

בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי

מאת

קארין כרמית יפת*

לפי התפיסה הרווחת בספרות המחקר, ישראל נותנת תוקף לפרו-נטליזם יהודי-כוללני שבמרכזו צו קטגורי של אימהות חובה. על פי תפיסה זו, מדיניות הפיריון בישראל מבוססת על משוואת האימהות-אזרחות שלפיה כלל הנשים היהודיות מחויבות להתרבות, ללא הבדל מגזרי, אתנו-מעמדי או סטטוס אישי. מאמר זה מבקש לקעקע את המיתוס הלאומי של פרו-נטליזם כלל-יהודי, הגוזר על נשים יהודיות בחירה בינארית בין אימהות לאי-מהות. התזה ביסוד המאמר היא כי מבעד לציפוי הדק של פרו-נטליזם כוללני, הנוהג בשוויון מדומה כלפי כלל נשאות הרחם היהודי, חבויה שכבה עבה של מדיניות פיריון בדלנית, שמפלה בין קטגוריות שונות של נשים יהודיות ומובילה לעיצוב מוסד הייררכי של אמהות ישראלית. במילים אחרות, אתוס הפרו-נטליזם הבדלני כופר בצו הקטגורי של אימהות חובה ומכונן עבור נשים מעין "רישיון היריון" במשפט: אימהות ראויות כפופות לפרו-נטליזם כפוי, ואימהות חשודות לאנטי-נטליזם סמוי.

המאמר מתמקד בשני מקרי מבחן המצויים בצמתים שונים על ציר הזמן האימהי: דיני הפסקת היריון ודיני מזונות ילדים. לטענתי, דיני הפסקת היריון מזקקים את התכונות והכישורים המצופים מן האם-טיפוס של אמהות נורמלית וראויה וקונסים מבחינה סימבולית את האישה החשודה באמצעות כינון היתר הפלה. כך, לפי המסר הקונס, המשוקע בתנאי ההיתר הסטטוטוריים, נשים נואפות, נשים רווקות, נשים מבוגרות, נשים מזרחיות, נשים חלשות (מבחינה פיזית) ונשים מוחלשות (מבחינה חברתית) הן מושא לתיוג מפחית כאימהות חשודות. מקרה המבחן השני עוסק בדוקטרינת האבהות הכפויה שהפכה את דיני מזונות ילדים, לטענתי, לחלק מאותו פרויקט משפטי המבקש לשרטט "רישיון היריון" שלשם זכייה בו נשים מחויבות לעמוד בקוד התנהגותי מחמיר, במאפייני אישיות מגדריים מוגדרים ובמעמד אישי נורמטיבי. המאמר מראה כי דוקטרינת האבהות הכפויה סוטה משתי פרדיגמות היסוד המבנות את תפקידי המגדר ההוריים בישראל – מודל אימהות החובה והמודל הביו-אקונומי של האבהות – כדי לבסס את משוואת הקנס-פרס: אישה הסוטה מהדגם המסורתי של המשפחה הפטריארכלית, המנצלת את כוחה הרבייתי ללא אישור ופיקוח גברי, סופגת "קנס" משפטי בדמות הפחתת דמי המזונות עד כדי שלילתם המוחלטת. לעומתה, אישה כשירה, אחראית וראויה, המממשת את אמהותה במסגרת של

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, חברת האקדמיה הצעירה העולמית והאקדמיה הצעירה הישראלית למדעים. אני חבה תודה גדולה לד"ר גל אמיר, לד"ר רות זפרן, לד"ר יחזקאל מרגלית, לד"ר רם ריבלין ולד"ר שרון שקרג'י על הערות חשובות לטיוטות קודמות של המאמר. אבקש להודות גם לחברות וחברי הסדנה לדיני משפחה באוניברסיטה העברית בירושלים על רעיונותיהן/ם להשבחת המאמר. תודה גם למערכת משפטים, ובראשה לאוריה בארי ולטל פוקס, על עבודה נפלאה ויוצאת דופן באיכותה, שתרמה רבות למאמר. אחרונים חביבים, אני מבקשת להודות לעוזרות ולעוזרי המחקר המסורים והנאמנים שלי: אסף אברמזון, שאול בלגי, הודיה לוי, שגיא לוק, עדי כץ, עידו פורת וליאור פרנק על סיוע ללא לאות וזמינות 24/6.

זוגיות מחייבת, זוכה ל"פרס" של מזונות ילדים ושל לגיטימציה משפטית לתא המשפחתי שבנתה.

שני מקרי המבחן חוברים יחד למשפט את כוח ההולדה הנשי ופועלים להגבלת, במקום להגדלת, מרחב הבחירה של נשים ומנעד האפשרויות הפתוח בפניהן בכתיבת הביוגרפיה האישית של חייהן.

מבוא. א. אזרחות נשית בישראל: על כינונו של מיתוס הפרו-נטליזם הכלל-יהודי.
 1. משוואות האימהות – אזרחות; 2. מחויבות להתרבות: על הפוליטיקה של חוקי הפריז; **ב. רישיון היריון בישראל: בין פרו-נטליזם כפוי לאנטי-נטליזם סמוי.** 1. דיני ההפלה(ים); מבקרת כמות לבקרת איכות; 2. פסקת האם הנבחרת; 3. פסקת הגוף הנבחר; 4. פסקת העם הנבחר; **ג. בשם האב: על עבודת האימהות ודיני הגבריות.** 1. היפר-גבריות כארכיטיפ של הגבריות ההגמונית בישראל; 2. בין אנטומיה לאוטונומיה: המודל הבין-אקונומי של האבהות; **ד. אבהות כפויה: שלושה דורות של פסיקה.** 1. ניתוח נורמטיבי כנקודת מוצא לניתוח הנרטיבי של פסקי הדין; 2. דור ראשון: שלב ההכחשה; 3. דור שני: שלב ההנכחה; 4. שלב ההכרה: דור שלישי של מהפכה בדיני המשפחה; **ה. נעילה: אימהות או לא להיות – זאת השאלה?**

מבוא

בספרות המחקר העוסקת בניתוח מדיניות פריז, נהוג למפות ולאפיין מדינות מרובות-אוכלוסין כמקדמות דגם דמוגרפי של צמצום ילודה, ומדינות מעוטות-אוכלוסין – כמעודדות ריבוי ילודה.¹ בטיפולוגיה המקובלת, מדינת ישראל ידועה כבעלת מדיניות פרו-נטליסטית 'המלאימה' את רחמן של אזרחיותיה לטובת יעד-על של ריבוי אוכלוסין, והממקמת אותה ב"ראש המדינות המערביות המזוהות עם אידיאולוגיה מעודדת ילודה".² חוקרות וחוקרים רבים פעלו לסיבוך הבנה זאת וחשפו רבדים נוספים של מורכבות ודואליזם בין-אתני הטבועים בפוליטיקת הפריז הישראלית, בציר שבין הלאמת הרחם היהודי להדרת הרחם הערבי. לפי התפיסה השלטת בספרות, אידיאולוגיית הלאום הציונית מתווה היגיון דמוגרפי סלקטיבי המפגין פרו-נטליזם אגרסיבי כלפי ילודה יהודית, ואנטי-נטליזם עקרוני כלפי ילודה ערבית.³ גוף המחקר הביקורתי עמד בהרחבה על מבני התגמול הפרו-נטליסטיים

1 למיפוי הספרות העוסקת במדיניות פריז, ראו Leslie King, "France Needs Children": *Pronatalism, Nationalism and Women's Equity*, 39 Soc. Q. 33 (1998); Leslie King, *Demographic Trends, Pronatalism, and Nationalist Ideologies in the Late Twentieth Century*, 25 ETHNIC & RACIAL STUD. 367 (2002).

2 יחזקאל מרגלית "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?" מאוני משפט ט 267, 270 (תשע"ד). כן ראו מגדלה טאוב מוקד שליטה, דימוי עצמי ומתחים תוך-ובין-אישיים אצל נשים יהודיות נשואות, מתכננות משפחה, מעדות המזרח בישראל 7 (עבודת גמר לתואר מוסמך בפסיכולוגיה, האוניברסיטה העברית בירושלים – המחלקה לפסיכולוגיה, 1981).

3 על הקישור בין לאום, לפריז ולמגדר, ועל הממדים האתניים הסלקטיביים של מדיניות הפריז הישראלית, ראו למשל Philippe Fargues, *Protracted National Conflict and Fertility Change: Palestinians and Israelis in the Twentieth Century*, 26 POPULATION & DEV. REV. 441 (2000); JAQUELINE PORTUGESE, FERTILITY POLICY IN ISRAEL: THE POLITICS OF RELIGION, GENDER

שתיעלו נשים יהודיות להפגין פטריטיות לאומית וללדת לטובת המולדת מצד אחד, ועל מערך האסטרטגיות הממסדי שפותח כדי לדכא את שיעורי הילודה בקרב אזרחי ישראל הפלסטינים, מצד אחר.⁴

אתוס עידוד הילודה בישראל הוביל לכינונו של מיתוס לאומי בדבר פרו-נטליזם כלל-יהודי המתיימר לחול על כל הנשים היהודיות, ללא הבדל מגזרי, אתנו-מעמדי או סטטוס אישי.⁵ לפי המטא-נרטיב הציוני-דמוגרפי שעדיין תקף בישראל, "נשים יהודיות הן הערוץ הבלעדי כמעט לייצור המשכיותו של העם היהודי",⁶ ומכאן החשיבות שבהבניית ילודה כחובה פטריטית וכנקודת ציון ארכימדית במסלול חייה של האישה היהודייה.⁷ כך בניגוד להגות הליברלית הקלאסית ולהבניה התרבותית הרווחת במערב, שבמסגרתן האימהות מאורגנת כפונקצייה פרטית הממוקמת בלב הספרה הביתית, בישראל האימהות היא תפקיד ציבורי מרכזי המסמן חברות 'אמיתית' ומהותית באומה ולא רק אורחות פורמלית במדינה.⁸ הספרות הסוציולוגית והפמיניסטית העמיקה והעצימה את ממדיו של המיתוס הדמוגרפי תוך שהיא מתמסרת לביסוס הנרטיב שלפיו נשים יהודיות כפופות ללחץ

AND NATION (1998); Nira Yuval-Davis, *Women and the Biological Reproduction of "The Nation"* (להלן: Yuval-Davis, *Women*), 19 WOMEN'S STUD. INT'L F. 17, 19 (1996); הימת זועבי התנסות של נשים פלסטיניות בישראל בטכנולוגיות הרבייה החדשות (עבודת גמר לתואר מוסמך בלימודי מגדר, אוניברסיטת בר-אילן – היחידה ללימודים בין-תחומיים, 2006); גילה שטופלר "מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה וזכויות נשים ומיעוטים" משפט וממשל יא 473 (2008).

4 אחד הכתבים המקיפים ביותר בהקשר זה הוא של PORTUGESE, לעיל ה"ש 3. כן ראו RHODA A. KANAANEH, BIRTHING THE NATION: STRATEGIES OF PALESTINIAN WOMEN IN ISRAEL (2002). לניתוח ביקורתי ומאיר עיניים של תפיסה זאת ראו שהם מלמד ויהודה שנהב "מעבר ללאומיות: על משטר ההצדקה הנאו-מלתיסאיני ועל גיבושה של מדיניות הפריון בישראל 1950–1966" פערי אורחות: הגירה, פריון וזהות בישראל 125 (יוסי יונה ואדריאנה קמפ עורכים, 2008). כן ראו Mimi Ajzenstadt & John Gal, *Appearances Can be Deceptive: Gender in the Israeli Welfare State*, 8 SOC. POL.: INT'L STUD. GENDER ST. & SOC'Y 292 (2001).

5 ראו למשל שולמית אלוני נשים כבני אדם 25 (1976); סיגל גולדין "טכנולוגיות של אושר: ניהול פריון במדינת רווחה מעורדת ילודה" פערי אורחות: הגירה, פריון וזהות בישראל 167 (יוסי יונה ואדריאנה קמפ עורכים, 2008); SUSAN M. KAHN, REPRODUCING JEWS: A CULTURAL ACCOUNT OF PORTUGESE; ASSISTED CONCEPTION IN ISRAEL (2000); Larissa Remennick, 3; לעיל ה"ש 3; *Contested Motherhood in the Ethnic State: Voices from an Israeli Postpartum Ward*, 8 ETHNICITIES 199, 200 (2008); Leslie King, *From Pronatalism to Social Welfare? Extending Family Allowances to Minority Populations in France and Israel*, 17 EUR. J. POPULATION 305 (2001); אורנה דונת ממני והלאה: הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל 25–26 (2011) (להלן: דונת ממני והלאה); יעל השילוני-דולב מהפכת הפריון 37 (2013).

6 יעל השילוני-דולב "מיהו תינוק רצוי? הפלות סלקטיביות בשל אנומליות בכרומוזומי מין בגרמניה ובישראל" תיאוריה וביקורת 25, 97, 115 (2004).

7 ראו לסלי הייזלטון צלע אדם: האשה בחברה הישראלית 53 (נעמי גל מתרגמת, 1978); דונת ממני והלאה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 64.

8 ראו בהרחבה כתיבתה הנודעת של ניצה ברקוביץ: Nitzza Berkovitch, *Motherhood as a National Mission: The Construction of Womanhood in the Legal Discourse in Israel*, 20 WOMEN'S STUD. INT'L F. 605 (1997); ניצה ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא? נשים ואורחות בישראל" סוציולוגיה ישראלית ב 277 (1999) (להלן: ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא").

אידאולוגי תקיף ורצוף לשמש אימהות, וזאת מכוחם של סוכנים חברתיים ומשפטיים המקדשים את ערך העל של ריבוי ילדים.⁹ במונחי מאמר זה, ישראל מתאפיינת אפוא, במידה רבה, בפרו־נטליזם יהודי־כוללני שבמרכזו צו קטגורי של אימהות חובה (compulsory motherhood).¹⁰

מאמר זה מבקש לאתגר את המיתוס של פרו־נטליזם יהודי־כוללני המספק, לטענתי, סיפור חלקי ופשטני שמשטיח את המורכבות של אידאולוגיית הפיריון הישראלית. סיפור זה מעלים את קיומן של קבוצות שונות של נשים יהודיות אשר אימהותן אינה רצויה. כפי שאראה, המהלך הדיאלקטי שנע על הציר שבין עידוד ילודה לדיכוי ילודה, במתח שבין כמות לאיכות, אינו רק עניין בין־אתני המאפיין את היחס הקוטבי לפיריון יהודי וערבי אלא הוא נוכח ותקף גם ברגולציה הפנימית של הרבייה היהודית.¹¹ במילים אחרות, מבעד לציפוי הדק של פרו־נטליזם כוללני, הנוהג בשוויון מדומה כלפי כלל נושאות הרחם היהודי, חבויה שכבה עבה של מדיניות פיריון בדלנית, הנוהגת ביחס של איפה ואיפה כלפי קטגוריות שונות של נשים יהודיות ומובילה לעיצוב מוסד הייררכי של אימהות ישראלית.

מאמר זה מניח את אבן הפינה להצגתו של מה שאני מכנה פרויקט אידאולוגי פנימי של "פרו־נטליזם בדלני" ולחשיפת הגיונו האאוגני.¹² אתוס דמוגרפי זה ממשר, מנרמל

9 הכתיבה הסוצי־משפטית על כך היא מסועפת ורבה. לדוגמאות מייצגות ראו שם; פנינה להב "כשהפליאטיב רק מקלקל: הדין בכנסת על חוק שיווי זכויות האישה" זמנים 46–47, 149 (1993); Yuval-Davis, *Women*, לעיל ה"ש 3; פרנסס רדאי "נשים במשפט הישראלי" נשים במלכוד 172 (דפנה יורעאלי, אריאלה פרידמן ורות שריפט עורכות, 1981). כן ראו את הדין בפרק א.2 להלן; יאלי השש כמה ילדים זה שמחה: מדיניות ילודה בישראל 1962–1974 27 (עבודת גמר לתואר שני, אוניברסיטת חיפה – החוג לתולדות עם ישראל, 2004) (כמעט כל הכותבות הפמיניסטיות בדעה "שמדינת ישראל עודדה ילודה של נשים יהודיות ללא הבחנה").

10 חברתי לכנות את הצו הקטגורי בשם "אימהות חובה" או "אימהות כפויה" – בהשראת עבודתה של אדריאן ריץ' (Adrienne Rich) על מוסד ההטרנסקסואליות הכפויה, כדי לסמן שכמו בהקשר של נטייה מינית, כך גם בהקשר של הבניית תפקידי המגדר וקונפורמיות רבייתית, מדובר בציפיות נורמטיביות שנכפות על נשים, וזהותן מתעצבת מתוך ציווי להרות וללדת. על כתיבתה המכוננת של ריץ' בהקשר של נטייה מינית ראו *Adrienne Rich, Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, 5 SIGNS (1980) 631.

11 לטענה ברוח זו, באשר לחסר התאורטי בעיסוק בשיח הדמוגרפי והפמיניסטי בפרספקטיבה אתנית, המסבכת את מדיניות הפיריון הישראלית, ראו שהם מלמד "כעבור עשרות שנים מועטות נהיה כולנו בני עדות המזרח [...] – אמהות, פיריון והבנייתו של 'האיום הדמוגרפי' בחוק גיל הנישואים" תיאוריה וביקורת 25, 69 (2004). כפי שאטען להלן, הקריטריון האתני הוא רק אחד מני רבים בעיצוב מודל האימהות הראויה. למאמר הראשון, למיטב ידיעתי, שמצביע על השניות הפנים־יהודית האתנו־מעמדית הטבועה במדיניות הפיריון ראו Gary S. Schiff, *The Politics of Fertility Policy in Israel*, in MODERN JEWISH FERTILITY 255 (Paul Ritterband ed., 1981) 315, 309–308, בעמ' א.2, לעיל ה"ש 4, בעמ' 315.

12 אבי הגישה האאוגנית הוא סר פרנסיס גולטון. ראו Francis Galton, *Eugenics: Its Definition, Scope, and Aims*, 10 AM. J. SOC. 1 (1904). לתאוריה האאוגנית, הדוגלת בילודה בקרב הכשרים ומרסנת ילודה בקרב ה"נחותים", ראו Deborah Barrett & Charles Kurzman, *Globalizing Social Movement*, Theory: The Case of Eugenics, 33 THEORY & SOC'Y. 487 (2004). כן ראו גל אמיר "עיקור כפוי להשבתת הגזע: אאוגניקה, ליברליזם והדרך האמריקנית" זמנים 115, 34 (2011). ישראל אינה ייחודית בשאפותיה האאוגניות, כמובן, ואף לא נקטה את האמצעים הדרסטיים ביותר לשם הגשמתן, כגון עיקור

וממשמע את הגוף הנשי, ככוננו קטגוריות פנים-מגדריות של סובייקטים נשיים המבחינות בין הפריבילגי לפתולוגי: אימהות יכולה לסמן מעמד פריבילגי עבור האישה ה"ראויה", אך היא גם עלולה לסמן מעמד פתולוגי כשמדובר בכושר הרבייה של אישה "חשודה"¹³. כך בעוד שמוסד האימהות משמש לאמצעי פיקוח ושליטה בגופן של כלל הנשים ולדיכויין כמגדר, מדיניות הפיריון הבדלנית מעוגנת במנגנוני כוח המשעתקים ומכפילים את בסיסי הדיכוי שאליהם כפופות נשים מסוימות ולא אחרות. אופיו האאוגני של פרויקט הפרו-נטליזם הבדלני הוא אפוא דכאני במובן כפול: הוא כופה על נשים ראויות להיות אימהות, ובה בעת שולל את הזכאות לאימהות מנשים חשודות.

האתוס הדמוגרפי הבדלני נאכף בתיווך המשפט וסוכניו באמצעות מארג חוקים השזור בחוטי שתי וערב מרומזים, גלויים-למחצה וסמויים, המתווים מעין "רישיון להיריון" במשפט¹⁴. כידוע, הפילוסוף יו לפולט (Hugh LaFollette) ניסח משטרי הצדקה לכינון רישיון הורות מדינתי שבמרכזם הצורך להגן על ילדים פוטנציאליים מפני התעללות והזנחה.¹⁵ כפי שאראה, "רישיון ההיריון" המובלע שנתכונן בישראל הוא בעייתי אף יותר

כפוי. הגישה האאוגנית אומצה במדינות רבות למן סוף המאה התשע-עשרה, אולם היא ירדה מגדולתה בשל לקחי המשטר הנאצי והשימוש הנפשע שנעשה בגישה זו להצדקת ההכחדה ההמונית של יהודים. דוגמאות למשפטיזציה של הגישה האאוגנית הן החוקים שאסרו נישואין בין-גזעיים ועיקור כפוי של שחורים, עניים ואנשים בעלי מוגבלויות. ראו למשל בארצות הברית *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); בקנדה: *Jana Grekul, Avrey Krahn & Dave Odynek, Sterilizing the "Feeble-Minded": Eugenics in Alberta, Canada, 1929-1972*, 17 J. HIST. SOC. 358 (2004).

13 בחירת בשם התואר "חשוד" נועדה לרמוז למטען האסוציאטיבי המגולם בדוקטרינת השוויון החוקית של בית המשפט האמריקני, המכפיף הבחנות חשודות (למשל על בסיס גזע ולאום) לבחינה השיפוטית המחמירה ביותר. לאימוץ טרמינולוגיה זאת בישראל, ראו ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סדן (2) 1 (2010). על ההמשגה של היחס המשפטי כלפי ההורות הלהט"בית כאל "הורות חשודה", ראו בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים, פס' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (פורסם בנבו, 28.1.2014); חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונורמטיביות – בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים" המשפט ברשת – מבוקי הארות פסיקה 28, 5 (2014) <https://tinyurl.com/yc56okbd>.

14 יש להבהיר כי כוונתי בביטוי "רישיון ההיריון" היא רעיונית בלבד. דהיינו, אין הכוונה שקיים מנגנון רשמי המונע מנשים את היכולת המעשית לממש את כושר ההולדה שלהן בנסיבות נתונות, אלא לכך שהסדר משפטי נתון מנביע את המסר שהריונות מסוג מסוים אינם רצויים. בהתאמה, הדימוי של שליטת הרישיון, כוונתו כי ההסדר המשפטי פועל במישור הסימבולי לסמן הריונות מסוימים כמי שאינם ראויים לגושפנקה חברתית או משפטית מלאה. השליטה היא אפוא במישור הלגיטימיות הרעיונית בלבד.

15 יו לפולט (Hugh LaFollette) הוא מחלוצי הפילוסופים שניסחו הצעה לרישיון הורות, המגביל את זכותו של הפרט הלא-ראוי להביא ילדים לעולם, ראו *Hugh LaFollette, Licensing Parents*, 9 PHIL. & PUB. AFF. 182 (1980). לבחינה ביקורתית של הכשל הלוגי הטמון ברציונל ההגנה על הילד באמצעות מניעת היווצרותו בשל בעיית אי-הזהרות, ראו עליזה אברהם "על מי אמור להגן רישיון ההורות?" מאזני משפט ז 475 (התש"ע). הצעות לרישיון הורות נוסחו גם בקרב פסיכולוגים. ראו למשל Roger W. McIntire, *Parenthood Training or Mandatory Birth Control: Take Your Choice, in Should Parents be Licensed*, 7 PSYCHOL. TODAY 90 (1973). לשימוש במושג "רישיון הורות" בהקשר של המשפחות הלהט"ביות – כדי להביע את הרעיון שהטרנסקסואליות היא מעין רישיון הורות אוטומטי המכפיף כל מי שאינו הטרנסקסואלי לסדרה של תנאי סף, ראו צבי טריגר "רישיון הורות" זכויות הילד והמשפט הישראלי 389 (תמר מורג עורכת, 2010).

מהצעתו השנויה במחלוקת של לפולט, שכן מטרתו אינה להגן על טובת הילד וזכויותיו אלא על טובת הקולקטיב הלאומי, והוא מתייחד באופי ממוגדר המכפיף נשים לפיקוח קפדני ובלעדי, שממנו פטורה הורותם של גברים. "רישיון ההיריון" הישראלי שולל את ההנחה שנשים יהודיות נתבעות להתרבות בכל הנסיבות ומבוסס על התובנה כי הלאמת הרחם הנשי כרוכה לעיתים דווקא בהיאלמותו, וכי מצופה מנשים "חשודות" המפנימות את גודל האחריות הכרוך בתפקיד האימהי-לאומי לפסול עצמן מלכהן כאימהות. אתוס הפרו-נטליזם הבלדני כופר אפוא בצו הקטגורי של אימהות חובה וממירו במודל של אימהות ראויה.

הבניה סוציו-משפטית מעין זו היא כמובן פרויקט הגמוני מקיף, שהמשפט הוא אך אחד מסוכני התרבות הפועלים במסגרתו. מטרתו של הפרויקט היא שימור המבנה המעמדי והחברתי שהתגבש בשנותיה הראשונות של המדינה אל מול סוכני שינוי שונים, אגב שימוש במגוון פרקטיקות משפטיות ותרבותיות. תהליך גרמשיאני מעין זה תואר בפי דני פילק במילים "פרויקט נעשה הגמוני כשתפיסותיו, דרכו לארגן את המציאות ולהבינה, חודרות לכל רובדי החברה: למוסדותיה, לחיי הפרט, למוסר, למנהגים, לדת ולכל היבטי התרבות. מדובר אפוא במערכת של פרקטיקות, משמעויות וערכים, הכוללת ציפיות, אמונות והבנה עד רמת 'השכל הישר' בנוגע לטבעם של האדם והחברה".¹⁶ התוצר, שהמשפט תורם לו, הוא יצירת "שכל ישר" שאין לחמוק ממנו, היגיון הפועל בכל רובדי החברה והנוגע לעצם הבסיס של החלטות האינטימיות ביותר של נשים בישראל – החלטות הנוגעות לזוגיות, להורות ולגידול ילדים. כך נוצרת "דוקסה", במונחי של פייר בורדייה (Bourdieu), שלא ניתן לחמוק ממנה, דהיינו "הדעה היומיומית, הגרסה המובנת מאליה של מצב הדברים, זו שאינה מנוסחת במפורש ומובלעת במהלך הדברים הרגיל".¹⁷

כדי לחשוף את מערך ה"דוקסות" שבבסיס הרגולציה של הרבייה הנשית הפנים-יהודית, המאמר מאורגן לאורכם של שני צמתים על ציר הזמן האימהי: שלב ההתעברות – נקודת העצור מצד אחד – ושלב גידול הילדים – נקודת האל-חזור, מצד אחר. על שתי נקודות קצה אלה חולשים חוק ההפלות ודיני מזונות ילדים ומחלישים את יכולתה של אישה להיות גברת לגופה ולווסת את פריונה כרצונה. חוק ההפלות נושא מסר הצהרתי מרתיע המבחין בין נושאת ההיריון הנורמטיבית לנושאת ההיריון הפתולוגית ופועל למנוע מלכתחילה את אימהותן של נשים "חשודות". דיני מזונות ילדים מתפקדים כ"קנס" רטרואקטיבי של שלילה כספית המעניש בדיעבד אותן נשים שדחו את היתר הפלה ומעלו בחובתן הדמוגרפית באמצעות מימוש אימהותן ללא "רישיון היריון". חוק ההפלות פועל במישור הסמלי ומסתפק בהדחה סימבולית של נשים "חשודות" מקהילת האימהות הנורמטיביות, ודיני המזונות פועלים במישור המעשי ומביאים להרתעתן ולשיעתוק שוליותן של נשים אלה באמצעות הפחתה או שלילה מוחלטת של דמי מזונות מילדיהן. שני סוכנים משפטיים אלה מגלמים אפוא קואליציה רעיונית שבה דיני ההפלות ודיני המזונות משמשים, בהתאמה,

16 דני פילק פופולזים והגמוניה בישראל 29 (2006). כן ראו אנטוניו גרמשי על ההגמוניה: מבחר מתוך "מחברות הכלא" (אלון אלטרס מתרגם, 2009).

17 פייר בורדייה שאלות בסוציולוגיה 118 הערה 3 (אבנר להב מתרגם, 2005).

מנגנון משולב של שומר סף ושומר מאסף, של משטור לכתחילה ובדיעבד, של אמצעי מניעה ואמצעי ענישה, בשירות אידאולוגיית הפיריון הבלדלנית. המסגרת המארגנת של מבנה המאמר מורכבת משלושה חלקים מרכזיים: החלק הראשון יתחקה אחר תהליכי כינונו של מיתוס לאומי בדבר פרו-נטליזם יהודי כוללני. הוא יניח את המסד התאורטי להבנת משוואת האימהות-אזרחות וימקם את הדיון בספרות הסוציו-פוליטית והפמיניסטית הדנה בריבוד המשטרי בישראל ובאזרחותן הממוגדרת של נשים במסגרתו. על רקע זה יוצע ניתוח עומק ביקורתי של חקיקת הפיריון בישראל, אחד השדות המשפטיים המובהקים ביותר ששימשו תרבות גידול לצמיחתו של צו קטגורי בדבר אימהות חובה.

החלקים השני והשלישי של המאמר מוקדשים למלאכת פירוק וניפוצו של המיתוס הלאומי תוך הארתם של הממדים הסלקטיביים, הדיאלקטיים והדר-ערכיים של מדיניות הרבייה הבלדלנית הפנים-יהודית. קיעקוע המיתוס הכוללני וחשיפת האתוס הבלדלני ייעשו באמצעות העמדתם למבחן של דיני הפסקת הריון ודיני מזונות ילדים. החלק השני ישכלל את התובנות החשובות של המחקר הפמיניסטי המקומי שעסק בזכותה של אישה להפסיק את הריונה. הוא יראה כי דיני ההפלה (י) מסבכים את החפיפה הנורמטיבית שבין נשיות לאימהות במלאם תפקיד דואלי בפרו-נטליזם הישראלי: הם מעודדים "כמות" אך זאת כל עוד האישה עומדת ב"תו האיכות" המותקן לאימהות האומה. המהלך הפרשני שאציע מבקש לפענח את הדינמיקה האאוגנית המוצפנת בחוק ההפלות ולחשוף את האופן שבו נוסחו מאפייניו המכוננים של מודל האם הראויה תוך ארגון ההיבטים של הזהות הנשית סביב ציר הניגודים הדיכוטומי של אישה נשואה-בגירה-בראה-אשכנזייה למול אישה רווקה-מבוגרת-מוחלשת-מזרחית.

החלק הרביעי חושף לראשונה את ערוותם של דיני מזונות ילדים כניכוס משפטי מודרני של הגוף הנשי וכמופע רדיקלי של עיגון מבני הכוח הפטריארכליים בדוקטרינה משפטית. קשה לחשוב על נושא שסובל מהזנחה מחקרית בספרות המשפטית והפמיניסטית יותר מדוקטרינת האבהות הכפויה שבדיני המזונות. טענות ל"גנבת זרע" או "הורות במרמה" מתנסחות במהותן כטענות לשימוש לרעה בכוחן הביולוגי ובהונן הרבייתי הייחודי של נשים, ועד לאחרונה הן נתפסו כקוריוז חברתי המשולל לגיטימציה משפטית.¹⁸ בעשור האחרון, עם התגברות הטענות מסוג זה, החל מתהווה בישראל תת-ענף משפטי חדש הנותן ביטוי אידאולוגי גלוי לערכים של פרו-נטליזם בדלני. חלק זה מציע ניתוח עומק דקדקני של דוקטרינת האבהות הכפויה כמהלך התפתחותי בן שלושה דורות של פסיקה: דור של הכחשה, דור של הנכחה ודור של הכרה. עיון ביקורתי בפסקי הדין, על רקע סטייתם משתי פרדיגמות היסוד המגדירות את תפקידי המגדר ההוריים במשפט הישראלי – אימהות-חובה ואבהות ביו-אקונומית – חושף את התהוותה של מהפכה בדיני המשפחה. כפי שאראה,

18 חריג מרכזי לחוסר העניין האקדמי בטענות מסוג אבהות כפויה הוא הכתיבה של פנחס שיפמן מלפני כמה עשורים. ראו פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו – מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" משפטים יח 459 (1988); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל 193 (1995); Pinhas Shifman, *Involuntary Parenthood: Misrepresentation as to the Use of Contraceptives*, 4 INT'L J. L. & FAM. 279 (1990).

חילוץ המוטיבציות השיפוטיות והנחות היסוד הערכיות שעליהן נשענים פסקי הדין מביא לסימון דוקטרינת האבהות הכפויה כזירת התגוששות חדשה שבה המאבק על מזונות הילדים מתנסח במונחים של מי היא אם ראויה ומי היא "אם חשודה". מסקנתו של חלק זה היא כי דיני המזונות הפכו לכלי משפטי חדש לפיקוח ולבקרה על הנסיבות המהוות מימוש לגיטימי של כושר הרבייה הנשי ולמשטור חיי המין ודפוסי הפיריון של נשים באלף השלישי. דיני הפסקת היריון ודיני מזונות ילדים משורגים אפוא זה בזה בקשר עמוק ויוצרים משוואה שלפיה אישה שנכנסה להיריון-ללא-רישיון אך לא השתמשה בהיתר ההפלה – מעלה בתפקידה. מחדל ההפלה גורר הפעלה של דיני המזונות והכפפתה של האישה לקנס ממוני ולגינוי נורמטיבי במהלך של דה-לגיטימציה המוקיע את אימהותה. כך חוברים דיני ההפלות ודיני המזונות יחדיו כדי לסדוק את המונופול הפרו-נטליסטי הכוללני שבמרכזו צו קטגורי של אימהות חובה לטובת כינונו של פרו-נטליזם בדלני המבוסס על מודל דכאני של אימהות ראויה.

א. אזרחות נשית בישראל: על כינונו של מיתוס הפרו-נטליזם הכלל-יהודי

1. משוואת האימהות-אזרחות

שיח האזרחות בישראל הוא מושג מרובד ותלת-שכבתי הבנוי על האדנים הרעיוניים של הליברליזם, האתנו-לאומיות והרפובליקניזם. לפי הטיפולוגיה שהציע יואב פלד, שכבת הבסיס של האזרחות עניינה שיח ליברלי של זכויות אזרחיות, פוליטיות וחברתיות הפועל להפרדת היהודים והפלסטינים שהם אזרחי ישראל מן הפלסטינים שבשטחים הכבושים, שאינם אזרחי ישראל. השכבה השנייה עניינה שיח אתנו-לאומי של הכללה והדרה המבקש לבדל את אזרחיה היהודים של המדינה מאזרחיה הלא-יהודים ולהציב כל אחת מהקבוצות בצד האחר של המתרס הלאומי. השכבה השלישית עניינה שיח רפובליקני של מטרות קהילתיות ומידה טובה אזרחית המובא כדי לספק לגיטימציה הסברית למיקומיהן המובחנים של קבוצות שונות בסולם המעמדי הפנים-יהודי. בבסיסו של שיח זה מונחת התפיסה כי היקף הזכויות הקנויות לאזרחי המדינה היהודית תלוי במידת תרומתם להגשמת החזון הציוני. לפי קו חשיבה זה, השוני באיכות התרומה למדינה נתפס כמצדיק מתן מעמד אזרחי משני ומופחת ל"אחרים" בקהילה השיוכית על בסיס מגדרי ועדתי, קרי לנשים לעומת גברים ולמזרחים לעומת אשכנזים.¹⁹

מאמר זה מקבל כהנחת מוצא תאורטית את המשגתה של ישראל כמדינה המעודדת מודל של "רפובליקניזם אזרחי", תפיסת עולם שביסודה הרעיון שהאזרח צריך להיות בעל

19 ראו יואב פלד "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל" תיאוריה וביקורת 3, 21 (1993); Yoav Peled, *The Evolution of Israeli Citizenship: An Overview*, 12 CITIZENSHIP STUD. (2008); (להלן: Peled, *The Evolution of Israeli Citizenship*); יואב פלד "אזרחות" אי שוויון 31 (אורי רם וניצה ברקוביץ' עורכים, 2006) (להלן: פלד "אזרחות"); Gershon Shafir & Yoav Peled, *Citizenship and Stratification in an Ethnic Democracy*, 21 ETHNIC & RACIAL STUD. (1998). 408.

מעלות אזרחיות שעל המדינה לעודד באופן אקטיבי.²⁰ נקל לראות כיצד תפיסה אקטיבית של תפקיד המדינה כמעצבת את תודעתם של אזרחיה חורגת מן הבסיס של הרפובליקניזם האזרחי הדמוקרטי, שאותו תיאר מנחם מאוטנר כמבוסס על "תפיסה של החירות הפוליטית כמתקיימת מקום שאזרחי המדינה אינם מוכפפים לאינטרסים פרטיקולריים, אלא לטוב משותף הנקבע על-ידיהם בהתדיינות פוליטית חופשית, שבה הם משתתפים על בסיס שוויוני".²¹ כך הופך המנגנון המדינתי החפץ במיצוי המעלות האזרחיות לכלי שרת בידי בעלי אינטרסים פרטיקולריים לשמירת ההגמוניה שלהם תוך קביעת ה"דוקסה", דהיינו הראייה הקונצנזואלית שאותה קובעת השכבה ההגמונית, כמסגרת שאין לחרוג ממנה. הגם שבמוקדו של מאמר זה עומד רעיון האזרחות הרפובליקני, שני שיחי האזרחות האחרים ממלאים אף הם תפקיד חשוב בכינון תנאי הסף לרכישת אזרחות נשית מלאה בחברה הישראלית. כפי שהראה המחקר הפמיניסטי הביקורתי, מושג "אזרחות הרבייה" הנשית הוא גורם מכריע להיכללות בקולקטיב היהודי או להדרה ממנו, והוא מושפע השפעה ייחודית מאופייה של ישראל כדמוקרטיה ליברלית ואתנו-רפובליקנית.²² כך, האופי המנדטורי של האימהות והילודה הוא תוצר של תהליך הלידה ההיסטורי של ישראל כמדינת לאום המורכבת מאוכלוסייה מוכת-שואה ומשלד אזרחי בעל הטרוגניות אתנית, שבו העם הפלסטיני הוא מיעוט מספרי לא מבוטל המאיים על הדמוגרפיה היהודית מבית ומחוץ.²³ החשש הציוני מילודה לא-יהודית אף הועצם לנוכח קימומה של ישראל כ"דמוקרטיה אתנית", דהיינו מבנה משטרי המעניק יתרון מובנה לבני הקבוצה האתנית היהודית תוך

20 תפקידה של המדינה במסגרת הרפובליקניזם האזרחי, נשען על תפיסת חירות שונה מזו של שיח הזכויות הליברלי. לדיון ראו MICHAEL J. SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT 5 (1996). לניתוח נורמטיבי, הקושר בין דירוג קבוצות שונות באוכלוסייה לפי מידת שייכותן לאזרחות הדומיננטית בחברה, לבין המידה הראויה של זכאותן להגנה מפני הפליה ראו למשל מיטל פינטו "מהותן של השוויון המהותי בעקבות עניין פרויד'אנסקי" משפט ועסקים טז 109, 144–145 (2013).

21 מנחם מאוטנר "משבר הרפובליקניות בישראל" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 562, 559 (2012). אני מוצאת עניין רב בהבחנתו של מאוטנר כי הרפובליקניזם בישראל מצוי במשבר, והוא פינה מקומו ל"ליברליזם של קבוצות אינטרס". עם זאת, לשיטתי, התפיסה הרפובליקנית ככלי לכפיית תפיסה הגמונית על קבוצות מיעוט (למשל ערבים, נשים ומזרחים) עדיין קיימת במידה רבה בשיח הציבורי הישראלי, באופן החורג מן המשבר שמתאר מאוטנר – הרואה ברפובליקניזם האזרחי תופעה חיובית בעיקרה (שם).

22 למושג "אזרחות הרבייה" כמבטא את הקשר החדש בין המדינה לאזרחיותה ראו Bryan S. Turner, *The Erosion of Citizenship*, 52 BRIT. J. SOC. 189, 196–198 (2001). לכתובה פמיניסטית נוקבת, המבקרת את ניכוס מנגנוני הרבייה הנשיים לטובת הפרויקט הלאומי של בינוי האומה, ראו ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא", לעיל ה"ש 8, בעמ' 287; ניצה ברקוביץ "אזרחות ואמהות: מעמדן של הנשים בישראל" ישראל – מחברה מגויסת לחברה אזרחית, 206, 211–220 (יואב פלד ועדי אופיר עורכים, 2001), העומדת על הקשרים בין סוגי האזרחות השונים והשפעתם על מעמדן של נשים.

23 הכתיבה על מקורותיו ההיסטוריים, התרבותיים והדמוגרפיים של הפרונטליזם בישראל היא ענפה ביותר. ראו למשל עמיה ליבליך "סדר נשים: אמהות חד-הורית מבחירה בישראל" אמהות: מבט מהפסיכואנליזה וממקום אחר 214, 227 (אמיליה פרוני עורכת, 2009); ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא", לעיל ה"ש 8, בעמ' 281; גולדין, לעיל ה"ש 5; אורנה דונת "פרו-נטליזם סדוק: נרטיבים של הולדה ואי-הולדה בישראל" סוציולוגיה ישראלית יא 417, 423–424 (2010) (להלן: דונת "פרו-נטליזם סדוק"); דלילה אמיר ודוד נבון הפוליטיקה של הפלות בישראל 8 (1989).

הקניית שוויון זכויות פורמלי למיעוט הערבי-פלסטיני לצד הבנייתו כאיום דמוגרפי שיש לרסנו.²⁴ על רקע זה צמח הנרטיב הלאומי-ציוני ההגמוני, המקדם ערכים יהודיים-תרבותיים של פרייה ורבייה בשם תפיסה מסורתית של מוסד המשפחה, והרואה ברחם היהודי משאב כוח לאומי הנחוץ הן כדי לשמר מאזן דמוגרפי יציב של רוב יהודי פנימי והן כדי לשמש מאגר חיול פוטנציאלי להגנת המדינה מפני אויב חיצוני.²⁵

כך המשטר הסוציו-פוליטי בישראל – על מאפייניו ההיסטוריים והאידיאולוגיים ועל כוחותיו הדומיננטיים בדמות המיליטריזם והפמיליזם – היה בעוכרי הפמיניזם ותרם לשגשוג פוליטיקה של פרו-נטליזם ולכינונו של חוזה חברתי ממוגדר שבו נשים וגברים נהנים מאפיקי תרומה מובחנים לרכישת אזרחות רפובליקנית.²⁶ בפשטות, לגברים מיועד תפקיד צבאי ולנשים תפקיד רבייתי, ויחד הם נכללים בקולקטיב הלאומי כאזרח-לוחם וכאזרחית-רחם.²⁷ אכן, השירות הצבאי אצל גברים וכוח ההולדה אצל נשים הושוו בעקיבות כנתיבים מקבילים לקידום המפעל הציוני ולהבטחת חברות מלאה בקהילה.²⁸

24 לפיתוחו של מונח זה ראו Sammy Smooha, *Ethnic Democracy: Israel as an Archetype*, 2 ISR. STUD. 198 (1997). גישה זו היא נקודה על רצף בין המשגתה של ישראל כ"אתנוקרטיה" המרוחקת ממודלים דמוקרטיים (אורן יפתחאל, אסעד גנאם ונדים רוחאנה "האם תיתכן 'דמוקרטיה אתנית'? יהודים, ערבים-פלסטינים והמשטר הישראלי" ג'מאעה ו 58 (התש"ס) – דרך ראייתה כ"דמוקרטיה אתנית" בנוסח שעליו מדבר סמוחה (Smooha, שם) או כדמוקרטיה שבה "כתמים" בנימין נויברגר "דמוקרטיה עם ארבעה כתמים" פנים 9, 104 (1999)) – לבין יציאה להגנתה כדמוקרטיה במלוא מובן המילה (אמנון רובינשטיין ואלכסנדר יעקובסון ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודי וזכויות האדם (2003)). מובן שמאמר זה אינו מתיימר לקבוע מסמרות בשאלה זו, אך לצורכי המאמר, המיקום על פני הרצף התאורטי של ישראל כ"דמוקרטיה אתנית" נוסח סמוחה נראה כמספק הסבר עקיב יותר לתופעות המתוארות במאמר ותואם את ההנחות התאורטיות שבבסיסו.

25 דונת "פרו-נטליזם סרוק", לעיל ה"ש 23, בעמ' 423; Nir Yuval-Davis, *Woman/Nation/State: The Demographic Race and National Reproduction in Israel*, 21 RADICAL AM. 37, 55 (1987) (להלן: Yuval-Davis, *Demographic Race*); Berkovich; לעיל ה"ש 8, בעמ' 606; Daniel Sperling, *Commanding the 'Be Fruitful and Multiply' Directive: Reproductive Law and Policy in Israel*, 19 CAMBRIDGE Q. HEALTHCARE ETHICS 363, 364 (2010); כרמל שלו "טכנולוגיות פריון וגנטיקה בישראל" ביר-אתיקה כחול לבן 140, 144 (גיל סיגל עורך, 2015).

26 לכתיבה מייצגת על המיליטריזם בחברה הישראלית, ראו ברוך קימרינג "מיליטריזם בחברה הישראלית" תיאוריה וביקורת 4, 123 (1993). לטקסט קלאסי על מרכזיותו של הצבא והמיליטריזם בהבניית אזרחותן הנחותה של נשים ראו Dafna Izraeli, *Gendering Military Service in the Israeli Defense Forces*, 12 ISR. SOC. SCI. RES. 129 (1997) בקווים כלליים PORTUGESE, לעיל ה"ש 3; פלד "אזרחות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 34–35; מלמד ושנהב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 133–134.

27 ראו Peled, *The Evolution of Israeli Citizenship*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 335–336, 340–339; Delila Amir & Orly Benjamin, *Defining Encounters: Who Are the Women Entitled to Join the Israeli Collective?*, 20 WOMEN'S STUD. INT'L F. 639, 641 (1997); לעיל ה"ש 22, בעמ' 197; נויה רימלט הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה: המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובארצות הברית 130 (2010) (להלן: רימלט הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה).

28 המונופוליציה של גוף הרבייה הנשי דומה במידה רבה לניכוס הצבאי של גוף הגבר הישראלי. למשל, בדיונים על חוק שירות ביטחון, התש"ט–1949, נתן דוד בן-גוריון ביטוי למוסכמה הרווחת, שלפיה "מעבר לאימהות – דין אישה כדין אדם", והשווה עריקות גברית למעמדה של אישה שלא העמידה לפחות ארבעה צאצאים בריאים (ד"כ 2, 1568, 1569–1568 (התש"ט)). אפילו השיח האימהי נוקק

לאשרורו של החוזה החברתי סייע הגיבוי של הגות פמיניסטית מקומית שבמשך שנים רבות קיבלה את ההגמוניה של האידאולוגיה הפרו-נטליסטית כמעט ללא עוררין וסייעה להבנייתה של הכרחיות האימהות כמסמן של קיום נשי-אנושי שלם ואותנטי.²⁹ רק בעשורים האחרונים חלחלו אל השיח הפמיניסטי הישראלי תובנות נון-נטליסטיות וחתרניות, בהשראתן של תאורטיקניות מערביות פורצות דרך שקראו תיגר על הקשר שבין נשיות לאימהות.³⁰ אבן הפינה התאורטית הונחה לראשונה במחצית השנייה של המאה העשרים בכתיבתה של ההוגה האקזיסטנציאליסטית סימון דה-בובואר. דה-בובואר זיהתה את כושר ההולדה הנשי כתהליך ביולוגי משולל טרנסצנדנטיות או חירות הגוזר על נשים להיות "מרותקות לגופן", ואת התפקיד האימהי כגורם המערער על קיומה של האישה כסובייקט חופשי ועצמאי והעומד בשורש דיכוייה המגדרי כ"המין השני".³¹ עם סימני הדרך המרכזיים בפילוסופיה הפמיניסטית הביקורתית על האימהות ניתן למנות גם את משנתה של שולמית פיירסטון על "רודנות הרבייה", אשר ביקשה להפוך את הציווי האימהי-הקטגורי שבמרכזו ניכוס ונישול הגוף הנשי לאיווי מותנה וולונטרי שכפוף לשליטה נשית. פיירסטון קראה לשחרור נשים מעריצות שיעתוקן של המין האנושי באמצעות שיעתוק מלאכותי מכוח טכנולוגיות פרוץ ובשיתוף החברה בכללותה בכיצוע עבודת ההורות.³² בין האמהות המייסדות של הזרם הביקורתי על מוסד האמהות בולטת גם תרומתה התאורטית של אדריאן רייץ, שזיקקה את ההבחנה בין שני פניה של האימהות, כמוסד וכחוויה, וראתה במוסד

טרמינולוגיה צבאית – המונח שמירת היריון למשל לקוח מן הז'רגון הצבאי שמתייחס לחובת השמירה. ראו SUSAN SERED, WHAT MAKES WOMEN SICK? MATERNITY, MODESTY AND MILITARISM IN ISRAEL, *Sperling; ISRAELI SOCIETY* 62 (2000), לעיל ה"ש 25, בעמ' 364. כן ראו סיגל גולדין "אנורקסיה בישראל או 'אנורקסיה ישראלית'? כמה הערות על 'תסמונת תלוית-תרבות' בהקשר גלוקלי" סוציולוגיה ישראלית ד 105, 132 (2002) ("מה שגברים עושים בצבא, נשים עושות באימהות"); Omi Morgenstern-Lesinner, *Hospital Birth, Military Service, and the Ties that Bind Them: The Case of Israel*, 12 *NASHIM* 203 (2006).

29 ראו למשל דלילה אמיר הפלות כסוגיה מושתקת בישראל: על פרספקטיבה פמיניסטית ובין-לאומית ועל דילמות ממסדיות ואישיות 277 (2015) (להלן: אמיר הפלות כסוגיה מושתקת בישראל) ("הפמיניזם הישראלי נבדל מהפמיניזם הליברלי הקלאסי בערך החברתי הרב שניתן לאמהות"); ליאורה בילסקי "פמיניזם ומשפחתיות בישראל: קריאה חדשה במגילת רות" על אהבת אם ועל מורא אב – מבט אחר על המשפחה 194, 219 (אביעד קליינברג עורך, 2004) (המצביעה על "הקושי של הפמיניזם הישראלי להיחלץ מן הראייה המסורתית של האשה כאם ורעה"). כן ראו השילוני-דולב, לעיל ה"ש 6; ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא", לעיל ה"ש 8; גולדין, לעיל ה"ש 5; Nira Yuval-Davis, *The Bearers of the* (1985) 15 *FEMINIST STUD.* 11 *Collective: Women and Religious Legislation in Israel*; אורלי בנימין "תמר הגר: 'בכוונה תחילה' סוציולוגיה ישראלית יד 212, 213 (2012) (המציינת את "התפיסה השלטת בישראל, הסוגדת למוסד האמהות כאילו היו לו היבטים חיוביים וטהורים בלבד").

30 ראו למשל נויה רימלט "אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט בין אידיאל השוויון למציאות האמהית" משפטים לט 574, 584–585 (2010) (להלן: רימלט "אמא טובה, אמא רעה").

31 סימון דה-בובואר (Simone de Beauvoir) היא אולי התאורטיקנית הפמיניסטית הראשונה בעת המודרנית שהציעה ניתוח עומק של מוסד האימהות וחשפה את השלכותיו הדכאניות על נשים (ראו למבט כללי סימון דה בובואר המין השני (שרון פרמינגר מתרגמת, 2001)).

32 SHULAMITH FIRESTONE, *THE DIALECTIC OF SEX: THE CASE FOR FEMINIST EVOLUTION* (1970) (לשיטתה, תפקידן של נשים כוולדניות וכמגדלות ילדים הוא שתרם לסירוסן ולנישולן ממוקדי הכוח והותרתם בידיים גבריות. לפיכך, שוויון מגדרי לא ייכון ללא שחרור נשים מאימהות).

האימהי מבנה חברתי שתביעותיו הנורמטיביות כופות על נשים להתכחש למכלול הרבדים של אישיותן ומקפחות את זכותן להגשמה עצמית, למימוש אישי ולשוויון מגדרי.³³ לאחרונה אף ניכרת השפעתה של תאוריית "התלות הנגזרת" שניסחה מרתה פיינמן כדי להנכיח את העוול הכרוך במחירים הממוגדרים שנשים המטפלות בילדים נדרשות לשאת בהם והגוזרים עליהן מעמד של מצוקה ותלותיות.³⁴ אולם למרות פריצת הדרך התאורטית בהתייחסות לתפקיד האימהי בשיח הפמיניסטי המערבי, עד היום ישנן עדויות מעטות בלבד לסדקים שנפערו בפרדיגמה הפרו-נטליסטית בספרות המחקר ובשיח הציבורי בישראל.³⁵ מאמר זה מבקש להוסיף נדבך אנליטי ועיוני להעשרת המחקר הפמיניסטי הקיים, הבוחן בפריזמה ביקורתית את ההבניה המשפטית של מוסד האימהות ומפרק את הנחות היסוד המהותניות והפטריארכליות שעליהן הוא נשען.³⁶ התזה שביסוד מאמר זה מבקשת "לעדכן" את העיסוק הפמיניסטי הישראלי ברוח ההתפתחויות התאורטיות שחלו בפמיניזם הפוסט-סטרוקטורליסטי והפוסט-מודרני, המעבירות את מרכז הכובד האקדמי מניתוח יחסי הכוח הבין-מגדריים בין גברים לנשים לניתוח היחסים הפנים-מגדריים. הפמיניזם האנטי-מהותני קורא לפיתוח תפיסה של שילוב מיצבים (intersectionality), המכירה בזהות הממוקפת של נשים והחושפת את הדיכוי הרב-ממדי שממנו סובלות אלה המשתייכות לקטגוריות זהות מצטלבות במנעד המעמדות הנשי.³⁷ ברוח תובנות אלה אני טוענת כי

33 אדריאן ריץ' ילוד אישה (כרמית גיא מתרגמת, 1989).

34 מרתה פיינמן (Martha Fineman) מבחינה בין תלות טבעית לתלות נגזרת – שהיא תולדה של מציאות ממוגדרת שבה נשים הן האמונות על מלאכת הטיפול במי שאינם יכולים לטפל בעצמם (MARTHA A. FINEMAN, THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES 161–166 (1995); Martha A. Fineman, *Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency*, 8 J. GENDER & SOC. POL'Y & L. 13, 20–22 (2000)). להצגת מגוון הצבעים בקשת הפמיניסטית בנוגע לאימהות ראו FEMINIST THEORY (Joyce Trebilcock ed., 1983). כן ראו זיוה ברונר "קולה של אמא, או: דיאלקטיקות של תודעה עצמית" זמנים 46, 4 (1993). לניסיון לסינתזה בין הגישות הפמיניסטיות השליליות והחיוביות כלפי האימהות ראו Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. CHI. L. REV. 1 (1988).

35 אחת הדוגמאות הבודדות לכתיבה אקדמית המאגרת את האבסולוטיזם הפרו-נטליסטי בישראל היא של דונת (דונת "פרו-נטליזם סדוק", לעיל ה"ש 23). מעניין כי לפי נתוני המחקר, ערעור השיח הפרו-נטליסטי ההגמוני נעשה כמעט בלעדית בידי יהודים אשכנזים, ולא בידי יהודים מזרחים (ראו שם, בעמ' 420–421, 435; כן ראו את המקורות המובאים בדפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושין 58–59 (2008)).

36 ראו למשל ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא", לעיל ה"ש 8; רות הלפרין-קדרי "שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחסי אם-עובר ושימוש בסמים על-ידי נשים הרות" פלילים ו 261 (התשנ"ח); דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח 903 (2005) (להלן: הקר "רווקות כאפשרות חשובה לנשים"); רימלט "אמא טובה, אמא רעה", לעיל ה"ש 30.

37 ההגות האנטי-מהותנית התמקדה בראשיתה בשילוב שבין מגדר לגזע ובוהות הממוקפת של נשים שחורות כסובלות מדיכוי כפול ומשולש (על בסיס מגדר, גזע ומעמד), ולאחר מכן התפתחה לעבר שקלול מיצבים אחרים, כגון בחינת הדיכוי הייחודי שאליו כפופות נשים לסביות בעקבות השילוב שבין הפליה מגדרית להומופוביה. לדיון ראו למשל Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist*

הכסות הכוללנית של הצו הקטגורי בדבר אימהות חובה מטשטשת את המציאות התוך-מגדרית הפנים-לאומית המרובדת של מודל האם הראויה. כאמור, אתוס הפרו-נטליזם הבדלני מדגיש ומבחיץ בין קטגוריות מעמדיות ממיינות ומתייגות של נשים "ראויות" ונשים "חשודות", ובכך הוא מכונן מעין "רישיון היריון" הפוסל את אימהותן של נשים יהודיות מוחלשות בצומת שבין מין ומגדר לבין מיצבים אישיים אחרים, כגון מוצאן האתנו-מעמדי, מעמדן האישי, גילן, נטייתן המינית או מוגבלותן. נדבך תאורטי זה סובל מתת-פיתוח במחקר הישראלי בשל התפיסה שבה שבויה ברובה הספרות הסוציו-משפטית שלפיה כלל הנשים היהודיות לכאורה מצוות להתרבות.³⁸

הפרקים הבאים ינתחו את השיח המשפטי האנטי-רבייתי העוסק בנשים "חשודות" מבעד לפמיניזם של ההצטלבויות. אך לפני כן יש לדון בהתהוותו ובאופני פעולתו של מיתוס הפרו-נטליזם הכוללני, המשקיף על נשים יהודיות כקטגוריה אחידה ולא מובחנת שחברותיה נתפסות, כולן כאחת, כאמהות לגיטימיות.

2. מחויבות להתרבות: על הפוליטיקה של חוקי הפרייון

סוכני חברות ואכיפה רבים, ובהם המשפט, מילאו תפקיד מפתח בהשתרשותו של פרו-נטליזם כוללני שבמרכזו צו קטגורי של אימהות חובה.³⁹ משוואת האימהות-אזרחות, הגוזרת על נשים בחירה בינארית בין אימהות לאי-מהות, החלה להתקבע כבר בתקופה הפורמטיבית של קום המדינה. הן החקיקה הנשית (חוק שיווי זכויות האישה) והן החוק הגברי (חוק שירות ביטחון) כוננו את אותו פרוטוטיפ של אישה יהודייה – זאת שמשולבת אל תוך הקולקטיב הישראלי דרך רחמה, דרך משימתה הלאומית כאם האומה.⁴⁰

אך דומה שיותר מכל משטר נורמטיבי אחר, הצו הקטגורי של אימהות חובה משוקע במפעל הרגולטורי של טכנולוגיות הפרייון. לפי כל מדד שאומד משפחתיות, ישראל נחשבת ל"אלופת הפרייון" בקרב מדינות מפותחות, מתנאה בשיעורי נישואין גבוהים ובשיעורי גירושין נמוכים, והיא שיאנית בשיעורי ילודה (עם יותר משלושה ילדים בממוצע לאישה).⁴¹

38 (1990) 581 *Legal Theory*, 42 STAN. L. REV.; אמיר הפלות כסוגיה מושקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 29-30.

39 ראו ביקורתם הנוקבת של מלמד ושנהב (לעיל ה"ש 4), המאתגרים את תפיסת הלאומיות של מדיניות הפרייון הישראלית ורואים בה כמונעת גם מיחסי כוח עדתיים בין מזרחים לאשכנזים. כן ראו הש, לעיל ה"ש 9.

40 לדיון מקיף ראו Karin Carmit Yefet, *Born to be a Mother: Anatomy, Autonomy, And Substantive Citizenship for Women in Israel*, 39 HARVARD J. L. & GENDER 257, 262-269 (2016); הקר "רווקות כאפשרות חשובה לנשים", לעיל ה"ש 36, בעמ' 920. על תפקיד האישה כאם נכתב רבות בספרות המחקרית המקומית והבין-לאומית. למדגם חלקי בישראל ראו ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא", לעיל ה"ש 8; רימלט "אמא טובה, אמא רעה", לעיל ה"ש 30.

41 לניתוח מאיר עיניים של שני חוקים אלה, ראו ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא", שם.

42 ראו הקר "רווקות כאפשרות חשובה לנשים", לעיל ה"ש 36, בעמ' 928; נדב פרץ "הפקרה של אבות כהשגחה על משפחות: אבות בשיח החקיקתי הישראלי" *מדינה מפקירה, מדינה משגיחה* 271, 272-271 (חנה כ"ץ וארו צפדיה עורכים, 2010); Michal Tamir & Dalia Cahana-Amitay, *The Hebrew Language Has Not Created a Title for Me: A Legal and Sociolinguistic Analysis of New-Type Families*, 17 J. GEN. SOC. POL'Y & L. 545, 589 (2009); Larissa I. Remennick, *Childless in the*

מחקרים עקיבים מצאו כי ישראל מתייחדת ממדינות בתר-תעשייתיות אחרות בכך שמשפחתיות ממוסדת – במובנה כהבניית הנישואין כמסגרת לגיטימית הכרחית לגידול ילדים – עודנה חלק מהצופן הגנטי של הסדר החברתי.⁴² גם השיעור הנמוך של לידות שלא במסגרת הנישואין והשיעור הזניח יחסית של משפחות חד-הוריות מחזק את מבנה המשפחה המסורתית כמסמן של נורמטיביות ישראלית.⁴³ לכך יש להוסיף את העובדה כי בישראל כמעט שאין מוכרת התצורה המשפחתית של זוג ללא ילדים או תופעת האל-הורות שהחלה רווחת בעולם המערבי,⁴⁴ והוא הדין במשפחה הבתר-משפחתית, הממקמת את זכויות הפרט ואת חופש הבחירה שלו במרכז.⁴⁵

באקלים תרבותי שבו אי-פוריות מוגדרת "נכות חמורה", נגישותן של טכנולוגיות הולדה מלאכותיות והשימוש הרב שנעשה בהן הם חסרי תקדים לפי כל קנה מידה השוואתי:⁴⁶ מספר הקליניקות לפוריות לנפש בישראל הוא הגדול ביותר בעולם,⁴⁷ ונשים ישראליות הן שיאניות עולמיות בצריכת טיפולי פוריות. ישראל היא המדינה היחידה שמציעה מימון מלא

Land of Imperative Motherhood: Stigma and Coping among Infertile Israeli Women, 43 SEX ROLES 821, 822 (2000); Larissa I. Remennick & Rosie Segal, *Socio-Cultural Context and Women's Experiences of Abortion: Israeli Women and Russian Immigrants Compared*, 3 CULT., HEALTH & SEXUALITY 49, 52 (2001); Larissa I. Remennick & Amir Hetsroni, *Public Yael ; Attitudes About Abortion in Israel: A Research Note*, 82 SOC. SCI. Q. 420, 422 (2001) Hashiloni-Dolev, *Between Mothers, Fetuses and Society: Reproductive Genetics in the Hashiloni-Dolev, Between* (להלן: *Israeli-Jewish Context*, 12 NASHIM 129, 130 (2006) *Mothers*).

42 ראו סילביה ביזאוי "משפחות בישראל: מגמות ומאפיינים" כוורת 12, 13–14 (2009); סילביה פוגל-ביזאוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מגדר פוליטיקה 107, 113–115, 155–159 (גירור רזון עורך, 1999) (המציינת כי מגמות פוסט-מודרניות פסחו במידה רבה על תהליכים משפחתיים בישראל).

43 ראו שם, בעמ' 13–14; פרץ, לעיל ה"ש 41, בעמ' 271. עם זאת יש לציין כי ישראל מתייחדת בכך שנשים רווקות משתמשות באימהות כערוץ לגיטימי לשדרוג מעמדי; המעבר מזהות נשית לזהות אימהית מבטא המרה של סטטוס שולי בכבוד חברתי. ראו לאחרונה ליבליך, לעיל ה"ש 23, בעמ' 220. הוא הדין בנוגע לזוגות בני אותו המין המנסים להטעין את יחסיהם בלגיטימציה דרך מסלול ההורות. ראו זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?" *משפטים על אתר* 1, 20–21 (התשע"ה) (להלן: זפרן "הזכות להורות בישראל") (<http://bit.ly/2T8oQhN>; רות זפרן "אמהות יש גם שתיים – הגדרת אמהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351 (2008).

44 משפחה מדרגם זה ידועה בשם DINK (double income no kids) (ראו דונת "פרו-נטליזם סרוק", לעיל ה"ש 23, בעמ' 434).

45 על המשפחה הבתר-משפחתית (post familial-family) ראו, ELISABETH BECK-GERNSHEIM, *REINVENTING THE FAMILY: IN SEARCH OF NEW LIFESTYLES* (2002).

46 ראו Hashiloni-Dolev, *Between Mothers*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 130; KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' Tsipy Ivry, *Ultrasonic Challenges to Pro-Natalism*, in KIN, GENE, COMMUNITY: 3 REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 174, 175 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli eds., 2010) (אי-פריון נתפס כ"טרגדיה שאי אפשר לשאתה").

47 Yael Hashiloni-Dolev, *Genetic Counseling for Sex Chromosome Anomalies (SCAs) in Israel and Germany: Assessing Medical Risks According to the Importance of Fertility in Two Cultures*, 20 MED. ANTHROPOLOGY Q. 469, 480 (2006) (להלן: Hashiloni-Dolev, *Genetic Counseling*) (חוקי רבייה ושירותי פריון משקפים את העובדה שההורות מוערכת מאוד בישראל).

לטיפול פוריות והפריה חוץ-גופית, כולל מספר לא מוגבל של מחזורי טיפול עד ללידת שני ילדים מבין הזוג הנוכחי.⁴⁸ שיקולי טובת האומה, ולא טובת האישה, הנחו את מדיניות המימון הנדיבה. כפי שהסביר שר הבריאות דאז מוטה גור, טיפולי הפריה הם יקרים, אך לקלוט עלייה יהודית יקר אף יותר.⁴⁹ הדיון שהתקיים בשנת 2004 בנושא זה בכנסת, ששקלה את אפשרות הקיצוץ במימון טיפולי הפריה, חושף חשיפה נדירה את הגיונו המוגזע של פרויקט הפרו-נטליזם הברדלני. חברי כנסת שהתנגדו למהלך בחרו להנגיד את עלות טיפולי הפוריות לעלות העלייה האתיופית דווקא, שבמקומה הם קראו לעידוד "ילודה פנימית" על פני הגירה חיצונית, בשם ערכים של כלכלה דמוגרפית.⁵⁰

המהפכה הביור-חברתית פעלה כחרב פיפיות לשיעתוק "פולחן הפוריות"⁵¹ ולהשרשת משטר של אימהות חובה כצו קטגורי שעליו מושתתת אזרחות נשית נורמטיבית.⁵² מחקרים סוציולוגיים תיעדו בעקיבות אקלים של לחץ חברתי שבו נשים חשות מחויבות להפקיר את גופן לטיפול פוריות מייסרים כדי לחמוק מתיגו שלילי של חריגות ואחרות.⁵³ טכנולוגיות הפריון הן אפוא פרקטיקות גוף ממשמעות וממשטרות, ההופכות את הגוף הנשי, במונחי

- 48 ראו Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli, *Reproductive Technologies Among Jewish Israelis: Setting the Ground*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 1, 17 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Elly, 363; בעמ' 177; Sperling; לעיל ה"ש 25, בעמ' 363; Ivry; Carmeli eds., 2010) לעיל ה"ש 46, בעמ' 177; לעיל ה"ש 41, בעמ' 824, 839; Larissa I. Remennick, *Between Reproductive Citizenship and Consumerism: (in Israel Attitudes Towards Assisted Reproduction Technologies among Jewish and Arab Israeli Women*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 317, 319 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli eds., 2010). ראו גם Remennick, *Childless in the Land of Imperative Motherhood*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 16.
- 49 דברים אלה מצוטטים אצל Alison Solomon, *Anything for a Baby: Reproductive Technology in Israel*, in CALLING THE EQUALITY BLUFF: WOMEN IN ISRAEL 102, 103 (Barbara Swirski & Dafna Birenbaum-Carmeli, *Cheaper than a Newcomer: On* כן ראו Martin P. Safir eds., 1991) *the Social Production of IVF Policy in Israel*, 26 SOC. HEALTH & ILLNESS 897 (2004) (להלן: Birenbaum-Carmeli, *Cheaper than a Newcomer*).
- 50 לניתוח דיוני הכנסת בוועדת הכספים ובוועדה למעמד האישה, בנושא הקיצוץ המוצע במימון טיפולי הפריה במסגרת הדיון על חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004, ראו גולדין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 190-191.
- 51 הכותבת הראשונה להתייחס ל"פולחן הפוריות" כחלק מביקורת פמיניסטית על התנועה הציונית היא לסלי היילטון (ראו היילטון, לעיל ה"ש 7).
- 52 ראוי להבהיר כי הטענה אינה שהצו הקטגורי של אימהות החובה נוצר יש מאין, וכי בלעדיו לא היו נשים הופכות לאימהות בישראל. אין איש/ה הכופר/ת בהיותה של הכמיהה להורות רגש אנושי בסיסי בכל התרבויות הקיימות. הטענה היא כי הפרויקט ההגמוני שיצר את הצו הקטגורי בדבר אימהות החובה מעצים רגש זה בתהליך של היוזן חיובי חוזר ומשתמש בו לצרכיו.
- 53 ראו Larissa Remennick, *The Quest After the Perfect Baby: Why Do Israeli Women Seek Prenatal Genetic Testing?*, 28 SOC. HEALTH & ILLNESS 21 (2006) *Childless in the Land of Imperative Motherhood*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 835-836. עוד ראו הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 927-928.

של פוקו, לגוף כנוע וממושמע ולאובייקט של שליטה ופיקוח.⁵⁴ למרות זאת השיח הפמיניסטי הדומיננטי בישראל מתנגד התנגדות כמעט גורפת להגבלות שבשם ערכי ההגנה על נשים מגבילות את נגישותן לטיפולי פוריות. במילים אחרות, בבחירה של הפמיניזם בין פטרנליזם לפרו-נטליזם, האחרון עדיף.⁵⁵

הצד האפל של פולחן הפוריות מתבטא אף בהיעדר סיבסוד של אמצעי מניעה וטיפולים לצמצום הילודה.⁵⁶ על כך יש להוסיף כי היסטורית, נשים ערביות-פלסטיניות היו למוטבות היחידות של מדיניות המימון של אמצעי מניעה, זכאות שנשללה מנשים יהודיות.⁵⁷ מדיניות זאת הייתה לאחד הגילומים המפורשים היחידים לפרו-נטליזם סלקטיבי נוכח-נפקד שלרוב נותר עקיף וסמוי מן העין, החפץ ביקרו של הרחם היהודי ומבנה את הרחם הערבי כאיום לאומי.

המשפט הישראלי נטל חלק אקטיבי בהפיכת ישראל למעצמת פריון. ישראל נותנת גושפנקה לטכניקות הולדה מלאכותיות האסורות ברבות ממדינות העולם, כגון תרומת ביציות ועוברים, הקפאת עוברים והפריה של יותר מביצית אחת ללא חובה להחזיר לרחם

54 Sandra L. Bartky, *Foucault, Femininity, and the Modernization of Patriarchal Power*, in ראו FEMINISM AND FOUCAULT: PATHS OF RESISTANCE 61 (Irene Diamond & Lee Quinby eds., 1988). כן ראו Jana Sawicki, *Disciplining Mothers: Feminism and the New Reproductive Technologies*, in FEMINIST THEORY AND THE BODY: A READER 190 (Janet Price & Margrit Shildrick eds., 1999).

55 ראו Birenbaum-Carmeli, *Cheaper than a Newcomer*, לעיל ה"ש 49. כן ראו הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 929, 940; צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 269, 291 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016) (להלן: טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון").

56 ראו אלון טל והארץ מלאה: התמודדות עם פיצוץ אוכלוסין בישראל 159–160, 163 (2016); אמיר הפלות כסוגיה מושחקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 52–53, KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 2–3; Remennick, לעיל ה"ש 5, בעמ' 200. כן ראו טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון", שם, בעמ' 269–270, 277. עם זאת יש לציין כי למן סוף שנת 2013 הורחב המימון הציבורי של הפסקות הייריון, והוא מכסה עתה את כלל הנשים הזכאיות להיתר הפלה, ובלבד שגיל האישה אינו עולה על 33. עוד יצוין כי במועד כתיבת שורות אלה פורסם שסל הבריאות יכלול לראשונה מימון לגולת "היום שאחרי" לצעירות עד גיל 20 (ראו פנינה ליפשיץ-אבירם איוון עדין – מבט שני על זכויות עובר בריאות בדין הישראלי: בין זכויות האישה לזכויות העובר 23 (2016)).

57 ראו Yuval-Davis, *Demographic Race*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 55; Katherine M. Franke, *Theorizing*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 181, 194 (2001) *Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire*. על המדיניות הממשלתית כלפי ילודה בקרב האוכלוסייה הערבית ראו Ahmad H. Sa'adi, *The Koenig Report and Israeli Policy Towards the Palestinian Minority, 1965–1976: Old Wines in New Bottles*, 25 ARAB. STUD. Q. 51, 55–56 (2003). כיום, שירותי תכנון המשפחה ניתנים אוניברסלית ובשוויוניות לכלל האזרחים (שטופלר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 503). דוגמה נוספת היא פרסי ילודה לאומיים שהוענקו ל"אימהות גיבורות" שילדו לפחות עשרה ילדים, אולם הזכות הכספית בוטלה כעבור כעשור משהוברר כי הקבוצה האתנית ה"יריבה" – נשים ערביות – היא שיצאה נשכרת ממדיניות עידוד הילודה. לדיון, ראו Yuval-Davis, *Women*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19; Berkovich, לעיל ה"ש 8, בעמ' 607; Yael Yishai, *Abortion in Israel: Social Demand and Political Responses*, in WOMEN IN ISRAEL 287, 292 (להלן: Yishai, *Abortion in Israel*). אך ראו ע"ע (ארצ"י) 141/07 פלוני נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 4.11.2008) (אושר מימון טיפולי הפריה לפלסטינית תושבת השטחים אף שרק בן זוגה מבוטח בקופת החולים).

את כלל הביציות המופרות במחזור טיפול אחד, אבחון טרום השרשתי, ובחירת מין העובר בתנאים מוגדרים.⁵⁸ כחלק ממודל אימהות-החובה, ישראל הייתה למדינה הראשונה להכשיר אימהות על דרך של פונדקאות במרחב אידיאולוגי גלובלי שבו כמעט כל המדינות אוסרות פרקטיקה של נשיאת עוברים.⁵⁹ גם בקרב שיטות משפט המתירות פונדקאות, המשפט הישראלי יוצא דופן בתנאי ההכשרה הליברליים שלו, בחוק המסייע לקידום פרויקט הלאמת הרחם הנשי לטובת מפעל הפיריון הישראלי.⁶⁰ אכן, חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) זכה לתמיכה סוחפת מכל קצוות הקשת הפוליטית בכנסת, מוסד המתאפיין ברגיל בחילוקי דעות נוקבים.⁶¹

ניתוח ההסדרים הסטטוטוריים שעוגנו בחוק הפונדקאות מלמד על ניואנסים חשובים המשמשים בהבניית האימהות כזכות וכחובה אזרחית. חוק הפונדקאות ממשיג נשים נושאות כ"מתנדבות"; הוא מזכה אותן בפיצוי רק עבור "החזר הוצאות" בכפוף לאישור ועדת האישורים וקובע קבלת תשלום נוסף כעבירה פלילית.⁶² זרם העומק הפטריארכלי מאחורי משטר היעדר-התמורה הוא כי הפונקצייה הרבייתית היא הפונקצייה הטבעית-ייעודית המצופה מנשים, וכי כל ניסיון לשוות לפרויקט הרבייתי-התנדבותי נופך של עסקה כלכלית הוא כה חמור עד כי הוא עניין למשפט הפלילי לעונת בו.⁶³ החוק הוסיף ופעל לנטרול האתגרים הסמליים שהפונדקאות מציבה בפני ההגדרה המסורתית של "אם" כמטפלת טבעית. הבעיה היא זאת: חוק הפונדקאות מכונן פרדוקס מובנה שבו פרקטיקה המתירה לאישה אחת למלא את "חובתה" הנשית מערערת בה בעת את הרעיון המורש שלפיו מוטבע בכל אישה רצון עז וקמאי ללדת ילדים – ולגדלם. על רקע זה מתברר,

58 ראו Yael Hashiloni-Dolev & Noga Weiner, *New Reproductive Technologies, Genetic Counseling and the Standing of the Fetus: Views from Germany and Israel*, 30 SOC. HEALTH BARBARA PRAINSAK, "Negotiating Life": The Regulation of Human Cloning and Embryonic Stem Cell Research in Israel, 36 SOC. STUD. SCI. 173 (2006). ראו גם Hashiloni-Dolev, *Between Mothers*, 41 בעמ' 139–140.

59 ראו Yehezkel Margalit, *From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, 24 J.L. & POL'Y 41 (2016).

60 ראו Elly Teman, *The Last Outpost of the Nuclear Family: A Cultural Critique of Israeli Surrogacy Policy*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 107, 108 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli eds., 2010) (להלן: *The Last Outpost of the Nuclear Family*; Sperling); לעיל ה"ש 25, בעמ' 365; D. KELLY WEISBERG, *THE BIRTH OF SURROGACY IN ISRAEL* 4 (2005) (המספקת ניתוח משפטי, היסטורי ופמיניסטי לחוק הפונדקאות).

61 ראו Teman, *The Last Outpost of the Nuclear Family*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 110. שמו המלא של החוק הוא חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק הפונדקאות).

62 ס' 19(ב) לחוק הפונדקאות. כן ראו Carmel Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood: An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law*, 32 ISR. L. REV. 51, 72–73 (1998).

63 תפיסת התפקיד "הנשי" של הולדה וגידול ילדים משום חובה מובנת מאליה שאינה ניתנת (או ראויה) לכימות כלכלי, באה לידי ביטוי גם בסירוב להכיר בערך היצרני של עבודת האישה במשק ביתה במסגרת חוק שיורי זכויות האשה, התשי"א–1951 (ראו ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא", לעיל ה"ש 8, בעמ' 300).

לטענתי, הפשר של פסיפס רכיבים רגולטוריים שאימץ החוק, למשל הבניית תהליך הפונדקאות כאפוף במעטה של סודיות המוגנת בחוק הפלילי: כל אדם – כולל הפונדקאית – החושף כי האם המיועדת לא הייתה האם הנושאת כפוף לעונש מאסר.⁶⁴ ברוח זו אף מובן המשטר האוסרני המוציא מחוץ לחוק פונדקאות מסורתית, שלפיה האם הנושאת היא גם האם הגנטית, והמתיר רק פונדקאות הריונית.⁶⁵ בהתאם לכך, לא מוקנות לפונדקאית זכויות משפטיות כלשהן ביילוד; היא מאושפזת במחלקת הנשים, ואילו האם המיועדת מאושפזת במחלקת יולדות,⁶⁶ והאם המיועדת לבדה זכאית לחופשת לידה מן המדינה.⁶⁷ באמצעות רכיבים רגולטוריים אלה, לטענתי, מעצים המשפט את טבעה המלאכותי של הפונדקאות בניסיון לספק הצדקה לנכונותה של האם הנושאת לוותר על פרי בטנה. אכן, מעולם לא אירע בישראל מקרה שבו פונדקאית סירבה להעביר את היילוד לרשות הוריו המיועדים.⁶⁸ חוק תרומת ביציות תורם אף הוא את חלקו לרתימת הטכנולוגיה בשירות האימהות הישראלית. חוקרות שבחנו את דיוני הוועדה שהבשילו לכדי הצעת החוק מצאו כי הם משרישים עמוקות את "יעודה הבסיסי, הקיומי, של האישה היהודית והיהודית-ישראלית בהולדת ילדים".⁶⁹ החוק אף פועל להמשגת האימהות כ"חברתית", ברוממו את עבודת הטיפול הנשית מיתר רכיביו של התפקיד האימהי, בשוללו במפורש את הורותה של התורמת ובאפשרו לנתרמת להיות האם המיועדת אפילו אינה האם הנושאת.⁷⁰

גם בתי המשפט נקראו לדגל התמיכה במשטר ההתרבות הישראלי. בשורה של פסקי דין תרמה הפסיקה לסטנדרטיזציה של פרקטיקת שאיבת זרע לאחר המוות באימוץ מודל "הרצון המשווער" של הנפטר. השימוש בהליך זה הוכשר הן לבקשת בת הזוג של הנפטר, הן לבקשת הורי הנפטר ואף בהינתן התנגדות נחרצת של בת הזוג האלמנה, הסדר ההופך את המשפט הישראלי לייחודי.⁷¹ בעת כתיבת שורות אלה פסק בית המשפט העליון כי במקרה

64 ס' 19(ג) לחוק הפונדקאות (האוסר על כל צד לפרסם את זהות הילד, הפונדקאית או ההורים המיועדים). בהקשר זה ראו את הדיון המרתק שהתגלע בפסקי הדין: תמ"ש (משפחה ת"א) 51740/06 חיה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.4.2017); תמ"ש (משפחה ת"א) 4570/98 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 5.3.1998).

65 Teman, Surrogate Motherhood in Israel, לעיל ה"ש 48, בעמ' 95 וכן המקורות הנזכרים בה"ש 8.

66 Teman, The Last Outpost of the Nuclear Family, לעיל ה"ש 60, בעמ' 118.

67 ש.ם.

68 שלו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 159.

69 סמדר קניון "תרומת ביציות: היבטים חברתיים, אתיים ומשפטיים" רפואה ומשפט 35, 145, 149 (2006).

70 ס' 1 ו-11 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. כן ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' ב.7 לפסק דינו של השופט שילה (פורסם בנבו, 3.2.2013).

71 ראו למשל תמ"ש (משפחה פ"ת) 31344-09-13 פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז (פורסם בנבו, 18.3.2015) (להחלטת ערכאת הערעור הדוחה את ערעורה של האלמנה, ראו עמ"ש (מחוזי מר') 7457-05-15 מ' א' נ' ה' מ' (פורסם בנבו, 17.10.2015); תמ"ש (משפחה פ"ת) 16699-06-13 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.9.2016) (אושר להורים להשתמש בזרעו של הנפטר כדי שיגדלו את הילד שיוולד בעצמם); תמ"ש (משפחה י-ם) 27169-11-13 פלוני נ' המנוח (פורסם בנבו, 20.1.2016). לדיון מרתק בסוגיה זאת ראו Ruth Zafran, Dying to be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception, 8 Hous. J. Health L. & Pol'y 47 (2008).

של התנגדות האלמנה, שימוש בזרעו של הנפטר יותר רק במקרים חריגים ונדירים.⁷² אך גם לאחר פסיקה זו נענו בתי משפט לבקשתם של הורים כי ייעשה שימוש בזרעו של בנם שנפטר.⁷³

פסק הדין המפורסם ביותר בהקשר של טכנולוגיות רבייה הוא כמובן פרשת נחמני, שעסקה במחלוקת סביב גורל השימוש בביציות מופרות שיועדו להשתלה ברחמה של אם פונדקאית.⁷⁴ כידוע, לאחר פרדתם של בני הזוג התנגד דני נחמני שאשתו לשעבר, רותי נחמני, תשתמש בעוברים המופרים. בית המשפט המחוזי פסק לטובת הזכות להורות, אולם בית המשפט העליון הפך את פסק הדין וקבע שהמשך תהליך ההשתלה של הביציות ללא הסכמתו המתמשכת של האב הוא הפרה של זכותו לאוטונומיה רבייתית.⁷⁵ רבים קשרו כתרים לפסק הדין כהישג פמיניסטי ושיבחו את בית המשפט על שלא הלך שבי אחר קונוונציות סטראוטיפיות מושרשות באשר להכרחיות של האימהות בהגדרתה של הנשיות.⁷⁶ בית המשפט אף זכה לשבחים על שהשווה בין אבות לאימהות ובנותנו ביטוי לכך שההורות מחוללת שינוי ניכר גם בחייהם של גברים מבחינה כלכלית, רגשית, מוסרית וחברתית כאחת.⁷⁷ ברם ההצהרה האידאולוגית הנועזת הטמונה בפסיקת בית המשפט הייתה קצרת ימים. אף שלא ניתן לערער על פסיקה של בית המשפט העליון, חוק-יסוד: השפיטה מתיר דיון נוסף במקרים יוצאי דופן, ובתנאי שבדיון המקורי ישב לדין מותב תלתא.⁷⁸ דא עקא, שבדיון הראשון בעניין נחמני ישב בדין הרכב מורחב של חמישה שופטים, אולם חרף זאת נקבע כי יש לקיים דיון נוסף על אפה ועל חמתה של לשונו המפורשת של חוק היסוד.⁷⁹ פרשה זו היא המקרה הראשון והיחיד שבו ההיזן בית המשפט לסטות מן הכלל החוקתי, והכול כדי לתקף את הלגיטימיות של כמיהתן של נשים לאימהות.⁸⁰ המסר המשוקע בפסיקה

- 72 בע"מ 7141/15 פלוגית נ' פלוגית (פורסם בנבו, 22.12.2016) (להלן: עניין פלוגית 7141/15).
- 73 ראו תמ"ש (משפחה ב"ש) 2801-10-16 פלוגית נ' פרקליטות מחוז דרום-אזרחי (לא פורסם, 24.8.2017) (בית המשפט אישר שימוש בזרעו של הנפטר בתנאי שתימצא אישה שתסכים להפרייתה בזרעו, וכל עוד הוריו יהיו סבים בלבד); תמ"ש (משפחה ב"ש) 62401-06-16 משפחה חדשה הארגון לקידום זכויות המשפחה בישראל נ' מרכז החולים הממשלתי המרכז הרפואי תל אביב ע"ש א. סוראסקי (פורסם בנבו, 30.1.2017).
- 74 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: ע"א נחמני).
- 75 שם, בעמ' 504-505.
- 76 סיגל דוידוב-מוטולה "פסק דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221, 236 (1996).
- 77 שם, בעמ' 236-237 (הכותבת מתארת דעות אלו ודוחה אותן מהסיבה שהרטוריקה הניטרלית מסתירה מציאות ממוגדרת, המתאפיינת בהבדלים של ממש בין אבות לאימהות שאין להתעלם מהם).
- 78 הסמכות לכך נובעת מלשון ס' 18 לחוק-יסוד: השפיטה, וס' 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, והיא סמכות שבית המשפט העליון מפעילה לעיתים נדירות – ואף זאת במקרים שבהם יש חשיבות וחידוש משפטי יוצאי דופן (וראו דנ"א 7962/12 קיבוץ מגל נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 30.12.2012)).
- 79 דנ"א נחמני, להלן ה"ש 82.
- 80 Janie Chen, *The Right to Her Embryos: An Analysis of Nahmani v. Nahmani and its Impact on* 80
,KAHN; Israeli in Vitro Fertilization Law, 7 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 325, 335 (1999)
 לעיל ה"ש 5, בעמ' 68.

זאת הוא כי במערכת המשפט הישראלית חוקת האימהות היא חוק עליון שכוחו הנורמטיבי הוא כה גדול עד כי הוא מאפיל בעוצמתו על תוקפה של החוקה.⁸¹ במילים אחרות, אָם החוקות בישראל היא אימהות.

בדיון הנוסף, שהתקיים בפני הרכב של אחד-עשר שופטים, פסק בית המשפט העליון כי זכותן של נשים לאימהות גוברת על זכותם של גברים להימנע מאבהות.⁸² על אף מראית העין של יחס שיפוטי חף מהטיות מגדריות⁸³ חשף הנשיא ברק, בדעת מיעוט, את ערוותה של הכסות הרטורית הניטרלית של דעת הרוב כמחפה על אימפולס מגדרי תת-הכרתי. לתפיסתו, תוצאת פסק הדין הייתה ככל הנראה שונה אילו התהפכו התפקידים. מצב דברים זה מלמד ששופטי הרוב "בעומק תחושותיהם", כלשונו, לא התייחסו למעמד האב והאם התייחסות שוויונית בהיותם שבויים בסטראוטיפים מסורתיים בדבר מרכזיותה של האימהות במהות הנשיות.⁸⁴ אכן, כאשר בתי המשפט נדרשו לתסריט דומה רק מהופך מבחינה מגדרית – הם דחו פה אחד את בקשתו של אב, בשל התנגדות אשתו לשעבר, להשתלת ביציותיה שהופרו בורעו ברחמה של אם פונדקאית.⁸⁵ חדשנותה של הלכת נחמני אך מתעצמת לאור משפט השוואתי עקיב ואחיד במדינות המערב שהכריעו קונפליקטים משפטיים דומים לטובת האוטונומיה האישית של האב.⁸⁶

סיכומו של דבר, דיני טכנולוגיות הפרייה הם תרבות הגידול של שיח משפטי שבו נשים מוכנות ומוכנות לא כאינדיווידואליות או כאזרחיות שוות זכויות אלא כאימהות. בפרק הבא אציע שמה שנחזה להיות מיתוס של פרו-נטליזם כוללני, הדורש מכל אישה יהודייה לרתום את רחמה לטובת האומה, הוא למעשה אתוס של פרו-נטליזם בדלני, החפץ באופן בלבדי בתרומה של נשים הראויות ל"רישיון היריון".

81 ראו Chen, לעיל ה"ש 80, בעמ' 352; Shalev, לעיל ה"ש 62, בעמ' 77.

82 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: דנ"א נחמני).

83 אחד החריגים הבודדים לכך הוא חוות דעתו של השופט טירקל בדיון הנוסף, שדומה שהעלה על נס בייחוד את ההורות הנשית (שם, בעמ' 731, 736).

84 שם, בעמ' 786 (פסק דינו של הנשיא ברק). לניתוח מאלף של פסק דינו של הנשיא ברק והנחות היסוד הסמויות שבבסיסו, ראו רימלט "אמא טובה, אמא רעה", לעיל ה"ש 30, בעמ' 612–614 (הטוענת כי דעת הרוב הודרכה והושפעה מאידאולוגיה של אימהות: "קשה להימנע מהמסקנה שבסופו של דבר הכמיהה לאימהות, והזדהות השופטים עם כמיהה זו, הן שהכריעו את הכף השיפוטית לטובתה של רות נחמני" (שם, בעמ' 612)).

85 עמ"ש (מחוזי י-ם) 228/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 7.6.2010).

86 ראו Chen, לעיל ה"ש 80, בעמ' 331 (המציינת את אוסטרליה, קנדה, בריטניה וארצות הברית כדוגמאות למדינות הדורשות את הסכמת שני הצדדים לכל שלב של תהליך ה-IVF); Adrienne D. Gross, A Man's Right to Choose: Searching for Remedies in the Face of Unplanned Fatherhood, 55 Drake L. Rev. 1015, 1037–1041 (2007) (המתארת במפורט את החוק בנושא זה במדינת טנסי). ראו Evans v. United Kingdom, 43 Eur. Ct. H.R. 409, 90 (2007).

ב. רישיון היריון בישראל: בין פרו־נטליזם כפוי לאנטי־נטליזם סמוי

פרק זה פותח במלאכת פירוק המיתוס הלאומי באמצעות ניתוח מעמיק של דיני הפסקת היריון בישראל. בחינת הסדריו הייחודיים של חוק ההפלות הישראלי אומנם תאשר את הצו הקטגורי התובע מנשים "ראויות" אימהות חובה, אולם היא גם חושפת רבדים נוספים של מורכבות המסגירים את הגיונו הדמוגרפי האאוגני של החוק. כפי שאציע, משתנה אידאולוגי חשוב המסביר את אופני עיצובו של החוק הוא משטר הפיריון הבדלני הפנים־יהודי, המגדיר רק נשים בעלות תנאי כשירות מוגדרים כנשאיות לגיטימיות של הקולקטיב הלאומי. עם זאת חשוב להדגיש כי הקריאה הנרטיבית המוצעת בדפים הבאים אין כוונתה להתכחש להיותם של דיני הפסקת היריון שדה משפטי־תרבותי רב־רבדים, שבו רוחשים כוחות אידאולוגיים מורכבים ולעיתים אף סותרים. למשל, אין ספק שגם שיקולים דתיים, בריאותיים, סוציאליים ופטרנליסטיים שנועדו להגן על נשים בתנאי מצוקה היו מן הגורמים שהטביעו את חותמם על סעיפיו השונים של חוק ההפלות. הניתוח הרעיוני המוצע כאן אינו כופר בתוקפם של שיקולים אלה אלא מבקש להאיר נרטיב חתרני המתקיים בצילם ולרוב נותר סמוי ומוצנע בדיון על יוזמת החקיקה ועל הרציונלים השונים שהנחו את הגיונה. כפי שאטען, הגם שכל סעיף ניתן להסבר חלופי באופן נקודתי, הנרטיב הבדלני מתבהר ומקבל את עיקר כוחו על רקע קריאת מכלול הסעיפים והרחבת המבט אל הפסיפס הרגולטורי שחוק זה מהווה רק חלק ממנו.

1. דיני ההפלות(י): מבקרת כמות לבקרת איכות

הפלות הן "עסק ביש" רגיש במשטר פרו־נטליסטי, ועל אחת כמה וכמה במדינה שנולדה בצלה של השואה. אכן, באקלים התרבותי שרווח בישראל משטר משפטי המכשיר הפלות הושווה ל"שואה דמוגרפית"⁸⁷ ורטוריקת ההתנגדות של חברי הכנסת המשיגה את תומכי ההפלות כגילום של נאציזם.⁸⁸ תרמו לכך כמובן גם חרדות פטריארכליות "מפני התנהגות נשית מופקרת אשר חוק ההפלות החופשיות ייתן לה לגיטימציה ויאפשר לה להימשך ללא בקרה"⁸⁹. היסטורית הפסקות היריון יזומות אכן נאסרו כמעט ללא חריגים, ועונש המאסר הכבד שהושת לא רק על הרופא המבצע – כפי שמקובל במשטרי הפלות ברחבי העולם –

87 Yuval-Davis, *Women*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19.

88 Yishai, *Abortion in Israel*, לעיל ה"ש 57, בעמ' 298. חברי הכנסת קישרו במפורש בין סוגיית ההפלות ובין השואה – יעל ישי מביאה מדברי דוד בן־גוריון, שאמר כי: "היטלר רצה ושרף מיליון ילדים יהודים בתאי הגזים [...] ואילו כאן במדינת ישראל מיליון ילדים יהודים נרצחים באמצעות הפלות". ראו Yael Yishai, *The Hidden Agenda: Abortion Politics in Israel*, 22 J. SOC. POL'Y 193, 198 (1993) (להלן: *Yishai, Hidden Agenda*).

89 ראו אמיר הפלות כסוגיה מושחתת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 166–167 (המסיקה זאת בעקבות ניתוח הדיונים בכנסת סביב חוק ההפלות); נויה רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת: לקראת פרדיגמה חדשה של הפסקות היריון בישראל" עיוני משפט לט 415, 428 (2016) (להלן: רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת").

אלא גם על האישה המטופלת, קיבע הפסקת היריון כעבירה פלילית חמורה.⁹⁰ בשנת 1962 מינתה הממשלה ועדה לבעיות הילודה, היא ועדת בקי, שבין יתר המלצותיה קראה לרפורמה מקיפה במשטר ההפלות האוסרני. לשיטתה, המדיניות הקיימת הניעה נשים לבצע הפלות פרטיות בידי גורמים מפוקפקים ובתנאים סניטריים בעייתיים, המסכנים את בריאותן ואת פוטנציאל הילודה העתידי שלהן.⁹¹ בין היתר בעקבות המלצה זאת הוקמה בשנת 1972 ועדה ממשלתית, היא ועדת גבאי, שמודל ההפלות שהתוותה אומץ כמעט במלואו בתיקון לחוק העונשין בשנת 1977.⁹² כך הפכה רפורמת ההפלות הישראלית לסיפור מהפכה נדיר בקרב מדינות המערב; הליברליזציה החקיקתית לא הייתה תוצר של רגישות לחופש הבחירה הרבייתי של נשים אלא הונעה מכוחם של אינטרסים דמוגרפים-לאומיים בדבר שמירה על פוריותן של נשים ועל כושרן העתידי ללדת ילדים לעם היהודי.⁹³

החוק החדש כונן ועדה סטטוטורית – ועדה להפסקת היריון – כזרוע הביצועית המוסמכת לאשר הפסקות היריון מכוחם של תנאי היתר מוגדרים היטב: גילה של האישה (למטה מגיל הנישואין או למעלה מארבעים); נסיבות ההיריון (היותו תוצר של יחסים אסורים או שלא מנישואין) ומצבם הגופני והנפשי של האם והעובר. בעבר אפשר החוק לנשים הפסקת היריון אף בגין מצב חברתי-כלכלי קשה, אך תנאי היתר זה, שיידון להלן, בוטל זמן קצר לאחר שנחקק.⁹⁴ כך עיצב המשפט הישראלי דיני הפסקת היריון שכל הזרמים

90 ראו שם, בעמ' 421; *Yishai, Hidden Agenda*; לעיל ה"ש 88, בעמ' 194–195; דלילה אמיר וניבה שושי "חוק ההפלות הישראלי – היבט מגדרי ופמיניסטי" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 777, 784 (דפנה ברק ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007) (להלן: אמיר ושושי "חוק ההפלות"); *Yishai, Abortion in Israel*; לעיל ה"ש 57, בעמ' 289; *Dan Shnit, Induced Abortion in Israeli Law*, 15 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 155, 156–157 (1985). כאשר הפלה הותרה היא הותרה באישור גברי, הן של הרופא והן של ה"בעל" החוקי, דרישה ההולמת מיליה חברתי שבו גבריות נמדדת במונחים של פוריות, ושבו חוסר היכולת לתפקד כגבר מרביע הוא קיפוח אינהרנטי של גבריות, אפילו הוא תוצר של "אשמת" האישה (ראו *Yishai, Abortion in Israel*, שם, בעמ' 290). עם זאת, האיטור הפלילי כמעט ולא נאכף בפועל (*Daphne Barak-Erez, Reproductive Rights in a Jewish and Democratic State*, in *CONSTITUTIONAL SECULARISM IN AN AGE OF RELIGIOUS REVIVAL* 228, 232) (Susanna Mancini & Michel Rosenfeld eds., 2014).

91 משרד המשפטים דין וחשבון של הוועדה לבעיות הילודה (1966) (להלן: ועדת בקי). במאמר אחר אני מראה שוועדת בקי ביקשה לאפשר לנשים לבצע הפלה מחמת תנאים סוציאליים קשים, וזאת מתוך רצון לווסת ילודה של משפחות מזרחיות מרובות ילדים (יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט", להלן ה"ש 167).

92 ראו ד"כ 75, 1392 (התשל"ו); רימלט הפמיניזם המשפטי מתאוריה למעשה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 138–140.

93 ראו אמיר ונבון, לעיל ה"ש 23, בעמ' 50; אמיר ושושי "חוק ההפלות", לעיל ה"ש 90, בעמ' 791, 804; *Yishai, Hidden Agenda*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 199–200. אך ראו להלן את הדיון בהסדרה הבלגית של חוק ההפלות המצביעה על כך שהרפורמה הונעה לא רק מכוח מודל אמהות החובה והרצון לרתום רחמים יהודיים לטובת פרויקט הרבייה הציוני, אלא גם מרצון לווסת ילודה של נשים "חשודות".

94 ס' 312–321 לחוק העונשין, התשל"ז–1977. הסעיף הסוציאלי בוטל בחוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), התשל"ז–1977, ס"ח 70. וראו *Noga Morag-Levine, Abortion in Israel: Community, Rights, and the Context of Compromise*, 19 *L. SOC. INQ.* 313, 326–327 (1994) *Yishai, Hidden Agenda*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 202–203.

בהגות הפמיניסטית – החלוקים כידוע בסוגיות רבות – חולקים בעניינו קונצנזוס ורואים בו ציר מרכזי של דיכוי נשי המשעתק את מיקומן השולי של נשים בחברה.⁹⁵ הסוציולוגיות דלילה אמיר וניבה שושי מציעות לקרוא את החוק בעין ביקורתית כמסמך תרבותי המייצר ומכונן אידאולוגיות חברתיות במטרה לחשוף את הכוונות הכמוסות בבחירתם של תנאי היתר מסוימים לביצוע הפלה ולא אחרים. כפי שהן טוענות, החוק בנוי על עקרונות ממיינים המסווגים נשים ועוברים, וככזה ניתן לראות בו מרשם נורמטיבי למודל המשפחה הרצוי בעיני המדינה.⁹⁶ בהתבסס על תובנה חשובה זאת אבקש לטעון כי המחוקק נפח חיים בדיני הפסקת היריון שהם עמוד השדרה של מדיניות הפרו-נטליזם הבלדני בישראל. דהיינו, חוק ההפלות לא רק משקף את דמות המשפחה האידיאלית אלא גם נועד להגשים מטרה דואלית – של גידול אוכלוסין ובקרת אוכלוסין, של כמות מול איכות. כידוע, כל סוגי מדיניות האוכלוסין, ובייחוד אלה הנוגעים לפיריון, משקפים ומתקפים, לפחות במידה מסוימת, את חזון המדינה בנוגע להרכב הדמוגרפי של אזרחיה, לאופייה התרבותי ולזהותה הלאומית הרצויה אגב הגדרת גבולותיה הלגיטימיים של הרבייה כחלק מביו-פוליטיקה של האוכלוסייה.⁹⁷ מבעד לעדשה תאורטית זאת אציע טקסונומיה מושגית של תנאי ההיתר הסטטוטוריים כמייצרים שלוש קטגוריות: פסקת האם הנבחרת, פסקת הגוף הנבחר ופסקת העם הנבחר. כל אחת מקטגוריות מיוניות אלה שוללת באופן סימבולי מנשים מסוג מסוים את הזכאות לרישיון היריון⁹⁸ ותורמת להעמקת הריבוד החברתי בסולם המעמדות הנשי: נשים נואפות, נשים רווקות,⁹⁹ נשים קטינות ומבוגרות, נשים מזרחיות, ונשים חלשות (מבחינה פיזית) ומחלשות (מבחינה חברתית) הן מושא לתיוג מפחית כאימהות חשודות.

95 ראו בהרחבה שטופלר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 479, 491–497 (לניתוח חוקתי מאיר עיניים של חוק ההפלות).

96 ראו אמיר ושושי "חוק ההפלות", לעיל ה"ש 90 (הכותבות סוקרות את המשמעות החברתית של חוק ההפלות הישראלי). כן ראו דלילה אמיר וניבה שושי "פמיניזם והעצמת נשים בישראל: מדיניות ההפלות בישראל כמקרה בוחן" **העצמה במשפט** 279, 284 (מימי איזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008) (להלן: אמיר ושושי "מדיניות ההפלות").

97 ראו שטופלר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 486; מישל פוקו **תולדות המיניות: הרצון לדעת** 94 (גבריא אל מתרגם, 1996).

98 כמובן, מתן היתר הפלה אין משמעו חיוב האישה להפסיק את הריונה. עם זאת, הצגת הצעת החוק בכנסת לוותה לעיתים ברטוריקה המצביעה על הצורך לעודד אקטיבית ביצוע הפלות מותרות. למשל, ח"כ חביב שמעוני, מיוזמי הצעת החוק, הסביר כי: "מדוע יש צורך בוועדות רפואיות? אם נסתכל בשש מתוך שבע העילות שמופיעות בהצעה נראה שלגביהן לא האשה תצטרך לפנות אל הרופאים, אלא הרופאים ינסו לשכנע את האשה שלא כדאי לה להמשיך בהריון" (פרוטוקול ישיבה מס' 102 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 4 (20.5.1975); כן ראו דברי ח"כ אורה נמיר וח"כ חייקה גרוסמן בפרוטוקול ישיבה מס' 96 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 3–4 (6.5.1975).

99 יצוין כי לאורך המאמר אשתמש בביטוי "אישה רווקה" כמובן של אישה "פנויה", דהיינו אישה שאינה בזוגיות ממוסדת עם גבר, ובכלל זה אישה גרושה, אלמנה ולסבית.

2. פסקת האם הנבחרת

חלק הארי של תנאי ההיתר הקבועים בסעיף 316(א)(1), (2) ו-(4) לחוק העונשין מתווה קווים לדמותה של האם הראויה באמצעות מתן היתר הפלה לנשים החורגות מן המודל הרצוי בעיני המדינה.

(א) זה לא התרגיל, זה הגיל

החוק מכשיר הפסקות היריון של נשים שנתפסות צעירות מדי או מבוגרות מדי מכדי להתמודד עם השליחות הלאומית של גידול אזרחים נורמטיביים. נשים אלה הן פרברטיות או חריגות, ועצם קיום יחסי מין לא מוגנים מעיד כשלעצמו על חוסר אחריותן והיעדר כשירותן ההורית.¹⁰⁰ באופן פרדוקסלי, כיוון שהמדינה אינה מעוניינת בשירותי ההולדה של נשים צעירות מדי, אזי אותו חוק שמשקיף על האישה כקטינה לצורך מילוי תפקיד האם נכון בזמן לראות בה בגירה ובוגרת דייה כדי להחליט על הפלה גם ללא הסכמת נציגה.¹⁰¹ בכך הופכת הפסקת היריון לפרוצדורה הרפואית היחידה בישראל המערבת קטינים בלא שהיא טעונה גושפנקה הורית.¹⁰² החוק אף לא נוקב בגיל מינימום מספרי להגדרת קטינות, אלא נוקט את הנוסחה של "למטה מגיל הנישואין", ביטוי המסגיר את האידיאל של מבנה המשפחה המסורתי שבמרכזו אישה הנשואה לאבי ילדיה.¹⁰³ ברוח דומה, נשים מסוימות נחשבות מבוגרות מכדי להיות כשירות למלאכת האימהות. הן נחשדות הן בכושרן לשאת עובר בריא והן ביכולתן לספק טיפול אימהי איכותי.¹⁰⁴

100 וראו אמיר ושושי "מדיניות ההפלות", לעיל ה"ש 96, בעמ' 298 (אישה מתחת לגיל הנישואים נתפסת כבלתי כשירה להתמודד עם המחויבות ההורית); 299 (מטרת הגבלת הגיל היא לצמצם את הסיכון של לידת עובר פגום). ראו גם צבי טריגר פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתורות 98–99 (2014) (להלן: טריגר פשעים נגד הפטריארכיה); KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 28.

101 ס' 316(ב) לחוק העונשין.

102 Elana M. Sztokman & Ariella Zeller, *Abortion in Israel: When the Nation Enters the Womb*, 10 LILITH (2011–2012), available at <http://bit.ly/2EU0wNK>.

103 אין ספק שהטעם הסוציאלי מילא תפקיד במתן היתר הפלה לקטינות, אולם הנוסחה החקיקתית מעידה שלא זה הטעם שעמד בהכרח בראש מעייניו של המחוקק. מה עוד, שאם הרצון למנוע מצוקה נשית הוא הגורם שביסוד החקיקה, כי אז לא ברור מדוע לא נכללו מצבים מצוקתיים רבים אחרים שבגינם נשים חפצות להפסיק את הריונן. ברוח זו, גם בדיונים בכנסת היו שתהו מדוע יש צורך בסעיף זה, שכן הם סברו כי אם הנערה "נכנסה להריון מתחת לגיל הנישואין, יכול בית המשפט להתיר נישואין, [ואם כך] למה יבוא היתר להפלה?" (פרוטוקול ישיבה מס' 102 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 7–8 (20.5.1975) (דברי ח"כ פנחס שינמן). כן ראו שם, בעמ' 8: "יש להוציא את עניין גיל הנישואין, כי לא אחת בית המשפט נותן היתר נישואין, מה גם אם האשה בין כך ובין כך כבר בהריון" (דברי ח"כ דיציאן). לדיון בנושא זה בישראל, סביב התיקון לחוק גיל הנישואין שהתקבל בשלהי שנת 2013, שקבע את גיל 18 כרף הגיל המינימלי לנישואין (חוק גיל הנישואין (תיקון מס' 6), התשע"ד–2013, ס"ח 58), ראו הצעת חוק גיל הנישואין (תיקון מס' 6) (העלאת גיל הנישואין המותר), התשע"ב–2012, ה"ח 208; פרוטוקול ישיבה מס' 72 של הכנסת ה-19, 76–120 (4.11.2013).

104 ראו את הדיונים בוועדת השירותים הציבוריים, שהכינה את החוק לקריאה ראשונה, המציינים את הפרמטר של גיל האישה כנובע לא רק או לא בעיקר מסיכונים בריאותיים, אלא מכך: "שלגבי ילדים שנולדים לאמהות מעל גיל 40–42 קיים סיכוי גדול יותר לסבול ממחלות נפש" (פרוטוקול ישיבה מס' 102 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 10 (20.5.1975). כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 107 של

הגילנות הטמונה בחוק מתייגת אפוא נשים מבוגרות תיוג שלילי כ"זקנות", פגומות ונעדרות כישורים אימהיים מספקים. אכן, בדיונים בכנסת על הצעת החוק היו שקראו למחוק תנאי היתר זה בשל המסר התודעתי הבעייתי הגלום בו שלפיו "יש בכך כאילו הוראה שמעל גיל 40 לא צריך להמשיך בהריון"¹⁰⁵. לעומת שיקולי ההגנה על בריאות האישה שנדחקו לשוליים, הדיון הפרלמנטרי התמקד בסיכון ללידת עובר פגום בגיל מבוגר ("היריון שלילי" כלשונם), ועמו החשש שאם לא ייכלל נושא הגיל במפורש, אזי הרופא עלול לחייב את האישה "לקחת את השאנס" הנמוך "שההריון יהיה שלילי"¹⁰⁶. הדים לתפיסה דומה ניתן למצוא גם בחלק מחוקי הפרייון האחרים המסדירים ילודה נשית. חוק הפונדקאות חווה את האם הנושאת כמי שנמצאת בטווח הגילאים שבין 22 ל-38, ולפי חוק תרומת ביציות גיל תורמת הביצית חייב להיות בין גיל 20 לגיל 35¹⁰⁷.

(ב) נישואין כתנאי-סף לרישיון היריון

חוק ההפלות פוסל את אימהותן של נשים שהרו בניסיונות "בעייתיות", שלא במסגרת מערכת יחסים מקובלת מבחינה חברתית, משפטית או הלכתית. מחקר השוואתי של דיני הפסקת

ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 7 (1.6.1975) (ח"כ גרוסמן); אמיר ושושי "מדיניות ההפלות", לעיל ה"ש 96, בעמ' 299; אמיר הפלות כסוגיה מושקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 38 (היריון של נשים מבוגרות מוגדר לא רצוי כי הוא "תוצאה של תחושת האיום הנובעת מהחשש שעצם הכרות ההיריון תערער את הסדר החברתי והסמלי"); טריגר פשעים נגד הפטריארכיה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 99; ישראל דורון, מרואן חכים וטלי פקר "ביו-אתיקה ופוריות בזקנה: הטיעון בזכות טיפולי פוריות בנשים מבוגרות" מאוני משפט 501 ז 522-524 (2010). בדיונים בקריאה הראשונה של החוק, כשח"כ גאולה כהן מהליכוד מחתה כנגד שולמית אלוני מהתנועה לזכויות האזרח על שהיא שולחת נשים בנות 40 ל"פנסייה מוקדמת", השיבה אלוני כי: "את יודעת שיש הרבה נשים שיולדות אחרי גיל 40 והילדים האלה הם ילדים נגועים. האחוז הולך וגדל מעל גיל 36. יש על כך מחקרים. למה להעמיד פנים?" (ד"כ 75, 1397 (התשל"ז); רשומות (הצעות חוק, חוב' 1207), בעמ' 1397).

105 דברי ח"כ גרוסמן, יו"ר ועדת השירותים הציבוריים, פרוטוקול ישיבה מס' 102 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 8 (20.5.1975); כן ראו דברי ח"כ שינמן, שם. כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 122 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 6 (15.7.1975).

106 שם, בעמ' 8-9.

107 ס' 12(1) לחוק תרומת ביציות. כן ראו נופר ליפקין ואתי סממה פונדקאות בישראל – תמונת מצב והצעות לשינוי חקיקה: דו"ח של ארגון אישה לאישה – מרכז פמיניסטי חיפה 26 (2011). אך מסריו של החוק הם לא בהכרח עקיבים או קוהרנטיים: למשל גיל נתרמת הביציות גבוה במידה רבה, וכל עוד לא מלאו לאישה המיועדת 54 שנים, אולי בשל ה"עדכון" החברתי באשר למה נחשב לגיל מבוגר במאה העשרים ואחת. לביקורת על רף הגיל הגבוה למדי שנקבע, ראו מרגלית, לעיל ה"ש 2. כן השוו העלאת הגיל המרבי של אישה הזכאית לטיפול פוריות ממומנים מ-45 ל-51 שנה מצד אחד, והזכאות החדשה למימון טיפולים משמרי פוריות (כגון שאיבת ביציות והקפאתן) הוגבלה רק לנשים שטרם מלאו להן 41 שנה מצד אחר (ראו חוזר מנהל רפואה 1/2011 "הקפאת ביציות למטרת שמירת הפוריות של האישה" (1.9.2011)). לעניין אימוץ, מסתמן שהקריטריונים של השירות למען הילד מונחים מגיל סף של 35 לאישה ו-40 לאיש לעניין מועמדות לאימוץ, וגיל 40 ו-45 בהתאמה לאימוץ בפועל (כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 503, 515 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכך ליב-קובי עורכות, 1995)). כן ראו את פסק הדין הבא שעסק בהפרש גילים גבוהי בין ההורים המאמצים ובין הילד המאומץ: בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009).

היריון במדינות המערב מלמד שהחוק הישראלי הוא ייחודי בנותנו משקל למצבה האישי של האישה ולמערכת היחסים שבינה לבין אבי העובר.¹⁰⁸ הסיבה היא פשוטה: הרצון להבטיח את יהדותו המלאה של העובר ואת איכותו המוסרית וההלכתית, שאינם רק פועל יוצא של צופן גנטי ודם. במילותיה של נירה יובל-דיוויס, "to be a Jew one has to be born to a Jewish mother in the 'proper' way".¹⁰⁹ היריון שלא במסגרת מערכות יחסים נורמטיביות עלול אפוא להטיל ספק בלגיטימיות של הילד העתידי ו"להכתים" את הדמוגרפיה היהודית.¹¹⁰ הריונות של נשים נואפות למשל מייצרים עוברים ממזרים הנתפסים פגומים מבחינה הלכתית ומוגבלים מבחינה משפטית; הם אינם רשאים להינשא ליהודי "נורמלי" שנולד בניסיונות תקינות, והליקוי שלהם נתפס כה חמור ואינטרניזי עד שהוא עובר לצאצאים ופוגם בכשרות היוחסין המשפחתית עד סוף הדורות.¹¹¹ נשים נשואות הפנימו את הקשר הגורדי שבין אחריות אימהית להתעברות "מוסרית" ומינפו אותו לטובתן: הן נקבו בעילה של היריון מחוץ לנישואין יותר מכל תנאי היתר אחר כדי לזכות באוטונומיה רבייתית.¹¹² יש לשער כי עילה זו נתפסת כ"אמצעי המניעה" האולטימטיבי מפני דחיית בקשתה של אישה להפלה, שכן היריון שמקורו בניאוף מגשים שתי מטרות בבת אחת: הוא גם מממזר את העובר וגם מטיל דופי באישה עצמה ופוסל אותה כאם מוסרית ואחראית הראויה לאמון המדינה.

דיני הפסקת היריון אף פועלים לכינון מוסד הנישואין כרישיון משפטי להורות רצויה. אימהותן של נשים רווקות, גרושות או אלמנות אינה נחשבת נורמלית אלא חריגה; נשים שהרו ללא שמערכת יחסיהן עם אבי העובר מוסדה באופן פורמלי חורגות מתכתיבי מודל המשפחה המסורתי ולפיכך מוחרגות אף הן מפסקת האם הנבחרת.¹¹³ האנומליות של תנאי היתר זה אף מתעצמת בהתחשב בכך שבניגוד למסורת המשפט המקובל ולדתות מונותאיסטיות אחרות, ההלכה היהודית אינה שוללת את הלגיטימיות של ילד שנולד לנשים רווקות. והנה, אף על פי כן, משטר ההפלות בישראל הוא ייחודי בהגדרו רווקות כטעם

108 ראו אמיר ושושי "חוק ההפלות", לעיל ה"ש 90, בעמ' 804; רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת", לעיל ה"ש 89, בעמ' 447.

109 ראו Yuval-Davis, *Demographic Race*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 42. כן ראו שם, בעמ' 41.

110 ראו אמיר הפלות כסוגיה מושתקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 237; Hashiloni-Dolev & Weiner, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1059.

111 ראו KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 74 (מתארת את המוגבלות החברתית של המזר).

112 נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, זמין בכתובת: <http://bit.ly/2Q2Jwpv>. כן ראו למשל RUTH HALPERIN-KADDARI, *WOMEN IN ISRAEL: A STATE OF THEIR OWN* 77 (2004). תופעה זאת כונתה, בלשונה הקולעת של נויה רימלט: "מעבר ממודל של אכיפה למודל של עקיפה" (ראו רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת", לעיל ה"ש 89, בעמ' 449-454, 461-462; Noya Rimalt, *When Rights Don't Talk: Abortion Law and the Politics of Compromise*, 28 *YALE J. L. & FEMINISM* 327, 357 (2017)).

113 ראו בהקשר זה את דבריה הנכוחים של דפנה הקר – הסבורה כי עצם הסמיכות הסטטוטורית של היריון של נשים רווקות לצד היריון שהוא תוצאה של אינוס, ניאוף וגילוי עריות מבטאת סמיכות רעיונית הפוגעת קשה בכבוד האדם של הרווקות (הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 937).

מוצדק להפסקת היריון.¹¹⁴ למעשה, אם החוק היה מבוסס על ההלכה, הרי שהפסקת היריון של נשים פנויות הייתה נאסרת לחלוטין, אפילו במקרה של אינוס.¹¹⁵ חוק ההפלות תוצרת ישראל פועל אפוא להעברת מטען הדה-לגיטימציה מן העובר אל האם; מה שהופך את ההפלה למוצדקת ורצויה אינו הסטטוס של העובר אלא הסטטוס של האם שנושאת אותו. במילים אחרות, בעוד שהעובר נחשב לגיטימי וכשר מבחינת הדין הדתי, הרווקה נתפסת כאם לא-לגיטימית ופסולה מבחינת הדין האזרחי.¹¹⁶

הדים לתפיסה זאת ניתן לזהות גם בחוזר משרד הבריאות בעניין הוועדות להפסקת היריון שהוצא בשנת 1988, "במסגרת מאמצים הנעשים למען עידוד הילודה ושיפור המצב הדמוגרפי". במסגרת זאת נתבקשו חברי הוועדות "להקדיש זמן ולשוחח עם נשים הפונות

114 הדין המוסלמי למשל, שהוא הדין החל על האזרחים המוסלמים במדינת ישראל, אינו מחייב את האב הטבעי להכיר בילד שנולד מחוץ לנישואים. ילד כזה נחשב ל"שתוקי" שאין לו אב, ואביו הטבעי אינו חב לו דבר. לפירוט דין זה, אגב מקרה תקדימי שבו נדונה תביעתה של בת שנולדה מחוץ לנישואין למזונות מאביה המוסלמי, שהביא לפיתוח דין אבהות אזרחי אלטרנטיבי לאבהות הדתית, ראו ע"א 3077/90 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995). אכן, בדיוני הכנסת על סעיף זה התנגד ח"כ זרח ורהפטיג מהחזית הדתית הלאומית לאישור הפלה בגין היריון "שהוא לא מנישואין", בציינו כי: "במשפט העברי יש כלל חשוב שהוא ליבראלי ביותר, אנושי ביותר, והוא נוגע לכשרותו של ילד שנולד מחוץ לנישואין, מהבא על הפנויה. זה כלל שאומות העולם יכולות ללמדו מאיתנו, אולי כדאי שילמדו מאתנו. מה אנו עושים בחוק זה? כורכים יחד עובר כשר עם ילד שנולד מיחסי עריות ומציעים להתיר הפלתו [...] מה רוצים מעובר כשר, מדוע להפסיק את ההריון? [...] אין אצלנו מושג של 'ילד בלתי חוקי'. אם כך, למה אתם צריכים לקבל סיבה זו כעילה להפלה?" (ראו את הדיון סביב החוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), התשל"ז-1977 (קריאה שנייה), בד"כ 72, 1249 (התשל"ה)). אך ראו ההקצנה בעמדת הממסד הרבני בשנים האחרונות המבטאת סלידה מאימהות חד-הורית, למשל פיטורי מורה בבית ספר ממלכתי-דתי בעקבות בחירתה להרות ללא נישואין. תביעתה תלויה ועומדת בבית הדין לעבודה (ראו טריגר "הרגולציה של שירותי הפריור", לעיל ה"ש 5, בעמ' 295, והמקורות הנזכרים שם, בה"ש 145).

115 ראו את דברי הרב לאו בפני ועדת השירותים הציבוריים של הכנסת בדיונים בהצעת חוק ההפלות – אשר הסביר כי לא ניתן היתר הלכתי להפלה גם במקרה של "אונס פנויה", בציינו כי היו מקרים "של נערות שהגישו בשעתן תביעה בבית המשפט על אונס, ולאחר מכן ביקשו לבטל את התביעה, כי רצו להינשא לאונס שלהן והיו מאושרות שהביאו את הילד לאוויר העולם" (פרוטוקול ישיבה מס' 108 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 6 (3.6.1975)).

116 מעניין כי גבאי, יו"ר הוועדה, בהסבירו בפני ועדת השירותים הציבוריים של הכנסת את הסעיף המאפשר הפסקת היריון לאישה שאינה נשואה, התייחס במפורש גם להשלכות החברתיות השליליות, ולא רק להשלכות הנפשיות, של היריון כזה המצדיקות הפלה (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 83 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 3 (4.3.1975)). יש לציין, כי היו שחששו שתנאי היתר כזה יעודד הפקרות נשית ותהו שמה חוק ליברלי "יכול לעודד יחסים לפני הנישואין בצורה הרבה יותר מתירנית [...] למעשה אנחנו חיים באיזו סתירה: מצד אחד יש חברה מתירנית המאפשרת יחסים לפני הנישואין וכתוצאה מכך רוצות הרבה נערות להפיל כיוון שאינן נשואות, ומצד שני אותה חברה עצמה רואה בעין רעה הולדת ילד מחוץ לנישואין" (דברי ח"כ גאולה כהן, פרוטוקול ישיבה מס' 96 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 3 (6.5.1975)). כן ראו דברי ח"כ אבו-רביע, החושש שהחוק יעודד נשים להפקרות מינית והקורא לאסור הפלה "ולא הכביד את העונש על מעשה כזה" (פרוטוקול ישיבה מס' 102 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 4 (20.5.1975)). כן ראו דברי ח"כ פנחס שינמן: "היות ואני נגד חברה מתירנית, אני אומר שהיריון מחוץ לנישואין יהווה את המקל נגד תופעה זו [...] אם יידעו מלכתחילה שהיריון כזה יכול להיות עילה להפלה, תתרחב המתירנות. אבל אם יידעו שיכולות להיות תוצאות מרחיקות לכת ולא נעימות, המתירנות תחלש. לכן צריך למחוק סעיף זה" (שם, בעמ' 8).

לועדה, כדי שישקלו שוב את בקשתן". החוזר, שכותרתו "מניעת הפלות מיותרות", לא הותיר ספק בדבר קהל היעד המבוקש: "הכוונה לנשים נשואות שיש להן כבר ילד אחד או יותר".¹¹⁷ המסר הסימבולי הברור המשוקע במדיניות משרד הבריאות הוא שתוצרי הרבייה של האישה הרווקה רצויים למדינה פחות מילדי האישה הנשואה.¹¹⁸ סימונה של האישה הרווקה כאם חשודה מתבצע גם באמצעות מערך חקיקתי מסועף המסדיר הורות וטכנולוגיות הולדה. בעבר הותרה הזרעה מלאכותית לנשים רווקות בתנאי שהן חובקות בן זוג לחיים ורק בהינתן "נסיבות מיוחדות" ובכפוף לחוות דעת פסיכיאטרית ולדוח "מעובדת סוציאלית בכירה"¹¹⁹ (יושם לב ללשון הממוגדרת המנכיחה את "הגטו הוורוד" בהניחה שנשים בלבד משתלבות במקצועות הטיפולים).¹²⁰ גם בקשתה של רווקה להרות באמצעות הפריה חוץ-גופית הוכפפה לתנאים מגבילים, והתכלית שביסוד המשטר המאפשר הייתה אינסטרומנטלית גרידא: "הכשרת השרץ" נועדה להגדיל את מאגר הביציות הזמין לנשים נשואות ולא להכשרת אימהות של נשים רווקות.¹²¹ הוועדה המקצועית שהמליצה על הנגשת שירותי הפריה לנשים רווקות אף גייסה רציונל הסברי מיני ומוטה להצדקת עמדתה: יש לסייע לרווקות להרות כדי שבני זוגן יאותרו לשאתן.¹²² רק בעקבות פנייה לבג"ץ בוטל חוסר השוויון התוך-מגדרי על בסיס מעמד אישי.¹²³ אולם גם בעשור השני של המאה הנוכחית יש בתי חולים בישראל שעדיין מערימים קשיים בדרך של נשים רווקות להיהפך לאימהות.¹²⁴

- 117 ס' 1 להנחיות 44/88 של הוועדות להפסקת הריון של משרד הבריאות (1988) (ההדגשה הוספה).
- 118 על זה יש להוסיף פרויקטים שונים של המרכז לדמוגרפיה, שהוקם אף הוא מכוח המלצותיה של ועדת בקי, ואשר ביקש בתוכנית ניסיונית לשכנע חיילות שהרו לשמור על הריון ולמסור את הילד לאימוץ למשפחה המתאימה לכך (ראו פרוטוקול משיבה שהתקיימה בלשכת שר העבודה והרווחה, מר אלי ישי, ביום 29.8.1996, כפי שהובא אצל שטופלר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 491, ה"ש 79).
- 119 כלל 14(ב) לחוזר משרד הבריאות 34/92 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (1.1.1993) <http://bit.ly/2COGa5X>. כן ראו שלו, לעיל ה"ש 107, בעמ' 520–521, ה"ש 72; בג"ץ 248/86 נאנס נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 22.7.1986) (מדיניות אישור הזרעה מלאכותית לאישה נשואה בלבד היא סבירה).
- 120 אכן, כבר בדיונים בהכנת החוק לקריאה שנייה ושלישית התריע יצחק קדמן, מאיגוד העובדים הסוציאליים, על "פרט לשוני מעניין בחוק. בסעיף 3 החוק מדבר על רופא נשים ורופא משפחה בלשון זכר ועל עובדת סוציאלית בלשון נקבה" (פרוטוקול ישיבה מס' 6 של הוועדה המשותפת (ועדות החוקה, חוק ומשפט ושירותים ציבוריים) לחוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת הריון), הכנסת ה-8, 2 (30.9.1976)).
- 121 תק' 8(ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987. ראו שלו, לעיל ה"ש 107, בעמ' 524; הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 939.
- 122 Birenbaum-Carmeli, *Cheaper than a Newcomer*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 904.
- 123 ראו בג"ץ 998/96 ירוס-חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות (לא פורסם, 11.2.1997); בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות (לא פורסם, 11.2.1997).
- 124 ראו למשל ת"צ (מחוזי מר') 13451-09-15 פלונית אלמונית נ' מרכז רפואי צאנו – בית חולים לניאדו (פורסם בנבו, 23.10.2017) (אושרה תובענה ייצוגית נגד בית חולים לניאדו בגין ראיות לכאורה על הפליית נשים שאינן נשואות בקבלת טיפולי פוריות). לפי דיווחים בתקשורת, גם בתי החולים שערי צדק ומעייני הישועה מפלים נשים שאינן נשואות לפי ההלכה, ובכלל זה גם נשים ידועות בציבור ונשים שנשאו לבני זוגן בנישואין אזרחיים. ראו מיטל יסעור-בית אור "טיפול הפריה ב"שערי צדק"? רק אם נישאתם ברבנות" חדשות-ynet (5.3.2006) <http://bit.ly/2Oh1djl>; עמרי מניב "אפליה בשערי צדק":

כיום היחס הדר-ערכי לאימהותן של נשים רווקות מתחולל מכוח שיתוף הפעולה הנורמטיבי בין חוק האימוץ לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לחוק הפונדקאות. חוק האימוץ פוסל את כשירותן של נשים רווקות לשמש אימהות מאמצות; הפוטנציאל ההורי שלהן נשקל רק במקרה של ילד קשה-השמה שמפאת גילו או מוגבלות שממנה הוא סובל, נגזר עליו לגדול במוסד.¹²⁵ בפשטות, ילדים שאיש אינו חפץ בהם מצוותים לאימהות שאין חפץ בהן. חוק בריאות ממלכתי מקדש אף הוא אימהות ממוסדת. החוק אומנם מזכה נשים נשואות ורווקות כאחת במימון טיפולי פוריות, אולם קובע תנאי זכאות שונים התלויים במעמדה האישי של האישה: זוג נשוי המייצג תא משפחתי נורמטיבי מתוגמל באמצעות מימון ממשלתי אפילו כל אחד מבני הזוג הוא הורה לילדים מקשרים קודמים, ואילו אישה רווקה שכבר מימשה את אימהותה – כשירותה נפסלת. כל עוד היא אינה ערירית, האישה הרווקה אינה זכאית לסיוע מדינתי כדי להקים משפחה חד-הורית, אפילו לא במסגרת של זוגיות ללא נישואין.¹²⁶

לבסוף, לדידו של חוק הפונדקאות, נשים יחידניות פסולות מלשמש אימהות מיועדות, אך כשירות דיין לשמש נשים נשואות עבור אימהות ראויות.¹²⁷ זרם העומק שמאחורי המשטר המפלה והמשפיל הוא ברור: נשים רווקות טובות רק כוולדניות, "כרחם להשכיר" למען זוגות הטרנסקסואלים.¹²⁸ ובמילים אחרות, יש אימהות נשואות ויש אימהות נשואות. כשאישה יחידנית, רווקה ללא בן זוג ובשנות הארבעים לחייה, עתרה לבית המשפט העליון להכריז על הדופי החוקתי שבחוק הפונדקאות המונע ממנה לייצר אימהות חד-הורית, נפלו טענותיה על אוזניים ליברליות ערלות.¹²⁹ אף שכמעט כל השופטים היו תמימי דעים

טיפולי הפריה – לנשואות כדת בלבד" עשר-טו (19.8.2013) www.10.tv/news/17940; עמרי מניב "בתי חולים מסרבים לסייע לנשים שלא נישאו ברבנות לעבור טיפולי הריון" עשר-טו (18.4.2017) www.10.tv/news/63278.

125 ס' 2(3) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק אימוץ ילדים"). נשים רווקות יכולות לשמש מאמצות רק לילדי חוץ באמצעות אימוץ בין-ארצי (ס' 28 לחוק אימוץ ילדים), או "בנסיבות מיוחדות" (ס' 25(2) לחוק אימוץ ילדים). ראו שלו, לעיל ה"ש 107, בעמ' 515, ה"ש 47; פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה – קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 666, 643 (2005); הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 942.

126 ס' 6(ד) לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (המאפשר קבלת מימון מדינתי לצורך הולדת ילד ראשון ושני כל עוד אין לבני הזוג ילדים מנישואיהם הנוכחיים).

127 ס' 1 לחוק הפונדקאות. יש לציין כי לפי חוק הפונדקאות האם הנושאת יכולה להיות נשואה רק אם יוכח שההורים המיועדים לא הצליחו להתקשר עם אישה שאינה נשואה לאחר שנקטו "מאמץ סביר" (ס' 2(3)(א) לחוק הפונדקאות). כן ראו KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 156. דומה כי הגדרת "בני זוג" שבחוק הפונדקאות מפורשת לעיתים בוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים ככוללת בני זוג נשואים בלבד. מסיבה זאת היא דחתה את בקשתה של אישה ובן זוגה להתקשר עם פונדקאית בישראל (עמ"ש (מחוזי ב"ש) 59993-07-13 פלוני נ' פלונית, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברקאי (פורסם בנבו, 22.1.2014) (להלן: עניין פלוני 13-07-59993)).

128 הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 942-943. חשוב לסייג ולומר שבניגוד לחוק הפונדקאות, בחוק תרומת ביציות נשים לא נשואות מסומנות כמועמדות הכשירות הן לשמש כתורמות ביציות והן כנתרמות (ס' 11 ו-13(ה)(3)(א) לחוק תרומת ביציות).

129 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, פס' 42 ו-53 לפסק דינו של השופט חשין, פס' 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2002).

שהחוק פוגע בזכויות יסוד ללא הצדקה וחגגו את האימהות הנשית כ"יסוד כל היסודות, בתשתית כל התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה",¹³⁰ נדחתה העתירה באנטי־קליימקס מוחלט. בג"ץ סיפק עצמו בקריאה למחוקק להידרש לסוגיית הורותן של רווקות, קריאה שכחמש־עשרה שנה לאחר מכן טרם נענתה.¹³¹

גם פסק דין ליאת משה, שעסק בניסיוןן של בנות זוג לסביות לחלוק אימהות גנטית ופיזיולוגית משותפת, מבטא מסר רעיוני בעייתי בנוגע להורותן של נשים רווקות. מדבריה של השופטת ארבל עולה מנעד הייררכי של משפחות, שבתחתיתן ממוקמת האימהות החד־הורית, המצטיירת כנחותה גם לעומת הורותו של הזוג החד־מיני אך הדו־הורי.¹³² הדים לגישה זו ניכרים אף בפסק דין פלונית בעניין בקשתם של הורים להשתמש בזרעו של בנם המנוח ולהפרות בו אישה זרה למרות התנגדות אלמנתו. בדחותם בקשה זאת התייחסו חלק מן השופטים לכך שרק זכותה של בת הזוג הקבועה להורות, ולא זכותה של אישה אחרת, אוצרת כוח להוות "הצדקה נוספת" לטובת שימוש בזרעו של הנפטר, בין היתר מן הטעם "שהזכות להורות ניתנת דווקא לזוגות, ולפיכך מדובר בזכותם המשותפת של בני הזוג להעמיד צאצאים".¹³³ השופט מלצר, בדעת מיעוט, עמד על הבעייתיות הגלומה

130 שם, פס' 32 לפסק דינו של השופט חשין (ההדגשה הוספה). עדות לגישה הסטראוטיפית הרואה בהורות משאת נפש של נשים ניכרת גם בלשון המגדרית שנקט בית המשפט בצינונו כי: "עיקר הוא במשאת־הנפש לילד, באותו צורך־נפש עמוק וקמאי להורות הבורע בנפשה של אישה ואינו אכל" (שם, פס' 31). חשוב לציין שבית המשפט גילה אהדה כלפי חוסר יכולתה של אישה לממש את אימהותה באמצעות מסלול הפונדקאות, אך מגברים נמנעה אותה רגישות שיפוטית: "לא אמרנו – אף לא נאמר – כי פסול ההפליה הדבק לדעתנו, לכאורה, באישה יחידה שאינה יכולה להרות, דבק אף בגבר שאין לו בת־זוג" (שם, בעמ' 459).

131 ועדת אינסלר, שמונתה בעקבות פסק הדין (שם), אשררה את ההסדר החוקי וסברה כי לא כשורה העת להרחיב את מעגל הזכאות, כך שיכלול גם "נשים המעוניינות להביא ילד לעולם באמצעות אם נושאת שלא מזרע בן זוגן, בין אם המדובר בזרע גבר המוכר להן, ובין אם מדובר בתרומת זרע אנונימית" (ראו משרד הבריאות דין וחשבון הוועדה הציבורית־מקצועית לבריקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים 11 (2004)). בניגוד לכך, ועדת מור־יוסף המליצה לשנות את הגדרת "הורים מיועדים" באופן שיכלול גם אישה שאינה נושאה (ראו המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל 62 (2012)).

132 ראו את דברי השופטת ארבל, הסוברת שיש להיעתר לבקשת העותרות, זוג לסביות, להרות בדרך שביקשו שתאפשר לשתיהן קשר גנטי ופיזיולוגי ליילוד בין היתר כי: "אין מדובר בהולדת ילד לתא משפחתי של אדם יחיד, אשר אין חולק כי מדובר במצב שונה מהולדת ילד לתא משפחתי זוגי" (בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 18.9.2014)). תיוגה השלילי של האם הרווקה מועצם בהשוואה להתגייסות המשפטית הלא מסויגת לטובת בני־זוג נשואים, שלמרות היותם הורים לשלושה ילדים משותפים, ביקשו להביא לעולם ילד רביעי באמצעות פונדקאית. בג"ץ קבע כי המחוקק לא ראה במספר הילדים פרמטר שיש בו כדי להגביל את הנגישות לפונדקאות, ולפיכך הוועדה אינה רשאית לשלול מטעם זה על הסף את בקשתו של הזוג הנשוי להרחיב את התא המשפחתי (בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים (פורסם בנבו, 26.7.2011)).

133 ראו עניין פלונית 7141/15, לעיל ה"ש 72, פס' 27(2)(ב) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר – בביקורת על דברי השופט דנציגר והשופט מזוז (ההדגשה הוספה). כן ראו שם, פס' 10–12 לפסק דינו של השופט דנציגר (המציג עמדה זאת בהסתייגות).

בגישה זאת וציין כי לנוכח השינויים שחלו "בתפיסה התרבותית של מוסד המשפחה" אין להכיר ב"הבדל עקרוני" בין הפריית האישה האלמנה בזרעו של המנוח לבין הפריית אישה אחרת:¹³⁴ "התפיסה לפיה הזכות להורות היא זכות המשוייכת לזוגות בלבד היא תפיסה שאיננה הולמת עוד את מציאות החיים, כפי שהיא לפנינו, לרבות מקרים של הורות יחידנית".¹³⁵ עמדה בעייתית דומה אומצה אף בתזכיר חוק בנקי הזרע, שלפיו "לא הותר הנפטר הוראות בכתב, אשתו או בת זוגו הקבועה בלבד רשאית להורות מזרע הנפטר או להפרות את ביציותיה בזרעו".¹³⁶

התוצאה היא שרווקות רבות, אם בשל חסמים משפטיים, חשש לגינוי חברתי או ייסורי מצפון בגין החריגה ממודל האימהות הנורמטיבי, "בוחרות" לוותר על אימהות חד-הורית.¹³⁷ אכן, החברה הישראלית מאופיינת בשיעור הנמוך ביותר בעולם של לידות מחוץ למסגרת הנישואין.¹³⁸

(ג) אימהות ובריאות

אני מציעה לקרוא את תנאי ההיתר המתמקד בבריאות האישה כמשקף אף הוא את המתח הדואלי בין גידול אוכלוסין לבקרת אוכלוסין, המעוגן בצופן הגנטי של אתוס הפרו-נטליזם הבדלני. מחד גיסא זוהי רגולציה שמעוניינת להבטיח כמות: נשים מורשות לבצע הפסקת הריון כדי להגן על בריאותן ועל כושרן הרבייתי העתידי לשאת הריון ולשמר את הפוטנציאל הוולדני שלהן. מאידך גיסא זוהי רגולציה שמעוניינת להבטיח איכות: נשים מורשות לבצע הפסקת הריון כדי לוודא שרק אישה בריאה הכשירה לכך מבחינה נפשית וגופנית תשמש אם לילדי ישראל ותמסור גוף ונפש לגידולם.¹³⁹ לפי נרטיב פרשני זה, אין זה מפתיע ששלוש ערכאות שיפוטיות דחו פה אחד את בקשתה של אישה הסובלת ממחלת ניוון שרירים קשה (ALS) ונכה בשיעור של 150%, להכיר בה כאם המשפטית של תינוקת שהיא ניצחה על יצירתה. מדובר בפרשה טראגית שבה הכמיהה לאימהות והפנמתו של הצו הקטגורי בדבר אימהות חובה הגיעו לידי ביטוי קיצוני במיוחד. לאחר ניסיונותיה העקרים להרות ולאחר שכל בקשותיה להמשיך בתהליכי הפריה סורבו, יזמה האישה את הפקתו של פרויקט רבייתי שאליו גייסה מכר כתורם זרע, תורמת ביצית אנונימית ואת אחיניתה כנושאת הריון. הליך הפונדקאות בוצע בהודו לפי הדין המקומי, ובהסכמת כל המעורבים הצטיידה האישה במסמך רשמי מהמרכז הרפואי בהודו המאשר את הורותה. למרות זאת כל

134 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

135 שם, פס' 27ב(2)(ב). לביקורת על גישתו של השופט (כתוארו אז) מלצר, ראו יחזקאל מרגלית "מת ל(ה)חיות: על הגבולות הנורמטיביים הרצויים של עשיית שימוש ברצון הנפטר להולדת ילדים לאחר מותו" (טרם פורסם).

136 ס' 70(2) לתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז–2016. יש לציין, שתפיסה זו מקובלת גם בהצעת החוק שהגישה ח"כ עליזה לביא (ראו ס' 19–20 להצעת חוק תרומת זרע, התשע"ח–2017, פ/4637/20). <http://bit.ly/2Suq3A1>.

137 הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 927.

138 דונת "פרו-נטליזם סדוק", לעיל ה"ש 23, בעמ' 422.

139 כך מתייגות רשויות הרווחה נשים עם מוגבלויות כנעדרות "מסוגלות הורית" וכפסולות לאמץ. לדיון, ראו צבי טריגר "משפחות חורגות ורשיון הורות": מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות "המשפט 22 44, 51, ה"ש 61 (2006) (להלן: טריגר "משפחות חורגות ורשיון הורות").

משרדי הממשלה שאליהם פנתה האישה כדי להסדיר את תהליך רישומה כאם היילוד דחו את בקשתה. כן נדחו גם טענותיה בפני בתי המשפט בישראל, על שלוש דרגותיהם, על שהיא "כמי שיזמה את ההליך, פעלה לקידומו והשקיעה בו את מיטב מרצה ומשאבי הנפש שלה, תהא אם טובה ומיטיבה",¹⁴⁰ ועל כך ששליטת אימהותה "תהווה הפליה פסולה של המערערת על רקע נכותה והיותה רווקה".¹⁴¹ בית המשפט העליון קבע בהרכב מורחב שכמיהה לאימהות ומימוש כל האמצעים לשם הגשמתה אינם מהווים בסיס לגיטימי לרכישת הורות משפטית. כך, למרות שהוריה הביולוגיים של הילדה התפרקו מכל זיקה כלפיה, למרות זמינותה של האישה לשמש אם ולמרות שלפי הדין ההודי היא אכן האם המשפטית, בית המשפט ביכר להותיר את הילדה בחזקת שירותי הרווחה ולהכריז עליה כבת-אימוץ.¹⁴²

ניתן לקרוא את פסק הדין כהמשך רעיוני של האידאולוגיה הנורמטיבית שביסוד חוק ההפלות, משמע רק נשים כשירות במצב בריאותי שפיר נאמנות לספק את עבודת הטיפול האכזרית המצופה מן האם הראויה. אומנם ההנמקה המשפטית הייתה חפה מהתייחסות לנכותה (או לרווקותה) של האישה כחלק ממבנה ההצדקה לשליטת אימהותה, אולם קריאה זהירה בפסקה החותמת את פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרמזת על נימה חבויה של גינוי דק כלפיה. בית המשפט הנגיד את פרויקט הילודה של האישה, שאותו כינה "יצירת ילד יש מאין", להליך האימוץ, ברומזו שלעומת האימוץ שיש בו מן האלטרואיזם, בפעולותיה של האישה היה מן האנוכיות והאגואיזם ואף קורטוב של חוסר רגישות כלפי "צרכיו וזכויותיו של הצאצא".¹⁴³

כללו של דבר, נשים "חשודות" הן נשים הראויות להיתר הפלה ולא לרישיון היריון. כך מזקקים דיני הפסקת היריון את התכונות והכישורים המצופים מן האם-טיפוס של אימהות "נורמלית" וראויה.

3. פסקת הגוף הנבחר

משטר ההפלות הישראלי הוא ליברלי במיוחד כאשר הפסקת היריון נדרשת מחמת מומים בעובר. הוועדות להפסקת היריון מכשירות הפלות גם בעקבות ליקויים קלים ביותר לפי כל קנה מידה השוואתי, כולל בגין מומים שניתן לתקנם בהתערבות ניתוחית או בגין פגמים אסתטיים בלבד, כגון נמיכות קומה, שפה שסועה ופיין קטן.¹⁴⁴ כך גם אנומליות בכרומוזומי

140 עניין פלוני 13-07-59993, לעיל ה"ש 127, פס' 3 לפסק הדין.

141 שם, פס' 5.

142 בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 1.4.2015). מעניינת קביעתו של בית המשפט המחוזי שקבלת טענת ההפליה של האישה בנסיבות אלה והכרה באימהותה למעשה תוליד הפליה כלפי מי שאינו נכה ותהווה "בבחינת מתן זכות יתר לנכים" (עניין פלוני 13-07-59993, לעיל ה"ש 127, פס' 20 לפסק הדין). וראו זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 43, בעמ' 15.

143 עניין פלוני 13-07-59993, לעיל ה"ש 127, פס' 22 לפסק הדין.

144 לפירוט מקיף בנוגע למומים הקלים שבגינם נשים מפסיקות את היריון ראו Nitzan Rimon-Zarfaty & Alan Jotkowitz, *The Israeli Abortion Committees' Process of Decision Making: An Ethical Analysis*, 38 J. MED. ETHICS 26, 29 (2012); Nitzan Rimon-Zarfaty & Aviad Raz, *Abortion Committees as Agents of Eugenics: Medical and Public Views on Selective Abortion*

המין (SCAs) – הפרעות גנטיות העלולות להשפיע על הפוריות העתידית, שהן דוגמה פרדיגמטית לאבחון גנטי תקין החסר משמעות פתולוגית¹⁴⁵ – נחשבת בישראל לנכות רפואית חמורה המצדיקה הפסקת היריון.¹⁴⁶ החריגה מן הקונצנווס הרפואי העולמי בעניין זה מלמדת הן על הצביון הציוני-האאוגני המחויב לשלמות גופנית של "היהודי החדש",¹⁴⁷ ואף יותר מזה – על החשיבות המכרעת של הילודה ועל ההכרחיות של מנגנוני רבייה מתפקדים בהגדרת החיים שראוי לחיותם בישראל.¹⁴⁸

האיכות הגנטית התובענית הנדרשת מן "הגוף הנבחר" ממלאת תפקיד חשוב בהגדרת האימהות הנורמטיבית; זאת כיוון שמילוי קפדני של מה שניתן לנכות "המרשם לילד המושלם" מובן ומובנה בישראל כחלק אינטגרלי מחובתה של האם העתידית.¹⁴⁹ מחקרים סוציולוגיים איששו את התובנה כי נשים יהודיות כפופות למנגנון חברות ייחודי ורבי-עוצמה המנרמל אותן לראות בכריאותו ובתקינותו החיצונית והגופנית של העובר חלק מאחריותן האימהית.¹⁵⁰ מדענים חברתיים התקשו למצוא תקדים לתופעה הישראלית הממשיגה את עצם ההימנעות מבדיקות גנטיות ומהפלה של עובר פגוע כבגידה במודל האימהות הראויה, הנושאת סנקציות חברתיות של תיוג סטייתי והדרה.¹⁵¹ ההכרח לציית למודל האימהות הראויה אכן זוהה בספרות המקצועית ככוח המניע שהוביל נשים ישראליות לשבור סדרה

Following Mild or Likely Fetal Pathology, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 202, 208 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli eds., 2010). כן ראו רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת", לעיל ה"ש 89, בעמ' 461–460.

Hashiloni-Dolev, *Genetic Counseling* 145, לעיל ה"ש 47, בעמ' 474–475.

שם, בעמ' 476–469.

147 לפיתוח התזה בדבר השאיפה הציונית לנרמול הגוף היהודי ראו את הדיון להלן. למבט כללי ראו MEIRA WEISS, *THE CHOSEN BODY: THE POLITICS OF THE BODY IN ISRAELI SOCIETY* (2002) לקוח הביטוי "הגוף הנבחר". כן ראו רפאל פלק "יישוב הארץ כעשייה אויגנית" אלפיים 23, 179 (2002).

Hashiloni-Dolev, *Genetic Counseling* 148, לעיל ה"ש 47, בעמ' 480.

149 ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 161–162 (נשים הרות בישראל "מרגישות שהן חייבות לעשות הכול כדי לוודא שהתינוק יהיה בריא, והן סובלות מתופעה חדשה של 'חרדה גנטית' [...] היום מצופה מנשים צעירות להיות אימהות מושלמות לילדים מושלמים, והן נמצאות תחת לחץ בלתי פוסק לצרוך טכנולוגיות שאמורות להבטיח זאת").

150 ראו ניצן רימון-צרפתי לראות את הנולד: עמדות כלפי עמימות, אאווגניקה ואחריות הורית בדיוני ועדות להפסקות היריון, לגבי הפסקת הריון במקרים של מום גנטי שביטויו או חומרתו מוטלים בספק 15, 54 (עבודת גמר לתואר מוסמך במדעי החברה, אוניברסיטת בן-גוריון – המחלקה לסוציולוגיה-אנתרופולוגיה, 2007); Ronit D. Leichtentritt, *Silenced Voices: Israeli Mothers' Experience of Feticide*, 72 SOC. SCI. & MED. 747, 751, 753 (2011); Sagit Mor, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: A Disability Critique*, 63 STUD. L. POL. 113, 134 (2014); Remennick & SOC'Y 113, 134 (2014), לעיל ה"ש 53, בעמ' 26, 34.

151 נשים שנמנעו מלציית לקוד זה הוקעו כ"סוטות" ו"חריגות" (ראו רימון-צרפתי, לעיל ה"ש 150, בעמ' 52–55; Remennick & SOC'Y 113, 134 (2014), לעיל ה"ש 53, בעמ' 34, 45–46; Hashiloni-Dolev, *Between Mothers*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 134 (הגישה הישראלית לבדיקות סינון עובריות היא ייחודית)).

של שיאי עולם בצריכת טכנולוגיות של "ניהול עוברים"¹⁵². נשים ישראליות הן שיאניות בבדיקות קדם-היריון וסקר גנטי, הן מבצעות את המספר הרב ביותר של בדיקות לאיתור מומים בעובר ברחבי העולם,¹⁵³ ואף מבצעות הפלות בגין מומים מינוריים לעיתים תכופות משנשים בכל מדינה אחרת עושות זאת.¹⁵⁴

הקישור התובעני בין איכות גנטית לאחריות הורית, ועימו הפיקוח הקפדני על הגוף הנשי, נאכף ומשוכפל באמצעות המשפט. המערכת הרפואית בישראל מוכפפת לחובת יידוע משפטית, חסרת תקדים בהיקפה, לספק לנשים "מידע בדבר כל הבדיקות האפשריות במהלך ההיריון, בין שהן פרקטיקה מקובלת ובין שלא, בין שהן בסל הבריאות ובין שלא, בין שהן ידועות לרופא הסביר ובין שלא, בין שהן נדירות ובין שלא"¹⁵⁵.

הצו הקטגורי של אימהות חובה במובנו כילודה איכותית מוחל על נשים יהודיות מכל קצוות הקשת החברתית, הדתית והאתנו-מעמדית, והן מיישמות אותו באופנים שונים. למשל, בקהילה החרדית (ובמידה פחותה במגזר הדתי-לאומי), שבה האפשרות להפלה יזומה חסומה במידה רבה מטעמים הלכתיים, נהוגה פרקטיקה של "התאמה גנטית" בין בני זוג טרום-נישואין. למעשה, הקהילה החרדית בישראל ממנפת את הידע הגנטי לטובת מניעת פגמים בעובר "יותר מכל קהילה אחרת בעולם כולו"¹⁵⁶. בני זוג השוקלים להשתדך עוברים בבדיקות סקר גנטיות, המכונות "בדיקות טרום-שידוכים", כדי לבדוק מבעוד מועד אם איחוד ביניהם עלול להוליד ילדים הלוקים במחלות גנטיות.¹⁵⁷ גזר דין של אי-התאמה גנטית הוא עילה למנוע היכרות או לפירוק השידוך.¹⁵⁸

לבסוף, נשים ישראליות "פיתחו" מנגנון מפקפק לקיום בדיעבד של חובתן האימהית במקרים שבהם "בקרת האיכות" של העובר נכשלה: הן מדורגות במקום הראשון בעולם בשיעורי זניחת תינוקות פגועים בבתי החולים. לפי הסוציולוגית והאנתרופולוגית של הרפואה מאירה וייס, כ-50% מן התינוקות הסובלים ממומים שונים נדחו בידי הוריהם

152 ראו Rimon-Zarfaty & Raz, לעיל ה"ש 144, בעמ' 211; Remennick, לעיל ה"ש 53, בעמ' 35, 37; השילוני-דולב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 64-65.

153 ראו Birenbaum-Carmeli & Carmeli, לעיל ה"ש 48, בעמ' 25-26; Weiss, לעיל ה"ש 147, בעמ' 2; רימון צרפתי, לעיל ה"ש 150, בעמ' 19; Remennick, לעיל ה"ש 53, בעמ' 44.

154 ראו Weiss, לעיל ה"ש 147, בעמ' 2; רימון צרפתי, לעיל ה"ש 150, בעמ' 51; Mor, לעיל ה"ש 150, בעמ' 113, 122-123.

155 ליפשיץ-אבירם, לעיל ה"ש 56, בעמ' 108-109; נילי קרקו-איל "אתוס ההולדה בתביעות מיילדות וגניקולוגיה" ספר אליהו מצא 847, 872 (אהרון ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015). כן ראו למשל ע"א 2124/12 שירותי בריאות כללית נ' פלונית (פורסם בנבו, 30.10.2014) (הידועה בשם פרשת "האיקס השביר").

156 השילוני-דולב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 86.

157 הבדיקות מבוצעות בדרך כלל בגופים ייעודיים שהוקמו לשם כך (המפורסם שבהם הוא "דור ישרים – אגודה למניעת מחלות גנטיות") והן זוכות למימון מדינתי ולכיסוי ביטוחי (חנה קטן "בדיקות גנטיות לפני נישואין – אגודת דור ישרים" דעת: רפואה והלכה <http://bit.ly/2yHTh5X>).

158 למבט כללי על תופעה ייחודית זו ראו Barbara Prainsack & Gil Sigal, *Genetic Testing and Screening in Religious Groups: Perspectives of Jewish Haredi Communities*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 153 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli eds., 2010). כן ראו השילוני-דולב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 86-87.

וננטשו בבתי החולים, וכ-80% מאלה שהיו רצויים להוריהם, "הוחזקו בכידוד".¹⁵⁹ לשיטתה, תופעות כאלה הן חלק מאותו תסריט תרבותי מכונן של ניטורו, סינונו ותבנותו של הגוף הישראלי "from womb to tomb" מבית מדרשו של הצביון הציוני-האאווגני שלפיו יש להחליף את הקולקטיב היהודי המנוון והגלותי בקולקטיב בריא, שלם ואיכותי יותר של צברים ישראלים.¹⁶⁰

הכוח המשולב של ממסד רפואי וקודים תרבותיים המפעילים על נשים לחץ נורמטיבי להפקיר את גופן לבדיקות פולשניות ולהפסיק היריון לא תקין, לצד ועדות להפסקת היריון הנותנות גושפנקה להפלות גם במקרים של מומים קלים, חוברים יחדיו להבנות נשים כשומרות הסף של הטוהר הגנטי של הקולקטיב היהודי.¹⁶¹ פסקת "הגוף הנבחר", כפי שהיא מיושמת ונאכפת בישראל, יוצרת אפוא קשר גורדי בין אימהות ראויה לבין אחריות גנטית ומוסיפה עוד רובד לתפקיד האימהי-לאומי: חובתן ואחריותן של נשים לדאוג ללידת ילדים שלמים ובריאים ו"להגן" על החברה הישראלית מפני אזרחים פגועים ובעלי מוגבלויות. אם כן, במובן עמוק יותר, תנאי היתר זה הוא מכשיר לעריכת סלקציה ומיון לא רק של עוברים אלא גם של אימהותיהם; הוא יוצר הבחנה בין האישה הפריווילגית לאישה הפתולוגית, בין האם הראויה לאם החשודה.

4. פסקת העם הנבחר

אם פסקת "הגוף הנבחר" עוסקת באיכות הגנטית הנדרשת מן האם היהודייה, פסקת "העם הנבחר", שבוטלה כשנתיים לאחר שנחקקה, עסקה באיכות האתנו-מעמדית של האם וצאצאיה. לטענתי, יש לקרוא את הסעיף הסוציאלי שהכשיר ביצוע הפלה "מחמת תנאיה המשפחתיים או החברתיים הקשים של האישה ושל סביבתה"¹⁶² כחלק ממדיניות הילודה האתנו-מעמדית הבלדנית שאפיינה את ישראל בתקופת חקיקתו של הסדר שעל פניו נחזה כתנאי היתר מיטיב וליברלי.¹⁶³ לפי קריאה זאת אציע שהסעיף הסוציאלי הפך את אימהותן של נשים מזרחיות לחריגה וחשודה בתוך מבנה העומק האתני-יהודי וגילם נדבך נוסף בהגדרת מודל האם הראויה – האישה האשכנזייה.

הפולמוס הפרלמנטרי בעניינו של הסעיף הסוציאלי היה טעון מבחינה אתנית ורצון בדימויים אוריינטליסטיים כלפי הרחם המזרחי כמסמן של עוני, ריבוי ילדים, ניוון ונחשלות. אמנם הזהות של "השכבות החלשות"¹⁶⁴ ושל הנשים מרובות-הילדים שיש להנגיש עבורן שירותי הפלה לרוב "כובסה" ו"הולבנה" בדברי הכנסת לפי רוח התקופה, לעיתים חמק

159 Weiss, לעיל ה"ש 147, בעמ' 32 (הנתונים של וייס נוגעים לשנים 1985–1991); רימון צרפתי, לעיל ה"ש 150, בעמ' 86 (בישראל המנהג לנטוש תינוקות פגומים בבית החולים הוא הנפוץ ביותר מבין מדינות העולם).

160 Weiss, לעיל ה"ש 147.

161 ראו Hashiloni-Dolev, *Between Mothers*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 129, 143–144; Leichtentritt, לעיל ה"ש 150, בעמ' 749–750; Ivry, לעיל ה"ש 46, בעמ' 193, 199; Birenbaum-Carmeli & Carmeli, לעיל ה"ש 48, בעמ' 30.

162 ס' 5(א)(5) לחוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת הריזון), התשל"ז-1977.

163 על היחס הדיפרנציאלי לילודה בישראל של שנות השישים והשבעים, ראו השש, לעיל ה"ש 9.

164 ד"כ 72, 1318 (התשל"ה).

מבין השיטין הממד האתני כיסוד המארגן שהנחה את יוזמת החקיקה.¹⁶⁵ כך ח"כ חביב שמעוני מהמערך, מיוזמי החוק, הסביר גלויות כי מושאו של הסעיף הסוציאלי הוא "נשים בנות עדות המזרח, שלרוב אינן משכילות ואינן יודעות בפני מה הן עומדות".¹⁶⁶ כפי שאני מראה בהרחבה במקום אחר,¹⁶⁷ חברי כנסת רבים שתמכו בסעיף הסוציאלי היו מוטורדים מנשים מזרחיות ש"חינוכן, רקען, מצבן הכלכלי והנפשי לא החדירו בהן את תודעת תכנון המשפחה ואת הדאגה האמיתית לקדושת האדם ולקדושת המשפחה",¹⁶⁸ וגרמו להיווצרות משפחות מרובות ילדים אך מעוטות יכולת. למשל אורה נמיר מהמערך, מיוזמות החוק, יצאה חוצץ נגד הגישה הכמותנית, שבמרכזה תפיסה של עידוד ילודה כלל-יהודית ולא מובחנת, ושאלה בתוקף:

איזו מן חברה היא זו, חברי הכנסת, שמטרת הגדלת הילודה מטופחת ונשמרת בקרב דלי-ההשכלה ודלי-ההכנסה, וכמעט אצלם בלבד? [...] מדינה שחרדה כל כך למספר תושביה מדוע לא תאמץ לעצמה מדיניות של תכנון משפחה? מדוע לא תעודד משפחות בעלות יכולת כלכלית ורמת השכלה גבוהה להביא לעולם מספר רב יותר של ילדים? מה הצביעות הזאת של טיפוח מציאות "פרו ורבו" דווקא וכמעט רק אצל המשפחות דלות-ההשכלה ודלות-האמצעים? [...] מהיכן באה אוכלוסיית התלמידים הטעונים טיפוח, הילדים הנושרים, הילדים המידרדרים לעולם הפשע, הסמים והזנות? הנערים, ובחלקן הנערות שלא משרתים בצה"ל? כן, לא נעים להודות [...] רובם המכריע באים מהמשפחות מרובות-הילדים, שבחלק גדול מהן רבה העזובה ואין היכולת להתמודד עם בעיות היום-יום.¹⁶⁹

גם בהתעלם מהקשר המובהק בין דפוסי פריון ומעמד לבין מוצא אתני, שפמיניסטיות מזרחיות חשפו זה מכבר,¹⁷⁰ הרי שהאקדח המעשן שמנהיר לכול מי הרחם שמניב את

165 זאת לאור הנתונים שנצברו שלפיהם ההפללה של ההפלות, במתכונתה דאז, מגבילה את שיעור הפסקות ההיריון בקרב "נשים מעוטות יכולת בלבד, דהיינו אימהות למשפחות מרובות ילדים ונערות במצוקה" כך ש"אחוז ההפלות גדול אצל נשים אשכנזיות פי שלושה מזה שאצל נשים מעדות המזרח ובגלל זה [רוח הוועדה] ממליץ באופן חד-משמעי על שינוי החוק בעניין הפלה מלאכותית" (שם, בעמ' 1320).

166 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 102 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 4 (20.5.1975) (ההדגשה הוספה).

167 קארין כרמית יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט: על אזורות אימהית ואימהות מזרחית בדיני ההפלה(?) ה" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט, 2019) (להלן: יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט"). הניתוח הקצר של דברי הכנסת המובא כאן מבוסס על מאמרי זה, הכולל דיון נרחב במשמעויותיו האתניות הטעונות של הסעיף הסוציאלי מבעד לפרויזמה התאורטית של הפמיניזם המזרחי.

168 ראו דבריה של ח"כ אורה נמיר מהמערך, כפי שמובא בד"כ 75, 1400 (התשל"ו).

169 ד"כ 87, 184–185 (התש"ם).

170 לתיאור התרומה החשובה של הפמיניזם המזרחי לחשיפת הקשר שבין מגדר, מעמד ומוצא, ראו יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט", לעיל ה"ש 167. לכתובה מכוננת של פמיניסטיות מזרחיות ראו למשל Pnina Motzafi-Haller, *Scholarship, Identity and Power: Mizrahi Women in Israel*, 26 SIGNS 697 (2001); הנרייט דהאן-כלב "פמיניזם מזרחי, פוסט-קולוניאליזם וגלובליזציה" תרבות דמוקרטית 10, 135 (2006).

הרבייה הנחשלת הוא המושג "טעוני טיפוח". כידוע, מושג זה נטבע בשנות החמישים כדי לתאר את היכולות הנמוכות של התלמידים המזרחים ואימהותיהם.¹⁷¹ האידיאולוגיה המוגזעת שמקופלת בסעיף הסוציאלי לא נעלמה מעיניהם של חברי כנסת ממפלגות שונות, שביקשו לקעקע את האתוס האיכותני של פרו-נטליזם בדלני לטובת הגישה הכמותנית של פרו-נטליזם כוללני. חברי כנסת מהמפלגות הדתיות למשל תקפו בנחרצות את התוכנית לנרמל ולרסן את הרחם המזרחי ומחו על כליית הסעיף הסוציאלי מתוך מגמה "להגדיל פי כמה את הפלות" בקרב בני עדות המזרח:¹⁷²

אפשר לפתור מצוקת עם מסוים, חס וחלילה, על-ידי חיסולו, וכך אפשר לנסות לפתור בעיות של משפחות מרובות ילדים על ידי שנבטל קיומן של משפחות כאלה [...] מספרים לנו שאצל נשים ממוצא אשכנזי מבוצעות פי שלושה הפלות מאשר אצל נשים ממוצא עדות המזרח. גם לשם רוצים לחדור. רוצים להגדיל פי שניים או שלושה את הפלות המבוצעות במדינה. פעלתם במדינה רבות בהחדרת "תרבות" לאלה אשר בעיניכם נראים נבערי דעה. הם עלו ארצה עם תרבות יהודית, עם אמונה בלב, עם כיבוד אב ואם. חסרה להם, לדעתכם, תרבות אירופית. [...] יש עוד פינה יקרה שלא נשרפה כליל ואליה רוצים לשלוח מטיפים ומטיפות שבריש גלי יטיפו ויסבירו ויעשו תעמולה להפיל, להתיר כל רסן.

פנחס שינמן מהמפד"ל קבל אף הוא על כי "במקום שהמדינה תגדיל את עזרתה למשפחות הנתונות במצוקה ולמשפחות מרובות הילדים, היא תסייע להן לחסל את ולדיהן. האם אין זה כתם כבד על מדינה הפותרת בצורה כזאת את בעיות המצוקה? [...] החוק מביא להתערבות של עובדים סוציאליים בחיי המשפחה ופוגע במסורת של עמנו, במיוחד של בני עדות המזרח, על כל חלקיהן".¹⁷³ גם גאולה כהן מהליכוד וגם מרשה פרידמן מהסיעה הסוציאליסטית העצמאית, נציגת התנועה הפמיניסטית בכנסת, השקיפו על הסעיף הסוציאלי כעל חלק מן המנגנונים המתוחכמים המייצרים ומשמרים את יחסי הכוח הפנים-יהודיים בין הקבוצות האתניות השונות. גאולה כהן ביקשה לקלף את הסעיף

171 על הפיכת התלמידים המזרחים לטעוני טיפוח במערכת החינוך הישראלית ראו שלמה סבירסקי חינוך בישראל: מחוז המסלולים הנפרדים (1990); SHLOMO SWIRSKI, POLITICS AND EDUCATION IN ISRAEL: COMPARISONS WITH THE UNITED STATES 180 (1999) כן ראו ISSACHAR ROSEN-ZVI, TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW SPACE AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL 12 (2004). על זה יש להוסיף כי לאחר שאחד העדים המומחים העיד בפני הכנסת ש"איכות" הילדים נקבעת לא רק לפי הגנטיקה של אימהותיהם, אלא גם לפי מצבן הנפשי "ונכונות האישה וכוחה לגדל ילדים", הוטרדה נמיר מכך שנשים "טעונות טיפוח" לא ישכילו לרסן את פרונון ותהתה מי הגורם שיוסמך לשכנע אישה שאינה מוכנה למשמע את רחמה. כדבריה, "מי צריך לעזור לאשה להחליט או אפילו לשכנע אותה? מי צריך להתמודד עם בעיה זו, בייחוד כשאנחנו יודעים שהמרכיב של בעיות נפשיות הוא רציני מאוד באותה אוכלוסייה של נפגעי סעד, אותה אוכלוסייה שאנחנו קוראים לה – טעונת טיפוח?" (פרוטוקול ישיבה מס' 96 של ועדת השירותים הציבוריים, הכנסת ה-8, 3 (6.5.1975)).

172 שם, בעמ' 1325 (דברי ח"כ קלמן כהנא).

173 ד"כ 79, 1234 (התשל"ז).

הסוציאלי מכסותו הניטרלית עיוורת הצבע והעדה, ועמדה על המסר התודעתי הבעייתי שגלום בו עבור נשים מזרחיות: ¹⁷⁴

במי מדובר פה? מדובר בסעיף זה בעיקר על עדות המזרח, והבה נהייה גלויים. מדובר בעדות המזרח, באוכלוסיית המצוקה. לא כל עדות המזרח הן אוכלוסיית מצוקה, אבל רוב אוכלוסיית המצוקה היא מעדות המזרח [...] גם אצל אותה אשה שהיא במצוקה מאוד הנושא של משפחה ברוכת-ילדים הוא בעל ערך. כבר גזלנו מהם את כל הערכים האפשריים ויצרנו את בעיות המצוקה והגדלנו את המצוקה. משפחה ברוכת-ילדים, לא היו לה ילדים נרקומנים במרוקו, בעיראק ובתימן. פה יש לה ילדים כאלה בעקבות המדיניות החברתית והכלכלית של מדינת ישראל, כי במקום לתכנן את הילודה צריך היה לתכנן את הצדק החברתי, את חלוקת הנכסים הצודקת, אבל את זה לא עשו. במקום זה מתכננים את הילודה. כאן אני אומרת שגזלנו מאותה משפחה מעדות המזרח עוד ערך אחד [...] כאשר מתכננים בשבילם במיוחד סעיף מסוים, העובדת הסוציאלית יכולה ללחוץ לאשה באופן יותר מפעם אחת: יש פתרון, את יכולה לעשות הפלה חינם. ומגישים לה את כל העזרה.

כהן אף תהתה כיצד זה שלחברי הכנסת שתומכים בסעיף הסוציאלי יש "די אומץ לפסוק בדיני נפשות, אבל אין להם די אומץ לב – לפחות במידה כזאת שהייתה לחברת-הכנסת מרשה פרידמן – לבוא וגם להודות בכוונתם". ¹⁷⁵ פירושם של הדברים מתחוויר כשמעיינים בהבחנותיה המעניינות של מרשה פרידמן. פרידמן ציינה כי "אלה החושבים שאפשר להקטין את מספר הילדים של ציבור מסוים ולהגדיל את מספר הילדים של ציבור אחר על-ידי איסור או היתר הפלה מלאכותית על בסיס סלקטיבי, אינם אלא טועים". ¹⁷⁶ רק בקריאה השנייה תיתן פרידמן ביטוי מפורש וחד-משמעי לכוונתה, אז הבהירה לכול כי לא נעלמה מעיניה כוונת המכוון שביסוד החוק והמוטיב הגזעני הטעון שממוסך בסעיף הסוציאלי. ¹⁷⁷

תומכות חוק זה אינן עושות טובה לאשה בישראל; ואלה שטוענות שכן – על ידי מודעות בעתון והכרזות בכלי התקשורת – משלות את ציבור הנשים. חוק זה אינו מיועד להרחיב את חירות האשה; הוא מיועד להביא לתוצאות דמוגרפיות מפוקפקות; הוא נסיון להקטין את מספר הילדים הנולדים למשפחות מבני עדות המזרח ולהגדיל את מספר הילדים של משפחות מבני עדות אשכנז. זוהי האמת הלא נעימה שמסתרת מאחורי החוק.

174 ד"כ 87, 204 (התש"ם).

175 ד"כ 75, 1389 (התשל"ו).

176 ד"כ 75, 1400 (התשל"ו).

177 ד"כ 79, 1244 (התשל"ז) (ההדגשה הוספה).

גם זרח ורהפטיג מהחזית הדתית הלאומית, בביקורתו על הסעיף הסוציאלי, הבין כך את הגיונו: "אחד מחברי הכנסת אמר כאן שאנו צריכים להתארגן כך שבצד הספרדי יהיה מיעוט ילודה ובצד האשכנזי קצת יותר... האם זאת צריכה הכנסת לאשר? האם עלינו לתמוך במלחמה נגד ריבוי ילודה? אומרים: אבל לפעמים ישנן בעיות סוציאליות. האם זו הדרך לפתור אותן? האם מעמידים תועלתיות מול מוסריות [...] תועלתיות מעל לכל?"¹⁷⁸ חברו לסיעה, אהרן אבו-חצירא, ראה בשיח התועלתני הסוציו-מעמדי רטוריקה כוזבת ה"מכבסת" את האידאולוגיה הגזענית, בנסחו את הקשר בין פוליטיקת הזהויות לבין הפתולוגיה הסוציאלית של הפרולטריון הישראלי:¹⁷⁹

נגד מי מכוון הסעיף אשר צריך לקומם כל אדם? האם הוא מכוון נגד חברי הקיבוצים? האם הוא מכוון נגד אלה הגרים בצפון תל אביב או נגד אלה הגרים בוולות או בדירות גג? לפי סעיף 5 [הסעיף הסוציאלי] אסור למשפחה יהודית לגור בשכונת הבוכרים בירושלים או בקטמונים; אסור לה לגור בשכונת התקווה בתל-אביב. מפני שאם משפחה יהודית תגור באחת השכונות הנחשלות האלה, ייאסר עליה ללדת ילדים [...]. לפי ההצעה שלכם, תאמרו לכל משפחה מרובת ילדים, לכל משפחה שיש לה בעיות סוציאליות, שאסור לה ללדת יותר ילדים [...]. סעיף 5 פוסל את כל הצעת החוק. סעיף 5 מגלה את הכוונות הלא טהורות. סעיף זה בא לפגוע במשפחות מרובות ילדים, שאולי הן אינן נוחות למישהו; הוא בא לפגוע במשפחות הגרות בשכונות מסויימות; וחמור מזה – ואני רוצה להיזהר בלשוני – אתם, למעשה, מובילים באמצעות סעיף זה לכך שאתם אומרים למשפחות מרובות ילדים, שהן אולי נתמכות סעד ואולי לא – ולא תמיד הן נתמכות סעד, אבל הן כמעט כולן מעדות המזרח – אתם אומרים להן, למעשה: תפסיקו ללדת ילדים, מפני שאנו לא מסוגלים לפתור את כל הבעיות שלכן.

בתפיסתו הרדיקלית של אבו-חצירא, בדומה לגאולה כהן, דיני הפסקת הריון לא רק הסדירו היתרי הפלה אלא פעלו גם לכינון "רישיון הריון" ולשלילתו מהאם החשודה – האישה מעדות המזרח. לפי קריאה פרשנית זאת, שלילת הריון יכולה אפוא להתנסח במונחים המיטיבים של "היתר הפלה" בהינתן רגולציה סלקטיבית הנשענת על תנאי היתר נסיבתיים שיוצרים הבחנות לא מוצדקות בין נשים. זאת במקום להיזקק לקריטריונים ניטרליים ומקובלים, כגון גיל העובר, להבדיל מנסיבות ההריון וממאפייניה האישיים של האישה. כך הייתה פסקת "העם הנבחר" מנגנון מדינתי אאוני שמכוחו נתכונן אתוס של פרו-נטליזם בדלני פנים-יהודי. היא נועדה להביא לגידול אוכלוסין בקבוצה האתנית

178 שם, בעמ' 1250 (ההדגשה הוספה).

179 שם, בעמ' 1252 (ההדגשה הוספה).

ה"נכונה", של נשים ממוצא אשכנזי, ובד בבד להפעיל בקרת אוכלוסין בקרב קבוצות חברתיות נחשלות ועניות, קרי: נשים ממוצא מזרחי.¹⁸⁰ לא מפתיע שביטולו של הסעיף הסוציאלי נעשה בעידן של מהפך פוליטי שבו נבחרה לראשונה בישראל ממשלת ימין שתמכה ונתמכה במידה רבה בידי יהודים מזרחים.¹⁸¹ הסעיף "העלה את הסעיף" לגורמים בממסד הפוליטי והציבורי אשר ראו בו כמי שמכריח נשים עם מצוקה כלכלית לבצע הפלה, לצד גורמים בממסד הדתי אשר קראו תיגר על החריג המצוקתי פחות משיקולים הלכתיים ויותר משיקולים תודעתיים המתנגדים לשיח המסמן משפחות כ"מרוכות ילדים" ולא כ"ברוכות ילדים".¹⁸² שר הבריאות אליעזר שוסטק, שהציג את החוק לביטול הסעיף הסוציאלי לפני הכנסת, נקב בנתונים על השימוש "ההיפר-אקטיבי" בסעיף הסוציאלי וטען כי הכוח המניע ביסוד ההצעה לביטול הסעיף הוא ניצולו לרעה באופן ה"פותח שער כל כך רחב להפסקת היריון שהוא גובל כמעט עם היתר כללי, ולזה לא נתכוונו".¹⁸³ מלוגיקת צידוק זאת עולה כי מאחורי הרצון לבטל את הסעיף הסוציאלי עמדה התבססותו כתנאי ההיתר המרכזי לשחרור נשים מכל שכבות החברה – הן מזרחיות המבצעות הפלות "מותרות" והן אשכנזיות המבצעות הפלות "מיותרות". תומכים רבים בביטול הסעיף הסוציאלי אף ניסחו כתב אישום אידאולוגי נוקב נגד השמאל הישראלי שנתפס כאחראי לסעיף ולמדיניות שלשיטתם ארגנה את הגיונו – חיסול המצוקה והנחשלות באמצעות חיסול הנחשלים.¹⁸⁴

עד כדי כך היו הדברים טעונים עד שראש הממשלה מנחם בגין בחר להכריז על ביטול הסעיף כהצבעת אמון בממשלתו המחייבת את כל חברי הקואליציה.¹⁸⁵ כך למרות התנגדות עזה מצד ארגוני הנשים לביטול הסעיף הסוציאלי, כולל פנייה נרגשת של הפילוסופית הפמיניסטית סימון דה-בובואר לראש הממשלה, תנאי היתר זה סיים את חייו הסטטוטוריים כשנתיים לאחר שנחקק.¹⁸⁶ להלכה, הניסיונות התקופתיים לשחזר את הסעיף הסוציאלי נדחו כולם, בין היתר בנימוק מאיר העיניים של "חוסר תקינות פוליטית".¹⁸⁷ אולם למעשה,

180 Yali Hashash, *Medicine and the State: The Medicalization of Reproduction in Israel*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 271, 275 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli eds., 2010); Yishai, *Hidden Agenda*, לעיל

ה"ש 88, בעמ' 206, 209.

181 חוק העונשין (תיקון מס' 8), התש"ם-1980, ס"ח 40. להרחבה ראו Yishai, *Hidden Agenda*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 200-201; Yuval-Davis, *Demographic Race*; לעיל ה"ש 25, בעמ' 43-44.

182 ראו אמיר ושושי "חוק הפלות", לעיל ה"ש 90, בעמ' 789; אמיר הפלות כסוגיה מושתקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 171-172.

183 חוק העונשין (תיקון מס' 5), התשל"ח-1978 (קריאה ראשונה, ד"כ 87, 177-179 (התש"ם)).

184 לדיון בסיבות לביטול הסעיף הסוציאלי ראו יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט", לעיל ה"ש 167.

185 אמיר הפלות כסוגיה מושתקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 175.

186 שם, בעמ' 171.

187 שם, בעמ' 220-221. הצעת החוק האחרונה בעניין זה נדחתה בשנת 2003 (הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (תיקון – החזרת הסעיף הסוציאלי כעילה להפסקת היריון), התשס"ד-2003; ד"כ התשס"ה (114-115)).

למרות מחיקתו הפורמלית מספר החוקים המשיך הסעיף הסוציאלי לשמש בפועל בסיס מוסווה ולא רשמי לרבות מהפסקות ההיריון בישראל.¹⁸⁸ יש להדגיש כי למרות שהסעיף הסוציאלי בוטל זה מכבר, נודעת חשיבות רבה לניתוח היסטורי המפרק את האידאולוגיה האוריינטליסטית שהוצפנה בהגיונו. כפי שיפעת ביטון היטיבה להסביר: "ההכרה בכך שההפליה אכן התקיימה עשויה להוות בסיס לדיון על אודות תוצאותיה הנמשכות של הפליית-עבר, אפילו אין היא נמשכת כיום. אולם מעבר לכך, עובדת קיומה של הפליה בעבר [...] היא לרוב אינדיקציה טובה לכך שהיא ממשכה להתקיים בהווה, גם אם בצורה נסתרת או מתוחכמת מבעבר".¹⁸⁹ אכן, למרות ביטולו הרשמי של הסעיף הסוציאלי ניתן להבחין בפעפוע וחלחול של האידאולוגיה המוגזעת שברקעו גם להסדרים לא פורמליים וחצי-רשמיים. ספרות שחקרה את ההסדרה של הזרעה מלאכותית בישראל, למשל, מדווחת על מדיניות רפואית לא כתובה אך ברורה ועקיבה שלפיה נשים מוכוונות לבחור בתורם זרע התואם את המוצא האתני והעדתי של האם.¹⁹⁰ כך "נמנעת הולדתם של צאצאים מעורבים, מונצחות קטגוריות אתניות מובחנות ומתאפשר שיוכם הנוח של צאצאי ה'שידוכים' הללו אל תוך נישות קיימות בחברה הישראלית".¹⁹¹ יש בנקי זרע שאף מגדילים לעשות ודורשים מתורם זרע להוכיח שירות צבאי כתנאי מקדים לתרומה.¹⁹² למעשה, טוהר אתני חוץ-לאומי (גם אם לא פנים-יהודי) הוא תמה שעוברת כחוט השני בהסדרי פריון שונים: חוק הפונדקאות מחייב את האם הנושאת להיות יהודייה כדי לא לסכן את ה"טוהר" הרוחני של העובר שהיא נושאת, תנאי כשירות שהחוק מוכן

188 רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת", לעיל ה"ש 89, בעמ' 451–452.
 189 יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר" מעשי משפט ד 75, 80 (2011). כן ראו Gad Barzilai, *Analysis of Israelis [Jews and Arab-Palestinians]: Exploring Law in Society and Society in Law*, 11 INT'L J. L. & CONTEXT 361, 370 (2015) (המסביר כי ניתוח ביקורתי של ההיסטוריה המשפטית מסייע לחשוף את מנגנוני הייצור והשיתוק של האידאולוגיה המשפטית השלטת ולהעריך את עליונותיה והשלכותיה ההיסטוריות בישראל דהיום).
 190 KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 37. קשה להימנע מן התחושה שההקפדה על טוהר אתני מונחית מהטיה מוגזעת. המדיניות המתבקשת הייתה צפויה לתמוך בעירוב חומר גנטי בין-עדתי לשם הפחתת שיעורי מומים מולדים ומחלות תורשתיות, בייחוד בהתחשב בכך שהפרעות גנטיות רווחות בעיקר בקרב יהודים אשכנזים (שם, בעמ' 38). שיקולי טוהר אתני באים לידי ביטוי בולט גם בדחייה המוחלטת של זרע ערבי. כידוע, נשים ישראליות רבות מעוניינות בתורם זרע לא-יהודי (כיוון שלפי ההלכה זרע של גוי אינו מצמיח זיקה אבהית, ובכך נפתרת בעיית הנישואין של צאצאים כאלה). תרומת זרע מגוי מיובאת מארצות הברית ואינה נלקחת מאזרחי ישראל הפלסטינים, שכן "אף אחד לא רוצה זרע ערבי" (שם, בעמ' 108). מחקר סוציולוגי מצא שפרדוקסלית ברוב המקרים תרומת זרע מתורמים פלסטינים נדחית לטובת תורמי זרע גרמנים, מה שממחיש את עומקו של הסכסוך היהודי-פלסטיני ואת החשש מפני אסימילציה דמוגרפית (שם, בעמ' 109).

191 Ellen Waldman, *Cultural Priorities Revealed: The Development and Regulation of Assisted Reproduction in the United States and Israel*, 16 HEALTH MATRIX 65, 86 (2006) (התרגום שלי, קכ"י).

192 דן אבן "באסותא מקבלים תרומות זרע רק ממי ששירת בצבא" הארץ – בריאות (9.2.2012) <http://bit.ly/2SEbkIP>.

למחול עליו רק כשמדובר בזוג לא יהודי.¹⁹³ גם חוק תרומת ביציות דורש כי התורמת תהא בת דתה של הנתרמת,¹⁹⁴ וחוק האימוץ מחרה-מחזיק אחר העיסוק הכפייתי בזהות ההורים והתאמתם הדתית ופוסל אימוץ בין-דתי, לאמור: הורים יהודים אינם רשאים לאמץ ילד גוי, והורים לא יהודים אינם כשירים לאמץ ילד יהודי.¹⁹⁵

בשנים האחרונות אף נחשף תהליך משעתק של מעין שימור באמצעות שינוי, שבו הפיקוח על ההתרבות המזרחית מומר בפיקוח על ההתרבות האתיופית, שמכוחו נשים ממוצא אתיופי מונחתות לקרקעית הייררכיית האימהות היהודית.¹⁹⁶ למשל, מחקר שנערך מטעם ארגון "אשה לאשה" דיווח כי ננקטה מדיניות פיקוח אאוגני של ריסון ילודה בקרב יוצאות אתיופיה שבמסגרתה חויבו הנשים ליטול אמצעי מניעה מסוג זריקות דפורפרוורה, פן יישלל מהן טיפול רפואי, עזרה כלכלית ואף רישיון עלייה לישראל.¹⁹⁷ אכן, "הספקה אגרסיבית" של אמצעי מניעה לנשים ממוצא אתיופי הוערכה כ"אחד מגורמי המפתח" לירידה התלולה בת 50% בשיעורי הילודה בקהילה האתיופית בעשור האחרון.¹⁹⁸ דפוס פעולה דומה הופעל בעבר כאמצעי לצמצום הילודה בקרב נשים מזרחיות. כפי שהראתה

193 אם הצדדים להסכם אינם יהודים, ניתן לוותר על הדרישה להתאמה דתית (ס' 5) לחוק הפונדקאות). כן ראו שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות יסוד" הריון מסוג אחר 115, 126 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996); Michael M. Karayanni, *In the Best Interests of the Group: Religious Matching Under Israeli Adoption Law*, 3 BERKELEY J. MIDDLE E. & ISLAMIC L. 1, 65 (2010).

194 ס' 13(ה)(3)(א) לחוק תרומת ביציות. גם הפרקטיקה הנוהגת בעניין תרומת ביציות מגלה טפח מהמדיניות האתנית הסמויה – שאינה עיוורת או ניטרלית למוצא עדתי, אלא רואה בו נתון רלוונטי בהפעלת שיקול הדעת הרבייתי: נשים המעוניינות בתרומת ביצית נדרשות לחתום על כתב ויתור "על כל טענה או תביעה מסוג כלשהו בכל הקשור או הנובע [...] מבחירת הביצית והתורמת או סגולותיה האישיות, התורשתיות, הרוחניות, הגופניות, ארץ מוצאה או העדה עימה היא נמנית" (נוסחו של כתב הוויתור מצוטט אצל מיכאל קוריןאלי דיני אישים, משפחה וירושה: בין דת למדינה 112 (2004)).

195 ס' 5 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. לניתוח סעיף זה ראו Karayanni, לעיל ה"ש 193.

196 Remennick, לעיל ה"ש 5, בעמ' 209–210.

197 חדוה אייל דפו פרוורה: אמצעי למניעת הריון הניתן באמצעות זריקה: על מדיניות השימוש בקרב נשות הקהילה האתיופית בישראל (דו"ח של ארגון אשה לאשה – מרכז פמיניסטי חיפה, 2009). יצוין שהמועצה לבריאות האישה במשרד הבריאות סבורה כי הדוח אינו מבוסס מבחינה מחקרית, שכן הוא מורכב מתשואל של כ-40 נשים בלבד שאינן מדגם מייצג (איתי פידלמן סוגיית מתן דפו-פרוברה לנשים יוצאות אתיופיה 2, 21 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2013)). עם חשיפת הפרשה, הוגשה בשנת 2013 בקשה לתובענה ייצוגית לבית המשפט מטעם נשים יוצאות אתיופיה נגד שלוש מקופות החולים בטענה כי הן נקטו מדיניות של ריסון ילודה בקרב הקהילה האתיופית. הבקשה נמחקה לבקשתן, לאחר שפורסם כי: "ועדת הבריאות של הכנסת קראה למבקר המדינה לפתוח בחקירה על מעורבות המדינה במתן זריקות לנשים מהעדה האתיופית" (ת"צ (מחוזי מר') 61121-01-13 לאסי נ' קופת חולים כללית (פורסם בנבו, 14.1.2014)). דוח המבקר, שפורסם בשנת 2016, אומנם לא מצא כי עולות מאתיופיה חויבו לקבל זריקות למניעת הריון בניגוד לרצונן, אולם הבירור שנעשה הוא חלקי בלבד, ולא נחקרו הנשים הנילוונות ואף לא גופים מרכזיים שכלפיהם הופנו הטענות ושאינם כפופים לביקורת לפי חוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 (הסוכנות היהודית וארגון הג'וינט). לנוכח קוצר החקירה, פנו עמותת טבקה בשיתוף עם מרכז תמורה בעתירה לבג"ץ בעת כתיבת שורות אלה. לדיון ראו לי ירון "המבקר דוחה את העדויות של עולות מאתיופיה כי חויבו לקבל זריקה למניעת הריון" הארץ – חינוך (19.1.2016) <http://bit.ly/2PIgnie>. כן ראו משרד המשפטים הצוות למיגור הגזענות נגד יוצאי אתיופיה דו"ח מסכם 36 (2016).

198 טל, לעיל ה"ש 56, בעמ' 165.

יאלו השש, הממסד הרפואי ביקש למשטר את גופן של אימהות "חשודות" הנתפסות כחסרות אחריות בתיווכו של אמצעי מניעה המאפשר פיקוח חיצוני "עליהן ועל איברי הרבייה שלהן", ואשר מפקיע במידה רבה את שליטתן על נטילתן בהיותן "נשים פרימיטיביות שלא יכולות לקחת אחריות בחיי היומיום".¹⁹⁹

לא רק נשים יוצאות אתיפיה הן מושא לבקרה וביקורת דמוגרפית. לאחרונה הולכות ומתגברות הקריאות לביטול התוכניות הציבוריות לעידוד ילודה בישראל וליישום מדיניות תועלתנית של "יציבות דמוגרפית" בקרב המגזר החרדי והמגזר הבודאי, שהופכים את ישראל, לפי הטענה, לשיאנית בכל מדד של מצוקה כלכלית.²⁰⁰ למשל, נטען כי המשפחות הגדולות והקצבאות שתומכות בהן יוצרות תרבות של תלותיות, עוני ועצלנות שבגינה ישראל סובלת "מאכלוס יתר, עם ציבור מוחלש שהולך וגדל" ומ"מצב לא-בריא בעל תוצאות חברתיות שליליות", ולכן "הגיע הזמן לסבסד החלטות מקיימות – להשקיע באיכות החיים של הישראלים ולא בכמות החיים שהם מייצרים" ולעודד הורות אחראית.²⁰¹ לפי הפילוסוף הסביבתי אבנר דה-שליט ואחרים, "בהלת האוכלוסין" במקרים אלה אינה אלא תולדה של סלידה מוסווית ומוגזעת מפני התרבותו של האחר התרבותי.²⁰²

הנה כי כן, למרות מותו של הסעיף הסוציאלי האידאולוגיה שהנחתה את הגיונו הבלדני עודה חיה וקיימת, לובשת צורה ופושטת צורה ולוכדת ברשתה מיעוטים אתניים, לאומיים ודתיים.

* * *

סיכומו של דבר, הצו הקטגורי בדבר אימהות חובה מבטא גישה מהותנית וכוללנית שאינה רגישה לשניות הטבעה במדיניות הרבייה היהודית. כפי שראינו, המתח הרוחש בין פרו-נטליזם לאנטי-נטליזם, בין האידאולוגיה לסדקיה, התווה בישראל מדיניות ילודה מעין-אאווגנית שמטרתה לשלוט בגודל האוכלוסייה לשם השבחת איכותה. כחלק ממהלך זה, האימהות הישראלית בנויה כמיצב מובחן ודור-ערכי עם רישיון שימוש ותנאי קבלה, המבוסס על הדרה והכלה: לא כל אישה יהודייה זכאית להיכנס אל מוסד האימהות, ולא כל אישה רשאית לצאת ממנו. מחד גיסא משטר ההפלות הוא אוסרני ומפעיל פרו-נטליזם כפוי כלפי נשים "ראויות", אותן נשים שהרו ילד נכון מהאב הנכון בקשר הזוגי הנכון ובגיל הנכון. זכותן להפלה היא כה מצומצמת עד כי הובילה להתפתחות פרקטיקה של אכיפת החוק באמצעות עקיפתו: לפי חלק מההערכות, כמחצית מהפסקות ההיריון בישראל מבוצעות במחשכי שוק הפלות אפור – היחס הגבוה ביותר בין הפלות חוקיות להפלות לא

199 ראו Hashash, לעיל ה"ש 180, בעמ' 276 (התרגום שלי, קכ"ז). כן ראו אייל, לעיל ה"ש 197, בעמ' 26; אושרית יקנה ההיסטוריה של הגלולה למניעת הריון בישראל (עבודת גמר לקבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר אילן – היחידה ללימודים בין תחומיים, 2011).

200 טל, לעיל ה"ש 56, בעמ' 66.

201 שם, בעמ' 144-145, 387-389.

202 למבט כללי ראו AVNER DE-SHALIT, THE ENVIRONMENT: BETWEEN THEORY AND PRACTICE (2000).

חוקיות בעולם המערבי.²⁰³ מאידך גיסא, כאשר מדובר באימהות "חשודות", המאופיינות בשוליות ובאחרות חברתית, משטר ההפלות מפעיל אנטי-נטליזם סמוי: החוק מכשיר הפלות גם בשלבי ההיריון המאוחרים ביותר ובמנותק משיקולי הגנה על פוטנציאל החיות של העובר, הסדר משפטי שאין לו אח ורע בקרב מדינות המערב.²⁰⁴ בתמצית, האיכות המתעתעת של חוק צר מדי ורחב מדי בעת ובעונה אחת, הממוסגר בין החלת חסר להחלת יתר, במתח שבין כמות לאיכות, מכונן את התפקיד האימהי בישראל כמנגנון דיאלקטי מדי-מכיל בשירות אתוס הפרו-נטליזם הברדלני.

ג. בשם האב: על עבודת האימהות ודיני הגבריות

לעומת דיני ההפלות, שמטילים על נשים מחויבות לדאוג לאיכות הגנטית והרוחנית של צאצאיהן, דיני המשפחה מוסיפים עוד רובד תפקודי של אחריות נשית: פיקוח על האיכות החברתית של היילודים. המבנה המשפחתי שדיני הורים וילדים אוכפים, שבו נשים מחברות את הילדים שעה שהגברים מספקים את צורכיהם החומריים, מתנה את מימושה של האזרחות הנשית הנורמטיבית לא רק בהתרבות אלא גם בתרבות. דהיינו, מימוש ייעודן הביולוגי של נשים מומר במערכת ציפיות ממשטרת נוספת, הכרוכה במימוש איכותי של

203 ראו רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת", לעיל ה"ש 89, בעמ' 462 (אשר מזהה את תופעת ה"אכיפה באמצעות עקיפה"); Yishai, *Hidden Agenda*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 207; שטופלר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 490-491 (המציינת כי מספר ההפלות הלא חוקיות דומה לזה של ההפלות החוקיות, אם כי מצביעה גם על קיומם של אומדנים אחרים, קיצוניים פחות).

204 חוק ההפלות הישראלי הוא אולי החוק היחיד בעולם שאינו מטיל כל מגבלה על מועד הפסקת ההיריון משיקולים הקשורים לגיל ההיריון (ראו אמיר ושושי "חוק ההפלות", לעיל ה"ש 90, בעמ' 805; השילוני-דולב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 51). רק בהנחיות משרד הבריאות – שהמעורבות שבהן הוצאו בשנת 2007 – נוצר מדרג בין שלבי היריון שונים, ונקבע כי החל למן השבוע ה-24 להיריון, רק ועדת-על להפסקת היריון מוסמכת לאשר הפסקת היריון של עובר בר-חיות ולפי קריטריונים מחמירים מעט יותר (כך למשל, המום בעובר צריך להיות ברמה של מגבלה בינונית בתפקוד כשהסתברות לקיומה גבוהה מ-30%) (חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 23/07 "ועדות להפסקת היריון בשלב החיות" (19.12.2007)). הקוראת נותרת עם התהייה מדוע נקבע הסדר רגולטורי כה עקרוני בדרך המפוקפקת של חוזר מנכ"ל המצוי במדרג הנורמטיבי הנמוך ביותר האפשרי, ולא בדרך המלך של שינוי החוק עצמו. לטעמי, בכך משמר חוק ההפלות את יכולתו לשדר מסר מסולף, המחזק את אתוס הפרו-נטליזם הברדלני, שלפיו כשהיריון אינו רצוי למדינה, אזי רצוי לסיימו בכל עת וללא כל מגבלה. עוד יש לציין כי הנחיות אלה – שנחקקו בחוסר סמכות ושצל כבד מונח על חוקיותן – הוכחו כמס שפתיים רגולטורי שבפועל הוביל לתוצאה שבה כ-98%-99% מן הבקשות להפסקת היריון, אפילו בשלבים המאוחרים ביותר, נענות בחיוב (ראו Mor, לעיל ה"ש 150, בעמ' 123; ליפשיץ-אבירם, לעיל ה"ש 56, בעמ' 111, 175-176; Amir Aviram et al., *The Effect of a Policy Change on Late Termination of Pregnancy in Israel*, 125 INT'L GYNECOLOGY & OBSTETRICS 142 (2014); דן אבן "מספר ההפלות בהיריון גדל, ועמו המחלוקות הרפואיות" הארץ – בריאות (28.3.2013) <http://bit.ly/2Jwsfmq>. על תוקפן השנוי במחלוקת של ההנחיות ראו יוסי גרין "האם נוהל הפסקת היריון הקבוע בחוק העונשין משקף את תקנת הציבור?" רפואה ומשפט 39, 187 (2008); יונתן דייז "האם הוראות חוזר המנהל הכללי יכולות לשמש מכשיר להגנה משפטית?" רפואה ומשפט 39, 203 (2008); רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת", לעיל ה"ש 89, בעמ' 455-458.

התפקיד האימהי: על האישה לחנך, לחברת ולהכשיר את ילדיה, לעצב את בחירותיהם המוסריות ולהדריך אותם בנתיבי המוסר והמעורבות האזרחית.²⁰⁵ הדים לכך ניתן למצוא כבר בדיונים סביב חוק זכויות האישה, שהבנה את משוואת הזכויות-חובות הנשית שעל פיה נשים זכאיות לזכויות בשל השתתפותן בחובות, "ועל כולם", כפי שהצהיר שר המשפטים דאז, "במלוי חובתה וזכותה של אם עבריינה ובחלקה בטיפוח הדור הצעיר בארץ ובחינוכו ולזקיפות קומה, לגבורה נפשית, להקרבה עצמית".²⁰⁶ אותו מטען רעיוני מוצא את ביטויו אף בדיונים הפרלמנטריים סביב חוק גיל הנישואין, אשר הבנו את דמותה של האם הרפובליקנית הציונית כמי שכוחה אינו בפריונה אלא ביכולתה לשמש אם ראויה: "מורים ורופאים יסבירו לנוער, שהאישה ודווקא האישה, האם, צריכה להיות בעלת תרבות גבוהה. כי אם היא בעלת תרבות, העם כולו יתעלה בזכותה [...] הרי לא רק נשוב בזכות זו אל חיי כבוד ויקר במשפחה, אלא נצליח לגדל בארץ דור בריא וחזק, אשר יהיה לתפארת לעם ולארץ".²⁰⁷

דיני המשמורת ומזונות הילדים משרטטים את המסגרת המשפטית המובהקת ביותר המארגנת את האזרחות הנשית על הציר שבין רבייה להקרבה, בין הכושר הביולוגי ללדת ילדים לבין הכשירות התרבותית לגדלם. בתיווכם המשפטי נרקם מודל דיכוטומי של אם מטפלת ואב מכלכל המבנה את עבודת האימהות כפרטית, ביתית ויום-יומית וכמתנסחת במונחים של מסירות והקרבה.²⁰⁸ כפי שיבואר בהמשך, המשפט הישראלי מגדיר את התרומה הנשית לקולקטיב במונחים של ביצוע עבודת האימהות, תוך דבקות אנכרוניסטית בכלל משמורת נשי-הותני הכובל נשים לתפקידי המגדר המסורתיים ומסמן אותן כמטפלות הטבעיות בילדים.²⁰⁹ כחלק ממערך משפטי זה, הדוחה את אידיאל הניטרליות המגדרית של ההורות, רף הציפיות הנדרש מן התפקוד ההורי הנשי גבוה לאין ערוך מזה המוצב לאבות. חוקרות וחוקרים רבים הראו בהקשרים שונים כי נשים מוכפפות לסטנדרט שיפוטי מחמיר, הרואה באימהות חובה קשיחה ותובענית ובאבהות מעמד נזיל, וולונטרי ופריוילגי.²¹⁰ דיני מזונות ילדים חוברים לדיני המשמורת בחבל טבור משפטי המזין את

205 רימלט "אמא טובה, אמא רעה", לעיל ה"ש 30, בעמ' 581.

206 ד"כ 9, 2004 (התשי"א).

207 הציטוט מופיע אצל מלמד ושנהב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 146.

208 לדיון במיתוס האם הטובה ובעיצובו בישראל ראו הקר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 40-43.

209 הדיון בנושא משטר המשמורת הראוי בישראל ובתוקפה הפמיניסטי של חזקת הגיל הרך הוא סבוך ודורש עיון מעמיק ונפרד, החורג ממסגרת מאמר זה. במאמר אחר הבעתי את דעתי כי כלל המשמורת הראוי בעיניי, בהתחשב בדיון החל על כלל דיני המשפחה בישראל, הוא חזקת המטפל העיקרי (ראו Karin Carmit Yefet, *Feminism and Hyper-Masculinity in Israel: A Case Study in Deconstructing Legal Fatherhood*, 27 YALE J. L. & FEMINISM 47, 87-88 (2015) (להלן: *Feminism and Hyper-Masculinity in Israel*)).

210 ראו למשל ת"פ (מחוזי חי') 178/02 מדינת ישראל נ' פלונית, פ"מ התשס"ג(2) 769 (2003), והניתוח מאיר העיניים של פסק הדין אצל: רימלט "אמא טובה, אמא רעה", לעיל ה"ש 30, בעמ' 588-600, וכן הצבעתה על האירוניה שבה פסק הדין המנחה בעניין פרשנותה של עבירת ההתעללות ניתן בהקשר נשי כדי להעביר מסר חינוכי בדבר התנהגות הורית ראויה אף על פי שרובם המכריע של מקרי ההתעללות מבוצעים בידי גברים (שם, בעמ' 605). כן ראו הקר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 40-43 (אימהות ואבהות הם תפקידים בעלי תוכן שונה). העול המוטל על נשים מועצם לנוכח שיח ההורות ההגמוני בישראל –

הפרקסיס ההורי של גברים ונשים במשפחה הממוגדרת. דינים אלה מבטיחים לנשים תזרים שוטף של דמי מזונות בתמורה לעבודת הטיפול האימהית, והם ממלאים פונקצייה מדרבנת ומכווינה המתעלת נשים להתמסר למוסד המשפחה ולא לשוק התעסוקה.²¹¹

על רקע זה אבקש לבחון התפתחויות חדשות בדיני מזונות ילדים המחוללות שינוי עמוק בהגדרות המשפטיות המוכרות של נשיות, גבריות והורות. כפי שאראה, לפי המגמה המסתמנת בפסיקה, טענות לאבהות כפויה ולנסיבות היריון "חשודות" מומשגות כרלוונטיות לחובת המזונות, ובכוחן להביא להפחתת שיעור החיוב ואף לאיון כולל של אחריותו הכלכלית של האב. לטענתי, בחידוש הפסיקתי גלום גם שינוי תפיסתי, המבטא סטייה משתי פרדיגמות יסוד של המשפט הישראלי: בתי המשפט סטו לא רק מן הצו הקטגורי של אימהות חובה ומהפסיקה המושרשת המסמנת נשים כמטפלות אידיאליות בילדים. בתי המשפט אף סטו מן הפסיקה שהתוותה בדקדקנות את המודל הביו-אקונומי של האבהות כחלק מארכיטיפ היפר-הגבריות המוכתב לגבר הישראלי. סטייה פרדיגמטית זאת על שני ראשיה היא ביטוי מועצם של פרו-נטליזם בדלני, המטעין במשמעות מחדשת את המושג של "רישיון היריון".

הדיון שלהלן יתחקה אחר אופני הפעולה שמכוחם דיני המזונות מבנים נשים מסוימות כלא ראויות לגידול ילדים. אך כדי להבין לעומק את היקפם של ניצני המהפכה בדיני המשפחה, יש למקד את העדשה המחקרית תחילה בצד הגברי של המשוואה המגדרית.

1. היפר-גבריות כארכיטיפ של הגבריות ההגמונית בישראל

המודל הביו-אקונומי של האבהות, הממשיג את תפקידו ההורי של הגבר במונחים של קשר גנטי ותרומה כלכלית, הוא אבן הפינה של מה שאני מכנה "ארכיטיפ של היפר-גבריות" במשפט הישראלי. הדיון שלהלן יעמוד לראשונה על תורת המשפט ההיפר-גברית כפי שעוצבה בהשראת האידאולוגיה הציונית, ויעסוק בפירווק המפעל המשפטי המתוחכם המארגן את האבהות לפי מודל ביו-אקונומי צר ומהותני. על רקע זה אנתח את החריגות של דוקטרינת האבהות הכפויה שבדיני המזונות ואציע כי הסטייה של תת-ענף משפטי זה מפרדיגמת האבהות ההגמונית נועדה לקעקע את מיתוס הפרו-נטליזם הכוללני לטובת אתוס של פרו-נטליזם בדלני ולהמיר את מודל אימהות החובה במודל של אימהות ראויה. גוף המחקר הביקורתי על התנועה הציונית חשף את הציונות כתמונת ראי של האנטישמיות וכריאקצייה לתפיסת עולם אנטישמית ומיוזינית שציירה את היהודי הגלותי

שבמרכזו מודגשים האיכות של ההשקעה ההורית והשימוש התבוני בכוח ההולדה הנשי לפי ההון האנושי והכלכלי הזמין למשפחה, ולפי היכולת לעמוד בסטנדרט ראוי של עבודת הטיפול והחינוך הנדרשת מן האם הטובה (Remennick, לעיל ה"ש 5, בעמ' 202–203).

211 לדוגמה, משטר הגיבוי המשפטי של מזונות ילדים מכוח חוק ביטוח לאומי (חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1980), הנכנס בנעלי האב, אוכף תפיסות אלה: אם נשים מרוויחות יותר מסכום התחלתי מסוים, הן חייבות לבחור בין ויתור על מזונות הילדים לחיפוש עבודה מכניסה פחות או ליציאה מוחלטת משוק התעסוקה. בחירה זאת מעודדת נשים לוותר על רכישת השכלה ועל יכולתן לכלכל את עצמן באמצעות משלח ידן, ואין אפוא פלא שלפי נתוני ה-OECD ישראל מדורגת במקום החמישי מהסוף בשיעור התעסוקה העגום של נשים (ראו הילה ויסברג "הנתונים המטרידים של OECD: אתם לא מבלים ולא ישנים – רק עובדים" *The Marker* (4.1.2012) <http://bit.ly/2SDY00M>).

כנשי, מנוון ותלותי.²¹² לפי שיח הסטראוטיפים האנטישמי, שחלחל ונצרב בתודעתם של אבות הציונות והוגיה הרוחניים, העם היהודי כונן כגזע נשי, והגברים היהודים הובנו כסוג של מין שלישי בקיום האנושי.²¹³ כחלק מעולם דימויים משפיל זה הומשגה מצוות ברית המילה כגולת הכותרת של פרקטיקה יהודית מסרסת, הן בהיותה גורם לדימום המעלה אסוציאציה לווסת הנשית והן בפגימתה בפאלוס ובגבריותו של הזכר. ברית מילה נתכוננה אפוא כאקט נשי "that cripples a male by turning him into a Jew".²¹⁴ אפילו האיבר הנשי ביותר בגוף האישה, הקליטוריס, כונה בעגה הווינאית בשם "היהודי", ואוננות נשית התנסחה במונחים של "לשחק עם היהודי".²¹⁵ התדמית של היהודי כאיש משפחה תרמה אף היא את חלקה לתהליך הרדוקציה האנטישמי של הגחכת הגבריות היהודית. הפורטרט של היהודי הטיפוסי בשטעטל המזרח-אירופי היה של בחור ישיבה בעל גוף חלש, חיזור ורופס ואופי נשי ותלותי, הנתמך כלכלית בידי אשתו העצמאית והחזקה. הדומיננטיות הנחזית של האישה היהודייה העצימה אפוא ביתר שאת את הסבילות והחולשה לכאורה של הגבר היהודי.²¹⁶

הדימוי הנחות והנלעג של "היהודי הישן" הופנם כה עמוק אצל האבות המייסדים של המדינה עד כי אחד מסימני ההיכר הבודדים המשותפים לציונות על כל פלגיה הוא הפנמתה של תפיסת הגבריות הפגומה של העם היהודי.²¹⁷ בחזון המסקולניזציה של הרצל, נורדאו ואנשי רוח אחרים הובנתה התנועה הציונית כתנועה לשחרור הגבר שבמרכז יעדיה הרעיוניים היה הרצון לשחרר את הגבר היהודי מרפיסותו הנשית הגלותית ולחולל מהפך אידאולוגי שימיר את הזהות היהודית בזהות ישראלית, בצלמם ובדמותם של יהודה המכבי, בר כוכבא ושושלת הגיבורים הנערצת במורשת ההיסטורית של עם ישראל.²¹⁸ במרכזו של הפתרון הציוני ל"בעיה היהודית" עמדה דרישה לדחיית כל מה שמקודד כנשי

212 DANIEL BOYARIN, UNHEROIC CONDUCT: THE RISE OF HETEROSEXUALITY AND THE INVENTION OF THE JEWISH MAN (1997); GEORGE L. MOSSE, THE IMAGE OF MAN: THE CREATION OF MODERN MASCULINITY 70 (1996); רינה רקם פלד "הציונות – בבואה של האנטישמיות: על היחס בין ציונות לאנטישמיות בגרמניה של הרייך השני" האנטישמיות הגרמנית: הערכה מחדש 133 (יעקב בורוט ועודד היילברונר עורכים, 2000) (להלן: פלד "הציונות – בבואה של האנטישמיות"); דניאל בוירין "נשף המסיכות הקולוניאלי: ציונות, מגדר, חיקוי" תיאוריה וביקורת 11, 123 (2004).

213 יופי תירוש "משקל גוף – קטגוריה חדשה במשפט הישראלי" משפט ועסקים יט 861, 870–869 (2015).
BOYARIN, לעיל ה"ש 212, בעמ' 210.

215 אתי ליבמן עפאים "פמיניזם, גברים וגבריות: קריאת פסקי הדין בעניין גיוס תלמידי הישיבות באמצעות תאוריות של גבריות" המשפט טז 343, 367 (2011).

BOYARIN, לעיל ה"ש 212, בעמ' 211.

217 ראו פלד "הציונות – בבואה של האנטישמיות", לעיל ה"ש 212; Zvi H. Triger, Between Zionism and Judaism: Family Law and the Intersection of Anti-Semitism, Misogyny, and Homophobia 79, 147 (2004) (unpublished J.S.D. dissertation, NYU) (on file with author).

218 ראו אורית קמיר "ציונות, גבריות ופמיניזם: הילכו שלושה יחד בלתי אם נועדו" עיונים בתקומת ישראל – מגדר בישראל: מחקרים חדשים על מגדר ביישוב ובמדינה כרך ב 443, 445–454 (מרגלית שילה וגדעון כ"ץ עורכים, 2011); זאב שטרנהל בנין אומה או תיקון חברה? לאומיות וסוציאליזם בתנועת העבודה הישראלית 1904–1940 32–35 (1995); חיים חזן "בין הזמנים: לגופה של הישראליות" זמנים 68–69, 146, 149 (1999).

והומוסקסואלי, אגב ביסוס גבריות באמצעות שיקומו של הגוף וכינון מחודש של קיטוב מגדרי וגבולות פטריארכליים.²¹⁹ היהודי החדש הובנה אפוא כאנטיזה של היהודי הגלותי: כגבר לוחם וכובש, שרירי ועז מבט, אמיץ ואגרסיבי, איש כפיים ועובד אדמה, המפגין ביצועיות היפר-גברית שנועדה לרפא את הגבריות הנחותה של היהודי הישן, באקט מטמורפוזי שירומם אותו "from zero to a hero".²²⁰ במילים אחרות, הגבריות ההגמונית שנתכוננה בישראל היא ארכיטיפ של היפר-גבריות.

לטענתי, המשפט מילא תפקיד נכבד באכיפתו של ארכיטיפ היפר-הגבריות. טביעות האצבע של הגבריות ההגמונית נוסח ישראל ניכרות למשל בגישה המסורתית של המשפט כלפי העילה של הפרת הבטחת נישואין. לעומת יחסם של שופטים כלפי נשים-תובעות, שהתאפיין ברגישות רבה, גברים-תובעים נתקלו בחומה בצורה של עוינות שיפוטית, יחס שיפוטי דר-ערכי המלמד היטב על הסלידה ממודל של גבריות רפלקסיבית ורגישה ועל הדרישה לסטואיות גברית ולחספוס וחוסן רגשי מצד הגבר הישראלי.²²¹ במילים אחרות, הגבר הנורמטיבי אינו מתלונן על לב שבור; הוא שובר הלבבות. אך גם הגוף, לא רק הלב והנפש, מתנסח אחרת אצל גברים ונשים: הגוף הגברי מובנה כמיני, והגוף הנשי כרבייתי. תפיסה זו מונחת ביסוד "הסטנדרט הכפול" המזמין גברים ליהנות ממין נהנתני ומגביל נשים למין פריוני.²²² מסגור המיניות הגברית כאומניפוטנטית, יצרית ופעילה משתקף בייצוגים משפטיים בעלי אופי היפר-גברי. למשל, הגדרת עבירת האינוס הופכת את ישראל למדינה כמעט יחידאית בסרבה להכיר בכך שגם גברים, ולא רק נשים, עלולים להיאנס, הסדר המשריש את התפיסה שהגבר הישראלי תמיד חפץ במין, אך לעולם לא מוחפץ על ידי מין.²²³ כחלק מתפיסה זאת, דיני הגירושין מתייחסים בסלחנות לגבר הבוגד באשתו, אך מייחסים חומרה רבה לגבר "מורד" שלא מקיים את חובותיו בחדר המיטות ("בעל תפקידו

219 Yael S. Feldman, *No Room of Their Own: Gender and Nation in Israeli Women's Fiction* 190 (1999); Paula E. Hyman, *Gender and Assimilation in Modern Jewish History: The Roles and Representation of Women* 142 (1995); Zeev Sternhell, *The Founding Myths of Israel: Nationalism, Socialism, and the Making of the Jewish State* xii (1998); Erella Shadmi, *Gendering and Racializing Israeli Jewish*, 217, *Triger; Ashkenazi Whiteness*, 26 *WOMEN'S STUD. INT'L. F.* 205, 213 (2003) בעמ' 213. כן ראו למבט כללי (2000) *Oz Almog, The Sabra: The Creation of the New Jew* (2000) Tamar Mayer, *From Zero to Hero: Masculinity in Jewish Nationalism*, in *ISRAELI WOMEN'S STUDIES: A READER* 97, 101 (Ester Fuchs ed., 2005) *מכס נורדאו אל עמו: כתבים מדיניים* כרך 1, 170, 171–178 (1936–1937).

221 עופר גרוסקופף וסלה חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם הפיתוי הגברי" לדגם 'שברון הלב' *משפטים על אהבה* 107, 117 (אורנה בן נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005).

222 אמיר הפלות כסוגיה מושקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 21. לביטויים המשפטיים של תפיסת המיניות הנשית והגברית ראו שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת "מיניות מגדר ומשפט חלק א: בין כלכלת מין לקלקלת מין" *משפטים* מה 385 (2015).

223 ס' 345 לחוק העונשין. הוא הדין בנוגע לאלימות כלפי גברים – גם הנזקים הפיזיים שגברים סובלים מהם נותרים סמויים מן העין. לפי המחקר, עדויות לאלימות כלפי גברים זוכות להתעלמות, מה שגרם לסוציולוגים לכנות גברים ישראליים בשם "המגדר האילם" (על תופעת האלימות (הרווחת להפתיע) כלפי גברים ועל השתקתה ראו את אסופת המאמרים בספר הזה: אלימות אילמת – גברים כקורבנות (יעל וילצ'יק-אביעד ויואב מזא"ה עורכים, התשע"ד)).

לבעול"), מחדל המוכר כאחת מעילות הגירושין המוצקות והמוצדקות ביותר בארסנל החירויות הנשי.²²⁴ דיני הנזיקין אוכפים אף הם את השניות המשפטית על גבר בוגד ועל גבר מורד: הם מאפשרים לאישה לתבוע את "בעלה" על שלא שכב עימה, אך לא על ששכב עם אחרות.²²⁵

אולם אבן הראשה בפרויקט שיקום הגבריות היהודית היה הניסיון לשחזר מבנה משפחה פטריארכלי, פרווילגיה מגדרית שאפילו הגברים ה"אותנטיים" – הנוצרים האירופים שבזו לדגם הגבריות היהודי – הופקעו ממנה. במאמר מאיר עיניים טען צבי טריגר כי הנרטיב המקובל המזהה את הסטטוס קוו ואת הפוליטיקה הדתית כרציונל שעמד ביסוד אימוץ דיני נישואין וגירושין דתיים הוא נרטיב חלקי ופשטני. כפי שהוא מראה, יותר משחוק שיפוט בתי דין רבניים הוא פועל יוצא של פשרה פוליטית, הריהו תוצר של שותפות אינטרסים גברית בין דתיים לחילונים שהזדהו עם המודל הפטריארכלי של יחסי מגדר הייררכיים שההלכה יוצקת אל תוך חיי המשפחה היהודיים.²²⁶ במילים אחרות, השתתת מערכת היחסים בין גברים לנשים על בסיס דתי היא נדבך מרכזי שעל צירו התארגנה תורת משפט היפר-גברית. לטענתי, ארכיטיפ היפר-הגבריות השפיע לא רק על עיצובם של דיני הזוגיות אלא גם על ההסדרה המשפטית של דיני הורים וילדים. בהשראתו כונן תפקיד האב במשפט כשהוא מושתת על המודל הביו-אקונומי.

2. בין אנטומיה לאוטונומיה: המודל הביו-אקונומי של האבהות

המשפט הישראלי אימץ במידה רבה תפיסה חד-ממדית וצרה של דמות האב כבנויה על תרומה גנטית וכלכלית המשוללת תוכן טיפולי. הדוגמאות למודל הביו-אקונומי של האבהות הן רבות, ונסתפק באחדות. דיני טכנולוגיות הפרייון מעלים על נס את הרכיב הביולוגי כמרכיב מכונן בהגדרת האבהות. למשל, מדיניות תרומת הזרע בישראל מסגירה את שוליותו של האב כגורם מטפל וכהורה חברתי. מצד אחד, המשפט הישראלי מאפשר הזרעה מלאכותית גם במצבים שבהם האב הביולוגי לעולם לא יוכל למלא את הפונקציה של אב מטפל, כגון במקרה של שאיבת זרע מן המת או באמצעות מתן היתר לאסירי עולם

224 ראו למשל תיק (אזורי נת') 1021593/1 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 27.3.2016) <http://bit.ly/2PBWXzT> (חיוב "בעל" בגט לא מחמת היותו רועה זונות, אלא מהטעם שהוא מורד מתשמיש ומונע מאשתו את עונתה); רות הלפרין-קדרי "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקרי משפט ז' 297 (1989).

225 ראו בהתאמה: תמ"ש (משפחה י-ם) 24760/08 ש.ב.ר. נ' ר.ר. (פורסם בנבו, 25.3.2010), לעומת ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.10.2013).

226 צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת ישראל" משפטים על אהבה 173 (אורנה בן נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005) (להלן: טריגר "יש מדינה לאהבה"). פנינה להב מזהה אף היא את הברית האידאולוגית החילונית-דתית בין חברי הכנסת, ולא אילוצים פוליטיים, כמי שעמדה בבסיס הסדר החסינות שניתן למשטר המשפחה הדתי בחוק שיווי זכויות האישה – שאותו היא מציעה לכנות "חוק שריון זכויות הגבר". זאת במגמה משותפת למנוע "שידוד מערכות משמעותי במעמד האישה והגבר" שממנו כה חרדו (להב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 154). בקריאה זאת "המחנה השמרני, בין דתי ובין חילוני, הבין יפה שמדובר פה ב'מלחמה [מינית] מתמדת בחברה', ולא התכוון לוותר מרצון על יחסי הכוחות הפועלים לטובתו" (שם, בעמ' 157).

ללא חנינה להוליד ילדים שהם לעולם לא יוכלו לגדל.²²⁷ מצד אחר, המדינה מטילה מסך מסתורין משפטי על תרומת זרע ואינה מאפשרת לנהל תיעוד רשמי של תורמים וילדיהם.²²⁸ בכך מוקרבת זכות היסוד של הילד להתחקות אחר מוצאו על מזבח הרצון להימנע מהגדרת האבהות במונחים חברתיים, היינו כזהות המבוססת לא על קשר גנטי כי אם על עבודת הטיפול ה"נשית" והרגשית של גידול הילדים.²²⁹

המודל הביו־אקונומי של האבהות נותן אותותיו גם בהנגדת ההסדרים הנורמטיביים החלים על תרומת זרע למול תרומת ביצית. המשפט הישראלי אינו שולל במפורש את אבהותו של תורם הזרע, ולכן יהיה ניתן עקרונית להשית עליו אחריות כלכלית אם מעטה האנונימיות יוסר וזהותו תגלה.²³⁰ הוא הדין בנוגע לתורם זרע ידוע; האב הביו־לוגי אינו יכול לפרוק עצמו מחובת המזונות, והוא יחויב בעלויות גידול היילוד אפילו בהינתן הסכם חוזי מפורש הפוטר אותו מכל מחויבות משפטית כתנאי להסכמתו לתרומה.²³¹ בניגוד לכך, במקרה של תרומת הביצית, המשפט שולל במוצהר את אימהותה וקובע כי רק הנתרמת, האם החברתית, היא האם המשפטית.²³² ההפליה ביחס המשפטי בין תאי זרע לתאי ביצית לאחר פטירה אף היא מאירת עיניים: המשפט הישראלי מגלה יחס נדיר בקולתו כלפי שימוש בזרע של המת ואף נכון להסתפק ברצון משוער כדי לאפשר את הורותו של הגבר,²³³ אולם אוסר קטגורית שימוש בביציותיה של אישה נשואה לאחר מותה, ומתיר שימוש כזה בביציותיה של אישה פנויה רק משהוכח רצונה הברור והמפורש להשתיל את

227 כן נפסק באשר ליגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006)).

228 בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, פס' מא לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (2013) (להלן: עניין פלונית נ' משרד הבריאות). ראו באופן כללי Yoram S. Carmeli & Daphna Birenbaum-Carmeli, *State Regulation of Donor Insemination: An Israeli Case Study*, 19 MED. & L. 839 (2000); Yoram S. Carmeli & Daphna Birenbaum-Carmeli, *Ritualizing the Natural Family: Secrecy in Israeli Donor Insemination*, 9 SCI. CULT. 301 (2000); Helene Goldberg, *The Man in the Sperm: Kinship and Fatherhood in Light of Male Infertility in Israel*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 84, 96–97 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli eds., 2010).

229 לניתוח מאיר עיניים של מדיניות תרומת הזרע בישראל ראו רות זפרן "סודות ושקרים: על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביו־לוגי" משפטים לה 519 (2005).

230 ראו מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפרייה ולידה" הפרקליט – ספר היוכל 353, 373–368 (1993); שמואל בניאל ומשה רונן אבות בעל כורחם 211 (1992). חשיבות הזיקה הגנטית בהגדרת האבהות ניכרת גם בעניין פלונית נ' משרד הבריאות (לעיל ה"ש 228), שם התקבלה בקשת תורם זרע שלא לאפשר שימוש בזרעו על אף אינטרס ההסתמכות של האם, ואף שלא ייווצר כל קשר חברתי, כלכלי או אחר בין התורם לילד, זולת הקשר הגנטי. כן ראו אריאן רנן-ברזילי "הורים א/עובדים: רב-ממדיות והפמיניזם החברתי של מעמד הפועלות – תשתית תיאורטית לשילוב משפחה ועבודה בישראל" עיוני משפט לה 307, 326 (2012) (תפקיד הגבר הוא "להפיץ את זרעו" מתוך תפיסת הורות המבוססת על מודל של "שגר ושכח").

231 ראו תמ"ש (משפחה ק"ג) 40995-11-12 פלונית נ' אלמוני, פס' 62–63 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.8.2015) (להלן: עניין פלונית 11-12-40995); תמ"ש (משפחה חד') 44235-01-12 פלונית נ' פלוני, פס' 81–82, 89–90 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.7.2015).

232 ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות. כן ראו Yefet, *Feminism and Hyper-Masculinity in Israel*, לעיל ה"ש 209, בעמ' 66.

233 עניין פלונית 15/7141, לעיל ה"ש 72, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

תאי הרבייה שלה באישה אחרת.²³⁴ לטענתי, הבדל מגדרי זה הוא עוד עדות לאותו רעיון הגדרתי מכונן של אבהות כביולוגית ואימהות כחברתית. בקריאה זאת תפקידו האבהי של הגבר מתמצה בסיפוק המטען הגנטי ליצירת הוולד, אולם הוא עצמו נתפס כדמות חברתית שולית, ניתנת לווייתור ובת החלפה. אך ההסדר הנשי הוא תמונת ראי של ההסדר הגברי: כיוון שהמהות של האימהות נסכה לכאורה על מלאכת גידול הילדים, המשפט מסתייג מההנחה לפיה אישה עשויה להמשיג את עצם השימוש בביציותיה כשיטה יעילה לכינון הורות והבטחת המשכיות. המסר הסוגסטיבי ברור: אישה נורמטיבית (קרי: האישה הנשואה) לא תרצה להביא לעולם ילדים שהיא לא תוכל לגדל, אולם עבור גברים, הנורמליזציה של פרקטיקת שאיבת זרע לאחר המוות מחזקת את ההגדרה של אבהות כביולוגית ונטולת רכיב תפקודי משמעותי.

הסדר הפונדקאות בישראל מצביע אף הוא על ההבניה הנורמטיבית של תפקידי המגדר ההוריים. גבר עקר אינו כשיר להיות אב מיועד; אם הוא אינו יכול להיות האב הביולוגי, הוא פסול מלשמש אב משפטי. ההפך הוא הנכון בעניין האישה העקרה; היא כשירה להיפך לאם במסלול הפונדקאות גם ללא כל קשר גנטי או פיזיולוגי ליילוד; כל עוד האם המיועדת היא האם המטפלת, היא זוכה בהכרת המשפט.²³⁵ המסקנה הנגזרת מניתוח דיני הפריון היא אפוא שהמדינה מעדיפה באופן סלקטיבי קשר גנטי או חברתי בהתאם למין של ההורה, ומרוממת את המרכיב הביולוגי של האבהות על חשבון יתר רכיביה.

דוקטרינות משפטיות שונות בחוקי העבודה ובדיני המשמורת ומזונות הילדים מבססות אף הן את המודל הביו-אקונומי של האבהות, שבליבתו ממוקם הגבר כהורה מכלכל ולא כהורה מטפל.²³⁶ בחזונו של דינים אלה האב מצטייר כנוכח-נפקד, דמות חד-ממדית של ספק אשראי הנועד לאפשר לאישה אימהות פעילה. דיני העבודה פועלים לכינון ההגמוניה של "משטר הביות", במונחיה של ג'ואן ויליאמס (Joan Williams), המבנה את דמותו של

234 תק' 8(ב)2, 10(ג)10(ד) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987. כך, המשפט אף נותן תוקף למצב שבו אישה שהתאלמנה רשאית להשתמש בביצית שהופרתה מזרע בן זוגה, אולם האלמן אינו רשאי להשתמש בביצית של אשתו שהופרתה מזרעו. כן ראו מיכל אגמון-גונן וקרן דבך-דויטש "זכות הרופא להימנע ממתן טיפולי פוריות" רפואה ומשפט 33, 13, 19-20 (2005).

235 Teman, Surrogate Motherhood in Israel, לעיל ה"ש 48, בעמ' 82.

236 יש לציין כי נוסף על התפקיד הכלכלי, לאב מוענקות גם סמכויות החלטה וזכויות סימבוליות המבטאות את "בעלותו" על הילד, בהיותו ראש המשפחה שהכול כפופות למרותו. בניסוח אחר, "בתמורה" לעמידתו בנטל הכלכלי, המודל הביו-אקונומי מתגמל את האב בסטטוס של ראש המשפחה – הנהנה מאפטרופוסות ומסמכות קבלת החלטות גם כשהילד נתון במשמורת פיזית מלאה של האם. אכן, לעיתים יש תחושה שזו התפיסה הכמוסה המוכמנת בפסקי דין הפוסקים לטובת משמורת אב (ראו למשל תמ"ש (משפחה טב') 39341-08-10 א' מ' נ' א' מ' (פורסם בנבו, 25.12.2011), שבו נפסק כי "הבן נ.מ. ישהה בבעלות במשמורת האב" (פס' 33 לפסק הדין) (ההדגשה הוספה)). כך, האפטרופוסות המשותפת היא פררוגטיבה מרחיקת לכת המבטאת הן יכולת הכרעה בעניינים עקרוניים וכבדי משקל, והן התערבות בהחלטות הנוגעות לענייני היום-יום (ראו ס' 14 ו-18 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, התשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות"); דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" משפט וממשל טו 91, 147, 169 (2013)). גם בחוק השמות הליברלי משוקע סממן פטריארכלי מובהק, הקובע כי ילד מקבל את שם משפחת אביו (ובמקרה שההורים אינם נשואים, יקבל הילד את שמו רק בהסכמתו) (ראו למשל ס' 3 לחוק השמות, התשט"ז-1956).

האב כעובד אידיאלי וכמפרנס ראשי ומוביל לשיעתוק תפקידי המגדר במשפחה ובשוק העבודה.²³⁷ תנאי ההעסקה בישראל מחייבים גברים "לבצע" את גבריותם כמפרנסים ושוחקים את יכולתם לחוות הורות טיפולית. לפי חוקי עבודה רבים, האב מעוצב כמעין "הורה מחדל" שזכאותו הסטטוטורית לנצל הסדרים לשילוב עבודה ומשפחה היא משנית, שיוויונית וטפלה להנחת העבודה של טיפול אימהי.²³⁸

דיני המשמורת ומנגנוני האכיפה שלהם, ובכלל זה מערכות הסיוע והרווחה, תורמים אף הם לייצורו של "משטר אמת", בניסוחו של פוקו, המסמן את עבודת הטיפול כנשית, אנטי-גברית וכמחונן לטווח התפקידים הלגיטימי שמצופה מגבר "אמיתי" למלא.²³⁹ הגילום המשפטי המובהק ביותר להבניה הדיכוטומית של תפקידי המגדר ההוריים הוא חזקת הגיל הרך. בשמה של החזקה מוענקת לנשים עדיפות אפריורית כמשמורניות לילדים עד גיל 6, ובשם עקרון ההמשכיות והיציבות מורחב תפקיד הטיפול הנשי לילדים מכלל הגילאים.²⁴⁰ משטר משמורת זה גוזר אנומליה משפטית שבה האבהות מקודדת כתפקיד וולונטרי, ומעורבותו של האב בחיי ילדיו נתפסת כעניין שבזכות ולא כעניין שבחובה.²⁴¹ אף שבתי המשפט לענייני משפחה ניסו לאתגר את המסורת המשפטית הממסגרת את הגבר

237 JOAN WILLIAMS, UNBENDING GENDER: WHY FAMILY AND WORK CONFLICT AND WHAT TO DO ABOUT IT (2000). לדיון במשטר הביות בהקשר הישראלי ראו דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275 (2006).

238 ראו את הדיון המקיף אצל הקר ופרנקל, שם. דוגמה לכך היא עצם ההסדרה של הזכות לחופשת לידה בחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, כמו גם הרחבתה לגברים רק לאחר מאבקים חקיקתיים ועל בסיס הוראת שעה שהוארכה שלוש פעמים עד שהפכה להסדר קבוע, והתנייתה בתנאי זכאות כפולים (האב מחויב להראות שגם הוא וגם בת זוגו זכאים לקבל דמי לידה). לדיון ראו נדב פרץ-וייסודובסקי אין אבות לכישלון: עיצובה של תכנית חופשת לידה לאב בישראל, בין גורמים רעיוניים לחומריים 116-117 (עבודת גמר לתואר דוקטור בפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים – בית הספר לעבודה סוציאלית ולרווחה חברתית, 2014). הוא הדין בנוגע לסעיף 4(ב)(1)-(4) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, המעמיד לרשות הורים ארבעה הסדרים להקלת דפוסי השילוב בין עבודה למשפחה, אולם אף הוא קובע תנאי זכאות עודפים לאבות לעומת אימהות. לניתוח סעיף זה ראו יפעת מצנר-חרותי "אבא הלך לעבודה, ישוב עם צאת הלבנה": כיצד המשפט הישראלי מעצב את (אי) יכולתם של אבות לשלב בין משפחה ועבודה" מעשי משפט ו 67 (2014). עם זאת, בנוגע לחופשת הלידה, חשוב לציין התפתחות מיטיבה של תיקון חקיקה בשנת 2016, המאפשר להעניק לאבות חמישה ימי חופשה סמוך ליום הלידה (חוק עבודת נשים (תיקון מס' 54), התשע"ו-2016, ס"ח 2560).

239 ראו הקר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 150-177. די לציין בהקשר זה שתי פרשות הגורמות לפיכוח נוקב בנוגע להגדרת מקומו ותפקידו של האב בחיי ילדיו מצד גורמי המשפט והרווחה ראו תמ"ש (משפחה ב"ש) 43071-01-13 א' מ' נ' א' ג' (פורסם בנבו, 2.2.2014); ת"א (שלום ת"א) 46665-10-14 פלוני נ' משרד הרווחה חולון (פורסם בנבו, 24.2.2016). לניתוח המושג "משטרי אמת" של פוקו – לפיו בכל חברה יש שיח של אמת הקובע מהו שניתן להכיר בו כאמיתי, וכיצד ניתן להגיע לכך, ראו מישל פוקו לפקח ולהעניש – הולדת בית הסוהר (יואל רגב עורך, דניאלה יואל מתרגמת, 2015).

240 הקר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 18-19. לפסק דין הממחיש את מעמדו המשני של האב ראו תמ"ש (משפחה ב"ש) 43071-01-13 א' מ' נ' א' ג' (פורסם בנבו, 2.2.2014); לביקורת על פסק הדין ראו עדי ניב יגודה "לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם: הארה על פסק הדין תמ"ש 43071-01-13 א.מ. נ' א.ג. מבזקי הארות פסיקה 27, 3 (2014) <http://bit.ly/2qmoW8n>.

241 ראו למשל הקר והלפרין-קרדי, לעיל ה"ש 236, בעמ' 124.

כמפרנס ראשי וכהורה משני,²⁴² בית המשפט העליון עמד בפרץ וקיבע את חזקת עליונות האם כמשמורנית בלעדית.²⁴³ ניתן לשער כי המשפט, בתפקידו הפרספקטיבי כמכווין התנהגות אנושית, הרים תרומה לדפוסי ה(אי)-מעורבות של אבות יהודים עובדים במאה העשרים ואחת המציירים "תמונה מטרידה של חלוקת תפקידים מגדרית שמרנית באופן קיצוני, שלפיה עיקר הנטל של גידול הילדים רובץ על כתפיהן של האימהות".²⁴⁴

גם דוקטרינת ההגירה שוחקת דפוסי הורות של אבהות מעורבת ופעילה ומבצרת את המודל הבי-אקונומי הצר. קשה לאתר פסקי דין שדחו בקשות של נשים להגר עם ילדיהן אל מחוץ לישראל, לעיתים גם במצבים של תסקיר סותר של שירותי הרווחה וגם במחיר סיכול הסדרים של הורות משותפת ופגיעה קשה ביחסי האב וילדיו.²⁴⁵ למעשה, הכלל המשפטי המרכזי בהקשר זה, המאמץ מודל של אבהות חברתית, מוחל דווקא על גברים זרים. לפי מדיניות ההגירה במדינה, כדי שהורה זר יקבל מעמד משפטי בישראל, עליו לספק את צורכיהם הכלכליים של ילדיו וכן לשמור עימם על קשר קרוב ורצוף. ולא עוד אלא שמתען הסטראוטיפים המגדרי המאפיין החלטות משמורת נפקד כמעט לחלוטין מפסקי דין שמושאם הורים זרים.²⁴⁶ לטעמי, דואליזם משפטי זה מאשש היטב את התזה שלפיה המדינה היהודית מעוניינת בראש ובראשונה בטיפוח ההיפר-גבריות של גברים ישראלים. על כן לא יפלא שמדיניות שמושאה הוא הורים זרים מטוהרת מתפקידי המגדר המוגדרים שהמשפט מייעד עבור הגבר היהודי.

דיני מזונות ילדים משלימים מפעל רגולטורי זה וחוגגים את האידיאל של גבריות מכלכלת. כך, למרות ניצנים למגמה של שוויוניות יחסית בחלוקת האחריות הכלכלית בין

242 מגמה זאת של פסיקת משמורת משותפת, בהתעלם מהוראותיו של ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, החלה להתהוות בעיקר מעת פרסום המלצות הביניים של ועדת שניט (על תיעוד מקיף של מגמת החלשת חזקת הגיל הרך ראו שם, בעמ' 101–107).

243 בע"מ 1858/14 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.4.2014), שאכן השפיע על פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה. ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 44472-05-16 ג' א' ד' נ' כ' ד' (פורסם בנבו, 19.7.2016); עמ"ש (מחוזי ת"א) 55785-02-12 ק' ש' נ' ע' ש' (פורסם בנבו, 20.9.2012) (ביקורת על הנטייה הגוברת של בית המשפט לענייני משפחה להתעלם מחזקת הגיל הרך ללא הסמכה חקיקתית).

244 רות הלפרין-קדרי, קרן הורוביץ ושי זילברברג "על הכאוס בקביעת דמי מזונות במצבי משמורת משותפת: מבט ביקורתי על הפסיקה ועל המלצות ועדת שיפמן" משפט ועסקים יט 1235, 1257 (2016) (הנסמכים על עבודת הדוקטורט של אור ענבי).

245 ראו למשל פסק הדין המנחה בענייני הגירה, שבו התמקד בית המשפט בכישורי הפרנס המשובחים של בן-הזוג החדש של האישה ופחות במעורבותו העמוקה של האב בחיי בתו ובחשיבות הקשר ביניהם, רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321 (2001) (בית המשפט ביטל את דרישת ההכרח שבהגירה ופטר כלא רלוונטיים את שיקולי האם להגר). כן ראו בהקשר זה דפנה הקר ורוני שמיר "אימהות", 'אבהות', 'משפחה': בין אינטואיציה להלכה פסוקה" סוציולוגיה ישראלית ה 311 (2003); וכן הקר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 125. עוד ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 21969-02-14 א' נ' ד' (פורסם בנבו, 14.5.2014); בע"מ 10060/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.10.2008); עמ"ש (מחוזי י-ם) 516/09 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 20.5.2010); תמ"ש (משפחה נצ') 4126-01-12 ס' ב' נ' S.B. (פורסם בנבו, 2.7.2013); תמ"ש (משפחה י-ם) 11425-09-15 ה' ד' נ' ע' ר' (פורסם בנבו, 4.7.2016).

246 ראו טלי קריצמן-אמיר "על הורים וילדים: איחוד משפחות בישראל" משפטים מד 361, 383–384, 402 (2014).

הורים, חלק הארי של פסקי הדין עדיין מטיל על גברים את עיקר הנטל החומרי.²⁴⁷ זאת גם במקרים של אבות מעוטי יכולת וגם בהסדרים של משמורת משותפת ולעיתים אפילו בהינתן משמורת אב בלעדית.²⁴⁸ דפוס דוקטרינרי זה, ההופך את עבודת הטיפול הגברית (ואת התמיכה הכלכלית הנשית)²⁴⁹ לסמויה מן העין המשפטית, תוקע טריז בדמות האב כמטפל מעורב ובהתהוות תופעת "האבות החדשים" כשותפים פעילים בגידול הילדים.²⁵⁰ לאחר

247 אין להתעלם מכך שבשנים האחרונות החלו להישחק שתי אבני הבניין של המודל הביו-אקונומי. הרכיב הביו-גנטי נשחק עם ההכרה הגוברת בהורות ההומוסקסואלית למשל (עניין ממט-מגד, לעיל ה"ש 13). הרכיב האקונומי נשחק עם הניסיונות הרבים שנעשו בפסיקה להביא לחלוקה שוויונית של נטל מזונות הילדים על שני ההורים, ובייחוד לאור דוח ועדת שיפמן הקורא לפיתוח מזונות ילדים אורחיים ברוח עקרון השוויון המגדרי (ראו משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל (2012) (להלן: דוח ועדת שיפמן), ולאחרונה ההנחיות החדשות של הרבנות הראשית, מיום 30.11.2015 בעניין זה. לפסק דין שדן בנפקותן של הנחיות הרבנות הראשית ראו תמ"ש (משפחה טב') 42906-02-14 ע' ש' נ' א' ש' (פורסם בנבו, 11.5.2016). על המגמות החדשות בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה, בהשראת פסקי הדין האלו: בע"מ 5750/05 אוחנה נ' אוחנה (לא פורסם, 8.6.2005); בע"מ 2433/04 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2.10.2005). כן ראו יאיר שיבר "מזונות ילדים קטינים: מגמות חדשות" משפחה במשפט ג-ד 227 (2010); הקר והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 236, בעמ' 157-158. כמו כן ראו להלן את הדיון בפסק הדין התקדימי שניתן לאחר שליחת המאמר לפרסום: בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.7.2017) (להלן: עניין פלוני 919/15). גם בבלעדיות התפקיד הכלכלי ודחיית התפקיד הטיפולי של האב מתגלעים בקיעים, בייחוד מאז דוח ועדת שניט, שקרא לבטל את חזקת הגיל הרך ולהמיר אותה בעקרון משמורת עיוור-מגדר המתמקד בטובת הילד (ראו משרד המשפטים "הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין – ועדת שניט" דו"ח סופי http://bit.ly/2CXFgEp (27.12.2011) (להלן: דוח ועדת שניט).

248 ראו למשל ע"מ (מחוזי י-ם) 787/05 א. ב. ל. נ' ב. א. ב. ל. (פורסם בנבו, 27.10.2005); ע"א 130/83 פרייס נ' פרייס, פ"ד לח(1) 721, 728 (1984); דוח ועדת שיפמן, לעיל ה"ש 247, בעמ' 11; תמ"ש (משפחה ת"א) 4869/99 ע' ש' נ' ע' ד' (פורסם בנבו, 11.7.2007); תמ"ש (משפחה ת"א) 33690/02 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 8.12.2004); תמ"ש (משפחה ב"ש) 34894/08 ג' נ' ג' ג' נ' ג' (לא פורסם, 9.6.2011); תמ"ש (משפחה חי') 10218/02 א' ר' נ' צ' ר', פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.12.2006); תמ"ש (משפחה י-ם) 1886/04 א' ל' נ' פ' ל' (פורסם בנבו, 9.8.2006); תמ"ש (משפחה טב') 12107-04-10 ס"ג נ' ע"ג (פורסם בנבו, 25.1.2011). על התפלגות הדעות בבתי המשפט המחוזיים בנושא פסיקת מזונות במשמורת משותפת וסיווגן לכדי אסכולת חיפה, אסכולת מרכז ואסכולת תל-אביב ראו הלפרין-קדרי, הורוביץ וזילברברג, לעיל ה"ש 244. כן ראו יואב מוזא"ה "משמורת ילדים: מושג מהותי או כותרת חלולה?" מחקרי משפט כח 207, 232-234 (2013). לדוגמה קלאסית ועכשווית למודל הביו-אקונומי ראו תיק (אזורי נת') 914354-9 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 11.2.16). לדוגמה לפסק דין חריג שבו חויבה אם בתשלום מזונות עבור ילדיה שהועברו למשמורת האב ראו תמ"ש (משפחה פ"ת) 10968-06-10 ל' ד' נ' מ' ד' (פורסם בנבו, 5.6.2013). (פסק הדין נוקט לשון קשה כלפי האישה ומבקר בחריפות את התנהגותה האימהית עד כי נוצר הרושם שהחייב במזונות הוא מעין "קנס" שנועד לענוש אותה על שלא עשתה מה ש"מצופה מכל אם שתיאבק על הזכות והחובה, לקחת חלק בגידול ילדיה, ושלא תשקוט עד אשר תממש זכותה וחובתה לשמש להם כאם על כל המשתמע מכך" (שם, פס' 67)).

249 תודה לד"ר רות זפרן על ההערה החשובה. אכן, גם אם מבחינה פורמלית האב מעביר לידי האם תשלומי מזונות, בפועל במקרים רבים האם תומכת כלכלית בילדים שנמצאים במשמורתה, לעיתים אף בסכומים העולים על התשלום שבו נושא האב.

250 על תופעת האבות החדשים ומחקרים שמנסים לאמוד את שכיחותה מבחינה אמפירית ראו פרץ, לעיל ה"ש 41, בעמ' 273-274; דרור גרשוני אבהות חדשה בישראל: פרספקטיבה מגדרית על גבריות ואבהות

שהושלמה כתיבתו של מאמר זה, חודשה הלכה מבית המשפט העליון השוחקת את המודל הביו-אקונומי, ולפיה החיוב במזונות ילדים בני 6–15 יושווה לזה החל על ילדים בני 15–18, כך שהוא יוטל במידה שווה על שני ההורים מדין צדקה ובשים לב ליכולותיהם הכלכליות היחסיות ולחלוקת זמני השהייה ההוריים.²⁵¹ עם זאת המודל הביו-אקונומי עדיין חולש ללא סייגים על תשלום מזונות לילדים עד גיל 6, שאז החובה "עודנה מוטלת במלואה על כתפי האב, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה".²⁵²

יתר על כן, אותו תמריץ שלילי מפני אבהות מעורבת שנאכף על גברים במשפחה שלאחר גירושין מכוח דיני מזונות ילדים, פועל את פעולתו הנורמטיבית גם במשפחה ה"שלמה" מכוח חוק ביטוח לאומי. החוק נוקט לשון שאינה ניטרלית מבחינה מגדרית ("עקרת בית") ופוסל במפורש את אופציית היפוך התפקידים שבה הגבר מיועד להישאר בבית ולהתמסר לעבודת הטיפול ה"נשית".²⁵³ הסדר חוקי זה, שזכה לגושפנקה מהפסיקה, מעביר מסר ברור שבמודל המשפחה הנורמטיבי האב הוא המפרנס העיקרי, או במילים אחרות, גבריות מטפלת שאינה מכלכלת היא גבריות מקולקלת.²⁵⁴ כך מביטח המשפט שביחידה המשפחתית היעילה-כלכלית, יהיה זה תמיד רציונלי ליעד את הגבר לתפקיד העובד האידיאלי, ואת האישה – למטפלת האידיאלית.

לבסוף, גם אופני ההסדרה של זכות החזרה בדיני המזונות תורמים לעיצובו של האב כדמות כלכלית ולא טיפולית. לפי דוקטרינה זאת, אם אדם שתפקד כאב מגלה בדיעבד שבנו אינו קשור אליו מבחינה גנטית, הוא זכאי אוטומטית להתפרק מחובת המזונות המוטלת עליו במנותק מעומקה, מעושרה וממסכה של מערכת היחסים שנרקמה במשפחה. החוק הישראלי אף מרחיק לכת ומזכה את האב הלא-ביולוגי בהשבה רטרואקטיבית של כלל דמי המזונות ששכר שולמו.²⁵⁵ חריגות דוקטרינריות זאת נותנת אפוא ביטוי גלוי ורבי-עוצמה למודל הביו-אקונומי של האבהות ולקשר הגורדי שבין תרומה גנטית לתמיכה כלכלית.²⁵⁶

כמתעצבים בהקשר המוסדי והזוגי 76 (עבודת גמר לתואר מוסמך בפסיכולוגיה חברתית, אוניברסיטת בר-אילן – המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2004).

251 עניין פלוני 919/15, לעיל ה"ש 247. כמובן, במציאות הממוגדרת של חיי המשפחה והעבודה בישראל, כפי שעומד עליה בית המשפט, הפער הכלכלי הניכר שקיים במרבית המקרים בין האב לאם יוביל להותרת המצב הנורמטיבי הישן על כנו, קרי להמשך חיוב האב בתשלום מזונות נאותים גם בהינתן משמורת פיזית משותפת ושוויונית (שם, פס' 123 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

252 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט סולברג.

253 ס' 238 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995.

254 בפסק דין שבו גבר נון-קונפורמיסטי ביקש שיכירו בו כעקר בית, וקרא תיגר על החזון המגדרי הארכאי שחוק הביטוח הלאומי אוכף, עתירתו נדחתה. כל שבית המשפט היה מוכן לומר נגד ההסדר המפלה היה כי: "יתכן אמנם שיש בחוק זה, המחיל הסדר שונה על גבר ועל אישה, פגיעה מסוימת בשוויון" (בג"ץ 1046/09 מני נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.8.2010)).

255 ראו ס' 16 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959 (המסדיר את זכות החזרה). כן ראו למשל תיק (אזורי ב"ש) 105655-4 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 18.8.2013); ע"א 49/72 גלפרין נ' לבבי, פ"ד כו(2) 126 (1972).

256 לפסיקה המחייבת גברים שהוטעו לחשוב כי הם ההורים הביולוגיים של הילד במזונותיו ראו Michael J. Higdon, *Fatherhood by Conscriptio: Nonconsensual Insemination and the Duty of Child Support*, 46 GE. L. REV. 407, 421 (2012).

לפי פרדיגמת יסוד עקיבה זאת, נקל לחשוב שאב יחויב במזונות ילדיו גם אם ההיריון אינו לרצונו ואף "נכפה" עליו. חשבו שוב.

ד. אבהות כפויה: שלושה דורות של פסיקה²⁵⁷

טענות של אבות בעל כורחם להורות כפויה העשירו את מאגרי הפסיקה בתסריטים שנדמים כלקוחים מתוך הסוגה הספרותית של "סיפורי אלף לילה ולילה" ולא מתורת המשפט. בפסקי דין לא מעטים, בישראל ובעולם, טענו גברים כי נעשו לאבות בניגוד לרצונם במצג נשי כוזב בדבר שימוש באמצעי מניעה או ברקחת תחבולות נשיות יצירתיות אחרות.²⁵⁸ תופעה זאת מכונה בשם הטעון "גנבת זרע",²⁵⁹ והיא תוארה כ"מגפה לאומית"²⁶⁰ ו"כדבר הישראלי לעשות"²⁶¹ לנוכח הצו הקטגורי של אימהות חובה בחברה.²⁶² במצבים כאלה, כחלק מן המודל הביו-אקונומי של האבהות, גברים חויבו ברגיל לשאת במזונות ילדיהם גם במקרים שבהם ההורות לכאורה "נכפתה" עליהם. אולם עיון ביקורתי בפסקי הדין שניתחו טענות לאבהות כפויה בשנים האחרונות מאיר תהליך הדרגתי של אבולוציה שיפוטית, הניתן להמשה כשלושה דורות של פסיקה: הכחשה, הנכחה והכרה.²⁶³ פרק זה יתמקד בניתוח נרטיבי, המבוסס מבחינה מתודולוגית על ניתוח שיח

257 אני מבכרת את הטרמינולוגיה "הורות כפויה" על פני "הורות כמרמה" – שכן הביטוי הראשון נראה לי כוללני יותר ועל כן מדויק יותר; ברוב המקרים לא ברור כלל שמעורבת באבהות מרמה, אולם בכל המקרים ברור שההורות אינה רצויה לאב, ובמובן זה היא "כפויה", תהינה אשר תהינה נסיבות ההתעברות והלידה.

258 ראו למבט כללי את המקרים הגרפיים הרבים המובאים אצל בניאל ורונן, לעיל ה"ש 230. כן ראו סקירת פסקי הדין המובאת אצל Shifman, לעיל ה"ש 18. טענות "גנבת זרע" הועלו בהקשרים אזוריים אך גם בהקשרים פלייטים. ראו למשל בע"פ 4269/99 רוזן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.2004) (רוזן, גינקולוג במקצועו, העלה טענה בדבר "גנבת זרע" ששימשה לו עילה לרצח אם בתו. לטענתו, "גנבת הזרע" והתעקשותה על מזונות חרף התחייבותה שלא לעשות כן הייתה משום קנטור חריף, שבגינה הוא איבד את עשתונותיו וירה בה. בית המשפט דחה מכול וכול את שתי בקשותיו להמיר את העבירה מרצח להריגה או לחלופין להקל בעונשו).

259 שלו, לעיל ה"ש 107, בעמ' 509 ("הנורמה החברתית המקובלת היא שהאחריות להגנה מפני הריון היא של האשה, הנושאת בדרך-כלל בנטל העיקרי של הריון בלתי-רצוי; והכיניו של הסוגיה האמורה 'כגניבת זרע', כביכול, נותן ביטוי להשתמטות של האיש מאחריותו, מקום שראוי שתהיה אחריות משותפת של האיש והאשה, יחד ולחוד, לנקוט אמצעים למניעת הריון").

260 כינוי זה נטבע, באופן לא מפתיע, בידי ארגוני גברים (ראו "גניבת זרע ואבות בעל כורחם" ספריה/אבות-בעל-כורחם-וגנבות-זרע/ccfisrael.org (19.5.2011) http://bit.ly/2qoZNda (שם נטען כי גנבת זרע הפכה ל"מגיפה לאומית").

261 KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21.

262 פנחס שיפמן אף מציע כי ייתכן שמטעם זה, בהינתן תהליך החברות הנשי בישראל, המשפט הכשיר וסלל את דרכה של אישה יחידה לעשות שימוש בהזרעה מלאכותית "מפני שאחרת היא עלולה באין בררה להשיג את ההיריון המבוקש על-ידי מרמה כלפי הגבר" (שיפמן, לעיל ה"ש 125, בעמ' 668).

263 יובהר כי החלוקה לדורות משקפת במידה לא מבוטלת התפתחות כרונולוגית, אולם כמו כל כרוניקה היסטורית, מדובר במארג שבו חוטי השתי והערב עשויים לעתים למשוך לכיוונים מנוגדים ואין כוונתה להתיימר לטעון כי מפרידים בין הדורות גבולות הרמטיים ונוקשים. במילים אחרות, השימוש בביטוי "דורות" אין בו כדי לשלול את הדינמיות של התקופות והיותן שזורות זו בזו. ההבדלים בין הדורות הם

ביקורת של פסקי הדין, אולם פטור בלא ניתוח נורמטיבי אי אפשר. אפתח אפוא תחילה בהתוויית כיוונים ראשוניים לשרטוט עמדתי, שתהווה נקודת מוצא לדיון הנרטיבי-הפרשני בדורות השונים.

1. ניתוח נורמטיבי כנקודת מוצא לניתוח הנרטיבי של פסקי הדין

לטעמי, יש לקבוע כלל אי-קבילות עקרוני של טענות ל"אבהות כפויה", ולהכיר בחריג מוגדר ומצומצם לכלל זה. יש להדגיש כי "גנבת זרע" היא אמנם התנהגות שאינה ראויה ואף פוגענית, אך לא לכל התנהגות שאינה מוסרית צריכה להיות בהכרח תרופה משפטית. בצד שיקולים ברורים של זכויות הילד וטובתו במובנה הרחב,²⁶⁴ קיימים שיקולי מדיניות כבדי משקל התומכים בכלל אי-קבילות, מנימוקים שחופפים, במידה רבה, את עמדתו הגורפת של בית המשפט העליון בפסק דין פלוני נגד המשפטיזציה של הניאוף. עם שיקולי המדיניות שציינ בית המשפט ניתן למנות נימוקים נורמטיביים, כגון רתיעה מהתערבות יתר ביחסים האינטימיים בין בני הזוג ומתוצאת הלואי של כינון מדינת משטרה שתפלוש לחדרי המיטות המשפט, וכן נימוקים ראייתיים ותועלתניים החרדים מפני הצפת בית המשפט בתביעות ומהפגיעה בפרטיות הכרוכה בהוכחת תביעות מסוג זה.²⁶⁵

מהנמקות אלה עולה בבירור כי בני זוג, אפילו הם נשואים, אינם חייבים זה לזה חובת נאמנות משפטית בקיום היחסים המיניים. אם המשפט אינו מכיר ביחסי אמון מיניים אפילו בקרב צדדים לחוזה הנישואין, לא ברור מדוע יש להכיר ביחסי אמון בין שותפים למיטה דווקא בקונטקסט של "גנבת זרע". להשקפתי, כוחם של הנימוקים נגד המשפטיזציה של הניאוף יפה, וביתר שאת, גם בנוגע לאבהות כפויה. כך, הכרה בטענות ל"גנבת זרע", שמעמידות על סדר היום השיפוטי את פרקטיקת השימוש באמצעי מניעה, את אופן קיום יחסי המין ותדירותם ואת האופי שנשאה מערכת היחסים, סופה להפוך את המשפט ל"חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג", בבחינת "הנוסע השלישי הנחבא בין הסדינים", כלשונו של בית המשפט בפרשת פלוני.²⁶⁶ הפגיעה בפרטיות הכרוכה בביסוס טענות מסוג זה אף מהדהדת את אחד משיקולי המפתח שביסוד הלכת *Grissold v. Connecticut*, מפסקי הדין

אפוא בראש ובראשונה רעיוניים, עם חפיפה היסטורית מסוימת, כאשר כל דור עומד בסימן מגמה דומיננטית אחרת.

264 בכך כוונתי לא רק לצורך ליצור הפרדה בין מערכת היחסים שבין האב והאם לבין מערכת היחסים בין האב לילד, אלא גם לבעייתיות המוסרית שבעצם המשגת ילד כנוזק (השוו ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 28.5.2012)), וכן להתנערות מאחריות לצרכיו של הילד ולפגיעה בכבודו וברגשותיו בפרסום נסיבות הולדתו על גבי פסק דין.

265 ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.10.2013). למרות שבמקרה זה היה מדובר בתביעת 'בעל' את המאהב של אשתו, בית המשפט פסל את תוקפה של טענת הניאוף כעילת תביעה גם ביחסים הפנימיים הזוגיים ולא רק ביחסים מול צד ג' (אך ראו לעניין זה חוות דעתו החולקת של השופט דנציגר, שם).

266 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית. כן ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 96460/97 פלוני נ' אלמונית, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.7.2001) (להלן: עניין פלוני 96460/97): "האינטימיות של התחום, שכולו בתחום צנעת הפרט, והאוטונומיה של בני-הזוג, דורשת, ככל שניתן, שהיחסים יוסדרו בינו לבין ללא מעורבות גורם חיצוני".

המכוננים בתולדות המשפט האמריקני, שבו פסל בית המשפט העליון הפדרלי חוק האוסר על שימוש באמצעי מניעה "Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives? The very idea is repulsive to the notions of privacy".²⁶⁷

הסלידה מהחדירה הקשה לפרטיות האינטימית והמינית אף חוללה במידה רבה את מהפכת הגירושין ללא אשם שהתרגשה על העולם המערבי, בין היתר כדי לגרר את גבולותיו של המרחב הפרטי שאליו אין המשפט רשאי לחדור.²⁶⁸ בישראל החוק האזרחי נאלץ להשלים עם אובדן הפרטיות הכרוך בגירושי האשם הדתיים ופועל ככל הניתן לצמצם את היקפם (כגון באמצעות פסילת הלגיטימיות של שיקולי אשם בדיני הרכוש והמשמורת).²⁶⁹ אין אפוא כל היגיון בהפיכת תביעת מזונות הילדים לזירת התגוששות אזרחית שתחדיר בדלת האחורית את החטטנות המשפטית אל תוך היחסים האינטימיים הכרוכה בבירור טענות ל"גנבת זרע". באופן פרדוקסלי, מתן תוקף משפטי לטענות כאלה, המתעוררות על פי רוב בקונטקסט של הורים שלא נישאו זה לזה, מייצר עבור זוגות לא נשואים מעין מקבילה אזרחית להליך גירושי האשם הדתיים החל על זוגות נשואים: הוא מעמיד נשים בפני הבחירה בין ויתור על תביעת המזונות ובין היגררות למאבק משפטי חודרני שיכפיף את חייהן והתנהגותן לעין פולשנית ובוחנת ולשיפוטו הערכי של בית המשפט, חשש שאפשר שהיה חלק ממערך השיקולים שבגיננו נמנעו מלהינשא מלכתחילה.

יתר על כן, תביעת מזונות ילדים היא כידוע אחת התביעות התדירות ביותר בבתי המשפט בישראל. אם ל"גנבת זרע" יינתן תוקף משפטי, הרי שבדומה לחששו של בית המשפט בפסק דין פלוני, יש לחשוש לאפקט "הצפה" שבמסגרתו תשוכלל טענה זאת לכדי חלק נלווה ושגרתי מריטואל ההתדיינות בדיני המשפחה. עילה כזאת עלולה לספק לגברים תמריץ כלכלי ניכר לסרב להסדרה חוזית ומוסכמת של חובת המזונות מחוץ לכותלי בית המשפט ולאיים על נשים בניהול מאבקים משפטיים מתישים ופולשניים בניסיון להביא לצמצומה. החששות מפני עלות ההליכים, על מחירם הכלכלי והנפשי, מתוצאה של שלילת המזונות ומאובדן הפרטיות הכרוך בבירור טענות מסוג זה, עלולים לגרום לכך שבמשא ומתן המתקיים בצילו של המשפט נשים תמצאנה עצמן מתפשרות על סכומי מזונות צנועים שמקפחים את טובת ילדיהן.

267 ראו Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 485–486 (1965). לשיקול זה בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית בקונטקסט של אבהות כפויה ראו Sally Sheldon, 'Sperm Bandits', *Birth Control* (2001) 21 LEGAL STUD. 460, 464.

268 לתיאור מהפכת הגירושין האמריקנית ראו Karin Carmit-Yefet, *Marrying Dissolution to the Constitution: Divorce as a Fundamental Right* (2012) (unpublished J.S.D dissertation, Yale Law School) (on file with author).

269 ראו לדוגמה ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829, 832 (1978); בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד סג(1) 271 (2008). אכן, קשה למצוא פסקי דין שבהם סטו בתי המשפט מהחלוקה השוויונית הקבועה בסעיף 8 לחוק יחסי ממון, התשל"ג-1973. לקריאה לתיקון מגמה זאת ראו יצחק כהן ואמל ג'בארין "יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי – עיון מחודש במשפט הישראלי" משפט ועסקים טז (2013) 465.

שיקול אחרון זה מפנה את הזרקור אל הדינמיקה המורכבת של יחסי הכוחות המגדריים בישראל. במציאות חברתית שבה גברים ונשים אינם נהנים מכוח כלכלי שוויוני, והנחיתות הנשית מתבטאת בפמיניזציה של העוני, איום במאבק משפטי יקר ותובעני סופו לשמש כלי נשק נוסף במאזן הכוח המגדרי בין גברים לנשים בדיני המשפחה. במרחב נורמטיבי שבו הדין הדתי חולש על דיני הגירושין, מחליש נשים ומקנה לגברים זכות וטו מוחלטת על החירות הנשית, הרי שהפיכת שדה מזונות הילדים לקלף מיקוח גברי נוסף מחריפה אף יותר את חוסר השוויון המגדרי כעיקרון המארגן של דיני המשפחה בישראל. במילים אחרות, את התפקיד הכוחני שממלאים דיני הגירושין הדתיים בקונטקסט של נשים נשואות ימלאו דיני מזונות ילדים האזרחיים בקונטקסט של נשים לא נשואות. למעשה, הכרה עקרונית בלגיטימיות המשפטית של טענות ל"גנבת זרע" משרתת, גם אם לא במכוון, מדיניות שקורבנותיה הן ככלל נשים שאינן נשואות ופועלת לסימון אימהותן כחשודה. יש לשער כי בתי המשפט יגזרו מחוזה הנישואין תנאי מכללא להקמת משפחה,²⁷⁰ ולכן כמעט כל אישה, ורק אישה, שאינה נשואה תהא חשופה בפורטנציה להאשמה של כפיית אבהות. המסר התודעתי הבעייתי הנשקף מאופן הפעלתה של דוקטרינה כזאת הוא כי רק אימהות נשית בקונטקסט של הנישואין זכאית לחסינות ולהגנה משפטית. בכך משמש המשפט שלא בטובתו מכשיר מפקפק לתיעול והסללה של נשים החפצות באימהות "לגיטימית" אל המסגרת הדכאנית של מוסד הנישואין.²⁷¹ אימוץ כלל של אי-קבילות עקרונית מהווה אפוא מנגנון משפטי של "צדק מעברי", דהיינו, "תגובת נגד-עצמית"²⁷² של המשפט לתופעה של יחסי כוח מגדריים ופער כלכלי שהוא עצמו תרם לביסוסה ולהנצחתה. מתוך הכרה באחריותו לתוצאותיה המשפט צריך להכיר בצורך לעגן נורמות תרופתיות שיתקנו את ההפליה כלפי נשים ויקדמו צדק מגדרי כולל, בין היתר כפי שאני מציעה, באמצעות נטרול היכולת הגברית לפתוח חזית כוח חדשה נגד נשים ולקרוא תיגר על אימהותן.

לעומת זאת אי-הכרה במשפטיזציה של "גנבת זרע" אינה מקילה ראש בזכותם של גברים שלא להיות הורים או מפקירה אותם לטופרי "נשים המשחרות לטרף", כפי שהן מצוירות בעולם הדימויים הפטריארכלי הקורבני. המדיניות המשפטית המוצעת מבקשת להוביל להיפוך נטלים מגדרי – לא הנטל המשפטי, כי אם הנטל ההתנהגותי – כך שהאחריות למניעת היריון לא רצוי, שהייתה נחלתן של נשים משחרר ההיסטוריה, תונח לפתחם של גברים. גבר שאינו חפץ להיות אב יתכבד וישתמש באמצעי מניעה, מגבלה מינימלית על חירותו המינית שדומה שהמשפט רשאי לדרוש כתנאי-קדם להגנה על חירותו הרבייתית.²⁷³

270 לגילום קיצוני של תפיסה זאת ראו את דברי השופט טל: "הוא אשר אמרתי לעיל, שבאותו הסכם שבהתנהגות שבין בני הזוג כלולה לא רק הסכמה לנסות ולהביא ולד לעולם בזמן ששלום ביניהם, אלא גם חיוב לתת לה ולד שתישען עליו, ואפילו ייפרדו דרכיהם" (ע"א נחמני, לעיל ה"ש 74, בעמ' 529–530).

271 על המחירים המגדריים שמסגרת הנישואין גובה מנשים ראו בהרחבה הקר, לעיל ה"ש 36.

272 ביטון, לעיל ה"ש 189, בעמ' 77. על צדק מעברי ראו RUTI G. TEITEL, TRANSITIONAL JUSTICE (2000).

273 אכן, דומה שגבר שאינו טורח לנקוט אמצעי הגנה בסיסיים (תרתי משמע) כדי להגן על האוטונומיה הרבייתית שלו, אינו זכאי לצפות שהמשפט יעשה כן במקומו. יחס משפטי זה אינו מקפח את עצם זכותם

לבסוף, בניגוד לכלל אי-התביעות המוחלט שקבע בית המשפט העליון בנוגע לניאוף, סבורני שיש להכפיף את כלל אי-הקבילות של "גנבת זרע" לחריגים צרים ומוגדרים. שאם לא כן, שרטוט כלל גורף ללא חריגים יחזק באופן לא-ראוי נורמות בעייתיות של פרו-נטליזם כוללני לפיהן נשים מחויבות להיות אמהות כמטרת-על המקדשת כל אמצעי. דיון מפורט בקביעת חריגים מוגדרים הוא מלאכה חשובה ומורכבת, אך היא חורגת ממסגרתו של הדיון הנוכחי. בתמצית אציין כי לשיטתי, החריג המרכזי צריך שיבוסס על סימון הדין הפלילי קנו הגבול לכלל אי-הקבילות. למשל, טענה לאבהות כפויה תתאפשר רק כאשר עצם ההסכמה לקיום המגע המיני – לא לשימוש בזרע – מצויה במחלוקת. כשם שלא יעלה על הדעת ששיקולי מדיניות, חזקים ככל שיהיו, ישמשו מגן מפני בירור תלונות של נשים על קיום יחסי מין ללא הסכמה,²⁷⁴ אין כל הצדקה למנוע מגברים הגנה דומה. אי-הכרה בחריג כזה לא רק שתחזק את הציווי הקטגורי הכופה של אימהות החובה, אלא סופה שתשעתק נורמות לא ראויות של היפר-גבריות היוצרות טריוויאליזציה של פגיעות מיניות בגברים ומציירות אותם כיצורים רווי יצרים שאינם "כשירים" לסרב למין או למלא את התפקיד ה"נשי" של הקורבן המיני.²⁷⁵ לפיכך כשם שהמשפט רואה בהיריון שהוא תוצאה של אינוס אישה משום נסיבה מחמירה, ביצוע מעשה מגונה בגבר שתוצאתו היריון צריך להיות אף הוא בעל נפקות משפטית. חריג כזה אף מנטרל את סכנת הסחף האפשרי של טענות כוזבות ל"גנבת זרע", בהיותן כפופות לנטל הראייתי הכבד של המשפט הפלילי.²⁷⁶

של גברים שלא להיות הורים אלא משפיע רק על העיתוי של מימוש הזכות: בשל ההבדלים הביולוגיים בין המינים, על גברים לממש את זכותם שלא להיות הורים בשלב מקדמי יותר מאשר נשים, כלומר: "in Laura W. Morgan, *It's Ten* the bedroom and not at the abortion clinic or the courtroom" *O'clock: Do You Know Where Your Sperm Are?: Toward a Strict Liability Theory of Parentage*, 11 *DIVORCE LITIG.* (1999).

274 זה היה הדין עד לא מכבר, בכל הנוגע לקיום יחסי מין בכפייה במהלך הנישואין. מדינות מערביות רבות ראו בתופעה של אונס בנישואין משום ביטוי אוקסימורוני המתאר מצב לא אפשרי מבחינה משפטית – בשל סדרה של שיקולי מדיניות שדחקו את הסכמתה של הרעיה לשולי המשואה המשפטית. לאבולוציה שהתחוללה במדינות מערביות שונות, כולל ישראל, בסוגיה של אינוס רעיה ראו דנה פוגץ' "ברצון שניהם ובשמחתם": אינוס בידי בן זוג והתוויית גבולות המשפט הפלילי בחברה משתנה" *עיונים במשפט מגדר ופמיניזם* 501 (דפנה ברק-ארו, שלומית ניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

275 כזכור, נורמות אלה כבר מקודדות אל תוך המשפט הישראלי, למשל באמצעות ההגדרה החד-צדדית של דיני האינוס, המכירה בכך שרק נשים "כשירות" להיאנס, אך לא גברים (שם). תופעה זאת חריפה במיוחד במקרים של אונס סטוטורי – שבו מדובר בנשים המקיימות יחסי מין עם קטינים מתחת לגיל ההסכמה החוקי, תופעה שלפי הטענה אינה נדירה. ראו Nicole A. Faille, *Erasing Gender Privilege in Nonconsensual Procreation: An Argument for an Equitable Change to the Law Regarding the Unauthorized Use of Sperm*, 48 *SUFFOLK. U. L. REV.* 429, 441–442, 453–454 (2015).

276 מעניין שהמשפט האמריקני אפילו במקרים אלה של "גנבת זרע" (למשל בקונטקסט של אונס סטוטורי או ביצוע מעשה מגונה – דוגמה לכך היא אישה שניצלה גבר ששתה לשוכרה כדי להרות ממנו ללא ידיעתו או שהושקה בסם אונס), סירב לפטור את קורבן העבירה מתשלום המזונות. לסקירת דוגמאות למקרה הראשון ראו Ellen London, *A Critique of the Strict Liability Standard for Determining Child Support in Cases of Male Victims of Sexual Assault and Statutory Rape*, 152 *U. PA. L. REV.* 1957, 1972–1973 (2004). כן ראו Higdon, לעיל ה"ש 256, בעמ' 426–420; Dana Johnson, *Child Support Obligations that Result from Male Sexual Victimization: An Examination of the Requirement of Support*, 25 *N. ILL. U. L. REV.* 515 (2005); Ruth Jones, *Inequality from*

חריג זה, הרואה במשפט הפלילי מורה דרך נורמטיבי, אף עשוי בנקל לחול על מקרה שבו דגימת זרע ניטלה מאדם למטרה מוגדרת (למשל ביצוע בדיקה רפואית) ועוברת מעבדה משתמשת בה ללא היתר כדי להרות בעצמה. אם המשפט מוכן להכיר בפליליות של מעשה זה, למשל מכוח העבירה של נטילת דבר במרמה, מן הדין שתוצאות העבירה – גנבת הזרע – יעמידו סעד כלפי נפגע העבירה. במקרה קיצון זה גם שיקולי המדיניות לתמיכה בכלל אי-הקבילות נחלשים מאוד, אם לא מאוינים כליל, ומקיימים בסיס להכרה בחריג. אכן, במקרה דומה שבו רופא נשים השתמש בזרע שהופקד בידיו כדי להפרות נשים זרות ללא הרשאה של בעל הזרע, הוא הורשע בעבירה של גניבה בידי מורשה ובהפרת אמונים.²⁷⁷ כללו של דבר, דומה שאי-הכרה בחריג לכלל אי-הקבילות, בסוגי מקרים מוגדרים שבהם כוחם של שיקולי המדיניות התומכים בכלל מאוין,²⁷⁸ מדיפה ריח של "הלאמה" פסולה של הרחם הנשי, ברוח הגיונו של פרויקט הפרו-נטליזם הכוללני. על רקע תובנות נורמטיביות אלה הדיון הנרטיבי שלהלן בוחן בביקורתיות את פסקי הדין בנושא אבהות כפויה, שהעמידו "דור ראשון", "דור שני" ו"דור שלישי" של פסיקה.

2. דור ראשון: שלב ההכחשה

בדור הראשון של הפסיקה, שלב ההכחשה, ניכרת סלידה שיפוטית מעצם העלאת טענות בדבר "גנבת זרע" ובית המשפט כופר ברלוונטיות המשפטית שלהן להכרעה בסוגיית המזונות. בנרטיב השיפוטי הטיפוסי, טענות לגנבת זרע לא רק שנדחו מכל וכל, אלא שבתי המשפט הוקיעו במילים קשות את עצם העלאתן ואף קראו "למחוק אותן מהלקסיקון".²⁷⁹ כך, למשל, לעומת פסיקת בתי המשפט האמריקניים ניתן למצוא גינוי לתופעה ולנשים הנוטלות בה חלק,²⁸⁰ בתי המשפט בישראל הביעו באימהות תמיכה בלתי מסויגת וסירבו

Gender-Neutral Laws: Why Must Male Victims of Statutory Rape Pay Child Support for Children Resulting from their Victimization?, 36 GA. L. REV. 411 (2002). לפסק דין שעסק במקרה השני ראו S.F. v. State ex rel. T.M., 695 So. 2d 1186, 1191 (Ala. Civ. App. 1996). לפסק דין שעסק במקרה השלישי ראו State v. Daniel G.H., (642 N.W.2d 645) (Wis. Ct. App. 2002).

277 תפ"ח (מחוזי ת"א) 854/80 מדינת ישראל נ' דולברג, פ"מ התשמ"ז(2) 446 (1980).

278 דוגמה למקרה נוסף שבו שיקולי המדיניות נחלשים במידה רבה היא הודאה מפורשת של האישה, חריג שאינו מאפשר ניצול לרעה של טענות לאבהות כפויה. אומנם בית המשפט העליון, בקונטקסט של ניאוף, לא הכיר בנסיבות של הודאה (או בכל נסיבה אחרת) כחריג לכלל היעדר התביעות, אולם דומה שאי-הכרה בהודאה בקונטקסט של אבהות כפויה רק מחזקת את יסודותיה הבעייתיים של המדיניות הפרונטליסטית הכוללנית.

279 ראו לדוגמה תמ"ש (משפחה י-ם) 2470/05 הקטין ש' נ' אלמוני (פורסם בנבו, 4.10.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 2252/88 פלונית נ' אלמוני, פ"מ התש"ן(1) 384 (1989); תמ"ש (משפחה י-ם) 22061/98 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 4.7.2001). לפסק דין קלאסי במשפט האמריקני, האוחז באידאולוגיה הערכית של הדור הראשון, ראו Welzenbach v. Powers, 139 NH 668 (N.H. Super. Ct. 1995).

280 ראו למשל London, לעיל ה"ש 276, בעמ' 1972–1973 (בתי משפט בארצות הברית מתחו ביקורת על נשים שמועלית כלפיהם טענת "גנבת זרע", והן מוצגות כ: "devious, manipulative, or, simply put, pathetic"). כן ראו את פסק הדין הבא – שבו כינה השופט אישה כזאת בשם "אופורטוניסטית מופקרת" (עניין S.F., לעיל ה"ש 276). לפסיקה שבה התקבלה טענה לעולת פגיעה מכוונת ברגשות, במקרה שבו קיים גבר מין אוראלי עם בת זוגו הרופאה שהשתמשה לאחר מכן בזרע להפריה עצמית ראו

לראות באבות משום "דני דין" משפטי.²⁸¹ חלף זאת, גבר הטוען לאבהות כפויה, שמצדו לא נקט אמצעי מניעה וביכר הנאה מינית גם בסיכון של הונאה מינית, לומד מבית המשפט העליון שיעור בגניקולוגיה של עובדות החיים: דהיינו, על "האפשרויות הביולוגיות היכולות לנבוע מקיום יחסי המין", שנפקותן המשפטית היא כי "גבר המקיים יחסי מין צריך להיות ער לכך כי בעשותו כן הוא נוטל על עצמו אחריות לכל התפתחות היכולה לנבוע בדרך הטבע מקיום היחסים".²⁸²

כחלק מדור זה, הפסיקה הוסיפה וקבעה כי אין להכיר בחובת זהירות המחייבת את האישה להבהיר לפני קיום יחסי המין שהיא אינה משתמשת באמצעי מניעה.²⁸³ במהלך השנים אף נדחו שוב ושוב הצעות חוק לתיקון פקודת הנזיקין והחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) שמטרתן להכיר ב"גנבת זרע" כטענה בעלת פונקצייה משפטית כפולה: הן כעילת תביעה נזיקית והן כעילת הגנה מפני חבות במזונות.²⁸⁴ כך הפכה פילוסופיית "יזרה

Hardin v. Obstetrical & Gynecological Associates, 527 S.W.3d 424 (Tex. App. 2017) כן ראו Phillips v. Irons, 883 NE 2d 1151 (Ill. App. Ct. 1st Dist., 2005) בית המשפט העליון של טקסס הכיר בעילת תביעה של גבר שבת זוגו לשעבר השתמשה שלא כדין בזרעו לשם הפריה עצמית והסבה לו נזק של כאב וסבל (mental anguish).

281 לביטוי "דני דין משפטי" ראו את דברי השופט שוחט בתמ"ש (משפחה ר"ג) 1240/05 ט' ר' נ' ק' פ' (לא פורסם, 10.5.2007), מצוטט בתמ"ש (משפחה ר"ג) 1241/05 ט' ר' נ' ק' פ', פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.5.2010) (להלן: עניין ט' ר' 1241/05). לרוב יגנה בית המשפט גבר המשתמש בביטוי "גנבת זרע", שכאמור, לדעת בתי המשפט יש למחוק אותו מהלקסיקון (עניין הקטין ש', לעיל ה"ש 279). כן ראו בניאל ורון (לעיל ה"ש 230, בעמ' 149), המוצאים כי במקרי התעברות במרמה בית המשפט והציבור הכללי מזדהה עם "מניעי האם המסכנה", אך איש אינו מראה דאגה לקורבן התרמית, האב בעל כורחו. כן ראו ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 857, 861 (1994) (להלן: עניין פלוני 5464/93).

282 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 844 (1994) (להלן: עניין פלוני 5942/92). עוד ראו עניין פלוני 5464/93, לעיל ה"ש 281 ("גבר המקיים יחסי מין עם אישה, בין בעקבות פיתוי ובין בלעדיו, אחראי לתוצאות הטבעיות של מעשהו"); ת"א (שלום חי) 5950/07 פלוני נ' אלמונית, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.10.2010) (להלן: עניין פלוני 5950/07) ("מעבר לשיקולים של טובת הילד, יש בעייתיות עם טענתו של גבר כי הפך להורה בניגוד לרצונו שכן אפילו אם הייתה תרמית חותכת וברורה מצד האישה כלפי הגבר לגבי שימוש באמצעי מניעה, הרי ששום אמצעי מניעה או כמעט כל מצב רפואי איננו בטוח לחלוטין, ואין לאדם שליטה אבסולוטית באפשרויות הביולוגיות היכולות לנבוע מקיום יחסי מין"). כחלק מדור זה, בית המשפט אף הקשה על הוכחת הטענה של "גנבת זרע" – בקובעו שיש להפעיל אמת מידה שלישית, המצויה בין מידת ההוכחה האזרחית לבין מידת ההוכחה הפלילית, מעין "מידת הוכחה מוגברת" אשר זכתה לכינוי "דרגת ביניים" או "רמת ביניים", לשם ביסוס אבהות כפויה. המשמעות היא שעל התובע להביא מספר ראיות רב מזה הדרוש בהוכחת טענות רגילות, וכן שתהיינה בעלות משקל רב יותר (ראו למשל עניין פלוני 5950/07, שם).

283 ראו למשל עניין פלונית 96460/97, לעיל ה"ש 266; אלי דניאל "שניט ושיפמן, מה עם בעיית גנבות הזרע?" News1 (1.11.2011) <http://bit.ly/2OenApX>.

284 ראו למשל הצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (מס' 8 – קבלת זרע במרמה), התשנ"א–1991, פ/12/1213 (הצעה זו, בנוסחים דומים, הונחה על שולחן יו"ר הכנסת כמה פעמים במהלך שנות התשעים, אולם המאמצים החוזרים ונשנים נחלו כישלון חרוץ, ואף לא אחת מן ההצעות הפרטיות צלחה את השלב המקדמי ביותר של קריאה טרומית).

השוכב" לכלל נטול חריגים בישראל ובמדינות המערב,²⁸⁵ והאחריות לתשלום מזונות קרסה לכדי תאוריית הורות המבוססת על "אחריות קפידה" של הזרע.²⁸⁶

הדור הראשון של הפסיקה אינו מפתיע, משום שהוא משרת את טובת הילד ומבוסס על התובנה שבמערכת היחסים שבין הורים לילדים אין לפקוד עוון אימהות על בנים, ואין נפקא מינה נורמטיבית לנסיבות הולדתם.²⁸⁷ אך הדור הראשון אינו מפתיע גם משום שהוא משרת היטב את שתי פרדיגמות היסוד בתרבות המשפטית בישראל השלוכות זו בזו – הצו הקטגורי של אימהות חובה והמודל הביו-אקונומי של האבהות. במילים אחרות, הפסיקה של הדור הראשון מבצרת את הקשר הגורדי שבין קרבה גנטית לתמיכה כלכלית ומקדמת ערכים של פרו-נטליזם כוללני, שבשמו השופטים נכונים להכשיר נסיבות היריון "מפוקפקות" כנתיב לגיטימי לאימהות. תזרים שוטף ובלתי מותנה של מזונות ילדים הוא חלק מן החוזה החברתי הלא כתוב בין המדינה לבין אזרחיותה, והוא מעורר נשים להרות בכל הנסיבות ולממש את עצמן באימהותן. בכך זוכה מדיניות פרו-הילודה הישראלית למקסם את מלוא הפוטנציאל של הרחם הנשי לטובת פרויקט הרבייה היהודי.

אולם ניתוח ביקורתי של פסקי הדין ומיפוי המגמות בפסיקה ואפיון לפי ציר כרונולוגי ממקמים את שנת 2009 כקו פרשת המים שבו החל מסתמן דור שני של פסיקה. בשלב ההנכחה טענות לאבהות כפויה עדיין אינן רלוונטיות לעצם החיוב במזונות, אולם נסיבות אלה אינן עוד מושגות אלא מונחות בפסקי הדין, ובית המשפט מייחס משקל ומשמעות לקיומן כשמדובר בשיעור המזונות. שלב ההנכחה הגיע לשיאו בשנת 2013, המסמנת את הגלישה לדור שלישי של פסיקה, בשלב ההכרה טענות ל"גנבת זרע" זוכות לגושפנקה משפטית מלאה הן כעילת הגנה בדיני המזונות והן כעוולה משפטית, נזיקית וחוזית. לטענתי, המעבר משלב ההכחשה לשלבים של הנכחה והכרה מבטא מפנה אידאולוגי עמוק מנורמות פרו-נטליזם כוללני של אימהות חובה אל אתוס של פרו-נטליזם בדלני, הזונח את אלמנט הכמות לטובת תו תקן של איכות האימהות. הדיון שלהלן ילמד כי עם התבססותם של דור שני ודור שלישי של פסיקה הפכו דיני מזונות ילדים לשדה משפטי נוסף ולא צפוי השותף להגדרה מחדש של החוזה החברתי הממוגרר של אזרחות נשית בישראל.

285 ראו עניין פלוני 5942/92, לעיל ה"ש 282, פס' 9 לפסק הדין; עניין פלוני 5464/93, לעיל ה"ש 281, בעמ' 861; תמ"ש (משפחה חי') 10708-02-09 ש' א' נ' ס' מ' (פורסם בנבו, 3.5.2009); בניאל ורונן, לעיל ה"ש 230, בעמ' 8 (הטוענים לנטייה שיפוטית להתעלם מנסיבות ההפריה ולקבוע את חבות האב בכל מקרה); Shifman, לעיל ה"ש 18, בעמ' 279-280, 288-286 (המבקר את הנטייה השיפוטית וטוען כי ההבדלים בין המינים בהקשר של תכנון המשפחה מצדיקים סעדים משפטיים למקרים של מעילה באמון, כגון ויתור על מזונות הילד וכן פיצוי על הפגיעה הרגשית הנובעת מהורות לא רצויה); שירות גלובס "קיימה יחסי מין עם חשפן – ותבעה מזונות אחרי תשע שנים" גלובס (30.6.2013) <http://bit.ly/2OkQeUe>.

286 את הביטוי הזה טבעה לורה מורגן (Laura Morgan) (ראו Morgan, לעיל ה"ש 273, בעמ' 10).

287 ראו למשל תמ"ש (משפחה נצ') 52057-05-15 ר' ב' נ' ג' ב' ע', פס' 29 לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.4.2016) (להלן: עניין ר' ב' 52057-05-15); בלהה כהנא חבות של הורים בנוזקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנוזקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים 218-217 (2008).

3. דור שני: שלב ההנחה

ניתוח הרטוריקה הנרטיבית של פסקי הדין על רקע תוצאתם המעשית מעמיד את הקוראת על הדבקות המשפטית בדפוסים מסורתיים של סדר חברתי ועל ההמשגה של התא החד-הורי כמבנה משפחתי-סטייתי שיש לנרמלו. כפי שאראה, דיני מזונות ילדים מבוססים על משוואה מגדרית שנעה על הציר שבין קנס לפרס: נשים הסוטות מן הדגם המסורתי של המשפחה הגרעינית, המשתמשות בכוחן הרבייתי ללא אישור ופיקוח גברי, סופגות "קנס" משפטי בדמות הפחתת דמי המזונות עד כדי שלילתם המוחלטת. לעומתן, נשים כשירות ואחראיות השואפות לממש את אימהותן במסגרת זוגית מחייבת, זוכות ל"פרס" של מזונות ראויים ולגיטימציה משפטית ליחידה המשפחתית. כך דיני מזונות ילדים משמשים חלק מאותו פרויקט משפטי כוחני המבקש לשרטט "רישיון היריון" למוסד האימהות, שלשם זכייה בו נשים מחויבות לעמוד בקוד התנהגותי מחמיר, במאפייני אישיות מגדריים מוגדרים ובמעמד אישי נורמטיבי.

(א) דיני מזונות ילדים כ"קנס" לאם החשודה

בעניין ת.ש.נ' א.ש, המסמן את ראשית כינונו של הדור השני, ניתן לראות את עקרון "החטא ועונשו", את המסמנים שמבנים "אם חשודה" ואת היחס הביקורתי והקונס כלפיה.²⁸⁸ הניתוח שאציע כאן יבקש לפענח את מערך המשמעויות שיוצקים נתוני ידע שונים הנחשפים בפסק הדין על רקע מיקומם במבנה המארגן של הדיון. בית המשפט פותח את פסק דינו לא במהות התביעה או בתיאור מסכת העובדות כנהוג וכמקובל, אלא בהפניית ביקורת מאשימה על שבמוקד תביעת המזונות עמד מאבק על קביעת עושרו וכוסר השתכרותו של האב "להבדיל מקביעת צרכי הקטינות, אושרן ושלומן".²⁸⁹ כך, עוד בטרם התוודענו לבעלי הדין ולסיפורם, בית המשפט מכווין ומטה את הרושם הראשוני שלנו ביצרו תדמית של אם אנוכית ורודפת בצע שאינה מונעת מאהבת אמת כלפי ילדותיה אלא מתאוות ממון כלפי אביהן. מעניין כי בדברי ביקורת אלה בית המשפט בוחר לא רק לפתוח את פסק דינו אלא גם לחתום אותו.²⁹⁰

לאחר פסקה ראשונית זאת – המכונה בפסק הדין "הקדמה" – מגיע החלק השני של "מערכת יחסי האישות, עובדות", שהמידע הראשון שעליו הוא מעמיד את הקוראת הוא מתירנותה ומיניוּתה האסורה של האם. אנו למדים כי מדובר במזכירה שניהלה עם המעביד שלה – גבר "נשוי ואב לילדים מאשתו"²⁹¹ – "קשר סוער שכלל הרפתקאות ביחסי האישות [...] ולעיתים אף קיום יחסי מין אשר כללו גם אחרים ואחרות".²⁹² בית המשפט אף מעשיר את מטען הידע שלנו בתיאור הפלה קודמת שהאישה עברה בעברה, אלמנט עובדתי שהרלוונטיות שלו אינה ברורה, למעט חיזוק הרושם של אישה לא אחראית המפקירה את

288 תמ"ש (משפחה ת"א) 35180/06 ת' ש' נ' א' ש' (פורסם בנבו, 2.3.2009) (להלן: עניין ת' ש' 35180/06).

289 שם, פס' 10-1 לפסק הדין.

290 שם, פס' 38.

291 שם, פס' 3.

292 שם, פס' 2.

גופה ליחסי מין מזדמנים ולסכנה של היריון לא רצוי – לה ולמדינה.²⁹³ על כל זאת למדה הקוראת עוד לפני שמתחוויר לה שהאישה הרתה למעביד שלה, הנתבע, ונולדו לה ממנו זוג תאומות. במקום נתון מרכזי זה בית המשפט מתעדף בסדר הצגת הדברים פריט מידע מוזר, בהדגישו: "יוער, כי לא נטען על ידי אם הקטניות שמגמת הקשר עם האב הייתה לגרום לנטישת אשתו לטובתה".²⁹⁴ לא ברור כלל מדוע מצופה מן האם להעלות עניין זה בכתב טענות שעניינו תביעה למזונות הילדות, וברור עוד פחות מה הנפקות המשפטית של מחדלה. ההערה התלושה שנזרקה לחלל פסק הדין בשלב כה מוקדם, ולכאורה ללא הקשר ורלוונטיות, היא לטעמי רבת-משמעות. יש להבין את המוטיבציה שהנחתה את בית המשפט על רקע פסק הדין בכללותו; לפי הפרשנות שאציע, נתון אינפורמטיבי זה לא בא ללמד סנגוריה על האישה, אלא יש בו מסר מובלע שלפיו עניין לנו באישה שיש דופי כפול בהתנהגותה. היא לא רק "הורסת משפחות" – תוצאה המתבקשת מעצם ניהול רומן עם גבר הנשוי לאחרת – אלא אף עושה כן "שלא לשמה", דהיינו ללא המטרה הלגיטימית של הקמת משפחה גרעינית נורמטיבית משל עצמה, שבה תגדלנה בנותיה לצידו של אב פעיל ותומך תחת קורת גג אחת. בפשטות, מדובר באישה שמלכתחילה בחרה במודל משפחתי חד-הורי בחברה שבה מוסד המשפחה המסורתית הוא אידיאל ציבורי ולאומי ולא רק עניין אישי ופרטי. אכן, לגרסת האב, שלא הוכחה, "מערכת היחסים הוגדרה כהרפתקה במישור המיני בלבד".²⁹⁵

אך בכך לא תמו התמיהות שמעורר פסק הדין. בחלקו השלישי, הדין בטענות הצדדים, מונכחות בעיקר טענותיו של האב, שהדגיש כי ההיריון אינו רצוי לו, לא נעשה על דעתו, וכי הוא פרי של "גנבת זרע" מתוכננת. הנראות היתרה שניתנה לגרסתו של האב לעומת השתקת קולה של האם תורמת להעצמת ההבניה הנגטיבית של דמותה כ"ערמומית ובעלת יכולת לכל תחבולה".²⁹⁶ ונותנת במה לתיאורים חוזרים על "מתירנותה" וחוסר בררנותה המינית.²⁹⁷ עוד אנו למדים כי בית המשפט אף התיר לאב, לאחר השלמת חקירת הצדדים, להביא ראיות נוספות כדי לתמוך בטיעון שהאם ניסתה להגביר את פוריותה מצד אחד וביצעה כמה הפלות מצד אחר "כדי לוודא שתוליד רק מזרעו של האב".²⁹⁸ גם הפונקציה האינפורמטיבית שממלא מידע זה אינה ברורה, לבד מהעמקת הדימוי השלילי וקל הדעת של האם, והרלוונטיות שלו הופכת ברורה עוד פחות לנוכח קביעת בית המשפט כי אין לכאורה כל נפקות להתנהגות ההורים ולנסיבות הולדתן של הקטניות בתביעה שבפניו.²⁹⁹

293 שם, פס' 4. בחלק השלישי של טענות הצדדים, עוד טוען האב בהקשר זה כי: "השניים ניהלו חיי מין סוערים ביניהם ובין אנשים נוספים" (שם, פס' 8).

294 שם, פס' 3.

295 שם, פס' 7.

296 שם, פס' 9.

297 שם, פס' 4 (כאמור לעיל בה"ש 293, האב טען כי: "השניים ניהלו חיי מין סוערים ביניהם ובין אנשים נוספים").

298 שם, פס' 9 (בית המשפט מציין כי לא השתכנע מהראיות שהונחו בפניו שהאישה עברה טיפולי פוריות כדי להגביר את סיכוייה להרות).

299 שם.

יתר על כן, בית המשפט אומנם קובע כי האב חייב לזון את ילדו, אולם הוא חוזר ומזמין אותו לאורך פסק הדין להגיש תביעה ישירה נגד האם, ואף מוסיף ומציין כי "יש להדגיש, שאין בקביעת חובת האב לזון את ילדיו מלמנוע תביעתו כנגד האם בטענת 'הסתמכות' על התחייבותה לשאת בעצמה בכלכלת ילדיהם [...] עילת התובענה צומחת מעצם הולדת הקטינות כאשר ידועה לאם התנגדות האב לעצם ההיריון עצמו ותוצאותיו".³⁰⁰ לכך חוברות אמירות שקשה ליישבן זו עם זו. מצד אחד קובע פסק הדין כי "במקרה הנדון האב טרם הוכיח כי האישה פעלה כמזיד", וכי "סבורני שביורר הטיעון הינו במסגרת תובענה נפרדת בין האב והאם",³⁰¹ ומצד אחר בית המשפט אינו מסתיר את עמדתו המדברת בעד עצמה:³⁰²

יתכן ובמסגרת דיני החוזים, התנהגות האם מתפרשת כנטילת אחריות בלעדית מצדה בכל הקשור לגידול ומזונות הקטינות. די להעיר שאם אין בזכותו של האב לכפות על האם לבצע הפלה, אזי יתכן והאם צריכה לשאת בתוצאות התנהגותה הכוללות את עצם קיום יחסי המין ובסיכון כניסתה להריון. יתכן ובתובענה במסגרת דיני החוזים יצליח האב לשכנע את ביהמ"ש, שהימנעות האם מהפלת הקטינות כאשר אין ולא הייתה מניעה מבחינת האם, יש לפרשה כהסכמת האם לקבל על עצמה, אם לא את כל הכרוך בגידול הקטינות, אזי לפחות לשאת בחלק הארי בצרכי הקטינות.

אמרו מעתה: אישה שאינה נהנית מהסכמת האב להריונה ולגידול משותף של היילוד במסגרת מבנה משפחתי נורמטיבי – נדרשת למנוע את אימהותה על דרך של ביצוע הפלה, ומחדלה לעשות כן עלול להיזקק מבחינה משפטית לחובתה. הסתירות בפסק הדין אינן מתמצות בכך. בית המשפט מציין כי "שוב יש לזכור, כאמור, שיתכן שבהתנהגות בין ההורים קיימות עוולות משפטיות, אולם אין בכך להשפיע על חובת האב לזון את ילדיו".³⁰³ אך תזכורת זאת אינה מונעת ממנו לקבוע בעת ובעונה אחת כי חוסר רצונו של האב בילדים הוא סיבה רלוונטית לעניין קביעת היקפה של חובת המזונות כלפי הקטינות.³⁰⁴ הרטוריקה השיפוטית תורגמה לפסים מעשיים: דמי המזונות נפסקו ביד קמוצה ובגין צרכים הכרחיים בלבד (1,500 ש"ח לכל ילדה, כולל מדור), ללא שיערוך הסכום ובהגבלת החיוב עד לגיל 18 בלבד חרף עושרו של האב ואף שהאם אינה עובדת. לפי הנרטיב הפרשני המוצע, החיוב המופחת מתפקד כ"קנס" שנועד להרתיע נשים "חשודות" מלהפוך לאימהות, והוא מסייע להמרת דיני מזונות הילדים מכלי לסיפוק צרכיהם של קטינים למכניזם משפטי ממשמע למשטור ושליטה על התנהגותן של נשים.

300 שם, פס' 20.

301 שם, פס' 13.

302 שם, פס' 21–22 (ההדגשה הוספה).

303 ראו למשל שם, פס' 24 לפסק הדין.

304 שם, פס' 19. ובמקום אחר נכתב כי: "אין ממש בטענות האב כדי לצמצם חובתו לזון את הקטינות" (שם, פס' 29 לפסק הדין).

הגינני המשתמע לאישה המתירנית וחסרת האחריות שנמנעה מלנקוט הפלה גם במחיר של אימהות חד-הורית, התבטא גם בדחיית תביעתה להחזר הוצאות עבור הקטינות שבהן נשאה בשנים הראשונות ללידתן. בית המשפט ראה בצעד זה משום שיהוי הפוטר את האב לחלוטין מחובת תשלום רטרואקטיבית למרות היותו מודע לכך כי רק במקרים נדירים וחריגים יש לקבל טענת שיהוי.³⁰⁵ זאת אף שבנסיבות כאלה חל הכלל שלפיו אם שאינה נשואה אינה מוחלת על חוב המזונות שנשאה בו, והיא זכאית לקבל החזר הוצאות למפרע מן האב.³⁰⁶ כהסבר לפסיקתו החריגה בית המשפט מציין כי האם לא תבעה מזונות מייד עם היוולד התאומות וכל עוד הצליחה לתמוך בהן בעצמה, וכי היא בחרה לפנות אל האב לעזרה רק משנקלעה לקשיים כלכליים.³⁰⁷ אולם במקום שדפוס התנהגותי זה ילמד על האם זכות, הוא פועל במפתיע לחובתה. מטעים בית המשפט:³⁰⁸

במקרה דנן, התובעת לא הגישה תביעה במשך 4 וחצי שנים מפני שכלכלה את עצמה ואת הקטינות ולא נזקקה לאף עזרה. בסופו של יום האם השלימה עם המצב לפני זמן רב ואין לה להלין על האב כיום [...] במקרה זה מדובר באישה שהביאה ילדים לעולם בעצמה ללא שיתוף הגבר בעניין, ניתן להבין שלמעשה היא לא חיפשה את האב לצרכי ההוצאות הללו בזמן אמת. ה'שיהוי' חייב לפעול כנגדה כמעין מחילה, נוכח מהות היחסים בין האב והאם, וזאת מאחר, שמראשית הדרך אין ראייה על כך שהאם הסתמכה על האב שיחזיר לה את ההוצאות שהוציאה. לכן, יש לדחות את התובענה להחזר הוצאות.

לטענתי, שלילת הזכאות לשיפוי מכוח קונסטרוקצייה של שיהוי מתפקדת ברמה הסימבולית כמעין שלילה של "רישיון ההיריון" מן האישה.³⁰⁹ בכך מצטרף פסק הדין למפעל

305 שם, פס' 31 לפסק הדין ("מעטים המקרים שתתקבל בהם טענת ה'שיהוי' במשפט הישראלי" וכן "המשפט נוהר מלדחות תובענה בשל טענת 'שיהוי'").

306 ראו למשל ע"א 1375/93 אביטבול נ' אביטבול, פ"ד נ(1) 215 (1996); ע"א 468/88 שרייר נ' נקש (פורסם בנבו, 31.12.1988).

307 עניין ת' ש' 35180/06, לעיל ה"ש 288, פס' 6 לפסק הדין.

308 שם, פס' 31 (ההדגשה הוספה).

309 ה"קנס" לאם החשודה מתבטא גם בטעויות ואי-דיוקים עובדתיים לא ברורים – בעלי משמעות כלכלית – שפסק הדין רווי בהם, ושהמשותף להם הוא פועלם לרעת האם. עד כדי כך אמורים הדברים, שבערעור שהוגש נאלץ בית המשפט המחוזי לחרוג מכלל אי-ההתערבות הכפול: הן בממצאים עובדתיים והן בקביעת שיעור המזונות (עמ"ש (מחוזי ת"א) 1057/09 ש' ת' נ' ד' ג', פס' 15–16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.10.2010)). למשל, בית המשפט לענייני משפחה קבע כי יש להתחשב בכך שהאב חייב לשאת גם במזונות שלוש בנותיו הקטינות מאשתו "תוך התעלמות מהיותן בגירות בעת הגשת התביעה, ועל אחת כמה וכמה בעת מתן פסק הדין", כדברי בית המשפט המחוזי (שם, פס' 16). זאת ועוד, בית המשפט אומנם פסק דמי טיפול בסך 500 ₪ עד הגיע הבנות לגיל 6 או כניסתן למעון ויציאת האם לעבודה, אך פסיקה זו חסרת משמעות בנסיבות העניין, שכן הבנות שוהות בגן – כפי שהובא לידעת בית המשפט לענייני משפחה כבר במהלך הדיון (שם, פס' 9–10). בית המשפט המחוזי אף קבע כי: "קשה לקבל את קביעת בית משפט קמא, לפיה יכולתה הכלכלית של האם להשתכר כשכר הממוצע במשק, בהסתמך על השתכרותה טרם לידת הקטינות. לא דומה יכולת ההשתכרות של רווקה לזו של אם לקטינות, ועל אחת כמה וכמה, כאם חד הורית ומבלי שהאב נושא במאומה, בנדרש לגידולן של בנותיו" (שם, פס' 16). עוד

הרגולטורי של בקרת אוכלוסין, השומר בהדיקות על המבנה הקלאסי של תא המשפחה השמרני-המסורתי, והמטיל קנסות – בדמות הפחתה בדמי המזונות – על מי שתובעת בעלות על מנגנוני הרבייה שלה ומשבשת את מערך יחסי הכוח המגדריים בין גברים לנשים. תמה זו חוזרת גם בפסקי דין אחרים.³¹⁰ בעניין ר.ג. נ' נ.ח. למשל בית המשפט משתף אותנו בכך שההורים הם אישה רווקה וגבר גרוש, אב לשתי ילדות בגירות, אשר ניהלו ביניהם "מערכת יחסים אינטימית, אשר כתוצאה ממנה נולד מחוץ למסגרת הנישואין, הקטין" שנטען שהורתו במרמה.³¹¹ בית המשפט מבהיר פעמיים את העובדה שהצדדים אינם "בעל" ורעיה; אנו למדים על מעמד האישי מייד בפתח פסק הדין, בפסקה הראשונה, ובית המשפט אף חוזר ומזכיר מייד בסמוך, בפסקה השנייה, כי מדובר בקטין שנולד להורים שאינם נשואים.³¹² כפי שנראה להלן, בית המשפט ייחס לכך נפקויות נורמטיביות. האב טען כי האם "הונתה אותו, הוליכה אותו שולל, גנבה את זרעו וכפתה עליו אבהות; בכניסתה להריון בנסיבות אלה, יש לראות משום התחייבותה מכללא של התובעת לשאת על חשבונה בלבד בכל העלויות הכרוכות בגידולו של הילד שיוולד". בית המשפט לא קבע ממצא בנוגע לטענת "גנבת הזרע", אולם הביא בפסק הדין מידע שעולה ממנו כי האם מתירנית מבחינה מינית, וכי שמרה את דבר ההיריון והלידה לעצמה מחשש שהיא הרה לגבר אחר שאינו הנתבע.³¹³ המסקנה שגוזר בית המשפט ממצב דברים זה היא זו:³¹⁴

מתקבל הרושם שאכן היא [התובעת] בחרה במכוון ומשיקוליה הבלעדיים להמשיך בהריון, ללא שיתופו או ידיעתו של הנתבע בהחלטתה זו ובהמשך

מצאה ערכאת הערעור דופי בכך שבית המשפט אומנם קיבל את גרסת האם לעניין צורכי הקטינות, אך רק כדי להתעלם מקביעתו לאחר מכן וללא כל נימוק ובפסיקת סכום מינימלי (שם, פס' 17). בסופו של דבר, הוחלט "שלא לסטות מאותם עקרונות שהתווה בית משפט קמא אלא לבחון את היישום הנדרש" – מהלך שגרם להוספת 800 ₪ לסכום המזונות הכללי וכן לקבלת התביעה להחזר הוצאות, כשבית המשפט המחוזי מצדיק את טעותו הלא מוסברת של בית משפט קמא, שקבע כי התביעה הוגשה ארבע שנים וחצי לאחר לידת הקטינות, כשלאמיתו של דבר היא הוגשה כבר כעבור שנתיים משהמשא ומתן עם האב לא צלח (שם, פס' 16-17). בית המשפט העליון סירב לתת רשות ערעור – "על אף שטרם הוכרעה השאלה האם עוברת הפיכתו של אדם לאב בעל כורחו" משפיעה על פסיקת מזונות" ותוך שהחליט לחייב את האב המערער בהוצאות, אולם לא לזכות האם אלא לטובת אוצר המדינה (בע"מ 8542/10 פלוני נ' פלונית, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.12.2010) (להלן: עניין פלוני 8542/10)).

310 מעניין שאף שפסק דין זה נהפך בחלקו בערעור, הוא מצוין כעניין שבשגרה בפסקי דין אחרים כדוגמה לגישה המקילה כלפי אבות בעל כורחם, המתאפיינת בחיוב בדמי מזונות מינימליים. ראו לדוגמה את פסקי הדין הנסקרים להלן, למשל עניין ר' ב' 52057-05-15, לעיל ה"ש 287, פס' 31.3 לפסק הדין. לפסק דין נוסף שקובע מצד אחד כי היקף החיוב במזונות של ילדים שנולדו מחוץ לקשר הנישואין זהה לשל ילדים שנולדו לזוג נשוי, ומכיר מצד אחר בכך שניתן להביא בחשבון את נסיבות הולדת הילדים ראו עניין פלונית 12-11-40995, לעיל ה"ש 231.

311 תמ"ש (משפחה ת"א) 35431-06-11 ר' ג' נ' ח' (פורסם בנבו, 31.10.2013) (להלן: עניין ר' ג' 35431-06-11).

312 שם, פס' 1-2 לפסק הדין.

313 שם, פס' 34 לפסק הדין (האם "לא שיתפה ולא יידעה את הנתבע על דבר היותה בהריון, כי פחדה ממנו [...] ושכלל מקרה אבהותו של הנתבע הייתה מבחינתה בספק רב 'אני חייבת לציין שער קבלת הבריקה, הייתי משוכנעת ב-99.9% שהנתבע לא אביו").

314 שם, פס' 33.

אף ללא מעורבות הנתבע בגידולו של הקטין ובעשותה כן, יש לראותה כמי שהביעה את הסכמתה לקבל על עצמה אחריות גדולה יותר.

לפי קו חשיבה שיפוטי זה, האישה ראויה להיקנס על שאינה תואמת את מודל האם הראויה: היא רווקה, ללא בן זוג,³¹⁵ ויש לחשוד ביושרתה המינית והמוסרית (היא גם מנהלת קשרים מיניים במקביל וגם מסתירה את הילד מאביו). למרות היותה אם "חשודה" היא "בחרה במכוון ומשיקוליה הבלעדיים להמשיך בהריון".³¹⁶ גזר הדין על היריון-ללא-רישיון הוא אפוא דמי מזונות מופחתים בסך 1400 ש"ח כולל מדור, סכום שבית המשפט מעיד כי "הפסיקה המנחה שבה נקבע הסכום המינימאלי הנ"ל מתייחסת לקטין שאביו מובטל ושהיה חסר כל רכוש והחזקות פיננסיות; המדובר בצרכים מינימאליים, אשר פסיקתם ראויה היא לאותם מקרים בהם מוצדק להסתפק בהם".³¹⁷ והינה, בית המשפט מספק עצמו במקרה זה בפסיקה שיעור מינימלי של חיוב אף שהאב הוא שותף במשרד עורכי דין ושתי בנותיו כבר בגירות, ואף שדווקא מסכת עובדתית מעין זו, שבה מדובר באב לא מעורב ועיקר נטל הטיפול נופל על כתפי האם, היא הנותנת והמצדיקה פסיקת מזונות מוגברים, לא מופחתים.³¹⁸ בית המשפט מוסיף ומסביר, אגב חיזוק אלמנט ה"קנס", שאומנם יש להתחשב ב"עובדה שהקשר של האב עם הקטין מצומצם ונטל גידולו מוטל על האם לבדה", אולם "בנסיבות המקרה דנן, בהן התובעת החליטה באופן חד צדדי להביא את הקטין לעולם, מבלי ששיתפה את הנתבע ובוודאי מבלי שקיבלה את הסכמתו",³¹⁹ יש לחייב את האב בדמי טיפול מופחתים בלבד. כך נוצקת משוואה משפטית ברורה, הנאכפת ומגובה בסנקציות כלכליות: אישה המתעברת ללא אישור גברי מנותבת להשתמש בהיתר ההפלה, ועל כל הפרה של ציווי זה היא תיתן את הדין במסגרת דיני מזונות ילדים. אופייה העונשי של הפסיקה כ"קנס" מקבל ביטוי גלוי ומועצם לנוכח נתונים שיטתיים שלפיהם המשפחה החד-הורית מתמקמת בראש טבלת העוני בישראל וגוזרת על נשים וילדיהן חיי מצוקה ומחסור.³²⁰ הנה כי כן, כוח

315 בהמשך פסק הדין נאמר לנו כי נודע לבית המשפט "בדרך לא דרך, יש לומר", כי לאם "נולד ילד נוסף מגבר אחר", וכי "לא ברור האם התובעת מתגוררת עם אבי ילדה השני" (שם, פס' 38).

316 שם, פס' 33 לפסק הדין.

317 שם, פס' 45. עוד ראו שם, פס' 35 (האב יישא בצרכים ההכרחיים, והתובעת תישא "בחלק הארי" של המזונות שהם מדיני צדקה וזאת "לאור האמור לעיל ובהתחשב במכלול הנסיבות ובכלל זה נסיבות הולדת הקטין ויכולתם הכלכלית של הצדדים") (ההדגשה הוספה).

318 השוו לתמ"ש (משפחה חי) 29910-10-13 ש' ד' ג' י' ד' (פורסם בנבו 9.8.2016), שבו הגדיל בית המשפט את שיעור דמי המזונות שנקבעו לאחר שהוברר שהאב אינו מקיים את זמני השהות שבהסכם, ולכן עיקר הטיפול מוטל על האם, ואף שלפי לשון ההסכם האב "זכאי" אך אינו מחויב להיפגש עם ילדיו.

319 עניין ר' ג' 35431-06-11, לעיל ה"ש 311, פס' 47 לפסק הדין. יש לציין, שבית המשפט מביא בחשבון גם את הכנסתה של האם (6,000 ₪ בניכוי הוצאות משכנתה). רק בהמשך אומר לנו בית המשפט שהאישה הרתה שוב ומטופלת בילד נוסף שמעורבותו של אביו בחייו אינה ברורה. אולם הוא שוקל נתון זה רק לטובת הנתבע (בנוגע לדמי מדור) ואינו מתחשב בעומס הנוסף המוטל על כתפי האם, שבעטיו ודאי תתקשה לבצע את הכוונות הליליות שעליהן היא מקבלת תוספת הכנסה (שם, פס' 36).

320 ראו אסתר טולידנו ותמי אליאב "משפחות חד-הוריות 1993–2010" המוסד לביטוח לאומי סקרים תקופתיים 232 4 (2011); מירי אנדבלד ודניאל גוטליב "מעמדן הכלכלי חברתי של נשים בישראל 1997–2011" המוסד לביטוח לאומי מחקרים לדיון 113 2–3 (2013); ביזאוי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 14;

הילודה הנשי הוא שטר ששוברו בצידו; הוא עשוי להיות מקור ללגיטימציה והעצמה כשהפעלתו מפוקחת וכפופה לשליטה גברית, אך הוא מקור לגינוי, לתיוג ולענישה כשמיומושו נעשה תוך חציית גבולות נורמטיבית לשם הקמת משפחה חד-הורית.

גם במקרים אחרים זוקף בית המשפט את האימהות היחידנית של נשים לחובתן. בעניין ט.ר. נ' ק.פ. למשל נטען כי בין ההורים נרקם הסכם שלפיו האב בחר לשמש "תורם זרע" בלבד. גם כאן בית המשפט מספר מייד בפתח פסק הדין, בשורה הראשונה של הפסקה הראשונה, כי שתי הקטינות "נולדו לאמן מחוץ למסגרת הנישואין", וכי האב והאם, הרווקים שניהם, "מעולם לא נישאו, לא התגוררו תחת קורת גג אחת, וניהלו מערכת יחסים של ידידות".³²¹

בהליך תביעת האבהות שהגישה האם מטעם שתי בנותיה טען האב כי יש לראות בו משום תורם זרע אנונימי. בית המשפט חלק עליו בקובעו כי "פעלתנותו של הנתבע בהתעברותה של האם, במהלך ההיריון, במהלך הלידה ואף לאחריה אינה עולה בקנה אחד עם גלימת האנונימיות אותה מבקש הנתבע לעטות על כתפיו ולהפוך בעזרתה ל'דני דין' משפטי – רואה ואינו נראה". אולם בהליך תביעת המזונות, עת טען האב כי "לא ניתן לבודד את נסיבות הבאת הקטינות לעולם משאלת המזונות",³²² בית המשפט הסכים עימו. הנתבע אומנם הועמד על נפקויות המודל הביו-אקונומי: אב גנטי לעולם חייב במזונות ילדיו, ועם זאת נקבע כי אישה הבוחרת בנסיבות כאלה להביא לעולם ילד לבדה – תישא בעיקר האחריות כלפיו, אף שבית המשפט מודע לכך שקביעתו היא "חרף ההלכה הפסוקה".³²³ לשיטתו:³²⁴

בנסיבות הקיצוניות של המקרה דכאן, בהן אם פנויה מחליטה להביא ילד לעולם מחוץ למסגרת הנישואין, כאשר נוכחותו של אב בחיי הקטין אינה וודאית כלל וכלל, במיוחד כאשר כבר בתחילת ההיריון האב נעלם מהתמונה, הרי מלכתחילה [האם] לוקחת על עצמה אחריות גדולה יותר. במקרה כזה, סבורני, כי חובת האב מצטמצמת למזונות ההכרחיים.

פוגל-ביז'אווי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 160–161. למען שלמות התמונה, חשוב לציין שהמדינה אולי אינה מעודדת את הדפוס המשפחתי החד-הורי, אולם היא תומכת בו לאחר יצירתו (ראו למשל חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב–1992). לבעייתיות המעשית שבהסדרי החוק ולבעייתיות העקרונית שבעצם קיומו כתורם לסטיגמטיזציה של משפחות חד-הוריות וממסך את ההטבות הניתנות למשפחות דו-הוריות ראו הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 947–948. יוער כי מדיניות הרווחה בישראל מוכוונת לכינון משפחות נאו-מודרניות ולא חד-הוריות (פוגל-ביז'אווי, שם), והתמיכה המוצעת רק הולכת ומידלדלת עם השנים (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (ס' 3) 464 (2005)), וקבלת הטבות שונות מותנית בשימור תלותן הכלכלית של נשים (למשל נאסרה עליהן החזקת רכב או רכישת השכלה). כן ראו אלעד ואן-גלדר "זכויות למשפחות חד הוריות" מסמך רקע 2 (הכנסת, מרכז המידע והמחקר, 2002); אפרת קאול-גרנות "משפחות חד הוריות" מסמך רקע 3–5 (הכנסת, מרכז המידע והמחקר, 2004); הוא הדין בחוק הבטחת הכנסה (עינת אלביץ "דיני הבטחת הכנסה והשלכתם על זכותן של נשים עניות לשוויון בשוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 155 (2005)).

321 עניין ט' ר' 1241/05, לעיל ה"ש 281, פס' 1 לפסק הדין.

322 שם, פס' 8.

323 שם, פס' 17.

324 שם, פס' 17 (ההדגשה הוספה).

מזונות המינימום שנפסקו (בסך 1,200 ש"ח לכל קטינה) והפטור שהוענק לאב מתשלום דמי מדור הם לשיטתי גילום משפטי של "קנס" המושת על אישה הקוראת תיגר על מבנה המשפחה הפטריארכלי ובוחרת להביא לעולם ילד ללא תיווכו ותמיכתו של בן זוג. דיני המזונות מאמצים אפוא דפוס פעולה עונשי הממצק את הקישור שבין זוגיות לבין אימהות ומאותת לחברה כי הורותן של נשים רווקות היא "חשודה". בכך תורמים דיני מזונות ילדים את חלקם לעבודה האידאולוגית המסועפת שמבצע המשפט, החל בחוק ההפלות, עבור בחוק הפונדקאות וכלה בחוק האימוץ, בשלילת כשירותן של נשים יחידניות להיות אימהות. גישה דומה אף נקטה בעניין ג.ג.כ. נ' ר.ש.,³²⁵ שבו אישה רווקה ניהלה רומן במשך יותר משנה עם גבר נשוי ואב לשלושה ילדים בגירים שאותו הכירה במהלך עבודתם המשותפת (הוא כקברניט ואיש עסקים והיא כאשת שיווק). לפי גרסתה, בשל גילה המבוגר בתחילת הקשר (בת 43 שנים) היא לא נטלה גלולות למניעת היריון, אולם לאחר עשרה חודשים החלה להשתמש באמצעי מניעה כדי למנוע כל אפשרות להתעברות. למרות זאת כעבור חודשים ספורים הרתה האישה והיא בת 44 שנים.³²⁶ במסגרת תביעת המזונות עתרה התובעת לדמי טיפול ראויים בהתחשב בהתכחשותו של האב לבתו, ומאחר שהיא נושאת לבדה במלוא נטל עבודת הגידול.³²⁷ האב מצידו לא כפר בעצם החבות במזונות, אולם כפי שכבר הפך לנוהג ריטואלי בתביעות מסוג זה, הוא תיאר את האישה כמי שאינה בררנית מבחינה מינית ואף האשים אותה באחד החטאים החמורים ביותר שניתן להעלות כלפי אישה במדינה מקדשת ילודה: היא "הודיעה בכל הזדמנות כי אין היא מעוניינת להיות אם וכי בחרה מרצונה בחיי הרווקות".³²⁸ לפיכך "אין לתובעת להלין אלא על עצמה, הואיל וההחלטה להביא את הקטינה לעולם הייתה החלטה חד צדדית שלה וזאת חרף התנגדותו של הנתבע ומצבו המשפחתי, החלטה אשר נעשתה לדידו, מתוך תכנון מקדים להפכו ל'אב בעל כורחו'".³²⁹

בית המשפט ציטט בהסכמה מדברי פסק הדין שתואר לעיל שלפיהם כאשר "אם פנויה מחליטה להביא ילד לעולם מחוץ למסגרת הנישואין" וזאת "כאשר נוכחותו של אב בחיי הקטין אינה וודאית", הרי שהיא גוזרת על עצמה שיעורי מזונות מופחתים.³³⁰ בית המשפט הוסיף וקבע כי:³³¹

מן החומר המונח לפני עולה כי הריונה של התובעת בין אם מתוכנן היה ובין אם לאו, לווה בהתנגדות נחרצת מצד הנתבע. התרשמתי כי החלטתה של האם להביא את הקטינה לעולם, החלטה חד צדדית היא. כמו כן, השתכנעתי כי במערכת היחסים בין הצדדים לא נשקלה אפשרות כניסתה להריון של

325 תמ"ש (משפחה ת"א) 13871/08 ג' ג' כ' נ' ר' ש', פס' 1-2 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.7.2010) (להלן: עניין ג' ג' כ' 13781/08).

326 שם, פס' 5 לפסק הדין.

327 שם, פס' 6, 25.

328 שם, פס' 11.

329 שם, פס' 25א.

330 עניין ט' ר' 1241/05, לעיל ה"ש 281, כפי שמצוטט בעניין ג' ג' כ' 13781/08, שם, פס' 25 לפסק הדין.

331 עניין ג' ג' כ' 13781/08, שם, פס' 25 לפסק הדין.

התובעת אשר הציגה לנתבע מצג לפיו אינה מעוניינת בילד. לא למותר לציין, כי עת נכנסה התובעת להריון הייתה היא רווקה כבת 43 שנים בעוד הנתבע בן 53 נשוי ואב לילדים בגירים.

בית המשפט משקלל אפוא כרלוונטיים להכרעה ("לא למותר לציין") הן את גילה המבוגר של האישה והן את מעמדם האישי של הצדדים (לא די שהיא רווקה, הוא נשוי לאחרת) וזוקף נתונים אלה לחובתה. פסיקה זאת מהדהדת את אותה תפיסת עומק המקופלת בחוק ההפלות, המדמה את עצם רווקותה של אישה, את היחסים שבינה לבין אבי העובר או את מרום גילה כהצדקה רעיונית לביצוע הפסקת הריון. על רקע זה תוצאת האיזון בין "העובדה שהאם נאלצת לטפל בבת לבדה, שכן האב אינו מקיים כל קשר עימה" ובין "התנגדות האב הנתבע להריון", היא קביעת דמי טיפול מופחתים.³³² בית המשפט אף נוזף באם על כי עיקר טענותיה "התרכזו ביכולתו הכלכלית של הנתבע"³³³ במקום להתמקד בקביעת צורכי בתה.³³⁴

סיכומו של דבר, פסק דין זה רוקם עוד חוט במארג הפטריארכלי הממסטר את התנהגותן של נשים ומטעים את החשיבות האפרורית הטבועה במבנה המשפחתי המסורתי שבו אישה מחויבת לממש את אימהותה בכפוף לאשרורו של גבר תומך לצידה. דוקטרינת האבהות הכפויה מספקת אפוא מענה משפטי חדש לחשש הפטריארכלי הנושן מפני כוח ההולדה הנשי ומפני הפוטנציאל החתרני הטבוע בו לערעור יחסי הכוח המגדריים בין גברים לנשים. המסר הממשמע המשוקע ב"קנס" הכספי והרטורי שמושת על נשים בתביעות מסוג זה הוא כי אישה הבוחרת בהורות של אם-ללא-אב מפעילה שיקול דעת לקוי, הגוזר על הילד הורות פגומה במשפחה חסרה.³³⁵ לפי נרטיב שיפוטי מובלע זה, כלל הנשים בתביעות אלה מסומנות כמי שכפרו בערכי המשפחיות הממוסדת בישראל, המבוססת על ניכוס מיניות האישה ופריונה כאובייקט לגיטימי לפיקוח ולהסדרה.³³⁶ במקום לציית לכללי צניעות של התנהגות מהוגנת, נשים אלה הפכו מעין "רדיקליות חופשיות": לא די שהן הפעילו את מיניותן בחוסר אחריות וללא הבחנה מחוץ למסגרת זוגית מחייבת, הן אף פיתו את "בעליהן" של נשים אחרות ואיימו על שלומן ועל המשך קיומן של משפחות נורמטיביות. לנשים כאלה, שאינן מחויבות ואינן בוחלות בהורות ללא זוגיות, אף אין עומד הגיונו של הרציונל ההלכתי העקרוני הפוטר נשים יהודיות מנשיאה בעול המזונות. כידוע לפי ההלכה, הטעם מוטה-המגדר שבגינה האישה הפנויה אינה מוחזקת כמי שגומרת בדעתה לזון את ילדיה הוא:³³⁷

332 שם, פס' 25 לפסק הדין (בית המשפט פסק מחצית מדמי הטיפול שביקשה האם (500 ש"ח)).

333 שם, פס' 7.

334 שם, פס' 26.

335 על הקונספט של אימהות חדר-הורית כהורות נחותה וחסרה ראו איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 562 (2003); הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 920.

336 פוגל-ביז'אווי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 114.

337 כלשונו של ישראל צבי גילת "על מעמד האם בזיקה לילדיה – בין דיני התורה למשפט הנוהג בישראל" מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה 167, 178 (אהרן ברק ומנחם שאוה עורכים, 1999).

שכן האם כאישה רוצה בכל שעה ושעה להינשא בשנית ולהשתעבד למי שיכניסה לרשותו. שעבודה של האם לבעלה, אם לאביהם של הילדים, ואם לאדם אחר לאחר נישואיה, גרם להדגשת פטורה המוחלט של האם מהזנת בניה ואין האם חייבת לזון את בניה ובנותיה בין קטנים ובין קטני קטנים.

אולם כלל האימהות במקרים אלה חורגות מהגדרת הנשיות הרצויה וחותרות תחת הנחת היסוד של רצון נשי עז להינשא ו"להשתעבד" לאבי ילדיהן, העומד ביסוד הפטור. עונשה של האם החשודה הוא אפוא מידה כנגד מידה: הכשר שיפוטי לחרוג מהמודל הביוראקונומי של האבהות תוך יצירת חריג לדיני המזונות המכיר באחריותן הממונית של נשים לזון את ילדיהן.³³⁸

(ב) דיני מזונות ילדים כ"פרס" לאם הראויה

ניתן לראות את דמותה של "האם הראויה" ניבטת בפסקי דין שבהם נדחתה טענה ל"גנבת זרע", בין כאמצעי לחיוב בניזיקין ובין כאמצעי לפטור מלא או חלקי מחיוב במזונות. כך למשל פסק דין פלוני נ' אלמונית מגולל את תביעתו הנזיקית של גבר כלפי בת זוגו לשעבר בטענה שהרתה לו במרמה. התשתית העובדתית בפסק הדין מלמדת כי מדובר בזוג שניהל "מערכת יחסים זוגית" בת כמה חודשים. כבר בפסקה הראשונה לפסק הדין מעמידנו בית המשפט על כך שאין מדובר ב"הורסת משפחות": אומנם מדובר באב לארבעה ילדים, אולם הוא התגרש מאשתו עוד בטרם הכיר את האם.³³⁹ התמה המרכזית שעולה מתיאור דמותה של האישה היא כמיהתה הנמשכת לאימהות במסגרת של זוגיות ממוסדת. כבר בפסקה השנייה עסוק בית המשפט בסיפוק לוגיקת צידוק משכנעת לכך שהמערכת הזוגית מושא פסק הדין "חורגת" מן המודל הקלאסי של נישואין על פי הדין האישי. נודע לנו על רצונה של האישה למסד את הקשר כדת וכדין, אולם בשל היות הזוג כהן וגרושה נמנע מהם

338 בהמשך לאמור לעיל בה"ש 247, לא יהיה נכון להתעלם מסדקים שנפערו במודל הביוראקונומי בשנים האחרונות (כגון ריבוי הפסיקה לטובת משמורת משותפת ושינוי בחלוקת נטל המזונות), ושגרמו לשחיקה מסוימת בהמשגת תפקידו של האב במונחים ביולוגיים וכלכליים. דומני שהאפקט המצטבר של סדקים אלה הכשיר את הקרקע וסיפק מצע תומך למפנה האידאולוגי בדיני האבהות הכפויה – אם אנו מאמינים שאי אפשר לעשות שינוי פרדיגמטי במנותק מן הקונטקסט הנורמטיבי שסובב אותו (על כך ראו את כלל ה-"in pari materia", למשל בג"ץ 6728/06 עמותת אומץ נ' ראש הממשלה, פס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (פורסם בנבו, 30.11.2006)). עם זאת, לטעמי יש להבחין בין סיבה למסובב; עיון בפסקי הדין מלמד שלבד מתוצאתם האופרטיבית אין דבר באופן בניית ההנמקה, בעיצוב מסגרת השיח או ברטוריקה השיפוטית שיש בו כדי לרמוז שהשינוי בתפיסת האב ולא השינוי בתפיסת האם הוא הגורם המחולל את האבולוציה בדיני האבהות הכפויה. אכן, אפשר שהאבולוציה המתוארת התאפשרה בגלל או על רקע שינוי מסוים שהחל להסתמן בתפיסת האב באתרי משפט אחרים ושויכך את המודל הביוראקונומי. אך השינוי התפיסתי בדמות האב הוא לכל היותר בבחינת מהלך משלים ומשני, שחבר לשינוי בתפיסת האם שמעוגנת בפרונטליזם בדלני ויחד הם חוללו את האבולוציה בדיני האבהות הכפויה. גם במקרה הקיצוני ביותר – שבו ייטען ליחס הפוך של סיבה ומסובב, עדיין מדובר בהתפתחות שאינה עומדת בפני הביקורת כיוון שגם אם היא נובעת משינויים פנימיים במודל הביוראקונומי, תוצאתה היא הנצחת מודל האם הראויה וכינון הבחנות בין קטגוריות שונות של נשים. אני מודה למערכת "משפטים" על שסייעה לי לחדד נקודה חשובה זאת.

339 עניין פלוני 5950/07, לעיל ה"ש 282, פס' 1 לפסק הדין.

"להינשא כדמו", במסגרת הרבנות,³⁴⁰ וחלף זאת הם פעלו כדי להסדיר את מערכת היחסים ביניהם בחוזה כדי "לאפשר מסגרת לחיים משותפים".³⁴¹

עוד מסממני האם הראויה הם ההדגשה כי האישה ניהלה עם האב "מערכת זוגית רצינית עם כוונה לזוגיות ארוכת שנים", וכי כבר בהסכם הממון העלתה את כמיהתה לאימהות ונתנה לכך ביטוי חוזי מפורש.³⁴² שוב ושוב חוזרת בפסק הדין תוכנת המפתח שלפיה מדובר באישה "ראויה", משמע המודעת לקשר הגורדי שבין אימהות לזוגיות ומפנימה אותו.³⁴³ כך נאמר לנו כי היא "לא פעלה בצורה מכוונת להביא ילד לעולם ללא מסגרת של זוגיות", וכי "בני הזוג חשבו על נסיעה לקפריסין על מנת להינשא בנישואים אזרחיים".³⁴⁴

עוד עולה מחומר הראיות שבית המשפט שוטח לשיפוט הקוראת כי האישה כלכלה את התנהגותה המינית בתבונה; בקשר אחר שלא היה רציני היא הקפידה על שימוש באמצעי מניעה ועמדה על כך שבן הזוג ינקוט אותם אף הוא.³⁴⁵ בית המשפט אף חושף טפח מעמדו בדבר התנהגות נשית רצויה כשמדבריו משתמע הצורך לממש את האימהות במסגרת זוגית מחויבת שבה ייוולד הצאצא לתוך מבנה המשפחה המסורתית:³⁴⁶

אין לראות בעולם של היום, בו קיימות נשים שהופכות לאמהות חד הוריות, טעם לפגם בעצם רצונה של אישה שלא נישאה והמעוניינת בקשר זוגי להביא לעולם ילד מתוך אהבה וזוגיות ואף לחיות עם בן זוג אבי הילד כמשפחה.

בדברים אלה יש משום דבר והיפוכו; המשפט מורכב מהיגיון אוקסימורוני שלפיו אין למצוא "טעם לפגם" באם חד-הורית, ובלבד שאין היא כזאת. במילים אחרות, האם תזכה להגנת המשפט כל עוד היא אישה נורמטיבית, קרי היא "מעוניינת בקשר זוגי" ומצייתת לתביעה הפטריארכלית להכפיף את כוח ההולדה שלה לשליטה גברית ולתא גרעיני המבוסס על דגם הגבר כאבי המשפחה.³⁴⁷ האם הראויה זכתה אפוא ב"פרס" המשפטי של דחיית התביעה נגדה.

340 שם, פס' 2.

341 שם, פס' 10.

342 שם, פס' 6 ו-9.

343 יש להדגיש כי הטענה שלי היא שמהאופן שבו בית המשפט טווה את סיפור העובדות, מהנתונים שהוא בוחר להבליט או להצניע ומהפרשנות שהם מקבלים, ניתן להסיק כי היות האם "ראויה", במונחי מאמר זה, היה שיקול בעל ערך שלפחות תרם בחלקו לנכונות של בית המשפט לקבל את גרסת האם ולדחות את גרסת האב. במילים אחרות, ניתן לטעון כי הקביעות העובדתיות בפסק הדין מושפעות, ולו במידה מסוימת, מדמות האם הנשקפת מבעד לפרופיל שמצייר בית המשפט ועל רקע הבחירות הפרשניות והנרטיביות שבהן רצוף פסק הדין, כפי שהניתוח שלהלן מבקש להציע.

344 עניין פלוני 5950/07, לעיל ה"ש 282, פס' 13 לפסק הדין.

345 שם, פס' 12 ("הנתבעת הקפידה על אמצעי מניעה ואם היה מתמהמה בעניין היא אף הייתה מעירה לו על כך"). לעומת זאת, במערכת היחסים עם האב, "הם קיימו יחסי מין במטרה להביא ילד לעולם" (שם, פס' 14).

346 שם, פס' 12 לפסק הדין (ההדגשה הוספה).

347 השוו טריגר "משפחות חורגות וירשיון הורות", לעיל ה"ש 139, בעמ' 46 ("השקפת העולם הפטריארכלית שאפה ליצור שליטה של הקהילה בפיריון של הפרטים, וזאת כדי לתחזק את שליטת הגבר

אותו דפוס שיפוטי אוהד המתגמל נשים העומדות ב"תנאי הקבלה" התובעניים של מוסד האימהות הראויה ניכר גם בתביעת המזונות בעניין ר.ב. נ' ג.ב.ע..³⁴⁸ כפי שכבר נהוג בדיונים משפטיים מסוג זה, האב טען ל"תנאי פסילה" השוללים זכאות לאימהות מן האישה. הוא "הציג עצמו כאדם חלש אופי, תמים וכנוע להבדיל מהאם",³⁴⁹ שלטענתו היא "אשה ערמומית ומניפולטיבית", רווקה בת 35 "שבגיל שכזה שמה לה למטרה להיכנס להריון בכל מחיר אם ממנו ואם מאחר".³⁵⁰ גרסתה של האישה שונה בתכלית: למעשה מדובר בשני רווקים שהכירו דרך קרובת משפחה של האב ופיתחו מערכת יחסים אינטימית. האישה הרתה בהיותה בגיל 36 אף שכפי שהודה האב היא נטלה בנוכחותו את גלולת "היום שאחרי" לאחר המגע המיני כתגבור לגלולות שנטלה בסדירות.³⁵¹ האב ביקש ממנה לבצע הפלה "חרף גילה", והיא לדבריה "הסכימה ללא היסוס מתוך אמונה שילד משותף צריך לבוא אל העולם בהסכמה וברצון של שני הצדדים".³⁵² האישה אף פנתה לוועדה להפסקת הריון, אולם הפסיקה את ההליך בשל בקשת האב, שהביע "את רצונו העז להתחתן עמה בטווח הזמן המייד" ולגדל את הילד כדת וכדין בתוך מסגרת הנישואין. בני הזוג פתחו חשבון בנק משותף, נרשמו לנישואין ברבנות ואף הזמינו אולם אירועים, אולם ימים ספורים לפני מועד החתונה הצפוי שינה האב את טעמו וניתק עימה כל קשר.³⁵³

לנגד עינינו נשקפת דמותה של אם אחראית ומחויבת; היא נקטה אמצעי חירום למניעת הריון ואף הסכימה לביצוע הפלה מתוך ציות למודל המשפחה המסורתית החוגג את האידיאל של גידול ילדים במסגרת הממוסדת של הנישואין. רק לאחר שהבטיח האב לעשותה ל"אישה מהוגנת", המשיכה התובעת את הריונה ועשתה כל שביכולתה להבטיח שהנישואין אכן יצאו לפועל: היא צייתה הן לתנאי-הקדם הגברי לנישואין (חתמה על הסכם ממון) והן לתנאי-הקדם המדינתי (עברה קורס הדרכה בטוהרת המשפחה) ואף שילמה מקדמה לאולם האירועים מכספה ודאגה להדפסת הזמנות חתונה על חשבונה.³⁵⁴ התובעת היא גם אם מסורה ומוסרית: לאחר שהנתבע ניתק עימה כל קשר, שימשה היא לילד "כאב וכאם גם יחד",³⁵⁵ וכך במשך תשע שנים "מאז הולדת הקטין, הייתה לה תקווה ורצון עז כי האב יחזור בו מהתנגדותו ויקיים קשר עם בנו הביולוגי". בציפייה לכך "לא היה לה כל קשר

(ראש המשפחה' או 'אבי המשפחה') במשפחתו ולהנציחה. וכך נוצר הקשר בין מין, פריון ונישואין"; יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 663, 672 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) ("בעוד שבחיי המציאות ניתן למצוא כיום יחידות משפחה רבות ומגוונות, נדמה כי המשפט, בעיקרו, מתייחס עדיין לדגם המשפחה הגרעינית, זו המבוססת על נישואין כחוק בין גבר לאשה שלהם ילדים משותפים, ביולוגיים ו/או מאומצים, כדגם הנורמטיבי של משפחה ומתקשה להכיר במגוון הרחב של המשפחות הקיימות בחיי המעשה"); וכן ראו שיפמן, לעיל ה"ש 125, בעמ' 648; הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 905, 919.

348 עניין ר' ב' 52057-05-15, לעיל ה"ש 287.

349 שם, פס' 15 לפסק הדין.

350 שם, פס' 13.

351 שם, פס' 13.

352 שם, פס' 5.

353 שם, פס' 6.

354 שם, פס' 16.

355 שם, פס' 8.

עם גבר מאז, והיא תמיד המתינה שהאב יחזור ויכיר בילד".³⁵⁶ הרושם שנרקם משרטוט פרופיל נשי זה הוא שמדובר באישה צנועה ושמרנית, שבשם קדושת ערכי המשפחה המסורתיים, "שמרה" את עצמה עבור אבי בנה במשך שנים ארוכות. רק משנודע לה שהנתבע נישא לאחורת ונגוזה "התקווה בדבר שיקום הקשר", הגישה את תביעת המזונות.³⁵⁷

בית המשפט מצייין כי "ברור לכל שהאב לא היה מעוניין בהריון ו/או בהולדת הילד ואין ספק שהוא 'אב בעל כורחו'",³⁵⁸ תוך שהוא מפגין מודעות לפסקי הדין המבשרים מגמה של פסיקת מזונות מופחתים בנסיבות של אבהות כפויה. עם זאת בית המשפט דוחה מכול וכול את התזה שלפיה לטענת "גנבת זרע" נודעת נפקות משפטית, לא לעצם החיוב במזונות ואף לא כהצדקה לפסיקת דמי מזונות בשיעור מינימליסטי.³⁵⁹ חלף זאת הוא קיבל את טענות האם במלואן בנוגע לצורכי הקטין, חזר וציין שלדעתו הסכומים שבהם נקבה הם "סבירים, הגיוניים וראויים" ואפילו "על הצד הנמוך", ואף סבר שהאם הייתה צריכה לתבוע דמי טיפול.³⁶⁰ למרות בחירתה זאת בית המשפט פוסק מיוזמתו תשלום כספי נוסף כפרס משפטי לאם הראויה, שנועד "להעשיר את הקטין מחד ולפנות מעט זמן לתובעת מאידך".³⁶¹ בית המשפט אף חוזר ומצייין כי הוא נתן ביטוי כלכלי בפסיקתו לכך שמוטל על האם "נטל גידול וטיפול בלעדי" אף שעליו היא לא ביקשה פיצוי.³⁶²

מעניין כי לאורך פסק הדין הביע בית המשפט כמה פעמים את תמיהתו ש"לא הוברר לבית המשפט מדוע השקיעו הצדדים זמן ומשאבים כה רבים בטענות בדבר 'גניבת זרע' במסגרת תביעת מזונות פשוטה יחסית",³⁶³ בעוד טענות אלה לשיטתו אינן רלוונטיות כלל לעניין החבות במזונות. והתמיהה עולה מאליה: אם אכן נסיבות הולדתו של הקטין אינן רלוונטיות, מדוע טרח בית המשפט להקדיש להן תיאור כה נרחב, דקדקני ומפורט המשתרע על פני פסקאות רבות, ואשר היווה חלק נכבד מגוף פסק הדין? לטענתי, הגיונו הסמוי של השיח השיפוטי הוא הטמעת משוואת הקנס־פרס כמכניזם ממשטר לתגמול אם ראויה ולנרמול אם חשודה. זרם העומק המובלע בפסק הדין הוא כי על אישה למלא אחר משתני אישיות ומאפייני התנהגות מוגדרים כדי לקבל גושפנקה שיפוטית לאימהותה והמזכה אותה בתמיכה כלכלית לתא המשפחתי שבנתה. חסינות מפני טענה לאבהות כפויה, מאותת פסק הדין, נתונה רק לאישה אחראית, מחויבת ומוסרית, השומרת אמונים לערכי המשפחה המסורתיים.

סיכומו של דבר, הטקסט השיפוטי בפסקי דין שעניינם אבהות כפויה משקף תפיסות ערכיות עמוקות באשר למהות האימהות וככזה הוא נוטל חלק בהכוונתה ובהבנייתה של

356 שם, פס' 9.

357 שם, פס' 9.

358 שם, פס' 29.

359 שם, פס' 31.

360 שם, פס' 35.1, 35.2.

361 שם, פס' 35.2(1).

362 שם, פס' 36.4, וכן פס' 35.2(1) ("ברור לי כי כל עול הטיפול נופל לפתחה של האם בלבד. כך היה וככל הנראה כך גם יהיה ולכך משמעויות כלכליות").

363 שם, פס' 2, 29.

התנהגות נשית נורמטיבית לפי אמות מידה מקובלות של סדר חברתי "מתוקן". במרחב החוקי שנוצר, הקונספט של התא המשפחתי הגרעיני מעוגן כ"דוקסה" בורדיאנית שלפיה רק אישה נשואה או במערכת יחסים דמוית נישואין היא מועמדת ראויה לכהן כאם. לעומתה, אישה "סוטה" הנוטלת חירות לעצמה להיכנס להיריון-ללא-רישיון נתונה לקנס משפטי של מזונות מופחתים. הקנס הגלום בדיני המזונות, הנושא מסר הרתעתי מחנך כלפי נשים שהרו כתוצאה מיחסי מין לא-מוסדיים, "מנטרל את כוחן של נשים כמולידות המין האנושי, קושר אותן לצורת משפחתיות המושפעת מיחסי הכוחות הלא שווים בין גברים לנשים ומאפשר לגבר מסוים להפעיל כוח על האישה וילדיה", בלשון-הזהב של הדנה הקר.³⁶⁴ מגמה פסיקתית זאת הפוסלת את האם החד-הורית כמודל לפרוטוטיפ נשי ראוי לחיקוי אינה מבודדת או נקודתית. היא ממשיכה את הקו הרעיוני המוצפן במערך נורמטיבי מסועף של חוקים, הן כאלה המטפלים בשלב ההתחלתי של יצירת המשפחה, כמוסדר בחוק הפונדקאות ובחוק ההפלות, והן כאלה המטפלים בשלב הבדיעבדי של פירוק המשפחה המקורית והקמת משפחה חלופית, כמוסדר בחוק האימוץ. כך, נשים יחידניות שאינן נשואות הן נשאות של תיוג וחריונות; הן זכאיות להיתר הפלה אוטומטי מצד אחד, והן אינן כשירות לקבל רישיון היריון, מצד שני. התפתחות זאת הגיעה לשיאה עם התהוותו של דור שלישי של פסיקה, העומד בסימן הכרה.

4. שלב ההכרה: דור שלישי של מהפכה בדיני המשפחה

שלב ההכרה מורכב משלושה פסקי דין שניתנו לאחרונה ואשר השלימו את המהלך של דור ההנכחה. בדור שלישי זה סוטה בית המשפט באופן מוחלט משתי פרדיגמות-יסוד של המשפט הישראלי, הצו הקטגורי של אימהות חובה והמודל הביוראקונומי של האבהות, לטובת ביצורו המשפטי של אתוס הפרו-נטליזם הבדלני. כפי שניזכר, הטענה לאבהות כפויה הפכה בשלב ההכרה מעילת הגנה – לדוקטרינה. מכוחה מכוננים דיני המזונות כשדה משפטי חדש להכפפת נשים למערכת ציפיות ממשטרת באשר להתנהגותן הרבייתית ולמימוש חובתן האימהית.

(א) עניין מ.ו. נ' צ.ש.ו. כמניפסט על מהות האימהות היהודית בישראל

הבסיס לשלב ההכרה הונח בפסק דין מ.ו. נ' צ.ש.ו., שכמיטב המסורת של סוגת הורות כפויה, סיפור המעשה שלו הוא ביזארי במפגיע. כעולה מתיאור התביעות ההדדיות, בני הזוג החליטו להתגרש לאחר שכל ניסיונותיהם להרות עלו בתוהו, הן באמצעים טבעיים והן באמצעות הפריה תוך-רחמית. לאיש היו אלה נישואיו הרביעיים, לאחר שנישואיו הקודמים הצליחו להניב "רק" בנות. לגרסת האיש, במועד הגירושין התנתה האישה את הסכמתה לקבלת הגט בכך שהיא תשתמש בזרעו לצורך ביצוע ניסיון אחרון להרות על דרך של הפריה תוך-רחמית. על פי תוכנית זאת, קיימו בני הזוג יחסי מין פעמיים, כארבעה ימים וכיומיים בטרם סודר הגט, שבמהלכם נטלה האישה את זרע האיש בכלי אחסון.³⁶⁵ האיש אף העיד

364 הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 920-921.

365 תמ"ש (משפחה י-ם) 22317-08-11 מ'ו' נ' צ' ש'ו', פס' 7 ו-17 לפסק הדין (פורסם בנוב 2013.21.4) (להלן: עניין מ'ו' 22317-08-11).

"שכל רצונו היה בכן זכר", ולכן אם ניסיונות ההפריה היו עולים יפה, היה מפסיק את הליכי הגירושין ואף שב ונישא לאשתו בשנית.³⁶⁶

זמן קצר לאחר גירושי הצדדים השתמשה האישה בזרעו של האיש לצורך הפריה חוץ-גופית, אך הביצית ששימשה להפריה הייתה של תורמת גויה מרומניה, עניין שתיוודע לו בהמשך חשיבות רבה. תהליך ההפריה נשא פרי; כעבור אחד-עשר חודשים ממועד הגירושין ילדה האישה בת מבלי שיידעה על כך את האיש, שמאז כבר נישא זו הפעם החמישית וחבק בן. רצה הגורל ולימים חלקו שני האחים מעון ילדים משותף, ובשלב כלשהו גילתה הגנת את ארזו של האיש שחברתו לגן של בנו היא אינה אלא בתו. לאחר הדברים האלה פנו האישה והאיש אל בית המשפט לענייני משפחה בירושלים בתביעות הדדיות, זו לחיוב במזונות ילדים וזה לחיוב בנוזיקין.

בית המשפט נדרש להכריע אם נסיבות הולדתה של הקטינה משליכות על החיוב המשפטי של האב במזונותיה. פסק הדין השיב בחיוב, ולא זו בלבד שפטר את האב (האמיד ועתיר הנכסים) מחובת המזונות וחייב את האם (קשת היום ודלת האמצעים המתקיימת אך מגמלת הבטחת הכנסה) לשפותו בגין כל התשלומים שיידרש לשאת בהם עבור הבת. פסק הדין אף המשיג את האם כמעוולת בנוזיקין מכוח עוולת הרשלנות והתרמית וכמי שהפרה את חובת תום הלב וההגינות המוטלת עליה, וחייב אותה לשלם את מלוא סכום הפיצויים המבוקש, בסך 100,000 ש"ח.³⁶⁷ החריגות שבפסיקה זאת אף מתעצמת לנוכח הכרתו של בית המשפט בפרדוקס העולה מהשוואה של מקרה זה למקרים אחרים של אבהות כפויה: במקרים אחרים נדחתה טענת "גנבת זרע" אף שלא היה ספק שמדובר באבות בעל כורחם, אולם דווקא במקרה זה, שבו אין ספק "שהאיש דווקא היה מעוניין בהולדת בן או בת [...] ואף היה מוכן ומזומן לפרנס את הרך היילוד", מתקבלת טענתו.³⁶⁸

לשיטתי, החדשנות בפסק דין תקדימי זה נעוצה בסטייה הכפולה מן המורשת המורשת הן של מודל אימהות החובה והן של אידיאל האבהות המפרנסת כחלק מארכיטיפ היפר-הגבריות הישראלי. לפי הקו הפרשני שאציע, פסק הדין סטה משתי פרדיגמות היסוד המבנות את תפקידי המגדר ההוריים בישראל כדי לאותת לנשים שהאימהות היהודית קשורה לאיכות לא פחות משהיא קשורה לכמות. בפסיקה זו ביקש בית המשפט להגדיר, לסמן ולתחום את גבולותיהם של האמצעים הלגיטימיים להגשמת האימהות: אישה אינה רשאית להיהפך לאם בנסיבות מוסריות מפוקפקות או בעייתיות – קרי ללא רישיון גברי –

366 שם, פס' 18 לפסק הדין.

367 לנוכח דלותה של האישה (שבשל מצבה הפיננסי הקשה אף זכתה לייצוג מן הלשכה המשפטית ולפטור מאגרת בית משפט, וראו שם, פס' 58–59 לפסק הדין), בית המשפט קבע שטובת הילדה מחייבת כי האב הוא שיישא בפועל בתשלומי המזונות, אך שהוא זכאי לשיפוי מלא מן האם על כל סכום שישלם לכשתעשיר האם או בהגיע הילדה לגיל בגרות, לפי המוקדם (שם, פס' 62). בכך סמך בית המשפט את ידיו הן על הצעתו של פנחס שיפמן (Shifman, לעיל ה"ש 18, בעמ' 291–292), והן על ההסדר המקובל בעניין סעיפי שיפוי בהסכם גירושין (ראו פסק הדין המנחה: ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197, 208 (1984)). בית המשפט אף הורה בהוראה חריגה שתשלומי המזונות לא ישולמו כמקובל, רטרואקטיבית מיום הגשת התביעה (היא שנת 2006), אלא רק ממועד מתן פסק הדין, בשנת 2013, שבע שנים לאחר מכן (עניין מ' ר' 11-08-22317, לעיל ה"ש 365, פס' 86 לפסק הדין).

368 שם, פס' 38 לפסק הדין.

וקל וחומר שאין היא רשאית לעשות כן באופן שעלול לקפח את יהדותו ו"כשרותו" של היילוד.³⁶⁹ לתפיסתי, האישה "נקנסה" בחריפות במקרה זה משום שבמעשה היא לא רק השתמשה בטכנולוגיות הפרייון בחתרנות המאתגרת את גבולות מבנה המשפחה המסורתית. למעלה מכך. האישה נקנסה גם משום שהיא ערערה את מושג האימהות – את לב המנגנון התרבותי-הלכתי המקנה את הלגיטימיות השיוכית לקולקטיב היהודי – ופירקה אותו לכדי מרכיביו הגנטיים והפיזיולוגיים. פיצול תפקידה המסורתי של האם בדרך זו כופה חשיבה מחודשת על יסודותיה הקונספטואליים של האימהות ומסבך את תהליך קביעתה בשיטת משפט שבה זהות דתית ולאומית היא תלוית רחם וביצית.³⁷⁰

מעשה זה מקבל משנה חומרה לנוכח העיסוק הכפייתי-כמעט "במוצא הגנטי הנכון" המאפיין את האידאולוגיה היהודית-לאומית הדבקה בעקרונות פרימורדיאליים של שארות לעומת קולקטיבים לאומיים אחרים.³⁷¹ כך, בעוד שבחשיבה האירו-אמריקנית "חומר ביוגנטי הוא הגורם הקובע האולטימטיבי" בסוגיות של שארות,³⁷² שאלות של התהוות האימהות ומיקומה – אם בחומר הגנטי שבביצית, אם בסביבה הפיזיולוגית של הרחם או בשניהם גם יחד – מצויות מזה זמן רב בליבן של מחלוקות דתיות ותרבותיות בישראל.³⁷³ לפי חלק ממורי ההלכה ופרשניה, האם הגנטית היא הקובעת את "הפוטנציאל של העובר – תכונותיו הרוחניות והביולוגיות".³⁷⁴ לפיכך השימוש בתא רבייה לא יהודי נחשב למעשה "מכוער ומתועב" הגורם "לחילול משפחתי גדול" והמקים חשש "לאנדרלמוסיה בעולם וערבוב יוחסיין".³⁷⁵ בית הדין הרבני אף פסק לאחרונה כי "אין לקחת ביצית מגויה

369 השוו אמיר הפלות כסוגיה מושקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 36 (המסבירה כי השיח הדתי-יהודי נהנה מעוצמה רבה במיוחד בהגדרת ההיריון הנורמטיבי, ולפיו "ההיריון רצוי כל עוד הוולד הפוטנציאלי הוא יהודי"). האישה אף סתתה ממודל המשפחה ה"שמרני", המבוסס על קשרים ביולוגיים בין בני המשפחה (לביטוי זה ראו בעמ' 4751/12 אלמוני נ' אלמונית, פס' 15 לפסק הדין (פורסם בבנו, 29.8.2013)).

370 ראו KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 112. כן השוו פוגל-ביז'אווי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 115.

371 ראו Yuval-Davis, *Demographic Race*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 41; הייזלטון, לעיל ה"ש 7 (הדנה ב"חשיבות שיש לטוהר הגנטי ביהדות").

372 KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 165–166.

373 קיימת מחלוקת הלכתית בשאלה מי נחשבת לאם המשפטית-הלכתית – האם הגנטית או האם הנושאת, אף אחת מהן או שתיהן גם יחד. בעבר ראתה הגישה הדומיננטית באם היולדת את האם המשפטית, אולם "בזמן האחרון התפרסמו פסקי הלכה הרואים דווקא את האם הגנטית כאם ההלכתית בין לקולא בין לחומרא". לדין ראו מרדכי הלפרין רפואה מציאות והלכה: ולשון חכמים מרפא 294–295 (התשע"ב). עוד ראו עניין משה, לעיל ה"ש 132, פס' לו לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; תמ"ש (ת"א) 21170-07-12, לעיל ה"ש 70, פס' 22–34 לפסק הדין. לדוגמה לפסק דין שבו פסק בית הדין הרבני כי האם הגנטית היא האם ההלכתית ולא האם הנושאת ראו תיק (אזורי רח') 1022417-1 פלונית ופלוני (לא פורסם, 23.3.2015) (להלן: עניין פלונית 1022417-1). עוד ראו KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 146–145, 129.

374 תמ"ש (ת"א) 21170-07-12, שם, פס' 27 לפסק הדין (המצטט את דברי הרב גורן).

375 ראו ערך "הפריה חוץ גופית" ו"הזרעה מלאכותית" אנציקלופדיה הלכתית רפואית (אברהם שטינברג עורך, 1996) <http://bit.ly/2CZe3km>. כן ראו ציץ אליעזר, סימן כז, קלה וכן סימן מה, קטו ("שומו שמים על הפקרות כזאת לפרוץ פרצות חמורות כאלה [...] בחומת הטהרה ובייחוס המשפחתי", בעמ' קטז); כן ראו KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 106.

ולהפרותה מזרע הבעל, ואח"כ להכניס העובר לאשה, דאין לישראל להוליד בנים מנוכרית", וכי בנסיבות אלה הוולד הוא גוי הטעון גיור ואינו מיוחס לא לאביו ולא לאם הנושאת, ועל האם הנושאת אף נאסר לשהות עימו ביחידות.³⁷⁶

מעשה נטילת הביצית מתורמת זרה מעורר אפוא ביתר שאת שאלות יסודיות באשר לסוגיית שילובו של חומר גנטי לא יהודי בגופה של אישה יהודייה ובאשר להשפעתו על משמעות היותו של היילוד אדם יהודי או אזרח ישראלי, בבחינת "what goes into making the body politic" ³⁷⁷ סוגיות אלה הפכו נוקבות אף יותר עם חקיקתו של חוק פונדקאות פרוגרסיבי, המבכר את הבסיס הביוגנטי של האימהות על פני הבסיס הפיזיולוגי-הריוני.³⁷⁸ לדידו של החוק, האם הגנטית והמיועדת, לא האם הפונדקאית, היא האם המשפטית. אותו חזון חוקי אף זוכה לאשרור חברתי: לפי מחקרים סוציולוגיים, נשים יהודיות נכונות לשמש פונדקאיות משום שתהליך הסוציאליזציה הישראלי מחברת אותן להמשיג את האם הגנטית, לא את האם הנושאת, כאם ה"אמיתית".³⁷⁹ יתר על כן, חוק הפונדקאות דורש כזכור כי האם הנושאת וההורים המיועדים יהיו בני אותה דת; רק אם הצדדים המעורבים אינם יהודים, מוכן החוק לזנוח דרישה זאת,³⁸⁰ שניות רגולטורית המסגירה את רצונה הסלקטיבי של המדינה בשימור "טהורו" של העם היהודי באופן בלעדי. טביעות האצבע של גישה זאת הותירו את חותמן גם על הסדרים משפטיים נוספים. הרגולציה של הפסקת הריון, כפי שראינו, מעלה על נס את אתוס הלגיטימיות השייכות לעם היהודי.³⁸¹ דיני הנישואין בישראל מונעים נישואי תערובת בין יהודים לגויים,³⁸² ויש הטוענים כי פונקצייה זאת של "אמצעי מניעה" מילאה תפקיד נכבד בכיסוס דיני המשפחה על פי מפתח דתי המגשים את האידאולוגיה הציונית החילונית.³⁸³ גלוי אף יותר הוא חוק

376 ראו עניין פלונית 1-1022417, לעיל ה"ש 373 (חוות דעת הדיין הרב נחום גורטלר). כן ראו תיק (אזורי ת"א) 987552-9 פלונית נ' פלוני 11-12 (לא פורסם, 26.7.2016) (ילד שנולד מביצית של גויה אינו יהודי וטעון גיור, והאב זכאי למנוע מאשתו להשתמש בביציות המופרות, בין היתר בשל זכותו שלא ייוולד לו ילד גוי); עוד ראו ציץ אליעזר מה, קטו, קיח ("ישראל הבא על הנכרית לא נקרא כלל בנו וכמבעי בהמה דמיא ולא חשוב הוא כאביו").

377 KAHN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 138.

378 שם, בעמ' 173.

379 שם, בעמ' 141 (עצם השתתפותן של נשים יהודיות בפונדקאות התאפשר באימוץ האמונה התרבותית שהעוברים שנשים אלו נושאות אינם "שלהן"); ראו גם שם, בעמ' 152-158 (הפרק הנקרא: "זה לא ילדי" ("It's Not My Child").

380 שם, בעמ' 142-143.

381 ראו הדיון לעיל; כן ראו אמיר הפלות כסוגיה מושקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 232-233.

382 ראו Karin Carmit Yefet, *Israeli Family Law as a Civil-Religious Hybrid: A Cautionary Tale of Fatal Attraction*, 2016 U. ILLINOIS. L. REV. 1505, 1510 (2016). ישראל אומנם מאפשרת לרשום במרשם הנישואין נישואי תערובת אזרחיים, ממש כשם שהיא מאפשרת לרשום נישואי בני זוג מאותו המין. לאחרונה אף הלכה הפסיקה כברת דרך שממנה עולה הכרה בתוקף המהותי של נישואין אזרחיים, לפחות כאשר הם מבוצעים בין יהודים בלבד (בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני, פ"ד סא(3) 496 (2006); בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, סא(3) 726, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2005); בע"מ 5640/16 פלונית נ' פלוני, פס' 16 להחלטתו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 22.6.2017).

383 טריגר "יש מדינה לאהבה", לעיל ה"ש 226, בעמ' 204-207 (רציונל חשוב מאחורי הבחירה בדיני נישואין וגירושין הוא הרצון למנוע נישואי תערובת כדי ליצור אומה ישראלית שבה קיימת חפיפה

תרומת ביציות, שבדומה לחוק הפונדקאות מחיל חובה ייחודית של התאמה דתית בין האישה התורמת לנתרמת, שאין לה אח ורע בקרב מדינות העולם.³⁸⁴ על רקע תובנות אלה הבה ונבחן מחדש את המסר הרעיוני הטמון בפסק הדין. כפי שצוין לאורכו של פסק הדין, האישה השתמשה בביציותיה של תורמת זרה שאינה יהודייה.³⁸⁵ לפי הקווים הרעיוניים הגלומים בתפיסה זו, התשוקה לאימהות סימאה את עיני האישה עד כדי היוותרה עיוורת לאיום האפשרי שנשאו מעשיה לפריצת הגבולות של מוסד המשפחה המסורתית ולטהרת שושלת היוחסין היהודית. בנותנה כך יד לפרגמנטציה של כושר ההולדה הנשי, היא התכחשה לעקרונות המארגנים של מיזם הפרו-נטליזם הבדלני במובן הבסיסי ביותר שלו ולא בחלה בהטלת דופי בזהותה הדתית והלאומית של בתה במדינה שבה יהדות היא החומר היוצר של האזרחות, והרבייה היהודית היא יעד-על שלה.

באומדו את הנזק הלא-ממוני שנגרם לאב שקלל פסק הדין בנוסחת החישוב המשפטית הן את "עוגמת הנפש" המיוחדת שנגרמה לאיש מהתנגדותו "לביצוע הפריה חוץ גופית, ולא כל שכן הפריה באמצעות ביצית של תורמת זרה, שספק אם היא יהודיה",³⁸⁶ והן את "תחושת הבושה" ש"אין אף להמעיט בערכה" שהמיטה האישה על האב בעצם מעשה "הבאת ילד אל העולם מחוץ לנישואין".³⁸⁷ פסק הדין אף רווי רטוריקה מוטה ובעייתית שמגמתה ניכוס כוח ההולדה הנשי כחלק מסימבוליקה פטריארכלית של ריסון נשים החותרות תחת מערך התביעות המנרמלות באשר לאימהותן. בית המשפט ממפה את סוגיית הפריין כאתר מגדרי של עוצמה נשית שבו נשים נהנות מ"כוח רב יותר" ומ"יתרון בלתי

מוחלטת בין הדת ללאום וכדי למנוע את "חילול" גופה של האישה היהודייה" (שם, בעמ' 204). כן ראו פוגל-ביז'אווי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 144; חנה ארנדט אייכמן בירושלים – דו"ח על הבנאליות של הרוע 15 (אריה אוריאל מתרגם, 2007).

384 ראו ס' 5) (לחוק הפונדקאות; ס' 13(ה)(3)(א) לחוק תרומת ביציות. ראו בהקשר זה אורי לב וארנון קרן "טכנולוגיות רבייה והזכות להורות במדינה יהודית ודמוקרטית: המקרה של חוק תרומת הביציות" משפט רפואי וביור-אתיקה 4, 37, 64 (2011).

385 עניין מ' ו' 11-08-22317, לעיל ה"ש 365, פס' 8, 16, 49 לפסק הדין (שבהן מציין בית המשפט כי יהדותה של התורמת (ומכאן של הבת) מוטלת בספק). זו גם הייתה התמה הדומיננטית בתביעת האבהות שהוגשה נגד האיש. ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 24280/06 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 16.2.2010). בהליך זה בית המשפט אף מקבל את הטענה שהגבר הסכים להפריה חוץ-גופית, מה שמחזק את המסקנה שהפגם המרכזי במעשיה של האישה הוא שימוש בביצית של תורמת גויה. בית המשפט נוקט לשון מגנה ומבהיר כי: "דומה שאין צורך להכביר מילים באשר לפסול בהתנהגות האישה. אמנם כמיהתה של האישה לילד מובנת ונוגעת ללב. לכל אדם עומדת הזכות לנסות להביא צאצאים לעולם. יחד עם זאת, אין לאיש זכות, או למצער אינטרס מוגן, לבחור האם וכיצד, הוא מבקש להביא צאצאים לעולם [...] ככל שתהא מובנת וחשובה כמיהת האישה לילד, אין היא מקנה לה את הזכות לרמס ברגל גסה את זכויות האיש ולהשתמש בזרעו, חרף רצונו, לשם הבאת ילד לעולם, בדרך לה התנגד" (עניין מ' ו' 11-08-22317, שם, פס' 46 לפסק הדין).

386 שם, פס' 49 לפסק הדין.

387 שם, פס' 59. חשוב לציין שמטען הבושה הנגרם מלידה שלא מנישואין מוצג כנוק אובייקטיבי שכל אדם נורמטיבי צפוי לחוש, נוק שעשוי להתעצם ולקבל "משנה תוקף" סובייקטיבי כשמדובר, כמו בנסיבות כאן, באדם המקיים אורח חיים חרדי (שם). השוו אמיר הפלות כסוגיה מושתקת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 35 (המציינת את "מיקומן הבעייתי של נשים שאינן אמהות נורמטיביות, כמו אלה היולדות מחוץ לקשר נישואין או אמהות במשפחות חד-הוריות").

הוגן" על גברים, והוא קורא לפעול "לנטרול" נקודת החוזקה הנשית כדי למנוע מהן לעשות "שימוש לרעה באותו יתרון" ולהגן על גברים מפני "חוסר הגינות" מגדרי.³⁸⁸ כך חוברים דיני מזונות ילדים, במונחיה הנכוחים של ליאורה בילסקי, למערך שלם של "חוקים שנועדו לשלוט בכוח של האישה להיות בעלים על יכולת ההולדה שלה, ולהפוך אותה ממקור של עוצמה לאשה למקור של סטיגמה חברתית ושוליות, בכל מקרה שבו האימהות מתרחשת מחוץ לגבולות המשפחה הפטריארכלית".³⁸⁹

כללו של דבר, קריאה מעמיקה וביקורתית של פסק הדין זורה אור על קיומו של רובד סמוי בנוגע לתפקידן האימהי של נשים ולמערכת הציפיות המנרמלת שבה הן נדרשות לעמוד. גם אם ברמה המפורשת והגלויה פסק הדין לא דן באימהות, קריאה דקדקנית חושפת מבעד לשיטין את היחס השיפוטי (תיתי משמע) לאימהות הנשית ולנושאת ההיריון הנורמטיבית. בקובעו כי האישה חבה בלעדית במזונות בתה ובפוסקו לחובתה את מלוא סכום הפיצויים שביקש האב, קיפל בית המשפט בפסיקתו מסר הרתעתי מחנך ורב-עוצמה המרתיע ומתריע מפני בחירה בנתיב "מפוקפק" זה למימוש האימהות. בכך ביקש בית המשפט להגן הן על גבולותיו השמרניים של מוסד המשפחה הפטריארכלי מצד אחד והן על שימורה האפקטיבי של כשרות היוחסין היהודית מצד אחר. במילים אחרות, פסק הדין הסיט את המודל הביוראקונומי מן הדיון וסטה מתפיסת האבהות המקובלת, כדי ללטש ולכיל את נתוני היסוד המכשירים אם ראוייה. בכך תרם בית המשפט את חלקו לוויסותה של מסגרת הרבייה הנשית הלגיטימית ולמשטור קפדני של גבולות הקולקטיב הלאומי.

(ב) ד' ג' נ' ח' ח' ח': הטמעתו של "רישיון ההיריון" במשפט

פסק הדין בעניין מ.ו. נ' צ.ש.ו. טרם פרץ את הסכר השיפוטי בנוגע לקבילותן של טענות מסוג אבהות כפויה, אך הוא הכשיר את הקרקע כבר באותה שנה לפסיקה רגורסיבית נוספת המכירה בלגיטימיות העקרונית של "גנבת זרע" כטענה בעלת נפקות משפטית. פסק דין ד' ג' נ' ח' ח' ח', מושא חלק זה,³⁹⁰ הוא נדבך נוסף בכינון תורת משפט המגלמת את הקו הרעיוני של מודל האם הראוייה. הוא אף מרחיק לכת צעד נוסף ומסמן אבולוציה בשימוש המשפטי בטענת הורות כפויה לא כצינה אלא כחרב, דהיינו לא כעילת הגנה בדיני המזונות אלא כעילת תביעה עצמאית בנויקין של גברים נגד נשים.³⁹¹ לפני ניתוח פסק הדין לגופו אין להתעלם מעניין פרוצדורלי מעניין ורב-משמעות. שלא כמצופה, פסק הדין נכתב בבית משפט השלום ולא בבית המשפט לענייני משפחה, אנומליה

388 ראו עניין מ' ו' 11-08-22317, לעיל ה"ש 365, פס' 53-54 לפסק הדין; השווו רות קלדרון השוק. הבית. הלב: אגודות תלמודיות 24 (2001) ("יכולתה של האישה ללדת ולבחור את אבי ילדיה כרצונה מאיים על הגבר, ועל הסדר החברתי הגברי. הם מנסים לשלוט בבלתי נשלט. להיות בעלים על יכולת ההולדה").

389 בילסקי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 236.

390 ת"א (שלום ת"א) 11-02-23789 ד' ג' נ' ח' ח' ח' (פורסם בנבו, 26.11.2013) (להלן: עניין ד' ג' נ' ח' ח' ח'). כפי שנראה להלן, פסק דין זה יתהפך בהמשך, לאחר שבית המשפט המחוזי הורה להחזיר את הדיון לבית משפט השלום, ושופט אחר דן בו.

391 שם. אומנם היה מדובר בתביעה נזיקית של האב ולא בטענת הגנה נגד תשלום המזונות, אולם בהתייחסו ליסודות העולה לא בריר כלל בית המשפט את היקף חובת המזונות המוטלת על האב לצורך קביעת סכום הפיצוי.

משפטית המשקפת תפיסה נורמטיבית שלפיה שני הורים שאין ביניהם קשרי זוגיות אינם נחשבים ל"בני משפחה" שעניינם זכאי להידון בפורום המשפטי הייעודי לכך.³⁹² פרדוקס דינוי זה מלמד שהמשפט מרומם את הזוגיות ה"ראויה" ורואה בה את מערכת היחסים שבחוד החנית של דיני המשפחה, הזכאית לתיעדוף ולבכורה אפילו ביחס לקשרי הורות. בית המשפט מגולל בהרחבה יתרה את מסכת האירועים, הממצאים העובדתיים וטענות הצדדים, ובייחוד ניתנת נראות לגרסתו של התובע שנמצאה מהימנה עליו. סיפור המסגרת של פסק הדין משרטט פורטרט קלאסי של אם "חשודה", הנמנית עם קטגוריית הנשים הלוקה במאפייני התנהגות סטייתיים: הן קלות דעת, חסרות אחריות ולא מוסריות, ובפשטות – הן אינן רעיות אלא רעות (מפרקות משפחות של נשים אחרות). הנתבעת מוצגת כאישה נצלנית, מתירנית וחסרת מוסר, המבוגרת מן התובע ביותר מעשור, ואשר הערימה עליו "בהיותו צעיר בן 22 וחסר ניסיון" ובעודו עסוק במילוי חובתו הגברית הלאומית – שירות מילואים.³⁹³ בין הצדדים הייתה "מערכת יחסים אינטימית זוגית שנפרשה, לסירוגין, על פני כשנתיים",³⁹⁴ שהגיעה לקיצה משפגש התובע את מי שלימים תהפוך לרעייתו.³⁹⁵ כשבעה חודשים לאחר מכן, "ערב נישואיו לבחירת ליבור",³⁹⁶ חודש הקשר בין הצדדים. הנתבעת הגיעה לבקשתו של התובע לבסיס שבו שירת, קיימה עימו יחסי מין והרתה לו.³⁹⁷ לגרסת התובע, בניסיונה לשכנעו לוותר על אמצעי מניעה ביחסיו עימה עברה הנתבעת על טאבו מרכזי בחברה פרו־נטליסטית – התחזתה כעקרה.³⁹⁸ כיוון שעקרות נשית צרובה

392 לביקורת על התמקדות היתר של דיני המשפחה בקשר הזוגי כקשר המשפחתי המרכזי בין מבוגרים, ולטענה שדיני המשפחה המודרניים צריכים להציב במרכז את הקשר ההורי, ובכלל זה גם את הקשר שהורות משותפת יוצרת בין שני ההורים (קשר ההורות האופקי), ראו איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" משפט ועסקים יט 821 (2016); Ayelet Blecher-Prigat, *The Costs of Raising Children: Toward a Theory of Financial Obligations Between Co-Parents*, 13 THEOR. INQ. L. 179 (2012).

393 ראו עניין ד' ג' 23789-02-11, לעיל ה"ש 390, פס' 8, 10 (המתארת את התובע כ"בחר צעיר ותמים אשר נתון היה להשפעתה של הנתבעת, אשר מבוגרת היתה ממנו בלמעלה מעשר שנים"), 75 לפסק הדין.

394 שם, פס' 103. כן ראו שם, פס' 8 לפסק הדין (שבו מתוארת מערכת היחסים כ"קשר מיני, מזדמן וקצר"); פס' 11 ("להדגשתו, לא ניהלו השניים קשר זוגי או חיים משותפים אלא קשר מיני מזדמן וקצר טווח ולמיטב ידיעתו, קיימה הנתבעת יחסי מין גם עם גברים אחרים באותה תקופה"); פס' 53 וכן פס' 54 לפסק הדין ("התובע לא ניהל חיים משותפים עם הנתבעת אלא זה היה קשר מיני מזדמן, והאחרונה לא הצטרפה אליהם לפעילות משותפת והם לא התנהלו כזוג במובן הרגיל משום בחינה שהיא").

395 שם, פס' 12 לפסק הדין (הנתבעת "סירבה להשלים עם העניין והודיעה לו כי הוא יהיה איתה מתי שרק תרצה, אפילו אם תהיה לו חברה").

396 שם, פס' 13 ו-75.

397 שם, פס' 75. בריאיון שערכתי עם עורכת הדין שייצגה את הנתבעת, עו"ד שרה זינו אמוראי, היא דיווחה כי הנתבעת העידה שיחסי המין קימו במכוניתה. פרט זה לא מצא את ביטויו בפסק הדין, אולם לדעתה הוא חבר עם פרטים אחרים יחד כדי להותיר רושם שלילי בנוגע לתדמיתה של הנתבעת בעיני בית המשפט.

398 התברר שבמהלך שנות נישואיה עברה הנתבעת טיפולי פוריות שהסתכמו בשני הריונות שלא עלו יפה, ומכאן התרשמה שאינה יכולה להרות (שם, פס' 4, 8-9, 56, 103-106, 110, 116 לפסק הדין).

בדמיון הפטריארכלי כתוצר של חטא מיני ופגם מוסרי, האישה כביכול הסגירה כמו פיה את "הפקרותה" המינית.³⁹⁹

זרם עומק מהותי המוצפן בפסק הדין הוא שמדובר באישה אנוכית ולא מחויבת: הנתבעת היא אישה גרושה אשר לא טרחה לממש את אימהותה במהלך עשר שנות נישואיה, קרי במסגרת החברתית הרצויה וההולמת של תא משפחתי יציב ונורמטיבי. במקום זאת היא בחרה לעשות כן דווקא בנסיבות מפקפקות של יחסי מין לא מחויבים עם בחור הצעיר ממנה בשנים רבות ומאורס לאחרת. על כך שבית המשפט זוקף לחובתה את היותה גרושה ניתן ללמוד גם מכך שהוא חוזר על תיאור מעמדה האישי לאורך פסק הדין, אפילו בהקשרים לא רלוונטיים בעליל.⁴⁰⁰ בית המשפט אף זוקף לחובת הנתבעת את העובדה שהינה להסתכן ולא ראתה פסול בהולדת ילד לתוך מציאות משפחתית חד-הורית: "העובדה כי הנתבעת קיימה יחסי מין עם התובע ללא שימוש באמצעי מניעה, ולא הכריחה אותו להשתמש באמצעים שכאלה, מלמדת כי ידעה כי קיים סיכוי, ולו קלוש, על פי טענתה, כי תיכנס להיריון כתוצאה ממגעי האינטימיים עימו [...] הנתבעת לא פסלה היכנסה להיריון וייתכן שאף עשתה מעשיה בידעה שיתכן שהללו יביאו לדבר מיוחל, היוולדו של ילד".⁴⁰¹ משמע, מדובר באם חד-הורית מבחירה, שעבורה כניסה להיריון מחוץ לנישואין היא סיכוי, ולא סיכון.

בית המשפט מיצק את הדור השלישי של פסיקה העומד בסימן הכרה, בנותנו גושפנקה רשמית למעמד הלגיטימי של עילת תביעה בגין "גנבת זרע", שגילומה המשפטי הוא עוולת התרמית.⁴⁰² נקבע כי כך ייעשה לאישה הבוחרת להפוך לאם מקשר מיני ולא מקשר זוגי.⁴⁰³

מסקנתי, הינה, כי התנהגות הנתבעת עולה כדי ביצועה של עוולה של 'גנבת זרע', וכי במודע ובמתכוון ביקשה היא להונות את התובע ולגזול את זרעו, והאופציה של הימנעות מכניסה להיריון ממנו כלל לא עמדה לנגד עיניה, אף שלא היו בני זוג שניהלו קשר רומנטי זוגי, במובנו הרגיל של קשר שכזה. במעשיה אלה ביצעה עוולת תרמית.

בית המשפט אף ציטט בהרחבה מדברי התוכחה והגינוי שהובאו בעניין מ.ו. לעיל כלפי התנהגותה של האם ו"קנס" אותה בתשלום פיצויים לתובע בסך 150,000 ש"ח. בסופו של ניתוח, סכום זה הופחת במחצית לנוכח אשמו התורם של התובע "עם כל הצער שבדבר" בגין כך שידע "שהנתבעת הינה אישה גרושה, וכי טופלה, בעבר, בטיפולי פוריות, ובכל

399 השוו טריגר "משפחות חורגות ורשיון הורות", לעיל ה"ש 139, בעמ' 47, 49 (המצטט את זרמין גריר מין וגורל: הפוליטיקה של פוריות המין האנושי (1992)).

400 עניין ד' ג' 11-02-23789, לעיל ה"ש 390, פס' 119, 122 לפסק הדין. כך, בדונו בשיעור הפיצוי מציין בית המשפט כי יש להתחשב "במצבה הכלכלי של הנתבעת, גרושה, שהינה מזכירה רפואית בבית חולים" (פס' 119), וכן בקובעו אשם תורם מאחר שהתובע ידע "שהנתבעת הינה אישה גרושה, וכי טופלה, בעבר, בטיפולי פוריות, ובכל מקרה, קיים עימה, כאמור, יחסי מין ללא אמצעי מניעה" (פס' 122).

401 שם, פס' 107 לפסק הדין. כן ראו פס' 109 (ההדגשה הוספה).

402 ראו למשל שם, פס' 138.

403 שם, פס' 113-114 (ההדגשה הוספה).

מקרה, קיים עימה, כאמור, יחסי מין ללא אמצעי מניעה.⁴⁰⁴ חשוב לציין כי גישה זאת כלפי נפקיות אי-השימוש הגברי באמצעי מניעה אינה יחידאית בפסיקת בתי המשפט. קיימות לפחות שתי פסיקות נוספות כאלה, המשתייכות מבחינה כרונולוגית לדורות הקודמים אך שחרגו מהמגמה הדומיננטית הנקוטה בהם והדהדו את האידאולוגיה של הדור השלישי. לפי פסקי דין אלה, המחדל הגברי הוא "לכל היותר" אשם תורם שאין בו כדי לפטור את האישה מחבות משפטית עצמאית בנסיבות של מצג שווא.⁴⁰⁵

זרם עומק שני המהדהד בפסק הדין הוא הייצוג הסטראוטיפי של נשים רווקות כסיכון מיני המאיים על שלמות מוסד הנישואין.⁴⁰⁶ במקרה שלפנינו מדובר באישה שלא די לה שכשלה בנישואיה ו"במערכות יחסים עם בני המין השני",⁴⁰⁷ אלא גם הייתה "הורסת משפחות" אשר לא בחלה באמצעים כדי לפגוע בשלום הבית שהקים התובע. אכן, הפרט הראשון שלמדים על התובע הוא זהותו כגבר נשוי ואב לשלוש בנות.⁴⁰⁸ במילים אחרות, הנתבעת היא אישה לא מוסרית שלא רק בחרה במכוון במודל משפחה חד-הורי,⁴⁰⁹ אלא גם תפקדה כגורם מערער איוון במשפחה הנורמטיבית והיציבה שהקים האב ופגעה בתפקודה האימהי של רעייתו.⁴¹⁰ לפי ראיות אלה הוסיף בית המשפט ופסק לטובת התובע פיצויים בסך 35,000 ש"ח בגין הטרדתו, "הפגיעה החמורה" בפרטיותו וחשיפת היותו אב מחוץ לנישואין בפני בני משפחתו.⁴¹¹

404 שם, פס' 122.

405 ראו למשל עניין פלונית 96460/97, לעיל ה"ש 266, פס' 8 לפסק הדין ("אי שימוש הגבר באמצעי מניעה, בבחינת 'יזהר השוכב', לכל היותר הוא בגדר 'אשם תורם', ואין בו כדי לפטור את האישה, כשמועלית נגדה טענה של מצג כוזב"). כן ראו עניין פלוני 5950/07, לעיל ה"ש 282, פס' 8 לפסק הדין (בית המשפט מקבל תזה זאת בסוברו שהיא הלכה מחייבת, אך זאת בהתבסס בטעות על ציטוט שגוי של פסק דינו של בית המשפט העליון, שבו הוא מייחס לבית המשפט דברים שלא קבע). מכל מקום, פסקי דין אלה דחו את התביעות בסופו של דבר, ומטעם זה, ולא רק בשל מועד נתינתם, לא מוקמו כחלק מן הדור השלישי.

406 לתפיסה זו ראו Tuula Gordon, Single Women: On the Margins? 106 (1994) (המובא אצל הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 926, ה"ש 112).

407 עניין ד' ג' 23789-02-11, לעיל ה"ש 390, פס' 40 לפסק הדין.

408 שם, פס' 2.

409 מה שמחזק תחושה זאת הוא טענתה של הנתבעת כי סירבה להצעתו של התובע להיפרד מארוסתו כשנודע לו דבר הריונה, כדי למסד עימה את הקשר (שם, פס' 77-78 לפסק הדין).

410 שם, פס' 130 לפסק הדין. על כך שנוקפת לחובת הנתבעת הפגיעה בחא המשפחתי של התובע למדים גם מכך שבית המשפט בחר להציג את המקרה כ"תולדה של קשר זוגי בין הצדדים אשר בעקבותיו נולד ילד לצדדים, בניגוד לרצון התובע, אביו, ולמרות שיצר משפחה משלו", אף שבמועד ההיריון טרם נישא התובע וטרם הקים בית (שם, פס' 101).

411 שם, פס' 129 ו-139 לפסק הדין. מה שמחזק את אלמנט ה"קנס" לאם החשודה הוא עיוורונו של בית המשפט כלפי סממנים מובהקים שהוצגו לפניו, ואשר מאפיינים דווקא אם מסורה. בפסק הדין מוצגת הנתבעת כמי שביקשה לנשל את אשת התובע מבין זוגה ולהשיבו אל חיקה, ולא כאם שניסתה בכל כוחה לגרום לאב להכיר בבנו ולהיות עימו בקשר "נוכח מצוקת בנה אשר כמה לקשר עם אביו מולידו ונוכח היותה 'מחויבת לנסות ליתן לבנה הזדמנות להכיר את אביו ולמלא את צרכיו לזהות אביו ומורשתו'". ראו ע"א (מחוזי ת"א) 4438-01-14 ח' ח' נ' ד' ג' (פורסם בנוב, 26.2.2015) (להלן: עניין ח' ח' ח' 4438-01-14), תחת "טענות המערערת". זאת חרף ראיות למכביר התומכות בכך, בין היתר העובדה שהנתבעת חזרה להיות בקשר עם התובע רק כשבנה בגר מספיק כדי לשאול על אביו ולייחל לקשר עימו,

בפסק הדין של הערעור סמך בית המשפט המחוזי את ידיו על הממצאים העובדתיים שנקבעו, אך הורה להשיב את התיק אל בית משפט קמא כדי שידון, לפי הנחיותיו, ב"סוגיות הנכבדות" שפרשה זאת מעלה ואשר בליבתן נעוצה "שאלה עקרונית-ערכית האם תרמית שתוצאתה הינה הענקת חיים לילוד חי ובריא – מהווה עילת תביעה ראויה, בהינתן קושי מוסרי להתבונן על הולדת ילד כעל נזק".⁴¹² הסוגיה הטעונה ליבון, במונחי מאמר זה, היא אפוא אם יש להכיר בתוקף הנורמטיבי של הצו הקטגורי בדבר אימהות חובה ולקעקע את אתוס הפרו-נטליזם הבלני האוכף את מודל האם הראויה. אולם בהעמדת השאלה על חודה של סוגיה אחת – אם ניתן להמשיג לידת ילד כנזק – פסק הדין משטיח את הדילמה שמעורר שלב ההכרה ומעלים את הממדים המגדריים שבמרכזה ואת היקף השלכותיהם על האוטונומיה המינית, על החירות הרבייתית ועל חופש הבחירה של נשים. במקום לקדם שיקולים אלה לחזית הבמה האנליטית, השאלה שעל הפרק נוסחה באופן חד-ממדי וניטרלי, כמעין סניף דוקטרינרי חדש של עילת "הולדה בעוולה" ותוך העלמת הפוטנציאל הדכאני הגלום בה לשמש מנגנון פיקוח ושליטה על גופן של נשים וכלי לשימור פגיעותן.⁴¹³ למעלה מזאת, בשרטוט המסגרת המשפטית העקרונית לבחינת סוגיות של אבהות כפזיה נותר בית המשפט עיוור לסכנה האינהרנטית הטמונה בהסתת הדיון לאישה ה"סוטה" ולהתמקדות בנתונה האישיים כאם במקום באחריותו המשפטית של האב. הוא אף לא היה ער לצורך לשקול את התוצאות הקשות הכרוכות במתן לגיטימציה לטענות מסוג "גנבת זרע" – שסופן דה-לגיטימציה של ילדים לאימהות חד-הוריות. כך נעדרת מפסק הדין מודעות לחשש של נרמול טענות לתרמית נשית והפיכתן לחזון נפרץ בכל תביעת מזונות שמושאא ילד שנולד מחוץ לנישואין, נתיב שאחריותו כינון מחודש של ההבחנה המסורתית בין ילדים לגיטימיים ללא חוקיים ויצירת קטגוריה מעמדית נחותה של נשים וילדיהן בהתבסס על נסיבות הולדתם.⁴¹⁴ בכך דיני המזונות מעמיקים מגמה מטרידה במשפט

כמו גם העדות של התובע עצמו וגורמים מטעמו, שגובתה במסרונים רבים, המלמדים על מטרתה של הנתבעת לזיום יחסי אב-בן בין הצדדים ועל התחייבותה שלא לדרוש ממנו דבר אם יעשה כן (ראו למשל עניין ד' ג' 23789-02-11, לעיל ה"ש 390, פס' 9, 24, 27, 30, 33, 62, 91-92 לפסק הדין). אכן, בערעור ובערעור שכנגד לבית המשפט המחוזי תמהה ערכאת הערעור על שבית המשפט התעלם משקילת ראיות אלה ומאפשרות הסקת הגנה סטטוטורית מפני פגיעה בפרטיות שלכאורה עומדת לנתבעת, בהינתן "חובתה כאם [...] שלא להותיר את הקטין, בנה, 'חסר אב'" (עניין ח' ח' 4438-01-14, שם, פס' 11 לפסק הדין (ציטוט מתוך כתב ההגנה של הנתבעת)).

412 שם, פס' 5 לפסק הדין. בית המשפט אף מכתיר סוגיות אלה כמי שנודעו להן "השלכות רוחב בסוגיות לא מעטות, שבחלקן טרם הוכרעו על ידי בית המשפט העליון" (שם, פס' 13). ראוי לציין כי בית המשפט המחוזי גם הביא בהמשך את עמדת פרופ' שיפמן – "המעלה לדיון את הדילמה שבהטלת אחריות משפטית בין אנשים שהיו שותפים ליחסי מין, ואת השאלה האם מן הראוי שבית המשפט יתערב בדרכי התנהגותם של אנשים המקיימים מרצונם יחסי מין" (שם). עם זאת, בשום מקום בית המשפט אינו מציע להעלות לדיון את הבעייתיות שבהכרה עקרונית בעילת תביעה של "גנבת זרע" והשלכותיה על יחסי הכוח המגדריים ועל זכויותיהן של נשים, בין היתר בשל מורכבות דיני המשפחה בישראל.

413 לניתוח מאיר עיניים של עילת הולדה בעוולה וההסתעפויות הדוקטרינריות שעשויות להיגזר ממנה, למשל זכות תביעה של האב כלפי האם בגין החלטתה המודעת לתת חיים לילד עם מוגבלויות, ראו רונן פרי "להיות או לא-להיות? זו כבר אינה השאלה" מחקרי משפט כט 61 (2013).

414 שלו, לעיל ה"ש 107, בעמ' 508, ה"ש 24.

הישראלי, המרתיעה נשים רווקות ממימוש אימהותן באמצעות הענשת ילדיהן. חוק השמות, למשל, מונע מילדים לאימהות רווקות מלקבל את שם משפחת אביהם ללא הסכמתו, מסר שמרני ומפלה המסמן ילדים שלא מנישואין כ"אחרים" וגוזר עליהם מעין יתמות משפטית.⁴¹⁵ דיני השמות פועלים אפוא כקנס עונשי ברובד הסימבולי וההצהרתי, ודיני המזונות מטענינים אותו בתוקף משפטי ברובד האופרטיבי והמעשי.

לגופו של עניין, בית המשפט המחוזי קבע כי אם "גנבת זרע" אכן תומשג במונחים המשפטיים של עוולת התרמית – המחייבת כידוע הוכחת נזק ממוני כאחד מיסודותיה – כי אז יש לכאורה להגדיל את סכום הפיצויים שנפסק לזכות התובע ולשפותו בגין מלוא דמי המזונות שחויב בהם. בית המשפט לא אמר די בכך וקבע כי יש להוסיף ולדון גם בעילות התביעה האחרות שעליהן נסמך התובע, וזאת כדי לפצותו, נוסף על הנזק הממוני של תשלום המזונות, גם בגין הנזק הנפשי שנגרם לו מן האבהות הכפויה.⁴¹⁶ בית המשפט אף הרחיק לכת כברת דרך נוספת לטובת התובע, בהטילו ספק בעצם הקבילות המשפטית העקרונית של דוקטרינת האשם התורם בנסיבות של גנבת זרע עקב תרמית. בבחינת "משל למה הדבר דומה: לטענתו של גנב כי הנגנב לא שמר כראוי על נכסיו ובכך איפשר לו את הגניבה ולכן יש להפחית מחובת תשלום הפיצויים. טענה מעין זו יש לשלול."⁴¹⁷ בכך נתן בית המשפט תוקף וגיבוי למדיניות משפטית כוחנית שגברים הם מוטביה הבלעדיים: הם רשאים להתפרק מן החובה להשתמש באמצעי מניעה ולהעצים את הנאתם המינית ובה בעת עדיין ליהנות מיחסי מין "מוגנים" – מבחינה משפטית.⁴¹⁸

גם אם יחזור בו בית משפט קמא מעמדתו – ובהתפתחות שהתרחשה לאחר כתיבת שורות אלה אדון להלן – אנו נותרות עם הרושם הבעייתי שכדי לזכות בתמיכה כלכלית ובהכרה משפטית נדרשת האישה לשאת בתעצומות נפש ובהוצאות כבדות כדי למצות את התרופה החלקית והמוגבלת של הליך ערעורי לבית המשפט המחוזי, השבת התיק לדיון מחודש בערכאה הראשונה, וחזור חלילה.

סיכומו של דבר, ההתקדמות (או הנסיגה) אל דור שלישי של פסיקה נחזית לכאורה כמהלך ליברלי, מתקדם ושוויוני. היא ייצוג טקסטואלי מדומה של התנערות שיפוטית מתפיסות סטראוטיפיות בנוגע לאימהותן הטבועה של נשים וממודל הגבריות ההגמוני של אבהות מכלכלת. אך הצגה כזו היא כוזבת וחלולה. מאמר זה ביקש להסיר את המסווה של

415 ס' 3 לחוק השמות, התשט"ז-1956.

416 עניין ח' ח' ח' 4438-01-14, לעיל ה"ש 411, פס' 6 לפסק הדין. בית המשפט המחוזי אף הורה לבית משפט קמא לשקול אם יש מקום, במקרה שהנזק הממוני יוערך כפי דמי המזונות, להפעיל את הלכת "עד שתעשיר" המשהה את מימוש השיפוי כדי למנוע פגיעה בקטין, ובשים לב למצבה הכלכלי של האם (שם, פס' 7-8). פנחס שיפמן תומך אף הוא בהכרה בנזק נפשי של אב בעל כורחו מתוקף עוולת התרמית (שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 193).

417 עניין ח' ח' ח' 4438-01-14, לעיל ה"ש 411, פס' 9 לפסק הדין (בית המשפט מצטט מפסק דינו של בית המשפט העליון, ע"א 3656/99 טרנסכלל בע"מ נ' מ.א.ר מסחר וספנות בע"מ, פ"ד נון(2) 344 (2001), ומציין כי קיימת מחלוקת בנושא הקבילות של טענת אשם תורם מקום שנקבע שהנזק נובע מתרמית).

418 כידוע, הפרקטיקה של סירוב גברי להשתמש בקונדום רווחת בחברות רבות, ותביעה כזאת מצד נשים אף נתפסת כמבטאת "יחס מזלזל ושתלטני" (אמיר הפלות כסוגיה מושחתת בישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 55). מדיניות משפטית ששוללת ייחוס אשם תורם לאקט כזה רק תורמת להעמקת פערי הכוחות המיניים לרעת נשים.

הכסות הניטרלית ולחשוף את מבנה העומק של שלב ההכרה אשר אינו "משחרר" נשים מזיהוין כאימהות, אלא מתמצה בהמרת מודל אימהות החובה במודל האימהות הראויה. שלב ההכרה מקפל בתוכו שאיפה לסתום את הגולל על דפוסים מתפתחים של פלורליזם משפחתי ולהחזיר לאחור את הגלגל המגדרי אל עבר דגם המשפחה הגרעיני-המסורתית המוקם בתיווך גברי. הדור השלישי אפוא משעתק ומשכפל – במקום להוקיע ולקעקע – את עולם הדימויים הפטריארכלי של האב כראש המשפחה השולט ומכווין את מנגנוני הרבייה של בת זוגו ואשר בלעדי תמיכתו לא תיכון יחידה משפחתית נורמטיבית.⁴¹⁹ מהלך זה הוא בעל השלכות רוחב ארוכות טווח על כלל הנשים ועל עתידו של השוויון המגדרי. בסימון אישה-ללא-גבר ככישלון חברתי יש משום תיעול כופה של נשים למסגרת הדכאנית של מוסד הנישואין שבה הן עדיין נתונות לשליטה גברית ולמערכת כוחנית של יחסי בעל-אישה. לעומת זאת תמיכה משפטית ברווקות נשית נושאת פוטנציאל להעצמה מגדרית מאחר "שגברים שירצו לחיות עם בנות-זוג יאלצו להתחרות עם מוסד רווקות לגיטימי ולהתאמץ להניע נשים להעדיף חיי זוגיות".⁴²⁰

יש להבהיר כי המהלך הפרשני המוצע במאמר זה אינו מתיימר לכפור בקיומם של נרטיבים פרשניים אחרים המתחרים על עיצוב משטרי הצדקה לפסקי הדין. תרומתו של הניתוח כאן צנועה יותר, ומטרתו לנסח הסבר נוסף – פמיניסטי וחתרני – שלאורו מוצע לקרוא את מסגרת השיח, הרטוריקה המשפטית והתוצאה האופרטיבית. לפי הפרשנות המוצעת, האידאולוגיה האימהית המנחה את השיח השיפוטי ומשפיעה על תכניו מעוצבת בדמותה של האישה הנשואה או האישה המחויבת הנותנת ביטוי לפריונה במסגרת של זוגיות לגיטימית וממוסדת. האם הראויה אינה אישה גרושה שכשלה במערכות יחסים קודמות ואף עתה חוזרת על כישלונה במסגרת הורות יחידנית. האם הראויה אינה אישה מבוגרת, לא-מחויבת ולא-מוסרית המנסה להיבנות מהריסת משפחות. שלב ההכרה מביא אפוא לשיא פרקטיקה של משטור נשי. הוא תוקע טריז בניסיון של נשים להחזיר לעצמן את השליטה בכוח ההולדה ופועל להגבלת במקום להגדלת מרחב הבחירה ומנעד האפשרויות הפתוח בפניהן בכתיבת הביוגרפיה האישית של חייהן.

הנה כי כן, בחסות דוקטרינת האבהות הכפויה נותן המשפט הכשר לדמות האם הראויה, בסמנו כמצב סטייתי נשים שהן נשאות של מאפיין אישיותי, התנהגותי או מעמדי לכאורה בעייתי ומגלה אל גבולות הפתולוגיה את דפוס המשפחה החד-הורי.

419 תפיסה זאת באה לידי ביטוי למשל בהצהרתו של בית המשפט העליון כי "כל עוד התינוק זקוק לשדי אמו, והאם זקוקה לחבר, שישתתף אתה בצער גידול בנים, לא תסוף המשפחה, ולא תעבור מן העולם" (ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1021 (1963)). יושם אל לב כי לפי תפיסה זאת, לא הילד זקוק לאב, אלא האישה היא שזקוקה לתמיכתו של גבר. כוחה של תפיסה זו יפה במובנים ידועים גם כיום. לפסק דין שניתן בימים אלה ושניכרים בו היחס השיפוטי האנכרוניסטי כלפי זוגיות לא ממוסדת והתפיסה שלפיה אישה נורמטיבית שומרת אמונים לקישור בין נישואין לרבייה ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 13-08-9731 פלונית נ' אלמוני, פס' 72 לפסק הדין (לא פורסם, 13.4.2016): "מן המקובץ עולה כי התובעת ביקשה להינשא לנתבע [...] לא ניתן שלא להתרשם לטובה ולחיוב מכמהתה של התובעת להינשא, מהנופך שביקשה לתת לזוגיות שלה עם הנתבע ולכך שביקשה לראות בתא המשפחתי הקיים בגדר 'משפחה טיפוסית' בה אבא ואמא שנישאים זל"ז ולהם ילדים".

420 הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 907.

(ג) דיון חוזר – אך חסר – בעניין ד' ג' נ' ח' ח' ח'

זמן קצר לפני פרסום המאמר השלים בית משפט קמא את מלאכתו. כיוון שהשופטת חנה יינון, שנתנה את פסק הדין, פרשה לגמלאות, מילא את מקומה השופט מיכאל תמיר. בפסק דין מקיף בן 50 עמודים הפך בית המשפט לחלוטין את ממצאי קודמו, ואף גזר מהם מסקנות משפטיות שונות בתכלית.⁴²¹ ייאמר מייד, פסק הדין מבטא לשיטתי עמדה משפטית ראויה, הגם שהניתוח שהובא בו לא חף מקשיים.

בית המשפט הקדיש אנרגייה שיפוטית רבה לבחינת העובדות ולהתרשמותו מהן – וזאת למרות שלא נתקיים בירור ראייתי נוסף, ולמרות שבית המשפט המחוזי קבע כי יש להותיר את הממצאים העובדתיים על כנם, בהיותם מעוגנים "היטב בחומר הראיות".⁴²² דיון מחודש זה שנערך שלא לצורך – הן בשל החריגה מהמנדט שהתווה בית המשפט המחוזי הן בשל עמדתו של בית משפט השלום עצמו, שעליה אעמוד להלן – חושף את הבעייתיות הנעוצה בהליכי בירור טענות של "גנבת זרע", על פגיעתם הרבה בפרטיות והחשש כי הניסיון להימנע מהם עלול להוביל נשים להתפשר על סכום מזונות מופחת שלא בטובתן. כך, למשל, פורסמו במאגרים המשפטיים שמותיהם המלאים של הצדדים לעינו השופטת של הציבור, וכן ניתנה בפסק הדין נראות לעובדה שהאישה צורכת סמים שגורמים לה להפוך ל"חרמנית",⁴²³ עניין שלא נזכר כלל בפסק הדין בדיון הראשון. כך אף זכו להנכחה טענות המכפישות את אימהותה של האישה והמטילות דופי "באישיותה, במעשיה ובאופן שבו היא מגדלת את הילד" כדי לבסס את הנזק הנפשי שנגרם לאב מכך שהוא חולק ילד עם דמות אם שהיא, לפי הטענה, כישלון חינוכי ואישיותי.⁴²⁴ משמע, לשם ביסוס אחד מיסודותיה של עוולת "גנבת זרע" המשפט מתמרץ גברים לתקוף את אופיין ואת טיב אימהותן של נשים כדי להגדיר את נזקם ולהגדיל את סכום הפיצויים שייפסק לזכותם.⁴²⁵

בסופו של דיון, בית המשפט שטח את עמדתו העקרונית בסוגיה, שהחזיקה תשע פסקאות בלבד מתוך 158 הפסקאות שבפסק הדין, בקובעו כי יש לדחות טענות לאבהות כפויה מטעמים שבתקנת הציבור. אלה התמקדו בעיקרם בחשש מפני התערבות ביחסים אינטימיים, חילול פרטיותם של הצדדים ופגיעה בטובת הילד וברווחתו הכלכלית והנפשית.⁴²⁶ לפי בית המשפט, "ככלל ולכל הפחות במקרים שבהם ההיריון נוצר כתוצאה מקיום יחסי מין מלאים בין בגירים בהסכמה, אין מקום לתת סעד של שיפוי גורף ומוחלט

421 ת"א (שלום ת"א) 23789-02-11 ד' ג' נ' ח' ח' ח' (פורסם בנבו, 8.1.2017) (להלן: עניין ד' ג' 23789-02-11 (2017)).

422 עניין ח' ח' ח' ח' ח' 4438-01-14, לעיל ה"ש 411, פס' 3.

423 עניין ד' ג' 23789-02-11 (2017), לעיל ה"ש 421, פס' 33, ו-56 לפסק הדין. לחשיפה דומה של שמות הצדדים – הן בכותרת פסק הדין והן בגוף פסק הדין – ראו מ"א (מחוזי ב"ש) 380/87 פלוני נ' חיימוביץ (פורסם בנבו, 18.5.1993).

424 שם, פס' 120 (בית המשפט מכיר בהשלכות הבעייתיות של עצם העלאת טענות כאלה על הילד, אך אינו מגלה מודעות להשלכותיהן על הנשים מושא הטענות שצריכות להתמודד עימן).

425 ראו למשל תמ"ש (משפחה י-ם) 10424-05-10 א"ק נ' מ"ד, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.12.2011) (שבו הצר בית המשפט על ה"ניסיון להציג את האם באור שלילי, תוך התעלמות מוחלטת מכך שהנבצע בגד באשתו, ואז לטעון באותה נשימה כי תוצאות מעשי האם "חריבו משפחה שלמה").

426 שם, פס' 109–114, 122.

בגין תשלום מזונות של קטין והוצאותיו, אשר למעשה פוטר את ההורה מכל אחריות כלפי ילדו".⁴²⁷

עמדה זאת מקובלת עליי, להוציא שני סייגים המשתמעים ממנה: האחד, ככל שאין בעמדה זאת כדי להדהד את האידאולוגיה שברקעו של הדור השני, שלפיה שיפוי חלקי שאינו "גורף ומוחלט" ושאינו שולל "כל אחריות" אבהית הוא אפשרי ולגיטימי מבחינה משפטית. לטעמי, במקרים של מגע מיני בהסכמה בין בגירים יש לכונן כלל אי-קבילות מוחלט שמשמעו דחיית התביעה על הסף ולא ליבונה לגופה ובחינת נסיבותיה, כפי שנעשה בדיון החזור. לכן אף איני מסכימה עם גישת בית המשפט שממנה עולה כי אין מקום לשלול על אתר אלא אך "לבחון בזהירות רבה תביעות שבהן נתבע פיצוי בגין נזק כלכלי או נפשי שנגרם לאדם בעקבות הבאת ילדו לעולם, בפרט במקרים שבהם ההיריון נוצר בדרך הטבע".⁴²⁸ ולא עוד אלא שדומה כי בית המשפט ממקם במרכז הכובד של הדיון המשפטי עניינים ראייתיים ולא עניינים מהותיים,⁴²⁹ בסייגו את עמדתו לתביעות ה"מבוססות בעיקרן על עדות יחידה לגבי דברים שנאמרו בעל פה בחדרי חדרים".⁴³⁰ לא ברור כיצד תקנת הציבור שעליה נסמך בית המשפט – ובייחוד שיקולי טובת הילד והנזק הכלכלי והנפשי הצפוי לו, השוללים מדעיקרא הטלת אחריות על אמו – מתיישבת עם הכרה בעילת תביעה רק בשל קיום תימוכין לאיתנותה העובדתית. במילים אחרות, לא ברור כיצד סוגיה עקרונית ערכית נחתכת באמצעות סיבה ראייתית.

כך גם באשר לסייג השני העולה מדברי בית המשפט, המתייחס לקיומם של "יחסי מין מלאים" ושנועד כנראה להוציא מגדר תחולתה של תקנת הציבור מקרה שאוזכר בפסק הדין ושהתעורר בארצות הברית, שבו אישה קיימה יחסי מין אוראליים עם גבר כדי ליטול את זרעו לשם הזרעה עצמית.⁴³¹ איני משוכנעת כי הכרה בעילת תביעה במקרה כזה עולה בקנה אחד לא עם טעמי תקנת הציבור שעליהם עמד בית המשפט ולא עם שיקולי המדיניות שאותם התווייתי לעיל. למעשה, הכרה בסייג כזה כוחה עימה לחתור תחת מכלול הרציונלים שביסוד כלל אי-הקבילות, שכן היא מספקת לאבות אופורטוניסטים מסלול עוקף להתגבר על הכלל ולהתערטל מחובת המזונות: המרת הטענה כי קיימו יחסי מין מלאים שלור ב"מצג

427 עניין ד' ג' 11-02-23789 (2017), לעיל ה"ש 421, פס' 113 (ההדגשה הוספה).

428 שם, פס' 116.

429 לחיזוק מסקנה זאת ניתן להביא הבחנות עובדתיות שונות שבית המשפט עורך, שמספקות מעין "מפת דרכים" לתביעה מוצלחת. למשל, עמדתו שלפיה מבחינה משפטית לא הרי מצב עובדתי שבו אישה טוענת לעקרות "על רקע טיפולי פוריות רבים שעברה במשך שנים ללא הצלחה", כהרי מצב שבו אישה טוענת לעקרות "עקב מגבלה פיזיולוגית" כגון כריתת רחם או שחלות (שם, פס' 46 לפסק הדין). לכאורה עולה שבמצב האחרון טענה למצג שווא תהיה לגיטימית. להתייחסות היתרה של בית המשפט לסוגיה זאת ראו שם, פס' 42-47, 54, 117. סימן דרך נוסף לרוצה להצליח בתביעת "גנבת זרע", הניכר מפסק הדין, הוא העלאת טענה שמצג השווא נעשה בסמוך לאקט המיני, או שלפיה האישה שכנעה את האישה לא להשתמש באמצעי מניעה (שם, פס' 56, 82).

430 שם. כן ראו פס' 117 (שבה בית המשפט מחיל את עמדתו המשמיעה כי שיקולים ראייתיים מילאו תפקיד נכבד בדחיית התביעה בנסיבות פסק הדין).

431 עניין Phillips, לעיל ה"ש 280 (לאזכרו בפסק הדין ראו שם, פס' 114).

שווא" בטענה כי קוימו יחסי מין חלקיים שלא נועדו להולדה.⁴³² כאמור, גם אם יתקשו אבות כאלה להוכיח את טענתם, אין לזלזל בכך שעצם החשש מפני היגררות להליכים משפטיים יקרים מבחינת מחירם הכלכלי והנפשי כאחד ושתוצאתם אינה צפויה, עלול להיות איום ממשי עבור נשים שידחק אותן לפשרות כואבות שאינן מיטיבות עימן או עם ילדיהן. על הסיכון והעלות שבניהול הליכים כאלה, תהא אשר תהא תוצאתם המעשית, מלמד מקרה ד' ג' עצמו: אף שבדיון החוזר פסק בית המשפט לטובת האישה ופטר אותה כליל מתשלום פיצויים, הוא החליט לא לפסוק לזכותה הוצאות משפט ושכר טרחה, כמו גם בית המשפט המחוזי לפניו, אך פסיקת ההוצאות הכבדות לחובתה בדיון הראשון נותרה על כנה.⁴³³

למרות רוחב היריעה של פסק הדין הוא ראוי לביקורת בעיקר על מה שאין בו. בית המשפט בחר להקדיש עמודים רבים לניתוח עובדתי, שנחיצותו כאמור מוטלת בספק, כדי לקעקע את הממצאים שנקבעו בדיון הקודם, במקום לניתוח נורמטיבי-מגדרי.⁴³⁴ על רקע זה בולט בהיעדרו כל דיון על ההשלכות העקרוניות של עילת "גנבת זרע" על זכויותיהן ורווחתן של נשים. שיקולי מדיניות כאלה חשובים במיוחד במציאות הישראלית בשל מורכבותם של דיני המשפחה ובשל מאזן הכוח המובנה הפועל לטובת גברים בחסות ההלכה. אכן, יש לתמוה על שדווקא במקרה שבו הדת היהודית מיטיבה עם נשים – כידוע, דיני המזונות ההלכתיים שוללים מכול וכול פטור גברי מחובת מזונות בנסיבות של אבהות כפויה.⁴³⁵ – היא מוסטת הצידה, ובתי המשפט בדור השני והשלישי עוסקים במכלול שיקולים אזרחי הזר לעולמה של ההלכה והעלול לפעול לרעת נשים.⁴³⁶

לעומת שיקולים מגדריים שנפקדו לחלוטין מפסק הדין, ניתן לטעון כי פסק הדין משקף – ולו במרומז ובמשתמע – הטיות מגדריות. אציע בזהירות כי הניתוח השיפוטי מהדהד זרם עומק סמוי שלפיו יש לכפור בטענה לאבהות כפויה, שכן מדובר בעילה שתעמיד בסכנה לא נשים "חשודות" כי אם דווקא נשים "ראויות", קרי נשים הנתונות במערכת זוגית מחייבת. כך למשל גרס בית המשפט כי אין להלביש טענה לאבהות כפויה במחלצות המשפטיות של עילת הפרת חוזה. בית המשפט ציין, בהיסמכו על מאמרו של פנחס שיפמן, כי סיווג יחסי המין כחווה משפטי תלוי במידה רבה ב"טיב היחסים" שבין הצדדים, ולכן אם הקשר ביניהם הוא "קשר קבע", יהיה מקום להכיר בכוונה ליצירת יחסים משפטיים ובאחריות חוזית.⁴³⁷ גם הדיון בעוולת הרשלנות מרמז שאפשר שהמוטיבציה השיפוטית לשלול את

432 אכן, בארצות הברית טענה זו הועלתה לפחות במקרה אחד נוסף. ראו *State v. Frisard*, 694 So. 2d 1032 (La. Ct. App. 1997).

433 עניין ד' ג' 23789-02-11 (2017), לעיל ה"ש 421, פס' 158 לפסק הדין.

434 ראו לדוגמה שם, פס' 53 (שבה מגיע בית המשפט למסקנה כי האישה לא הונתה את האיש, וכי לא נעשה כל מצג שווא מצידה כדי "לגזול" את זרעו).

435 ראו למשל עניין פלוני 8542/10, לעיל ה"ש 309, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר, והאסמכתאות הנזכרות שם.

436 כמובן, מקרה זה עסק ב"גנבת זרע" כעילת תביעה ולא כעילת הגנה מפני תביעת מזונות, אולם עמדתה של ההלכה עדיין רלוונטית בסוגיה זאת, שכן ביטוס נזק ממוני – בדמות תשלומי מזונות – הכרחי כדי לבסס את עוולת התרמית.

437 עניין ד' ג' 23789-02-11 (2017), לעיל ה"ש 421, פס' 62–67 לפסק הדין.

תוקף העילה קשורה בכך שקורבנותיה הם דווקא נשים מחויבות הנתונות במערכת יחסים קבועה. בית המשפט מגלה מודעות לכך שאחריות נזיקית בגין מצג שווא רשלני יכולה להיכון כאשר יחסי המין קוימו "במסגרת נישואין או זוגיות מחייבת וארוכת טווח", וכי קשה להסיק חובת זהירות בקונטקסט של יחסי מין אקראיים ומזדמנים שבהם השותפים למיטה "לא נקשרו במערכת זוגית מחייבת".⁴³⁸ לפי קו רעיוני זה, הנסיגה משלב ההכרה מונעת אפוא מהפרדוקס שלפיו עילת "גנבת הזרע" לוכדת ברשתה את קהל היעד הנשי ה"מהוגן" הזכאי לפרס של הגנה משפטית ולא לקנס של סכנה משפטית בגין מימוש האימהות. על רקע זה מתחדדת האנומליה הגלומה בפסקי הדין בני הדור השני והשלישי שקנסו דווקא נשים רווקות בזוגיות ארעית המבוססת על מין מזדמן, אף שמבחינה דוקטרינרית צרופה קשה הרבה יותר, אם בכלל, לבסס אחריות משפטית כלפי נשים אלה.⁴³⁹ לבסוף אסיים באחת ההבחנות המעניינות בפסק הדין. בית המשפט מתייחס בהרחבה לפסקי דין אמריקניים ורואה בהם גילום של הדור הראשון של פסיקה. גישה זאת הוא מנגיד לעמדתם של פסקי דין מקומיים, שלשיטתו "על פי רוב" חרתו על דגלם את האידאולוגיה של הדור השלישי.⁴⁴⁰ דהיינו, פסקי דין אלה הכירו בחבות האפשרית של נשים בגין מצג שווא אך שללו אותה מחמת שיקולים ראייתיים לגופה של תביעה להבדיל משיקולים מהותיים לגופו של עניין. אם קריאה זאת של בית המשפט נכונה, הרי שניתן לזהות כיום כמה גישות לשאלת קבילותה של טענה לאבהות כפויה, כך שגורלם של נשים וילדיהן תלוי במידה רבה בהשקפות האישיות של שופטים ספציפיים הן בבתי המשפט לענייני משפחה והן בבתי משפט השלום.⁴⁴¹ כפי שמאמר זה מראה, קשת הדעות שבוטאו בפסיקה, המשקפות אידיאולוגיות הלקוחות בערבוביה משלושת הדורות גם יחד, תורמת לעמימות משפטית ומקדמת את הפיכתה של עילה זו לכלי נשק אפקטיבי המשבש אף יותר את מערך

438 שם, פס' 102–103 (וראו הסתמכותו של בית המשפט על דברי פנחס שיפמן, העומד על הנפקות המשפטית שבין "יחסים אקראיים ומזדמנים ליחסים קבועים וממושכים").

439 מעניין כי בית המשפט אף שילב בפסקתו רטוריקה הנתועה בעולם המונחים של אתוס הפרו-נטיזם הכוללני בהטעימו כי הזכות שלא להיות הורה נחותה מבחינה נורמטיבית מהזכות להיות הורה, וכי האישה "אשר לא עלה בידיה להביא ילד לעולם במשך שנים רבות חרף טיפולי פוריות ממושכים, הייתה בעלת הזכות הבלעדית להחליט האם לשאת את העובר שנוצר ברחמה, ללדת אותו ולגדלו", בבוחרו לצטט לשון ממוגדרת שלפיה הזכות להורות מגינה על "יצר הקיום וההשרדות שבנו – קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה" (מתוך דברי השופט חשין בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (1) 48, פס' 22 לפסק הדין (1995); עניין ד' ג' 11-02-23789 (2017), לעיל ה"ש 421, פס' 98 לפסק הדין).

440 ראו למשל שם, פס' 109 לפסק הדין.

441 קושי זה מאפיין כמובן בעיה רחבה יותר של הפסיקה בדיני המשפחה, המאופיינת ברובה בדיונים אד-הוקיים ולא מחייבים – שרבים מהם אף אינם מפורסמים – המייצגים אך ורק את העמדה האינדיבידואלית של השופט הספציפי ואפילו לא את עמדתו הכללית של בית המשפט שבו הוא מכהן. על בעיה זאת, הזורעת אי-ודאות, מקימה חשש מפני החלטות שרירותיות ומתמרצת ליטיגציה, ועל המחירים שהיא גובה מהמתדיינים, ראו למבט כללי רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" עיוני משפט לד' 603 (2011). עם זאת, הניתוח המוצע יוצא מתוך הכרה בכך שלמרות, ואולי בגלל, מיקומם בשולי ההיררכיה הנורמטיבית ופרסומם הסלקטיבי, פסקי דין אלה משליכים באורח דרמטי ולא צפוי על חייו של הפרט בישראל ועל מעמדן ושוויוןן של נשים בחברה.

הכוחות האסימטרי-המגדרי ומעמיק את תגובת-הנגד (backlash) כלפי נשים. בעידן משפטי שבו נשים מאבדות באופן עקבי את היתרונות הבודדים שעומדים להן בדיני המשפחה בישראל – בין שזו הצעת החוק לביטול חזקת הגיל הרך וההנחלה הפסיקתית של כלל המשמורת המשותפת, ובין שזה שינוי דין המזונות לילדים מגיל 6 – אין לאפשר כי ייזקף כלי משפטי נוסף לחובתן.

(ד) תלה"מ (ת"א) 33934-08-17 א"ב נ' ע"כ: הכרה בשלב ההכרה

לאחר הדברים האלה, ועם שליחת המאמר לדפוס,⁴⁴² נתבררנו כי ניתן פסק דין נוסף המוסיף ומנכיח את הדור השלישי ומוכיח כי שלב ההכרה משמש כלי גברי חדש המעמיק את הפיכתם של דיני המשפחה לדיני מלחמה מגדריים.⁴⁴³ בשל קוצר היריעה אציין בקצרה כי גם פסק דין א"ב נ' ע"כ,⁴⁴⁴ כקודמיו, מצייר קווי מתאר של דיוקן נשי "חשוד" ולא-נורמטיבי, של אם הסובלת משוליות מרובה על רקע מוגבלות ומעמד אישי כאחד. מדובר בתביעה נזיקית נגד אישה חירשת-אילמת, "מוכת-גורל", אם חד-הורית לשלושה ילדים מ"גבר אחר" (תאומים מהתובע וילד אחד מגבר אחר).⁴⁴⁵ התובע, חירש-אילם אף הוא, מוצג בפסק הדין כקורבן לפיתוייה של האישה, ש"נכנע לדרישת הנתבעת וקיים עמה יחסי מין"⁴⁴⁶ במסגרת קשר "אקראי" ו"מזדמן", "לצורך יחסי מין בלבד".⁴⁴⁷ בית המשפט אף מוצא לנכון להדגיש כי הוכח בפניו שהאישה היא שיזמה את המפגש המיני.⁴⁴⁸ מעניין כי האישה עצמה אוששה את חשיבות הקישור בין אימהות לזוגיות כשטענה להגנתה כי היא לא חפצה בילדים בנסיבות אלה, וכי "מחמת מצבה הרפואי לא ניתן היה לעשות הפלה, ולכן נאלצה להביא את הילדים לעולם"⁴⁴⁹ – טענה שהיא שבה וחזרה עליה.⁴⁵⁰ בית המשפט קיבל את גרסת האיש במלואה וקבע כי האישה הונתה אותו ב"היצג כוזב" שלפיו היא

442 תודה למערכת "משפטים" על שהואילה לאפשר לי להוסיף התייחסות קצרה לפסק הדין החדש בשלב כה מאוחר.

443 לתיאור הקולע של דיני משפחה כדיני מלחמה ראו אפרת נוימן והילה רו "בישראל, דיני משפחה הם דיני מלחמה" הארץ (5.3.2008) <http://bit.ly/2AIwZCD>.

444 תלה"מ (משפחה ת"א) 33934-08-17 א"ב נ' ע"כ (פורסם בנוב, 4.9.2018) (להלן: עניין א"ב 33934-08-17).

445 שם, פס' 3 לפסק הדין. מפסק הדין עולה שבעלי הדין הוגדרו כ"מוכי גורל" על רקע ניהול הדיון בבית המשפט בשפת הסימנים, מה שגרם לבית המשפט להמשיג את מצבם כמונחים של נכות ואומללות. יחס שיפוטי זה הוא בעייתי ומנמיך ופוגע בניסיון החשוב לשנות את המשמעות המיוחסת למוגבלות במקום לסייע לביעור ההפליה והדעות הקדומות כלפי אנשים עם מוגבלויות. לדיון ראו באופן כללי שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97 (2012). ביקורת זאת מקבלת משנה תוקף בהתחשב בכך שחירות נתפסת בקרב רבים מהנושאים אותה כמרכיב חיובי בזהותם, ובהתחשב בתרבות החירשים העשירה והעצמאית שהתפתחה וגיבשה את חבריה לכדי קהילת מיעוט גאה, בעלת שפה ותרבות משלה, הדומה במהותה לקהילות אתניות.

446 עניין א"ב 33934-08-17, לעיל ה"ש 444, פס' 7, 17 לפסק הדין.

447 שם, פס' 45.2.

448 שם, פס' 25.

449 שם, פס' 15.

450 כן ראו שם, פס' 21 (המתארת את טענות הנתבעת שלפיהן "היא רק רצתה לקיים יחסי מין ולכאורה היא רצתה לבצע הפלה, אך היה מאוחר מדי, מבחינה בריאותית").

משתמשת בהתקן תוך-רחמי – תרמית נשית שהפכה אותו ל"אב בעל-כורחו" לתאומים,⁴⁵¹ בציירו את האישה כלא אמינה וכרודפת בצע וכמי שניצלה לרעה את כוחה הרבייתי. כך, בית המשפט ראה משום חוסר תום לב בהתחייבותה של האישה לבצע הפלה, שאותה התנתה בתשלום גבוה (לטענתה "אם יקרה לה [דבר] מה וכדי להבטיח את הילדים"), ושממנה היא נסוגה מש"הסתבר שיש בכך סיכון רפואי".⁴⁵² בית המשפט אף ראה בעצם נכונותה של האישה לבצע הפלה ראייה ה"מעידה על חוסר הנכונות לקשר מחייב".⁴⁵³

עיקר הבעיה בפסק הדין, לשיטתי, אינו נעוץ בהכרח בקבלה הבלתי מעורערת של גרסת האישה אלא בכך שבית המשפט גזר מן ההכרעה העובדתית אחריות משפטית. כאמור לעיל, הביקורת הפמיניסטית של המשפט מעמידה שיקולי מדיניות כבדי משקל נגד עצם הברור של טענות לאבהות כפויה. אולם פסק הדין אינו מגלה כל מודעות להיבטים המגדריים המובהקים של המאבק המשפטי או לפערי הכוח המובנים בין גברים לנשים בדיני המשפחה ונותר עיוור להשלכותיהם על עיצובה העתידי של זירת מזונות הילדים. חלף זאת בית המשפט מספק עצמו בניחות לגליסטי-טכני בעיקרו שמסקנתו היא כי "אין זה סביר כי הנתבעת ששיקרה לתובע ונהגה עמו בחוסר תום לב תצא פטורה בלא כלום". לפיכך על אף אשמו התורם של האישה שלא נקט מצידו אמצעי מניעה, חויבה האישה לפצותו בסך 40,000 ש"ח בגין הנזקים הנפשיים שנגרמו לו "מעצם העובדה שהפך לאב בעל כורחו".⁴⁵⁴ הממד העונשי בפסק הדין אף מתחזק בהתחשב בכך שבחפזונו "לקנוס" את האישה ביצע בית המשפט טעות משפטית בלתי מוסברת: הוא פסק פיצוי בגין נזק לא-ממוני אף שעוללת התרמית מחייבת כאחד מיסודותיה נזק ממון, תנאי שהוא היה מודע לו, ושליטתו לא התקיים.⁴⁵⁵

סיכומו של דבר, זהו פסק הדין השלישי שבו נקנסת אם חשודה שילדה ללא "רישיון היריון". פסק דין זה מראה כי השלב השלישי אינו שלב מדומה אלא ממשי, וכי נשים בישראל הבוחרות לממש את כמיהתן לאימהות שלא במסגרת זוגיות קבועה חשופות לאיום אפשרי של תשלום פיצוי גברי.

ה. נעילה: אימהות או לא להיות – זאת השאלה?

נשים וגברים בישראל נהנים ממיקום שונה בקולקטיב היהודי, ולכל אחד אפיקים מובחנים לרכישת אזרחות לגיטימית במדינה. כך, ללא אימהות נגזר דינה של אישה לאימהות; מקטנות היא מכונה בשם העצם "ילדה", וכבר שמה מרמז על התפקיד החברתי שאליו

451 שם, פס' 59 לפסק הדין.

452 שם, פס' 28. כן ראו שם, פס' 17, 23 לפסק הדין.

453 שם, פס' 45.3.

454 ראו בהתאמה שם, פס' 68, 71–72.

455 שם, פס' 59.

הוכשרה מרגע לידתה – לידת ילדים.⁴⁵⁶ בפראפרוזה על סימון דה בובואר ניתן לומר כי האישה היהודייה אינה נעשית אם – היא נולדת אם.⁴⁵⁷

ההגות הפמיניסטית הרימה תרומה מכרעת להבנת האופן שבו הצו הקטגורי של אימהות חובה גובה מנשים מחירים כבדים המכוננים ומנציחים את מקומן המשני בחברה. גם הפרדוקס הטמון בכך שהאימהות היא ב-זמנית כרטיס הכניסה והיציאה מהקולקטיב הלאומי והתנאי המכיל והמדיר נשים מאזרחות שווה בחברה היה מושא למחקר פמיניסטי ביקורתי. הגם שרבות נכתב על מצוקתן של נשים המעוניינות לחפש מהות שאינה תלויה באי-מהות והבחורות חיים ללא-ילדים בישראל, נכתב הרבה פחות על מערך המשטור והענישה אליו כפופות נשים המבקשות לבחור באימהות ללא רישיון זכאות. אולם המשפט חייב להגן גם על נשים המבקשות למקם עצמן כמצב שהפמיניזם ביקש לחלצן ממנו. באופן פרדוקסלי, להיות או לא להיות אימהות – זאת כן השאלה בישראל. המסר המתקבל מפסיפס דוקטרינרי מגוון של היגדים נורמטיביים ופרקטיקות משפטיות הוא שיש נשים שעבורן המחויבות הלאומית לאימהות מתנסחת לא במונחים של מצוות עשה אלא כמצוות לא תעשה, של הימנעות מהיריון ושליטה בדחף האימהי. מאמר זה ביקש להראות כי מה שנבלע ומיטשטש באופיו הדכאני של המיתוס הפרו-נטליסטי הכוללני הוא המיצוב הפנים-יהודי המארגן קטגוריות מגדריות הייררכיות שעל פיהן נשים רווקות ממוקמות נמוך מנשים נשואות, נשים מזרחיות ממוקמות נמוך מנשים אשכנזיות, ונשים מבוגרות ומוגבלות ממוקמות נמוך מנשים צעירות ובריאות. מוסד האימהות היהודית הוא אפוא עניין סלקטיבי-בדלני, איכותני ולא כמותני, המגדיר את האישה הראויה לשמש אם האומה ומדיר את האישה ה"משתמשת לרעה" ברחמה. מאמר זה מציע אפוא המשגה חדשה של מדיניות הפריון הישראלית כמונחתית מכוחו של פרו-נטליזם בדלני הקובע יחס דיאלקטי, מורכב ודו-ערכי כלפי הרבייה היהודית עצמה.

במשטר דמוגרפי המציית לנורמות של פרו-נטליזם בדלני, דיני ההפלות (י)ה ומזונות הילדים מתמקמים כחוליה חשובה בעמוד השרדה של הסדר הפטריארכלי. דינים אלה הם מעין פנאופטיקון פוקויאני שתפקידו להפעיל מעקב, שליטה ופיקוח על גופן של נשים, להגביל ולנרמל את התנהגותן ולהטמיע בתודעתן מנגנוני ענישה משפטיים ונשיים-נפשיים המרתיעים מפני כניסה להיריון-ללא-רישיון. יחד הם מהווים שני מערכים אסטרטגיים משלימים המבססים את המשוואה שלפיה אם "נחותה" זכאית להגנה משפטית פחותה. דיני ההפלות הם שומר סף אפריורי המחייב נשים הרות שהן ראויות להפוך לאימהות ומנפיק היתר הפלות לנשים חשודות. דיני מזונות ילדים הם משטר בדיעבדי-מאסף הקונס נשים נטולות כשירות, שהמשיגו את הריוןן כמותר ולא כמיותר ובחרו לממש את אימהותן בנסיבות לא רצויות. נשים כאלה כלואות במבוי סתום ואכזרי; בין שהן תוותרנה על אימהות ובין שתבחרנה בה, הן גוזרות על עצמן תיוג שלילי של אנוכיות וחריונות ומוכפפות לסדרה

456 אף ש"יִלְדָה" הוא שם עצם ו"יִלְדָה" הוא פועל, אפשר לראות בשתי המילים, בעלות הצליל האחד והגזרות משורש אחד, כפל משמעות מבחינת מקומה של האישה בקולקטיב היהודי.

457 סימון דה בובואר המין השני כרץ שני: המציאות היומיומית (שרון פרמינגר מתרגמת, 2007).

של קנסות חברתיים ומשפטיים המנשלים אותן מאחד ממוקדי הכוח המגדריים היחידים שמהם נהנות נשים בישראל.⁴⁵⁸

מפתיע הדבר כי "רישיון ההיריון" כונן כ"דוקסה" דווקא במובלעות המשפטיות האזרחיות שבטריטוריה הדתית של דיני המשפחה. חוק ההפלות מתבסס בעיקרו על מודל חילוני, ודוקטרינת האבהות הכפויה היא פיתוח אזרחי-מקורי הסוטה מהכללים ההלכתיים וזאת בזירה משפטית שפורמלית נשלטת בידי הדין הדתי. תוצאה פרדוקסלית זאת אך מחזקת את התזה שדיני המשפחה בישראל הושתתו על ההלכה לא כדי למלא צרכים דתיים אלא כדי למלא ולקדם צרכים פטריארכליים. המאבק הליברלי ב"כפייה הדתית", לפי תפיסה זו, איננו מאבק אמת אלא מאבק הנוותר כל כולו בתוך המסגרת הפטריארכלית עצמה ומקבל את הנחות היסוד שבבסיסה. בתנאים אלה השחקנית הפסיבית נדונה לתבוסה לפי כל צד שעליו ייפול המטבע בזירת מאבק קבועה ואבודה מראש, המעוצבת לפי כללי משחק מגדריים מוגדרים. כדברי בורדייה:⁴⁵⁹

אנו נוטים לשכוח שהמאבק מניח מראש הסכמה בין היריבים ביחס למושא שראוי להיאבק עליו, הסכמה המודחקת אל תחום הדברים המובנים מאליהם ונשארת בבחינת דוקסה. הסכמה זו נוגעת לכל מה שמכונן את השדה עצמו: המשחק, מושאי המאבק – כל ההנחות המוקדמות שמקבלים בשתיקה – ואפילו בבלי דעת, מעצם העובדה שמשחקים, שנכנסים למשחק. משתתפי המאבק תורמים לשעתוקו של המשחק בכך שהם תורמים במידה משתנה ובהתאם לשדה שבו הם פועלים לייצורה של האמונה בערכם של מושאי המאבק. המהפכות החלקיות, המתרחשות בהתמדה בשדות השונים, אינן מעמידות בספק את עצם יסודות המשחק, את מערכת האקסיומות הבסיסיות שלו, את מסד האמונות האולטימטיביות, שעליהם מבוסס כל המשחק.

במילים אחרות, הן דיני ההפלות והן דיני המזונות מעוצבים באופן שמשרת את האינטרס הגברי, בין שהוא מנוסח במונחים ליברליים ובין שהוא מנוסח במונחים דתיים. שניהם גם יחד חותרים תחת היכולת לפתח תורת משפט פמיניסטית-הדוניסטית שבמרכזה השאיפה לבטל כללים משפטיים המסיבים לנשים כאב וסבל ולאמץ תחתם כללים המקדמים את רצונן האישי ואת אושרן המצרפי.⁴⁶⁰ גם הביקורת הפמיניסטית הספקנית על המשפט, המגלה חשדנות כלפי כוחו המיטיב של המשפט כמנוף לשינוי חברתי רגיש-מגדר והרואה

458 על הכוח הטמון במוסד האימהות ועל זכויות היתר שהוא מעניק לנשים ביחסיהן עם גברים ראו למשל Naomi Cahn, *The Power of Caretaking*, 12 YALE J.L. & FEMINISM 177 (2000). כן ראו בילסקי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 219; זועבי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17, והמקורות המובאים שם. על התיוג השלילי של נשים הבוחרות שלא להרות ראו הקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 927–928.

459 בורדייה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 114–115.

460 על הפרויקט הפמיניסטי ההדוניסטי שמקדם לא רק כוח והעצמה וספקטרום של חופש בחירה, אלא גם אושר ועונג נשי, ראו כתיבתה הנודעת של רובין וסט: Robin L. West, *The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory*, 15 WIS. WOMEN'S L. J. 149 (2000) (המחברת קוראת להתמקד בנרטיבים האישיים של נשים כדי ללמוד על עמדותיהן הסובייקטיביות בנוגע לרגשותיהן ובאשר למה מסב להן עונג או כאב).

בו מנגנון מתוחכם לשיעתוק יחסי הכוח החברתיים,⁴⁶¹ אינה יכולה להרשות לעצמה לפסוח על הצורך בניסוח רפורמות חקיקתיות שירסנו את הניכוס המשפטי של הגוף הנשי וישחררו נשים ממנגנוני השליטה רבי-העוצמה שלהם הן כפופות. נדרשת פרדיגמה חדשה שתאייץ את תנאי הקבלה למוסד האימהות ותמיר את אתוס הפרו-נטליזם הבלדני במודל משפטי שבמרכזו תפיסה של כל אישה כגברת לגופה וכנשאת לגיטימית של היריון שהורותה אינה חשודה.

המודל המשפטי שיש לגזור מהעיון הפמיניסטי המוצע מכבד נשים ומאפשר להן מנעד של אפשרויות ותוכניות חיים המכילות אימהות כבחירה חופשית ולא כצו קטגורי, ומתיר להן לממש את אימהותן במועד ובתנאים הרצויים להן בלא שיוכתבו ע"י החברה הפטריארכלית וסוכניה. רק במרחב חוקי שבו מזונות ילדים יוקצו ללא תנאי ובמנותק מהקונטקסט הזוגי שבמסגרתו נוצר ההיריון, ורק בהינתן היתר הפלה כעניין שבזכות על סמך גילו של העובר ולא על סמך מאפייניה של האישה, רק אז "אימהות או לא להיות" כבר לא תהיה השאלה.

461 לסקירת המחלוקת בנוגע לפוטנציאל המשחרר או הדכאני של המשפט לקידום הפרויקט הפמיניסטי או הנסגתו ראו Gad Barzilai, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities* ch. 4 (2003); רימלט הפמיניזם המשפטי מתאוריה למעשה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 91-126.