

כתיבה ומחקר במשפט

עבודה שנתית

אימוץ ילדים בקרב זוגות חד- מיניים:

האם חוק האימוץ מ-1981 עולה בקנה אחד עם זכותם לשוויון

וקיום חיי משפחה?

מגישה: מריה שטיינברג

שם המתרגלת: מיכל קליין

מס' המילים בעבודה: 3,499

מס' המילים בהערות שוליים תכניות: 332

תוכן עניינים

עמ' 3	מבוא
עמ' 4	פרק ראשון: רקע מקדים
עמ' 4	הליך אימוץ בישראל
עמ' 5-6	סקירה היסטורית בדבר ההתפתחות המשפטית של הקהילה ההומו-לסבית
עמ' 7	פרק שני: הדין הנוהג
עמ' 7-8	חקיקה
עמ' 9-10	פסיקה
עמ' 11-12	פרק שלישי: ההתנגשות בין "מדינה יהודית" למערכות יחסים חד-מיניות
עמ' 13	פרק רביעי: משפט משווה ודין ראוי
עמ' 13-14	הדין האנגלי
עמ' 15	מסקנות ודין ראוי
עמ' 16	סיכום
עמ' 17-20	ביבליוגרפיה

מבוא

בחוק האימוץ מ-1981 נאמר במפורש בסעיף 3 שאימוץ חייב להתבצע על-ידי "איש ואשתו" תחת הכותרת "כשירות המאמץ".¹ כידוע, ישנם הרבה זוגות חד-מיניים השואפים להקים תא משפחתי יחד עם בן/בת-זוגם על ידי אימוץ ילדיהם זה של זה, או אימוץ ילד משותף יחדיו. עקב הביטוי בחוק "איש ואשתו" הם מנועים מבחינה חוקית לעשות זאת.

כך נפגעת זכותם לשוויון וקיום חיי משפחה החוסות תחת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.² ידוע לכל שזכותם לשוויון של הקהילה ההומו-לסבית נפגעת ללא היכר בתחומים רבים הנובעים מהעובדה שעדיין אין עבורם הסדר זוגיות מוכר, מה שמונע מהם כל פעם מחדש הן לאמץ זה את ילדו של זה, והן לאמץ ילד במשותף ומגוון זכויות חברתיות אחרות. זהו נושא בוער ושנוי במחלוקת בפלגי האוכלוסייה השונים בחברה, ובתקשורת בישראל ובעולם.³

העבודה תסקור את חוק האימוץ עצמו, את חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו⁴ בהתייחסות לזוגות חד-מיניים, את ההתפתחות המשפטית שהתרחשה בקהילה ההומו-לסבית בישראל בשנות ה-90, תציג את הדין הנוהג תוך התייחסות לפסיקה בנושא האימוץ, תסקור את הדין באנגליה ואחריו מסקנות והצעות לעתיד, בהתייחסות אליו.

¹ חוק האימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 1028 (להלן: חוק האימוץ).

² חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391 (להלן: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

³ לדוגמה: רותה קופפר "מה קורה לילדים כשההורים לא הטרוסקסואלים" **הארץ-חדשות** 03.03.2013 www.haaretz.co.il/gallery/kids/.premium-1.1941835; עוד ביטוי לכך הוא הקמתו של ארגון "משפחה חדשה" שנועד לסייע למי שמנועים מבחינה דתית להינשא: **משפחה חדשה** www.newfamily.org.il/.

⁴ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פרק ראשון: רקע מקדים

הליך האימוץ בישראל

תהליך האימוץ בישראל מעוגן בחוק האימוץ משנת 1981⁵ ודורש מצד המאמץ ומצד המאומץ לעמוד בתנאים קבועים מראש בנושאים שונים. החוק מגדיר שהאימוץ ייעשה על פי צו בבית-משפט,⁶ מגדיר את כשירותו של המאמץ,⁷ ואת כשירותו של המאומץ מבחינת גיל ודת.⁸ נדרשת הסכמה מודעת מההורה הביולוגי,⁹ והחוק מגדיר איך ההסכמה אמורה להתבצע.¹⁰ האימוץ הרווח בישראל כיום הוא "אימוץ סגור"¹¹ המעביר את כל הזכויות על הילד להורים המאמצים.¹² נעשית הבחנה בין אימוץ מקומי לאימוץ בין ארצי, ונקבע שאימוץ כזה יתבצע על-ידי עמותה העוסקת בכך,¹³ אגד של תנאים שעל מבקש האימוץ לעמוד בהם כדי שיוכל לאמץ ילד זר,¹⁴ וכן את הבירוקרטיה הנדרשת.¹⁵

נראה שבעת חקיקת החוק, עוד ב-1960, שם המחוקק את עיקר המשקל ברשות השופטת:¹⁶ למשל שיקול טובת הילד הנתון לשיקול דעתו של השופט,¹⁷ נסיבות בהן בית-המשפט יכול לתת צו אימוץ ללא הסכמת ההורה¹⁸ ועוד. במקום השני שם המחוקק את רצון הצדדים:¹⁹ ההורים, המאמצים והילד בקובעו כי ההורים המעוניינים באימוץ יוזמים את ההליך,²⁰ וכן שהסכמת ההורים המאמצים ואף הילד²¹ (אם בוגר מספיק) - מהווים את היסוד העיקרי להליך. במקום השלישי בהיררכיה נמצא העובד הסוציאלי²² המהווה מעין יועץ לבית-המשפט. בין סמכויותיו הבאת תסקיר בכתב לבית-המשפט,²³ אחריות לבדיקת כשירותם של המאמצים,²⁴ ואף שיקול דעת באשר לקבלת הסכמת ההורים למסור ילדם לאימוץ.²⁵ גם היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) מהווה רכיב חשוב בתהליך האימוץ ומתפקד כמבקש וכמשיב.²⁶ ליועמ"ש סמכות גורפת לפתוח או להתערב בכל הליך משפטי בו נידון עניין של קטין (למעט בפלילים), ומהווה המשיב בבקשת הורים לפסול הסכמה לאימוץ, או לחזור ממנה.²⁷

⁵ חוק האימוץ.

⁶ שם, בסעיפים 1 ו-1א.

⁷ שם, בסעיף 3.

⁸ שם, בסעיפים 4-5.

⁹ שם, סעיף 8א.

¹⁰ שם, בסעיפים 8ב ו-9.

¹¹ שם, בסעיף 4ב(4).

¹² שם, בסעיף 16.

¹³ שם, בסעיף 28ב.

¹⁴ שם, בסעיף 28ח.

¹⁵ שם, בסעיף 28-יב.

¹⁶ יצחק אנגלרד "אימוץ ילדים בישראל-הגשמת החוק למעשה" משפטים א 308, 311-312 (תשכ"ט).

¹⁷ סעיף 1 לחוק האימוץ.

¹⁸ שם, בסעיף 12(ג)1. דוגמה טובה לכך היא בפסק-הדין: בע"מ 377/05 פלונית ופלוני הורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים פ"ד ס(1) 124 (2005) בו חזרו מהסכמתם ההורים הביולוגיים למסור את ילדם לאימוץ, ונפסק שלמען טובת הילד יש להשאירו במשפחה המאמצת.

¹⁹ לעיל ה"ש 16, שם.

²⁰ סעיף 1א לחוק האימוץ.

²¹ שם בסעיף 7.

²² לעיל ה"ש 16, שם.

²³ סעיף 22 לחוק האימוץ.

²⁴ שם, בסעיף 28ז(ב).

²⁵ שם, בסעיף 9ג.

²⁶ נילי מימון דיני אימוץ ילדים 37 (1994) (להלן: דיני אימוץ ילדים).

²⁷ שם.

סקירה היסטורית בדבר ההתפתחות המשפטית של הקהילה ההומו-לסבית

מ-1988, בה תוקן חוק העונשין,²⁸ נעשו שינויים רחבים במעמדה המשפטי של הקהילה ההומו-לסבית בישראל. עד לשנת 1988 פקודת החוק הפלילי מימי המנדט הורתה על מאסר של עד עשר שנים על אדם המקיים עם אחר, או מרשה לאחר לבצע בו "יחסי מין שלא כדרך הטבע".²⁹ עם תיקונו של חוק העונשין ב-1988,³⁰ בוטל איסור זה והחל התהליך שזכה לכינוי "המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית".

ב-1992 תוקן "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה"³¹ באיסור על אפליה בתעסוקה על בסיס נטייה מינית. בקיץ 1993 תוקנו פקודות הצבא ואסרו אפליה עקב נטייה מינית³² וב-1998 בוטלו ההוראות כך שכיום אין לצבא פקודה מיוחדת העוסקת בהומוסקסואלים.

ב-1994 בעניין **דנילוביץ**³³ הייתה התייחסות מפורשת למעמדם של הזוגות החד-מיניים³⁴ והנוהג של אל על בדבר הענקת כרטיסי טיסה חינם לבני-זוגם של עובדים, רק כאשר הינם ממין שונה-הוכרז כלא חוקי.³⁵ לאחר מכן דן בית-המשפט בבקשה להכיר בבן-זוגו של אלוף משנה לצורך קבלת תשלומים המשולמים על פי החוק, ולבסוף התקבלה פשרה בעניין.³⁶

ב-1997 הורה שר החינוך להפסיק את שידורה של התכנית "קלפים פתוחים"³⁷ שעסקה בנוער הומו-לסבי, בטענה שהתכנית אינה מאוזנת מפני שלא מראה את הסברה שזו התנהגות סוטה ובלתי מוסרית.³⁸ לאחר עתירות משלושה גופים, החליט בית-המשפט העליון להתיר את שידורה.³⁹ באותה שנה תוקן חוק איסור לשון הרע באיסור על השפלתו של אדם בגין מינו או נטייתו המינית.⁴⁰ בהמשך הוצא צו הגנה כנגד אישה החיה עם זוגתה, מתוקף פרשנות רחבה של מושג ה"ידוע בציבור" בחוק למניעת אלימות במשפחה,⁴¹ על-פיה כולל גם בן-זוג מאותו המין.⁴² ב-1998 נחקק החוק למניעת הטרדה מינית וכלל בתוכו בין היתר גם התייחסות משפילה "למיניותו, לרבות נטייתו המינית".⁴³ ב-2000 בג"ץ הכיר בצו אימוץ האמריקאי של ניקול ברנר-קדיש והורה לרשום אותה בתור אימו השנייה של הילד הביולוגי של זוגתה לחיים.⁴⁴

²⁸ חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, ס"ח 62.

²⁹ פקודת החוק הפלילי סעיף 152(2), 1936.

³⁰ לעיל ה"ש 28, שם.

³¹ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח תשמ"ח 1240.

³² הוראת קבע אכ"א ק-11-01-31 שירות הומוסקסואלים בצה"ל (אוגוסט 1993).

³³ בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ).

³⁴ יפעת ביטון "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד מיניים" קרית המשפט ב 401, 405 (תשס"ב-2002) (להלן: השפעת חוק היסוד על מעמד הזוגות החד-מיניים).

³⁵ אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפיכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195, 195 (תשס"ב) (להלן: עלייתה ונפילתה של המהפיכה).

³⁶ עומרי גולדשטיין, ורד שפילמן "אמא יש רק אחת?" בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה "הארת דין ב 92, 93 (תשס"ה) (להלן: אמא יש רק אחת?).

³⁷ בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים, לסביבות ובי-סקסואלים הישראל נ' שר החינוך, פ"ד נא (5) 822 (1997).

³⁸ עלייתה ונפילתה של המהפיכה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 212.

³⁹ שם.

⁴⁰ סעיף 4(1) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-196, ס"ח תשכ"ה 464.

⁴¹ חוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, ס"ח תשנ"א 1352.

⁴² תמ"ש (חי) 32520/97 פלוגית נ' אלמונית (לא פורסם), תקדין משפחה(1)97 53.

⁴³ סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ס"ח תשנ"ח 1661.

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

בנובמבר 2004 נקבע שיש לאפשר לבני-זוג חד-מיניים לקבל זכויות ירושה עם מות בן-זוגם כשאינן צוואה וירשים אחרים.⁴⁵ בזאת הורחבה תחולתו של סעיף 55 לחוק הירושה⁴⁶ המדבר על "ידועים בציבור" לכך שיהיה תקף גם לזוגות חד-מיניים.⁴⁷ בסוף החודש, אושר בבית-משפט לענייני משפחה הסכם בין בני-זוג חד-מיניים,⁴⁸ ונקבע כי בסעיף 1(2)(א) לחוק⁴⁹ המושג "בן משפחה" כולל גם בני-זוג מאותו המין.⁵⁰ ב-2005, התיר לבנות-זוג מאותו המין לאמץ אחת את צאציה של השניה, מתוך שיקול של טובת הילד.⁵¹

⁴⁵ ע"א (נצ"י) 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם 11.11.2004).

⁴⁶ סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח תשכ"ה 446.

⁴⁷ **אמא יש רק אחת?**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 94.

⁴⁸ לעיל ה"ש 45, שם.

⁴⁹ חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, ס"ח תשנ"ח 1537.

⁵⁰ **אמא יש רק אחת?**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 94.

⁵¹ ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט (5) 64 (2005) (להלן: עניין ירוס-חקק); לקריאה נוספת בדבר מעמדם המשפטי של זוגות חד-מיניים ראו: ליאור בן דוד "זכויותיהם של בני זוג מאותו המין בישראל-תמונת מצב" (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2004).

פרק שני: הדין הנוהג

החוקים הרלוונטיים לעניין האימוץ בידי זוגות חד-מיניים הם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵² המכיל את הזכות למשפחה והזכות לשוויון, וחוק האימוץ⁵³ המסדיר את ההליך פרוצדוראלית.

חקיקה

עד לשנת 1960, בה נחקק חוק האימוץ הראשון, לא הייתה רגולציה בישראל לאימוץ ילדים.⁵⁴ המשפט העברי תמיד יצא מתוך ראייה של טובת הילד והתייחסות אליו כאל ישות עצמאית;⁵⁵ תפיסה שהובילה את חוק האימוץ הישראלי המקורי, ואת הפסיקה כגורם עיקרי לצורך באימוץ.⁵⁶ חוק האימוץ העדכני מ-1981 מתפרש על 39 סעיפים, אולם נתייחס לעומק רק לסעיפים הרלוונטיים לעניינינו. ללא ספק הסעיף הבעייתי ביותר הנוגע לאימוץ בידי זוגות חד-מיניים הוא סעיף 3 המגדיר את כשירותו של המאמץ וגורס כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד".⁵⁷ כוונתו של סעיף זה הוא להתחקות אחר מטרת האימוץ, והיא ליצור למאומץ תנאים הדומים ככל האפשר להורות טבעית המבטיחים את טובתו של הילד, שאף מסירתו לזוג אשר **אינו נשוי** מעמידה כביכול את הילד במצב פגיע יותר ויציב פחות.⁵⁸ סעיף זה מבטל כל ניסיון אימוץ בידי זוגות חד-מיניים. אמנם בהמשך הסעיף, נאמר כי רשאי בית-המשפט לתת צו אימוץ למאמץ יחיד "אם בן-זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן",⁵⁹ כביכול ניתן היה להסיק מכאן כי אין חובה של נישואין, אך נראה שהנקיטה בלשון זו היא משיקולי ניסוח ולא משוני מהותי.⁶⁰ ניתן לראות זאת בחוקים רבים כאשר מתייחסים ל"בן-זוג" בתור כאלה הנשואים כחוק, וכאשר רוצים להרחיב את תחולתו נהוג לציין "בן-זוג- לרבות הידוע בציבור".⁶¹ לכאורה, ניתן היה להסיק מסעיף זה כי ניתן לגבר או אישה במערכת יחסים חד-מינית לאמץ את ילדו הביולוגי של בן/ בת זוגו, אך חוסר הגדרתם כ"זוג", או כ"ידועים בציבור", מונעת מהם לקבל סעד גם מכוח סעיף זה. הסעיף הראשון לחוק קובע כי "צו אימוץ וכל החלטה אחרת בהליכי אימוץ יינתנו אם נוכח בית- המשפט שהם לטובת המאומץ".⁶² ניתן לראות בשיקול "טובת הילד" כמעין עיקרון- על החולש על החוק, ותקף גם על התקופה שלפני מתן הצו.⁶³ גם בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי "שיקול טובת הילד יהווה שיקול לפני מתן כל החלטה על פי החוק",⁶⁴ ושיקול זה מהווה הסייג היחיד שיכול לאפשר לזוגות חד-מיניים לאמץ.

⁵² חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁵³ חוק האימוץ.

⁵⁴ עד אז, בתקופת המנדט, אימוץ ילדים נכלל בסימן 51(I) לדבר המלך במועצה כחלק מענייני המעמד האישי, ולכן מכוח סימן 47 לדבר המלך- חל עליו הדין האישי של האדם הנוגע בדבר כחלק משימור שיטת המילטים העות'מאנית, ראו: **דיני אימוץ ילדים**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 2.

⁵⁵ בניגוד למשפט הרומי העתיק למשל, בו התייחסו לילדים כחלק מרכושו של האב, ששלט בכולם, ראו: שם, בעמ' 510.

⁵⁶ שם.

⁵⁷ סעיף 3 לחוק האימוץ.

⁵⁸ **דיני אימוץ ילדים**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 105.

⁵⁹ סעיף 1(3) לחוק האימוץ.

⁶⁰ לעיל, ה"ש 57, שם. ביטוי לכך ניתן לראות בפסק-הדין ע"א 1165/01 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נו(1) 69 (2001) בו נאבקה ידועה בציבור על זכותה לאמץ את ילדי בן-זוגה, ופסק-הדין כיום מהווה תקדים לידועים בציבור לאמץ את הילדים של בני-זוגם.

⁶¹ למשל: סעיף 1 לחוק הגנת הדייר[נוסח משולב], התשל"ב-1972, ס"ח תשל"ב 668.

⁶² סעיף 1(ב) לחוק האימוץ, לעיל ה"ש 1.

⁶³ **דיני אימוץ ילדים**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 94.

⁶⁴ דברי הסבר לסעיף 1, בהצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 3), התשמ"א-1981, ה"ח 1533, 336.

חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו⁶⁵ מכיל בתוכו זכויות מנויות וזכויות בלתי מנויות. נעסוק בשתיים מן הזכויות הללו: הזכות למשפחה, והזכות לשוויון.

במובנה הרחב הזכות לכבוד כוללת גם את כל זכויותיו הבסיסיות של הפרט, ומהווה את המקור הראשי לזכויות הבלתי מנויות.⁶⁶ במובן הביניים זכות זו אוצרת בתוכה גם את זכותו של אדם לגבש את אישיותו ושאיפותיו באופן חופשי, לבטאן, לבחור בדרכים להגשמתן, וכדומה. ניתן להסיק כי על המדינה לכבד גם את הבחירה באורח החיים ההומוסקסואלי, והדרך בה אדם מוכן לחיות את חייו הזוגיים.⁶⁷ בשנות ה-90 הורחבה הפרשנות לפן המשפחתי, ונאמר עליה בפסיקה בהקשר של אימוץ "יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו".⁶⁸ גם בהיבט הצר אין עוררין שהיא מקנה להומוסקסואלים זכות לכיבודם ככאלה, ואי השפלתם עקב כך.⁶⁹

הזכות לשוויון, זכות בלתי מנויה בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, מהווה גם זכות מרכזית בעניינינו. טענתם של הזוגות החד-מיניים היא שהם מקיימים למעשה אורח חיים דומה מאוד לזה של זוגות נשואים וידועים בציבור, אך למעשה לא זכאים למגוון הזכויות שמקבלים הזוגות הללו, וכך מופלים לרעה.⁷⁰ ניתן לומר כי בכל הנוגע לזכויותיה של הקהילה ההומו-לסבית קיימת אפליה קבוצתית,⁷¹ וישנה דעה הגורסת כי תכליתו של חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה, שאחת מצורותיה היא אפליה קבוצתית.⁷² גם המפרשים את הזכות לשוויון בצמצום, מכירים בכך כי אפליה על בסיס נטייה מינית התווספה לרשימת עילות השוויון הקבוצתיות הקלאסיות.⁷³

ניתן לראות שישנה התנגשות בין המונח "איש ואשתו" בחוק האימוץ לבין הזכות לשוויון והזכות למשפחה הנגזרות מחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁶⁵ חוק האימוץ.

⁶⁶ השפעת חוק היסוד על מעמד הזוגות החד-מיניים, לעיל ה"ש 34, בעמ' 409.

⁶⁷ שם, בעמ' 410.

⁶⁸ ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (1) 60, 179 (1996).

⁶⁹ השפעת חוק היסוד על מעמד הזוגות החד-מיניים, לעיל ה"ש 34, בעמ' 411.

⁷⁰ שם, בעמ' 416.

⁷¹ אפליה קבוצתית היא "תופעה היסטורית שבה חברי קבוצה המסומנת (stigmatized) בשל קריטריון גזע, דת, או מין, סובלים מקיפוח סוציו-כלכלי-משפטי", ראו: פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 24, 34 (התשנ"ד).

⁷² ראו דברי השופטת דורנר בבבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון פ"ד מט(4) 94, 133-131 (1995); ובבג"ץ 8238/96

אבו ערער נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 46-47 (1996).

⁷³ מיכל טמיר "השפה העברית לא המציאה לי תואר" על כבודן של משפחות אלטרנטיביות בישראל" קרית המשפט ח 251, 258 (תשס"ט) (להלן: השפה העברית לא המציאה לי תואר).

פסיקה

פסק-הדין הראשון בישראל אשר התיר את הרסן בנושא האימוץ בקרב משפחות חד-מיניות היה פסק-הדין בעניין ברנר- קדיש⁷⁴ בשנת 2000. העותרות הן שתי נשים, אזרחיות ישראליות המנהלות את חייהן בארצות-הברית, שם אחת מהן הביאה לעולם ילד מתרומת זרע, אשר אומץ על-ידי זוגתה בהסכמתה לאחר חצי שנה.⁷⁵ כאשר שבו העותרות לישראל לשנתיים הן הגיעו עם צו האימוץ האמריקני ותעודת הלידה למשרד הפנים בבקשה לרשום את האם המאמצת בתור אם שניה לילד. פקיד הרישום סירב בטענה ששני הורים מאותו המין אינו הגיוני מבחינה ביולוגית, ולכן "אי נכונות הרישום גלויה לעין".⁷⁶ העותרות עתרו כנגד החלטה זו וטענו כי התבצעה משיקולים זרים של אי הכרה במשפחה חד-מינית.⁷⁷ לא קשה להבחין בכך כי פסק-הדין לא דן כלל בשאלת חוקיותה של משפחה זו, אלא בשאלת סמכותו של פקיד הרישום לא לאשר בקשה זו.⁷⁸ בית-המשפט עשה שימוש נרחב בהלכת פונק-שלינגר⁷⁹ והעתירה התקבלה ברוב דעות של השופטות דורנר ובייניש- מתוקף דיני המשפט הבינלאומי הפרטי הדורש הכרה במעמד האישי של אנשים ממדינות שונות. ניתן לומר כי הדיון שצריך היה לסוב הוא בשאלה האם צו אימוץ מקליפורניה סותר תקנת ציבור ישראלית ולכן אין לקבלו, ומובאות בפסק-הדין דוגמאות למקרים בהם נסתרה תקנת ציבור אך עדיין נאכף המצב המשפטי הזר.⁸⁰ כל דיון תקנת הציבור מצטמצם למעשה לאישור פסק-דין זר המאשר אימוץ, ולא לגבי אישור נישואין חד-מיניים או עידוד זוגיות שכזו.⁸¹ השופטת דורנר פותרת בעיה זו באומרה "הרישום... אינו משקף את ההיבט הביולוגי אלא את ההיבט המשפטי"⁸² ואף מוצאת לכך לגיטימציה בסעיף 16 לחוק האימוץ⁸³ המדבר על אימוץ פתוח בו גם ההורה הביולוגי וגם ההורה המאמץ בקשר עם הילד ושניהם כתובים כהוריו במרשם האוכלוסין. אפילו שלא נערך בפסק-הדין דיון בהכרה של זוגיות חד-מינית, עדיין ניתן לומר שמדובר בצעד לכיוון הכרה, לפחות חלקית בזוגיות זו.⁸⁴

ב-2001 נאלץ בית-המשפט העליון להתמודד בצורה ישירה יותר עם הזוגיות החד-מינית בעתירתן של בנות-הזוג ירוס-חקק לאמץ כל אחת את ילדיה של השנייה שהביאו מתרומות זרע.⁸⁵ העותרות חיות יחד מ-1989, מנהלות משק בית משותף, ובשנות ה-90 הביאו לעולם 3 ילדים מתרומות זרע אנונימיות.⁸⁶ כמו כן הן חתמו על הסכם לחיים משותפים המסדיר את כל העניינים הכלכליים של חייהן, ואת אלה הנוגעים לילדיהן.⁸⁷ כשפנו בבקשת האימוץ ב-1997 לבית-המשפט לענייני משפחה ברמת-גן נדחתה בקשתן על הסף על-ידי היועמ"ש בטענה שחוק האימוץ לא מאפשר זאת, והציע

⁷⁴ עניין ברנר-קדיש, לעיל ה"ש 44, שם.

⁷⁵ שם, בפסקה 1 לפסק דינה של השופטת דורנר.

⁷⁶ שם.

⁷⁷ שם, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת דורנר.

⁷⁸ שם, בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת דורנר.

⁷⁹ בג"ץ 143/62 הנריט אנה קטרינה פונק שלינגר נ' שר-הפנים, פ"ד י"ז (1) 225 (1963): זהו פסק-דין משנת 1962 בה סירב פקיד רישום לאשר נישואים אזרחיים בין יהודי ונוצריה שנערכו בקפריסין. העתירה התקבלה והשניים נרשמו כנשואים במדינת ישראל.

⁸⁰ חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי- השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד מיני" המשפט ז' 217, 228 (תשס"ב) (להלן: תעודת הזהות המפוספסת).

⁸¹ שם, בעמ' 230.

⁸² עניין ברנר-קדיש, לעיל ה"ש 44, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת דורנר.

⁸³ סעיף 16 לחוק האימוץ.

⁸⁴ תעודת הזהות המפוספסת, לעיל ה"ש 80, בעמ' 232.

⁸⁵ עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 51, שם.

⁸⁶ שם, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט מצא.

⁸⁷ שם.

להן להתמנות כל אחת כאפוטרופא נוספת לילדים, אך בנות-הזוג התעקשו על האימוץ.⁸⁸ גם ערעור לבית-המשפט המחוזי נדחה, וניתנה להן רשות ערעור לבית-המשפט העליון.⁸⁹ בהרכב מלא של תשעה שופטים נבחן המקרה לפרטיו, תוך שימת דגש על עקרון טובת הילד,⁹⁰ ו"הליכה על קצות האצבעות" בכדי להימנע מלהפוך מקרה זה לתקדימי.⁹¹ נראה ששופטי המיעוט אכן פסלו את האימוץ כדי להימנע מהכרה נורמטיבית בתא משפחתי חדש, לפני שישנה חקיקה בעניין.⁹² מסיבה זו בנות-הזוג בחרו בנתיב של "מאמץ יחיד" מתוקף סעיף 3(2) לחוק, בצירוף עם סעיף 25 אשר מרשה לסטות מתוכן הסעיף אם הדבר "לטובת המאומץ" וב"נסיבות מיוחדות", ולא מתוקף סעיף 3(1) אשר יצריך הכרה בהן כבנות-זוג.⁹³ אף על פי שניתנת חשיבות מכרעת על-ידי בית-המשפט לאימוץ בידי משפחה בעלת שני הורים, הדרך לקבלת צו האימוץ אינה מכירה בהן כזוג.⁹⁴ גם עצם השימוש בסעיף 3(2) הדורש מהמאמץ להיות "בלתי נשוי" מחדד את העובדה שעל-פי חוק הן אינן בנות-זוג, ומקשה הסקת מסקנה גורפת באשר לאימוצים של זוגות חד-מיניים ככלל, שכן הושם דגש רב על הנסיבות המיוחדות שבמקרה זה.⁹⁵

יש הרואים בפער זה בין ההנמקה לתוצאה דווקא נסיגה בקידום מעמדם של הזוגות החד-מיניים, בשל הדגש הרב שהושם על חוסר הכרתן כזוג. אף קם חשש בקרב נציגי הקהילה שפסק-הדין יגרום לכנסת לחקיקה שתפגע במה שהוכר בפסיקה.⁹⁶ קשה להתעלם מכך שפסק-הדין עורר סערה בציבור, וב-2008 לאחר דיון בעניין הוציא היועמ"ש את ההנחיה כי "יש לפרש את המונח "בן-זוג" שבסעיף 3(1) לחוק ככולל גם בן-זוג מאותו המין המבקש לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן-זוגו".⁹⁷ כמו כן הוא התייחס לביטוי "איש ואשתו" שבסעיף 3 וקבע כי אינו שולל אימוץ של יחיד הנמצא במערכת זוגית.⁹⁸ על אף השינויים מרחיקי הלכת הללו, לגבי הכרה בזוגיותם של הזוגות החד-מיניים, קבע היועמ"ש כי זהו "מהלך פרשני בעייתי ומרחיק-לכת", במיוחד שכעת ישנן חלופות פחות בעייתיות לעניין.⁹⁹

⁸⁸ עניין ירוס-חקק, לעיל הי"ש 51, פסקה 3 לפסק דינו של השופט מצא.

⁸⁹ ש.ם.

⁹⁰ ס"ד 25 לחוק האימוץ.

⁹¹ גם שופטי הרוב המעוניינים להחזיר את פסק-הדין לדיון בבית-המשפט לענייני משפחה מדגישים זאת, ראו: עניין ירוס-חקק, לעיל הי"ש 51, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט טירקל, ופסקה 20 לפסק דינו של השופט ברק.

⁹² למשל: עניין ירוס-חקק, לעיל הי"ש 51, בפסקה 6 לשופט לוי.

⁹³ אמא יש רק אחת?, לעיל הי"ש 36, בעמ' 97.

⁹⁴ ש.ם.

⁹⁵ ש.ם.

⁹⁶ ש.ם, בעמ' 98.

⁹⁷ סעיף 2 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה: "אין מניעה חוקית לאשר לבני זוג מאותו מין לאמץ ילד זר שאינו ילדו של אחד מבני הזוג" (2008) www.justice.gov.il/MOJHeb/News/2008/imuz.htm (להלן: הנחיית היועמ"ש).

⁹⁸ ש.ם, בסעיף 4.

⁹⁹ ש.ם, בסעיף 6.

פרק שלישי: ההתנגשות בין "מדינה יהודית" למערכות יחסים חד-מיניות

מדינת ישראל מוגדרת כמושתתת על ערכי היהדות עוד במגילת העצמאות,¹⁰⁰ יחד עם הבטחה לשוויון זכויות גמור ללא קשר לדת, גזע ומין.

עם חיקוקם של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, נכנס הביטוי "ערכי של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" לשיח המשפטי בישראל.¹⁰¹ פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד קובעת כי "אין פוגעים בזכויות... אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל",¹⁰² אשר לפירושו של אהרון ברק הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁰³ לערכים אלה מעמד נורמטיבי חוקתי על חוקי, ויש להם חשיבות רבה בפסקת ההגבלה.¹⁰⁴ ניתן לומר שלערכיה של ישראל כמדינה יהודית שני היבטים: היבט ציוני כגון חוק השבות, והיבט הלכתי¹⁰⁵ שביטוי חזק לו הוא נישואין וגירושין הנערכים לפי דין תורה.¹⁰⁶

הקושי הוא בלמצוא את האיזון בין המדינה כיהודית לבין כדמוקרטית, שכן גם בפסקת ההגבלה חוק יכול לפגוע בזכות אדם אם הוא הולם את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד.¹⁰⁷ אהרון ברק ומנחם אלון, המייצגים שני מחנות מנוגדים בעניין, מסכימים על כך שיש למצוא עקרונות יהודיים ודמוקרטיים משותפים, ולגבש ערכים התואמים היבטים שונים של מדינת ישראל.¹⁰⁸

עמדתו של השופט אלון בעניין ערכיה של המדינה כיהודית הם "ערכים היונקים מערכיהן של מורשת ישראל ושל מורשת היהדות",¹⁰⁹ ערכים הלקוחים בין היתר גם מההלכה והמשפט העברי.¹¹⁰ לדידו יש למצוא סינתזה בין הערכים היהודיים והדמוקרטיים של המדינה, המהווים ייחודה של מדינת ישראל.¹¹¹ לעומתו, פרשנותו של פרופסור ברק רואה את הביטוי מדגיש את הישענותה של המדינה על ערכים הלכתיים-אוניברסאליים וציוניים. לכן על בית-המשפט לאמץ את ערכי היהדות רק כשהם משתלבים עם ערכים אוניברסאליים כגון כבוד האדם והתחשבות במיעוט. בפרשנות כזו כמעט ולא תהייה התנגשות בין הערכים ה"יהודיים" ל"דמוקרטיים".¹¹²

על אף השאיפה להרמוניה בין הערכים הללו, יהיו מקרים בהם סינתזה לא תהייה אפשרית ותהייה דרושה הכרעה. יש הסבורים כי מהטקסט החוקתי ניתנת עדיפות לערכיה היהודיים של המדינה, ויש הסבורים שלערכים הדמוקרטיים. לדעתו של פרופסור ברק התשובה אינה כלולה בטקסט החוקתי כלל, וזה עניין שיקול הדעת השיפוטי.¹¹³ על השופט לפתור שאלה זו בהתבסס על

¹⁰⁰ "...על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל" ראו: הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"י 1.

¹⁰¹ אהרון ברק מבחר כתבים כרך א 445 (תש"ס) (להלן: מבחר כתבי ברק).

¹⁰² סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 1454.

¹⁰³ מבחר כתבי ברק, לעיל ה"ש 101, בעמ' 446.

¹⁰⁴ שם, בעמ' 447.

¹⁰⁵ שם, בעמ' 449.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 450.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 451.

¹⁰⁸ שם; דיון בעמדותיהם של ברק ואלון ניתן לראות גם בפסק-דינו של השופט גרמן ב: תמ"ש (ת"א) 16310/08 פלוני נ' אלמוני, בפסקה ג' לפסק דינו של השופט גרמן (פורסם בנבו 16.04.2008) (להלן: עניין פלוני) הן במעמדם הזוגי של בני-זוג מאותו המין.

¹⁰⁹ בשי"פ 2169/92 סויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (3) 338, 343 (1992).

¹¹⁰ השפעת חוק היסוד על מעמד הזוגות החד-מיניים, לעיל ה"ש 34, בעמ' 442.

¹¹¹ עלייתה ונפילתה של המהפיכה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 668.

¹¹² השפעת חוק היסוד על מעמד הזוגות החד-מיניים, לעיל ה"ש 34, בעמ' 442.

¹¹³ מבחר כתבי ברק, לעיל ה"ש 101, בעמ' 453.

הקונצנזוס החברתי, על שאר הדרכים בהן ההחלטה עלולה להשפיע על החברה, וזו משימה לא פשוטה כלל. על אף העובדה שלרוב נדרש בית-המשפט להחליט בסוגיה זו, לדעתו של ברק אין זה ממקומו להכריע בשאלת איזון הערכים הללו, ולכך ראוי יותר שיימצא פתרון במסגרת הפוליטית והחברתית.¹¹⁴

כפי שאפשר לנחש, מערכת הזוגיות החד-מינית אינה עולה בקנה אחד עם הערכים היהודיים של מדינת ישראל, ומעין קוראת תיגר על הזוגיות ה"נורמלית" בה קיימים יחסי מין בין מינים הפוכים במסגרת מוסד הנישואין.¹¹⁵ לגבי זוגות גבריים יש איסור מדאורייתא¹¹⁶ והעונש על העובר עליו הוא כרת, וכן חל עליו איסור ייהרג ובל יעבור, ולנשים ישנו איסור מדרבנן על "נשים מסוללות".¹¹⁷ בניגוד לגישה ההלכתית המוכרת הזו, מחקרו של דניאל בויארין¹¹⁸ מראה כי התורה לא עסקה כלל ביחסים חד-מיניים משפחתיים כפי שהם כיום, אלא רק בהתנהגויות מיניות אקראיות, וכך אין שום עמדה אמיתית של היהדות כלפי היחסים המשפחתיים הללו.¹¹⁹ אם נקבל עמדה זו, לא תהייה בעיה עם המשפחה החד-מינית אפילו לגישתו של פרופסור אלון, אולם העמדה האחרת תוביל למסקנה כי ההכרה בזוגיות החד-מינית תפגע בערכי היהדות ודרישתו של חוק היסוד לכבדם.¹²⁰ עמדתו של ברק מאבחנת את ערכי היהדות כהגנה על מיעוטים בצורה מופשטת, וכך תוביל להכרעה שאין להפלות זוגות חד-מיניים ויש להכיר בהם.¹²¹ פתרון מעניין המוצע לבעייתיות הוא שעלינו לפרש "יהודית ודמוקרטית" כערכים יהודיים ו/או דמוקרטיים על-מנת להגדיל זכויות, מהרציונל שהמחוקק לא התכוון לפגוע בזכויות בכל מקום שהדת היהודית מתירה זאת.¹²²

¹¹⁴ שם, בעמ' 454.

¹¹⁵ השפעת חוק היסוד על מעמד הזוגות החד-מיניים, לעיל ה"ש 34, בעמ' 443.

¹¹⁶ "ואת זכר לא תשכב משכבי אשה תועבה הוא" ויקרא יח כב.

¹¹⁷ נשים המתמסרות זו לזו, ראו: בבלי, יבמות עו, א; שולחן ערוך אבן העזר כ, ב.

¹¹⁸ פרופסור לתלמוד. להרחבה: דניאל בויארין "רבנים וחברים - האם יש יהודים ב'תולדות המיניות'?" זמנים 52 (תשנ"ט) 50.

¹¹⁹ השפעת חוק היסוד על מעמד הזוגות החד-מיניים, לעיל ה"ש 34, בעמ' 443.

¹²⁰ שם.

¹²¹ שם, בעמ' 444.

¹²² מיכל טמיר (יצחקי) " הזכות לשוויון של הומואים ולסביות" הפרקליט מה א 94, 116 (תש"ס).

פרק רביעי: משפט משווה ודין ראוי

הדין האנגלי

מכל מדינות אירופה, הדין באנגליה, וכן ההתפתחות המשפטית שעברה הקהילה ההומו-לסבית, הם הכי דומים לתהליך שהתרחש במדינת ישראל, אך בסוגיית האימוץ הגיעה להסדר ראוי יותר ולכן מעניין לסקור אותו.

ב-97-98 חלו תמורות משמעותיות ביחס לקהילה, באשר לשוויון בגיל ההסכמה¹²³ של יחסים הומוסקסואליים לאלה של הטרוסקסואלים, וכן בנוגע לאימוץ.¹²⁴ עד אז, לא רק שלא הייתה מעוגנת להומואים ולסביות הגנה מפני הומופוביה ואפליה בחוק, אלא הייתה אפליה והומופוביה בחוק ובמערכת המשפטית עצמן.¹²⁵ דוגמאות לכך: עבירה פלילית באשר לכל סוג של מגע מיני בין גברים (אפילו נשיקה ברחוב), התייחסות להומואים ולסביות כהורים לא ראויים, אפליה בקבלה לעבודה במשרדים ממשלתיים, ואי הכרה במערכות יחסים חד-מיניות ארוכות טווח ומתן זכויות דיור.¹²⁶ בחוק מ-1988¹²⁷ אף נקבע כי אסור לקדם בצורה מכוונת הומוסקסואליות וללמד עליה, ובעל "פסקת שימור" בסעיף 28(2) התיר כל דבר שהוא למען מניעת הפצת מחלות.¹²⁸

חוק האימוץ האנגלי מ-1976 הסדיר את נושא האימוץ בדומה לחוק הישראלי, אך לא צוין בו דבר באשר לשאלת האימוץ בידי זוגות חד-מיניים, ובמקרים שנאלץ השופט להתמודד עם שאלה זו הוא נותר בחסותו של שיקול הדעת השיפוטי. בחוק מ-1976 מותר לבית-המשפט לחייב על אימוץ גם כאשר ההורים הביולוגיים מתנגדים אם מוכח שיהיה למען רווחת הילד,¹²⁹ כשהקריטריון היחידי למאמץ יחיד הוא שיהיה מעל גיל 21.¹³⁰

ב-1997 נבחן בבית-המשפט לענייני משפחה מקרה¹³¹ בו זוג לסביות החיות 10 שנים יחד רצו לאמץ ילד, אך ההורים הביולוגיים התנגדו בטענה שהחוק לא מתיר שחרור ילד לאימוץ בידי נשים המנהלות מערכת יחסים לסבית.¹³² כאמור, לחוק לא היה שום סעד בעניין. מחד, זה יכול היה לבוא לטובת הזוגות החד-מיניים שכן אם לפרלמנט היה אינטרס בלמנוע אימוץ כזה הוא היה מציין זאת, ומאידך ניתן לראות שהקונגרס אכן תכנן למנוע אימוץ שכזה בקובעו כי אימוץ בידי זוג יהיה רק אם הוא נשוי,¹³³ ומאמץ יחיד לא יכול להיות במערכת יחסים, בין אם היא חד-מינית או לא.¹³⁴ השופט סינגר שדן במקרה הזה, הסכים כי מחוקקיו של החוק ב-1976 כנראה לא תיארו לעצמם את האפשרות שזוג הומואים או לסביות יאמצו ילד, ומנגד גם לא שלל אפשרות זו.¹³⁵

¹²³ בחוק. Sexual Offences Act 1967, c.60, §1 (Eng.). נקבע גיל ההסכמה ליחסים מיניים בין גברים ל-21. ב-2000 בחוק. Sexual Offences (Amendment) Act 2000, c.44, §1 (Eng.). נקבע כי גיל ההסכמה יהיה שווה לזה שבין הטרוסקסואלים ויעמוד על גיל 16.

¹²⁴ Philip Britton, *The Rainbow Flag, European and English Law: New Developments on Sexuality and Equality*, 8 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 261, 261 (1997-1998). (להלן: דגל הגאווה והחוק האנגלי).

¹²⁵ שם.

¹²⁶ שם, בעמ' 262.

¹²⁷ Local Government Act 1988, c.9, §28 (Eng.).

¹²⁸ דגל הגאווה והחוק האנגלי, לעיל ה"ש 124, בעמ' 271.

¹²⁹ שם, בעמ' 277.

¹³⁰ Adoption Act 1976, c. 9, §15(1)(a) (Eng.).

¹³¹ Re W (A Minor) (Homosexual Adopter) [1997] 3 WLR 768 (HC) (Eng.).

¹³² דגל הגאווה והחוק האנגלי, לעיל ה"ש 124, בעמ' 277.

¹³³ בדומה לחוק הישראלי, ראו: בעמ' 7-8 לעבודתי לעיל.

¹³⁴ דגל הגאווה והחוק האנגלי, לעיל ה"ש 124, בעמ' 278.

¹³⁵ שם.

לבסוף נפסק במקרה זה שברור כי תכליתו העיקרית של החוק היא רווחתו של הילד, ועל כן פסילה גורפת של קבוצת אנשים המעוניינים לאמץ תפגע במטרה זו. כמו כן, אם ירצה הפרלמנט למנוע אימוץ שכזה הוא יצטרך לציין זאת במפורש יותר מאשר בחוק הנתון, ואסור להורים הביולוגיים להתנגד לאימוץ בנסיבות הללו.¹³⁶

לאור הבעייתיות של חוק זה, ולאחר דיונים ארוכים ולוהטים נחקק ה- Adoption and Children Act 2002¹³⁷ (להלן: החוק האנגלי). חוק זה הרחיב את אפשרות האימוץ גם לזוגות שאינם נשואים, ולענייניו גם זוגות חד-מיניים.¹³⁸ זהו הישג מרשים לאנגליה, שכן היא נותרה אחת המדינות הבודדות באירופה בהן לא אומץ הסדר זוגי לזוגות חד-מיניים.¹³⁹ סעיף ההגדרות-144 שבחוק האנגלי מתיר את האימוץ בידי זוגות חד-מיניים בכך שמגדיר זוג בסעיף 4(b) כ-"שני אנשים (בין אם מאותו המין או ממינים שונים) החיים יחד כבני-זוג ומחזיקים מערכת יחסים משפחתית".¹⁴⁰

יחד עם זאת, עדיין לא כולם מסכימים ומכבדים את ההסדר החוקי החדש. למשל, בפסק-דין שניתן לאחרונה, בנובמבר 2012, ערער ארגון דתי Catholic Care של הקהילה הרומית-קתולית העוסק במציאת בתים ליתומים, וסינון ההורים, על פסק-דין שאסר עליו להפלות בין זוגות חד-מיניים המעוניינים לאמץ לבין זוגות הטרוסקסואליים.¹⁴¹ בשנת 2008 הארגון נהג לסנן את הזוגות החד-מיניים שביקשו לאמץ, במטרה ליצור משפחות המורכבת מאמא, אבא וילד.¹⁴² סעיף 29 לחוק השוויוניות¹⁴³ קובע שאדם המספק שירות לציבור (כמו הארגון הדתי) לא יכול להפלות בין דורשיו, וסעיף 193(2)(b)¹⁴⁴ העוסק בארגוני צדקה מסייג זאת ב"מטרה לגיטימית". על סעיף זה גם הסתמך הארגון בפסק-הדין הראשון בטענה שלא יקבל תרומות מאנשים דתיים אם יתיר אימוץ לזוגות חד-מיניים.¹⁴⁵ השופט בערעור הסכים עם גישתו של בית-המשפט קמא¹⁴⁶ והחליט לדחות את הערעור.¹⁴⁷

¹³⁶ שם, בעמ' 279.

¹³⁷ Adoption and Children Act, 2002, c.38 (Eng.) (להלן: חוק האימוץ האנגלי). משמו ניתן לראות שהוא אוחד עם ה- Children Act 1989 c.41 (Eng.).

¹³⁸ John Tobin, Ruth McNair, *Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?*, 23 INT'L J.L. POL. & FAM. 110, 110 (2009).

¹³⁹ שם. מעניין לעיין גם במאמרו של ד"ר יובל מרין המתאר את הרגולציות השונות של הזוגיות החד-מינית במדינות אירופה, והבעייתיות שבהן: יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז' 253 (תשס"ב).

¹⁴⁰ סעיף 144(4)(b) לחוק האימוץ האנגלי, לעיל ה"ש 137.

¹⁴¹ Catholic Care (Diocese of Leeds) v. Charity Commission for England and Wales [2012] UKUT 395

¶1 (Eng.) (להלן: עניין הארגון הקתולי).

¹⁴² שם, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט סיילס.

¹⁴³ Equality Act 2010 c.15 (Eng.).

¹⁴⁴ שם, בסעיף 193(2)(b).

¹⁴⁵ עניין הארגון הקתולי, לעיל ה"ש 141, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט סיילס.

¹⁴⁶ שם, בפסקה 38 לפסק דינו של השופט סיילס.

¹⁴⁷ שם, בפסקה 71 לפסק דינו של השופט סיילס.

מסקנות ודין ראוי

ללא ספק ישראל היא מדינה בעייתית בכל הנוגע לזכויות ההומואים והלסביות, עקב הגדרתה היהודית-דמוקרטית המשפיעה רבות על חייהם, בפרט בחוק האימוץ. ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לא אחת פוגעים בזכויות יסוד שונות בקרב מיעוטים. השופט ברק, שפסיקותיו נחשבות אקטיביסטיות, השתדל בפסיקותיו להעמיד את עקרון השוויון מעל ערכיה היהודיים של המדינה ותרם רבות בנושא.¹⁴⁸

כמדינה יהודית ערכי היסוד האוניברסאליים תמיד יהיו נחותים אל מול ערכי היהדות ששמירה עליהם מעוגנת בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד.¹⁴⁹ שינוי הביטוי "איש ואשתו" והפיכתו ל"בני-זוג מכל מין" כפי שעשו האנגלים ב-2002 יכול היה לפתור סוגיה זו בקלות. לא קשה לנחש, כי תיקון שכזה ככל הנראה לא יעבור בכנסת משיקולי מדיניות, ויהיו מספיק חברי-כנסת, לרוב דתיים, שיהיו לו לרועץ. אפילו הנחיית היועמ"ש בנושא ערערה רבים לפעול לתיקון ה"מעוות" ולהציע הצעות חוק לשינוי העניין,¹⁵⁰ שגררו כמתבקש גם התנגדויות.¹⁵¹ בכנס עורכי-דין ב-2005 ניתן ביטוי לשתי הדעות הללו, האחת- בעד משפחה חד-מינית,¹⁵² והשניה מנוגדת לה באומרה שזוגות חד-מיניים אינם נכללים בהגדרתה של ישראל כיהודית.¹⁵³

מעניין לציין שדווקא המורשת היהודית היא שמניעה זוגות חד-מיניים רבים להביא ילדים ולהקים משפחה, ומנגד אינה מכירה בקיומן של משפחות שאינן מסורתיות.¹⁵⁴ לגבי שיקול "טובת הילד" עליו מסתמכת רבות הגישה השמרנית, נראה במחקר שערכה מיכל טמיר כי:¹⁵⁵ הילדים מקבלים כמויות עצומות של אהבה מצד הוריהם, ההורים מעורבים יותר בחייהם מרוב ההורים הקלאסיים, ומחונכים לפלורליזם וקבלת השונה.¹⁵⁶ אפילו במישור החברתי הממצאים לא מעידים על ניכור או דחיה מצד החברה, אך סוגיית הסטטוס המשפטי עולה ללא הרף.¹⁵⁷ אני סבורה שהגדרת בני-זוג מאותו המין כ"ידועים בציבור" בצורה משפטית נהירה, ולא רק מכוח הפסיקה או מכוח הנחיות היועמ"ש לעניין האימוץ, תפתור את רוב בעיותיה של הקהילה ההומו-לסבית בישראל.

¹⁴⁸ להרחבה: פרנסס רדאי "דיוקנו של הנשיא אהרן ברק: שוויון במדינה יהודית ודמוקרטית" איל זמיר, ברק מדינה, סיליה פסברג ספר ברק: עיונים בעשייתו המשפטית של אהרן ברק (2009).

¹⁴⁹ ראו עמודים 7-8 לעבודתי לעיל.

¹⁵⁰ למשל הצעתו של חבר-הכנסת לשעבר דוד אזולאי הקורא להוספת סעיף "אי כשירות בני-זוג מאותו המין" ראו:

"חוק אימוץ ילדים תיקון- הגבלות על אימוץ" הכנסת הפתוחה (2008) /4095/okneset.org/bill/4095/.

¹⁵¹ בתגובה להצעתו: אלי דורון, ירון טיקוצקי "הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון- הגבלות על אימוץ), התשס"ח-2008" **The Marker** 30.04.2008 /411340/post/cafe.themarket.com/.

¹⁵² "משפחה אינה נחלתם של הטרוסקסואלים בלבד" מפי ד"ר יובל מרין, להרחבה: "הזכות לחיי משפחה- לא רק למשפחות של הטרוסקסואלים" גיליון יולי עורך הדין 74 (2005).

¹⁵³ נאמר על-ידי הרב יובל שרלו, שם.

¹⁵⁴ **השפה העברית לא המציאה לי תואר**, לעיל ה"ש 73, בעמ' 280.

¹⁵⁵ מרצה בכירה במכללת שערי משפט: **השפה העברית לא המציאה לי תואר**, לעיל ה"ש 73, שם.

¹⁵⁶ **השפה העברית לא המציאה לי תואר**, לעיל ה"ש 73, בעמ' 277-278.

¹⁵⁷ שם, בעמ' 279.

סיכום

המודל המשפחתי החד-מיני מתפשט כיום ברחבי העולם, ובישראל בפרט, וסוגיית ההסדרה המשפטית של מעמדם הזוגי עולה יותר ויותר. כאמור, הגדרתה של מדינת ישראל מושתתת על ערכי היהדות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד גורמת לפגיעה בזכויות יסוד של קבוצות מיעוט באוכלוסיה.¹⁵⁸

כפי שהצגתי, הבעייתיות עם מעמדה המשפטי של הקהילה ההומו-לסבית בישראל בכל התחומים טמונה בהגדרת המדינה כיהודית, ונראה שזכותם לשוויון ומשפחה אינה עולה בקנה אחד עם ערכים אלה. יפה אמר השופט גרמן בעניין זה: "אין כל ספק שהומוסקסואליות ויהדות אינם עולים בקנה אחד".¹⁵⁹

לאור סקירתי ודיוני בסוגיה נראה שהקהילה החד-מינית בישראל משתוקקת להכרה משפטית בהם כבני-זוג לכל דבר ועניין,¹⁶⁰ ובפרט בחוק האימוץ. בהמשך להתפתחות המשפטית הנרחבת של שנות ה-90 בחקיקה ובפסיקה, הסדר ראוי לטעמי יהיה תיקון סעיף 3 לחוק האימוץ, בדומה למהלך האנגלי,¹⁶¹ ל"בני-זוג, לרבות ידועים בציבור". שינוי זה יצריך הכרה משפטית בזוגיות החד-מינית כשווה במעמדה ל"ידועים בציבור". קשה לדמיין איך מהלך שכזה יתקבל בסטאטוס-קוו הנוכחי, אם לא נתפשר מעט על הצביון היהודי שאנו שואפים להעניק למדינתנו.

¹⁵⁸ ראו עמ' 11-12 לעבודתי לעיל.

¹⁵⁹ עניין פלוני, לעיל ה"ש 108, שם.

¹⁶⁰ לעיל ה"ש 156, שם.

¹⁶¹ לעיל ה"ש 139, שם.

ביבליוגרפיה
מקורות ישראליים

• **חקיקה ותקנות**

הכנסת

- חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח תשכ"ה 446.
- חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח תשכ"ה 464.
- לחוק הגנת הדייר[נוסח משולב], התשל"ב-1972, ס"ח תשל"ב 668.
- חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח התשמ"א 1028.
- חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, ס"ח 62.
- חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח תשמ"ח 1240.
- החוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, ס"ח תשנ"א 1352.
- חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391.
- חוק יסוד : חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 1454.
- החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ס"ח תשנ"ח 1661.

הצעות חוק :

- הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 3), התשמ"א-1981, ה"ח 1533.

חקיקה מנדטורית

- פקודת החוק הפלילי 1936.

הוראות צבאיות

- הוראת קבע אכ"א ק-01-11-31 שירות הומוסקסואלים בצה"ל (אוגוסט 199).

- הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

• **פסיקה**

משפחה :

- תמ"ש (חי') 32520/97 פלונית נ' אלמונית (לא פורסם), תקדין משפחה 97(1) 53.
- תמ"ש (ת"א) 16310/08 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו 16.04.2008).

מחוזי :

- ע"א (נצ') 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם 11.11.2004).

עליון :

- בג"ץ 143/62 הנריט אנה קטרינה פונק שלזינגר נ' שר-הפנים, פ"ד י"ז (1) 225 (1963)
- בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).
- בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)
- ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (1) 60 (1996).

- בג"ץ 8238/96 אבו ערער נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26 (1996)
- בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים, לסביות ובי-סקסואלים בישראל נ' שר החינוך, פ"ד נא (5) 822 (1997).
- בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר-הפנים, פ"ד נד (2) 368 (2000).
- ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69 (2001).
- ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט (5) 64 (2005).
- בע"מ 377/05 פלונית ופלוני הורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (2005).

• ספרים

- אהרון ברק מבחר כתבים כרך א (2000).
- נילי מימון דיני אימוץ ילדים (1994).

• מאמרים

- יצחק אנגלרד "אימוץ ילדים בישראל-הגשמת החוק למעשה" משפטים א 308 (תשכ"ט).
- דניאל בויארין "רבנים וחברים- האם יש יהודים ב'תולדות המיניות'?" זמנים 52 (תשנ"ט) 50.
- יפעת ביטון "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד מיניים" קרית המשפט ב 401 (תשס"ב).
- עומרי גולדשטיין, ורד שפילמן "אמא יש רק אחת?" בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין ב 92 (תשס"ה).
- חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת 'ישראל-י' השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד מיני" המשפט ז 217 (תשס"ב).
- אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפיכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195 (תשס"ב).
- מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומואים ולסביות" הפרקליט מה א 94, 116 (תש"ס).
- מיכל טמיר "השפה העברית לא המציאה לי תואר- על כבודן של משפחות אלטרנטיביות בישראל" קרית המשפט ח 251 (תשס"ט).
- פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 24, 34 (התשנ"ד).
- פרנסס רדאי "דיוקנו של הנשיא אהרן ברק: שוויון במדינה יהודית ודמוקרטיה" איל זמיר, ברק מדינה, סיליה פסברג ספר ברק: עיונים בעשייתו המשפטית של אהרן ברק (2009).
- יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז 253 (תשס"ב).

• שונות

- ליאור בן דוד "זכויותיהם של בני זוג מאותו המין בישראל- תמונת מצב" (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2004).

משפט עברי :

- ויקרא יח כב.
- בבלי, יבמות עו, א.
- שולחן ערוך אבן העזר כ, ב.

אינטרנט :

- הנחיית היועץ המשפטי לממשלה "אין מניעה חוקית לאשר לבני זוג מאותו מין לאמץ ילד זר שאינו ילדו של אחד מבני הזוג" (2008) www.justice.gov.il/MOJHeb/News/2008/imuz.htm
- "חוק אימוץ ילדים תיקון- הגבלות על אימוץ" הכנסת הפתוחה okneset.org/bill/4095/
- אלי דורון, ירון טיקוצקי "הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון- הגבלות על אימוץ)", התשס"ח-2008 **The Marker** 30.04.2008 cafe.themarker.com/post/411340/
- רותה קופפר "מה קורה לילדים כשההורים לא הטרסקסואלים" הארץ- חדשות 03.03.2013 www.haaretz.co.il/gallery/kids/.premium-1.1941835
- משפחה חדשה www.newfamily.org.il/

מקורות לוועיים

• חקיקה

- Sexual Offences Act 1967, c.60, §1 (Eng.).
- Adoption Act 1976, c. 9, §15(1)(a) (Eng.).
- Local Government Act 1988, c.9, §28 (Eng.)
- Children Act 1989 c.41 (Eng.).
- Sexual Offences (Amendment) Act 2000, c.44, §1 (Eng.).
- Adoption and Children Act 2002, c.38 (Eng.).

• פסיקה

- Re W (A Minor) (Homosexual Adopter) [1997] 3 WLR 768 (HC) (Eng.).
- Catholic Care (Diocese of Leeds) v. Charity Commission for England and Wales [2012] UKUT 395 (Eng.).

• מאמרים

- Philip Britton, *The Rainbow Flag, European and English Law: New Developments on Sexuality and Equality*, 8 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 261 (1997-1998).
- John Tobin, Ruth McNair, *Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?*, 23 INT'L J.L. POL. & FAM. 110 (2009).