

## הורות בסיכון כפול: איומים מחוץ ומבית על ההורות הלהט"בית

מאת

צבי טריגר\*

"כל עוד יש אישה בתמונה, אני רגועה."<sup>1</sup>

### מבוא

מאמר זה מזהה שני סיכונים להכרה בהורות הלהט"בית: האחד מחוץ – בדמות התנגדות המדינה והקשיים שהיא הערימה ומערימה על ההכרה בהורות הלהט"בית, והאחר מבית – בדמות הדרישות של הורים גנטיים להדיר את בני זוגם לשעבר מן ההורות לילדה המשותפת שהביאו לעולם בצוותא, תוך שימוש בהיעדר קשר הדם בין הילדה לבין ההורה הלא גנטי. שני הסיכונים הללו ניזונים מתפיסת ההורות הגנטית כהורות עליונה על פני ההורות מכוח צו הורות.

הדיון המשפטי המקובל בהורות להט"בית עסק עד לאחרונה בזכות להורות; השלב הבא בעיצוב דיני המשפחות הלהט"ביות, שלב עיצוב דיני פירוק המשפחות הלהט"ביות, הביא עמו בכמה מקרים התכחות של הורים להט"בים למאבק הראשוני להכרה במשפחה שהקימו ובהורות המשותפת. לפתע, במסגרת סכסוך הגירושים, ההורה הגנטי "נזכר" שהורותו של ההורה האחר היא הורות מכוח צו בית משפט, וניסה לנצל זאת כדי.

המאמר מתבסס על ניתוח פסיקה, ראיונות עם עובדות סוציאליות לסדרי דין ועורכות ועורכי דין שמייצגים בני זוג להט"בים בסכסוכי פרידה וגירושים. בחלקו הראשון מוצג הרקע התיאורטי לדיון תוך התמקדות במושג משפחה ובמושג ההורות בהקשר הלהט"בי.

חלקו השני של המאמר עוסק באיומים על ההורות הלהט"בית. בחלק ב(1) מוצגת התנגדות המדינה להכרה בהורות הלהט"בית. בחלק זה מודגם כיצד בסופו של דבר ההכרה בהורות ניתנה בפסקי דין של בתי המשפט, על אף התנגדות המדינה. כמו כן מוסבר מדוע ההכרה הקיימת היא שברירית, בשל היעדר תקדימים מחייבים ובשל היותם של דיני המשפחות בכלל, ודיני המשפחות הלהט"ביות בפרט, סמויים מן העין.<sup>2</sup>

\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. במאמר נכללים אזכורים מראיונות שהתקיימו לצורך המחקר "דעיכתה של חזקת הגיל הרך במשפט הישראלי – מחקר במשפט ותרבות" (יחד עם פרופ' סלביה פוגל-ביזואוי) שנערך בתמיכת הקרן הלאומית למדעים, מענק מחקר מס' 1600/17. אני מודה לעמית פינטו על העזרה במחקר. תודה לנוי נעמן על הערותיו על טיוטה מוקדמת של מאמר זה וכן לעו"ד עירא הדר, לעו"ד דניאלה יעקובי ולעו"ד ארתור שני.

1 אחות טיפת חלב בתל אביב למחבר ולבן זוגו, כשבאו לבדיקה ראשונה ולחיסונים עם בתם בת החודש שנולדה בהליך פונדקאות בחו"ל, לאחר שווידאה שאימותיהם של השניים אינן מתנכרות להם ומכירות בנכדתן (מאי, 2013).

<sup>2</sup> רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן, "הפסקים הסמויים מן העין: השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל", עיוני משפט לד', 603 (2011); בג"ץ 8001/19 טריגר נ' מנהל בתי המשפט (30.11.2020).

בחלק ב(2) מוצג הסיכון מבית להורות הלהט"בית באמצעות ניתוח מקרים שבהם הורים גנטיים מנסים להדיר את בני זוגם או את שותפיהם להורות באמצעות היאחזות בהיררכיה התרבותית והמשפטית בין הורות "טבעית" להורות משפטית.

## א. רקע תיאורי

המשפט הישראלי לא מגדיר מיהו הורה<sup>3</sup> או מהי "משפחה". בבסיס שני המונחים הללו עומדת אידאולוגיה פטריארכלית המקדשת את קשר הדם.<sup>4</sup> בפרק זה אציג את המאפיינים של המשפחה ושל ההורות הלהטבית, הרלוונטיים לצורך הדיון במאמר זה.

### 1. המשפחה הלהט"בית

בעוד שהמשפחה הגרעינית והמשפחה המורחבת מורכבות משילוב של קשרים משני סוגים – קשרים מבחירה (בין בני זוג) וקשרי דם (בין הורים לילדים) – במשפחה הלהט"בית הבחירה ממלאת תפקיד מרכזי יותר ביצירת קשרי השארות. בספרה, "משפחות שאנו בוחרים בהן: לסביות, הומואים ויחסי שארות",<sup>5</sup> זיהתה האנתרופולוגית קת וסטון אלטרנטיבה שיצרו גברים הומואים בסן פרנסיסקו בשנות ה-80 וה-90 למשפחות מסורתיות שמוקמות בדרך של נישואים והולדה. האלטרנטיבה שווסטון זיהתה מבוססת אך ורק על בחירה, בלא יחסי שארות ביולוגיים. הקשרים המשפחתיים בין חבריהן וחברותיהן הם קשרים משפחתיים מכוח ההגדרה העצמית של החברות והחברים בהן, ולא מכוח גושפנקה חברתית או מדינתית.<sup>6</sup> וסטון מציינת שגברים הומואים מתייחסים למשפחות המוצא שלהם כאל "המשפחה הסטרייטית שלי" ואל קשריהם עם הומואים אחרים כאל "המשפחה שבחרתי בה".

המשפחות שווסטון מתארת, אינן זהות למשפחות הלהט"ביות של ימינו. "המשפחות מבחירה" הוקמו על ידי חבריהן וחברותיהן על רקע מגיפת האיידס, בתקופה שבה הומוסקסואליות היתה עבירה פלילית בחלק ממדינות ארצות הברית, וכתחליף למשפחות המוצא, לאחר שלהט"בים רבים סולקו ממשפחותיהם עם יציאתם מהארון. "המשפחות מבחירה" הוקמו, לפי וסטון, לא כאנלוגיה למשפחות המוצא, אלא כניגוד לה: כתא חברתי שמקבל

<sup>3</sup> איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין "זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395 (עניב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016); רות זפרן, נוי נעמן ואיילת בלכר-פריגת, "הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד, הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" עיוני משפט (טרם פורסם) (להלן: "הורות מושתתת זוגיות").

<sup>4</sup> צבי טריגר, פשעים נגד הפטריארכיה \_\_ (2014).

<sup>5</sup> KATH WESTON, FAMILIES WE CHOOSE: LESBIANS, GAYS, KINSHIP 38-41 (1997)

<sup>6</sup> בהקשר זה מפורסם מאמרה של ג'ודית באטלר: Judith Butler, *Is Kinship Always Already Heterosexual?*,

13 DIFFERENCES: J. FEMINIST CULTURAL STUD. 14 (2002)

את חבריו כמו שהם, בלי לשפוט אותם בשל נטייתם המינית ולהענישם עליה. אחד הביטויים לניגוד הזה הוא הוויתור המוחלט על שארות ביולוגית.<sup>7</sup>

המשפחה הלהט"בית של ימינו משלבת בין התפיסה המסורתית של המשפחה כתא חברתי שמיועד להביא צאצאים ביולוגיים לעולם, לבין התפיסה הלהט"בית של המשפחה מבחירה. משפחות אלו נוצרות באמצעות הסכמים, ומפריכות את התזה המקובלת שדיני החוזים ומוסד המשפחה זרים זה לזה.<sup>8</sup>

כמו משפחות ישראליות רבות, המשפחות הלהט"ביות הישראליות הן מסורתיות וחדשניות גם יחד.<sup>9</sup> מצד אחד, הן משתלבות בתרבות הישראלית המשפחתית ומעודדת הילודה; מצד אחר, הן נשענות על בחירה ולא רק על ביולוגיה, שכן הורה אחד הוא הורה לא גנטי. במשפחות שבהן קיים קשר טוב עם הורי בני הזוג, יש גם סבתא וסבא לא גנטיים.<sup>10</sup> בעבור הורים להט"בים רבים הבאת ילדים לעולם היא שער הכניסה בחזרה לחיק משפחת המוצא, שהתנכרה להם עם יציאתם מן הארון.<sup>11</sup>

## 2. "הורות משפטית" ו"הורות טבעית"

ההורות אינה מוגדרת במשפט הישראלי.<sup>12</sup> ישנן ארבע דרכים להפוך להורה לפי הדין הישראלי: מכוח קשר גנטי, מכוח לידה, באמצעות אימוץ ובאמצעות "זיקה לזיקה", כלומר מכוח קשר זוגי עם בעל או עם בעלת קשר גנטי לילדה.<sup>13</sup>

הדיון המשפטי בהורות רווי בהנחות מוצא סמויות שמתעלמות מן המימד האידאולוגי והכוחני שבהגדרת מושג ההורות, באופן שיוצר היררכיה בין סוגים שונים של הורות. ההבחנה בין "הורות טבעית" לבין "הורות משפטית" או "הורות פסיכולוגית" מדגימה היטב את הטענה הזו.<sup>14</sup> כתב השופט הנדל בפסק דין שעוסק כולו בדרכי ההכרה בהורות במשפט הישראלי: "במעבר מדין

<sup>7</sup> דוגמה עכשווית למשפחות מבחירה הן משפחות הדראג. בראש משפחת דראג עומדת מטריארכית, מלכת דראג מובילה ומוערכת, ומי ששואבות ממנה השראה הן בנותיה. המטריארכית הגדולה של משפחות הדראג היא מלכת הדראג רופול: Davide Passa, 'You All Are Sisters! We Are All Family!' *The Construction of Parenthood in 'Rupaul's Drag Race'*, 12 LINGUACULTURE 127 (2021)

<sup>8</sup> MARTHA M. ERTMAN, LOVE'S PROMISES: HOW FORMAL AND INFORMAL CONTRACTS SHAPE ALL KINDS OF FAMILIES (2015)

<sup>9</sup> Yael Hashiloni Dolev and Zvi Triger, *The Invention of the Extended Family of Choice: The Rise and Fall (as of Now) of Posthumous Grandparenthood in Israel*, co-authored with Yael Hashiloni-Dolev, 30 NEW GENETICS AND SOCIETY 250, 251-252 (2020)

<sup>10</sup> זה לא המצב בכל המקרים, ראו להלן אלונה פלג, בעמ'...

<sup>11</sup> SIBYLLE LUSTENBERGER, JUDAISM IN MOTION: THE MAKING OF SAME-SEX PARENTHOOD IN ISRAEL (2020).

<sup>12</sup> ראו, למשל: בע"מ 1118/14 פלוגית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל (2015).

<sup>13</sup> שם.

<sup>14</sup> ראו גם: "הורות מושתתת זוגיות", הערה 3 לעיל.

הטבע לטבע הדין נדרשת [כך] זהירות, פיקוח ומעורבות הדין...<sup>15</sup> השימוש ב"טבע" בפסיקה (ובתרבות הכללית) מרמז על קטגוריה אוניברסלית, חסרת תלות בזמן, במיקום ובתרבות, אובייקטיבית, יציבה ולכן גם "חזקה" ו"אמיתית".

משחר ההיסטוריה הורות היתה קטגוריה משפטית. גם הקביעה שהוריה מולידה של ילדה הם הוריה, היא קביעה משפטית. המשפט קובע מי היא האם (היולדת), כשם שהוא קובע מיהו האב (בעלה), כפי שצויין לא אחת גם בפסיקת בית המשפט העליון: **"בעיני המשפט, התא הבסיסי הוא המשפחה הטבעית"**.<sup>16</sup>

המשפט הישראלי פוסח על שתי הסעיפים: ברצותו, ההורות ההטרסקסואלית היא הורות משפטית לכל דבר ועניין (למשל, כדי למנוע ממזרות המשפט יתעלם מן האב הגנטי ויכריז על בעלה של האם כעל אבי היילוד), וברצותו, ההורות ההטרסקסואלית היא הורות מכוח זיקה גנטית, ולכן "טבעית"; דוגמה טובה לכך היא פסיקת בית המשפט העליון בפרשת צור-וייסלברג, שסירוב המדינה לרשום בת זוג כאם נוספת על בסיס הצהרת האמהות, אינו מהווה הפליה לעומת רישום אוטומטי של הגבר שהיולדת נשואה לו, שכן בין שתי נשים לבין יילוד לא יכול להיות קשר גנטי, בעוד שבין גבר ואשה לבין היילוד יש הנחה של קיומו של קשר גנטי. באותה נשימה, מזכיר השופט מלצר, גם את סעיף 22 לחוק מרשם אוכלוסין כחריג אגבי לדרישת זיקה הגנטית,<sup>17</sup> אף שסעיף זה מפריך את ה"טבעיות" של האבהות מכוח נישואים וחושף את המישפוט של האבהות ואת הכפפתה לשיקולי כשרות יוחסין של היילוד.

לסיכום, הטבע משמש כאיצטלה אובייקטיבית הן להגדרת המשפחה והן להגדרת ההורות, והן לתפיסות התרבותיות שלהן, אף שמדובר במבנים חברתיים, אשר מושתתים על אידאולוגיה (פטריארכיה והטרונורמטיביות), ולא נתונים לאנושות מבחוץ. המשפחה הלהט"בית קוראת תיגר על האידאולוגיה של המשפחה, חושפת את היותה של המשפחה תא חברתי שמעוצב על ידי אידאולוגיה, ומנסה לשנותו.

## **ב. איומים על ההורות הלהט"בית**

בפרק זה אתמקד בשני איומים מרכזיים על ההורות הלהט"בית: התנגדות המדינה להכרה משפטית במשפחה שהוקמה, והתנגדות אחד מבני הזוג שנפרדים, להמשך ההכרה המשפטית במשפחה שמתפרקת ובקשרי השארות שנוצרו במסגרתה. שני סוגי ההתנגדויות הללו חותרים תחת המשפחה הלהט"בית ומחלישים את ההגנה המשפטית שהיא זוכה לה בפסיקת בתי המשפט.

<sup>15</sup> בע"מ 1118/14, פסקה 25.

<sup>16</sup> שם (ע"א 232/85). ההדגשה שלי.

<sup>17</sup> בג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פסקה 40 לפסק דינו של השופט מלצר (26.7.2020). לביקורת על פסק הדין: "הורות מושתתת זוגיות", לעיל הערה 3.

## 1. התנגדות המדינה להכרה בהורות להט"בית

בית המשפט העליון הכיר בפסקי דין רבים בקיומה של זכות חוקתית להורות ולהקמת משפחה.<sup>18</sup> אלא שקיים פער תהומי בין הפסיקה לבין עמדת המדינה ברבים מהתיקים שעוסקים בזכות להקמת משפחה ובזכות להורות. הורות להט"בית המתבססת על דגם יחסי השארות מבחירה של וסטון אינה זוכה להגנה חוקתית אוטומטית, והיא תמיד חשודה. יחסי שארות ("הורות הסכמית") המתבססים על הסכם בלבד, אינם מוכרים במשפט הישראלי.<sup>19</sup> המדינה התנגדה כמעט לכל תביעה של זוגות ויחידים להט"בים להכרה בזכותם להורות בשלב הקמת המשפחה, והיו אלה בתי המשפט שעייגנו את הזכויות ההוריות שלהם ויצרו את הבסיס המשפטי הקיים למשפחה הלהט"בית כתא מוגן ומוכר, ולו חלקית, על ידי המשפט. להלן יובאו כמה דוגמאות לטיעוני המדינה נגד הכרה בהורות להטבית.

### א. אימוץ לפי חוק אימוץ ילדים : זוגיות לא יציבה ו"מטען חורג"

חוק אימוץ ילדים קובע ש"אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד".<sup>20</sup> לפי השירות למען הילד המשפחה המאמצת צריכה לחקות ככל הניתן את המשפחה הביולוגית, ולכן היא חייבת להיות מורכבת מאב ומאם נשואים זה לזה, ודבר האימוץ חייב להישמר בסוד.<sup>21</sup> ב-2008, פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחה ש"בנסיבות מתאימות, כאשר זוהי טובת הילד המאומץ, ניתן גם להסכים לבקשות של בני זוג מאותו המין לאמץ ילד שאינו ילד של אחד מבני הזוג, וכי השרות למען הילד רשאי גם למסור לאימוץ ילד לזוג בני אותו המין, בנסיבות בהן ניתן היה למסור לאימוץ לאדם יחיד".<sup>22</sup> רווק או רווקה המבקשים לאמץ ילד, יכולים, לפי סדרי העדיפויות שנקבעו על ידי השרות למען הילד, לאמץ רק ילד עם צרכים מיוחדים או ילד ששהה כבר כמה שנים במוסדות. הגביע הקדוש של האימוץ, תינוק בריא, שמור לזוגות סטרייטים נשואים. לפיכך לפי ההנחיה מ-2008 זוגות חד-מיניים לא יכולים לאמץ ילוד בריא. ב-2007 מינו שר המשפטים ושר העבודה והרווחה ועדה לבחינת חוק האימוץ, בראשותו של סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב, השופט (בדימוס) יהושע גרוס. דו"ח הוועדה פורסם ב-

<sup>18</sup> בג"ץ 7052/03 עזאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202, 296, פסקה 32 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נד(4) 419, 447 (2002). ראו גם: צבי טריגר, "רשיון הורות", בתוך: זכויות הילד והמשפט הישראלי, 389, בעמ' 397-400 (תמר מורג עורכת, 2010) (להלן: "רשיון הורות").

<sup>19</sup> עמ"ש 23848-05-19 פלוני נ' פלונית, פסקה 6 (2.4.2020); לדיון במשמעות הנורמטיבית של הכרה בהורות הסכמית: יחזקאל מרגלית, "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל", משפטים מב 835 (2012).

<sup>20</sup> חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח תשמ"א מס' 1028 מיום 28.5.1981 עמ' 293, ס' 3.

<sup>21</sup> צבי טריגר ומילי מאסס, "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ – מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים", ספר זכויות הקהילה הגאה בישראל, 437, 441 (אלון הראל, עינב מורגנשטרן ויניב לוינסקי, עורכים, 2016) (להלן: "טריגר ומאסס"); מילי מאסס, בשם טובת הילד, 233 (2010).

<sup>22</sup> הודעה לעיתונות מס' 7751 מיום 10.02.2008

<https://web.archive.org/web/2012061611132/http://justice.gov.il/MOJHeb/News/2008/imuz.htm>

2016.<sup>23</sup> הוזמנתי להופיע בפני הוועדה ולהציג מחקרים העוסקים באימוץ על ידי בני זוג מאותו המין.<sup>24</sup> במסגרת הופעתי בפני הוועדה הושמעה, בתגובה למחקרים שהצגתי, נטען על ידי נציגות השירות למען הילד בוועדה שזוגות סטרייטים נשואים הם יציבים יותר מזוגות חד-מיניים ולכן אין הצדקה לאפשר לזוגות חד-מיניים לאמץ. עוד נאמר שנכון ל-2009, אף זוג הומואים לא ביקש לאמץ ילד עם צרכים מיוחדים, ושהומואים מעדיפים לפנות לפונדקאות או להליכי הורות משותפת.<sup>25</sup> השבתי שאם הדבר נכון שזוגות הומואים הם פחות יציבים מזוגות סטרייטים, מן הראוי שדווקא הזוגות היציבים יותר יקבלו את הילדים עם הצרכים המיוחדים. ב-2016 עתר המרכז הרפורמי לדת ומדינה של התנועה ליהדות נגד ההפליה שהמדינה נוקטת בהקשר זה.<sup>26</sup> תגובת המדינה לעתירה עוררה סערה ציבורית, ובפרט האמירה הבאה :

עמדת גורמי המקצוע בשירות למען הילד, שלפיה הם אינם ממליצים לעת הזו על שינוי הדין וביטול העדיפות הניתנת היום לזוגות שהם גבר ואישה, נשענת על תפיסתם שלפיה מכיוון שהילד הנמסר לאימוץ נושא תחושה של חריגות, רצוי ככל הניתן להימנע מהעמסת "מטען" נוסף על הילד, בדמות השמתו בתא משפחתי שנתפס בחברה הישראלית היום עדיין כתובעה חדשה ושונה. הובהר על-ידי גורמי המקצוע בשירות למען הילד, כי אין בעמדה זו כדי להטיל דופי בהורות חד-מינית, אף בשים לב למחקרים שנסקרו בדו"ח גרוס ; אלא שלשיטת גורמי המקצוע, נושא האימוץ של ילד מחוץ לתא המשפחתי הוא רגיש ומורכב ממילא, ולכן לשיטתם נושא הלגיטימציה החברתית הוא רלוונטי לעניין.<sup>27</sup>

תגובה זו חשפה תערובת של להטבופוביה (לגדול במשפחה להטבית מעמיס "מטען" על כתפי הילדים) והטרופיליה (האדרת המשפחה שבראשה עומדים גבר ואישה כמשפחה האידאלית<sup>28</sup>). בעקבות המחאה של הקהילה הלהטבית בקיץ 2017 המדינה חזרה בה מאמירה זו, והעתירה נמחקה בהסכמת העותרת לאחר שמשרד הרווחה והשירות למען הילד הודיעו לבית המשפט

<sup>23</sup> דו"ח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים התשמ"א-1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל (2016).

<sup>24</sup> דו"ח, בעמ' 102, 110-112. סקירת הספרות שהצגתי בפני הוועדה כלולה גם במאמרי: Zvi Triger, *The Child's Worst Interests: Same-Sex Parenting under Israeli Law* 28 ISRAEL STUDIES REVIEW 264, 267-271 (2013); סקירה עדכנית יותר נכללה בטריגר ומאסס, הערה 21 לעיל, בעמ' 448-453.

<sup>25</sup> טרונייה זו נגד זוגות להט"בים נכללה גם בתגובת המדינה לעתירת האימוץ שהוגשה ב-2016. סעיף 14 לתגובת המדינה מיום 11.7.2017. ראו הערה 26 להלן.

<sup>26</sup> בג"ץ 3217/16 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה התנועה ליהדות נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (2017).

<sup>27</sup> תגובת המדינה מ-11.7.2017, עמ' 22, פסקה 72.

<sup>28</sup> שלא כמו ההומופוביה, המתבססת על פיחות במעמדו של האחר, ההטרופיליה מושתתת על האדרת האידאולוגיה המינית ההטרופילית. ההומופוביה היא "נגד" (להט"בים) ואילו הטרופיליה היא "בעד" (הטרופיליה): David Schwartz, *Heterophilia – The Love That Dare Not Speak Its Aim: Commentary on Trop and Stolorow's "Defense Analysis in Self Psychology: A Developmental View"*, 3 PSYCHOANALYTIC DIALOGUES 643, 647 (1993); צבי טריגר, "נישואים חד מיניים בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני: ירידת ההומופוביה ועליית הטרופיליה במשפט", "המשפט ברשת", מבזקי הארות פסיקה 14, 27 (2013).

שיפעלו למען תיקון חוק אימוץ ילדים כך שיאפשר לזוגות חד-מיניים לאמץ. תזכיר החוק פורסם באוגוסט 2019. בדברי ההסבר של עיקרי התיקון המוצע הומלץ "לבטל את תנאי הסף הדורש זוגיות של 'איש ואשתו יחד' דווקא, תוך עמידה על כך שככל שמדובר במבקשים שהם בני זוג, נדרש קשר זוגי יציב וממושך, ללא קשר לסוג הזוגיות."<sup>29</sup> נכון לשעת כתיבת שורות אלו, החוק עדיין לא תוקן.<sup>30</sup>

## ב. אמהות יחידנית ואמהות בזוגיות לסבית מתרומת זרע: דרישת אבחון פסיכיאטרי

עד שנת 1996 הליכי הפרייה חוץ גופית הפלו בין נשים נשואות לנשים רווקות. התקנות קבעו שתנאי להשתלת ביצית מופרית ברחמה של אישה רווקה הוא קבלת חוות דעת מעובדת סוציאלית.<sup>31</sup> הכללים בדבר ניהולו של בנק זרע וההנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית קבעו שנשים בזוגיות הטרוסקסואלית פטורות מאבחון כשירות כלשהו, בעוד שנשים יחידניות או בזוגיות לסבית יקבלו תרומת זרע בכפוף להערכה פסיכיאטרית.<sup>32</sup> הכלל הוכרז על ידי בג"ץ כבטל, בהסכמת משרד הבריאות.<sup>33</sup> גם כאן נדרשה התערבות בית המשפט, שכן המדינה התנגדה לביטול הכלל לפני הגשת העתירה. אף שצורת הפליה זו בוטלה בשלב מוקדם יחסית באבולוציה המשפטית של ההכרה במשפחה הלהטבית, ההנחה הסמויה שבבסיסה, שלהטבים אינם כשירים להיות הורים, עדיין מופיעה בעמדות המדינה בהליכים משפטיים כיום.

## ג. אימוץ צולב על ידי שתי אמהות: חשש מהכרה עקיפה בזוגיות להט"בית

שני המקרים הראשונים של הכרה בהורות הלהטבית עסקו באימוץ צולב, כלומר באימוץ הילדים הגנטיים של אחת מבנות הזוג בזוגיות לסבית על ידי בת זוגה. בפרשת **ירוס חקק** דובר בבקשה לאימוץ לפי סעיף 2(3) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, בצירוף סעיף 2(2) לחוק.<sup>34</sup> המדינה התנגדה לבקשה משלושה נימוקים: המטרה האמיתית של התביעה היא הכרה ב"תא משפחתי לסבי" במסווה של בקשת אימוץ, והכרה כזו צריכה להיעשות בחקיקה ראשית; אין באיסור על אימוץ להטבי משום הפליה נגד להטבים; ולבסוף, טובת הילד אינה רלוונטית לדיון, שכן חוק אימוץ ילדים אינו חל על זוגות להטבים, ולכן שאלת האימוץ "אינה מתעוררת".<sup>35</sup> בפסק

<sup>29</sup> תזכיר חוק אימוץ ילדים (תיקון מס'...). (כשירות לאמץ והתאמת מאמצים לילד), התשע"ט-2019.

<sup>30</sup> בהודעת המדינה לבג"ץ נאמר שתזכיר החוק יפורסם "עד מחצית 2018". הערה 26 לעיל.

<sup>31</sup> תקנה 8(ב)(1) לתקנות בריאות העם (הפרייה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 5035 (1987). הסדר דומה נקבע לגבי אלמנה (תקנה 8(ב)(2)).

<sup>32</sup> כלל 19(ב). ראו "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" **דין ודברים** ג 351, 357 (התשס"ח); "רשיון הורות", הערה 18 לעיל, בעמ' 423.

<sup>33</sup> בג"ץ 2078/96 **ויץ נ' שר הבריאות** (1997) (לא פורסם).

<sup>34</sup> ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (נט) 5) 64. מדובר ברשות ערעור. ההליך החל בבית המשפט לענייני משפחה. בית המשפט לענייני משפחה מחק את תביעת האמהות על הסף (תמ"ש 49/97, א' 48/97, 49, 90 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (1999)). ערעורן לבית המשפט המחוזי נדחה ברוב דעות (נגד דעתה החולקת על השופטת סביונה רטלוי) (ע"מ (ת"א) 10/99 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"מ תש"ס(1) 831 (2001)).

<sup>35</sup> ע"א 10280/01, פסקה 10 לפסק דינו של השופט מצא, עמ' 78.

דין אפולוגטי, בית המשפט העליון הורה על מתן צו אימוץ, אך הדגיש שאין בהכרה בהורות במקרה זה משום מתן גושפנקה לזוגיות לסבית.<sup>36</sup>

במקרה השני, בפרשת **ברנר-קדיש**, פסק בג"ץ שעל משרד הפנים לרשום תעודת אימוץ צולב זרה.<sup>37</sup> גם כאן המדינה התנגדה להכרה בהורות של האם הלא גנטית, בנימוק ש"מבחינה ביולוגית קיומם של שני הורים מאותו מין אינו אפשרי, ומכאן שאי-נכונות הרישום גלויה לעין".<sup>38</sup> עתירת המדינה לדיון נוסף נמחקה בהסכמתה,<sup>39</sup> אולם המדינה לא כיבדה פסק הדין בתואנה שתוכנת המחשב לא מאפשרת רישום שתי אמהות. רק בחודש מרס 2008 הודיעה המדינה על עדכון תוכנת המחשב כך שניתן יהיה לקיים את פסק הדין ולרשום את שתי בנות הזוג כאמותיו של בן.<sup>40</sup>

#### ד. שתי אמהות ביולוגיות, האחת יולדת, והאחרת בעלת הביצית: יש רק אמת ביולוגית אחת

השימוש היצירתי בטכנולוגיות הפריון איפשר לזוגות של נשים ליצור קשר ביולוגי בין התינוקת לבין האם הלא גנטית באמצעות ההיריון, על ידי הפריית ביצית של אחת מבנות הזוג בזרע מתורם אנונימי, והשתלת העובר ברחמה של בת הזוג השנייה. במקרה שכזה, היולדת נרשמה אוטומטית בתור אם הילד (מכוח "דין יולדת" שחל במשפט הישראלי), בעוד שהאם הגנטית נדרשה לאמץ את התינוק כתנאי לכך שתירשם כאמו הנוספת. המדינה התנגדה לרישום אוטומטי של האם הגנטית בנימוק שבמשפט הישראלי קיימת רק אם ביולוגית אחת.<sup>41</sup> נימוקים נוספים של המדינה התבססו על שיקולים הלכתיים, משפט משווה, היעדר הפליה, מיקום הזכות להורות של האם הגנטית במקום נמוך ב"מדרג הזכות להורות", היעדר רלוונטיות של שיקול טובת הילד בנסיבות המקרה וקיומה של שונות רלוונטית בין גבר שאבהותו הביולוגית מוכרת אוטומטית מכוח הזוגיות עם היולדת לבין בת הזוג במקרה זה.<sup>42</sup> בית המשפט פסק שיש להכיר בהורותה של האם הגנטית שלא באמצעות הליך אימוץ (שכן הדבר נוגד "את השכל הישר וההגיון הבריאי" כדברי השופטת מילר), אבל לא באופן אוטומטי. בהשראה מחוק הסכמים לנשיאת עוברים, דרשה השופטת הגשת תסקיר של עובדת סוציאלית בנוגע לכשירותה להורות של האם הגנטית.<sup>43</sup> פסק הדין הזה נחשב לראשון שבו נעשה שימוש בצו הורות פסיקתי לצורך הכרה בהורה משפטית במסגרת זוגיות להט"בית.

<sup>36</sup> דנתי בכך בהרחבה בשני מאמרים: צבי טריגר, "משפחות חורגות ורישיון הורות": מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה", **המשפט** 22, 44 (2006); "רישיון הורות", הערה 18 לעיל, בעמ' 389.

<sup>37</sup> בג"ץ 1779/99 **ברנר-קדיש נ' שר-הפנים**, נד (2) 368.

<sup>38</sup> פסקה 1 לפסק דינה של השופטת דורנר, עמ' 373.

<sup>39</sup> דג"ץ 4252/00 **שר הפנים נ' ברנר-קדיש** (לא פורסם) (2008).

<sup>40</sup> מכתב מעו"ד דן יקיר, האגודה לזכויות האזרח, למחלקת הבג"צים, 28.1.2008; תשובת עו"ד אסנת מנדל מיום 11.3.2008.

<sup>41</sup> תמ"ש (ת"א) 60320-07 **ת.צ. ואח' נ' פרקליטות מחוז המרכז**, פסקה 10 (4.3.2012).

<sup>42</sup> שם.

<sup>43</sup> פסקה 31.



ה. פונדקאות בישראל: גברים לא יכולים ללדת, ולכן הדרתם מהחוק אינה הפלייה

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 איפשר, מכניסתו לתוקף ועד שלהי 2021, הסתייעות בהליך פונדקאות רק ל"איש ואישה שהם בני זוג".<sup>44</sup> נגד הגדרה זו הוגשה עתירה בשנת 2010 בטענה שמדובר בהפליה על בסיס נטייה מינית.<sup>45</sup> המדינה טענה שפונדקאות היא טכנולוגיה רפואית שמיועדת לפתור בעיה רפואית של נשים שאינן יכולות לשאת הריון וללדת ("פתרון קצה" בלשון ב"כ המדינה), ומכיוון שגברים ממילא לא מסוגלים להיות בהיריון, הרי שאין כאן הפליה, אלא הבחנה רלוונטית.<sup>46</sup> עוד טענה המדינה, שהכרה בתא משפחתי להט"בי היא "דרמטית" ומן הראוי שתיעשה בחקיקה ולא בפסיקה.<sup>47</sup> נימוק נוסף של המדינה, שמועלה תדירות במסגרת הפולמוס על הרחבת הפונדקאות בישראל לזוגות של גברים, היא שפונדקאות כרוכה בניצול פוטנציאלי של נשים.<sup>48</sup>

בעקבות העתירה הוקמה על ידי משרד הבריאות הוועדה הציבורית לבחינת ההסדרה החקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל.<sup>49</sup> העותרים משכו את עתירתם, והעתירה נמחקה. דוח הוועדה פורסם במאי 2012.<sup>50</sup> הוועדה המליצה על הרחבת הזכאות לפונדקאות בתשלום לנשים יחידות בעלות בעיה רפואית ולגברים יחידים במסלול אלטרואיסטי בלבד. זוגות גברים לא נכללו בהמלצות הוועדה. תזכיר לתיקון החוק, אשר קבע שהפונדקאות תורחב לגברים יחידים נחסם במרס 2014 בלחץ שרים מהבית הלאומי.<sup>51</sup>

ב-2015 שבו ועתרו בני הזוג ארד-פנקס לבג"ץ. ב-2017 ניתן פסק דין חלקי שקבע שהחוק מפלה לרעה זוגות חד-מיניים, והכנסת התבקשה לתקנו בתוך חצי שנה מיום מתן פסק הדין.<sup>52</sup> החוק תוקן ב-2018 ונוספה לו "אם מיועדת יחידה", אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד,<sup>53</sup> אך ההורים המיועדים נותרו "איש ואישה". בפברואר 2020 בג"ץ פסק שהנוסח המתוקן של הגדרת "ההורים המיועדים" מהווה הפליה אסורה.<sup>54</sup> למרות זאת, החוק לא תוקן. בקיץ 2021 הגישה המדינה עמדה חדשה לבג"ץ. הפעם, בעקבות עמדת שר הבריאות החדש, ניצן הורוביץ, משרד הבריאות הודיע שהוא לא מתנגד עוד למתן צו מוחלט המורה לפרש את הנוסח הממוגדר של הגדרת ההורים המיועדים כחל גם על הורים בני אותו המין, וזאת נוכח כשלונה של

<sup>44</sup> הגדרת "הורים מיועדים" בס' 1 לחוק.

<sup>45</sup> בג"ץ 1078/10 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (28.6.2010). ראו גם: צבי טריגר, "מסע אחר: חוויות של הורי פונדקאות ישראלים בהודו" תיאוריה וביקורת 44, 177-185, 186 (2015).

<sup>46</sup> סעיף 23 לתגובת המדינה מיום 25.3.2010.

<sup>47</sup> שם, סעיפים 20-22.

<sup>48</sup> שם, סעיף.

<sup>49</sup> הודעת המדינה לבג"ץ מיום 8.6.2010.

<sup>50</sup> הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל, 4 (2012) [www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf](http://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf) (להלן: "דוח מור יוסף").

<sup>51</sup> תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד-2014.

<sup>52</sup> בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (2017).

<sup>53</sup> הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018.

<sup>54</sup> בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (2020).

הכנסת לתקן את החוק. וכך, אחת-עשרה שנים לאחר הגשת העתירה הראשונה, ושש שנים לאחר הגשת העתירה השנייה, ולאחר התנגדות עיקשת ולהטבופובית של היועץ המשפטי לממשלה ושל משרד הבריאות, בג"ץ פסק בחודש יולי 2021 שהגדרת ההורים המיועדים תתבטל בתוך חצי שנה, וזוגות של גברים יוכלו גם הם להיות הורים מיועדים לפי החוק.<sup>55</sup>

### ו. פונדקאות בחו"ל וצו הורות פסיקתי בהורות של בני-זוג הומואים : חשש מסחר בילדים ודאגה לשלומה של הפונדקאית

מכיוון שפונדקאות בישראל היתה חסומה בפני זוגות הומואים עד לשלהי 2021,<sup>56</sup> כל ההומואים הישראלים אשר ביקשו להוליד ילד באמצעות פונדקאות עשו זאת בחו"ל. "נוהל חו"ל" של משרד הפנים בנוגע להורות שהושגה באמצעות פונדקאות מתעלם לחלוטין, וכנראה במתכוון, מהעובדה שבני הזוג הולידו את הילד בתהליך שהוא תוצאה של החלטה ופעולה משותפת לשני בני הזוג. מבחינת המשפט הישראלי, משרד הפנים ומשרד החוץ, רק הגבר שמזרעו נולד הילד הוא האב, ולכן רק הוא צד לחלקים ניכרים מההליך המשפטי (כמו הבקשה לצו בדיקת רקמות). הנוהל, שכלל לא פורסם במשך שנים רבות, כולל שורה של דרישות אבסורדיות שנחזות לדאוג לזכויות הפונדקאיות ולטובת הילד.<sup>57</sup> אם בהקשר של פונדקאות בישראל המדינה טענה שאין לאפשר פונדקאות להומואים כדי למנוע ניצול של פונדקאיות, הרי שבפונדקאות חו"ל המדינה הוסיפה לחשש מניצול פונדקאיות גם את החשש מסחר בילדים.

באשר לאב הלא ביולוגי, עד 2014 היה עליו לאמץ את התינוק לאחר היוולדו, וזאת על אף שהילד נולד ביוזמת שני בני הזוג וגם כאשר במדינה הזרה האב הלא גנטי הוכר כאב לכל דבר ועניין ואף נרשם לצד האב הגנטי כאביה של התינוקת בתעודת הלידה שלה.

עתירת בני הזוג **ממט-מגד** הוגשה בעקבות סירוב המדינה לרשום תעודת לידה זרה ששני אבותיה של תינוקת פונדקאות שנולדה בארצות הברית רשומים בה. המדינה טענה טענות שנועדו להכתיים את המשפחה הלהט"בית בחששות שונים: חשש לסחר בילדים, חשש לעקיפת דיני האימוץ הבין-ארצי, חשש לטובת הילד שנולד שמצריך הערכה פסיכו-סוציאלית של כשירותם להורות של בני הזוג, ועוד.<sup>58</sup> בג"ץ פסק שיש לרשום את האב הלא גנטי בתור אבי התינוק שנולד בפונדקאות על סמך תעודת לידה זרה שבה רשומים שני הגברים כאבות הילדים ("אבהות רישומית"), וזאת בעקבות ההלכה הוותיקה בעניין רישום תעודה ציבורית זרה וההבחנה בין

<sup>55</sup> בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (2021).

<sup>56</sup> משרד הבריאות, חוזר המנהל הכללי מס' 7/2021 (27.12.2021) (<https://www.gov.il/BlobFolder/policy/mk07->

[https://www.gov.il/BlobFolder/policy/mk07-2021/he/files\\_circulars\\_mk\\_mk07\\_2021.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/mk07-2021/he/files_circulars_mk_mk07_2021.pdf)).

ההודעה על פתיחת הפונדקאות בישראל לזוגות של גברים פורסמה ב-4.1.2022, והשינויים נכנסו לתוקף ב-11.1.2022.

<https://www.health.gov.il/Subjects/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

<sup>57</sup> עמדתו על הבעיות המשפטיות המשמעותיות בנוהל חו"ל ב"מסע אחר", הערה 45 לעיל, 202-177.

<sup>58</sup> בג"ץ 566-11 ממט מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493, פסקאות 8 ו-36 לפסק דינה של המשנה לנשיאה נאור (2014).

סוגיית הרישום לבין התוקף.<sup>59</sup> בעקבות בג"ץ **ממט-מגד** הוחלפה דרישת האימוץ בצו הורות פסיקתי בכפוף לתסקיר של עובדת סוציאלית.<sup>60</sup>

כחודשיים לאחר מתן פסק הדין בפרשת **ממט-מגד**, בא לעולם חידוש משמעותי של בית המשפט לענייני משפחה: ככלל, צו הורות פסיקתי יינתן בלא צורך בתסקיר, על סמך הוכחת זוגיות וטובת הילדה בפני בית המשפט.<sup>61</sup> שוב, היה זה בית המשפט שהוסיף נדבך נוסף של הכרה בהורות הלהט"בית, וזאת למרות התנגדות המדינה. בפברואר 2015, במסגרת הליך משפטי להכרה באמהות של אם לא ביולוגית,<sup>62</sup> היועץ המשפטי לממשלה הודיע שאינו מתנגד לשימוש בצו הורות פסיקתי גם לצורך הכרה בהורות לא גנטית אצל זוגות של נשים (עד אז נדרש אימוץ בעקבות הלכת **ירוס חקק**).<sup>63</sup>

המדינה לא חדלה מהערמת קשיים על זוגות ועל ילדיהם שנולדו בחו"ל לאחר פרוץ מגיפת הקורונה. בשל הסגרים ברחבי העולם, חלו עיכובים בהנפקת תעודות לידה, במתן צווי הורות במדינות שבהן הונפקו צוים כאלו, ובקבלת תוצאות בדיקת הרקמות בישראל. לאחר משא ומתן בין המדינה לבין הזוגות הראשונים שילדיהם נולדו עם פרוץ המגיפה, הסכימה המדינה לאפשר את הבאת התינוקות לישראל בלא בדיקת רקמות, ובלבד שהוריהם יפקידו ערבות של 20,000 ₪. התינוקות נכנסו לישראל עם תעודת מעבר (ולא עם דרכון ישראלי, כפי שדורש נוהל חו"ל), והיו במעמד של "שוהים בלתי חוקיים" עד הגעת תוצאת בדיקת הרקמות, בלא מעמד אזרחי בישראל, בלא חברות בקופת חולים וזכויות אזרחיות כלשהן.

## ז. צו הורות פסיקתי בהורות של בנות-זוג לסביות: דרישת "רשיון הורות"

אף שדרישת האימוץ הוחלפה בהליך הפשוט יותר של צו הורות פסיקתי גם עבור זוגות נשים, המדינה ממשיכה להעלות טענות להטבו פוביות משפילות וקשות בחלק מההליכים. באחד המקרים המדינה דרשה מאמהות לסביות להצהיר שאינן עברייניות מין.<sup>64</sup> מדובר היה באישה שהביאה לעולם חמישה ילדים עם בן זוג ולאחר מכן התגרשה מבן זוגה. לאחר שהביאה לעולם ילדה שישית, עם בת זוגה החדשה, היא נדרשה להליך המשפיל הזה וכן לקבלת תסקיר, כדי להיות מוכרת כאמה המשפטית של בתה השישית.<sup>65</sup>

הקריטריונים שעיצב היועץ המשפטי לממשלה להסכמתו לצו הורות פסיקתי אצל זוגות של נשים לסביות הפכו להיות, הלכה למעשה, הדרישות לקבלת צו הורות פסיקתי. קריטריונים אלו כוללים את הדרישות הבאות: על בנות הזוג להיות בני 21 לפחות ותושבי ישראל, לקיים קשר זוגי

<sup>59</sup> בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963).

<sup>60</sup> בג"ץ **ממט מגד**, לעיל הערה 58, בעמ' 510, פסקה 5 (2014). לסקירת המצב המשפטי לפני בג"ץ **ממט מגד** וזה שאחריו: יהודית מייזלס, "זרקור: בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים, עתירה לרישום שני אבות כהוריו של קטין ללא הליך של אימוץ", **זכויות הקהילה הגאה בישראל**, הערה 3 לעיל, בעמ' 469.

<sup>61</sup> תמ"ש (ת"א) 21182-04-13 א.ל. נ' היועמ"ש (ניתן ביום 11.3.2014).

<sup>62</sup> תמ"ש (משפחה ר"ג) 57740-12-13 פלונית נ' הי"מ (2015).

<sup>63</sup> "הודעה לעיתונות: היועץ המשפטי לממשלה אינו מתנגד למתן צו הורות פסיקתי על מנת להכיר בבת זוגה של אם ביולוגית כאם נוספת" (8.2.2015).

<sup>64</sup> רות הכט, "המדינה דורשת מנשים לסביות שמביאות ילדים להצהיר שאינן עברייניות מין", **הארץ** 17.12.2017.

<sup>65</sup> שם.

במשך 18 חודשים לפחות טרם עריכת הסכם ההורות; עליהן להציג הסכם הורות שנכרת לפני הליך ההפריה; יש להגיש את הבקשה תוך 90 יום ממועד הלידה; עליהן להוליד את ילדן מתרומת זרע אנונימית; על האם הלא ביולוגית לחתום על תצהיר שבו היא מצהירה על כך שלא הורשעה בעבירות מין ואליםות. זוהי דרישה קיצונית המבטאת חזרה לא מודעת הן לפרדיגמה הפלילית ביחס ללהט"בים (שזנחה עם תיקון חוק העונשין ב-1988<sup>66</sup>), והן לפרדיגמה התרבותית של ההומוסקסואל (ובאנלוגיה, האישה הלסבית) כמשחר לטרף, ובעיקר כדופיל.

מתחקיר שפורסם בעיתון "הארץ" עלה שבתי המשפט לענייני משפחה ברחבי הארץ מיישמים את הנוהל הזה באופן סלקטיבי; יש בתי משפט שמקפידים על קיום כל הדרישות המופיעות בנוהל היועמ"ש, ויש כאלו שמסתפקים רק בחלקן; יש בתי משפט שלא דורשים תסקיר של עובדת סוציאלית, ויש בתי משפט שייתנו צו הורות פסיקתי רק לאחר קבלת תסקיר.<sup>67</sup> לאחר מאבקים משפטיים בנוגע לתסקיר, המדינה הודיעה כי היא מגמישה את עמדתה, ומוכנה למתן צו הורות פסיקתי כל עוד הבקשה הוגשה בתוך שנה מהלידה.<sup>68</sup>

לעתים המדינה נוקטת עמדות סותרות באותו תיק ממש. כך למשל, המדינה דרשה הפרדה בין שלושה קטינים שנולדו לבנות זוג מאותה תרומת זרע, כך שייתנו צו הורות פסיקתי לאחד האחים, שכן הבקשה הוגשה בתוך 90 יום מיום הלידה, בעוד שלגבי אחיותיו יידרש תסקיר, שכן הבקשה הוגשה מספר שנים לאחר לידתן.<sup>69</sup> בית המשפט לענייני משפחה נתן צו הורות בלא תסקיר ביחס לשלושת הילדים, תוך שהוא מעיר על חוסר עקביותה של המדינה.<sup>70</sup> ערעור המדינה לבית המשפט המחוזי נדחה.<sup>71</sup>

#### ח. הכרה ביותר משני הורים בהורות משותפת: חשש ממדרון חלקלק

אחת מצורות "המשפחה מבחירה" של להט"בים היא הורות משותפת, בדרך כלל של גבר הומו ואישה לסבית או סטרייטית המתקשרים בהסכם להורות משותפת. כל אחד משני ההורים הביולוגיים, שאינם בני זוג, עשויים להיות בזוגיות. הסכמים אלה אינם מחייבים ואינם אכיפים בהיבטים הקשורים לילדים, שכן הכרעות במקרים של סכסוך חייבות להתקבל אך ורק לטובת הילדים.

שלא כבשיטות משפט אחרות, המשפט הישראלי לא מכיר ביותר משני הורים.<sup>72</sup> המדינה אף התנגדה להכרה משפטית סמלית באפשרות של שלושה הורים באמצעות הוספת שם המשפחה של

<sup>66</sup> תיקון מס' 22 לחוק העונשין שביטל את סעיף 1351(1) ו-351(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ב-22.3.1988.

<sup>67</sup> שם. ראו, למשל, תמ"ש (ת"א) 35804-12-16 פלונית נ' הי"מ (2.3.2017).

<sup>68</sup> בע"מ 5544/18 הי"מ נ' איילון, פסקה 3 (14.2.2021); בית המשפט לא הכריע בשאלה האם נדרש תסקיר כאשר הבקשה לצו הורות מוגשת לאחר שחלפה שנה מהלידה.

<sup>69</sup> תמ"ש (תל אביב-יפו) 41802-08-19 א.ל.א נ' הי"מ, פסקה 6 (5.11.2019).

<sup>70</sup> שם, פסקה 15.

<sup>71</sup> עמ"ש (תל אביב-יפו) 54000-12-19 הי"מ נ' פלונית (6.12.2021).

<sup>72</sup> מאז 2013 החוק במדינת קליפורניה מאפשר רישום של יותר משני הורים: (Cal. : Sen. B. 274, 2013 Reg. Sess.)

(2013); במדינות אחרות הפסיקה איפשרה הכרה בשלושה הורים: Jacob v. Shultz-jacob, 923 A.2d 473

(Pa. Super.Ct. 2007) (במדינת פנסילבניה); A.A. v. B.B. [2007] 220 O.A.C 115 (Can); (במחוז אונטריו

בקנדה).

ההורה השלישי, הלא ביולוגי, לשם משפחתן של הבנות להורים משותפים, בטיעון פורמלי שהפרשנות של סעיף 2 לחוק השמות מאפשרת לאדם לשאת שני שמות משפחה בלבד.<sup>73</sup> מאחורין נימוק זה הסתתר ללא ספק החשש שהמדובר בהכרה משפטית עקיפה בהורות משולשת.<sup>74</sup>

במקרה אחר התנגדה המדינה להכרה בבתה הלא ביולוגית של קצינה בשירות בתי הסוהר שנשפתה באסון הכרמל ב-2010. לקצינה המנוחה ולזוגתה היו שלושה ילדים בהורות משותפת עם אותו אב. שניים מהילדים היו ילדיה הביולוגית של הקצינה, והם הוכרו על ידי משרד הביטחון כיתומים, ובתה השלישית, היתה בתה הביולוגית של זוגתה. משרד הביטחון להכיר בה כיתומה לצורך זכאות לתגמולים בנימוק שילד ששני הוריו הביולוגיים בחיים לא יכול להיות מוכר כיתום.<sup>75</sup> הבקשה נדחתה, ובת הזוג ערערה לוועדת הערעורים. זו קיבלה את ערעורה, והכירה בבת הלא ביולוגית כ"בתה החורגת" של המנוחה. "ילד חורג" של מי שנספה באירוע בטחוני זכאי לתגמולים אף כאשר הוריו הביולוגיים בחיים.<sup>76</sup>

נימוק נוסף שהמדינה מעלה נגד הכרה ביותר משני הורים הוא המדרון החלקלק שעלול להביא להכרה בריבוי הורים ובפוליגמיה.<sup>77</sup> נימוק זה מתעלם מכך שיחסי הורות משותפת בקהילה הלהט"בית, המשפחות מבחירה, הם תוצר של הקשר חברתי ותרבותי שונה לחלוטין מזה שיצר את הפוליגמיה.<sup>78</sup>

שאלת ההכרה המשפטית הישירה בהורות משולשת עלתה בכמה פסקי דין.<sup>79</sup> במקרה אחד אישה הרתה מזרע של גבר הומו שהתקשרה עמו למטרת הורות משותפת ומביצית של זוגתה. לאחר שבנות הזוג נפרדו, ביקשה בת הזוג (שהיא האם הגנטית אך לא האם המשפטית) הכרה משפטית באמהותה.<sup>80</sup> היועץ המשפטי לממשלה התנגד להוספת הורה שלישי, בנימוק שהכרה כזו נוגדת את הדין ונמצאת בסמכות המחוקק.<sup>81</sup> בית המשפט לענייני משפחה נעתר לתביעת האם הלא רשומה, והצהיר עליה כאם נוספת, בהסתמך על טובת הילדים ועל ספרות מחקרית שמצאה

<sup>73</sup> ש"ש (תל אביב-יפו) 21360-07-16 יגאל און עזרתי נ' הי"מ (15.2.2017).

<sup>74</sup> זו אינה הפעם הראשונה שהמדינה מתנגדת לשינוי שם בנימוק שאחרת יוכר סטטוס חדש. ראו את ההתנגדות בעבר לשינוי שם המשפחה של ידועות בציבור: בג"ץ זמלון נ' משרד הפנים.

<sup>75</sup> עמ"ח (ראשלי"ץ) 41988-03-11 ר.א. נ' קצין התגמולים (3.2.2013). על השתלשלות העניינים בפרשה זו: מיכל עדן, "זרקור: פרשת "אסון הכרמל" – הכרה בשלושה הורים, בתוך: זכויות הקהילה הגאה בישראל, הערה 3 לעיל, בעמ' 487.

<sup>76</sup> עמ"ח (ראשלי"ץ) 41988-03-11, פסקה 2.1.

<sup>77</sup> תמ"ש (תל אביב) 39771-07-14 פלוני נ' אלמוני, פסקה 95 (19.3.2019) (לא פורסם, עותק מצוי בידי המחבר).

<sup>78</sup> ראו Weston, לעיל הי"ש 5 והדין הצמוד לה"ש זו.

<sup>79</sup> ראו, למשל: תמ"ש 7569-05-17 פלונית ואח' נ' הי"מ (29.8.2018); עמ"ש (מרכז) 52550-10-18 ע. נ. נ' ד. מ (22.10.2019); עמ"ש 19292-11-20 פלונית נ' פלוני (23.5.2021); וכן פסקי הדין הנוספים הנידונים בהמשך המאמר.

<sup>80</sup> תמ"ש (תל אביב) 39771-07-14.

<sup>81</sup> שם, פסקה 11.

שריבוי קשרים הוריים מיטיב עם ילדים.<sup>82</sup> ערעוריהם של ההורים המשפטיים ושל היועץ המשפטי לממשלה לבית המשפט המחוזי התקבלו, וההכרזה על האם הגנטית כעל אם נוספת בוטלה.<sup>83</sup> במקרה אחר שני גברים הומואים, בני זוג, הביאו לעולם תאומים יחד עם אישה, כך שכל תאום הוא בנו הביולוגי של אחד מבני הזוג. התאומים הם אחים גנטיים מצד אמם אבל לא מצד אבותיהם. השלושה חתמו על הסכם להורות משותפת, ועתרו לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה להכרזה על כל אחד מהגברים כאביו הנוסף (והורה שלישי) של בנו הלא גנטי.<sup>84</sup> משנדחתה תביעה זו תוך קביעה שהמשפט הישראלי לא מכיר בהורות משולשת, הם שבו ועתרו, הפעם למתן אפוטרופסות לכל גבר על בנו הביולוגי של בן זוגו.<sup>85</sup> בית המשפט לענייני משפחה נעתר לבקשה, אולם המדינה ערערה לבית המשפט המחוזי, וזה ביטל את האפוטרופסות המבוקשת.<sup>86</sup> בין נימוקיה של המדינה בערעור ניתן למנות את החשש מ"מדרון חלקלק אשר עלול להוביל להשלכות רחבות היקף",<sup>87</sup> וכן החשש שהדבר ישליך גם על זוגות הטרוסקסואלים, כאשר הורים פרודים חיים בזוגיות חדשה, ובן הזוג החדש של אחד ההורים יבקש אפוטרופסות בנימוק שהוא הורה בפועל של הקטין: "אימוץ פסק הדין יעמיד את כלל הילדים שהוריהם גרושים לפוטנציאל של ארבעה אפוטרופסים ואף יותר", המדינה הלכה אימים על השופטים.<sup>88</sup> בית המשפט המחוזי התעלם לחלוטין הן מההקשר המיוחד של משפחות להט"ביות ומתפקיד הבחירה ביצירת יחסי שארות במשפחות אלו, ששונה מגירושי הורים הטרוסקסואלים והקמת משפחות חדשות על-ידם, והן מכך שאפוטרופסות אינה רק זכות, אלא בעיקר אחריות וחבות משפטית, ולכן החשש שאנשים יבקשו אפוטרופסות בסיטונות כלל אינו מבוסס. בקשת רשות ערעור של שלושת ההורים לבית המשפט העליון נדחתה.<sup>89</sup>

## ט. סיכום ביניים

יש עוד מופעים של התנגדות המדינה להכרה המשפטית בהורות הלהט"בית שלא נכללים כאן דורשים התייחסות נפרדת, כמו התנגדות המדינה למתן צו הורות פסיקתי כשהורה הביולוגי אינו תושב ישראל,<sup>90</sup> או התעקשותה לרשום הורים טרנסג'נדרים כאב או אם לפי מינם מלידה ולא לפי מינם לאחר ההשמה המגדרית.<sup>91</sup> ההתנגדות הזו מעצבת את תהליך ההכרה בהורות

<sup>82</sup> שם, פסקאות 98 ו-117. ראו גם: טלי מרקוס, בעמ' 442-444; זפרן, הערה 32 לעיל, בעמ' 379.

<sup>83</sup> עמ"ש 23848-05-19 פלוני נ' פלונית (2.4.2020).

<sup>84</sup> תמ"ש 11524-12-17 (18.10.18). המתואר כאן נסמך על הפירוט שבפסקי הדין הבאים בפרשה. ראו להלן הערות 85-89.

<sup>85</sup> תמ"ש (ת"א) 1540-12-18 פלוני נ' הי"מ (31.12.2019).

<sup>86</sup> עמ"ש 52453-02-20 משרד הרווחה והשירותים החברתיים - תל אביב ואח' נ' ש' (7.1.2021).

<sup>87</sup> שם, פסקה 5.

<sup>88</sup> שם, פסקה 8.

<sup>89</sup> בע"מ 821/21 פלוני נ' הי"מ (10.5.2021).

<sup>90</sup> ראו, למשל עמ"ש 47781-12-19 מ"י נ' ק' (4.1.2021) (המדינה טענה שאם האם הלא ביולוגית תגורש מישראל, טובתה של בתה תיפגע בשל הפרידה בין השתיים, ולכן אין זה ראוי שיינתן צו הורות). ערעור המדינה נדחה ברוב דעות.

<sup>91</sup> בג"ץ 8391/16 פלוני נ' שר הפנים (10.1.2018); בג"ץ 3148/18 פלוני נ' שר הפנים (5.5.2021).

הלהט"בית כההליך שבסיסו הוא מאבק משפטי נגד עמדות המדינה. הרוב המכריע של ההסדרים המשפטיים, הוא יציר הפסיקה, כלומר תוצר של תהליכים משפטיים מתמשכים, פולשניים ויקרים.

התנגדות המדינה עומדת בניגוד גמור לניכוס ההישגים המשפטיים הללו על-ידי המדינה לצורך הצגת ישראל בזירה הבינלאומית כגן עדן ליברלי למשפחות להט"ביות. עמדת המדינה מבית כלפי הורות להט"בית היא לעומתית, חשדנית ומגבילה. לעומת זאת כלפי חוץ המדינה חוגגת את ההכרה בהורות להט"בית, שהיא כה מתנגדת לה בבתי המשפט. באתר האינטרנט של משרד החוץ באנגלית, בעמוד המוקדש לזכויות הקהילה הלהט"בית, מנויות זכויות המוקנות להורים ולבני זוג להט"בים, בלי לציין כלל שמדובר בזכויות שהושגו למרות התנגדות המדינה, במאבקים משפטיים. בין הזכויות מופיעות "זכויות אימוץ מלאות לזוגות להט"בים" ( "full adoption rights . . . to gay couples" <sup>92</sup> זהו שקר בוטה, שכן לזוגות להט"בים אין "זכויות אימוץ מלאות" כפי שהוסבר לעיל. <sup>93</sup>

המדינה מיסדה לכאורה את תהליך ההכרה בהורות הלהט"בית באמצעות צווי הורות פסיקטיים לאחר שכאמור הדבר נכפה עליה בפסיקת בתי המשפט. כיום ניתן להוריד מאתר משרד העבודה והרווחה מסמך שכותרתו "צו הורות פסיקטי – מתווה", המפרט את אמות המידה ואת התנאים לקבלת צו הורות פסיקטי, כמו גם את ההליך הנדרש לשם כך. <sup>94</sup> כמו כן, ניתן להוריד גם טופס בקשה לצו הורות פסיקטי. <sup>95</sup> אלא שהמתווה נותר פוגעני, פולשני ומפלה ביחס להורות ההטרסקסואלית. ההיזקקות לצו בית משפט, להבדיל מהצהרה של גבר על אבהותו אצל זוגות הטרסקסואלים, היא בעייתית. <sup>96</sup> כמו כן, אי עמידה בתנאים כמו הגשת הבקשה לצו הורות

<sup>92</sup> Gay Israel (Israel Ministry of Foreign Affairs, July 19, 2018), [https://mfa.gov.il/mfa/israelexperience/pages/gay\\_israel.aspx](https://mfa.gov.il/mfa/israelexperience/pages/gay_israel.aspx)

<sup>93</sup> הפער בין התנגדות המדינה להורות להט"בית, לבין ניכוס ההכרה לצורך הצגת המדינה כמדינה מתקדמת בזירה הבינלאומית (פינקושינג) זכה לדיון מעמיק בספרות והוא חורג ממסגרת הדיון במאמר זה. אייל גרוס, "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית", **מעשי משפט** ה 101 (2013); Sarah Schulman, *Israel and 'Pinkwashing'* (N.Y. TIMES, Nov. 22, 2011), <https://www.nytimes.com/2011/11/23/opinion/pinkwashing-and-israels-use-of-gays-as-a-messaging-tool.html>; SARAH SCHULMAN, ISRAEL/PALESTINE AND THE QUEER INTERNATIONAL 103-04 (2012).

<sup>94</sup> <https://www.gov.il/he/Departments/policies/molasa-foster-adoption-and-surrogacy-parenting-order-outline#%D7%9E%D7%AA%D7%95%D7%95%D7%94>

<sup>95</sup> [https://www.gov.il/blobFolder/policy/molasa-foster-adoption-and-surrogacy-parenting-order-outline/he/foster-adoption-and-surrogacy\\_application-for-a-parenting-order.docx](https://www.gov.il/blobFolder/policy/molasa-foster-adoption-and-surrogacy-parenting-order-outline/he/foster-adoption-and-surrogacy_application-for-a-parenting-order.docx)

<sup>96</sup> לביקורת על ההיזקקות להליך משפטי לצורך הכרה בהורות להט"בית בהקשר האמריקני ולדיון במשמעות הפוגענית של ההליך: Nancy D. Polikoff, *A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century*, 5 STAN. J. C.R. & C.L. 201 (2009). בטקסט למשל קבע בית המשפט לענייני משפחה "חזקת אמהות" של האם הלא ביולוגית, כאשר הילדה נולדה בשעה שבנות הזוג היו נשואות זו לזו: Treto v. Ortega Treto (2020).

פסיקתי בתוך פרק זמן מסויים מיום הלידה עלול לגרור סנקציה של הפנייה להליכי אימוץ, שהם ממושכים ומורכבים בהרבה.<sup>97</sup> דוגמאות נוספות להפליה על פי המתווה: תחולת הצו היא מיום הינתנו ולא מיום הלידה וכן הטלת מגבלות על מתן צו הורות פסיקתי להורה שאינו תושב או אזרח ישראל.<sup>98</sup>

פסיקות בתי המשפט אמנם מבטאות, בחלקן, גישה הפוכה לזו של המדינה: הכרה בזכות לחיי משפחה של להטבים והגנה על טובת הילדים והילדות שנולדים במשפחות להטביות. אלא שהישגים אלו עומדים על כרעי תרנגולת, הן בשל התנגדות המדינה מחד גיסא, והן בשל היעדר תקדימים מחייבים והגנה בחקיקה ראשית. בעקבות חסימת האפשרות לדיון בתיקי משפחה בבית המשפט העליון בזכות, כתוצאה מיישום של הלכת חניון חיפה במנותק מהקשרה המשפטי וההיסטורי<sup>99</sup>, נוצר מצב בלתי נסבל של תת-פיתוח של דיני המשפחה הפסיקטיים. יישום הלכת חניון חיפה גרם להדרה גורפת של תחום דיני המשפחה מהאפשרות לערעור בזכות לבית המשפט העליון. כמעט שאין תקדימים מחייבים של בית המשפט העליון המבצרים את החידושים שמחדשים בתי המשפט לענייני משפחה ובתי המשפט המחוזיים בנוגע למשפחה הלהטבית, ולכן הישגים אלו הם שבריריים. שלא כמו המשפחה הסטרייטית, המשפחה הלהטבית הגיעה לבתי המשפט בעידן של בית המשפט לענייני משפחה, כלומר בלא זכות ערעור לעליון ובלא ליבון של הדין בערכאה היחידה המוסמכת לקבוע תקדימים מחייבים. כמו כן, בהיעדר סמכות שיפוט של בתי הדין הדתיים על סכסוכים במשפחות להטביות, ערוץ חשוב לפיתוח הדינים שקיים למשפחות הטרוסקסואליות ואשר מספק תקדימים מחייבים, בג"ץ<sup>100</sup> גם הוא לא רלוונטי למשפחות הלהטביות.

בנוסף, מכיוון שפסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה ושל בתי המשפט המחוזיים מתפרסמים במשורה, אין דרך לדעת לזהות מגמות בפסיקה או להצביע באופן אמין על חוסר עקביות כלשהי. הנהלת בתי המשפט מסרבת לאפשר עיון בפסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה לצורך מחקר אקדמי,<sup>101</sup> וכך משפט המשפחות הישראלי נותר ברובו לא רק נטול תקדימים מחייבים, אלא גם סמוי מן העין.<sup>102</sup>

<sup>97</sup> ראו "צו הורות פסיקתי – מתווה", לעיל הערה 94.

<sup>98</sup> שם. על הבעייתיות של היעדר תחולה של הצו מיום הלידה: נוי נעמן, טמפורליות; "הורות מושתתת זוגיות", לעיל הערה 3.

<sup>99</sup> רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982). פסק הדין ניתן 13 שנים לפני ייסוד בית המשפט לענייני משפחה והורדתו לדרגת בית משפט שלום, בתקופה שבה היו ערעורים בזכות על פסיקות בענייני משפחה לבית המשפט העליון.

<sup>100</sup> בג"ץ מוסמד להעביר ביקורת שיפוטית על בתי דין דתיים במקרים של חריגה מסמכות מכוח סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה.

<sup>101</sup> בג"ץ 8001/19, הי"ש 2 לעיל.

<sup>102</sup> "הפסקים הסמויים", הי"ש 2 לעיל.



## 2. הסיכון מבית למשפחה הלהט"בית

עם העלייה בשכיחות של זוגיות והורות להט"ביות, עלתה גם השכיחות של פרידות ושל סכסוכי משמורת בין ההורים, ואיתם באו לעולם הבקשות לביטול צווי הורות או אימוץ שכבר ניתנו, או להימנעות ממתן צווי הורות נוכח הפרידה. בכך נוסף סיכון מבית להכרה במשפחה הלהטבית.

### א. סכסוכים בפירוק הורות משולשת

ככל הנראה מערכת היחסים הפגיעה ביותר לסכסוכים בין ההורים היא זו שבין שני ההורים המשפטיים לבין הורה שלישי שאינו מוכר כהורה המשפטי של הילדים. מכיוון שהדין הישראלי מאפשר הכרה בשני הורים משפטיים לכל היותר, נותרים ההורה השלישי והילדים נתונים לחסדם של ההורים המשפטיים. לעתים במסגרת סכסוך פרידה ההורים המשפטיים מנסים לשכתב את ההסכמות ואת הבחירה להקים משפחה באמצעות הורות משותפת ומשולשת, וזאת כדי להדיר את ההורה הלא רשום מחיי הילדה.

זה היה המקרה של "נילי", "אורית" ו"אלון" (השמות בדויים).<sup>103</sup> בשל בעיות פוריות, הרתה אורית באמצעות עוברים שנוצרו מביציות של בת-זוגה, נילי, ומזרעו של ידידן אלון. השלושה חתמו על הסכם להורות משותפת וההסכם אושר וקיבל תוקף של פסק דין. ההורים המשפטיים של התאומים שנולדו היו אלון (האב הגנטי) ואורית, היולדת. לאחר שנילי ואורית נפרדו, נילי טענה שההורים המשפטיים של התאומים לא מאפשרים לה לשמור על קשר עם בניה, והגישה תביעה להסדרי ראייה עם הילדים.

בתגובתם לתביעתה של נילי, אורית ואלון טענו ש"בלתי מתקבל על הדעת ימצאו עצמם במצב בו יש להם בפועל 3 הורים ועליהם לעבור בין 3 בתים".<sup>104</sup> בית המשפט לענייני משפחה ציין שבהסכם בין אורית לאלון השניים הצהירו שבכוונתם "ליצור מסגרת של הורות משותפת [יחד עם נילי], בה ייקחו חלק פעיל ומעורב, כשלושה הורים לכל דבר".<sup>105</sup> בהסכם להורות משותפת שנחתם בין השלושה נכלל הסעיף הבא:

כיוון שרק שני אנשים יכולים להירשם כהורי הילדים ובהיעדר אפשרות משפטית כיום בישראל להירשם כשלושה הורים חוקיים, אלון ואורית יהיו ההורים הרשומים. עם זאת, אנו מצהירים בזאת כי בהתנהלות היומיומית כמו גם בהשקפת עולמנו נילי הינה הורה לכל דבר עבור הילדים, ובעלת מעמד שווה ביחס לילדים כמו אלון ואורית.<sup>106</sup>

בסעיפים שונים של ההסכם נילי ואורית הוגדרו כ"אמהותיהם" של הילדים. בית המשפט ציין ש"ניסיונם העיקש [של אורית ואלון] לחבל בקשר שבין נילי לקטינים" לאור הצהרותיהם

<sup>103</sup> תמ"ש (תל אביב) 37745-03-14 נילי נ' אורית (27.4.2014).

<sup>104</sup> שם, פסקה 4(ד).

<sup>105</sup> סעיף ה' להסכם, מצוטט בפסקה 18.

<sup>106</sup> סעיף ז' להסכם.

המשותפות בהסכם ההורות עולה כדי חוסר ניקיון כפיים,<sup>107</sup> וכי "מעמדה של נילי אינו כמעמדה של תורמת ביצית זרה" ו"לא ניתן גם להכחיש כי הצדדים כולם קבעו את מעמדה של נילי כהורה לכל דבר ועניין".<sup>108</sup> כשם שבקבוצת פסקי הדין שנדונה בחלקו הקודם של המאמר בית המשפט התגייס להגן על ההורות הלהט"בית נוכח התנגדות המדינה, כאן הוא מתגייס להגן עליה מפני התנגדות בני משפחה להט"בים.

## ב. בקשות להפסקת הליך משפטי לקבלת צו הורות פסיקתי או התנגדות ההורה הביולוגית. לת מתן צו הורות פסיקתי

בכמה מקרים שבהם ההורה הגנטי התנגד למתן צו הורות פסיקתי להורה הלא גנטי על רקע פרידת בני הזוג, בתי המשפט לענייני משפחה פסקו שיש להמשיך בהליך צו ההורות, והעניקו צו הורות פסיקתי להורה הלא גנטי.<sup>109</sup> בתי המשפט הכירו בחשיבות ההורות הפסיכולוגית מנקודת מבטו של הילד, ופסקו שטובתו מחייבת הכרה משפטית בהורותו זו.<sup>110</sup> גם בית המשפט העליון פסק שאין מניעה לתת צו הורות פסיקתי לאחר פרידת ההורים, גם כאשר הסכסוך הוא מר.<sup>111</sup> בדחותו ערעור של אב גנטי על החלטת בית המשפט לענייני משפחה לתת צו הורות פסיקתי לאב הלא גנטי לאחר פרידתם, בית המשפט המחוזי פסק ש"יש לראות את ההורות מכוח זיקה לזיקה כהורות הדומה ככל שניתן להורות ביולוגית".<sup>112</sup> השאלה המכריעה, לשיטת בית המשפט המחוזי, היא האם בני הזוג הסכימו על הבאת הילדה לעולם בצוותא, ולא האם יש הסכמה ביניהם במועד הגשת הבקשה לצו הורות.<sup>113</sup> גם המדינה תמכה במקרה זה במתן צו הורות פסיקתי, על בסיס הקשר בין האב הלא גנטי לילדה וטובת של הילדה.<sup>114</sup> בית המשפט נותן תוקף להחלטת בני הזוג להקים משפחה מבחירה, ולא לגרסה המשוכתבת המוצגת על ידי האב הביולוגי לאחר שהשניים הסתכסכו, תוך שהוא מנצל את היעדר הקשר הביולוגי בין בן זוגו לשעבר לבין הילדה, כדי לשלול הכרה באבהותו של בן הזוג לשעבר. בית המשפט המחוזי מדגיש את הדמיון בין הורות ביולוגית של בני זוג הטרוסקסואלים להורות משפטית של בני זוג להט"בים:

כשם שבבני זוג, גבר ואישה, שמחליטים להביא ילד לעולם, לא יכולה האישה לאחר ההיריון, במהלכו ולאחר הלידה, להתכחש להורותו של הגבר ולהתנגד לה, הוא הדין בבני זוג מאותו מין. לאחר שהם פעלו יחדיו לביצוע

<sup>107</sup> פסקה 41.

<sup>108</sup> פסקה 43.

<sup>109</sup> למשל: בשי"א (ת"א) 1527/09 ל. ק נ' ל. ק (ניתן ביום 19.3.2009); עמ"ש 65030-12-18 פלוני (קטין) נ' י' ואח' (4.5.2020); תמ"ש (ת"א) 50078-04-15 י. נ' י. ג. (5.9.2018) (במקרה זה הצו ניתן למרות התנגדות המדינה); תלה"מ (אשד" 8095-04-18 מאמי נ' אמא (1.3.2020); תלה"מ (ת"א) 39785-06-17 מ' ע' נ' ר' ע' (29.9.2020).

<sup>110</sup> שם.

<sup>111</sup> בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלונית (2.9.2014); בע"מ 3518/18 ב"כ היועמ"ש נ' פלוני (3.2.2020).

<sup>112</sup> עמ"ש (מחוזי ת"א) 31765-11-20 פלוני נ' אלמוני (21.6.2021) (ערעור על תלה"מ (ת"א) 39785-06-17, הערה 109 לעיל).

<sup>113</sup> שם.

<sup>114</sup> תלה"מ (ת"א) 39785-06-17, הערה 109 לעיל, פסקאות 24-25.

## הוריה בטכניקת הולדה של פונדקאות לא יכול ההורה הביולוגי להתנער מהורותו של בן זוגו.<sup>115</sup>

במקרה זה הפרידה של בני הזוג אירעה כשבתם היתה בת ארבע. האב הביולוגי העלה סדרה של טיעונים שחותרים תחת המאבק הלהט"בי להכרה משפטית בהורות להט"בית, כמו שהכרה בהורות של הורה לא ביולוגי בהתבסס על טובת הקטין בלבד ולמרות התנגדות ההורה הגנטי תוביל לכאוס.<sup>116</sup>

אולם בדצמבר 2021 פסק בית המשפט לענייני משפחה בחיפה שלא יינתן צו הורות פסיקתי לאחר פרידה של בנות זוג.<sup>117</sup> לשתיים שני ילדים שנולדו מאותו תורם זרע. הראשון אומץ על ידי האם הלא ביולוגית, אולם הבן השני נולד לאחר פרידתן ובטרם החלו הליכים משפטיים לצו הורות פסיקתי. האם הלא ביולוגית הגישה תביעה לצו הורות פסיקתי, והאם הביולוגית התנגדה. בפסק הדין נכתב כי :

אמנם הוכחה, בראיות ממשיות, קיומה של זוגיות בת כ-7 שנים, שם משפחה משותף, חשבון בנק משותף, ניהול משק בית משותף, חלוקת טיפול בקטין ע.ר. ורצון משותף להביא לעולם ילד נוסף – אך זוגיות הצדדים לא הייתה קיימת במועד הלידה.<sup>118</sup>

כמו כן השופטת סברה שאין לתת משקל לקשרי האחאות<sup>119</sup> בין הילדים כשיקול בעיגון ההורות המשפטית של האם הלא ביולוגית ואף משתמע מדבריה שהיא קיבלה את עמדת האם הביולוגית, שהורות של הורה לא ביולוגית אינה "הורות אמיתית".<sup>120</sup> השופטת חתמה את דבריה באמירה קשה, להטבופובית במובהק :

חובתי לבחון כל מודל יצירת הורות, וודאי פסיקתי, בזהירות ובמתינות על מנת למנוע השלכות רוחב עתידיות וחשש ל"שוק תינוקות". מסיבה זו אין באחאות ובטובת הקטין לשנות מהחלטתי.<sup>121</sup>

שוב צצה ועולה הפרדיגמה הפלילית ביחס ללהט"בים וילדים, הפעם בתמיכה בהתנגדות האם הביולוגית לצו הורות פסיקתי, אף שהשתיים הן כבר אמהות משותפות לבן הבכור. נימוק נוסף שנוקף לחובת האם הלא ביולוגית והקשר בינה לבין בנה השני, שנולד לאחר הפרידה, הוא עוצמת הסכסוך בינה לבין האם הביולוגית.<sup>122</sup> הסטנדרט הכפול ברור : הורים לא יכולים לבקש לאיין את הורותו של ההורה האחר כשהמסוכסכים הם הטרוסקסואלים, גם כאשר

<sup>115</sup> עמ"ש (מחוזי ת"א) 31765-11-20.

<sup>116</sup> תלה"מ (ת"א) 39785-06-17, הערה 109 לעיל, פסקות 30(ד)-(ה).

<sup>117</sup> תמ"ש 29592-03-19 ד.ר. נ" ש.ר. (5.12.2021). בשעת כתיבת שורות אלו ערעור על פסק הדין תלוי ועומד בבית המשפט המחוזי.

<sup>118</sup> תמ"ש 29592-03-19, פסקה 35.

<sup>119</sup> רות זפרן, "אחים ואחיות במשפט", עיוני משפט מ"א 5 (2018).

<sup>120</sup> תמ"ש 29592-03-19, ה"ש 118 לעיל, פסקה 37.

<sup>121</sup> שם, פסקה 41.

<sup>122</sup> שם, פסקה 41.

הצדדים מעלים טענות קשות ביותר לנטישה, לניכור הורי ואף לאלימות, ושופטים לא יעלו בדעתם לעשות זאת.

### ג. בקשות לביטול צו אימוץ או צו הורות פסיקתי

בשנים האחרונות מוגשות בקשות לביטול צווי הורות פסיקתיים שכבר ניתנו, על רקע פרידה של ההורים. חלק מן הבקשות מוגשות על ידי ההורה הגנטי, בנימוק המשתמע שההורות של ההורה האחר מכוח צו הורות פסיקתית אינה הורות מלאה או שהיא הורות על-תנאי, וחלקן מוגשות בקשות בהסכמת שני ההורים. מכיוון שההליכים מתנהלים בדלתיים סגורות, אין נתונים מדוייקים באשר למספר הבקשות. ההערכה היא שנכון לפברואר 2021 היו כ-10 בקשות תלויות ועומדות בבתי המשפט לענייני משפחה.<sup>123</sup> התמונה המצטיירת ממיעוט הפסיקה שפורסם במאגרי המידע היא לפיכך חלקית. מראיונות שקיימתי עם עורכי דין המייצגים בתיקים אלו עולה שלעיתים צווי הורות פסיקתיים מבוטלים על ידי בתי המשפט בהסכמת הצדדים ובלי פסק דין מהותי.

(1) אמ"ץ (תל אביב-יפו) 25973-10-17 פלונית נ' אלמונית (27.10.2020) – בקשה לביטול צו

אימוץ שהתקבלה<sup>124</sup>

בנות הזוג, בזוגיות מאז 2001, הביאו לעולם שלושה ילדים. אחת מהן ילדה שני ילדים; השניים אומצו על ידי אמם השנייה. האחרת ילדה ילד אחד. בהסכם הורות שחתמו עליו השניים וקיבל תוקף של פסק דין, הן התחייבו ש"יוקנו לשתי בנות הזוג זכויות וחובות שוות בנוגע לילדים, שנתונות להורים ביחס לילדיהם עפ"י כל חוק, זאת, בין אם תהינה יחדיו ובין אם תפרדנה במהלך ההריון או אחריו".<sup>125</sup>

בנות הזוג הסתכסכו ונפרדו טרם סיום אימוץ ילדן השלישי. הן הגישו שלל בקשות לבית המשפט, בהן בקשה להפסקת הליך האימוץ של הילד השלישי, וכן ביטול צווי האימוץ של שני הילדים הראשונים. השירות למען הילד התנגד לביטול צווי האימוץ, בנימוק שהביטול נוגד את טובת הילדים.<sup>126</sup> "מהורות לא ניתן להתגרש", נקבע בתסקיר, ואין לתת יד ל"נרטיב המתכחש לנסיבות הולדתם של הקטינים לתוך משפחה".<sup>127</sup>

השופטת פסקה ש"מדובר במקרה קיצון, ובנסיבות המיוחדות של העניין יש לבטל את האימוץ ולא להותיר רישום הורות פורמאלי של אימוץ אשר כשל".<sup>128</sup> ניסוח זה מוחק את ההחלטה המשותפת של בנות הזוג להביא ילדים לעולם, ומבנה מחדש את הסיפור כסיפור של אישה שאימצה את ילדיה של זוגתה, והאימוץ "כשל".

<sup>123</sup> תגובת האגודה למען הלהט"ב להתנגדות המדינה להצטרפותה כידידת בית המשפט לעמ"ץ (מחוזי ת"א) 63156-11-20 (8.3.2021).

<sup>124</sup> אמ"ץ (תל אביב-יפו) 25973-10-17 פלונית נ' אלמונית (27.10.2020).

<sup>125</sup> סעיף 40 להסכם, מצוטט בפסקה 33 לפסק הדין.

<sup>126</sup> שם, פסקה 20.

<sup>127</sup> שם, פסקה 53.

<sup>128</sup> פסקה 92.

המדינה ערערה על פסק הדין לבית המשפט המחוזי.<sup>129</sup> האגודה למען הלהט"ב הצטרפה לערעור כידידת בית המשפט.<sup>130</sup> אף שלכאורה נראה שהמדינה נקטה כאן עמדה מפתיעה, שסותרת את התנגדותה להכרה בהורות להט"ב, כפי שתואר בפרק ב(1) לעיל, היא התנגדה להצטרפות האגודה כידידת בית המשפט בנימוק ש"הליך משפטי זה אינו עוסק בשאלות עקרוניות-מגדריות של זכויות הורות של קהילת הלהט"ב או של מעמד משפחות להט"ביות... ניסיון זה, להפוך את עניינו של ההליך לסוגיה עקרונית שעוסקת בהורות מגדרית, הורות להט"ביות, אינו במקומו ואינו מקדם את טובתם של הקטינים נשוא הדין".<sup>131</sup>

בסופו של דבר, כמתואר בפסק הדין הקצרצר שבערעור, בנות הזוג חזרו בהן מן הבקשה לבטל את צווי האימוץ, ובלשונו של בית המשפט – "יטוב שכך". בית המשפט סירב לבקשות המדינה והאגודה לתת פסק דין עקרוני בנוגע למעמדם של צווי הורות פסיקטיים במשפחות להט"ביות.

(2) תמ"ש 46939-07-18 ל.ב.א. נ' א.ב.א. (בקשה לביטול צו הורות פסיקטי שנדחתה)<sup>132</sup>

זוהי בקשה לביטול צו הורות פסיקטי שהגישה בת-זוג נגד בת-זוגה לשעבר. טיעוניה של התובעת בנוגע לביטול צו ההורות הפסיקטי הדהדו תפיסות להטבופוביות ידועות בדבר חוסר הרצינות של להט"בים, חוסר יציבות של הזוגיות הלהט"בית, וכן תפיסות הטרופיליות המבטאות את עליונות הזוגיות ההטרוסקסואליות ואת היותה אמת המידה לזוגיות האידאלית. כך, למשל, טענה התובעת, שהזוגיות לא היתה רצינית משום ש"הטקס לא היה טקס נישואין, אלא 'החלפת טבעות לציון הזוגיות".<sup>133</sup>

גם כאן השירות למען הילד התנגד לביטול הצו. בית המשפט דחה את התביעה בהתבסס על כמה נימוקים אשר בבסיסם עומדת ההשוואה לתא המשפחתי ההטרוסקסואלי. נראה שמידת הדמיון הגבוהה בין הזוגיות של בעלות הדין לבין הזוגיות "האידאלית" תמכה במסקנה שאין לבטל את צו ההורות הפסיקטי.<sup>134</sup>

לעניין פועלו המשפטי של צו ההורות הפסיקטי, השופט פסק שמשניתן צו הורות פסיקטי, קשר ההורות המשפטי שנוצר בין ההורה לבין הילד הוא הורות מלאה ושווה להורות ביולוגית. "אין בידי לקבל את טענת התובעת", כותב השופט, "לפיה יש להקל בביטול צו הורות פסיקטי... משמעות קבלתה של טענה זו היא, שישנן דרגות שונות של הורות, עמדה שאינני מסכים לה ואין לה אחיזה בפסיקה....לפיכך, מעת שניתן צו הורות פסיקטי, הוא מכונן הורות זה במהותה לכל

<sup>129</sup> עמ"ץ (מחוזי ת"א) 63156-11-20 (8.3.2021).

<sup>130</sup> חוות הדעת חוברת על ידי פסיכולוג, מטפלים משפחתיים ומשפטנים. הח"מ היה שותף לחיבור הפרק המשפטי בחוות הדעת.

<sup>131</sup> סעיפים 7-8 לתגובת המדינה לבקשת האגודה להצטרף כידידת בית המשפט.

<sup>132</sup> תמ"ש 46939-07-18 ל.ב.א. נ' א.ב.א. (11.10.2020).

<sup>133</sup> פסקה 10.2 לפסק הדין.

<sup>134</sup> סעיף 14.2. הנמקה זו רווחת בפסקי דין רבים שעוסקים בהורות להט"ביות. לדיון ביקורתי בדרישה שהמשפחה הלהט"בית תעמוד במאפייני הדגם המשפחתי ההטרונורמטיבי: חגי קלעי, "הורים חשודים: פיקוח ו שליטה משפטיים על משפחות לא הטרונורמטיביות – בעקבות בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' שר הפנים", **המשפט ברשת**, מבזקי הארות פסיקה 28, 5 (2014).

הורות אחרת. ממילא, אין מקום, מכל בחינה שהיא, להתייחס להורות פסיקתית כהורות מדרגה נחותה.<sup>135</sup>

נימוק חשוב שמעלה השופט בפסק הדין בתמיכה לדחיית הבקשה לביטול צו ההורות הוא חוסר תום הלב של התובעת: כאשר הוגשה הבקשה לצו הורות פסיקתי, היא טענה שהקשר בינה לבין בת זוגה חזק, יציב, ושטובת הילדים ונסיבות חייהן מצדיקות את מתן הצו; כעת, משנפרדו, היא משכתבת בטיעוניה את העבר וטוענת שהקשר לא היה רציני ושהאם הלא ביולוגית אינה אִם "אמיתית".<sup>136</sup>

נראה שמטרת התביעה לביטול הצו היתה לנקום בנתבעת על הגשת תביעת משמורת ועל בגידתה לכאורה באם הביולוגית,<sup>137</sup> באמצעות נשק יום הדין של מחיקת ההורות של הנתבעת. נשק כזה לא מצוי בידי הורים הטרסקסואלים המצויים בסכסוך משמורת מר. אם צו ההורות יהיה ניתן לביטול, הזוגות הלהט"בים יצטרפו למועדון האומלל של הזוגות הישראלים שיכולים להפעיל אמצעי סחיטה ונקמנות שונים במסגרת סכסוך הפרידה והגירושים (כשם שאצל זוגות יהודים הטרסקסואלים נשק יום הדין הוא סרבנות הגט).

התובעת ערערה על פסק הדין לבית המשפט המחוזי, וחזרה על נימוקיה מן הערכאה הדיונית. גם המדינה לא שינתה את עמדתה והתנגדה לביטול הצו.<sup>138</sup> שלושה חודשים לאחר שאותו הרכב של בית המשפט המחוזי סירב לכתוב פסק דין עקרוני בסוגיית ביטול צו ההורות הפסיקתי,<sup>139</sup> ניתן הפעם פסק דין עקרוני ומפורט שדן באופיו של צו ההורות הפסיקתי לעומק. בית המשפט המחוזי פסק ש"מדיניות משפטית ראויה צריכה לחזק את מוסד צו ההורות הפסיקתי ולהשוותו ככל הניתן להורות ביולוגית";<sup>140</sup> ש"הורים לא יכולים להתגרש מילדיהם";<sup>141</sup> ש"צו אימוץ או צו הורות הוא בלתי הפיך למעט במקרים חריגים ביותר. פירוד או ניתוק קשר או תחושות של ריחוק מהילד, לא יכולים להביא לביטולו של צו ההורות";<sup>142</sup> וש"מתן אפשרות לבטל הורות... הופך את ההורות מכוח הצו להורות 'פריכה' ומעמיד אותה כהורות נחותה לעומת הורות טבעית".<sup>143</sup>

בית המשפט אף התייחס לאפשרות של סחיטה רכושית ואחרת מצד ההורה הביולוגי, אם יתאפשר הליך של ביטול צו הורות פסיקתי.<sup>144</sup> סגן הנשיא, השופט שוחט, הוסיף שצו ההורות הפסיקתי הוא מכונן ולא הצהרתי, וציין מפורשות, שביטול צו הורות פסיקתי לא פוגע רק במעמד צו ההורות, בטובת הילד ובמעמד ההורה הלא ביולוגי במשפחה, אלא בקהילה הלהט"בית כולה,

<sup>135</sup> פסקה 29.

<sup>136</sup> סעיפים 14.2.7 ו-27. השופט סוקר את הראיות לכך שהתובעת ראתה בבת זוגה אם לכל דבר ועניין לילד הביולוגי של התובעת בפסקה 23.

<sup>137</sup> סעיף 25.

<sup>138</sup> עמ"ש 53065-11-20 ל' ב' נ' א' ב' א' (6.6.2021).

<sup>139</sup> עמ"ץ (מחוזי ת"א) 63156-11-20, לעיל הערה 129.

<sup>140</sup> פסקה ו.6.

<sup>141</sup> פסקה ו.7.

<sup>142</sup> פסקה ו.8.

<sup>143</sup> פסקה ו.9.

<sup>144</sup> פסקה ו.11. העליתי אפשרות זו בחלק המשפטי של חוות הדעת שהוגשה במסגרת מטעם האגודה למען הלהט"ב כידיד בית משפט עמ"ץ (מחוזי ת"א) 63156-11-20, לעיל הערה 129.

"שצו זה הוא בבחינת התרופה היחידה להקמת תא משפחתי שלם במציאות הקיימת במדינת ישראל".<sup>145</sup>

בשורה של תיקים נוספים סירב בית המשפט לענייני משפחה לבטל את צווי ההורות הפסיקטיים או את צווי האימוץ, בנימוק שפרידה ותום הזוגיות אינם הצדקה לביטול ההורות של ההורה הגנטי, וכן ש"אין מקום ליצור מדרגי הורות והבחנות בין סוגי יצירת ההורות השונים".<sup>146</sup> בית המשפט עמד על כך שהילדים נולדו "כחלק מהחלטה זוגית משפחתית מודעת ומכוונת. זוהי היסטוריית חייהם. אלו שורשיהם".<sup>147</sup> השופטת תמר סנונית פורר פסקה: "ייתאמר הברור מאליו: הורה הוא הורה הוא הורה".<sup>148</sup> השופטת הוסיפה שכשם שאין לשקול שלילת הורות במסגרת פרידה קשה של גבר ואישה ששניהם הוריה הביולוגיים של הילדה, כך אין לשקול זאת גם במקרה של פרידה בין בני זוג מאותו המין.<sup>149</sup> שיקול חשוב נוסף הוא המשך הקשר האחאי, במיוחד כאשר כל אחד מהאחים והאחיות קשור גנטית להורה אחר: ביטול ההורות של ההורה הלא גנטי עלול להביא לניתוק בין האחרים והאחיות.<sup>150</sup>

פסק דין זה שימש כאסמכתה, כ"פסק דין עקרוני ומנחה" בסכסוך דומה שהובא בפני בית המשפט לענייני משפחה בירושלים וכנימוק לדחיית בקשה שהוגשה בהסכמת שתי האמהות לביטול צו ההורות הפסיקטי של האם הלא ביולוגית.<sup>151</sup> גם במקרה זה המדינה התנגדה לביטול צו ההורות הפסיקטי, מן הטעם שהורות מכוח צו הורות פסיקטי היא הורות מלאה לכל דבר ועניין, ואינה הפיכה עם פרידת בנות הזוג.<sup>152</sup>

#### ד. המאפיינים הייחודיים של סכסוכי משמורת במשפחות להט"ביות

הורות להט"ביות נתקלת בקשיים רבים וייחודיים: הלחץ והמאבק בלהטבופוביה הופכים לחלק מהזהות של חברות בקבוצת המיעוט הזו ומשפיעים על האופן שבו הן חוות את העולם, ואולי גם מנחילות את השקפת עולמן ואת תחושת הדיכוי לילדיהן.<sup>153</sup> היעדר ההכרה החוקית ביחסים חד-מיניים, החשיפה לאלימות, לדחייה ולאפליה ולעתים גם הפנמת ההומופוביה הם חלק מהחוויה של להט"בים רבים. הדבר בא לידי ביטוי, למשל, במקרים של היעדר תמיכה נפשית

<sup>145</sup> פסק דינו של השופט שוחט.

<sup>146</sup> אמ"ץ (ת"א) 35945-10-20 המבקש נ' המשיב, פסקאות 59, 103-104 (29.4.2021).

<sup>147</sup> שם, פסקה 53.

<sup>148</sup> שם, פסקה 69. עמדה זו עולה בקנה אחד עם הספרות המחקרית בדבר סופיותו ומחלטותו של הקשר ההורי. איילת בלכר-פריגת, "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** י"ט 821, 847-848 (תשע"ב); שחר ליפשיץ, "שלילת אבהות בהסכמה" **משפטים** נא 40, 41 (תשפ"א).

<sup>149</sup> אמ"ץ (ת"א) 35945-10-20, פסקה 81.

<sup>150</sup> על החשיבות של מתן משקל משמעותי לקשר האחאות במסגרת סכסוך בין ההורים: זפרן, "אחים ואחיות במשפט", הערה 119 לעיל; ראו גם: ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית נ' הי"מ, פ"מ(1), סעיף 4.10 לפסק דינה של השופטת רוטלוי (10.5.2001).

<sup>151</sup> תלה"מ 10409-04-19 א' א' נ' הי"מ ואם ב', פסקה 9 (20.12.2021).

<sup>152</sup> שם, פסקה 6.

<sup>153</sup> אלונה פלג, בעמ' 96-112.

וכלכלית מצד המעגל המשפחתי הקרוב, ולעתים בהתכחשות של ממש לזוגיות ולהורות של בנות הזוג; בנידוי מאירועים משפחתיים; בהתעלמות מהנכדים הלא ביולוגיים ועוד.<sup>154</sup> אין סיבה להניח שהמצב אצל זוגות הומואים רבים שונה. משפחות להט"ביות רבות חוות התנכרות של הסביבה, כמו הצוות החינוכי בגן הילדים ובבית הספר של ילדיהן, הורי החברות והחברים המסרבים לאפשר לילדיהם לבקר בביתם של ילדים למשפחות להט"ביות; ישנם גם מקרים של אנשי ונשות הממסד הרפואי, שנוהגים בהסתייגות ולעתים בפוגעניות כלפי בנות זוג לסביות העוברות טיפולי הפריה או ביולדת הסובלת מדיכאון לאחר לידה.<sup>155</sup>

אלונה פלג מנתחת בספרה את התפישה העצמית המסוכסכת של חלק מהאימהות הלסביות, וכיצד זו, כנבואה שמגשימה את עצמה, מעצבת את חוויית האימהות של רבות מהן כחוויה רוויית רגשי אשם וניסיונות פיצוי על מה שנתפש בעיניהן ובעיני חלקים בחברה כהורות חלקית. אמנם, רגשות אשם הם נחלתם של הורים רבים, גם כאלה החיים במסגרת הטרוסקסואלית "נורמטיבית". אולם האימהות הלסביות סובלת מעמדת נחיתות כפולה: מדובר גם באימהות, כלומר הורות שכפופה למנגנונים חברתיים נוקשים, שמבוססים על ציפייה המופנית אך ורק כלפי אימהות להקרבה עצמית קיצונית, וגם באימהות לסביות, כלומר אימהות של נשים שהנשיות שלהן נחשבת כפגומה או כ"סוטה, חולירע, משוקצת", כדברי אחת המרואיינות.<sup>156</sup>

יש מרואיינות שמאששות את הציפייה החברתית לקשר טבעי ומולד עם התינוק ומתייחסות בצורה שונה לילדים הלא ביולוגיים שלהן.<sup>157</sup> אחת המרואיינות בספר מזכירה "קולות קטנים שצועקים מאחורי הראש" וכל הזמן מזכירים לה, שבמשפחתה יש ילדים "שלה" וילדים "של בת זוגה".<sup>158</sup> במשפחה אחרת האמא הביולוגית היא "אמא" והאמא הלא ביולוגית היא "מאמי",<sup>159</sup> ויש משפחות, שבהן הסבים והסבתות מפלים בין הנכדים הביולוגיים שלהם לנכדים הלא ביולוגיים.<sup>160</sup>

אישוש לממצאיה של פלג מצאתי בראיונות שקיימתי עם עובדות סוציאליות לסדרי דין ועם עורכות ועורכי דין מתחום דיני המשפחה בין השנים 2018-2022 לצורך מחקר שעסק בסכסוכי משמורת בין זוגות הטרוסקסואלים. המחקר כלל 20 ראיונות עם עורכות ועורכי דין ו-40 ראיונות עם עובדות סוציאליות לסדרי דין, עובדות סוציאליות מחוזיות ועובדות סוציאליות ביחידות הסיוע.<sup>161</sup> בראיונות שהתקיימו באזור המרכז, שבו מרוכזות רבות מן המשפחות הלהט"ביות

---

<sup>154</sup> בספר שכתבה העיתונאית ננסי אברמס על הנתק שנכפה עליה מבתה למשך חמש שנים על ידי בת זוגה לשעבר, אמא הביולוגית של בתה, היא מספרת כיצד אביה של אברמס ניסה לשכנע אותה "לשים את כל האפיזודה הזו מאחוריה" ולשכוח מהילדה, משום שעלות תביעת המשמורת שהגישה נגד זוגתה לשעבר גבוהה מדי. זוהי דוגמה אחת מני רבות לזלזול שהורים להט"בים לא ביולוגיים חווים, לעתים מן הסביבה הקרובה ביותר. NANCY ABRAMS, THE OTHER MOTHER: A LESBIAN'S FIGHT FOR HER DAUGHTER 202-204 (1999).

<sup>155</sup> פלג, בעמ' 189-191.

<sup>156</sup> פלג, בעמ' 97.

<sup>157</sup> פלג, בעמ' 128-129.

<sup>158</sup> פלג, בעמ' 132.

<sup>159</sup> פלג, בעמ' 107.

<sup>160</sup> פלג, בעמ' 172-188. ראו גם Abrams, הערה 154 לעיל, שם.

<sup>161</sup> לממצאי המחקר: צבי טריגר וסלביה פוגל ביזאוי, "עליית הניכור ההורי ודעיכת חזקת הגיל הרך" (טרם פורסם).



בישראל, ציינו כמה מן המרואיינות, שסכסוכי משמורת בין זוגות להט"בים, ובפרט בין זוגות של נשים הם סכסוכים "בעצימות גבוהה במיוחד".<sup>162</sup> יחד עם זאת, עמדתן של כל העובדות הסוציאליות היתה שטובת הילד מחייבת את המשך הקשר עם שני הוריו :

אנחנו מזהות פה... בהחלט עוצמות של קונפליקט, הרבה יותר חזקות. וכשאנחנו בוחנות את הנושא של טובת הילד, טובת הילד זה להיות בקשר עם שתי האימהות, או עם שני האבות, בדיוק באותו אופן, בדיוק מאותו צורך התפתחותי.<sup>163</sup>

מרואיינת נוספת הבהירה את עמדתה הנחרצת בנוגע לדרישות להדרת ההורה הלא ביולוגי :

בעיניי מי שמחליט שהוא הורה פסיכולוגי של ילד, גמרנו. רציתם להיות כמו כולם, אתם הורים, אז אין אחר כך לא. אני לא רואה שום מקום לזה. גם לא בלהט"בים...<sup>164</sup>

עמדות אלו עקביות עם עמדת המדינה המוגשת לבתי המשפט לענייני משפחה בסכסוכים אלו, ולכן מפתיעה כל כך התנגדות המדינה להכרה מלכתחילה בהורות הלהט"בית ובעיגון המשפטי של ההורות הלא גנטי.

בהקשר של עוצמת הסכסוכים וניסיונות ההדרה של ההורה הלא ביולוגי, סיפר עורך דין המייצג אם לא ביולוגית שזוגתה לשעבר, האם הביולוגית, מציגה בפני בעלי תפקידים (כמו למשל מנהלת גן הילדים של ילדם המשותף) את צו ההורות הפסיקתי, ודורשת מהם להתעלם מזוגתה לשעבר, בנימוק שבת הזוג לשעבר היא לא "האמא האמיתית", אלא "רק" מכוח צו. לדבריו, בחלק מהמקרים בעלי התפקידים מקבלים הסבר זה ומונעים מהאם הלא ביולוגית, למשל, לאסוף את הילדה מהגן.<sup>165</sup> מרואיין זה אף סיפר שקיימת לדבריו תופעה של ביטול צווי ההורות הפסיקתיים בהסכמת שני ההורים ובהחלטות פתקית לא מנומקות של שופטים ושופטות. החלטות אלו לא מתפרסמות, ולכן אין דרך לדעת כמה מקרים כאלו היו.

## דיון וסיכום

להט"בים עושים ילדים בצורה שונה מהטרנסקסואלים, ועל המשפט לשקף זאת ולתת מענה לכך. למרות העיגון המשפטי המסויים של ההורות הלהט"בית בפסיקה, היא נותרת שברירית, הן מבחינה משפטית והן מבחינה חברתית. הקשיים שמערימה המדינה על מיסודה המשפטי כמו גם

<sup>162</sup> מרואיינות 35 ו-39.

<sup>163</sup> מרואיינת מס' 39. מרואיינות נוספות שאמרו דברים ברוח דומה הן מרואיינות מס' 35 ו-38.

<sup>164</sup> מרואיינת מס' 38.

<sup>165</sup> מרואיין מס' 20.

קבלת התביעות לביטול צווי הורות פסיקטיים שמגישים הורים ביולוגיים (או שני ההורים בהסכמה) הם בעלי פוטנציאל מובהק לפגיעה בטובת הילדה.<sup>166</sup>

להט"בים חשופים לקשיים ייחודיים להם בדרך להורות: קשיים משפטיים, בריאותיים, רגשיים וכלכליים. הקשיים לא נגמרים עם הולדת הילדה. בצד המאבק המשפטי לרישום ההורה הלא גנטי, ישנם גם קשיים חברתיים ותרבותיים. ההורות החד-מינית היא נטולת פרטיות. הורים להט"בים חשופים כל הזמן למבט הבוחן ולשאלות הפולשניות של הזולת.

שאלות אחרות שאנחנו נשאלים קשורות לדאגה שמא הילד יסבול מכך שאין לו אמא או אבא; מכך שילעגו לו שהאבות שלו הומואים או האמהות לסביות ועוד ככל העולה על יד הדמיון. מחקרים פסיכולוגיים שעקבו אחר ילדים לזוגות לסביות והומואים לאורך שנים רבות הראו שילדים כאלה דווקא נהנים מהשקעה הורית גבוהה יותר, הם פתוחים יותר, בעלי ביטחון עצמי ושהם לא נופלים באף מדד הישגי או רגשי מילדים לזוגות סטרייטים.<sup>167</sup>

המשפחות הלהט"ביות אינן צריכות להיבחן על בסיס מידת הדמיון בינן לבין המשפחות המוכרות יותר, אלא על פי המאפיינים הייחודיים להן. השתחררות מן ההיררכיה בין הורות "טבעית" להורות מכוח צו של בית משפט היא הכרחית. כאשר ילד בא לעולם במסגרת יחסי זוגיות וכתוצאה מהחלטה ומיוזמה משותפת של בנות הזוג, יש לאמץ את הפתרון הקיים בכמה מדינות ואשר הוצע בספרות המשפטית של הרחבה של חזקת ההורות ההטרוסקסואלית במקרה של נישואים, והחלפתה בחזקת זוגיות מחייבת, כלומר שני בני הזוג שהביאו ילדה לעולם הם גם הוריה המשפטיים מכוח קשר הזוגיות ביניהם.<sup>168</sup> הסדר דומה מוכר במספר שיטות משפט, כמו למשל בכמה ממדינות ארצות הברית, בכמה מחוזות בקנדה ובעוד מדינות באירופה.<sup>169</sup> זפרן, נעמן ובלכר-פריגט מציעים "להכיר במערכת היחסים כשיקול עצמאי להכרה בהורות".<sup>170</sup> בעבר הצעתי, בהקשר שונה, לחשוב על היוזמה להביא ילדה לעולם ולגדל אותה כהורה בפועל כמייצרת קשר משפטי של הורות בין היוזם או היוזמת לבין הילדה.<sup>171</sup>

במקביל, יש מקום לפיתוח משמעותי יותר של שאלת תום הלב שבתביעה לביטול צו הורות פסיקטי. המשפט הפרטי פיתח דוקטרינות חשובות כדי להילחם בתופעת העלאת טענות סלקטיביות, לפי הפסיקה המיוחלת על ידי הטוען (חוסר ניקיון כפיים, שיהוי, תום לב דיוני, השתק דיוני וכדומה). בהקשר הלהט"בי, יש לשכתוב העובדות על ידי ההורה הגנטי השלכות קשות על כלל הזוגות הלהט"בים, שכן הוא חותר תחת דגם ה"משפחה מבחירה" כדרך להבאת ילדים

<sup>166</sup> לפרספקטיבה שונה על המחלוקת סביב ההכרה בהורות הלהט"בית כמחלוקת בין ליברליזם לבין שמרנות: שחר ליפשיץ, "הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות", **מחקרי משפט** לד(2) (2022) (טרם פורסם).

<sup>167</sup> Triger, הערה 24 לעיל.

<sup>168</sup> "הורות מושתתת זוגיות", הערה 3 לעיל; Ayelet Blecher-Prigat, *The Costs of Raising Children: Toward a Theory of Financial Obligations Between Co-Parents*, 13 THEORETICAL INQUIRIES L. 179, 193–196 (2012); בלכר-פריגט, הערה לעיל, 848.

<sup>169</sup> לסקירה משווה (נכון ל-2009) ראו Polikoff, הערה 96, בעמ' 226-230. ב-2020 הורחבה חזקת הנישואים לזוגות לנשים לסביות נשואות בטקסס. ראו הערה לעיל 96 לעיל.

<sup>170</sup> "הורות מושתתת זוגיות", הערה 3 לעיל.

<sup>171</sup> צבי טריגר, "מותו של זה הוא תפיו של זה: הולדה לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי הוריו והאידיאולוגיה של ההורות הישראלית-יהודית" **תיאוריה וביקורת** 49, 67 (2017).

לעולם ומציג אותו כדגם לא מחייב. המאבק להכרה בהורות הלהט"בית הוא לא רק מאבק אישי, אלא גם עקרוני. זהו מאבק בדעות קדומות, במכשולים משפטיים ובאידאולוגיה הפטריארכלית. יש מימד מובהק של חוסר תום לב בנכונות ליהנות מפירות המאבק לצורך הקמת המשפחה וכינון ההורות המשותפת, ובהתנערות ממנו תוך שימוש בנימוקים להטבופוביים, כאשר הוא כבר לא משרת את האינטרסים של ההורה.

בצד האתגרים, האושר ולעתים הכאב הגלומים בתהליך הבאת ילדים לעולם במשפחות להט"ביות, במאבק בהתנגדות המדינה להכרה בהורות ולעתים בסכסוכי הפרידה המכוערים, חשוב לזכור גם את התקווה ואת הכוח שבבחירה לממש את הכמיהה למשפחה: הבחירה להביא חיים חדשים לעולם במסגרת משפחתית אוהבת שהוקמה למרות היעדר תמיכה חברתית, תרבותית ומשפטית. הילדים שגדלים במשפחות אלו הם ילדים אהובים, שטובתם עומדת בראש מעייניהם של הוריהם.