

רישיון הורות

צבי טריגר*

"שוב ושוב אני מחליטה להתעלם מהדוגמאות השליליות שאמא נותנת, אני רוצה לראות רק את הצדדים הטובים שבה, ולחפש בתוך עצמי את מה שאינני מוצאת אצלה. אבל אני לא מצליחה, והגרוע מכל הוא שלא אבא ולא אמא מודעים לכך שהם אינם עונים לצרכים שלי ושעל כך אני באה אליהם בטענות. האם יכול אדם לספק באמת את כל צורכי ילדיו?"

אנה פרנק, יומן¹

א. מבוא: 1. שני אבות לילד אחד: המקרה של קאטו והורטנסיוס; 2. שתי אימהות וילדיהן: עניין ירוס־חקק. ב. הזכות לפרטיות ובנותיה המסוכסכות: הזכות להורות וזכויות הילד/ה להורים; 1. משפחה וקניין; 2. הזכות להורות; 3. זכויות הילדים. ג. נישואין, הטרוסקטואליות והורות: 1. קדושת הביולוגיה ופולחן הפוריות; 2. רישיון הורות – העונש על עקרות. ד. רישיון הורות: נקודת המפגש בין זכויות ההורים לזכויות הילד. ה. על הקשר בין רישיון הורות לבין הכרה במשפחות החורגות. ו. סיכום.

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. מאמר זה מבוסס על הרצאה בפנל "אמא יש גם שתיים: אימון בתא המשפחתי של שתי אמהות והכרה בזוגיות ההומו־לסבית", הכנס השנתי השלושה־עשר ללימודי נשים ומגדר ולתאוריות פמיניסטיות, אפריל 2005. מאמר זה הנו גרסה מורחבת ושונה באופן ניכר בטיעוניה מן הגרסה המקוצרת של המאמר "משפחות חורגות ורישיון הורות": מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס־חקק נ' הי"מ" המשפט 22, 44 (2006). תודה לאייל גרוס, לעירא הדר, לתמר מורג ולמערכת כתב העת המשפט על הערותיהם המועילות, ולנועם זמיר על העזרה במחקר.

1 אנה פרנק יומן 138 (קרלה פרלשטיין מתרגמת, דביר, 2007).

א. מבוא

1. שני אבות לילד אחד: המקרה של קאטו והורטנסיוס

קווינטוס הורטנסיוס (Quintus Hortensius)², הנואם הרומי הידוע ולימים גם קונסול, רצה להיקשר בקשרי חיתון עם ידידו הקרוב קאטו הצעיר (Marcus Porcius Cato)³, פוליטיקאי שמרן ונינו של קאטו הזקן⁴, ולכן ביקש מקאטו שייתן לו את בתו פורקיה (Porcia) לאישה. פורקיה, שהייתה עורכת דין⁵ ונשואה לביבולוס (Marcus Calpurnius Bibulus), הייתה כבר אם לשני בנים. למרות זאת ביקש הורטנסיוס להינשא לה, בנימוק שטובת הקהילה מחייבת שאישה בשיא פריונה לא תפסיק ללדת ואף תלד בנים לכמה שיותר גברים, ובכך תתרום לחוסנה של הקהילה וללכידותה. נוסף על כך, טען הורטנסיוס, הולדת הבנים הנוספים לא תיפול לטורח כלכלי על ביבולוס, משום שהם יהיו תחת אחריותו שלו (של הורטנסיוס). הורטנסיוס הבטיח כי אם ביבולוס אוהב עדיין את פורקיה ואינו חפץ להיפרד ממנה, הוא יחזיר אותה לאחר שתלד לו ילדים. הילדים שייולדו לו מפורקיה, סבר הורטנסיוס, ייצרו קשר חזק יותר בינו לבין קאטו וביבולוס גם יחד.

קאטו הצעיר, שלא רצה לפגוע בהורטנסיוס, השיב לו שהוא אמנם מחבב אותו מאוד אולם הוא מרגיש כי אין זה ראוי שהם יעסקו במסירת בתו הנשואה לגבר אחר. בתגובה ביקש הורטנסיוס מקאטו, ללא כחל ושרק, את אשתו שלו, את מרקיה (Marcia). לקאטו ולמרקיה, שהייתה עדיין בגיל הפוריות, כבר היו ילדים משלהם (לקאטו היו נישואין קודמים לא מוצלחים עם אטיליה, שנאפה בו, והוא נאלץ לגרשה), והם חיו באושר ובאהבה (דנטה אף מזכיר בקומדיה האלוהית את נישואיהם כמופת של נישואין מאושרים⁶). יתר על כן, מרקיה הייתה בהיריון כאשר ביקש הורטנסיוס מקאטו את שביקש. אולם הפעם לא דחה קאטו את הבקשה, וענה להורטנסיוס שמן הראוי כי הם יבקשו את רשותו של אבי מרקיה, פיליפוס. משנתן פיליפוס את הסכמתו לנישואי מרקיה להורטנסיוס, אירסו פיליפוס וקאטו את מרקיה להורטנסיוס⁷.

קורותיו של קאטו הצעיר מספרות למעשה על הילד שנולד לקאטו ולהורטנסיוס, כלומר, על הולדת ילד משותף לשני גברים. ככל הנראה קאטו לא גירש את מרקיה⁸, ולכן לאחר

2 114–50 לפני הספירה.

3 95–46 לפני הספירה. קאטו הצעיר התאבד באוטיקה שבאפריקה, משום שסבר כי ניצחונו של יוליוס קיסר מבשר את קצה של החירות הרומית.

4 Marcus Porcius Cato (234–149 לפני הספירה).

5 השתמר תיעוד בנוגע לשלוש נשים שהיו עורכות דין ברומי, ביניהן פורקיה והורטנויה.

6 DANTE ALIGHIERI, THE DIVINE COMEDY, Purgatorio, Canto I, 78–100, p. 219 (Allen Amndelbaum trans., 1995)

7 סיפורם של קאטו, הורטנסיוס ומרקיה מובא אצל פלוטארכוס חיי אישים: אנשי רומי 391–392 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1986).

8 קיימת גם גרסה אחרת לסיפור, שלפיה קאטו אכן גירש את מרקיה לפני שהשיאה להורטנסיוס. ראו: Eva Cantarella, Pandora's Daughters: The Role and Status of Women in Greek

שנישאה להורטנסיוס, היא נהייתה לאישה שנשואה לשני גברים בו־זמנית⁹. אחד הפירושים המקובלים של הסיפור הוא שמדובר למעשה ב"חוזה להחזרת בטן" (נשים הרות נקראו *venter* – בטן), שמטרתו הולדת ילד משותף לשני גברים¹⁰.

רעיון זה מתבסס על הכלל במשפט הרומי שלפיו הילד שייך לבעלה¹¹ של היולדת בשעת הלידה, ואין זה משנה מי האב הביולוגי (הורות משפטית¹²). כך, אם מרקיה יולדת בעודה נשואה לשני גברים, הילד שייך לשני הגברים. להורטנסיוס, אגב, כבר היו ילדים משלו, כך שהמניע שלו לא היה עקרות והיעדר יורשים. המסקנה הנובעת מכאן היא שהוא רצה בקשר משפחתי עם קאטו: אם מרקיה מתחתנת עם הורטנסיוס כשהיא נושאת ברחמה את ילדו של קאטו, אזי כאשר

AND ROMAN ANTIQUITY 131 (Maureen B. Fant trans., 1987); JANE F. GARDNER, WOMEN IN ROMAN LAW AND SOCIETY 82 (1991)

9 המודל הרצוי והנעלה ביותר במשפט הרומי היה מונוגמי: אישה אחת שנשואה לגבר אחד. אישה כזו נקראה *univira* (un = אחד; vir = גבר).

10 המקרה של קאטו והורטנסיוס אינו המקרה היחיד המתועד של "חוזה להחזרת בטן". גם נירון ביקש מקלאודיוס את אשתו ההרה, וידועים מקרים נוספים של "החזרת" אישה שאינה הרה. ראו: Eva Cantarella, *Marriage and Sexuality in Republican Rome: A Roman Conjugal Love Story*, in *THE SLEEP OF REASON: EROTIC EXPERIENCE AND SEXUAL ETHICS IN ANCIENT GREECE* 269, 275–276 (Martha Craven Nussbaum & Juha Sihvola eds., 2002)

11 הערה בנוגע לשימוש במילה "בעל" (במקום "בן זוג", "איש" וכדומה): השימוש לאורך המאמר במילה "בעל", ולא במילה פוגענית פחות, הוא מכוון – לא, חלילה, משום שהמטרה היא לפגוע, אלא משום שבהינתן שהנישואין בישראל נשלטים על ידי המשפט הדתי, שבו היחס בין הגבר והאישה הנישאים הוא יחס קנייני, כל שימוש בביטוי ניטרלי ותקין פוליטית עלול ליצור את האשליה שלא זה המצב. המתח המתמיד הנמצא בבסיסה של תנועת התקינות הפוליטית, בין המטרה החיובית והרצויה של ניקוי השפה מביטויים פוגעניים לבין הרצון להיפטר מן הרעיונות והמוסדות החברתיים הדכאניים שמסומנים על ידי אותם ביטויים, מחייב מודעות מתמדת מצד הכותב או הכותבת למשמעותה של הבחירה בביטוי התקין פוליטית חלף הביטוי השגור: מתי היענות לשפה הנקייה, הלא־פוגענית, מהווה אימוץ של קו המחשבה הסובלני, ומתי משמעותה של היענות זו היא דווקא שיתוף פעולה עם המצב הקיים ותרומה להמשך הנצחתו. אני חושש שהיעלמותה של המילה "בעל" מעולם המושגים של הנישואין והגירושין תסייע להתעלמות מן הבעיה האמתית שבבסיסם של דיני הנישואין והגירושין הישראליים, ותסייע בחיזוק האשליה שניתן לתקן בעיה זו מבלי לבטל את הבלעדיות שניתנה לדת בתחום זה. לכן, כל עוד דיני הנישואין והגירושין הם דינים דתיים שהיחסים במסגרתם הם קנייניים, אין להתעלם מכך שהגבר הוא "בעלה" של האישה. להרחבה בנקודה זו ראו את הערך "בעלי/אישי", עמליה רוזנבלום וצבי טריגר ללא מילים: התרבות הישראלית בראי השפה 81–83 (2007).

12 על ההורות המשפטית במשפט הרומי ראו, למשל, מיכאל קורינאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל (ילדים שנולדו בטכניקה של הולדה מלאכותית)" הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ־גופית 137, 138 (שולמית אלמוג ואבינועם בן־זאב עורכים, 1996) (הספר להלן: הריון מסוג אחר).

ייוולד הילד, יהיה הורטנסיוס אביו בגלל החוק הרומי, וכך יהיה הילד למעשה ילד משותף של הורטנסיוס וקאטו.

2. שתי אימהות וילדיהן: עניין ירוס-חקק

בינואר 2005 קיבל בית המשפט העליון את ערעורן של ד"ר טל ירוס-חקק וד"ר אביטל ירוס-חקק¹³ על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו¹⁴. המערערות, אשר חיות יחד ככנות זוג ומנהלות משק בית משותף¹⁵, 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 הורות משפטית מלאה בין ההורה לבין הילד, ממש כמו ההורות הביולוגית¹⁶. בית המשפט המחוזי קבע כי על פי המצב המשפטי הקיים הן אינן זכאיות לאמץ זו את ילדיה של זו. החלטה זו נהפכה כאמור בערעור לבית המשפט העליון. בקבעו כי אין סיבה עקרונית למנוע אימוץ צולב של אימהות לסביות זו את ילדיה הביולוגיים של זו, עשה בית המשפט העליון – מפיו של נשיאו אז השופט אהרן ברק – מאמצים רבים להגביל ולצמצם את כוחו התקדימי של פסק דינו בערעור בעניין ירוס-חקק. הסקטטו הברקי המפורסם¹⁷ נרתם כדי להדגיש נקודה זו חוזר והדגש:

“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 – היותן זוג חד-מיני – הנו נתון עובדתי שיש לקחתו בחשבון באימוץ יחיד.

13 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נט(5) 64 (2005) (להלן: עניין ירוס-חקק).

14 ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ תש"ס(1) 831 (2001) (להלן: עניין פלונית).

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

16 ראו ס' 16 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים), הקובע כי "האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים ובין ילדיהם, ומקנה למאמץ ביחס למאומץ אותן הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם; הוא מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו" (כל זאת בכפוף לסייגים מסוימים הקשורים לחוק הירושה, לדיני נישואין וגירושין ולסמכות בית המשפט – ראו ס' 16 סיפא).

17 על סגנונו של נשיא בית המשפט העליון (לשעבר) השופט אהרן ברק ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתוות" עיוני משפט כא 81 (1997).

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 כ'בן זוגו' של האחר (כמשמעות מושגים אלה בסעיף 13) לחוק האימוץ).

כל שיש בו הוא התחשבות בנתונים האישיים במסגרת קביעה אינדיבידואלית^[18] 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 חדש¹⁹.

בית המשפט העליון לא נתן את צווי האימוץ המבוקשים, אלא הנחה את בית המשפט לענייני משפחה לשקול את טובת הילדים, ולתת צווי אימוץ אם הם מקדמים אותה. בפברואר 2006, כשנה לאחר מתן פסק הדין בבית המשפט העליון, ניתנו לבסוף צווי האימוץ, ושלושת ילדיהן של בנות הווג ירוס-חקק נרשמו במשרד הפנים כילדיהן של שתי אימהות. למתן הצווים קדמה עבודת שכנוע והסברה של פרקליטתן, עו"ד עירא הדר, והצווים ניתנו בהסכמתם של השירות למען הילד, הלשכה המשפטית של משרד הרווחה ופרקליטות המדינה, ובאישורו האישי של היועץ המשפטי לממשלה²⁰.

מדוע בית המשפט קושר בין הכרה בהורות הומולסבית לבין הכרה בזוגיות הומולסבית? מאידך גיסא, האם ניתן בכלל להכיר בהורות דוגמת ההורות המשותפת של בנות הווג ירוס וחקק מבלי להכיר בזוגיותן?²¹

18 מעניין מה תוקפה של אמירה זו לנוכח ס' 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, הקובע כי "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון".

19 עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 112-113 (החלוקה לפסקות וההדגשות שלי – צ' ט').

20 דוא"ל מאת עו"ד עירא הדר, 12.2.2006. יצוין כי כבר ב-15.11.2005 נתן בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע פסק דין המחייב הוצאת צו אימוץ במקרה דומה. ראו: www.ynet.co.il/Ext/Comp/ArticleLayout/CdaArticlePrintPreview/1,2506,L-3169784,00.html. עד אפריל 2007 ניתנו כשנים-עשר צווי אימוץ במשפחות לסביות בבתי המשפט לענייני משפחה ברמת גן, בראשון לציון, בבאר שבע ובחיפה. קיימות בקשות רבות לצווי אימוץ שנמצאות בשלבים שונים של הליך האישור, אולם כפי שמדווחת עו"ד עירא הדר (בדוא"ל למחבר מיום 16.4.2007), ככלל הלכת ירוס-חקק מיושמת ומכובדת על ידי המדינה.

21 אכן, המשנה לנשיא דאז, השופט מצא, מציין, ובצדק, כי ההפרדה בין ההכרה בהורות לבין ההכרה בזוגיות היא הפרדה מלאכותית. הכרה בהורות הומולסבית מהווה, לדעתו, הכרה בזוגיות הומולסבית. ראו עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 78-79. בנובמבר 2006 נרשמה התפתחות חשובה לקראת הכרה בזוגיות הומולסבית, עם מתן פסק הדין בבג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל

פסק הדין של דעת הרוב בעניין ירוס־חקק רווי חרדות אשר מסוות, לדעתי, חרדה אחת עיקרית, הקשורה למה שאכנה במאמר זה "רישיון הורות". לכאורה, פסק הדין מייטלטל בין החשש מפני הכרה בווגיות הומולסבית על דרך חקיקה שיפוטית לבין שיקולים של טובת הילד. אני סבור שהחשש המרכזי שעולה מפסק דינם של שופטי הרוב, כמו גם מחוות דעתם של שופטי המיעוט, קשור לכך שהורות הטרוסקסואלית אינה זקוקה בדרך כלל לאישור מן המדינה (למעט כאשר מדובר באימוץ הטרוסקסואלי או בפונדקאות, ועל כך בהמשך). לא רק שהיא אינה זקוקה לאישור מן המדינה, אלא שבשנים האחרונות, עם עליית הלגיטימציה החברתית והמשפטית של אימהות לא נשואות, הקשר בין הורות לבין זוגיות הטרוסקסואלית נותק כמעט לחלוטין. יתר על כן, ניתן אף לטעון כי ניתוק הקשר הזה שואב אל תוך מערבולת ההורות גם את הנשים הלא־נשואות, ורותם אותן לסטריאוטיפ של הגשמת הנשיות על ידי אימהות.

כלומר, אם בעבר "רישיון ההורות" האוטומטי ניתן באופן בלעדי לזוגות נשואים, כיום יותר ויותר הטרוסקסואלים (והרי הנחת המוצא המשפטית־התרבותית היא שכולנו הטרוסקסואלים/ות כל עוד לא הוכח אחרת!) זוכים ברישיון הורות אוטומטי בלא קשר למעמדם האישי.

חלקו הראשון של המאמר עוסק בניתוח הזכות לפרטיות, הנחשבת למקור הדוקטרינרי של הזכות להורות, וביחס בינה לבין זכויות הילדים. בחלק זה אסקור את ההיסטוריה של מוסד המשפחה כמוסד שמקורו בדיני הקניין, ואת יחסי הבעלות שבין אבי המשפחה, אשתו וילדיו.

בחלק השני של המאמר אדון בקשר שבין מוסד הנישואין, הטרוסקסואליות והורות. טענתי היא שהאופן שבו אנו תופסים את שאלת הפוריות מעוצב על ידי אידאולוגיה פטריארכלית, למרות הניסיון להציג את התפיסות החברתיות ואת ההסדרים המשפטיים כנובעים מעובדות ביולוגיות ולכן אובייקטיביות. זוגיות, הורות, פוריות ועקרונות הן כולן מושגים שנתונים להבניה חברתית ותרבותית, ואי־אפשר לדבר עליהן ולהבינן מבלי להבין את הכוחות התרבותיים שמעצבים אותן. חלקו השלישי של המאמר עוסק בהצעה להנהגת רישיון הורות. הטענה המרכזית בחלק זה היא שרישיון הורות כבר מונהג בשיטה המשפטית הישראלית על חלק מן ההורים (מאמצים, אלה הנזקקים לפונדקאות, אסירים, הומואים ולסביות). הבחירה להנהיגו במקרים מסוימים, ולא במקרים אחרים, היא בחירה אידאולוגית, ובחלק זה אדון במשמעותה של בחירה זו. העובדה שבני זוג הטרוסקסואלים שאינם סובלים מבעיות פוריות אינם נזקקים לרישיון הורות מחזקת את התחושה שעקרון טובת הילד נסוג מפני הזכות להורות במקרים אלה, ולכן אין הוא העיקרון העליון בתחום של יחסי הורים וילדים.

בחלקו הרביעי של המאמר מוצעות כמה נקודות למחשבה בנוגע לאופן שבו הסוגיה של

מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק־על 2006(4) 1725 (2006) (להלן: עניין בן־ארי), ויישום ההלכה שנקבעה בבג"ץ 143/62 פונק־שליזינגר נ' משרד הפנים, פ"ד יז 225 (1963) (להלן: הלכת פונק־שליזינגר) גם לגבי נישואים של הומואים ולסביות שנערכו בקנדה. בהתאם להלכת פונק־שליזינגר, קבע בית המשפט העליון כי על פקיד המרשם לרשום במרשם האוכלוסין בני זוג הומואים שנישאו בקנדה כנשואים. אולם כמו אצל בני זוג הטרוסקסואלים שנישאו בחוץ־לארץ בנישואין אזרחיים, אין מדובר בהכרה בתוקף הנישואין, אלא ברישום סטטיסטי בלבד.

רישיון ההורות מגויסת לטובת קידומה של המשפחה הגרעינית המסורתית באופן שאינו תורם לקידום טובתם של ילדים.

ב. הזכות לפרטיות ובנותיה המסוכסכות: הזכות להורות וזכויות הילד/ה להורים

1. משפחה וקניין

רוב מערכות המשפט, דתיות וחילוניות כאחד, וכן רבות מתרבויות העולם תופסות את המשפחה הביולוגית כתא הבסיסי של החברה האנושית, ורואות בה "תא הקודם לצורות השונות של ההתארגנות הפוליטית, הן מבחינה היסטורית והן מבחינה פילוסופית"²². תא זה, המורכב מהורים (הנשואים זה לזה) ומילדים הקשורים לשני ההורים בקשר דם, נתפס כטבעי ולכן כנטול הטיות אידאולוגיות או הבניות חברתיות ותרבותיות. מן הצורה ה"טבעית" של המשפחה נגזרת גם המסקנה הנורמטיבית שזה גם המבנה הרצוי של התא המשפחתי. אולם, כפי שהראה המחקר הפמיניסטי בעשורים האחרונים, גם התיוג של מוסד או תופעה כ"טבעיים" עשוי להיות תוצאה של אידאולוגיה והבניה חברתית²³.

ההסברים ההיסטוריים לשאלת הרישיון להורות נעוצים, לדעתי, בתפיסה העתיקה של האישה והילדים כרכוש הגבר²⁴, ולאחר מכן בגלגולה הליברלי מהראייה הקניינית של ההורות לתפיסה של הזכות לפרטיות.

התפיסה הקניינית באה לידי ביטוי כבר בשפה, בשם העצם "משפחה", הנגזר מן השורש ש.פ.ח., שמקורו בשפה האוגריתית ואשר משמעותו היא להתחבר יחד, להסתפח²⁵. כך,

22 כרמל שלו "הסדרים לנשיאת עוברים – מבט משפטי וערכי" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 12, 191, בעמ' 200.

23 ראו שם, בעמ' 206.

24 לעניין תפיסת הנשים כרכוש הגבר ראו, למשל, במשפט העברי: JUDITH ROMNEY WEGNER, CHATEL OR PERSON? THE STATUS OF WOMEN IN THE MISHNAH 41–69 (1988). ראו גם חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז 217, 238 (2002). 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". 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 442 (1979); SEX DISCRIMINATION AND THE LAW: HISTORY, PRACTICE AND THEORY 17–18 (Barbara Allen Babcock et al. eds., 2nd ed. 1996).

25 ראו את הערך "משפחה" בתוך אברהם אבן-שושן המילון החדש כרך 4, 1573 (1990).

שפחה – שם עצם שנגזר מאותו שורש – "נספחה בימי קדם למשפחה לכל חייה"²⁶. ברות זו, "בעל" הוא שם כנעני שמשמעותו "אדון"²⁷. הקישור בין משפחה, עבדות ובעלות אינו ייחודי לשפה העברית. כך, למשל, המילה family נקלטה אל השפה האנגלית במאות הארבע-עשרה והחמש-עשרה מן הלטינית, שבה המילה familia משמעותה משק בית, על המשרתים והעבדים החברים בו (אבל לא כולל בני המשפחה במובן המודרני)²⁸. familia נגזרה מן השורש famulus, שמשמעותו משרת או עבד²⁹.

כפי שמציין ויליאמס, גם בתנ"ך המילה "משפחה", על הטיותיה, מופיעה לרוב במשמעות של שבט (בראשית י 5; יב 3; ירמיה א 15; ל 24; ויחזקאל כ 32) או במובן של שושלת או קבוצת הצאצאים של אב משותף: "ויצא מעמך הוא ובניו עמו ושב אל משפחתו ואל אחות אבתיו ישוב" (ויקרא כה 41)³⁰. רק בשלהי המאה השבע-עשרה קיבלה המילה family את משמעותה המודרנית – קבוצת אנשים מצומצמת שיש בין חבריה וחברותיה קרבת דם או נישואין³¹. כתוצאה מהצטמצמות המשמעות של "משפחה", נוצרו במאה העשרים המונחים "משפחה גרעינית" ו"משפחה מורחבת"³².

ויליאמס מייחס את ייחוד המשמעות של המילה "משפחה" לקבוצת קרובים מצומצמת בהיקפה לעלייתה של המשפחה הבורגנית המורכבת מאב, אם וילדים כיחידה כלכלית מרכזית בהתפתחות הקפיטליזם. כך, במילון מן המאה התשע-עשרה ניתן למצוא את ההגדרה הבאה: "The group which consists of a Father, Mother and Children is called a Family".³³

חשוב לציין שבעיני הבורגנות, המשמעות הקניינית של המשפחה נותרה בעינה גם לאחר ייחוד המשמעות שתואר לעיל³⁴. כפי שטען פרידריך אנגלס, שלושת המוסדות הבסיסיים של

26 ראו את הערך "שפחה", שם, כרך 7, בעמ' 2764.

27 אורית קמיר "ואם בעל – קנה": סיפורי 'בעילה' ו'היבעלות' בחוק העונשין" פלילים ז 121, 122 (1998).

28 RAYMOND WILLIAMS, KEY WORDS: A VOCABULARY OF CULTURE AND SOCIETY 131 (rev. ed. 1983). ראו גם: JOHN AYTO, DICTIONARY OF WORD ORIGINS: THE HISTORIES OF MORE THAN 8,000 ENGLISH-LANGUAGE WORDS 218 (1990).

29 ראו WILLIAMS, שם.

30 שם, בעמ' 132. ראו גם במדבר לו 6: "זה הדבר אשר צוה ה' לבנות צלפחד לאמר לטוב בעיניהם תהיינה לנשים אך למשפחת מטה אביהם תהיינה לנשים". לדיון נרחב בבעלות של גברים על נשים במוסד הנישואין במשפט העברי ראו צבי טריגר "המשפט הישראלי הוא אחד": דיני המשפחה וסחר בנשים בישראל כשני הקצוות של רצף אחד" ספר דליה דורנר 363 (דורית ביניש, שולמית אלמוג ויעד רותם עורכים, 2008).

31 AYTO, לעיל ה"ש 28.

32 WILLIAMS, לעיל ה"ש 28, בעמ' 132.

33 הציטוט נלקח מספרו של WILLIAMS, שם, בעמ' 132-133.

34 שם.

החברה הקפיטליסטית הם המשפחה, הקניין הפרטי והמדינה. שלושתם תוצרים של אידאולוגיה כלכלית ותנאים חברתיים מסוימים. אף לא אחד מהם "טבעי"³⁵.
בחלק הבא אדון באופן שבו עיצב המשפט הישראלי את הזכות להורות כנגזרת של הזכות לפרטיות, וזאת כתולדה טבעית של התפיסה הקניינית של המשפחה.

2. הזכות להורות

זכויות הקניין משמשות בהגות הליברלית, בין היתר, להצדקתה של הזכות לפרטיות³⁶. אכן, לא במפתיע נהוג במשפט הישראלי לראות את הזכות המודרנית להורות כנובעת מן הזכות לפרטיות³⁷:

"הזכות לפרטיות, או ההגנה על צנעת היחיד, משתרעת ללא ספק על החלטות אינטימיות ברמת הפרט כשאין מתבקשת מעורבות של אחרים או סיועם הפוזיטיבי, ויש בה כדי לבסס את הדרישה להרחקת התערבויות מ'הדר-המיטות' [...] ביהסי-מין 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"³⁸.

במשפט הישראלי זכתה הזכות לפרטיות בעיגון חוקתי בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם

וחירותו:

"7. פרטיות וצנעת הפרט

- (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
- (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
- (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
- (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".

FREDERICK ENGELS, THE ORIGIN OF THE FAMILY, PRIVATE PROPERTY, AND THE STATE 85–89, 99– 35
105, 108–112 (2001).

ראו, למשל, אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני 36
משפט כא 405, 411–415 (1998).

הדבר חורג אמנם ממסגרתו של מאמר זה, אולם אזכיר כאן בקצרה כי יש כותבים הסבורים כי 37
דווקא טובת הילד היא שמחייבת הגנה על הזכות לפרטיות, וכי לאי-ההתערבות ביחסי הורה-ילד יש יתרונות פסיכולוגיים רבים ומשמעותיים הנובעים מן היציבות וההמשכיות, אשר מהוות כשלעצמן ערכים חשובים. ראו, למשל, את הספר המפורסם ביותר המקדם תפיסה זו: JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD, ALBERT. J. SOLNIT & DOROTHY BURLINGHAM, BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD (1984).

פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כז 643, 665 (2005). ראו 38
גם איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 555, 539 (2003).

אציין כי סיווגה של הזכות להורות כנובעת מן הזכות לפרטיות אינו הכרחי, והוא נובע לדעתי מאידאולוגיית הקניין הפטריארכלית. אכן, יש הרואים בזכות להורות זכות עצמאית³⁹. אולם, כאמור, במשפט הישראלי נהוג בדרך כלל לראות את הזכות להורות כזכות שאינה עצמאית.

כך או כך, הזכות להורות הוכרה במשפט הישראלי כזכות יסוד⁴⁰. היא נתפסת כזכות טבעית, ככזו הנובעת מהאנושיות שלנו, וכזכות חשובה לכבוד האדם או למימוש אישי והגשמה עצמית:

”הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה”⁴¹.

זאת, משום ש”עיקר הוא במשאת-הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבוער בנפשה של אישה ואיננו אָפֶל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורה ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם”⁴². הזכות להורות הוכרה כזכות יסוד גם במשפט הביין-לאומי⁴³. במשפט האמריקאי היא הוכרה בין היתר, בין בעקיפין ובין באופן ישיר, בסדרה של פסקי דין מפורסמים שפסלו חוקי גזע אשר אסרו נישואין בין שחורים ולבנים בשל היותם לא חוקתיים⁴⁴.

39 ראו, למשל, הפנה ברק-ארוז “על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני” עיוני משפט כ 197 (1996).

40 ע”א 488/77 פלוני נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד לב(3) 421 (1987) (להלן: עניין פלוני); ע”א 451/88 פלוני נ’ מדינת ישראל, פ”ד מד(1) 330, 337 (1990); בג”ץ 243/88 קונסלוס נ’ תורג’מן, פ”ד מה(2) 626, 639–640 (1991); ע”א 5587/93 נחמני נ’ נחמני, פ”ד מט(1) 485 (1995); דנ”א 2401/95 נחמני נ’ נחמני, פ”ד נ(4) 661 (1996) (להלן: עניין נחמני) (“האינטרס להיות הורה הוא מן השאיפות הבסיסיות ביותר של האדם, ואין הדבר צריך לפנים” – שם, בעמ’ 701); בע”מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ’ ההורים הביולוגיים, תק”ע על 2005(2) 617 (2005) (להלן: עניין פלונית ופלוני).

41 דברי השופט חשין בבג”ץ 2458/01 משפחה חדשה נ’ הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ”ד נו(1) 419, 447 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה).

42 שם, בעמ’ 445.

43 הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948, ס’ טז: “כל איש ואשה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה”. לסקירה מלאה ראו שולמית אלמוג ואריאל בנדור “חופש הרכיה כזכות-יסוד” הריון מסוג אחר, לעיל ה”ש 12, 115, בעמ’ 117.

44 ראו, למשל: Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967). פסקי דין נוספים שהכירו במעמדה החוקתי של הזכות להורות היו: Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978) (חוק במדינת ויסקונסין שאסר על הורה שפיגר בתשלומי מזונות ילדיו להינשא מחדש נפסל על ידי בית המשפט העליון בנימוק שהזכות להינשא ולהקים משפחה היא זכות חוקתית). ב-Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) וב-Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925) הכיר לראשונה בית

מן הזכות להורות נגזר חופש הרבייה⁴⁵. אולם הזכות להורות וחופש הרבייה חלים רק על הורות ביולוגית, וככל הנראה הזכות לאימוץ, אם קיימת במשפט הישראלי, אינה זכות יסוד⁴⁶.

הכמיהה לילדים, ובעיקר כמיהתן של נשים לילדים, נתפסת בתרבות כטבעית, כנובעת מהביולוגיה. פגי אורנסטין כותבת כי הדחף להתרבות, הן אצל גברים והן אצל נשים, הוא "המטרה הראשונית של קיומנו"⁴⁷. אולם בעוד גברים חווים את העקרונות כ"מאכזבת ומתסכלת", לגבי נשים עקרונות היא "בלתי נסבלת ומאיימת על הזהות"⁴⁸.

הזכות להורות בישראל, שאינה מוגנת בחוק יסוד, נתפסת אפוא כטבעית וכרחבה עד כדי כך שנדמה כי היא אינה מוגבלת כלל (ראו דיון להלן). מעניין שדווקא הזכות לחופש העיסוק, המוגנת בחוק יסוד, ניתנת להגבלה. כבר נפסק שדרישת רישיון, כשלעצמה, אינה סותרת את מעמדה של זכות זו כזכות יסוד, משום שהיא עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה⁴⁹. גם במדינה הקפיטליסטית ביותר יש הגבלות קנייניות לא מבוטלות (דרישת רישיון היא בין היתר צורה של הטלת הגבלה על חופש הקניין, כמו על חופש העיסוק). אכן, שיטות משפט שונות הכירו בכך שדרישת הרישיון חוקתית אף שהיא פוגעת לכאורה בחירויות שונות, כגון חופש העיסוק, חופש הביטוי וכדומה⁵⁰.

מסתבר שאת הזכות להורות, אשר מבחינה היסטורית היא תת-קטגוריה של זכות הקניין

המשפט העליון האמריקאי בזכות להורות ולהקמת משפחה כזכות חוקתית המוגנת על ידי התיקון הארבעה-עשר לחוקה. יצוין כי בפסקי דין אלה ההכרה היא באוטונומיה ההורית, ולא בזכות לרבייה כנגזרת של הזכות להורות.

45 אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 116. כן ראו דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275 (2005). כפי שהמחברות מציינות, יש להבחין בין הזכות לרבייה (הזכות ליהפך להורה) לבין הזכות לגדל ילדים (הזכות להיות הורה). המשפט הישראלי, טוענות המחברות, הכיר בזכות להורות בעיקר במשמעותה הראשונה, כלומר, כזכות לרבייה. שם, בעמ' 281-283.

46 אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 118.

47 Peggy Orenstein, *Baby Lust*, THE NEW YORK TIMES (1.4.2007). כן ראו: PEGGY ORENSTEIN, *WAITING FOR DAISY: A TALE OF TWO CONTINENTS, THREE RELIGIONS, FIVE INFERTILITY DOCTORS, AN OSCAR, AN ATOMIC BOMB, A ROMANTIC NIGHT AND ONE WOMAN'S QUEST TO BECOME A MOTHER* (2007).

48 Orenstein, *Baby Lust*, שם.

49 ראו, למשל, בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 261; בג"ץ 2621/04 זולטק נ' שר התעשייה המסחר והתעסוקה, תק"על 2005(3) 1059, פס' 7-8 לפסק דינה של השופטת חיות (2005).

50 להלן כמה מפסקי הדין המנחים בסוגיית הרישוי במשפט האמריקאי: Cannon v. Blair, 50 S.E.2d 732; California Reduction Company v. Sanitary Reduction Works, 199 U.S. 306, 318 (1887); Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623, 661 (1905).

הפטריארכלית (לצד זכות ה"בעלות" בנשים⁵¹), קשה הרבה יותר להגביל מאשר את זכות האם לחופש הקניין. מדוע?

באופן מסורתי הזכות להורות נתפסת כטבעית עד כדי כך שאין מתעוררת כל שאלה בנוגע אליה, אלא אם כן בני הזוג אינם מסוגלים להוליד בלא התערבות חיצונית⁵²: "לגבי הורות שאינה מושגת בדרך-הטבע עשויה להתעורר בכל הריפותה שאלת הזכות להורות, לרבות שאלת מעמדה של הורות הנרקמת במישור הפסיכולוגי בלבד"⁵³.

חשיבה על הזכות להורות כתת-קטגוריה של זכות-העל לפרטיות היא לכאורה ניטרלית יותר מאשר החשיבה על זכות זו כתת-קטגוריה של זכות הקניין של ה"בעל"/האב. אך גם חשיבה זו מגלמת בתוכה, בעצם ההפרדה שהיא יוצרת בין המרחב הפרטי (שבו אל לה למדינה להתערב) לבין המרחב הציבורי, אותה תפיסה קניינית עתיקת יומין שלפיה האב – או במונחי המשפט הרומי, ה"פאטר פמיליאס" (Pater Familias)⁵⁴ – הוא אדון המשפחה, ולא המדינה. הסדר הפטריארכלי חפץ לפיכך במתן רישיון הורות אוטומטי למשפחות אשר מעוצבות לפי הנורמה.

3. זכויות הילדים

ביום רביעי, ה' 23 ביוני 1858, כאלפיים שנה לאחר שהורטנסיוס וקאטו הצעיר הולידו יחד את בנם (באמצעות העברתה של מרקה על ידי קאטו, בעלה, להורטנסיוס), נחטף אדגרדו מורטרה בן השש מידי הוריו היהודים על ידי הכנסייה הקתולית. אנה מוריס, משרתת קתולית בת ארבע-עשרה שעבדה בבית משפחת מורטרה שבבולוניה, הטבילה את אדגרדו בהיותו בן שנה לאחר שחלה במחלה קשה⁵⁵. משנודע הדבר לאינקוויזיטור, הוחלט לקחת את הילד ממשפחתו, משום ש"הילד הוא קתולי ואי אפשר לגדל אותו בבית יהודי"⁵⁶.

הטבלות בסתר של תינוקות וילדים יהודים על ידי אומנותיהם הקתוליות היו תופעה נפוצה למדי למן ימי הביניים. גם חטיפתם של ילדים יהודים שהוטבלו לא הייתה נדירה⁵⁷. סיפורה המזועזע של משפחת מורטרה מדגים היטב עד כמה ילדים (והורות) משמשים כלי פוליטי-אידאולוגי, וכיצד ניתן להציג את השימוש הזה כמקדם את טובת הילד. בתת-פרק זה אנסה לדון בתובנה זו ולנתח אותה בהקשר של המשפחות החורגות.

החקיקה והפסיקה הישראליות אינן עושות די להבטיח את זכויות הילדים, ודומה שעיקר

51 ראו גם שלו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 200–201.

52 דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח 903, 938–939 (2005).

53 שיפמן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 645.

54 GARDNER, לעיל ה"ש 8, בעמ' 67–68, 137–154, 529. כן ראו: BARRY NICHOLAS, AN INTRODUCTION TO ROMAN LAW 80–82 (1962).

55 דיוויד קרצר חטיפתו של אדגרדו מורטרה 60–63 (ימימה עברון מתרגמת, 2000).

56 שם, בעמ' 17.

57 שם, בעמ' 54.

הדגש בכל הנוגע ליחסי הורים וילדים מושם בזכויות ההורים. הינקות והילדות הן תקופות של תלות מוחלטת, תלות אשר לעולם איננו נפטרים ממנה לחלוטין, גם בחיינו הבוגרים⁵⁸. האופן שבו הורינו טיפלו בנו והתמודדו עם תלות זו משפיע על בריאותנו הנפשית, על יכולתנו ליצור קשרים בבגרותנו ועל אופייה של הורותנו שלנו. למרות זאת, שאלות של משמורת ופריון נידונות עדיין תחת המטרייה של טובת המדינה וטובת הכלל, ולא מושם דגש מספיק בטובת הילדים הספציפיים, למרות הרטוריקה של פסקי דין רבים אשר עושים זאת לכאורה⁵⁹.

יתר על כן, כאשר מדובר בזכויותיהם של ילדים, ייתכנו שני צירים עיקריים של ניגודי עניינים. הציר הראשון הוא ציר ניגוד העניינים שבין טובת הילדים לבין האינטרסים של ההורים⁶⁰. ביטוי מובהק לציר זה קיים בשני סוגים של מקרים טיפוסיים: האחד, כאשר האינטרס של הילד בבית חם ואוהב סותר את האינטרס של ההורה לגדל את ילדו, משום שההורה נעדר יכולת לעשות זאת; והאחר, כאשר זוגות משתמשים בילדיהם כקלפי מיקוח במהלך סכסוך גירושין, ומנסים (שניהם או אחד מהם) להשפיע על הסכם הגירושין ולהשיג תנאים טובים יותר על ידי איום על בן הזוג האחר בדרישת משמורת בלעדית על הילדים⁶¹.

הציר השני של ניגוד העניינים הוא זה הנוגע בענייננו: ניגוד העניינים שבין המדינה לבין הילדים. ניגוד עניינים זה בא לידי ביטוי בניסיון של המדינה לפגוע בטובתם של ילדים ספציפיים כדי לקדם ערכים מסוימים או כדי לשמרם. בדרך כלל הערכים שהמדינה מעוניינת לקיימם קשורים למוסר מיני ולמבנה מסורתי של מוסד המשפחה. כך, טובת הילדים עשויה להתנגש באינטרס המדינתי/הקהילתי, כפי שראינו במקרים של אדגרדו מורטרה (חטיפה) ושל קאטו והורטנסיוס (מסירת אישה הרה לגבר אחר).

עניין ירוס-חקק מהווה דוגמה לפסק דין אשר מעדיף לכאורה את האינטרס הפרטי של הילדים ואת טובתם על האינטרס הקהילתי במתן בלעדיות למשפחה ההטרסקסואלית. אולם,

Judith Butler, *On Being Beside Oneself: On the Limits of Sexual Autonomy*, in *SEX RIGHTS* 58

(הספר להלן: *SEX RIGHTS*) 48, 57 (Nicholas Bamforth ed., 2005).

59 לביקורת על מעורבותה הלא-מספקת של המדינה בהגנה על זכויות הילדים ראו סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים" בספר זה.

60 על ניגוד העניינים האפשרי בין הורים וילדים ראו, למשל, תמר מורג "האומנם עידן חדש? פסיקת בתי המשפט בישראל והאמנה בדבר זכויות הילד" וכן דפנה הקר "הדרת ילדים מהליכי גירושין" בספר זה.

61 ראו, למשל, ע"א 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד לד(4) 689, 693, שבו נוף בית המשפט במילים חריפות בהורים על כך שפעלו בניגוד לטובת בנותיהם כדי לגרום סבל זה לזה. בית המשפט פסק כי מושא הדיון ותוצאותיו מחזקים את הדעה כי הורים מסוכסכים פועלים לפעמים בניגוד לטובת ילדיהם, ויש להעלות מחדש את הרעיון כי במקרים כגון אלה, כאשר מדובר בהחזקת הילדים, מוטב למנות לילדים אפוטרופוס אד-הוק שייצג את האינטרסים שלהם. פעולות ההורים במקרה זה לא היו לטובת הבנות, שכן הן טולטלו על פי ההסכם מארץ לארץ, וכל אימת שהן היו אמורות לחיות עם הורה פלוני במדינה פלונית, הן נותקו מזרועותיו של ההורה האחר וטולטלו למדינה אחרת. בית המשפט העיר כי ספק אם אפוטרופוס שאינו מעורב בריב של ההורים היה מסכים שכך ינהגו בשתי קטינות.

כפי שאטען בהמשך, קיימות בפסק הדין אינדיקציות לכך שהאינטרס הקהילתי-המדינתי ממלא עדיין תפקיד מרכזי וחשוב בהחלטות בנוגע לגורלם של ילדים. מה נכלל בגדר זכויות הילדים? האם יש לילד, למשל, זכות לשני הורים בני שני המינים? התומכים בכך שלילד עומדת זכות לשני הורים בני שני המינים מעלים שני סוגי טיעונים. הטיעון האחד הוא שנוכחותם של שני הורים בני שני המינים בחייו של ילד הנה חיונית להתפתחותו הפסיכולוגית התקינה. גרסה נוספת של טיעון זה מצביעה באופן ישיר (ובוטה) על מחקרים שכוללים התפתחות של מיניות הטרנסקסואלית כחלק מן ההתפתחות הפסיכולוגית התקינה. גרסה זו משלבת מרכיב אידאולוגי-ערכי מובהק בכך שהיא כורכת "תקינות" בנטייה מינית הטרנסקסואלית, וגורסת כי קיים חשש – אמתי או מדומיין – שילד שגדל במשפחה חד-מינית יפתח נטייה חד-מינית.

במחקר משנת 2001, אשר סקר מחקרים קודמים שנערכו בין השנים 1981 ו-1998, הסיקו ג'ודית סטייסי (Stacey) וטימותי ביבלרז (Biblarz) כי נטיותיהם המיניות של ילדים במשפחות חד-מיניות אינן משתנות עקב כך שהם גדלים במשפחה הומוסבית. ההשפעה היחידה שנמצאה היא שהם סובלניים יותר ומגלים פתיחות רבה יותר כלפי הומואים ולסביות.⁶² אידאולוגיית ההורות ההטרנסקסואלית באה לידי ביטוי בפסיקה בארץ ובחוץ-לארץ. כך, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי נטייה מינית הומוסקסואלית של הורה יכולה לשמש שיקול לרעתו במסגרת סכסוך משמורת מבלי שהדבר יהווה הפליה כלפי ההורה.⁶³ בארץ, בני זוג אינם מהססים לעתים "להאשים" את בני זוגם בהומוסקסואליות או להשתמש בהומוסקסואליות של בן זוגם כנימוק לשלילת זכויות המשמורת שלו/ה או להגבלתן.⁶⁴ כך, באחד המקרים הוציא בית הדין הרבני צו מניעה אשר אסר על אישה להפגיש את ילדיה עם בת זוגה. הצו הוצא

Judith Stacey & Timothy J. Biblarz, *(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?*, 66 Am. Soc. Rev. 159–183 (2001) 62

.Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, E.C.H.R App. No. 33290/96 (1999) 63

ראו, למשל בש"א (כ"ס) 8851/01 ז"ב נ' ז"מ (לא פורסם, 14.3.2003). כך תיאר בית המשפט את עובדות המקרה: "הרקע למשבר הסופי בין הצדדים (בהמשך למשברים הממושכים שליוו את חי נישואיהם), נעוץ בתהליכים נפשיים של הבעל, אשר חשפו בפניו את עובדת היותו הומוסקסואל. האשה אשר הוכתה כפי הנראה בהלם נוכח גילוי עובדה זו, יצאה כנגד הבעל במלחמת חרמה טוטאלית, כאשר במסגרת 'מלחמתה' זו עשתה ועושה היא שימוש חסר כל גבולות בבת מבלי לגלות תובנה לנזקים הנפשיים הנגרמים לילדה עקב התנהגותה. בתסקיר שהוגש לביהמ"ש בתאריך 6.5.02 צוין כי רצונו של הבעל לעזוב את הבית התקבל ע"י האשה בכעס רב ובאיומים שבמידה ויעזוב תספר לילדים 'על נטיותיו המיניות'. עוד צוין בתסקיר כי האם נוהגת להכפיש את דמות האב בפני הבת, ואף משפילה את הבת בנוכחות מוריה וחבריה, תוך הקמת צעקות ושערוריות בהן היא מטיחה בבת כי אביה הינו הומוסקסואל" (שם, פס' 3–4 לפסק הדין). בסופו של דבר החליט בית המשפט כי "הבת תהיה במשמורת משותפת של אמה ושל אביה, ותשהה שבוע בבית כל אחד מהם לסירוגין" (שם, פס' 19 לפסק הדין), וזאת בגלל רצונה, ולמרות העובדה שהשופט קבע כי האב ההומוסקסואל הוא לדעתו "המשמורן הטוב יותר, הרציונלי, המסור, האחראי והראוי לבת" (שם, פס' 18 לפסק הדין).

לבקשת בעלה לשעבר של האישה, ובוטל רק לאחר פנייתה של האם לבג"ץ⁶⁵. בית הדין הרבני קיבל את טענות הגרוש וקבע כך:

"הואיל והאם מנהלת מערכת קשרי אהבה עם שכנתה, חברתה לחיים, בביתה בנוכחות הילדים, התנהגות זו היא בלתי-מוסרית ופוגעת קשות בנפשם ובחינוכם של הילדים. טובת חינוך הילדים דורשת כי האם תמנע מלקיים מערכת יחסי אהבה עם חברתה בנוכחות הילדים כדי לשמש מופת לחינוך הילדים לערכים מוסריים"⁶⁶.

הטיעון האחר המועלה כדי לתמוך בעמדה שלילד עומדת זכות לשני הורים בני שני המינים הוא "טיעון האומללות", כלומר, החשש שהילד יסבול מכינויי גנאי או מהפליה כתוצאה מכך שאין לו הורים בני שני המינים. על פי טיעון זה, אין התנגדות למשפחה החד-מינית כשלעצמה, אולם קיימת דאגה לשלומם הנפשי של הילד בעולם מגוון, הכולל אנשים סובלניים לצד אנשים שאינם סובלניים. הרצון הוא לגונן על ילד כזה מפני אכזריותם של הלא-סובלניים⁶⁷. ברוח תפיסה זו, ובעקבות פסיקת בית המשפט העליון בעניין ירוס-חקה, הוגשה בינואר 2007, על ידי חבר הכנסת נסים זאב, הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון - אי כשירות לאמץ של בן זוג מאותו מין), התשס"ז-2007, שביקשה לתקן את חוק אימוץ ילדים כך ש"לא יהיה כשיר אדם לאמץ את ילדו של אדם אחר אם היו שניהם בני אותו מין"⁶⁸. בדברי ההסבר להצעה נכתב שמטרת התיקון לחוק היא "להגן על זכויותיו של הילד לגדול ולהתחנך בבית רגיל בו יש שני הורים שיש באפשרותם להעניק לילד חיים רגילים בדומה למרבית הילדים שבסביבתו ולמנוע ממנו סטיגמות ותסביכים מיותרים"⁶⁹.

- 65 בג"ץ 293/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(3) 318 (2001).
- 66 החלטת בית הדין הרבני כפי שהיא מצוטטת בהחלטת בג"ץ, שם, בעמ' 321.
- 67 אלמוג ובנדור מזכירים טיעון זה ודוחים אותו. ראו אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 130. הטיעון מועלה גם בפסיקה. ראו, למשל, C.M. v. C.C., A.2d 377, 821 (1977). כן ראו אלה שגיא "טובת הילד וזכויותיו" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 12, 161, בעמ' 168. לניתוח ביקורתי של הנימוק "כדי שהילד לא יסבול", ראו רוזנבלום וטריגר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 141.
- 68 הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון - אי כשירות לאמץ של בן זוג מאותו מין), התשס"ז-2007, פ/17/1944.
- 69 ברקע להצעת החוק עמד גם פסק הדין בבג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000), שבו הורה בג"ץ למשרד הפנים לרשום אימוץ צולב במרשם האוכלוסין הישראלי על בסיס תעודת האימוץ ממדינת קליפורניה. בכך הרחיב בית המשפט העליון את תחולתה של הלכת פונק-שלוזינגר, לעיל ה"ש 21, גם לעניין רישום אימוץ צולב שנעשה על ידי הורים בני אותו מין. המדינה הגישה בקשה לדיון נוסף על פסק דינו של בג"ץ בעניין ברנר-קדיש. לאחר שנים של עיכובים בדיון, הודיעה המדינה שהיא תתייחס אל פסק הדין המקורי בפרשת ברנר-קדיש כאל הלכה מחייבת, ותרשום במרשם האוכלוסין הישראלי אימוצים צולבים שנעשו בחוץ-לארץ. בעקבות זאת המליץ לאחרונה בג"ץ למדינה למשוך את עתירתה לדיון נוסף. דג"ץ 4252/00 שר הפנים נ' ברנר-קדיש (לא פורסם, 9.12.2007).
- עם מסירת מאמר זה לדפוס התפרסמה יזמתו של שר העבודה והרווחה יצחק הרצוג לאפשר

זאת ועוד, לטענת המתנגדים להורות חד-מינית, נוסף על סבלו הנטען של הילד להורים בני אותו מין קיימת סיבה נוספת לסבל פוטנציאלי. סיבה זו משותפת לכל הילדים שנולדו מתרומת זרע או ביצית אנונימית, ועניינה היעדר ידיעה בנוגע לזהותו של ההורה הביולוגי, והידיעה שאותו הורה שתרום תרומה אנונימית ויתר למעשה על הזרע או הביצית, ואולי אף עשה זאת ממניעים כספיים גרידא⁷⁰.

מעניין שבקיץ 2006 התפרסמה עמדתה של האקדמיה האמריקאית של רופאי הילדים, שלפיה נישואין חד-מיניים מיטיבים עם ילדי בני הזוג, משום שהדבר מחזק את התא המשפחתי, את יציבותו הפסיכולוגית והפיננסית ואת הלגיטימציה החברתית-התרבותית שלו⁷¹.

ג. נישואין, הטרוסקסואליות והורות

החקיקה הישראלית אינה מגדירה את המונחים "משפחה", "הורות", "אב", "אם", "הורה" או "ילד"⁷². אולם ממכלול דברי החקיקה העוסקים בנושא עולה כי הורות במשפט הישראלי היא הורות ביולוגית, ורק במקרים יוצאי דופן תוכר, במגבלות מסוימות, הורות משפטית. כפי שמציין קורין אלדי, בסוגיית ההורות אימץ המשפט הישראלי את גישת ההורות הביולוגית של המשפט העברי ("הורות טבעית" בלשונם של קורין אלדי והחוק), והעדיף אותה באופן ברור על ההורות המשפטית שבאה לידי ביטוי במשפט הרומי⁷³. הדבר בא לידי ביטוי בסעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 ("האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על

לזוגות של הומואים ולסביות לאמץ ילדים מצדדים שלישיים (כלומר, לא את הילד הביולוגי של אחד מבני הזוג). על פי הדיווח בעיתון הארץ, משרד המשפטים מדגיש כי מדובר במתן מענה לכמה פניות של זוגות חד-מיניים לשירות למען הילד, ולא בשינוי מדיניות כולל. אולם השר הרצוג מתכוון להשתמש בפניות הפרטניות כתקדים שיהווה בסופו של דבר שינוי במדיניות כלפי זוגות חד-מיניים המבקשים לאמץ ילד באמצעות שירותי הרווחה של המדינה, ויאפשר להם להיכנס לתור לאימוץ באמצעות המדינה. ראו יובל יועז "הרצוג יוזם: הומואים יוכלו לאמץ ילד, ובישראל" הארץ 16.12.2007. יומתו של השר הרצוג אושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה. מכתב מאת עו"ד רננה אמיר, עוזרת ליועץ המשפטי לממשלה, מיום 7.2.2008, והודעת דובר משרד המשפטים מיום 10.2.2008.

70 טענה דומה ניתן לטעון בנוגע לרגשות הילד כלפי האם הפונדקאית על שמסרה אותו לידי הוריו החוקיים. ראו שגיא, לעיל ה"ש 67, בעמ' 165-166.

71 Larry Buhl, Report: Same-Sex Marriage Helps Kids, PLANETOUT NETWORK, July 6, 2007. קשה לא לראות גם בעמדה זו עמדה אידאולוגית, אשר מחויבת למוסד המשפחה אך ורק אם הוא נוצר באמצעות קשר של נישואין, וייתכן שחוסנם הנפשי של הילדים שנבדקו אינו תוצאה של הנישואין כשלעצמם, אלא של כשירות הוריהם.

72 ראו גם שגיא, לעיל ה"ש 67, בעמ' 170-171.

73 קורין אלדי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 139.

ילדיהם", וכן בסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 ("ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים").

יוצא הדופן היחיד במשפט הישראלי הוא האימוץ, אולם גם שם, כפי שצוין לעיל, ההורות המשפטית אינה גוברת לחלוטין על ההורות הביולוגית, משום שהאימוץ אינו מפקיע את זכויות הירושה של הילד המאומץ כלפי הוריו הביולוגיים. נוסף על כך, הילד המאומץ רשאי, עם הגיעו לגיל שמונה-עשרה, לפתוח את תיק האימוץ ולגלות את זהותם של הוריו הביולוגיים⁷⁴. יתר על כן, בגלל עליונותה של ההורות הביולוגית על ההורות המשפטית, נישואי קרובים מאומצים מותרים במשפט הישראלי, משום שסעיף 16(2) לחוק אימוץ ילדים קובע כי "האימוץ אינו פוגע בדיני איסור והיתר לעניני נישואין וגירושין". במילים אחרות, אישה יכולה לשאת את אחיה המאומץ או את אביה המאמץ כל עוד הם כשירים להינשא על פי המשפט העברי, ואין בכך משום גילוי עריות, מכיוון שהכלל בדבר גילוי עריות עוסק בקשר הביולוגי בין האנשים, ולא בקשר הפסיכולוגי ביניהם.

על פי תאוריית ההורות הפסיכולוגית, הילד נקשר למבוגר אשר מגדל אותו ודואג לצרכיו. לפיכך, גם אם מבוגר זה אינו ההורה הביולוגי שלו, ייתכן שיחסיו של הילד עם אותו מבוגר יהיו משמעותיים וחשובים יותר מיחסיו עם הוריו הביולוגיים, אם יחסים אלה קיימים בכלל. אי-הכרה ביחסיו של הילד עם הוריו הפסיכולוגיים וניתוקו מהם עלולים לגרום לילד נזק משמעותי הרבה יותר מהנזק שנגרם לו, אם בכלל, מכך שאין כל קשר בינו לבין הוריו הביולוגיים⁷⁵. עליונותה של ההורות הביולוגית על ההורות הפסיכולוגית באה לידי ביטוי בשורה של פסקי דין של בתי המשפט בכל הערכאות. כך, לדוגמה, נכתב בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין פלוני:

"בדרך-כלל אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי"⁷⁶.

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעת"מ (ת"א) 1965/05 אסרס נ' מדינת ישראל⁷⁷, עתרו גבר ואישה, היא אזרחית ישראלית והוא אזרח אתיופי השוהה בישראל לא כדין, בבקשה לתת לגבר אינטר-ויוזה, אשר תאפשר לו ולבת זוגו לצאת מן הארץ, להינשא באתיופיה ולחזור לארץ באופן אוטומטי כדי להסדיר את מעמדו, מבלי להגיש בקשה חדשה לוויזה. אחד הנימוקים לעתירתם היה שהשניים מגדלים יחד את בנה בן האחת-עשרה של האישה, ושהעמדת הגבר

74 ש.ם.

75 ראו: JOSEPH GOLDSTEIN, ALBERT J. SOLNIT, SONJA GOLDSTEIN & ANNA FREUD, THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: THE LEAST DETRIMENTAL ALTERNATIVE (1996); Stephanie Moes, *Being Seen and Heard: Webster v. Ryan's Constitutional Protection for Children's Right to Maintain Contact with Foster Parents*, 71 U. CIN. L. REV. 331, 339 (2002)

76 עניין פלוני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 441. אמירה זו צוטטה בהסכמה, בין היתר, בדיון הנוסף בעניין נחמני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 701.

77 עת"מ (ת"א) 1965/05 אסרס נ' מדינת ישראל, תק-מח 1367 (1)2006 (2006).

בסכנה שלא תינתן לו ויזה ושהוא לא יוכל לשוב לארץ תפגע בילד. השופטת דרורה פלפל דחתה את העתירה, תוך שהיא מבטלת את נימוק טובת הילד כעניין של מה בכך⁷⁸. השופטת פלפל מניחה כי מכיוון שאין קשר ביולוגי בין הגבר לבין הילד, לא תהיה פגיעה בילד אם הקשר בין הגבר לבין האם הוא פיקטיבי, כאילו לא ייתכן מצב שבו נוצר קשר רגשי עצמאי בין מבוגר שהוא ההורה הפעיל לבין ילד, ללא תלות במערכת היחסים בין ההורים. שוב מתגלה הקישור האוטומטי בין הלגיטימיות של הזוגיות לבין ההכרה בהורות.

זו כמובן אינה תופעה ישראלית ייחודית, ושיטות משפט שונות, דתיות וחילוניות כאחד, מקנות להורות הביולוגית מעמד עדיף על ההורות הפסיכולוגית⁷⁹. בנובמבר 2006 דחה בית המשפט העליון האוסטרי בקשה לאישור אימוץ צולב במקרה שעובדותיו דומות לעניין ירוס-חקק, בנימוק שרק ההורים הטבעיים (וההטרסקסואלים) יכולים להיות אחראים מספיק לשמש הורים. בית המשפט ציטט בהסכמה את קביעתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין

78 "לגבי הפרידה מהעותר, שטען כי הוא קשור מאוד לקטין, הרי שאם יבחן הקשר ע"י המשיב ואם יימצא כי הקשר כן ואמיתי תאושר הבקשה בתוך 30 ימים לאחר עריכת הבדיקה כאמור, שזו תקופה שגם כן קובע הנהלה, ועל המשיבה מצידה לעמוד בה [...]
זה פרק זמן סביר ואיני צופה כל פגיעה בקטין למעט געגוע טבעי.
באם בתום ימי הבדיקה יימצא שהקשר בין בני הזוג אינו כן, כי אם פיקטיבי ולא תאושר כניסתו לארץ, גם אז הקטין לא יפגע שהרי הוא כלל אינו קשור לעותר.
הטענה כי שהות העותר מחוץ למדינה תשפיע ואף תפגע במרקם החיים של המשפחה שבה האם היא המפרנסת והעותר דואג לקטין, אינה מקובלת עלי.
במציאות חיינו הפך העולם כפר גלובלי אחד, אבות ואמהות מרבים לנסוע במסגרת עבודתם לחו"ל ומשאירים את ילדיהם הקטינים עם ההורה השני או עם אחראי אחר.
מבחינת התוצאה אין שוני בין מצב זה למצב שלפנינו, העותרת ובנה ייפרדו מהעותר לתקופה של 30 ימים. העותרת תמצא סידור חלופי לבנה, ובל נשכח כי אין המדובר בתינוק כי אם בילד בן 11 שנים, שניתן להטיל עליו אחריות לדאוג לעשיית פעולות כגון הכנת שיעורי בית וכו'". ראו שם (החלוקה לפסקות היא במקור).

אמנם, גם אילו היה הגבר אביו הביולוגי של הילד, לא היה בכך כדי לסייע לו לקבל מעמד בישראל, אולם דומה כי במצב זה היה הדיון בטובת הילד עשיר יותר, בגלל הנחת העליונות של ההורות הביולוגית במשפט הישראלי.

79 לסקירה של המדינות בארצות הברית שמכירות בעליונות זכויותיו של ההורה הביולוגי בסכסוכי משמורת עם ההורה הלא-ביולוגי ראו: James G. O'keefe, *Note: The Need to Consider Children's Rights in Biological Parent v. Third Party Custody Disputes*, 67 CHL-KENT. L. REV. 1077, 1081 (1991). ברבות מן המדינות נעשה איוון בין טובת הילד לבין זכותם של ההורים הביולוגיים להיות ההורים המשמורנים. שם. מקובל לראות בפסק הדין Chapsky v. Wood, 26 Kan. 650 (1881) את פסק הדין הראשון שעשה שימוש בשיקול של טובת הילד. לטענה כי החברה האמריקאית מקנה מעמד עדיף להורות הביולוגית ראו: Christina Dugger Sommer, *Empowering Children: Granting Foster Children the Right to Initiate Parental Rights Termination Proceedings*, 79 CORNELL L. REV. 1200, 1212 (1994)

Fretté v. France משנת 2002, שלפיה רק זוג הורים טבעיים בני שני המינים מסוגלים להיות הורים, ובכל מקרה הטלת איסור על גבר הומוסקסואל לאמץ ילד כהורה יחיד אינה מהווה הפרה של סעיפים 8 ו-14 של האמנה האירופית לזכויות אדם.⁸⁰

ההבניה התרבותית של הייררכייה זו חזקה עד כדי כך שילדים מאומצים רבים מבקשים לפתוח את תיקי האימוץ שלהם ולגלות מי היו הוריהם הביולוגיים גם כאשר לכאורה אין כל סיבה לכך (למשל, סיבה רפואית). ניתן כמובן לטעון שמדובר בצורך ביולוגי-פסיכולוגי שקודם להבניה התרבותית, אולם נדמה לי שהתרבות משדרת עדיין מסר חד-משמעי וגורף בדבר עדיפותה של ההורות הביולוגית. כך, למשל, בשנת 1998 עבר תיקון לחוק במדינת אורגון שבארצות הברית אשר אפשר לילדים מאומצים שבגרו לקבל את תעודות הלידה המקוריות שלהם. עד אז קבע החוק במדינת אורגון שתיקי האימוץ ייוותרו חסויים. התיקון לחוק התאפשר בעקבות התארגנות של ילדים מאומצים בארגון ששמו "Bastard Nation" ("אומה ממזרת"), אשר הגדיר את מאבקו כמאבק למען זכויות האדם של המאומצים. עם קבלת התיקון לחוק עתרו יותר מאלפיים וארבע מאות מאומצים בבקשה לפתוח את תיקי האימוץ שלהם. רבים מהם חוו ילדות טובה ואף מאושרת עם הוריהם המאמצים, ובכל זאת התעקשו על בירור זהותם של הוריהם הביולוגיים.⁸¹

מקרה אחד מעניין שבו הועדפה ההורות הפסיכולוגית על ההורות הטבעית בישראל היה בפרשה שנודעה בכינוי "תינוק המריבה". בפרשה זו החליט בית המשפט העליון לאפשר להורים המאמצים להחזיק בתינוק המאומץ למרות עקרון עליונותה של ההורות הטבעית, וזאת בגלל נימוקים של טובת הילד:

"הוצאת הקטין מרשות 'הוריו הפסיכולוגיים' תגרום לו לפגיעה קשה וממשית, ותהפכו לקטין בסיכון. כדי לטפל בו נדרשת הורות מיוחדת, וזו אינה קיימת אצל ההורים הביולוגיים"⁸².

בית המשפט מוסיף על הקביעה הנקודתית גם אמירה כללית אשר שוללת עליונות

80 Austria — Supreme Court: No Second Parent Adoption, www.rklambda.at/dokumente/news_2006/News-en-Stiefkind-Adoption-PA-061122.pdf. על פסק הדין הוגש ערעור לבית הדין האירופי לזכויות אדם: Fretté v. France, E.C.H.R. App. No. 36515/97. (2002). כן ראו: Robert Wintermute, *From "Sex Rights" to "Love Rights": Partnership Rights as Human Rights*, in *SEX RIGHTS*, supra note 58, 186, at p. 190.

81 E. WAYNE CARP, *ADOPTION POLITICS: BASTARD NATION & BALLOT INITIATIVE* 163–169 (2004).

82 ראו עניין פלונית ופלונני, לעיל ה"ש 40, פס' 62 לפסק דינו של הנשיא ברק. פסק הדין עסק בקטין שנמסר לאימוץ ואשר לאחר מכן התחרטה אמו הביולוגית על הסכמתה למסירתו לאימוץ. עם חרטה היא גם חשפה את זהותו של האב הביולוגי (אשר הוסתרה על ידיה עד למועד החרטה). האב הביולוגי דרש גם הוא לבטל את האימוץ, שכן הוא לא היה צד להליך ולא ידע כלל על קיומו של ההיריון ולאחר מכן על לידת בנו.

אֶפֶרִיורית של הורות ביולוגית או הורות פסיכולוגית, ומאיצה בבתי המשפט לבחון כל מקרה לגופו, ללא הטיות אידאולוגיות:

”אין לפסוק על פי הנחות כלליות בדבר טובתם של ילדים, ואין לדרג מראש את חשיבות ההורות הביולוגית, ומנגד ההורות הפסיכולוגית, על פי השקפות אידיאולוגיות. חשיבות הקשר בין הקטין למבוגרים השונים צריכה להיקבע בכל מקרה לגופו, על-פי שיקולים מקצועיים. השאלה האם נגרם לקטין נזק כתוצאה מכך שאינו גדל אצל הוריו הביולוגיים צריכה להבחן עניינית, בהתבסס על המחקרים הקיימים בתחום ועל הנתונים הספציפיים של המקרה. לשם כך נעזר ביהמ”ש, בין השאר, במומחים הבוחנים את הקטין ואת החלופות האפשריות מבחינתו. על רקע מכלול החומר שבפני ביהמ”ש, הוא משיב לשאלה כיצד ישפיע על הקטין הניתוק מהוריו הפסיכולוגיים ומנגד, כיצד תשפיע עליו שלילת הזיקה אל משפחתו הטבעית. הכרעת בית המשפט צריכה להתבסס על תשתית מחקרית, עובדתית ומקצועית. יש להימנע, עד כמה שניתן, מעמדות ערכיות”⁸³.

כפי שכותבת קרול גיליגן, ”מערכת יחסים קרובה אחת, כלומר מערכת יחסים שבה מביע אדם בחופשיות את רגשותיו ומחשבותיו, היא ההגנה הטובה ביותר מפני רוב הבעיות הפסיכולוגיות, בעיקר בתקופות של לחץ נפשי”⁸⁴. אכן, מחקרים פסיכולוגיים רבים מצאו כי בריאות וחוסן נפשי אצל ילדים הם תוצאה של קשר יציב וקרוב עם מבוגר אחד לפחות, ולא פונקציה של קרבה ביולוגית⁸⁵. במילים אחרות, קשר יציב ועשיר עם מטפל או מטפלת או עם הורה חורג או מאמץ עדיף על הורה ביולוגי מזניח או מתעלל.

תפיסה של הורות פסיכולוגית מבכרת את זכותו של הילד לגידול על ידי הורה כשיר על זכותו של הורה ביולוגי להוליד ולגדל את ילדיו שלו, מפני שהיא שמה את הדגש בכשירות, ולא בביולוגיה⁸⁶. לכן הורות פסיכולוגית מחייבת הכרה רחבה יותר בהורות משפטית ובשינוי

83 שם, פס’ 64. פסק דין נוסף שמשמעת ממנו נכונות לבחון את ההורות לגופה, ולהעדיף את ההורות הפסיכולוגית על הביולוגית, הוא ע”א 2034/98 אמין נ’ אמין, פ”ד נג(5) 69 (1999), שבו נקבע כי אין די בסיפוק צרכיו החומריים של הילד, וכי על ההורה לדאוג גם לצרכיו הרגשיים. שם, בעמ’ 81.

84 קרול גיליגן הולדת העונג 30 (דריה שועלי מתרגמת, 2006).

85 שגיא, לעיל ה”ש 67, בעמ’ 166. כמות המחקרים התומכים בממצא זה היא עצומה. ראו, למשל: Leah Matas, Richard A. Arend & L. Alan Sroufe, *Continuity of Adaptation in the Second Year: The Relationship between Quality of Attachment and Later Competence*, 49 CHILD DEVELOPMENT 547 (1978); Schneider E. Lynn, *Attachment Theory and Research: Review of the Literature*, 19(3) CLIN. SOC. WORK J. 251 (1991). אחד החוקרים החשובים ביותר בתחום הוא ג’ון בולבי. ראו, למשל: JOHN BOWLBY, A SECURE BASE: PARENT-CHILD ATTACHMENT AND HEALTHY HUMAN DEVELOPMENT (1988).

86 תפיסת ההורות הפסיכולוגית עלולה גם היא להיות בעייתית, משום שגם היא כשלעצמה אידאולוגית, במובן זה שיש בה משום תכתיב בנוגע להורות ראויה. בכך היא עלולה לסכן הורים ביולוגיים שהורותם אינה עומדת בקנה אחד עם תכתיב זה. לדיון בסוגיה זו ראו, למשל: Katherine

תפיסתי עמוק במשפט הישראלי, אשר מעדיף כאמור באופן ברור את ההורות הביולוגית. אם כן, למרות העליונות המובהקת של ההורות הביולוגית על ההורות המשפטית, ההורות המשפטית הולכת וקונה לה שביטה בתחומים נוספים במשפט הישראלי. חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים), הוא אולי הדוגמה המובהקת ביותר לכך.⁸⁷

1. קדושת הביולוגיה ופולחן הפוריות

כידוע, האהבה הרומנטית כמטרה שהנישואין נועדו להגשים וכסיבה להם נכנסה לתמונה רק בשלב מאוחר מאוד של ההיסטוריה של מוסד הנישואין, במאה התשע-עשרה.⁸⁸ הולדת ילדים, לעומת זאת, הייתה אחת המטרות העיקריות של מוסד הנישואין משחר ההיסטוריה. זוגיות ללא כושר פריון בכוח ובפועל נחשבה (ונחשבת עדיין בחוגים רבים ומרכזיים) לזוגיות לא לגיטימית, ולעתים אף למקימה עילת גירושין.⁸⁹ משפחה גרעינית שבה הצאצאים קשורים בקשר גנטי לשני ההורים נחשבת למצב ה"טבעי" והנכון מבחינה מוסרית, אף שמדובר בהבניה תרבותית ומשפטית.⁹⁰ כפי שהקר מציינת, "הקשר ההדוק שבין נישואין להולדה בא לידי ביטוי בתפיסת העולם הרווחת ש'משפחה' היא משפחה גרעינית המורכבת מזוג הטרוסקסואלי נשוי וילדיו הביולוגיים או המאומצים"⁹¹. הקשר התרבותי והמשפטי בין כושר הפריון (פריון בכוח), הולדת ילדים (פריון בפועל) והלגיטימציה של הזוגיות בא לידי ביטוי בצורה מזוקקת במיוחד בפסק דינו של שופט המיעוט יעקב קדמי בבג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ.⁹²

Bartlet, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives*

When the Premise of the Nuclear Family has Failed, 70 Va. L. Rev. 879 (1984)

Nancy Polikoff, *This Child Does Have*; למשל: *Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, 78 GEO. L.J. 459 (1990)

87 קורינאלדי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 140. החוק קובע כי האישה שילדה את התינוק אינה אמו, וכי הוריו הם "ההורים המיועדים", כהגדרתם בחוק. ראו ס' 8-12 לחוק.

88 YUVAL MERIN, EQUALITY FOR SAME-SEX COUPLES: THE LEGAL RECOGNITION OF GAY PARTNERSHIPS IN EUROPE AND THE UNITED STATES 26-27 (2002); הקר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 916.

89 לעניין העקרות כעילת גירושין במשפט העברי ראו, למשל, אלימלך וסטרין תמורות במעמד האישה במשפט העברי - מסע בין מסורות 49 (2002).

90 Gaia Bernstein, *The Socio-Legal Acceptance of New Technologies: A Close Look at Artificial Insemination*, 77 WASH. L. REV. 1035, 1047 (2002)

91 הקר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 919.

92 בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ).

"המושגים 'בן-זוג' ו'בת-זוג' קשורים בלשונונו קשר בל יינתק במושג 'משפחה'; ואין לך 'משפחה' אלא אם כן 'בן-זוג' ו'בת-זוג' – משני המינים – מרכיבים את תשתיתה (להלן: זוג דו-מיני) [...] הקשר ההופך שני פרטים – משני המינים – ל'זוג' במשמעות הלשונית-חברתית, מתאפיין בהחלטתם של השניים לקיים מסגרת חיים משותפת; ומשותפת' בהקשר זה מבטאת, בין היתר ובמיוחד, חיי אישות שתכליתם הבראשיתית – ומבחינה מושגית אי-אפשר בלעדית – היא להביא צאצאים לעולם: 'ויברך אותם אלהים ויאמר להם אלהים פרו ורבו ומלאו את-הארץ' (בראשית, א, כח [א]). על-כן, לא בכדי קשור המושג 'זוג' בטבורו לפועל המבטא 'הזדווגות'; שה'זוג' וה'הזדווגות' חד הם, ורק במקום שאלה קיימים – ניתן לדבר ב'משפחה'⁹³.

העובדה שיש זוגות הטרוסקסואלים – "דו-מיניים" בלשונו של השופט קדמי – אשר אינם יכולים להוליד או אינם מעוניינים להוליד ילדים אינה מעלה ואינה מפחיתה מהלגיטימציה הבלעדית של הזוג ההטרוסקסואלי הנשוי:

"אכן, לא כל זוג 'מסוגל' – או רוצה – להביא צאצאים לעולם, ולא כל 'זוג' הופך כזה על מנת להביא צאצאים לעולם. ברם, אין ב'חריגים', בהקשר זה, כדי לפגוע במשמעותו המושגית-עקרונית של המושג 'זוג'; ועל-כן, תנאי מוקדם להיותם של שניים 'זוג' – נעוץ בכך שהם בני מינים שונים"⁹⁴.

עובדה זו חושפת את הפן האידאולוגי של הפיריון. השקפת העולם הפטריארכלית שאפה ליצור שליטה של הקהילה בפיריון של הפרטים, וזאת כדי לתחוק את שליטת הגבר ("ראש המשפחה" או "אבי המשפחה") במשפחתו ולהנציחה. כך נוצר הקשר הבל-ינותק בין מין, פיריון ונישואין. כחלק מתפיסת עולם זו, יחסי מין הם לגיטימיים כל עוד הם מתקיימים בין בני זוג הטרוסקסואלים ורק במסגרת המשפחה (כלומר, מוסד הנישואין)⁹⁵.

מכאן שכושר הפיריון פועל באופן רב-עצמה ומקריין על הלגיטימיות של הזוגיות. רק קיומו של כושר פיריון – בכוח או בפועל – הופך את הזוגיות למוכרת, משום שרק זוגיות כזו יכולה לממש את מטרת הפיריון. במילים אחרות, הגדרת הזוגיות כוללת, בצד הדרישה המספרית של הפרטים החברים בה, גם את דרישת הפיריון.

מכך שדרישת הפיריון בישראל של היום הנה פיריון בכוח ("פוריות אידאית", בלשונה של ז'רמיין גריר⁹⁶), ולא דווקא פיריון בפועל, אנו למדים שההטרוסקסואליות הנה מרכיב בסיסי נוסף בהגדרת הזוגיות, משום שבדמיון הפטריארכלי ההטרוסקסואלי, פיריון אפשרי אך ורק כאשר הזוג מורכב מגבר ומאישה. כל אפשרות אחרת עלולה למוטט את הסדר הפטריארכלי, משום שהיא עלולה לרמוז שנשים יכולות להוליד מבלי להיזקק לגבר:

93 שם, בעמ' 768.

94 שם, שם. ראו גם Wintermute, לעיל ה"ש 80, בעמ' 214.

95 Judith Butler, *Is Kinship Always Already*; 1047 בעמ' 90, ה"ש 90, בעמ' 1047.

Heterosexual?, 13(1) DIFFERENCES: A JOURNAL OF FEMINIST CULTURAL STUDIES 14 (2002)

96 ז'רמיין גריר מין וגורל: הפוליטיקה של פוריות המין האנושי 71 (כרמית גיא מתרגמת, 1992).

"הקישור בין הולדה והורות לבין גישואין 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"⁹⁷.

גם בהלכה (העתיקה) וגם במדינה (המודרנית) הפריזון קשור באופן 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 יש מצבים שבהם למרות ההטרסקסואליות לא יינתן רישיון להינשא, וכמובן גם לא רישיון להורות. הדוגמה המובהקת למצב כזה היא יחסי עריות (כלומר, יחסים בין קרובי משפחה מדרגות קרבה מסוימות שהוגדרו בחוק, ובמשפט העברי – גם בין "אשת איש" לבין גבר שאינו "בעלה").

במדינת ישראל האינטרס הקהילתי (היהודי) שבעידוד ילודה (של יהודים) מאפשר ככל הנראה לסדר הפטריוארכלי לדמיין ולקבל הורות הטרסקסואלית שאינה במסגרת מוסד הנישואין הדתי, ואף לא במסגרת זוגיות כלל. הנה כי כן, הורות של יהודים היא המקום שבו הקדמה הצליחה לחדור אל ההסדרים המשפטיים באופן ניכר. ביהדות לא קיים אמנם המושג של "ילדים לא חוקיים" (ממזרות היא עניין נפרד), וייתכן שהעובדה שדיני המעמד האישי נשענים בעיקרם על ההלכה היהודית סייעה לקדמה להכות שורש בתחום ההורות; אך אין ספק שגם מה שכונה בביקורת הפמיניסטית של הציונות "פולחן הפוריות"⁹⁸ עזר לא פחות לגליטימציה ולקבלה, הן החברתית והן המשפטית, של הורות הטרסקסואלית החורגת ממוסד הנישואין.

"פולחן הפוריות" באידאולוגיה הציונית נוצר, לטענת הייזלטון, משילוב של כמה גורמים: רצח מיליוני היהודים בשואה; המצב הביטחוני המעורער של מדינת ישראל כבר מרגע הקמתה (ואכן, לאחר כל מלחמה, מציינת הייזלטון, יש גאות בילודה היהודית⁹⁹); ו"האיום הדמוגרפי", כלומר, החשש שאזרחי ישראל הלא-יהודים יעלו במספרם על היהודים¹⁰⁰. כתוצאה מגורמים אלה, ומכיוון שהאישה היא שיוולדת את הילדים, גויס הרחם לצרכים פוליטיים¹⁰¹, ומעניין שעליו לא הגנה הזכות לפרטיות¹⁰² – הוא אינו שייך עוד לאישה, אלא מגויס למטרות שהן חיצוניות לאישה (ולבן זוגה).

התרבות הישראלית רוויה באידאולוגיית הפריזון עד כדי כך שנדמה לעתים כי מי שבחרים

97 הקר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 920.

98 לסלי הייזלטון צלע אדם: האשה בחברה הישראלית 52-74 (נעמי גל מתרגמת, 1978).

99 בקיץ 2007, תשעה חודשים לאחר מלחמת לבנון השנייה, התפרסמו בעיתונות הנתונים הבאים לגבי הילודה: באתר החדשות ynet נטען כי לפי הנתונים הכלל-ארציים נרשמה ירידה בילודה לאחר המלחמה – ראו נורית פלטר "בייבי כלום" ynet 19.5.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-19.5.2007 nrg באתר החדשות nrg נטען כי בצפון הארץ נרשמה עלייה משמעותית בילודה תשעה חודשים לאחר תום המלחמה – ראו אשרת נגר-לוויט "בייבי בום" בביה"ח זיו בצפת" nrg www.nrg.co.il/online/1/ART1/618/155.html 6.8.2007.

100 הייזלטון, לעיל ה"ש 98, בעמ' 54-57.

101 שם, בעמ' 57.

102 הכוונה היא לכך שאין במשפט הישראלי זכות להפלות. ראו להלן ה"ש 110 והטקסט הצמוד לה.

לא להביא ילדים לעולם נתפסים כחריגים ולעתים אף כראויים לגינוי. הסופרת רונית ליברמנש מצטטת בספרה פגומות את דבריו של פרופ' שלמה משיח, המתהדר בתואר "אבי הפריות המבחנה בישראל", שלפיהם "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"¹⁰³. פרופ' משיח אף מגדיל לעשות ושואל במהלך דיון בישיבת הוועדה לקידום מעמד האישה את השאלה הרטורית הבאה: "מי מאתנו יגיד פה שהוא היה מוותר על ילד? – אף אחד. אולי חלקיקי אחוז מהאוכלוסייה, וגם הם מופרעים"¹⁰⁴.

הניסוח הניטרלי לכאורה מבחינה מגדרית של פרופ' משיח מטעה במקצת, משום שגברים שבוחרים לפרוש מפולחן הפוריות אינם נתקלים באותה עוצמה של ביקורת חברתית כמו נשים שבוחרות לא ליהפך לאימהות. כפי שכותבת כרמל שלו, למרות ההסתייגות התרבותית מנשים לא נשואות שילודות, "המשקל של הציפיה הנורמטיבית מנשים לממש עצמן כאמהות, מגיע עד כדי הסתייגות מוסרית מאלה שבוחרות להימנע מכך"¹⁰⁵. כך, הטכנולוגיה המאפשרת היריון ולידה במקרים שבעבר נחשבו לעקרות, יחד עם הלגיטימציה החברתית של אימהות חד-הורית, משמשות חרב פיפיות אשר במקום לשחרר נשים מהביולוגיה ומייעודן המסורתי, דווקא כובלת אותן ביתר עוצמה לייעוד האימהות הביולוגית¹⁰⁶.

לכאורה היה בטכנולוגיה פוטנציאל לשחרור נשים מייעודן האימהי¹⁰⁷. אולם בפועל ההשפעה הבעייתית של הטכנולוגיה והלגיטימציה החברתית לשימוש בה לא רק מחבלות בשוויון הנשים, אלא יש בהן גם פוטנציאל שמרני בנוגע למשפחות החורגות מן המודל הנורמטיבי. זאת, משום שטכנולוגיות הפרייה הללו מקדשות את ההורות הביולוגית, ה"טבעית", ומעדיפות אותה על ההורות המשפטית. אף שמשפחה חד-הורית מתאפשרת לא מעט בזכות טכנולוגיות הפרייה הללו, ההורות המשפטית וההורות הפסיכולוגית מאבדות מחשיבותן בגלל גיוסן של הטכנולוגיות הללו לצורך התגברות על בעיות פוריות והולדת ילדים ביולוגיים בכל מחיר. כרסומה של הטכנולוגיה בחשיבותה של ההורות הפסיכולוגית וקידוש ההורות הביולוגית עלולים לטמון בחובם כרסום בזכויות הילדים. באופן אירוני, הטכנולוגיות הללו כובלות לא רק את הנשים לייעודן הביולוגי (תחת האידאולוגיה הפטריארכלית), אלא גם את הילדים לייעודם כקניינו של האב.

"ההפרדה הטכנולוגית בין האמהות הביולוגית (של הקשר הגנטי) לבין האמהות הפיזיולוגית (של קשר ההריון והלידה) מלווה בהשלטה של מודל האבהות על מודל האמהות. אם הגנטיקה היא החשובה, הייחוד של כושר הפוריות של האישה – ההריון – הוא משני. בכך הופך הניצחון של ממשל הגבר על האישה למוחלט"¹⁰⁸.

103 רונית ליברמנש פגומות 19 (2005).

104 שם.

105 שלו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 206.

106 שם, בעמ' 207.

107 ז'קלין כהנוב "שלום לאשה הקטנה" ממזרח שמש 282, 284 (1978).

108 שלו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 210.

הממד האידאולוגי של פולחן הפוריות בא לידי ביטוי גם באופן שבו המדינה משתתפת במימון של בדיקות עקרות וטיפולי פוריות מסוימים על ידי הכללתם ב"סל שירותי הבריאות" המופיע בתוספות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. האידאולוגיה נמצאת כאן בשני רבדים: ראשית, הכללת תקציב המימון לבדיקות ולטיפולים הללו תחת הכותרת "בריאות" מרמזת על תפיסה של העקרות כמופרעות או כחולי; ושנית, מכיוון ש"סל שירותי הבריאות" אינו כולל בדיקות וטיפולים מסוימים למחלות, יש כאן סדר עדיפויות ערכי ברור מעצם העובדה שטיפולי הפרייון באים על חשבון תרופות שיכולות להאריך חיי חולים¹⁰⁹.

מעניין שהדיון בסוגיית מימנם של טיפולי ההפריה לזוגות הטרוסקסואלים נשואים מתמקד בשאלת העלויות, ואין כל בחינה של כשירות ההורים המבקשים להיעזר בהפריה מלאכותית. הדבר מחזק כמובן את האוטומטיות של רישיון ההורות כנובעת מההטרוסקסואליות של ההורים הפוטנציאליים.

2. רישיון הורות – העונש על עקרות

רישיון ההורות אינו זר לשיטות משפטיות רבות, לרבות שיטת המשפט הישראלית. יש מקרים שבהם הוא נדרש גם מבני זוג הטרוסקסואלים. שניים מהמקרים הללו הם אימוץ ופונדקאות. כך, למשל, סעיף 6 לחוק אימוץ ילדים קובע תקופת מבחן של שישה חודשים, שרק בסופו יינתן צו אימוץ. סעיף 22 לחוק קובע כי צו האימוץ יינתן רק לאחר שבית המשפט יבחן את התסקיר של פקיד/ת הסעד. לפי סעיף 3 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, על ההורים המיועדים לקבל את אישורה של ועדת האישורים, שמורכבת משני רופאים בעלי תואר מומחה ביילוד ובגינקולוגיה, מרופא בעל תואר מומחה ברפואה פנימית, מפסיכולוג קליני, מעובד סוציאלי, מנציג ציבור שהוא משפטן וכן מאיש דת, לפי דתם של הצדדים להסכם.

במקרים אלה בני הזוג נחשפים לבחינה פולשנית ומדוקדקת, בדומה לבחינה שעוברת אישה המבקשת להפסיק את הריונה בוועדה להפסקת הריון¹¹⁰. ההנחה היא שאי-הפרייון מבטל את הזכות לפרטיות, אפילו של הטרוסקסואלים. זכותם לפרטיות של ההורים הפורים נשמרת משום שאין אפשרות – מעשית או חוקית – לברר את כשירותם לפני שהם מולידים ילדים. בכך, למעשה, רישיון ההורות הוא דרישה שאכיפתה נעשית באופן סלקטיבי תוך שימוש באמת המידה של פרייון.

העובדה שרישיון ההורות מונהג רק לגבי חלק מן ההורים מעידה על הממד האידאולוגי שמאחורי הזכות להורות ועל נכונותה של המדינה לפגוע בה בנסיבות מסוימות. אילו הייתה טובת הילד העיקרון העליון בסוגיית ההורות, אזי היה ראוי לדרוש רישיון הורות מכל מי שמבקש/ת ליהפך להורה.

בתרבויות ובדתות רבות העקרות נחשבת לתוצאה של חטא, ובדרך כלל חטא מיני, כגון

109 לדיון נוסף ולביקורת על המצב הקיים, הרואה בטיפולי פוריות חלק מסוגיית הבריאות, ראו אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 121-124.

110 ראו, למשל, דלילה אמיר "אחראית", 'מחויבת' ו'נבונה' – כינון נשיות ישראלית בוועדות להפסקת הריון" תיאוריה וביקורת 7, 247 (1995).

"הפקרות" מינית¹¹¹. יתר על כן, בעשורים האחרונים התפתחה תפיסה מדעית שלפיה במקרים רבים העקרות היא תופעה פסיכוגנית, כלומר, נובעת ממחלה נפשית, ולא מבעיות אורגניות¹¹². במילים אחרות, הטלת האשם בגבר או באישה העקרים השתנתה מתפיסת העקרות כתוצאה של חטא או פגם מוסרי לתפיסה של פגם נפשי. כך או כך, העקרות נתפסת כ"קללה", ככותרת הפרק בספרה של גריר¹¹³.

הטענה היא, אפוא, כי מבחינה ביולוגית הקשר הזוגי בין שני גברים או בין שתי נשים הוא קשר עקר, שכן אישה בקשר לסבי אינה יכולה להרות בעקבות קיום יחסי מין עם בת זוגה. ניסוחו של טיעון זה כ"ביולוגי" הופך אותו לכאורה לניטרלי מבחינה ערכית, לעובדה מדעית פשוטה. האומנם זו עמדה נטולת שיפוט ערכי המתבססת על עובדה מדעית? לפחות לגבי לסביות טענה זו שגויה כיום מבחינה מדעית, משום שבאמצעות טכניקת השיבוט ניתן ככל הנראה להפרות ביצית בביצית¹¹⁴.

אם מביאים בחשבון שאמת המידה היא המשפחה הגרעינית ה"מסורתית", כלומר זו המורכבת מבני זוג הטרוסקסואלים הנשואים זה לזה¹¹⁵, ההטיה האידאולוגית שבהנחת העקרות ההומולסבית מתבהרת (שכן עקרות הטרוסקסואלית – כפויה או מבחירה – לעולם אינה מונעת הכרה בזכות לזוגיות או להורות). ההטיה האידאולוגית מתערטלת מאצטלת ה"מדעיות" גם כאשר בוחנים את הנסיבות שבהן החוק הישראלי מוכן להכיר בהורות שאינה במסגרת נישואין הטרוסקסואליים. כזכור, בשנת 1992, שנתיים לפני פסק הדין פורץ הדרך בעניין דנילוביץ¹¹⁶,

111 גריר, לעיל ה"ש 96, בעמ' 75-76. כפי שגריר מציינת, ברבות מן התרבויות (בעיקר בתרבויות פוליגמיות) עקרות, מעצם הגדרתה, יכולה להיות רק של אישה, ומקובל לחשוב "שכל גבר פורה אלא אם כן סורס". שם, בעמ' 55. התנ"ך, סיפורי עם רבים ויצירות אמנות רבות מספור משופעים כולם בסיפורי עקרות, והם תמיד סיפוריהן של נשים עקרות.

112 שם, בעמ' 84.

113 שם, בעמ' 77. כפי שמציין אברהם לייטמן, אי-פוריות של בני זוג נובעת מן הסיבות הבאות: ב" 40% מהמקרים הסיבה לאי-הפוריות היא הגבר; ב" 30% מהמקרים הסיבה היא הפרעות בביזין; בכ" 20% מהמקרים מדובר בליקויים בחצוצרות או ברחם האישה; ובכ" 10% מהמקרים מדובר באי-פוריות בלתי מוסברת", כלומר, שלא נמצא ליקוי שגורם לאי-הפוריות. אברהם לייטמן "מהו הריון מסוג אחר" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 12, 13, בעמ' 13-14.

114 ראו: Kerry Lynn Macintosh, *Illegal Beings: Human Clones and the Law* 151 (2005); יהושע דור ודניאל זיידמן "טכנולוגיות חדשניות בהפריה חוץ-גופית – פריצת הגבולות ברביית האדם" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 12, 46, בעמ' 58; Steve Connor, *The Prospect of All-Female Conception*, *The Independent* (13.4.2007). בספטמבר 2006 פורסם כי משרד הבריאות התיר לזוג נשים לסביות לבצע פונדקאות באופן שביצית מאחת מבנות הזוג תופרה בורע ותושלל ברחמה של בת זוגה. עוד קבע משרד הבריאות כי התינוק שיוולד יירשם כילדה של האישה שנשאה אותו ברחמה, ואילו בת הזוג שתרמה את הביצית תצטרך לפתוח בהליכי אימוץ כדי להירשם כאמו של התינוק. ראו: www1.maariv.co.il/online/43/ART1/475/882.html.

115 בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 554.

116 לדיון מרתק בשאלה עד כמה פסק הדין בעניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 92, מהווה הכרה בזוגיות

נכנסו המשפחות ה"חד-הוריות" לספר החוקים של מדינת ישראל. חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"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 שחווה משפחה שבראשה מבוגר אחד שונים מאלה שחווה משפחה שבראשה שני מבוגרים. למרות ניסוחו בלשון זכר, הניטרלית כביכול, היה ברור, לנוכח העובדה שנשים הן שעומדות בראשן של רוב המשפחות החד-הוריות, כי החוק נועד לטפל במידה רבה במצוקתן הכלכלית של נשים אימהות אשר נאלצות לגדל ולפרנס את ילדיהן לבדן¹¹⁷.

אולם שש-עשרה שנים לאחר הכרת המחוקק הישראלי במשפחות החד-הוריות דומה כי הכרה מלאה במשפחות חד-מיניות אינה בהישג יד עדיין, וזאת למרות ההתפתחויות החשובות שחלו בפסיקה, ואולי, במידה מסוימת, גם בגללן¹¹⁸. אחת הסיבות העיקריות היא מגבלותיה של גישה ה"כמו", כלומר, החסרונות הטמונים בניסיון להראות כי המשפחה ההומוסבית היא "כמו המשפחה ההטרוסקסואלית"¹¹⁹. השימוש במשפחה הגרעינית ההטרוסקסואלית כאמת המידה שלפיה תיבחן מידת הלגיטימיות של משפחות שאינן עונות על מודל זה חושף את האידאולוגיה הפטריארכלית שביסודה וכן את החשש מפני הפוטנציאל החתרני הגלום במשפחה החד-מינית¹²⁰, אשר מאיים להביא, בסופו של דבר, לידי התמוטטותו של הסדר הפטריארכלי. הנה כי כן, המשפחה החד-מינית ממוקמת בצומת המסוכן ביותר מנקודת המבט הפטריארכלית – הן ההורים (זוג הגברים או זוג הנשים) העומדים בראשה, אשר קוראים תיגר על ההטרוסקסואליות הפטריארכלית, והן הילדים הגדלים בתוך משפחה זו, כפי שיפורט בחלק הבא.

Aeyal M. Gross, *Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-Recognition of Same-Sex Couples in Israeli Law*, in LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX PARTNERSHIPS: A STUDY OF NATIONAL, EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW 391, 394–402 (Robert Wintemute & Mads Andenaes eds., 2001)

117 ראו את דבריה של חברת הכנסת אורה נמיר בדיון בהצעת חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992, בקריאה הראשונה: www.knesset.gov.il. ההכרה במשפחות חד-הוריות נכללה במסגרת ההמלצות של צוותי הוועדה למעמד האישה משנת 1978, שבראשה עמדה נמיר. כלומר, כבר משלב מוקדם יחסית היה ברור שהמונח הניטרלי לכאורה "משפחה חד-הורית" מתייחס, בדרך כלל, למשפחה שבראשה עומדת אישה. ראו "צוותי הוועדה למעמד האישה – סיכומי דיון וממצאים כפי שהוגשו ליו"ר הוועדה" 241–233 (1978).

118 כאן אני מכוון להסתייגויותיהם של שופטי הרוב (שנידונו בפתיחת המאמר) מהכרה בתא הזוגי ההומוסבית בעניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 13, ובהכרה בנישואי הומואים ולסביות שנערכו בקנדה אך ורק לצורכי רישום בעניין בן-ארי, לעיל ה"ש 21.

119 לביקורת על גישה ה"כמו" ראו Gross, לעיל ה"ש 116, בעמ' 413.

120 ובמידה רבה גם במשפחה החד-הורית, אשר דומה עוד פחות למודל הפטריארכלי, כי בראשה הורה אחד בלבד.

ד. רישיון הורות: נקודת המפגש בין זכויות ההורים לזכויות הילד

אם אינה האשה הנושאת אותך בתוך רחמה, אלא האשה המגדלת אותך, או הגבר המגדל אותך.
אוריאנה פאלאצ'י מכתב לילד אשר לא נולד¹²¹

אחת האמירות – שנהפכו 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 הורים¹²². קיומה של זכות להורות כעניין מובן מאליו וטבעי, מחד גיסא, והיעדר הצורך ברישיון (לעומת פעולות הרות גורל פחות מהולדת ילדים וגידולם, דוגמת פתיחת בית קפה, אשר מחייבות רישיון ופיקוח), מאידך גיסא, צריכים לעורר תמיהה¹²³.

הרעיון מאחורי דרישת הרישיון הוא שהרשויות יערכו בדיקת כשירות כלשהי של המבקש או המבקשת, תוך שמירה על קשר רציונלי בין הדרישות שיש לעמוד בהן כדי לקבל רישיון לבין הפעילות שביצועה מותנה בקיומו של רישיון. זוהי בדיקה מראש של הכשירות (ex ante), במטרה למנוע נזק שעלול להיגרם אם יינתן רישיון לאדם הלא-נכון.

בשאלת הכשירות להורות הרשויות מתערבות, אם בכלל, רק לאחר שהילדים נולדו (ex post), כאשר מסתבר שההורים אינם כשירים. כלומר, החשיבה התרבותית והמשפטית בנוגע להורות היא שהטרנסקסואלים כשירים להיות הורים כל עוד לא הוכח אחרת, וניתן להוכיח אחרת רק אם הם נהפכים 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 ברפואה – כל אלה מחייבים עמידה בבחינות ובאמות-מידה לפני התחלת ביצוען של הפעולות הרלבנטיות. לא נותנים למנתח להרוג חולים כדי לשלול ממנו את האפשרות לנתח; הוא אינו יכול להתחיל לנתח אם לא הוכיח שיש בידי הכישורים המתאימים. יתר על כן, במקצועות רבים כדי לקבל רישיון נדרשת גם תקופה ארוכה של התמחות תחת פיקוחו של בעל מקצוע מורשה ומנוסה, שיכול למנוע מן המתמחה שגיאות או לתקנן – זכרו את המורה לנהיגה ואת דושת הבלם המותקנת למרגלות מושבו.

ההצעה לרישוי הורות נשמעת הגיונית אף יותר אם מביאים בחשבון שרבים מן ההורים המתעללים היו בעצמם ילדים שעברו התעללות מידי הוריהם. במילים אחרות, לנזק שהורים גורמים לילדים יש השלכות לטווח ארוך בהרבה משנהוג לשער, והוא כולל גם נזק פוטנציאלי לילדי ילדיהם והנצחת מעגל ההתעללות¹²⁴. מכאן שמדובר לא רק בזכויות ילדיהם של ההורים

121 אוריאנה פאלאצ'י מכתב לילד אשר לא נולד 73 (שולמית אהרן מתרגמת, 1978).

122 לדיון מקיף ושיטתי בזכות להורות ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א, 139–214 (מהדורה שנייה, תשנ"ה).

123 לעניין זה ראו גם: Hugh LaFollette, *Licensing Parents*, 9 PHIL. & PUBL. AFF. 182, 183–185 (1980).

124 שם, בעמ' 185 והאסמכתות המצוטטות שם.

אל מול הזכות להורות, אלא גם בזכויותיהם של כל הצאצאים העתידיים. התעללות של הורים בילדיהם גם מגבירה את הסיכוי שהילדים ילקו בהפרעות התנהגותיות שונות, לרבות התמכרויות, פשיעה ומחלות פסיכולוגיות ואורגניות כאחד¹²⁵.

ברם, לא כך כאשר מדובר בהורות הטרוסקסואלית נורמטיבית. אציין כאן כי יש סוגים של הורות הטרוסקסואלית אשר חייבו באופן היסטורי – ובמידה רבה מחייבים גם כיום – קבלת "רישיון" מראש, וזאת בשל דעות קדומות שקשורות למוצא ולמעמד חברתי-כלכלי. גם אימוץ הטרוסקסואלי נעשה כמובן, כפי שהוזכר לעיל, רק לאחר קבלת "רישיון הורות" כזה, אולם אימוץ הטרוסקסואלי אינו קשור לעצם ההכרה בזוגיות; זוגיות הטרוסקסואלית מוכרת באופן עצמאי ובמנותק משאלת הכשירות הביולוגית להולדה.

כאשר מדובר באימוץ, טוען גולדשמידט, אין מדובר עוד בזכותם של ההורים הפוטנציאליים להורות (אל מול זכותו של הילד שעוד לא נולד¹²⁶), אלא בזכותו של הילד "לגדול בתא משפחתי תקין, אשר יספק לו את כל הנדרש להתפתחותו ולגדילתו עד להיותו בוגר שיעמוד ברשות עצמו"¹²⁷. אלא שאימוץ צולב, דוגמת האימוץ שהתבקש בעניין ירוס־חֶקֶק, שונה מן המודל הקלסי של אימוץ שבא לידי ביטוי בחוק אימוץ ילדים, 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 הומוסביים הוא אנלוגי ללידת ילדים בתאים משפחתיים הטרוסקסואליים: שניהם קורים מבלי לבקש אישור מראש מן המדינה. אלא שהראשון זקוק לאישור כדי לזכות בהכרה משפטית פורמלית, הוא "רישיון ההורות", ואילו האחרון זוכה בהכרה זו באופן אוטומטי.

לעומת זאת, אימוץ על ידי הורה יחיד (למשל, אישה רווקה) או הסכם פונדקאות שנחתם בעבור אישה רווקה משתייכים לכאורה לאותה משפחה של מקרים יחד עם ההורות ההומוסבית – "לכאורה", משום שלהבדיל מהמשפחות ההומוסביות, התא המשפחתי שבראשו אישה או גבר רווקים זוכה כיום בהכרה משפטית במשפט הישראלי, בעקבות חוק משפחות חד-הוריות. במובן זה, גם אישה אשר יולדת ילד מתרומת זרע ומגדלת אותו לבדה פועלת בתוך המסגרת הפטריארכלית, הרואה בילד קניינו של ההורה, ולכן אינה נדרשת לקבל רישיון הורות מראש. נוסף על הקטגוריות שנמנו לעיל, יש קטגוריות נוספות שבהן נדרש מן ההורים הפוטנציאליים רישיון הורות או לפחות מועלות תהיות באשר לכושרם להיות הורים: הורים קשישים, אסירים ואנשים הלוקים בשכלם או בנפשם.

באשר להורים קשישים, דיווחים על נשים בנות חמישים ומעלה אשר יולדות גם לאחר הפסקת המחזור החודשי ספוגים בביקורת על נשים אלה ועל בחירתן ללדת בגיל כה מאוחר. נוסף על כך מושמעות דרישות לקביעת גיל מרבי לביצוע הפריות חוץ-גופיות, כדי למנוע לידתם של ילדים אשר יגדלו על ידי אישה שיכולה להיות סבתם מבחינת גילה ואשר צפויים להתייתם בגיל צעיר מאוד. המחשה נוספת לאופיו הפטריארכלי של רישיון ההורות האוטומטי

125 ש.ם.

126 הדיון המפורסם ביותר במשפט הישראלי בנושא טובת הילד שלא נולד, מבעד לפריזמה של רעיון "ההולדה בעוולה", מצוי בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד (מ) 85 (1986).

127 גולדשמידט, לעיל ה"ש 24, בעמ' 238.

ניתן לראות בעובדה שבעוד אישה המסתייעת בטכנולוגיות פרוץ כדי ללדת בגיל מבוגר נחשבת למי שפוגעת בטובת הילד, גבר קשיש המוליד ילדים (מבלי להזדקק לטכנולוגיות אלה) נחשב לרב־און ולמי שכוונו עדיין במותניו. כלומר, הוא מפגין את גבריותו¹²⁸. אמנם, גם גברים קשישים המולידים ילדים נתקלים מדי פעם בביקורת ומואשמים באנוכיות ובשלילת זכותו של הילד לאב בריא ומתפקד¹²⁹. אולם המציאות היא שגברים קשישים שמולידים ילדים אינם נתקלים בביקורת על "אנוכיותם" באותה עוצמה כמו נשים קשישות שילדות. לאחרונה, כפי שמדווח ה־*New York Times*, ידוענים רבים מולידים ילדים בגיל מבוגר: רוד סטיוארט (60), קני רוג'רס (65), פול מקרתני (61), חוליו איגלסיאס (63) ואחרים¹³⁰. בעשור הקודם שלושה מן האבות המבוגרים המפורסמים היו אנתוני קווין (שהוליד בגיל 78), קלינט איסטווד (בגיל 65) ויאסר ערפאת (בגיל 65)¹³¹.

יש לציין שדווקא בנוגע לאבהות מאוחרת הולכות ומצטברות ראיות לכך שהיא עלולה לפגוע בבריאותם של התינוקות. מכיוון שאיכות הזרע של הגבר יורדת עם השנים, עולה הסכנה שהתינוק שיוולד לגבר מבוגר ילקה באוטזם, בסכיזופרניה, בפגמי גדילה קשים ובפגמים נוספים¹³². אבל הורות מאוחרת מביאה עמה גם יתרונות: הורים קשישים כבר אינם מוטרדים מהקריירה או מהעבודה, הם בטוחים יותר בעצמם ופנויים להקדיש תשומת לב רבה יותר לילדים¹³³.

מי שנוזקים עדיין בשיטות משפט שונות לרישיון הורות ללא קשר לנטייתם המינית הם אסירים. בארץ הזכות להורות של אסירים הוכרה דרך הזכות להתייחדות עם בן/בת הזוג¹³⁴. בבג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר¹³⁵ הוכרה זכותו להורות של יגאל עמיר, רוצח ראש הממשלה יצחק רבין, ונקבע כי שירות בתי הסוהר לא חרג מסמכותו בהרשותו העברת דגימת זרע של עמיר לאשתו כדי להפרותה. בית המשפט הרחיב עוד בנקודה זו, ומדבריו משתמע כי בישראל יש לאסירים רישיון הורות אוטומטי:

"זכותו של אסיר להורות ולמשפחה הינה זכות אדם חוקתית, שאינה מופקעת באורח מתחייב מאליו מעצם עונש המאסר אף כי היא עשויה לשאת מגבלות שונות עקב תנאי המאסר. משכך, אין צורך בקיום הסמכה בדין לנציב שב"ס, להתיר לאסיר לממש היבטים כאלה או אחרים של הזכות למשפחה ולהורות הנתונות לו כפועל יוצא של

128 דור וזידמן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 48-49. ראו גם אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 131; שגיא, לעיל ה"ש 67, בעמ' 167-168.

129 Thomas Vinciguerra, *New Sparks From Old Fires*, THE NEW YORK TIMES (12.12.1996);
130 Thomas Vinciguerra, *He's Not My Grandpa. He's My Dad.*, THE NEW YORK TIMES (12.4.2007).

130 ש.ם.

131 ש.ם.

132 ש.ם.

133 ש.ם.

134 ראו, למשל, בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477 (1987).

135 בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, תק"ע על 2006(2) 3564 (2006).

זכויות אדם מוכרות בישראל. שלילת האפשרות למימוש זכות ההולדה וההורות של האסיר היא הטענה עמידה במבחני הפגיעה החוקתית המותרת. מצב כזה יתקיים מקום שמול הזכות להורות ולמשפחה של האסיר ניצב ערך נוגד בעל משקל המצדיק גריעה מן הזכות ביחסיות ראויה, בהתחשב במשקלם היחסי של הערכים הנוגדים. בענייננו, עומדת לעמיר, כמו לכל אסיר, זכות אדם למשפחה ולהורות. הזכות להקים משפחה ולהביא ילדים לעולם לא הופקעה ממנו מעצם הענישה שנגזרה עליו גם אם שלילת החירות הנלווית למאסר שוללת את יכולת האסיר לממש באופן מלא את חיי המשפחה. אין, על כן, צורך בהסמכה מפורשת של נציב שב"ס כדי ליתן ביטוי מעשי למימוש זכות זו, הטמונה במערך זכויות העל החוקתיות של האדם בישראל¹³⁶.

בתחילת המאה העשרים היה נהוג בארצות הברית לעקר פושעים פליליים וחולי נפש, מתוך תפיסה כי אין לאפשר לאנשים אלה להוליד צאצאים. הנימוקים למדיניות העיקורים שילבו שיקולים אוגוניים, כלומר השבחת הגזע, עם שיקולים של רישיון הורות, כלומר, החשש שילדים אשר נולדים להורים שאינם מסוגלים לגדלם ייפלו לנטל על המדינה¹³⁷. פרשה מוזעזעת במיוחד היא סיפור עיקורה של קרי בק, אשר נעשה לכאורה בשל פיגור שכלי תורשתי שפגע בכושר השיפוט המוסרי שלה¹³⁸. השופט אוליבר ונדל הולמס, שכתב את דעת הרוב (של שמונה שופטים) בפסק הדין שאישר את מדיניות העיקורים של מדינת וירג'יניה, תיאר את קרי בק, את אמה ואת בתה כלוקות בפיגור, וקבע כי "[t]hree generations of imbeciles are enough". אולם, כפי שהראה סטיבן ג'יי גולד, קרי בק, אמה ובתה לא סבלו כלל מפיגור שכלי, ובכל מקרה רוב הצורות של פיגור שכלי אינן מועברות בתורשה. קרי בק נכלאה במוסד, פשוטו כמשמעו, משום שהרתה לאחר שנאנסה, והדבר נגד את תפיסות המוסר של אותה תקופה¹³⁹. כאמור, בעיות פריון המונעות זוגות הטרוסקואלים מלהוליד ילדים ללא התערבות חיצונית נתפסות כפגם מוסרי, ההופך את בני הזוג ללא כשירים אלא אם כן הוכיחו אחרת¹⁴⁰. תפיסה זו מאפיינת תרבויות רבות, ומהווה נדבך מרכזי בסדר החברתי הפטריארכלי¹⁴¹.

136 שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. לאחרונה פסק בית הדין האירופי לזכויות אדם כי אין למנוע מאסיר עולם הורות באמצעות מניעת גישה למרפאה המבצעת הפריות מלאכותיות: Dickson v. the United Kingdom (App. No. 44362/04) 4.12.2007, available at cmiskp.echr.coe.int//tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1.166DEA398649&key=66666&sessionId=4037867&skin=hudoc-en&attachment=true

137 מדיניות העיקורים של פושעים פליליים נידונה ונפסלה ב־ Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

138 Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927) (להלן: עניין *Buck v. Bell*).

139 Stephen J. Gould, *Carrie Buck's Daughter*, 93 NATURAL HISTORY 14 (1984). ראו גם: PEGGY COOPER DAVIS, *NEGLECTED STORIES: THE CONSTITUTION AND FAMILY VALUES* 169–170 (1998).

140 גריר, לעיל ה"ש 96, בעמ' 54.

141 שם: "בחברות רבות הרעיון של אחריות אנושית להמשכיות המין מונח ביסודה של המערכת

בישראל, שבה דיני הנישואין והגירושין הנם דינים דתיים, הדבר מושרש במיוחד, משום שלפחות ביהדות, המשפחה מבוססת הן על זוגיות הטרוסקסואלית, המבטאת אחדות בין בני זוג, והן על מצוות הפרייון¹⁴². כלומר, הזוגיות הטרוסקסואלית הנורמטיבית וההורות הטרוסקסואלית הנורמטיבית חד הן, והאחת מאששת את האחרת ונובעת ממנה.

מכאן עולה כי הזכות לפרטיות זכאים רק בני זוג הטרוסקסואלים אשר יכולים להוליד ילדים ללא התערבות חיצונית. הצורך בהתערבות חיצונית, בין באמצעות אימוץ ובין באמצעות הפריה מלאכותית, מצמצם את תחולתה של הזכות לפרטיות על הנזקקים להתערבות זו, ככל שהדבר נוגע בזכותם להורות. הם נהפכים למפולשים, ולמדינה מותר להיכנס לא רק אל חדר המיטות שלהם, אלא לכל חדרי הבית, כדי לבחון את "מסוגלותם ההורית"¹⁴³. כך גם לגבי משפחות חד-הוריות, הנחשבות ל"משפחות חסרות"¹⁴⁴.

חשוב לזכור כי הזכות לפרטיות (ומכוחה הזכות להורות) חלה על בני זוג הטרוסקסואלים הנזקקים להתערבות חיצונית מסוג של הפריית מבחנה. הללו אינם צריכים לעבור הליך מתיש ומדוקדק של בדיקת "מסוגלות הורית" כמו "המשפחות החורגות" האחרות, והדבר מחזק את המסקנה בדבר הקשר העמוק בין הורות אוטומטית לבין זוגיות הטרוסקסואלית.

אם כן, ככלל, ההטרוסקסואליות של הגבר או האישה היא "רישיון ההורות" שלהם. זכותם להורות נובעת מהיותם הטרוסקסואלים, וניתן לשלול אותה רק בדיעבד, לאחר שנגרם כבר נזק לילד. במילים אחרות, כאשר מדובר בזכות להורות, החזקה המשפטית היא שלהטרוסקסואלים (למעט החריגים שצוינו לעיל) יש זכות מוקנית להורות, והרוצה לשלול אותה, עליו הנטל להצדיק זאת. הוא יוכל להצדיק זאת רק אם יוכיח שההורים נכשלו בפועל בתפקידם, כלומר, כבר גרמו נזק. כאשר מדובר בהורים הנתפסים על ידי המשפט והתרבות כ"חריגים", החזקה הפוכה: אין להם זכות להורות, ואם הם רוצים בזכות כזו, עליהם הנטל להפריך את החזקה שלפיה הם אינם מסוגלים להיות הורים נאותים.

הצעה מעניינת רישויי מבוגרים הרוצים ליהפך להורים הועלתה בקנדה לפני כעשור. Katherine Covell, פרופסור לפסיכולוגיה, ו-Brian Howe, פרופסור למדע המדינה, הציעו להנהיג חובת רישוי על כל מי שתפצים ליהפך להורים¹⁴⁵. השניים הוטרדו משיעור הרציחות הגבוה של פעוטות על ידי הוריהם (כפול משיעור הרצח של בוגרים) ומהעלייה בשיעור הילדים הלוקים בבעיות התנהגותיות ונפשיות – כישלון בלימודים, נשירה מהלימודים, עבריינות

המוסרית כולה. התפתחות הקבוצה – בין אם מדובר במשפחה, בשבט או באומה – תלויה בתרומה שמרים היחיד בשירותה בחומר, ברוח ובהתעצמות וצבירת כוח".

142 שיפמן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 648-649.

143 בארצות הברית ידוע לשמצה פסק הדין בעניין *Hardwick v. Bowers*, 478 U.S. 186 (1986), שבו נקבע כי הזכות לפרטיות אינה חולשת על חדר המיטות של בני זוג הומואים. הלכה זו נהפכה רק בקיץ 2003: *Texas v. Lawrence*, U.S. 558 (2003).

144 בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 562.

145 Katherine Covell & R. Brian Howe, *A Policy of Parent Licensing*, *OPTIONS POLITIQUES* 32, 33 (1998).

פלילית, פעילות מינית בגיל צעיר, הריונות בגיל צעיר, דיכאון והתאבדות, ועוד¹⁴⁶. הפרמטרים שיש לשקול לדעתם בהליך הרישוי הם גיל, רמת השכלה, יציבות רגשית, בריאות, מעמד כלכלי והיסטוריה של גידול ילדים¹⁴⁷.

כבר מקריאה ראשונה של הצעתם מתברר שאילו התקבלה, מבוגרים רבים מאוד לא היו זוכים ברישיון הורות. כפי שלמדנו מעניין *Buck v. Bell*, חלק מאמות המידה שהמחברים מציעים הן אמות מידה אידאולוגיות יותר מאשר מדעיות, ולא ברור כיצד ייקבע הגבול במקרים של בעיות נפשיות או יכולת כלכלית מוגבלת. האם מן הראוי לשלול מעניים את הזכות להיות הורים? האם מחלות נפשיות שניתן לטפל בהן בנקל באמצעות פסיכותרפיה או תרופות פסיכיאטריות יכללו בקטגוריה של "חוסר יציבות רגשית"?

המחברים טוענים, ובצדק, כי בחסות הזכות להורות מוסרים תיגוקות להורים מכורים לסמים, להורים מזניחים או להורים מתעללים¹⁴⁸. אולם השאלה היא אם המקרים הקיצוניים הללו צריכים להנחות אותנו, וכיצד הם רלבנטיים להורים אוהבים ותומכים אשר חיים מתחת לקו העוני? תשובתם של המחברים היא שהורות רעה אמנם תורמת להפצת עוני ואבטלה, אולם אין היא בהכרח תוצאה של עוני ואבטלה. המחברים סבורים כי "הורות אפקטיבית" (effective parenting), כלשונם, כרוכה בידע ובהבנה לגבי התפתחות הילד/ה, במחויבות לגידול/ה ובהצגת מודל חיובי לחיקוי לילד/ה. הורות אפקטיבית מותנית בתמיכה חברתית, ואינה נגזרת של מעמד חברתי כלכלי או של מין ההורה¹⁴⁹.

Howe ו־Covell סבורים כי יש להפסיק לחשוב על הורות כעל זכות, ולהעבירה לקטגוריה של זכות יתר (פריבילגיה)¹⁵⁰, בדומה לכל הפעילויות האחרות המחייבות רישוי. מדבריהם משתמע כי ההכרה הנוכחית בהורות כזכות היא ססמה ריקה, המבטאת דווקא זילות של ההורות ושל זכויות הילדים. לשיטתם, ההכרה בהורות כזכות אינה ראויה גם מנקודת מבט תועלתנית. העלויות של הורות רעה מבחינת החברה, הנובעות בעיקרן מנשירה ממערכת החינוך ומפשיעה, הן עצומות¹⁵¹. לפי מחקר אמריקאי שהם מצטטים, ילד שמגודל היטב על ידי הוריו ("well-reared child") מכניס לכלכלה כמיליון דולר, בעוד ילד שגדל אצל הורים לא כשירים עולה לחברה כשני מיליון דולר¹⁵². לטענתם, שינוי ההכרה בהורות מזכות לזכות יתר הוא שיביא לידי ביטול מוחלט וראוי של תפיסת הילד כקניינו של ההורה. הורים רבים סבורים עדיין שזכותם לגדל את ילדיהם כפי שהם בוחרים, ואם הם אינם מתעללים בילדים או מזניחים אותם בצורה קיצונית, המדינה אינה יכולה בדרך כלל לעשות דבר, אף אם הם מפירים את זכויות הילדים. כל זאת משום שהתפיסה הקניינית שביסוד ההורות מאפשרת להורים לעשות בילדים כרצונם¹⁵³.

146 ש.ש.

147 ש.ש.

148 ש.ש.

149 ש.ש. בעמ' 34.

150 ש.ש.

151 ש.ש.

152 ש.ש.

153 ש.ש.

מודל הרישוי המוצע על ידי Howe ו-Covell מושתת על שלושה עקרונות שייסקרו כאן באופן כללי¹⁵⁴. ראשית, על ההורה המיועד להוכיח מיומנויות חיים בסיסיות ויכולת להיות אחראי לחייו שלו בטרם מניחים לו לקבל אחריות לחיים של ילדים. הצעתם היא לבחון את האחריות לא בפרספקטיבה כלכלית, אלא מבעד לפריזמה של תפקוד פיזי, תפקוד חברתי ובשלות רגשית. לדעתם, סיום לימודים בבית ספר תיכון מהווה אינדיקציה ראויה לקיומם של כישורים אלה. העיקרון השני שבבסיס מודל הרישוי הוא חיובם של הורים מיועדים לחתום על חוזה שבמסגרתו הם מתחייבים לא להתעלל בילדם או להזניחו, וכן לא לחשוף את ילדם להתעללות או להזנחה על ידי צד שלישי¹⁵⁵. הפרה של התחייבויות חוזיות אלה עשויה להוביל לביטולו של רישיון ההורות, והדבר יובהר להורים החותמים על החוזה. לבסוף, הורים מיועדים יידרשו להשלים קורס הורות שיעסוק בהתפתחותם של תינוקות כתנאי לקבלת רישיון ההורות¹⁵⁶.

את הרישיון יהיה צריך לחדש מדי כמה שנים, והתנאי לחידושו יהיה השתתפות בקורסי המשך, שיעסקו בשלבי התפתחותם של הילדים (גיל הגן, בית הספר היסודי, גיל ההתבגרות). גירושין, מותו של הורה או של אח, נישואין מחדש של אחד ההורים ומקרים אחרים יובאו גם הם בחשבון על ידי הרשויות, ובמקרים מתאימים ייפסלו בגינם רישיונות ההורות. המחברים מציעים להחיל את דרישת הרישיון על כל ההורים בקנדה, ביולוגיים ומאמצים כאחד¹⁵⁷. גישתם היא שטובת הילד תהווה השיקול היחיד בהענקת רישיון ההורות, בסירוב להעניקו או בשלילת רישיון הורות שניתן¹⁵⁸.

ה. על הקשר בין רישיון הורות לבין הכרה במשפחות החורגות

איזו מטרה מקדם הרעיון שלפיו הכרה בהורות הומולסבית אינה אפשרית משום שהיא הכרה בווגיות הומולסבית? ומדוע הקשר בין הורות לווגיות קיים עדיין כאשר מדברים על הומואים ולסביות, אף שההטרסקסואלים השתחררו ממנו כבר מזמן? שיטות משפט שונות מתמודדות באופן שונה, ולעתים פרדוקסלי, עם הקשר שבין הכרה בווגיות הומולסבית לבין הכרה בהורות לסבית. כך, למשל, בקנדה, בארצות הברית, באנגליה ובוויילס דומה ששאלת האימוץ הצולב שנויה פחות במחלוקת משאלת ההכרה בנישואין הומולסביים. לעומת זאת, באירופה הקונטיננטלית דווקא שאלת האימוץ הצולב היא השנויה במחלוקת, בעוד נישואין הומולסביים הולכים וקונים להם שביטה ברבות מן המדינות¹⁵⁹. הומופוביה היא תשובה אפשרית אחת, אבל היא תשובה קלה מדי, משום שהמשפט

154 ש.ם.

155 ש.ם, בעמ' 35.

156 ש.ם.

157 ש.ם.

158 ש.ם.

159 MERIN, לעיל ה"ש 88, בעמ' 239-262; Wintermute, לעיל ה"ש 80, בעמ' 204.

הישראלי הולך ומכיר בקיומו של התא המשפחתי ההומוסבני, ממש כפי שעשה זאת בשנות השישים והשבעים בכל הנוגע לידועים בציבור (אשר נחשבים כיום לנורמטיביים הן בעיני התרבות הכללית והן בעיני המשפט). בעבר נתפסו הידועים בציבור כאויבי העם, וההכרה בהם – כשערורייה. בשנת 1965 הופיע קונטרס של כשבעים עמודים בהוצאת מחלקת ההסברה של המפד"ל, שכותרתו "הידועה בציבור"¹⁶⁰. בקונטרס נכללו שישה מאמרים מאת רבנים ומשפטנים, ומטרתו הייתה, כפי שהעידה כותרתו של אחד המאמרים, להושיב את "הידועה בציבור על ספסל הנאשמים"¹⁶¹. המבוא לקונטרס הבטיח כי המאמרים בחוברת ידונו ב"פרשת האשה הידועה בציבור" והסתננותה למערכת החקיקה בישראל", והתייחס אל הידועה בציבור כאל "נגע" אשר "מתפשט ומסתעף" ומסכן את "שלמות האומה, יציבות התא המשפחתי וחינוך הדור הצעיר בישראל"¹⁶². אולם מאז, כאמור, התרחש תהליך של לגיטימציה של הידועים בציבור. התא המשפחתי החד-מיני עובר בעשור האחרון תהליך דומה של לגיטימציה, ששיאה עד כה נרשם בעניין בן-ארי¹⁶³. אבל את הלגיטימציה האולטימטיבית הוא יקבל רק עם פתרון סוגיית הילדים.

בעניין ירוס-חקק חזר בית המשפט והדגיש כי אין במתן צו אימוץ משום "הכרה בזוג חד-מיני כ'איש ואשתו'"¹⁶⁴, אלא רק "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, לרישיון ההורות. לאורך התפתחות הדוקטרינה של הכרה במשפחות שאינן עונות על המודל הזוגי-ההטרורסקואלי ניתן לסמן את הרגע שבו בוטלה הדרישה לרישיון הורות כרגע שבו גם המשפחה אשר נחשבה עד אז ל"אלטרנטיבית" אומצה אל חיק הקונסנזוס. לדוגמה, נשים רווקות שביקשו להרות מתרומת זרע נקלטו אל חיק הקונסנזוס בשנת 1996, עם החלטת בג"ץ בעניין ויץ¹⁶⁵, שבעקבותיה בוטלו ההוראות המפלות בדבר בדיקת הכשירות הפסיכולוגית שלהן¹⁶⁶.

הדרישה לרישיון הורות מן המשפחות החורגות משאירה אותן מחוץ לקונסנזוס כי היא מגלה אותן לטריטוריה השמורה לתאים משפחתיים הנגועים בפתולוגיה כלשהי. במקרים דוגמת עניין דנילוביץ ועניין ירוס-חקק¹⁶⁷, המשפחה קיימת ומתפקדת, כך שמדובר בהכרה בדיעבד בתא משפחתי קיים, ולא בהקמת תא משפחתי חדש יש מאין¹⁶⁸. למרות זאת, הבררה שניצבת לפני

160 הידועה בציבור (פנחס פרבר עורך, 1965).

161 שם, בעמ' 65.

162 שם, בעמ' 5.

163 עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 21.

164 עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 13, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

165 בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות, דינים עליון נה 778 (1997). ראו גם עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 41.

166 הקר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 939-940. הזרעה מלאכותית ברווקה הותנתה ב"נסיבות מיוחדות בלבד לאחר קבלת חוות-דעת פסיכיאטרית וכן דו"ח מעובדת סוציאלית בכירה". מצוטט שם.

167 עניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 92; עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 13.

168 שיפמן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 643, 670.

העותרות היא קשה: הבחירה היא בין הכרה בזוגיות לבין הכרה משפטית מלאה באימהותן. שהרי אילולא הגישו את הבקשה לאימוץ, ואילולא נוסחה הבקשה כפי שנוסחה, ייתכן שקובץ פסקי הדין של בית המשפט לא היה מוכתם בפסק דין שמבהיר מעל לכל ספק כי המשפט הישראלי אינו מכיר בזוגיות הומוסבית. ובכל זאת יובהר כי הבררה הזו מנוסחת על ידי המשפט ועל ידי החברה, ולא על ידי העותרות. המשפט אומר להן: עליכן לבחור – או פתרון מאולץ ודחוק של רישיון הורות אד-הוק, כזה שכוונו התקדימי מוגבל ביותר, או לא כלום, לא זוגיות ולא הורות; החברה והמשפט העניקו לכם/ן, ההומואים והלסביות, סל מסוים של זכויות סוציאליות הקשור לזוגיות שלכם/ן, אבל סל זה לא יורחב, לא יבוסס ולא יועלה לרמה העקרונית וההצהרתית – הוא לא יהיה לסטטוס.

משום כך אני חושב שיש משהו עמוק יותר בתרבות שאיננו מאפשר לבית המשפט להכיר בהורות במנותק מהזוגיות (או להכיר בשתייהן גם יחד) כאשר מדובר בהורים שהזוגיות שלהם חותרת תחת המודל הנורמטיבי, ואשר מחייב, מנקודת מבטו של הרוב ההטרואסקואלי, את קיומו של הקשר בין השתיים. דבר זה הוא, כאמור, רישיון ההורות.

זו אם כן הצעתי להסבר נוסף: הרישיון האוטומטי, זה שבא עם ההטרואסקואליות, מונגד לרישיון הנרכש, זה שמתקבל לאחר התערבות פולשנית של המדינה – באמצעות רשויות הסעד והרווחה, בעלי מקצוע שונים, כגון פסיכולוגים ועובדים סוציאליים, עדים מומחים, עורכי דין ושופטים – בתא המשפחתי המבקש רישיון כזה. כך, הבדיקה היסודית הנעשית באותם מקרים שבהם נדרש רישיון הורות משום שהוא אינו אוטומטי מעצבת את הרישיון האוטומטי כ"נכון", כ"נורמטיבי", כ"מוצדק".

ההפרדה המשפטית בין זוגיות הומוסבית להורות הומוסבית מאפשרת את המשך קיומו של מוסד הרישיון האוטומטי ההטרואסקואלי, מצד אחד, ואת מירוק המצפון הליברלי, מן הצד האחר. מירוק המצפון הליברלי מושג על ידי מראית עין של פתיחות למקרים ספציפיים ("התחשבות בנתונים האישיים במסגרת קביעה אינדיבידואלית")¹⁶⁹ ומתן רישיון הורות נרכש ללסביות ולהומואים. כאמור, העובדה שגם מזוגות הטרואסקואליים נדרש רישיון הורות בנסיבות מסוימות אינה מעלה ואינה מורידה, משום ששם דרישת הרישיון אינה קשורה ללגיטימיות של הזוגיות שלהם, אלא יש בה משום "עונש" על אי-פוריותם, כפי שפורט לעיל.

הדרישה לרישיון הורות גם מאפשרת את המשך הפתולוגיזציה של הקשר הזוגי ההומוסבי או של המשפחה החד-הורית באמצעות הכפפתם לאישורם של אנשי מקצוע. המרחב הפרטי, אשר נחשב מקודש כל כך כאשר מדובר בהטרואסקואלים, מוחזק כמזיק-בכוח כאשר ההורים אינם כאלה, ולכן מותר לכל פסיכולוג לפלוש אליו. כך, הדרישה לרישיון הורות מהומואים ומלסביות מדחיקה את העובדה שכל הטרואסקואל וכל הטרואסקואלית יכולים להיות הורים, גם כאשר לא ברור לגמרי אם הם כשירים לכך, במקרה הטוב, ואפילו כאשר ידוע 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 להכרה בזכותה לרישיון הורות אוטומטי. לעומת זאת, אם אנחנו מכירים בזכותם של האם הלסבית או של האב ההומו להינשא לבני זוגם, המדינה

169 ראו לעיל ה"ש 19 והטקסט הצמוד לה.

מוותרת על הפנטזיה ההטרסקסואלית, ומנתקת במו ידיה את הקשר בין הורות אוטומטית לבין הטרסקסואליות. כאמור, פוטנציאל הזוגיות של האם החד-הורית מסביר מדוע ניתוק הקשר בין הורות אוטומטית לבין זוגיות נעשה עם ההכרה במשפחות חד-הוריות – ראשית ההכרה החברתית, ולאחר מכן, בראשית 1992, ההכרה החוקית¹⁷⁰. אבל על הקשר בין הורות אוטומטית לבין הטרסקסואליות היה קשה לשופטים בעניין ירוס-חקק לוותר בשלב זה. אמרו מעתה: רישיון ההורות האוטומטי מוענק למתחננים ולכשירים להינשא, ו"חתונה" היא קשר משפטי בין בני זוג הטרסקסואלים. האם הלסבית והאב ההומו מסוגלים להתחתן רק כל עוד הם רווקים מבחינה משפטית.

בעולם שבו הבית הוא אחד המקומות המסוכנים והאלימים ביותר לילדים מבחינה סטטיסטית¹⁷¹, נוח לשמור את הזוגיות ההומולבסבית ככזו שמחייבת רישיון הורות, כדי להדחיק את העובדה שיש אולי מקום לדרוש רישיון כזה מכל האבות והאמהות לעתיד, תהא נטייתם המינית אשר תהא.

170 בחוק משפחות חד-הוריות. ראו גם שיפמן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 648. דפנה הקר סבורה כי התיגו השליילי של רווקות נשית משרת אותה מטרה של שמירת עליונותה של הזוגיות ההטרסקסואלית. לכן היא טוענת כי "מתן לגיטימציה חברתית לרווקות וריבויין של נשים הבוחרות בה יחזוק מגמות של שוויוניות בין זוגות הטרסקסואליים, מכיוון שגברים שירצו להיות עם בנות זוג ייאצו להתחרות עם מוסד רווקות לגיטימי ולהתאמץ להניע נשים להעדיף חיי זוגיות". הקר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 907. עוד על ניתוק הקשר בין זוגיות לבין הורות ועל "פולחן הפוריות" ראו: Suzan Martha Kahn, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel* (2000) 9–63. על הלגיטימציה של הפריה מלאכותית בנשים רווקות ושל פונדקאות בארצות הברית ראו Bernstein, לעיל ה"ש 90, בעמ' 1097–1118. תהליכים אלה אכן קורים: במשך עשור אחד בלבד זינק מספר האימהות הרווקות בישראל ביותר מפי שלושה, מ-3,000 אימהות רווקות בשנת 1990 ל-10,000 אימהות רווקות בשנת 2000. ראו נשים ומשפחה בישראל: דרשנתון סטטיסטי 43 (רות הלפרין-קדרי וענבל קארו עורכות, 2005). הדבר בולט, בין היתר, באופן שבו המדינה, באמצעות שירותי הבריאות שלה, תומכת (למן שנת 1997) באופן שווה כמעט בזוגות המבקשים לעבור טיפולי פוריות ובנשים רווקות המבקשות לעשות זאת מחוץ למערכת זוגית כלשהי. עם זאת, כאשר מדובר באימוץ, רווקים ורווקות אינם יכולים לאמץ ילדים ישראלים, משום שאימוץ כזה מוגבל בס' 3(2) לחוק אימוץ ילדים ל"נסיבות מיוחדות בלבד", וכפי שהקר כותבת, מדובר בדרך כלל בילדים מבוגרים או עם מוגבלויות שונות, אשר שום זוג נשוי אינו מעוניין לאמצם. הקר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 939–940. למעשה, רווקים ורווקות ישראלים יכולים לאמץ ילדים רק באימוץ בין-ארצי. שם. לדיון מפורט בהגבלות המוטלות על נשים רווקות המעוניינות להיעזר באם פונדקאית ראו גם שיפמן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 667.

171 ראו צבי טריגר "להעז להביט באל האהבה: שיחה עם קרול גיליגן" משפטים על אהבה 557, 564 (אורנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005); *The American Medical Association Diagnostic and Treatment Guideline on Domestic Violence* 5–6 (1992). כן ראו המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון סטטיסטי 2005 (אשר בן-אריה, יפה ציונית ומיכל קמחי עורכים, 2006), ובעיקר פרק 13, העוסק ב"ילדים נפגעי עבירה".

1. סיכום

פתחתי בסיפורם של קאטו הצעיר והורטנסיוס, אשר הולידו יחד ילד על ידי נישואי הורטנסיוס לאשתו ההרה של קאטו, מרקיה. אפשר לראות בסיפור זה מופע קדום של רעיון הפונדקאות וניצחון ההורות המשפטית על ההורות הביולוגית.¹⁷² סיפורם של שני הפוליטיקאים הרומאים המכובדים המולידים יחד ילד, כמו סיפורן של בנות הווג ירוס-חקק שביקשו לאמץ זו את ילדיה של זו, קוראים תיגר על התפיסה התרבותית המקובלת, אשר מעניקה עליונות להורות הביולוגית ופותרת אותה מעינה הבוחנת של המדינה.¹⁷³

התוצאה היא שבעוד שהמשפחות הנחשבות לנורמטיביות נהנות מרישיון הורות אוטומטי, "המשפחות החורגות" שהוזכרו במאמר נדרשות לקבל רישיון הורות מאת המדינה. אם טובת הילד היא העיקרון המחייב מתן רישיון הורות, כך טענתי, אזי אי-אפשר להצדיק את ההבחנה בין המשפחות הנחשבות נורמטיביות לבין אלה הנחשבות חורגות, שכן ילדים פגיעים גם כאשר הוריהם הטרוסקואלים ונשואים זה לזה. משהו אחר, אם כן, עומד בבסיס הדרישה לרישיון הורות מן המשפחות החורגות. טענתי הייתה כי מדובר בדרישה הנובעת מן האידאולוגיה הפטריארכלית וכי מטרתה כפולה: הן להקשות את הקמתן של משפחות חורגות והן להסוות את העובדה שטובת הילד נסוגה מפני טובת הכלל, שהיא נישואין בין בני זוג משני המינים. "לא זכויות-היסוד צריכות להיגזר מדיני המשפחה, אלא דיני המשפחה צריכים להיגזר מזכויות-היסוד", טוענים בצדק אלמוג ובנדור,¹⁷⁴ ואני סבור כי אמירתם זו רלבנטית במיוחד לסוגיית המשפחות החורגות.

איני חושב שצריך לתת רישיון הורות לאיש כתנאי למימוש הזכות להיות הורה. זהו רעיון בעייתי מבחינה מעשית, ויישומו עלול להוביל לתוצאות קשות ומפלות, בין היתר בגלל שיקולים שנפרשו במאמר זה. לגבי הורים מסוימים (הומואים ולסביות, הורים מאמצים, הורים מרקע חברתי-כלכלי שאינו הולם לטעמן של רשויות הרווחה, ועוד) הדבר כבר קורה.¹⁷⁵

172 Cantarella, לעיל ה"ש 10, בעמ' 279-280.

173 לסיפורם של קאטו הצעיר והורטנסיוס יש היבטים מגדריים חשובים, אשר ארחיב עליהם במאמר נפרד. מה שבולט כבר מקריאה ראשונה של הסיפור הוא שמרקיה, אשתו של קאטו, אינה נשאלת כלל לדעתה בנוגע לעסקה ששני הגברים רוקמים. כמו כן בולט היחס האינסטרומנטלי כלפיה: מרקיה משמשת כלי לחיזוק הקשרים החברתיים בין שני הגברים והעלאתם לדרגה של קשרי משפחה.

174 אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 129.

175 ראו, למשל, את סיפורה של שירה חורש, עורכת חדשות באתר "גלובס אונליין" (ונשואה לגבר), אשר אינה יכולה להוליד בשל מחלה גנטית נדירה אשר עלולה לסכן את חייה שלה ואת חי 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". "מסוגלותו ההורית" של בן זוגה לא נבחנה כלל, כנראה מתוך ההנחה הסקסיסטית שהאם היא ההורה העיקרי, וזאת אף על פי שאילו היה בן זוגה רווק המבקש לאמץ כהורה יחיד, ייתכן מאוד, כפי שמציינת חורש, שהיו מאפשרים לו לעשות זאת. ראו שירה חורש "אינני

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 בדרכה של ההכרה המשפטית הן בזכות לזוגיות הומולסבית והן בזכות להורות הומולסבית. שהרי רישיון ההורות נאכף בכל המקרים שמנתי לעיל, ואינו נחויץ כאשר מדובר בהורות הטרוסקסואלית טבעית.

כפי שטענתי, העובדה שבמקרים מסוימים נדרש רישיון הורות ואילו במקרים אחרים הוא ניתן באופן אוטומטי מעידה על הממד האידאולוגי שלו. כפי שהוא מיושם כיום, רישיון ההורות מיועד לקדם הורות טבעית במסגרת זוגיות הטרוסקסואלית, ולהקשות את הקמתן של משפחות חורגות. כל קטגוריה של משפחה חורגת נתקלת בעצמה שונה של קשיים, ונדמה שהקטגוריה של ההורות ההומולסבית נדרשת לדרגה גבוהה יותר של הוכחת כשירות הורית מאשר רבות מן הקטגוריות האחרות.

כך או כך, הסלקטיביות של הדרישה לרישיון הורות מעידה כי בינה לבין טובת הילד אין הרבה. אילו טובת הילד הייתה בראש מעייניו של המחוקק, אזי רישיון ההורות היה מוחל על כל המבקשים להיות הורים, תהא נטייתם המינית אשר תהא ויהא מעמדם האישי אשר יהא.

