

משפחות חורגות ו"רישיון הורות":

צבי טריגר*

מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ¹

אם אינה האשה הנושאת אותך בתוך רחמה, אלא האשה המגדלת אותך, או הגבר המגדל אותך.

אוריאה פאלאצי מכתב לילד אשר לא נולד²

אין הוא נתון נורמטיבי;

אין הוא הופך אימוץ יחיד לאימוץ משותף;

אין בו יצירת סטטוס משפטי שלא היה קודם לכן;

אין בו הכרה בזוג חד-מיני כ"איש ואשתו;

אין בו אף הכרה בכל אחד מהם כיבן זוגי של האחר (כמשמעות מושגים

אלה בסעיף 13) לחוק האימוץ).

כל שיש בו הוא התחשבות בנתונים האישיים במסגרת קביעה

אינדיבידואלית באשר לטובת המאומץ ובאשר לקיומן של נסיבות מיוחדות

למתן צו אימוץ למאמץ יחיד – לא לאימוץ על ידי משפחה חד-מינית.

כמובן, במסגרת התחשבות זו בנתונים האישיים יש לתת משקל למהותה

של המשפחה בה חי הקטין. החד-מיניות של משפחה זו היא נתון חשוב שאין

להתעלם ממנו. עם זאת, זהו נתון עובדתי שאינו הופך את ההתחשבות בו

להכרה משפטית בסטטוס חדשי (ההדגשות שלי – צ.ט.).⁶

כלומר מדובר ב"נתונים אישיים" (פעמיים), ב"קביעה אינדיבידואלית",

ב"נסיבות מיוחדות" (פעמיים) וב"נתון עובדתי" (שוב, פעמיים) ולא

"נורמטיבי". בית המשפט פוסק ב"מישור הספציפי" ולא ב"מישור העקרוני",

הוא מספר לקוראים ולקוראות⁷. מדוע קושר בית המשפט בין הכרה בהורות

הומולסבית ובין הכרה בזוגיות הומולסבית? מדוע חושש בית המשפט כל כך

מן ההכרה בזוגיות הומולסבית? והאם אפשר בכלל להכיר בהורות דוגמת

ההורות המשותפת של בנות הזוג ירוס וחקק מבלי להכיר בזוגיותן?⁸

פסק דינו של הרוב בעניין ירוס-חקק רווי בחרדות שמסוות, לדעתי,

חרדה אחת עיקרית, הקשורה במה שאני אכנה כאן "רישיון הורות". לכאורה,

פסק הדין מיטלטל בין החשש מפני הכרה בזוגיות הומולסבית על דרך של

חקיקה שיפוטית ובין שיקולים של טובת הילד. אני סבור שהחשש המרכזי

שעולה מפסק דינם של שופטי הרוב, כמו מחוות דעתם של שופטי המיעוט,

קשור לכך שהורות הטרנסקסואלית אינה זקוקה, בדרך כלל, לאישור מן

המדינה (למעט כאשר מדובר באימוץ הטרנסקסואלי, על כך בהמשך). ולא

רק שהיא אינה זקוקה לאישור מן המדינה, אלא שבשנים האחרונות, עם

עליית הלגיטימציה החברתית והמשפטית של אימהות לא נשואות, הקשר

בין הורות לבין זוגיות הטרנסקסואלית, נותק כמעט לחלוטין. כלומר אם

בעבר "רישיון ההורות" האוטומטי ניתן באופן בלעדי לזוגות נשואים בלבד,

כיום יותר ויותר הטרנסקסואלים (והרי הנחת המוצא המשפטית-תרבותית

הנה שכולנו הטרנסקסואלים) ו/או עד אשר לא הוכח אחרת!) זוכים ברישיון

הורות אוטומטי בלא קשר למעמד האישי.

שיקול נוסף אשר נעדר מפסק דינו של בית המשפט העליון ומופיע

בדיונה של שופטת המיעוט בבית המשפט המחוזי, השופטת סבינה רוטלוי,

קשור לזכויות הילדים⁹. בית המשפט העליון דן מעט מאוד בזכויותיהם

א. מבוא

בינואר 2005 קיבל בית המשפט העליון את ערעורן של ד"ר טל ירוס-חקק

וד"ר אביטל ירוס-חקק על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-

יפו³, אשר קבע, כי על פי המצב המשפטי הקיים הן אינן זכאיות לאמץ זו

את ילדיה של זו. שתי הנשים, אשר חיות יחד כבנות זוג ומנהלות משק בית

משותף⁴, ילדו שלושה ילדים מתרומות זרע אנונימיות. כל אחת מהן מונתה

כאפוטרופסית של ילדי רעותה, ובמקביל הן ביקשו לאמץ זו את ילדיה של זו,

משום שאימוץ יוצר בין ההורה ובין הילד הורות משפטית מלאה, ממש כמו

ההורות הביולוגית. במקביל למתן צווי אפוטרופסות, המשיכו המערערות

בבקשתן לקבל צווי אימוץ. כאמור, בקשתן נדחתה על ידי בית המשפט

המחוזי.

בקבעו כי אין מניעה עקרונית למנוע אימוץ צולב של אימהות לסביות

זו את ילדיה הביולוגיים של זו, עשה בית המשפט העליון – מפיו של נשיאו,

אהרן ברק – מאמצים רבים להגביל ולצמצם את כוחו התקדימי של פסק

דינו בערעור בעניין ירוס-חקק. הקטקטו הברקי המפורסם⁵ נרתם כדי

להדגיש חזר והדגש נקודה זו:

"ראשית, לא נתבקשנו להכיר עקרונית בזכותם של זוגות חד-מיניים

לאמץ ילדים [...] נטייתה המינית של המבקשת לאמץ לא היתה נבחנת

במישור העקרוני אלא במישור הספציפי, אם אימוץ על ידה הוא לטובת

המאומץ והאם קיימות נסיבות מיוחדות למתן צו אימוץ למאמץ יחיד.

הוא הדין בענייננו.

הקשר האינטימי בין האם הביולוגית למבקשת לקבל צו אימוץ למאמץ

יחיד – היותו זוג חד-מיני – הנו נתון עובדתי שיש לקחתו בחשבון באימוץ

יחיד.

* דוקטור למשפטים, מרצה, בית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל. מאמר זה מבוסס על הרצאה בפאנל "אמא יש גם שתיים: אימוץ בתא המשפחתי של שתי אמהות והכרה בזוגיות הומו-לסבית", הכנס השנתי ה-13 ללימודי נשים ומגדר ולתאוריות פמיניסטיות, 5 באפריל 2005. זוהי גרסה מקוצרת של המאמר. גרסה מלאה של המאמר תופיע בכרך "המשפט". תודה לד"ר אייל גרוס, לד"ר תמר מורג ולמערכת כתב העת "המשפט" על הערותיהם המועילות.

של ילדים בכלל ובזכויותיהם של ילדיהן של בנות הזוג ירוס-חקק בפרט, ומותיר את השאלה האחרונה להכרעתו של בית המשפט לענייני משפחה, כאילו שאלת זכויות הילד אינה שאלה עקרונית דיה אשר ראוי לה שתיכלל במסגרת איזון האינטרסים אשר עורך בית המשפט.

ב. נישואין, הטרוסקסואליות והורות

ההסברים ההיסטוריים לשאלת הרישיון להורות נעוצים, לדעתי, בתפיסה העתיקה של האישה והילדים כרכוש הגבר¹⁰, ולאחר מכן בגלגול הליברלי שלה, מהראייה הקניינית של ההורות לתפיסה של הזכות לפרטיות. מבחינה משפטית-אנליטית, הזכות המודרנית להורות נובעת אפוא, כפי שמציין שיפמן, מן הזכות לפרטיות:

"הזכות לפרטיות, או ההגנה על צנעת היחיד, משתרעת ללא ספק על החלטות אינטימיות ברמת הפרט כשאינן מתבקשת מעורבות של אחרים או סיועם הפוזיטיבי, ויש בה כדי לבסס את הדרישה להרחקת התערבויות מיחדר-המיטות' [...] ביחסים בין בוגרים בהסכמה חופשית, כאשר הם מתקיימים בצנעה, ללא ניצול של יחסי תלות או מרות וללא העלמת עובדות, האינטרס במניעת התערבות גובר. אינטרס זה יש בו כדי לחזק את זכותו של אדם להחליט בעצמו אם ברצונו להביא ילד לעולם אם לאו"¹¹.

חשיבה על הזכות להורות ככתת-קטגוריה של זכות-העל לפרטיות היא לכאורה יותר ניטרלית מאשר החשיבה על זכות זו ככתת-קטגוריה של זכות הקניין של ה"בעל"/האב. אך גם חשיבה זו מגלמת בתוכה, בעצם ההפרדה שהיא יוצרת בין הספרה הפרטית, שבה אל לה למדינה להתערב, לבין הספרה הציבורית, את אותה תפיסה קניינית עתיקת-יומין, שלפיה האב, או במונחי המשפט הרומי, הפאטר פמיליאס (Pater Familias)¹², הוא אדון המשפחה, ולא המדינה. הסדר הפטריארכלי חפץ לפיכך ברישיון אוטומטי להורות עבור המשפחות אשר עונות על המודל הנורמטיבי.

רישיון הורות אוטומטי מתגש באופן חריף עם גישת זכויות הילד, משום שאם לא מתבצעת בדיקת כשירות של ההורים הפוטנציאליים, "כל אחד יכול להיות הורה", ולכן הסדר החברתי הפטריארכלי עוין הכרה כלשהי בזכויותיו של הילד שעוד לא נולד. הסדר החברתי הפטריארכלי, אין לו ולא כלום עם טובת הילד, והוא מאורגן כולו סביב זכויותיו וחובותיו של אבי המשפחה¹³.

כידוע, האהבה הרומנטית כמטרה שהנישואין נועדו להגשים וכסיבה להם נכנסה לתמונה רק בשלב מאוחר מאוד של ההיסטוריה של מוסד הנישואין, במאה ה-19¹⁴. הולדת ילדים, לעומת זאת, הייתה אחת המטרות העיקריות של מוסד הנישואין. זוגיות ללא כושר פיריון בכוח ובפועל נחשבה (ועדיין נחשבת, בחוגים רבים ומרכזיים) לזוגיות לא לגיטימית: "הקשר ההדוק שבין נישואין להולדה בא לידי ביטוי בתפיסת העולם הרווחת ש'משפחה' היא משפחה גרעינית המורכבת מזוג הטרוסקסואלי נשוי וילדיו הביולוגיים או המאומצים"¹⁵.

נגד, המשפחה הגרעינית שבה הצאצאים קשורים בקשר גנטי לשני ההורים נחשבת למצב ה"טבעי" והנכון מוסרית, אף שמדובר בהבניה תרבותית ומשפטית¹⁶. הקשר התרבותי והמשפטי בין כושר הפיריון (פיריון בכוח), הולדת ילדים (פיריון בפועל) והלגיטימציה של הזוגיות בא לידי ביטוי

בצורה מזוקקת במיוחד בפסק דינו של השופט יעקב קדמי בבג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ'¹⁷:

"המושגים 'בן זוג' ו'בת זוג' קשורים בלשונו קשר בל ינתק במושג 'משפחה'; ואין לך 'משפחה' אלא אם כן 'בן זוג' ו'בת זוג' – משני המינים מרכיבים את תשתיתה (להלן: 'זוג דרמיני') [...] הקשר ההופך שני פרטים – משני המינים – לזוג במשמעות הלשונית-חברתית, מתאפיין בהחלטתם

1 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ (טרם פורסם), תקדין עליון (1)2005 163 (להלן: עניין ירוס-חקק).

2 אי פאלאצ'י **מכתב לילד אשר לא נולד** (שי אהרן מתרגמת, 1978) 73.

3 ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית נ' הי"מ, פ"מ תשי"ס (1) 831 (להלן: עניין פלונית).

4 היים כווג, כלומר קיום יחסי אישות וניהול משק בית משותף הם שני התנאים המשפטיים שיש לקיים כדי להיות מוכרים כידועים בציבור במשפט הישראלי.

5 על סגנונו של הנשיא ברק, ראו ר' עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81.

6 עניין ירוס-חקק, לעיל הערה 1, בפסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (החלוקה לפסקאות שלי).

7 מעניין מהו תוקפה של אמירה זו לאור סי' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון".

8 אכן, המשנה לנשיא מצא מעין, ובצדק, כי ההפרדה בין ההכרה בהורות ובין ההכרה בזוגיות היא הפרדה מלאכתית; הכרה בהורות הומולסבית מהווה, לדעתו, הכרה בזוגיות הומולסבית. ראו שם, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט מצא.

9 עניין פלונית, לעיל הערה 3, בע' 887–894.

10 לעניין תפיסת הנשים כרכוש הגבר, ראו למשל במשפט העברי: J.R. Wegner *Chattel or Person? The Status of Women in the Mishnah* (New York, 1988) 41–69. ראו ח' גולדשמיט "תעודת הזהות המפוספת של משפחת ישראלי – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" **המשפט** ז (תשס"א) 217, 238. במשפט המקובל ידועה דוקטרינת ה-Coverture, כפי שנוסחה על ידי Blackstone:

[B]y Marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband, under whose wing, protection, and cover she performs everything." W. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (Chicago, vol. IV 1979); B.A. Babcock et al. (eds.) *Sex Discrimination and the Law: History, Practice and Theory* (New York, 2nd ed., 1996) 17–18.

11 פי שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח (תשנ"ג) 643, 665. ראו גם א' בלכר-פרינג "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז (תשנ"ח) 539, 555.

12 J.F. Gardner *Women in Roman Law and Society* (London, 1990) 5–29, 67–68, 137–154; B. Nicholas *An Introduction to Roman Law* (Oxford, 1962) 80–82.

13 אמנם הדבר חורג ממטרתו של מאמר זה, אולם אוכיר כאן בקצרה, כי ישנם כותבים הסבורים כי טובת הילד היא זו שדווקא מחייבת הגנה על הזכות לפרטיות, וכי אי-התערבות ביחסי ההורה-ילד, יש לה יתרונות פסיכולוגיים רבים ומשמעותיים הנובעים מן היציבות ומן המשכיות המהווים ערכים חשובים בפני עצמם. ראו, למשל, את הספר המפורסם ביותר המקדם תפיסה זו: J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit & D. Burlingham *Beyond the Best Interests of the Child* (New York, 1984).

14 Y. Merin *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States* (Chicago, 2002) 26–27; די הקר "מעבר לבתולה זקנה: וליסקס והעיר הגדולה: רוקדת כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי כלפיה" עיוני משפט כח (תשס"ג) 903, 916.

15 הקר, לעיל הערה 14, בע' 919.

16 G. Bernstein "The Socio-Legal Acceptance of New Technologies: A Close Look at Artificial Insemination" 77 *Wash. L. Rev.* (2002) 1035, 1047.

17 בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749 (להלן: עניין דנילוביץ').

the relationship between marriage and sexual intercourse. For centuries it was socially accepted that sexual intercourse should take place within the family²⁰.

בהתאם לתפיסה זו, כותבת גיודית באטלר, הפטריארכליות יוצרת את הקשר הבל-ינותק בין משפחה, נישואין וקרבת משפחה: "[K]inship does not work, or does not qualify as kinship, unless it assumes a recognizable family form. There are several ways to link these views, but one way is to claim that sexuality needs to be organized in the service of reproductive relations and that marriage, which gives the legal status to the family form or, rather, is conceived as that which should secure the institution through conferring that legal status, should remain the fulcrum that keeps these institutions leveraging one another"²¹.

מכאן, שכושר הפריון פועל באופן רב-עצמה ומקרין על לגיטימיות הזוגיות; רק קיומו של כושר פריון – בכוח או בפועל – הופך את הזוגיות למוכרת, משום שרק זוגיות כזו יכולה לממש את מטרת הפריון. במילים אחרות, הגדרת הזוגיות כוללת, בצד הדרישה המספרית של הפרטים החברים בה, גם את דרישת הפריון. מכאן שדרישת הפריון בישראל של היום הנה פריון בנח (יפוריות אידאית²², בלשונה של ז'רמיין גריר) ולא דווקא פריון בפועל. אנחנו למדים שההטרסקסואליות הנה מרכיב בסיסי נוסף בהגדרת הזוגיות, משום שבדמיון הפטריארכלי ההטרסקסואלי, פריון אפשרי אך ורק כאשר הזוג מורכב מגבר ומאישה. כל אפשרות אחרת עשויה למוטט את הסדר הפטריארכלי, משום שהיא עלולה לרמוז על כך שנשים יכולות להוליד מבלי להיזקק לגבר:

"הקישור בין הולדה והורות לבין נישואין מנטרל את כוחן של נשים כמולידות המין האנושי, קושר אותן לצורת משפחתיות המושפעת מיחסי הכוחות הלא שווים בין גברים לנשים ומאפשרת לגבר מסוים להפעיל כוח על האישה וילדיה"²³.

הזכות להורות נתפסת כזכות טבעית, ככזו הנובעת מהאנושיות שלנו, וכזכות חשובה לצורך מימוש אישי והגשמה עצמית או לכבוד האדם. במשפט הישראלי היא הוכרה כזכות יסוד:

"נתקשה להסכים לטיעונה של המדינה כי תהליך הפונדקאות נמצא 'בקצה הקיצוני ביותר של מידרג 'הזכות להורות'. הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – וודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה-רבה עד שלא נתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה"²⁴.

וזאת משום ש"עיקר הוא במשאת-הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבער בנפשה של אישה ואיננו אָקָל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם"²⁵.

הזכות להורות נתפסת אפוא ככל כך "טבעית", עד שהיא כלל אינה מוגנת בחוק-יסוד, כמו למשל הזכות לחופש העיסוק. אגב, הזכות לחופש העיסוק, המוגנת כאמור בחוק-יסוד, ניתנת להגבלה, וכבר נפסק שדרישת רישיון, כשלעצמה, אינה סותרת את מעמדה של זכות זו כזכות יסוד, משום



בנות הזוג ירוס-חזק בחד עם ילדיהן. צילום: ניר כפרי

השקפת העולם הפטריארכלית שאפה ליצור שליטה של הקהילה בפריון של הפרטים, וזאת כדי לתחזק את שליטת הגבר במשפחתו ולהנציחה. וכך נוצר הקשר הבל-ינותק בין מין, פריון ונישואין

של השניים לקיים מסגרת חיים משותפת; ו"משותפת" בהקשר זה מבטאת, בין היתר ובמיוחד, חיי אישות שתכליתם הבראשיתית – ומבחינה מושגית אי-אפשר בלעדית – היא להביא צאצאים לעולם: "ויבדך אותם אלהים ויאמר להם אלהים פרו ורבו ומלאו את-הארץ" (בראשית, א, כח). על כן, לא בכדי קשור המושג 'זוג' בטברו לפועל המבטא 'הזדווגות'; שה'זוג' וה'הזדווגות' חד הם, ורק במקום שאלה קיימים – ניתן לדבר על 'משפחה'¹⁸.

העובדה שישנם זוגות הטרסקסואליים, "דו-מיניים" בלשונו של השופט קדמי, אשר אינם יכולים להוליד או אינם מעוניינים להוליד ילדים, אינה מעלה ואינה מורידה מן הלגיטימציה הבלעדית של הזוג ההטרסקסואלי הנשוי:

"אכן, לא כל זוג 'מסוגל' – או רוצה – להביא צאצאים לעולם, ולא כל 'זוג' הופך כזה על מנת להביא צאצאים לעולם. ברם, אין ביחריגים, בהקשר זה, כדי לפגוע במשמעותו המושגית-עקרונית של המושג 'זוג', ועל כן תנאי מוקדם להיותם של שניים 'זוג' – נעוץ בכך שהם בני מינים שונים"¹⁹.

השקפת העולם הפטריארכלית שאפה ליצור שליטה של הקהילה בפריון של הפרטים, וזאת כדי לתחזק את שליטת הגבר (יראש המשפחה" או "אבי המשפחה") במשפחתו ולהנציחה. וכך נוצר הקשר הבל-ינותק בין מין, פריון ונישואין:

"Society traditionally controlled reproduction indirectly through defining who is to have sexual intercourse with whom and under which circumstances. A related assumption concerned

שהיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה²⁶. גם במדינה הקפיטליסטית ביותר ישנן מגבלות קנייניות לא מבטלות (דרישת רישיון היא בין היתר צורה של הגבלה על חופש הקניין, כמו על חופש העיסוק). אבל את הזכות להורות, שמבחינה היסטורית היא תת-קטגוריה של זכות הקניין הפטריארכלית (לצד זכות ה"בעלות" בנשים), הרבה יותר קשה להגביל, מסתבר, מאשר את הזכות ה"אם" לחופש הקניין. מדוע?

באופן מסורתי, שאלת הזכות להורות היא כל כך טבעית, כמעט שקופה, עד שהיא כלל אינה מתעוררת, אלא אם כן בני הזוג אינם מסוגלים להוליד בלא התערבות חיצונית²⁷. הדבר משתמע מדבריו הבאים של פנחס שיפמן: "לגבי הורות שאינה מושגת בדרך הטבע עשויה להתעורר בכל חריפותה שאלת הזכות להורות, לרבות שאלת מעמדה של הורות הנרקמת במישור הפסיכולוגי בלבד"²⁸.

גם בהלכה (העתיקה) וגם במדינה (המודרנית) הפירון קשור קשר הדוק לאינטרס הקהילתי: הישרדות פיזית של הקהילה באמצעות עידוד הילודה, ועידוד משפחות "תקינות" ו"מתפקדות" שאינן זקוקות לסיוע מן הקהילה ואינן נופלות לנטל על הקהילה או על המדינה. לכן ישנם מצבים שבהם למרות ההטרסקסואליות, לא יינתן רישיון להינשא וכמובן לא רישיון להורות. הדוגמה המובהקת למצב שכזה היא יחסי עריות (כלומר בין קרובי משפחה מדורגת קרבה מסוימות שהוגדרו בחוק או למשל במשפט העברי – בין "אשת-איש" לגבר שאינו "בעלה").

במדינת ישראל האינטרס הקהילתי (היהודי) שבעידוד ילודה (של יהודים) אֶפְשֶׁר, ככל הנראה, לסדר הפטריארכלי לדמיון ולקבל הורות הטרסקסואלית שלא במסגרת מוסד הנישואין הדתי, ואף שלא במסגרת זוגית כלל. הנה כי כן, הורות של יהודים היא המקום שבו ה"קדמה" הצליחה לחדור אל ההסדרים המשפטיים באופן ניכר. ביהדות אמנם לא קיים המושג של "ילדים לא חוקיים" (ממורות היא עניין נפרד), וייתכן שהעובדה שדיני המעמד האישי נשענים בעיקרם על ההלכה היהודית סייעה ל"קדמה" להכות שורש בתחום ההורות; אך אין ספק שגם מה שכונה בביקורת הפמיניסטית של הציונות "פולחן הפוריות"²⁹ עזר לא פחות לגיטימציה ולקבלה, הן החברתית והן המשפטית, של הורות הטרסקסואלית החורגת ממוסד הנישואין.

"פולחן הפוריות" נוצר, כך טוענת היילטון, משילוב של כמה גורמים: רצח מיליוני יהודים בשואה, המצב הביטחוני המעורער של מדינת ישראל כבר מרגע הקמתה (ואכן, לאחר כל מלחמה, מציינת היילטון, ישנה גאות בילודה היהודית) ו"האיום הדמוגרפי", כלומר החשש שאזרחי ישראל הלא יהודים יעלו במספרם על היהודים³⁰. כיוון שהאישה היא זו היולדת את הילדים, עבר הרחם, בעקבות תהליכים אלה, פוליטיזציה³¹. הוא אינו שייך עוד לאישה, אלא מגויס לצורך מטרות שהן חיצוניות לאישה (ולכן זוגה). התרבות הישראלית כה רוויה באידאולוגיית הפירון, עד כי לעתים נדמה שמי שבוחרים שלא להביא ילדים לעולם נתפסים כחריגים ולעתים אף כראויים לגינוי. הסופרת רונית ליברמנט מצטטת בספרה "פגומות" את דבריו של פרופסור שלמה משיח, הנחשב, לדבריו, ל"אבי הפריות המבחנה בישראל", הקובע ש"מחלת העקרות [היא מחלה] אנושה לא פחות מסרטן. היא מקננת ומתפשטת בכל גוף במשפחה חסרת הילדים. האישה נעשית מנודה, הגבר לא

יכול לבוא בקהל והמשפחה לא מתקיימת"³². הוא אף מגדיל לעשות ושואל רטורית במהלך דיון בישיבת הוועדה לקידום מעמד האישה את השאלה הבאה: "מי מאתנו יגיד פה שהוא היה מוותר על ילד? – אף אחד. אולי חלקיקי אחוז מהאוכלוסייה, וגם הם מופרעים"³³.

כלומר, מי שמסרבים להשתתף ב"פולחן הפוריות", מי שאינם מעוניינים בילדים – הם מופרעים, לפי תפיסת עולם זו. ואמנם, בתרבויות ובדתות רבות העקרות נחשבת לתוצאה של חטא, ובדרך כלל חטא מיני, כגון "הפקרות" מינית³⁴. יתרה מזאת, בעשורים האחרונים התפתחה תפיסה מדעית שלפיה במקרים רבים העקרות היא תופעה פסיכוגנית, כלומר נובעת ממחלה נפשית ולא מבעיות אורגניות³⁵. כלומר הטלת האשם בגבר או באישה העקרים השתנתה מתפיסת העקרות כתוצאה של חטא או פגם מוסרי, לתפיסה של פגם נפשי. כך או כך, העקרות נתפסת, ככתורת הפרק בספרה של של גריר, כקללה³⁶.

הטענה היא אפוא כי מבחינה ביולוגית, הקשר הזוגי בין שני גברים או בין שני נשים הוא קשר עקר, שכן אף אישה בקשר לסבי (וודאי שגבר בקשר הומואי), אינה יכולה להרות בעקבות קיום יחסי מין עם בת זוגה. ניסוחו של טיעון זה כ"ביולוגי" הופכת אותו לניטרלי מבחינה ערכית, לעובדה מדעית פשוטה. האומנם זוהי עמדה נטולת שיפוט ערכי, המתבססת על עובדה מדעית? לפחות לגבי לסביות זוהי טענה שגויה מבחינה מדעית, משום שבאמצעות טכניקת השיבוט ניתן כיום להפרות ביצית בביצית³⁷.

18 שם, בע' 768.
19 שם.
20 Bernstein, *supra* note 16, at p. 1047.
21 J. Butler "Is Kinship Always Already Heterosexual?" 13 *Differences* (2002) 14.
22 ז' גריר מין וגורל: הפוליטיקה של פוריות המין האנושי (כי גיא מתרגמת, 1992) 71.
23 הקר, לעיל הערה 14, בע' 920.
24 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נד(4) 419, 447 (מתוך פסק דינו של השופט ששון).
25 שם, בע' 445.
26 ראו למשל בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נד(1) 235, 261, בג"ץ 2621/04 זולטק נ' שר התעשייה המסחר והתעסוקה (טרם פורסם), תקדין עליון (3) 1059, פסקאות 7–8 לפסק דינה של השופטת חיות.
27 הקר, לעיל הערה 14, בע' 938–939.
28 שיפמן, לעיל הערה 11, בע' 645.
29 ל' היילטון צלע אדם: האשה בחברה הישראלית (נ' גל מתרגמת, 1978) 52–74.
30 שם, בע' 54–57.
31 שם, בע' 57.
32 ר' ליברמנט פגומות (2005) 19.
33 שם.
34 גריר, לעיל הערה 22, בע' 75–76. כפי שמציינת גריר, ברבות מן התרבויות (בעיקר בתרבויות פוליגמיות) עקרות, מעצם הגדרתה, יכולה להיות רק של אישה, ומקובל לחשוב "שכל גבר פורה אלא אם כן סורס". שם, בע' 55. התנין, סיפורי עם רבים ויצירות אמנות רבות מספור משופעים כולם בסיפורי עקרות, והם תמיד סיפוריהן של נשים עקרות.
35 שם, בע' 84.
36 שם, בע' 77.
37 פירוט על כך יופיע בגרסתו המלאה של המאמר. ראו: K.L. Macintosh *Illegal Beings: Human Clones and the Law* (New York, 2005) 151



בקיומו של רישיון. זוהי בדיקה **מראש** של הכשירות (ex ante), במטרה **למנוע** נזק שעלול להיגרם אם יינתן רישיון לאדם הלא נכון.

בשאלת הכשירות להורות הרשיות מתערבות, אם בכלל, רק **לאחר** שהילדים נולדו (ex post), כאשר מסתבר שהורים אינם כשירים. כלומר החשיבה התרבותית והמשפטית, בנוגע להורות, היא שהטרנסקסואלים כשירים להיות הורים, כל עוד לא הוכח אחרת, וניתן להוכיח אחרת רק אם הם הופכים להורים, ונכשלים במשימתם. ההוכחה שגבר או אישה אינם זכאים להיות הורים צריכה להיות חקוקה בנפשם ובגופם של ילדיהם. רישיון נהיגה, רישיון עסק, רישיון להחזקת נשק, רישיון עריכת דין, רישיון לראיית חשבון או לעיסוק בפרואה, דורשים עמידה בבחינות ובקריטריונים לפני התחלת ביצוע הפעולות הרלוונטיות. לא נותנים למנתח להרוג חולים כדי לשלול ממנו את האפשרות לנתח; הוא לא יכול להתחיל לנתח אם לא הוכיח שיש בידי הכיוריים המתאימים. יתרה מזאת, במקצועות רבים כדי לקבל רישיון נדרשת גם תקופה ארוכה של התמחות תחת פיקוחו של בעל מקצוע מורשה ומנוסה, היכול למנוע מן המתמחה שגיאות או לתקן; זכרו את המורה לנהיגה ואת דוושית הבלם שמתקנת למרגלות מושבו.

אבל לא כך כשמדובר בהורות הטרנסקסואלית נורמטיבית. אציין כאן, שישנן הורויות הטרנסקסואליות שבאופן היסטורי גם הן נדרשו, ובמידה רבה נדרשות עד היום, לקבל "רישיון" מראש, וזאת משום דעות קדומות שקשורות במוצא ובמעמד חברתי-כלכלי, וכמובן, כפי שהוזכר לעיל, גם אימוץ הטרנסקסואלי מתבצע רק לאחר קבלת "רישיון הורות" שכזה, אולם אימוץ הטרנסקסואלי אינו קשור לעצם ההכרה בזוגיות; זוגיות הטרנסקסואלית מוכרת באופן עצמאי ומנותק משאלת הכשירות הביולוגית להולדה.

כאשר מדובר באימוץ, טוען גולדשמידט, כבר לא מדובר עוד בזכותם של ההורים הפוטנציאליים להורות (אל מול זכותו של הילד שעוד לא נולד⁴²), אלא בזכותו של הילד "לגדול בתא משפחתי תקין, אשר יספק לו את כל הנדרש להתפתחותו ולגדילתו עד להיותו בוגר שיעמוד ברשות עצמו"⁴³. אלא שאימוץ צולב דוגמת האימוץ שנתבקש בעניין **ירוס-חקק**, שונה מן המודל

אם לוקחים בחשבון כי המשפחה הגרעינית ה"מסורתית", כלומר זו המורכבת מבני זוג הטרנסקסואלים הנשואים זה לזה, היא אמת המידה, ההטיה האידיאולוגית שבהנחת העקרונות ההומולסבית מתבהרת (וזאת, משום שעקרונות הטרנסקסואלית – כפויה או מבחירה – לעולם אינה מהווה מניעה להכרה בזכות לזוגיות או להורות). ההטיה האידיאולוגית מתערטלת מאצטלת ה"מדעיות" גם כאשר בוחנים את הנסיבות שבהן החוק הישראלי מוכן להכיר בהורות שאינה במסגרת נישואין הטרנסקסואליים: כידוע, בשנת 1992, שנתיים לפני פסק הדין פורץ הדרך בעניין **דנילוביץ**³⁸, נכנסו המשפחות ה"חד-הוריות" לספר החוקים של מדינת ישראל. חוק משפחות חד-הוריות, תשנ"ב-1992 (להלן: "חוק משפחות חד-הוריות"), הכיר בקיומן של משפחות חד-הוריות, וקבע שורה של הקלות והטבות המוענקות למשפחות אלה, מתוך הכרה כי הקשיים שעומדים בפני משפחות שבראשן מבוגר אחד הם שונים מאלה העומדים בפני משפחה שבראשה שני מבוגרים. למרות ניסוחו בלשון זכר ה"ניטרלית" כביכול, ברור היה כי לנוכח העובדה שנשים עומדות בראש רוב המשפחות החד-הוריות, החוק נועד לטפל במידה רבה בעוניין של נשים שהן גם אימהות, ונאלצות לגדל לבדן את ילדיהן ולפרנסם³⁹.

אולם ארבע-עשרה שנים לאחר הכרת המחוקק במשפחות החד-הוריות, דומה שהכרה במשפחות "חד-מיניות" לא יכולה להיות רחוקה יותר. אחת הסיבות העיקריות, היא מגבלותיה של גישת ה"כמוי", שמבקר אייל גרוס⁴⁰, כלומר הניסיון להראות כי המשפחה ההומולסבית היא "כמו המשפחה הטרנסקסואלית". השימוש במשפחה הגרעינית הטרנסקסואלית כאמת המידה שלפיה תיבחן מידת הלגיטימיות של משפחות שאינן עונות על מודל זה, חושף את האידיאולוגיה הפטריארכלית שביסודה, ואת החשש מפני הפוטנציאל החתרני הגלום במשפחה החד-מינית, אשר עלול להביא, בסופו של דבר להתמוטטותו של הסדר הפטריארכלי.

נהה כי כן: המשפחה החד-מינית ממוקמת בצומת המסוכן ביותר מנקודת המבט הפטריארכלית; הן ההורים – זוג הגברים או זוג הנשים – העומדים בראשה קוראים תיגר על הטרנסקסואליות הפטריארכלית, והן הילדים הגדלים בתוך משפחה זו, כפי שיפורט בחלק הבא.

ג. "רישיון הורות": נקודת המפגש בין זכויות ההורים לזכויות הילד ומגבלותיו של הדמיון הטרנסקסואלי

אחת האמירות – שהפכו כבר לקלישאה – בהקשר של התעללות הורים בילדים, היא שכל אחד ואחת יכולים להוליד ילדים; לא רק שאין צורך בקבלת רישיון הורות, אלא שלכולנו מוקנית הזכות להיות הורים⁴¹. קיומה של זכות להורות כעניין מובן מאליה ו"טבעי" מחד גיסא, והיעדר הצורך ברישיון מאידך גיסא (לעומת פעולות פחות הרות גורל מהולדת ילדים וגידולם, כמו למשל פתיחת בית קפה, אשר דורשות רישיון ופיקוח), צריכים לעורר תמיהה. הרעיון מאחורי דרישת הרישיון הוא שהרשויות עורכות בדיקת כשירות כלשהי של המבקש או המבקשת, כשאמור להיות קשר רציונלי בין הדרישות שיש לעמוד בהן כדי לקבל רישיון, לבין דרישת הכשירות של המבקש או המבקשת לבצע את הפעילות שביצועה מותנה

להם זכות להורות, ואם הם רוצים בזכות כזו, עליהם הנטל להפריך את החזקה שלפיה הם אינם מסוגלים להיות הורים נאותים.

ד. על הקשר בין "רישיון הורות" להכרה במשפחות החורגות

איו מטרם מקדם הרעיון הזה שלפיו הכרה בהורות הומוסלבית אינה אפשרית משום שהיא הכרה בזוגיות הומוסלבית? ומדוע הקשר בין הורות לזוגיות עדיין קיים כשמדברים עליו, הומואים ולסביות, אף שההטרסקסואלים כבר מזמן השתחררו ממנו?

הומופוביה היא תשובה אפשרית אחת, אבל היא תשובה קלה מדי, משום שהמשפט הישראלי הולך ומכיר בקיומו של התא המשפחתי ההומוסלבי, ממש כפי שעשה זאת בשנות השישים והשבעים בכל הנוגע לידועים בציבור (אשר נחשבים כיום לנורמטיביים, הן בעיני התרבות הכללית והן בעיני המשפט). בזמנם, הידועים בציבור נתפסו כאיובי העם, וההכרה בהם כשערוריה. בשנת 1965 הופיעה חוברת של כ-70 עמודים בהוצאת מחלקת ההסברה של המפד"ל, שכתרתה "הידועה בציבור"⁴⁹. בחוברת נכללו שישה מאמרים מאת רבנים ומשפטנים, ומטרתה הייתה, כפי שהעידה כותרת אחד המאמרים, להושיב את "הידועה בציבור על ספסל הנאשמים"⁵⁰. המבוא לחוברת הבטיח כי המאמרים בה ידונו ב"פרשת האשה הידועה בציבור"

הקלאסי של אימוץ שבה לידי ביטוי בחוק האימוץ, מפני שהילדים כבר חיים בתא משפחתי יחד עם האם המבקשת לאמצם, ואין מדובר בילדים חסרי בית. במובן זה, אימוץ צולב (לפחות אימוץ במובן הרגשי ולא המשפטי) בתאים משפחתיים הומוסלביים אנלוגי ללידת ילדים בתאים משפחתיים הטרסקסואליים: שניהם קורים בלא לבקש אישור מראש מן המדינה. אלא שהראשון זקוק לאישור כדי לזכות בהכרה משפטית פורמלית, הוא "רישיון הורות", ואילו האחרון זוכה בהכרה זו באופן אוטומטי.

לעומת זאת, אימוץ על ידי הורה יחיד (למשל אישה רווקה) או הסכם פונדקאות שנחתם עבור אישה רווקה, משתייכים לכאורה לאותה משפחת מקרים יחד עם ההורות ההומוסלבית. "לכאורה", משום שלהבדיל מהמשפחות ההומוסלביות, התא המשפחתי שבאשו אישה או גבר רווקים זוכה כיום להכרה משפטית במשפט הישראלי, וזאת בעקבות חוק משפחות חד-הוריות. במובן זה, גם האישה הפמיניסטית היולדת ילד מתרומת זרע ומגדלת אותו לבדה פועלת בתוך המסגרת הפטריארכלית הרואה בילד קניינו של ההורה, ולכן אינה דורשת מן ההורה לקבל "רישיון הורות" מראש.

כאמור, בעיות פריון המונעות מזוגות הטרסקסואליים להוליד ילדים ללא התערבות חיצונית נתפסות כפגם מוסרי ההופך את בני הזוג ללא כשירים, אלא אם כן הם יוכיחו אחרת.⁴⁴ תפיסה זו היא חוצת-תרבות וממונה נדבך מרכזי בסדר החברתי הפטריארכלי.⁴⁵

בישראל, שבה דיני הנישואין והגירושין הנם דינים דתיים, הדבר מושרש במיוחד, משום שלפחות ביהדות, המשפחה מבוססת הן על זוגיות הטרסקסואלית המבטאת אחדות בין בני זוג, והן על מצוות הפריון.⁴⁶ כלומר הזוגיות ההטרסקסואלית הנורמטיבית וההורות ההטרסקסואלית הנורמטיבית, חד הן, והאחת מאששת את האחרת.

עולה מכאן, כי לזכות לפרטיות זכאים רק בני זוג הטרסקסואלים אשר יכולים להוליד ילדים ללא התערבות חיצונית. הצורך בהתערבות חיצונית, בין באמצעות אימוץ ובין באמצעות הפריה מלאכותית, מצמצם את תחולתה של הזכות לפרטיות על הנוקקים להתערבות זו, ככל שהדבר נוגע לזכותם להורות; הם הופכים למפולשים, ולמדינה מותר להיכנס לא רק אל חדר המיטות שלהם, אלא לכל חדרי הבית, כדי לבחון את "מסוגלותם ההורית"⁴⁷. כך גם לגבי משפחות חד-הוריות, הנחשבות ל"משפחות חסרות"⁴⁸. חשוב לזכור, כי הזכות לפרטיות (ומכוחה הזכות להורות) חלה על בני זוג הטרסקסואלים הנוקקים להתערבות חיצונית מסוג של הפריית מבחנה, והם אינם צריכים לעבור הליך מתיש ומדוקדק של בדיקת "מסוגלות הורית" כמו "המשפחות החורגות" האחרות, דבר אשר מחזק את המסקנה בדבר הקשר העמוק בין הורות אוטומטית לזוגיות הטרסקסואלית.

אם כן, ככלל, ההטרסקסואליות של הגבר או האישה היא "רישיון ההורות" שלהם. זכותם להורות נובעת מהטרסקסואליותם, וניתן לשלול אותה רק בדיעבד, רק לאחר שנגרם הנזק לילד. במילים אחרות, כאשר מדובר בזכות להורות, החזקה המשפטית היא שהטרסקסואלים (למעט החריגים שצוינו לעיל) ישנה זכות מוקנית להורות, והרוצה לשלול אותה, עליו הנטל להוכיח זאת. הוא יוכל להוכיח זאת רק אם יוכיח שההורים נכשלו בפועל בתפקידם, כלומר כבר גרמו את הנזק. כאשר מדובר בהורים הנתפסים על ידי המשפט והתרבות כ"חריגים", החזקה היא הפוכה: אין

38 לדיון מרתק בשאלה עד כמה פסק הדין בעניין זנילוביץ, לעיל הערה 17, מהווה הכרה בזוגיות הומוסלבית ראו: A.M. Gross "Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-Recognition of Same-Sex Couples in Israeli Law" *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (Oxford, R. Wintemute & M. Andenaes eds., 2001) 391, 394-402.

39 ראו דברי חייכ אורה נמיר בדיון בהצעת חוק משפחות חד-הוריות, תשנ"ב-1992 בקריאה הראשונה, מיום 10.12.1991; ובקריאה שנייה ושלישית, מיום 17.3.1992: [http://www.knesset.gov.il] (last visited on 5.6.2006). ההכרה במשפחות חד-הוריות נכללה במסגרת המלצות צוותי הוועדה למעמד האישה משנת 1978, שבדאשה עמדה נמיר. כלומר כד משלב מוקדם יחסית ברור היה שהמונח הניטרלי לכאורה "משפחה חד-הורית" מתייחס, בדרך כלל, למשפחה שבדאשה עומדת אישה. ראו צוותי הוועדה למעמד האשה – סיכומי דיון וממצאים כפי שהוגשו ליור' הועדה (1978), 233-241.

40 Gross, *supra* note 38, at p. 413.

41 לדיון מקיף ושיטתי בזכות להורות, ראו פ' שיפמן **דיני המשפחה בישראל** (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א) 139-214.

42 הדיון המפורסם ביותר במשפט הישראלי בנושא טובת הילד שלא נולד, דרך הפריזמה של רעיון "הולדה בעוולה" מצוי בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85.

43 גולדשמיט, לעיל הערה 10, בע' 238.

44 גריי, לעיל הערה 22, בע' 54.

45 שם: "בחברות רבות הרעיון של אחריות אנושית להמשכיות המין מונח ביסודה של המערכת המוסרית כולה. התפתחות הקבוצה – בין אם מדובר במשפחה, בשבט או באומה – תלויה בתרומה שמרים היחיד בשירותה בחומר, בדוח ובהתעצמות וצבירת כוח".

46 שיפמן, לעיל הערה 11, בע' 648-649.

47 בארצות-הבית ידוע לשמצה פסק הדין בעניין *Bowers v. Hardwick*, 186 U.S. (1986) 478, אשר בו נקבע כי הזכות לפרטיות אינה חולשת על חדר המיטות של בני זוג הומואים. הלכה זו נהפכה רק בקיץ 2003: *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct 2472 (2003).

48 בלכר-פריגט, לעיל הערה 11, בע' 562.

49 פ' פרם (עורך) **הידועה בציבור** (תשכ"ה).

50 שם, בע' 65.

משום כך אני חושב שיש משהו עמוק יותר בתרבות שלא מאפשר לבית המשפט להכיר בהורות במנותק מהזוגיות (או להכיר בשתייהן גם יחד), כשמדובר בהורים שהזוגיות שלהם חותרת תחת המודל הנורמטיבי, ושמהייב, מנקודת מבטו של הרוב ההטרסקסואלי, את קיומו של הקשר בין השתיים. הדבר הזה הוא, כאמור, "הרישיון להורות".

זוהי הצעתי להסבד נוסף: הרישיון האוטומטי, זה שבא עם ההטרסקסואליות מנוגד לרישיון הנרכש, זה שמתקבל לאחר התערבות פולשנית של המדינה, באמצעות רשויות הסעד והרווחה, בעלי מקצוע שונים, כמו פסיכולוגים ועובדים סוציאליים, עדים מומחים, עורכי דין ושופטים, אל תוך התא המשפחתי המבקש רישיון שכזה. וכך, הבדיקה היסודית במקרים שבהם נדרש רישיון הורות משום שהוא אינו אוטומטי, מעצבת את הרישיון האוטומטי כ"נכון", כ"נורמטיבי", כ"מוצדק".

ההפרדה בין זוגיות להורות הומולסבית מאפשרת את המשך קיומו של מוסד הרישיון האוטומטי ההטרסקסואלי מצד אחד, ואת מירוק המצפון הקולקטיבי (באמצעות מראית עין של פתיחות למקרים ספציפיים, כדברי הנשיא ברק שצוטטו בדאשית המאמר), באמצעות מתן רישיון נרכש ללסביות ולהומואים מצד שני (כאמור, העובדה שגם מזוגות הטרסקסואליים נדרש "רישיון הורות" אינה מעלה ואינה מורידה, משום ששם דרישת הרישיון אינה קשורה ללגיטימיות של הזוגיות שלהם, ובנוסף, הם "נענשים" על אי-פוריותם, כפי שפורט לעיל).

הפרדה זו גם מאפשרת את המשך הפתולוגיזציה של הקשר הזוגי ההומולסבי או המשפחה החד-הורית באמצעות הכפפתו לאישורם של אנשי מקצוע שפולשים לתוך המרחב הפרטי המקודש כל כך כשמדובר בהטרסקסואלים אבל המוחזק כמוזיק פוטנציאל כשההורים אינם כאלה, ולכן כמותר לכל פסיכולוג. וכך, הדרישה לרישיון להורות מהומואים ומלסביות מדחיקה את העובדה שכל הטרסקסואל וכל הטרסקסואלית יכולים להיות הורים, גם כאשר לא לגמרי ברור אם הם כשירים לכך במקרה הטוב, או שידוע וברור שהם אינם כשירים לכך, במקרה הרע.

האם החד-הורית הרווקה יכולה להתחתן או להיות ידועה בציבור כאשתו של גבר; זה, כנראה, מספיק מבחינת המדינה כדי להכיר בזכותה לרישיון הורות אוטומטי. לעומת זאת, אם אנחנו מכירים בזכותה של האם הלסבית או של האב ההומו להינשא לבני זוגם, אנחנו כמדינה מוותרים על הפנטזיה ההטרסקסואלית, ומנתקים כמו ידענו את הקשר בין הורות אוטומטית לבין הטרסקסואליות. כאמור, ניתוק הקשר בין הורות אוטומטית לבין זוגיות כבד נעשה עם ההכרה במשפחות חד-הוריות, ראשית ההכרה החברתית, ולאחר מכן, בדאשית 1992, ההכרה החוקית⁵⁴. על הקשר בין הורות אוטומטית לבין הטרסקסואליות קשה לשופטים לוותר בשלב זה. אמרו מעתה: רישיון הורות האוטומטי מוענק למתחתנים ולכשירים להינשא. ו"חתונה" היא קשר משפטי בין בני זוג הטרסקסואלים. האם הלסבית והאב ההומו מסוגלים להתחתן כל עוד הם רווקים מבחינה משפטית. וכך, המדינה משולה בעצם לאותה אם או לאותו אב שמבקשים מבנם או מבתם שזה עתה יצאו מהארון "לשמור על ראש פתוח" ו"לא לדבר על זה".

דפנה הקר סבורה, כי הסטיגמטיזציה של רווקות נשית משרתת אותה מטרה של שמירת עליונות של הזוגיות ההטרסקסואלית.

והסתגנותה למערכת החקיקה בישראל" ויתייחסו אל הידועה בציבור כאל "נגע" ה"מתפשט ומסתעף" ומסכן את "שלמות האומה, יציבות התא המשפחתי וחינוך הדור הצעיר בישראל"⁵¹. התא המשפחתי החד-מיני עובר בעשור האחרון תהליך דומה של לגיטימציה. אבל את הלגיטימציה האולטימטיבית הוא יקבל רק עם פתרון סוגיית הילדים.

בית המשפט חוזר ומדגיש, כי אין במתן צו אימוץ בעניין **ירוס-חקק** משום "הכרה בזוג חד-מיני כאישי ואשתו"⁵² אלא זוהי "התחשבות בנתונים האישיים במסגרת קביעה אינדיבידואלית באשר לטובת המאומץ ובאשר לקיומן של נסיבות מיוחדות למתן צו אימוץ למאמץ יחיד – לא לאימוץ על ידי משפחה חד מינית". סיבה אפשרית נוספת לכך קשורה, לדעתי, ל"רישיון ההורות".

לאורך התפתחות הדוקטרינה של הכרה במשפחות שאינן עונות על המודל הזוגי-הטרסקסואלי, ניתן לסמן את הרגע שבו בוטלה דרישת "רישיון ההורות" כרגע שבו גם המשפחה שנחשבה עד אז ל"אלטרנטיבית", אומצה אל חיק הקונצנוס. כך נקלטו הנשים הרווקות שביקשו להרות מתרומת זרע אל חיק הקונצנוס עם ביטול ההוראות המפלות בדבר בדיקת הכשירות הפסיכולוגית שלהן. דרישת "רישיון ההורות" מן המשפחות החורגות משאירה אותן מחוץ לקונצנוס כי היא מגלה אותן לטריטוריה השמורה לתאים משפחתיים הנגועים בפתולוגיה כלשהי.

רישיון נהיגה, רישיון עסק, רישיון להחזקת נשק, רישיון עריכת דין, רישיון לראיית חשבון או לעיסוק ברפואה, דורשים עמידה בבחינות ובקריטריונים לפני התחלת ביצוע הפעולות הרלוונטיות ... אבל לא כך כשמדובר בהורות הטרסקסואלית נורמטיבית

במקרים דוגמת עניין **זנילוביץ** ועניין **ירוס-חקק**, המשפחה קיימת ומתפקדת, כך שמדובר בהכרה בדיעבד בתא משפחתי קיים, ולא בהקמת תא משפחתי חדש יש מאין⁵³. ולמרות זאת, הבררה שניצבת בפני העותרות היא קשה: הבחירה היא בין הכרה בזוגיותן, לבין הכרה משפטית מלאה באימהותן. שהרי אם הן לא היו מגישות את הבקשה לאימוץ, ואם היא לא הייתה מנוסחת כפי שהיא נוסחה, ייתכן שקובץ פסקי הדין של בית המשפט לא היה מוכתם בפסק דין שמבהיר מעל לכל ספק שהמשפט הישראלי אינו מכיר בזוגיות הומולסבית. ובכל זאת יובהר, כי הבררה הזו מנוסחת על ידי המשפט ועל ידי החברה, ולא על ידי העותרות. המשפט אומר להן – ולנו – עליכם לבחור: או פתרון מאולץ ודחוק של רישיון הורות אד-הוק, כזה שכוחו התקדימי מוגבל ביותר, או כלום. לא זוגיות ולא הורות; החברה והמשפט העניקו לכם, ההומואים והלסביות, "סלי" מסוים של זכויות סוציאליות הקשור בזוגיות שלכם, אבל הסל הזה לא יורחב ויבסס, ולא יועלה לרמה העקרונית וההצהרתית; הוא לא יהיה לסטטוס.

"מתן לגיטימציה חברתית לרווקות וריבוי של נשים הבחרות בה יחזקו מגמות של שוויוניות בין זוגות הטרוסקסואליים, מכיוון שגברים שירצו לחיות עם בנות זוג יאלצו להתחרות עם מוסד רווקות לגיטימי ולהתאמץ להניע נשים להעדיף חיי זוגיות"⁵⁵.

ההליכים אלה אכן קורים: במשך עשור אחד בלבד זינק מספר האימהות הרווקות ביותר מפי שלושה, מ-3,000 אימהות רווקות בשנת 1990, ל-10,000 אימהות רווקות בשנת 2000.⁵⁶

הדבר מלט, בין היתר, באופן שבו המדינה, באמצעות שירותי הבריאות שלה, תומכת (מאז 1997) באופן כמעט שווה בזוגות המבקשים לעבור טיפולי פוריות ובנשים רווקות המבקשות לעשות זאת מחוץ למערכת זוגית כלשהי.⁵⁷ עם זאת, כאשר מדובר באימוץ, רווקים ורווקות אינם יכולים לאמץ ילדים ישראלים, משום שאימוץ כזה מוגבל בסעיף 2(3) לחוק האימוץ ל"נסיבות מיוחדות בלבד", וכפי שהקרן כתבת, מדובר בדרך כלל בילדים מבוגרים או בעלי מוגבלויות שונות, אשר אף זוג נשוי אינו מעוניין לאמצם.⁵⁸ למעשה, רווקים ורווקות ישראלים יכולים לאמץ ילדים רק באימוץ בין-ארצי.⁵⁹

בעולם שבו הבית הוא אחד המקומות המסוכנים והאלימים ביותר עבור ילדים מבחינה סטטיסטית,⁶⁰ נוח לשמור את הזוגיות ההומולסבית ככזו שדורשת "רישיון הורות", כדי להדחיק את העובדה שאולי זה דבר שצריך היה לדרוש מכל האבות והאימהות לעתיד, תהא נטייתם המינית אשר תהא.

ה. סיכום

אינני חושב שצריך לתת רישיון להורות לאיש, כתנאי למימוש הזכות להיות הורה. זה רעיון בעייתי מבחינה פרקטית, והוא אף עלול להביא לתוצאות קשות. עבור הורים מסוימים (הומואים ולסביות, הורים מאמצים, הורים מרקע סוציאקונומי שאינו הולם, לטעמן של רשויות הרווחה, ועוד) הדבר כבר קורה.⁶¹ עם זאת, איני בטוח שבעיות אלה שוללות בהכרח את היותו של רישיון ההורות ראוי מבחינה מוסרית, לפחות ברמה התאורטית, ככלי ניתוחי שעשוי לסייע לנו להבין ולחשוף את עומק המכשולים העומדים בפני ההכרה המשפטית הן בזכות לזוגיות הומוסלבית והן בזכות להורות הומוסלבית. אמנם הוא בעל פוטנציאל כלכלי לא מבוטל: חשבו על כל מקורות התעסוקה שיווצרו בעקבות הקמת מכוני הכשרה, יצירת קורסי הכשרה להורות, הקמת מנגנונים מסועפים של בחינות והערכה ואכיפה, עלייתם של מתווכים וספרסרים למיניהם, שוחד לשרים ולפקידי ממשלה וכדומה. אין לזלזל בפוטנציאל הזה שללא ספק עשוי לשפר באופן ניכר את הצמיחה במשק. אני מניח שיוקם גוף הסמוך למשרד העבודה והרווחה, "מנהלת החוסן הלאומי" אקרא לו, וכן גוף שיעסוק באכיפה, "משטרת החוסן הלאומי", למשל, ותהיה ככל הנראה גם מערכת בתי דין מנהליים שתיתן פסקי דין שיוותרו חסויים בנימוק של צנעת הפרט. עם זאת, יש לי חשד, שהדבר ינוצל לרעה דווקא כדי להפלות ביתר שאת את מי שממילא מופלים היום: עולים חדשים, מזרחיים, פלסטינים, הומואים ולסביות ואחרים, ובקיצור, את כל מי שאינו עונה, מעצם השתייכותו לקבוצה בעלת מאפיינים מסוימים, על המודל ההטרוסקסואלי-בורגני הנחשב לכשיר באופן אוטומטי להורות.

משום כך, מטרת העיסוק ברישיון להורות היא אנליטית בלבד, כדי להאיר את המוטיבציות שמאחורי התפיסה שהכתיבה את פסק הדין בעניין **ירוס-חקק** ואת הסטנדרט הכפול של המשפט ושל החברה בכלל, שבא לידי ביטוי בדרישה מאנשים המשתייכים לקבוצה מסוימת להוכיח באופן אקטיבי את כשירותם להורות, אף שהרוב הנורמטיבי אינו נדרש לזה בכלל. אפשר לטעון נגדי שאותו קו מחשבה שאני טוען שעומד בבסיס טקטיקת ה"הפרד ומשול" תומך דווקא ב"סיפוח" המשפחה החד-מינית אל תוך הקונצנוס, משום שהוא מתחזק ומנציח לא פחות את תפיסת הרישיון האוטומטי מאשר הוא חותר תחתיה. ייתכן. העובדה היא, שעצם הרעיון של נישואין חד-מיניים או אפילו ידועים בציבור בנות אותו מין נתפס, בהיגיון ההטרוסקסואלי, כמסכן משהו עמוק ויסודי מאוד שקשור ברעיון ההורות. אין מדובר בשאלה הפסיכולוגית-סוציולוגית של טובת הילדים, משום שההורות החד-מינית דה פקטו קיימת, אפשרית, ואף נתמכת במידה מצומצמת על ידי המדינה. מדובר בהתמוטטותן של הנחות רבות, חלקן בעייתיות מאוד, שעומדות בבסיס המשטר המשפטי של דיני המשפחה, ואשר בדמיון ההטרוסקסואלי מצטיירת – ההתמוטטות – כאסון שהמערכת לא תוכל לעמוד בו. ■

51 שם, בעי 5.

52 עניין **ירוס-חקק**, לעיל הערה 1, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט בך.

53 שיפמן, לעיל הערה 11, בעי 643, 670.

54 בחוק משפחות חד הוריות. ראו גם שיפמן, לעיל הערה 11, בעי 648.

55 הקר, לעיל הערה 14, בעי 907.

56 ר' הלפרין-קדרי ועי קארו (עורכות) **נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי** (2005) 43.

57 הקר, לעיל הערה 14, בעי 939–940. עוד על ניתוק הקשר בין זוגיות והורות ועל "פולחן הפוריות", ראו: S.M. Kahn *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel* (Durham, 2000) 9–63; על הלגיטימציה של הפריה מלאכותית בנשים רווקות ושל פונדקאות בארצות-הברית ראו: Bernstein, *supra* note 16, at pp. 1097–1118.

58 Bernstein, *supra* note 16, at p. 943.

59 שם. לדיון מפורט במגבלות על נשים רווקות להיעזר באם פונדקאית ראו גם שיפמן, לעיל הערה 11, בעי 667.

60 ראו צ' טרינג "להעזי להביט באל האהבה: שיחה עם קרול גילינג" **משפטים על האבה** (אי-בן-נפילי וחי נוח עורכות, 2005) 564, 557. The American Medical Association, *Diagnostic and Treatment Guideline on Domestic Violence* (1992) 5–6 [http://www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/386_domesticviolence.pdf] (last visited on 5.6.2006). וכן ראו המועצה הלאומית לשלום הילד **ילדים בישראל – שנתון סטטיסטי 2005** (אי-בן-אריה, "י ציונית ומי קמחי עורכים, תשס"ו), ובעיקר פרק 13, העוסק ב"ילדים נפגעי עברה". לתמצית הדו"ח ראו באתר המועצה הלאומית לשלום הילד: [http://www.children.org.il/uploadpic/new.rtf] (last visited on 5.6.2006).

61 ראו, למשל, את סיפוריה של שירה חורש, עורכת חדשות באתר "גלובס אונליין" (ונשואה לגב), אשר אינה יכולה להוליד בשל מחלה גנטית נדירה אשר עלולה לסכן את חייה שלה ואת חיי העובר, ומשום כך ביקשה, יחד עם בעלה, לאמץ ילד. כאשר התברר לרשויות הרווחה כי היא חירשת וישובה בכיסא גלגלים, סירבו לאפשר לה ולבן זוגה לאמץ בטענה שהיא נעדרת "מסוגלות הורית". "מסוגלות הורית" של בן זוגה כלל לא נבחנה, מתוך ההנחה הסקסיסטית, כנראה, שהאם היא ההורה העיקרית, וזאת אף שכפי שמציינת חורש, לו היה בן זוגה רווק המבקש לאמץ כהורה יחיד, ייתכן מאוד שיכול היה לעשות זאת. ראו: שי חורש "אינני מסוגלת להיות אימא כי אני חירשת" *ynet* (5.2.2006) [http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3210568,00.html] (last visited on 5.6.2006).