ירוס חקק נ' היועץ המשפטי לדעות קדומות

אלכסנדרה בבצ'נקו*

בת מזל שכמותי. נולדתי בדור ליברלי שבו אדם חופשי לחיות בדרך שבה הוא חפץ לחיות, לעסוק במשלח יד שמוצא חן בעיניו ולהציג עצמו בפני החברה באופן שהוא רואה לנכון. חברה שבה הכול מותר, וכולנו חופשיים לעשות ככל העולה על רוחנו או בעצם כמעט הכול. בחברה שלנו אסור להיתפס כמי שמחזיק בדיעות שמרניות גם אם יש בהן קורטוב של צדק. תחושה שכזו עלתה בי שוב כשקראתי את פסק הדין המפורסם והקונטרוברסלי בעניין ירוס-חקק (ע"א 10280/01 ד"ר טל ירוס חקק, ד"ר אביטל ירוס חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה). הדיון נסב על השאלה האם שתי נשים לא נשואות, אימהות לילדים, המקיימות מערכת חיים זוגית משותפת, כשירות על-פי דין לאמץ, הדדית, האחת את צאצאי רעותה.

אביטל ירוס-חקק וטל ירוס-חקק מקיימות כבר 15 שנה חיי זוגיות ומשק בית משותפים (להמחשת הקשר, כל אחת מהן צירפה לשמה את שם משפחתה של בת זוגה). הן הרו מתרומת זרע, ילדו שלושה ילדים וחתמו על הסכם משמורת משותף שבמסגרתו כל אחת מהן נטלה אחריות משפחתית מלאה כלפי כל הילדים שנולדו להן. בשנת 1997 פנו לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה למנותן כאפוטרופסיות זו לילדיה של זו. לכשנענו, ביקשו בהמשך להעניק לכל אחת מהן זכות לאמץ זו את ילדי רעותה. לטענתן, ההסכם שערכו ביניהן אינו טוב דיו בכדי להעניק לילדיהן זכויות שבהן מעורבים צדדים שלישיים. לכן יש צורך שבית המשפט יכיר בכך כבזכות שבדין (לדוגמה בענייני ביטוח-לאומי).

בנות הזוג ירוס-חקק לא יכלו לסמוך בקשתן על חוק אימוץ ילדים התשמ"א-1981. על פי חוק האימוץ, אימוץ יכול להיעשות על ידי "איש ואשתו יחד", ומדברי הכנסת וועדת השירותים הציבוריים עולה שכוונת המחוקק הייתה לבני זוג הנשואים כדין. על פי סעיף 25 לחוק, בית המשפט רשאי להיעתר לבקשת אימוץ יחיד למרות הוראות החוק, אם הוא נוכח שמדובר במקרה מיוחד וההחלטה דרושה לטובת המאומץ.

בקשת האימוץ נדחתה על ידי ערכאות נמוכות (בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי). השופטים סברו שנכון להיום, הזוגות החד מיניים מהווים על פי התפיסה החברתית מסגרת חריגה ובלתי נורמטיבית שאינה עומדת בתנאי חוק האימוץ. לכן אין להמשיך ולבחון את התקיימותה של עילת טובת הילד במקרה הנדון, כיוון שזו אינה עילה עצמאית אלא עילה שיש

השופט מצא ציין שחוק נחקק בנסיבות מסוימות ולא תמיד מצליח לשקף את שינויי העתים, אך סירב לסטות ממנו במקרה דנן כיוון שלדעתו הסטייה לא מתיישבת עם תכליתו האובייקטיבית והסובייקטיבית של החוק

להתחשב בה רק לאחר שמגיעים לכלל מסקנה שהאימוץ אפשרי על פי כללי חוק האימוץ. הערכאות הנמוכות לא פסלו אפשרות של שינוי המצב המשפטי הקיים, אך ציינו כי אין זה מתפקידו של בית המשפט, אלא של המחוקק (ע"מ 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"מ (ת"א) 1144/00 ד"ר טל ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה).

בקו מחשבה דומה נקטו גם שופטי המיעוט בערעור הנדון. המשנה לנשיא (בדימוס) מצא חשב שיש לדחות את הערעור ולא לאפשר אימוץ. לדעת השופט מצא: "טובת הקטין" אינו "עיקרון על" אלא שיקול שבית המשפט צריך לאזן מול אינטרסים של ציבור או של פרטים אחרים.

לדעת המערערות, זוהי סוגיה רחבה שהחוק הנקודתי אינו יכול לתת לה מענה. המערערות טענו כי המקרה שלהן הוא מקרה פרטני שמאפשר להיענות לבקשתן בהסתמך על החריגים המיוחדים של חוק האימוץ.

כאן המקום לציין שהשינויים במעמד אנשים המשתייכים לקהילה ההומו-לסבית לא התחילו היום. בשנת 1988 ביטלה הכנסת את החוק האוסר על משכב זכר, ובשנות ה-90 הכיר בג"ץ בדרישות כספיות שונות של בני זוג בני אותו מין (לעניין פנסיות למשל). אך למרות השינויים מרחיקי הלכת בחקיקה, עדיין יש הרואים בכך תופעה חריגה.

השופט מצא ציין שחוק נחקק בנסיבות מסוימות ולא תמיד מצליח לשקף את שינויי העתים, אך סירב לסטות ממנו במקרה דנן, כיוון שלדעתו הסטייה לא מתיישבת עם תכליתו האובייקטיבית והסובייקטיבית של החוק. קבלת הבקשה תיצור קטגוריית אימוץ חדשה שחוק האימוץ לא מזכיר, ושלא ניתן להסיק אותה באמצעות פרשנות.

קשה להתווכח עם נימוקי השופט מצא, בהסתמך על העובדה שאפילו בנות הזוג לא ראו את ערעורן כבקשה אישית בלבד: "לאורך כל הדרך היה ברור לנו שזה לא אישי, שמה שאנחנו

*סטודנטית למשפטים, שנה ג'

עושות יכול לעזור גם למשפחות אחרות", התוודתה לאחר המשפט טל-ירוס חקק בפני תמרה נוביס מ"תזה". נדמה כאילו כל הקהילה ההומו-לסבית עמדה מאחוריהן כאשר גייסה כספים למען מאבקן המשפטי, כאשר עו"ד עירא הדר ייצגה אותן באמונה במשך שמונה שנים בהתנדבות, וכאשר בסיום המאבק הן זכו לתואר יקירות "קל"ף" (קהילה לסבית פמיניסטית).

לדעת השופט ברק, שהוביל את דעת הרוב שקיבלה את הערעור, יש להכיר באימוץ מכוח החריגים שמונה חוק האימוץ. זאת בדומה לאופן שבו הוכר בעבר אימוץ על ידי בני זוג ידועים בציבור, שגם הם אינם "איש ואשתו" לפי כוונתו המקורית של החוק. הרי גם טל ואביטל הן ידועות בציבור, ואי אפשר להפלותן רק משום שהן מאותו מין ולאו דווקא איש ואישה. לטענתו של השופט ברק אין זה משנה על מה חשבו חברי הכנסת בעת שחוקקו את חוק האימוץ. מתוך בחינה של "הכוונה הסובייקטיבית המופשטת שעמדה למול עיניהם" ניתן להסיק את האפשרות להגמיש את נוקשות החוק. לאור טובת המאומץ ניתן לקבוע שגם במקרה זה מתקיימות ה"נסיבות המיוחדות" המאפשרות לבית המשפט לפעול מתוך שיקול דעת רחב ולאפשר את האימוץ.

פחות משנה לפני ההחלטה התקדימית, כתב השופט ברק ש"עקרונית ראוי הוא כי הכרה בסטאטוס משפטי חדש - בין סטאטוס של נישואים אזרחיים ובין סטאטוס של משפחה חד־מינית - תיעשה על ידי המחוקק ולא על ידי בית המשפט (...).ככלל, שופט אינו צריך להיות נושא דגל של הסכמות חברתיות חדשות. עליו לתת ביטוי לערכי יסוד המוכרים בחברתו ולא ליצור אותם" (א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004),47).

ייתכן שלאור דברים אלה,רוב השופטים חוזרים ומדגישים לאורך פסק-הדין, כי הם לא קובעים את הערכים שישררו במדינה תוך נטילת תפקיד גדול יותר בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים. לכן אין בהחלטתם משום הכרה בזוג חד־מיני כ"איש ואישתו" ו"בני זוג".

הרטוריקה אינה ברורה דייה לאור דחיית הכנסת את ההצעות החוק הפרטיות בעניין שינויים בחוק האימוץ. למרות ההבהרות, התקבל פסק הדין מבחינה ציבורית כצעד ראשון להכרה משפטית בזכויות זוגות חד־מיניים - כמו שהשופט מצא והשופט לוי הסבירו.

ואכן, אדם שלא עיין בפלפולים המשפטיים אלא התוודע להחלטה הסופית, ודאי "קלט" את המסר הברור שאם החברה (בנעלי המחוקק) לא הזדרזה לפעול ולתת ביטוי לערכים שבית המשפט רואה אותם כבהסכמותיה החדשות, יבוא השופט, ובלית ברירה ייקח את אחריות "נשיאת הדגל" על עצמו.

השופט חשין, שמנסח את דעתו בצורה חד־משמעית, קובע שהחוק הנוקט בלשון "איש ואשתו" אינו מתאים לרוח התקופה ולכן אין כלל להחיל את הוראות החוק כפשוטן. אך הוא מרכך את דבריו: "אמנם הרשות השופטת לא הוסמכה לפרוץ ולכבוש

לטענתו של השופט ברק אין זה משנה על מה חשבו חברי הכנסת בעת שחוקקו את חוק האימוץ. מתוך בחינה של "הכוונה הסובייקטיבית המופשטת שעמדה אל מול עיניהם" ניתן להסיק את האפשרות להגמיש את נוקשות החוק

דרכים חדשות בנושאי חברה (...), אלא שכאן, ענייני החברה (כלומר, שאלת השפעת נטייתן המינית של המערערות על נושא האימוץ) אינה אלא ברקע הדברים, והעיקר הוא טובת הילד". השופט ברק מדגיש זאת במילים שונות: "אין לנו עניין במשפחה חד-מינית המבקשת הכרה של המדינה באמצעות צו-אימוץ. עניין לנו בקטין המבקש הכרה באינטרס שלו (...)".

אמנם תמוה במקצת מדוע ילדי העותרות לא צורפו לעתירת האימהות (בהבדל למה שנעשה בבג"ץ 1779/99 ניקול ברנר-קדיש נ' שר הפנים נד(2) 368, בו הקטין מתן ברנר-קדיש אמנם לא היה עותר יחידי באמצעות אופוטרופסיו, אך הופיע כעותר שלישי יחד עם שתי אימהותיו), ומדוע סיפרו ירוס-חקק בכלי התקשורת שהילדים לא היו צריכים את ההצהרה של השופטים בשביל עצמן, אלא דווקא בשביל האנשים האחרים מסביב.

אמנם "התקבלה החלטה חסרת תקדים" והייתה "זכייה", ואולי אפילו היו רמזים לכך שבפסק דין חדשני בית המשפט לראשונה הכיר במשפחה לסבית בישראל, אך ישנו פער גדול בין מה שמשתמע מכך לקורא העיתונים הממוצע לבין המציאות. בקשתה החריגה לכאורה של משפחת ירוס-חקק לא נדחתה על הסף, אך במציאות המאבק הפרטי (או הפרטי לכאורה) שלהן טרם הסתיים. עניינן הועבר לבית המשפט לענייני משפחה בכדי שיכריע בין עדויות המומחים והתפיסות החברתיות בעניין השפעת הקשר החד-מיני על המאומץ, ויבחן מצדדים שונים את השאלה האם האימוץ הספציפי הוא לטובת הקטינים. רבים הסיכויים שנראה אותן שבות להופיע, מול ערכת הערעור של העליון.

אולי בגלל שהמוסד המחוקק פועל באטיות, גיבש לעצמו בג"ץ (ובית המשפט העליון), לטובה ולרעה, תפקיד של גוף שאליו ניתן לפנות גם בכדי להעלות מודעות ושיח ציבורי, ואולי אף לזרז בכך חקיקה של הכנסת לשינוי המצב, ולא רק כדי שיכריע בסכסוך קונקרטי. בפסק הדין הנדון הצהירו השופטים במפורש שברצונם לשקף את התפיסות שכבר השתרשו בחברתנו. אין בידי להכריע בשאלה האם ראוי שמערכת המשפט תגדיר את הלכי הרוח בחברה או שמא הלכי הרוח הם אלה הראויים להשפיע על ההחלטות השיפוטיות.

לדעתי, בית המשפט יתקשה לעמוד על "הכוונה הסובייקטיבית המופשטת שעמדה למול עיניהם" של חברי הכנסת כשחוקקו את החוק הישן. בדומה לכך, בית המשפט גם עלול לטעות בהערכתו את מידת השינוי בתפיסות החברתיות במשך השנים מאז חקיקת החוק. עצם העובדה שמעמדם המשפטי של הזוגות החד־מיניים לעניין אימוץ אינו דומה במדינות המפותחות השונות, מעידה על כך שלא יכולה להינתן תשובה חד־משמעית מצד השופט בשאלות כה שנויות במחלוקת.

אני מאמינה שבעקבות הדיון המשפטי בעל התהודה הרחבה, יראה המחוקק לנכון להביא לשינוי חקיקתי שיגדיר באופן ברור יותר את מעמדם המשפטי של זוגות חד־מיניים●