

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 10280/01

בפני :
כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופט א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור

המערערות :
1. ד"ר טל ירוס-חקק
2. ד"ר אביטל ירוס-חקק

נ ג ד

המשיב :
היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 10.5.01 בע"מ 10/99 שניתן על-ידי
כבוד סגן הנשיא ח' פורת והשופטים א' משאלי וס' רוטלוי

בשם המערערות :
עו"ד צ' ריש ועו"ד ע' הדר

בשם המשיב :
עו"ד א' סון ועו"ד ח' זנדברג

פסק-דין

המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא:

עיקר עניינו של ערעור זה הוא בשאלה אם שתי נשים בלתי-נשואות, אימהות לילדים, המקיימות מערכת חיים זוגית משותפת, כשירות על-פי דין לאמץ, הדדית, האחת את צאצאי רעותה. שאלה נוספת העולה בערעור (שאליה אתיחס בשולי הדברים) היא, אם בנסיבות העניין צדקו ערכאות קמא בהורותן - בניגוד לעמדת המערערות - לאסור את פרסום פרטיהם המזהים של המערערות וילדיהן.

רקע עובדתי ודיוני

2. המערערות הן בנות-זוג החיות יחדיו ומנהלות משק-בית משותף מאז יולי 1989. להמחשת איתנות הקשר שביניהן צירפה כל אחת מן המערערות לשם משפחתה את שם משפחתה של זוגתה. במהלך חייהן המשותפים החליטו המערערות, והסכימו ביניהן, להביא ילדים לעולם, באופן שכל אחת משתיהן תהרה מתרומת זרע של תורם אנונימי. בדרך זו נולדו למערערות 1 שני בנים (האחד בשנת 1991 והשני בשנת 1997) ואילו למערערות 2 נולד בן אחד (בשנת 1994). בשנת 1992, לאחר הולדת בנה הראשון של המערערות 1, חתמו המערערות על הסכם לחיים משותפים, בגדרו הסדירו ענייני רכוש וכן עניינים הנוגעים לגידול הילדים שייוולדו לכל אחת משתיהן. במסגרת ההסכם נטלה כל אחת מהמערערות אחריות משפחתית מלאה כלפי כל הילדים שייוולדו למי מהן, לרבות דאגה ואחריות משותפת למזונות כל אחד מהילדים עד מלאת לו עשרים-ואחת. כל אחת מהמערערות אף ערכה צוואה, שבה כללה הוראות שמטרתן להבטיח את כלכלתם ומילוי יתר צורכיהם של שלושת הילדים. מאז נולדו הקטינים, מגדלות אותם המערערות במשמורת משותפת, וללא כל הבחנה - מצד מי משתיהן - לעובדת קיומו או היעדרו של קשר ביולוגי בינה לבינם. גם הקטינים מתייחסים לשתי המערערות כאל אימותיהם לכל דבר ועניין, הגם שכל אחד מהם יודע מי מן השתיים היא אימו הביולוגית.

3. המערערות סברו (כך נטען), כי בהסכם שכרתו ביניהן אין כדי להבטיח, במידה הנדרשת, את טובתם של הקטינים. לפיכך פנו הן, בשנת 1997, לבית-המשפט לענייני משפחה בבקשה להעניק לכל אחת משתיהן צו אימוץ ביחס לצאצאי רעותה. בדרך זו ביקשו, לטענתן, לעגן, מן הבחינה המשפטית, את מציאות חייהם של שלושת הילדים, שנוולדו במסגרת תא משפחתי שבפועל יש בו שתי אימהות, שהן שותפות מלאות לגידולם ולחינוכם. את בקשתן למתן צווי אימוץ סמכו המערערות על סעיף 3(2) בשילוב עם סעיף 25(2) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (חוק האימוץ או החוק). היועץ המשפטי לממשלה (המשיב) ביקש למחוק על הסף את בקשות האימוץ, בטענה כי חוק האימוץ אינו מאפשר להיעתר להן. עם זאת הציע, מיוזמתו, שכל אחת משתי המערערות תמונה כאפוטרופא נוספת לילדי חברתה. בעקבות הצעה זאת הגישו המערערות לבית-המשפט לענייני משפחה בקשה למנותן כאפוטרופסיות נוספות, זו על ילדיה של זו. עם זאת הבהירו, כי הן עומדות על בקשתן למתן צווי אימוץ. במסגרת הדיון בבקשתן למתן צווי האפוטרופסות הוגש לבית-המשפט תסקיר מטעם פקידת סעד, אודות המערערות וילדיהן, ובסיכומו נכתב:

התרשמתי כי לילדים קשר קרוב לכל אחת מהנשים, וכן קשר קרוב וטבעי בינם לבין עצמם... מדובר במערכת המתפקדת כמשפחה ואשר מנוהלת ע"י שתי נשים הקשורות ביניהן בקשר זוגי וכן מגדלות ביחד את שלושת הילדים... נראה כי שתיהן יחד מספקות את הצרכים הפיזיים והרגשיים של הילדים באחריות משותפת. בקשתן... כי כל אחת מהן תשמש אפוטרופסית לגבי הילד או הילדים של רעותה נראית לי בקשה טבעית המתבקשת מאורח חייהן בפועל... לא קיימת דמות אב לגבי הילדים ועובדה זו הופכת את "האם השנייה" לדמות הקרובה והמשמעותית ביותר כמתאימה להיות אפוטרופסית במקרה זה.

בהסכמת המשיב, ולאור חוות-דעתה התומכת של פקידת הסעד, נעתר בית-המשפט לבקשת המערערות ומינה כל אחת משתייהן כאפוטרופא נוספת לילדי חברתה, וזאת מבלי לפגוע במעמדה של כל אחת מהן כאפוטרופא הטבעית של ילדיה הביולוגיים. מאידך, לאחר דיון בבקשת המערערות למתן צווי אימוץ, פסק בית-המשפט (ביום 19.8.1999) למחוק על הסף בקשה זו. על פסק-דין זה ערערו המערערות לבית-המשפט המחוזי, אשר פסק - ברוב דעות - לדחות את ערעורן. משפנו המערערות לבית-משפט זה, בבקשת רשות-ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, החליט המשנה לנשיא, השופט ש' לוין, להעניק להן את הרשות המבוקשת. מכאן הערעור שלפנינו.

4. בטרם אפנה לגדרי המחלוקת אקדים ואביא, כלשונם, את נוסחי הסעיפים 3 ו-25 לחוק האימוץ:

3. כשירות המאמץ

אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית המשפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד -
 (1) אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן;
 (2) אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי.

25. סמכות לסטות מסייגים

נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו, לסטות מסייגים אלה:
 (1) גיל המאומץ לפי סעיף 2;
 (2) פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ לפי סעיף 3(2);
 (3) הבדל גיל לפי סעיף 4;
 (4) אורך תקופת המבחן לפי סעיף 6.

פסג-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה

5. בית-המשפט לענייני משפחה מחק, כאמור, על הסף את בקשת המערערות. טעמו העיקרי היה, כי עניינו של סעיף 3(2) לחוק באימוץ על-ידי "מאמץ יחיד", שהוא מקרובי משפחתו של ילד שהוריו נפטרו, ועל-כן אין הוא יכול להקים עילה למתן צו אימוץ ביחס לילדים שלכל אחד מהם יש אם טבעית, במסגרתה של מערכת משפחתית שיש בה שני הורים. כך הדבר בענייננו: אף שכל אחת מהמערערות עתרה, בנפרד, לאימוץ ילדי חברתה, ברי שאם ייענה בית-המשפט לבקשותיהן, תצטרף הורותה של כל אחת משתייהן, כאם מאמצת, להורות חברתה, כאם הביולוגית; כך שבסופו-של-דבר יהיו לכל אחד מהילדים שני הורים. על-פי סעיף 3(2) - קבע בית-המשפט - "לא ניתן, כלל ועיקר, באיצטלה של אימוץ על-ידי יחיד ליתן, למעשה, גושפנקא למערכת דו-הורית". בית-המשפט קבע, כי לנוכח הקשר הזוגי שהמערערות מקיימות ביניהן, בבקשותיהן להכיר בכל אחת משתייהן כהורה מאמץ יחיד לילדי חברתה יש משום ניסיון לעקוף את הוראת סעיף 3, רישא, לחוק האימוץ, המורה כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד", וכן את הוראת סעיף 3(1) לחוק, שעניינו באימוץ על-ידי מי ש"בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן". אך, מכל מקום, כיוון שהמערערות לא ביקשו לסמוך את בקשתן על סעיף 3(1) לחוק האימוץ - שלכאורה עשוי היה להתאים לנסיבות עניינן - נמנע בית-המשפט מלהכריע בשאלה אם ניתן היה להיענות לבקשתן, אילו ביססו אותה על הסעיף האמור.

פסג-דינו של בית-המשפט המחוזי

6. בערעורן לפני בית-המשפט המחוזי טענו המערערות, כי להוראת סעיף 3(2) לחוק האימוץ יש ליתן פרשנות רחבה, שתתבסס על עקרון טובת הילד, וכי מתן פרשנות כזאת יאפשר לבית-המשפט לבסס על סעיף 3(2), בשילוב עם הוראת סעיף 25(2) לחוק האימוץ, פסק-דין שבו ייענה לבקשתן. לעקרון טובת הילד, טענו, נודע בעניינן משקל מכריע, שכן טובת ילדיהן מצדיקה מתן עיגון משפטי לקשר ההורי הקיים ממילא בינן לבין ילדיהן. כן טענו, כי מאז חקיקתו של חוק האימוץ - לפני יותר מעשרים שנה - חלה, בעולם וכן בארץ, תמורה ממשית ביחסה של החברה לתופעת הזוגיות החד-מינית, וכי גם ההתפתחות שחלה בתפיסה החברתית מן הדין שתשפיע על פרשנות הוראותיו של חוק האימוץ. לדידן, פרשנות הוראות חוק האימוץ, באופן המייחד אותן למשפחות הטרוסקסואליות בלבד, תפלה לרעה הן אותן - על רקע נטייתן המינית - והן את ילדיהן.

7. בית-המשפט המחוזי פסק, ברוב דעות, לדחות את הערעור. שופטי הרוב (סגן הנשיא ח' פורת והשופט א' משאלי) קבעו כי תכליתו של חוק האימוץ הינה ליצור עבור קטין הנזקק לכך משפחה חליפית מקובלת ויציבה, שבה שני הורים - אם ואב

הנשואים זו לזה - ובכך להקנות למאומץ דפוסי חיים רגילים ככל האפשר תוך טשטוש חריגותו ועברו הכאוב. בדחותם את הפרשנות שהציעו המערערות להוראות חוק האימוץ ציינו שופטי הרוב כי

זוגות הומוסקסואלים ולסביות אינם עומדים בתנאי החוק ומטרתו ולו בשל היותם, נכון להיום, מסגרת חריגה, אשר אינה מקובלת בחברה, וזו עוד תדגיש ותבליט את החריגות שבחיינו [של המאומץ - א' מ'], חריגות - לפי התפיסה החברתית הרווחת כיום ושלא נתקבלה לפי שעה כמסגרת רגילה, נורמטיבית ומקובלת בארץ.

כן קבעו שופטי הרוב, כי המערערות אמנם מנסות להיבנות מסעיף 3(2) בצירוף סעיף 25(2) לחוק האימוץ, אך בקשתן אינה נכנסת לגדר סעיף 3(2), אלא - אם בכלל - לגדר סעיף 3(1), כפי שסבר בית-המשפט לענייני משפחה. זאת ועוד: את סעיף 3(2) ניתן ליישם במקרים חריגים בלבד - כגון, במקרים של ילדים גדולים יחסית או פגועים אשר בשל מגבלותיהם קשה למצוא להם בני-זוג מאמצים - שכן רק במקרים מסוג זה מוצדק להעדיף את מסירת הילדים להורה מאמץ יחיד מאשר לשכנם במוסד. כן נקבע כי רק במקרים יוצאי-דופן, שאף אינם ממלאים אחר תנאי סעיף 3(2), ניתן להחיל את סעיף 25(2) לחוק, שהוא בבחינת חריג שבחריגים והשימוש בו צריך להיעשות במשורה. אשר למקומה של טובת הילד, במערכת השיקולים אם ליתן צו לאימוצו, קבעו שופטי הרוב, כי טובת הילד אינה עילת אימוץ עצמאית, וכי בה ניתן ויש להתחשב רק לאחר שמגיעים לכלל מסקנה כי האימוץ אפשרי על-פי הוראותיו של חוק האימוץ. הואיל ולגישתם המקרה שלפנינו אינו מתגבר על המשוכות הקבועות בחוק, אין בית-המשפט נדרש לבחון את טובת הילדים. בדחותם את טענת המערערות, כי בדחיית בקשותיהן יש משום אפלייתן לרעה מחמת נטייתן המינית, קבעו שופטי הרוב, כי שונותם של בני-זוג מאותו מין החיים יחדיו הינה רלוונטית לעניין תחולת הוראותיו של חוק האימוץ. על כן מצדיקה היא התייחסות מיוחדת לבני-זוג חד-מיני. מכאן שהמדובר בהבחנה עניינית, ולא בהפליה פסולה. לבסוף ציינו שופטי הרוב, כי אם יש מקום לשינוי המצב החוקי הקיים, הרי ששינוי כזה הוא מעניינו ותפקידו של המחוקק, ואינו עניין לבית-המשפט.

8. השופטת ס' רוטלוי סברה, בדעת מיעוט, כי יש לקבל את הערעור. פסק-דינם של שופטי הרוב - ציינה - מבוסס על התכלית שהמחוקק ה"היסטורי" של חוק האימוץ ייחד להוראות החוק, ולפיה נועד החוק למלא רק את צורכיהם של ילדים חסרי בית ושל מאמצים חסרי ילדים. ואולם, לדעתה, תכליתו האובייקטיבית של חוק האימוץ

אינה מוגבלת למילוי צורכיהם של ילדים חסרי בית אלא מקיפה גם מקרים אחרים שבהם מתן צו אימוץ מתחייב מעקרון העל בדבר טובת הילד, וכי גישה פרשנית רחבה זו מאפשרת, ואף מחייבת, להכריז על כל אחת מהמערערות כאם מאמצת של הילדים שילדה רעותה. לגישתה, את סעיף 3(1) לחוק האימוץ אין לפרש כהסדר החל על כל המקרים, שבהם מבקש האימוץ מבקש לצרף את הורותו לזו של הורה קיים, שכן הסעיף חל רק על אותם מקרים שבהם בבסיס הבקשה עומדת עובדת היותו של המבקש נשוי להורה הילד. אך בכך, לדעתה, אין כדי לשלול היענות לבקשת אימוץ של אדם המבקש לשמש הורה נוסף לילדו של אחר - שהמבקש אינו נשוי לו - בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת וכשהדבר משרת את טובת הקטין. לטעמה של שופטת המיעוט, במקרה הנדון התקיימו נסיבות מיוחדות, המצדיקות לחרוג מתנאי סעיף 3(2), וטובתם של הקטינים מחייבת שיחסי ההורות המתקיימים בפועל מזה שנים ביניהם לבין המערערות יקבלו עיגון משפטי אשר יבטיח את זכויותיהם של הקטינים כלפי המערערות, שהן הורותיהם בפועל, וכן להיפך.

טענות הצדדים

9. בערעורן שלפנינו ביקשו המערערות, כי בית-משפט זה יאמץ את דעתה של שופטת המיעוט בבית-המשפט המחוזי ויפסוק כמותה. ראש וראשון לטיעוניהן הוא שעקרון העל בדבר טובת הילד - הגם שאינו עילת אימוץ עצמאית - מהווה אמת-מידה פרשנית מרכזית להוראות חוק האימוץ. על-כן, לטענתן, שגו שופטי הרוב בקביעתם, כי את הוראות חוק האימוץ יש לפרש במנותק מעקרון טובת הקטין. כן שגו באמצע מודל דו-שלבי, שלפיו את טובת הקטין מוטל על בית-המשפט לבחון רק לאחר שנוכח כי לבקשת האימוץ יש עיגון בהוראות חוק האימוץ. תכלית חוק האימוץ, הוסיפו וטענו, אינה אך השמת קטינים במשפחה חלופית לאחר שהוריהם הביולוגיים כשלו בגידולם, אלא היא משתרעת על כל מקרה שבו טובתו של קטין מחייבת מתן פיתרון הולם, כנדרש להבטחת עתידו, באמצעות מיסוד יחסי הורה-ילד בינו לבין אדם שאינו הורהו הביולוגי. בנסיבות עניינן, טענו המערערות, מן הדין היה להעדיף את טובת הילדים על פני כל שיקול אחר, ושאלו כך נעשה היה בית-המשפט נענה לבקשתן. טובת ילדיהן, לטענתן, היא, שקשרי ההורות הפסיכולוגית המתקיימים מזה זמן רב בינן לבין הילדים, ומציאות חייהם של הילדים אשר נולדו לתא משפחתי שבפועל יש בו שתי אימהות, יעוגנו גם מן הבחינה המשפטית. כן טענו, כי לנוכח ההסכמה הקיימת בין שתיהן, ובהיעדר אבות ידועים לילדים, היה על בית-המשפט להעניק להן את צווי האימוץ המבוקשים מבלי להידרש לצורך להכריז על הילדים כבני-אימוץ. צווי האימוץ - טענו - נדרשים גם להבטחת טובת הילדים בעתיד ולשמירת היציבות והוודאות בחייהם, לא רק מן הפן הנפשי-רגשי, אלא גם מבחינה חברתית וכלכלית. עוד טענו המערערות, כי בצווי האפטרופסות שהוענקו להן אין כדי לספק לילדים צרכים מיוחדים אלה, שכן

צווי האפוטרופסות אינם מכוננים קשר משפחתי ביניהן לבין ילדיהן וכן בין הילדים לבין עצמם. בצווי האפוטרופסות שקיבלו, בצוואות ההרדיות שערכו ובחווה שכתרו ביניהן אף אין, לדבריהן, כדי להבטיח לילדים את הזכויות וההטבות הרבות שבהן מעורבים צדדים שלישיים וכדי להבטיח את טובת הילדים במקרה שמי מהן תלך לעולמה. אימוצם, לעומת זאת, יקנה לקטינים זכות מן הדין (ולא רק מכוח חוזה) למזונות גם מרעותה של אימם הביולוגית, הן בחייה (בהתאם לסעיף 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959) והן לאחר מותה (בהתאם לסעיף 56 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965). אימוצם יקנה לילדים זכות שבדין לרשת את אימם המאמצת (בהתאם לסעיף 16 לחוק הירושה) ויזכה אותם במעמד של תלויים, כמשמעם בסעיף 78 לפקודת הנזיקין, ביחס לכל אחת משתייהן. כן יקנה האימוץ לקטינים זכות להטבות שונות, מכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ועוד כהנה וכהנה זכויות והטבות. המערערות מוסיפות, כי על-פי הפסיקה הורי הקטין הם המוסמכים לקבוע מהי טובתו, ואף מטעם זה - ובהיעדר סיבה להטיל ספק בטוהר כוונותיהן - יש להכיר בהיותן אימותיהם החוקיות המשותפות של שלושת הקטינים.

המערערות חזרו ונאחזו בטענתן, כי דחיית בקשתן מפלה לרעה, הן אותן - בשל נטייתן המינית - והן את ילדיהן. לטענתן, מחקרים שונים הוכיחו כי בני-זוג חד-מיני אינם הורים פחות טובים לילדיהם מבני-זוג הטרוסקסואלי. אף התמורות שחלו בשנים האחרונות, בתפיסות הציבור בעולם ובארץ, ביחס למגוון סוגי המשפחות האפשריים ובאשר להכרה בשוויון זכויותיהם של הומוסקסואלים ולסביות, חייבו להכיר בזכותן לאמץ את הילדים שבפועל מגדלות הן כאימותיהם. לטענתן, עמדת שופטי הרוב הונחתה בראש ובראשונה מסלידת השופטים מאורח-חיייהן ומן החשש כי ההיענות לבקשתן תעניק לגיטימציה לנטייתן המינית. אלא שלטענתן - אותה חזרו והטעימו - בקשתן לאימוץ כלל אינה מכוונת להשגת הכרה חוקית, או "הכשר" מטעמו של בית-המשפט, לקשר הזוגי שביניהן. הא ראייה שנמנעו מלסמוך את בקשתן על סעיף 3(1) לחוק האימוץ. אילו סמכו על סעיף זה, היה על בית-המשפט להכריע בשאלה אם יש להכיר בהן כבנות-זוג, והדבר היה מסיט את מרכזו של הדיון משאלת טובתם של הילדים - שבה רואות הן את העיקר - לעבר שאלת מעמדו המשפטי של הקשר הזוגי החד-מיני. בהימנעותן המודעת והמפורשת מלסמוך את בקשתן על סעיף 3(1) הבהירו כי מטרתן היחידה היא להשיג עיגון משפטי לקשר ההורי הקיים בין כל אחת משתייהן לבין שלושת הילדים.

10. המשיב טען, כי תכליתו האמיתית של הערעור היא השגת מעמד משפטי ל"תא משפחתי לסביו", שההכרה בו היא עניין למחוקק לענות בו. המערערות, לטענתן, חתרו לכך בדרך עקיפה: משלא מצאו דרך לבסס את בקשתן על איזו מעילות האימוץ

המוכרות, ביקשו לשכנע את בית-המשפט, כי באופיו החריג של התא המשפחתי אותו הקימו יש משום נסיבה מיוחדת המצדיקה להחיל עליהן את הוראת סעיף 25(2) לחוק האימוץ, המאפשרת סטייה מן הסייגים בדבר "קרבת המאמץ" ו"פטירת הורה המאומץ", ובכך להקים להן עילה לפי סעיף 3(2) לחוק. אלא שאת סעיף 25 לחוק האימוץ רשאי בית-המשפט להחיל רק בהתקיים נסיבות מיוחדות ובמקרים חריגים שבחריגים; כגון, כשלבית-המשפט מסתבר כי לילד המועמד לאימוץ אין מי שיגדלו. מכל מקום, קבלת הפירוש שהוצע על-ידי המערערות, ולפיו יוכר עניינן כמקרה מיוחד המצדיק סטייה מתנאי סעיף 3(2), יהווה שינוי של החוק. כן טען המשיב, כי בפירוש שניתן להוראות חוק האימוץ על-ידי שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי אין משום אפלייתן לרעה של המערערות. גם מן הפסיקה שהכירה בשוויון זכויות סוציאליות וכלכליות של הומוסקסואלים, אין המערערות יכולות להיבנות, שכן במתן צו אימוץ יש משום הקניית סטטוס אישי, שההכרה בו היא עניין למחוקק. גם טענתן, כי טובת ילדיהן צריכה הייתה להכריע את הכף, אינה יכולה להתקבל; שכן, כל עוד לא נקבע כי האימוץ אפשרי על-פי חוק האימוץ, שאלת טובתם של הילדים אינה מתעוררת.

דיון

11. המערערות חתרו לשכנענו, כי ניתן וראוי להיענות לבקשתן על יסוד ההתחשבות בנסיבותיו הקונקרטיות של עניינן הפרטי ובטובתם של שלושת הקטינים; וזאת, מבלי להידרש לשאלות הנוגעות ליחסו העקרוני של המשפט בישראל למעמדו של התא המשפחתי החד-מיני. מטעם זה, כמסבר על-ידן, נמנעו הן מלהשתית את בקשתן על סעיף 3(1) לחוק האימוץ. דעתי היא, כי הדרך שהמערערות הציעו לנו לילך בה, אינה פתוחה לפנינו. 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. אכן, ניסיונן של המערערות להציג לפנינו את עניינן כמקרה פרטי גרידא, אינו משכנע. כך, למשל, ניתן לתהות אם ייתכן שקבלת בקשתן של המערערות (שאינן חשוכות ילדים) לא תחייב את בית-המשפט לשקול את כשירותן של בנות-זוג חד-מיניות שאין להן ילדים משלהן, לאמץ ילד זר. כן עשויה להתעורר השאלה, אם ההכרה בכשירות של צמד נשים לסביות לאמץ ילד לא תחייב לשקול הכרה גם בכשירותו לכך של צמד גברים הומוסקסואלים. ומה יהא הדין אם בית-המשפט יתבקש להתיר אימוץ ילדם של אם ואב על-ידי אישה החיה ביחד עם הורי הקטין בתא משפחתי ביגמי, באופן שלילד יהיו שלושה הורים?

אך אין צורך להפליג בהשערות: די לעיין בדברי באת-כוחן של המערערות, בהופעתה לפני ועדת הכנסת לקידום מעמד האישה, כדי להיווכח שאף לדידה, אין ענייננו במקרה אינדיווידואלי יוצא-דופן המשווע להסדרה משפטית חריגה, אלא בסוגיה חברתית רחבה, העשויה לבוא על תקנתה אם יקבל בית-המשפט את הערעור בפרשתן של המערערות. כדברי פרקליטתן המלומדת של המערערות לפני הוועדה:

התיק השלישי שתלוי ועומד בפני בית-המשפט העליון, שבו אני מייצגת זוג לסביות שמגדלות יחד את הילדים שכל אחת מהן ילדה, בא לפתור את בעייתן של לסביות רבות שרוצות אימוץ מכוח חוק האימוץ הישראלי, ולהכיר בהורות המשותפת הזו... אני מאוד מקווה שתצא משם סוף-סוף קריאה והכרה במציאות חייהם של מאות נשים וילדים שבפועל גדלים במשפחות הומו-לסביות, עם שתי אימהות, לפעמים גם עם שני אבות (מתוך פרוטוקול ישיבת הוועדה מיום 17.6.03) [ההדגשים הוספו - א' מ'].

נמצא כי ההכרעה בערעור שלפנינו מחייבת דיון בשאלה העקרונית הכללית, אם חוק האימוץ ניתן וראוי להתפרש כמכיר בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילד. את הדיון בסוגיה זו יש, לדעתי, לקיים במנותק מנסיבות עניינם הפרטי של המערערות וילדיהן. דעתי לגופה של הסוגיה האמורה היא, כי במצב החוקי הקיים לא ניתן להיענות לבקשת המערערות. המחוקק - שמן הסתם לא נתן את דעתו לאפשרות של אימוץ על-ידי בני-זוג בני אותו מין - נמנע מקביעת הסדר המכיר באפשרות האמורה. ואולם, גם פרשנות חוק האימוץ על-פי תכליתו האובייקטיבית אינה סובלת הרחבה כזאת. כן נראה, כי הכרת החוק בחריגים לכללים הרגילים נועדה לתת מענה נקודתי למקרים מיוחדים וקשים, אך לא כדי לאפשר לבית-המשפט להכיר בקטגוריות משפטיות כלליות חדשות. על-כן שאלת המפתח בערעור זה היא, אם רצוי הדבר שבית-משפט זה יכונן בדרך הילכתית הסדר ראשוני בשאלה רגישה ושנויה במחלוקת זו, שעניינה בהענקת מעמד (סטטוס) משפטי מוכר לבני-זוג חד-מיני. לשאלה זו, לדעתי, יש להשיב בשלילה. עקרון הפרדת הרשויות, ורגישותה המיוחדת של הסוגיה שהונחה לפנינו, מחייבים אותנו לנהוג בפרשתנו מידות של זהירות וריסון. גם על-פי מושכלות ראשונים יהיה זה נכון להניח למחוקק את כינונו של הסדר ראשוני בנושא האמור. ברם, עד שאתייחס לסוגיה העקרונית האמורה, אקדים ואסביר על שום-מה, לדעתי, עניינן של המערערות אינו יכול למצוא את תקנתו במסגרת הוראותיו, הכלליות והמיוחדות, של חוק האימוץ.

האם הילדים בני-אימוץ?

12. שניים הם הצדדים באימוץ: הקטין שאימוצו מבוקש, ומבקש האימוץ. על הקטין להיות בר-אימוץ (בנוסף להיותו "כשיר" לאימוץ, לפי סעיף 2 לחוק האימוץ, היינו מי שטרם מלאו לו 18 שנים), ואילו על המבקש לאמצו להיות כשיר לאמץ. קטין יהא בר-אימוץ (לפי סעיף 8 לחוק) אם הסכימו הוריו לאימוצו, או אם הוכרז כבר-אימוץ על-ידי בית-המשפט, בהתאם לסעיף 13. כלום שלושת הקטינים - בניה של המערערת 1 ובנה של המערערת 2 - הם בני-אימוץ? השאלה, לכאורה, מתעוררת על רקע העובדה שבהיוולדם כתוצאה מהפרייה מלאכותית בזרעם של תורמים אלמוניים, זהות אבותיהם של הקטינים אינה ידועה, ואף ניתן להניח כי לא תיוודע (ראו תקנה 15 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, האוסרת מסירת מידע בנוגע לזהותו של תורם זרע; וכן: פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (כרך ב', התשמ"ט-1989), עמ' 129, על אודות הפרקטיקה הנוהגת בבתי-החולים להעלמת זהותם של התורמים). לכאורה ניתן להקשות, אם לילד שנולד מתרומת זרע אנונימית יש "אב", שעל-פי סעיף 8 לחוק הינו בעל מעמד בהליך. שאלה זו אינה פשוטה, כלל-ועיקר. הפרייה המלאכותית של אישה, בזרע שנלקח מתורם זר, יוצרת מכלול סבוך של שאלות רפואיות, פסיכולוגיות, מוסריות ומשפטיות. בדבר מעמדו המשפטי של תורם הזרע ובשאלת אבהותו לצרכים שונים נחלקו הדעות, הן בדין העברי והן בקרב המלומדים (לעניין זה ראו: שיפמן, שם, עמ' 108-118).

קושי זה, הגם שאינו חוסם את האפשרות המשפטית להכריז על הילדים כבני-אימוץ, אינו מייתר את הצורך בכך כטענת המערערות. המחוקק, שהביא בחשבון מצבים כאלה, קבע, כי רשאי בית-המשפט להכריז על ילד בר-אימוץ, בין היתר, אם נוכח כי "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו" (סעיף 13(1) לחוק האימוץ), או כי "ההורה הוא אבי הילד אך לא היה נשוי לאמו ולא הכיר בילד כילדו" (סעיף 13(2) רישה). שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי ציינו, בקצרה, כי גם אם מניחים כי העילות שבסעיפים 13(1) ו-2(2) תוכנה והילדים יוכרזו כבני אימוץ, תהא זו הכרזה לבטלה, שכן החוק אינו מאפשר אימוץ כזה, ועל-כן הכרזת הילדים כבני-אימוץ אינה לטובתם. אני מסכים, כי בהיעדר עילה כדין להתיר את האימוץ המבוקש, אין משמעות להכרזת הילדים כבני-אימוץ; מה גם שענייננו אינו בהכרזה על קטין כבר-אימוץ מחמת הצורך להעבירו מרשות הוריו הביולוגיים לרשותה של משפחה מאמצת. אך מכאן לא נובע (כסברת שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי) כי אימוצם של הילדים, במתכונת המבוקשת על-ידי המערערות, אינה לטובתם; שכן, שאלת טובתם של הילדים טעונה בירור נפרד.

הכשירות לאמץ

13. סעיף 3 (רישה) לחוק האימוץ, שעניינו "כשירות המאמץ", קובע - כ"דרך המלך" - כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". מעיון בדברי הכנסת ובדיוני ועדת השירותים הציבוריים של הכנסת - שהכינה את חוק האימוץ, תש"ך-1960 לקריאות השנייה והשלישית - עולה, כי בצירוף "איש ואשתו יחד" כיוון המחוקק, בבירור, לבני-זוג הנשואים כדין (ראו: דב"כ כרך 27, 2315; כרך 29, 2136-2137; וכן: נ' מימון דיני אימוץ ילדים (תשנ"ד-1994) 105). דומה כי עד כה לא הועמד בית-המשפט בפני ההכרח לדון בצדקתה של הנחה פרשנית זו (השוו: ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69), ואף בענייננו צורך כזה אינו מתעורר. הואיל ועל-פי הדין הקיים בני-זוג חד-מיני אינם יכולים להינשא, ממילא אין הם כשירים לאמץ ילד "יחד", כדרך "איש ואשתו". עם זאת, וכחריגים לכלל האמור, מתיר סעיף 3 (סיפה) לחוק - בהתקיים התנאים הקבועים בסעיפים-קטנים 3(1) או 3(2) - אימוץ על-ידי מאמץ יחיד. סעיף 3(1) קובע, כי בית-המשפט רשאי ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד "אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן"; ואילו לפי סעיף 3(2) לחוק, רשאי בית-המשפט לתת צו אימוץ למאמץ יחיד "אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי".

כמו בטיעוניהן לפני ערכאות קמא, כך גם בערעורן, חזרו המערערות והבהירו, שוב ושוב, כי אינן סומכות את בקשתן על סעיף 3(1) לחוק האימוץ. אנהג אפוא כבקשתן, וכמו ערכאות קמא, אף אני אמנע מלהידרש לשאלה אם המונח "בן זוגו", האמור בסעיף 3(1), עשוי וראוי להתפרש ככולל גם את ה"ידוע בציבור" כבן-זוגו של ההורה. כפועל-יוצא מכך, ומבלי לקבוע מסמרות לעניין זה, עליי להניח, כי סעיף 3(1) אינו מאפשר אימוץ ילד על-ידי בן-זוגו - שהוא בן-מינו - של ההורה. השאלה המחייבת דיון היא אם סעיף 3(2) לחוק - שעליו, ועליו בלבד, סמכו המערערות את עמדתן - מקים, לכל אחת משתיהן, עילת אימוץ כמאמצת יחידה של צאצאי זולתה. סעיף 3(2) מתנה את כשירותו של מאמץ יחיד בהתקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: האחד, כי הוריו של המאומץ נפטרו; השני, כי המאמץ הוא מקרובי המאומץ; והשלישי, כי המאמץ הוא בלתי נשוי. שני התנאים הראשונים - פטירת הוריו הביולוגיים של המאומץ והיותו של המאמץ מקרוביו של המאומץ - אינם מתקיימים גבי אף אחת מן המערערות. נמצא כי על-פי סעיף 3(2), כשהוא לעצמו, אף אחת משתיהן אינה כשירה להיות מאמצת יחידה. בניסיון להתגבר על מכשול זה הסתמכו המערערות על הוראת סעיף 25(2) לחוק האימוץ, הקובע כי בית-המשפט רשאי - אם נוכח שהדבר יהיה לטובת המאומץ, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו - להכשיר אימוץ על-ידי מאמץ יחיד לפי סעיף 3(2), תוך סטייה משני הסייגים

הראשונים הקבועים בו ("פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ"). המערערות קיוו להיבנות מפשטות לשונם של סעיפים 3(2) ו-25(2) לחוק. אלא שהפעלתו של סעיף 25(2) - כמובהר בסעיף 25 רישה - מותנית בכך שבית-המשפט נוכח שהדבר יהיה לטובת המאומץ ובקיום נסיבות מיוחדות וטעמים המצדיקים לסטות מן הסייגים שנקבעו בסעיף 3(2). למשמעותם של תנאים אלה אפנה עתה.

"טובת המאומץ"

14. מן המפורסמות היא, כי בכל עניין הנוגע לקטין, טובתו של הקטין מהווה שיקול מרכזי במערך השיקולים שעל-פיהם יש להכריע בעניינו. עיקרון זה פורש את כנפיו על כל הוראותיו של חוק האימוץ. כך עולה מסעיף 1(ב) לחוק:

צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ.

הצירוף "טובת המאומץ" נועד לשקף את האינטרס של הקטין שאימוצו מבוקש (ראו: דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, דברי השופט חשין בעמ' 97-99). הלכה מיוסדת היא, כי טובת המאומץ, כשלעצמה, אינה מהווה עילת אימוץ. כדברי השופט ברק, "טובתו של קטין היא שיקול במסגרת עילה קיימת ולא שיקול היוצר עילה שאינה קיימת בלעדיו" (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 468. כן ראו: ע"א 623/80 פלונית נ' יועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(2) 72, 75; וע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 148). משמע, כי אין די בכך שאימוצו על-ידי פלוני עולה בקנה אחד עם טובת המאומץ, כדי להוביל להכרזה על פלוני ככשיר לאמצו. כך, למשל, האינטרס של הקטין להיות מאומץ על-ידי פלוני אינו יכול - בהיעדר עילת אימוץ כדין - לגבור על זכות הוריו הביולוגיים להחזיק בו (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 99 ו-104; ע"א 3798/94 הנ"ל, בעמ' 144 ואילך; ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 82; ד' דורנר, "טובת הילד וזכויות ההורים", רפואה ומשפט 26, 101).

מכאן נובע, כי על-פי סדר הדברים הרגיל, רק משנוכח בית-המשפט כי הוכחו לפניו כשירותו של המאמץ וקיומה של עילת אימוץ, ייפנה לבחון - כחובתו לפי סעיף 1(ב) לחוק - אם מתן צו האימוץ הוא לטובת המאומץ. עם זאת נראה, כי הסדר הרגיל אינו יאה למקרה שבו נדרש בית-המשפט להחליט, אם מתן צו לאימוץ קטין על-ידי מאמץ יחיד, תוך סטייה מסייגיו של סעיף 3(2) לחוק, הוא לטובת המאומץ. שאלת טובתו של המאומץ, במקרה מן הסוג האמור, מהווה אחד השיקולים שעל יסודם אמור

בית-המשפט להכריע בשאלה אם הוכחו לפניו תנאי סעיף 25(2) לחוק האימוץ, שהוכחתם מהווה תנאי להכרה בקיומה של עילת אימוץ, על-פי סעיף 3(2) לחוק, תוך סטייה מסייגיו. נמצא כי במקרים מסוג זה מוטל על בית-המשפט לסטות גם מן הסדר הרגיל ולהכריע בדבר טובתו של המאומץ במסגרת בירור קיומה של העילה.

15. ההכרעה בשאלת טובת המאומץ, מקום שאין המדובר בקטין עזוב, הנזקק למשפחה מאמצת לסיפוק צרכיו החיוניים, מעוררת שאלות לא-פשוטות. אף במקרים פחות מורכבים מזה שלפנינו, השאלה אם האימוץ הוא "לטובת המאומץ" (קרי: הולם את האינטרס שלו) אינה יכולה להתברר במנותק מבחינתם של אינטרסים סותרים, של פרטים אחרים או של הציבור. וכאשר נוכח בית-המשפט, כי אל מול טובת המאומץ ניצבים אינטרסים אחרים, מוטל עליו לבסס את הכרעתו על איזון ראוי בין האינטרסים הנגדיים (השוו: דנ"א 7015/94 הנ"ל, דברי השופט חשין בעמ' 97). אכן, לטובת המאומץ נודע משקל רב. אך טובת המאומץ אינה מהווה שיקול יחיד. בעניין זה ניתן להפנות לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, משנת 1989, שישראל צד לה (כתבי אמנה 1038, כרך 31, 224). סעיף 3(1) לאמנה קובע, כי בכל הכרעה הנוגעת לעניינו של ילד, טובתו של הילד מהווה "שיקול ראשון במעלה". ודוק: שיקול ראשון במעלה, אך לא שיקול בלעדי או מכריע. אבן-בוהן זו יאה גם לקביעת מקומה של טובת הילד המועמד לאימוץ במידרג השיקולים שעל בית-המשפט להביאם בחשבון.

עולה, כמובן, גם השאלה, על-פי אלו אמות-מידה יחליט בית-המשפט, כי מתן צו אימוץ על-ידי מאמץ יחיד, לקטין שהוריו לא נפטרו ושאינו סובל מחסרונה של מסגרת הורית תומכת, הוא לטובת המאומץ. משעלתה לפני בית-המשפט השאלה בדבר "טובת המאומץ", בפרשתו של ע"א 1165/01 הנ"ל, לא ראה בית-המשפט קושי בהכרעתה. אלא ששם היה המדובר בנערה שבגרה והביעה רצון מפורש להיות מאומצת על-ידי בת-זוגו של אביה, אשר גידלה אותה מאז התייתמה מאימה בהיותה ילדה קטנה. בנסיבות אלו לא ראה בית-המשפט קושי לקבוע כי רצונה של המאומצת משקף את טובתה. כדברי השופט חשין:

ביודענו כי הנערה - כיום נערה בגירה - הביעה רצונה לאימוץ, נדע כי זו טובתה. מי הוא זה ואיזה הוא שיאמר אחרת? (שם, בעמ' 81).

אימוצו של בגיר (חרף היותו חריג להסדרו הרגיל של החוק) מצדיק, מעצם מהותו, התייחסות מיוחדת; ואם לא נוכח בית-המשפט כי מיסוד הקשר של הורות, בין מבקש האימוץ לבין המאומץ הבוגר, אינו פוגע באינטרס הציבורי או בזכותו של אדם אחר,

ייטה להתיר את החריג (ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, דברי השופטת ביניש בעמ' 174 ואילך). אך מהן אמות המידה שעל-פיהן יכריע בית-המשפט בשאלה אם האימוץ, בנסיבות המתוארות, הוא לטובתו של מאומץ קטין? בפרשתנו מתעוררת שאלה זו בכל חריפותה, שכן כל שלושת הילדים שבהם המדובר הם קטינים. הנני נכון להניח - כטענת המערערות - כי שלושת הילדים אכן "מסכימים" לאימוץ ואף "רוצים" בו. אך הסכמתו ורצונו של קטין אינם יכולים להכריע את הכף, ובדבר טובתו אמור בית-המשפט להחליט על-פי מה שנראה - בעיני בית-המשפט - האינטרס האמיתי של הקטין (ראו פסק-דינו של השופט חשין בדנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 97-99). המערערות, שביקשו לשכנענו כי גם על-פי מבחן האינטרס של הקטינים, מתן צווי האימוץ הינו לטובתם, מנו לפנינו את כל טובות ההנאה, החומריות והאחרות, שתצמחנה לקטינים מעיגונו החוקי של הקשר המשפחתי המתקיים בפועל בינן לביניהם ובין הקטינים לבין עצמם. הנני נכון לקבל, כי אימוצו של כל אחד מהקטינים על-ידי בת-זוגה של אימו, עולה בקנה אחד עם האינטרסים החומריים שלו. כך, למשל, זכותו למזונות - שלעת הזאת תלויה בחיוביהן החוזיים ההדדיים של המערערות - תהפוך לזכות מן הדין. הוא הדין בזכותו לרשת, שלא תהא עוד תלויה בקיומה ובתוקפה של צוואה שנכרתה בעקבות ההסכם בין המערערות. אימוצו, כאמור, יקנה לו גם זכויות לפי חוק שבמצב הנוכחי אינן נתונות לו (הפרטים הובאו בסקירת טיעוני המערערות, ולא אחזור עליהם). אך כלום אימוצו של כל אחד מהקטינים יהיה לטובתו - משמע, יהלום את האינטרס שלו - גם מבחינות אחרות? התשובה לשאלה זו היא פחות מובנת מאליה. כך, למשל, ניתן להקשות אם שינוי מעמדו האישי של קטין, מהיותו בנה של אם חד-הורית להיותו בנן של שתי אימהות חד-הוריות, יהיה מבחינתו שינוי לטובה? שאלה זו יש לבחון במבט לעתיד: כיצד ישפיע מעמדו החריג על תפיסתו את מצבו, על יחס הבריות אליו ועל יחסו הבינאישיים? התשובה לשאלות אלו תלויה במידה רבה בתוכן המוסכמות המקובלות בחברתנו. והעיון בטענותיהן של המערערות לא הניח את דעתו, כי גם מנקודת המבט האמורה עלה בידיהן להוכיח כי מתן צווי האימוץ המבוקשים יהיה לטובת הקטינים.

"נסיבות מיוחדות"

16. הסטייה משני סייגיו הראשונים של החריג לכלל, הקבוע בסעיף 3(2) לחוק, מותרת - כמצוות סעיף 25 - בהתקיים "נסיבות מיוחדות". משלא ראה המחוקק לקבוע אלו נסיבות ראויות להיחשב כנסיבות מיוחדות לעניין זה, מוטל על בית-המשפט להכריע בכך לפי שיקול-דעתו. אך שיקול-הדעת הנתון לו, ככל שהוא רחב, איננו בלתי-מוגבל.

בע"א 7155/96, שהוזכר (בפסקה 15) דלעיל, עמדה לדיון השאלה כיצד יפורש סעיף 25(1) לחוק האימוץ, שבהתקיים נסיבות מיוחדות מתיר בית-המשפט לסטות מן הסייג הקבוע בסעיף 2 לחוק, ולפיו "אין אימוץ אלא באדם שלא מלאו לו 18 שנה". בהתייחסה למהות הדרישה לקיומן של "נסיבות מיוחדות", בהקשר האמור, אמרה השופטת ביניש:

אכן, ראוי הוא מבחן קיום יחסי הורה-ילד להוות את לב לבו של שיקול-הדעת של בית-המשפט בישראל בבואו לבחון אם במקרה שלפניו מדובר בנסיבות מיוחדות כמשמען בסעיף 25 לחוק האימוץ... אם יש כוונה כנה לקיום מערכת יחסי הורה-ילדים, ויש תשתית מוצקה המצביעה על-כך שכבר כוננו יחסים אלה, הרי שלכאורה נתקיימו "נסיבות מיוחדות", ואם האימוץ הוא "לטובת המאומץ", יש לבחון אם יש סיבה ראויה שלא ליתן גושפנקא חוקית ליחסים אלה על דרך של צו-אימוץ... כמבחן עזר ייתן בית-המשפט משקל נכבד למשך קיום יחסי הורה-ילד, ולמועד היווצרותם. ככל שמשך היחסים ארוך יותר, וככל שהחל בשלב מוקדם יותר, ייטה בית-המשפט יותר להכיר בהם כ"נסיבות מיוחדות" המצדיקות צו אימוץ (שם, בעמ' 181-183) [ההדגש הוסף - א' מ'].

על דברים אלה, שהתייחסו לפרשנותן של "נסיבות מיוחדות" להחלתו של סעיף 3(1) לחוק, הסתמך בית-המשפט בע"א 1165/01 הנ"ל, בו נדרש להכריע בשאלת התקיימותן של "נסיבות מיוחדות" להחלתו של סעיף 3(2). יושם-אל-לב, כי בשתי הפרשיות עמדה לפני בית-המשפט השאלה אם להתיר אימוץ של בגיר. אף שמן הבחינה הזאת ענייננו שונה, הנני נכון להסכים שקיום יחסי הורות-כפועל לאורך זמן, בין המבקש לבין המועמד לאימוץ, מהווה שיקול בעל חשיבות בהכרעת דבר התקיימותן של נסיבות מיוחדות - כמשמען בסעיף 25 - להחלת הוראותיהם של סעיפים 3(1) ו-3(2). אולם, אף שזהו שיקול חשוב, אין הוא שיקול שבכוחו להכשיר כל אימוץ. דעתי היא, כי התנאי המחייב קיום "נסיבות מיוחדות" הוא תנאי-שסתום הכולל מערכת איזונים וריסונים פנימית. מחד, הוא מאפשר לבית-המשפט מידה של גמישות במקרים מיוחדים, שנסיבותיהם מצדיקות לדעתו סטייה מסייגיו הנוקשים של החוק. מאידך, מטיל הוא על בית-המשפט מגבלות הנגזרות מתכליתו החקיקתית של חוק האימוץ. מקובלת עליי קביעת השופטת ביניש, כי בהתקיים יחסי הורות כפועל בין המבקש לבין המועמד לאימוץ, מוטל על בית-המשפט לבחון "אם יש סיבה ראויה שלא ליתן גושפנקא חוקית ליחסים אלה על דרך של צו אימוץ". אלא שלשיטתי, בחינתה של השאלה האמורה אינה "חיצונית" להכרעה בדבר קיומן של נסיבות מיוחדות, אלא

מהווה חלק מן האיזון הפנימי שעל בית-המשפט לערוך בין עובדותיו ונסיבותיו של המקרה האינדוידואלי העומד לבירור לבין שיקולים המתחייבים מן התפיסה שבהפעלתו של סעיף 25 לחוק אין בית-המשפט רשאי להתיר סטייה מן הסייגים הנוקשים הקבועים בחוק האימוץ, אם הסטייה אינה מתיישבת עם תכליתו של החוק. בחינת ענייננו הביאתני לכלל מסקנה, כי האימוץ המבוקש על-ידי המערערת אינו מתיישב עם תכליתו של החוק, ומכאן שבפרשתנו אין מתקיימות "נסיבות מיוחדות" כנדרש בסעיף 25(2) לחוק.

17. אינני רואה צורך להרחיב בדבר תכליתו ה"סובייקטיבית" של חוק האימוץ; קרי, התכלית שהמחוקק שיווה לנגד עיניו במועד חקיקתו. די כי אומר, כי מקורות חקיקתו של החוק - כמו גם מקורות חקיקתו של חוק אימוץ ילדים, תש"ך-1960 - עולה בבירור, כי ההכרה בזכותם של בני-זוג חד-מיני לאמץ ילד, לא עלתה כלל על דעתו של המחוקק. מאידך ברי, כי חקיקתו של סעיף 25 לחוק (בדומה למקבילו הישן, סעיף 22 לחוק משנת תש"ך) נועדה לאפשר גמישות מסוימת בהפעלת הוראותיו של החוק, מקום שטובת המאומץ ונסיבותיו יוצאות הדופן של המקרה הנתון יצדיקו, בעיני בית-המשפט, סטייה מאיזה מסייגיו הנוקשים של החוק. הכלל, כאמור, הוא, כי אין אימוץ אלא במי שטרם מלאו לו שמונה-עשרה שנים ורק על-ידי "איש ואשתו יחד". סעיפים 3(1) ו-3(2), שנועדו לספק מענה למקרים חריגים, מאפשרים סטייה מן הכלל בכפוף לסייגים שפורטו בכל אחת מחלופותיהם. ואילו סעיף 25, המאפשר סטייה מסייגיהם של סעיפים 3(1) ו-3(2), הוא על-כן בבחינת חריג שבחריגים. על רקע זה התגבשה התפיסה - שעליה הסתמך המשיב בטיעוני תשובתו לערעור - כי סעיף 25 נועד למקרים יוצאי-דופן, שבהם מתעורר צורך אנושי דחוף לאפשר אימוץ של ילדים שבדרך הרגילה לא ניתן למצוא להם בית. לשיטה זו, את השימוש בסעיף 25 לחוק יש להגביל למקריהם של ילדים עזובים או בעייתיים; כשלרוב המדובר בילדים גדולים או פגועים, שנפלטו ממשפחותיהם או ממשפחות שהיו מועמדות לאמצם. ההנחה היא כי מסירתו של ילד כזה למאמץ יחיד, שאינו מקרובי משפחתו, עדיפה על-פני השארתו במוסד, ועל כן היא בבחינת הרע במיעוטו (ראו: נ' מימון, בספרה הנ"ל, בעמ' 109; ופ' שיפמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 148-149 וכן בעמ' 180, הערה 24). על-פי תפיסה זו, לסעיף 25 אין כלל תחולה במקרה שלילד שאימוצו מבוקש יש הורה המגדל אותו ומטפל בו היטב ושאינן איש חולק על מסוגלותו למלא את חובותיו ההוריות.

18. תפיסה זו, המגבילה את היקף התפרשותו של סעיף 25, על-פי התכלית שהמחוקק ראה לנגד עיניו במועד חקיקתו, רק למקריהם הקשים של ילדים עזובים ופגועים, שוב אינה מקובלת. שורשיה של תפיסה זו נעוצים, כאמור, בתכלית שהמחוקק שיווה לנגד עיניו בעת חקיקתו של חוק האימוץ. זו אכן תכליתו הסובייקטיבית של

החוק. אך פרשנותו התכליתית של חוק אינה מגבילה עצמה לתכלית שהוצבה ביסודו בעת חקיקתו. כדברי הנשיא ברק:

בצד התכליות הסובייקטיביות ישנן תכליות אובייקטיביות העולות מלשון החוק וממקורות חיצוניים והנגזרות מערכי היסוד של השיטה. כל אלה יחד מהווים את תכלית החקיקה. גישה זו לתכלית החקיקה מאפשרת את התאמתו של החוק לשינויים החברתיים ואל "תנאי החיים המשתנים". החוק נחקק בעבר, אך הוא נועד ליתן תשובה לבעיות העתיד. בדרך כלל, המחוקק אינו יוצר חוק שיחול לגבי העבר בלבד. החוק נותן פתרון לבעיות העולות במשך הזמן. הזמן אינו עומד מלכת, ועמו גם הפתרון שהחוק נותן (א' ברק, פרשנות במשפט (1993), כרך ב') 265).

התפיסה שבפרשנותו התכליתית של חוק מן הדין ליתן את הדעת גם לתכליתו האובייקטיבית, כבר יושמה על-ידי בית-המשפט, הלכה למעשה, גבי פרשנותו של סעיף 25(2) לחוק האימוץ. משעלתה הסוגיה בע"א 1165/01, אמר השופט אנגלרד:

לטעמי, אין בכוחה של ההיסטוריה החקיקתית לצמצם את משמעותו העצמית של נוסח החוק, שעם חקיקתו חי חיים פרשניים עצמאיים על רקע תכליתו. כך, איני רואה כל הכרח לצמצם את הוראת סעיף 25(2) לחוק למקרים של קטינים עזובים החיים במוסד, על יסוד הסברים שניתנו על ידי חברי כנסת בעת הליכי החקיקה (שם, בעמ' 76).

19. המערערות טענו, כי עניינן אינו שונה מפרשתו של ע"א 1165/05, ומשמצא בית-המשפט דרך פרשנית להכשיר את האימוץ בפרשה האמורה, מן הדין כי יכשיר אף את האימוצים המבוקשים על-ידן. דעתי היא, כי הנדון אינו דומה לראיה.

עניינו של ע"א 1165/01 הנ"ל היה בכשירותה של אישה לאמץ את בתו הבגירה (כבת 21) של בן-זוגה, שאימה נפטרה בעוד הבת תינוקת. הוברר כי המבקשת חייתה עם אבי המאומצת מאז שהתאלמן מאשתו, הייתה כאם לבתו וגידלה אותה. בית-המשפט (בהרכב מורחב) פסק, פה אחד, כי במקרה הנדון התקיימו תנאי סעיף 25(2) לחוק האימוץ, המאפשרים לבית-המשפט לסטות מסייגי סעיף 2 לחוק (בדבר גיל המאומץ) ומסייגיו של סעיף 3(2) לחוק (לעניין פטירת הורי המאומץ וקירבת המאמץ), שכן מתן צו האימוץ המבוקש הוא לטובת המאומצת, שהביעה במפורש את רצונה במיסוד הקשר ההורי שהתקיים בין המבקשת לבינה מאז היותה תינוקת וכי בנסיבותיה

המיוחדות של הפרשה מוצדק להכשיר את האימוץ. כפי שכבר צוין לעיל, בחר בית- המשפט לייסד את הכרעתו על הוראת סעיף 3(2) לחוק, שעל יסודו הוכרה המבקשת כמאמצת יחידה, ובכך נחסך מעמו הצורך להתמודד עם השאלה אם "בן זוגו" של הורה המאומץ, כמשמעו בסעיף 3(1) לחוק, כולל גם את הידוע בציבור כבן-זוגו.

העניין שלפנינו שונה מפרשתו של ע"א 1165/01 לפחות בשניים: ראשית, ביחס לשאלה אם מתן הצווים המבוקשים על-ידי המערערות הוא אכן לטובת המאומצים. בפרשתו של ע"א 1165/01 ההכרעה בשאלה זו לא עוררה קושי. המדובר שם היה בבגירה, שהביעה רצון גלוי ומפורש במיסוד הקשר עם מי שמאז ינקותה גידלה אותה כאם. כבר הזכרתי את דברי השופט חשין, שהסתפק בהצהרתה של המאומצת כהוכחה ניצחת לכך שהאימוץ יהיה לטובתה. יצוין כי גם בפסק-דינו של השופט אנגלרד הוטעם (שם, בעמ' 76-77), "כי המקרה הנדון נוגע לאימוץ של בגיר, שהשיקולים לגביו שונים מעצם מהותו מן השיקולים הנוגעים לאימוצו של ילד קטין". לשוני שבין בחינת טובתו של מאומץ בגיר לבין בחינת טובתו של מאומץ קטין כבר התייחסתי לעיל, בהסתמכי, בין היתר, על דברי השופטת ביניש בע"א 7155/96 הנ"ל (בעמ' 174 ואילך). בענייננו, כפי שכבר ציינתי, טיעוני המערערות לא שכנעוני כי גם מן הבחינה הלא-חומרית אימוצו של כל אחד משלושת הילדים על-ידי בת-זוגה של אימו הינו לטובתו. ושנית, ביחס להרכבו של התא המשפחתי שבגדרו מבקשת כל אחת מן המערערות להכיר בה כמאמצת יחידה. יצוין כי בטיעונו לפני בית-המשפט בע"א 1165/01 העלה המשיב את החשש כי הכרעה לטובת המבקשת (שכאמור, הייתה ידועתו בציבור של אבי המאומצת) תוליך גם להכרה באימוץ על-ידי זוגות חד-מיניים. בדחתו טיעון זה ציין השופט חשין (מבלי לנקוט עמדה בדבר כשירותו של זוג חד-מיני), כי "האינטרסים המתנגשים במערכת עובדות של זוג חד-מיני שונים מן האינטרסים המתנגשים במערכת שלפנינו" (שם, בעמ' 82). בפרשתו של ע"א 1165/01 אכן ראה בית-המשפט להסתמך על סעיף 25(2) כבסיס לסטייה מהוראת סעיף 3(2) המתיר אימוץ על-ידי מאמץ יחיד (שהוא קרובו של המאומץ) "אם הורי המאומץ נפטרו". לדידי, אין בהכרעה זו כדי להוביל לקבלת טענת המערערות, כי ניתן להכריז על כל אחת משתיהן כאם מאמצת יחידה לילדי רעותה, מבלי שתהיה בכך משום נקיטת עמדה ערכית מצד בית-המשפט ביחס למעמדם של זוגות חד-מיניים ושאלת זכותם לאמץ ילדים. אף מן הבחינה הזאת ענייננו אינו דומה לפרשתו של ע"א 1165/01: שם דובר במאומצת שאימה נפטרה, ואילו בענייננו המדובר בילדים שלכל אחד מהם יש אם. כפי שכבר ציינתי בפתח הדברים, קבלת בקשתן של המערערות תתפרש בהכרח - ולדידי, לא תוכל שלא להתפרש - כהכרה בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילד; למצער, האחד את צאצאי זולתו. בהכרעה כזאת, כי תצא מתחת ידינו, גלומה בשורה ערכית ואף השלכות הרוחב שתהיינה לה גלויות לעין. נמצא כי איננו מתבקשים

להכריע במקרה אינדיווידואלי שמתקיימות בו "נסיבות מיוחדות" - ככל שהמערערות התיימרו להציג את עניינן - אלא בקטגוריה כללית של מקרים שמתקיימות בהם נסיבות דומות. כלום הכרעה מסוג זה עולה בקנה אחד עם תכליתו האובייקטיבית של חוק האימוץ? לשאלה זו, כפי שכבר הבהרתי בפתח הדברים, יש, לדעתי, להשיב בשלילה. לסוגיה זו אפנה עתה.

אימוץ בגדרו של תא משפחתי חד-מיני

20. מתן צו אימוץ מכונן סטטוס אישי חדש למאמץ ולמאומץ: מכוח הצו הופך המאמץ להורהו של המאומץ, ואילו המאומץ הופך ל"צאצאו" החוקי של המאמץ. מטריד במיוחד, בענייננו, הוא חלקה השני של המשוואה: אם תיענה בקשת המערערות תהפוכה שתיהן לאימותיהם כחוק של שלושת הקטינים; משמע שלכל אחד משלושת הילדים תהיינה שתי אימהות, האחת אימו הביולוגית והאחרת אימו המאמצת; וכבר הערתי כי, לדידי, כלל אין זה ברור ששינוי כזה בסטטוס של כל אחד מהקטינים הינו לטובתו. על-כל-פנים, הכרה באימוץ המבוקש - ומכך לא ניתן להימלט - תהווה הכרה נורמאטיבית בקיומו של תא משפחתי חד-מיני. עד כה הכיר הדין, לצד התא המשפחתי המסורתי - הכולל הורים הנשואים זה לזה וילדיהם - גם בקיומו של תא משפחתי חד-הורי" (ראו: חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992). לצרכים כאלה ואחרים הכיר הדין גם בקיום תא משפחתי הכולל הורים "ידועים בציבור", גבר ואישה החיים יחדיו ללא נישואים; ולהכרה זו ניתן ביטוי מסוים גם בהגדרת הזיקה שבין הורים לא-נשואים לבין ילדיהם. כך, למשל, נקבע בסעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, כי "שם אביו של ילד שנולד לאישה פנויה יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד, או על פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך" (וראו, באותו הקשר ענייני, את הוראת סעיף 3 סיפה לחוק השמות, התשט"ו-1956). אולם עד היום טרם הוכר בחוק, או בהילכות בית-המשפט הנוגעות לסוגיית המעמד האישי (להבדיל מאשר לעניינין של זכויות חומריות כאלה ואחרות), קיומו הנורמאטיבי של תא משפחתי הכולל בני-זוג בני אותו מין. אישור האימוץ המבוקש יהווה, אם כן, הכרה עקרונית ראשונה בסוגה באפשרות קיומו של תא משפחתי שהמחוקק טרם ראה מקום להכיר בו.

אינני מתעלם מטענת המערערות, כי דבר קיומם של זוגות חד-מיניים נפוץ וידוע לציבור הרחב בזמננו יותר משהיה נפוץ וידוע בעבר. אף עליי מקובל, כי היחס של חלק לא-מבוטל מן הציבור לתופעת קיומם של זוגות כאלה, הוא כיום הרבה יותר רציונאלי - וממילא אף יותר סובלני - ממה שהיה בעבר. למפנה זה ניתן אף ביטוי מסוים בחקיקה: בשנת 1988 בוטל האיסור הפלילי על קיום יחסי מין בין גברים (ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988) ובשנת 1992 אסר המחוקק הפליה בעבודה מטעמי נטייה מינית (ראו: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון), התשנ"ב-

1992). בשנת 1993 תוקנו גם פקודות הצבא ונאסרה לפיהן הפליה בשל נטייה מינית; ובשנת 1998 ביטל הצבא כליל פקודות שעסקו בחיילים הומוסקסואלים (לעניין ההתפתחות ראו: א' הראל, "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", המשפט 195). אך גלוי וידוע, כי יחסה של החברה הישראלית להומוסקסואלים וללסביות עדיין רחוק מלהיות חד-ערכי; וכי בקרב חוגים רחבים בציבור תופעת הזוגיות החד-מינית נתפסת כתופעה חריגה. דעתי היא, כי במצב דברים זה אין מקום לקבל את הטענה, כי פרשנות התומכת בקבלת בקשתן של המערערות יכולה להתיישב עם תכליתו של חוק האימוץ. קבלת בקשתן תיצור, בדרך פרשנית, קטגוריית מאמצים חדשה, שבחוק האימוץ אין לה גם אפס-קצהו של זכר משתמע. להרחבה פרשנית כה ניכרת של גדר החריגים, שבהם עשוי בית-המשפט ליתן צו אימוץ תוך סטייה מעילות האימוץ המוכרות והידועות, אין שמץ אחיזה בחוק האימוץ; ואף פרשנות החוק על רקע תכליתו האובייקטיבית, ותוך מתן משקל מרבי להתפתחויות שחלו בתפיסות החברתיות מאז חקיקתו, אין בכוחה לכסות על פני הפער.

21. דעתי היא אפוא, כי את התיבה "נסיבות מיוחדות", שבסעיף 25 לחוק, לא ניתן לפרש באופן שיכיר - ולוא גם בעקיפין ובמשתמע - במעמד המשפטי של זוגות חד-מיניים. אבקש להוסיף, כי מתן פירוש כזה אף אינו רצוי. ראשית, משום שענייננו בכינונו של הסדר ראשוני הנוגע לתחום המעמד האישי, שיש לו משמעויות משפטיות החורגות מתחום יחסיהם של בעלי-הדין עצמם; ושנית, משום שהיחס החברתי לתופעת הזוגיות החד-מינית עודנו שנוי במחלוקת עמוקה בקרב רוב הציבור. שילוב שני הנימוקים הללו מוביל לכלל מסקנה, כי השאלה אם (ובאלו מקרים) יש להכיר בזכותם של בני-זוג חד-מיניים לאמץ ילד, היא מעניינו של המחוקק. עקרון הפרדת הרשויות, כמו גם אופייה ומורכבותה של הסוגיה, מנחים אותי לחשוב כי על בית-המשפט להימנע מיצירתו ומהענקתו, בדרך הילכתית, של מעמד (סטטוס) משפטי חדש. יפים לכאן דברי חברי הנשיא, שהתייחסו לדבר הנהגתם של נישואין אזרחיים:

שאלת הנהגתם של הנישואין האזרחיים בין בני-זוג חסרי עדה דתית - כמו גם הנהגתם של נישואין אזרחיים לגבי בני-זוג המשתייכים לעדות דתיות שונות - היא שאלה קשה וסבוכה. אין לגביה הסכמה לאומית. היא קשורה בהכרה בסטטוס, הפועל כלפי כולי עלמא. במצב דברים זה נראה לכאורה כי המוסד הראוי לטיפול ולהסדרת הנושא היא הכנסת ולא בית-המשפט (בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נ"א(3) 876, 878).

דברים ברוח זו, שהתייחסו ליצירת מוסד חדש של אימוץ, נאמרו על-ידי הנשיא בספרו על "שיקול דעת שיפוטי":

מקרה מיוחד של הקמת מבנים מוסדיים הוא זה של הכרה בסטטוס מיוחד. כעיקרון, עניין זה ראוי לו שייעשה בדרך של חקיקה על ידי הרשות המחוקקת, שכן לסטטוס השלכות בכל ענפי המשפט, ופיתוח הלכתי בדרך החקיקה השיפוטית אינו רצוי. על כן יש הסבורים כי אין ליצור בדרך הלכתית מוסד של אימוץ. אך דומה כי גם בעניין זה אין לקבוע מסמרות (א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז-1987) 258).

להלן (שם, בעמ' 289-290) עמד הנשיא על חובת השופט להתחשב, בבואו להכריע בדבר ערכי החברה והנורמות המשפטיות הנגזרות מהם, במידת ההסכמה או אי ההסכמה החברתית הקיימת לגביהם:

דעתי היא, כי על השופט להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה או אי ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולנורמות המשפטיות הנגזרות מהם. על השופט לשאוף לאותו פיתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית, או לפחות אינו סותר אותה. לדעתי, ראוי להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסות היסוד של הציבור... הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים הדמוקרטיים, בשיקולי הפרדת הרשויות ובצורך להבטיח את אמון הציבור. לדעתי, שופט אינו צריך לראות את עצמו כנושא דגל של הסכמה חברתית חדשה. בדרך כלל, בית הנבחרים הוא המוסד הראוי ליצירת שינויים דרסטיים בעניין זה. פעולה בניגוד להסכמה החברתית, תפגע, בטווח הארוך, באמון הציבור במערכת בתי המשפט וביכולתם של אלה לתפקד כראוי.

הנה-כי-כן, יש מקרים - ואלה, אמנם, נדירים - שבהם ראוי לבית-המשפט להדיר את עצמו מן ההכרעה בסוגיה שהונחה לפניו ואשר בשל אופייה מן הראוי להניחה למחוקק (השוו: בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419). כך מתחייב, בין היתר, מעקרון הפרדת הרשויות, הנמנה עם ערכי שיטתנו הדמוקרטית. ודוק: עיקרון זה אינו גורע מכוחו של בית-המשפט לפסוק, בגדר סמכותו ועל-פי שיקול-דעתו, בכל עניין המובא להכרעתו. עם זאת יש בו כדי להשפיע על בחירת השופט בין אופציות שונות העומדות לפניו. יש שהדרת עצמו מן ההכרעה אף

היא נמנית עם האופציות הפתוחות לפניו; וסוגיית ההכרה בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילד נמנית עם העניינים שראוי לבית-המשפט להניחם למחוקק.

22. לא למותר להזכיר, כי הסוגיה כבר עלתה על סדר-יומו של המחוקק. בשנים האחרונות הונחו לפני הכנסת מספר הצעות לשינויים בחוק האימוץ. בכמה מאלו (הצעות חוק פרטיות) הוצע להתיר אימוץ אף על-ידי זוגות חד-מיניים, אלא שהצעות אלה נדחו על-ידי הכנסת עוד בשלב הקריאה הטרומית. נמצא כי יד חברי הכנסת, שתמכו בהכרת כשירותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילד, הייתה עד כה על התחנתה. גם לשינוי קרוב בעמדת המחוקק קשה לצפות. ההכרה בכשירותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילד מותנית בהסדרה מוכרת של מעמדם כבני-זוג; וכל עוד לא קבע המחוקק מסלול חלופי לנישואים, לזוגות הטרוסקסואלים שאינם כשירים להתקשר בנישואים דתיים, קשה לצפות שייטול על עצמו להסדיר בחוק את מעמדם של זוגות חד-מיניים. אך מן האמור לא עולה כי בידי בית-המשפט למהר ולהכיר בפסיקתו במעמדם החוקי של זוגות חד-מיניים ולייסד מוסד אימוץ חדש במקומו של המחוקק.

23. די באמור עד כאן כדי להובילני אל המסקנה, כי דין ערעורן של המערערות לעניין אימוץ ילדיהן להידחות. למען שלמות התמונה אוסיף ואתייחס, בקצרה, לטענת ההפליה שהעלו המערערות. כן אתייחס בקצרה למשפטיהן של מדינות המערב, שאף בהם קיוו המערערות למצוא אחיזה לעמדתן.

הפליה

24. המערערות, כזכור, טענו, כי דחיית בקשתן תפלה אותן לרעה, בשל נטייתן המינית, וכן תפלה לרעה את ילדיהן. בהקשר זה הצביעו על מקרים שבהם לא נרתע בית-המשפט מלהכיר בזכויות כאלה ואחרות של הומוסקסואלים וביקשו להחיל גישה זו גם על עניינן.

טענות אלו אין בידי לקבלן. לעניין הטענה, כי דחיית בקשתן תפלה את המערערות לרעה בשל נטייתן המינית, מקובלת עליי קביעת שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי, כי שונותם של בני-זוג חד-מיניים מבני-זוג אחרים הינה רלוונטית לעניין תחולתו של חוק האימוץ, ונמצא כי המדובר בהבחנה לגיטימית ולא בהפליה פסולה (השוו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 109-110). לא למותר להוסיף, כי לשום אדם אין זכות לאמץ ילד. הטענה כי זכות אימוץ עומדת לכל אזרח נשענת על תפיסה הרואה בילדים מעין קניין, שזה מכבר עברה מן העולם הנאור (ח' גולדשמידט, "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי" - השלכות משפטיות של

הפסיקה בנוגע לאימוץ על-ידי זוג חד-מיני", המשפט ז' 217, 238). גם הטענה לעניין אפלייתם לרעה של הילדים דינה להידחות. לילד נתונה זכות לגדול בצל קורתם של הוריו ולקבל מידם את כל הדרוש להתפתחותו התקינה עד לבגירתו. אך מכאן לא נובע, כי לילד המוחזק ומטופל כראוי על-ידי אחד מהוריו נתונה זכות להיות מאומץ על-ידי בן-זוגו של ההורה.

25. גם מפסקי-דין, שבהם הכיר בית-משפט זה בזכויות כאלה ואחרות של הומוסקסואלים, אין המערערות יכולות להיבנות. בבג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 - שעליו הסתמכו המערערות - הכיר בית-המשפט בזכותו של דייל הומוסקסואל לקבל הטבות הניתנות לבן-זוגו של עובד, כחלק מתנאי עבודתו. פרשה זו עסקה בזכויות סוציאליות, הנובעות מתנאי העסקתו של אחד מבני-זוג חד-מיניים. לא כן פרשתנו, שבה הננו מתבקשים לכונן סטטוס אישי תקף, לכל דבר ועניין, כלפי כולי עלמא. גם באסמכתאות אחרות שאוזכרו בטיעוני המערערות אין כדי להקים בסיס לטענתן שאף בקשתן דינה להתקבל. בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות דינים עליון נה, 778, שעליו הסתמכו בטיעוניהן, אינו לעניין כלל. בפסק-דין זה ביטל בית-המשפט (בהסכמת המדינה) הוראות חקיקת משנה, ולפיהן חויבו רווקות ולסביות לעבור בדיקה פסיכיאטרית, כתנאי לקבלת שירותי הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית, ותחת זאת נקבע כי במקרים מיוחדים יוכל הרופא המטפל, לפי שיקול-דעתו, לדרוש חוות-דעת סוציאלית. אלא שביסוד ביטולן של ההוראות האמורות עמדה הזכות להורות (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד נ 661 (4); אך השוו פרשת משפחה חדשה, בג"ץ 2458/01 הנ"ל), ונמצא כי לפרשת ויץ ולענייננו אין ולא-כלום. גם בפרשתו של בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, אין כדי להועיל למערערות. בפסק-דינו בפרשה האמורה הורה בית-המשפט לפקיד הרישום במשרד הפנים לרשום במרשם האוכלוסין את אחת העותרות כאם שנייה לילד שילדה שותפתה לחיים, וזאת מכוח צו אימוץ שניתן לזכותה בקליפורניה. יצוין כי עתירה לדיון נוסף בפסק-דין זה (דנג"ץ 4252/00) עודנה תלויה ועומדת לפני בית-המשפט. אלא שגם לגופו של עניין, אין בפסק-הדין בפרשת ברנר-קדיש כדי להשפיע על הכרעתנו; שהלוא השאלה שעמדה בה לדיון עסקה רק בהיקף שיקול-הדעת הנתון לפקיד הרישום לסרב לרשום פסק-אימוץ זה, שניתן במדינה אחרת לפי דיניה. להבדיל משאלה זו, שעיקרה בסדרי מינהל מקובלים וראויים, השאלה העומדת לפנינו היא מהותית ועניינה ביצירתו של מוסד אימוץ חדש לפי דינינו. הוא הדין באשר לבג"ץ 293/00 פלונית ואלמונית נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים ואח', פ"ד נה (3) 318, שבו ביטל בית-משפט זה את האיסור שהטיל בית-הדין הרבני על אם לסבית להפגיש את בנותיה עם שותפתה לחיים. פסק-הדין בפרשה האמורה התמקד בשאלת

סמכותו של בית-הדין הרבני להטיל איסור שכזה, ונמנע במפורש מלדון בתוכן החלטתו של בית-הדין (ראו בעמ' 326 לפסק-הדין). נמצא כי אף בפסק-דין זה אין המערערות יכולות למצוא תמיכה לעמדתן.

דין משווה

26. המערערות טענו, כי בשיטות משפט שונות בעולם המערבי גובשו הסדרים העשויים להוות מודל גם להכרעה הראויה בפרשתן. כשלעצמי הנני סבור, שההכרעה בסוגיה כדוגמת זו שלפנינו תלויה, בין היתר, במסורתה, תרבותה ותפיסותיה הערכיות של החברה; ואלו אינן היינו-הך בכל אתר ואתר. בצדק ציין השופט אלון - בהתייחסו לקושי הכרוך בהסתמכות על המשפט המשווה בענייני אימוץ - כי "עניינים אלה, יותר אולי מכל תחום משפטי אחר, קשורים הם הדק היטב ברקע עדתי, במסורת, בהווי ובמנטאליות, וקשה להקיש מזה לזה" (ע"א 399/79 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לה(3) 141, 152). ואכן, סוגיית האימוץ על-ידי זוגות חד-מיניים זכתה, במדינות המערב, למגוון רחב של הסדרים שונים ומשונים. ד"ר מרין, שחקר את הסטטוס המשפטי של זוגות חד-מיניים במשפט המשווה, מייין את ההסדרים השונים לארבע קטגוריות (או "מודלים"): "נישואין חד-מיניים" (Same-Sex Marriage); "שותפות רשומה" (Registered Partnership); "שותפות משפחתית" (Domestic Partnership); ו"מגורים משותפים" (Cohabitation), ודומה כי היקף ההכרה שמעניקות המדינות השונות לזכותו של זוג חד-מיני לאמץ ילד, נגזר ברוב המקרים מהכרת המדינה ב"מודל" שאליו משתייך הקשר בין בני-הזוג (י' מרין, "נישואין בין בני-זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית", המשפט ז, 253).

אזכיר, בתמצית, כמה מההסדרים המקובלים. בארצות-הברית, שאין בה חוק אימוץ פדראלי, מוסדרים ענייני האימוץ בכל מדינה ומדינה לפי דיניה. נראה כי רק מדינה אחת (פלורידה) אוסרת בחקיקה מפורשת אימוץ על-ידי זוגות חד-מיניים. בכמה מדינות אחרות נאסר אימוץ כזה בפסיקת בתי-המשפט; ואילו במדינות רבות אחרות פסקו בתי-המשפט, כי אישה יכולה לאמץ ילד של זוגתה, אם מוכח כי האימוץ הוא לטובת הילד (לסקירת הדין המשווה בארצות-הברית ראו: י' מרין, במאמרו הנ"ל, 263-264; ח' גולדשמידט, במאמרו הנ"ל, 243-244; T.E. Lin "Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases" 99 Colum. L. Rev. (1999) 739, 768-769; C. Bridge, H. (Swindells, *Adoption - The Modern Law* (2003) pp. 44, 46).

במדינות אירופה המצב שונה בתכלית. חוקיהן של מדינות רבות (בהן צרפת, גרמניה וחלק ממדינות סקנדינביה) אוסרים אימוץ על-ידי בני-זוג מאותו המין. בהולנד, שהיא אחת המדינות היחידות בעולם המתירות בחוק [שוואין בין בני-זוג מאותו המין, מאפשר החוק גם אימוץ על-ידי זוגות כאלה, ובלבד שהילד המאומץ נולד בהולנד. חוקיהן של דנמרק ואיסלנד מתירים אימוץ כדוגמת זה המבוקש על-ידי המערערות, אך אוסרים על זוגות חד-מיניים לאמץ ילד זר (לסקירת הדין המשווה באירופה ראו: Y. Merin *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States* (Chicago, 2002) pp. 238-239 לבסוף יצוין כי זה לא כבר פסק בית-המשפט האירופי לזכויות האדם (בפרשת *Frette v. France*, בקשה מס' 3651/97), כי האיסור על אימוץ על-ידי זוג חד-מיני אינו עומד בסתירה לאמנה האירופית לזכויות האדם, וכי המדינות החברות באיחוד האירופי רשאיות להבחין, לעניין זה, בין בני-זוג מאותו מין לבין בני-זוג הטרוסקסואלים (Bridge-Swindells, *ibid*, pp. 46-47).

מסקירה קצרה זו של הדין המשווה עולה, כי רוב מדינות המערב (להוציא חלק ממדינות ארצות-הברית) הסדירו את סוגיית האימוץ על-ידי זוגות חד-מיניים בחקיקה. בהסדרים הספציפיים השונים שנקבעו אין כדי לסייע במאומה להכרעה בעניינן של המערערות; והמסקנה היחידה שבידי להסיק מן העיון בהסדריהן של מדינות אחרות, כי אף עלינו להניח את הסדרתה של סוגיה זו למחוקק.

הערה משלימה

27. חברי הנשיא ברק מציע להחזיר את הדיון בפרשתן של המערערות לבית-המשפט לענייני משפחה להשלמת הביורור בשאלת התקיימותן של נסיבות מיוחדות, כמשמען בסעיף 25 לחוק האימוץ, וכן בשאלה אם ההיענות לבקשתן תהא לטובת הקטינים. הנחת חברי היא, כי דחיית בקשתן של המערערות על הסף מנעה מהן את האפשרות להביא ראיות בדבר התקיימותן של נסיבות מיוחדות, כאמור, ובדבר טובת הקטינים.

בכל הכבוד, אינני רואה מקום להחזיר את הדיון בענייננו לביורור עובדתי נוסף, שכן המערערות כלל לא ביקשו זאת. אף אין בכך טעם מעשי, שכן העובדות הצריכות להכרעה כלל לא נשנו במחלוקת. יצוין כי המערערות לא הלינו בטיעוניהן לפנינו, כי נמנעה מהן האפשרות להביא ראיות לגבי איזה מן השאלות שעמדו להכרעה. אדרבה: טענתן המפורשת היא כי הן הביאו ראיות רבות לביסוס טענותיהן, ומכאן בקשתן כי נחליט על אתר לגוף העניין ונורה על מתן צווי האימוץ המבוקשים. הנסיבות המיוחדות, שעליהן סמכו המערערות את טיעוניהן, היו גלויות וידועות מתוך גרסתן,

דהיינו כי הן מקיימות מסגרת חיים משותפת בתא משפחתי חד-מיני וכי ילדיהן נולדו לתוך מסגרת זו. נסיבות אלו אינן מייחדות את עניינן של המערערות מכלל מקריהם של זוגות בני אותו מין המבקשים לאמץ זה את ילדיו של זה. והוא הדין ביחס לעניין טובת הילדים. לגישתי, השאלה המרכזית, בהקשר זה, היא אם הפיכתם של הילדים לצאצאיהן החוקיים של שתי אימהות חד-הוריות תהלום את האינטרס שלהם על רקע המוסכמות המקובלות בחברתנו. כן יצוין, כי המערערות לא טענו, כי ביקשו להציג לפני בית-המשפט לענייני משפחה חוות-דעת נוספות של מומחים לעניין זה, או ראייה אחרת כלשהי, וכי בית-המשפט מנע זאת מהן.

0109

28. בערעורן השיגו המערערות גם על צדקת החלטותיהן של ערכאות קמא לאסור את פרסום פרטיהן ופרטי ילדיהן. דעתי היא, כי חלק זה של ערעורן ראוי להתקבל.

בית-המשפט לענייני משפחה קבע, כי פסק-דינו מותר לפרסום אך ללא ציון שמות המערערות וילדיהן, או פרט אחר העשוי להביא לזיהוים. בערעורן לפני בית-המשפט המחוזי ביקשו המערערות לבטל את איסור הפרסום, בטענה כי הן מבקשות להביא את עניינן לידיעת הציבור הרחב. שופטי הרוב פסקו לדחות בקשה זו. טעמם לכך היה, כי דחיית הערעור דוחה אף את הלגיטימציה של מסגרת החיים שהמערערות בחרו עבור הילדים, ומכאן שהפרסום עלול להביך את הילדים. כן קבעו, כי זכות הציבור לדעת את קורות פרשתן של המערערות תבוא על סיפוקה המלא בפרסום פסק-הדין ללא ציון שמות המערערות וילדיהן. לשיטתי - השונה, לעניין זה, מגישת שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי - באי-קבלת בקשות האימוץ של המערערות אין משום נקיטת עמדה שלילית בדבר הלגיטימיות של אורח-חייהן. כן נראה לי, כי לחששם של שופטי הרוב, שפרסום שמות המערערות וילדיהן עלול להביך את הילדים, אין בסיס איתן. המערערות אינן מסתירות את אופי המסגרת המשפחתית שבגדרה גדלים הילדים, וחזקה שגם בסביבתם החברתית של הילדים אין הדבר בחזקת סוד. ניכר היטב כי המערערות סבורות, כי פרסום שמותיהן ושמות הילדים עשוי לסייע להן ביצירת דעת-קהל שתתמוך במאבקן האידיאולוגי. כיוון שזה רצונן, אינני רואה סיבה משכנעת למנוע זאת מהן.

29. מסקנתי מכל האמור היא, כי דין הערעור על דחיית הבקשה לאימוץ להידחות, ואילו דין הערעור על איסור פרסום שמות המערערות ושלוש ילדיהן להתקבל.

המשנה לנשיא (בדימ')

הנשיא א' ברק:

צר לי, אך אין בידי להסכים לפסק דינו של חברי המשנה לנשיא א' מצא. לדעתי יש לקבל הערעור. יש לבטל את פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי. יש להחזיר התיק לבית המשפט לענייני משפחה, כדי לבחון אם נתקיימו בכל אחת מהמעצרות הדרישות של סעיף 25 לחוק האימוץ ("טובת המאומץ", "נסיבות מיוחדות") ושאר דרישות חוק האימוץ.

כשירות המאמץ: הכלל והסטייה ממנו

1. שאלת המפתח בערעור זה היא זו: האם קיימות נסיבות בהן חוק האימוץ מכיר בכשירותו של אדם לאמץ את הילד הקטין של בן זוגו לחיים, וזאת במקום שהמבקש לאמץ וההורה הביולוגי הם בני אותו מין? הנחת המוצא הינה כי מתקיימת לכאורה עילה להכריז על קטין כבר-אימוץ (הסכמת האם הביולוגית (סעיף 8) והיעדר אפשרות סבירה לזהות את האב, למצאו או לברר דעתו (סעיף 13(1)). השאלה הינה, אם על יסוד הנחה זו כשירה חברתה של האם הביולוגית לאמץ את בנה הקטין? התשובה לשאלה זו טמונה בסעיפים 1(ב), 3 ו-25 לחוק האימוץ. סעיף 1(ב) קובע:

"צו אימוץ

1. (א) ...

(ב) צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ".

סעיף 3 קובע:

"כשירות המאמץ

3. אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית משפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד –

(1) אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן;

(2) אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי".

סעיף 25 קובע:

”סמכות לסטות מסייגים

25. נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות, ומטעמים שיציין בהחלטתו, לסטות מסייגים אלה:

(1) גיל המאומץ לפי סעיף 2;

(2) פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ לפי סעיף 3(2);

(3) הבדל גיל לפי סעיף 4;

(4) אורך תקופת המבחן לפי סעיף 6.”

הנחת היסוד הינה, איפוא, כי השלב של הכרה בכל אחד מהקטינים כ”בר-אימוץ” מתקיים בעניין שלפנינו (הסכמת האם הביולוגית, היעדר אפשרות לזהות האב). על רקע זה מבקשת כל אחת מהמערערות לאמץ את בנה הביולוגי של חברתה לחיים. בערעור שלפנינו עניין לנו בבקשה לצו אימוץ של ”מאמץ יחיד”. כל אחת מהמערערות עומדת לעצמה כמאמצת. במסגרת ההכרה במאמץ יחיד אין טענה בפנינו כי כל אחת מהמערערות היא ”בן זוגו” של חברתה, כאמור בהוראת סעיף 3(1) לחוק האימוץ. נמצא, כי הבעיה הפרשנית הניצבת בפנינו הינה זו, האם ניתן עקרונית להכיר בכל אחת מהמערערות כ”מאמץ יחיד” במסגרת סעיף 3(2) לחוק האימוץ, וזאת כמובן בהנחה שכל אחד מהקטינים הוא בר-אימוץ? אחד מתנאיה של הוראה זו – המאמץ היחיד אינו נשוי – מתקיים בכל אחת מהמערערות. שאר שני התנאים של הוראת סעיף 3(2) לחוק האימוץ לא מתקיימים במערערות, שכן הורי הילדים המאומצים לא נפטרו (האם חיה והאב בלתי ידוע) וכל אחת מהמערערות אינה ”מקרובי המאומץ”; לטענתן, אין בכך ולא כלום, שכן הוראת סעיף 25(2) מאפשרת לסטות משני התנאים הללו, ובלבד שיתמלאו הדרישות הקבועות בו (נסיבות מיוחדות; טובת המאומץ). השאלה הפרשנית הניצבת בפנינו הינה, אם טענה זו בדין יסודה?

2. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. בדין התלבטו בה בית המשפט לענייני משפחה (סגן הנשיא י' שטופמן) ושופטי בית המשפט המחוזי (סגן הנשיא ח' פורת, השופט א' משאלי והשופטת ס' רוטלוי). סביב שאלה זו עמד עיקר הטיעון של הצדדים בפנינו, עם תחילת הדיון בערעור זה. בעוד ערעור זה תלוי ועומד הוכרעה השאלה שלפנינו בכל הנוגע לגבר ואשה ידועים בציבור בפסק דינו בע”א 1165/01 פלונית נ’ היועץ המשפטי לממשלה (פ”ד נז(1) 69 – להלן, פרשת פלונית). באותה פרשה ביקשה אשה לאמץ את ילדה של הידוע בציבור שלה. אף באותה פרשה – כמו בעניין שלפנינו – נבחנה כשירותה של האשה להיות מאמצת יחידה; אף באותה פרשה – כמו

בעניין שלפנינו – התרכז הדיון בשאלה אם ניתן להכיר בכשירות של המאמצת היחידה במסגרת סעיף 2)3 לחוק; וזאת באמצעות הוראת סעיף 25(2) לחוק האימוץ; אף באותה פרשה – כמו בפרשה שלפנינו – העלה היועץ המשפטי לממשלה טענות לפיהן יש להחיל את הוראת סעיף 25 לחוק האימוץ על אימוץ יחיד רק במקום שבו למאומץ אין הורה שמגדל אותו, והוא גדל במוסד. הרכב מורחב של תשעה שופטים דחה פה אחד את טענותיו של היועץ המשפטי, וקבע כי ניתן "להסתמך על הוראת סעיף 2)3 לחוק תוך כדי שילוב עם סמכות הסטייה מסייגים המצויה בסעיף 25 לחוק" (השופט י' אנגלרד, עמ' 77). טענה זו אפשרית גם במקרה שבו למאומץ יש אב המגדל אותו, והמבקשת לאמץ חיה חיים משותפים כידועים בציבור עם אבי המאומץ. בנמקו גישה זו כתב השופט י' אנגלרד:

"כוונת המחוקק היתה להגמיש את הדרישות הכלליות כשהדבר לטובת המאומץ ובהתקיים נסיבות מיוחדות. איני רואה כל סתירה עקרונית בין השימוש באפשרויות ההגמשה של סעיף 25 לחוק לבין הדרישות הבסיסיות של אימוץ. הסטייה מן הדרישות הכלליות מותנית בקיום נסיבות מיוחדות תוך מתן טעמים בהחלטת בית-המשפט. המבחן המכריע הוא טובת המאומץ. בהנחה כי התנאים לסטייה מן הסייגים הכלליים מתקיימים, מדוע למנוע את האימוץ שהוא לטובת המאומץ? לדעתי, מניעה מעין זאת היתה סותרת את כוונת המחוקק שביקש להגמיש את דרישות האימוץ. ... נכון, בנסיבות המקרה הנדון האימוץ נעשה לטובת אשה שהיא בבחינת ידועה בציבור של אבי הנערה. לצורך ענייננו אני מניח כאמור כי המונח 'בן זוג' בסעיף 1)3 לחוק אינו כולל אדם שהוא בבחינת ידוע בציבור. הנחה זו מונעת מן האשה להסתמך על הוראה זו המאפשרת אימוץ למאמץ יחיד ללא דרישה של נסיבות מיוחדות, אך איני רואה בסיס בחוק למנוע מאשה זו את ההסתמכות על הדרך החלופית המצויה בהוראת סעיף 2)3 לחוק בשילוב עם הוראות סעיף 25 לחוק מקום שתוכיח את קיום התנאים הנדרשים שם. כלומר, איני רואה כל בסיס בחוק אשר יצדיק את הפלייתה-הענשתה של אשה זו רק בשל חייה המשותפים עם אבי הנערה. המבחן הקובע הוא כאמור טובת המאומץ, על כל היבטיה".

3. הייתי שותף לדעה זו. ציינתי באותה פרשה כי סעיף 25 לחוק האימוץ מאפשר לסטות מהסייגים הקבועים בסעיף 2)3 לחוק. סטייה זו משתרעת על שניים משלושת התנאים המקימים את הסייג בסעיף 2)3 לחוק. "במקום סייג זה באים התנאים הקבועים בסעיף 2)25 לחוק המאפשרים סטייה זו. תנאים אלה הם שניים: התנאי האחד הינו 'שהדבר יהיה לטובת המאומץ' (סעיף 25 רישא לחוק)... התנאי השני הינו כי מתקיימות 'נסיבות מיוחדות'" (עמ' 84). בהמשך פסק דיני כתבתי:

”סעיף 25 לחוק אכן מאפשר הגמשת הדרישות הנוקשות הקבועות בסעיף 3(2) לחוק. אין בכך פריצת כל מסגרת, שכן תחת התנאים הקבועים בסעיף 3(2) לחוק באות הדרישות הקבועות בסעיף 25 לחוק” (שס, שם).

4. אף השופט מ' חשין ראה בהוראת סעיף 25 לחוק האימוץ הוראה המאפשרת הגמשת התנאים הקבועים בסעיף 3(2) לחוק האימוץ לעניין אימוץ יחיד. אף הוא לא ראה בעצם העובדה שהמאומץ אינו ילד המצוי במוסד שהורהו אינו מגדלו, כמניעה לתחולת הוראות ההגמשה שבסעיף 25 לחוק האימוץ.

5. השופט י' טירקל היה אף הוא בדעה כי סעיף 25 לחוק האימוץ חל בעניין שלפניו. כותב השופט טירקל:

”גם לדעתי אין צורך להכריע בשאלה אם בני-זוג הידועים בציבור ככאלה – ואינם נשואים – באים בגדר המונח 'איש ואשתו יחד' או בגדר המונח 'בן זוגו' שבסעיף 3 לחוק, משום שלפי הוראת סעיף 25 רישא לחוק, רשאי בית-המשפט לסטות מן הסייגים שבסעיף 3(2) לחוק וליתן צו אימוץ גם למאמצת כמו המערערת. סטייה כזאת מותרת אם מתקיימים שני תנאים מצטברים. 'שהדבר יהיה לטובת המאומץ', ו'נסיבות מיוחדות'. בעיני התנאי העיקרי הוא התנאי הראשון – 'שהדבר יהיה לטובת המאומץ' – ולא דווקא התנאי השני – 'נסיבות מיוחדות' – החוסה תחת 'חובת-על' שמכוח סעיף 1(ב) לחוק” (שס, עמ' 86).

בהפעילו גישתו זו למקרה שלפנינו פסק השופט י' טירקל כי טובת המאומץ היא שהאימוץ יתממש.

6. העקרון העולה מפרשת פלונית הינו זה: את ההוראה הנוקשה שבסעיף 3 לחוק האימוץ, הקובע תנאים קשוחים לכשירות המאמץ, ניתן להגמיש על ידי סמכות הסטייה הנתונה לבית המשפט בסעיף 25 לחוק האימוץ. הגמשה זו אפשרית היא, על דרך העקרון, גם במאמץ יחיד, המבקש לאמץ ילד בר-אימוץ שיש לו הורה המגדל אותו, והחי חיי שיתוף עם המבקשת לאמץ את הילד: תנאי להגמשה זו הוא כי "נוכח בית המשפט שהדבר הוא לטובת המאומץ", וכי קיימות "נסיבות מיוחדות". עקרון זה הוחל והוכרע בפרשת פלונית לעניין ידועים בציבור גבר ואשה. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם דין זה יחול גם בידועים בציבור בני אותו מין? לבחינתה של שאלה זו אעבור עתה.

7. לפתרונה של השאלה שהצבתי ניתן לגשת משלוש נקודות מבט. על פי האחת, לאור עוצמת האינטרסים הנאבקים על הבכורה, ידו של סעיף 25 לחוק האימוץ על התחתונה. משמעות הדבר הינה שאין לו לסעיף 25 לחוק האימוץ תחולה בענייננו. נותר על כנו סעיף 3 לחוק האימוץ, ועל פיו אין למערערות כשירות לאמץ זו את ילדה של זו. ניתן לכנות גישה זו כגישה חיצונית. אין היא נכנסת לבחינת השאלה אם היסודות של סעיף 25 לחוק האימוץ מתמלאים במקרה שלפנינו, אם לאו. איזון האינטרסים על רקע תכליתו של חוק האימוץ, הוא חיצוני להוראת סעיף 25 לחוק האימוץ, והוא מוביל למסקנה שהוא כלל אינו חל בסוג המקרים שלפנינו. נקודת המבט השניה גורסת כי בענייננו יש תחולה לסעיף 25 לחוק האימוץ. גישה זו ממשיכה ובוחנת את יסודותיו של הסעיף על בסיס התכלית המונחת ביסודו. בחינה זו עשויה להוביל לאחת משתי מסקנות: המסקנה כי עקרונית, במקרה של אימוץ קטין בין בני אותו מין החיים במשותף, האימוץ אינו לטובת המאומץ ולא מתקיימות נסיבות מיוחדות לסטיה מהדרישות של סעיף 3 לחוק האימוץ; או המסקנה כי עקרונית, אימוץ כזה מקיים את תנאי סעיף 25, באשר יש בו להבטיח את טובת המאומץ והוא מבטא נסיבות מיוחדות. נכנה גישה זו כגישה פנימית-עקרונית. נקודת המבט השלישית גורסת, כמו נקודת המבט השניה, כי בענייננו יש תחולה לסעיף 25 לחוק האימוץ. זוהי, אם כן, גישה פנימית. עם זאת, הכרעה אינה עקרונית אלא אינדיבידואלית. היא בוחנת כל מקרה לגופו. בחינה זו עשויה, בסופו של יום, להצביע על כך כי על פי מצב המחקר המדעי והגישות החברתיות, ושאר נסיבות המקרה, אימוץ בין בני אותו מין החיים במשותף אינו לטובתו של הקטין. היא עשויה להצביע, בסופו של יום, כי האימוץ הינו לטובת הקטין. על כל פנים, ההכרעה צריכה להיעשות לא על בסיס עקרוני, אלא על בסיס אינדיבידואלי, הלוקח בחשבון את כל הנסיבות, לרבות ההשלכות המעשיות של הטיעונים העקרוניים על אותו מקרה. נכנה זאת כגישה פנימית-אינדיבידואלית. המשותף לשלוש הגישות הינו הנחת המוצא כי עקרונית הקטין הוא בר-אימוץ, שכן אמו הביולוגית מסכימה לאימוץ ואין אפשרות סבירה לזהות את האב. השוני בין הגישות הוא לעניין צו-האימוץ. אעמוד תחילה על שתי הגישות הראשונות המעוגנות בעמדת היועץ המשפטי לממשלה ובפסק דינו של חברי, המשנה לנשיא א' מצא. אצביע על הטעמים שלדעתי מובילים למסקנה כי אין הן ראויות. אפנה אחר כך לגישה השלישית, היא הגישה הראויה לדעתי. אעמוד על מהותה, גישתה ודרכי הפעלתה. גישה זו אינה מאפשרת סיום הפרשה שבפנינו. היא מחייבת החזרת התיק לבית המשפט

לענייני משפחה, על מנת שיבחן אם בנסיבותיו של המקרה שלפנינו – יש מקום לעשות שימוש בהוראת סעיף 25 לחוק האימוץ.

פרשנות חיצונית

8. היועץ המשפטי לממשלה הציג בפנינו – כמו גם בפני בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי – גישה פרשנית חיצונית. הוא חזר בפנינו על הטענות שהעלה בפני ההרכב בפרשת פלונית, תוך שצירף טיעון זה לטיעונו בפנינו. הוא הדגיש בפנינו כי "עמדת היועץ המשפטי לממשלה בפרשת פלונית הנ"ל זהה בכל הנוגע לענייננו, לעמדה שמביע היועץ המשפטי לממשלה בתיק הנוכחי". נטען על ידו כי גם אם עקרונית ניתן היה להכריז על הקטינים כברי-אימוץ, אין מקום לצו אימוץ שכן אין לאשה המבקשת לאמצם כשירות לעשות כן. זאת, משום שעל המקרה שלפנינו אין תחולה לסמכותו של בית המשפט לסטות מהסייגים הקבועים בסעיף 3 לחוק האימוץ. ביסוד גישה זו עמד הטיעון כי המקרה שלפנינו נופל לגדר סעיף 3(1) לחוק האימוץ ולא לגדר סעיף 3(2) לחוק האימוץ; כן נטען בפנינו כי הוראותיו של סעיף 25 לחוק האימוץ חלות רק במקרים חריגים שבחריגים, כגון ילד שאין מי שיגדל אותו כלל ועיקר. טענות אלו נדחו בפרשת פלונית, ואיני רואה מקום להעלותן מחדש.

9. עם נפול חלק מטענותיו של היועץ המשפטי לממשלה בפרשת פלונית, הוצגה בפנינו הטענה כי דין הערעור להידחות, משום שהמערערות מבקשות ליצור אימוץ ב"תא משפחתי" שלא זכה להכרת המחוקק. הכרה ב"תא משפחתי" חדש עניין הוא למחוקק. טענה זו מצאה אוזן קשבת אצל חברי, המשנה לנשיא א' מצא. עם זאת, הוא לא מיקם אותה כטענה השוללת את עצם תחולתו של סעיף 25 לחוק האימוץ ("פרשנות חיצונית"). לשיטתו של חברי, מקומה של טענה זו במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ פנימה. מכוחה מגיע חברי למסקנה העקרונית כי לא מתמלא היסוד של "נסיבות מיוחדות" הקבוע בסעיף 25 לחוק האימוץ ("פרשנות פנימית-עקרונית"). אבחן איפוא את טענתו של היועץ המשפטי יחד עם עמדתו של חברי, במסגרת הפרשנות הפנימית-העקרונית.

10. בצד טענותיו של היועץ המשפטי ניתן להעלות טענה נוספת התומכת לכאורה בפרשנות החיצונית. קו טיעון זה מבקש להישען על גישתו של חברי, השופט מ' חשין, בפרשת פלונית, לפיה המאבק בין הוראת סעיף 3(2) לחוק האימוץ לבין הוראת סעיף 25(2) "יימצא לנו בבדיקת עוצמתן של שתי הוראות חוק אלו ביניהן-לבין-עצמן" (שם, עמ' 83). דברים אלה עשויים להתפרש כמכוונים לגישה פרשנית חיצונית. על פיה,

תחילה ייקבע אם יש תחולה עקרונית להוראת סעיף 25 לחוק האימוץ, ורק אם התשובה היא חיובית, תערך בדיקה אם תנאיו של סעיף זה מתקיימים.

11. לדעתי, המחוקק עצמו קבע את הכלל ואת החריג לו. הבחינה של תחולת הכלל צריכה להיות בבחינת השאלה אם יסודותיו (הפנימיים) של החריג מתקיימים, כלומר, אם מתן צו אימוץ הוא לטובת המאומץ, והאם מתקיימות נסיבות מיוחדות למתן צו אימוץ. אין מקום לבחינה כפולה של טובת המאומץ: האחת לעניין עצם תחולתו של סעיף 25 לחוק האימוץ, והאחרת לעניין קיום יסודותיו. בחינה אחידה תמנע גם פיצול בין ההיבט הכללי להיבט האינדיבידואלי. תערך בחינה אחת כוללת במסגרתו של סעיף 25 לחוק האימוץ. דומה שלכך כיוון חברי, השופט חשין, בציינו:

“לא נאמר – אין אנו רשאים לומר – כי כל דיצריך ייתי ויאמץ גם אם אין מתקיימים בו תנאי סעיף 25(3) שלחוק האימוץ. כדבר החוק בסעיף 25 רישה, טובת המאומץ היא בראש, ואולם אין די בה; יש צורך, נוסף עליה, בנסיבות מיוחדות ובטעמים שיציין בית-המשפט בהחלטתו. כל מקרה ייבחן לגופו וכל אינטרס ייבחן כעוצמתו” (שם, עמ’ 82).

גישה פרשנית פנימית-עקרונית

12. הגישה הפרשנית השניה היא גישה פרשנית פנימית-עקרונית. מחלקים ניכרים בפסק דינו עולה כי זו גם גישתו של חברי המשנה לנשיא א’ מצא. בהיבט זה מנתח חברי את הבעיה שבפניו על יסוד הגישה כי בענייננו חל סעיף 25 לחוק האימוץ. עם זאת, היסודות הקבועים בו פנימה (“טובת המאומץ” ו“נסיבות מיוחדות”) אינם מתקיימים. צו אימוץ, במקרה שלפנינו, אינו לטובת המאומץ ואף לא מתקיימות בענייננו נסיבות מיוחדות המצדיקות אותו, וזאת גם אם מתקיימים בקטין לכאורה התנאים להכרזתו כבר-אימוץ. נפנה לבחינת עמדה זו של חברי.

“טובת המאומץ”

13. לעניין טובת המאומץ מציין חברי המשנה לנשיא א’ מצא כי הוא נכון לקבל, כי אימוצו של קטין על ידי בת-זוגה של אימו, עולה בקנה אחד עם האינטרסים החומריים של הקטין (כגון זכות למזונות וזכות לרשת). עם זאת, הוא לא שוכנע כי האימוץ יעלה בקנה אחד עם טובת הקטין מבחינות אחרות. כותב חברי:

“כלום אימוצו של כל אחד מהקטינים יהיה לטובתו – משמע, יהלום את האינטרס שלו – גם מבחינות אחרות? התשובה לשאלה זו היא פחות מובנת מאליה. כך, למשל, ניתן להקשות אם שינוי מעמדו האישי של קטין, מהיותו בנה של אם חד-הורית להיותו בנן של שתי אימהות חד-הוריות, יהיה מבחינתו שינוי לטובה? שאלה זו יש לבחון במבט לעתיד: כיצד ישפיע מעמדו החדש על תפיסתו את מצבו, על יחס הבריות אליו ועל יחסו הבינאישיים? התשובה לשאלות אלו תלויה במידה רבה בתוכן המוסכמות המקובלות בחברתנו, והעיון בטענותיהן של המערערות לא הניח דעתי, כי גם מנקודת המבט האמורה עלה בידיהן להוכיח כי מתן צווי האימוץ המבוקשים יהיה לטובת הקטינים” (פסקה 15).

ובמקום אחר בפסק דינו מציין חברי כי “טיעוני המערערות לא שכנעוני כי גם מן הבחינה הלא חומרית אימוצו של כל אחד משלושת הילדים על ידי בת זוגה של אמו הינו לטובתו” (פסקה 19). אכן, אף אני מסכים, כי לא עלה בידן של המערערות להוכיח כי מתן צווי האימוץ המבוקשים יהיה לטובת הקטינים. אך מדוע נכשלו המערערות? הן לא נכשלו משום שהראיות שלהן אינן מבוססות. הן נכשלו, משום שתביעתן נדחתה על-הסף, ולא ניתנה להן האפשרות להציג את ראיותיהן. ייתכן, כמובן, כי גם בסופו של המשפט, ואף לאחר שיוצגו כל הראיות, לא יעלה בידן להוכיח כי מתן צווי האימוץ המבוקשים יהיה לטובת הקטינים. אך יש ליתן להן הזדמנות נאותה להציג את עמדתן. הזדמנות זו נשללה מהם. בצדק מציין חברי, כי התשובה לשאלה אם אימוצם של הקטינים הולם את האינטרסים הלא-חומריים שלהם היא “פחות מובנת מאליה”. אך כיצד תובהר שאלה זו בלא לבחון את מכלול הראיות, ובלי ליתן למערערות להציג את מלוא טענותיהן על בסיס ראיות אלה? מדוע תמנע מהמערערות האפשרות להוכיח כי לא רק האינטרסים החומריים של הקטינים שבפנינו אלא מכלול האינטרסים שלהם מוביל למסקנה כי באיזון הכולל “טובת המאומץ” היא שיינתן צו אימוץ? התשובה לשאלה זו אינה יכולה להיות כי אין טעם בהצגת ראיותיהן של המערערות, שכן ראיות אלה חלשות הן. כל עוד הראיות לא נבדקו אין לאמוד את משקלן. התשובה היחידה שניתן לתת לשאלה זו הינה – ודומה שחברי, המשנה לנשיא א’ מצא נדחק לעמדה זו – כי אין מקום לבחון את הראיות שברשות המערערות, שכן יהא משקלן הפנימי אשר יהא, הדיבור “טובת המאומץ” בסעיף 25 לחוק האימוץ מסתפק בהערכה העקרונית כי אימוצם של הקטינים נוגד את “המוסכמות המקובלות בחברתנו”, ודי בכך לעניין סעיף 25 לחוק האימוץ. לגישה זו אין בידי להסכים.

14. נקודת המוצא שלי הינה כי הדיבור “טובת המאומץ” – ואם תרצו האינטרס של המאומץ – מבטא “עקרון מורכב בעל היבטים שונים” (ע”א 232/85 פלוני נ’ היועץ

המשפטי למחשלה, פ"ד מ(1) 1, 12). מקובל עלי כי טובת המאומץ אינה רק טובתו החומרית. זו טובתו על כל היבטיה. על כן יש לבחון לא רק את טובתו החומרית של הקטין אלא גם את טובתו החברתית והרוחנית. אכן, טובתו של הקטין – או האינטרס שלו – נבחנים על ידי מעגלים רבים של שיקולים אשר במרכזם עומד הקטין. חלקם של השיקולים משקף שיקולים חומריים; חלקם משקף שיקולים רוחניים, חברתיים, אתיים ומוסריים. חלקם משקף שיקולים של טווח קצר; חלקם משקף שיקולים של טווח ארוך. חלקם משקף את היחס שבינו לבין הוריו (הביולוגיים והמאמצים); חלקם משקף את היחס שבינו לבין החברה בה הוא חי וימשיך לחיות. עניין לנו בטובת המאומץ – או אינטרס המאומץ – במשפחה בה הוא יחיה ובחברה בה הוא יגדל.

15. תפיסה זו של "טובת המאומץ" היא בעלת אופי הוליסטי. הקטין הוא עולם ומלואו ואת מלוא עולמו – בהווה ובעתיד – יש לבחון. אין להסתפק בבחינה חלקית. היטיב להביע השקפה זו הנשיא מ' שמגר:

"טובת הילד דורשת הכרעה במקרה הספציפי העומד לפני בית המשפט, ויש לבחון את טובתו של הילד המסויים העומד לפני בית המשפט. אין לפסוק על-פי הנחות תיאורטיות וכלליות בדבר טובתם של ילדים... אין ספק כי ההכרעה מושפעת מתפיסת העולם של השופט ומהסיטואציה החברתית שבמסגרתה הוא פועל. אין ספק גם שמושג טובת הילד מקפל בתוכו, לפחות ברמה העקרונית, גם תפיסות ערכיות של החברה, ובמסגרתו יש לקחת בחשבון את דרכיה ותפיסותיה של החברה... במסגרת טובת הילד יש לייחס משקל (כלשהו) לשיקול בדבר השונות והחריגות מן הנורמה החברתית בסביבתו הטבעית של הילד, הן באשר לתפיסתו של הילד את עצמו ומצבו בחברה, והן באשר לתפיסתה של החברה את הילד. אכן, בית המשפט אינו צריך להיכנע לחוסר פתיחות וחוסר סובלנות של חברה זו או אחרת, ואחד מתפקידיו הוא לעצב נורמות בעבור החברה. אולם, במסגרת פתרון הסכסוך הספציפי העומד על הפרק, כשאנו אמונים על טובת הילד, לא יהיה זה ראוי להתעלם לחלוטין מן המציאות ומתפיסות חברתיות, העשויות להשפיע על הילד. מובן שטובת הילד הנבחנת היא טובת הילד הספציפי, וכל האמירות לעיל אינן אלא בגדר חלק מהגדרת המצב החברתי שבמסגרתו אנו פועלים. לכן יש צורך בהוכחות בדבר השפעת מצב הדברים האמור על הילד הספציפי, במצב שבו הוא נתון..." (ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1), 221, 251-250).

כך הדבר בכל מקרה בו טובת המאומץ מתעוררת. אין כל יסוד לגישה, לפיה דווקא במסגרתו של סעיף 25 לחוק האימוץ, הדיבור "טובת המאומץ" מקבל תפנית, באופן שזו משתרעת רק (או בעיקר) על השפעת "המוסכמות המקובלות בחברתנו" על מכלול השיקולים האחרים. בצדק ציין חברי, השופט מ' חשין, בפרשת פלונית:

"אין אנו מדברים בכללים או במוסדות במשפט; מדברים אנו באנשים בשר ודם, באנשים כואבים, בבני-אדם חיים ונושמים שהתייצבו לפנינו בדין" (שם, עמ' 88).

אכן, "טובת המאומץ" מעמידה במרכזה את "המאומץ". זהו המאומץ הספציפי, האינדיבידואלי, החי והנושם. זה אינו המאומץ המופשט והערטילאי. עם זאת, בגדרי טובתו (או האינטרס) של המאומץ הספציפי אין להסתפק אך ביחסים שבינו לבין הוריו (הביולוגיים והמאמצים), אלא יש להשקיף על מלוא עולמו של הקטין, בהווה ובעתיד. יש לקחת בחשבון את כל הנסיבות הרלבנטיות. נסיבות אלה משקפות את עולמו של הקטין, בהווה ובעתיד, על כל ההיבטים שלהם. אין לומר כי הנסיבות היחידות שיש לקחת בחשבון הן נסיבות הקשורות ביחסיו עם הוריו; אין גם לומר כי הנסיבות היחידות שיש לקחת בחשבון הן יחס החברה. יש להתחשב באלה כבאלה, וכן במציאות חייו הנתונה של הקטין. עד כמה שנוצר ניגוד בין השיקולים המשפחתיים-פנימיים לשיקולים החברתיים-חיצוניים, יש לאזן ביניהם. אין לומר מראש, בלא לבחון את התמונה על כל היבטיה, כי יד השיקול "החברתי" תמיד על העליונה. בית המשפט – "אביהן של יתומין" הוא (גיטין ל"ז ע"א). הקטין שעניינו נדון – כמוהו כבנו של בית המשפט. כך יש להתייחס אליו, כאדם יחיד במינו, כעולם ומלואו, על נסיבות חייו הייחודיות. תפיסות כלליות והנחות מוקדמות אינן הולמות את הטיפול הרגיש הראוי בנושאים כאימוץ ילדים. כל מקרה הוא מקרה חדש. כל מקרה לגופו.

16. ביטוי יפה לגישה זו ניתן למצוא בפסק דינו של השופט הופ (Lord Hope) בפרשת Re AMT [1997] Fam. Law 225. באותה פרשה סירבה הערכאה הראשונה (ה-Lord Ordinary) ליתן צו אימוץ בשל נטייתו המינית של המבקש לאמץ את הקטין. בית המשפט העליון של סקוטלנד (ה-Court of Session) קיבל את הערעור. נשיא בית המשפט, השופט הופ, כתב:

"In my opinion the short answer to the concerns which the Lord Ordinary has expressed on this point is that the present case raises no such fundamental question of principle. Section 6 of the 1978 Act states that, in reaching any decision relating to the adoption of a child, the court shall

have regard to all the circumstances, first consideration being given to the need to safeguard and promote the welfare of the child throughout his childhood. There can be no more fundamental principle in adoption cases than that it is the duty of the court to safeguard and promote the welfare of the child. Issues relating to the sexual orientation, life style, race, religion or other characteristics of the parties involved must of course be taken into account as part of the circumstances. But they cannot be allowed to prevail over what is in the best interests of the child. The suggestion that it is a fundamental objection to an adoption that the proposed adopter is living with another in a homosexual relationship finds no expression in the language of the statute, and in my opinion it conflicts with the rule which is set out in section 6 of the Act”.

הוא הדין בענייננו. אין לומר א-פריורי כי בשל הזוגיות החד-מינית של המערערות, אימוץ על ידן יהיה שלא לטובת המאומץ. יש לבחון כל מקרה לגופו; יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו. מקובל עלי כי חלק מהנסיבות הן גם תפיסותיה של החברה באשר להשפעת זוגיות חד-מינית על טובת המאומץ. אך אין זו כל התמונה. אין זה בוודאי השיקול היחיד במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ.

17. בהיעדר נתונים, איני רוצה לנקוט כל עמדה באשר לשאלה אם בנסיבות העניין שלפנינו מתקיים התנאי של "טובת המאומץ" הקבוע בסעיף 25 לחוק האימוץ. אציין רק זאת: השאלה בה יצטרך להכריע בית המשפט לענייני משפחה אינה אם עדיף הוא לכל אחד מהקטינים שהם יאומצו על ידי גבר (החי עם אימם, אם בנישואין ואם כידועים בציבור) או על ידי אחת מהמערערות (החיות עם אימם, כידועות בציבור). השאלה האמיתית הניצבת בפני בית המשפט לענייני משפחה הינה אם כל אחד מהקטינים ימשיך לחיות במשפחה החד-מינית בה הוא חי בלא שינתן צו לאימוצו, או שהם ימשיכו באותם חיי משפחה תוך מתן צו האימוץ. זוהי הדילמה האמיתית במקרה שלפנינו. היא שונה, מבחינה זו, ממקרים אחרים בהם האם הביולוגית "יוצאת מהתמונה" (בין מתוך שהיא מסכימה לאימוץ ובין אם מתקיים בה אחד התנאים הקבועים בסעיף 13 לחוק האימוץ), ויש לבחור בין משפחה מאמצת שהיא חד-מינית או משפחה מאמצת הטרוסקסואלית, וכן בין אימוץ יחיד על ידי מי שהינו חד-מיני או אימוץ יחיד על ידי מאמץ הטרוסקסואלי. בכל אחד ממצבים אלה השיקולים הם שונים, ואת כולם יש לעמת עם מכלול שיקולים אחרים הקשורים בדרישת "טובת המאומץ" הקבועה בסעיף 25 לחוק האימוץ.

18. חברי המשנה לנשיא א' מצא קבע בחוות דעתו כי לא רק שלא מתקיימת בכל אחת מהמעצרות הדרישה הקבועה בסעיף 25 לחוק האימוץ לעניין “טובת המאומץ”, אלא שגם לא מתקיים בהם התנאי של “נסיבות מיוחדות”. כותב חברי:

“התנאי המחייב קיום ‘נסיבות מיוחדות’ הוא תנאי-שסתום הכולל מערכת איזונים וריסונים פנימית. מחד, הוא מאפשר לבית-המשפט מידה של גמישות במקרים מיוחדים, שנסיבותיהם מצדיקות לדעתו סטייה מסייגיו הנוקשים של החוק. מאידך, מטיל הוא על בית המשפט מגבלות הנגזרות מתכליתו החקיקתית של חוק האימוץ... בחינת ענייננו הביאתני לידי מסקנה, כי האימוץ המבוקש על-ידי המערערות אינו מתיישב עם תכליתו של החוק, ומכאן שבפרשתנו אינן מתקיימות ‘נסיבות מיוחדות’ כנדרש בסעיף 25(2) לחוק” (פסקה 16).

לגישתו של חברי, “הכרה בזכותם של בני-זוג חד-מיני לאמץ ילד” (פסקה 17) אינה נגזרת מתכליתו הסובייקטיבית של החוק. היא “לא עלתה כלל על דעתו של המחוקק” (שם). כמו כן היא אינה עולה מתכליתו האובייקטיבית של החוק, שכן יש בה משום נקיטת עמדה ערכית מצד בית-המשפט ביחס למעמדם של זוגות חד-מיניים ושאלת זכותם לאמץ ילדים. אין זו תכליתו האובייקטיבית של חוק האימוץ כי במסגרת הדרישה של “נסיבות מיוחדות” תהא “הכרה עקרונית ראשונה בסוגיה באפשרות קיומו של תא משפחתי שהמחוקק טרם ראה מקום להכיר בו” (פסקה 20). מכאן מסקנתו של חברי, המשנה לנשיא א' מצא:

“את התיבה ‘נסיבות מיוחדות’, שבסעיף 25 לחוק, לא ניתן לפרש באופן שיכיר – ולו גם בעקיפין ובמשתמע – במעמד המשפטי של זוגות חד-מיניים” (פסקה 21).

19. פירושו של חברי לדיבור “נסיבות מיוחדות” אינו מקובל עלי כלל ועיקר. בצדק ציינה חברתי השופטת ד' ביניש, כי סעיף 25 לחוק האימוץ קובע חריג אשר –

“משאיר פתח נרחב לשיקול-דעת של בית המשפט בבואו לקבוע מה הן נסיבות מיוחדות... משלא ראה המחוקק לקבוע מסמרות ולהגדיר את טיב השיקולים, נותרה ההכרעה בשאלה מהו האיזון הראוי בין הכלל לחריג – היינו, מה הן ‘הנסיבות המיוחדות’ – בידי בית המשפט” (ע”א 7155/96 פלוני נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד נא(1) 160, 169 (להלן – פרשת פלוני)).

כמובן, שיקול דעת זה – ככל שיקול דעת שיפוטי – אינו מוחלט. הוא מוגבל להגשמת תכליתו של חוק האימוץ. תכלית זו היתה בעבר והינה כיום, בראש ובראשונה, להבטיח כי צו אימוץ – לאחר שנקבע כי הקטין הוא בר-אימוץ – יינתן אם האימוץ הוא "לטובת המאומץ". אכן, טובת הקטין היא עקרון-על. עקרון זה מעוגן בהוראת סעיף 3(1) לאמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד ("בכל הפעולות הנוגעות לילדים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה": ראו דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשל נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66, 96; לאמנה זו השפעה בישראל: ראו חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002). לעקרון זה ניתן לעתים ביטוי חוקתי מפורש (ראו סעיף 28(2) לחוקת דרום אפריקה: A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child). בישראל מהווה עקרון טובת הילד "עקרון שאין למעלה הימנו" (השופט מ' זילברג בע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט(1) 241, 251). יפים דברים שהובאו על-ידי השופט מ' חשין באחת הפרשות:

"מי לנו גדול מן הראשון לציון, הרב בקשי-דורון, הרב הראשי לישראל ואב בית-הדין הרבני הגדול, אשר כתב לבית-המשפט בברצלונה חוות-דעת בנושא המורדת [ציטוט מהמכתב]:

7. עלי לצייין ולהדגיש: ע"פ הדין וההלכה במדינת ישראל, שאלות הקשורות לזכויות הורים וילדיהם נחתכות אך ורק, וללא יוצא מן הכלל, ע"פ עקרון טובת הילד, המשמש כעקרון-על ע"פ ההלכה היהודית, חוקי מדינת ישראל, ומחייב בכל ערכאותיה הדתיות והאזרחיות כאחד.

אם נוסיף על הדברים אך נגרע. ולכן לא נוסיף" (בג"ץ 4365/97 פלוני נ' שר החוץ (לא פורסם), פס' 39).

כך בדרך כלל. כך במיוחד בחוק האימוץ (ראו השופט ד' דורנר בע"א 3978/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 134, 144: "לעקרון טובת הילד מעמד על: ראו סעיף 1(ב) לחוק האימוץ"). כך גם בהגמשת כללי הכשירות הנוקשים באמצעות הוראת סעיף 25 לחוק האימוץ. כתב השופט י' אנגלרד בפרשת פלונית:

"כוונת המחוקק היתה להגמיש את הדרישות הכלליות כשהדבר לטובת המאומץ ובהתקיים נסיבות מיוחדות. איני רואה כל סתירה עקרונית בין השימוש באפשרויות ההגמשה של סעיף 25 לחוק לבין הדרישות הבסיסיות של אימוץ. הסטייה מן הדרישות הכלליות מותנית בקיום נסיבות מיוחדות תוך מתן טעמים בהחלטת בית-

המשפט. המבחן המכריע הוא טובת המאומץ" (שם, עמ' 77).

על כן חייבות "הנסיבות המיוחדות" להתייחס לקטין הספציפי שלגביו מבקשים מתן צו אימוץ. השאלה אינה אם קיימות "נסיבות מיוחדות" לאימוצו של קטין ערטילאי; השאלה הינה אם קיימות "נסיבות מיוחדות" לאימוצו של הקטין הספציפי הניצב בפני בית המשפט. במסגרת זו מקובל עלי כי הנסיבות צריכות להיות "מיוחדות". לא די בנסיבות ה"רגילות", המספיקות למתן צו אימוץ. עמדתי על כך בפרשת פלונית בצייני:

"התנאי השני הינו כי מתקיימות 'נסיבות מיוחדות' (סעיף 25 רישא). נסיבות אלה קשורות אף הן בטובת הקטין תוך שהן קובעות דרישות נוספות מעבר לדרישה הכללית הקבועה בסעיף 1(ב) לחוק".

עם זאת, הייחודיות של הנסיבות צריכה לעולם להתייחס לקטין הספציפי ולעולמו החומרי והחברתי, ולא לשיקולים שהם זרים לבחינה זו.

תכלית סובייקטיבית

20. חברי המשנה לנשיא א' מצא מציין, לעניין התכלית הסובייקטיבית ("כוונת המחוקק") כי:

"ההכרה בזכותם של בני-זוג חד-מיני לאמץ ילד, לא עלתה כלל על דעתו של המחוקק" (פסקה 17).

לכך אני מוכן להסכים, אם כי אין לנו נתונים ממשיים לכך וכל שיש בידינו אלו השערות וניחושים. אך השאלה המשפטית אינה מהם הדימויים שעמדו לנגד עיניהם של חברי הכנסת שעה שחוקק החוק (הכוונה הפרשנית; הכוונה התוצאתית; הכוונה היישומית: ראו (1985) 48 *A Matter of Principle*, R. Dworkin; וכן ד"ר 36/84 טייכנר נ' אייר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, פ"ד מא(1) 589, 619). השאלה המשפטית הינה מהי התכלית הסובייקטיבית ("הכוונה") המופשטת שעמדה לנגד עיניהם של חברי הכנסת שעה שחוקק החוק. עמדתי על כך בפרשה אחת בצייני:

"השופט מבקש לדעת מההיסטוריה החקיקתית נתונים על תכלית החקיקה – אין הוא מבקש לדעת ממנה את דבר התפישות הפרשניות של חברי הכנסת, וכיצד הם הבינו או פרשו מושג או ביטוי או כיצד הם היו פותרים את הבעיה המשפטית הניצבת בפני השופט" (בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש

הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 544; ראו גם א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט 172 (2003).

על כן, השאלה אשר יש לשאול בערעור שלפנינו, אינה אם חברי הכנסת, אשר חוקקו את חוק האימוץ, סברו כי ייתכנו "נסיבות מיוחדות" בהן יינתן צו אימוץ לבן-זוג חד-מיני. השאלה אותה יש לשאול במקרה שלפנינו הינה, מהי התכלית (הכללית) אותה ביקשו חברי הכנסת להגשים בדרשם "נסיבות מיוחדות". התשובה על כך הינה, כי הם ביקשו להגמיש את נוקשותו של החוק, כדי להגשים במקרים מיוחדים את "טובת המאומץ". תכלית זו ניתנה להגשים, כמובן, במקרה ספציפי גם במתן צו אימוץ לבן-זוג חד-מיני, אם הנסיבות מצדיקות זאת, ואם הנסיבות המצדיקות זאת הן מיוחדות. הכרעות אלה הן במסגרת שיקול הדעת הניתן לשופט במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ.

תכלית אובייקטיבית

21. עיקר הנמקתו של חברי, המשנה לנשיא א' מצא, מעוגנת בתכלית האובייקטיבית. ממנה הוא מסיק כי לא היתה זו תכליתו של חוק האימוץ לאפשר באמצעות סעיף 25 לחוק האימוץ להכיר במעמד המשפטי של זוגות חד-מיניים. על פי גישת חברי, "קבלת בקשתן של המערערות תתפרש בהכרח – ולדידי, לא תוכל שלא להתפרש – כהכרה בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילד; למצער האחד את צאצאי זולתו" (פסקה 19). חברי מוסיף ומציין כי "איננו מתבקשים להכריע במקרה האינדיבידואלי שמתקיימות בו 'נסיבות מיוחדות' – ככל שהמערערות התיימרו להציג את עניינן – אלא בקטגוריה כללית של מקרים שמתקיימות בהם נסיבות דומות" (שם). לדעת חברי, הכרעה זו אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו האובייקטיבית של חוק האימוץ (שם). כותב חברי:

"עקרון הפרדת הרשויות, ורגישותה המיוחדת של הסוגיה שהונחה לפנינו, מחייבים אותנו לנהוג בפרשתנו מידות של זהירות וריסון. גם על-פי מושכלות ראשונים יהיה זה נכון להניח למחוקק את כינונו של הסדר ראשוני בנושא האמור" (פסקה 11).

ובהמשך פסק דינו מציין חברי, המשנה לנשיא א' מצא:

"השאלה אם (ובאלו מקרים) יש להכיר בזכותם של בני-זוג חד-מיניים לאמץ ילד, היא מעניינה של המחוקק. עקרון הפרדת הרשויות, כמו גם אופיה ומורכבותה של הסוגיה, מנחים אותי לחשוב כי על בית-המשפט להימנע מיצירתו ומהענקתו, בדרך הלכתית, של מעמד (סטטוס)

משפטי חדש... יש מקרים – ואלה, אמנם, נדירים – שבהם ראוי לבית-המשפט להדיר את עצמו מן ההכרעה בסוגיה שהונחה לפניו ואשר בשל אופיה מן הראוי להניחה למחוקק... סוגיית ההכרה בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילד נמנית עם העניינים שראוי לבית-המשפט להניחם למחוקק" (פסקה 21).

גישתו זו של חברי אינה מקובלת עלי כלל ועיקר, וזאת מארבעה טעמים מצטברים.

22. ראשית, לא נתבקשנו להכיר עקרונית בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילדים. בערעור שלפנינו אין כלל טענה כי המערערות כשירות לאימוץ שני קטינים במשותף. במפורש נאמר אחרת. אכן, הבקשה שהוגשה הינה בקשתה הנפרדת של כל אחת מהמערערות לאמץ, כמאמץ יחיד, את ילדה של חברתה. הזוגיות של האם הביולוגית ושל המבקשת לאמץ את בנה רלבנטית בפנינו רק עד כמה שהיא משפיעה על טובתו של הקטין או על קיומן של נסיבות מיוחדות לאימוצו. אותה בעיה היתה מתעוררת אם לאם הביולוגית לא היתה מסוגלות הורית והמבקשת לאמץ את ילדה היתה אשה לסביבת שאין בינה לבין האם הביולוגית כל קשר. האם גם אז היתה מועלית הטענה כי אנו מתבקשים להכיר עקרונית בזכותם של זוגות חד-מיניים לאמץ ילדים? דומה כי התשובה היא בשלילה (ראו Strasser, "Adoption and the Best Interest of the Child: On the Use and Abuse of Studies", 38 New Eng. L. Rev. 629 (2004)). נטייתה המינית של המבקשת לאמץ לא היתה נבחנת במישור העקרוני אלא במישור הספציפי, אם אימוץ על ידה הוא לטובת המאומץ והאם קיימות נסיבות מיוחדות למתן צו אימוץ למאמץ יחיד. הוא הדין בענייננו. הקשר האינטימי בין האם הביולוגית למבקשת לקבל צו אימוץ למאמץ יחיד – היותם זוג חד-מיני – הינו נתון עובדתי שיש לקחתו בחשבון באימוץ יחיד. אין הוא נתון נורמטיבי; אין הוא הופך אימוץ יחיד לאימוץ משותף; אין בו יצירת סטטוס משפטי שלא היה קודם לכן; אין בו הכרה בזוג חד-מיני כ"איש ואשתו"; אין בו אף הכרה בכל אחד מהם כ"בן זוגו" של האחר (כמשמעות מושגים אלה בסעיף 3(1) לחוק האימוץ). כל שיש בו הוא התחשבות בנתונים האישיים במסגרת קביעה אינדיבידואלית באשר לטובת המאומץ ובאשר לקיומן של נסיבות מיוחדות למתן צו אימוץ למאמץ יחיד – לא לאימוץ על ידי משפחה חד-מינית. כמובן, במסגרת התחשבות זו בנתונים האישיים יש לתת משקל למהותה של המשפחה בה חי הקטין. החד-מיניות של משפחה זו היא נתון חשוב שאין להתעלם ממנו. עם זאת, זהו נתון עובדתי שאינו הופך את ההתחשבות בו להכרה משפטית בסטטוס חדש.

23. ברור ומובן הוא כי חוק האימוץ הגביל את האפשרויות של "אימוץ יחיד". במקום שמאמץ יחיד מבקש לאמץ את הילד הקטין של בן-זוגו, החד-מיני, אין הוא נכנס על פי הנחותינו לגדר הכלל הקבוע בסעיף 3 לחוק האימוץ. עליו לקיים את הדרישות של סעיף 25 לחוק האימוץ, כלומר שצו האימוץ הוא לטובת המאומץ, וקיימות נסיבות מיוחדות. הוא הדין בכל מקרה אחר של אימוץ יחיד, כגון אימוץ של ילד קטין של בן זוג של ידועה בציבור בקשר הטרוסקסואלי. אף במקרה זה הנחנו כי עניין לנו באימוץ יחיד, הדורש קיום התנאים הקבועים בסעיף 25 לחוק האימוץ. אכן, חוק האימוץ מבחין היטב בין הגישה הכללית לאימוץ יחיד לבין החריגים לה. המקרה שלפנינו, כך הנחנו, וכן המקרים של ידועים בציבור הטרוסקסואליים, הם מקרים חריגים. על מקרים אלה כתבתי בפרשת פלונית:

"עשויה להשאל השאלה מה השוני בין המקרה שלפנינו, שאנו משאירים בו את השאלה העקרונית בדבר מעמדם של ידועים בציבור פתוחה, לבין המקרה שהיינו קובעים בו באופן חיובי כי ידועים בציבור נכנסים לגדר סעיף 3 לחוק. התשובה הינה כי אילו קבענו שכך הדבר, כל שנותר היה להכריע בשאלה אם מתן צו אימוץ הוא לטובת המאומץ (סעיף 1(ב) לחוק). עתה, ... יש להוסיף ולקבוע כי במקרה שלפנינו מתקיימות 'נסיבות מיוחדות' כנדרש בסעיף 25 לחוק" (שם, עמ' 85).

נמצא, כי מקובל עלי כי בחוק האימוץ בכלל, ובסעיף 25 לחוק האימוץ בפרט, לא נקבע עקרון כללי לפיו די בטובת המאומץ כדי ליתן צו אימוץ בידי זוגות חד-מיניים או ידועים בציבור הטרוסקסואליים. כל שנקבע בחוק האימוץ הוא, כי מתן צו אימוץ באימוץ יחיד ובאימוץ במסגרת זוג חד-מיני או במסגרת ידועים בציבור באימוץ הטרוסקסואלי מחייב שני תנאים: טובת המאומץ ונסיבות מיוחדות. תנאים אלה נקבעים לא על פי הקטין ההיפותטי והערטילאי. תנאים אלה נקבעים על פי הקטין הקונקרטי והספציפי.

24. בבדיקת "הנסיבות המיוחדות" במקרהו של קטין ספציפי וקונקרטי, ובמתן צו אימוץ במקום שנסיבות כאלה מתקיימות, אין מקום לנקיטת עמדה ערכית ביחס למעמדם של זוגות חד-מיניים בדרך כלל, או ביחס למעמדם של ידועים בציבור הטרוסקסואליים בדרך כלל. כל שבית המשפט בוחן הוא "נסיבות" ספציפיות של קטין אינדיבידואלי, תוך התמקדות באותן נסיבות שהן "מיוחדות". עצם היות ההורה הביולוגי והמבקש לאמץ בקשר זוגי חד-מיני או בקשר הטרוסקסואלי אינו אלא אחת מהנסיבות במכלול הכולל. אין הוא תנאי הכרחי; אין הוא תנאי מספיק; אין הוא תנאי כללי. הכל תלוי בכל הנסיבות כולן, כאשר אופיו של הקשר – חד-מיני או הטרוסקסואלי – הוא אחת מאותן נסיבות שיש להתחשב בהן. אין לקבל את גישתו של

חברי, כי אם נכיר במקרים שלפנינו בקיומן של "נסיבות מיוחדות" יהא בכך משום "נקיטת עמדה ערכית מצד בית-המשפט ביחס למעמד של זוגות חד-מיניים ושאלת הזכות לאמץ ילדים" (פסקה 19). אכן, הכרה בקיומן של "נסיבות מיוחדות" תצטרך להתחשב במכלול הנסיבות, לרבות היות האם הביולוגית והמבקש לאמץ את בנה זוג חד-מיני. הכרה בקיומן של "נסיבות מיוחדות" במקרה ספציפי אין בה "נקיטת עמדה ערכית מצד בית המשפט ביחס למעמד של זוגות חד-מיניים ושאלת זכות לאמץ ילדים", כשם ששלילת ההכרה במקרה ספציפי, אין בה נקיטת עמדה ערכית הפוכה. איננו עוסקים במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ בעמדות עקרוניות; איננו עוסקים בשאלה העקרונית של הזכות לאמץ ילדים. אנו עוסקים במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ במקרה אינדיבידואלי; אנו עוסקים בכושרן של מאמצות יחידות ספציפיות לאמץ ילדים ספציפיים.

25. בפרשת פלונית התייחס חברי, השופט מ' חשין לטענת היועץ המשפטי לממשלה, כי קיים חשש שמא הכרעה לטובת המערערת באותה פרשה (הידועה בציבור ההטרסקסואלית) תוליך – כמו מאליה – לאימוץ בידי זוגות חד-מיניים, והוא אימוץ שאינו ראוי לדעתו של היועץ המשפטי. השופט מ' חשין דחה טיעון זה. כותב חברי:

"בטיעון זה אין ממש, ולו מן הטעם שהאינטרסים המתנגשים במערכת עובדות של זוג חד-מיני... שונים מן האינטרסים המתנגשים במערכת שלפנינו. כפי שאמרנו פעם ועוד, בכל מקרה ובכל עניין שומה עלינו לבחון את עוצמת האינטרסים שלעניין, וההכרעה במקרה אחד אינה אוצלת על ההכרעה במקרה אחר. עניין עניין והאינטרסים המאפיינים אותו, ולא הרי ענייננו כהרי הזוג החד-מיני (ובלא שנביע דעתנו באותו עניין). יש אינטרסים של היחיד, ויש אינטרסים של הכלל וכל עניין לעניינו. לא נאמר – אין אנו רשאים לומר – כי כל דצריך ייתי ויאמץ גם אם אין מתקיימים בו תנאי סעיף 3(2) של חוק האימוץ. כדבר החוק בסעיף 25 רישא, טובת המאומץ היא בראש, ואולם אין די בה; יש צורך, נוסף עליה, בנסיבות מיוחדות ובטעמים שיציג בית-המשפט בהחלטתו. כל מקרה ייבחן לגופו וכל אינטרס ייבחן כעוצמתו" (שם, עמ' 82).

לדברים אלה אני מסכים. "כל מקרה ייבחן לגופו וכל אינטרס ייבחן כעוצמתו". כאשר ייבחן עניינן של המערערות, וכאשר יופעל שיקול הדעת השיפוטי אם על בסיס מכלול הראיות מתקיימים בהן התנאים של סעיף 25 לחוק האימוץ, תיבחן גם העובדה שעניין לנו בבני-זוג חד-מיניים. אין לומר מראש, א-פרוורי, כי חד-מיניותן של האם הביולוגית והמאמץ היחיד מונעת בכל הנסיבות את קיומן של הנסיבות המיוחדות; באותה מידה אין לומר כי הדבר מקיים בכל הנסיבות את קיומן של הנסיבות המיוחדות.

כל מקרה ייבחן לגופו; וכל אינטרס ייבחן כעוצמתו. יש לפנות אל "הנסיבות" בכל הנסיבות, ואין להוציא מגדרן קטיגוריה שלמה של מקרים בהם בין ההורה הביולוגי לבין מבקש האימוץ קיים קשר זוגי חד-מיני.

26. שנית, גישתו של חברי, כי אין לפעול במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ, שכן בהפעלתו יהיה משום הכרה בסטטוס משפטי חדש שטרם הוכר, נדחתה במפורש על ידי בית משפט זה בפרשת פלונית. כזכור, באותה פרשה טען היועץ המשפטי כי אין לפעול במסגרת סעיף 25 לחוק האימוץ, שכן בכך יוכר הסטטוס המשפטי של ידועים בציבור. בדחותו טענה זו כתב השופט י' אנגלרד:

"ואם יטען הטוען כי באימוץ הנדון יש משום חתירה תחת מוסד הנישואין בשל הרחבת ההכרה במעמדה של ידועה בציבור בהיחשבה כעין-נשואה, הרי נראה כי אין הדבר כך, שהרי תנאי בל יעבור בסעיף 3(2) לחוק הוא כי המאמץ היחיד הוא בלתי נשוי. לו היה נחשב לנשוי היה חל סעיף 3(1) לחוק. נמצא כי בעצם ההסתמכות על סעיף 3(2) לחוק יש משום קביעה כי המאמץ אינו בבחינת נשוי. נמצא כי החשש הנזכר – גם למי שחושש לו – אינו קיים בנסיבות המקרה שלפנינו" (שם, עמ' 77).

הוא הדין בענייננו. אין אנו קובעים כלל כי זוג חד-מיני הוא "איש ואשתו יחד"; אין אנו מתבקשים ליתן צו לאימוץ משותף. עניין לנו באימוץ על ידי מי שאינה נשואה. אין בהכרה בו במקרה הספציפי שלפנינו כל הכרה עקרונית בזכותם של בני-זוג חד-מיניים לאמץ ילד; אין בו אף הכרה כי כל אחד בזוג חד-מיני הוא "בן זוגו" של האחר לעניין סעיף 3(1) לחוק האימוץ. אין בפסק דיננו כל קביעת סטטוס או מעין סטטוס או בדיל סטטוס. עוד ציין השופט י' אנגלרד:

"אינני רואה בסיס בחוק למנוע מאשה זו את ההסתמכות על הדרך החילופית המצויה בהוראת סעיף 3(2) לחוק בשילוב עם הוראת סעיף 25 לחוק מקום שתוכיח את קיום התנאים הנדרשים שם. כלומר, אינני רואה כל בסיס בחוק אשר יצדיק את הפלייתה-הענשתה של אשה זו רק בשל חייה המשותפים עם אבי הנערה. המבחן הקובע הוא כאמור טובת המאומץ, על כל היבטיה" (שם, עמ' 77).

הוא הדין בענייננו, תוך אימוץ דבריו של השופט י' אנגלרד למקרה שלפנינו. אינני רואה בסיס בחוק למנוע מבת זוג חד-מינית של האם הביולוגית את ההסתמכות על הדרך החילופית המצויה בהוראת סעיף 3(2) לחוק בשילוב עם הוראת סעיף 25 לחוק, במקום שתוכיח את קיום התנאים הנדרשים שם. כלומר, אינני רואה כל בסיס בחוק

אשר יצדיק את הפלייטה-הענשתה של אשה זו רק בשל חייה המשותפים עם אם הקטין. כמו כן איני רואה בסיס בחוק אשר יצדיק הפלייטו-הענשתו של הקטין, אך בשל מסגרת החיים של אמו. המבחן הקובע הוא כאמור טובת המאומץ על כל היבטיה, וקיומן של נסיבות מיוחדות. ואם יטען הטוען כי באימוץ הנדון יש משום חתירה נגד מוסד הנישואין בשל הרחבת ההכרה במעמדם של ידועים בציבור בני אותו מין, בהיותה כעין-נשואה, הרי נראה כי אין הדבר כך, שכן תנאי בל יעבור בסעיף 3(2) לחוק הוא כי המאמץ היחיד הוא בלתי נשוי.

27. בגישה דומה נקט חברי, השופט מ' חשין, בפרשת פלונית:

”מדברים אנו אך-ורק בנסיבות המקרה שלפנינו, וכי על כן יש לדחות את טענת היועץ המשפטי לממשלה שבהכריענו כפי שאנו מכריעים, כמו מכירים אנו על פי המחוקק כ'ידועים בציבור'. לא מניה ולא מקצתיה.

אין אנו מדברים בכללים או במוסדות במשפט; מדברים אנו באנשים בשר-ודם, באנשים כואבים, בבני-אדם חיים ונושמים שהתייצבו לפנינו בדין” (שם, עמ' 80).

כך בענייננו. מדברים אנו אך-ורק בנסיבות המקרה שלפנינו. אין אנו מכירים על-פי המחוקק באימוץ על ידי זוגות חד-מיניים. אין אנו מדברים בכללים או במוסדות משפט; מדברים אנו באנשים בשר ודם, באנשים כואבים, בבני-אדם חיים ונושמים שהתייצבו לפנינו בדין.

28. ואל תהא הכרעה זו קלה בעינינו. ברשימה ארוכה של פסקי דין חזר בית משפט זה וקבע כי המצב של ”ידועים בציבור” אינו יוצר סטטוס משפטי חדש (ראו ע”א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ”ד נה(1) 12, 35). נטענה הטענה כי הכרה באימוץ על ידי ידועה בציבור המאמצת את בתו של הידוע בציבור שלה תעניק סטטוס משפטי לידועים בציבור. הטענה נדחתה, ובצדק נדחתה. אותה טענה עצמה מועלית לפנינו לעניין ידועים בציבור בני אותו מין. גם כאן יש לדחותה, ומאותם טעמים.

29. שלישית, מקובלת עלי גישתו של חברי כי עקרונית ראוי הוא כי הכרה בסטטוס משפטי חדש – בין סטטוס של נישואים אזרחיים ובין סטטוס של משפחה חד-מינית – ייעשה על ידי המחוקק ולא על ידי בית המשפט. גישתי זו נגזרת מתפיסתי העקרונית לפיה ”ככלל, שופט אינו צריך להיות נושא דגל של הסכמות חברתיות חדשות. עליו לתת ביטוי לערכי יסוד המוכרים בחברתו ולא ליצור אותם” (א' ברק, שופט בחברה

דמוקרטיית 47 (2004)). תפיסה זו היא בעלת אופי עקרוני. במסגרתה יש מקום להכיר בחריגים הנדרשים כדי "לחשוף את הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארעי והחולף" (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 780). אכן, "ההסכמה חברתית אשר שופט צריך לפעול במסגרתה היא הסכמה המעוגנת בערכי היסוד של החברה. זו ההסכמה לליבת הדמוקרטיה. אל-לו לשופט לפעול במסגרת הסכמה חברתית המשקפת רוחות שעה חולפות. על השופט לפעול במסגרת המרכזי והבסיסי. עליו להימנע מלפעול במסגרת הארעי והחולף. כאשר החברה אינה נאמנה לעצמה, השופט אינו חייב לתת ביטוי לרוחות השעה. עליו לעמוד מנגדן. עליו לתת ביטוי לאותה הסכמה חברתית המשקפת את עקרונות היסוד ואת ה'אני מאמין' של החברה שבה הוא חי ופועל" (שם, עמ' 149).

30. בערעור שלפנינו איננו נדרשים לבחון גישה זו, אם ראויה היא אם לאו, ונוכל להשאירה בצריך עיון. הטעם לכך הוא כי בערעור שלפנינו איננו נקראים להכיר בסטטוס משפטי חדש; איננו מתבקשים להכיר בסטטוס משפטי של המשפחה החד-מינית; איננו נדרשים לסטות מהסכמה חברתית. כל שנקראים אנו בערעור שלפנינו הוא לתת ביטוי להסכמה החברתית המשקפת את ערכי היסוד שלנו לפיה צו אימוץ יינתן רק אם הוא לטובת המאומץ. זהו ההיבט העקרוני היחיד המתעורר בערעור שלפנינו, וכל כולו מצוי במסגרת ההסכמה החברתית בישראל. אכן, אם המחוקק סבור כי עקרון "טובת המאומץ" – או אינטרס המאומץ – לא צריך לחול לעניין משפחה חד-מינית, עליו לומר את דברו, ויהא עלינו לבחון אם אמירה זו היא חוקתית (השוו Du Toit v. The Minister of Welfare and Population Development 2002 (10) BCLR 1006 (2003) SA 198 (cc); Re K and B [1995] 125 DLR (4th) 653; Fretté v. France [2002] ECHR 36515/97, העוסקים בשאלת הפגיעה בערכים חוקתיים ככבוד האדם והזכות לשוויון). זוהי הגישה השיפוטית הראויה. ביטוי לה נתן השופט וייר (Lord Weir) בפרשת Re AMT [1997] Fam. Law 225. כותב השופט וייר:

"... [v]iews on this type of adoption application no doubt differ, but I am firmly of opinion that on a question of this kind it is for Parliament and not for judges (who would after all be at risk of expressing an individual preference) to pronounce a verdict. If it is the wish of the legislature that adoption by homosexuals should be barred, then that is a matter for Parliament, but as far as the court is concerned the provisions of the Act of 1978 have to be followed and under present law no such prohibition exists. The court must therefore proceed on a case-by-case basis. In doing so, the court proceeds under the very clear guidance of section 6 of the Act of 1978 which

requires it, in reaching any decision, to have regard to all the circumstances, first consideration being given to the need to safeguard and promote the welfare of the child throughout his childhood. Among the circumstances to which regard must be had will be the suitability or otherwise for one reason or another of the adoptive parent or parents and in that connection no hard and fast rules can be laid down" (p. 14).

בגישה דומה נקט השופט סינגר (Singer J.) בפרשת Re W (a minor) [1997] 3 ALL E.R. 620. בפרשה זו סירבו ההורים הטבעיים למסור את בנם לאימוץ-יחיד. על פי החוק הרלבנטי, ניתן להכריז על הקטין כבר-אימוץ אם סירובם של ההורים אינו סביר וניתן למסרו למאמץ יחיד אם הדבר הוא לטובת הקטין. נטען, בין השאר, כי הסירוב הוא סביר כי המבקש לאמץ הוא יחיד-חד-מיני החי בקשר חד-מיני עם בן-זוג. בית המשפט דחה טיעון זה. כותב השופט:

"This spectrum of approach over a relatively short span of years warns me clearly how unruly is the horse of public policy which I am asked to mount, and upon what shifting sands I would be riding if I did so. I have formed the firm conclusion not only that the Act cannot be construed in so restricted and discriminatory a fashion as is proposed, but also that public policy considerations should not fall within the province of judges to define within this sphere. If there is to be a line drawn as a matter of policy to prevent homosexual cohabiting couples or single persons with homosexual orientation applying to adopt, then it is for Parliament so to conclude and with clarity to enact. But at the moment the 1976 Act is drawn in words so wide as to cover all these categories. If that conceals a gap in the intended construction of the act then it is for Parliament and not the courts to close it" (p. 625-626).

בגישה דומה נוקטים רבים מבתי המשפט שעסקו בשאלה זו. כמובן, הבעיה אינה מתעוררת אם החוק קובע במפורש שאין לאפשר אימוץ במקרה של זוג חד-מיני (כגון מדינת פלורידה שבארצות-הברית, שהיא היחידה שנוהגת כך בארצות-הברית). כמו כן לא מתעוררת הבעיה שלפנינו אם החוק קובע במפורש שלנטיה המינית של מבקש האימוץ אין כל רלבנטיות (כפי שנקבע לאחרונה באנגליה: ראו סעיפים 49, 50 ו-144(4) ל-Adoption and Children Act (2002) (ראו C. Bridge and H. Swindells, (2003) 98, 195 Adoption – The Modern Law). הבעיה הפרשנית הניצבת בפנינו מתעוררת באותן מדינות כמו ישראל, בהן חוק האימוץ יכול להתפרש כמאפשר,

בתנאים מסויימים, אימוץ במקרה של מאמץ יחיד בזוג חד-מיני. במצבים אלה היו בתי המשפט ערים, כמובן, להשקפות הרווחות בציבור. גם בפניהם טענו כי הכרה באימוץ במסגרת זוג חד-מיני תתפרש כנקיטת עמדה ערכית מצד בתי המשפט ביחס למעמדם של זוגות חד-מינים. עם זאת, הם לא הושפעו מטענות אלה והם העמידו לנגד עיניהם את עקרון-העל של אינטרס הילד. כך נפסק בבית המשפט העליון של מדינת ורמונט (מפי השופט יוהנסון (Johnson)) בפרשת Adoption of B.L.V.B. and E.L.V.B. 628 :A. 2d 1271, 1276 (1993)

“... our paramount concern should be with the effect of our laws on the reality of children’s lives. It is not the courts that have engendered the diverse composition of today’s families. It is the advancement of reproductive technologies and society’s recognition of alternative lifestyles that have produced families in which a biological, and therefore a legal, connection is no longer the sole organizing principle. But it is the courts that are required to define, declare and protect the rights of children raised in these families, usually upon their dissolution. At that point, courts are left to vindicate the public interest in the children’s financial support and emotional well-being”.

באותה פרשה הוחלט – על בסיס התשתית העובדתית שהוצגה בערכאה הראשונה והספרות הרבה שהובאה בפני בית המשפט – כי האינטרס של הקטינים הצדיק מתן צו אימוץ. במקרים אחרים, התוצאה יכולה להיות שונה. הגישה חייבת להיות פרגמטית ולא עקרונית. אין לנו עניין במשפחה חד-מינית המבקשת הכרה של המדינה באמצעות צו האימוץ. עניין לנו בקטין המבקש הכרה באינטרס שלו באמצעות צו אימוץ למאמץ יחיד המהווה חלק ממשפחה חד-מינית. יפים דבריה של השופטת ס' רוטלוי, בעלת דעת המיעוט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי:

“אינני נדרשת להכריע בשאלת מתן היתר לנישואים חד מיניים ועלי להכריע במציאות פתרון צודק לשלושת הקטינים, שאין להם אלטרנטיבה של תא משפחתי אחר מלבד התא אליו נולדו ובו הם חיים... במתן צו אימוץ בנסיבות העניין שלפנינו בית המשפט כלל אינו צריך להידרש לשאלה, האם יחסים חד מיניים ראויים או רצויים הם. בנתנו צו אימוץ בנסיבות העניין שלפנינו בית המשפט אך נותן תוקף משפטי ליחסי הורות וקרבה השוררים ביניהם” (פסקאות 4.11 ו-7.2 לפסק הדין).

31. רביעית, עמדתו של חברי שוללת עקרונית מהמערערות את כשירותן לאמץ באימוץ יחיד זו את בנה של זו אך בשל היות הקשר הזוגי חד-מיני. בכך נוקט בית

המשפט עמדה עקרונית בעניין שחברי עצמו סבור שיש להשאירו לידי המחוקק. אכן, גישתו של חברי הינה כי "השאלה אם (ובאלו מקרים) יש להכיר בזכותם של בני-זוג חד-מיניים לאמץ ילד, היא מעניינה של המחוקק" (פסקה 21). אם כך, מדוע מכריע בה חברי? מדוע הוא דוחה את בקשתן של המערערות בלא לבחון אותה לגופה, ואך משום הגישה העקרונית שהוא עצמו קובע שאין זה ראוי שבית המשפט ינקוט בה? אכן, בכך נבדלת גישתו של חברי מגישתי שלי. בעוד שחברי מעמיד את ההכרעה על בסיס עקרוני, השולל אימוץ יחיד במקום שהמאמץ מצוי בקשר חד-מיני עם ההורה הטבעי, גישתי שלי מתרחקת מכל הכרעה עקרונית-ערכית שכזו. ההכרעה הערכית-עקרונית היחידה היא טובת המאומץ, תוך בחינת קיומן של נסיבות מיוחדות. הקשר הזוגי החד-מיני נלקח גם על ידי בחשבון, אך לא כגורם עקרוני-ערכי השולל כשירות לאמץ, אלא כגורם עובדתי-ענייני בקביעת טובת המאומץ וקיומן של נסיבות מיוחדות בכל מקרה ספציפי. הגישה הפרשנית הראויה היא איפוא "פנימית" ולא חיצונית.

32. בהיעדר נתונים, אין בכוונתי לנקוט עמדה אף באשר להתקיימות התנאי של "נסיבות מיוחדות" הקבוע בסעיף 25 לחוק האימוץ במקרה שלפנינו. אציין רק, שאין להניח זהות בין התנאי של "טובת המאומץ" לבין תנאי "הנסיבות המיוחדות". טובת המאומץ היא הכלל. הנסיבות המיוחדות מאתרות בתוך אותו כלל את המקרים המצדיקים מתן צו אימוץ לפי תנאיו החריגים של סעיף 25. נסיבות אלה עשויות להיות מגוונות. בענייננו ניתן לשער, שהן תכלולנה בין השאר את קיומו של קשר נוכחי בין המאמץ למאומץ, את משכו של אותו קשר ואת עוצמתו. התייחסה לכך חברתי, השופטת ד' ביניש, בהקשר לסעיף 25(1) לחוק האימוץ, ויפים הדברים גם לענייננו:

"אכן, ראוי הוא מבחן קיום יחסי הורה-ילד להוות את לב ליבו של שיקול הדעת של בית המשפט בישראל בבואו לבחון אם במקרה שלפניו מדובר בנסיבות מיוחדות כמשמען בסעיף 25 לחוק אימוץ ילדים" (פרשת פלוני, בעמ' 181; וראו עוד שם, בעמ' 182-183).

בכלל זה עשוי להינתן משקל גם למעמד המשפטי שניתן כבר לקשר, במסגרת דיני האפוטרופסות. אלה ואחרות הן הנסיבות, שבהצטרפותן עשויות להיחשב "מיוחדות" דיו, כדי להצדיק אימוץ לפי סעיף 25.

פרשנות פנימית-אינדיבידואלית

33. הגישה הראויה היא לדעתי גישה פרשנית שהיא פנימית-אינדיבידואלית. בהיותה פנימית היא נערכת כל כולה במסגרתו של סעיף 25 לחוק האימוץ. בהיותה

אינדיבידואלית, היא בוחנת את כשירותו של המאמץ היחיד הניצב בפני בית המשפט, ואת טובתו של המאומץ הניצב בפניו ואת קיומן או היעדרן של נסיבות מיוחדות להכרה בכשירותו של מבקש האימוץ. הבחינה היא הוליסטית. כל היבט של טובת הקטין – או אינטרס הקטין – נלקח בחשבון. טובתו (או האינטרס שלו) נבחנת על רצף חייו, בהווה ובעתיד. במסגרת זו יש להתחשב גם בעובדה שהמבקשת לאמץ את הקטין ואמו של הקטין מצויים בקשר זוגי חד-מיני. מהי הרלבנטיות של נתון זה?

34. יש הסבורים כי לנתון זה אין כל רלבנטיות לעניין טובת המאומץ. על פי תפיסה זו לעניין טובת המאומץ דינו של מאמץ יחיד-הטרנסקסואלי כדין מאמץ יחיד-הומוסקסואלי; ודין קשר זוגי חד-מיני כדין קשר זוגי הטרנסקסואלי. גישה זו מתבססת על ספרות מדעית עניפה אשר בחנה את טובתם של ילדים מאומצים החיים עם מאמצים חד-מיניים והשוותה זאת לטובתם של ילדים מאומצים החיים עם מאמצים הטרנסקסואליים (נשואים או שאינם נשואים). ספרות זו בוחנת אחת לאחת את הטענות השונות המועלות כנגד אימוץ במסגרת זוג חד-מיני ודוחה אותן כמבוססות על דעות קדומות, על סטריאוטיפים ועל שאין להן כל בסיס מדעי. אופיינית בהקשר זה עמדתה של האגודה האמריקאית לפסיכולוגיה מ-1995:

"Not a single study has found children of gay and lesbian parents to be disadvantaged in any significant respect relative to children of heterosexual parents". (Patterson, "Lesbian and Gay Parenting – Summary of Research Findings", in: American Psychological Association, Adoption by Lesbians and Gays: A National Survey of Adoption Agency Policies, Practices and Attitudes, APA-Online, 1995).

הודעה דומה פורסמה על-ידי האגודה הפסיכולוגית הקנדית בשנת 2003 (ראו: Canadian Psychological Association, Press Release: "Gays and Lesbians Make Bad Parents – 'There is No Basis in the Scientific Literature for this Perception'" (www.cpa.ca, 6.8.2003). ממצאים דומים הובאו אף בדו"ח של האגודה האמריקאית לרפואת ילדים:

"[T]he weight of evidence gathered during several decades using diverse samples and methodologies is persuasive in demonstrating that there is no systematic difference between gay and nongay parents in emotional health, parenting skills, and attitudes toward parenting. No data have pointed to any risk to children as a result of growing up in a family with one or more gay

parents" (Perrin, "Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-sex Parents", 109 Pediatrics 341 (2002)).

גישה זו עוברת כחוט השני ברשימה ארוכה של מחקרים במדינות שונות. הנה רשימה מדגמית: Herek, "Myth About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research", 1 Law and Sexuality 133 (1991); Patterson, "Adoption of Minor Children by Lesbian and Gay Adults: A Social Science Perspective", 2 Duke J. Gender. L. & Poly 191 (1995); Peltz, "Second-Parent Adoption: Overcoming Barriers to Lesbian Family Rights", 3 Mich J. Gender & L. 175 (1995); Davis, "Two Moms and a Baby: Protecting the Non-traditional Family through Second Parent Adoption", 29 New Eng. L. Rev. 1055 (1995); Adams, "Whose Family is it Anyway? The Continuing Struggle for Lesbian and Gay Men Seeking to Adopt Children", 30 New Eng. L. Rev. 579 (1996); Eichinger-Swainston, "Fox v. Fox: Redefining the Best Interest of the Child Standard for Lesbian Mothers and Their Families", 32 Tulsa L. J. 57 (1996); Stresser, "Legislative Presumptions and Judicial Assumption: On Parenting, Adoption, and the Best Interest of the Child", 45 Kan. L. Rev. 49 (1996); F. L. Tasker and S. Golombock, Growing Up in a Lesbian Family : Effects on Child Development (1997); Patterson, "Children of Lesbian and Gay Parents," in T. H. Ollendick and R. J. Prinz (eds.), Advances in Clinical Child Psychology 235 (1997); Golombock, "Lesbian Mother Families", in A. Bainham, S. B. Sclater and M. Richards, What is a Parent? 163 (1999); Millbank, "If Australian Law Opened its Eyes to Lesbian and Gay Families, What Would it See?" 12 Aus. J. Fam. Law 10 (1998) בישראל: ראו גולדשמידט, "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני", המשפט ז', 217 (2002).

35. קיימת גם גישה אחרת, על פיה דינו של קטין המאומץ על ידי מאמץ-יחיד-הומוסקסואל שונה מזה המאומץ על ידי מאמץ-יחיד-הטרנסקסואל. גישה זו מבקרת את המחקרים השונים ומצביע על הפגמים שנפלו בהם (ראו Wardle, "The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children", 1997 U. Ill. L. Rev. 833; Wardle, "Fighting With Phantoms: A Reply to Warring With Wardle", 1998 U. Ill. L. Rev. 629; Stacy and Biblarz, "(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter", 66 Am. Soc. Rev. 159 (2001); Pierce, "In Defense of the Argument that Marriage Should be a Rebuttable Presumption in Government Adoption Policy", 5 J. L. Fam Stud. 239 (2003); Kohm, "Moral Realism and

the Adoption of Children by Homosexuals”, 38 New Eng. L. Rev. 643 (2004); Wardle, “Considering the Impact on Children and Society of ‘Lesbigay’ (Parenting)”, 23 Quinnipiac L. Rev. 541 (2004).

36. איננו מתבקשים ואף איננו יכולים להכריע בשלב זה בין הגישות השונות. ההכרעה צריכה ליפול, בראש ובראשונה בבית המשפט לענייני משפחה. בפניו יש להציג עדויות של מומחים; יש להגיש לו את המחקרים השונים (ראו Gallagher and Baker, “Do Moms and Dad’s Matter? Evidence From the Social Sciences on (Family Structure and the Best Interest of the Child”, 4 Margins 161 (2004)). מחקרים אלה צריכים לתת תמונה ברורה ככל שאפשר כיצד ישפיע על הקטין המאומץ הקשר החד-מיני שבין האם הביולוגית לבין חברתה לחיים המבקשת לאמץ את הקטין? כן היא מקום לבחון מה עמדתה של החברה בה חי הקטין על קשר זוגי זה? איני בטוח כלל כי תיאורו של חברי, המשנה לנשיא א’ מצא בעניין זה – שאינו מתבסס על תשתית עובדתית שהונחה בפנינו – משקף את המציאות הישראלית. כן תיבחן השאלה אם יש בעמדת החברה כדי להשפיע על טובתו (האינטרס) של הקטין בעתיד? האם קיימת חלופה טובה יותר? האם מצבו של הקטין (בהווה ובעתיד) יהא טוב יותר או טוב פחות אם האימוץ לא יוכר? שאלות אלה ורבות אחרות יוצגו בפני בית המשפט לענייני משפחה. נזכיר, כי הברירה הממשית בה יידרש להכריע היא האם מצב החיים הנתון של המערערות וילדיהן יימשך עם צו האימוץ, או בלעדיו. בית המשפט לענייני משפחה ימקם נתונים אלה בתוך מכלול הנתונים אשר בפניו לעניין “טובת המאומץ”. על בסיס מלוא החומר שבפניו הוא יגיע למסקנה מהי טובתם של הקטינים בפרשה שלפנינו, והאם מתקיימות “נסיבות מיוחדות”. תהא זו הכרעה הנוגעת לקטינים אלה ולסובב אותם. אם העניין יגיע בערעור לפנינו נחליט אף אנו בו. החלטתנו תשפיע כמובן על המקרים הבאים. לא יהא צורך לחזור ולפנות לספרות הישנה. יהא מקום, כמובן, לעדכנה. כך התפתחו הדברים בשיטות משפט אחרות. ההליכה היתה ממקרה ספציפי למקרה ספציפי (ראו Adoption of Evan, 583 N.Y. 2d 997 (1992); Adoption of B.L.V.D. 628 A2d 1271 (1993); Adoption of Tammy, 619 N.E. 2d 315 (1993); Adoption of Child by J.M.G., 632 A2d 550 (1993); In the Matter of Jacob, an Infant, 86 N.Y. 2d 651 (1995); Re K and B [1995] 125 D.L.R. (4th) 653; In Re Adoption of M.M.G.C., 785 N.E. 2d 267 (2003); In Re Adoption of Infant (K.S.R. & J.P.), 804 N.E. 2d 1253 (2004)). כך צריך להיות גם הפתרון למקרה שלפנינו.

37. בטרם אסיים את פסק דיני, אבקש להעיר ארבע הערות: ראשית, מקובלת עלי גישתו של חברי, המשנה לנשיא א' מצא, כי אין טעם של ממש, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, שלא ליתן פרסום לשמות המערערות. בנסיבות רגילות, ראוי היה להותיר שאלה זו להכרעת בית המשפט לענייני משפחה, שתתבסס על הבדיקה הפרטנית בעניין טובת הילדים. אולם, בענייננו מדובר במסגרת חיים משותפת שהינה ממושכת ביותר, ובפועל ידועה לכל סביבתם של המערערות וילדיהן. במצב זה אין עוד צורך להגביל את הפרסום.

38. שנית, סעיף 25 לחוק האימוץ דן, בכל הנוגע לערעורים שלפנינו, בסטייה מההוראות הקבועות בסעיף 3 לחוק האימוץ לעניין מתן צו אימוץ. ברור הוא, כי אין בהוראה זו כדי להשפיע על השאלה אם הקטין הוא בר-אימוץ. שאלה זו נקבעת על פי הכללים הרגילים, ובהם הסכמת ההורים הביולוגיים (סעיפים 8 ו-10 לחוק האימוץ) או בהתקיים אחד התנאים הקבועים בסעיף 13 לחוק האימוץ (ראו דברי חברתי, השופטת ד' ביניש, בפרשת פלוני, בעמ' 186 ("כאשר התיר סעיף 25(1) לסטות מהסייגים הקבועים בחוק האימוץ, לא קבע הוראה שלפיה פטור ההליך מהוראות סעיף 8(א) או מהוראת סעיף 13 לחוק")). רק כאשר מתברר כי הקטין הוא בר-אימוץ, והדיון עובר לשלב של מתן צו אימוץ, קמה ומתעוררת השאלה המונחת ביסוד הערעור שלפנינו. מצב דברים זה מעורר קשיים מעשיים, עליהם עמדה חברתי, השופטת ד' ביניש, בפרשת פלוני. קשיים אלה מתעוררים בכל המקרים בהם מבקשים להחיל את סעיף 25 לחוק האימוץ, ואין הם מיוחדים למקרה שלפנינו. כך, למשל, מתעוררת השאלה האם ההליך לפי סעיף 25 לחוק האימוץ יקדם להכרזה על בר-אימוץ, או יבוא אחריו? האם ניתן למזג אותו – במקרה של הסכמת האם לאימוץ על ידי בן זוגה ובאשר האם הופרתה על ידי תורם זרע שאינו ידוע – בין השלב לפי סעיף 25 לחוק האימוץ לבין השלב שעניינו מתן צו אימוץ? שאלות אלה ואחרות דורשות פתרון, ומן הראוי הוא שהמחוקק יתן דעתו עליהן.

39. שלישית, במצב הדברים הרגיל, צו האימוץ "מפסיק את החובות והזכויות שבין המאמץ לבין הוריו" (סעיף 16 לחוק האימוץ). פשיטא, שאין מקום להחיל הוראה זו במקום שאם ביולוגית מסכימה כי ילדה יאומץ על ידי מי שחי עימה חיי שותפות. כיצד מושג פתרון זה? אף בעניין זה אין לנו צורך להכריע בדבר. ייתכן ובמצב דברים זה אין תחולה, בכל הנוגע לאם הטבעית, להוראות סעיף 16 לחוק האימוץ. יתכן ויש צורך בקביעה מפורשת על ידי השופט המעניק את צו האימוץ כי תוצאותיו אינן חלות לגבי האם הביולוגית (כאמור בסעיף 16(1) לחוק האימוץ). אף בעניין זה רצוי הסדר חקיקתי מפורש. הדבר גרם לקשיים רבים במספר מדינות בארצות-הברית. רצוי למנוע הקשיים על ידי הוראה מפורשת בעניין זה.

40. רביעית, בפרשת פלונית כתבתי:

“הגיעה השעה לתקן את החוק – כמו גם חוקים אחרים – ותחת הוראות ‘סטטיות’ המתייחסות לאיש ואשתו, או לבני-זוג, לקבוע הוראות ‘דינמיות’ העוסקות בנסיבות הענייניות המצדיקות הענקת הזכות או החובה הקבועות בחוק. ... יש ליתן פתרון אמיתי לבעיה אמיתית תוך עקיפתן של בעיות אידיאולוגיות שנויות במחלוקת קשה, שבינן לבין הצרכים המעשיים של בני-אדם ‘חיים ונושמים’ (כביטוי של חברי השופט מ’ חשין) אין ולא כלום” (שם, עמ’ 85).

מי ייתן והכנסת תאמץ הצעה זו.

התוצאה היא, כי יש לקבל הערעור; פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי מתבטל; התיק יוחזר לבית המשפט לענייני משפחה, אשר יחליט בו על פי האמור בפסק דיננו. המשיב יישא בהוצאות המערערות בסכום כולל של 20,000 ₪.

ה נ ש י א

השופטת מ’ נאור:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא א’ ברק.

ש ו פ ו ת

השופט א’ ריבלין:

הריני מצטרף בהסכמה לפסק-דינו של חברי הנשיא א’ ברק.

ש ו פ ו ט

השופט מ’ חשין:

פלונית היא אָם לשני בנים ואין יודע מי אביהם. אלמונית היא אָם לְבָן ואין יודע מי אביו. פלונית ואלמונית חיות כזוג, והחמישה - פלונית, אלמונית ושלושת הבנים - חיים כמשפחה אחת. כל אחד משלושת הילדים רואה גם את פלונית גם את אלמונית כָאָם-לו. שלושה בנים ולכל אחד מהם שתי אימהות. פלונית ואלמונית מבקשות - כל אחת מהן - לאמץ את ילדי זולתה, ובקשת כל אחת מן השתיים היא על דעתה ובהסכמתה של זולתה. בהנחה שנתמלאו כל שאר תנאים מוקדמים הנדרשים לכך, האם כשירה פלונית, על-פי דין, לאמץ את בנה של אלמונית, והאם כשירה אלמונית לאמץ את בניה של פלונית? זו השאלה שהועמדה לפנינו להכרעה בה.

2. חוות הדעת של חברי, המישנה לנשיא מצא והנשיא ברק, מונחות לפניי, וצהובות הן זו-לזו. המישנה לנשיא שולל מכל-וכל אפשרות שפלונית תאמץ כבן-לה את בנה של אלמונית או שאלמונית תאמץ כבנים לה את בניה של פלונית. שלא כמותו, הנשיא אינו נכון לשלול על הסף את בקשת המערערות ואין הוא סותם את הגולל על אימוץ מכאן ומכאן. נהפוך הוא: סובר הוא כי אין מניעה עקרונית להיעתר לבקשות האימוצים, ומבקש הוא להותיר הכרעה לגופן של בקשות פלונית ואלמונית עד לאחר בירור פרטני בבית המשפט. אודה על אמת, אודה ולא אבוש: זו הפעם ניטלטלה דעתי - ומקצה-אל-קצה ניטלטלה - כשם שלא ניטלטלה זמן רב. ואין פלא בדבר. החוק שעל פירושו עמלים אנו - חוק קצר-מילים - כלי קיבול קטן ודל הוא מהכיל את העומס הרגשי ואת הרוחות הסוערות המנשבות בענייננו. לעת חקיקת החוק שלעניין לא עלה כלל על דעת המחוקק כי יום יבוא ויהא על החברה להתמודד עם בעיות כבעיה הניצבת עתה לפיתחנו. והנה בא היום. נמצא לנו, אפוא, כי בלא שנתכוון לכך, ממש מבלי משים, הטיל עלינו המחוקק משימת-פרשנות המקרבת עצמה לחקיקה. ואנו, לא הותרנו לפרוק מעלינו חובתנו - לדון, לשקול ולהכריע.

הסוגיה

3. השאלה שלעניין היא, אם פלונית ואלמונית הניצבות לפנינו, "כשירות" הן לאמץ: זו את בנה של זו וזו את בניה של זו, וכחבריי לפניי אף אני אפתח בהוראות החוק שלעניין, אלו הן ההוראות שבסעיפים 3 ו-25 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (החוק או חוק האימוץ). וכך מורה אותנו החוק בהוראות אלו שבו:

כשירות
המאמץ

3. אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית המשפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד -

(1) אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או

אימץ אותו לפני כן ;

(2) אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי.

סמכות
לסטות
מסייגים

25. נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו, לסטות מסייגים אלה :

(1) ...

(2) פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ לפי סעיף 3(2) ;

(3) ...

למותר כי נזכיר - ובכל-זאת נזכיר - את הוראת סעיף 1(ב) שלחוק האימוץ, היא ההוראה השוכנת בקירבן של כל הוראות החוק והיא ההוראה שנישא עימנו בכל אשר נלך ונבוא בנושאי אימוץ :

צו אימוץ 1. (א) ...

(ב) צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ.

שתי הערות מקדימות

4. עד שנשקע עצמנו בסוגיה שלפנינו, ביקשנו להעיר שתי הערות, ובהמשך דרכנו תשמשנה אלו אותנו בנות-לוויה קבועות. הערות אלו אינן יחודיות לנושא האימוץ, אך דומה כי בענייננו עתה נודעת להן חשיבות יתרה. עמדנו על כך בפרשת פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (ע"א 1165/02, פ"ד נז(1) 69, 80-81) - פרשה שאף היא נסבה על אימוץ - ועתה נוסיף מעט על דברים שאמרנו.

5. מדברים אנו בפירושן ובקביעת תחומי פרישתן של הוראות-חוק אלו ואחרות שבחוק האימוץ, וביחסיהן של אותן הוראות ביניהן-לבין-עצמן. על מלאכתנו זו נאמר, כי לעת שנקרב לפירושה של הוראת-חוק פלוני, יהא עלינו להפעיל - כבר בתחילתו של מסע הפרשנות - מונה-עוצמה מיוחד, למדידת עוצמתו של האינטרס הגנוז באותה

הוראה. מונה-עוצמה זה יהיה בידנו כלי חיוני לבחינתן ולפירושה של הוראות-החוק, בייחוד כך לעת ששתי הוראות-חוק תמצאנה עצמן, בנסיבות נתונות, על מסלול של התנגשות. אין ערוך לחשיבותו של אותו מונה-עוצמה, ובלעדיו עלולים אנו לאבד את דרכנו. בפרשת פלונית שהיזכרנו זה עתה (שם, 78-79), דיברנו בהוראות נוקשות ובהוראות נוקשות-למחצה שבחוק האימוץ, וקלסיפיקציה זו אינה אלא אחד האספקטים של נושא העוצמה.

6. זאת ועוד. שלושה המה בעלי-עניין עיקריים בכל נושאי האימוץ: ההורים הביולוגיים (או אחד מהם); ההורים או היחיד המיועדים להיותם הורים מאמצים; והשלישי, והוא ראש וראשון: הילד המיועד לאימוץ. בכל הכרעה הנדרשת על-פי חוק האימוץ - לרבות בהכרעות-ביניים - מעורבים, במישרין או בעקיפין, אחד או יותר מבעלי עניין אלה; ובכל סוגיה וסוגיה שומה עלינו לאתר, בראש ובראשונה, את בעלי-העניין המעורבים, לזהות את האינטרסים שהם מייצגים, וללמוד את עוצמתו של כל אינטרס ואינטרס מן האינטרסים המתגוששים ביניהם והטוענים - כל אחד מהם - לבכורה. ראו עוד: פרשת פלונית, שם 80-81. דוגמה יפה לאינטרסים המתגוששים תמצא לנו בנושא המסוגלות ההורית של ההורים הביולוגיים - בפירושה של הוראת סעיף 13(7) לחוק האימוץ - והדברים ידועים. למותר לומר כי אף החוק בעל עניין עיקרי הוא בצידם של שלושת בעלי העניין האחרים.

7. על רקע הערות כלליות אלו הבה נקרב מבטנו אל הוראות-החוק שלענייננו.

כלל וחריגים לו

8. שלוש הוראות הן לענייננו עתה: הוראת סעיף 3 רישה לחוק; חריג לה בהוראת סעיף 3(2); וחריג-לחריג בהוראת סעיף 25(2). הוראה-א, הוראה-ב ובהוראה-נכדה. בהוראת-האם מצהיר החוק על ה"אני מאמין" שלו בנושאי אימוץ, והיא הנורמה הכללית שתשלוט בנושאי "כשירות המאמץ". ואם זה כוחה של הוראת-האם, הנה הוראת-הבת והוראת-הנכדה - כל אחת מהן בתחומיה - חזקות הן מהוראת-האם; חזקות הן ובעלות עוצמה רבה הן מהוראת-האם. והוראת-הנכדה חזקה ומחודדת היא - בתחומיה - מהוראת-הבת. אכן, זה דרכו של חריג, שבתחומיו עוצמתו ומישקלו הסגולי רבים מעוצמתו וממישקלו הסגולי של הכלל שהוא חריג לו. שכן החריג - כשמו וכתוארו - נועד ליתן ביטוי לשונה, למיוחד, ליוצא-דופן, ועניינם של אלה מרוכז וחריף הוא מעניינם של מי שאינם מיוחדים ואינם שונים. אמרנו על-כך בפרשת פלונית (שם, 79):

חוק נועד למקובל, לבינוני, לממוצע, והצורך בגמישות נדרש מאליו ולו כדי שלא לרמוס את המיעוט ואת היוצא-דופן... כלל הנבנה על הבינוני והממוצע, על-פי עצם טיבו עלול הוא לעוול למי שאינו בינוני או ממוצע. מכאן הגמישות הנדרשת להתאמת הכללים – אשר מעיקרם נוצרו לבינוני ולממוצע – למי שאינו בינוני או ממוצע.

9. הוראת-האם מודיעה אותנו על הכלל: "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". אימוץ - על דרך הכלל - ייעשה אפוא בידי בני-זוג נשואים. תכליתה של הוראת-חוק זו נגלית על פניה. כעיקרון, מבקש החוק ליתן למיועד-לאימוץ משפחה תחת המשפחה שלא זכה לה; ומשפחה היא - על-פי הדגם המוצב בחוק - אם ואב נשואים זה-לזה וילדיהם עימם. החוק כמו מבקש לברוא למיועד-לאימוץ חיים שלא זכה להם; ומה ילד - על דרך הכלל - יש לו אם ואב, כן יהיו אם ואב - משפחה - למיועד-לאימוץ. זו טובת הילד, זה אינטרס הילד, שיקבל את אשר לא זכה לקבל כדרך הטבע. החוק כמו מבקש לחקות את הטבע ולבוא תחתיו. הנה-כי-כן, אינטרס המאומץ הוא עמוד השדרה שלהוראת סעיף 3 רישה לחוק. אכן, כל הוראות חוק האימוץ, כולן טובלות וספוגות באינטרס המאומץ, אך לא מעט הוראות בו מהולים בהן אינטרסים אחרים, למשל: אינטרסים של ההורים הביולוגיים. שלא כאותן הוראות, הוראת סעיף 3 רישה שלחוק ניזונה בעיקרה מאינטרס הקטין, ואולם לא נעלים עין מהוראת החוק כי ההורים המאמצים חייבים שיהיו דווקא בני-זוג נשואים זה-לזה.

10. משידענו כי אינטרס המיועד-לאימוץ הוא המפיה רוח חיים בהוראת סעיף 3 רישה שלחוק, אך טבעי הוא שנתור אחרי הריג לכלל. שאם אינטרס הקטין הוא המכתיב אימוץ "על ידי איש ואשתו יחד" דווקא, נדע מעצמנו כי במקום שאינטרס הקטין יאמר אחרת, ימליץ החוק על אימוץ לאו דווקא על-ידי איש ואשתו יחד. ואמנם, כך נולדה הוראת סעיף 3(2) לחוק - בצידה של הוראת סעיף 3(1) - ולפיה רשאי בית משפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד -

אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי.

ניתן דעתנו כי במקום זה - בקביעת פרישתו של הריג - קובע החוק מיסגרות פורמליות - נוקשות-לכאורה - לאינטרס המיועד לאימוץ. לשון אחר: אין המדובר באינטרס הקטין על דרך הסתם כמורה-דרך למתן צו אימוץ למאמץ יחיד; אינטרס

הקטין חייב למצוא מקומו במיסגרות שקבע החוק, בקיומם של תנאים מוקדמים נוקשים (לכאורה), הכל כדברו של סעיף 3(2).

11. הוראת סעיף 3(2) לחוק קובעת שלושה תנאים מצטברים לקיומו של החריג המאפשר ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד: הורי המאומץ נפטרו; המאמץ הוא מקרובי המאומץ; המאמץ הוא בלתי נשוי. נתקיימו שלושה תנאים אלה במצטבר - רשאי בית המשפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד. לא נתקיים ולו אחד מאותם שלושה תנאים, לא נתקיים החריג. כל אחד משלושת התנאים הגיונו בצידו, ואינטרס המאומץ הוא המנחה אותו. נסכים בה-בעת - כיצד נוכל אחרת - כי המיסגרת המשפטית שיצר המחוקק לאינטרס המאומץ - על-פניה - מיסגרת נוקשה היא. אינטרס המאומץ עבר תהליך של קריסטליזציה בהוראת סעיף 3(2) לחוק, ועל-דרך זה אין היסוד המהותי - האינטרס באשר הוא - ניתן עוד ללישה אלא בגדרים שנקבעו. ודבר המחוקק דבר הוא.

עד כאן - הוראת-הבת, ומכאן להוראת-הנכדה, החריג-לחריג להוראת "איש ואשתו יחד".

12. כללי הוראת-הנכדה היא זו שבסעיף 25(2) שלחוק, ולפיה -

25. נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו, לסטות מסייגים אלה:	סמכות לסטות מסייגים
--	---------------------------

(1) ...

(2) פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ לפי סעיף 3(2);

הנה-כי-כן, במקום שבית-המשפט נוכח כי "הדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו" לסטות מהוראת סעיף 3(2) שלחוק ולוותר על התנאי של פטירת הורי המאומץ ועל התנאי של קרבת המאמץ למיועד לאימוץ. ניתן דעתנו כי ניתן לוותר אך על שני תנאים מתוך השלושה המנויים בהוראת סעיף 3(2) שלחוק. התנאי השלישי - תנאי היותו של המיועד לאמץ "בלתי נשוי" - נותר על מכונו. בענייננו אין תנאי זה מעורר כל בעיה ועל-כן לא עוד נחזור אליו.

עוד נציין - ובזאת לא נחדש - כי אינטרס הילד היה כבריה התיכון בענייננו: תחילה בסעיף 3 רישה - בהוראת "איש ואשתו יחד" - הקשן בהוראת סעיף 3(2),

ולסוף בהוראת סעיף 25 רישה ו-25(2) שלחוק. וגם לכך ניתן דעתנו, כי מישקלו של אינטרס הילד הולך ורוב, גובר והולך, ככל שמתרחקים אנו מהוראת ה"איש ואשתו יחד" ומתקרבים אנו לטובת הילד ולנסיבות המיוחדות שבהוראת סעיף 25. וכך, בעוד אשר בתחילת הדרך ענייננו היה בטובתו המופשטת והכללית של הילד, בהמשכה של הדרך - בהוראת סעיף 25 בו - מורה אותנו החוק על קונקרטיזציה של טובת הילד, על בחינת טובתו של הילד בשר-ודם העומד לפני בית-המשפט.

13. כיצד אמור בית-המשפט לשקול בדעתו כהוראת סעיף 25 שלחוק? דומה כי היסודות שיבראו את שיקול הדעת יבואו מיקצתם מהוראת סעיף 3(2) מיקצתם מהוראת סעיף 25. ואולם, אם כך הוא באשר למקורותיו של שיקול-הדעת, הנה ביחסייהן של שתי הוראות-חוק אלו, ביניהן לבין עצמן, הוראת סעיף 25 היא הבכירה ובה יימצא עיקר. לשון אחר: עוצמתם הפנימית של התנאים הקבועים בהוראת סעיף 25 רישה - קרא: טובת המאומץ בנסיבות מיוחדות - רבה מעוצמתם של שני התנאים הקבועים בסעיף 3(2) שלחוק, וכמסקנה נדרשת מכך ייסוגו אחרונים מפני ראשונים. אכן כן: תחנת המוצא למסע התהייה והפרשנות תימצא בהוראת סעיף 3(2) שלחוק - שמא נאמר: בהוראת "איש ואשתו יחד" שברישה לסעיף 3, ובהמשך בהוראת סעיף 3(2) - ואולם בהיווכח בית-המשפט לדעת שהדבר הוא לטובת המאומץ, כי-אז "בנסיבות מיוחדות, ומטעמים שיציין בהחלטתו" רשאי הוא לוותר על שני התנאים של פטירת ההורים וקירבת המאמץ למאומץ, וליתן צו אימוץ בידו של מאמץ יחיד. פירוש הדברים כפשוטם הוא, שטובת המאומץ והנסיבות המיוחדות - להן הבכורה בשיקוליו של בית-המשפט אם ייתן צו אימוץ בידו של מאמץ יחיד ואם יחדל.

14. זאת ועוד. בבואנו לתחום את גבוליו של החריג-לחריג - זו הוראה בסעיף 25 לחוק שעניינה טובת הקטין בנסיבות מיוחדות - נזכור-נא, אל-נשכח, כי הוראת האם - זו הוראת ה"איש ואשתו יחד" שברישה לסעיף 3 לחוק - הוראה היא שנחקקה על רקע חברתי מסויים, בחברה שהכירה דגם משפחתי אחד ויחיד - אם ואב נשואים זה-לזה. אין פלא בדבר, אפוא, כי דגם זה נקבע - על-דרך העיקרון - כדגם העשוי לשרת את טובת הילד. ימינו אלה אינם עוד כימים ההם. מאז נחקק חוק האימוץ נתחוללו בחברה המערבית - ובחברה בישראל - תמורות כה רבות ועמוקות, עד שנתקשה להחיל על תופעות בימינו את הוראות חוק האימוץ כפשוטן. נתבונן סביבנו וידענו כי האקלים והרקע החברתי נשתנו במאוד, וכי בימינו נפגוש משפחות רבות שאינן רואות עוד עצמן סרות למשמעתו של הדגם-שלעבר. וגם משפחות אלו יכולות - על דרך הכלל, כמוכן - לשרת את אינטרס הילד בדומה לאותו דגם של-עבר. על נושא דומה עמדנו בפרשת משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (בג"ץ 2458/01, פ"ד נז(1) 419, 441), וכה היו דברינו:

נעמוד תחילה על הרקע החברתי ... בימים שמכבר הייתה תופעת האם החד-הורית תופעה חריגה ושולית בחברה. אישה שכיבדה עצמה לא העזה ללדת אלא בהיותה נשואה ... לא כן בימינו, במגזרים רחבים מן החברה שאנו חיים בה. בעולמנו דהאידיא יותר ויותר נשים בוחרות מרצונן להיות אימהות חד-הוריות, והתופעה של אימהות חד-הורית גוברת והולכת. אכן, תופעת האם היולדת ללא בן-זוג תופעה היא שאינה נדירה כלל, ואדם לא יסב ראשו אחר בהשתאות בפוגשו אִם חד-הורית המטיילת עם בנה הקטון ... אישה כי תלד ובן-זוג קבוע אין לה, יקבלוה מגזרים רחבים בחברה בלא להניד עפעף. מבחינה חברתית אפוא קיבלה החברה שאנו חיים בקרבה את תופעת האם החד-הורית שאין לה בן-זוג קבוע.

ובהמשך (שם, 452):

... "התפיסה החברתית המקובלת", ולפיה אִם חד-הורית – אך כאשר חד-הורית היא, ובלא לתת את הדעת על מצבה הכלכלי והחברתי, על סגולותיה האישיות ועל המערך הפסיכולוגי של אישיותה – אינה יכולה להבטיח טובתו של ילד כנדרש...תפיסה היא שהדעת לא תוכל לשאת. בימים שמכבר אפשר היו הדברים אחרת ... על רקע חברתי של אותם ימים רק נשים חריגות או נשים משוליות החברה העזו להרות וללדת ילדים בלא בן-זוג ללוותן, ואולם כולנו ידענו אילו שינויים כבירים עברו על החברה, ומה מעמדה של האישה בחברה בת-ימינו, למצער במגזרים מסוימים של החברה. אכן, השתנו המנהגות, נשתנה מעמדה של האישה בחברה, נשתנו התפיסות החברתיות, השתנה גם הדין. כיום יכולה אישה לפרנס עצמה, אף לתמוך במשפחה בכבוד, גם באין בן-זוג לצדה. גם הסטיגמה החברתית שדבקה בעבר באישה המגדלת ילד באין בן-זוג לצדה, גם סטיגמה זו חלפה אם לא מכל מגזרי החברה למצער ממגזרי חברה מסוימים. וכפי שראינו, לא זו בלבד שתופעת האם החד-הורית הפכה תופעה מקובלת במקומותינו, אלא שהמחוקק אף בא לעזרתה בדרכים מדרכים שונות.

על רקע זה הערנו באותה פרשה, כי ספק בעינינו אם הוראת סעיף 3 לחוק האימוץ - הוראה המלווה אותנו מאז חוק האימוץ ילדים, תש"ך-1960 - "הוראה ראויה [היא] לימינו ולמקומנו" (שם, 447-448). הוספנו והדגשנו עם זאת, כי דגם המשפחה שנדון באותו עניין - משפחה חד-הורית - יש לבוחנו בזהירות, בזהירות יתרה, לידע ולהיוודע האם משרת הוא את טובת הילד - בענייננו: את טובת המיועד לאימוץ - וכי קיומו של

דגם המשפחה המיוחד עשוי לשמש שיקול מרכזי בכואנו לבחון את טובת הילד. כך על דרך הכלל וכך בכל מקרה לגופו. וכדברינו שם (עמ' 453, 454):

הכול יסכימו – אין צורך בהעמקת-יתר כדי להבחין – כי לא הרי הורות חד-הורית כהרי הורות דו-הורית; כי שונה אדם המגדל ילד בגפו מהורים המגדלים ילד יחדיו; כי ילד הגדל במשפחה חד-הורית אינו כילד הגדל במשפחה דו-הורית ... ודוק, לא אמרנו כי בקשתה של אישה באין בן-זוג תזכה לאישורו של הסכם פונדקאות כמו המדובר הוא בבקשה של בני-זוג. כלל-וכלל לא כך. העובדה כי הבקשה בקשתה היא של אישה יחידה תהיה יסוד לגיטימי בשיקול-דעתה של ועדת האישורים, והכול כהוראות החוק.

כך בנושא הפונדקאות וכך בנושא האימוץ.

למותר לומר כי לא הבאנו דברים שאמרנו בפרשת משפחה חדשה - לעניינן של משפחות חד-הוריות - כאסמכתא מחייבת לענייננו עתה. כוונתנו אינה אלא לנסות וללמוד היקש מנושא אחר - נושא דומה אף שאינו זהה - בעניינם של שינויים שנתחוללו במינהגות החברה ואשר הביאו בעקביהם צורך להתאים את הדין ואת ההלכה למערכות החדשות של ההתנהגות החברתית. השוו עוד: בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך והתרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822.

15. נסכים ונצהיר אפוא בפה מלא: אין ספק כי נתהווה פער בין הסדרים שנקבעו בדברי-חוק שנחקקו בעולם-של-אתמול לבין מינהגות בעולם-של-היום, ואחת מן המטלות המונחות לפיתחן - לפיתחו של בית-המשפט - היא, לעשות את הניתן והראוי - בתחומיה של לשון-החוק ובגידרי תכליתו של החוק - לפרישת חופתו של החוק על תופעות-חיים שבאו לעולם לאחר חקיקתו, גם אם לעת החקיקה לא יכול היה המחוקק אף לשער קיומן של אותן תופעות. עמדנו על כך לאחרונה בפרשת ערוצי זהב נ' TELE EVENT LTD. (דנ"א 6407/01, טרם פורסם), וכך אמרנו (בפיסקאות 29 ו-30 לחוות-דעתנו):

אמת נכון הדבר: מאז ומעולם נדרשו בתי המשפט להתמודד עם פערים שנתהוו בין דברי-חוק והלכות של יום האתמול לבין תופעות החיים שליום המשפט. המשפט והחוק, לעולם משפט וחוק של-אתמול הם, והתקדמותם התקדמות איטית, זהירה ומחושבת היא. ואילו המציאות, זו משתנה והולכת כל העת, לעיתים במהירות מסחררת.

כך המציאות וכך סכסוכים המתגלעים לרקע אותה מציאות. ... אלא שעל הרוב משכיל המשפט לשנות עצמו עם המציאות המשתנה, וגם בהיווצר פער בין לשונו של חוק לבין המציאות, נוטלים אנו כלי-פרשנות בידינו ובעזרתם עושים אנו להדביק את הפער ולהעלות ברשת החוק את חידושי המציאות.

.....

... כך נוהגים בתי-המשפט מאז-ומקדם, שעושים הם את הניתן - בגידרי הלשון - לפרישת חופתו של חוק חרות על תופעות שבאו לעולם לאחר חקיקתו של החוק, וכך גם אם לעת החקיקה לא יכול היה מחוקק אף לשער קיומן של אותן תופעות. חובתו הראשונה של בית-המשפט היא לעשות צדק בין המתדיינים לפניו, ובמילוי חובתו זו יעשה כל הניתן במיסגרות הדין הקיים, גם אם פיתרון שיימצא לו לא יהיה הפיתרון המיטבי.

לשאלה זו עצמה נדרשנו בפרשת בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (ע"א 6821/93, פ"ד מט(4) 221) ואלה היו דברינו (שם, 567):

דרכו של המשפט ... [היא] דרך הרץ-למרחקים-ארוכים. החיים משתנים והולכים כל-העת, ועימהם המשפט. משפט שלא יתאים עצמו לחיים כמוהו כמשפט נסוג אחור. שיטת המשפט ביחסה לחיים נדמית היא לשחקן העומד על בימה נעה ומסתובבת. אם לא ינוע השחקן כי אז ייעלם מעיני הקהל אל מאחורי הבימה. חייב הוא לנוע למצער בקצב תנועתה של הבימה ולו כדי שישאר על מקומו, לא-כל-שכן אם ברצונו להתקדם. במקום שהבימה המסתובבת תגביר מהירותה לפתע והשחקן לא יגביר מהירותו אף-הוא, ינוע-ינווד השחקן ואפשר אף יאבד שיווי-מישקל. ואם יגביר השחקן מהירותו אל-מעבר למהירותה של הבימה, גם אז עלול הוא להיעלם אל-מאחורי הבימה. חוכמתנו-שלנו - חוכמת-המשפט - היא, שנדע להתאים מהירותנו לעולם סביבנו.

ראו עוד והשוו: בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 510; א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004), 55 ואילך. ומשידענו כי הוראת החריג-לחריג - זו הוראה שבסעיף 25 לחוק האימוץ - אינה כופפת עצמה לדגם הרגיל - הדגם של "איש ואשתו יחד"; כי טובת המיועד לאימוץ בנסיבות מיוחדות - על-פיה ועל-פיה בלבד יישק דבר; נוסף ונדע כי הוטל עלינו לפרוש אותה הוראת חריג-לחריג ולעשותה גשר בין הוראות החוק החרות לבין המציאות-של-היום - מציאות שבית-המשפט לא יצרה אך הוטל עליו לעשות בה סדר וצדק; והכל כדי להבטיח כי תכליתו העיקרית של חוק האימוץ - קיום אינטרס המיועד לאימוץ - תקויים בדרך המיטבית. אמת נכון הדבר:

בית-המשפט לא נועד להיותו חלוץ לפני המחנה, ולא הוטל עליו להיותו נחשון מורה-דרך. הרשות השופטת, מעיקרה, לא הוסמכה לפרוץ ולכבוש דרכים חדשות בנושאי חברה. ראו, למשל: בג"צ 4112/99 עדאללה, המרכז המשפטי נ' עיריית תל-אביב, פד"י נו(5) 393, 460, והאסמכתאות שם. מטעם זה, אפשר אחרת היתה דרכנו לו נתבקשנו להכיר בסטטוס חדש של זוג חד-מיני. ואולם אנו, ענייננו עתה הוא בטובתם של הילדים; ואם אמנם טובתם של הילדים מורה אותנו להיעתר למערערות - נזכור כי נושא זה טרם הוכרע בו - נעשה כפי שהורגלנו לעשות עד-כה: לעשות לטובת הילדים.

16. הנה-כי-כן, לא זו בלבד שבניתוח המערכת על-פי הגיונה הפנימי גוברת הוראת סעיף 25 על הוראת סעיף 3 רישה ועל הוראת סעיף 3(ב) שלחוק האימוץ (ראו פסקה 13, לעיל), אלא שהוראת סעיף 3 מצד עצמה הוראה היא הלוקה בחולשה פנימית. ובמאבק בין הוראת סעיף 25 לבין הוראת סעיף 3 יש בה באותה חולשה כדי לחזק את הוראת סעיף 25 כנורמת-על בהילכות האימוץ. לשון אחר: מתחילתן ומעיקרן תפורשנה הוראות סעיף 3 רישה וסעיף 3(2) שלחוק האימוץ, תוך פזילה מתמדת ועיקשת אל-עבר הוראת סעיף 25, הוראה שמעיקרה נועדה להתיר איסורים הקבועים הן בהוראת סעיף 3 רישה הן בהוראת סעיף 3(2) שלחוק.

ומן הכלל אל הפרט

17. ולענייננו: האם היותן של פלונית ואלמונית בנות אותו מין המקיימות ביניהן מערכת חיים זוגית משותפת, שוללת מכל אחת מהן כשירות לאמץ את ילדי זולתה? חברי המישנה לנשיא מצא סובר כי חגורה של הסדר שלילי סובבת את חוק האימוץ, וכי חגורה זו שוללת אפשרות להכיר בכשירותן העקרונית של המערערות לאמץ אישה את ילדי רעותה. טעם הדבר: הכרעה שכזו תהא "הכרעה שיפוטית ערכית בדבר מעמדם של זוגות חד מיניים" (פסקה 11 לחוות-דעתו), ועל דרך זה יקנה התא המשפחתי החד-מיני ("תא משפחתי לסבי", כלשון המדינה) - ולו בעקיפין ובמשתמע - מעמד משפטי (סטטוס). דברים אלה אינם מקובלים עליי, ולו משום שמרכז הכובד של ענייננו מצוי באינטרס של הקטינים ושאלת היחסים בין פלונית לבין אלמונית אינה מצויה אלא ברקע הדברים. אמת היא, לא נכחד: כי נכיר בזכותן העקרונית של המערערות לאמץ אישה את ילדי רעותה, יהא בהכרעתנו זו כדי לחזק את הקשר החד-מיני בין המערערות. בה-בעת, לא יהא באותה הכרעה משום שיפוטי ערכי או עקרוני על-אודות מעמדם של זוגות חד-מיניים. הכרעתנו מצמצמת עצמה להוראות חוק האימוץ ולסטטוס הנוצר מכוחו של החוק - סטטוס של הורה-ילד - ואין בה כדי להשליך אל-מחוץ למסגרת מצומצמת זו. בוודאי שאין בה כדי ליצור סטטוס חיצוני לחוק. זאת-ועוד. הגע בנפשך: אם לאחר בחינת הנתונים שלעניין נלמד כי מתן צווי אימוץ יהיה

לטובתם של הילדים, האם נסיג טובה זו אחור אך באשר יהא בדבר כדי לחזק את הקשר בין המערערות? תשובתי לשאלה זו היא בשלילה.

18. מסקנתי היא אפוא זו, כי אם לאחר בחינת הנתונים שלעניין - ואלה טרם נבחנו לגופם - נלמד כי מתן צווי האימוץ יהיה לטובת הילדים וכי נסיבות העניין נסיבות מיוחדות הן, יגבר אינטרס הילדים וענייננו יבוא בתחומי הוראת סעיף 25 שלחוק. בנסיבות אלו, מה טעם נסרב לבקשה שלפנינו? בהקשר זה אין לי אלא לחזור ולצטט - ובהסכמה - דברים שכתבה חברתנו השופטת ביניש בע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 181, 182, 183:

אכן, ראוי הוא מבחן קיום יחסי הורה-ילד להוות את לב לבו של שיקול-הדעת של בית-המשפט בישראל בבואו לבחון אם במקרה שלפניו מדובר בנסיבות מיוחדות כמשמען בסעיף 25 לחוק האימוץ.

.....
אם יש כוונה כנה לקיום מערכת יחסי הורים-ילדים, ויש תשתית מוצקה המצביעה על-כך שכבר כוננו יחסים כאלה, הרי שלכאורה נתקיימו "נסיבות מיוחדות", ואם האימוץ הוא "לטובת המאומץ", יש לבחון אם יש סיבה ראויה שלא ליתן גושפנקא חוקית ליחסים אלה על דרך של צו-אימוץ.

.....
נראה שמקום שם התקיימו למעשה יחסי הורה-ילד ... ומשום מה לא ניתנה למערכת יחסים זו הגושפנקא הרשמית של אימוץ דה-יורה, יכולה עובדה זו להיחשב כ"נסיבות מיוחדות" מובהקות לצורך סעיף 25 לחוק.

.....
לפיכך, בבואו לשקול אם לפניו נסיבות מיוחדות המצדיקות חריגה מהאמור בסעיף 2 לחוק, הרי כמבחן עזר ייתן בית-המשפט משקל נכבד למשך קיום יחסי הורה-ילד, ולמועד היווצרותם. ככל שמשך היחסים ארוך יותר, וככל שהחל בשלב מוקדם יותר, ייטה בית-המשפט יותר להכיר בהם כ"נסיבות מיוחדות" המצדיקות צו-אימוץ.

ואולם מה לנו שנקדים את המאוחר, והרי מוטל עוד על המערערות להוכיח לבית-המשפט כיאות את נסיבות העניין.

19. אני מסכים לחוות-דעתו של חברי הנשיא ברק, כי נקבל את הערעור, כי נבטל את פסקי הדין של בית-המשפט המחוזי ושל בית-המשפט לענייני משפחה, וכי נחזיר את הדיון לבית-המשפט לענייני משפחה לבחינת טובתם של הילדים בנסיבות העניין.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני עם האמור בפסק הדין של הנשיא ברק ועם דעתו של חברי השופט חשין כי כענין שבעקרון, אם תימצא הצדקה לכך אפשר ליתן צו אימוץ כמבוקש בערעור שלפנינו במסגרת הוראות הסעיפים 3(2) ו-25 לחוק האימוץ.

לפיכך גם אני בדעה כי דין הערעור להתקבל וכי יש להחזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה אשר יבחן באופן קונקרטי אם בנסיבות הענין שבפניו, על יסוד עקרון "טובת המאומץ" כמשמעותו בסעיף 25 הנ"ל, יש לאפשר לכל אחת מהמעוררות לאמץ את בנה הביולוגי של חברתה לחיים.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניט:

כפי שציין חברי הנשיא א' ברק (פיסקה 17 לפסק דינו), קיימות מבחינה מעשית שתי אפשרויות במקרה זה באשר לעתידם של שלושת הקטינים במסגרת בה הם גדלים, קרי משפחה חד-מינית: האחת, המשך המצב הקיים ללא צו אימוץ, והאחרת - המשך המצב הקיים על פי צו אימוץ. בצד זה חייבים אנו לזכור, כי ההכרעה בבית המשפט למשפחה נפלה בלא דיון לגופם של דברים, אלא שתי בקשות האימוץ נמחקו על הסף, היינו טובת הילדים לא נבחנה כלל באופן קונקרטי. על רקע זה מצרף אני דעתי לדעתם של חבריי, הנשיא א' ברק והשופט מ' חשין.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

1. עיינתי בחוות-הדעת של חברי הנכבדים, זו מכאן ואלו מכאן, ולצערי לא אוכל לצרף דעתי לאיזו מן ההנמקות עליהן ביססו חברי את דבריהם.

אקדים ואומר, כי לדעתי יש לדחות את הערעור. לעמדתי, החולקת על דעתם של חברי שופטי הרוב, אין דבר וחצי דבר עם נטייתן המינית של המערערות, או עם מתן או אי-מתן גושפנקה לקיומה של מסגרת משפחתית כזו או אחרת. במוקד הדיון ניצבת שאלה אחת בלבד – אם המקרה של המערערות נופל לגדר הסייג המעוגן בסעיף 25 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: החוק או חוק האימוץ), זאת ותו לא.

2. כפי שהראו חברי, דרך המלך המותווית בסעיף 3 רישא לחוק האימוץ ובה יש לילך על דרך הכלל, הינה כי ילד יימסר לאימוץ לידיהם של איש ואשתו, היינו, למסגרת משפחתית הכוללת אב ממין זכר ואם ממין נקבה, הנשואים זה לזו. בכך ביקש המחוקק – אשר שזר את עקרון טובת המאומץ כחוט השני לכל אורכו של חוק האימוץ – לבטא תפישה הגורסת כי מוטב לו לילד כי זו המסגרת בה יגדל.

עם זאת, היה המחוקק ער לאפשרות כי טובת המאומץ תחייב לעתים לסטות מן הכלל. לשם כך יצר הוא את החריגים המעוגנים בסעיפים 3(1) ו-3(2) לחוק האימוץ. חריגים אלה מתייחסים למספר מצבים, שבהם לא מתקיים העיקרון המוביל – אימוץ בידי שניים, איש ואישה נשואים יחדיו – וחרף זאת, יש מקום להתיר את מעשה האימוץ לאדם יחיד. החריג הראשון, ובו עוסק סעיף 3(1), הוא מקרה של אדם אשר רקם קשר של זוגיות עם ההורה הביולוגי או המאמץ של ילד, וכעת מבקש הוא לאמץ את הילד כילדו. החוק נכון, להשקפתי, להתיר את האימוץ בנסיבות אלו, שכן על אף היותו של המאמץ יחיד, ואף שלא מתקיים בהכרח קשר נישואין בינו לבין בן/בת זוגו, הרי עם השלמת האימוץ הופך הילד לילדם של השניים, החולקים אף מן הבחינה המשפטית-פורמאלית את ההורות.

על-פי החריג השני, הקבוע בסעיף 3(2), רשאי בית-המשפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד "אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי". חריג זה נועד על-פי עיקרו לאפשר אימוצו של ילד שהוריו נפטרו על-ידי קרוב משפחתו, תחת העברתו למסגרת אחרת. בעניין זה מעדיף החוק את הקירבה המשפחתית על-פני קיומה של מערכת הורות של בני זוג נשואים, אך זרים לילד.

3. עם זאת, לא סתם המחוקק את הגולל על האפשרות להתיר אימוצו של ילד בידי יחיד מקום שבו אין תנאיו של סעיף 3(2) מתקיימים. לשם כך קבע בסעיף 25 לחוק האימוץ סייג להוראה זו. כפי שציינתי, גדר הדיון בעניין שבפנינו הוא אופן פירושו של סייג זה והיקף פרישתו. על-פי הוראתו של סעיף 25 רשאי בית-המשפט, בנסיבות מיוחדות, לאשר את אימוצו של ילד בידי מאמץ יחיד, אף שאין הוא נמנה עם קרובי

משפחתו של המאומץ, ואפילו הוריו הביולוגיים של הילד עודם חיים, אולם – וכך יש להשקפתי לפרש את הוראת הסייג – אף לא אחד מהם כשיר או נכון לגדל את הילד.

לעניין זה אוסיף, כי הסייג המעוגן כיום בסעיף 25, כמו יתר הוראותיו של סעיף 3 לחוק האימוץ שהוזכרו לעיל, הופיעו כבר בגרסתו המקורית של חוק האימוץ משנת תש"ך (חוק אימוץ ילדים, תש"ך-1960, ס"ח 317, 96). על התכלית "ההיסטורית" שהביאה להכללתו של הסייג בין הוראות החוק, עמד אז יושב-ראש ועדת השירותים הציבוריים של הכנסת, ח"כ נ' ניר-רפאלקס:

"הכנסנו חידוש זה על סמך הנימוקים שצינתי: לא רצינו לתת לחוק זה מסגרת נוקשה, כי דווקא בין מקרי האימוץ... יש מקרים רבים, שונים ומשונים, שהם מאד נדירים במדינות אחרות. לא אגיד שאצלנו זו יכולה להיות תופעה של יום-יום, אבל יכולים להיות מקרים שונים (דברי הכנסת כ"ט, 2135).

4. הנה כי כן, ב"חומתו" של חוק האימוץ אשר נועד להסדיר סוגיה שבטרם נחקק הייתה כידוע פרוצה למדי, נקבע "שער" ראשי ורחב ממדים – הוא סעיף 3 רישא לחוק ובו, כך לפחות היתה ההנחה בעת שנחקק החוק, יעברו מרבית המבקשים לאמץ ילדים בישראל – בני זוג איש ואישה נשואים, המבקשים לאמץ ילד במשותף. עם זאת, בתתו דעתו על כל אלה שאין בידם מפתח לשער זה, קבע המחוקק שער קטן יותר (סעיף 3(1)), המיועד לאותם יחידים המבקשים לאמץ ילד ומצויים במערכת יחסים זוגית עם הורהו הביולוגי או המאמץ של הילד. במקרה זה נכון היה המחוקק להכיר בחיוניותו של צו אימוץ, הואיל ויש בו כדי להבטיח לילד תא-משפחתי הדומה עד למאוד לזה שהתווה בסעיף 3 לחוק. גם בשלישית – וטובת המאומץ לנגד עיניו – לא קימץ המחוקק ידו, ושוב קבע שער-שבשער, קטן ממדים בהרבה מקודמיו (סעיף 3(2)), אשר תכליתו סלילת הדרך אל בין כתליו של מוסד האימוץ גם לאותם יחידים המבקשים להעניק לקרוב משפחתם, שהוריו הסתלקו מן העולם, הורות חלופית בתוככי המסגרת המשפחתית. לבסוף, מסר המחוקק בידי בית-המשפט גם את המפתח למנעול האחרון, בפתח קטן שבקטנים, הוא סעיף 25, אשר בו, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיירשמו, יותר מעברם של אותם מעטים שאינם איש ואישה נשואים המאמצים יחד, שאינם בני זוגם של הורי המאומץ, ואף אינם מקרובי משפחתו של המאומץ, ומבקשים הם לאמץ ילד שאיש מהוריו הביולוגיים, ואפילו הם חיים, אינו מגדל אותו. החוק נכון היה לשקול במקרה כזה את נחיצותו של צו אימוץ אך בשל החשש כי אלמלא כן, יוותר הילד עזוב לנפשו ללא מסגרת משפחתית כלשהי.

עתה באות חוות-הדעת של חברי, הנשיא א' ברק והשופט מ' חשין, וכשהן מתוספות לקביעתו של בית-משפט זה בע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פ"ד נז(1) 69), מבקשות הן לפתוח פתח חלופי, העוקף את המסגרת המותווית בחוק. בפתח זה, כך נדמה, יוכלו לעבור רבים, באופן ההופך סייג-שבסייג שבחוק האימוץ לדרך ראשית, אף במקרים בהם אין הדין רואה צידוק במתן צו אימוץ.

חברי מבקשים לשכנע כי פתח זה אינו רחב כלל וכלל, שכן על מפתנו ניצב בית-המשפט, אשר ימנע בכל מקרה לגופו את מעברם בו של אותם אלה אשר לו יוכרו כמאמצים לא יהא הדבר לטובתו של המאומץ. דא עקא, לא לכך כיוון המחוקק בעת שיצר את חוק האימוץ וחשוב מכך, לא לכך מכוונת תכליתו של החוק כפי שראוי כי נפרשו כיום.

5. הלכה הנוהגת עמנו שנים הרבה היא שדבר חקיקה אינו קופא על שמריו. הוא משול ליצור חי, הפושט צורה ולובש צורה פרשנית על רקע האופן שבו משתקפת תכליתו בראי העתים המשתנות (ראו לעניין זה את דבריו של חברי השופט מ' חשין בע"א 6821/93 בנק המזרחי ואח' נ' מגדל ואח', פ"ד מט(4) 221, 567; דברי השופט י' אנגלרד בע"א 1165/01 הנ"ל, בעמ' 76 – "אין בכוחה של ההיסטוריה החקיקתית לצמצם את משמעותו העצמית של נוסח החוק, שעם חקיקתו חי חיים פרשניים עצמאיים על רקע תכליתו"; וכן ראו א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שני (תשנ"ג), 351 ואילך). אך למלאכת הפרשנות, ואף דבר זה ידוע, גבולות המתווים בראש ובראשונה בידי תכלית החוק אותו מבקשים לפרש (ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 762). וגם זאת נאמר, כי אין להעמיס על לשון החוק מעבר ל"כוח הסבל" שלה (ראו א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט, (תשס"ג), 147; וכן רע"א 6339/97 רוקר ואח' נ' סלומון ואח', פ"ד נה(1) 199, 253). להשקפתי, דרך הפרשנות המוצעת במקרה דנן בידי חברי שופטי הרוב מרחיקת לכת היא, וחורגת מן התכלית שבבסיסו של חוק האימוץ בכלל ושל סעיף 25 לחוק בפרט.

אבאר את דברי: מוסכם עלי כי העיקרון המנחה עליו מושתת החוק כאמור בסעיף 1(ב) לו, הינו טובת המאומץ. ואכן, בכל מקרה לגופו מוטלת על בית-המשפט החובה לבחון, בראש ובראשונה, אם האימוץ הוא לטובת הילד אם לאו. עם זאת, לא בכדי אין החוק מסתפק בקביעה עקרונית זו, אלא קובע – בסעיף 3 – סדר קדימויות, המבטא את תפישתו בדבר מוסד האימוץ ובתוך כך בדבר טובתו של המאומץ, תפישה האמורה להנחות גם את בתי-המשפט במלאכתם. על-פי תפישה זו – המציבה, כפי שציין בצדק חברי השופט חשין, מסגרת קשיחה למדי אף כי לא אטומה – נועד צו האימוץ להקנות למאומץ מסגרת הורית, הדומה ככל הניתן למודל "הקלאסי" ובו צמד

הורים ביולוגיים הנשואים זה לזה. עם זאת, בהעדר אפשרות לעשות כן, מוכן החוק כי יינתן צו אימוץ ככל שיש בו כדי לאפשר לילד הגדל בידי הורוהו היחיד, מסגרת של הורות דואלית. משלא מתקיים אף תנאי זה, מוכן החוק לוותר על "עקרון הדואליות", ובלבד שלילד יימצא מקום במשפחתו המקורית.

מתפישת עדיפויות זו נגזרים גם תחומי התפרשותו של הסייג הכלול בסעיף 25 לחוק. שכן, רק משלא ניתן להקנות לילד מסגרת משפחתית באחת מן הדרכים האמורות לעיל מוכן החוק, באמצעות סעיף 25, להכיר בנחיצותו של צו אימוץ כדי שתימצא לו למאומץ מסגרת הורית כלשהי. אלא, שבשל ריחוקו הרב של מצב זה מן המודל אליו שואף החוק בסעיף 3 רישה, מוכן החוק כי הדבר ייעשה רק בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיימצאו לבית-המשפט שעל האימוץ. סעיף 25 הינו, איפוא, האחרית ולא הראשית והוא נכנס לפעולה רק משכלו כל הקצין. להשקפתי, אין להוראתו תחולה כל אימת שלמאומץ מובטחת בדרך אחרת אחת מן המסגרות המתוארות לעיל. כל פירוש אחר מייתר, להבנתי, את הוראותיו של סעיף 3 לחוק האימוץ והופכן לאות מתה.

6. הפירוש המוצע על-ידי, על אף שלהשקפתי מתחייב הוא מתכליתו של חוק האימוץ, אינו קל. הוא מחייב התמודדות עם סוגיות לא פשוטות אשר חבני, בתתם דעתם לקו הטיעון שבו בחרו המערערות, לא ראו מקום להכריע בהן בגדריו של ערעור זה. סבורני, כי התמודדות זו, באמצעות בחינתה של הסוגיה על-פי אחד ממסלוליו הישירים של חוק האימוץ, קודם לשימוש בסייג שבסעיף 25, היא נחוצה. היא חשובה הן מתוך מתן הדעת לרצון המחוקק ולתכלית החוק, והן בשל כובד המשקל של הסוגיה עצמה. זאת ועוד, ברי בעיני, כי בשלה העת לבחון את מידת התאמתו של חוק האימוץ לצורכי השעה, אשר כמסתבר שונים הם לא-אחת מן המציאות אשר עמדה לנגד עיניהם של מעצביו המקוריים של החוק. כשלעצמי, נמנע הייתי מלקבוע לעת הזו מסמרות ולהניח כי עניינן של העותרות לא יוכל לבוא על פתרונן בדרך זו.

ואולם, כפי שצינו חברי, המערערות בחרו במפורש שלא לבסס את טענותיהן אלא על סעיף 25 לחוק האימוץ, והדגישו ושבו והדגישו כי בית-משפט זה אינו מתבקש להכריע בדבר מידת התאמתן לאיזה מן הקריטריונים האחרים הקבועים בסעיף 3 לחוק. בנסיבות אלו ומן הנימוקים שפירטתי, אין מנוס מדחיית ערעורן. אוכל רק לשער, כי הסוגיה תשוב ותעסיק את בתי-המשפט בעתיד לבוא. טוב היה, ולא אך משאלת לב היא, לו נתן המחוקק את דעתו לדברים עוד קודם לכן. לעניין זה נדמה כי אין מתאים מהבאתם, על דרך הפרפרזה, של דברים שאמר מ"מ הנשיא חשין, בנסיבות שונות כמובן, בע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר ואח' פ"ד ט' 791, 804, ונראה כי הם מתאימים גם לימינו:

“אין לך פינה בשדה המשפט בארצנו שהפרוץ בה מרובה כל כך כמו במסכת קטינים, ובמיוחד בסוגיה זו של אימוץ ילדים... ניתנים צווי-אימוץ וצווי-אפוטרופסות שבוע-שבוע ויום-יום בדרך של פיקציה, בדרך של עיקוף, בדרך של היקש לא היקש, ובדרך של פירושים דחוקים, פלפול ואשליה ... הבעיה כולה משוועת להסדר תחיקתי”.

7. לו נשמעה דעתי, היינו דוחים את הערעור ככל שהדבר נוגע לבקשה למתן צו אימוץ. בסוגיית פרסום שמותיהן של המערערות, דעתי כדעת חברי.

ט פ ו ט

השופט י' טירקל:

1. יש ואחרי נתינתה של הלכה משפטית יוצאת היא מגידרה ומפליגה למחוזות שמלכתחילה לא שעררו נותניה שתפליג אליהם. בעיני, דוגמא מובהקת למצב כזה היא ההלכה שנפסקה בבג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, שמלכתחילה רק באה להבחין בין המשמעות הטכנית-פורמלית-סטטיסטית של רישום אדם כנשוי במרשם האוכלוסין לבין הענקת מעמד של נשוי למי שנרשם כך (על הצורך לבטל את הפיצול על דרך של ביטול ההלכה וחיקקה חדשה ראו דב"י בבג"ץ 5070/95 נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, 762 - 768). ולענייננו, האם גלומה בהחזרתו של הדיון בסוגיה שלפנינו לבית המשפט לענייני משפחה - לצורך הבחינה שמציע חברי הנכבד, הנשיא א' ברק, בחוות דעתו - הכרה מכללא במעמד משפטי של תא משפחתי חד מיני, שזהו ענין למחוקק לענות בו? והאם עלולה פסיקה זאת להפליג למחוזות שלא שערנו, אף בעת נתינתה של ההלכה בע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69 (להלן – "פרשת פלונית")?

2. לדעת חברי הנכבד, המשנה לנשיא א' מצא, בחוות דעתו "השאלה אם (ובאלו מקרים) יש להכיר בזכותם של בני זוג חד מיניים לאמץ ילד, היא מענייניו של המחוקק. - - - [ו]על בית המשפט להימנע מיצירתו ומהענקתו, בדרך הילכתית, של מעמד (סטטוס) משפטי חדש". לדברים אלה אני מסכים; ועם זאת מתקשה אני לקבוע שיש בכוחם לחסום מראש בדיקה של השאלה מהי טובתם של הקטינים המסוימים שעניין אימוצם עומד להכרעה ואם נתקיימו בהם הנסיבות המיוחדות לפי סעיף 25 לחוק

אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 (להלן – "חוק האימוץ"). לכך אוסיף כי לפי סעיף 1(ב) לחוק האימוץ:

"צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ (ההדגשה שלי – י"ט)".

כפי שאמרתי בפרשת פלונית חובתו של בית המשפט לפי סעיף זה היא "חובת על" ולפי השקפתי בדיקת טובתו של המאומץ תנאי היא לנתינתה של כל החלטה לפי חוק האימוץ; בין אם היא נעתרת לבקשת האימוץ ובין אם היא דוחה אותה. כך, גם בבוא בית המשפט לשמר מצב קיים, מוטלת עליו החובה לבדוק אם שימור המצב הוא לטובת המאומץ.

3. חברי הנשיא עשה סייגים לחוות דעתו (בסעיפים 22 ו-23) בקובעו, בין היתר, כי:

"הקשר האינטימי בין האם הביולוגית למבקשת לקבל צו אימוץ למאמץ יחיד – היותם זוג חד מיני – הינו נתון עובדתי שיש לקחת בחשבון באימוץ יחיד. אין הוא נתון נורמטיבי; אין הוא הופך אימוץ יחיד לאימוץ משותף; אין בו יצירת סטטוס משפטי שלא היה קודם לכן; אין בו הכרה בזוג חד מיני כ"איש ואשתו"; אין בו אף הכרה בכל אחד מהם כ"בן זוגו" של האחר (כמשמעות מושגים אלה בסעיף 3(1) לחוק האימוץ). כל שיש בו הוא התחשבות בנתונים האישיים במסגרת קביעה אינדיבידואלית באשר לטובת המאומץ ובאשר לקיומן של נסיבות מיוחדות למתן צו אימוץ למאמץ יחיד – לא לאימוץ על ידי משפחה חד מינית. כמובן, במסגרת התחשבות זו בנתונים האישיים יש לתת משקל למהותה של המשפחה בה חי הקטין. החד מיניות של משפחה זו היא נתון חשוב שאין להתעלם ממנו. עם זאת, זהו נתון עובדתי שאינו הופך את ההתחשבות בו להכרה משפטית בסטטוס חדש (ההדגשה שלי – י"ט)".

אם משווים אנו לנגד עינינו דברים אלה – ואם נחזור ונזכור אותם גם בעתיד – הרי שאין בהחלטה להחזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה, כשלעצמה – שלכך אני מסכים – משום הכרה במעמד משפטי של תא משפחתי חד מיני, שלא על דרך של חקיקה. לעניין התרת פרסום פרטיהן של המערערות ופרטי ילדיהן אני מצרף דעתי לדעתו של חברי המשנה לנשיא.

הוחלט לקבל את הערעור. ההכרעה לעניין בקשת האימוץ ניתנת ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של הנשיא, ואילו ההכרעה לעניין הפרסום ניתנת פה אחד, כאמור בפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ').

ניתן היום, כ"ט בטבת תשס"ה (10.1.05).

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