... תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים...' (שס, בעמ' 244). לפקיד הרישום אין סמכות שיפוטית ואל לו להכריע בסוגיה משפטית 'פתוחה'. כאשר הוא מתבקש לבצע רישום ראשון מכוח הודעת המבקש, עליו להיענות לבקשה, גם אם תוקפה

המשפטי אינו נקי מספיקות, ויש בו פנים לכאן ולכאן, ובלבד שאי-נכונותה של ההודעה אינו בולט לעין. כאשר פקיד הרישום מתבקש לבצע שינוי ברישום מכוח הודעת המבקש, יש לצרף לבקשה תעודה ציבורית המעידה על השינוי" (שס, עמ' 744).

גישה זו חזרה בפרשת גולדמן (בג"ץ 6539/03 גולדמן נ' מדינת ישראל, משרד הפנים, פ"ד נט(3) 385). כותב השופט מ' חשין:

"חוק המרשם אינו אלא חוק סטטיסטי-רישומי, ותכליתו אינה אלא לקיים מאגר מידע על אודות תושבי ישראל, ובהיות החוק מה שהוא, אין להטיל עליו להכריע בשאלות שמעבר לכוחו... ערכו של הרישום במרשם – על דרך העיקרון – ערך הוא של רישום טכני-סטטיסטי גרידא, ואכן כן הוא" (שס, עמ' 393, 395).

14. על פרשת פונק שלזינגר נמתחה ביקורת (ראו שאווה, "לשאלת תוקפם ורישומם של נישואי תערובת שנערכו בפני קונסול זר בישראל", הפרקליט מב 188 (תשנ"ה)). כבר בימיה הראשונים צויין כי אופיו הסטטיסטי של הרישום אינו "ממצה את חשיבותו המעשית של המרשם" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2071). השופט צ' טל הדגיש כי "הגישה של רישום 'סטטיסטי' בלבד מתעלמת מן המציאות" (פרשת פסרו (גולדשטיין), עמ' 709). השופט י' טירקל הוסיף כי "חוששני שהיום אף עלולה להשתמע ממנה מעין היתממות או עצימת עין" (פרשת נעמת, עמ' 764). השופט י' אנגלרד ציין כי "אם רק בסטטיסטיקה חסרת משמעות עניינית מדובר, מדוע המשך המאבקים הרבים על הרישום? ... האמת היא, כמובן, כי הסמל כאן הוא המהות, וללא השקפת עולם נתונה אין הכרעה בשאלת הרישום ואין סטטיסטיקה" (פרשת נעמת, עמ' 757). אכן, בפרשת נעמת ביקשה המדינה כי נסטה מהלכת פונק שלזינגר. בקשה זו נדחתה, תוך שציינו:

"הלכת פונק שלזינגר היכתה שורשים בפסיקה, ונדרשים שיקולים כבדי משקל כדי לסטות ממנה. שיקולים כאלה לא הובאו בפנינו. הטיעון בדבר הסתמכותן של רשויות המדינה אינו משכנע כלל ועיקר. חזקה על רשויות המדינה שהן פועלות על פי חוק. במסגרת זו הן חייבות להיות מודעות לאופי המוגבל של הרישום במרשם... בעקבות רשויות הציבור – ועל רקע המודעות באשר לתפקידו המוגבל של המרשם – גם הציבור הרחב מביין כי הרישום של פרטי הדת, הלאום והמצב האישי במרשם... לא באו אלא למטרות של סטטיסטיקה וכיוצא בזה, ואין היא מעניקה לנרשם שום זכויות מיוחדות" (השופט

ש' ז' חשין בבג"ץ 145/51 אבו ראס נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה' 1476, 1478). אכן, הרישום במרשם הוא 'נייטרלי' לעניין המאבקים השונים המתנהלים מאז קום המדינה בענייני לאום, דת ונישואין, ומן הראוי שישאר כך. את המחלוקות המהותיות בעניינים אלה יש לקיים תוך בחינת הזכויות המהותיות, ואלו מצויות מחוץ למרשם" (שם, עמ' 745).

אכן, הלכת פונק שלזינגר ראוייה היא וטובה. אין זה ראוי כי בלא הוראה מפורשת בחוק המרשם תוענק לפקיד הרישום – כלומר, לשר הפנים – הסמכות להכריע בשאלות יסוד של החברה הישראלית. אין זה ראוי כי בכל עת בו חל שינוי בראשותו של משרד הפנים יבוא שינוי במדיניות בשאלות מפתח של המדינה. שאלות אלה ראוי להן כי יוכרעו על ידי העם באמצעות נציגיו בכנסת. כל עוד הכנסת לא אמרה את דברה ראוי הוא, ככל האפשר, כי ההכרעות הערכיות הללו לא יעשו בגדריו של המרשם. הלכת פונק שלזינגר נותנת ביטוי לתפיסה זו. אכן, דווקא מי שמבקש להתרחק מהכרעה בסמלים, צריך לדבוק בהמשכה של פרשת פונק שלזינגר ובהעמקתה. עמד על כך השופט מ' חשין בפרשת גולדמן:

"חוק המרשם, בעיקרו, חוק טכני הוא, וכי נטיל על כתפיו הדלות משא כבד של שאלות הרוח-עולם, לא יהיה בכוחו לשאתן. חוק המרשם לא נועד, מעיקרו, להכיל שאלות של עם ולאום, של דת ומדינה, של גיור כהלכה ושל לא-כהלכה, של מיהו יהודי ומיהו שאינו-יהודי. הכרעות בשאלות אלה ובשאלות דומות להן הכרעות היסטוריות הן, ובהיותן מה שהן, אך מוזר – אף מגוחך – הוא הטעון כי פקיד המרשם אמור להכריע בהן. הכרעות מסוג זה לא לפקיד המרשם ניתנו, ואף לא לבית-המשפט בשבתו לביקורת על החלטות הפקיד" (שם, עמ' 395).

כמובן, פרשת פונק שלזינגר אינה מונעת הכרעה שיפוטית בשאלות של דת, לאום ונישואין. עם זאת, היא מעמידה את ההכרעה השיפוטית באור הנכון. תחת הכרעה אגבית בתחום טכני של מרשם, תבוא הכרעה לגופה של הסוגיה במסגרתה הראויה. כך, למשל, ההכרעה בשאלת תוקף הגיור הלא אורתודוכסי לא תבוא במסגרת מלאכותית של סמכויות פקיד המרשם (ראו פרשת ש"ס, פרשת נעמת), אלא במסגרת עניינית של חוק השבות (ראו בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412). שינוי המסגרת הדיונית, מעמיד את השאלות הקשות באורן הראוי, תוך שנפרשת התמונה הכוללת של הערכים, העקרונות והזכויות שיש לאזן ביניהם.

15. בעתירות שלפנינו לא נתבקשנו על ידי המדינה לבחון מחדש את פרשת פונק שלזינגר. כל הצדדים הניחו את פרשת פונק שלזינגר נר לרגליהם. העותרים חזרו וציינו כי אין הם מבקשים הכרעה בשאלה, אם נישואיהם בקנדה תקפים בישראל. גם המדינה אינה מבקשת מאיתנו להכריע בשאלת תוקף הנישואין. גדר המחלוקת בין הצדדים הוא באשר להיקפה של פרשת פונק שלזינגר. העותרים טוענים כי חמשת המקרים שלפנינו נופלים בגדרה של הלכה זו. על פקיד הרישום לרשום השינוי במרשם על בסיס תעודת הנישואין שהם הציגו לו, בלא לבחון את תוקף הנישואין בישראל. באת כוח המדינה טוענת בפנינו כי נישואים בין בני זוג מאותו מין מהווה תבנית משפטית של נישואין שאינה מוכרת בישראל, ועל כן אין תחולה לגביה להלכת פונק שלזינגר. כותבת באת כוח המדינה:

”יש לערוך הבחנה בין רישום במרשם האוכלוסין של נישואין אשר נערכו מחוץ לישראל אך עונים על התבנית המשפטית הבסיסית הקיימת של נישואין בישראל, היא תוקפם אשר יהא, ואשר על רישומם במרשם האוכלוסין חלה הלכת פונק שלזינגר, לבין רישום נישואין אשר אינם עולים בקנה אחד עם התבנית המשפטית הקיימת בישראל” (פסקה 35 להשלמת טיעון מטעם המשיב (מיום 23.3.2006)).

עם מי הדין? לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

1. פרשת פונק שלזינגר והטיעון בדבר “תבנית משפטית”

16. כל הצדדים מסכימים כי תעודות הנישואין שהוגשו לפקיד הרישום ערוכות כדין על פי הדין הקנדי; כי נערך בקנדה טקס נישואין; כי הפרטים המופיעים בתעודת הנישואין הם נכונים. על בסיס זה מתבקשת לכאורה המסקנה, כי על פקיד הרישום לרשום את בני הזוג כנישואים. זו לשונו הברורה של השופט י' זוסמן בפרשת פונק שלזינגר:

”ברשמו את מצבו המשפחתי של תושב, אין זה מתפקידו של פקיד הרישום ליתן דעתו על תוקפם של הנישואין... די לו לפקיד לצורך מילוי תפקידו ורישום המצב המשפחתי, אם הובאה לפניו ראיה שהתושב ערך טקס נישואין” (שם, עמ' 252).

טוענת המדינה, כי הלכה זו חלה על מצב משפחתי הנופל לגדר תבנית משפטית המוכרת בדין הישראלי. תבנית זו משקפת את תפיסת המחוקק באשר למגוון האפשרויות של סטטוס אישי. לענייננו, תבניות אלה הן "רווק, נשוי, גרוש ואלמן" (סעיף 2(א)(7) לחוק המרשם). הדיבור "נשוי" בהקשר זה משמעותו נישואין העולים בקנה אחד עם התבנית המשפטית הבסיסית בדין הישראלי באשר ל"נישואין". תבנית זו מתייחסת לנישואין בין גבר לאשה בלבד. לעניין זה מבחינה המדינה בין "תבנית חברתית", "תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסויימת" ו"תבנית משפטית". התבנית החברתית משקפת מוסדות משפחתיים או בין-אישיים המוכרים בחברה. לעתים יש לה השלכות חברתיות שונות אשר אינן עולות לכדי סטטוס אישי משפטי בר רישום. אז היא מהווה "תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסויימת". תבנית זו נבדלת מתבנית משפטית בכך שהיא אינה מהווה סטטוס משפטי, לעומת התבנית המשפטית המבוססת על סטטוס משפטי. לדעת המדינה, נישואי העותרים נכנסים לגדר "תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסויימת". אין הם נכנסים לידי "תבנית משפטית". האם הדין עם המדינה?

17. עמדת המדינה אינה מקובלת עלי. מבקשת היא להחזיר להכרעות בעניין הרישום במרשם והביקורת השיפוטית עליהם, את שאלת תוקף הסטטוס האישי. במאמץ רב, על פני למעלה מארבעים שנה, הוצאה ההכרעה בדבר תוקף הסטטוס האישי מהליכי הרישום והביקורת השיפוטית עליהם. בא הדיבור על "תבנית משפטית" ומבקש להחזיר את עניין הסטטוס למרכז הבמה של הדיונים באשר לרישום במרשם. לזאת לא ניתן להסכים. כל הטיעונים שהועלו במשך השנים, והתומכים בהלכת פונק שלזינגר, נוגדים את רעיון התבנית המשפטית שהעלה המשיב. מרשם האוכלוסין לא נועד להכריע בשאלת קיומן או היעדרן של תבניות משפטיות; פקיד הרישום אינו כשיר לקבוע אם קיימת "תבנית משפטית" מוכרת או רק "תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסויימת"; המרשם מוסר נתונים סטטיסטיים על התרחשויות אישיות (כגון לידה, מוות, נישואין, גירושין) ולא קונסטרוקציות משפטיות שעברו את עינו הבוחנת של פקיד הרישום. אין זה ראוי כי בשדה הרישום ייערך המאבק המשפטי באשר לסטטוס האישי.

18. דיבור זה על "תבנית משפטית מוכרת" – חדש הוא. הוא לא הופיע בטיעוני המדינה בעבר. לדעתי, אין בו כדי לתרום לסוגיה שלפנינו. הוא מעלה שאלות קשות באשר לרמת ההפשטה של הדיבור "תבנית". האם "נישואין" בקנדה, התקפים על פי



הדין הקנדי כנישואין, אינם בגדר "תבנית משפטית" מוכרת? האם אימוץ ילדה של אם ביולוגית על ידי שותפתה לחיים הלסבית היא "תבנית משפטית מוכרת"? אימוץ הוא בוודאי תבנית משפטית מוכרת. האם האופי הלסבי של החיים המשותפים של בנות הזוג, הופך תבנית זו של אימוץ לבלתי מוכרת? מהי אמת המידה לפיה ניתנת תשובה לשאלה זו? על כל פנים, בפרשת ברנר-קדיש הוחלט כי יש לרשום אימוץ זה. האם נצטווה באותה פרשה פקיד הרישום – והיה זה בטרם ניתן פסק דינו בע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם) – לרשום "תבנית משפטית שאינה מוכרת" או "תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסויימת"? מה ההבדל בין רישום האימוץ הלסבי לבין רישום הנישואים ההומוסקסואליים?

19. המדינה מכירה בכך כי חיים משותפים של בני זוג הומוסקסואליים מהווים "תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסויימת". כותבת באת כוח המדינה:

"מדינת ישראל מכירה בזוגיות חד מינית, וזאת בהקשרים רבים. הכרה זו ניתנת בנוגע להיבטים כלכליים-סוציאליים, ואף בהקשר של הסדרת שהייה כחוק בישראל" (פסקה 19 לתגובה המקדמית מיום 13.11.2005).

הדין בעניין זה עם המדינה. אכן, ברשימה ארוכה של פסקי דין נפסק כי לבני זוג הומוסקסואליים מוענקות זכויות לפי חוקים והסדרים ספציפיים. הנה רשימה חלקית:

(1) זכויות על פי הסכמים קיבוציים המוגבלים לבני זוג (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילביץ, פ"ד מח(5) 749); (2) הענקת זכויות פנסיוניות, כגון פנסיית שאירים (נד/1712-3 עוזי אבן נ' אוניברסיטת תל-אביב (לא פורסם); ע"ב (ת"א) 3816/01 פטריק לוי – מבטחים) (3) זכויות לגמלאות לפי חוק שירות הקבע בצבא ההגנה לישראל (ע"ש 369/94 שטיינר נ' צבא ההגנה לישראל); (4) זכות להנצחה (בג"ץ 5398/96 שטיינר נ' שר הביטחון); (5) הכרה כ"בן זוג" לעניין חוק מניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 (תמ"ש 48260/01 פלוני נ' פלוני (לא פורסם)); (6) הכרה כ"בן זוג" לעניין חוק בית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש 3140/03 בעניין ר.א. ו-ל.מ.פ. (לא פורסם)); (7) הכרה כידוע בציבור לעניין זכויות על פי חוק הירושה (ע"א (נצ') 3245/03 ע"מ נ' האפורופוס הכללי); (8) קצבת שאירים לפי חוק הביטוח הלאומי (ב"ל (ת"א) 3536/04 גיורא רז – המוסד לביטוח לאומי). הנה כי כן, ל"תבנית החברתית" של בן זוג הומוסקסואלי ניתנת איפוא "נפקות משפטית מסויימת". מדוע אין נפקות זו מגיעה לכדי "תבנית משפטית"? תשובתה של המדינה הינה כי הנפקויות החברתיות הללו אינן "תבנית משפטית" שכן הן אינן עולות כדי סטטוס אישי. נמצא,

כי ביסוד הבחנתה של המדינה עומד מושג הסטטוס. שוללת היא "תבנית משפטית" מהנישואין ההומוסקסואליים שכן הם נעדרי סטטוס. הנה כי כן, לדעת המדינה שאלת הרישום נגזרת משאלת "התבנית המשפטית" ושאלת "התבנית המשפטית" נגזרת משאלת הסטטוס. לפי גישתה של המדינה, על פקיד הרישום לבחון את שאלת הסטטוס בטרם יקבע את קיומה או היעדרה של התבנית. תפיסה זו נוגדת במישרין את הלכת פונק שלזינגר, לפיה שאלת הסטטוס אינה עניין למרשם; הכרעה בסטטוס אינו עניין לפקיד הרישום; הביקורת השיפוטית על החלטתו של פקיד הרישום אינה צריכה לעסוק בשאלות של סטטוס. פקיד הרישום אינו צריך ואינו מסוגל לבחון אם מצב נתון יצא את תחום "התבנית החברתית בעלת נפקות משפטית מסויימת", והגיע לידי "תבנית משפטית". בית המשפט בהפעילו ביקורת שיפוטית על החלטת פקיד הרישום אינו צריך לעסוק בשאלות אלה.

20. שאלנו את עצמנו אם אין לומר כי ביסוד המושגיות של "תבנית משפטית" עומד הרצון של המדינה למנוע רישום של נישואין הנערכים מחוץ לישראל והנוגדים את תקנת הציבור בישראל. מתשובת המדינה בכתב ובעל-פה עולה, כי זו אינה מעלה כלל טיעונים של תקנת הציבור. בטיעוניה בכתב ציינה באת כוח המדינה:

"העמדה לעניין אי הרישום אין בה משום נקיטת עמדה ערכית או ציבורית בשאלה אם ראוי להכיר בנישואי בני אותו מין, אלא עמדה משפטית-מקצועית באשר למצב המשפטי הנוהג" (פסקה 94 לתגובה המקדמית מטעם המשיב מיום 13.11.2005).

בתשובה לשאלותינו בעת הטיעונים בעל-פה ציינה באת כוח המדינה כי היא אינה מעלה טענות שעניינן "תקנת הציבור".

21. בטיעוניה ציינה באת כוח המדינה כי על פי הלכת פונק שלזינגר, אל-לו לפקיד הרישום לרשום דבר שאינו נכון ואי נכונותו גלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר. לטענתה, רישום בני זוג הומוסקסואליים כנשואים הוא רישום שלוקה, מבחינה משפטית, באי נכונות גלויה לעין, שכן המשפט הישראלי אינו מכיר בנישואין אלה. טיעון זה בטעות יסודו, וזאת משני טעמים: ראשית, אי הנכונות אליה מתייחסת הלכת פונק שלזינגר הינה אי נכונות עובדתית, ואילו המדינה טוענת לאי נכונות משפטית (ראו פרשת ברנר-קדיש, עמ' 375, 377). בצדק ציינה השופטת ד' דורנר באותה פרשה (שעניינה רישום אימוץ ביחסים לסביים) כי "הרישום שלפנינו אינו משקף את ההיבט הביולוגי, כי אם את ההיבט המשפטי" (שם, עמ' 137). השופטת ד' ביניש ציינה אף היא

כי "טענת המשיב במקרה דנן, שלפיה אי נכונות הרישום המבוקש 'גלויה לעין' בשל היעדר אפשרות להכיר בשתי אימהות לאותו ילד, איננה אלא לבוש שונה לטענה שאין להכיר באימוץ המבוסס על יחסים חד-מיניים בין ההורה הביולוגי להורה המאמץ" (שם, עמ' 377). שנית, לעניין קיומה של "טעות גלויה לעין", השאלה אינה אם נישואין הומוסקסואליים מוכרים בישראל. השאלה הינה אם המשפט הישראלי יכיר בנישואין הומוסקסואליים התופסים במקום עריכתם. תשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. היא מחייבת עריכתן של הבחנות דקות ודקיקות. על כל פנים, ההכרעה בה – על פי הלכת פונק שלזינגר – לא תעשה בהליכי הרישום ובביקורת השיפוטית עליהם.

22. כחוט השני עוברת בטיעוני המדינה הטענה כי בשאלת ההכרה בנישואין בין בני זוג מאותו מין, אין הסכמה חברתית בישראל; כי בית המשפט לא צריך להכריע בשאלות אלה; כי ההכרה בסטטוס של נישואי בני זוג מאותו מין היא שאלה ערכית, שהמקום הראוי לה הוא בית המחוקקים. לטיעונים אלה אני מסכים, עד כמה שהם מתייחסים לאפשרות כי בית המשפט הוא שיכריע בשאלה האם בני זוג מאותו מין יכולים להינשא בנישואים אזרחיים בישראל עצמה. ניתן לכך ביטוי במספר פסקי דין (ראו ע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 7; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749; בג"ץ 4058/95 בן-מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876; פרשת ירוס-חקק). בפרשת בן-מנשה ביקש העותר כי נורה לשר הדתות למנות פקיד שיערוך נישואים אזרחיים למקרים מיוחדים. העתירה נדחתה. וכך כתבתי בפסק דיני:

"שאלת הנהגתם של הנישואין האזרחיים בין בני-זוג חסרי עדה דתית – כמו גם הנהגתם של נישואין אזרחיים לגבי בני-זוג המשתייכים לעדות דתיות שונות – היא שאלה קשה וסבוכה. אין לגביה הסכמה לאומית. היא קשורה בהכרה בסטטוס, הפועל כלפי כולי עלמא. במצב דברים זה נראה לכאורה כי המוסד הראוי לטיפול ולהסדרת הנושא היא הכנסת ולא בית-המשפט" (שם, עמ' 878).

אכן, מקובל עלי כי שאלת הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל ובכלל זה נישואין בין בני אותו מין, ראוי לה להיקבע בראש ובראשונה בידי המחוקק. זו אינה השאלה שבפנינו. איננו עוסקים כלל בנישואין בישראל. זאת ועוד: לא מונחת בפנינו כלל בקשה להכיר בנישואים בין בני זוג מאותו מין שנערכו מחוץ לישראל. כאשר שאלה זו תתעורר, היא תיבחן על פי הכללים המקובלים עלינו של המשפט הבינלאומי הפרטי. כל שמונח לפנינו, ואשר הלכת פונק שלזינגר מבקשת לפתור, הוא שאלת הרישום –

רישום ולא הכרה – בנישואים של בני זוג מאותו מין שנערכו מחוץ לישראל. גישתה של המדינה, כי עלינו לדחות העתירות שכן הנישואין שערכו העותרים אינם "תבנית משפטית" המוכרת בישראל, היא גישה המבקשת לנקוט עמדה בשאלה של סטטוס; היא גישה המבקשת מבית המשפט לנקוט עמדה בשאלה חברתית השנויה במחלוקת. חשיבותה של הלכת פונק-שלזינגר הינה, בין השאר, בכך שאין היא מביאה את בית המשפט לידי הכרעה בענייני סטטוס. והנה, דווקא גישת המדינה לעניין "תבנית משפטית" מוכרת מחייבת הכרעות שהמדינה עצמה סבורה שמן הראוי להותירן בידי המחוקק.

23. בטרם נסיים נחזור ונדגיש במה אנו מחליטים היום, ובמה איננו מחליטים היום. הננו מחליטים כי במסגרת מעמדו הסטטיסטי-רישומי של מרשם האוכלוסין, ועל רקע תפקידו של פקיד הרישום כמאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול המרשם, על פקיד הרישום לרשום במרשם האוכלוסין את העולה מהתעודה הציבורית המוגשת לו על ידי העותרים, לפיה העותרים נשואים. איננו מחליטים כי בישראל מוכרים נישואים בין בני אותו מין; איננו מכירים בסטטוס חדש של נישואים אלה; איננו נוקטים כל עמדה באשר להכרה בישראל של נישואין בין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל (בין בין תושבי ישראל ובין מי שאינם תושבי ישראל). התשובה לשאלות אלה, בהן אין אנו מכריעים היום, קשה היא וסבוכה (ראו יונאי, "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה", משפט וממשל ד' 531 (תשנ"ח); הראל, "בתי-המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?", משפט וממשל ד' 785 (תשנ"ח); טמיר (יצחקי), "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות", הפרקליט מה 94 (2000); הראל, "עלייתה ונפילתה של המהפיכה המשפטית ההומוסקסואלית", המשפט ז' 195 (תשס"ב-2002); מרין, "נישואין בין בני זוג מאותו מין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית", המשפט ז' 253 (תשס"ב-2002); ביטון, "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים", קריית המשפט ב' 401 (2002); ראו גם: E. Heinze, Sexual Orientation: A Human Right (1995); R. Wintemute, Sexual Orientation and Human Rights (1995); R. Wintemute and M. Andenas (eds.), Legal Recognition of Same-Sex Partnerships (2001); D. Pinello, Gay Rights and American Law (2003); E. Grestmann, Same-Sex Marriage and the Constitution (2004). יש לקוות כי הכנסת תוכל ליתן עליהן, או על חלקן, את דעתה.

התוצאה היא כי אנו עושים הצו-על-תנאי למוחלט. על המשיב לרשום העותרים כנשואים בפריט 2(א)(7) של מרשם האוכלוסין.

הנשיא (בדימ')

הנשיאה ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק ולנימוקיו.

מסורת משפטית של שנים יצרה וביססה בשיטתנו את ההבחנה בין מרשם האוכלוסין, תפקידו וגבולות סמכותו, לבין הסוגיות הקשות ביותר של קביעת מעמד אישי. העובדה שמנקודת ראותם של העותרים יש בודאי חשיבות למרשם ולהצהרה הנכללת בו, אינה גורעת מההפרדה המשמעותית שנוצרה בהלכות שיצאו מלפני בית משפט זה בין סוגיית המרשם לבין שאלת המעמד האישי. גישה זו של פסיקתנו יצרה מסגרת המותירה את השאלות הסבוכות ביותר מבחינה משפטית ללא הכרעה, ואת שאלת ההכרה החברתית והערכית לכנסת כבית המחוקקים. על כל אלה, עמד חברי הנשיא והדגישם בפסק דינו, ולעמדתו זו אני רואה להצטרף.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ') א' ברק.

ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

פתח דבר

א. חוששני כי אין דעתי כדעת חברי להרכב. לפני ארבעים ושלוש שנים ניתן בבית משפט זה, ברוב דעות, פסק הדין בעניין פונק-שלזינגר (בג"צ 143/62 פונק-שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד י"ז, 225), שקבע כי על פקיד מרשם האוכלוסין לרשום זוג כנשוי אם בא הזוג לפניו, ועמו ראייה לכאורה להוכחת טקס נישואין שנעשה במקום אחר, ואין לו לפקיד לבדוק את תוקף הנישואין. פסק הדין עסק ביהודי ובנוצריה שנישאו בנישואין אזרחיים בקפריסין. לימים היתה הלכה זו ליסוד מוסד בשפיטתו של בית משפט זה בנושאים שנויים במחלוקת, ושימשה בהלכות ש"ס (בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים תנועת ש"ס נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מג(2) 723), פסרו (גולדשטיין) (בג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 681), ונעמ"ת (בג"צ 5070/95 נעמ"ת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721), לעניני רישום של לאום, דת וגיוור, ובפרשת ברנר-קדיש (בג"צ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368) לעניין אימוץ לסבי (לא למותר לציין כי בעניין אחרון זה מתקיים דיון נוסף - דנג"צ 4252/00 שר הפנים נ' קדיש). עתה מבקש חברי הנשיא, ועמו רוב ההרכב, להחילה גם על נישואין בין בני זוג מאותו מין. דעתי שונה. דעתי היא כי לאמיתו אין המדובר בנידון דידן אך ברישום סטטיסטי כאפיונו מקדם של המרשם, הגדרה כשלעצמה אבד עליה כלח מזמן, אלא בסמל חברתי-ציבורי, וזו מטרתם של העותרים לאמיתה. כל כך, שכן

על הפרק אין לעת הזאת נושאים כלכליים או "פרקטיים" שבשלהם עתרו. מסופקני איפוא באשר להבחנה בין רישום להכרה בהקשר זה שעורכים חברי. דעתי בתמצית בנושא העתירה היא כי נושא הנישואין בין בני זוג מאותו מין - שהוא חדש יחסית בשיח הציבורי, בודאי בממד ההיסטורי, ואינו מוכר ברוב רובן של מדינות העולם, והוא מעורר מטבעו קשיים נוכח התייחסותם של חלקי אוכלוסיה כלפיו בהקשרים שונים - מצוי בתחומו של המחוקק ולא בפרשנות יצירתית של בית המשפט.

ב. חברי הנשיא "מקדש" את הלכת פונק-שלזינגר, בסברו כי תועלתה הולכת ומעמיקה לאורך השנים, שכן מאפשרת היא - בלשונו שלו - "שקט חברתי" (כמשקל "שקט תעשייתי") בתחומים רגישים.

ג. השאלה לדידי היא גדריה וגבולותיה של הלכת פונק-שלזינגר. סבורני, כי כבר נמתחו גבולותיה יתר על המידה, ואין מקום להרחיבם עוד. לא הרי המטרה לה שימשה הלכה זו בראשית הדברים, כשבאה לפתור רישומם של נישואין אזרחיים, הקיימים במרבית המדינות אך לא תאמו את מבנה מערכת הנישואין בישראל, כהרי התרחבותה הנמשכת למחוזות שאינם באים בגדר זה. ספציפית, בנידון דידן, המדובר כאמור בנושא שנוי במחלוקת בתבל ומלואה ושנוי במחלוקת בישראל. האדם מן היישוב אינו מבחין בין הרישום לבין ההכרה בסטטוס; נצא נא לרחובה של עיר ונשאל את הבריות, ודומה שאין חולק כי התשובה תהא כי הם היינו הך. בנסיבות אלה, על בית משפט זה לומר למחוקק, היכבד ואמור את דברך. זו גישתי בתמצית. עתה אבאר ביתר פירוט.

### על הלכת פונק-שלזינגר

ד. מר שלזינגר, יהודי, וגב' פונק, לא יהודיה - נישאו בנישואין אזרחיים בקפריסין. בבואם ארצה ביקשו להירשם כנישואים. פקיד המרשם סירב והם עתרו. כה אמר השופט (כתוארו אז) זוסמן, שכתב את חוות דעת הרוב:

"ברור הדבר ונעלה מספק, כי תפקידו של פקיד רישום, על פי הפקודה הנ"ל (פקודת מרשם התושבים, תש"ט - 1949, שהוחלפה בחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה - 1965 - א"ר) אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו" (עמ' 244).

דברים אלה של השופט זוסמן נסמכו בין השאר על חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה (מיום 10.3.58), שבה נקבע כי "אין השלטונות האזרחיים המינהליים לא מצווים לא מסוגלים ולכן אף לא רשאים, לבצע הלכות ולהכריע בדיני איסור והיתר דתיים" (עמ' 246 - ההדגשה במקור). ועוד ציין השופט זוסמן, כי הפקודה "לא שיוותה לרישום במרשם התושבים כוח של ראייה או הוכחה לשום דבר. מטרת הפקודה היא ... לאסוף חומר סטטיסטי. חומר זה יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו ..." (עמ' 249); וכאן הובאו דוגמאות לכך, שאין המרשם ראייה לדבר וחצי דבר.

ה. בית המשפט - בדעת הרוב - לא רצה להיכנס לשדה המוקשים ההלכתי. לפיכך נאחז בהלכת סקורניק (ע"א 191/51 ליב סקורניק נ' מרים סקורניק, פ"ד ח' 141), וכך אמר: "פרקליט המדינה לא טען לפנינו לפסילת הנישואין מחמת שנערכו בטכס אזרחי; לא היה מקום לטענה זו הואיל ובית משפט זה כבר פסק, כי לענין צורת הנישואין הולכים אחר הדין במקום הטכס (פרשת ליב סקורניק) ובאין ראייה לסתור, טכס שנערך בארץ פלונית, חזקה עליו שכדין נערך" (עמ' 252-253). ועוד הוסיף השופט זוסמן:

"הנישואין ייפסלו... אם שופט ישראלי, בתיתו ביטוי לרגשי ציבור ישראלי, חייב יהא לומר, תוקפם של נישואין כאלה אינו מתיישב עם אורח החיים שלנו... פסול הנישואין, על פי הלכות הדת, יהא שיקול נכבד ביותר, אך אין הוא צריך להיות השיקול היחיד. ציבור ישראל מחולק היום לשני מחנות. מחנה אחד שומר מצוות או מרביתן, עומד לעומת מחנה אחר המדגיש את ההבדל בין מדינת חוק ומדינת הלכה. השקפותיהם של בני שני המחנות נוגדות אלו את אלו בתכלית. הסדר הציבורי בישראל אין פירושו, שהשופט יכפה השקפתו של מחנה אחד על המחנה השני. החיים מחייבים יחס של סובלנות כלפי הזולת והתחשבות בהשקפתו שהיא אחרת, ולפיכך לא יהא קנה המידה של השופט אלא מאזן כל הדעות הרווחות בציבור (עמ' 256; הדגשה הוספה - א"ר)".

לפיכך סיכמה דעת הרוב, כי לצורך רישום המעמד קובע טכס הנישואין, ובדיקת תוקפם של הנישואין אינה מעניינה של פקיד הרישום, וראייה לכאורה להוכחת הטכס דיה כדי לחייבו לרשום את הטכס. יצוין כי השופטים ברנזון וויתקון הותירו בצריך עיון את עניין ההכרה בתוקפם של הנישואין האזרחיים (עמ' 258), בעוד שהשופט זוסמן סבר שאין לקבוע בביטחון כי הללו ייפסלו. עניינה הרואות, עם כל זאת, כי בית המשפט ביסס את פסק דינו על הספק בתקפות הנישואין על פי הדין הישראלי (דבר שאין לו מקבילה במקרה שלפנינו), והבליט את הצורך בקנה מידה שהוא "מאזן



כל הדעות הרווחות בציבור". לא אמנע מלומר באשר לדברי השופט זוסמן, כי גם במשקפי הימים ההם, מסופקני אם החלוקה הדיכוטומית שתיאר בין שני המחנות העומדים כביכול זה מול זה, תומכי חוק מול תומכי הלכה, שיקפה את המציאות הישראלית המורכבת, ושגוניה מרובים. אומר רק, כי גם בין שומרי המצוות היו (וישנם) רבים עד מאוד שיחסם להלכה אינו גורע כל עיקר מיחסם למדינה כמדינת חוק, והרואים שלמות רעיונית בשילוב.

ו. השופט (כתארו אז) זילברג, בדעת המיעוט, סבר כי לנישואין בהם מדובר, בין יהודי לנוצריה, אין תוקף לפי חוקי המדינה כיוון שדיני ישראל הם חוקו האישי של האיש (שלזינגר); הואיל וכך, הנה אם פקיד הרישום "משוכנע כי האיש איננו נשוי, אסור לו לרשום דבר שהוא, לדעתו, שקר מוחלט. כי שאלון הרישום שואל על המצב המשפחתי המשפטי של הנרשם, ולא על העובדה הערטילאית אם עבר טכס נישואין או לא" (עמ' 239; ההדגשה במקור. ראו גם מאמרו של ד"ר זילברג משנת תש"א (1941) "סוגיא מודרנית של דין קידושין" (הובא בספרו באין כאחד, 225), שם ציין, על פי הפסיקה הארצישראלית המנדטורית, כי "נישואי תערובת של יהודי נתין הארץ בטלים בארץ ישראל..." (עמ' 230)). השופט זילברג, שלא התעלם מצרכים אנושיים ומעשיים, גם הציע הצעה מעשית למקרים כמו פונק-שלזינגר, שלשיטתו יכלה להועיל "ליטול את העוקץ המכאיב מרובא דרובא של המקרים הקשים" (עמ' 241), קרי, להוסיף בחוק אחרי המלים "נשוי" או "נשואה" את המלים "בטכס אזרחי" או "בטכס דתי". דבר זה חייב חקיקה, והמחוקק לא נענה. הגענו איפוא עד הלום.

ז. יהא מי שישאל - אף שכמובן לצרכים מעשיים חלף זמנה של השאלה - האם מלכתחילה היה מקום להלכת פונק-שלזינגר, והאם לא צדק השופט זילברג בגישתו, שמשמעה היה כי אם יש מקום לגשר על פני הפער שבין נישואין שאינם מוכרים בישראל לבין רישומם של ישראלים שנישאו בחו"ל בנישואין כאלה, זהו תפקידו של המחוקק. ואולם, ניתן לטעון אף להולך ברוחו של השופט זוסמן, בדעת הרוב, שהעובדה היא שארבעים ושלוש שנים מאז חיים אלה בצד אלה הנישואין על פי הדין האישי, שהם המוכרים בישראל, ורישום הנישואין האזרחיים, ופסק הדין אולי מנע קרבות ציבוריים שלא היו תורמים לבריאות הציבור. אין לבטל את חשיבותו של דבר זה באותו הקשר שבו ניתן ובדומיו, גם למי שירצה להשיג על הלכת פונק-שלזינגר. ועוד, המחוקק אינו ממהר במתן פתרונות, הגם שישנן מצוקות ובעיות לא מבוטלות בהקשרי נישואין, ונזכיר אך את מי שהם אזרחי ישראל זכאי שבות שאינם יהודים, ושהחוק אינו מקיים מסגרת ראויה בעבורם; ככל שעלה - במיוחד בשנים האחרונות, אף כי הבעיות החלו גאות עוד בגל העליה הראשון מברית המועצות לשעבר - מספרם של הלא

יהודים לפי ההלכה שהגיעו ארצה על פי חוק השבות (בניהם ונכדיהם של יהודים ובנות ובני זוגם), נתעוררה השאלה של אפשרויות הנישואין שלהם. שאלה זו אינה מבוטלת כל עיקר, ומכאן יוזמות כמו הצעת חוק ברית הזוגיות (ראו מאמרו של ש' ליפשיץ, "רישום זוגיות", בתוך ספר מנשה שאוה (א' ברק, ד' פרידמן עורכים, תשס"ו) 361, 419) המחוקק טרם אמר דברו באלה, ובשאלה כיצד לפתור בעיות קיימות אל מול המירקם העדין של דיני הנישואין הדתיים. ואולם, האם אין גבולות להלכת פונק-שלזינגר? הרי בנישואין בין בני זוג מאותו מין עסקינן, בדפוס משפטי שאין חולק כי לא נתקיים משכבר, ואשר נוצר זה לא כבר כחלק משינויים תרבותיים מפליגים בחלקים מסוימים בחברה. האם אין זה תפקידו של המחוקק להידרש לכך? לדעתי התשובה היא כי אכן תפקידו הוא; ואם אכן יקבע המחוקק דעה פלונית, או אף אם לא יקבע דעה כל עיקר, המשמעות תהא שכך רצה.

ח. בחתימת עיסוקנו בניתוח הלכת פונק-שלזינגר סברתי כי ראוי להביא מדברי השופט טירקל בפרשת ירוס-חקק: "יש שאחרי נתינתה של הלכה משפטית יוצאת היא מגדרה, ומפליגה היא למחוזות שמלכתחילה לא שיערו נותניה שתפליג אליהם. בעיניי, דוגמה מובהקת למצב כזה היא ההלכה שנפסקה בבג"צ 143/62 פונק-שלזינגר נ' שר הפנים" (ע"א 10280/01 ירוס חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 142; ראו גם קריאתו של פרופ' שאוה בעקבות פרשת ברנר-קדיש "מן הראוי שבית המשפט העליון יעיין מחדש בהלכת פונק-שלזינגר בייחוד לאחר הרחבתה בפרשת גולדשטיין ויישומה מעבר לכל פרופורציה... בבג"צ 1779/99" (מ' שאוה, "רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית", קרית המשפט א (תשס"א) 103, 132)).

### על המרשם

ט. כך או אחרת, הלכת פונק-שלזינגר קיבעה לכאורה בתודעה ה"משפטנית" את הרעיון כי מרשם האוכלוסין הוא אך כלי סטטיסטי. אשוב ואומר כי לא היא; מרשם האוכלוסין הוא "שער הכניסה" למציאות משפטית ישראלית. אל מול בני זוג המציגים תעודה ישראלית שבה רשומים הם כנשואים, אין האדם מן היישוב יודע לדקדק עד דק ולהבחין הבחנות עדינות האם מדובר ברישום גרידא או בהכרה בסטטוס. אך לא רק האדם מן היישוב, עמד על כך, זמן לא רב לאחר שניתן פסק הדין בפרשת פונק-שלזינגר, השופט (כתארו אז) לנדוי:

"המימרה ... כי 'מטרת הפקודה... היא לאסוף חומר סטטיסטי', בוודאי נכונה כשהיא לעצמה, אבל אין היא

ממזה את חשיבותו המעשית של המרשם... על כן אין לבטל כליל את ערך הרישום כאילו היתה בו רק הוספת עוד סיפורה לחשבון הסטטיסטי הכולל של המרשם" (בג"צ 80/63 גורפינקל נ' שר הפנים, פ"ד יז(3) 2048, 2071; ראו גם פרשת פסרו (גולדשטיין), עמ' 711-712).

כעבור מספר שנים חזר השופט לנדוי על גישה זו: "ובאמת, כיצד אפשר לבטל את ערך הרישום, מבחינה מדינית וחברתית, החשובה לא פחות מן הבחינה הטכנית הצרה... ואפשר להקשות: אם כל זה הוא ענין של מה בכך, מדוע נלחם העותר בעקשנות כזאת על עתירתו... האמנם 'לכל העם בשגגה' בהבנת חשיבותו של המרשם" (בג"צ 58/68 בנימין שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 526). לגישה זו חבר הנשיא אגרנט:

"שומה עלי להדגיש, כי תמים דעים אני עם חברי השופט לנדוי, באמרו, כי רישום כזה, לכשיוכשר, לא יהיה בעל ערך טכני בלבד, אלא גם בעל חשיבות מבחינה מדינית-חברתית, דבר המוכח הן על ידי הוויכוח הגדול שניהלו חברי הכנסת... והן על ידי ההתעניינות הרבה, אשר עורר המשפט שלפנינו, בקרב הציבור הרחב" (עמ' 598).

עוד הזהיר הנשיא אגרנט מפני האופן בו עלול להתפרש בעתיד, מה שבהווה מכונה טכני וסטטיסטי גרידא: "יש מקום למחשבה, כי הכשרת הרישום כאמור, עשויה להתפרש, במרוצת הזמן, כמפנה אשר יש לו השלכה... גם על שטחי חיים אחרים" (שם). דברים כדרבנות. בדרך שהתוו שני גדולי משפט אלה, פסע בהמשך המשנה לנשיא אלון:

"אכן, הרישום של פריט הלאום 'יהודי' במרשם האוכלוסין אינו משמש כראיה לכאורה לעניין מענייני המעמד האישי... ומאחר שכך, כך נטען בפנינו, מאי נפקא מינה. אך משקבע המחוקק רישום פריט של הלאום... חלילה לנו לזלזל בחשיבותו הלאומית-ציבורית, ועלינו להתייחס לכך בכבוד הראוי. ויבואו העתירות שלפנינו - והדיון והטיעון המרובים והנדרשים שבעניינן - ויוכיחו עד כמה חשובה ועקרונית היא ההכרעה בהן לכל בעלי הדין שלפנינו" (פרשת ש"ס, עמ' 736-737).

ובעקבותיו גם השופט טל, שחלק בפרשת פסרו (גולדשטיין) על קביעת השופט זוסמן בפרשת פונק-שלזינגר והציג רשימה ארוכה של נפקויות מעשיות לרישום, אך התייחס גם למשמעות הציבורית:

"הגישה של רישום 'סטטיסטי' בלבד, מתעלמת מן המציאות... לא רק רשויות המדינה ואזרחיה מסתמכים על המירשם, אלא אף המחוקק בעצמו נתן למירשם מעמד הרבה מעבר לרישום סטטיסטי גרידא... והשאלה הנשאלת: לשם מה לרשום אותם "נשואים" במירשם האוכלוסין... כאשר אין לנישואין אלה, כפי שראינו, כל תוקף במשפט המקומי... יש גם משמעות ציבורית רבה לרישום כיהודי במירשם האוכלוסין, הרבה מעבר למשמעות "הסטטיסטית". הציבור אינו מבחין בין הדקויות של רישום לשם מירשם ורישום לשם שבות... " (פרשת פסרו (גולדשטיין), עמ' 705-708).

מסיבה זו קבע השופט טל כי "אין אני יכול להסכים למוצא הקל של רישום לשם רישום" (שס). בדרך זו המשיך ופסע גם השופט אנגלרד, שהגדיר בחדות כי כל אותם ממדים מהותיים הטמונים ברישום מהוים סמל, ועליו - על הסמל שבמרשם - מתנהל הדיון:

ואמנם, אם רק בסטטיסטיקה חסרת משמעות עניינית מדובר, מדוע המשך המאבקים הרבים על הרישום? מדוע פסקי הדין הרבים המשתרעים על עשרות עמודים ובהם נחלקות דעות השופטים? האמת היא, כמובן, כי הסמל כאן הוא המהות, וללא השקפת עולם נתונה אין הכרעה בשאלת הרישום ואין סטטיסטיקה" (פרשת נעמת, עמ' 756; ההדגשה הוספה - א"ר).

נמצא אפוא כי המרשם אינו סטטיסטיקה גרידא, ולו השלכות פרקטיות וחברתיות בעיני הציבור, הרשויות והמחוקק. דומה כי בעשורים האחרונים מהוה המרשם בהקשר המשפטי בעיקר שדה קרב, זירת מאבק על סמלים. בכך עסקו העתירות שנזכרו מעלה, ובכך עוסקת העתירה שלפנינו. האם הכרעה - בפועל - בסמלים היא מלאכתו של בית המשפט? והאם דבר זה ראוי שיעשה אנגב אורחא, בחלון של מרשם האוכלוסין תוך הרחבתה הנמשכת של הלכת פונק-שלזינגר?

י. ואם ישאל השואל, במה נשתנו הנישואין בין בני אותו מין לבין נישואין אזרחיים שאף הם אינם מוכרים בישראל, אך נרשמים בתוקף הלכת פונק-שלזינגר וכמעט שאין פוצה פה ומצפצף. התשובה לדידי אינה קשה: נישואין אזרחיים הם - כאמור - מוסד המוכר במדינות רבות, מן הסתם במרביתן, והדעת נותנת כי אין מנוס מרישומם, אף אם לא נראה את הפקיד הרושם כאיש הנתונים הסטטיסטיים גרידא. מה

שאינן כן בני זוג מאותו מין: משיביט הפקיד אליהם או אליהן, יידע ללא ריבוי מלים כי לפניו יצירה משפטית חדשה, שהמדינה קראה לה בענייננו תבנית, 'אשר לא שעררה אבותינו', ולא ניתנה לה הכרה אלא במעטות מזעיר ממדינות העולם - כנראה כש מתוך למעלה ממאה ותשעים, הווה אומר, כשלושה אחוזים. האם בכך דווקא על בית המשפט בישראל, על אופיה המיוחד, להיות חלוץ לפני מחנה המחקר? האם אין זה - לדידו של הפקיד הסביר - מצב שבו יוכל לטעון כי לדידו היא "אי נכונות גלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר" (השופט זוסמן בעניין פונק-שלזינגר, עמ' 243), ועל כן מקום ההנחיה והטיפול בה הוא בידי המחקר? יתר על כן, האם דווקא הרישום כנעתר הוא "מאזן כל הדעות הרווחות בציבור" שבו דיבר השופט זוסמן?

### על העותרים ועל בית המשפט

י"א. מבקש אני להבחין היטב בין כבוד אנושי לעותרים, הזכאים לו - פשיטא - ככל אדם באשר הוא אדם, וכזכות חוקתית על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר אורח חייהם הפרטי הוא מעניינם שלהם. כפי שצינו העותרים והמדינה כאחד, לאורך העשור האחרון הוסדרו בפסיקה ובחוקות דעת במערכת הממשל זכויות כלכליות, סוציאליות ואנושיות הדדיות של בני זוג מאותו מין, ואכן חברי הנשיא מנה עיקרי דברים בתחום זה, והם מדברים בעדם. בכך נדרשו בתי המשפט והרשויות לכבודם ולזכויותיהם הכלכליות ההוגנות של בני הזוג מאותו מין.

י"ב. אף עתירה זו אינה עוסקת בהשוואת זכויותיהם הסוציאליות והכלכליות של בני זוג בני אותו המין לזכויותיהם של זוגות נשואים. אין עניינה של העתירה, לטעמי, בשמירת זכויותיהם של העותרים כאזרחים, כבני אדם, הזכאים לכבוד ולשוויון. כאמור, בשנים האחרונות קמעא קמעא, תחום אחר תחום - ולא בלי התלבטות - פסק בית משפט זה לכיוון השוואת הזכויות. אכן, בראשית שנות השמונים כתב השופט (כתוארו אז) ברק "פשיטא שאם שני גברים או שתי נשים באים בפני בית המשפט, ומבקשים לאשר הסכם שביניהם כהסכם ממון, לא יאשרו בית המשפט, שכן המבקשים אינם בני-זוג" (ע"א 640/82 חנן כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(1) 673, 689). מאז חלפה כברת דרך ארוכה, ובכל הנוגע לשמירה על זכויות סוציאליות וכלכליות הלכה והתעצמה ההכרה הראויה בצורך להעניקן ולממשן, במסגרת ערכי השוויון והכבוד.

י"ג. דומה כי ראשית הדרך בפסק דינו של בית משפט זה בפרשת דנילוביץ (בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 - שאמנם נחלקו בו הדעות), והמשכה בפרשות הנוספות שציין הנשיא בפסק דינו; אך עיקרה בפסיקת הערכאות הדיוניות המיישמות דבר יום ביומו את העקרונות שנקבעו בבית משפט זה. כפי שהעיר הנשיא, בשנת 2004 הפכו בתי משפט לענייני משפחה את קביעתו בפרשת חנן כהן, והכירו בשני גברים כבני זוג לעניין חוק בתי המשפט לענייני משפחה (ביחס לאישור הסכמי ממון ראו: תמ"ש (תל אביב) 3140/03 ד.א. נ' ל.מ. (לא פורסם) - השופטת ריש-רוטשילד; תמ"ש (תל אביב) 6960/03 ק' צ. נ' מדינת ישראל - היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם) - השופט גרניט; ביחס לצווי הגנה לפי החוק למניעת אלימות במשפחה ראו תמ"ש (חיפה) 32520/97 פלונית נ' אלמונית (לא פורסם) - השופט גלובינסקי. ההגינות מחייבת לציין כי קיימת גם פסיקה הפוכה - לסקירה מפורטת ראו תמ"ש (תל-אביב-יפו) 16610/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם) - השופט גייפמן; אך ברי כי דברים שבעבר היו בגדר פשיטא הם כיום, לכל הפחות, בחינת שנויים במחלוקת). ביני לביני הכירו גם מערכות השלטון בחובות הכבוד והשויון, וסבורני שמזה שנים ניכרת מגמה ברורה של היענות לפניות מצד בני זוג בני אותו המין (לסקירה מפורטת ראו סעיף 41 לעתירה בבג"צ 3046/05).

י"ד. לשאלתי ציין בא כוח העותרים כי קיימות זכויות נוספות הנשללות מהעותרים, והיפנה לסעיף 3 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א - 1971 הקובע כי "במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת בן זוגו, ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד". מבלי לקבוע מסמרות בסוגיה שאינה מונחת לפתחנו, אציין כי ערכאות דיוניות העניקו לסעיף פרשנות תכליתית והרחיבו את הפטור גם לידועים בציבור שאינם נשואים (ראו פ' (באר שבע) 2190/01 מדינת ישראל נ' שמעון מויאל (לא פורסם) - השופט (כתארו אז) מגד; ראו גם ת"פ 477/02 (חיפה) מדינת ישראל נ' בכראווי וארדה (לא פורסם) - סגן הנשיא פיזם והשופטים רזי ושיף), ומשם מסתבר שאין הדרך ארוכה. היא הנותנת, שכל נושא נבדק לגופו בשאלה אם אין זכות מהותית נפגעת, ואילו משאלת הרישום מטרתה רחבה יותר מאשר הבטחת זכויות ספציפיות, ועניינה הכרה בסמל. סבורני איפוא כי צריך, וניתן, לשים פדות בין סוגיות שיש להן השלכה ישירה על העותרים כאזרחים וכבני אדם הזכאים לכבוד ושויון, לבין סוגיות בעלות אופי ציבורי כללי, בעלות משקל סמלי שעיקרו אינו בתחום המעשי. יוזכר עוד כי מתן זכויות תלוי בהכרה במעמד, במהות - שכלל לא התבקשו בעתירה זו, ולא ברישום שאף אינו ראיה לכאורה לאמיתות תוכנו (סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין).

ט"ו. אכן, חברי דבקים לשיטתם בהלכת פונק-שלזינגר; אך האם, גם לשיטת התומכים בהלכת פונק-שלזינגר, לפנינו בנידון דידן מקרה "פונק-שלזינגרי", והאם ניתן להשוות רישום נישואין אזרחיים, שהם דפוס מקובל במדינות רבות, לבין נישואין בין בני זוג מאותו המין שהוכרו במדינות ספורות בלבד? לעניות דעתי התשובה אינה בחיוב. לדעתי צדקה המדינה בעמדתה, כי לא למערכת השפיטה להכריע בעניין זה, ואל תהא דרכה נראית - אף בלי משים - כ"מחטף" מול המחוקק; ייכבד הוא, ידון ויאמר דברו.

### על אמון הציבור

ט"ז. לדעתי על בית משפט זה ליתן דעתו אף לשאלה עד כמה הוא מרחיק עצמו מקונסנסוס חברתי, שגם חברי הנשיא וגם העותרים עצמם אינם חולקים כי אינו קיים במקרה דנא, וכאשר קשה מאוד לדבר על "מאזן כל הדעות הרווחות בציבור". מזכירים לא אחת את אמון הציבור כתנאי מסגרותי לפעולתו התקינה של בית המשפט. פירושו הוא, שבנושאים שנויים במחלוקת ציבורית עמוקה, יתן בית המשפט אל ליבו היש הכרח שיכניס ראשו למחלוקת - ולעתים תהא התשובה חיובית, אך לעתים לא תהא כזאת. לדידי ההבדל טמון בשאלה עד כמה לאמיתם של דברים נפגעות זכויות אדם מהותיות בהקשר זה, של המרשם, באיזונים הרלבנטיים. כאמור, אין במקרה דנא פגיעה מעבר לסמליות; הזכויות הכלכליות-סוציאליות הוסדרו במידה סבירה, והמותר - אם בכלל - הוא זניח, ובמידת הצורך יוסדר מן הסתם בהמשך.

י"ז אמון הציבור, לשיטת הנשיא ברק בספרים רבי חשיבות שחיבר, עניינו "כי לא את השקפותיו שלו אלא את תפיסותיה הבסיסיות של החברה השופט מבטא" (שופט בחברה דמוקרטית, 50 וראו גם דבריו בפרשת ירוס-חקק, עמ' 117), כי "כאשר השופט חייב לאזן בין ערכים על פי משקלם, הוא ישאף לעשות כן על פי מה שנראה לו כתפיסות היסוד של החברה" (שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז), 188). במקום אחר הוצגה השאלה מפי פרופ' ברק באופן בהיר, ותשובה בצידה:

"האם על השופט להפעיל את שיקול דעתו באופן שהנורמה המשפטית הנגזרת מהפעלת שיקול הדעת (בין בדרך של פרשנות, סטטוטורית או הלכתית, ובין בדרך אחרת) תהנה גם היא מהסכמה חברתית?..."

דעתי היא, כי על השופט להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולנורמות המשפטיות הנגזרות מהם. על השופט לשאוף לאותו

פיתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית, או לפחות אינו סותר אותה. לדעתי רצוי להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסות היסוד של הציבור... הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים הדמוקרטיים, בשיקולי הפרדת הרשויות ובצורך להבטיח את אמון הציבור... פעולה בניגוד להסכמה החברתית תפגע, בטווח הארוך, באמון הציבור במערכת בתי המשפט וביכולתם של אלה לתפקד כראוי" (שיקול דעת שיפוטי, 289-290, ההדגשות הוספו - א"ר, הדברים הובאו גם בבג"צ 4058/95 יוסף בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876, 880).

אמנם אין משמעו של אמון הציבור "פופולריות ונטיה אחר רוחות הנוהגות בציבור. אמון הציבור אין משמעותו הכרעה לפי משאלי דעת קהל וסקרים. אכן, אמון הציבור משמעותו הכרה כי 'שופט עושה צדק על פי דין'" (דנ"פ 5567/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 614). בית המשפט אינו שבוי סקרים ולא מפיחם הוא חי, אך כדאי לבחון את הדברים לא רק מנקודת המבט של הצדק האינדבידואלי לעותרים, אלא גם מנקודת המבט של "הצדק הציבורי", שפירושה לדידי חיפוש מכנה משותף רחב ככל הניתן בין חלקי החברה הישראלית המשוסעת, והימנעות מקצוות. אכן, קשה לצאת ידי כולם; אך גם אם אמון הציבור אינו ריצוי הציבור, כדברי הנשיא ברק באחת ההזדמנויות, אין הוא נבנה מקצוות. אין חולק כי מצבים חברתיים עשויים להשתנות, וכך אירע במידה ניכרת בהקשר היחסים ההומוסקסואליים (ראו שופט בחברה דמוקרטית, עמ' 60-61; בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 781-782). בית המשפט תרם תרומתו למניעת אפלייה בהקשרים הכלכליים-סוציאליים, כאמור, והללו הוסדרו במידה רבה - אם גם לא מלאה לשיטת העותרים, אך קרובה לכך; אך האין נקודה שבה הצורך לפעול במסגרת אמון הציבור, במסגרת המכנה המשותף הרחב, יביא את בית המשפט לומר - עד כאן גבול תפקידי, ועתה יתכבד המחוקק ויאמר את דברו, בעניינים השנויים במחלוקת עצומה?

### מקומו של בית המשפט

י"ט. אכן, ההכרה בזכויות כלכליות וסוציאליות היא בחינת יסוד של הגינות אנושית שאין מולו ערך מתנגש של ממש. לעומת זאת הקו שנעבר ברישום הנישואין מצביע כלפי כולי עלמא על הכרה בפועל בסטטוס ועל התמודדות ערכים, הראויה לבוא לפני המחוקק. עוד יכול האומר לומר, ומה בכך, הרי משהוכרו זכויות כלכליות וסוציאליות, מה מאתנו יהלוך אם יתלווה אליהן גם הרישום. אלא שנודה על האמת, משראינו כי הרישום אינו לצרכים סטטיסטיים בלבד כאמור בהלכת פונק-שלזינגר, הנה אף אם



רישום המצב האישי אינו מהווה ראייה לנכונותו (סעיף 3 לחוק) - יש לו משמעות סמלית רבה. עם חי בסמליו, ונשוב ונאמר שאילולא כן לא היו מייחסים לו גם בחוק וגם בנוהג המדינה משמעות רבה, ולמען האמת, דומני שהעותרים לא היו לוחמים את המלחמה שבעתירה זו. כבר ציין השופט זועבי בפרשת ברנר-קדיש (עמ' 384) כי "בפועל העותרים אינם דורשים רישום גרידא, אלא הם מחפשים הכרה דה-פקטו באימוץ". דומני כי השופט (כתוארו אז) חשין היטיב לבטא תחושות שיפוטיות אלה, בדעת מיעוט בהקשר אחר ושונה:

"עניינה האמיתי של העתירה שלפנינו אין הוא בשילוט רחוב (בשפה הערבית - א"ר) מטעם העיריות המשיבות. עניינה הוא - מעיקרה: בתחילתה, בהמשכה ובסופה - בזכויותיהם התרבותיות והלאומיות של הערבים בישראל. זכויות אלו, למיטב הבנתי, חורגות אל-מעבר לזכויות המוכרות והנלוות למעמד היחיד בישראל... מטבע הדברים בית-המשפט אינו הפורום המתאים להידרש לסוגיה זו ולהכריע בה. הואיל והמערכת הפוליטית - ובראשה הכנסת - לא הכירה בזכויות מן הזן שהעותרות חפצות בו" (בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 460).

כ. חברי הנשיא שולל מכל וכל כמעט את כל עמדתו המשפטית של המשיב. בכל הכבוד, דעתי שונה. כמוני כיועץ המשפטי לממשלה, סבורני כאמור כי המדובר בנושא הצריך להיות מוכרע בבית המחוקקים. יפה כאן כוחם של דברי השופט (כתוארו אז) חשין בפרשת ירוס-חקק "בית המשפט לא נועד להיותו חלוץ לפני המחנה, ולא הוטל עליו להיותו נחשון מורה-דרך. הרשות השופטת, מעיקרה, לא הוסמכה לפרוץ ולכבוש דרכים חדשות בנושאי חברה" (עמ' 135), ודברי חברי הנשיא בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" "ככלל, שופט אינו צריך להיות נושא דגל של הסכמות חברתיות חדשות. עליו לתת ביטוי לערכי יסוד המוכרים בחברתו ולא ליצור אותם" (שופט בחברה דמוקרטית, 47, הובא בפסק הדין בפרשת ירוס-חקק, עמ' 117). כשלעצמי סבורני כי ככל שהמדובר בזכויות היחיד, הפרט, יתכן שלא אחת ימשיך בית המשפט להיות חלוץ לפני המחנה, והוא הדין בעיצובן של נורמות במינהל הציבורי; אך לא בעניינים בעלי אופי קיבוצי שנוי במחלוקת של תמורה בענייני אמונות ודעות. בעניינים אלה יפים בעיני דברי המשנה לנשיא מצא בפרשת ירוס-חקק "אם רצוי הדבר שבית-משפט זה יכונן בדרך הילכתית הסדר ראשוני בשאלה רגישה ושנויה במחלוקת זו, שעניינה בהענקת מעמד (סטטוס) משפטי מוכר לבני-זוג חד-מיני. לשאלה זו, לדעתי, יש להשיב בשלילה. עקרון הפרדת הרשויות, ורגישותה המיוחדת של הסוגיה שהונחה לפנינו, מחייבים אותנו לנהוג בפרשתנו מידות של זהירות וריסון" (עמ' 79 - הדגשות במקור).

כ"א. בהקשר הרשות המבצעת אמר הנשיא ברק "כי יש ענינים, מיוחדים במינם, שבהם לא קנתה הרשות המבצעת סמכות לקבל הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית. יש ענינים כאלה, שבהם ההכרעות צריכות להתקבל בכנסת, תוך שהרשות המבצעת צריכה להסתפק במדיניות לביצוען" (בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 523). יאמר הנשיא: איני אלא עוסק במרשם, ואילו הסדר ראשוני ייעשה על-ידי המחוקק. אך לדעתי לעניין זה המרשם הוא כברת דרך משמעותית לקראת הסדר כולל, ועל כן מקומו בחצרו של המחוקק.

### מקצת על משפט משווה

כ"ב. בית משפט זה אינו הראשון המתמודד עם שאלת היחס לנישואין בין בני אותו מין שנערכו בחו"ל. שאלות דומות שנויות במחלוקות עצומות בארצות הברית על מדינותיה הנפרדות, והן חלק מפולמוס ציבורי הנמשך במלוא עוזו. אמנם הויכוח נסב על שאלת ההכרה בנישואין לגופם, אך כאמור לדידי גם הסוגיה שבפנינו חורגת מגדרי מרשם סטטיסטי גרידא. אף שם עולה שאלת הקו המפריד בין מלאכתו של בית המשפט למלאכת המחוקק. אכן, ברוב מוחלט של מדינות ארצות הברית קיימים הסדרים חקיקתיים השוללים הכרה בנישואים בין בני אותו המין שנערכו מחוץ למדינה (חוקי Defense of Marriage Act (DOMA); לסקירת ההסדרים החקיקתיים לפי מדינה ראו בנספח למאמרו של A. Koppelman, "Recognition and Enforcement of Same Sex Marriage", 153 U. Pa. L. R. 2143, 2165 (2005) חוקי DOMA הועמדה במבחן במספר מקרים, אך טרם ניתז בענינם פסק דין של בית המשפט העליון, אך ישנן מדינות, דוגמת ניו-ג'רסי, בהן אין הסדרה חקיקתית ושם התעוררה שאלה מקבילה לשאלה שבפנינו, ואף היא בקשר לנישואין שנערכו בקנדה.

כ"ג. בפרשת **Hennefeld** סירב בית משפט של מדינת ניו-ג'רסי להכיר בנישואין של בני זוג בני אותו מין שנערכו בקנדה, נקבע כי "this court finds that the marriage laws of Canada which recognize same-sex marriage are not consistent with those of New Jersey which do not recognize same-sex marriage... Accordingly, the Plaintiffs' Canadian marriage cannot be afforded comity in New Jersey" **Hennefeld v. Township of Montclair**, 22 N.J. Tax 166 (2005). נישואי קנדה לא הוכרו במדינות בהם קיימים חוקי DOMA, ראו (In re Kandu, 315 B.R. 123). פסיקה זו הסתמכה על פסיקה קודמת לפיה החוקה המדינתית אינה מחייבת הכרה בנישואין בין בני אותו המין ( **Lewis v.**

Harris, 378 N.J. Super.168). באותה פרשה התייחס בית המשפט למקומו בהכרה בזכותם של בני אותו מין להינשא. בהתייחסו לסעיפי החוקה קבע בית המשפט:

"This constitutional provision does not give a **court** the license to create a new constitutional right to same-sex marriage simply because its members may feel that the State should grant same-sex couples the same form of recognition as opposite-sex couples who choose to marry... there is no basis for concluding that our society now accepts the view that there is no essential difference between a traditional marriage of a man and woman and a marriage between members of the same sex" (ההדגשה) (הוספה - א"ר).

אין כל חולק, גם במדינת ניו-ג'רסי, כי חובה להעניק לבני זוג בני אותו המין זכויות מקבילות לבני זוג ממינים שונים (לתכלית זו אף חוקקה מדינה זו חוק Domestic Partnership Act), אלא שהאופן, או ה"תבנית", בהם בוחרת החברה להתמודד עם הסוגיה - כגון אם המדובר בנישואין, או בברית אזרחית, או בגישה אחרת - נתפס ככלל כשאלה ציבורית שעל המחוקק - ולא על בית המשפט - לענות בה.

כ"ד. אחר שנכתבו הדברים הללו, קבע לאחרונה (25.10.06) בית המשפט העליון של מדינת ניו-ג'רסי, בדעת רוב, כי לבני זוג בני אותו מין זכות חוקתית לאותן זכויות וטובות הנאה להן זכאים על פי דין בני זוג ממינים שונים, אך נקבע כי שאלת "השם", התבנית, בה יכונה הקשר היא שאלה למחוקק לענות בה ( Lewis v. Harris, 2006 ) (N.J. LEXIS 1521). בית המשפט קבע כי לא ניתן לפשוט את המונח "נישואין" ממשמעויותיו הטעונות, ולכן המחוקק הוא שצריך להכריע האם להשתמש בו ביחס לבני זוג בני אותו המין:

"Raised here is the perplexing question - "what's in a name?" - and is a name itself of constitutional magnitude after the State is required to provide full statutory rights and benefits to same-sex couples? We are mindful that in the cultural clash over same-sex marriage, the word marriage itself - independent of the rights and benefits of marriage -- has an evocative and important meaning to both parties. Under our equal protection jurisprudence, however, plaintiffs' claimed right to the name of marriage is surely not the same now that equal rights and benefits must be conferred on committed same-sex couples... The Legislature is free to break from the historical traditions that have limited the definition of marriage to heterosexual couples or to

frame a civil union style structure, as Vermont and Connecticut have done".

בכל הנוגע לסוגיית התבנית-הסמל, סבר אפוא בית המשפט כי יש לאפשר לשיח הציבורי, הבא לידי ביטוי בעבודת המחוקק, לומר את דברו. בית המשפט ציין כי מסורתית, מדורי דורות, שימש המונח "נישואין" לקשר בין גבר ואשה בלבד, ולפיכך:

"To alter that meaning would render a profound change in the public consciousness of a social institution of ancient origin. When such change is not compelled by a constitutional imperative, it must come about through civil dialogue and reasoned discourse, and the considered judgment of the people in whom we place ultimate trust in our republican form of government".

בבואו לנמק קביעה זו, המחייבת את העברת סוגיית התבנית-הסמל למחוקק, מתייחס בית המשפט לאותו שיקול אליו נדרשתי לעיל, והוא הצורך לפעול במסגרת אמון הציבור:

"Some may think that this Court should settle the matter, insulating it from public discussion and the political process. Nevertheless, a court must discern not only the limits of its own authority, but also when to exercise forbearance, recognizing that the legitimacy of its decisions rests on reason, not power".

כל שבעת שופטי ההרכב שם תמכו בגישה שאין לשלול זכויות וטובות הנאה שבדין, הניתנות לבני זוג ממינים שונים, מבני זוג מאותו מין. דעת המיעוט של שלושה שופטים לא ראתה להבחין בין זכויות אלה לבין הזכות "לתואר של נישואין" ( Title of Marriage). אף דעה זו נדרשה לסמל - לשימוש הלשוני במונח "נישואין", וסברה כי אין מקום לשלול מן העותרים שם, שמא יראה כאילו המחויבות בקשר שבין בני הזוג מאותו מין חלשה יותר מזו של בני זוג ממינים שונים, וסברה עוד כי תוויות מנציחות דעות קדומות. עינינו הרואות, כי הויכוח ניטש, ודעת הרוב העבירה את סוגיית הסמל לחצרו של המחוקק.

כ"ה. בית המשפט העליון של מדינת ניו-יורק, מדינה נוספת בה אין חוקי DOMA, קבע כי סוגיית רישום נישואיהם של בני זוג בני אותו המין היא עניין למחוקק לענות בו. כשהוא מתבסס, בין היתר, על פסק דין Henefeld ממדינת ניו-ג'רסי קבע בית המשפט במדינת ניו-יורק:

"The role of the courts is "to recognize rights that are supported by the Constitution and history, but the power to create novel rights is reserved for the people through the democratic and legislative processes"... Deprivation of legislative authority, by judicial fiat, to make important, controversial policy decisions prolongs divisiveness and defers settlement of the issue; it is a miscarriage of the political process involved in considering such a policy change... Judicial intervention is warranted only where the Legislature has placed an unreasonable restriction on access to the legislatively defined right"

**Samuels v. New York State Dept. of Health**, 811 N.Y.S. 2d 136 (ראו גם  
 .((2006); **Seymour v. Holcomb**, 790 N.Y.S. 2d 858 (2005).

### סוף דבר

כ"ו. כללם של דברים: חברי הנשיא, כמותו כעותרים, אין דעתו נוחה מטענת המשיב, כי אין בישראל תבנית משפטית מתאימה לנישואין בין בני זוג מאותו מין, לשיטתו "תבנית משפטית" הוא מושג חדש, שאין לו אמת מידה ראויה, ואין הבדל בין רישום נישואין הומוסקסואליים לבין אישורו של אימוץ לסבי, כפי שהוחלט בפרשת ברנר קדיש. אכן, דעתי שלי באותו עניין כדעת שופט המיעוט ע"ר זועבי. כשלעצמי, איני סבור כי הענקת הזכויות הכלכליות-חברתיות לזוגות הומוסקסואליים, שיש בה משום הגינות אנושית ומשפטית, היא "תבנית משפטית" בדומה לרישום נישואין. ישנו קו המפריד ביניהם, שחצייתו מחייבת התייחסות המחוקק; הקו הוא אותו סמל, אותה החלטה ערכית, המצדיקה כי המחוקק במדינת ישראל הוא שייתן עליה את דעתו, והלוא הרישום הריהו, בסופו של יום, גושפנקה רשמית של הממלכה ליצירת תא משפחתי, המוכר רק במיעוט קטן ממדינות תבל. לכן אילו נשמעה דעתי, לא היינו נעתרים לעתירות.

הוחלט ברוב דעות ובניגוד לדעתו של השופט א' רובינשטיין, לקבל את העתירות ולעשות צו מוחלט, כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק. על המשיב לרשום העותרים כנשואים בפריט 2(א)(7) של מרשם האוכלוסין.

ניתן היום, ל' בחשון התשס"ז (21.11.2006).

הנשיא (בדימ')                      ה נ ש י א ה                      המשנה לנשיאה                      ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת                      ש ו פ ט                      ש ו פ ט ת