

# ”אמא יש רק אחת?” – בעקבות ע”א 10280/01 ירוס-חקק נ’ היועץ

## המשפטי לממשלה

עומרי גולדשטיין וורד שפילמן\*

א. מבוא

- ב. סקירה תמציתית של התפתחות ההכרה בזכויותיהם של הזוגות החד-מיניים
- ג. קפיצת מדרגה בהכרה המשפטית בזוגות חד-מיניים - האומנם?
- ד. פסק דין ירוס-חקק – תקדים מהפכני?
- ה. החלטה נורמטיבית ראויה או אקטיביזם שיפוטי מוגזם? (וגם: מה עם דבר המחוקק?)
- ו. זכויות הזוגות החד-מיניים – מה קורה מעבר לים?
- ח. השאלות הנורמטיביות שמעלה סוגיית ההורות החד מינית והתעלמות בית המשפט מהן
- ט. סיכום

א. מבוא

באחרונה פסק בית המשפט העליון בעניין ירוס-חקק,<sup>1</sup> כי הדין הישראלי מתיר הוצאת צו לאימוץ ילדי אם על ידי אישה אחרת המשמשת בפועל אף היא כאם לילדים. בכך אפשר בית המשפט לזוג לסביות לאמץ זו את ילדה של זו. הארה זו תבדוק את משמעויות פסק הדין, ותתמקד בשאלה אם פסק הדין מהווה קפיצת מדרגה בהכרה בזכויותיהם של בני זוג חד-מיניים בישראל, כחלק ממגמה כללית להכרה שכזו (בהנחה, שתיבחן, שאכן קיימת מגמה כזו). בהקשר זה תיוחד תשומת לב להבדלים בין הדעות השונות שהובעו בפסק הדין. כן נעמוד על כמה ביקורות שניתן למתוח על ההכרעה וההנמקות, ולפיהן, לכאורה, הדרך שבה התמודד בית המשפט עם הסוגיה היא דרך בעייתית, בין משום שאין זה מתפקידו של בית המשפט להעניק הכרה בפועל למשפחות חד-מיניות בעת שהמחוקק בחר שלא להעניק הכרה שכזו, בין משום שפרשנות בית המשפט מאולצת, ובין משום שבסופו של יום מתחמק בית המשפט מלדון בשאלות הנורמטיביות שמעלה סוגיית האימוץ בידי זוגות מאותו המין. לבסוף, ננסה להביט אל מעבר לאופק, ולבחון את ההשלכות השונות שפסק הדין עשוי לעורר ובין היתר את מידת השפעתו העתידית על ההכרה המשפטית בזכויותיהם של הזוגות החד-מיניים.

## ב. סקירה תמציתית של התפתחות ההכרה בזכויותיהם של הזוגות החד-מיניים

השנים האחרונות מאופיינות בעלייה ניכרת במודעות הציבורית למערכות יחסים בין בני זוג מאותו המין. מודעות גוברת זו מציבה אתגר למשפט במדינות העולם, ובכלל זה בישראל.<sup>2</sup> המשפט

\* סטודנטים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה.

<sup>1</sup> ע”א 10280/01 ירוס-חקק נ’ היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 10.1.2005), להלן: ”עניין ירוס-חקק”.

<sup>2</sup> איילת בלכר-פריגת ”על זכויות, גבולות ומשפחה” עיוני משפט כז(2) (תשס”ג-2003) 539, 567, להלן: ”בלכר-פריגת”.

הישראלי כיום נותן מענה לצרכים המשפחתיים של המשפחה "המסורתית"; הקשר המשפחתי החד-מיני מעלה קשת סוגיות בלתי פתורות, שעצמתן מתחדדת על רקע המחלוקת החברתית בנוגע להכרה הרשמית-מדינתית בקשר החד-מיני. על רקע זה אנו עדים להתפתחויות משפטיות בסוגיית הזכויות המוקנות מכוח זוגיות חד-מינית.<sup>3</sup>

כידוע, בפרשת דנילוביץ',<sup>4</sup> הכיר בית המשפט בראשונה, אם גם בצורה מסויגת, במעמד של בני זוג חד-מיניים, בקובעו כי על חברת אל-על לתת לבן זוג של דייל את אותן הטבות שהיא מספקת לבני זוגם הנשואים או ה"ידועים בציבור" של עובדים אחרים. לאחר מכן פנתה הרשות השופטת לדון בבקשה להכיר בבן זוגו של אלוף משנה שנפטר במהלך שירותו הצבאי, לצורך תשלומים המשולמים על פי חוק. בשני הליכים שונים שהתנהלו, נתקבלו שתי פסיקות הפוכות (נסתיימו לבסוף בפשרה מאוחדת), האחת הכירה בשניים כבני זוג ובזכאות בן הזוג לגמלאות,<sup>5</sup> והשנייה לא עשתה כן, ולא פסקה לו תגמולים.<sup>6</sup>

בשנת 2000 קבע בג"ץ<sup>7</sup> כי חובתו של משרד הפנים, בהיעדר ראייה לסתור, להכיר ברישום שנעשה בארצות-הברית ובו נקבע כי לילד שתי אמהות: האם הביולוגית ובת זוגה אשר אימצה את הילד. משרד הפנים התבקש לרשום גם בארץ את הילד כבן של שתי האמהות. יצוין כי האימוץ נעשה מחוץ לישראל על פי דין מדינת האזרחות של בנות הזוג והילד. לנשים הייתה גם אזרחות ישראלית.

תהליך זה, אשר כלל התפתחויות חשובות נוספות,<sup>8</sup> הואץ באחרונה. בשלושה פסקי דין שניתנו בזה אחר זה, בתחומי משפט שונים ובפרק זמן כולל שאינו עולה על שלושה חודשים, ניכרת התפתחות בהכרה המשפטית בזכויות זוגות חד-מיניים.

<sup>3</sup> לסקירה מורחבת של התפתחות משפטית זו ראו אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט (תשס"ב-2002) 195, להלן "הראל", מעמוד 207 ואילך, וגם אביטל אברהם ואיתי אפטר "ייבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית-ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים - מדע בדיוני?" הארץ דין א(2) (התשס"ד-2004) 110, להלן: "אברהם ואפטר", 118.

<sup>4</sup> בג"ץ 721/91 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749.

<sup>5</sup> ע"ש 369/94 שטיינר נ' צבא הגנה לישראל (טרם פורסם, 5.12.1996).

<sup>6</sup> ע"מ 8/94 שטיינר נ' קצין התגמולים (טרם פורסם, 13.8.1995). שני התיקים נסתיימו בפשרה מאוחדת בין הצדדים. להסבר על השוני בתוצאה של שני ההליכים בעניינו של שטיינר ראו אייל גרוס "דנילוביץ', שטיינר והתאוריה הקווירית" משפט נוסף 1 (תשס"א-2001) 47, 48-49. לדברי המחבר, פרשת דנילוביץ' השאירה את שאלת ההכרה בבני זוג מאותו המין פתוחה, ובכך אפשרה את ההחלטות הסותרות בעניין שטיינר. לפי גרוס ניתן לפרש את הלכת דנילוביץ' כקובעת איסור הפליה במקום העבודה או כמכירה בבני זוג מאותו המין גם מחוץ להקשר של מקום העבודה. לדבריו, שני ההליכים השונים שהניבו תוצאות שונות בעניין שטיינר משקפים את המתח בין הרציו הצר לרציו הרחב כאמור. לעניין זה ראו גם יפעת ביטון "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדן של זוגות חד-מיניים" קרית המשפט: שנתון הקריה האקדמית ב (תשס"ב-2002) 401, 452, להלן "ביטון".

<sup>7</sup> בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000). פסק דין זה גרר ביקורת נוקבת, ביחוד מצד פרופסור שאווה. לדבריו, צו האימוץ הזר היה צריך לעבור ביקורת קפדנית מהסוג של תקנת הציבור על ידי בית המשפט בישראל. הביקורת נסבה על שאלת ההכרה בצו אימוץ שנתקבל מחוץ לישראל ולא על שאלת זכותן של לסביות להירשם כהורים. ראו מנשה שאווה "רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק-שליינגר ובתיחום גבולותיה" קרית המשפט: שנתון הקריה האקדמית 1 (תשס"א-2001) 103, וגם דבריו בראיון אצל ח' פס, ר' פישר "אין בענייני היום בעליון אף אחד שהוא סמכות בדן האישי" הפרקליטים: מגזין לשכת עורכי הדין 4 (תשס"א-2001) 10. נציין, כי הוגשה בקשה בידי המדינה לדיון נוסף, בקשה שהמשיבים התנגדו לה כמובן. בקשה זו עדיין תלויה ועומדת. ראו דנג"ץ 4252/00 ברנר-קדיש נ' שר הפנים (טרם פורסם). ראו [www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=1174](http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=1174) לדיון בתגובת המשיבים.

<sup>8</sup> בין התפתחויות אלו ניתן לציין את תיקון פקודת הצבא ב-93, שבעקבותיו נאסרה הפליה המבוססת על נטייה מינית. הק"א ק-01-11-31 "שירות הומוסקסואלים בצה"ל". כן יוזכר ביטול החלטת שר החינוך שמנעה שידור התכנית "קלפים פתוחים", שהוקדשה לבני נוער הומוסקסואלים ולסביות. בג"ץ 278/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט-למען הומוסקסואלים, לסביות ובי סקסואליים בישראל נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822.

פסק הדין הראשון,<sup>9</sup> שניתן בנובמבר 2004 בבית המשפט המחוזי בנצרת, עסק בזכויות ירושה של בן זוגו של אדם שנפטר. נקבע, כי יש לאפשר לבני זוג חד-מיניים לקבל זכויות ירושה עם מות בן הזוג ובהיעדר צוואה ויורשים אחרים. בית המשפט התייחס בפסיקתו לסעיף 55 לחוק הירושה, הקובע כי "איש ואישה" החיים חיי משפחה במשק בית משותף ללא נישואין (משמע – ידועים בציבור) ייהנו גם הם מזכות ירושה. נקבע כי תכלית סעיף זה כוללת הענקת זכויות ירושה לזוגות שאינם יכולים להינשא מסיבות הלכתיות שונות, ובכלל זה זוגות חד-מיניים.

בפסק הדין השני, שניתן בסוף נובמבר 2004,<sup>10</sup> קבע בית המשפט לענייני משפחה כי בסמכותו לאשר הסכם בין בני זוג חד-מיניים לפי סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה. נקבע, כי המושג "בן-משפחתו" בסעיף 1(2)(א) לחוק חל גם על זוגות חד-מיניים, ולפיכך בסמכות בית המשפט לאשר הסכם המסדיר את יחסיהם המשותפים.

פסק הדין השלישי ניתן בינואר 2005,<sup>11</sup> ובו קבע בית המשפט העליון כי אין לשלול מראש את זכותן של בנות זוג מאותו המין לאמץ האחת את צאצאי רעותה, וכי עצם היות ההורה המבקש בן זוג חד-מיני הוא רק חלק ממכלול הנסיבות שיש לשקול, כחלק מהבחינה אם האימוץ תואם את טובתו של המאומץ הספציפי.

האם פסקי הדין, הן לאור תוכנם המהותי והן משום סמיכותם הרבה, מהווים "קפיצת מדרגה" בנכונות להכיר במעמד המשפטי של הזוגות החד-מיניים בישראל?

### ג. קפיצת מדרגה בהכרה המשפטית בזוגות חד-מיניים - האומנם?

פסקי הדין שצוינו לעיל מעידים לכאורה על קפיצת מדרגה – אולי אפילו מהפכנית – בהכרה השיפטית בזכויות הזוגות החד-מיניים. פסקי הדין, שזכו לדיווח תקשורתי, הם חד-משמעיים, גורפים, ועוסקים בתחומים מגוונים, ולפיכך במבט ראשון נראה כי לפנינו מגמה כללית – ולא רק התפתחות נקודתית – ולפיה תם עידן הפלייתם של הזוגות החד-מיניים.

9 כן ניתן לציין גם את תיקון חוק איסור לשון הרע באותה שנה, שאסר את השפלתו של אדם בגין מינו או נטייתו המינית. סעיף 41(4) לחוק איסור לשון הרע (תיקון מספר 5), התשנ"ז-1999, ס"ח 240.

ע"א (מחוזי נצי') 003245/03 ירושה המנוח ש.ר. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 11.11.2004), להלן: "עניין הירושה". השופטת לוי גורסת בפסק הדין כי בחירתו של המחוקק במונח "איש ואישה" לא כוונה דווקא להוצאתם של זוגות אחרים, ותכליתה היא לתאר יחסי שיתוף זוגיים. לנוכח הפסיקה שהכירה בכך שהמונח "בן זוג" מתייחס גם לזוג חד-מיני, נסללת הדרך להכיר בזוג כזה גם במקרה זה. לשיטתה, פירוש לפיו גם בן זוג מאותו המין יכול לרשת את בן זוגו, יקדם את השוויון וישלול הפליה, ולא ניתן למצוא כל הצדקה לשלילת זכותו זו, שהיא בבחינת רמיסת המיעוט ויוצא הדופן.

10 תמ"ש (משפחה ת"א) 006960/03 בעניין ק.צ., י.מ. (טרם פורסם, 21.11.2004), להלן: "עניין הסכם הממון". מהבחינה הלשונית, קבע השופט גרניט, המושג "בן-משפחתו", שבסעיף 1(2)(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, חל גם על זוגות חד-מיניים. מבחינה מהותית, קבע השופט, השאלה אם בני זוג מהווים משפחה תיבחן לפי מהות היחסים ביניהם ולא לפי מינם. בנוסף, גרס השופט, עמדה המתנגדת לאישור ההסכם נוגדת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מהווה הפליה בלתי רלוונטית, ומתעלמת מן המציאות ומהשינויים בחברה הישראלית.

בעניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, נקבע כי במסגרת ה"נסיבות המיוחדות" המופיעות בסעיף 25 לחוק האימוץ, אשר מאפשר לבית המשפט לסטות מסייגי סעיף 3, יש לשקול את טובת הילד בנסיבות הפרטניות של קטין ספציפי. נאמר, כי עצם היות ההורה המבקש בן זוג חד-מיני הנו רק חלק מהנסיבות במכלול. בית המשפט העליון החזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה, והטיל עליו לברר את טובת הילדים בנסיבות המקרה הספציפי וכן להכריע בשאלת התקיימות "הנסיבות המיוחדות" שבסמכות בית המשפט. אם אכן הנסיבות הן "נסיבות מיוחדות" לסטות מהסייגים שבחוק, והדבר מייטיב עם הילדים המאומצים, יאושר האימוץ. יצוין כי בכל מקרה לא ניתן היה לדלג על שלב הבדיקה הפרטנית, שבה מוגש תזכיר סעד ונבחנת טובת הילד הספציפי. בית המשפט העליון הסיר את ההגבלה שמצאה הערכאה דלמטה כמונעת מבנות הזוג להגיע לשלב הבדיקה הספציפית.

אך קריאה זהירה יותר של מכלול הפסיקה תראה כי התמונה מורכבת יותר. פסק הדין המכליל בני זוג חד-מיניים בהגדרת המונח "בן משפחתו" (ובכך מאפשר לבית המשפט לאשר הסכמים בין בני זוג חד-מיניים) אינו פסק דין יחיד. קדמו לו כמה מקרים שבהם אישר בית המשפט לענייני משפחה הסכמים בין בני זוג חד-מיניים<sup>12</sup> אך קדמה לו גם פסיקה סותרת באותה ערכאה שגרסה כי לא ניתן לאשר הסכמים בין בני זוג חד מיניים,<sup>13</sup> ואף פסיקה סותרת לאחר פסק הדין הנ"ל.<sup>14</sup> נראה כי העמדה הנחרצת והברורה של השופט גרניט, התומכת באישור הסכמים של זוגות חד-מיניים, קוראת לשינוי תודעתי בקרב עמיתיו, שופטי בתי המשפט למשפחה, בכיוון ההכרה במעמד של הזוגות החד-מיניים. עדיין לא ברור אם השופטים האחרים אכן יישמעו לקריאה זו. יצוין כי לשיטת השופט גרניט חורג השינוי הנדרש מגדר אישור הסכמי ממון, שכן השופט מתבסס בהכרעתו<sup>15</sup> בין היתר על פסק הדין שהוזכר לעיל בעניין זכויות הירושה (אשר ניתן כשבוע קודם לכן על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת). הפנייה לתחום הירושה בהחלטה השייכת לתחום הסכמי הממון מצביעה כי לפחות לשיטתו של השופט גרניט לפנינו שינוי רחב גזרה.

את חציו מפנה השופט גרניט גם כלפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז; לטענתו היועץ המשפטי לממשלה "אוטם את עיניו ואת אוזניו למציאות המשפטית המתרחשת כיום הן בישראל והן בעולם המערב כולו".<sup>16</sup> זאת ועוד, לדברי השופט גרניט, הפסיקה בעניין הירושה מרוקנת מתוכן את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהרי אם הוכרו זכויות ירושה של בני זוג חד-מיניים כאילו היו נשואים, קל וחומר שיכול בית המשפט לאשר הסכם שערכו ביניהם.<sup>17</sup>

תהא עמדתו של השופט גרניט נחרצת ככל שתהיה, בית המשפט העליון טרם אמר את דברו, הן לעניין הסכם הממון והן לעניין זכויות הירושה. לפיכך, נכון למועד כתיבת שורות אלו עדיין לא נקבע תקדים מחייב בנושאים שנדונו. עם זאת נציין, כי היועץ המשפטי לממשלה בחר שלא להגיש ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בעניין הירושה, ואף הנחה את גופי המדינה לנקוט בסוגיות ממוניות והסדרים פרקטיים אחרים גישה פרגמטית וגמישה, ברוח הזמן והמציאות המשתנה. יודגש כי הנחיה זו לא פורסמה כהנחיית יועץ.<sup>18</sup> עמדה המיישמת מדיניות חדשה זו הביע היועץ המשפטי

12 לדוגמה תמ"ש (משפחה ת"א) 3140/03 בעניין ר.א. (טרם פורסם, 16.2.2004).

13 תמ"ש (משפחה ת"א) 21030/00 ליבמן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 17.3.2002).

14 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 16610/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 8.5.2005). פסק הדין עסק בבקשה למתן תוקף של פסק דין מכוח סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, להסכם לחיים משותפים שכתרו בני זוג בני אותו המין. בית המשפט קבע, בניגוד לפסיקה הקודמת שבה עסקנו, כי אין סמכות לבית המשפט לענייני משפחה לאשר הסכם של בני זוג מאותו המין. נאמר, כי פרשנות לפיה מוסד הידועים הציבור כולל גם בני זוג מאותו המין, יש בה משום הוספת נורמה ערכית השנויה במחלוקת חברתית, ואין זו מלאכתו של בית המשפט להוסיף את הנורמה בדרך פרשנית, שעה שהמחוקק הביע את כוונתו במפורש.

15 שם, דברי השופט גרניט בפסקה 15.

16 עניין "הסכם הממון", לעיל ה"ש 10, דברי השופט גרניט בפסקה 22.

17 שם, שם.

18 עמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה מזוז מהווה שינוי עמדת המדינה כפי שבאה לידי ביטוי בימי היועץ המשפטי רובינשטיין, עמדה שהייתה נתונה לביקורת נוקבת מגורמים שונים וביניהם השופט גרניט. עם זאת, לא פורסמו הנחיות פומביות שמשנות את העמדה העקרונית בנושא הזוגות החד-מיניים. בעקבות פנייה שיזמנו, נתקבל מלשכת היועץ המשפטי לממשלה הסבר, לפיו אמנם לא פורסמו הנחיות כלליות, אך בכמה מקרים שבהם התעוררה הסוגיה, הנחה היועץ את גורמי הפרקליטות לפעול על פי גישה מסוימת. גישה זו מאופיינת בהבחנה בין סוגיות: סוגיות שעניינן מעמד אישי ויצירת סטטוס אישי חדש -- בהן אין שינוי ונותרה בעינה העמדה הקודמת. לעומתן, סוגיות רכושיות-סוציאליות -- בהן יש לנקוט גישה פרגמטית, ברוח הזמן והמציאות של קיום זוגות חד-מיניים. דוגמה לגישה זו ניתן למצוא בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין הירושה, לעיל ה"ש 9. גם בע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבח (טרם פורסם, 3.8.2003) צידד היועץ המשפטי לממשלה בעמדה לפיה "בן זוג"

לממשלה בתביעת בן זוגו החד-מיני של אדם שנפטר, שדרש מהמוסד לביטוח לאומי קצבת שארים. היועץ המשפטי לממשלה טען שיש לפרש את חוק הביטוח הלאומי כמקנה זכות לקצבה כזו גם לבני זוג מאותו המין, ולפיכך קרא לסווג את בן הזוג הנותר בחיים כ"אלמן".<sup>19</sup>

נראה אפוא כי אין לפנינו מהפכה או קפיצת דרך, אך יש לפנינו התפתחות בכיוון ההכרה בזכויות החד-מיניים. התפתחות זו אינה בהכרח עקיבה, חד-משמעית או מוצהרת. במסגרתה רשויות המדינה השונות, ובהן בתי המשפט השונים על שופטיהם, מגבשים מדיניות ולעיתים חוזרים בהם, לעתים מדגישים כי יש צורך בשינוי, ולעיתים מצניעים את השינוי. על רקע תמונה מורכבת זו ניתן לפנות לעניין ירוס-חקק, ולבחון את משמעותו והשלכותיו.

#### ד. פסק דין ירוס-חקק – תקדים מהפכני?

כאמור, בעניין ירוס-חקק קבע בית המשפט בראשונה כי האם החברתית רשאית לאמץ את ילדי האם הביולוגית, ולילדים אלו תהינה שתי אמהות, אולם בית המשפט חזר והדגיש כי לא מדובר בתקדים ואין לראות בפסיקה הכרה נורמטיבית בזכויות אימוץ של זוגות חד-מיניים. השופטים ציינו כי הם אינם מכירים בסטטוס משפטי חדש של המשפחה החד-מינית ואינם סוטים מההסכמה החברתית,<sup>20</sup> אלא רק נותנים ביטוי להסכמה החברתית לפיה צו אימוץ יינתן כשהוא לטובת המאומץ.<sup>21</sup> לדברי שופטי הרוב, יש לבחון כל מקרה לגופו בבחינה פרטנית; בהתקיים "נסיבות מיוחדות" ניתן להגשים את תכלית החוק – הבטחת טובת הילד – באמצעות הגמשת תנאי חוק האימוץ, כפי שמתיר החוק עצמו.<sup>22</sup> ההמעטה בחשיבותו התקדימית של פסק הדין מתחזקת באמצעות הקביעה כי הדיון יוחזר לבית המשפט לענייני משפחה, כדי שידון בנסיבות המקרה הספציפי ויכריע בעניין, בלי לציידו באמירה נורמטיבית מפורשת של בית המשפט העליון לעניין טובת הילד.<sup>23</sup> בית המשפט ציין כי ייתכן שבמקרה מסוים אימוץ בידי זוג חד-מיני יהא לטובת הילד, וייתכן כי במקרה אחר אימוץ כזה לא יפעל לטובתו,<sup>24</sup> ומכך משתמע ששיקול נטייתם המינית של ההורים עשוי להיות רלוונטי אם (ורק אם) ההורים הם חד-מיניים.

<sup>19</sup> לעניין סעיף 62(ב) לחוק מיסוי ומקרקעין, הקובע פטור ממס למכירת זכות במקרקעין בדירת מגורים, ללא תמורה, מיחיד לבן זוג המתגורר איתו בדירה, הוא גם בן זוג מאותו המין.

<sup>20</sup> ב"ל 3536/04 רז נ' המוסד לביטוח לאומי (עמדת היועץ המשפטי לממשלה ניתנה ביום 15.3.2005). נציין, כי היועץ המשפטי לממשלה אינו מבסס את עמדתו על הכרה בזכותו של בן הזוג מאותו המין מכוח עקרון השוויון, הכבוד והקניין שנקבעו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא על פרשנות תכליתית של חוק הביטוח הלאומי. לדבריו, תוצאה זו מתבקשת, ולא ניתן להצדיק מצב לפיו זכויות שארים לקצבה מכוח חוק הביטוח הלאומי לא תוכרנה כלל, אך מן הטעם שהם בחרו לחיות במערכת זוגית חד-מינית. מעניין לראות, כי בפסק הדין בעניין הירושה, לעיל ה"ש 9, נאמרו דברים דומים, לפיהם "פירוש לפיו גם בן זוג מאותו המין יכול לרשת את בן זוגו יקדם את השוויון וישלול הפלייה ולא ניתן למצוא כל הצדקה לשלילת זכותו זו, שהיא בבחינת רמיסת המיעוט ויוצא הדופן".

<sup>21</sup> עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 2, דברי הנשיא ברק בפסקה 30.

<sup>22</sup> שם, שם.

<sup>23</sup> לטענת הזוג, מתן גושפנקא משפטית פורמלית לקשר המשפחתי בין שתי בנות הזוג לילדים, היינו אישור האימוץ של ילדה הביולוגי של האחת בידי האחרת, הינו לטובתם של הילדים. מכיוון שכך, וגם לאור סעיף 1 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 ס"ח 293, להלן: "חוק האימוץ", מתקיימות הנסיבות המיוחדות לסטייה מהסייגים האמורים בסעיף 2(3) לחוק, ולפיכך יש לאשר את האימוץ.

<sup>24</sup> שם, דברי הנשיא ברק בפסקה 40.

<sup>25</sup> שם, דברי הנשיא ברק בפסקה 7. גם השופט טירקל, בפסקה 3 לפסק דינו, מציין כי אין בהחלטה להחזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה משום הכרה במעמד המשפטי של תא משפחתי חד-מיני, אלא רק התחשבות פרטנית בעובדת היותה חד-מינית, בין יתר השיקולים כאשר בוחנים את טובת הילד.

ניתן לגרוס, כי בית המשפט ניסה להסוות את החלטתו העקרונית, דווקא משום שהיה מודע לכך שהתוצאה הסופית – המאפשרת אימוץ של ילדי אישה בידי זוגתה – תיתפס בעיני הציבור כמהפכנית ותקדימית.<sup>25</sup> המצדדים בטענה זו ייתמכו בפער שבין התוצאה הסופית הנ"ל לבין הדרך המשפטית שבה הלך בית המשפט. דרך זו (שבה בחרו גם בנות הזוג ללכת בעצבן את בקשתן הראשונית) אינה נשענת על הכרה בהיותן בנות זוג. הזוג ירוס-חקק, ובעקבותיהן בית המשפט, אינו נסמך על סעיף 3(1) לחוק האימוץ,<sup>26</sup> הקובע כי ניתן לאשר את האימוץ בידי בן הזוג אם בן זוגו הוא הורה הילד. במקום זאת הועדף מסלול שונה – אימוץ על ידי יחיד לפי סעיף 3(2) לחוק. קונסטרוקציה משפטית זו, המאפשרת להתגבר על דרישת סעיף 3(2) – שהורי המאומץ נפטרו ושהמאמץ הוא מקרובי המאומץ – קמה מכוח סעיף 25, המאפשר סטייה מהדרישות "בנסיבות מיוחדות" ואם הדבר "לטובת המאומץ". לכאורה, אכן אין באופן ניתוח זה הכרה כלשהי בכך שמדובר באימוץ במסגרת זוגית, אך ברור שבמסגרת הדיון בטובת הילד לעובדה כי לילד מסגרת משפחתית חמה, ובה שני הורים, חשיבות מכרעת. לא ניתן להבין את פסק הדין בלא התייחסות לכך שלמרות הדרך המשפטית שנבחרה, המדובר באימוץ במסגרת משפחתית-זוגית. נראה אפוא שבית המשפט, בעקבות עמדת בנות הזוג, בחר לטשטש את ההכרה המשפטית במעמדן הזוגי של הגברות ירוס-חקק: התוצאה אכן מעניקה להן צו אימוץ, אך הדרך אינה מכירה בהן כבנות זוג.

טשטוש מעמדן הזוגי מתחזק לאור מרכיבים נוספים בפסק הדין. למשל, סעיף 3(2) דורש במפורש כי המאמץ יהיה "בלתי נשוי". בכך מתחדד מעמדן של בנות הזוג כבלתי נשואות – חידוד המנוגד לכאורה למגמה שתוארה לעיל בפסיקה, לפיה נדרש בית המשפט להתייחס לבני זוג חד-מיניים כאילו היו נשואים, לעניין ירושה או הסכם ממון. בנוסף, בפסק הדין לא מדובר בהכרה בזכותם של בני זוג חד-מיניים לאמץ ילד באופן גורף, אלא בזכות של אישה לאמץ את ילדיה הביולוגיים של זוגתה בלבד. לא ברור מה תהיה נפקות ההחלטה במקרים בעלי אופי שונה מהמקרה המדובר. כך, השאלה אם תוכר זכותו של זוג חד-מיני לאמץ ילד "זר" (שאינו ילדו הביולוגי של אחד מבני הזוג) נותרה פתוחה. פסק הדין אינו עוסק בסוגיה זו. בין השורות ניתן גם להבחין בקונצנזוס מסוים בנוגע לדמות האם כאשר מדובר בסוגיית טובת הילד.<sup>27</sup> לאור זאת, לא ברור אם יאושר

25 לראיה -- התגובות האוהדות אשר גרר פסק הדין בקרב הקהילה ההומוסקסואלית ותומכיה, אשר מיהרו להצמיד לו תווית של פסיקה מהפכנית ותקדימית. מאידך גיסא, התגובות הקשות שהיא עורר בקרב הקהילה השמרנית, בעיקר הדתית. לדוגמה ראו פרוטוקול ישיבה מס' 208 של הכנסת ה-16 (טרם פורסם, 12.1.2005). בדיון, שעסק בהצעות לסדר היום בנוגע לפסק הדין, אמרה חברת הכנסת אתי ליבני, כי אמנם בית המשפט לא אמר במפורש שהוא מכיר ביחידה המשפחתית החד-מינית, אולם "מתוך הדברים שנאמרו שם, מתוך הכיוון שהלך בו בית- המשפט, בעצם הוא מביא לנו שוב צעד נוסף בהכרה ביחידה משפחתית של בני זוג מאותו מין כיחידה משפחתית לכל דבר ועניין". גם המתנגדים לפסק הדין קיבלו אותו כמהפכני ועקרוני. יובל שרלו "ומה עם החלק הייחודי" הארץ 14.1.2005, להלן: "שרלו". המחבר גורס כי שופטי הרוב אמנם מציינים כי בפסיקתם אין משום הכרה עקרונית בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילדים, אך בפועל ניתנה עוד מהלומה הממוטטת את קדושת המשפחה הישראלית, כשהמדינה מוכנה לקבל הגדרה של המושג "משפחה" לא רק במובנה המסורתי, אלא על פי בחירתו של הפרט.

26 חוק האימוץ, לעיל ה"ש 21, סעיף 3(1). סעיף זה קובע כי ניתן לאשר אימוץ במידה ומדובר בבן זוג.

27 פעמים רבות ההנחה היא כי טובת הילד היא להיות עם אמו. דוגמה להנחה זו ניתן למצוא בחזקת הגיל הרך בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380. נציין, כי מדיניות זו נשענת על שני יסודות מרכזיים הקשורים בטובת הילד: האחד מתבסס על המציאות החברתית השמרנית, לפיה מילאו הנשים את תפקיד הטיפול בילדים בעוד האבות פרנסו את המשפחה. השני ניוון מתיאוריות פסיכולוגיות העוסקות בצורכי הילד בשלבי התפתחותו הראשוניים ומהתפיסה כי אמהות מסוגלות למלא טוב יותר את הפונקציה הנדרשת בשלבי התפתחות אלה. עם זאת, קיימת מגמה במדיניות רבות בעולם שלא להכיר בדוקטרינה זו ככלל משפטי מחייב, אלא לשקול אותה עם יתר השיקולים. יש הגורסים כי יש ללכת בעקבות שינוי זה גם בישראל, ולהביא בחשבון את החזקה רק אם קיים איזון נסיבתי בין שני הצדדים בסוגיית המשמורת על הילד. ראו לעניין זה דן שניט "חזקת הגיל הרך ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט יט (תשנ"ד-185 (1004).

האימוץ כאשר יעמוד על הפרק עניינם של שני אבות, במקרה שבו משמעות אישור כזה תהא היעדרה של דמות אם בחייו של הילד.<sup>28</sup> בנוסף, ייתכן כי למצב החברתי-כלכלי של המשפחה המדוברת במקרה הנוכחי השפעה כלשהי, בייחוד כיוון שמדובר בשתי נשים משכילות ומצליחות.<sup>29</sup> מה יהיה מצבם של בני זוג חד-מיניים אשר לא שפר גורלם כך? האם היחס אליהם יהיה שונה מן היחס לבני זוג הטרוסקסואלים שיבקשו לאמץ זה את ילדה של זו, מכוח סעיף 13(1)?

מתח זה בין התוצאה הסופית של פסק הדין לבין דרך ההנמקה אינו פשוט. ראשית, אין זה ברור כי המעטת חשיבותו של פסק הדין תוך העברת הדיון לשדה "פרטני" היא אכן מעשית. עמד על כך השופט מצא בדעת מיעוט: "מתן צווי האימוץ המבוקשים יתפרש, בהכרח, כהכרה משפטית עקרונית בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילדים. גם אם תסויג הכרה זו לאימוץ ילדו של אחד מבני-הזוג על-ידי בן-זוגו (בשונה מן ההכרה באפשרותם של בני-הזוג לאמץ ילד זר), יהיה בכך משום **חידוש משפטי** בעל השלכות רחב כלליות, המבטא – **ומכך אין מנוס** – הכרעה שיפוטית ערכית בדבר מעמדם המשפטי של זוגות חד-מיניים" (ההדגשות אינן במקור – ו"ש, ע"ג).<sup>30</sup>

שנית, פער זה בין ההנמקה לבין התוצאה הסופית מעורר את השאלה אם שכרה של הקהילה ההומו-לסבית יצא בהפסדה: אמנם בראשונה הוכרה האפשרות שבנות זוג חד-מיניות תאמצנה זו את ילדה הביולוגי של זו, ובכך קידם את מעמדה של הקהילה ההומו-לסבית,<sup>31</sup> אך בה בעת, כאמור, הודגש כי **אין** לראות בכך הכרה במעמדן הזוגי, ויש הרואים בהתעקשות זו דווקא נסיגה.<sup>32</sup> נציגי הקהילה אף הביעו חשש כי הפסיקה "תעורר" את הכנסת ותביא לידי הליך חקיקה. הליך זה עלול להביא לידי פגיעה בזכות לאמץ שהוכרה בפסיקה, אם משום שיגויס רוב לעמדה

28 בהקשר זה חשוב לציין שיתכן כי תיגרם הפליה בתוך המגזר ההומו-לסבי. זאת, בשל העובדה הפשוטה שהדרך להורות של לסביות קלה יותר, הן מבחינה ביולוגית והן מבחינה משפטית, שכן כל אישה המעוניינת להביא לעולם ילדים בלא מעורבות ישירה של גבר זכאית לקבל טיפולי הפריה. ניתן לטעון שכעת, לאחר הפסיקה בעניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, הזכות להורות של לסביות תהיה קלה יותר למימוש, מהזכות להורות של ההומוסקסואלים. זאת, משום שאישה יכולה ללדת, ולדרוש שיאפשרו לזוגתה לאמץ את הילד, ואילו לגבר אופציה זו קשה יותר. לעניין זה ראו גם מירי בומבך ורונלי שקד "מהפכה במוסד 'הזכות להורות' תמורות בחברה הישראלית -- דיון בסוגיית ההורות ההומו-לסבית" **רפואה ומשפט** 26 (תשס"ב-2002), 121, 130.

29 ראו פרוטוקול מס' 165 של הוועדה לקידום מעמד האישה (22.1.2005), להלן: "פרוטוקול הוועדה", דברי עורך הדין ערן לב, המשמש כיועץ המשפטי של קהילת הלהט"ב, לפיהם "פסק-הדין התייחס לנסיבות מאוד ספציפיות, שבכלל לא רלוונטיות לחלק גדול מהקהילה. פסק-הדין הזה מוביל למצב, שבו אם יש לך שתי לסביות, ועדיף ששתיהן תהיינה דוקטוריות, שתיהן יכולות לאמץ כל אחת את הילד של השני".

30 עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, דברי השופט מצא בפסקה 9. נציין כי השופט מצא מביא לדוגמה גם את דברי פרקליטת הזוג ירוס-חקק, אשר טענה בוועדה לקידום מעמד האישה כי אין ענייננו במקרה אינדיבידואלי יוצא דופן המשוער להסדרה משפטית חריגה, אלא בסוגיה חברתית רחבה.

31 פרוטוקול הוועדה, לעיל ה"ש 30. ראה לכך שפסק הדין נתפס כפועל לטובתה של הקהילה ניתן למצוא בדבריה של חברת הכנסת אתי ליבני. לטענתה, אף שפסק הדין נוגע בנושא ספציפי, יש כאן פעולה המהווה צעד קטן לחברה הישראלית. התפיסה של החברה כי זה אפשרי פותחת את החברה הישראלית ונותנת לגיטימציה. כמו כן טוענת ליבני כי בית המשפט צעד בדרך הנכונה, והכנסת "מקרטעת מאחור בנושאים של התפתחות הדינמיקה החברתית". חיזוק נוסף לדעה זו ניתן למצוא בדברי אחת המערערות בפסק הדין, המובאים בכתבה: יובל יעזו "ביהמ"ש העליון קודמת -- בנות זוג לסביות יוכלו לאמץ זו את ילדי זו" (2005) **www.haaretz.co.il**. בכתבה נאמר, שלא ניתן להפריד בין מאבקן הפרטי לבין מאבק הקהילה ההומו-לסבית. אמנם מטרתו המרכזית של ההליך המשפטי הייתה להיטיב עמן באופן פרטי, אך לדבריה חלק מהמאבק התנהל בזירה הציבורית עקרונית. בכתבה אף מציין כי למרות הדגשות דעת הרוב כי אין מדובר בסטטוס משפטי חדש של משפחה, התקבל פסק הדין מבחינה ציבורית כצעד ראשון להכרה משפטית בזכויות זוגות חד-מיניים.

32 ראו פרוטוקול הוועדה, לעיל ה"ש 30, דברי עורך הדין ערן לב, ש"בניגוד לאווירה כאן, אני לא מתלהב מפסק-הדין הזה. הוא מתמשך על פני 72 עמודים, בעיקר מפני שהשופטים רוצים להגיד כל הזמן שאין פה הכרה בזוגיות החד-מינית ובמשפחה החד-מינית".

שמרנית-ריאקציונרית אשר תשנה את ההלכה,<sup>33</sup> ואם משום שההליך לעיגון פסק הדין בחקיקה עלול להיכשל, וכישלון שכזה עלול להיתפס כהיעדר תמיכה בהלכה שנפסקה עד כדי פגיעה במעמדה.<sup>34</sup>

לטעמנו, בשולחו את התיק להכרעת הערכאה דלמטה בלי להכריע בסוגיה העקרונית של טובת הילד, משדר בית המשפט מסר כפול. מחד גיסא, מובעת כאן עמדה עקרונית וברורה לטובת הזוגות החד-מיניים: עצם העובדה שזוג הוא חד-מיני, איננה שוללת ממנו את הזכות לאמץ,<sup>35</sup> אך בה בעת, כפי שנאמר לעיל, בית המשפט מציין שחד-מיניותה של המשפחה היא מרכיב חשוב שאין להתעלם ממנו בבחינת השיקולים, והוא מבדל אותה ממשפחה "מסורתית" המעוניינת לאמץ. זאת ועוד, בית המשפט נסמך על עובדות המקרה ומזכיר שאין במקרה זה צורך לבדוק את מצבו של ילד החי במסגרת משפחתית של שתי אמהות ולהשוותו למצבו של ילד הגדל עם אב ואם, שכן הילדים שבהם מדובר יחיו בכל מקרה עם שתי אמהות ובהיעדר דמות אב.<sup>36</sup> אך בצמצמו את השאלה אך ורק לעניין השלכות "ההכרה המשפטית במצב זה" על טובת הילד, בית המשפט העליון מפנה דה-פקטו את בית המשפט לענייני משפחה לשקול בדיוק שאלה זו: האם טוב לילדים של הורים חד-מיניים לזכות בהכרה משפטית כמאומצים, לעומת ילדים המאומצים על ידי משפחות מסורתיות. בכך שוב עלול להיות מועצם ההבדל שבין סוגי המשפחות. נראה אפוא כי ההנחיות שנותן בית המשפט העליון לבית המשפט לענייני משפחה בקבלת ההחלטה הן אמביוולנטיות, ולא ברור אם הן פועלות לטובת הקהילה ההומו-לסבית או לרעתה. מכל האמור לעיל נובע, כי התשובה על השאלה אם פסק הדין פועל לטובת הקהילה ההומו-לסבית, תלויה במידה רבה בענייני המתבונן.

## ה. החלטה נורמטיבית ראויה או אקטיביזם שיפוטי מוגזם? (וגם: מה עם דבר המחוקק?)

ראינו כי עניין ירוס-חקק מעלה שאלות סבוכות בנוגע לסיווגו כתקדימי וכמהפכני. בנוסף, לא ברור אם הוא פועל לטובת הקהילה ההומו-לסבית או שמא עלול לשמש גם את מתנגדיה. לא ניתן

<sup>33</sup> כאמור לעיל, התגובות וההד הציבורי בעקבות פסק הדין היו נרחבים. בין התגובות, שאת חלקן הבאנו לעיל, היו גם תגובות חריפות ביותר, שאף כללו נאצות, והיו שהתנגדו לרעיון היחסים החד-מיניים בכלל ובוודאי לשוויון זכויותיהם. הפסיקה עוררה אפוא ביקורת ציבורית על הכרעתו הספציפית של בית המשפט, כמו גם את הדעות השמרניות המתנגדות לאורח החיים ההומו-לסבי באופן כללי. לכן, מובן החשש שפסק דין שכזה יוביל לדיון ציבורי שיפגע בעקיפין בקהילה ההומו-לסבית, זאת משום שמתנגדיה יפעלו ביתר שאת ויעוררו רעש תקשורתי רחב יותר, ככל שניתנות לקהילה זו יותר ויותר זכויות. לעניין זה מעניין לציין את הגישה, לפיה המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית בשנות ה-90 נתאפשרה דווקא בשל האופי המעורפל של משמעותה החברתית. ראו הראל, לעיל ה"ש 3, 198. ייתכן שבדומה לדעתו של המחבר, ניסיון למהפכה פומבית ו"רועשת" מדי, הנוגעת בעצבי השמרנות הישראלית ומנסה לשנות תפיסה חברתית, תהא לרעתה של הקהילה ההומו-לסבית ולרעת מאבקה לשוויון זכויות.

<sup>34</sup> ראיה לכך ניתן לראות בדברי עורך הדין לב הנזכר לעיל, שביקש במסגרת הדיון מחברי הכנסת שלא יתערבו בחקיקה בנושאים שבהם פסק בית המשפט לטובת הקהילה. לדבריו, במקרים שבהם ישנם פסקי דין, עדיף להימנע מניסיון עיגונם בחקיקה, מכיוון שהמשמעות של הצעת חוק שתועלה ותידחה היא, מבחינת הקהילה, חמורה ביותר. עורך הדין לב ציין עוד, כי ספק אם בכנסת הנוכחית ניתן יהיה לאשר תיקון לחוק האימוץ ולפיו יוכר בן זוג חד-מיני כידוע בציבור, ולכן עדיף לדעתו להימנע מפעולת חקיקה, אשר עלולה לגרום למצב שבו ייצא שכרה של הקהילה בהפסדה. ראו שם.

<sup>35</sup> עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, דברי הנשיא ברק בפסקה 22. בדומה לכל פרט מהותי אחר הנוגע למבקש לאמץ (למשל, יכולותיו הכלכליות, יציבות חייו) ומשפיע על הבקשה, כך גם העובדה שהמבקש הוא חלק מזוג חד-מיני תהא רלוונטית.

<sup>36</sup> שם, דברי הנשיא ברק בפסקה 36.



להתעלם מהעובדה, שפסק הדין מעורר שאלות גם במישור נוסף, אשר אינו נוגע במישורין לזכויות הזוגות החד-מיניים, אך חשיבותו למרקם הדמוקרטי של המשטר בישראל אינה זניחה. האין לומר כי בפסיקתו זו מערער בית המשפט את מערכת האיזונים והבלמים בין הרשויות, בנוטלו את סמכויות נבחרת העם לבצע שינויים משפטיים באופן שיתאם את התודעה החברתית בישראל?<sup>37</sup>

מסכימים אנו שאחד מתפקידי בית המשפט הוא הכוונת התנהגות החברה.<sup>38</sup> אך האם ראוי כי יקדם נושאים חברתיים שטרם קיבלו הכרה בחברה הישראלית?<sup>39</sup> מחד גיסא, ניתן לגרוס כי נושאים השנויים במחלוקת בחברה, כגון נושא ההכרה בזוגות חד-מיניים וזכויותיהם, הם נושאים שעל הכנסת, כבית נבחרת העם, לטפל בהם.<sup>40</sup> במקרים שבהם בית המשפט מפרש את החוק באופן שאינו עולה בקנה אחד עם רצון העם כפי שהוא מיוצג על ידי נציגיו בכנסת, עלולה לגיטימיות הפסיקה להיפגע, ואף אין ביטחון שהציבור ישעה לקריאת בית המשפט להעדיף את הפתרון הראוי מוסרית.<sup>41</sup> דעת המיעוט בפסק הדין תומכת בגישה זו, וגורסת כי העובדה שהיחס כלפי זוגות חד-

<sup>37</sup> כך למשל, בהקשר אחר, מתח יושב ראש הכנסת, רובי ריבלין, ביקורת חריפה על בית המשפט. לדבריו, המהפכה החוקתית "הגיעה לידי הפיכה של ממש, אשר שוללת מן הריבון את סמכותו הדמוקרטית. המחוקק לא העלה על דעתו והדעת אינה סובלת מצב שבו בית המשפט העליון מנסה לקבוע במקום לפרש מהם ערכיה של מדינת ישראל". ריבלין הוסיף כי "לא תהיה ברירה, ויהיה עלינו לגדור את בית המשפט בסייגים ברורים אשר יגבילו את סמכויותיו ויקצצו בכנפיו". ראו א' רייס וא' מרסיאנו "ריבלין מאיים על בית המשפט והאיזון בין הרשויות" [www.ynet.co.il](http://www.ynet.co.il). (22.5.2003). נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק השיב על התקפת יושב ראש הכנסת, וטען כי ביטול חוק של הכנסת בידי בית המשפט בשל פגיעתו של החוק בחוק יסוד, הנו חלק מהגשמתה של הדמוקרטיה. ראו שם. תגובה אחרת על אמירתו של ריבלין בעניין האקטיביזם השיפוטי ראו אצל ש' כהן "מי מסכן את הדמוקרטיה" [www.ynet.co.il](http://www.ynet.co.il) (25.5.2003). לדברי המחבר, טענתו של יושב ראש הכנסת כי התערבות בית המשפט תפגע באמון הציבור בו, איננה נכונה. לדבריו, הסקרים מוכיחים כי שיעור האמון של הציבור בבית המשפט גבוה מאוד, ונע בין 80 ל-90 אחוזים. הציבור, לטענתו, יודע להעריך את התנהלותו המקצועית, ההגונה והאמיצה של בית המשפט, ובמיוחד את נכונותו של בית המשפט לרסן את השלטון כשהוא חורג מסמכותו או פוגע בזכויות יסוד. יש הגורסים מאידך גיסא, כי הסכנה הרובצת לפתחו של בג"ץ בשל הרחבת התערבותו במעשיהן של הרשויות האחרות היא אבדן הניטרליות, שבמקומה תבוא פוליטיזציה גוברת. ראו משה לנדוי "אקטיביזם שיפוטי" משפטים 12 (תשס"א-2001) 83. כתגובה לפסק הדין בעניין ירוס-חקק עצמו, יוצא יובל שרלו בקריאה למחוקק, להעצים את ההתנגדות לבית המשפט העליון כמפרש החוקה המתגבשת. לדבריו, בית המשפט העליון פסל עצמו מלמלא תפקיד זה בכך שטשטש את הגדרת המדינה כיהודית. בית המשפט מסמן את דרכו כמתעלם מהאופי הבסיסי של המדינה והחברה ומתייחס אל השיח הליברלי-מערבי כאל השיח היחיד התקף בחברה הישראלית. שרלו, לעיל ה"ש 26.

<sup>38</sup> ראו, למשל, ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות עולת הרשלנות" המשפט ד (תשנ"ט-1999) 255. לדיון בסוגיית הפונקציות השונות שממלא המשפט ראו גם: Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* 163 (1979).

<sup>39</sup> סקר של "משפחה חדשה" שנערך בפברואר 2004 מלמד כי 22% מהציבור תומך בהשוואת מעמדה של המשפחה החד-מינית למשפחה הטרוסקסואלית (לעומת 30% מהציבור בארצות הברית) - [www.newfamily.org.il/images/israelFam2004.pdf](http://www.newfamily.org.il/images/israelFam2004.pdf). ראו לעניין זה אברהם ואפטר, לעיל ה"ש 3.

<sup>40</sup> ראו את עמדתו של השופט קדמי בפרשת דנילוביץ, לעיל ה"ש 4. לעניין זה יש לציין את הצעת חוק "ברית הזוגיות" המנסה לפתוח מסלול חלופי, שווה זכויות וחובות למסלול הנישואין הדתיים. עם זאת, חשוב לשים לב לכך שההצעה בנוסחה הסופי מוציאה במפורש ממעגל הנהגים ממנה את הזוגות החד-מיניים, באמצעות שימוש מכוון בביטוי "איש ואישה". (הצעת חוק ברית הזוגיות, התשס"ה-2004, ה"ח פ/2851, להלן: "ברית הזוגיות"). לדעתנו אין לכך צידוק, ואם תעבור ההצעה בנוסחה זו יש לבחנה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ו/או לפרשה ברוח הפרשנות שיושמה לעניין הירושה אשר נדונה לעיל.

<sup>41</sup> בהקשר זה אין לשכוח את תוצאותיו של פסק דין: *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S 483 (1954) שניתן בארצות-הברית בשנות ה-50. פסק הדין חייב שילוב של תלמידים אפרו-אמריקנים בבתי ספר שהיו פתוחים לפני תלמידים לבנים בלבד. בעקבות פסק הדין לא נוצר השילוב שאליו ייחל בית המשפט. לעומת זאת, ההורים לתלמידים הלבנים פשוט עברו למחוזות אחרים שבהם לא חויב שילובם של תלמידים אפרו-אמריקנים. לפיכך, ההפרדה שהייתה קיימת לפני פסק הדין נותרה בעינה גם אחריו. יתרה מזו, כעשור לאחר מתן פסק הדין, פחות מ-2% ממחוזות בתי הספר חוו שילוב אמיתי. כפי שניתן לראות, במקרה הזה התערבותו האקטיבית של בית המשפט לא הביאה לידי שום שינוי חברתי, וזאת משום שהתודעה הציבורית עדיין לא הייתה בשלה לשינוי שכזה. אם נקביל את פסק הדין בעניין *Brown* לפסק הדין בעניין ירוס-חקק, הרי לאור הסוגיה השנויה במחלוקת בתודעת הציבור הישראלי, ייתכן שלא ראוייה התערבות בית המשפט בכך, גם אם מטרתו הנה הכוונת התנהגות. לעניין ההתפתחות לאחר פסק הדין ראו: Dennis J. Hutchinson, *Brown v. Board of Education, in The*

מיניים נתון עדיין במחלוקת גדולה בין רבדים שונים בעם, ולצדה אופי ומורכבות הסוגיה והרצון לשמור על עקרון הפרדת הרשויות, מביאה לידי מסקנה שאין זה ראוי כי בית המשפט ייצור סטטוס משפטי חדש באמצעות הלכה, אלא עליו להותיר את הקביעה בנידון בידי המחוקק.<sup>42</sup> על בית המשפט לתת ביטוי להסכמה חברתית המשקפת את עקרונות היסוד של החברה,<sup>43</sup> וספק אם פעל כך במקרה זה. מנגד, אין להתעלם מכך שגם דחיית בקשת בנות הזוג, בלי לבחון אותה לגופה אלא רק על בסיס העובדה שמדובר בבנות זוג מאותו המין, מהווה נקיטת עמדה שיפוטית. דחייה זו מהווה גם היא עמדה עקרונית שאינה נדרשת לדבר המחוקק, שנותר שותק לעת עתה.<sup>44</sup> משאין לפנינו עמדת מחוקק ברורה, ניתן לראות בעמדת בית המשפט גישה המקדמת שוויון ושמירה על כבוד האדם, ולכן שיקוף ראוי של עקרונות היסוד בחברה.

סוגיה זו מתקשרת גם להתנהלות הכנסת, אשר מתחמקת במודע מחקיקה בנושא, בין היתר בשל מחלוקות פנימיות קשות.<sup>45</sup> היעדרו של דבר המחוקק משאיר חלל, וייתכן כי על בית המשפט למלאו, כדי למנוע פגיעה בציבור לא מבוטל, אשר למעשה מופלה על רקע העדפתו המינית. השופט מצא מציין בפסק דינו במפורש כי כשלו היוזמות לחקיקה המתירה לזוגות חד-מיניים לאמץ ילדים, וכי לא צפוי שינוי במגמת המחוקק בעתיד הנראה לעין. למרות דברים אלו, גורס השופט כי אין בידי בית המשפט להתערב. עמדה זו בעייתית שכן הדין מתקשה להתמודד עם ריק משפטי. ניתן לטעון כי כל עוד בית המשפט אינו יוצר מסגרת משפטית חדשה לזוגות החד-מיניים (מסגרת שאותה יכול ליצור רק המחוקק) אלא מרחיב הסדרים קיימים, ובמקרה זה אימוץ, הוא פועל במסגרת הרצוי. קיים בישראל מספר הולך וגדל של זוגות חד-מיניים המעוניינים לגדל ילדים במשותף, והתעלמות המחוקק מהמציאות מחייבת את בית המשפט לתת מענה לצרכים אלו.<sup>46</sup>

כאמור, פסיקת בית המשפט בעניין ירוס-חקק נותנת מענה כלשהו, גם אם עקיף ומסויג, לציבור אשר המסגרת החקיקתית כושלת מלטפל ישירות בענייניו. עם זאת, עצם מתן המענה על ידי בית המשפט ולא על ידי המחוקק אינה פשוטה, בייחוד משום היעדר הסכמה חברתית. כפי שנאמר בראשית הארה זו, מצב זה אינו ייחודי למדינת ישראל. גם במדינות אחרות נדרש המשפט להתמודד עם משפחות חדשות, ולפיכך בבואנו להעריך את פסיקתו זו של בית המשפט הישראלי, מן הראוי לבחון את האופן שבו שיטות משפט זרות מתמודדות עם הסוגיה, הן מבחינת השיח בין הרשויות והן לגופו של עניין. לכך נפנה עתה.

---

*Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* 95 (Editor in chief Kermit L. Hall, 1992)

עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, דברי השופט מצא בפסקה 21.

<sup>43</sup> השקפה זו קיבלה את ביטויה גם בדברי דעת הרוב. שם, דברי הנשיא ברק בפסקה 29. לביקורת על הפרשנות שנותן בית המשפט לערכי היסוד במקרה זה ראו שרלו, לעיל ה"ש 30.

<sup>44</sup> עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 2, דברי הנשיא ברק בפסקה 31.

<sup>45</sup> בעיקר, אך לא רק, על רקע התנגדות הסיעות הדתיות. נציין, כי בתקופה האחרונה נעשו כמה ניסיונות לתקן את חוק האימוץ בצורה שתאפשר לזוגות חד-מיניים לחסות בצל החוק, ניסיונות שלא צלחו. ראו לעניין זה הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון-אימוץ על-ידי בני הזוג), התשס"ד-2003, ה"ח פ/1588. מטרת הצעה זו לתקן את סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, כאשר המונח "איש ואשתו יחד" יוחלף במונח "בני זוג", לרבות שני בגירים החיים יחדיו ומנהלים משק בית משותף.

<sup>46</sup> רות גביון "הסתגלות למציאות משתנה" הארץ 18.1.2005.

## 1. זכויות הזוגות החד-מיניים – מה קורה מעבר לים?

בחירת ההסדרים הדנים באפשרותם של בן או בת זוג מאותו המין לאמץ את ילדו/ה הביולוגי של בן זוגו/בת זוגה מראה כי באחדות מן המדינות אכן אימוץ כזה אפשרי, בין מכוח חקיקה ברורה ובין מכוח פסיקת בית המשפט. נבדוק אם מסתמנת מגמה להכיר באימוץ כזה, ואילו נימוקים בבסיסה.

פשוטים הדברים באותן מדינות המכירות בנישואין של בני זוג חד-מיניים.<sup>47</sup> באותן מדינות בני הזוג נשואים לכל דבר ועניין, ובכלל זה לעניין אימוץ; בהולנד, למשל, כמו גם במדינות סקנדינביה, מתיר החוק אימוץ, ובלבד שהילד נולד בתחומי המדינה.<sup>48</sup> במקצת ממדינות ארצות-הברית, כגון ניו-יורק<sup>49</sup> וקליפורניה<sup>50</sup> קבעו בתי משפט מדינתיים בערכאות נמוכות כי ההגבלה המונעת מזוגות חד-מיניים להינשא סותרת את חוקת המדינה, ולפיכך צפוי כי הכרעה זו, ככל שתעמוד בעינה בערכאות הערער, <sup>51</sup> תשליך גם על עניין האימוץ. במדינת מסצ'וסטס קבע בית

<sup>47</sup> הכרה כזו קיימת זה כמה שנים בהולנד ובבלגיה וכיום גם בספרד והיא עוגנה במדינות אלו בחקיקה. ראו לדוגמה את החקיקה ההולנדית: (Official Journal of the Kingdom of the Netherlands) *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 2001, nr. 9 (11 January). האם זו הפניה גם לחקיקה הבלגית והספרדית? נציין, כי לפני בני זוג חד-מיניים בהולנד פתוחות שתי אופציות - להירשם כנשואים כחוק, או לחלופין לפנות לרישום "אזרחי", היינו להשיג הכרה חוזית בקשר הזוגי ובנגזרותיו (זכויות כלכליות שונות, זכויות רפואיות בנוגע לבן הזוג ועוד) בלא החתמת הסמלית שבנישואין. ראו לעניין זה אברהם ואפטר, לעיל הערה 3. נציין בהקשר זה, כי גם בקרב הקהילה ההומו-לסבית (כמו גם בקרב חלק מהזוגות ה"מסורתיים") לא ניכרת תמימות דעים בנוגע למוסד הנישואין, כאשר ישנם כאלו שאינם מעוניינים לקחת חלק במוסד ה"מיושן". S. Farrell, Article: *Reconsidering the Gender-Equality Perspective for Understanding LGBT Rights 13 Law & Sex*. 605, (2004) 672-675. המחברת גורסת, כי מוסד הנישואין הפטריארכלי מנציח את ההפליה על רקע מיני. הקהילה ההומו-לסבית אינה אמורה להתבייש בעובדה שהיא שונה בנטיות המיניות שלה משאר האוכלוסייה, ולחפש דרכי "ביית", היינו להתקרב למיינסטרים, אלא לעתים להפך. הדבקות בנישואין גורמת למעשה לחלוקה דיכוטומית בין הומוסקסואלים "טובים" שמתביינים ומתחתנים, ו"רעים" שאינם עושים כן, וזוהי חלוקה פסולה.

<sup>48</sup> נציין, כי צמצום האישור לאימוץ ונתינתו לתינוקות שנולדו בתחומי המדינה בלבד, מקורו לרוב בחשש כי מדינות רבות, המתנגדות לאימוץ ילדים על ידי בני זוג מאותו המין, לא יאפשרו אימוץ תינוקות שנולדו בתחומן על ידי הורים הולנדים. ראו מרין, לעיל ה"ש 54. פן מעניין אחר של ההגבלה, הוא העובדה האמפירית, לפיה נמסרים תינוקות הולנדים מעטים בלבד לאימוץ (דבר שנוסף על הפגיעה בזכותם הפורמלית של בני זוג מאותו המין -- המתבטא בהגבלה עצמה -- פוגע גם בזכותם ה"מהותית" לאימוץ- שהרי הם "נחשפים" לפחות אפשרויות אימוץ).

<sup>49</sup> ראו: *Hernandez & others v. City Clerk of the City of New York*, Slip Op 25057 (N.Y. 2005) דוריס לינג הורתה למדינת ניו-יורק להעניק לאלתר רישיונות נישואין לבני זוג מאותו המין, זאת תוך תקופה של 30 ימים מהיום שבו תקבל המדינה עותק מההחלטה. ההחלטה, שנתקבלה בעקבות תביעתם של חמישה זוגות הומוסקסואליים, כללה דרישה לתיקון החוק, לפיו לא תהא התייחסות למינם של הנשואים (במקום המונחים "בעל", "אישה" וכדומה יבוא המונח "בן זוג"). השופטת אף השוותה את החוקים האוסרים נישואי זוגות חד-מיניים לחוקים שאסרו נישואין בין-גזעיים, שהיו קיימים בארצות-הברית עד שנת ה-60.

<sup>50</sup> *In re Marriage Cases*, 2005 WL 583129 (Cal. Super. Ct. Mar. 19, 2005). מעניין לבחון את הרקע לפסק הדין -- לפני כשנה הודיע ראש עיריית סאן פרנסיסקו, גווין ניוסאם, כי יאפשר לבני זוג חד-מיניים להינשא, זאת אף שמדינת קליפורניה אוסרת נישואין אלה. על פי ההערכות נישאו בתקופה זו אלפי זוגות. בתגובה על החלטת ראש העיר הודיע מושל קליפורניה, ארנולד שוורצנגר, כי רישיונות הנישואין שמעניקה סאן פרנסיסקו אינם חוקיים. בנוסף, בדיון שערך בית המשפט העליון (פסק הדין ניתן ב-12/08/04) בקליפורניה נקבע כי נישואין אלה אינם תקפים. *Lockyer v. City and County of San Francisco* 33 Cal. 4th 1055, 95 P.3d 459 (2004). בית המשפט העליון העביר את הנושא לדיון בערכאה נמוכה יותר כדי לבדוק השלכות ציבוריות וחברתיות של הנושא על הקהילה. פסק הדין הני"ל (שנתקבל בתאריך 14/3/2005) פועל לטובת העיר סאן פרנסיסקו וקובע שהאיסור להינשא נישואין חד-מיניים סותר את החוקה האמריקנית. ראו לעניין זה: "סאן פרנסיסקו: בית המשפט אישר נישואים חד-מיניים" [GoGay.co.il](http://www.GoGay.co.il) 15.3.2005.

<sup>51</sup> ראש העירייה מייקל בלומברג הגיש עתירה נגד פסיקת בית המשפט, בצעד שהפתיע רבים מפעילי זכויות האדם ותומכי הקהילה ההומו-לסבית במדינה. ההפתעה נבעה מהעובדה שראש העיר התבטא בעבר בעד שוויון לאנשי הקהילה. הדעה הרווחת היא כי בלומברג נכנע ללחצים שהופעלו עליו מצדם של השמרנים, כאשר חששו העיקרי היה מפני השפעה שתהיה להחלטה המנוגדת לדעתם על הבחירות שתתקיימנה בשנה הבאה. החלטתו של ראש העירייה עוררה תגובות נזעמות הן מפי אנשי הקהילה ההומו-לסבית והן מפי עמיתיו במועצת העיר, תגובות שכללו האשמות בצביעות ופחדנות. העתירה טרם פורסמה, אך ראו לעניין זה "ראש עיריית ניו-יורק נגד נישואים חד-מיניים" [GoGay.co.il](http://www.GoGay.co.il) 8.2.2005.

המשפט העליון כי הגבלת כל זכות שהיא המשתמעת מנישואין מנוגדת לחוקת המדינה.<sup>52</sup> בקנדה אף עוגנה פסיקה דומה בדבר חקיקה, אשר בעניינו קבע בית המשפט כי אף אם אינו מתחייב מן החוקה הוא אינו סותר אותה.<sup>53</sup>

לצד הכרה בנישואין, המקימה גם כוח לאמץ, או במקום הכרה שכזו, מכירות כמה מדינות, כגון צרפת ומדינות סקנדינביה, בקשר חוזי או שותפות רשומה המעוגנת בחוק כמעניקים זכויות וחובות,<sup>54</sup> אולם במסלול זוגי זה מוטלת בדרך כלל הגבלה על היכולת המשפטית לאמץ.<sup>55</sup> אפשרות להסדרה חליפית של התחום מסיטה את הדיון מאופי הקשר – חוזה, שותפות רשומה או נישואין – לסוג השיקולים שאותם רשאית הרשות לשקול. כך, למשל, בבריטניה נקבע בחוק כי נטייתו המינית של המאמץ הפוטנציאלי אינה שיקול שעל הרשויות להביא בחשבון לעניין האימוץ.<sup>56</sup>

ברוב מדינות ארצות-הברית – למעט פלורידה וניו-המפשייר האוסרות זאת במפורש<sup>57</sup> – שותק החוק הפוזיטיבי באשר למתן אפשרות אימוץ לזוגות חד-מיניים, ומרבית הפיתוח נעשה על ידי בתי המשפט, אשר מטבע הדברים אינם מגיעים לתוצאות זהות.<sup>58</sup> עם זאת, ניכרת מגמה של הכרה בזכותה של בת זוג לאמץ את ילדיה הביולוגיים של זוגתה. כיום מעל ל-20 ממדינות ארצות-הברית פותחות את אפשרות האימוץ לפני זוגות אלו באמצעות הפסיקה, בהתחשב, כמובן, בטובת הילד כשיקול מכריע.<sup>59</sup>

ניו-ג'רזי הייתה המדינה הראשונה שהצהירה כי נטייתם המינית של בני הזוג אסור שתגרור אתה הפליה בהחלטה בדבר אימוץ,<sup>60</sup> אך פסיקת בית המשפט בניו-יורק בעניין *Caitlin*<sup>61</sup> רלוונטית

<sup>52</sup> *Goodridge v. Department of Pub. Health*, 440 Mass, 309; 778 N.E. 2d 941 (2003). להרחבה בעניין זה ראו: אברהם ואפטר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 116.

<sup>53</sup> *The Matter of Section 53 of the Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26*. יש לפרש את החוקה באופן דינמי ומתאים לתקופה. אמנם נישואין של זוגות מאותו המין אינם נובעים מהחוקה, אך נישואין כאלו בהחלט אינם סותרים את החוקה, בוודאי כשאנו מפרשים אותה באופן דינמי.

<sup>54</sup> הסדרים מעין אלו, המעניקים מכלול זכויות שונה ממקום למקום, קיימים בצרפת, במדינות סקנדינביה, ובכמה מדינות בארצות-הברית. ראו לעניין זה אברהם ואפטר, לעיל ה"ש 3, 112-113. להבחנה מפורטת בין המודלים האלטרנטיביים לנישואין ומהותם, ולסקירה מקיפה של מודלים אלו ראו יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" **המשפט** ז' (תשס"ב-2002) 253. המחבר גורס כי אין במודלים האלטרנטיביים השונים לנישואין משום הענקת שוויון לקהילה ההומו-לסבית, משום שהם אינם מעניקים מספר שווה של זכויות וחובות לבני הזוג החד-מיניים כפי שמוסד הנישואין מעניק. בנוסף, לטענת המחבר, גם לו היו המודלים האלטרנטיביים מקנים את אותן הטבות וחובות שמקנה מוסד הנישואין, הרי הם עדיין מהווים הסדרים "נפרדים אך שווים" למוסד הנישואין. אופי ההסדרים האלו מותיר את הקהילה ההומו-לסבית בעמדת נחיתות ומתייחס אל חבריה כאל אזרחים סוג ב'. הם מגלמים תפיסה של מערכת היחסים החד-מינית כפחות ערך, ולכן מנציחים סטריאוטיפים ודעות קדומות.

<sup>55</sup> להרחבה על מודל זה ועל מודלים נוספים וההבדלים ביניהם, ראו לעיל ה"ש 54.

<sup>56</sup> דוגמה למדינה כזו היא אנגליה, אשר קבעה זאת בחקיקה. ראו: *Adoption and Children Act, 2002*, בסעיפים 49, 50, 144(4).

<sup>57</sup> *In a Matter of the Adoption of Caitlin and Another*, 163 misc. 2d 999, להלן: "עניין *Caitlin*" 1002.

<sup>58</sup> לעניין זה ראו טבלה המתארת את ההסדרים השונים בכל מדינות ארצות-הברית, תוך השוואה וניסיון להעריך את מידת "סובלנותם" של בתי המשפט כלפי אישור הורות חד-מינית. [www.lambdalegal.org/cgi-bin/iowa/documents/record?record=399](http://www.lambdalegal.org/cgi-bin/iowa/documents/record?record=399).

<sup>59</sup> ראו לעניין זה: National Resource Center for Foster Care & Permanency Planning, Information Packet: *Gay and Lesbian Foster Care and Adoption*, 11.

<sup>60</sup> *In the Matter of the Adoption of Two Children by H.N.R 666 A.2d 535* (N.J Super. Ct App. Div 1995). קליפורניה אפשרה אף היא בחקיקה הסדר אימוץ דומה.

לענייננו, משום שהמקרה דומה למקרה שבו עוסק פסק הדין בעניין ירוס-חקק. נוסף על הקביעה הספציפית שטובתם של הילדים מחייבת עיגון משפטי של הקשר עם ההורה הלא-ביולוגי, דן השופט בפירוט בטענות הנורמטיביות כנגד אימוץ בידי זוגות חד-מיניים, התמודד אתן במישורין וסתר אותן אחת לאחת. השופט קבע במפורש כי להורות חד-מינית אין כל השפעה שלילית על הילד<sup>62</sup> ואישור האימוץ אף ישפר את טובת המאומץ – העיגון המשפטי יעניק לו זכויות כלכליות-סוציאליות מגוונות.<sup>63</sup> פסק הדין מבטא אמירה ברורה לפיה, מחקרים ובדיקות שונים מוכיחים מעל לכל ספק כי אין כל פגיעה בילדים להורים מאותו המין, והם אינם סובלים מבעיות כלשהן בתפקודם או מנקודת פתיחה טובה פחות מילדים להורים בני מין שונה.<sup>64</sup> לכן, במקרה זה, שבו שתי האמהות מעניקות לילדיהן (הביולוגיים והלא-ביולוגיים כאחת) בית חם ואוהב, אין זה ראוי לפסול את זכאותן לאימוץ הדדי אך בשל היותן לסביות ובשל הקשר הזוגי שלהן.

נציין, כי השופט בחן גם את החשש כי ילדים להורים חד-מיניים יושפעו מדעות קדומות של החברה, שלעתים מאופיינת בשמרנות, ובשל כך יסבלו מהתנכלויות. השופט שולל טענה זו בשני מישורים – במישור הסטטיסטי הוא מציין כי מחקרים הראו שאין כל שוני במידת ההתנכלויות לילדים אשר להם הורים חד-מיניים.<sup>65</sup> המישור השני הוא המישור המוסרי הראוי – גם אם החברה סובלת מסטיגמות בעניין הזוגיות החד-מינית, המביאות לידי התנכלויות לילדים אשר גדלים להורים אלו, אין זה ראוי כי בית המשפט יתמוך בסטיגמות הללו. יתרה מזו, בהכרתו המלאה בזכויותיהם של הזוגות החד-מיניים לגדל ילדים ככל הזוגות, בית המשפט יכול להביא לידי שינוי בתפיסת החברה את הזוגות הללו ואת יחסה כלפיהם.<sup>66</sup>

לסיכום הפרק המשווה ייאמר שאמנם לא מתגלה הסדר חד-משמעי בתחום, אך נראה כי במדינות מערביות לא מעטות קיים בסיס משפטי הקורא להעדיף את טובת הילד, וטובה זו מאפשרת לבתי משפט שלא לפסול הורה חד-מיני מאימוץ ילדיו הביולוגיים של בן זוגו. מגמה משפטית זו לוותה, לפחות במקרה של מדינת ניו-יורק, בדרך הנמקה שונה לחלוטין מדרך הנמקתו של בית המשפט הישראלי. האם היה גם על בית המשפט הישראלי להיכנס לעובי הקורה ולפסוק אם טובת הילד באשר הוא – לא רק ילדיהם של בני הזוג ירוס-חקק – ניזוקה מאימוץ חד-מיני?

עניין *Caitlin*, לעיל ה"ש 57.

62 שם, שם. השופט גורס כי הדאגה הגדולה ביותר של מתנגדי האימוץ בידי זוגות חד-מיניים הנה כי ילדיהם יגדלו ויהיו בעלי נטיות הומוסקסואליות אף הם. טענה זו, לדידו של השופט, הופרכה במחקרים, והם קובעים כי נטייתם המינית של ילדים אשר גודלו בידי הורים הומוסקסואלים מתפלגת בצורה זהה לשאר הילדים. השופט גם מפרך, בעזרת מחקרים ועדויות, את הטענה כי ילדים הגדלים להורים חד-מיניים סובלים מהפרעה כלשהי בהתפתחות הנפשית או מנזק נפשי.

63 שם, שם. השופט טוען כי עיגון משפטי של הקשר ההורי, באמצעות אימוץ, יאפשר לילדים להיות זכאים לזכויות שונות -- הזכות לתמיכה, הזכות לרשת את הוריהם, הזכות לביטוח סוציאלי במקרה מוות של אחד ההורים ועוד.

64 שם, 1006.

65 שם, 1008.

66 שם, שם. השופט מביע את שאיפתו כי כל משפחה אשר הקשר בין בני הזוג בה חזק ואיתן, ואשר מעניקה לילדים בית חם, תזכה לכבוד ולהערכה הראויים לה מהחברה, בלא קשר לזהותם ונטייתם המינית של בני הזוג. השופט אף מביע את סלידתו מהגישה השמרנית לפיה משפחה כגון זו אינה חלק מה"מיינסטרים" האמריקני, ואינה נחשבת למשפחה "מסורתית" כפי שזו נתפסת אצל חלק רחב מהציבור האמריקני. המציאות כיום הנה שונה בתכלית, ואין מקום לקיבעון לפיו המשפחה המסורתית ה"רצויה" הנה משפחה לפי מודל "הקומדיות של שנות ה-50", שבהן האמא אינה עובדת והאבא עובד מתשע עד חמש", כדבריו.

## ח. השאלות הנורמטיביות שמעלה סוגיית ההורות החד מינית והתעלמות בית

### המשפט מהן

כאמור, בית המשפט הישראלי לא הביע דעה (אם כי סקר בקצרה את הטענות השונות<sup>67</sup>) באשר לשאלה אם טובתו של הילד הינה לגדול בתא משפחתי המרכיב שתי אמהות. יוצא מכך, שבית המשפט העליון יצר, בין שרצה בזאת ובין לאו, פסק דין אשר קשה שלא לראות אותו כפותח פתח תקדימי, וזאת בלי לדון לעומק בדילמה הערכית ובשאלות הנורמטיביות שנושא האימוץ החד-מיני מעלה.

ראוי לציין, כי בית המשפט אכן הראה, כי לאימוץ בידי זוג חד-מיני ישנם מתנגדים ותומכים, והפנה למקורות שונים שבהם מובעות דעות מנוגדות אלו,<sup>68</sup> אך למרות זאת קבע בית המשפט כי בדיקה זו צריכה להיעשות על ידי בית המשפט לענייני משפחה. לטעמנו, ראוי היה כי בית המשפט העליון יתמודד עם מחלוקת זו, ואף יפסוק בעניין ההשפעה של ההורות החד-מינית על טובת הילדים בפסיקה עקרונית. כך היה נמנע מלהותיר את ההכרעה בידי הערכאה הנמוכה, הכרעה שלה נפקות "פרטנית" יותר, ולא עקרונית-כללית. אמנם, כפי שצוין קודם לכן, במקרה דנן אין משמעות להשוואת טובת הילד במשפחה "רגילה" (אשר קיימת בה דמות אב) למשפחה של בני זוג מאותו המין, שכן ילדי הזוג ירוס-חקק יחיו עם שתי אמהות בלא קשר לקביעת בית המשפט, ולכן הסוגיה הרלוונטית (שאותה אף מציין השופט ברק בהחלטתו<sup>69</sup>) היא השוואה בין חייהם בלא הכרה משפטית באימוץ לבין חייהם עם הכרה כזו. לכן, ניתן לטעון כי המחקרים (שאליהם הפנה בית המשפט) הנוגעים להשפעת האימוץ על ילדים להורים מאותו המין כלל אינם רלוונטיים לסוגיה הכללית. אך בכל זאת, נראה כי לשאלה הכללית עשויה להיות נפקות אם נגדיר את השאלה הניצבת לפני בית המשפט למשפחה באופן צר: לא "באיזו מידה משפיעה ההכרה המשפטית על ילדים שבכל מקרה חיים עם הורה ביולוגי ובן זוגו" אלא "באיזו מידה דווקא לילדים לבני זוג חד-מיניים חשובה ההכרה המשפטית". אם כך מוגדרת השאלה, נודעת חשיבות לשאלה הכללית, באיזו מידה אימוץ על ידי הורים חד-מיניים מיטיב או מזיק לילדים, בין שילדים אלו כבר חיים בפועל עם בני הזוג החד-מיניים ובין שמתבקש כי חיים אלו יחלו בעקבות האימוץ.

אלא שבטרם נפנה לעקרון טובת הילד יש לזכור שהבסיס לטענה הכללית כי יש להכיר בזכויות משפטיות של זוגות חד-מיניים יונק את חיותו מרעיון זכויות האדם באופן כללי. ישנה טענה לפיה חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו השפיעה על מעמדם של זוגות חד-מיניים, וזאת משום שהזוגות החד-מיניים מבססים טענתם על הזכות לשוויון.<sup>70</sup> לטענתם, היות שהם מקיימים ביניהם מסגרת חיי שיתוף הדומה לזו שמנהלים זוגות נשואים או ידועים בציבור נתונה להם הזכות להורות

<sup>67</sup> עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, דברי הנשיא ברק בפסקאות 34, 35.

<sup>68</sup> שם, שם.

<sup>69</sup> עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, פסקה 36 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>70</sup> זכות השוויון אינה מצוינת במפורש בחוק היסוד, וקצרה היריעה מלפרט את המחלוקות הרבות אשר שאלת עיגונה בחוק זה עוררה. ראו לעניין זה אהרון ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד-1994) 271, 278-279. המחבר גורס כי על פי פרשנות אובייקטיבית, אין להכיר במושג של כבוד האדם, בלי לגזור ממנו, כמסקנה הכרחית, את שוויון בני האדם. יש הגורסים, כי יש להעדיף פרשנות צרה, על פיה המחוקק נמנע מלצייין זכות זו במכוון, ולכן לא ניתן לפרש את החוק ככולל אותה. ראו לעניין זה הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז-1997) 257. בנוסף, קיימת גישת ביניים, כפי שהוצגה על ידי השופט דורנר בבג"ץ אליס מילר, לפיה פגיעה בשוויון על רקע של הפליה קבוצתית גורמת להשפלה ולכן תכלית חוק היסוד להגן מפניה. ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995).

ולאימוץ בדיוק כפי שהיא נתונה להורים הטרוסקסואלים. לחלופין, ניתן לטעון שגם אם לא קיים שוויון בין סוגי ההורות השונים, או גם אם הזכות לשוויון אינה מעוגנת בחוק היסוד, הזכות לכבוד האדם מגנה על הזכות להורות,<sup>71</sup> ולפיכך גם הורותם השונה של בני הזוג החד-מיניים ראויה להגנה.<sup>72</sup> מאידך גיסא, אין לכחד כי גם עמדתם של העותרים אינה חפה מקושי. הרי הזכות להורות לא נשללה על ידי המדינה בעניין ירוס-חקק כפי שהיא אינה נשללת כל אימת שבני זוג חד-מיניים מגדלים יחדיו זה את ילדיו של זה; כל שנמנע הוא הגושפנקא הרשמית לאורח החיים שאותו מגשימות בנות הזוג הלכה למעשה. אם כל שמתבקש מבית המשפט הנו אקט סמלי, נראה שעסקינן בכבוד האדם כ-"honor", ולא כ-"dignity".<sup>73</sup> כדי שלא לצעוד בשביל זה, נדרש לבסס זכות של הילד לאימוץ, זכות אשר מטבע הדברים נשענת גם על טובת הילד.<sup>74</sup>

מכאן, שסוגיית אימוץ הילדים, כפי שעלתה בעניין ירוס-חקק, מעלה שאלות נורמטיביות הדומות לאלו שסקר בית המשפט בפסק הדין בניו-יורק בעניין האימוץ. ניתן לסווג שאלות אלו על פי שלושה ממדים: בממד פסיכולוגי-רגשי ניתן לגרוס כי האימוץ יגביר את תחושת היציבות של הילדים ויעזור ליצור זהות בין המצב דה-פקטו (לפיו הם בפועל חיים במשפחה שבה יש שתי אמהות) ובין המציאות המשפטית הפורמלית. מנגד, ניתן לטעון כי האימוץ הרשמי חסר כל משמעות מהותית במקרה זה, ואם אכן המצב המשפחתי כה יציב ואידיאלי, אין צורך בחותמת מלאכותית.

**בממד חברתי** ניתן לטעון כי אישור צו האימוץ יקל על הילדים בהתמודדותם עם תגובות החברה בנוגע לאופי משפחתם. חותמת פורמלית ליחסי ההורות בינם לבין ההורה שאינו ביולוגי תוכל לסייע בקבלה מהירה יותר של המערכת המשפחתית הזו כלגיטימית וכראויה בכלל החברה. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי בהיעדר חינוך מתאים לא ישתנה יחס החברה כלפי הילדים, וגושפנקא משפטית לאימוץ ודאי לא תסייע בהבאתו של שינוי זה.

**ובממד כלכלי-סוציאלי** ייתכן שמתן צו אימוץ יאפשר לילדים ליהנות מהטבות אשר תלויות ביחסי הורות פורמליים, הטבות שהם אינם זוכים להן בלא ההכרה באימוץ.<sup>75</sup> מאידך גיסא, לא בהכרח ברור אם לא ניתן להגיע למסקנה המשפטית כי בנסיבות העניין קמה זכות להטבות אלו אף בלא אימוץ פורמלי.

<sup>71</sup> גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003" הארץ דין א(2) (התשס"ד-2004) 62.

<sup>72</sup> לעניין מעמדם של הזוגות החד-מיניים בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו ביטון, לעיל ה"ש 6, 461. נציין כי דעתה של המחברת הנה כי הדרך המציאותית והראויה לשיפור מעמדם של זוגות חד-מיניים, היא שימוש אקטיבי בחוק היסוד אשר, לדבריה, "אוצר בחובו מטען מהותי ופרשני שבכוחו לקדם את מעמדם של הזוגות החד-מיניים ולפחות להפסיק את ההפליה וההשתקה הנמשכת שלהם".

<sup>73</sup> להרחבה ראו אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל 2(7) (תשס"ד-2004) 469.

<sup>74</sup> ליחס בין זכויות הילד לטובת הילד ראו יחיאל קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד -- ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא (תשס"א-2001) 623.

<sup>75</sup> בין הטבות אלו ניתן להצביע על הקניה של זכות מן הדין, ולא רק מכוח חוזה, למזונות גם מזוגתה של אמם הביולוגית, הן בחייה (ראו סעיף 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה [מזונות], תשי"ט-1959, ס"ח 72) והן לאחר מותה (ראו סעיף 56 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63). אימוצם יקנה לילדים, בנוסף, זכות שבדין לרשת את אמם המאמצת (ראו סעיף 16 לחוק הירושה) ויזכה אותם במעמד של תלויים, כמשמעו בסעיף 78 לפקודת הניזקין (נוסח חדש), התשכ"ח-1968, דמ"י 266, ביחס לכל אחת משתייהן. כן יקנה האימוץ לקטינים זכות להטבות שונות מכוח חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה-1995, ס"ח 210, עקב העובדה ששניהם יוכרו כבנים של שתי האמהות. ראו, למשל, סעיף 130(3), המכיר בהורה מאמץ כהורה לצורך זכאות לגמלה של נפגעי עבודה.

בפסק הדין בניו-יורק השופט מציין, בדיוק כפי שמציינים שופטי הרוב בעניין ירוס-חקק, כי השיקול היחיד לאישור האימוץ הוא טובת הילד. עם זאת, ההבדל בין השניים נעוץ בעובדה שהשופט בניו-יורק, כדי להכריע בשאלת טובת הילד, בודק לעומק את המצב הכללי באימוץ חד-מיני, ולא את מצבו של הילד הספציפי המועמד לאימוץ. לטעמנו, לאור בחינת שלושת הממדים לעיל כמו גם לאור המחקרים שעליהם הסתמך השופט בניו-יורק<sup>76</sup> – מחקרים המצביעים על היעדר שוני משמעותי בין ילדים הגדלים במשפחות חד-מיניות לאלו הגדלים במשפחות דו מיניות – ראויה ההכרעה של השופט בניו-יורק שקבע כי להורות חד-מינית אין השפעה שלילית על הילד.<sup>77</sup> לטעמנו, רק לאחר מתן הכרעה בשאלה זו, ניתן לעבור ולבדוק את המאומץ עצמו ואת טובתו במסגרת המשפחתית הספציפית שאלה הוא משתייך. הרי בחינה פרטנית היא בחינה שתיערך תמיד, וזו איננה יכולה להתעלם מהשאלה הכללית. כך גם לעניין תפקידו של בית המשפט: הסוגיה שבה היה צורך באמירה

<sup>76</sup> כאן ראוי להזכיר שוב את המחקרים שבהם דן השופט בפסק הדין בניו-יורק, לעיל הי"ש 60, ולפיהם, נטייתם המינית של ילדים אשר גדלו בידי הורים הומוסקסואלים מתפלגת בצורה דומה מבחינה סטטיסטית לשאר הילדים וכן כי ילדים הגדלים להורים חד-מיניים אינם סובלים מהפרעה כלשהי בהתפתחות הנפשית או מנזק נפשי. בנוסף, על פי ה-A.A.P. (איגוד רופאי הילדים האמריקני – American Academy of Pediatrics) בשנים האחרונות מתחזקת ההשערה כי התפתחות ילדים, הגדלים במשפחה חד-מינית, מבחינה רגשית, קוגניטיבית, חברתית ומגדרית, תקינה ודומה להתפתחות של ילדים הגדלים במשפחות הטרוסקסואליות. נראה כי התפתחותם של ילדים מושפעת יותר מאופי היחסים ומהאינטראקציות בתוך התא המשפחתי ופחות מן המבנה. המחקרים שצוינו שם מראים כי לא נמצאו הבדלים בזהות המגדרית, בתפקידים החברתיים או בנטייה המינית בין ילדים של הטרוסקסואלים לילדים של הומואים/לסביות. אף אחד מ-300 הילדים שנחקרו במחקרים שונים לא הראה בלבול בזהותו המגדרית, הביע עניין להיות בן המגדר השני או היה עסוק בהתנהגויות של בני המין השני באופן עקיב. ה-A.A.P. אף הצהיר במפורש כי הוא תומך באפשרות שבו זוג מאותו המין יאמץ את ילדיו הביולוגיים של בן זוגו וגרס כי לאימוץ כזה לא תהא השפעה שלילית על הילדים. ראו לעניין זה: Okeefe AAP Supports second-parent adoptions by homosexuals (2002) 20 *Parent Adoptions by Homosexuals* AAP News. כמה מחקרים מוצאים הבדלים בהתנהגות המגדרית. ילדי זוגות חד-מיניים יענו פחות לתפקידים מגדריים מקובלים המצופים מהם, אף שנמצא שאמהות לסביות מקפידות שילדיהן יעסקו בפעילויות מקובלות מבחינה מגדרית. ראו לעניין זה: Chan, R. W. & Patterson, C. J. "Psychosocial Adjustment Among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers." *Child Development* (1998) 69, 443-457. במאמר זה מוצין כי נמצא הבדל מסוים בין ילדים של הומוסקסואלים לילדים של הטרוסקסואלים מבחינת שיעור הילדים המגדירים עצמם, בסיום התגבשות הזהות המינית, כהומוסקסואלים, אך הבדל זה אינו בעל משמעות סטטיסטית. לא נמצאו הבדלים באיכות הקשרים האינטימיים שהם מפתחים עם בני זוג בוגרותם. מחקרים נוספים המתייחסים ליכולות הוריות של הורים הומוסקסואליים מצאו אותן דומות לאלה של הורים הטרוסקסואליים. במשפחות לסביות האם הלא-ביולוגית מעורבת לא פחות מהאם ביולוגית בגידול הילדים ובאופן משמעותי יותר מבעלים במשפחות הטרוסקסואליות. עם זאת, קיימים מחקרים ומאמרים המבקרים גישה זו, וטוענים כי המחקרים לפיהם אין כל השפעה להורות החד-מינית הם שגויים. ראו, למשל: L.M Kohm Symposium Article: Moral Realism and the Adoption of Children by Homosexuals 38 *New Eng.L. Rev.* 643. שם מתמודדת המחברת עם עשר טענות התומכות בהורות חד-מינית ומנמקת את התנגדותה להן. בין היתר, היא טוענת כי זוג נשים או זוג גברים אינם יכולים למלא אחר דרישות ההורות הרגילות, כי טובת הילד היא לגדול בבית עם אבא ואמא. בנוסף תוקפת המחברת את המחקרים שטוענים כי ילדים הגדלים אצל הורים חד-מיניים אינם סובלים מפגיעות פסיכולוגיות כלשהן, בנימוק שהם אינם מבוססים דים ומתבססים בדרך כלל על מקרה של שתי נשים ולא של שני גברים. ככלל, המחברת טוענת כי יש לבדוק את אפשרות האימוץ מזווית ראייתו של הילד וטובתו, ולא לאשר אימוץ על בסיס נימוקים המתמקדים ב"טובת" ההורים. קיימים מקורות נוספים, הטוענים כי המחקרים לפיהם אין פגיעה בילדי הורים חד-מיניים פגומים ומכילים בעיות מתודולוגיות. לדבריהם, אין בסיס להערכה כי אין פגיעה בילדים אלו, וילדים אלו נוטים לסבול מבלבול בזהות המינית. ראו: Focus on the Family Gives Facts on Homosexuals Adoptions.

<sup>77</sup> בהקשר זה ראוי לציין את הנאמר במאמרו של חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספת של משפחת ישראלי -- השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז (תשס"ב-2002), 217. המחבר מעלה את הנקודות המפריעות לחברה הישראלית לקבל הורות חד-מינית זוגית ומבהיר מדוע תפיסות אלו אינן נכונות. הנקודה הראשונה הנה המחשבה שילדים של זוג חד-מיני ייהפכו להומוסקסואלים. לדברי המחבר לא נמצא מחקר מדעי שמצא קשר בין הדברים והסיכוי של ילד להורים הומוסקסואלים להפוך להומוסקסואל, שווים לסיכוי שילד להורים הטרוסקסואלים ייהפך להומוסקסואל. הנקודה השנייה הנה התפיסה שילד זקוק לאב ולאם, נקבה וזכר, כזוג הורים, כדי שיוכל להתפתח כראוי. לדברי המחבר ילדים רבים במציאות החברתית של ימינו אינם זוכים לגדול בידי אב ואם. יש הרבה מקרי גירושין, ילדים הגדלים בפנימיות ועוד. לדברי המחבר, הילד אמנם זקוק לדמויות הזדהות, אבל אצל ילדים רבים מדובר לאו דווקא בהוריהם הביולוגיים. נקודה שלישית שמעלה המחבר הנה בנוגע לתפיסה שילדים של הורים הומוסקסואלים יסבלו מבידוד חברתי והתנכלויות אישיות יותר מילדים להורים הטרוסקסואלים. לדבריו, הצקה זו איננה שונה מהצקה לילדים אחרים הנובעת מגורמים כגון שיעור קומה נמוך. הילדים בכל מקרי הצקה יוכלו להתגבר על הקשיים החברתיים באמצעות תמיכה מזוג ההורים. לדברי המחבר, הפחד של החברה מהורות הומוסקסואלית נשען על הנחות ועל סטריאוטיפים נעדרי בסיס מחקרי.



מפורשת של בית המשפט העליון איננה זו הנוגעת לתא המשפחתי הפרטני, אלא באשר למסגרת המשפחתית החד-מינית באופן כולל.<sup>78</sup>

כאמור, לטעמנו האמירה כשלעצמה לפיה יש להתיר באופן כללי הורות חד-מינית משום שאין לה השפעה שלילית על הילד, תוך בחינת כל מקרה לגופו, היא אמירה ראויה. כמובן, לא ניתן להתעלם מכך שהדרך הראויה ביותר לבטא אמירה זו הנה באמצעות המחוקק. כפי שצינו קודם לכן, נושאים שהנם שנויים במחלוקת בהכרה הציבורית ראוי שיוסדרו על ידי המחוקק, הן לאור עקרון הפרדת הרשויות והן מפאת הצורך בלגיטימציה לכינונו של שינוי חברתי שכזה. אולם ייתכן כי שאיפה זו נאיבית במקצת, ולא ברור אם המציאות הפוליטית כיום תאפשר הסדרה חקיקתית של הנושא. בנוסף, לא בטוח שהתודעה הציבורית, הנתונה במחלוקת בסוגיה זו, בשלה להגיע בשלב זה להסדרת הסוגיה. זאת ועוד, לא ברור עדיין אם קיים קונצנזוס ציבורי לשינוי כזה בישראל. לפיכך, אם בית המשפט בעניין ירוס-חקק אכן חתר לכוון את התנהגות החברה, על אף היעדר תודעה ציבורית תומכת חד-משמעית, נראה כי ראוי היה שיעשה זאת באופן גלוי. לו עשה כן, היה פועל בשקיפות, ומגשים את ייעודו להגן על זכויות המיעוטים (ובמקרה זה, זכויות זוגות מאותו המין) במדינה דמוקרטית. תפיסה זו מוצאת את ביטוייה בעיקר במצבים שבהם שבוי המחוקק בדעות קדומות או מנוע מלהגן על זכויות אלו ממניעים פרלמנטריים. בפעולה גלויה יכול בית המשפט לחשוף דעות קדומות אלו, בין השאר באמצעות סקירה מקיפה של השאלות הנורמטיביות והכרעה בהן תוך פירוט הנימוקים השונים. רק נימוקים רציניים ומשכנעים יכולים להביא לידי שינוי חברתי אמיתי, והיעדר דיון מהותי יפגע בסיכווי הפסיקה להיטמע ולשנות את מגמת החברה. בנוסף, אם מטרת בית המשפט הייתה להקל על הזוגות החד-מיניים תוך ניסיון לעקוף מחלוקות אידיאולוגיות, כדי לענות על הצרכים המעשיים של רבים הנפגעים בשל קיומה של המחלוקת,<sup>79</sup> הרי ייתכן שדווקא ההימנעות מאמירה נורמטיבית (מתוך חשש שתהיה בעייתית מבחינת הקונצנזוס החברתי) תוציא את שכרו של פסק הדין בהפסדו, בייחוד לאור תגובות ביקורתיות בקרב חברי הקהילה ההומו-לסבית, אשר ציפו להכרה ברורה בזכויותיהם והפסיקה טפחה על פניהם.<sup>80</sup> לגביהם, אין בפסיקה זו הקלה של ממש.

כך או כך, וכמובן גם אם בית המשפט בחר במכוון שלא לפסוק בסוגיה המהותית משום שהיה סבור כי אין לה פתרון ראוי ומעשי, התנהלות בית המשפט מעלה קושי. לכאורה, עולה כי היה מקום לנקוט עמדה ברורה המאפשרת לבנות הזוג לאמץ האחת את ילדי רעותה, כאשר הדבר לטובת הילדים, ותוך ציון מפורש כי עובדת היותן בקשר זוגי לסבי אינו נזקף לרעתן בשום אופן. לפחות בכל הנוגע לאימוץ בתנאים המשפחתיים המתוארים בפסק הדין ראוי היה לכאורה שבית המשפט יקבע כי יש לאשר את האימוץ בלי להידרש לנטייה המינית של המאמץ, כנגזרת פרשנית מחוק האימוץ.

<sup>78</sup> ראו לעניין זה בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 2. המחברת מתנגדת באופן כללי להתוויית גבולות כרעיון בסיסי ביחסו של המשפט למשפחה. לדבריה, רעיון הגבולות מקשה את פריצת האידיאולוגיה הפטריארכלית של הנישואין והמשפחה ומקשה פיתוח דיני משפחה שיתאימו למציאות של חיי המשפחה בימינו. יתרה מזו, המחברת מעלה ספק בדבר היות שיח הגבולות ראוי בהקשר של דיני המשפחה, וזאת משום שהוא דוחק אל השוליים ערכים של אחריות, דאגה ואינטימיות. חשוב לציין כי הפסיקה בעניין בלכר-פריגת רואה בבני זוג חד-מיניים, משפחה לכל דבר ורואה את המשפחות החד-מיניות כחלק מהשינויים שה"משפחה" עברה בעשורים האחרונים. ראו שם, 553.

<sup>79</sup> עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, דברי הנשיא ברק בפסקה 40.

<sup>80</sup> דברי עורך הדין לב, ראו פרוטוקול הוועדה, לעיל ה"ש 30.

עם זאת, אם בית המשפט אכן היה נוקט דרך גלויה יותר, נכנס לדיון המהותי ואף מכיר במפורש בזכויות אימוץ של הקהילה ההומו-לסבית, ייתכן שהשלכותיו של פסק הדין היו קשות – הן כלפי הקהילה ההומו-לסבית והן כלפי בית המשפט עצמו. ייתכן שפסק דין מסוג זה היה מביא לידי תגובה מצד המחוקק, ההופכת את ההחלטה<sup>81</sup> ובכך, למרבה האבסורד, היה גורם בית המשפט להרעה מפורשת במצב הקהילה ההומו-לסבית. בארצות-הברית, למשל, תגובת הנגד – ה-backlash – החקיקתית והחוקתית שבאה בעקבות ההכרה (המסויגת) בזכות ההומוסקסואלים אילצה רבים לשקול את דרכי המאבק.<sup>82</sup> ייתכן שתגובה חקיקתית שכזו בישראל תהא חד-משמעית<sup>83</sup> ולא תתיר לבית המשפט אפשרות לגמישות, בוודאי בנושא האימוץ וייתכן שאף בתחומים אחרים הנוגעים לזכויות הזוגות החד-מיניים. בכך הייתה נמנעת מבית המשפט האפשרות העתידית לפסוק באופן שייטיב עם הקהילה ההומו-לסבית בדרך מעודנת יותר, המעוררת פחות מחלוקות בקרב הציבור. כאמור, "אבולוציה" שקטה ומינורית, המתיימרת לבסס עצמה על ערכים שאינם שנויים במחלוקת (טובת הילדים היא להיות עם אמהותיהם) עשויה להיות יעילה יותר, ובעתיד הרחוק, גם מתגמלת יותר כלפי הזוגות החד-מיניים.<sup>84</sup>

בנוסף, ייתכן שצעידה זהירה, ממקרה למקרה, היא אכן הדרך הנכונה והראויה לטיפול בנושא, הן משום ההשלכות הצפויות כאמור, והן משום לשון החוק, שאינו קובע מסמרות בעניין. מחד גיסא, אין הוא אוסר במפורש את אפשרות האימוץ בידי זוגות חד-מיניים, כפי שנעשה במדינות שונות.<sup>85</sup> מנגד, אין הוא קובע במפורש כי לנטייה המינית של מבקש האימוץ אין כל רלוונטיות.<sup>86</sup> לפיכך, ייתכן שאין זה ראוי שבית המשפט יפסוק פסיקה עקרונית, אלא מוטב שינקוט גישה פרגמטית, אשר תשקף את האינטרס של הילד.<sup>87</sup>

81 דוגמה מצוינת לעניין זה הנה פרשת "מיטראל" (בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מז(5) 485 (1993)). חברת מיטראל רצתה לייבא בשר לא כשר לישראל. השופטים הסכימו כי לממשלה אין סמכות לפגוע בחוק יסוד בלא הסמכה חוקית. השופט אור רמז בדבריו כי אם יחוקק חוק נגד ייבוא בשר לא כשר, נראה שהוא יסתור את חוק יסוד: חופש העיסוק ולכן פגיעה בחוק היסוד תצטרך להתקבל ברוב של 61 חברי כנסת. פסק הדין עורר זעם בקרב הדתיים. בעקבות זאת בוטל חוק יסוד: חופש העיסוק בנוסחו משנת 1992 ובמקומו נתקבל חוק יסוד: חופש העיסוק בנוסח משנת 1994. הנוסח החדש כלל פסקת התגברות המאפשרת פגיעה בחוק היסוד בתנאים מסוימים. מיד לאחר מכן התקבל חוק איסור ייבוא בשר ומוצריו, תוך שימוש בפסקת ההתגברות. כדי שלא יתבטל חוק זה לאחר ארבע שנים, חוקק לאחר זמן סעיף ב לפסקת ההתגברות שקבע כי חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד התחלת חוק היסוד -- לא יפוג תוקפו. מקרה זה מראה כיצד מעשים נחרצים של בית המשפט עלולים להביא לידי פעולה של המחוקק אשר הופכת את החלטתם לחלוטין.

82 N.R. Hart 52 Buffalo L.Rev. 1417, 1455. בבחירות שנערכו בארצות-הברית בנובמבר 2004, התקיימו משאלי עם בנושאים רבים, בין היתר בשאלת הנישואין החד-מיניים. בעקבות משאלי עם אלו, התבצעו תיקונים שונים בחוקות של 11 מדינות בארצות-הברית, לפיהם אין לאפשר נישואין לזוגות חד-מיניים. ניתן לטעון, כי התנהלות זו הנה תגובתו של הציבור האמריקני על פסק הדין במסצ'וסטס, וכן על החלטות שונות שקידמו את זכויות הזוגות החד-מיניים, כגון החלטת ראשי ערים במקומות שונים לאפשר נישואין כאלו. לדברי המחבר, גורמים בקהילה ההומו-לסבית בארצות-הברית הביעו חרטה על העובדה שהתמידו במאבקם להכרה בזכויות בזירה המשפטית, משום שהדבר הביא לידי סגירת דלת החוק בפניהם בצורה מפורשת ומוחלטת.

83 ראו לעניין זה שרלו, לעיל ה"ש 26. המחבר יוצא בקריאה למחוקק, לנוכח פסק הדין "והכרסום הצפוי בעקבותיו באופייה היהודי של החברה לטובת זכויות הפרט", להציב מול בג"ץ את התפיסה החברתית שלדבריו, רוב אזרחי ישראל מבקשים לחיות לפיה, משמע להכיר רק במבנה המשפחתי העונה על הקריטריון של משפחה יהודית. המחבר קורא ל"התעוררות" של הכנסת ולהשבת ההגדרה הרחבה של "מדינה יהודית" לשיח המשפטי-ציבורי.

84 ראו לעניין זה הראל, לעיל ה"ש 3.

85 דוגמה למדינה שחוקיה אוסרים במפורש אימוץ בידי זוג חד-מיני היא מדינת פלורידה בארצות-הברית. ראו עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, דברי הנשיא ברק בפסקה 30.

86 דוגמה למדינה שקבעה כי אין כל רלוונטיות לנטייה המינית של מאמץ פוטנציאלי הנה אנגליה, ראו לעיל ה"ש 61.

87 עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 1, מדברי הנשיא ברק בפסקה 30.

ניתן לראות, לאור כל האמור לעיל, ש"מאחורי הקלעים" של פסק הדין בעניין ירוס-חקק ניצבות דילמות כבדות משקל. מחד גיסא, הסברנו מדוע היעדרה של אמירה מפורשת בדבר הכרה בזכויות האימוץ של חד-מיניים היא אמירה בעייתית. מאידך גיסא, ראינו כי ייתכן שהיעדרה של אמירה זו נבע משיקולים עתידיים שהיו יכולים להיות הרסניים הן עבור הקהילה ההומו-לסבית והן עבור מעמדו של בית המשפט העליון. במצב דברים זה, על אף הביקורת על פסק הדין – הן זו המדגישה את היעדרה של אמירה ברורה המכירה בזכויות האימוץ של חד-מיניים, והן זו העוסקת בבעייתיות בתחום הפרדת הרשויות – דווקא אמירתם המעורפלת והמסויגת של שופטי הרוב מובנת. סביר כי אמירה כזו, למרות הבעייתיות שבה, תיטיב בעתיד עם הקהילה ההומו-לסבית ותקדם את זכויות חבריה. פסיקה זו מאפשרת גמישות לבית המשפט בעתיד, כאשר יעמוד אל מול מקרים אחרים הנוגעים לזכויות החד-מיניים. עם זאת, ביחוד לאור הקשיים הפרשניים שמעלה פסק הדין, והתגובות המנוגדות שאותן עורר, קשה לצפות בוודאות מה תהייה השלכותיו בעתיד, ולו משום שהפניה לסעיף 3(2), העוסק במהותו באימוץ כאשר בן הזוג נפטר, מחייבת פרשנות כה גמישה עד שגם חברי הכנסת אשר אינם עונים את הקהילייה עשויים לחוש שלא בנוח למראה מידת היצירתיות הרבה שבפרשנות החוק.

## ט. סיכום

התחלנו את חיבורנו בסקירה קצרה של התפתחות ההכרה המשפטית בזכויות הזוגות החד-מיניים. ראינו כי התפתחות זו ארכה שנים מספר, ואילו באחרונה, בתקופה קצרה מאוד, ניכרת התקדמות בלתי שגרתית בתחום, בדמות שלושה פסקי דין מרכזיים. משניסינו לעמוד על משמעותן של התפתחויות אלו ולבדוק אם הן מהוות מעין "קפיצת מדרגה" בהכרה בזכויות הזוגות החד-מיניים, ראינו כי אין על כך תשובה ברורה. אין עוררין, כי ניתן לראות בפסיקות הללו שינוי מגמתי, אך מידתו של שינוי זה טרם הובררה.

בחרנו להתמקד בפסק הדין בעניין ירוס-חקק, המהווה את ההתפתחות החשובה והמהפכנית ביותר, והצבענו על כך ששאלת תקדימיותו מעוררת קושי, וזאת, בשל הרטוריקה של שופטי הרוב, הגורסים שאין כל הכרה בזוגות החד-מיניים מחד גיסא, והשלכתו האפשרית של פסק הדין בעולם המעשה (והתודעה הציבורית) מאידך גיסא. בנוסף, ראינו שהשאלה אם פסק הדין מיטיב עם הקהילה ההומו-לסבית גם היא שנויה במחלוקת. הראינו את הקושי שמעורר פסק הדין במישור הפרדת הרשויות, ועמדנו על כך שלמרות הטענות בדבר נטילת סמכות, הנתונה בידי המחוקק, על ידי בית המשפט, קיימים שיקולים המצדדים בהתערבותו של האחרון בסוגיה.

כדי לחדד את הניתוח, ניסינו לשפוך אור על הנעשה בתחום במשפט המשווה, וראינו כי עדיין אין מגמה חד-משמעית בנושא. עם זאת, נוכחנו לגלות כי מסתמנת מגמה המכירה בזכאותם של זוגות חד-מיניים לאמץ בתנאים מסוימים. כן ראינו כי לפחות במקרה אחד שבו ראה בית משפט לנכון לאפשר אימוץ כזה, ביסס השופט את החלטתו זו על מחקרים ונימוקים מעמיקים, תוך התמודדות ישירה עם השאלות הנורמטיביות שמעלה הסוגיה. בכך נחשפו הקהילייה המשפטית והציבור כולו למחקר חברתי זה, עמו נחשפו גם דעות קדומות, ועל כל פנים התאפשר שיח עתידי על תקפותם של מסקנות המחקרים. לעומתם, פסק הדין בעניין ירוס-חקק איננו מתעמת עם שאלות אלו באופן ישיר. מלאכת בחינת נסיבות המקרה מועתקת לערכאה הנמוכה, הנקראת להתחשב בכך

שהילד מאומץ על ידי בת זוג חד-מינית. ביקרנו דרך זו, וגרסנו כי לכאורה ראוי היה כי תיקבע נורמה מפורשת, שתעקר את ההפליה בנוגע לאפשרות האימוץ במקרים מעין אלו. עם זאת, ראינו כי ההתחמקות מאמירה מפורשת עשויה, בתנאי הארץ ותושביה, להיטיב עם המאבק לשוויון זכויות לזוגות החד-מיניים, וזאת בגלל השלכות האפשריות של אמירה כזו.

למרות הקשיים שהועלו ושנבחנו, אנו מאמינים כי פסק הדין מבטא התקדמות בהכרה בזוגות חד-מיניים. גם אם לא הייתה זו כוונתה המפורשת של דעת הרוב, ואף אם היא לקתה לעתים בהיעדר אמירה נורמטיבית ברורה, סביר כי השלכותיה העתידיות תובלנה להתקדמות בהכרה בזכויותיהם של הזוגות החד-מיניים במדינת ישראל. כפי שמשקף מפסק הדין בעניין ירוס-חקק, התקדמות זו היא בצורת "התפתחות" שקטה ומינורית, המאופיינת בצעידה זהירה ממקרה פרטני אחד למשנהו. הדרך שבה בחר בית המשפט, על כל הקשיים הכרוכים בה – כגון היעדר הכרה בלתי מתנצלת בזכויות הפרט של חברי הקהיליה החד-מינית כמו גם אי-השימוש בכלי המשפטי הטבעי, הוא סעיף 3(1) לחוק העוסק בבני זוג – צופנת בחובה, כך נראה לנו, סיכוי חיובי להתמודדות עם סוגיה כה עדינה ומורכבת בישראל של תחילת שנות האלפיים.