

סמינריון "הגירה, שבות ואזרחות"

פרופ' אמנון רובינשטיין

ד"ר מישאל חשין

מר גיא רוה

"כיצד הפסיקה נתנה מעמד משפטי לזוגיות חד-מינית ואיך היא באה לביטויה בחוקי ההגירה הישראליים?"



ספטמבר 2013

מגיש: ארתור שני

תוכן העניינים:

3.....	פרק א': הקדמה
6.....	פרק ב': הצגת המצב בישראל
10.....	פרק ג': רקע על המודלים הקיימים להכרת והסדרת זוגיות חד-מינית
14.....	פרק ד': רקע משפטי
15.....	הלכת סקורניק:
16.....	הלכת פונק שלזינגר:
17.....	הלכת דנילוביץ'
19.....	ברנר קדיש
20.....	האגודה נ' שר החינוך
22.....	יהוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה
26.....	הלכת בן ארי
28.....	פרק ה': הצגת ההליך המדורג
31.....	פרק ו': סיכום ומסקנות
33.....	מחשבה לעתיד
34.....	פרק ז': רשימת מקורות ונספחים
34.....	כתבי עת ומאמרים
35.....	עיתונות
36.....	פסיקה
37.....	נספחים
37.....	נספח א': נוהל 5.2.009 "לרבות בני אותו מין"
40.....	נספח ב': מכתבו של עו"ד סלומון
41.....	נספח ג': חזרה לפרשנות דווקנית
42.....	נספח ד': מכתב לשר הפנים

פרק א': הקדמה

במקומות רבים, וכמובן שזה בה לידי ביטוי גם בפסיקה הישראלית¹ מוכרת הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד חוקתית: "הזכות לנישואין ולקיום של חיי משפחה... מהווה תשתית לקיומה של חברה. 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... 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. והזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה גוזרת מעצמה, כדבר הלמד מעניינו, זכותו של אזרח ישראל להתגורר עם בני משפחתו בישראל, וחובתה של המדינה כלפי האזרח לאפשר לו לממש זכותו לחיות עם בני משפחתו בישראל. פרשת סטמקה, שם. עד כאן - הזכות לנישואין והזכות העקרונית הקנויה לאזרח ישראל לחיות עם משפחתו בישראל". לכן, ובייחוד לאור המצב החוקי הייחודי בו נמצאת מדינת ישראל באשר לכל תחום דיני המשפחה - מצאה הרשויות הישראליות - ובראשן מערכת הצדק הישראלית - דרכים להכיר בזכויות כאלו ואחרות - לרבות הזכות לחיי משפחה - בדרכים יצירתיות כאלו ואחרות.

בראשית עבודת סמינר זאת אציג את המצב החוקי במדינת ישראל באשר לנישואים בדגש על הבעיה הקיימת באשר לפסולי חיתון בשיטתנו המשפטית.

בהמשך אתאר הדרכים בהם מדינות העולם מוצאות לנכון להביא לביטוי את הזכות החשובה לחיי משפחה גם באשר לתא המשפחתי שהצטרף לאחרונה למשפחת התאים המשפחתיים והוא התא המשפחתי החד מיני. תא משפחתי החורג מהמודל הקלאסי של אב, אם וילדים ומורכב בצורה שונה.

בפרק הרקע המשפטי, אציג את המצב המורכב השורר בעניין זה במדינת ישראל, תוך שימוש בפסיקה הכללית והספציפית הקשורה לקהילת הלהט"ב² שהובילה - ברבות הימים - להכיר דה-פקטו בנישואין חד-מיניים שנעשו במדינה בהם הם מוכרים.

ניתן לראות כיצד ההכרה באה לביטוי מתגובת המדינה לתגובה המקדמית לתביעת הזוג **בן ארי ואחרים**³: "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 -

¹ בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 47 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (2006).

² ראשי תיבות: לסביות, הומואים, בי-סקסואלים וטרנסג'נדרים gblt.

³ בגץ 3045/05 יוסי בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006). (להלן: "פרשת בן ארי"). פס' 19

סוציאליים, ואף בהקשר של הסדרת שהייה כחוק בישראל (פסקה 19 לתגובה המקדמית מיום 13.11.2005). אמנם מדובר במילים ספורות המצוטטות בתוך פסק הדין אך הן המילים המהוות את המפתח לטיעון בעבודה סמינריונית זו: מדינת ישראל מכירה- בדרכה היחודית- בנישואין חד מיניים.

מוסד הנישואין הנו מוסד בעל משמעויות ערכיות, חברתיות ותרבותיות הרבה מעבר ל"סל" החובות והזכויות המוענקות מכוחו. לכן, ועל-מנת לעמוד בדרישת השיוויון, יש לפתוח את מוסד הנישואים לכולם והאלטרנטיבות הינן פסולות משהן מנציחות את האפליה כנגד להט"ב- אך זה כבר דיון לסמינר אחר. מה גם שדיון ברוח זו מתנהל באופן קבוע בציבוריות הישראלית.

לפני שאגיע לפרק הסיכום והמסקנות אציג את ההליך של רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים לעניין טיפול בהסדר מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין (נוהל 5.2.0009 שתחולתו החל מ-4/11/04), המביא לידי ביטוי, דרך חוקי ההגירה של מדינת ישראל – הכרה דה פקטו בתא המשפחתי החד מיני (אם כי הכרה שאיננה מספקת- בהמשך אציג את הנסיגה בשנים האחרונות).

ברצוני לציין שהתקבלתי ללימודים במרכז הבינתחומי הרצליה במסגרת התאמתני לשתי קטגוריות: "מצוינות אישית" ו"מנהיגות מוכחת" כאשר שתי הקטגוריות מדגישות את התרומה למען הקהילה- וזאת היחודיות במסמך המוגש בזאת. זוכה אני לקחת חלק פעיל בנושא הסמינריון ולעצב אותו. במהלך שנה ג' התנדבתי בתור הרכז המשפטי של האגודה לשמירת זכויות הפרט (ע"ר) או כפי שהציבור מכיר יותר: אגודת הלהט"ב. במסגרת תפקידי זה, ובמהלך שנות פעילותי באגודה (היום אני מכהן כחבר ועדת ביקורת של העמותה ופעיל בזרוע הפוליטית-משפטית שלה) עסקתי רבות בשלל הסוגיות המשפטיות בכרוכות בזכויות להט"ב. כשישים אחוזים מהפניות אלי כרכז משפטי היו בנושא הסדרת מעמד לבני/ות זוג זרים/ות במשרד הפנים.

לצערי, לאחרונה מתרבים המקרים- בחלק מלשכות משרד הפנים- בהן לא מכירים בתעודת הנישואין הזרה של זוג חד-מיני, וחרף הצגתה בן הזוג הזר איננו מתאזרח במסלול המקוצר (משקיימת תעודת נישואין) אלא במסלול ה"רגיל". במקרים כאלו אנו מלווים את הפונים וטרם איום בפניה לערכאות – בעת שאנו מנסים למצות הליכים- הלשכה "מתאוששת" ופועלת כפי המצופה ממנה. מצב זה מונע מאיתנו, יחד עם האגודה לזכויות האזרח (ע"ר), איתה אנו פועלים כתף לכתף רבות בנושאים הללו- לעתור לבג"ץ בגין נושא זה כי משהלשכה "מתאוששת" העתירה הופכת לתיאורטית ומשכך לא רלוונטית.

במהלך העבודה אציג מקצת הפעילות האחרונה בתחום זה (בה לקחתי חלק מצד המגזר השלישי). הייתי שמח להגיש מסמך לאחר כל הדין ודברים בעניין אך העדפתי לכתוב על נושאים אקטואליים ורלוונטיים ביום יום.

לצערי יקח עוד זמן מה עד שנגיע למנוחה ולנחלה. גם בעניין זה נראה שהפתרון יגיע במסגרת פסיקה של בית המשפט העליון. כמובן שישנה העדפה ברורה לתיקון ההגדרה של בן/ת זוג בחקיקה הישראלית ע"י בית המחוקקים (ומזה זמן רב שבית המשפט העליון רומז לרשות המחוקקת לעשות כן- וזו, במקום לקחת את ההמלצה וליישם אותה בשתי ידיים ממשיכה בדבקותה באי ההכרעה בכל הדברים בהם קיים ויכוח ציבורי חריף) או לפחות בהחלטה של שר הפנים שתעשה זאת לפחות במקרה הנדון.

פרק ב': הצגת המצב בישראל

בישראל מתקיים מצב ייחודי למדינה שהינה דמוקרטיה מערבית מודרנית כאשר, בעצם, ישנה תחולה על-פי החוק של הדין הדתי על כל ענייני הנישואין והגירושין. תחולה זו מורגשת ביתר שאת במיוחד כאשר עסקינן במסגרת חוקית-משפטית בת דור אחד- היינו חדשה ולא מוכרת למשפט במושגים היסטוריים. כמו כן, אופיה החוקתי של מדינת ישראל כמדינה שהיא יהודית ודמוקרטית משפיע וראוי לדיון נפרד- במיוחד באשר להכרה ומידת ההכרה ביחסים חד-מיניים, על כל המורכבויות של כך. בכך אדון בהמשך (פרק ד' העוסק בהשפעת חוקי היסוד על זכויות להט"ב). בכל אופן, תחולתו הבלעדית של הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין וחוסר האפשרות להתקשר בנישואין אזרחיים במדינת ישראל- פוגעים קשות בזכות לחיי משפחה ולנישואין⁴.

זוגות רבים, תושבי מדינת ישראל ואזרחיה- נאלצים לצאת את גבולות המדינה על-מנת לממש את זכות היסוד החוקתית שלהם ולהינשא (להלן: "פסולי חיתון"): הללו כוללים כאלו שהדין הדתי אוסר על נישואיהם ("פסולי חיתון", "זוגות מעורבים" וכמובן "זוגות חד-מיניים") והן בני זוג שעצם הדרישה לערוך טקס דתי מונעת את נישואיהן (משאינם נכללים על עדה דתית מוכרת או שאינם רוצים להינשא בטקס דתי).

באשר לנפקות של סטטוס "נשוי/ה" הנרכש בחוץ לארץ יש שלוש תחנות מעבר בהתייחסות המערכת המשפטית⁵. את תחנות המעבר הללו ניתן להשאל, בסופו של דבר- ולהעביר גם לגבי ההתייחסות של המערכת המשפטית- גם על זוגות חד-מיניים. זאת, משום שמערכת המשפט, שהיא הרשות השופטת, היא אחת משלוש מערכות השלטון והיא המכתיבה רבות לרשות המבצעת את דרכי פעולתה וכיצד לנהוג בעניינים כאלו ואחרים על-מנת שפעולתה של זו האחרונה תעמוד בקנה אחד עם המבנה החוקי-חוקתי של מדינת ישראל (בהמשך אגע בהתפתחות זכויות בני זוג מאותו המין במשפט הישראלי לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ובכלל).

התחנה הראשונה לעניינינו הינה התחנה של הלכת פונק שלזינגר⁶. ההלכה שנקבעה בפרשה זו, והוחלה זה מכבר גם על זוגות בני אותו המין, היא כי פקיד המרשם, במרשם האוכלוסין במשרד הפנים- חייב לרשום את דבר נישואיהם של זוגות שנישאו אזרחית מחוץ לישראל, אף אם אינם כשירים להינשא במדינת ישראל, וזאת מבלי להכריע בשאלת תוקפם של הנישואין. ניתן לראות, ואעמוד על כך בהמשך, שמושם דגש רב על-ידי בית המשפט העליון על המימד הטכני לכאורה של הרישום לאורך שדרה רחבה של פסקי דין העוסקים

⁴ יובל מרין "הכרה בנישואיהם של מנועי החיתון מחוץ לישראל- מבט מחודש על כללי בררת הדין ושיקולי תקנת הציבור" הפרקליט נא תשע"ב (2012), עמ' 514

⁵ שם, עמ' 515

⁶ בג"ץ 143/62 הנריט אננה קטרינה פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963). (להלן: פרשת פונק שלזינגר).

בעניין ובאים לידי ביטוי, למשל, בפס"ד **בן ארי**⁷ שהחיל את הלכת **פונק שלזינגר** על בני זוג מאותו המין, כדברי דעת המיעוט של כבוד השופט **רובינשטיין**: "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". הנה כי כן, מועברת ביקורת רבה וחריפה ע"י המערכת המשפטית על הפרקטיקה הלכאורה טכנית שהיא בעצם, כפי שמראה השופט **רובינשטיין** בציטוט לעיל- סמל. מאז הלכת **פונק-שלזינגר** נהנים זוגות הנישאים בדרך זו מזכויות רבות הניתנות לזוגות נשואים אע"פ שאין ברישום זה כדי להוות ראייה לכאורה לנכונותו.

התחנה השנייה היא כאשר קבע⁸ בית המשפט העליון (בפרשת **פלונית נ' פלוני**) כי בנסיבות מסוימות ניתן להקנות לנישואין אזרחיים תוקף משפטי יחסי, ובכך לאפשר לבני הזוג ליהנות מחלק מהתוצאות של הסטטוס אותו רכשו. גישה זו בעצם נותנת מקום לניתוק ההגדרה של הקשר כ"סטטוס" מהתוצאות שלו. היינו- מבלי להכריע לכאורה בתוקפם של הנישואין הזרים- מקנים זכויות פרטיקולריות מכוחם.

התחנה השלישית היא כאשר בית המשפט העליון הסדיר⁹ את דרך הפקעתם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין בני זוג שכן כשירים להינשא ע"פ דין תורה וזה מביא לידי ביטוי הכרה מלאה וסופית בתוקפם של נישואין אלו.

ניתן לראות איפוא, שעם הזמן, ובאופן הדרגתי, בית המשפט העליון הכיר בתוקפם של היבטים מסוימים של כל אחד משלושת מישורי ההסדרה המשפטית של מוסד הנישואין: החל מרישום במרשם האוכלוסין שמביא איתו הכרה מסוימת (דה פקטו) של מישור יצירת קשר הנישואין, עובר בהכרה בתוקפם היחסי של הנישואין לטובת מטרה כזו ו/או אחרת וכלה בהכרה בנישואין האזרחיים לצורך התרתם. מכאן שהפתרונות המשפטיים שהוצעו עד כה בכל הנוגע לזכות לנישואין של פסולי חיתון החלו בפתרון של חיוב הרישום, מתן תוקף יחסי לטובת זכויות כאלו ו/או אחרות וכדומה- אין זה מהווה פתרון מלא או מספק לא מבחינה משפטית ולא מבחינה מעשית או חברתית.

רישום נישואין הנערכים מחוץ לישראל לעומת ההכרה בהם

בית המשפט העליון נמנע עד כה מלהכריע בשאלת תוקפם של נישואין שנערכו בחו"ל ועיקר הדגש הניתן בפסיקה הוא על עצם חובת הרשויות לרשום את הנישואין כפעולת רישום

⁷ ראה לעיל ה"ש 3, עמ' 26.

⁸ רע"א 8256/99 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(2) 213 (2003). (להלן: "פרשת **פלונית נ' פלוני**").

⁹ בג"ץ 2232/03 **פלונית נ' ביה"ד הרבני האזורי ת"א-יפו**, תק-על 2006(4) 1748 (2006).

בלבד, זאת, בפסק הדין הראשוני והמכונן לעניין¹⁰. בהלכת פונק שלזינגר קבע בית המשפט העליון כי בני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל רשאים להירשם במרשם התושבים (כיום מרשם האוכלוסין) - כנשואים זה לזה. חשיבותה ויתרונה¹¹ של הלכה זו הוא בכך שהיא מחייבת את רישומם של נישואין התקפים במקום עריכתם אף אם הדין הדתי שולל מבני הזוג את הזכות להינשא בישראל. היא עושה הבחנה בין מתן תוקף לנישואין לבין רישומם.

הלכה זו, וכל יתר האופנים שבהם הוחלה ו"הורחבה" במהלך השנים (לרבות החלטה בשנת 2006 על נישואין חד-מיניים התקפים במקום עריכתם במסגרת הלכת בן ארי), זכו לביקורת חריפה בשלל טעמים: ראשית¹², ביקורת זו חולקת על ההנחה העומדת ביסודה של ההלכה ולפיה נועד המרשם לשם איסוף חומר סטטיסטי גרידא. נטען כי רישום הנישואין מקנה הכרה דה פקטו בסטטוס, וכי אין זה ראוי להבחין בין רישום המצב האישי לבין שאלת ההכרה בו. שנית נטען כי¹³ בחייבו את משרד הפנים לרשום סטטוס זר שטרם הוכר בישראל, נותן בית המשפט העליון את ידו לעקיפת הוראות הדין המהותי החולש על הסוגיה. טיעון זה נסמך על ההנחה כי לפחות מקצת הנישואין האזרחיים הנרשמים מכוחה של ההלכה - אינם תקפים לפי הדין המהותי במדינת ישראל. לפיכך נטען כי אין זה ראוי שבני זוג שנישואיהם אמנם תקפים במקום עריכתם, אך אינם תקפים בישראל (לבטח או שתקפותם נתונה בספק), יזכו מכח פעולה מנהלית של רישום, בזכויות שונות הנובעות מסטטוס הנישואין ובהכרה הציבורית והחברתית הכרוכה בסטטוס זה.

יש לתת את הדעת להיבט אחר של הביקורת על התפקיד הצר לכאורה שנותנים שופטי העליון בהלכותיהם למרשם האוכלוסין¹⁴: אם יש ברישום הנישואין הזרים הכרה דה-פקטו בסטטוס היש צורך להידרש גם להכרה דה-יורה בנישואין אלו? אכן, נכון הוא הדבר, אף שעל פי חוק מרשם האוכלוסין אינו מהווה ולא ראייה לכאורה לנכונותו, מאפשר בפועל לבני זוג ליהנות מזכויות שונות הנובעות ממוסד הנישואין, שכן רשויות המדינה השונות, וגופים שונים כאלו ואחרים - נוהגים להסתמך על הרישום מבלי להתחקות אחר תוקפם המהותי של הנישואין.

כמו כן¹⁵, אף בהתעלם מתוקפו המוגבל הרי שהרישום "מסדיר" בפועל היבט אחד בלבד והוא ההיבט של ההכרה דה פקטו בקשר הנישואין מטעמם של צדדים שלישיים. אולם

¹⁰ ראה לעיל ה"ש 6.

¹¹ ראה לעיל ה"ש 4, עמ' 520.

¹² שם, עמ' 520.

¹³ שם, עמ' 521.

¹⁴ שם, עמ' 522.

¹⁵ שם, עמ' 523.

הרישום הוא בעייתי באשר לשני המישורים הנוספים של הסדרת הנישואין והם מישור הסדרת החובות והזכויות בין בני הזוג במהלך הקשר והמישור של הפקעת קשר הנישואין¹⁶.

המצב בישראל מורכב מאוד מעצם הגדרתה של המדינה "יהודית-ודמוקרטית". הויכוח המתמיד, מאז קום המדינה; על מה יש לתת את הדגש? על היהודית? על הדמוקרטית? כמובן שיש הטוענים ששני ערכים אלו אינם יכולים לדור תחת קורת גג אחת כלל ועיקר- אך אין להרחבה בדיון זה מקור בעבודה זו.

יחד עם זאת- חשוב לומר שבאשר לחד מיניים המצב החברתי מורכב יותר משכפי שניתן יהיה לראות בהמשך הדברים, ומסקירת פסקי הדין בנושא, העניין נתון בפולמוס חברתי קשה ורב שני שרק מתגבר בשנים האחרונות ולכן מעניין יהיה לראות לאן ינשבו הרוחות.

¹⁶ בשני המישורים הללו על מערכת המשפט להיות יצרנית ולהמציא פתרונות יש מאין. לאחרונה נתן בית המשפט לענייני משפחה, בפסיקה תקדימית, גירושין אזרחיים של זוג הומוסקסואלים שכלל הנראה תשפיע על כל מערכת הדינים של הנישואין האזרחיים בישראל. בדבריו של השופט אליהו בתמ"ש (ת"א) 11264/09/12 **התובעים נ' משרד הפנים** (טרם פורסם) אומר: "משהורה בג"ץ על רישום הנישואים אין הדעת נותנת וסובלת כי התובעים אשר החליטו בהסכמה משותפת לפרק את קשר הנישואים יישארו כבולים זה לזה. הדבר נוגד את זכויות וחירויות הפרט, מנוגד לחוקי היסוד ולערכים בסיסיים של צדק ושוויון", וכן הוסיף: "במקרה זה, אך טבעי כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכות הטבועה הנתונה לו ויורה על התרת הנישואים. בנסיבות אלה כאשר בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בתביעה ובכל מקרה אינו הפורום הנאות לדון בה, חובה על השופט היושב בדן להפעיל את הסמכות הנתונה לו וליתן לתובעים את הסעד לו עתרו". וגם: בתקשורת: אילן ליאור "בית המשפט אישר בפסיקה תקדימית גירושין של זוג הומואים" **הארץ** (2.12.2012) <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1877955>

פרק ג': רקע על המודלים הקיימים להכרת והסדרת זוגיות חד-מינית

לטובת הבנת הסוגיה יש צורך בהכרת ההסדרים המשפטיים הקיימים היום במדינות העולם באשר למידת ההכרה, ומסגרת ההכרה של נישואין ו/או מעין נישואין בין בני זוג מאותו המין. זאת- משום שבמהלך העבודה אציג, לבסוף, את הדרך הייחודית בה מדינת ישראל מכירה דה-פקטו בנישואין חד-מיניים באמצעות הכרה כאשר הם מתבצעים בחו"ל. במהלך שני העשורים האחרונים היו התפתחויות מרחיקות לכת באשר להכרה המשפטית בבני זוג מאותו המין כ"משפחה".

ארבעת המודלים לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית הינם¹⁷: (1) "נישואין חד-מיניים" (same sex marriage), (2) "שותפות רשומה" (registered partnership), (3) "שותפות משפחתית" (domestic partnership) ו-(4) "מגורים משותפים ללא נישואין" (cohabitation). ההבדלים בין המודלים הם כמותיים ואיכותיים וחשיבות ההבחנה ביניהם היא חשובה לצורך הבנת הנושא. כמו כן, באמצעות הכרתנו והבנתנו את המודלים הקיימים במדינות אחרות- ניתן לדון ולחשוב על דרך ומהות ההכרה וההסדרה שתגיע- ביום מן הימים- למדינת ישראל ואפילו רק לצורך העשרת הדיון הציבורי. אין במודלים שאינם המודל הראשי של נישואין חד-מיניים משום הקניית שוויון זכויות מלא ללהט"ב, ושנית, גם אם מבחינה פורמלית תהיה השוואה של היתרונות של המודלים- ישנו פגם הצהרתי והרי שמדובר במדיניות הפליה של "נפרד אבל שווה", שהינה בעייתית בפני עצמה ומותירה את קבוצת הלהט"ב בעמדת נחיתות ואזרחים שאינם שווים.

נישואין חד-מיניים (same sex marriage):

המודל הראשון הינו המודל של נישואין אזרחיים. אלו מהווים את הדרך הרחבה, הבטוחה, ההגונה, והמוסדרת ביותר מבחינה חוקית ברוב מוחלט של מדינות העולם בכמות ההגנות, החובות, הזכויות וההטבות שהיא מקנה או מטילה על זוגות הבוחרים בדרך זו של מיסוד יחסיהם הזוגיים. המדינה הראשונה בעולם שהכירה והשוותה נישואין חד מיניים היא הולנד¹⁸ כאשר הפרלמנט חוקק את "החוק לפתיחת מוסד הנישואין" בספטמבר 2000 אשר נכנס לתוקף באפריל 2001, ובנוסף אף אושר חוק המאפשר אימוץ ילדים הולנדים על-ידי הזוגות הנישואים הללו. החוק מרחיב את ההגדרה של "נישואין" וקובע כי נישואין יכול שיערכו בין בני זוג ממינים שונים או בני זוג מאותו המין. החוק מחייב שאחד מבני הזוג יהיה אזרח הולנד.

"שותפות רשומה" (registered partnership):

¹⁷ יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט 12 (2001), עמ' 20
¹⁸ שם, עמ' 21

המודל השני הינו המודל של שותפות רשומה¹⁹. אמנם נהוג לכנות את מודל זה כנישואין לכל דבר אך בדיקה מדוקדקת של מודל זה- על ההבדלים המשפטיים שלו- מראים שיש הבדלים מהותיים בין השניים. המדובר באלטרנטיבה הקרובה ביותר למוסד הנישואין בעבור זוגות להט"ב. בחלק מהמדינות יכולים פרטים לבחור- דה יורה או דה פקטו- האם ברצונם להיות נשואים בדרך אזרחים או להסתפק במסלול זה של הסדרת יחסיהם. ההבדל הוא בכך שחוקי השותפות מעמידים דרישות אזרחות ותושבות מחמירים יותר מחוקי הנישואין כך שזרים מנועים מלהתקשר במסגרת שותפות רשומה. ושנית, זוגות חד-מיניים אינם נהנים מזכויות הורות לפי המודל של שותפות רשומה לרבות, כמובן, זכויות אימוץ, חזקה והזרעה מלאכותית בהיקפים משתנים ממדינה למדינה. חלק מהמדינות מתירות אימוץ של ילדי בן/ת הזוג. לסטטוס זה יש השלכות ונפקות רק באשר לדין הפנימי של המדינה בה נקשרה השותפות ומבחינת המשפט הבינלאומי הפרטי- אין כל נפקות לרבות סעיפים באמנות, כללי המשפט האירופי הנוגעים לנישואין וכו'.

"שותפות משפחתית" (domestic partnership):

המודל השלישי²⁰ להכרה משפטית ביחסיהם של בני זוג מאותו המין. מודל זה נפוץ בארה"ב, מכוחו מוקנות מספר מצומצם מאוד של זכויות ספציפיות מהמגוון הרחב של הזכויות המוקנות מכח מוסד הנישואין וקשה מאוד לקטלג את ההסדרים המשפטיים תחת מודל זה באופן אחיד. ישנם שני סוגים בארה"ב ושניהם חלים הן על זוגות מאותו המין והן על זוגות ממין שונה: סוג אחד בא לידי ביטוי בהענקת הטבות סוציאליות בעבודה על-ידי מעסיקים כאלו ואחרים לפי הקריטריונים הפנימיים של אותם מקומות עבודה. הסוג השני הוא מוסד סטטוטורי המוקם לרישום אותן שותפויות משפחתיות. רוב המדינות בארה"ב שנקטו בשיטה זו- כבר השוו את המעמד ומאפשרות גם נישואין חד-מיניים.

"מגורים משותפים ללא נישואין" (cohabitation):

המודל הרביעי²¹ הקיים להכרה משפטית ביחסיהם של בני זוג מאותו המין. מוסד זה דומה למוסד ה"ידועים בציבור" שהוכר בפסיקה הישראלית (על כך ארחיב בהמשך), שאמנם מפנה ומשווה רבות את ההטבות, הזכויות והחובות של אנשים הבוחרים בדרך זו עם אנשים הבוחרים בדרך הנישואין אך עדיין- זאת בכפוף למספר חריגים משמעותיים. גם מודל זה יושם רק ברמות מקומיות כאלו ואחרות. המודל מקנה חלק מהזכויות הנובעות מנישואין. היקף ההכרה במסגרת זו תלוי במידת ההכרה- הקיימת במדינה הנדונה- בזכויותיהם של זוגות הטרנסקסואלים החיים ללא נישואין במדינה הנדונה.

¹⁹ שם, עמ' 22

²⁰ שם, עמ' 23

²¹ שם, עמ' 25

אי השיוויון שבחלופות:

שלושת המודלים האחרונים המוצגים לעיל בעייתיים ולוקים בחוסר שיוויון הבא לידי ביטוי בשני נדבכים: ראשית, מספר החובות והזכויות המוענקות מכח המודלים האלטרנטיביים לוקה בחסר ביחס למה שמוענק מכוח מוסד הנישואין ושנית, גם אם כן היו מוענקות אותן זכויות-אזי עדיין, מבחינה הצהרתית ומבחינת התחושה של הסדרים אלו הם מהווים הסדרים "נפרדים אך שווים" למוסד הנישואין המפלים בין זוגות מאותו המין זוגות ממין שונה-המעוניינים במיסוד הקשר הזוגי שלהם. ניתן לחלק את מטרותיו של מוסד הנישואין והזכויות המוענות מכוחו- באופן גס- לשלוש קטגוריות עיקריות²², כאשר כל אחת מהן תפקידה להסדיר תחום אחר: ראשית, קידום הקשר הרגשי בין בני הזוג. זה בא לידי ביטוי בזכויות ביקור בבית חולים או בבית הסוהר, חופשות מחלה, לידה והזכות של בן הזוג, במידה והוא זר- להגר ולהתאזרח במדינה בה הוא חי עם בן זוגו זכויות אחרות המוכרות במשפט הפלילי. שנית, קידום המטרות הכלכליות באשר לתחום המיסים, גידול הפוטנציאל הכלכלי, החלת חזקת שיתוף והגנה על הצד החלש כלכלית, הגדרת שארים לצורך פנסיה וביטוח חיים, ירושה, ביטוח לאומי, וכו'. שלישית, הסדרת יחסי הורות, העדפת זוגות נשואים באימוץ, בהליכי פונדקאות וטיפול פוריות, אימוץ על-ידי בן זוג שאיננו ביולוגי ועוד.

ולכן, אע"פ שהמודל של ה"שותפות הרשומה" הוא הקרוב ביותר למוסד הנישואין- הוא עדיין איננו מתקרב במידת השיוויון והחלת הזכויות והחובות הניתנות מכח מוסד הנישואין. קל וחומר ששני המודלים האחרים- לוקים בחסר. כך בעצם קורה מצב, לפיו למוסד הנישואין נשמר מעמד על המיועד אך ורק לזוגות הטרוסקסואלים המעוניינים בכך- מצב שאיננו שיוויוני במסגרתו יתר האפשרויות מהוות- למצער- "נישואין סוג ב"²³.

נכון ליולי 2013 ישנן 17 מדינות בעולם הנותנות הכרה מלאה בנישואין שיוויונים לגמרי והן: הולנד, בלגיה, ספרד, קנדה, דרום אפריקה, נורבגיה, שבדיה, פורטוגל, איסלנד, ארגנטינה, דנמרק, אורוגוואי, ניו זילנד, בריטניה, צרפת, ברזיל וקוסטה ריקה.

ישנן מדינות בהן יש איזורים מסוימים המתירים נישואין אלו כמו למשל מקסיקו בעיר הברירה מקסיקו סיטי וקינטנה רו.

כמו כן, כרבע מהמדינות המרכיבות את ארה"ב מכירות בנישואין אלו (נכון ליולי 2013): איוה, דלאוור, מדינת וושינגטון ו-ווינגטון הברירה, ורמונט, מיין, מינסוטה, מסצ'וסטס, מרילנד, ניו המפשייר, מדינת ניו יורק, קונטיקט ורוד איילנד. ב-26 ביוני 2013 פסל בית

²² שם, עמ' 26

²³ שם, עמ' 27

המשפט העליון בארצות הברית בפסק דין²⁴ שרבים ציפו לו, ברוב של חמישה נגד ארבעה חוק המונע הטבות לזוגות חד מיניים מהמשל הפדרלי, אבל עדיין לכל אחת ממדינות ארה"ב יש הזכות לאשר או לאסור על נישואים חד מיניים בשטחה.

United States v. Windsor, No. 12-63, 2013 U.S. LEXIS 4921 (June 26, 2013)²⁴

פרק ד': רקע משפטי

כפי שכבר הובא לעיל בית המשפט העליון הכיר²⁵ בזכות לנישואין ולחיי משפחה כזכות יסוד חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו בשורה של פסקי דין. כמו כן, טיעון נוסף, כפי העולה בפס"ד **סקורניק**²⁶ הוא עקרון היסוד של המשפט הבינ"ל הפרטי הוא כי "התכונה המרחיקה לכת של המושג סטטוס [...] היא תכונת האוניברסליות שלה [...] העקרון הכללי הנעוץ בסטטוס הוא, כי במקום שהוא נוצר ע"י החוק בארץ אחת, מין הדין כי יוכר על ידי בית המשפט בל העולם".

בפרק זה אסקור בקצרה את המהלכים המשפטיים וחוקתיים העיקריים שהובילו להגעה למצב בו נישואין חד מיניים מהווים תבנית משפטית מוכרת במשפט הישראלי.

סקירה זאת חשובה לטובת בחינת מהלך הדברים שהוביל לכך שרשות האוכלוסין וההגירה שממשרד הפנים

²⁵ ראה לעיל ה"ש 4, עמ' 516 וה"ש 1 לעיל.

²⁶ In Re Luck's Settlement Trusts, [1940]3 All E.R. 307,327. כפי שצוטט ותורגם ב ע"א 191/51 **סקורניק נ' סקורניק**, פ"ד ח(1) 141, 167 (1954). (להלן: "פרשת סקורניק")

הלכת סקורניק²⁷:

המדובר היה בתביעה שעיקרה עסק במזונות וממנה נתקבלו הלכות חשובות למשפט הישראלי בתחום דיני המשפחה והמשפט הבינלאומי הפרטי. המדובר בהלכה יסודית ובסיסית במשפט הישראלי. המדובר היה בתקופת קום המדינה, בה ביססו השופטים את המשפט הישראלי וזה בה לידי ביטוי במלוא עוזו בפסק דין זה.

סיפור המקרה: המדובר היה בזוג יהודים שנישאו באפריל 1948 בפולין בנישואין אזרחיים²⁸. בהקשר לתביעה של האשה למזונותיה עלתה השאלה האינצידנטלית האם קשר הנישואין תקף אם לאו תוך שכל אחד מהם טוען את טענתו מזוית אחרת על-מנת להיטיב עם מצבו המשפטי. הבעל טען שמשום הינם חברי אזרחות- חל עליהם הדין הישראלי לפיו אין הנישואין כשרים משום שלא היו לפי דיני ישראל- ומשכך אינם תקפים. היינו השאלה במשפטית הייתה: לפי איזה חוק יש לדון האם הנישואין תקפים- והתשובה לשאלה זו תשליך על זכאותה או אי זכאותה של האישה למזונות.

נקבע²⁹ כי כל מקרה שמצוי בו אלמנט זר, שאלת תוקפם של נישואין שנערכו מחוץ לישראל מוכרעת תוך התחשבות בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי. לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי, שהם חלק מן המשפט המקובל האנגלי החל מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה, כאשר מתעוררת שאלה של כשרות הנישואין מבחינת תקפם המהותי יש להחיל את חוק מקום המושב הקבוע שהיה לצדדים בזמן הנישואין. שום שינוי שחל לגבי החוק האישי של הצדדים - על-ידי שינוי אזרחותם, מקום מושבם או על-ידי כל שינוי אחר - אינו יכול לפסול את אשר היה כשר בשעת עריכת הנישואין ובמקומם.

²⁷ ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח(1) 141, 167 (1954). (להלן: "פרשת סקורניק").

²⁸ שם, עמ' 146.

²⁹ שם, עמ' 151.

הלכת פונק שלזינגר³⁰:

הלכת יסוד בתחום דיני המשפחה והמשפט המנהלי הישראלי. נקבע כי פקיד המרשם חייב לרשום את דבר נישואיהם של זוגות שנישאו אזרחית מחוץ לישראל, אף אם אינם כשרים להינשא בישראל, וזאת- מבלי להכריע בשאלת תוקפם של הנישואין. בהמשך, הוחלה הלכה זו גם על זוגות מאותו המין³¹.

הפרשה עסקה³² בנוצרייה תושבת ישראל בעלת אזרחות בלגית וביהודי אשר ישראל שנישאו בנישואין אזרחיים בקפריסין; בסברו שהנישואין אינם תקפים בישראל- דחה פקיד הרישום את בקשתה של האישה להירשם במרשם התושבים כנשואה והתנה את הרישום בהצהרה שיפוטית בדבר תוקף הנישואין.

בית המשפט קבע³³, בהתבסס על הוראות פקודת מרשם התושבים תשי"ט-1949, כי תפקידו של פקיד המרשם הוא לאסוף "חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים" וכי "שום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו". נוכח קביעתו של בית המשפט כי הפקודה האמורה "לא שיוותה לרישום במרשם התושבים כוח של ראייה או הוכחה לשום דבר"³⁴, פסק בית המשפט כי חובה על הפקיד לרשום את אשר האזרח אומר לו, אלא אם כן מדובר "באי נכונות של רישום הגלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק"³⁵ ובית המשפט הוסיף וקבע כדלקמן³⁶: "ברשמו את מצבו המשפטי 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 טכס נישואין. לשאלה מה תוקף יש לטכס שנערך יש לעיתים פנים לכאן ולכאן וביורור תוקפם חורג מגדר מרשם-התושבים".

הלכה זו נשתרשה בפסיקתה של כל מערכת המשפט ויושמה בהקשרים דומים במספר רב של פסקי דין³⁷.

³⁰ ראה לעיל ה"ש 6.

³¹ הלכת בן ארי.

³² ראה לעיל ה"ש 4, עמ' 519.

³³ ראה לעיל ה"ש 6, עמ' 244.

³⁴ ראה לעיל ה"ש 6, עמ' 249; חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק המרשם" או "חוק מרשם האוכלוסין"), שהחליף את פקודת מרשם התושבים, קובע, בס' 3, כי אין רישום פרטי המצב האישי מהווה ולו ראייה לכאורה לנכונותו.

³⁵ ראה לעיל ה"ש 6, עמ' 243.

³⁶ ראה לעיל ה"ש 6, עמ' 252.

³⁷ ראו למשל: בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970); בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה- תנועת ש"ס נ' מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723 (1989); בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89 (1994); בג"ץ 1779/99 ברנר קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000); בג"ץ 4916/04 זלסקי נ' שר הפנים, תק-על 2004(4) 593 (2011). (להלן: "פרשת זלסקי").

הלכת דנילוביץ'

המדובר בפסק דין חשוב ומכונן, הראשון מסוגו, בו בית המשפט העליון הישראלי עוסק בהפליה על רקע נטיה מינית דווקא מתחום דיני העבודה- ואוסר אותה.

סיפור המקרה: דובר בדייל בחברת אל-על, **יונתן דנילוביץ'**, שביקש ממעסיקתו לעיל, בינואר 1988, להחיל עליו את הוראות ההסכם הקיבוצי המעניק כרטיס טיסה חנים או בהטבה בעבורו ובעבור בן/בת זוגו (בעל/אישה) ומינואר 1986 הורחב ההסדר והוחל גם על "ידועה/בציבור כבעל/כאשה של עובד/ת החברה אם בני הזוג חיים ביחד במשק בית משותף כבעל ואשה לכל דבר ועניין ואין באפשרותם להינשא לפי החוק". **דנילוביץ'** טען שהוא מופלה מחמת נטיה מינית בכך שהוא לא מקבל את ההטבה כמו העובדים ההטרוסקסואלים. העניין נדון בתחילה בבית הדין האזורי לעבודה³⁸, בהמשך בבית הדין הארצי לעבודה³⁹ ובסוף בבג"ץ⁴⁰.

פסק דין זה חשוב משום שהוא השפיע בעתיד על שורה ארוכה של פסקי דין אחרים ועל האינטרפציה והישום של חוקי היסוד שנחקקו לא מכבר. בדעת הרוב של כבוד השופטת (כתוארה אז) **דורנר** וכבוד המשנה לנשיא (כתוארו אז) **ברק** מול דעתו החולקת של כבוד השופט (כתוארו אז) **קדמי** נקבע כי השוויון⁴¹ הוא ערך יסוד במשפט הארץ. הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי וממהותה ומאופייה של המדינה. ביסוד עקרון השוויון עומדים שיקולים של צדק והגינות, והוא מרכיב מרכזי בהסכמה החברתית שעליה מושתתת החברה. עקרון השוויון מעוגן במספר מערכות נורמטיביות. ראשית, הוא עיקרון הלכתי פרי "המשפט המקובל נוסח ישראל". עיקרון זה מוקרן אל תוך תכליתו האובייקטיבית של כל דבר חקיקה ומהווה אמת מידה לפרשנותו. שנית, הוא מעוגן בדין הישראלי החקוק. תחילתו בהכרזת העצמאות, הקובעת כי מדינת ישראל תקיים שוויון בין אזרחיה בלי הבדלי דת, גזע ומין; המשכו בדברי חקיקה המגבשים שוויון זה במערכות יחסים מיוחדות, ולשיאו הוא הגיע עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן את השוויון כזכות חוקתית על-חוקית בגדריו של כבוד האדם. השוויון אינו מעניק זכות מוחלטת. זכותו של אדם לשוויון - ככל זכות אחרת - היא זכות יחסית. ניתן לפגוע בה מכוחם של ערכי ראויים אחרים; פגיעה כדן בשוויון עשויה להתקיים אם זו תואמת את ערכיה של המדינה, אם היא לתכלית ראויה ואם פגיעתה בשוויון אינה מעבר למידה הדרושה". עוד הוסיף⁴² כבוד המשנה לנשיא כי: "הרעיון המונח ביסוד הענקתה של טובת ההנאה לעובד בעבור בן-זוג או ידוע בציבור, הוא החיים המשותפים לתקופה מסוימת הקבועה בהסדר הקיבוצי, המעידה על קיומו של תא חברתי

³⁸ תב"ע מט/3-1503 יונתן דנילוביץ' נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, ניתן ביום 26.1.1993.

³⁹ עע נג/3-160 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ', ניתן ב-9.12.1993.

⁴⁰ בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ', מח(5) 749 (להלן: "הלכת דנילוביץ'").

⁴¹ שם, עמ' 759.

⁴² שם, עמ' 672.

הדוק שביסודו חיי שיתוף. על רקע זה, שלילתה של טובת הנאה מבן-זוג מאותו מין מהווה הפליה ופגיעה בשוויון"

עשור לאחר פסק הדין בעניינו אמר **דינלוביץ**⁴³: "פתאום, אחרי שנים של פחד וחשש, הרגשתי לראשונה שהמדינה לא מסתכלת עלי כעל מצורע. אני לא משלה את עצמי שכל העוינות וכל השנאה שהיו נחלתנו פתאום חלפו מהעולם. ברור לי שלא. אבל מאז ההחלטה ועד היום נתקלתי אך ורק בתגובות חיוביות ואוהדות. אנשים אמרו לי 'אתה לא יודע מה עשית בשבילי'. זו הייתה הרגשה נפלאה, לדעת שעזרתי לאנשים להשלים עם עצמם ולקבל את מי שהם. זה גם עזר לי אישית לרפא את הפצעים, הקשיים והימים הקשים שעברתי, והם היו רבים... אבל את המשמעות של ההחלטה הבנתי הרבה אחר-כך, כשהיו באים אליי דיילים צעירים, סטודנטים למשפטים, במהלך טיסות ואמרים לי שלמדו את המקרה שלי בלימודיהם. רק אז הבנתי עד כמה המשפט הזה שינה את המציאות ותרם לזכויות המיעוט ההומו-לסבי ובכלל תרם לזכויות המיעוטים. אבל אני אישית אף פעם לא חשבתי שזה מה שיקרה. אפילו עורכי הדין שלי, שהכירו את החוק הרבה יותר טוב ממני, היו הרבה פחות אופטימיים ממני".

כפי שניתן לראות לעיל, הן מדבריו של **דינלוביץ** והן מהמסר שמועבר בפסק הדין המגמה שהחלה היא מגמה בה-דרך הפסיקה- מתחילה קהילת הלהט"ב לקבל הכרה בתא המשפטי היחודי שהיא מקימה. כאן מדובר בקבלת שיוויון בתנאי העבודה ובהמשך נראה זאת בעניינים יותר מהותיים כמו אימוץ ולבסוף גם בהכרה לצורכי רישום והתאזרחות.

⁴³ דורון שפר "עשור לפס"ד דינלוביץ': מהפכת זכויות ההומואים" YNET (28.11.04) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3010211,00.html>

ברנר קדיש

בפסק דין זה⁴⁴ נדונה שוב סוגיית הרישום. המדובר היה בזוג לסביות שאחת מהן הרתה באמצעות תרומת זרע. בית המשפט בקליפורניה ארה"ב הוציא צו אימוץ לאחת הנשים על הילד שנולד מתרומת הזרע. על-סמך פסק הדין ותעודת הלידה (בה נרשמה האם המאמצת כהורה נוסף) ביקשו העותרות (ניקול ורותי ותורם הזרע- מתן) לרשום את האימוץ במרשם התושבים, פקיד הרישום סירב משביוולוגית קיומם של שני הורים מאותו המין איננו אפשרי-ולכן אין הוא חייב ברישום.

בדעת הרוב של כבוד השופטות (כתוארן אז) **דורנר וביניש** אל מול דעתו החולקת של כבוד השופט (כתוארו אז) **זועבי** נפסקו מספר הלכות שממשיכות כחוט השני את ישום הלכת **פונק שלזינקר**⁴⁵ לפיה פקיד רישום אינו מוסמך לקבוע מהו תוקפו של הרישום שאותו הוא נדרש לרשום, אלא חייב הוא לרשום את אשר האזרח אומר לו, אלא אם מדובר באי-נכונות של רישום הגלויה לעין ואינה מוטלת בספק.

נקבע כי⁴⁶ כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחיד בכל המדינות. בפיצול הסטטוס יש כדי לפגוע הן בתקנת הציבור והן בתקנת הצדדים. רק במקרים יוצאים מן הכלל, כאשר הסטטוס הזר פוגע בתקנת הציבור של המדינה שבה מתבקש הרישום, הוא לא יוכר. לתקנת הציבור של המדינה שבה התבקש הרישום של המעמד האישי, העלולה להיפגע אם יאושר הרישום המבוקש, ניתן פירוש מצמצם. אי-הכרה בצו אימוץ זר משחררת את ההורים המאמצים מחובותיהם כלפי המאומצים, ובכך פוגעת בזכויות ובאינטרסים של הילדים. על כן נראה כי צו אימוץ זר תקף בישראל כל עוד לא נפסל בהליך שיפוטי.

כמובן שהמדובר בעוד צעד נוסף בהחלה, הכרה, קליטה ושימוש בהחלטות של רשויות במדינות אחרות לצורך שימוש במדינת ישראל.

⁴⁴ בג"ץ 1779/99 **ברנר קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368 (2000). (להלן: "**ברנר-קדיש**")

⁴⁵ ראה ה"ש 6 ופרק ד' לעיל.

⁴⁶ ראה לעיל ה"ש 44, עמ' 733.

האגודה נ' שר החינוך

בפסק דין זה⁴⁷ הידוע בכינויו "בג"ץ קלפים פתוחים" הוגשה עתירה מטעם האגודה לשמירת זכויות הפרט (ע"ר) – למען הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים בישראל, קל"ף-קהילה לסבית פמיניסטית והאגודה לזכויות האזרח בישראל כנגד שר החינוך, התרבות והספורט, הטלויזיה החינוכית הישראלית והרשות השניה לטלויזיה ולרדיו. העותרים ביקשו לבטל את האיסור שהטיל השר (זבולון המר ז"ל) על שידור פרק של "קלפים פתוחים"⁴⁸, שעסק בזהות מינית לנוער להט"ב⁴⁹.

בפה אחד הוחלט, על-ידי כבוד הנשיא (כתוארו אז) ברק וכבוד השופטים דורנר וקדמי-לקבל את העתירה. נפסק כי⁵⁰: "בעולם המתקדם לעבר שנות האלפיים, תופעת החד-מיניות – הומוסקסואליות ולסביות – כשלעצמה, שוב אינה מבטאת "סטייה" שיש להוקיעה, לגנותה ולהילחם בה; ועל-אף אי-ידיעת מקורה המדויק של התופעה – מגלים כלפיה הבנה וסובלנות. נכון הדבר – בלי לנקוט עמדה בעניין זה – שיש הסוברים שתופעה זו אינה רצויה והיא אף מזיקה. ברם, אין בכך כדי להצדיק התעלמות ועצימת עיניים בפני קיומה של התופעה. הסתגרות והוקעה ללא היכרות והבנה לא תבאנה לתוצאות שהמבקשים לצמצם את ממדי התופעה רוצים בהן, והתעלמות ואיסור גורף ללא הנמקה לא יעמדו, בעולם של היום, כנגד הסקרנות, הפתיחות והרצון לדעת. הכרת התופעה אינה הופכת אותה כשלעצמה לרצויה ומקובלת, ובלעדיה לא ייתכן דיון של אמת במשמעותה ובהשלכותיה. הכרת התופעה דרושה דווקא לאלה המבקשים להצר את צעדיה. העידן הנוכחי מטפח את זכויות הפרט ונושא את דגל ההבנה, הסבלנות והסובלנות כלפי מיעוטים וחרגים, והנמנים על הקהילייה החד-מינית – גם לשיטתם שלהם – משתייכים לאחרונים. ברם, כחריגים אחרים, גם הם מהווים חלק אינטגרלי מהמסגרת החברתית, וכל עוד לא ניתן להצביע על סיבה מיוחדת המצדיקה את הצרת צעדיהם וצמצום זכותם להציג את אורח חייהם וחוויותיהם בפני הציבור, אין לשלול זאת מהם".

זאת, תוך הישענות, התיחסות והדגשת חוות הדעת המקצועיות שהובאו לעניין של "פרופ' איריס לוי, פרופ' סלומון, ד"ר בן ארי והגב' לויטה. חוות-דעת אלו מדגישות, בין היתר, את הנקודות הבאות: הקהילייה המדעית קבעה כי הומוסקסואליות אינה מחלת נפש או הפרעה נפשית, כי אם נטייה וזהות מינית, על כל המשתמע מכך מבחינה רגשית והתנהגותית".

⁴⁷ בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט- למען הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, נא(5) 822 (להלן: "הלכת קלפים פתוחים")

⁴⁸ תכנית אירוח בהנחיית נתיב רובינזון שעסקה בכל מיני סוגיות הקשורות בנושאים המעסיקים בני נוער לרבות חזרה בתשובה, סמים, אלכוהול, יחסי מין, כתות וכדומה. הערת המחבר: א.ש.

⁴⁹ ראה לעיל ה"ש 2.

⁵⁰ שם, עמ' 825.

כבוד השופט (כתוארו אז) **קדמי** מתאר את שנראה בהקלטת התכנית⁵¹: "עיון בקלטת התכנית הראה, כי הופעתם של ארבעת המרואיינים הייתה נעימה, דבריהם שטפו והתאפיינו בכנות מלבבת ועמדוניהם הוצגו בצורה ברורה ובהירה. ניכר היה בארבעה, שהם מבקשים את הבנתם ואהדתם של הצופים; כאשר התמונה הכוללת שהצטיירה מן המפגש עמם הייתה שהומוסקסואלים ולסביות, הינם ככל בני הנוער, שהטבע נטע בהם תכונות שאינן מוציאות אותם אל "מחוץ למחנה"."

גם פסיקה זו מאוד חשובה לעניינינו, למרות שהיא פחות מוכרת כאשר מדברים על הנושא, ונראה כי היא פחות רלוונטית- מחוץ שהיא מהווה אבן דרך בהכרה והרלוונטיות של הנטייה החד-מינית, והלגיטימיות של זו. כפי שתואר לעיל⁵² ההכרה הראשונה בזכותם של חד-מיניים לתא משפחתי בתנאים שלהם/ן הוכרה לראשונה בשנת 2000 בהולנד. פסק הדין ניתן בשנת 1997 והוא משתלב במגמה העולמית של הכרה והבנה לזכותם היסודית של להט"ב לזכות לחיי משפחה. מאז ועד היום יותר ויותר מדינות (דמוקרטיות ליברליות) מכירות בזכות זו ותומכות בה. בכך חשיבותו של פסק הדין- על-מנת להכיר בהרחבת גזרותיה זכות (עד כמה שקשה לי להשתמש בביטוי "להכיר" בדברי על זכות אדם כמו הזכות למשפחה) יש צורך להכיר בכך שגזרות הזכות והצורך התרחב- וזה מגיע אף מהתרבות הפופולרית. משאם אין בעיה- לא ניתן לחתור אל הפתרון.

היינו, אם בפסקי הדין עד הלום בית המשפט העליון סמך את טיעוניו על בסיס פורמלי ו"טכני"- כאן מדובר בהכרעה מהותית יותר לטובת העניין וזה חשוב ברמה התודעתית של השיח הציבורי ו/או משפטי בנושא.

⁵¹ שם, עמ' 824.

⁵² על המודלים הקיימים להכרה בזוגיות חד-מינית- ראה פרק ג' לעיל.

ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה

המדובר בהמשך ישיר של הלכת ברנר-קדיש⁵³. פסק דין זה⁵⁴ דן ברצונן של זוג נשים לסביות, המקיימות תא משפחתי חד-מיני, לאמץ זו את ילדיה של זו. בתחילה הוגשה הבקשה לבית המשפט לענייני משפחה על-מנת שיעשה שימוש בסמכותו מתוקף ס'3(2) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 לפיו רשאי בית-המשפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד אם הורי המאומץ נפטרו, והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי. לטענתן, יש להחיל בעניינן את סעיף 25(2) לחוק, שלפיו אם נוכח בית-המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שייצין בהחלטתו, לסטות מהסייגים של פטירת הורי המאומץ וקירבת המאמץ לפי סעיף 3(2).

בית-המשפט לענייני משפחה מחק את הבקשה על הסף. בית-המשפט המחוזי דחה⁵⁵ את ערעור המערערות על פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה וקבע, בין היתר, כי זוגות הומוסקסואליים ולסביות אינם עומדים בתנאי החוק ומטרתו. המערערות טענו, בין היתר, כי דחיית בקשתן מפלה אותן לרעה בשל נטייתן המינית. כן ביקשו לבטל את החלטותיהן של הערכאות הקודמות לאסור את פרסום פרטיהן ופרטי ילדיהן.

הערעור נדון במושב רחב של תשעה שופטים: כבוד הנשיא (כתוארו אז) ברק, כבוד המשנה לנשיא (כתוארו אז) מצא, כבוד השופט (כתוארו אז) חשין, כבוד השופט (כתוארו אז) טירקל, כבוד השופט (כתוארה אז) בייניש, כבוד השופט (כתוארו אז) ריבלין, כבוד השופט (כתוארו אז) לוי, כבוד השופט (כתוארו אז) גרוניס (נשיא בית המשפט העליון דהיום) כבוד השופט (כתוארה אז) נאור (המשנה לנשיא בית המשפט העליון דהיום). נפסק לטובתן של העותרות בניגוד לדעת המיעוט החולקת של כבוד השופטים (כתוארם אז) מצא ולוי. הן הפכו להיות זוג ההורים החד-מיני הראשון שקיבל צו אימוץ בפועל.

בהתייחסו לחוק האימוץ, כבר בתחילת פסק הדין, מתאר כבוד השופט (כתוארו אז) חשין את הבעייתיות בחוק מבחינה פרקטית והתאמתו לזמן תוך התייחסות לכך שבחוקקם את החוק נראה שהמחוקקים לא צפו פני עתיד⁵⁶: "חוות-הדעת של חבריי, המשנה לנשיא מצא והנשיא ברק, מונחות לפניי, וצהובות הן זו-לזו. המשנה לנשיא שולל מכול-וכול אפשרות שפלוגית תאמץ כבן-לה את בנה של אלמונית, או שאלמונית תאמץ כבנים לה את בניה של פלוגית. שלא כמותו, הנשיא אינו נכון לשלול על הסף את בקשת המערערות, ואין הוא סותם את הגולל על אימוץ מכאן ומכאן. נהפוך הוא: סובר הוא כי אין מניעה עקרונית להיעתר לבקשות האימוצים, ומבקש הוא להותיר הכרעה לגופן של בקשות פלוגית ואלמונית עד לאחר בירור פרטני בבית-המשפט. אודה על אמת, אודה ולא אבוש: זו הפעם ניטלטה דעתי –

⁵³ ראה ה"ש 44 ופרק ד'4 לעיל.

⁵⁴ ע"א 10280/01, ד"ר טל ירוס חקק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2005(1), 163. (להלן: "הלכת ירוס חקק")

⁵⁵ ע"מ (ת"א) 10/99 פלוגית ופלמונית נ. היועץ המשפטי לממשלה, פס"מ תש"ס (א), 831.

⁵⁶ ראה לעיל ה"ש 54, פסקה 2 לפסק דינו של כבוד השופט (כתוארו אז) חשין

ומקצה-אל-קצה ניטלטלה – כשם שלא ניטלטלה זמן רב. ואין פלא בדבר. החוק שעל פירושו עמלים אנו – חוק קצר-מילים – כלי קיבול קטן ודל הוא מהכיל את העומס הרגשי ואת הרוחות הסוערות המנשבות בענייננו. לעת חקיקת החוק שלעניין לא עלה כלל על דעת המחוקק כי יום יבוא, ויהא על החברה להתמודד עם בעיות כבעיה הניצבת עתה לפתחנו. והנה בא היום. נמצא לנו אפוא כי בלא שנתכוון לכך, ממש מבלי משים, הטיל עלינו המחוקק משימת-פרשנות המקרבת עצמה לחקיקה. ואנו לא הותרנו לפרוק מעלינו חובתנו – לדון, לשקול ולהכריע. "ועוד לעניין זה⁵⁷:" נסכים ונצהיר אפוא בפה מלא: אין ספק כי נתהווה פער בין הסדרים שנקבעו בדברי-חוק שנחקקו בעולם-של-אתמול לבין מנהגות בעולם-של-היום, אחת מן המטלות המונחות לפתחנו – לפתחו של בית-המשפט – היא לעשות את הניתן והראוי – בתחומיה של לשון-החוק ובגדרי תכליתו של החוק – לפרישת חופתו של החוק על תופעות-חיים שבאו לעולם לאחר חקיקתו, גם אם לעת החקיקה לא היה המחוקק יכול אף לשער קיומן של אותן תופעות"

זאת ועוד נקבע כי⁵⁸:" נקודת המוצא שלי הינה כי הדיבור "טובת המאומץ" – ואם תרצו האינטרס של המאומץ – מבטא "...עיקרון מורכב, בעל היבטים שונים) "ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה [16], [בעמ' 12. (מקובל עליו כי טובת המאומץ אינה רק טובתו החומרית; זו טובתו על כל היבטיה, על-כן יש לבחון לא רק את טובתו החומרית של הקטין אלא גם את טובתו החברתית והרוחנית. אכן, טובתו של הקטין – או האינטרס שלו – נבחנים על-ידי מעגלים רבים של שיקולים אשר במרכזם עומד הקטין. חלקם של השיקולים משקף שיקולים חומריים; חלקם משקף שיקולים רוחניים, חברתיים, אתיים ומוסריים. חלקם משקף שיקולים של טווח קצר; חלקם משקף שיקולים של טווח ארוך. חלקם משקף את היחס שבינו לבין הוריו (הביולוגיים והמאמצים); חלקם משקף את היחס שבינו לבין החברה שבה הוא חי וימשיך לחיות. עניין לנו בטובת המאומץ – או אינטרס המאומץ – במשפחה שבה הוא יחיה ובחברה שבה הוא יגדל." ועוד הוסיף⁵⁹ כי: " אין לומר א-פריורי כי בשל הזוגיות החד-מינית של המערערות יהיה אימוץ על-ידיהן שלא לטובת המאומץ. יש לבחון כל מקרה לגופו; יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו. מקובל עליו כי חלק מהנסיבות הן גם תפיסותיה של החברה באשר להשפעת זוגיות חד-מינית על טובת המאומץ. אך אין זו כל התמונה. אין זה בוודאי השיקול היחיד במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ".

כל הדרך נעשתה לפי שיטת ה"פרשנות התכליתית" לחקיקה של פרופ' אהרון ברק אותה הוא מבהיר בפסק הדין⁶⁰: "[...] השאלה המשפטית אינה מה הם הדימויים שעמדו לנגד עיניהם של חברי-הכנסת שעה שחוקק החוק (הכוונה הפרשנית; הכוונה התוצאתית;

⁵⁷ שם, פסקה 15 לפסק.

⁵⁸ ראה לעיל ה"ש 54, פסקה 14 לפסק דינו של כבוד הנשיא (כתוארו אז) ברק.

⁵⁹ שם, פסקה 16.

⁶⁰ שם, פסקה 20.

הכוונה היישומית: [...] השאלה המשפטית הינה מהי התכלית הסובייקטיבית (ה"כוונה") המופשטת שעמדה לנגד עיניהם של חברי-הכנסת שעה שחוקק החוק. [...] על-כן השאלה אשר יש לשאול בערעור שלפנינו אינה אם חברי-הכנסת אשר חוקקו את חוק האימוץ סברו כי ייתכנו "נסיבות מיוחדות" שבהן יינתן צו אימוץ לבן-זוג חד-מיני. השאלה שיש לשאול במקרה שלפנינו הינה מהי התכלית (הכללית) שביקשו חברי-הכנסת להגשים בדורשם "נסיבות מיוחדות". התשובה על כך הינה כי הם ביקשו להגמיש את נוקשותו של החוק כדי להגשים במקרים מיוחדים את "טובת המאומץ". תכלית זו ניתן להגשים כמובן במקרה ספציפי גם במתן צו אימוץ לבן-זוג חד-מיני אם הנסיבות מצדיקות זאת, ואם הנסיבות המצדיקות זאת הן מיוחדות. הכרעות אלה הן במסגרת שיקול-הדעת הניתן לשופט במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ". בפסק הדין הושאר ב"צריך עיון" הנושא של הכרה מסטטוס משפטי חדש של משפחה חד-מינית⁶¹.

לבסוף באה לביטוי בפסק הדין המצוקה של הרשות השופטת באשר לכל המקרים בהם החוק לא מתאים לרוח הזמן תוך חזרה על דברים מפסק דין קודם⁶²: "[...] 'הגיעה השעה לתקן את החוק – כמו גם חוקים אחרים – ותחת הוראות 'סטטיות' המתייחסות לאיש ואשתו, או לבני-זוג, לקבוע הוראות 'דינמיות' העוסקות בנסיבות הענייניות המצדיקות הענקת הזכות או החובה הקבועות בחוק. יש ליתן פתרון אמיתי לבעיה אמיתית תוך עקיפתן של בעיות אידיאולוגיות שנויות במחלוקת קשה, שבינן לבין הצרכים המעשיים של בני-אדם 'חיים ונושמים' (כביטוי של חברי השופט מ' חשין) אין ולא כלום⁶³'. מי ייתן והכנסת תאמץ הצעה זו".

דברים אלו נועלים את פסק הדין והם חשובים לעניינינו משום שמערכת המשפט נמצאת בקונפליקט מתמיד על רקע הבעיתיות הרבה בכך שהמחוקק נמנע בקביעת הסדרים וחוקים בדברים הנמצאים בויכוח ציבורי קשה. מצב דברים זה פוגע באמון הציבור בשתי הרשויות והן בערכים אחרים כגון: ודאות משפטית, הגינות, יושר ציבורי ומתן מענה לצרכים האקטואליים של הציבור בישראל. כמובן שמעבר להשפעה על אמון הציבור במערכת הדברים גם משפיעים על ניצול הזמן השיפוטי, הפניות הציבוריות והמשפטיות וההרמוניה החברתית.

שוב, גם כאן, ההכרעה נעשה כביכול אד-הוק תוך בריחה לכאורית מקביעה עקרונית והשארה ב"צריך עיון" את ההכרה בסטטוס משפטי של תא משפחתי חד-מיני, אך המדובר בעוד חרוז בשרשרת הענקת נפקות משפטית לתא משפחתי זה.

⁶¹ שם, פיסקה 30.

⁶² שם, פיסקה 40.

⁶³ ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז69 (1), עמ' 85.

בשנת 2009 אף הייתה פסיקה⁶⁴ שמעט הרחיבה את ההלכה הנדונה בכך שבית המשפט נתן הסכמתו לכך שבנם הבגיר והמאומץ של פרופ' עוזי אבן וד"ר עמית קמה- יאומץ על-ידם באופן רשמי.

המדובר באותו זוג שבעניינו ניתן פסד דין תקדימי המתיר את נישואיהם האזרחיים בקנדה.⁶⁵

⁶⁴ אמצ (ת"א) 34/07 יוסף אבן קמה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 2009).

⁶⁵ ראה ה"ש 16 לעיל.

הלכת בן ארי

בשנת 2006 הוחלה בפרשה זו הלכת פונק שלזינגר⁶⁶ גם על רישום נישואין חד מיניים שנערכו בקנדה⁶⁷. מדובר בחמישה זוגות גברים שהתחתנו בטורנטו שבקנדה בה מתאפשרים נישואין חד-מיניים אף של אזרחים זרים. בחזרתם לישראל ביקשו ממשרד הפנים לרשום אותם כנשואים.

בפרשה זו המדינה טענה כי הלכת פונק שלזינגר⁶⁸ חלה רק על רישום נישואין זרים התואמים "תבנית משפטית" של נישואין המוכרת במשפט הישראלי (קרי: נישואין בין גבר לאישה), ובדחותו טענה זו, קבע בית המשפט העליון כדלקמן⁶⁹: "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 מסוימת'; 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 יערך המאבק המשפטי באשר לסטטוס אישי". עוד מוסיף פסק הדין ואומר כי⁷⁰: "אי הנכונות שאליה מתיחסת הלכת פונק שלזינגר היא אי-נכונות עובדתית, ולא אי-נכונות משפטית; לפיכך, ובהיעדר טענה כנגד תוקפה של תעודת הנישואין הקנדית, שומה על משרד הפנים לרשום את פרטיהם של בני הזוג על יסוד תעודה זו".

גם בפס"ד זה מדגיש כבוד הנשיא בדימוס (כתוארו אז) ברק את מוגבלות ההכרעה ומבקש מהרשות המחוקקת לומר את דברה⁷¹: "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".

⁶⁶ ראה ה"ש 6 לעיל.

⁶⁷ פרשת בן ארי, ראה לעיל ה"ש 3

⁶⁸ ראה ה"ש 6 לעיל.

⁶⁹ שם, פס' 17 לפסק דינו של כבוד הנשיא (כתוארו אז) ברק. בית המשפט הוסיף והדגיש כי תבנית הזוגיות החד-מינית הוכרה, למטרות כאלו ואחרות, בשורה ארוכה של פסקי דין.

⁷⁰ שם, פס' 21 לפסק דינו של כבוד הנשיא (כתוארו אז) ברק.

⁷¹ שם, פס' 24.

בניגוד לדעת הרוב שהדגישה את הלכת פונק שלזינגר⁷² לפיה הרישום הוא רישום ותו-לא, חשוב להביא את דעת המתנגדים, שהובאה קודם לכן בהרבה הזדמנויות מאז נקבעה הלכת פונק שלזינגר⁷³ - וזו באה יפה לביטוי יפה וממצא – ובלי קשר דווקא לדיון באשר להכרה בחד-מיניים- בדבריו של שופט המיעוט רובינשטיין⁷⁴: "דעתי היא כי לאמיתו של דבר אין המדובר בנידון דידן אך ברישום סטטיסטי כאיפיונו מקדם של המרשם. הגדרה כשלעצמה אבד עליה הכלח מזמן, אלא בסמל חברתי-ציבורי [...] מסופקני איפו באשר להבחנה בין רישום להכרה בהקשר זה שעורכים חברי", מתנגד לשימוש שנעשה לטענתו בהלכת פונק שלזינגר לצורך שמירה על "שקט חברתי כמשקל שקט תעשייתי בתחומים רגישים"⁷⁵ וכמו כן כתב⁷⁶: "בעשורים האחרונים מהווה המרשם בהקשר המשפטי בעיקר שדה קרב, זירת מאבק על סמלים" וכי⁷⁷: "משאלת הרישום מטרתה רחבה יותר מאשר הבטחת זכויות ספציפיות, ועניינה הכרה בסמל".

כבוד השופט רובינשטיין מסיים בדברים הבאים⁷⁸: "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".

הלכה זו היא ההלכה האחרונה- לעת עתה- העושה קשר ישיר בין להט"ב וזכויות רישום. מוסד הנישואין עדיין נותר משאת נפשם של זוגות להט"ב למרות כל החסרונות בו מהווה דרך⁷⁹ של הקהילה ל"נורמליזציה" מבחינה ציבורית. אכן נראה שלהשוואת האפקט של סוגי הנישואין יש עניין של ערכיות⁸⁰ ולא מדובר בעניין טכני כפי שנראה שמוצג משפטית בפסקי הדין.

⁷² ראה ה"ש 6 לעיל.

⁷³ שם.

⁷⁴ שם, פס' 1 לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין.

⁷⁵ שם, פס' 2.

⁷⁶ שם, פס' 9.

⁷⁷ שם, פס' 14.

⁷⁸ שם, פס' 26.

⁷⁹ דן יקיר ויונתן ברמן "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?" מעשי משפט א 169, 174-175 (2008), עמ' 171

⁸⁰ אייל גרוס "תמונות מחיי נישואים (בקנדה)?" בלוג "המשתה" (22.11.2006) <http://aeyalgross.com/blog/?p=25520>

פרק ה': הצגת ההליך המדורג

"ההליך המדורג להסדרת מעמד לזר בישראל" הוא הכינוי להליך⁸¹ של רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים או באופן רשמי: "נוהל הטיפול בהסדר מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין" (נוהל 5.2.0009), נהל נוסף (5.2.0008)⁸² הוא נהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לאזרח ישראלי. מה שחשוב, ולכן הבאתי את הנספח בסוף העבודה הוא שבנוהל ההסדר לידועים בציבור כתוב "לרבות בני אותו מין" בכותרת – ובנוהל הנשואים אין איזכור לכך.

נוהל 5.2.009, משנת 2004, גובש בעקבות פגישתו של שר הפנים דאז, **אברהם פורז**, עם נציגי אגודת הלהט"ב (האגודה לשמירת זכויות הפרט בישראל).

נוהלים אלו מפרטים את הדרך בה מביאים לידי ביטוי את אופן ההתאזרחות מכח 5'0 לחוק האזרחות (התאזרחות)⁸³:

5. (א) בגיר שאיננו אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות אם נתקיימו בו תנאים אלה:

(1) נמצא בישראל;

(2) היה בישראל שלוש שנים מתוך תקופת חמש שנים שקדמה ליום הגשת בקשתו;

(3) זכאי לשבת בישראל ישיבת קבע;

(4) השתקע בישראל או שיש בדעתו להשתקע בה;

(5) יודע ידיעת-מה את השפה העברית;

(6) ויתר על אזרחותו הקודמת או הוכיח שיחדל מהיות אזרח-חוץ לכשיהיה לאזרח ישראלי.

(ב) מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות.

(ג) לפני הענקת האזרחות יצהיר המבקש הצהרה זו:

"אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל".

(ד) האזרחות נקנית מיום ההצהרה.

כאשר 7'0 לחוק מסדיר את התאזרחותם של בעל ואישה:

7. בעל ואשתו שאחד מהם אזרח ישראלי או שאחד מהם ביקש להתאזרח ונתקיימו בו

⁸¹ נספח א': עמ' 36: נהל 5.2.009 "לרבות בני אותו מין"

⁸² נהלי רשות האוכלוסין, <http://www.piba.gov.il/Regulations/71.pdf>, נהלי רשות האוכלוסין.

⁸³ חוק האזרחות, תשי"ב-1952

התנאים שבסעיף 5(א) או הפטור מהם, יכול השני לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, אף אם לא נתקיימו בו התנאים שבסעיף 5(א).

אזרח או אזרחית ישראלים שנישאו לבן זוג זר, זכאים להגיש בקשה לאזרחות עבור בן או בת הזוג, לפי הנוהל דלעיל וס' 7 לחוק האזרחות⁸⁴. בעקבות הקביעה **בהלכת סטמקה**⁸⁵ קיים הליך מדורג בן ארבע וחצי שנים, אשר בסופו מוקנית אזרחות. עד אז מקבל בן הזוג הזר רישיון ישיבה ועבודה (ב/1) או היתר שהייה לחצי שנה, ולאחר מכן- רשיונות ישיבה ארעיים (א/5) לתקופה מצטברת של ארבע שנים. והליך נוסף לבני זוג שאינם נשואים שאורכו שבע שנים.

לא פעם נהלי משרד הפנים לא מגובשים לכדי נוהל והדבר כמובן לא מוסדר כראוי⁸⁶: "ניתן לראות את נכונות המשיב ליתן מעמד בישראל לבן הזוג הזר, בהליך מדורג, עוד קודם לשנת 2000. בשלב הראשון, מדיניות זו לא גובשה לידי נוהל כתוב של משרד הפנים [...] משנת 2000 ואילך קיבלה המדיניות ביטוי כתוב ומוסדר, בהוצאת נוהל בני זוג לא נשואים (בגרסתו הראשונה) ובתיקונים שנעשו לו מעת לעת. מדיניות משרד הפנים מאפשרת מימוש זכותם של בני זוג לא נשואים (כמוגדר בנוהל) לחיות במשותף במדינת ישראל. קבלת המעמד של בן הזוג הזר מוסדרת, באופן מדורג, בהתאם להוראות הנוהל".

וזאת אף מאשש מכתבו⁸⁷ של עו"ד **דניאל סלומון** מן הלשכה המשפטית של משרד הפנים מיום 7.2.05 למנהלת המחלקה המינהלית בפרקליטות מחוז תל אביב: "בשנים עברו ההתייחסות לקריטריונים למתן מעמד לישראל על פי חוק הכניסה לישראל מכח שיקול הדעת הרחב של שר הפנים, הוצהרה במסגרת עתירות קונקרטיביות לבית המשפט הגבוה לצדק, ולא בהכרח, על דרך של כתיבת נהלים כתובים בפורמט קבוע".

כפי שניתן לראות לפי הדוגמאות לעיל אמנם מקובל במדינה דמוקרטית בה קיים שלטון החוק⁸⁸ הכלל לפיו: "למדינה הכל אסור לה פרט למה שמותר על פי החוק ולפרט הכל מותר לו פרט למה שנאסר לפי החוק", אך בדוגמאות אלו ניתן לראות בבירור, ותוך כדי כך שגורמי ממשל מודים בכך בפה מלא- יש דברים שבהם אין נהלים ברורים ונוהגים בעניינים הללו כעניינים שבנהוג ולא בנוהל.

⁸⁴ ראה לעיל ה"ש 83.

⁸⁵ בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פד(2) 728 (1999).

⁸⁶ עתמ (ת"א) 2790/04 פרד דיטר רוזנברג נ' שר הפנים (29.12.2004), פסקה 14 לפסק דין של כבוד השופט פוגלמן.

⁸⁷ נספח ב': עמוד 36. מכתבו של עו"ד סלומון

⁸⁸ אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, הוצאת שוקן, מהדורה שישית, 2005, כרך א: עקרונות יסוד, פרק 5 - שלטון החוק

זאת אני מביא על-מנת להביא לידי ביסוס את טענתי לכך שיש לשכות של רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים בהן עושים כך ובאחרון- עושים אחרת. אין המדובר בדברים שלא יתכנו.

וכך גם קורה בעניין חשוב ועקרוני כמו מדיניות הגירה של מדינה. ההליך המדובר אמנם כיום כתוב אך אין אחידות בהפעלתו.

חשיבות העניין היא בכך שהנוהל של ידועים בציבור- מאז תקופת השר פורז חלה גם על חד-מיניים- לפי מה שכתוב בראש הנוהל, אך בנוהל של הנשואים אין איזכור שכזה. בתקופתו של השר, וגם כיום, בחלק מלשכות רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים ממשיכים לפעול ללא הפליה ומאפשרים לחד מיניים עם תעודת נישואין להנות מהמסלול המקוצר של הסדרת מעמד של בן/ת הזוג. תלוי באיזו לשכה.

שר הפנים פורז החליט⁸⁹ להחיל את ההסדרים על חד-מיניים באופן רשמי וכתוב. כמובן שהפקידות התנגדה⁹⁰ למהלך וניסתה לטרפדו ועד היום אין הוא מיושם באופן אחיד בין כל לשכות רשות ההגירה והאזרחות.

⁸⁹ ראלי סער "שיפור במעמד בני זוג זרים, כולל הומואים" הארץ (26.2.04) <http://news.walla.co.il/?w=/511089>

⁹⁰ ראלי סער "פקידי משרד הפנים מצפצפים על השר פורז" הארץ (31.10.04) <http://news.walla.co.il/?w=/90/618851>

פרק ו': סיכום ומסקנות

השאלה המשפטית הייתה: "כיצד הפסיקה נתנה מעמד משפטי לזוגיות חד-מינית ואיך היא באה לביטוי בחוקי ההגירה הישראליים?".

לאחר הצגת המצב היחודי בו שרויה מדינת ישראל בכל הקשור בדיני אישות (הדמוקרטיה המערבית-ליברלית היחידה שבה תוקף הנישואין נתקבל, מבחינה חוקית, אך ורק דרך דין דתי עתיק יומין), סקירת המודלים הקיימים להכרה בזוגיות חד-מינית בהשוואה עולמית, סקירת כל פסקי הדין המכוננים בנושא ולבסוף הקישור הבינתחומי, הבלתי נמנע, בין הספירה המשפטית לספירה המנהלית- ניתן לענות על השאל דלעיל.

עקב בצד אגודל, תוך ניסיון כן למצוא פתרון ראוי לבעיות של הציבור, ולחוסר ההתאמה של החקיקה לחיים העכשוויים, בית המשפט, בשלל מעשי פסיקה- כפי שנסקרו לעיל ועוד רבים שלא נסקרו, עשה כל שביכולתו על-מנת לספק לציבור במדינת ישראל, המתדפק על דלתות היכלי הצדק, בכלים המועטים הקיימים לרשותו- פתרונות בכדי שיוכל להנות מזכויות האדם והאזרח שלו.

את אותם כלים שבהם השתמש בית המשפט על-מנת למצוא פתרונות לציבור הכללי- יישם בית המשפט בכדי למנוע עוול ולהשוות וליתן תוקף, עד כמה שניתן- לזכויותיה של קהילת הלהט"ב בשלל הנושאים של חיינו: עבודה, נישואין, מיסוי והתאזרחות.

ההתנהלות הלא אחידה, שכללה לפרקים השוואה- ראויה בעיניי- בין זוגות בני אותו מין לזוגות ממין שונה באשר לתנאי ההתאזרחות מראה את ההשפעה שיש לפסיקה על התנהלות הרשות המנהלית. יש הטוענים כי גם הפירוד בהליכים בין מי שנישואים ובין מי שאינם נשואים- מהווה הפליה פסולה⁹¹ אך כאן המדובר בהפליה בין מי שבחרו למסד את קשרם הזוגי במסגרת של נישואין לבין מי שלא- מבלי קשר לנטייה מינית.

נראה, לאחר השתלשלות העניינים, והבאת כל הסימוכין לעיל כי החלת ההליך המדורג להסדרת מעמד של בני זוג זרים- גם על זוגות מאותו המין, מהווה גושפנקא ראויה לכך שמדינת ישראל מכירה בנישואין חד-מיניים בדרכה הייחודית.

בנימה אישית, ומתוך ידיעה אישית⁹² הנושא הוא נושא חשוב ומרכזי מבחינת זכויותיהם של קהילת הלהט"ב בישראל. אני שמח שכסטודנט אינני רק "משקיף מן הצד" וכותב על הדברים אלא אני ממשיך לקחת חלק בעשייה הציבורית בנושא. לאחרונה מצטברות פניות

⁹¹ בנושא זה נדחתה עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים: בג"ץ 9600/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הפנים.

⁹² בשנת 2011 הייתי הרכז המשפטי של האגודה לשמירת זכויות הפרט בישראל (ע"ר) המוכרת יותר בשם אגודת הלהט"ב וכמעט 60 אחוזים מהפניות היו בנושא של הסדרת מעמד של בן/ת זוג זר/ה. כיום אני מכהן כחבר ועדת הביקורת של האגודה ופעיל מרכזי במסגרת תא עוצמה שהוא הגוף המשפטי-פוליטי שלה.

אצלנו ואצל האגודה לזכויות האזרח בישראל שבחלק מהלשכות מסדירים את המעמד במסלול של ידועים בציבור ולא מסלול נשואים- חרף קיומה של תעודת נישואין כדין. לאחר התערבות פרטנית, ולפני שהעניין מגיע לבית המשפט- רשות האוכלוסין מתרצה ומעבירה את הזוג הספציפי למסלול של נשואים (בדי להפוך את העתירה בעניין לתאורטית). המכתב הזה⁹³ נתקבל אצל אחד מהזוגות שאנו מטפלים בו מלשכת רשות האוכלוסין וההגירה ת"א ובו כותבת הרכזת כי: "בנוגע לטענתך כי אתה ובן זוגך הופלתם [...] בהתאם לסעיף 7 לחוק האזרחות הקובע כי: "בעל ואשתו [...] מלשון הסעיף עולה בבירור כי סעיף 7 הנ"ל לא חל על המבקשים אשר אין חולק כי אינם בעל ואישתו [...]". לפני שזוג זה התחתן הגיע בן הזוג הישראלי למשרד הפנים ושאל לגבי הסדרת המעמד ונמסר לו כי ההליך יהיה מהיר יותר במידה ותהיה תעודת נישואין. כעט מוחל עליהם נוהל ידועים בציבור ולא נוהל נשואים- מה שמאריך מאוד את הדרך.

בעקבות ריבוי המקרים, וחוסר האחדות בדרך הטיפול של לשכות רשות האוכלוסין וההגירה בארץ פנינו⁹⁴ לשר הפנים, **גדעון סער**, על-מנת שירענן את ההנחיה של שר הפנים לשעבר, **אברהם פורז**⁹⁵, לפיה יש שני מסלולים להסדרת מעמד לבן/ת זוג זר/ה: מסלול רגיל למי שאיננו נשוי ומסלול מקוצר למי שבידו/ה תעודת נישואין.

חרף המקרים האלו של התעלמות מתעודת הנישואין שבידי הזוג החד מיני על-מנת להחיל הליך מקוצר להתאזרחות- **עדיין התשובה על השאלה המשפטית נותרת בעינה**: במדינת ישראל קיימת נפקות דה פקטו לקשר חד-מיני, לקשר מסוג זה מעמד משפטי, וזה בא לידי ביטוי בהחלת ההליך המדורג להסדרת מעמד של בן/ת זוג זר/ה- גם על חד מיניים. עצם ההחלה, גם אם בהערמת קשיים ולא בהליך מקוצר- למרות קיומה של תעודת נישואין כדין- מאשש את ההנחה של עבודת הסמינריון הזו.

⁹³ נספח ב': עמ' 40: חזרה לפרשנות דווקנית.

⁹⁴ נספח ג': עמ' 41: פניה לשר הפנים.

⁹⁵ בשיחה שקיימתי עם עו"ד **אברהם פורז** בתאריך 30/6/2013 מסר כי העביר את ההנחיה מתוך השקפת עולם ליברלית המכירה בזכותם של בני זוג מאותו מין לחיות במדינת ישראל וכי ניתן לראות בהשוואת ההליך לשני סוגי הזוגות (עם תעודת נישואין וללא תעודה שכזאת)- כהכרה עקיפה של מדינת ישראל בנישואין של זוגות מאותו המין.

מהשבה לעתיד

כמובן שאין זה סוף פסוק וכמו בהרבה תחומים אחרים במדינת ישראל וביחוד בנושא הסמינריון שלנו; הגירה, שבות ואזרחות על כל גווניו לרבות מהגרי עבודה, פליטים וכל יתר האוכלוסיות בהן נגענו במהלך הקורס- מדיניותה של המדינה איננה קוהרנטית או ברורה דיה ואינה עולה בקנה אחד עם הערכים שצריכים לשלוט במדינה נאורה, מתוקנת ומתקדמת. כך גם בנושא זה. נושא, שכפי שהראיתי לעיל הוא חשוב מאוד ויונק את כוחו מהזכות לחיי משפחה, נושא שהתלויים בו הם בדרך כלל אנשים שאינם בשוליים החברתיים של מדינת ישראל מבחינה סוציו-אקונומית ואחרת- עדיין נאלצים להתמודד עם חוסר אחידות וחוסר עמידה בסטנדרטים ראויים של מינהל ציבורי וקבלת החלטות מצד המדינה.

יש עדויות לכך שכאשר הכנסת רוצה⁹⁶ היא כן יודעת להכריע באשר לסוגיות קשות שעומדות על סדר היום הציבורי. הכנסת חייבת להכריע בסוגיה לכאן או לכאן. גם לטובת הציבור וגם לטובת עצמה- כך או כך אמון הציבור במערכות יורד והסיבה לכך, בין היתר, היא חוסר האחיות והיעדר ההכרעה גם כאשר ניתנת בידה האפשרות להכריע.

חדשות לבקרים מדברים הפוליטיקאים על משילות. "חסרה לנו משילות", טוענים הפוליטיקאים- ברצונם לפגוע בערכים דמוקרטיים לטובת יותר כח ושררה. וכך, חרף הפצרות הרשות השופטת ברשות המחוקקת והמבצעת לעשות את אשר המוטל עליה, שתתכבד ותכריע בסוגיות שעל הפרק: ממשיכות הרשויות להתכתש ובעיקר להאשים את הרשות השופטת שהיא מתערבת בדבר לו לה.

אין ספק שהתקדימים ומהלך הפסיקה מראים בבירור שאם חוסר הקוהרנטיות ימשך- ורשות האוכלוסין במשרד הפנים תמשיך בשלה- ולא תכבד בכל המקרים את תעודת הנישואין הזרה לטובת הסדרת מעמד של בן/ת זוג זר/ה: בית המשפט יאלץ להכריח אותה אלא אם יקרה דבר דרמטי.

ימים יגידו.

⁹⁶ למשל: אריק בנדר "הכנסת חוסמת את שופטי בג"ץ" **NRG מעריב** (6.12.2006). <http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/514/731.html>

פרק ז': רשימת מקורות ונספחים

כתבי עת ומאמרים

אביטל אברהם ואיתי אפטר "ייבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית ציבורית בתוקף נישואים חד מיניים- מדע בדיוני?" **הארץ דין** א(2) 124-125 (2004).

אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט החוקתי של מדינת ישראל**, רך א: עקרונות יסוד, פרק 5 - שלטון החוק.

דן יקיר ויונתן ברמן "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?" **מעשי משפט** א 169, 174-175 (2008).

יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" **המשפט** 12 (2001).

יובל מרין "הכרה בנישואיהם של מנועי החיתון מחוץ לישראל- מבט מחודש על כללי בררת הדין ושיקולי תקנת הציבור" **הפרקליט** נא תשע"ב (2012).

עיתונות

דורון שפר "עשור לפס"ד דנילוביץ': מהפכת זכויות ההומואים" **YNET** (28.11.04)
<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3010211,00.html>

אריק בנדר "הכנסת חוסמת את שופטי בג"ץ" **NRG** מעריב (6.12.2006).
<http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/514/731.html>

אייל גרוס "תמונות מחיי נישואים (בקנדה)?" **בלוג "המשתה"** (22.11.2006)
<http://aeyalgross.com/blog/?p=25520>

אילן ליאור "בית המשפט אישר בפסיקה תקדימית גירושים של זוג הומואים" **הארץ**
(2.12.2012) <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1877955>

ראלי סער "פקידי משרד הפנים מצפצפים על השר פורז" **הארץ**
(31.10.04) <http://news.walla.co.il/?w=/90/618851>

ראלי סער "שיפור במעמד בני זוג זרים, כולל הומואים" **הארץ** (26.2.04)
<http://news.walla.co.il/?w=/511089>

פסיקה

- ע"א 191/51 לייב סקורניק נ' מרים סקורניק, פ"ד ח(1) 141, 167 (1954)
- בג"ץ 143/62 הנריט אננה קטרינה פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963)
- בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970)
- בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה- תנועת ש"ס נ' מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723 (1989)
- בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89 (1994)
- תב"ע מט/3-1503 יונתן דנילוביץ נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, ניתן ביום 26.1.1993.
- עע נג/3-160 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, ניתן ב-9.12.1993.
- בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, מח(5) 749.
- בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט- למען הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, נא(5) 822.
- בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פד(2) 728 (1999).
- ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית ופלונית נ. היועץ המשפטי לממשלה, פס"מ תש"ס (א), 831.
- בג"ץ 1779/99 ברנר קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).
- רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003).
- ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69 (1)
- ע"א 10280/01, ד"ר טל ירוס חקק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2005(1), 163.
- בג"ץ 2232/03 פלונית נ' ביה"ד הרבני האזורי ת"א-יפו, תק-על 2006(4) 1748 (2006).
- בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202.
- עתמ (ת"א) 2790/04 פרד דיטר רוזנברג נ' שר הפנים (29.12.2004).
- בג"ץ 4916/04 זלסקי נ' שר הפנים, תק-על 2004(4) 593 (2011).
- בגץ 3045/05 יוסי בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006).
- אמצ (ת"א) 34/07 יוסף אבן קמה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 2009)

United States v. Windsor, No. 12-63, 2013 U.S. LEXIS 4921 (June 26, 2013)

נספחים

נספח א': נוהל 5.2.009 "לרבות בני אותו מין"



נוהל הטיפול בהסדר מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין

כללי: הנונה למתן מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים לרבות בני אותו מין, המקיימים חיים משותפים ללא נישואים.

א. מטרת הנוהל

1. לחבוע את השיטה לטיפול בבקשות לשינוי מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים לרבות בני אותו מין.

ב. תנאים ודרישות

על מגיש הבקשה לקיים את התנאים הבאים:

1. בקשה להארכת רשיון ישיבה על 15.
 2. מנחות אישית של שני בני הזוג בלשכנו חובת.
 3. שתי תמונות חזותיות של בן הזוג הזר.
 4. דרכון זר בתוקף ל- 2 שנים.
 5. ת.ז. של בן הזוג הישראלי.
 6. מצבו האישי של הישראלי צריך להיות פנוי (גרוש, אלמן, רווק).
- בכל מקרה אחר ניתן להפנותו לוועדה הבינמשרדית אשר תבחן נסיבות מיוחדות המונעות רישום של הישראלי כפנוי.
- מצבו האישי של בן הזוג הזר אינו מהווה תנאי לתהליך.
7. הוכחת לקשר ולחיים המשותפים של בני הזוג (תמונות, שכ"ד, חשבויות משותפים וכו')
 8. העברה בריאות, האהרה על העדר עבר 5 פלילי.
 9. העדפת יזמר מאומחת.
- במידה והזכר לשביעות רצון הפקיד כי לא ניתן להמציא תעודה ישר, יש להסתפק בחצהיר חזום.
10. ונצלום אנרה. השירות כרוך בהשלום אנרה כמפורט בליח יגרות.



ג. הליך הטיפול

- 1.ג פקיד קבלת קהל המקבל את טופס הבקשה יבדוק את הפרטים והמסמכים המפורטים לבקשה, ויודא שהמבקש ממלא את כל התנאים לזיהוי בני הזוג.
- 2.ג יש לבדוק פרטי הזר אל מול תיק זר כדי לוודא שלא קיימות הגבלות (רמ"ש, רשב"ג וכו').
באם קיימת הגבלה יש לפעול בהתאם לנוהל טיפול בהגבלות מספר 1.2.0001. במידה והזר שוהה בארץ שלא כחוק, יש לבקשו לצאת מן הארץ, לאחר מכן יגיש הישראלי עכור בקשה לאשרת כניסה.
- 3.ג כאשר הזר שהה בארץ באופן לא חוקי ונידרש לצאת את הארץ, ניתן לאשר את כניסת הזר חזרה לארץ כנגד ערבות בנקאית אם מתעורר חשד בדבר כנות הקשר וזאת באישור מנהל הלשכה. גובה הערבות הנדרשת היא 15 000 ש"ח ו-5 000 ש"ח לקטין נלווה. במקרים חריגים תישקל העלאה או הורדת של סכום הערבות על פי המלצת מנהל הלשכה ובאישור מטה מנ"א.
- לאחר העמידה בדרישות הנהל לא יעלה משך הטיפול בבקשה על 30 יום אלא אם כן יש נסיבות מיוחדות באישור מטה מנ"א
- 3.ג יש לבדוק פרטי הישראלי אל מול תיק אדם כדי לוודא שלא קיימות הגבלות. באם קיימת הגבלה יש לפעול בהתאם לטהל טיפול בהגבלות מספר 1.2.0001.
- 4.ג באם פרטי הזר אינם מופיעים בקובץ או לחילופין לא מעודכנת הארכות של רשיון הביקור שלו יש לעדכן את כל הפרטים סלל הארכות בתיק זר.
- 5.ג יש לעדכן בקובץ בקשות
- 6.ג יש לאזר את תיקו של הזר בלשכה ולצרף את כל המסמכים שנדרשו להציג יחד עם הבקשה לתיקו של הזר. במידה ולא קיים תיק יש לפתוח תיק לפי טו"ל פתיחת תיק.
- 7.ג פקיד הלשכה יעביר שאלתא למסורה על עבר פליי ומידע מודיעיני ובמידה ונדרש גם לזרמי הביטחון.
- 8.ג אם נמצאה מניעה בטחנית ואין פלילה אין לסרב את הבקשה אלא להתייעץ עם מטה מנ"א - דסק רלוונטי.
- 9.ג יש לבדוק את כמות הקשר וחיים משותפים על ידי ביצוע ראיונות נפרדים לשני בני הזוג ובדיקת ההוכחות שהוצגו בהנאים ובדרישות.

10.ג המלכודת רע"ג ישראל שאכן מדובר בחיים משותפים ובקשר אמיתי יגיש דו"ח מסוג
צולם
בני לשכה.

במשרד המהגרים

601547276



11.ג לאחר שנה בכפוף לבדיקת כנות הקשר, יחלף הנועמד להוטב ארעי מסוג א/5 לשנה, (כסה"כ 6 שנים א/5) כאשר בוטם תקופה של חיים משותפים של 7 שנים והעדר מניעה יקבל בן/בת הזוג הזר מעמד קבע.

12.ג במידה והבקשה סורבה יש להזמין את שני בני הזוג ללשכה ולהודיע להם בכתב על סירוב הבקשה ולנסור לזר הודעה כתובה ובע"פ כי עליו לצאת מישראל. (יש לציין תאריך מדויק).

13.ג יש לעדכן בתיק זר שהבקשה סורבה במסורב לשכה ובאחר ולציין סיבה הסירוב.

14.ג יש לציין כתוך הדרכון על יד חותמת. הכניסה האחרונה או הארכה אחרונה שהבקשה סורבה כולל שם הלשכה ותאריך.

15.ג יש לעקוב אחר יציאת הזר מהארץ במידה ולא יצא יש לשלוח מכתב תזמורת לזר ולבן חוג הישראלי ולהציג הודעה ליח' האכיפה.

ד. החוק וסעיפיו

ד.1 חוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952

ה. נספחים

ה.1 טופס כניסה להארכת רישון ישיבה על/15.

צולם
במשלד המספחים

4000000000

נספח ב': מכתבו של עו"ד סלומון

11332/05

11332/05

מדינת ישראל
משרד הפנים
לשכת היועץ המשפטי

מחלקת הגירה

סלון

ירושלים ב'ח בשבט התשס"ה
7 בכבדאר 005

מ.ש. 1031-005

ל
ע"ד בני ישראל
מחלקת המעורבות הפינאנלית
מ.ש. א

הנדון: ע"מ 11332/05 נוהל למתן מעמד לכוני וונג של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם
ישואים לרבות בני וונג מאותו מין

בצ"מ עברו, הרתייחסות לקריטריונים למתן מעמד בישראל על פי חוק הכניסה לישראל מכו
שיקול הדעת הרחב של שר הפנים, חוצצרה במסגרת עתירות קונקרטייות לבית המשפט הנכו
לדק, ולא בהכרח, על דרך של כתיבת נהלים כתובים פורמט קבוע (כך למשל, בעניין בני
סטמקה, ביחס לדרושה לצאת את ישראל טרם בחינת בקשתו של בן הזוג הגשו למעמד, למינ
ידיעתי, וכשלח מססק הרין, מדונית דרישת היציאה מישראל מרסמה בהודעה לעיתונות, ונ
הוצג נוהל פורמט המקובל חזם לבית המשפט לראי גם בהקשרים אחרים בניצ נילי הררי וב-
איקין.)

כ, המדיניות אשר מאפשרת הענקת מעמד בישראל במקרים שבנדון נרבת מזו מספר שני
במשרד, וזאת מבלי להתיחס לטכנולוגי השונים של הנוהל הכתוב בענין זה (שמרטו בתצהירה ע
בני מזל כהן בעת"מ 204/03).

מדיניות זו היתה מוכרת למחלקת הג"צים בפרקליטות המדינה, במקופה בה טופלו עניינים א
על ידה, ועד לפני שנת 2000 זכורים לי מספר מקרים שטפלו במחלקת הג"צים כהם בן וונג
אשר היה ידוע בציבור של בן וונג ישראלי, קיבל מעמד בישראל מכוח היוזנו ידוע בציבור.

מראשית שנת 2001 החלה פרקליטות מרזו תל אביב לטפל בענייני מיגרל האוככוסין.
באותה עת חוקמה מינהלת ההגירה והחלו רבים ששרו בישראל שלא כדון לחיצר לצורך רחח
מישראל ועקב כך רבו השתירות בהקשר זה. כפרט אציין, כי למיטכ זכרוני רובן הסכרע ע
הגירות בהקשר הנדון, הוגשו לאתר הוצאת עו הרחקה.

מא ידוע לחיים על מקרה בו בעתירה מנהלית התבקש סעד של מתן מעמד לפי הנוהל שכחו
יבחינה הטיכ משרד הפנים כי נהל זה אינו קיים או אינו בהקף. אם ישט מקרה מכוג זה, נכו
אל הדברים.

מדיניות משרד הפנים היתה כי הנהל טנזון לא חל ולא היה רכוונטי למקרים בהם חעותר]
הנל שהת שלא כדון בישראל, ומשכך, ככל הנראה, הנהל לא הוצג.

כ בד כר
דניאל סלומון ע"ד
מוהל מחלקת בכיר ומינהל אוככוסין

נספח ג': חזרה לפרשנות דווקנית

Population and Immigration

Authority



מדינת ישראל
State Of Israel
לשכת רשות האוכלוסין
וההגירה ת"א

רשות האוכלוסין והגירה

05/08/2013
כ"ט/אב/תשע"ג
מס' תיק: [REDACTED]

לכבוד
מר [REDACTED]
רח' [REDACTED]
תל אביב

א,ל,ג,י,י

הנדון: בקשה להתאזרחות בעבור [REDACTED]

1. בנוגע לטענתך כי אתה ובן זוגך הופלתם נמסרה תגובתנו בעניין זה ביום ה- 06/12/2010 כי: "נוהל מס' 5.2.0008 נועד להסדרת אופן הטיפול בבקשות למעמד בישראל עבור זר הנשוי לאזרח ישראלי בהתאם לסעיף 7 לחוק האזרחות הקובע כי: "בעל ואשתו שאחד מהם אזרח ישראלי או שאחד מהם ביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף 5(א) או הפטור מהם, יכול השני לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, אף אם לא נתקיימו בו התנאים שבסעיף 5 (א)". מלשון הסעיף עולה בבירור כי סעיף 7 חג"ל לא חל על המבקשים אשר אין חולק כי אינם "בעל ואשתו". לפיכך הנהל הרלוונטי לעניינכם הוא נוהל מס' 5.2.0009 המסדיר את אופן הטיפול בבקשות למעמד בישראל עבור בני זוג מאותו מין ומחיל עליכם הליך מדורג מכוח חוק הכניסה לישראל.
2. מבדיקת עניינכם נמצא כי חג"ל רשאי לחגוש בקשה למעמד קבע לאחר 05/2012.
3. נכון להיום בקשתכם לקבע נמצאת בבדיקת הוועדה הלשכתית, עם קבלת התשובה נדענככם בהתאם.

בכבוד רב,
ליאוד בורשטיין
רכזת בכירה

הצתק:

תיק אישי

תל אביב, קריית הממשלה דרך מנחם בגין, טלפון: 03-7632534 פקס: 02-6469578
כתובת האתר: www.piba.gov.il
מרכז מידע *3450

נספח ד': מכתב לשר הפנים

