

שווי זהות דתית באימוץ ילדים

מאת
ירדן אור

מבוא

יקשים הם דיני ממונות. קשים מהם דיני נפשות. קשים מכולם דיני אימוץ ילדים, והם בקודש הקודשים של דיני נפשות... התחת אלוהים הוא השופט שינתק קשר דם בין אם ואב לבין בן ובת, שייטול בת ובן מאם ומאב וייתנם בידי אם ואב שלא הרו אותם ולא ילדו אותם! [...] הלוואי והותר לו לשופט לומר איני יודע. אלא שמחוקק כפה עלינו הר כגיגית, אסר ידיו בנחשתיים וציווה עלינו: אמור אשר תאמר, אך אמור¹. אכן, החלטת אדם על רצונו לממש את הורותו בדרך של אימוץ מצויה בתחום האוטונומיה של הפרט, המוגנת מפני התערבות חיצונית של השלטון. אולם, מימושה של החלטה זו חורג מתחום האוטונומיה של הפרט וכפוף להסדרי האימוץ, הנקבעים על ידי המדינה. תכליתם המרכזית הינה קידום עקרון טובת הילד, כאשר המבקשים לאמץ משתלבים בהליך האימוץ על מנת לממש ולקדם תכלית זו, הנמצאת לעולם במרכזו של העניין והדאגה במוסד האימוץ². במאמר זה אציג את ההסדר הקיים בחוק האימוץ המחייב שוויון זהות דתית בין המאמץ למאומץ כתנאי מוחלט לאימוץ במדינת ישראל. אפרט את עקרונות המחשבה אשר הובילו לחקיקתו, תוך בחינה ביקורתית האם אותם העקרונות היו הגורם אשר הניע את החקיקה או שמא אמתלה חוקתית-דמוקרטית אשר העניקה לגיטימציה לא מבוססת להסדר החברתי. תנאי שוויון זהות הדתית הינו תנאי סף מוחלט שאין לציוד שיקול דעת לבית המשפט. לדאבון הלב, היו מקרים בעבר בהם ההסדר המוחלט הוביל למצבי קיצון של חוסר צדק ומוסר. בין המקרים הבולטים בעניין דן: קטין שהיה סמוך על שולחנה של משפחת אומנה, במשך X חודשים שקדמו להגשת בקשת צו האימוץ, ומשהתברר כי הקטין אינו בן דתה של משפחת האומנה היא לא תוכל לאמצו; קטין שהיחידים מקרב משפחתו אשר מעוניינים לאמצו אינם בני דתו או במצב שבו ההורה אשר מבקש להיות המאמץ הוא בן הזוג של ההורה הביולוגי. אבקש להציע שינוי חקיקתי אשר יהווה מעין "דרך ביניים" בין ההצעות השונות לשינויים שהועלו בעבר ונכשלו, כאשר עיקרה של הצעת החוק, אותה אני מעוניינת לקדם, היא הוספת סייגים ספציפיים להסדר החוק הקיים. בכל נתיב פעולה שנבחר במאבק לשינוי חברתי, יהיה עלינו להגדיר באילו קריטריונים נבחן הצלחה. אומנם הצעתי מהווה מעין "דרך ביניים" כיוון שהיא אינה משנה מן היסוד את ההסדר אולם יש בה אלמנטים שאכן משנים את ההסדר על ידי הוספה. מטרת הצעת חוק זו היא לאפשר לאותם ילדים מאומצים לחיות באקלים סביבתי בטוח ותומך, מבלי לערער על תחושת ביטחונם האישי. אני רוצה להאמין שבדרך של פתיחת צוהר זה, נוכל להוביל בעתיד לשינוי כולל של ההסדר הנ"ל.

מבוא. א. תיאור הבעיה. א.1. רקע היסטורי ומשפטי. א.2. הפגיעה שהסדר זה יוצר. ב. שינוי ההסדר על ידי עתירה בסעד לפרשנות רחבה. ג. שינוי ההסדר על ידי עתירה בסעד לפרשנות רחבה. ג.1. נקודות התורפה בבחירת האסטרטגיה. ד. הצעת חוק: תיקוף סעיף 5 והוספת חריג המתבסס על נסיבות קונקרטיות. ד.1. הצעת חוק קודמת לשינוי ההסדר החקיקתי. ד.2. אסטרטגיית השינוי המוצעת: הצעות חוק. ד.3. ההצדקה לשינוי המוצע על ידי. אחרית דבר.

¹ דני"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, (1) 048, 87 (15.9.1995). (להלן: פרשת היועמ"ש)
² פרשת היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 48.

א.1. רקע היסטורי ומשפטי

ביהמ"ש הינו היחיד אשר מופקד לבחון את טובת הקטין המאומץ, הוא אף מוגדר כ"אביהם של היתומים" – מבחינת סמכות ההכרעה הסופית בדבר גורלם.³ חוק אימוץ ילדים נחקק לראשונה בישראל בשנת 1960,⁴ בשנת 1981 החוק בוטל ונחקק מחדש תחת אותו השם (להלן "חוק אימוץ ילדים" או "החוק"). החוק האחרון הוא המנחה כיום בישראל בנוגע לאימוץ ילדים.⁵ אין חולק על כך כי בכל היסטורית החקיקה, הדבר היחיד אשר המחוקק שיווה לנגד עינו ולנגד עיני בית המשפט בבואו לפרש את החוק הינה טובת המאומץ, כפי שמופיע בסעיף 1 בכל גלגולי החקיקה. אומנם לא בהכרח כל סעיפי החוק מתיישבים עם עקרון בסיסי זה וככל הנראה הושפעו מעקרונות נוספים. ההסדר המצוי בסעיף 5 לחוק אימוץ ילדים קובע כי ילד יאומץ על ידי הורים בני דתו. על מנת להבין כיצד ניתן לשנות את ההסדר הנ"ל יש להבין מהם המניעים אשר הובילו לחקיקתו. הסדר זה היה מצוי גם בסעיף 3 לחוק האימוץ הקודם משנת 1960. דברי ההסבר להצעת החוק בשנת 1960 הסתמכו על דברי ההסבר בהצעת החוק משנת 1958. מעיון בהצעת החוק משנת 1958 נראה כי תנאי שווי זהות דתית כלל לא היה.⁶ יתרה מכך, גם בהצעת החוק משנת 1981 נעדר פירוט והסבר על התנאי הנ"ל.⁷ משכך, אין אנו יכולים לדעת באופן וודאי מה היה המניע של המחוקק אגב צירוף סעיף זה לחוק. אנסה להביא הסברים אפשריים לצירוף ההסדר המצוי בסעיף 5 לחוק האימוץ הנוכחי:

האמנה לזכויות הילד מתייחסת בסעיף 3(20) לבחירת המאמצים, וקובעת כי שעה שבוחנים טיפולים חלופיים לילד שהוא מביתו, לרבות אימוץ, "ראוי לשים לב לרציות שברצף חינוכו של ילד, וכן לרקעו האתני, הדתי, התרבותי והלשוני". לפיכך, האמנה אינה קובעת "תנאי סף", אלא קווים מנחים לבחירת מאמצים. מדינות חברות באמנה המכירות בשיטת האימוץ או מתירות אותה מחויבות להבטיח כי טובת הילד תהא השיקול המכריע. המדינות ידאגו שהאימוץ יאושר על ידי רשויות המוסמכות לכך, על סמך מידע אמין ולאחר שנבדקה בין היתר זהותו הדתית של הילד והסכמת הנוגעים בדבר לקיום הליך האימוץ. האמנה נכתבה ואומצה על ידי עצרת האו"ם בשנת 1989. בישראל, האמנה אושרה בתאריך 2 ספטמבר 1991, יותר משלושה עשורים לאחר שסעיף 5 נכנס לחוק הישראלי. לכן, אין לראות בכתוב באמנה זו כסיבה בגינה נחקק סעיף 5 לחוק האימוץ.

תיתכן הסברה כי ביסוס נוסף ישען על הלך רוח כללי בציבור הישראלי הקשור ברגישותו של העם היהודי לאחר השואה, שאז הושמו ילדים רבים בקרב משפחות נוצריות ואף אומצו על ידן ולכן ביקשו להימנע מכך בעתיד.⁸ סברה זו אינה מבוססת דיה במקורות של החוק ולכן הסיכוי כי היוותה בסיס לחקיקת הסדר זה קלוש.

מקריאת מקורות שונים של הדת היהודית ניתן למצוא **מקורות הלכתיים** אשר יכולים להוות את הסיבה לדרישת שוויון הזהות הדתית בין המאמץ למאומץ. מניעת אובדן "נכסיו התרבותיים" של הילד המאומץ – מסירת ילד

³ אמ"ץ (משפחה חיפה) 31614-12-12 קטינה נ' היועץ המשפטי לממשלה 1, 3 (17.2.2013).

⁴ חוק אימוץ ילדים, התש"ך-1960.

⁵ חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. (להלן: חוק אימוץ ילדים)

⁶ הצעת חוק אימוץ ילדים, התשי"ט-1958, ה"ח 364.

⁷ הצעת חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ה"ח 1533.

⁸ נילי מימון דיני אימוץ ילדים 113-114 (1994).

יהודי חסר הורים לידיים זרות, אשר 'בית הדין' הוא "אביהם של יתומים" הרי זה כמסירה לשמך.⁹ להלכת הרמב"ם: "עבד עברי שמכרוהו בית דין אין מוכרין אותו אלא לישראל או לגר צדק".¹⁰ קרי ניתן להניח כי במקור, הסיבה לחיקוק סעיף זה הייתה הניסיון למנוע את אובדן הנכסים התרבותיים של הילד המאומץ.

א.2. הפגיעה שהסדר זה יוצר

בפועל, ניתן לגדל באופן חוקי ילד שאינו יהודי בתצורה של אומנה, אך, לצורך אימוץ פרמלי יש דרישה לאישור גיור, הניתן אך ורק על ידי בית הדין לגיורים. מבחינה כמותית הבעיה שולית למדי, אך מהבחינה העקרונית עוול זה זועק לשמים. לצורך הגיור יש לפנות לאגף הגיור ולפתוח תיק לגיור קטינים בבית הדין המיוחד לגיור קטינים, היושב בירושלים. חוק האימוץ אינו מניח קיום זכות לאמץ,¹¹ אלא הוא מניח אפשרות קיומה של היכולת לאמץ בהתקיים תנאי כשירות מסוימים כגון גיל, דת ועמידת המאמץ בתקופת מבחן.¹² משמע, מדובר בזכות שלילית, שכן עומדת לאורח הזכות לצפות כי הפעלת הסדרי האימוץ בידי המדינה תיעשה בדרך תקינה שתענה על אמות המידה של המשפט הציבורי אולם אין בכך כדי להצמיח זכויות במישור החוקתי.¹³ הלכה למעשה, הסדר זה יוצר אפליה קשה בין מאמצים שונים וכתוצאה מאפליה זו ישנה פגיעה מהותית בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו וכנגזרת מכך פגיעה בחופש מדת, באוטונומיה והזכות הבסיסית להורות.

[D1] עם הערות: זו כותרת?

אפליה ופגיעה בחופש (מדת) בשירות למען הילד, רשות האימוץ העליונה בישראל, נמסרים לאימוץ ילדים לרוב למשפחות דתיות אורתודוקסיות, כאשר הסיבה לכך נעוצה בדרישות בית הדין האורתודוקסי לגיור קטינים, אשר מופעל בחסות המדינה. על מנת שמאמץ יהודי יוכל לאמץ קטין שאינו בן הדת היהודית קיים צורך בלגייר את הילד בגיור אורתודוקסי, על פי כללי הגיור המוכרים במדינה. במסגרת בתי הדין לגיור קיים הרכב העוסק בגיור קטינים מאומצים לבקשת ההורים. נכון לשנת 2020 70% מהגיורים הם גיורי קטינים.¹⁴ בהליך זה ההורים, גם אם אינם אורתודוקסים, נדרשים להוכיח שמירת שבת, קיום תפילות, שמירת כשרות, חתונה ברבנות והתחייבות לשלוח את הילד למסגרות חינוך דתית. בפועל, כיוצ"ב ניתנת עדיפות מוחלטת לבני זוג אורתודוקסים על פני חילונים, קונסרבטיבים ורפורמים בהליך האימוץ. קיומו של התנאי לשווי זהות דתית בין המאמץ למאומץ במתכונתו הנוכחית אינו מותיר כל שיקול דעת לבית המשפט. יתרה מכך, ההסדר נוטל מהשירות למען הילד את שיקול הדעת שהוא אמור להפעיל בנוגע להתאמת הזוג הפונה לאמץ על בסיס טובת הילד, ומוסר אותו לבית הדין לגיורים. בכך הכוח המונופוליסטי הנתון בידי בית הדין לגיורים מביא להעדפה בלתי צודקת של הורים מאמצים דתיים-אורתודוקסים על פני חילונים, רפורמים או קונסרבטיבים. אמת המידה שקבעה המדינה, ולפיה מועמדים יהודים שאינם מקיימים אורח חיים דתי פסולים מלאמץ ילד לא יהודי, על מנת שהמאומצים יעברו 'גיור כהלכה', אינה מתכתבת עם אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל. אמת מידה זו מפלה בין הורים מאמצים על רקע זהות הקהילה היהודית שבאמצעותה הם מבקשים לגייר את ילדם.

⁹ משנה, ב"ב מציעא סז, א.

¹⁰ ירושלמי/בבלי עבדים א, ג.

¹¹ בגן 4293/01 משפחה חדשה ואח' נ' שר העבודה והרווחה 1, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (24.3.2009). (להלן: עניין משפחה חדשה)

¹² סעיף 6 לחוק אימוץ ילדים.

¹³ פרשת היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 48.

¹⁴ יאיר שלג "הגיור בישראל: תמונת מצב עגומה" מקור ראשון 31.5.2020 www.makorishon.co.il/judaism/232661

(פגיעה חוק יסוד כבוד האדם וחירותו) הגיהינום הביורוקרטי של הכפייה הדתית-אורתודוקסית, היא פגיעה קשה בזכות האנושית הבסיסית להקים משפחה. בתחומיה של הזכות לכבוד האדם נשאבת זכות האדם למשפחה, ולפיכך היא מהווה זכות חוקתית המוגנת על-פי חוק היסוד כבוד האדם וחירותו, הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי.¹⁵ הזכות למשפחה והזכות להורות נגזרות מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט המצויה בגרעין המהותי של מושג כבוד האדם. כפי שעמד על כך בג"ץ בעבר: "המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו של הפרט בחברה".¹⁶ הזכות למשפחה נתפסת כחירות שאין לפגוע בה על ידי התערבות השלטון, או גורם אחר. אומנם, זוהי זכות שאין כנגדה חובה של השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי לאפשרה וכדי לממשה כפי שהובהר בפסק דין משפחה חדשה.¹⁷ אך, בפסיקה מאוחרת יותר נקבע כי יש היבטים פוזיטיביים לזכות להורות במובן של חובה על המדינה לסייע להורים בהגשמת הזכות.¹⁸

(פגיעה בטובת הילד) אדם המעוניין לשמש כחורה אומנה לילד נדרש להגיש בקשה לקבלת רישיון אומנה מטעם משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים. על מנת לקבל את רישיון האומנה, יש לעמוד בכל התנאים שבחוק האומנה ולעבור הליך בדיקה, מיון, הכנה והכשרה. יחד עם זאת, לצורך השמת קטין במשפחת אומנה אין צורך בשוויון זהות דתית בין המשפחה ולבין הקטין. חוסר ההלימה בין דרישות חוק האימוץ, ובפרט הדרישה כי המאמץ יהיה בן דתו של המאומץ, לבין היעדר דרישת זו כדרישה מחייבת בהשמת ילד במשפחת אומנה, מוביל לא אחת לתוצאה כי נפגעת טובתו של הילד באימוץ. אך בשל העובדה כי ההורים המתפקדים כ"אומנים" אינם בני דתו של הילד הם לא יכולים לאמצו, על אף שמשפחת האומנה מוכרת לו, וכי נוצרו קשרי קרבה ובה הוא מעוניין להישאר בחזקתם.¹⁹ חוסר ההלימה זועק אף יותר כאשר מדובר בסיטואציה של "עקירת" קטין, שנסיונות חיו גם כן היו קשות ולא אפשרו לו לפתח ביטחון בבית הוריו הביולוגיים.

ב. שינוי ההסדר על ידי עתירה בסעד לפרשנות רחבה

במשך עשרות שנים המדינה הכירה בפועל רק בגיורים שנעשו על פי ההלכה ושאושרו על ידי הרבנות הראשית, אף על פי שהיא לא הוסמכה לכך.²⁰ בשנת 1989 סדק בג"ץ לראשונה את ססטוס-קוו כאשר קבע כי אם הליך הגיור בוצע על ידי בית דין של קהילה מוכרת בחו"ל, יש לקבלו גם אם הוא קונסרבטיבי או רפורמי. בשנת 2002

¹⁵ בג"ץ 03/7052 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ברק (2006).

¹⁶ בג"ץ 2245/06 ח"כ נטע דוברין נ' שרות בתי הסוהר, 11 (13.6.2016).

¹⁷ עניין משפחה חדשה, ה"ש 11.

¹⁸ בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (18.9.2014).

¹⁹ משרד המשפטים ומשרד העבודה והרווחה ד"ח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים התשמ"א-1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל 54 (2016). (להלן: **ועדת גרוס**).

²⁰ בשנת 1958 פרץ משבר קואליציוני סביב השאלה מי הוא יהודי, ובן-גוריון ערך משאל בנושא אצל מי שהגדיר "חכמי ישראל", ארבעים ושישה אנשי רוח במגוון תחומים. שלושים ושבעה מן המשיבים תמכו בהשאתה על כנה של ההגדרה ההלכתית למושג יהודי. בן-גוריון החליט לאמץ עמדה זו, והנחה כי לרישום האוכלוסין ייחשב יהודי "מי שנולד לאם יהודייה ואינו בן דת אחרת, או מי שנתגייר כהלכה". ההנחיות נשמרו בסודיות ולא הובאו לאישור הממשלה או הכנסת.

מאוחר יותר בשנת 1970, תוקן סעיף 4 לחוק השבות קובע כי "לעניין חוק זה, יהודי - מי שנולד לאם יהודייה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת". המפלגות הדתיות ביקשו לשנות את החוק כך שיציין במפורש שהגירוי חייב להיות "כהלכה", בעוד התנועות הרפורמיות והקונסרבטיביות ביקשו שמשד הפנים ירשום גרים שהתגיירו גם בגיורים לא אורתודוקסים כיהודים. משרד הפנים, שבראשו עמדו שרים דתיים, פירש את החוק כמתייחס לגיורים כהלכה בלבד. במהלך השנים עבר התיקון לחוק בקריאה טרומית, אך חקיקתו לא הושלמה.

הכיר בית המשפט גם בגיורים לא אורתודוכסים שנערכו בארץ – אך רק לענייני רישום אוכלוסין בלבד, עניין הצהרתי שאין לו נפקות משפטית. בשנת 2005 הוגשה עתירת דהן, אשר ביקשה הכרה בגיורים הרפורמיים בישראל לעניין קבלת אזרחות מכוח חוק השבות. במרץ 2021, בית המשפט העליון קיבל את העתירה.²¹ פסק הדין של ביהמ"ש העליון בעניין דן מהווה חוליה אחרונה בשרשרת פסיקות של בית המשפט העליון ב-32 השנים האחרונות אשר הביאו להכרה בגיור רפורמי בארץ על ידי מדינת ישראל והציבור בישראל. ברם, המונופול הרבני האורתודוכסי לא מכיר בגיורים אלו. חשוב להדגיש כי למרות רישומם של המתגיירים כיהודים במרשם האוכלוסין וההכרה לצורך חוק השבות, הממסד הרבני האורתודוכסי עדיין אינו מכיר בגיורים הרפורמים ורק הוא יכול להעניק אישור בדבר יהדותו של אדם. כתוצאה מכך בענייננו, לא ניתן להכיר בגיור רפורמי לצורך חוק האימוץ.

כחלק מצרור העתירות הגדול, בנושא הפרשנות בשאלה "מי מוגדר כיהודי", בימים אלו תלויה ועומדת בפני בית המשפט עתירה בעניין הכרת המדינה בהליכי גיור המתקיימים במסגרת קהילותיה לעניין סעיף 5 לחוק האימוץ.²² העתירה הוגשה על ידי התנועה הרפורמית בשנת 2003 בטענה כי השירות למען הילד חורג מסמכותו כאשר אינו מכיר בגיורים שאינם אורתודוכסים במסגרת חוק האימוץ באופן פרטיקולרי.

1.1. נקודות התורפה בבחירת האסטרטגיה

שיקול ההתאמה בין דת הילד לדת ההורים המאמצים הינו שיקול חשוב הן חברתית והן פוליטית, אך עליו להישקל במשורה, לאור היותו שיקול חיצוני לשיקולי ההתאמה הספציפיים שאותם יש לבחון בהתאם לעקרונות העל שהוא טובת הילד. במרוצת השנים הוגשו עתירות לבג"ץ בבקשה לסעד שהינו דומה במהותו הכרה בהליכי גיור שאינם אורתודוכסים, אולם בית המשפט לא שש להכריע בסוגיה העקרונית. העיקרון העומד בבסיס הימנעותו שך בית המשפט מהכרעה הוא שלקבלת העתירות עלולות להיות השלכות חברתיות ופוליטיות דרמטיות, ומנגד דחייתן תעביר מסר שגוי כי המדינה יכולה לפגוע בזכויות יסוד ללא כל ביקורת ובלימה. שנים ארוכות לבג"ץ ציפה שהמחוקק הוא זה שיפרש את המונח יהודי, אך הכנסת נמנעה מלאחוז בתפוח האדמה הלוהט.

פסיקות בתי המשפט והחוקים אינם יוצאים לפועל מעצמם. בתי המשפט חסרים את היכולת, הכוח ואת המידע הנחוצים כדי לפקח על יישום החלטותיהם. פסקי הדין מועברים לגורמים הרלוונטיים, אך לעתים קרובות אינם נאכפים.²³ לדרישת המפלגות החרדיות, היו ניסיונות לעגן לראשונה בחקיקה את מונופול הרבנות הראשית בתחום הגיור, באופן שיימנע את התערבות בית המשפט. ראש הממשלה לשעבר, בנימין נתניהו, כבר החל לקדם הצעת חוק בעניין – אך כעבור זמן קצר, בעקבות לחץ אדיר שהופעל עליו מצד היהדות הרפורמית בארה"ב, הקפיא את המהלך. הוקמו ועדות פוליטיות שונות בניסיון להגיע לפשרה מוסכמת בעניין דן, אך כל המאמצים העלו חרס. לא זאת ועוד, שגם במידה ובעתיד דין העתירה בעניין האימוץ להתקבל, אין זו בהכרח תהיה האסטרטגיה המיטבית כיוון שהרבנים הראשיים לישראל וראשי המפלגות החרדיות והדתיות כבר הצהירו כי בכוננתם לקדם חוק עוקף בג"ץ. חוק זה שיגבר על הפרשנות החדשה שנקבעה ב"עתירת דהן" ויהפוך אותה

²¹ בג"ץ 11013/05 נטליה דהן נ' שר הפנים משרד הפנים (1.3.2021).

²² בג"ץ 5336/03 המרכז לפלורליזם יהודי - התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד הרווחה - השירות למען הילד (1.6.2014).

²³ ארלי ליבל האם המשפט מסוכן? קואופטיזם משפטית ושינוי חברתי 140 127 (2010) (להלן "האם המשפט מסוכן?").

לחסרת משמעות באמצעות עיגון מעמדו של מערך הגיור הממלכתי. לאור האמור לעיל, ניכר כי יש צורך בחיקוק ולא בפניה לבית המשפט.

ג. החריגים לסעיף 5 לחוק האימוץ

מקרים בהם למאומץ אין דת מוכרת

כיום, ישנם מעל רבע מיליון אזרחים במדינת ישראל המוגדרים כ"חסרי דת", וללא ספק קיים קושי משפטי מסוים בקשר לאפשרות לאמצם במידת הצורך, או בקשר ליכולתם לאמץ. בשנת 1976, שר המשפטים דאז מינה ועדה אשר נתבקשה להגיש הצעות לתיקון החוק לאימוץ ילדים. באוקטובר 1979 הגישה הוועדה לשר המשפטים דאז דו"ח מפורט על ממצאי עבודתה המקיפה ומסקנותיה. בדו"ח זה הביעה הוועדה את רצונה להעניק שיקול דעת לבית המשפט לסטות מהוראות סעיף 5 לחוק העיקרי ולאפשר אימוצו של ילד שדתו אינה ידועה,²⁴ אך המלצת הוועדה לא התקבלה. בשנת 2009 עסק בית המשפט העליון בסוגיה זו,²⁵ השופטת ארבל ציינה באוביטר כי סעיף 5 אכן שריר וקיים, יחד עם זאת, לא נמצא פגם בהעברתו של קטין, הרשום כחסר דת, למשפחה יהודית, ואף יתרה מכך, גם אם נעשתה טעות בעניין זה, הרי שבדיעבד אין מקום לתקנה ביצירת עוול אחר של העברת הקטין מהמשפחה אליה הוא שייך כעת ואשר נקבע כי בטובתו שמשפחה זו תגדלו בחיקה. השופטת ארבל בדבריה למעשה פתחה פתח להכרה כי ההסדר אינו חל על קטינים הרשומים כחסרי דת. בנוסף, הרהיבה עוז בכרסום יסודותיו של ההסדר, על ידי אשרור ההחלטה להעניק את צו האימוץ שבדיעבד אינו עומד בתנאים הקבועים להסדר לאור השיקול של טובת הילד. מאוחר יותר, בהחלטה שהתקבלה בפרקליטות המדינה ואושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה נקטה פרשנות לפיה יכול מאמץ בן כל דת או חסר דת לאמץ ילד שהוא חסר דת. לשון ההוראה לפיה: "אין מאמץ אלא בן דתו של המאומץ" התפרשה כחלה, על פי תכליתה של ההוראה, מקום בו יש למאומץ דת.²⁶

החוק ביחס לאימוץ בין ארצי

בעבר, זוג יהודי יכול היה לאמץ ילד מחו"ל רק אם יעבור גיור ותשווה דת המאומץ לדת ההורים המאמצים. חובת שוויון הזהות הדתית בין המאומץ למאמץ ביחס לאימוצי חו"ל בוטלה, בתיקון מספר 3 לחוק אימוץ ילדים בשנת 1997. השרה דאז לימור לבנת וחברת הכנסת יעל דיין היו מהמציעות, היוזמות והמקדמות של חוק האימוץ הבין-ארצי. בתיקון לחוק נוסף תת-סעיף 28כג) לחוק האימוץ, בו הוסמך בית המשפט לתת צו אימוץ בין-ארצי אף אם המאומץ אינו בן דתו של המאמץ, ובלבד שנוכח כי הדבר אינו פוגע בטובת הילד. מאמץ אשר אינו חפץ בשיווי הזהות הדתית יכול לרשום את ילדו המאומץ כחסר דת במרשם האוכלוסין, ומי שכן חפץ בשוויון הני"ל, יכול לפנות לאפיקים לאו דווקא אורתודוקסים ולהסתפק בהליך גיור חליפי.

ההשוואה בין סעיף 5 לחוק האימוץ כנגד הכרעת בית המשפט בדבר אישור אימוץ בדיעבד המתוארת מעלה, וההסבר בסעיף 28כג) לחוק האימוץ מחדדת כי מבוצע שימוש אופורטוניסטי בעקרון טובת הילד. המחוקק כלל אינו מניח כי אי שוויון זהות דתית בין ילדים המוגדרים כ"גויים", שהינם הרוב המכריע של המאומצים ממדינות זרות, להורים יהודים, מהווה פגיעה בעקרון טובת הילד עד כדי איסור על כך בחקיקה. לעומת זאת, המחוקק

²⁴ הצעת חוק אימוץ ילדים 1981, לעיל ה"ש 7, עמוד 340.

²⁵ פרשת היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, פסקה 66.

²⁶ ועדת גרוס, לעיל ה"ש 18, בעמ' 115.

אוסר על אימוץ בין מאמץ למאומץ שאינם שווי זהות דתית בתוך מדינת ישראל, שכן הסבירות כי במדינת ישראל יהיו ילדים יהודים המופנים לאימוץ גדולה בהרבה. טענה זו מקבלת משנה תוקף בדבריו של שאול יהלום, דאז יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, בדיון על קבלת התיקון המדובר: ²⁷ 'יחוק האימוץ דיבר על אפשרות של אימוץ בחוץ-לארץ. על-פי סעיף 5 לחוק זה יהודים החיים במדינה אינם יכולים לאמץ ילדים מחוץ-לארץ שאינם יהודים... ברור הדבר, כי רוב הילדים המאומצים מחוץ-לארץ אינם יהודים, וכי כוונת המחוקק הייתה לאפשר לאמץ ילדים מחוץ-לארץ גם כאשר המאומץ אינו בן דתו של המאמץ, ובלבד שהדבר עולה בקנה אחד עם עקרונות טובת הילד, מתוך תקווה ומתוך רצון שכאשר יגיע הילד המאומץ אחרי קבלת האימוץ יחלו במדינת ישראל תהליכי גיור".

יש להדגיש, כי תיקון זה, שעלה עוד בכנסת השלוש-עשרה, נהנה מהסכמה כללית של כלל חברי הוועדה. התיקון אושר ברוב של תשעה עשר חברי כנסת מתוך עשרים ואחת. הפרוטוקול לא מציין נימוקים להתנגדות של שני חברי הכנסת (אינם היו שייכים לסיעות החרדיות).

ד. הצעת חוק: תיקון סעיף 5 והוספת חריג המתבסס על נסיבות קונקרטיות

ד.1. הצעת חוק קודמת לשינוי ההסדר החקיקתי

לכנסת העשרים הוגשה הצעת חוק על ידי חברת הכנסת זהבה גלאון וקבוצת חברי כנסת לביטול סעיף 5 לחוק אימוץ ילדים (1225/20/פ). הצעת חוק זו מציעה לתקן את האפליה הקיימת, בין השמת ילדים מאומצים שאינם יהודיים במשפחות דתיות-אורתודוכסיות לבין משפחות חילוניות, מנוסחו ההחלטי של סעיף 5 לחוק אימוץ ילדים על ידי ביטולו.

הצעות חוק זהות הונחו על שולחן הכנסת התשע-עשרה על ידי חבר הכנסת ניצן הורוביץ וקבוצת חברי הכנסת (888/19/פ) ועל שולחן הכנסת השמונה-עשרה על ידי חברי הכנסת ניצן הורוביץ ואילן גילאון (3177/18/פ).

לכנסת העשרים ושתיים הוגשה הצעת חוק על ידי חברת הכנסת מירב מיכאלי להוספת סעיף לחוק המקנה לבית המשפט שיקול דעת בהחלת סעיף 5 בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה (1342/22/פ). קיומו של סעיף 5 לחוק, שבמתכונתו הנוכחית אינו מותיר כל שיקול דעת שיפוטי, עלול לגרום לפגיעות במקרים רבים כמתואר לעיל. לפיכך הוצע להוסיף לסעיף 25 לחוק האימוץ, המעניק לבית המשפט את הסמכות לסטות מהסייגים הקבועים בחוק בנסיבות מיוחדות, אשר ביניהם גיל המאומץ, הבדלי גיל של לפחות 18 שנים בין המאמץ למאומץ ועוד, גם את הסמכות לסטות מהאיסור הקבוע בסעיף 5 לחוק.

הצעות חוק זהות הונחו על שולחן הכנסת התשע-עשרה על ידי חברת הכנסת עדי קול וקבוצת חברי הכנסת (1538/19/פ) ועל שולחן הכנסת העשרים על ידי חברת הכנסת מרב מיכאלי (416/20/פ).

²⁷ פרוטוקול ישיבה 129 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (4.2.2014).

ד.2. אסטרטגיית השינוי המוצעת: הצעת חוק.

הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – נסיבות חריגות לשינוי זהות דתית), התשפ"א-2021.

הוספת סעיף 5א אחרי סעיף 5 לחוק העיקרי יבוא:

5א. על אף האמור בסעיף 5 רשאי בית משפט ליתן צו אימוץ אף אם זהות דתית המאמץ אינו בן דתו של המאומץ ובלבד שנוכח כי הדבר הינו לטובת הילד (א) אם הקטין היה סמוך על שולחנה של משפחת אומנה, במשך X חודשים שקדמו להגשת בקשת צו האימוץ.
(ב) אם המבקשים לאמצו הם בני משפחתו של הקטין.
(ג) אם ההורה המאמץ הוא בן הזוג של ההורה הביולוגי.
(ד) בני משפחה כהגדרתם בסעיף 35(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות."

דברי הסבר

התוספת לסעיף מעניקה עדיפות לבן המשפחה או למשפחה שאצלה שהה באומנה על פני גורמים אחרים באימוץ קטין. המבחן אשר יעמוד בבסיס הנסיבות הוא מבחן יחסי הורה-ילד מהותיים. ככלל, קביעת טובתו של ילד אינה אלא שקילת עדיפויות ועל פי רוב תפיסת הרע במיעוטו. בשאלה העוסקת באימוץ, מובאים האינטרסים של הילד בחשבון במסגרת עיקרון טובת הילד כאשר האינטרס העיקרי של הילד הוא מציאת משפחה בה יוכל, בין היתר, להתאקלם ולהרגיש שייך. נוסף על כך, בחינת שאלה זו מצריכה בירור יכולתם של המאמצים המוצעים למלא תפקיד זה.

ההחלטה בידי מי תהיה המשמורת על קטין ובחזקת מי יגדל הינה החלטה הרת גורל. עיקרון טובת הילד והגנה על האינטרסים שלו מהווים את כוכב הצפון, לאורו ילך בית המשפט. החלטה זו תשפיע על הערכתו העצמית של הקטין, על אופיו, על עמדותיו ועל ציפיותיו מעצמו ומאחרים. את התרומה של ההסדר המוצע ניתן לזקוף לטובת יכולותיה של משפחה המוכרת לקטין לאפשר לו הסתגלות טובה יותר בתחילת האימוץ, ומניעת תחושה חוזרת של עקירתו מהמקום המוכר לו.

ד.3. ההצדקה לשינוי המוצע על ידי

בהצעות החוק שהועלו בעבר, נשבו רוחות של שינוי, אשר ביקשו להוסיף הסדר חקיקתי חדש או לבטל הסדר חקיקתי קיים. השינוי המוצע על ידי מהווה "דרך ביניים" בין שימור השינוי. אומנם אני מבקשת לשמור על ההסדר הקיים ולא לבטל את סעיף 5 לחוק האימוץ אך הוספת החריג הינה בגדר שינוי מהותי של חלק מהסדר הקיים. אין חולק על כך שאסטרטגיה לשינוי לא חייבת להיות משפטית ובפרט באמצעות פניה לחקיקה ראשית. אך, כיוון שמקורו של הסדר זה בחקיקה ראשית דרך המלך להחלת השינוי תהיה גם היא בדרך זו. מטרת הצעת החוק הזו, בניגוד להצעות החוק הקודמות, היא ללכת בדרך ביניים שאינה מהווה שינוי "רדיקלי", אלא דרך "רפורמיסטית מתונה", הנשארת בגבולות הסטטוס-קוו באופן יחסי להצעות הקודמות. המטרה בניסוח הצעת

החוק באופן זה הינה שההצעה תוכל להישמע באופן ערב יותר לגורמים הפוליטיים אשר עתידים לאשרה. ואילו אין מושלם בבחירת דווקא אסטרטגיה משפטית מתונה לשינוי חברתי. לעיתים פניות מסוג זה מבטלות את "האפשרות לשינוי רדיקלי בחברה" באמצעות הצגת "הדרך הרפורמיסטית המתונה" ו"הנשאר בגבולות הסטטוס-קוו" כחלופה היחידה. דבר המטריד לא פחות הוא שמרגע שבו נתמקד באסטרטגיות משפטיות, אזי נתיבים אחרים ואסטרטגיות אחרות למאבק חברתי, כגון מחאה, שביתות אסורות ושביתת שבת, הופכות לבלתי לגיטימיות.²⁸

סעיף 3 באמנה לזכויות הילד קובע כי "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות על-ידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים, בתי משפט, רשויות מנהל או גופים מחוקקים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה". מטרת החקיקה היא לעצב כללים אשר ידריכו את אופן התנהגותם של אנשים ברוב רובם של המקרים, תוך מתן דאגה ושימת דגש למקרים עתידיים. נובע מכך, שיש לאזן בין טובת הילד האקטואלי, על ידי בחינת טובת הילד, לבין טובת הילד הפוטנציאלי. הצעתי מקדמת את טובת הילד משני ההיבטים הנ"ל. מצד אחד, בית המשפט צריך לתור אחר החלופה הפחות פוגעת בילד העומד בפניו. מוסד האימוץ מבוסס על תפיסה חברתית שלפיה חובת המדינה לאפשר לילד לגדול עם משפחתו ואם הדבר אינו אפשרי, זכותו של כל ילד לגדול בקרב משפחה אחרת – מיטיבה, יציבה וקבועה. במידה וקטין מכיר מהיכרות קודמת משפחה אשר מעוניינת לגדלו והוא מעוניין לגדול בה, ברור לכל שלא לאפשר את הדבר בשל אי שוויון של זהות דתית פוגע פגיעה אנושה בטובת הילד, בחופש דת ובאמון הציבור במערכת. מן הצד השני, יש לתת את הדעת על כך שהחלטותיו מהוות תמריץ לפעולות של אחרים. האסטרטגיה של ריסון רדיקליות הכללים הנוקשים בנוגע לאימוץ מהווה ביטוי לעקרונות המשטר הדמוקרטי וחירותו של כל אדם לחיות את חיו בביטחון. כיום, המצב הוא כי קטין יוכל להיעקר ממשפחת האומנה, הלכה למעשה, מביתו, על סמך נתון אחד מה שיוביל לפגיעה באותם קטינים שכן נגזר עליהם להסתגל מחדש לסביבה חריגה שאותה לא הכירו לפני. לא כל שכן, הומלץ בעבר על ידי הועדה לבחינת הליכי אימוץ בישראל על צמצום ככל האפשר של החסמים הקיימים בפני אומנים המבקשים להפוך למאמצים ובהם הנושא הבין דתי.²⁹ בנוסף, לפי סעיף 2 לאמנה לזכויות הילד חובת המדינות החתומות לכבד ולהבטיח את הזכויות המפורטות באמנה ללא אפליה וללא התייחסות למאפייני דת, גזע, מין, מגדר, שפה וכו'. כמו כן, המדינות ינקטו בכל האמצעים המתאימים להבטיח את הגנת הילד מפני אפליה בשל מאפיינים אלו. האמנה לזכויות הילד מדגישה כי באימוץ בין-ארצי יש לוודא שהתנאים שהילד ייהנה מהם יהיו זהים לאלו שבאימוץ הפרטי (תוך-מדינתי). במצב דברים הדברים הנוכחי, אימוץ בין-ארצי נהנה מזכויות יתר שכן ניתן לאמץ ולקיים גיור לפי בחירה, או לא קיימו כלל. תוצאה זו בוודאי חוטאת לכוונת האמנה ליצירת שוויון בין דרכי האימוץ.

חוק העונשין קובע עונשי מאסר לאדם אשר משדל קטין להמיר את דתו, או ממיר את דתו של קטין בניגוד להוראות סעיף 13א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.³⁰ החובה לגייר קטין לצורך אימוץ היא בגדר חריג לחוק העונשין³¹ וחריג להסדר המתבקש מתוך האמנה – גיור קטינים היא תופעה שאיננו רוצים לעודד. הנימוק כי קיימות חששות של ניתוק הילד משורשיו הביולוגיים או החששות של העברת ילד על דתו "הביולוגית", אינם שלעצמם מספיקים לקיום הסדר מוחלט ככזה המופיע בסעיף 5.

²⁸ האם המשפט מסוכן, לעיל ח"ש 22, בעמ' 142.

²⁹ ועדת גרוס, לעיל ח"ש 18, בעמ' 62.

³⁰ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות תשכ"ב-1962.

³¹ סעיף 13א(ג) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

סירוב המדינה להכיר באימוץ בין פרטים שאינם בעלי זהות דתית שווה הנערכים בגבולות מדינת ישראל מהווה סעיף מפלה, ואף איננו סביר ואיננו מידתי בנסיבות שהוצגו. וודאי שאין כל קשר רציונלי בין האמצעי הנבחר, איסור גורף לאימוץ, לבין הגשמתה של מטרת חיקוק ההסדרים בחקיקה ראית, הלא היא טובת הילד. וכמובן, שהענקת שיקול דעת מצומצם לבית המשפט לסטות בנסיבות קונקרטיות וייחודיות מהווה אמצעי אשר פגיעתו פחותה ומגשימה את המטרה בבחינה מהותית של טובת הילד בנסיבות כל עניין. מימי קום המדינה – כפי שהוצהר והוגדר במגילת העצמאות, ובמיוחד לאחר חקיקת חוק היסוד כבוד האדם וחירותו, מהווים עקרונות חופש הדת והמצפון כמו גם עקרון השוויון, חלק חשוב מזכויותיהם הבסיסיות של אזרחיה ותושביה. אף האצטלה של עקרון טובת הילד, אינה יכולה להישמע, בנסיבות בהן המדינה מבקשת לעקור ילד מבית אומנתו בשל טיעון הזהות הדתית. משהורה המחוקק להכיר באימוץ אף אם המאמץ אינו בן דתו של המאומץ, ומשהכיר בית המשפט בעוול של העברת הקטין מהמשפחה אליה הוא שייך באותה העת,³² אין ולא יכול להיות עוד ספק כי יש לחייב כיבוד אותו פלורליזם דתי גם ביחס לאימוץ שנערך במדינת ישראל.

אחרית דבר

מטרתה האמיתית של המדינה לחקיקת סעיף 5 לחוק האימוץ היא המטרה הפסולה של הערמת קשיים בלתי חוקיים על אימוץ ילדים יהודים על ידי משפחות לא יהודיות. גם אם נניח כי מדובר במטרה הלגיטימית של טובת הילד, שהיא מניעת גדיעת אורחות חיו, בחרה המדינה באמצעי נוקשה במיוחד ואף אלים – האופי הסופי של אמצעי זה מנתק את הקשר בינו לבין המטרה שאותה הוא בא להגשים. הצעת החוק שהועלתה במסגרת מאמר זה הינה הבניה מחדש של הליך בחינה תנאי הסף של מי שמבקשים לאמץ ילד בישראל, בנסיבות קונקרטיות וייחודיות. אסטרטגית שינוי זו תהא בעלת פוטנציאל נמוך יותר להידחות או להתבטל על ידי חקיקה עוקפת הואיל וההסדר גם כך סויג במקרים שונים בעבר וכיוון שהיא מהווה שינוי פחות רדיקלי מקודמותיה. אני סבורה כי בעניין דנן קיימים מצבים חריגים המצדיקים סיוע מיוחד ואפשרות להגמשת פרוצדורת האימוץ הפורמלי. בוודאי כאשר מדובר בקטינים במצבים מורכבים, אשר חוו היכרות מוקדמת עם משפחת האימוץ הפוטנציאלית וחוו היקשרות רגשית, יש לתת למוסר ולחמלה בכורה על הפורמליזם. גם דעתו של בית המשפט העליון נחה בעניין דומה באומרו כי קיימים מקרים בהם יש לבחון בין היתר את תקופת הזמן שהקטין נמצא במסגרת על מנת להכיר בה כמשרתת את טובת הילד לטווח הארוך ולטווח הקצר.³³

בהמשך למאמר זה, אני שואפת להרחיבו לעבודה בהיקף סמינריני. העבודה הסמינרינית תכלול תיאור והסבר ממצה על מהות יחסי הורה-ילד כפי שהובא בפסיקה הישראלית בהקשרים שונים וסקירה מעמיקה על תפיסת מערכת המשפט בכל הנוגע לטובת הילד הקשר זה. בנוסף, אתייחס להתפתחויות הפסיקטיות האחרונות במישור הפונדקאות והיחס שלהן אל ההתפתחויות הרצויות והראויות בחוק האימוץ בפריזמת הצביון היהודית דמוקרטית של מדינת ישראל.

³² פרשת היועמ"ש, לעיל הי"ש 1.

³³ בג"צ 8906/04 פלוני נ' פלוני, תק-על 2005(3), 767 (2005) קבעה כ"י השופטת דורית ביניש "בהתחשב בכך שהקטינה חיה תקופה ארוכה בבית דודיה המשיבים ואין חולק שהטיפול שהיא מקבלת בביתם מסור ואוהב וכן בהתחשב בעובדה שהתפתחותה שם טובה ביותר, וכך גם נראה תפקודה בחברת ילדים ובבית-הספר, לא ראינו להתערב בהחלטתו של בית-הדין השרעי להותיר את הקטינה במשמורתו הקבועה של המשיב כאפוטרופוס נוסף עליה, בהיותו המתאים ביותר בנסיבות העניין לטובת הקטינה".