

"תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי" –

השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע

לאימוץ על ידי זוג חד-מיני

חנן גולדשמידט*

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-קדיש¹. פסק דין זה עוסק בשאלת האימוץ של שתי נשים החיות כזוג נשוי לכל עניין ודבר², ודן למעשה בשאלת סמכות הרישום של פקיד הרישום במשרד הפנים. מאמר זה יוצא מפסק דין זה ומנסה להבין את השלכותיו, ותו לא. מכאן שבדין זה נפסע צעד אחר צעד במבנה הלקוח מאותו עולם מושגי בו אנו עוסקים: נפתח ב"קדם משפט", בו נתוודע לסיפורים המשפטיים הרלוונטיים לענייננו זה, נמשיך ב"המשפט", בו ננסה להבין באיזה דיון משפטי עסקינן ובאיזה, אולי, היינו אמורים לעסוק, ונסיים ב"לאחר משפט", בו ננסה להבין את משמעויות אותו פסק דין.

* דוקטור לפסיכולוגיה ומשפטן, מרצה, בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות למיכל מרגלית על העזרה בהגהת התומר ובמיוחד לעו"ד רוברט ליכטנשטרן 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. גרסה מקוצרת של מאמר זה התפרסמה בהמשפט 12 (2001).

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

2 התלבסתי רבות בסוגיה של המשגת שאלת הזוגיות של בני אותו המין, וכן בהורות של זוגות כאלו, כאשר במקומות שונים אנו מוצאים המשגות שונות ומשונות, דוגמת "הורות חד-מינית", "נישואין חד-מיניים", "זוגיות חד-מינית" ו"הורות בני זוג בני אותו המין". החלטתי להשתמש בביטויים שונים אשר מביעים את אשר הזוג מעוניין להביע, לפי הבנתי, למשל "זוגיות נשית", "הורות נשית", "זוג נשים החיות כזוג נשוי", מבלי לקבוע לכך מושג אחד בלבד. הייתי שמח לו תמצא המשגה לשונית מתאימה.

1. "קדם משפט"

שלושה "סיפורי משפט" רלוונטיים לענייננו כאן: הראשון, הסיפור המשפטי של בנות הווג ברנר־קדיש, אשר מהווה את הבסיס ואת הסיבה לדיון בשאלה של זוגיות חד־מינית ובהתפתחות מושג "התא המשפחתי", ומכאן חשיבותו לדיון. השני, הסיפור המשפטי בעניין פונק שלינגר³, אשר מהווה בסיס לאנלוגיה המשמשת כלי משפטי בדעת הרוב בפסק הדין בעניין ברנר־קדיש. וכמקרה מנחה בשאלת סמכות פקיד הרישום במרשם האוכלוסין חשוב הוא לענייננו. הסיפור המשפטי האחרון בשלב זה הוא שאלת "סמכות פקיד הרישום", והוא נושא המצריך הבהרה כאן כיוון שפסק הדין בעניין ברנר־קדיש מצמצם את עצמו לדיון בשאלה זו בלבד.

1.א. הסיפור המשפטי של בנות הווג⁴

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 זרע⁵. הילד אומץ בארצות־הברית על ידי בת הווג של האם היולדת⁶ 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 הווג חזרו ארצה ופנו לפקיד הרישום במשרד הפנים לרישום הילד כבן לזוג הורים נשים. הנשים פנו לפקיד הרישום כאשר ברשותן תעודת לידה ופסק דין אמריקאי של מדינת קליפורניה, במחשבה שאלו הן תעודות רשמיות מספקות לרישום בן כבן לשתייהן, לאם היולדת ולאם המאמצת. מובן 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"⁷. כיוון שאינו חייב ברישום שלכאורה אינו נכון, דחה פקיד הרישום את בקשת ההורים החוקיים של הילד, אשר הנם "הורים חוקיים" לאור החוק הקליפורני, אך עדיין לא לאור החוק הישראלי. בנות הווג טוענות כי פקיד הרישום אינו מוסמך לסרב לרישום עובדות אלו לאור המסמכים האמריקאיים שהובאו לפניו. כמו כל מקרה בו מגיעים בני זוג למדינת ישראל לאחר שנים בחו"ל, כאשר באותן שנים עברו עליהם שינויים מסוימים (כגון שינוי במצב המשפחתי

3 בג"צ 143/62 פונק שלינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (להלן: עניין פונק שלינגר).

4 הכוונה כאן היא לציין את עובדות המקרה הרלוונטיות לסיפור המשפטי, כאשר כל הנתונים נשאבים מפסק הדין עצמו. אין התיימרות להביא נתונים שפורסמו במקום אחר או שלא היו ידועים בפני השופטים.

5 תרומת הזרע אינה רלוונטית כלל לסיפור המשפטי, והיא מובאת כאן רק למען הסר ספק שאין מדובר במצב שבו יש גבר אשר לו אחריות כלשהי כלפי הילד.

6 הכוונה היא לאם שילדה את הבן והיא האם הביולוגית שלו (להלן: האם היולדת). במקרה זה אין מדובר על תרומת ביצית של אישה אחרת, ולכן האם היולדת היא גם האם הביולוגית. בת הווג תיקרא "האם המאמצת".

7 עניין ברנר־קדיש, לעיל הערה 1, בע' 372.

“תעודת הזהות המפוסטת של משפחת ישראלי”

שלהם: הוספת ילד למשפחה, תעודת לידה ורישום הילד כבן משפחה בתעודה רשמית מאותה מדינה וזה אמורים להספיק לתיקון הרישום במרשם האוכלוסין של מדינת ישראל. לטענת בנות הזוג, הסירוב של פקיד הרישום אינו תמים כלל ועיקר, והוא נובע משיקולים זרים, ובעיקר מפאת התנגדותו לאימוץ במסגרת הד-מינית.

פקיד הרישום, ובמקרה זה בא כוח שר הפנים, טוען שעליו לבצע את מלאכתו כאחראי על רישום תקין. הוא דוחה את הטענה כי מדובר ב“שיקולים זרים” ובשיקולים של “תקנת הציבור”. זאת אומרת, לא בגלל החשש שרישום כזה יפגע בתקנת הציבור של מדינת ישראל הוא מסרב לרשום את בנות הזוג כאמהות לילד. נהפוכו. הוא מסכים כי אין לו סמכות לדון בשאלה של פגיעה ב“תקנת ציבור”. לטענתו, סירובו נובע אך ורק מהעובדה הפשוטה שמדובר כאן באי-נכונות עובדתית של הרישום המבקש. מבהינה לשונית, במרשם האוכלוסין מדובר על “אם” ועל “אב”, ואילו בתעודת הלידה האמריקאית מדובר על “הורה”, חלופה שאינה קיימת ברישום הישראלי⁸.

1.ב. הסיפור המשפטי של פונק שלזינגר

פסק הדין בעניין פונק שלזינגר הוא פסק דין מנחה בפסיקה המורכבת של דיני המשפחה בישראל בנוגע לרישום מרשם האוכלוסין. פסק דין זה משמש אנלוגיה חשובה לענייננו ועל כן מן הראוי להביא את סיפורו כאן⁹.

בעניין פונק שלזינגר דובר על זוג אשר נישא בניקוסייה אשר בקפריסין, בטקס אזרחי, שבסופו הונפק לו אישור נישואין המאושר על ידי שר הפנים הקפריסאי. כיוון שהאישה במקרה זה הייתה אזרחית בלגית ונוצרייה, היא ניגשה לקונסול הבלגי בלימסול, קפריסין, אשר רשם את עובדת נישואיה בדרכונה הבלגי. על מנת למנוע בעיות בעתיד נעשו פעולות נוספות על ידי גברת פונק שלזינגר: שמה שונה בדרכון לשמו של בעלה, שלזינגר, וכן נרשמו בשגרירות הבלגית, בפנקס המעמד האישי של השגרירות, פרטיה האישיים ועובדת שינוי מעמדה האישי למעמד של נשואה. מר שלזינגר פנה עם אשתו לפקיד משרד הפנים במטרה לרשום את הזוג כנשואים, אך לאור העובדה שמדובר בנישואין מעורבים, יהודי ונוצרייה, שאינם מוכרים על פי דיני ישראל, סירב פקיד הרישום לרשום את בני הזוג. בני הזוג הגישו עתירה לבית הדין הגבוה לצדק בנושא. הרכב השופטים היה מורחב ומנה את השופטים זילברג, זוסמן, ברנזון, ויתקון ומני.

השופט זילברג, שנשאר בדעת מיעוט, קבע כי הנישואין אינם תקפים ואין לרשום את בני הזוג כנשואים. השופט זילברג הפריד בין השאלה אם יש תוקף לנישואין לבין השאלה אם יש לרשום נישואין שאינם תקפים. בשאלה בדבר תוקף הנישואין ברור כי דיני ישראל, קרי דיני

8 שם, בע' 372-373.

9 עניין פונק שלזינגר, לעיל הערה 3. פסק דין משנות השישים המוקדמות, שנות קיבוץ הגלויות וראשית התהוותה של החברה הישראלית במדינת ישראל העצמאית. ההישענות שלנו על הלכה בת כארבעים שנה חייבת להילקח בחשבון.

המשפט העברי, שוללים מכול וכול נישואי תערובת¹⁰. מכאן קיבל השופט זילברג את הטענה כי הנישואין אינם תקפים בישראל, וכתשובה לשאלה השנייה ענה כי אין על פקיד הרישום חובה לרשום עובדה שאינה נכונה, קרי נתן תוקף לסירובו לרשום את בני הזוג כנישואים.

השופט זוסמן כתב את דעת הרוב בפסק דין זה. הוא קבע כי השאלה לדיון אינה עוסקת בדבר תוקף הנישואין של בני הזוג, וכי יש להצטמצם רק לשאלה של סמכות הפקיד רושם הנישואין. לקביעתו, הפקיד חייב לרשום את הנתונים במרשם האוכלוסין בהינתן תעודה כדן, ואין זה בסמכותו לבדוק את תקפות הנישואין¹¹. ההבחנה המיוחדת שערך שם השופט זוסמן היא בין אי-נכונות של רישום הגלויה לעין, לבין זו שאינה ברורה לחלוטין¹². על הפקיד להבחין בין מצב שבו הרישום המתבקש אינו נכון בעליל, לבין מצב שבו אין זה בטוח כלל ועיקר כי הרישום אינו נכון. על מנת להבחין בין המצבים הללו מביא השופט זוסמן את ההבחנה בין "הסדר הציבורי החיצוני (הבין-לאומי)" לבין "הסדר הציבורי לפיו אנו חיים"¹³. השופט זוסמן עצמו מבאר זאת, ואין צורך להוסיף מילים על כך:

10 עניין פונק שלינגר, לעיל הערה 3, בע' 232: "וכל שאין לה, לא עליו ולא על אחרים, קידושין-הולד כמותה, ואיזה זה, זה ולר שפחה ונכרית" (קידושין, דף ס"ו, ע"ב)... 'נכרית מנלן? אמר קרא: 'לא תחתן במ'. אשכחן דלא תפסי בה קידושי, ולדה כמותה מנלן? אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון בן יוחי: דאמר קרא וכו' (קידושין, דף ס"ח, ע"ב)... 'לא תחתן במ: לא תהא לך במ תורת חיתוך' (רש"י, קידושין שם, ד"ה לא). 'לא תהא לך במ תורת חיתוך' – לא יוכלו להתקיים כל קשרי-אישות בין יהודי ונכרית".

11 השופט זוסמן מצביע בפסק הדין על העובדה שלגבי השאלה של תוקף הנישואין התשובה תלויה בהיות הערכאה – אם הדין ייערך בבית דין רבני, הרי לא יוכרו הנישואין בשום צורה ואופן, אך אם הדין יתנהל בבית משפט אזרחי, תוצאתו תלויה בגישות ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141 (להלן: עניין סקורניק) שיישמו על המקרה, ויש סיכוי כי יוכרו הנישואין. להרחבת נקודה זו ראו בעניין סקורניק. בקצרה, הדעות השונות עניינן במי שנישאו כשהיו אזרחים ותושבים של מדינה זרה (שם פולין) ולאחר מכן עלו ארצה, כאשר ביום הדין הם תושבי ישראל ואזרחיה. הדעות השונות בעניין סקורניק היו: השופט אטרנט – יחול הדין הלאומי, קרי דין מדינת האזרחות, ולגבי יהודים גם הדין היהודי; השופט אולשן – לעניין כשרות להינשא – דין המושב בעת הנישואין, ולעניין צורת הטקס – דין מקום הטקס; השופט ויתקון – לפחות לעניין צורת הטקס יחול דין מקום הטקס. מכאן שעניין סקורניק רלוונטי לגבי נסיבות עניין פונק שלינגר רק לגבי האישות שלא הייתה אזרחית או תושבת ישראל בעת הנישואין, ואילו לגבי האישות שהיה אזרח ותושב ישראל יחול דינו האישות. הנישואין חייבים להיות תקפים לפי שני הריגים גם יחד (לאיש דינו האישות ולאישות הדין על פי דעות השופטים בעניין סקורניק), ומכאן שהנישואין בעניין פונק שלינגר לא היו תקפים: בע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399, גורס השופט ברק, אגב אזרחא, כי עדיפה גישתו של השופט אטרנט על שאר הגישות, אולם, ככל הנראה, לא מדובר בשינוי ההלכה, דומה כי ההלכה על פי עניין סקורניק היא דעת השופט אולשן. להרחבה בעניין סקורניק ראו מ' שאות "תוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו בחוץ-לארץ בין יהודים אזרחי המדינה" עיוני משפט יג (1988) 291-297; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ו (1976) 20-26.

12 עניין פונק שלינגר, לעיל הערה 3, בע' 243: "אין פקיד ציבור חייב לרשום בפנקס המתנהל על-ידי רישום שאינו נכון, ומכל מקום לא יכפה עליו בית-משפט זה לעשות כן... לטענה זו אני מסכים, אך במה דברים אמורים: באי-נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר".

13 שם, בע' 256. השופט זוסמן מביא את ההבחנה מהמלומד Savigny וכאשר "מתן תוקף לדין זר ולתוצאה הנובעת ממנו, יהיו פוגמים ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים... בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראל, יהיה עלינו לפסלו".

“תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי”

“כל ארץ הרוצה לחיות בצוותא במשפחת־העמים חייבת לשם כך לוותר על ביצוען של מקצת מהלכות־הדין שלה כשאלמנט זר קם ומתערב בפעולה משפטית. דרך משל: אנו איננו גורסים כי ערבות צריכה להיפסל על שום שניתנה בדיבור פה, והדין הנוהג לגבי יהודים בישראל אינו מחייב הכרעת בית־משפט לשם הפקעת נישואין אלא מסירת גט וקבלתו דיין. בארצות אחרות – ההלכה היא שונה, אך שוני זה אינו פוגע בסדר הציבורי בישראל ואנו, כשם שאנו דורשים מאומות אחרות הכרה בדין הישראלי, אין אנו פוסלים עיסקה שעליה חל דין זר והוא שונה מהדין שלנו. במידה שהלכות ברירת הדין מפנות אותנו לדין זר, הדין הישראלי נסוג. אך ישנם מקרים – יוצאים מן הכלל – בהם מתן תוקף לדין זר ולתוצאה הנובעת ממנו, יהיו פוגמים ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים, ורק מקום שיעמוד דין זר בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראל, יהיה עלינו לפסלו... והעובדה שהדין הדתי היהודי פוסל נישואי תערובת אינה מחייבת בהכרח את המסקנה שבבואנו לדון בענין פלוני על־פי חוק זר, נפסול תוקפם של נישואין על שום שהם נישואי־תערובת. הנישואין ייפסלו, אם פסלותם מתבקשת מטעמים של הסדר הציבורי החיצוני (הבין־לאומי), כמו שנתבאר לעיל, היינו, אם שופט ישראלי, בתיתו ביטוי לרגשי ציבור ישראל, חייב יהא לומר, תוקפם של נישואין כאלה אינו מתיישב עם אורח החיים שלנו, יהא מקום עריכת הטכס אשר יהא. במקרה של ספק – תוקף הפעולה נהנה ממנו”¹⁴.

השופט זוסמן מסכם את פסק הדין בקובעו:

“סיכומו של דבר: (1) לצורך רישום מעמדה המשפחתי של המבקשת במרשם־ התושבים קובע טכס הנישואין שנעשה, ובדיקת תוקפם של הנישואים אינה מענינו של פקיד הרישום. (2) ראיה לכאורה להוכחת הטכס דייה כדי לחייב את פקיד הרישום לרשום טכס נישואין שנעשה. (3) נוסף על כך, אין לקבוע בבטחון כי בבוא שאלת תוקפם של הנישואין בפני בית־המשפט או בית־דין – ייפסל תוקפם של נישואי תערובת”¹⁵.

השופטים בדנזון, ויתקין ומני הצטרפו לדעתו של השופט זוסמן בנוגע לסמכות פקיד הרישום ולחובתו לרשום את בני הזוג כנשואים, מבלי לקבוע דבר בנוגע לתוקף הנישואין עצמם.

1.ג. הסיפור המשפטי של סמכות פקיד משרד הפנים
בהמשך לפסק הדין בעניין פונק שלדינגר שונה החוק בנוגע למרשם האוכלוסין¹⁶, על

14 שם, שם.

15 שם, בע' 258.

16 בזמן הדיון בעניין פונק שלדינגר הייתה בתוקף פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949. חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965 חוקק ביום 1.8.1965 (להלן: חוק מרשם האוכלוסין).

מנת שלא נגיע למצב שבו ההישענות על הרישום תקבע את תוקף הנישואין. על מנת לתת תוקף מעשי להלכת פונק שלזינגר – פקיד הרישום אינו בורק תוקף נישואין בעת הרישום¹⁷, אלא הוא מסתפק ב"ראיה לכאורה" להוכחת הטקס, קרי תעודה רשמית המעידה על כך¹⁸, כאשר אין רישום זה קובע דבר לגבי תוקף הנישואין¹⁹.

חוק מרשם האוכלוסין שנחקק בשנת 1965 תוקן מספר פעמים, אך בעיקרו של דבר נשאר על כנו. הסעיפים הרלוונטיים לגו הם הסעיפים הבאים:

2. (א) במרשם האוכלוסין יירשמו הפרטים הבאים הנוגעים לתושב וכל שינוי בהם:

(1) שם המשפחה, השם הפרטי והשמות הקודמים; (2) שמות ההורים; (3) תאריך הלידה ומקומה; (4) המין; (5) הלאום; (6) הדת; (7) המצב האישי: (רווק, נשוי, גרוש או אלמן); (8) שם בן-הזוג; (9) שמות הילדים, תאריכי לידתם ומינם; (10) אזרחות או אזרחויות, של עכשיו ושקדמו; (11) המען; (12) תאריך הכניסה לישראל; (13) התאריך שבו נהיה לתושב כאמור בסעיף 1(א). (ב) תושב שנרשם לראשונה ייקבע לרישומו מספר זהות²⁰.

3. הרישום במרשם, כל העתק או תמצית ממנו וכן כל תעודה שניתנה לפי חוק זה יהיו ראיה לכאורה לנכונות פרטי הרישום המפורטים בפסקאות (1) עד (4) ו-(9) עד (13) לסעיף 2.

5. כל תושב חייב למסור לפקיד רישום תוך שלושים יום מיום כניסתו לישראל לראשונה, ואם היה לתושב לאחר כניסתו לישראל – מיום שהיה לתושב, הודעה על פרטי הרישום שלו לפי סעיף 2 ואם נכנס או היה לתושב כשבחסותו קטין או בגיר שאינו מסוגל למלא חובתו לפי סעיף זה, ימסור גם הודעה על פרטי הרישום שלהם.

13. תושב שאימץ ילד בחוץ-לארץ חייב למסור לפקיד רישום תוך שלושים יום הודעה על פרטי הרישום של הילד ולהמציא לפקיד הרישום את האסמכתה לאימוץ; והוא הדין אם בוטל אימוץ של ילד בחוץ-לארץ.

19. (א) פרט רישום של תושב הנרשם לראשונה יירשם על פי תעודה ציבורית שהוצגה לפקיד הרישום, ובאין תעודה כזאת – על פי הודעה שנמסרה לפי הסעיפים 5 עד 14.

(ב) נתבקש פקיד הרישום לרשום פרט רישום על פי הודעה בלבד, ואחרי שהפעיל סמכויותיו לפי סעיף 19 היה לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה

17 עניין פונק שלזינגר, לעיל הערה 3, בע' 258, סעיף 1 לסיכום פסק דינו של השופט זוסמן.

18 שם, סעיף 2 לסיכום פסק דינו של השופט זוסמן.

19 שם, סעיף 3 לסיכום פסק דינו של השופט זוסמן, המאפשר את שתי האלטרנטיבות: מתן תוקף לנישואין או אימתן תוקף להם.

"תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי"

נכונה יסרב לרשום על פיה; אולם לגבי המצב האישי לא יסרב כאמור אלא אם עמדה ההודעה בסתירה לרשום אחר שבמרשם או לתעודה ציבורית המעידה על הפרט הנדון".

20. אומץ ילד, יירשמו במרשם ובכל תעודה לפי חוק זה מאמציו כהוריו והמאומץ כילדם של מאמציו, ובשם שנקבע לו בצו האימוץ".

כפי שניתן לראות בחוק, במקרים בהם נולד ילד לאם חד-הורית בחו"ל, שהיא אזרחית תושבת ישראל כעת, חובה עליה למסור הודעה על פרטי הרישום שלה ושל ילדה הקטין לפקיד הרישום²⁰. מדובר, לגבי הילד, ברישום ראשון שיתבצע בעזרת תעודה ציבורית או הודעה של התושב שתימסר לפקיד הרישום²¹. במקרה שהילד אומץ בחו"ל הרי שהמאמץ חייב לרשום את הילד המאומץ כילדו והוא יירשם כהורה של הילד²², ואם מדובר על אימוץ בחו"ל הרי על המאמץ למסור הודעה על פרטי הרישום של הילד בתוספת האסמכתא לאימוץ מחו"ל²³.

עם זאת, בפסקי דין מאוחרים יותר אנו מוצאים דגש על ההבדל בין רישום של נתון אשר יש בו ספק למול כזה שאין לגביו ספק. בפסק הדין בעניין גולדשטיין²⁴ אנו מוצאים הכרעה של בית המשפט העליון המחייבת רישום נישואין של זוג כאשר הבעל יהודי והאישה לא יהודייה, והזוג נישא בשגרירות ברזיל בישראל²⁵. כיוון שקיים ספק לגבי תוקף נישואין אלו, על פקיד הרישום לרשום לאור התעודה הציבורית שהונחה לפניו. שם מובאות ההנחיות שניתנו על ידי שר הפנים בעניין זה ביום 10.3.1958: "כל תעודה שניתנה על ידי קונסול זר בישראל לגבי אדם בעל אזרחות של אותה המדינה שהקונסול מייצגה והנוגע למעמדו האישי (כגון נישואין, לידה וכו'), אך לא גירושין) יש לקבלה כבסיס לרישום אותו פריט אליו מתייחסת התעודה"²⁶. אך לפקיד הרישום סמכות גם לא לרשום. מתיז כאשר "איי-נכונות הרישום" בדורה לעין, למשל "אם מתברר כי בני הזוג אינם כלל אזרחי מדינתו של הקונסול, אין פקיד הרישום צריך לרשום את נישואיהם, שכן היעדר סמכותו של הקונסול ליתן תעודה במצב דברים זה אינה מוטלת כלל בספק"²⁷.

20 סעיף 5 לחוק מרשם האוכלוסין.

21 סעיף 19ב לחוק מרשם האוכלוסין.

22 סעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין.

23 סעיף 13 לחוק מרשם האוכלוסין.

24 בג"צ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד (5) 89 (להלן: עניין גולדשטיין).

25 אין בכונתי להרחיב כאן בסוגיה של נישואין קונסולריים, נישואין בפני קונסול מדינה זרה בשטח נציגות המדינה הזרה בישראל, אך יש להעיר שכמו שקורה בדרך כלל, גם במקרה זה של בני הזוג גולדשטיין הוצאה לשניים תעודת רישום נישואין של השגרירות, ולטענת בני הזוג, אף תעודה כזו מלשכת האוכלוסין בברזיליה, ברזיל.

26 עניין גולדשטיין, לעיל הערה 24, בע' 94.

27 שם, שם; כן ראו את בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד (2) 723, דברי השופט אלון בע' 737: "סמכויות פקיד הרישום נובעות בעיקר מהאמור בסעיפים 3א(א), 19 ו-19ב(ב) לחוק מרשם האוכלוסין. פקיד הרישום חייב לרשום את הפרטים הנמסרים לו בהודעה, אלא אם יש לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה".

לגבי ענייני המצב האישי, שיקול דעת הפקיד מוגבל עוד יותר מאשר במקרים הרגילים: בעוד הסיפא לסעיף 19(ב) לעיל קובע כי ברישום על פי הודעה בעניינים רגילים רשאי הפקיד לסרב אם "היה לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה", הרי שבנייני המעמד האישי "לא יסרב כאמור אלא אם עמדה ההודעה בסתירה לרישום אחר שבמרשם או לתעודה ציבורית המעידה על הפרט הנדון". הוא שאמרנו, במקרה של רישום העוסק בענייני המעמד האישי, ובכלל זה בנישואין, שיקול דעת הפקיד מוגבל יותר משיקול דעתו במקרים הרגילים, ואין די בכך שיש לו יסוד סביר להניח, אלא חייב הוא לבסס את סירובו לרישום על סתירה של ממש לרישום קיים או לתעודה ציבורית אחרת. כאשר יש תעודה ציבורית התומכת ברישום (למשל עריכת נישואין אזרחיים בחו"ל) הרי שמקל וחומר שאסור לפקיד לסרב לרישום. אולם לגבי אבהות ואמהות, לא ברור האם חל סייג זה המגביל את שיקול דעת הפקיד. שהרי, למצער, לגבי יהודים נפסקה הלכה כי ענייני אבהות אינם מענייני המעמד האישי²⁸.

כאן גם המקום להזכיר את המבחן המכריע לעניין סמכותו של פקיד משרד הפנים לפי חוק מרשם האוכלוסין, הוא מבחן "התעודה נחזית ככשרה": האם התעודה המוצגת היא, לכאורה, "גראית" כשרה²⁹. סלע המחלוקת היה האם פסק דין של מדינה זרה, הקובע כי שתי נשים הן הורים לילד, היא תעודה הנחזית ככשרה. אין מחלוקת כי פסק דין שניתן בקליפורניה הוא בבחינת תעודה, ואין ספק כי פסק הדין לא היה מזויף. השאלה היא לגבי הקשר שבין תוכן התעודה (ובמקרה זה שתי נשים כהורות משותפות) לבין אמיתותה. כיוון שידוע שנישואין של בני אותו מין מוכרים בקליפורניה, הטענה של זיוף התעודה נשמטת. טענה אחרת עשויה להיות ניגוד של הרישום לתקנת הציבור הישראלית, נושא שיטופל בהרחבה בהמשך³⁰. נקודה נוספת החייבת הבהרה כאן היא בסוגיה של רישום "ראשוני" ושל "שינוי רישום". ראינו בחוק מרשם האוכלוסין כי קיים הבדל בין רישום ראשון, המוסדר בסעיף 19 לחוק, לבין המצב של שינוי רישום, המוסדר בסעיף 19ג לחוק. לענייננו, מדובר בעיקר על הילד³¹, אשר עברו זהו רישום ראשון. בפסק הדין בעניין פסרו (גולדשטיין) ובפסק הדין בעניין מילר אובחנו ההבדלים, ועיקרם הוא שכאשר מדברים על "רישום ראשון" מדובר על רישום "חלק יותר", רישום שפקיד הרישום צריך סיבות טובות למנוע אותו³².

28 ראו ע"א 283/72 בוארון נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד כו(2) 727.
29 סעיפים 29 ו-34 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971; ע"פ 135/50 הי"מ נ' פרידמן, פ"ד ה 567; ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מ"י, פ"ד מז(4) 221, 292 ("תעודת טרוניק").
30 פסקי דין נוספים שניתן להזכירם בהקשר זה הם בג"צ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 436 (להלן: עניין מילר); בג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (להלן: עניין פסרו (גולדשטיין)). השניים עוסקים בתוקפו של גיור רפורמי בארץ, בהתאמה, ומבחינים בין המישור של סמכויות בתי הדין הדתיים לבין המישור של רישום במרשם האוכלוסין על פי תעודה הנחזית ככשרה.
31 הכוונה היא לילדן של בנות הזוג ברנר-קדיש.
32 עניין פסרו (גולדשטיין), לעיל הערה 30, בע' 676-677: "להבחנה בין רישום ראשון לבין שינוי הרישום חשיבות לעניין סמכותו של פקיד הרישום לדרוש הוכחות בדבר אמיתות ההודעה. על-פי סעיף 19ב, יירשם רישום ראשון על-פי תעודה ציבורית שהוצגה לפקיד הרישום, ובאין תעודה כזאת, על-פי תודעה בלבד של התושב, שנמסרה על-פי סעיפים 5 עד 14. בסמכות פקיד הרישום לדרוש ממי שמסר הודעה כאמור למסור לו כל ידיעה או מסמך שברשותו הנוגעים לפרט הרישום שאליו מתייחסת ההודעה (וולת

“תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי”

כאן המקום להדגיש כי אף שבתוק מרשם האוכלוסין מופיע סעיף 3 אשר במפורש קובע כי חלק מהסעיפים במרשם האוכלוסין אינם מעידים על נכונות הפרטים בהם, הרי תעודת זהות, אשר פרטיה לקוחים ממרשם האוכלוסין, היא חובה בישראל, לעניין הוצאתה, נשיאתה והצגתה³³. כך, אורת ישראלי חייב להוציא תעודת זהות ואף להציגה במקרים מסוימים, אף שחלק מפרטיה, לדוגמא השאלה אם הוא נשוי, אינם חייבים להיות נכונים. לסיכום נקודה זו, פקיד הרישום חייב לרשום את אשר מציג לו האזרח. לעתים הוא יכול לדרוש הצגת תעודה ציבורית כלשהי על מנת לאמת את נכונות אותו נתון, ברם גם אם יש לו ספק לגבי נכונות אותו נתון, אין זה בסמכותו להכריע. במקרים כאלו עליו להפנות את האזרח לערכאה המתאימה לאישור אותו נתון, לפני רישומו. עם זאת, ישנם מקרים שנדונו בפסיקה הישראלית אשר בהם ספק בנכונות הנתון לרישום דווקא מחזק את דרישת האזרח המעוניין ברישום, למשל, במקרה בו מדובר על רישום נישואין אשר לא מוכרים בישראל. ישנו ספק בתוקפם של אותם נישואין בישראל, ובמקרים כאלו הרישום יתבצע אך נכונותו תישאר סתומה: לא מעט פרטים הרשומים במרשם האוכלוסין אינם חייבים להיות נכונים. אי-נכונות פוטנציאלית זו מעוגנת בחוק מרשם האוכלוסין בסעיף 3, אשר קובע פרטי רישום מסוימים שמהווים “ראיה לכאורה לנכונות פרטי הרישום”³⁴. בין הפרטים אשר הסעיף מציין שרישומם מהווה ראיה לנכונותם, מצויים פרטי תאריך הלידה ומקומה³⁵, מין³⁶, שמות³⁷ ועוד. למעשה אנו מדברים על מצב בו קיימת מעין התחייבות של המדינה, לפיה קיימת הנחה שנתונים המופיעים במרשם האוכלוסין הם נכונים.

2. “המשפט”

2.א. הדיון המשפטי שהיה

הרכב השופטים בעניין ברנרדיקיש כלל את השופטים דורנר, ביניש וזועבי. פסק הדין נפסק על פי דעת רוב שמנה את השופטות דורנר וביניש כאשר השופט זועבי נותר בדעת מיעוט.

אם היה בדיעה או במסמך כדי להפיל (וכן ליתן הצהרה בכתב או בעליפה על אמיתות ידיעה או מסמך שמסר, וזאת על-פי סעיף 19. סעיף 19(ב) קובע שלאחר שפקיד הרישום הפעיל את סמכויותיו על-פי סעיף 19, רשאי הוא לסרב לרשום את הפרטי על-פי הודעה בלבד אם היה לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה. בפרשת מילר... הוסבר שעל-פי סעיף זה נכון גם היפוכו של דבר, דהיינו, אם אין לפקיד הרישוי יסוד סביר להניח, שההודעה אינה נכונה, אסור לו לסרב לרשום על-פי ההודעה.”

33 ראו חוק החזקת תעודת זהות והצגתה, תשמ”ג-1982 (להלן: חוק החזקת תעודת זהות והצגתה).

34 סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין קובע שבנוגע ל”לאום”, ל”דת”, ל”מצב אישי” ול”שם בן הזוג”, אין המרשם מהווה ראיה לכאורה לנכונותם.

35 סעיפים 2(א)3 ו-3 לחוק מרשם האוכלוסין.

36 סעיפים 2(א)4 ו-3 לחוק מרשם האוכלוסין.

37 על פי סעיף 2(א)1, בנוגע לשם המשפחה, לשם הפרטי ולשמות קודמים, על פי סעיף 2(א)2, בנוגע לשמות התורים, על פי סעיף 2(א)9, בנוגע לשמות הילדים, ועל פי סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין. לעניין זה ראו את בג”צ 693/91 אפרת נ’ הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ”ד מז(1) 749 (להלן: עניין אפרת), דברי השופט ברק בע’ 768: “עם חקיקתו של חוק מרשם האוכלוסין... חוק זה – שהוחק תשע שנים לאחר חוק השמות – קובע, כי הרישום במרשם מהווה ראיה לכאורה לנכונות הרישומים באשר לשמות.”

השופטת דורנר, הכותבת את דעת הרוב (מצטרפת לדעתה בקצרה השופטת ביניש), לא פוסקת דבר בשאלת תוקפו של צו האימוץ, ולא בוחנת כלל את השאלה אם צו אימוץ של בנות זוג לסביות אשר ניתן במדינה זרה תקף בישראל. זאת אף שניתן היה לשאול את השאלה אם צו אימוץ כזה אינו מנוגד לתקנת הציבור הישראלית ומכאן בטל. השופטת דורנר בוחרת להצטמצם לאנלוגיה מפסק הדין בעניין פונק שליוגור, קרי להישאר בדיון באשר לסמכות פקיד הרישום לרשום נתונים שהוצגו לפניו. לשיטתה, פקיד הרישום חייב לרשום את מה שהאזרח אומר לו לרשום, "אלא אם מדובר ב... אי-נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק"³⁸. פה הכול 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 במקרה של "אימוץ פתוח"³⁹, במסגרתו נשאר קשר עם האם הביולוגית⁴⁰. אף שאין השופטת דורנר פוסקת בעניין שאלת תוקפו של צו האימוץ האמור, מובאת על ידה ראשית דיון בשאלה זו. בדיון זה השאלה היא אם נכיר בצו אימוץ שניתן בבית משפט במדינה זרה, במקרה זה בית משפט במדינת קליפורניה, ארצות-הברית. זו שאלה בנוגע למעמד האישי של אדם, וכללי המשפט הבינלאומי מחייבים כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחיד בכל המדינות. בעיקר בשלב זה של הצטמצמות הפערים בין המדינות השונות בעולם והפיכתנו לכפר גלובלי, עלינו לשאוף להכרה הדדית בין פסיקות אשר ניתנות במדינות שונות. מובן שלכך ישנם חריגים. אותם חריגים הם כאשר הסטטוס הזר שנקבע בבית משפט במדינה זרה פוגע בתקנת הציבור של המדינה בה מתבקש הרישום. במקרים הללו לא נקבל את שינוי הסטטוס, והרישום המתבקש לא יוכר ולא יתבצע. השופטת דורנר מצטטת את השופט קרדוזו בפסק דין של בית המשפט לערעורים במדינת ניו-יורק⁴¹, על מנת לתמוך בטענה שלתקנת הציבור – אותה שמירה על הסדר הפנימי של המדינה העלול להיפגע – יש לתת פירוש מצמצם.

38 עניין ברנר-קריש, לעיל הערה 1, בע' 374: "בעניין זה, במסגרת פסיקה עקיבה וממושכת שתחילתה בבג"ץ פונק שליוגור... נקבע, שפקיד רישום אינו מוסמך לקבוע מהו תוקפו של הרישום שאותו הוא נדרש לרשום, אלא חייב הוא לרשום את אשר האזרח אומר לו, אלא אם מדובר ב'... אי-נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק'".

39 ראו למשל ע"א 2169/98 פלוני נ' הי"ם, פ"ד נג(1) 241, 262: "בצד האימוץ ה'מלא' או ה'סגור' קיים גם אימוץ 'פתוח'. המאפיין סוג אימוץ זה הוא שבגדריו נשמר קשר – מעבר לדיני האיסור וההיתר ודיני הירושה – בין ההורים הביולוגיים לבין ילדם המאומץ והמאמצים... מכאן שהדיבור 'אימוץ פתוח' הוא דיבור 'עמום'. הוא עשוי להשתרע על מצבים שונים זה מזה, שמתגלים בהם בקיעים בחומת האימוץ, המפרידה בין ההורים הביולוגיים לבין ילדם והמאמצים. כך, למשל, אימוץ 'פתוח' יכול לבוא לביטוי בהעברת מידע על אודות הילד המאומץ ותנאי חייו מהמאמצים להורים הביולוגיים. העברת מידע זה יכולה להיעשות באמצעות גורם מתווך, ובלא שמתקיים בין הצדדים קשר ישיר. אימוץ פתוח יכול להתקיים במפגש חדי-פעמי בין הצדדים, או במפגשים תכופים. אימוץ פתוח יכול להתקיים מתוך שמירת קשר רציף בין הצדדים, בדרגות אינטנסיביות שונות".

40 סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ).

41 Locks v. Standard Oil co., 120 n.e. 198 (1918).

"They [the courts] do not close their doors, unless help would violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal".

צוטט בעניין ברנר-קריש, לעיל הערה 1, בע' 373.

"תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי"

השופטת ביניש מצטרפת לדעתה של השופטת דורנר בפסק הדין הזה. גם כאן קיימת הישענות על עניין פונק שלזינגר, ואין מדובר כלל על תוקף צו האימוץ. ההסכמה של השופטת ביניש היא לעניין פסיקת בית המשפט בסוגיית הרישום, ומכאן לדעת רוב שופטי ההרכב על פקיד הרישום לרשום את נתוני האימוץ כפי שהם מופיעים בצו האימוץ וברישומי מדינת קליפורניה.

השופט זועבי מוצא עצמו כדעת מיעוט וגורס שאין להקיש מעניין פונק שלזינגר, אותו הוא מאבחן כשונה מהותית מהמקרה כאן. לטענתו, ההישענות על עניין פונק שלזינגר נכונה רק כאשר מדברים על רישום פרטים במרשם האוכלוסין אשר אינם מופיעים מפורשות בסעיף 3 לחוק. בזמנו⁴², מדובר היה על מרשם האוכלוסין לאור פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949, אשר לא נתנה לרישום אפילו כוח של ראייה לכאורה, והיא יצרה רק מנגנון לאיסוף חומר סטטיסטי. כיום חל חוק מרשם האוכלוסין הקובע, כפי שראינו זה עתה, 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, אף שחוק מרשם האוכלוסין כבר היה בתוקף, חייבת להיות הבחנה בין פרטי רישום שונים: לאור סעיף 3 לחוק הרי שפרטי הרישום בנוגע ל"לאום", ל"דת", ל"מצב האיש" ול"שם בן הזוג" מובהנים משאר הפרטים. רישומם אינו מהווה ראיה לנכונותם, וזאת בשונה מכל שאר פרטי הרישום אשר רישומם לאור חוק זה מעיד על נכונותם – ובתוכם גם פרטי הרישום בנוגע ל"שמות ההורים". מכאן שלדעת השופט זועבי, על הפקיד מוטלת החובה להעביר את השאלה בדבר תוקפו של פסק הדין הזה, אותו פסק דין קליפורני בעניין אימוץ הקטין, לערכאה מתאימה לבירור⁴³.

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 בהכרעה שיפוטית לאחר דיון בנושא. בית משפט זה דן והחליט בנוגע לעתיד הילד, וזאת לאור ערכי תרבות ומשפט המאפיינים את החברה בארצות הברית. אסור לפקיד הרישום להכריע בשאלה אם צו אימוץ זה תקף, ועליו להימנע מרישום עד אשר יובהר תוקפו של צו אימוץ זה בערכאה שיפוטית במדינת ישראל⁴⁴.

להבהיר, הדגש כאן הוא על עקרונות יסוד של צדק ועל תפיסות מקובלות בסיסיות של עקרונות מוסר, אשר רק הפרה שלהם תגרום לפגיעה בתקנת הציבור.

לעניין זה ראו את דברי השופט בך בעניין אפרת, לעיל הערה 37, בע' 768: "עם חקיקתו של חוק מרשם האוכלוסין... חוק זה – שהוחק תשע שנים לאחר חוק השמות – קובע, כי הרישום במרשם מהווה ראיה לכאורה לנכונות הרישומים באשר לשמות".

42 הכוונה היא לשנות השישים המוקדמות, זמן הדיון בעניין פונק שלזינגר, לעיל הערה 3.

43 במקרה זה, על פי סעיף 3(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית המשפט לענייני משפחה), סמכותו של בית משפט לענייני משפחה לדון בשאלת האכיפה של פסק דין חוזר בענייני משפחה.

44 עניין ברנרדיקו, לעיל הערה 1, בע' 383: "פסק-דין שניתן במדינה זרה וקובע מעמד אישי של אדם כגרוש/מאומץ, אין לו תוקף בישראל מכוחו הוא, ועל-מנת שיהיה לו תוקף כלשהו הוא טעון הכרה".

2. הדיון המשפטי שהיה אמור להיות

כפי שראינו, השופטת דורנר אינה פוסקת בעניין שאלת תוקפו של צו האימוץ האמור, ופותרת את הבעיה על פי הלכת פונק שלזינגר, 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 הזהות האישית של כל אחד ואחת מאתנו, הם חסרי תוכן וממשות. פרטי המרשם בנוגע ללאום, לדת, למצב אישי ולשם בן הזוג אינם ראייה לנכונותם לאור סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין. אף שיש לנו חובה להחזיק בתעודת זהות, ואף להציגה במקרים מסוימים⁴⁵, הנתונים בה אינם חייבים להיות נכונים. לאור פסק הדין בעניין ברנר-קדיש, יש חשש שגם "שמות ההורים" ו"שמות הילדים" לא יהיו "ראייה לנכונותם", בניגוד למופיע בסעיף 3 האמור⁴⁶.

הלכה למעשה, בעצם מניעת הרישום, "דוחף" פקיד הרישום לדיון בשאלה המורכבת של אכיפת פסק דין זר המאשר אימוץ על ידי זוג לסביות. "דחיפה" זו של פקיד הרישום מכוונת לעבר "הדיון המשפטי שהיה אמור להיות" בפסק הדין גופו, אותו דיון שננסה לערוך עתה. פעולת "הדחיפה" הינה חריגה, שכן בדרך כלל פקיד הרישום אינו מפנה את האזרח לבית המשפט, ותעודה של אימוץ שניתנה בחו"ל מאפשרת רישום במרשם האוכלוסין⁴⁷.

למרות כל זאת מציגה השופטת דורנר ראשית דיון בשאלה של תוקף צו האימוץ, מבלי לקבוע דבר. בדיון זה השאלה היא אם נכיר בצו אימוץ שניתן בבית משפט במדינה זרה, במקרה זה בית משפט במדינת קליפורניה, ארצות-הברית. הדיון האמור להיות הוא אם צו אימוץ זה שניתן בקליפורניה סותר תקנת ציבור ישראלית ועל כן אין לקבלו. השופטת דורנר מביאה בפסק הדין דוגמאות לכך שתקנת ציבור נסתרה אך בכל זאת הדבר לא גרם לאי-אכיפת מצב משפטי שהוכר במדינה זרה. הדוגמאות שמופיעות בפסק הדין הנן: (1) באנגליה הוכרו נישואין שנערכו שבניגריה בין בגיר לבין ילדה בת 13. באנגליה נישואין כאלו אסורים, מפאת גיל האישה, בעוד שבניגריה הם מותרים. בית המשפט באנגליה אישר את שינוי הסטטוס, זאת אומרת קיבל את עובדת הנישואין האסורים על פי דין, כך שאף שהדבר לא תואם את המצב המשפטי, תקנת הציבור האנגלית לא נפגעת בצורה שתמנע את אישור הנישואין הניגריים. הדבר התאפשר כיוון שבית המשפט גם חייב את הרחקת האישה מבעלה לאור עקרון "טובת הילד". בדוגמא זו אנו רואים את הקבלה של הרישום אבל ריקונו מתוכן לנוכח ההרחקה מפאת העיקרון האמור, שנבדק לאור התפיסה האנגלית ולאור זו

45 ראו חוק החזקת תעודת זהות והצגתה, לעיל הערה 33.

46 עניין ברנר-קדיש, לעיל הערה 1, בע' 383-384: "רישומי של צו אימוץ במרשם האוכלוסין, על-אף הספק הרב בנכונותו 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 פתח רחב לרישומם של צווי אימוץ מפקקים שברור שלעולם לא יקבלו הכרה כלשהי במדינת ישראל, ואשר לגביהם יסתפקו המבקשים ברישומם במרשם האוכלוסין".

47 מעניין להיזכר במקרה אחר שבו פקיד הרישום רשם מידית, מבלי לבדוק את העובדות בנוגע לצו אימוץ שהוצא במדינת אילינוי, ארצות-הברית, אף שדובר בו על עברה ממש, ע"א 2130/97 פלונית ג' פלוני, פ"ד נג(1) 145.

“תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי”

הניגית. (2) בארצות-הברית הוכר אימוץ במסגרת משפחה לסבית, גם במדינות בהן אין הכרה בנישואי בני זוג בני אותו המין. הדוגמא המובאת שם היא ממדינת צפון-קרוליינה, שלא מכירה בנישואין כאלו, אבל אישרה אימוץ כזה, שוב לאור עקרון טובת הילד⁴⁸. בפסק דין אחר⁴⁹ נדונה השאלה באיזה מצב נצדיק אי-אכיפת פסק חוץ מחייב, בשל היותו נוגד, כביכול, את תקנת הציבור. הפסיקה מדברת על כך שרק במקרה שבו מתנגש פסק החוץ בערכי יסוד של המדינה ושל החברה, במוסר ובצדק הבסיסי של המדינה או של החברה, נדחה את פסק החוץ ולא נאכוף 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 חברה⁵⁰. מדובר בעקרונות הבסיסי של החברה אשר נבנו ועוצבו במהלך יותר מחמישים שנה⁵¹. בכל מקרה, אי-אכיפת פסק חוץ חייבת להיעשות רק במקרים קיצוניים, ורק לעתים נדירות נדחה פסק חוץ לאור פגיעה בתקנת הציבור⁵². במקרה זה מדובר על אימוץ של ילד על ידי בת הזוג של האם הביולוגית שלו. האם מדובר כאן על פגיעה בתקנת ציבור ישראלית? האם אכיפת פסק הדין תפגע בתקנת ציבור ישראלית במידה גדולה יותר מאשר ייפגעו הצדדים, ההורים והילד, במצב של אי-אכיפת פסק הדין הור⁵³?

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, אף שזו לא השאלה בפסק דין זה, ולפיכך גם לא היה אמור בית המשפט לדרון כלל במעמד בנות הזוג ביחסים ביניהן

48 עניין **ברנר-קורש**, לעיל הערה 1, בע' 373-374. ישנן עוד דוגמאות שהשופט דורנר מביאה בפסק הדין, דוגמת צווי אימוץ זרים שונים המוכרים, ולכל הפחות המקבלים מעמד מיוחד, בשל השפעתם על טובת הילד, ושוב – טובת הילד כמושג מערבי אנגלי. לענייננו הסתפקתי במובאה מפורשת של שתי דוגמאות.

49 ע"א 1137/93 **אשכר נ' היימס**, פ"ד מח(3) 641.

50 ע' שפירא “הכרת ואכיפה של פסקי-חוץ” **עיוני משפט** ד (תשל"ה-תשל"ו) 530-531: “אינטרסים חיוניים (פוליטיים, חברתיים, כלכליים), ערכים חברתיים בסיסיים, עקרונות מוסר מושרשים ומושכלות ראשונים של צדק והגינות. כאשר עומד פסק-חוץ בסתירה חזיתית לאינטרס חיוני או לערך מרכזי כזה (כגון, כשיש בפסק כדי לפגוע בשלומם, ברווחתו או במוסרו של הציבור המקומי), חוקה על בית-משפט ישראלי שלא יתן את ידו למימוש של פסק כזה כאן. כשעל כף אחת של המאזניים מונחים השיקולים הכלליים התומכים במתן נפקות לפסקים זרים ואילו על הכף האחרת מוטלת תקנת הציבור המקומית – יכריע הפורום לטובת האחרונה”.

51 ראו דברי השופט בייסקי בע"א 245/85 **אנגלמן נ' קליין**, פ"ד מג(1) 772, 791: “הדבר מתחייב בעיקר מחמת העדר הגדרה ברורה למושג ‘תקנת ציבור’ והיותו נתון לתפישות שונות ולתמורות בהתחשב בזמן, במקום ובהשקפות משפטיות... לעניין שלנו די לנו, כאשר סומכים אנו על העיקרון של תקנת הציבור, שקנה שביחה בשיטת המשפט שלנו והוא חלק ממנה, בין אם בהקשר לסוגיה מסוימת הוא כתוב על ספר החוקים ובין אם לאו”.

52 ראו לעניין זה את מאמרו של שפירא, לעיל הערה 50, וכן את חלקו השני: ע' שפירא “הכרה ואכיפה של פסקי-חוץ” **עיוני משפט** ה (1976) 38.

53 בשאלה החשובה “האם ניתן לדבר על אימוץ בישראל על ידי בני זוג בני אותו מין?” נעסוק בפסקה 3, מיד.

(זוגיות הומוסקסואלית למול זוגיות הטרוסקסואלית). עם זאת, הדין הדתי אינו קובע את מסגרת תקנת הציבור למרות השפעתו עליה⁵⁴. תקנת הציבור של המשפט הישראלי היא מושג מורכב מאוד, וקשה להגדירה במדויק. אנו מדברים על גיבוש זהות ישראלית, והמושג של תקנת ציבור ישראלית בנושא פלוגי גיוון ממקורות רבים. הגדר 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 ניוונה מכלל ערכיה, עקרונותיה ומדיניותה של שיטת המשפט בישראל. היא מתגבשת מתוך נקודת מבטו של הציבור הנאור, אשר מתחשב במורכבות ובפלורליזם של החברה הישראלית... עליכן, אפילו יחס משפטי מסוים נחשב כאסור או כחטא על-פי הדין הדתי, אין בכך בלבד להפוך יחס זה כנוגד את תקנת הציבור בישראל"⁵⁵.

יתרה מכך, בפסק דין אחר⁵⁶ 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 שיש בכך בתקנת הציבור הישראלית⁵⁷.

תקנת הציבור היא מושג מתפתח, ובדיני המשפחה אנו רואים שינויים המעידים על שינוי בתפיסת החברה, ומכאן בתפיסת "תקנת הציבור" הרלוונטית. המשפט הישראלי שינה את

54 המתח בין תפיסת המושג "תקנת הציבור" בדין הדתי לבין תפישתו בדין "החילוני" (ובמשפט הישראלי באופן כולל) מורכב מאוד ואין זה המקום להרחיב בסוגיה זו. נושא זה הוזן לא מעט כתבים, כשהחשובים בהם, מעבר לאלו שצינו כאן עד כה, הם: "אנגלרד" מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי – החלת הדין הדתי" משפטים ד (1972) 31; אנגלרד, לעיל הערה 11.

55 עניין אפרת, לעיל הערה 37, בע' 780-781 וראו גם דברי השופט ברק (כתוארו דאז) בע' 778-779: "תקנת הציבור" משמעותה הערכים, האינסטרס והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח... 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 למסגרות הקיימות... 'תקנת הציבור' הינה החומה, אשר באמצעותה שיטת משפט נתונה, בזמן נתון, שומרת על 'ציפור נפשה' מפני הסדרים (נורמטיביים ופיסיים) המבקשים לפגוע בה". על מנת לקבוע את תקנת הציבור על השופט "להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב".

56 דנ"א 1558/94 נפ"ס נ' נפ"ס, פ"ד (3) 573.

57 שם דובר על מצב של החלת הלכת השיתוף במקרה של בני זוג מתגרשים אשר עלו ארצה ממדינה זרה, אך אין המקום כאן להרחיב בסוגיה זו. יש רק להדגיש כי כאשר מדובר על עקרון השוויון בין גברים לבין נשים מובן שניתן להרחיב את ההתייחסות ולדבר על העיקרון בין כל האזרחים, ללא הבחנת גזע, מין או נטייה מינית. ראו לעניין אי-ההתייחסות של הדין הדתי לעקרון השוויון בנושא זה של הלכת השיתוף את בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד (2) 221.

“תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי”

התייחסותו עם השנים לגבי סוגיית הידועים בציבור, לדוגמא, כאשר עוד ועוד זכויות נוספות למעמד הידועים בציבור, אם בחוק מפורש⁵⁸ ואם על דרך הפסיקה⁵⁹, דוגמת האמירה כי ידועים בציבור מקבלים מעין מעמד של “נישואין אזרחיים” ללא רישום⁶⁰. עלינו לתפוס את תקנת הציבור כמושג המשקף את תפיסת העולם החברתית של החברה הישראלית⁶¹, 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 המאמצים להוריהם הביולוגיים. כך מכיר חוק אימוץ ילדים, תשמ”א-1981, בסעיף 16, באימוץ פתוח, שבגדרו נשמר הקשר בין ילדים מאומצים למשפחתם הביולוגית. קשר זה מוצא את ביטויו במרשם האוכלוסין, וכפי שהובהר לי, הן ההורים הביולוגיים והן ההורים המאמצים רשומים בו”⁶². יתרה מכך, גם אם נטען כי מצב של אימוץ פתוח שונה מהותית מהמצב כאן, קרי שתי האימהות מתפקדות בו זמנית כאימהות 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 (אף 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 הורות⁶³. כך, גם אימוץ כזה של שתי נשים החיות כזוג יכול להיחשב כחריג מהמודל “הרגיל” אבל עדיין כאפשרות חוקית לאימוץ.

האם אכיפת פסק הדין תפגע בתקנת הציבור יותר מאשר אי-אכיפתו? הדבר החשוב ביותר לבדיקה בשלב השני הוא אם אכן אין אנו פוגעים יותר בתקנת ציבור אחרת או שמא פוגעים

58 לדוגמא בלבד ראו: סעיף 16 לחוק השמות, תשס”ז-1956 (להלן: חוק השמות); סעיף 21 לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], תשמ”ה-1985 (להלן: חוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל); סעיף 4(א)(1) לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], תש”ל-1970.

59 לדוגמא מהשנה האחרונה, פסק הדין בנוגע לזכויות “התלויה” בדיני נזיקין, מקרה שבו פסק בית המשפט העליון כי יש לכלול את “הידועה בציבור” בתוך מסגרת המונח “בן זוג” בפקודת הנזיקין, ראו ע”א 2000/97 ליגדורן נ’ קרנית – קרן לשיצוי נפגעי תאונות דרכים (טרם פורסם), תקדין עליון 499(4) 84 (להלן: עניין ליגדורן).

60 להבהיר, אין המשפט הישראלי רואה את הידועים בציבור כ”נישואים” או כ”נישואים אזרחיים”. התייחסותי הנה אך ורק לגבי התפיסה החברתית-חילונית, כפי שהשתנתה במהלך השנים, וראו לעניין זה בהמשך.

61 ראו את דברי השופט שמגר (כתוארו דאז), בע”א 614/76 פלמונית נ’ אלמוני, פ”ד (א)3, 85, 94: “הסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה”.

62 עניין ברנר-קדיש, לעיל הערה 1, בע’ 375.

63 נושא זה יפותח מעט יותר בפרק הבא, ברם כבר כעת אציין שתי דוגמאות והן: הורות “לא רגילה” שהיא אימוץ של בוגר ואימוץ על ידי רווק.

אנו בזכותו של אדם פלוני, כאן האם המאמצת וכן הילד של בנות הזוג, במקרה של אי-אכיפת פסק הדין הור⁶⁴. 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 יילקח ממנה ברגע אי-האכיפה של פסק הדין. נדמה כי פגיעה זו בזכותו של אדם שמעמדו 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, אם כי ניתן לומר שמדובר בצעד גדול לכיוון של הכרה חלקית בזוגיות כזו. יש לזכור שאחת הטענות התומכות בשמירה על המעמד האישי של זוג יהודים שנישא בחו"ל בנישואין אזרחיים, ההכרה במעמד דאז של בני הזוג כנשואים במרשם האוכלוסין, דומה למצב כאן. גם כאן אנו מאשרים מצב שאושר כבר בערכאה שיפוטית זרה⁶⁵. עם זאת, זו הדרך שבאמצעותה המשפט הישראלי הצליח להימנע מלדון בסוגיית הנישואין האזרחיים בחו"ל כל השנים, ולמעשה חווה הוא על אותו "תרגיל" גם כעת, בהימנעותו מלהתייחס להורות החד-מינית, אלא לאישור הרישום בלבד, מבלי להיכנס לשאלה אם הדבר תקף⁶⁶.

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 בפסק 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

64 ראו לעניין זה את דבריו היפים של המשנה לנשיא אלוך, בע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(2) 533, 563: "משבאים אנו למנוע מתובע מלבוא על זכותו... משום שזכות זו נגועה היא... ולכן אכיפת הזכות נוגדת את תקנת הציבור, שומה עלינו, לדעתי, לחשב היטב חשבוננו 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".

65 השאלה הופכת מורכבת יותר עת אנו מדברים על האבחנה בין מצבם של יהודים שבזמן נישואיהם בחו"ל לא היו אזרחי מדינת ישראל לבין מצבם של יהודים שבזמן נישואיהם בחו"ל כן היו אזרחי המדינה. איני רוצה להיכנס לעובי הקורה בנושא זה, ואסתפק בשתי הערות קצרות: האחת, בשני המקרים הללו הרישום במרשם האוכלוסין ייעשה כדיון, ולתפיסתי בשניהם יש להכיר בנישואין באופן מלא. השנייה, ראו התייחסותי המתומצתת וההפניות בהערה 11 לעיל.

66 אך כפי שכבר נסען, קשה לעשות אנלוגיה בין הרישום הלא מושלם של מעמד הנישואין במרשם האוכלוסין לבין מעמד הרישום של שמות ההורים, כפי שנעשה כאן, ראו הדיון בהבדל בין סעיפי חוק מרשם האוכלוסין לעניין זה קודם לכן. כמו כן, עלינו לזכור כי הנושא של רישום נישואין מעורבים בחו"ל הוא נושא משפטי שהדיון החל בו, והופסק, עשרות שנים אחורה. בגע מתן פסק הדין בעניין פונק שלינגר ובעצם הנטייה להישען על הלכה זו מאז ועד עתה, מבלי לשאול את שאלת תקפות אותם נישואין, למעשה הופסק הדיון בשאלה זו. עם תחילת המילניום דומני שהחברה הישראלית בוגרת מספיק לרונן בשאלה זו מחדש.

"תעודת הוהות המפוספסת של משפחת ישראלי"

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 מוכרעת על פי שיקול "טובת הילד" כשיקול מכריע שאף תקנת ציבור בשאלה של "נישואין חד-מיניים" אינה יכולה לה. זאת כמובן בשונה מכל המקרים העוסקים בשאלות כלכליות בין בני הזוג, למשל האם זוגיות הומוסקסואלית מקיימת דרישת "בני זוג" למערכת יחסי הממון ביניהם. 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 אחרת הוא בלתי-מוסרי. אמנם אנשים המורגלים לשיטה אחת יכולים להתפלא על ההסדרים שננקטו בשיטת משפט אחרת אבל לא כל מה שבטל אצלנו פסול בחוץ-לארץ ולא תמיד נפסול פסק-דין מחוץ-לארץ בשל כך שאצלנו שיטה אחרת".⁶⁷

3. "לאחר משפט"

3.א. שינוי מושג הזוגיות

כפי שניסיתי להראות עד כה, פסק הדין בעניין **ברגר-קדיש** עסק בשאלת הרישום בלבד, ודעת הרוב בו נפסקה באמצעות אנלוגיה לעניין **פונק שלדינגר**. 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. פסק דין זה לא עסק בכך, אך הוא אמור היה לפתוח דיון בשאלה זו או לפחות לעודד דיון בכך, וכך נעשה כאן. 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 התשובות 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 הנכונה ביותר. באופן כללי, יהיו מקרים בהם תתממש המסרה בצורה הטובה ביותר אצל זוג חד-מיני, ובאופן פרטי במקרה בנות הזוג **ברגר-קדיש**, ודומני כי ברי לכול שאישור האימוץ הוא הוא הפתרון הנכון.

67 ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 776.

הנורמות החברתיות של חברה נתונה, ובמקרה זה של החברה הישראלית, הן נורמות מתגבשות ומתעצבות כל העת⁶⁸. 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 בחברה⁶⁹. גם מושג הזוגיות במשפט בישראל מושפע רבות מהנורמות החברתיות השונות בעניין זה, וניתן לראות שהוא עבר מהפכות ושינוי מהותי, כאשר ממצב של זוגיות רשומה חוקית אחת 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 הישראלי⁷⁰, ואין ספק שהוא התפתח במהלך השנים האחרונות. רוב החוקים מעניקים ל"ידועים בציבור" זכויות כלכליות, אך יש גם חוקים המעניקים זכויות נוספות (חוק השמות וחוק הירושה). אנו אף מוצאים פסקי דין המעצבים את מוסד ה"ידועים בציבור" ומרחיבים את מערך הזכויות והחובות הנלווה למעמד זה: החל בהחלת חוקת השיתוף, שבמקורה דנה בבני זוג נשואים, על בני זוג "ידועים בציבור"⁷¹, דרך אישור הסכמי מזונות של בני זוג "ידועים בציבור"⁷² וכלה בהמשך ההתפתחות בימינו אנו, כפי שראינו זה עתה בנוגע להכרת זכויות "תלויים" של בני זוג "ידועים בציבור"⁷³.

68 בנוגע לנורמות חברתיות ולהשפעתן על המשפט במדינות השונות, הרי שסוגיה זו רחבה בהרבה מעבר למטרות המאמר ולהיקפו. עם זאת, בנוגע לציבור בין נורמות חברתיות לבין משפט, קבלת החלטות שיפוטיות ואימוץ על ידי משפחות המורלסיות, ראו לדוגמה את מראה המקום הבא, ומשם את ההפניות הנוספות: T.E. Lin "Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases" 99 Colum. L. Rev. (1999) 739.

69 השופט דורנר מפנה למראה מקום יפה בעניין זה, כאשר היא מצטטת את הפילוסוף הצרפתי פוקו בבני"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נגד דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 777-778 (להלן: עניין דנילוביץ): "מישל פוקו... עמד על השפעת הנורמות החברתיות – המשקפות את המקובל, 'הנורמאלי', והמשתנות מעת לעת ומחברה לחברה – על הפעלת החוקים (הנורמות המשפטיות) הסרגננדסיים 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 מחדיר לתוך הכללים השוויוניים הבהונות אינדיווידואליות'".

70 סעיפים 55 ו-57ג) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה); סעיף 1 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972; חוק פיצויי-פיטורים, תשכ"ג-1963; חוק הקיצבאות (פיצוי בעד איחור בתשלום), תשמ"ד-1984; סעיף 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991.

71 ראו לעניין זה את ע"א 52/80 שחר ג' פרידמן, פ"ד לח(1) 443.

72 בע"א 805/82 ורסנו ג' כהן, פ"ד לו(1) 529, 532 הדגיש השופט ברק (כתוארו דאז) לעניין הסכם מזונות ידועים בציבור, בהיבט של תקנת הציבור: "כיום לאחר החקיקה הענפה, המעניקה זכויות מסוימות לידועה בציבור כלפי צד שלישי, שוב אין מקום לטעון, כי... יהא נוגד את טובת הציבור בהסכים שבין בני הזוג בינם לבין עצמם".

73 לעיל הערה 68.

"תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי"

הבסיס ליצירת מושג ה"ידועים בציבור" היה רצון המחוקק שלא להתעלם מהתלות הסוציאלית שנוצרה בין שני בוגרים החיים בצוותא⁷⁴, 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-1973⁷⁵ קובע את חלוקת הרכוש במקרה של פירוד בין בני זוג נשואים. אף שהחוק וסעיפיו מדברים על "בני זוג" ולא על "בני זוג נשואים", ברור שמדובר על בני זוג נשואים, וכך גם פורש החוק בפסיקה⁷⁶. 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. הפסיקה קבעה מפורשות שהסכם ממון כזה, הניתן לאישור בפני בית המשפט, הוא אך ורק של בני זוג נשואים או העומדים להינשא בקרוב. הניסיון להחיל זאת על בני זוג "ידועים בציבור" לא צלח מאז חקיקת החוק עד לא מזמן. חלק מתהליך השינוי שעובר נושא "דיני משפחה" בחוק הישראלי הוא הקמת "בתי משפט לענייני משפחה"⁷⁷, 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 משפחה⁷⁸. 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 בישראל⁷⁹. בפקודת

74 כפי שקובע פ' שיפמן בספרו **דיני המשפחה בישראל** (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א) 159: "דומה, שאכן עיקר ההכרה ב"ידועים בציבור כנשואים" היא לענין חוקים כלכליים, בשל רצון המחוקק שלא להתעלם מן התלות הסוציאלית שנוצרה בפועל בין הצדדים".

75 חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון).

76 ראו למשל את ע"א 640/82 **כהן נ' הי"מ**, פ"ד לט(1) 673, שם נקבע מפורשות שתוק יחסי ממון חל רק על נשואים (להלן: עניין כהן).

77 סעיף 2 לחוק בית המשפט לענייני משפחה.

78 ע"מ (ת"א) 1002/00 **פלוגי נ' הי"מ** (לא פורסם). יש להבהיר מיד שהדרך בה בוחר סגן הנשיא פורת, לאשר הסכם ממון בין ידועים בציבור, הנה דרך חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 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.

79 עניין **דנילוביץ, לעיל** הערה 69, בע' 777-781. בעמודים אלו ניתן למצוא סקירה טובה של המצב השונה בין מדינות שונות בעולם, וההתפתחות בגישה כלפי הומוסקסואלים בעולם. בנוגע להתפתחות במשפט הישראלי, ראו להלן.

החוק הפלילי⁸⁰ המנדטורי, ובחוק העונשין⁸¹ הישראלי שהמשיך אותה, משכב זכר (יחסי מין הומוסקסואליים) הייתה עבדה פלילית שבצדה ענישה אפשרית של עד עשר 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 עברות אלו] בדיני העונשין של מדינה בת זמננו"⁸². החברה הישראלית המשיכה לעצב את התפיסות בנוגע להומוסקסואליות והסעיף הכולל את האיסור הפלילי בנוגע להומוסקסואלים בוטל לחלוטין בשנת 1988⁸³. ניתן לראות בתיקון זה את גישת החברה הישראלית כלפי הומוסקסואליות באותן שנים, אשר אמרה בפה מלא כי הדין הישראלי אינו מתייחס בשלילה לזוגיות ההומוסקסואלית⁸⁴. כאשר אנו ממשיכים ובודקים את הגישה של החברה הישראלית בנושא זה, אין ספק שההתייחסות להומוסקסואליות המשיכה להשתנות, והקהילה ההומו-לסבית הישראלית פועלת בניסיון לשכנע את הציבור להתייחס ביתר סלחנות ובשוויוניות לזוגיות זו⁸⁵.

80 פקודת החוק הפלילי, 1936.

81 סעיף 347(ג) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

82 דברי השופט חיים כהן בע"פ 224/63 בן-עמי נ' הי"ם, פ"ד יח(3) 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.

83 חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 62.

84 ב"כ כרך 119, 1990, 1034, מובאים דברי חבר הכנסת וירשובסקי בדיון בהצעת החוק לביטול אותו סעיף: "עליידי זה אנחנו מקיימים בעצם את הכללים המקובלים היום בעולם הנאור ומאפשרים לאנשים לחיות לפי נטיותיהם המיניות, ולא לסבול בגלל כך ולא להיות מקופחים בגלל כך". כן ראו את הבאת הנושא באופן מלא אצל השופטת דורנר בעניין דנילוביץ, לעיל הערה 69, בע' 779-784; י' יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 531, בו ניתן למצוא היסטוריה מדויקת ומלאה יותר בנוגע למאבק לשינוי חקיקה זו. כמו כן, כדאי לראות שם את ההצעה המעניינת של המחבר לגבי המודל הסוציולוגי-משפטי המסביר שינוי חקיקה זה ואחרים.

85 ברור כי ניתן לפרש את ביטול האיסור על משכב זכר במשפט הישראלי בצורות שונות ולאו דווקא בצורה לפיה הציבור הישראלי אינו מתייחס בשלילה לזוגיות זו. דרך ארוכה עוד לפנינו בנושא זה, ובכוונתי כאן רק לציין את השינוי שחל בחברה, שינוי הבא לידי ביטוי בשינוי חקיקה זו. במאמרו, א' הראל "בתי- המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 785, טוען פרוץ הראל כי אין לראות בפסיקה של בית המשפט בנוגע לקבלת העתירה של גופים שונים לשמירת זכויות האזרח כנגד החלטת שר החינוך למנוע שידורה של התכנית "קלפים פתוחים" בטלוויזיה הלימודית שעסקה בבני נוער הומוסקסואלים ולסביות (כג"צ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך, פ"ד נא(5) 822 (להלן: עניין האגודה לשמירת זכויות הפרט)) משום שינוי דרמטי בגישת בית המשפט כלפי הומוסקסואליות. הראל רואה את הבסיס לפסיקה זו בערכים של סובלנות כלפי "אזרחות חיים פסולים וראויים לגינוי" ולא כבסיס של כבוד כלפי אותו אורח חיים הומוסקסואלי. הוא גם רואה את פסיקת השופט קדמי שם כנשענת על הרטוריקה של "עקרון פיוס המנוצחים", בה מכיר הוא למעשה "בלגיסימיות הציבורית של העמדה, המגנה את ההומוסקסואליות. בהינתן לגיטימיות זו, חייב היה השופט קדמי לפייס את אלו, אשר קיוו למנוע את שידור התכנית, דהיינו את הלוחמים נגד ההומוסקסואליות, תוך שימוש ברטוריקה, האוהדת את תפיסת עולמם". הראל, שם, בע' 791. מצטרף אני לביקורת זו של הראל על פסיקה זו, ברם מצטרף אני בכל הלב גם לדבריו המעידים על השינוי שציינתי לעיל: "בתודעה הציבורית מצטרף בג"צ קלפים פתוחים לשורה זו של גקודות-ציון במאבק לשוויון של הקהילה ההומוסקסואלית והלסבית... יש שיאמרו כי קבלת העתירה על-ידי השופט קדמי דווקא והאפקט הציבורי של ההחלטה הסייגים החשובים". שם, בע' 786.

“תעודת הוהות המפוספסת של משפחת ישראלי”

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 לציין 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 ומיזל⁸⁶ בתחילת שנות התשעים, שבו הוכרה זכותו של הומוסקסואל לזכויות שאירים כלפי הצבא, ועוד⁸⁷. עם זאת, אין מדובר בהכרה גורפת בחוק כללי אשר משווה בסופו של דבר את זכויות בן הזוג ההומוסקסואל לזכויות בן הזוג הטרוסקסואל, למרות ההקלה הגדולה שהעניק חוק-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 וחירותו⁸⁸. לגבי השאלה השנייה, אם אפשרית זכות האימוץ בישראל על ידי בני זוג הומוסקסואלים, ברור כי אין להפלות בין בני אדם לאור נסייתם המינית, כפי שקבעה השופטת דורנר בעניין דנילוביץ על פי מבחן התכלית: “לא תיעשה הבחנה בין בן-זוג הומוסקסואלי לבין בן-זוג

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

87 הדברים שמגיעים לדיון בבית המשפט העליון מקבלים כר פרום נרחב יחסית. עם זאת, קיימים גם נושאים אשר “נסגרים” עוד עובר לדיון כזה, כמו למשל מדיניות משרד הפנים המאפשרת מעמד במסגרת של איחוד משפחות גם לבני זוג מאותו מין, בדומה למקובל בבני זוג הטרוסקסואלים. גם המקרה של בני הזוג שטיינר ומיזל לא קיבל פרום דרך הפסיקה. שם דובר היה על ועדות ערר שדנו בעניינם של בן זוג של קצין צה"ל שנפטר במהלך שירות בקבע ותבע מצה"ל וממשרד הביטחון גימלאות ותגמולים בעקבות היותו “ידוע בציבור” של חייל שנפטר. למרות שהוגשו תביעות משפטיות בעניין זה, העניין נסגר מחוץ לכותלי בית המשפט בפשרה בין הצדדים.

88 יש להדגיש שוב כי הפסיקה לא מתבססת על ראייה כוללת ביחס למעמד ההומוסקסואלים, תוך הישענות על עקרונות כלליים. בפסק הדין החשוב בעניין דנילוביץ מבסס המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז) את פסיקתו על הוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. 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, סוענת השופטת דורנר טענה רחבה בהרבה, בקביעתה שהגדרת “בני זוג” במקרה זה כוללת גם את הזוגיות ההומוסקסואלית, למול עמדתו המתנגדת של השופט קרמי המצמצם הגדרה זו לבני זוג הטרוסקסואלים בלבד; כמו כן, ראו מאמרה של מ' טמיר (יצחקי) “הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות” הפרקליט מה (תש"ס) 94, הדין בדיוק בשאלה זו של היעדר תפיסת שוויון קוהרנטית בנוגע לזכויות הומוסקסואלים ולסביות; עוד ראו יונאי, לעיל הערה 84;

A. Harel “Gay Rights in Israel - A New Era?” 1 *Int'l J. of Discrimination and the Law* 261 (1996); לעניין התפתחות הנושא באירופה, בעיקר לאור אפשרות הפנייה לבית המשפט האירופאי לצדק, ראו לדוגמא: S. Terrett “A Bridge too Far? Non Discrimination and Homosexuality in European Community Law” 4 *Eur. Pub. L.* (1998) 487; I. Canor “Equality for Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order – They Shall Be Male and Female?” 7 *Maastricht J. of European and Comparative Law* (2000) 273

הטרוסקסואלי, אם הקשר הזוגי בין בני-הזוג מאותו מין עומד באמות-מידה המגשימות את התכלית שלשמה מוענקת הזכות או ההטבה. לעומת זאת, כאשר הנסייה המינית היא רלוואנטית להגשמתה של תכלית ההטבה, למשל אם התכלית היא עידוד ילודה, לא יהיה במניעת ההטבה מבן הזוג מאותו המין משום הפליה⁸⁹.

השאלה האם קיימת פה הפליה, האם נמנעה כאן זכות, אינה רלוואנטית כאן כיוון שאין בכוונתי לסעון כי לאדם יש "זכות" לאמץ ילד: אין פה "זכות" שיש להעמיד מולה חובה של המדינה. הסענה בדבר "זכות אימוץ" לכל אורח היא טענה הנשענת על תפיסה קניינית של ילדים, טענה 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 המשפחה⁹⁰. יתרה מכך, הזכות היא של הילד, הזכות לגדול בתא משפחתי תקין, אשר יספק לו את כל הנדרש להתפתחותו ולגדילתו עד להיותו בוגר שיעמוד בדרשות עצמו. על המדינה מוטלת חובה לספק תנאים בסיסיים על מנת שזכות הילד לא תיפגע, ובפרט במצבים שהתא המשפחתי אינו מצליח לספק זאת בעצמו. זו אחת הסיבות לכך שאנו נותנים ביד המדינה אפשרות לקחת את הילד מרשות ההורים ללא הסכמתם, במקרים שאין הם מסוגלים לגדלו, 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 המהויב לכל ילד בישראל.

אם כן, אין פה "זכות" לזוג הטרוסקסואלי לאמץ ילד, ואין זכות כזו לזוג הומוסקסואלי, ומכאן שאין מדובר במקרה זה בפגיעה 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. סעיפי החוק הרלוונטיים לדיון כאן הם:

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

כבר בפתית 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 המאמץ", ואין לנו הגדרה בסעיף זה או בחוק זה של "בן זוג". ובכלל, אף שהמונח "בן זוג" מופיע בלמעלה ממאה דברי חקיקה שונים, אין לנו בחוק פירוש של המושג עצמו⁹¹. עם זאת, במקרה שהמחוקק רצה לקבוע מפורשות ש"בן זוג" אמור להתפרש

89 עניין דנילוביץ, לעיל הערה 69, בע' 784.

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

91 עניין דנילוביץ דן בדיוק בשאלה הזו: האם הגדרת "בן זוג" סובלת גם זוג חד-מיני, ויש להדגיש כי בנושא זה אין דעת רוב כיוון שלמרות שתוצאת פסק הדין הייתה לסובת דנילוביץ הרי שלא נקבע דבר בנוגע לפירוש המושג "בן זוג".

"תעורת הזהות המפוספסת של משפחת ישראל"

בצורה מסוימת, למשל בצמצום, נמצאו דרכים לכך, כמו לדוגמא בחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל: "אלה הם שאיריו 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)". וזאת על מנת לקבוע כי "בן זוג" כולל "ידועים בציבור", אך רק גבר ואישה אשר גרו בצוותא באותה שעה⁹². 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 "מומין" זאת⁹³, בהתחשב בעובדה שזוגיות של זוג נשוי מוסדרת ברישא של הסעיף, והרי זוגיות אחרת היא אותה זוגיות שאינה מוסדרת שם, כמו זוגיות של ידועים בציבור. אף 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 שונה⁹⁴. 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 נגד הכללת "ידועה בציבור" במושג "בן זוג" בנוגע לחוק האימוץ⁹⁵, 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"⁹⁶. הגורמים הנוספים המכריעים לדעתה זו הם ההשקפה שמעמדם של ידועים בציבור נתפס כנחות מזה של נשואים ואף כעניין זמני עד לנישואי בני הזוג⁹⁷, וכן ראייתה היא שהעמדת הילד במצב פגיע וציב פחות כאשר מדובר על בני זוג לא נשואים, אינו לטובת הילד. במצב העניינים של פסק דין זה, לבני הזוג הייתה אפשרות

92 לסקירה מפורטת של נושא הגדרת "בן זוג", ראו ח'פ' שלח "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים 1 (תשל"ו) 119.

93 יש לציין כאן את דעתו החולקת של השופט קדמי בעניין דנילוביץ, לעיל הערה 69, בע' 772, אשר קבע כי מקום בו סתם המחוקק ולא פירש את גבולות המושג הרי יש לתת לו את המובן הרווח בחברה, קרי המובן שאינו כולל את הזוגיות ההomosקסואלית (יש להוסיף שגם הסתייגות זו של השופט קדמי יכולה להשתנות עם הזמן ועם שינויי התפיסה של החברה הישראלית כאשר למהו אותו "מובן רווח בחברה").

94 מדובר בתיק אימוץ 41/97 (י"ס פלוני ג' הי"מ (לא פורסם), דינים משפחה(א) 304.

95 מקרה דומה לזה התעורר בתיק אימוץ (חי') 79/66 פלוני ג' הי"מ, פ"מ תשכ"ח (נט) 270, 274-275, כאשר דובר בו בבקשה לאימוץ קטין על ידי הידוע בציבור של אמו. גם שם קבע בית המשפט כי הביטוי "בן זוג" בחוק האימוץ אינו כולל את מי שלא נישא כדין.

96 השופטת בן עמי מצטטת את המשנה לנשיא בן פורת בעניין כהן, לעיל הערה 76, בע' 685: "כמו כן הלכה פסוקה היא, שהמונח 'בן זוג' אינו מקפל בתוכו מכללא ידועה (או ידוע) בציבור, ואם רוצה המחוקק להעניק לאלה זכות פלוגית, עליו לכלול אותם (בהגדרה או בהוראה שברין) במפורש".

97 מצטטת את א' בן-דודור הידועה בציבור נשואים ללא נישואין (מהדורה שלישית, י" איבשקובסקי וא' איבשקובסקי עורכים, תשנ"ג) 321.

פשוטה להתחתן, והם נמנעו מעשות כן עקב התנגדותם האישית ולא עקב מניעה אובייקטיבית כלשהי. פה נעשית ההבחנה הקלאסית בין מניעים אידאולוגיים של המבקשים לבין מניעה "אמיתית", מניעה אובייקטיבית, המצדיקה את התערבות בית המשפט⁹⁸. השאלה היא אם ידועים בציבור במקרה זה כוללים גם את האפשרות של ידועים בציבור בני אותו מין.

במקרה מעניין של אימוץ בגיד על פי חוק האימוץ הישראלי, הדן רק באימוץ של 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, יבדוק 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. לשם בחינת קיומם של יחסי הורות מן הסוג האמור, ניתן להיעזר במבחני עזר שונים, אשר כולם נועדו ללמד על אופיים האמיתי של היחסים כיחסי הורים-ילדים⁹⁹... אצלנו אין הסדר חקיקתי שלם בעניין זה, וההוראה מצויה בין מכלול ההוראות הנוגעות לאימוץ קטינים. אף על-פי-כן, ניתן להיעזר בגישה המקובלת לעניין זה במדינות אחרות לצורך בחינת אמות-המידה המתאימות לקביעת 'נסיבות מיוחדות'¹⁰⁰.

אף 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 13(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, ו[כ]ן יש תשתית מוצקה המצביעה על כך

98 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 כהן ושל גרושה למול ההתייחסות לקידושין פרטיים ממניעים אידאולוגיים. ראו ע"א 450/70 דוגזינסקי נ' מ"י, פ"ד כו(1) 129, וכן את נושא ההכרה ברושמי נישואין (רושמי נישואין של העדה הקראית למול רושמי נישואין רפורמיים. ראו דברי השופט אלון בבג"צ 47/92 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661, 690.

99 ע"א 7155/96 פלוני נ' הי"מ, פ"ד נא(1) 160, 181-182.

100 שם, בע' 180. ראו גם שם, בע' 169, שם דובר על סטייה מסעיף 2 לחוק האימוץ, בו נקבע מפורשות כי "אין אימוץ אלא באדם שלא מלאו לו 18 שנים". סעיף 25 מאפשר סטייה של בית המשפט מהנחיות סעיפים מסוימים, כולל סטייה מסעיף 2 האמור.

"תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי"

שכבר כוננו יחסים כאלה", ושוב, התשובה לבטח חיובית גם לשאלה זו. השאלה האחרונה שנשאלת במודל זה היא השאלה הבסיסית בכל הנוגע לילדים במשפט הישראלי, ובפרט בשאלה של אימוץ, האם מדובר על אימוץ שהוא "לטובת המאומץ".

כפי שראינו, בראשית הדיון שהעניקה לנו השופטת דורנר בפסק הדין בעניין ברנר-קדיש הופיעו דוגמאות שכולן עסקו בפסיקה אשר נבעה מניסיון ללכת על פי עקרון טובת הילד, גם כאשר לא ניתן לאכוף פסק דין זה או אחר שניתן בחו"ל. 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 לענייננו 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 הילד¹⁰¹: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה, סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה"¹⁰².

ושוב, בענייננו כתבה מפורשות השופטת דורנר בפסק דין אחר:

"לזכות הילד מעמד בכורה. מעמד זה בא לביטוי גם בחוק האימוץ, שבו ניתן לעקרון טובת הילד מעמד על... זכותו זו של הילד עומדת על רגליה היא. היא אינה נספח לזכות ההורה. הילד אינו קניינו של ההורה. הוא בעל ישות עצמאית, ולו אינטרסים משלו"¹⁰³.

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. כלל זה נסוג ברגע שמדובר על מצב שבו הילד לא זוכה לתנאים הבסיסיים להם הוא זכאי, ובניסוח אחר, כל עוד ההורים "מסוגלים" לגדל את ילדם, במקרה זה יישאר הילד ברשותם ובאחריותם. המדינה מתערבת ופוגעת בשלמות המשפחה על ידי הוצאת הילד מרשות הוריו, למרות התנגדותם, לאור "אי-מסוגלותם"

101 אמנה בדבר זכויות הילד, 20 נובמבר 1989, כ"א 31, ע' 221 (להלן: האמנה בדבר זכויות הילד).

102 מעניין להיזכר שטובת הילד לא הייתה כלל סוגיה לדיון במקרה של אימוץ בתחילת תקופת "האימוץ המשפטי המוסדר", למשל בהיסטוריה הקדומה של החברות הרומית והיוונית. 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 אצל: D.H. Van S.L. Sultan "The History and Principles on Roman Private Law" (Durban, 1983) Right of Homosexuals To Adopt: Changing Legal Interpretations of 'Parent' and 'Family'" [http://www.tourolaw.edu/publications/Suffolk/vol10/part3_txt.htm] (Last visited on 19/4/2001).

103 דב"י השופטת דורנר בע"א 3798/94 פלוני ג' פלזנית, פ"ד (3) 133, 144; ע"א 310/82 פלזנית ג' הי"מ, פ"ד (4) 421, 424; דנ"א 7015/94 הי"מ ג' פלזנית, פ"ד (1) 48.

לגדלו, על פי עילה ספציפית הקיימת בחוק האימוץ. כל עוד ההורים "מסוגלים" לגדל את ילדם, המדינה אמורה להישאר מאחור, מבלי להתערב. ובכל 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 נסוגה מפני שיקול טובת הילד. במסגרת זו של דיון "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. בהקשר זה טובת הילד היא לעולם טובת הילד הקונקרטי, בנם של בנות הזוג, ולא טובת הילד הערטילאי, הכללי. גדמה כי אין ספק שטובת בנם של בנות הזוג ברנדיקדיש מחייבת רישום שתי הנשים כהורי הילד, וזאת לצרכים רבים: חתימה על התערבות רפואית-כירורגית, רישום לגן ולבית ספר, וכיוצא בזה. טובת הילד אמורה להילקח מנקודת המבט של הילד, ולא של הוריו או של אחרים חשובים, ואנו אמורים לנסות ולהתחשב בטובתו בכל האינטרסים הקשורים עמו.¹⁰⁴

מעניין הוא המצב במשפט האמריקאי בנוגע לשאלה זו של משמורת ואימוץ על ידי הורים הומו-לסביים, באשר שם קיימת התייחסות לעקרון "טובת הילד" במקרים כגון אלה. הפסיקה עשתה שימוש בעיקרון זה במקרים של החלטות משמורת עוד בשלהי המאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20.¹⁰⁵ בקליפת האגוז, נקבע עוד אז כי עקרון טובת הילד הגו העיקרון המנחה במקרה של משמורת ילדים, וכי עיקרון זה גובר על הזכות הבסיסית של מי מההורים להיות הורה משמורן. משכך, הרי שבתי המשפט האמריקאיים מצאו לנכון לבסס את החלטותיהם בנושאים אלו גם על הקריטריון של יכולת ההורים לגדל את ילדיהם, תוך עירוב שיקולים של מוסר בהחלטות. מכאן קצר היה המרחק לדרישת תנאים מקדמיים מסוימים מהורים הומו-לסביים טרם תאושר להם משמורת על ילדיהם.¹⁰⁶ תפיסה מוסרנית שכזו נשענה גם על התפיסה הסטראוטיפית ועל דעות קדומות, לפיהן חשיפת ילדים לאורח חיים הומו-לסבי תפגע בהם כלכלית ותגרום להם להיחפז לחד-מיניים בעצמם.¹⁰⁷ כיום, תפיסת בתי המשפט בארצות-הברית מתקדמת יותר, וההסתכלות במרבית המקרים על נושא ההעדפה המינית של ההורים נבחנת אך במקרים בהם יש פגיעה של ממש ברווחת הילד. כל זאת במקרים של

104 יש להדגיש שוב שאנו עוסקים ב"דיון לאחר משפט", קרי אנו דנים במעמד הבינאישי של שתי הנשים כידועות בציבור, וזאת למרות שטענתי העיקרית ב"דיון המשפטי שהיה אמור להיות" היא שמדובר בשיקול אחד בלבד בשאלה של אימוץ: בשאלת ההורות, בטובתו של הילד אצל הורים אלו, ולא ביחסים ביניהם. ייתכן ויהיה צורך בתיקון ניסוח חוק האימוץ אשר ישקף את נקודת המבט של הילד כלפי הוריו ולא את נקודת המבט של הקשר בין ההורים.

105 ראו את המקרה: *Chapsky v. Wood*, 26 Kan. 650 (1881) (השופט Brewer); וכן את המקרה: *Finally v. Finally*, 240 N.Y. 429 (1925) (השופט Cardozo).

D.M. Rosenblum "Custody Rights of Gay and Lesbian Parents" 36 *Vill. Law Rev.* (1991) 106, 1665, 1684.

107 ראו בהמשך התייחסותי לתפיסות רווחות אלה.

“תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי”

משמורת¹⁰⁸. הגישה במקרים של אימוץ דומה, אם כי אינה זהה. עקרון “טובת הילד” משמש בסיס להכרעה אף במקרים האחרונים, אולם יש ליתן את הדעת על החוק המפורש של כל מדינה ומדינה בנוגע לאפשרות האימוץ. כמעט כל המדינות בארצות-הברית ובמחוז קולומביה מתירות אימוץ על ידי הורה יחיד מכות חוק¹⁰⁹. מכאן שהאפשרות של אימוץ על ידי הומוסקסואל יחיד, מבלי להתייחס כלל לקשר בינו לבין בן זוגו, אפשרית תאורטית, וניתן להניח כי יהיה זה קל יותר לזוגות הומו-לסביים לאמץ במקרים כאלה¹¹⁰. בנוסף, מרבית חוקי האימוץ במדינות השונות אינם אוסרים על בני זוג הומו-לסביים לאמץ בצורה מפורשת¹¹¹, אך הנטייה המינית מהווה גורם משפיע בלא מעט בקשות לאימוץ במדינות השונות, כאשר השאלה הנשאלת היא האם הנטייה עולה בקנה אחד עם עקרון “טובת הילד”¹¹². באופן כללי, ניתן לומר כי ישנן מדינות בודדות, דוגמת קולרדו, קונטיקט וויסקונסין, אשר בהן בתי דין לערעורים קבעו כי זוגות הומו-לסביים לא יכולים לאמץ, למרות שאין איסור כזה בחוק¹¹³, למול מספר מדינות שבהן דין גבוהים בהן קבעו כי יש לאפשר אימוץ על ידי הומוסקסואלים¹¹⁴, ולצדן מדינות רבות אחרות, בהן מתבצעות החלטות לטובת אימוץ כזה בבתי המשפט דלמטה כעניין שבשגרה¹¹⁵. ברור כי הדבר נעשה במדינות אלסקה, קליפורניה, אורגון, אינדיאנה,

108 ראו עוד, בנוגע לנטייה מינית ולהתייחסות המשפט האמריקאי בשאלות של משמורת ילדים: C.R. Baggett "Sexual Orientation: Should It Affect Child Custody Rulings" 16 *Law & Psychol. Rev.* (1992) 189; R. Robson "Symposium: Solomon's Dilemma: Exploring Parental Rights: Third Parties and the Third Sex: Child Custody and Lesbian Legal Theory" 26 *Conn. L. Rev.* (1994) 1377.

109 המדינה היחידה שאינה מאפשרת זאת הנה מדינת קונטיקט; N.G. Maxwell & A.A.M. Mattijssen & C. Smith Legal Protection for All The Children: Dutch-United States Comparison of Lesbian and Gay Parent Adoptions 17 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law* (2000) 309, and n. 53.

110 הרברים האמורים כוללים גם את המקרים של אימוץ על ידי בן הזוג את הילד הטבעי של בן זוגו, ראו: Sultan, *supra* note 102; *Ibid*.

111 פרט למדינת פלורידה, שם ישנו איסור מפורש בחוק האוסר אימוץ על ידי הורים חד-מיניים. המאבק בפלורידה לא הסתיים, וישנן תביעות לבית המשפט העליון המנסות לקבוע כי איסור זה מנוגד לחוקה האמריקאית. במדינת ניו-המפשייר היה איסור כזה, ראו מאמרה של: Sultan, *supra* note 102. איסור זה בוטל לפני כשנה וחצי, ראו: H.B. No. 90, 1999 sess (NH 1999).

112 אפשר למצוא דוגמאות רבות לפסיקות מסוג זה: Maxwell & Mattijssen & Sultan, *supra* note 102; Smith, *supra* note 109.

113 יש לשים לב כי בקונטיקט ובויסקונסין הרבר נקבע למרות שישנם מקרים שבהם יהא זה “לטובת הקטין”, בטענה כי זה מנוגד ללשון החוק. בקונטיקט הרבר ברור שבעתים: כיוון שהחוק אינו מאפשר ליחיד לאמץ, הרי שכל עוד לא יוסדר עניין הנישואין בין בני אותו המין או שותפות מוכרת חוקית אחרת, יתקשה הומוסקסואל לאמץ על פי חוק.

114 זאת במדינות מסצ'וסטס, ניו-ג'רסי, ניו-יורק, ורמונט ומחוז קולומביה, ראו במאמרם של: Maxwell & Mattijssen & Smith, *supra* note 109.

115 ההערכות הן בין 7 ל-21 מדינות, כאשר קשה לקבוע זאת במדויק כיוון שבמרבית המקרים אין פרסום ברבים של החלטות אלו של בתי המשפט דלמטה. הערכה זאת ונתונים אלה לגבי המדינות השונות לקוחים ממאמרם של: Maxwell & Mattijssen & Smith, *ibid*.

פנסליבניה, טקסס וושינגטון. בכל מקרה, גם במקרים של מניעת אימוץ חוקי במדינות מסוימות, הרי שההערכה מדברת על כך שבפועל בין מיליון וחצי לבין חמישה מיליון ילדים חיים בארצות-הברית אצל הורים הומו-לסביים. בחלק מהמקרים הרי שהמשפט במדינות השונות מאפשר אימוץ כזה כפי שראינו, וגדמה כי התפיסה של "הורות" ושל "משפחה" משתנה מזה שנים בארצות-הברית בנוגע לאימוץ ובנוגע לזוגיות הומו-לסבית, וזאת כל עוד עולה האימוץ בקנה אחד עם הדרישה הנכונה והצודקת שיהא הדבר "לטובתו של הילד"¹¹⁶, הרי במקרים בהם לשון החוק מאפשרת אימוץ כזה, ישנה נטייה של בתי המשפט לאשר את האימוץ¹¹⁷, ולמעשה ליתן גיבוי לסוג ההורות הקיים ממילא בארצות-הברית בלא מעט מקרים¹¹⁸.

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 גשים שהן "ידועות בציבור" אחת של השנייה. במקרה של בנות הזוג מדובר על מצב שאינו בשליטתן, שכן, אין באפשרותן להתחתן זו עם 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 לענייננו 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

116 בנוגע להגדרות של עקרון "טובת הילד" בהתייחסות להורות חד-מינית, ראו לדוגמא:

K.M. Eichinger-Swainston "Fox v. Fox: Redefining the Best Interest of the Child Standard for Lesbian Mothers and Their Families" 32 *Tulsa L.J.* (1996) 57

117 למתעניינים, במקומות הבאים ניתן למצוא הומר בנוגע למאבק בארצות-הברית בסוגיית אימוץ ילדים על ידי זוגות חד-מיניים:

W.E. Adams "Whose Family Is It Anyway? The Continuing Struggle for Lesbians and Gay Men Seeking to Adopt Children" 30 *New Eng. L. Rev.* (1996) 579; N.D. Polikoff "The Deliberate Construction of Families Without Fathers: Is It an Option for Lesbian and Heterosexual Mothers?" 36 *Santa Clara L. Rev.* (1996) 375; M.S. Peltz "Second-Parent Adoption: Overcoming Barriers to Lesbian Family Rights" 3 *Mich. J. Gender & L.* (1995) 175; J.F. Davies "Two Moms and a Baby: Protecting the Nontraditional Family Through Second Parent Adoptions" 29 *New Eng. L. Rev.* (1995) 1055; N.D. Polikoff "This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families" 78 *Geo. L.J.* (1990) 459.

118 מעניין לציין כי מאמרם של: Maxwell & Mattijssen & Smith, *supra* note 109, עוסק

בין היתר בהשוואה בין המצב בארצות-הברית לבין המצב בהולנד, בעקבות הליברליות הקיימת בהולנד ובחלקים מארצות-הברית. השוואה זו מעניינת, כיוון שלאחר כשנה מיום הוצאתו לאור של מאמר זה השתנה החוק בהולנד, וכיום זו המדינה היחידה בעולם המאפשרת נישואין אזרחיים מלאים של זוגות חד-מיניים. החוק ההולנדי שעבר בספטמבר 2000 (שינוי חקיקה מס' 107-33), משווה את המצב של זוגות הטרוסקסואלים למצב של זוגות הומוסקסואלים בכל הנוגע למעמדם כנשואים, ובין היתר מאפשר אימוץ על ידם.

"תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי"

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 מסריית "הידועים בציבור". ההגדרה של "ידועים בציבור" במקרה של בני אותו מין כבר נקלטה, דה פקטו, בפסיקה הישראלית, אומנם 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 כ"לא קיימת". בנוסף, אסור לשכות זה כי במקרה זה כבר קיים פסק דין אשר אישר את האימוץ, ובהיותנו חדים בקהילת המדינות המתקדמות בעולם, אין זה ראוי להתעלם מפעולה משפטית חוקית שהתבצעה במדינה אחרת, ללא סיבה טובה לכך. יש לזכור, הילד יגדל ויחונך במסגרת הקיימת בבית בנות הזוג ברנר-קדיש, גם אם המדינה לא תכיר בכך¹¹⁹. 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 שיכלול 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'¹²⁰."

למעשה הטענה כאן היא כפולה: לעניות דעתי יש לאפשר אימוץ על ידי בן זוג של ההורה הביולוגי גם במקרה שבני הזוג אינם נשואים והם "ידועים בציבור" אחד של השני, ויש לאשר זאת גם לבני זוג בני אותו מין, במקרה והם "ידועים בציבור", ובהתאם לבדיקה שהדבר נעשה בהתאם לעקרון טובת הילד, כאשר נקודת המבט העיקרית בהקשרים של אימוץ המכריעים בגורלו של ילד צריכה להיות של הילד עצמו. ניקח לדוגמא את המצב בו בני זוג יהודים אזרחי 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, היינו, האם הנישואין האזרחיים בחו"ל תקפים בישראל.

119 ראו, למשל, Polikoff, *supra* note 117; Davies, *supra* note 117.

120 עניין לינדורף, לעיל הערה 59.

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 אותו מין. 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, ובטריבוניל 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 הומוסקסואלית¹²¹.

3.ב. הקשיים בקבלת הורות מאותו מין

גם 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 ברנרדיקיש, הרי שדיון זה חשוב, וחשוב להתעכב גם מעט על הקשיים שלנו בנושא זה, למרות שזהו כבר אינו דיון משפטי גרידא¹²². רק לפני שנים אחדות מדובר היה על משפחות "מסורתיות", בהן יש אב, אם וילדים. זו המשפחה אליה התייחס ומתייחס המשפט הישראלי, והאמת היא שבכך אינו שונה מהמשפט בכל שאר מדינות העולם¹²³. העניינים מסתבכים כיום, ובמדינות רבות בעולם ישנה התייחסות של המשפט, ולבטח של החברה, למסגרות אלטרנטיביות של משפחה במובנה הקלאסי. במרכז אותו שינוי עומד השינוי לעבר קבלה

121 זמן רב לאחר שמאמר זה ירד לדפוס התקבלה העתירה שנתמכה על ידי האגודה לזכויות האזרח לבטל את החלטת בתי הדין הרבניים לאסור על אם לסבית להפגיש את שלוש בנותיה עם בת זוגה, בג"צ 293/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(3) 318. 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 לציין כי גם פה הייתה לבית המשפט הודמנות לדון בטענה העניינית שהחלטת בית הדין הרבני "אינה מתיישבת עם חובת בית הדין לפסוק לטובת הקטין, שכן בית הדין עירב בהחלטתו שיקולים זרים" (שם, בע' 326). טענה זו, שהועלתה על ידי בא כוח העותרת, עולה בקנה אחד עם טענתי המרכזית, לפיה המרכז חייב להיות "נקודת המבט של הילד וטובתו האישית". ההימנעות כלדון בכך מתיישבת גם היא עם הדגשתי כי בית המשפט "מחמיק" הודמנויות לדון בשאלות אלו. "החמצה" זו כנראה אינה תמימה, ובין היתר, מנסה מאמר זה לעודד את בית המשפט לדון בשאלות אלו, בהציגו שינויים שחלו בחברה ובמשפט, בישראל ובעולם, בנוגע לנושאים אלו.

122 חלק מהדברים שבחלק זה של המאמר נשענים, אך לא מצטטים ולא מאמצים באופן מלא, על מאמרה של: Sultan, *supra* note 102.

123 ראו למשל את ההתייחסות למשפט האמריקאי במאמרה של: Sultan, *Supra* note 102, 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.

“תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי”

של הורות יחידה והורות של זוגות בני אותו מין¹²⁴. במדינת ישראל הורות של הורה יחיד נתפסה בעבר הרחוק כבלתי ראויה, אבל כיום אנחנו מוצאים אותה בחוקים שונים, והיא מקובלת מבחינה חברתית בחלקים מסוימים של החברה הישראלית כמעט כמו הורות של בני זוג נשואים, ולבטח התופעה קיימת בחלקים רבים של החברה¹²⁵. לראיה, ב”שנתון הסטטיסטי לישראל”¹²⁶ 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)¹²⁷. מכאן, כי ככל הנראה מדובר, לפחות בחלק מן המקרים, במשפחות שברצון ובכוונה בחרו לחיות במסגרת זו.

אם נמשיך באנלוגיה של הורות יחיד להורות של בני אותו מין, הרי שבמקרה של הורות יחיד חסרוננו של ההורה האחר 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 ירושה מאותו אב חסר, אבל בכך לא נפגעו זכויותיו: הוא היה חסר אב מרגע לידתו ולא נגרע ממנו משהו שניתן לו בעקבות לידתו¹²⁸. 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 בכך כל צורך. מכאן שאין הפתעה בנתונים אשר מצביעים על כך שבִּישראל משפחות חד-הוריות שההורה בהן הוא אב הן רק כ-10% מהמשפחות החד-הוריות¹²⁹.

124 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 *Electronic J. of Law* (1996). [URL: <http://www.muflodoch.edu.au/elaw/issues/v3n3/bates.txt>] (Last Visited on 22.4.02).

125 הורות של יחיד – חוק משפחות חד-הוריות, תשנ”ב-1992. על אף שלא ארחיב כאן, רק אציין כי נדמה שבישראל הפרוצדורה של הבאת ילד לעולם דרך תרומה מבנק הזרע לאישה לא נשואה היא פרוצדורה קלה יחסית.

126 שנתון סטטיסטי לישראל, 2000, מספר 51, 2-86 (להלן: שנתון סטטיסטי לישראל) טבלה מס’ 2.39. 127 זאת מתוך הקבוצה של 124,900 משפחות חד-הוריות שבהן ילד אחד או יותר עד גיל 24. בקבוצה של המשפחות החד-הוריות עם ילד או עם ילדים עד גיל 17 מדובר על כ-7,800 משפחות חד-הוריות בהן המבוגר מוגדר כרווק, בשונה מגרוש, מאלמן או מנשוי החי בנפרד.

128 אני ממשיך בדוגמא של ילד הנולד לאם לא נשואה למרות שהאנלוגיה יכולה להיות גם במקרה של אב יחיד. מקרה כזה הוא כמובן קשה בהרבה לביצוע, כיוון שעדיין אנו מדברים על צורך ב”אם נושאת”, כפי שמוגדרת בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ”ו-1996, והדבר 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.

129 היתם 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 לקוחים מתוך השנתון הסטטיסטי לישראל.

בשלב 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"¹³⁰. הצעה אחרת אפשרית היא של הארגון לקידום זכויות המשפחה "משפחה חדשה", מיסודה של עורכת הדין אירית רוזנבלום, אשר בהצעת החוק שלו "חוק יסוד: המשפחה" מציע את הגיטו הבא: "משפחה היא לפחות שני בני אדם החיים יחד תחת קורת גג אחת ומנהלים משק בית משותף"¹³¹.

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 שנוצרה מתהליך 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 יגלה אותו הורה יחיד לעצמו ולסביבה את נטייתו המינית השונה הרי שאין שום סיבה שבכך יימנע ממנו מלגדל את ילדו¹³².

החברה הישראלית, וכך גם חסדות נוספות בעולם הרחב, מקבלות כיום את ההורות כיחיד או כיחידה באפשרות מקובלת כמו כל הורות אחרת. המחוקק הישראלי מצא לנכון לאפשר הטבות מסוימות להורים יחידים, וגם אם הדבר נועד להורים אשר נהפכו להיות הורים יחידים לאחר תקופה שבה היו נשואים, הרי האופציה הזו פתוחה בפני אישה רווקה בדיוק כפי שהיא פתוחה בפני אישה גרושה. האפשרות להורות, דרך כניסה להריון בדרך המקובלת, אפשרית לנשים בלי שום מגבלה חוקית כמוזון, ובדרך של קבלת תרומה מבנק הזרע, אפשרית בישראל כפי שהיא אפשרית במדינות רבות אחרות, גם כאן ללא מגבלות משמעותיות. למרות זאת, התפיסה של החברה את ההורות היחידה שונה מהותית מהתפיסה של הורות חד-מינית זוגית. מדוע קשה לרבים לתפוס את השינוי הזה בזוגיות? ויתרה מכך, מדוע קשה הדבר גם כאשר מדובר על מצב של אימוץ על ידי זוג הומוסקסואלים של ילד שאינו ילד של אחד מהם? ברצוני להציע כאן, שוב כפתיח של הדיון החשוב בנושא באופן כללי, שלוש נקודות המפריעות לנו לקבל הורות כזו, ולהבהיר מדוע תפיסות אלו אינן נכונות בעליל¹³³.

נקודה ראשונה המחייבת הבהרה מידית הנה שאין אנו דנים בשאלה האם אנו הולכים לשייך את הילד לקבוצה ההומו-לסבית. אנו הולכים לשייך אותו, כילד מאומץ, לזוג הורים אוהבים אשר הם במקרה הומוסקסואלים. התפיסה שילדים של זוג לסביות ייהפכו

130 שם, בע' 42.

131 ראו: (Last visited on 19/4/2001) [http://www.newfamily.org.il].

132 לא ניתן למצוא מקרים בפסיקה בהם הוצא ילד מרשות הורו הביולוגי רק משום נטייתו המינית של הורה, וכמוכן שתהיה זו אפליה פסולה מטעמי כ"ן אם הדבר יגיע לכדי דיון בבית המשפט.

133 נקודות אלו ואחרות מופיעות בכמה מראי מקום, אך אני חייב להדגיש כי אינני עוקב במדויק אחר מראה מקום מסוים. למתעניין כדאי להסתכל באתר הבא: [http://www.aclu.org/issues/gay/child.html] (Last visited on 19/4/2001).

"תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי"

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 להיחפך להומוסקסואל. כפי שיש סיכוי כלשהו לכך שילד להורים הטרוסקסואלים ייחפך להומוסקסואל לאחר התבגרותו, קיים סיכוי דומה לילד להורים הומוסקסואלים להיחפך להומוסקסואל¹³⁴.

הנקודה השנייה נוגעת לתפיסה הגשענית כביכול על הבנות פסיכולוגיות שילד זקוק לאב ולאם, נקבה וזכר, כווג הורים, על מנת שיוכל להתפתח כראות. אין ספק כי ילד זקוק לדמויות לחיקוי, לדמויות להזדהות, וכי תפקידי אב ואם 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, מחוץ נפוץ בהרבה כיום בחברה המערבית בכלל, והישראלית בפרט, מאשר לפני כמה עשרות שנים. לא מעט אבות ואימהות נמצאים רוב שעות היום במילוי אחר תפקידים הקרייריסטי ולא ההורי, והילד מקבל את דמויות "האב" ו/או "האם" ממטפלים או ממטפלות, מסבים או מסבתות, מגגנות, ממורים וממורות. אפשר כמובן להרחיק לכת אף יותר, ולטעון כי ילדים במוסדות רווחה של המדינה, כמו פנימיות, לא מקבלים את תפקידי האב והאם 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 אוהבות ודואגות שונות בחייו, גם בשנות חייו המוקדמות, שהגן 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 שתומך בעמדה זו, אבל אף אם יהיו ילדים אשר יציקו לילדים של הורים הומוסקסואלים, נדמה כי

134 כבר בשנות השבעים המאוחרות נמצאו מחקרים על הברייאות הנפשית של הורים הומוסקסואלים במקרים של משמורת ילדים ואימוצם. נשמעו עדויות מומחה במשפטים שונים בנושא זה, כאשר בכולם נסתרה על ידי מומחים העמדה שילדים להורים הומוסקסואלים ייחפכו להומוסקסואלים בעצמם. ראו למשל: 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 & F. Tasker "Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children? Findings From a Longitudinal Study of Lesbian Families" 32 *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 of Lesbian and Single Heterosexual Mothers" 38 *J. of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines* (1997) 783-791.

יהיה זה מצב אחד מגי 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, ויהוו 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"¹³⁵.

נושאים אלו ואחרים עולים בדיונים משפטיים בחו"ל בנוגע לאימוץ על ידי זוגות חד-מיניים. הפסיקה האמריקאית עוסקת בנושא זה כבר שנים רבות, ובחלק ממדינות ארצות-הברית הורים הומוסקסואלים רשאים לאמץ בדומה להורים הטרוסקסואלים. דומני כי במדינת ישראל הדיון נמצא במצב שהיה בחלק ממדינות ארצות-הברית לפני עשור, שניים ושלושה¹³⁶. לסיכום, המרכז הוא טובתו של הילד ואנו רואים כי הפחד של החברה מהזרות הומוסקסואלית נשען על הנחות ועל סטראוטיפים נעדרים בסיס מחקרי כלשהו, ואף להפך¹³⁷. 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 כשלעצמה 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

135 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 Gay and Lesbian Family Issues in the Twentieth Century" 33 *Fam. L.Q.* (1999) 539.

136 ראו: Sultan, *supra* note 102, ובעיקר בפרק 4 במאמר העוסק ב"שינויים בחוק: מקרים בהם בתי המשפט מצאו זוגות הומוסקסואלים ולסביות כשרים להיות הורים". כמו כן, ראו: Polikoff, *supra* note 117.

137 במאמרם של: Maxwell & Mattijssen & Smith, *supra* note 109 ניתן למצוא ציטוטים מכמה מחקרים פסיכולוגיים נוספים, וכניהם מחקר שהשווה ילדים במשפחות לסביות והטרוסקסואליות בארצות-הברית, בבריטניה ובהולנד, ומצא כי 90% מההורים במשפחות הלסביות תפסו תפקיד פעיל בגידול הילדים לעומת 37% במשפחות ההטרוסקסואליות. במחקר אחר שניתן למצוא את מסקנותיו באתר הבא: (Last visited on 28.8.2001) {www.fww.org/articles/misc/0511h.htm}, נמצא כי משפחות הומו-לסביות מתפקדות "כמשפחות בריאות וחזקות מבחינה מבנית" לפחות באותה מידה של משפחות הטרוסקסואליות. למתעניין בנושא כדאי לפנות למראי המקום הבאים, ומשם להפניות נוספות: L.D. Wardle "The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children" *U. Ill. L. Rev.* (1997) 833; C.J. Patterson "Adoption of Minor Children by Lesbian and Gay Adults: A Social Science Perspective" 2 *Duke J. Gender L. & Poly* (1995) 191; M.E. Elovitz "Adoption by Lesbian and Gay People: The Use and Mis-Use of Social Science Research" 2 *Duke J. Gender L. & Poly* (1995) 207; S. Golombok & F.L. Tasker, *supra* note 135, at pp. 3-11; F.L. Tasker & S. Golombok "Children Raised by Lesbian Mothers: The Empirical Evidence" 21 *Fam. L.* (1991) 184; P.J. Falk "Lesbian Mothers" *Psychological Assumptions in Family Law* 44 *Am. Psychol.* (1989) 941-947.

"תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי"

רחוב" ו"התנהגות ילדים", כי נזק מכל סוג שהוא לא נמצא במחקרים שנעשו בנושא על ידי האגודה האמריקאית לפסיכולוגיה. ברור שגם טענה כזו אינה יכולה לעמוד כיוון שממילא המצב העובדתי הוא של שתי אמהות, וחוקה 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.

4. מעין סיכום

פסק הדין בעניין ברנר־קדיש התחיל דיון רחב בהרבה מ"סמכות פקיד הרישום" ומכאן השיבות של פסק דין זה. 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 לבין בני 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־יהכרה בהם, וכמובן ידועה ההתייחסות של הדין העברי להומוסקסואליות. בעוש שגישת המשפט האזרחי מחייבת התייחסות לעולם החיצוני ומכאן להשתלבות במשפט הבינלאומי, הרי שגישת הדין הדתי הנה גישה 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 האזרחי¹³⁸ ומצד שני אנו מדברים על הדגשת הפורמליזם של המשפט העברי. מכאן שההתייחסות לנושא ההומוסקסואליות בכלל, בתוקים 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 שלדינגר, אך

138 מ' מאוסנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 521-533.

עצם התעלמותו מהשאלות המהותיות מהווה מנוף לתחילת הדיון המשפטי בנושא, דיון כל כך חשוב ומחויב בשאלת מידת השינוי שחל במושג התא המשפחתי בישראל. מעניין לראות כי השופט קדמי, אותו שופט אשר היה בדעת מיעוט בפסק הדין בעניין דנילוביץ, כותב את פסק הדין בנוגע לבג"צ שהוגש כנגד מניעת שידור תכנית הדגה בהומוסקסואליות של נוער בטלוויזיה החינוכית הישראלית, פסק דין שקבע פה אחד שיש לשדר תוכנית זו. השופט קדמי מדבר שם על הקידמה בהתייחסות ללסביות ולהומוסקסואלים ועל הצורך בדיון פתוח בנושא זה:

"הסתגרות והוקעה ללא היכרות והבנה לא תבאנה, כך נראה לי, לתוצאות שהמבקשים לצמצם את ממדי התופעה – רוצים בהן, והתעלמות ואיסור גורף ללא הנמקה לא יעמדו, בעולם של היום, כנגד הסקרנות, הפתיחות והרצון לדעת. הכרת התופעה אינה הופכת אותה כשלעצמה לרצויה ומקובלת, ובלעדיה לא ייתכן דיון של אמת במשמעותה ובהשלכותיה. הכרת התופעה דרושה דווקא לאלה המבקשים להצר את צעדיה. העידן שבו אנו חיים מטפח את זכויות הפרט ונושא את דגל ההבנה, הסבלנות והסובלנות כלפי מיעוטים וחריגים, והנמנים על הקהילייה החד-מינית – גם לשיטתם שלהם – משתייכים לאחרונים. ברם, כחריגים אחרים, גם הם מהווים חלק אינטגרלי מהמסגרת החברתית שלנו, וכל עוד לא ניתן להצביע על סיבה מיוחדת המצדיקה את הצרת צעדיהם וצמצום זכותם להציג את אורח חייהם וחוויותיהם בפני הציבור, אין לשלול זאת מהם"¹³⁹.

מושג המשפחה משתנה בעולם כולו, ומדינת ישראל לא תוכל לעמוד מנגד, להצטמצם לדיון הדתי הצר בנושא זה, וכפי שנאמר, הרי לנו תחילת דיון חשוב אשר אמור למנוע "הצרת צעדי ההומוסקסואלים".

139 עניין האגודה לשמירת זכויות הפרט, לעיל הערה 85, בע' 826.