

# פסיכולוגיה ומשפט



רונלי שקד



מירי בומבך

## מהפכה במוסד "הזכות להורות" תמורות בחברה הישראלית

דיון בסוגיית ההורות ההומו-לסבית

פתח דבר

"...ואמר האלך שפרו את האלך היא אשנים וננו את הגזי  
אאת ואת הגזי אאת, ואמר האשה אשר בנה היא אל  
האלך כי נכארו רמיהה על בנה ואמר כי אדוני וננו את  
האלך היא והאת אל אמיתוהו אאת אומרם גם אי גם אלך לא  
יהיה שפך. וסן האלך ואמר וננו את האלך היא והאת  
לא אמיתוהו היא אמ..."

הפרט, ובזכויות הנגזרות מהן דוגמת ההתערבות בזכות להורות. גישת הביניים מאזנת בין אי ההתערבות בזכות הפרט להורות, להתערבות. ביסוד גישה זו, ההנחה כי תיתכן התערבות במקרים קיצוניים מאוד ותיעשה בוהירות ורק כאשר נשקפת סכנה לילד.<sup>4</sup> מקרים אלו נוגעים לשאלת "המסוגלות ההורית"<sup>5</sup>.

אנו נדון בסוגיית "הזכות להורות" וה"מסוגלות ההורית" ולא נתייחס לעיקרון "טובת הילד" הראוי לבדיקה בפני עצמו. אומנם קשה לתחום סוגיה זו לחלוקה דיכוטומית, אולם נתלה באילנות גבוהים כדברי כבי' השופט גבריאל בך ובהסכמת כבי' השופטים ברק וחלימה בעניין נושא של הכרזת ילד כבד-אימוץ ללא הסכמת הוריו<sup>6</sup>: "אין לשכוח, כי בשלב הראשון עלינו לבחון את שאלת כישוריו של ההורה לתפקיד בתור כזה, ורק אם נגיע למסקנה שלילית בקשר לשאלה זו, מושם הדגש על בחינת טובתו של הילד".

אנו ננסה, להלן, להמחיש כיצד שינויי תפיסה חברתית משפיעים על מושגי מפתח בעולם המשפט, מתוך הגישה כי המשפט הנו תבנית נוף החברה. נבדוק כיצד המושג "הזכות להורות" עבר

כבר בסיפור התנ"כי, אנו עדים לניסיון של החברה ומנהיגיה להתערב באוטונומיה ההורית, סוגיה אשר הטרידה דורות בחברות התרבותיות השונות. השאלה מתי, אם בכלל, ובאלו תנאים יש לחברה זכות להתערב בהתהוות המשפחה - העסיקה ומעסיקה רבות את החברה האנושית המתפתחת, כאשר זו שואפת להגדיר את עצמה כחברה בעלת חוקים ונורמות תרבותיות ומוסריות<sup>7</sup>.

אנשי ספרטה ביוון הקדומה נהגו להשליך מראש ההר תינוקות פגומים שנתפסו כלא ראויים לחיים. רעיון התערבות המדינה בתא המשפחתי לא פס מן העולם וגם כיום ישנן מדינות המכתיבות הגבלה חקיקתית על תכנון המשפחה וקובעות את המכסה הראויה להולדה<sup>8</sup>. בקצה השני, עומדת הגישה הדמוקרטית, לפיה אין המדינה מתערבת בזכויות יסוד של

1. מלכים א', פרק ג' פסוקים יז-כח (משפט שלמה).
2. ראה ש. אבינרי, **רשות הרבים**, (ספריית פועלים, 1989), 105-96, 112. ראה הרחבה על פילוסופיה מדינית של ת. הובס, וג' לוק.
3. ראה בהרחבה את ההתפתחות של התערבות המדינה בהתהוות התא המשפחתי: ז'גרי, **מין וגורל - הפוליטיקה של פוריות המין האנושי**, (זמורה ביתן, ת"א, 1992), 327 - 375.
4. ראה הרחבה, י. צדיק, "איך להעריך מסוגלות הורית", **רפואה ומשפט**, (ספר היובל, נובמבר, 2001), 328 - 340.
5. מ. זכי "מחשבות על מסוגלות הורית", **רפואה ומשפט**, (גליון מס' 20, מאי, 1999) 95: נאמר שם בין היתר כי קביעת מסוגלות הורית היא משימה מקצועית קשה מבחינה מתודולוגית שכן היא דורשת אנשי מקצוע המתמחים בבריאות הנפש לצורך זיהוי וסיווג הפרעות נפשיות מצד שני אין בנמצא מבחנים סטנדרטיים ספציפיים לאבחון המסוגלות ההורית של נבדקים מכאן הפרובלמטיקה ביחס להערכה שיטתית אחידה של התופעה באמצעות אנשי מקצוע שונים.
6. ע"א 325/87 **פלונית נ' היועמ"ש**, פ"ד מב, (1), 848. ע" 855.

מירי בומבך - משפטנית.  
רונלי שקד - משפטנית.

אנו נבחן את שינוי האקלים במימד המשפטי והחברתי של התערבות החברה בזכות להורות ובמסוגלות הורית של קבוצת ההומו-לסביות<sup>9</sup> כמייצג חברתי - Study Case. בחרנו קבוצה אשר החברה מנעה ממנה, אם במפורש או במשתמע, לממש את זכותה להורות ועד היום היא נאבקת להכרה חברתית-משפטית של זכותם להורות. קבוצת ההומו-לסביות מייצגת קבוצה חלשה מבחינה חברתית על רקע של העדפה מינית<sup>10</sup>. ישנן תמורות בחברה ובמשפט הישראלי, המבשרות את ראשית צעדיה של רוח חדשה המנשבת, שהופכת את הזכות להורות מרעיון מושגי ערטילאי, להגשמה של מאוויים הוריים כתוצאה קונקרטי מעשית ויישומית, אצל קבוצות של שונים ואחרים. אנו נביא את התייחסותו של המשפט העברי לסוגיות, מתוך ההנחה כי המשפט העברי אף שלא נקלט לדין הישראלי, אין להתעלם מקביעותיו, במיוחד נוכח המתח בין המשפט העברי למשפט האזרחי. הבחינה של "הזכות להורות" ו"המסוגלות ההורית", מתמקדת דרך האספקלריה המשפטית סוציולוגית, להבדיל מדרכו של המשפט הפוזיטיבי<sup>11</sup>. המשפט הפוזיטיבי, הוא המשפט הקיים והמחייב, הדין שבתוקף, להבדיל מהדין שהיה קיים בעבר או שרצוי כי יהיה קיים בעתיד, והגדרת המשפט נעשית בצורה נוקשה ביותר<sup>12</sup>.

מול האסכולה הפוזיטיביסטית קיימת האסכולה הסוציולוגית אשר מדגישה את הצורך לראות את המשפט לא כפי שהוא קפוא בחוק, אלא כפי שהוא משתקף במציאות. המשפט נתפס בצורה דינמית בתהליך מתמיד של שינוי והתפתחות, ולא בצורה סטטית, אסכולה זו בוחנת לא רק את מה שאירע בעבר וקורה בהווה, אלא גם את מה שחזוי לגבי העתיד. מערכת משפט

מהפך מתפיסה חברתית המכירה אך ורק במבנה משפחה מסורתית של אב ואם נשואים, הזכאים לממש את זכותם להורות, אל עבר מתן לגיטימציה לתאי משפחה אלטרנטיביים, וכפועל יוצא מכך למימוש זכותם להורות. הנחה זו מוצאת עיגון בתיאוריה המשפטית-סוציולוגית, בהצלבה עם התמורות במשפט הישראלי, כפי שהן באות לידי ביטוי בפסיקות החדישות של בית המשפט הגבוה לצדק.

לאחר בחינת המציאות החדשה העומדת לפתחנו, נשאל עד היכן ראוי למתוח כחברה את גדר ההתערבות בסוגיית "הזכות להורות" והאם ראוי למתוח את מרחק "המסוגלות ההורית" לשלב טרומי, קרי טרם היוולד הילד.

העיסוק המשפטי בפוריות הוא חידוש של עשרים השנים האחרונות. נלווה להתפתחויות בטכנולוגיה הרפואית, שבזכותה קיימות היום אפשרויות שליטה חסרות תקדים בתהליך הטבעי של ההתרבות האנושית. המושג "דיני פוריות" או "הולדה" מתייחס איפה להסדר המשפטי סביב ההתעברות, ההריון והלידה<sup>7</sup>. כך למשל מתעוררות השאלות, באלו דרכים ניתן להקים משפחה. כיצד נוצר היחס המשפטי הורה-ילד, על כל החובות והזכויות הנובעות מכך. מהי מידת החירות של הפרט לקבל החלטות בעניינים אלה. אלו אינטרסים חברתיים יצדיקו הגבלה של חירות זו. מה משמעות השונות הביולוגית של אבהות אימהות ועוד. פרשת נחמני<sup>8</sup> העלתה בין השאר את סוגיית הזכות להיות הורה, לראש סדר היום הציבורי/משפטי, דומה כי אין מאמר או מחקר בתחום זה אשר אינו מתייחס בדרך זו או אחרת לעיסוק בפרשה וההשלכות המשפטיות והחברתיות הנובעות ממנה.

ליברליים יותר. דנמרק היא הראשונה שהעניקה תוקף חוקי לנשואי הומוסקסואליים (1989). תנועות בנות זמננו, משתדלות להקל את הבעיות החברתיות של ההומוסקסואלים החיים בחברה של רוב הטרנסקסואלי.

10. המייחד את המאבק ההומו-לסבי לשוויון של לאומים ודתות הינה העובדה שאוכלוסיית ההומואים והלסביות חוצה גבולות, דתות, מעמדות, השכלה ועוד.

11. ראה ה.ש. 5 שס. קיים קושי בהגדרה אחידה של הורות בתוך חברה הטרוגנית משתנה: פערים סוציו אקונומיים בולטים בין משפחות שונות, ריבוי משפחות חד הוריות, פלורליזם תרבותי (בישראל קיימות 102 קבוצות אתניות שונות), שונות דתית ושונות על רקע נטייה מינית.

12. ראש דובריה הוא המשפטן האנגלי אוסטין, שמגדיר משפט כסדרה של צווים המטילים חובות הנאכפים ע"י הטלת סנקציה, במקרה של הפרת חובות, ואשר מוטלים ע"י הריבון.

7. כ.שלו, "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", מעמד האישה בחברה ובמשפט (בעריכת פ. רדאי, כ.שלו, מ.ליבן-קובי, שוקן, ירושלים, 1995), 503-512.

8. ת"א. 599/92, נחמני נ' נחמני, פ"מ תשנ"ד (1) 142, ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט (1) 485, דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ו-2 אח', פ"ד נ (4) 661.

9. הומוסקסואליות - משיכה מינית או יחסי מין בין אנשים מאותו מין. מכונה לסביות כשמדובר בנשים. תופעה עתיקה יומין העלולה להיות כרוכה בסטיגמה שלילית ואף בעונש כמו במסורת היהודית והנוצרית. תופעות קרובות הן ביסקסואליות (משיכה לשני המינים) וטרנסקסואליות (סינדרום הפרעת זהות מגדרית. מצב שבו אדם חש נתק וחוסר התאמה בין צורת גופו לבין תודעת זהות המגדר שלו, היותו זכר או נקבה). במדינות אירופאיות רבות שונו בשנים האחרונות החוקים הנוגעים להומוסקסואליות ונעשו

כקבועות ועומדות מטבע ברייתו של האדם, בין אם נקבעו בחוקים ובין אם לאו.<sup>20</sup>

בתקופה העתיקה ההתייחסות לזכויות אדם הייתה דתית. באימפריה הרומית עד ימי הביניים ההתייחסות לזכויות האדם הייתה חלק מהמשפט הטבעי. במאה ה-16 בבדיטניה לראשונה עוגנו זכויות אדם ב"מגנה כרטא". בצרפת ובארה"ב התקבלו חוקות המעגנות זכויות אדם בתוכן.

הפריצה הגדולה בתחום זכויות אדם התרחשה לאחר מלחמת העולם השנייה. בנות הברית חשו צורך לנקוט בצעדים מעשיים כדי להבטיח הגנה על זכויות האדם.<sup>21</sup> עם הקמת האו"ם ב-1945, עוגנו זכויות האדם במגילת האו"ם. ב-1948 נתקבלה ההכרזה האוניברסלית של זכויות האדם, ולאחר מכן ב-1966 נתקבלו שתי אמנות כלליות על זכויות האדם המהוות מעין Bill of Rights בין לאומי.<sup>22</sup>

כוח הפיקוח של המדינה על החברה אינו מתבטא רק במישור הפלילי. המדינה המודרנית מפעילה מנגנוני התערבות ופיקוח מנהליים שהינם לעיתים בעלי אפקט ענישתי לא פחות מזה המושג במישור הפלילי.<sup>23</sup> המדינה מנחילה נורמות התנהגותיות-משפטיות המשקפות את ערכי המעמד השליט המעצב את ההתנהגות הנורמטיבית. ביקורת חוקתית על סוגיית התערבות המדינה בזכויות הפרט נעה סביב הטענות של פגיעה בזכות הפרטיות, הפגיעה בחירויות להולדה והפגיעה בזכות לשוויון. הוגים פילוסופיים ניסו מימים ימימה לנסח את הקשר הראוי בין האזרח למדינה. תומס הובס<sup>24</sup>, ג'ון לוק<sup>25</sup> ורבים אחרים.

נוצרת לא בחלל ריק, אלא לצרכים של חברה מסוימת ועליה להיבחר במבחן של הצרכן של כללי המשפט, קרי - במבחן של האדם. חוק שרוב הציבור אינו יכול לעמוד בו עובר מן העולם.<sup>13</sup> המשפט איננו מטרה בפני עצמה אלא אמצעי להשגת המטרה, המשפט קיים למען החברה ולא החברה למענו של המשפט.<sup>14</sup>

## זכויות אדם

"זכות" היא: "רשות, תוקף חוקי לקניין דבר או לעשיית דבר מה".<sup>15</sup> זכות הוגדרה כאינטרס אשר המשפט מכיר בו ומגן עליו ואינטרס הוגדר כטובת הנאה אפשרית במשמע.<sup>16</sup>

הופלד<sup>17</sup> מבאר את היחידות המשותפות הקטנות ביותר של המשפט, במונחים של יחסים משפטיים. התיאור מתבסס על התאמה וניגודים.<sup>18</sup> חובה לקיים זכות ולא לסכלה. וכשם שהזכות יוצרת חובה, כן חובה יוצרת זכות. זכותו של בעל הזכות שזכותו תקום. כל זכות יש לה בעלים, וכל חובה חבים למישהו. יש שהזכאי או החייב הוא אדם, ויש שהוא הציבור או המדינה. יש שהוא ידוע וקיים, ויש שטרם בא לעולם. לכל זכות יש מושא: הזכות היא לחיים, לקניין, למוניטין, או לכל אינטרס מוגן אחר, ואין אדם זכאי על דרך סתם.<sup>19</sup>

זכויות אדם באות לציין זכות יסוד של היחיד כלפי הציבור, ובפרט כלפי המדינה. הן קרויות "זכויות יסוד" - אם על שום שנקבעו, או ראויות להיקבע, בחוקות או בחוקי יסוד שאינם ניתנים לביטול או שינוי אלא ע"י רוב מיוחד של בתי המחוקקים או במשאל עם, או בהליכים מיוחדים, ואם על שום שנחשב

19. ראה ה.ש. 16 שם, ע' 512.  
20. האנציקלופדיה העברית, (כרך 16, ירושלים, תשכ"ג), 830.  
21. הביטוי לאותם צעדים נמצא בפס"ד נירמברג - Nurimberg Trial (International Military Tribunal) Judgment, loc. Cit, 217-221.  
22. האמנה לזכויות פוליטיות ואזרחיות, והאמנה לזכויות חברתיות תרבותיות וכלכליות.  
23. ר. הלפרין-קדרי, "שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחסי אדם - עובר ושימוש בסמים ע"י נשים הרות, פלילים (כרך 1, תשנ"ח), 322.  
24. תומס הובס, 1679-1588 פילוסוף מדיני אנגלי בספרו "הלויית" (1651), טען כי בשל האנוכיות הטבעה בבני האדם, יש צורך בשלטון אבסולוטי שתפקידו לאכוף סדר ציבורי. שלל את התיאוריות של זמנו בדבר זכויות טבעיות וזכויות אזרחיות הנגזרות מהן. שמר אמונים למלוכה האנגלית והן ליריביה הפרלמנטרים בתקופת שלטון הביניים.

13. כך למשל בוטלה העבירה של איסור קיום יחסים הומוסקסואליים. בפקודת החוק הפלילי 1936 סעיף 152 (2), נאמר: "כל אדם... המרשה לזכר לשכב עימו ... שלא כדרך הטבע יואשם בפשע ויהא צפוי למאסר עשר שנים".  
14. ראה י. דינשטיין, יסודות המשפט, (אוניברסיטה משודרת, אפריל, 1993), 67 - 74.  
15. מילון אבן שושן, (כרך ראשון, קריית ספר, ירושלים, 1963), 350.  
16. ח. כהן, המשפט, (ביאליק, ירושלים, 1991), 512.  
17. ראה, J. W. Harris Legal Philosophies, (1980), Ch. 7, pp. 76-92.  
18. ראה, מ.כהן, ד. מנשה, ר. דלומי, מבוא לתורת המשפט, (חלק שני, משפטים), 1 - 10. הופלד משתמש בטרמינולוגיה המתארת ארבעה מצבים שונים של יחסים: יחסי זכות - חובה; חירות - העדר זכות; כוח - כפיפות; חסינות - העדר כוח.

התפתחויות טכנולוגיות בתחום ההולדה, כמו טכנולוגיית ההפריה החוץ גופית ונושא הסדר הפונדקאות, הובילו להעלאת שאלות ערכיות הכרוכות בהן לסדר היום הציבורי בישראל.

מדינת ישראל מתערבת במבנה המשפחה ובזכות להורות במספר דרכים כגון, חוק הנוער, חוק האימוץ, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, חוק הפונדקאות, התערבות בגיל הנישואין, איסור על פוליגמיה, קביעת הדין הדתי כדין מחייב בענייני נישואין וגירושין בישראל ועוד.<sup>26</sup>

## זכויות האדם בישראל

במגילת העצמאות בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, נקבע כי המדינה "יתהא מושתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל, תקיים שוויון חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין, תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות. ותהא נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות". הכרזה זו אינה בגדר חוק מחייב, אלא מעין תוכנית אב המשמשת נר לרגליו של המחוקק הישראלי.<sup>27</sup>

למדינת ישראל אין למעשה חוקה, שכן עפ"י "החלטת הררי"<sup>28</sup> משנות ה-50, נקבע שהרשות המכוננת לא תכונן חוקה, וזו תוכתב פרקים פרקים אשר יהוו בסיוע החקיקה חוקה לישראל. עם זאת, ניתן לומר כי לישראל יש חוקה מטריאלית, הבנויה

פרקים פרקים כאשר כל פרק מסדיר את מכלול הנורמות בתחום עיסוקו. מכלול החוקים מהווה פרקים מתוך חוקה פורמלית כוללת. תוכן החוקה הוא לרוב נורמות כלליות של רוח העם והחברה. ההגנה על זכויות היסוד של הפרט במדינת ישראל מתבססת על מפעל הפסיקה. בג"צ הצהיר על זכויות אלה ומכוח ההצהרות השיפוטיות הן היו לעובדה משפטית מוגמרת.<sup>29</sup> העדר מקור נורמטיבי פורמלי בדבר חקיקה לא היה לרועץ לעובדת קיומן של הזכויות במערכת היחסים שבין הפרט לרשות אלא רק השליך על חוסן בפני חקיקה.<sup>30</sup> כיום, קיימים גם חוקי יסוד שמעניקים מעמד חוקי פורמלי לחלק מזכויות היסוד.<sup>31</sup>

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו בהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". כמו כן, "חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו (ועל חופש העיסוק בחוק היסוד השני), כדי לעגן בחוק היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית".<sup>32</sup>

חשיבות הערכים המוגנים בחוקי יסוד מתבטאת גם בעובדה כי שינוי של חוק יסוד ייעשה רק בחוק יסוד וכל פגיעה בזכויות מוגנות תיעשה עפ"י ההוראות הספציפיות בחוק היסוד ובמידה וקיימת פסקת הגבלה בחוק היסוד, הפגיעה צריכה לעמוד בתנאיה של פסקה זו.<sup>33</sup> חוקים הקודמים לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יפורשו ברוח העקרונות שבחוק יסוד זה.<sup>34</sup>

25. ג'ון לוק, פילוסוף אנגלי, 1632-1704. לשני חיבוריו "שתי מסכתות על השלטון המדיני" (1690), נודעה השפעה עצומה בעיצוב המושגים המודרניים של דמוקרטיה ליברלית. הוא דחה מכל וכל את טענת המלוכה בחד האל ודגל בממשל ליברלי שתפקידו לפקח על המרת ה"זכויות הטבעיות" ב"זכויות אזרחיות". בתוקף צורה מסוימת של אמנה חברתית בימי קדם התחייבו שליטים מדיניים להבטיח בתורת זכויות חברתיות את כל החירויות שעליהן ויתרו אבות נתיניהן. אף על פי כן היו כמה זכויות שלעולם לא היה אפשר לוותר עליהן לטובתו של שליט מדיני.

26. חוק הנוער (טיפול והשגחה), תשי"ד-1960; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996; חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.

27. ראה בבג"צ 7/48 **כרבוטלי נ' שר הביטחון**, פ"ד ב, 5, 13. נקבע כי למגילת העצמאות אין מעמד של חוקה, וערכה הוא בעיקר בהכרזת המדינה. בבג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים,

פ"ד (ז) 871. השופט אגרנט הניח את התשתית הפרשנית להגנה על זכויות אדם במדינה דמוקרטית ללא חוקה על פי עקרונותיה של מגילת העצמאות.

28. א. רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, (כרך ראשון, שוקן, ירושלים, 1991), 450. החלטת הררי התקבלה ב-13/6/50, פרי יוזמתו של ח"כ יזהר הררי.

29. ראה הרחבה בנושא, א. ברק, **פרשנות במשפט**, (כרך שלישי, נבו, 1995) 369-398.

30. ד. ברק-ארז **עוולות חוקתיות**, (פרק א, בורסי, תל - אביב, תשנ"ד), 23.

31. חוק יסוד: חופש העיסוק, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

32. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 1א, חוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 2, (סעיף המטרה).

33. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

34. בג"צ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ (3), 505.

על גופו וכבודו, לצנעת חייו הפרטיים ולחופש הפיתוח של אישיותו"<sup>35</sup>.

מכאן, שהזכות להורות בדומה לכל זכות חוקתית, היא זכות יחסית שמקורה בזכות לשלמות הגוף, לחירות והגשמה עצמית ולפרטיות. מקובל להבחין בין זכות ההולדה השלילית, היינו החירות לבחור שלא להוליד ילדים ע"י מניעת הריון או הפסקתו, לבין זכות ההולדה החיובית, היינו לבחור מתי וכיצד להקים משפחה, אם בדרך של קיום יחסי מין, אם באימוץ, ואם באמצעי רפואי זה או אחר<sup>36</sup>. ודוק, כי בחירה למימוש זכות ההולדה השלילית או החיובית, מושפעת רבות מהתערבות המדינה בעיצוב זכות הפרט להורות<sup>37</sup>.

ההיבט החיובי של הזכות להולדה מתחדד נוכח הממדים של תופעת ליקויי פוריות והתפתחות הטכנולוגיה של ההפריה הרפואית בחברה המערבית. החידושים הרפואיים מציעים פתרונות הכרוכים לעיתים בהגדלת מספר המעורבים בתהליך ההולדה ובתפקודם כהורה: תורם ההומור הגנטי הוא האב הגנטי בעל הזרע, האב החברתי או ההורה המגדל את הילד לאחר הולדתו, האם הגנטית בעלת הביצית, נושאת ההריון והאם החברתית המגדלת את הילד לאחר הולדתו. עולה השאלה מהו מבחן ההורות? האם מבחן הלידה, האם מבחן תאי המין, האם מבחן יכולת הגידול<sup>38</sup>, האם מבחן ההכרזה של ביהמ"ש, האם

מסגרת מקצועית אחידה למומחים המתבקשים להגיש לביהמ"ש חו"ד של מוגלות הורית והוא עושה זאת באמצעות 14 קריטריונים המשמשים יחד להגדרת הורות טובה: היכולת לספק לילד צרכים פיזיים הולמים, מסוגלות לתכנן סדר יום, סדר חיים וסדר בית, מסוגלות לספק לילד צרכים נפשיים והתפתחותיים בסיסיים, מסוגלות להעדיף את צרכי הילד על צרכי ההורה בתחומים בסיסיים, קיום יציבות בהתנהגות ההורה בתחומים בסיסיים, מסוגלות להיפרד מן הילד ולתת לו להתפתח להיות אוטונומי עצמאי וחזק, מסוגלות להעניק לילד צרכים וערכים תרבותיים, מסוגלות לגדל את הילד תוך הצבת גבולות, מסוגלות לתקן נזקים וחסיכים שיאובחנו בילד, מסוגלות להתגבר על ולהתמודד עם טראומה אפשרית אצל הילד, מסוגלות לקבל אחריות ודאגה לילד ולגידולו, התאמה להיות דמות הורית מספקת להפנמה הינוכית של ערכים ודמויות אצל הילד. ראוי לציין כי ההגדרות של הורות טובה הן בעלות אופי תיאורטי ונומנילי בלבד ואין עדיין הצעות להגדרות אופרציונליות לצורך מדידה אובייקטיבית של הורות. מצב זה מעורר סוגיות מתודולוגיות ביחס להערכת המסוגלות, מבחינת מהימנותה ותוקפה של חוות הדעת המקצועית.

האיזונים המשפטיים צריכים להשתנות עם כניסת חוקי היסוד החדשים, כך שלבד מעיגון של זכויות היסוד במעמד נורמטיבי גבוה מזה שהיו בו בעבר, גם האיזונים בינם לבין ערכים משתנים צריכים להשתנות בהתאם, תוך נטייה לצידן של זכויות היסוד<sup>35</sup>.

## הזכות להורות

הזכות להורות חובקת שני שלבים משמעותיים בחיי משפחה: הזכות להעמיד צאצאים, והזכות לגדלם. הזכות להוליד ילדים נתשבת כזכות יסוד הנגזרת מהזכות להקים משפחה, שהיא תא היסוד של חיי החברה. ההכרזה האוניברסלית של העצרת הכללית של האו"ם בדבר זכויות אדם<sup>36</sup> מהווה מעין הדרכה למחוקקים הלאומיים כיצד לנהוג בתחום זכויות האדם<sup>37</sup>.

הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט היא החירות של ההחלטה העצמית בעניינים הנוגעים לחיים הפרטיים. זכות זו מעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכאן, שניתן להגביל את הזכות להעמיד צאצאים רק בחוק העומד בפסקת ההגבלה<sup>38</sup>. הזכות להוליד כרוכה בנסיבות מסוימות, בזכות לשלמות גופנית, כדברי כבי השופט שמגר:

"הבסיס הנורמטיבי לבחינה של סוגיות בנושא לידה צריך להישען על תפיסות מקובלות בעניין חירויות יסוד הנוהגות בדמוקרטיה המערביות, תוך הדגשה של זכות האדם להגנה

35. בשי"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3), 355.
36. "ההכרזה לכל באי עולם" של עצרת האומות המאוחדות מיום 10/12/48.
37. אין להכרזה כשלעצמה תוקף משפטי מחייב, עם זאת, יש הגורסים כי ההכרזה משקפת משפט בינלאומי מנהגי ומכאן כוחה המחייב.
38. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו סעיף 8.
39. מ. שמגר, "סוגיות בנושא הפריה ולידה", הפרקליט, (לט), תשמ"ב, 21.
40. ג. גרין, הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה, (פרלשטיין - גינוסר, 1995), 65 - 75.
41. ראה דוגמא להתערבות המדינה בהחלטה למימוש זכות ההורות של הפרט (המשפיעים על הדמוגרפיה): זכות הולדה שלילית - הגבלת הילודה ע"י חוקי המדינה בסין, מנגד זכות ההולדה החיובית - עידוד הגברת הילודה בנאומי מנהיגים פלסטינים ברשות הפלסטינית, וכן בדרשות רבנים בחברה החרדית.
42. השופט פורת, ח. (1991) הנחיות ביהמ"ש המחוזי לחו"ד מומחה לגבי מסוגלות הורית. רשימת הנחיות 1-5. מציע

## הזכות להורות במשפט

אין בחקיקה הישראלית הסדר מפורש של זכות הפרט לתכנון המשפחה ולשימוש באמצעים למניעת הריון, שלא כמו במשפט האמריקאי<sup>47</sup>. טרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכיר ביהמ"ש העליון בזכות לפרטיות בשורה ארוכה של פסקי דין<sup>48</sup>. אומנם חוק הגנת הפרטיות התשמ"א 1981, אינו מכיל כל הוראה העשויה להתפרש כהכרה בזכות לתכנון המשפחה<sup>49</sup>, אולם הזכות לפרטיות במובן של זכות לשלמות גופנית הוכרה בפסיקה בישראל: "הזכות שלא להיפגע בגופו היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל, ומהווה היא חלק של זכות האדם לחירותו האישית"<sup>50</sup> לפיכך, לא ניתן לכפות על אדם עיקור בניגוד לרצונו<sup>51</sup>. בנוסף, הוכרה הזכות לחיי אישות על מנת לקיים מצוות פריה ורבייה כ"זכות יסוד טבעית ואנושית"<sup>52</sup>. וכן, נאמר בפסיקה כי: "התעברות, הריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט, אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או אינטרס ציבורי רציני"<sup>53</sup>.

בפרשת זיצוב הועלתה בין היתר סוגיית הזכות לפרטיות במובן של סמכות היחיד בענייניו הפרטיים: "זכותם של הורים היא לתכנן את משפחתם, ובמסגרת זו מן הראוי הוא שהרופא המטפל ינקוט כלפיהם אמצעי זהירות ראויים ויעמידם על הסיכונים הקשורים בהתעברות, בהריון, בלידה"<sup>54</sup>.

ניסיון לעגן בדבר חקיקה את ההסדר של תכנון המשפחה מצוי בתקנות בריאות העם<sup>55</sup>. אולם תקנות אלה מתייחסות לרישוי המקצועי, כשהן קובעות מונופול רפואי, ואינן מתייחסות לנושא הזכות של הפרט לתכנון המשפחה. מכל מקום, בישראל של

המעורבות בתהליך ההולדה, מעבר לבני הזוג, מצריכה הגדרה מחודשת של ההורות אשר ביסודה הבחנה בין ההורות המשפטית להורות הביולוגית<sup>44</sup>. התקדמות הטכנולוגיה טומנת בחובה סטייה ממסורת של יחסי משפחה, המעוגנת בנורמות דתיות ומוסריות. השיטות החדשות של הפריה רפואית מנתקות את הפוריות מן המיניות האנושית ויחסי המין שבין הגבר לאישה. כאשר בתהליך ההולדה מעורב גורם שלישי (כמו תורמת ביצית או תורם זרע), עולה השאלה מה היחס בין בני הזוג לבין הגורם המתערב? האם גם הצד השלישי נכלל בהגדרה המרחיבה של הורי הילד? או שמא הוא חיצוני למושג ההורות ותפקידו מסתיים עם מתן החומר הגנטי?<sup>45</sup>

אמרה עממית רווחת היא שאימהות היא עניין של עובדה בעוד שאבהות היא עניין של ייחוס<sup>46</sup>. הגישה הרואה באם היולדת את האם המשפטית נסמכת על הקשר הפיזיולוגי והרגשי בין האישה הנושאת את ההריון לבין העובר. הקשר הפיזי שבו קשור ולד בחבל טבורו לאמו-יולדתו הוא עניין שבעובדה. כאשר ההתעברות היא בדרך של הפריה חוץ גופית והאישה היולדת נשאה הריון של עובר שנוצר מביצית של אישה אחרת, שוב אין האימהות עניין פשוט של עובדה.

כאן יש מקום לשאלה ערכית: מי צריכה להיות האם של הילד? האם הגנטית או האם הנושאת?

לעומת זאת, הקשר בין השתתפות הגבר ביחסי מין, לבין הולדת הולד תשעה חודשים לאחר מכן מצריך תפיסה מופשטת של סיבתיות. אי הודאות הטבעה בקשר הביולוגי שבין אב לצאצאיו היא שהצריכה "ייחוס" נורמטיבי של הילד לאביו. בנוסף, כאשר האיש מתכחש לקשר זה, נדרש הליך של הוכחת אבהות.

49. חוק זה עוסק באופן כללי בשליטה על מידע הנוגע לצנעת הפרט.  
50. ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל פ"ד מ (3), 673.  
ראה עוד ע"פ 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז (3), 201.  
וכן בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294.  
51. ש.ס.  
52. בג"צ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (3), 477.  
53. ע"פ 413/80 פלונית נ' פלוני פ"ד לה (3), 57, 81.  
54. פס"ד אשר בו נידונה בהרחבה סוגיית ההולדה בעוולה - ע"פ 540/82 זיצוב נ' כץ פ"ד מ (2), 85, 112.  
55. תקנות בריאות העם (התקן תוך רחמי), התשמ"ו, 1982.

43. י. גרין, ש.ס.

44. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, סעיף 14 נוקט בהגדרה בעייתית משהו: "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים", דוגמא מובהקת לכך כי "המשפט מפגר אחר המדע".

45. ע"פ 449/79 סלמה נ' סלמה ואח', פ"ד לד (2), 779. דיון מורחב בהמשך המאמר.

46. ש. בניאל מ. רונן, אבות בעל כורחם, (ידיעות אחרונות, 9, 1992).

47. כ. שלן, ש.ס, ע' 507.

48. ראה לעיל הערות 22, 27, 28.

היום לא קיימת כל הגדרה משפטית חוקית למושג "משפחה".  
על כן ההתייחסות לתא המשפחתי היא מכוח מסורת, חיבור  
ודת.<sup>56</sup>

## הזכות להורות במשפט העברי

"ארא ראל כילא לרבה איסקר וקנא ראל באגוה אלמא  
אל יסקר הכא ו' כניא אלס אין אנה אנכוי"<sup>57</sup>

הסיפור המקראי ממחיש את הכמיהה העזה להורות - כמיהה  
עזה כמוות, עקרונות משולה כמוות<sup>58</sup>. הן דמות הגבר כאברהם<sup>59</sup>,  
והן דמות האישה כחנה<sup>60</sup>, דמותם מתפתחת במקרא דרך  
סיפורם האישי בהתאוותם לילד.

העמדת צאצאים במשפט העברי איננה נתפסת כזכות אלא  
כחובה. ההורות איננה זכות הנתונה להחלטת בני הזוג. פריה  
ורבייה היא מצווה דתית שאיננה נתונה לשיקול דעת. הדין  
העברי הוא שיטה של חובות (מצוות), וזכויות בצדן, המקרא  
אינו מכיר במושג "זכות" בכלל. בתלמוד המושג "זכות" משמש  
במשמעויות שונות, ואף אחת מהן לא במשמעות המשפטית  
המודרנית. אבל המבנה של המשפט העברי, כמשפט דתי, מחייב  
שכל הוראותיו יהיו בגדר מצוות שאלוהים ציווה לקיימן: בין  
האדם למקום, המצוות הן מטבען חד צדדיות. ואולם בין אדם  
לחברו יוצרת כל מצווה, מטבעה גם זכות: ממצוות "לא תרצה"  
משתמעת כאמור הזכות לחיים. ממצוות "לא תגנוב" משתמעת  
הזכות לרכוש, ועוד<sup>61</sup>.

המצווה הראשונה מתרייג מצוות שמצווה אדם מישראל היא  
מצוות פרו ורבו<sup>62</sup>. ניתן להצביע על מדיניות הלכתית ברורה

השוללת את תכנון המשפחה ומפקיעה מבני הזוג את ההחלטה  
אם להיות הורים<sup>63</sup>. במקרא נחשב ריבוי ילדים כברכה מן  
השמיים<sup>64</sup>: "אשתך כגפן פוריה בירכתי ביתך, בניך כשתילי  
זתים סביב לשולחנך"<sup>65</sup>. ומנגד - עריריות, היא קללה אשר רק  
חסידי אלוהים מסוגלים להסירה. עם העונשים האיומים ביותר  
שהתורה יודעת נמנה הגורל המר "בנים ובנות תוליד ולא יהיו  
לך"<sup>66</sup>. ועונש הכרת נתפס שיהיה הנענש: "הולך ערירי ומת  
קודם זמנו"<sup>67</sup>.

היצר הטבעי של פריה ורבייה והנטייה לממשו הוכרו בדין  
התלמוד כעילת גירושין. עצם מוסד הנישואין תכליתו ייסוד  
משפחה וגידול ילדים. כאשר מתנגש הרצון להיות הורה עם  
הרצון לא להיות הורה, המטוטלת נוטה באופן ברור לכיוון  
ההגשמה הייעודית של האדם בעולם הזה להיות הורה. כעיקרון,  
ההלכה אוסרת השחתת זרע, והוצאתו לבטלה<sup>68</sup>. איסור זה מכוון  
בעיקרו כנגד הגבר, ולכן יש פוסקים המאפשרים שימוש באמצעי  
מניעה ע"י האישה<sup>69</sup>. ההלכה שוללת כל דרך המשחה הולדת  
ילדים. "כל מי שאינו עוסק בפריה ורבייה כאילו שופך  
דמים"<sup>70</sup>. יתרה מכך, עדיפה הולדה על פני אי הולדה, אפילו  
כרוך הדבר בפירוק התא המשפחתי<sup>71</sup>. והראיה, סירוב ע"י אחד  
מבני הזוג להוליד ילדים מהווה עילת גירושין<sup>72</sup>. אומנם, כפיית  
גט אפשרית רק כשיש עילה חוקית, אך בתלמוד מנויה רשימת  
עילות לכפיה ובין הפוסקים יש דעות שונות האם הרשימה  
הנ"ל היא בגדר רשימה סגורה ואם לא<sup>73</sup>. גם מי שסובר שזוהי  
רשימה סגורה, אינו שולל אפשרות להוסיף עילות בדרך של קל  
וחומר.

עם זאת, החובה של העמדת צאצאים איננה חובה מוחלטת  
אלא ישנו מספר מועט של חריגים המצדיקים הימנעות מהריון,

63. י. גרין, **שם**, ע' 77.  
64. ראה ח. כהן, **שם**, (המשפחה), ע' 579.  
65. תהילים קכה, ג.  
66. דברים כה, מא.  
67. לשון רש"י על בראשית יז, יד.  
68. ראה נידה, יג, א. רמב"ם, איסור ביאה, כא, יח.  
69. א. שוחטמן "מחלת האיידס כעילה לגירושין" **משפטים**, (כה),  
תשנ"ה, 19-44.  
70. יבמות ס"ג, ושולחן ערוך אבן עזר א.א.  
71. י. גרין, **שם**.  
72. שולחן ערוך, אבן עזר קנ"ד, י.  
73. א. שוחטמן, **שם**.

56. א. רוזנבלום, **משפחה חדשה**, (הארגון לקידום זכויות  
המשפחה, דצמבר, 2000), 15.  
57. בראשית, ל, א.  
58. רש"י, **שם**.  
59. בראשית, טו, ב-ד: "ויאמר אברם אדוני יהוה מה תיתן לי  
ואנכי הולך ערירי... הן לי לא נתת זרע והנה בן ביתי יורש  
אותי" רש"י, **שם**.  
60. שמואל א, א, ו: "וכעסתה צרתה גם כעס בעבור הרעמה כי  
סגר יהוה בעד רחמה".  
61. ח. כהן, **שם**, ע' 513.  
62. בראשית, א, כח: "ויברך אותם אלוהים ויאמר להם אלוהים  
פרו ורבו ומלאו את הארץ..".

או הפסקת הריון. למשל, כאשר ישנה סכנה לבריאותה והייה של האם, או כאשר שיקולים רפואיים מחייבים שימוש באמצעי מניעה, שוב כאשר נשקפת סכנה לחיי האם ובריאותה<sup>74</sup>.

המשפט העברי אינו מכיר באימוץ פורמלי, על כל פנים ההלכה העתיקה היא: "שכל המגדל יתום ויתומה, בתוך ביתו, מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו"<sup>75</sup>.

## זכות האב להורות

אבהות היא זכות גדולה. התוצאה החוקית של קביעת אבהות היא, בין השאר, חובת האב לכלכל את ילדיו<sup>76</sup>. ילדיו זכאים לקבל ממנו מזון, מגורים, חינוך, ובבוא היום גם ירושה. חובת המזונות של האב אינה ניתנת להתניה ומקורה באבהות. הסכם בין הורים, הקובע, כי ילדם לא יוכר ע"י האב, הוא חסר תוקף, הואיל וההורים אינם זכאים לשלול מהילד את הזכות לבקש לקבוע מיהו אביו<sup>77</sup>. יתרה מזאת, חובת האב לתשלום מזונות לילד שנולד לו מחוץ לנישואין, אינה שונה במהותה מחובתו לשלם מזונות לילד שנולד לו מהנישואין<sup>78</sup>. החוק הפלילי מקפיד מאד עם הורים שאינם מטפלים כראוי בילדיהם הקטינים. החוק הישראלי מעניש הורה המכה את ילדו<sup>79</sup> ומחייב את ההורה לספק לקטין את צורכי מחייתו<sup>80</sup>. ביהמ"ש העליון פסק כי ענייני קביעת אבהות אינם ענייני מעמד אישי ולכן ידון בהם בימ"ש מחוזי ולא ביה"ד רבני, אלא אם כן הוסכם ע"י הצדדים שהדיון יערך בערכאה דתית<sup>81</sup>.

כבי' השופט טל בפרשת נחמני<sup>82</sup> סבר כי: "יש כופין על אדם חיובי אבהות אפילו לא הסכים לה מלכתחילה וזכויות היסוד שלו נדחים מפני ערכים וזכויות יסוד של האישה, כל שכן מקום אשר בו הסכים על אבהות מלכתחילה כמו במקרה דנן".

בנקודת המפגש בהתמודדות בין הזכות להיות הורה לבין הזכות שלא להיות הורה, קיימת התנגשות כפולה. מחד, האישה המבקשת להפסיק את ההריון, ומאידך - האב המעונין לממש את זכותו להורות. הפסיקה קידשה את חירות האישה על גופה ובכך מנעה מעמד מהאב העתידי בפני הועדה להפסקת הריונות<sup>83</sup>.

במשפט הישראלי אבהות נקבעת עפ"י מבחן ביולוגי. בהקשר זה עולה השאלה בנוגע למעמד המשפטי של תורמי זרע. מקובל כי לתורם מובטח חסיון וסודיות. גדר הספק המשפטי הוא איפה, האם הילד לכשייוולד יוכל לתבוע מן התורם מזונות? האם הבטחה זו עומדת במבחן המשפטי הקובע כי האבהות היא ביולוגית? בפסיקה<sup>84</sup> נקבע כי מכוח הסכמת הבעל להפרות את אשתו בדרך של הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר, הוא נוטל על עצמו התחייבות לשאת בכל התוצאות הממוניות והאחרות כלפי הילד העתיד להיוולד ממעשה זה. התחייבות בעל האישה במזונות הילד, הנובעת מהסכמתו לדרך טיפול זו, אינה תלויה כלל בקשר המשפטי הקיים - במועד הגשת התביעה ולאחריה - בין אם הילד והנתבע<sup>85</sup>. כך למעשה, חל ניתוק מכוח הפסיקה בין האב הגנטי התורם לבין הילד, בעוד שהפסיקה הכירה באב המשפטי מהרגע אשר בו נטל על עצמו את ההתחייבות מכוח הסכמתו לטיפול של הזרעה מלאכותית.

## זכות האם להורות

החוק המסדיר את נושא הפסקת ההריון הוא חוק העונשין התש"ז 1977<sup>86</sup>. הסייג העיקרי לאחריות הפלילית הוא המנגנון של הוועדות הרפואיות. הפסקת הריון הנעשית ב"מוסד רפואי מוכר", ובאישור של וועדה רפואית, היא חוקית. החוק מונה<sup>87</sup> את העילות למתן אישור כזה: אם גיל האישה למטה מגיל

83. ראה ע"א 413/80, פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (3), 57. גישת הרוב של השופטים שמגר ובן-עתו קבעו כי לאב אין זכות עמידה בפני הועדה וסברו כי מהוראות חוק העונשין לא עולה לאב זכות כזו. גישת המיעוט של השופט אילון, סבר כי לאב זכות טיעון שיסודה בכללי הצדק הטבעי למעט בנסיבות מיוחדות.

84. ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה ואח', פ"ד לד (2), 779, 782, 784.

85. י. גרין "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל", ספר אסיא, (כרך ה', חמד, ירושלים, 1986) 125 - 136, 142.

74. שם.

75. ראה ח. כהן, שם, (משפחה), ע" 590. סנהדרין יט, ע"ב.

76. ש. בניאל, מ. רוני, שם, ע" 23-9.

77. ע"א 664/71 מרחב נ' שרליון, פ"ד כו (1), 701. ראה גם ע"א 625/76 פלמונית נ' אלמוני פ"ד לא (3), 85.

78. שם.

79. חוק העונשין התש"ז-1977, סעיף 368ב.

80. חוק העונשין התש"ז-1977, סעיף 323.

81. בג"ץ 283/72 בוארון נ' ביה"ד הרבני האיזורי, ת"א-יבן, פ"ד כו (2), 727.

82. פ"ד נחמני, שם, (ראה לעיל הערה 8).



הנישואין או למעלה מגיל 40, אם ההריון נובע מיחסי עריות או שלא מנישואין, אם הולד עלול להיות בעל מום, אם המשך ההריון עלול לסכן את חיי האישה או לגרום לה נזק גופני או נפשי. החוק קובע תנאי מוקדם לאישור הועדה "קבלת הסכמתה המודעת של האישה" כלומר הסכמתה בכתב לאחר שהוסברו לה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת הריון ויושם אל לב שהסכמת הקטינה איננה טעונה אישור נציגה. האישה עצמה פטורה מאחריות פלילית להפסקת הריון בלתי חוקי<sup>86</sup>. הנחת היסוד היא כי האישה אחראית על גופה ואין לכפות עליה פעולות המתערבות באוטונומיה שלה על גופה. על כן בוועדה להפסקת הריון אין מעמד לגבר ביחס להחלטה על הפסקת הריון<sup>87</sup>. סוגייה שהתעוררה בפרשת נחמני<sup>88</sup> דנה במקרה בו ישנה התנגשות אינטרסים בין בני הזוג, בין הזכות להיות הורה לבין הזכות שלא להיות הורה בכפיה. כבי השופט טל<sup>89</sup> טען כי אי הנחיות שבהורות כפויה לעומת השלילה המוחלטת של הזכות היסודית להיות הורה, הרי שזו השניה גוברת, במיוחד כאשר במאזן האימה ישנה מחד כפיית ההורות הביולוגית על הגבר, ומאידך כפיית עקרות על האישה<sup>90</sup>.

## הזכות להורות של קהילת ההומו-לסביות בישראל

מן הכלל אל הפרט. בישראל, הזכות להורות בני זוג מאותו המין, צבדה בשנים האחרונות תאוצה רבה, כאשר יותר ויותר הומואים ולסביות מבקשים לממש. מציאות חיים זו תחייב במקדם או במאוחר את בתי המשפט לקבוע עמדה ביחס לתא משפחתי מאותו המין. בגרעין המשפחתי המורכב מהורים הומוסקסואליים ולסביות וילדיהם, כמו גם כל אחד ואחד

מבני הזוג, זכאי לזכויות הדומות לאלה המוענקות למשפחות המורכבות מהורים הטרוסקסואליים. הורים הומוסקסואליים וילדיהם, מהווים קורבן לדעות קדומות בשל נטייתם המינית, דבר אשר עלול להוביל לאובדן משמורת על ילדים, הגבלת ביקורים, ואיסור אימוץ<sup>91</sup>. בישראל נעשה צעד משמעותי נגד אפליית זוגות בני אותו מין בפס"ד דנילוביץ<sup>92</sup>. בפס"ד זה הוכרה זכותו של דייל הומוסקסואל לקבל חנינם מחברת "אל-על", בה הוא מועסק, כרטיסי טיסה לידוע בציבור כבן זוגו. בפועל נוצר לאור פס"ד זה אפקט מסוים של הכרה רחבה של בני זוג מאותו מין. מצד שני במקומות והקשרים רבים, עדיין אין הכרה כזו. בהעדר הכרה כוללת במעמד של בני זוג מאותו מין כ"בני זוג", המאבק לשוויון עברם בהקשרים שונים של החיים נשאר מאבק נקודתי שמתנהל בהקשרים שונים בנפרד. כך למשל, בהקשרים רבים של מיסוי, ירושה, ביטוח לאומי ועוד, בהעדר סטנדרט אחיד, נשאלת השאלה ההכרה בזוגות מאותו מין לא מוסדרת, והרשויות אינן מכירות בבני זוג מאותו מין בהקשרים אלה<sup>93</sup>.

נכון להיום, מרבית האבות הומוסקסואליים הם מי שהולידו ילדים במסגרת תא משפחתי קודם עם בת זוג, או במסגרת התקשרות עם אישה לצורך הבאת ילדים לעולם. אמנם, נוצרת כאן הורות ביולוגית, אך מודל זה מעורר קשיים: האב אינו זוכה לגדל את ילדו באופן מלא, אלא עליו לחלוק את גידולו עם שותפתו להורות, דהיינו אמו של הילד. וכן, לבן הזוג של האב, אין שום מעמד לגבי הילדים, כך שנוצרת הפרדה מלאכותית וקשה בין המסגרת ההורית לבין המסגרת הזוגית. קיימת אפשרות לפתרון חלקי של בעיות אלה באמצעות הסתייעות בשירותים של אם פונדקאית, אולם המחוקק צמצם את האפשרות להיבנות<sup>94</sup> כי משירותי פונדקאות ייהנו רק "איש ואישה שהם בני זוג"<sup>95</sup>. בכך נחסמה דרכם של הומוסקסואליים

92. במקרה זה לא עמדה הזכות להיות הורה מול הזכות לא להיות הורה במובנה הטהור, שכן האיזון כאן היה בין הזכות לא להיות עקרה לבין הזכות לא להיות הורה, ודוק כי מדובר בהתערבות גורם זר בתהליך ההפריה החוץ גופית.  
93. ש. ג. פטרסון, "סיכום ממצאי מחקרים על הורות לסבית והומוסקסואלית", לסביות והומוסקסואליות בראי המציאות, (קל"ף, ד. באום, ע.מרן (עורכות), 1998), 48 - 39.  
94. בג"צ 721/91 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, מח (5) 749.  
95. [www/geocities.com/pcgri/chapter4.htm1](http://www/geocities.com/pcgri/chapter4.htm1)  
96. חוק האימוץ, שם, סעיף 1, "הורים מיועדים".  
97. חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו - 1996.

86. סעיפים: 312-321 הם תיקון משנת תשל"ז (חוק לתיקון דיני העונשין) (הפסקת הריון), התשל"ז 1977 (ס"ח 70) לאיסור הפלילי הכללי של הפסקת הריון אשר הורש לנו ע"י המנדט הבריטי. ואומנם לאחר סעיף ההגדרות פותח החוק מייד בסעיף 313 שכותרתו "אישור הפסקת הריון" - עבירה שנושאת בצידה עונש של מאסר עד - 5 שנים. שאר הסעיף עוסק בחריגים לאיסור בסיסי זה.  
87. חוק העונשין התשל"ז - 1977 סעיף 316 (א).  
88. חוק העונשין התשל"ז - 1977 סעיף 320.  
89. (ראה לעיל הערה 84).  
90. (ראה לעיל הערה 8).  
91. השופט טל היה בדעת מיעוט בבג"צ ודעתו נתקבלה בדעת רוב בד"נ, (ראה לעיל הערה 8).

אישה שמעבירה אליו את בנו, הילד ייחשב לילד הביולוגי של האב, אשר מזרעו נזרע, אולם בן זוגו לא יוכל להירשם כאביו ולא יוכל לאמץ אותו עפ"י החוק הקיים<sup>102</sup>. עולה השאלה האם אפשר להקיש מפרשת **סלמה**<sup>103</sup> כי ניתן לתת פרשנות מרחיבה למונחים "הורים", "אב", "אם" ולהחילם גם על הורים משפטיים אשר אינם בהכרח הורים ביולוגיים<sup>104</sup>. היינו, בעצם ההסכמה לביצוע הליך ההפריה, יש לראות הסכמה לקבל את החובה ההורית, ומכוח הכלל שמול חובה ישנה זכות, הרי שניתן לגזור את הזכות להורות מהחובה שהסכים לקבל עליו בן הזוג, במתן האישור להליכי ההפריה.

אם פס"ד **זנילוביץ** היווה פריצת דרך לכניסת זוג הומוסקסואליים לקונצנוס החברתי בהקשר הרחב של מוסד הידועים בציבור, הרי שזוג לסביות קידמו את נושא המשפחה החד מינית צעד נוסף קדימה. בפס"ד **פלונית ופלמונית נ' היועמ"ש**<sup>105</sup>, דובר בזוג לסביות אשר חיות יחדיו ומנהלות משק בית משותף. במהלך חייהן המשותפים, החליטו המערערות להביא ילדים לעולם, באופן שכל אחת מהן תהרה מתרומת זרע אנונימית מבנק הזרע. השאלה שעמדה לדיון הייתה האם כאשר שתי נשים חיות כבנות זוג ולכל אחת ילדים ביולוגיים משלה - יש להתיר לאחת לאמץ את ילדי רעותה? ביהמ"ש

להביא ילדים מזרעם ללא התקשרות עם נשים לשם יצירת הורות משותפת. לא רק בדרך להורות ביולוגית נערמים קשיים בפני הקהילה ההומוסקסואלית, אלא גם אפשרויות האימוץ שלהם, בארץ ובח"ל, מורכבות וסבוכות<sup>98</sup>.

באשר לכשירות ההורים המאמצים - אין אפשרות לזוג הומו-לסביות לאמץ ילד שאינו הילד הביולוגי של מי מהם, שכן "אין אימוץ אלא ע"י איש ואישתו יחד"<sup>99</sup>. גם הסיכוי של גבר יחיד לקבל ילד לאימוץ הנו קלוש ביותר, שכן השירות למען הילד מעדיף למסור ילדים לאימוץ במשפחות שבהן ישנם אב ואם.

בעוד שלהומוסקסואליים, טרם נמצאה דרך קלה להפוך לאבות, הרי שלסביות, בשל יתרון הביולוגי להרות, הדרך להורות ביולוגית קלה יותר, שכן כל אישה המעוניינת להביא לעולם ילדים ללא מעורבות ישירה של גבר - זכאית לקבל טיפולים בכל בית חולים ממשלתי<sup>100</sup>. עיקר מאבקן כיום מתמקד בהכרה באמהות הלא ביולוגית (של בנות זוגן), כאמהות שוות זכויות לגבי ילדים שנולדו במסגרת חייהן המשותפים. כמה זוגות של לסביות ניסו להתגבר על קושי זה ע"י הפריית מבחנה מתרומת זרע ואולם הילד הנולד נחשב בן של האם יולדתו, בעוד שבת הזוג אינה יכולה להיחשב לאמו ואף אינה יכולה לאמצו<sup>101</sup>. המצב דומה לגבי זוג הומוסקסואלי: כאשר אחד מהם מזרע

לשניים את כל השירותים הנדרשים כדי לאפשר להם להביא ילד משותף לעולם.

101. א. בן דרוור, **אימוץ ופונדקאות**, (קוק, ת"א, 1994), 225.

102. **שם**.

103. ע"א 449/79 **סלמה נ' סלמה ואח'** (ראה לעיל הערה 84) בפרשה זו הוחלט כי בשל הסכמת הבעל להפרות את אשתו בדרך של הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר, ראו בו כנוטל התחייבות לשאת בכל התוצאות הממוניות והאחרות כלפי הילד, הווה אומר חייב בחובות האב כלפי ילדו.

104. הורים משפטיים, להבדיל מהורים ביולוגיים הם הורים שנקבעו על פי צו של ביהמ"ש אשר מנתק את הקשר בין הילד להורים הטבעיים. דוגמא בולטת לכך הוא אימוץ ילדים. ראה הרחבה בסוגיה, ג. גרין "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל", **שם**.

105. ע"מ 10/99 **פלונית ופלמונית נ' היועמ"ש**, תק - מח 2001 (2), 125.

106. צו האפוטרופסות מבטיח כי גם אם יקרה דבר מה לאם הביולוגית, לא ניתן יהיה לקחת את הילדים מבת זוגה והם יישארו אצלה לפחות עד למתן צו אימוץ. כמו כן, צו האפוטרופסות מאפשר לאם הלא ביולוגית לעשות פעולות בשם הילדים שילדה זוגתה, לרבות קבלת החלטות רפואיות

98. מוסד האימוץ הוא יצירת החוק החרוט, ונובע מחוק אימוץ ילדים התשמ"א 1981 (להלן חוק האימוץ). תפקידו להעביר בדרך מלאכותית משפטית זכויות וחובות של הורים טבעיים וליצור בכך משפחה והורות משפטית שאיננה ביולוגית.

המדיניות העקרונית היא לנתק ניתוק מוחלט בין המשפחה הביולוגית לבין המשפחה המאמצת. האימוץ נעשה באופן פורמלי ע"י צו בימ"ש הניתן לאחר שהמאומץ "היה סמוך על שולחן המאמץ" לפחות שישה חודשים. הסכמת ההורים הביולוגיים היא תנאי הכרחי למתן צו אימוץ, וזאת בשל התוצאה הקיצונית של הניתוק המוחלט בין הילד לבין משפחתו הביולוגית. ילד יוכרז כבר אימוץ גם ללא הסכמת הוריו רק בנסיבות מיוחדות כגון: נטישה, הפקרה, או הזנחה חמורה של הילד, ראה בחוק האימוץ סעיף 13.

99. חוק האימוץ, **שם**, סעיף 3.

100. בבתי חולים ממשלתיים ניתנים טיפולי אספקת זרע והענקת שירותי הזרעה מלאכותית לכל דורשת. לפני כמה שבועות החל בנק הזרע להעניק שירותי הזרעה והפריה לא רק כאשר הם נעשים באמצעות תרומות זרע אנונימיות, אלא גם כאשר אשה מבקשת להרות מזרע הניתן ע"י גבר מוכר, בו בחרה להיות אבי ילדה. בנק הזרע מקבל את הזרע מאותו אב, בודק אם הוא אינו נגוע במחלות (כגון: איידס), ומספק

ובחינוכם של הילדים. בג"צ נמנע מלהכריע לגופה ולא דן בסוגיה הערכית, אלא קבע כי אין זה בסמכותו של ביה"ד להוציא צו מניעה. **בפרשת רותי וניקול ברנר-קדיש**<sup>110</sup> הוגשה לבג"צ עתירה שעניינה רישום אימוץ במשפחה לסביבת שנגעה בקליפורניה ארה"ב. רותי וניקול ברנר-קדיש, זוג נשים ישראליות בעלות אזרחות אמריקאית, התגררו יחד במשך שנים בקליפורניה ושם נולד בן הבכור. בת הזוג של האם ביקשה לאמץ את הילד, וביהמ"ש בקליפורניה הוציא צו אימוץ שהכריז כי שתי בנות הזוג הן אמהותיו של הילד. כאשר הגיעו לישראל, הן ביקשו לרשום את הילד במרשם האוכלוסין כבן המשותף מכוח צו האימוץ מקליפורניה. שר הפנים התנגד לבקשה בטענה כי רישום כזה נוגד את התפיסה החברתית הרווחת באשר למבנה המשפחה. וכי החוק הישראלי אינו מאפשר רישום של שתי אימהות לילד אחד. בג"צ דחה את טענותיו של השר<sup>111</sup> והורה לשר הפנים לרשום את רותי וניקול כשתי אמהותיו של הילד<sup>112</sup>

הן בתקנת הציבור והן בתקנת הצדדים. רק במקרים יוצאים מן הכלל, כאשר הסטטוס הזר פוגע בתקנת הציבור של המדינה שבה מתבקש הרישום, הוא לא יוכר. לתקנת הציבור של המדינה שבה התבקש הרישום, העלולה להיפגע אם יאושר הרישום המבוקש, ניתן פירוש מצמצם... אי ההכרה בצו-אימוץ זר משחררת את ההורים המאמצים מחובותיהם כלפי המאומצים, ובכך פוגעת בזכויות ובאינטרסים של הילדים.

112. אבחנה חשובה היא כי פס"ד זה הנו ייחודי למצב שבו שתי הנשים הן בעלות אזרחות כפולה (ישראלית ואמריקאית), וילדן נולד בקליפורניה המכירה באימוצים במשפחות חד מיניות. במצב מיוחד זה כל שנדרש ביהמ"ש בישראל, הוא להורות על רישום הילד במרשם האוכלוסין, וזאת מכוח ההלכות שלפיהן אין לפקיד הרישום שיקול דעת בעת ביצוע רישום כזה. ראה למשל בעניין בג"צ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג (2), 477. וכן בג"צ 143/62 **שלינגר נ' שר הפנים**, פ"ד יז (225). פס"ד **אינו מסייע לנשים וילדים ישראליים, שעליהם חל חוק האימוץ הישראלי!** בפס"ד ע"מ 10/99 (ראה הערה לעיל), נאמר כי זוגות הומו-סקסואלים ולסביות אינם עומדים בתנאי החוק ומטרתו, ולו בשל היותם, נכון להיום, מסגרת חריגה, אשר אינה מקובלת בחברה. מטרת חוק האימוץ להעניק לילד המאומץ משפחה יציבה ורגילה על מנת לטשטש את חריגותו בחברה. מטרה זו לא תושג בהשמתו לאימוץ ע"י זוג חד מיני. אין זה מתפקידו של ביהמ"ש להכריע במחלוקת זו שעה שנכון להיום החוק אינו מאפשר אימוץ ע"י זוג חד מיני. ביהמ"ש ממתין שהמחוקק - נציגו של העם, יאמר את דברו בטרם

קמא העניק צו אפטרופסות לאם הלא ביולוגית לגבי הילדים שילדה בת זוגה<sup>106</sup>. החלטה תקדימית זו מאפשרת לכל זוג נשים המגדלות יחדיו את ילדיהן, לפנות לביהמ"ש בבקשה להכריז על האם הלא ביולוגית כאפטרופסית של הילדים שילדה בת זוגה<sup>107</sup>. אולם ביחס לבקשת האימוץ נאמר בפסה"ד בין היתר כי אומנם קיימים זוגות מסוגים שונים המגדלים ילדים ואמנם אין להתכחש לכך כי כיום זוג נשוי אינו מהווה "סלע יציב" כבעבר. אולם, יש לבדוק את מטרת חוק האימוץ. זוגות הומוסקסואלים ולסביות אינם עומדים בתנאי החוק ומטרתו ולו בשל היותם - נכון להיום - מסגרת חריגה אשר אינה מקובלת בחברה וזו עוד תדגיש ותבליט את החריגות בחיי המאומץ<sup>108</sup>. עתירה אחרת של זוג לסביות לבג"צ<sup>109</sup> דנה בזוג לסביות שעתרו כנגד צו מניעה שהוציא ביה"ד הרבני האוסר על אחת מהן להפגיש את בנותיה עם בת זוגה, בנימוק שהקשר בין בנות הזוג מהווה התנהגות בלתי מוסרית הפוגעת קשות בנפשם

לגביהם, ייצוגם בפני מוסדות שלטוניים, רישומם לביה"ס וגנים וכיו"ב, ראה חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב 1962.

107. חשוב לציין כי בקשות אלה נידונות בדלתיים סגורות תוך איסור פרסום פרטיהן האישיים, כך שאין כל חשש לחשיפה של בנות הזוג או של ילדיהן. עוד בנושא האפטרופסות - בשנת 1998, הוגשה לביהמ"ש לענייני משפחה תביעה לאפטרופסות והסדרי ביקור לגבי ילדה שנטען כי נולדה במסגרת החיים המשותפים של התובעת עם האם הביולוגית מתוך הסכם של השתיים לגדלה יחדיו. ודוק כי במקרה זה בנות הזוג לא נאבקו יחד כנגד הרשויות למען השגת ההכרה במשפחה הלסבית, אלא נאבקו זו בזו על ילדה שנולדה במסגרת יחסיהן. ביהמ"ש קבע שאי אפשר לשלול על הסף את האפשרות ששתי הנשים הסכימו על הקמת משפחה שבראשה שתי אימהות. אין לראות הסכם כזה כנוגד את תקנת הציבור במיוחד נוכח העובדה שהחברה מאפשרת מתן תרומות זרע אנונימיות ללסביות עוד נקבע כי אם התובעת תוכיח בפועל כי שימשה כאם לילדה הרי היא זכאית לתבע אפטרופסות. (ראה הערה 95).

108. ע"מ 10/99 **שם**, ע' 131. לדידו של כב' השופט פורת מה שחסר לילדים הוא אב, אך בודאי לא אם נוספת.

109. בג"צ 293/00 **פלונית ופלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול בירושלים ואח'**, פ"ד נה (3), 318.

110. בג"צ 1779/99 **פלונית ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד נד (2), 368.

111. בג"צ דחה את טענות השר מהטעמים הבאים: כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחיד בכל המדינות. בפיצול הסטטוס יש כדי לפגוע

מכל מקום עדיין לא ניתן לראות בפסה"ד סוף פסוק, שכן שר הפנים נמנע מלקיים את פסה"ד וביקש לקיים לגביו דיון נוסף בהרכב מורחב של שופטים<sup>111</sup>. בקשת שר הפנים לדחיית עיכוב ביצוע נדחתה ע"י הנשיא ברק והוא חויב לרשום את הילד בתמצית רישום מרשם האוכלוסין כבנו של שתי האימהות<sup>114</sup>.

פרופסור מנשה שאווה, מבכירי החוקרים בתחום דיני המשפחה, פרסם מאמר נוקב בשנתון קריית המשפט ובו ביקר בחריפות את התוצאה שהושגה בבג"צ **ברנר-קדיש**. לדידו פסה"ד מקליפורניה אשר העניק להן את צו האימוץ שם, צריך היה לעבור ביקורת קפדנית מן הסוג של תקנת הציבור<sup>115</sup> ע"י בימ"ש בישראל. לדעתו גישת הרוב, שגויה ובלתי חוקית<sup>116</sup>, והוא סבור כי השופטות דורנר וביניש הושפעו מתפיסתן הפמיניסטית, אך בעוד השופטת דורנר המשיכה את הקו שהחלה בו בפרשת **זנילוביץ**<sup>117</sup>, השופטת ביניש המשיכה את הקו של הנשיא ברק הגורס כי הלכות שנקבעו לפני שנים רבות<sup>118</sup> הן אשר קובעות את המדיניות. לדידו של פרופסור שאווה השופט זועבי שהיה בדעת מיעוט, שאב את החלטתו מערכי מסורת האיסלאם שעליהם חונך, ובכך הגן דווקא על היהדות והממסד הרבני. בראיון לעיתון "הפרקליטים"<sup>119</sup>, טען פרופסור שאווה כי מאמרו

עוסק בשאלה המשפטית הנוגעת לאימוצו של פס"ד זר בישראל, ולא בזכותן של לסביות להירשם כהורים. לדעתו לא נכון לאמץ פס"ד זר אוטומטית כפי שהחליט בג"צ, אלא יש צורך לאשרר אותו בבית משפט לענייני משפחה בישראל, דרך ביקורת של מבחן תקנת הציבור שהוא מבחן משפטי מקובל<sup>120</sup>. לפס"ד זה אין כל מעמד עצמאי במשפט הישראלי. אין כל אפשרות להסתמך עליו והוא אינו יכול לשמש ראיה כל עוד לא קיבל גושפנקא של בית משפט מוסמך בישראל. התוצאה שהתקבלה בבג"צ מחייבת את משרד הפנים לבצע רישום אוטומטי על סמך פס"ד זר ולכן התוצאה לא נכונה ואף חמור מזה - היא יוצרת טעות משפטית. ביקורתו החריפה בראיון, מתמקדת בסוגיית טובת הילד מאחר ועפ"י הדין הישראלי<sup>121</sup> ילדן של בנות הזוג לא נחשב כמאומץ ע"י בת הזוג של אמו הביולוגית, כיוון שעפ"י חוק האימוץ משפחות חד מיניות אינן בגדר המונח "הורים מאמצים"<sup>122</sup>. בהתייחסותו לסוגיית טובת הילד אמר פרופ' שאווה: "אם כבר מעלים את סוגיית טובת הילד ולא את זכותן של הלסביות להיות הוריו, כי אז דווקא טובת הילד מחייבת, לדעתי, להימנע מהמצב הזה. הרי לא ברור כלל מה יהיה מעמדו של הילד הזה לעניין מזונות, ירושה, תגמולים מהסדרי פנסיה ושאר עניינים מהסוג הזה"<sup>123</sup>.

תשונה התפיסה החברתית. עם זאת לפסה"ד בפרשה זו נודעת חשיבות מבחינה פסיכולוגית, שכן הוא שובר את המיתוס "אמא יש רק אחת" ומפריך את הטענה שלא יתכן מצב בישראל בו תהיינה לילד שתי אימהות.

113. בסוף חודש אפריל 2001 התקבלה בקשה זו ונשיא ביהמ"ש העליון אהרון ברק, החליט לקיים דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים.

114. דנג"ץ 4252/00 **שר הפנים נ' ניקול ורותי ברנר-קדיש**, תק-על 2001 (2), 1593.

115. ע"א 661/88 **חיימוב נ' חמיד ואח'**, פ"ד מד (1), 75, ע' 84-85, שם נאמר בנוגע לסוגייה של תקנת הציבור כי היא משקפת את אשיות היסוד של הסדר החברתי ומעצם הווייתה היא מושג גמיש המשתנה משיטת משפט אחת לרעותה על פי המקום והזמן. אין ספק כי הסוגייה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה, וכי התוויית תחומיה ותפיסותיה משתנות עם חלוף העיתים ומבטאות תמיד את אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה. האמירה השגרתית בדבר "סוס הפרא" אליו מדמים את תקנת הציבור, אינה צריכה להשכיח כי את סוס הפרא ניתן

לאלף. השאלה היא... האם הובל השופט ע"י "סוס הפרא", או שהשופט הוביל את הסוס ליעדו.

116. מ. שוואה, "רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק-שליזינגר ובתיחום גבולותיה" **קרית המשפט**, (כרך א, הוצאת ליסכת עו"ד, 2001), 103-132. פרופ' שאווה הזהיר במאמרו כי אם התוצאה לא תשתנה יוכלו זוגות להתגרש בחו"ל, להגיע לישראל עם פס"ד זה ולתבוע רישום.

117. ראה לעיל הערה 94.

118. כדוגמת פרשת **פונק שליזינגר** (ראה לעיל הערה 110).

119. ח. פס, ר. פישר, "אין בעיני היום בעליון אף אחד שהוא סמכות בדין האישי", **"הפרקליטים"**, (גיליון מס' 4 יולי 2001) 15-12.

120. השופט זועבי סבר שהכרה בזוג לסביות כהוריו של הילד נוגדת את תקנת הציבור, השופטת דורנר הביעה את דעתה שהכרה בצו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית אינה נוגדת את תקנת הציבור ואילו השופטת ביניש לא רשמה כל התייחסות מצידה לנושא זה.

121. חוק אימוץ ילדים התשמ"א - 1981.

122. ראה לעיל הרחבה בנושא חוק האימוץ ותחולתו.

123. הפרקליטים, שם, ע' 13.

הקשר הוא צעד שיש לנוקטור רק בלית ברירה, משאפסה תקווה לגידולו הראוי של הילד ע"י הורה<sup>129</sup>. מכאן שאך ורק במקרים קיצוניים מאד שידונו לגופם תיחדש התערבות המדינה בהוצאת הילד מביתו. יודגש כי מבחינה זו אין שוני של ממש בעמידה בקריטריונים הנדרשים של הורים מתפקדים בין קבוצת ההומו-לסבית לבין שאר האוכלוסייה.

## הומוסקסואלים ולסביות במשפט העברי

מבחינה רעיונית הלכתית משכב זכר הוא איסור חמור ובגדר תועבה.<sup>130</sup> אין נפקא מינה לעצם האיסור אם הומוסקסואליות תוגדר כמחלה, נטייה או בחירה חופשית. יהא גורם אשר יהא, האיסור בתוקפו, ואין זה פוטר אותם מבחינה מוסרית מלהילחם בנטייתם האסורה<sup>131</sup>. לעומת זאת, יחסי מין בין שתי נשים לסביות, אף זה בגדר מעשה אסור, אם כי עונשן חמור פחות מעונשם של הומוסקסואלים. הדעות נחלקו האם האיסור הוא מדרבנן או מדאורייתא, שכן האיסור לא נזכר בתורה<sup>132</sup>. נשים אלו, דין מכת מרדות ונידוי<sup>133</sup>. עפ"י דין תורה משכב זכר אסור באיסור חמור ביותר, נכפלו בו הלאווים ועונשו סקילה<sup>134</sup>. יש המסבירים את האיסור בכך שעל ידי קיום יחסים הומוסקסואליים נהרס התא המשפחתי, ולא די בכך אלא שאף אם הומוסקסואל יישא אישה ויקיים מצוות פריה ורבייה, הרי זה הורס התא המשפחתי ולכן זה אסור<sup>135</sup>.

שאלה אחרת היא בדבר "המסוגלות ההורית" של זוגות הומו-לסבית לגדל עצמן את הילד שלהן. כדי שילד יוכרז כבר אימוץ גם ללא הסכמת הוריו נדרשות נסיבות מיוחדות כגון נטישה, הפקרה או הזנחה חמורה של הילד<sup>124</sup>. סעיף 13 (7) לחוק האימוץ<sup>125</sup> מאפשר את התערבות המדינה בהוצאת הילד מבית הוריו, במקרה של העדר מסוגלות של ההורה לדאוג לילד בהווה ובהעדר סיכוי של שינוי בעתיד. בפס"ד **פלונית נ' היועמ"ש**<sup>126</sup> קבע כב' השופט ברק, ואליו הצטרפו השופטים אור ונתניהו, כי אין לפגוע בזכות הטבעית של הורים לגדל את ילדיהם, אלא אם ההורים אינם מסוגלים מבחינה אובייקטיבית למלא את הצרכים הבסיסיים והחיוניים של ילדיהם. הוראת סעיף 13 (7) לחוק האימוץ בודקת באופן אובייקטיבי את מסוגלות ההורים לטפל בקטין, והיא בנויה על שני צירים, האחד - **תפקוד ההורים** והאחר - **צורכי הקטין**. בחינת חוסר המסוגלות צריכה להתבסס על **צרכים הבסיסיים והחיוניים ביותר** כל עוד לא הוכח, כי אין בידי ההורים היכולת להעניק לילדיהם את **הצרכים המינימליים**<sup>127</sup>, הדרושים להם לצורך התפתחותם הפיזית והנפשית התקינה, אין עילה ואין הצדקה להביא לניתוקם הגמור של הילדים מהוריהם. דו"ח ועדת עזיוני<sup>128</sup>, שעל פי המלצותיה נחקק חוק האימוץ, מפרט סיטואציות שונות של אי מסוגלות הורית. סיטואציות אלה אמנם לא נכללו בחוק, אולם ברור כי נודעת להן חשיבות פרשנית. באשר למרכיב בסעיף 13 (7) לחוק האימוץ, בדבר העדר סיכוי של שינוי בעתיד: ההנחה שניתוק

או פגיעה בלתי מוסרית בבן זוגו או באח או באחות של הילד. (ג) הזנחת הילד פיזית, נפשית או רגשית. (ד) הרשעה בדין על פשע וכליאתו במאסר תקופה ממושכת. (ה) שימוש בסמים נרקוטיים או שימוש יתר במשקאות משכרים, שיש בהם לפגוע ביכולת התפקוד. (ו) מחלת רוח, מחלת עצבים או ליקוי שכלי מסוג כזה ובמשך תקופה כזאת שאין סיכוי, שיוכל לדאוג לצרכי הילד הפיסיים הנפשיים או הרגשיים.

129. א. בן דרור, **אימוץ ופונדקאות**, שם, ע' 84.

130. בפרשת קדושים בספר ויקרא כ, יג, נאמר: "ואיש אשר ישכב את זכר משכב אישה תועבה עשו שניהם מות יומתו דמיהם בהם".

131. א. שטיינברג, **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, (כרך רביעי, ירושלים 1994), 69.

132. שם, ע' 78.

133. שם, ע' 79.

134. שם, ע' 79.

135. שם.

124. העילות להכרזת ילד כבר אימוץ באין הסכמת ההורה מנויות בסעיף 13 לחוק האימוץ. ראה לעיל.

125. חוק אימוץ ילדים, התשמ"א - 1981 ס' 13 (7): "הורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו".

126. ע"א 5572/92 **פלונית נ' היועמ"ש**, פ"ד מז (2) 221.

127. ראה פס"ד ע"א 325/87 **פלונית נ' היועמ"ש**, פ"ד מב, 1, 848. נאמר כי: "אם טבעית המתקשה בטיפול בילדה ואינה מתפקדת באופן אופטימלי, עדיפה על אימוץ מוצלח, ובלבד שלקויי האם אינם מגיעים לדרגה של חוסר יכולת לדאוג לצרכי החיוניים של הילד".

128. דו"ח ועדת עזיוני מפרט את העילות לקביעה של אי מסוגלות הורית. להלן הסיטואציות: (א) התנהגות אכזרית או פוגעת כלפי הילד, הן התנהגות פיזית והן התנהגות רגשית או מוסרית של הורה או כל אדם אחר בתוך הבית. (ב) התנהגות

## סיכום

עקיפות ע"י חקיקה מפלה כמו חוק הפונדקאות וחוק האימוץ המאפשרים רק לבני זוג הטרוסקסואלים נשואים לענות על התנאים הדרושים עפ"י החוק, ומונעים מבני זוג בני אותו מין לממש את זכותם להורות.

קיים קושי בהתייחסות לקבוצת ההומו-לסביות כקבוצה הומוגנית. בעוד שמבחינת יכולתה של האם הלסבית לממש את ההורות, דרכה קלה יותר בשל יתרונה הביולוגי ובשל כלים שהמדינה מקצה לה, כמו גישה חופשית לבנק הזרע, הרי שהאב ההומוסקסואל מצוי בעמדה נחותה יותר, הן בשל נתונים ביולוגיים אובייקטיביים והן בשל קשיים נוספים שהמדינה מערימה עליו.

דעתנו כי אין להתערב בזכותו הבסיסית של אדם להעמיד צאצאים ללא הבדל דת, גזע, מין והעדפות מיניות. בפרשת **קדישא נ' קסטנבאום**<sup>136</sup> אמר הנשיא שמגר: "חברה חופשית ממעטת בהטלת מגבלות על בחירותיו הרצונית של הפרט".

מדינת ישראל מיום היווסדה רואה עצמה כמדינה חופשית ודמוקרטית, על כן יש להחיל את אותם הכללים החלים על משפחות הטרוסקסואליות שאינם מאפשרים התערבות בשלב של שאלת "הזכות להורות" בשלב של טרום ההריון, אלא מאפשרים את התערבות המדינה בבדיקת "המסוגלות ההורית" רק במקרים חריגים בהם נשקפת סכנה לילד ועולה סוגיית "טובת הילד" הקיים.

שלילה מראש של זכותו של אדם להיבנות, פעמים מהווה מעשה קיצוני הגוזר עקרות ועריריות ופעמים יש בכך משום נידוי חברתי ומתן סטיגמה משפילה וקשה להתמודדות. על כן, לדעתנו לא ניתן למתוח את שאלת "המסוגלות ההורית" לשלב הטרומי של "הזכות להורות".

בהשאלה ספרותית מן המחזה "המלט" של שיקספיר: **להיות או להיות**: כאשר המדינה מתמודדת עם השאלה **לאפשר או לא לאפשר** את "הזכות להורות" לקבוצת השונה והאחר, עליה לשקול כי מעבר לפגיעה באינטרס של הקהילייה הספציפית של ההומו-לסביות, ישנה כאן פגיעה באינטרס חברתי של החברה בכללותה שהוא פלורליזם תרבותי.

נוכחנו לדעת כי ההתפתחויות החברתיות בשנים האחרונות הובילו לכרסום במבנה המשפחה המסורתית של אב ואם נשואים ולהופעת מבנה משפחה אלטרנטיבי. תהליך זה הוליד צורך בשינויי תפיסה בסוגיות "הזכות להורות", "המסוגלות ההורית" ובשאלות מיהו ההורה ומיהו ההורה הראוי.

אין ספק כי תפקידה של המדינה והשלטון בעיצוב נורמות התנהגותיות, מהווה גורם מכריע בעתידן של משפחות אלטרנטיביות. קיים מתח אינהרנטי בין הזכות הפרטית להורות ובין זכות השלטון לגדר זכות זו. כל צד מעוניין להגן על האינטרסים שלו וליצוק תכנים והשקפות עולם משלו למושג "הזכות להורות". בעקבות תהליכים פוליטיים חברתיים שהתרחשו בעולם ככלל ובישראל כפרט, ישנה מודעות ואנו נחשפים לצרכים של קהילת ההומו-לסביות, אשר ביניהם בולט רצונם לממש את זכותם להקים משפחה. בשלב זה המצב המשפטי הוא שביהמ"ש מאפשר מבהינה פורמלית רישום של שני הורים בני אותו מין כהורי הילד, כאשר אימוץ הילד נעשה בחו"ל. אין התייחסות בפרשה זו לשאלה המהותית האם מוכרת זכותו של בן הזוג - ההורה הלא ביולוגי להורות. אין המדינה ובתי המשפט מתערבים בשלב הטרומי של "הזכות להורות" בדרכים דראסטיות כגון עיקור, אולם הם עושים זאת בדרכים



136. ע"א 294/91 חברת קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2),