

**העותרים :**

1. שי גורטלר, ת.ז. 021762778
2. שחר גלברמן, ת.ז. 021777917
3. עידו זיו, ת.ז. 036804045
4. צפיר גדרון, ת.ז. 043365600
5. המרכז הרפורמי לדת ומדינה, התנועה הרפורמית – יהדות מתקדמת בישראל, ע"ר 580282853
6. אבות גאים, ע"ר 580578292
7. האגודה למען הלהט"ב בישראל ("האגודה לשמירת זכויות הפרט"), ע"ר 580014058
8. הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות, ע"ר 580304111

כולם ע"י ב"כ עו"ד אורלי ארז לחובסקי ו/או עו"ד מירי נחמיאס יסף ו/או עו"ד אורי נרוב ו/או ניקול מאור ו/או נועה דיאמונד ו/או נעמי קסל

מהמרכז הרפורמי לדת ומדינה

רחוב דוד המלך 13 י-ם

טל: 02-6203323 פקס: 02-6256260

דוא"ל: [Orly@irac.org](mailto:Orly@irac.org)

נגד

המשיבים : 1. שר הרווחה

2. שר המשפטים

3. היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה

רח' צאלח א-דין 29 י-ם

טל: 02-6466590 פקס: 02-6467011

**עתירה למתן צו על תנאי**

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם כדלקמן :

- א. מדוע לא יפורש סעיף 3 רישא לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 הקובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד", באופן הכולל בני זוג מאותו המין.
- ב. לחילופין, מדוע לא יורחב ההסדר הקבוע בסעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981 באופן שיכלול גם בני זוג מאותו המין, וזאת בדרך של reading-in.
- ג. כל סעד אחר שבית המשפט הנכבד ימצא צודק ונכון בנסיבות העניין.

## תוכן עניינים

3.....	מבוא
4.....	הצדדים לעתירה
5.....	רקע עובדתי
5.....	ההליכים בבג"ץ 3217/17
9.....	השתלשלות העניינים לאחר פסק הדין בבג"ץ 3217/16
16.....	הטיעון המשפטי
17.....	הפגיעה בזכויות
17.....	עקרון השוויון
18.....	שוויון לקהילה הגאה
21.....	פגיעה בזכות לכבוד והפרת חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו
22.....	הזכות להורות ולמשפחה
25.....	יש לפרש את חוק האימוץ באופן שמאפשר אימוץ ע"י זוגות מאותו המין
25.....	לשון החוק
27.....	תכלית החוק
28.....	תכלית סובייקטיבית וההיסטוריה החקיקתית
33.....	תכלית אובייקטיבית
33.....	תכלית ספציפית – טובת הילד
37.....	תכלית כללית – עקרונות היסוד של השיטה
39.....	העדר מידתיות
40.....	חוסר סבירות
41.....	אי עמידה בלוח זמנים סביר
42.....	הסעד המבוקש
47.....	סוף דבר

## מבוא

תהליך אימוץ ילדים בישראל אינו פשוט כלל ועיקר. מספר התינוקות המועמדים לאימוץ הוא קטן והתור ארוך ועשוי להימשך שנים.

סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981 (להלן: "חוק האימוץ") קובע מי כשיר לאמץ. הסעיף מבחין בין איש ואישה המאמצים יחד לבין צו אימוץ אשר בית המשפט רשאי ליתן למאמץ יחיד בנסיבות מיוחדות הנקובות בסעיף 3 סיפא. השירות למען הילד אינו מכיר בזוגות חד מיניים כזוגות העונים על דרישת סעיף 3 רישא. לפיכך, רק זוגות הטרוסקסואלים יכולים לאמץ תינוקות בריאים בישראל ואילו זוגות בני אותו המין יכולים לאמץ רק ילדים גדולים יותר ו/או עם צרכים מיוחדים, שזוגות הטרוסקסואליים אינם מעוניינים לאמץ.

בשנת 2016, הגישו העותרים 5-6 עתירה בעניין זה (בג"ץ 3217/16 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה ועמותת אבות גאים נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים**). בעקבות העתירה, בוטלה ההבחנה המפלה בין זוגות הטרוסקסואליים נשואים לבין זוגות הטרוסקסואלים ידועים בציבור. אשר לזוגות בני אותו המין, במענה לעתירה השיבו המשיבים כי בכוונתם לתקן את חוק האימוץ כך שיתאפשר אימוץ גם על ידי בני זוג מאותו המין. בפסק הדין שניתן בעתירה בספטמבר 2017 הוחלט על מחיקת העתירה נוכח הצהרת המדינה שתזכיר החוק המתקן צפוי להתפרסם **עד מחצית 2018**.

תזכיר החוק פורסם להערות הציבור לבסוף רק באוגוסט 2019, במסגרתו הוצע לבטל את תנאי הסף הדורש זוגיות של "איש ואשתו יחד", תוך עמידה על כך שככל שמדובר במבקשים שהם בני זוג, יידרש קשר זוגי יציב או ממושך, ללא קשר למינם של בני הזוג.

בשנתיים שחלפו מאז פרסום התזכיר ועד היום, לא חלה כל התקדמות בנושא. הצעת החוק לא קודמה והשירות למען הילד עודנו מתיר אך ורק לזוגות הטרוסקסואלים לאמץ ילדים בדרך המלך. מצב דברים זה גורם לפגיעה חמורה בזכות לשוויון ולכבוד, ובזכות להורות ולמשפחה. פסילת הורים מאמצים על סמך נטייתם המינית אף אינה עולה בקנה אחד עם טובת הילד – עקרון העל החולש על דיני האימוץ.

העותרים 1-4 הינם שני זוגות הממתינים מזה שנים לאמץ ילדים בארץ אך בקשתם לא קודמה וזאת אך בשל נטייתם המינית. זהו מצב בלתי נסבל של פגיעה נמשכת וחמורה בזכויותיהם שאינו יכול להימשך.

נוכח אי היציבות במערכת הפוליטית, שאינה מאפשרת תיקון חקיקה, המתינו העותרים זמן רב בטרם פנו שוב לבית המשפט הנכבד ועם כינונה של הממשלה ה-36, אף פנו אל שרי הרווחה והמשפטים בבקשה לקדם בדחיפות את התיקון לחוק אך עד כה לא נעשה דבר.

אך לאחרונה עמד בית משפט נכבד זה על כך שנוכח הפגיעה הקשה בזכויותיהם של זוגות מאותו המין שהודרו מחוק הפונדקאות, אין מקום להמתין עוד לתיקון חקיקה ויש לבטל את ההגדרות המפלות ולפרש את החוק כך שזוגות אלה יכללו בהסדר הפונדקאות.

לאחר שחלפו כמעט ארבע שנים מפסק דינו של בית המשפט בבג"ץ 3217/16, בחלוף שנתיים מפרסום תזכיר החוק, ונוכח העובדה שעד כה לא תוקן החוק והפגיעה הקשה בזכויות העותרים נמשכת, נאלצים העותרים לשוב לבית המשפט הנכבד, בבקשת סעד שייתן מזור למצוקתם.

## הצדדים לעתירה

1. העותרים 1-2, הם בני זוג מאותו המין, אזרחי ישראל, להם ילדה אחת אותה אימצו בחו"ל. מזה 6 שנים שהם מבקשים לאמץ ילד בארץ אך הדבר אינו מתאפשר להם בשל היותם זוג מאותו המין.
2. העותרים 3-4 הם בני זוג מאותו המין, אזרחי ישראל, אשר מזה 4 שנים מבקשים לאמץ ילד בארץ אך הדבר אינו מתאפשר להם בשל היותם זוג מאותו המין.
3. העותר 5, המרכז הרפורמי לדת ומדינה, הזרוע המשפטית והציבורית של התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, ארגון הגג של קהילות ומוסדות היהדות המתקדמת בישראל הפועל לקידום שוויון וצדק חברתי בישראל, על בסיס גישה יהודית ליברלית וערכי הדמוקרטיה. במסגרת תחומי פעילות אלו עוסק העותר, בין היתר, במאבק באפליה בשל השקפה דתית ולמען הזכות לחופש דת ומדת.
4. העותרת 6, עמותת אבות גאים, הינה עמותה הפועלת לקידום מתן מענה לצורך של אבות גאים בישראל, למימוש זכותם להורות באופן שוויוני להורים אחרים בישראל, זאת בדרך של פונדקאות, אימוץ, הורות משותפת ובכל דרך בה יבחרו להפוך להורים. במאמר מוסגר נציין כי זוגות של נשים לסביות לרוב מביאות ילדים לעולם בעצמן ולכן זוגות של גברים הם הנפגעים העיקריים ממדיניות המשיבים.
5. העותרת 7, האגודה למען הלהט"ב בישראל פועלת למען הקהילה הגאה בישראל כדי לקדם את מעמדה החברתי והמשפטי עד לשוויון זכויות מלא. העותרת מספקת לחברי וחברות הקהילה מענים שונים וסיוע ברמת הפרט, ובנוסף מתפקדת כפלטפורמה מתכללת לארגונים וקבוצות העוסקות בקידום הקהילה הגאה בישראל.
6. העותר 8, הבית הפתוח, מפעילה מרכז קהילתי, חינוכי וטיפולי רב תחומי בידי ועבור הקהילה הגאה בירושלים וכן נאבקות בתופעות של אלימות ואפליה כלפי חברי וחברות הקהילה ולקידום ערכים של סובלנות ופלורליזם בעיר ירושלים ובחברה הישראלית. הבית הפתוח פועל על מנת לתת מענה בתחומי קהילה, בריאות ושינוי חברתי, לכל גווי האוכלוסייה בירושלים וסביבתה, ללא הבדל דת, לאום, מגדר, נטיה מינית או כל השתייכות אחרת.
7. המשיב 1 הוא הממונה על השירות למען הילד - הגוף המוסמך לפעול בכל הקשור לאימוץ בישראל מכח חוק אימוץ ילדים, תשמ"א -1981 (להלן – "חוק האימוץ").
8. המשיב 2 הוא הממונה על יוזמות החקיקה של משרד המשפטים והגשתן לכנסת ולוועדותיה.

9. המשיב 3 הוא היועץ המשפטי לממשלה, אשר מהווה, בין היתר, הפרשן המוסמך של החוק כלפי גופי המדינה.

### רקע עובדתי

10. דיני האימוץ בישראל, המוסדרים בחוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981 (להלן: "חוק האימוץ"), מאפשרים להקנות לאדם מעמד חוקי של הורה ביחס לילד שהוא אינו ההורה הביולוגי שלו. אלא שכיום, אפשרות זו אינה נתונה בידי כל אדם המעוניין לאמץ ילדים.

11. סעיף 3 רישא לחוק האימוץ קובע "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד." על פי פרשנות המשיבים, אימוץ ילדים על ידי זוגות הטרוסקסואלים הוא דרך המלך. בני זוג מאותו המין הם בבחינת "סוג ב", אשר יוכלו לאמץ רק ילדים שזוגות הטרוסקסואליים אינם מעוניינים לאמץ. מדובר על פי רוב בילדים גדולים או ילדים עם צרכים מיוחדים.

12. כך נוצרת מדיניות מפלה ביחס לזוגות רבים (כגון העותרים 1-4) אשר על אף היותם בני זוג החיים יחד לכל דבר ועניין, אינם זכאים לאמץ.

### ההליכים בבג"ץ 3217/16

13. ביום 17.4.16 הגישו העותרים 5-6 לבית משפט נכבד זה עתירה אשר יצאה כנגד ההפליה במסגרתה השירות למען הילד מפרש את המונח "איש ואשתו יחד" בחוק האימוץ באופן שכולל רק בני זוג הטרוסקסואליים נשואים ואינו כולל זוגות ידועים בציבור וזוגות בני אותו המין.

14. בעתירה עמדו העותרים על כך שמדיניות השירות למען הילד הינה שרק זוגות נשואים הטרוסקסואלים יכולים לאמץ תינוקות, ואילו זוגות שהם ידועים בציבור או בני אותו מין - אינם נכנסים בגדרי סעיף 3 רישא לחוק האימוץ ולכן הם נחשבים לשיטת השירות כמאמצים יחידים. בנוסף, העותרים עמדו על כך שהשירות למען הילד מנהל הבחנה בין תינוקות לבין ילדים עם צרכים מיוחדים, כאשר רק זוגות הטרוסקסואלים יכולים לאמץ תינוקות, ואילו זוגות בני אותו המין וזוגות הטרוסקסואלים ידועים בציבור, יכולים לאמץ רק ילדים עם צרכים מיוחדים. העותרים טענו כי האופן שבו מפורש החוק גורם להפליה בין זוגות המעוניינים לאמץ, אך משום שאינם נשואים על פי החוק, או בשל נטייתם המינית. עוד טענו העותרים כי האופן שבו מפורש חוק האימוץ פוגע אנושות בזכות לשוויון ולכבוד ובזכות לחיי משפחה, וכי פרשנות זו אף אינה משרתת את תכלית חוק אימוץ ילדים, אשר שם דגש על טובת הילד.

[א] העתירה בבג"ץ 3217/16 מצ"ב כנספח א'.

15. בתגובתה הראשונה לעתירה מיום 5.9.2016, עמדת המדינה הייתה כי אין מקום בנקודת הזמן הזו להידרש למהלך פרשני ביחס לביטוי "איש ואשתו יחד", כיון שנושא האימוץ בכללותו נדון בהרחבה במסגרת הועדה לבחינת חוק האימוץ והליכי אימוץ ילדים בישראל

(להלן – "ועדת גרוס"). בתוך כך ציינה המדינה כי נושא תנאי הכשירות של מאמצים, לרבות דרישת הנישואין, יחד עם נושאים נוספים בתחום האימוץ בישראל, עתידים לעלות לבחינה כללית מחדשת במשרדי הממשלה האמונים בנושא כאשר יוגש דו"ח ועדת גרוס, ובהמשך – ככל שיוחלט על ייזום תיקון חקיקה – לעלות בכנסת. על כן, טענה בתגובתה כי יש לאפשר את השלמת המהלך המקצועי, לפני שהרשויות או בית המשפט יידרשו למהלך פרשני.

16. ביום 22.9.16 התקיים דיון ראשון בעתירה, בסיומו הוחלט כי יש להמתין מספר חודשים עד להגשתו של דו"ח ועדת גרוס שמונתה עוד בשנת 2005 על מנת לבחון ולהמליץ על תיקונים בנושאים שונים בחוק האימוץ לרבות בסוגיית תנאי הכשירות לאימוץ. לפיכך נקבע כי ייקבע דיון נוסף בעתירה בחודש פברואר 2017 לאחר שהדו"ח יוגש ועל מנת שעמדת השרים הנוגעים בדבר באשר למהלך יישומו של הדו"ח תובא בפני בית המשפט.

17. בספטמבר 2016 הוגש דו"ח ועדת גרוס לשרת המשפטים ולשר העבודה והרווחה דאז.

18. בינואר 2017 הגישה המדינה הודעה מעדכנת, אליה צורף החלק הרלבנטי של דו"ח ועדת גרוס. בהודעה צוין כי ד"ר צבי טריגר, סגן דיקאן בית הספר למשפטים במכללה למנהל, מרצה וחוקר המתמחה בין היתר בתחום מגדר ומשפחה, הציג מחקרים העוסקים בהורות של זוגות בני אותו המין אל מול הורות הטרוסקסואלית וקבע כי אין תימוכין מחקריים או עובדתיים לכך שטובת הילד להימסר למשפחה הטרוסקסואלית על פני בני זוג מאותו המין שכן אף מחקר לא הוכיח עד היום כי כאשר מבוגרים משני המינים מגדלים ילד, הוא זוכה בהורות אופטימלית.

19. אשר לשאלת הלגיטימציה החברתית של התאים המשפחתיים של בני זוג בני אותו המין ומידת חריגותם בחברה הישראלית, חברי הועדה נחלקו ביניהם הן בשאלה העובדתית – עד כמה ניתן כיום לראות משפחות של הורים בני אותו המין כחריגות, והן בשאלה העקרונית – האם ראוי ששיקול כזה שתוצאתו הדרה של קבוצת אנשים מלאמץ יילקח בחשבון על ידי הועדה. בענין זה הוצגו כמה גישות:

- לפי הגישה הראשונה, יתאפשר אימוץ לאיש ואשתו ולידועים בציבור החיים יחד במשך תקופה שתיקבע. לכך ייקבעו חריגים שיאפשרו אימוץ על ידי מאמץ יחיד ובני זוג בני אותו המין –
  - א. אם המאמץ הוא קרוב של ילד שהורהו נפטר, או שהוא הוכרז כלפיו כבר אימוץ;
  - ב. אם המאמץ בן זוג של ההורה, לרבות בן זוג ידוע בציבור או בן אותו מין;
  - ג. בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו ואם נוכח בית המשפט כי הדבר יהיה לטובת המאומץ.
- הגישה השנייה זהה לגישה הראשונה מלבד עניינם של הידועים בציבור, אותו יש לשקול במסגרת החריגים שפורטו ולא במסגרת הכלל החל על איש ואשתו.

- גישה שלישית סברה כי יש לבטל בכלל את תנאי הסף ולהסתפק בקביעת קווים מנחים להתאמת ילד למאמציו, בתנאי שהינם בני זוג בעלי קשר יציב וממושך (ללא קשר למינם), שכן אין הצדקה מבחינת טובת הילד להבחין בין סוגי הזוגיות. לעומת זאת, לעניין מאמץ יחיד יש לאפשר אימוץ על ידו רק אם הוא קרוב משפחה או בנסיבות מיוחדות.

בהודעת המדינה צוין כי שרי המשפטים והרווחה זקוקים לשהות נוספת לשם לימוד הנושא.

[ב] העתק ההודעה המעדכנת מטעם המדינה מיום 26.1.17, הכוללת את החלק הרלבנטי של דו"ח ועדת גרוס, מצ"ב כנספח ב'.

20. בהודעה נוספת שהוגשה ביולי 2017, צוין כי שרי המשפטים והרווחה החליטו לאמץ את המלצת רוב חברי הועדה, ולהתיר לזוגות ידועים בציבור להגיש בקשות לאימוץ, בדומה לזוגות נשואים. עוד קבעו כי ניתן לעשות זאת בדרך של פרשנות החקיקה הקיימת ולא נדרש לשם כך תיקון החוק. באשר לזוגות חד מיניים, הוחלט כי אין לשנות את המדיניות הנוהגת (לפיה ניתנת עדיפות לאימוץ ע"י איש ואשתו וזוגות חד מיניים יוכלו להמשיך לאמץ במסגרת החריגים לכלל – דהיינו אימוץ שלא בדרך המלך, של ילדים גדולים או ילדים עם צרכים מיוחדים) ואין ליזום בשלב זה חקיקה לשינוי הדין הקיים. זאת לנוכח עמדת השירות למען הילד אשר מבקשים לשמר את המצב בו ניתנת עדיפות באימוץ לזוג הטרוסקסואלי, "בשים לב למציאות בחברה הישראלית והקושי שעלול להיות כרוך בכך ביחס לילד הנמסר לאימוץ". בתגובה צוין כי ילד הנמסר לאימוץ נושא תחושה של חריגות ויש "להימנע מהעמסת "מטען" נוסף על הילד בדמות השמתו בתא משפחתי שנתפס בחברה הישראלית היום עדין כתופעה חדשה ושונה." יחד עם זאת צוין כי עמדה זו הינה "תלויה זמן ומקום ואין לשלול שקילה נוספת של מדיניות זו בעתיד בשים לב לשינויים במציאות החברתית הישראלית." מכל מקום, לטעמים של המשיבים הדבר צריך להיעשות בדרך של תיקון חקיקה.

[ג] העתק התגובה המשלימה מטעם המדינה בבג"ץ 3217/16 מיום 11.7.17, מצ"ב כנספח ג'.

21. בעקבות הגשת עמדה זו של המדינה, התעוררה מחאה ציבורית חריפה ונרחבת, אשר יצאה כנגד הצגת ההורות הלהט"בית כהורות חריגה.

22. במסגרת מחאה זו, פנה ביום 18.7.17 יו"ר הסתדרות הפסיכולוגים בישראל לשר הרווחה במכתב בו צוין כי הנסיון המקצועי המצטבר ורב השנים של טיפול פסיכולוגי בילדים והורי ממגוון רחב של סוגי משפחות סותר את הטענה שגידול ילדים במשפחות להט"ביות עלול לפגוע בבריאותם והתפתחותם, וכי הורות נמדדת ביכולת להעניק אהבה בלתי תלויה, יציבות רגשית, גבולות ובטחון לילד או לילדה ולכן לטובת הילד יש לבדוק את המסוגלות ההורית, ללא התיחסות לשיקולי מגדר או נטיה מינית.

להלן לינק למכתב :

[https://www.psychology.org.il/sites/psycho/UserContent/files/%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%A8%20%D7%A2%D7%9E%D7%93%D7%94%20%D7%9C%D7%92%D7%91%D7%99%20%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A5%20%D7%91%D7%99%D7%93%D7%99%20%D7%96%D7%95%D7%92%D7%95%D7%AA%20%D7%97%D7%93%20%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%9D\(1\).pdf](https://www.psychology.org.il/sites/psycho/UserContent/files/%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%A8%20%D7%A2%D7%9E%D7%93%D7%94%20%D7%9C%D7%92%D7%91%D7%99%20%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A5%20%D7%91%D7%99%D7%93%D7%99%20%D7%96%D7%95%D7%92%D7%95%D7%AA%20%D7%97%D7%93%20%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%9D(1).pdf)

[ד] מכתב יו"ר הסתדרות הפסיכולוגים מצ"ב **כנספח ד'**.

23. בעקבות מחאה זו, הודיעה המדינה שבכוונתה לערוך בחינה מחודשת של העמדה בנוגע לשינוי הדין הקיים ביחס לאימוץ על ידי זוגות חד מיניים. בחינה מחודשת זו אכן נערכה ובעקבותיה שינתה המדינה את עמדתה מן הקצה אל הקצה.

24. בהודעה מעדכנת שהוגשה מטעם המדינה ביום 7.9.19, הובהר כי העמדה הקודמת שהוצגה בתגובה המשלימה מיום 11.7.17 לא כללה התייחסות באשר לטיבה של הורות חד מינית וצוין כי "המחקרים בנוגע להורות חד מינית מלמדים על הורות מיטיבה". עוד צוין כי בעקבות הבחינה המחודשת שנערכה הוחלט לאמץ את העמדה שהוצגה במסגרת דיוני ועדת גרוס לפיה יש לבטל את תנאי הסף הדורש זוגיות של "איש ואשתו" דווקא. צוין כי לעמדת המדינה אין להגיע לתוצאה זו בדרך של פרשנות ונדרש תיקון חקיקה.

[ה] העתק ההודעה המעדכנת מטעם המדינה בבג"ץ 3217/16 מיום 7.9.17, מצ"ב **כנספח ה'**.

25. בדיון שהתקיים ביום 17.9.17 עמדו השופטים על כך שההודעה המעדכנת האחרונה מטעם המדינה מהווה "התפתחות לכיוון מאד חיובי". כשנציג המדינה נשאל על לוח הזמנים לתיקון חקיקה הוא השיב שהתזכיר יפורסם במחצית שנת 2018. בנסיבות אלה, ציינה כבוד הנשיאה "יש גם התחייבות לחצי שנה על רפורמה כוללת חוק האימוץ מחצית 2018 זה לא מעבר להרי החושך. **אם הדברים לא יתקדמו בקצב הראוי תמיד אפשר לחזור ולעתור.**" עוד ציינה הנשיאה "**אם התזכיר ברפורמה הכוללת יונח על השולחן במחצית 2018 זה נראה לנו סביר ביותר.**"

[ו] העתק פרוטוקול הדיון מיום 17.9.17 מצ"ב **כנספח ו'**.

26. בפסק הדין שניתן באותו יום נקבע :

"בשלב זה ולנוכח האמור בהודעה המעדכנת מטעם המדינה וכן נוכח ההבהרה שניתנה בתשובה לשאלתנו, ולפיה תזכיר החוק המתקן לרפורמה כוללת בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (בעקבות ההמלצות שבדו"ח ועדת גרוס), צפוי להתפרסם עד מחצית 2018, אנו סבורים כי עתירה זו מיצתה את עצמה ודינה להימחק.



בהינתן תרומתה של העתירה והדיון בה לקידום עניינם של העותרים בסוגיית האימוץ, אנו מוסיפים ופוסקים לטובת העותרים הוצאות ושכר-טרחת עורך-דין בסך 5,000 ש"ח."

[ז] העתק פסק הדין בבג"ץ 3217/16 מיום 17.9.17, מצ"ב כנספח ז'.

27. כפי שיפורט להלן, למרבה הצער, המדינה לא עמדה בהתחייבותה. בחלוף כמעט ארבע שנים ממועד מתן פסק הדין, חוק האימוץ לא תוקן באופן שיאפשר גם לזוגות מאותו המין לאמץ והמדיניות המפלה והפוגענית של המשיבים נמשכת עד עצם היום הזה.

### השתלשלות העניינים לאחר פסק הדין בבג"ץ 3217/16

28. ביום 10.6.18, משלא הוגש תזכיר החוק כפי שהוצהר, פנתה ב"כ העותרים אל המשיבים. בפנייתם, הלינו העותרים על כך שחרף הצהרת משרד הרווחה אשר על בסיסה נמחקה העתירה, בחלוף פרק זמן של כמעט שנה ממועד מחיקת העתירה, טרם הוגש תזכיר החוק. לפיכך, התבקשו המשיבים להפיץ את תזכיר החוק בהקדם, ולקדמו בכנסת.

[ח] העתק פניית ב"כ העותרים אל המשיבים 1-2 מיום 10.6.18 מצ"ב כנספח ח'.

29. ביום 3.7.18 השיבה עו"ד מצדה מצלאוי ממחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי) במשרד המשפטים כי "נעשתה בשנה האחרונה עבודה אינטנסיבית במשרדי המשפטים והרווחה להכנת הצעת חוק המתמקדת בעיקר בתנאי כשירות לאימוץ והתאמת הורים מאמצים לילד מסוים. הכנת התזכיר נמצאת בשלבים מתקדמים והוא עתיד להתפרסם בזמן הקרוב".

[ט] העתק תשובת עו"ד מצדה מצלאוי מיום 3.7.18 מצ"ב כנספח ט'.

30. ביום 4.10.18 פנתה ב"כ העותרים אל עו"ד מצדה מצלאוי בפניה נוספת בה נכתב כי התנהלות המשיבים עומדת בניגוד גמור להתחייבות בפני בג"ץ, ופירושה רמיסת זכויותיהם של בני זוג מאותו המין בנושא האימוץ. על כן, העותרים שבו וביקשו כי תזכיר החוק יפורסם בהקדם.

[י] העתק פניית ב"כ העותרים אל עו"ד מצדה מצלאוי מיום 4.10.18 מצ"ב כנספח י'.

31. ביום 12.12.18 פנו ב"כ העותרים אל המשיב 3 בפניה בה נכתב כי חלפו למעלה מחמישה חודשים מאז שהודע לעותרים כי תזכיר החוק נמצא בשלבים מתקדמים, ואולם עד כה תזכיר החוק לא פורסם. עוד ציינו כי ההתנהלות האמורה משקפת סחבת קשה ויש בה הפרה של ההתחייבות שניתנה על ידי המדינה לבג"ץ. על כן, ביקשו העותרים כי תזכיר החוק יפורסם לאלתר.

[יא] העתק פניית ב"כ העותרים אל המשיב 3 מיום 12.12.18, מצ"ב כנספח יא'.

32. במענה מיום 5.12.18 מעו"ד מצדה מצלאוי המתייחס למכתב העותרים מיום 4.10.18 נכתב כי "במסגרת העבודה על גיבוש הנוסח הסופי של תזכיר חוק בענין שבנדון, התעוררו מספר שאלות והערות שונות אשר טעונות ליבון מול הגורמים הנוגעים בדבר. בימים אלו אנו עובדים על השלמת הליבון הנדרש כאמור ועל הטמעת ההערות, הכול לצורך גיבוש נוסח סופי של התזכיר שבנדון".

[ב] העתק המענה מעו"ד מצדה מצלאוי מיום 5.12.18, מצ"ב כנספח יב'.

33. ביום 13.12.18 התקבל מענה מלשכת המשיב 3 לפיו מכתב העותרים מיום 12.12.18 התקבל והועבר לטיפול עו"ד רז נזרי, משנה ליועץ המשפטי ממשלה (משפט חוקתי-ציבורי).

[ג] העתק תשובת לשכת היועץ המשפטי לממשלה מיום 13.12.18, מצ"ב כנספח יג'.

34. בסוף דצמבר 2018 הוחלט לפזר את הכנסת ה-20. ביום 9.4.19 התקיימו הבחירות לכנסת ה-21. כהונתה של הכנסת ה-21 נמשכה חמישה חודשים בלבד, ובמהלכה לא הורכבה וכוננה ממשלה. משכך, ממשלת המעבר מסוף הכנסת ה-20 המשיכה לכהן לכל אורך תקופת הכנסת ה-21.

35. ביום 19.5.19 פנו ב"כ העותרים אל המשיב 3, מנכ"ל משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, ומנכ"לית משרד המשפטים, במכתב בו הלינו על כך שעברה שנה מאז המועד בו התחייבו בפני בג"ץ לפרסם את תזכיר החוק, אלא שהדבר לא נעשה עדיין. עוד צויין כי ב"כ העותרים מקבלים פניות של בני זוג מאותו מין אשר לא מתאפשר להם לאמץ תינוקות בארץ בשל העיכוב בתיקון החוק, וכי העיכוב גורר פגיעה חמורה ומתמשכת בזכותם הבסיסית של בני הזוג מאותו מין להקים משפחה. על כן, ביקשו העותרים כי תזכיר החוק יפורסם לאלתר.

[ד] העתק פניית העותרים אל המשיב 3, מנכ"ל משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים ומנכ"לית משרד המשפטים מיום 19.5.19, מצ"ב כנספח יד'.

36. בסוף מאי 2019 פוזרה הכנסת ה-21 ונקבעו כי הבחירות לכנסת ה-22 יתקיימו ביום 17.9.19.

37. ביום 10.6.19 פנו ב"כ העותרים אל חה"כ אמיר אוחנה, שר המשפטים דאז. במכתב ביקשו מהשר לפעול למען פרסום תזכיר החוק בהקדם האפשרי, באופן שניתן יהיה לקדם את הליכי חקיקתו עם כינוסה של הכנסת ה-22. עוד הובהר כי אם תימשך הסחבת בעניין, ב"כ העותרים יאלצו לחזור לבית המשפט בדרישה שיוורה למדינה לפעול לאור התחייבויותיה.

[טו] העתק פניית ב"כ העותרים אל חה"כ אמיר אוחנה, שר המשפטים דאז מיום 10.6.19, מצ"ב כנספח טו'.

38. תזכיר החוק פורסם לבסוף רק באוגוסט 2019 - באיחור של למעלה משנה מהמועד עליו התחייבה המדינה בפני משפט נכבד זה.

39. ביום 8.8.19 פורסם להערות הציבור תזכיר חוק אימוץ ילדים (כשירות לאמץ והתאמת מאמצים לילד), התשע"ט-2019 (להלן: "התזכיר"). בעיקרי החוק המוצע נכתב ביחס לסוגיה נשוא עתירה זו כי "מוצע לבטל את תנאי הסף הדורש זוגיות של "איש ואשתו יחד" דווקא, תוך עמידה על כך שככל שמדובר במבקשים שהם בני זוג, נדרש קשר זוגי יציב וממושך, ללא קשר לסוג הזוגיות. עם ביטול הכלל מוצע לבטל גם את החריגים לו ולקבוע במקום זאת כלל הנותן עדיפות לאימוץ על ידי בני זוג על פני מאמץ יחיד".<sup>1</sup> התזכיר ביטל אפוא את סעיף 3 לחוק וקבע יצירת מאגר אימוץ בו יוכלו להירשם במבקשים שהם בני זוג – מי שביום הגשת הבקשה חלפו שלוש שנים מיום נישואיהם או מיום שבו החלו לקיים משק בית משותף.

התזכיר נסגר להערות הציבור ביום 29.8.19.

[טז] העתק תזכיר חוק אימוץ ילדים (כשירות לאמץ והתאמת מאמצים לילד), התשע"ט-2019 כפי שפורסם ביום 8.8.19, מצ"ב כנספח טז.

40. ביום 11.12.19 פוזרה הכנסת ה-22 וביום 2.3.20 התקיימו בחירות לכנסת ה-23.

41. ביום 7.6.20 פנו ב"כ העותרים אל המשיבים 1-2 בפניה נוספת. בפניה נכתב כי על אף שהתזכיר נסגר להערות הציבור עוד ביום 29.8.19, הצעת החוק לא קודמה עקב קיומן של מערכות הבחירות לכנסת ה-22 ולכנסת ה-23. הודגש כי החוק עודנו מתיר אך ורק לזוגות הטרוסקסואלים לאמץ ילדים, ובמשך כל הזמן הזה נפגעת באופן חמור זכותם הבסיסית של בני זוג מאותו המין להקים משפחה. לכן, ביקשו ב"כ העותרים כי המשיבים 1-2 יפעלו בדחיפות להמשך קידום הצעת החוק, כך שההצעה תובא בהקדם לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה, ולאחר אישורה בוועדת השרים – תועלה לקריאה ראשונה והליך חקיקתה יושלם במהירות, על מנת לתקן את האפליה רבת השנים, בהתאם להתחייבותם בפני בג"ץ.

[יז] העתק פניית העותרים אל המשיב 1 ו-2 מיום 7.6.20, מצ"ב כנספח יז.

42. ביום 14.7.20 שבו ופנו ב"כ העותרים אל המשיבים 1-2. בפנייתם הלינו על כך שטרם התקבלה כל התייחסות מטעמם למכתב מיום 7.6.20. בנוסף, קבלו על כך שעל אף שחלפו עשרה חודשים מאז תום המועד להערות הציבור על תזכיר החוק, ולמרות שהממשלה הנוכחית מכהנת מזה כחודשיים – הצעת החוק טרם הובאה לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה. משכך, ב"כ העותרים שבו וביקשו פעם נוספת כי המשיבים 1-2 יפעלו בדחיפות להמשך קידום הצעת החוק.

[יח] העתק פניית ב"כ העותרים אל המשיבים 1 ו-2 מיום 14.7.20, מצ"ב כנספח יח.

<sup>1</sup> יצוין כי העותרים סבורים כי יש טעם לפגם בהעדפת בני זוג על פני הורים יחידניים אולם הנושא חורג מגדר עתירה זו.

43. ביום 16.7.20 התקבל מענה מטעם עו"ד ליאורה אברמוביץ מהלשכה המשפטית של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים. במענה נכתב כי "בימים אלו, אנשי משרדנו פועלים, יחד עם משרד המשפטים, לשם גיבוש נוסח סופי של טיוטת חוק לאחר הטמעת הערות הציבור שהתקבלו ביחס לתזכיר. לאחר השלמת גיבוש נוסח סופי של טיוטת חוק, שר המשפטים הממונה על חוק האימוץ, יוכל לפעול לקידום הבאתו בפני ועדת השרים לענייני חקיקה".

[יט] העתק תשובת עו"ד ליאורה אברמוביץ מיום 16.7.20, מצ"ב כנספח יט.

44. ביום 22.9.20 פנו ב"כ העותרים לעו"ד מצדה מצלאוי ממחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי) במשרד המשפטים ולעו"ד ליאורה אברמוביץ מהלשכה המשפטית במשרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים. במכתבם ביקשו לדעת האם אכן גובש נוסח סופי של טיוטת החוק. באם כן, התבקשו המשיבים לפעול בדחיפות לקידום הבאתו בפני ועדת השרים לענייני חקיקה.

[כ] העתק מכתב העותרים לעו"ד מצדה מצלאוי ועו"ד ליאורה אברמוביץ מיום 22.9.20, מצ"ב כנספח כ.

45. ביום 12.10.20 השיבה עו"ד מצדה מצלאוי כי התקיימו מספר דיונים משותפים של משרד הרווחה ביחד עם משרד המשפטים בעניין תיקון חוק האימוץ, וכי "אנו נמצאים בשלבים מתקדמים של גיבוש נוסח סופי של טיוטת החוק". עוד נכתב כי "אנו עושים מאמצים ביחד עם משרד הרווחה על מנת להשלים את העבודה הנדרשת בזמן הקרוב ובהתחשב במצב החירום במדינה ותקופת החגים והסגר".

[כא] העתק מכתב עו"ד מצדה מצלאוי ממחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי) במשרד המשפטים מיום 12.10.20, מצ"ב כנספח כא.

46. ביום 3.11.20 התקיים דיון בועדה לענייני ביקורת המדינה בכנסת, בנושא אפליה בהליך אימוץ ילדים. בדיון השתתפו נציגי העותרים. מנהלת השירות למען הילד הגב' רקפת עצמון אמרה בדיון:

"העבודה על תזכיר החוק נמצאת בשלבים המאוד-מאוד אחרונים. כל הסוגיות המקצועיות כבר הוסדרו ואנחנו די בשלבים אחרונים של הסדרה פרקטית של הדבר, ומשרד המשפטים אולי להרחיב בדבר. מבחינתנו, תזכיר החוק סגור והוא משקף את העמדה המקצועית, כמו שאנחנו מובילים אותה, שאומרת שבסופו של דבר יש לנו אחריות למצוא לכל ילד את הבית הטוב ביותר הקיים, והבית הטוב לא מוגדר על-ידי דת, לא על-ידי מגזר, לא על-ידי נטיית לב ולא על-ידי נטייה מינית אלא לפי היכולת של ההורים לתת מענה לצורכי הילדים. זה מבחינתנו הבסיס לעבודה המקצועית שלנו. אנחנו מאוד בעד ביטול הסעיף של "איש ואשתו" בחוק האימוץ, ולכן נעשית העבודה המאוד-

מאוד רחבה שנעשית כדי להסדיר את הדבר, ואני מקווה שאכן בימים הקרובים יוגש תזכיר החוק ואנחנו נוכל להמשיך משם.

47. במענה לשאלות יו"ר הועדה אם בעת הזו מתאפשר אימוץ ע"י זוג להט"ב ציינה מנהלת השירות למען הילד – "אני אומרת שהחוק מחייב אותי לבחון ראשית "איש ואשתו". זה לשון החוק, זה הסעיף בחוק ולכן, אני מחויבת ראשית לבדוק "איש ואשתו" וכי "ברשימה שלי יש זוגות להט"בים אבל כאשר אני עושה את ההתאמה בין המשפחות שנמצאות ברשימה לבין הילדים המועמדים לאימוץ, אני מתחילה ברשימה מתחילתה, ואני אבחר את המשפחה המתאימה ביותר. יש לשער שתמצא משפחה אחרת משום שבאמת יש הרבה יותר משפחות של "איש ואשתו" בתוך הרשימה ממשפחות חד-מיניות."

48. נציגת הלשכה המשפטית של משרד הרווחה עו"ד ליאורה אברבמוביץ ציינה שתזכיר החוק מוכן ויגיע בזמן הקרוב לכנסת. נציגת משרד המשפטים, עו"ד מצדה מצלאוי ציינה:

"בשלב הזה הסתיימו הדיונים המקצועיים והמהותיים ביחס לכל ההערות. סיימנו לדון ברמה המקצועית בכל העמדות ונשאר לנו רק לסיים ולגבש ברמה הטכנית של הנוסח עוד כמה סעיפים. אני ממש מקווה שנצליח לסיים את זה בשבוע, שבועיים, שלושה הקרובים בענייני נוסח, ונצליח להעביר את זה ללשכות השרים בהקדם." ועוד ציינה - לראשונה, תזכיר החוק הזה, טיוטת החוק הזאת שאנחנו עובדים עליה עכשיו מבקשת לבטל את תנאי הסף הקשיחים, להבנות מנגנון התאמה עם קווים מנחים וברורים שיהיו שקופים לציבור ויהיו קבועים בחקיקה, ומנגנון ההתאמה הזה יאפשר התאמה ספציפית שנועדה לשרת בראש ובראשונה את טובת הילד ולאפשר התאמה שוויונית לכלל המבקשים לאמץ ילד, בהתאם כמובן לטובת הילד בראש ובראשונה."

49. שר הרווחה ציין בדיון: "אנחנו נמצאים בהליך פרוצדורלי אחרון, ואני מסכים להנחת העבודה שתוך שבועיים, שלושה אנחנו הולכים להעלות את זה בממשלה." כשנשאל שר הרווחה על ההיתכנות הפוליטית של תיקון החוק השיב: "המצאות הפוליטית הנוכחית היא בלתי אפשרית בכל מיני דברים וכאשר זה נוגע לסיוע בתקציבים וכמובן קידום של חקיקה, האתגר הוא כפול ומכופל לא רק בגלל ההרכב ההטרוגני של הממשלה אלא בגלל המשבר הפוליטי המשמעותי שכרגע מתחולל בתוכה. אנחנו יכולים להתחייב על זה שנעשה את כל מה שאפשר כדי להעלות את זה לוועדת השרים וכדי להעביר את זה בממשלה. אני גם רואה אפשרות לקידום מהלכים בכנסת."

50. בסיום הדיון, אושרה בקשה לקבלת חוות דעת ממבקר המדינה בנושא: "מדוע לא חוקק עד היום, על-פי התחייבות המדינה, החוק שנוגע לביטול האפליה כלפי זוגות גאים באימוץ ילדים?".

[כב] העתק פרוטוקול הדיון בועדה לביקורת המדינה מיום 3.11.20, מצ"ב **כנסת כב**.

51. למרות האמירות הנחרצות בדיון בועדה לביקורת המדינה, לפיהם תוך שבועיים – שלושה יובא התזכיר לועדת שרים לחקיקה, הדבר לא ארע עד עצם היום הזה.

52. ביום 9.12.20 הועלתה להצבעה הצעת חוק פרטית של ח"כ מרב מיכאלי שביקשה לבטל את התנאי של "איש ואשתו", ולקבוע כי כל אדם רשאי לאמץ ילד, בין אם כיחיד אם לאו.<sup>2</sup> ההצעה נפלה ברוב של 49 מתנגדים מול 43 תומכים.<sup>3</sup>

53. בליל 23.12.20 התפזרה הכנסת ה-23.

54. ביום 23.3.21 התקיימו הבחירות לכנסת ה-24, וביום 6.4.21 הושבעה הכנסת.

55. ביום 4.5.21 פנו ב"כ העותרים אל המשיב 3. בפנייתם, ציינו כי המדינה מצויה בעיצומו של משבר פוליטי מתמשך אשר אין לדעת מתי יסתיים ומצב זה מעכב את תיקון חוק האימוץ. עוד ציינו כי מדובר במצב בלתי נסבל שכן מאז המועד בו התחייבה המדינה לתקן את החוק חלפו שלוש שנים בהן החוק לא תוקן. ב"כ העותרים ציינו כי כל משך הזמן הזה נפגעת באופן חמור זכותם הבסיסית של זוגות בני אותו המין להקים משפחה. לפיכך טענו כי אין להמתין עוד לתיקון חקיקה וכי מן הראוי לפעול כבר עתה ולערוך בחינה מחודשת לגבי פרשנות החוק. אשר על כן, ביקשו ב"כ העותרים כי המשיב 3 יורה לשירות למען הילד לפרש את סעיף 3 רישא לחוק האימוץ באופן שיכלול גם זוגות בני אותו המין, כך שהללו יוכלו לאמץ ילדים על פי חוק האימוץ באופן שווה לזוגות הטרוסקסואליים.

[כג] העתק מכתב ב"כ העותרים למשיב 3 מיום 4.5.21, מצ"ב **כנסת כג**.

<sup>2</sup> להלן קישור להצעה:

[https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestio\\_nssearch&lawitemid=2086491](https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestio_nssearch&lawitemid=2086491)

<sup>3</sup> ראו כתבה בנושא:

<https://wdg.co.il/%D7%94%D7%9B%D7%A0%D7%A1%D7%AA-%D7%93%D7%97%D7%AA%D7%94-%D7%90%D7%AA-%D7%94%D7%AA%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%9F-%D7%9C%D7%97%D7%95%D7%A7-%D7%94%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A5-%D7%A9%D7%99%D7%90%D7%A4%D7%A9>

56. ביום 13.6.21 הושבעה הממשלה ה-36.

57. ביום 23.6.21 שלחו העותרים מכתב לשרי המשפטים והרווחה שנכנסו לתפקידם. במכתב עמדו העותרים על כך שחלפו כמעט ארבע שנים מאז שהמדינה התחייבה לתקן את חוק האימוץ והדבר טרם נעשה, ענין שגורם לפגיעה חמורה בזוגות מאותו המין כמו העותרים 1-4. לפיכך, נתבקשו המשיבים 1-2 לפעול להבאת תזכיר החוק לועדת השרים לעניני חקיקה ולהשלים את הליכי החקיקה לתיקון החוק בתוך שבועות ספורים. במכתב צוין כי בהעדר מענה בתוך חודש ימים, לא תיוותר בידי העותרים ברירה זולת פנייה לערכאות.

[כד] מכתב העותרים מיום 23.6.21 מצ"ב כנספח כד.

58. ביום 11.7.21 השיבה עו"ד מצדה מצלאוי ממשד המשפטים כי עם כניסת שר המשפטים החדש לתפקידו ביום 13.6.21 הובאה לפניו הסוגיה, לרבות טיוטת החוק שגובשה והדברים נמצאים כעת בבחינה. לא צוין מועד בו תסתיים הבחינה.

[כה] מכתבה של עו"ד מצלאוי מיום 11.7.21 מצ"ב כנספח כה.

59. על מנת לקבל נתונים אודות המצב בתחום האימוץ, הגיש העותר 5 ביום 8.6.20 בקשה לפי חוק חופש המידע, בה ביקש לקבל פרטים אודות מספר הזוגות ההטרוסקסואלים, הזוגות מאותו המין ומספר ההורים היחידניים שפנו לשירות למען הילד במטרה לאמץ ילד בשנים 2015 – 2019.

[כו] בקשת המידע מיום 8.6.20 מצ"ב כנספח כו.

60. ביום 11.8.20 התקבל מענה מהשירות למען הילד. בין היתר נמסרו הנתונים הבאים:

---

### פיצול אימוצים קלאסיים 2015-2019

2019	2018	2017	2016	2015	
97	82	72	76	115	סה"כ ילדים שנמסרו לאימוץ
7	6	9	11	10	אימוץ ע"י משפחה מורחבת
53	43	28	28	46	אימוץ ע"י אומנה
37	33	35	47	59	סה"כ ילדים שנמסרו למועמדים של השירות
84	28	31	42	56	אימוץ ילד זר- זוג הטרוי
1	0	0	2	1	אימוץ ילד זר- זוג חד מיני- גברים
0	0	0	0	0	אימוץ ילד זר- זוג חד מיני- נשים
5	5	4	3	5	אימוץ ילד זר- הורה יחידני- אישה
0	0	0	0	0	אימוץ ילד זר- הורה יחידני- גבר

[כז] התשובה לבקשת המידע מיום 11.8.20 מצ"ב כנסת כז.

61. מהנתונים האמורים עולה כי זוגות חד מיניים אימצו ילדים בודדים בלבד בשנים האחרונות. ברור אפוא שההפליה נמשכת במלוא עוזה ולא נראה כי היא תתוקן בעתיד הקרוב.

62. בנסיבות אלה, לא נותרה לעותרות ברירה זולת פנייה חוזרת לבית המשפט בבקשת סעד.

### הטיעון המשפטי

63. סעיף 3 לחוק האימוץ קובע את התנאים בנוגע לכשירות המאמץ:

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

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

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

64. כאמור, הפרשנות הנוהגת לסעיף זה על ידי המשיבים היא כי מי שכשיר לאמץ ילדים הם איש ואישה. כל מאמץ שאינו נכלל תחת קטגוריה זו, צריך לעמוד בחריגים הקבועים בסעיפים 3(1) ו-3(2) לחוק, כאשר על פי סעיף 25 לחוק האימוץ, בית המשפט רשאי לחרוג מהתנאים הקבועים בסעיף 3(2), אם נוכח כי הדבר יהיה לטובת המאומץ, זאת בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו.

65. בשנת 2008 פורסמה הנחיה על ידי המשיב 3 (להלן – "הנחיית היועמ"ש"), המאפשרת לבני זוג מאותו המין לאמץ את ילדם הביולוגי של בני זוגם בדרך של מאמץ יחיד על פי סעיף 3(1) לחוק האימוץ; כאשר מדובר על אימוץ ילד "זר" על ידי בני זוג מאותו המין, נקבע כי יש להגיש שתי בקשות לאימוץ יחיד לפי סעיף 3(2) לחוק האימוץ בשילוב של סעיף 25(2) לחוק המאפשר לבית המשפט בנסיבות מיוחדות אם הדבר לטובת המאומץ, לסטות



מהוראות לגבי פטירת הורי המאומץ וקרבת המשפחה של המאמץ הקבועות בסעיף 2)3 לחוק.

[כח] העתק הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2008 מצ"ב כנסת פח'.

להלן קישור להנחיה :

<http://www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/law/file/%D7%94%D7%A0%D7%97%D7%99%D7%99%D7%AA%20%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%A9%20%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A5%202008.pdf>

66. המצב בפועל הוא שלזוגות הטרוסקסואליים ניתנת עדיפות ורק כאשר אין זוג הטרוסקסואלי המעוניין לאמץ ילד, יכולים זוגות בני אותו המין לבקש לאמץ ילד באמצעות שתי בקשות לאימוץ יחיד. הלכה למעשה, מדובר בילדים בגילאים מבוגרים יחסית, וכן בילדים בעלי צרכים מיוחדים.

67. כאמור, כבר במסגרת הדיונים בבג"ץ 3217/16 הכירו המשיבים 1 ו-3 באפליה כלפי זוגות מאותו המין ובצורך לתקן אותה. המשיבים סברו כי יש לעשות כן בדרך של חקיקה. העותרים היו נכונים להמתין זמן רב לתיקון החקיקה אולם תיקון זה מבושש לבוא. משך כל הזמן הזה נפגעות באורח אנוש זכויותיהם של בני זוג מאותו המין לשוויון ולכבוד, להורות ולמשפחה.

68. להלן נעמוד על הפגיעה בזכויות הכרוכה בפרשנות הנוכחית של חוק האימוץ, על כך שעקרונות היסוד של השיטה כמו גם עקרון טובת הילד מחייבים לפרש את חוק אימוץ באופן שמאפשר אימוץ על ידי זוגות מאותו המין, על העדר המידתיות והעדר הסבירות בהתנהלות המשיבים ועל הסעד הראוי בנסיבות העניין.

## הפגיעה בזכויות

### עיקרון השוויון

69. עקרון השוויון הוא מערכי היסוד החשובים במשפטנו, "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, כז(1) 693, 698):

"...השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בIODעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. אין לך גורם הרסני

יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם."

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפו, פ"ד מב (2) 309, 332.

70. יפים לענייננו גם דברי השופט חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת פ"ד נ(3) 485:

"והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו. אנו נתקלים בתופעת ההפליה יום-יום: במקום העבודה, בבית המשותף, בעמידה בתור, ביחסם של בעלי שררה לאזרח ולתושב. כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה. אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה."

### שוויון לקהילה הגאה

71. המשפט הישראלי הכיר זה מכבר בקהילה הגאה ובזכותה לשוויון. עמדה זו באה לידי ביטוי הן בפסיקה והן בחקיקה האוסרת על הפליה על בסיס נטייה מינית (ראו הסקירה בעע"ם 343/09 הבית הפתוח לגאווה וסובלנות בירושלים נ' עיריית ירושלים, בסעיף 54). כפי שציין השופט עמית באותו עניין:

"מלומדים תיארו את שנות התשעים בישראל כ"עשור ההומוסקסואלי", ואת השינויים המשפטיים שעברה שיטת המשפט הישראלית בשנים אלו, בחקיקה ובפסיקה, כ"מהפכה משפטית הומוסקסואלית". החברה בישראל פיתחה במרוצת השנים מנגנוני הגנה מפני הפליה על רקע נטייה מינית תוך קידום זכות חברי הקהילה הגאה לשוויון... ההתייחסות לחברי הקהילה הגאה היא אחד המדדים להיותה של מדינת ישראל מדינה ליברלית-דמוקרטית, להבדיל מהמצב ברובן-ככולן של מדינות המזרח התיכון הקרובות והרחוקות, בהן נרדפים חברי הקהילה הגאה, הן על ידי השלטונות והן על ידי החברה." (ס' 55)

72. על רקע הוראות הדין שנקבעו על ידי המחוקק הישראלי ועל רקע הפסיקה שעסקה בעניינם של חברי הקהילה הגאה, כפי שנסקרו לעיל, קבע השופט עמית באותו עניין, כי כבר אין

מדובר ב"איים" של זכויות, אלא בתפיסה חוקתית כוללת של הזכות שלא להיות מופלה מחמת נטייה מינית, וכי יש הכרה בכך שחברי הקהילה הגאה מהווים קבוצה "חשודה" בעלת זהות מובחנת הטעונה הגנה בפני הפליה, כי הפליה מטעמים של נטייה מינית נמצאת "בגרעין הקשה" של איסורי ההפליה וככזו יש לבחון אותה בקפידה.

73. שוויון פירושו מתן יחס שווה לאנשים שאין ביניהם שונות רלבנטית (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה (1) 7, 35).

74. לענייננו, ההבחנה בין זוגות הטרוסקסואליים לזוגות בני אותו המין אינה בגדר שוני רלבנטי. לא ניתן לקבוע כי רק בשל מינם של ההורים הם פסולים מלהישקל כהורים מאמצים. לעניין זה יפים דבריו של גיבוראן:

"מדיניות כללית זאת, הדורשת בכל אחד ממסלולי ההורות האפשריים, בישראל ומחוצה לה, מבני הזוג בני אותו המין להוכיח את "אמיתות" הורותם בבית משפט, ובו בזמן יוצרת "חזקת אמיתות" להורות של הורים הטרוסקסואלים היא מדיניות מפלה. היא מעצבת את ההורות של בני הזוג בני אותו המין כהורות בספק, הורות חשודה, הדורשת "מתת" מיוחד של המדינה בדמות ההכרה בה. מדיניות זו מבקשת לעצב את הזוג ההטרוסקסואלי כ"טבעי", אשר לשם התערבות בהורותו על המדינה נטל כבד להוכיח את אי כשירות ההורים. מנגד, היא מטילה את הנטל על בני הזוג להוכיח את כשירתם להורות. מדיניות מפלה זו, לצד הפגיעה העמוקה בכבוד ובשוויון, פוגעת גם בזכות החוקתית הקיימת לכל אדם לחיי משפחה. היא מתייגת קבוצת אוכלוסייה שלמה כמי שעל פי טבעה אינה כשירה להורות, כל זמן שלא הוכח אחרת."

בג"ץ 566/11 דורון ממת מגד נ' משרד הפנים, פסקה 10.

75. דברים דומים נאמרו ע"י השופט פוגלמן בבג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פסק דין חלקי והחלטה מיום 3.8.17, להלן: ענין ארד-פנקס הראשון):

"הפליה "גנרית" מעין זו – על בסיס מגדר ונטייה מינית – היא מקרה מובהק של הפליה ה"פוצעת אנושות בכבוד האדם [...] להפליה זו נודעת חומרה יתרה ומימד משפיל, בראש ובראשונה בגלל טיבה ועצמתה של הפגיעה שהיא גורמת לפרט [...] מאפיין חמור נוסף של הפליה גנרית הוא פגיעתה בכלל הקבוצה שעליה נמנה הפרט הנפגע, עקב הנצחתו והעמקתו של תפיסות סטריאוטיפיות ופוגעניות כלפי הנמנים על קבוצה זו. צירופם של שני מאפיינים אלה – הפגיעה בפרט

והפגיעה בקבוצה – היא ההופכת את הפלייתן של קבוצות חשודות לפוגענית במיוחד וראויה למיגור. " (פסקאות 14-15)

וכן דבריו של השופט ג'ובראן באותו ענין:

"מתקשה אני להסכין למצב דברים שבו נמנע מיחידנים ומזוגות חד-מיניים להגשים את זכותם להפוך להורים על ידי התקשרות בהסכמי פונדקאות, שעה שלאחיותיהם ולאחיהם ההטרסקסואלים מוקנית זכות זו. הסדר חוקי המעניק זכות בעלת מעמד חוקתי לקבוצה אחת, ומדיר מפניו קבוצה אחרת בשל זהותה, העדפותיה, נטיותיה או אורחות חייה – הוא הסדר הנחזה להיות מפלה, אשר קשה להלום אותו. כשלעצמי, איני רואה כל הצדקה לבכר הורות הטרסקסואלית על פני הורות חד-מינית ככלל, ובכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורה – על מגוון הטכניקות להגשמתה – בפרט... העדפה חסרת בסיס זו מפנה עורף לערך כבוד האדם, המנוי בחוקי היסוד של מדינת ישראל, ולעיקרון השוויון הנגזר ממנו. " (ס' 46)

76. אין מחלוקת שהמצב הנוכחי מפלה זוגות מאותו המין. כך עולה בבירור מהתשובה לבקשת המידע (נספח כז) לפיה בשנים 2015 – 2019 נמסרו לאימוץ (שלא של קרובי משפחה) 241 ילדים לזוגות הטרסקסואליים, ורק 4 ילדים לזוגות חד מיניים:

סה"כ	2019	2018	2017	2016	2015	
241	84	28	31	42	56	אימוץ ילד זר- זוג הטרנז
4	1	0	0	2	1	אימוץ ילד זר- זוג חד מיני- גברים
0	0	0	0	0	0	אימוץ ילד זר- זוג חד מיני- נשים

77. על פי נתונים שנמסרו במסגרת בג"ץ 3217/16 בשנים 2013-2014 לא נמסרו כלל ילדים לאימוץ לזוגות מאותו המין (ראו הטבלה בסעיף 13 לתגובת המדינה נספח ג'). על פי נתונים שנמסרו בבג"ץ 781/15, בשנים 2012 – 2014 נמסרו לאימוץ על ידי זוגות מאותו המין (שלא של קרובי משפחה) רק 3 ילדים.<sup>4</sup> כך צוין בעניין זה בפסק הדין החלקי מיום 27.2.20 (להלן: ענין ארד-פנקס השני):

"מסלול האימוץ על ידי יחידים או על ידי בני זוג מאותו המין מיושם לעתים נדירות בלבד. מן הנתונים שהוצגו בהקשר זה על ידי המשיבה 1 בהודעתה המשלימה מיום 4.4.2017, עולה כי בין השנים 2012-2016 מתוך 548 מקרי אימוץ של ילדים שלא על ידי קרוב משפחה, רק 5

<sup>4</sup> יצוין כי על פי נתוני משרד הרווחה, בין השנים 2008 – 2012 לא נמסרו כלל ילדים לאימוץ על ידי זוגות מאותו המין, ראו: <https://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.3989922>

ילדים (0.9% מהמקרים) אומצו על ידי גברים יחידים או בני זוג מאותו המין. על כך יש להוסיף, כפי שאף ציינה המשיבה 1 בהגיונותה, כי בהתאם להוראות הדין בעניין, בקשה לאימוץ ילד אשר אינה מוגשת על ידי בני זוג הטרוסקסואלים נבחנת רק מקום שבו לא ניתן למסור את הילד לאימוץ על ידי "איש ואשתו יחד", כלשון סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. כתוצאה מכך, לדברי המשיבה 1 "הלכה למעשה, מדובר בילדים בגילאים מבוגרים יחסית, וכן בילדים מרקע מורכב או בעלי צרכים מיוחדים." (פסקה 19)

### פגיעה בזכות לכבוד והפרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

78. הזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כוללת בחובה את הזכות לאי הפליה, או הזכות לשוויון. הנשיא ברק קבע כי היקף הזכות לשוויון המוגנת על ידי הערך החוקתי של כבוד האדם אינו מצומצם אך להפליה שיש עמה השפלה, אלא כל הפליה שבה יש שלילה של חופש הבחירה וחופש הפעולה האוטונומי של הפרט:

"הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים... ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית."

בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת בפסקאות 35, 38 לפסק דינו של הנשיא.

79. מתן יחס שונה המבוסס על נטייה מינית משפיע ללא ספק על האוטונומיה של הרצון הפרטי ועל חופש הבחירה שהינו חלק מכבוד האדם (על הזכות לאוטונומיה כזכותו של כל אדם "לכתוב את סיפור חייו" כחלק מזכותו לכבוד ראו דנג"ץ 5120/18 נשים קוראות ללדת נ' מדינת ישראל, סעיף 70 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). ראו דבריו של השופט גיוראן בענין ארד-פנקס הראשון:

"למרבה הצער נותרה שיטתנו המשפטית משתרכת מאחור בהיבטים רבים הנתועים בלב חייהם של האזרחית והאזרח הלהט"בים,

ובראשם ההכרה ושוויון הזכויות לזוגיות ולתאים משפחתיים להט"ביים... מצב משפטי זה מקפל בחובו פגיעה קשה בכבוד האדם, שכן הוא מציב קבוצת אזרחיות ואזרחים שוות חובות וזכויות במעמד נחות מזה של יתר בנות ובני החברה הישראלית, וזאת ללא טעם ענייני. " (פסקה 47)

וכך נאמר בענין ארד-פנקס השני :

"החרגתה הגורפת של קבוצת הגברים ההומוסקסואלים מתחולתו של הסדר הפונדקאות נחזית כהפליה "חשודה", המייחסת מעמד נחות לקבוצה זו, ובכך גלומה פגיעה נוספת, קשה ומשפילה בכבוד האדם על בסיס מגדר או נטייה מינית." (פסקה 19)

80. לפיכך, שלילת היכולת לאמץ מזוגות בני אותו המין פוגעת קשות בכבודם של בני זוג אלה.

81. בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355,375 צוין כי בהוראות חוק היסוד אמנם אין כדי לפגוע בתוקפם של חיקוקים שהתקבלו לפניו (סעיף 10 לחוק היסוד) אולם כל רשויות השלטון מחויבות לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל יסודם הן פועלות (סעיף 11 לחוק היסוד). חובה זו, הנגזרת מסעיף 11 לחוק היסוד, חלה ללא ספק גם לעניין פירוש חוקים שתוקפם נשמר לפי סעיף 10 והפעלת שיקול-דעת מכוחם. כך גם ציין השופט אור בבג"ץ 906/95 שמואלביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 184, 194 :

"לאור מעמדן המיוחד של הוראות חוק היסוד, יש משקל להוראת חוק היסוד לצורך פרשנותו של דין אשר תוקפו נשמר על-פי סעיף 10 לחוק היסוד."

### הזכות להורות ולמשפחה

82. המדיניות הנוכחית של המשיבים פוגעת בזכות היסוד של הורים מאמצים להורות ולמשפחה.

83. הזכות להורות ולמשפחה מוכרת בדין הישראלי כזכות אנושית יסודית לה זכאי כל אדם, הנגזרת במישרין מהזכות לכבוד הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדה על-כך השופט שטרסברג-כהן בדנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4) 661, 680 :

**"דומה כי אין מי שיחלוק על מעמדה וחשיבותה המרכזית של  
ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשוניים בתרבות  
האנושית לדורותיה..."**

84. כך נאמר גם על ידי השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שרות בתי הסוהר:

"בתחומיה של הזכות לכבוד האדם, ניצבת זכותו של האדם למשפחה  
ולהורות [...] הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של  
הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות  
לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה  
בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם  
מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של  
הפרט בחברה [...]"

במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים  
ושלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה.  
הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא  
הנותנת משמעות וטעם לחיים. זכות זו ניצבת, איפוא, במדרגה נעלה  
במידרג זכויות האדם החוקתיות. היא קודמת בחשיבותה לזכות  
הקנין, לחופש העיסוק, ואף לצינעת הפרט. היא משקפת את תמצית  
הוויותו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו. (פסקה 12).

85. השופט גיבוראן ציין בענין ארד פנקס הראשון:

"הזכות להורות הוכרה בישראל כזכות חוקתית הנובעת מכבוד  
האדם... לזכות להורות שני היבטים נפרדים: האחד, הזכות לממש  
את ההורות, ... והאחר הזכות להפוך להורה... הזכות להפוך להורה  
מגשימה את הזכות לחיי משפחה, את הזכות לאוטונומיה של הפרט,  
ואת הזכות לפרטיות... לאחרונה אף נשמעה עמדה לפיה הזכות להפוך  
להורה נובעת גם מהזכות לחירות, הקבועה בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד  
האדם וחירותו. (פסקה 30)"

86. בענין ארד פנקס השני ציין השופט הנדל כי "הכמיהה להביא ילדים לעולם מוכרת כצורך  
קיומי בסיסי וטבעי של האדם" וכי "הזכות להורות, המגנה על כמיהה זו, "היא ביסוד-  
כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של  
האדם. עוד צוין שם:

**"היקפה של הזכות להפוך להורה – הנגזרת מן הזכות לחיי משפחה  
ומזכותו של כל אדם לכבוד ... נתונה לכל אדם ללא תלות בזהותו  
המגדרית, בנטייתו המינית או בשאלה האם הוא חי ביחידות או  
בזוגיות ועם מי." (פסקה 15)**

השופט פוגלמן ציין :

"בסופו של יום, בין אם הייתה זו כוונת המחוקק, בין אם לאו, ההסדר שאומץ מגלם בחובו תפיסות עומק חברתיות שלפיה "הורות נשית" עדיפה וראויה יותר על פני "הורות גברית", וכי משפחה המורכבת מאם ומאב או מאם בלבד היא משפחה "עדיפה" "ראויה" ו"רצויה" יותר ממשפחה המורכבת מגבר יחיד או משני גברים. זהו מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו." (פסקה 16).

87. חשיבות ההורות ומעמדה כזכות יסוד בסיסית מצאה ביטוי אף במשפט הבינלאומי. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם - 1948 קובעת בסעיף טז :

"כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אזרחות או דת..."

88. סעיף 23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע בסעיף קטן 1 :

"המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה, והיא זכאית להגנה מטעם החברה והמדינה".

89. העותרים יטענו כי כאשר מפרשים המשיבים את החוק באופן המונע מהורים מאמצים לאמץ ילד, אך מן הטעם שמדובר בבני זוג בני אותו מין, הם פוגעים ביכולתם להפוך להורים, ובכך הם מפרשים את החוק באופן הסותר את זכותם למשפחה.

90. יצוין כי בתי המשפט הכירו בשורה ארוכה של פסקי דין בנושאי הורות ומשפחה בצורך לנקוט יחס שוויוני כלפי זוגות מאותו המין, ראו בין היתר :

- בבג"ץ 998/96 חקק נ' משרד הבריאות הוכרה זכותן של זוג לסביות לקבל שירותי הזרעה מלאכותית.
- בבג"ץ 1779/99 ניקול ברנר-קדיש נ' שר הפנים הורה בית המשפט למשרד הפנים לרשום אישה לסבית שאימצה בארצות הברית את בנה של שותפתה לחיים, כאמו השנייה, ולהוסיף את שמו בתעודת הזהות שלה.
- בבג"ץ 293/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים פסל בית המשפט את החלטת בית הדין הרבני הגדול לאסור על אישה גרושה להפגיש בין בנותיה ושותפתה לחיים.
- בע"א 10280/01 ירוס חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן : ענין ירוס חקק) נקבע כי זוגיות מאותו המין לא שוללת כשירות של אשה לאמץ את ילדי זוגתה.



- בבג"ץ 6569/11 **דורון ממת מגד נ' משרד הפנים** הורה בית המשפט לרשום כאבות את שני העותרים – בני זוג מאותו המין שנישאו בקנדה וביצעו הליך פונדקאות.
- בענין **ארד פנקס** נקבע כי יש לאפשר לזוגות בני אותו המין ולגברים בעלי זיקה גנטית ליילוד לקחת חלק בהסדר פונדקאות בישראל. נקבע כי הוראות החוק, המונעות מבני זוג מאותו המין את אפשרות הפונדקאות בארץ, פוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון ולהורות ואינה חוקתית. נקבע כי ככל שהחוק לא יתוקן בתוך שנה ממועד מתן פסק הדין החלקי, בית המשפט יתערב באופן של תיקון החוק בדרך של קריאת הוראות לתוך החוק (reading-in) או בדרך של הצהרת בטלות חלקית. לאחר שהכנסת לא תיקנה את החוק, ניתן לאחרונה, ביום 11.7.21, פסק דין משלים שקבע שיש לבטל את ההגדרות המפלות ולפרש את החוק כך שיתאפשר לזוגות מאותו המין לקחת חלק בהסדר הפונדקאות.

### **יש לפרש את חוק האימוץ באופן שמאפשר אימוץ ע"י זוגות מאותו המין**

91. העותרים יטענו כי פרשנות המונח "איש ואישה החיים יחד", המופיע ברישא של סעיף 3 לחוק האימוץ, לפיה הכוונה רק לזוג הטרוסקסואלי, אינה יכולה לעמוד.
92. להלן נראה כי לשון החוק מאפשרת לפרש את חוק האימוץ באופן שכולל זוגות מאותו המין וכי וזאת הדבר מתחייב לנוכח תכלית חוק האימוץ – טובת הילד – ולנוכח עקרונות היסוד של השיטה.

### **לשון החוק**

93. כידוע, "בפרשנותו של טקסט משפטי עלינו להבחין בין משמעותו הלשונית של הטקסט לבין משמעותו המשפטית. משמעותו הלשונית של הטקסט קובעת את מגוון המשמעויות שהטקסט יכול לשאת בשפתו. משמעותו המשפטית של הטקסט היא המשמעות הלשונית המגשימה את התכלית שהנורמה הגלומה בטקסט נועדה להגשים" (ע"א 2000/97 **לינדורן נ' קרנית**, פ"סד נה(1) 12, 25).
94. סעיף 6 לחוק הפרשנות תשמ"א – 1981 קובע: "האמור בלשון זכר - אף לשון נקבה במשמע, וכן להיפך". דהיינו, ניתן לפרש את הביטוי "איש ואשתו" ככולל "איש ואיש", "אישה ואישה".
95. במספר מקרים דומים קבעו בתי המשפט פרשנות הכוללת בני זוג מאותו המין:

- ע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבח מקרקעין עסק בשאלת פטור ממס שבח במקרה של מכירת דירה בין בני זוג מאותו המין. באותה עת, קבע סעיף 62(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג – 1963 כי הפטור יינתן ל"בן זוג המתגורר יחד איתו בדירה" כאשר בן זוג הוגדר כמי שחל עליו סעיף 55 לחוק הירושה המדבר על איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה. בית המשפט המחוזי קבע שבני זוג מאותו המין לא זכאים לפטור, אולם פסק הדין נהפך (בהסכמה) בבית המשפט העליון.
- בבע"מ 2478/14 פלונית נ' פלונית - בית המשפט העליון התייחס לשאלת סמכות בית המשפט לענייני משפחה כמובנת מאליה ביחס לבנות זוג מאותו המין, כאשר חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה - 1995 מגדיר בן משפחה בין היתר כ"בן זוג, לרבות הידועה בציבור כאשתו".
- בע"א 3245/03 ע.מ. נ' האפוטרופוס הכללי פסק בית המשפט המחוזי בנצרת כי סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה – 1965, שכאמור מדבר על איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה, חל על בני זוג מאותו המין. יצוין כי פסק הדין צוטט בהסכמה בפסקי דין של בית המשפט העליון – למשל בבג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מינהל מנהל אוכלוסין, בג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול ומעולם לא הוגש עליו ערעור והוא ההלכה המחייבת. כך נאמר בפסק הדין :

"המחוקק.. לא נתן דעתו כלל למעמדם של ידועים בציבור בני אותו המין לא מפני שביקש לשלול את זכותם אלא מפני שלא העלה על דעתו קיומה של תופעה הקרויה משפחה של בני אותו מין...

כמעט ארבעים שנה לאחר חקיקת חוק הירושה חייב הפרשן ליתן דעתו גם לשינויים שחלו במשפט הישראלי בכלל, לתפיסות החדשות ולפרשנויות החדשות שניתנו לביטויים וותיקים. תורת הפרשנות איננה מתמקדת בפרשנות הטקסט כפי שיצא מתחת ידי המחוקק בעת סיום תהליך החקיקה...

הביטוי "איש ואשה" לא בא לומר "לא גבר וגבר" או "לא אשה ואשה" אלא בא לומר לנו "לא בני זוג נשואים"...

הפרשנות שאני דוגל בה היא שהביטוי "איש ואשה" שימש את המחוקק, בהעדר תודעה לאפשרות קיומם של מצבים מורכבים יותר, כאמצעי מילולי לומר כי כל מי שמקיים חיי משפחה ואינו נשוי, ייחנה מהוראות החוק, ממילא באים בגדר זה ידועים בציבור בני אותו מין.

וראוי שנזכיר שוב את דבריו המאלפים של חיים כהן - "מחוקק שדיבר לפני מאה שנים במרכבות וסוסים, יתפרש היום כאילו התכוון למכוניות: לא משום ש'מרכבות וסוסים' אף מכוניות במשמע, ולא

משום שהעלה על דעתו שמעשי חקיקתו יחולו על מכוניות; אלא אף על פי ש'מרכבות וסוסים' לא מכוניות במשמע, אף על פי שלא העלה על דעתו שיהיו אי פעם מכוניות בנמצא ומרכבות ייעלמו מן הרחובות; אלא משום שמטרת החוק היתה - ונשארה - להסדיר את התנועה ברחובות, ולהשגת מטרה זו מן הדין לפרש 'מרכבות וסוסים' לרבות מכוניות וכלי רכב ממונעים אחרים".

לשיטתי, **"איש ואשה" הוא מִפְתָּח; אין הוא בגדר מנעול.** השפה העברית מבחינה בין זכר ונקבה גם בתחום הדקדוק והתחביר ולעיתים השימוש בלשון זכר דווקא או נקבה דווקא עשוי להצביע על כוונה. בהקשר הנוכחי הנני סבור כי משקלו של המרכיב הדקדוקי של הטקסט אינו רב, משום שבחירה בכל מילה אחרת בעברית הייתה מעוררת אותה קושייה, שכן אין לך מילה בעברית שאינה זכר או נקבה, ביחיד או ביחידה ברבים או ברבות...

השימוש בביטוי "איש ואשה" נעשה מתוך כך שזו צורת המשפחה שהיתה רווחת מוכרת ומקובלת, ומסכימה אני... שהשימוש בביטוי זה לא נועד לשלול ממשפחה של בני אותו מין את זכות הירושה של בן הזוג במקרה פטירה, אלא שהביטוי נבחר רק כדי להמחיש את ההתייחסות לזכות הנובעת מקיומם של חיי שיתוף בין שניים."

96. אף בענייננו, הבחירה במילים "איש ואשתו" אינה מרמזת על הסדר שלילי לגבי זוגות מאותו המין, אלא היא נבעה מכך שהמחוקק לא צפה בשנת 1959 (עת נחקק חוק האימוץ המקורי) ובשנת 1981 (עת נחקק החוק הנוכחי) את קיומן של משפחות חד מיניות.

97. לשון החוק בסעיף 3 רישא מדברת על "איש ואשתו יחד", לעומת "מאמץ יחיד" בסעיף 3 סיפא (שאמור לחול במקרים ספציפיים בהן המאומץ הוא ילדו של בן זוגו של המאמץ או קרוב משפחה שלו). הדגש הוא על המלה **יחד לעומת יחיד – יחידה של שני הורים שהיא הכלל, לעומת הורה יחיד שהוא החריג.** המחוקק התכוון אפוא לכלול את כל מי שמהווה **יחידה זוגית יציבה** עבור המאומץ. כפי שיפורט להלן, עקרונות היסוד של השיטה, כמו גם עקרון טובת הילד, מחייבים לפרש את סעיף החוק באופן שכולל זוגות מאותו המין.

### **תכלית החוק**

98. הפרשנות לחוק על פיה "איש ואשתו יחד" פירושה רק בני זוג הטרוסקסואליים, עומדת בניגוד לתכלית חוק האימוץ:

"תכלית החקיקה הן המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים אשר דבר חקיקה נועד להגשים. תכלית החקיקה הינה מושג נורמטיבי. היא מורכבת מתכליתו הסובייקטיבית

של דבר החקיקה ומתכליתו האובייקטיבית. תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית אשר יוצר החוק ביקש להגשים בשעת חקיקתו. זו "כוונת המחוקק". תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית מודרנית".

בג"ץ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין פ"ד מז(1), 749, עמ' 763-762.

99. להלן נסקור את התכלית הסובייקטיבית ואת התכלית האובייקטיבית של חוק האימוץ ונראה כיצד תכליות אלה מחייבות לכלול במסגרת סעיף 3 רישא גם בני זוג בני אותו המין.

### **תכלית סובייקטיבית וההיסטוריה החקיקתית**

100. תכליתו הסובייקטיבית של דבר חקיקה נסמכת, בין היתר, על כוונת המחוקק. היא נלמדת מלשון החוק, מהקשר הדברים ומן ההיסטוריה החקיקתית. (עוד ראו א' ברק, **פרשנות במשפט**, (כרך שני - פרשנות החקיקה, 1993), 480).

101. סעיף 3 לחוק האימוץ נחקק בחוק אימוץ ילדים בשנת 1959 (אותו החליף חוק האימוץ החל היום אשר נחקק בשנת 1981). בדברי הכנסת, בעת דיונים על הצעת החוק, עלתה הצעה מטעם הסייעות הדתיות להוסיף ללשון החוק אחרי המילים "איש ואשתו יחד" את המילים "הנשואים כדן". "הסתייגות זו לא התקבלה ונותר הביטוי "איש ואשתו יחד". במהלך הדיונים עלתה האפשרות של אימוץ על ידי ידועים בציבור ונאמר כך:

"...ההסכם ביננו, בין כולנו גם בויכוח בכנסת וגם בויכוח בוועדה, הוא שטובת הילד קודמת לכל. אני מוכן ומזומן להבין שלפעמים חי זוג שלא בנישואין כדן מטעמים בלתי תלויים בהם, והקשורים לעיתים בטרגדיה אישית קשה. אבל הסכמנו שבכל הנוגע לחוק זה מתכוונים ראשית לטובת הילד. והנה במקרה של ילד מאומץ על ידי משפחה אשר חלק ממנה ידועה בציבור, אין שום אפשרות להסתיר דבר זה מן הילד. הרחוב ידע, חבריו בבית הספר ידעו, וביום בהיר אחד יאמרו לו כי אביו ואמו אינם נשואים - הם אינם מחוייבים לדעת שאלה הם הורים מאמצים ויאמרו לילד הזה שאיננו ילד חוקי."

(דברי הכנסת, ישיבה תרנ"ה, (23/6/59) עמ' 2136)

בתגובה לדבריו אומר יעקב כץ מפועלי אגודת ישראל:

"בסעיף 3 נאמר שאין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד. לא פעם הבענו את דעתנו בעניין המסובך והטרגי אשר אנחנו עדים לו במדינת

ישראל ואינני רוצה להגיד שזוהי מכת מדינה שלנו בלבד, כי ישנן תופעות מדאיגות ושליליות כאלו גם בעולם כולו, אבל אותנו זה מדאיג ביותר. כי אנו חושבים שבארץ הקודש חיי המשפחה צריכים להיות מקודשים, וכל בקע וכל סדק אשר מכניסים בעקרונות של המשפחה הישראלית, הרי זה גורם להרס וגם לירידה מוסרית ואנחנו כחברי הכנסת וכנציגי הציבור צריכים למנוע זאת. בדרך כלל אין אנשים חיים בצורה כזאת אלא כתוצאה מירידה מוסרית ורוחנית מתוך קלות דעת של מי שיש לו אולי בביתו אישה וילדים והוא עזב אותם לנפשם וחי עם האישה הידועה בציבור כאשתו במקום אחר."

102. קריאת נימוקי המתנגדים להכללת הידועים בציבור כזכאים לאמץ מבהירה עד כמה השתנו התפיסות החברתיות מאז שנת 1959 ועד ימינו. בשנות ה-60 היו שראו במוסד הידועים בציבור מוסד לא מוסרי המאיים על מוסד המשפחה ומעיד על הפקרות. כיום, דברים אלה נראים כמנותקים ממצואות החיים הישראלית גם ביחס לזוגות מאותו המין, והראיה – הסכמתה של המדינה במסגרת הדיונים בבג"ץ 3217/16 לאפשר אימוץ על ידי בני זוג הטרוסקסואליים שהם ידועים בציבור ואינם נשואים.

103. מובן כי היום, 60 שנה לאחר שנחקק חוק האימוץ, כשם שהציבור אינו רואה את מוסד הידועים בציבור כמוסד לא מוסרי המאיים על מוסד הנישואים, וכשם שהמדינה סבורה שאין כל מניעה שידועים בציבור יאמצו ילדים, כך הדבר גם באשר לזוגות בני אותו המין.

104. יצוין כי לאחר שהוגשה עמדתה הראשונית של המדינה במסגרת בג"ץ 3217/16, שקבעה כי אין לאפשר אימוץ ע"י זוגות מאותו המין, שכן יהא בכך להעמיס חריגות נוספת על המאומץ, ערך משרד הרווחה סקר על מנת לברר את עמדות הציבור בנוגע לאימוץ ע"י קהילת הלהט"ב. בסקר השתתפו 832 נשאלים ועלה ממנו כי 60% מהנשאלים תומכים באימוץ ע"י זוגות חד מיניים, לעומת 33% המתנגדים לכך. 63% משוכנעים כי אין קשר בין סוג המשפחה לבין היכולת להעניק לילדים חום ואהבה כמו גם חינוך טוב, כלים להתמודדות עם בעיות, בטחון וקבלת הסביבה את הילד, לעומת 33% שאינם סבורים כך. 74% השיבו כי לדעתם הקריטריון העיקרי לאימוץ הוא טובת הילד ולא סוג המשפחה (לעומת 22% שסבורים שהקריטריון העיקרי צריך להיות סוג המשפחה). **מהסקר ברור כי יש תמיכה ציבורית נרחבת בחברה הישראלית באימוץ על ידי זוגות מאותו המין.**

להלן לינק לידיעה על הסקר :

<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5001063,00.html>

[כט] ידיעה בנושא באתר Ynet מיום 10.8.17 מצ"ב **כנסת כט**.

105. בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, אשר עסק בזכותה של אישה להפוך לאם בדרך של פונדקאות אף בלא בן זוג, התייחס השופט חשין לסעיף 3 לחוק האימוץ, השולל אימוץ מאם יחידנית ולתפיסות חברתיות המקובלות:

"כשאני לעצמי, אתקשה לקבל כי "תפיסה חברתית מקובלת" – באשר היא – אוצרת כוח לקיים טענת שוויון או להתגבר על טענת הפליה. מושג השוויון ובן-דמותו, איסור ההפליה, מושגים הם השאובים מתחום הערכים: טוב ושאינו טוב, ראוי ושאינו ראוי, צודק ושאינו צודק, הוגן ושאינו הוגן. שלא כמות אלה היא "תפיסה חברתית מקובלת", שבעיקרה אין היא אלא תיאור מציאות קיימת בלא הבעת דעה על אותה תפיסה מבחינה ערכית. העמדתה של "תפיסה חברתית מקובלת" בצד ערכי השוויון ואיסור הפליה, כמו המדובר – תמיד ולא-סייג – במושגים שיש להם מכנה משותף, יש בה לדעתי עירוב מין בשאינו-מינו.

לא נכחד, כמובן, כי ערכים כערך השוויון וככבוד האדם תוכנם ותחומי התפרשותם ייקבעו, בין השאר, על-פי התפיסות המקובלות בחברה.. בתחילת-כל-התחילות ובסוף-כל-הסופות, כולנו חיים אנו באטמוספירה חברתית מסוימת, והשקפות המקובלות בחברה תחדרנה על דרך האוסמוזה החברתית אל גופנו ואל תודעתנו ותיקלטנה בנו. ואולם חלילה לנו מערב מציאות בערכים, ואמנם, המבחן הקובע חובת שוויון – וכמותו האיסור על הפליה – מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות". כן היא הפליה מחמת גזע, כן היא הפליה מחמת מין, כן היא הפליה מחמת נטייה מינית, כן היא הפליה מטעמים אחרים אף-הם. כל מעשי הפליה מאלה שהזכרנו מקורם ב"תפיסות חברתיות מקובלות": תפיסה חברתית כי בן גזע אחד נחות מבן גזע אחר; כי נשים אינן כשירות לבצע פעילויות כגברים; כי אנשים בני גיל מסוים אינם כשירים למקצועות מסוימים וכו'. אכן, לשירות "תפיסות חברתיות מקובלות" – מקובלות אך פסולות – נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטראוטיפ שדבק בקבוצה שפלוגי נמנה עם חבריה."

(בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נ"ו, 1, 2003).

106. בהתייחסו לפרשנות חוק האימוץ, ציין הנשיא ברק בעניין ירוס חקק:

"השאלה המשפטית אינה מהם הדימויים שעמדו לנגד עיניהם של חברי הכנסת שעה שחוקק החוק.. השאלה המשפטית הינה מהי

**התכלית הסובייקטיבית ("הכוונה") המופשטת שעמדה לנגד עיניהם של חברי הכנסת שעה שחוקק החוק."**

וראו גם :

"נקודת המבט של הפרשן אינה אחורה, אלא קדימה. אמת הדבר, כחלק מהתהליך הפרשני, על השופט לחזור אל הרקע ההיסטורי ואל ההיסטוריה החקיקתית על מנת לשאוב מהם נתונים על התכלית הסובייקטיבית של החוק [...]. אך תכלית סובייקטיבית אינה התכלית היחידה שיש לחוק. בצד התכלית הסובייקטיבית ישנן תכליות נוספות, אשר הפרשן רשאי להניח את קיומן. על הפרשן להתחשב בתכליות כולן – סובייקטיביות ואובייקטיביות – בגיבוש תכלית החקיקה. על הפרשן לגבש את תכלית החקיקה באופן התואם את צורכי ההווה, והמשתלב בערכי היסוד ובחזקות התכלית שבהווה."  
(א' ברק, פרשנות החקיקה, בעמוד 265)

107. כפי שצוין לעיל, נראה שהמחוקק כלל לא חשב על זוגות בני אותו המין כשחוקק את החוק. בישראל של שנת 2021 העובדה שהוריו של ילד הם בני זוג מאותו המין, אינה ממיטה על הילד קלון ואין היא הופכת אותו להיות מושא לרינונים ולגנאי.<sup>5</sup> לכן ממילא אין בסיבות המנויות בדברי הכנסת כדי לקבוע כי יש לפרש את החוק באופן שאינו חל על בני זוג מאותו מין.

108. מכל מקום, כפי שיפורט להלן, התכלית האובייקטיבית של החוק מחייבת פרשנות הכוללת זוגות מאותו המין. בית משפט נכבד זה כבר פסק שגם אם יש התנגשות בין התכליות הסובייקטיבית והאובייקטיבית - יש לבכר את התכלית האובייקטיבית העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד (דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית). כך ציינה באותו עניין הנשיאה דאז :

"בהתנגשות בין תכלית זו [התכלית האובייקטיבית] לבין התכלית הסובייקטיבית העולה מן ההיסטוריה החקיקתית בדבר מתן מונופול לרבנות הראשית במתן תעודות הכשר, עמדתי היא כי יש לבכר את התכלית הראשונה, שפגיעתה בעקרונות היסוד של השיטה מצומצמת יותר. איני סבורה כי יש הצדקה לתת עדיפות לתכלית הסובייקטיבית... אדרבא, לנוכח הזמן שחלף מאז נחקק חוק איסור הונאה בכשרות והשינויים שחלו במשפט החוקתי הישראלי מאז, יש לתת משקל נכבד יותר דווקא לתכלית האובייקטיבית.

<sup>5</sup> וראו גם עמדת הסתדרות הפסיכולוגים בישראל בעניין אימוץ על ידי זוגות חד-מיניים, נספח ד'.

לדברים משנה תוקף מקום שמדובר בתכלית סובייקטיבית שנלמדה מההיסטוריה החקיקתית, ויהיו הנתונים אודותיה רבים ככל שיהיו, שהרי "החוק חכם מהמחוקק" .. בית משפט זה עמד על כך לא אחת: "כל דבר חקיקה מתפרש על-פי נוסחו ותכליתו, ולא כוונתם הסובייקטיבית של מחוקקיו [...] תקבע את פרשנותו הראויה. גם אם יכול שלהיסטוריה החקיקתית יהיה משקל ככלי עזר פרשני, בסופו של דבר, ההכרעה בפרשנותו של חוק היא על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק" (פסקאות 24-25)

השופט ג'ובראן ציין באותו עניין:

"שיטה פרשנית זו [השיטה האורייגנלית של מתן משקל נכבד לכוונת המחוקק] מעוררת קשיים יישומיים בהתאמת לשון החוק למציאות המשתנה. ברי לכל כי אין ביכולתו של המחוקק לצפות את כל העתיד לבוא, ושלעולם יהיו מקרים שלא העלה בדעתו בעת שחוקק את החוק... היות ששיטת הפרשנות האורייגנלית נשענת על כוונת המחוקק בלבד, מתעוררת השאלה כיצד על בית המשפט לפעול בבואו לפרש וליישם את החוק במקרה מסוים, שהנסיבות העובדתיות בו אינן מוצאות מקומן בכוונת המחוקק?... ניתן להיווכח, אפוא, כי גישה פרשנית המתייחסת לכוונת המחוקק בלבד, מעוררת בעיות לא מבוטלות בחיי המעשה. משום כך, מצא לנכון בית משפט זה להכיר בהיות החוק חכם מהמחוקק ... ולאמץ כללי פרשנות מורכבים וגמישים, המתייחסים להיבטים נוספים זולת לשון החוק וכוונת המחוקק בעת שחוקק דבר החקיקה. כך למשל, בפרשנותה של נורמה חקיקתית נדרש בית משפט זה בין היתר לחלוף הזמן ולשינויים החברתיים והטכנולוגיים שאירעו בין חיקוק הנורמה לבין פרשנותה – זאת על מנת ליישב את חוכמתו של החוק עם המציאות המשתנה." (פסקה 5)

109. כך ציין גם השופט ג'ובראן בענין ארד פנקס הראשון:

"חלקה הארי של התכלית הסובייקטיבית הולם את התכלית האובייקטיבית, ואולם חלקה האחר – שעניינו ייחוד הגישה עבור זוגות הטרוסקסואליים – אינו הולם את התכלית האובייקטיבית. בבחינת תכליתו הכללית של החוק, סבורני שיש לבכר את התכלית הסובייקטיבית ההולמת את התכלית האובייקטיבית על פני זו הסותרת אותה, וזו ממספר טעמים. ראשית, בבחינת תכליתו הכללית של חוק ההסכמים על סמך שתי התכליות, ראוי להתייחס להשפעת



הזמן שחלף ממועד חקיקת החוק. כפי שציין השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין ההורים הביולוגיים: "הכל זורם, אין אנו טובלים פעמיים באותו נהר, והמשפט כמערכת נורמות המבקשת להשתלב בחיים ולנתב את דרכם של בני-אנוש, חייב להביא במניין את הזמן כגורם ראשון במעלה. הזמן הוא המימד הרביעי. כך בחיינו וכך במשפט". אמת הדבר, אין עסקינן בחוק ארכאי, אלא המדובר בחוק אשר נחקק בשנת 1996. ואולם, אין גם להתעלם מהשינויים החברתיים המשמעותיים שעברו על החברה בישראל מאז שנות ה-90, בהם שינויים בתא המשפחתי המסורתי ... ושינויים בגישת החברה להסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה... שנית, בהינתן שמדובר בהוראות חוק הנוגעות לזכויות אדם – יש מקום לבכר את משקלה של התכלית האובייקטיבית... ושלישית, נוכח הכלל הפרשני שלפיו יש להעדיף תכלית חוק שאינה מפלה על פני תכלית חוק מפלה... לשיטתי, השינויים החברתיים האמורים, בצירוף הכללים בדבר העדפת התכלית האובייקטיבית עת עסקינן בזכויות אדם והעדפת תכלית שאינה מפלה – מצביעים על כך שיש לבכר את התכלית האובייקטיבית, ההולמת את מרבית התכלית הסובייקטיבית, ולקבוע כי התנאי המאפשר רק לזוג הטרוסקסואלי להתקשר בהסכם פונדקאות אינו חלק מתכלית החוק." (פסקה 39)

110. במקרה זה, כוונת המחוקק אינה ברורה כלל לגבי זוגות מאותו המין אך גם אם ייטען כי משתמע שהמחוקק סבר שאין לכלול זוגות מאותו המין בחוק, התכלית האובייקטיבית מחייבת מתן פרשנות הכוללת בחוק האימוץ זוגות מאותו המין ותכלית זו גוברת.

### תכלית אובייקטיבית

111. בכל הנוגע לתכלית האובייקטיבית, ניתן לדבר על תכלית כפולה: תכלית ספציפית – במקרה של חוק האימוץ – טובת הילד, ותכלית כללית – שהינה הגשמת ערכי היסוד של השיטה ובראשם זכויות האדם.

### **תכלית ספציפית – טובת הילד**

112. סעיף 1(ב) לחוק האימוץ קובע:

"צו אימוץ וכל החלטה אחרת בהליכי אימוץ יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ."

113. בית המשפט העליון קבע כך בכל הנוגע לטובת הילד:

"טובתו של הקטין – או האינטרס שלו – נבחנים על ידי מעגלים רבים של שיקולים אשר במרכזם עומד הקטין. חלקם של השיקולים משקף שיקולים חומריים; חלקם משקף שיקולים רוחניים, חברתיים, אתיים ומוסריים. חלקם משקף שיקולים של טווח קצר; חלקם משקף שיקולים של טווח ארוך. חלקם משקף את היחס שבינו לבין הוריו (הביולוגיים והמאמצים); חלקם משקף את היחס שבינו לבין החברה בה הוא חי וימשיך לחיות. עניין לנו בטובת המאומץ – או אינטרס המאומץ – במשפחה בה הוא יחיה ובחברה בה הוא יגדל. תפיסה זו של "טובת המאומץ" היא בעלת אופי הוליסטי. הקטין הוא עולם ומלואו ואת מלוא עולמו – בהווה ובעתיד – יש לבחון. אין להסתפק בבחינה חלקית."

(עניין ירוס חקק, בפסקאות 14-15 לפסק דינו של הנשיא ברק)

114. בדנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית נפסק:

"עוד עלינו להביא בחשבון כי הביטוי "טובת הילד" הוא רחב ומאז הוחק חוק האימוץ חלה התפתחות באשר למעמדו של הילד והוא נתפס כמי שטובתו כוללת את מכלול זכויותיו כאדם. לפיכך למען עתיד הילד יש לבחון את טובתו בהתאם למעמדו, אישיותו ולזכותו להגנה על חייו ועל שלמותו הנפשית. עלינו לזכור כי לא רק בזכותו של ההורה הביולוגי להורות ולגידול ילדו אנו דנים בהליך האימוץ. לפנינו ניצבת מנגד גם זכותו של הילד להתפתח ולגדול במסגרת הולמת שתסייע לביסוס חייו בעתיד, בלא שישא על גבו את המשא והנטל של הוריו."

115. ואילו הפרופ' א' ח' שאקי הגדיר את טובת הילד, על סמך הפסיקה, באופן הבא:

"מכלול הסיכויים, כפי שהם נתפשים ומוערכים על פי שיקולי בית המשפט לאור מכלול ממצאיו, להבטיח מרב הדאגה, בנסיבות כל מקרה, לצרכיו הגופניים, החומריים והנפשיים של הילד בהתחשב בגילו ובצרכיו המיוחדים. צרכים שונים ומשתנים אלה מורכבים מתערובת של תנאי מגורים נאותים, תנאי כלכלה סבירים, אווירה חינוכית, תרבותית וחברתית הולמת, טיפול מסור ונכון, כשירות גופנית ונפשית של ההורה להעניק לילד תחושת קרבה, אהבה, חום, רגש, ביטחון ואמון, ומעל לכל – את ההרגשה שהוא רצוי על-ידי הוריו וסביבתו."

א' ח' שאקי, אפיוניים בדיני משמורת של קטינים – תוך שימת דגש על  
יישום עיקרון טובת הילד, **עיוני משפט י' (תשמ"ד)**, 5, 15.

116. בנוגע לבני זוג מאותו המין, בעניין ירוס-חקק נדחתה בדעת הרוב הטענה שטובת הילד  
מונעת אימוץ ילד על ידי זוגתה של אמו:

"אין לומר א-פריורי כי בשל הזוגיות החד-מינית של המערערות,  
אימוץ על ידן יהיה שלא לטובת המאומץ. יש לבחון כל מקרה לגופו;  
יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו..." בבדיקת "הנסיבות המיוחדות"  
במקרהו של קטין ספציפי וקונקרטי, ובמתן צו אימוץ במקום  
שנסיבות כאלה מתקיימות, אין מקום לנקיטת עמדה ערכית ביחס  
למעמד של זוגות חד-מיניים בדרך כלל, או ביחס למעמד של  
ידועים בציבור הטרוסקסואליים בדרך כלל."

117. ובאופן כללי יותר אומר השופט חשין:

הוראת ה"איש ואשתו יחד" שברישה לסעיף 3 לחוק - הוראה היא  
שנחקקה על רקע חברתי מסוים, בחברה שהכירה דגם משפחתי אחד  
ויחיד - אָם ואב נשואים זה-לזה. אין פלא בדבר, אפוא, כי **דגם זה  
נקבע - על-דרך העיקרון - כדגם העשוי לשרת את טובת הילד. ימינו  
אלה אינם עוד כימים ההם. מאז נחקק חוק האימוץ נתחוללו בחברה  
המערבית - ובחברה בישראל - תמורות כה רבות ועמוקות, עד  
שנתקשה להחיל על תופעות בימינו את הוראות חוק האימוץ  
כפשוטן. נתבונן סביבנו וידענו כי האקלים והרקע החברתי נשתנו  
במאוד, וכי בימינו נפגוש משפחות רבות שאינן רואות עוד עצמן סרות  
למשמעתו של הדגם-שלעבר. וגם משפחות אלו יכולות - על דרך  
הכלל, כמובן - לשרת את אינטרס הילד בדומה לאותו דגם של-  
עבר.**" (סעיף 14 לפסק דינו של השופט חשין)

118. מכלול השיקולים של טובת הילד כפי שמובאים בפסיקה אינם סותרים בשום מובן שהוא  
את כשירותם של בני זוג מאותו המין להיות כאלה המסוגלים לספק מסגרת הולמת אשר  
תבטיח את התנאים הנדרשים עבור הילד, הן פיזיים והן נפשיים - רוחניים. כמובן שכל  
זוג צריך לעבור בחינה פרטנית של השירות למען הילד, כפי שנעשה לכלל הזוגות  
המבקשים לאמץ, אולם, אין בעצם העובדה שבני הזוג הם בני זוג מאותו המין, כדי לשלול  
על הסף את יכולתם להוכיח כי הם אכן מסוגלים ומתאימים לשמש כהורים מאמצים  
לתינוק. ובוודאי שאין כל היגיון לומר שאפריורית הם אינם מסוגלים לאמץ תינוק אך  
מתאימים לאמץ ילד עם צרכים מיוחדים.

119. המושג טובת הילד, עניינו יכולתם של זוג ההורים לדאוג לשלומו ולרווחתו של הילד. לשיקולים אלה אין כל קשר לנטייה המינית של ההורים, ולכן פסילה של זוגות אך בשל נטייתם המינית של ההורים אין לה דבר עם שיקולי טובת הילד, שאמורים להתמקד ביכולתם כאמור לדאוג לשלומו ולרווחתו. למעשה המשיבים עושים שימוש בפרשנות הוראות החוק באופן שאינו עולה בקנה אחד עם טובת הילד.

120. לא זו אף זו, מדיניות המשיבים בפועל הינה שבני זוג בני אותו המין – שלגרתם אינם עונים על התנאי של "איש ואישה יחד" - כשירים פחות לגדל ילדים ולכן הם באים בתור רק לאחר זוגות הטרוסקסואליים נשואים ומיועדים לאמץ ילדים בעלי צרכים מיוחדים או ילדים גדולים. אולם המדובר בילדים שעל פי רוב עברו כבר תלאות וטלטלות קשות ואימוצם עלול להיות מלווה בקשיים רבים יותר מאימוצו של תינוק בריא. זהו נוהל בלתי סביר בעליל, שהרי אם השירות למען הילד סבור כי מדובר בזוגות כשירים פחות לאמץ כיצד הוא מאפשר להם לאמץ ילדים שיש הסתברות גבוהה יותר שאימוצם וגידולם יהיו כרוכים בקשיים מיוחדים? נוהל זה רק חושף את העובדה ששיקוליו של המשיבים אינם נובעים כלל משיקולי טובת הילד הנדרשים בחוק, אלא משיקולים שאינם ממין העניין הקשורים לנטייתם המינית של המועמדים לאמץ.

121. אין כל ביסוס אמפירי לשוני בכשירותם של זוגות מאותו המין לגדל ילדים (ראו צבי טריגר ומילי מאסס, לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ - מפנה חיוני, להרחבת האימוץ להורים להטב"ים, קובץ זכויות הקהילה הגאה עמ' 1-3).

122. כפי שצוין, במסגרת בג"ץ 3217/16 המשיבים ציינו כי "המחקרים בנוגע להורות חד מינית מלמדים על הורות מיטיבה, ולכך יש להוסיף את הניסיון המצטבר בעבודה השוטפת של השירות למען הילד, אשר במהלך השנים הגיש מאות המלצות לבתי המשפט בבקשות לאימוץ קרובים על-ידי בן/בת הזוג של ההורה הביולוגי, מקום שבו מדובר בזוגות באותו המין. [...] בעקבות הבחינה המחודשת שנערכה, אשר כללה קבלת התייחסויות מגורמי מקצוע שונים, הוחלט לאמץ את העמדה הנוספת שהוצגה במסגרת דיוני ועדת גרוס, אשר סברה, כי יש לבטל את תנאי הסף הדורש זוגיות של "איש ואשתו" דווקא [...]". **כלומר, אף המשיבים עצמם סבורים כי טיבה של הורות חד מינית אינה נופלת מטיבה של הורות הטרוסקסואלית ומכאן ששיקולי טובת הילד מחייבים לשקול כל זוג לגופו.**

123. בענין **ירוס חקק** נאמר:

"ספרות מדעית ענפה אשר בחנה את טובתם של ילדים מאומצים החיים עם מאמצים חד-מיניים והשוותה זאת לטובתם של ילדים מאומצים החיים עם מאמצים הטרוסקסואליים (נשואים או שאינם נשואים). ספרות זו בוחנת אחת לאחת את הטענות השונות המועלות כנגד אימוץ במסגרת זוג חד-מיני ודוחה אותן כמבוססות על דעות קדומות, על סטריאוטיפים ועל שאין להן כל בסיס מדעי."

124. כך ציין גם השופט ג'ובראן בענין ארד פנקס הראשון :

"מעבר לפסול המוסרי הטמון בה, ההבחנה בין הורות הטרוסקסואלית לבין הורות חד-מינית נעדרת בסיס במחקר האקדמי אשר בחן את טובתו של היילוד. טלו לדוגמה את מאמרם של טריגר ומאסס, אשר נדרש באופן שיטתי ומעמיק לטענות שונות שמועלות נגד הורות חד-מינית והראה – באמצעות מחקרים נרחבים מתחומים שונים – כי אין להן כל יסוד. כך, למשל, הובהר כי אין לילדים שגדלים במשפחות חד-מיניות קשיים מיוחדים ביחס לילדים שגדלו במשפחות בהן אם ואב – הן מבחינת התפתחות הילד, הן מבחינת השותפות של ההורים בגידולו, והן מבחינות נוספות (ראו: טריגר ומאסס, עמ' 448-453). מחקרים נוספים בחנו ושללו טענות שונות בדבר השלכות שליליות לכאורה של התקשרות זוגות חד-מיניים בהליכי פונדקאות. מחקרים אלה מצביעים על קשרים טובים עם האם הנושאת במהלך ההיריון ולאחריו, וכן קובעים כי לא ניתן להצביע על כל הבדל בין מצבם של ילדים שנולדו למשפחות הטרוסקסואליות לבין מצבם של ילדים שנולדו למשפחות חד-מיניות תוך הסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה." (פסקה 48)

125. אם כן, לאור תכלית החוק, יש לפרש את החוק ככולל בני זוג בני אותו המין החיים יחד. טובת הילד מחייבת לפי תפיסת המחוקק שתהיה למאומץ מסגרת משפחתית תומכת המבטיחה את שלומו ורווחתו, לעניין זה הכוונה הייתה ליחידה משפחתית שיש בה שני בני זוג, אשר נבחנים רק על פי קריטריונים רלוונטיים לשיקול זה.

126. ברי כי בני זוג מאותו המין מהווים יחידה משפחתית לכל דבר ועניין, ולכן יש במתן האפשרות לזוגות אלו לאמץ כדי להגשים את תכלית החוק, היא טובת הילד.

#### תכלית כללית – עקרונות היסוד של השיטה

127. כידוע, חזקה היא כי מטרתו של דבר חקיקה, להגשים זכויות אדם (דנג"ץ 5120/18 נשים קוראות ללדת נ' מדינת ישראל, סעיף 6 לפסק דינה של הנשיאה חיות):

"... תכלית אוביקטיבית... משקפת את ערכי היסוד של השיטה... היא ביטוי לתפישה, כי דבר חקיקה אינו מעשה חד-פעמי של מחוקק חולף, אלא חוליה של יצירה חקיקתית של מחוקק קבוע. היא מהווה

"מטריה נורמטיבית" הפרושה מעל דברי החקיקה כולם .... תכלית כללית זו "מחלחלת" לתכליתו של כל דבר חקיקה. היא ביטוי למבנה השיטה ולערכיה.... היא מתבטאת בחזקות (presumptions) באשר לתכליתו של דבר החקיקה. רשימתם של ערכי היסוד המהווים את תכליתו הכללית של דבר חקיקה, אינה סגורה. ... במרכזם של ערכי היסוד עומדות זכויות האדם".  
ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית פ"ד נ"ה(1), 12, 29.

128. השופט אהרן ברק ציין בספרו **פרשנות תכליתית במשפט**, דברים היפים גם לענייננו :

"התכלית האובייקטיבית של טקסט משפטי היא רצונו של היוצר הסביר. ברמת הפשטה גבוהה זהו "הרצון של השיטה" אלה הם הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציות אשר הטקסט נועד להגשים בחברה דמוקרטית ... אין היא פרי רצונו של יוצר הטקסט. היא אינה משקפת רצון ריאלי אלא רצון "היפותטי" (אינדוידואלי או כללי)... אין היא ביטוי לרצון "האמיתי" של היוצר. היא פרי הקונסטרוקציה המשפטית המשקפת את צרכיה של החברה. היא ביטוי לאידאל חברתי...". (ע' 195)

129. כך ציין השופט ג'ובראן בענין ארד פנקס הראשון :

"על מנת לקבוע את תכליתו האובייקטיבית של חוק ההסכמים, נידרש לחזקות הפרשניות. בענייננו רלוונטיות במיוחד שתיים מהחזקות הפרשניות – החזקה שלפיה החוק שואף להגן על זכויות אדם ולהגשימן, והחזקה בדבר הגשמת ההרמוניה החקיקתית".  
(פסקה 37)

130. בענין דנילוביץ צוין כי הזכות לשוויון מהווה היבט מרכזי של התכלית (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה. היא מהווה אמת-מידה לפרשנותו (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 759).

131. מתוך ערכי היסוד בשיטתנו, רלבנטיות לענייננו הזכות לשוויון ולכבוד והזכות להורות ולמשפחה. על הפרשן הבורח את סעיף 3 לחוק האימוץ לתת דעתו לצורך לכבד ולהגשים זכויות אלה. **תכלית אובייקטיבית זו מחייבת מתן פרשנות המקיימת זכויות אלה.** פרשנות זו מחייבת להימנע מלהבחין בין זוגות הטרנסקסואליים לזוגות בני אותו המין. כך צוין בענין ארד פנקס השני :

"כלל הוא בשיטתנו המשפטית כי בהינתן שתי פרשנויות אפשריות לדבר חקיקה, האחת פוגעת בזכויות אדם והאחרת מקיימת אותן, יש להעדיף את הפרשנות המקיימת ונפסק כי "עמדה זו מבוססת [...] על

הרצון להבטיח אחדות חוקתית ועל התפיסה הבסיסית, כי עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו. אכן, כאשר דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים, יש לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק (ובתוקפו) על פני פירוש המביא לאי-חוקתיותו (ולביטולו). " (פסקה 21)

וראו גם בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 814, 793; בג"ץ 7146/12 **אדם נ' כנסת ישראל**, פ"ד סו(1) 848, 717; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 553 (1993).

132. זאת ועוד. כידוע, "במלאכת הפרשנות יש לשאוף ליצירת הרמוניה בין דינים שונים, ולא לפרשנות שיוצרת דיסהרמוניה משפטית" (דנג"ץ 5120/18 **נשים קוראות ללדת נ' מדינת ישראל**, ס' 104 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). אך לאחרונה פסק בית משפט נכבד בבג"ץ 781/15 זה שיש לבטל את הגדרת הורים מיועדים שהם בני זוג (המוגדרים כאיש ואשה) בחוק הסכמים לנשיאת עוברים ולפרש את החוק כך שיחול גם על זוגות מאותו המין. הוא הדין בענייננו.

133. ראוי לציין עוד שבאותו עניין נאמר "מושכלות יסוד הן כי הפרשן המוסמך של דבר חקיקה ראשית הוא לעולם בית המשפט. עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית בהקשר זה היא אמנם נתון רלוונטי שבית המשפט משווה לנגד עיניו, אולם אין לה משקל מכריע" (ס' 109).

### העדר מידתיות

134. העותרים יטענו כי פרשנות המשיב אינה עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות ואף מטעם זה דינה להתבטל.

135. שלושה מבחנים מצטברים לעקרון המידתיות:

- א. האם קיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה.
- ב. האם נבחר האמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר לצורך הגשמת המטרה.
- ג. האם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות לעומת התועלת הצומחת מהפגיעה.

(בג"ץ 5077/11 **איזוטופיה מולקולר אימג'ינג נ' הרוקח המחוזי**, פסקה 27)

136. העותרים יטענו כי פרשנות המשיבים אינה עומדת באף אחד מהמבחנים האמורים:

- לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי, שהוא פסילתם של זוגות בני אותו המין כבני זוג מאמצים, לבין המטרה שהיא אימוץ לאור העיקרון המנחה של טובת הילד. זאת משום שנטייתם המינית של ההורים אין בה כדי להשפיע על טובת

הילד. אימוץ על ידי בני זוג על פי עקרון טובת הילד, שהוא מטרת חוק האימוץ, אינו מחייב פגיעה בזכותם של בני זוג מאותו מין לאמץ ואינה שוללת את יכולתם להיות הורים מאמצים.

- לא נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה, אלא האמצעי שפגיעתו החמורה ביותר שכן זוגות בני אותו המין מדורגים מתחת לזוגות הטרוסקסואליים בכל הנוגע לילדים הנמסרים לאימוץ, ובכך נפגעת אנושות זכותם לשוויון, לכבוד ולהורות.
- מכלול הדברים שפורט לעיל מצביע על כך שלא מתקיים כל יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות לבין התועלת שצומחת מהפגיעה - הפגיעה בשוויון, בכבוד ובזכות להורות של בני זוג מאותו מין אינה מצמיחה תועלת. ההיפך הוא הנכון: פסילה א-פרוירית של בני זוג מאותו מין ומניעת האפשרות שיוכלו לאמץ תינוק על פי סעיף 3 רישא, פוסלת זוגות אשר היו יכולים להימצא ככשירים ומתאימים לאימוץ תינוקות ומונעת אפשרות זו ללא כל סיבה מוצדקת וללא כל תועלת. מה גם שכאמור מאפשרים לזוגות אלה לאמץ ילדים גדולים או עם צרכים מיוחדים.

### חוסר סבירות

137. העותרים יטענו כי הפרשנות שנקטו המשיבים נגועה בחוסר סבירות קיצוני ואף מטעם זה מתבקש בית המשפט לבטלה.

138. הלכה ידועה היא, כי בעת שרשות מפעילה שיקול דעת, אסור לה לשקול שיקולים זרים או לפעול למען מטרות זרות, אלא עליה לשקול את כל השיקולים הענייניים, ולתת לכל שיקול ענייני את המשקל הראוי לו (בג"ץ 1/88, 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 324). השיקולים הענייניים נובעים הן מהתכלית המיוחדת של החוק הנוגע לעניין, והן מתכליתה של שיטת המשפט וערכי היסוד שלה (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 434-432 וראו גם בג"ץ 5445/93 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד נ(1) 397, 410-411). במידה שהרשות לא שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים או לא נתנה משקל ראוי לשיקולים אלה בהתאם לחשיבותם היחסית, אזי ניתן לומר שהיא פעלה בחוסר סבירות, והחלטתה תיפסל (ראו, למשל, בג"ץ 7364/03 סלאח ג'בארה נ' שר הפנים, פ"ד נח(1) 769; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 514).

139. עוד נקבע בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נגד רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 446 כי:

"הפגם העיקרי שנמצא בהחלטתה הוא איזון בצורה בלתי ראויה בין הגורמים הרלבנטיים בינם לבין עצמם. זהו פגם של חוסר סבירות מינהלית. רשות סבירה... הנותנת דעתה למטרה החקיקתית הניצבת לפניה, הייתה נותנת משקל שונה לאינטרסים השונים... לא מיותר יהיה לחזור ולציין, כי האיזון הראוי אינו עניין מוחלט, אלא הוא עניין



המשתנה מדבר תחיקה אחד למשנהו, שכן סבירות האיזון נמדדת בכוחו להגשים את המטרה החקיקתית הניצבת בפני הרשות המנהלית".

140. השיקולים הענייניים נקבעים איפוא על בסיס עקרונות היסוד של השיטה – ובראשם עקרונות השוויון והכבוד – ולאור תכלית חוק האימוץ. כאמור לעיל, הן תכליתו של חוק האימוץ והן עקרונות היסוד של השיטה, מחייבים לפרש את החוק באופן שאינו פוסל זוגות מאותו המין לצורך אימוץ ילדים.

141. בקביעה כי בני זוג מאותו המין אינם יכולים לאמץ, רק בשל נטייתם המינית, חטאו המשיבים פעמיים: ראשית, בכך שנמנעו לחלוטין משקילתם של שיקולים ענייניים, דוגמת טובת הילד, הזכות לשוויון ולכבוד, והזכות להקמת משפחה ולהורות. שנית, כאשר שקלו את נטייתם המינית של בני הזוג. העותרים יטענו כי בהקשר של טובת הילד שאלת נטייתם המינית היא שיקול זר שאסור למשיבים לשקול, בעת ההחלטה אם למסור ילד לאימוץ.

142. העותרים יטענו כי בכך חרגו המשיבים ממתחם ההחלטות שרשות מנהלית סבירה הייתה מקבלת, שכן הם נמנעו מלתת לאינטרסים ענייניים את המשקל הראוי להם, ותחת זאת נתנו משקל בלתי סביר לשיקולים זרים.

#### אי עמידה בלוח זמנים סביר

143. סבירות משמעה גם עמידה בלוח זמנים סביר (בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(4) 441, 451). במקרה שלא נקבע מועד ספציפי לקבלת החלטה, אלא המועד תלוי בנסיבות המקרה, על הרשות לקבל החלטה "במהירות הראויה". הפרת החובה להפעיל את הסמכות תוך זמן סביר היא עילה לביקורת שיפוטית (יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** (מהדורה ראשונה, 1996), עמ' 706).

144. אכן, החובה לפעול במהירות הראויה יש עמה מידה של שיקול דעת. לכן יתערב בית המשפט רק אם חרגה הרשות מן הגבולות של "מתחם המהירות הראויה" (זמיר, עמ' 723).

145. במקרה זה, קבע בית משפט נכבד זה במסגרת הדיון בבג"ץ 3217/16 כי אם תקודם החקיקה לתיקון חוק האימוץ במהלך שנת 2018, זה יהיה לוח זמנים סביר ביותר, כאשר צוין כי "אם הדברים לא יתקדמו בקצב הראוי תמיד אפשר לחזור ולעתור".

146. מאז שנאמרו דברים אלה (בחודש ספטמבר 2017) חלפו כמעט ארבע שנים, והחוק עדין לא תוקן. גם בהתחשב באי הציבות הפוליטית, אין ספק שהמשיבים חרגו מכל קנה מידה של התנהלות סבירה, וזאת נוכח הפגיעה החמורה והנמשכת בזכויותיהם של בני זוג מאותו המין, דוגמת העותרים.

147. על הפגיעה הקשה בבני זוג מאותו המין ניתן ללמוד מתצהירי העותרים 1-4. כך, למשל, מתארים העותרים 1-2 את כמיהתם להרחיב את המשפחה ואת כמיהתה של בתם, בת השלוש וחצי, לאח או אחות. הם מציינים כי הם ממתנינים מזה שנים ארוכות, כי הם קיוו שממשלת ישראל תעמוד בהתחייבותה שניתנה בשנת 2017 ותבטל את האפליה כלפיהם אך השנים שחלפו לא הביאו עמן כל בשורה. גם היום, בשנת 2021, המסר של מדינת ישראל הוא שהעותרים 1-2 הם הורים סוג ב' ולא יזכו לאמץ ילד. ה בישראל בעתיד הנראה לעין. הם מציינים כי זו פגיעה אנושה ומכאיבה בזכויותיהם, כי בתם גדלה והם מתבגרים ולא יוכלו להמתין לנצח להרחבת המשפחה. לפיכך הם פונים לבית המשפט הנכבד ומבקשים סעד.

148. העותרים 3-4 מציינים בתצהירם המצורף כי הם ממתנינים למעלה מארבע שנים לאמץ ילד וכי העובדה שפוסלים אותם מלאמץ ילד רק בשל הנטייה המינית שלהם גורמת להם לתחושות קשות של עלבון והשפלה. הם מציינים כי הם כואבים וכועסים על כך שהם נשפטים על הנטייה המינית שלהם ולא על-פי היכולת ההורית והיכולת שלהם להעניק בית חם, בטוח ואוהב. עוד הם מציינים כי השנים חולפות והם לא יכולים להמתין ללא סוף, ולפיכך הם מבקשים מבית המשפט להיענות למצוקתם ולהורות על תיקון ההפליה בתחום האימוץ, כפי שבית המשפט קבע שלא ניתן להמתין עוד לתיקון החוק בנושא הפונדקאות.

149. בנסיבות אלו, התנהלות משיבים, המשקפת סחבת חמורה וגרירת רגליים קיצונית, שאת מחיריה משלמים זוגות מאותו המין שזכויותיהם נפגעות באופן חמור כל העת, הינה בלתי סבירה באופן קיצוני.

### הסעד המבוקש

150. בענין ארד פנקס השני ציין השופט פוגלמן:

ההצדקה למתן סעד חוקתי נובעת מן העיקרון המושרש שלפיו "מקום בו הזכות – שם הסעד" ... הסעד החוקתי נותן ביטוי ממשי לזכות החוקתית ומבטיח את ההגנה האפקטיבית עליה. במובן זה, הזכות החוקתית והסעד החוקתי כרוכים זה בזה, ואין האחד מתקיים בלי השני... תכליתו המרכזית של הסעד החוקתי היא מתן סעד אפקטיבי לנפגע. מטרתו היא בראש ובראשונה לרפא את הפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות הפרט, ולהשיב את מערכת היחסים בינו לבין השלטון למישור החוקתי הראוי לה. אגב כך משיג הסעד החוקתי תכליות נוספת שעניינן מתן תוקף (אישוש) לחוקי היסוד עצמם, והרתעה מפני פגיעות עתידיות נוספות בזכויות האדם שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה (ס' 32)

151. כאמור, במסגרת בג"ץ 3217/16 התחייבו המשיבים לתקן את חוק האימוץ בשנת 2018. דא עקא, כי בחלוף פרק זמן של למעלה משלוש שנים מהמועד לתיקון החוק, החוק טרם תוקן. על כן, העותרים סבורים כי על בית המשפט הנכבד להימנע מלהמתין עוד לשינוי חקיקה וליתן מזור למצוקתם של זוגות מאותו המין, בדרך של פרשנות החוק באופן העולה בקנה אחד עם זכויות היסוד ועקרון טובת הילד.

152. העותרים סבורים כי ניתן לפרש את המונח "איש ואשתו" בחוק האימוץ באופן שכולל בני זוג מאותו המין, כפי שפורט לעיל. יחד עם זאת, ככל שבית המשפט הנכבד יסבור כי לא ניתן לפרש את המונח "איש ואשתו" כך שיכלול בתוכו גם זוגות מאותו המין, העותרים סבורים כי המקרה הנוכחי הוא מסוג המקרים בהם ראוי לעשות שימוש בסעד של "קריאה לתוך החוק".

153. דוקטרינת "קריאה אל תוך החוק" (reading-in) נקלטה בשיטת המשפט הישראלית, ומאפשרת לבית המשפט לקרוא לתוך הסדר חוקי הלוקה באי-חוקתיות הוראות אשר יסירו את אי החוקתיות. בכך, מגשים סעד זה את חובת הכיבוד ההדדי בין הרשויות (ראו: בג"ץ 8300/02 נסר נ' מממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012) (להלן: עניין נסר)).

154. סעד זה אף שימש בעבר, בישראל ובחו"ל, ככלי משמעותי לצמצום אפליה על רקע נטייה מינית (ראו עניין דנילוביץ, בעמ' 764-765). באותו עניין צוין כך לגבי סעד זה:

"השופט אינו משנה את הטקסט הקיים, ואינו משחזר אותו או מוסיף עליו. השופט אינו נוגע כלל בטקסט הקיים. פעולתו של בית המשפט שונה היא. הוא קובע, כי כל עוד הטקסט הקיים עומד בעינו - וכאמור, השופט אינו "נוגע בו" כלל - מתבקש מתן טובות הנאה דומות לקבוצה נוספת, המצויה מחוץ לטקסט. הענקתה של טובת הנאה זו נגזרת במישרין מתוך עקרון השוויון, שהוא עיקרון נורמטיבי אשר הטקסט כפוף לו וחייב לציית לו. הנה כי כן, בית המשפט אינו שותל איבר נוסף לגוף הטקסט הנגוע בהפליה פסולה. בית המשפט קובע, עם זאת, כי מכוח העיקרון של השוויון וכל עוד ההסדר החוזי המפלה עומד בעינו - מתבקש סעד של מתן טובת הנאה גם לסוג המופלה, באופן שההפליה תוסר... תרופות אלה, ראויות הן במישור החוקתי. הן מקדמות את התכלית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי. הן מונעות את הצורך לבטל את דבר החקיקה. (שם בע' 765, 767)

155. אף בעניין ארד פנקס השני, נפסק כי ככל שלא יתקן המחוקק את ההוראות המפלות גברים יחידים ובני זוג מאותו מין בהסדר הפונדקאות בתוך 12 חודשים ממועד פסק הדין, ייתן בית המשפט סעד אופרטיבי, אם באמצעות "קריאה לתוך החוק" של הסדר שוויוני או באמצעות ביטול הוראות החוק המפלות וזאת "נוכח הפגיעה החמורה והנמשכת בזכות

לשוויון ולהורות הנגרמת לגברים יחידים ולבני זוג מאותו מין, ובהינתן העובדה כי עתירה זו תלויה ועומדת בפנינו משנת 2015 וכבר ניתן בה פסק דין חלקי ערב חקיקת תיקון החוק משנת 2018". השופט פוגלמן ציין באותו עניין:

"נוכח עצמתה וחומריתה של הפגיעה בזכויות היסוד במקרה דנן, ובהינתן ההיסטוריה של ההליך שלפנינו, שבמסגרתה כבר ניתן ביטוי ברור – בפסק הדין החלקי – לקשיים שהסדר הפונדקאות הנוכחי מעורר בקשר להפלייתם של גברים יחידים וזוגות גברים, אין מקום לשוב ולדחות את מתן הסעד החוקתי. כפי שציין בית משפט זה בפרשה אחרת "אי-החוקתיות של חיקוק אינה עניין מופשט המונח בחללה של השיטה. זהו עניין קונקרטי המחייב הכרעה שיפוטית הקובעת תוצאות מעשיות מבחינת התחולה בזמן, במקום ובצדדים" (ס' 31)

156. סעד ה"קריאה לתוך החוק" נועד בדיוק למצב בו העותרים רק מבקשים לתקן את ההסדר הנהוג בחוק האימוץ, כדי להופכו לשוויוני. באמצעותו ניתן לשמר את ההסדר הקיים במובן זה שהוא ימשיך לחול במלואו על כל קבוצות האוכלוסיה ועל כל המקרים בהתאם לנוסחו הנוכחי, ולצד זאת תורחב תחולתו של ההסדר, והוא יחול בנוסף על הקבוצה אשר הוחרגה ממנו באופן מפלה – זוגות בני אותו המין, תוך פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון ובזכות להורות.

157. בענין **דנילוביץ** צוין כי "השימוש בתרופה זו אינו עניין מכאני. יש לבדוק בכל מקרה אם ההרחבה אפשרית. יש לבחון אם היא פשוטה לביצוע, ואם אין בה התערבות יתרה במירקם החקיקתי. יש להתחשב בהשפעות התקציביות. אכן, טובת הנאה המוענקת בחוק לקבוצה שולית, אין בה כדי להצדיק מתן תרופה חוקתית בדרך של הרחבת התרופה לקבוצה גדולה ומהותית. אין גם לנקוט טכניקה זו כדי להטיל חובות על קבוצות אוכלוסיה שהחוק הפלה אותן לטובה בכך שלא הטיל עליהן חובות אלה."

158. בעניין **נסר**, שבו הפעיל בית המשפט את הדוקטרינה של קריאה אל תוך החוק על מנת לרפא הפליה בלתי חוקתית, מנה בית המשפט שורה של שיקולים אותם יש לבחון בטרם תופעל הדוקטרינה האמורה: מהי מידת ההרחבה הנדרשת; האם הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע; מה תהיה עלות ההרחבה; והאם ההרחבה מגשימה את כוונת המחוקק מבלי שתהיה בה התערבות יתירה במרקם החקיקה (עניין **נסר**, פסקה 59).

159. העותרים סבורים שלאור התנאים אשר נמנו בעניין **דנילוביץ** ובעניין **נסר**, דוקטרינת הקריאה אל תוך החוק מתאימה מאוד לשימוש לענייננו, שכן מידת ההרחבה הנדרשת היא מועטה יחסית – ההסדר כבר חל על זוגות נשואים וזוגות ידועים בציבור הטרנסקסואלים, וכעת העותרים מבקשים להחילו גם על זוגות מאותו מין המבקשים לאמץ, אשר מספרם מועט יחסית. כמו כן, ההרחבה פשוטה לביצוע, ולא אמורה להיות

לה עלות כלכלית כלשהיא. העותרים אף סבורים שהרחבה מגשימה את כוונת המחוקק, שכן כמתואר לעיל המחוקק ביקש להבטיח השמה של ילדים מאומצים במסגרת זוגית יציבה.

160. כך ציין השופט ג'ובראן בענין ארד פנקס הראשון :

"עתירה זו אינה בבחינת מופע משפטי ספוראדי, אלא ניצבת היא בליבו של מאבק עיקש וממושך לשוויון ולהכרה בקהילת הלהט"ב במגוון תחומי חיים, ובפרט בכל הנוגע לזכות להפוך להורה.. אין לכחד אפוא כי להשעיית ההכרעה בעתירה משמעות ניכרת עבור העותרים, כמו גם עבור רבים אחרים בציבור הישראלי, יהיו אלה בני ובנות הקהילה עצמה או אזרחים אחרים המזדהים עם מכאובם. זאת לנוכח כמיהתם העזה של אנשי ונשות הקהילה הגאה להורות והפגיעה הקשה בכבודם כתוצאה מההבחנה שעורך החוק בינם לבין זוגות הטרוסקסואליים – הבחנה שענייניתה מוטלת בספק רב." (פסקה 16)

161. יצוין כי ביום 6.7.21 הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המדינה בבג"ץ 781/15 בה צוין כי שר הבריאות סבור שאין היתכנות פוליטית מעשית לקידום הליכי חקיקה באותו עניין וכי הסיכוי לתקן את חוק הפונדקאות אפסי ובנסיבות אלה התבקש בית המשפט להכריע באחת הדרכים שצוינו בפסק הדין החלקי, דהיינו reading-in או באמצעות ביטול ההוראות המפלות.

162. כאמור, ביום 11.7.21 ניתן פסק הדין המשלים בבג"ץ 781/15, בו נאמרו דברים היפים לענייננו :

"ניתנה למחוקק שהות של למעלה משנה כדי להידרש לסוגיות האמורות. ואולם, במהלך תקופה זו לא הייתה התקדמות של ממש בכל הנוגע לתיקוני החקיקה הנדרשים, ובינתיים נמשכת הפגיעה הקשה בזכותם לשוויון של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין ובזכותם להורות – זכות אשר לגביה נקבע זה מכבר כי היא מצויה "ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם"... לא ניתן להשלים עם המשך הפגיעה הקשה בזכויות אדם הנגרמת כתוצאה מהסדר הפונדקאות הקיים, ו"משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה"...

לכשהובהר בהודעת המדינה מיום 30.6.2021 כי משרד הבריאות שותף לעמדה שבהסדר הקיים נפלו פגמים אך בשל "חוסר היתכנות

פוליטית" לא ניתן לקדם פתרון חקיקתי מתאים בעת הזו – יש להעניק סעד אופרטיבי לעותרים...

לנוכח הנסיבות החריגות שתוארו לעיל; הפגיעה הקשה הנגרמת בשל כך בליבת זכויות אדם; והעקרון לפיו "יש לשאוף למציאות שבה קשיים נקודתיים נענים בסעדים נקודתיים, תוך שמירת המסגרת הכוללת של החוק ככל הניתן"... אציע לחבריי כי נורה על ביטול ההגדרות אשר מדירות באופן גורף מהסדר הפונדקאות גברים יחידים ובני זוג מאותו מין... לאחר ביטולן של הגדרות אלו, ניתן לפרש את יתר הוראות חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסק הדין החלקי ולחזקה לפיה כל דבר חקיקה מבקש לקדם זכויות אדם ולא לפגוע בהן...

בהתאם לאמור בפסק הדין החלקי ולעקרון השוויון, ניתן להצביע על שתי אמות מידה עיקריות שלפיהן יש לפרש את הוראות הסדר הפונדקאות: הראשונה – יש להימנע מפרשנות העומדת בסתירה לזכות לשוויון ולזכות להורות, אשר תחסום את גישתם של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין להסדר; והשנייה – יש להחיל את הוראות ההסדר, במידת האפשר ובשינויים המחויבים, באופן שוויוני... לפיכך, ככל שבעתיד תעלנה שאלות ביחס לפרשנות הראויה של איזו מהוראות הסדר הפונדקאות, הגורמים הרלוונטיים ידרשו לפרש את ההוראה בהתאם לאמות מידה פרשניות אלה...

שש שנים התנהלה בפנינו העתירה שבכותרת ומשנקבע כי ההסדר אינו חוקתי, "העדר היתכנות פוליטית" אינו יכול להצדיק את המשך הפגיעה הקשה בזכויות יסוד. כפי שהיטיב לציין, השופט (כתוארו אז) מ' חשין: "והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע [...] אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה. והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996)). **דברים נכוחים אלה ראוי שינחו את דרכם של הגורמים הרלוונטיים בבואם לפרש את ההסדר שבפנינו.**"

163. נראה שכפי שאין היתכנות פוליטית לתקן את חוק הפונדקאות על מנת לתקן את ההפליה כלפי זוגות מאותו המין כך נראה שהסיכוי לתקן את חוק האימוץ כדי לתקן את ההפליה כלפי זוגות מאותו המין נמוך. בנסיבות אלה, לא ניתן להשלים עוד עם המשך הפגיעה בזכויות העותרים ובית המשפט יתבקש לפרש את החוק באופן שכולל זוגות מאותו המין או לקרוא לתוך החוק את האפשרות של זוגות מאותו המין לאמץ ילד.

## סוף דבר

164. מדיניות המשיבים לפיה מי שהם בני זוג מאותו מין אינם זכאים לאמץ הינה פסולה ומפלה, והיא מביאה לפגיעה קשה בזכות להורות ולמשפחה של הורים מאמצים פוטנציאליים, החיים יחד כמשפחה לכל דבר. הפליה זו פוגעת קשות בזכות לשוויון, לכבוד ולהורות ועומדת בסתירה למגמת החקיקה והפסיקה להשוות את זכויותיהם של בני זוג מאותו מין לזוגות הטרוסקסואליים.

165. בית המשפט היה נכון לאפשר למחוקק לפעול לתיקון החוק אולם בחלוף ארבע שנים תיקון החקיקה טרם בוצע והפגיעה הקשה בזכויותיהם של בני זוג מאותו המין, ובהם העותרים, נמשכת במלוא עוזה. בנסיבות אלה, אין לעכב עוד את ההכרעה ועל בית המשפט הנכבד להושיט סעד לעותרים, כפי שעשה אך לאחרונה בענין הפונדקאות.

166. בעניין ירוס חקק, שנפסק לפני 16 שנים, ציין השופט חשין ביחס לחוק האימוץ דברים אלה היפים לענייננו:

**"אין ספק כי נתהווה פער בין הסדרים שנקבעו בדברי-חוק שנחקקו בעולם-של-אתמול לבין מינהגות בעולם-של-היום, ואחת מן המטלות המונחות לפיתחן - לפיתחו של בית-המשפט - היא, לעשות את הניתן והראוי - בתחומיה של לשון-החוק ובגידרי תכליתו של החוק - לפרישת חופתו של החוק על תופעות-חיים שבאו לעולם לאחר חקיקתו, גם אם לעת החקיקה לא יכול היה המחוקק אף לשער קיומן של אותן תופעות. (פסקה 25 לפסק דינו של השופט חשין).**

167. לעתירה זו מצורפים תצהירים אלה:

- תצהירים של העותרים 1-2.
- תצהירים של העותרים 3-4.
- תצהירה של מנהלת העותר 5.

168. לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו-על-תנאי כאמור ברישא לעתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפוך את הצו על תנאי למוחלט. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בתשלום הוצאות העתירה ושכר טרחת עו"ד.

אורלי ארז-לחובסקי, עו"ד  
מ.ר. 20263  
ב"כ העותרים