

על הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות

הרהורים על התאמתו של פסק הדין בעניין אורה מור יוסף לבחינת הסוגיה

טלי מרקוס¹

א. הקדמה

סיפורה של אורה מור יוסף² הוא סיפור של כמיהה לאימהות - כמיהה להורות. אורה היא אישה רווקה ללא בן זוג, החולה במחלת ניוון שרירים, ואשר מסיבות רפואיות אינה יכולה להביא לעולם ילד הקשור אליה גנטית או לשאת בעצמה היריון. סיפורה האישי של אורה, הכמיהה להביא לעולם ילד ולגדלו, מעורר הזדהות, ולכן עורר הד תקשורתי נרחב סביב שאלת הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות. במאמר זה אבקש לטעון כי קיימת חשיבות רבה לקיומו של דיון ציבורי ומשפטי בשאלת זכותם להורות של אנשים עם מוגבלויות ובקידומה של זכות זו על היבטיה השונים. בנוסף, אבקש לטעון כי בניגוד לסיפורה האישי של אורה מור יוסף, סיפורה המשפטי כלל אינו עוסק בשאלת הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות. הסיפור המשפטי בעניינה של מור יוסף עסק אך ורק בסוגיית הגדרת ההורות בדין הישראלי ולצורך כך היה עיוור למוגבלויותיה של אורה, שכן גם אדם בריא אשר היה מביא לעולם ילד באותו האופן לא היה זוכה להכרה כהורה.

ב. הזכות להורות

"הזכות להורות" היא, למעשה, שם כללי לאגד של זכויות, אשר לא לכולן מעמד זהה. בגרעינה של הזכות להורות ניצבת הזכות להתרבות טבעית, אשר הוכרה בפסיקה כזכות יסוד.³ ואולם, ככל שמתרחקים מגרעין זה, מתעוררת השאלה אם מדובר באינטרס שהוא חלק מהזכות להורות. הזכות להורות מורכבת מזכויות הניצבות על ספקטרום רחב, חלקן זכות היום להכרה על ידי המשפט וחלקן עדיין אינן מוכרות. שינויים חברתיים וחידושים טכנולוגיים עשויים להשפיע על תפיסת הזכות להורות בחברה ועקב כך גם במשפט, ובכך לשנות את מעמדה של הזכויות השונות. הזכות להורות אינה מוכרת בישראל בצורה מפורשת באף אחד מחוקי-היסוד. לפיכך מתעוררת השאלה אם ניתן לגזור אותה מהזכויות המנויות

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴ "כבוד האדם" הוא מונח עמום שניתן לפרשו באופנים שונים.⁵ על כן מושג שסתום זה הוא מקור מרכזי להכרה בזכויות לא מנויות בדרך של פרשנות חוקתית. נראה שאין חולק שהזכות לכבוד האדם כוללת את הזכות להורות. השאלה שעשויה להתעורר היא מהו היקפה של הזכות להורות הנכללת במסגרת הזכות לכבוד האדם. הזכות לפרטיות היא זכות המנויה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶ את הזכות להורות, לפחות במובנה הצר, ניתן לגזור אף מהזכות לפרטיות. מאחר שרוב רובם של הילדים נולדים עקב קיום יחסי מין, הרי שפגיעה בזכותו של אדם לקיים יחסי מין לצורך התרבות היא פגיעה בפרטיותו. יש לציין כי אף מי שתומך בפרשנות מצמצמת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו סבור שיש לכלול את הזכות להורות בזכויות הבלתי-מנויות הכלולות בחוק-היסוד.⁷ אף מי שיטען כי הזכות להורות איננה מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא יוכל להתכחש למעמדה כזכות יסוד הלכתית.⁸

כאמור, בגרעינה הזכות להורות היא זכותו של היחיד להתרבות טבעית. זכות זו היא חלק בלתי-נפרד מאנושיותו של האדם, אשר מתבטאת בכמיהה עזה ובשאיפה להביא ילדים לעולם. כמיהה, אשר משותפת לאדם באשר הוא, בכל מקום בעולם ולאורך כל תקופת קיומו של המין האנושי. כמיהה זו מיוחסת ליצר ההישרדות של האדם, הן כפרט

4 ראו: אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א 253, 255 (תשנ"ג). לכן, התפתחה הגישה שלפיה מהזכויות המנויות בחוק היסוד ניתן לגזור באמצעות פרשנות חוקתית זכויות נגזרות, זכויות-בת, שיש המכנים אותן "הזכויות הלא מנויות". להבחנה בין זכויות מנויות לבין זכויות בלתי מנויות, ראו: הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (תשנ"ז), המתנגד להרחיב את תחולת חוקי היסוד מעבר לזכויות המנויות בהן במפורש; יפעת ביטון "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" **קריית המשפט** ב 401 (2002); אהרן ברק **פרשנות במשפט - כרך שלישי: פרשנות חוקתית** 358-359, 361 (1994), המכנה את הזכויות הלא מנויות "זכויות ללא שם".

5 ראו: למשל: Michael Rosen, Dignity - Its History and Meaning (2012); Jeremy Waldron, Dignity, Rank, and Rights (Meir Dan-Cohen Ed., 2012); Understanding Human Dignity (Christopher McCrudden Ed., 2014); סומר, לעיל ה"ש 4; ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 406-407; יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים** כה 129 (תשנ"ה).

6 ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

7 סומר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 330.

8 ראו, למשל: ע"א 488/77 פלוגי נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 421, 429-432, 441 (1978); ע"א 9/78 פלוגי נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 655, 664 (1978); ע"א 232/85 פלוגי נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מ(1) 1, 7-8 (1986); ע"א 451/88 פלוגי נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 330, 337 (1990). על כך שלצד זכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד קיימות גם זכויות אדם הלכתיות, ראו, למשל: ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 377-378.

1 ד"ר טלי מרקוס, פרקליטה במחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה. הכתוב מבטא את דעתה האישית של הכותבת בלבד.
2 בע"מ 1118/14 פלוגי נ' **משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (פורסם בבנו, 1.4.2015). בתיק טיפלה מטעם המדינה הפרקליטה דינה דומיניץ מהמחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, מרכזת פורום רווחה ואימוץ בפרקליטות המדינה, היום מתאמת המאבק בסחר בבני אדם במשרד המשפטים.
3 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 681-682, 719 (1996).

היתר, בשאלת זכותם של הורים גנטיים לגדל ולחנך את ילדם באופן פעיל; זכותה להורות של בת זוגה של אם גנטית אשר משמשת בפועל כאמם של הילדים (בדומה לפרשת ירום-חקק)¹¹; וזכותם להורות של הורים חורגים הטרוסקסואלים אשר מגדלים בפועל את ילדי בן זוגם. שאלת הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות עשויה להתעורר הן בהיבט של הזכות להתרבות (שבדרך כלל באה יחד עם הזכות להיות הורה) והן בהיבט של הזכות להיות הורה. כל אחד מהיבטים אלו עשוי להעלות שאלות שונות בנוגע להיקפה של הזכות להורות ובנוגע להיקף ההגנה על זכות זו.¹²

ג. שיח המוגבלויות

הגישה הביקורתית למוגבלות ולמשפט¹³ היא גישה המבקשת לחשוף את תפקידו של המשפט בהבניה החברתית של מוגבלות כנחיתות וכטרגדיה אנושית ולהציג מבט חלופי הרואה במוגבלות תוצר של הליכים חברתיים-פוליטיים, תלוית הקשר ומובנית חברתית.¹⁴ ביסוד המודל האינדיבידואלי-המסורתי למוגבלות ניצבת ההנחה שלפיה הבעיה נעוצה באדם עצמו, והמוגבלות של האדם היא תכונה ניטרלית אובייקטיבית הטבועה בו. לכן פתרון הבעיה נעוץ אף הוא בפרט - בריפוי, בשיקומו, בשילובו ובהתאמתו למערכות הקיימות מבלי לשנותן. התפיסה היא שמוגבלות היא בבחינת גורל אכזר שלחברה אין בדרך כלל יד ביצירתה.¹⁵ לצד מודל זה קיים גם המודל הרפואי למוגבלות המעניק את הבכורה למקצועות הרפואה והטיפול בעיצוב ההבניה החברתית ביחס

“הזכות להורות היא, למעשה, שם כללי לאגד של זכויות, אשר לא לכולן מעמד זהה. בגרעינה של הזכות להורות ניצבת הזכות להתרבות טבעית, אשר הוכרה בפסיקה כזכות יסוד. ואולם, ככל שמתרחקים מגרעין זה, מתעוררת השאלה אם מדובר באינטרס שהוא חלק מהזכות להורות. הזכות להורות מורכבת מזכויות הניצבות על ספקטרום רחב, חלקן זכות היום להכרה על ידי המשפט וחלקן עדיין אינן מוכרות. שינויים חברתיים וחיידושים טכנולוגיים עשויים להשפיע על תפיסת הזכות להורות בחברה ועקב כך גם במשפט, ובכך לשנות את מעמדן של הזכויות השונות”

והן כחברה אנושית בכללותה, אשר ללא ההולדה לא תוכל להמשיך להתקיים. יש המייחסים כמיהה זו לרצונו של האדם בהמשכות או להתמודדותו של האדם עם היותו בן תמותה, ויש הרואים בהבאת ילדים לעולם הגשמה עצמית. ערגה זו הוכרה זה מכבר כבעלת עצמה וחשיבות זהה גם בנוגע לרצון לגדל ילדים שאינם קשורים ביולוגית להורה.⁹ לצורך דיון יעיל בסוגיות השונות שמעלה הזכות להורות ראוי להבחין בין שתי תת-זכויות שמהן מורכבת הזכות להורות: הזכות להתרבות והזכות להיות הורה. **הזכות להתרבות** (כלומר: הזכות להעמיד צאצאים גנטיים) עוסקת בשאלת זכותו של היחיד ואינה צריכה להיות תלויה, לטעמי, במאפייני התא החברתי או משפחתי שבו הוא חבר.¹⁰ לאור השינויים הטכנולוגיים והחברתיים שחלו לאחרונה, שינתה הזכות להתרבות את פניה לזכות להפוך להורה, והיא כוללת היום לא רק רבייה גנטית, אלא גם טכניקות הפריה מלאכותיות המערבות תרומה של ביצית או זרע וכן שימוש בשירותיה של אם פונדקאית. **הזכות להיות הורה** עוסקת, בין

9 ראו: בני"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) בניש (פורסם בנבו, 24.3.2009): "על-פני הדברים, יש מקום לטענה כי הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושווה הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ" [ההדגשה אינה במקור].

10 לעניין זה ראו, למשל את עמדתו של אהרון ברק שלפיה הזכות ליצירת התא המשפחתי נתונה לכלל אדם - הטרוסקסואלי והומוסקסואלי, בין נשוי ובין שאינו נשוי, לאם חד הורית ולאם חד הורי: אהרון ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 670 (2014).

11 ע"א 10280/01 ירום-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ננט(5) 64 (2005).
12 לחשיבות ההבחנה בין השאלה אם קיימת זכות חוקתית לבין השאלה מהו היקף ההגנה על הזכות, ראו: ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' - בעקבות ספרו של אהרון ברק מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" (2010) "משפט ומסקים טו 281 (התשע"ב); אהרון ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253, 264 (תשנ"ג); ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 373-374; בג"ץ משפחה חדשה, לעיל ה"ש 9, פס' 3 לפסק דינה של השופטת בניש ופס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין.

13 קצרה היריעה במאמר זה מלהיכנס לעומקה של הסוגיה, ולכן אגע בה על קצה המזלג. להרחבה בעניין זה ראו, למשל: שגית מור "שוויון לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה - מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97 (2012); רוני רוטלר "Mater Semper Certa Est: על מוגבלות, טכנולוגיות פריון ואמהות בישראל" (עתיד להתפרסם בקובץ מאמרים בנושא אמהות ישראלית, בעריכת טילביה פוגל-ביז'אווי, אורלי בנימין ועינת לביא); שגית מור ואסנת עין-דור "עדות מוגבלות: מוגבלות וקול בהליך הפלילי" משפט וממשל טז 187, 194-195 (התשע"ה).

14 רוטלר, שם, בעמ' 4; מור, שם, בעמ' 101 ו-103.
15 מור, לעיל ה"ש 13, בעמ' 103-104.