

אימוץ, ידועים בציבור והומוסקסואליות

מאת: חנן גולדשמידט*

השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד־מיני

פתיח

באנו אל היכל המשפט וברצוננו להבין את אשר נעשה בהיכל מכובד זה של החברה הישראלית. זאת נעשה דווקא בין השבילים הנפתלים של תחום "דיני המשפחה" בישראל, תחום קרוע ומאוחד כאחד, בין דתיות לבין חילוניות, בין התקדמות בינלאומית לבין שמרנות מקומית. הגענו לצומת דרכים בתחום זה, צומת המערב שני נושאים מורכבים מאוד: נושא השינוי בתפיסת מושג "התא המשפחתי" ונושא "טובתו של הילד" - צומת אליו הוביל אותנו פסק הדין בעניין **ברנר־קדיש**. פסק דין זה עוסק בשאלת האימוץ של שתי נשים החיות כזוג נשוי לכל עניין ודבר, ודן למעשה בשאלת סמכות הרישום של פקיד הרישום במשרד הפנים. מאמר קצר זה מנסה להוביל טענה מרכזית אחת הנוגעת לאימוץ, לזוגיות "אחרת" ולרלוונטיות של שינוי התא המשפחתי בשאלת האימוץ. טענה זו היא טענה כללית אשר יש לה מקום בלי כל קשר לפסק הדין בעניין **ברנר־קדיש**, אך אין ספק שפסק דין נדיר זה היווה מצע איכותי להעלאת טענה זו על הנייר. בבסיסה, הטענה מתמקדת בכך שיש להפריד בין שאלת הזוגיות לבין שאלת האימוץ, כאשר שאלת האימוץ מתמקדת בשאלת "טובת הילד". בגרסה מקוצרת זו של המאמר לא ינותח פסק דין **ברנר־קדיש**, למרות חשיבותו. לאחר תמצית פסק הדין נעבור ישירות לדיון המשפטי הנובע ממנו, ובו תופיע הטענה הכללית של המאמר בקשר לפסק דין זה, אך כטענה שיכולה לעמוד בפני עצמה. הדיון המשפטי יורכב משלושה חלקים: "הדיון המשפטי שהיה אמור להיות", בו יוצג הדיון שהיה אמור להיערך בעניין **ברנר־קדיש**; "האם השתנה מושג הזוגיות?", בו יורחב הדיון המשפטי

* דוקטור לפסיכולוגיה ומשפטן, מרצה, בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות למיכל מרגלית על העזרה בהגהת החומר ובמיוחד לער"ד רוברט ליכטר פטרן אשר בתבונתו הרבה עזר לי לחדד את אחת הנקודות במאמר זה. כמו כן ברצוני להודות לעורכי כתב העת **המשפט**, לחברת מערכת כתב העת, גב' אתי מוריס, ולקוראים האנונימיים והחיצוניים, אשר עשו עבודה מצוינת בעריכה, בהגהה ובמתן עצה טובה, ועל כל זאת תודתי להם. זו גרסה מקוצרת של מאמר בנושא שיופיע במהדורה המורחבת בכרך ז' של כתב העת. המאמר מתבסס על הרצאה שניתנה ביום עיון בנושא "מגמות חדשות בהבדחת מוסד המשפחה בדיון הישראלי" שנערך בבית הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל, בחודש דצמבר 2000. כמו כן, זה המקום להעיר שחודשים רבים לאחר שמאמר זה ירד לדפוס הגיע לידי פסק דין של בית המשפט המחוזי בתל־אביב, ע"מ (ת"א) 10/99 **פלגנית ומלמנות נ' הי"מ** (טרם פורסם), שניתן ביום ה'10/5/01 ובו נדחתה בקשה דומה של בנות זוג לסביבות לאימוץ של כל אחת את ילדי הברתה. מעניין לציון כי דעת המיעוט של פסק דין זה, מפי השופטת רוטלי, עולה בקנה אחד עם עמדותי במאמר זה, לרבות הנימוקים לעמדה זו.

לעניין שינוי המושג בהקשרו זה, ר"הקשיים בקבלת הורות מאותו מין", בו ננסה להבין את הקשיים של החברה לקבל הורות זו בדרך של אימוץ, ולסיום - סיכום קצר.

תמצית פסק הדין ברנר־קדיש

במקרה הנדון דובר על שתי נשים החיות יחד במערכת זוגית לסבית, מזה כשבע שנים. שתי הנשים הן אזרחיות ישראליות, אבל מקום מושבן הקבוע בשנים האחרונות היה ארצות־הברית, שם נולד ילד לאחת מהן, אשר הרתה מתרומת זרע. הילד אומץ בארצות הברית על ידי בת הזוג של האם היולדת בהסכמתה המלאה כשהיה בן כחצי שנה. בית המשפט בקליפורניה, מקום מושבן דאז, קבע צו אימוץ לאם המאמצת ובתעודת הלידה שסופקה לזוג ההורים מופיעה האם המאמצת כהורה נוספת. בנות הזוג חזרו ארצה ופנו לפקיד הרישום במשרד הפנים לרישום הילד כבן לזוג הורים נשים. כמובן שאין כלל בעיה לרישום את האם היולדת כאם, גם ללא רישום אב כלל במרשם האוכלוסין, אך פקיד הרישום סירב לרישום את האם המאמצת כאם נוספת בטענה ש"מבחינה ביולוגית קיומם של שני הורים מאותו מין אינו אפשרי, ומכאן שאי־נכונות הרישום גלויה לעין".³ בנות הזוג טוענות כי פקיד הרישום לא מוסמך לסרב לרישום עובדות אלו לאור המסמכים האמריקאיים שהובאו לפניו. הרכב השופטים בעניין **ברנר־קדיש** כלל את השופטים דורנר, ביניש וזועבי. פסק הדין נפסק על פי דעת רוב שמנה את השופטות דורנר וביניש כאשר השופט זועבי נותר בדעת מיעוט. השופטת דורנר, הכותבת את דעת הרוב (מצטרפת לדעתה בקצרה השופטת ביניש), לא פוסקת דבר בשאלת תוקפו של צו האימוץ, ולא בוחנת כלל את השאלה האם צו אימוץ של בנות זוג לסביות אשר ניתן במדינה זרה תקף בישראל. זאת למרות שניתן היה לשאול את השאלה האם צו אימוץ כזה אינו מנוגד לתקנת הציבור הישראלית ומכאן בטל. השופטת דורנר בוחנת להצמצם לאלגוריה מפסק הדין בעניין **פונק שלזינגר**, מקרה מנחה הדין בסמכות פקיד הרישום במרשם האוכלוסין, ומשאירה את הדיון בשאלת סמכות פקיד הרישום לרישום נתונים שהוצגו לפניו. לשיטתה, פקיד הרישום חייב לרישום את מה שהאזרח אומר לו לרישום, "אלא אם 'מדובר ב... אי־נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק'".⁵ פה הכל ברור, יש אם ביולוגית ויש אם מאמצת. לטענתה, המצב דומה לכל ילד אשר אומץ וצו האימוץ לא ביטל את הקשר עם האם הביולוגית, כמו שהדבר מתבצע



איור: ליאורה גרוסמן

על הכרעה שיפוטית לאחר דיון בנושא. בית משפט זו דן והחליט בנוגע לעתיד הילד וזאת לאור ערכי תרבות ומשפט המאפיינים את החברה בארצות־הברית. אסור לפקיד המרשם להכריע בשאלה האם צו אימוץ זה תקף, ועליו להימנע מרישום עד אשר יובהר תוקפו של צו אימוץ זה בערכאה שיפוטית במדינת ישראל.

1. בג"צ 1779/99 ברנר־קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (להלן: עניין ברנר־קדיש).
2. הנקודה של תרומת זרע אינה רלוונטית כלל לסיפור המשפטי, והיא מובאת כאן רק למען הסר ספק שאין מדובר במצב שבו יש גבר אשר לו אזרחיות כלשהי כלפי הילד.
3. עניין ברנר־קדיש, לעיל הערה 1, בע' 372.
4. בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (להלן: עניין פונק שלזינגר). פסק הדין עוסק בנישואין אזרחיים בחו"ל של יהודי ושל נוצרייה ("נישואין מעורבים") ובסמכות פקיד הרישום לרישום את עובדת נישואיהם של בני הזוג במרשם האוכלוסין בישראל לאור תעודות המעידות על נישואין אלו במקום היערכ. הלכת פסק הדין קובעת כי פקיד הרישום חייב לרישום נישואין אלו, מבלי להיכנס כלל לדיון בשאלת תוקפם, הגם שהרישום אינו משליך לעניין התוקף.
5. עניין ברנר־קדיש, לעיל הערה 1, בע' 374.
6. סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א 1981 (להלן: "חוק האימוץ").
7. שנות השישים המוקדמות, זמן הדיון בעניין פונק שלזינגר, לעיל הערה 4.
8. חוק מרשם האוכלוסין, תשי"ח 1965 (להלן: "חוק מרשם האוכלוסין").

במקרה של "אימוץ פתוח", במסגרתו נשאר קשר עם האם הביולוגית. השופט זועבי מוצא עצמו כדעת מיעוט בפסק דין זה וגורס שאין להקיש מעניין **פונק שלזינגר**. לטענתו, ההישענות על עניין **פונק שלזינגר** נכונה רק כאשר מדברים על רישום פרטים במרשם האוכלוסין אשר אינם מופיעים מפורשות בסעיף 3 לחוק. בזמנו, מדובר היה על מרשם האוכלוסין לאור פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949, אשר לא נתנה לרישום אפילו כוח של ראייה לכאורה, והיא היוותה רק מנגנון לאיסוף חומר סטטיסטי. כיום חל חוק מרשם האוכלוסין, תשי"ח-1965 הקובע, בסעיף 3, כי הרישום במרשם בנוגע לפרטי רישום מסוימים ישמש "ראיה לכאורה לנכונות פרטי הרישום". כאשר אנו מדברים על פסקי דין המחילים את הלכת **פונק שלזינגר** שנים לאחר מכן, למרות שחוק מרשם האוכלוסין כבר היה בתוקף, חייבת להיות הבחנה בין פריטי רישום שונים: לאור סעיף 3 לחוק הרי שפירטי הרישום בנוגע ל"לאום", ל"דת", ל"מצב האיש" ול"שם בן הזוג" מובחנים משאר הפרטים. הם אינם מהווים ראיה לנכונותם, בשונה מכל שאר פרטי הרישום אשר לאור חוק זה מעידים על נכונותם - ובתוכם גם פרטי הרישום בנוגע ל"שמות ההורים". הטענה השנייה של השופט זועבי היא שבשאלת הרישום במרשם האוכלוסין יש להבחין בין נישואין לבין אימוץ. במקרה של נישואין מדובר על טקס במדינה זרה, ברוב המקרים ללא התערבות של ערכאה שיפוטית, ואילו במקרה של אימוץ מדובר

הדין המשפטי שהיה אמור להיות

כפי שראינו, השופטת דורנר אינה פוסקת בעניין שאלת תוקפו של צו האימוץ האמור, ופותרת את הבעיה על פי הלכת **פונק שליזנגר**, למרות הבעייתיות בכך שכאן מדובר על פרטים במרשם האוכלוסין אשר סעיף 3 אינו מוציאם מכלל "נכונות הרישום". כבר כעת חלק מפרטי הרישום במרשם האוכלוסין, ולכן גם בתעודת זהות האישית של כל אחד ואחת מאתנו, הם חסרי תוכן וממשות. פרטי המרשם בנוגע ללאום, לדת, למצב אישי ולשם בן הזוג אינם ראיה לנכונותם לאור סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין. לאור פסק הדין בעניין **ברנר קדיש** יש חשש שגם "שמות ההורים" ו"שמות הילדים" לא יהיו "ראיה לנכונותם", בניגוד למופיע בסעיף 3 האמור⁹. הלכה למעשה, בעצם מניעת הרישום, "דוחף" פקיד הרישום לדיון בשאלה המורכבת של אכיפת פסק דין זר המאשר אימוץ על ידי זוג לסביות. ככלל, פקיד הרישום אינו מפנה את האזרח לבית המשפט, ותעודה של אימוץ שניתנה בחו"ל מאפשרת רישום במרשם האוכלוסין. "דחיפה" זו של פקיד הרישום מכוונת לעבר "הדין המשפטי שהיה אמור להיות" בפסק הדין גופו, אותו דיון שנשנה לערוך עתה.

למרות כל זאת מביאה השופטת דורנר ראשית דיון בשאלה של תוקף צו האימוץ, מבלי לקבוע דבר. בדיון זה השאלה היא האם נכיר בצו אימוץ שניתן בבית משפט במדינה זרה, במקרה זה בית משפט במדינת

קליפורניה, ארצות-הברית. הדיון האמור להיות הוא האם צו אימוץ זה שניתן בקליפורניה סותר תקנת ציבור ישראלית ועל כן אין לקבלו. בפסק דין אחר¹⁰ נדונה השאלה באיזה מצב נצדיק א־אכיפת פסק חוץ מחייב, בשל היותו נוגד, כביכול, את תקנת הציבור. הפסיקה מדברת על כך שרק במקרה בו מתנגש פסק החוץ בערכי יסוד של המדינה ושל החברה, במסור ובצדק הבסיסי של המדינה או של החברה, נדחה את פסק החוץ ולא נאכפו אותו. מדובר במושג של תקנת ציבור שהוא מטבעו מושג משתנה וגמיש. החברה הישראלית בנתה לעצמה מערכת משפט בעלת ערכים אשר חלקם ספציפיים לה ומהווים ערכים חברתיים בסיסיים של מוסר ושל צדק של אותה חברה¹¹. מדובר בעקרונות הבסיסי של החברה אשר נבנו ועוצבו במהלך יותר מחמישים שנה.

בכל מקרה, א־אכיפת פסק חוץ חייבת להיעשות רק במקרים קיצוניים, ורק לעיתים נדירות נדחה פסק חוץ לאור פגיעה בתקנת הציבור¹². במקרה זה מדובר על אימוץ של ילד על ידי בת הזוג של האם הביולוגית שלו. האם מדובר כאן על פגיעה בתקנת ציבור ישראלי? האם אכיפת פסק הדין תפגע בתקנת ציבור ישדאלית במידה גדולה יותר מאשר ייפגעו הצדדים, ההורים והילד, במצב של



א־אכיפת פסק הדין הזר? ראינו שיש לדבר על פגיעה "רצינית" בתקנת הציבור הישראלית על מנת שלא נאכוף פסק דין זר כזה. כאשר מדובר בתקנת ציבור בנושא של דיני משפחה בכלל, ושל מושג הזוגיות בפרט, אנו מדברים על נושא מתפתח מאוד. זה המקום להבהיר: אין ספק שהדין הדתי לא מקבל כלל את הזוגיות החד־מינית וברורה התנגדותו, למרות שזו לא השאלה בפסק דין זה, ולפיכך גם לא היה אמור בית המשפט לדון כלל במעמד בנות הזוג ביחסים ביניהן (זוגיות הומוסקסואלית למול זוגיות הטרוסקסואלית). עם זאת, הדין הדתי אינו קובע את מסגרת תקנת הציבור למרות השפעתו עליה. תקנת הציבור של המשפט הישראלי היא מושג מורכב מאוד וקשה להגדירו במדויק. אנו מדברים על גיבוש זהות ישראלית, והמושג של תקנת ציבור ישראלית בנושא פלוני ניזון ממקורות רבים. הגדיר זאת יפה השופט ברק (כתוארו דאז) בעניין **אפרת**: "תקנת הציבור" של הדין הדתי אינה מזדהה אמנם בהכרח עם 'תקנת הציבור' של המשפט הישראלי. עם זאת, אין 'תקנת הציבור' של הדין הדתי 'תקנת ציבור' של דין זר... אכן, 'תקנת הציבור' של המשפט הישראלי היא מושג מורכב, כללי ומופשט. היא ניזונה מכלל ערכיה, עקרונותיה ומדיניותה של שיטת המשפט בישראל... על־כן, אפילו יחס משפטי מסוים נחשב כאסור או כחטא על־פי הדין הדתי, אין בכך בלבד להפוך יחס זה כנוגד את תקנת הציבור בישראל"¹³. יתרה מכך,

בפסק דין אחר¹⁴ מוביל השופט חשין עמדה בה מצב של דין זר כלשהו אשר יוצר אפליה בין גבר לבין אישה, אינו תואם את עקרון השוויון וסותר את תקנת הציבור הישראלית. מכאן שגם מצב בו סותר דין דתי את עקרון השוויון הוא מצב בלתי נסבל, בעקבות הפגיעה בכך בתקנת הציבור הישראלית.

תקנת הציבור היא מושג מתפתח, ובדיני המשפחה אנו רואים שינויים המעידים על שינוי בתפיסת החברה, ומכאן בתפיסת "תקנת הציבור" הרלוונטית. המשפט הישראלי שינה את התייחסותו עם השנים לגבי סוגיית הידועים בציבור, לדוגמא, כאשר עוד ועוד זכויות נוספות למעמד הידועים בציבור, אם בחוק מפורש¹⁵ ואם על דרך הפסיקה¹⁶, דוגמת האמירה כי ידועים בציבור מקבלים מעין מעמד של "נישואין אזרחיים" ללא רישום¹⁷. עלינו לתפוס את תקנת הציבור כמושג המשקף את תפיסת העולם החברתית של החברה הישראלית¹⁸, והשאלה היא על איזו תקנת ציבור אנו מדברים? אין הכוונה לעבור למצב של אישור נישואין של בני אותו מין. אין הכוונה לעידוד זוגיות חד־מינית. אין הכוונה לפגיעה במוסד הנישואין הישראלי (כיוון שאין מדובר כלל על מעמד בנות הזוג כזוג). כך שלמעשה אנו מצטמצמים לשאלה של תקנת ציבור בשאלה של

אישור צו אימוץ זר, ולתקנת ציבור בשאלה של אישור אימוץ על ידי אם נוספת החיה עם האם הביולוגית. השופטת דורנר מזכירה את הבעייתיות הזו בעניין **ברנר־קדיש**, ופותרת אותה: "הרישום שלפנינו אינו משקף את ההיבט הביולוגי, כי אם את ההיבט המשפטי. אך מובן הוא, כי לכל מאומץ יש שתי אימהות - האם הביולוגית והאם המאמצת - וצו האימוץ אף אינו מבטל בהכרח את הקשר המשפטי בין המאומצים להוריהם הביולוגיים. כך מכיר חוק אימוץ ילדים, תשמ"א־1981, בסעיף 16, באימוץ פתוח, שבמדרו נשמר הקשר בין ילדים מאומצים למשפחתם הביולוגית. קשר זה מוצא את ביטויו במרשם האוכלוסין, וכפי שהובהר ל, הן ההורים הביולוגיים והן ההורים המאמצים רשומים בו"¹⁹.

יתרה מכך, גם אם נטען כי מצב של אימוץ פתוח שונה מהותית מהמצב כאן, קרי שתי האימהות מתפקדות בו זמנית כאמהות וחיות כזוג, ואילו במקרה של אימוץ פתוח ישנה אם המגדלת את הילד בידיעה על אם נוספת אשר מבקרת את הילד ולא מנתקת את הקשר עמו (למרות שאינה מגדלת אותו בפועל), הרי שאין פה משום פגיעה בתקנת ציבור כלשהי. חוק האימוץ מתיר צורות שונות של אימוץ ולא דווקא דבק ב"מודל הרגיל" של הורות, כמו למשל אימוץ על ידי יחיד²⁰.

האם אכיפת פסק הדין תפגע בתקנת הציבור יותר מאשר א־אכיפתו? הדבר החשוב ביותר לבדיקה בשלב השני הוא האם אכן אין אנו פוגעים יותר בתקנת ציבור אחרת או שמא פוגעים אנו בזכותו של אדם פלוני, כאן האם המאמצת וכן הילד של בנות הזוג, במקרה של א־אכיפת פסק הדין הזר²¹. לאחר תקופה מסוימת שהילד הוכר כבן לשתי אימהות, בסביבה הקרובה לו במדינת קליפורניה, במעבר לישראל הוא ייהפך להיות ילד לאם חד־הורית. כמו כן, באותו אופן, מעמד ההורה שניתן לאם המאמצת ילקח ממנה ברגע א־האכיפה של פסק הדין. נדמה כי פגיעה זו בזכותו של אדם שמעמד האישי יישמר בעת המעבר ממדינה למדינה עולה על הפגיעה בתקנת הציבור של ההכרה בהורות של שתי אימהות. יש לשים לב שאין מדובר כאן על הכרה בזוגיות לסבית, אלא על ההכרה בהורות של שתי נשים לאותו ילד.

הטענה העיקרית ב"דיון המשפטי שהיה אמור להיות" בעניין **ברנר־קדיש** היא הטענה שיש להבחין בין הזוגיות של ההורים לבין ההורות שלהם כלפי ילדם. גם אם לא היה מדובר כאן על פסק דין זר שקובע אימוץ, אנו אמורים לשאול את עצמנו שאלה אחת בלבד במקרה של אימוץ: האם אנו מספקים לילד סביבה אשר תעניק לו את המינימום הדרוש להתפתחות תקינה, פיזית ורגשית? כמדינה, אנו מעדיפים שהדבר ייעשה במסגרת המשפחה, ובמקרה זה מסגרת המשפחה היא של שתי נשים לסביות וילדן, וכיוון שמסגרת זו מחייבת את התערבות מערכת המשפט בשאלה של אימוץ, הרי שמערכת המשפט אמורה לבדוק בדיוק זאת. יש לבדוק את ההורות של כל אחת מבנות הזוג כלפי הילד במנותק משאלת קשריה עם בת זוגתה. במקרה של אימוץ רק ההורות רלוונטית והיא אמורה להיות

- ⁹ עניין **ברנר־קדיש**, לעיל הערה 1, בע' 383 - 384: "רישומו של צו אימוץ במרשם האוכלוסין, על־אף חססך הרב בנוכחותו ובתוקפו בישראל, יפגע באמינות המרשם ויפגע בטובת הילד המאומץ. כך שהדבר עלול ליצור פיצול סטטוס לגביו, שכן בפני החוק, הילד לא ייחשב כמאומץ על־אף היותו רשום במרשם האוכלוסין ככך. הדבר אף יפתח רחב תחב לרישומם של צווי אימוץ מפוקפקים שברו שלעולם לא יקבלו הכרה כלשהי במדינת ישראל, ואשר לגביהם יסתפקו המבקשים ברישומם במרשם האוכלוסין".
- ¹⁰ ע"א 1137/93 **אשכר נ' היימס**, פ"ד מח(3) 641.
- ¹¹ ע' שפירא "הכרה ואכיפה של פסק־חוקי" **עיוני משפט** ד (תשל"ה־תשל"ו) 530 - 531: "אינטרסים חיוניים (פוליטיים, חברתיים, כלכליים), ערכים חברתיים בסיסיים, עקרונות מוסר מושרשים ומושכלות ראשונים של צדק והגנות. כאשר עומד פסק־חוק בסתירה חזיתית לאינטרס חיוני או לערך מרכזי כזה (בנו), כשיש בפסק כדי לפגוע בשלומו, ברווחתו או במסורו של הציבור המקומי), חזקה על בית־משפט ישראלי שלא יתן את ידו למימוש של פסק כזה כאן. כשעל כך אחת של המאומים מנהלים השיקולים הכלליים התומכים במתן נפקות לפסקים זרים ואילו על חקף תאחרת מוטלת תקנת הציבור המקומית - יכריע הפרוור לטובת האחרונה".
- ¹² ראו לעניין זה את מאמרו של שפירא, שם, וחלקו השני: "הכרה ואכיפה של פסק־חוקי" **עיוני משפט** ה (1976) 38.
- ¹³ בב"צ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד מז(1) 749, 780 - 781, וראו גם דברי השופט ברק (כתוארו דאז) בע' 778: "תקנת הציבור משמעותה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולמחל... תקנת הציבור הינה המכשיר המשפטי, אשר באמצעותו החברה מבטאת את 'האני מאמין' שלה. באמצעותו היא יוצרת מסגרות נורמטיביות חדשות ומונעת חדירה של הסדרים נורמטיביים בלתי ראויים".
- ¹⁴ ד"א 1558/94 **נפסיס נ' נפסיס**, פ"ד נ(3) 573.
- ¹⁵ לדוגמא בלבד ראו סעיף 16 לחוק השמות, תשט"ד־1956 (להלן: "חוק השמות"); סעיף 21 לחוק שירות הקבע בצבא־הגנה לישראל (נמלאת) [נוסח משולב], תשמ"ה־1965 (להלן: "חוק שירות הקבע בצבא־הגנה לישראל"); סעיף 4(א1) לחוק שירות המדינה (נמלאת) [נוסח משולב], תשל"ל־1970.
- ¹⁶ לדוגמא מחשנה האחרונה, פסק הדין בנוגע לזכויות "תחלואה" בדיני נזיקין, מקרה שבו פסק בית המשפט העליון לכלול את "הידועה בציבור" בתוך מסגרת המונח "בן זוג" בפקודת הנזיקין, ראו ע"א 2000/97 **לינדורן נ' קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים** (טרם פורסם), תקדין עליון 499(84) (להלן: עניין **לינדורן**).
- ¹⁷ להבהיר, אין המשפט הישראלי רואה את הידועים בציבור כ"נשואים" או כ"נשואים אזרחית". התייחסותי הנה אך ורק לגבי תפיסה החברתית־חילונית, כמי שהשתנתה במהלך השנים, וראו לעניין זה בהמשך.
- ¹⁸ ראו את דברי השופט שמגר (כתוארו דאז), בע"א 614/76 **פלמונית נ' אלמוני**, פ"ד לא(3) 85, 94: "הסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה".
- ¹⁹ עניין **ברנר־קדיש**, לעיל הערה 1, בע' 375.
- ²⁰ על פי סעיף 3 לחוק האימוץ, בסייגים מסוימים, אך יש לשים לב שניתן אף לסטות מחלקם על פי סעיף 25 לחוק.
- ²¹ ראו לעניין זה את דבריו ח'פיים של המשנה לגנאי אלוך, בע"א 793/76 **לוקמן נ' שיף**, פ"ד לג(2) 533, 563: "נשואים אנו למנוע מתוכו מלבוז על זכותו... משום שזכות זו ננועת חיי... ולכן אכיפת הזכות נוגדת את תקנת הציבור, שומה עלינו, לדעתה, לחשב היטב חשבונו של שכר השמירה על תקנת הציבור כנגד הפסדה של הפגיעה בזכותו של אדם, שהשמירה עליה אף היא משום תקנת ציבור יש בה... ורק אם ודאי הוא שתקנת ציבור אחת עולה ומכריעה תקנת ציבור אחרת - הולכין על־פיה".

מוכרת על פי שיקול "טובת הילד" כשיקול מכריע שאף תקנת ציבור בשאלה של "נישואין חד־מיניים" אינה יכולה לה.

לסיכום נקודות אלו, ניתן כאן פסק דין זר שאישר אימוץ לזוג נשים. תקנת הציבור הישראלית הנפגעת מאישור פסק דין זה היא מוגבלת לשאלת תקנת הציבור בנוגע לאימוץ, והפגיעה אינה רבה, לבטח אם אנו משווים זאת לפגיעה בזכויות הבסיס של ההורה ושל הילד אשר מעמדם במדינה אחת נשלל מהם במעבר למדינה אחרת. אין שום סיבה מדוע לא נאשר את פסק הדין הזר כפי שהוא, מבלי לקבוע דבר בנוגע לזוגיות החד־מינית עצמה. לעניין זה יפים דברים שנאמרו כבר לפני עשרות שנים, דברי השופט קיסטר בפסק דין **יקותיאל נ' ברגמן** בשנות השבעים: "כל שיטת משפט מוצאת פתרונות משלה לבעיות המתעוררות ואין לומר כי פתרון לפי שיטה אחדת הוא בלתי־מוסרי. אמנם אנשים המורגלים לשיטה אחת יכולים להתפלא על ההסדרים שנקטו בשיטת משפט אחרת אבל לא כל מה שבטל אצלנו פסול בחוץ־לארץ ולא תמיד נפסול פסק־דין מחוץ־לארץ בשל כך שאצלנו שיטה אחרת"[[]^{22]}.

האם השתנה מושג

הזוגיות?

פסק הדין בעניין **ברנר־קדיש** עסק בשאלת הרישום בלבד ודעת הרוב בו נפסקה באולוגיה לעניין **פונק שלינגו**. גם אם נדבר על אישור פסק הדין הזר

בדרך של דיון בבית המשפט, עדיין נשארים אנו ברמה של דיון בתקנת ציבור למול פגיעה בזכויות יסוד של האזרח. השאלה הרחבה יותר, שאינה חלק מפסק הדין, ואף אינה אמורה להיות חלק ממנו, היא שאלת שינוי מושג הזוגיות בישראל. האם השתנה מושג הזוגיות בישראל, וכעת הוא כולל גם זוגיות חד־מינית? האם זוגיות כזו אפשרית כאשר אנו מדברים על חוק האימוץ הישראלי? אלו שתי השאלות החשובות שברצוני להרחיב מעט בעניינן. במסגרת החשובות לשאלות אלו אוכל להעלות את טענתי העיקרית, לפיה, כאמור, במסגרת אימוץ בכלל, ובמסגרת "אישור־צו אימוץ" בפרט, חייבים אנו להתמקד בשיקול אחד בלבד: בשאלת ההורות, בשאלת טובת הילד אצל הורים אלה ולא ביחסים ביניהם. נקודת המבט שלנו חייבת להיות שמירת "טובת הילד" בדרך הנוכחה ביותר. באופן כללי, יהיו מקרים בהם תתממש המטרה בצורה הטובה ביותר אצל

זוג חד־מיני, ובאופן פרטי במקרה בנות הזוג ברנר־קדיש, דומני כי ברי לכול שאישור האימוץ הוא הוא הפתרון הנכון.

הנורמות החברתיות של חברה נתונה, ובמקרה זה של החברה הישראלית, הן נורמות מתגבשות ומתעצבות כל העת^[דרושה הבהרה]. נורמות אלו הן הנורמות אשר קובעות במידה רבה את דרך החקיקה ואת דרך הפסיקה ומכאן השפעתן על כלל סדרי המשפט בחברה. המשפט מעצב עצמו על פי הנורמות החברתיות השולטות, והן עצמן מתעצבות ומשתנות כל העת בקצב איטי על פי תפיסות הפרטים והמנהגים בחברה^[דרושה הבהרה]. גם מושג הזוגיות במשפט בישראל מושפע רבות מהנורמות החברתיות השונות בעניין זה, וניתן לראות שהוא עבר מהפכות ושינוי מהותי, כאשר מצבב של זוגיות רשומה אחת חוקית של נישואין על פי הדין הדתי הרלוונטי התפתח מושג ה"ידועים בציבור" עד לדרגה של "כמעט נישואין", והנישואין האזרחיים בחו"ל נהפכו להיות אלטרנטיבה נגישה לזוגות רבים בישראל. לא זה המקום להרחיב יתר על המידה בנושא זה, אבל המושג "ידועים בציבור" מופיע רבות בחוק הישראלי^[דרושה הבהרה], ואין ספק שהוא התפתח במהלך השנים האחרונות. רוב החוקים מעניקים ל"ידועים בציבור" זכויות כלכליות, אך לא רק, ובנוסף לחוק השמות ולחוק הירושה שמעניקים מעבר לזכויות כלכליות, אנו מוצאים פסקי דין המרחיבים את תחולת מושג "הידועים בציבור":

החל בהחלת חזקת השיתוף, שבמקורה דנה בבני זוג נשואים, על בני זוג "ידועים בציבור"^[דרושה הבהרה], בתחילת עיצוב המושג, דרך אישור הסכמי מזונות של בני זוג "ידועים בציבור"^[דרושה הבהרה] וכלה בהמשך ההתפתחות בימינו אנו, כפי שראינו זה עתה בנוגע להכרת זכויות "תלויים" של בני זוג "ידועים בציבור"^[דרושה הבהרה].

הבסיס ליצירת מושג ה"ידועים בציבור" היה רצון המחוקק שלא להתעלם מהתלות הסוציאלית שנוצרה בין שני בוגרים החיים בצוותא^[דרושה הבהרה], אך בסיס זה הורחב עם השנים גם לתפיסה החברתית־ישראלית, בשונה מתפיסת בית המשפט, כ"מעין אלטרנטיבה" לנישואין על פי החוק הדתי. הדוגמא שממחישה זאת, ואף מבליטה את ההשפעה של הנורמות החברתיות על הנורמות המשפטיות בהתפתחות של מושג זה, היא הדוגמא של הסכמי ממון בין בני זוג. חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973^[דרושה הבהרה] קובע את חלוקת הרכוש

במקרה של פירוד בין בני זוג נשואים. למרות שהחוק וסעיפיו מדברים על "בני זוג" ולא על "בני זוג נשואים", ברור שמדובר על בני זוג נשואים, וכך גם פורש החוק בפסיקה^[דרושה הבהרה]. פרק שלם בחוק זה עוסק באפשרות לחתום על "הסכם ממון" לפני הנישואין או בזמן הנישואין, הסכם אשר קובע את חלוקת הרכוש במקרה של פירוד, וכך נמנע הסכסוך העז בין בני זוג מתגרשים בנוגע לחלוקת רכושם המשותף. הניסיון להחיל זאת על בני זוג "ידועים בציבור" לא צלח מאז חקיקת החוק עד לא מזמן.

חלק מתהליך השינוי שעובר נושא "דיני המשפחה" בחוק הישראלי הוא הקמת "בתי משפט לענייני משפחה"^[דרושה הבהרה], בתפיסה שסכסוך שמקורו במשפחה מחייב התייחסות אחרת של בתי המשפט. לא כאן המקום להרחיב בנושא החשוב של בתי המשפט לענייני משפחה, אך מעניין למצוא ששינוי התייחסות זה גרם גם לשינוי בהתייחסות של בתי המשפט לעניין ה"ידועים בציבור". בפסק דין שניתן לאחרונה על ידי סגן הנשיא פורת בבית המשפט המחוזי בתל־אביב נקבע כי לאור השינוי של תפיסת בית המשפט יש לאפשר גם ל"ידועים בציבור" לאשר הסכם ממון בבית המשפט לענייני משפחה^[דרושה הבהרה]. השינוי פה מהותי: החוק עצמו והסכמי ממון בפרט היו נחלת נשואים בלבד וכעת הוכנסו לחוק יחסי ממון, דרך הסכם ממון, ידועים בציבור, כמעין "כמעט נשואים".

גם הגישה כלפי הומוסקסואליות שינתה פניה לחלוטין במהלך השנים בישראל^[דרושה הבהרה]. בפקודת החוק הפלילי^[דרושה הבהרה] המנדטורי, ובחוק העונשין^[דרושה הבהרה] הישראלי שהמשיך אותה, משכב זכר (יחסי מין הומוסקסואליים) הייתה עבירה פלילית שבצדה ענישה אפשרית של עד 10 שנות מאסר (במסגרת הסעיף של מעשה סדום). איסור זה בחוק הפלילי לא נאכף מעולם במדינת ישראל, וכבר בשנות השישים המוקדמות של המאה העשרים ניתן למצוא את בית המשפט העליון קובע כי "אין מקומן [של עבירות אלו] בדיני העונשין של מדינה בת זמננו"^[דרושה הבהרה]. החברה הישראלית המשיכה לעצב את התפיסות בנוגע להומוסקסואליות והסעיף הכולל את האיסור הפלילי בנוגע להומוסקסואלים בוטל לחלוטין בשנת 1988^[דרושה הבהרה]. ניתן לראות בתיקון זה את גישת החברה הישראלית כלפי הומוסקסואליות באותן שנים, אשר אמרה בפה מלא כי הדין הישראלי אינו מתייחס בשלילה לזוגיות ההומוסקסואלית^[דרושה הבהרה]. כאשר אנו משיכים ובודקים את הגישה של החברה הישראלית בנושא זה, אין ספק שההתייחסות להומוסקסואליות המשיכה להשתנות, והקהילה ההומורלסבית הישראלית פועלת בניסיון לשכנע את הציבור להתייחס ביתר סלחנות ובשוויוניות לזוגיות זו^[דרושה הבהרה].

- ↑ ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 776.
- ↑ בנוגע לנורמות חברתיות ולהשפעתן על המשפט במדינות השונות, הרי שסוגיה זו רחבה בהרבה מעבר למטרות המאמר ולחיקפו. עם זאת, בנוגע לחיבור בין נורמות חברתיות לבין משפט, קבלת החלטות שיפוטיות ואימוץ על ידי משפחות חד־מיניות, ראו לדוגמא: T.E. Lin "Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases" 99 *Colum. L. Rev.* (1999) 739 השופטת דורנר מפנה למראה מקום יפה בעניין זה, כאשר היא מצטטת את הפילוסוף
- ↑

הצרפתי פוקר בבג"צ 721/94 אל-על נחביי אויר לישראל בג"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 777 - 778 (להלן: עניין דנילוביץ). "מישל פוק... עמד על תשפעת הנורמות החברתיות - המשקפות את המקובל, 'ז'נורמאלי', 'ז'נורמאלי' והמשתנות מעת לעת ומזמירה לחברה - על הפעלת החוקים (הנורמות המשפטיות) הטרנזנדרנטיים והפורמאליים... כוחן של הנורמות החברתיות מתווסף לכוחות אחרים - החוק והטקסט - וכופה עליהם הגבלות חדשות... כוח הנורמות החברתיות פועל היטב בתוך משטר המושתת על שוויון פורמאלי, כיוון שהוא מחזיר לתוך הכללים השוויוניים הבחנות אינדיווידואליות".

- ↑ סעיפים 55 ו־57(א) לחוק הירושה, תשיכ"ה1965 (להלן: "חוק הירושה"); סעיף 1 לחוק הגנת חיידר (נטוט משולב), תשל"ב1972; חוק פיצויי ופיטורים, תשיכ"ג1963; חוק הקיצבאות (פיצוי בעד איחור בתשלום) תשמ"ד1984; סעיף 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשל"א1991.

- ↑ ראו לעניין זה את ע"א 52/80 שחר נ' מרידמן, פ"ד לח(1) 443.
- ↑ בע"א 805/82 רוסטו נ' כהן, פ"ד לו(1) 529, 532 חדש השופט ברק (מחאורו דאז) לעניין הסכם מזונות ידועים בציבור, בהיבט של תקנת הציבור: "כיום לאחר החקיקה חענפה, המעניקה זכויות מסוימות לידועה בציבור כלפי צד שלישי, שוב אין מקום לטעון כי... היא נוגדת את טובת הציבור ביחסים שבין הזוג בינם לבין עצמם".

- ↑ לעיל הערה 23.
- ↑ כפי שקובע פרופ' פ' שיפמן בספרו **דיני המשפחה בישראל** (מהדורה שנייה, תשל"ה, כרך א) 159.

- ↑ חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ב1973 (להלן: "חוק יחסי ממון").
- ↑ ראו למשל את ע"א 640/82 כהן נ' ה"ים, פ"ד לו(1) 673, שם נקבע מפורשות חוק יחסי ממון חל רק על נשואים (להלן: עניין כהן).
- ↑ סעיף 2 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה1995.
- ↑ ע"מ 2 (ת"א) 1002/00 פלוני נ' ה"ים (לא פורסם). יש להבדיר מיד שהדרך בה בוצר סגן הנשיא פורת, לאשר הסכם ממון בין ידועים בציבור, הנה דרך חדש בבית המשפט [נטוט משולב], תשמ"ד1984 ודרך הרציונל מאחורי הקמת בית המשפט לענייני משפחה ולא דרך ההגדרות ודרך ההתייחסות של חוק יחסי ממון. כמו כן, יש לזכור כי הוגש ערעור לבית המשפט העליון בנושא זה וכן כי קיימים מקרים בערכאות נמוכות שנפסק בהם אחרת.

- ↑ עניין **דנילוביץ**, לעיל הערה 24, בע' 777 - 781. בעמדיים אלו ניתן למצוא סקירה טובה של המצב השונה בין מדינות שונות בעולם, וההתפתחות בגישה כלפי הומוסקסואלים בעולם. בנוגע להתפתחות במשפט הישראלי, ראו להלן.
- ↑ פקודת החוק הפלילי, 1936.
- ↑ סעיף 2347(א) לחוק העונשין, תשל"ד1977 (להלן: "חוק העונשין").
- ↑ דברי השופט חיים כהן בע"פ 224/63 **ברעמי** נ' ה"ים, פ"ד יח 225, 238. השופט חיים כהן כבר תרם לעניין זה רבות גם לפני פסק דין זה, כאשר בהיותו יועץ משפטי לממשלה, לפני מינויו לשופט בבית המשפט העליון, הורה שלא לאכוף סעיף זה בחוק בנוגע להומוסקסואלים.

- ↑ חוק העונשין, תשל"ד1977, ס"ח 62.
- ↑ ב"ד כר 19, 1990, 1034, מובאים דברי חבר הכנסת וירשובסקי בדיון בהצעת החוק לביטול אחוזו סעיף: "על־ידי זה אנטון מקיימים בעצם את הכללים המקובלים ויחם בעולם האזור ומאפשרים לאנשים לחיות לפי נטיותיהם המיניות, ולא לסבול בגלל כך ולא להיות מקומחים בגלל כך". כן ראו את הבאת הנושא באופן מלא אצל השופטת דורנר בעניין **דנילוביץ**, לעיל הערה 24, בע' 779 - 784; י' יונאי "הדין דובר נטייה חד־מינית - בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד (תשל"ד־תשל"ה) 531, בד ניתן למצוא היסטוריה מדויקת ומלאה יותר בנוגע למאבק לשינוי חקיקה זו. כמו כן, כדאי לראות שם את ההצעה המעניינת של המתבר לבני המודל הסוציולוגי־משפטי המסביר שינוי חקיקה זו ואחרים.

- ↑ ברור כי ניתן לפרש את ביטול האיסור על משכב זכר במשפט הישראלי בצורות שונות ולא דווקא בצורה לפיה הציבור הישראלי אינו מתייחס בשלילה לזוגיות זו: דרך ארוכה עד לפינוי בנושא זה, ובזמנתי כאן רק לציון את השינוי שחל בחברה, שינוי הבא לידי ביטוי בשינוי חקיקה זו. במאמרו, א' הראל "בתי־המשפט והומוסקסואליות כבדו או סובלנות?" (תשל"ד־תשל"ה) 785, טוען פרופ' הראל כי אין לראות בפסיקה של בית המשפט בנוגע לקבלת העתירה של גוויס שונים לשמירת זכויות האזרח כגם החלטות שר החינוך למנוע שידורו של התכנית "קלפים מתוחים" בטלוויזיה הלימטרית שסקעה בבני נוער הומוסקסואלים ולסביות (בג"צ 273/97 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך**, פ"ד נא(5) 822) משום שינוי דרמטי בגישת בית המשפט כלפי הומוסקסואליות. הראל רואה את הבסיס לפסיקה זו בערכים של סובלנות כלפי "אזרחות חיים ספולים ודאויים לעיננו" ולא כבסיס של כבד כלפי אותו אזרח חיים הומוסקסואלי. הוא גם רואה את פסיקת השופט קדמי שם כנשענת על הזוויתיקה של "עקרון פיוס המנצחים", בה מכיר הוא למעשה "בלטימיות הציבורית של העמדה, המננה את ההומוסקסואליות. בהינתן ליטימיות זו, חייב היה השופט קדמי לפייס את אלו, אשר קיוו למנוע את שידור התכנית, רדינוני את הלוחמים נגד ההומוסקסואליות, תוך שימוש ברטוריקה, האוהדת את תמיסת עולמם", הראל, שם, בע' 791. מצטטר אני לביקורת זו של הראל על פסיקה זו, ברם מצטטר אני בכל חלב גם לבריו המעריז על השינוי שביטויי לעיל: "מבזדקה הציבורית מצטטר בג"צ **קלפים מתוחים** שזרדו זו של נקודות־ציון במאבק לשוויון של הקהילה ההומוסקסואלית והלסבית... יש שיאסרו כי קבלת העתירה על־ידי השופט קדמי דווקא והאקטת הציבורי של ההחלטה הסיים החשובים", שם, בע' 786 (החדגשות במקור).

אם כן, זוגיות חד-מינית קיימת בחברה הישראלית, גם אם חלקים בחברה אינם מקבלים זאת. זוגיות זו דורשת זכויות שונות ומכאן ההתייחסות של המשפט לעניינם. ניתן לציון מספר מקרים לדוגמא בלבד, מעניין **דנילוביץ** המפורסם שהוזכר כבר, במסגרתו ניתנו זכויות לבן זוג הומוסקסואל של דייל בחברת אל-על, אותן זכויות שהיו ניתנות במקרה שהיה מדובר על אישה ידועה בציבור של אותו דייל בחברה, דרך פסק הדין בעניינם של בני הזוג שטיינר ומיילז" בתחילת שנות התשעים, בו הוכרה זכותו של הומוסקסואל לזכויות שאירים כלפי הצבא, ועוד. עם זאת, אין מדובר בהכרה גורפת בחוק כללי אשר מוווה בסופו של דבר את זכויות בן הזוג ההומוסקסואלי לזכויות בן הזוג ההטרסקסואלי, למרות ההקלה הגדולה שהעניק חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו למאבק זה. חוק־יסוד זה, על דרך הפרשנות והפסיקה בעקבותיו, מכיר בזכות לשוויון כחלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד, המופיעה מפורשות בחוק־יסוד זה. בכל מקרה של זכות המוענקת לבני זוג הטרוסקסואלים נפתח מאבק לקבלת אותה זכות לבני זוג הומוסקסואלים, אשר לעתים מוצא את עצמו מסתיים בדיון בבית משפט, כאשר ההישענות היא על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴².

לגבי השאלה השנייה, האם אפשרית זכות האימוץ בישראל על ידי בני זוג הומוסקסואלים, ברור כי אין להפלות בין בני אדם לאור נטייתם המינית, כפי שקבעה השופטת דורנר בעניין **דנילוביץ** על פי מבחן התכלית: "לא תיעשה הבחנה בין בן־זוג הומוסקסואלי לבין בן־זוג הטרסקסואלי, אם הקשר הזוגי בין בניה־זוג מאותו מין עומד באמות־מידה המגשימות את התכלית שלשמה מוענקת הזכות או ההטבה"⁴³.

השאלה האם קיימת פה

הפליה, האם נמנעה כאן

זכות, אינה רלוונטית כאן

כיוון שאין בכוונתי לסעון כי

לאדם יש "זכות" לאמץ ילד: אין פה

"זכות" שיש להעמיד מולה חובה של

המדינה. הטענה בדבר "זכות אימוץ" של

לכל אזרח היא טענה הנשענת על

תפיסה קניינית של ילדים, תפיסה

שעברה מן העולם הנאור - אין זכות כזו

בדיוק כפי שאין "זכות" להשתמש בילדים ככוח

עבודה, לסיפוק צרכים אישיים וכו', כפי

שהיה נהוג בעבר גם במדינות הנאורות

ביותר, עת דובר על הילד כקניינו של אב

המשפחה". יתרה מכך, הזכות היא של

הילד, הזכות לגדול בתא משפחתי תקין,

אשר יספק לו את כל הנדרש

להתפתחותו ולגדילתו עד להיותו

בוגר לעמוד בפרשות עצמו. למדינה

חובה לספק תנאים בסיסיים על מנת שזכות הילד לא תיפגע, ובפרט במצבים שהתא המשפחתי אינו מצליח לספק זאת בעצמו. זו אחת הסיבות לכך שאנו נוטנים ביד המדינה אפשרות לקחת את הילד מפרשות ההורים ללא הסכמתם, במקרים שאין הם מסוגלים לגדל את ילדיהם, למרות העזרה של הרשויות השונות, ולמסור אותו לידי משפחה אחרת, בדרך של אימוץ. החברה הישראלית, כמו רבות ממדינות העולם, נתנה כלים משפטיים להתערבות גסה, עד כדי ניתוק הורים מילדם, וזאת במקרה שנפגעה זכותו של ילד לגדול ולהתפתח, במידה ובאופן שהחברה הישראלית חושבת שהיא המינימום ההכרחי המחויב לכל ילד בישראל.

אם כן, אין פה "**זכות**" לזוג הטרוסקסואלי לאמץ ילד, ואין זכות כזו לזוג הומוסקסואלי, ומכאן שאין מדובר כאן על פגיעה בזכויות יסוד של ההורים הפוטנציאליים. הזכות היא של הילד והשאלה היא איך המדינה מפעילה את סמכויותיה על מנת לאפשר את זכותו של הילד. במקרים של אימוץ היא עושה זאת על פי חוק האימוץ הישראלי. כבר בפתיח הסעיף הרלוונטי לאימוץ, סעיף 3 לחוק האימוץ, אנו מוצאים את הדרישה שהאימוץ ייעשה "על ידי איש ואשתו יחד". המשך אותו סעיף מדבר על מאמץ יחיד במקרה ש"בן זוגו הוא הורה המאומץ", ואין לנו הגדרה בסעיף זה או בחוק זה של "בן זוג". ובכלל, למרות שהמונח "בן זוג" מופיע בלמעלה ממאה בדרי חקיקה שונים, אין לנו בחוק פירוש של המושג עצמאם⁴⁴. עם זאת, במקרה שהמחוקק רצה לקבוע מפורשות ש"בן זוג" אמור להתפרש בצורה מסוימת, למשל בצמצום, נמצאו דרכים לכך, כמו לדוגמא בחוק שירות הקבע בצבא־הגנה לישראל:

"אלה הם שאירוי של נפטר, לעניין חוק זה -

(1) מי שהיתה אשתו בשעת מותו, לרבות

מי שהיתה ידועה בציבור כאשתו וגרה

עמו אותה שעה, או מי שהיה בעלה

בשעת מותה, לרבות מי שהיה ידוע

בציבור כבעלה וגר עמה אותה שעה

(להלן: בן־זוג)"⁴⁵. וזאת על מנת

לקבוע כי "בן זוג" כולל "ידועים

בציבור", אך רק גבר ואישה אשר

גרו בצוותא באותה שעה"⁴⁶. כאן

שתק המחוקק ולא קבע דבר בקשר

ל"בן זוג" ולכן קשה לראות מדוע לא יאושר

אימוץ על ידי מאמץ יחיד שהוא ידוע בציבור

של אם המאומץ, לדוגמא. הניסוח של "בן זוג"

בסעיף זה "מזמין" זאת⁴⁷, בהתחשב בעובדה

שזוגיות של זוג נשוי מוסדרת ברישא של הסעיף,

והרי זוגיות אחרת היא אותה זוגיות שאינה

מוסדרת, כמו זוגיות של ידועים בציבור. למרות

שזה לבטח חריג, רשאי בית המשפט להעניק צו

אימוץ כזה לידוע בציבור של אישה שהיא האם

הביולוגית של ילדה, גם במקרה שבני הזוג אינם נשואים, אלא "רק" ידועים בציבור. ובכן, בניגוד לעמדתו זו, נושא זה של אימוץ על ידי בני זוג "ידועים בציבור" עלה ממש לאחרונה לדיון בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים, אצל סגן הנשיא בן עמי, ושם ניתנה תשובה שונה⁴⁸. שם דובר על ילדה שהתייתמה מאמה, ואביה חי כעת עם אישה אחרת והם "ידועים בציבור", אך אינם נשואים. השאלה לדיון הייתה בדיוק זו שהועלתה כאן: האם השוני במינוח מ"איש ואשתו" ל"בן זוג" בחוק האימוץ כולל גם "ידועים בציבור". השופטת בן עמי מכריעה כנגד הכללת "ידועה בציבור" במושג "בן זוג" בנוגע לחוק האימוץ, בעיקר לאור הקו שהתוותה הפסיקה, לפיו ניתנת זכות לידועים בציבור רק כאשר המחוקק כלל במפורש את הדבר בחוק. בהיעדר הגדרה או קביעה שכזו, הקו המנחה הוא שהכוונה היא "לבן זוג מנישואין כדין בלבד"⁴⁹. הגורמים הנוספים המכריעים לדעתה זו הם ההשקפה שמעמדם של ידועים בציבור נתפס כנחות מזה של נשואים ואף כעניין זמני עד לנישואי בני הזוג⁵¹, וכן ראייתה היא שהעמדת הילד במצב פגיע ויצבי פחות כאשר מדובר על בני זוג לא נשואים, אינו לטובת הילד. במצב העניינים של פסק דין זה, לבני הזוג הייתה אפשרות פשוטה להתחתן, והם נמנעו מעשות כן עקב התנגדותם האישית ולא עקב מניעה אובייקטיבית כלשהי. פה נעשית ההבחנה הקלאסית בין מניעים אידיאולוגיים של המבקשים לבין מניעה "אמיתית", מניעה אובייקטיבית, המצדיקה את התערבות בית המשפט⁵².

השאלה היא האם ידועים בציבור במקרה זה כוללים גם את האפשרות של ידועים בציבור בני אותו מין. במקרה מעניין של אימוץ בגיר על פי חוק האימוץ הישראלי, הדין רק באימוץ ילדים, כותבת השופטת ביניש דברים שעשויים לעזור כאן בדיון: "מן האמור לעיל עולה, שבבואו לבחון אם מדובר בנסיבות מיוחדות המצדיקות חריגה מהאמור בסעיף 2 לחוק, ידבוק בית המשפט בראש ובראשונה אם מדובר ביחסי הורה־ילד; אם התשובה לשאלה זו חיובית, יהיה על בית המשפט לקבוע בשלב השני אם יש לאפשר אימוץ תוך שימוש בחריג הקבוע בסעיף 25 לחוק. 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"⁵³. למרות שבעניין **ברנר־קדיש** אין מדובר באימוץ דרך סעיף המאפשר סטייה על פי סעיף 25 לחוק האימוץ, הרי שאנו מדברים על מצב דומה: השאלה היא אם נוכל להכניס דרך הניסוח של סעיף 3(1), במינוח "בן זוג", גם את בן הזוג ההומוסקסואל, וזאת על פי המודל שהוצע שם: האם מדובר על יחסי הורה־ילד, ואין ספק שכך הדבר, ולכן אנו עוברים לשאלה של "כוונה כנה לקיום מערכת יחסי הורים־ילדים, וְכִי] יש תשתית מוצקה המצביעה על כך שכבר כוננו יחסים כאלה", ושוב, התשובה לבטח חיובית גם לשאלה זו. השאלה האחרונה שנשאלת במודל זה היא השאלה הבסיסית בכל הנוגע

⁴¹ בב"צ 5398/96 שטיינר נ' שר הבטחון (טרם פורסם), תקדין עליון (1997) 244.

⁴² יש להדגיש שוב כי הפסיקה לא מחבטת על איזושהי ראייה כוללת תוך הישענות על

עקרונות אלו ואחרים. בפסק הדין החשוב בעניין **דנילוביץ** מבסס המשנה לנשיא ברק

(כתוארו דאז) את פסיקתו על חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ד1988, ולא על

עקרונות או על כלל חוק ספציפי זה שונה לפני העתירה והוסף בו, בסעיף 2, האיסור

להפלות מחמת נטייה מינית, ומכאן פסיקתו הברורה של המשנה לנשיא ברק. לעומתו,

באותו פסק הדין, טוענת השופטת דורנר טוענה רחבה בהרבה, בקביעתה שהגדרת "בני

זוג" במקרה זה כוללת גם את הזוגיות ההומוסקסואלית, למול עמדתו המחמדת של

השופט קרמי המצמצם הגדרה זו לבני זוג הטרוסקסואלים בלבד; כמו כן, ראו מאמרה

של מ' טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" **הפרקטי** מה(א)

(תש"ס) 94, הדין בדיוק בשאלה זו של היעדר תפיסת שוויון קוהרנטית בנוגע לזכויות

הומוסקסואלים ולסביות; עוד ראו יוטאי, **לעיל** הערה 39; A. Harel "Gay Rights in

Israel - A New Era?" 1 Int'l J. of Discrimination and the Law (1996) 261; לעניין

התפתחות הנושא באירופה, בעיקר לאור אפשרות הפנייה לבית המשפט האירופי

לצדק, ראו לדוגמא: S. Terrett "A Bridge too Far? Non Discrimination and: Homosexuality in European Community Law European Public Law (1998) 487;

I. Canor "Equality for Lesbians and Gay Men in the European Community Legal

Order - they shall be male and female?" 7 M.J 3.

⁴³ עניין **דנילוביץ**, **לעיל** הערה 24, בע' 784.

⁴⁴ לעניין זה ראו: M.A. Mason **From Father's Property to Children's Rights** (New-York, 1994).

⁴⁵ עניין **דנילוביץ** בדין בשאלה הזו: האם הגדרת "בן זוג" סובלת גם זוג חד-מיני, ויש

להדגיש כי בנושא אין דעת רוב כיוון שלמרות שפסק הדין פסק לטובת דנילוביץ

הרי שלא נקבע דבר בנוגע לפירוש המושג "בן זוג".

⁴⁶ סעיף 21 לחוק שירות הקבע בצבא־הגנה לישראל.

⁴⁷ לסקירה מפורטת של נושא הגדרת "בן זוג", ראו ח' ו' פ' שלבן "בן הזוג הידוע בציבור"

משפטים 119: (תשל"ז) 119.

⁴⁸ יש לציון כאן את דעתו החולקת של השופט קרמי בעניין **דנילוביץ**, **לעיל** הערה 24, בע'

772, אשר קבע כי מקום בו סתם המחוקק ולא פירש את גבולות המושג הרי יש לתת

לו את המובן הרווח בחברה, קרי את המובן שאינו כולל את הזוגיות ההומוסקסואלית

(יש להוסיף שגם הסתייגות זו של השופט קרמי יכולה לחשתנות עם הזמן ועם שנויי

התפיסה של החברה הישראלית באשר למחו אותו 'מובן רווח בחברה').

⁴⁹ מדובר בתיק אימוץ 41/97 (דים) **פלוגי נ' ח"מ** (לא פורסם), דינים משפחה(א) 304.

⁵⁰ השופטת בן עמי מצטטת את המשנה לנשיא בן פורת בעניין **כחן**, **לעיל** הערה 31, בע'

685: "כמו כן הלכה פסוקה היא, שהמונח 'בן זוג' אינו מקפל בתוכו **מכלל** ידועה (או

ידוע) בציבור, ואם רוצה המחוקק להעניק לאלה זכות פלוגית, עליו לכלול אותם

(בהתרה או בהוראת שבדין) **במפורש**" (ההדגשות במקור).

⁵¹ מצטטת את א' בן־דורר **הידועה בציבור נשואים** ללא נישואין (מהדורות שלישית, י'

וא' אישכובסקי עורכים, תשנ"ג) 321.

⁵² בית המשפט הגבוה לצדק עשה הבחנות כאלה בלא מעט מקרים של "דיני משפחה",

ולדוגמא בלבד ניתן לראות את ההתייחסות לנושא של קידושין פרטיים (ההתייחסות

השונה לקידושין פרטיים של כחן ושל גרושה למול ההתייחסות לקידושין פרטיים

ממניעים אידיאולוגיים. ראו ע"א 450/70 **רוגוזניק נ' מ"י**, פ"ד (נא(1) 129), וכן את

נושא ההכרה ברושמי נישואין (רושמי נישואין של הגדה הקראית למול רושמי נישואין

רפורמיים. ראו דברי השופט אלון בבב"צ 47/92 **קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל**

נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661, 690.

⁵³ ע"א 7155/96 **פלוגי נ' ח"מ**, פ"ד נא(1) 160, 169, שם דובר על סטייה מסעיף 2 לחוק

האימוץ, בן נקבע מפורשות כי "אין אימוץ אלא באדם שלא מלאו לו 18 שנים". סעיף

25 מאפשר סטייה של בית המשפט מהנחיות סעיפים מסוימים, לרבות סטייה מסעיף

2 זה.

לילדים במשפט הישראלי, ובפרט בשאלה של אימוץ, האם מדובר על אימוץ שהוא "לטובת המאומץ". לזכות הילד ולטובתו מעמד עליון אשר בא לידי ביטוי גם בחוק האימוץ. מושג "טובת הילד" הוא לב לבו של חוק האימוץ הישראלי, והמושג מופיע בחוק שתיים־עשרה פעמים. מובן שהסעיף החשוב ביותר לעניינו הוא סעיף הפתיח של חוק האימוץ הקובע כי אימוץ ייעשה על ידי צו בית משפט לבקשת מאמץ וכי "אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית־המשפט שהם לטובת המאומץ". עליונות העיקרון נקבעה גם בסעיף 3 לאמנה הבינלאומית משנת 1989 בדבר זכויות הילד⁵⁴: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה"⁵⁵.

זכות הילד ועקרון טובת הילד הם הבסיסים לחוק האימוץ, אבל ברור שאין בהם בלבד כדי לגרום לתחילת תהליך של אימוץ. הזכות הבסיסית של כל אורח היא לגדל ולחנך את ילדו, מבלי שרשויות המדינה יתערבו בזכותו זו. כל זה נסוג ברגע שמדובר על מצב שבו הילד לא זוכה לתנאים הבסיסיים להם הוא זכאי, ובניסוח אחר, כל עוד ההורים "מסוגלים" לגדל את ילדם, יישאר הילד ברשותם ובאחריותם. המדינה מתערבת ופוגעת בשלמות המשפחה על ידי הוצאת הילד מרשות הוריו, למרות התנגדותם, לאור "איי־מסוגלותם" לגדלו, על פי עילה ספציפית הקיימת בחוק האימוץ. כל עוד ההורים "מסוגלים" לגדל את ילדם, אמורה המדינה להישאר מאחור, מבלי להתערב. במקרים בהם ישנה אם ביולוגית חוקית המתפקדת כאם, ולה בן או בת זוג אשר מעוניינים לאמץ, השאלה היא דר־שלבית. ראשית, האם יש הורה נוסף (האב במקרה זה) אשר מתנגד לאימוץ? בכל מצב של התנגדות חייב בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולהחליט בעניין, שכן כאשר דעתו של ההורה החוקי השני היא מהותית, ואין אפשרות ללכת בניגוד לדעתו, אלא אם כן אנו פועלים במסגרת הסמכות הניתנת לבית המשפט לאור עילות ההתערבות במקרה של אי־הסכמה לאימוץ⁵⁶. בחלק השני של השאלה אנו עומדים שוב מול מלוא הדרו של שיקול "טובת הילד": האם לילד הספציפי טוב יותר לגדול בצורה המבוקשת בפני בית המשפט, בדרך של הורות ביולוגית חוקית בשיתוף עם הורות משפטית על ידי אימוץ של בן או בת הזוג? בכל מקרה, מול עינינו תעמוד תמיד "טובת הילד".

בנושא של אימוץ קובעת האמנה בדבר זכויות הילד מפורשות כי טובת הילד היא השיקול המכריע (סעיף 21 לאמנה בדבר זכויות הילד), כך ששאלת תקנת הציבור אינה רלוונטית כאן, שכן טובת הילד היא השיקול המכריע. ראינו זה עתה כי בסעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד דובר על "טובת הילד שיקול ראשון במעלה", ובאנגלית: "Primary Consideration". כאן, כאשר מדובר על סעיף העוסק באימוץ, אנו מקבלים ניסוח אחר, ניסוח של "טובת הילד הוא השיקול המכריע", ובאנגלית: "Paramount". אבחנה זו חשובה לדיונונו למרות

שאין זה המקום להרחיב בה מעבר לשורות קצרות: המקרים בהם מדובר על "ראשון במעלה" הנם מקרים בהם השיקול של טובת הילד הנו שיקול חשוב מאוד אך עדיין נמוך במשהו ממעמדו במקרים בהם הוא "מכריע". כשמדובר על עיקרון כלשהו שהוא ראשון במעלה הרי שייכתנו מצבים בהם, בנסיבות מיוחדות, יהיו שיקולים ראויים אחרים אשר יתקבלו כעדיפים. לעומת זאת, במסגרת זו של דיון ב"שיקול מכריע" פירושו שלא תתקבל כל החלטה הנוגדת את טובת הילד, אולם במצב של שתי חלופות המתיישבות שתיהן עם טובת הילד ניתן לבחור את זו מהן על פי שיקולים אחרים - "המכריע" בביטוי הוא ההכרח שלא יהיה ניגוד לטובתו של הילד. ובכן, במקרה של אימוץ דנה האמנה בדבר זכויות הילד על "שיקול מכריע", ולא על "שיקול ראשון במעלה", ומכאן אנו למדים שאם תיתכנה מספר חלופות המתיישבות עם שיקול זה ועלינו לבחור אחת מהן, החלופה הנבחרת חייבת להיות כזו שמתיישבת עם "טובת הילד" אבל ניתן להעדיף אחת מהן על פי שיקולים אחרים, שאינם קשורים כלל ל"טובת הילד". בהקשר זה טובת הילד היא לעולם טובת הילד הקונקרטי, בנם של בנות הזוג, ולא טובת הילד הערטילאי, הכללי. נדמה כי אין ספק שטובת בנם של בנות הזוג ברנר־קדיש מחייבת רישום שתי הנשים כהורי הילד, וזאת לצרכים רבים: תתימה על התערבות רפואית־כירורגית, רישום לגן ולבית ספר וכיוצא בזה. טובת הילד אמורה להילקח מנקודת המבט של הילד, ולא מנקודת מבטם של הוריו או של אחרים חשובים, ואנו אמורים לנסות ולהתחשב בטובתו בכל האינטרסים הקשורים עמו. שוב, למרות שנדמה שאנו דנים במעמד הבינאישי של שתי הנשים כידועות בציבור, הרי שהטענה המרכזית כאן היא שבמסגרת של אישור "צו אימוץ" ואימוץ בכלל, אנו חייבים להתמקד בשיקול אחד בלבד: בשאלת ההורות או בטובתו של הילד אצל הורים אלו, ולא ביחסים ביניהם. אם לא ניתן לעשות כן בדרך של פרשנות חוק האימוץ הישראלי והאמנה בדבר זכויות הילד, אשר מדינת ישראל הנה צד לה, ייתכן שיהיה צורך בתיקון מפורש של ניסוח חוק האימוץ אשר ישקף את נקדת המבט של הילד כלפי הוריו ולא את זו של הקשר בין ההורים. הילד הוא מרכזו של חוק האימוץ ולא ההורים, הביולוגיים או המאמצים, ועל המדינה לדאוג לכך שבכל פעולותיה בנוגע לאימוץ תפעל כשלוחה של הילד, דרך העיקרון של "טובת הילד" הקונקרטי.

לסיכום נקודות אלו, ראינו כי הפסיקה הישראלית לא הייתה מוכנה להתיר אימוץ על ידי "ידועים בציבור", אך עניין **ברנר־קדיש** הוא מקרה מצוין לאימוץ גישה שונה. גישה אשר תאפשר פסיקה התומכת באימוץ על ידי "ידועים בציבור", ואף זוג נשים שהן "ידועות בציבור" אחת של הנשיה. במקרה של בנות הזוג מדובר על מצב שאינו בשליטתן, שכן אין באפשרותן להתחתן על זם זו, וכן כבר ניתן בעניין זה פסק דין, אם כי פסק דין זה.

שני שינויים חשובים מאוד קרו בעשרות השנים האחרונות, ובעיקר בשנים האחרונות, הנוגעים לעניינונו בשלב זה. השינוי

הראשון הוא השינוי שחל בחברה הישראלית כלפי זכויות ההומוסקסואלים, כפי שניסיתי להראות. השינוי השני שרק אוזכר כאן (מעט יחסית לחשיבותו הרבה), אך הוא שינוי כלל עולמי בנוסף על היותו ישראלי, הוא השינוי כלפי עקרון "טובת הילד", העצמתו והעמדתו כשיקול מכריע בכל הנוגע להתייחסותנו כלפי ילדים, בחברה ובמשפט. השינוי בנורמות החברה הישראלית כלפי נישואין וכלפי זוגיות שונה, ובעיקר כלפי מסגרת מושג "הידועים בציבור", מחייב, לעניות דעתי, את הכנסת כל אותם בני זוג אשר מנועים מלהתחתן תחת מטריית "הידועים בציבור". ההגדרה של "ידועים בציבור" במקרה של בני אותו מין כבר נקלטה, דה פקטו, בפסיקה הישראלית, אמנם בצורה ספורדית, כפי שראינו, למשל בעניין **דנילוביץ**. כיוון שאנו מחויבים גם לעניין זכויות הילד, הרי שאין אני רואה כנכון מצב בו תיפגע זכותו של ילד לגדול במסגרת שבה הוא גדל בפועל, והמשפט יכריז עליה "לא קיימת". בנוסף, אסור לשכוח כי במקרה זה כבר קיים פסק דין אשר אישר את האימוץ, ובהיותנו חברים בקהילת המדינות המתקדמות בעולם, אין זה ראוי להתעלם מפעולה משפטית חוקית שהתבצעה במדינה אחרת, מבלי סיבה טובה לכך. יש לזכור, הילד יגדל ויחונך במסגרת הקיימת בבית בנות הזוג ברנר־קדיש, גם אם המדינה לא תכיר בכך. הימנעות המשפט הישראלי מלדון במסגרת זו רק גורמת סבל מיותר לאותם ילדים. מכאן, בדומה לפסקי דין ספורדיים בהם התקבלו זכויות שונות לבני זוג הומוסקסואלים, הייתי ממשיך באותו כיוון לכדי הרחבת מושג ה"בן זוג" בחוק האימוץ כך שיקלול גם "ידועים בציבור", בכלל, ו"ידועים בציבור" בני אותו מין, בפרט. לראיה, דברי הנשיא ברק בעניין אחר: "אכן, המובן שיש ליתן לדיבור שבחוק - כגון הדיבור 'בן זוג' - אינו קבוע ועומד לעולמים. החוק הוא חלק מהחיים, והחיים משתנים. עם השינוי במציאות משתנה גם הבנת החוק. לשון החוק עומדת על מכונה, אך משמעותה משתנה עם 'תנאי החיים המשתנים'⁵⁷".

לסיום נקודה זו חשוב להדגיש כי נושא האימוץ אינו יכול להישאר ברמה של "סמכות פקיד הרישום" לרשום את שמות ההורים, כך שפסיקה המשאירה אותנו במגבלות הלכת **פונק שלזינגר** אינה נאותה כאן. חובה עלינו, על פי דין ועל פי היותנו חברים בקהילת בני האדם, לדון בשאלה של אימוץ בכובד ראש, ובטריבונל המתאים, ובמקרה שלנו במסגרת בית המשפט לענייני משפחה. השאלה העיקרית היא "טובת הילד", לאור הנתונים הספציפיים של כל מקרה ומקרה, ולא על פי תפיסת עולמו של הפקיד, חוות דעתו והשקפתו לגבי הורות הומוסקסואלית⁵⁸. לדוגמא בלבד, ניקח את המצב בו בני זוג יהודים אורזי מדינת ישראל נישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל, כיוון שאינם מעוניינים להינשא במדינת ישראל המחייבת אותם להינשא על פי הדין הדתי. כאשר יגיעו לפקיד הרישום ירשום אותם זה כנשואים, על פי הלכת **פונק שלזינגר**. נניח כי הגבר בדוגמא זו הוא עקר, ולכן אשתו, על פי רישומי משרד הפנים ועל פי החוק האזרחי לפיו נישאו בחו"ל, נכנסת להריון מתרומת זרע מבנק הזרע

באחד מבתי החולים בישראל. למרות שאולי אין להם צורך בכך, נניח כי בן הזוג מעוניין כעת לרשום את בנו, בן אשתו, כבנו ואת עצמו כאביו. על פי הדין בישראל אין ספק כי בני הזוג הנם "ידועים בציבור", אך בהתאם להלכת **פונק שלזינגר**, אשר מאשרת את הרישום אך אינה קובעת מהותית בנוגע לתקפות הקשר, אין אנו יודעים האם הם נשואים, האם הנישואין האזרחיים בחו"ל תקפים בישראל. האם יותר האימוץ? לעניות דעתי הכרחי שכן. האימוץ חייב להיות מוכר כיוון שניתן לדבר על אימוץ על ידי "ידועים בציבור" בנסיבות מסוימות. אם כך הדבר, ניתן כעת לטעון טענה של שוויוניות גם לבני זוג ידועים בציבור בני אותו מין. כל עוד אין אימוץ על ידי בני זוג "ידועים בציבור", קשה לטעון בישראל לטובת אימוץ על ידי בני זוג בני אותו מין.

המשך בע' 493

- ↑ אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א(222 (להלן: "האמנה בדבר זכויות הילד").
- ↑ מעניין להיזכר שטובת הילד לא הייתה כלל סומה לדיון במקרה של אימוץ בתחילת תקופת "האימוץ המשפטי המוסדר", למשל בהיסטוריה הקדומה של החברות הרומית והוויגית. בחוק הרומי אנו מוצאים את ההסדרים המלאים לראשונה בנוגע לאימוץ, וכן את המקובלות החברתית לאימוץ. בכל החברות הללו דובר על זכויות ירושה, על רצון אב המשפחה שרכשו יישאר במשפחה. ראו לדוגמא: D.H. Van History (1983), *Principles on Roman Private Law* and המצוטט ב: S.L. Sultan, "The Right of Homosexuals To Adopt: Changing Legal Interpretations of 'Parent' and 'Family'"" [http://www.tourolaw.edu/"publications/Suffolk/vol10/part3_ext.htm] (Last visited on 19/4/2001).
- ↑ סעיף 13 לחוק האימוץ קובע כי "באין הסכמת הורה, רשאי בית משפט, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, להכריז על ילד כבר־אימוץ אם נוכח כי נתקיים אחד מאלה: (1) אין אפשרת סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו; (2) ההורה הוא אבי הילד אך לא היה נשוי לאמו ולא הכיר בילד כילדו, או אם הכיר בו - הילד אינו גר עמו והוא סירב ללא סיבה סבירה לקבלו לבית מגוריו". במקרה זה קל להיווכח כי מתקיים סעיף 13(1), באשר מדובר על תרומת זרע. בכל מקרה, חייב בית המשפט לפסוק לאור סעיפים אלו במקרה של אי־הסכמת זוג ההורים.
- ↑ עניין **לינדור**, לעיל הערה 16.
- ↑ זמן רב לאחר שמסמך זה ירד לדפוס התקבלה העתירה שנתמכה על ידי האגודה לזכויות האזרח לבטל את החלטת בתי הדין הרבניים לאסור על אם לטבית להפגיש את שלוש בנותיה עם בת זוגה, בל"צ 293/00 מ'לניט נ' בית הדין הרבני **הגדול בירושלים** (טרם פורסם). פסק דין זה נקבע לאור טענת חוסר סמכות פורמלית של בית הדין הרבני בתנאים הספציפיים של מקרה זה, ולא ניתן לראות בו צעד חשוב במאבק של הזוגות החד־מיניים לקבלת זכויות יסוד במשפט הישראלי. עם זאת, מעניין לצוין כי גם פה הייתה לבית המשפט הזדמנות לדון בטענה העניינית שהחלטת בית הדין הרבני "אענה מתיישבת עם חובת בית הדין לפסוק לטובת הקטין, שכן בית הדין עירב בהחלטתו שיקולים זרים" (פסקה 15 לפסק דינו של השופט זמיר). טענה זו, שהועלתה על ידי אב כוח העותרות, עולה בקנה אחד עם טעמי המרכזית, לפיה המרכז חייב להיות "עקדת המבט של הילד וטובתו האישית". ההימנעות מלדון בכך מתיישבת גם היא עם הרגשות כי בית המשפט "מחמיק" הודמניות לדון בשאלות אלו. "החממה" זו כנראה אינה תמימה, ובין היתר, מנסה מאמר זה לערוד את בית המשפט לדון בשאלות אלו, בהציגו שינויים שחלו בחברה ובמשפט, בישראל ובעולם, בנוגע לנושאים אלו.

הקשיים בקבלת הורות מאותו מין

אם לאחר תחילת דיון זה נגיע למסקנה שעדיין על פי חוק האימוץ עצמו לא נוכל לקבוע אימוץ על ידי זוג הומוסקסואלי, וכפי שניסיתי להראות אין כלל צורך בשאלה זו לגבי בנות הזוג ברנר־קדיש, הרי שדיון זה חשוב, וחשוב להתעכב גם מעט על הקשיים שלנו בנושא זה, למרות שזהו כבר אינו דיון משפטי גרידא⁶⁵. רק לפני שנים אחדות מדובר היה על משפחות "מסורתיות", בהן יש אבא, אימא וילדים. זו המשפחה אליה התייחס ומתייחס המשפט הישראלי, והאמת היא שבכך אין הוא שונה מהמשפט בכל שאר מדינות העולם⁶⁶. העניינים מסתבכים כיום, ושוב, בכל העולם: במדינות רבות ישנה התייחסות של המשפט, ולבטח של החברה, למסגרות אלטרנטיביות של משפחה במובנה הקלאסי, ובמרכז אותו שינוי עומד השינוי לעבר קבלה של הורות יחידה והורות של זוגות בני אותו מין⁶⁷. במדינת ישראל הורות של הורה יחיד נתפסה בעבר הרחוק כבלתי ראויה, אך כיום אנחנו מוצאים אותה בחוקים שונים, והיא מקובלת מבחינה חברתית בחלקים מסוימים של החברה הישראלית כמעט כמו הורות של בני זוג נשואים, ולבטח כתופעה הקיימת בחלקים רבים של החברה⁶⁸. לראיה, ב"שנתון הסטטיסטי לישראל"⁶⁹ אנו מוצאים כי בשנת 1999 היו כ־86,000 משפחות חד־הוריות בהן לפחות ילד אחד עד גיל 17, וכ־124,900 משפחות חד־הוריות בהן לפחות ילד אחד עד גיל 24. מתוך אותם נתונים ניתן למצוא כי כ־10,700 משפחות הן משפחות חד־הוריות שבהן ההורה הוא רווק (ואינו גרוש, אלמן או נשוי בנפרד)⁷⁰. מכאן, כי ככל הנראה מדובר, לפחות בחלק מן המקרים, במשפחות שברצון ובכוונה בחרו לחיות במסגרת זו⁷¹.

אם נמשיך ובאנלוגיה של הורות יחיד להורות של בני אותו מין, הרי שבמקרה של הורות יחיד החסר של הורה אינו יוצר כמעט בעיות. לילד שאין שמו של אביו רשום במרשם האוכלוסין, למשל ילד אשר נולד מתרומה מבנק הזרע בישראל, לא נוצרות בעיות מכל סוג שהוא במערכת הרישום והזכויות המגיעות לו כאזרח ישראלי. אמנם נכון שלא יהיו לו זכויות לקבלת מזונות ו/או היה יורשה מאותו אב חסר, אבל בכך לא נפגעו זכויותיו: הוא היה חסר אב מרגע לידתו ולא נגרע ממנו משהו שניתן לו בעקבות לידתו⁷². המקרה של הורות של בני אותו מין מסובך בהרבה. במצב כזה יש להפריד בין המקרה של זוג נשים לבין המקרה של זוג גברים. במקרה של זוג נשים הרי כל אישה יכולה להרות, אם דרך שיתוף פעולה עם גבר ללא התחייבות עתידית ואם דרך תרומה מבנק הזרע. מעמד זוג הנשים כבנות זוג אינו משפיע כלל על נושא זה. אין הן נשואות על פי הדין החל בישראל, אך אין בכל כך צורך. מכאן שאין הפתעה בנתונים אשר מצביעים על כך שב־ישראל משפחות חד־הוריות שההורה הוא אב הן רק כ־10% מהמשפחות החד־הוריות⁷³.

בשל זה אנו חייבים להכניס הגדרה שונה ל"משפחה" או להורות. אמות המידה להגדרת הורות רגילה אינן מספקות להגדרת זוג הומוסקסואלים כהורים. משפחה יכולה להיות מוגדרת כפי שהיא

מוגדרת בשנתון הסטטיסטי לישראל: "משפחה מוגדרת כשני אנשים או יותר החולקים משק בית אחד וקשורים זה לזה כבעל ואישה, כזוג ללא נישואין, או כהורה וילד"⁷⁴. הצעה אחרת אפשרית היא של הארגון לקידום זכויות המשפחה "משפחה חדשה", מיסודה של עורכת הדין אירית רוננבלום, אשר בהצעת החוק שלו "חוק־יסוד: המשפחה" מציע את הניסוח הבא: "משפחה היא לפחות שני בני אדם החיים יחד תחת קורת גג אחת ומנהלים משק בית משותף"⁷⁵. השאלה שנשאלת כעת היא מדוע מתקשה החברה לקבל את ההגדרה הזו של הורים בני אותו מין. פה עלינו להבין כי אנו מדברים על האופציה של אימוץ במפורש ולא על אופציה של הורות שנצרה בתהליך הורות ביולוגית. במצב הזה ברור שניתן למצוא הורים יחידים שהם גברים או נשים בלבד. אלה הם כל המקרים של בני זוג גרושים כאשר המשמורת אצל אחד הצדדים והצד השני מנתק מגע, למשל, או כאשר מדובר על המצב של אלמנות. גם אם במקרה כזה אותו הורה יחיד יגלה לעצמו ולסביבה את נטייתו המינית השונה הרי שאין שום סיבה שבכך יימנע ממנו מלגדל את ילדו⁷⁶.

החברה הישראלית, כמו גם חברות נוספות בעולם הרחב, מקבלת כיום את ההורות כיחיד או כיחידה כאפשרות מקובלת כמו כל הורות אחרת. למרות זאת, התפיסה של החברה את ההורות היחידה שונה מהותית מהתפיסה של הורות חד־מינית זוגית. מדוע קשה לרבים לתפוס את השינוי הזה בוגיוות? ויתרה מכך, מדוע קשה הדיבר גם כאשר מדובר על מצב של אימוץ על ידי זוג הומוסקסואלים של ילד שאינו ילד של אחד מהם? ברצוני להציע כאן, שוב כפתיח לדיון החשוב בנושא באופן כללי, שלוש נקודות המפריעות לנו לקבל הורות כזו, ולהבהיר מדוע תפיסות אלו אינן נכונות בעליל⁷⁷.

נקודה ראשונה המחייבת הבהרה מידית הנה שאין אנו דנים בשאלה האם אנו הולכים לשייך את הילד לקבוצה ההומורלסבית. אנו הולכים לשייך אותו, כילד מאומץ, לזוג הורים אותבים אשר הם במקרה הומוסקסואלים. התפיסה שילדים של זוג לסביות ייהפכו להומוסקסואלים אינה נכונה. למרות ההנחה בחברה כי קיימת השפעה כזו, לא נמצא מחקר מדעי אחד בעולם שמצא קשר בין הדברים. יתרה מכך, לאור ממצאים שונים המעידים על היבטים גנטיים־ביולוגיים לתופעת ההומוסקסואליות, קשה לראות השפעה סביבתית כגורם עיקרי המשפיע על אדם האם להיהפך להומוסקסואל. כפי שיש סיכוי כלשהו לכך שילד להורים הטרוסקסואלים ייהפך להומוסקסואל לאחר התבגרותו, קיים סיכוי דומה לילד להורים הומוסקסואלים להיפך להומוסקסואל⁷⁸. **הנקודה השנייה** נוגעת לתפיסה הנשענת כביכול על הבנות פסיכולוגיות שילד זקוק לאב ולאם, נקבה וזכר, כזוג הורים, על מנת שיוכל להתפתח כיאיות. אין ספק כי ילד זקוק לדמויות לחיקוי, לדמויות להזדהות, וכי תפקידי אם ואב קלאסיים הם בסיס להתפתחות תקינה, וזאת על פי רוב המחקרים בפסיכולוגיה. עם זאת, בשום מקום לא נקבע כי ילד לא יכול לקבל זאת מגברים ומנשים אחרים שאינם זוג הוריו במהלך שנות חייו הראשונות. ובכלל, האם הדרישה

לאב ולאם קלאסיים היא דרישה אשר מתקיימת בכל המקרים של הורים הטרוסקסואלים? כמובן שלא, ולא רק במקרה של הורים גרושים, מחזה נפוץ בהרבה כיום בחברה המערבית בכלל, והישראלית בפרט, מאשר לפני כמה עשרות שנים. לא מעט אבות ואימהות נמצאים רוב שעות היום במילוי אחר תפקידם הקרייריסטי ולא ההורי, והילד מקבל את דמויות "האם" ו/או "האב" ממטפלים או ממטפלות, מסבים או מסבתות, מגננות, ממורים וממורות. אפשר כמובן להרחיק לכת אף יותר, ולטעון כי ילדים במוסדות רווחה של המדינה, כמו פנימיות, לא מקבלים את תפקידי האם והאב בצורה הקלאסית של המושג, ועדיין אין אנו קובעים שהמדינה גורמת להם נזק בלתי הפיך על ידי כך. בכל המצבים הללו לא עולה על הדעת לקבוע "אי־מסוגלות הורית" להורים הללו. נכון שהילד זקוק לדמויות הזדהות, אבל הוא מקבל אותן מדמויות אהובות ודואגות שונות בחייו, גם בשנות חייו המוקדמות, שהן לאו דווקא הוריו הביולוגיים בלבד. **הנקודה השלישית** נוגעת לתפיסה שילדים של הורים הומוסקסואלים יסבלו מבידוד חברתי ומהתנכלויות אישיות יותר מאשר ילדים להורים הטרוסקסואלים. לא נמצא אף מחקר התומך בעמדה זו, אבל אף אם יהיו ילדים אשר יציקו לילדים של הורים הומוסקסואלים, נדמה כי יהיה זה מצב אחד מני רבים של הצקות בגיל הילדות. הצקה כזו תמצא זוג הורים שיוכל להוות משענת תומכת ואוהבת, בדיוק כפי שהצקה בעקבות נמיכות קומה קיצונית תמצא הורים נמוכי קומה אשר יתמכו, יסבירו ויאהבו, ויהיו דמות מוצלחת להזדהות, ובכך יוכל הילד להתגבר על הקשיים החברתיים הללו. יתרה מכך, בשנת 1995 התפרסם מחקר חשוב של האגודה האמריקאית לפסיכולוגיה אשר סיכם 43 מחקרים אמפיריים ועוד עשרות מאמרים בנושא, בקובעו כי: "אין שום עדות לכך שילדים להורים הומוסקסואלים נמצאים בנחיתות משום סוג שהוא יחסית לילדים להורים הטרוסקסואלים"⁷⁹.

- ^{‎59} חלק מהדברים שבחלק זה של המאמר נשענים, אך לא מצטיים ולא מאמצים באופן מלא, על מאמרה של: 55 Supra note 5, Sultan.
- ^{‎60} ראו למשל את ההתייחסות למשפט האמריקאי במאמרה של: Sultan, *Ibid*, וכן ב: C.A. Bowman & B.M. Cornish "A More Perfect Union: A Legal and Social Analysis of Domestic Partnership Ordinances" 92 *Colum. L. Rev.* (1992) 1164.
- ^{‎61} ראו למשל את מראי המקום הבאים: R.L. Melton "Legal Rights of Unmarried Heterosexual Couples and Evolving Definitions of 'Family'" 29 *J. Fam. L.* (1990/1991) 497; F. Bates "Is the Tide Truly Turning? Gays Lesbians, Adoption and Custody" 3(3) *Electronic J. of Law* (1996).
- ^{‎62} הורות של יחיד - חוק משפחות חד־הוריות, תשנ"ב־1992. על אף שלא ארחיב כאן, רק ציינן כי נדמה שב־ישראל הפרוגדורות של האתא ילד לעולם דרך תרומה מבנק הזרע לאישה לא נשואה היא פרוגדורה קלה יחסית.
- ^{‎63} שנתון סטטיסטי לישראל, 2000, מספר 51, 86 - 2 (להלן: "שנתון סטטיסטי לישראל") טבלה מספר 2.39.
- ^{‎64} זאת מתוך הקביעה של 124,900 משפחות חד־הוריות שבהן ילד אחד או יותר עד גיל 24. בקבוצה של המשפחות החד־הוריות עם ילד או ילדים עד גיל 17 מדובר על כ־

- ^{‎65} 7,800 משפחות חד־הוריות בהן המבוגר מומדר כרווק, בשונה מגרוש, מאלמן או מנשוי התי בנפרד.
- ^{‎66} תד־הורות, עם או בלי קשר לבן חוגג השני, אב או אם לילד או לילדים.
- ^{‎66} אני ממשיך ביוגמא של ילד הנוגד לאם לא נשואה למרות שהאנלוגיה יכלה להיות גם במקרה של אב יחיד. מקרה כזה הוא כמובן קשה בהרבה לביצוע, כיוון שעדיין אנו מדברים על צורך ב"אם נשואת", כפי שמודרית בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ד־1996, וחדבר אינו אפשרי על פי חוק בישראל להורה יחיד. בעיה זו משאירה אותנו בשלב זה של הדיון עם המקרה הקל יותר של הורות יחידה על ידי אם, כאשר בישראל אישה המעוניינת לקבל תרומה מבנק הזרע אינה זקוקה לגבר לצדה, ומכאן הקלות היחסית של אפשרות זו.
- ^{‎67} היחס הוא 8,900 משפחות חד־הוריות שבהן הורה אב למול 77,000 משפחות חד־הוריות שבהן הורה אם, מתוך 86,000 המשפחות החד־הוריות שבהן ילד אחד לפחות עד גיל 17. הנתונים מתוך השנתון הסטטיסטי לישראל.
- ^{‎68} שם, בע' 2 - 4.
- ^{‎69} ראו: [http://www.newfamily.org.il] (Last visited on 19/4/2001).
- ^{‎70} לא ניתן למצוא מקרים בפסיקה בהם הוצא ילד מרשות הורוה הביולגי רק משום נטייתו המינית של הורוה, וכמובן שתהיה זו אפליה פסולה מטעמי מין אם הדבר יגיע לכדי דיון בבית המשפט. האפשרות להוציא ילד מרשות הוריו נתונה למדינה רק במקרים של פגיעה ממשיה בו או במקרים שההורים אינם מסוגלים למלל, כגון "חוסר מסוגלות הורית", עילת סעיף 7(13) לחוק האימוץ. נושא זה מורכב ואף רחב, ואין זה המקום לדון בו. יחד עם זאת, אין עוררין על כך שלא ניתן להוציא ילד מרשות הוריו בישראל רק בגלל חיות הוריו בעלי נטייה מינית זו או אחרת.
- ^{‎71} נקודות אלו ואחרות מופיעות בכמה מראי מקום, אך חייב אני להדגיש כי אין אני עוקב במדויק אחר מראה מקום מסוים. למתעניין בדאי להסתכל באתר הבא: [http://www.aclu.org/issues/gay/child.html] (Last visited on 19/4/2001).
- ^{‎72} כבר בשנות השבעים המאוחרות נמצאו מחקרים על הבריאות הנפשית של הורים הומוסקסואלים במקרים של משמורת ילדים ואימוצם. נשמעו עדויות מומחה במשפטים שונים בנושא זה, כאשר בנולם נסתרה על ידי מומחים העמדה שילדים להורים הומוסקסואלים ייהפכו להומוסקסואלים בעצמם. ראו למשל:

^[1] D. Hitchens & B. Price "Trial Strategy in Lesbian Mother Custody Cases: The Use of Expert Testimony" 9 Golden Gate U. L. Rev. (1978-1979) 451; S. Golombok

^[2] S. Golombok & F. Tasker "Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children? Findings From a Longitudinal Study of Lesbian Families" 32(1) Developmental Psychology (1996) 3, 9; S. Golombok & F. Tasker "Children in Lesbian and Gay Families: Theories and Evidence" 5 Ann. Rev. of Sex Research (1994) 73-100; S. Golombok & F. Tasker & C. Murray "Children Raised in Fatherless Families from Infancy - Family Relationships and the Socioemotional Development of Children

^[3] of Lesbian and Single Heterosexual Mothers" 38(7) Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines (1997) 783-791.

^[4] R.L. Melton "Legal Rights of Unmarried Heterosexual Couples and Evolving Definitions of 'Family'" 29 J. Fam. L. (1990/1991) 497; F. Bates "Is the Tide Truly Turning? Gays Lesbians, Adoption and Custody" 3(3) Electronic J. of Law (1996).

^[5] הורות של יחיד - חוק משפחות חד־הוריות, תשנ"ב־1992. על אף שלא ארחיב כאן, רק ציינן כי נדמה שב־ישראל הפרוגדורות של האתא ילד לעולם דרך תרומה מבנק הזרע לאישה לא נשואה היא פרוגדורה קלה יחסית.

^[6] שנתון סטטיסטי לישראל, 2000, מספר 51, 86 - 2 (להלן: "שנתון סטטיסטי לישראל") טבלה מספר 2.39.

^[7] זאת מתוך הקביעה של 124,900 משפחות חד־הוריות שבהן ילד אחד או יותר עד גיל 24. בקבוצה של המשפחות החד־הוריות עם ילד או ילדים עד גיל 17 מדובר על כ־

לסיכום, המרכז הוא טובתו של הילד ואנו רואים כי הפחד של החברה מהורות הומוסקסואלית נשען על הנחות וסטראוטיפים נעדירי בסיס מחקרי כלשהו, ואף להפך. טובת הילד מאגדת את ריבוי האינטרסים של הילד עצמו ולא את האינטרסים של זולתו, אלא ככל שהם תורמים באופן ממשי לטובת הילד (למשל, האוטונומיה המשפחתית אינה שיקול לכשעצמה במסגרת קביעת טובת הילד, אולם היתרון של ילד לגדול במשפחתו הוא דווקא כן). הטענה היחידה שניתן להעלות בזירה הקונקרטית של הילד הספציפי היא כי לילד זה ייגרם נזק מכך שחבריו ידעו שרשומות לו במרשם האוכלוסין שתי אמהות, וזאת רק ברמה של "שיחות רחוב" ו"התנהגות ילדים". ברור שגם טענה כזו אינה יכולה לעמוד כיוון שממילא המצב העובדתי הוא של שתי אמהות, וחזקה שחבריו וחברותיו מכירים את המצב העובדתי טוב מהמצב המשפטי של הרישום. אם לא מוציאים בישראל ילד מידי שתי לסביות אשר הילד הוא של אחת מהן, לא בעילת "אי־מסוגלות הורית" או באמצעות התערבות מכל סוג שהוא, אזי בוודאי שאין למנוע רישום של המצב העובדתי.

מעין סיכום

פסק הדין בעניין **ברנר־קדיש** התחיל דיון רחב, לא בשאלה מה נקבע ומדוע, אלא בעצם העלאת הנושא של אימוץ על ידי הורים בני אותו מין, ובכלל העלאת הנושא של זוגיות חד־מינית בישראל. פסק הדין לא פסק דבר אשר השפיע על שינוי מושג התא המשפחתי בישראל, אך בדומה לפסק הדין בעניין **דנילוביץ**, אשר לא הכיר בתא משפחתי חד־מיני ואף לא קבע כי "בן זוג" כולל בתוכו את מושג "הידוע בציבור בן אותו מין", ובכל זאת השווה את התנאים בין בני זוג הטרוסקסואלים לבני זוג הומוסקסואלים, הרי הוא אמור להניע את גלגלי ההתייחסות של המשפט הישראלי לגבי הורות של זוג לסביות או זוג הומוסקסואלים.

בזעיר אנפין ראינו את הבעייתיות של דיני המשפחה בישראל, ההבדל בין גישת המשפט האזרחי בדיני המשפחה לבין הגישה של המשפט העברי, שלא נדונה כאן אבל אוזכרה בנוגע לנישואי תערובת ולא־יההכרה בהם, וכמובן ידועה ההתייחסות של הדין העברי להומוסקסואליות. גישת המשפט האזרחי המחייבת התייחסות לעולם החיצוני ומכאן להשתלבות במשפט הבינלאומי, למול גישת הדין הדתי, הגישה של התבדלות, של ייחוד, של קיפאון בנושא הכשרות להינשא, של שמירה הדוקה על המסגרת "הקלאסית" של נישואין. יתרה מכך, בצד אחד אנו מדברים על ירידת הפורמליזם של המשפט האזרחי⁷³ ובצד שני אנו מדברים על הדגשת הפורמליזם של המשפט העברי. מכאן שההתייחסות לנושא ההומוסקסואליות בכלל, בחוקים השונים, אינה יכולה לקרות בדין הדתי של דיני המשפחה, והיא תתרחש רק דרך המשפט האזרחי, זה אשר מחייב אותנו להתייחסות לעולם החיצוני. כל עוד המגמה הזו תימשך,

תמשיך ההתרחקות בין הקווים הכמעט מקבילים של המשפט האזרחי והמשפט הדתי בדיני משפחה. לתפישתי, הם "כמעט מקבילים", כיוון שלמעשה נדמה כי הם מתרחקים זה מזה, וההתפתחות של אחד אינה נוגעת כלל לזו של השני, למרות ששניהם מתנהלים כאן בישראל, במקביל, בשתי ערכאות משפטיות חוקיות, שגם אם אינן מטפלות בדיוק באותם נושאים, מהווים הם בבואה של החברה הישראלית הקרועה בין חילוניות לבין דתיות. פסק הדין בעניין **ברנר־קדיש** עושה צעד גדול מבלי לעשות מהלך כלשהו מצדו: אין הוא פוסק בשאלות החשובות, ולמעשה נתלה על משענת קנה רצון של הלכת **פונק שלזינגר**, אך עצם התעלמותו מהשאלות המהותיות מהווה מנוף לתחילת הדיון המשפטי בנושא, דיון כל כך חשוב ומחויב בשאלת מידת השינוי שחל במושג התא המשפחתי בישראל. פסק הדין היווה עבורנו גם קטליזטור לדיון חשוב בשאלת האימוץ בישראל, ומצע טוב להעלאת טענה מהותית בנוגע לחוק האימוץ: חוק זה נועד לילדים ונועד למציאת הדרך הטובה ביותר להיטיב עמם. שאלת האימוץ בישראל חייבת להתייחס לילד, ולמצוא את הדרך בה ייעשו הדברים כך "שטובתו של הילד הקונקרטי" תסופק ♦

73. מחקר של האגודה האמריקאית לפסיכולוגיה, בנייר עמדה בנושא של "הורות לסבית והומוסקסואלית: מקור לפסיכולוגים", מצוטט ב: D.L. Chambers & N.D. Polikoff "Family Law and Lesbian Family Issues in the Twentieth Century" 33 Fam. L.Q. (1999).

74. מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועלית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 521-533.