

חלק שני

ערכי יסוד



## לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון

מאת

**יותם זעירא וברק מדינה\***

### א. מבוא

החובה שלא להפלות אנשים מחמת נטייתם המינית היא אחת ממוסכמות היסוד של החברה בישראל ושל דמוקרטיה ליברליות אחרות.<sup>1</sup> ההכרה בכך שאין להפלות אנשים בשל זהותם המגדרית מתחזקת בשנים האחרונות אף היא. נטייה מינית וזהות מגדרית הן מאפיינים הקשורים לזהותו של אדם, בדומה לדתו, למוצאו ולמגדרו, והטלת מגבלות על אדם בגין מאפיינים אלו פוגעת באוטונומיה שלו. כפי שנראה בהמשך, האיסור להפלות לסביות, הומואים, טרנסג'נדרים וביסקסואלים (להט"ב) כלול כיום במפורש בשורה של הוראות חוק, והוא גם נאכף בפסיקה בתי המשפט. עם זאת, חרף ההרחבה הניכרת של ההגנה המשפטית על הזכות לשוויון בהקשר זה, קשה לומר שהחברה הישראלית נקיה מביטויים של שנאה, אלימות והפליה כלפי בני הקהילה. יתר על כן, גם מבחינה משפטית נותרו תחומים חשובים שבהם אין עדיין התייחסות לבני קהילת הלהט"ב כאל שווים לאחרים. עם התחומים הללו נמנים, בין היתר, היבטים הקשורים לנישואין ולגירושין, היבטים הנוגעים להורות, בעיקר בכל הקשור לאימוץ ולהתקשרות בהסכמי פונדקאות, השימוש בתרומות דם של הומואים ועוד. בפרק זה אנו מבקשים לבחון את ההגנה על הזכות לשוויון של להט"ב במשפט הישראלי ולהציע מתווה לטיעון משפטי להרחבתה.

ניתן להבחין בין שלושה הקשרים שבהם מתעוררת טענה לפגיעה בזכות לשוויון מחמת נטייה מינית וזהות מגדרית. האחד כולל מקרים שעניינם יחסו של השלטון (או של גורם אחר) אל הפרט. בכך עוסקים, למשל, מקרים שבהם מעסיק מתחשב בנטייה המינית או בזהות המגדרית של אדם בהחלטה

\* יותם זעירא הוא בעל תואר שני במשפטים מאוניברסיטת Harvard, ותואר ראשון במשפטים מהאוניברסיטה העברית בירושלים; פרופסור ברק מדינה מכהן בקתדרה לזכויות האדם על שם השופט חיים כהן בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחברים מבקשים להודות לעורכי הספר על הערותיהם המצוינות.

1 האיסור להפלות מחמת נטייה מינית אמנם אינו נכלל ב"תבחינים" האסורים המנויים באמנות הבין-לאומיות המרכזיות, שנוסחו לפני שנות דור (ס' 2 להכרזה העולמית בדבר זכויות האדם, שהתקבלה בעצרת האומות המאוחדות ב-10.12.1948; ס' 2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-16.12.1966); ס' 2, 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 169 (נפתחה לחתימה ב-16.12.1966); וס' 14 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם (נפתחה לחתימה ב-4.11.1950)), אך מקובל לפרש את הביטוי "other status" המופיע באמנות אלו ככולל גם נטייה מינית, ותבחין זה אף נכלל במפורש באמנות מודרניות כדוגמת ס' 21(1) לצ'ירטר של האיחוד האירופי בעניין זכויות יסוד משנת 2000 (שנכנס לתוקף ב-2009).

אם להעסיקו או כאשר אדם אינו זוכה לסיוע רפואי ונפשי לשם מימוש זהותו המגדרית (במקרה של טרנסג'נדרים). הקטגוריה השנייה עוסקת ביחסו של השלטון (או של גורם אחר) למערכת יחסים זוגית או למשפחה חד-מינית. דוגמאות לכך הן זכויות רכושיות של בני זוג (קצבאות, ירושה וכדומה), זכויות אימוץ ופונדקאות וכמובן הכרה בתוקף הנישואין של בני זוג מאותו המין. הסוג השלישי הוא התביעה להכרה שלטונית ב"קהילה" של להט"ב. מדובר בחובה המוטלת על השלטון להימנע מהפליה בהקצאת משאבים הנחוצים לכינון קהילה תומכת ולמיגור תפיסות הומופוביות בחברה,<sup>2</sup> ובזכות ל"ייצוג הולם" לבני הקהילה בהקשרים שונים. כפי שנראה בהמשך, סוגי המקרים הללו נבדלים ביניהם בהיקף ההגנה על הזכות לשוויון במשפט הישראלי: היקף ההגנה הרחב ביותר על הזכות לשוויון הוא בקטגוריה הראשונה, והוא מצומצם יותר בשתי הקטגוריות האחרות.

השאלה העיקרית המתעוררת בנוגע לכלל ההקשרים הללו היא מהו הטעם שבגיננו אסורה התחשבות פוגענית בנטייתו המינית של אדם (וכן, כאמור, אסורה הבחנה בין זוגות הטרנסקסואלים לבין זוגות מאותו המין ואסורה הפליה בהקצאת משאבים ציבוריים לקהילת להט"ב). המענה לשאלה זו הוא הבסיס לקביעת הדוקטרינה המשפטית בתחום הנדון. יש בהקשר זה שתי גישות עיקריות. לפי גישה אחת, שהיא הדומיננטית יותר בפסיקה בישראל, האיסור להתחשב בנטייה המינית או בזהות המגדרית מבוסס על כך שהמאפיינים הללו אינם רלוונטיים. התפיסה היא שהתייחסות פוגענית כלפי להט"ב היא בגדר נקיטת עמדה במחלוקת אידאולוגית, ולפיכך הפרה של החובה לניטרליות בהפעלת סמכויות מסוימות. זוהי, בעיקרה, גישה המחייבת להתעלם מן הנטייה המינית של אדם (או של בני זוג), ולהותירה עניין פרטי. לעומת זאת, גישה שנייה, שאנו סבורים שהיא עדיפה, מבוססת על הכרה בנטייה מינית כמרכיב חשוב בזהותו של אדם, ובכלל זה זהותו המגדרית. לפי גישה זו, מתן ביטוי לעמדות הומופוביות, בדרך של הפעלת סמכויות שלטוניות או מימוש כוח כלכלי, הוא אסור לא (רק) משום שהוא לא-ניטרלי, אלא משום שהעמדות שבהן מדובר הן פסולות מבחינה מוסרית, וביטויין הוא מעשה שפוגע בכבוד האדם. החובה המוטלת על השלטון היא חובה אקטיבית של כיבוד בני קהילת הלהט"ב, לא באמצעות התעלמות מנטייתם המינית או מזהותם המגדרית השונה, אלא בדרך של התייחסות שוויונית אליהם מתוך הכרה בכך שלאנשים נטיות מיניות שונות וזהות מגדרית שונה. כפי שנראה בהמשך, לבחירה בין שתי הגישות הללו חשיבות רבה באפיון המקרים שבהם תוכר טענת הפליה. הבחירה הזו היא מרכזית גם בקביעת מידת היעילות של המשפט במאבק בסטיגמות חברתיות שליליות כלפי בני הקהילה.

בדיון המובא להלן נעסוק לפיכך בהבחנה בת שני מישורים: במישור אחד נבחין בין שתי התפיסות העקרוניות להצדקת האיסור להפלות מחמת נטייה מינית וזהות מגדרית ולקביעת היקפו של האיסור: אי-רלוונטיות והחובה לניטרליות מזה לעומת כבוד האדם מזה (פרק א). במישור שני ניישם את שתי הגישות הללו, בדרך של בחינה ביקורתית של הדין הנוהג, באשר לכל אחד משלושת סוגי התביעות לשוויון – יחיד (פרק ב), משפחה (פרק ג) וקהילה (פרק ד).

2 השימוש במושג "הומופוביה" בחיבור זה הוא על פי השימוש השגור בו כמבטא תפיסות עוינות ופוגעניות כלפי להט"ב בכלל, ולא על פי משמעותו הלשונית הצרה כ"פחד מהומואים".

## ב. איסור הפליה מחמת נטייה מינית וזהות מגדרית: אי-רלוונטיות, ניטרליות וכבוד האדם

התביעה לשוויון זכויות ללהט"ב עומדת בלב הדיון הציבורי בישראל ובעולם בכל הקשור לנטייה מינית ולזהות מגדרית. דרישה לביטול היחס המפלה כלפי להט"ב מלווה אמנם את מאבקה הפוליטי של קהילת הלהט"ב עוד מימיו הראשונים של הדיון הציבורי בנושא,<sup>3</sup> אולם דומה כי נדרשו כמה צעדים חברתיים מקדימים עד שהתביעה לשוויון זכויות תפסה את הבכורה. בין נקודות הציון המרכזיות במאבקם הפוליטי של להט"ב בישראל מקובל למנות בדרך כלל את הקמתם של ארגונים הפועלים למען להט"ב בישראל, החל מאמצע שנות השבעים; את קיומם של "מצעדי גאווה" בערים שונות בישראל, החל מ-1998; את העלייה הניכרת בייצוגם של להט"ב החושפים בגלוי את נטייתם המינית, בתרבות ובזירה הפוליטית, החל מאמצע שנות התשעים; את ביטול היחס המפלה ללהט"ב בפקודות צה"ל לאורך שנות התשעים; וכמובן את השינויים המשפטיים מרחיקי הלכת שחלו מאז ביטולו של האיסור הפלילי על משכב זכר בשנת 1988 ופסק דינו של בית המשפט העליון בעניין דנילוביץ' ב-1994.<sup>4</sup> התפתחויות חברתיות אלו עולות בקנה אחד עם מגמות דומות במדינות מערביות רבות.

בחלוף כשני עשורים ומחצה מאז שהחל השיח הציבורי בנושא בישראל, הפך היחס ללהט"ב לנושא חברתי מרכזי למדי, המקבל הד תקשורת ניכר. עם זאת, קשה כמובן לומר כי היחס החברתי ללהט"ב הוא משיע רצון. לצד גילויים של סובלנות ואהדה לבני ולבנות קהילת הלהט"ב, אירעו בשנים האחרונות מקרים חמורים של אלימות, שהבולטים בהם הם דקירתם של שלושה צועדים ב"מצעד הגאווה" בירושלים בשנת 2005, ופרשת ה"ברנוער" בשנת 2009, שבה נרצחו שני משתתפים במפגש חברתי לנוער להט"ב ונפצעו קשה מירי נוכחים נוספים. לעתים מושמעות התבטאויות פוגעניות של חברי כנסת ודמויות ציבוריות אחרות, והמילה "הומו" עודנה משמשת באופן רווח כקללה. קשה אף להתעלם מהשונות הניכרת ביחס של קהילות שונות בחברה הישראלית ללהט"ב: יחסו הסובלני-יחסית של הציבור החילוני ללהט"ב והפתחות הגוברת לדון בנושא בתקשורת הפופולרית, מקדימים בהרבה את היחס ללהט"ב בקרב החברה הדתית (בפרט זו החרדית) והערבית, שם הנושא הוא לרוב

3 מקובל לסמן את תחילת המאבק הפוליטי של הלהט"ב בהפגנות שהתרחשו ביוני 1969 מחוץ לפאב הניו-יורקי "סטנוול אין", פאב ששימש מקום בילוי להומואים וטרנסג'נדרים, לאחר פשיטה אלימה של שוטרים על המקום. המועד שבו נערכים בדרך כלל "מצעדי גאווה" ברחבי העולם – חודש יוני – נקבע בעקבות אירועים אלו. לדיון במצעדי הגאווה בישראל בהקשרם ההיסטורי ראו צבי טריגר "בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ומה שאין בפסיקת בג"ץ בעניין מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם" המשפט יד 339 (2009).

4 בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749 (1994). לדיון בקשר שבין ההתפתחויות ההיסטוריות, הפוליטיות והחברתיות הנוגעות ללהט"ב לבין המצב המשפטי בישראל ראו, בין היתר, יובל יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד 531 (1998); אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195, 201 (2001).

בגדר טאבו חברתי. קשה אף לנבא אם שיפור היחס ללהט"ב הוא מגמה חד-כיוונית, או שמא מדובר ב"פריחה" זמנית שתתמתן בהמשך, ואולי אף תיסוג לאחור.<sup>5</sup>

הדיון במושג השוויון בהקשר הלהט"ב חובק אפוא היבטים חברתיים רבים. בהקשר המשפטי, נראה כי יש צורך לחדד את מהותה של התביעה המשפטית לשוויון זכויות ללהט"ב. אין מדובר רק בזיהוי של התחומים השונים שבהם מופלים להט"ב לרעה, שיידון בפרקים הבאים. מדובר, בראש ובראשונה, בניסיון לאפיין את הפגם העקרוני שכרוך בכך שמוחלת הבחנה בין אנשים בהתאם לנטייה המינית שלהם או לזהותם המגדרית.

לפי גישה אחת, הפגם הוא בכך שהנטייה המינית או הזהות המגדרית של האנשים הנוגעים בדבר היא בלתי-רלוונטית להפעלת הסמכות שבה מדובר. קביעה כללית מסוג זה מעוררת כמובן קושי: הקביעה שהשיקול האמור הוא "בלתי-רלוונטי" אינה אלא תיאור המסקנה שמדובר בשיקול זר, כלומר שיקול שאסור להתחשב בו בעת הפעלת הסמכות. אך מה שנדרש הוא נימוק, מדוע יש לסווג את השיקול הזה כ"בלתי-רלוונטי" בהקשר האמור?

כדי לברר זאת, נבחן תחילה מהן הסיבות האפשריות שבגינן אנשים נוקטים מדיניות שמבחינה בין אנשים בהתאם לנטייתם המינית. במקרים לא מעטים, מדיניות של הבחנה בין אנשים בהתאם לנטייה המינית שלהם או לזהותם המגדרית היא ביטוי של שנאה או של דעה קדומה כלפי להט"ב. נבחן, למשל, שני מקרים: שר הפנים מסרב להתיר רישום במרשם האוכלוסין של נישואין של בני זוג מאותו המין שנישאו בחו"ל; ובעלת דירה מסרבת להשכיר את דירתה ללהט"ב. ייתכן ששר הפנים ביסס את המדיניות האמורה על עמדתו שמערכת היחסים בין בני זוג מאותו המין אינה ראויה להכרה שלטונית, ולכן יש להימנע מלרשום את בני הזוג כנשואים. במקרה השני, ייתכן שבעלת הדירה מחליטה להשכיר את דירתה לא רק בהתבסס על שיקולים הקשורים להפקת רווח כספי, אלא גם בהתחשב בעמדותיה ההומופוביות. במקרים אחרים, ההחלטה להבחין בין אנשים לפי נטייתם המינית היא תוצאה של התחשבות בעמדות עוינות כלפי בני הקהילה של ציבור מסוים, למשל ציבור הלקוחות של מקום בילוי או השכנים בבניין שבו שוכנת הדירה המיועדת להשכרה, המתנגדים להשכרת הדירה ללהט"ב. במקרה של גורמים שלטוניים, ההחלטה לפעול בהתאם לדעתם של אנשים נוספים היא לא פעם התחשבות במה שנתפס כעמדה חברתית מקובלת, בקרב הציבור כולו או בקרב הציבור הספציפי שההחלטה נוגעת אליו. מהו אפוא הקושי שבהתחשבות בנטייה המינית במקרים אלה?

לפי הגישה הראשונה מבין השתיים שבהן אנו מבקשים לדון, הפגם בשימוש בהבחנה על בסיס נטייה מינית או זהות מגדרית במקרים שתוארו נובע מכך שיש בפעולות אלה הפרה של חובה לניטרליות, שעיקרה בהקשר הנדון החובה להתעלם מנטייתו ומזהותו המגדרית של אדם. גישה זו מטילה איסור להפעיל סמכויות מסוימות לשם מתן ביטוי לעמדות בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית. בעל סמכות שלטונית אמור לפעול לשם קידום "האינטרס הציבורי", כלומר לקידום אינטרסים שיש לגביהם הסכמה (או לפחות ניתן לייחס להם באופן סביר הסכמה). הוא אינו רשאי להפעיל את סמכותו לשם קידום תפיסות אידאולוגיות ("תפיסות טוב") שנויות במחלוקת, ובכלל זה לקדם תפיסה דתית מסוימת (או תפיסה דתית בכלל) או עמדה שמבטאת עוינות כלפי קבוצה כלשהי

5 לספקות בעניין המגמה הצפויה ביחס המשפטי ללהט"ב ראו הראל, לעיל ה"ש 4.

בחברה. תפיסות כאלו הן "שיקול זר" שבעל הסמכות אינו רשאי לשקול בעת הפעלת סמכותו.<sup>6</sup> באשר לגורמים פרטיים, כמו בעלת הדירה בדוגמה שלעיל או מעסיקים בשוק העבודה, ההגבלה יכולה לנבוע מן העמדה שאין לאפשר לגורמים בעלי כוח כלכלי לזכות בעדיפות ביכולת לבטא את עמדותיהם בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית באמצעות הפעלת הכוח הכלכלי העודף שלהם. בדומה לכך, נותני שירותים (למשל, הבעלים של מועדון) אינם רשאים לאפשר לצרכני השירות (המבלים במועדון) הזדמנות לבטא את עמדותיהם העוינות כלפי בני קבוצה מסוימת באמצעות הצעה של שירות (למשל, מקום בילוי) שהכניסה אליו אסורה לבני הקבוצה האמורה, למשל להט"ב.

לפי גישה זו, ההכרעות הנחוצות לצורך הקביעה אם מוטלת חובה להתעלם מן הנטייה המינית של אנשים (כלומר, אם הנטייה המינית אינה רלוונטית) הן שתיים: ראשית, יש לברר אם קיימים טעמים ניטרליים, שיכולים להצדיק התחשבות בנטייה מינית, כלומר טעמים שאינם קשורים לעוינות של מקבל ההחלטה או של אחרים לנטייה מינית מסוימת או לזהות מגדרית כלשהי; שנית, יש לקבוע אם ראוי להכיר בסמכות של מקבלי ההחלטה (אם מדובר בגורם שלטוני) או בזכות (או לפחות באינטרס) שלהם (אם מדובר בגורם פרטי) לבטא עמדות הומופוביות – או להתחשב בעמדות כאלה של אחרים – באמצעות הפעלת סמכותם או כוחם הכלכלי. דוגמה ליישום גישה זו בהקשר קרוב ניתנה בוויכוח הידוע שבין הלורד דבלין לבין ה.ל.א. הארט שנערך בשנות החמישים של המאה העשרים. הוויכוח נסב סביב השאלה אם המדינה רשאית (ולפי גישתו העקרונית של הלורד דבלין, אפילו חייבת) להטיל איסור פלילי לקיים יחסי מין הומוסקסואליים כדי לאכוף עמדה חברתית מקובלת בקרב רוב הציבור באותה עת, שלפיה נטיות חד-מיניות הן "סטייה" שיש לגנותה. במחלוקת הזו גברה עמדתו העקרונית של הארט, שלפיה אין להשתמש במשפט הפלילי לשם קביעת איסורים שנועדו לשקף תפיסות חברתיות מקובלות (בלשונו של הארט, "מוסר פוזיטיבי").<sup>7</sup> מותר להטיל איסור פלילי רק על יסוד טעמים "ניטרליים", ובכלל זה מניעת מעשים המנוגדים למוסר (במינוח של הארט, "מוסר ביקורתי"), ולכן אין לאסור לקיים יחסי מין הומוסקסואליים. גלגולה המודרני של תפיסתו של הארט, והרחבתה גם לעניין הקביעה מהם השיקולים המותרים בהפעלת סמכויות שלטוניות, הוא בגישה הנדונה כאן לעניין איסור הפליה.

מאפיין עיקרי של גישה זו לאיסור להפלות הוא שנטייה מינית וזהות מגדרית הן ענייניו ה"פרטי" של אדם, שאמור להיות חופשי מהסדרה שלטונית.<sup>8</sup> לפיכך, גורמי השלטון, ובמקרים מסוימים גם גורמים פרטיים, נדרשים להתעלם מנטייתו המינית של אדם ומעמדותיהם של אנשים שעונים את קהילת להט"ב, בהתבסס על תפיסה עקרונית כללית שלפיה אסור להפעיל סמכויות באופן שיש בו העדפה של תפיסת טוב מסוימת מבין כמה תפיסות טוב שתיתכן לגביהן מחלוקת סבירה. הסיווג של נטייה מינית

6 למשל Peter de Marneffe, *Liberalism, Liberty and Neutrality*, in 19 PHIL. & PUB. AFF. 253 (1990).  
 7 ה.ל.א. הארט חוק, *חירות ומוסר* 51–86 (אליה גילדין מתרגם, 2006); Lord Devlin, *The Enforcement of Morals*, YALE L.J. 986 (1966). בעניין זה ראו גם למשל אמנון רובינשטיין *אכיפת מוסר בחברה מתירנית* (1975); רות גביון "אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות" עיון כז 274 (1977).  
 8 חסינותן של הנטייה המינית והזהות המגדרית מהתערבות שלטונית אינה קשורה רק בתפיסות ליברליות. לתפיסה זו תורמת גם ההתייחסות למיניות ככלל כעניין פרטי שאין מדברים עליו בציבור, ותפיסה רווחת (גם אם הולכת ופוחתת) שנטייה מינית היא עניין "סודי" שלהט"ב רבים מעוניינים להסתירו ומתביישים בו. ראו, בהקשר קרוב, הדי ויטרבו "משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות דינמי לשון הרע" עיוני משפט לג 5, 43–48 (2010); הדי ויטרבו "לשון הרע" בספר זה (להלן: ויטרבו "לשון הרע").

כעניין "פרטי" מאפשר למשפט ולגורמי השלטון להימנע מלקבוע עמדה באשר לנטיות מיניות של אנשים ולאופנים השונים שבהם הם מבטאים את זהותם המגדרית. אין כאן לכן קביעת עמדה, לפחות לא במפורש, באשר לתפיסה חברתית של עוינות או של גנאי כלפי הנטייה המינית של להט"ב, ואף לא ביטוי אהדה או תמיכה.<sup>9</sup> המשפט וגורמי השלטון אמורים להתעלם מתפיסות חברתיות כאלה, אך אינם נדרשים לשלול אותן לגופן, כעמדות בלתי-קבילות. בהתאם לכך, גישה זו מאפשרת ליצור הסכמה ציבורית רחבה יחסית לנורמה (במובן שטבע רולס, של overlapping consensus)<sup>10</sup>, ולפיכך להשיג מידת ציות רבה למדי, שכן היא אינה מחייבת עימות עם דעות קדומות בציבור. כמו כן, לאור כך שהנורמה שמחייבת את השלטון לנהוג בניטרליות בנוגע לעמדות שונות חלה בהקשרים מגוונים, מי שנפגע ממנה בהקשר אחד (למשל, בעל סמכות שעמדתו הומופובית, שאינו יכול לבטא את עמדותיו באמצעות נקיטת מדיניות שמפלה אנשים מחמת נטייתם המינית) צפוי ליהנות מהגנתה בהקשר אחר (למשל, כאשר הוא תומך במפלגת מיעוט, והוא עלול היה לאבד את משרתו אילו ננקטה מדיניות שמפלה אנשים מחמת השקפותיהם הפוליטיות). לבסוף, ביסודה של גישה זו גם ההערכה שנוק שנגרם לאדם משום שנמנעת ממנו האפשרות לבטא, באמצעות הפעלת סמכות שלטונית או מימוש כוח כלכלי, עמדה ביקורתית נגד מאפיין של אנשים אחרים המסווג "פרטי", הוא נמוך יותר מן הנזק שהיה סובל לו הותר לאחרים לבטא בדרך דומה את עמדתם הביקורתית נגד מאפיינים "פרטיים" שלו עצמו. בה בעת, גישה זו להצדקת איסור הפליה כרוכה בקשיים לא מעטים. נציין שלושה מהם. קושי אחד הוא תמונת הראי של היתרון שהוזכר זה עתה. בלא אמירה מפורשת, במסגרת הנורמה המשפטית, בדבר הפגם המוסרי בעמדות של עוינות כלפי להט"ב, קיים חשש שדעות שליליות מסוג זה ימשיכו לשגשג. ככל שמכירים בכך שתכלית חשובה של המשפט היא מאבק בעמדות פוגעניות, ספק אם די בגישה האמורה לשם השגת מטרתו של ההסדר המשפטי. קושי שני נובע מכך שגישה זו עלולה להוביל לתחילה צרה מדי של הזכות לשוויון. לפי הגישה שתוארה, יחס פוגעני כלפי להט"ב אשר נובע מטעמים שהם ניטרליים במהותם, דוגמת החשש מפני אלימות, אינו נחשב הפליה. כך, אם השלטון מונע מבני הקהילה לקיים "מצעד גאווה" בשל החשש להתנכלות לצועדים מצדם של אנשים מסוימים, אין בכך כדי להפר את הדרישה לניטרליות, שהרי ההחלטה לא נבעה מאימוץ של עמדות עוינות כלפי הקהילה, ואפילו לא מתוך התחשבות בעמדות אלה, אלא בשל החשש מפני פגיעה בצועדים. האיסור להפלות בין צועדים בהתאם למסר שהם מבקשים לבטא לא יועיל כאן, שהרי לפי הגישה שתוארה אין כאן כלל הפליה. מקור הקושי הוא בתפיסה שנטייה מינית היא עניין "פרטי", בלא להכיר בחשיבות של מתן אפשרות לביטוי "ציבורי" של השתייכותם של אנשים לקהילת להט"ב. לבסוף, והבעייתי מכול, גישה כאמור עלולה להצדיק – כפי שנעשה לא אחת במשפט הישראלי בהקשרים קרובים – התחשבות

9 הגם שסיווג הנטייה המינית כ"פרטית" הוא ניטרלי כשלעצמו, הביקורת הקווירית טענה לא אחת כי בפועל רק הנטייה החד-מינית מסווגת כ"פרטית", ובכך מובעת עמדה שלילית כלפי נטייה שכזו. ראו למשל עמליה זיו ואייל גרוס "אמנות הקריאה הקווירית של איב קוסופסקי סדג'וויק" תיאוריה וביקורת 37, 275, 283–275 (2010).

10 ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 340 (rev. ed., 1999).



ב"רגשות" (לרוב "רגשות דתיים") של מי שמתנגדים ללהט"ב.<sup>11</sup> התחשבות מסוג זה אינה אסורה לפי התפיסה הדוגלת בניטרליות, משום שהיא אינה מבוססת על הזדהות כלשהי עם תוכן ה"רגשות" השליליים הללו, אלא על נורמה כללית שלפיה יש להימנע ממעשים שעלולים לפגוע באופן עמוק ברגשות או באמונות של אנשים בחברה. כך, למשל, סירוב להעסיק מורה לסבית בבית ספר דתי עלול להיחשב מותר, שכן אין הוא מבוסס על אימוץ העמדה העוינת ללסביות, אלא על כיבוד אמונתם של הילדים והוריהם, ללא קשר לתוכנה של אמונה זו. התוצאה עלולה להיות, במקרה הטוב, עמימות של הנורמה המשפטית, שהרי קשה לקבוע באילו נסיבות התחשבות ברגשות היא ניטרלית; ובמקרה הטוב פחות היא עלולה להוביל להגנה בלתי-מספקת על הזכות לשוויון, שכן אין בגישה זו הכרה בערך עצמאי של הגנה על חירות הפרט, ערך שעומד בעינו גם כאשר אין הפרה של הדרישה לניטרליות. משום כך, עדיפה בעינינו גישה חלופית, שמבססת את הזכות לשוויון על הכרה בחשיבות הערך של כבוד האדם. התחשבות בנטייה מינית היא הפליה משום שהיא פוגעת באוטונומיה של אדם לפעול כך שיהא חופשי ממגבלות שהחברה מטילה עליו בגין מאפיינים הקשורים לזהותו, ובכלל זה נטייתו המינית וזהותו המגדרית.<sup>12</sup> מדיניות שמייחסת ללהט"ב תכונות שליליות מסוימות (כגון אי-התאמה למלא תפקידים מסוימים או מסוגלות פחותה לתפקד כהורים) פוגעת בכבוד האדם של בני הקהילה. האיסור להתחשב באופן פוגעני בנטייה מינית נובע גם מן החשש שהמסר שנלווה למדיניות כזו הוא של ייחוס תכונות שליליות לבני הקבוצה, ועקב כך קיים גם חשש להעצמה של דעות קדומות נגד בני הקהילה. כלומר גישה זו דוחה את עמדת ה"מתבונן מן הצד" של המדינה ושל המשפט במחלוקת הציבורית בדבר מעמדם של להט"ב. האיסור להפלות מבוסס על דחייה נחרצת של העמדה שיש דבר מה פגום או מגונה בנטייה מינית או בזהות מגדרית של להט"ב. ההפך הוא הנכון: הפגם הוא בייחוס גנאי או תכונות שליליות כלשהן לבני הקהילה, והאיסור להתחשב בגורמים אלה הוא תוצאה של הכרה בכך.

הגישה השנייה עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע להפליה על בסיס השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת. לפי גישה זו, שנקודת הציון העיקרית לה היא פסק הדין בעניין מילר מ-1995, הפליה מסוג זה גורמת פגיעה בכבוד האדם, ולכן תיחשב חוקית רק אם היא עומדת במבחן המחמיר של דרישת המידתיות שקבוע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>13</sup> בית המשפט קבע שם שאין די בכך שקיימת שונות רלוונטית בין גברים לבין נשים לעניין שירות בתפקידים מסוימים

11 לעניין התחשבות ברגשות דתיים כהצדקה לאכיפה שלטונית של מצוות דתיות ראו למשל בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004).

12 הופט לוי בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 780 (2006): "עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, בכושרו של אדם לטוות את סיפור חייו על-פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על-פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכלל מימוש. [...] דמותו של אדם כישות אוטונומית לא תוכל להתקיים בהיעדרה של [...] תחושתו כי פעולותיו הרציונאליות מניבות תוצאות נטולות שרירות ובביטחון, כי אין ערכו של כוח ההגשמה האישית המסור לו נופל מזה של רעהו [...]".

13 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

בצה"ל כדי להצדיק את המדיניות המפלה שנקט צה"ל בהקשר זה.<sup>14</sup> בהתאם לכך נפסק שאף אם הימנעות מהפליית נשים תחייב פגיעה מסוימת בביטחון המדינה, עקב הצורך להקצות לכך תקציבים נוספים, אין בכך כדי להצדיק את ההפליה. על המדינה מוטלת החובה לפעול "לנטרל" את השונות, כדי להשיג שוויון. בית המשפט קבע כי הבחנה בין אנשים על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, וכפופה לכך לביקורת שיפוטית. גישה זו יושמה מאז בשורה של הקשרים, לרבות בנוגע לחקיקה ראשית.<sup>15</sup> בהתאם לכך, קיומם של הבדלים רלוונטיים בין אנשים בהתאם לנטייתם המינית (למשל, לעניין הסיכון שתרומת דם של הומו תהיה נגועה בנגיף HIV) הוא תנאי הכרחי להצדקת התחשבות בנטייה מינית של אדם, אך בשונה מן הגישה הראשונה, אין זה תנאי מספיק כדי להצדיק יחס שונה. לאור הפגיעה בכבוד האדם, גישה זו מכירה בקיומה של עלות חברתית גבוהה של התייחסות שונה לאדם מחמת נטייתו המינית, ובצדה מוכר גם החשש מהשפעות עקיפות של מדיניות כזו לעיגון סטיגמות שליליות. לכן, לפי גישה זו, עצם ההתייחסות השונה אל אדם מחמת נטייתו המינית וזהותו המגדרית היא הפליה, אפילו אם קיימים לכך טעמים ניטרליים. הפליה מותרת רק אם היא עומדת בדרישת ה"מידתיות", כלומר רק אם יש יחס סביר בין הפגיעה בכבוד האדם של להט"ב לבין האינטרס החברתי שלשמו מוחלת המדיניות המפלה ורק אם אין אפשרות להשיג את התכלית הזו בדרך פוגענית פחות. ההחלה של דרישת ה"מידתיות" מוליכה כמעט תמיד לקביעה שאסור לנקוט מדיניות כזו והיא תיחשב הפליה אסורה. בנוסף, לפי הגישה השנייה, נטייה מינית היא לא רק עניין פרטי. היבטיה ה"ציבוריים" של הנטייה המינית והזהות המגדרית מחייבים את השלטון לנקוט צעדים אקטיביים כדי לאפשר לבני קהילת הלהט"ב לממש את האוטונומיה שלהם. מכוח הזכות לשוויון, על המדינה לסייע לבני הקהילה להתגבר על הקשיים הייחודיים שבהם הם נתקלים, בין בשל תפיסות חברתיות מקובלות ובין בשל מגבלות טבעיות. למשל, מכוח הזכות לשוויון יש להעמיד לטרנסג'נדרים זכות לטיפול רפואי לשינוי מין, יש להכיר בזכותם של בני זוג מאותו המין לאמץ ילדים או להתקשר בהסכמי פונדקאות ויש לסייע לבני הקהילה בפעילות ציבורית, כפי שנראה ביתר פירוט בהמשך.

ההבדל בין שתי הגישות הוא לפיכך רטורי ומעשי כאחד. במישור הרטורי, ההבדל הוא בין גישה פרגמטית, שלפיה אין זה מתפקדם של המדינה והמשפט ליטול חלק בעימות ישיר עם דעות קדומות, לבין גישה המבוססת על נקיטת עמדה במחלוקת הציבורית, והתייחסות לא-סובלנית כלפי ביטויים לעמדה הפסולה מבחינה מוסרית. במישור המשפטי, ההבדל הוא בכך שבגישה הראשונה קיומם של שיקולים המסווגים ניטרליים, כמו חשש מתגובה אלימה או מפגיעה ב"רגשות" של אנשים מסוימים, עלול להביא לכך שהתחשבות בנטייה מינית לא תיחשב הפליה, ולכן, אם המדיניות הנדונה אינה פוגעת בזכות חוקתית, היא כלל אינה כפופה לדרישת המידתיות. לעומת זאת, בגישה השנייה כל התחשבות בנטייה מינית היא בגדר הפליה, וכדי להצדיקה נדרש לקיים גם את דרישת המידתיות,

14 השופטת שטרסברג-כהן קבעה שם כך: "הערך [בדבר] צורכי הצבא והביטחון [גובר] על הערך [...] בדבר] השוויון, רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנוק ממשית לביטחון המדינה [...] ואין אמצעים חלופיים, שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה של הסכנה הרצינית" (שם, בעמ' 124). ראו גם שם, בעמ' 141 (השופטת דורנר): "מן הראציונאליים הפרטיים והחברתיים העומדים ביסוד האיסור על הפליית נשים מתחייב להחיל בעניין זה את המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה לסכנה חמורה".

15 לסקירה ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקה בית-המשפט העליון: כבוד האדם, אינטרס ציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל (טרם פורסם).

כך שקיומם של טעמים ניטרליים לנקיטת מדיניות מפלה לא יספיק, בדרך כלל, כדי להצדיקה. בנוסף, הגישה הראשונה מסתפקת בעמדה פסיבית מצד השלטון, של התייחסות אל נטייה מינית וזהות מגדרית כעניין "פרטי", אשר לכל היותר צריך להיות חופשי מהתערבות שלטונית, ולעומתה, הגישה השנייה מכירה בכך שהיותו של אדם להט"ב היא עניין "ציבורי" וחלק חשוב בהגדרת זהותו, ולפיכך על השלטון מוטלת חובה לסייע באופן אקטיבי לבני הקהילה לממש את האוטונומיה שלהם, כחלק מן הזכות לשוויון.

בני קהילת הלהט"ב עלולים להיות נתונים להפליה בהיבטים שונים של חייהם. בפסקאות הבאות אנו מבקשים לדון בשלושה סוגים של מקרים שבהם עלולה להתקיים הפליה כלפי להט"ב, ולבחון כיצד מיושמות שתי הגישות שנדונו לעיל לאיסור הפליה (וכיצד ראוי ליישמן) במשפט הישראלי: הפליה של אדם להט"ב כאדם יחיד, הפליה של זוגות ומשפחות חד-מיניים והפליה של להט"ב כקהילה בהקצאת משאבים ציבוריים ובהקשרים קבוצתיים אחרים. כפי שנראה, איסור ההפליה כלפי להט"ב יושם עד כה במשפט הישראלי באופן שונה בשלושת ההקשרים הללו, באופן המביא להגנה שונה על זכותם של להט"ב לשוויון.

### ג. איסור הפליה מחמת נטייה מינית וזהות מגדרית בהיבטים הקשורים ליחיד

האיסור להפלות אדם בשל עצם היותו להט"ב מושרש כיום בחקיקה ובפסיקה. ביטוי אחד לכך, שכבר הוזכר לעיל, הוא ביטול האיסור הפלילי לקיים יחסי מין הומוסקסואליים בסוף שנות השמונים.<sup>16</sup> איסור פלילי זה אינו ניתן להצדקה גם אם מאמצים תפיסת שוויון הדורשת מן השלטון חובת ניטרליות בלבד, משום שיחסי מין הומוסקסואליים אינם פוגעים באינטרסים חברתיים כלשהם שעליהם אמורים להגן דיני העונשין. התערבות שלטונית שכזו מבטאת עמדה עוינת של השלטון כלפי הומואים בתחומי המשפט הפלילי. היא מפרה לא רק את הזכות של הפרט לחירות, אלא גם את חובתו של השלטון ליחס ניטרלי בתחום משפטי שהיחס השווה לפרט עומד בבסיסו. כמו כן, הטלת איסור כאמור אינה מוצדקת על יסוד התחשבות ב"רגשות" של ציבור כלשהו המתנגד, מטעמים דתיים או מטעמים אחרים, ליחסי מין הומוסקסואליים, משום שמדובר במעשים הנעשים ברשות הפרט. גישה זו, הרואה ביחסי מין הומוסקסואליים עניין "פרטי" שאיננו מעניינו של השלטון, עמדה בבסיס מדיניות אי-האכיפה שהונהגה עוד לפני ביטול הסעיף בחוק.<sup>17</sup> איסור פלילי כאמור אינו עולה בקנה אחד כמובן גם עם

16 חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 1246. לדיון בנושא זה, לרבות דיון ברקע החברתי ובטיעונים שהובילו לביטול האיסור של משכב זכר ראו יונאי, לעיל ה"ש 4; הראל, לעיל ה"ש 4.

17 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 50.049 "הגשת כתבי אישום בעניין משכב זכר" (התשל"ב), שם נקבע כי אין להגיש כתבי אישום בגין יחסי מין הומוסקסואליים בין בגירים שנעשו בהסכמה וברשות הפרט (נגיש בכתובת: [justice.gov.il/NR/rdonlyres/702F4685-3036-49C1-A3F9-5FAE64FEB214/0/50049.pdf](http://justice.gov.il/NR/rdonlyres/702F4685-3036-49C1-A3F9-5FAE64FEB214/0/50049.pdf)). כן ראו, עוד קודם לכן, ע"פ 224/63 בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 225, 238 (1964): "משכב אשה-שלא-כדרכה, וכן משכב-זכר, כשהמעשה נעשה בצנעה ועל-ידי בני-אדם בגירים מרצונם הטוב, אינם מעשים שיש בהם קלון, ואין הם מעידים על עושהיהם שהם פושעים הראויים לעונש. [...] מזכויות-היסוד של האזרח היא שהמדינה לא תתערב בחייו הפרטיים ובהתנהגותו בחדרי חדרים, כל עוד אינו פוגע בזכות הזולת שלא כדיון".

הגישה השנייה לשוויון, שהרי הוא מבטא חוסר כבוד מובהק כלפי הומואים. כפי שנראה בשורות הבאות, הגישה הדוגלת בניטרליות ובסיווג של הנטייה המינית כעניין "פרטי" היא הדומיננטית במרבית ההקשרים הנוגעים לאיסור הפליה בתחומים הנוגעים ליחיד.

דוגמה בולטת הנוגעת להפליית יחידים היא פקודות הצבא בעניין שירות הומואים בצה"ל.<sup>18</sup> פקודות אלו קבעו בעבר הוראות מפלות הנוגעות לשיבוצם של הומואים בתפקידים שונים. ככל הנראה, בצד עמדות הומופוביות, ביסוד גישה זו עמד החשש שמי שנטייתם המינית אינה ידועה בציבור עלולים להיות נתונים לסחיטה, וכי במקרים שבהם מדובר בהומואים המשרתים בתפקידים רגישים, ייגרם בכך סיכון לביטחון המדינה. ההוראות בעניין זה, שנקבעו בראשית שנות השמונים, הטילו על מפקדים חובה לדווח על חייל הומו המשרת תחת פיקודם, הן לשירותי בריאות הנפש בצבא והן לגורמי ביטחון שדה. הסדר זה לא עלה בקנה אחד עם האיסור להפלות, שהרי לא נקטה גישה דומה, למשל, במקרים אחרים שבהם עלול היה להתעורר חשש לסחיטה, למשל כאשר אדם נשוי קיים יחסים אינטימיים עם מי שאינו בן-זוגו. כמו כן, לא ניתן להצדיק את החלתו של ההסדר האמור בנוגע למי שנטייתם המינית אינה בגדר סוד. בדומה לפגיעה בנשים שנדונה בפרשת מילר, ההסדר הנדון מנע מאנשים לממש את האוטונומיה שלהם מחמת מאפייני הקשור לזהותם ולפיקיך פגע בכבוד האדם ותרם להעמקת דעות קדומות שליליות נגד הומואים בחברה בישראל. במהלך הדרגתי, שסביר להניח שהואץ בעקבות פסק הדין בעניין מילר ועל רקע שינויים חברתיים נוספים, בוטלו הפקודות האמורות ב-1998.<sup>19</sup> ביטול הפקודות הביא ל"נטרול" של סוגיית הנטייה המינית בכל הקשור לגיוסם של חיילים ולקביעת שיבוצם, מבלי שבתי המשפט נדרשו לכך. בהקשר זה מעניין לציין את ההסדר שאומץ בצבא ארצות-הברית בתקופה המקבילה. המדיניות האמריקנית קבעה איסור על הומואים ולסביות לשרת בצבא, ומי שנטייתו המינית נודעה ברבים לא יכול היה להתגייס, או פוטר מן הצבא. בד בבד, החל משנת 1993 אומצה המדיניות שזכתה לכינוי *don't ask, don't tell*. לפי מדיניות זו, בצד האיסור על שירותם של הומואים ולסביות בצבא, לא הוטלה חובה על חיילים לדווח על נטייתם המינית, ועל מפקדיהם נאסר לשאול אותם על כך.<sup>20</sup> מדיניות זו הכירה בכך שנטייה מינית היא עניין "פרטי", אשר הבחירה אם לחשוף אותו בפני רשויות הצבא נתונה לחייל, ובכך ביטאה לכאורה ריכוך מסוים של האיסור הגורף על שירות הומואים ולסביות בצבא האמריקני. ואולם ההפליה הקשה הטמונה במדיניות זו הייתה צדו השני של מטבע הפרטיות. מדיניות *don't ask, don't tell* מנעה מחיילים כל חשיפה או מימוש "ציבורי" של נטייתם החד-מינית, ובכלל זה: עצם האפשרות להצהיר על נטייה שכזו, האפשרות לקיים בגלוי מערכת יחסים חד-מינית ולהשתייך לארגונים הנוגעים לדבר. באופן פוגעני במיוחד, המדיניות האמורה מנעה מחיילים לדווח על התנכלויות או גילויי שנאה על רקע נטייתם המינית, שכן בכך חשפו את עצמם

18 הנושא נדון בהרחבה אצל איל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" פלילים ט 93 (2000). שם גם מובאות פקודות המטכ"ל הרלוונטיות, בנוסח המקורי מ-1983, והנוסח המתוקן מ-1993 שעמד בתוקף עד ביטול הפקודות ב-1998. ראו גם יונאי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 556.

19 לפירוט על אודות התהליך בהרחבה ראו גרוס, לעיל ה"ש 18.

20 לסקירה של מדיניות הצבא האמריקני וגלגוליה עד כינונה של מדיניות *don't ask don't tell* ראו שם, בעמ' 127, והערות 110–134 המופיעות שם.

להרחקה מידידת מהצבא. מדיניות זו בוטלה בשנת 2011, יחד עם ביטול האיסור על הומואים ולסביות לשרת בצבא.<sup>21</sup>

החקיקה בישראל כוללת שני סוגים עיקריים של הוראות המתייחסות במפורש לאיסור להפלות מחמת נטייה מינית. קבוצה אחת היא הוראות חוק שאוסרות לפגוע באדם על רקע נטייתו המינית. עם אלה נמנות: איסור לשון הרע, איסור על הטרדה מינית על רקע נטייה מינית וציון של נטייה מינית כאחת מן האפשרויות של נסיבה מחמירה בעברות של גזענות או עוינות נגד ציבור בחוק העונשין.<sup>22</sup> הקבוצה השנייה היא שורה של איסורי הפליה, שחלים על השלטון ועל גורמים פרטיים, שמטרתם להבטיח כי התנהלותו היומיומית של הפרט לא תושפע לרעה מנטייתו המינית. מדובר, בין היתר, בהקשרים של תעסוקה, חינוך, קבלת טיפול רפואי, קבלת מוצרים ושירותים, כניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, והתמודדות במכרזים.<sup>23</sup> ההכללה של נטייה מינית בהוראות חוק אלה נעשתה בשני העשורים האחרונים, וכמעט כל איסורי ההפליה המשמעותיים הקיימים כיום בחקיקה מזכירים במפורש איסור הפליה מחמת נטייה מינית. נוסף על ההסדרים הקבועים בחקיקה, רשויות המנהל כפופות לאיסור להפלות יחידים מחמת נטייה מינית וזהות מגדרית גם מכוח ההלכה הפסוקה, שעניינה את החובה הכללית המוטלת על רשויות המנהל לכבד את הזכות לשוויון, ומכוח הקביעה שהזכות לכבוד אדם, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מגנה גם על הזכות לשוויון.<sup>24</sup>

- 21 בסוף שנת 2010 נחקק Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010, S. Con. Res 2965, 111th Cong., אשר נכנס לתוקף בחודש ספטמבר 2011. 124 Stat. 3515 (2010).
- 22 ס' 5(3) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; ס' 1(4) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; ס' 1144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. תביעות רבות שהגיעו לבתי המשפט בעניינים אלו עסקו במקרים שבהם כתבות עיתונות ייחסו לאנשים במשתמע נטייה חד-מינית. לדיון ראו ויטרבו "משבר ההטרסוסקסואליות", לעיל ה"ש" 8. כן ראו ויטרבו "לשון הרע", לעיל ה"ש" 8.
- 23 ההוראות העיקריות הן: ס' 42(א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959 ("בשליחה לעבודה לא תפלה לשכח שירות התעסוקה אדם לרעה מחמת מינו, נטייתו המינית, מעמדו האישי [ועוד...] ולא יסרב הזקוק לעובד לקבל אדם לעבודה בשל אלה [...]"), וס' 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ("לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה" על יסוד עילות הוהות לאלה המנויות בס' 42(א) לחוק שירות התעסוקה). כמו כן, בס' 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, נקבע כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת [...] מין, נטייה מינית [...] מעמד אישי או הורות". איסור להפלות נקבע גם בס' 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1966: "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי [...] מין [...] נטייה מינית או מטעם אחר כיוצא באלה". ראו גם ס' 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 וס' 4 לחוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2001. לאחרונה תוקן גם חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, והוחל גם על הפליה על בסיס נטייה מינית וזהות מגדרית: "רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעמם, לא יפלו תלמיד [...] מטעמים של נטייה מינית או זהות מגדרית" (ס' 5(א) לחוק, תיקון מיום 18.3.2014). חריג בולט, שקשה להסבירו, הוא ס' 4(א) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, שם אין נכלל התבחין בדבר נטייה מינית בגדר התבחנים האסורים. עם זאת, בחוק איסור הפליה במוצרים מוחל האיסור להפלות מחמת נטייה מינית גם על הספקת "שירותי חינוך", ולפיכך ייתכן שחרף החסר בעניין זה בחוק זכויות הסטודנט, יוחל גם בהקשר זה האיסור להפלות.
- 24 לדיון בנושא זה, ראו מדינה, לעיל ה"ש" 15.

אף שהוראות החוק האמורות והפסיקה הכללית בנושא השוויון מספקות מידה רבה למדי של הגנה על הזכות לשוויון של להט"ב בהקשרים הנוגעים לפעילותו של אדם כיחיד, אין בהן הכרעה מפורשת בנוגע לכמה סוגיות חשובות. קושי אחד קשור ללשון שנוקטים חוקים אלו, המתעלמת מהפליה של טרנסג'נדרים על בסיס זהותם המגדרית (למעט חוק זכויות התלמיד, שתוקן לאחרונה). אף שניתן וראוי להתגבר על התעלמות לשונית זו באמצעות הקביעה שהפליה מחמת זהות מגדרית משמעותה הפליה מחמת "מין", "נטייה מינית" או שילוב פרשני כלשהו ביניהן, העובדה שלשון החוק איננה מציינת במפורש "זהות מגדרית" מבטאת מסר של אי-הכרה בהפליה מסוג זה ולפיכך גורעת מיעילותה של החקיקה במיגור הפליה כלפי טרנסג'נדרים.<sup>25</sup> קשיים אחרים בדין הקיים נוגעים להפליה של יחידים מכל קשת קהילת הלהט"ב. נתייחס תחילה לכמה קשיים שמתעוררים בנוגע לפעילות של גורמים פרטיים ולאחר מכן להפעלת סמכויות שלטוניות בהקשרים מסוימים.

### 1. הפליית להט"ב יחידים על ידי גורמים פרטיים

בהקשרים של פעילותם של גורמים פרטיים, השאלה העיקרית היא מהו היחס בין חירות הפרט לבין האיסור להפלות. לפי גישה מסוימת שבוטאה בפסיקה, שעומדת בעינה גם לאחר חקיקת החוקים שהוזכרו לעיל, "ערך השוויון במשפט הפרטי איננו ערך יסודי. נהפוך הוא, בספֶרָה הפרטית החירות היא הכלל, ועקרון השוויון הוא החריג לו, חריג המוחל בדרך כלל כאשר קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר לאחד הצדדים מעמד מעין ציבורי. [...] ניתן להמחיש זאת בחירותו של אדם לבחור עם מי יתקשר, בחירה שאין מניעה לבססה על טעמים שרירותיים שלא דווקא מתיישבים עם עקרון השוויון".<sup>26</sup> ההכרעה הנדרשת היא אילו סוגי פעילויות נכללים ב"ספרה הפרטית", החסינה מתחולתו של האיסור להפלות. החקיקה האוסרת הפליה עוסקת בהקשרים שבהם יש לפעילות הפרטית היבט ציבורי, כלומר היא מכוונת לציבור בלתי-מסוים, וזאת משום שמדובר בהפעלת "מקום המיועד

25 לדיון בחשיבות ההגדרה המפורשת של "בסיסי הפליה" לצורך הוכחת הפליה והכרה בחשיבותה בהקשר אחר ראו יפעת ביטון "מזרחים במשפט" משפטים מא 315 (2011). טרנסג'נדרים הם קבוצת מיעוט החשופה להפליה קשה במיוחד, אך המקרים שבהם הגיעו תביעות בעניין זה לבתי המשפט הם ספורים. ראו עידו ה' קטרי "הנשיות שלך מצחיקה": טאקטיקות של דיכוי מגדרי בחוקי איסור האפליה" סקס אחר – אנתולוגיה בלימודים להט"ב ותיאוריה קווירית בישראל (אייל גרוס, עמליה זיו ורוז יוסף עורכים, צפוי להתפרסם, 2015). ראו גם, ברוח זו, סע"ש (אזורי ת"א) 791-06-13 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית (פורסם בנבו, 13.5.2014), שם קבע בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו כי איסור ההפליה הקבוע בחוק כולל גם את האיסור להפלות על בסיס זהות מגדרית. בית הדין האזורי דחה שם אמנם את התביעה לפיצויים בגין הפליה, לאור נסיבות העניין, אך בבית הדין הארצי הסכימו הצדדים כי המעסיק יפצה את העובדת בגין הפלייתה מחמת זהותה המגדרית. בית הדין הארצי קבע במפורש כי "על פני הדברים, אפליה מחמת מין ונטייה מינית על-פי סעיף 2 על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה כוללת בחובה גם הפליה מחמת זהות מגדרית". לדיון מורחב בנושא זה ראו עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט" בספר זה (להלן: קטרי "על צומת דרכים").

26 רע"א 8812/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 19 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 16.11.2011). ספק אם עמדה זו משקפת את ההלכה בנושא. ראו, בין היתר, שם, פסק דינו של השופט ג'ובראן.

לשימוש הציבורי" או בהספקת "שירות ציבורי" או שמדובר במי שמעסיק למעלה משישה עובדים.<sup>27</sup> במקרים אלה אסורה הפליה גם אם היא רלוונטית, למשל משום שהיא נועדה להגדיל את רווחי העסק בדרך של סיפוק ההעדפות של מרבית לקוחותיו.<sup>28</sup> המבחן שנקבע בחקיקה בהקשר זה הוא מבחן מחמיר, ולפיו הפליה מחמת נטייה מינית (או מחמת העילות האחרות המנויות שם) מותרת רק כאשר היא "מתחייבת" מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי.<sup>29</sup> הפליה שנועדה להגדיל את רווחי העסק או לאפשר לבעל העסק לבטא את עמדותיו העוינות כלפי ציבור מסוים אינה נחשבת לכזו ש"מתחייבת" בנסיבות העניין. מטעם זה, מועדון אינו רשאי לקיים ערבים שמיועדים לבני זוג שלא מאותו המין בלבד ולמנוע מלהט"ב להיכנס בשעריו, אף אם הדבר צפוי להקטין את רווחיו.<sup>30</sup>

ככל שגובר אופייה ה"פרטי" של הפעילות, כך מתגבר הספק בדבר תחולתו של האיסור להפלות.<sup>31</sup> דוגמה נפוצה בהקשר זה היא זו של השכרת דירות במקרים שבהם אין מדובר בעסק של דירות להשכרה, אלא בבעלים של דירה יחידה שמבקש להשכירה (או להשכיר בה חדר). כפי שכבר הוזכר לעיל, בעל הדירה עלול לבקש להפלות לרעה להט"ב בשל דעות קדומות שלו עצמו, בשל שיקולים כלכליים או בשל התחשבות בעמדות עוינות של השכנים. מקרה מסוג זה אינו מוסדר במפורש בחקיקה, שכן האיסור להפלות לא הוחל על עסקאות במקרקעין והספקת שירותי דיור (מלבד שירותי תיירות), ככל הנראה מתוך תפיסה שמדובר ב"ספרה פרטית".<sup>32</sup> ואכן, נכונותם של בתי המשפט להתערב בהחלטת בעלי נכסים שסירבו להשכירם ללהט"ב הייתה מוגבלת. ייתכן כי היה לכך קשר לאופיים של השוכרים במקרים אלו: במקרה אחד, הייתה זו האגודה לשמירת זכויות הפרט (אגודת הלהט"ב) שנתקלה בסירובה של בעלת דירה להשכיר לה נכס. בית המשפט הוציא אמנם צו זמני שאפשר לאגודה להחזיק במושכר עד למתן פסק הדין, אולם ציין שמכיוון שמדובר בעמותה הפועלת לקידום מטרות מסוימות, חירותו של בעל הנכס לעשות בו כרצונו גוברת.<sup>33</sup> במקרה אחר סירב בעל נכס להמשיך להשכיר נכס לפאב משום שמדובר במקום מפגש להומואים. אמנם בית המשפט קיבל את

27 בס' 1 לחוק איסור הפליה במוצרים מוגדר "מקום ציבורי" כ"כל מקום המיועד לשימוש הציבורי, לרבות אתר תיירות, בית מלון, אכסניה, בית הארחה, גן ציבורי, מסעדה, בית קפה, אולם המשמש למופעי בידור ותרבות, מוזיאון, ספרייה, דיסקוטק, אולם או מיתקן ספורט, בריכת שחיה, קניון, חנות, מוסך וכן מקום המציע שירותי תחבורה ציבורית". "שירות ציבורי" מוגדר שם כ"שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי". לעניין תחולתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה רק על מקום עבודה שבו לפחות שישה עובדים ראו שם, בס' 21(ג).

28 ראו למשל ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37 (2003).

29 ס' 3(ג) לחוק איסור הפליה במוצרים.

30 כפי שנראה בהמשך במסגרת הדיון בקהילה (פרק ד), ההפך איננו נכון, ופעילות המיועדת ללהט"ב באופן ייחודי היא ככל הנראה מותרת.

31 לדיון בנושא איסור הפליה של להט"ב במשפט הפרטי, ראו משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" בספר זה.

32 ראו למשל אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג: פרשנות חוקתית 692 (1994): "הזכות לא להיות מופלה הולכת ונחלשת מקום שהשירות, על-פי עצם מהותו, אינו 'פתוח' לכל, וניתן על בסיס אישי. [...] לכן בעל דירה [רשאי ל]סרב להשכיר חדר בדירתו על בסיס גזע, מין או דת".

33 ת"א (שלום חי) 5233/96 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מצקין (26.1.1998).

עמדתו של השוכר וקבע כי לבעל הנכס לא הייתה זכות לבטל את ההסכם, אולם הנמקתו התבססה בעיקרה על תפיסה של נטייה מינית כעניין "פרטי", שאין חובה לגלותו לצד השני להסכם: "נטייתו המינית של אדם הן עניינו הפרטי ביותר, כל עוד אינו מפר הוראת חוק כלשהי. כפי שלא יעלה על הדעת לפני התקשרות חוזית לשאול אדם לטעמיו הקולינריים, כך לא יעלה על הדעת בתקופתו לשאול אותו על השקפותיו המיניות, משום שאין לכך שום קשר לעניין הנדון".<sup>34</sup> בפסק הדין נכללו גם אמירות בדבר החובה לנקוט יחס שווה לכול, ונאמר כי הנטייה המינית היא שיקול לא-רלוונטי ופסול בהקשר זה.<sup>35</sup> ואולם גם פרשה זו אינה מספקת תשובה ברורה לשאלה אם בעל נכס ראוי לסרב להשכירו לשוכר שאיננו מסתיר את נטייתו המינית. דומה כי ההנמקות שהובאו בשני פסקי הדין הללו, המדגישות את האופי ה"פרטי" של הנטייה המינית, מרמזות על נכונות מצומצמת להתערבות שיפוטית במקרים מן הסוג האחרון. כאשר השוכר הלהט"ב איננו מעוניין להסתיר את נטייתו המינית או את זהותו המגדרית, או שנסיבות העניין מקשות עליו לעשות כן, קיים ספק אם בית המשפט יעדיף את ערך השוויון על חירותו של בעל הנכס. אנו סבורים שגישה זו אינה מוצדקת. הפליה בהשכרת דירה גורמת פגיעה קשה בכבוד האדם. היא מחייבת אדם להט"ב להסתיר את נטייתו המינית או את זהותו המגדרית. מאחר שהשכרת נכס, אפילו אינה נעשית על בסיס מסחרי-עסקי, נועדה בעיקרה למטרות רווח כספי, קשה להצדיק הכרה בחירותו של בעל הנכס לפעול באופן פוגעני כאמור.<sup>36</sup>

מקרה קשה יותר הוא זה של פעילות בעלת אופי דתי של גורמים פרטיים. כאשר מדובר בגורם הכפוף לנורמות ציבוריות, כדוגמת מועצה דתית או גוף הבוחר את רב העיר, החלתו של איסור הפליה הקבוע בחוק היא ברורה, גם אם לא תמיד קל לאכוף אותו. בעיה חמורה יותר מתעוררת במקרים שבהם מדובר בגוף דתי פרטי. בעניין זה יש להבחין בין גופים דתיים הפועלים ללא מטרות רווח, לגופים עסקיים בעלי אופי דתי (או כאלו הפונים לקהל דתי). נפתח בדיון בסוג הראשון. מקרה טיפוסי בהקשר זה הוא של מוסד אשר בשל טעמים דתיים מבקש להימנע מהעסקה של אדם להט"ב בתפקידים מסוימים – למשל, מורים, מדריכים בתנועת נוער או בעלי תפקיד בעמותה – לנוכח החשש שהדבר עלול לפגוע בהשגת התכלית הדתית שביסוד הפעילות. חוק איסור הפליה חל, לפי לשונו, גם אם "העיסוק נעשה [...] שלא למטרת רווח" ולא נגבה תשלום תמורת הטובין,<sup>37</sup> וההכרעה בשאלות מן הסוג שתואר צריכה להתבסס על ההערכה האם הפליה נגד להט"ב "מתחייבת" במקרים אלה מאופייה או ממהותה של הפעילות שבה מדובר. לעתים מוצגת המחלוקת כעימות בין חופש דת מזה לבין הזכות לשוויון מזה, ואולם חופש הדת פועל בשני צדי המתור: בני קהילת הלהט"ב שמבקשים ליטול חלק בפעילות בעלת אופי דתי עושים זאת במסגרת מימוש זכותם לחופש דת, ולפיכך הגנה על חירותם של גורמים דתיים בדרך של הימנעות מאכיפת האיסור להפלות עלולה לגרום פגיעה לא רק בשוויון, אלא

34 ת"א (שלום ת"א) 319/90 פרויקט גן העיר נ' הורביץ, פ"מ התשנ"א (ב) 139 (1990).  
 35 "כאשר בודקים שיקולים לא רלבנטיים כמו במקרה זה, קטן מאד המרחק בין הכנסת שיקולים אשר יכולים להזכיר ימים אפלים מאד בהיסטוריה, כגון דתו של אדם, צבע עורו, השקפת עולמו וכל אותם שיקולים, אשר די בהם כדי לעורר חלחלה וזוועה בכל אדם אשר רוצה לקיים את העקרונות ההומניים שעליהם כולנו מצויים. רוצה אני לומר, לא רק מעשיהם של המבקשים היו פסולים, אלא גם דרך חשיבתם, ואומר אני זאת כמוכן לא רק במישור המוסרי אלא כפי שפרטתי, גם על פי עקרונות המשפט" (שם).  
 36 לדיון בנושא הפליה בדיוור, ראו גם גיל גן-מור "הזכות לדיוור, הזכות לשוויון בדיוור וקהילת הלהט"ב" בספר זה.  
 37 ס' 3(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים.



גם בחופש הדת של בני הקהילה.<sup>38</sup> בחוק איסור הפליה נקבע בהקשר הנדון חריג לתחולת האיסור להפלות, שעניינו מעשה הפליה ש"נעשה על ידי ארגון [...] שאינו למטרת רווח, ונעשה לשם קידום צרכים מיוחדים של הקבוצה שאליה משתייכים החברים במועדון או בארגון, ובלבד שצרכים מיוחדים כאמור אינם נוגדים את מטרת החוק".<sup>39</sup> איננו סבורים שניתן לבסס פטור מן האיסור להפלות בנוגע לפעילות של גופים דתיים על יסוד הוראה זו: אף אם ניתן להכיר בצורכי דת כ"צרכים מיוחדים" בהקשר זה, הרי אם הם מבוססים על עוינות נגד להט"ב, אזי אלה הם צרכים שנוגדים את מטרתו של החוק כפי שנקבעה בסעיף 1 לחוק, "לקדם את השוויון ולמנוע הפליה".<sup>40</sup>

כאמור, שאלת חירותם של גורמים דתיים פרטיים להפלות להט"ב מתעוררת גם בהקשרים של גופים הפועלים למטרות רווח. במקרים אלה טעם הסירוב להעסיק או להעניק שירות להט"ב הוא שפעילותם העסקית של הגופים הנדונים פונה באופן בלעדי או עיקרי לקהל דתי, ועל פי הטענה קהל זה מתנגד להעסקה או למתן שירות כאמור, ובמקרים מסוימים הסירוב יכול להתבסס גם על הטענה שעצם הספקת שירות כלשהו להט"ב מנוגדת לתפיסת עולמם של בעלי העסק.<sup>41</sup> הפסיקה נוטה לעמדה שהפליה מסוג זה היא אסורה. בעניין פעילות עסקית המיועדת לקהל דתי נפסק לאחרונה כי עיתון אינו רשאי להימנע מפרסום מודעה של האגודה לשמירת זכויות הפרט (אגודת הלהט"ב) המביאה לידיעת קוראי העיתון את קיומו של קו קשב ומידע לקהילה הגאה, אף אם מדובר בעיתון שפונה בעיקרו לקהל דתי-לאומי.<sup>42</sup> בעניין עסק המופעל על ידי גורם דתי נפסק כי הבעלים של גן אירועים, מושב יהודי-משיחי, אינו רשאי לסרב לאפשר לקיים במקום חתונה לסבית מטעמים של התנגדות דתית לחתונה כזו.<sup>43</sup> בשתי התביעות הללו קיבלו התובעים פיצוי כספי בגין ההפליה.

38 ראו, בהקשר קרוב, בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994).

39 ס' 3(ד)2 לחוק איסור הפליה במוצרים.

40 אגב, ההגנה על חופש ההתאגדות, שהוראה זו מבטאת, הביאה את בית המשפט העליון בארצות-הברית לסרב לכפות על תנועת הצופים לבטל את האיסור שקבעה על הומואים להשתתף בפעילויותיה (ראו Boy Scouts of America et al. v. Dale, 530 U.S. 640 (2000)). ההנמקה שם הדגישה את חירותם של גופים פרטיים מהתערבות שלטונית בהקשר זה (בינתיים, בחודש מאי 2013, ביטלה תנועת הצופים את המדיניות הזו). להערכתנו, בישראל התוצאה הייתה שונה. ראשית, תנועת נוער היא בעלת מאפיינים מובהקים של גוף "דו-מהותי", לאור התמיכה הציבורית בפעילויותיה והחשיבות של שירותי החינוך שהיא מספקת, ולפיכך היא כפופה לאיסור להפלות החל על גופים ציבוריים. שנית, תנועת נוער כפופה להוראות חוק איסור הפליה במוצרים, ובדומה לפעילות דתית, מדיניות מפלה כאמור אינה חוסה בגדר החריג שנקבע שם, בס' 3(ד)2.

41 לדיון בנושא זה ראו גם נטע ברק-קורן "שוויון והפליה בעבודה במפגש עם טעמים דתיים נוגדים" בספר זה.

42 ע"א (ת"א) 35563-02-12 האגודה לשמירת זכויות הפרט, ע.ר. נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.2014). בכך, הפך בית המשפט את פסיקתו של בית משפט השלום בעניין זה.

43 ת"א (י-ם) 5901/09 יעקבוביץ' נ' בית הארחה וגן אירועים יד השמונה (פורסם בנבו, 3.9.2012). לגישת בית המשפט, "ראוי כי ידע כל אדם המקים עסק ציבורי בישראל, כי עליו לתת שירותים לכל, וזאת ללא הפליה מחמת כל הטעמים המנויים בחוק ובתוכם גם נטייה מינית. שעה שהנתבע פותח את שעריו לכל, אין הוא יכול לנסות ולסוגרם בפני מי שלטעמו אינו עומד בפרשנות שהוא מייחס לתנ"ך או לברית החדשה, תוך פגיעה בכבודו וברגשותיו" (שם, פס' 33). בית המשפט המחוזי דחה ערעור על פסק הדין, והדגיש כי אמונתם הדתית של חברי המושב אינה יכולה להוות צידוק להפליה שנקט גן האירועים: "מקום שבו מנהל אדם בחצריו עסק הנותן שירות לציבור הכללי ואינו מיוחד או מוגבל לציבור מסוים, הוא מכריז, למעשה, על היות המקום בעל מאפיינים של רשות הרבים. הכרזה מעין זו צופנת בחובה גם את

התוצאה היא הגנה רחבה למדי על הזכות לשוויון של להט"ב יחידים מפני פגיעה בה על ידי גורמים פרטיים, ככל שמדובר במי שעוסקים בהספקת שירות או מוצר. אמנם עדיין אין מדובר בהלכות מושרשות, וכפי שהוזכר לעיל ניתן למצוא בפסיקה גם עמדות שלפיהן יש להחיל בצמצום הגבלות על חירותו של הפרט לפעול באופן מפלה; אך הוראות הדין בעניין זה מספקות בסיס רחב למדי לקביעה שמי שעוסק בהספקת מוצרים או שירותים, אפילו שלא למטרות רווח, אינו רשאי להפלות יחידים מחמת נטייתם המינית.

## 2. הפליית להט"ב יחידים על ידי גורמים שלטוניים

לפי הדין הקיים בישראל, הפעלת סמכויות שלטוניות כפופה לאיסור להפלות מחמת נטייה מינית או זהות מגדרית. בהקשר זה חלה התקדמות רבה מאוד. עם זאת, הדין בהקשרים אלה אינו חד-משמעי בנוגע למצבים שבהם ההבחנה בין אנשים על יסוד נטייתם המינית יכולה להיחשב רלוונטית לשם קידום תכלית חברתית ראויה כלשהי. במקרים אלה, החלת הגישה הראשונה שתוארה לעיל אינה מקנה הגנה מספקת על הזכות לשוויון. נזכיר כאן שלושה מקרים כאלה.

הדוגמה הראשונה עניינה הפליה של טרנסג'נדרים. מימוש הזהות הטרנסג'נדרית כרוך לא אחת בפרוצדורות רפואיות, כדוגמת נטילת הורמונים וביצוע ניתוחים לשינוי מין; ובאתגרים אישיים וחברתיים, אשר מביאים באופן שכיח להסתייעות בתמיכה פסיכולוגית ואחרת. כיבוד הזהות הטרנסג'נדרית, אין פירושו רק הימנעות מהפליה של פרקטיקות הקשורות בזהות זו (ובראשן ביצוע ניתוחים לשינוי מין). אף לא ניתן להסתפק ביחס "ניטרלי" לזהות טרנסג'נדרית, כלומר התעלמות ממנה בהקשרים שבהם היא איננה רלוונטית. ההכרה בחשיבותה של הזהות המגדרית לחירותו של היחיד ולאוטונומיה שלו מחייבת להעמיד לטרנסג'נדרים במקרים המתאימים סיוע במימוש זהותם המגדרית, בהיבט הרפואי והנפשי, כדוגמת הכללה של ניתוחים וטיפולים אחרים בסל שירותי הבריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

סוגיה נוספת היא האיסור על הומואים לתרום דם. איסור זה מוחל על כל גבר שקיים יחסי מין הומוסקסואליים במועד כלשהו מאז שנת 1977.<sup>44</sup> הגם שהומואים רשאים לבצע את פעולת תרומת

קבלת האיסור שמחיל הציבור, באמצעות המחוקק, על הפליה במתן שירותי אותו עסק ליחידים או לציבורים המשתייכים לקבוצה מסוימת, שאינה לרוחו או לטעמו של אותו אדם" (ע"א 11-116-5116 בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקובוביץ', פס' 27 (פורסם בנוב, 17.6.2014)). לגישה שונה, המכירה בזכותו של בעל עסק לפטור מטעמי דת מחובה הקבוצה בחוק שנועדה להגן על עובדי העסק ראו פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני, *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014).

44 איסור זה מופיע בס' 2.6 לשאלון שנדרשים התורמים למלא, כאחד מן המצבים שבהם אסור להשתמש במנת הדם. הנימוק לאיסור זה מובא באתר בנק הדם כדלקמן: "הנהלים הקובעים את מדיניות התרומת הדם בישראל, לפיהם עובדים בשירותי הדם של מד"א, נקבעים ע"י משרד הבריאות, בהסתמך על המלצותיה של ועדת מומחים מקצועית בנושא רפואת עירוים. הם מבוססים על נהלים והנחיות הקיימים בארצות המפותחות בעולם, ושנקבעים שם ע"י גופים כמו ה-FDA והרשויות האירופאיות. מטרתם לסייע למערכת הבריאות לעשות ככל שביכולתה כדי לצמצם סיכונים הנובעים משימוש במנות שעלולות לגרום לנזק בריאותי חמור למקבלי הדם. גם הבדיקות המתקדמות ביותר שמבוצעות, בישראל ובעולם, לכל מנת דם במטרה לזהות מחלות שעלולות לעבור בעירווי (ובמיוחד דלקת כבד נגיפית ו-HIV) אינן מסוגלות לזהות תורם שנמצא ב'תקופת החלון', שהיא התקופה ממועד ההדבקה ועד לזיהוי קיום הנגיפים בדם. הסיכון שתיתרם מנה כזו גבוה יותר בקרב אוכלוסיות ופרטים שנמצאות בסיכון גבוה להידבקות,

הדם הפיזית עצמה, ובכך אף להבטיח לעצמם את "ביטוח הדם" המוענק לתורמים ולמשפחתם למשך שנה, תרומת הדם שלהם אסורה לשימוש. למיטב ידיעתנו, הסדר זה טרם הועמד לביקורת שיפוטית. ספק רב אם הוא יצליח ביקורת שכזו. אפילו נכונה ההנחה שהסיכון שתרומת דם של הומו תהיה נגועה בנגיף HIV הוא גבוה מן הסיכון הנשקף מתרומת דם של מי שאינו הומו,<sup>45</sup> אין נובעת מכאן המסקנה הישירה שניתן להצדיק יחס שונה להומואים בתחום תרומות הדם. בצד האינטרס הציבורי במניעת הפצת מחלת האיידס, יש להתחשב גם בזכות לשוויון. קביעה שהומואים אינם רשאים לתרום דם פוגעת בכבוד האדם, משום שהיא מחייבת אותם לשאת במחיר כבד בגין מרכיב בזהות שלהם, ומשום שהיא עלולה לתרום לעיגון של סטיגמות שליליות נגדם. השימוש בתבחין המבוסס על עצם העובדה שהתורם מקיים יחסי מין עם גברים אינו מידתי. מן ההכרח להתחשב בגורמים נוספים, כגון: אם התורם קיים יחסי מין לא מוגנים, אם התורם ביצע בדיקות ששללו את האפשרות שהוא נושא את נגיף ה-HIV וכדומה.

הדוגמה השלישית עניינה מקרים שבהם להט"ב חשופים לפגיעה ממשית בשל סביבה עוינת במיוחד, כדוגמת להט"ב המוחזקים בבתי סוהר, ואנשים שנכנסים לישראל ומבקשים מעמד בה מחשש לרדיפה במדינה אחרת בשל היותם להט"ב. השפעתן של הנטייה המינית והזהות המגדרית על הפרט עשויה להיות קשה מאוד בנסיבות אלו, עד כדי סכנה לחיים ולשלום הגוף. די בהכרה בהשלכות קשות אלו – הכרה שהיא "ניטרלית" במהותה, ומבטאת התחשבות בשיקול "רלוונטי" – כדי לחייב את הרשויות להחיל הסדרים מתאימים בבתי הסוהר ובבתי המעצר שימנעו פגיעה בלהט"ב,<sup>46</sup> ולהקים

3- כאוכלוסיית הגברים המקיימים יחסי מין עם גברים. היות ומכל מנת דם מכינים 3 מרכיבים, הניתנים ל-3 חולים שונים, הפוטנציאל לנזק הוא משמעותי ביותר. לא ניתן יהיה להצדיק, בשום פנים ואופן, כלפי החולים שנפגעו, את השימוש במנות דם נגועות אם יסתבר שהמערכת לא נקטה בכל אמצעי הזהירות המקובלים בעולם למניעת ההדבקה" (נגיש בכתובת: [www.mdais.org/364](http://www.mdais.org/364)).

45 על פי נתוני משרד הבריאות, "מתוך כלל הנשאים שהתגלו במרוצת השנים בישראל והחיים בישראל בסוף 2012, כ-38% הם MSM [גברים המקיימים יחסי מין עם גברים]. בשנת 2012, 31.2% מהנשאים החדשים שהתגלו הם מקרב קבוצת ה-MSM. כמו כן, בשנת 2012 קבוצת ה-MSM היוותה 42.8% מהגברים הנשאים החדשים שהתגלו באותה שנה" (ראו משרד הבריאות HIV/איידס בישראל: דו"ח אפידמיולוגי תקופתי 1981 – 2012 (2013), נגיש בכתובת: [www.health.gov.il/PublicationsFiles/AIDS\\_Periodic\\_Report2013.pdf](http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/AIDS_Periodic_Report2013.pdf)). נתונים אלה מלמדים שהסיכון שאדם שהוא הומו נושא את הנגיף הוא גבוה מן הסיכון לכך ביחס לאנשים אחרים, אך אין בהם כדי ללמד מהו גודלו המוחלט של הסיכון שאדם שהוא הומו נושא את הנגיף.

46 ראו בעניין זה ע"פ 5833/12 פלוגית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2013). המערער(ת) עבר(ה) תהליך לשינוי מגדרי מאישה לגבר (אף שביית המשפט מתייחס אליו בפסק הדין כאל אישה), וערעורו התקבל נוכח מדיניות הכליאה במקרים מסוג זה. על פי המדיניות שהוצגה בפסק הדין, אסירים שביצעו ניתוח לשינוי מין מוחזקים במתקן המותאם למינם לאחר השינוי, אולם במקרים שבהם תהליך השינוי המגדרי לא הושלם, מוחזקים האסירים בהפרדה. בעניין זה ציין השופט ג'ובראן: "הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] משכך, לאסיר הטרנסג'נדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסג'נדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון... המצב הנוכחי לפיו, כפי שצוין, 'בכל מקרה בו מתקבל אסיר אשר זהותו אינה חד משמעית נדרשת החזקה בתנאי הפרדה וזאת מחשש לפגיעה באסיר או באסירים בסביבתו' מעורר קשיים"

מנגנונים לבירור טענות של נתינים זרים הטוענים לנרדפות על רקע להט"ב ולהסדרת מעמדם בישראל במידת הצורך.<sup>47</sup> על אף ההכרה המסוימת בצורך זה, נראה כי המנגנונים הקיימים עודם טעונים שיפור.<sup>48</sup>

לסיכום, בהקשר של פעילות שלטונית, חלה התקדמות של ממש בהגנה על הזכות לשוויון של יחידים להט"ב. הגם שההסדרים הקיימים הותירו כמה תחומים שבהם הפליית יחידים להט"ב היא שרירה וקיימת, בעיקר כאשר הנטייה המינית מסווגת כ"רלוונטית" לפעילות השלטונית, החקיקה והפסיקה שיפרו את ההגנה על הזכות לשוויון בהקשר זה באורח משמעותי.

#### ד. הכרה בזכות לשוויון של זוגות ומשפחות להט"ב

המקרים שנדונו בפרק הקודם כללו התייחסות לנטייה מינית ולזהות מגדרית כמאפיין הנוגע לפרט. מדובר במקרים שבהם נדרש לקבוע אם מותרת התחשבות בנטייה המינית של אדם באופן שפוגע בו במקרים שבהם גורם שלטוני או כלכלי מקבל החלטה הנוגעת אליו. אולם רבים מן המאבקים המשפטיים של להט"ב בישראל (ובעולם) לא נולדו על רקע של פעילות הקשורה ליחיד, אלא בנוגע למצבים שנוצרים מבחירתם של להט"ב לקיים מערכות יחסים זוגיות ולהקים משפחות. מאבקים אלה נחלו הצלחה מסוימת, שניתן לייחסה לא רק להתגברות הסובלנות בחברה כלפי להט"ב, אלא גם להסדר הייחודי בתחום דיני נישואין וגירושין בישראל. אולם, כפי שנראה מיד, המאבק לביטול ההפליה בהקשרים הנוגעים לזכות של להט"ב להקים משפחה טרם הושלם. נדון תחילה בהיבטים הקשורים בזוגיות חד-מינית, ולאחר מכן בהיבטים הנוגעים להורות.

##### 1. זוגיות

כידוע, דיני הנישואין והגירושין בישראל כפופים לדין הדתי, שמוחל לפי דתם של בני הזוג. הדינים הדתיים הרלוונטיים בישראל אינם מכירים בנישואים של בני זוג מאותו המין, ומשום כך זוגות חד-מיניים אינם יכולים להינשא בישראל. הקושי הנובע מכך אינו ייחודי לקהילת הלהט"ב, שכן הדין הדתי מטיל מגבלות נוספות על כשירות לנישואים, ובכלל זה, במקרה של ההלכה היהודית, נישואים של בני זוג מדתות שונות, הגבלות שונות על נישואים כאשר הגבר הוא כהן ועוד. בית המשפט דחה לאורך השנים עתירות לקביעה שהחלת דין תורה בהקשרים אלה היא בלתי-חוקתית, מאחר שההסדר הנדון

(שם, בפס' 5). ראו בהקשר דומה (מקרה שבו הוחלט להמיר מעצר במעצר בית במקרה של אסיר הומו) בש"פ 3495/90 מדינת ישראל נ' גולדנבוים (פורסם בנבו, 13.8.1990). עוד בעניין זה ראו מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" הפרקליט מה 94, 124-126 (2000).

47 ראו למשל בהקשר של החלטת "ועדת המאוימים" הפועלת לפי ס' 1א3(א) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003; בג"ץ 5200/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.1.2010): "אין התייחסות בהחלטת הוועדה לאפשרות מאויימות כלפי העותר מסיבות אחרות שאינן קשורות בשיתוף פעולה כאמור, כגון נטייתו המינית [...]". התייחסות גורם מוסמך לשאלת המאויימות כלפי העותר במובן הרחב חיונית לבירור מלא של הנסיבות הצריכות לעתירה".

48 ראו לעניין זה קטרי "על צומת דרכים", לעיל ה"ש 25, הדן בהחזקת טרנסג'נדרים במאסר, וכן לדיון ביחס ללהט"ב בהקשרים של הגירה, ראו יונתן ברמן "פליטים להט"בים בישראל" בספר זה.

מוגן מביקורת שיפוטית לפי פסקת שימור הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>49</sup> אולם בפסיקה פותחו דוקטרינות משפטיות שנועדו לעקוף כמה מן המגבלות הנובעות מן הדין הדתי. ההסדרים הללו פותחו אמנם כדי לפתור בעיות שהתעוררו בנוגע לבני זוג שלא מאותו המין, אך כפי שנראה מיד, הם סייעו גם לזוגות חד-מיניים. מדובר בשני סוגים עיקריים של הסדרים: האחד, מתן תוקף בישראל לנישואים של אזרחי ישראל שנערכו בחו"ל; והשני, קביעה שהטבות שונות (כלכליות ואחרות) שלהן זכאים בני זוג נשואים חלות גם על בני זוג שמקיימים משק בית משותף ואשר ניתן לראות בהם "ידועים בצבור" כנשואים, אף שלא נישאו באופן פורמלי. בשורות הבאות נדון בהחלה של שני האפיקים הללו בנוגע לבני זוג מאותו המין מנקודת המבט של האיסור להפלות.

נעסוק תחילה בסוגיית מתן תוקף פורמלי לנישואין בין בני זוג מאותו המין. קשה לחלוק על כך שההסדר הקיים הוא מפלה. אכן, ייתכן שלאדם אין זכות לכך שהמדינה תספק שירות של הכרה רשמית בנישואין, ואם המדינה הייתה מחליטה להותיר את העניין להסדרה פרטית, במסגרת חוזית, ככל הנראה לא היה בכך פגם משפטי. אולם, מכיוון שהמדינה מעניקה את ה"שירות" של הכרה רשמית ב"סטטוס" של נישואים, מוטלת עליה חובה להעניקו באופן שוויוני לכלל האזרחים החפצים בכך. יש לכך שתי סיבות עיקריות: האחת, מעשית, היא האפשרות לזכות בהטבות שונות המוקנות רק לבני זוג שהוכרו כנשואים. ניתן אמנם להתמודד עם ההפליה הנובעת מאי-הכרה בנישואים של בני זוג מאותו המין גם באופן פרטני, בהתייחס לכל הטבה והטבה, ומיד נדון באמצעי זה שהוחל בפסיקה. אולם אין בכך כדי לפתור את הבעיה לחלוטין, שהרי יש קשיים מעשיים באכיפת השוויון בהקשרים הרבים שבהם העניין מתעורר. הסיבה השנייה לכך שההסדר הנוהג בתחום זה הוא מפלה היא המסר השלילי שנובע מן ההבחנה בין בני זוג מקבוצות שונות. הקביעה שבני זוג מאותו המין אינם יכולים להינשא לפי הדין בישראל היא ביטוי לעמדה שיש פגם כלשהו בכינון קשר נישואין מסוג זה. המדינה מאמצת בהקשר זה את העמדה הדתית, העוינת קשר זוגי כאמור, תוך הפרת החובה לניטרליות, ובעיקר תוך פגיעה קשה בכבוד האדם של בני הזוג.

בית המשפט נקט בהקשר זה גישה עקיפה. במקום לקבוע באופן ישיר שעל המדינה להימנע מהפליה בהכרה בנישואין, קבע בית המשפט שיש להכיר בישראל בתוקפם של נישואים שנערכו בחו"ל, גם אם הנישואים הללו אינם מוכרים כתקפים (מלכתחילה או בדיעבד) לפי דין תורה. המהלך נעשה בשני שלבים: תחילה נקבע שמי שנישאו בחו"ל זכאים לכך שיירשמו במרשם האוכלוסין – ולפיכך גם בתעודת הזהות – כנשואים. ההלכה הראשונה בעניין זה, פרשת פונק-שליזינגר, נקבעה כבר ב-1963, בעניינם של יהודי ונוצריה שנישאו בחו"ל.<sup>50</sup> הנימוק שניתן לכך היה טכני בעיקרו: נפסק שם שפקיד הרישום אינו גורם מתאים לברר אם נישואין שנערכו בחו"ל היו תקפים לו נערכו בארץ, וכי הרישום במרשם האוכלוסין הוא למטרות סטטיסטיות בלבד. לפיכך, כך נקבע, אם בקשת הרישום אינה כוללת פרט בלתי-נכון באופן גלוי לעין, על פקיד הרישום להיענות לבקשה. הקביעה של בית המשפט שלמרשם האוכלוסין, ובעקבותיו לרישום בתעודת הזהות, אין תוקף מחייב, לא הייתה מדויקת. כמעט בכל ההקשרים שבהם נדרש לברר את מצבם המשפחתי של אנשים – מלבד לעניין התדיינות בבית הדין הרבני או בבית המשפט לענייני משפחה – נהוג להסתמך באופן בלעדי על הרשום בתעודת הזהות

49 למשל בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876 (1997).

50 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963).

(ובכלל זה, למשל, לעניין זכאות למשכנתה, רישום ילדים למוסדות חינוך, הטבות במס הכנסה המוקנות לבני זוג ועוד).<sup>51</sup> אולם הקביעה בפרשת פונק-שלינגר, שהיא אחד הביטויים המובהקים בפסיקת בית המשפט העליון לנקיטת גישה של ניטרליות, אפשרה להשיג את התוצאה של הכרה בפועל בנישואין אזרחיים. בשנת 2006, בעניין בן-ארי, הוחלה הלכה זו גם על בני זוג מאותו המין שנישאו בחו"ל.<sup>52</sup> בית המשפט דחה את עמדת המדינה שנישואין חד-מיניים הם "תבנית משפטית" שאינה מוכרת בישראל, חזר על הגישה שלפיה לרישום אין, כביכול, משמעות מעשית, וקבע שעל פקיד המרשם להימנע מכל בדיקה של תוקף הנישואין לו נערכו בישראל. נציגי המדינה, ובעקבותיהם עמדת הרוב בבית המשפט, נמנעו כליל מלדון בשאלה אם יש פגם כלשהו בנישואין של בני זוג מאותו המין.<sup>53</sup> השלב השני, שבינתיים טרם הוחל במפורש לגבי בני זוג מאותו המין, הוא הקביעה שבני זוג שנישאו בחו"ל הם גם בעלי סטטוס משפטי של נשואים בישראל, וחלים עליהם דיני גירושין אזרחיים, שיפותחו על ידי הפסיקה.<sup>54</sup> אם הלכה זו תוחל גם על בני זוג מאותו המין, יהיה בכך צעד נוסף לצמצום אי-השוויון הנובע מהיעדר האפשרות של בני זוג להינשא בישראל, וסימנים ראשונים למגמה זו נראים כבר בפסיקתו של בית המשפט לענייני משפחה.<sup>55</sup>

51 איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר: הלכת פונק שלינגר ודיני מרשם האוכלוסין" משפט וממשל יא 129 (2008).

52 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006).

53 ראו שם, בפס' 20: "מתשובת המדינה בכתב ובעל-פה עולה, כי זו אינה מעלה כלל טיעונים של תקנת הציבור. בטיעוניה בכתב ציינה באת כוח המדינה כי 'העמדה לעניין אי הרישום אין בה משום נקיטת עמדה ערכית או ציבורית בשאלה אם ראוי להכיר בנישואי בני אותו מין' [...]".

54 בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006) (להלן: פרשת בני נח).

55 פיתוח דיני הגירושין איננו עניין טכני, אלא מהותי: הפגיעה בזכויות יסוד אשר נגרמת בגין היעדר האפשרות להתגרש דומה לזו של היעדר האפשרות להינשא, ואף עולה עליה. כאמור, ראשיתו של דיון משפטי בסוגיה זו כבר ניכר בפסיקה. במקרה אחד שהגיע לבית המשפט לענייני משפחה ברמת גן (תמ"ש (ת"א) 11264-09-12 התובעים נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.11.2012)), הותרו נישואיהם של זוג גברים שנישאו בקנדה ונרשמו כנשואים בישראל. זאת, לאחר שמשרד הפנים סירב למחוק את רישומם במרשם האוכלוסין כנשואים, ובית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו סירב לפתוח להם תיק גירושין. וכך קבע בית המשפט: "משהורה בג"צ על רישום הנישואין [בפרשת בן-ארי] אין הדעת נותנת וסובלת כי התובעים אשר החליטו בהסכמה משותפת לפרק את קשר הנישואין יישארו כבולים זה לזה, הדבר נוגד את זכויות וחירויות הפרט, מנוגד לחוקי היסוד ולערכים בסיסים של צדק ושוויון. במקרה זה, אך טבעי כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכות הטבועה הנתונה לו ויורה על התרת הנישואין. בנסיבות אלה כאשר בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בתביעה ובכל מקרה אינו הפורום הנאות לדון בה, חובה על השופט היושב בדיון להפעיל את הסמכות הנתונה לו וליתן לתובעים את הסעד לו עתרו" (שם, בפס' 33). במקרה נוסף (תה"ן (ת"א) 52224-11-13 פלוני נ' היועמ"ש (פורסם בנבו, 8.12.2013)) של זוג הומואים שביקשו להתגרש, שהגיע לבית משפט לענייני משפחה ברמת גן אף הוא, הוגשה תביעת הגירושין כתביעה להתרת נישואין לפי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בינלאומית), התשכ"ט-1969. בית המשפט פסק שם כי ההליך הנכון להתרת נישואין במקרים אלו הוא הגשת תובענה לפסק דין הצהרתי בבית המשפט לענייני משפחה (ולא הליך התרת נישואין, שאיננו חל במקרה ששני בני הזוג יהודים). בשל ההסכמה בין בני הזוג לא נדרש בית המשפט לשאלה מהו הדין המהותי שחל על העניין, אולם נראה כי נטייתו היא להחיל על סיטואציות שכאלו את הפסיקה בפרשת בני נח הנזכר (שם), שלפיה בהיעדר חקיקה אחרת החלה על העניין, יחולו "דיני גירושין אזרחיים, שיפותחו על ידי הפסיקה" (ראו שם, בפס' 33-37). מקרה שלישי, שבו בנות זוג לסביות שנישאו בארצות-הברית (מבלי שנרשמו בישראל) ביקשו להתיר את

עם זאת, מובן כי אין בכך כדי לפתור באופן מלא את אי-השוויון הנובע מכך שבני זוג מאותו המין המבקשים להינשא נאלצים לעשות כן בחו"ל, על הטרחה והעלות הכספית הכרוכה בכך (שעלולה להציב מחסום בפני להט"ב מעוטי אמצעים), ובעיקר אין בדברים כדי לפתור את הפגיעה בכבוד האדם הנגרמת בהיעדר הצעה של אפשרות לנישואים בתחומי המדינה. יתר על כן, חוק שהתקבל לאחרונה, חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010, אשר נועד לצמצם את הפגיעה במי שאינם יכולים להינשא על פי הדין הדתי באמצעות יצירת מסגרת חלופית לנישואים ("ברית זוגיות"), הוחל במפורש רק על "בני זוג שהם איש ואישה".<sup>56</sup> זהו הסדר שפועל נגד המגמה של השוואת זכויותיהם של בני זוג שלא נישאו על פי הדין הדתי, ללא קשר לנטייתם המינית, לטובת הפרדה בין עניינם של זוגות שלא מאותו המין לבין זוגות מאותו המין. ספק רב אם ההפליה שנקבעה בהסדר זה – שאף בו אין פתרון מלא להפליה בתחום הנישואים – תוכר כתקפה, לנוכח הפגיעה הנובעת ממנה בזכות החוקתית לשוויון מחמת נטייה מינית.

סוג האמצעים האחר שננקט לצמצום אי-השוויון כלפי זוגיות חד-מינית הוא בתחום השוואת הזכויות המוקנות לבני זוג להט"ב לאלה של בני זוג נשואים. גם כאן, המהלך הראשון היה השוואת הזכויות של בני זוג שלא מאותו המין, שלא נישאו אך הקימו משק בית משותף, לזכויות של בני זוג נשואים, באמצעות פיתוח המוסד המשפטי של "ידועים בציבור". תחילתו של מושג זה בחוקי שיקום ותגמולים, שבהם הוגדרה "אישה" ככוללת גם את זו הגרה יחד עם פלוני ו"הידועה בציבור כאשתו". בשורה ארוכה של הוראות חוק הוקנו לבן זוג לא נשוי זכויות שוות ערך לאלה הניתנות כרגיל לבן זוג הנשוי כדין, וכיום היקף הזכויות הנרחב המוקנה לידועים בציבור מכוח הדין מקרב אותם למעמד של בני זוג נשואים.<sup>57</sup> בין היתר חלה על ידועים בציבור "חוקת השיתוף" בנכסים, שמכוחה נחשבים ידועים בציבור כשותפים ברכושם;<sup>58</sup> נפתחה האפשרות לחייב את הידועים בציבור בחובת מזונות הודית;<sup>59</sup> זכויות הירושה של ידועים בציבור הושוו לחלוטין לאלה של הנשואים;<sup>60</sup> והוכרה זכותם של ידועים בציבור להירשם בשם המשפחה של בן זוגם.<sup>61</sup> ביסודה של התפתחות זו עמדה ההכרה בכך

נישואיהן, ממשיך מגמה "אזרחית" זו: בית המשפט לענייני משפחה קבע כי הוא מוסמך לדון בתובענה, ונתן פסק דין הצהרתי כי בנות הזוג אינן נשואות זו לזו. פסק הדין ניתן מכוח סמכותו השירותית של בית המשפט לענייני משפחה לתת פסקי דין הצהרתיים בנושאים אלו (ולא מכוח סמכותו להתיר את הנישואין לפי חוק התרת נישואין), ומבוסס על ההנחה כי אין זה ראוי להותיר את בנות הזוג "כבולות" זו לזו (תמ"ש (ת"א) 56248-12-10 פלונית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 19.2.2014)).

- 56 ס' 1 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת.
- 57 לסקירה של מוסד הידועים בציבור ראו שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור" עיוני משפט כה 741 (2002); אמנון בן דרור הידועה בציבור בישראל – נשואים ללא נישואין (מהדורה שלישית, 2000).
- 58 למשל ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443 (1984); ע"א 749/82 מוסטון נ' וידרמן, פ"ד מג(1) 278 (1989).
- 59 ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לנפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999); ע"א 805/82 ורסנו נ' כהן, פ"ד לז(1) 529 (1983). בית המשפט הכיר בתוקפו של הסכם בין בני הזוג ידועים בציבור, המחייב תשלום מזונות: ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244 (1966).
- 60 ע"א 714/88 שנצר נ' ריבלין, פ"ד מה(2) 89 (1991); ע"א 1717/98 בלאו נ' פוזש, פ"ד נד(4) 376 (2000).
- 61 בג"ץ 6086/94 נזרי נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מט(5) 693 (1996); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993).

שתחימת אפשרות הנישואין בישראל לנישואין דתיים בלבד יוצרת קשיים ניכרים, וכי יש לאפשר לבני זוג שאינם מבקשים להינשא בחו"ל לזכות בזכויות סוציאליות דומות לאלה של זוגות נשואים. המהלך השני היה החלה של זכויותיהם של ידועים בציבור גם על בני זוג מאותו המין. פסק הדין פורץ הדרך בהקשר זה הוא עניין דנילוביץ' שניתן ב-1994.<sup>62</sup> השאלה שנדונה בפסק הדין היא אם בן זוגו של עובד אל-על זכאי לקבל הטבה הנתונה על פי ההסדר הקיבוצי לבני זוג של עובדי החברה, כרטיס טיסה בחינם אחת לשנה. השופט קדמי, בדעת מיעוט, קבע שמדיניות החברה, אשר שללה את ההטבה מבני זוג מאותו המין, אינה מפלה. לשיטתו, בני זוג מאותו מין אינם "זוג" בהקשר החברתי המקובל, אלא רק "צמד חברים", ומשכך הענקת ההטבה לבני זוג הטרוסקסואלים בלבד היא "הבחנה מותרת" שאין עמה פגיעה בשוויון.<sup>63</sup> המשנה לנשיא ברק והשופטת דורנר, בדעת רוב, שללו עמדה זו. המשנה לנשיא ברק קבע כי תכלית מתן כרטיס הטיסה היא "תמיכה בתא חברתי הדוק, המבוסס על חיי שיתוף", ולעניין זה אין כל יסוד להבחין בין בני זוג שאינם מאותו המין לבין בני זוג מאותו המין, בדיוק כשם שאין יסוד להבחין בין בני זוג שנישאו כדין לבין ידועים בציבור.<sup>64</sup> בהיעדר בסיס עובדתי לטענה שיש הבחנה בהקשרים אלה בין "סוגים" של בני זוג, נקבעה חובתו של המעסיק להתעלם מן השאלה אם בן הזוג הוא מאותו המין של העובד אם לאו, ולהעניק לכל בני הזוג אותן הטבות. השופטת דורנר העירה בהקשר זה כי "אם התכלית [של ההסדר הנדון] היא עידוד ילודה, לא יהיה במניעת ההטבה מן הזוג מאותו המין משום הפליה".<sup>65</sup> כאמור, השופטת דורנר הסכימה כי אין זו תכליתו של ההסדר שנדון בפסק הדין, ולפיכך לא נדרשה שם הכרעה אם אמנם היה מקום להתיר את הפליה לו נקבע שהתכלית היא עידוד ילודה או תמיכה בסוג "מסוים" של תא משפחתי דווקא.

הנמקתו של בית המשפט בפרשת דנילוביץ' ביטאה בעיקרו של דבר את הגישה הראשונה שתוארה לעיל באשר לאיסור הפליה, בדבר ניטרליות והתייחסות לנטייה מינית כעניין "פרטי". פסק הדין זכה לתהודה ניכרת, ולאחריו החל תהליך מתמשך של השוואת זכויותיהם של זוגות חד-מיניים לזוגות שלא מאותו המין בשורה של תחומים הנוגעים להטבות כלכליות ממעסיקים ומן המדינה, בלי שהדבר עורר התנגדות ציבורית ממשית. תהליך זה, שבשל התחומים הרבים שהקיף זכה לכינוי "המהפכה המשפטית

62 פרשת דנילוביץ', לעיל ה"ש 4.

63 לגישת השופט קדמי, "כאשר המדובר בשניים שחברו לחיים משותפים כ'צמד' שאינו 'זוג' במשמעות הלשונית הבסיסית האמורה, הגיון הדברים אינו מאפשר להתייחס אליהם מן ההיבט המשפטי כאילו היו 'זוג', משום שהם מהווים דבר 'אחר'. הזוג ה'נשוי' והזוג ה'ידוע בציבור' – 'זוג' הם, בעוד ששניים שחברו לחיים משותפים והם מאותו מין – לא 'זוג' הם, אלא 'צמד חברים'" (שם, בעמ' 771). וכך מסכם השופט קדמי: "מותר למעביד להציע 'טובת הנאה' לזוג דו-מיני בלבד, בלי להיכשל בהפליה, משום שהזוג החד-מיני אינו 'זוג', והבחנה בין עובדים שהם 'בני-זוג', במונח הלשוני הבסיסי האמור, לבין עובדים שאינם כאלה – 'הבחנה' היא ולא 'הפליה' [...] ההפליה, שלה טוען המשיב במקרה דנן, הינה 'הפליה למראית עין' בלבד, והיא נעוצה במה שנראה על פניו כ'קיפוח חברתי'. ברם, כל הבחנה בחלוקת טובות הנאה לעובדים כרוכה ב'קיפוח חברתי'; ולא לכך מכוון עקרון השוויון כמחסום בפני הפליה." (שם, בעמ' 777).

64 שם, בעמ' 762–763. המשנה לנשיא ברק העיר בהקשר זה, בשורה של שאלות רטוריות: "וכי הפרידה מבן-זוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מבן-זוג מהמין השונה? האם חיי שיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחווה וניהול התא החברתי, מחיי שיתוף אלה בין בני-זוג ממין שונה?".

65 שם, בעמ' 783.



ההומוסקסואלית", תואר בהרחבה במסגרות אחרות.<sup>66</sup> הגישה המקובלת כיום היא שבכל מקום, בהסכמי עבודה ובחקיקה, שבו מוקנית זכאות להטבות ל"בן-זוג" של העובד או המבוטח, מושג זה כולל, אם לא נאמר במפורש אחרת, גם בן זוג שהוא "ידוע בציבור" של העובד או המבוטח, ובכלל זה בן זוג מאותו המין. במסגרת זו מוכרת כיום זכאותם של בני זוג להט"ב לקבל גמלאות והטבות מן המוסד לביטוח לאומי, מצה"ל ומגורמים נוספים על בסיס זוגיותם, כמו גם זכאות לקבל הטבות שונות במס הכנסה (כדוגמת נקודות זיכוי במס בגין הורות) המוקנות לבני זוג שלא מאותו המין.<sup>67</sup> במקרים נוספים, החורגים מתחום ההטבות הכלכליות, הושג שוויון בלא לחרוג מגדריה של הגישה בדבר ניטרליות והתייחסות של נטייה מינית כעניין "פרטי". כך נעשה, למשל, בהחלטת שירות בתי הסוהר להתיר לאסירים הומואים להתייחד עם בני זוגם.<sup>68</sup>

כאמור, גישה זו הוחלה בדרך של פרשנות החוק או הסכם העבודה הנדון, והיא הייתה אפשרית מבחינה פרשנית כאשר לשון החוק לא שללה במפורש החלה של ההסדר על בני זוג מאותו מין. ואולם בכמה הקשרים נקבע בחקיקה במפורש אחרת. דוגמה לכך היא הפטור לאישה "עקרת בית" מתשלום דמי ביטוח לאומי, כל עוד בן זוגה מבוטח, שניתן רק לנשים.<sup>69</sup> דוגמאות ממורות יותר נוגעות לעניינים שבסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה. כך, למשל, נחלקו בתי המשפט לענייני משפחה בשאלה אם נתונה להם סמכות לאשר הסכמי ממון בין בני זוג מאותו מין, נוכח לשון החוק המגדירה "בן משפחה" של אדם כ"בן זוגו, לרבות הידועה בציבור כאישותו".<sup>70</sup> חוק הירושה אף הוא נוקט לשון

66 ראו, לדוגמה הראל, לעיל ה"ש 4; טמיר, לעיל ה"ש 46; Amit Kama, *From Terra Incognita to Terra Firma: The Logbook of the Voyage of Gay Men's Community into the Israeli Public Sphere*, 38 J. HOMOSEXUALITY 133, 133-162 (2000).

67 ראו לדוגמה חזור סמנכ"ל מינהל הגמלאות – המוסד לביטוח לאומי 116/090 "בני זוג מאותו מין" (23.7.2009). המפרט את סוגי הקצבאות שבהם פועל המוסד באופן שוויוני כלפי זוגות חד-מיניים, ובכלל זה דמי לידה, דמי אבטלה, קצבת שארים, קצבת נכות, קצבת זקנה, הבטחת הכנסה, מענק פטירה ועוד. לפירוט הפרשות שעסקו בקצבאות בערכאות נמוכות ראו במאמרים המוזכרים לעיל בה"ש 66. כן ראו הנחיית סמנכ"לית בכירה שומה וביקורת ברשות המיסים 06586313 "נקודות זיכוי בגין ילדים לבני זוג מאותו מין" (30.12.2013), המנחה את פקידי השומה לפעול כך ש"בני זוג מאותו מין ייהנו מאותן נקודות זיכוי ממס המוענקות מכוח הפקודה [פקודת מס הכנסה] ל'בני זוג' באותן נסיבות" (נגיש בכתובת: [taxes.gov.il/IncomeTax/Documents/HanhayotMikzoiyot/mikzoiyot30122013.pdf](https://taxes.gov.il/IncomeTax/Documents/HanhayotMikzoiyot/mikzoiyot30122013.pdf)).

68 סוגיית התייחדות אסירים מוסדרת בפקודת נציבות בתי הסוהר: פקנ"צ 04.47.00 "התייחדות וסיוע לפיריון אסירים ועצירים". הפרשנות האמורה לפקודה ניתנה בתשובתו של שירות בתי הסוהר לפניית האגודה לזכויות האזרח (מכתב מיום 25.6.2013): "הפקודה מתווה את הכללים לעניין שיקול הדעת במתן התייחדות לאסירים, ולשם כך קובעת, בין היתר, כללים הנוגעים לזכאות להתייחדות. למען הסר ספק, השיקולים המנחים, בין אם מדובר בזוגות חד מיניים ובין אם מדובר בזוגות הטרנסקסואלים, הינם זהים". לעניין הכרה בזוגיות חד-מינית בהקשר של הורות ובהקשרים נוספים ראו בהמשך הדברים.

69 ראו הגדרת "עקרת בית" בס' 238 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995: "אשה נשואה, למעט עגונה, שכן זוגה מבוטח לפי פרק זה, שאינה עובדת ואינה עובדת עצמאית". בבג"ץ 1046/09 מני נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 15.8.2010) (בקשה לדין נוסף נדחתה בדנג"ץ 6319/10), קבע בית המשפט העליון כי ההסדר הנדון אינו חל על גברים "עקרי בית", ומתח ביקורת על ההבחנה שעורך החוק בין גברים לנשים בהקשר זה.

70 ס' 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995. חלק מן השופטים בבתי המשפט לענייני משפחה סברו שהגדרה זו כוללת בני זוג מאותו מין (ראו למשל תמ"ש (ת"א) 3140/03 ר.א. ו-ל.מ. (פורסם בנבו, 16.2.2004); תמ"ש (פ.צ. ו-י.מ. (פורסם בנבו, 21.11.2004)), ואילו אחרים סברו

מפורשת: סעיפים 55 ו-57(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, שלפיהם הזכויות לירושה על פי דין ולמזונות מן העיזבון, שמוקנות לבן-הזוג של המוריש, מוקנות גם לבני זוג ידועים בציבור, מייחדים זאת לבני זוג שהם "איש ואישה"<sup>71</sup>. בתי המשפט שפירשו סעיף זה בהקשר של זוגות מאותו המין לא הגיעו למסקנה אחידה.<sup>72</sup> שאלה אחרת שטרם נפסקה בה הלכה מחייבת היא אם ניתן להוציא צו הגנה למניעת אלימות בתוך המשפחה לבני זוג מאותו מין. אף שקשה להצדיק את העמדה השוללת הגנה מסוג זה ללהט"ב שבני זוגם אלימים כלפיהם, גם בעניין זה לא שוררת תמימות דעים בפסיקה.<sup>73</sup> אנו סבורים שהסדרים אלה, המגבילים בחוק את הזכויות המוקנות לידועים בציבור רק לבני זוג שלא מאותו המין, אינם חוקתיים. אלה הסדרים שפוגעים בזכות החוקתית לשוויון של בני זוג מאותו המין. פגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה: קשה למצוא תכלית ראויה שהיא משרתת, ובכל מקרה אין מדובר בפגיעה מידתית. לפחות כשמדובר בהסדרים שאינם חוסים תחת פסקת שימור הדינים שנקבע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, צפוי בית המשפט להעניק סעד חוקתי "חיובי", שלפיו נוספת לתוך החוק הוראה המעניקה את ההטבות וההגנות שמוקנות לבני זוג הטרוסקסואלים גם לבני זוג מאותו המין.<sup>74</sup>

לסיכום, צמצום מסוים של אי-השוויון כלפי בני זוג מאותו המין הושג דווקא בזכות הפגיעה החמורה בשוויון הקיימת במשפט הישראלי עקב החלת הדין הדתי בתחום דיני נישואין וגירושין.<sup>75</sup> הקשיים הניכרים שנגרמו עקב הפגיעה בשוויון חייבו את בתי המשפט ובמידת מה גם את המחוקק לקבוע הסדרים שצמצמו את אי-השוויון, ובאופן עקיף ובלתי-מכוון כנראה הביאו לתוצאה הרצויה של קידום השוויון של בני זוג מאותו המין. אולם נראה שבתחום הנדון כאן ישנו פער בין עמדת הכנסת

שמדובר בפרשנות מרחיקת לכת (למשל: תמ"ש (ת"א) 21030/00 ליבמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.3.2002); תמ"ש (ת"א) 16610/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.5.2005)). אין בעניין זה הלכה מחייבת.

71 בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, מוצע להרחיב זאת, ולקבוע כי לעניין ירושה על פי דין (כלומר, ירושה במקרים שבהם אין צוואה תקפה) ולעניין מכלול ההוראות הרלוונטיות לענייני ירושה, "בני-זוג" הם רק מי שנישאו או "איש ואישה החיים חיי משפחה במשק בית משותף" (שם, בס' 693).

72 כך, למשל בע"א (מחוזי נצ') 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ התשס"ג(2) 721 (2004) נקבע כי אין לראות בהוראות אלה משום הסדר שלילי, הבא לשלול את מעמדם של ידועים בציבור מאותו המין לצורך החוק. היועץ המשפטי לממשלה הנחה את הפרקליטות שלא לערער על פסק דין זה (ראו בהודעה לציבור שפרסם משרד המשפטים, נגישה בכתובת: [www.justice.gov.il/](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/News/2008/imuz.htm) MOJHeb/News/2008/imuz.htm). לעומת זאת, בת"ע 1320/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 23.8.2010) נשללה פרשנות זו מכול וכול. במקרה שהגיע לבית הדין הרבני האזורי בחיפה, נבחרה מטבע הדברים האפשרות הפרשנית השנייה (תיק (אזורי חי') 835722-2 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 16.3.2011)); ישראל (איסי) דורון "זכויותיהם של חברי הקהילה הגאה בזקנה בישראל" בספר זה.

73 בכמה החלטות ניתנו צווי הגנה מכוח חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, למשל תמ"ש (חי') 32520/97 פלונית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 2.6.1997); ת"א (שלום ת"א) 56381/00 דרור נ' ברק (פורסם בנבו, 1.6.2000). לעומת זאת, במקרה אחד לפחות נפסק כי החוק איננו חל על בני זוג מאותו מין (תמ"ש (ת"א) 16310/08 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 16.4.2008)).

74 לסעד מסוג זה בהקשר של הפליה שנקבעה בחוק נגד ערבים ראו למשל בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012).

75 ראו בעניין זה גם אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב – בין (הומו) נורמטיביות/ולאומיות לפוליטיקה קווירית" מעשי משפט ה 101 (2013).

לבין עמדתו של בית המשפט. הכנסת הייתה אמנם זו שיזמה במקרים לא מעטים את ההכרה במעמד של "ידועים בציבור", אך ההחלה של מוסד זה גם על בני זוג מאותו המין נעשתה בעיקרה בפסיקה. הצורך בפשרה פוליטית הביא במקרים מסוימים להחלה בחקיקה של זכויות של בני זוג נשואים גם על ידועים בציבור רק בנוגע לבני זוג שלא מאותו המין. לעתים מועלית הסברה שזוהי פשרה הכרחית, ומוטב לסייע, לכל הפחות, לבני זוג אלה אף אם אין בכך כדי לסייע לבני זוג מאותו המין. איננו סבורים שיש לקבל גישה זו. המחיר הכרוך בפשרות מסוג זה הוא, כאמור, כבד, לא רק בשל הפגיעה הנובעת מהם באינטרסים הרכושיים של בני זוג מאותו המין, אלא בעיקר בשל הפגיעה העקיפה בכבוד האדם הנגרמת בשל יחס בלתי-שוויוני זה של המחוקק.

## 2. הורות

התחום העיקרי שבו טרם הושג שוויון בהקשר המשפחתי הוא בהסדרים הנוגעים להורות של בני זוג מאותו המין. כפי שנפרט, שתי הסוגיות העיקריות בהקשר זה הן אימוץ והסכמי פונדקאות. ככלל, האפשרויות העיקריות הפתוחות בפני זוגות חד-מיניים להקמת משפחה הן אימוץ ילד, התקשרות בהסכם פונדקאות עם אם נושאת (אפשרות הנוגעת בעיקר להומואים), קבלת תרומת זרע (עבור לסביות) או שילוב של אדם שלישי (מהמין השונה) במערכת היחסים הזוגית ("הורות משותפת"). כפי שנראה בהמשך, ההפליה הקשה ביותר בתחומים אלו היא כלפי הומואים. גם כלפי זוגות לסביות קיימת הפליה בנוגע להורות, אולם האפשרויות העומדות בפניהן להקמת משפחה מגוונות יותר. נעסוק תחילה בסוגיית האימוץ. זוגות חד-מיניים המעוניינים לאמץ ילד בישראל מסוגים כשני "יחידים" הפונים לאימוץ, ומיקומם בתור הארוך לאימוץ תינוקות בריאים נקבע בהתאם.<sup>76</sup> התוצאה של מדיניות זו היא שבפועל, זוגות הומואים ולסביות אינם מועמדים רגילים לקבל תינוק בריא לאימוץ. גם לגבי האפשרות של בני זוג לאמץ זה את ילדיו הביולוגיים של זה קיימת הפליה כלפי בני זוג מאותו מין. ואולם בית המשפט פעל לצמצום מסוים של ההפליה מסוג זה. תחילה הוחלה גישה המבוססת על ניטרליות והתייחסות לנטייה מינית כעניין "פרטי", במתכונת דומה לזו שהוחלה לעניין רישום נישואים. גישה זו יושמה לראשונה על רישום בישראל של אימוץ שנעשה על ידי בנות זוג לסביות בהיותן תושבות ארצות-הברית (פרשת ברנר-קדיש).<sup>77</sup> בפרשה זו נקבע כי פקיד המרשם אינו רשאי לפקפק בתוקף האימוץ בשל היותו אימוץ לסבי. בדומה לפרשת בן ארי, שעסקה כאמור בעניין רישום נישואים שנערכו בחו"ל, גם כאן נמנע בית המשפט מדיון בשאלה אם ניתן למצוא הצדקה להפליה בתחום הסדר האימוץ והתבסס על כך שלרישום אין משמעות משפטית רבה.<sup>78</sup> אולם ההסדרים של אימוץ בחו"ל הם מורכבים ומעוררים קשיים ניכרים בהרבה מאלה של נישואים בחו"ל. יתר על כן, בהקשרים הנדונים כאן הועלתה גם טענה להצדקת ההבחנה בין להט"ב לבין זוגות שלא מאותו המין,

76 זאת, בהתאם להודעת היועץ המשפטי לממשלה מ-2008, לעיל ה"ש 72. ראו את הדיון בעניין זה להלן.

77 בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 376 (2000).

78 דעת הרוב, של השופטות ביניש ודורנר, יישמה באופן ישיר את ההלכות בעניין המרשם שנדונו לעיל. השופט זועבי ציין בהקשר זה, בדעת מיעוט, כי לרישום האימוץ יש משמעות מעשית רבה, ולפיכך מן ההכרח לאשר בבית משפט ישראלי את פסק הדין הזר שמכוחו נקבע האימוץ. עמדה זו אינה מייחסת משקל ראוי לעובדה שפקיד המרשם נמנע מלהפנות להליך דומה בני זוג שלא מאותו המין שביצעו אימוץ בחו"ל.

שעניינה טובת הילד, ולפיה מוטב לילדים לגדול במחיצת הורים משני המינים. משום כך, בהקשרים הנוגעים לאימוץ ילדים בלתי-נמנעת זניחה של הגישה הדוגלת בניטרליות, ונדרשת הכרעה על פי הקביעה אם יש הצדקה להסדר המפלה, בהתחשב במכלול האינטרסים של הצדדים הנוגעים לדבר, הורים וילדים גם יחד.

פסק הדין העיקרי בהקשר זה הוא עניין ירוס-חקק שניתן ב-2005 בהרכב של תשעה שופטים, ואשר עסק בתביעתן של בנות זוג לסביות לאפשר לכל אחת מהן לאמץ בישראל זו את ילדיה של זו.<sup>79</sup> בשונה מפרשת ברנר-קדיש, שבה האימוץ ההדדי נערך זה מכבר בחו"ל והדיון המשפטי התרכז בשאלת הרישום בישראל, כאן ביקשו בנות הזוג לבצע את האימוץ עצמו בישראל, בהסתמך על הוראות חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. סעיף 3 רישה לחוק קובע כי "אין אימוץ אלא על-ידי איש ואשתו יחד", אך בהמשכו נקבעו לכך שני סייגים, שבהתקיימם מוסמך בית המשפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד: אפשרות אחת, שנראית מתאימה במיוחד להקשר הנדון כאן, היא "אם בן זוגו הוא הורה המאמץ או אימץ אותו לפני כן" (סעיף 3(1) לחוק). אולם בית המשפט כיבד את בחירתן הדיונית של בנות הזוג שלא לסמוך את תביעתן על סעיף 3(1) לחוק, ולא הכריע שם בשאלה אם הביטוי "בן זוג" בסעיף זה כולל, כפי שנקבע כאמור בהקשרים אחרים, גם בן זוג מאותו המין.<sup>80</sup> תחת זאת התמקד הדיון באפשרות השנייה, שלפי לשונה עוסקת במקרה אחר לחלוטין, ועל פיה ניתן ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד "אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי" (סעיף 3(2)). ההסתמכות על הוראה זו התאפשרה משום שבסעיף 25(2) לחוק נקבע כי במקרים שבהם הדבר הוא "לטובת המאומץ", רשאי בית המשפט ליתן צו אימוץ על פי סעיף 3(2) גם אם לא התקיימו התנאים הקבועים בו. משום כך, התחייבה כאן הכרעה בשאלה מהי המשמעות, לעניין טובת הילדים, ששני הורים הם מאותו המין, ולא ניתן היה להסתמך על הגישה של ניטרליות של הדין לסוגיה זו.

עמדת המיעוט בפרשת ירוס-חקק קבעה שאין להתיר אימוץ של שני הורים מאותו מין, בלי צורך לבחון את נסיבות המקרה המסוים, וזאת לאור מה שהגדיר המשנה לנשיא מצא כ"מעמדו החרגי" של מי שיש לו שתי אימהות והתפיסות החברתיות המקובלות.<sup>81</sup> על יסוד זה דחתה דעת המיעוט את הטענה לפגיעה בזכות לשוויון של בנות הזוג, משום שלאור התפיסות החברתיות המקובלות, "שונותם של בני-זוג חד-מיניים מבני-זוג אחרים הינה רלוונטית לעניין תחולתו של חוק האימוץ, ונמצא כי

79 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).

80 שם, בעמ' 72, 78, 98.

81 שם, בפס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיא מצא: "כלום אימוצו של כל אחד מהקטינים יהיה לטובתו...? התשובה לשאלה זו היא פחות מובנת מאליה. כך, למשל, ניתן להקשות אם שינוי מעמדו האישי של קטין, מהיותו בנה של אם חד-הורית להיותו בן של שתי אימהות חד-הוריות, יהיה מבחינתו שינוי לטובה? שאלה זו יש לבחון במבט לעתיד: כיצד ישפיע מעמדו החרגי על תפיסתו את מצבו, על יחס הבריות אליו ועל יחסיו הבינאישיים? התשובה לשאלות אלו תלויה במידה רבה בתוכן המוסכמות המקובלות בחברתנו, והעיון בטענותיהן של המערערות לא הניח דעתי, כי גם מנקודת המבט האמורה עלה בידיהן להוכיח כי מתן צווי האימוץ המבוקשים יהיה לטובת הקטינים". ראו גם שם, פס' 20: "גלוי וידוע, כי יחסה של החברה הישראלית להומוסקסואלים וללסביות עדיין רחוק מלהיות חד-ערכי; וכי בקרב חוגים רחבים בציבור תופעת הזוגיות החד-מינית נתפסת כתופעה חריגה. דעתי היא, כי במצב דברים זה אין מקום לקבל את הטענה, כי פרשנות התומכת בקבלת בקשתן של המערערות יכולה להתיישב עם תכליתו של חוק האימוץ."

המדובר בהבחנה לגיטימית ולא בהפליה פסולה.<sup>82</sup> דעת הרוב דחתה גישה זו. הנשיא ברק קבע כי אין יסוד לקבוע באופן גורף, ובלא להתייחס לנסיבות העניין, כי אימוץ ילד על ידי בן הזוג של הורה הביולוגי בהכרח פוגע בטובת הילד כאשר מדובר בבני זוג מאותו המין. בית המשפט הסתמך על מקרה קודם, שבו הוכרה באופן עקרוני האפשרות של מתן צו אימוץ על פי סעיף 3(2) לחוק כאשר המאמץ הוא הידוע בציבור של ההורה הביולוגי, ונדחתה הטענה שהדבר מנוגד לטובת הילד משום שההורים המיועדים אינם נשואים.<sup>83</sup> בהתאם לכך קבע בית המשפט בפרשת ירוס-חקק שההכרעה צריכה להתבסס על בחינה של מכלול נסיבות העניין בכל מקרה ומקרה. הוא אמנם קיבל את הטענה שהעמדות המקובלות בציבור כאשר לזוגיות להט"ב הן בגדר שיקול רלוונטי בהכרעה מהי טובת הילד לעניין האימוץ. ואולם, כך נפסק, אין זה אלא שיקול אחד, בוודאי לא בלעדי ומכריע, מתוך מגוון רחב של שיקולים שיש לשקול, על פי נסיבות המקרה.<sup>84</sup> הנשיא ברק הדגיש עוד ש"השאלה בה יצטרך להכריע בית המשפט לענייני משפחה אינה אם עדיף הוא לכל אחד מהקטינים שהם יאומצו על ידי גבר [...] או על ידי המעוררת (החיה עם אימם, כידועה בציבור). השאלה האמיתית הניצבת בפני בית המשפט לענייני משפחה הינה אם כל אחד מהקטינים ימשיך לחיות במשפחה החד-מינית בה הוא חי בלא שינתן צו לאימוצו, או שהם ימשיכו באותם חיי משפחה תוך מתן צו האימוץ".<sup>85</sup> בדרך זו צמצמה דעת הרוב את המשקל שעל בית המשפט להעניק לעובדה שמדובר בבני זוג מאותו המין בהכרעה בעניין האימוץ.<sup>86</sup> הנשיא ברק הוסיף אמירה חשובה, הראשונה מסוגה לעניין האפשרות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מחמת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון של להט"ב, כי "אם המחוקק סבור כי עקרון 'טובת המאומץ' – או אינטרס המאומץ – לא צריך לחול לעניין משפחה חד-מינית, עליו לומר את דברו, ויהא עלינו לבחון אם אמירה זו היא חוקתית".<sup>87</sup>

אף שההכרעה בפרשה זו לא הוחלה במפורש גם על הסעיף העיקרי המסדיר אימוץ על ידי בן זוג של הורה ביולוגי (סעיף 3(1) לחוק), זמן קצר לאחר פרסום פסק הדין הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי יש לפרש אותו כחל גם על מקרים אלו.<sup>88</sup> בעקבות פסק הדין אף הנחה היועץ המשפטי לממשלה את השירות למען הילד במשרד הרווחה כי הכלל הקבוע בסעיף 3 רישא לחוק, שלפיו "אין אימוץ אלא על-ידי איש ואשתו יחד", אינו שולל מיניה וביה אימוץ על ידי יחיד שנמצא במערכת זוגית.<sup>89</sup> פרשנות זו אפשרה לראשונה לבני זוג מאותו מין להגיש בקשות לאימוץ, ובכך ביטאה הישג עקרוני חשוב. אלא שכפי שצוין, בקשותיהם של זוגות חד-מיניים מטופלות כ"יחידים", ובמישור המעשי מקומן של הבקשות בתור הוא נמוך ובלתי-ריאלי.<sup>90</sup> מכל מקום, הפרשנות האמורה הקלה על בני זוג המבקשים

82 שם, בפס' 24.

83 ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(1) 69 (2002).

84 עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 79, פס' 15–35 לפסק דינו של הנשיא ברק.

85 שם, בפס' 17.

86 בהתאם לכך הוחזר הדיון לבית המשפט לענייני משפחה, כדי שזה יקבע אם בנסיבות העניין טובת הילדים מחייבת את מתן צו האימוץ.

87 עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 79, פס' 30.

88 הודעת היועץ המשפטי לממשלה מ-2008, לעיל ה"ש 72.

89 שם.

90 בעניין זה ראו צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" בספר זה.

לאמץ את ילדו הביולוגי של בן זוגם, ויושמה במקרים רבים על ידי בתי המשפט לענייני משפחה. רבים ממקרים אלו עסקו בהקשר של הסכמי פונדקאות שנערכו בחו"ל, כאשר הילד נולד מזרעו של אחד ההורים ומתרומת ביצית, וצו האימוץ התבקש בנוגע להורה הלא-ביולוגי.<sup>91</sup> אנו סבורים כי בהקשר הנדון יש להשוות באופן מלא את זכותו של אדם לאמץ את ילדו הביולוגי של בן זוגו מאותו המין. "טובת המאומץ" צריכה אמנם להיות מוכרעת על יסוד הנסיבות האינדיבידואליות של כל מקרה ומקרה, אולם בניגוד לקביעה בפרשת ירוס-חקק, אנו סבורים שאין לראות במינם של בני הזוג נסיבה רלוונטית בהקשר זה, לא כל שכן שיקול המקשה על האימוץ. הקביעה שעל בית המשפט להעניק משקל כלשהו לנטייה המינית בהכרעה בדבר אימוץ, ולהתחשב בעמדות עוינות של הציבור כלפי להט"ב, היא בלתי-מוצדקת, והיא פוגעת בזכות החוקתית לשוויון.

גם ההסדרים הנוגעים לפונדקאות ולתרומות זרע וביצית כוללים היבטים מפלים. מצד אחד, לסביות רשאיות לקבל תרומת זרע בישראל, ובמידת הצורך אף לקבל תרומת ביצית והשתתפות במימון טיפולי פוריות, וכך להרות באופן טבעי. תוצאה זו אינה נובעת מהכרה "רשמית" במשפחה לסבית, אלא מכך שאפשרויות אלו פתוחות כיום בפני נשים יחידות.<sup>92</sup> אולם, מן הצד האחר, הן אינן רשאיות לתרום ביצית זו לזו, כך שבת זוג אחת תישא היריון מן הביצית של זוגתה.<sup>93</sup>

עיקר הקושי בתחום הפונדקאות הוא הוראותיו המפלות של חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הפונדקאות"). החוק קובע ש"הורים מיועדים" הרשאים להתקשר בהסכם פונדקאות הם "איש ואשה שהם בני זוג" בלבד, ומטיל איסור פלילי על מימוש הסכמי פונדקאות בישראל שלא לפי החוק.<sup>94</sup> משמעותו המעשית של מצב משפטי זה היא שזוגות הומואים המעוניינים להקים משפחה יכולים לעשות כן באמצעות הליך פונדקאות בחו"ל, שהוא הליך יקר ומורכב מאוד (ולפיכך נגיש למעטים), או תוך ויתור על תא משפחתי זוגי והרחבתו ל"הורות משותפת". לאור העובדה שהחוק נחקק ב-1996 ואיננו חוסה תחת פסקת שימור דינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא כפוף להוראות חוק-היסוד. שני ניסיונות להביא להחלת ביקורת שיפוטית בנוגע לחוקתיות הוראה זו כבר הגיעו לבית המשפט העליון: טענה לבטלות ההוראה

91 המסקנה כי יש לנקוט במקרים אלו הליך של אימוץ, ולהחיל את הקריטריונים שהותוו בפרשת ירוס-חקק, אינה מובנת מאליה. כמפורט להלן, לאחרונה פסק בג"ץ כי כאשר הליך הפונדקאות בוצע בחו"ל, והוכח כי קיים קשר ביולוגי בין אחד ההורים לבין הילד, אזי לצורך רישום ההורה הלא-ביולוגי במרשם האוכלוסין אין צורך בהליך אימוץ, ודי בתעודת לידה ובצו שיפוטי זר המעידים על ההורות (המהווים "תעודה ציבורית" לצורך המרשם): בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014).

92 ראו בהקשר זה בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 11.2.1997), שם ביטל בית המשפט (בהסכמת המדינה) הוראות חקיקת משנה, ולפיהן חויבו רווקות ולסביות לעבור בדיקה פסיכיאטרית כתנאי לקבלת שירותי הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית. תחת זאת נקבע כי במקרים מיוחדים יוכל הרופא המטפל, לפי שיקול דעתו, לדרוש חוות דעת סוציאלית.

93 סוגיה זו מוסדרת בחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. לדיון בהוראה זו ראו בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 1.9.2013). נקבע שם כי משום שלפי הנוהל החדש שפרסם משרד הבריאות והחלטות ועדת חריגים הפועלת לפי חוק תרומת ביציות, מותר לבצע בישראל הליך של הוצאת ביציות של אחת מבנות הזוג ולאחר מכן להפרותן, ושהשתלתן בגופה של בת הזוג השנייה תיעשה מחוץ לישראל. משכך, נקבע כי יש לדחות את העתירה נגד המניעה הנובעת מן החוק לקיים את ההליך כולו בישראל.

94 ראו ס' 1, 19 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996.

האמורה בחוק הועלתה לראשונה על ידי אישה יחידה שאינה יכולה להרות, שנוסח החוק הקיים מונע ממנה להתקשר בהסכם פונדקאות. בית המשפט ציין שם כי אכן החוק מפלה נשים יחידות וזוגות חד-מיניים,<sup>95</sup> אולם קבע שלאור החידוש שבהסדרה בחוק של הפונדקאות, יש להמתין כמה שנים לפני הכרעה בחוקתיות של הפליה זו.<sup>96</sup> עתירה נוספת, הפעם של זוג גברים, נמחקה נוכח מינויה של ועדה ציבורית לבחינת הנושא.<sup>97</sup> בית המשפט עמד על הקושי שבחוק הפונדקאות גם אגב דיון בסוגיית הרישום במרשם האוכלוסין של מי שביצעו הליך פונדקאות בחו"ל כהוריו של הילד: בית המשפט פסק כי לעניין זה די בקיומה של "תעודה ציבורית" מחו"ל המעידה על מעמדם של בני הזוג כהוריו של הילד, וביטל את הדרישה שהנהיג משרד הפנים לנקוט הליך פורמלי של אימוץ הילד על ידי בן הזוג שאין לו קשר גנטי לילד כתנאי לרישומם כהורה במרשם האוכלוסין.<sup>98</sup> השופט ג'ובראן, שהצטרף לעמדת הרוב בעניין זה, ביסס את הכרעתו על כך שבהינתן האיסור המוטל על בני זוג מאותו המין להתקשר בהסכם פונדקאות בישראל, למדיניות זו של משרד הפנים תוצאה מפלה, ובנסיבות העניין הנוהל האמור פוגע בזכות החוקתית לשוויון.<sup>99</sup> השופט ג'ובראן המשיך אפוא בבחינה חוקתית של הנוהל הנדון במבחני פסקת ההגבלה, וקבע שהנוהל איננו עומד בהם, ועל כן הוא אינו תקף.<sup>100</sup>

95 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד (1) 419 (2002). השופט חשין ציין שם כי אין "לקבל כי 'תפיסה חברתית מקובלת' – באשר היא – אוצרת כוח לקיים טענת שוויון או להתגבר על טענת הפליה. מושג השוויון ובן-דמותו, איסור ההפליה, מושגים הם השאובים מתחום הערכים: טוב ושאינו טוב, ראוי ושאינו ראוי, צודק ושאינו צודק, הוגן ושאינו הוגן" (שם, בעמ' 450). בהתאם לכך נקבע שם ש"שליטת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג שקולה לכאורה כנגד הפליית לרעה של אותה אישה, הפליה שאין לכאורה הצדק בצדה" (שם, בעמ' 456).

96 שם, בעמ' 462.

97 בג"ץ 1087/10 פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010).

98 פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 91.

99 שם, בפס' 10: "מדיניות כללית זאת, הדורשת בכל אחד ממסלולי ההורות האפשריים, בישראל ומחוצה לה, מבני הזוג בני אותו המין להוכיח את 'אמיתות' הורותם בבית משפט, ובו בזמן יוצרת 'חזקת אמיתות' להורות של הורים הטרוסקסואלים, היא מדיניות מפלה. היא מעצבת את ההורות של בני הזוג בני אותו המין כהורות בספק, הורות חשודה, הדורשת 'מתת' מיוחד של המדינה בדמות ההכרה בה". שאר השופטים הסתייגו מקביעה זו (למשל, שם, פס' 3 (השופטת חיות): "גם אם השפעתם של הסדרי פונדקאות חו"ל היא רבה יותר על זוגות בני אותו מין, נוכח העדר אלטרנטיבה חוקית המאפשרת להם לבצע את הליך פונדקאות בישראל וגם אם יש בכך משום הפליה, היא אינה נעוצה בנוהל העומד לדיון בעתירות דגן אלא בהוראות חוק הפונדקאות הישראליות". כן ראו שם, פס' 50 (המשנה לנשיא נאור)).

100 השופט ג'ובראן קבע כי הנוהל הנוגע לדרישת האימוץ על ידי ההורה הלא-ביולוגי איננו חוקתי: הנוהל איננו קבוע בחוק או מכוח חוק; לא קיים קשר רציונלי בין המטרה שהציגה המדינה (מניעת סחר בתינוקות ומניעת ניצול נשים פונדקאיות) לדרישת האימוץ; קיים אמצעי חלופי פוגעני פחות, שכן המדינה ממילא בוחנת את החששות האמורים בעת רישום ההורה הביולוגי במרשם; והפגיעה איננה מידתית אף "במובן הצר", משיקולים של פגיעה בטובת הילד ויצירת פער בין מציאות החיים המשפחתית לבין הרישום המשפטי (שם, פס' 16–28). אשר לדרישה הקבועה בנוהל לערוך בדיקה גנטית, הצטרף השופט ג'ובראן לקביעת המשנה לנשיא נאור כי יש לברר את הנושא בבית המשפט לענייני משפחה, והדגיש כי: "בבואו של בית המשפט לענייני משפחה לבחון את עניינם של פונים המבקשים צו הורות, לרבות העותרים בהליך הנוכחי, עליו לקבוע דרישות ראייתיות שיויונית החלות על כלל הפונים, נשואים ולא נשואים, בני זוג הטרוסקסואלים ובני זוג בני אותו המין, המבוססות על הדרוש להוכחת ההורות בלבד, ושאינן מפלות" (שם, בפס' 47).

ברי כי ההסדר החוקי העיקרי המפלה זוגות חד-מיניים בהקשר זה הוא חוק הפונדקאות עצמו, ובעיקר הגדרת ה"הורים המיועדים" שבו. ואולם ייתכן כי החוק עומד בפני שינוי. הוועדה הציבורית שמונתה לבחינת הנושא הגישה זה מכבר את מסקנותיה, והן נבחנו על ידי משרד הבריאות.<sup>101</sup> בעקבות בחינה זו הוכנה הצעת חוק ממשלתית לתיקון חוק הפונדקאות, שאושרה לאחרונה בוועדת השרים לענייני חקיקה, וכוללת בהגדרת "הורים מיועדים" גם בני זוג מאותו מין.<sup>102</sup> הצעת חוק זו עשויה לצמצם באופן ניכר את ההפליה כלפי הומואים בחוק הקיים. גם אם הצעת החוק לא תקודם מסיבות שונות, קיים ספק רב אם חוק הפונדקאות הנוכחי יצלח ביקורת שיפוטית עתידית, בשל פגיעתו החמורה בשוויון, שבית המשפט הכיר בה זה מכבר אף שטרם התערב בהסדר החוקי.<sup>103</sup> מבין ההקשרים שנדונו עד כה, הפלייתם של להט"ב בנוגע להקמת משפחה היא אפוא הקשה מכולן. שני דברי החקיקה העיקריים הנוגעים לעניין, חוק האימוץ וחוק הפונדקאות, מבטאים הפליה כלפי זוגות חד-מיניים, ובכלל הקשור לחוק הפונדקאות, אף נראה כי מדובר בהפליה מכוונת. הפסיקה בעניין הסתפקה בקביעה שעקרון "טובת הילד" איננו שולל הורות חד-מינית, אך טרם התערכה באופן ממשי בהסדרים שנקבעו על ידי המחוקק בהקשר זה. גם היישום של הדין בעניין זה מעורר קשיים: ההסדר בעניין אימוץ ילדים עדיין לא הפך את האפשרות של אימוץ על ידי זוגות חד-מיניים בישראל למעשית, והמדינה מוסיפה להערים קשיים על רישום פונדקאות שנערכה בחו"ל שלא לצורך, בלא נהלה כתוב ובניגוד לפרשנות סבירה של הפסיקה הקודמת בעניין הרישום.

### ה. שוויון קהילתי: הזכות לשוויון של להט"ב כזכות קיבוצית

נטייה מינית וזהות מגדרית אינן עניין "פרטי" גרידא. אין מדובר בנתון "סטטיסטי" בלבד המאפיין את הפרט. הדיון שהובא עד כה עסק בהשלכות של תפיסה זו על היקפה של הזכות לשוויון בהיבטים הקשורים ליחיד ולמשפחה. אולם קיים מובן רחב אף יותר של ההכרה במאפיין ה"ציבורי" של הנטייה

101 משרד הבריאות "המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל" 51–75 (2012), נגיש בכתובת: [www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf](http://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf). מסקנות הוועדה אינן מבשרות התייחסות שווה כלפי זוגות חד-מיניים: הוועדה סברה כי על מנת לפקח על היקף תופעת הפונדקאות בישראל ולהגביל את עלותה, יש להותיר את אפשרות ההסתייעות בפונדקאות לנשים שאינן יכולות להרות בלבד (לרבות נשים יחידות). בנוגע להומואים, עמדת הוועדה היא כי יש לאפשר להם להסתייע בפונדקאות "אלטרואיסטית" (שלא בתשלום) בלבד, על מנת למנוע הרחבה משמעותית של הביקוש לפונדקאות בישראל (ראו שם, בעמ' 63) (יצוין כי בוועדה הייתה גם דעת מיעוט, שסברה כי יש להתיר עריכתם של הסכמים "אלטרואיסטיים" בלבד הן לבני זוג מאותו מין והן לבני זוג ממין שונה, ראו שם, בעמ' 75). אף שהצעת הרוב בוועדה מצמצמת במעט את ההפליה לפי הדין הקיים, אף היא משקפת הפליה בלתי-מוצדקת כלפי הומואים. גם אם יש מקום לצמצם את מספר הסכמי הפונדקאות בישראל, אין מקום לעשות כן תוך כדי החלת הבחנה המבוססת נטייה מינית. השימוש באמת המידה של נטייה מינית בהקשר זה מונע מהומואים אפיק מרכזי להקמת משפחה, ומבטא יחס עויין ופוגעני כלפי זוגות חד-מיניים. ואולם משרד הבריאות נקט גישה שוויונית יותר מאשר עמדת הוועדה הציבורית, כמפורט להלן.

102 החלטת ועדת השרים לענייני חקיקה מיום 2.3.2014.

103 ראו בפרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 95. כן ראו את הערות האגב של בית המשפט בפרשת ממט-מגד, לעיל ה"ש 91, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ארבל, ופסק דינו של השופט ג'ובראן שנדון לעיל.



המינית והזהות המגדרית, שעניינו תחולתה של הזכות לשוויון בנוגע לקבוצה. לפי מובן זה, הגנה משפטית ראויה על נטייתו המינית או זהותו המגדרית של אדם מחייבת הגנה מסוימת על הקהילה שאליה הוא משתייך. מדובר על הכרה בחובתו של השלטון לנהוג בשוויון כלפי הקהילה הלהט"ב ולא רק כלפי הפרטים שבתוכה.

יישומה של הגישה הראשונה לאיסור הפליה בהקשר הקהילתי, פירושה שבהחלטות שלטוניות בדבר פעילות ברשות הרבים והקצאת משאבים ציבוריים חל איסור להתחשב בקביעת המדיניות השלטונית בנטייה המינית ובוהות המגדרית של המשתתפים בפעילות, אלא אם כן גורמים אלה רלוונטיים. גישה זו יושמה זה מכבר בפסיקה בישראל. בהקשר זה למשל חייבו בתי המשפט את המשטרה ואת עיריית ירושלים לאפשר קיום של "מצעדי גאווה" בבירה, ואף לתלות דגלים ברחובות העיר כפי שעושה העירייה במקרים אחרים.<sup>104</sup> בית המשפט עשה זאת תוך שהוא נמנע מהתייחסות מפורשת לתוכן המסרים של "מצעדי גאווה", ועיגן את החובה לאפשר את קיום המצעד בעקרונות של חופש ביטוי וזכות ההפגנה.

שאלה מרכזית בהקשר זה היא אם התנגדותם של גורמים כלשהם לפעילות ציבורית של קהילת הלהט"ב, ובכלל זה "מצעדי גאווה", מרכזי פעילות (כמו "הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות") ותכניות טלוויזיה, צריכה להיחשב שיקול רלוונטי בהגבלת הפעילות הציבורית של הקהילה. כפי שכבר הוזכר לעיל, התפיסה המקובלת היא שהמשקל של התנגדות לתוכן המסר אינו ניכר, ובמקרה הרגיל אינו יכול להספיק כדי להצדיק הטלת הגבלות על חופש הפעולה של הקהילה בתחום הציבורי, והפליית בני הקהילה לעומת קבוצות אחרות. ואולם הגישה בהקשר זה אינה אחידה. במקרים מסוימים הסתפק בית המשפט בהחלת הגישה הראשונה בדבר ניטרליות בנוגע לתוכן המסר, בלא לעסוק בדיון בעצמת האינטרס הקבוצתי בפעילות ציבורית של קהילת הלהט"ב. כך היה, למשל, במשדר של תכנית הטלוויזיה "קלפים פתוחים" שעסק בזהות מינית של בני נוער. שר החינוך הורה לטלוויזיה החינוכית שלא לשדר את התכנית, בשל הסברה שהיא "מציגה את תופעת ההומוסקסואליות והלסביות באורח חד-צדדי, המעודד, אם לא למעלה מזה, להתנסות בחוויה אישית במישור זה"<sup>105</sup> ואין לשדרה בלא לכלול בתכנית ביטוי לעמדה השוללת נטייה מינית זו. בפסק דין בעניין האגודה לשמירת זכויות הפרט שניתן ב-1997 קבע בית המשפט שהחלטה זו של השר אינה חוקית, וחייב את הטלוויזיה החינוכית לשדר את התכנית, גם בלא לתת בה ביטוי לאלה הרואים בנטייה מינית וזהות מגדרית להט"ב "תופעה" הראויה לגינוי. בית המשפט ביסס את ההכרעה על כך שלא הוכח שהתכנית

104 להנמקה ברוח הגישה הראשונה ראו עת"מ 526/05 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 26.6.2005): "שטחיה הציבוריים של העירייה ומתקניה נועדו לשימוש של הציבור הרחב. עליה להעמידם לרשות הציבור כולו, על כל גווניו, תוך מתן אפשרות להבעת דעות שונות. אכן, על העירייה להתחשב בכלל תושבי העיר ולאזן בין השיקולים הרלבנטיים השונים ובכללם החשש מפני פגיעה ברגשותיהם של חוגים אלה ואחרים. עם זאת, אין העירייה רשאית להפלות לרעה ציבור זה או אחר בשל אי הסכמה של מי מאנשיה לדעותיו או לנטייתו המינית של אותו ציבור. כן, אין די בפגיעה ברגשותיו של חוג זה או אחר כדי למנוע מאחרים לממש את זכותם לשוויון, לכבוד ולחופש ביטוי". לסקירת מצעדי הגאווה השונים שנערכו בירושלים והדיונים המשפטיים על אודותיהם, ראו טריגר, לעיל ה"ש 3.

105 בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822, 824 (1997).

אכן מעודדת התנסות הומוסקסואלית. אף שהעתירה התקבלה, ננקטה כאן לשון ניטרלית כלפי העמדה המוצאת פגם מוסרי כלשהו בלהט"ב: "יש הסוברים שתופעה זו [הומוסקסואליות] אינה רצויה והיא אף מזיקה. ברם, אין בכך כדי להצדיק התעלמות ועצימת עיניים בפני קיומה של התופעה, ומכל מקום, קשה לראות בהדחקת התופעה ובהפיכת הדיון בה ל'טאבו', אחד מן האמצעים האמורים. הסתגרות והכרה ללא היכרות והבנה לא תבאנה, כך נראה לי, לתוצאות שהמבקשים לצמצם את ממדי התופעה רוצים בהן, והתעלמות ואיסור גורף ללא הנמקה לא יעמדו, בעולם של היום, כנגד הסקרנות, הפתיחות והרצון לדעת. הכרת התופעה אינה הופכת אותה כלשעצמה לרצויה ומקובלת, ובלעדיה לא ייתכן דיון של אמת במשמעותה ובהשלכותיה".<sup>106</sup> גישה זו של בית המשפט, שמתייחס בשוויון נפש וללא כל הסתייגות אל "העובדה שקיימת בחברתנו עמדה המבקשת לצמצם את תופעת הזהות החד-מינית על-ידי הוקעתה כאנטי-חברתית או אנטי-מוסרית", ואשר קובע ש"אין מניעה להציג עמדות אחרות בדבר אופייה החברתי של התופעה בתכנית נוספת",<sup>107</sup> היא שגויה בעינינו. התפיסה שלפיה יש מקום לכרוך בכפיפה אחת, בתכנית אחת או בתכניות נפרדות, מתן במה ציבורית לבני הקהילה, לשם סיוע לבני הקהילה וקידום הסובלנות בחברה, ולעמדות שמייחסות אי-מוסריות לנטייה מינית וזהות מגדרית להט"ב ומבטאות חוסר סובלנות, מעוררת תמיהה.

במקרים אחרים, שבהם נדרשה הכרעה בשאלה אם יש לאפשר לבני קהילת להט"ב לקיים אירועים פומביים, ברשות הרבים או במקומות ציבוריים, על רקע התנגדות של אנשים דתיים לפעילות זו, ננקטה גישה קרובה יותר לגישה השנייה, שמבטאת הכרה בכך שפעילות ציבורית של בני הקהילה היא בעלת חשיבות רבה לקידום כבוד האדם וסובלנות בחברה. עיקר הדיון בסוגיה זו התעורר סביב "מצעד הגאווה" השנתי בירושלים. בית המשפט דחה לאורך השנים כמה עתירות להורות על ביטול המצעד, בשל הפגיעה הנובעת ממנו ברגשותיהם של אנשים דתיים. ההלכה היא שאף שהפגיעה ברגשותיהם של אנשים דתיים היא שיקול רלוונטי בקביעת מסלול המצעד, והוא מצדיק הימנעות מקיום המצעד בתוך שכונות חרדיות בעיר, אין בו כדי לשלול את הזכות לקיים את המצעד. האינטרס של הציבור החרדי במניעת המצעד, הנובע מחוסר סובלנות ומעוינות כלפי אנשים הנמנים עם קהילת להט"ב, אינו אינטרס מוכר כל עוד "הפגיעה ברגשות הדתיים לא עברה את סף הסיבולת הגבוה הנדרש לצורך הסגתו של חופש הביטוי וההפגנה בשיטתנו המשפטית".<sup>108</sup> בית המשפט הכיר בהקשר זה בחשיבות הרבה של המצעד כנינון קהילה ובחזיון: "התכנסותם של בני הקהילה ההומו-לסבית, והשתתפותם באירוע במקום מרכזי בעיר נועדו להביא את דברה של קהילה זו אל הציבור, ולקרבו אליה. הם נועדו לקדם את היכרותו של הציבור הרחב את הקהילה, ואת הכרתו בה. הם נועדו לבסס את זכותה של הקהילה להשתלב במרקם האנושי הכולל של העיר ותושביה. המפגש בין חברי הקהילה לצורך האירוע ממלא

106 שם, בעמ' 825–826 (השופט קדמי).

107 שם, בעמ' 827 (השופט קדמי).

108 בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, פס' 14 (פורסם בנבו, 27.12.2006). הדין הוא ש"רק סכנה קרובה לוודאי לפגיעה עמוקה, רצינית וקשה ברגשות הציבור – ובהן פגיעה ברגשות הדת – תצדיק הגבלה של חופש הביטוי. מדובר במקרים חריגים ויוצאי-דופן אשר באופים מזעזעים את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית [...] גם במקרים אלה, יהיה על הפגיעה בחופש הביטוי לקיים את דרישת המידתיות כך שהפגיעה לא תעלה על הנדרש" (שם, בפס' 13). ראו, באופן דומה, בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 20.6.2007).

גם תפקיד חשוב בחיזוק הקשר הפנימי בין החברים, ותורם לגיבוש החוסן החברתי של גוף זה.<sup>109</sup> קביעה זו מדגימה את עדיפותה של הגישה השנייה שהוזכרה לעיל, ואת דחיית התפיסה בדבר ניטרליות: החשיבות של האינטרס שבקיום "מצעד הגאווה" אינה שקולה כלל לעצמת האינטרס הנוגד, של מי שמבקשים למנוע את קיום המצעד בשל עוינותם לקהילה. עם זאת, יש לציין שהעמדה העקרונית האמורה של בית המשפט לא מנעה הטלת הגבלות ניכרות בנוגע למסלול המצעד, בשל החשש לשלום הציבור עקב הסכנה שכמה מאלה העוינים את קהילת להט"ב ינהגו באלימות, וחוסר בכוח אדם משטרתי בשל המצב הביטחוני.<sup>110</sup> בשל כך ניתן להטיל ספק במידה שבה מיושמת בפועל הזכות לשוויון של הקהילה לפעול במרחב הציבורי. יישום מלא של הזכות לשוויון מחייב לפיכך את הרשויות לנקוט צעדים תקיפים יותר למיגור תופעות של חוסר סובלנות, הן בהקצאת אמצעי אבטחה ושיטור והן בפעולות חינוך ארוכות טווח, ובכלל זה במסגרת "לימודי הליבה" בכלל בתי הספר בישראל.

לבסוף, תחום חשוב של יישום הזכות לשוויון בהיבט הקיבוצי הוא זה של הקצאה שלטונית של משאבים כספיים הנחוצים לפעילויות ולמוסדות קהילתיים. הגישה העיקרית הנוהגת בהקשר זה בפסיקה היא זו של ניטרליות. בית המשפט מסתפק לרוב בקביעה שאם מקצים משאבים לפעילות קהילתית שהיא דומה בעיקרה לזו שמבקשים לקיים בני קהילת להט"ב, יש להקצות כספים גם לפעילות זו. זוהי, בעיקרה, הגישה שננקטה בפסק הדין בעניין הבית הפתוח משנת 2010. בית המשפט הורה שם לעיריית ירושלים לשנות את מבחני התמיכה שקבעה, וזאת לנוכח החשד שהמבחנים נקבעו מתוך כוונה שלא לתקצב את "הבית הפתוח", מרכז המשמש לפעילות קהילת להט"ב בעיר.<sup>111</sup> בית המשפט קבע בפסק הדין שלפי מדיניות העירייה מוענק תקצוב לפעילויות של מרכזים קהילתיים שונים בעיר, ומכוח החובה לנהוג בשוויון על העירייה להעניק תקצוב לא רק למרכזים הפועלים לרווחתה של קהילה שכונתית מסוימת, כפי שנהגה העירייה, אלא גם לצורכיהן של קהילות "מפוזרות", כמו הנמנים עם קהילת להט"ב בעיר. לפי גישתו של בית המשפט, במקרה זה "אין צורך 'להזריק' את עקרונות השוויון, הפלורליזם והצדק החלוקתי לתבחינים הקיימים [...] כדי להגיע למסקנה כי יש להכיר בבקשת התמיכה של [הבית הפתוח]",<sup>112</sup> וזאת מכוח החובה להקצות משאבים למרכזים קהילתיים באופן שוויוני. אף שהחלת גישה זו הובילה לקבלת העתירה, השתלשלות הדברים בפרשה זו מעידה על הקשיים הכרוכים בדבקות בגישה מסוג זה. עמדה זו מטילה נטל כבד למדי על מרכזים קהילתיים, להצביע על כך שמבחני התמיכה נקבעו על יסוד שיקולים זרים או שהתוצאה הנובעת מהחלתם אינה שוויונית. נדרש להראות שהפעילות של מרכזים קהילתיים שזוכים לתמיכה ציבורית היא דומה בעיקרה לזו של המרכז הקהילתי של אנשים להט"ב. אלה הן דרישות שלא אחת קשה לעמוד בהן, והן

109 בג"ץ 5317/08 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, פס' 5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 22.6.2008).

110 כך היה, למשל, בשנת 2006, במקרה שנדון בפרשת משי זהב, לעיל ה"ש 108, שם נאלצו מארגני המצעד לקיימו בתוך אצטדיון האוניברסיטה, ללא כל צעדה ברחובות העיר, בשל הסיכון שנשקף למפגינים עקב האיום האלימות של גורמים עוינים.

111 עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.2010) (להלן: פרשת הבית הפתוח).

112 שם, בפס' 71.

מאפשרות לרשויות שלטוניות החפצות בכך לנקוט אמצעי התחמקות שונים לשם מניעת תקצוב. ואכן, פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין הבית הפתוח, שהתמקד בשאלה אילו אמות מידה כלליות הן שוויוניות, במובן של ניטרליות, לא מנע מן העירייה לקבוע אמות מידה חדשות, אשר יישומן הביא, שוב, לשלילת התקצוב מן המרכז הקהילתי הנדון, ונדרש הליך שיפוטי נוסף בהקשר זה.<sup>113</sup> בצד זאת, לא ניתן להמעיט בחשיבותו של פסק הדין, שדן בהרחבה בצרכיה הייחודיים של הקהילה הלהט"ב בהיבטים חברתיים, תרבותיים, חינוכיים ואחרים.<sup>114</sup>

אנו סבורים שמן הראוי להחיל בהקשר הקהילתי את הגישה השנייה שתוארה לעיל באשר לזכות לשוויון. יש לקבוע כי מכוח הזכות לשוויון מוטלת על רשות שלטונית, ובכלל זה עירייה, לסייע באופן אקטיבי, בדרך של הקצאת משאבים כספיים, הקצאת שטחים ציבוריים ועוד, לקהילות דוגמת קהילת הלהט"ב, אשר בשל המציאות החברתית הקיימת סובלת מעוינות ופעילותן נחוצה במיוחד לשם קידום השוויון והסובלנות בחברה. הכרה בזכות לשוויון של הלהט"ב כנובעת מערך כבוד האדם מבססת חובה שלטונית לפעול לקדם זכות קבוצתית לשוויון של בני הקהילה. חובה זו נובעת מן ההכרה שפעילות קבוצתית-קהילתית תורמת תרומה חשובה למימוש נטייתו המינית או זהותו המגדרית של הפרט. אדם בעל נטייה חד-מינית או זהות מגדרית שונה, המוצא מסגרות תמיכה, שייכות וביטוי עצמי, מסוגל לממש את זהותו באופן שלם יותר. קיומן של מסגרות תמיכה, רווחה ותרבות קהילתיות עשוי לאפשר לו להרגיש שווה בין שווים, להתגבר על תחושות של נחיתות שהחברה נוטה לייחס ללהט"ב, ולהעשיר את האופן שבו זהותו הייחודית באה לידי ביטוי. היבט נוסף קשור כאמור בתרומתה של פעילות קבוצתית להפחתת עוינות כלפי הקהילה. בכוחו של מיעוט הפועל באופן קבוצתי ומאורגן לחשוף את עצמו לציבור הרחב, לקיים פעילויות שיביאו להגברת הסובלנות כלפיו, ולמנוע תופעות של אלימות כלפי חברי הקהילה. פעילויות כאלו מרחיבות את ההגנה על הפרט, וכך בכך מניבות גם תועלת כלפי הקבוצה המופלית כולה. גורמים שלטוניים מחויבים לתקצב מרכזים קהילתיים ללהט"ב לא רק על יסוד טעמים של שוויון לעומת התקצוב של מרכזים קהילתיים אחרים (כפי שנקבע בפרשת הבית הפתוח), אלא כחובה עצמאית, ללא קשר למדיניות המוחלטת על מרכזים קהילתיים אחרים שפעילותם אינה נחוצה באותה מידה לקידום השוויון. מטעם דומה מוטלת על השלטון גם החובה לפעול להקמתן של מסגרות ייחודיות לאנשים שנפגעו על רקע נטייתם המינית וזהותם המגדרית, לתמוך בפעילויות של חינוך בלתי-פורמלי בעניינים אלו וכיוצא בזה.<sup>115</sup> נדרשת גם תמיכה באירועי תרבות מסוימים,

113 עת"מ (י-ם) 45870-05-11 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 27.10.2011).

114 ראו למשל פרשת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 111, פס' 71 לפסק דינו של השופט עמית, ושם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

115 מסגרות כאלו קיימות בישראל, והן נתמכות באופן חלקי בלבד על ידי המדינה. בין היתר: "בית דרור" הוא הוסטל לנוער להט"ב בסיכון, הפועל כחלק מחסות הנוער במשרד הרווחה; "ארגון נוער גאה" ("איגי") הוא ארגון המפעיל קבוצות מפגש לנוער וצעירים להט"ב בכל רחבי הארץ, ופעילותו נתמכת באופן חלקי על ידי משרד החינוך; "חוש"ן" הוא ארגון המבצע הסברה בבתי ספר ובארגונים נוספים בנושאים של נטייה מינית, זהות מגדרית וסובלנות, הפועל בשיתוף פעולה עם משרד החינוך.

התייחסות ללהט"ב במסגרת תכנית הלימודים הממלכתית, חובה של ייצוג הולם במוסדות ציבוריים רלוונטיים<sup>116</sup> ועוד.

עידוד שלטוני לפעילויות כמו "מצעדי גאווה" מבטא הכרה בכך שלחברה כולה עשויה לצמוח תועלת בעקבות היכרות עם הקהילה הלהט"ב, הן בשל התועלת הטמונה בהיכרות עם קבוצת מיעוט בכלל, והן בשל הגיוון המגדרי שמציעה קשת הזהויות הלהט"ב בפרט. יחס שווה לנטייה מינית וזהות מגדרית המבוסס על הכרה בכבוד האדם מחייב לא אחת פעולה אקטיבית מצד הרשות המבצעת.

## 1. סיכום

איסור ההפליה מחמת נטייה מינית וזהות מגדרית איננו עניין "פרטי" בלבד. הגנה ראויה על האוטונומיה של להט"ב ועל כבודם מחייבת הכרה במשמעות ה"ציבורית" של מרכיבי זהות אלו. מימוש של נטייה חד-מינית מקים צורך בהגנה משפטית על זוגיות חד-מינית באופן שבו מגנה המדינה על כל יחסי זוגיות, הן בין בני הזוג עצמם והן בהטבות הניתנות למשפחות מסוג זה. התייחסות שווה לזהות מגדרית טרנסג'נדרית מחייבת סיוע של המדינה בביצוע התהליך המורכב של מעבר בין-מגדרי, והכרה בצורך בהגנה ייחודית על טרנסג'נדרים מפני הפליה. אלה גם אלה זקוקים לקהילה: קהילה שתשמר להם בית, קהילה שתילחם את מלחמותיהם לשוויון ולזכויות יסוד אחרות, קהילה שתבטא את הייחוד והגיוון שמציעות הזהויות הלהט"ב למיניהן. הגנה על הזכות לשוויון מחייבת כי המדינה תקצה משאבים לטובת הקהילה הלהט"ב, ותתמוך בכינונה של קהילה אף באמצעים אחרים.

הפסיקה בישראל בנושא הזכות לשוויון מבטאת הכרה גוברת בכך שמדובר בזכות יסוד של הפרט הקשורה באופן הדוק לכבודו, לחירותו ולאוטונומיה שלו. מגמה זו משליכה גם על האופן שבו יש לברר טענות הפליה בנוגע ללהט"ב, ויש להרחיבה. הגישה כי הפליה מתקיימת רק במקרים שבהם נשקלו שיקולים "לא רלוונטיים", או שהרשויות נהגו באופן לא "ניטרלי", איננה מספקת. היא חושפת להט"ב יחידים, זוגות חד-מיניים ואת הקהילה בכללותה לפגיעה ממשית במגוון הקשרים, ומאפשרת יחס פוגעני ועוין כלפיהם. ראוי לאמץ בהקשר זה תפיסה המבוססת על ערך כבוד האדם. תפיסה זו, כפי שהראינו בהקשרים השונים שנדונו במאמר, עשויה להביא להגנה ראויה על זכויותיהם של להט"ב. המאבק המשפטי לשוויון של קהילת הלהט"ב זכה להצלחה רבה יחסית. בתוך כשני עשורים עוגן בחקיקה איסור ההפליה מחמת נטייה מינית. ואולם, עוד ארוכה הדרך. ההגנה על זוגיות חד-מינית במשפט הישראלי היא חלקית למדי, והיא מבוססת על הסדרים משפטיים שעצמתם חלשה, כדוגמת פסיקות לא אחידות של בתי משפט בערכאות נמוכות. ההגנה על זהות מגדרית טרנסג'נדרית איננה בהירה מבחינה משפטית, ואין הכרה בחובה לסייע לטרנסג'נדרים במימוש זהותם. הרחבת ההגנה על הקהילה הלהט"ב במובן הקבוצתי, שהוכרה בפסיקה, פותחת פתח לתקווה למיגור ההפליה בנושא גם

116 איננו מציעים לאכוף באופן כולל "ייצוג הולם" ללהט"ב במוסדות ציבוריים, אלא להכיר בצורך (ואולי אף בחובה) לכלול להט"ב בגופים ציבוריים בעלי השלכה ישירה על ענייניהם של להט"ב. בכלל זה ניתן להעלות על הדעת גופים כמו נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, הנהלת השירות הפסיכולוגי-יעוצי (שפ"י) של משרד החינוך, העוסק (בין היתר) בעניינים של חינוך מיני לנוער, ועדות ציבוריות המתמנות לסוגיות הנוגעות ישירות ללהט"ב (כדוגמת ועדת מור-יוסף שצוינה לעיל) ועוד.

בהקשרים שבהם היא שרירה וקיימת. יש לקוות שהסדרים מפלים בנוגע ללהט"ב – כדוגמת ההסדרים בעניין תרומות דם, אימוץ, פונדקאות, היעדר ההגנה על זהות מגדרית, תמיכה מועטה במוסדות קהילתיים ועוד – יהפכו להיות נחלת העבר. יש לקוות כי החברה הישראלית על שלל גווניה תהא נכונה גם לפתיחת האפשרות למיסוד שוויוני של זוגיות חד-מינית, וכי בצד ההכרה בחובה לתת יחס שווה לקהילה זו מצד השלטון וגורמים פרטיים, תוכר גם התועלת החברתית הרבה שבסובלנות ובהגנה על זהות אישית ייחודית ובגיוון מגדרי.