

תוכן

1	מבוא
2	חלק ראשון: המצב הנורמטיבי של בני זוג מאותו מין בעניין אימוץ
4	חלק שני: פונדקאות
7	משפט משווה
8	חלק שלישי: ההתנגשות בין חוק הפונדקאות, לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
8	פגיעה בעקרון השוויון
9	פגיעה בזכות לכבוד
10	הזכות להורות ולמשפחה
10	פיסקת ההגבלה
11	תכלית החוק
11	מבחן המידתיות
12	סיכום ומסקנות
13	מקורות:

מבוא

האסור להפלות אדם בשל נטייתו המינית כלולה במפורש בשורה של הוראות חוק, שחוקקו לאורך השנים, והמבטאים את התפתחות בהכרה לצורך שוויון בין זוגות הטרוגניים לבין זוגות חד מיניים. כך לדוגמה בשנת 1992 תיקנה הכנסת את חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ואסרה על הפליה על בסיס נטייה מינית.¹ בשנת 1997 תיקנה הכנסת את חוק איסור לשון הרע, באופן האוסר על השפלת אדם בגלל מינו או נטייתו המינית.² בשנת 1998 חוקק החוק למניעת הטרדה מינית, המגדיר "הטרדה מינית", בין היתר, כ"התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית"³ בשנת 2000 חוקק האוסר על הפליה מחמת נטייה מינית בהספקת מוצר או שירות הציבורי, במתן כניסה למקום ציבורי או במתן שירות במקום ציבורי.⁴

גם ההכרה של הפסיקה בזכויות של בני זוג בני מאותו מין הייתה הדרגתית. בעניין דנילוביץ קבע ביהמ"ש העליון כי חלוקת כרטיסי טיסה חינם רק לבן זוג של עובד מאותו מין, ומניעת כרטיסים כאלה מבן זוג מאותו מין של העובד, הוא פסול ולא חוקי.⁵ בעניין האגודה לזכויות הפרט בוטלה החלטת שר החינוך למנוע שידור תוכנית שהוקדשה לבני נוער המשתייכים לקהילה הלהט"בית.⁶ בעניין ברנר קדיש קבע ביהמ"ש שעל רשם האוכלוסין לרשום אישה לסביבת שאימצה בארצות הברית את בנה של שותפתה לחיים, כאמו השנייה, ולהוסיף את שמו בתעודת הזהות שלה.⁷ בעניין משי זהב⁸ ובעניין מרזל⁹ נדחו עתירות נגד קיום מצעד הגאווה. בפרשת הבית הפתוח קבע השופט עמית כי יש להכיר בכך שחברי הקהילה הגאה מהווים קבוצה בעלת זהות מובחנת הטעונה הגנה בפני הפליה.¹⁰

עם זאת, מבחינה משפטית נותרו תחומים חשובים שבהם אין התייחסות לבני קהילת הלהט"ב כאל שווים. בין הנושאים האלה מצויים בעיקר היבטים הקשורים לאימוץ ולהתקשרות בהסכמי פונדקאות.¹¹

הדרכים העיקריות המאפשרות לבני זוג חד מיניים להקים משפחה הם אימוץ ילד, התקשרות בהסכם פונדקאות עם אם נושאת (אפשרות הנוגעת בעיקר לגברים חד מיניים), קבלת תרומת זרע (עבור נשים חד מיניות) או שילוב של אדם מהמין השונה במערכת היחסים הזוגית ("הורות משותפת"). ההפליה הקשה ביותר בתחומים אלו היא כלפי גברים בני זוג. כפי שיובהר להלן, לזוגות לסביות קיימת אפשרויות מגוונות יותר להקמת משפחה.¹²

¹ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), התשנ"ו-1992, ס"ח 1377 מיום 2.1.1992, בעמ' 37.
² סע' 4(1) לחוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 5), התשנ"ז-1977, ס"ח 1612 מיום 28.2.1997, בעמ' 70.
³ סע' 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1661 מיום 19.3.1998, בעמ' 166.
⁴ סע' 3 לחוק אסור הפליה במוצרים בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים התשס"א-2000 (ס"ח 1765 מיום 21.12.2000, בעמ' 58).
⁵ בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, מח(5) 749 (1994).
⁶ בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך התרבות והספורט, נא(5) 822 (1997).
⁷ בג"ץ 1779/99 ניקול ברנר-קדיש נ' שר הפנים, נד(2) 368 (2000).
⁸ בג"ץ 8988/06 משי-זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו 27.12.2006).
⁹ בג"ץ 5277/07 ברוך מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו 20.6.2007).
¹⁰ עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, סד(2) 1 (2010).
¹¹ יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" בתוך: זכויות הקהילה הגאה בישראל משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 159 (2016).
¹² שם, עמ' 183.

העדר השוויון בין בני זוג הטרוגניים לבין בני זוג מאותו מין עשוי להתנגש עם זכויות היסוד הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מטרתה של עבודה זו היא לבחון את ההתנגשות בין המצב הנורמטיבי של אימוץ ופונדקאות בכל הקשור לבני זוג מאותו מין לבין הזכויות החוקתיות הנתונות להם מכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹³

החלק הראשון של העבודה יסקור את המצב הנורמטיבי של בני זוג מאותו מין בענייני אימוץ, והחלק השני של

העבודה יסקור את המצב הנורמטיבי של בני הזוג מאותו מין בענייני פונדקאות. החלק השלישי של העבודה

יעסוק ב ההתנגשות בין חוק הפונדקאות, לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

חלק ראשון: המצב הנורמטיבי של בני זוג מאותו מין בענייני אימוץ

סעי' 3 לחוק אימוץ ילדים¹⁴ קובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". הדרישה לאימוץ ילד ע"י זוגות חד מיניים הועלתה לראשונה בעניין ברנר קדיש.¹⁵ באותו עניין העתירה לא נגעה לעצם האימוץ, אלא, לרישום בארץ של אימוץ שהוכר כבר בארה"ב. דובר באזרחיות ישראליות, אשר בתקופת שהותן בארה"ב הוכרה אחת מבנות הזוג כאם מאמצת של הילד הביולוגי של בת זוגה, והן דרשו מפקיד הרישום כי ירשום את האימוץ הנ"ל בארץ. ביהמ"ש קיבל את העתירה בנימוקים כי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים, כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחיד בכל המדינות,¹⁶ כי הרישום מתיישב עם טובת הילד,¹⁷ ובנימוק כי ההחלטה לא לרשום את צו האימוץ, שאין כחוק בארה"ב חורגת מסמכותו של פקיד מרשם האוכלוסין.¹⁸ שאלת הפגיעה בכבוד האדם או בשוויון לא נדונה כלל בפרשה זו.

בעניין פלונית¹⁹ נדונה השאלה אם שתי נשים בלתי נשואות, אימהות לילדים, המקיימות מערכת חיים זוגית משותפת, כשירות על-פי דין לאמץ, החדדית, האחת את צאצאי השנייה.²⁰ בניגוד לפרשת ברנר קדיש, שם אקט האימוץ היה בחו"ל, וביהמ"ש דן ברישום צו האימוץ בארץ, הרי בעניין פלונית הדרישה הייתה להורות על עצם מתן צו האימוץ.²¹ ביהמ"ש העליון קיבל בדעת רוב את העתירה. לענייננו חשוב להתייחס לדעות השונות שהועלו בפסה"ד לטענת העותרות לפיה דחיית בקשתן תפלה אותן לרעה בשל נטייתן המינית, כמו גם את ילדיהן. העותרות הציגו מחקרים שהוכיחו כי בני-זוג חד-מיניים הם הורים טובים לילדיהם לא פחות מבני-זוג הטרוסקסואלים, וטענו כי השינוי בתפיסות הציבור ביחס לבני זוג מאותו מין מחייבות להכיר בזכותן לאמץ את הילדים, אשר בפועל הן מגדלות כאימהות.²²

השופט מצא קבע בדעת מעוט כי שונותם של בני-זוג חד-מיניים מבני-זוג אחרים הינה רלוונטית לעניין תחולתו של חוק האימוץ, ולכן מדובר בהבחנה לגיטימית ולא בהפליה פסולה. יחס לחשש לאפליית

¹³ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ע"ר מס' 2, התש"ח, עמ' 1; ס"ח התשמ"א, עמ' 306 להלן: **חוק יסוד**

¹⁴ חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 פורסם ס"ח תשמ"א מס' 1028 מיום 28.5.1981 עמ' 293

¹⁵ בג"ץ 1779/99 ה"ש 7 לעיל

¹⁶ שם, פיס' 3 לפסה"ד של השופט דורנר

¹⁷ שם, שם

¹⁸ שם, פסה"ד של השופט ביניש

¹⁹ ע"א 10280/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, נט(5) 64 (2005)

²⁰ שם פיס' 2 לפסה"ד

²¹ 184 זעירא ומדינה ה"ש 11 לעיל בעמ' 184

²² ע"א 10280/01 ה"ש 19 לעיל פיס' 9 לפסה"ד של השופט מצא