

בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים (משפחה)

בע"מ 1118/14

המבקשת:

מטה מאבק הנכים, ע"ר 580365302

ע"י ב"כ עוה"ד רוני רוטלר ו/או איריס פינקלשטיין
מהקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות
ו/או כל עורכת/דין אחר/ת ממערך הקליניקות המשפטיות
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן 52900
טל': 03-5318892; פקס': 03-6350955
דוא"ל: disability.rights@mail.biu.ac.il

המבקשת

בעניין שבין:

אורה מור יוסף

המבקשת בבר"ע:

ע"י ב"כ עוה"ד אברהם סטי
ו/או גיל עובדיה לייבוביץ
מרחוב משכית 15, הרצליה 46733
טל': 09-8800561; פקס': 09-8800567
וכן ע"י ב"כ משרד עוה"ד שמואל מורן
מרחוב ויצמן 2, תל אביב 64239
טל': 03-6932013; פקס': 03-6932012

המבקשת בבר"ע

- נ ג ד -

המשיב בבר"ע:

משרד הרווחה והשירותים החברתיים

באמצעות ב"כ עו"ד דינה דומיניץ
מפרקליטות המדינה
רחוב קריית המדע 5
הר חוצבים, ירושלים 97776

המשיב

בקשה להצטרף לדיון במעמד "ידיד בית משפט" (Amicus Curiae)

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להתיר למבקשת, "מטה מאבק הנכים" (להלן: "המבקשת" או "מטה המאבק"), עמותה הפועלת לקידום זכויותיהם של אנשים בעלי מוגבלויות בישראל, להצטרף כ"ידידת בית המשפט" לבקשת רשות הערעור דנא, זאת על מנת לאפשר לה להביא את דברה בסוגיה שבמחלוקת – זכות ההורות של המבקשת בבר"ע, הגב' אורה מור יוסף (להלן: "אורה"), שהינה אשה עם מוגבלות פיזית, בכל דרך שיוורה בית המשפט הנכבד, מהנימוקים הבאים:

בפתח הדברים

1. המבקשת היא עמותה הפועלת למען קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בכל תחומי החיים מזה 15 שנים. בין שלל הנושאים בהם עוסקת המבקשת, כפי שיפורט להלן, מצויה גם זכותם של אנשים עם מוגבלויות לחיי משפחה והורות.

2. השאלה אשר עלתה בבקשת ערעור זו הינה האם אורה, **אשה עם מוגבלות פיזית, אשר בשל מוגבלותה נבצר ממנה להרות כדרך הטבע, וכן נבצר ממנה להיות אם בכל אחת מהדרכים המקובלות בישראל** – הינה אמה של הקטינה אשר היא עצמה הובילה להבאתה לעולם. קטינה זו נלקחה ישירות מבית החולים בו נולדה אל משפחה אומנת, ושם היא גדלה מזה למעלה משנה.

3. המבקשת מבקשת להצטרף להליך זה, כ"ידידת בית המשפט", מאחר ולגישתה **עצם העובדה כי הערכאות אשר דנו בעניינה של אורה לא מצאו לנכון לבחון את סוגיית היותה אשה עם מוגבלות, היא למעשה לב ליבה של האפליה, וכי התייחסות שכזו חוטאת לעיקר. שכן, כפי שיפורט בהרחבה להלן, כאשר בשוויון של אנשים עם מוגבלויות עסקינן, לא די בהפעלת מדיניות שוויונית ביחס ליתר האוכלוסיה, אלא יש להפעיל מנגנונים מיוחדים של התאמה, הנגשה, ואפליה מתקנת.** כל זאת לא נעשה במקרה דנן.

4. **יודגש כבר עתה, כי השאלה העומדת לפתחו של בית משפט זה חורגת מגבולות המקרה הפרטני והיא נוגעת לזכותם להורות של אנשים עם מוגבלות, ולמגבלות המוטלות עליהם בתחום זה על ידי רשויות המדינה. נושא זה, של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות בתחום ההורות, מצריך את התערבותו של בית המשפט הנכבד.**

5. המבקשת תטען, כי עמדת רשויות הרווחה ופסיקת בתי המשפט בעניינה של אורה, אשר על אף שהם מכירים, לכאורה, במסוגלותה ההורית ומבססים את שלילת ההורות על העדר קשר גנטי או ביולוגי לתינוקת, **נגועה באפליה כלפי אורה כאשה עם מוגבלות, וזאת משני טעמים עיקריים:**

6. **הטעם הראשון** הינו, כי עמדת הרשויות ופסיקת בית המשפט מפלה לרעה את אורה, כאשה עם מוגבלות אשר אין לה למעשה כל אפשרות להיות לאם - אלא באמצעי בו בחרה - וזאת בשל חסימת כל הדרכים הנחשבות על ידי המדינה כ"מקובלות" להבאת ילדים לעולם וגידולם. נוכח זאת, אי הכרתם של המדינה ובתי המשפט באורה כאמה של הקטינה מהווה, הלכה למעשה, הפרה של הזכות החוקתית של אורה להורות, והפרה של חובת השוויון כלפי אנשים עם מוגבלויות.

7. **הטעם השני**, כי החלטת הרשויות ובתי המשפט נובעת, הלכה למעשה, מדעות שליליות וסטיגמות בלתי מבוססות כלפי המסוגלות ההורית של אנשים עם מוגבלויות. לדעות אלה לא ניתן כמעט ביטוי מפורש, ולכאורה אף הובעה על ידי בית המשפט דעה לפיה אין כל ספק לגבי מסוגלותה ההורית של אורה. אולם קריאה מדוקדקת בהכרעות בתי המשפט, כמו גם הפניית

תשומת לב לדברים שנאמרו במהלך הדיונים – לפרוטוקול ושלא לפרוטוקול, והתוצאה האכזרית והבלתי סבירה – המנוגדת לטובתה של הילדה - אליה הגיעו משרד הרווחה בבתי המשפט, כולם תומכים באופן חד משמעי בעובדה, כי דעות אלה – בין במודע ובין שלא במודע – עמדו מאחורי החלטותיהם בעניינה של אורה.

8. וכך, במסווה של ניתוח טכני של זכויות רבייה, התקבלו על ידי רשויות הרווחה ובתי המשפט החלטות מהותיות בנוגע לזכויות הורות, באופן המנוגד לא רק לחובת השוויון כלפי אנשים עם מוגבלויות, אלא גם לעקרון טובת הילד.

9. **בקשת ידיד בית משפט זו באה על מנת לתקן את המעוות ולהפנות זרקור להיותה של אורה אשה עם מוגבלות, על כל השלכות הנובעות מכך בנוגע לזכותה להורות.** מבחינה נורמטיבית, אין חולק בנוגע לזכות להורות של אנשים עם מוגבלות: זכות זו נלמדת מפסיקת בתי המשפט בנוגע לזכות להורות כזכות יסוד, מעקרונות חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשס"ח – 1998 (להלן: "חוק השוויון"), וכן מאמנת האו"ם בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות (להלן: "אמנת האו"ם"), שאושרה על ידי מדינת ישראל ומחייבת אותה במישור החקיקתי, המנהלי והשיפוטי, הכל כפי שיפורט להלן.

10. הזכות ליחסי משפחה הינה אחד מהנדבכים המרכזיים לשילוב אנשים עם מוגבלות בקהילה. עם זאת, חוסר מודעות למהות הזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלויות, ותפישות ארכאיות בקרב רשויות המדינה ובתי המשפט, הובילו במקרה זה לפסקי דין המנוגדים לעקרון השוויון, כפי שהוכר על ידי המשפט הישראלי והבינלאומי, פסיקה המשעתקת עולות ויחס מפלה כלפי אוכלוסייה זו.

11. בתיק זה, הגיאוגרפיה של ההולדה בעידן הכפר הגלובלי וטכנולוגיות פיריון מתקדמות פוגשת את הגיאוגרפיה של המוגבלות, והגבולות שהיא מציבה בפני הזכות להורות. ממשק זה מציף הקשר כמו 'גיאופוליטי', לגבי הפוליטיקה של המוגבלות ומעלה לדיון סוגיות בסיסיות באשר לחסמים חברתיים המעכבים הורות מסוג זה.

12. אכן, אנשים רבים עם מוגבלות – בין אם פיזית, שכלית או נפשית, זקוקים בדרך כלל לסיוע בהורותם, אך לא באהבתם, לא ביכולתם להיות הורים, לתמוך, לשחק ולהשתתף. אכן, אנשים עם מוגבלות כורתים בריתות עומק עם בני משפחותיהם ועם שותפים כדי לממש את הורותם על הצד הטוב ביותר. אכן, טכנולוגיות פיריון מסייעות בידי אנשים שמגבלה לגופם. כל אלה אינם מהווים סיבות להרמת גבה או לשאלה על עצם הזכות הבסיסית להורות או על כשירותם.

13. בעידן זה הוגדר לא מכבר שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והוגדרו זכויותיהם החברתיות, הן בזירה הלאומית והן בזו הבינלאומית. זכותם למלא את תפקידיהם החברתיים ולתרום לחברה, זכותם להורות ולחיי משפחה, כבר הוכרה. יתירה מכך, נוכחותם בחברה במלאם תפקידים אלה מאפשרת לחברה עצמה להיווכח ביכולותיהם ולשנות לטובה את המציאות המציבה חסמים חברתיים, ואת העמדות השוללות הזדמנות להורות.

14. **כדי למלא תפקידיהם אלו, הם נזקקים להנגשה.** ואכן, כפי שיפורט להלן, מדינת ישראל חרטה על דגלה וקבעה בחוקיה, את **החובה** לבצע התאמות על מנת שאנשים עם מוגבלויות יוכלו לממש, הלכה למעשה, את זכותם לשוויון בכל תחומי החיים.

15. במקרה דנן, מוגבלותה של אורה אינה מאפשרת לה להיות לאם בדרכים הנחשבות על ידי המדינה כ"מקובלות". ביציות אשר נשאבו מגופה לא הובילו להריון ולא ניתן לשאוב ביציות נוספות; אין לה אפשרות פיזית להיות בהריון בעצמה; היא אינה יכולה להשתמש בפונדקאות בארץ או בחו"ל ואינה יכולה לאמץ.

16. במצב שכזה, על מנת לממש הלכה למעשה את עקרון השוויון בכלל ואת זכותה של אורה להורות בפרט, על המדינה חלה החובה להנגיש הן עבור אורה והן עבור אנשים עם מוגבלויות בכלל, את זכותם החוקתית להורות, באמצעות התאמה והכרה בדרכים ייחודיות ליצירת הורות, תוך הסתמכות על גישות מתקדמות – כגון הפחתת חשיבות הקשר הגנטי בין ילדים והורים - אשר הולכות ותופסות מקום משמעותי בכל הקשור לדיני המשפחה בישראל, כפי שיפורט להלן.

17. ויודגש כבר עתה, לפי עמדת המדינה, כמו גם לפי עמדת בית המשפט, אין ספק באשר ליכולתה של אורה להיות אם מיטיבה לבתה. אם אכן כך הדבר, חלה על המדינה החובה לעמוד מאחורי הצהרותיה ולערוך את ההתאמות הנדרשות על מנת לממש את זכותה של אורה להורות. זוהי הסוגיה אשר אותה מבקשת המבקשת להביא ולהדגיש בפני בית משפט נכבד זה. במדינה המעודדת מדיניות משפחה ופרייון, על בית המשפט מוטלת החובה לפעול לפיתוחה של הזכות להורות גם של אנשים עם מוגבלות, כך שתהפוך מזכות תיאורטית ונגטיבית לזכות מונגשת ואפקטיבית, ותמומש מתוך הכרה מלאה ואמיתית ביכולתם של אנשים עם מוגבלות להיות הורים, ובזכותם זו.

18. במסגרת בקשה זו, תציג המבקשת את נסיונה ואת תרומתה האפשרית לבירור העניין נשוא הערעור, את תחולתה של ההלכה בדבר צירוף צד להליך במעמד "ידיד בית משפט", וכן תפרוש את טיעונה בעניין.

נימוקי הבקשה

19. נשוא בקשת הערעור שבנדון הוא סירוב המדינה להכיר באורה – אשה עם ניוון שרירים כאם (חד הורית) לקטינה אשר נולדה ב_____, באמצעות טכנולוגיית פרייון מסוג פונדקאות, ואשר נמצאת מעל שנה אצל משפחה אומנה, אשר זהותה אינה ידועה לאורה, וכל זאת בטענה של היעדר קשר גנטי בינה לבין הקטינה.

20. במסגרת ההליכים המשפטיים שהתקיימו בתיק עד כה, נשארה סוגיית היותה של אורה אשה עם מוגבלות, בשולי הדברים. הערכאה הראשונה אשר דנה בתיק (תמ"ש (באר שבע) 50399-12-12 מ.י. נ' פלונית ואח', ניתן ביום 20.6.13, פורסם בנבו) התעלמה לחלוטין מסוגיה זו בהכרעתה, ואילו ערכאת הערעור (עמ"ש 59993-07-13, פלונית נ' פלונית ואח', ניתן ביום 22.1.14, פורסם בנבו) אשר התבקשה להתייחס לסוגיה זו במפורש במסגרת הליכי הערעור, דנה בה באופן מצומצם, בלתי ממצה, וכפי שנראה להלן – אף שגוי.

21. המבקשת סבורה, כי מוגבלותה של אורה הינה סוגיה מרכזית בהליך, בשני מובנים עיקריים: האחד, היא אשר מונעת ממנה להביא ילדים לעולם בדרכים הנחשבות כמקובלות על המדינה, השני – כי תפיסות שליליות של המדינה ובתי המשפט שדנו בנושא, לגבי מסוגלותם של

אנשים עם מוגבלות להורות, הנחו – באופן מודע וייתכן שאף באופן לא מודע – את החלטותיהם בעניין, והכריעו את הכף כנגדה של אורה.

22. נוכח האמור תבקש המבקשת להפנות זרקור לסוגיית חיי המשפחה של אנשים עם מוגבלות וזכותם להורות, כמו גם לזכותם לשוויון תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות, ולשטוח בפני בית המשפט הנכבד את מורכבותן של סוגיות אלה, על כל היבטיהן, כפי שהן באות לידי ביטוי בתיק דנן.

I עיקרי העובדות בתיק

23. אורה, אשה בשנות הארבעים לחייה עם מוגבלות פיזית – ניוון שרירים, כאשר היא מוקפת במשפחה תומכת ומצויידת בנסיון חיים ובנחישות הטבועה בה כמי שחיה עם מוגבלות משמעותית מילדות, החליטה להגשים את חלומה להפוך לאם. מכיוון שבשל מוגבלותה, נשיאת הריון טומנת בחובה סכנת חיים עבורה, ביקשה אורה להיעזר בפונדקאות בישראל באמצעות חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק הסכמים לנשיאת עוברים**"), אולם נסיונותיה לקבל אישור חוקי לכך עלו בתוהו, וזאת בשל אי הכרה בה ובבן הזוג עמו פנתה על מנת לקבל את אישורה של המדינה לפונדקאות, כ"בני זוג" לצורך עמידה בדרישותיו של החוק.

24. על מנת לנסות ולהגשים את חלומה פנתה אורה לאפיק נוסף על מנת לממש את זכותה להורות והוא פונדקאות בחו"ל. לאחר תלאות רבות, נשאבו ביציות מגופה של אורה, הופרו והושתלו ברחמה של פונדקאית, אולם למרבה הצער לא צלח גם נסיונה זה. בנוסף, בעקבות בירורים שערכה, עלה באופן חד משמעי כי אורה לא תוכל לאמץ ילד, הן באמצעות אימוץ בארץ והן באמצעות אימוץ בחו"ל.

25. מאחר ובשל מוגבלותה לא ניתן היה לשאוב ממנה ביציות נוספות, נאלצה אורה לבחור באפשרות אחרת באמצעותה תוכל להיות אם. במסגרת זו, ובשיתוף שלושה צדדים – גבר נותן זרע, אישה תורמת ביצית, הפרייה בחו"ל ואישה הנושאת את ההיריון (פונדקאית), באה לעולם ביתה של אורה, אשר נולדה בישראל ב_____ . המעורבים בתהליך – תורם הזרע והפונדקאית, הינם אנשים הקרובים לאורה ואשר ביקשו, בגופם, בדרך אלטרואיסטית, לעזור לה לממש את חלומה ולהיות לאם.

26. עוד לפני הלידה, מתוך רצון לפעול בכנות ובשקיפות מלאה מול רשויות השלטון, פנתה אורה אל משרד הרווחה על מנת לנסות ולהסדיר את ההכרה בה כאמה של הקטינה העתידה להיוולד. על אף שכשירותה לשמש כאם מעולם לא הוטלה – לכאורה – בספק, הועמדה בפני אורה בתגובה חומה בצורה, והקטינה שאך נולדה נלקחה על ידי שירותי הרווחה מבית היולדות, בהיותה בת ימים ספורים בלבד, והועברה למשפחת אומנה – משפחה אשר אינה נושאת כל קשר גנטי אליה, ואשר מקום הימצאה אינו ידוע לאורה.

27. הליך זה בוצע בהתאם לסעיף 12(ג)(1) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק אימוץ ילדים**"), הקובע כי ניתן למסור ילד אף שלא בהסכמת הוריו, אם ראה עובד סוציאלי "שהדבר מוצדק כדי למנוע נזק לילד". **זאת, על אף שרשויות המדינה אינן יכולות להצביע על הנזק**

הנטען, ועל אף שלא התקיימה אף לא אחת מהעילות המפורטות בסעיף 13 לחוק האימוץ, המאפשרות להכריז על ילד כבר אימוץ.

II הרקע לבקשה

א. השתתפות שוויונית של אנשים עם מוגבלויות בחברה - המעבר מהמודל האינדיבידואלי-רפואי למודל חברתי וחובת ביצוע התאמות

28. הערך בהשתתפות שוויונית של אנשים עם מוגבלות בחברה בכל תחומי החיים, תוך מתן מענה הולם לצרכיהם המיוחדים, באופן שיאפשרו להם כבוד ומיצוי מלוא יכולתם, מעוגן בחוק השוויון, אשר לגביו נאמר כי הוא "דובר אלינו בלשון נאצלה, כמוהו כחוק יסוד" (בג"ץ 6790/98 ענת אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים פ"ד נב(5) 323, עמ' 335-334), והוא סימל מהפיכה בכל הנוגע לשילובם של אנשים עם מוגבלות בחברה.¹

29. וכך קובע פרק א' לחוק השוויון:

1. עקרון יסוד: "זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות";

2. מטרה: "חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מירבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו";

3. העדפה מתקנת: "אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות";

4. הזכות לקבל החלטות: "אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות הנוגעות לחייו, על פי רצונו והעדפותיו, והכל בהתאם להוראות כל דין".

30. סעיף 6 לחוק קובע עקרונות במימוש זכויות ומתן שירותים, כדלקמן:

(א) מימוש זכויות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות יעשו –

(1) תוך הקפדה על כבוד האדם וחירותו והגנה על פרטיותו;

(2) במסגרת השירותים הניתנים והמיועדים לכלל הציבור, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין כאמור בחוק זה;

¹ נטע זיו, אנשים עם מוגבלויות - בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים, מתוך "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל" עורכים י. רבין וי. שני, הוצאת רמות, 82.

(3) לגבי זכויות ושירותים הניתנים על ידי גוף ציבורי – באיכות נאותה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגוריו של האדם, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות הגוף הציבורי.

31. חקיקת חוק השוויון נבעה מן השאיפה להביא לידי תיקון מבני כולל שיכיל התייחסויות לכל תחומי ההפליה וההדרה של אנשים עם מוגבלויות. יוזמת החקיקה נבעה מן ההבנה שדפוס ההדרה של אנשים עם מוגבלויות בתחומים שונים הינם דומים למדי, וכי כולם כרוכים בהיסטוריה ארוכה של פטרונות ודיכוי, גם אם אלה נבעו לעתים מכוונות טובות.²

32. חקיקה מתקדמת זו מביאה לידי ביטוי את הרעיון העומד מאחורי שוויון הזכויות של אנשים עם מוגבלויות – אשר בתחום ביקורת המוגבלות מוגדר כמעבר מהגישה האינדיווידואלית-רפואית לגישה החברתית. החוק דחה את הגישה שעמדה בעבר בבסיס כל ההסדרים והמנגנונים (היא הגישה האינדיווידואלית-הרפואית), אשר ראתה במוגבלות תכונה אישית אינהרנטית המאפיינת את האדם, ואשר יש לטפל בה ולרפא אותה במידת האפשר, ולא (כפי שגורסת הגישה החברתית) תוצר של הבניה חברתית, של אינטראקציה בין האדם לסביבתו, של הנחות תרבותיות שגויות, פרקטיקות חברתיות מפלות, ונורמות גלויות וסמויות.³

33. החוק מבטא את התפיסה כי התשתית החברתית הכוללת - תרבותית, סביבתית, כלכלית, פוליטית - היא אשר מייצרת ומנציחה את המוגבלות תחת מעטה של ניטרליות. המדינה היא זו אשר נכשלת ביצירת חברה נגישה, מכלילה ונטולת דעות קדומות, אשר מאפשרת השתתפות מלאה ומספקת שירותים חברתיים ראויים. למדינה, אם כן, יש אחריות חברתית כוללת לאזרחיה, לתיקון עוולות העבר שהיא היתה ועודנה שותפה להן.⁴

34. **נוכח האמור, שוויון זכויות של אנשים עם מוגבלויות, אין פירושו מתן הזדמנות שווה לקבלת שירותים קיימים. בשל אופיין המיוחד של המוגבלויות, וההכרה בעובדה כי החברה עצמה היא המציבה מחסומים ומוגבלות, בלב ליבו של השוויון נמצאת חובת ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין, על מנת שאנשים עם מוגבלות יוכלו לממש באופן מהותי את זכותם לשוויון.**

35. חובת ההתאמות החלה על החברה באה על מנת לשנות את המצב הקיים, בו אנשים עם מוגבלות מודרים מתחומים רבים. זאת, מאחר והמצב הקיים, שהינו כביכול "ניטרלי" כלפי כל בני האדם – עם וללא מוגבלות – טומן בחובו אפליה כלפי אנשים עם מוגבלות, אשר אינם יכולים לממש זכויות ולהנות משירותים ללא התאמה. הזכות להתאמות היא אשר מאפשרת, הלכה למעשה, את שינוי המצב המפלה.⁵

² שגית מור, שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה, עיוני משפט לה (2012) 100-101 (להלן: "שגית מור").

Barnes, C., Oliver, M. and Barton, L. (eds.) (2002). *Disability Studies Today*. Cambridge: Policy Press.

³ שגית מור, 101.

Arie Rimmerman, (2013). *Social Inclusion of People with Disabilities – National and International Perspectives*, Cambridge Disability Law and Policy, 23-31. (להלן: "אריה רימרמן").

Mike Oliver, *The Politics of Disablement* (London: MacMillan, 1990), p. 22.

⁴ שגית מור, 114.

Michael Ashley Stein, (2004). *Same Struggle, Different Difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination*, 153 U. U. Pa. L. Rev. 579, 580

36. ואכן, חוק השוויון חוקק ברוח הגישה החברתית ונועד לפעול להנגשת הסביבה, אולם הדרך בין התיאוריה למציאות ארוכה היא. למרות החקיקה המתקדמת, אנשים עם מוגבלויות – בארץ ובעולם – מתמודדים עם חסמים פיזיים וחברתיים יום יומיים המונעים את השתלבותם המלאה בחברה.

37. תחום חיי המשפחה של אנשים עם מוגבלויות, ותחום ההורות בפרט, אמורים אף הם, ברוח חוק השוויון, להיות מונגשים. על אף זאת, במסגרת ההליכים בתיק דנן, לא פעלו המדינה ובתי המשפט על מנת להנגיש את הזכות עבור אורה, ועשו כל שביכולתם על מנת להרחיק אותה ממנה.

ב. הזכות להורות וחשיבותה בחיי הפרט והחברה

38. הזכות להורות הוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית שיש להגן עליה.⁶ בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, ציינה כב' השופטת שטרסברג-כהן כי:

"הזכות להורות נגזרת מהזכות להגשמה עצמית לחירות ולכבוד".

על גישה זו חזר כב' השופט גולדברג בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 6611:

"הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה יונקות... שתייהן את חיותן מאותם ערכי יסוד של חירות וכבוד האדם, אשר מוגנים עתה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

39. בבג"צ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202 (2006) קבעה כב' השופטת פרוקצ'יה:

"בצד זכות האדם להגנה על חייו ועל קדושת חייו, ניתנת הגנה חוקתית לזכות האדם לממש את משמעות החיים ואת טעם החיים. הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוגו ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם, ניצבת זכותו של אדם למשפחה במדרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו".

40. לאור העמדה הברורה והמפורשת של בית המשפט העליון לפיה הזכות להורות הינה זכות חוקתית, זכות-על הכלולה במכלול הזכויות המוגנות במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתחייב כי פגיעה בזכות זו תיעשה בכפוף להגבלה המעוגנת בסעיף 8 לחוק היסוד, וכי לא יהיה ניתן להגביל את הזכות להורות אלא רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, אשר נועד לתכלית הראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש (ראה לעניין זה את דברי השופטת פרוקצ'יה בבג"צ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009)).

⁶ אהרון ברק, חוקת משפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה, משפט ועסקים טז, תשע"ד, 1, 19 (להלן: "אהרון ברק").

41. מעל ומעבר לפן המשפטי, דומה כי אין חולק על חשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה:

"מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות... הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי" (דפנה ברק ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו – 1996), 200).

42. הנה כי כן, הזכות להורות הוכרה כזכות יסוד, זכות בעלת מעמד על חוקתי המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר יש לה חשיבות מרכזית בחיי הפרט והחברה. יש הרואים בזכות להורות כנובעת מהזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה, ויש הרואים בה זכות טבעית הנובעת מהצורך של כל אדם בצאצא. היא מבטיחה את המשכיות החברה ואת ההגשמה העצמית של כל פרט. פגיעה בזכות זו תיעשה אך ורק בכפוף להגבלה המעוגנת בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ותתאפשר רק לאחר איזון אינטרסים זהיר. עצם השליטה של הרשויות באמצעים טכנולוגיים ובירוקרטים הקשורים להורות, אינה אמורה לאפשר להן להשתמש באמצעים אלה באופן המגביל את הזכות להורות.

ג. זכותם של אנשים עם מוגבלויות להורות – סעיף 23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, וחובת ההגשה החלה על המדינה

43. הזכות הבסיסית והחוקתית להורות, העומדת לכל אדם ואדם בישראל, שרירה וקיימת, מכוח עקרון השוויון, גם כלפי אנשים עם מוגבלויות כדוגמתה של אורה. במחקרים רבים שהתבצעו בתחום זה, נמצא כי הזכות ליחסי משפחה הינה אחד מהנדבכים המרכזיים לשילוב אנשים עם מוגבלות בקהילה.⁷

44. חובת ההתאמות הנמצאת בבסיסו של חוק השוויון, כפי שפורט לעיל, אמורה לחול על זכות זו, ורשויות המדינה אמורות לדאוג ולהגן עליה. בהתאם לעקרונותיו של חוק השוויון, על המדינה להעמיד לרשותם של אנשים עם מוגבלויות את השירותים ואת ההתאמות הנחוצים להם כדי לאפשר להם חיים בכבוד, שאינם נופלים מחייהם של כלל תושבי המדינה, וזאת לרבות פעולות של התאמה והעדפה מתקנת.

45. **זכותם של אנשים עם מוגבלות לחיי משפחה הוכרה באופן מפורש בסעיף 23 לאמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר אומצה בעצרת הכללית של האומות המאוחדות ב-13 לדצמבר 2006 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities) ונכנסה לתוקף במאי 2008. במרץ 2007 חתמה מדינת ישראל על האמנה ובספטמבר 2012 אשררה אותה.**

46. האמנה הינה ביטוי מובהק למעבר מהמודל האינדיווידואלי-רפואי, הרואה במוגבלות מאפיין אישי אינהרנטי, והמחפש דרכים רפואיות ל"נרמל" את האדם עם המוגבלות, למודל החברתי שמכיר במוגבלות כאינטראקציה בין הסביבה הלא נגישה, המציבה חסמים חברתיים ופיזיים, לבין האדם.

⁷ אריה רימרמן, 1.

47. האמנה מנסחת רף בינלאומי הקובע את יחסה הראוי של החברה - ושל כל אחת מהמדינות החתומות על האמנה - לרבות ישראל - כלפי אנשים עם מוגבלות. האמנה מטילה על המדינות חובות מפורטות הכוללות את החובה שלא להפלות אדם בשל מוגבלותו, חובת הנגשת כלל המבנים והשירותים, החובה לשלב ילדים עם מוגבלות בחינוך הרגיל והחובה לאפשר לכל אדם דיור עצמאי או נתמך בקהילה. האמנה שוללת קיומם של מוסדות נפרדים לאנשים עם מוגבלות והיא דוגלת באפשרויות תעסוקה, דיור, חינוך ובריאות ברי השגה לכל אדם עם כל מוגבלות.

48. האמנה קוראת למדינות שהן צדדים לה לבדוק ולהעריך מחדש את יחסן לאנשים עם מוגבלות על מנת לבנות סביבה נגישה יותר. המדינות שהן צדדים לאמנה מחוייבות לחוקק חוקים למניעת אפליה, ולבטל חוקים ופרקטיקות המפלים אנשים עם מוגבלות.⁸

49. וזו לשון סעיף 23 האמנה (ההדגשה אינה במקור ר.ר., א.פ.):

23.1: "מדינות שהן צדדים תנקוטנה אמצעים בני-תועלת והולמים לביעור הפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות בכל הקשור לנישואין, משפחה, הורות ומערכות יחסים, בשוויון עם אחרים, כך שיובטח כי:

(ב) תוכר זכותם של אנשים עם מוגבלויות להחליט בחופשיות ובאחריות על מספר ילדיהם... וייתנו האמצעים הדרושים כדי לאפשר להם לממש זכויות אלה;

23.2: "מדינות שהן צדדים תבטחנה את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ואת חובותיהם, בכל הנוגע לאפטרופסות, מעמד החסוי, נאמנות, אימוץ ילדים או מוסדות דומים, ככל שקיימים מושגים אלה בחקיקה הלאומית; בכל מקרה טובת הילד תהיה עליונה. מדינות שהן צדדים תענקנה סיוע הולם לאנשים עם מוגבלויות לצורך מילוי חובותיהם בקשר לגידול ילדים".

23.4: "מדינות שהן צדדים תבטחנה כי לא יופרזו ילדים מהוריהם בניגוד לרצון ההורים, אלא אם כן תקבענה רשויות מוסמכות הכפופות לביקורת שיפוטית, כי הפרדה כזו דרושה לטובתו של הילד, וזאת בהתאם לחוק ולהליכים החלים בהקשר זה. בשום מקרה, לא יופרז ילד מהוריו אך ורק בשל מוגבלותו של הילד, או של הורה אחד, או של שני ההורים".

50. מעבר לאמור בסעיף 23, זכויות משפחה, בשל חשיבותן המהותית, מוצאות ביטוי לאורך האמנה:

כך למשל, מבסס המבוא לאמנה את החובה לקדם שוויון של אנשים עם מוגבלות, את ביעור האפליה כנגדם, את הסרת החסמים הסביבתיים, את הצורך – לעתים – בתמיכה רבה יותר, את ההכרה בחשיבות האוטונומיה הפרטית והעצמאות, ואת האופן בה תתקדם ותתפתח החברה בכללותה כתוצאה משוויון רב יותר של אנשים עם מוגבלות – כל זאת, גם בהקשר המשפחתי.

51. בסעיף כ"ד למבוא מציינת האמנה במפורש:

⁸ "The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities – European and Scandinavian Perspectives", Oddny Mjoll Arnardottir and Gerard Quinn (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2009

"...המשפחה היא היחידה הטבעית והיסודית של החברה, אשר זכאית להגנה מצד החברה ומצד המדינה... על אנשים עם מוגבלויות ובני משפחותיהם לקבל את ההגנה והסיוע הדרושים כדי לאפשר למשפחות לסייע לאנשים עם מוגבלויות ליהנות מזכויותיהם הנאה מלאה ושווה".

52. סעיף 8 לאמנה קובע, בין השאר, כי:

"1. מדינות שהן צדדים מתחייבות לאמץ אמצעים מידיים, מועילים והולמים כדי: (א) להעלות מודעות לאנשים עם מוגבלויות בכל חלקי החברה, לרבות ברמת המשפחה, ולטפח כבוד לזכויותיהם ולכבודם של אנשים עם מוגבלויות".

53. מעמדה של האמנה הוא כנורמה הסכמית במשפט הבינלאומי, והיא מקרינה על דרך הפרשנות של הדין הנוהג בישראל. עם אשרור האמנה על ידי ישראל, היא מתחייבת לקיים את עקרונותיה, ולפרש את הדין הישראלי באופן המתיישב עם הוראות האמנה (ע"פ 9937/01 רעי **חורב נ' מדינת ישראל**, 9.8.2004, פורסם בבנו).

54. הפסיקה הישראלית קבעה חזקה פרשנית, על פיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבין-לאומי שמדינת ישראל מחויבת להן, וכי החוקים יתפרשו - ככל שהדבר ניתן - כעולים בקנה אחד עם חזקה זו. בית-המשפט יפרש את החוק באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי ובין הכללים המוכרים של המשפט הבינלאומי, על מנת שהחוק הפנימי יעלה בקנה אחד עם התחייבויות המדינה לפי המשפט הבינלאומי (השופט דורנר בע"פ 3112/94 סופיאן אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1), 422, 430). כך ככלל, וכן על אחת כמה וכמה בעניינים הנוגעים לזכויות בסיסיות (דנ"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) (721)).

55. ויודגש: היותו של אדם – "אדם עם מוגבלות" אינה מצביעה מאליה על תפקודים או קשיים מסוימים, שכן המדובר בהגדרה רחבה למגוון רחב של מוגבלויות ותפקודים, אשר המשותף להם הוא החסמים המוצבים בפניהם על ידי הסביבה והחברה. נוכח גיוון זה, הקשיים אותם חווים אנשים עם מוגבלות בבואם לממש את זכותם להורות הינם שונים. אנשים עם מוגבלות פיזית עשויים לעמוד בפני קשיים להפיק חומר גנטי או לשאת הריון; אנשים עם מוגבלות קוגניטיבית או נפשית עשויים לעמוד בפני קשיים לגדל את ילדיהם. אך גם אלה וגם אלה ראויים לשוויון בתחום חיי המשפחה, ולתמיכתה של המדינה בהורותם.

56. בהקשרו של סעיף 23 לאמנה לזכויות אנשים עם מוגבלויות, מחויבת המדינה לדאוג להבטחת השוויון בכל הנוגע להקמת משפחה וגידול ילדים על ידי הורים עם מוגבלויות, והכל תוך שמירה על עקרון טובת הילד. ברוח הגישה החברתית וחובת ההתאמות, אשר נדונו בהרחבה לעיל, המדינה אמורה לסייע לאנשים עם מוגבלויות לממש את זכותם להורות, ולהנגיש את השירותים הרלוונטיים לאותם אנשים, הן באמצעים פיזיים והן באמצעים בירוקרטיים, אשר יאפשרו לאנשים עם מוגבלות לממש את זכותם להורות – הן באמצעות הבאת ילדים לעולם והן באמצעות גידולם, ברוח האמנה.

57. **הנה כי כן, סעיף 23 לאמנה יוצר חובה פוזיטיבית, חיובית, של המדינה לפעול על מנת לאפשר נגישות של אנשים עם מוגבלות לחיי משפחה.** ברוחה של הגישה החברתית, אמצעים אלה אינם שונים מאמצעי הנגשה פיזיים ואנושיים, כגון "רמפות" במקום גרמי מדרגות או סייעת

לצורך שילוב בחינוך הרגיל, ותפקידם לאפשר לאדם עם מוגבלות לתפקד ולקבל שירותים באופן שוויוני.

58. חשוב להדגיש כי הזכות להורות טומנת בחובה את זכותה הפוזיטיבית של האשה שלא להיות מופלית לרעה כאשר היא זקוקה לאמצעים למימוש ההורות, ולא רק את הזכות הנגטיבית שלא להפריע לה בתהליך.⁹ במדינה בה ניתנים, כדרך שגרה, אמצעים רבים המיועדים לסייע לאנשים לממש את זכותם להורות, מניעת אותם אמצעים – או אמצעים יעילים אחרים – מאנשים עם מוגבלות, מהווה אפליה פסולה.¹⁰

ד. דעות שליליות, סטיגמות ואפליה כלפי אנשים עם מוגבלות וכלפי הורות של אנשים עם מוגבלות

59. דעות שליליות וסטיגמות כלפי אנשים עם מוגבלות עדיין רווחות, הן בעולם והן בישראל. אפליה כלפי אנשים עם מוגבלויות אף קיבלה מונח משלה – "ableism" או "disableism".¹¹

60. אנשים עם מוגבלויות נתקלים ביחס מכיל, לרוב שלילי ולא ענייני, המבוסס על תפיסות מוטעות ביחס אליהם.¹² הם נחשבים ל"שונים" ול"חסרים", ופעמים רבות הם נתונים לאלימות וללעג.¹³

61. מחקרים מראים כי החסם המשמעותי ביותר בפני שילובם של אנשים עם מוגבלות בקהילה נובע מסטיגמות, דעות קדומות, בורות ועמדות שליליות של הציבור הרחב כלפי אוכלוסיה זו. בכל הנוגע להורות, מאחר ואנשים עם מוגבלות נתפסים כ"בלתי מסוגלים" וכעול, המוגבלות הופכת לשם נרדף לתלות, מושג שאינו מתיישב עם רעיון ההורות.¹⁴

62. נוכח זאת, זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות להורות זכו למנה גדושה של דעות שליליות, סטיגמות ואפליה, אשר לבשו – ועדיין לובשות פעמים רבות אופי של מעשים אגרסיביים של ממש. לאורך ההיסטוריה, הופרו באופן בוטה זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות להורות. הדוגמא המובהקת ביותר לכך, אשר רווחה בחצי הראשון של המאה העשרים באירופה ובארה"ב, היתה השאיפה והרצון להפסיק את הילודה בקרב אנשים עם מוגבלות, באופן אקטיבי, בחסות החוק, באמצעות ביצוע מעשים כגון עיקור בכפיה.¹⁵

Elizabeth Price Foley, (2002). *Human Cloning and the Right to Reproduce*, 65 ALB. L. REV. 625, 9 630.

Kimberly M. Mutcherson, (2009). "Disability Dreams of Parenthood: The Fertility Industry, 10 Anti-discrimination, and Parents with Disabilities" *Law and Inequality* vol. 27:311, 364 11 אריה רימרמן, 22-23.

12 שגית מור, 109.

13 Barnes, C. (1992) 'Disabling Imagery and the Media', *The Disability Archive UK* 14 "קולין בארנס".

<http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/Barnes-disabling-imagery.pdf>

14 קולין בארנס.

15 Matthew D. Martin III, (2007). *The Dysfunctional Progeny of Eugenics: Autonomy Gone Awol*, 15 15 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 371, 376.

63. באופן לא מפתיע נשים – יותר מגברים – בשל היותן, באופן מסורתי, משמעותיות יותר בתחום גידול הילדים והמשפחה, היו ועדיין הינן נתונות לדעות שליליות ולסטיגמות בנוגע למסוגלותן ההורית.¹⁶

64. מנתוני המועצה הלאומית למוגבלות בארה"ב (NCD) וממחקרים נוספים שנערכו עולים נתונים המצביעים על דעות שליליות, סטיגמות, ואפליה בפועל הנמשכים עד ימינו אנו, ובין השאר, שימוש בשיטות שונות על מנת לכפות עיקור על נשים עם מוגבלות, שיעור גבוה של ילדים הנלקחים מבתי הוריהם לאימוץ ואומנה, יחס מפלה בהליכי משמורת על הילדים, מניעת גישה לשירותי רפואה הקשורים לילודה ולשירותי אימוץ – ארציים וחוף ארציים, וחוסר מודעות כללית של שירותי הרווחה לצרכים של הורים עם מוגבלות, המובילה לתת-תמיכה והתערבות רק בשעות משבר.¹⁷

65. מחקרים נוספים מצאו, כי זכות ההורות של אנשים עם מוגבלות מוגבלת על ידי החברה בשלל אמצעים: חוסר באמצעי ושירותי בריאות הקשורים לפרייון, התנגדות חברתית להורות עם מוגבלות, כפיית עיקור, הפלות, ולקיחת ילדים לאימוץ ולאמנה.¹⁸

66. בהתאם לרוח התקופה, והמעבר – שתואר לעיל – מהגישה האינדיווידואלית-רפואית לגישה החברתית, קיים נסיון לשנות את השיח ולהסיר ממנו את אותן דעות שליליות וסטיגמות. נסיון זה בא לידי ביטוי, למשל, בסעיף 8 (ב) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, לפיו:

"מדינות שהן צדדים מתחייבות לאמץ אמצעים מיידיים, מועילים והולמים כי: ... (ב) להיאבק בסטראוטיפים, בדעות קדומות ובנוהגים פוגעניים כלפי אנשים עם מוגבלויות, ... בכל תחומי החיים".

67. עם זאת, וכאמור לעיל, אנשים עם מוגבלויות – בארץ ובעולם – עדיין מתמודדים עם חסמים פיזיים וחברתיים יום יומיים המונעים את השתלבותם המלאה בחברה, ובמקרים רבים עדיין קיימות דעות קדומות, ואף הפליה ואי שוויון בכל הנוגע לזכותם הבסיסית להורות.¹⁹ חלק ניכר מהחסמים נובעים מדעות שליליות וסטיגמות – אשר תוארו לעיל, ואשר עדיין רווחות כלפי אנשים עם מוגבלויות ויכולותיהם. אמנם, דעות אלה כבר אינן נחשבות כ"תקינות פוליטית" ולכן הן לא יישמעו בדרך כלל מפי גורמים רשמיים, כגון המדינה ובתי המשפט, אולם הן יראו על פי תוצאות מעשיהם.

68. ייתכן, כי אותם גורמים אף יחשבו בפועל כי הם אינם אווזים בדעות שליליות וסטיגמות כאמור, על אף שבסופו של דבר דעות אלה – המקננות בתת המודע - הן אשר נייעו את מעשיהם והחלטותיהם, כפי שקרה במקרה דנן.

16 Kimberly M. Mutcherson "Disability Dreams of Parenthood: The Fertility Industry, Anti-discrimination, and Parents with Disabilities" *Law and Inequality* vol. 27:311
17 National Council on Disability (2012). *Rocking the Cradle: Ensuring the rights of parents with Disabilities and their children*. Washington DC. Available at: <http://www.ncd.gov/publications/2012/Sep272012>.
18 Odegard, J., (1993). The Americans with disabilities act: creating "family values" for physically disabled parents. *Law and Inequality* 11, 533-563
19 Virginia Kallianes & Phyllis Rubinfeld (1997). Disabled Women and Reproductive Rights, *Disability and Society*, 12:2 203-222
Preston, P. (2010). *Parents with Disabilities. Through the Looking Glass*, Center for International Rehabilitation Research Information and Exchange, Berkeley, CA

69. מחקרים שנערכו בתחומי הפסיכולוגיה החברתית והניירו-קוגניטיבית מצאו כי עמדה (למשל כלפי אנשים עם מוגבלות) ומרכיביה יכולים לבוא לידי ביטוי הן באופן מודע והן באופן תת מודע.²⁰ כך למשל, נמצא כי רוב התהליכים הקשורים לרכישת עמדות, שימורן ודרכי הביטוי ההתנהגותיות שלהן מתרחשים באופן לא מודע ותת מודע.²¹ לכן, אדם עשוי לדווח על עמדה מסויימת (למשל – חיובית) כלפי נושא מסוים, אולם בפועל להתנהג באופן מפלה.

70. עמדות שליליות על הורות של אנשים עם מוגבלויות מנותקות ממצואות החיים ומציאות ההורות של אנשים עם מוגבלות בפועל, אולם יש בהן כדי להשפיע על תפיסת ההורות, הן של אנשים עם מוגבלות, הן של ילדיהם, והן של הסביבה.

71. מחקרים שעסקו בנושא הראו, כי תחושות המסוגלות והכשירות של ילדים הגדלים עם הורים עם מוגבלות פיזית נוטות להתעצם, והם מפתחים סבילות וסבלנות גדולות יותר למוגבלות של האחר, ואף נמצא מיומנויות גבוהות של פתרון בעיות וקבלה של השונה.²²

72. וכך, פעמים רבות נמצא, כי הקושי שבהורות להורה עם מגבלה לא נובע בהכרח מהמגבלה עצמה אלא מחוסר נגישות לשירותים הזמינים להורים ללא מוגבלות, וכן מתפיסות חברתיות לפיהן אם אמורה להיות פעילה פיזית בנוגע לילדיה, כלב ליבם של היחסים ההוריים, תוך התעלמות מפונקציות הוריות פסיכולוגיות.^{23, 24, 25}

73. גם בישראל מדווחים אנשים עם מוגבלויות כי הם סובלים מאפליה בשל התפיסה המוטעית שבגלל מוגבלותם הם אינם הורים טובים, ויש אף שחוששים שילדיהם יילקחו מהם עקב כך.²⁶

74. ויודגש, כי על אף שבתיק זה עסקינן במוגבלות פיזית, אשר נחשבת כ"קלה" יותר מזו הקוגניטיבית או הנפשית ביחס לגידול ילדים, הרי שבעולם מקובל בהחלט להתייחס ולהכיר בזכות להורות, ובהנגשת ההורות, להורים עם מוגבלויות פיזיות, קוגניטיביות ונפשיות כאחד.

Gawronski, B., & Payne, B. K. (Eds.). (2010). *Handbook of implicit social cognition: 20*
Measurement, theory, and applications. New York: Guilford Press.

Devine, P. G. (2005). Prejudice with and without compunction: Allport's inner conflict ²¹
revisited. In J. F. Dovidio, P. Glick, and L. A. Rudman (Eds.). *On the nature of prejudice: Fifty years*
after Allport (pp. 327- 342). Oxford: Blackwell Publishers.
לסקירה בנוגע לעמדות גלויות וסמויות כלפי אנשים עם מוגבלויות בתחום התעסוקה, ראו: אמיר טל "סטיגמה בקרב
מעסיקים כלפי אנשים עם מוגבלות בכלל ומוגבלות פסיכיאטרית בפרט: סקירה ודיון בהקשר לחקיקה הקיימת",
משרד התמ"ת – מחקר וכלכלה, פברואר 2013.

Greer, B. G. (1985). Children of Physically Disabled Parents: Some Thoughts, Facts, and ²²
Hypotheses. In Thurman, S. E. (Ed), *Children of Handicapped Parents* (pp. 131-154). Orlando:
Academic Press

.Meg Kocher, (1994). Mothers with Disabilities, Sexuality and Disability, Vol. 12, No. 2 ²³

Olkin, R. (1999). What Psychotherapists Should Know about Disability. New York: Gilford ²⁴
Press.

Rachel Schooley, (2013). "The 'Other' Mother: Mothering with a Physical Disability in a ²⁵
Disabling Society, *Footnotes* 6, 86-96; Dymna Walsh-Gallagher, Marlene Sinclair, Roy Mc Conkey,
(2012). The Ambiguity of Disabled Women's Experiences of Pregnancy, Childbirth and
Motherhood: A Phenomenological Understanding, *Midwifery* 28, 156-162

²⁶ ראו דיווח על כך באתר הגוינט, המקדם תוכניות לעידוד חיי משפחה בקרב אנשים עם מוגבלויות:
<http://www2.jdc.org.il/press-page?year=2011>

III מן הכלל אל הפרט – זכותה של אורה להורות, כאשה עם מוגבלות

א. הקשיים שניצבו בפני אורה בבואה לממש את זכותה להורות

75. המבקשת תטען כי בקשת רשות הערעור דנן מדגימה באופן מובהק את הקושי הייחודי והחסמים החברתיים שחווים אנשים עם מוגבלויות כאשר הם מבקשים לממש את זכותם להורות. כפי שיפורט בהרחבה להלן, המדובר הן בקשיים פיזיים-מעשיים של כניסה ספונטנית להריון, שאיבת ביציות ונשיאת הריון, הן בקשיים משפטיים של זכאות לפונדקאות בהתאם לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, וזכאות לאימוץ בהתאם לחוק אימוץ ילדים, והן בקשיים חברתיים הנובעים מסטיגמות ודעות שליליות לגבי יכולותיהם של אנשים עם מוגבלויות לקיים חיי משפחה ולהיות הורים. כל אלה עמדו בדרכה של אורה בבקשה לממש את זכותה להורות.

76. במקרה של אורה – בשל מוגבלותה הפיזית, וכפי שפורט לעיל, היא איננה יכולה להפיק ביציות או לשאת הריון. מוגבלותה הפיזית אף עמדה ועדיין עומדת בדרכה ומקשה עליה מאוד למצוא בן זוג – עובדה אשר יש בה, כפי שיפורט להלן, כדי להפחית ואף לאיין לגמרי את סיכוייה לקבל את הכרת המדינה באמהותה. עם זאת, היא יכולה גם יכולה – וכשירותה זו לכאורה (אולם רק לכאורה) לא הוטלה בספק על ידי בית המשפט – להיות אם מיטיבה לביתה. עובדה זו, למרבה הצער, לא נשאה כל משקל בהחלטות בית המשפט בעניינה.

א.1. הקושי של אורה במציאת בן זוג

77. הקושי במציאת בן או בת זוג, המאפיין – כפי שיפורט להלן – חלק ניכר מאנשים עם מוגבלות ביחס לשאר האוכלוסייה, משליך באופן ישיר על אפשרויות ההורות שלהם, ובאופן ספציפי – על אפשרויות ההורות של אורה עצמה.

78. אנשים עם מוגבלויות, ונשים עם מוגבלויות בפרט, חווים קשיים רבים במציאת בן או בת זוג. קשיים אלו מתעצמים נוכח התפיסה החברתית הרואה באנשים עם מוגבלות כנחותים (כפי שפורט לעיל), תפיסה המובילה לחוסר רצון להתחבר אל אדם עם מוגבלות ולקבלו כשווה במערכת זוגית. במעגל שוטה, דעות קדומות אלו גורמות לאדם עם מוגבלות לתחושה של בושה, פוגעות בביטחונו העצמי, ומשפיעות על הדימוי העצמי שלו, באופן המקשה על מציאת זוגיות.²⁷

79. ממצאים סטטיסטיים שנאספו בישראל אכן מצביעים על מגמה זו. במחקר שנערך על ידי מנהל מחקר וכלכלה במשרד התמ"ת (היום – משרד הכלכלה) עלה כי שיעור הרווקים בקרב אוכלוסיית האנשים עם מוגבלויות גבוה פי שניים מאשר באוכלוסייה ללא מוגבלות (14.7% ו-6.6% בהתאמה), וזאת אף על פי שגילם הממוצע של כלל האנשים עם מוגבלות גבוה מגילה הממוצע של האוכלוסייה ללא מוגבלות (45.5 שנים ו-36.5 שנים בהתאמה). עוד נמצא, כי שיעור הרווקים גבוה יותר ככל שרמת התפקוד נמוכה יותר, והוא עולה מ-13.9% בקרב בעלי התפקוד הגבוה ל-15.6% בקרב בעלי תפקוד בינוני ו-19.7% בקרב בעלי תפקוד הנחשב כנמוך.²⁸

²⁷ אלה קורן "להיות 'אישה', להיות 'נכה' – אפליה כפולה", רפואה ומשפט - ספר היובל (2001).

Tom Shakespeare, (2000). *Disabled Sexuality: Toward Rights and Recognition*, Sexuality and Disability, Vol. 18, No. 3.

²⁸ אנשים עם מוגבלות בישראל בעשור האחרון – מקבץ נתונים סטטיסטי: מאפיינים סוציו-דמוגרפיים ותעסוקתיים, 2009. באתר משרד הכלכלה: <http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/60B31CE2-4466-4BE6-A66C-8AD32E1270AD/0/X10697.pdf>

80. לא זו אף זו, במקרה של אורה, הקושי שבמציאת בן זוג בשל המגבלה אף קיבל את הכרתו של בית המשפט המחוזי אשר פסק בעניינה, וקבע לגבי קבוצת הנשים המצויות במצבה, כי "סיכוייהן לזוגיות, בהיותן נכות, נמוכים" (ראו: עמ' 23 לפסק הדין).

81. במציאות הקיימת במדינת ישראל היום, ה"חוסר" בבן או בת זוג, ולמעט באוכלוסיות שמרניות מסויימות, אינו נחשב לעובדה שיש בה כדי להגביל את האדם מלפעול בכל דרך על מנת לחיות את חייו כרצונו, לרבות מימוש זכותו להורות.

82. עם זאת, עבור אורה, כאשה ללא בן זוג המתמודדת עם מוגבלות המשליכה על אפשרויות הפרייון שלה, מהווה החוסר בבן זוג מכשלה של ממש. זאת מאחר והחוקים והפרקטיקות המקובלים בתחום, כפי שיפורט להלן, המכירים באפשרות של הורות באמצעות בן הזוג, אינם חלים עליה.

2.א. חוסר האפשרות של אורה ליצירת הורות גנטית וביולוגית

83. כפי שפורט בהרחבה בבר"ע עצמה, נסיונותיה של אורה להביא ילד לעולם הינם ארוכי שנים ומרובי תלאות – החל מניסיונות פונדקאות בארץ, שאיבת ביציות, ומספר ניסיונות לפונדקאות בחו"ל. רק לאחר שכל אלה לא צלחו, פנתה אורה לדרך היחידה שבה יכלה להביא ילד לעולם – באמצעות פונדקאות חו"ל תוך שהיא משתמשת בתרומת זרע, תרומת ביצית, ופונדקאות.

84. נושא זה – של האפשרויות ה"לגיטימיות" אשר עומדות בפני אזרחים הרוצים לממש את זכותם להורות, נדון בהרחבה במסגרת בקשת רשות הערעור, ולכן תדון בו המבקשת בקצרה בלבד.

85. **פונדקאות בארץ**: חוק הסכמים לנשיאת עוברים מסדיר את הליך הפונדקאות בארץ. סעיף 1 לחוק קובע כי האם הפונדקאית אשר תישא את ההריון, תעשה זאת עבור "ההורים המיועדים", קרי: איש ואישה שהם בני זוג המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד. סעיף 2(4) לחוק קובע כי בישראל מותרת פונדקאות מלאה בלבד, כלומר מקרים שבהם האם הנושאת, נושאת עובר שהתקבל כתוצאה מהפריה חוץ גופית מזרע של האב המיועד ומביצית שאינה של האם הנושאת. בהתאם לסעיף 11 לחוק, קיימת אפשרות למתן צו הורות על ידי בית המשפט, לאשה אשר לא תרמה ביצית ולא נשאה את ההריון, ובלבד שהזרע הינו זרע של בן זוגה.

נוכח הדרישה החד משמעית להיותם של ההורים "בני זוג", נמנע מאורה לממש את זכותה ההורית בדרך זו.

86. **פונדקאות בחו"ל**: לצד הליכי הפונדקאות המוסדרים, על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, ובהעדר מענה מקיף של החוק לנסיבות החברתיות-משפחתיות שהתפתחו, התפתחה לצד הפונדקאות בישראל תופעה של ישראלים הנעזרים בהליכי פונדקאות בחו"ל, באופן שאינו מוסדר בדבר חקיקה כלשהו בישראל או באמנה בינלאומית, אולם מקבל באופן שגור את הכרת הממסד ובתי המשפט.

87. כמפורט בהרחבה בבקשת רשות הערעור, בהתאם ל"נוהל פונדקאות חו"ל" אשר לפיו נוהגת המדינה, הותוו מספר תנאים: על ההליך כולו להתבצע בחו"ל, על הפונדקאית להיות אזרחית זרה, על הילד להיוולד במדינת החוץ, נדרשת הוכחת זיקה גנטית לפחות של אחד מבני הזוג לבין הילוד; נדרשת הוכחת הדין הזר לעניין חוקיות ההליך בחו"ל, וכן הסכמה מדעת של האם הנושאת לכל שלבי ההליך.

88. לבן הזוג שאינו "ההורה הגנטי" ניתנת האפשרות לאמץ את הילוד, ולאחרונה אף נקבע שהוא יוכר כהורה ללא צורך בהליך של אימוץ, על ידי מתן צו הורות פסיקתי, כפי שפורט בהרחבה בבר"ע.

89. והנה שוב, בשל חוסר היכולת לשאוב ביציות, וכן בשל קשיי הזוגיות בהם נתקלה אורה נוכח מוגבלותה, נמנעה ממנה גם האפשרות לבצע פונדקאות בחו"ל באופן שהותווה בנוהל, והיא נאלצה לנקוט בהליך של "פונדקאות חו"ל" השונה מהנוהל, אולם הוא מוכר בארץ בו נעשה (הודו), ובוודאי שלא נאסר במפורש על ידי החוק במדינת ישראל.

90. בהקשר זה יצויין כי גם דו"ח ועדת מור יוסף שסיכם את המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל, אשר הייתה אמונה לבחון את הסדרי הפרייון בישראל, אינו נושא בשורה משמעותית עבור אנשים עם מוגבלויות, ובעיקר הוא משעתק סטיגמות קיימות.

91. לסיכום תת פרק זה יודגש, כי במצבה כיום, כאשר עם מוגבלות ללא בן זוג אשר איננה יכולה להפיק ביציות או לשאת הריון, לא קיימת עבור אורה אפשרות של פונדקאות בארץ, ואין לה אפשרות ליצירת ילד בעל זיקה גנטית או ביולוגית אליה בכל דרך אחרת. לכן, אופן ביצוע ההליך כפי שבוצע על ידי אורה, באמצעות פונדקאות חו"ל במסגרתה מתקיימת תרומה משולשת – של זרע, ביצית ופונדקאות – פרוצדורה אשר לא נאסרה בחוק הישראלי, הינו פועל יוצא של היותה אשה עם מוגבלות, ושל חוסר האפשרות המעשית שלה לפעול בכל דרך אחרת על מנת לממש את זכותה להורות.

א.3. חוסר האפשרות של אורה לאמץ ילד

92. למגינת ליבה של אורה, גם האפשרות לאמץ ילד בהתאם לחוק אימוץ ילדים אינה מעשית עבורה. סעיף 3 לחוק קובע כי לא יתבצע אימוץ אלא על ידי "איש ואישתו יחד". זאת ועוד: בקשה לאמץ ילד נבדקת, בין היתר, בהיבטים של איתנות המשפחה, המצב הבריאותי והתפקוד הפיזי של המיועדים לאמץ.²⁹

93. כאמור, חוק אימוץ ילדים קובע כי האימוץ יעשה על ידי זוג נשוי. על הזוג המאמץ לעמוד בקריטריונים מחמירים: **הזוג חייב להיות נשוי** ולהתגורר יחד שנתיים לפחות; **הפרש הגילאים** בין ההורים המאמצים לבין הילד לא יעלה על 43 שנה לשני בני הזוג ולא פחות מ-18 שנה, תנאי נוסף הסוגר את שערי האימוץ בפני אורה לאור גילה; כמו כן, על בני הזוג להיות בעלי השכלה של 12 שנות לימוד לפחות; בעלי הכנסה קבועה ותנאי מגורים סבירים; **בריאים נפשית ופיזית**, בעלי תפקוד משפחתי וזוגי תקין ובעלי יכולת להתמודד עם משימות האימוץ.³⁰

94. **אימוץ בין ארצי**: אימוץ ילדים מחו"ל אפשרי בישראל מאז חודש ינואר 1998 על פי סעיף 28א' לחוק אימוץ ילדים. תהליך האימוץ נעשה באמצעות עמותות אשר קיבלו הכרה ממשרד העבודה והרווחה וממשרד המשפטים. התיקון לחוק אימוץ ילדים, המאפשר אימוץ בין ארצי, נעשה ברוח אמנת האג בדבר הגנה על ילדים ושיתוף פעולה באימוץ בין-ארצי משנת 1993. בהתאם

²⁹ באתר משרד הרווחה, תחת הכותרת "שירותי אימוץ" מופיע טופס "בקשה למתן צו אימוץ" בו בין היתר נשאל המועמד על מצבו הפיזי והבריאותי. הקישור לטופס:

<http://www.molsa.gov.il/SiteCollectionDocuments/MisradHarevacha/Youth/BakashaLeMatan.pdf>

³⁰ קישור לקריטריונים:

http://www.molsa.gov.il/Populations/Youth/Adoption/Families/Pages/MT01_02_03.aspx

לסעיף 28 לחוק האימוץ ובהתאם לאמנה, הקריטריונים הנבחרים בעת הגשת הבקשה לאימוץ לעמותה המוכרת, הינם בין היתר כשירותו והתאמתו של המבקש להיות הורה מאמץ, הפרש הגילאים בינו לבין הילד, רקעו המשפחתי של המבקש **ומצבו הרפואי בעבר ובהווה**.

95. המבקש לאמץ נדרש לחתום על טופס ויתור על סודיות רפואית. במדינות מסוימות נדרש ההורה המאמץ לבקר במדינה ולשהות בה תקופה מסוימת בטרם יאושר האימוץ. ברוב המדינות על המאמץ לעמוד בדרישות המשתנות של המדינה המוסרת, ובין היתר עומד למבחן מצבו הבריאותי של המועמד לאמץ, הכנסתו ועוד.³¹

96. הנה כי כן, כאשר רווקה עם מוגבלות סיכוייה של אורה לאמץ – בין אם בארץ ובין בחו"ל – הינם קלושים, ולמעשה לא קיימים.

ב. התעלמות בתי המשפט קמא מהיותה של אורה אשה עם מוגבלות, והשלכות המגבלות על זכותה להורות תוך מתן חשיבות יתר לקשר הגנטי

ב.1. התעלמות בתי המשפט והרשויות ממוגבלותה של אורה הינה אפליה, המנוגדת לחוק השוויון ולאמנה הבינלאומית

97. על פי הגישה הביקורתית למשפט ולמוגבלות, כמפורט לעיל, המשפט לא רק משקף גישות חברתיות-תרבותיות ביחס למוגבלות, אלא גם שותף פעיל בעיצובן ובכינון.³²

98. כאמור, בפני אורה – ובשל מוגבלותה – עומדים כל החסמים האפשריים להורות – ביציות שנשאבו ממנה לא הובילו להריון, ולא ניתן לשאוב ביציות נוספות; אין לה אפשרות פיזית להיות בהריון בעצמה; היא אינה יכולה להשתמש בפונדקאות בארץ או בחו"ל; והיא אינה יכולה לאמץ. **במצב שכזה, אי הנגשת הזכות להורות עבורה, כאשר עם מוגבלות – למעשה חורצת את דינה ומונעת ממנה את זכותה להורות.**

99. **וזאת – כך לטעמה של המדינה ובתי המשפט – לא חלילה בשל חוסר מסוגלות הורית של אורה או בשל טעמים של טובת הילדה, אלא על אף הכרה מפורשת במסוגלותה של זו, ובטובתה של זו.**

100. המבקשת טוען, כמפורט לעיל, כי על המשיב ועל בתי המשפט היה לפעול על מנת להנגיש את הזכות להורות עבור אורה. כאמור, כפי שהדבר נעשה בנוגע לתעסוקה, חינוך, נגישות פיזית למקומות ציבוריים ולשירותים ציבוריים, יש לפעול להנגשת הזכות להורות עבור אנשים עם מוגבלות. **לכן על מדינת ישראל, האמונה על יישום חוק השוויון והאמנה הבינלאומית, לפעול באופן אקטיבי על מנת שאנשים עם מוגבלות יוכלו לממש את זכותם להורות**.³³

³¹ ראו: אתר משרד הרווחה,

http://www.molsa.gov.il/Populations/Youth/Adoption/International/Pages/MT01_02_06.aspx

³² שגית מור, 108.

Sagit Mor, (2006). *Between Charity, Welfare, and Warfare: Privilege and Neglect in Israeli Disability Policy*, 18 Yale J. L. Hum. 63

³³ Lindsey Coffey, (2011-2012). *A Rights-Based Claim to Surrogacy: Article 23 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 20 Mich. St. U. Coll. L. Int'l L. Rev. 259

101. במקרה דנן, פעולה אקטיבית זו אינה דורשת הקצאת משאבים או תקציבים, או הכשרת כוח אדם – כל שהיא דורשת הינה גמישות והנגשה בירוקרטית, אשר תאפשר לאורה להיות מוכרת כאם לביתה הקטינה ולקבל אותה לחזקתה. כאמור, המדינה איננה נדרשת לעשות דבר וחצי דבר על מנת לעזור לאורה לממש את זכותה – כל שנדרשה המדינה לעשות הוא לאפשר לה להחזיק בתינוקת אותה הביאה לעולם, תינוקת, אשר גם לגישת המדינה, אין לה כל הורה אחר.

102. **לגישה של המבקשת, לא ניתן לטעון "בנשימה אחת" כי פעולות למניעת הורות של אנשים עם מוגבלות, כגון עיקור, הינן בלתי מוסריות, ובה בעת לשלול את זכויותיו של אדם עם מוגבלות להורות על ידי מתן אפשרות להשתמש באמצעים קיימים ליצירת הורות.**³⁴

103. כמפורט לעיל, ובדומה לדוקטרינות שאומצו בתחום אפליית אנשים עם מוגבלות בתחום התעסוקה והנגישות, אין המדובר רק באפליה "קלאסית" ומבוססת סטיגמות ודעות שליליות, אלא באפליה הנוצרת כתוצאה מנורמות ופרקטיקות קיימות, אשר אינן מתחשבות בצרכיהן המיוחדים של אנשים עם מוגבלויות. אותן נורמות נחשבות לכאורה ל"ניטרליות", אולם בפועל תוצאותיהן מפלות אנשים עם מוגבלות.³⁵

104. כאמור, הן חוק השוויון והן האמנה הבינלאומית מכירים בדרכים שבהן החברה עצמה היא המגבילה את האינדיווידואל, ולכן עוסקים בהסרת המגבלות הללו. סעיף 23 לאמנה הבינלאומית אף מטיל חובה פוזיטיבית על המדינות החברות לאמנה לפעול בדרכים אפקטיביות שיאפשרו את זכויות המשפחה של אנשים עם מוגבלות.

105. יודגש, כי עצם חקיקתם של חוק השוויון ושל האמנה הבינלאומית, על רקע חוקי השוויון ואי האפליה הקיימים, מעיד על נחיצותם של כלים מיוחדים ליצירת שוויון כאשר מדובר על אנשים עם מוגבלות: המחוקק הישראלי, כמו גם הבינלאומי, הכירו בכך כי כאשר מדובר באנשים עם מוגבלות אין די בכלים הקיימים, המתאפיינים פעמים רבות במדיניות "שלילית" ולא מתערבת, אשר לא מסירה את המחסומים העומדים בפני אנשים עם מוגבלות. במקום זאת, יש ליישם מדיניות "חיובית", המתערבת באופן אקטיבי לטובתם – ואם תרצו – מבצעת התאמה של ההליכים והבירוקרטיה. זאת מתוך ההבנה שמימוש זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ויצירתו של שוויון אמיתי דורשת אמצעים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מורכבים יותר מאלה שהיו קיימים.³⁶

106. עמדה זו, לפיה יש לפעול באופן גמיש על מנת לאפשר ולהרחיב את הזכות להורות באה לידי ביטוי גם במאמרו של נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרון ברק:³⁷

"הזכות להורות היא מקיפה. היא משתרעת על כל דרכי ההפריה והלידה. אין לקבוע רשימה סגורה של דרכי הורות. התפתחות מדע הרפואה קודמת להתפתחות המשפט בתחום זה. ניתן יהא בוודאי לכלול במסגרת זו דרכי הולדה שאינן מוכרות לנו היום. כל הוראה המגבילה את הגישה לטכניקות הולדה מלאכותית פוגעת בזכות החוקתית להורות..."

Judith F. Daar, (2008). *Accessing Reproductive Technologies: Invisible Barriers, Indelible Harms*, 34 E23 Berkeley J. Gen. L. & Just. 18, 59.

Michael Ashley Stein & Michael E. Waterstone, (2006). *Disability, Disparate Impact, and Class Actions*, 56 Duke L.J. 861, 869, 868.

Frederic Megret, (2008). *The Disabilities Convention: Toward a Holistic Concept of Rights*, 12 Int'l J. Hum. Rts. 261, 263.

³⁷ אהרון ברק, 32.

107. בתי המשפט אשר דנו בעניינה של אורה התעלמו מחובתם לפעול להנגשת זכותה להורות, ולכן בחרו להתעלם כמעט לחלוטין מהיותה אשה עם מוגבלות. בתי המשפט עשו זאת בסוברם, ככל הנראה, כי אי התייחסות למוגבלותה של אורה תביא לתוצאה "ניטרלית", שאינה מפלה אותה ביחס לשאר האוכלוסייה³⁸. כפי שפורט בהרחבה לעיל – מדיניות ניטרלית זו היא היא אשר מובילה בסופו של דבר לאפליה מהותית.

108. החלטות בתי המשפט, לאסור על אורה לגדל את הילדה אשר הביאה לעולם בשל הדרך בה הביאה אותה, **לא פוגעת באופן שוויוני בציבור בכללותו אלא רק באנשים עם מוגבלות במצבה של אורה, אשר אין להם אפשרות להיות הורים בדרך אחרת.** נוכח זאת, מנוגדות ההחלטות לחוק השוויון ולאמנה הבינלאומית.

109. במסגרת הערכאה הראשונה – בבית המשפט לענייני משפחה - נושא מוגבלותה של אורה לא נדון כלל לגופו; במסגרת הערכאה השניה – בבית המשפט המחוזי, בה התבקש בית המשפט באופן מפורש להתייחס למוגבלותה של אורה, לא נדונו לעומק טענותיה בנוגע לאפלייתה כאשה עם מוגבלות, ויותר מכך – טענת חובת ההתאמות מכוח עקרון השוויון נדחתה – כפי שיפורט בהרחבה להלן – בשל טענה של "מתן זכויות יתר לנכים".

110. כאמור, בתי המשפט בחרו שלא לפעול בהתאם לחוק השוויון ולאמנה הבינלאומית, ושלא לקדם את זכויות ההורות של אנשים עם מוגבלות דוגמת אורה, באמצעים אשר הוכרו זה מכבר בתחום ההורות, כגון הפחתה בערך הקשר הגנטי, כפי שיפורט להלן.

111. הם לא דנו באופן מהותי ברקע שהביא לביצוע ההליך על ידי אורה, ואשר נבע ממוגבלותה. התוצאה, כאמור, הינה תוצאה המפלה את אורה כאדם עם מוגבלות, לעומת אנשים ללא מוגבלות, אשר מימוש זכותם להורות אינה כרוכה בתלאות אשר אפיינו את מסעה זה של אורה.

2.2. הפחתה בערך הקשר הגנטי בהקשר לזכותה של אורה להורות

112. בשנים האחרונות חל שינוי משמעותי בהתייחסות החברה הישראלית, כמו גם בתי המשפט הישראליים, לנושא הזיקה הגנטית בין הילד להוריו. בהתאם לפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בישראל, כמו גם בית משפט נכבד זה, **משמעותה של הזיקה הגנטית שבין היילוד להוריו כתנאי מרכזי והכרחי ביצירת הורות, הולכת ופוחתת, ומחליפים אותה מושגי הורות פסיכולוגיים כגון הזיקה הרגשית. במסגרת זו, ועל מנת לקדם שוויון בין "סוגים שונים" של הורים, מכירים בתי המשפט בקשר הורי אשר אינו נושא עמו כל זיקה גנטית.**

113. מגמה זו לא באה כלל לידי ביטוי במקרה דנן, בו התבססו בתי המשפט על הזיקה הגנטית וראו בה את חזות הכל. כתוצאה מעמדה זו, שללו רשויות הרווחה ובתי המשפט את זכותה של אורה להיות אם לבתה.

114. העמדה לפיה יש להפחית בחשיבות הערך הגנטי בכל הנוגע לבחינת ההורות, באה לידי ביטוי מובהק בפסיקתו של כב' השופט גיבוראן בבג"צ 566/11 דורון ממת – מגד ואח' נ' משרד הפנים

³⁸ למגמה זו של בתי המשפט, שלא להתייחס למוגבלויות ולשוויון, ראו: דורון דורפמן, על השפיטה ועל העיורון – אפשרות השתלבותם של שופטים עיוורים במערכת המשפט הישראלית, עבודה, חברה ומשפט (2012), 339, 358; שגית מור, "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות, נגישות לצדק חברתית בישראל, 79, 114 (גיוני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

ואח' (ניתן ב-28.1.14, פורסם בנבו) (להלן: **"בג"צ 566/11"**), אשר תיאר את הגישה כמקדמת שוויון ומונעת אפליה:

"כידוע, אף במקום בו הסדר כללי מוביל בפועל לתוצאה המשפיעה בעיקר על קבוצת אוכלוסיה מוחלשת, יש לבחון את שאלת ההפליה במישור התוצאתי, קרי, יש לבחון האם ההסדר יוצר בפועל הפליה של קבוצה מוחלשת, ואם כך הדבר, האם ההפליה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. הטענה כי די בקיומו של כלל "עיוור" לנטייה מינית (במקרה המדובר – ר.ר., א.פ.), מבלי להתחשב בהשפעתו בפועל, אינה מתיישבת עם המבחנים לבחינתו של שיוויון בשיטתנו המשפטית..."

"... מדיניות מפלה זו, לצד הפגיעה העמוקה בכבוד ובשוויון, פוגעת גם בזכות החוקתית הקיימת לכל אדם לחיי משפחה. היא מתייגת קבוצת אוכלוסיה שלמה כמי שעל פי טבעה אינה כשירה להורות, כל זמן שלא הוכח אחרת. תפישה זו זכתה כבר בעבר לביקורתם של בתי המשפט... אף לגישתי, אין לקבלה".

115. עוד קבע כב' השופט ג'ובראן בכל הנוגע לצורך בהפחתת חשיבות הערך הגנטי, והקשיים שהוא מעלה במציאות המורכבת שהתפתחה, המרחיבה את האפשרויות ליצירת הורות:

"בהקשר זה, ברי, כי מערכת היחסים ההורית אינה תוצר בלעדי שבין המעשה הפיזי, דוגמת לידה, והיא מושתתת על הזיקה הרגשית שבין המטפל (Care Giver) לילד... הורים מאמצים או הורים שילדיהם באו לעולם בסיועה של פונדקאית אינם הורים פחות "אמיתיים" מהורים שילדם נולד בדרך של הריון בת הזוג ותוך שימוש בזרעו של בן הזוג. שאלת נשיאת העובר או קיומו של מטען גנטי משותף אינה משפיעה באופן ממשי על הזיקה שבין ההורה לילדו".

"ברי, כי לשונו של סעיף 4(א) (2) לחוק האזרחות, הקובע כי מעמד של אזרח ישראלי יינתן ל"מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים" אינה מחייבת פרשנות שעל פיה הורות מכוח לידה היא הורות ביולוגית-גנטית בלבד. בהקשר זה, העיון בפסיקתו של בית משפט זה מעלה כי לא פעם צומצם משקלה של הזיקה הביולוגית-גנטית בין ההורה לילד, וניתנה הבכורה לשיקולים נורמטיביים אחרים... על רקע זה, פרשנותו של הסעיף כמחייב קיומה של הורות ביולוגית-גנטית יכולה לעורר קשיים לא מבוטלים, וזאת אף אם היינו מניחים שאין מדובר בהליך בעל השפעה יתרה על קבוצת אוכלוסיה ספציפית. כך למשל, מה היה דינו של ילד אשר הוכר בחו"ל כילדם של בני זוג ישראליים תושבי ישראל, שנולד בדרך של פונדקאות תוך הסתייעות בתרומת ביצית ותרומת זרע גם יחד? האם ילד זה יידרש לעבור הליך אימוץ בישראל מכוח חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים)? ואם כן, באיזה אופן יבוצע האימוץ? מי יהיו ההורים ה"ביולוגיים" שידרשו לתת את הסכמתם לאימוץ מכוח סעיף 9א לחוק אימוץ ילדים? האם, וכיצד, ניתן לתת הסכמה שכזו מקום בו מדובר בתורמים אנונימיים? וכיצד ניתן לתת הסכמה זו כנדרש בסעיף, על פי דין המדינה בה היא ניתנת, מקום בו הדין ממילא מכיר בהסכמה מכוח הליך הפונדקאות עצמו?"

116. דומה כי בדבריו כיוון כב' השופט ג'ובראן גם למקרים כדוגמת המקרה דנן:

"זאת ועוד, הקושי בדרישה כי הקניית מעמד לילד מכוח לידה תפורש רק כהקניית מעמד מכוח זיקה ביולוגית-גנטית מתעורר בחריפות רבה מקום בו מדובר באם חד-הורית. חוק הסכמים לנשיאת עוברים אינו מאפשר כיום לנשים אלו לקיים הליך פונדקאות בישראל, והן נאלצות לפנות לביצוע ההליך בחו"ל. ברי, כי אם הסיבה לכך שפנו להליך פונדקאות לחו"ל היא בעיית פוריות הנוגעת לביציות האישה, באופן

קטגורי לא תהיה זיקה ביולוגית-גנטית בין האם לבין הילדה. יחד עם זאת, נדמה בעיני כי תוצאה שעל פיה כל אישה פונה להליך פונדקאות בגפה ונעזרת בתרומת ביצית לא תוכל להקנות מעמד לילדה בישראל, היא תוצאה לא רצויה. (ההדגשה אינה במקור – ר.ר., א.פ.).

"נדמה בעיני, כי דרך המלך בכל הנוגע להקניית מעמד בישראל מכוח הורות לא-ביולוגית היא באמצעות בחינה פרטנית, בכל מקרה לגופו, של השאלה **האם מדובר בהורות כנה ואמיתית**, או שמא מדובר בניסיון להקנות מעמד למי שאינו ילדו האמיתי של המבקש לעשות זאת" (ההדגשה אינה במקור – ר.ר., א.פ.).

"יוער כי, כפי שהוסבר לעיל, בחינת הדרישה כי הורות תמיד תהיה על בסיס זיקה ביולוגית-גנטית על רקע הדין הקיים בישראל חושפת את החשש כי מדובר בהסדר מפלה" (ההדגשה אינה במקור – ר.ר., א.פ.).

117. הנה כי כן, נושא הזיקה הגנטית בין הילד להורה אינו עוד חזות הכל, והורות מוכרת על ידי רשויות השלטון ועל ידי בתי המשפט גם באמצעים אחרים. משהכירה שיטת המשפט באפשרות זו, עליה לבצע את ההתאמות הנדרשות עבור אנשים עם מוגבלויות בבואם לממש את זכותם להורות, ולהכיר בהורות שאינה גנטית גם במקרים כגון המקרה דנן.

3.ב. התייחסות שגויה של בית המשפט קמא לעקרון האפליה המתקנת

118. בית המשפט לפניי משפחה אשר דן בנושא כערכאה ראשונה התעלם כמעט לחלוטין מהיותה של אורה אשה עם מוגבלות, על כל המשמעויות המפלות של התעלמות זו. בית המשפט המחוזי אשר דן בערעור, ואשר התבקש במפורש להתייחס לנושא, לא הביא לידי ביטוי את חובת ההנגשה החלה על רשויות המדינה בכל הנוגע לאנשים עם מוגבלות.

119. זאת ועוד, במסגרת החלטתו של בית המשפט המחוזי בעניינה של אורה נאמר כך:

"במקרה דנן, בהעדר הכרה חוקית ב"הורות הסכמית", כלל ועיקר, לא על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, לא על פי נוהל פונדקאות חו"ל ולא על פי המלצות ועדת פרופ' מור יוסף, אין לומר כי המערערת, וגם לא קבוצת הנשים המצויות במצבה (שסיכוייהן לזוגיות, בהיותן נכות, נמוכים, ושנכותן אינה מאפשרת קיומו של קשר גנטי לילוד) מופלות לרעה. האפליה הנטענת חייבת לעמוד באותו מישור של זכות הניתנת לקבוצה אחרת. ככל שתוכר הזכות להורות מכוח "הורות הסכמית" לא ניתן יהיה להפלות נשים נכות ושלא להכיר בהורותן מכוח הסכם.

"טענת האפליה אין בה ממש, אפוא, נוכח הדרישה לזיקה גנטית בהליך הפונדקאות, העוברת כחוט השני בכל הסדרי החקיקה והפסיקה. נכון, קיימת קבוצה של בני זוג "הנהנים" מהכרה בהורות פסיקתית בהעדר זיקה גנטית לילוד, אולם המדובר באבחנה מותרת שעניינה ומקורה בהיותם בני הזוג של ההורה הגנטי. קבלת עמדת המערערת, באשר לאפלייתה, תביא דווקא לאפליה של מי שאינו סובל מנכות, בבחינת מתן זכות יתר לנכים" (בעמ' 23, סעיף 20 לפסק הדין).

120. כפי שפורט בהרחבה לעיל, הנגשת ההורות עבור אורה כוללת בחובה את חובת ההתאמה ה"חיובית", האקטיבית, ולא רק את חובת אי האפליה ה"שלילית", הבלתי מתערבת. **במסגרת חובה זו יש ויש מקום למה שמכנה בית המשפט "מתן זכות יתר לנכים" – היא ההתאמה הנדרשת על מנת שגם אנשים עם מוגבלות כדוגמת אורה יוכלו לממש את זכותם להורות.**

121. קביעתו זו של בית המשפט עומדת בניגוד גמור להוראותיהם ורוחם של חוק השוויון והאמנה הבינלאומית, אשר מטרתם להביא להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, לרבות קיום חיי משפחה. ויוזכר, כי סעיף 3 לחוק השוויון קובע מפורשות, כי "אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות".

122. אנשים עם מוגבלויות הינם צרכנים בעלי פוטנציאל גבוה לטכנולוגיית פריון, ומניעת שימוש בטכנולוגיה זו לא רק מוסיפה על הקושי הקיים בלאו הכי, אלא גם מנציחה את מצבם החברתי ואת הקשיים הניצבים בפניהם בבואם לממש את זכותם להורות.

123. לגישתה של המבקשת, המקרה דנן הינו בדיוק המקרה המצדיק והמחייב הכרה בתהליך שקיים על ידי אורה כהתאמה של האמצעים להורות, וזאת על מנת לוודא שאורה, אשר בשל מוגבלותה אינה יכולה להביא לעולם או לגדל ילדים בכל דרך "מקובלת" אחרת, תוכל לממש את זכותה להיות לאם. זאת, תוך שימוש בהתאמה אשר יסודותיה - דוגמת הפחתת ערך הקשר הגנטי - כבר הוכרו על ידי הרשויות והפסיקה.

124. בניגוד לחשש שהביעה כב' השופטת ברקאי באשר להפליה אפשרית כלפי הציבור ה"לא מוגבל", סעיף 3 לחוק השוויון קובע כי קידום שוויון של אנשים עם מוגבלויות אינו מהווה הפליה כלל ועיקר, אדרבא, הפליה לטובת אנשים עם מוגבלויות רצויה כאשר מטרתה היא קידום השוויון בקרב ציבור זה.

125. כפי שפורט בהרחבה לעיל, אלמלא המוגבלות לא הייתה זקוקה כעת אורה להכרה בזכותה להורות. אולם עתה, לאחר שפנתה לפונדקאות באופן עצמאי בדרך היחידה שעמדה לרשותה, כאשר לא נותרה בידיה ברירה אחרת, מחויבים המדינה ובתי המשפט להכיר בזכותה להיות אמה של הקטינה בשם עקרון ההעדפה המתקנת וההתאמה, בניסיון להשוות את מעמדה לכל אם אחרת אשר בפניה עומדות כל האפשרויות לממש את הזכות הטבעית להיות אם.

4.ב. השפעת דעות שליליות וסטיגמות כלפי אנשים עם מוגבלות על החלטות הרשויות ובתי המשפט

126. כאמור לעיל, אנשים עם מוגבלויות – בארץ ובעולם – מתמודדים עם חסמים פיזיים וחברתיים יום יומיים המונעים את השתלבותם המלאה בחברה, כאשר חלק ניכר מאותם החסמים נובעים מדעות שליליות וסטיגמות כלפי אנשים עם מוגבלויות ויכולותיהם. כמפורט לעיל, דעות אלה רווחות גם, ובעיקר, בכל הנוגע לזכותם של אנשים עם מוגבלויות להורות, ומהוות מכשול משמעותי בפני אנשים עם מוגבלות בבואם לממש את זכותם להורות.

127. אמנם, וכמפורט לעיל, דעות אלה כבר אינן נחשבות כ"תקינות פוליטית" ולכן הן לא יישמעו בדרך כלל מפי גורמים רשמיים, כגון המדינה ובתי המשפט. ייתכן אף, כי אותם גורמים רשמיים יחשבו בפועל כי האם אינם אוחזים בדעות שליליות וסטיגמות כאמור, על אף שבסופו של דבר דעות אלה – המקננות בתת המודע - הן אשר יניעו את מעשיהם והחלטותיהם, כפי שקרה במקרה דנן.

128. בין אם הדבר נעשה במודע או שלא במודע – המבקשת תבקש להראות כי דעות שליליות ומסתייגות של רשויות הרווחה והמשפט בכל הנוגע למסוגלותה של אורה להיות אם, עמדו מאחורי כל החלטה והחלטה שהתקבלה לגביה, וזאת על אף שלכאורה נאמרו אמירות לפיהן אין ספק בנוגע למסוגלותה ההורית.

129. ראשית לכל, יש להתעכב על סעיף החוק לפיו נלקחה בתה של אורה מבית היולדות בהיותה בת ימים אחדים והושמה במשפחת אומנה: המדובר, כאמור, בסעיף 12(ג)1 לחוק האימוץ, אשר לפיו: "ראה עובד סוציאלי לפי חוק האימוץ שהדבר מוצדק כדי למנוע נזק לילד, רשאי הוא, אף בלא הסכמת ההורים או הכרזה על הילד כבר-אימוץ, לקבוע את מקום הימצאו של הילד או למסרו למי שהסכים לקבלו לביתו, לרבות למי שהסכים לקבלו לביתו בכוונה לאמצו; פעולה כאמור טעונה את אישור בית המשפט" (ההדגשה אינה במקור – ר.ר., א.פ.).

130. בעניין זה עולה התהייה המהותית – מהו הנזק הנטען לילדה, אשר בשלו הושמה תחת חסות משרד הרווחה מייד עם לידתה, וימים ספורים לאחר מכן הועברה למשפחת אומנה? אין זאת, כי הנזק ממנו ביקשו הרשויות להגן על הילדה, הינו הנזק שבגידולה על ידי אשה עם מוגבלות.

131. גם מקריאת פסקי הדין בעניינה של אורה עולה תמונה המצביעה על דעות שליליות כלפי מסוגלותה להורות. כך, בתי המשפט ביססו את הכרעותיהם על היעדרה של זיקה גנטית, ובה בעת קבעו כי הקטינה תימסר למשפחת אומנה – אשר גם לה, כמובן, אין כל זיקה גנטית אליה; בנוסף, ביססו בתי המשפט את הכרעותיהם על ניתוח טכני וצר של זכויות רבייה ו"צירת" ילדים, ללא כל התייחסות לזכויות ההורות המשמעותיות יותר – של גידולם, וללא מתן משקל כלשהו לטובת הילדה ולמסוגלותה ההורית של אורה.

132. ואכן, שאלת טובתה של הקטינה לא נדונה ככל בערכאה הראשונה. במסגרת הערכאה השנייה, ציינה השופטת ברקאי כי אין חולק על כך שאורה תוכל להיות אם מיטיבה לתינוקת. עם זאת, באופן אבסורדי, קביעה מהותית זו, אשר בכל תיק אחר שעניינו הוצאת קטין מזרועות משפחתו היתה מכריעה את הכף לטובת השאריתו אצלה, אינה פועלת כהוא זה לשינוי ההחלטה הקשה – למסור את הקטינה אשר זה עתה נולדה כפרי מאמציה הבלתי נלאים של אורה, ואשר הובאה לעולם על ידי ועל ידי אנשים אשר כמהים, כמוה, לראותה כאם – לידי משפחה זרה.

133. זאת – על בסיס טיעון של חוסר קשר גנטי – קשר אשר אין כל חולק על כך שחשיבותו הולכת ופוחתת במשפט הישראלי, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

134. המבקשת סבורה כי תוצאה קשה זו יכולה להיות מוסברת אך ורק על ידי כך, שבתי המשפט – כמו גם רשויות המדינה והרווחה במקרה זה, עדיין שבויים בדעות שליליות וסטיגמות בנוגע למסוגלותם של אנשים עם מוגבלות, כדוגמת אורה, לשמש כהורים.

135. כאמור, עמדה זו של הרשויות כמעט ולא הובעה באופן פומבי, אולם היא מובעת בעל פה באופן תדיר, ויש לה גם עדות בכתב: במסגרת הדיון שהתקיים בערכאה הראשונה, ביום 16.1.13, ימים ספורים לאחר שנולדה בתה של אורה, אמרה ב"כ המדינה, עו"ד מיכל ברגר:

"השאלה של המסוגלות ההורית לטפל בקטינה היא גם שאלה שצריכה להישאל פה. בסופו של יום מה שמדובר שהטיפול העיקרי לא יהיה בידי המבקשת וכרגע הקטינה צריכה טיפול פיזי, טיפול, האכלה, החתלה

וטיפת חלב ואלה דברים שהמבקשת פיזית לא יכולה לעשות, לכן ההורות תהיה בעיקר באמצעות אחר. הפסיקה מדברת לא מעט לגבי זה שהמסוגלות ההורית נבחנת לגבי אדם ספציפי ובני המשפחה יכולים לעזור אך לא לבוא במקומו... אי אפשר להתעלם גם מהפן העקרוני. אני לא רואה איך המדינה אחר כך הולכת ומוציאה את התינוקת (מידיה של אורה – ר.ר., א.פ.) מבחינה פיזית. אבל למה לטעת פה התקשרות ראשונית וציפיות של כל הצדדים והתקשרות שבאמת הפרוגנוזה היא באמת גרועה" (ראו: עמ' 8 לפרוטוקול הדיון תמ"ש 50499-12-12, המצורף לבקשה זו כנספח א').

136. הנה כי כן, בדיון זה לא הצליחו רשויות הרווחה להסתיר את עמדתן לפיה מוגבלותה של אורה לא תאפשר לה להיות לאם, וכי זוהי למעשה הסיבה שבשלה נלקחה ממנה.

137. אולם בתי המשפט, אשר ידעו כי לא יוכלו בריש גלי לשלול את הורותה של אורה על בסיס יכולותיה לגדל את ילדתה בריש גלי, בחרו לעשות זאת בדרך אחרת, דרך פרוצדורלית המתמקדת בדרך שבה הובאה הילדה לעולם. תוך הסתמכות על הגבלות טכניות אשר השפיעו על יכולתה של אורה להביא את בתה לעולם, שללו בתי המשפט את אפשרותה של אורה לממש את זכותה להורות, שעיקרה לא הבאת הילדה לאוויר העולם, אלא גידולה.

138. בשולי פרק זה תתייחס המבקשת לחשש העולה, לכאורה, מפסקי הדיון, לפיו קיים חשש לסחר בילדים, או בלשונו של בית המשפט: "קיים חשש ממשי כי הכרה בהורות על בסיס הסכמי, עלול להביא "למדרון חלקלק" ולפתיחת פתח "לתעשיית יצור" ילדים וסחר בהם, על אף שאין מיוחסת למערערת כל כוונה שכזו" (בעמ' 18 לפסק הדיון). זאת מאחר ולטעמה של המבקשת גם חשש זה הובע על מנת לשרת את מטרתן העיקרית של הרשויות – שלא למסור את הילדה לידיה של אורה, בשל דעות שליליות וסטיגמות כלפי הורותה, כאדם עם מוגבלות.

139. בעניין זה תדגיש המבקשת, כי במקרה בו עסקינן התבצעו הדברים באופן הפוך בתכלית למהותו של הסחר: כפי שפורט לעיל, תורם הזרע ונושאת ההריון הינם אנשים המכירים את אורה ואשר נתנו לה מגופם, באופן אלטרואיסטי מובהק, על מנת שתהיה לאם. המבקשת תטען, כי יש לראות את מקרה זה לגופו המיוחד – תרתי משמע – בו לא התקיים כל אלמנט של סחר.

140. בעניין זה אף יוער, כי כאשר בוחנים את המאפיינים הבעייתיים בסחר ניתן לראות, כי הם קיימים גם כאשר מדובר ב"הסדרת" הבאת ילדים ומסירתם לאימוץ על ידי המדינה, והם אינם מבססים הצדקה א-פריורית להעדפת הסדרה בידי המדינה על פני הסדרה באמצעות השוק. על כן, במקום להרים בצורה גורפת את דגל ההסחרה כנגד כל תצורה של פעולה שאינה שלטונית בתחום זה, יש להתחקות אחר הטעמים הניצבים בשורש ההתנגדות להסדרה זו, ועיקרם בדרך כלל – כפיה (כאשר נתוני הפתיחה הלא שיוויוניים של השוק מביאים את הצדדים למצבים של עסקאות נואשות), השחתה (כאשר המשמעות של הפעילות משתנה ומרודדת בגלל ההצמדות למטבע השוקי כמו למשל המשמעות השונה בעליל של יחסי מין מתוך אהבה או בתשלום), ואפקט הדומינו (המסמן את החשש מפני השחתת תחומים קרובים לאלו הכפופים לשוק), ולבחון אותם לגופם על רקע ההקשר הרלוונטי.³⁹

³⁹ צילי דגן וטליה פישר, על שווים ושווים יותר: הרגולציה של האימוץ, עתיד להתפרסם ב"רגולציות" (עורכים: רועי קרייטנר ואחרים)

141. במקרה זה, לא מתקיימים האלמנטים השליליים של ההסחרה: לא התקיימה כפיה, שכן כל הגורמים המעורבים פעלו באופן אלטרואיסטי על מנת לעזור לאורה להיות לאם; לא מדובר ברקע של פערים כלכליים משמעותיים באופן כזה, המבטלים את הבחירה החופשית; ולא מתקיים המימד של תוצאות חלוקתיות גרסיביות, המיטיבות עם אלה "שיש להם יותר". במקרה זה גם לא התקיים אלמנט של השחתה, שכן אין המדובר בשוק בו נסחרים תינוקות בהתאם להיצע, ביקוש, "תכונות מועדפות" וכדומה, ואין במקרה זה הצמדת תג מחיר לתכונות או יחסים מכונני זהות. ולעניין אפקט הדומינו – זה מתבטל כנגד הנטיה הכללית של הורים להעדיף באופן גורף ילד שהוא בשר מברשר – גנטית או ביולוגית.

142. זאת ועוד: ככל שרשויות המדינה סבורות כי קיים פוטנציאל לסחר בילדים מסוג זה או אחר, קיימת בידיהן האפשרות לבצע רגולציה אשר תמנע זאת, ואשר תאפשר דרכים נוספות להבאת ילדים לעולם תוך חסימת האפשרות לסחר.

143. בבג"צ 566/11 התייחס השופט גיבוראן אף להיבט זה, וקבע:

"...כמו כן, עליו (בית המשפט – ר.ר., א.פ.) לבחון את טיב הקשר שבין ההורים הלא ביולוגיים לבין הילד, ואת טובת הילד. בדרך זאת, יוכל בית המשפט להבטיח מחד כי אין מדובר בסחר בילדים, וכי הקשר בין ההורים לילד הוא קשר כן ואמיתי, ומאידך, למנוע מצבים אבסורדיים, בהם נותרים ילדים חסרי הורים וחסרי מעמד, לצמצם את החשש מפיצול סטטוס של הילדים, ולצמצם שלל קשיים נוספים שעלולים להביא לפגיעה בילד ובהוריו".

IV המסגרת הנורמטיבית לצירוף מבקש כ"ידיד בית משפט"

144. בשורה ארוכה של פסקי דין הורו בתי משפט על צירוף אדם או גוף להליך במעמד של "ידיד בית משפט", זאת על מנת להתייחס להיבטים כוללניים ורחבים יותר של הסכסוך הקונקרטי המונח לפניהם, באמצעות מתן ביטוי למומחים וגורמים שמייצגים אינטרסים כלליים ורחבים – שאינם מיוצגים במלואם על ידי הצדדים הישירים לסכסוך, וזאת למען שההלכה השיפוטית תגובש תוך התייחסות לכל רוחב היריעה.

145. במ"ח 7929/96 אחמד קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (להלן: "עניין קוזלי"), קבע כב' הנשיא (בדימוס) אהרון ברק את ההלכה המרכזית בנושא זה, ועמד על מהותו של מוסד "ידיד בית המשפט":

"בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי... מצווה בית המשפט הדין בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו. מטעם זה, מוסמך לעתים בית המשפט לצרף צדדים להליך עצמו מיזמתו שלו, בכדי להכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם... כך, מקום בו ישנו גוף ציבורי – שאומנם אינו צד ישיר להליך – אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון בצד המשיב, לו יש נגיעה אישית או ישירה לעניין... בכך יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין

בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית-המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפות נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו".

146. אמות המידה להכרעה בשאלת הצטרפותו של גורם להליך משפטי במעמד של ידי בית המשפט הוותו בעניין קוזלי, כדלקמן:

"אכן, בטרם תינתן לגוף או לאדם הזכות להביע את עמדתו בהליך בו אין הוא צד מקורי, יש לבחון את תרומתה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת. יש לבחון את מהות הגוף המבקש להצטרף. יש לבדוק את מומחיותו, נסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס בשמו הוא מבקש להצטרף להליך. יש לברר את סוג ההליך ואת הפרוצדורה הנוהגת בו. יש לעמוד על הצדדים להליך עצמו ועל השלב בו הוגשה בקשת הצטרפות. יש להיות ערים למהותה של הסוגיה העומדת להכרעה. כל אלה אינם קריטריונים ממצים. אין בהם כדי להכריע מראש אימתי יהא מן הדין לצרף צד להליך כ"ידיד בית המשפט" ומתי לאו. בה בעת, יש לשקול קריטריונים אלה, בין היתר, טרם יוחלט על צירוף כאמור" (שם, בעמ' 555).

147. מכוח הסמכות העקרונית שהוכרה בעניין קוזלי לצירוף "ידיד בית משפט" להליך משפטי, ובהתאם לאמות המידה שהותוו שם, צורפו, לאורך השנים האחרונות, גופים שונים במעמד של "ידיד בית משפט" להליכים משפטיים בתחומים שונים ובערכאות שונות (לעניין זה ראו: ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי-גיבראן, גיא אנוש וטל רגב, "עשור לידיד בית המשפט": ניתוח אמפירי של החלטות בתי המשפט", עיוני משפט לד (2011), 667).

148. הנה כי כן, בתי המשפט נכונים לאפשר במקרים המתאימים את צירופם של ידידי בית המשפט, כאשר יש ביכולתם של המבקשים ידע ומומחיות העשויים לסייע להכרעה ולגיבוש הלכה (להרחבה אודות מוסד "ידיד בית המשפט" ראו: מיכל אהרוני "הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה-Amicus Curiae" המשפט י (תשס"ה) 255; ישראל דורון ומנאל תותרי-גיבראן "לידתו והתפתחותו של "ידיד בית משפט" ישראלי" עלי משפט ה (תשס"ו) 65).

V מומחיותה ונסיונה של המבקשת באשר לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, התומכים בצירופה כ"ידיד בית משפט"

149. המבקשת הינה עמותה הפועלת שלא למטרות רווח למען קידום זכויותיהם של אנשים עם כל סוגי המוגבלויות (פיזית, נפשית, חושית וקוגניטיבית) בכל תחומי החיים. כל חברי העמותה הינם אנשים עם מוגבלויות, אשר שמו לעצמם מטרה לקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל ולייצג אותם אל מול מוסדות השלטון.

150. מטה מאבק הנכים קם בשנת 1999 כגוף שמטרתו להביא לידי קידום מהותי של זכויות אנשים עם מוגבלויות בישראל ומעמדם בציבור. חזון העמותה מושתת על עקרון עצמאותם ושוויונם של אנשים עם מוגבלויות בישראל. צוות מטה מאבק הנכים מונה אנשי מקצוע ומתנדבים שמטרתם להעלות את המודעות בנושאים אלה הן בקרב הציבור והן בקרב הממסד, במטרה להוביל שינויים שלטוניים תהליכיים וחקיקה המגנה על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל.

151. מטה מאבק הנכים פועל, בין היתר, מול הרשויות לשם קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ושיפור רווחתם בכל תחומי החיים. במסגרת זו פועל מטה מאבק הנכים לקידום חקיקה, ושמירה על זו הקיימת, באופן אשר יטיב עם אנשים עם מוגבלויות וישפר את תנאי חייהם.⁴⁰

152. למבקשת מומחיות, ניסיון וידע רב בכל הנוגע לזכויות אנשים עם מוגבלויות והיא מעורבת באופן יומיומי בתהליכים שונים ומגוונים הקשורים בציבור זה, כגון: בתחילת שנות ה-2000, בעקבות שביתות שארגנה המבקשת, התבצעו שינויים מרחיקי לכת מול משרד האוצר בכל הנוגע לקצבאות הנכות (קצבת נכות כללית, קצבת ניידות, קצבת שירותים מיוחדים, ועוד), שינויים הממשיכים להתרחש בעקבות עבודה עיקשת ומתמדת של המבקשת; המבקשת נטלה ונוטלת חלק פעיל בתקינת תקנות הנגישות מכוחו של פרק ה' לחוק השוויון, ומנהלת את פורום הארגונים לקידום תקנות הנגישות; המבקשת עמדה מאחורי תיקון 109 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה - 1995 אשר נכנס לתוקף בשנת 2009 ובא להבטיח את אי שלילתה של קצבת הנכות לעובדים ("תיקון לרון") והיא האמונה על יישומו, כמו גם על קידום תעסוקת אנשים עם מוגבלות, מול המוסד לביטוח לאומי ומשרד הכלכלה; המבקשת משמשת כחברה במועצות ציבוריות רבות, לרבות המועצה הציבורית המייעצת לנציב שוויון זכויות אנשים עם מוגבלות.

153. הלכה למעשה, רואים משרדי הממשלה השונים והמוסד לביטוח לאומי במבקשת כגוף המייצג אינטרסים רחבים של אנשים עם מוגבלויות, ומקיימים עמה התייעצויות סדירות לגבי מכלול נושאים הקשורים בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, לרבות תיעודף תקציבים לקצבאות הנכות השונות.

154. הידע והמומחיות שצברה המבקשת הינם תולדה ישירה של התנסות אישית וקולקטיבית לאורך שנים רבות. בכלל זה צברו המבקשת וחבריה ניסיון רב מול רשויות הממשל הישראליות בנוגע לאופן בו יש להנגיש חיי משפחה והורות של אנשים עם מוגבלויות, כפועל יוצא של הקשיים בהם נתקלים "לקוחות" המבקשת וחבריה – אנשים עם מוגבלויות בישראל – בנוגע ליישום זכויותיהם למשפחה ולהורות.

155. המבקשת הינה פעילה במשך שנים רבות גם בזירה המשפטית: כך, עתרה המבקשת לבג"צ לצורך קידום שילובם של ילדים עם מוגבלויות בחינוך הרגיל (בג"צ 7448/03, **שבעה פלונים, בזכות, ומטה מאבק הנכים נ' משרד החינוך ואח'**, 2.6.04, פורסם בנבו); היא הגישה עתירה לעדכון תשלומים לאבזור רכב נכה, במסגרתה הורה בית המשפט לחברות האבזור להעביר מחירון עדכני לבחינה מחודשת במוסד לביטוח לאומי (בג"צ 2023/12 **פורום אבזור רכב נכים בלשכת המסחר ת"א, מטה מאבק הנכים ו-4 אח' נ' המוסד לביטוח לאומי**); המבקשת עתרה על מנת לחייב את משרדי הבריאות והמשפטים להקים ועדות ערר מחוזיות בהתאם לחוק נכי נפש בקהילה, התש"ס – 2000, אשר אכן הוקמו בעקבות העתירה (בג"צ 7577/07 **בזכות, מטה מאבק הנכים ו-4 אח' נ' שר הבריאות ואח'**); כמו כן ניהלה המבקשת עתירה בבג"צ בנוגע להנחיות שהוצאו על ידי המוסד לביטוח לאומי בכל הנוגע לקצבאות חולי סכרת (בג"צ 486/10 **מטה מאבק הנכים ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי**, 15.12.10, פורסם בנבו).

⁴⁰ להרחבה אודות פעילות מטה מאבק הנכים, ראו אתר האינטרנט של המטה, בכתובת: http://nechim4u.work.media4u.co.il/Show_NewsList.asp?MenuID=295; וכך עמוד ה"פייסבוק" של העמותה, אשר בו מופיעים כל פרטי פעילותה העדכנית.

156. בתי המשפט הכירו במומחיותה של המבקשת וצירפו אותה להליך במעמד "ידיד בית משפט" (ואף קיבלו את עמדתה) במסגרת הליכי ערעור בבית הדין הארצי לעבודה (ע"ע 10-04-3280, ע"ע 10-05-27272 – **משרד האוצר – אגף מס הכנסה נ' מוחמד אלעזאזמה ואח'**) אשר עסקו בפרשנות תקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה) תשט"ז-1956.

157. **כל האמור לעיל יש בו כדי להעיד כי למבקשת נסיון וידע רב וייחודי בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות, לרבות זכותם להורות ואפלייתם בתחום זה, אשר יכול להיות לעזר רב לבית משפט נכבד זה בבואו לדון בתיק דנן. לעמדת המבקשת, ככל שבית המשפט יטה את אוזנו אליה, יש חשיבות מעבר לתיק הספציפי ויש בה אמירה עקרונית, רחבה ומקצועית המגובה, כאמור, בשנים ארוכות של נסיון ייחודי בתחום זה.**

158. כפי שפורט לעיל בהרחבה, סוגיית היותה של המבקשת בבר"ע אשה עם מוגבלות הינה מהותית לצורך קבלת הכרעה בתיק. סוגייה זו כמעט ולא באה לידי ביטוי, ובוודאי שלא באה לידי ביטוי הולם, בהליכים שהתקיימו במסגרת התיק עד כה, וזאת למרות שהיא העומדת בלב ליבו של התיק.

159. הבעת עמדתה של המבקשת בתיק דנן באה על מנת לתת ביטוי למרכיב מהותי זה, של מוגבלותה של אורה, על שלל היבטיו, אשר לא נדונו עד כה על ידי ערכאות המשפט במדינת ישראל. לגישת המבקשת, יש לצרפה להליך כידידת בית המשפט לאור מומחיותה ונסיונה בנושא העתירה ובשל מהותה וחשיבותה של הסוגיה המתעוררת בה, והכל כפי שפורט לעיל בהרחבה.

סיכום

160. בתיק זה חוברת הזכות הבסיסית להורות עם זכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון תוך מתן התאמות. המבקשת הראתה, כי חוק השוויון והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות מחייבים את רשויות המדינה, ובתי המשפט בכללן, להנגיש זכויות ושירותים – וביניהם גם הזכות להורות והשירותים הנדרשים לשם כך, עבור אנשים עם מוגבלות.

161. הנגשה זו מתחייבת מהקשיים והחסמים העומדים בפני אנשים עם מוגבלות בבואם לממש את שאיפותיהם וזכויותיהם הבסיסיות בתחום ההורות. הקשיים והחסמים הפיזיים מביאים לכך כי מדיניות שהיא לכאורה "ניטרלית" למעשה מהווה אפליה כלפי אנשים עם מוגבלות, אשר אינם עומדים בקריטריונים "המקובלים" להורות. למדיניות שכזו אין מקום במדינה אשר חוקקה את חוק השוויון ואשררה את האמנה הבינלאומית, ואשר חרטה על דגלה את קידום הערכים הגלומים בהם.

162. גם הקשיים והחסמים הרעיוניים – ובבסיסם דעות שליליות וסטיגמות כלפי הורותם של אנשים עם מוגבלות – הינם, לצערה של המבקשת, עדיין שרירים וקיימים בחברה הישראלית ומוסדותיה. כפי שהראתה המבקשת לעיל, הלכה למעשה עמדו דעות שליליות אלה בבסיס כל ההחלטות שהתקבלו בעניינה של אורה.

163. מוגבלותה של אורה הושארה בצל וכמעט ולא נדונה, על אף שהיא מהווה, לגישתה של המבקשת, את לב ליבו של העניין הנדון. מוגבלותה היא אשר מונעת ממנה להביא ילדים לעולם בדרכים המקובלות על הרשויות; מוגבלותה היא אשר אמורה להקנות לה את הזכות להתאמות

בתחום בסיסי זה של חיי משפחה והורות; מוגבלותה, והדעות השליליות והלא מוצדקות בנוגע ליכולותיה, היא אשר עומדת מאחורי כל החלטה שהתקבלה לגביה.

164. בצילו של חוסר הדיון המהותי במוגבלות עצמה, עשו בתי המשפט שימוש בנימוקים פורמליסטיים של רבייה על מנת למנוע את הזכות להורות, המשתרעת הרבה מעבר לרבייה עצמה. זאת, למרות שבחינת המקרה צריכה היתה להיעשות תוך התחשבות בנסיבותיו הקונקרטיות וכשירותה של אורה לשמש כאם אוהבת ומסורה שבאפשרותה להסתייע בעזרה מבני משפחה ומטפלות בשכר – עובדה אשר עליה אין חולק.

165. לו יושארו הדברים על כנם, בעוד 17 שנים, כאשר תפתח בתה של אורה את תיק האימוץ ותבקש לדעת מיהי האם שמסרה אותה, היא תגלה שם את רשויות השלטון ואת בתי המשפט. מתן זכות ההורות לאורה תאפשר לתינוקת זו, אשר עדיין הינה רכה מאוד בשנים, לגדול בבית אחד עם האם שרצתה בה והביאה אותה לעולם. אך מעל ומעבר לכך, מתן זכות ההורות לאורה הינה הזדמנות עבור בית המשפט לבנות נדבך נוסף בקידום השוויון ובהבניית זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל.

166. המבקשת שטחה בפני בית המשפט הנכבד את נסיונה הייחודי והידע הרב שצברה בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בכלל, וזכויות המשפחה שלהם בפרט, באופן העומד בדרישות הפסיקה באשר לצירופו של מבקש כידיד בית המשפט.

167. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לצרף את המבקשת להליך דן במעמד של "ידיד בית משפט" בשל הידע והמומחיות שיש לה בסוגיה שבנדון, המאפשרים לה להציג בפני בית המשפט הנכבד תמונה מלאה ושלמה ולתרום בכך להכרעה וגיבוש הלכה בסוגיה שבנדון, סוגיה שהשלכותיה נוגעות לציבור רחב; ובשל כך שצירופה לדיון בשלב זה לא יגרום כל נזק לצדדים להליך ולא יכביד על ניהול ההליך.

עמדות הצדדים לבקשה

168. ב"כ המבקשת בבר"ע, עו"ד אברהם סטי, הביע את הסכמתו להצטרפות המבקשת כידידת בית משפט בהליך זה. ב"כ המשיב בבר"ע, עו"ד דינה דומיניץ, תגיש הודעת תגובה נפרדת ומנומקת בתוך שלושה ימים ממועד הגשת בקשה זו.

איריס פינקלשטיין, עו"ד
מ.ר. 54032

רוני רוטלר, עו"ד
מ.ר. 27226

ב"כ המבקשת

הבקשה נכתבה בסיועם של הסטודנטים שירן קנפו ורועי כהן

אנו מבקשים להודות לכל אנשי האקדמיה אשר הרעיפו עלינו מהידע שלהם ומנסיונם :

ד"ר דבורית גלעד, בית הספר לעבודה סוציאלית, הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה, אשר תרמה רבות לכתובת פרק המבוא לבקשה זו; **פרופ' אריה רימרמן**, בית הספר לעבודה סוציאלית, הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה; **ד"ר ליאורה פינדלר**, בית הספר לעבודה סוציאלית, אוניברסיטת בר אילן; **עו"ד דורון דורפמן**, תוכנית המחקר באוניברסיטת סטנפורד; **ד"ר שגית מור**, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; **ד"ר רות זפרן**, בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; **ד"ר אלה קורן**, החוג המשולב למדעי החברה, אוניברסיטת בר אילן; **ד"ר מיכל סופר**, בית הספר לעבודה סוציאלית, הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה; **ד"ר כרמית-נעה שפיגלמן**, החוג לבריאות נפש קהילתית, הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה; **עו"ס דורית ושלר**; **וד"ר שירי רגב-מסלם**, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

היום, 8 באפריל 2014