



הורים חשודים פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונורמטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' שר הפנים

חגי קלעי*

1. מבוא. 2. המשפחה הטרונורמטיבית והסטנדרט הכפול של הזיקה הגנטית. 3. על אשורר כמטרה בפני עצמו. 4. על המחיקה. 5. סוף דבר.

1. מבוא

פסק הדין בפרשת ממט-מגד¹ הוא פסק דין משמעותי להורים הומואים רבים, כמו גם למשפחות נוספות המסתייעות בפונדקאית בחו"ל.² חסמים ביורוקרטיים מיותרים, שלא שירתו כל תכלית ממשית ושפגעו פגיעה קשה בילדים הוסרו. בתמצית, פסק הדין עסק במעמד וברישום הורות בסיוע פונדקאית שנעשתה מחוץ לישראל. השאלה הראשונה שנדונה בפסק הדין הייתה אם יש הכרח בקיומה של זיקה גנטית בין אחד מההורים המיועדים לילד על מנת להקנות לו אזרחות ישראלית. נקבע כי יש צורך בקיומה של זיקה זו, אף שאין הכרח להוכיח אותה באמצעות בדיקת רקמות. בית המשפט לא בחן את התנאים הנוספים הקבועים ב"נוהל פונדקאות חו"ל" של משרד החוץ על מנת להכיר

* עו"ד, תלמיד לתואר מוסמך, New York University. חלק מההליכים הנדונים במאמר זה נדונו בפני בית המשפט העליון עת שימשתי בו כמתמחה וכעוזר משפטי. עם זאת, כל האמור במאמר הוא על דעתי בלבד, ואינו משקף את עמדת בית המשפט או מי משופטיו. תודתי ליופי תירוש ויהודה גור על הערותיהן המלומדות לגרסאות קודמות של מאמר זה כמו גם לחברי מערכת "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הערות פסיקה אור סדן וטל מימרן.

1 בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014).

2 ב"פונדקאות חו"ל" כוונתי להליכי פונדקאות בהם ההורים המיועדים הם אזרחים ישראלים, האם הנושאת אינה אזרחית ישראל, ההליך נעשה מחוץ לישראל ולרב גם המטען הגנטי שאינו של ההורים המיועדים (הביצית או תרומת הזרע).



בהורות ההורה הראשון, ולא קבע מה יהיו המבחנים הראויים לבחינת הזיקה הגנטית בעתיד. השאלה השנייה שהתעוררה באותה הפרשה היא שאלת רישומו של ההורה השני. בית המשפט קבע כי אין מקום להתנות את הרישום בצו אימוץ או צו הורות ויש לרשום את ההורה השני על פי תעודה ציבורית זרה. מאחר שבהליך הנוכחי נדון עניינם של הורים שנעזרו בפונדקאית בארצות-הברית וניתנה להם תעודה ציבורית זרה, לא נדונו השאלות הנוגעות לדינו של הורה שני אם התעודה הזרה מציינת רק את ההורה הראשון, מקום שבו לא ניתנת תעודה ציבורית זרה כלל (וכל שישנו הוא מסמך ויתור על האם הנושאת) וכדומה. עם זאת, זו תהיה טעות להבין מפסק הדין שעבור הורים אלו ישנה חובת אימוץ. העיקרון הבסיסי של פסק הדין, המעמיד במוקדו את הצורך לצמצם את הפער שבין המציאות העובדתית לסטטוס המשפטי, מוביל לכיוון ההפוך, ומכל מקום, משלא נדונו נושאים אלו ולא הוכרעו, הם עדיין פתוחים להכרעה עתידית.

אין בכונתי לערער ברשימה קצרה זו על משמעות ההישג להורים רבים הנהנים ממנו. עם זאת, אבקש לבחון את מבנה פסק הדין, לשאול למי הוא מסייע ואת דרכם של מי הוא חוסם. אראה שפסק הדין פוסע בנתיב סלול היטב בפסיקה הישראלית המחליף מערך של היתרים ואיסורים במערך של פיקוח ואשרור. היחידה המשפטית הלהט"בית מסומנת כיחידה משפטית "חשודה", הנדרשת להוכיח באופן שיטתי את התאמתה למודלים הטרונומרטיביים, קרי, הורות משותפת של זוג (עדיף יהודי) תחת קורת גג אחת המקיים קשר גנטי (מוכח או מכוח חזקה משפטית) של שני בני הזוג עם הילדים, על מנת להימצא "כשירה" להורות.³ מי שאינם נכונים או יכולים להיכנס למסגרת של המודל

³ המודל ההטרנומרטיבי מעמיד במוקדו אידאל מדומה של זוגיות הטרוסקסואלית הומוגנית והורות גנטית. בלשונה של איילת בלכר-פריגת, "גבולות המשפחה עוצבו בהתאם לאידיאולוגיה פטריאכלית שקידשה את המשפחה הגרעינית, המורכבת מבני-הזוג הנשואים וילדיהם הקטנים, או את מוסד הנישואין ההטרסקסואלי עצמו". איילת בלכר-פריגת "על זכויות גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 552 (2003); צבי טריגר, בעקבות דיוויד שוורץ, מזהה מודל זה כחלק מתופעה של הטרופיליה, קרי, האדרת ההטרסקסואליות כמשפט, ומציין כי: "יש מקור נוסף להפליה נגד להט"בים, והוא תפיסת עולם שלא מבוססת על שנאה ופחד (כלומר, על פוביה), אלא כזו המבוססת על העדפה עקבית של האהבה ההטרסקסואלית ושל האידיאולוגיה המינית שהתרבות הפטריארכלית קושרת בהטרסקסואליות: יחסים הטרוסקסואלים זוגיים מונוגמיים שהמופע הלגיטימי העליון



הורים חשודים

ההטרונורמטיבי יותרו תחת משטר משפטי של איסורים, המונע מהם להיות להורים באופן יזום, ולא פעם מקשה עליהם לשמש כהורים לילדיהם שלהם.⁴ במילים אחרות, הרשימה תצביע על הפער שבין הרטוריקה המשפטית לבין הנרטיב הבסיסי שעליו מושתת הדיון, פער שאינו רק בעל משמעות סימבולית, אלא גם מוביל לעיצוב מנגנון משפטי ומנהלי מוטא נגד הורות שאינה הטרונורמטיבית הלכה למעשה. אם כן, מבנה הארת הפסיקה הנוכחית יהיה כאמור להלן. **החלק הראשון** יוקדש לשאלת מבנה המשפחה ההטרונורמטיבית, ובפרט לדרישה לקיומה של זיקה גנטית בין ההורה לילד כפי שנקבעה בפסק הדין, ושעומדת בבסיס תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד–2014 (להלן: תזכיר לתיקון חוק הפונדקאות) שהובא לאחרונה להערות

שלהם הוא במסגרת קשר נישואים". צבי טריגר "נישואים חד-מיניים בפסיקה בית המשפט העליון האמריקאי: ירדת ההומופוביה ועליית ההטרופיליה במשפט" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 14, 27, 30–31 (2013) www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/14/14_august_2013_5_triger.pdf; ראו עוד, לעניין המודל ההטרונורמטיבי במשפט את דבריה של מילי מאסס המציינת כי: "לעתים קרובות מדי משמש עקרון טובת הילד בראש וראשונה כסרגל, שעל פיו אנו מודדים את מידת סטייתם של ההורים מנורמות שאנו מתייחסים אליהן כאילו היו חוקי טבע [...] מרבית ההורים, שאנו באים אליהם בתביעות בשם עקרון טובת הילד, נמנים עם שכבות מצוקה, והכרתם בערך עצמם מוגבלת ביותר. מצוקה איננה רק מחסור חומרי, היא גם השפלה ופגיעה בכבודו של האדם. הדרישה המופנית להורים אלה, לציית לדרישות שלנו ללא ניסיון ממשי לשנות את תנאי חייהם, מעמיד את ההורים, החיים בשולי החברה כקבצנים גם ביחס לילדיהם". מילי מאסס "טובת הילד" – על הבחירה הערכית ותפקיד המומחים" **חברה ורווחה** טו 415, 421–422 (1995); על המודל ההטרונורמטיבי ויחסו לקהילה הלהט"בית, לרבות בהקשר פריון וילודה עמד אייל גרוס בציינו "להצלחה [של המאבק הלהט"ב] תרם גם אופי המאבק, שהתמקד ב'חייילים ואמהות' [...] בכך ביקשו הומואים ולסביות להשתתף בתפקידים שייעדה הציונות לגברים ולנשים. במובן זה אכן אפשר לומר שבממדים רבים, המאבקים לשוויון שימרו ולא ערערו את הסדר החברתי הקיים, והבטיחו זכויות בעיקר למי שרצה ויכול היה להשתתף בו, הן בהקשר של המאבקים להכרה בתא המשפחתי והן בהקשר של המאבק לשוויון בשירות הצבאי". אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קוורית" **מעשי משפט** ה 101, 106 (2013); ראו עוד בהקשר למודל ההטרונורמטיבי והשפעתו על עיצוב המאבק לזכויות של הקהילה הגאה דן יקיר ויונתן ברמן "נישואין בין בני אותו המין: האמנם הכרחי? האמנם רצוי?" **מעשי משפט** א 169 (2008); וכן מיכל טמיר "השפה העברית לא המציאה לי תואר": על כבודן של משפחות 'אלטרנטיביות' בישראל" **קריית המשפט** ח 251 (2008). לניתוח, בהקשר של הליכי אימוץ, של הפרקטיקה החברתית כשילוב של טכניקה של הדרה, משמוע והסתרה, ראו מילי מאסס ועדי אופיר "דאגה, השגחה והפקרה: על אימוץ כפוי וסגור" **עיוני משפט** כט 257, ובעיקר 265–267 (2006).

4



הציבור על ידי משרד הבריאות. **החלק השני** יוקדש לבחינת צורות הפיקוח, ויראה כי אף שבמוקד הרטוריקה השיפוטית עומד עקרון "טובת הילד" ו"טובת האם הנושאת", פסק הדין נסמך על מנגנונים שאינם משרתים עקרונות אלו. מנגנוני הפיקוח, ובפרט מנגנוני הפיקוח הוולונטריים, דוגמת המלצתה של המשנה לנשיא מרים נאור להורים להט"בים לאשרר את הורותם באמצעות צו בית משפט, משמשים להבחנה בין המשפחה ה"טבעית", שאינה דורשת אישור, למשפחה ה"חשודה" הדורשת אישור מתמיד. **החלק השלישי** יעסוק במחיקה הלהט"בית. ביסוסו של פסק הדין המרכזי על שיקולים מנהליים בלבד ממחיש היטב את ההתנגדות הרחבה להכיר בסוגיה כסוגיה של זכויות אדם, ובפרט, כסוגיה הנוגעת לזכות לשוויון, והרצון להגביל את הדיון לשאלות טכניות לכאורה. במונח זה, מבין שבעת השופטים בהרכב רק השופט סלים ג'ובראן (בדעת הרוב) והשופט אליקים רובינשטיין (בדעת המיעוט) הכירו בהיבט האנושי והחוקתי המתעורר בהליך.

2. המשפחה ההטרונורמטיבית והסטנדרט הכפול של הזיקה הגנטית

במוקדה של פרשת ממת-מגד עמדו שתי שאלות, הנדמות על פי פסק הדין כמנותקות זו מזו. השאלה הראשונה היא אם נדרשת זיקה גנטית בין ההורה לילדו על מנת לבסס את הקשר ההורי כאשר הילד נולד בסיוע פונדקאית בחו"ל. השאלה המשנית בהקשר זה הייתה כיצד, אם ישנו צורך בקשר גנטי, על ההורה להוכיח את קיומו. השאלה השנייה שהתעוררה, שנדונה במאוחד היא השאלה מה מעמדו של ההורה שאינו בעל זיקה ביולוגית לילד, וכיצד ייקבע מעמד זה. אלא ששתי שאלות אלו אינן מנותקות זו מזו. יחדיו הן תוחמות את גבולותיה של המשפחה, ויוצרות היררכיה בין הזיקה ההורית הטבעית והזיקה ההורית הלא טבעית.

הזיקה הגנטית, לדעת שלושה מבין חמשת שופטי הרוב (למעט זו של השופט ג'ובראן שמצא לנכון לדחות את העתירה בהקשר זה מהטעם שיש לברר את טיב הזיקה ההורית בפני בית המשפט לענייני משפחה, והשופט יורם דנציגר שהצטרף אליו) היא



הורים חשודים

המפתח להבנת הזיקה הבסיסית שבין ההורה לבין הילד.⁵ כל זיקה אחרת, לגישת המשנה לנשיא נאור והשופטות ארבל וחיות שהצטרפו אליה, אינה יכולה להקנות זכויות דוגמת אזרחות, שהן זכויות מהותיות (בניגוד להכרה רישומית לא מהותית). עמדה זו, המעמידה במוקדה את הזיקה הגנטית, אינה מנומקת בפסק הדין, ומוצגת כמובנת מאליה. עם זאת, אין זו עמדה הכרחית כלל ועיקר, הן מבחינת הדין הפוזיטיבי והן מבחינה נורמטיבית. מבחינת הדין הפוזיטיבי, לא ניתן להסיק עמדה זו כפרשנות הכרחית מלשון חוק האזרחות, התשי"ב–1951. כפי שציין בהקשר זה השופט ג'ובראן,⁶ במסגרת החוק זכאי אדם להורות מכוח "לידה", ואין החוק קושר את המונח "לידה" לקיומה של זיקה גנטית. במילים אחרות, ניתן לפרש את החוק כמבחיין בין מצבים שבהם הטענה למעמד בישראל קמה במועד הלידה עצמו, בשל קיומם של הורים שהם אזרחים ישראלים, למול מצבים שבהם הטענה לזכות מתעוררת בשלב מאוחר יותר (דוגמת אימוץ, שבות או פליטות). בהמשך לכך, פרשנותו של בית המשפט בפרשת ממת-מגד, שעל פיה "לידה" משמעה זיקה גנטית, אינה עולה בקנה אחד עם הסדרים אחרים שבמסגרתם מוענקת אזרחות ישראלית מכוח הורות. כך לדוגמה, נשים היולדות ילדים

⁵ למן הראוי לציין בהקשר זה כי עובר למתן פסק הדין בפרשת ממת-מגד ניתנו פסקי דין סותרים בסוגיה זו. כך, בתמ"ש (ת"א) 38/12 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.11.2012) מצא בית המשפט כי ניתן להוכיח את הזיקה הגנטית בדרך של מאזן הסתברויות; בשונה, היו בתי משפט שראו בבדיקה הגנטית כ"דרך המלך" לבירור אבהות (וראו פירוט בעניין זה בה"ש 11). עם זאת, רק בהליך אחד, הוא פרשת פלונית 2014 (להלן, ה"ש 14) שידון בהרחבה בהמשך, התעוררה במישורין השאלה אם ניתן לרשום הורות מקום שבו ברור שאין זיקה גנטית, ושם נדחתה הבקשה. יצוין עוד כי הספרות הרלוונטית, רובה ככולה, דוחה את מודל הזיקה הגנטית כמודל המרכזי לקביעת הורות, הן מחמת חוסר מעשיות, הן מהטעם שהוא מייצר שיח מעיין קנייני בתחום ההורות ואינו מסוגל לשקף את מערכת היחסים המהותית שבין הורים וילדים וראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223 (2005); איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים", **משפטים** מ 5 (2010); יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** ו 533, 553 (2012); יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" **משפטים** מב 835 (2012); ראו עוד, לסקירת מעמד הזיקה הגנטית בפסיקה בארצות-הברית לדוגמה John Lawrence Hill, *What Does It Mean to Be a "Parent"? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, 66 N.Y.U. L. REV. 353 (1991).

⁶ פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, פס' 31 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



תוך שימוש בתרומת ביצית הן, על פי חוק מפורש, בעלות מלוא הזכויות ההוריות. היעדרה של זיקה גנטית אינו משפיע כהוא זה על מעמדה של האם, או על אזרחותו של הילוד, ולא נדרש כל הליך של אישור הזיקה שבין האם לבין הילד.⁷ השאלה אם לילד זיקה גנטית לבן זוגה של האם, ככל שישנו, אינה רלוונטית כלל להקניית הזכויות ההוריות למי שנשאה את הילד ברחמה. פרשנותו של בית המשפט בהליך הנוכחי אף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה ענפה של בית המשפט העליון עצמו, המעניקה משקל חלקי בלבד לזיקה הגנטית שבין הורה לבין ילד. כך לדוגמה, אין חובה לאתר אב גנטי בהליכי מסירה לאימוץ,⁸ וקיומה של זיקה גנטית היא שאלה משנית, אם בכלל, במסגרת בחינת החובות של הורים לילדיהם או בסכסוכי משפחה.⁹ אף באשר להכרה בהורות, ובפרט באבהות, ההלכה העקרונית שנקבעה בנוגע לזוגות הטרונומטיבים היא שהנטל הראשוני להוכחת קיומה של אבהות מוטל על האב, וניתן לעמוד בו על ידי הוכחת חיים משותפים של בני הזוג, אך לאחר מכן קמה לאב חזקת הורות (מבלי לבחון את הזיקה הגנטית), והנטל לסתור חזקה זו יוטל על המבקש לעשות זאת.¹⁰ עם זאת, פסיקה זו, כפי שעוד יורחב, בהחלט עולה בקנה אחד עם יחסו של המשפט הישראלי להורים

⁷ ראו ס' 42 לחוק תרומת ביציות, תש"ע-2010.
⁸ בג"ץ 29/74 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כה(2) 169 (1974). ראוי לציין בהקשר זה כי ההדרה המוחלטת של האב הביולוגי בהליכי האימוץ אינה יכולה להיות מוסכרת כחלק מהאוטונומיה של האם, ולמעשה, ככל שיש משקל נורמטיבי לזיקה גנטית, הרי שהאב הביולוגי ראוי להיות המועמד הראשי להורות, אף אם האם מוותרת על זיקתה ההורית לילד. פרשנות זו אף מתיישבת עם העדפת חוק האימוץ עצמו קרובי משפחה על פני זרים, ושדורש במסגרת אימוץ מרצון הסכמה של של ההורים. ההתנגדות השיטתית למעורבות אבות בהליכי אימוץ יכולה להיות מוסכרת על רקע המודל ההטרונומטיבי – הרעיון של אב חד-הורי בעולם המקצה את התפקיד ההורי לאימהות מאתגר בצורה חריפה את המודל ההטרונומטיבי. להיקף התופעה של הדרת אבות גנטיים מהליכי מסירה לאימוץ ראו לידיה רבינוביץ "האב שאינו יודע לשאול" מעמדו של האב ביולוגי לא-נשוי בהליכי אימוץ בהסכמה בישראל" **עיוני משפט** לד 565 (2011); לבחינת הנורמה הקושרת בין מין נקבי, מגדר נשי ואימהות ולאתגורה ראו לוסיאן לאור "מחשבות על פרפורמטיביות אימהית" **המשפט** יז 411 (2011).

⁹ ראו לדוגמה בע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 29.8.2013); וכן ראו תמ"ש-27090-11-01 א.א.נ' נ' ח.מ. (פורסם בנבו, 28.10.2011) שם מטעמים של טובת הילד נדחתה בקשתו של מי שהוכר כאב על ידי בית הדין השרעי ללא בדיקה גנטית לעבור בדיקה גנטית על מנת להוכיח שאינו האב.

¹⁰ ראו בג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, מנהל האוכלוסין, פ"ד נח(1) 919 (2003).



הורים חשודים

”חשודים” אחרים, דוגמת זוגות בני אותו המין, זוגות בני דתות שונות וזוגות שבהם רק אחד מבני הזוג הוא ישראלי (בפרט במקרים שבהם בני הזוג הם ערבים).¹¹

השאלה המתעוררת, בהקשר זה, היא מתי מעניק בית המשפט משקל לקיומה של זיקה גנטית ומתי הוא מבכר לתת את הבכורה לזיקה המבוססת על טיב הקשר עצמו שבין ההורה לבין הילד. נדמה שניתן להתבונן על שאלה זו בצורה מלאה מעט יותר אם

¹¹ פרשת המפתח בהקשר זה, שנדונה בפרשת ממת-מגד היא בג”ץ 10533/04 ויס נ’ שר הפנים (פורסם בנבו, 28.6.2011) בפרשה זו נקבע הסדר מיטיב להקניית מעמד לילד שנולד בישראל וששני הוריו ישראליים על פני ילד שנולד בישראל ושרק אחד מהוריו ישראלי, ונקבעה חובה להוכחת הזיקה האובייקטיבית של האב הישראלי לילד, מקום שבו האם אינה ישראלית. המחלוקת שהתעוררה בפסק הדין נגעה לשאלה אם ניתן לקבוע הסדר גורף המחייב הורים מעורבים בהבאת ראיות נוספות לזוגיות ולהורות. דעת הרוב של השופטות עדנה ארבל ודורית ביניש מצאו כי אין פגם בהסדר גורף מסוג זה. עם זאת, כל שופטות ההרכב הסכימו כי יש לקיים מדרג בראיות הנדרשות על ידי הרשות וכי ככלל די בהוכחת חיים משותפים של בני הזוג, וכי יש לפנות לבית המשפט בבקשה לפסק דין לקביעת אבהות רק אם אין בנמצא “ברל ראייה אמינה המצביעה על קשר זוגי” שם, פס’ 55 לפסק דינה של השופטת אילה פרוקציה וגם אז אין הכרח להוכיח את האבהות בדרך של בדיקה גנטית (וראו עוד בהקשר זה פס’ 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש); חרף קביעתו הברורה של בית המשפט העליון פירשו הערכאות הדיוניות את פסק הדין כקובע את הבדיקה הגנטית כדרך המלך, ומטיל על ההורים את הנטל להוכיח שעדיפות ראיות שאינן בדיקה גנטית. ראו לדוגמה בהקשר זה עמ”ש (ח) 13-05-2013 מדינת ישראל משרד הפנים נ’ י. ס’ (פורסם בנבו, 5.11.2013) שם מצוין בפס’ 2 לפסק הדין כי עמדה הגלויה של המדינה היא שיש להעדיף תמיד בדיקה גנטית על הוכחות אחרות. בפס’ 23 נקבע כי: “דרך המלך לקביעת אבהות היא עריכת בדיקה גנטית. דרך זו מספקת ראיה מדעית וראיית ואמינה, שאין מהרהרים אחריה”. יצוין כי עמדה זו, העומדת בניגוד מוחלט לפסק הדין בפרשת וייס עליה היא נסמכת, משקפת בצורה יפה את התפקיד המוגבר שניתן לזיקה הגנטית בקרב “הורים חשודים”, אשר מצא ביטוי בפרשת ממת-מגד; למן הראוי לציין בהקשר זה כי הנחה סבירה היא שמרבית הילדים שנולדים בישראל לאב בעל אזרחות או תושבות קבע ישראלית, ולאם שאין לה מעמד זה הם ילדים פלסטינים. אף שבפסק הדין אין אזכור כלל לזהות הקבוצות המושפעות מהנוהל, ממילא אם מדובר באם שאינה ישראלית והיא יהודיה, היא ובנה זכאים למעמד בישראל מכות חוק השבות. יתר על כן, הנוהל, כמתואר בפסק הדין, אינו דורש הוכחת זיקה גנטית מקום שבו בת הזוג הזרה ביקשה מעמד בישראל מכות נישואין או כידועה בציבור. דה עקה, אפשרות זו אינה קיימת לנשים פלסטיניות, נוכח ההגבלה על איחוד משפחות מכות חוק האזרחות, הגבלה שנמצאה חוקתית וראו בג”ץ 466/07 ח”כ גלאון נ’ היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012); בהקשר זה יש לציין שההתעלמות מההשפעה המיוחדת של הנוהל על פלסטינים אזרחי ישראל מפתיעה במיוחד בהתחשב בכך שהשופטת פרוקציה עצמה כתבה את פסק הדין המרכזי בבג”ץ 6483/05 קעדאן נ’ שר הפנים (פורסם בנבו, 9.8.2010) שעסק במישרין בהשפעת הנוהל על משפחות פלסטיניות, ושבו עוצב העיקרון כי אין די בפסק דין של בית הדין הרעיוני בשביל לספק את דרישות הדין האזרחי לצורך מתן מעמד בישראל. הדיון בעיצובה של המשפחה הפלסטינית הקרועה בין שני צידי הגבול כמשפחה “חשודה” חורג מגבולות הנייר הנוכחי, אך, כפי שתוכלו לקרוא בהתרחש, משיק לו במובנים רבים, וראו לדיון נוסף בהקשר זה גילה שטופלר “מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה וזכויות נשים ומיעוטים” משפט וממשל יא 473, 501–516 (תשס”ח).



נתבונן על שני הליכים נוספים שנדונו בפני בית המשפט העליון בשנה החולפת, פרשת משה¹² ופרשת פלונית נגד משרד הבריאות (להלן: פרשת פלונית 2013)¹³ ועל פרשת פלונית נגד משרד הרווחה (להלן: פרשת פלונית 2014)¹⁴ שנדונה בפני בית המשפט המחוזי. העיון בשלוש פרשות אלו, יחד עם הפרשה הנוכחית, חושף כיצד משמשת הגנטיקה ככלי כפול לשליטה – ראשית, משמשת הגנטיקה כתנאי סף, ונדרשת הזיקה הגנטית על מנת לתת תוקף למשפחות ה"חשודות". שנית, השיח הגנטי משמש לסיווגן של משפחות אלו כחשודות גם אם יש ביכולתן לעמוד בתנאים להכרה כמשפחה. כך, השיח הגנטי אינו מקנה שליטה במטען הגנטי. להיפך, השימוש של הסובייקט החשוד במטען הגנטי שלו עצמו דורש אישור מוקדם ומעורבות מדינתית. גם לאחר קיומה של המשפחה בעלת הזיקה הגנטית, אין בזיקה זו כדי להפיג את עננת החשד בדבר אי-כשירותה ותקינותה של המשפחה, והזיקה הגנטית היא שיקול שולי, אם בכלל, מקום שבו נדונה האפשרות שיפורק התא המשפחתי.¹⁵

בהקשר זה, פרשת משה נדמית כדוגמה המובהקת ביותר למשטור גופני וגנטי. השאלה שהתעוררה באותו ההליך היא אם רשאות בנות זוג לסביות להשתיל ביצית מופרית של האחת ברחמה של האחרת, כך ששתיהן ייטלו חלק בהורות הביולוגיות. שאלה זו התעוררה לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה עו"ד יהודה ויינשטיין הפך את החלטת קודמו, עו"ד מני מזוז, וקבע כי התנהלות זו עומדת בניגוד לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996 כמו גם בניגוד לחוק תרומת ביציות, התש"ע–2010. השאלה בבסיס הדברים היא אם יש מקום להחיל את שני

¹² בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם במעמד היילוד), התשנ"ו–1996 (פורסם בנבו, 1.9.2013).

¹³ בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013).

¹⁴ עמ"ש 59993-07-13 פלונית נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 22.1.2014).

¹⁵ ראוי לציין שלמודל הרואה במשפחה הטרונומטיבית, קרי במשפחה שבה אם ואב יהודים בעלי זיקה גנטית לילדיהם השלכות אף על מעמדן של נשים. בנייתן מקיף הצביעה שטופלר על כך שהשיח הכפול, שמחד רואה בהורות הטרונומטיבית זו כרצויה מבחינת מדיניות ילודה, ומאידך מציגה כטבעית ושקופה משמש כלי בידי ההגמוניה להכפיף את גופן של נשים לאתוס הלאומי, תוך הצדקת התערבות בשליטתן על גופן. ראו שטופלר, לעיל ה"ש 11, 485–488.



הורים חשודים

החוקים האמורים על שימוש במטען גנטי בתוך התא המשפחתי. שתי עמדות אפשרויות בהקשר זה. העמדה האחת היא שחקיקה המפקחת על הליכי פריון והולדה נועדה להגן על קבוצות מוחלשות, בעיקר נשים תורמות ונשים נושאות, ומשכך במוקד הדיון צריך לעמוד היחס שבין האוטונומיה של אותן נשים לבין הפטרנליזם הדרוש על מנת להגן עליהן במציאות שבה נשים סובלות מדיכוי והפליה. עמדה זו אינה מניחה כל הנחה לגבי הצד הנעזר בתרומת הביצית או מתקשר בהסכם לנשיאת עוברים – בדומה לכל מקרה אחר של הורות, אין ההורה המיועד נדרש להוכיח כשירות כלכלית או אחרת, ואין הוא נדרש לעמוד בתנאי סף כאלו או אחרים דוגמת גיל או סטטוס זוגי. העמדה השנייה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה העוברת כחוט השני לאורך כלל פסקי הדין הנוגעים להורות שאינה הטרונורמטיבית, היא כמעט הפוכה. בתפיסה זו, הנחת המוצא אינה שליטה של הפרט על המטען הגנטי שלו. הזכות של הפרט להשתמש במטען הגנטי אינה זכות שצריך טעם להגבלתה. להיפך, הפרט צריך להצדיק מדוע יותר לו להשתמש במטען הגנטי. ההנחה היא שמרגע שנדרשים יותר משני בני הזוג על מנת להוליד ילד (אפילו אם האדם השלישי הוא תורם זרע אנונימי), אין מדובר עוד במרחב הפרטי שלהם, אלא במרחב הציבורי, הפוליטי, ובשאלה של מדיניות ומנהל, ולא בשאלה של פרטיות, אוטונומיה ושוויון.¹⁶

¹⁶ דרך אחרת להמחיש כפילות זאת היא על ידי הצגת המטען הגנטי כקניינו של הפרט, כל זמן שמדובר בהורות נורמטיבית (ואף בהקשרים אחרים, דוגמת הזכות למנוע שימוש במטען הגנטי של הפרט לצרכי מחקר ללא הסכמתו) אך מרגע שמדובר בהורות שאינה הטרונורמטיבית המטען הגנטי הופך לנחלת הרבים, זכויות של הפרט שבו מופקעות והוא עוד אינו רשאי לעשות בו כרצונו. כשלעצמי, איני מרגיש בנוח עם הקישור שבין הדיון הנוכחי לבין הזכות לקניין. ראשית, יש בכך כדי להוסיף לדיון רובד שלם, הוא הקומודיפיקציה של המטען הגנטי וההורות. הדיון הנוכחי צר מכדי להרחיב בסוגיה זו. יצוין במאמר מוסגר בלבד ששיח הקומודיפיקציה הופך להיות בעייתי במיוחד בהקשר של שימוש בתרומת ביצית והסתייעות באם פונדקאית, ולא פעם ניתן למצוא קשר בין ההסחרה של הגוף לבין יחסי הכוח החברתיים, וטיעונים סותרים דוגמת טיעוני שוק חופשי וטיעוני אלטרואיזם ישמשו לחילופין על מנת לשמר את יחסי הכוח החברתיים. שנית, ובהמשך לאמור, השימוש בשיח הקנייני מעוות את הדיון. הזכות לקניין, במקרה הטוב, היא אגד זכויות המשתנה לפי המוסד הקנייני המדובר (ראו לדיון על אודות הזכות לקניין כאגד זכויות משתנה המשקף איזון בין ערכים נורמטיביים שונים חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 17–96 (2005)). במובן זה, אף אם נדבוק בשיח הקניין, הוא אינו יכול, כשלעצמו, לגלות לנו דבר בדבר ההסדרים הראויים של המוסד הקנייני של



בהקשר זה חשוב לדחות את הטענה הרווחת שההבדל נעוץ בכך שכאשר זכר ונקבה מבקשים להתרבות "כדרך הטבע" לא ניתן למנוע זאת מהם ולעומת זאת ניתן למנוע מכל יתר הקבוצות הורות לא מפוקחת.¹⁷ פרשת ממת-מגד, כמו גם פרשת פלונית 2014, מדגימות היטב שגם במסלולי הורות אחרים, דוגמת הורות בחו"ל, אין למדינה יכולת למנוע את ההורות. קיומו של שוק שחור לטיפול פוריות ממחיש את אותה הנקודה. בפרק העוקב אדון בפיקוח ובשליטה של המדינה על ההורות ה"חשודה". די בשלב זה לציין כי יכולתה של המדינה למנוע מבעוד מועד את הולדת הילד היא מוגבלת גם בנוגע להורים לא הטרונוורמטיבים, ועיקר ההסדרה של התחום הוא באמצעות קביעת עונשים בגין הורות לא מאושרת (להורים המיועדים כמו גם לצוות הרפואי) בשילוב עם אפשרות של נטילת הילד. ברי כי שתי אפשרויות אלו, למניעת הורות לא מפוקחת על ידי המדינה, קיימות גם בנוגע לזוגות הטרוסקסואלים, וישנן נסיבות, דוגמת הורות של אסירים, שבהן קל מאוד יהיה לקיים את הפיקוח.¹⁸ הסיבה שקשה להעלות על הדעת פיקוח על הורות הטרוסקסואלית נעוצה בדיוק בהנחה הנורמטיבית שהורות זו היא טבעית, פרטית, ונובעת מהאוטונומיה של ההורים, ומשכך, אין מקום להתערב בה.¹⁹

המטען הגנטי של הפרט. פירוקן של המוסד הקנייני לגורמיו, והתחשבות בערכי הקניין הרלוונטיים, מוביל אותנו ממילא לשוב לדיון בזכות לאוטונומיה, פרטיות וחירות.

עמדה זו, המבחינה בין הורות "טבעית" לבין הורות ש"אינה טבעית" כמקור ליחס המשפטי השונה לסוגי ההורות השונים, רווחת בספרות ובפרקטיקה הרפואית והמשפטית. לסקירת ההבחנה האמורה ראו יניב רוזן-אל "גבולותיו של חופש הפיריון מפרספקטיבה ליברלית: המקרה של בחירת מין היילוד" **עיני משפט** לב 391 (2010); וראו לשימוש בהבחנה זו כנקודת המוצא להצדקת יחס שונה לשתי הקבוצות שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות יסוד" **הריון מסוג אחר – עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית** (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996). וראו גם טריגר "משפחות חורגות ו'רשיון הורות': מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בווגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ" **המשפט** כב 44, 47 (2006).

באופן אירוני, נדמה שאפילו במוסד המגלם את תמצית הפיקוח המדינתי, בית הסוהר (וראו לעניין זה **Michael Foucault, Discipline and Punishment: The Birth of the Prison** (1975), מהווים הסדרי הפיריון והילודה מפלט מה ממבטו הממשטר של המוסד, מפלט שאינו קיים לפרט הלהט"בי. כך מצא בית המשפט לנכון להגן על הזכות להורות של אסירים, ואסר על התחשבות בטיב הפשע כשיקול למניעת מפגשי התייחדות וראו בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 13.6.2006).

למן הראוי להבהיר, אין בכוונתי לטעון שהיות תופעה היא "בלתי-נמנעת" היא סיבה להתירה. טיעונים נפוצים אלו הם פשטניים. ודאי שיש לשקול שיקולים נוספים דוגמת היקף התופעה והערך



הורים חשודים

התפיסה כי המטען הגנטי של ההורים שאינם הטרונורמטיבים הוא אתר לדיון פוליטי, ציבורי, החורג מתחומם של הגורמים המעורבים, היא המובילה למסקנה שניתן להגביל את השימוש באמצעי פריון והולדה בהתחשב בשיקולים הקשורים בטיב המשפחה המיועדת, ושאינם קשורים להשפעת ההליך על גורמים שלישיים. למעשה, טענה זו התעוררה כבר בפרשת משפחה חדשה, ונדחתה על ידי המשנה לנשיא מישאל חשין.²⁰ קרוב לעשרים שנה לאחר מכן, שוב עמדה טענה זו במוקד עמדתה של המדינה והובילה לעמדה שהתקבלה בדעת רוב על ידי בית המשפט, שאין להתיר לנשים לעשות בגופן כרצונן, וזאת, מבלי שהמדינה תצטרך להצביע ולו על ראשיתו של חשש לקיומם של לחצים שונים על הנשים המצדיקים את משטור אברי הרבייה שלהם.²¹

הסימבולי שבאיסור (ככל שישנו). כל שבכוונתי לטעון הוא שאין הבדל בין הורים הטרונורמטיבים והורים שאינם הטרונורמטיבים במונח זה שבשני המקרים יכולים ההורים להפר את החוק ולהפוך להורים, ובשני המקרים ניתן לנתק את יחסי ההורות באמצעים משפטיים. אם כן, ההבדל, ככל שישנו, אינו נעוץ בשוני אמתי במציאות, והוא מושתת על אדנים נורמטיביים, חברתיים ומשפטיים.

20 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002) שם ציין המשנה לנשיא חשין בפס' 30 לפסק דינו כי: "טוענת המדינה וכך היא אומרת: אין לה לאישה 'זכות' לפונדקאות; נושא הפונדקאות כמו מצוי הוא 'מחוץ לתחום', ומכאן שטענה של הפליה טענה היא שאינה במקומה [...] טענה זו נתקשיתי לרדת לעומקה. ראשית לכול, הדין החרות – כיום חוק הפונדקאות – הוא הקובע כי רק בהתקיים תנאים אלה ואלה יהיה ניתן להיזקק לתהליך של פונדקאות. לולא קביעתו של הדין החרות אפשר הייתה כל אישה יכולה – כך ניתן להניח – לרצונה, ולרצונה של פונדקאית, להיזקק לתהליך של פונדקאות. האיסור על קיומו של תהליך פונדקאות אלא בתנאים אלה-ואלה מן החוק המפורש הוא בא, ועל-כן נצפה – מבחינת המהות – כי תכלית החוק תשמיענו מה טעם אוסר החוק על תהליך פונדקאות בנסיבות שהוא אוסר עליו. האיסור מן החוק הוא הנדרש להסבר ולהצדק; האיסור הוא הנדרש להצדק ולא 'זכותה' של אישה. שנית, אין ספק כי טיעון של 'זכות' מן הדין טיעון הוא שלא במקומו, בוודאי לאחר חוק הפונדקאות המסדיר כפי שהוא מסדיר את נושא הפונדקאות. ואילו לפני היות החוק (והתקנות שקדמו לו), ומשלא חל איסור על פונדקאות, יכול הטוען לטעון כי הייתה לה לאישה, לכל אישה, 'זכות' לפונדקאות. בין כך ובין כך, טיעון הזכות לפונדקאות טיעון הוא שלא לעניין, ואולם עיקר הוא כי ה'זכות' שאנו מדברים בה – הזכות להורות – זכות היא שבאה אלינו מן הטבע; בזכות זו מדברים אנו ולא בזכות לפונדקאות מן החוק".

21 יצוין כי הנכונות של המדינה והממסד המשפטי להתערבות מוגברת בגופן של נשים מבעד לממסד הרפואי אינה מוגבלת רק להקשר הנוכחי, והיא רובד בלתי-נפרד משימור הפטריארכיה ומשטור הגוף של קבוצות מוחלשות. ראו, בהקשר זה, את פרויקט 'נשים לגופן' www.wtb.org.il ואת הספר שיצא במסגרתו (טל תמיר (עורכת) נשים לגופן (2011)) שהעמידו במוקדם את פירוק יחסי הכוח שבין הממסד הרפואי לנשים ומתן הכלים לנשים לרכוש בעלות מחודשת על גופן. הדיון בשימוש בשיח הרפואי על מנת למשטר קבוצות "חורגות" מצא מקום מרכזי אף במסגרת הכתיבה הקווירית וראו מישל פוקו תולדות המיניות – הרצון לדעת (1996); וכן השושו שגית מור, מעיין



פרשת פלונית 2013, כמו פרשת נחמני²² המוקדמת בכעשרים שנים קודם לכן, חושפות היטב את השימוש בדרישה הגנטית לשימור למודל הורות ההטרונורמטיבי. בפרשת נחמני, השאלה שעמדה על הפרק הייתה שאלת יכולתה של גברת נחמני להשתמש בביציות מופרות, וכך לכפות על מר נחמני הורות. בית המשפט פסק לטובת גברת נחמני, והגביל את שליטתו של גבר במטען הגנטי שלו, כך שלאחר ההפריה אין הוא זכאי לשלוט במטען גנטי זה. הטעם המרכזי שנתן בית המשפט להכרעה זו הוא זכותה הגוברת של גברת נחמני להיות אם על פני זכותו של מר נחמני שלא להיות אב. בפרשת פלונית התעוררה השאלה אם רשאי תורם זרע למנוע מרוכשת הזרע את השימוש בו, אף שהיא רכשה אותו על מנת שלשני ילדיה יהיה אותו מטען גנטי, ואף שלא עתיד להיווצר כל קשר הורי בין תורם הזרע לבין הילד. בית המשפט פסק לטובת התורם.²³ הטעם שעמד בבסיס הנמקתו הוא כפול – זכותה של האם להורות אינה כוללת זכות להורות מזרע ספציפי, אף אם רכשה אותו (בשונה מפרשת נחמני, שם לא יכלה גברת נחמני להיכנס להיריון בכל דרך אחרת), והזכות המוסרית של התורם שלא להיות בעל קשר גנטי לילד כלשהו (אף אם ללא כל חובות הוריות) היא חלק בלתי-נפרד מהאוטונומיה שלו. ההתבוננות על שני פסקי דין אלו כחלק ממארג רחב של חקיקה ופסיקה הנוגעת לשימוש בזרע מאפשרת לחשוף מבנה עומק אחר המסביר את הפסיקה. אין מדובר רק בקביעת קו פרשת מים ממנו עוברת הבעלות בזרע לאישה (הוא רגע ההפריה). פרשת נחמני משקפת את המודל ההטרונורמטיבי, אף אם בתצורתו הפתולוגית. לילד שיוולד יהיו אם ואב גנטיים, הגם שגרושים. בנסיבות אלו, עדיפים החיים על אי-החיים. כך ניתן אף להסביר את ההכרה המתרחבת בשימוש בזרע מן המת על מנת להוליד צאצא בעל

סודאי ואור שי "מהכחשה להנכחה: ביקורת נוהל ניתוחים באינטרסקס" **משפטים** מד 89, 90 (2013).

²² דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד (4) 661 (1996), וראו עוד בהקשר זה, בין היתר, דפנה ברק-ארז "על סימטריה ונייטרליות – בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 197 (1996).

²³ לקריאה נוספת הנוגעת להחלטה זו ראו תרומת זרע וזהות גנטית ב"המשפט" **ברשת: זכויות אדם** – **מבזקי הארות פסיקה** 2 (2013) www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/2/2_march_2013_1_toc.pdf



הורים חשודים

זיקה גנטית.²⁴ גם מצב זה, אף שהוא פתולוגיה של המודל ההטרונורמטיבי, כלול בתוכו, והוא שקול למצב שבו ילד מתייתם מהוריו ועובר לגור אצל קרוביו (ואכן, לקרובים גנטיים עדיפות באימוץ ילדים). שונים הם הדברים מקום שבו מדובר בתרומת זרע. תרומת זרע מעצם מהותה מערערת על המודל ההטרונורמטיבי, וערעור זה מועצם בכך שלתורם לא יהיה כל קשר הורי עם הילד, הנושא את מטענו הגנטי. במצב דברים זה, זכויותיה של האם הן זכויות חשודות, זכויות שצריכות הצדקה, וכאלו שניתן לפגוע בהן ביתר קלות. לאם החורגת מהמודל ההטרונורמטיבי אין דרך להבטיח את זכויותיה מבעוד מועד, והיא כפופה לשרירות הרצון של תורם הזרע (אשר לעתים יחויב למעורבות בהליכים הנוגעים לילדים אף בניגוד לרצונו, כפי שניתן ללמוד מפרשת פלונית 2014 שתידון להלן). יתר כל כן, תורם הזרע יוותר ברקע להורות אף לאחר ההולדה, במסגרת הזכות של הילד לאתר את תורם הזרע, המושגתת לא רק על צרכים ממשיים (כצורך רפואי) אלא הצורך ל"ידיעה גנטית" הנתפס כחלק מטובת הילד עצמו.²⁵

במסגרת זאת, נדמה שהמקרה הקיצוני ביותר שבו שימשה הזיקה הגנטית כאמצעי לביטול הזיקה ההורית בניגוד לטובת ההורה, הילד והאינטרס הציבורי הוא בפרשת פלונית 2014, מצב מפניו התריע השופט ג'ובראן בפרשת ממת-מגד עזמה.²⁶ בתמצית, הפרשה נסובה סביב אישה הסובלת מנכות שאינה מאפשרת לה להרות שהתקשרה

²⁴ מוסד הצוואה הביולוגית פותח לראשונה בישראל בשנת 2001 על ידי ארגון "משפחה חדשה", ועל פי אתר הארגון החל משנת 2012 הוא מוכר על ידי המדינה ללא אישור בית משפט לביצוע של צוואה ביולוגית לפחות במקרה אחד שפורסם בו שלא הייתה זיקה בין האם לבין הנפטר, וראו תמ"ש (חד') 7930-11-09 פלוניס נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 10.4.2011); במקרה של נשים שהיו בעלות זיקה לנפטר, הן רשאיות לבקש לעשות שימוש בזרע שנתרם לבנק הזרע במשך שנה לאחר הפטירה (וברי כי הן יכולות להקפיד ביציות מופרות לשימוש מאוחר יותר) (ראו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 4/90 מיום 7.2.90 בנושא "ניהול בנק זרע"), ובתי המשפט, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, אפשרו אף שימוש בזרע שנשאב מהנפטר לאחר הפטירה (וממילא ללא הסכמתו), וראו תמ"ש 11870/03 י.ש. נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.2003).

²⁵ ראו לדוגמה פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש "Bookmark not defined ! Error1", פס' 12-4 ו-1, לפסק דינו של השופט חנן מלצר; וכן רות זפרן "בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008 – בא לתקן ונמצא מקלקל" חוקים ג 191 (2011).

²⁶ פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, פס' 32-35 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



בהסכם פונדקאות בהודו, תוך שימוש בתרומת זרע ותרומת ביצית. זאת, לאחר שהליכי פונדקאות תוך שימוש בביציותיה שלה כשלו. לא הייתה מחלוקת כי על פי הדין ההודי פלונית היא האם על פי דין של הילד. בית המשפט לא הסתפק בדין ההודי, וקבע שהדין החל הוא הדין הישראלי. בהמשך לכך, לאחר שהוגש לבית המשפט ויתור של האם הנושאת על כל זיקה לילד, חייב בית המשפט את האם לאתר ולצרף לבקשה את תורמי הזרע והביצית, חרף רצונם להישאר אנונימיים. תורם הזרע אות, אבהותו נקבעה בדרך של בדיקת רקמות, והוא ביקש מבית המשפט שלא לראות בו כהורה של התינוק.²⁷ במקביל, הוצא הילד ממשמורתה של האם והופקד בידי שירותי הרווחה, שם שהה למעלה משנה וחצי עד להכרעתו של בית המשפט המחוזי בפרשה.

בית משפט השלום בפרשה זו²⁸ מצא כי ספק אם הזכות להורות כוללת את הזכות להורות לא גנטית, ואף אם כך הדבר, הרי שהפגיעה הנגרמת מאי-ההכרה בהורות כזו היא מידתית. בית המשפט המחוזי הגדיל להבהיר כי רק ההורות הגנטית מצויה ב"גרעין" הזכות להורות, ואילו ההורות ההסכמית, אם בכלל, מצויה בפריפריה של הזכות, והפגיעה בה היא מידתית נוכח החשש לסחר בילדים, וזאת, אף שבית המשפט עצמו קבע כי כל חשש שכזה אינו מתעורר בהליך שלפניו.²⁹

טענותיה של האם, שעל פיהן ההסדר המחייב זיקה גנטית מפלה בעלי מוגבלויות שאינם יכולים לספק מטען גנטי להליך הפונדקאות כלל לא נדונו. המעניין בשני פסקי הדין הוא שהם מעמידים במוקדם את הזכות להורות "הפוזיטיבית" המוגדרת כ"טענה לזכות להורות הדורשת את עזרת המדינה להגשמת ציפיותיו של האדם בכמהותו לילד,

²⁷ המאמץ האקטיבי של בית המשפט לאתר את תורם הזרע בולט במיוחד על רקע המאמץ האקטיבי של בתי המשפט שלא לאתר אבות ביולוגיות בהליכים אחרים, בראשם הליך של אימוץ בהסכמה, וראו בהקשר זה ה"ש 8.

²⁸ תמ"ש (ב"ש) 50399-12-12 א. מ.י. נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.6.2013).

²⁹ ויואר כי מבחינה הפוזיטיבית, ההלכה שנקבע בשורה ארוכה של פסקי דין על ידי בית המשפט העליון היא שאין לערב בין ההכרעה בעניינו של הקטין, שצריכה להתבסס על שיקולים של טובת הילד בלבד, לבין הדיון המשפטי במניעת תופעות פסולות בהקשר של הורות, וראו ה"ש 47 להלן.



הורים חשודים

כגון מימון טיפולי פוריות, שימוש בטכניקות הולדה, פונדקאות ואימוץ.³⁰ הגדרה שגויה זו, הרווחת בספרות המשפטית והרפואית, היא המולידה את הניתוח השגוי שעורך בית המשפט.³¹ כפי שציין המשנה לנשיא חשין בפרשת **משפחה חדשה**, ההליכים הנדונים אינם מעוררים כלל את שאלת הפן הפוזיטיבי של הזכות, ואין העותרים השונים מבקשים סיוע מהמדינה לממש את הזכות. כל שהם מבקשים הוא שהמדינה לא תתערב בהליכי הפירון והילודה שהם מקיימים שלא במסגרת של מוסדות המדינה. זוהי זכותם השליטת להורות, זכות מסוג של חירות, והנטל להצדקת התערבות בה מוטל על המדינה.³²

³⁰ פרשת **פלונית 2014**, לעיל ה"ש 14, פס' 19–20; יפים בהקשר זה דבריה של מאסס, בהקשר לשיח הכפול הנוגע לכשירות להורות בהליכי אימוץ בצינור כי: "התפנית שעוברת החברה המערבית ובאה לידי ביטוי בהכרה שעל המדינה להגן על ילדים מפני הוריהם איננה מלווה בתפנית מקבילה בתפיסה המושגית של ההורות. האקסיומה שעצם ההולדה מבטיח יחס מגן ומטפח של ההורה כלפי ילדו עדיין רווחת כבסיס להסבר הקשר שבין ההורה לילדו. במסגרת מושגית זו מבטאת העלאת הספק לגבי מסוגלות ההורים מסר כפול, מחד גיסא ההורות היא טבעית ומאידך גיסא למדינה זכות להתערב במהלך הדברים הטבעי. ייחוס החריגה מן המהלך הטבעי של יחסים בין הורים לילדים לסטייה מבנית של ההורים, שמבטאת באי נכונות לגדל את הילד או בשל כוונות לפגוע בו, מיישב את הסתירה. האשמת ההורה שגלומה בהסבר זה איננה גלויה וישירה, מאחר שבית המשפט חוזר ומצהיר שעניינו בטובת הילד, ולכן ההורה אינו יכול להתגונן מפניה". מילי מאסס "על התערבות המדינה בקשר שבין ילדים להוריהם – המקרה של אימוץ כפוי בשל היעדר מסוגלות הורית" **מאזני משפט** ד 589, 601 (תשס"ה). דברים אלו נכונים, בשינויים הנדרשים, לענייננו – הנחת אי-הכשירות הקטגורית של קבוצות מסוימות להורות היא המאפשר ליישב את הסתירה שבין תפישת ההורות כטבעית ובין התערבותה האגרסיבית של המדינה בהורות של קבוצות אוכלוסייה אלו. וראו לעיל, ה"ש 17.

³¹ וראו, לדחיית הניתוח של פונדקאות כמשקפת את הפן החיובי של הזכות להורות, לעיל, ה"ש 20 לעיל. יצוין בהקשר זה כי יש שניסו לבסס את ההבחנה בין הורות "טבעית" והורות בסיוע צד שלא יהיה בעל זיקה הורית לילד (דוגמת תורם זרע) על הזכות לפרטיות. אין זה ברור כיצד הזכות לפרטיות יכולה להוביל להבחנה זו. נדמה שמוסכם על הכול שלאדם זכות לפרטיות גם בכל הנוגע להליכים רפואיים הנוגעים לו, ואין סיבה להניח שדווקא בהליכים רפואיים שעניינם הולדה לא תעמוד לפרט הזכות לפרטיות. ראו, לביקורת על תפיסה המשפחה כאתר פרטי המופרד מהמשפט. Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 U. Mich. J.L. Reform 835 (1984); עוד ראוי לציין כי תופעה זו, שהמדינה רואה את עצמה כבעלת זכות אקטיבית להתערב בתא המשפחתי מקום בו מדובר ב"משפחות חשודות" או בלשונה של בלכר-פריגת "משפחות חסרות" נפוצה אף לאחר ההולדה, והיא הבסיס המאפשר התערבות רחבה של המדינה בקבלת החלטות הנוגעות לגידול הילדים במשפחות אלו, למול אי-התערבות בהחלטות דומות בתאים משפחתיים הטרונומטיביים. ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 3, 562–567.



יתר על כן, אף שבית המשפט מגדיר את הזכות כזכות חיובית, הגדרת הזכות כפריפריאלית הופכת אותה בפועל מזכות לזכאות. היא הופכת למעין רישיון להורות, המוענק על ידי המדינה, ושכפוף לנורמות מהמשפט המנהלי ולא לנורמות חוקתית ותלויה בקיומו של תנאי סף בדמות הזיקה הגנטית, שאינו דורש כל הסבר או נימוק ממשי.³³ כך לדוגמה יכול בית המשפט להסתמך על החקיקה הקיימת כחקיקה הממצה את אפיקי ההורות בישראל, ואינו נדרש לתהות אם אכן הדברים כך, מהו מעמדה החוקתי של חקיקה זו והאם ראוי לבטלה נוכח הפגיעה בזכות חוקתית. מכל מקום, בהמשך הדברים אשוב לבחון את טיבן של ההגבלות הלגיטימיות על הזכות להורות. בשלב זה, די בשימת הלב לכך שמבנה הפסיקה מושתת על היעדר הכרה עקרוני בהורות, והעברת הנטל להורים המיועדים להוכיח את תקינות הורותם (ומשכך הסתפקות בחששות כלליים ביותר על מנת לחסום את הדרך מפני ההורים החשודים). כן ראוי לשים לב לתוצאה העגומה, שבמסגרתה ישנה ילדה שאיש מהוריה הביולוגיים אינו מעוניין בה, ושיש לה אם המעוניינת בה, ושמבלה תקופה ארוכה וטראומטית בידי שירותי הרווחה רק על מנת לעבור לחזקת משפחה אחרת, שאינה בהכרח כשירה יותר להורות.³⁴

להשלמת התמונה חשוב לשים לב שלאחר ההולדה התמונה מתהפכת. החוק מגביל מפורשות את יכולתו של בית המשפט להורות על בדיקה גנטית מקום שבו עלול הדבר לערער את מודל המשפחה ההטרונורמטיבית, ובכלל זאת, את המודל הדתי של

³³ כך, הטעם שעל בסיסו קבע בית המשפט בפרשת פלונית 2014, לעיל ה"ש 14, פס' 22, שהזכות להורות הסכמים היא בפריפריה של הפריפריה של הזכות הוא מאחר ש: "הזכות להורות נגזרת בעיקרה מיצר המשכיות, האינסטינקט הטבעי הטמון באדם ליצירת המשכיות למטענו הגנטי. צדו האחר של המטבע הוא האינסטינקט של הצאצא, והוא אותו ילד המצוי בכל אחד מאתנו המבקש לחקור ולתהות אחר שורשיו הגנטיים והביולוגיים, החל מן התהייה למי אני דומה, עבור לתהייה מדוע מי שאחראי למקור הגנטי שלי לא גידל אותי, ועד לצורך במידע גנטי לשם טיפול רפואי כזה או אחר".

³⁴ ראוי לציין במאמר מוסגר שפסק הדין כלל אינו מתמודד עם שורה ארוכה של שאלות נוספות, דוגמת כיצד יכולים הליכי אימוץ בישראל להתקיים אם לילדה אין כל זיקה לישראל, מה מעמדה האזרחי של הילדה וכדומה.



המשפחה ההטרונורמטיבית.³⁵ בדומה, הורות של אבות הנשואים לאם נרשמת ללא כל דרישה לקיומה של זיקה גנטית, וזאת אף אם הילד נולד מחוץ לישראל, ובשונה מהורות של זוגות הטרוסקסואלים לא נשואים שילדם נולד בחו"ל וזוגות לא הטרוסקסואלים.³⁶

בהמשך לכך, הזיקה הגנטית יוצרת חזקה לתקינות התא המשפחתי, חזקה שעצמתה נחלשת ככל שמדובר בתא משפחתי הרחוק יותר מהמודל ההטרונורמטיבי. כך, מחקרים מראים שהסיכוי לפירוק מדינתי כפוי של התא המשפחתי גדל ככל שמדובר בקבוצה

³⁵ ראו חוק מידע גנטי, התשס"א-2000, וראו ליישום החוק לדוגמה תמ"ש (חי') 19740-03-11 פ.פ.נ' ס-ר.פ (פורסם בנבו, 28.3.2012) שם נדחתה בקשה לביצוע בדיקה גנטית לאב רשום נוכח קיומו של קשר ארוך בינו לבין הילדות והחשש שהבדיקה תפגע בטובתן; וראו מנגד תמ"ש (טב') 17467-09-10 נ.ב.נ' א.ח (פורסם בנבו, 2.4.2012) שם נדון המצב ההפוך, שבו טוענת האם שפלוגי הוא האב הביולוגי, ושם נקבע כי יש לאמץ רף נמוך ממאזן הסתברויות מקום שבו ישנה אפשרות שתוכח קיומה של זיקה גנטית בין פלוגי לבין ילד; וכן תמ"ש (נצ') 7530/08 י' (קטיין) נ' פלוגי (פורסם בנבו, 19.5.2011) שם נקבע כי על מנת לזהות את האב הביולוגי, ניתן לחייב את הוריו של אדם שנפטר בבדיקת רקמות לבדיקת אבהותו; וראו לבחינה מקיפה של הסדרים לזיהוי הורות גנטית מכוח חוק מידע גנטי זפרן, לעיל ה"ש 25; וכן ראו לסקירת המשפט המשווה והדין בישראל בהקשר דומה, שבו נדונה יכולתו של מאומץ לאתר את הוריו הביולוגיים רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" **משפחה במשפט** א 225 (תשס"ז). הדיון שעורכת זפרן, המעמיד במוקדו את טובת הילד בכיורור הזיקה הגנטית בנסיבות שונות (לצורכי תמיכה, לצרכים רפואיים, לצרכים פסיכולוגיים וכדומה) רחב מגדרי הדיון הנוכחי. אציין במאמר מוסגר כי לגישתה של זפרן יש לזיקה הגנטית חשיבות כשלעצמה, אף אם אין לה השפעה על הקשר ההורי, מוזנות או מצב בריאות (שם, בעמ' 201). עמדה זו דומה במידת מה לעמדתו של השופט מלצר בפרשת ממת-מגד. החשיבות של הזיקה הגנטית כלשעצמה היא חשיבות מעגלית – יש לזיקה הגנטית חשיבות רק ככל שאנחנו כחברה מעניקים לה חשיבות. השימוש הרווח בתארים דרמטיים כ"שאיפה טבעית" ותיאור ידיעת המקור הגנטי בוודאות כהכרחי להתפתחות תקינה דומה לטענות שהושמעו כנגד כל מודל משפחתי שאינו הטרונורמטיבי, ומבוססת על תפישה ערכית אפריורית בדבר חשיבות הזיקה הגנטית. מכל מקום, השאלה האם במציאות בה החברה מעניקה ערך מוגבר לזיקה גנטית יש לאפשר את חשיבות הזיקה הגנטית על אף פגיעה אפשרית בגורמים המעורבים וחרף העובדה שיהיה בכך שימור וחיווק של הערך המוענק לזיקה הגנטית היא מורכבת, ותיוותר לדיון אחר.

³⁶ פרשת **ממת-מגד**, לעיל ה"ש 1, פ' 40–41 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, פרשת **ויס**, לעיל ה"ש 11, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. המבנה של מנגנון ההכרה בהורות הוא שילדים שנולדו לזוג נשוי בישראל או בחו"ל נרשמים ללא בדיקה כילדי שני בני הזוג. ילדים שנולדו לזוגות לא נשואים נרשמים בישראל או בחו"ל כילדי שני בני הזוג אם הוכח שההורים ידועים בציבור כל זמן שנשני ההורים הם ישראלים. אם האב אינו ישראלי, או שיש חשש לכנות הקשר, נדרשת הוכחת זיקה גנטית. אם הילד נולד תוך הסתייעות בתרומת ביצית נדרשת הוכחת זיקה גנטית של האב, ובת הזוג תרשם כאם ללא צורך באימוץ או צו הורות. אם הילד נולד בישראל תוך הסתייעות בפונדקאית נדרשים בני הזוג לצו הורות, ואם הילד נולד בחו"ל בסיוע פונדקאות נדרשים בני הזוג להוכיח זיקה גנטית.



מוחלשת יותר.³⁷ יתר על כן, ככל שמודל ההורות חורג יותר מהמודל הסטנדרטי, כגון הורות קהילתית, כך ייטו ההורים להיכשל במבחני "טובת הילד" המבוססים על מודל המשפחה הגרעינית.³⁸ עבור זוגות להט"בים, החזקה היא חזקה של אי-תקינות. כך לדוגמה, נשים לסביות נדרשות לאמץ את ילדן שלהן בתוך התא המשפחתי, ולשם כך לעבור תסקיר של עובדת סוציאלית המוודאת את כשירות התא המשפחתי להורות, ולהמתין שנים ארוכות לאישור האימוץ. הומואים נדרשים בכל מסלול הורות לעבור אישור של מוסדות הרווחה ובתי המשפט. במסגרת זאת, בשונה מבמסלול הפונדקאות,

³⁷ לביקורת כללית על היקף התערבות המדינה במשפחה בהקשר לאימוץ כפוי בישראל ראו מאסס, לעיל ה"ש 30. וראו התייחסותה לבעייתיות שבמבחן המסוגלות ההורית בעמודים 599–600, לדיון באופן שבו הלכה למעשה משפיעים הליכי האימוץ הכפוי בצורה קשה יותר על אוכלוסיות מוחלשות ראו עמודים 600 ו-611–612; לתפקידה המרכזי של המשפחה ההטרונורמטיבית באופן שבו בית המשפט את טובת הילד והכשירות ההורית ראו יונתן יובל "יד קלה על ההדק" – טורריקה ואידיאולוגיה של ידע בשיח המשפט של אימוץ כפוי "משפט וממשל" 259 (תשס"א) המציין בהקשר להליכי אימוץ כי לגישת בתי המשפט: "השיח הנורמלי הוא של משפחה גרעינית הטרוסקסואלית בורגנית, כלומר: תא משפחתי הנמדד במאפיינים ביהייבויוריסטיים ולא בהכרח ביכולתו לספק לילד אהבה, הגנה ותנאים לחברות נאותה גם באמצעות מאפיינים אלטרנטיביים".

³⁸ ראו ליחס שבין שירותי הרווחה למבנה המשפחתי, התרבותי והקבוצתי בישראל שמואל גולדשטיין ורינה לאור "היבטים בין תרבותיים והשפעתם על אנשי מקצוע בהקשר של איתור ילדים נפגעי התעללות והזנחה וחובת דיווח" **משפט במשפחה** ג-ד 243 (תשס"ט-התש"ע). יצוין במאמר מוסגר שחרף חשיבותו של המאמר להבנת עבודת שירותי הרווחה בחברה רב תרבותית, הוא עצמו כתוב תוך הנחת מוצא שירותי הרווחה צריכים לשקף את העמדה ההגמונית היהודית אשכנזית, והדיון כולו ממוסגר כדיון בין הערכים המערביים של שירותי הרווחה והכותבים ובין קהילות היעד, החברה האשכנזית, ובעיקר, יחסה של אליטה חברתית זו לקבוצות אחרות בחברה, אינה מושא לניתוח וביקורת והפרקטיקות של החברות הנדונות – החרדית, האתיופית הרוסית והערבית, נתפסות כטבעיות ומנותקות בהקשר חברתי נתון בישראל. ראו עוד בלכר-פריגת, ה"ש 3 לעיל, 577–580; ראוי לציין בהקשר זה כי לצד פעילות גלויה של שירותי הרווחה, לאורך כל ההיסטוריה של מדינת ישראל התקיימו מהלכים נוספים, סמויים מהעין ומוכחשים, לצמצום השליטה של המשפחה המוחלשת. בהקשר זה ניתן למנות כדוגמה מרכזיות את פרשת חטיפת ילדי תימן בראשית שנות המדינה. וראו, לדיון בפרשה זו כמו גם במערך המשפטי המורכב שנבנה על מנת להעלימה בועז סנג'רו "באין חשד אין חקירה אמיתית: דוח ועדת החקירה הממלכתית בעניין פרשת היעלמותם של ילדים מבין עולי תימן" **תיאוריה וביקורת** 21, 47 (2001), כמו גם, בעת האחרונה, את התניית העלייה לישראל של יהדות אתיופיה בשימוש באמצעי מניעה מסוכנים על מנת למנוע ילודה בקרבן (הפרשה נתגלתה במהלך שנת 2014, ועל פי פרסומים בתקשורת מצויה בימים אלו בחקירה של מבקר המדינה, ראו "המבקר יחקור מתן זריקות למניעת הריון לנשים אתיופיות" **NRG** 14.7.2013 www.nrg.co.il/online/1/ART2/490/174.html). זאת, לצד המחסור המשמעותי בשירותים תומכי הורות באזורי פריפריה בהם מרוכזות האוכלוסיה המזרחית והערבית בישראל, לרבות חינך, בריאות ותברואה, אשר ממילא מקשים על אוכלוסיות אלו לספק את צרכי הילד.



הורים חשודים

במסלול האימוץ החזקה של אי-כשירות חריפה הרבה יותר, וזוגות בני אותו המין מצויים באופן קטגורי בסוף רשימת ההורים הפוטנציאליים.³⁹ ההטיה הקיצונית לטובת מודל המשפחה הטרונוורמטיבי בולטת בהקשר זה אם בוחנים את האפשרות של הורות משותפת של גבר הומו ואישה לסבית. הורות זו, שבה ישנם זכר ונקבה התורמים את המטען הגנטי שלהם לילד אליו הם קשורים משפטית, לא תדרוש שום פיקוח של המדינה, ותוכר כפי שהיא.

3. על אשרור כמטרה בפני עצמו

בחלק הקודם הצבעתי על כך שהדיון הגנטי מכסה על תפיסות עומק בדבר הטבעיות ואי-הטבעיות של המשפחה. ככל שמדובר במשפחה הטרונוורמטיבית יותר, כך הנטל לבחינת קיום זיקה גנטית קטן, ובמקרים מסוימים אף ישנו איסור על בירור הזיקה הגנטית. בשונה, ככל שהמשפחה המיועדת הטרונוורמטיבית פחות, כך הופך הדיון מדיון פרטי לדיון פוליטי וציבורי, והמשפחה המיועדת מוכפפת לעין המפקחת של המשטר. אלא שהתשובה לשאלה "משטור של מי?" אינה מספקת תשובה לשאלה "משטור של מה?". מהן התכליות העומדות מאחורי משטר הפיקוח? מה הוא בודק? ולאילו מטרות הוא נועד?

בתחום דיני המשפחה נהוג לבחון כל סוגיה שעל הפרק מבעד לעקרונות "טובת הילד" כעיקרון מכונן. מקום שבו מעורבים בהליכי ההורות גורמים שלא יהיו הורים לילד לאחר מכן, דוגמת תורמת ביצית ואם נושאת, נהוג למנות שיקולים אלו כהצדקות להגבלת הליכי פריון וילודה.

התבוננות על הסדרי הפיקוח הקיימים כיום, ועל אלו המוצעים בתזכיר לתיקון חוק הפונדקאות מעלה כי רבים מהם נעדרים כל זיקה להגנה על נשים העלולות להיפגע מההליך, או לטובת הילד, והם נועדו לשמר תאים משפחתיים סמי-נורמטיביים. יתר על

³⁹ פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



כן, רבים ממנגנוני הפיקוח האמורים אינם משרתים דבר. הם מנגנוני פיקוח ללא כל סעד לצדם, מנגנונים שכל תכליתם היא להבהיר למפוקח את מקומו כהורה חשוד.

נדמה שהדוגמה הטובה ביותר היא מכלול צווי ההורות והאימוץ הנדרשים להכרה בתא המשפחתי מקום שבו ישנו ילד שכבר נולד ושאינן אף אדם הטוען להורות עליו מלבד בני הזוג. הליכים אלו, דוגמת דרישת האימוץ בתוך התא המשפחתי אצל לסביות, אינם משרתים דבר. כל זמן שלא נדרשים כל ההורים לקבל אישור של בית משפט, אין סיבה להניח שדווקא בקרב זוגות להט"בים הכשירות ההורית תהיה נמוכה במיוחד, ואכן בפועל מדובר על הליך כמעט אוטומטי. גם כאשר נדרשת חוות דעת של עובד סוציאלי היא לרוב לקונית, וישנם מקרים שבהם בית המשפט כלל אינו דורש חוות דעת מסוג זה⁴⁰ (ואף בתזכיר הצעת חוק הפונדקאות נקבע מפורשות שבית המשפט אינו חייב להידרש לחוות דעת של איש מקצוע). ברי, כי אף שתוצאות ההליך צפויות, להליך עצמו מחיר משמעותי – מדובר בפרק זמן ארוך שבו ההורה בפועל אינו בעל זיקה משפטית לילדו, ההליך כרוך בהוצאה כלכלית, בבזבוז זמן ובתחושת אי-ודאות תמידית והחשש מהאפשרות שדווקא המקרה שלך יהיה החריג.⁴¹

⁴⁰ ראו לדוגמה תמ"ש 21535-01-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.4.2013) שם נקבע כי בנסיבות שבהן האב לילד שנולד בסיוע פונדקאית הוא בעל זיקה ביולוגית לילד, והילד סמוך על שולחנה של האם, אין צורך בהגשת תסקיר וחזקה שהמשך שהייה עם ההורים תשרת את טובת הילד; וראו בדומה תמ"ש (ראשל"צ) 35569-03-12 ש' צ' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.7.2013) שם נקבע כי אין צורך בתסקיר על מנת לקבוע הורות ביולוגית של בני זוג הטרוסקסואלים שהולידו ילדם בסיוע פונדקאית בארמניה; בפרשת אלמוני, ה"ש 49 להלן, קבע בית המשפט כי יש צורך בהגשת תסקיר להוכחת קיומו של התא המשפחתי ולהכרה באם, וזאת, אף שמפאת קיומו של תא משפטי וההכרה שבפועל הילדה מגודלת על ידי האם מצא בית המשפט כי היא תוסיף להיות האפוטרופוסית של הילדה. ניתן לתהות בנסיבות אלו מה תכליתו של התסקיר, וכיצד הוא יכול לסייע בבית המשפט בבואו לבחון את בקשת האם להכיר במעמדה.

⁴¹ יצוין כי בפרשת ויס, לעיל ה"ש 11, פס' 32, עמד בית המשפט על החובה של הרשות לשקול במסגרת שיקוליה הן את ההכבדה של ההליך עצמו, והן את ההשפלה הקבוצתית הנובעת מתיג קבוצה שלמה כלא אמינה. כך, ציינה השופטת פרוקצ'יה כי: "דרישות אלה אינן מוצבות, ככלל, כלפי בני זוג ישראלים, בין נשואים ובין שאינם נשואים. הדרישה להוכחת חיים משותפים קודם להוריית הקטין, ובמיוחד הדרישה לקבלת פסק דין אבהות, העשויה להיות כרוכה בדרישה לבצע בדיקה גנטית, הן דרישות קשות ומכבידות במספר היבטים: ראשית, הן משמיעות אי-אמון מובנה בהצהרות אבהות הניתנות מפי בני זוג מעורבים,



הורים חשודים

לו אכן היה מדובר בהליכים שנועדו להעריך באופן מקצועי את טובת הילד, היה מדובר בהפליה של הורים להט"בים הנדרשים להוכיח את הורותם, על פני הורים הטרוסקסואלים שאינם נדרשים לעשות זאת.⁴² אך אין מדובר באמת בהליך שנועד לבחון את הכשירות ההורית, שכן ממילא הילד יישאר בחזקת ההורה הביולוגי, ובמצב דברים זה עדיף שלהורה הנוסף המטפל בילד תהיה זיקה משפטית אליו, על פני מצב שבו הילד יתגורר עם מבוגר המשמש כהורה אך אינו מוכר ככזה בפועל. ההליך, שתוצאתו ידועה מראש, מסמן את התא המשפחתי החשוד, מצביע על חוסר טבעיות, ומחייבו באישור חיצוני לשם התקיימותו. ראוי לציין שאחד ההסדרים הדרקוניים יותר, והלא חוקתיים בעליל, בתזכיר לתיקון חוק הפונדקאות, מבקש להחמיר עוד יותר

וככאלה, הן כרוכות בפגיעה מובנית בכבודה של קבוצת אוכלוסיה שלמה, שהצהרות אבהות של הנמנים עליה אינן מתקבלות על פניהן, ככלל ובאורח גורף; שנית, הן כרוכות באובדן זמן יקר ובעלויות כספיות נכבדות, אשר בני הזוג עלולים לראות קושי לעמוד בהם".

42 ואכן, לעתים משמשים הליכים אלו את המדינה על מנת לטעון טיעונים הומופוביים כלליים, דוגמת התנגדות להכרה בהורות של פלוני שהוא הומוסקסואל כיוון שאלמוני שהוא גם הומוסקסואל, ואין לו שום קשר לפלוני, התגלה כפרופיל. בתי המשפט בישראל ביקרו פרקטיקה פסולה זו של המדינה, וציינו בפרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 5, פס' 64–65 כי "אין בידי לקבל את הטענה המשתמעת של ב"כ היועמ"ש [...] המטילה דופי כללי בתובעים [...] הטלת הדופי בתובעים אין לה מקום". שצוטטה אף בפס' 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 1. אף שלמיטב ידיעתי היא נמשכת בדיונים בפני הערכאות הדיוניות גם בימים אלו. עוד יצוין בהקשר זה כי המדינה אף טענה בפני בית המשפט כי חיובם של הורים בבדיקה גנטית משרתת את טובת הילד נוכח היתרונות שבוודאות בנוגע לזהות הוריו, ואף "משתלבת גם עם טובתה הכללית של החברה" כנאמר בפרשת **ויס**, לעיל ה"ש 11, פס' 30 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; יוזכר כי בארצות-הברית היו אלו טיעונים הומופוביים מסוג זה ממש שהנחו את בתי המשפט לאשר פרקטיקות מפלות כגון איסור אימוץ לבני זוג מאות המין. לסקירה חלקית ראו Kinna Patel, *The Role of Race and Sexual Orientation in Adoption Proceedings*, 4 J. L. & SOC. CHALLENGES 41, (2002) 57–61 שם נסקרים ארבעה סוגי טיעונים שהתקבלו על ידי בתי משפט בארצות-הברית כמצדיקים הגבלת אימוץ להורים בני אותו המין – השפעתה של אי-היציבות הנפשית של ההורים הלהט"בים על בריאותו הנפשית של הילד, החשש מניצול מיני של הילד על ידי ההורים המאמצים, החשש שהתפתחותו המוסרית של הילד תפגע, והחשש שהילד יסבול מסנקציות חברתיות בגין היותו בן להורים להט"בים). כאמור, בישראל מעולם לא התקבל טיעון מסוג זה, אף שמעולם לא נקבע באופן מפורש כי הורים להט"בים כשירים להורות ככל הורים אחרים.



באכזריותו של מנגנון אשרור זה ולהפקיד את המשמורת על הילד בידי עמותה פרטית המתווכת בין מבקשי ומספקות שירותי פונדקאות.⁴³

בהמשך לכך, יכולים לכאורה גופי פיקוח אלו לבחון את טובת הילד לפני ההולדה. ואכן, הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים מוסמכת לעיין בחוות דעת פסיכולוגית של ההורים המיועדים. עם זאת, כלל לא ברור מדוע לבחון את כשירותם של הורים מיועדים אלו, ולא לבחון את כשירותם של הורים מיועדים אחרים. כך לדוגמה, היה ניתן להתנות גם נישואין באישורה של ועדה, תחת ההנחה שפעמים רבות לאחר הנישואין הופכים בני הזוג להורים, ועל רקע העובדה שמרבית מקרי ההתעללות המינית במשפחה נעשים על ידי אבות הטרוסקסואליים. בדומה, היה ניתן להתנות את רישומו של אב הטרוסקסואל בתעודת הלידה בבדיקת כשירות, או לחייב את הזוג לעבור תהליך אימוץ. אלא שהתהליך בפני הוועדה אינו בוחן את טובת הילד, אלא ממשטר את ההורים המיועדים. בדומה לוועדות להפסקת הריון, מדובר בגוף המורכב משילוב של משפטנים, רופאים ואנשי דת המסביר להורים המיועדים את אי-הנורמליות שבקיומם, ומסמן אותם ככאלו.⁴⁴

בהקשר זה, נדמה שקריאתה של המשנה לנשיא נאור לבני זוג הנעזרים בשירותי פונדקאות בחו"ל לפנות באופן וולונטרי לבית המשפט לענייני משפחה על מנת להכיר במעמד של ההורה שאינו בעל הזיקה הגנטית ממחישה היטב את היותו של ההליך הליך ממשטר. כבר כותרת המלצתה "בפני עיוור לא תיתן מכשול"⁴⁵ המצביעה על הזוג הלא נורמטיבי כחורג מהנורמה. בהמשך ממליצה המשנה לנשיא לזוגות הנעזרים בשירותי

⁴³ לניתוח מקיף של סוגיה זו ראו מכתבו של פרופ' אייל גרוס למשרד המשפט מיום 6.2.2014 שבו מפורטות הערותיו לתזכיר לתיקון חוק הפונדקאות (עותק שמור אצל הכותב).

⁴⁴ טבען הממשטר של ועדות אלו בולט במיוחד נוכח העובדה ש-99% מהבקשות מאושרות, וראו לעניין האופי הממשטר של ועדות אלו ראו שטופלר, ה"ש 11 לעיל, 489-497; דלילה אמיר וניבה שושי "חוק ההפלות הישראלי" – היבט מגדרי ופמיניסטי" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 777 (תשס"ז); דלילה אמיר וניבה שושי "פמיניזם והעצמת נשים בישראל: מדיניות ההפלות כמקרה בוחן" **משפט חברה ותרבות – העצמה במשפט** 279 (תשס"ח).

⁴⁵ פרשת **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 1, פס' 44 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.



הורים חשודים

פונדקאות בחו"ל לפנות לבית המשפט להכרה בהורותם על מנת "לחסוך התדיינויות משפטיות אפשריות עתידיות". המלצה זו אינה ברורה. ראשית, כפי שציינו השופטים ג'ובראן ודנציגר באותה הפרשה, כלל הילדים בישראל מוכרים מכוח הרישום, ואין ההורים מבצעים כל פעולה "לאשרר" את ההורות. שנית, גם אם נניח שנוכח היעדר זיקה גנטית בין אחד ההורים לילד יכול להתעורר קושי עתידי (אם בתי המשפט יתעקשו על קיום זיקה גנטית בהליכי משמורת וגירושין) לא ברור מהו הערך של האשרור המוקדם על ידי בית המשפט. לבית המשפט לענייני משפחה אין שום כלים להעריך את ההורות של ההורה הנוסף, ועל פי ההלכות הקיימות הוא ממילא יאשר הורות זו. משכך, נדמה שדרך המלך היא לנהוג בילדים להורים שנולדו בעזרת פונדקאות כככול ילד אחר – להכיר במרשם כמייצר בפועל סטטוס של הורות, ולא להעניק משקל לשאלת הזיקה הגנטית מקום שבו מתעורר סכסוך. כל שעושה הליך האשרור בפני בית המשפט לענייני משפחה הוא להכפיף הורים אלו לעינו המפקחת של המשפט, ולסמן הן הורים הבוחרים שלא לנקוט בצעד וולונטרי זה והן את ההורים שבוחרים לנקוט בו כהורים חשודים.⁴⁶

כאמור, העיון בהסדרים השונים לפיקוח ואשרור הורות שאינה הטרונורמטיבית מעלה ספק אם יש להסדרים אלו נגיעה כלשהי לטובת הילד, ואף במקום שישנה נגיעה כזו, למעט במקרים חריגים, אין כל סיבה לבחון דווקא הורים שאינם הטרונורמטיבים, ולא לבחון את כשירותם של הורים הטרונורמטיבים.

השאלה הנוספת בהקשר זה היא אם יש בהסדרים האמורים כדי להגן על צדדים שלישיים שעלולים להיפגע, בעיקר תורמות ביציות ואימהות נושאות. שאלה זו למעשה משיבה אותנו לנקודת המוצא לדיוננו. אם ההסדרה המשפטית הייתה מבוססת על הגנה על האוטונומיה של צדדים שלישיים, ולא על שימור המשפחה ההטרונורמטיבית, ניתן היה להציע בחינה סדורה ושיטתית של ההגנה הקנויה בחוק לנשים המעורבות בתהליך ההורות. ודאי שהגנה שכזו חייבת להתקיים, ויש לבחון, בנוגע לכל הסדר, אם הוא

⁴⁶ על קושי זה עמד השופט דנציגר, שם, פס' 4 לפסק דינו.



מספק הגנה שכזו, ואם ניתן לספק הגנה זהה תוך פגיעה פחותה בהורים המיועדים.⁴⁷ בפרשת ממת-מגד הצביע בית המשפט על כך שכלל ההסדרים שאומצו בשם ההגנה על אימהות נושאות כלל אינם עומדים במבחן הקשר הרציונלי שבין האמצעי למטרה, ומשכך אין טעם לבחון אם ישנם אמצעים פוגעניים פחות.⁴⁸ התנהלות זו של המדינה, שעל פיה מאומצים נהלים על בסיס הנחות לקיומה של התנהגות לא ראויה על ידי משפחות "חשודות" ללא כל בסיס עובדתי, אינה חריגה וכבר זכתה לביקורת של בית המשפט העליון.⁴⁹ עם זאת, העיון בתזכיר חוק הפונדקאות מעלה שהוא מוסיף לפסוע באותו המשעול. לחלק לא מבוטל מההסדרים הקבועים בו, דוגמת הדרישה כי המדינה הזרה תכיר באופן אקטיבי בהורות להט"בית, אין שום קשר לשאלת ההגנה על נשים נושאות. ההסדרים שאכן נועדו להגן על נשים נושאות ודאי שאינם האמצעים הפוגעניים פחות. כך לדוגמה, הגבלת ההתקשרות לתיווך על ידי עמותות מסחריות למטרות רווח מגדילה את עלויות ההליך, יוצרת פתח לשחיתות, וספק אם תשפר בצורה משמעותית את ההגנה על האם הנושאת.

⁴⁷ ראו לציין, בהקשר זה, כי מבחינת הדין הפוזיטיבי ישנו קושי במתן משקל לשיקולים דוגמת הגנה על צדדים שלישיים, במסגרת דיונים במעמד של ילדים. כך, בשורה ארוכה של פסקי דין מצא בית המשפט העליון כי אף החשש מפני חטיפת ילדים אינו שיקול שניתן לשקול אותו במסגרת דיון בעניינו של קטין, וכי יש להתמקד בטובת הילד בלבד. ראו ע"א 630/77 **בולשטיין נ' בולשטיין**, פ"ד לב(1) 378 (1977); בג"ץ 444/81 **סלתי נ' פלתי**, פ"ד לה(4), 658 (1981).

⁴⁸ פרשת **ממת-מגד**, לעיל ה"ש 1, פס' 40 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 21–25 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר.

⁴⁹ כך, בפרשת **ויס**, לעיל ה"ש 11, פס' 51 מציינת השופטת פרוקצ'יה כי: "המדינה בטיעוניה לא הציגה נתונים סטטיסטיים כלשהם המשקפים את המציאות בשטח ביחס להצהרות-שווא שניתנו בענין אבהות, מספרן ומידת שכיחותן. טענות המדינה בדבר החשש המובנה מפני הצהרות אבהות המונעות משיקולי רווח-מישני נטענו בעלמא, בלא כל ביסוס בעובדות ובנתונים. בהעדר נתונים סטטיסטיים כלשהם, המצביעים על ניצול לרעה של הצהרות אבהות מצד בני זוג מעורבים, קשה לדעת את מהות הסיכון ואת עוצמת הסיכון הנשקף מפני הצהרות-שווא כאלה"; בדומה, בפרשה אחרת, הקודמת לפסק הדין בעניין ממת-מגד, ציין בית המשפט בנוגע לטענת המדינה כי הליך האימוץ נדרש להגנה על טובת הילד כי: "הטענה של המדינה כי עלולות להישמע בעתיד טענות של מחטף ההורות אינה עולה בקנה אחד עם העובדה כי מתקיים הליך משפטי כחוק" תמ"ש (ת"א) 35043-06-12 **אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה משרדי ממשלה**, פס' 57 (פורסם בנבו, 14.3.2013).



4. על המחיקה

נדמה שלא ניתן להשלים את הדיון בפרשת ממת-מגד מבלי להתייחס למאמץ האקטיבי של בית המשפט להציג את השאלה כשאלה שאין בה היבטים של הפליה, ושנדרונה במנותק ממצייאות של הפליה על רקע נטייה מינית. שתיים משופטות דעת הרוב מצאו מקום להסביר בפירוט מדוע לגישתן אין מדובר בהפליה. המשנה לנשיא נאור מצאה שאין מדובר בהפליה מאחר שאותו ההליך חל גם על זוגות הטרוסקסואליים הנעזרים באם פונדקאית בחו"ל. במענה, השופט ג'ובראן ציין בחוות דעתו כי ניתן לזהות בפרשה הנוכחית הן כוונת הפליה, הן הפליה תוצאתית, נוכח התבוננות רחבה על ההסדרים המשפטיים הנוגעים לפריון וילודה בישראל המפלים במפורש ובמתכוון הורים הומואים ומאלצים אותם להיעזר בשירותי פונדקאות בחו"ל, כמו גם נוכח התבוננות על המציאות בשטח, שעל פיה חלקם היחסי של ההורים ההומוסקסואליים הנעזרים בפונדקאות לשם הורות בחו"ל עולה בצורה משמעותית על חלקם היחסי באוכלוסייה. בתשובה, השיבה השופטת אסתר חיות⁵⁰ כי על פי דו"ח ועדת מור יוסף⁵¹ שהוגש לעיון בית המשפט ישנם גם זוגות הטרוסקסואלים הנעזרים בפונדקאות בחו"ל, ושגם אם ישנה הפליה, אין היא מצויה בהסדר הנוכחי. נדמה בעיני ששני מישורי הטיעון אינם משכנעים. במישור העובדתי, השאלה אינה אם יש גם קבוצות שאינן מוחלשות הנפגעות מההסדר. פעמים רבות הסדרים הם גם מפלים וגם משמשים למטרות נוספות. סלקטורים מונעים כניסה למועדונים גם של אשכנזים. ועדות קבלה מסרבות לבקשות גם של יהודים ודירקטוריונים דוחים מועמדויות גם של גברים. השאלה היא אם הקבוצה המוחלשת מושפעת באופן יחסי יותר מיתר קבוצות האוכלוסייה מההסדר. אם מאה אחוזים מההומואים שנעזרים בפונדקאות מושפעים מנוהל פונדקאות בחו"ל, ומנגד רק חלק מההטרוסקסואלים הנעזרים בפונדקאות מושפעים מנוהל זה, השפעתו היחסית על

⁵⁰ פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

⁵¹ משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל (2012).



הומוסקסואלים רחבה יותר. באשר למישור השני, נדמה בעיני כי מקום שבו יש הסדר הפוגע בצורה תוצאתית באופן רחב יותר באוכלוסייה מוחלשת קיימת הצדקה לבחון את ההסדר בקפידה רבה, גם אם ניתן למנוע את הפגיעה על ידי שינויי הסדרים אחרים. פיצול מלאכותי של דברי חקיקה אינו הצדקה נורמטיבית לפיצול הדיון בשאלת ההפליה.⁵²

מכל מקום, לו היה מדובר בהכחשה חריגה, נקודתית, של הזיקה שבין הדיון הגנטי להפליה חוקתית, ניתן היה להיכנס לעובי הקורה בנסיבות המקרה הספציפי. אלא שמדובר במדיניות שיטתית של בית המשפט. בית המשפט נוהג באופן שיטתי בהליכים הנוגעים לקהילה הגאה למחוק את ההקשר הקהילתי ולהגביל את הדיון לפרט הבודד ולרובד המנהלי. זאת הייתה עמדתו של הנשיא אהרן ברק בפרשת דנילוביץ',⁵³ ירוס-חקק⁵⁴ ובן ארי,⁵⁵ ושל השופטות דליה דורנר ודורית ביניש בפרשת קדיש-ברנר.⁵⁶ התפר

⁵² למן הראוי לציין, בהקשר זה, כי דחיית טענת ההפליה בפרשת פלוגית 2014, לעיל ה"ש 14, פס' 20 מטרידה במיוחד. בית המשפט ציין כי: "במקרה דנן, בהעדר הכרה חוקית ב'הורות הסכמית', כלל ועיקר, לא על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, לא על פי נוהל פונדקאות חו"ל ולא על פי המלצות ועדת פרופ' מור יוסף, אין לומר כי המערערת, וגם לא קבוצת הנשים המצויות במצבה (שסיכוייהן לזוגיות, בהיותן נכות, נמוכים, ושנכותן אינה מאפשרת קיומו של קשר גנטי לילוד) מופלות לרעה. האפליה הנטענת חייבת לעמוד באותו מישור של זכות הניתנת לקבוצה אחרת. ככל שתוכר הזכות להורות מכוח 'הורות הסכמית' לא ניתן יהיה להפלות נשים נכות ושלא להכיר בהורותן מכוח הסכם טענת האפליה אין בה ממש, אפוא, נוכח הדרישה לזיקה גנטית בהליך הפונדקאות, העוברת כחוט השני בכל הסדרי החקיקה והפסיקה. נכון, קיימת קבוצה של בני זוג 'הנהנים' מהכרה בהורות פסיקתית בהעדר זיקה גנטית לילוד, אולם המדובר באבחנה מותרת שעניינה ומקורה בהיותם בני הזוג של ההורה הגנטי. קבלת עמדת המערערת, באשר לאפליית, תביא דווקא לאפליה של מי שאינו סובל מנכות, בבחינת מתן זכות יתר לנכים". ניתוח זה אינו עולה בקנה אחד עם החוק והפסיקה, ומוביל לתוצאה אבסורדית הנובעת מבחינת ההפליה לא בנוגע לצורך אלא בנוגע לקריטריון המפלה עצמו. להמחשת הטעות הלוגית, אותו הטיעון ממש יכול להצדיק את אי-הקמתם של שירותי נשים במקום העבודה, שכן גם הגברים וגם הנשים במקום העבודה אינם יכולים להשתמש בשירותי הנשים. סוג זה של טיעון יכול להצדיק גם אי-בניית רמפה שתאפשר נגישות לכיסאות גלגלים (כי גם בעלי מוגבלויות וגם מי שאינם בעלי מוגבלויות נדרשים לעלות במדרגות) קביעת קריטריון אחיד לגובה (כי גם נשים וגם גברים נדרשים להיות מעל 1.75 ללא הפליה) וכדומה. בג"ץ 721/04 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 759 (1994).

⁵³ ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005), וראו לדיון בפסק דין זה טריגר, לעיל ה"ש 17; עומרי גולדשטיין וורד שפילמן "אמא יש רק אחת!" – בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין ב 92, 96 (תשס"ה).



הורים חשודים

שבין המשפט החוקתי והמנהלי הוא שהנחה את השופט יצחק עמית בפרשת הבית הפתוח,⁵⁷ זהו העיקרון שעיצב את ההליכים בנוגע למצעד הגאווה בירושלים כהליכים הנוגעים בשימור הסדר הציבורי והזכאים להגנה מוגבלת⁵⁸ והוא שהוביל את השופט נעם סולברג לקרוא לנאשמת טרנסג'נדרית שלא להעמיס על כתפיה את זכויות נאשמים, מהקהילה הטרנסג'נדרית כקבוצה ולציין כי "דומני כי נכון נהגה המערערת מבחינתה, באופן שבו כלכלה את צעדיה במשפט הפלילי, מבלי שהתימרה להיות נושאת דגל

55 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006); וראו לדיון בפסק דין זה יקיר וברמן, ה"ש 3 לעיל, וכן יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט 12, 20 (2001) (המצביע על הסימון של המשפחה הלהט"בית כחורגת, סימון המעצים סטראוטיפים והדרה). ראוי לציין בהקשר זה שבשונה מפסק הדין בפרשת ממת-מגד, שבו הותיר בין המשפט פתח כלשהו להורים להט"בים לאשרר את הורותם, פסק הדין בפרשת בן-ארי יצר מצב קטגורי שבו הזוגיות הלהט"בית רשומה אך אינה בהכרח מוכרת, ללא כל אפשרות לחייב את ההכרה בה, ותוך הותרת זוגות אלו במצב של חוסר ודאות מובנה באשר לזכויותיהם מכוח הנישואין. כך לדוגמה, אף שנדמה שברור שבני זוג להט"בים נשואים רשאים לקבל מעמד בארץ מכוח ההליך המדורג לזוגות נשואים (הליך קצר יותר שבסופו אפשרות לאזרחות), העמימות באשר למעמד הנישואין הובילה את משרד הפנים להוסיף ולהנחות זוגות אלו לפנות למסלול הידועים בציבור. ראו נוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לאזרח ישראלי מספר 5.2.0008 של משרד הפנים מיום 7.10.2013 piba.gov.il/Regulations/5.2.0008.pdf; ונוהל נוהל טיפול במתן מעמד לבני זוג של ישראלים, לרבות בני אותו המין מספר 5.2.2009 מיום 7.10.2013 בו מצוין מפורשות כי הוא חל על "אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע בישראל, המקיים חיים משותפים ללא נישואין (ידועים בציבור), וכן בני זוג מאותו מין שנישאו או שמקיימים חיים משותפים ללא נישואין (ידועים בציבור) פ"ד סא(1) 211 (2006); ובג"ץ 6024/13 אלסאיה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 9.9.2013). חשוב לציין שאחד ההבדלים המרכזיים בין שני ההליכים הוא מעמד הילדים – אזרחותם של ילדים שייולדו לאחר כינון הזוגיות מותנית בבן הזוג הישראלי, ובן הזוג הזר לא יכול, בשום שלב, להקנות לילדים מעמד כאזרחים בישראל, וכן שבמסגרת נוהל הידועים בציבור ילדים, ילדים מלפני כינון הזוגיות של הידוע בציבור לא יוכלו לקבל בישראל מעמד כלל (בשונה מילדים של בן זוג זר הנשוי לישראלית).

56 בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000); וראו לביקורת על הימנעותו של בית המשפט מקיום דיון מהותי בפרשה זו חנן גולדשמיט "תעודת הזהות המפוספת של משפחת ישראל – השלכות משפטיות של פסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז 217 (תשס"ב).

57 ע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.2010), וראו לדיון בפרשה זו חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט ד 167 (2011).

58 בג"ץ 8988/96 זהר נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 27.12.2006); בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 20.6.2007); בג"ץ 5317/08 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 29.10.2008); וראו לדיון מקיף בהקשר זה צבי טריגר "בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ועל מה שאין בפסיקת בג"ץ בעניין מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם" המשפט יד 339 (2010).



הזכויות החוקתיות של אסירים טרנסג'נדרים [...] טובתה של המערערת טמונה בצמצום, ולא בהרחבה; ואכמ"ל".⁵⁹ בדומה, אף בהליכי אימוץ והורות מתעקש בית המשפט שלא לזהות את ההקשר החוקתי, ואת יחסי הכוחות שבין קבוצות הגמוניות ומחלשות העומדות ברקע לדברים.⁶⁰

השאלה האם עדיף, מבחינה פוליטית, הישגים ללא הכרה או הכרה ללא הישגים, היא שאלה מורכבת החורגת מגבולות הדיון הנוכחי.⁶¹ עם זאת, נדמה שההליך הנוכחי ממחיש היטב כי הישגים ללא הכרה מוגבלים תמיד. מקום בו הדיון מעוצב בגבולות המשפט המנהלי, ושבו אין מדובר בזכויות האדם של המעורבים, לא ניתן יהיה לחשוב את ההפליה השורשית עליה מושתת המודל. העיוורון לזהות ההורים, הוא מגנה הטוב ביותר של הפנטיזיה ההטרונורמטיבית.

⁵⁹ ע"פ 5833/12 פלוגית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2013), וראו, לדיון מאלף במחיקה הטרנסג'נדרית העומדת בבסיס פסק הדין נורה גרינברג "משפטו של אדם בלתי-נראה: אי-הכרה בזהותו של עבריין טרנסג'נדר כמחיקת קיומו" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה ²⁶, ⁵ (2014) www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/26/26_may_2014_3_greenberg.pdf

⁶⁰ וראו לדוגמה, פרשת ויס, לעיל ה"ש 11, פס' 15 ו-20 לפסק דינה של השופטת ארבל (ויצוין כי באותה הפרשה העותרים לא הצביעו על הקורלציה שבין הפגיעה בקבוצת ההורים המעורבים לפגיעה באוכלוסיות מחלשות); וכן ראו דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית (פורסם בנבו, 23.12.2013) שם קבעה המשנה לנשיא נאור בפס' 1 ו-45 כי: "הדברים עשויים להיראות, והיו בהליך שלפנינו דגשים על כך, כמחלוקת בשאלת עדיפות 'קשר הדם'. לעתים התלוותה לכך בטיעונים לפנינו, לצערי, גם נימה עדתית. בטרם אצלול לפרטי ההליך הסבוך אבהיר, בקצרה, את עמדותי: לכתחילה, בעניין זה, ובכל עניין אחר של אימוץ יש בעיני עדיפות טבעית לקשר הדם, ולמשפחה המורחבת. כך הוא לגבי אימוץ ילדים ממוצא אתיופי, לגבי אימוץ ילדים ממוצא אשכנזי, מזרחי, או כל מוצא אחר" ובהמשך "הערתי בפתח הדברים על כך שלטענות שנשמעו בפנינו התווספה לעיתים לצערי נימה עדתית. דומה היה כי יש מי שמנסים להפוך את הקטין, שלא בטובתו, לסמל למאבק. אולם, הרצון לשמר מורשת תרבותית אינו מצדיק פגיעה כה קשה בקטין שבמרכז דיונו". מהלכה של המשנה לנשיא משקף, במידה רבה, את הפער עליו הצביעו מאסט ואחרים בין המציאות המפלה של הליכי אימוץ כפוי לבין החזות האובייקטיבית של מבחני "טובת הילד".

⁶¹ וראו, לדיון זה, אלון הראל "בתי-משפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד 785 (1998).



5. סוף דבר

ההתמודדות עם המודל ההטרונורמטיבי במאבק הציבורי לשוויון זכויות היא התמודדות מורכבת. לא פעם יש צורך במציאת פתרונות מעשיים להורים שבשל התאכזרות מנהלתית נותרים לכודים במדינות זרות ללא ביטוח בריאות וללא תנאים מינימליים להורות, וההיעזרות בפתרונות אלו דורשת תשלום מחירים מסוימים. חשיפה של ההנחה ההטרונורמטיבית נראית כאסטרטגיה משפטית מסוכנת למול בית משפט המסרב להכיר בסוגיה כסוגיה חוקתית.

הדיון בהקשר זה נהיה מורכב אף יותר משעסקין בהליכי פרוין וילודה שיכולות להיפגע מהן האימהות הנושאות, ולא רק הן. הדיון הציבורי קושר לא פעם בין הרצון למגר חסמים שרירותיים, המושתתים על הפליה, לבין הרצון להחפיץ נשים לצורכי הולדה, ולהיפך, לא פעם משמש שיח ההגנה על נשים לקידום תפיסות עולם הומופוביות ולהאדרת המשפחה ההטרונורמטיבית.

לא זאת ועוד, פעמים רבות ההורים המיועדים עצמם מבקשים לאמץ מודל של משפחה הטרונורמטיבית כמקור התוקף להורותם, במסגרת הטענה שאם אנו דומים לכם, מגיעות לנו אותן הזכויות שניתנות לכם. או אז מאומצת אסטרטגיה של חיזוק הגורמים החזקים ביותר בקבוצה המוחלשת, על חשבון גורמים אחרים, מוחלשים יותר, הנותרים מאחור.⁶²

ובסוף, גם בקרב הורים מיועדים רבים, להט"בים והטרנסקסואלים כאחד, מושרשת הפנטזיה על משפחה הטרונורמטיבית, והם נוטים לייחס משקל מוגבר לזיקה גנטית

⁶² ראו לדיון באופן שבו המאבק לשינוי חברתי תוך שימוש במסגרת המשפטית הקיימת בדיני המשפחה מונע שינוי חברתי מהותי בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 3, Craig W.; 577–574 Christensen, *Legal Ordering of Family Values: The Case of Gay and Lesbians Families*, 18 CARDOZO L. REV. 1299 (1996–1997); והשוו חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פלילים ט 53 (2000).



ולמודל זוגי. ברמה הציבורית, פנטזיה זו היא שיכולה להסביר את ההתמקדות של המאבק להורות בפונדקאות ולא באימוץ או בהורות משותפת.⁶³ במרבית ההליכים שנדונו במבזק הפסיקה הנוכחי פנטזיה זו היא ההסבר לעמדת ההורים עצמם. כך, הרצון להימנע מהדיעה מי אינו ההורה הגנטי בפרשת ממט-מגד, הנכונות לעבור הליכים גופניים פולשניים ומסוכנים על מנת להיות לשותפות בהורות הביולוגית בפרשת משה; האמונה בחשיבות של הזהות הגנטית בין הילדים מחד, והחשיבות של ההורות הגנטית מאידך בפרשת פלונית 2013 ועוד.

איני מבקר אדם זה או אחר המבקשים לעשות כרצונם בגופם, גם אם הטעם לכך הוא בהבניה חברתית פוגענית. עם זאת, המתח שבין ההכרעה הפרטיקולרית לבין המדיניות הציבורית, שכבר זוהה בספרות, חייב להיות במוקד קבלת ההחלטות הקהילתיות, ולא ניתן לעצב מדיניות ציבורית כללית על בסיס הרצונות, ההעדפות ותפיסות העולם של הורים פרטניים מקום שבו משמרות האחרונות יחסי כוח ודיכוי.⁶⁴

⁶³ ראו בהקשר זה זפרן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 233–234.

⁶⁴ ראו Yofi Tirosh, *Reciprocal Antidiscrimination Arguments*, 6 LAW AND ETHICS OF HUMAN RIGHTS 229 (2012).