



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7339/15

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים: 1. האגודה לשמירת זכויות הפרט
2. בן אורי לנדסרג
3. משה כ"ץ
4. אימרי קלמן
5. רואי חסון
6. אור קרבקי
7. אלירס אהרון

נגד

המשיבים: 1. משרד הפנים
2. הכנסת
3. הנהלת בתי דין הרבניים

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"א בטבת התשע"ז (9.1.17)
בשם העותרים: עו"ד חגי קלעי; עו"ד אוהד רוזן
בשם המשיבים 1, ו-3: עו"ד יונתן ברמן
בשם המשיבה 2: עו"ד גור בליי

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. זו עתירה התוקפת את סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 (להלן חוק שיפוט בתי דין רבניים או החוק), ועניינה רצונם של זוגות בני אותו מין להינשא בישראל.

ב. על פי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים", ועל פי סעיף 2 לחוק, "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". במסגרת זו אין בני זוג בני אותו מין יכולים לבוא בברית הנישואין במדינת ישראל, שכן כידוע, אין דין תורה מכיר בנישואין מסוג זה, והוא אוסר יחסים כאלה (ויקרא י"ח, כ"ב; כ', י"ג) (וראו פנחס שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 309, 309-313 (עינב מורנגשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016) (להלן שיפמן)). העותרת 1 היא עמותה הפועלת לטובת שוויון זכויות והזדמנויות בעבור קהילת ההומוסקסואליים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסג'נדרים (להלן קהילת הלהט"ב) בישראל; העותרים 2-3 הם בני זוג בני אותו מין שערכו בישראל טקס נישואין פרטי אשר אינו מוכר ככזה על ידי המדינה, ולכן רשומים אצל המשיבים כרווקים. העותרים 4-7 הם אנשים פרטיים תושבי ואזרחי ישראל, המשתייכים לקהילת הלהט"ב, ורוצים שתינתן להם אפשרות לבוא בברית הנישואין עם בחירי ליבם במדינת ישראל (להלן יחד העותרים).

ג. את עתירתם משתיתים העותרים על שני ראשים, הראשון פרשני והשני חוקתי. בראש הפרשני מבקשים העותרים ליתן לסעיף 1 לחוק בתי דין רבניים פרשנות מצמצמת, כך שלא יחול על בני זוג בני אותו המין בהתאם ל"דוקטרינת אי ההכרה", שעליה אעמוד בהמשך, או בדרכים פרשניות אחרות; ולחלופין, בראש החוקתי, מבקשים העותרים לבטל את הסעיף, בהיותו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. נפתח בראש הפרשני.

ד. בראשית עתירתם עומדים העותרים על כך שאי יכולתם של בני זוג בני אותו המין להינשא בישראל, פוגעת בזכותם לשוויון ובזכותם לחיי משפחה – הנגזרות במישרין, לטענתם, מן הזכות לכבוד החרותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – בצורה קשה ובאופן בלתי מידתי. נטען, כי שלילת הזכות להינשא פוגעת ביכולתם של בני זוג לייצר ודאות במערכת היחסים ביניהם. כן נטען, כי ישנה שורת דברי חקיקה היוצרים הבחנה בין זוגות ידועים בציבור לבין זוגות נשואים, כך למשל בענייני אימוץ ובענייני הסדרת מעמד בן זוג בארץ. בנוסף נטען, כי לנישואין רובד סמלי מובהק, המאפשר לבני הזוג להצהיר קבל עם ועדה על מחויבותם ההדדית זה לזה או זו לזו, שלילת אפשרות זו עולה כדי השפלה ופגיעה של ממש בזכות לקיים חיי משפחה.

ה. לטענת העותרים הכירו בית משפט זה ובתי המשפט לענייני משפחה בהזדמנויות אחדות בכך, שמקום בו הערכאה הדתית – לה נתונה הסמכות על פי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים – אינה מכירה בסמכותה לדון בעניין הקשור בנישואין או גירושין מסוימים, ייתן בית המשפט בעל הסמכות השירותית את הצוים הדרושים למימוש זכויותיהם של בני הזוג (להלן דוקטרינת אי ההכרה). נטען, כי דוקטרינה זו הוכרה בבית משפט זה בבג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד כד(1) 704 (1970) (להלן עניין רודניצקי), בו נידון עניינם של בני זוג, כהן וגרושה, שנישאו בנישואין פרטיים, ונקבע כי הגם שעל דרך הכלל אין להתיר קיומם של נישואין פרטיים, במקרה בו מדובר בכהן וגרושה – האסורים בנישואין על פי ההלכה – יש להכיר בנישואיהם. עוד נטען, כי דוקטרינה זו הוכרה גם ביחס להתרת נישואין של זוגות בני אותו המין שנישאו בחו"ל והוכרו כנשואים בישראל ואינם יכולים להתגרש בחו"ל, בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בתמ"ש (ת"א) 11264-09-12 התובעים נ' משרד הפנים (2012) (להלן בתמ"ש 11264-09-12) ותה"ן (ת"א) 52224-11-13 פלוניס (2013) (להלן תה"ן 52224-11-13). בפסקי דין אלה, כך נטען, נקבע כי חרף סמכותם היחודית של בתי הדין הרבניים לעסוק בענייני נישואין וגירושין של בני זוג יהודים בישראל, התרת הנישואין של זוגות בני אותו מין הנשואים כאמור תיעשה בבית המשפט לענייני משפחה, שכן בתי הדין אינם מכירים כלל בסוג נישואין זה. כן נטען, כי בבג"ץ 566/11 ממת מגד נ' משרד הפנים (2014) בו נידונה שאלת הסדרת הסטטוס של ילדים שנולדו להורים בני אותו המין מחוץ לישראל, היתה עמדת המדינה, כי יש להסדיר זאת בדרך של צו הורות פסיקתי, שכן אין דבר חקיקה המסדיר את הנושא. בכך, לטענת העותרים, גילתה המדינה את דעתה, כי לבית המשפט לענייני משפחה סמכות לתת סעד קובע סטטוס מכוח סמכותו הטבועה ובהעדר מקור חקיקה ייעודי המסדיר את הסוגיה, מקום שאין הסמכות למתן הסטטוס מסורה לערכאה אחרת. לטענת העותרים, יש להחיל את דוקטרינת אי ההכרה על עניינם – שכן בית הדין אינו מכיר במוסד הנישואין בין בני אותו מין – ולאפשר לערכאה אזרחית לדון בשאלת נישואיהם. העותרים טוענים, כי סמכות זו יכולה להינתן גם לבית משפט זה על ידי מתן צו מן הצדק למשיבים לרשום את העותרים כנשואים (כפי שקרה לטענתם בעניין רודניצקי); וכן בדרך של פניה לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה לסעד הצהרתי מתוקף סמכותו הטבועה; או בדרך של פניה לבית המשפט המחוזי בבקשה לסעד הצהרתי מתוקף סמכותו השירותית.

ו. עוד נטען, כי יש מקום לקבוע הלכה, שאם פונים בני זוג אותו מין לבית הדין בבקשה לסעד הצהרתי כי הם נשואים, חובה עליו להשתמש בסמכותו על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט, תשמ"ד-1984 (להלן חוק בתי המשפט) – הקובע כי בית משפט

שאינו יכול לדון בענין שאינו בסמכותו, רשאי להעבירו לבית המשפט המוסמך – ולהעביר את העניין לבית משפט אזרחי. סעיף זה, כך נטען, מקנה סמכות לבית המשפט אליו הועבר העניין אף אם מעיקרא לא היתה הסמכות העניינית בידיו. טוענים העותרים, כי בענייננו, משסירובו של בית הדין לדון בעניין העותרים פוגע, כאמור, בזכויותיהם החוקתיות, הופכת סמכות זו לסמכות חובה. פרשנות זו, כך נטען, מגשימה את הזכות החוקתית לגישה לערכאות, הנפגעת גם היא באורח לא מידתי מסירובו של בית הדין לדון בעניין העותרים.

ז. בראש החוקתי מבקשים העותרים מספר סעדים כנגד סעיף 1 לחוק שיפוט בתי הדין. הסעד המבוקש הראשון הוא קביעה כי סעיף זה אינו חל על בני זוג בני אותו מין מכוח עקרון העיפרון הכחול (Reading Out). על פי עקרון זה, כך נטען, יכול בית המשפט לצמצם תחולתו של הסדר על ידי מחיקת חלקים ממנו, באופן שימנע פגיעה בזכויות חוקתיות. נטען, כי ניתן להשתמש בסעד זה חרף פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן מדובר בכלי פרשני, ועל פי פסיקת בית משפט זה בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (להלן הלכת גנימאת), יש לפרש חוקים שנחקקו קודם לחוק היסוד בהתאם לאמור בו. נטען כי בענייננו סעיף 1 לחוק פוגע פגיעה בזכויות החוקתיות של בני זוג בני אותו מין לשוויון ולחיי משפחה הנגזרים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן בלתי מידתי, ולכן יש לפרשו בצורה המצמצמת את הפגיעה בזכויות אלה ומחריגה ממנו, על פי עקרון העיפרון הכחול, בני זוג בני אותו מין.

ח. לחלופין מבקשים העותרים לקבוע כי סעיף 1 לחוק בטל, נוכח הפגיעה בזכויות החוקתיות המוגנות שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. בחלק זה טענתם כפולה. ראשית נטען, כי סעיף 1 לחוק, המקנה סמכות ייחודית לבתי הדין הרבניים, פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות. זכות זו, כך נטען, נובעת מסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. כיון שבחוק יסוד זה אין פסקת שמירת דינים, כך נטען, ניתן לבטל את סעיף 1 לחוק העומד בסתירה לו, אף שזה נחקק לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: השפיטה. שנית נטען, כי אפשר להעמיד בביקורת חוקתית את סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, שכן חוק זה תוקן מאז חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במסגרת חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין לאומית) (תיקוני חקיקה), תשס"ה-2005 (להלן תיקון מס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים או התיקון), ועל פי הפסיקה אין פסקת שמירת הדינים חלה על חוק שתוקן לאחר חקיקת חוק היסוד.

ט. לבסוף מבקשים העותרים מבית המשפט סעד הצהרתי, כי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים אינו עולה בקנה אחד עם זכות העותרים לשוויון ולחיי משפחה, אף ללא ביטולו. נטען כי סעד זה, על פיו מצהיר בית המשפט על פגיעה של חוק בזכויות חוקתיות אף שאינו מבטלו, הוא סעד חוקתי מוכר בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית, וזהו הסעד החוקתי המרכזי הקיים בבתי המשפט באנגליה, שם אין בסמכותם להורות על בטלותו של חוק. סעד זה, כך נטען, מופנה אל הציבור ואל המחוקקים, ומצביע על קיומה של אי התאמה בין דבר חקיקה לבין נורמה חוקתית, כדי לאפשר את תיקונו. עוד נטען, כי סעד זה כבר קיים בפרקטיקה הנוהגת בבית משפט זה, שבמסגרתה מעיר בית המשפט לנציגי המדינה בדבר פגמים חוקתיים שנפלו בהתנהלות הרשויות, ומותיר למדינה פרק זמן לבחון את הפגמים ולתקנם מבלי שתידרש הכרעה. עינינו הרואות, כי אין "אבן פרשנית" או "אבן חוקתית", דרך ישירה או עקיפה, שלא ביקשו העותרים להפכה.

תגובות המשיבים

י. בתגובת המשיבים 1 ו-3 (להלן משיבי המדינה) נטען, כי דין העתירה להידחות, שכן הדין הקיים אינו מאפשר להיעתר לבקשתם של העותרים. נטען כי הסעד הראשון המבוקש על ידי העותרים משמעותו למעשה הסדרתו של מנגנון נישואין אזרחיים בישראל לבני אותו מין בדרך של סעד שיפוטי, וזאת בניגוד לפסיקת בית משפט זה בבג"ץ בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876 (1997) (להלן עניין בן מנשה) ובפסקי דין נוספים, שעל פיה שאלת כינונם של נישואין אזרחיים בישראל מסורה לפתחו של המחוקק.

יא. על פי הדין הקיים, כך נטען, נישואין וגירושין של בני זוג בני אותה דת נערכים בישראל בהתאם לדין הדתי של בני הזוג. כפועל יוצא מתחולתו של הדין הדתי על שאלת הנישואין והגירושין, אין הדין האישי החל בישראל מסדיר נישואין בין בני זוג בני אותו המין. נטען, כי גם בפסיקתו של בית משפט זה שעסקה בזכויות מהותיות שלהן זכאים זוגות בני אותו המין הובהר כי אין בכך משום הכרה בסטטוס של נישואין. המשיבים הביאו לדוגמה את בג"צ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006) (להלן עניין בן ארי) בו נקבע (בדעת הרוב; דעתי היתה במיעוט בנושא הרישום, להבדיל מנושאי זכויות מהותיות כלכליות, למשל), כי יש לרשום בני זוג בני אותו מין אשר נישאו בחו"ל כנשואים במרשם האוכלוסין, תוך הדגשה כי אין בקביעה זו הכרעה בשאלת תוקפם של נישואין אזרחיים בין בני אותו מין, הנתונה להכרעת המחוקק. בנוסף נטען, כי מעבר לריסון השיפוטי הנוהג בעניין זה, הנה

היעתרות לסעד המבוקש על ידי העותרים מעלה קשיים, שכן כינון מוסד זה דורש הסדרים פרטניים רבים ומשימה זו אינה מתאימה לסעד שיפוטי.

יב. באשר לפסקי הדין מבית המשפט לענייני משפחה שאליהם הפנו העותרים (תמ"ש 11264-09-12 ותה"ן 52224-11-13) נטען, כי אין לגזור גזירה שוה בין הושטת סעד שיפוטי לצורך שינוי רישום במקום שבו כבר נעשה בעבר רישום על יסוד תעודת נישואין מחו"ל (על פי הפסיקה בעניין בן ארי), כפי שהיה בעניינים אלה, לבין הושטת סעד שיפוטי שמשמעותו יצירת סטטוס מהותי שאינו מוכר בדין הפנימי כפי שמבקשים העותרים. הוסף, כי בפסיקה אחרת של בית המשפט לענייני משפחה בתמ"ש (ת"א) 56248-10-12 פלונית נ' אלמונית (2014) (להלן תמ"ש 56248-10-12), במקרה הדומה למקרים שהביאו העותרים, שבהם ביקשו בני זוג בני אותו מין סעד להתרת נישואין שנעשו בחו"ל, ניתן סעד הצהרתי שלפיו "התובעת והנתבעת אינן נשואות זו לזו", אך זאת לאחר שבית המשפט הדגיש כי הדין המהותי אינו מכיר בסטטוס של נישואין בין בני אותו מין, ובהיעדר רפורמה חקיקתית קצרה ידו מהושטת סעד שמשמעו מתן תוקף לנישואין אלה.

יג. באשר לקונסטרוקציה המשפטית שמציגים העותרים, לפיה ניתן להסתמך על האמור בעניין רודניצקי, נטען כי יש להבחין בין נישואי כהן וגרושה שנידונו שם, התקפים על פי הדין הדתי המהותי אשר חולש על נישואי יהודים בישראל, הגם שהם אסורים מלכתחילה, לבין ענייננו, בו על פי הדין המהותי לא ניתן להכיר בנישואין בין בני אותו מין. בעניין רודניצקי, כנאמר, לא חרגה הפסיקה שניאותה להכיר בנישואין אלה מגדרו של הדין האישי המהותי החל, אלא רק נתנה סעד למי שבית הדין סירב לתת לו סעד. בענייננו כך נטען, אין מדובר רק בשאלה של סמכות שיפוט עניינית, אלא בשאלה של עצם ההסדר המהותי הקיים לגבי עריכת נישואין בישראל אשר מוסדר בסעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. בנוסף נטען, כי המקרים המוזכרים בעתירה, המקימים לשיטת העותרים דוקטרינת אי הכרה כללית, שונים מענייננו ואינם יכולים לסייע לעותרים. עוד נטען, כי אף אילו ניתן היה להחיל את דוקטרינת אי ההכרה כפי שמבקשים העותרים, היה בכך צעד מרחיק לכת העומד בניגוד מובהק לריסון השיפוטי אשר נוהג בעניין זה בפסיקתו של בית המשפט.

יד. עוד נטען, כי יש לדחות גם את טענותיהם החוקתיות של העותרים בהתבסס על פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. באשר לבקשת העותרים לסעד באמצעות דוקטרינת העפרון הכחול, על פיה לא יחול סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים מקום שבו הדין הדתי אינו מכיר בנישואין נטען, כי מדובר

בפרשנות מרחיקת לכת אשר מציעה למעשה, כי שאלת תחולתו של הדין הדתי תיגזר מן התוצאה – האם הדין הדתי מאפשר את הנישואין אם לאו – בניגוד לכוונתו המפורשת של המחוקק. עוד מעירים משיבי המדינה כי בעניין בן מנשה שניתן לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נדרש בית המשפט לשאלת ההכרה בנישואיהם של בני זוג אשר אינם יכולים להינשא לפי הדין הדתי, וקבע כי נחוץ תיקון חקיקה לשם כך.

יה. באשר לבקשת העותרים לסעד הצהרתי לפיו סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נטען, כי מדובר בניסיון לעקוף את פסקת שמירת הדינים. בנוסף נאמר, כי מדובר בבקשה לסעד תיאורטי, בניגוד להלכה המושרשת בבית משפט זה לפיה לא יינתן סעד אשר כזה. לעניין הטענה בפגיעה בזכות הגישה לערכאות נטען, כי למעשה עיקר טרוניית העותרים מכוונת כלפי הדין המהותי החל בישראל, ואילו שאלת הערכאה המוסמכת היא שאלה משנית בנסיבות העניין.

יו. לבסוף נטען, כי במשפט המשוה במדינות בהן הוכרו נישואין בין בני אותו המין לא חל הדין הדתי כפי שחל בישראל, וכי ברוב המדינות נעשה השינוי על ידי המחוקק ולא על ידי בית המשפט.

יז. המשיבה 2 מתמקדת בתגובתה בסעדים החוקתיים שמבקשים העותרים. ראשית נטען, כי אין בסיס לשימוש בסעד של Reading Out כדי להתגבר על פסקת שמירת הדינים. המשיבה 2 מפנה לפסיקה בה דחה בית המשפט מפורשות סעדים שעניינם בקשה לתיקון החוק כדי להתגבר על פסקת שמירת הדינים (בג"צ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גימלאות (2011)). פסקי הדין אליהם מפנים העותרים, כך נטען, אינם מסייעים לטענותיהם, שכן מדובר במקרים בהם לא ביצע בית המשפט Reading Out לתחולת החוק אלא צימצם את יישומו, או במקרים בהם התבקש הסעד כלפי חקיקה מאוחרות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

יח. עוד נטען, כי התיקון לחוק שיפוט בתי דין רבניים אינו מסיר את הגנתה של פסקת שמירת הדינים מסעיף 1 לחוק, כיון שסעיף זה לא תוקן מאז שנת 1953. התיקון, כך נטען, לא שינה את סעיף 1, אלא הוסיף סמכויות לבית הדין הרבני. נטען, כי אין בהוספתו של סעיף חוק חדש כדי לגרוע מן ההגנה הנתונה לסעיף אחר שלא תוקן. גם מבחינה מהותית, כך נטען, אין בהענקת סמכות נוספת לבית הדין הרבני ביחס ליהודים שאינם אזרחים או תושבים, כפי שנעשה בתיקון המדובר, כדי להוות שינוי בעיקרון המקורי המעוגן בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, שעל פיו ענייני נישואין

וגירושין של יהודים שהם אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי הדין הרבניים.

יט. בנוסף נטען, כי בניגוד לטענת העותרים, אין נגזרת זכות הגישה לערכאות מסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. נטען כי קיימת מחלוקת היש לזכות זו מעמד חוקתי, וגם הנוטים לראות בה זכות כזו רואים אותה כנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא מחוק יסוד: השפיטה, ולכן לא ניתן לעקוף בעזרתה את פסקת שמירת הדינים.

כ. לבסוף טוענת המשיבה 2, כי אין בסיס לבקשת העותרים לקבלת סעד הצהרתי בדבר אי התאמתו של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נטען תחילה, כי יש במתן סעד כזה משום ניסיון לעקוף את פסקת שמירת הדינים ולהתעלם מתוכנה המחייב. כן נטען, כי אין דמיון בין הצהרה כזו לבין הפרקטיקה הנהוגה בבית משפט זה, בה מותר בית המשפט למדינה פרק זמן כדי לבחון את הפגמים החוקתיים שנפלו בהתנהלות הרשות ולתקנם. פרקטיקה זו, כך נטען, נהוגה במקרים שבהם הרשות אינה מוגנת מפני תקיפה חוקתית, ונועדה להעניק למחוקק זמן מטעמים של כיבוד הרשויות בטרם יבוטל סעיף החוק הבלתי חוקתי, אך אין כל תקדים לקביעה כזו בעתירה המופנית נגד סעיף חוק אשר חוסה תחת פסקת שמירת הדינים. עוד נטען, כטענת משיבי המדינה, כי סעד מסוג זה אינו עולה בקנה אחד עם גישתו של בית המשפט שלא לעסוק בעתירות תיאורטיות, אשר לא ניתן להעניק בגדרן סעד אופרטיבי.

הדיון בפנינו

כא. בדיון בפנינו חזר בא כוח העותרים על עיקרי העתירה. הודגש, כי פסקת שמירת הדינים אינה רלבנטית במידה שמדובר בדרך הפרשנית אותה הציעו העותרים. עוד נאמר, כי קיימים מקרים בהם זכויותיהם של בני זוג בני אותו מין נפגעות, כיון שאינם רשומים כנשואים בישראל מאחר שלא היו בידיהם משאבים להינשא מחוצה לה, זאת בנוסף להיבט הסמלי של אי ההכרה בנישואין מסוג זה. בא כוח העותרים הוסיף היבט שלישי שבו ישנם בני זוג בני אותו מין המבקשים שלא להסדיר את היחסים ביניהם אך אינם יכולים להשיג זאת, בהיותם מוכרים כידועים בציבור. המצב הנורמטיבי כיום, כך נטען, מגביר את אי הבהירות ופוגע בודאות התא המשפחתי. כן חזר בא כוח העותרים על טענתו, כי התיקון לחוק בתי דין רבניים מאפשר התערבות חוקתית בו. בא כוח העותרים הוסיף, כי לדעתו יש קונצנזוס ציבורי באשר לנישואי בני זוג בני אותו מין, והכנסת אינה משנה את החקיקה מסיבות פוליטיות.

כב. בא כוח משיבי המדינה חזר על דבריו, כי מקומו של שינוי בענייני הדין האישי הוא בכנסת. בא כוח המשיבה 2 חזר על טענותיו כי פסקת שמירת הדינים מונעת מבית המשפט להתערב, וכי הפרשנות אותה מבקשים העותרים אינה מתיישבת עם לשון החוק.

הכרעה

כג. במוקד העתירה שבפנינו עומד רצונם של העותרים לבוא בברית הנישואין במדינת ישראל ולהיות מוכרים ככאלה על ידה. המשוכה העומדת בפניהם בבואם לממש רצון זה הוא האמור בסעיפים 1 ו-2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים על פיהם "נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים", ו"נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". סעיף 1 מקנה סמכות עניינית ייחודית לבתי הדין הרבניים לדון בענייני נישואין וגירושין, וסעיף 2 מורה כי הדין המהותי החל בעניינים אלה הוא דין תורה, שעל פיו, כאמור, לא ניתן להכיר בנישואין בין בני זוג בני אותו המין. בעתירתם מבקשים למעשה העותרים מבית משפט זה לעקוף הוראות סעיפים אלה, כיון שאלה סותרות לטענתם את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כד. את עתירתם משתיתים העותרים, כאמור, על שני ראשים. על פי הראש הראשון התבקש בית משפט זה לקבוע, כי כיון שבית הדין הרבני אינו מכיר במוסד הנישואין בין בני זוג בני אותו מין, יכול בית משפט אזרחי לקנות סמכות לדון בבקשת העותרים מכוח דוקטרינת אי ההכרה. לטענת העותרים, על פי דוקטרינה זו יכול בית המשפט האזרחי לדון בעניין הנתון לסמכותו של בית הדין הדתי, אך שבית הדין אינו מכיר בו מלכתחילה. אין להלום את טענתם עם כל המאמץ המשפטי המעניין שהשקיעו. כדי להסביר זאת נעמוד בקצרה על יסודותיה של דוקטרינת אי ההכרה.

כה. בפסיקת בית משפט זה נאמר לא אחת מכבר, שככל שיש מוסד משפטי או מושג המוכרים על ידי בית המשפט האזרחי, אך בית הדין הדתי אינו מכיר בהם – כגון מזונות אזרחיים, מוסד הידועים בציבור וכדומה – אין הם נמצאים בגדר סמכותו של בית הדין הדתי, שכן בית הדין, כאמור, אינו מכיר בהם כלל מעיקרא, והסמכות נתונה איפוא לבית המשפט האזרחי (ראו למשל בג"צ 673/89 משולם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מה(5) 594 (1991); ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995) (להלן ע"א 3077/90); אריאל רוזן צבי "דיני משפחה" ספר השנה של המשפט הישראלי

תשנ"ב-תשנ"ג 267, 281-282 (1994); וראו בהרחבה רות הלפרין קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל - לקראת השלמה על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 142-155 (תשס"ב) (להלן הלפרין קדרי)). כך למשל נפסק בע"א 3077/90 אליו הפנו העותרים, כי במקום שבו בית הדין השרעי מסרב להכיר בהורות ביולוגית של קטינה לצורכי חובת תשלום מזונות, כיון שזו נולדה מחוץ למסגרת הנישואין, נתונה הסמכות לדון בעניין לבית המשפט האזרחי:

"במקום שביה"ד אינו יכול ואינו נכון להפעיל את סמכותו, ועל דרך זו שולל הוא – ולו בעקיפין – זכויות שמוסלמי קנה על-פי משפט הארץ, קרי: על-פי המשפט האזרחי, ממילא אין לפרש את דבר המלך כמו ביקש להעניק סמכות בלעדית לבית הדין, תוך שלילת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים" (שם, בעמ' 603, מפי השופט, כתארו אז, מ' חשין).

בבסיס דוקטרינה זו עומדת התפיסה לפיה בהינתן מושג משפטי הקיים במערכת האזרחית ואינו קיים עקרונית מכל וכל בערכאה הדתית, אין למערכת הדתית סמכות לדון בו, והסמכות נתונה לבית המשפט האזרחי ליתן הסעד. כך מסבירה זו המלומדת הלפרין-קדרי:

"הלוגיקה ברורה: אי-ההכרה העקרונית-המושגית מצד המערכת הדתית באותו 'דבר' משפטי שקיים במערכת האזרחית – יהא זה מושג, מוסד, קשר, הליך או מבנה משפטי – שוללת ממנה באופן עקרוני את הסמכות לדון באותו ה'דבר'" (הלפרין קדרי, בעמ' 143).

ההיגיון שבבסיס דוקטרינה זו הוא, כאמור, קיומו של מושג משפטי או זכות בדין האזרחי שבהם אין הדין הדתי מכיר, ולכן אין בית הדין הדתי יכול לקנות סמכות ביחס אליהם. כדברי השופט חשין בע"א 3077/90, מדובר במעין חזקה פרשנית לפיה המחוקק לא הסמיך את בית הדין הדתי לעסוק בנושאים בהם אין הוא מסוגל לעסוק, כיון שבזאת נשללת מן התובע מניה וביה הזכות המוקנית לו על ידי הדין האזרחי. מכאן יש להסיק כי הדוקטרינה חלה רק במקום בו הדין האזרחי מכיר במוסד המשפטי שבמחלוקת, כיון שאם אין הוא מוכר בדין האזרחי, אין נשללת זכות כלשהי מן התובע בכך שהסמכות ניתנת לבית הדין הדתי; כך – שהרי ממילא אין הזכות הנטענת יכולה להינתן לו כל עיקר.

כו. בענייננו אין המשפט האזרחי החל בישראל מכיר בנישואין בין בני אותו מין (וראו שיפמן, שם). מכאן, שבקשתם של העותרים חורגת מהחלתה של דוקטרינת אי ההכרה ומתן האפשרות לבית המשפט האזרחי לדון בנושא הנתון ביסודו לסמכותם של

בתי הדין הרבניים, ומבקשת למעשה לקבוע כהנחה מקדמית הכרחית, כי מוסד הנישואין בין בני אותו מין קיים בדין האזרחי הישראלי, והרי לא היא.

כז. מסיבה זו אין ההלכה בעניין רודניצקי, עליה מבקשים העותרים להסתמך, תומכת בטענתם. שם נקבע, כי בית המשפט האזרחי יכול ליתן צו לרישום כהן וגרושה כנשואים אף שבית הדין הרבני לא הכיר בהם ככאלה, כיון שנישואין מסוג זה אסורים על פי ההלכה. אלא ששם, בניגוד לענייננו, היו מוכרים הנישואין בין כהן וגרושה מבחינה משפטית לפי הדין המהותי, ולוא גם בדיעבד, אלא שכאמור, בית הדין הדתי סירב לדון בעניינם מסיבות דתיות. בנסיבות כאלה, בהן מוכר המוסד המדובר בדין האזרחי, ניתן איפוא להחיל את דוקטרינת אי ההכרה; אך כאמור, לא זה המקרה שלפנינו.

כח. אם כן, למעשה, מבקשים העותרים מבית משפט זה להכיר על דרך הפסיקה בנישואין בין בני זוג אותו מין, אף שאלה אינם מוכרים במשפט הישראלי. בעניין הכרה בנישואין שלא על פי הדין הדתי, ובכלל זה גם בין בני זוג אותו מין, קבעה הפסיקה זה מכבר, כי נושא זה ראוי שיוכרע על ידי הרשות המחוקקת. כך למשל בעניין בן מנשה אליו הפנו משיבי המדינה, שעסק בין השאר בנישואין בין בני עדות דתיות שונות אשר גם בהם אין הדין הדתי מכיר, נדחתה העתירה בטענה כי נושא זה ראוי שיקבע בחקיקה ולא בפסיקה. כך כתב שם הנשיא ברק:

“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” (פסקה 3; ההדגשה הוספה – א”ר).

כך גם בעניין בן ארי בו נקבע, כי יש לרשום בני זוג אותו המין שנישאו בחו”ל כנשואים במרשם האוכלוסין, הדגיש הנשיא ברק, כי אין בכך הכרעה באשר לסטטוס של בני הזוג, שכן הכרעה בשאלה זו נתונה לפתחו של המחוקק.

“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... 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... בטרם נסיים נחזור ונדגיש במה אנו מחליטים היום, ובמה איננו מחליטים היום. הננו מחליטים כי במסגרת מעמדו הסטטיסטי-רישומי של מרשם האוכלוסין, ועל רקע תפקידו של פקיד הרישום כמאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול המרשם, על פקיד הרישום לרשום במרשם האוכלוסין את העולה מהתעודה הציבורית המוגשת לו על ידי העותרים, לפיה העותרים נשואים. איננו מחליטים כי בישראל מוכרים נישואים בין בני אותו מין; איננו מכירים בסטטוס חדש של נישואים אלה; איננו נוקטים כל עמדה באשר להכרה בישראל של נישואין בין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל (בין בין תושבי ישראל ובין בין מי שאינם תושבי ישראל). התשובה לשאלות אלה, בהן אין אנו מכריעים היום, קשה היא וסבוכה... יש לקוות כי הכנסת תוכל ליתן עליהן, או על חלקן, את דעתה" (שם, בפסקאות 22-23. ההדגשות הוספו – א"ר; לעניין הכרה בנישואין בין בני אותו המין שנערכו מחוץ לישראל ראו שיפמן, בעמ' 313-315).

אף לאחרונה בבג"צ 129/13 אלי אקסלרוד נ' ממשלת ישראל (2014), שעסק באזרחי ישראל שאינם יכולים להתחתן בארץ משום שאינם בני אחת העדות הדתיות המוכרות, שאחד מהם אינו בן אחת העדות, או שאינם מעוניינים לעשות כן בטקס דתי, נאמר כי "הפתרון לבעיה הקשה צריך לבוא על דרך חקיקה של הכנסת" (שם, בפסקה 2 לחוות דעתם של הנשיא גרוניס והמשנה לנשיא, כתארה אז, נאור; ההדגשה הוספה – א"ר) ולא בדרך של סעד שיפוטי. לשלמות התמונה אציין, כי בחוות דעתי שם נאמר:

"אחרון אני שאתמוך בנישואי תערובת; אך פתרון לאזרחים המבקשים להינשא ראוי שיימצא בתוך מדינתם. בחוות דעתי בבע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית (2006) פסקאות י"א-י"ב נאמר עליהם:

'נישואי התערובת, עניין כאוב מימות עולם (ראו בימי שיבת ציון הראשונה – עזרא ט', א-ב, י"ב ופרק י', ונחמיה ט' ל"א) צובטים את לבי, נוכח משמעותם בממד ההיסטורי והשפעתם על מצבו של העם היהודי ועל גודלו עד כדי משמעות קיומית... (אך) מסופקני אם הדרך של עצימת עיניים כלפי קיומם של הקשיים הללו היא הדרך להיאבק בנישואי תערובת, שהרי נוצרה מציאות עובדתית ומשפטית במהלך השנים... דומה שהגל של נישואי התערובת, הקיים בעוצמה רבה בחלק ניכר מארצות התפוצה היהודית ומצוי גם עמנו בעקבות גלי עליה מן העשורים האחרונים – לא בדרך זו ייעצר,

והטיפול בנשוא הרחב יותר חורג מן התחום השיפוטי ... המקום להכרעה הוא בבית המחוקקים ... המחוקק ראוי שיתן דעתו להסדר הנאות לגבי נישואיהם של ישראלים שאינם יכולים להינשא בישראל (ההדגשה במקור – א"ר); לא אהסס לומר, כי אילו ניתן היה לשכנע כל יהודי ויהודיה, מטעמים טובים רבים, להינשא לבני העם היהודי, לא היה מאושר ממני, בודאי לאחר שבשואה נכרת שלישי מן העם. אך משאין זו המציאות, על המדינה לספק את הפתרונות הנאותים, כמובן תוך התחשבות באופיה היהודי והדמוקרטי – וגם במדרון החלקלק שבדברים עלולים להיקלע אליו.

בן לאב יהודי ואם לא יהודיה – העותר 1 לא חטא ולא פשע. הוא אזרח ישראלי טוב ככל אחד מאתנו, הנושא בחובות וזכאי לזכויות, הזכות לנישואין עומדת לו. משתוקן חוק השבות, תש"י-1950 בתש"ל-1970 והוסף סעיף 4א הזכות לנישואין כוללת בהגדרה גם אזרחים זכאי שבות וצאצאיהם. חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, תש"ע-2010, אינו חל על עניינו של העותר, שכן מבקש הוא לשאת אשה יהודיה. הוא לא בחר כנראה בגיור אף שהוא רואה עצמו כיהודי; זהו פתרון אפשרי ורצוי מאוד לטעמי, אך המסור לו ולהכרעתו האישית. לכן על המדינה לעצב פתרון הוגן לשכמותו שלפיו לא יחוש מי מאזרחיה כמעין 'סוג ב'. אכן, ברור מאוד הקושי שבדבר ושבשלו יוחד חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, כשמו; ואולם, פתרון יצירתי נחוץ לשאלה המורכבת, תוך שימור הנישואין הדתיים לעדות הדתיות השונות כשלעצמם; הדבר מסור במובהק למחוקק.

העותרים מבקשים כי ניצור על דרך הפסיקה סטטוס חדש, ונכיר בנישואין אזרחיים בין בני זוג בני אותו מין, אך יצירה זאת, כאמור, נתונה לפתחו של המחוקק. אכן, נושא כמו נישואי בני זוג בני אותו המין שהוא כבד וטעון – וייאמר גלויות, גם במישור הדתי, ומדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית – מצריך הכרעת מחוקק; אין בכך כדי לגרוע מהכרה בזכויות של חברי הקהילה הלהט"בית בהקשרים אחרים.

כט. אכן, ברחבי העולם המערבי חל בשנים האחרונות שינוי משמעותי במספר המדינות המכירות בנישואין בין בני אותו מין. כך למשל בשנים 2009-2015 הוכרו נישואין מסוג זה בארגנטינה, שוודיה, נורבגיה, איסלנד, פורטוגל, ארגנטינה, דנמרק, ניו-זילנד, צרפת, אנגליה וויילס, אורוגוואי, ברזיל, סקוטלנד, אירלנד, פינלנד ובמדינות ארה"ב כולן (שירי ספקטור-בן ארי "הסדרי נישואים והסדרים חלופיים למיסוד זוגיות: סקירה משווה" מרכז המחקר והמידע של הכנסת 7-6 (19.1.15), עידכון: 14.10.15)). אמנם, כפי שטענו העותרים, נעשה השינוי לעתים על ידי בית המשפט – כך למשל בארה"ב בפסק הדין של בית המשפט העליון של ארה"ב בעניין Obergefell

v. Huges, 576 U.S (2015) שקבע כי זכותם של בני זוג בני מין להינשא מוגנת תחת פסקת ההליך ההוגן (Due Process Clause) ובכך החיל נישואין אלה אף במדינות בארה"ב (States) שלא הכירו בהם מעיקרא – אך כאמור ברוב מדינות העולם שהכירו בכך נעשתה ההכרה על ידי הפרלמנט ולא על ידי בית המשפט. כך למשל בהולנד, בלגיה, קנדה, ספרד, ארגנטינה, שוודיה איסלנד, פורטוגל, ארגנטינה, דנמרק, ניו-זילנד, צרפת, אנגליה, סקוטלנד, פינלנד ואירלנד נעשה השינוי על ידי חקיקה של הפרלמנט (וראו פירוט המדינות המכירות בנישואין בין בני אותו מין ב- Pew (26.6.15) "Gay Marriage Around the World" Research Center). בכך, אין לכחד, חל שינוי משמעותי לעומת העבר.

ל. כשלעצמו סבורני, כפי שגם ציינתי בעבר בעניין בן ארי, יש להבחין בין שויון בזכויות חברתיות, סוציאליות וכלכליות של בני זוג בני אותו מין אליהן יידרש בית המשפט (וראו למשל לאחרונה פסק הדין בבג"ץ 5075/15 עמותת אבות גאים נ' שר הפנים (8.12.16), בו – בהסכמת המדינה – הושווה ככל הניתן הליך הטיפול במתן מעמד לבני זוג בני אותו מין של אזרחים ישראלים) ובין ההכרה בסטטוס הנישואין ביניהם, הנתון לפתחו של המחוקק:

"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 ובחוות 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... אין עניינה של העתירה, לטעמי, בשמירת זכויותיהם של העותרים כאזרחים, כבני אדם, הזכאים לכבוד ולשויון. 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 השויון והכבוד... סבורני איפוא כי צריך, וניתן, לשים פדות בין סוגיות שיש להן השלכה ישירה

על העותרים כאזרחים וכבני אדם הזכאים לכבוד ושיוון,
 לבין סוגיות בעלות אופי ציבורי כללי, בעלות משקל
 סמלי שעיקרו אינו בתחום המעשי" (עניין בן ארי,
 פסקאות י"א-י"ד)

לא. יוער כי אף פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה אליהם הפנו העותרים
 אין בהם כדי לסייע בידם, שכן בתי המשפט לא יצרו בהם סטטוס חדש, אלא החילו את
 דוקטרינת אי-ההכרה על דוקטרינות המוכרות בדין הישראלי. כך בתמ"ש 11264-09-12
 ובתה"ן 52224-11-13, עסקו בתי המשפט בשאלת הרישום במרשם האוכלוסין – כעין
 "תמונת ראי" לעניין בן ארי, וגם בהקשר סיום הנישואין – ולא בשאלת הסטטוס: "כשם
 שעצם הרישום במרשם לא הווה הכרה בתוקף הנישואים החד מיניים, כך אין לראות
 בהתרת הנישואין משום הכרה בתוקפם" (תה"ן 52224-11-13, פסקה 30). קרי, בתיקים
 אלה החילו בתי המשפט את דוקטרינת אי ההכרה על מושג המוכר זה מכבר בדין
 הישראלי – רישום בני זוג בני אותו מין כנישואים במרשם האוכלוסין – בו לא הכיר בית
 הדין הדתי, ולא יצרו סטטוס חדש, כפי שמבקשים העותרים בעתירה זו. בתמ"ש
 56248-10-12 בו לא נידון רישומן של התובעות, שכן לא נרשמו במרשם האוכלוסין
 מעיקרא, מיאן בית המשפט להצהיר עליהן כמגורשות אלא רק הצהיר על כך שהן אינן
 נשואות זו לזו:

"משנישואיהן של בנה"ז דנן לא נרשמו במרשם
 האוכלוסין, ההתרה המבוקשת היא לא התרה
 פורמאלית-טכנית כלל וכלל, אלא כרוכה בהכרה
 מהותית של נישואיהן. עצם התרת הנישואין תעיד על
 הכרה בהם. שעה שהמשפט הישראלי אינו מכיר בתוקף
 הנישואין של זוגות חד-מיניים, ברי, שלא ניתן להתירם.
 יחד עם זאת, אי אפשר להתעלם מהעובדה כי בנה"ז
 נישאו בקונטיקט בהתאם לדין המקומי וכי הן נפרדו
 זמ"ז ויש ליתן ביטוי משפטי למציאות חיהן העובדתית,
 כדי שבעתיד לא תתעוררנה מחלוקות בנוגע למהות
 הקשר ביניהן וההשלכות שעשויות להיות מכך. לאור
 האמור לעיל, נראה כי מתן פסק דין הצהרתי, אשר יקבע
 כי התובעת והנתבעת אינן נשואות זו לזו" (שם, בפסקה
 28; וראו שיפמן, בעמ' 315-317).

לב. נמצא איפוא כי אין ביכולתנו להעניק לעותרים את הסעד המבוקש על ידיהם
 בראש הראשון, הפרשני. נפנה כעת לראש השני, החוקתי. כזכור, לטענת העותרים, על
 בית משפט זה להעניק להם סעד חוקתי כנגד סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים – בין
 אם בדרך של העברת "עיפרון כחול", ובין אם בדרך של ביטול הסעיף – בהיותו סותר
 את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופוגע בזכותם לשיוון ולמשפחה באופן
 שאינו מידתי. נראה שאין בידינו ליתן לעותרים את הסעד המבוקש, שכן הוא אינו עולה

בקנה אחד עם פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

לג. טוענים העותרים, כי סעד ה"עיפרון הכחול" המבוקש על ידיהם הוא סעד פרשני, ולכן יכול הוא לחול גם לגבי חוקים שנחקקו לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוששני כי אין להלום את טענתם. הסעד שמבקשים העותרים הוא במהותו בטלות חלקית של סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. מהותו של סעד העיפרון הכחול הוא ביכולתו של בית המשפט להבחין בתוך דבר חקיקה בין החלק התקף לבין זה הבטל, ולהכריז על בטלותו של החלק הבטל בלבד:

"בית-המשפט רשאי לערוך ניתוח בגוף החוק, ולהפריד – על-פי עקרון 'העיפרון הכחול' – בין החלק התקף לבין החלק הבטל. הוא יעשה כן רק אם החלקים השונים ניתנים להפרדה (עקרון ה-severability או ה-separability), וזאת אם החלק התקף עומד על רגליו הוא וממשיך להגשים את התכלית החקיקתית, ולו באופן חלקי" (בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367, 413 (1997) מפי הנשיא ברק; וראו אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי 737 (1994) (להלן ברק, פרשנות במשפט)).

עיקרון זה ניתן למימוש לא רק על ידי מחיקה ממשית של סעיף חוק, או חלק ממנו, אלא גם על ידי צמצום תחולתו של החוק. כך כתב השופט, כתארו אז, חשין בלשונו הציורית:

"עקרון העיפרון הכחול (הרגיל) מניח אפשרות פיזית להקיף בקו (של 'עיפרון כחול') את חלקו הפגום של החוק (או של החוזה) ולגזור אותו מגופו של הטקסט. לא כן הוא בענייננו, שסוגי הזכאים אינם מנויים בחוק בזה-אחר-זה, בשורה עורפית, אלא נכללים הם בחוק בהיעלם אחד. ואולם, כשאני לעצמי, אינני רואה כל קסם ביכולת ה'פיזית' לגזור חלקים מן החוק ולהשליכם אל הפח למען יחיה חלקו האחר של החוק. אין מניעה לדעתי לפרש את סעיף 20 כמו מנויים בו, בשורה עורפית, כל סוגי הזכאים שדיברנו בהם (ראו לעיל), פיסקה 30; ואם החסרתי סוג אחד של זכאים, נוסיפנו לרשימה), ולאחר בחינה מקרוב נגזור ונרחיק את החולה ונותיר את הבריא על-כנו. ניתן אף לראות את הזכאים כמנויים בחוק זה-על-גבי-זה, ואנו נקלוף את החוק כקלוף גלדי הבצל: גלדים בריאים נותרו וגלדים חולים נשלח לאשפה. הגזירה לא תהא אנכית – כגזירת העיפרון הכחול – אלא אופקית, כקלוף הבצל" (בג"צ

9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241,
268 (2004) (להלן ענין גניס))

משמעותו של צמצום תחולה זה, כך מדגיש השופט חשין שם, אינו פרשני גרידא כי אם חוקתי, ומבחינה מהותית אין הבדל בינו ובין ביטול מקצת הוראת החוק בו עסק:

"חברי המשנה לנשיא מצא רואה לנכון לבטל הוראת-חוק, ואילו אני מותיר אותה הוראת-חוק על-כנה תוך פירושה בצמצום. ואולם ניסוח הדברים כך אינו אלא אשליה אופטית. מבחינה אופרטיבית שקול הפירוש המצמצם שאימצתי לי כנגד ביטול מקצתה של הוראת סעיף 20 לחוק ההסדרים" (שם, בעמ' 269; ההדגשה הוספה – א"ר).

נמצא איפוא שבמשפט הישראלי נעשה שימוש בדוקטרינת העיפרון הכחול כשם שמבקשים העותרים, קרי, בדרך של צמצום תחולתו של חוק – כך נעשה למשל בענין גניס האמור, בו צומצמה תחולתה של הוראת חוק רטרואקטיבית כך שתחול רק על מי שלא הסתמך עליה – אלא שלא כטענתם, אין מדובר בסעד פרשני גרידא, כי אם בסעד חוקתי ככל משפטו וחוקתיותו, שמשמעותו הכרזה על בטלות חלקית של דבר החקיקה. לכן אין משאלת העותרים מצויה בגדריה של הלכת גנימאת, שעל פיה יש לפרש חוקים שקדמו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ברוח חוק היסוד, אלא חוסה תחת ההגנה של פסקת שמירת הדינים. גם פרשן חוקתי ליברלי ככל שיהא יתקשה לומר שעיקור ליבתו של חוק שיפוט בתי דין רבניים הוא בגדר האפשר חרף פסקת שמירת הדינים. בשינוי מן התנא רבי מאיר שעל לימודו מרבי אלישע בן אבויה ששנה ופירש נאמר כי "רבי מאיר רימון מצא, תוכו אכל, קליפתו זרק" (בבלי חגיגה ט"ו, ע"ב), בענייננו היפוך הדברים: הסעד החוקתי פירושו זריקת התוכן והותרת הקליפה. ויוער, כי חוק שיפוט בתי דין רבניים היה במובהק אחד החוקים שבגיננו נחקקה פסקת שמירת הדינים:

"אכן, ביסוד פסקת שמירת הדינים מונחת פשרה פוליטית, אשר ביסודה העדר הסכמה בעניין דת ומדינה... פסקת שמירת הדינים שומרת על תוקפו של "דין שהיה קיים" ערב תחילתו של חוק-היסוד. בכך נשמר תוקפו החוקתי של הדין הישן, שהיה תקף שעה שהוחק חוק-היסוד. הדיבור "דין" צריך להתפרש במסגרת הרחבה. הוא משתרע על מכלול החקיקה... הוא כולל בחובו את הדין הדתי על פיו דנים בתי הדין בענייני המעמד האישי" (ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 561; ההדגשות הוספו – א"ר).

כך אמר חבר הכנסת אוריאל לין, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז, בדיון בכנסת בו התקבל בקריאה שניה ושלישית חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"יש כמה הסתייגויות ואני רוצה להתייחס אליהן. הסתייגות אחת, של חבר הכנסת הלפרט, אומרת: 'האמור בחוק זה והמשתמע ממנו לא יפגע בחוק נישואין וגירושין או בחוקים ותקנות אחרים הבאים לעגן את מורשת ישראל, הקיימים היום'. הגענו למסקנה שזה איננו נחוץ, שכן יש הוראה כוללת, האומרת שהחוק אינו פוגע בשום דין קיים. אז למה לעשות היררכיה בחוקים שבאופיים ובמקורם הם חוקים דתיים? בזה שאתה מחזק חוק ספציפי, אתה מוריד חוקים אחרים" (דברי הכנסת התשנ"ב 3788, ישיבה מיום 17.3.92).

עולה איפוא, כי פסקת שמירת הדינים נועדה בבסיסה להגן, בין השאר, על הוראות חוק שיפוט בתי דין רבניים. התבוננות העותרים אל הסעד המבוקש כפרשנות – בניגוד לבטלות חלקית – היא ניסיון לעקוף את הוראתו המהותית של סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולקבל סעד חוקתי בדיוק במקום שמכונן חוקי היסוד התכוון במובהק שלא לתיתו. אין כאן רבותא: דעת לנבון נקל, כי בדיני הנישואין והגירושין ההלכתיים אין שויון מלא בין נשים לגברים, ובמיוחד בעניין הגירושין ומכאן תיקי העגינות החיה; בג"ץ 6751/04 מישל סבג נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט (4) 817 (2004), ובבג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני (28.2.2017).

לד. העותרים ניסו לתלות טענתם, כי ניתן לצמצם באמצעות דוקטרינת העיפרון הכחול תחולתו של חוק שנחקק קודם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בפסק הדין בע"א 5931/06 חסיין נ' כהן (2015), בו נקבע כי יש לפרש בצמצום את תחולתו של חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950 (להלן חוק נכסי נפקדים), בדרך של פרשנות. חוששני שאף טענה זו לא תעמוד, והפסיקה האמורה אינה תומכת בה; שם לא צימצמה הפרשנות את תחולתו של החוק – כנעתר בענייננו – כי אם את דרך הפעלתו על ידי הרשות; קרי, לא דובר שם בפרשנות חוקתית – צמצום תחולתו של החוק – כי אם בפרשנות מינהלית – צמצום היקף השימוש שיכולה המדינה לעשות בסמכות הנתונה לה:

"לא ניתן לקבוע כי החוק אינו חל על נכסים במזרח ירושלים שבעלי הזכויות בהם הם תושבי איו"ש. עם זאת, בעת הפעלת הסמכויות המוקנות מכוחו במקרים אלה, יש לנהוג משנה זהירות וקפדנות... כאמור, החלטתי אינה נוגעת למישור החוקתי ולתוקפן של הוראות חוק נכסי נפקדים, אלא עניינה במישור המינהלי, הנוגע לדרך הפעלת הסמכויות שמכוחו" (שם, פסקאות 32-34 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; ההדגשות הוספו – א"ר).

כך הבעתי דעתי שם כי:

"חברי הנשיא, אף שכאמור לא הביע דעה על פרשנות ברוח חוק היסוד בהתאם לאמור בעניין גנימאת, למעשה ערך איזון, הראוי לטעמי, בהתאם לחוק היסוד; כך, כאשר קבע מזה תחולתו של חוק נכסי נפקדים על הנכסים שבהם עסקינן, ומזה כי בנסיבות ענייננו יש לעשות שימוש מצומצם בחוק נכסי נפקדים, בכפוף לאישורים שונים, ולאחר שמוצו האפשרויות המנויות בחוקים אחרים" (פסקה ה').

והדברים מדברים בעדם; פסק דין זה לא עסק בתחולתו של חוק נכסי נפקדים, כי אם בשיקול הדעת הנוגע להפעלת הסמכות על פיו בידי הגורם הרלבנטי. בענייננו, איננו עוסקים בחוק המקנה סמכות מינהלית שהיקף השימוש בה נתון לשיקול דעתה של הרשות המינהלית הרלבנטית, ובית המשפט יכול לפרשו ולצמצמו, כי אם בקביעת המחוקק המעניקה את סמכות השיפוט העניינית – המהותית – לבית הדין הרבני. צמצומו של הסעיף ממניעים חוקתיים הוא, כאמור, הכרזה על בטלות חלקית, וזו אינה אפשרית על פי פסקת שמירת הדינים.

לה. אף התיקון מתשס"ה שנעשה לחוק שיפוט בתי דין רבניים – שבמסגרתו הוסף סעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, המקנה לבית הדין במקרים מסוימים סמכות ייחודית בענייני גירושין של בני זוג יהודיים שנישאו על פי דין תורה, אף שאינם אזרחי ישראל או תושביה – אינו מסייע בידי העותרים. לטענת העותרים, תיקון זה חולל שינוי מהותי בסמכות המוקנית לבית הדין על פי סעיף 1 לחוק, ולכן ניתן לתקפו חוקתית חרף פסקת שמירת הדינים. אין להלום טענה זו. אמנם נקבע בפסיקה לא אחת כי ניתן לתקוף חוקתית תיקון שנעשה לאחר שכונן חוק היסוד לחוק שנחקק לפני חקיקתו, שכמותו כחוק חדש (וראו למשל ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 263; בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 259-261); אך בענייננו – כטענת המשיבות – התיקון לא נגע כלל בסעיף 1 לחוק שמבקשים העותרים לתקוף. התיקון הוסיף כאמור סמכות ייחודית לבתי הדין לדון במקרים נוספים על אלה המנויים בסעיף 1, תוך הדגשה כי אין הוא גורע מן הסמכויות האמורות בסעיף זה. במקרה זה אמנם אין הוראת פסקת שמירת הדינים חלה על התיקון גופו – שכמוהו כאמור כחוק חדש – ועל הסמכויות שהוקנו לבית הדין במסגרתו, אך היא חלה על הוראת סעיף 1 שלא תוקנה מאז חקיקת חוק היסוד; ושוב – עסקינן בליבתו של חוק שיפוט בתי דין רבניים, שפגיעה בסעיף 1 בו פירושה ריקונו מתוכנו מכל וכל.

לו. בנוסף, קשה להלום את בקשתם של העותרים לסעד הצהרתי, שעל פיו סותר סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מבלי להעניק סעד אופרטיבי באשר לתחולתו של החוק. על פי הפסיקה, לא יעסוק בית המשפט בדיון תיאורטי, המעלה שאלה משפטית בעלת אופי כללי, שאין מבוקש בו סעד קונקרטי הנוגע לעניינם של הצדדים באופן ישיר (וראו למשל בג"צ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 30 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2011)). הכרזה על סתירה בין חוק לחוק היסוד בנסיבות אלה שבהן אין לה משמעות אופרטיבית באשר לתחולת החוק, היא סעד תיאורטי מן הסוג אותו לא ייתן בית משפט זה. אמנם, כפי שטענו העותרים, במקרים המתאימים לכך יכול בית המשפט להשעות בטלותו של חוק שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוקי היסוד, כדי לאפשר למחוקק לתקן את הטעון תיקון (וראו למשל בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 415-416 (1997)), או אף להכריז על אי התאמה ללא הכרזה על בטלות, כדי לדחוף את המחוקק לתיקון החקיקה. ואולם דבר זה מטבעו מוגבל למקרים בהם בידי בית המשפט להלכה להכריז על בטלותה אם לא תתוקן (להרחבה בעניין הסעד החוקתי ההצהרתי תוך התייחסות למשפט המשוה ראו ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 754-7759; עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 468-473 (תשנ"ז-תשנ"ח); לירון דוד "החיפוש אחרי 'סעדים חברתיים'" מעשי משפט ד 109, 116-118 (2011)). אין זה המקרה דנא, שבו חוסה החוק תחת פסקת שמירת הדינים כאמור.

לז. העותרים הפנו בדבריהם למשפט האנגלי שבו הצהרת אי התאמה היא הסעד החוקתי המרכזי. ואולם, חוששני שאין לגזור גזירה שוה בענייננו, נוכח השוני המובהק בין המסגרת החוקתית של המשפט האנגלי לזו של המשפט הישראלי. במשפט האנגלי, הנעדר חוקה במובן המקובל, אין ביכולתו של בית המשפט לבטל חקיקה של הפרלמנט, והחוק מסמיך אותו רק להכריז על אי התאמה (ראו Human Rights Act 1998 s. 4; The Government's White Paper, Rights Brought Home: The Human Rights Bill, Cmnd 3782 (1997) para 2.13; Caroline Neenan, *Incompatibility an Is a Declaration of Effective Remedy?* 5 JUD.REV. 247 (2000)), זאת בניגוד למשפט הישראלי בו כידוע כפופה החקיקה הראשית לחוקי היסוד (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)). קרי, חוקי היסוד נתפסים משפטית כחוקה פונקציונאלית, ובית המשפט יכול להכריז על בטלותה של חקיקה ראשית, אף שהוא עושה כן במשורה. שיטת משפט הקרובה יותר למשפט הישראלי בהיבט זה היא זו הקנדית, בו נתונה הסמכות – על פי Charter-ה – לבית המשפט להכריז על בטלותו של חוק שאינו חוקתי; במסגרת משפט

זה מוכר סעד חוקתי מן הסוג בו חפצים העותרים – קרי, הצהרה לגבי אי התאמה בין חוק לחוקה ללא הכרזה על בטלותו – אך הוא ניתן רק ככל שיש לו נפקות לעניינם של הצדדים, ואין הוא בגדר סעד תיאורטי גרידא (*Daniels v. Canada* [2015] 2 F.C.R.) 786, para. 26; Dale Gibson & Jhon Gee, *Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* 19-36 THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS (Gerald A. Beaudoin & Errol Mendes eds, 1996) ; וראו גרוט, בעמ' 470).

לח. כיון שהגענו למסקנה, כי מטריית שמירת הדינים חופפת על סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, אין אנו נצרכים לשאלה האם עומד הוא בסתירה להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כשלעצמן, שאלות נכבדות העולות בהקשרים שונים מקום שעסקינן בדין דתי בעל תוקף מהותי, כפי שהכריע המחוקק. לבסוף ייאמר, כי אין העותרים יכולים להסתמך על חוק יסוד: השפיטה כטענתם. לשיטתם, כאמור, סותר סעיף 1 לחוק בתי דין רבניים את זכות הגישה לערכאות, וכיון שזו נגזרת לטענתם מסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה בו אין פסקת שמירת הדינים מצויה, ניתן לתקפו בתקיפה חוקתית. אין להלום אף טענה זו. חוק יסוד: השפיטה מכיר בהיבטים מסוימים של זכות הגישה לערכאות (אהרון ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" 99 שלמה לוי 31, 37 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013)), אך אין היא נגזרת ממנו (לעניין מקור הזכות ראו למשל ע"א 8184/12 מרכז תורני לאומי ע"ד נ' הרב מרדכי דב קפלן, פסקה כ"א לחוות דעתי (2015) ורע"א 6830/15 פלוני נ' פלונית פסקה 21 לפסק דינו של השופט סולברג (2016), שעל פיהם מדובר בזכות שאינה מנויה עלי ספר; כן ראו ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט לוי (2011) ורע"א 2142/13 שויהדי נעמאת נ' יצחק קרמיון, פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל (2014), שעל פיהם נגזרת היא מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

לט. סוף דבר, מצאנו, נוכח כל האמור מעלה, כי אין להיעתר למבוקש. יוטעם, כפי שציינו, כי אין ללמוד מאי-ההכרה בסטטוס הנישואין לזוגות בני אותו מין – נושא המסור כאמור למחוקק, בעיקר נוכח פסקת שמירת הדינים – על אי-הכרה בזכויות מהותיות חברתיות וכלכליות של חברי קהילת הלהט"ב. בידי כל איש ואשה בישראל הזכות לממש את סיפור חייהם עם מי שליבם חפץ בזוגיות; ותוצאותיה של זוגיות כזאת, נגזרות ישירות מן הזכות לכבוד ומהזכות לשוויון. כפי שצינתי בעניין בן-ארי לפני למעלה מעשור, מגמת הפסיקה היא להרחיב את זכויותיהם הללו של חברי הקהילה, ופסק דין זה אינו סותר זאת; לא נביע כאן דעה על האפשרות להחיל את ברית

הזוגיות בנסיבות רלבנטיות שאינן שינוי סטטוס כשלעצמו; אולם כאמור, סטטוס לחוד וזכויות מהותיות לחוד, ומכאן התוצאה אליה הגענו, קרי, אי היעדרות לעתירה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת ע' ברון:

1. היחסים המורכבים שבין דת למדינה, שבין חופש דת לחופש מדת, הם מן הסוגיות המרכזיות והמאתגרות שמדינת ישראל מתמודדת עימן מעת היווסדה. בענייננו, המתח שבין אלה בא לידי ביטוי במונופול הנתון לבתי הדין הדתיים ולדין הדתי בתחום הנישואין והגירושין. מדובר בהסדר אותו "ירשה" המדינה מדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947; וכנגזרת ממנו, ובשונה מן המקובל ברחבי העולם באופן אוניברסלי כמעט, המוסד של נישואים אזרחיים אינו קיים בישראל.

שורשיו של המונופול ההלכתי בענייני נישואים נטועים עמוק במורשת האבות, והוא נועד להגן על ערכים חשובים וייחודיים לעם ישראל כקדושת המשפחה היהודית. עם זאת, לא יכול להיות חולק על כך שיש בהסדר הנדון משום פגיעה בזכותן של קבוצות שלמות באוכלוסייה לקיים חיי משפחה. המדובר לא רק בזוגות בני אותו מין – אלא גם בפסולי חיתון לפי ההלכה, בחסרי דת, ובמי שמבקש להינשא לבן דת אחרת משלו; וכך גם במי שהם "מותרי חיתון" אך אינם מעוניינים להינשא "כדת משה וישראל" מטעמים של חופש מדת. זה מכבר הכיר בית המשפט העליון במעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה, הכרוכה בעבותות בזכות לכבוד האדם, ולכך ניתנה הסכמה פה אחד של כל שופטי ההרכב המורחב בפרשת עדאלה (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006)). כפי שציינה שם השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, "זכות היסוד של האדם לבחור בבן-זוגו ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו ומתמצית אישיותו של האדם" (בפסקה 7); וכלשונו של השופט מ' חשין:

"התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, ועליו נבנית חברה ומדינה. אין פלא בדבר, אפוא, שהזכות לחיי משפחה הוכרה בקהילה הבינלאומית כזכות יסוד. כך גם במשפט ישראל. ראו והשוו: פרשת סטמקה, 782, 787; אמנון רובינשטיין, "הזכות לנישואין", עיוני משפט ג' (תשל"ג-1973), 433; ראו עוד: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית על זכויות אדם; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות,

1966. הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו – נסכים ונצהיר – כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם. (ההדגשות שלי-ע'ב') (שם, בפסקה 47).

יש אפוא טעם בטענת העותרים, כי הדרתם ממוסד הנישואים בישראל כורכת בחובה פגיעה בזכויות יסוד שלהם ושל זוגות אחרים בני אותו מין. זאת, כמובן מבלי להתייחס בשלב זה לשאלת חוקתיות הפגיעה.

2. על רקע הקושי הטמון בחסותו של הדין הדתי על ענייני המעמד האישי בישראל, ועל מנת לקדם את ההגנה על התא המשפחתי, התפתחה בישראל מערכת ענפה של דיני משפחה אזרחיים. מבין ההסדרים הבולטים שנקבעו בפסיקה, יש לציין את דיני הידועים בציבור (ראו: שחר ליפשיץ הידועים בציבור: בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005));; הלכת השיתוף בנכסים; הכרה בנישואים וגירושים שנערכו מחוץ לישראל, וכיוצא באלה. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, במרוצת השנים העניקו בתי המשפט בישראל הכרה והגנה לזכויות הכלכליות והסוציאליות הנובעות מן הקשר הזוגי שבין בני זוג ידועים בציבור – ואולם נמנעו מהכרה בעצם תוקפם של היחסים כנישואים אזרחיים. כך, מתוך תפיסה שלפיה הנהגתם של נישואים אזרחיים והכרה בסטטוס אישי של נישואים בין בני זוג מאותו מין (כמו גם ביחס לזוגות אחרים), ראוי שיוסדרו על ידי הכנסת ותוך התחשבות באופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. ומפיו של חברי: "סבורני איפוא כי צריך, וניתן, לשים פדות בין סוגיות שיש להן השלכה ישירה על העותרים כאזרחים וכבני אדם הזכאים לכבוד ושוויון, לבין סוגיות בעלות אופי ציבורי כללי, בעלות משקל סמלי שעיקרו אינו בתחום המעשי" (ראו: דברי השופט א' רובינשטיין בעניין בן ארי, המצוטטים גם בחוות דעתו).

לטעמי, לא ניתן לפטור את הסוגיה המורכבת של הכרה בנישואים אזרחיים רק על ידי מתן הגנה על זכויות כלכליות, סוציאליות ואחרות. סטטוס הנישואים אף רחוק מלהתמצות במידע הקיים לגבי האדם במרשם האוכלוסין, או באמור בתעודת הזהות שלו. הסטטוס נותן תוקף משפטי לקשר הזוגי ומבטא הכרה חברתית במערכת היחסים שבין שני בני אדם, ועל כן נודעת לו משמעות רחבה יותר מסך הזכויות הכלכליות והאחרות הנובעות ממנו. ברי אפוא ששלילתו של סטטוס הנישואים מקבוצות מסוימות בחברה הישראלית, משדרת כלפיהן מסר של חוסר שוויון ואף של נחיתות מוסרית, כמובן זה שמשמע שהקשר אינו ראוי לכבוד ולהגנה (ראו והשוו: יובל מרין "חירות, שוויון ונישואין חד-מיניים" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 14 (2013); דן יקיר ויונתן ברמן "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם

רצוי? מעשי משפט א 169 (2008)). יפים לעניין זה דברים שיצאו מלפני בית המשפט העליון בארצות הברית, בפסק הדין שהכיר בזכותם של בני זוג מאותו מין להינשא והחיל נישואים אלה בכל מדינות ארה"ב:

"No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right." (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S (2015)).

3. ואולם, קשה לחלוק על עמדתו של חברי המשנה לנשיאה, כי הפגיעה בזכות לנישואים ולחיי משפחה "חוסה בצילה" של הוראת שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". גם מ"דוקטרינת אי ההכרה" לא יוכלו העותרים להיוושע – וזאת בנסיבות שבהן מוסד הנישואים האזרחיים אינו מוכר במשפט האזרחי הישראלי. במצב דברים זה, אין לי אלא להצטרף לתוצאתו של חברי שלפיה דין העתירה להידחות; ועם זאת אוסיף מספר מילים. "שריון" בלתי מוגבל בזמן של דיני המעמד האישי מפני ביקורת חוקתית, באמצעות הוראת שמירת הדינים, הוא מוקשה. בספרו בנושא הזכות החוקתית לכבוד האדם, עמד פרופ' אהרן ברק על כך שהוראה זו יוצרת אנומליה נורמטיבית שאינה רצויה לשיטת משפטנו:

"הפסקה בדבר שמירת הדינים יצרה מצב משפטי מיוחד במינו, ולפיו שתי מערכות דינים – ישנה וחדשה – מתקיימות זו לצד זו מבלי שהאחת מביאה לשינויה או לביטולה של האחרת. מערך נורמטיבי זה הוא פרי פשרה פוליטית. עם זאת הוא יוצר אנומליה חוקתית. אין זה מצב בריא לשיטת משפט, כאשר חלקה האחד (הישן) אינו נתון למשטר חוקתי על-חוקי, ואילו חלקה האחר (החדש) נתון למשטר חוקתי על-חוקי. שיטת משפט שואפת להרמוניה ולאחדות. שמירת הדינים פוגעת בהרמוניה ובאחדות. אכן החוקות הדמוקרטיות

המודרניות אינן כוללות הוראה בדבר שמירת דינים. נהפוך הוא: הן מבוססות על התנתקות מהעבר ועל הכרה בהווה ובעתיד טובים הימנו. לא זו ההתפתחות בישראל. נוצר אפוא מתח בין עבר להווה ולעתיד. על כן יש לעשות הכול כדי להקטין את המתח הפנימי שנוצר ממצב דברים זה" (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, כרך א עמ' 391-392 (2014)).

אמת הדבר, מוסד הנישואים האזרחיים מצוי בלב הקונפליקט הישראלי שבין דת למדינה, והוראת שמירת הדינים היוותה מעין פשרה פוליטית שאפשרה את הנעתה של מהפכה חוקתית בישראל. ואולם לא מן הנמנע כי תגיע העת שבה לא יעמוד לה עוד כוחה של הוראת שמירת הדינים לבלום תהליכים חוקתיים, ובפרט את בחינת התאמת דיני המעמד האישי למציאות בת ימינו ולפסיפס החברתי-תרבותי-דתי שממנה היא מורכבת. ביקורת שיפוטית מעין זו כבר הביאה להכרה בנישואים בין זוגות בני אותו מין במדינות רבות ברחבי העולם. ואולם לעת הזו, אין לי כאמור אלא להצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. עתירה זו נגזרת מרצונם של זוגות בני אותו מין להינשא במדינת ישראל.
- הזכות להינשא ומסגרת הנישואין ממוקמות בסעיפים 1 ו-2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 (להלן: חוק שיפוט בתי דין רבניים), שזו לשונם:

1. עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים.
2. נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה."

2. ומה באשר למפגש בין דיני המשפחה ובין המשפט החוקתי: היש בכוחו לשנות מן היסוד את הכללים ולהרחיב את גבולות מוסד הנישואין?

במאמרו המאלף "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13 (2013) (להלן: חוקת המשפחה), השיב לכך הנשיא בדימוס של בית

משפט זה, אהרן ברק, בשלילה. הטעם לדבר איננו העדר הכרה במעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה, לרבות הזכות להינשא; אדרבה –

”הפסיקה בארץ ומחוצה לה הכירה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית. אין זה אומר, למשל, שהמדינה איננה יכולה להטיל מגבלות על הזכות להינשא, אך הזכות בתור שכזו שמורה לכל אדם. החברה רואה את חירות הנישואין כאחת מהבחירות החשובות והמרכזיות בחייו של אדם והגדרתו העצמית” (בג”ץ 466/07 גלאון נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד סה(2) 44 פסקה 2 לחוות דעתי (2012)).

מדובר, אפוא, בזכות חוקתית הקשורה קשר אמיץ לכבוד האדם וחירותו. אלא, התשובה השלילית כאמור, וצמצום ההתערבות השיפוטית במפגש בין דיני המשפחה למשפט החוקתי, מקורם דווקא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המיקום הגיאוגרפי הוא סעיף 10 לחוק היסוד – פסקת שמירת הדינים, הקובעת כי “אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד”. סעיף קצר זה רב כוחו ועומד כמגן על דין העבר ובמיוחד הדבר רלוונטי לענייננו. כפי שכתב הנשיא ברק –

”הוראה זו שריינה את הדין הישן מפני ביקורת שיפוטית באשר ליחס בינו לבין הזכויות החוקתיות שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דבר זה נכון לעניין כל הזכויות החוקתיות, ולעניין כל הזכויות-הבנות של כבוד האדם. עם זאת, דבר זה בולט במיוחד לעניין דיני המשפחה. דומה שהטעם העיקרי המונח ביסוד ההוראה בדבר ‘שמירת דינים’ היה להגן על דיני המשפחה הדתיים שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק-היסוד מפני הזכויות הקבועות בו. אכן, השפעתה העיקרית של פסקה זו מתבטאת בתחום דיני המשפחה בכלל ודיני הנישואים והגירושים בפרט. ביטולה של הפסקה בדבר ‘שמירת דינים’ – ‘המהווה ביטוי לפשרה פוליטית המבוססת על העדר הסכמה בענייני דת ומדינה – הוא בידי הכנסת כרשות מכוננת” (חוקת המשפחה, בעמ’ 51; ההדגשה אינה במקור).

המשפטן, בוודאי השופט, אינו יכול להתעלם מהוראת שמירת הדינים. זאת, במיוחד ביחס לדיני המשפחה. נדמה כי תחום זה בכלל, וסעיפים 1 ו-2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בפרט, עמדו לנגד עיני המחוקק ברגע המכונן של חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זוהי פשרה פוליטית שאפשרה את הבאת חוק היסוד לעולם. התרומה וההשפעה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאז כינונו לפני כ-25 שנים ברורים לכל. אך טול מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו את פסקת שמירת הדינים ונטלת את קיומו – ולו מבחינת הנכונות של הרשות המכוננת להעניק הגנה חוקתית לזכויות המעוגנות בו.

די בכך כדי להסביר מדוע אני מצטרף לחוות דעתו היסודית והמקיפה של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, וכן מוצא עניין רב בהערות מעוררות המחשבה של חברתי השופטת ע' ברון.

3. ובאשר לסוגיה עצמה של נישואין בין בני ובנות אותו מין, אסתפק בהערות הבאות:

הצגת ההתפתחויות השונות במדינות העולם בדבר הסוגיה מרתקת. יש שאסרו ויש שהתירו, יש שהכירו כברית אך לא בנישואין ויש שעברו מקבוצה לקבוצה. האמת תיאמר כי הגל ההיסטורי נע בכיוון אחד (לנתונים מקיפים אודות השינויים שחלו מאז 1970 ועד העשור האחרון ראו Yoav Dotan, *The Boundaries of Social Transformation through Litigation: Women's and LGBT Rights in Israel, 1970-* (2015) 3, 30-38 *Isr. L. Rev.* 48, 2010). נהוג לומר כי ישנן מדינות שבהן ההכרה בנישואין חד מיניים עוגנה בחקיקה – ואחרות, שבהן הדבר נעשה בפסיקה. הייתי מדגיש שגם במדינות שבהן הוכרו נישואין חד מיניים בפסיקה, מדובר במעין "חותמת" לתמורות חברתיות רחבות יותר – ובמילה האחרונה בשיח מתמשך בין החברה לבין בית המשפט. כך, למשל, בארצות הברית היה זה בית המשפט העליון שהכיר, בעניין *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), בזכותם החוקתית של בני זוג בני אותו מין להינשא. אך יושם על לב כי פסק דין זה, שניתן רק בשנת 2015, מהווה שיאו של תהליך ממושך ומורכב שהחל שנים ארוכות לפני כן. כ-30 שנה קודם לכן, בשנת 1986, בית המשפט העליון של ארצות הברית כלל לא מצא לנכון להתערב בחוק שהגדיר, באופן מעשי, פעילות הומוסקסואלית כעבירה פלילית (*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)). 17 שנים לאחר מכן, בשנת 2003, נהפכה החלטה זו על פיה בפרשת *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). צעד נוסף עשה בית המשפט העליון האמריקני בשנת 2013, כאשר פסל את ה- Defense of Marriage Act (DOMA), אשר קבע כי במישור הפדרלי יוכרו אך ורק נישואין בין גבר לאישה (*United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013)) – אך גם אז נמנע מלהכריע בשאלת קיומה של זכות חוקתית לנישואין חד מיניים. שינויים אלה משקפים, אפוא, את האינטראקציה בין החברה לבין בית המשפט. לא בכדי, רק בשנת 2015, בתום תהליך חברתי ארוך, הגיעה, כאמור, העת למתן גושפנקה שיפוטית להכרה החברתית בנישואין אלה ולא במאה הקודמת.

ההערה הקודמת בדבר הסוציולוגיה של המשפט קשורה לשתי ההערות הבאות: האחת, נדמה כי הגם שעסקינן בזכויות מופשטות, במנעד הנושאים המשפטיים

הממד האנושי הוא המשפיע. כך כפשוטו וכך באופן שהיחיד מוצג במדיות שונות. לאמור, בסוגיה זו גישת פלחים שונים, גם זה מזה, של האוכלוסייה בחברות שונות, מושפעת בהקשר ישיר מהחשיפה לקהילה ההומוסקסואלית ויחידה מצד אחד, ולאלה המתנגדים להם – והכוונה, לראשי המחנה – מן הצד האחר. ההערה השנייה, וכאן נתמקד במדינתנו, נראה כי שינוי – אופיו ומידתו – או העדר שינוי, תלוי בשאלה הבאה: איזו חברה נבחר להיות בעשורים הבאים?

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין.

ניתן היום, ט' באלול התשע"ז (31.8.2017).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')