

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4293/01

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

העותרים: 1. משפחה חדשה  
2. ד"ר רות צימרמן-שחר  
3. ד"ר רון שחר  
4. קטינה  
5. דוד בן נחום

נגד

המשיב: שר העבודה והרווחה

בשם העותרים: עו"ד שמואל אורן ועו"ד אירית רוזנבלום

בשם המשיב: עו"ד עינב גולומב, פרקליטות המדינה

### פסק - דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

רקע

1. חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996 (להלן – "החוק המתקן") הסדיר לראשונה בישראל את מוסד האימוץ הבין-ארצי. הוא קבע כי האימוץ הבין-ארצי ייעשה באמצעות עמותות, שמטרתן הבלעדית היא פעילות בתחום אימוץ זה, ואלה קיבלו מעמד מוכר לצורך כך. סעיף 28 לחוק המתקן מסמיך את שר העבודה לקבוע כללים והנחיות מקצועיות לפיהם תפעל עמותה מוכרת. מכוח הסמכה זו, הוציא שר העבודה והרווחה ב-1998 "כללים והנחיות מקצועיות לפעולת עמותה מוכרת". כללים אלה קובעים את ההוראה הבאה באשר להפרש הגיל המירבי המותר בין הורים מאמצים לבין ילד מועמד לאימוץ במסגרת האימוץ הבין-ארצי. זו לשון הכלל:

4. (ב) לא תאשר עמותה כי מבקש כשיר לאמץ ילד, אם נתקיים בו, ביום הגשת הבקשה, אחד מאלה:

(1) הפרש הגיל בין המבקש לבין הילד עולה על 48 שנים; היו המבקשים בני זוג, הפרש הגיל בין כל אחד מבני הזוג ובין הילד עולה על 48 ("פ"פ תשנ"ח, בעמ' 1580).

(להלן – "כלל הפרש הגיל המירבי").

הוראה זו, בין שאר הכללים, מנחה את העמותה המוכרת כיצד עליה לבחון את בקשת המבקשים לאמץ, ובאלו נסיבות אין לאשר את בקשת האימוץ מחמת הפרש גיל בין המבקש לאמץ לבין הילד, העולה על ההפרש המירבי המותר.

2. עיקרה של העתירה בהעמדה למבחן הביקורת את חוקיותו של הכלל הקובע הפרש גיל מירבי בין המבקש לאמץ לבין הילד כתנאי מוקדם לאימוץ. לטענת העותרים, קביעה קונקלוסיבית בדבר הפרש גיל מירבי כאמור הינה פסולה, ודינה להתבטל הן מטעמים של סתירה לעקרונות חוקתיים בסיסיים, והן מאחר שהיא אינה עומדת באמות מידה של תקינות מינהלית. לחלופין, מבקשים העותרים כי בית המשפט יורה על שינוי כלל הפרש הגיל המירבי באופן שהפגיעה הגלומה בו תקטן; הצעתם היא כי לעמותה המוכרת יינתן שיקול דעת לאפשר אימוץ גם כאשר פער הגילאים בין מבקש האימוץ לילד גדול יותר, וזאת בהתקיים נסיבות מיוחדות, וכן, כי יתאפשר ערר על החלטת עמותה שתסרב לאפשר אימוץ בשל פער גיל העולה על הפער המירבי.

#### הצדדים

3. העותרת מס' 1 היא עמותה הפועלת לקידום זכויות המשפחה בישראל ולמען הכרה במשפחה כיחידה חוקתית. העותרים 2 ו-3 הם בני זוג, שלהם ילדה קטינה אחת אותה אימצו בגואטמלה (העותרת 4). העותר 5 הינו אלמן ואב לשני ילדים קטינים, שאומצו על-ידו ועל-ידי רעייתו המנוחה בארצות הברית. הן העותרים 2 ו-3 והן העותר 5 ביקשו לאמץ ילד נוסף באימוץ בין-ארצי שכן מפאת גילם הם אינם יכולים לאמץ ילד באימוץ המקומי. הם ביקשו שיהא זה תינוק בן-יומו כדי שיוכלו לגדלו ממועד הסמוך ממש ללידתו. בשל כלל הפרש הגיל המירבי, אימוץ תינוק בן-יומו לא הותר להם, נוכח גילם ביום הגשת הבקשה, שעלה על הפרש הגיל המירבי. העותרת 2 הנה ילידת 1950, העותר 3 הינו יליד 1949, והעותר 5 הוא יליד 1948. עם זאת, הותר לעותרים אלה לאמץ ילדים באימוץ בין-ארצי שגילם במועד הגשת הבקשה עומד בפער הגיל המירבי לגילם שלהם.

המשיב הוא שר העבודה והרווחה, שהוא הרשות המוסמכת לעניין קביעת הכללים נשוא עתירה זו.

טענות העותרים

4. העותרים טוענים כי כלל הפרש הגיל המירבי הינו פסול הן בהיבט החוקתי והן בהיבט המינהלי. אשר למישור החוקתי, נטען, כי הזכות למשפחה הינה זכות חוקתית, הטומנת בחובה את הזכות להורות, שמימושה הוא בכל דרך שהיא – בין בדרך של הורות טבעית, ובין בדרך של אימוץ. משכך, הזכות לאמץ הינה זכות חוקתית מוגנת על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כלל הפרש הגיל המירבי פוגע בזכות היסוד למשפחה של ההורים המבקשים לאמץ, בהציבו רף נוקשה שאינו ראוי, ולא הותר לחרוג ממנו אף בהתקיים נסיבות מיוחדות. על-פי הנטען, פגיעה זו בזכות היסוד למשפחה ולהורות אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה על-פי חוק היסוד. הכלל אינו נגזר מהסמכה מפורשת בחוק, הוא אינו הולם את ערכי המדינה, לא נועד לתכלית ראויה, והוא אינו מידתי, במיוחד נוכח העובדה כי הוא ניצב כהוראה קטגורית שאינה מותירה מקום לשיקול דעת, ובלא מירווח כלשהו ליצירת חריגים מיוחדים. לטענת העותרים, הכלל האמור פוגע בפגיעה עמוקה לא רק בהורים המבקשים לאמץ, אלא גם בטובת הילד המועמד לאימוץ בין-ארצי, שכן מסירתו לאימוץ לזוג בישראל גם אם גילאי ההורים מתקדמים יותר, עדיפה מבחינתו על-פני השארתו לגדול בתנאי חיים קשים במדינת מוצאו.

5. אשר למישור המינהלי – טוענים העותרים כי כלל הפרש הגיל המירבי לוקה באי-סבירות קיצונית בקובעו מסמרות לעניין הפרש הגיל הראוי בלא קיום תשתית עובדתית ומחקרית ראויה; יתר על כן, הוא יוצר הפלייה קשה ופגיעה בשוויון בין העותרים ומבקשים לאמץ כדוגמתם לבין קבוצות אוכלוסיה אחרות – כגון הורים טבעיים העשויים להביא לעולם ילדים באופן טבעי בכל הפרש גיל שהוא בלא התערבות המדינה; כמו כן, המדינה אינה מתערבת בהחלטת זוגות להביא ילד לעולם באמצעות שירותי אם פונדקאית על-פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן – "חוק הסכמים לנשיאת עוברים"), או באמצעי הפרייה מלאכותית באם, הגוררת לידה טבעית. יתר על כן, מתקיימת הפלייה בין הסדר האימוץ המקומי, שלגביו נקבע כלל גמיש של פער גילים שניתן לסטות ממנו, בעוד לגבי אימוץ בין-ארצי נקבע כלל נוקשה, ובלתי ניתן להתאמה לנסיבות המקרה.

6. המשיב חולק על נקודת המוצא שבבסיס טיעוני העותרים, לפיה עומדת להם זכות חוקתית לאמץ ילד. לגישתו, הזכות לאמץ אינה מוכרת כזכות יסוד חוקתית במשפט המדינה ובמשפט הבינלאומי כאחד. הזכות להורות טבעית אכן מוכרת כזכות יסוד, כחלק מכיבוד האוטונומיה של הפרט בחברה, ומשתלבת בכך התפיסה בדבר אי-התערבות המדינה בהכרעה האינטימית של האדם לגבי הקמת משפחה. בנבדל מכך, מוסד האימוץ מעמיד במוקד העניין את טובתו של הקטין, ועניינם של המבקשים לאמץ לממש את הורותם הוא נילוה ומישני לעקרון טובת הילד. להורים המבקשים לאמץ לא עומדת זכות לאמץ, ולא כל שכן זכות חוקתית לאמץ. רצונם באימוץ זוכה להגשמה רק בה-במידה שהיא מתיישבת עם עקרון טובת הילד העומד למולם במרכז דיני האימוץ. סוגיית האימוץ הינה סוגיה בעל אופי ציבורי שעניינה גיבוש כללים ויישומם בכל הקשור למסירת ילדים לאימוץ לקידום טובתם. היא אינה דומה לזכות להורות טבעית שתמציתה היא חירות להעמיד צאצאים בלא התערבות המדינה. מוסיף המשיב וטוען כי אפילו הייתה מוכרת זכותם החוקתית של העותרים לאמץ, וגם בהנחה כי זכות זו נפגעה עקב קיומו של כלל הפרש הגיל המירבי, גם אז מדובר בפגיעה מידתית שנועדה לתכלית ראויה – היא הגנה על טובת הילדים המאומצים באימוץ הבין-ארצי.

7. אשר למישור המינהלי, נטען, כי כלל הפרש הגיל המירבי עומד באמות מידה של תקינות על-פי כללי המשפט המינהלי. הכלל אומץ לאור שיקולים מקצועיים בלבד, בהתאם להמלצות ועדה מייעצת לשר. תוכנו של הכלל סביר, הוא נועד לקדם את טובת הילד, ואין הוא מפלה את קבוצת העותרים ומבקשים לאמץ כדוגמתם, ביחס לקבוצות אחרות.

בטרם ניכנס לעובי הקורה בניתוח טיעוני הצדדים, נקדים ונפרוש דברי רקע למוסד האימוץ הבין-ארצי והרציונל העומד בבסיסו בחקיקה הישראלית. לדברים אלה השלכה ישירה על השאלה העומדת לדיון בהליך זה.

אימוץ בין-ארצי - רקע כללי

8. החוק המתקן לחוק האימוץ שהתקבל בכנסת ביום 1.5.96, מסדיר לראשונה את נושא האימוץ הבין-ארצי במשפט הישראלי. התיקון נולד על רקע הליך חקיקתי שמקורו בהצעת חוק ממשלתית (הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון) (אימוץ בין-ארצי), התשנ"ד-1994, ה"ח התשנ"ד, 451) והצעות חוק פרטיות שרוכזו במסגרת הצעת חוק

אחת (הצעת חוק אימוץ ילדים (אימוץ בין ארצי), התשנ"ו-1995, ה"ח התשנ"ו, 238). ההצעות נדונו במאוחד בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת שגיבשה את נוסח הצעת החוק שהובא לבסוף לאישור הכנסת. התיקון נעשה על רקע מציאות בה גדל מספר הישראלים שפנו לאימוץ ילדים מחוץ לישראל, עקב מיעוט הילדים המועמדים לאימוץ בתוך ישראל אל מול מספרם הרב של המבקשים לאמץ, דבר אשר הביא להמתנה ארוכה לילד של מבקשים רבים. מצוקה זו יצרה תופעה נרחבת של אימוץ ילדים על-ידי בני זוג ישראליים בדרכים לא מוסדרות, ללא כל פיקוח, לעיתים אף ללא רישום הילדים במירשם המקומי. לא אחת נמצאו ישראלים מעורבים אף בפעולות בלתי חוקיות של חטיפת ילדים וסחר בהם (לדוגמא בג"ץ 243/88 קונטלוס נ' תורג'מן, פד"י מה(2) 626). מצוקתם הקשה של ישראלים רבים שביקשו לאמץ ילד בחוץ-לארץ לאחר שנכשלו באימוץ בישראל, והקשיים הרבים שנתלו לאימוצים כאלה עקב חשש למעמד הילד בישראל, הביאו ליוזמות חקיקה בכנסת לפתרון מצוקה קשה זו (ראו למשל דברי חברת הכנסת לימור ליבנת, דברי הכנסת 24.5.94, בעמ' 7494; דברי חבר הכנסת אבי יחזקאל, דברי הכנסת 24.5.94, בעמ' 7487).

9. מצוקה זו, הביאה בסופו של דבר לתיקון חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן – "חוק אימוץ ילדים" או "חוק האימוץ"), בדרך של יצירת הסדר חקיקתי מפורט לאימוץ בין-ארצי בישראל. האימוץ הבין-ארצי אינו מיוחד לישראל. הצורך להסדיר אימוץ בין-ארצי הלך והתרחב במדינות רבות לאור תופעות עבריינות שהתפתחו סביב חטיפות ילדים וסחר בילדים בקשר לאימוץ (נ' מימון דיני אימוץ ילדים (תשנ"ד), בעמ' 597-599). על רקע זה נחתמה בהאג בשנת 1993 "האמנה בדבר הגנה על ילדים ושיתוף פעולה בדבר אימוץ בין-ארצי" (The Convention on Adoption Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-Country Adoption) (להלן – "האמנה בדבר אימוץ בין-ארצי"). מטרת האמנה היא ליצור מערכת שיתוף פעולה בין המדינות השונות על מנת להבטיח את טובת ורווחת הילדים הנמסרים לאימוץ חוץ, ולמנוע סחר בילדים (סעיף 1 לאמנה). ישראל חתמה על האמנה ביום 2.11.1993 ואישרה אותה ביום 28.12.1998 (כתבי אמנה 1258, כרך 41). הצעת החוק הממשלתית הינה תולדה של הצטרפות ישראל לאמנה זו, שחייבה היערכות נרחבת, ובכלל זה שינוי בחקיקה הפנימית והקמת גופים שיעסקו באימוץ הבין-ארצי בישראל.

10. הסדר האימוץ הבין-ארצי נועד לתת מענה לישראלים חשוכי ילדים שנתקלו בקשיים לאמץ ילדים בישראל, ולהקל עליהם את תהליך האימוץ על-ידי אימוץ ילד מחוץ-לארץ. הוא נועד להבטיח שהליך האימוץ הבין-ארצי יעשה בצורה תקינה

ובהליך חוקי. ההסדר נועד גם להקנות הכרה למעמדם של ילדים שאומצו באימוץ חוץ-לארץ בטרם הוסדר נושא זה בחוק. עם זאת, חשוב להדגיש כי אף שהרקע לחקיקה נועד לתכלית של הקלה על מצוקת המבקשים לאמץ, ולפתוח בפניהם נתיבים חדשים שיענו לכמיהתם להורות, אין להבין את הסדר האימוץ הבין-ארצי כמסיט את מוקד האימוץ מטובת הילד המאומץ לטובתם של המבקשים לאמץ. תכליתו של ההסדר היא למצוא מענה ראוי לילדים שאינם יכולים לגדול במשפחתם הטבעית מטעם זה או אחר, וזקוקים לבית בקרב משפחה מאמצת. טובת הילד היתה ונותרה ציר מרכזי סביבו בנויים דיני האימוץ, והאימוץ הבין-ארצי בכלל זה (ביטוי לכך ניתן בדברי חבר הכנסת זנדברג בעת הדיון בקריאה ראשונה של התיקון לחוק בכנסת (דברי הכנסת 24.5.94, בעמ' 7500)).

11. הגנה זו על טובת הילדים המאומצים באימוץ הבין-מדינתי באה לידי ביטוי בס' 28 לחוק המתקן, בו נקבע כי חובת עמותה מוכרת לנהוג "תוך הבטחת טובת הילד וכיבוד זכויותיו היסודיות, לרבות אלה המוכרות במשפט הבינלאומי; העמותה המוכרת תשא בחובת נאמנות גם כלפי מי שפנה אליה בבקשה לאמץ ילד... כל עוד לא יפגע הדבר בחובת הנאמנות כלפי הילד" (הדגשה לא במקור). כך הוסברה הוראה זו בידי יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעת הדיון בהצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית:

"אנחנו קובעים, שלעמותה יש חובת נאמנות מוחלטת לעקרון טובת הילד, ויש חובת נאמנות כלפי המאמץ - טוב, כל עוד לא נפגע עקרון טובת הילד. עקרון טובת הילד גובר על כל טובה אחרת, גם על הנאמנות כלפי המאמץ" (דברי הכנסת 11.3.1996, בעמ' 5151) (הדגשה לא במקור).

12. גם במישור הבינלאומי, הסדרי האימוץ הבין-מדינתיים בנויים על תפיסה של דאגה לטובת הילד המאומץ. ההורים המאמצים אינם מצויים במוקד ההתייחסות של משפט זה. החתירה להבטחת טובת הילד המאומץ כתכלית מרכזית של הסדר האימוץ הבין-ארצי עולה מן האמנה בדבר אימוץ בין-ארצי שבהקדמה לה נכתב כי המדינות המצטרפות "משוכנעות בצורך בנקיטת אמצעים שנועדו להבטיח שאימוץ בין-מדינתי ייעשה תוך הבטחת טובת הילד, כיבוד זכויותיו או זכויותיה היסודיות, ומניעת חטיפה, מכירה, או סחר בילדים"; ההגנה על טובת הילד נמנית על מטרותיה של האמנה כדלקמן:

"סעיף 1: מטרות האמנה הנוכחית הן:

א. לקבוע אמצעי הגנה אשר יבטיחו כי אימוץ בין-מדינתי ייעשה תוך הבטחת טובת הילד ותוך כיבוד זכויותיו או זכויותיה היסודיות כפי שהן מוכרות בחוק הבינלאומי" (הדגשה לא במקור).

שני מסמכים בינלאומיים נוספים המדגישים את הצורך בהגנה מיוחדת על הילד באימוץ הבין-מדינתי הם ההצהרה על העקרונות המשפטיים והחברתיים המתייחסים להגנה על טובת ילדים בהתייחסות מיוחדת להשמה באומנה ואימוץ מדינתי ובין-מדינתי, אותה אימצה עצרת האו"ם בשנת 1986 (The Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally), וכן, האמנה בדבר זכויות הילד, אותה אימצה עצרת האו"ם בשנת 1989 ואליה הצטרפה ישראל בשנת 1991 (כתבי אמנה 1038, כרך 31, בעמ' 221). שני מסמכים בינלאומיים אלה אף קובעים את הצורך בהשוואת המבחנים על-פיהם נעשה האימוץ הפנים-מדינתי והבין-מדינתי. סעיף 20 להצהרה הנזכרת קובע כי:

"In inter-country adoption, placements should, as a rule, be made through competent authorities or agencies with application of safeguards and standards equivalent to those existing in respect of national adoption. In no case should the placement result in financial gain for those involved in it".

ואילו בסעיף 21 לאמנה בדבר זכויות הילד, הדין באימוץ, נאמר:

"(א) מדינות חברות המכירות בשיטת האימוץ ו/או מתירים אותה, יבטיחו כי טובת הילד תהיה השיקול המכריע, וכן:

(ב) יכירו כי אימוץ בין-ארצי יישקל כאמצעי חלופי לטיפול בילד, מקום שלא ניתן לשים את הילד במשפחה אומנת או מאמצת, או להסדיר לו טיפול נאות במדינת מוצאו.

(ג) יבטיחו כי ילד המועמד לאימוץ בין-ארצי יינהג מביטחונות ותנאים ברמה זהה לאלה הקיימים באימוץ פנימי.

(ד) ינקטו בכל האמצעים הנאותים כדי להבטיח כי סידור הילד באימוץ בין-ארצי לא יביא לרווח כספי בלתי הוגן עבור המעורבים בכך" (הדגשה לא במקור).

13. דווקא מאחר שהמניע לאימוץ הבין-מדינתי נעוץ במצוקת המבקשים לאמץ שאינם מצליחים לאמץ בארץ, נודעת חשיבות מיוחדת לדגש המושם באימוץ הבין-

מדינת, כמו גם באימוץ המדינתי, על החובה לשים את עקרון טובת הילד כשיקול-על בכל מצב. במבחן המציאות, עשוי להיות שוני מסוים בקריטריונים בין אימוץ פנים-מדינתי ובין אימוץ בין-מדינתי, ולו בשל ההבדל המשמעותי במספר הילדים המועמדים לאימוץ בכל אחד מהמישורים. הניסיון מראה כי ככל שמספר הילדים המועמדים לאימוץ פוחת, כך המבחנים לאימוץ הופכים נוקשים וקפדניים יותר. את מוסד האימוץ הבין-ארצי מלווה חשש לטשטוש מושגי בין טובת המבקשים לאמץ לבין טובת הילד. טשטוש זה יוצר דילמות מוסריות קשות, כדברי נ' מימון בספרה:

”המצדדים סבורים, כי יש לעודד אימוץ זה (בין-ארצי – א”ג), המציל ילדים ותינוקות מחיי מוסד, עוני, שוטטות ואף מוות... המצדדים מציינים, כי אימוץ בין-מדינתי מורה על רצון להציל ילדים חסרי בית ועשוי להפיל מחיצות בין מדינות המערב למדינות המקור של הילדים. הם אף מצביעים על מחקרים אשר הראו הצלחה באימוצים בין-מדינתיים. לעומתם טוענים המתנגדים לאימוץ בין-מדינתי שאימוץ זה מנתק את הילדים ממורשתם ומתרבותם, ומשלבם בתרבות זרה להם. הדבר עלול לעורר אצל ילדים אלה בהתבגרם בעיות זהות. הם טוענים עוד כי הילדים הנלקחים לאימוץ הם ילדים לבנים המבוקשים על ידי זוגות חשוכי ילדים בארצם וכי לילדים המתגלגלים ברחובות אין ביקוש. המתנגדים מציינים כי האימוץ הבין מדינתי בא לשרת זוגות חסרי ילדים מהמערב ולא טובת הילדים עומדת בראש מעייניהם, וכי המעבר החד-צדדי של ילדים ממדינות עניות לעשירות, מתרבותם לתרבות זרה להם לא יביא להפלת מחיצות תרבותיות ומדינתיות. טובתם של הילדים, לטענת המתנגדים, מחייבת את מדינות המערב לסייע למדינות העניות ולמשפחות המתקשות בגידול הילדים, ולהזרים כספים ולעזור בהקמת מערך רווחה מתאים, על מנת להשאיר את הילדים במדינות תרבותם ומסורתם. עוד טוענים המתנגדים כי האימוץ הבין-מדינתי גורם לעבריינות, לסחר בילדים, למתן ילדים לאימוץ לזוגות אשר נדחו כמשפחות מאמצות על ידי רשויות הרווחה בארצם” (מימון לעיל, בעמ’ 594-593).

לקושי המוסרי שבטשטוש אפשרי בין טובת המבקשים לאמץ לבין טובת הילד התייחס חבר הכנסת יצחק לוי בעת הדיון בכנסת את הדברים הבאים:

”... החברה בישראל לוחצת, ומכיוון שהחברה בישראל לוחצת באה הכנסת ומחוקקת חוק להבאת ילדים מחוץ לארץ. הרי כשמביאים ילדים מחוץ לארץ לא דואגים לילדים, דואגים להורים” (דברי הכנסת 11.3.96, בעמ’ 5155; הדגשה לא במקור).



חששות אלה אינם חששות סרק. הם מחייבים את המדינה לנקוט הקפדה מיוחדת על טובת הילדים המאומצים באימוץ בין-ארצי, ולזהירות מיוחדת לבל ייפכו כלי שרת שתכליתו המרכזית היא להגשים, ויהי מה, את שאיפת המבקשים לאמץ ילד.

14. ואחרון, לסיום חלק מקדים זה, חשוב לציין את החידוש המשמעותי שבהסדר החקיקתי החדש, על-פיו אימוץ בין-ארצי ייעשה באמצעות עמותות מוכרות שהפיקוח עליהן מסור למשרד העבודה והרווחה. בכך שונה האימוץ הבין-ארצי מן האימוץ הפנים-מדינתי, המתבצע על-ידי השירות למען הילד בפיקוח רשויות המדינה ומשרד העבודה והרווחה. הסדרת האימוץ הבין-ארצי באמצעות עמותות מוכרות מלווה בחסרונות וביתרונות. מחד, הפעילות בעמותות היא מתכונת יעילה במיוחד בכל הקשור בקשר עם מדינות החוץ, והיא עונה בצורה אפקטיבית לצרכים בתחום זה; מאידך, הפקדת קביעת כשירות לאימוץ בידי גופים פרטיים, על כל המשתמע מכך, היא עניין מורכב, המחייב באופן טבעי פיקוח חמור וקפדני של רשויות המדינה. האיזון בין היתרונות והחסרונות הללו מושג באמצעות הענקת סמכויות שונות לעמותות, ובהן קביעת כשירות המבקש לאמץ, ובמקביל לכך, העמדת תנאים שונים להכרה בהן, הטלת חובות שונות עליהן, ופיקוח על פעילותן, שייעשה באמצעות רשות מרכזית לאימוץ בין-ארצי, שהוא פקיד סעד ראשי, שימונה על-ידי שר העבודה והרווחה (סעיף 28ב לחוק). האיזון הראוי לפעילות תקינה ויעילה של העמותות מושג גם באמצעות כללים והנחיות לפעולתן, אותם מוסמך שר העבודה והרווחה לקבוע מכוח סעיף 28לז לחוק המתקן, ואשר מכוחם נקבע גם הכלל נשוא עתירה זו. וכך הוצגו הדברים בעת הדיון בהצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית:

“בהצעת החוק מטעם ממשלת ישראל הציעה הממשלה, שהאימוץ הבין-ארצי יהיה בפיקוח ובניהול של הממשלה, של משרד העבודה והרווחה. מנגד הוגשו כמה הצעות חוק פרטיות... אנחנו קבענו, שהאימוץ הבין-ארצי יבוצע על-ידי עמותות, שקבענו להן תנאים קשוחים מאוד להכרה, מחמירים מאוד להכרה. צריך להיאבק ולהילחם ולהיזהר כל רגע מלמעוד, ולהיות במצב שמדינות רבות, או כמה מדינות בעולם, מכירות אותו, מצב שבו יש בעצם סחר בילדים. ההנחה היא, שהעמותות הללו, בפיקוח נוקשה מאוד - וזה יהיה תפקיד משרד העבודה והרווחה - של משרד העבודה והרווחה. ומאחר שהן תהיינה בעלות רקורד מוכח ויכולות מקצועיות מוכחות, תעשינה את העבודה הזאת טוב יותר מהממשלה. הן חופשיות יותר לעשות את העבודה הזאת באוקראינה או בברזיל או ברומניה, והן בסך הכול תעלינה את מספר אימוצי הילדים. כאמור, תנאים מחמירים מאוד” (יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, דברי הכנסת 11.3.1996, בעמ’ 5150; לעמדות השונות בנושא זה, ראה:

שתי הצעות החוק שלעיל וכן הדיונים בקריאה הראשונה,  
דברי הכנסת 24.5.94, מעמ' 7485).

הכרעה

15. טיעוני העותרים תוקפים את כלל הפרש הגיל המירבי בשתי חזיתות: החזית החוקתית והחזית המינהלית. בחזית החוקתית הם מבקשים לשכנע כי הזכות לאימוץ הינה זכות חוקתית המשתלבת בזכות היסוד למשפחה ולהורות. כלל הפרש הגיל המירבי פוגע בזכות זו בדרך שאינה עומדת במבחן פסקת ההגבלה, ולכן דינו להתבטל.

במקביל לכך, טוענים העותרים כנגד תקפות הכלל במישור המשפט המינהלי, ומתמקדים בהיותו, לטענתם, בלתי סביר ומפלה. שני קווי הטיעון המקבילים שהעלו העותרים ממחישים את קווי הגבול בין הבחינה החוקתית לבחינה המינהלית של מעשה חקיקת משנה של הרשות המוסמכת, ואת קווי ההשקה ביניהם.

נפתח בבחינה החוקתית.

הבחינה החוקתית - האם הזכות לאמץ הינה זכות חוקתית?

16. במישור הטיעון החוקתי, השאלות העומדות לדיון הן: האם קיימת זכות משפטית מוכרת לאמץ ילד? האם זכות זו הינה במעמד של זכות חוקתית, כנגזרת מהזכות למשפחה ולהורות המעוגנת כזכות יסוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? אם התשובה היא בחיוב – האם כלל הפרש הגיל המירבי עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד? על שאלות אלה נבקש להשיב.

הזכות למשפחה ולהורות

17. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן זכויות אדם לכבוד ולחירות, ומגלם בכך את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 1א לחוק היסוד). הוא קובע כי אין פוגעים בכבודו של אדם באשר הוא אדם, וכי כל אדם זכאי להגנה על כבודו (סעיפים 2 ו-4). בתחומיה של הזכות לכבוד האדם ניצבת זכותו של האדם למשפחה (בג"צ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754). מזכות האדם לכבוד נשאבת זכות האדם למשפחה, ולפיכך היא מהווה זכות חוקתית המוגנת על-פי חוק היסוד (ע"א 2266/93

פלונני נ' פלונני, פד"י מט(1) 221, 235; ע"א 3009/02 פלונני נ' פלונני, פד"י נו(4) 872, 894). הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. "היא משקפת את תמצית הוויתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו" (פרשת עדאלה, פסקה 6 לפסק דיני). מהזכות למשפחה נגזרת הזכות להורות מן הצד האחד, וזכותו של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. בגדר הזכות למשפחה, מוכרת זכותם הטבעית של הורים לגדל את ילדיהם וזכותו של ילד לגדול בחיק משפחתו. הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים הן זכויות שלובות זו בזו, ויחדיו הן מקימות את הזכות לאוטונומיה של המשפחה:

"עומקו ועוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר" (רע"א 3009/02 פלונני לעיל, בעמ' 894).

18. הזכות למשפחה נגזרת מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט המצויה בגרעין המהותי של מושג כבוד האדם. "המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו של הפרט בחברה" (בג"צ 2245/06 ח"כ נטע דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על (2006) 2, 3564; בע"מ 377/05 פלונני ופלונני, ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, תק-על (2005) 2, 617 (להלן – פרשת תינוק המריבה); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פד"י נ(4) 661, 719; בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פד"י נו(1) 419, 447). בכלל זכויות האדם החוקתיות ניצבת הזכות להורות ולמשפחה במידרג גבוה לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף; "הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת את המשמעות והטעם לחיים" (פרשת דוברין, בפסקה 12). "זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה להן בחשיבותן ובעוצמתן" (פרשת תינוק המריבה, פסקה 6 לפסק דיני).

19. הזכות להקים משפחה מוכרת גם במשפט הבינלאומי. סעיף 16 להכרזת זכויות האדם מעגנת את זכות האדם להינשא ולהקים משפחה. כך קובע גם סעיף 23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. סעיף 12 להכרזת זכויות האדם וסעיף 17(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מעגנים את הזכות לפרטיות וההגנה מפני התערבות שרירותית בחיי המשפחה. האמנה האירופית לזכויות אדם קובעת בסעיף 8 את הזכות לכיבוד הפרטיות וחיי המשפחה, ובסעיף 12 את הזכות להינשא ולייסד משפחה.

20. הזכות למשפחה ולהורות נקשרת למושג האוטונומיה האישית של האדם, ולזכותו לפרטיות. היא נתפסת כחירות שאין לפגוע בה על-ידי התערבות השלטון, או גורם אחר. זוהי זכות שאין כנגדה חובה של השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי לאפשרה וכדי לממשה. ואכן, "חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט" (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פד"י מו(2) 464, 481; ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי, פד"י נא(1) 160, 175). הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו ואת הווייתו האישית באמצעות הקמת משפחה והבאת ילדים לעולם.

על אופייה הנגטיבי של הזכות למשפחה כזכות המגבילה עד למינימום את התערבות השלטון בחופש הבחירה של האדם עמד בית המשפט בפרשת נחמני (מפי השופט דורנר):

"חירות במובנה המלא אינה רק חופש מהתערבות חיצונית של השלטונות או של אחרים. כלולה בה גם יכולת האדם לכוון את אורח חייו, לממש את מאווייו הבסיסיים ולבחור בין מגוון אפשרויות תוך הפעלת שיקול דעת. בחברה האנושית, אחד הביטויים החזקים לשאיפה אשר בלא הגשמתה לא יראו עצמם רבים כחופשיים במלוא מובן המילה, היא השאיפה להורות. אין מדובר בצורך טבעי-ביולוגי גרידא. עניין לנו בחירות אשר בחברה האנושית מסמלת את ייחודו של האדם. "כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת" אמר רבי יהושע בן לוי (נדדים, סד, ב [יט]). ואכן, כגבר כן אישה, מרבית האנשים רואים בהעמדת צאצאים הכרח קיומי המקנה משמעות לחייהם" (פרשת נחמני, בעמ' 719).

ודברי השופט שטרסברג-כהן (שם, בעמ' 682):

"הזכות להיות הורה היא, על פי טיבה, מהותה ומאפייניה, זכות טבעית מולדת, טבועה באדם. זוהי חירות שאין מולה חובה משפטית, לא ביחסים שבין המדינה לאזרחיה ולא ביחסים שבין בני הזוג לבין עצמם" (הדגשה לא במקור).

(ראו גם פרשת נחמני בהליך הראשון: ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פד"י מט(1) 485, 499; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט, כרך ב), בעמ' 139).

תפיסת הזכות למשפחה ולהורות באמנות הבינלאומיות גם היא תפיסה של זכות נגטיבית שעיקרה הגנה מפני התערבות שרירותית של המדינה בחייו הפרטיים של

האדם, במשפחתו, ובמעונו (השוו בעניין זה: ד' ברק-ארז "על סימטריה ונייטרליות: בעקבות פרשת נחמני", עיוני משפט כ (תשנ"ו) 197, בעמ' 199-200).

21. הזכות למשפחה ולהורות כזכות חוקתית אינה זוכה בכל הנסיבות למלוא היקף פרישתה. כמו זכויות חוקתיות אחרות, גם הזכות למשפחה כחירות המוגנת מפני התערבות אינה מוחלטת. במצבים חריגים עשויים החוק והשלטון להתערב בה, ולהצר את היקף ההגנה החוקתית עליה, כאשר כנגדה עומד ערך נוגד חשוב אחר. הלגיטימיות של הפגיעה בזכות למשפחה ולהורות מותנית בעמידה במבחני פיסקת ההגבלה. מבחנים אלה משקפים את האיזון הנדרש בין משקלן של זכויות היסוד לבין זכויות, צרכים וערכים נוגדים, בין של הפרט, ובין של החברה. כדי שפגיעה בזכות אדם תעמוד במבחן חוקתי, עליה להימצא במיתחם איזונים ראוי, המאזן בין משקלה של הזכות למשקלו של הערך הנוגד (רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פד"י נז(5) 385; פרשת דוברין, פסקה 12).

כך למשל, בנסיבות מסוימות, כאשר מימוש חיי המשפחה מסב נזק חמור לילד, מתערבת המדינה כדי להגן על שלומו, וייתכנו מצבים חריגים שבהם תישלל ההורות הטבעית באופן זמני או אף באופן קבוע מכוח חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960 (להלן – "חוק הנוער (טיפול והשגחה)") (רע"א 3009/02 פלונית, שם) או מכוח חוק אימוץ ילדים. עשויים להיווצר תנאים שיצריכו הפעלת סמכות המדינה להוציא ילד מרשות הוריו כדי להגן על שלומו ורווחתו, כמו גם לתיתו לאימוץ למשפחה אחרת, תוך ניתוקו לזמן או לצמיתות ממשפחתו הטבעית. הסדרת סמכויות אלה ויישומן הלכה למעשה כפופים לתנאי פיסקת ההגבלה מאחר שמדובר בפגיעה בזכות אדם למימוש קשר המשפחה וההורות. נסיבות אחרות של התערבות בזכות למשפחה עשויות להתרחש מקום שמימוש זכות זו של תושבי הארץ המבקשים להתאחד עם בני זוגם מאיזור יהודה ושומרון מתנגש בשיקולי בטחון המדינה (פרשת עטאלה, שם).

הזכות לאמץ

22. בצד הזכות למשפחה כזכות "סבילה" שעיקרה הגנה על האוטונומיה האישית של האדם מפני פגיעה בלתי חוקתית, ניצבת השאלה מה דינה של הזכות להורות אשר הפרט מבקש לממשה בדרך של אימוץ ילד השייך להורים ביולוגיים אחרים, בין על שום שנבצר ממנו להביא ילד לעולם, ובין בשל רצונו מטעם אחר ליצור קשר הורי עם ילד מאומץ. האם הזכות החוקתית למשפחה משתרעת גם על הזכות לאמץ ילד, שניתן להגבילה רק בכפוף לעקרונות פיסקת ההגבלה; או שמא נאמר כי הזכות החוקתית

להורות אינה כוללת בתוכה זכות לתבוע מן המדינה את התערבותה כדי לאפשר את מימושה באמצעים כאלה ואחרים, ובכללם על דרך האימוץ; השאלה בזווית אחרת היא האם מהזכות החוקתית לחיי משפחה והורות, הנתונה לכל אדם באשר הוא, נגזרת גם הזכות לחייב את המדינה לנקוט פעולה כדי לאפשרה מקום שאדם אינו מסוגל, או אינו רוצה להגשימה באופן טבעי, למשל בדרך של אימוץ, או באמצעות פונדקאות, או בהפרייה חוץ-גופית. האם העדר פעולה מצד המדינה שקולה כ"פגיעה" שחוקיותה נבחנת על-פי פיסקת ההגבלה? שאלות אלה הן מורכבות ורבות פנים. הן נוגעות בזיקה שבין הזכות החוקתית לבין האמצעים הנתונים בידי אדם למימושה של הזכות. הן מעלות סוגיות בעלות השלכות נרחבות, נורמטיביות, מוסריות, חברתיות, ואחרות. הגישות לפתרון נתונות להשפעות הזמן, המקום והנסיבות.

23. עם זאת, לצורך ענייננו, ניתן לומר שעל-פי התפיסה החוקתית הנוהגת כיום בשיטתנו, ההכרה בזכות החוקתית להורות ולמשפחה נשענת על ההנחה כי מדובר בזכות בעלת אופי הגנתי, שאינה מעמידה כנגדה חובה של המדינה לפעול. עיקרה בהגנה מפני פגיעה של השלטון, להבדיל מקיומה של חובה על השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי להעמיד אמצעים שונים על מנת לאפשר את מימוש הזכות. הזכות להורות מתפרשת על-פני האוטונומיה של הרצון הפרטי. היא אינה גולשת לתחום בו נדרשת התערבות המדינה לצורך מימושו. התערבות המדינה בתחומים השונים כגון אימוץ, פונדקאות והפרייה חוץ-גופית, המהווים אמצעים שונים למימוש ההורות, נעשית במסגרת פעולתה השלטונית, והיא כפופה לביקורת שיפוטית מינהלית, אולם אין היא בגדר מימוש חובה הניצבת כמענה לזכות חוקתית של אדם למימוש הורות באמצעים חלופיים להולדה טבעית. אין להוציא מגדר האפשר כי שינויי העיתים, הדינמיקה החברתית, והצרכים האנושיים יביאו עמם עם הזמן שינויים בתפיסה החוקתית בדבר מקומה של המדינה במתן אמצעים למימוש זכות האדם למשפחה ולהורות. בענין זה, אין בהכרח זהות בשיקולים בין האמצעים השונים, ואין דומה אימוץ ילד שהוא בעל יישות עצמאית ונושא לזכויות, כאמצעים אחרים שנועדו לאפשר הבאת ילד לעולם, כגון פונדקאות והפרייה חוץ-גופית. השאלה באיזו מידה חייבת המדינה לסייע לפרט בהעמדת אמצעים לצורך מתן עזרה לתהליכי הולדה באמצעות טכניקות הולדה מלאכותיות היא קשה ומורכבת. ככל שנדרשת התערבות גורמים חיצוניים בתהליכי הולדה, אנו מתרחקים מן הליכה הקשה של הזכות להורות המבוססת על האוטונומיה של הפרט וזכותו העצמאית לקבל החלטות הקובעות את גורלו בלא התערבות חיצונית. היקף חובתה של המדינה לסייע בידי הפרט באמצעות פעולה אקטיבית לממש את הורותו הטבעית בדרכים מלאכותיות הינה קשה ורבת פנים. בהקשר זה, עולות שאלות שונות בדבר החובה להעמיד מערך הפרייה חוץ-גופית ופונדקאות (ראו לענין זה חוק

ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (תוספת שניה); תקנות בריאות העם (הפרייה חוץ גופית) התשמ"ז-1987; וחוק הסכמים לנשיאת עוברים). היחס בין תפיסת הזכות למשפחה ולהורות כזכות בעלת אופי הגנתי לבין היקף הציפייה הלגיטימית של הפרט כי המדינה תסייע לו באופן אקטיבי במימוש זכותו להורות באמצעים שונים, מעלה שאלות סבוכות וקשות (מ' קורינאלדי לשאלת הפונדקאות בישראל - הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996; דו"ח ועדת אלוני, המשפט ג (תשנ"ו) 63, 67, 69).

#### מתייחס לכך פרופ' שיפמן באומרו:

"מבחינת התערבות אפשרית של החברה, יש לשים לב למרכיבים האופייניים של תוכן הזכות להיות הורה, שאינם עשויים מקשה אחת. המרכיב הראשוני הוא הזכות להיות הורה ביולוגי... יש לשים לב, במיוחד, לאבחנה בין הצד הנגטיבי לבין הצד הפוזיטיבי, כלומר בין הגבלת חירותו של אדם לפעול למימוש זכותו להורות בדרך הנראית לו, לבין שלילת סיועה של החברה. גבולות הסיוע הפוזיטיבי של החברה נקבעים, בין היתר, באמצעות השינויים בהגדרת ההורות המשפטית שהחברה מוכנה לבצע כדי לאשש ולאשר את משאלות הפרט" (שיפמן לעיל, בעמ' 169-170).

24. שאלות אלה חורגות במידה רבה מגדרו של הדיון בהליך זה, ככל שהן עוסקות באמצעים שונים למימוש הורות, שאינם על דרך אימוץ. זאת, מאחר שהתפיסה השלטת בתחום האימוץ בנויה על ההנחה כי מערך האימוץ נועד בראש ובראשונה לתת מענה הולם לצרכיו של ילד נזקק שהסביבה הטבעית שלתוכה נולדה ובה הוא גדל אינה מסוגלת לספק את צרכיו הבסיסיים. מסירתו לאימוץ, ומימוש ההורות של ההורים המאמצים הם תוצאת לוואי חשובה שהחברה מייחסת לה ערך מוסרי-ערכי רב, אולם מימוש ההורות על דרך האימוץ אינה יעדו העיקרי של מוסד האימוץ.

25. הסדר האימוץ נותן מענה לכמיהתם של בני אדם לממש את הורותם לילדים. חשיבותו מהיבט זה אינה צריכה הדגשה. עם זאת, הסדר האימוץ במדינה אינו מהווה חלק מזכותו החוקתית של מבקש האימוץ למשפחה ולהורות, והוא אינו מקים זכות חוקתית נגזרת בידי אדם לתבוע מן המדינה את מימוש הורותו באמצעות אימוץ. עומדת לו, כאזרח, 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.

מעריך אימוץ ילדים על-פי חוק האימוץ שם במוקד עניינו את טובת הילד שסביבתו הטבעית ומשפחתו הביולוגית אינם יכולים לספק את צרכיו הגופניים והנפשיים הבסיסיים. הוא נותן בידי המדינה כוחות וסמכויות להתערב בתא המשפחתי הטבעי כדי להבטיח את רווחתו של קטין מקום שתנאים חיוניים לגידולו נמנעים ממנו. מרכז הכובד של מוסד האימוץ בעידן המודרני הוא טובת הילד הזקוק לדאגה לצרכיו הפיזיים והנפשיים (H.E. Still-Caris "Legislative Reform: Redefining the Parent") (Child Relationship in Cases of Adoption" 71 IOWA. L. REV. (1985-6) 265).

חוק אימוץ ילדים בנוי בתפיסתו הבסיסית על תכליות של טובת הילד. סעיף 1(ב) לחוק, המהווה תשתית ואבן יסוד לצו אימוץ, קובע:

"צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית המשפט שהם לטובת המאומץ".

ההסדר שבחוק האימוץ בנוי על תשתית דאגה לרווחה הילד, תוך הכרה במעמדם ובזכויותיהם החוקתיות של ההורים הביולוגיים לקשר המשפחה ולמימוש הורותם, בכפוף להוראות החוק. חוק האימוץ אינו מניח קיום זכות לאמץ; הוא מניח אפשרות קיומה של יכולת לאמץ בהתקיים תנאי כשירות מסויימים (סעיף 3 לחוק); גיל ודת (סעיפים 4 ו-5), ועמידה בתקופת מבחן (סעיף 6).

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 להסדר האימוץ שנקבע על-ידי המדינה, אשר תכליתו המרכזית הינה לקדם את טובת הילד, כאשר המבקשים לאמץ משתלבים אל תהליך האימוץ כדי לקדם את תכלית טובת הילד, הנמצא לעולם במרכזם של העניין והדאגה במוסד האימוץ (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פד"י נ(1) 48).

26. מקומו המרכזי של עקרון טובת הילד בהליכי האימוץ הינו קו מנחה גם באמנה בדבר זכויות הילד (שישראל חתמה ואישררה אותה) הקובעת:

"מדינות חברות המכירות בשיטת האימוץ ו/או המתירות אותה יבטיחו כי טובת הילד תהיה השיקול המכריע" (סעיף 21 לאמנה, כתבי אמנה 1038, כרך 31, בעמ' 221).



הקטין נהנה ממעמד משפטי עצמאי, נושא לזכויות ולחובות, וההלכה המקובלת היא כי בכל החלטה המתקבלת בעניינו יש להתחשב, בראש ובראשונה, בטובתו:

”בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית, ציבוריים או פרטיים, ובין בידי בית משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה” (סעיף 3(1) לאמנה).

וכך התייחסה לנושא זה הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשית השופטת סביונה רוטלוי (דצמבר 2003):

”האמנה יוצרת חבות רחבה למדינות בכל הנוגע ליישום עיקרון טובת הילד. ראשית, בקביעתה כי בכל פעולה או החלטה הננקטת ביחס לילדים על ידי רשויות המדינה השונות תהיה טובת הילד שיקול ראשון במעלה. כך מחדירה האמנה את אמת המידה של טובת הילד לכל העשייה הציבורית הנוגעת לילדים, וכן לעשייה המתבצעת על ידי גופים פרטיים בתחום הרווחה. משמעות קביעה זו... הינה, כי למכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילדים עדיפות מהותית מסוימת על פני שיקולים אחרים כאשר מקבלים החלטה בעניינם. עדיפות זו נגזרת מן העובדה שהחלטה או הפעולה שבה מדובר עניינה בילד עצמו, ועל כן טבעי שההכרעה במסגרתה תתמקד בילד עצמו” (החלק הכללי של דו”ח הוועדה, בעמודים 128-129).

(ליישום האמנה בדבר זכויות הילד בישראל ראו גם: דו”ח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד, משרד המשפטים ומשרד החוץ, הוגש לוועדת האו”ם לזכויות הילד בפברואר 2001, ובייחוד עמודים 154-160 העוסקים באימוץ. להתפתחות היסטורית של מושג “טובת הילד” ראו: י’ בן-אור “על משמעות המושג “טובת הילד”, הפרקליט כט (תשל”ד) 608. למעבר מ”טובת הילד” לתיאוריית “זכויות הילד” ראו: י’ ש’ קפלן “זכויות הילד בפסיקה בישראל - ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה”, המשפט ז (תשס”ב) 303; וכן ע”א 2266/93 פלוני, שם).

27. טובת הילד על-פי מושג חוק האימוץ אינה מתיישבת עם קיומה של זכות משפטית מוכרת לאמץ במבקש זאת. ההנחה בדבר זכות כזו מרחיקה את טובת הילד ממוקד עניינו של מוסד האימוץ, ואינה עולה בקנה אחד עם הרעיון כי חובתה ההומניטרית של המדינה היא לדאוג לילדים נזקקים כמטרה בלתי מסוייגת שאינה כפופה לזכותו של אחר. ההתחשבות בכמיהתם של המבקשים לאמץ כדי רמה של גיבוש זכות היה משלב שיקולים חיצוניים לטובת הילד, וגורע ממימושו של עקרון מרכזי זה. ביטוי לתפיסה זו ניתן בפסיקה ובספרות המשפטית: אין בהן הכרה משפטית

בזכותו של אדם לתבוע כי המדינה תמסור לידי ילד לאימוץ, שהנו בעל יישות עצמאית, זכויות והוויה משלו, אלא אם כן הדבר חיוני לצורך הגנה על רווחתו וטובתו, ואך למטרה זו. חובתה של המדינה לדאוג לרווחתם של ילדים בידי הורים מאמצים כשירים לכך, מקום שהתא הגרעיני הביולוגי שהילד משתייך אליו אינו יכול לתת מענה ראוי (השווה בג"צ 415/89 אלון נ' השירות למען הילד, פד"י מג(2) 786, 791). מוקד החובה מצוי בטובת הילד. הוא אינו מתפרש על-פני ציפיות המבקש לאמץ, כדי גיבוש זכות שבדין בידי.

"לשום אדם אין זכות לאמץ ילד. הטענה כי זכות אימוץ עומדת לכל אזרח נשענת על תפיסה שזה מכבר עברה מן העולם הנאור" (דברי המשנה-לנשיא מצא בע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נט(5) 64, 93).

עמד על כך גם ח' גולדשמידט במאמר "תעודת הזהות המפוספטת של משפחת ישראל" - השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני, המשפט ז (תשס"ב), בעמ' 217 באומרו, בין היתר (עמ' 238):

"אין בכוונתי לטעון כי לאדם יש 'זכות' לאמץ ילד: אין פה 'זכות' שיש להעמיד למולה חובה של המדינה. הטענה בדבר 'זכות אימוץ' לכל אזרח היא טענה הנשענת על תפיסה קניינית של ילדים, טענה שעברה מן העולם הנאור... יתירה מכך; הזכות היא של הילד, הזכות לגדול בתא משפחתי תקין, אשר יספק לו את כל הנדרש להתפתחותו ולגדילתו עד להיותו בוגר שיעמוד ברשות עצמו. על המדינה מוטלת חובה לספק תנאים בסיסיים על מנת שזכות הילד לא תיפגע, ובפרט במצבים שהתא המשפחתי אינו מצליח לספק זאת בעצמו..."

28. במשפט המשווה, בשיטות הקרובות בתפיסתן לשיטת המשפט הישראלית, לא הוכרה זכות יסוד חוקתית לאימוץ ילד במובן הרחב.

בארצות הברית אין הכרה בקיומה של זכות לאמץ כזכות בעלת אופי חוקתי:

"It is manifestly clear that not every prospective adoptive parent has an expectation or entitlement sufficient for the recognition of a constitutional liberty interest in the right to adopt a child" (2 AM. Jur. 2d Adoption § 14 (1994)).

בפסיקה אמריקאית שהוצגה לעיונו בידי ב"כ המדינה בסיכומים המשלימים הובאה שורה של הכרעות שיפוטיות הקובעות כי אין לראות באימוץ משום זכות

חוקתית, וכי הכרה כזו עלולה היתה לשבש את האיזון הראוי בין השיקולים והאינטרסים השונים הפועלים בהליך האימוץ.

מפאת חשיבותם, נביא את הדברים בהרחבה כאן (כל ההדגשות אינן במקור).

בענין *Griffith v. Johnston* 899 F. 2d 1427 (1990) נאמר :

"Although the Supreme Court has rendered decisions defining various elements of family relationships as "fundamental interests" none of those cases announced a "fundamental interest" in adopting children. What consequences would flow from the recognition of such an interest are unclear. The adoption process is now heavily regulated by states for the protection of all parties involved...If the right to adopt is "fundamental", must the courts review whether states may require that adoptive parents be sane, honest, financially capable or otherwise qualified to be good parents? When does the "fundamental right" to adopt overcome the right of privacy of the birth parents? May the state decide that certain kinds of children, contrary to the wishes of particular prospective parents, may not be adopted? **To assert that such an individualized "fundamental right" exists is sloganistic and oxymoronic, since society must balance the interests of at least three parties – birth parents, child, adoptive parents – when legitimating adoptions**".

כך ראו את פסק הדין בענין *Lofton v. Secretary of the Department of*

*Children and Family Services*, 358 F. 3d 804 (2004), בו נאמר כדלקמן :

"Neither party disputes that there is no fundamental right to adopt, nor any fundamental right to be adopted... see also *Mullins v. Oregon*, 57 F. 3d 789 (9th Cir. 1995) ("Whatever claim a prospective adoptive parent may have to a child, we are certain that it does not rise to the level of a fundamental liberty interest.")` *Lindley* 889 F. 2d at 131 (We are constrained to conclude that there is no fundamental right to adopt"). Both parties likewise agree that adoption is a privilege created by statute and not by common law... **Because there is no right to adopt or to be adopted, it follows that there can be no fundamental right to apply for adoption**".

בנוסף, ראו את פסק הדין בענין *Behrens v. Regier, Secretary of the Florida*

*Department of Children and Families*, 422 F.3d 1255 (2005) אשר גם בו נקבע כי

לא מוכרת זכות לאמץ, וכי במוקד הליך האימוץ עומדות זכויות הילד, להבדיל מאלה של המבקש לאמץ:

**"Behrens has failed to point to any provisions of Florida law that grants prospective parents, like him and his wife, the right to adopt an unrelated child. In fact, Florida courts have held that no such right exists. ....**

Additionally, Behrens cannot establish that, under Florida law, he has any legal claim of entitlement to have his adoption application approved. ... Florida adoptions laws – like the adoption laws of most states – provide that the decision to place a child in a prospective home is a discretionary one, where "the best interests of the child" always govern. ... Hence, **adoption is not viewed from the perspective of what rights potential parents may possess; rather the "intended beneficiary of [an adoption] proceeding is the child to be adopted"**".

המדינה מפנה גם לניתוח הפסיקה האמריקאית בסוגיה זו ב- L.D. Wardle "Preference For Marital Couple Adoption – Constitutional and Policy Reflections", **5 Journal of Law & Family Studies** (2003) 345.

הדין האוסטרלי מבהיר בחקיקה מפורשת בחוק האימוץ של מדינת New South Wales משנת 2000 כי אין לאדם זכות לאמץ ילד. כך, קובע החוק בסעיף 8 כי:

"8(1) In making a decision about the adoption of a child, a decision maker is to have regard (as far as practicable or appropriate) to the following principles:

- (a) the best interests of the child, both in childhood and later life, must be the paramount consideration.
- (b) adoption is to be regarded as a service for the child, not for adults wishing to acquire the care of the child.**
- (c) no adult has a right to adopt the child. ..."**

בחוק האימוץ של מדינת Western Australia משנת 1994, נקבע, בתוספת השנייה לחוק, כי אין זכות לאמץ:

"1(3) There is no right to adopt a child. The adoptive or prospective adoptive parent with whom the child is placed with a view to the child's adoption has the right to bond to the child."

המדינה הצביעה גם על פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם. הוועדה האירופית לזכויות אדם קבעה, במספר הזדמנויות, כי לא קמה זכות לאימוץ מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם ולהגנה על חירויות יסוד. בנושא זה נאמר בענין X and Y v. United Kingdom, (1977) 12 DR 32, כדלקמן:

"Whilst it is implicit in Article 12 that it guarantees a right to procreate children, **it does not as such guarantee a right to adopt** or otherwise integrate into a family a child which is not the natural child of the couple concerned".

ראו לענין זה גם את פסק הדין בענין **Dallila Di Lazzaro v. Italy Eur. Commn. HR**, App. No. 31924/96, admissibility decision of 10 July 1997, 90 D.R. :13

"**The right to adopt is not, as such, included among the rights guaranteed by the convention** and ... Article 8 does not oblige States to grant to a person the status of adoptive parent or adopted child"

ראו גם: **X v. Belgium and the Netherlands**, (1975) 7 DR 75; **X v. Netherlands** : 24 DR 176 (1981).

חשובה לענין זה גם החלטת בית הדין האירופי לזכויות אדם בענין **Frette v. France**, 36515/97 [2002] ECHR 156, בה נקבע כי החלטת הרשויות בצרפת לדחות בקשתו של גבר לא נשוי בעל נטייה הומוסקסואלית לאמץ ילד, איננה עומדת בסתירה לסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם. וכך נאמר בפסק הדין:

"The court notes that the Convention does not guarantee the right to adopt as such. Moreover, the right to respect for family life presupposes the existence of a family and does not safeguard the mere desire to found a family. ..."

ובהמשך נאמר:

"**Adoption means "providing a child with a family, not a family with a child"** and that the state must see to it that the persons chosen to adopt are those who can offer the child the most suitable home in every respect. The court points out in that connection that it has already been found that where a family tie is

established between a parent and a child, "Particular importance must be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent...".

ראו גם את פסק הדין של בית הדין האירופי בענין **Pini v. Romania** [2004] ECHR 78028/01.

פסיקה דומה ניתנה באנגליה, בה נפסק כי אין לאדם זכות לאמץ ילד, וכי בנסיבות בהן אין מדובר באימוץ שהושלם או ביחסי משפחה דה פקטו, אין מדובר בזכות-על מוגנת ( **Thomson & Ors, R (on the application of) v. The Minister of State for Children** [2005] EWHC 1378 (Admin) (04 July 2005)).

חשוב לציין, וגם על כך עמדה המדינה בטיעוניה, כי עשויה להיות אבחנה לענין קיומה של זכות לאמץ בין מצב רגיל שבו מתבקש אימוץ ילד בהליך אימוץ מקובל, בלא שקיימת זיקה קודמת בין המבקש לאמץ לבין ילד מסוים, לבין מצב בו מתבקש אימוץ כאשר במציאות מתקיימים חיי משפחה דה פקטו לכל דבר וענין בין המבקשים לאמץ לבין ילד מסוים, עמו כבר נוצר קשר משפחה מלא ושלם בפועל. הפסיקה הזרה עמדה על אבחנה אפשרית כזו, תוך ששללה קיום זכות כזו במקרה הראשון ונטתה להכיר בזכות כזו במקרה האחר (ראו פסיקת בית המשפט החוקתי של **Du Toit and Another v. Minister for Welfare and Population Development and Others**, (2002) 13 BHRC 187).

ראוי להדגיש, כי ענייננו בהליך זה איננו עוסק במצב המיוחד של בקשת אימוץ שנועדה להקנות מעמד משפטי מוכר לקשר משפחתי בין הורים לילד שנוצר וקיים בפועל, העשוי להעמיד טענה של קיום זכות חוקתית למסד את קשר המשפחה הקיים במסגרת של אימוץ, וזאת בגדרה של הזכות החוקתית הרחבה למשפחה. ענייננו בשאלה האם קיימת זכות חוקתית לאמץ ילד כלשהו, בלא שקיימת זיקה קודמת בין מבקש האימוץ לבין ילד מסוים.

29. אף שאין הכרה בזכות המבקשים לאמץ, עשוי להתגבש בידם אינטרס במשפט, שיש להתחשב בו עוד בטרם מתן צו אימוץ. אין מדובר בזכות שבדין, אלא בציפייה לגיטימית שיש לקחתה בחשבון בהפעלת שיקול הדעת המינהלי והשיפוטי. במהלך הליך האימוץ, ובטרם מתן צו האימוץ, השיקול הדומיננטי הוא טובת המאומץ. לצד

שיקול זה מתחשב המשפט בזכויותיהם של ההורים הטבעיים. כן מתחשב הוא באינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ, מקום שהם מגדלים את הקטין בביתם:

”... יש מקום להתחשב גם באינטרסים של המבקשים לאמץ את הקטין. אין לאלה זכות להחזיק בקטין, אך אינטרס שיש להתחשב בו יש להם. אף שאינטרס זה אין כוחו כזכותם של ההורים הטבעיים, הרי אף הוא גורם שיש לקחתו בחשבון” (דברי הנשיא ברק בע”א 577/83 היועץ המשפטי נ’ פלונית, פד”י לח(1) 461, 471).

למבקשים לאמץ אין גם מעמד ישיר בהליכי האימוץ בשלביהם הראשונים. מעמד כזה ניתן להורים הביולוגיים וליועץ המשפטי לממשלה כמייצג את האינטרס הציבורי. המבקשים לאמץ אינם ניצבים בחזית ההליך אלא מאחורי הקלעים בלבד (בע”מ 6930/04 פלונית ופלוני המיועדים לאימוץ הקטין נ’ האב הביולוגי, פד”י נט(1) 596; להרחבה בנושא מעמד ההורים המאמצים ראו מימון לעיל, בעמ’ 34-30).

30. מוסד האימוץ נשען במושגיו הבסיסיים על חובתה ההומניטרית של המדינה לדאוג לרווחתם של ילדים שגידולם במשפחה הטבעית אינו עונה לצרכיהם הבסיסיים, ולשלבם במסגרת חיים במשפחה מאמצת שבה יוכלו לגדול ולהתפתח בתנאי רווחה גופנית ונפשית. תכלית עיקרית זו של הסדר האימוץ נותנת גם מענה, בבחינת תוצאת-לוואי, למצוקת הורים חשוכי ילדים לאמץ ילד, או לכמיהת הורים לילדים טבעיים שמבקשים לאמץ ילד נוסף. למבקשים כאלה ציפייה מוכרת לקיומו של הסדר נאות, שמבחניו ודרכי יישומם מתנהלים בצורה תקינה. עומדת להם זכות שינהגו בבקשתם לאמץ בהגינות, בתום לב, משיקולים ענייניים ובלא הפלייה. זכות זו אינה מגעת כדי זכות לאמץ; לא כל שכן, אין היא מגעת כדי זכות חוקתית לאמץ, הנגזרת מהזכות למשפחה ולהורות. הבהיר זאת פרופ’ שיפמן בספרו הנזכר בעמ’ 50-145:

”מוסד זה [מוסד האימוץ – א”פ] הוא במובהק כמעט היפוכו הגמור של הדגם הקודם, המתאפיין באוטונומיה של היחיד בהולדה הטבעית. באימוץ ילדים, לפנינו חלוקה סלקטיבית, נשלטת לחלוטין על ידי המדינה, הפועלת באמצעות רשויות הסעד... מה היא ההצדקה לחלוקה הסלקטיבית של ילדים לאימוץ, הנשלטת כולה על ידי רשויות הסעד? ... מספר תשובות והסברים ניתן להציע לתופעת ההתערבות באימוץ דווקא. ההסבר הראשוני הוא: המחסור.... כתוצאה מצמצום ההיצע, ומעליה מתמדת במספר הפונים בבקשה לאמץ, נאלצות רשויות האימוץ להחמיר את הקריטריונים של ה”זכאות” לקבלת ילד, ומוארכת תקופת ההמתנה עד לקבלתו.... אך עלינו לציין כי שיקולי המחסור, כשהם לעצמם, אינם השיקול היחיד התומך בצורך בהתערבותה של המדינה. השיקול הנוסף, ואולי המכריע, הוא טובת הילד.

לאמיתו של דבר, האוריינטציה הראשונית של מוסד האימוץ היא פתרון בעייתם של ילדים חסרי בית, ורק בעקיפין, וכמטרה משנית, עשויה לבוא על סיפוקה מצוקתם של הורים חשוכי ילדים המבקשים לאמץ ילד. יודגש: אין לאדם זכות לאמץ ילד. זכותו היא שלא יופלה לרעה לעומת מועמדים אחרים, ושינהגו בו בהגינות, וללא הכבדה בירוקרטית מיותרת; אך נקודת המוצא היא טובת הילד...

... מכל מקום, ניתן לסכם ולומר כי באימוץ לפנינו מספר גורמים מצטברים שיוצרים את הדגם ההתערבותי: ראשית, המחסור בילדים; שנית, הרצון להבטיח טובתו של ילד שכבר נולד; שלישית, היכולת האפקטיבית להתערב נוכח הצורך במעורבות של אנשים אחרים, פרט לבני הזוג עצמם; רביעית, ההתערבות איננה פוגעת בהחלטות אינטימיות של בני הזוג עצמם, ולא בחירותם על גופם; ולבסוף, באימוץ ניתן על ידי החברה סיוע פוזיטיבי לרצונם של בני הזוג להיות הורים. גורמים אלה אינם פועלים בהולדתו הטבעית של ילד, בשלב שבו הוריו מחליטים אם להביא ילד לעולם" (וראו גם בעמ' 52-53; הדגשות לא במקור).

31. אף שאין למבקשים לאמץ זכות שבדין לכך, על המדינה להתחשב ולכבד את ציפיהם לכך, כציפייה טבעית ולגיטימית, וכגורם חשוב במציאת מענה ראוי לתכלית העיקרית של האימוץ – לקדם את טובת הילד הנזקק. ואמנם, באמות המידה לאימוץ הנקבעות על-ידי מוסדות המדינה (השירות למען הילד באימוץ מקומי, ושר העבודה והרווחה באימוץ בין-ארצי) ניתן למצוא משום מזיגה בין שיקולי "טובת הילד" שאינם מנותקים משיקולים חברתיים כלליים, לבין הרצון לבסס מערך מינהלי הוגן בהתייחסו למבקשים השונים לאמץ (שיפמן לעיל, בעמ' 148).

32. לסיכום הדברים, אין לקבל את טענת העותרים לפיה עומדת למבקשים לאמץ זכות חוקתית לכך, וכי המדינה חייבת לתת לכך מענה, שאם לא כן יהווה הדבר פגיעה בזכות חוקתית הכפופה לעקרונות פיסקת ההגבלה. במבקשים לאמץ במהלך הליכי האימוץ וקודם לכו אימוץ קיימים ציפייה טבעית ואינטרס מוכר. זכות שבדין, ולא כל שכן זכות חוקתית לאימוץ, אינה מוכרת. אין בכך כדי לגרוע מן העובדה כי עם השלמת הליך האימוץ במתן צו אימוץ נוצר בין המאמץ למאומץ מערך יחסים של חובות וזכויות מלאים המאפיין יחסי הורים וילדיהם, המחליף את קשר הדם הביולוגי של הילד עם משפחת המוצא, ומוקם תא משפחתי חדש המהווה נושא לזכויות חוקתיות.

דין טענות העותרים במישור החוקתי להידחות, אפוא. יש מקום לבחון את טיעוניהם במישור המינהלי ככל שהם נוגעים לתקינותו המינהלית של כלל הפרש הגיל המירבי על-פי אמות המידה של המשפט הציבורי.



33. במישור המינהלי, נטען כי כלל הפרש הגיל המירבי אינו עומד במבחני המשפט הציבורי, וכי הוא פוגע בעותרים משתי בחינות: האחת – העדר סבירות בפער הגיל שנקבע בכללים וכן ביצירת כלל קשיח, הקובע הפרש גילאים בין מאמץ למאומץ בהליך אימוץ בין-ארצי בלא התאמה אפשרית לנסיבות מיוחדות; השניה – קיום הפלייה בין קבוצת העותרים לבין קבוצות אחרות המבקשות לאמץ באימוץ פנים-ארצי, שלגביהן לא קיים כלל קשיח דומה. בניתוח עילות התקיפה המינהליות נתרכז בתחום הביקורת השיפוטית על כללים מינהליים המהווים באופיים חקיקת משנה שהובאה לאישור הכנסת, כמעמד של הכללים בענייננו (י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו), בעמ' 85-75; בג"צ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה, פד"י מז(2) 147, 172).

הרקע לגיבוש כלל הפרש הגיל המירבי

34. ה"כללים והנחיות מקצועיות לפעולת עמותה מוכרת, התשנ"ח-1998", הם הכללים בענייננו, ובתוכם כלל הפרש הגיל המירבי, נקבעו על-ידי שר העבודה והרווחה על בסיס המלצתה של הוועדה המייעצת על-פי סעיף 128 לחוק האימוץ. על חברי הוועדה נמנים מומחה בתחום העבודה הסוציאלית, פקידת הסעד הראשית לחוק אימוץ ילדים והרשות המרכזית לאימוץ בין-ארצי על-פי החוק, המפקחת הארצית על האימוץ הבין-ארצי במשרד העבודה והרווחה, ראש תחום (ייעוץ) במשרד המשפטים ורב. ועדה זו הוקמה במטרה לייעץ לשר "בעניין האימוץ הבין-ארצי, ובכלל זה הכרה בעמותה, ביטול או התליה של הכרה בעמותה, קביעת הנחיות מקצועיות וכללים לדרכי עבודתה של עמותה מוכרת ופיקוח עליה" (סעיף 128(א) לחוק). זהו גוף מקצועי השוקל שיקולים מקצועיים. גם הכלל הנדון בדבר הפרש הגיל המירבי נקבע על יסוד שיקולים מקצועיים הקשורים בטובת הילד, שנשקלו בידי הוועדה המייעצת, והובאו כהמלצות בפני השר. לפיכך, יש לדחות את טענת העותרים לפיה הכללים נקבעו בלא תשתית עובדתית ומקצועית נדרשים. במסגרת שיקוליו, קבע השר בתחילה כי פער הגילאים המקסימלי יעמוד על 45 שנה. ביום 23.12.97 הובאה הצעה זו בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עם תקנות נוספות בעניין האימוץ הבין-ארצי. לאחר דיון בוועדה, אשר התייחס, בין השאר, גם לנושא הפרש הגילאים, שונתה ההצעה ופער הגילאים הוגדל והועמד על 48 שנים. כן נקבע כי היום הקובע לענין חישוב הפער יהיה יום הגשת הבקשה לאימוץ. לאחר עריכת שינויים אלה, אישרה הוועדה את הכללים (פרוטוקול מס' 136, ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום

23.12.1997, מש/2 – תגובת המשיבה לעתירה המקורית). הכללים זכו, אפוא, באישור ועדת החוקה כנדרש בסעיף 36(א) לחוק האימוץ.

סבירות

35. בחינת הסבירות של מעשה מינהלי, ובכלל זה חקיקת משנה, מצריכה איזון ראוי בין שיקולים רלבנטיים. "סבירות ההחלטה נקבעת על ידי איזון הערכים המתחרים על הבכורה, על פי משקלם, והכרעה ביניהם בנקודת החיכוך. ענין לנו אפוא בתורת האיזון (ה-balancing) הנוהגת במשפט הציבורי שלנו. היא נוהגת מקום שקיימת סמכות שלטונית, אשר הפעלתה מעניקה שיקול דעת, אשר צריך להתחשב בערכים ובאינטרסים מתנגשים" (דברי הנשיא ברק בבג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פד"י נא(4) 1, 37; ראו גם בבג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פד"י מב(2) 309; בבג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פד"י לד(4) 429; בבג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מד(2) 485, 14-513).

פעולת האיזון נעשית על-ידי מתן משקל לאינטרסים השונים על-פי משקלם היחסי. "פעולת "השקילה" היא פעולה נורמטיבית. היא נועדה להעניק לנתונים השונים את מקומם בשיטת המשפט, ואת ערכם החברתי במכלול הערכים החברתיים" (הנשיא ברק בפרשת חורב, בעמ' 41).

36. אי-סבירות של חקיקת משנה מהווה עילה עצמאית לתקיפה מינהלית (פרשת זידאן, שם). המדיניות השיפוטית בביקורת סבירות חקיקת משנה מונחת מנקודת מוצא המבקשת להגן על נורמות חקיקתיות שקבעה רשות מינהלית, ועל ציפיות שאותה חקיקה יצרה בציבור. לפיכך, דרך כלל, בית המשפט לא יתערב בשיקול דעת הרשות המינהלית בחקיקת משנה שגיבשה, אלא אם חוסר הסבירות בחקיקה זו יורד לשורשו של ענין "וקרוב לודאי הוא כי, על פי מידה נכונה של סבירות, לא יכולה היתה הרשות להגיע להחלטה מעין זו" (השופט אלון בבג"צ 558/79 ג'מל נ' הסוכנות היהודית, פד"י לד(1) 424, 429).

"בכגון דא, מצווה בית המשפט לנהוג מתוך ריסון והתאפקות, לכל ימצא ממיר את שיקול דעתה של הרשות המינהלית בשיקול דעתו שלו. לפיכך נקבע, כי רק אי סבירות בדרגה גבוהה - "קיצונית ביותר"... או "מפליגה"... עשויה להצדיק התערבות שיפוטית בתקפותה של חקיקת משנה. זאת ועוד: זהירות מיוחדת ינהג בית המשפט קודם שיתערב בחקיקת משנה שזכתה לאישור ועדה מוועדות הכנסת" (פרשת זידאן,

בעמ' 172; ראו גם ע"א 492/73 שפייזר נ' המועצה להסדר  
הימורים בספורט, פד"י כט(1) 22, 26).

סבירות חקיקת המשנה נשקלת, בין היתר, על-פי מטרתה הכוללת, גם אם במקרה הבודד היא עשויה לגרום עוול (בג"צ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל, פד"י לו(2) 1, 13; ע"א 438/88 ברק נ' ועדת הרישום לפנקס הפסיכולוגים, פד"י מד(1) 661, 2-671). מבחן הביקורת השיפוטית על מעשה חקיקת המשנה מבחינת סבירותה מתמקד במתחם הסבירות שבמסגרתו תיתכנה אופציות שונות שכל אחת עשויה לענות למבחן התקינות המינהלית. די שמעשה החקיקה מצוי במסגרת המתחם כדי שיעמוד באמות המידה של סבירות מינהלית.

מן הכלל אל הפרט

37. הנחת יסוד ראשונה בבחינת סבירות כלל הפרש הגיל המירבי הינה כי עצם קביעת אמות מידה פרטניות לכשירות מועמדים לאמץ הינה מחוייבת המציאות, כדי להנהיג מערכת נורמות ברורה ומוסדרת בתחום כה רגיש וגורלי בחיי אדם. עמד על כך בית משפט זה באומרו:

"אין זה רצוי, שהתחום של תהליכי ההכנה של רשימות מאמצים או של בחירת מועמדים לאימוץ, לרבות סינונם ובדיקתם, תתנהל שלא על בסיס נורמאטיבי ברור, שאכן יהא מסור לאחריות מוגדרת של גורם ממלכתי, שהחלטותיו ודרכי פעולתו נתונים לביקורת לאור אמות מידה ברורות. לשון אחר, מן הראוי לקבוע בחוק את ההסמכה לטפל בתחומים הטרור-שיפטיים הללו, להגדיר, בין היתר, מי יקבע את עקרונות הפעולה ומה הן דרכי ההשגה או הערעור על ההחלטות לסוגיהן בשלב האמור, שבו אין עדיין מקום להליכים משפטיים לפי החוק הנ"ל. ייתכן מאוד, שאכן סביר יהיה אם הוראות כגון אלה ימצאו את מקומן בחוק אימוץ ילדים, והדבר אף יכול להיעשות על ידי הסמכת שר המשפטים, בהתייעצות עם שר הרווחה, להתקין תקנות, בין היתר, בכל הנוגע לדרכי קביעת מועמדים לאימוץ, דרכי קביעת הכשירות, עררים והשגות ועוד הוראות כיוצא באלו. כיום הנושא אינו מוסדר בחוק, והדבר דורש את תיקונו" (פרשת אלון, בעמ' 791-790).

38. הנחת יסוד שניה היא, כי קביעת אמות המידה מכוונות כל כולן להגשמת תכלית טובת הילד. בגדרו של עקרון זה, אך טבעי הוא להסדיר גם את פער הגילאים הראוי והסביר בין המאמצים לבין המאומץ. קביעות כאלה מקובלות במדינות רבות בעולם. כבר בדיון בהצעת חוק האימוץ בתשי"ט, הוצע כי ייקבע גיל מקסימום להורים מאמצים

מפני ש"אין טובת הילד צריכה לבית טבא, כי אם לבית אבא" (דברי הכנסת 25, בעמ' 934-935). הצעה זו לא אומצה בחוק, אך רף גיל מירבי נקבע על-ידי השירות למען הילד, שהוא הגורם האמון על קביעת כשירותם של מועמדים לאמץ (מימון לעיל, בעמ' 111-112). לעומת זאת, החוק קבע הפרש גיל מינימלי בין מאמץ למאומץ, העומד על 18 שנה. יש לכך סייג, ונתונה סמכות לבית המשפט לסטות מכלל זה מקום שהדבר הוא לטובת המאומץ (סעיפים 4 ו-25 לחוק האימוץ).

39. והנחת יסוד שלישית היא כי גורם פער הגילאים הראוי, ובכללו, פער הגיל המקסימלי בין ההורה המאמץ למאומץ הוא ענין לאנשי מקצוע, ונתון בתחומי מדעי הסוציולוגיה, הפסיכולוגיה, והחינוך. המטרה בקביעת פער הגילאים מתמקדת כל כולה בטובת המאומץ, שהוא העקרון המנחה ביסוד האימוץ, ועליו בנוי הסדר האימוץ כולו. השאלה אם טובת הילד אכן מושפעת, בין היתר, מהפרשי הגיל בינו לבין הוריו המאמצים, ומה צריך להיות הפער המינימלי והמקסימלי לעניין זה, הינה שאלה מקצועית, וככזו נתונה לשיקול דעתה המובהק של הרשות המוסמכת הנעזרת לצורך כך בחוות דעתם של גופים מקצועיים מתחומים רלבנטיים שונים.

40. כעולה מתגובת המשיב, וכן מן הדיון בישיבת ועדת החוקה בכנסת, הוועדה המייעצת ערכה דיונים רבים בנושא פער הגילאים הראוי לצורך האימוץ הבין-ארצי, והכלל שגובש נשען על תפיסה מקצועית, כפי שניתן ללמוד מ"סיכום עמדה בעניין חריגה מהפרש הגילאים המקסימלי" מיום 20.8.02, שנערך על-ידי יושב-ראש הוועדה המייעצת, פרופ' יוסף תמיר, והוגש לבית המשפט (מש/7) (להלן – "סיכום עמדה של ועדה מייעצת"). במסמך זה הוסבר, בין היתר, הרציונל העומד ברקע קביעת כלל הפרש הגיל המירבי:

"הוועדה התחילה את דיוניה בהתייחס לנושא ההורות והמיומנויות הדרושות לכך. היא ציינה לפניה כי הורות אינה אירוע חד פעמי אלא תהליך הדורש מיומנויות משתנות בהתאם לגילו והתפתחותו של הילד.... מהורה למתבגר דרושה דווקא היכולת לגמישות, ויתור, התייחסות לצרכים רגשיים, המבלבלים לפעמים, של הנער... הורות כזו (מאמצת) חייבת לכלול בתוכה את המיומנויות הנדרשות מהורות ביולוגית, ובנוסף לה התייחסות מיוחדת למורכבות נושא האימוץ. על כן, הורות מאמצת היא הורות מאתגרת יותר, המחייבת מגוון רחב יותר של מיומנויות ויכולת ההורים לעמוד במצבים מורכבים, ולמידה מתמדת של נושא האימוץ. על כן, סמכה הוועדה את ידה על מגבלת הגיל הקיימת, מאחר והידע המקצועי מצביע על קשר בין יכולת הגמישות והלמידה היורדת עם העלייה בגיל. הוועדה תארה לעצמה מתבגר בגיל 15 כאשר הורה אחד הינו בגיל קרוב ל-65 והשני עלול להיות

עוד הרבה יותר מבוגר. כך פער הדורות בין המאמץ לבין הנער אינו פער של דור אחד אלא של שני דורות לפחות, עם כל המשתמע מכך. הניסיון בשרות למען הילד מלמד כי פער הדורות מגביר את תחושת השוני של המאומץ, המרגיש כי אינו גדל במשפחה נורמטיבית, וכי הוריו שונים מהורים אחרים".

חשיבה דומה עלתה גם בעת הדיון בוועדת החוקה, בדבריה של נחמה טל, עובדת סוציאלית במשרד הרווחה:

"להיות הורה זה תפקיד קשה. להיות הורה מאמץ, זה תפקיד קשה פי עשר. אנחנו עומדים היום במצב שחוזרים היום מאומצים שנמסרו גם כתינוקות וגם כילדים... קודם כל, עניין גיל ההורים מאוד משמעותי, רוב הילדים שנמסרו לזוגות יותר מבוגרים, מאוד מתלוננים על זה. באיזה מובן? במובן זה שילד מאומץ, כיוון שיש לו בעיית זהות "בילט אין" מעובדת היותו מאומץ, בגיל ההתבגרות חווה את חוויית האימוץ שלו, את חוויית גיל ההתבגרות שלו ואת חוויית הזהות שלו, הרבה יותר קשה מילד רגיל, אני מדברת על הניסיון שלי, אני כבר עשרים שנה בשירות... לכן, שהורים יחוו גיל התבגרות כל כך סוער, כשהם בעצמם אנשים בני 65, זה דבר קשה...". (פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 23.12.97, בעמ' 25-26, צורף כמ/ש/2).

41. יסודו של הכלל בנוי, אפוא, על תפיסה לפיה פער גיל ראוי בין מאומץ למאמץ הוא מרכיב חשוב בהשגת קשר הורות טוב ותקין ביחסי אימוץ. פער גיל גדול מדי בין המאמץ למאומץ עלול להכביד על יצירת קשר של קרבה, הבנה ורגישות בין ההורים לילד, ולפגוע בטובתו. הדרישה כי פער הגיל לא יעלה על הפרש מסויים חשובה ביותר ליצירת תקשורת תקינה בתוך המשפחה, ולבניית מערכת יחסים בריאה בתא המשפחתי, שתשיג את תכלית האימוץ.

יש להוסיף, כי קביעת פער גילאים מירבי טמון בראיה כי יחסי אימוץ צופים פני העתיד, ונמשכים לאורך שנים בכל שלבי חייו והתפתחותו של המאומץ. השגת תכלית טובת הילד אינה מתמקדת בנקודת זמן אחת הסמוכה למועד האימוץ, אלא היא מתפרשת על-פני טווח של שנות חיים ארוכות החל בשנים הראשונות לחיי הילד, ולאחר מכן בשנות גידולו עד להיותו בוגר. פערי גיל גדולים מדי עלולים להקשות על הורים מאמצים מבוגרים להתמודד עם צרכים מיוחדים של חינוך מאומץ. הם עלולים לגרום קשיים אחרים בעת התבגרותו של הילד, הקשורים בקשיי תקשורת ומתן מענה לצרכיו של המאומץ המתבגר. אין להקל ראש גם בחשיבות להבטיח הסתברות טובה לאופק חיים ואופק בריאות להורה המאמץ, ההולכים וקטנים עם ההתקדמות בגיל, כדי

להבטיח למאומץ, במידת האפשר, תא משפחתי חם ומסגרת שלמה ומוגנת לאורך כל שנות נערוותו ובחרותו. בעיקרו של דבר, כלל פער הגיל המירבי חותר להתאמה, במידת הניתן, לפער הממוצע המקובל בהורות הטבעית, תוך הותרת שוליים רחבים יותר בהליך האימוץ הבין-ארצי. התפיסה כי הדפוס המצוי בטבע הוא הסמן המשקף בדרך כלל את המצב הטבעי הרצוי היא תפיסה ראויה, לא רק מבחינת ההתאמה הפיסית, אלא גם מבחינת ההתאמה הנפשית. העמדת הפער המירבי על 48 שנים מהווה הרחבה ניכרת של פער הגילאים המקובל בטבע, וקשה לומר כי נדרשת הרחבה נוספת כדי לעמוד במבחן הסבירות.

42. ואשר לפער הגילאים שהוסדר בתחום האימוץ הבין-ארצי, חשוב לציין כי דווקא בתחום זה פעל מחוקק המשנה בדרך המקלה עם ההורים המאמצים, כשהסדיר פער מירבי של 48 שנים. באימוץ הפנים-ארצי הסדר פער הגילאים עומד על 43 שנים, על-פי "נוהל אישור הורים מועמדים לאימוץ" המתוקן של השירות למען הילד, שהוא הגוף המוסמך למסור ילדים למטרת אימוץ (מש/3). מבחינה זו, נתנה הוועדה משקל גם לציפיותיהם של המבקשים לאמץ, ואפשרה דווקא באימוץ הבין-ארצי פער גילאים גדול יותר מאשר באימוץ הפנים-ארצי.

"יש לציין כי הוועדה התייחסה בכובד ראש לנושא של רצון המועמדים לאמץ ורואה את תפקידה בין השאר לעזור לאנשים לממש רצון זה, תוך התייחסות לאיכות החיים המשפחתית. הכלל הנדון אינו שולל את זכותם של המועמדים לממש עצמם כהורים, אלא מגביל את הפרש הגילים כך שמועמד בגיל חמישים, לדוגמא, יוכל לאמץ ילד בן שנתיים וכך לממש את רצונו להיות הורה. הזכות להורות איננה רק לתינוק. נציגי השירות למען הילד ציינו בפני הוועדה כי מניסיונם, אימוץ של ילד (ולא תינוק) יכול להביא להתמודדות טובה המביאה לסיפוק המאוויים ההוריים מחד ולהרבה תועלת לילדים חסרי בית מאידך" (סיכום עמדה של ועדה מייצגת, שם).

43. יש להצביע על מספר היבטים נוספים ביחס לכלל הפרש הגיל המירבי:

(א) משמעות הכלל היא כי חריגה מעבר לפער הגיל המקסימלי אינה שוללת מיניה וביה את יכולת האימוץ. פועלו של הכלל הוא כי האימוץ אפשרי, אך תוך שמירה על פער גיל מירבי. לפיכך, הורה מאמץ שגילו מעל 48, יוכל לאמץ ילד שגילו תואם לפער המירבי או פחות ממנו. בנסיבות אלה, נשמרת אפשרות האימוץ, תוך שהמאמץ נדרש להתפשר ביחס למרכיב גיל הילד בשלב האימוץ. בחינת נתוני האימוץ הקיימים בפועל, ככל שהם עולים מתגובת המשיב, עולה כי אימוץ תינוקות רכים בני-יומם הינו רק חלק

קטן מכלל מעשי האימוץ הננקטים בידי הורים ישראלים. רק 14% מאימוצי ילדים מתייחסים לתינוקות עד גיל חצי שנה, 40% מהאימוצים הם של תינוקות עד גיל שנה, ו-25% מתייחסים לתינוקות עד גיל שנה וחצי.

(ב) אף שניסוח הכלל בעניין זה אינו בהיר די צורכו, נראה כי הדרישה לקיום פער גיל מירבי של 48 שנים בין המאמץ למאומץ נוגעת לאחד מבני הזוג בלבד. היא אינה דרישה המחייבת את שני בני הזוג. בן הזוג האחר עשוי להיות מבוגר יותר ולחרוג מהפער המירבי, ואין בכך כדי למנוע את האימוץ על-ידי בני הזוג (פרשנות המשיב לכלל בסעיף 14(ב) לתשובת המדינה לעתירה המתוקנת).

(ג) פער הגילאים המירבי רלבנטי ליום הגשת הבקשה לאימוץ ואינו מתייחס למועד האימוץ בפועל. מכאן, שהמבקש לאמץ לא ייפגע, מבחינת כלל פער הגיל המירבי, מהתמשכותם של הליכי האימוץ.

(ד) נטען, כי כלל פער הגיל המירבי לוקה באי-סבירות מאחר שהוא מוצג ככלל קשיח שאינו מותיר שיקול דעת לרשות המוסמכת לחרוג ממנו בנסיבות המתאימות. במהלך הדיון בעתירה נתבקשה המדינה לבחון אם ראוי להגמיש את כלל הפער בדרך של הותרת שיקול דעת. לאחר שיקול נוסף היא הודיעה כי לגישה אין מקום להגמשה כזו. טעמיה לכך הם: ראשית, קיים חשש כי הותרת חריגים לכלל פער הגיל המירבי יביאו להתמקדות טבעית במבקשים לאמץ, תוך חריגה מתכליתה העיקרית של הנורמה שעניינה טובת הילד. שנית, סטייה מהפער המירבי מותרת בסימן שאלה את השפעת הפער הגילאי העתידי בהמשך השנים, שקשה לצפות מראש את תוצאותיו בעת קיום הליך האימוץ. שלישית, פער הגילאים המירבי באימוץ הבין-ארצי גדול מן המקובל באימוץ הארצי, וכבר בכך היתה הגמשה ניכרת של הפער הראוי והסביר. הגמשה נוספת בדרך של יצירת חריגים, חורגת מהאיזון הראוי. ורביעית, קיימת חשיבות לקיומם של כללים ברורים לכשירות מאמצים במסגרת פעילותן המקצועית של העמותות. הליך האימוץ הבין-ארצי מבוצע בידי גופים פרטיים בפיקוח המדינה. קיומם של קריטריונים מגובשים ואחידים יקלו על פעילותן של העמותות, ויבטיחו התייחסות שוויונית ובלתי מפלה, וראיית טובת הילדים כיעד עיקרי.

משקלם המצטבר של הטעמים שהובאו מוביל למסקנה כי כלל פער הגיל המירבי עומד במתחם הסבירות. כלל זה מתמקד בטובת הילד כנדרש, ומתיישב עם תכליתו של מוסד האימוץ. ההגבלה על פערי הגיל בין המאמץ למאומץ רואה לנגד עיניה את רווחתו של הילד המאומץ בנקודות זמן שונות על ציר שנות חייו במהלך

ילדותו, נערותו ובחרותו. היא נועדה לסייע ביצירת מרקם יחסים של קרבה, רגישות והבנה בתוך התא המשפחתי החדש שנבנה סביב האימוץ. בה בעת, הכלל מקל עם המאמצים באימוץ הבין-ארצי ביחס לאימוץ המקומי בהגדילו את הפער המירבי האפשרי. הכלל המגביל אינו פוסל אימוץ גם על-ידי הורים מבוגרים יותר, ובלבד שגילו של המאומץ בעת האימוץ לא יחרוג מהגבול המירבי המותר. מדובר בהסדר ראוי, מאוזן, ענייני, ומקצועי העונה לתכליות מוסד האימוץ. אין להתערב בו משלא נפל בו פגם של אי-סבירות.

#### טענת הפלייה

44. טוענים העותרים כי כלל פער הגיל המירבי נגוע בפסול של הפלייה המאבחן אותם ביחס לקבוצות אחרות באוכלוסיה, כדלקמן: ראשית, ביחס להורים המביאים ילדים לעולם בהולדה טבעית, שלגביהם אין התערבות מדינה גם כאשר הלידה מתרחשת בגיל מבוגר, וכאשר פער הגיל בין ההורים ליילוד גדול מ-48 שנים. שנית, נטען, כי ביחס לזוגות המבקשים להביא ילד על-פי הסכם פונדקאות, על-פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, אין הוראה המגבילה את הפרשי הגיל, ולפיכך גם במובן זה ישנו מצב מפלה ביחס להסדר הגיל באימוץ הבין-ארצי. טענה זו מתרחבת גם ביחס לסיוע המדינה לקבוצה הנזקקת לטיפולי פוריות לצורך הולדה. שלישיית, נטען, כי קיימת הפלייה בין המבקשים לאמץ באימוץ הבין-ארצי לבין המבקשים לאמץ באימוץ פנים-ארצי, במובן זה שבאחרון ניתן שיקול דעת לסטות מהפער שנקבע בהוראת נוהל פנימית.

45. אחד מתפקידיה המרכזיים של הביקורת השיפוטית על מדיניות הרשות המוסמכת נועדה לבחון אם היא פועלת בשוויון ובהעדר הפלייה כלפי מגזרי אוכלוסיה שונים. עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של המשטר החוקתי, והוא ערך מובנה במשפט הציבורי ובביקורת השיפוטית על מעשי המינהל (בג"צ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פד"י מו(1) 191, 201; בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פד"י כג(1) 693, 698). הפלייה פסולה הסותרת את ערך השוויון משמעותה יחס שונה אל שווים ויחס בלתי שווה ובלתי הוגן לאלה הראויים ליחס שוויוני. אי-השוויון נוצר ביצירת אבחנה בין אדם לאדם או ענין לענין מטעמים לא רלבנטיים. עם זאת, קיום שוני ענייני עשוי להצדיק אבחנה, ובלבד שבסיס האבחנה יושבת על יסוד רלבנטי (בג"צ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פד"י מג(2) 501, 507-8; בג"צ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י נא(3) 289, 312; דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י נד(5) 330; י' זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק",



משפט וממשל ה (תש"ס) 165; בג"צ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פד"י מב(4) 705, 706-7. פעמים, דווקא החתירה להחלת ערך השוויון המהותי מצדיקה התייחסות שונה ומאבחנת בין מגזרים שונים, תוך מתן העדפה לנזקק החלש וגריעה מבעל היכולת החזק (בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים, פד"י נח(2) 358, 365-6; בג"צ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיוור נ' שר האוצר, פד"י לז(2) 115, 117). לפרקים, מתחייבת העדפה מתקנת כדי לתקן פער וקיפוח עמוקים, שהלכו והתעצמו עם השנים (ראו גם בג"צ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען נ' ראש המשלה, פד"י נב(4) 193; בג"צ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל - משרד הבטחון, פד"י נ(5) 449). השוויון אינו מחייב זהות. הוא מחייב יחס שווה אל בני אדם שנתוניהם הבסיסיים דומים והם רלבנטיים לאותה מטרה, וכפי שביטא זאת השופט אגרנט:

"המושג 'שוויון' בהקשר זה, פירושו אפוא שוויון רלוונטי (relevant equality), והוא הדורש, לעניין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים למצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול" (ד"צ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פד"י כה(1) 35, 7).

בענייננו, קיימת שונות רלבנטית מובהקת בין הקבוצה המבקשת לאמץ שהעותרים נמנים עליה, לבין הקבוצות האחרות אליהן היא התייחסה בטיעוניה.

46. אשר לקבוצה המקיפה את ההורים הטבעיים המביאים ילדים לעולם בדרך טבעית: כפי שהצבענו בפתח הדברים, הזכות למשפחה ולמימוש ההורות בדרך טבעית הינה זכות יסוד חוקתית הנובעת מכבוד האדם. זכות זו בטיבה הינה "חירות" שאין כנגדה חובה של אחר, ואין השלטון רשאי להתערב באוטונומיה של הפרט שהיא מייצגת, אלא בהינתן נסיבות חריגות ויוצאות דופן. פועל יוצא מכך הוא כי אין המדינה רשאית להתערב במעשה הולדה טבעית של הורים, גם מקום שפער הגילאים בינם לבין היילוד גדול מהפער המקסימלי בכלל העומד לדיון. עם זאת, מצבים של פער כזה הם נדירים וחריגים ביותר, ואינם משקפים את המציאות הטבעית לגבי החלק הארי של האוכלוסייה. שונה הדבר, כאשר מדובר במוסד האימוץ. המדינה חולשת על מוסד האימוץ והוא מצוי באחריותה המלאה. מוקד ההסדר נסב על טובת הילד כתכלית עיקרית, וקביעת פער גיל מירבי היא נתון חשוב לקדם את טובתו. למבקשים לאמץ נתונה לכל היותר ציפייה הראויה להתחשבות על-ידי השלטון. על רקע מבנה זה,

תפקידה וחובתה של הרשות המוסמכת הוא לקבוע אמות מידה של כשירות למבקשים לאמץ אשר ייטיבו ככל האפשר עם הילד, שעניינו מצוי במוקד ההסדר.

אין, אפוא, מצב של שוויון בין מגזר האוכלוסיה עליו נמנים ההורים הטבעיים, שהחלטתם האם ומתי להביא ילד לעולם מצויה בתחום האוטונומיה האישית שלהם, מעבר לתחום התערבותה של המדינה, לבין קבוצת המבקשים לאמץ, הנזקקת למימוש מטרתה לעזרתה של המדינה. המדינה, כגורם אחראי על רווחת הילד רשאית, ואף חייבת בחובה ציבורית, לקבוע את תנאי הכשירות להורות המאמצת. פער גיל מירבי הוא תנאי נדרש. העמדת פער גיל מירבי על 48 שנים עושה חסד רב עם המבקשים לאמץ באימוץ בין-ארצי, משהוא מתבסס על פער החורג באופן ממשי מן הפער המקובל והנפוץ בהורות הטבעית, הנע, דרך כלל, בין 20 ל-35 שנים. כן יש להזכיר כי באימוץ פנים-ארצי, פער הגיל הנוהג על-פי הכללים אף הוא נמוך יותר מהכלל הנדון בענייננו. לאור דברים אלה, דין הטענה בהקשר זה להידחות.

47. אשר לקבוצה הנזקקת להסכמי פונדקאות, בהודעה מעדכנת מטעם המשיב הובהר כי בשעתו גיל האם המיועדת לצורך הסדר פונדקאות היה לכל היותר 48 שנים. בענין זה חל שינוי, והוחלט על-ידי הרשות המוסמכת כי הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים תתחשב בגיל ההורים המיועדים לצורך אישור מועמדותם לפונדקאות, כאשר נקודת המוצא תהיה גיל ההורות הטבעי והמקובל. הגיל אינו מהווה תנאי סף, אלא שיקול המובא בחשבון לבחינת ההתאמה, כאשר לצורך זה, גיל ההורות הטבעי מהווה נקודת מוצא.

גם בסוגיה זו אין אנו עוסקים בקבוצות שוות נתונים אלה לאלה, אלא בקבוצות שקיים שוני מהותי ביניהן, המסביר את ההבדל בהסדרים בדבר פערי הגיל הנדרשים.

בראש ובראשונה, ביטול דרישת פער הגיל בהסכמי פונדקאות אין פירושו בנסיבות אלה, הקלה עם המבקשים אלא דווקא החמרה עימם ביחס למבקשים אימוץ בין-ארצי. בעוד שקודם לכן התקיים תנאי סף שהסדיר פער מקסימלי של 48 שנים, עתה מדובר בשיקול דעת הוועדה המוסמכת, כאשר הגיל הרלבנטי הוא גיל ההורות הטבעית המקובל, והוא מהווה נקודת מוצא לפער הראוי. תנאי זה משמעו כי בהסדר פונדקאות הגיל המירבי נמוך באופן ניכר מזה שבאימוץ הבין-ארצי, לפחות כנקודת מוצא. בנסיבות אלה עשויה להיטען טענה כי חלה החמרה דווקא למבקשי הסדר פונדקאות, ביחס למבקשי אימוץ בין-ארצי.

שנית, קיים הבדל מהותי בין הליך הפונדקאות להליך האימוץ. הליך הפונדקאות קרוב יותר להורות טבעית, ותכליתו לסייע לבני זוג להביא ילד לעולם, הקשור גנטית לאחד מהם. ככל שההליך ההולדה קרוב יותר להורות הטבעית, כך מתבקשת הפחתה של מידת התערבות פחותה יותר של השלטון באוטונומיה של הרצון הפרטי, כדברי בית המשפט:

”... הליך של אימוץ, כמוהו כההליך של פונדקאות: כזה כן זה, השניים נועדו לקיים ולספק את צורך ההורות, ובשני התהליכים, מעורבות הרשויות בדרך זו או אחרת. ואולם, תהליך הפונדקאות - שלא כאימוץ - קרוב במאוד להורות טבעית, ומשתלשל הוא במישרין מן ההורות הטבעית, המבטאת את האוטונומיה של היחיד... ההבדל שבין הליך האימוץ לבין תהליך הפונדקאות שולל היקש מראשון לאחרון...” (פרשת משפחה חדשה, פסק דינו של השופט חשין, בעמ' 448).

שוני זה מתחדד גם בכל הקשור למימון טיפולי פוריות, שכן תחום זה קרוב עוד יותר לתחום ההולדה הטבעית, ולפיכך טענותיהם של העותרים לגבי הפליה באשר לאלה הנעזרים בטיפולי פוריות דינן להידחות. בהקשר זה יפים דבריו של פרופ' שיפמן בדבר השוני בין הליך האימוץ וטכניקות חדישות של הולדה:

”...דומה שרוב שיקולי ההתערבות בחלוקת ילדים באימוץ אינם תופסים לגבי הטכניקות החדישות של ההולדה. לא מדובר כאן במחסור בילדים, ואף לא מדובר ברצון להבטיח טובתו האופטימלית של ילד שכבר נולד. מדובר בתכנון הבאתו של ילד לעולם, דבר הקרוב להולדה הטבעית” (שיפמן לעיל, בעמ' 151).

ושלישית, הבדל נוסף בין הליך הפונדקאות להליך האימוץ טמון בגורמים המופקדים על מתן אישור להליך המתבקש. בעוד אישור הסכם פונדקאות נעשה בידי ועדה מקצועית ציבורית שהוקמה מכוח החוק, אישור האימוץ הבין-ארצי הועבר לעמותות פרטיות, והמדיניות הציבורית חותרת להסדיר בתחום זה נורמות כשירות ברורות ומפורטות ככל האפשר, אשר יכתיבו את דרך פעולתן של העמותות תוך יצירת בהירות, ודאות, ויציבות.

לאור האמור, דין הטענה, ככל שהיא נוגעת ליחס שבין אימוץ בין-ארצי לבין הסכמי פונדקאות וסיוע המדינה במימון טיפולי פוריות, להידחות.

48. ולבסוף, נטען להפלייה בין מבקשי אימוץ בין-ארצי לבין מבקשי אימוץ מקומי. דין טענה זו גם הוא להידחות, ולו מן הטעם שפער הגילאים המקסימלי על-פי הנוהל הקיים בתחום האימוץ הפנים-ארצי עומד על 43 שנים למבוגר מבני הזוג המבקשים לאמץ (כלל 3.7 לנוהל אישור הורים מועמדים לאימוץ, כפי שתוקן ביום 1.6.00). לא הובהר בתשובת המדינה אם קיים שיקול דעת לסטות מהכלל, אולם גם אם כן, עדיין הכלל הפנים-ארצי מחמיר יותר, ואינו יוצר בסיס לטענת הפלייה. בתנאים אלה, אין לטענת ההפלייה שהעלו העותרים על מה שתסמוך, ודינה להידחות.

#### משפט משווה

49. הן העותרים והן המשיב הביאו בפנינו דוגמאות רבות ממדינות העולם, ונאחזו כל אחד בדוגמאותיו לחיזוק טענותיהם. אלה מזה מביאים דוגמאות למדינות בהן אין כל הסדר לגבי הפרש הגיל המקסימלי לצורך האימוץ; ואלה מזה מביאים דוגמאות למדינות בהן קבוע הפרש מחמיר מזה הקבוע בישראל.

אכן, מסקירת המצב במדינות השונות עולה כי לא קיימת מדיניות משפטית אחידה בעולם בנושא הפרש הגילאים בין הורים מאמצים לילדם. מן הצד האחד, ניצבות מדינות הקובעות רף להפרש גילאים מקסימלי. במדינות אלה הקביעה היא לרוב מחמירה מזו שבישראל. כך, למשל, בדנמרק, איטליה ואתיופיה פער הגיל המקסימלי הינו 40 שנה. בגרמניה החוק אינו קובע פער גיל מקסימלי, אך בכללים שנקבעו על-ידי הרשות המינהלית נקבע פער מקסימלי של 40 שנים. באיסלנד הכלל הוא כי גיל המאמץ יהיה בין 25 שנה ל-45 שנה, ובדרום קוריאה גיל המאמצים אינו יכול לעלות על 45 שנים. במדינות אחרות, קיים גיל מקסימלי לאימוץ, שהוא לרוב נמוך מ-48 שנים. כך, בהונגריה, בהולנד, ובהונג-קונג גיל המקסימום לאימוץ הינו 45. מן הצד האחר, ניצבות מדינות בהן אין כל קביעה באשר לפער הגילאים המקסימלי או באשר לגיל מירבי לצורך אימוץ. כך הוא המצב בארה"ב ובאנגליה, בהן הגיל משמש אמנם נתון הנשקל לצורך קביעת כשירות המאמץ, אולם לא נקבע גיל מוגדר ומחייב לצורך כך. העותרים לא הביאו בעתירתם כל מידע באשר למתרחש בפועל במדינות אלו, וכיצד מופעל שיקול הדעת הנתון לרשויות האימוץ הלכה למעשה. ללא מידע כזה קשה לדעת האם היעדר כלל נוקשה בדבר גיל אימוץ או בדבר פערי גיל מקסימליים מיטיב או מרע עם המבקשים לאמץ במדינות אלה. כך למשל, באנגליה, נכתב:

"Although there is no prescribed maximum age, it should be appreciated that in practice, adoption agencies are unlikely to consider applicants over 40 (and often over 35) at any rate as potential adopters

for healthy babies" (N. Lowe & G. Douglas Bromley's Family Law (9th ed., 1998), p. 628).

כמו כן, קיימות מדינות בהן קיימים הסדרים מיוחדים, כמו אוסטרליה, שם בוטלה דרישת הגיל כתנאי לאימוץ, אולם נקבע כי על המבקשים לאמץ לעמוד בדרישות הגיל של המדינה המוסרת את הילד לאימוץ.

בחינת המשפט הזר אינה מחזקת, אפוא, את טענות העותרים. קביעת הפרש גילאים מקובלת במדינות רבות. בחלקן קיים הפרש גילאים מחמיר יותר, ובמדינות בהן לא מתקיים כלל מחייב, אין בידינו מידע לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשויות המאמצות בדרך יישום דרישת הגיל הלכה למעשה.

סוף דבר

50. הכלל בדבר פער הגיל המקסימלי בין המאמץ למאומץ באימוץ הבין-ארצי אינו פוגע בעקרונות חוקתיים. הוא עונה לאמות המידה של תקינות על-פי המשפט הציבורי. הוא משקף אמת מידה ראויה, בין שאר תנאי כשירות של המבקשים לאמץ, שנועדה להבטיח את טובת הילד באופן שהפרש הגיל בינו לבין הוריו המאמצים לא יחרוג מנורמה סבירה. הפרש גיל מאוזן בין הורים לילדים מקל על יצירת הרמוניה ביחסי הורים וילדים בתא המשפחתי, והוא חשוב לגידולו והתפתחותו התקינים של הילד המאומץ. שיקול זה של טובתו ורווחתו של הילד הוא הבריא התיכון עליו נשענים מוסד האימוץ הפנים-ארצי והבין-ארצי גם יחד. כלל הפרש הגיל המירבי הוא הוגן, סביר ובלתי מפלה, ועונה לתכלית הבסיסית של מוסד האימוץ.

51. לאור כל אלה, דין העתירה להידחות על כל חלקיה. בנסיבות העניין, הייתי מציעה שלא ליתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

הנשיאה ד' ביניש:

בפניי חוות-דעתה המנומקת של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה. במרכז העתירה שלפנינו עומד כלל 4(ב)(1) לכללים והנחיות מקצועיות לפעולת עמותה מוכרת, שהתקין שר העבודה והרווחה בשנת 1998. כלל זה, המכונה "כלל הפרש הגיל המרבי",

קובע כי המבקש לאמץ ילד במסגרת אימוץ בין-ארצי, לא יהיה כשיר לאימוץ אם הפרש הגיל בינו לבין הילד ביום הגשת הבקשה לאימוץ עולה על 48 שנים. כפי שהובהר בפסק-דינה של חברתי, העותרים תוקפים את הכלל האמור הן במישור החוקתי והן במישור המנהלי. במישור החוקתי טוענים העותרים כי "כלל הפרש הגיל המרבי" פוגע במימוש הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות, וכי הפגיעה האמורה אינה כדין באשר היא אינה מקיימת את מבחני פסקת ההגבלה. במישור המנהלי, טוענים העותרים כי הכלל הנדון הינו בלתי סביר ומפלה. בקשתם העיקרית של העותרים הינה להורות על שינוי הכלל באופן שיאפשר חריגה ממנו במקרים מיוחדים המצדיקים זאת, אף כאשר פער הגילאים בין מבקש האימוץ לבין הילד גדול מ-48 שנים. יצוין כי בדיון שהתקיים לפנינו ביום 25.2.07 הסכימה המדינה לכך שהעתירה תידון כאילו ניתן בה צו-על-תנאי.

חברתי השופטת פרוקצ'יה דנה בטענות העותרים לפי סדרן ודחתה אותן מן הנימוקים שפורטו בפסק-דינה. אני מסכימה לרבות מהקביעות הנורמטיביות עליהן מושתתת חוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה. אף-על-פי-כן, ראיתי להוסיף דברים משלי במספר היבטים בהם דרכי שונה מהדרך בה הלכה חברתי: במישור החוקתי - קבעה השופטת פרוקצ'יה כי אין בידי המבקשים לאמץ ילד זכות משפטית מוכרת, ולשיטתה אף אין מקום להכיר בזכות שכזו במישור החוקתי העל-חוקי. כפי שאפרט בהמשך הדברים, בעיניי הסוגיה היא רגישה ומורכבת, ולפיכך הייתי מבכרת להימנע מקביעות נחרצות בעניין שכן הכרעה זו אינה מתחייבת בנסיבות העניין שלפנינו. אשר למישור המנהלי - מסקנתה של חברתי היתה כי "כלל הפרש הגיל המרבי" הינו הוגן, סביר ובלתי מפלה. מדברי חברתי השתמע כי מסקנה זו עומדת בעינה אף אם החקיקה הקיימת אינה מאפשרת שיקול-דעת לסטות מהכלל הנדון בנסיבות חריגות המצדיקות זאת. מטעמים עליהם אעמוד להלן, אני סבורה כי יש לפרש את סעיף 36א לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) באופן שועדת הערר הסטטוטורית שהוקמה לפיו, מוסמכת לשקול בקשות לחריגה מ"כלל הפרש הגיל המרבי" באימוץ בין-מדינתי, וזאת בנסיבות מיוחדות ויוצאות-דופן המצדיקות סטייה כאמור. בהתחשב בכך, אני סבורה כי דין העתירה להתקבל באופן חלקי, במובן זה שהאפשרות לשקול סטייה מ"כלל הפרש הגיל המרבי" אינה נתונה בידי העמותות הפרטיות כמבוקש על-ידי העותרים, אולם היא קיימת בידי ועדת הערר הסטטוטורית הפועלת לפי חוק האימוץ. אבהיר את דבריי.

1. כאמור, טענתם העיקרית של העותרים במישור החוקתי הינה כי הזכות להפוך להורה באמצעות אימוץ ילד היא בעלת מעמד חוקתי על-חוקי בשיטתנו המשפטית, וכי "כלל הפרש הגיל המרבי" פוגע בזכות האמורה בניגוד לתנאי פיסקת ההגבלה.

בהתייחס לטענות אלה, קבעה השופטת פרוקצ'יה בפסק-דינה כי למבקשים לאמץ ילד ציפייה טבעית ולגיטימית כי יתחשבו ברצונם האמור במסגרת הפעלת שיקול-הדעת המנהלי והשיפוטי, ואף זכות לצפות כי הפעלת הסדרי האימוץ בידי המדינה תיעשה כדין בהתאם לאמות-המידה של המשפט הציבורי. עם זאת, לשיטת חברתי, אין בכל אלה כדי להצמיח זכות משפטית מוכרת ("זכות שבדין") לאמץ ילד, וממילא אין מקום להכיר בזכות חוקתית כאמור. את עמדתה האמורה, השתיתה השופטת פרוקצ'יה על שני טעמים עיקריים: ראשית, לגישת חברתי, הכרה בזכות משפטית לאימוץ ילדים תוביל לטשטוש מושגי בין טובת הילד לבין טובת המבקשים לאמץ, באופן שעלול להרחיק ממוקד עניינו של מוסד האימוץ את תכליתו המרכזית והיא המחויבות לעקרון-העל של טובת הילד. שנית, לגישת חברתי, הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות - הנובעת מהזכות החוקתית לכבוד האדם ולפרטיות - הינה זכות מסוג של "חירות" שתכליתה להגן מפני התערבות חיצונית בלתי מוצדקת של השלטון בהכרעות אינטימיות של הפרט. לפי תפיסה זו, הזכות לחיי משפחה ולהורות היא בעלת אופי נגטיבי, ואין בה כדי להטיל על המדינה חובה לפעול באורח אקטיבי כדי לקדם את שאיפותיו של הפרט להקים משפחה ולהפוך להורה. לשיטת השופטת פרוקצ'יה, אין לאדם זכות חוקתית למימוש כמיהתו לילד בדרכים חלופיות להולדה טבעית, ועל המדינה לא מוטלת חובה אקטיבית להעמיד לרשות הפרט אמצעים חלופיים כאמור. בהקשר זה, העירה חברתי כי: "אין להוציא מגדר אפשרות כי שינויי העיתים, הדינמיקה החברתית, והצרכים האנושיים יביאו עימם עם הזמן שינויים בתפיסה החוקתית בדבר מקומה של המדינה במתן אמצעים למימוש זכות האדם למשפחה ולהורות. בעניין זה, אין בהכרח זהות בשיקולים בין האמצעים השונים, ואין דומה אימוץ ילד שהוא בעל ישות עצמאית ונושא לזכויות, כאמצעים אחרים שנועדו לאפשר הבאת ילד לעולם, כגון- פונדקאות והפריה חוץ-גופית" (פס' 23 לפסק-דינה).

2. בהתייחס לעמדת חברתי אעיר כי בעיניי, הגדרת היקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות היא שאלה רגישה ומורכבת בעלת פנים רבים. פסיקתו של בית-משפט זה הכירה בעבר בזכות לחיי משפחה ולהורות כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם וכן מהגשמת הזכות לאוטונומיה אישית ולמימוש עצמי (ראו: בג"צ

7051/03 עדאללה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.2006), פס' 32 ואילך לפסק-דינו של הנשיא א' ברק, פס' 46-47 לפסק-דינו של המישנה-לנשיא מ' חשין, פס' 6 לפסק-דיני, פס' 8 ואילך לפסק-דינו של השופט ס' גוברמן, פס' 1 ו-6 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור, וכן פס' 8 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין; עוד ראו: בג"צ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 13.6.2006), פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה).

בליבת הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות מצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם, ובכך להגשים את היצר הקיומי להעמיד דור המשך הנושא את המטען הגנטי של הוריו. בגרעינה של הזכות לחיי משפחה ולהורות מצויה גם זכותו של ההורה הביולוגי להחזיק בילדיו ולגדלם, כמו גם זכותו של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים מכוח קשר הדם שביניהם. זהו "הגרעין הקשה" של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות, עליו דומה כי אין מחלוקת (ראו למשל: דברי השופטת ט' שטרסברג-כהן בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 680-681 (1996); דברי השופטת א' פרוקצ'יה בב"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 184-188 (2005) ובב"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (לא פורסם, 26.10.2005), פס' 5).

השאלה הקשה יותר למענה, נוגעת להגדרת היקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות בהקשרים שאינם הולדה טבעית והורות ביולוגית. סוגיה זו טרם לובנה לעומק בפסיקתנו. כך למשל, בבג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002) נמנע בית-משפט זה מהכרעה בשאלה האם הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות, כוללת בהיקפה הפנימי את השאיפה להביא לעולם ילד באמצעות הסכם פונדקאות המבוסס על פיצול בין המטען הגנטי (שמקורו באחד מבני-הזוג המתקשרים בהסכם או בשניהם) לבין ההיבט הפיזיולוגי (המתממש באמצעות האישה הפונדקאית הנושאת בהריון ובלידה). אשר למימוש הכמיהה לילד באמצעות מוסד האימוץ - עד כה, נטתה הפסיקה להכיר בזכויותיהם של המבקשים לאמץ רק בנסיבות בהן התקיימו יחסי משפחה בפועל בין המבקש לאמץ לבין המועמד לאימוץ, באופן שהשפיע על בחינת טובתו של המאומץ (ראו: פסק-דיני בע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175-176 (1997) לעניין אימוץ בגיר על-ידי מי שנישא לאימו הביולוגית וגידל אותו מאז היותו תינוק; עוד ראו והשוו: פסק-דינו של הנשיא א' ברק בע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) לעניין בנות-זוג החיות יחדיו



שביקשו לאמץ כל אחת את ילדיה הביולוגיים של רעותה; כן ראו מהעת האחרונה פסיקה של בית-הלורדים, שקיבל עתירה של גבר אירי שביקש לאמץ את הילד הביולוגי של בת-זוגו עימה הוא חי ללא נישואין: *Re P and others (adoption: unmarried couple)* [2008] 24 BHRC 650. בניגוד למקרים האמורים, בעניין הנדון לפנינו טענת העותרים הינה כי יש ליתן מעמד חוקתי לשאיפתם להפוך להורים באמצעות מוסד האימוץ, וזאת בשלב התחלתי של הליך האימוץ, ובלא שנוצרה מציאות של חיי משפחה דה-פקטו עם ילד קונקרטי.

3. כאמור, השופטת פרוקצ'יה עמדה בפסק-דינה על הטעמים נגד הכרה חוקתית בזכות להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ. ואולם, אל מול הטעמים כבדי-המשקל עליהם עמדה חברתי, ניתן להצביע על שיקולים נוגדים התומכים במתן מעמד חוקתי לזכות האמורה. על-פני הדברים, יש מקום לטענה כי הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ. לפי גישה זו, ראוי לאפשר הגדרה רחבה יחסית להיקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות, תוך התאמת היקף ועוצמת ההגנה החוקתית שתינתן לזכות האמורה בהקשרים שונים, בהתנגש עם זכויות ואינטרסים נוגדים. בין היתר, תושפע מידת ההגנה על מימוש הזכות לחיי משפחה ולהורות, ממיקומו של המקרה בגרעינה של הזכות החוקתית או בשוליה (ראו השו: דברי השופט (כתוארו אז) דיבלין בבג"צ 7051/03 עטאללה הנ"ל, פס' 8).

בהתאם לגישה האמורה, הזכות להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ מצויה במעגל רחב יותר ביחס להולדה טבעית (שכאמור נכללת ב"גרעין הקשה" של הזכות לחיי משפחה ולהורות), ואף ביחס לטכניקות מלאכותיות של הולדה והסכמי פונדקאות, הכרוכים בהסדרה חיצונית של המדינה אולם מבוססים על תכנון הבאתו לעולם של ילד שישא את המטען הגנטי של אחד מהוריו או של שניהם (ראו והשוו בעניין זה: דברי השופט (כתוארו אז) חשין בבג"צ 2458/01 משפחה חדשה הנ"ל, עמ' 448). לגישת העותרים, מיקומה של הזכות הנטענת על-ידם במעגל רחב יותר ביחס לליבת הזכות החוקתית, עשוי להשפיע על עוצמת ההגנה שתינתן למבקשים להפוך להורים באמצעות אימוץ ילד שכבר נולד, אשר אינו נושא את המטען הגנטי של מי מהם. עם זאת, לפי הטענה, בכך בלבד אין כדי לאיין את עצם ההכרה החוקתית בזכות להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ, בהתחשב בכך שהגשמת הכמיהה לילד הינה חלק שורשי ובלתי נפרד מכבודו של האדם, מהגשמת עצמיותו ומה"אני" הפנימי שלו.

יודגש כי העותרים אינם מתיימרים לטעון כי זכותם של המבקשים לאמץ הינה זכות מוחלטת או כי היא ראויה להגנה חוקתית מרבית. ככל הזכויות, אף הזכות הנטענת על-ידם היא זכות "יחסית" ויש שעליה לסגת מפני זכויות ואינטרסים מתחרים. בטיעוניהם לפנינו לא חלקו העותרים על כך שטובת הילד מהווה עקרון-על בשיטתנו המשפטית ובאמנות בינלאומיות העוסקות באימוץ ילדים, וכי עקרון טובת הילד הוא המונח בבסיס דיני האימוץ כמבואר בפסק-דינה של חברתי. ברי, אפוא, כי אף לשיטת העותרים לא ניתן לדון בזכות חוקתית להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ, במנותק משאלות של מסוגלות הורית וטובתם של הקטינים שכבר באו לעולם. זאת ועוד; בין הצדדים לפנינו לא היתה מחלוקת בדבר הצורך להגן על זכויותיהם של ההורים הביולוגיים, ובדבר המעמד העדיף שיש להם ביחס למבקשים לאמץ - בוודאי בשלבים הראשונים של הליכי האימוץ. אין חולק, אפוא, כי במשולש האינטרסים של טובת הילד - זכויות ההורים הביולוגיים - וזכויות המבקשים לאמץ, מעמדם של האחרונים הוא חלש יחסית, וההגנה החוקתית שתינתן להם תהיה פחותה בהיקפה ובעוצמתה, נוכח המעמד הרם שיש ליתן לטובת הילד ולקשר הדם בינו לבין הוריו הביולוגיים. יחד עם זאת, כך לפי הטענה, לא ניתן להתעלם מכך שמוסד האימוץ - הן הפנים-ארצי והן הבין-מדינתי - מספק גם את צרכיהם של אנשים חשוכי-ילדים, הרוצים לממש את כמיהתם לילד אף אם אין מדובר בצאצאם הביולוגי (ראו והשוו: פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 148 (1989)). לפי אותה טענה, הצורך להעמיד את טובת הילד במרכז דיני האימוץ וההכרח להגן על זכויותיהם של ההורים הביולוגיים, אין משמעותם כי אין מקום להכיר בקיומה של זכות משפטית-חוקתית של המבקשים להפוך להורים באמצעות מוסד האימוץ, אף כי כאמור מדובר בזכות "חלשה" יחסית מבחינת עוצמת ההגנה עליה.

יוער כי הצדקה אפשרית נוספת לגישה המצדדת בהכרה חוקתית בזכות להפוך להורה בדרך של אימוץ, עשויה להתבסס על התלות הרבה של מבקשי האימוץ במוסדות השלטון. באת-כוח המדינה אישרה בתשובתה לפנינו, כי האימוץ מעצם מהותו הינו "פומבי" ו"ציבורי". נדרשת התערבות והסדרה חיצונית מטעם המדינה לצורך מסירת ילדים לאימוץ. הפרט המבקש לאמץ ילד אינו מסוגל ליצור לבדו סטאטוס משפטי של הורות - בוודאי כאשר אין מדובר בהולדה טבעית - והוא נזקק לגושפנקא חיצונית של המדינה ומוסדותיה לצורך יצירת מעמד של הורה מאמץ כלפי כולי עלמא. בהתחשב בכך, ניתן לטעון כי יש מקום להכרה חוקתית בזכות הנטענת על-ידי העותרים, על-מנת לאזן את כוחה הרב של המדינה בהקשר הנדון. לפי אותה גישה, הזכות החוקתית לכבוד האדם - ממנה נגזרת הזכות לחיי משפחה ולהורות - אינה מבוססת על תוכן נגטיבי בלבד, ובמקרים מתאימים (אף כי מצומצמים בהיקפם) עשויה

הזכות האמורה להטיל חובות פוזיטיביות על רשויות המדינה לשם הגנה על זכויות הפרט ומתן אפשרות ממשית להגשמתן (לדעה המצדדת בכך ראו: סיגל דוידוב-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ(1) 221, 227-228, 1996)). בהקשר זה יוער כי המדינה הפנתה בטיעוניה לאמירות בדנ"א 2401/95 נחמני הנ"ל מהן עולה כי הזכות להורות היא חירות שלילית שאין בכוחה להטיל חובות פוזיטיביות ברמה המשפטית (ראו: שם, עמ' 682, 780-781, 790). בעניין זה יוער כי ספק אם אמירות אלה חלות בענייננו באותה עוצמה בה נאמרו בדנ"א 2401/95 נחמני הנ"ל, באשר אותה פרשה עסקה ביחסים בין שני פרטים (בני-זוג לשעבר), ולא ביחסים בין הפרט לשלטון. ובלשונו של השופט א' גולדברג, שם, בעמ' 726: "השאלה אם מוטלת על המדינה חובה לסייע לפרט לממש את רצונו להיות הורה, אינה מתעוררת כלל בדיון זה".

4. הנה כי כן, הסוגיה העקרונית הנוגעת לשאלת ההכרה החוקתית בזכות להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ, היא קשה ורגישה. היא קשורה בטבורה להגדרת היקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות. היא מעוררת שאלות בדבר מהותו של מוסד האימוץ והיחס בין טובת הילד וזכויות ההורים הביולוגיים לבין רצונם של המבקשים לאמץ ילד. היא מעלה שאלות רוחב בדבר היקף החובות האקטיביות שראוי להטיל על המדינה מכוחן של זכויות חוקתיות. כן עשויות להיות לסוגיה הנדונה השלכות על ההגדרה המשפטית-חוקתית של מושגים כגון "הורות משפטית" ו"תא משפחתי" בשיטת המשפט הישראלית (ראו על כך: פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח(3) 643, 670 (2005)). יוער כי נוכח מכלול הקשיים האמורים, נמנעו עד כה מדינות אחרות ממתן מעמד חוקתי לזכות לאימוץ ילד. אף בית-הדין האירופאי לזכויות אדם פסק כי אין לגזור זכות לאימוץ מהזכות לפרטיות ולחיי משפחה כאמור בסעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות אדם (ראו: *Frette v. France* (2002) 38 EHRR 438; אך ראו לאחרונה דעת-מיעוט של השופט Mukaroni בבית-הדין האירופאי לזכויות אדם, הקורא לשינוי הפרשנות של סעיף 8 לאמנה הנ"ל, באופן שסעיף זה יגן על האפשרות להגיש בקשה לאימוץ ילד במסגרת הדין הפנימי של כל מדינה: *E.B. v. France*, Grand Chamber judgment of 22 January 2008, Application no. 43546/02).

5. כאמור, בנסיבות המקרה שלפנינו, הסוגיה החוקתית אינה דורשת הכרעה באשר עניינה של העתירה על-פי הסעד המבוקש בה, יכול ויבוא על פתרונו במישור המנהלי. נוכח רגישותה של הסוגיה החוקתית ומורכבותה, ובהעדר הכרח להכריע בסוגיה זו בנסיבות המקרה שלפנינו, אני מבקשת להותירה לימים שיבואו.

בסיום דברים אלה יוער כי אף אם היינו מכירים בזכות חוקתית למימוש השאיפה להורות באמצעות מוסד האימוץ כמבוקש על-ידי העותרים, הרי שבנסיבות המקרה דנן הפגיעה בזכות האמורה אינה מצויה בליבה של זכות חוקתית מובהקת ומוכרת, ועוצמתה של הפגיעה אינה גבוהה בהתחשב בכך ש"כלל הפרש הגיל המרבי" אינו מונע מהעותרים לאמץ ילד, אלא אך מונע מהם לאמץ תינוק בן-יומו. (כך למשל, אם בני-זוג בני חמישים מבקשים להסתייע במוסד האימוץ, מאפשר להם "כלל הפרש הגיל המרבי" לאמץ ילד בן שנתיים). מכל מקום, נוכח המסקנה שתפורט להלן לפיה החקיקה הקיימת כוללת מנגנון לשקילת מקרים יוצאי-דופן בהם ניתן לחרוג מהכלל הנדון, אני סבורה כי אף לו הוכחה פגיעה בזכות יסודית – ובכך אינני מכריעה – הרי היא עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה, ובכלל זה בדרישת המידתיות.

יתרה מזאת, ובכך העיקר בעיניי – השאלה הקשה המתעוררת לשיטת העותרים נוגעת לתוכנה של הזכות החוקתית הנטענת על-ידם, ולמהות החובה הניצבת מולה. בטיעוניהם לפנינו הסכימו העותרים כי אין לאדם זכות קנויה לאמץ ילד, וכי לא מוטלת על המדינה חובה "לספק" ילד לאלה המבקשים להסתייע במוסד האימוץ; זאת נוכח ההכרח להגן על טובת הילדים המיועדים לאימוץ וכן על זכויות ההורים הביולוגיים. יוער כי בעתירתם המתוקנת ציינו העותרים כי הם אינם עומדים על בטלות מעיקרה של חקיקת-המשנה העומדת במרכז העתירה, וכי הסעד המבוקש על-ידם הינו הגמשת "כלל הפרש הגיל המרבי" על-ידי מתן אפשרות לסטייה מהכלל במקרים חריגים המצדיקים זאת.

הנה כי כן, קריאה מדוקדקת של טיעוני העותרים והסעד המבוקש על-ידם מלמדת כי עיקר טענתם במישור החוקתי הינה כי מוטלת על המדינה חובה ליצירת מנגנון משפטי ראוי לבחינת בקשותיהם של המעוניינים לאמץ ילד. לשון אחר; לגישת העותרים, עיקרה של הזכות החוקתית נעוץ בקיומם של כלים משפטיים מתאימים לבחינת בקשותיהם של המעוניינים לממש את זכותם להורות באמצעות מוסד האימוץ; זאת, בכפוף לעקרון-העל של טובת הילד, זכויות ההורים הביולוגיים, בחינת המסוגלות ההורית של המבקשים לאמץ, ויתר האינטרסים הרלוונטיים לעניין. לכאורה, המדינה עמדה בחובה הנטענת על-ידי העותרים בהתחשב בכך שחוק האימוץ וחקיקת-המשנה שנקבעה מכוחו קובעים מנגנונים מסודרים לבחינת בקשות לאימוץ ילדים, הן באימוץ פנים-ארצי והן באימוץ בין-מדינתי. עם זאת, כאמור, טענת העותרים בהקשר זה הינה כי "כלל הפרש הגיל המרבי" פוגע בזכויותיהם שלא כדין, באשר הוא אינו מאפשר מנגנון לסטייה מהכלל האמור במקרים חריגים, תוך בחינה מהותית של התאמת

המבקשים לאמץ תינוק בן-יומו כאשר פער הגילאים עולה על 48 שנים. בעניין זה, אני בדעה כי החקיקה הקיימת כוללת מנגנון לשקילת מקרים חריגים כמבוקש על-ידי העותרים, והשאלה הניצבת בפני המשיבים היא אפשרות הפעלת המנגנון האמור גם בסוגית פער הגילאים המרבי. לשם הבהרת עמדתי האמורה, אפנה לדון בטענות שהועלו לפנינו במישור המשפט המנהלי.

המישור המנהלי

6. במישור המנהלי העלו העותרים שלוש טענות עיקריות כנגד "כלל הפרש הגיל המרבי": ראשית, נטען כי הכלל הנדון אינו סביר כאשר לא הוכח כי טובת הילד נפגעת כאשר פער הגילאים בין המבקשים לאמץ לבין הילד המועמד לאימוץ עולה על 48 שנים. שנית, נטען כי "כלל הפרש הגיל המרבי" יוצר הפליה פסולה של המבקשים לאמץ ילד באימוץ בין-מדינתי, ביחס לקבוצות אחרות המבקשות לממש את זכותם להורות, ובמיוחד ביחס למבקשים לאמץ ילד באימוץ פנים-ארצי. ושלישית, נטען כי הכלל הנדון אינו הוגן ובלתי מידתי נוכח אופיו הקשיח, שאינו מאפשר בחינה פרטנית של נסיבות העניין במקרים חריגים המצדיקים זאת.

חברתי השופטת פרוקצ'יה עמדה בפסק-דינה על הטעמים לדחיית טענתם של העותרים בדבר העדר סבירות הכלל הנדון, ואני מצטרפת לדבריה בעניין זה במלואם. כפי שתואר בפסק-דינה של חברתי, תחילה קבע השר כי פער הגילאים המקסימאלי באימוץ בין-מדינתי יעמוד על 45 שנה. ואולם, לאחר דיון בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת שונתה ההצעה, ופער הגילאים הועמד על 48 שנים תוך שנקבע כי היום הקובע לעניין חישוב פער הגיל המרבי הוא יום הגשת הבקשה לאימוץ ולא יום האימוץ בפועל. עוד נקבע כי די בכך שאחד מבני-הזוג המבקשים לאמץ מקיים את הדרישה לפער גילאים מקסימאלי של 48 שנים בינו לבין המאומץ, וזאת אף אם בן-הזוג האחר חורג מדרישת הפער המרבי. בעניין זה, אני סבורה כי השאלה עד כמה טובת הילד מושפעת מהפרש הגיל בינו לבין הוריו המאמצים, ומה ראוי שיהיה פער הגילאים המקסימאלי ביניהם, היא שאלה מקצועית הנתונה לשיקול-דעתה המובהק של הרשות המוסמכת לדבר, הנעזרת בחוות-דעתם של אנשי מקצוע. בנסיבות העניין, הקביעה כי פער הגיל המרבי יעמוד על 48 שנים נעשתה בהתאם להערכות מקצועיות בדבר המתחייב מטובת הקטין, לא רק בתקופת ילדותו אלא גם במהלך גידולו והתבגרותו לאורך השנים; וכן בהתחשב בתפיסות חברתיות מקובלות המושפעות, בין היתר, מפער הגילאים המרבי בהולדה טבעית, שהוא נמוך משמעותית מזה שעוגן בכללים. מבט למשפט המשווה מלמד אף הוא כי קביעת פער גילאים מרבי של 48 שנים אינה חורגת

באופן משמעותי מהמקובל במדינות אחרות בעולם, וחברתי עמדה על כך בפיסקה 48 לפסק-דינה. בהתחשב בכל אלה, אין לומר כי הכלל הנדון הוא בלתי סביר במידה המחייבת פסילתה של חקיקת-משנה שזכתה לאישור ועדת חוקה של הכנסת.

יוער כי בקביעת פער גילאים מקסימאלי של 48 שנים, עשויה להיות מידה מסוימת של שרירותיות המאפיינת כל נורמה הקובעת מדד אחיד, בוודאי כאשר מדובר במגבלה המבוססת על גיל. כבר נאמר בפסיקתנו כי "...זה דינם של זמנים, של מידות, של משקלות, של מרחקים ושל עוד כיוצא באלה מושגים מְדִיָּדִים, שבקצה גבולותיהם הם שרירותיים משהו. והדברים ידועים". (דברי השופט (כתוארו אז) חשין בע"פ 3439/04 בזק (בוזגלו) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(4) 294, 307 (2004)). ריכוך מסוים לבעיית השרירותיות עשוי להימצא במתן שיקול-דעת לסטות "מכלל הפרש הגיל המרבי" בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, ולכך אתייחס בהמשך הדברים.

אשר לטענת ההפליה הפסולה - אף בעניין זה אני מסכימה עם השופטת פרוקצ'יה כי קיימת שונות רלוונטית בין המבקשים לאמץ ילד באימוץ בין-מדינתי, לבין יתר הקבוצות אליהן התייחסו העותרים בטיעוניהם. הטעמים לעמדה זו פורטו בפסק-דינה של חברתי (פס' 45 ואילך), ואינני רואה לחזור על הדברים שנאמרו שם.

7. מבין שלל הטיעונים שהעלו העותרים במישור המנהלי, הטענה שהטרידה אותי נוגעת לשאלה האם קיימת אפשרות לסטות מ"כלל הפרש הגיל המרבי" באימוץ בין-מדינתי בנסיבות מיוחדות וחריגות המצדיקות זאת. מהחומר שהובא לפנינו עולה לכאורה כי באימוץ פנים-ארצי קיימת אפשרות במקרים חריגים לסטות מהנוהל הדורש פער גילאים מקסימאלי של 43 שנים בין המבקשים לאמץ ילד לבין המועמד לאימוץ. לעומת זאת, באימוץ בין-מדינתי, עמדת המדינה הינה כי אין מקום לאפשר חריגה מ"כלל הפרש הגיל המרבי" העומד על 48 שנים. יוער כי בכך בלבד אין כדי ליצור הפליה פסולה בין המבקשים לאמץ ילד באימוץ פנים-ארצי לבין אלה המבקשים לאמץ באימוץ בין-מדינתי. זאת מאחר ובאימוץ פנים-ארצי פער הגילאים המקסימאלי נמוך יותר ביחס לאימוץ בין-מדינתי (43 ולא 48 שנים), ולפיכך על-פני הדברים באימוץ פנים-ארצי קיימת הצדקה רבה יותר לשקול חריגה מהכלל.

ההיבט שהטריד אותי בהקשר הנדון לא נובע, אפוא, מהאיסור על הפליה פסולה, אלא ממחויבותה של הרשות לנורמות מנהליות תקינות המבוססות על הגינות, סבירות ומדתיות. כפי שצוין לעיל, אף לגישת מי שסבור כי בידי המבקשים לאמץ אין זכות משפטית המוכרת בדין, אין חולק כי יש להם ציפייה ואינטרס לגיטימיים כי

יתחשבו ברצונם לאמץ ילד, וכי הגבלת האפשרות למימוש רצונם האמור תיעשה באופן הוגן, סביר ומידתי בהתאם לאמות-המידה המקובלות של המשפט המנהלי. השאלה המתעוררת הינה האם עמדת המדינה השוללת קיומו של שיקול-דעת לחריגה מ"כלל הפרש הגיל המרבי" באימוץ בין-מדינתי, מקיימת את אמות-המידה האמורות. חוששתי כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. כבר נקבע בפסיקתנו כי: "...מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מסבים בלא שמן להסיכה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות" (דברי השופט (כתוארו אז) חשין בבג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 794 (1999)). ובפרשה אחרת נאמר כי "...חובתו של כל בעל סמכות מנהלית להפעיל את שיקול-דעתו ממקרה למקרה, ולהכיר בחריגים לכללים ולהנחיות קבועות כאשר הנסיבות מצדיקות זאת" (דברי הנשיא ברק בבג"צ 7051/03 עדאללה הנ"ל, פס' 72).

הדרישה להגינות ולמידתיות בפעולתה של הרשות המנהלית - ובכלל זה בחקיקת-משנה - מצדדת בכך שההסדרים הקשיחים יוגבלו לנסיבות בהן לא ניתן להימנע מקביעתו של הסדר גורף. על דרך הכלל, ראוי כי הפעלת שיקול-הדעת המנהלי תאפשר גמישות במקרים בהם קיימת הצדקה לחריגה מהשורה בלי לפגוע בכך בעקרון השוויון. ובלשונו של השופט חשין: "חוק נועד למקובל, לבינוני, לממוצע, והצורך בגמישות נדרש מאליו ולו כדי שלא לרמוס את המיעוט ואת היוצא-דופן...מכאן הגמישות הנדרשת, להתאמת הכללים - אשר מעיקרם נוצרו לבינוני ולממוצע - למי שאינו בינוני או ממוצע" (ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 79 (2002)).

בעניין שלפנינו, הציגה המדינה מספר טעמים לגישה לפיה אין מקום לאפשר חריגה מ"כלל הפרש הגיל המרבי" באימוץ בין-מדינתי. בחנתי טעמים אלה ולא שוכנעתי כי יש בהם כדי להצדיק קיומו של כלל נוקשה שלא ניתן לסטות ממנו אף במקרים מיוחדים ויוצאי-דופן. טענת המדינה לפיה קיומו של שיקול-דעת כאמור יוביל להתמקדות במבקשים לאמץ במקום בטובת הילד אינה משכנעת בעיניי, שכן ברור כי בחינת קיומן של נסיבות חריגות תעשה בכפוף לעקרון-העל של טובת הילדים המועמדים לאימוץ. אף הטענה כי קשה לצפות מראש את תוצאותיו של פער הגילאים בין המאמץ למאומץ אינה משכנעת, שהרי הליך האימוץ בנוי כולו על צפיית פני-עתיד שמטבע הדברים מתאפיינת בחוסר וודאות. המדינה הוסיפה וטענה כי מאחר והליך האימוץ הבין-מדינתי מבוצע על-ידי עמותות פרטיות הפועלות בפיקוח המדינה, קיימת חשיבות רבה לקיומם של כללים ברורים לכשירות המבקשים לאמץ; זאת, נוכח החשש מתופעות בלתי רצויות עקב תחרות בין העמותות הפרטיות, באופן שעלול להוביל

לפגיעה בטובת הילדים המועמדים לאימוץ ולהעדר התייחסות שוויונית למבקשים לאמצם. על-פני הדברים, הטענה האחרונה היא בעלת משקל. עם זאת, דומה כי המענה לחשש שהביעה המדינה אינו בקביעת כלל נוקשה בדבר הפרש גילאים מרבי, כי אם בבחירה מתאימה של הגורם שראוי כי יפעיל את שיקול-הדעת לסטייה מהכלל, ולכך אתייחס להלן.

8. המסקנה המתבקשת מהדברים שנאמרו עד כה הינה כי בהעדר שיקול-דעת לבחינה פרטנית של מקרים חריגים בהם קיימת הצדקה לסטייה מ"כלל הפרש הגיל המרבי" - ולו בנסיבות יוצאות-דופן שהיקפן מצומצם - עשויה היתה להתעורר תהייה של ממש בדבר סבירותו ומדתיותו של הכלל הנדון. הלכה למעשה, אני סבורה כי הקושי האמור אינו מתעורר, באשר המנגנון שנקבע בסעיף 36א לחוק האימוץ יש בו כדי להכיל גם הליך ביקורת המאפשר חריגה מ"כלל הפרש הגילאים המרבי" במקרים מתאימים. וזו לשונו של סעיף 36א לחוק האימוץ:

36א. ועדת ערר

(א) מי שרואה עצמו נפגע מהחלטה של פקיד סעד בקשר לקביעת כשירותו להיות מאמץ או מהחלטה של עמותה מוכרת בדבר כשירותו לאמץ ילד באימוץ בין-ארצי, רשאי לערור על החלטה לפני ועדת ערר של חמישה, שימנה שר העבודה והרווחה בהתייעצות עם שר המשפטים.

(ב) החברים בוועדת הערר יהיו שופט בית משפט לענייני משפחה, והוא יהיה היושב ראש, שני עובדים סוציאליים, פסיכולוג קליני ופסיכיאטר מומחה, ובלבד שלפחות שניים מהם לא יהיו עובדי המדינה.

(ג) החלטה של ועדת ערר אינה ניתנת לערעור עוד.  
(ההדגשה הוספה- ד.ב.).

סעיף 36א לחוק האימוץ קובע כי ועדת הערר המוקמת מכוחו מוסמכת לדון, בין היתר, בעררים על החלטתה של עמותה מוכרת בדבר כשירות לאמץ ילד באימוץ בין-מדינתי. פרשנות ראויה של הוראת-סעיף 36א הנ"ל בהתחשב בעקרונות שפורטו לעיל, מובילה למסקנה כי מי שמבקש לאמץ תינוק באימוץ בין-מדינתי ונמצא בלתי כשיר לכך - בין היתר, אפשר שכך בשל אי עמידה בדרישת הפרש הגיל המרבי - רשאי לערור על כך בפני ועדת הערר באופן המאפשר בחינה פרטנית של נסיבות עניינו. בהקשר זה, ברצוני להדגיש שניים: ראשית, במצב החוקי הקיים, הסמכות לסטייה



מהכלל אינה נתונה בידי העמותות הפרטיות, ועל הטעמים לכך עמדה המדינה בטיעוניה. עם זאת, בהתאם לפרשנות האמורה של סעיף 36א לחוק האימוץ, שיקול-הדעת לחרוג מ"כלל הפרש הגיל המרבי" באימוץ בין-מדינתי, יופעל על-ידי ועדת הערר הסטטוטורית המהווה גוף ציבורי בעל מאפיינים מעורבים, מנהליים ומעין-שיפוטיים. דומה כי בכך ניתן מענה לעיקר החששות עליהם עמדה המדינה בטיעוניה בדבר הפעלת שיקול-הדעת הנדון בידי גופים פרטיים המתחרים ביניהם. שנית, קיומו של מנגנון סטטוטורי לשקילת מקרים חריגים, אין משמעותו פריצה רחבה של גבולות "כלל הפרש הגיל המרבי". יש להניח כי ועדת הערר תגבש אמות-מידה לסטייה מהכלל הנדון, ותגבילן למקרים מיוחדים ויוצאי-דופן המצדיקים חריגה כאמור. זאת ועוד; מאחר ובאימוץ פנים-ארצי נקבע הפרש גיל מרבי של 43 שנים ואילו באימוץ בין-מדינתי הועמד ההפרש האמור על 48 שנים, ניתן להניח כי היקף המקרים יוצאי-הדופן בהם תימצא הצדקה לסטות מפער הגילאים המרבי באימוץ בין-מדינתי, יהיה קטן יותר ביחס להיקף המקרים החריגים – המצומצמים ממילא – בהם תימצא הצדקה לסטייה כאמור באימוץ פנים-ארצי.

9. הנה כי כן, חוק האימוץ קובע מנגנון אשר על-פי הפרשנות המקובלת עליי כסבירה וכראויה, מאפשר חריגה מ"כלל הפרש הגיל המרבי" במקרים מיוחדים המצדיקים זאת. במובן זה, נותנת החקיקה הקיימת מענה לסעד העיקרי שהתבקש על-ידי העותרים לאפשר חריגים לכלל הנדון ולנורמה שנקבעה במסגרתו. בהתחשב בכך, ובכפיפות לאפשרות בדבר שיקול-הדעת של ועדת הערר, הרי לשיטתי העתירה מתקבלת באופן חלקי בלבד, במובן זה שהאפשרות לשיקול סטייה מ"כלל הפרש הגילאים המרבי" במקרים חריגים ויוצאי-דופן אינה נתונה בידי העמותות הפרטיות כמבוקש על-ידי העותרים, אולם היא קיימת בידי ועדת הערר הסטטוטורית הפועלת לפי חוק האימוץ.

ה נ ש י א ה

#### המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. השאלה המשפטית הנמצאת בליבו של המקרה שלפנינו אינה פשוטה ושתי חברות, הנשיאה ד' ביניש והשופטת א' פרוקצ'יה, הגיעו למסקנות שונות זו מזו. לאחר שעיינתי בשתי חוות הדעת, באתי למסקנה כי עמדתי קרובה יותר לעמדתה של חברתי הנשיאה ביניש במרבית הסוגיות, והייתי אף מרחיק לכת הימנה אלמלא

היה בפסיקתה משום מענה ראוי לסוגיה שבמחלוקת. כלל 4(ב) (1) לכללים והנחיות מקצועיות לפעולת עמותה מוכרת לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: כלל הפרש הגילאים), אשר הותקנו על ידי שר הרווחה בשנת 1998, מעורר שאלות במישור החוקתי ובמישור המנהלי. שותף אני לעמדתה של חברתי הנשיאה כי לצורך ההכרעה בעתירה אין צורך להכריע בשאלות החוקתיות המתעוררות ובדומה לחוות-דעתה גם עמדתי מבוססת על העילות המנהליות שהעלו העותרים. עם זאת, אבקש להתייחס בקצרה לשאלה החוקתית בענייננו, שאליה התייחסו שתי חברות בדבריהן.

גדריה של הזכות החוקתית להורות

2. חברתי השופטת פרוקצ'יה קבעה בחוות-דעתה כי הזכות לאמץ ילד אינה זכות משפטית מוכרת ומקל וחומר גם אינה זכות חוקתית על חוקית. היא מציינת כי הזכות להורות היא ביסודה זכות בעלת אופי "שלילי" ואין בכוחה להטיל על המדינה חובה פוזיטיבית לעזור לפרטים לממשה. לשיטתה, הזכות לאמץ, המהווה נגזרת של הזכות להורות, כרוכה בעזרה אקטיבית מצד המדינה במימוש השאיפה להורות ולפיכך אין להכיר בה כזכות חוקתית. טעם נוסף לאי ההכרה בזכות החוקתית לאימוץ תולה השופטת פרוקצ'יה בכך שהכרה בזכות תפגע במטרה המרכזית שלשמה נוצר מוסד האימוץ – הדאגה לטובת הילד המאומץ. חברתי הנשיאה ביניש ביכרה מנגד שלא לקבוע מסמרות בשאלה החוקתית שבענייננו. עם זאת, ציינה הנשיאה כי הזכות להורות דרך אימוץ מצויה "במעגל רחב יותר ביחס להולדה טבעית (שכאמור [בחוות-דעתה]) נכללת ב'גרעין הקשה' של הזכות לחיי משפחה ולהורות), ואף ביחס לטכניקות מלאכותיות של הולדה והסכמי פונדקאות, הכרוכים בהסדרה חיצונית של המדינה אולם מבוססים על תכנון הבאתו של ילד שישא את המטען הגנטי של אחד מהוריו או שניהם". הנשיאה סבורה כי בשל ריחוקה של הזכות לאמץ מגרעינה הקשה של הזכות להורות מידת ההגנה עליה פחותה.

3. אבקש להוסיף מספר מילים בנוגע לעמדות שהביעו חברותי בשאלה החוקתית. אין אני משוכנע כי קיים פער כה משמעותי בין מימושה של הזכות להורות באופן טבעי לבין מימושה בדרך של אימוץ, עד כי ניתן לומר באופן מובהק כי האחת נמצאת בגרעינה של הזכות להורות והאחרת בשוליה. אכן, דרך המלך להורות היא ההולדה הטבעית ויש בסיס להנחה כי הולדה של ילד הנושא את המטען הגנטי של הוריו יוצרת קשר ועונה על צורך חזק יותר מהורות המתממשת דרך אימוץ (פסקה 3 לחוות-דעתה של חברתי הנשיאה; בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים

לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 448 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה)). ניתן גם להניח כי רבים מן הפונים לאימוץ עושים זאת כברירת מחדל לאחר שרצונם להביא לעולם צאצאים באורח טבעי לא התאפשר. עם זאת, הצורך העומד בבסיס הדברים דומה במהותו בשני המקרים – השאיפה לילד, להמשך. כפי שציינה חברתי הנשיאה ביניש "על-פני הדברים, יש מקום לטענה כי הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית". דבריה הנכוחים של חברתי השופטת פרוקצ'יה בחוות-דעתה, בעניין מעמדה וחשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה, יפים הם לטעמי הן להורות טבעית הן להורות המתממשת דרך אימוץ.

יתר על כן, פעמים רבות, כדרכו של עולם, הכמיהה לילד מצויה בעצמה גדולה ביותר דווקא אצל אלה אשר אינם מסוגלים לממש אותה באופן פשוט. שוועתם של חשוכי הילדים למזור נשמעת עוד מימים ימימה. בעניין משפחה חדשה תיאר המשנה לנשיאה מ' חשין אחד ממקרים אלה:

מי לא יזכור את קריאתה הנואשת של רחל העקרה בקוראה אל יעקב אישה: 'הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי' (בראשית, ל, א). (וגם לא נשכח את תשובתו הנרגזת והקשה של יעקב (בראשית, ל, ב): 'ויחר-אף יעקב ברחל ויאמר התחת אלהים אנכי אשר-מנע ממך פרי-בטן'). קריאה זו, קריאת יצר-הקיום שבחי היא, יצר אשר עם בוא היילוד יקיים את 'קול הדם' שבין הורים לבין ילדיהם (כדברי מ"מ הנשיא השופט ש' ז' חשין בע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט(2), 791, (799) "שם, פסקה 30 לפסק-דינו).

כאבה של רחל וכאבה של חנה, אשר הסתובכה במשכן כשהיא "מרת נפש ותפלל אל ה' ובכה תבכה", מהדהדים לאורך הדורות ומבטאים את החלל הגדול שיוצר ההיעדר. זהו, במקרים רבים, מצבם של המבקשים לאמץ. כך, למשל, נוקטת רחל בסופו של יום בפתרון הקרוב במידה מסוימת לאימוץ ומממשת את שאיפתה להמשך דרך ילדיה של שפחתה בלהה. לאחר הולדת בנם של בלהה ויעקב קובעת רחל "דנני אלהים וגם שמע בקולי, ויתן לי בן", ושוועתה שוב אינה נשמעת.

4. המעמד המשפטי של היחסים הנוצרים בין המאומץ למאמצים לאחר האימוץ מחזק את העמדה שאין לראות בהבדל בין הורות ביולוגית להורות בדרך של אימוץ

נוצר פער בעל משמעות נורמטיבית ניכרת. חברתי השופטת פרוקצ'יה התייחסה בחוות-דעתה ליחסים אלה וציינה כי אין באי ההכרה בזכות החוקתית לאימוץ "כדי לגרוע מן העובדה כי עם השלמת הליך האימוץ במתן צו אימוץ נוצר בין המאמץ למאומץ מערך יחסים של חובות וזכויות מלאים המאפיין יחסי הורים וילדיהם, המחליף את קשר הדם הביולוגי של הילד עם משפחת המוצא, ומוקם תא משפחתי חדש המהווה נושא לזכויות חוקתיות". קשה להאמין כי עקב ההבדל בין הורות ביולוגית להורות בדרך של אימוץ, תינתן הגנה חוקתית ברמה מסוימת ליחסים בין הילד להוריו כאשר מדובר במשפחה ביולוגית והגנה פחותה כאשר מדובר בילד מאומץ (לאחר האימוץ). לאור כל זאת, נראה כי הקושי בהגנה על הזכות להורות כאשר מדובר על אימוץ אינה נובעת מפער מהותי בין הורות ביולוגית להורות בדרך של אימוץ, אלא משני קשיים אחרים – הפער בין זכות בעלת אופי "שלילי" לבין זכות בעלת אופי "חיובי", ובעיקר, חשיבותה הרבה של טובת הילד המאומץ.

5. חברתי השופטת פרוקצ'יה סבורה, כאמור, כי הזכות להורות המוכרת במשפט הישראלי היא זכות "שלילית" במהותה, אשר נועדה להגן על הפרט מהתערבות שלטונית ואין בה כדי להטיל על הרשויות חובה פוזיטיבית לאפשר לפרט לאמץ. כשלעצמי, אף אם אקבל את האבחנה של חברתי בין זכויות "שליליות" לזכויות "חיוביות" במשפט הישראלי, איני משוכנע כי אבחנה זו משקפת באופן הכרחי את מצב הדברים בענייננו. חברתי השופטת פרוקצ'יה מניחה כי אימוץ כרוך בהכרח באקט פוזיטיבי מטעם המדינה המסייע למאמצים להשלים את התהליך. אולם ניתן להסתכל על הדברים מזווית מעט אחרת. בעולם נטול הגבלות, אימוץ עשוי להיערך על ידי הסכמים בין המבקשים לאמץ לבין צדדים שלישיים. הסכמים אלה מוציאים את האימוץ מן הכוח אל הפועל ללא התערבות של הרשויות. ואכן, עובר לחקיקת חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996, כפי שמתואר בחוות-דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, התקיימה "תופעה נרחבת של אימוץ ילדים ללא כל פיקוח, לעיתים אף ללא רישום הילדים במירשם המקומי". לפיכך, ניתן לראות בהגבלת אפשרויות האימוץ על ידי הסדר חוקי, פגיעה בזכות להורות במובנה ה"שלילי". יודגש מיד כי הגבלת אפשרויות האימוץ בחוק היא לגיטימית ואף הכרחית, לאור הצורך להגן על טובת הילד, אולם אין בכך כדי לשנות את עצם הפגיעה בזכות, אלא רק כדי להשפיע על עצמת ההגנה עליה.

יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא מ' חשין בעניין משפחה חדשה, אשר נכתבו בתגובה לטענה דומה שהועלתה ביחס לחוקתיות ההגבלות שהוטלו על המבקשים לממש את זכותם להורות בדרך של פונדקאות:

ועוד טוענת המדינה כך: זכות להורות אכן זכות היא, אך אין לגזור מזכות להורות זכות לפונדקאות. טעם הדבר הוא שזכות להורות כדרך הטבע פירושה אך איסור על המדינה להתערב בחיי היחיד וברצונו האוטונומי, ואילו זכות לפונדקאות משמיעה כמו-מעצמה חובה המוטלת על החברה לסייע ליחיד לממש את הצורך המפעם בו להורות. גם טענה זו לא נקבל. אכן, הזכות להורות זכות היא מסוג של חירות – זכות היא שאין חובה בצדה המוטלת על הזולת – בעוד שפונדקאות מחייבת מעורבותם של צדדים שלישיים. וכאמור בדוח ועדת אלוני [53] (בפיסקה 5 של המבוא, בעמ' 11 לרוח): "מקובל, בארה"ב, שהרחבת הזכות [ללדת – מ' ח'] לטכנולוגיות פוריות איננה מחייבת את החברה בכיסוי עלויות והוצאות, כשם שאיננה מחייבת רופא או טכנאי לבצע את הפרוצדורה. ההסבר המקובל הוא שהזכות [ללדת – מ' ח'] הינה בעלת אופי נגיטיבי – בכוחה למנוע הפרעה להעמדת צאצאים, ולא פוזיטיבי – להטיל התחייבות על גורם אחר כדי לסייע בהעמדת צאצאים". ואולם נפלא ממני כיצד אוצל הבדל זה על ענייננו. ענייננו עתה אין הוא בהטלת חובות כלשהן על המדינה (או על צד שלישי כלשהו) אלא בבקשת העותרת כי לא ייאסר עליה להחל בתהליך של פונדקאות. איסור שהמדינה מטילה עליה להידרש לתהליך של פונדקאות, כך טוענת העותרת, הוא-הוא הפוגע בזכותה להורות, ותשובתה של המדינה הנסמכת על ההבחנה שבין זכות-חופש לבין זכות שבצדה חובה ממילא לאו תשובה היא. (שם, בעמודים 448-449).

חוק האימוץ, כמו גם חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, יוצרים הסדר ממצה למימוש הזכות להורות בדרך מסויימת, ואף כי מרבית ההסדרים בחוקים אלה עומדים בתנאיה של פסקת ההגבלה, אין לומר כי אין בהם כל פגיעה בזכות להורות.

6. הקושי המרכזי הנלווה להגנה על הזכות להורות, בהקשר של אימוץ, נוגע לחשיבותה הרבה של טובת הילד. בעניין זה מסכים אני עם חברתי הנשיאה כי אין מקום לבחון את שאלת טובת הילד בשלב עצם ההכרה בזכות החוקתית, אלא כאשר נפנים למלאכת האיזונים ובוחנים את עצמת ההגנה על זכות זו. אין חולק על כך כי טובת הילד נמצאת במרכזו של הסדר האימוץ החוקי. כפועל יוצא מכך, כאמור, מרבית ההסדרים בחוק יצלחו את מבחני האיזון החוקתיים. אך שוב יש להדגיש, כי קיומם של ערכים, אינטרסים, וזכויות מתחרות, חזקים ככל שיהיו, אינו עשוי להשפיע על עצם

קיומה של זכות חוקתית נבדלת אלא רק על עצמת ההגנה על הזכות. כפי שציינתי בעניין אחר:

אין לצמצם את עצם הגדרת הזכות לקיים חיי-משפחה. אף אם לא נוכל לאפשר, בשל אילוצים מותרים, את מימושה המלא, לא נגרע מן ההכרה בה. חברי המישנה לנשיא מציין כי המגבלות המוטלות על הזכות החוקתית כאן אינן נוגעות ל"גרעין" הזכות והן מצויות בפריפריה שלו. הוא מבקש לפיכך להגדיר בצורה ממוקדת יותר את הזכות שבמחלוקת. דעתי שונה. אפילו מדובר בהיבט "פריפריאלי" של הזכות, כהנחתו, אין בכך כדי להשפיע על הגדרת הזכות. נקודת המוצא צריכה להניח הגדרה נדיבה. ההגבלה - העשויה להביא בחשבון את מיקומו של המקרה בשולי הזכות או בגרעינה - צריך לה שתובא בחשבון במסגרת ישום פסקת ההגבלה. האיזון שבין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי או בין לבין עצמן, צריך שיעשה במסגרת פסקת ההגבלה (בג"ץ 7052/03 עדאללה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.2006) (פסקה 8 לפסק-דין) (להלן: עניין עדאללה).

כאמור, העתירה שלפנינו אינה הזירה המתאימה להכריע בשאלות החוקתיות שהועלו בה וההכרעה בעתירה לגופה ממוקדת להלן בעילות מן המישור המנהלי.

המישור המנהלי

7. אף אני כחברתי הנשיאה סבור כי הבעייתיות המרכזית של כלל הפרש הגילאים טמונה בהיותו כלל קשיח אשר אינו מותיר שיקול דעת לחריגה ממנו במקרים המתאימים. חברתי הנשיאה סבורה כי שלילתה של אפשרות לחריגה מכלל הפרש הגילאים אינה עולה בקנה אחד עם אמות המידה המקובלות של המשפט המנהלי, והיא דוחה את טענות המדינה בעניין אחת לאחת. שותף מלא אני לעמדתה של הנשיאה בעניין זה ואני מאמץ את דבריה כולם.

כפי שהדגישה חברתי הנשיאה בדבריה, היעדר גמישות בהסדרים שקובעת הרשות מעורר תהיה לגבי סבירותם ומדתיותם של ההסדרים. כך הוא הדבר באופן כללי, וקל וחומר כאשר ההסדר יוצר פגיעה של ממש בזכות משפטית יסודית של אדם. בענייננו, ההסדר שנקבע על ידי המדינה פוגע באופן מהותי בשאיפתם להורות של מבקשי האימוץ ובנסיבות אלה על הרשות להצביע על טעמים בעלי משקל מכריע על מנת שההסדר יעבור את מבחני הסבירות והמדתיות.

8. עניין נוסף הוא היחס בין בדיקה פרטנית לבין הסדר גורף. ככלל אצבע, ניתן להניח כי בסוגיות כגון זו הנדונה כאן בדיקה פרטנית תוביל ברוב המקרים לתוצאה מדויקת, ראויה ונכונה יותר מאשר הסדר גורף. הסדרים גורפים, מטבעם, אינם מותאמים לכל הנסיבות האפשריות, אלא מבוססים על הערכה כללית, על חזקה בדבר הכלל הראוי. הדבר נכון שבעתיים כאשר עסקינן בהערכתם של בני אדם, שכל אחד נושא עמו תכונות ומאפיינים רלבנטיים משלו. כאשר מדובר באימוץ, נמצאים אנו במסגרתה של מלאכה מורכבת ביותר שתכליתה לחבר יחדיו בני אדם נפרדים ולהפוך אותם למשפחה. יש, לפיכך, יותר מיסוד סביר להניח כי בדיקה פרטנית מדוקדקת אשר משקלת את כל הנתונים הרלוונטיים, ובכללם כמובן גילו של המבקש, תביא לתוצאה נכונה יותר בכל מקרה פרטי, תוצאה נכונה יותר לא רק ביחס למבקשים, אלא גם, ובעיקר, ביחס לטובת הילד אשר ימצא לו הפתרון המתאים ביותר.

אכן, פעמים, אין מנוס מלקבוע הסדר גורף אשר השרירותיות מהווה חלק בלתי נפרד ממנו. אולם במה דברים אמורים? במקום שבו קיים יתרון מובהק להסדר הגורף, יתרון העולה על המחיר המשולם בגינו. כך, למשל, נראה כי קיים יתרון מובהק לקביעת גיל מינימום לשם קבלת רישיון נהיגה והוא עולה על היתרון שבבחינה פרטנית. פעמים אחרות, קיימים טעמים כבדי משקל להכרה בלגיטימיות של הסדר גורף. כך הוא למשל כאשר מתקבלת טענה כי בלתי אפשרי לערוך בדיקה פרטנית יעילה (עניין עדאללה, פסקה 89 לפסק-דינו של הנשיא ברק; פסקה 109 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין). אולם, בענייננו מדובר במקרה שבו מתקיימת בפועל בדיקה פרטנית מדוקדקת ומקיפה של כל מְאֻמָּץ, בדיקה המשקפת ומאששת את העמדה כי קיים יתרון מובהק לבדיקה פרטנית בשאלת התאמת המבקש לאימוץ. כך, בכל מקרה נבדקים, בין השאר, "כשירותו והתאמתו של המבקש להיות הורה מאמץ...רקעו המשפחתי של המבקש ומצבו בהווה...סביבתו החברתית של המבקש...[ו]עניינים אחרים שיקבע שר העבודה והרווחה, לרבות הערכה נפשית של המבקש ובני משפחתו" (סעיף 28ח לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981) (להלן: חוק אימוץ ילדים). כמו כן, בכל מקרה של בקשת אימוץ קביעת זכאותו של המבקש לאימוץ נעשית לאור חוות דעת פרטנית הנערכת על ידי עובד סוציאלי (סעיף 28יד לחוק אימוץ ילדים). בחינה זו שמה דגש על המאמץ הקונקרטי והתאמתו לאימוץ, היא מורכבת מקריטריונים רבים אשר נשקלים ולאור השקלול בין כולם נקבע אם המבקש אכן מתאים להיות מאמץ. בנסיבות אלה, צריכה להתקיים הצדקה מיוחדת לחריגה מן הבחינה הפרטנית שכבר קיימת, הצדקה שכפי שהובהר בחוות-דעתה של הנשיאה ביניש ככל הנראה אינה מתקיימת בענייננו.

9. חברתי השופטת פרוקצ'יה סבורה כי שאלת הפרש הגילאים בין המאמץ למאומץ היא שאלה מקצועית, המסורה "לשיקול דעתה המובהק של הרשות המוסמכת". אכן, שאלת השפעתו של הפרש הגיל על המאומץ היא שאלה רלוונטית, וזו מסורה, כאחד השיקולים, לשיקול דעתה של הרשות. אין אנו חולקים על חשיבותו של הפרש הגילאים, אלא על קביעת הפרש הגילאים כהסדר גורף שאין לחרוג ממנו במקרים המתאימים. עיון בעמדות המקצועיות שמציגים המשיבים מעלה כי הן מכירות בחשיבותו של הפרש הגילאים לטובת הילד, אך אין בהן התייחסות למיקומו של הפרש בגילאים בתוך מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין טובת הילד. שקלול הנתונים מעלה, פעמים, שאלות מורכבות. כך, למשל, האם עדיף למועמד לאימוץ כי מועמד לאימוץ יימסר למשפחה שבה בן הזוג האחד הוא בן 47 והשני בן 70 מאשר למשפחה שבה שני בני הזוג הם בני 49? האם אין מקום למסור ילד למועמדים העולים לאין שיעור בכל הקריטריונים האחרים (כגון, מצב חברתי-כלכלי, ומבנה האישיות) על מועמדים אחרים אך הם חורגים מעט ממגבלת הפרש הגילאים? לשאלות קשות אלה לא ניתנה תשובה מניחה את הדעת על ידי המשיבים. כמו כן לא ניתנה תשובה מספקת להיתכנותם של חריגים באימוץ הפנימי אך היעדרם באימוץ בין-ארצי, או לכך שהפרש הגילאים הרצוי שונה בין אימוץ פנימי לאימוץ בין-ארצי, ואף באימוץ הבין-ארצי עצמו שונה הפרש הגיל מ-45 ל-48. עניינים אלה רומזים על כך שאין הצדקה חד-משמעית לקביעת הסדר גורף וממצה בשאלת הפרש הגילאים, מבחינת טובת הילד וטובת המבקשים כאחד. ריבויים של ההסדרים השונים בעניין הפרש הגילאים הרצוי, במשפט המשווה, אשר הובאו בהרחבה בטיעוני העותרים והמשיבים כאחד, מצביע גם הוא על כך שאין הפרש גילאים אחד ומקובל החוצה גבולות ואנשי המקצוע. ההתייחסות המקצועית היחידה מצד המשיבים לשאלת היתכנותם של חריגים לכלל מצויה בסיכום עמדת הוועדה בעניין שנערך על ידי פרופסור יוסף תמיר, אשר חלק ממנו הובא בחוות-דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה. בחוות-דעתה של חברתי הנשיאה קיימת תשובה בהירה וחדה לטענות אלה ואין לי אלה להצטרף לדבריה בעניין.

10. חברתי הנשיאה ייחסה משקל לטענת המשיבים כי לנוכח העובדה שהליך האימוץ הבין-ארצי מבוצע בעיקרו על ידי עמותות פרטיות, ובשל החשש כי התחרות בין העמותות עלולה להוביל לפגיעה בטובת הילד, יש מקום לקיום כללים נוקשים לבדיקת כשירות המבקשים לאמץ. לטעמי, אין בטענה זו כדי לשנות באופן משמעותי את התשובה לשאלת סבירותו ומדתיותו של כלל הפרש הגילאים. כאמור, כאשר עמותה בוחנת בקשה לאימוץ עליה לבחון פרמטרים רבים שחלקם הוזכרו לעיל. בחינה זו



נעשית באופן פרטני ושקלול הפרמטרים כולם נעשה בעזרת חוות דעת של עובד סוציאלי. על התהליך כולו מופעל פיקוח הדוק מצד הרשויות המוסדר בחוק. החשש המובא בעמדת המשיבים רלוונטי לתהליך האימוץ כולו, אך כלל גורף וחד-משמעי, אשר אינו משוקלל עם יתר הפרמטרים לבדיקת כשירות המאמץ, קיים, על פי החומר שלפנינו, רק לגבי שאלת הפרש הגילאים. לא מצאתי טעם מבורר לכך שניתן על פי המשיבים לסמוך על העמותות הפרטיות שיבצעו את שקלול האינפורמציה לגבי המבקשים בצורה ראויה אך אין לסמוך עליהן כי יחרגו מחזקת הפרש הגילאים רק במקרים המתאימים. ובדומה, לא שוכנעתי כי הפיקוח הרגיל, אשר נועד להבטיח כי הבדיקה הפרטנית תיעשה בצורה ראויה, אינו יכול להבטיח תוצאה דומה גם בשאלת משמעותו של הגיל לעניין כשירות המאמץ.

לאור כל האמור לעיל, התלבטתי רבות בשאלה אם אין מנוס מלהצהיר על בטלותו של כלל 4(ב)(1) לכללים והנחיות מקצועיות לפעולת עמותה מוכרת לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (כלל הפרש הגילאים). אך, כאמור, מתן תוקף רחב לעמדתה של חברתי הנשיאה עשוי ליתר את הצורך לבטל את הכלל לחלוטין. אכן מתן הסמכות לוועדת הערר מניח בהכרח כי הכלל עצמו אינו מוחלט, שאחרת לא הייתה הועדה מוסמכת לסטות ממנו. בין כך ובין כך, בין אם הכלל בפרשנותו הדווקנית אינו יכול לעמוד ובין אם הוא עומד בשל הפרשנות המוצעת על ידי חברתי הנשיאה – התוצאה היא אחת: ניתן יהא, בנסיבות המתאימות, לאשר אימוץ בשלב הבדיקה הסופית גם אם הפרש הגילאים גדול יותר מזה המופיע בכלל, כפי שמציעה חברתי הנשיאה.

המשנה לנשיאה

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של הנשיאה ביניש, כנגד דעתה החולקת של השופטת א' פרוקצ'יה.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ח באדר התשס"ט (24.3.09).

שופטת

המשנה לנשיאה

הנשיאה