



אוניברסיטת תל-אביב

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

מה בין המאבק להורות לבין המאבק ל"נורמאליות":

**בחינת מאבקם של זוגות מאותו מין לשוויון בהליכי פונדקאות מנקודת
מבט קווירית**

סמינר: "חוק התשוקה" – משפט, חברה ומיניות (Sexuality, Society and Human Rights).

שם המרצה: פרופסור אייל גרוס.

שם המגישה: יעל קדה.

תאריך ההגשה: 2.11.2014.

מספר המילים בעבודה (כולל הי"ש): 19,011.

תוכן עניינים

3-4	מבוא
4-7	פרק א – הזכות להורות – זכות יסוד חוקתית
7	פרק ב – על החיבור שבין מיניות למשפחה
7-9	1. המיניות בחברה המודרנית
9-10	2. הזוגיות החד-מינית
10-16	3. ההורות החד-מינית
16-19	פרק ג – מה בין המאבק להורות לבין המאבק לינורמאליות
19-32	פרק ד – מחשבות קוויריות, ועוד
32-34	פרק ה – הצעה לפתרון קווירי זמני
34	סיכום
35-40	ביבליוגרפיה

חודש דצמבר בניו-יורק, חורף, קר ומושלג. בעוד רבים נוהרים לכיוון הבית כדי למצוא מפלט חמים ממוזג האוויר הקודר, אחרים מפלסים את דרכם לקליניקת הפוריות המפורסמת כדי להגשים מטרה אחת – להפוך להורים. בחדר ההמתנה שוררת אווירה מתוחה עם קורטוב של תקווה. בכל רגע יכול לצאת רופא הפריון מחדרו, ולהודיע לעוד זוג, גבר ואישה, שההפריה צלחה, ושהשלב הקשה ביותר בדרך להפיכתם להורים, חלף. לפתע נכנסים לחדר שני גברים. המזוודות ועיניהם הטרוטות מעידות כי עברה עליהם טיסת לילה ארוכה. האם התבלבלו בחדר? סביר להניח שנשותיהם אמורות להתלוות אליהם בכל רגע...

השניים ניגשים למזכירה שבדלפק הקבלה, ומוסרים לה את שמותיהם הפרטיים יחד עם שם משפחתם המשותף. כמה רגעים לאחר מכן הם מובהלים לחדר צדדי, בו הם יוכלו להיפגש לראשונה עם האישה שתישא את עוברם המשותף ברחמה. בינתיים בחדר ההמתנה גוברות ההתלחשויות אודות המחזה "הבלתי רגיל". אחד הגברים שואל את אשתו בתמיהה: "למה לנסות לשנות את מה ש"הטבע" קבע? שכן, מבחינה ביולוגית הקשר הזוגי בין שני גברים הוא עקר, משום שהוא אינו יכול להוביל לפריון".

ניסוח השאלה כ"ביולוגית" הופך אותה לניטרלית, נטולת דעה אישית, למעין עובדה מדעית פשוטה. אולם שאלה זו מכסה על תפיסות עומק בדבר הטבעיות ואי הטבעיות של המשפחה החד-מינית. אין חולק שההתפתחות הטכנולוגית בתחום הפריון וההולדה פתרה את טענת "חוסר המסוגלות הביולוגית" של זוג גברים. לפיכך, נראה ששאלה זו מסתירה בחובה תפיסה ערכית תרבותית בדבר הלגיטימציה של ההורות החד-מינית, ושל הזוגיות החד-מינית, כנגזרת ממנה.

לשאלה זו עשויות להיות מספר תשובות: ייתכן כי גם אצל זוג גברים מפעם אותו אינסטינקט חייתי מולד להביא לעולם ילד, לבסס בעולם דור המשך. תשובה משפטית ליברלית יותר תתמקד בזכות החוקתית להורות, הנתונה לכל אדם באשר הוא אדם. אחרת עשויה לצאת בשצף קצף נגד אפלייתם של זוגות מאותו מין, בשל נטייתם המינית, ולדרוש השוואת זכויות ביניהם לבין זוגות ממין שונה גם בתחום דיני המשפחה.

שאלה אחרת עשויה להתמקד בדרך שבה בחרו זוגות מאותו מין לממש את הורותם. מדוע בחרו בהליך פונדקאות, חרף עלויותיו הגבוהות והמכשולים הטכניים והבירוקרטים הרבים שהוא מציב בפניהם? האם ישנה חשיבות לעובדה שלצאצא יהיה קשר גנטי לאחד מהם? האם לא היה עדיף יותר לאמץ?

בחיבור זה אבקש לבחון את מקור המוטיבציה של זוגות מאותו מין להפוך להורים לילד גנטי. אטען כי מאבקם של זוגות מאותו המין למימוש הורותם על דרך פונדקאות איננו ראוי, משום שהוא משמר את הצורך בגנטיקה, ובכך מנסה לייצר משפחה שתהיה דומה במרבית מאפייניה למשפחה דו-מינית. בדרך זו, הוא מנציח את עליונותה של המשפחה ההטרוסקסואלית ה"נורמאלית", ופוגע בלגיטימציה של ההורות והזוגיות החד-מינית.

ברור לי כי הכמיהה לילד גנטי ניזונה מהשפעות חיצוניות, כגון עמדות והשקפות עולם של שופטים בישראל. לכן, אנסה להמחיש, תוך הסתייעות במשנתם של תיאורטיקנים שונים, כיצד משמש המשפט שדה שיחני בו מעוצבת מרכזיותה של ההורות הגנטית. אנסה להוכיח כי שיח זה משפיע מבחינה פסיכולוגית וקוגניטיבית על הדרך שבה זוגות מאותו המין בוחרים לממש את הורותם – ובעניינינו על דרך פונדקאות.

בפרק הראשון אבחן את מעמדה של הזכות להורות במשפט הישראלי. **בפרק השני** אנסה לקשר בין נושא המיניות בחברה המודרנית, לבין השינויים שהתחוללו במשפט הישראלי ביחס למעמדם של זוגות ומשפחות חד-מיניות. אתחיל בסקירת התהליך שהביא לכינון של קטגוריות זהות מינית בעולם, ואסתייע

לשם כך בתיאוריה הפוקוויאנית. לאחר מכן אדון ב"מהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" שהתחוללה הן בזוגיות החד-מינית, והן בהורות החד-מינית. אמנה את הדרכים שבאמצעותן יכולים זוגות מאותו המין להפוך להורים, תוך שאתמקד בעיקר באופציות ההורות הנתונות לזוג גברים. **בפרק השלישי** אציג את החשש בדבר שימוש במוסד הפונדקאות על ידי זוגות מאותו מין. **בפרק הרביעי** אדון בביקורת הקווירית המופנית כנגד סוגיית השתתפותם של זוגות מאותו המין במאבקים לקידום השוויון בהליכי פונדקאות. אציג מספר טענות המצדדות במאבק זה, ואנסה להפריכן. אוסיף ביקורות נוספות: האחת נוגעת לרלוונטיות של מאבק זה לקהילת הלהט"ב בפרט, ולקהילות אחרות ככלל, והאחרת מתייחסת לתקדימים שמוציא בית-המשפט בעקבות מאבק כזה. **בפרק החמישי** אציע פתרון זמני המושתת על עקרונות קווירים. פתרון זה מנסה מצד אחד להתמודד עם מציאות שבה פונדקאות לזוגות חד-מיניים היא עובדה קיימת, ומצד שני מנסה לנפץ את מודל ההורות "הנורמטיבי".

א. הזכות להורות – זכות יסוד חוקתית

"הָבָה-לִּי בָּנִים, וְאִם-אֵין מִתָּה אֲנֹכִי" ביקשה רחל, ויעקב השיבה: " הַתַּחַת אֱלֹהִים אֲנֹכִי, אֲשֶׁר-מָנַע מִמֶּנּוּ, פְּרִי-בֶטֶן".¹

כבר מראשית הימים הכמיהה לילד הייתה מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. סיפורה של רחל ממחיש את התלאות הרבות שנאלצו לעבור בני זוג שהתקשו בהולדת ילדים, וזאת כדי לממש את זכותם (ואף חובתם) להורות.² כך למשל, מימשה רחל את שאיפתה להעמדת דור המשך, דרך הריונה של שפחתי בלהה מיעקב.³ אין חולק שטכניקות ההולדה הזמינות כיום, היו מספקות לזוג המקראי פתרון פשוט יותר.

בניגוד למשפט האמריקאי, אין בישראל חקיקה מפורשת המכירה בזכות ההולדה של האדם כזכות חוקתית לתכנן את משפחתו.⁴ אולם, נראה כי כיום אין עוד מחלוקת בדבר מעמדה העקרוני של הזכות להורות. בשורה ארוכה של פסקי-דין נפסק כי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁵ הזכות להורות ולחיי משפחה נחשבת לאחת מזכויות היסוד של האדם בישראל, הנגזרת מהזכות לכבוד ולפרטיות, וכן מהגשמת הזכות לאוטונומיה אישית ולמימוש עצמי.⁶ יש הרואים בה אף זכות טבעית – זכות המבטאת את "קשר הדם", קרי זכות שאינה יציר המשפט או החוק, אלא כזו שקודמת לחברה, לדת ולמדינה.⁷

הזכות להורות כוללת שני שלבים משמעותיים בחיי המשפחה: הזכות להעמיד צאצאים והזכות לגדלם. זכויות אלה שלובות זו בזו, ויחדיו הן מקימות את הזכות לאוטונומיה של המשפחה, שהינה תא היסוד של חיי החברה.⁸ הזכות להקים משפחה והזכות להגן עליה מפני התערבות שרירותית של המדינה מוכרת גם

¹ בראשית ל, א-ב.

² פרייה ורבייה היא מצווה דתית שאינה נתפסת כזכות אלא כחובה במשפט העברי: מירי בומבך ורונלי שקד, "מהפכה במוסד הזכות להורות" – תמורות בחברה הישראלית – דיון בסוגיית ההורות ההומו-לסבית", **רפואה ומשפט** 26, 127, ה"ש 62 (2002).

³ בראשית ל, ג-ו.

⁴ כרמל שלו, "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", **מעמד האישה בחברה ובמשפט** 503, 506-507 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995); ע"ע (ארצי) 141/07 **פלוני נ' שירותי בריאות כללית**, פס" 13 לפסק דינה של השופטת נילי ארד (פורסם בנבו, 4.11.2008) (להלן: פרשת שירותי בריאות כללית).

⁵ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391.

⁶ בג"צ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר**, פס" 12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 13.6.06); בג"צ 7052/03 **עדאללה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.2006); דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד (4) 661 (1996).

⁷ כדברי השופט חשין בבע"מ 377/05 **פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים**, פ"ד (ס) 124, פס" 8 לפסק דינו של השופט חשין (2005).

⁸ שם, בפס" 6 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

במשפט הבינלאומי.⁹ זכות זו מהווה חלק כה מרכזי בחייהם של בני-אדם, עד כי היא זכתה למקום נעלה במדרג זכויות האדם החוקתיות, מיד לאחר הזכות להגנה על החיים ושלמות הגוף.¹⁰

יוטעם כי הזכות להורות היא יחסית בדומה לכל זכות חוקתית. לפיכך, ככל שהוכחה פגיעה בה, יש לבחון האם היא עומדת במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מבחנים אלו מתנים את הלגיטימיות החוקתית של הפגיעה בכך שתעשה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, וכי תתיישב עם ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, תהיה לתכלית ראויה ומידתית. הואיל והזכות להורות ניצבת במעמד נורמטיבי גבוה, נדרש אינטרס נוגד בעל משקל רב כדי לגבור עליה ולהצדיק פגיעה בה.¹¹

מקובל להבחין בין שני רבדים הכלולים בזכות להורות. **הרובד הראשון** עוסק בפן הביולוגי-פיסי, קרי במימוש יכולת הרבייה ובזכות להפוך להורה ביולוגי. **הרובד השני** מאפשר לבחור עם מי, מתי ובאיזו דרך, אם בכלל, להביא ילדים לעולם – כלומר כיצד לממש את הרובד הראשון (בדרך של קיום יחסי מין, אימוץ או כל אמצעי רפואי אחר).¹²

חרף קיומו של הרובד השני, סווגה הזכות להורות בשורה ארוכה של פסקי-דין כזכות מסוג "חירות", שנועדה להגן מפני התערבות המדינה בהכרעות אינטימיות של הפרט. לפי תפיסה זו, מדובר בזכות **נגטיבית**, שאינה מטילה חובת עשה על המדינה לפעול למימוש שאיפתו של הפרט להפוך להורה.¹³ באופן דומה, גם בתי-המשפט בארצות-הברית, שמכירים כאמור בזכות להקים משפחה כזכות יסוד בסיסית, מצדדים בתפיסתה כזכות להולדת ילדים **ביחסים טבעיים**, שאינה מטילה על החברה חובה לסייע לפרט לממשה.¹⁴ לפי שיטה זו, אין לאדם זכות חוקתית למימוש הרובד השני בדרכים חלופיות להולדה טבעית (למשל באמצעות הפריה חוץ-גופית), משום שהמדינה אינה מחויבת להעמיד לרשותו אמצעים חלופיים כאמור. ואולם, הגברת המודעות לתופעת ליקויי הפוריות מחד גיסא, וההתפתחות הטכנולוגית מאידך גיסא, הביאו עימם שינויים בדבר מקומה של המדינה במתן אמצעים למימוש הזכות להורות ולמשפחה. הרובד השני של הזכות עוצב מחדש על-ידי בית-המשפט, אשר מיקם אותו **בפריפריה** של הזכות להורות.¹⁵

פרשת פלוני נ' שירותי בריאות כללית¹⁶ היא דוגמה למקרה בו בית-הדין הארצי לעבודה הכיר בחשיבות הגשמת הזכות להורות שלא בדרך הטבע. מקרה זה עסק באזרח ותושב ישראלי הסובל מספירת זרע נמוכה הפוגעת ביכולתו לפריון. אשתו שהתה בארץ לפי היתר כניסה, משאינה תושבת ישראל. על מנת לממש את זכותם להורות, בני הזוג נדרשו לבצע תהליך של הפריה חוץ-גופית. המערער, הזכאי למימון הטיפולים בגופו בהיותו חבר ומבוטח קופת-החולים, טען כי על הקופה לשאת גם במימון הטיפולים בגופה של אשתו, אף שאינה תושבת ישראל ואינה מבוטחת בקופה. הערעור התקבל פה אחד, ונקבע כי מכיוון שהזכות להורות היא זכות יסוד, אין היא חלה רק על הולדה טבעית, אלא גם על לידה כתוצאה מטיפולי פוריות.

⁹ ראו לדוגמה סעיפים 17 ו-23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1996) (אושררה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992).

¹⁰ פרשת **דוברין**, לעיל ה"ש 6, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹¹ דוגמה לפגיעה בזכות שעשויה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה היא על ידי חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, ס"ח 311, או חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 1028, במקרים הקיצוניים בהם נשקפת סכנה לילד או בשל חוסר מסוגלות הורית.

¹² בומבך ושקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 125, ה"ש 40; בג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות**, פס' כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.2.2013) (להלן: פרשת משרד הבריאות).

¹³ בג"ץ 4293/01 **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופס' 5 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 24.3.2009) (להלן: עניין "כלל הפרש הגיל המרבי"); וראו גם פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 139 (1989).

¹⁴ דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)", התשנ"ו – 1996: המצוי והרצוי "רפואה ומשפט" 36, 19, 23 (2007).

¹⁵ פרשת **משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 12, שם; עניין "כלל הפרש הגיל המרבי", לעיל ה"ש 13, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת בנייש.

¹⁶ פרשת **שירותי בריאות כללית**, לעיל ה"ש 4.

משנמצא המערער זכאי למימון הטיפולים, נקבע כי מתייתרת דרישת "התושבות" של אשתו, זאת משום שמימון הטיפולים בגופה הינו חלק בלתי נפרד מזכותו של בעלה המבוטח להורות.

בבג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה¹⁷ עמדה לביקורת חוקיות "כלל הפרש הגיל המרבי". כלל זה קובע כי המבקש לאמץ ילד במסגרת אימוץ בן-ארצי, לא יהיה כשיר לאימוץ אם הפרש הגיל בינו לבין הילד עולה על 48 שנים. אמנם ההלכה נפסקה לטובת העותרים במישור המנהלי, אך היא העלתה גם שאלה חוקתית חשובה – האם הזכות להורות כוללת גם את הזכות להפוך להורה על דרך אימוץ? הסוגיה נותרה בצריך עיון משלא נדרשה לצורך ההכרעה, אך יפים לענייננו נימוקיהם של שופטי הרוב במישור החוקתי.

השופטת פרוקציה סברה בעמדת מיעוט כי מאחר שהזכות לאמץ מחייבת מעשה אקטיבי מצד המדינה, אין היא כלולה בזכות להורות.¹⁸ לעומתה סברה הנשיאה (דאז) ביניש כי הזכות להורות כוללת ליבה ופריפריה. לשיטתה, הורות באמצעות הולדה טבעית נמצאת ב"גרעין הקשה" של הזכות וזוכה להגנה חוקתית מרבית. אחריה נמצאת הזכות להורות באמצעות טכניקות מלאכותיות של הולדה ופונדקאות, משום שהיא מבוססת על העמדת צאצא גנטי. ולבסוף, במעגל הרחב יותר, ממוקמת הזכות להורות על דרך אימוץ, מאחר שהיא עוסקת בילד שכבר נולד, ושאינו נושא את המטען הגנטי של המבקשים לאמצו. לפי תפיסה זו, גם הזכות לאמץ זוכה להגנה חוקתית, אלא שבשל ריחוקה מליבת הזכות, עוצמת ההגנה עליה פוחתת. בנוסף נטען כי במקרים המתאימים יש להטיל על רשויות המדינה גם חובות אקטיביות לשם מימוש הזכות לאימוץ, ולהכיר במעמדה החוקתי. זאת, כדי להפחית ממידת הכוח הנתונה למדינה בהסדרת מנגנון האימוץ.¹⁹ השופט ריבלין הרחיק אף יותר וטען כי אימוץ אינו מטיל חובת ביצוע על המדינה, שכן המדינה היא זו שיצרה את הגבלות האימוץ בחוק, ופגעה בזכות להורות במובנה השלילי. הוא אף לא מצא טעם מספיק לריחוקה של הזכות לאימוץ מהגרעין, משום שלדידו האינטרס המוגן בזכות להורות הוא **הכמיהה לילד**, להבדיל מהכמיהה לילד **גנטי**.²⁰

מקרה נוסף בו דחה בית-המשפט את טענת המדינה בדבר היעדר חובתה לפעול למען מימוש הזכות להורות, הוא **בבג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**.²¹ הדיון נסב סביב עתירתה של אישה רווקה ופורייה, שאינה יכולה לשאת היריון, ולכן עליה להסתייע בהליך פונדקאות. השופט חשין קבע שהאבחנה שהמדינה יוצרת בין הזכות להורות לבין הזכות לפונדקאות היא חסרת נפקות, שכן מדובר למעשה באותה זכות – הזכות להורות. נימוקיו, בדומה לשופט ריבלין, מסתמכים על העובדה שהמדינה היא זו שהגבילה בחוק את זכות העותרת להשתמש בהליך הפונדקאות. אלמלא איסורים אלו, יכלה העותרת לממש את זכותה להורות על דרך פונדקאות ללא כל בקשת אישור מהמדינה.²²

נמצא כי בשתי הפסיקות האחרונות מסתמנת מגמה המכירה "**באופייה הפוזיטיבי**" של הזכות להורות. זאת מתוך הבנה כי באותם מצבים בהם נדרש אדם לטיפול רפואי מסוים כדי להפוך להורה, אי מתן הטיפול פוגע בזכותו היסודית להורות.

¹⁷ עניין "כלל הפרש הגיל המרבי", לעיל הי"ש 13.

¹⁸ שם, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

¹⁹ שם, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת בינייש.

²⁰ שם, בפס' 3 ו-5 לפסק דינו של השופט ריבלין.

²¹ בבג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נו(1) 419 (2002).

²² שם, בפס' 30 לפסק דינו של השופט חשין. אציין כי למרות שנדחו כל טענות המדינה והוכח שהחוק מפלה, לא התקבל ערעורה של העותרת בשל כך שהחוק עדיין חדש. אחזור לפרשה זו בהמשך.

השימוש הגובר בטכניקות הולדה מלאכותיות מאתגר את האמרה הרומית העתיקה "לעולם אין ספק מי היא האם".²³ יתרה מזאת, ההתפתחות הטכנולוגית מובילה לניתוק הכריכה בין פרוין ליחסי מין בין גבר לאישה, ומאלצת את בתי-המשפט להתמודד עם תצורות חדשות של הורות שלא נחזו קודם לכן.

בפרקים הבאים אסקור את תצורות ההורות החדשות שהתפתחו בקרב קהילת הלהט"ב. אדגים כיצד טיעונים חוקתיים הובילו להכרה בזכותם של זוגות מאותו המין לממש את זכותם החוקתית להורות באמצעות דרכי הולדה שונות. מנגד אטען כי עמידה על מימוש הזכות בדרכים מסוימות, כגון פונדקאות, עלולה לחזק תבניות חברתיות הניזונות מיחסי כוח ודיכוי.

ב. על החיבור שבין מיניות למשפחה

1. המיניות בחברה המודרנית

תהליך ההכרה של המשפט והחברה בזוגיות ובמשפחה החד-מינית צובר תאוצה בעשורים האחרונים. בטרם אפנה לדון בשינויים שהתחוללו במשפט הישראלי ביחס למעמדם של זוגות ומשפחות חד-מיניות, אתמקד תחילה בתהליך שהביא לשינוי עולמי בהתייחסות למיניות האדם.

המקום המרכזי שתופסת הנטייה המינית בשיח החברתי-משפטי עלול לטשטש את העובדה שמדובר בהמצאה מודרנית, שלא הייתה קיימת כלל לפני כמאה וחמישים שנה. כינון של קטגוריות זהות מינית, כגון הומוסקסואליות והטרנסקסואליות, הינו תוצר של שיח תרבותי. כפי שטען מישל פוקו, אבי תיאוריית ההבניה החברתית, המיניות אינה תכונה טבעית, מהותית או ביולוגית של חיי האדם, שדוכאה, הושתקה וצונזרה בחברה ובתרבות המערבית למן המאה ה-17.²⁴ לשיטתו, מיניות היא תולדה של "שיח" על מין, כאשר "שיח" אינו משמש רק מילה נרדפת לדיבור, אלא גם כפרקטיקה המייצרת יחסי כוח.

פוקו דחה את "הנחת הדיכוי המיני", והציג ראיות מן המאה ה-19 שמצביעות דווקא על ריבוי סוגי השיח בנושא המיניות בתחומים מגוונים (כגון רפואה, חינוך, משפט ועוד). מה שייצר שיח רווי אודות המין הן פעולות של איסוף מידע, דיבור וכתובה על מיניות, שלפי פוקו ניזונו ממשטר אידיאולוגי מסוים. הרצון לדעת את המיניות הוא זה שאפשר את הקמתם של מנגנוני כוח חינוכיים, רפואיים, פוליטיים ואחרים, שנועדו לפקח על המיניות, ובדרך זו לייצר סביבה שיח. מוסדות אלו נשלטו על ידי אנשי האליטה הקפיטליסטית, שראו בקיום יחסי מין חד-מיניים תופעה חריגה, מאחר שהיא אינה מיועדת לרבייה ולהעמדת צאצאים (אקטים שנועדו להרחיב את יחידת הייצור הקרויה 'משפחה').²⁵

פוקו, בדומה לממשיך דרכו דיוויד הלפרין, הכיר בעובדה שיחסים ארוטיים בין שני פרטים מאותו המין היו נפוצים עוד מקדמת דנא. אלא שלפני המאה ה-19, יחסים אלו לא כוננו את זהותם המינית של מבצעים. התנהגותם של גברים ונשים שביצעו פרקטיקות מיניות שאינן הטרנסקסואליות הוקעה, ונתפסה כעבירה על המוסר, בדומה לחטאים כמו ניאוף, אונס וחילול הקודש.²⁶ רק בשלהי המאה ה-19 הופיעה לראשונה

²³ אמרה זו לקוחה ממאמרה של יהודית מייזלס, "קול הדם במקום קול אדם – דיון בבג"ץ 566/11, 6569/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים", המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה, 28, 46, 46, ה"ש 1 (2014) - www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/28/28_june_2014_5_mei_sels.pdf. לפי אמרה זו, כשההיריון מתבצע בדרך של הפריה חוץ-גופית, וכשהעובר נוצר מביצית של אישה אחרת שאיננה האישה שנושאת את ההיריון, אין האימהות עוד עניין פשוט שאינו מוטל בספק.

²⁴ אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית, 9, 16 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003) (להלן המאמר: גרוס וזיו "לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית"; להלן הספר: מעבר למיניות).

²⁵ ספארגו תמסין פוקו והתיאוריה ה'קווירית' 10, 27-28 (יעקב לזר ודוד גורביץ' עורכים, אריה בובר מתרגם, 2002).

²⁶ John D'Emilio, *Sexual Politics, Sexual Communities: The Making of Homosexual Minority in the United States 1940-1970*, 132 U. Pa. L. Rev 391 (1983).

התווית "הומוסקסואל" במסגרת השיח הרפואי. תיגוג זה לא התייחס רק למעשים מיניים מגוונים דוגמת האיסור על "מעשי סדום", אלא למעשיו, רגשותיו ואף למאפייני אישיותו של הפרט עצמו. האינדיבידואל נתפס כ"זן" חריג – בן אנוש המוגדר כבעל מיניות סוטה מזו של הרוב ההטרוסקסואלי ה"נורמאלי".²⁷

כבר מראשיתה סומנה המיניות ההומוסקסואלית כתופעה פתולוגית, כסטייה, כמקרה של התפתחות מעוכבת²⁸; בקצרה, **כחריגה מהמיניות ההטרוסקסואלית** – קטגוריה שגם היא, לפי הלפרין, תוצר מערבי חדש הקשור למעבר למודרניות.²⁹ החלוקה הבינארית ההומוסקסואלית/הטרוסקסואלית יצרה קיטוב בין הנורמאלי/סוטה, וכפי שהוא קרוי בעגה המקצועית – **"הטרונורמטיביות"**. מונח זה מבטא תפיסה לפיה היחסים ההטרוסקסואלים הם **הנורמה**, כשכל שאר צורות ההתנהגות המינית הן **סטייות** מנורמה זו.³⁰

אם כן, יצירת הקטגוריות אפשרה מתקפה חזקה של מנגנוני הפיקוח החברתי על מי שהוגדרו כ"סוטים". הומוסקסואלים נאסרו על ידי המשטרה עקב מעורבותם בפעילות מינית הומוסקסואלית שקוטלגה כעבירה פלילית. אך בד בבד, שיח הסטייה אפשר גם את יצירתו של "שיח שכנגד", שבו הומוסקסואלים חברו אחד לשני בשם מטרתם המשותפת – השגת לגיטימציה לאורח חייהם.³¹ אט אט החלו לצמוח תנועות "הומופיליות"³² בארה"ב ובבריטניה. אך המהפך שסימן את תחילתו של "הגיי ליבריישן", היה "מהומות סטנוול" ב-27 ביוני 1969. זו הייתה הפעם הראשונה שפשיטה שגרתית של המשטרה על מקום בילוי הומו-לסבי, נתקלה בהתנגדות קיצונית של לקוחות הבר Stonewall Inn, והובילה לשלושה ימי מהומות.

נקודת מפנה נוספת התרחשה בשנת 1973, כשההומוסקסואליות הוסרה מספר המחלות הפסיכיאטריות (DSM). במקביל, בזירה החברתית-משפטית, גברה ההכרה בזכויות האדם שהחלה עם תום מלחמת העולם השנייה. זו בתורה הולידה התארגנויות פוליטיות, בהן לראשונה הוצגה ההומוסקסואליות לא כסטיגמה חברתית מביישת, אלא כבסיס לכינונה של קהילה עצמאית בעלת קול מתנגד משותף. חברי הקהילה החלו לעשות שימוש אסטרטגי באותן קטגוריות שבאמצעותן הם הופלו, על מנת להשיג שוויון זכויות. דרישתם הראשונה הייתה לבטל את החקיקה הפלילית האוסרת על קיום יחסי מין הומוסקסואלים. במדינות רבות בעולם המאבק צלח, וחקיקה זו בוטלה באופן הדרגתי.³³ ביטול החקיקה שאסרה על קיום יחסי מין "שלא כדרך הטבע" הגיע גם לישראל בשנת 1988.³⁴ בהמשך, עתירות הקוראות להכיר בזוגיות והמשפחתיות ההומו-לסבית הפכו לתופעה שכיחה בבתי-המשפט, ויצרו תקדימים בולטים.

²⁷ ספארגו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 33-35; גרוס וזיו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 17, ה"ש 16; מישל פוקו **תולדות המיניות I – הרצון לדעת** כרך א 33-34 (גבריאל אש מתרגם, 1996); דיוויד הלפרין "הומוסקסואליות": קונסטרוקט תרבותי, דיאלוג עם ריצ'ארד שניידר **מעבר למיניות**, לעיל ה"ש 24, 135, 136-137.

²⁸ בשנת 1869 הוגדרה ההומוסקסואליות על-ידי הפסיכיאטר ההונגרי קארולי מאריה (קרטבנגל) בנקרט כ"כישלון הזיקפה". בנקרט קבע כי ההומוסקסואליות היא תכונה שנולדים איתה, וטען כי מאחר שהחולים בה אינם מסוגלים להתגרות מינית, הם נרתעים ממגע עם המין השני – איתמר לוי – פרנק "הומוסקסואליות – היסטוריה ותהליך ה"יצאה מהארון" **הבית לטיפול פסיכולוגי – קליניקות פרטיות תחת קורת גג אחת**.

www.psychologyhome.co.il/%D7%94%D7%95%D7%9E%D7%95%D7%A1%D7%A7%D7%A1%D7%95%D7%90%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%95%D7%AA%D7%94%D7%9C%D7%99%D7%9A-%D7%94%D7%99%D7%A6%D7%99%D7%90%D7%94-%D7%9E%D7%94%D7%90%D7%A8%D7%95%D7%9F

²⁹ הלפרין, לעיל ה"ש 27, בעמ' 136; גרוס וזיו "לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 18.
³⁰ ספארגו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 11 ו-82. את המונח הטרונורמטיביות תבע התיאורטיקן Michael Warner, *Fear of a Queer Planet*, 29 SOCIAL TEXT 3 (1991).

³¹ גרוס וזיו "לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 17; ספארגו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 36-37.
³² מדובר בתנועות חברתיות למען הכרה בזכויות להטי"ב.

³³ גרוס וזיו "לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 10. עמית קמה, **העיתון והארון – דפוסי תקשורת של הומואים** 20-21 (ג'ורא רוזן עורך, 2003) (להלן: קמה "העיתון והארון").

³⁴ איסור זה עוגן תחילה בסעיף 152(2) לפקודת החוק הפלילי, 1936 ע"ר תוס' 1 (ע) 263, וב-1977 עוגן בסעיף 351(3) לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 ס"ח 864. לסקירה מקיפה באשר לתולדותיה של חקיקה זו ראו יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של הומואים בשיח המשפטי בישראל 1948 – 1988" **סוציולוגיה ישראלית** א(2) 257, 262-273 (1999).

לפי ההסבר המסורתי, "המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", כפי שהיא כונתה על-ידי פרופסור אלון הראל, זכתה להצלחה אדירה בעיקר הודות לתהליך הליברליזציה שעברה החברה הישראלית³⁵, המתבטא בחקיקת חוקי היסוד, ובעיקר בחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פרשנות הפסיקה את הזכות לכבוד באופן רחב הכולל גם את הזכות לשוויון, אפשרה לזוגות מאותו המין לדרוש את אותן זכויות המגיעות לזוגות הטרוסקסואלים, תוך התבססות על חוק יסוד זה.³⁶

2. הזוגיות החד-מינית

אסקור להלן חלק מהמאבקים המוצלחים שהובילו לכינונה המשפטי של הזוגיות החד-מינית:

בבג"ץ דנילוביץ'³⁷ נקבע בדעת רוב שאת ההטבות בתחום כרטיסי הטיסה שחברת "אל על" מעניקה לבני זוגם של דיילה – גבר ואישה נשואים או ידועים בציבור – עליה לתת גם לעובדים שיש להם בני זוג מאותו המין.³⁸ בשנת 1995 זכה פרופסור **עוזי אבן** במאבקו כנגד אוניברסיטת תל-אביב – שאולצה להעניק לבן זוגו זכויות שוות לאלה הניתנות לבני זוג של אנשי סגל שהינם ממינם שונים.³⁹ בשנת 1996 הוכרה זכותו של **אדיר שטיינר** לקבלת תמלוגים ותשלומי פנסיה, כבן זוגו של אל"מ דורון מייזל ז"ל, שנפטר במהלך שירותו הצבאי.⁴⁰ בנוסף שטיינר זכה למעמד של בן משפחה בכל הקשור להנצחת בן זוגו המנוח.⁴¹ כמו כן, הוכרה זכאותו של **פטריק לוי**⁴² לקבלת פנסיות שאירים כידוע בציבור של בן זוגו המנוח.

בשנת 2004 הוענק פטור ממס שבח וממס רכישה בעת העברת דירות בין בני זוג מאותו המין⁴³, וכן הוכרה זכותו של גבר לרשת את בן זוגו.⁴⁴ בית-המשפט החל לתת תוקף של פסק-דין להסכמי חיים משותפים בין בני ובנות זוג מאותו מין⁴⁵, ואף החיל עליהם את הלכת השיתוף.⁴⁶ בעניין **פלונית** קבע בית-המשפט שהמונח "בן זוג" כמשמעו בחוק למניעת אלימות במשפחה⁴⁷, כולל בתוכו גם בן זוג מאותו המין, והוציא לבקשת אחת מבנות הזוג צו הגנה כנגד בת זוגה האלימה.⁴⁸

³⁵ אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" **המשפט** ז' 195, 197 (התשס"ב). אציין כי הראל מציע במאמרו הסבר אלטרנטיבי להצלחתה של מהפכה זו. לדידו, דווקא אופייה השמרני של החברה הישראלית ויציבותם הבלתי מעוררת של ערכי המשפחה המסורתיים, הם אלה שחוללו את השינויים במעמד המשפטי של ההומוסקסואלים ולסביבות בישראל.

³⁶ חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראל" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" **המשפט** ז' 217, 237 (התשס"ב).

³⁷ בבג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749 (1994).

³⁸ פסיקה תקדימית זו הכירה לראשונה בזוגיות החד-מינית בהקשר לדיני עבודה. אולם פרופסור אייל גרוס סבור כי ניתן לפרשה באופן רחב יותר, שאינו מוגבל רק לתחום יחסי העבודה, אלא מחייב הכרה בבני זוג חד-מיניים גם בהקשרים אחרים, ראו בהקשר זה: אייל גרוס "דנילוביץ', שטיינר והתיאוריה הקווירית" **משפט נוסף** 1, 47, 48-49 (2001).

³⁹ נד/3-1712 עוזי אבן נ' אוניברסיטת תל-אביב (לא פורסם) www.acri.org.il/he/984.

⁴⁰ ע"ש 369/94 שטיינר נ' צבא ההגנה לישראל (לא פורסם, 5.12.1996) **משפט ולהט"ב-**

www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/369-94.pdf.

⁴¹ בבג"ץ 5398/96 שטיינר נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 27.2.1997).

⁴² ע"ב (ת"א) 3816/01 פטריק לוי נ' מבטחים (לא פורסם, 25.6.2001); לפסיקה דומה ראו: ע"ב 3075/08 פלוני נ' מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים בע"מ (בניהול מיוחד) (לא פורסם, 12.4.2010).

⁴³ מדובר בהנחיה של היועץ המשפטי לממשלה (דאז) מני מזוז, שפורסמה בעקבות ע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבח מקרקעין (פורסם בתקדין, 3.8.2003). לפי הנחיה זו המונח "בני זוג" לצורך סעיף 62(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (שבת, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963 ס"ח 405, כולל גם בני זוג מאותו המין (כיום הסעיף מבוטל).

⁴⁴ ע"א (נצ'י) 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היועמ"ש במשרד האפוסטרופוס הכללי (פורסם בנבו, 11.11.2004). במקרה זה בית-המשפט פירש את הצירוף "איש ואישה" שבסעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 ס"ח 446, ככולל גם "איש ואיש" ו"אישה ואישה". לפסיקה נוגדת ראו: תיק (אזורי חיפה) 835722/2 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם, 16.3.2011) **משפט ולהט"ב** www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/835722-2.pdf; ת"ע (ב"ש) 1320/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 23.8.2010).

⁴⁵ תמ"ש (ת"א) 6960/03 ק.צ.וי.מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 21.11.2004).

⁴⁶ עמ"ש (ת"א) 2219-06-12 ר.ב.ח.נ' ק.ג. (פורסם בנבו, 6.3.2014).

⁴⁷ חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, ס"ח 1352.

⁴⁸ תמ"ש (חיפה) 32520/97 פלונית נ' אלמונית (פורסם בתקדין, 2.6.1997).

בבג"ץ בן-ארי⁴⁹ הורה בית המשפט לפקיד הרישום לרשום בני זוג מאותו מין, שערכו טקס נישואין אזרחי מחוץ לישראל, המוכר באותה מדינה, כנשואים במרשם האוכלוסין. בהתבסס על פסק-דין זה, הכיר לראשונה בית-המשפט לענייני משפחה בסמכותו להתיר את נישואיהם האזרחיים של **פרופסור עוזי אבן ודוקטור עמית קמה**, ועל כן הורה למשרד הפנים לשנות את רישומם במרשם מנשואים לרווקים.⁵⁰ ולבסוף, שר הפנים גדעון סער החליט לאחרונה⁵¹ להעניק לבן זוג מאותו המין, שנישא בחו"ל ליהודי המבקש לעלות לישראל, אזרחות ישראלית מכוח חוק השבות.⁵²

3. ההורות החד-מינית

מגמת הליברליזציה חוללה מהפך גם בתחום דיני המשפחה. נשים נעשו אוטונומיות יותר עקב הצטרפותן לשוק העבודה, מה שהוביל לעלייה בשיעור הגירושין, ולפיחות בשכיחותו של דגם המשפחה 'המסורתית'.⁵³

במקביל, עברה החברה תהליך של "אינדיווידואליזציה"⁵⁴ – זכויותיו ורצונותיו של הפרט הפכו למרכז השיח הציבורי, והדגישו את האוטונומיה שלו לבחור את המסגרת המשפחתית אליה הוא מעוניין להשתייך. כך הפכו מודלים שונים של משפחות חד-הוריות, לצד מודלים של זוגיות ללא הורות מתוך בחירה, לחלק בלתי נפרד מהנוף החברתי. במקביל התפתח מוסד הידועים בציבור שאפשר, במרבית התקדימים שתיארתי לעיל, את תחילת ההכרה בזוגיות החד-מינית.⁵⁵

שינויים אלו, שלוו בהתפתחות טכנולוגית מאסיבית בתחום ההולדה, ובביסוסה של הזכות להורות כזכות יסוד חוקתית של כל אדם, סללו את הדרך להקמתם של תאים משפחתיים חד-מיניים. מציאות חיים זו העלתה לדיון את סוגיית המעמד המשפטי של התא המשפחתי החד-מיני, וחייבה את בתי-המשפט להתמודד עם תוצאות ההורות בתא משפחתי שכזה.⁵⁶

בשל ההתמקדות באופציית הפונדקאות שתידון בהמשך, אבחן בעיקר את אפשרויות ההורות הנתונות לזוג גברים בישראל. לא אתעכב על אפשרויות ההורות של זוג נשים, שכן במרבית המקרים הן אינן זקוקות להליך פונדקאות על מנת להעמיד צאצאים.⁵⁷

הורות משותפת: בשנות השמונים והתשעים המוקדמות, מרבית האבות ההומוסקסואלים היו כאלה שהולידו ילדים במסגרת תא משפחתי הטרוסקסואלי, ובשלב מאוחר יותר בחייהם התגרשו, נקשרו בזוגיות חד-מינית, והמשיכו לגדל את ילדיהם במסגרת הסדרי המשמורת שנקבעו לאחר הגירושין. במקביל היו שיצרו הורות משותפת במסגרת התקשרות עם אישה שאינה נשואה (לסביבת או הטרוסקסואלית). התקשרות זו נעשתה רק לצורך הבאת ילדים לעולם, ולא הותנתה בקיום יחסי זוגיות עם האישה.

⁴⁹ בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק-על 2006(4) 1725, (2006).
⁵⁰ תמ"ש 1126-090-12 פלוניס ואח' נ' משרד הפנים (פורסם בבנו, 21.11.2012). ראו גם את כתבתו של ליאור אילן, "בית משפט אישר בפסיקה תקדימית גירושם של זוג הומואים" **הארץ** – **חדשות, משפט ופילילים** (2.12.2012) www.haaretz.co.il/news/law/1.1877955

⁵¹ מורן אזולאי "שר הפנים החליט: יהודים יוכלו לעלות עם בני זוג חד-מיניים" **ynet** – **פוליטי מדיני** (12.8.2014) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4557802,00.html

⁵² חוק השבות, התשי"ג-1950, ס"ח 51.

⁵³ "מסורתית" משמעה משפחה גרעינית, שבראשה עומדים זוג הורים הטרוסקסואלים נשואים, שלהם קשר ביולוגי לילדיהם.
⁵⁴ תהליך זה משתקף ב"מהפכה החוקתית" כפי שהיא באה לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה הישראלית.

⁵⁵ ידועים בציבור הם בני זוג המקיימים זוגיות ללא קשר נישואין תקף. תחום הנישואין והגירושין בישראל נשלט באופן מוחלט בידי הרבנות האורתודוקסית, ששוללת אפשרות של נישואין בין בני זוג מאותו המין. מאחר שנישואין אזרחיים אינם תקפים מבחינה חוקית בישראל, ועל כן אינם משנים את מעמדם האישי והמשפטי של זוגות חד-מיניים שנישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל, הרי שמוסד הידועים בציבור הוא הקונסטרוקציה היחידה שמאפשרת להכיר משפטית בזוגיות שכזו.

⁵⁶ סילביה פוגל-ביזיאוי, "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" **מין – מגדר – פוליטיקה**, 107, 107-128 (1999).

⁵⁷ רובן יכולות לנצל את יתרון הביולוגי ולהרות באמצעות תרומת זרע – זאת בייחוד לאחר שבבג"ץ 2078/96 **ויץ נ' שר הבריאות**, (פורסם בדינים עליון, 11.2.1997), בוטלה תקנה 8(ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 5035, שחייבה רווקות ולסביות לעבור בדיקה פסיכיאטרית ובדיקה של עובדת סוציאלית כתנאי לקבלת תרומות זרע אנונימיות מבנק הזרע.

למודל זה מספר חסרונות; ראשית, לאב ובן זוגו אין הורות בלעדית על הילד, שכן עליהם לחלוק את גידולו עם שותפתם להורות – אימו של הילד. שנית, לבן הזוג של האב אין שום זכויות משפטיות לגבי הילד.⁵⁸

אימוץ: סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, העוסק בכשירות המאמץ, אינו מבשר טובות עבור בני זוג מאותו המין המעוניינים לאמץ ילד **בישראל**, שכן הוא קובע "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". לפיכך מאבקים של בני זוג חד-מיניים בתחום זה החל בסוגיית הרישום בישראל של **אימוץ שבוצע בחו"ל**.

בעניין **ברנר-קדיש**⁵⁹ נדונה עתירתן של זוג לסביות, אזרחיות ישראליות המתגוררות בארצות הברית, להירשם כאמהותיו של הילד שילדה אחת מהן בקליפורניה. העתירה התקבלה, ושר הפנים רשם גם את האם הלא ביולוגית כאימו של הילד, בהסתמך על **צו האימוץ הזר** שניתן לה בחו"ל. פסק-הדין עסק רק בסוגיה רישומית, ונמנע מלהכיר מבחינה מהותית בזכות לאימוץ במסגרת חד-מינית. יתרה מזאת, פסק-הדין מועיל רק לזוג נשים בעלות אזרחות ישראלית, שילדן נולד במדינה המכירה באימוצים במשפחות חד-מיניות. אולם, אין הוא מסייע לזוגות וילדיהם הישראליים, עליהם חל חוק האימוץ הישראלי.⁶⁰

מספר שנים מאוחר יותר, עתרו לבית-המשפט **טל ואביטל ירוס-חקק**⁶¹ בבקשה לעגן משפטית את קשרי ההורות הקיימים בפועל ביניהן לבין הילדים שנולדו לכל אחת מהן מתרומות זרע, וזאת בהסתמך על חוק האימוץ הישראלי. כאמור, החוק אינו מאפשר אימוץ ילד בידי בני זוג מאותו מין. אולם בנות הזוג כלל לא נזדקקו לרישת סעיף 3 לחוק, שכן לכל אחד מהילדים יש אימא אחת ביולוגית שאינה זקוקה לאמץ את ילדה. לכן, כל שנתבקש הוא לקבל צו למאמץ יחיד, שיסדיר את מעמדה המשפטי של האם הלא ביולוגית.

העותרות התבססו על הקונסטרוקציה המשלבת בין סעיף 3(2) לסעיף 25(2) לחוק, ונמנעו משימוש בסעיף 1(3) העוסק "באימוץ קרובים". זאת, בכדי לא לכרוך את המאבק למען האימוץ עם המאבק להכרה בזוגיות החד-מינית. בג"ץ קיבל את העתירה ואפשר לכל אחת מבנות הזוג לאמץ את ילדיה הביולוגיים של השנייה, בתנאי שמתקיימות **נסיבות מיוחדות** ושהאימוץ הוא **לטובת הילד**, כאמור בסעיף 25(2) לחוק.

בהמשך לתקדים זה, קבע היועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, כי המונח "בן זוגו" הקבוע בסעיף 1(3) לחוק, כולל גם בן זוג מאותו המין. על כן, מקום בו בן זוג מאותו המין מבקש לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוגו, יש לנקוט בהליך "אימוץ קרובים" המוסדר בסעיף 1(3) לחוק, ולא בהליך המסורבל והמלאכותי המשלב בין סעיפים 3(2) ו-25(2) לחוק, כפי שנעשה בעניין ירוס-חקק.

בנוסף נקבע שבני זוג מאותו מין יוכלו לאמץ ילד "זר", קרי ילד שאינו ילדו הביולוגי או המאומץ של אף אחד מהם. לשם כך יידרשו בני הזוג להגיש שתי בקשות לאימוץ יחיד תוך שילוב סעיפים 3(2) ו-25(2) לחוק, כשההכרעה בגינתן תינתן במאוחד.⁶² אין חולק כי מדובר בהחלטה תקדימית, אף יותר מזו של הנשיא (דאז) ברק בפרשת ירוס-חקק, שצמצם את הכרעתו לסוג מאוד מצומצם של אימוץ – אימוץ ילד "מוכר", קרי ילד שיש לו כבר הורה, כשבן זוגו, המתפקד בפועל כהורה נוסף, מבקש לאמצו.⁶³ אולם ההחלטה אינה חפה

⁵⁸ בומבך ושקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 129. להרחבה בנושא ראו את תכנית הטלוויזיה: "אמא ואבאז" (טדי הפקות, 22.11.2012 – 7.2.2013), שממחישה את הקשיים שמעוררת הורות משותפת.

⁵⁹ בג"ץ 1779/99 **ברנר-קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368 (2000).

⁶⁰ בומבך ושקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 131, ה"ש 112.

⁶¹ ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (2005).

⁶² "אימוץ על-ידי בני זוג מאותו המין" **משרד המשפטים - הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** (10.2.2008) (להלן: "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה").

www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/law/file/%D7%94%D7%A0%D7%97%D7%99%D7%99%D7%A%20%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%A9%20%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A5%202008.pdf

⁶³ פרשת **ירוס-חקק**, לעיל ה"ש 61, פס' 17, 24-22 לפסק דינו של השופט ברק.

מקשיים; אימוץ ילד "זר" על ידי בני זוג מאותו המין יהיה כפוף לאותן מגבלות שעומדות בפני מאמץ יחיד – הם יקבלו לרוב ילדים מבוגרים יחסית או בעלי צרכים מיוחדים, שלא אומצו על ידי זוגות נשואים.⁶⁴

נכון להיום בן זוג הומוסקסואל יכול לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוגו.⁶⁵ כמו כן, זוג גברים יכול לאמץ בארץ ילד "זר", בנסיבות שבהן ניתן היה למסור את הילד להורה מאמץ יחיד.⁶⁶ לחילופין, יוכלו לאמץ ילד "זר" בחו"ל, ולהירשם כהוריו במרשם האוכלוסין.⁶⁷ יתרה מזאת, לאחרונה פסק בית-המשפט העליון, מפי השופט עוזי פוגלמן, כי אב או אם בזוגיות חד-מינית, שאינם ההורה הביולוגי של הילד, כבר לא יצטרכו לעבור הליך אימוץ על מנת שיוכרו כהורים מבחינה משפטית.⁶⁸

פונדקאות: טכניקת הפונדקאות הינה דרך נוספת להפיכת זוג גברים לאבות ביולוגיים. היא מאפשרת העמדת צאצא הקשור גנטית לאחד מהם, והמגודל בלעדית על-ידי שניהם, ללא צורך בהתקשרות עם נשים במסגרת הורות משותפת.

פונדקאות בישראל

חוק הסכמים לנשיאת עוברים⁶⁹ הוא החוק שמסדיר את הליכי הפונדקאות המתבצעים בתחומי ישראל. סעיף 1(2) לחוק קובע:

2. "השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות אם נושאת על מנת למסור את הילד שיוולד להורים מיועדים לא תבוצע אלא בהתקיים כל אלה: (1) נערך הסכם בכתב, בין אם נושאת להורים מיועדים, אשר אושר על ידי ועדת אישורים בהתאם להוראות חוק זה";

סעיף 1 לחוק מגדיר הורים מיועדים כ"איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד" (ההדגשות שלי – י.ק.). משמעות הדבר היא שזוגות חד-מיניים, כמו גם יחידים (נשים וגברים), אינם יכולים להסתייע בשירותיה של אם נושאת בישראל.

סעיף זה הותקף פעמיים, אך ללא הצלחה. בפעם הראשונה בידי אישה רווקה שנותרה פורייה, אך ללא יכולת להרות וללדת, בשל ניתוח שהוביל לכריתת רחמה.⁷⁰ וועדת האישורים דחתה את בקשתה לבצע הליך פונדקאות בישראל, רק משום שאין לה בן זוג⁷¹, ומשכך אין היא עומדת בקריטריונים של סעיף 1 לחוק.

⁶⁴ רועי גלבר "יצירתה של המשפחה החד-מינית: ההשלכות המשפטיות והאתיות של הפריה מלאכותית", בדרך לא סלולה: היבטים משפטיים, קהילתיים והוריים של משפחות חד מיניות 31, 34 (עדיטל בן-ארי ויואב לביא עורכים, 2007) (המאמר להלן: גלבר "יצירתה של המשפחה החד-מינית"; הספר להלן: בדרך לא סלולה).

⁶⁵ ראו למשל: אמ"ץ (ת"א) 58/07 שדיב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2008). באותו מקרה צו האימוץ ניתן בהתבסס על סעיפים 2(3) ו-2(25) לחוק אימוץ ילדים, אך כיום לאור "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה", לעיל ה"ש 62, הוא יינתן לפי הוראת סעיף 1(3) לחוק אימוץ ילדים.

⁶⁶ ראו למשל: אמ"ץ (ת"א) 34/07 אבן קמה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 10.3.2009), שם העניק בית-המשפט לכל אחד מהמבקשים, שהינם בני זוג הומוסקסואליים, צו אימוץ על מאומץ בגיר, לפי סעיפים 2(3) ו-2(25) לחוק אימוץ ילדים.

⁶⁷ בשנת 2008 הורה בג"ץ, בתום מאבק ממושך, לרשום כאבות משותפים, בני זוג הומוסקסואלים שאימצו ילד בחו"ל: אירית רוזנבלום "תקדים בג"ץ ארגון משפחה חדשה ופלוני: המדינה הכירה בילד שאומץ על-ידי זוג גברים בחו"ל – תומר זרחין עיתון "הארץ" 25.4.08

מספחה חדשה www.newfamily.org.il/blog/press-and-media/%D7%AA%D7%A7%D7%93%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%92%D7%A6-%D7%90%D7%A8%D7%92%D7%95%D7%9F-%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%94-%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%94-%D7%95%D7%A4%D7%9C%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%9D-%D7%94%D7%9E

⁶⁸ אביאל מגנזי "הורים, גם ללא אימוץ: פסיקה תקדימית לגאים" ynet – משפט ופילימ (4.9.2014)

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4567730,00.html

⁶⁹ חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 1577 (להלן: "חוק הפונדקאות").

⁷⁰ פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 21.

⁷¹ סעיף 4(2) לחוק הפונדקאות מחמיר אף יותר וקובע שהזרע המשמש להפריה חייב להיות של האב המיועד ולא מתרומת זרע.

העותרת טענה כי החוק בנוסחו הנוכחי מפלה לרעה אישה ללא בן זוג ביחס לאישה שיש לה בן זוג, ופוגע בזכותה החוקתית להורות ולשוויון. המדינה השיבה כי אין לגזור מהזכות להורות זכות לפונדקאות, שכן האחרונה מטילה על המדינה חובה לסייע לה לממש את הורותה, דבר המנוגד לסיווגה של הזכות להורות כחירות שלילית. בנוסף טענה המדינה, כי בשם טובתו של הילד, מוטב שיגדל במשפחה הכוללת שני הורים – אב ואם – מאשר אצל הורה יחידני שלא יוכל לספק לילד את כל צרכיו.⁷²

כבוד השופט מישאל חשין דחה את כל טענות המדינה, וקבע שאכן מדובר באפליה שאינה מוצדקת. ואולם, חרף כל הנמקותיו, דחה את העתירה ונענה לבקשת המדינה שלא להתערב בחוק, לפחות עד שייצבר ניסיון בתחום הפונדקאות בארץ.

חשובה לענייני התייחסותו של השופט חשין **למעמדם של גברים ביחס לפונדקאות**. לשיטתו, החוק מפלה נשים יחידניות ללא בן זוג שאינן יכולות להרות. אולם, הוא לא מביע עמדה בשאלה האם החוק מפלה גם גברים יחידניים, או זוג גברים המבקשים להעמיד צאצא באמצעות הליך פונדקאות.⁷³ לטעמי קביעה זו נעוצה בהשקפתו של השופט חשין על סוגיית ההורות;

ראשית, ההורות נתפסת בעיניו כזכות מגדרית המממשת את שאיפתן של נשים לילד פרי בטן. לשיטתו, אימהות חשובה יותר לנשים מאשר אבהות לגברים.⁷⁴ שנית, הזכות להורות מגנה לדעתו על יצר ההמשכיות.⁷⁵ בכך הוא מבכר את ההורות הביולוגית, ומתייחס לאישה שאינה יכולה ללדת כאל אישה "פגועה"⁷⁶, שתפקידו של המשפט הוא לסייע לה. לעומת זאת, לפי אותה תפיסה ביולוגית, גבר הופך להורה באמצעות העברת מטענו הגנטי. אין הוא נפגע משום שהוא מעולם לא יולד, ולכן לא זקוק לעזרת המשפט.

ניתן לבקר השקפה זו; מחד גיסא, הורות חשובה יותר לנשים מאשר לגברים, אך מאידך גיסא, השופט חשין מניח שאם יותר לגברים ללא בנות זוג לעשות שימוש בהליך, קבוצה עצומה של גברים תבקש להסתייע בו. יוצא כי הפרדוקס נמצא במילותיו של השופט חשין עצמו, וההורות חשובה לגברים לא פחות מאשר לנשים. בנוסף, ניתן לחלוק על התפיסה שמבכרת את מודל ההורות הביולוגית. מה שמניע אנשים להפוך להורים איננו בהכרח הצורך בשכפול גנים, אלא הכמיהה לגדל ילד. דהיינו, ההורות במובנה התפקודי להבדיל מההורות במובנה הגנטי.⁷⁷ היטיבה לתאר זאת אוריאנה פאלאצ'י באומרה כי: "אם אינה האישה הנושאת אותך בתוך רחמה, אלא האישה המגדלת אותך, או הגבר המגדל אותך".⁷⁸

חוק הפונדקאות אותגר **בפעם השנייה** בפרשת **ארז-פנקס**.⁷⁹ בני זוג הומוסקסואלים עתרו לבג"ץ לאחר שוועדת האישורים דחתה את בקשתם להתקשר בהסכם פונדקאות, מהטעם שאין הם מהווים "איש ואישה", כנדרש בחוק.

⁷² פרשת **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 21, פסקאות 30, 34-35 לפסק דינו של השופט חשין.

⁷³ שם, בפסי' 47 לפסק דינו של השופט חשין.

⁷⁴ שם, בפסי' 32 לפסק דינו של השופט חשין: "עיקר הוא ביצר זה שבאדם – יצר הקיום וההישרדות – **בשאיפתה של אישה**, שאיפה עד כלות, לילד פרטי בטנה, ילד בשר מבשרה [...] הזכות להורות היא ביסוד כל היסודות, בתשתית כל התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – **בוודאי שאיפתה של אישה**..." (ההדגשות שלי – י.ק.).

⁷⁵ שם, בפסי' 31 לפסק דינו של השופט חשין: "עיקר הוא במשאת הנפש לילד, באותו צורך נפש עמוק וקמאי להורות הבורח בנפשה של אישה ואיננו אָפֶל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם **ובכורח ההמשכיות**, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם" (ההדגשה שלי – י.ק.).

⁷⁶ שם, בפסי' 41 לפסק דינו של השופט חשין: "זאת ועוד, עניינו נסב על אישה **פגועה**, אישה שאינה יכולה להרות מטעמים אנטומיים או פיזיולוגיים" (ההדגשה שלי – י.ק.).

⁷⁷ לעמדה דומה ראו: עניין "כלל הפרש הגיל המרבי", לעיל ה"ש 13, פסי' 3 ו-5 לפסק דינו של השופט ריבלין, וכן בע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פסי' 43 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק (פורסם בנבו, 26.10.2005).

⁷⁸ צבי טריגר, "משפחות חורגות ו"רישיון הורות": מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ", **המשפט** 22, 44, 45, ה"ש 2 (2006).

⁷⁹ בג"ץ 1078/10 **יואב ארז-פנקס ואיתי פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (כתב עתירה).

מן ההיבט הפרשני טענו העותרים שיש לפרש את חוק הפונדקאות, המתייחס לזוגות הטרוסקסואלים, כחל אף על בני זוג מאותו המין. לחילופין טענו כי מבחינה חוקתית יש להחיל את החוק על בני זוג מאותו המין, בשם זכותם להורות ולשוויון. כמו כן, התייחסו העותרים לטענת "חוסר הניסיון" שהכריעה את הכף בפרשת משפחה חדשה; הם טענו שבמהלך שמונה השנים שחלפו מאז ניתן פסק-הדין, נצבר ניסיון רב ביישום החוק, שמפיג את מרבית החששות שליוו אותן בתחילת הדרך. אך לבסוף הם הסכימו למשוך את עתירתם לאור הקמת הוועדה הציבורית לבחינת ההסדרה החקיקתית של נושא הפריזון וההולדה בישראל, בראשות פרופסור שלמה מור-יוסף (להלן: "וועדת מור יוסף"), שאמורה הייתה להביא לשינוי החוק.

בכל הנוגע לפונדקאות בישראל, וועדת מור יוסף המליצה להרחיב את קבוצת הזכאים לפונדקאות גם לנשים יחידות ולגברים יחידים, אולם בתנאים שונים: **נשים יחידות**, שאינן יכולות לשאת הריון בשל בעיה רפואית, יהיו זכאיות לפונדקאות **כמו איש ואישה**; לעומת זאת, **גברים יחידים** יוכלו לבקש את אישורה של הוועדה להסכם פונדקאות על **בסיס אלטרואיסטי**, קרי פונדקאות המבוססת על קשרים קודמים בין הצדדים, ולא על בסיס תשלום. בנוסף, הומלץ להגביל את הזכאות לפונדקאות רק ליחיד שאין לו ילדים, ובמקרה של בני זוג – אם לשניהם אין יותר מילד משותף אחד בלבד.⁸⁰ המלצות הוועדה פורסמו בשנת 2012 אך **עד היום לא ייושמו בחוק**.

פונדקאות בחו"ל⁸¹

הואיל וזוגות חד-מיניים אינם רשאים לערוך הליך פונדקאות בישראל, הם נאלצים לבצעו בחו"ל.⁸² מחד גיסא, חוק הפונדקאות הישראלי אינו אוסר על ביצוע הליכי פונדקאות בחו"ל, ומאידך גיסא אין חקיקה או אמנה בינלאומית שמסדירה הליכים אלה. בשל שתיקות המחוקק בנושא, עד לאחרונה הוסדרה סוגיית קביעת ההורות באמצעות נוהל פנימי שגיבשה המדינה המכונה "נוהל חו"ל". לפי נוהל זה, שאיננו כתוב ואיננו מפורסם לציבור, זוגות שביצעו הליך פונדקאות בחו"ל נדרשים לעבור שני שלבים עיקריים:

ראשית, עליהם לערוך **בדיקה גנטית** שתוכיח קיומו של קשר גנטי בין הילד לבין אחד מהוריו שהוא אזרח ישראלי, כתנאי למתן מעמד לילד בישראל, ורישום אביו הגנטי כהורה במרשם האוכלוסין. **שנית**, ההורה השני, הלא ביולוגי (בין אם מדובר בזוגות הטרוסקסואלים ובין אם מדובר בזוגות הומוסקסואלים), נדרש **לאמץ** את הילד, על מנת שיוכל להירשם כהורה במרשם האוכלוסין.⁸³ נוהל זה אמנם לא נתקף עד לאחרונה, אך הוא הערים קשיים בפני זוגות חד-מיניים גם במתכונתו המתוארת. כך למשל, בפרשת "**התאומים מהודו**"⁸⁴, הגישו שלושה אבות בקשה לקבלת צו מבית-המשפט לענייני משפחה בירושלים, שיאפשר להם לעבור בדיקת רקמות. כאמור, לפי נוהל חו"ל, בדיקה זו אמורה להוכיח שהם האבות הביולוגיים של התינוקות שנולדו, ושעתידיים להיוולד להם בהודו בהליך פונדקאות.

השופט פיליפ מרכוס דחה את בקשתם בטענת "חוסר סמכות בינלאומית", אף על פי שצוויים לבדיקת רקמות ניתנו על ידי שופטי משפחה עשרות פעמים. לשיטתו, אין הוא מוסמך ליתן את הצוויים המבוקשים משום שהעובדים אינם נמצאים בישראל. לא זו אף זו, לטענתו זיקתם לישראל לא תקום אלא לאחר שיוכיחו המבקשים לבית-המשפט שהם האבות. טענה זו לוקה במעגליות קשה היות והבדיקה נדרשת

⁸⁰ "המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריזון וההולדה בישראל" 63-64 (משרד הבריאות, מאי 2012) (להלן: "המלצות וועדת מור יוסף"). כמו כן, לשיקולים ששימשו יסוד להחלטה זו ראו: שם, בעמ' 57.

⁸¹ ב"פונדקאות חו"ל" כוונתי להליכי פונדקאות בהם ההורים המיועדים לגדל את הילד הם אזרחי ותושבי ישראל, בעוד הליך הפונדקאות ממומש מחוץ לישראל והאם הנושאת היא אזרחית זרה.

⁸² יש לציין שגם אפשרות זו מצטמצמת. מדינות רבות, כדוגמת תאילנד, סוגרות את שעריהן בפני זוגות חד-מיניים המעוניינים לבצע את הליך הפונדקאות במדינתן: "הליכי פונדקאות בתאילנד – אזהרת מסע", **משרד החוץ – שירות קונסולרי – המלצות למטייל** (8.4.2014) mfa.gov.il/MFAHEB/ConsularService/TravelAdvisory/Pages/Thailans_0804014.aspx.

⁸³ מייזלס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 48.

⁸⁴ תמ"ש (י-ם) 28240/09 ד.ג. נ' פרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי (פורסם בנבו, 19.3.2010).

לצורך הוכחת זיקתם לישראל. יתרה מזאת, השופט מרכוס סבר כי מסקנה זו תואמת את טובת היילודים לפיה עדיף שיגדלו בקרבת אב ואם.

בערעור שהוגש על פסק הדין⁸⁵ נקבע כי לבית-המשפט לענייני משפחה יש את הסמכות, ואף את הסמכות הבלעדית להורות על ביצוע הבדיקה. הדיון הוחזר לבית-משפט קמא והשופט מרכוס אישר לבסוף את ביצוע הבדיקה⁸⁶. ברם, חשוב לציין שהאישור המיוחל הגיע רק לאחר שלושה חודשים, במהלכם התינוקות עוכבו במדינה זרה, ללא ביטוח בריאות, וללא אישור כניסה לישראל.

פרשת ממת-מגד וטבק-אבירם⁸⁷ - בעתירות אלו שהוגשו על ידי שני זוגות גברים, הותקפו לראשונה שני כללי העיקריים של "נוהל חו"ל". **בעתירה הראשונה** נידון עניינו של ילד שנולד לבני הזוג ממת-מגד בדרך של הליך פונדקאות בארצות הברית. בני הזוג ביקשו להקנות לילדם אזרחות ישראלית ולהירשם כהוריו במרשם האוכלוסין, **מבלי לערוך בדיקת רקמות** שתוכיח מיהו אביו הביולוגי של הילד. לטענתם, יש להסתפק בתעודת הלידה ופסק הדין ההצהרתי שקיבלו בארצות הברית, המעידים ששניהם הוריו של הילד.

בעתירה השנייה נידון ענינם של בני הזוג טבק-אבירם, שאף להם נולדה ילדה בארצות הברית בהליך דומה. בשונה מהעתירה הקודמת, ביצעו בני הזוג בדיקת רקמות, והאב הגנטי נרשם כהורה הילדה במרשם האוכלוסין. דרישתם הייתה שההורה הלא ביולוגי, ירשם כהורה נוסף לילדה, **מבלי שיצטרך לעבור הליך אימוץ**⁸⁸. גם הם טענו כי הרישום צריך להתבצע על סמך תעודת הלידה ופסק הדין שהם קיבלו בארצות הברית, המצהירים על הורותם המשותפת.

בג"ץ דחה את העתירה הראשונה, בנימוק כי מדובר בסוגיה של מתן מעמד בישראל לילד שנולד לאזרח ישראלי בחו"ל, המוסדרת בהוראות חוק האזרחות⁸⁹. לפי סעיף 4(א)(2) לחוק, אזרחות ישראלית "מכוח לידה" תוענק ל"מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אימו היו אזרחים ישראליים". השופטת נאור סברה שסעיף זה עוסק **בהורות ביולוגית**, ולכן יש לפרשו באופן המחייב **הוכחת קשר ביולוגי-גנטי** בין הילד לאחד מהוריו, על מנת להקנות לילד אזרחות ישראלית. עם זאת היא הוסיפה שבדיקת רקמות אינה הדרך היחידה להוכחת הקשר הגנטי, וניתן להסתפק בראיות משכנעות אחרות שיוכחו קיומו של קשר זה.⁹⁰

עתירתם של בני הזוג טבק-אבירם התקבלה בבית-המשפט ברוב דעות. נפסק כי מאחר שכבר הוענקה לילדה אזרחות ישראלית על סמך בדיקת הרקמות שהוכיחה מיהו אביה הגנטי, כל שנותר הוא להסדיר את מעמדו של אביה הלא ביולוגי במרשם. לשם כך יש לפנות לשרשרת ההלכות שקבעה בנושא זה⁹¹ כי ניתן לרשום את בן הזוג השני כהורה משפטי של הילדה, בהסתמך על תעודת הלידה ופסק הדין שהציג, המהווים "תעודה ציבורית", כמשמעותה בחוק מרשם האוכלוסין.⁹² עם זאת, ולמרות שלא נדרש לעבור הליך לקבלת צו אימוץ או "צו הורות פסיקתי" כדי לזכות ברישום, הודגש שעדיף אם ייעשה כן. כך תוסדר

⁸⁵ עמ"ש (י-ם) 14816-04-10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.5.2010).

⁸⁶ אביעד גליקמן, "השופט הסכים לבדיקה, האב יחזור עם ילדיו מהודו", ynet – משפט ופיללים (18.5.2010).

www.tbk.co.il/article/803474

⁸⁷ בג"ץ 566/11 ו- 6569/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014).

⁸⁸ ולחילופין מבלי שיצטרך לעבור הליך לקבלת "צו הורות פסיקתי" שדומה במתכונתו לצו האימוץ.

⁸⁹ חוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 95.

⁹⁰ פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 87, פסי' 16-13 לפסק דינה של השופטת נאור. יש להדגיש שכבוד השופט סלים ג'ובראן סבר בדעת יחיד שפרשנות סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות איננה מחייבת הוכחת הורות ביולוגית דווקא. אולם לבסוף הוא החליט לדחות את העתירה ולהעביר את הדיון לבית-המשפט לענייני משפחה, כשהוא מנחה אותו באילו דרכים להוכיח את הקשר הגנטי, להבדיל משלילת עצם הצורך בו.

⁹¹ כפי שנעשה בבג"ץ **בן-ארי**, לעיל ה"ש 49, ובבג"ץ **ברנר-קדיש**, לעיל ה"ש 59, אשר שניהם הסתמכו על בג"ץ 143/62 **פונק שלזינגר** נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963).

⁹² חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 466.

מבחינה מהותית הורותו של האב הלא ביולוגי, שתבטיח כי טענות לאי הכרה ביחסי הורות אלה לא יועלו בעתיד.⁹³

בפרק זה סקרתי את אפשרויות ההורות הנתונות לזוגות גברים בישראל. הראתי כיצד מאבקים של זוגות מאותו המין הצליחו לבסוף לשאת פרי, ולשפר את מעמדה של קהילת הלהט"ב בתחום דיני המשפחה.

בפרקים הבאים אטען כי המאבק בתחום הפונדקאות דווקא עלול להרע את מצבם של המעוניינים לקדמו. זאת משום שהוא משמר את עליונותה של תבנית המשפחה "המסורתית" המושתתת על קשרים גנטיים, וגורם בעקיפין לחיזוק ההיררכיה הטרוסקסואליות/הומוסקסואליות. אדגים כיצד המשפט משמש אתר שיח שבו מעוצבת המשפחה הגנטית כ"נורמה ראויה", כשכל שאר תבניות המשפחה שאינן תואמות לה, נתפסות כ"סטייות" שלה. אטען שחשיבות הגנטיקה בעיני המשפט משפיעה גם על הדרך שבה זוגות מאותו מין ירצו לממש את הורותם. לאחר מכן אבקר את המאבק לשוויון בפונדקאות באמצעות התיאוריה הקווירית, טיעוני העותרים והפסיקות של חלק מהשופטים בפרשת ממט-מגד.

ג. מה בין המאבק להורות לבין המאבק ל'נורמאליות'

פסק דין ממט-מגד ממחיש את חשיבותו של הליך הפונדקאות עבור זוגות הומוסקסואלים רבים, הרואים בו, ברוב המקרים, כאופציה העדיפה, ולעיתים אף היחידה, לממש את זכותם להפוך להורים. ייתכן כי תפיסה זו נעוצה ברצונם להידמות למודל "הטרונורמטיבי", המעמיד במוקדו אידיאל מדומה של 'משפחה גרעינית', המורכבת מזוג הטרוסקסואלי נשוי, המנהל מערכת יחסים מונוגמית ובעל קשר גנטי אל ילדיו. תפיסה זו אינה ניטראלית. היא מושפעת מהשקפות עולם פטריאכליות בדבר מודל המשפחה "האידיאלי".

כפי שהסברתי בפרקים הקודמים, "הטרונורמטיביות" היא הנטייה להגדיר את היחסים ההטרוסקסואלים כאידיאל נורמטיבי תקין, יציב ומועדף, ולראות בכל ההתנהגויות שאינן כאלו, כסטיות מגוונות. נטייה זו מושתתת, כאמור, על תיאורית ההבניה החברתית, הרואה בחלוקה השרירותית של בני אדם לקטגוריות של זהות הטרוסקסואלית/הומוסקסואלית תוצר של שיח תרבותי, ולא כמשקפת חלוקה טבעית של בני האדם. כנגזרת מחלוקה זו, המייצגת את הטבעי מול הלא טבעי, נוצרות חלוקות נוספות שמקבילות לה, כגון פורה/עקר וגנטי/לא גנטי.

כאמור, קטגוריות אלו הן תוצר של מבנה חברתי שרווי ביחסי כוח. בדומה למרבית המבנים החברתיים, כך גם קטגורית הזהות המינית ההטרוסקסואלית עוצבה כחלק ממבנה חברתי – מבנה משפחה פטריאכלי והטרוסקסואלי. חלוקת העבודה בתוך המשפחה תאמה את רצונותיהם של בני המגזר החזק שעמדו בראשה, קרי הגברים ההטרוסקסואלים, ושיקפה את מעמדם היחסי בתוכה: הגבר עמד בראש מוסד המשפחה, ומתחתיו ניצבו האישה והילדים שסרו למרותו ואף נתפסו כקניינו.⁹⁴ על מנת לתחזק את שליטת הגבר במשפחתו, "הפקיעה המשפחה את המיניות לעצמה, והטמיעה את כל כולה לתוך הרצינות של פעולות הרבייה".⁹⁵ כך הפכו יחסי המין ההטרוסקסואלים לכלי שרת בידי המשפחה, שביקשה לממש באמצעותם את אחד מהתפקידים המרכזיים שייועדו לה: הולדת ילדים.⁹⁶ גופה של האישה נוכס לשם שימור השושלת

⁹³ אחד התנאים לקבלת "צו הורות פסיקתי" לאב הלא גנטי בהליך של פונדקאות חו"ל הוא קבלת תסקיר מקיף מעובד סוציאלי אשר הכנתו עשויה לערוך זמן ממושך. נכון להיום גם דרישה זו צומצמה. בתמ"ש 21182-04-13 א.ל ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014), נקבע שבית המשפט אינו מחויב לקבל תסקיר כתנאי למתן "צו הורות פסיקתי". העניין נתון לשיקול דעתו ובמקרים המתאימים הוא יכול להסתפק בראיות אחרות לצורך מתן הצו האמור.

⁹⁴ עמית קמה "היבטים חברתיים-קהילתיים – על ספרו של העידן הבתר-הטרונורמטיבי: הערות סוציו-תרבותיות על המשפחה החד-מינית" בדרך לא סלולה, לעיל ה"ש 64, 45, בעמ' 45. (המאמר להלן: קמה "היבטים חברתיים קהילתיים"); גרוס, דנילוביץ שטיינר והתיאוריה הקווירית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 52.

⁹⁵ פוקו, לעיל ה"ש 27, בעמ' 7.

⁹⁶ טריגר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 45; פוגל-ביז'ואי, לעיל ה"ש 56, בעמ' 108.

הגברית – העמדת יורש לאב במסגרת הסדר החברתי הקיים, וחוזר חלילה. בדרך זו נשתמרה התפיסה לפיה, משפחה גרעינית **בה מתקיימים קשרים גנטיים** בין ההורים לילדיהם, היא **התבנית הלגיטימית, ולפיכך הנורמטיבית**, על אף שמדובר כאמור בהבניה חברתית.⁹⁷

הכריכה בין כושר הפיריון הגנטי ללגיטימיות של הזוגיות והתא המשפחתי, משתקפת יפה בפסק דינו של השופט קדמי **בבג"ץ דנילוביץ'**, שסבר בעמדת מיעוט כי:

"המושגים "בן זוג" ו"בת זוג" קשורים בלשונונו קשר כל 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; ו"משותפת" בהקשר זה מבטאת, בין היתר ובמיוחד, חיי אישות שתכליתם הבראשיתית – ומבחינה מושגית אי-אפשר בלעדיה – היא **להביא צאצאים לעולם**: "ויברך אותם אלוהים ויאמר להם אלוהים 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" (ההדגשות שלי – י.ק.).⁹⁸

כדברי פוקו, גם מערכת המשפט היא אחת מזירות הכוח בהן מעוצבת הדיכוטומיה בין ה"טבעי" לבין ה"לא טבעי". פסיקה זו היא סוג של השחה של המין, והיא מלמדת שמאחר שקשר מיני הומוסקסואלי אינו יכול לממש את הציווי החברתי להולדה, ובפרט להעמיד צאצאים גנטיים, הוא נתפס כ"פרברסיה". זאת משום שהוא מערער את יסודותיה של המשפחה הגרעינית הפטריאכלית המבוססת על מודל ההורות הגנטית. עיון קצר בפסיקה חושף את מרכזיותה של הזיקה הגנטית בעיני השופטים, אשר תורמת בתורה לעיצובם של היחסים ההטרוסקסואלים כטבעיים ולגיטימיים, אך בשל העובדה שהם משמרים את מודל ההורות הגנטית;⁹⁹

כך לדוגמה, **בפרשת נחמני**¹⁰⁰ נידון עניינם של בני הזוג רותי ודני נחמני, שלא הצליחו להביא לעולם ילד גנטי בשל חוסר יכולתה של הגברת נחמני להרות באופן טבעי. לפיכך, נאלצו השניים לעבור הליך של הפריה חוץ-גופית, במסגרתו הופרו ביציותיה של האישה בזרעו של הבעל, לשם השתלתן ברחמה של אם נושאת בחו"ל. אלא שלפני שאותרה אם נושאת, עזב אדון נחמני את הבית והקים משפחה חדשה בעודו נשוי.

השאלה שעמדה במרכז פסק הדין עסקה בזכותה של הגברת נחמני לעשות שימוש בביציות המופרות, ובכך לכפות על בן זוגה לשעבר הורות בכורח. בית-המשפט פסק לטובת הגברת נחמני, וקבע כי זכותה להורות גוברת על זכותו של אדון נחמני שלא להיות הורה, זאת בייחוד בשל מצבה הפיזיולוגי שלא אפשר לה להרות מאחר. חלק מהשופטים החליטו להעניק להורות הביולוגית מעמד בכורה. השופט גולדברג, למשל, סבר בדעת רוב כי: **"בבחינת נזקה של רותי יש לזכור כי לממד הביולוגי של ההורות, הינו העברת המטען**

⁹⁷ Gaia Bernstein, *The Social-Legal Acceptance of New Technologies: A Close Look at Artificial Insemination*, 77 Wash. L. Rev. 1035, 1047 (2002); איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 552 (2004); פוקו, לעיל, ה"ש 27, בעמ' 72.

⁹⁸ פרשת דנילוביץ', לעיל ה"ש 37, בעמ' 768.

⁹⁹ חגי קלעי, "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות – בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים", **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה**, 28, 5, 16 (2014)

www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/28/28_june_2014_3_kala_i.pdf; פוקו, לעיל ה"ש 27, בעמ' 29.

¹⁰⁰ פרשת נחמני, לעיל ה"ש 6.

הגנטי מדור לדור, חשיבות רבה מבחינה רגשית [...] משאלת הפרט להגשמת הורות ביולוגית צומחת משורש ההווייה האנושית" (ההדגשה שלי – י.ק.).¹⁰¹

גם השופט צבי טל גרס כי: "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**" (ההדגשה שלי – י.ק.).¹⁰²

לפי פסיקה זו, מודל ההורות ההטרונורמטיבי הוא זה אשר מעמיד במוקדו את **עקרון קידוש הגנטיקה**; בית-המשפט החליט כי עדיף שהתינוק יוולד, מקום בו יהיו לו שני הורים גנטיים ממין שונה, אף על פי שהם יהיו גרושים.¹⁰³

חשיבותו של האלמנט הגנטי באה לידי ביטוי גם ב**פרשת ברונה**.¹⁰⁴ מקרה זה עסק בבני הזוג תורגימן מישראל, שלאחר מספר שנות נישואין חשוכי ילדים, החליטו לאמץ ילדה מברזיל. השניים אימצו באופן חוקי תינוקת מברזיל וישבו עימה לישראל. בד בבד ערכה רשת ה-BBC הבריטית כתבת תחקיר אודות מקרים בהם נחטפו ילדים מברזיל, ונמסרו לאימוץ באופן לא חוקי. הסתבר כי התינוקות שאומצה על ידי הזוג תורגימן, תחת השם קרולין, היא למעשה ברונה, ילידת ברזיל, שנחטפה על ידי כנופיית סוחרי ילדים והועברה לסוכנות אימוץ. צוות התחקירנים שחקר בין היתר גם את פרשת חטיפתה של ברונה, קישר בין האם הביולוגית בברזיל להורים המאמצים בישראל. האם הביולוגית הגישה לבית המשפט תביעה להחזרת הילדה לחזקתה. בג"ץ קבע כי על אף הנזק שעלול להיגרם לקטינה בשל המעבר לאימה הביולוגית, "עדיין עלינו להעדיף את זכות האפוטרופסות הטבעית של ההורים, "קול הדם"..."¹⁰⁵ (ההדגשה שלי – י.ק.).

אם כן, בית-המשפט מעלה על נס את האלמנט הגנטי כרכיב בקביעת מודל ההורות הנורמטיבי, על ידי הגברת השיח אודות המיניות "הרבייתית" וחשיבותה. מהלך זה, לצד התהליכים ההיסטוריים והחברתיים שתוארו לעיל, משפיע מבחינה פסיכולוגית וקוגניטיבית על זוגות מאותו המין המעוניינים לממש את זכותם להורות. על מנת להימלט מ**מיצובם הכפוי בעמדה של 'האחר' או 'הלא נורמאלי'**, נוהרים הורים מיועדים רבים אחר טכניקות הולדה מלאכותיות, המאפשרות הולדת ילד המשמר קשר גנטי לפחות לאחד מהם.¹⁰⁶ יתרה מזאת, מחקרים מוכיחים כי זוגות רבים מנסים לבחור תורם/ת (ביצית/זרע) בעל מאפיינים דומים לבן הזוג הלא ביולוגי. בכך הם מחזקים עוד יותר את מודל ההורות ההטרונורמטיבי, שכן, הם מנסים "לייצר" ילד שיהיה קשור גנטית לאחד מהם, ולפחות זהה בפרופיל הגנטי שלו לבן הזוג האחר.¹⁰⁷ זו למעשה תגובת נגד שמנסה להתמודד עם הכוחות המדירים, אלה שפועלים ללא הרף על מנת לנתק אותם מהמרקם החברתי 'הנורמאלי'. הליך הפונדקאות הוא אם כן חלק מ**מנגנון הפיקוח המדעי-רפואי**, שנועד לשמר את מודל ההורות ההטרונורמטיבי.¹⁰⁸

הפנטזיה להקים משפחה גנטית, כזו שקרובה למודל המשפחה ההטרונורמטיבי, היא זו שיכולה להסביר את ההתמקדות במאבק להורות **על דרך פונדקאות**, ולא על דרך אימוץ או הורות משותפת. אימוץ עלול להיחזות בעיניהם של זוגות חד-מיניים רבים כנחות יותר משתי סיבות: ראשית, משום שהוא מייצר קשרי

¹⁰¹ שם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט גולדברג.

¹⁰² שם, בעמ' 696.

¹⁰³ קלעי, לעיל ה"ש 99, שם.

¹⁰⁴ בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' שמחה תורגימן, פ"ד מה(2) 626 (1991).

¹⁰⁵ שם, בעמ' 647 (פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיא (דאז) אלון).

¹⁰⁶ יצירת צאצא משותף משני זרעים או משתי ביציות היא עדיין בגדר פנטזיה בלתי מושגת, אם כי כיום ניתן מבחינה מדעית להפרות ביצית בביצית – ראו בהקשר זה: טריגר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 47, ה"ש 37.

¹⁰⁷ Annette R. Appell, *The Endurance of Biological Connection: Heteronormativity, Same-Sex Parenting and the Lessons of Adoption*, 22 *BYU J. Pub. L.* 289, 312 (2008).

¹⁰⁸ קמה "היבטים חברתיים וקהילתיים", לעיל ה"ש 94, בעמ' 47-48.

הורות שאינם מבוססים על גנטיקה, ושנית, מכיוון שהמאומץ "נחשד" כמי שדבקו בו "הגנים הרעים" של הוריו הביולוגיים, שהחליטו למסור אותו לאימוץ.¹⁰⁹ גם ההורות המשותפת נתפסת כפתולוגית, מכיוון שהיא חורגת ממודל ההורות הנורמטיבי הכולל רק שתי דמויות הורות.¹¹⁰

ההפרזה בחשיבותו של האלמנט הביולוגי-גנטי, עשויה להסביר למשל את מאבקן של בנות הזוג **בפרשת משה**.¹¹¹ עתירה זו עסקה בזוג לסביות, דנה גליסקו וליאת משה, שביקשו להביא יחד ילד לעולם בדרך הבאה: ביצית תישאב מגופה של משה, תופרה, ותושלל ברחמה של גליסקו. כך, לשתיהן תהיה זיקה ביולוגית ליילוד – גנטית למשה ופיסילוגית לגליסקו. ברם, מאחר שהליך זה עומד בניגוד לחוק הפונדקאות ולחוק תרומת ביציות¹¹², בקשתן נדחתה.

לקראת הדיון בעתירה גיבש משרד הבריאות נוהל חדש – "הוצאת זרע, ביציות או ביציות מופרות מחוץ לישראל". לפי נוהל זה, תאושר שאיבת הביצית מגופה של משה בארץ, אך השתלתה ברחמה של גליסקו תותר רק מחוץ לישראל. בעקבות הנוהל האמור, הפצירו בהן השופטים לקבל את הצעת משרד הבריאות, אך הן עמדו בטיעוניהן ודרשו לבצע את התהליך כולו בישראל. בג"ץ החליט לדחות את העתירה ברוב דעות, בעיקר לאור הפתרון, החלקי אמנם, שהציע משרד הבריאות.

מקרה זה משקף ביתר שאת את הדגש המושם על העיקרון הביולוגי בעיצוב יחסי המשפחה. בנות הזוג הסכימו לעבור טיפולים מסוכנים ופולשניים בגופן, רק בכדי לקחת חלק ביצירתו הביולוגית של העובר.¹¹³ בכדי לא להיוותר בשוליים החברתיים, הן החליטו לחבור לאותו מוסד אידיאולוגי שגירש אותן ממנו – מוסד המשפחה הגרעינית ההטרונורמטיבי.

ד. מחשבות קוויריות, ועוד

המאבק לשוויון בהליך הפונדקאות לבני זוג מאותו המין, עשוי להצטייר בפני רבים כהישג נוסף של קהילת הלהט"ב בדרך למיגור תופעת האפליה הפסולה על רקע נטייה מינית. ואכן, במרבית פסקי הדין שסקרתי עד כה, התמקדו העותרים בתקיפת הסדרים חקיקתיים ומנהליים שמיטיבים עם בני זוג ממין שונה, אך פוגעים בזכויות החוקתיות של בני זוג ממין זהה. בין היתר נטען כי יש לפתוח את הליך הפונדקאות לזוגות מאותו המין גם בישראל¹¹⁴, ולהקל בדרישות הבירוקרטיות העומדות בפני זוגות המבצעים את ההליך בחו"ל.¹¹⁵ מאבק זה שנועד בעיקרו לאפשר לזוגות מאותו המין להעמיד צאצא גנטי, ובדרך זו להרגיש חלק מהקונסנוס החברתי המבכר את מודל ההורות הגנטי ההטרונורמטיבי, עשוי לעורר ביקורות מצד תומכי התיאוריה הקווירית. בטרם אפנה לדון בביקורת זו, אציג בקצרה את עיקרי התיאוריה.

תיאוריה קווירית היא תיאוריה ביקורתית שהתפתחה בארצות הברית בשנות התשעים של המאה העשרים. תיאוריה זו הושפעה רבות הן מהתיאוריה הפמיניסטית, שקראה תיגר על הרעיון לפיו מגדר הוא מרכיב מהותני בבני-אדם, והן מכתביו של מישל פוקו. התיאוריה הקווירית מקשרת בין מקורות אלה, ומערערת על התפיסה לפיה קיים קשר טבעי בין מין, מגדר ומיניות. הקישור בין שלושת המושגים האלו יוצר, לפי הרעיון הקווירי, "משולש חברתי כפוי", קרי משולש שהחברה מקבלת את הקשר שבין צלעותיו

¹⁰⁹ קלעי, לעיל ה"ש 99, בעמ' 34; רות זפרן, "המשפחה העידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב (1) 223, 234 (2005); Appell, לעיל ה"ש 107, בעמ' 301.

¹¹⁰ טלי מרקוס, "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" **משפטים** מד (2) 415 (2014).

¹¹¹ בג"ץ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.9.2014).

¹¹² חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, ס"ח 2242.

¹¹³ קלעי, לעיל ה"ש 99, בעמ' 34.

¹¹⁴ פרשת **ארד-פנקס**, לעיל ה"ש 79; פרשת **משה**, לעיל ה"ש 111.

¹¹⁵ פרשת **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 87.

כדבר מובן מאליו. לפי משולש זה, יהיה זה "טבעי" שאדם שנולד מבחינה ביולוגית כזכר, ינהג בהתאם לזהות המגדרית שתואמת את מינו הביולוגי, דהיינו יתנהג כיאה למגדר "גברי" להבדיל מ"נשי", ויימשך מבחינה מינית לבני המין השני, קרי לנקבות. המהלך הקווירי מערער על טבעיותו הלכאורית של הקשר הזה, בכל אחת מצלעותיו השונות במשולש. בפרט לעניינו, התיאוריה הקווירית תקרא תיגר על הצגתן "הטבעית" של הקטגוריות הטרוסקסואליות והומוסקסואליות שמופיעות על צלע המיניות, ותראה בהן תוצר של הבניה חברתית, כפי שטען פוקו.

התיאוריה הקווירית מבצעת מהלך נוסף על זה שביצע פוקו; אין היא מערערת רק על עצם טבעיות החלוקה לקטגוריות של זהות מינית, אלא גם על מה שמאפיין את החלוקה הזו – **היררכיה ובינאריות**. לפיכך היא מבקרת כל מאבק המושתת על עקרונות ליברלים, דהיינו כזה שמתנה הענקת זכויות לפרטים לפי **מידת התאמתם למודל ההגמוני הטרונורמטיבי**. מאחר שתיאוריה זו אינה מאמינה כי ישנה התנהגות "טבעית" יותר מאחרת, היא דוחה כל אסטרטגיה שמנסה להשיג הכרה מצד הממסד בשם ערכים של שוויון. הנימוק לכך נובע מהרעיון המרכזי שעומד בבסיס התיאוריה ולפיו, הענקת זכויות לפרטים אך בשל העובדה שהם דומים לפרטים אחרים, משמעה **אי קבלת השונה**. לעומת זאת כל מהלך שיוביל לקידום זכויות בשם הפנמת השונות, יוכר כמשובח.

חשוב להדגיש – התיאוריה הקווירית אינה שוללת תפיסות של שוויון באופן גורף, אלא רק כאלו שמתבססות על "שוויון צר", קרי שוויון פורמאלי, שכן זהו השוויון שמשמר מודלים חברתיים הטרונורמטיביים. מנגד, היא תכיר **בשוויון מהותי**, שלא מתבסס על הדמיון לסטנדרט ההגמוני, אלא על השוני שמוביל כאמור **לשחרור** מהסטנדרט ההגמוני. היטיב לתאר זאת פרופסור אייל גרוס: "ריבוי של שוני שוויוני – קרי שוויון המבוסס לא רק על הדומה, אלא גם על השונה"¹¹⁶.

זהות איננה פונקציה שנלקחת בחשבון, משום של"קוויר" אין זהות אחידה. יתרה מזאת, קוויר מתאפיין ב"אנטי זהותנות", בשחרור מן הכבלים שיוצרות קטגוריות הזהות החברתיות. יוצא כי התיאוריה הקווירית מבוססת יותר על **הזדהות** מאשר זהות, כלומר על הכרה במאפיינים השונים של כל אחד, ולא בדמיון אליהם. אם כן, ניכר כי ברעיון הקווירי מצוי פוטנציאל חתרני; לפיכך מאבק שינוהל לפי חשיבה קווירית ינסה לנפץ מוסכמות חברתיות, ולא לשמר אותן על ידי הכרה בעליונותן.¹¹⁷

כעת אדון בביקורת המופנית כנגד סוגיית השתתפותם של זוגות מאותו המין במאבקים לקידום השוויון בהליכי פונדקאות, כפי שהיא תובא על ידי תיאורטיקנים קווירים.

כפי שטענתי בפרק הקודם, פונדקאות היא טכניקת הולדה שמשמרת מודל הורות הטרונורמטיבי, היות והיא מקדשת את עקרונות הגנטיקה. יתרה מזאת, במרבית העתירות שנידונו בנושא, ביקשו ההורים המיועדים עצמם לאמץ מודל של משפחה הטרונורמטיבית כמקור התוקף למשפחה שהם מעוניינים להקים – משפחה "נורמאלית" שדומה במאפייניה למשפחה ההטרוסקסואלית, רק עם הבדל קטן ו"לא חשוב"; אמנם ההורים במשפחה זו יהיו ממין זהה, אך לפחות הזיקה הגנטית תישמר, הגם שחלקית. הבדל זה

¹¹⁶ גרוס, דנילוביץ, שטיינר והתיאוריה הקווירית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 54; אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב – בין (הומו) נורמטיביות/ולאומיות לפוליטיקה קווירית" **מעשי משפט** ה' 101, 118 (2013) (להלן: גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב").

¹¹⁷ גרוס, דנילוביץ, שטיינר והתיאוריה הקווירית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 49-54; גרוס וזיו "לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 22-25; גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב", לעיל ה"ש 116, שם.

לטענתם, איננו סיבה לאפליה בנגישות להליך הפונדקאות, שכן אפליה בין שווים רק בשל שונותם המינית, נחשבת מבחינה חוקתית כפסולה.¹¹⁸

כך לדוגמה, בכתב העתירה שהוגש בעניין ארד-פנקס, טענו העותרים כי שלילת זכותם להתקשר בהסכם פונדקאות בישראל, **כפי שמתאפשר לבני זוג ממין שונה**, מהווה אפליה פסולה, מכיוון שהיא פוגעת בזכותם החוקתית לשוויון ולהורות אך בשל נטייתם המינית.¹¹⁹

כמו כן, בעניין ממת-מגד טענו העותרים שהדרישות לעריכת בדיקה גנטית ולאיתוץ הילד על ידי בן הזוג הלא ביולוגי, כתנאי למתן מעמד לילד בישראל ולרישומם כהוריו במרשם, הן דרישות שנגועות באפליה על בסיס נטייה מינית. כבוד השופט סלים ג'ובראן קיבל את עמדתם, בסברו כי מאחורי מדיניות משרד הפנים מסתתרת אפליה תוצאתית. אכן, דרישות אלה מופנות כלפי זוגות חד-מיניים והטרנסקסואלים כאחד, אך דה-פקטו הן משפיעות בעיקר על בני זוג מאותו המין. הסיבה לכך היא שבפני זוגות הטרנסקסואלים פתוחים מסלולים רבים ליצירת הורות גנטית, שאינם דורשים מהם להוכיח את "כשירותם" ההורית בדרכים משונות כגון אימוץ או בדיקה גנטית. לעומת זאת, עבור בני זוג מאותו המין אין אף לא דרך אחת שבה הם יוכלו להפוך להורים מבלי שיצטרפו להוכיח שהם מתאימים לכך.¹²⁰

לפי התיאוריה הקווירית, פסיקה ליברלית זו, המכירה בזכותם של זוגות חד-מיניים להקים משפחה גנטית **בדיוק כמו זוגות דו-מיניים**, מעלה על נס את המשפחה בעלת הצביון ההטרנסקסואלי. משפחה שחובתה, לפי השקפות פטריאכליות ודתיות, לקיים את מצוות "פרו ורבו" "בדרך הטבעית", קרי על ידי משגל בין גבר לאישה. לפי תפיסה זו, הכורכת פרוין במיניות הטרנסקסואלית, נשים זקוקות לגברים בחייהן על מנת למלא אחר התפקיד שהחברה ייעדה להן – הולדה. גופה של האישה אינו נתון תחת סמכותה, אלא כפוף לשליטתו של הגבר וגם של החברה, הרואה בו כלי לשימור והגדלת הקהילה הרצויה.¹²¹

יש שיטענו שעצם העובדה שבראש המשפחה החד-מינית עומדים הורים ממין זהה, שהסתייעו בטכנולוגיית פרוין כדי להוליד ילד, ולא עשו זאת בדרך "הטבעית", כבר מערערת את מבנה המשפחה הנורמטיבי ומנסה לאבחן עצמה ממנו. אף ניתן לטעון שהשוני בין שני סוגי המשפחות משתקף די בבירור:

בראש המשפחה ההטרנסקסואלית עומד זוג דו-מיני שלרוב ממסד את זוגיותו במסגרת טקס נישואין, שהוא כשלעצמו מושתת על אלמנטים פטריאכליים. ילדיהם נולדים לרוב כתוצאה מקיום יחסי מין טבעיים (למעט מקרים בהם אחד מבני הזוג או שניהם סובל מבעיות פרוין/הולדה). גם חייהם של בני הזוג מתנהלים לפי תפיסות פטריאכליות הנטועות היטב בחברה; בבית מתקיימת חלוקת תפקידים וסמכויות מאוד מגדרית וממשטרת: תפקידה של האישה הוא לבצע את כל מלאכות הבית, לגדל את הילדים ולדאוג לשאר בני המשפחה. האישה והילדים תלויים בגבר שהוא ראש המשפחה והמפרנס העיקרי. משטר מגדרי זה משליך גם על חלוקת התפקידים מחוץ לבית: "השתעבדות" האישה לבית פוגעת ביכולתה להתחרות בשוק העבודה בתנאים שווים. הגברים יוצאים נשכרים מהיררכיה בלתי שוויונית זו, ותופסים את רוב המשרות הבכירות בשוק.

¹¹⁸ אפליה על רקע נטייה מינית נוגדת את הזכות החוקתית לשוויון המעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בהקשר זה את סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, להלן ה"ש 149, העוסק באיסור אפליה בעבודה על רקע נטייה מינית; וכן את הצעת החוק האוסרת אפליה על רקע נטייה מינית שאושרה על ידי וועדת השרים לחקיקה בדצמבר אשתקד: הצעת חוק הפרשנות (תיקון) – הגדרת הפליה על רקע זהות מגדרית או נטייה מינית, התשע"ד – 2013 (9.12.2013).

main.knesset.gov.il/Search/Pages/Results.aspx?k=%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA%20%D7%97%D7%95%D7%A7%20%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%A9%D7%A0%D7%95%D7%AA

¹¹⁹ פרשת **ארד-פנקס**, לעיל ה"ש 79, בסי' 30 לכתב העתירה.
¹²⁰ פרשת **ממת-מגד**, לעיל ה"ש 87, בפסי' 10-3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

¹²¹ פוגל-ביזיאוי, לעיל ה"ש 56, בעמ' 143-142; גילה שטופלר, "מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה וזכויות נשים ומיעוטים" **משפט וממשל** יא 2, 473 485-488 (2008).

מנגד, המשפחה החד-מינית מורכבת מבני זוג מאותו המין שאינם יכולים להעמיד צאצא בעקבות קיום יחסי מין ביניהם. לפיכך, ברירת המחדל בקשר מסוג זה היא להסתייע בטכניקות הולדה או לפנות למוסד האימוץ. בנוסף, בני הזוג אינם יכולים למסד את הקשר ביניהם במסגרת נישואין¹²² או ברית זוגיות בישראל.¹²³ חוסר הייצוג לשני המינים מערער על חלוקת התפקידים הפטריאכלית בבית, ומשנה את חלוקת הנטל בהורות. כך למשל, אצל זוג גברים, לא ברור מי יהיה זה שיטפל בעיקר בילדים ומי יעבוד יותר בחוץ.

ניתן לטעון שהישארותו של האב הגנטי בבית עשויה לשחזר את מודל ההורות ההטרוסקסואלי. הזיקה הגנטית של האב ההומוסקסואל קושרת אותו יותר לצאצא מאשר את בן הזוג הלא גנטי, כמו שהזיקה הגנטית של האם ההטרוסקסואלית (הביצית), יחד עם זיקתה הפיסיולוגית (ההיריון והלידה), קושרת אותה לילוד יותר מאשר את האב ההטרוסקסואל (שכן לאישה ההטרוסקסואלית יש יותר "תפקידים רבייתיים" (reproductive roles) ביצירת הצאצא מאשר לגבר). לפיכך, כשהאב הגנטי ההומוסקסואל נשאר בבית, הוא למעשה ממלא את התפקיד המסורתי של האם במשפחה ההטרוסקסואלית. ברם המציאות מוכיחה שהדברים הרבה יותר מורכבים מהנחה אינטואיטיבית זו. ילדים רבים במשפחות הומוסקסואליות מחפשים דווקא את קרבתו של האב הלא ביולוגי, המעניק יותר חיבה ורכות מהאב הביולוגי, שלרוב תופס את התפקיד האקטיבי יותר בבית. על כן, סביר להניח שבמשפחות כאלה, מי שיקדיש את מירב זמנו לטיפול בילדים בבית יהיה דווקא האב הלא ביולוגי.¹²⁴

לדעתי הטענה שיצירת משפחה המורכבת מזוג ממין זהה, ומילד שנולד "שלא בדרך הטבעית", כבר מערערת על מוסד המשפחה הפטריאכלי וההטרוסקסואלי, אינה יכולה להחזיק מים. כשזוגות מאותו המין מקימים משפחה תוך שימוש בהליכי פונדקאות, הם אינם משתמשים בפוטנציאל החתרני הטמון במערכות היחסים ביניהם, כדי לערער על מוסד המשפחה הפטריאכלי. להיפך, נראה שהם מוכנים דווקא לקבל את עקרונותיו. כשהם נאבקים על זכותם לפונדקאות, הם למעשה משמרים את הצורך בהולדה, פריון וגנטיקה לשם הקמת משפחה "נורמאלית". כך הופכת מערכת היחסים ביניהם ל"לא נורמאלית", אך בשל העובדה שהיא אינה פורייה. עצם העובדה שפונדקאות מאפשרת להם ליצור משפחה קצת שונה מהמודל המקובל – משפחה שבראשה שני גברים או שתי נשים, לא מביאה בהכרח לשינוי באופייה של המשפחה ההטרונורמטיבית, כפי שאולי היה ניתן לסבור בתחילה. להיפך, נראה שהיא גורמת דווקא לשינוי באופייה של הקהילה הלהט"בית, ולקליטה של אלמנטים פטריאכליים לתוכה (האלמנט הגנטי).¹²⁵

נראה שהמהלכים הננקטים בתחום זה הגיעו היום כמעט לשיאם. בחודש יוני האחרון אושר בממשלה התיקון לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, המגדיר את התנאים שבהם יוכלו זוגות מאותו המין לעבור את הליך הפונדקאות בישראל ובחו"ל, ובחודש אוקטובר הוא אושר בקריאה ראשונה בכנסת.¹²⁶ בעוד רבים

¹²² לעיל ה"ש 55.

¹²³ יהונתן ליס, "חברי יש עתיד הפילו את חוק ברית זוגיות לבני אותו מין" הארץ – חדשות – פוליטי (11.06.2014) www.haaretz.co.il/news/politi/1.2346135 ; הצעת חוק ברית הזוגיות האזרחית, התשע"ד – 2013 (18.11.2013) [www.haaretz.co.il/news/politi/1.2346135](http://yeshatid.org.il/wp-content/uploads/2013/10/%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA_%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%96%D7%95%D7%92%D7%99%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%90%D7%96%D7%A8%D7%97%D7%99%D7%AA_%D7%A1%D7%99%D7%A2%D7%AA_%D7%99%D7%A9_%D7%A2%D7%AA%D7%99%D7%93.pdf)

yeshatid.org.il/wp-content/uploads/2013/10/%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA_%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%96%D7%95%D7%92%D7%99%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%90%D7%96%D7%A8%D7%97%D7%99%D7%AA_%D7%A1%D7%99%D7%A2%D7%AA_%D7%99%D7%A9_%D7%A2%D7%AA%D7%99%D7%93.pdf

¹²⁴ אילן אבירם, "הורות אחרת? על הדומה והשונה בהורות חד-מינית" פסיכולוגיה עברית (7.1.2011) www.hebpsy.net/articles.asp?id=2550

¹²⁵ דן יקיר ויונתן ברמן "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?" מעשי משפטי א 169, 170-171 (2008).
¹²⁶ תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד – 2014; ראו כתבה בנושא זה: עמרי נחמיאס, "הממשלה אישרה: תותר פונדקאות לזוגות חד-מיניים בישראל" Walla (1.6.2014) news.walla.co.il/?w=4487/2751665; יהונתן ליס ועידו אפרתי, "חוק הפונדקאות אושר בקריאה ראשונה" הארץ (27.10.2014) www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2469400

יראו במהלך זה ציון דרך משפטי נוסף של קהילת הלהט"ב בישראל, אחרים יראו בו צעד לקראת טמיעה ונרמול. הניסיון להיות תעתיק דומה למוסד המשפחתי ההטרסקסואלי הוא מאבק "מתבלל". הוא מייצר משפחות "הומונורמטיביות", קרי משפחות שאינן מאתגרות את מוסד המשפחה הגרעינית ההטרונורמטיבי, אלא דווקא מנסות להשתלב בו בסובלנות.¹²⁷

מאבקים אלו אף מחזקים את הרעיון לפיו קיימת רק תבנית אחת להורות שראויה להערכה – הורות גנטית, ומעוררים קשיים נוספים. כך למשל, ההפרזה בחשיבות קשר הדם מחד גיסא, והקושי הטבעי של זוג גברים לקיים קשר גנטי מלא לצאצא מאידך גיסא, גורמים לבני הזוג להימנע מחשיפת ההורה שאינו גנטי, כפי שניסו לעשות בני הזוג ממת-מגד בעתירתם. מעשה זה נובע מהעובדה שזוגות רבים אדישים בבחירת זהות ההורה הגנטי וכמעט שלא מייחסים לה חשיבות, שכן בסופו של דבר תהליך הבאת הילד לעולם נעשה על ידי שניהם בצוותא חדא. לכן, תחושת החיבור שלהם לילד, במיוחד לאחר הלידה, לא קשורה לזיקה הגנטית אלא זהה בין שניהם, ונוצרת מתוך הטיפול והמגע היומיומי עם היילוד.

יתרה מזאת, גם אם הזוג עצמו אינו מייחס משמעות לקשר הגנטי, די ברור מדוע הוא מסרב לבצע בדיקה שתחשוף קשר זה. הוא יעדיף להימנע מ"התנכלויות" מול הרשויות שעדיין מעניקות להורה הגנטי מעמד מיוחד, וכן משאלות חודרניות שיופנו אליו מצד המשפחה והסביבה, ויאלצו אותו לצאת מהארון כל פעם מחדש¹²⁸ כשתעלה השאלה מיהו ההורה הגנטי.¹²⁹

מעבר לכך, הידיעה מיהו ההורה הגנטי עלולה ליצור חיכוכים בין בני הזוג עצמם. דוגמה לכך ניתן למצוא בסרט "הילדים בסדר"¹³⁰: הסרט עוסק בחייהן של זוג לסביות שהביאו לעולם שני ילדים, באמצעות תרומת זרע מאותו תורם, כשכל אחד מהילדים הוא ילדה הביולוגי של אחת האימהות. אחת מהסצנות בסרט מתארת שיחה שמתנהלת בין שתי האימהות אודות בן. האם הלא ביולוגית מאוכזבת מהבחירה של הבן בחבר לא יוצלת, ורואה זאת כעדות להיותו חולמני, "מעופף" וחסר ריכוז. בלי כוונה היא גורמת לוויכוח בינה לבין בת זוגתה, האם הביולוגית, שסבורה כי בת זוגתה התכוונה באמצעות אמירה זו לבקר אותה, ואת חוסר המיקוד שלה בחייה המקצועיים. סצנה זו מדגימה כי גם במקרים בהם הגנטיקה אינה משחקת תפקיד עבור בני הזוג עצמם, היא לעולם מרחפת ברקע ועולה בעיתות משבר.

בנוסף, עליונותו של מודל ההורות הגנטי בעיני זוגות חד-מיניים, ממעיטה בחשיבותם של מודלים אחרים של הורות, שאינם מתבססים על קשרים גנטיים, כגון אימוץ, אומנה והורות חורגת. כך למעשה נוצרת היררכיה בין סוגי ההורות השונים – היררכיה שהתיאוריה הקווירית שואפת כאמור לבטל. ואולם, כיום רווח בספרות טיעון מרכזי שאינו רואה בגנטיקה חזות הכל. לפי טיעון זה, מהותה של ההורות היא הקשר הרגשי, הטיפול והאהבה כלפי הילד,¹³¹ שיכולים להתקיים גם בהינתן קשרי דם וגם בהיעדרם. יתרה מזאת, ישנם מחקרים אמפיריים שמוכיחים שגברים נוטים להעניק יותר חום ואהבה לילדי בת זוגתם, שאינם ילדיהם הביולוגיים, מאשר לילדיהם הגנטיים מגרושותיהם. לפיכך לא נראה שקשר הדם הוא

¹²⁷ המושג "הומונורמטיביות" שאול ממאמרו של גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב", לעיל ה"ש 116; זיו וגרוס "לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 23.

¹²⁸ איב קוסופסקי סדגוויק "האפיסטמולוגיה של הארון" מעבר למיניות, לעיל ה"ש 24, 303.

¹²⁹ אילן טבק-אבירם, "על הורות ביולוגית-גנטית ומשמעותה" אבות גאים

gaydads.org.il/learn/psych_edu/biological_parenthood

The Kids Are All Right (Focus Features, 2010).¹³⁰

¹³¹ תפיסת הורות זו מכונה לעיתים "הורות תפקידית".

המרכיב הבלעדי שמכונן את תבנית ההורות הרצויה, אלא יש להתייחס למכלול הנסיבות, ביניהן החיבור הרגשי והמחויבות הנרקמת כלפי הילד.¹³²

לאור האמור לעיל, לא זו בלבד שהורות המושתת על קשרי אימוץ אינה צריכה להיחשב נחותה, ייתכן כי **לפי הרעיון הקווירי מן הראוי לקדמה**. כאמור, מודל ההורות הנורמטיבי נגזר למעשה ממערכת היחסים הזוגית שהחברה מעוניינת לקדם – זוגיות בין גבר לאישה. הואיל וברירת המחדל בזוגיות זו היא העמדת צאצא גנטי בעקבות משגל בין בני הזוג, הופכת ההורות הגנטית לנורמה. התיאוריה הקווירית, רואה במערכת היחסים החד-מינית פוטנציאל טרנספורמטיבי שעשוי להפר את הנורמה הזו. היא רואה יתרון בשונותם של זוגות הומוסקסואלים מזוגות הטרוסקסואלים, המתבטא, בין היתר, בכושר הפיריון. לפיכך, האם לא יהיה זה ראוי שזוגות הומוסקסואלים יתעלו שונות זו לצורך קידום מאבקם בתחום האימוץ?¹³³

למשל, ניתן להיאבק להכללת זוגות מאותו המין בפרשנות המילים "איש ואישה" שבחוק האימוץ, כפי שהיטיב לעשות זאת בית המשפט המחוזי בנצרת, כשדן בפרשנות מילים אלה בהקשר לדיני ירושה.¹³⁴ כך, יעלה קרנו של מוסד האימוץ לא רק בקרב קהילת הלהט"ב אלא בקרב החברה כולה, שנהגה, ולעיתים עדיין נוהגת, להתייחס אליו בחשדנות.

מנגד, אין להתעלם מהבעיות הפרקטיות שמציב כיום מוסד האימוץ בפני זוגות מאותו המין. **ראשית**, ישנו מחסור כיום במספר הילדים המועמדים לאימוץ. הסיבה לכך היא שמרבית המדינות המערביות, כולל ישראל, נוטות להתיר פעולות להפסקת הריון ומעודדות שימוש באמצעי מניעה. לכן, האפשרות לגייס תורמי זרע וביצית, ואף אם פונדקאית מתאימה, הופכת פשוטה יותר מהאפשרות לאמץ.¹³⁵

שנית, אימוץ ילד "זר" מחו"ל כלל איננו פשוט. יש להגיש לעמותה מוכרת בישראל בקשה לאימוץ בן ארצי. העמותה מנהלת את כל שלבי האימוץ, ופועלת לפי אמנת האג¹³⁶ וחוקי האימוץ במדינת המוצא של הילד. על העובד הסוציאלי של העמותה לציין בפני מדינת המוצא כי המאמצים הינם בני זוג מאותו המין. הואיל והאימוץ מתבצע לרוב ממדינות שאינן מפותחות כל-כך מבחינה תרבותית, המחזיקות לרוב בתפיסות חשוכות כלפי ההורות החד מינית, הופכים סיכויי האימוץ לקלושים ביותר.¹³⁷

שלישית, כפי שהראתי בפרק שדן באימוץ, קשיים רבים ניצבים בפני זוגות מאותו המין המעוניינים לאמץ ילד "זר" בישראל. חוק האימוץ, במתכונתו הקיימת, אינו מאפשר לזוגות מאותו המין לאמץ ילד בישראל, שכן הוא קובע במפורש כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". הדרך היחידה שלהם לאמץ בישראל היא באמצעות הגשת שתי בקשות לאימוץ יחיד, הכפופות לאותן מגבלות העומדות בפני מאמץ יחידני – הם יקבלו לרוב ילדים מבוגרים או בעלי צרכים מיוחדים, שלא אומצו על ידי זוגות נשואים.¹³⁸

¹³² יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית" **משפט רפואי וביו-אתיקה** 5, 12, 149-150, 154-157 (2010) (להלן: מרגלית "המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית"); איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" **משפטים** 40 (1) 5, 16 (2010).

¹³³ ישנן מדינות שמעדיפות לתמרץ זוגות חד-מיניים להקים משפחה בדרך של אימוץ מאשר בדרכים אחרות. כך למשל, אנגליה מכירה בזכותם של זוגות מאותו המין לאמץ ילדים כזוג בחוק של הפרלמנט: Adoption and Children Act 2002, 38 Car. 3, c. 49-50 (Eng).

¹³⁴ פרשת **ירושת המנוח ש.ר.**, לעיל ה"ש 44.

¹³⁵ גלבר "יצירתה של המשפחה החד-מינית", לעיל ה"ש 64, בעמ' 37.

¹³⁶ האמנה בדבר הגנה על ילדים ושיתוף פעולה בדבר אימוץ בין-ארצי, כ"א 41, 1 (נחתמה ב-1993) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1999).

¹³⁷ פרשת **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 87, פסי' 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; עירא הדר "להיות הורים גאים: אימוץ בחו"ל ע"י זוגי" **GoGay – לייפסטייל ובריאות – יחסים** (04.11.2004) gogay.co.il/item.php?id=1863; לרקע שהוביל להסדרת נושא האימוץ הבין-ארצי בישראל ראו עניין "כלל הפרש הגיל המרבי", לעיל ה"ש 13, בפסי' 8-10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹³⁸ גלבר "יצירתה של המשפחה החד-מינית", לעיל ה"ש 64, בעמ' 34, וה"ש 14 שם.

בנוסף, הניסיון לפרש את המילים "איש ואשתו יחד" שבחוק האימוץ ככוללים גם בני זוג מאותו המין, כפי שעשה בית-המשפט המחוזי בנצרת בהקשר לחוק הירושה, הוא בעייתי.¹³⁹ היועץ המשפטי לממשלה (דאז) מני מזוז קבע כי טרם הגיעה השעה לנקוט בפרשנות מרחיקת לכת כזו, בייחוד כשמדובר בענייני סטאטוס ומעמד אישי, להבדיל מעניינים ממוניים בהם עוסק חוק הירושה. עוד הוא הוסיף כי ממילא קיימות חלופות אחרות בחוק המאפשרות לזוגות מאותו המין לאמץ בישראל (בקשה לאימוץ "קרובים" או יחיד). לכן הוא סבר כי עדיף להימנע מפרשנות בעייתית זו, שעלולה לעורר התנגדות חריפה מצד הממסד הדתי.¹⁴⁰

לדעתי אבד הכלח על טיעונו של מזוז. שש שנים עברו מאז שניתנה הנחייתו, במהלכם הזוגיות וההורות החד-מינית הפכו לעובדה קיימת. הגיעה העת שהמחוקק יפסיק לפגר אחר המציאות, ויתחיל לספק לרבים מאזרחיו מענה חקיקתי הולם, התואם את תבנית חייהם. יתרה מזאת, הקהילה הלהט"בית תמיד יכולה לפעול למען שינוי ההסדרים החקיקתיים בתחום האימוץ, ואף להצליח, כפי שכבר הוכיחה בתחומים אחרים.¹⁴¹ חבל שבשל בעיות פרקטיות ברות טיפול, יוותרו זוגות מאותו המין על האלמנט החתרני שמערכות היחסים שלהם יכולות להציב בפני הסדר החברתי.¹⁴²

התומכים בפונדקאות לזוגות מאותו המין יטענו גם כי האינטרס להיאבק למען הקמת משפחה בדרך של אימוץ, הוא חלש יותר גם בשל **עקרונות חוקתיים**. כפי שתיארתי בפרק הראשון, השאלה האם יש לאדם זכות חוקתית לאמץ ילד נותרה בצריך עיון על ידי השופטים בעניין "כלל הפרש הגיל המרבי".¹⁴³ השופטת פרוקציה סברה כי כלל לא קיימת זכות משפטית לאמץ ילד, ומקל וחומר גם לא זכות חוקתית שכזו. אמנם עמדתה לא זכתה לתמיכה מצד שאר השופטים בהרכב, אך נימוקיה זכו לחיזוק בספרות הרלוונטית.

כך למשל גורס דוקטור חנן גולדשמידט, כי טענה המכירה בזכותו של אדם לאמץ, רואה בילד סוג של חפץ. לדידו, תפיסה קניינית של ילדים אינה מתאימה עוד לחברה בת ימינו, הרואה בילד יישות עצמאית הנושאת זכויות משל עצמה.¹⁴⁴

בנוסף הוא טוען כי הזכות שניצבת בבסיס מנגנון האימוץ היא זו של הילד המאומץ ולא של המבקשים לאמצו. המטרה היא לפתור את מצוקתו של הילד שאינו יכול לגדול בסביבת הוריו הביולוגיים מסיבות כאלה ואחרות, ולכן יש למצוא לו משפחה מאמצת שתעניק לו מסגרת תקינה לגדילה והתפתחות. מימוש הכמיהה ההורית של ההורים המאמצים אינו אלא תוצאת לוואי של מנגנון זה, ולא תכליתו העיקרית. לפיכך, הניסיון להכיר בזכותם של בני זוג לאמץ, בין אם הם הטרוסקסואלים או הומוסקסואלים, מסיט את הדגש מהתכלית העיקרית שלשמה נוצר מוסד האימוץ – טובת הילד המאומץ.¹⁴⁵ מנגד, יש הטוענים כי בהקשר של טיפולי הפרייה ופונדקאות, זכותם של ההורים המיועדים, שאינם מצליחים לממש את הורותם בדרך הטבע, היא זו שניצבת במרכז.¹⁴⁶ המסקנה היא שגם מבחינה חוקתית עדיף לבני זוג לממש את זכותם לפונדקאות מאשר את זכותם לאימוץ, אשר שאלת חוקיותה עדיין שנויה במחלוקת פסיקתית.

¹³⁹ חשוב לזכור שגם פסיקתו של בית-המשפט המחוזי בנצרת נהפכה בהמשך, ראו לעיל ה"ש 44.

¹⁴⁰ סעיף 6 ל"הנחיות היועץ המשפטי לממשלה", לעיל ה"ש 62.

¹⁴¹ למשל בביטול החקיקה הפלילית שאסרה על קיום יחסי מין "שלא כדרך הטבע" משנת 1988, לעיל ה"ש 34, בתיקון שנעשה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), התשנ"ב – 1992, ס"ח 1377, שהתייחס לראשונה לנטייה מינית ואסר על הפליה של עובד על רקעה, בשנת 1997 בחוק איסור לשון הרע (תיקון מספר 5), חשכ"ה-1965, ס"ח 1612 שאסר גם על פרסום העלול לבזות אדם בשל נטייתו המינית, ובחקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, החשנ"ח-1998, ס"ח 1661 שאוסר על הטרדה של אדם, בין היתר על רקע נטייתו המינית.

¹⁴² יקיר וברמן, לעיל ה"ש 125, בעמ' 174; גרוס דנילוביץ שטיינר והתיאוריה הקווירית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 52.

¹⁴³ לעיל ה"ש 13.

¹⁴⁴ ראו למשל: אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).
¹⁴⁵ גולדשמידט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 238; עניין "כלל הפרש הגיל המרבי", לעיל ה"ש 13, בפס' 27-24, 32-29 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

¹⁴⁶ גלבר "יצירתה של המשפחה החד-מינית", לעיל ה"ש 64, בעמ' 37.

אולם, אין להמעיט בחשיבות עמדותיהם של שני שופטי הרוב בדיון בעניין "כלל הפרש הגיל המרבי", שתמכו בחוקיותה של הזכות המשפטית לאמץ.

כאמור, הנשיאה (דאז) ביניש סברה כי קיימת זכות לאמץ, אלא שהיא ממוקמת במעגל החיצוני ביותר של הזכות להורות. לפיכך גם הזכות לאימוץ נהנית מהגנה חוקתית אם כי לא מרבית. השופט ריבלין גרס כי לא קיים פער נורמטיבי משמעותי בין מימוש הזכות להורות באמצעות הולדה טבעית, לבין מימושה בדרך של אימוץ, באופן המצריך למקם את האחרונה בפריפרייה, ואילו את הראשונה בגרעין הזכות להורות. בשני המקרים הצורך של ההורים הוא זהה – הכמיהה לילד ולדור המשך. יתרה מזאת, הוא סבר כי הכמיהה לילד היא מהותית יותר אצל זוגות שאינם יכולים לממש אותה בקלות (ובעניינינו, כמו אצל זוגות מאותו המין), ובנקודה זו אני נוטה להסכים עם עמדתו. מאחר שהפסיקה נוטה להכיר בקיומה של זכות חוקתית לאמץ, זוגות מאותו המין אינם צריכים להירתע מניהול מאבק בתחום האימוץ, גם במישור החוקתי.

התומכים בפונדקאות יוסיפו טיעון ערכי-חברתי שעשוי להסביר מדוע זוגות מאותו המין מעדיפים לפנות לפונדקאות מאשר לאימוץ. לפי טיעון זה, מוסד האימוץ מתמקד יותר בחובות שסטאטוס ההורות מטיל על הזוג המאמץ כלפי הילד. זאת משום שחיו של ילד שכבר נולד מוטלים על הכף, שאז שיקולים כמו טובת הילד ומידת האחריות של הזוג המאמץ כלפיו, הופכים למרכזיים.

בהליכי פונדקאות לעומת זאת, שיקולים בדבר טובתו של הילד ויכולתם של ההורים המיועדים לטפל בו, לא באים לידי ביטוי בצורה כה חריפה. אין לכחד: בית-המשפט אכן בוחן את "כשירותם" ההורית של הזוג החד-מיני במגוון דרכים, אך מתחיל להקל יותר בבחינת טובתו ורווחתו של הילד שנולד לזוג בהליך פונדקאות.¹⁴⁷ מכאן שהליך הפונדקאות מעניק את הבכורה לאוטונומיה של הפרט לממש את הורותו, ולא לחובות המוטלות עליו כהורה. הדגשת החירות על פני החובה היא פחות מרתיעה, וכנראה מציינת בפני הזוגות מודל הורות "אופטימאלי" יותר.¹⁴⁸

אני מתקשה לקבל נימוק זה כצידוק מספק לתמיכה בפונדקאות. לדעת דוקטור רועי גלבר, כשבית-המשפט "מתגמש" בשלב בחינת חובות ההורים כלפי הילד שנולד להם בהליך פונדקאות, הוא מעביר מסר לפיו עקרון מימוש זכות הפרט להורות חשוב יותר מהאחריות המוטלת על מי שבחר להפוך להורה. לעומת זאת, ככל שמדובר באימוץ, מקבל עקרון האחריות והמחויבות כלפי הקהילה עדיפות על פני זכותו של הפרט לממש את האינטרס שלו להפוך להורה. האם המסר שתומכי הפונדקאות מקדמים הוא מסר נכון? דוקטור רועי גלבר גורס שלא, ואני סבורה שיש הרבה מן האמת בדבריו. אימוץ נחשב למעשה אצילי יותר מאשר הבאת ילד גנטי נוסף לעולם. הוא מייצר חברה פחות אינדיבידואליסטית ויותר קהילתית שבה ערכים של אחריות חברתית ודאגה לילדים שלא זכו לגדול במשפחתם הטבעית, חשובים יותר ממימוש אינטרסים אישיים.¹⁴⁹

יש שיציעו את הזכות להורות כנימוק מרכזי התומך במאבק לשוויון בהליך הפונדקאות לזוגות מאותו המין. מדינת ישראל ניצבת כיום בראש המדינות המערביות-קפיטליסטיות-דמוקרטיות שדוגלות בעידוד פריון וילודה מטעמים סוציולוגיים, דמוגרפיים וביטחוניים. ישראל היא אחת המדינות המובילות בפיתוח

¹⁴⁷ טובתו של הילד לגדול לצד אביו הגנטי כמובן לא נבדקת. האב הלא ביולוגי אכן צריך לעבור הליך אימוץ במסגרתו נבחנת טובתו של הילד לגדול לצידו, כבכול הליך אימוץ רגיל. אולם כפי שאוזכר לעיל בה"ש 93, בית-המשפט החל להקל עם הדרישות בהליך זה, וכיום אף אינו מחייב קבלת תסקיר (המשמש ראייה נוספת לבחינת טובתו של הילד) כתנאי למתן צו האימוץ/הורות פסיקתי.

¹⁴⁸ גלבר "יצירתה של המשפחה החד-מינית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 40-41.

¹⁴⁹ שם, בעמ' 41-43.

טכניקות הולדה מלאכותיות, ואכן, שיעורי הפוריות והילודה בה גבוהים יחסית לשאר מדינות ה-OECD.¹⁵⁰ תופעה זו משפיעה על זוגות חד-מיניים בישראל, ואכן, בשנים האחרונות חל גידול במספר משקי הבית המנוהלים על ידי זוגות מאותו המין.¹⁵¹

בד בבד, הזכות להורות זוכה למעמד על חוקתי במשפט הישראלי, כפי שהודגם בפרק הראשון. יתרה מזאת, בשנים האחרונות מסתמנת מגמה המכירה באוטונומיה של הפרט "להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו". הסיבה לכך היא ש"חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט (ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום) [...] במיוחד נכון הדבר כשמדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו, ולתת ביטוי לרצונותיו בכל הנוגע למוצאו, למשפחתו, לרגשותיו כלפי אלה ולמבוקשו לתת להם ביטוי גלוי" (ההדגשות שלי – י.ק).¹⁵²

נמצא כי לדעת התומכים בפונדקאות, ההכרה בזכותו של הפרט לממש את כמיהתו להורות ולמשפחה, הופכת את המאבק לשוויון בפונדקאות לזוגות מאותו המין לגיטימי. זאת בייחוד לאור התפתחות גישה בפסיקה הרואה בזכות להורות גם ממד פוזיטיבי, המטיל על המדינה חובות מסוימות לסייע למי שמתקשה לממש את שאיפתו להורות. אם כי חשוב להבהיר שהליך הפונדקאות אינו מטיל על המדינה חובת ביצוע כלשהי. כל שנתבקש הוא שהמדינה תמנע מלהתערב בהליך על ידי הטלת איסורים והגבלות על זוגות חד-מיניים שנדרשים לו.¹⁵³

יתרה מזאת, לדעת התומכים בפונדקאות ישנם גם נימוקים אינטרינזיים המסבירים את רצונו של אדם בילד גנטי, שאינם נובעים בהכרח מהצורך להידמות למשפחה הטרונומרטיבית.

כך לדוגמה, יש הטוענים כי הכמיהה לילד גנטי היא הרבה יותר מהותית בקרב גברים, בעיקר משום שהם אינם יכולים לחוות היריון ולידה. בנוסף, ניתן למצוא בין האב הגנטי לצאצא הגנטי קווי דמיון פיסיוולוגיים ואף התנהגותיים, שתורמים לתפיסתו של האב את עצמו כ"סוכן יצירתי", המקים בעולם דור המשך שנוצר בצלמו ובדמותו. ולבסוף ישנו הטיעון הרווח בדבר טובתו של הילד לגדול אצל הורה הגנטי, שיעשה את המירב כדי להיטיב עמו, הואיל והוא זה שזים את הבאתו לעולם.¹⁵⁴

לאור האמור לעיל, סבורים התומכים בפונדקאות שגישה השוללת את האפשרות להסתייע בהליך פונדקאות כדי להביא לעולם ילד גנטי, היא מרחיקת לכת, גם אם היא נעשית בשם עקרונות קוויריים. לשיטתם, כל עוד ההורות הגנטית ממלאת תפקיד מרכזי בעיצוב זהותו של הפרט, הסטרייט וההומו כאחד, יש לאפשר גם לאחרון להגשים אותה.

¹⁵⁰ ראו בהקשר זה: יחזקאל מרגלית, "הבהלה לפריון" שבת – מוסף מקור ראשון לתורה, הגות, ספרות ואמנות (14.06.2013)

<http://musaf-shabbat.com/2013/06/14/%D7%94%D7%91%D7%94%D7%9C%D7%94-%D7%9C%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%95%D7%9F-%D7%99%D7%97%D7%96%D7%A7%D7%90%D7%9C-%D7%9E%D7%A8%D7%92%D7%9C%D7%99%D7%AA>

משפיע על שיעורי הילודה בישראל? **TheMarker** (30.11.2013) www.themarker.com/markerweek/1.2178370, וכן, אפרת נוימן, "אל תעשו לי ילד// האם המצב הכלכלי הנתונים מאתר הלמ"ס המצביעים כי שיעור הפריין הכולל בישראל גבוה יחסית לשאר מדינות ה-OECD (כ-3 ילדים לאישה): שיעור פריין כולל-השוואה בינלאומית, 2010 www.cbs.gov.il/www/publications/lidot/lidot_graph1_10.pdf

¹⁵¹ למעט הנתונים שנמסרו מארגון "משפחה חדשה" על מספר המשפחות החד מיניות בישראל בשנת 2007, התקשתי למצוא סטטיסטיקות עדכניות יותר בנושא: אירית רוזנבלום ונורית פלג, "משפחות חד מיגדריות (משפחות חד מיניות)" משפחה חדשה www.newfamily.org.il/blog/data-statistics/%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%95%D7%AA-%D7%97%D7%93-%D7%9E%D7%99%D7%92%D7%93%D7%A8%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%A2%D7%95%D7%93-%D7%97%D7%93-%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%A2%D7%95%D7%93-%D7%90%D7%99%D7%A8%D7%99

¹⁵² ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ביניש (1997).

¹⁵³ ראו הדיון לעיל בפרק א'.

¹⁵⁴ מרגלית "המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית", לעיל ה"ש 132, בעמ' 140-148.

אינני מבקרת אדם זה או אחר המעוניין לעשות שימוש בתוצרי גופו (תאי המין שלו), גם אם זה כרוך בהבניה חברתית פוגענית. בנוסף, אינני מתעלמת מהתפתחות הממד הפוזיטיבי של הזכות להורות, הכולל בחובו גם את הזכות להפוך להורה על דרך פונדקאות. עם זאת, יש לזכור שהממד הפוזיטיבי כולל גם דרכים אחרות למימוש הזכות להורות, כמו למשל על דרך אימוץ. מן הראוי להבהיר כי המאבק בתחום הפונדקאות עלול לפגוע דווקא באלו שמעוניינים לקדמו. זאת משום שהוא משמר את עליונותו של מודל ההורות הגנטי המאפיין בעיקר משפחות "מסורתיות", וגורם בעקיפין לחיזוק ההיררכיה הטרוסקסואליות/הומוסקסואליות. קהילת הלהט"ב צריכה לעצב לעצמה מדיניות כללית שכזו על סמך ההעדפות לאופייה, לערכים ולמסרים שהיא מעוניינת להעביר. לא ניתן לעצב מדיניות כללית שכזו על סמך ההעדפות של מספר זוגות שתומכים בפונדקאות, גם אם תמיכה זו נובעת ממניעים אחרים, ולא מתוך הרצון להידמות לנורמה. מקום שבו הליך הפונדקאות עלול לשמר יחסי כוח ודיכוי, האם לא יהיה זה עדיף, לכל הפחות, להפחית את השימוש בו בהדרגה, ולהסתייע בדרכי מימוש ההורות האלטרנטיביות?

אבקש להבהיר נקודה מסוימת: אינני טוענת שזוגות מאותו המין צריכים למקד את מאבקם רק לתחום האימוץ. כל שאני מציעה הוא להפחית את הפנייה להליכי פונדקאות, עד אשר תושג הכרעה אובייקטיבית ונטולת השפעות כוחניות, בדבר מקומה של ההורות הגנטית בחברה. חשוב להדגיש כי מיקוד המאבק לתחום האימוץ בלבד עלול ליצר אבחנה בינארית בין סוגי ההורות, אותה אבחנה שניסיתי לבטל בשם הרעיון הקווירי. הכוונה היא לאבחנה בין מודל ההורות שאמור לאפיין משפחה חד-מינית, לבין מודל ההורות שאמור לאפיין משפחה הטרוסקסואלית.

הרצון ליצור שוני בין ההורות החד-מינית להורות הדו-מינית, משמר את החלוקה הבינארית בין הזהות ההומוסקסואלית לזהות ההטרוסקסואלית. ניסיון זה לא מצליח באמת **להשתחרר** מקטגוריות הזהות, אלא גורם למעשה לשחרור **בתוכן**. מאבק שכזה מאבד את הפוטנציאל הקווירי העוסק בפירוק זהויות וגורם דווקא לחיזוקן.¹⁵⁵

ביקורת נוספת בדבר המאבק לשוויון בהליכי פונדקאות לזוגות מאותו המין, נוגעת ל**רלוונטיות** של מאבק זה לקהילת הלהט"ב בפרט, ולקהילות אחרות ככלל. **באשר לקהילת הלהט"ב**, נראה שמאבק זה מועיל בעיקר **למי שרוצה ויכול להשתתף בו**, אך מנגד פוגע, מדיר ומדכא קבוצות אחרות בתוך הקהילה עצמה.

ראשית, מסלול פונדקאות חו"ל, המסלול היחיד שזוגות חד מיניים יכולים לבצע כיום, פתוח בעיקר בפני זוגות בעלי ממון רב. מבדיקה שערכתי באתר "תמוז", העלות המינימאלית של הליך כזה, הכולל גם קבלת תרומת ביצית, הינו \$23,000+\$36,500 ש. סכום זה כמובן אינו כולל טיסות ושהייה של ההורים בחו"ל, כמו גם הוצאות משפטיות ופרוצדוראליות להנפקת דרכון לליילוד, ותשלומים עבור בדיקות דם למחלות נגיפיות, בדיקות גנטיות של תורמת הביצית, ובדיקות לא סטנדרטיות בשל סיבוכים בהריון.¹⁵⁶ בכך, יש משום קיפוח של בני זוג ממעמד סוציו-אקונומי נמוך.

בנוסף, ברי כי נוכח יתרון הביולוגי, מרבית הלסביות אינן זקוקות להליך פונדקאות על מנת להעמיד צאצא. ברם, ישנם בהחלט מקרים חריגים בהם שתי בנות הזוג אינן יכולות להרות. נוכח העובדה שמצבם הכלכלי של גברים הוא בדרך כלל גבוה יותר מזה של נשים (בייחוד כשמדובר בזוג גברים לעומת זוג נשים),

¹⁵⁵ אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" פלילים ט', 95, 178-179 (2000) (להלן: גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות"); גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב", לעיל ה"ש 116, בעמ' 117-118.

¹⁵⁶ חברת "תמוז" היא סוכנות לתיווך פונדקאות, שיוסדה על ידי דורון ממש-מגד, אחד מהעותרים בפרשת **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 87. עלויות הליך הפונדקאות מפורטות באתר **תמוז** www.tammuz.com/heb/cost.

ספק אם זוג לסביות יוכל לעמוד בסכומים אלו. המסקנה היא שהנהנים העיקריים מקידומו של מאבק אליטיסטי זה הם בעיקר גברים, לרוב אשכנזים, בעלי חוסן כלכלי רב.¹⁵⁷

שנית, מה לגבי שאר ההומואים, לסביות, טרנסג'נדרים וביסקסואלים שמסרבים להביא ילדים, ומעוניינים דווקא לחתור תחת "פולחן הפוריות" ההטרונורמטיבי? ובפרט, מה יעלה בגורלן של אותן לסביות פמיניסטיות, שאינן מוכנות להישיר קו עם אותו מוסד פטריאכלי שמשמש ברחמן "כמעין פונדק – מעין אכסניה – לעובר?" כיצד תתייחס החברה לאותה אישה לסבית פמיניסטית שנמנעת מהולדת ילדים? ומה לגבי הלסבית הפלסטינית שאינה יכולה אפילו לחשוב על מהלך כזה? הן עלולות להצטייר כ"חריגות" ו"פגומות", רק משום שסירבו לקחת חלק במודל ההורות ההטרונורמטיבי אליו מנסים להידמות זוגות גאים רבים. אסביר נקודה זו;

ביקורת זו מתקשרת לטיעונה של **אדריאן ריצ'** אודות חוסר הזהות בין "הקיום הלסבי" לבין ההומוסקסואליות הגברית. ריצ' מסתייגת מהניסיון ההיסטורי "להכיל לסביות בהומוסקסואליות הגברית כגרסאות נשיות שלה".¹⁵⁸ לדידה, אין במכנה המשותף בין לסביות להומואים, הנובע כאמור מהסלידה שהחברה ייחסה לזהויות מיניות אלו, כדי לנתק את אותן נשים לסביות מהמאבק היומיומי שהן ניהלו כנגד הדיכוי והשעבוד הגברי. לטענתה, כל ניסיון לחבר אותן לדפוס גברי כלשהו, אפילו אם הוא "רך" יותר, כגון הדפוס ההומוסקסואלי, משמעו מחיקת ההיסטוריה הלסבית מהמפה.¹⁵⁹ הסיבה לכך נובעת ממה שריצ' מכנה כ"רצף לסבי" שניתן למצוא בקלות בקשרים בין נשים – אך לרוב לא ניתן למצוא דומה לו בקרב גברים, מכיוון שהם נוהגים להכחישו.¹⁶⁰

הרצף הלסבי אינו מבוסס רק על משיכה או על התנסות במגע מיני ארוטי בין נשים, אלא כולל גם קשרי הזדהות נשיים, כגון שותפות כלכלית, **מרי משותף נגד הרודנות הגברית** והענקת תמיכה, חיבה גופנית וייעוץ אחת לשנייה ברגעים קשים. לפיכך, כל ניסיון להכליל לסביות בקטגורית הזהות ההומוסקסואלית למעשה מתעלם מאותו רצף לסבי.

אם נעמיק יותר בתיאוריה של ריצ', נבין כי היא מנסה להכפיף את שאלת המיניות למגדר; לטענתה, המיניות ההטרסקסואלית נכפתה על נשים מכיוון שהיא חלק מהרעיון הרחב יותר של הפטריארכיה. רעיון זה מכפיף נשים לגברים על ידי יצירת חלוקת תפקידים בלתי שוויונית ביניהם בבית, בעבודה ואף בחדר המיטות.¹⁶¹ נשים למדו להשלים עם מעמדן הנחות, והבינו שכדי לשרוד כלכלית ולהימלט מנידוי חברתי, עליהן לאמץ לעצמן מיניות הטרסקסואלית. הנישואין לבני המין השני הבטיחו להן מצד אחד הגנה, אך מצד שני חייבו אותן למלא אחר מטרות העיקריות – הולדת ילדים. אם כן, ההטרסקסואליות, על מגוון

¹⁵⁷ יקיר וברמן, לעיל ה"ש 125, בעמ' 172.

¹⁵⁸ אדריאן ריצ', "הטרסקסואליות כפויה והקיום הלסבי" **מעבר למיניות**, לעיל ה"ש 24, 73, בעמ' 88.

¹⁵⁹ לפי קתרין מקינון "גם ההומוסקסואליות לוקחת חלק במערכת המינית הממוגדרת הזאת [...] במידה שבה גברים הומואים בחרים בגברים מפני שהם גברים, הם מאשרים מחדש את משמעות הגבריות, כשם שהם מערערים אותה", קתרין מקינון "מיניות, פורנוגרפיה ושיטה: 'הנאה תחת הפטריארכיה'", 1990 "למוד פמיניזם: מקראה – מאמרים ומסמכי יסוד במחשבה פמיניסטית" 376, 391-392 (דלית באום, דלילה אמיר, רונה ברייר-גארב, יפה ברלוביץ, דבורה גריינמן, שרון הלוי, דינה חרובי וסילביה פוגל-ביז'אווי עורכות, דלית באום מתרגמת, 2006).

¹⁶⁰ הכחשות מאין אלו ניתן למצוא במוסדות "הומוחברתיים", קרי מוסדות המורכבים מבני אותו מין כגון צבא או נבחרת כדורגל. לטענת איב קוסופסקי סדג'וויק, מוסדות "הומוחברתיים" לרוב מבוססים על אחווה גברית וסובלים מהומופוביה. הסיבה לכך היא שבמוסדות גבריים, להבדיל מנשיים, קיים צורך עז ליצור הנגדה בין הטרסקסואליות להומוסקסואליות, ובהקבלה, בין אחווה גברית המאפיינת מוסדות אלה, לבין אהבה גברית/הומוארוטיות המאפיינת את ההומוסקסואליות. עם זאת, פרופסור אייל גרוס, יחד עם סדג'וויק הצליחו להראות שבמוסדות הומוחברתיים קיים גם יסוד הומוארוטי ששולל את ההנגדה שיוצרת המודרניות בין ההומוחברתי/הומוסקסואלי. להרחבה בנושא זה ראו: גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות", לעיל ה"ש 155, בעמ' 105-119, וה"ש 105 שם.

¹⁶¹ לפי מקינון "הדבר הקרוי מיניות הוא-הוא דינמיקת הכוח שמאפשרת לשליטה הגברית **המופיעה בצורות רבות ומגוונות – מהאינטימיות ועד הממסדית**, מהמבט ועד האונס – לעטות מימד אירוטי בגבר ובאשה, בזהות ובהנאה. דינמיקת הכוח היא זו שמשמרת את העליונות הגברית כמערכת פוליטית ומגדירה אותה ככזו" (ההדגשות שלי – י.ק.). הציטוט לקוח מתוך מקינון, לעיל ה"ש 159, בעמ' 387; להמחשת הכפייה ההטרסקסואלית על נשים בצבא ראו: גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות", לעיל ה"ש 155, בעמ' 123-125; וכן, קמה "העיתון והארון", לעיל ה"ש 33, בעמ' 14-15.

השלכותיה (הכוללות כאמור העמדת צאצאים), **נכפתה עליהן** בכורח המציאות הפטריאכלית, ולעולם לא נבעה מבחירתן החופשית, כפי שנהגו לחשוב פמיניסטיות רבות שקדמו לריצ'.

כעת, אם נחבר טיעון זה למאבקם של גברים הומוסקסואלים לשוויון בהליך הפונדקאות ההטרונורמטיבי, נקבל את המסקנה הבאה: אותה מיניות הטרנסקסואלית שנכפתה על נשים באמצעות הפטריארכיה, **נכפית עליהן כיום דרך מאבקים של חברי הקבוצה הגיית.** זו הסיבה שיש להפריד לדעתי בין המאבקים השונים של הומואים מחד גיסא, ללסביות פמיניסטיות מאידך גיסא, בסוגיית הפונדקאות. בעוד הראשונים מנסים להידמות למודל ההגמוני, האחרות מנסות למרוד בו. ללסביות פמיניסטיות שמסרבות להוליד ילדים נתפסות כמאיימות על התפקיד שנשים אמורות למלא במשפחה. על כן, לעולם לא נצליח להבין את הדיכוי הלסבי-פמיניסטי, כל עוד נמשיך לקטלג אותו כחלק מהדיכוי ההומוסקסואלי. לסיכום, המאבק לשוויון בהליכי פונדקאות משכיח את הצורך להיאבק למען החופש של יתר חברי הקהילה, שבחרו לחיות חיים אחרים שאינם כוללים הבאת ילדים.¹⁶²

באשר להיות המאבק פוגעני כלפי **קבוצות אחרות** ככלל, לא אוכל שלא להתייחס בקצרה לטענות בדבר ניצולן של נשים במסגרת הליכי פונדקאות.

לפי הפמיניזם הרדיקלי, הפונדקאות היא עוד כלי ב"ארגז הכלים הפטריאכלי" שנועד להכפיף נשים לשליטה גברית. כושר ההולדה של נשים מוכפף להמשכיות הגנטית של גברים, וגופן "מוחפץ" ככלי למימוש צרכים גבריים.¹⁶³ לא זו אף זו, יש המשווים פונדקאות לזנות ופורנוגרפיה: בעוד גופן של נשים העוסקות בזנות או בפורנו משמש כלי לסיפוק מיני ולמאוויים של גברים, גופן של נשים פונדקאיות נתפס כחפץ שנועד למלא אחר הצורך הגברי ברבייה. בשני המקרים, נשים ממעמד נמוך סרות למרותם של בני המעמד הגבוה – גברים, ומשתמשות בגופן כדי לשרוד כלכלית.¹⁶⁴

ממחקר שערכו נופר ליפקין ואתי סממה על פונדקאות בישראל, עולה כי 80 אחוז מהפונדקאיות פונות להליך זה ממניע כלכלי.¹⁶⁵ עם זאת, התגלה שהתגמול שהן מקבלות אינו הולם את מה שהן מקריבות בתמורה (זמן, סיכונים בריאותיים, פיסיים ונפשיים).¹⁶⁶ כמו כן, כוח המיקוח של הפונדקאיות נותר באופן קטגורי נחות ביחס להורים המזמינים, שמנצלים זאת כדי להכתיב את האופן שבו הם מעוניינים שההליך יתנהל. בין היתר, הם דורשים מהפונדקאיות דרישות פוגעניות ומגבילות כגון: הימנעות מקיום יחסי מין, הימנעות מטיסה לחו"ל עד ללידה, שמירת היריון לכל אורכו והסכמה לביצוע ניתוח קיסרי (אף כשאין צורך רפואי לכך).¹⁶⁷

הרחבת הנגישות להליך גם לגברים מאותו המין, תביא להפיכת הפונדקאות לדרך הולדה סטנדרטית ונפוצה, המתעלמת מכל הבעיות האתיות שמניתי לעיל. מעבר לכך, היא עלולה להביא ל"מסחור" של ההליך וליצירת תחרות בין "צורכי השירותים". תחרות זו עשויה להביא לעלייה בביקוש לפונדקאות ביחס להיצע, דבר העלול לגרום להאמרת מחירים ולהפיכת ההליך לפתרון לעשירים בלבד. הגדלת הביקוש

¹⁶² ריצ'י, לעיל ה"ש 158; חיה שלום, "האגינדה של הקהילה הלסבית הפמיניסטית: את מי היא משרתת באמת?", **בדרך לא סלולה**, לעיל ה"ש 64, 51; גרוס "הפוליטיקה של זכויות להטי"ב", לעיל ה"ש 116, בעמ' 113-114; לטיעון דומה בהקשר הצבאי ראו: גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות", לעיל ה"ש 155, בעמ' 167.

¹⁶³ Bar Rosalie, *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, 21(2) *Theoretical Medicine and Bioethics* (Peer Reviewed Journal) 153, 146 (2000); כרמל שלו "נשיאת עוברים (פונדקאות): המסחר בשירותי הולדה", **ביטחון סוציאלי** 87, 46, בעמ' 96-100 (1996); מקינון, לעיל ה"ש 159, בעמ' 378, 390.

¹⁶⁴ ברברה סבירסקי "פונדקאות כזנות", עיתון אחר 19-20: 22-24 (1991); מקינון, לעיל ה"ש 159, בעמ' 388-391.

¹⁶⁵ נופר ליפקין ואתי סממה, "פונדקאות בישראל – תמונת מצב 2010 והצעות לשינוי חקיקה", דו"ח של ארגון 'אשה לאשה' – מרכז פמיניסטי חיפה, 2011 בעמ' 39

www.isha.org.il/upload/file/%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%93%D7%A7%D7%A1/surrogacy_web.pdf

¹⁶⁶ שם, בעמ' 53-70.

¹⁶⁷ שם, בעמ' 40-42.

לפונדקאיות יתמרץ נשים רבות לקחת חלק בהליך שהן אינן מסוגלות להתמודד עם המורכבות שבו, ושעלולות להיפגע ממנו.¹⁶⁸ נוכח האמור לעיל, נראה שהניסיון של זוגות הומוסקסואלים להיכנס כשוויים להסדר שבו נשים אינן שוות, מצטייר כבעייתי.¹⁶⁹

ברצוני להתייחס לביקורת נוספת הנוגעת לאופי הטיעונים שנטענים במאבקים כגון דא, ולתקדימים היוצאים תחת ידו של בית-המשפט בעקבותיהם.

כל אדם יכול לעתור לבית-המשפט ולהניע הליכים משפטיים שעשויים להשפיע על אוכלוסיות שלמות שכלל לא היו צד לו, ושככל הנראה היו מנהלות אותו אחרת, אם בכלל.¹⁷⁰ פרשת ממת-מגד ממחישה לדעתי טיעון זה. מאבקים של בני הזוג לביטול הדרישה לביצוע בדיקת רקמות לאב הגנטי, היה מאבק פרטיקולארי שנועד לקדם את זכויותיהם של זוגות חד-מיניים. סירובם לביצוע הבדיקה נסמך בעיקרו על טיעונים אידיאולוגיים, כגון חוסר הרצון להיוודע לזהות האב הביולוגי שעלול לגרום לתיעדופו על פני האב הלא ביולוגי, וזאת למרות ששניהם תכננו יחד את הבאת ילדם לעולם ואת גידולו המשותף. עתירתם עוררה שאלה הנוגעת לדרך שבה יש להוכיח הורות משפטית כדי להעניק לילד אזרחות ישראלית. בית-המשפט קבע כי הדרך היחידה לקביעת ההורות היא באמצעות הוכחת זיקה גנטית. כל זיקה אחרת אינה יכולה להעניק לילד זכות מהותית כדוגמת אזרחות.

קביעתו של בית-המשפט מעוררת קשיים בלתי מבוטלים; היא אינה תואמת פסיקות רבות בהן הוא הכיר בהורות שאינה מבוססת על קשרים גנטיים,¹⁷¹ והיא פוגעת באוכלוסיות רבות שכלל לא נזדמן להן להביע את עמדתן בנושא. כך לדוגמה בני זוג הטרוסקסואלים ששניהם עקרים והאישה אף אינה יכולה לשאת היריון, לא יוכלו להפוך להורים במדינת ישראל, שכן לאף אחד מהם אין זיקה גנטית לעובר.¹⁷² כך גם אם יחידנית וגבר יחידני שאינם פוריים, ושאינם זכאים לבצע את ההליך בארץ, לא יוכלו להפוך להורים.¹⁷³ לרשימה זו מצטרפים גם בני זוג גברים ששניהם עקרים, בנות זוג נשים ששתיהן אינן פוריות ואינן מסוגלות לשאת היריון, וכן בני זוג שבהם ההורה הביולוגי איננו אזרחי ישראל.¹⁷⁴

מאבקים של בני הזוג ממת-מגד היה מאבק עקרוני ונראה כי הם כלל לא היו זקוקים לו, שכן הם ידעו שאחד מהם הוא ההורה הביולוגי של הילד, ואף הצהירו על כך בפני בית-המשפט. ייתכן כי בנסיבות מורכבות יותר, סירוב לביצוע בדיקה גנטית, שהיה נשען על טיעונים אחרים שאינם בהכרח אידיאולוגיים, היה מוביל לפסיקה שונה. מדובר כאמור בחוכמה שלאחר מעשה; אין בכוונתי לבקר את עצם הפנייה למאבק שכזה, שכן ברור לי כי הבעייתיות איננה במאבק עצמו אלא בפרשנותו הבעייתית של בית-המשפט

¹⁶⁸ "המלצות וועדת מור יוסף", לעיל ה"ש 80, בעמ' 56-62.

¹⁶⁹ לעמדה דומה ראו את טענתו של יוסי מקייטן, אחד ממייסדי "פורום נגד פונדקאות": רננה לויאני, "מתנגדי מתן שירותי פונדקאות לגיזי": "פוגעים בנשים" Mako (18.12.2011) www.mako.co.il/pride-sex-and-love/identity/Article-3264eb854d48431006.htm

¹⁷⁰ יקיר וברמן, לעיל ה"ש 125, בעמ' 174-175.

¹⁷¹ במקרים רבים בית המשפט לא דורש הוכחה גנטית לצורך קביעת הורות ולעיתים אף מונע אותה. לפירוט מקרים אלו ראו: פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 87, בפס' 31 לפסק דינו של השופט גיבוראן; מייזלס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 51; קלעי, לעיל ה"ש 99, בעמ' 9-10; מרקוס, לעיל ה"ש 110, בעמ' 422-428.

¹⁷² החוק הישראלי מאפשר לבני זוג הטרוסקסואלים לבצע הליך פונדקאות בישראל. אך מאחר שבמקרה זה האב המיועד עקר, לא ניתן לבצע את ההפריה בזרעו כנדרש בס' (4) לחוק הפונדקאות, ולכן אין להם ברירה אלא לבצע את ההליך בחו"ל.

¹⁷³ לפסיקה הממחישה בעייתיות זו ראו עמ"ש (ב"ש) 59993-07-13 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.01.2014). מקרה זה עוסק באישה יחידנית הסובלת ממחלת ניוון שרירים שפוגעת בפוריותה ובאפשרותה להרות. בצר גורלה, גייסה העותרת תרומת זרע, ביצית ואם שתישא את ההיריון. במסגרת הליך פונדקאות שבוצע בחו"ל נולדה לה ילדה, אך בית המשפט סירב להכיר באימהותה אך בשל העובדה שלא מתקיימת זיקה גנטית בינה לבין הילדה. כעבור שנתיים של דיונים משפטיים מפרכים, הוחלט כי הילדה לא תוחזר לעותרת אלא תימסר לאימוץ. אולם העותרת עוד לא אמרה נואש; משפחתה הגישה בקשה לאימוץ הילדה והיא עדיין מחכה להכרעת בית המשפט בעניינה, ראו בהקשר זה את כתבתו של איציק זוארץ "חולת ניוון שרירים רוצה להיות אמא" Walla (11.9.2014) news.walla.co.il/?w=/4492/2784334

¹⁷⁴ מקרים אלו מתוארים בפסק דינו של השופט גיבוראן, היחיד שהסתייג מדרישת הקשר הגנטי: פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 87, פס' 30-36 לפסק דינו של השופט גיבוראן.

את הוראות חוק האזרחות. עם זאת, ברצוני להצביע על פרדוקס שמעלה מאבק זה: בעוד העותרים מנסים להידמות למוסד ההטרונורמטיבי על ידי פנייה להליך פונדקאות, אין בכוונתו של מוסד זה לקבל אותם לשורותיו באופן מלא. המשפחה החד-מינית מסומנת כ"חשודה" גם כשמתקיימת זיקה גנטית. זיקה זו אינה מפיגה את החשד בדבר 'חוסר הנורמאליות' של משפחה זו, אשר נאלצת להוכיח לחברה את כשירותה בדרכים אחרות.¹⁷⁵

לפיכך, מעבר לשאלה מי יוצא נשכר ומי נפגע ממאבק כזה, צריך להצביע גם על מגבלותיו; הניסיון להשיג שוויון בשם ערכים הטרונורמטיביים טרם זכה לתמיכה מלאה מצד הממסד שאחריו הוא ניסה להתחקות. פרדוקס זה חוזר שוב לטיעונו של פוקו: אין זה משנה עד כמה זוגות מאותו המין ינסו להידמות למודל המשפחה ההטרונורמטיבי. האחרון, תמיד ינסה לאבחן את עצמו מהם באמצעות דרכים אחרות, על מנת לשמור על גבול ברור בין המיניות ההטרוסקסואלית למיניות ההומוסקסואלית.¹⁷⁶

לסיכום, אינני מבקרת את מאבקהם של בני זוג מאותו מין בתחום ההורות והמשפחה, אלא רק את הערכים שבשמהם הם מנוהלים. לדעתי, הבעיות הפרקטיות והתיאורטיות שסקרתי לעיל מוכיחות כי אולי עדיף להימנע ממאבק שמשמר בסופו של יום יחסי כוח ודיכוי.

ה. הצעה לפתרון קווירי זמני

בפרק הקודם הראיתי שהמאבק ההומו-לסבי לשוויון בהליכי פונדקאות הוא מאבק "מתבולל", הן משום שהוא נעשה מתוך רצון להידמות למשפחה הגנטית ההטרונורמטיבית, והן מכיוון שהוא מועיל רק למי שרוצה ויכול להשתתף בו. ברם, המציאות טרם הפנימה את מכלול ההשלכות שמחולל המאבק בתחום הפונדקאות בזירה המשפטית-חברתית. לפיכך עד ששינוי תפיסתי זה יכה שורשים, אין מנוס מלהשלים עם העובדה שזוגות מאותו המין יסתייעו, וימשיכו להסתייע, בהליכי פונדקאות כדי להפוך להורים.

בפרק זה אנסה להציע פתרון שמחד גיסא מכיר בקיומה של "מציאות פונדקאית" בקרב זוגות מאותו המין, ומאידך גיסא מנסה להשתמש באלמנטים קווירים, על מנת לנתק את הכריכה בין היסוד הגנטי לבין תבנית ההורות הנחשבת לנורמטיבית.

בטרם אפנה לדון בפתרון המוצע, אבקש להבהיר נקודה נוספת: לדעתי אין זה ראוי למנות רק את חברי הקהילה ההומו-לסבית לתפקיד של "סוכני שינוי חברתי" מטעם התיאוריה הקווירית. הערעור על חשיבות האלמנט הגנטי בעיצוב קשרי המשפחה אינו צריך להתבצע רק על ידי הקהילה הלהט"בית. יעד זה מחייב השגת שיתוף פעולה מצד מוסדות במדינה המתמחים בעיצוב ושינוי מוסכמות חברתיות, כגון בית-המשפט.

כאמור, מנקודת מבט פוקויאנית, בית-המשפט הוא אחד מאותן שדות שיח שעוסקות בעיצוב מודל ההורות הנחשב ל"נורמטיבי". כפי שהדגמתי בפרק השלישי, השופטים נוטים לבכר ולהלל את היסוד הגנטי בפסיקותיהם. בכך הם תורמים לעיצובה של ההורות ההטרוסקסואלית, המושתתת כאמור על קשרים גנטיים, כתבנית ההורות הלגיטימית.

¹⁷⁵ חגי קלעי מצביע על חלק ממנגנוני הפיקוח והשליטה שמפעילה המדינה ומוסדותיה על הורות "חשודה" במאמרו קלעי, לעיל ה"ש 99.

¹⁷⁶ יעקב בן-שמש "על מקרים קלים שמובילים לדו-רע – הארת פסיקה – בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (2014) "המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 28, 35 (2014) www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/28/28_june_2014_4_ben-shemesh.pdf; גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב", לעיל ה"ש 116, בעמ' 114.

את הפתרון הזמני שאציע צריכים לקדם בתי-המשפט, עד שיוכח שמוסד הפונדקאות משפיע על עיצוב מבנה המשפחה ההומו-לסבית, ומחזיר לתוכו אלמנטים פטריאכלים. פתרון זה מחיל רעיונות קוויריים משום שהוא מנסה לנפץ מבנים הטרונוורמטיביים, ולהכיר בשונותה של המשפחה הלהט"בית. לפי פתרון זה, על בית-המשפט להפנים את שונותה של המשפחה החד-מינית. לשם כך עליו לבטל כל מיני דרישות שעשויות להטיל ספק בשונות זו, כגון בדיקה להוכחת קשר גנטי בין אחד ההורים לצאצא שנולד בהליך פונדקאות. ההתעקשות על קיומה של הגנטיקה רק מחזקת את מודל ההורות ההטרוסקסואלי במסגרתו מתקיימים קשרים גנטיים בין שני ההורים ליילוד. ברגע שבית-המשפט מאלץ בני זוג מאותו המין להוכיח את אותה זיקה גנטית, שבהגדרה **אינה יכולה** להתקיים בין שניהם ליילוד, אין הוא **מפנים** את שונותם. להיפך, הוא מדגיש את "חריגותם" בכך שהוא מודד אותם לפי הסטנדרט ההגמוני ההטרוסקסואלי.

יתרה מזאת, ביטול הדרישה להוכחת קשר גנטי יאפשר גם לשאר המשפחות שנפגעות מדרישה זו להסתייע בפונדקאות בחו"ל. בנוסף, יש בפתרון זה גם משום ערעור ראשוני על תבנית ההורות הנתפסת כנורמטיבית. ביטול הדרישה הגנטית יביא לערעור מודל ההורות ההטרונוורמטיבי ולביטול החלוקות הבינאריות בין הגנטי/לא גנטי, פורה/עקר והטרוסקסואל/הומוסקסואל. הזיקה הגנטית לא תשמש עוד אלמנט מכריע בקביעת ההורות, אלא קריטריונים אחרים שיתמקדו בבחינת טיב הקשר עצמו בין ההורה לילד, כגון: דאגה, טיפול, טיפוח ולקיחת אחריות. כך גם מודלים אחרים של הורות יזכו למעמד בכורה, ולא "יופלו" אך בשל העובדה שהם אינם מושתתים על קשרים גנטיים.

פתרון זה גם עולה בקנה אחד עם פסיקותיו האחרונות של בית-המשפט. כפי שהראתי לעיל, בית-המשפט החל להכיר בהורות משפטית שאינה מקיימת קשרים גנטיים. כך למשל יצר בית-המשפט בפרשת ממת-מגד מסלול הורות חדש – הורות משפטית מכוח פונדקאות חו"ל¹⁷⁷ – והורה לרשום במרשם את הורותו של האב הלא הביולוגי מבלי שעבר הליך אימוץ.¹⁷⁸ יתרה מזאת, השופט עוזי פוגלמן הכיר בהורות המשפטית של האם הלא ביולוגית, ופטר אותה מן הצורך לעבור הליך אימוץ לשם הכרה בזכותה להסדרי ראייה עם הילדה.¹⁷⁹

בדומה לעורכת-הדין אירית רוזנבלום, מייסדת ארגון "משפחה חדשה", גם אני סוברת כי מקום בו בית-המשפט משווה את מעמדו של ההורה הלא ביולוגי למעמדו של ההורה הביולוגי, אין עוד צורך בבדיקת רקמות לשם קביעת הורותו של ההורה הביולוגי. אם בית-המשפט מכיר בהורות המשפטית של בן הזוג הלא ביולוגי **כשהמצאות מוכיחה** שהוא תפקד כהורה לכל דבר, נראה שהוא גם מפחית מחשיבותו של האלמנט הגנטי בקביעת ההורות. הדגש מושם כעת על **תפקודם של בני הזוג כהורים**, ולא על הגורם הגנטי. על כן יש לוותר גם על בדיקת הרקמות, ולקבוע את הורותו המשפטית של ההורה הביולוגי על סמך שלל הראיות המוכיחות כי מדובר בהורות כנה ואמיתית. לשיטת רוזנבלום "הורות משפטית זו מוכחת על פי מידת הרצון והשקיקה להורות הקיימת באדם שיצא למסע הורות בחו"ל באמצעות פונדקאות והביא ילד לעולם, שכן במסעו הוכיח שהוא מוכן לקבל על עצמו את כל החובות ההוריות ואף למעלה מכך".¹⁸⁰

¹⁷⁷ עד כה היה ניתן להכיר בהורות באמצעות שלוש דרכים בלבד: הורות ביולוגית, צו אימוץ או צו הורות לפי חוק הפונדקאות הישראלי שחל רק על פונדקאות שנערכה בישראל.

¹⁷⁸ לעיל ה"ש 87.

¹⁷⁹ לעיל ה"ש 68.

¹⁸⁰ ראו את מכתבה ליועץ המשפטי לממשלה, מר יהודה ויינשטיין: אירית רוזנבלום "הפסקת נוהל בדיקת רקמות לבני זוג מאותו מין וילדיהם שנולדו באמצעות פונדקאות – בעקבות החלטת בית-המשפט העליון מפי כב' השופט פוגלמן" **משפחה חדשה** (8.9.2014).

www.newfamily.org.il/wp-content/uploads/%D7%9E%D7%9B%D7%AA%D7%91-%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%A9-%D7%91%D7%99%D7%98%D7%95%D7%9C-%D7%91%D7%93%D7%99%D7%A7%D7%AA-%D7%A8%D7%A7%D7%9E%D7%95%D7%AA-%D7%A0%D7%95%D7%94%D7%9C-%D7%97%D7%95%D7%9C.pdf

נראה כי רק מקום בו יועלה החשש שהילד שנולד בפונדקאות חו"ל אינו קשור גנטית לאחד מבני הזוג שהינם אזרחיים ישראלים, יהיה נכון לדרוש ראיות שישללו זאת. עם זאת, גם במצב כזה אין צורך לערוך בדיקה גנטית שרק מטילה ספק בהורותם, וניתן להסתפק בשובל הראיות שנצבר טרם הלידה, כגון: הסכם פונדקאות, תעודת הלידה הזרה ואישור רפואי המעיד הן על זהות התורם/ת והן על זהות ההורה הגנטי. כך ניתן יהיה להבטיח שלא מדובר בסחר בילדים, ושמוענק מעמד בישראל לילד שזכאי לכך.¹⁸¹

סיכום

בחיבור זה ביקשתי להראות כיצד מוסדות חברתיים מבנים מודל הורות אידיאלי. טענתי שככלל, הורות גנטית אינה מחויבת המציאות, והראתי כיצד מימושה בדרכים אלטרנטיביות עשוי לערער על אותו מודל הורות גנטי, שאינו אלא תוצר ישיר של הפטריארכיה. בפרט, השתמשתי במאבקם של זוגות מאותו המין בתחום הפונדקאות, כמקרה מבחן לאופן שבו משתמרת עליונותה של הגנטיקה בחברה. העלתי ספקות באשר לחיוניותו של מאבק זה עבור זוגות מאותו המין, והשתמשתי לשם כך בביקורות מסויגים שונים, ביניהן זו של התיאוריה הקווירית.

כעת אנסה להשיב לשאלה שהצגתי במבוא: מה גורם לזוגות מאותו המין לבחור בפונדקאות כדרך למימוש הורותם? נוכח מסקנותיי, נראה שאחת התשובות לכך תהיה, שהבחירה בפונדקאות איננה תמיד בחירה רצונית. בחירה זו היא פועל יוצא של יחסי כוח, שמנסים לשמר בחברה מודל הורות גנטי, המאפיין יחסים הטרוסקסואלים. ההורות עברה "הטרוסקסואליזציה", והפונדקאות היא למעשה אקט שמשמר אותה. החשש הוא שמאבקם של זוגות מאותו המין לשוויון בהליכי פונדקאות, עשוי למעשה "לשכתב" את הנורמה במקום לערער אותה. לפיכך, מימוש ההורות בדרך זו עלול לחתור תחת המטרה שהוא מנסה להשיג – במקום שוויון עלולה להישמר דווקא הנחיתות. הכישלון העיקרי בניהול מאבק זה הוא שדרך קבלת הקשרים הגנטיים כדבר הכרחי, הוא מנציח את המיניות ההטרוסקסואליות שאחראית ליצירתם, ובדבריה של באטלר: "החטא התיאורטי המרכזי הוא קבלת צורות מסוימות של כוח והצגתן כטבעיות, (שכן) באופן זה הופך הכוח לטבע, ולפיכך לגורל"¹⁸² (ההדגשות שלי – י.ק.).

ביבליוגרפיה

מקורות ישראלים

חקיקה ראשית

1. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391.
2. חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 1028.
3. בחוק איסור לשון הרע (תיקון מספר 5), חשכ"ה-1965, ס"ח 1612.
4. חוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 95.
5. חוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 446.
6. חוק הנוער (טיפול והשגחה), התשי"ד-1960, ס"ח 311.
7. חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 1577.

¹⁸¹ כפי שנעשה בבע"מ 4408/13 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם בנבו, 29.12.2013), שם בית-המשפט הכיר באבהותו של בן-הזוג הישראלי, שעבר יחד עם אשתו הליך פונדקאות בחו"ל, מבלי שעבר בדיקת רקמות.

¹⁸² ג'ודית באטלר קוויר באופן ביקורתי 14 (יצחק בנימיני ועידן צבעוני עורכים, דפנה רז מתרגמת 2001).

8. חוק העונשין, התשל"ז – 1977 ס"ח 864.
9. חוק השבות, התשי"א-1950, ס"ח 51.
10. חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, ס"ח 1352.
11. החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1661.
12. חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963 ס"ח 405.
13. חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 466.
14. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
15. חוק תרומת ביציות, התשי"ע-2010, ס"ח 2242.

תקנות

1. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 5035.

הצעות חוק

1. הצעת חוק ברית הזוגיות האזרחית, התשע"ד – 2013 (18.11.2013) yeshatid.org.il/wp-content/uploads/2013/10/%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA_%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%96%D7%95%D7%92%D7%99%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%90%D7%96%D7%A8%D7%97%D7%99%D7%AA_%D7%A1%D7%99%D7%A2%D7%AA_%D7%99%D7%A9_%D7%A2%D7%AA%D7%99%D7%93.pdf
2. הצעת חוק הפרשנות (תיקון – הגדרת הפליה על רקע זהות מגדרית או נטייה מינית), התשע"ד – 2013 (9.12.2013) main.knesset.gov.il/Search/Pages/Results.aspx?k=%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA%20%D7%97%D7%95%D7%A7%20%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%A9%D7%A0%D7%95%D7%AA

תזכירי חוק

1. תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד – 2014.

חקיקה מנדטורית

1. פקודת החוק הפלילי, 1936 ע"ר תוס' 1 (ע) 263.

כתבי אמנה

1. האמנה בדבר הגנה על ילדים ושיתוף פעולה בדבר אימוץ בין-ארצי, כ"א 41, 1 (נחתמה ב-1993) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1999).
2. אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).
3. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1996) (אושררה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992).

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

1. "אימוץ על-ידי בני זוג מאותו המין" משרד המשפטים - הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (10.2.2008) www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/law/file/%D7%94%D7%A0%D7%97%D7%99%D7%99%D7%AA%20%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%A9%20%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A5%202008.pdf

המלצות

1. "המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל" (משרד הבריאות, מאי 2012).

פסיקה

1. אמ"ץ (ת"א) 58/07 שדיב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2008).
2. אמ"ץ (ת"א) 34/07 אבן קמה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 10.3.2009).
3. בג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749 (1994).
4. בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק-על 2006(4) 1725, (2006).
5. בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).
6. בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006).
7. בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות (פורסם בדינים עליון, 11.2.1997).
8. בג"ץ 566/11 ו- 6569/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014).
9. בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים לפי חוק ההסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.9.2014).
10. בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים, פ"ד נז(1) 419 (2002).
11. בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009).
12. בג"ץ 7052/03 עדאללה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006).
13. בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963).
14. בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013).
15. בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' שמחה תורג'מן, פ"ד מה(2) 626 (1991).
16. בג"ץ 5398/96 שטיינר נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 27.2.1997).
17. בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.10.2005).
18. בע"מ 4408/13 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם בנבו, 29.12.2013).
19. בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (2005).
20. דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).
21. נד/1712-3 עוזי אבן נ' אוניברסיטת תל-אביב (לא פורסם) www.acri.org.il/he/984.
22. ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).
23. ע"א (נצי) 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היועמ"ש במשרד האפטרופוס הכללי (פורסם בנבו, 11.11.2004).
24. ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160 (1997).
25. ע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבח מקרקעין (פורסם בתקדין, 3.8.2003).
26. ע"ב (ת"א) 3816/01 פטריק לוי נ' מבטחים (לא פורסם, 25.6.2001).
27. ע"ב 3075/08 פלוני נ' מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים בע"מ (בניהול מיוחד) (לא פורסם, 12.4.2010).
28. עמ"ש (י-ם) 14816-04-10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.5.2010).
29. עמ"ש (בי"ש) 59993-07-13 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.01.2014).
30. עמ"ש (ת"א) 2219-06-12 ר.ב.ח. נ' ק.ג. (פורסם בנבו, 6.3.2014).
31. ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 4.11.2008).
32. ע"ש 369/94 שטיינר נ' צבא ההגנה לישראל (לא פורסם, 5.12.1996) משפט ולהט"ב www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/369-94.pdf
33. תיק (אזורי חיפה) 835722/2 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם, 16.3.2011) משפט ולהט"ב www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/835722-2.pdf
34. תמ"ש 21182-04-13 א.ל.ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014).
35. תמ"ש (י-ם) 28240/09 ד.ג. נ' פרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי (פורסם בנבו, 19.3.2010).
36. תמ"ש 1126-090-12 פלוני ואח' נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.11.2012).
37. תמ"ש (חיפה) 32520/97 פלונית נ' אלמונית (פורסם בתקדין, 2.6.1997).
38. תמ"ש (ת"א) 6960/03 ק.צ.וי.מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 21.11.2004).
39. ת"ע (בי"ש) 1320/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 23.8.2010).

כתבי עתירה

1. בג"ץ 1078/10 יואב ארד-פנקס ואיתי פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (כתב עתירה).

ספרים

1. באטלר ג'ודית, **קוויר באופן ביקורתי** (יצחק בנימיני ועידן צבעוני עורכים, דפנה רז מתרגמת 2001).
2. פוקו מישל, **תולדות המיניות I – הרצון לדעת** כרך א (גבריאל אש מתרגם, 1996).
3. קמה עמית, **העיתון והארון – דפוסי תקשורת של הומואים** (גיורא רוזן עורך, 2003).
4. שיפמן פנחס, **דיני המשפחה בישראל כרך ב** (1989).
5. תמסין ספארגו, **פוקו והתיאוריה ה'קווירית'** (יעקב לזר ודוד גורביץ' עורכים, אריה בובר מתרגם, 2002).

מאמרים

1. בומבך מירי ורונלי שקד "מהפכה במוסד 'הזכות להורות' – תמורות בחברה הישראלית – דיון בסוגיית ההורות ההומו-לסבית", **רפואה ומשפט** 26 (2002).
2. בלכר-פריגת איילת "על זכויות, גבולות ומשפחה" **עיוני משפט** כז 539 (2004).
3. בלכר-פריגת איילת והקר דפנה "הורים או זרים: מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים משפטיים" 40 (1) 5 (2010).
4. בן-שמש יעקב "על מקרים קלים שמובילים לדן רע – הארת פסיקה – בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (2014)" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 28 (2014) - www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/28/28_june_2014_4_ben-shemesh.pdf
5. גולדשמידט חנן "'תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי' – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" **המשפט** ז 217 (התשס"ב).
6. גרוס אייל "דנילוביץ, שטיינר והתיאוריה הקווירית" **משפט נוסף** 1 47 (2001).
7. גרוס אייל "הפוליטיקה של זכויות להט"ב – בין (הומו) נורמטיביות/ולאומיות לפוליטיקה קווירית" **מעשי משפט** ה 101 (2013).
8. גרוס אייל "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" **פלילים** ט, 95 (2000).
9. גרוס אייל וזיו עמליה "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית", **מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית** 9 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003).
10. גלבר רועי "יצירתה של המשפחה החד-מינית: ההשלכות המשפטיות והאתיות של הפריה מלאכותית", **בדרך לא סלולה: היבטים משפטיים, קהילתיים והוריים של משפחות חד מיניות** 31 (עדיטל בן-ארי ויואב לביא עורכים, 2007).
11. הלפרין דיוויד "'הומוסקסואליות': קונסטרוקט תרבותי, דיאלוג עם ריצ'ארד שניידר, **מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית** 135 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003).
12. הראל אלון "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" **המשפט** ז 195 (התשס"ב).
13. זפרן רות "המשפחה העידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223 (1) 2 (2005).
14. טריגר צבי "משפחות חורגות ו'רישיון 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).
15. יונאי יובל וספיבק דורי "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של הומואים בשיח המשפטי בישראל 1948 – 1988" **סוציולוגיה ישראלית** א(2) 257 (1999).
16. יקיר דן וברמן יונתן "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?" **מעשי משפטי** א 169 (2008).
17. מייזלס יהודית "קול הדם במקום קול אדם – דיון בבג"ץ 566/11, 6569/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים", **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה**, 28, 46 (2014)

18. מקינון קתרין "מיניות, פורנוגרפיה ושיטה: "הנאה תחת הפטריארכיה", 1990" **ללמוד פמיניזם: מקראה – מאמרים ומסמכי יסוד במחשבה פמיניסטית** 376 (דלית באום, דלילה אמיר, רוני ברייר-גארב, יפה ברלוביץ, דבורה גריינימן, שרון הלוי, דינה חרובי וסיליביה פוגל-ביז'אווי עורכות, דלית באום מתרגמת, 2006).
19. מרגלית יחזקאל "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית" **משפט רפואי וביו-אתיקה** 3 (125) (2010).
20. מרקוס טלי "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" **משפטים** מד (2) 415 (2014).
21. סבירסקי ברברה "פונדקאות כזנות" **עיתון אחר** 20-19 : 22-24 (1991).
22. פוגל-ביז'אווי סילביה "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" **מין – מגדר – פוליטיקה**, 107 (1999).
23. קוסופסקי סדג'וויק איב "האפיסטמולוגיה של הארון" **מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית** 303 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003).
24. קלעי חגי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונוורמטיביות – בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה**, 28, 5 (2014) - www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/28/28_june_2014_3_kalai.pdf
25. קמה עמית "היבטים חברתיים-קהילתיים – על ספו של העידן הבתר-הטרונוורמטיבי: הערות סוציו-תרבותיות על המשפחה החד-מינית" **בדרך לא סלולה: היבטים משפטיים, קהילתיים והוריים של משפחות חד מיניות** 45 (עדיטל בן-ארי ויואב לביא עורכים, 2007).
26. ריצי אדריאן "הטרנסקסואליות כפוייה והקיום הלסבי" **מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית** 73 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003).
27. שטופלר גילה "מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה וזכויות נשים ומיעוטים" **משפט וממשל** יא 2 (473), 485-488 (2008).
28. שלו כרמל "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" **מעמד האישה בחברה ובמשפט** 503 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).
29. שפירא דורית ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו – 1996: המצוי והרצוי" **רפואה ומשפט** 36, 19 (2007).
30. שלו כרמל "נשיאת עוברים (פונדקאות): המסחר בשירותי הולדה" **ביטחון סוציאלי** 46 (1996) 87 ;
31. שלום חיה "האגינדה של הקהילה הלסבית הפמיניסטית: את מי היא משרתת באמת?" **בדרך לא סלולה: היבטים משפטיים, קהילתיים והוריים של משפחות חד מיניות** 51 (עדיטל בן-ארי ויואב לביא עורכים, 2007).

מקורות המשפט העברי

1. בראשית ל.

חומר אור-קולי

1. "אמא ואבאז" (טדי הפקות, 22.11.12 – 7.2.13).
2. **The Kids Are All Right** (Focus Features, 2010).

מקורות לועזיים

חוקים – אנגליה

Adoption and Children Act 2002, 38 Car (Eng).

מאמרים

1. Appell Annette R., *The Endurance of Biological Connection: Heteronormativity, Same-Sex Parenting and the Lessons of Adoption*, 22 *BYU J. Pub. L.* 289 (2008).

2. Bernstein Gaia, *The Social-Legal Acceptance of New Technologies: A Close Look at Artificial Insemination*, 77 Wash. L. Rev. 1035 (2002).
3. D'Emilio John, *Sexual Politics, Sexual Communities: The Making of Homosexual Minority in the United States 1940-1970*, 132 U. Pa. L. Rev. 391 (1983).
4. Rosalie Bar, *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, 21(2) Theoretical Medicine and Bioethics (Peer Reviewed Journal) 153 (2000).
5. Warner Michael, *Fear of a Queer Planet*, 29 SOCIAL TEXT 3 (1991)

מקורות באינטרנט

1. אבירם אילן "הורות אחרת? על הדומה והשונה בהורות חד-מינית" פסיכולוגיה עברית (7.1.2011) - www.hebpsy.net/articles.asp?id=2550
2. אזולאי מורן "שר הפנים החליט: יהודים יוכלו לעלות עם בני זוג חד-מיניים" ynet – פוליטי מדיני (12.8.2014) - www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4557802,00.html
3. אילן ליאור "בית משפט אישר בפסיקה תקדימית גירושם של זוג הומואים" הארץ – חדשות, משפט ופיליזם (2.12.2012) - www.haaretz.co.il/news/law/1.1877955
4. גליקמן אביעד "השופט הסכים לבדיקה, האב יחזור עם ילדיו מהודו" ynet – משפט ופיליזם (18.5.2010) - www.tbk.co.il/article/803474
5. הדר עירא "להיות הורים גאים: אימוץ בחו"ל ע"י זוג" GoGay – לייפסטייל ובריאות – יחסים (04.11.2004) - gogay.co.il/item.php?id=1863
6. הליכי פונדקאות בתאילנד – אזהרת מסע" משרד החוץ – שירות קונסולרי – המלצות למטייל (8.4.2014) - mfa.gov.il/MFAHEB/ConsularService/TravelAdvisory/Pages/Thailans_0804014.aspx
7. הלמ"ס שיעור פריון כולל- השוואה בינלאומית, 2010 - www.cbs.gov.il/www/publications/lidot/lidot_graph1_10.pdf
8. זוארץ איציק "חולת ניוון שרירים רוצה להיות אמא" Walla (11.9.2014) - news.walla.co.il/?w=/4492/2784334
9. טבק-אבירם אילן "על הורות ביולוגית-גנטית ומשמעותה" אבות גאים - gaydads.org.il/learn/psych_edu/biological_parenthood
10. לוי – פרנק איתמר "הומוסקסואליות – היסטוריה ותהליך ה"יציאה מהארון" הבית לטיפול פסיכולוגי – קליניקות פרטיות תחת קורת גג אחת - www.psychologyhome.co.il/%D7%94%D7%95%D7%9E%D7%95%D7%A1%D7%A7%D7%A1%D7%95%D7%90%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%95%D7%AA%D7%94%D7%9C%D7%99%D7%9A-%D7%94%D7%99%D7%A6%D7%99%D7%90%D7%94-%D7%9E%D7%94%D7%90%D7%A8%D7%95%D7%9F
11. לויאני רננה "מתנגדי מתן שירותי פונדקאות לגייז: "פוגעים בנשים"" Mako (18.12.2011) - www.mako.co.il/pride-sex-and-love/identity/Article-3264eb854d48431006.htm
12. ליס יהונתן "חברי יש עתיד הפילו את חוק ברית זוגיות לבני אותו מין" הארץ – חדשות – פוליטי (11.06.2014) - www.haaretz.co.il/news/politi/1.2346135
13. ליס יהונתן ואפרתי עידו "חוק הפונדקאות אושר בקריאה ראשונה" הארץ (27.10.2014) - www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2469400
14. ליפקין נופר וסממה אתי "פונדקאות בישראל – תמונת מצב 2010 והצעות לשינוי חקיקה", דו"ח של ארגון 'אשה לאשה – מרכז פמיניסטי חיפה', 2011 - www.isha.org.il/upload/file/%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%93%D7%A7%D7%A1/surr%20ogacy%20web.pdf

15. מגנזי אביאל "הורים, גם ללא אימוץ: פסיקה תקדימית לגאים" ynet – משפט ופלילים (4.9.2014) – www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4567730,00.html
16. מרגלית יחזקאל "הבהלה לפיריון" שבת – מוסף מקור ראשון לתורה, הגות, ספרות ואמנות (14.06.2013) – musaf-shabbat.com/2013/06/14/%D7%94%D7%91%D7%94%D7%9C%D7%94-%D7%9C%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%95%D7%9F-%D7%99%D7%97%D7%96%D7%A7%D7%90%D7%9C-%D7%9E%D7%A8%D7%92%D7%9C%D7%99%D7%AA
17. נוימן אפרת "אל תעשו לי ילד"// האם המצב הכלכלי משפיע על שיעורי הילודה בישראל? TheMarker (30.11.2013) – www.themarker.com/markerweek/1.2178370
18. נחמיאס עמרי, "הממשלה אישרה: תותר פונדקאות לזוגות חד-מיניים בישראל" Walla (1.6.2014) – news.walla.co.il/?w=/4487/2751665
19. רוזנבלום אירית "הפסקת נוהל בדיקת רקמות לבני זוג מאותו מין וילדיהם שנולדו באמצעות פונדקאית – בעקבות החלטת בית-המשפט העליון מפי כב' השופט פוגלמן" משפחה חדשה (8.9.2014) – www.newfamily.org.il/wp-content/uploads/%D7%9E%D7%9B%D7%AA%D7%91-%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%A9-%D7%91%D7%99%D7%98%D7%95%D7%9C-%D7%91%D7%93%D7%99%D7%A7%D7%AA-%D7%A8%D7%A7%D7%9E%D7%95%D7%AA-%D7%A0%D7%95%D7%94%D7%9C-%D7%97%D7%95%D7%9C.pdf
20. רוזנבלום אירית "תקדים בג"ץ ארגון משפחה חדשה ופלוניס: המדינה הכירה בילד שאומץ על-ידי זוג גברים בחו"ל – תומר זרחין עיתון "הארץ" 25.4.08", משפחה חדשה www.newfamily.org.il/blog/press-and-media/%D7%AA%D7%A7%D7%93%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%92%D7%A6-%D7%90%D7%A8%D7%92%D7%95%D7%9F-%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%94-%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%94-%D7%95%D7%A4%D7%9C%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%9D-%D7%94%D7%9E
21. רוזנבלום אירית ופלג נורית "משפחות חד מיגדריות (משפחות חד מיניות)" משפחה חדשה – www.newfamily.org.il/blog/data-statistics/%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%95%D7%AA-%D7%97%D7%93-%D7%9E%D7%99%D7%92%D7%93%D7%A8%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%97%D7%93-%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%A2%D7%95%D7%93-%D7%90%D7%99%D7%A8%D7%99
22. תמוז www.tammuz.com/heb/cost