

על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה

מאת

יחזקאל מרגלית*

עד לתקופה המודרנית ואתגריה הסוציולוגיים-חברתיים והרפואיים-מדעיים לא הייתה קביעת הורות משפטית דילמה אמיתית משום שסטטוס הנישואין של ההורים גזר את סטטוס ההורות באמצעות חזקת הלגיטימיות/אבהות הבעל. אולם בעשרות השנים האחרונות אנו עדים לשינויים דרמטיים המתחוללים במוסד המשפחה וההורות, הגורמים בין השאר לריבוי של ילדים הגדלים מחוץ לתא הנישואין ה"מסורתי". כך מתעצמת, מוצפת ועולה הדילמה שנהגו באופן מסורתי לפתור באמצעות חזקות משפטיות אלו – מי הם הוריו המשפטיים של הילד. נוסף על כך, חידושי הרפואה המודרניים מעצימים את היכולת להפריד בין מיניות, פריון והורות, דבר הגוזר בהכרח את יצירתן של דילמות משפטיות-אתיות קשות ביותר בנוסח משפט שלמה בהליך קביעת ההורות המשפטית. לפיכך נוצר צורך דחוף וחינוכי ליצור תאוריה ומסגרת משפטיות שתסדרנה מראש ובאופן מגובש דילמות אפשריות אלו תוך שאיפה להסדרה קוהרנטית כוללת, ולא להסתפק בפתרון מקומי. במחקר שלפנינו אסקור את המגמות הסותרות הקיימות בעת החדשה הן במבנה המשפחה והן בקביעת ההורות המשפטית. אדון בחשיבותה של קביעת ההורות המשפטית, בהיבטיה השונים ובהשלכותיה. אעמוד על העצמתה של דילמה זו בשל היקף ההסתיעות ההולכת וגוברת בטיפולי הפוריות השונים. אציג את שורשיה הסוציולוגיים-משפטיים של דילמת קביעת ההורות המשפטית לאור גיוונם של מבני המשפחה המודרניים השונים שאנו עדים להם ביובל השנים האחרון. אסקור את המודלים המקובלים בדין הקיים לקביעת ההורות המשפטית, את התמות המרכזיות שלהם, את האתגרים השונים שעמם עליהם להתמודד ואת יתרונותיהם השונים. בכך אניח את התשתית התאורטית למודל הנורמטיבי הראוי בעיניי להיות המודל הקוהרנטי, הגמיש, הישים והצודק במופעיה השונים של דילמת קביעת ההורות המשפטית-קביעת ההורות המשפטית בהסכמה, שאת עיקר תובנותיו אסקור לקראת חתימתה של רשימה זו.

א. דילמת קביעת ההורות המשפטית בעידן המודרני. ב. חשיבותה והשלכותיה של קביעת ההורות המשפטית. ג. שורשיה הסוציולוגיים-משפטיים של דילמת קביעת ההורות המשפטית. ד. טיפולי הפוריות – העצמתה של דילמת קביעת

* ד"ר למשפטים; חוקר אורח בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק (N.Y.U.) (2011-2012); מרצה מן החוץ באוניברסיטת בר-אילן; חוקר במכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות, המרכז הרפואי ע"ש שיבא, תל השומר.

ההורות המשפטית והעצמת מקומה של ההסכמה בקביעת ההורות המשפטית. ה. סקירת המודלים הקיימים בספרות המחקר לקביעת הורות משפטית. 1. מודל המבכר את ההורות הגנטית; 2. מודל המבכר את ההורות הפיזיולוגית; 3. מודל המבכר את ההורות החברתית/פונקציונלית/פסיכולוגית; 4. מודל המבכר את עקרון טובת הילד; 5. מודל המבכר את סטטוס הנישואים; 6. מודל שיח היחסים. 7. לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה. 8. יסודות מודל קביעת ההורות המשפטית בהסכמה. 9. אחרית דבר.

א. דילמת קביעת ההורות המשפטית בעידן המודרני

בעשרות השנים האחרונות אנו עדים לשינויים דרמטיים המתחוללים במוסד המשפחה וההורות בעיקר בחו"ל, אך גם בארץ אם כי בצורה מתונה יותר. בעבר הייתה משפחה קלסית מוגדרת, מבחינה סוציולוגית, כזוג הורים הטרוסקסואליים החיים תחת קורת גג אחת עם ילדיהם. מאז אפשר לראות כי שינויים סוציולוגיים שונים גורמים לשינויים מהירים וחריפים בהגדרת המשפחה, הזוגיות, ההורות ויחסי הורים וילדים.¹ קביעת הורות משפטית עד לתקופה המודרנית ואתגריה הרפואיים-מדעיים לא היו דילמה אמיתית. אביו ואמו של יילוד נקבעו באופן מסורתי על פי היסוד העובדתי, הגנטי והפיזיולוגי, שכן כל אחד מהם תרם את תרומתו הביולוגית להבאת הילד לעולם – האב בהזרעת האם בזרעו, והאם בתרומתה הגנטית והפיזיולוגית בנושאה אותו ברחמה, ושניהם ביסוד החברתי-פסיכולוגי בשל רצונם לגדלו כילדם ולמלא כלפיו את החובות ההוריות השונות. כל שנותר למשפט היה לעגן זאת סופית מבחינה משפטית. אפריורית אימהות היה אפשר לקבוע בדרך כלל בקלות יחסית, שכן לכל לידה היה לפחות עד אחד, אך קביעת אבהות הייתה קשה יותר, ומעולם הייתה בגדר השערה יותר מבגדר ודאות. משפטית מקובל לטעון שסטטוס ההורות ניתן בשתי דרכים מרכזיות – לידת הילד, וודאי לתוך תא נישואים, ולחלופין אימוצו לתוך תא נישואים שכזה. כלומר כוונה, רצון והסכמה לשמש הורה משפטי אינם דרך אפשרית לרכישת סטטוס ההורות, על אגד החובות והזכויות הנובעות ממנו. כל שאפשר למצוא הוא קבלה ספורדית של תובנה זו זעיר פה זעיר שם, אך זאת ללא כל תשתית משפטית-פילוסופית מגובשת וקהרונטית.

1 על השינויים הסוציולוגיים שחלו במשפחה בארץ ובכלל ראו למשל: סילביה פוגל-ביז'אוי, "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות", מין מיגדר פוליטיקה (דפנה יזרעאלי ואח' – עורכות, 1999) 107. לסקירת המצב באירופה ראו: וילפריד דיומן, "המשפחה ומצבה באירופה המערבית", ביטחון סוציאלי 44 (1995) 5. כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה ב-11.7.2011.

אולם כיום עם ירידת קרנו של סטטוס הנישואים הביו-נורמטיבי וקידוש אוטונומיית הפרט ורצונו, ובייחוד בשל הטכנולוגיה הרפואית המתקדמת,² המאפשרת לא אחת עירובו של צד שלישי החיצוני לתא המשפחתי בהורות הנרקמת, אפשר להפריד בין הזוגיות, המיניות והפריון. הפרדה זו גוזרת בהכרח יצירתן של דילמות משפטיות קשות ביותר בנוסח משפט שלמה בהליך קביעת ההורות המשפטית. למען סבר את האוזן, אם עד לאחרונה לילד הייתה אם משפטית אפשרית אחת בלבד, כיום אפשר להתלבט כיצד יש להכריע בדילמה מי ראויה להיות אם משפטית מבין שלוש הפונקציות השונות של האימהות – גנטית, פיזיולוגית וחברתית.³ באופן דומה, את האבהות אפשר לפצל לאבהות גנטית וחברתית, דבר המעצים את הסכסוכים האפשריים בין הצדדים השונים המעורבים בהליכי הפריון השונים.⁴ לפיכך נוצר צורך דחוף וחיוני ליצור מסגרת משפטית שתסדיר מראש דילמות אפשריות אלו תוך שאיפה להסדרה קוהרנטית כוללת ולא לפתרון מקומי.⁵

מלומדים שונים בארץ כבעולם,⁶ ואליהם אף אני מצטרף, ובתי המשפט קראו פעם אחר פעם למחוקק לומר את דברו בסוגיה מורכבת זו בבירור. ועדות מדינתיות שונות⁷ התכנסו לדון בבעיות המשפטיות-אתיות שטיפולי הפוריות השונים מגלגלים לפתחנו,

- 2 לסקירת הרקע הרפואי-מדעי של טכנולוגיות הפריון השונות ראו: אברהם שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית: הרופא, החולה והרפואה – באספקלרית ההלכה ומחשבת ישראל (מהדורה חדשה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, כרך ב, תשס"ו) בעמ' 545-551 (הזרעה מלאכותית); 817-842 (הפריה חוץ-גופית); ציון בן רפאל, המדריך המלא לפיריון (תשנ"ג) בעמ' 151-192; ענת ספרן ואיבי לוי, "הפריה חוץ גופית – תשנ"ה (1995)", אסיא יד (1994) 5; תמר לובלין-טננבאום, פוריות הגבר (1999) בעמ' 114-117.
- 3 על דילמה משפטית זו ועל מקומה המרכזי של ההסכמה בקביעת האימהות המשפטית ראו: Anne Schiff Reichman, "Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity", 80 *Iowa L. Rev.* (1995) 265.
- 4 לסקירת דילמה משפטית זו ולטיעון בדבר מרכזיות ההסכמה בקביעת האבהות המשפטית ראו: Anne Schiff Reichman, "Frustrated Intentions and Binding Biology: Seeking AID in the Law", 44 *Duke L.J.* (1994) 524.
- 5 כפי שאציע בחתימת המחקר שלפנינו את המודל הנורמטיבי הראוי בעיניי – קביעת הורות משפטית בהסכמה.
- 6 לקריאות מעין אלו בארץ ראו במאמריה השונים של רות זפרן, שיובאו על ידיי במחקר זה, ובעיקר במאמר המוקדש לתיאור פגמיו של ההסדר החוקי הקיים כיום. ראו לעניין זה: רות זפרן, "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", הפרקליט מו(ב) (תשס"ג) 311. לא למותר לציין כי הפתרון המועדף בעיניי, האמור להיות מונח בתשתיתה של כל הסדרה אורחית עתידית של נושא הסדרת יחסי הורים וילדים בכלל וקביעת ההורות המשפטית בפרט, הוא הסדרה הסכמית וחוזית. ראו על כך בהרחבה: יחזקאל מרגלית, קביעת הורות משפטית בהסכמה (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, תשע"א).
- 7 למסקנות הוועדה שפעלה בארץ ראו: דין וחשבון הוועדה הצבורית מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית (שאל אלוני יו"ר הוועדה, 1994).

ובין היתר לדון בדילמת קביעת ההורות. אך המחוקק בחר לגרור את רגליו ולהסדיר סוגיה זו, אם בכלל, לטעמי, בצורה לקונית ובלתי מספקת – זאת אם בשל חששו מריסוקו הסופי של התא המשפחתי ה"מסורתי", אם בשל חששו מטובת הילד וזכויותיו העלולות להיפגע מכך ואם בשל חששו מהתוצאות מרחיקות הלכת שעשויות להשפיע השפעה בלתי הדירה על הליך רביית האדם.⁸

יודגש, נושא מרכזי ורגיש זה של קביעת הורות משפטית מצריך הסדרה מקיפה וקהרנטית של כלל הדילמות שבהן עולות סוגיה זו כדי למנוע הכרעות שיפוטיות סותרות שיינתנו נקודתית במקרים השונים שיתגלגלו לפתחו של בית המשפט. כמו כן יש לציין כי דיני המשפחה רוויים בארץ כבעולם בהטיות ובתפיסות עולם שונות ומגוונות ופעמים רבות אף סותרות. לפיכך חקיקה שיפוטית עשויה לשקף בעיקר את תפיסת העולם של השופט שהכריע בתיק אך לא את דעת כלל הציבור ולאחר שהסוגיה בהקשריה הרחבים נבחנה ועברה בבית המחוקקים. לפיכך יש לדחות על הסף מודל הדוגל דווקא בהתקדמות ממקרה למקרה והתמודדות אד הוק עם כל דילמה ודילמה כעומדת על רגליה שלה.⁹ תחת זו יש לחפש מודל קהרנטי ומגובש, העשוי להיות כלי עבודה נוח, יעיל, צודק וגמיש שבאמצעותו יהיה אפשר לפתור את דילמת קביעת ההורות המשפטית במופעיה השונים.

ככלל, המחוקקים ובתי משפט עסקו מעט מאוד בשאלת קביעת ההורות המשפטית, בייחוד בנושא של קביעת אימהות, ויש דילמות משפטיות רבות שנתרו ללא מענה. הדברים אמורים בכלל ברבות ממדינות העולם ובפרט בארץ שבה נוהג המחוקק לגרור את רגליו בכל הקשור לתחום הרגיש של משפחה והורות. לכן לא אחטא לאמת אם אגדיר את המצב המשפטי הקיים, החקיקתי והפסיקתי, כמי שרב בו הפרוץ על העומד. דיני המשפחה המסורתיים אינם פותרים את סכך הבעיות הנובעות מטיפולי הפוריות השונים, שכן יש להפנים שמשפחות שנוצרו באמצעות טיפולי פוריות אינן משפחות רגילות, והתובנות והכללים המסורתיים אינם הולמים בהכרח משפחות אלו שתוכננו בקפידה. גם בארץ אפשר למצוא מספר מצומצם ביותר של חוקים המסדירים את קביעת ההורות המשפטית. כל שאפשר למצוא הוא חוק המסדיר באופן כללי את הורותם של

8 ראו לעניין זה: דוד הר, "בני אדם" על פי הזמנה, הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפרייה חוץ-גופית (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב – עורכים, 1996) 219, בעמ' 220-222, הגורס שטכנולוגיות אלו שוברות למעשה את כל המודלים המוכרים לנו כיום. חששות אתיים שונים הושמעו בעניין זה – הפרת האיזון הקיים בין מספר היילודים ממין זכר או נקבה; ניסיון להשבחת גזע (אייגניקה); עריכת מניפולציות בעלות תוצאות בלתי ניתנות לחיזוי. לתיאור מקיף וכללי יותר של כלל הבעיות האתיות הניצבות לפתחם של טיפולים אלו ראו: Stephen G. Post (ed.), *Encyclopedia of Bioethics* (2004) בערכים המתאימים.

9 דוגמה מובהקת לכך הוא המחקר הזה: Marsha Garrison, "Law Making for Baby: Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage", 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 835.

הורים לילדים שנולדו כדרך כל הארץ ולחלופין ילדים שאומצו בידי מי שמבקש לשמש ההורה המשפטי של הילד. על חוקים אלו יש להוסיף חוקים פרטניים המסדירים את קביעת ההורות המשפטית הן של ילדים שנולדו מהיריון "פונדקאי" והן של ילדים שנולדו מתרומת ביצית.¹⁰ למעט הסדרה חלקית ומצומצמת זו אי אפשר למצוא הסדרה מקיפה וקוהרנטית יותר.

יתר על כן, גם ייבוא דין זר לישראל שישדיר את קביעת ההורות המשפטית עשוי להיתקל בקושי גדול ביותר בשל השיקולים הדתיים המונעים את יישומו של הדין הזר בהקשר הישראלי. שיקולים אלו עשויים לראות בדין הדתי את הדין האמור להסדיר באופן אקסקלוסיבי את דיני המשפחה בישראל ולפיכך ידחו על הסף כל ניסיון "לאזרח" את דיני המשפחה בארץ. חרף זאת אפשר לקבוע, בזהירות המתבקשת, כי תחום דיני הורים וילדים בכלל וקביעת הורות משפטית בפרט כתחום דיני הזוגיות בדיני המשפחה בישראל מיטלטל בין הקטבים השמרניים לליברליים תוך התנתקות זהירה ואטית, אך עקיבה, מהדין הדתי לטובת הדין האזרחי. הליך זה בא לידי ביטוי היטב הן בשאלות של דין וסמכות והן בשאלות של קביעת ההורות הלכה למעשה. פרופ' שיפמן קבע בשעתו אמירה, שטרם נס לחה, ולפיה הנושא של קביעת ההורות המשפטית בארץ הוא נושא ששוררת בו מבוכה לא מעטה, בין היתר בשל היעדרה של הסדרה חקיקתית אזרחית-טריטוריאלית ושל הכרעה פסיקתית ברורה ועקיבה ולפיכך טרם הוסרו לחלוטין סימני הספק למי קנויה סמכות השיפוט, ויותר מכך – איזה דין מהותי יוחל על קביעת ההורות המשפטית. ואולם, הדעה המרכזית המסתמנת בסוגיה זו, הן בפסיקה והן במחקר, היא כי אין קביעת הורות משפטית בגדר ענייני המעמד האישי, ולכן הדין האזרחי – ולא הדין האישי – הוא המחייב.¹¹

אם לא די בחוסר הבהירות בסוגיית השיפוט וחרף המסקנה שאין סמכות שיפוט לדין הדתי, גם לגופם של דברים בהקשר של המשפט המהותי בתי המשפט נוטים להשתמש בכללים השאובים מן ההלכה היהודית, לא אחת בד בבד ואף במעורב עם הדין האזרחי.

10 לסקירתם של שני החוקים הראשונים ראו להלן הערות 43-45 והטקסט שלידין. לעניין קביעת האימהות המשפטית בהליך "פונדקאי" ותרומת ביצית ראו בהתאמה: סעיף 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 1577; סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, תש"ע-2010, ס"ח 520.

11 לדעתם החולקת של שרשבסקי ומירון ראו בהתאמה: בנציון שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה רביעית, תשנ"ג) בעמ' 351; יעקב מירון, "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בענייני המעמד האישי, השיפוט בענייני אבהות", עיוני משפט 3(3) (תשל"ט-תשמ"מ) 729; יעקב מירון, "התחמקות מהכרעה (שיפוט בענייני אבהות והרכב חסר)", הפרקליט לח (תשמ"ח) 172. לפסיקה חריגה של בית המשפט המצדדת אף היא בתובנה זו ראו: בג"ץ 539/79 בוזגלו נ' ביה"ד הרבני האזורי באר-שבע (לא פורסם). לסיכום הביקורת והספרות שנכתבה על פסיקה ייחודית זו ראו במקורות המובאים בזה: מיכאל קורניאלדי, "המעמד המשפטי של יילוד מהפרייה מלאכותית", קרית המשפט ד (תשס"ד) 361, בעמ' 376 הערה 66.

זאת הגם שהמדובר, על פני הדברים, בכללים פרוצדורליים ולא מהותיים. לכן על פי רוב, כפי שהעיר נכונה פרופ' שיפמן, בדלת האחורית שב ונכנס הדין הדתי.¹² רק לעתים רחוקות משתמשים בתי המשפט בדין האזרחי, אך גם זאת ללא כל תשתית ברורה וקוהרנטית תוך ניסיון להכריע בעיקר במקרה המובא לפניהם.

לאחר שסקרתי בקצירת האומר את דילמת קביעת ההורות המשפטית בעידן המודרני תוך חידוד הקושי הקיים בעניין במשפט הישראלי, אדון בפרק ב בחשיבותה של קביעת ההורות המשפטית, בהיבטיה השונים ובהשלכותיה. בפרק ג אציג את שורשיה הסוציולוגיים-משפטיים של דילמה זו לאור גיוונם של מבני המשפחה המודרניים השונים שאנו עדים להם ביובל השנים האחרון. אסקור את המגמות הסותרות הקיימות בעת החדשה הן במבנה המשפחה והן בקביעת ההורות המשפטית. בפרק ד אעמוד על העצמתה של דילמה זו בשל ההסתייעות ההולכת וגוברת בטיפולי הפוריות השונים, שכן, וזאת יש לדעת, טיפולים אלו מערערים עוד יותר את מבנה המשפחה המסורתית ומעצימים עוד יותר את הצורך, הקיים ממילא, להעמיד את המודלים המקובלים לקביעת ההורות המשפטית לדיון מחדש. בפרק ה אסקור את המודלים המקובלים בדין הקיים לקביעת ההורות המשפטית. אסקור את התמות המרכזיות של המודלים השונים וכן את האתגרים השונים שעמם עליהם להתמודד.

ריבוי מודלים אלו משקף נאמנה את השינויים במבנה המשפחה, שאך הועצמו בעטיים של טיפולי הפוריות. טיפולים אלו כאמור מערערים עוד יותר את המודל המשפחתי המסורתי ואת קביעת ההורות המשפטית הנגזרת מכך לאור המודלים שהיו מקובלים בעבר. במאמר מוסגר יוער שלדידי טיפולים אלו בד בבד מביאים לקדמת הבמה והדיון גורם שלצערנו טרם זכה לתוקף ולמלוא ההכרה המשפטית הראויה, ולכן השימוש בו נעשה לעת הזו בצורה בתולית שאינה מגובשת וקוהרנטית, והדבר גורם נזק לצדדים השונים להליכי הפיריון. כוונתי ליסוד הכוונה המגולם ברצונם של הפרטים הנעזרים בטיפולי הפוריות להביא ילד לעולם ובכך להפוך להורים. בפרק ו אעמוד על יתרונותיהם השונים של המודלים הקיימים כדי שאוכל להניח אותם כיסודות למודל הנורמטיבי המוצע על ידיי במאמרי, קביעת ההורות המשפטית בהסכמה, שאת תובנותיו המרכזיות אציג בפרק ז לקראת חתימת המאמר.

12 על המציאות המורכבת שלפיה חרף הוצאת עניין האבהות מענייני המעמד האישי אין הדבר דוחה בהכרח את תחולתו של הדין האישי על קביעת האבהות ראו: פנחס שיפמן, "שיפוט ומשפט בעניני אבהות – בג"ץ 283/72 בוארון נ' ביה"ד הרבני", משפטים ד (תשל"ב) 664, בעמ' 665. לסיכום עדכני של לבטי הפסיקה והמלומדים בעניין ראו האסמכתאות השונות המובאות אצל זפרן (לעיל, הערה 6) בעמ' 312-315; דליה צמריון חלק, הוכחת אבהות (מהדורה חדשה ומורחבת, 2007) בעמ' 49-68.

ב. חשיבותה והשלכותיה של קביעת ההורות המשפטית

בפרק זה אבקש לסקור הן את חשיבותה והן את השלכותיה של קביעת ההורות המשפטית לילד, להוריו ולחברה כולה. חשיבותה של קביעת הורות משפטית, שיש הגורסים שהיא כיום הסוגיה הפולמוסית ביותר בתחום דיני המשפחה¹³ ולכן זקוקה לרפורמה ולרגולציה מסיבית,¹⁴ היא רבה מבחינתו של הילד. עם קביעת הוריו המשפטיים יכול הילד ליהנות הן כלכלית – לרבות הזכות למזונות, הזכות לירושה ושאר זכויות כלכליות שונות – הן פסיכולוגית והן רגשית.¹⁵ באופן דומה, קביעה משפטית זו קובעת מיהו הפרט שיהנה ממלוא אגד זכויות ההורה וחובותיו. עם הזכויות אפשר למנות את אלה: הענקת שם לילד; משמורת, לרבות זכותו לקבוע מי ייפגש עם הילד; זכויות ביקור; קביעת מקום מחייתו של הילד, לרבות זכותו להשימו בהשגחתו של אחר; זכותו לקבלת מידע שנאסף בידי אחרים על אודות הילד והדרתם של אחרים ממידע זה; ייצוגו של הילד ודרישה או ויתור על זכויותיו; חינוך הילד, לרבות חינוכו הדתי וקבלתן של החלטות שונות הכרוכות בכך; בחירת הטיפול הרפואי הראוי בעיני ההורה; ציות הילד לו וביצוען של מטלות שונות, לרבות זכותו למשכורתו של הילד; הקלות במיסוי (Federal Income Tax) וזכאות לקצבאות רווחה שונות (Social Security System).¹⁶

- 13 June Carbone, "The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity", 65 *La. L. Rev.* (2005) 1295, p. 1295, 1297 פרופ' David D. Meyer, שההכרה בזכויות פרטים אחרים שאינם הוריו הביולוגיים של הילד, שהיא נגזרת של קביעת ההורות המשפטית, היא כליא הברק (lightning rod) של דיני המשפחה המודרניים, ראו על כך: David D. Meyer, "The Constitutional Rights of Non-Custodial Parents", 34 *Hofstra L. Rev.* (2006) 1461, p. 1461.
- 14 לקביעה זו ראו: Baker (להלן, הערה 28) בעמ' 651. לטעון כי נושא קביעת ההורות המשפטית עבר את נקודת האל-חזור, וכי החברה עצמה צריכה לקבל החלטה מהו היסוד הקובע את ההורות המשפטית, שאם לא כן אי אפשר לצפות שמערכת המשפט תהיה החלטית וטובה יותר בקביעה זו. ראו: David D. Meyer, "Parenthood in a Time of Transition: Tensions Between Legal, Biological, and Social Conceptions of Parenthood", 54 *Am. J. Comp. L.* (2006) 125, p. 144.
- 15 לסקירת זכויות כלכליות שונות שמהן עשוי ילד להפיק תועלת עם קביעת ההורות המשפטית ראו: Melanie B. Jacobs, "Micah Has One Mommy and One Legal Stranger: Adjudicating Maternity for Nonbiological Lesbian Coparents", 50 *Buff. L. Rev.* (2002) 341, pp. 346-347 n. 19-24 של קביעת הורות משפטית בהיבטים אמוציונליים ופסיכולוגיים ראו: Cynthia R. Mabry, "Who is the Baby's Daddy (And Why is it Important for the Child to Know)?" 34 *U. Balt. L. Rev.* (2004) 211, pp. 228-230.
- 16 Katharine T. Bartlett, למניית זכויות אלו והאסמכתאות הפסיקטיות התומכות בכך ראו: "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives when the Premise of The Nuclear Family has Failed", 70 *Va. L. Rev.* (1984) 879, pp. 883-885 n. 20-34 Alan Sussman & Martin: לסקירה מלאה יותר של זכויות ההורים ראו:

ואילו עם החובות¹⁷ אפשר למנות את אלה: דאגה לילד, לרבות סיפוק מזונות ותמיכה כלכלית; חינוכו; סיפוק טיפול רפואי הולם; חובה לפקח על הילד, ואם ייכשל בכך עליו תהיה מוטלת חובת תיקון הנזק שייגרם.¹⁸ חשיבות זו משתרעת לא רק בעת קיומו של תא הנישואים אלא גם לאחר פירוקו, הואיל וקביעת ההורות המשפטית יוצרת מסגרת עבודה ברורה לפתירת סכסוך העשוי להתגלע סביב שאלת משמורת, זכויות ביקור ויתר העניינים המשיקים לרווחת הילד.¹⁹

גם טובתה הפיסקלית של החברה תלויה לא מעט ביכולת לקבוע הורות משפטית של ילדים, בעיקר של אביהם, כדי שהם ולא המדינה יישאו בהוצאות גידול הילד. זאת הסיבה שהמשטר הפדרלי בארצות הברית מנהל מלחמת חורמה זה שלושה עשורים בניסיון לקבוע הורות משפטית לכלל היילודים. בשולי הדברים יוער כי דעות המלומדים חלוקות בשאלה אם מלחמת חורמה זו הניבה תוצאות המצדיקות את עריכתה. חלק מהמלומדים אף ניסה את כוחו בהצעתן של רפורמות משלימות. בנוסף, חוסר היכולת לקבוע הורות משפטית בהסכמה עובר לידת הילד גורם לסכסוכים קשים ומרים לאחר לידת הילד. מורכבותם והתמשכותם של הליכים אלו פוגעות פגיעה קשה במרקם החברתי, בצדדים השונים לסכסוך משפטי זה ובראש ובראשונה בילד.²⁰ נסכם ונקבע כי לטעמי הן החקיקה והן ההליך השיפוטי הקיימים כיום בארצות הברית ובמדינות רבות אחרות אינם משביעי רצון, אינם קוהרנטיים והם משתנים ממדינה אחת לרעותה ופעמים

Guggenheim, *The Rights of Parents: The Basic ACLU Guide to the Rights of Parents* (1980).

17 למניית חובות אלו והאסמכתאות הפסיקתיות התומכות בכך ראו: Bartlett (שם), בעמ' 885 בהערות 35-44; על מערכת החובות של הורה כלפי ילדו ראו: *The Parental Child-Support Obligation* (Judith Cassetty – ed., 1983).

18 Brenda M. Hoggett, *Parents and Children: The Law of Parental Responsibility* (1993). למערכת חובות וזכויות אלו בראי המשפט המשווה של המשפט בארצות הברית ובאנגליה ראו: Cynthia R. Mabry, "Who is my Real Father?" – The Delicate Task of Identifying a Father and Parenting Children Created From an in Vitro Mix-Up", 18 *Nat'l Black L.J.* (2004) 1, pp. 18-25. לסקירת היקף חובות וזכויות ההורים במשפט הישראלי ראו: בלהה כהנא, חבות של הורים בנויקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנויקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים (2008) בעמ' 58-74.

19 *Sharon S. v. Superior Court of San Diego County*, 73 P.3d 554, 568 (2003).

20 Sarah McGinnis, "You Are Not the Father: How State Paternity Laws Protect (and Fail to Protect) the Best Interests of Children", 16 *Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L.* (2008) 311, p. 333.

אף באותה מדינה, ולא אחת עלולים הם לפגוע בטובת הילד, בטובת הצדדים השונים להליך ההיריוני ואף בחברה כולה, ולכן רפורמה מקיפה היא צו השעה.²¹

ג. שורשיה הסוציולוגיים-משפטיים של דילמת קביעת ההורות המשפטית

לאחר שעמדתי בפרק הקודם על חשיבותה והשלכותיה של קביעת ההורות המשפטית אבקש בפרק זה לסקור את שורשיה של דילמה זו הן בהיבט המשפטי והן בהיבט הסוציולוגי. המבוכה המודרנית השוררת בדבר קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה לא התחילה בהסתייעות בטיפולי הפוריות השונים; שורשיה הסוציולוגיים-משפטיים הם עתיקים ושורשיים יותר. בהקשר הסוציולוגי יש לציין את העובדה שמבנה המשפחה נתון בעידן המודרני בעין הסערה הציבורית והאקדמית. בשנות החמישים של המאה הקודמת ביאה בברית הנישואים והולדת ילדים היו בבחינת טאבו חברתי. כמו כן הדעה הייתה אחידה, ברמה כזו או אחרת, באשר למהותה של המשפחה האידיאלית (אם כי גם דפוסי משפחה אחרים היו קיימים מאז ומעולם). אולם כיום הזכויות להקים משפחה, להתחתן ולהוליד ילדים נתפסות כזכויות האדם היסודיות ביותר וההחלטה לממשן אם לאו נתונה לרצונו של הפרט.

בנוסף, נתונים אמפיריים של הלשכות המרכזיות לסטטיסטיקה של המדינות השונות²² מלמדים על דפוסי משפחה שונים ומגוונים מאוד המגלגלים לפתחנו דילמות משפטיות-אתיות מן המעלה הראשונה: האם למשפחות חד-הוריות, בעיקר נשים, ולחלופין למשפחות חד-מיניות יש זכות להיעזר בטיפולים אלו כדי להפוך להיות הורה? האם הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הילד שיוולד?²³ האם ילד שיוולד בדרך זו, שבה

21 לסקירה כללית של המצב הקיים כיום בארצות הברית בהקשר של הורות משפטית ראו: Ruth-Arlene W. Howe, "Parenthood in the United States", in *Cross Currents: Family Law and Policy in the US and England* (John Eekelaar et al. – eds., 2000) 187, p. 189 (קריאה להרחיב את מעגל ההורות המשפטית לאור היסוד הפונקציונלי תוך ניסיון לאזן בין זכויות הפרט וטובת הילד). לסקירת הפגמים הקיימים בדין האמריקאי ולקריאה לרפורמה מקיפה מוקדש המאמר הזה: Jeffrey A. Parness, "Old-Fashioned Pregnancy, Newly-Fashioned Paternity", 53 *Syracuse L. Rev.* (2003) 57.

22 ראו על כך למשל בדוח האחרון של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בארץ בנושא משפחות ומשקי בית בישראל – נתונים לרגל "יום המשפחה" (3.2.2011), ניתן לצפייה באתר: http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hoda=201111025.

23 לשאלה הראשונה ראו במאמרים האלה: Barbara Kritchevsky, "The Unmarried Woman's Right to Artificial Insemination: A Call for an Expanded Definition of Family", 4 *Harv. Women's L. J.* (1981) 1; Note: "Reproductive Technology and the Procreation Rights of the Unmarried", 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 669; Joan H. Hollinger, "From Coitus to Commerce: Legal and Social", ראו, למשל:

אין הוא בהכרח בנם הגנטי של הוריו, הוא בנם המשפטי על מלוא הזכויות הכרוכות בסטטוס זה, לרבות זכותו לרשת אותם לאחר מותם? ואם התשובה חיובית, האם זכותו זו עומדת גם כאשר לידתו הייתה לאחר מות מורישו?²⁴

מספר תאי הנישואים המסורתיים הוא פחות ממחצית מתאי המשפחה בארצות הברית, ומספר הילדים הנולדים מחוץ לתא הנישואים המסורתי מרקיע שחקים.²⁵ בספרות המחקר אפשר למצוא מחד גיסא קריאות רדיקליות הקוראות לניתוצו הסופי של סטטוס הנישואים ותא המשפחה המסורתי ולהכרה בכל דפוסי המשפחה הקיימים,²⁶ ומאידך גיסא קריאות שמרניות שונות הקוראות להחזיר את עטרת סטטוס זה ומבנה המשפחה המסורתי ליושנן.²⁷

ראוי לציין שהקריאות להכרה במבני המשפחה החדשים אך מעצימות את הצורך, הקיים ממילא, לעריכת "בדק בית" של ההליכים השונים לקביעת ההורות המשפטית של הפרטים החפצים להיות הורים לילדים בדפוסי המשפחה השונים והמגוונים, שכן כאשר

Consequences of Noncoital Reproduction", 18 *U. Mich. J.L. Reform* (1985) 865, pp. 914-920, 926-928.

24 על כך ראו: Kristine S. Knaplund, "Legal Issues of Maternity and Inheritance for the Biotech Child of the 21st Century", 43 *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* (2008) 393 כללית של טיפולי הפוריות השונים והבעיות השונות העולות לצמוח לצדדים השונים להם ראו: Lori B. Andrews & Lisa Douglass, "Alternative Reproduction", 65 *S. Cal. L. Rev.* (1991) 623, pp. 632-637 לסקירה של טיפולי הפוריות ראו: Walter Wadlington, "Artificial Conception: The Challenge for Family Law", 69 *Va. L. Rev.* (1983) 465.

25 Marsha Garrison, "Reviving Marriage: Could We? Should We?", 10 *J. L. & Fam. Stud.* (2008) 279, pp. 283-288 n. 24, 41.

26 לקריאה רדיקלית לניתוח סטטוס הנישואים ראו למשל: Martha L.A. Fineman, "Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric", 81 *Va. L. Rev.* (1995) 2181 לספרות נוספת התומכת בכיוון זה ראו, למשל: Stephanie Coontz, *The Way We Really Are: Coming to Terms With America's Changing Families* (1997); Stephanie Coontz, *Marriage, a History: How Love Conquered Marriage* (2005) לסקירת מאמרים נוספים התומכים בכיוון זה ראו: Anita Bernstein, "For and Against Marriage: A Revision", 102 *Mich. L. Rev.* (2003) 129, pp. 135-136 n. 19-20 בדפוסי המשפחה השונים בלא כל תלות בסטטוס הנישואים שלהם ראו: Stephen D. Sugarman, "What is a 'Family'? Conflicting Messages from our Public Programs", 42 *Fam. L.Q.* (2008) 231, pp. 255-261.

27 הספרות התומכת בשימורו של תא הנישואים ענפה ביותר. ראו בין היתר: David Blankenhorn, *Fatherless America: Confronting Our Most Urgent Social Problem* (1995); David Blankenhorn, *The Future of Marriage* (2007); David Popenoe, *Life Without Father* (1999); Linda J. Waite & Maggie Gallagher, *The Case for Marriage* (2000); James Q. Wilson, *The Marriage Problem* (2002).

אנו מערערים את מבנה המשפחה הזוגי הביו-נורמטיבי המסורתי,²⁸ שלפיו בכל זוגיות יש גבר ואישה בלבד, ממילא מתערער עמו המבנה המסורתי של יחסי הורה-ילד, שלפיו לכל ילד יש אך ורק אב ואם. בכך נפתח מחדש הפתח לעריכת דיון מי ראוי להיקבע כהורה המשפטי של הילד.

בנוסף, בהיבט המשפטי יש לציין את המלומדים שעמדו על כך שבתחום קביעת ההורות המשפטית²⁹ אנו עדים בעת החדשה לקיומן של כמה מגמות סותרות: מחד גיסא שימוש הולך וגובר בבדיקות גנטיות תוך העדפתו של היסוד הגנטי לקביעת הורות משפטית ו/או היצמדות שמרנית לתא הנישואים המסורתי. מאידך גיסא העדפתו של היסוד הפונקציונלי-חברתי לקביעת ההורות המשפטית תוך הכרה ליברלית במבני משפחה חדשים ומגוונים. בנוסף אפשר למצוא יחס משתנה כלפי ממצאים מדעיים, וממילא כלפי היכולת שלהם לקבוע באופן קונקלוסיבי הורות משפטית – החל ממתן משקל מלא וכלה ביחס סקפטי ושמרני, הדוחה כל שימוש בממצאים מדעיים אלו.³⁰ כמו כן אפשר לראות כיצד שיקולים סותרים אחרים משמשים בערכוביה בהליך קביעת ההורות המשפטית בעידן המודרני – שיח זכויות הפרט – ההורים³¹ כנגד טובת הילד וזכויותיו. כן החשיבות של שימורן וטיפוחן של מערכות יחסים הורה-ילד הקיימות

28 Katharine K. Baker, "Bionormativity and the Construction of: ראו: Parenthood", 42 *Ga. L. Rev.* (2008) 649

29 הספרות העוסקת בשאלה זו בעת החדשה היא עצומה, דבר המלמד יותר מכול על הבעייתיות הכרוכה בשאלה זו. לספרות מנחה ראו בין היתר: *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-First Century* (John Eekelaar & Petar Sarcevic - eds., 1993)

30 לסקירה משפטית זו ולמניית תנאי הסף המוסכמים הדרושים לביסוס תביעה שכזו ראו: Theresa Glennon, "Somebody's Child: Evaluating the Erosion of the Marital: Presumption of Paternity", 102 *W. Va. L. Rev.* (2000) 547, pp. 571-577. לכלל עניין זה ראו: Mary R. Anderlik & Mark A. Rothstein, "DNA-Based Identity Testing and the: Future of the Family: A Research Agenda", 28 *Am. J. L. & Med.* (2002) 215, pp. 225-229. לסקירת חזקת הלגיטימיות, המבכרת את סטטוס הנישואין כמודל המכונן את ההורות המשפטית, ראו בהרחבה להלן בפרק ה(5).

31 מסתבר שבעידן המודרני גם ההורים זקוקים לתנועה שתבצר את זכויותיהם אם כי מדובר בעיקר בשמרנים שלא אחת הם דתיים. לסקירתה של תנועה בלתי רשמית זו (The "Parental Rights Movement"), ראו: John C. Duncan, "The Ultimate Best Interest of the Child: Enures from Parental Reinforcement: The Journey to Family Integrity", 83 *Neb. L. Rev.* (2005) 1240, pp. 1282-1284. לסקירת המדינות שעייגנו את זכויות ההורים בחוק ובתיקון החוקה במידת הצורך ראו ההפניות המובאות אצל: David Fisher, "Parental Rights and the Right to Intimate Association", 48 *Hastings L.J.* (1997) 399, p. 418 n. 151-152. לניסיון פדרלי לעגן את זכויות (וחובות) ההורים ראו בהצעת הקונגרס – ("PRRA") "Parental Rights and Responsibilities Act" (לשון ההצעה הובאה במלואה בנספח למאמרו של Duncan, שם, בעמ' 1295 ואילך).

מכוח הזיקה הגנטית, ולחלופין מכוח מסגרת הנישואים, כנגד קשר של ילד ופרט שאינו הורה הביולוגי שהתפתח מחוץ לנישואים.³²

ד. טיפולי הפוריות – העצמתה של דילמת קביעת ההורות המשפטית והעצמת מקומה של ההסכמה בקביעת ההורות המשפטית

בפרק הקודם סקרתי את השורשים המשפטיים והסוציולוגיים הכלליים של קביעת ההורות המשפטית של יילודים שנולדו כדרך כל הארץ. בפרק שלפנינו אבקש לעמוד על התעצמותה של דילמה זו במופעה השונים של קביעת ההורות המשפטית ליילודים שנולדו בעקבות טיפולי הפוריות השונים. לטעמי, דווקא הגברת המבוכה בהקשרים מודרניים אלו מחדדת את מקומה המרכזי של ההסכמה בקביעת ההורות המשפטית.

אם לא די במגמות הסותרות הקיימות בדיני הזוגיות ובקביעת ההורות המשפטית, חידושי הרפואה המודרניים הגבירו את המבוכה של קביעת ההורות המשפטית בעידן המודרני.³³ חידושים מדעיים אלו זכו זה מכבר לכינויים "מהפכה", "המערב הפרוע של הרפואה האמריקאית" ועוד. חרף העובדה שטיפולים אלו אפשרו לזוגות עקרים להביא ילדים לעולם מלומדים רבים עדיין טוענים, ובצדק רב, שטיפולי הפוריות גרמו לפיצול רדיקלי באידאולוגיה המשפחתית המסורתית, שכן טיפולים אלו פותחים מחדש את התוכנות החברתיות הבסיסיות ביותר שלנו באשר למוסד המשפחה וההורות.

בעיני תופעה זו דווקא מבורכת, שכן המצב החברתי-משפטי שנוצר מאפשר ומחייב את העצמת מקומה של הכוונה לא רק בהליכי קביעת ההורות המשפטית במקרים מסוימים אלו. בכוחו של פרט זה שיצא מן הכלל ללמד לא רק על עצמו אלא על הכלל כולו, ולכן הוא בבחינת עוגן לעריכת דיון כללי ונרחב יותר בנושא מהי ההורות המשפטית וכיצד אפשר להשתמש בה שימוש מיטבי, שלדעתי הוא באמצעות קביעת ההורות המשפטית בהסכמה.

אכן, מלומדים שונים עמדו על כך שלעומת המודל הביו-נורמטיבי ה"מסורתי" של המשפחה וההורות בו לא הוביל קיומם של יחסי אישות רגילים בהכרח לתוצאה פריונית, עולה כיום הטענה במחקרים רבים שיש להכיר בכך שבטיפולי הפוריות השונים יש

³² לסקירתן של מגמות סותרות אלו בהקשר של קביעת הורות משפטית לאור היסוד הגנטי הקדשתי מאמר עצמאי, ראו על כך: יחזקאל מרגלית, "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית", *משפט רפואי וביראתיקה* 3 (2010) 125.

³³ לסקירת ההשפעה של טכנולוגיות הפרייה השונות על מבנה המשפחה וקביעת ההורות המשפטית ראו: "Developments in the Law: IV. Changing Realities of Parenthood: The Law's Response to the Evolving American Family and Emerging Reproductive Technologies", 116 *Harv. L. Rev.* (2003) 2052.

להעצים בהתאמה את יסוד הכוונה וההסכמה. זאת הואיל וכל מטרתם של טיפולים אלו היא הבאת ילד לעולם, דבר שהתאפשר אך ורק בשל כוונתם הראשונית של ההורים להביא ילד לעולם. הגם שיש גורמי עזר נוספים בהליך זה שבלעדיהם אי אפשר היה להשיג את התוצאה הפריונית, כוונתם והסכמתם הראשונית של ההורים היא שהניעה את ההליך כולו.³⁴

בטיפול הפוריות השונים הפריין כיום אינו מתרחש במקרה אלא יש ידיעה ברורה שההורים שיזמו הליך הריוני זה אכן התכוונו להביא באמצעותו ילד לאוויר העולם. עצם הבחירה של הזוג לעבור את טיפולי הפוריות השונים – תחת אימוצו של ילד או זניחת הרצון להיות הורה – היא אינדיקציה ברורה וחד-משמעית לרצונם להפוך להורים. את הרצון הזה יש לבצר תוך קביעתם כהורים המשפטיים באמצעות מתן עיגון חוקי לכוונותיהם, הסכמותיהם וכד'.³⁵

לסיכום, לטעמי טיפולי הפוריות משקפים נאמנה את המעבר ממשפחה המיוסדת על המודל הגנטי למשפחה הנוצרת עקב הסכמה בקביעת ההורות המשפטית. לכן יש משנה חשיבות להפנתם של המחוקקים ובתי המשפט את השינוי הדמוגרפי והמחשבותי שחל במשפחה בכלל ובמשפחה שנוצרה באמצעות טיפולי הפוריות בפרט. אולם ראשית דבר אסקור את המודלים השונים הקיימים בספרות המחקר, בחקיקה ובפסיקה ואמנה את

34 הראשונה שפיתחה תוכנה זו, למיטב ידיעתי, היא פרופ' Stumpf, ראו לעניין זה: Andrea E. Stumpf, "Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies", 96 *Yale L.J.* (1986) 187, pp. 194-197; על היות ההורים המזמינים וכוונתם להביא ילד לעולם הסיבה הראשונית בלתה אין להבאת הילד לעולם ראו: John L. Hill, "What Does it Mean to be a 'Parent?' The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights", 66 *N.Y.U. L. Rev.* (1991) 353, pp. 414-415. לא למותר לציין שעל מלומדים אלו הסתמכו בתי המשפט בפסיקות התקדימיות שלהם בהכרה בקביעת הורות משפטית בהסכמה לטובת ההורים המזמינים בסכסוכים על הסכמים לנשיאת עוברים, כפסקי הדין האלה: *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal.App.4th 1410, 1425 n. 14 (1998); *Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84, 94 (1993). לפיתוח תוכנות אלו בדבר היות הילד ילדם המנטלי (brain child/mental progeny) ולא הפיזיולוגי של ההורים המזמינים ראו: Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood", 33 *Conn. L. Rev.* (2000) 127, pp. 141-142; Marie Ashe, "Law-Language of Maternity: Discourse Holding Nature in Contempt", 22 *New Eng. L. Rev.* (1988) 521, p. 547.

35 לסקירת הרחבת האופציות הקיימות כיום לזוג הודות לקדמה הטכנולוגית ולטיעון שזהו אלמנט מרכזי המכונן את יסוד הכוונה בפריין ראו: Marjorie M. Shultz, "Reproductive Technology and the Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", 1990 *Wis. L. Rev.* (1990) 297, pp. 310-316. לפיתוח קריאתה של פרופ' Shultz הכיור, קביעת הורות משפטית בהסכמה בטיפול הפוריות השונים ראו לאחרונה: Linda S. Anderson, "Adding Players to the Game: Parentage Determinations When Assisted Reproductive Technology Is Used to Create Families", 62 *Ark. L. Rev.* (2009) 29 (הכרה בהסכמה זו יעילה יותר, ולמצער היא מגיעה לאותה התוצאה שמודלים אחרים מציעים).

מעלותיהם וחסרונותיהם כדי לעמוד נכונה על יסודות המודל הנורמטיבי המועדף בעיניי, שהוא קביעת הורות משפטית בהסכמה.

ה. סקירת המודלים הקיימים בספרות המחקר לקביעת הורות משפטית

1. מודל המבכר את ההורות הגנטית

(א) הצגת המודל

בפרק זה אסקור את המודלים השונים הקיימים והמוצעים בספרות המחקר לקביעת הורות משפטית במופעיה השונים. אציג בקצירת האומר כל מודל ומודל וכן אמנה את אתגריו ואת חסרונותיו האפשריים השונים. אפתח את דיוננו במודל המרכזי בעידן המודרני – מודל המבכר את ההורות הטבעית-גנטית. לאורך ימי האנושות כולה חברות רבות משתיתות באופן אקסקלוסיבי את ההורות המשפטית על יסוד ההורות הגנטית.³⁶ כלומר, הוריו של ילד שתרמו כל אחד מהם את מחצית מטענו הגנטי, הם שיוגדרו כהוריו המשפטיים. בספרות הפילוסופית-ביו-אתית אפשר למצוא את ההגדרה הבאה למודל זה: "ההשקפה הרואה בהולדה תנאי הכרחי ומספיק לכינונו של יחס הורות בין איש ואישה לבין ילד – תיקרא 'הורות גנטית'". בלשון אחרת – "הורות גנטית משמעה איפיונו והצדקתו של יחס ההורות על פי עובדת היותם של איש ואישה מסוימים מקור הווייתו של ילד פלוני".³⁷

הגם שהיסוד הגנטי מקבל בחברות שונות ובזמנים שונים משקל שונה,³⁸ ולית מאן דפליג שהוא בראש ובראשונה תלוית-רבות,³⁹ מהותית אין ספק שזהו המודל הוותיק

36 ראו לעניין זה: Harry D. Krause, *Illegitimacy: Law and Social Policy* (1971) p. 69. סקירת משמעויות היסוד הגנטי בתרבויות השונות בפריזמת תפיסות מגדריות של תפקיד ההורים ראו: Nancy J. Chodorow, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis of Gender* (1978).

37 ראו לעניין זה: נועם זוהר, הולדה ואוטונומיה אישית: זהות ואינדיבידואליזם ביחס ההורות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1990) בעמ' 27, 39.

38 ראו לעניין זה: יעל ויילר, "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות: פיצול – הפשטה – אינן", אסיא טו (תשנ"ז) 141; 62 *U. Chi. L.*; Dorothy E. Roberts, "The Genetic Tie", *Rev.* (1995) 209; David M. Schneider, *A Critique of the Study of Kinship* (1984) pp. 165-177.

39 לקביעה זו ראו: ורדיית רביצקי, התערבות גנטית ועצוב הזהות האנושית (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ג) בעמ' 73-74 ובמקורות המובאים

ביותר, שכמעט בכל התרבויות השיג ייחודיות היסטורית ומיתולוגית בנושא קביעת ההורות המשפטית, הן אבהות והן אימהות. יודגש, גם מבקריו של מודל זה אינם מתכחשים לחשיבות ולמשמעויות העמוקות ביותר של היסוד הגנטי, אם כי לדידם אין לראות בו חזות הכול. לכן אף מתנגדיו צופים שמודל זה, חרף הכרסום הרב שחל בו וחרף טיפולי הפוריות המאתגרים אותו למאוד, ימשך להתקיים גם בעתיד הנראה לעין של האנושות כולה, ודאי וודאי שאין להתייחס אליו כנטול כל ערך.

הואיל ובמחקר קודם עסקתי בהרחבה בסקירתו של מודל זה,⁴⁰ אסתפק כאן בקביעה כי בספרות המחקר המשפטית אפשר למצוא כמה טיעוני משנה המבססים את העדפתו של היסוד הגנטי כמודל האמור לקבוע קונקלוסיבית את ההורות המשפטית: המשמעות וההשלכות מרחיקות הלכת שיש לקשר הדם הביולוגי הקיים בין קרובים משפחתיים בכלל ובין הורים וילדם הגנטי בפרט; אלמנט הדמיון וההמשכה האפשרי של אדם ומטענו הגנטי בהבאת ילדו לאוויר העולם; טיעון קנייני על אודות שליטת האדם בתוצרי גופו, לרבות תאי רבייתו – טיעון שאפשר לפצלו לשניים – טיעון (מעין) קנייני וטיעון של (מעין) זכות קנייני רוחני של ההורים בילדם הגנטי; אלמנט מורכב של "זהות גנטית חלשה" שלפיה אדם אמנם הביא ילד לעולם, אך על כך יש להוסיף את הכוונה והאחריות המשתמעת שקיבל הוא על עצמו בהבאת ילדו הגנטי לעולם;⁴¹ טובת הילד מצדדת בכך שבשל הקשרים הייחודיים הנרקמים בעטייה של הקרבה הגנטית ההורים הגנטיים הם שיעניקו את המרב והמיטב לילדם.

בנוסף, אפשר למצוא טיעונים משלימים העומדים על מעלותיו השונות של היסוד הגנטי – הקלות שבה אפשר לקבוע את היסוד הגנטי, הן בקביעת אבהות והן בקביעת אימהות, בשונה מהיסוד הפסיכולוגי-חברתי הנוצר עם לידת הילד, יסוד שקשה מאוד לכמתו; היסוד הגנטי עשוי להתקיים לאורך זמן ואין הוא נתון לשינוי בקלות.⁴² מן הכלל אל הפרט, בהקשר הישראלי היסוד הגנטי בא לידי ביטוי היטב בקביעת ההורות המשפטית הן בחקיקה והן בפסיקה. כך נקבעו שני הוריו הטבעיים-גנטיים של הילד כהוריו המשפטיים בשני חוקים אזרחיים מרכזיים.⁴³ גם בפסיקות בתי המשפט

על ידיה. לכל עניין זה ראו עוד: Dorothy Nelkin & M. Susan Lindee, *The DNA Mystique: The Gene as a Cultural Icon* (1995).

40 ראו על כך בהרחבה: מרגלית (לעיל, הערה 32).

41 לתבנה זו מוקדשת עבודת הדוקטורט של זוהר (לעיל, הערה 37), שאינו מסתפק במודל הגנטי באופן בלעדי אלא סבור שיש להשלימו באמצעות המודל האינטנציונלי (שעל אודותיו אעמוד בסקירתי את המודל החברתי/פסיכולוגי).

42 ראו לעניין זה: Stumpf (לעיל, הערה 34) בעמ' 195 הערה 30.

43 ראו בהתאמה: סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248; סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120. כן ראו לעניין זה: סעיף 1(א) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959, ס"ח 72 וסעיף 3(ג) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63.

נקבע שההורות היא טבעית (ולכן גם גנטית) ואינה תלויה בהיעדר קשר נישואים פורמלי בין הוריו מולידיו של הילד. לכן אם ילד יוכיח את אבהות אביו, הוא ייחנה מזכותו למזונות, לירושה ובנשיאת שם משפחת אביו, ואין דינו כדין ילד לא לגיטימי שהיה משולל כל זכות שכזו.⁴⁴ אולם הן חוק האימוץ והן חוק הסכמים לנשיאת עוברים (חוק ה"פונדקאות") דוחקים קמעה את היסוד הגנטי מן המרכז באפשרם להורים חברתיים שאינם גנטיים לקבל את הילד כילדם לכל דבר ועניין. על חוק האימוץ אעמוד בסמוך, ואילו במסגרת של חוק אישור הסכמים לנשיאת עוברים ניתן צו הורות הקובע את ההורות המשפטית לא מכוח היסוד הטבעי-גנטי אלא דווקא מכוח היסוד החברתי-פסיכולוגי.⁴⁵

(ב) אתגרי המודל

ראשית, עם כל החשיבות המסורתית שיש ליסוד הגנטי בתרבויות השונות אפשר להצביע על היחלשותו הפרקטית של יסוד זה כבר בתקופות קדומות, ובתקופה המודרנית הליך שחיקה זה אך הולך ומתעצם. היסטורית אפשר לראות את זניחת היסוד הגנטי בצורה מובהקת במוסד האימוץ,⁴⁶ שבו כל עניינו הוא הפסקת ההורות המשפטית של ההורים הגנטיים וכניסה לתפקיד זה לכל דבר ועניין של ההורים המאמצים-החברתיים.⁴⁷ יש מי שראה במוסד מודרני, יחסית, זה ניצחון מוחץ של המודל הפסיכולוגי על המודל הגנטי.⁴⁸ מוסד האימוץ הוא דוגמה אחת בלבד לתופעה רחבה יותר של הליך השחיקה שחל בתקופה המודרנית ביסוד הגנטי,⁴⁹ ואין היסוד הגנטי היום עוד חזות הכול בהליכי קביעת ההורות המשפטית. הולכת ומתעצמת ההכרה בחשיבותה של הערכת הקשר החוקי והחברתי של הגבר הנטען להיות אב הילד עם אם הילד וכן של מידת המחויבות החברתית והפסיכולוגית שלו לילד.⁵⁰

44 ראו על כך בפסיקה המנחה הזאת: ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד לד(1) 229; בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, בעמ' 209.
 45 ראו על כך: סעיף 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).
 46 ראו לעניין זה במחקריה השונים של: Elizabeth Bartholet, *Family bonds: adoption and the politics of parenting* (1993) pp. 46, 76-77; Elizabeth Bartholet, *Family Bonds: Adoption, Infertility, and the New World of Child Protection* (1999); Naomi Cahn, "Perfect Substitutes or the Real Thing?", 52 *Duke L.J.* (2003) 1077.
 47 ראו לעניין זה: סעיף 16 רישה לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293.
 48 לקביעה זו ראו: רביצקי (לעיל, הערה 39) בעמ' 59; Rogers (להלן, הערה 88).
 49 ראו לעניין זה: Janet L. Dolgin, "Choice, Tradition, and the New Genetics: The Fragmentation of the Ideology of Family", 32 *Conn. L. Rev.* (2000) 523, pp. 524-534.
 50 ראו לעניין זה: Hill (לעיל, הערה 34). להליך השחיקה שחל ביסוד הגנטי לטובת יסוד הכוונה ראו: רביצקי (לעיל, הערה 39) בעמ' 37-73, הסוקרת את התפתחות הפסיקה בארצות הברית בכיוון זה לפני חצי עשור, וביתר הרחבה ראו: מרגלית, (לעיל, הערה 32).

שנית, אין כיום ביסוד הגנטי להכריע באופן בלעדי כאשר מדובר בטיפולי הפוריות, המערבים לא אחת גורמים הוריים נוספים. טיפולים אלו מחלישים את תפיסת המשפחה כישות טבעית, שכן עצם השימוש המלאכותי בתאי רבייה שלא כדרך הטבע מחליש את התפיסה של כינון ההורות כהליך טבעי. יתר על כן, טיפולי הפוריות השונים מציבים אתגרים חדשים למושג ההורות ביצרם מגוון חדש של אפשרויות מורכבות לכינון יחסי הורות שבהן אין בכוחו של היסוד הגנטי להכריע בבירור מי ראוי להיקבע כהורה משפטי של היילוד. יתר על כן, בעתיד הנראה לעין, עם העמקת ההתערבות המדיקלית והשינויים האפשריים בעיצובו הגנטי של היילוד עוד בשלב הטרומ-עוברי, אפשר לצפות שתיחלש עוד יותר האפשרות לכונן את הקשר ההורי על היסוד הגנטי באופן בלעדי, וממילא המודל הגנטי אינו מספק הצדקה לביסוס הורות משפטית.⁵¹

טיפולי הפוריות הם דוגמה אחת בלבד להליך השחיקה ביסוד הגנטי שלו אנו עדים בעת החדשה. קשת רחבה יותר של דוגמאות אפשר למצוא בכתיבתה של פרופ' בייקר (Baker),⁵² המונה כמה קטגוריות שבהן מערכת המשפט מתעלמת במפגיע מהיסוד הגנטי בקביעת הורות משפטית: הפסקה וולונטרית ולא וולונטרית של זכויות הוריות. על פי עיקרון זה, הקבוע בכמה מדינות בחוק ובאחרות בפסיקה, המדינה יכולה להפסיק חד-צדדית את הורותו של אדם כאשר מוכח חוסר מסוגלות הורית.⁵³ גם אדם יכול להפסיק את הורותו שלו בכוחות עצמו ובטענה שהוא עשוי להיות אב מזניח ומתעלל, אך רק אם ההורה השני מסכים למהלך זה ואם יש אדם אחר שיאמץ את הילד; בכל מקרה של הזרעה מלאכותית ו/או כאשר הפיריון אינו תוצאה של יחסי אישות – במדינות רבות חוקקו חוקים ו/או נקבע באמצעות חקיקה שיפוטית שתורם זרע שנעשה שימוש בזרעו באמצעות רופא מוסמך מופטר מכל חובה ו/או זכות כלפי הילד;⁵⁴ כל מקרה שבו החוק מיעד אדם להיות הורה משפטי אף על פי שאין לו כל זיקה גנטית לילד – בשל חזקת הלגיטימיות ואבהות הבעל קיימת הנחה מסורתית שלפיה בעלה של אישה שילדה הוא

51 זוהי מסקנת עבודת הדוקטורט של רביצקי (לעיל, הערה 39) בעמ' 59-60, 66.
 52 ראו לעניין זה: Katharine K. Baker, "Bargaining or Biology? The History and Future of Paternity Law and Parental Status", 14 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y* (2004) 1, pp. 9-16.
 53 על התערבות המדינה ביחסי הורים וילדים בשל הונחתם ועל אפשרות של תביעת הילדים את הוריהם ראו בהתאמה: בנימין שמואלי ההתערבות המשפטית ביחסי הורים וילדים: ענישה גופנית, כליאת שווא והזנחה (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, 2005) ולאחרונה: Benjamin Shmueli, "Love and the Law: Children Against Mothers And Fathers: Or, What's Love Got to do with it?", 17 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (2010) 131. לכלל העניין האחרון ראו בהרחבה: כהנא (לעיל, הערה 18).

54 ראו בפסקי הדין האלה, שם נקבע שבעלה של האישה שהסכים להליך ההזרעה המלאכותית נכנס בנעליו של האב המשפטי והוא החייב במזונות היילוד כל עוד לא הוכח שהוא לא הסכים להליך זה כלל: *K. S. v. G. S.*, 440 A.2d 64 (N.J.Super.Ch., 1981); *R.S. v. R.S.*, 670 P.2d 923 (Kan.App., 1983) תרומת ביצית.

אבי הילד אף על פי שאין כל מתאם גנטי להשערה זו. כל ניסיון לסתור חזקה זו מבית ומחוץ נתקל בסירוב משפטי כמעט מוחלט. באופן מסורתי גם הורה שברור שהוא הורה ביולוגי וחברתי כאחד נדחה מפני נישואיה של האם לאחר. רק אם נישואיה של האם התערערו, יש דריסת רגל לאב הביולוגי; כל מקום שבו מערכת המשפט מכירה באדם כהורה בשל התנהגותו לילד כהורה חרף אי-היותו הורה הגנטי – במדינות רבות הורה הרשום בתעודת הלידה של הילד ו/או הורה שלאור המודל הפונקציונלי/ חברתי/ פסיכולוגי נחזה להיות אביו של הילד, ייחשב הורה המשפטי.⁵⁵

בנוסף, אפשר למצוא בספרות המחקר ביקורות על מודל זה – ראשית, קידוש הגנטיקה עשוי להיות מוטה בהטיה גברית מגדרית תוך דחיית התרומה הנשית של נשיאת ההיריון. הואיל וכמעט כל תרומתו של גבר להולדת ילד היא בהפריית האישה, אם הילד, הגיוני שקביעת האבהות המשפטית תיעשה על סמך היסוד הגנטי. לעומת זאת עיקר תרומתה של האישה, האם הנושאת, הוא ההיריון ולידת הילד, ולכן קביעת אימהות על סמך היסוד הגנטי חוטאת לאמת.⁵⁶ שנית, שימוש מונוליטי במודל הגנטי אינו מספק ועלול להביא לתוצאות בלתי רצויות. דוגמה לכך הם טיפולי פוריות שבגינם ילד שנולד מתרומת זרע של גבר זר אינו בנו הגנטי-טבעי של בעלה של האישה הנתרמת-הנזרעת. קביעת הורותו של גבר זה על סמך היסוד הגנטי אינה רצויה. שלישית, יסוד גנטי עשוי לא אחת להתרוקן מכל תוכן, ויש חשש שהעדפתו תפגע בראש ובראשונה בטובת הילד. דוגמה לכך הוא הורה המזניח את ילדו ואינו ממלא את חובותיו ההוריות כלפיו. רביעית, יש חשש ממהותנות ו/או דטרמניזם גנטי,⁵⁷ שידגיש יתר על המידה את היסוד הגנטי ויפריז בחשיבותו תוך היצמדות לתובנות יסוד העלולות להתגלות כשמרניות וארכאיות. כך יומעט שלא כדין ושלא לצורך הערך של יסודות אחרים כהורות פונקציונלית ו/או קשרי משפחה שאינם גנטיים, כמשפחות מאמצות ואומנות.⁵⁸ חמישית, מחקרית הוכח שגברים נוטים להעניק משקל רב לקשרי הקרבה שלהם עם ילדי בת זוגם אף על פי שאין

55 כפי שאעמוד על כך בהרחבה בסמוך בסקירת את המודל המבכר את ההורות החברתית.

56 ראו לעניין זה המקורות המובאים להלן בהערה 64. כן ראו במקורות האלה: Robin West, *Caring For Justice* (1997) (עמידה על ההבדלים בין השקפת העולם של גברים ונשים על החוק וכיצד החוק מוטה מגדרית לטובת הגבר). כן הוכח מחקרית שרוב הגברים (75%) נוטים להעדיף את היסוד הגנטי, ואילו נשים נוטות להעדיף את היסוד הפיזיולוגי (רק 50% מהן רואות ביסוד הגנטי עיקר). ראו לעניין זה מחקרה של: Mary B. Mahowald, *Genes, Women, Equality* (2000) pp. 127-142.

57 עניין הדטרמניזם הגנטי הוא אחד הנושאים הרווחים כיום בכתיבה האקדמית. ראו לעניין זה בהקשר של סוגיית השיבוט: Lawrence Wu, "Family Planning Through Human Cloning: Is There a Fundamental Right?", 98 *Colum. L. Rev.* (1998) 1461; Sonia M. Suter, "A Brave New World of Designer Babies?", 22 *Berkeley Tech. L.J.* (2007) 897; Sonia Suter, "The Allure and Peril of Genetics Exceptionalism: Do We Need Special Genetics Legislation?", 79 *Wash. U. L. Q.* (2001) 669, p. 675.

58 ראו לעניין זה להלן הערה 87 והטקסט שלידה.

הם צאצאיהם הביולוגיים, ולעומת זאת לא אחת אינם עומדים בהתחייבותם על פי חוק לתמוך בצאצאיהם הגנטיים מגרושותיהם.⁵⁹

2. מודל המבכר את ההורות הפיזיולוגית

(א) הצגת המודל

קביעת אימהות משפטית מעולם לא היתה כל בעיה אמיתית, שהרי לכל לידה היה לפחות עד אחד, ומן הסתם היולדת היא אמו המשפטית של היילוד, על כל הזכויות הצמודות לבעלת סטטוס זה.⁶⁰ חזקת אימהות זו הייתה כה איתנה עד שהמחוקק ובתי המשפט לא טרחו כלל להסדיר תחום זה,⁶¹ ולמצער לעגנו חוקית. דא עקא, שעם הופעת טיפולי הפוריות והיכולת להפריד לגורמים את תפקידי האימהות השונים אי אפשר עוד

59 Frank F. Furstenberg, "Good Dads-Bad Dads: Two Faces of: ראו: Fatherhood", in *The Changing American Family and Public Policy* (John L. Palmer & Isabel V. Sawhill – eds., 1988) 193, pp. 203-204. מסקנה זו שבה ואושררה במחקר מאוחר יותר שנערך כעשור לאחר מכן. ראו לעניין זה מחקרה של: Kermyt G. Anderson et al., "Paternal Care by Genetic Fathers and Stepfathers: Reports from Albuquerque Men", *20 Evol. & Hum. Behav.* 405, 410-411 (1999) ולדיונים אודותיו במאמרה של Baker (לעיל, הערה 52) בעמ' 13.

60 ראו לעניין זה: U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Infertility: Medical and Social Choices* 282 (1988), לאור הפתגם הלטיני המפורסם – ההיריון לעולם הוא ההוכחה לאימהות (mater est quam gestation demonstrate). באופן דומה נקבע ב- UPA § 3, 9B U.L.A. 287, 298 (1973) שאימהות יכולה להיקבע באמצעות הוכחת הלידה. בשולי הדברים יצוין שהצעה חקיקתית זו, הגם שאינה מחייבת את המשפט המדינתי המקומי בכל מדינה ממדינות ארצות הברית, נתפסת כאחת ההצעות המקיפות והחשובות ביותר בהיותה מופנית לכלל המדינות. לקריאה לקידוש האימהות הפיזיולוגית בשל הוודאות בזיהוי האם היולדת ראו: George J. Annas, "Redefining Parenthood and Protecting Embryos: Why We Need New Laws", *14 Hastings Ctr. Rpt.* (1984) 5.

61 ראו למשל תלונתה של השופטת Marianne O. Battani בפסק הדין *Smith v. Jones*, No. 85-53201401 (1986). לביקורת על העיסוק הדל בסוגיות הקשורות בקביעת אימהות, המועצמות בהקשר של תרומת ביצית, ראו: Schiff Reichman (לעיל, הערה 4). מנגד, מלבד הסעיף שהוזכר בהערה הקודמת מה- UPA יש לציין את הסעיף הנוסף המבכר חזקה זו בהקשר של הסכם לנשיאת עוברים תוך קביעת הורות משפטית על יסוד זה לאם הנושאת. ראו למשל: UPA 201(a)(1), 9B U.L.A. 309 (2001). קביעה משפטית זו מיושמת בהקשר של פונדקאות הן מלאה והן חלקית. חזקת אימהות זו, שאינה ניתנת לסתירה, מועדפת ברוב מוחץ במדינות ארצות הברית, למעט בארקנסו ואולי גם בנבדה אם כי גם בשתי מדינות אלו חזקה זו נסתרת אך ורק בהקשר של פונדקאות. ראו למשל את החוק המדינתי במדינת ארקנסו: Ark. Stat. Ann. § 9-10-201 (1991) – לניתוח המודל התועלתני של חוק הפונדקאות במדינה זו בכלל, לרבות סעיף ייחודי זה, ראו: Marla J. Hollandsworth, "Gay Men Creating Families Through Surro-Gay Arrangements: A Paradigm for Reproductive Freedom", *3 Am. U. J. Gender & Law* (1995) 183, pp. 225-228.

להסתמך על חזקת האימהות הקיימת,⁶² ויש להכריע איזה משקל יינתן לכל אחד מתפקידי האימהות השונים – גנטית, פיזיולוגית וחברתית. תת-פרק זה יוקדש לסקירת הטיעונים המבכרים את היסוד הפיזיולוגי⁶³ תוך שהם נדרשים, ראשית דבר, לדחות את היסוד הגנטי. אכן, בין היתר אפשר למצוא ביקורת נוקבת, המושמעת מהזרם הפמיניסטי, שהמצב הנורמטיבי הקיים מבכר את היסוד הגנטי בשל ההטיה המגדרית-פטריארכלית וקידוש שלטונו של הגבר תוך הדרתן של הנשים גם מהליך קביעת ההורות המשפטית.⁶⁴ לדידה של ביקורת זו, הואיל וכמעט כל חלקו של הגבר מתמצה בהליך ההפריה, העדפתו של היסוד הגנטי תחליש את תרומתה העצומה של האישה שנשאה את העובר ברחמה במהלך ההיריון כולו והיא אף שהביאה אותו בסופו של דבר לאוויר העולם. הדברים אמורים על אחת כמה וכמה במקום שבו האם הנושאת תרמה גם את היסוד הגנטי ו/או היא מתעתדת להיות האם החברתית של הילד. לכן היסוד הפיזיולוגי ולא הגנטי הוא האמור לקבוע את האימהות המשפטית. בהקשר זה אפשר למצוא טענות שונות בדבר ההשקעה הרבה שמשקיעה האם הנושאת בעובר: ההשקעה הביולוגית⁶⁵ בסביבת הגידול שהיא מעניקה לילד, המשפיעה

62 על הצורך לזנוח את החזקה המסורתית בהקשר של תרומת ביצית והסכמים לנשיאת עוברים ועל חוסר ההסדרה של סוגיה זו בחקיקה הקיימת ראו: *Andres A. v. Judith N.*, 591 N.Y.S.2d 946, 948 (1992). על קוצר ידה של חזקה זו לפתור סכסוך בנושא הסכם לנשיאת עוברים ראו למשל Stumpf (לעיל, הערה 34) בעמ' 190-192.

63 כמה ועדות מקצועיות סברו שיש להעדיף את היסוד הפיזיולוגי על פני הגנטי. ראו לעניין זה למשל חוות דעת ה- *American College of Obstetricians and Gynecologists, Statement of Policy, Ethical Issues in Surrogate Motherhood* (1983) p. 56; *American Civil Liberties Union, Policy on Surrogate Parenting* (1987) p. 1 בתובנה זו. גם ההסתדרות הרפואית העולמית בהחלטתה משנת 1991 וכן החברה הישראלית לאתיקה רפואית הסיקו שהיולדת היא האם הטבעית והמשפטית כאחד. אך מתבקש מתובנה זו שבכל סכסוך שמתגלה בין האם הנושאת לאם המזמינה ידה של הראשונה תהיה על העליונה. ראו לעניין זה: Edgar Page, "Donation, Surrogacy and Adoption", 2 *J. Applied Phil.* (1985) 162, p. 165 and Social sec., *Rep. of the Comm. of Inquiry into Human Fertilization and Embryology* (1984).

64 הביקורת יוצאת חוצץ כנגד תפיסת האם הנושאת כ"פונדקאית", שם בעל קונוטציה של ארעיות ושוליות, ואף עשויה להיות לו קונוטציה שלילית ביותר. אין לראות בפונדקאות ובהיריון שירות להספקת מוצר אלא מערכת יחסים ייחודית ביותר. ראו לעניין זה, למשל: Barbara Katz Rothman, *Recreating Motherhood* (1989) pp. 44, 97-105; Jeanne Schuler, "Baby M and the Politics of Gender", 74 *Telos* (1987-1988) 238-239; Anne Goodwin, "Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements", 26 *Fam. L.Q.* (1992) 275; John H. Kennell, Klaus & Marshall H., *Maternal-Infant Bonding* (1976) pp. 1-15.

65 ראו לעניין זה: Annas (לעיל, הערה 60); George J. Annas & Sherman Elias, "In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to

רבות על עיצובו הסופי, ובעצם הבאתו לאוויר העולם; ⁶⁶ ההשקעה הפיזיולוגית במהלך תשעת חודשי ההיריון שבהם היא משקיעה את כל תעצומותיה, נוסף על תחושות הכאב, הסבל בייחוד בסיום ההיריון והבאת הילד לעולם. ⁶⁷ לאם הנושאת יש מעין זכות "קניינית" בילד – בשל ההשפעה מרחיקת הלכת שיש לאם הפיזיולוגית על הילד ובשל עצם גידולו במהלך ההיריון נוצר פן מוסרי בעל משמעות העשוי להקנות לה מעין זכות שכזו.

בנוסף, המלומד John L. Hill מונה כמה סיבות מרכזיות מדוע יש לקדש את המודל הפיזיולוגי ומציג טיעונים המקובלים עליו יותר מהטיעונים המצדדים בהורות הגנטית: הקשר הייחודי הנוצר בין אם לילדה – זהו הטיעון השכיח והשנוי ביותר במחלוקת שלפיו נוצר קשר מיוחד לפני הלידה, במהלכה ולאחריה. קיים אינסטינקט אימהי שלפיו האישה חפצה ללדת ולגדל את ילדה ולמצער קשר ייחודי זה נוצר במהלך ההיריון והלידה, ⁶⁸ וקיים תיעוד מדעי לקשר הייחודי הנוצר בין אם ועוברת אף עוד קודם לסיום ההיריון; עקרון טובת הילד – מדינות רבות מכירות בחזקה שטוב לילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, אולי בעיקר אצל אמו הפיזיולוגית. הפרדה בין הילד ליולדת עשויה לגרום לילד נזק בשני משוורים – אבדן היכולת ליצור קשר רגשי אינטימי בעתיד וחוסר ודאות באשר להיסטוריה הגנטית שלו; ההשלכות השליליות מרחיקות הלכת לזניחת/נטישת הילד – טיעון זה גורס שהוצאת הילד מידי אמו-יולדתו ומסירתו אחר לידתו לידי אחר עשויה לגרום נזק קשה ליולדת. כמו כן קיים תיעוד של חוויות האבל שחוות הן אם

-
- Create a Family", 17 *Fam. L. Q.* (1983) 199, pp. 216-217; Jennifer S. Hendricks, "Essentially a Mother", 13 *Wm. & Mary J. Women & L.* (2007) 429
- 66 לסיכום ההיבטים השונים של ההשפעה שיש לאם הנושאת על עוברת ראו למשל Hill (לעיל, הערה 34) בעמ' 400-394; Scott B. Rae, "Parental Rights and the Definition Of Motherhood in Surrogate Motherhood", 3 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* (1994) 219 ובספרות המחקרית, הפסיכולוגית והסוציולוגית הענפה המובאת אצלם.
- 67 ראו לעניין זה: Katharine Bartlett, "Re-expressing Parenthood", 98 *Yale L.J.* (1988) 293, pp. 329-330; Alta R. Charo, "And Baby Makes Three – or Four, or Five, or Six: Redefining the Family after the Reprotech Revolution", 15 *Wis. Women's L.J.* (2000) 231, p. 249 (היריון הוא מיזוג ביולוגי של גוף העובר והאם לאחד הן בכריאות והן ברווחה). לטיעון כי היולדת רכשה את סטטוס ההורות בשל הריונה והלידה ראו: Annette R. Appell, "Virtual Mothers and the Meaning of Parenthood", 34 *U. Mich. J.L. Reform* (2001) 683, p. 691 ובסקירת פסקי דין התומכים (לכל הפחות רעיונית) בתובנה זו המובאים על ידיה בהערה 18.
- 68 הספרות בעניין זה היא עצומה. ראו למשל: Jeffrey Blustein, *Parents and Children: The Ethics of the Family* 142 (1982) (היריון ולידה הם גורמים ישירים ליצירת זיקה אמוציונלי של האם לילד); Note, "Rumpelstiltskin Revisited: The Inalienable Rights of Surrogate Mothers", 99 *Harv. L. Rev.* (1986) 1936, pp. 1950-1951 (הקשרים החברתיים והרגשיים הנוצרים במהלך הלידה יוצרים העדפה ברורה לזכויותיה של האם הנושאת).

שמסרה את ילדה לאימוץ והן אישה שהפילה את עובריה הגם שעדיין לא הספיקה ליצור עמו קשר. החוויות הן של חרדת נטישה, דיפרסיה, טראומות שונות, עקרות משנית, רצון לחפש את הילד וכד'.

מלומדים שונים מצביעים על הכרה ההולכת וצוברת תאוצה של המחוקק ובתי המשפט בעליונותו של היסוד הפיזיולוגי בקביעת ההורות המשפטית. בחקיקה אפשר למצוא כיום בכמה חוקים, כחוקי ההפלה,⁶⁹ חוקי האימוץ⁷⁰ וחוקי הפונדקאות,⁷¹ הכרה נרחבת בזכותה של האם הנושאת גם אם לא תרמה את היסוד הגנטי ו/או החברתי, שהרי היא בעלת ההשפעה הרבה ביותר על עיצוב הילד והבאתו לעולם.

המשמעות של העדפת היסוד הפיזיולוגי על פני כל יסוד אחר באה היטב לידי ביטוי ב"פונדקאות מלאה". בפרקטיקה זו האם הנושאת תורמת את היסוד הפיזיולוגי "בלבד", שכן לא נעשה שימוש בביצית שלה והיא מוסרת את הילד לידי הוריו המזמינים בתום ההיריון. ובכל זאת, מקובל במדינות העולם השונות שאם חפצה היא להותיר את היילוד בחזקתה היא יכולה לפנות לבית המשפט בבקשה שכזו ומבוקשה עשוי להינתן לה. הנימוק לכך נעוץ במרכזיות היסוד הפיזיולוגי, שעליו עמדתי בהרחבה בתת-פרק זה. למען שלמות התמונה יש לציין שגם בארץ אפשר למצוא שינוי הסכם לנשיאת עוברים בידי בית המשפט, בכפוף לסייגים הקבועים בסעיף תחת הכותרת – "חזרת אם נושאת מהסכם". כאשר מתמלאים הסייגים השונים בית המשפט יסדיר את מערכת היחסים כטוב

69 במדינות רבות בעולם לאישה יש זכות בלעדית להחליט בעניין המשך ההיריון והבאתו לכדי גמר. ראו לעניין זה: *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 71 (1976), וכן לאם הנושאת יש זכות קנויה על גופה בהקשר זה, ואי אפשר לענג הסכמה חוזית שתסתור זאת. ראו לעניין זה: UPA 801(f) (2002). לסקירה והערכה של סעיפיו השונים של ה-UPA, לרבות סעיף זה, ראו: John C. Sheldon, "Surrogate Mothers, Gestational Carriers, and a Pragmatic Adaptation of the Uniform Parentage Act of 2000", 53 *Me. L. Rev.* (2001) 523. לחוקתיות ההסדר הקיים כיום בהפלות נדרש בית המשפט העליון של ארצות הברית והסיק שאין פגם חוקתי בהסדר הקיים. ראו על כך: *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). גם בישראל נקבע בפסיקה העליון שלאישה, ולא לבעלה, יש זכות עמידה בלעדית לפני ועדת ההפלות. ראו לעניין זה פסק הדין המנחה בעניין: ע"א 413/80 פלוגית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57; Carmel Shalev, "A Man's Right to be Equal: The Abortion Issue", 18 *Isr. Law Rev.* (1983) 381.

70 יש מדינות שבהן לזוגות לא נשואים יש זכות וטו על מסירת הילד לאימוץ דווקא לאם ולא לאב הגנטי. ראו על כך: *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380, 397 (1979); *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248, 260 n. 16 (1983); *Quilloin v. Walcott*, 434 U.S. 246 (1978).

71 מדינות רבות דוחות על הסף כל הסכם לנשיאת עוברים והוצאת הילד מידי האם הנושאת גם במדינות שבהן מכירים בחוקפו של חוזה זה יש תקופת צינון כדי לאפשר לאם הנושאת לדרוש בעלות על הילד. מדינות אחרות אינן מכירות בהסכמה של האם למסירת הילד עוד לפני הלידה. ראו על כך למשל: U.S. Cong. Office of Technology Assessment (לעיל), הערה 60) בעמ' 281. לרשימת מדינות אלו בארה"ב ראו: Richard F. Storrow, "Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage", 53 *Hastings L.J.* (2002) 597, n. 118.

בעיני תוך שינוי ההסכמות החוזיות הראשוניות שאף עוגנו בהסכם הראשוני. כלומר, לאור הוראות החוק האזרחי אם יתברר שאכן יש מקום להיעתר לבקשת האם הנושאת להותיר את הילד בחזקתה בשל שינוי נסיבות, בית המשפט רשאי לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ומערכת יחסיו עם ההורים המיועדים ו/או עם אחד מהם.⁷²

(ב) אתגרי המודל

ראשית, בכוחו של מודל זה להסדיר אך ורק את תחום קביעת האימהות המשפטית, ואין מדובר בהסדרה גורפת המסדירה גם את תחום קביעת האבהות, שמאז ומעולם הייתה בעיה פרקטית הרבה יותר. כלומר, גם אם כוחו של המודל יפה בהקשר של קביעת האימהות המשפטית, אין בכוחו לפתור את הדילמה הקשה יותר והיא קביעת אבהות משפטית. שנית, לא אחת סברו בתי המשפט שאמנם יש לדבוק בחזקת האימהות, אך לא בשל העדפתו של היסוד הפיזיולוגי אלא הואיל וחזקה זו מגלמת דווקא את היסוד הגנטי, שהוא לדידם צריך להכריע בקביעת הורות משפטית. כלומר, היסוד הפיזיולוגי איננו חזות הכול אלא הוא אינדיקציה בלבד לקיומו של היסוד הגנטי, שהוא הקובע הלכה למעשה את ההורות המשפטית.⁷³

לסיכומם של דברים אבקש לבקר אחד לאחד את הטענות דלעיל: הטיעון בדבר הקשר הייחודי בין הילד והאם – ספקות רבים הוטלו בתובנה זו, ויש אף שהגדירו את קיומו של קשר אינסטינקטיבי בין האם לעובר ללא כוונת האישה לגדלו כספקולטיבית.⁷⁴ בנוסף, קיים חוסר בהירות אמפירי ומחקרי באשר לזמן המדויק שבו נוצר קשר זה. ברור שהיולדת חווה קשר עמוק עם הילד, אך לא ברור אם ועד כמה הוא שונה מהותית מחוויות שאר המשתתפים בטיפולי הפוריות השונים. קיימים ספקות באשר לקשר שנוצר לאחר הלידה אם הוא עצמאי או תלוי-חברה, שהרי קשר שכזה יכול להתפתח גם אצל הורים מאמצים, ואם כן גם ההורים המזמינים עשויים לחוות קשר ייחודי זה עם הילד; עקרון טובת הילד – מחקרים שונים מלמדים שגם הורים מאמצים יוצרים קשר רגשי עמוק עם הילד. לכן אי אפשר לטעון שהיסוד הפיזיולוגי הוא היוצר בהכרח את הקשר הייחודי, אלא ייתכן שדווקא היסוד החברתי עושה זאת. גם הטיעון השני בדבר חשיבות ידיעת ההיסטוריה הגנטית של הילד ניתן להפרכה, שכן ככלל אפשר כיום לספק מידע על

72 ראו על כך: סעיף 13 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד). לדיון בסעדים העומדים לרשות ההורים המזמינים כשהאם התחליפית מפרה את החוזה ומותירה את הילד ברשותה ראו: אלי וילצ'יק, "האם התחליפית", משפטים יז (תשמ"ח) 534, בעמ' 551-557. על האפשרות להכניס תנאי מכללא קוגנטי בחוזה שלפיו לאם הנושאת יש זכות לשנות את דעתה מכל סיבה שהיא ראו שם, בעמ' 556.

73 בכך מאובחנים בפסק דין: (1994) 644 N.E.2d 760, 763 *Belsito v. Clark*, פסקי דין שונים, למשל: (1942) 31 Backes 64, 72 *Gardner v. Hall*; (1942) *Burlington County Welfare Bd. v.* (1983) 458 A.2d 1348 *McClain*, שהשתמשו בחזקת אימהות זו.

74 ראו לעניין זה למשל: (1989) Carmel Shaley, *Birth Power: The Case for Surrogacy*; (1993) Eyer Diane E., *Mother-Infant Bonding: A Scientific Fiction*, pp.120-145.

הפרופיל הגנטי של תורמי הגמטות, הזרע והביצית, וודאי כאשר מדובר במקרה שבו ההורים המזמינים הם גם ההורים הגנטיים, וכך הפרופיל הגנטי של הילד ידוע; זניחת הילד – יש מקום לחקור אמפירית עד כמה השפעות נטענות אלו אינהרנטיות במהלך ההיריון והלידה. שהרי גם ההורים המזמינים שלא יקבלו את ילדם יחוו חוויה קשה ביותר. מה עוד שהאם הנושאת התחייבה בדעה צלולה למסור את הילד. יתר על כן, כאשר האם הנושאת חתמה על החוזה היא התחייבה להעביר "זכות" זו לאחר, ואין היא יכולה לטעון כל טיעון שיצדיק את הותרת הילד בחזקתה.⁷⁵

בנוסף יש לציין כי כמה בתי משפט בארצות הברית אינם מכירים בעדיפותו המכרעת של היסוד הפיזיולוגי, ולא אחת נתפס הוא כמשני ביחס ליסוד הגנטי. באחד מפסקי הדין המנחים בעניין נקבע שהיסוד הפיזיולוגי משני ביחס לגנטי.⁷⁶ כן נקבע בפסק דין מרכזי נוסף, שבמאבק בין תורמת ביצית/אם מזמינה ובין האם הנושאת דווקא לראשונה יש עליונות בתביעתה המשפטית אם כי ייתכן שיש לסייג קביעה זו, הואיל ומסקנה זו נתמכת גם ביסוד ההסכמה, בשל היותה אם מזמינה.⁷⁷

3. מודל המבכר את ההורות החברתית/פונקציונלית/פסיכולוגית

(א) הצגת המודל

המודל הגנטי ו/או המודל הפיזיולוגי רואים בעובדת ההולדה סיבה בלתה אין לקביעת ההורים שהביאו ללידת הילד כהוריו המשפטיים בלא כל קשר לשאלה אם בכלל יקיימו את חובותיהם כלפיו. בשונה מכך, מודל ההורות החברתית אינו רואה בהולדה סיבה מספקת לקביעת הורות משפטית. העניין ייקבע רק בעקבות מילוי התחייבותו של ההורה כלפי ילדו בפועל ומכך ייגזרו גם זכויותיו.⁷⁸ בספרות הפילוסופית-ביו-אתית מאופיינת תפיסת הורות זו, שאותה יש המגדירים כ"הורות תפקידית", כתפיסה הרואה את מהותו של יחס ההורות במסגרת נורמטיבית השוררת בין מבוגר לילד. לכן אפשר למעשה להגדירה כדפוס מסוים של התחייבות. המונח "הורות תפקידית" אינו אלא לשון קצרה לביטוי המסורבל "הורות כהתחייבות תפקידית", כהגדרתו של פרופ' נועם זוהר.⁷⁹

75 לסקירת הטענות השונים המצדדים ביסוד הפיזיולוגי ולסיכומם ולביקורת שהושמעה בעניינים ראו: Hill (לעיל, הערה 34) בעמ' 394-413. בשולי הדברים יוער שלדעת המלומד, הטענה החזקה ביותר היא שלקחת הילד מהאם לאחר הלידה עשויה לגרום לה נזק פסיכולוגי בלתי הפיך.

76 ראו על כך: *Belsito v. Clark* (לעיל, הערה 73) בעמ' 767.

77 ראו לעניין זה: *Johnson v. Calvert* (לעיל, הערה 34).

78 ראו לעניין זה: Onora O'Neill, "Begetting, Bearing, and Rearing", in *Having Children: Philosophical and Legal Reflections on Parenthood* (Onora O'Neill & W. Ruddick – eds. 1979) 2, pp. 6-7.

79 ראו על כך, זוהר (לעיל, הערה 37) בעמ' 30.

כידוע, הנורמות המוסריות המהוות את יחס ההורות כוללות זכויות וחובות הדדיות, וכבר האריך ג'ון לוק כי כל "זכויותיו" של ההורה נובעות רק ממילוי חובותיו. לכן רק לאחר שתוצדק הקביעה שמבוגר מסוים מחויב כלפי ילד כהורה ינבע מכך ששורר ביניהם יחס הורות, על הזכויות הנגזרות מכך.⁸⁰ כך מגדיר פרופ' נועם זוהר מודל זה: "ההשקפה שעל פיה מקבל מבוגר על עצמו את תפקיד ההורה כלפי ילד מסוים, והרואה משמעות מוסרית בקבלה כזאת אם ורק אם נתמלאו בה התנאים הנאותים להתחייבות תקיפה (בהנחת אוטונומיה אישית) – תיקרא הורות תפקידית".⁸¹ ד"ר ורדית רביצקי⁸² ביקשה להשתית מודל זה על כמה תמות משנה – טיעון ההשקעה, האינטימיות, הנזק הרגשי, ההרמוניה והרחבת הזהות – כאשר היבטים מסוימים של טיעונים אלו עשויים להיות חופפים או משיקים.

את תפיסת ההורות לא רק כביולוגית אלא גם כתפקידית אפשר למצוא במובהק על דרך השלילה בקביעות השיפוטיות הרווחות במדינות רבות, שלפיהן אין לראות ביסוד הגנטי ובהורות המשפטית הנגזרת ממנו חזות הכול. לפיכך אם הורה לא ימלא את חובתו כלפי ילדו, עשוי הוא לאבד את הורותו המשפטית.⁸³ בספרות המשפטית אפשר למצוא תימוכין למודל זה גם על דרך החיוב תוך הכרה במעמדו של ההורה החברתי, הן לאור היחלשות סטטוס הנישואים,⁸⁴ הן לאור עקרון טובת הילד⁸⁵ והן לאור הצורך בהגנה על הסתמכותו של הטוען להורות וזכויותיו כמי שפיתח מערכת יחסים משמעותית עם הילד.⁸⁶

80 ראו לעניין זה: ג'ון לוק, על הממשל המדיני: המסכת השניה (יוסף אור מתרגם, 1973) בעמ' 48. לדין בדעת לוק ראו: David P. Ellerman, "On the Labor Theory of Property", 16 *Phil. F.* (1985) 293; זוהר (לעיל, הערה 37) בעמ' 28-29; רביצקי (לעיל, הערה 39) בעמ' 58.

81 זוהר (לעיל, הערה 37) בעמ' 30.

82 רביצקי (לעיל, הערה 39) בעמ' 79-98.

83 ראו למשל הקביעות הבאות, שעלו בפסקי הדין המנחים בעניין זה: *Caban v. Mohammed* (לעיל, הערה 70); *Lehr v. Robertson* (לעיל, הערה 70) בעמ' 260. לקביעה דומה המצוטטת רבות בהקשר זה ראו: *Tuan Troxel v. Granville* 120 S.Ct. 2054, 2072 (2000); *Anh Nguyen v. I.N.S.*, 121 S.Ct. 2053, 2062 (2001) (היסוד הביולוגי אינו חזות הכול בקביעת הורות משפטית).

84 ראו לעניין זה: Bartlett (לעיל, הערה 16).

85 זהו הטיעון המרכזי המצדד בצורך בהכרה במודל זה. הואיל ובטווח הנראה לעין לא צפוי כל שינוי חקיקתי בהכרה בדפוסי המשפחה החדשים, הדרך המרכזית להכיר, לעת עתה, בטובת הילד ובשימור הקשר שפיתח עם הטוען להורות עליו הוא באמצעות דוקטרינות אלו. ראו למשל: Bryce Levine, "Divorce and the Modern Family: Providing In Loco Parentis Stepparents Standing to Sue for Custody of Their Stepchildren in a Note," 25 *Hofstra L. Rev.* (1996) 315; למסקנה דומה ראו: "Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of Family", 104 *Harv. L. Rev.* (1991) 1640.

86 ראו הנמקתה הכפולה של פרופ' Nancy D. Polikoff (להלן, הערה 95).

פרקטית, היישום המשפטי המקובל והשכיח ביותר סוציולוגית למודל זה הוא מוסד המשפחות האומנות והמשפחות המאמצות, מוסדות שאף שלא היו קיימים ב־ Common Law,⁸⁷ הם מוכרים מימים ימימה. אף כיום במערכות המשפט השונות הורים לא גנטיים שאימצו ילד רואים בו את ילדם לכל דבר ועניין, על צבר הזכויות והחובות הנובעות מכך. יש מלומדים שאף הגדירו כאמור מוסדות אלו כניצחון ההורות החברתית על פני זו הביולוגית.⁸⁸

את התשתית להכרה בהורות החברתית אפשר לתלות בספר המנחה בתחום: Beyond the Best Interests of the Child,⁸⁹ אשר היה הראשון לבסס את חשיבות ההורות החברתית בצדה של ההורות המסורתית. על פי הנחת העבודה המרכזית של מודל זה יש להעניק הורות משפטית להורה אשר תקופה ארוכה ובדרך קבע פעל כהורה של הילד וראה עצמו כזה. זאת גם אם יש לנתק לשם כך את הקשרים המשפטיים הקודמים שבין הילד ובין משפחתו הגנטית. כי הילד זקוק בין היתר למערכת יחסים קבועה ויציבה עם מבוגר שכבר מטפל בו.⁹⁰

חוקרים שונים הצביעו על הליך התעצמות ההכרה בהורות החברתית הן של המחוקקים⁹¹ והן של פסיקות בתי המשפט.⁹² למשל, בספרות המחקר של היום אפשר

87 לקביעה הראשונה ראו למשל פסק דין *Smith v. Organization of Foster Families For Equality and Reform*, 431 U.S. 816, 845-846 (1977). לקביעה השנייה ראו למשל: Irving J. Sloan, *The Law of Adoption and Surrogate Parenting* (1988) pp. 5-10 עניין זה: Hill (לעיל, הערה 34) בעמ' 354.

88 ראו למשל: Brie S. Rogers, "The Presumption of Paternity in Child Support Cases: A Triumph of Law Over Biology", 70 *U. Cin. L. Rev.* (2002) 1151 (39) בעמ' 59.

89 Joseph Goldstein et al., *Beyond the Best Interests of the Child* (1973) pp. 17-20 מפסקי הדין הראשונים שעשה שימוש מקיף במחקר זה ראו למשל: *Montgomery County Dept. of Social Services v. Sanders*, 38 Md.App. 406 (1977). על חשיבותו העצומה של מחקר זה, שהתקבל כמעט ללא כל עוררין, ועל היותו המשפיע ביותר בתחום של קביעת משמורת ילדים ראו: Peggy C. Davis, "'There is a Book Out': An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts", 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 1539.

90 מלומדים רבים צעדו בדרך זו וקראו להשתית גם – ואולי בעיקר – את קביעת האבהות המשפטית כנגזרת של תפקודו בפועל של גבר זה כמי שגידל את הילד, טיפח אותו וכלכל אותו. ראו לעניין זה: Nancy E. Dowd, "The 2005 Randolph W. Thrower Symposium: Families in the 21st Century: Changing Dynamics, Institutions, and Policies: Article: Fathers and the Supreme Court: Founding Fathers and Nurturing Fathers", 54 *Emory L.J.* (2005) 1271, pp. 1309-1333.

91 ראו למשל ההצעות החקיקתיות החשובות בארצות הברית, כפי שאפשר למצוא כבר בנרסת ה-U.P.A המקורית משנת 1973, שם הוכרו כמה דרכים לקביעת אבהות משפטית נוסף על הדוקטרינות הקיימות השונות, וזאת באמצעות קביעה שיפוטית לאור המודל דנן. לגרסה המעודכנת ראו: U.P.A § 201(a), 9B U.L.A. (amended 2002). באופן דומה יכול גבר לרכוש הורות משפטית מכוח המודל החברתי. ראו לעניין זה: U.P.A § 204(a)(5) (amended 2002), 9B U.L.A. 311 (Supp. 2004).

גם בארץ אפשר למצוא מגמה של זניחת הזיקה למבנה המשפחה וההורות המסורתית לטובת הכרה הולכת ומתעצמת בזכויות פרטים שונים המבקשים להכיר בהם לא מכוח הזיקה הטבעית-גנטית אל הילד ולא מכוח סטטוס הנישואים אלא דווקא מכוח היסוד החברתי. אפשר למצוא בין היתר את יישומו של מודל זה בהקשרים האלה: הכרה הולכת וגוברת בזכויות הורי ההורים, סבא וסבתא, לקשר עם נכדיהם, זכות המכרסמת ישירות בזכויות הטבעיות של ההורה השני;⁹⁸ בזכות הורה מאמץ, הורה במשפחה אומנת והורה חורג; הכרה בזכויות הוריות הולכות ומשתוות של בני זוג חד-מיניים, כהכרה בתוקפו של צו אימוץ שניתן בחו"ל לשתי בנות זוג וזכותן להירשם במרשם האוכלוסין כשתי אימהות משפטיות ואף אישורו של אימוץ צולב של ילדי בנות זוג לסביות.⁹⁹ כמן כן נקבע לאחרונה באופן תקדימי, שכמו בהלכת ירוס-חקק גם בני זוג הומואים יכולים לאמץ האחד את ילדי בן זוגו, אם הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הילד.¹⁰⁰

96 ואכן, בשל ההכרה ההולכת ומתעצמת בהורות החברתית זכו אלו להכרה הולכת וגוברת בזכות העמידה שלהם לקבל זכויות שונות בילד, כזכויות משמורת וביקור. ראו לעניין זה בפסקי הדין האלה: *Smith v. Org. of Foster Families* (לעיל, הערה 87). (בית המשפט העליון הכיר באינטרס החירות שלו וזכויות משפחות אומנות בשימור מערכת היחסים שיצרו עם הילד שאותו הן אומנות); *Rideout v. Riendeau*, 761 A.2d 291 (2000) (כאשר הורי ההורים פעלו כהורים של הילד למשך תקופת זמן ארוכה, החוק (Grandparents Visitation Act) המעניק להם זכויות ביקור הוא הולם וחוקתי).

97 ראו לעניין זה: איילת בלכר-פריגת, "על זכויות, גבולות ומשפחה", עיוני משפט כז (תשס"ג) 539.

98 לסקירת מעמדם של הסבים והסבתות בהליכי משמורת וזכויות ביקור עם הילד ראו בסקירה העדכנית הזאת: ישראל דורון וגליה לינציץ, "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם", משפחה במשפט ב (תשס"ט) 147.

99 ראו על כך בהתאמה: בג"ץ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368; ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64. על חידושה זה של הפסיקה ועל סקירת ההתפתחות הכללית בהכרה בזכויותיהם ההוריות של הזוגות החד-מיניים ראו: עומרי גולדשטיין וורד שפילמן, "אמא יש רק אחת? – בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה", הארת דין ב(2) (תשס"ה) 92. בעיתונות הכתובה בארץ נכתב לאחרונה שמאז חידושו הפסיקתי זה של אהרון ברק משנת 2006 ניתנו לא פחות מכ-25 אישורים נוספים לאימוץ צולב של בני זוג חד-מיניים.

100 ראו על כך: אמ"צ (משפחה ת"א) 58/07 שביט שדיב נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם). על הקשר שבין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות החד-מינית שבה גדלים הילדים בכלל ובזוגיות ההומואית בפרט ראו בהתאמה: צבי טריגר, "משפחות חורגות ורישיון הורות: מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה", המשפט 22 (2006) 44; חנן גולדשמיט, "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראל" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני", המשפט 7 (2002) 217; חנן גולדשמיט, "אימוץ, ידועים בציבור והומוסקסואליות: השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני", המשפט 12 (2001) 34-43, 93-95.

(ב) אתגרי המודל

ראשית, יש לשאול אם בכלל יש בכוחו של מודל זה להעניק לכתחילה סטטוס מלא של הורות משפטית או שמא כל עניינו להצדיק בדיעבד את המצב הקיים, שבו אדם נהנה זה כבר מזכויות מסוימות בילד, בעיקר זכויות ביקור.¹⁰¹ יש הטוענים שהתיקון הארבעה-עשר לחוקה כמו בתי המשפט בארצות הברית מכירים זה כבר במדרג ברור של סטטוס הורות שונה, ולכן למשל הורות מכוח דוקטרינת ה-De Facto Parent, שמשמעה הכרה ברמה מסוימת של הורות משפטית בשל הורות בפועל גם אם אין כל זיקה אחרת של פרט זה לילד למשל, יכולה לקבל הכרה במדרג נמוך הרבה יותר מסטטוס הורות מלא. ואכן אפשר למצוא רטוריקה של פסיקות בתי משפט שונים שבהן נעשה שימוש, לכל הפחות בעניין ה-In loco parentis, במונח "סטטוס".¹⁰²

שנית, כבכל עשיית שימוש במודל פונקציונלי (Functionalism) יש לשאול מהי מידת הדמיון שאותה תבקש ההסדרה הרגולטורית לדרוש כדי להכיר בה כאקוויוולנטית להורה משפטי לכל דבר ועניין.¹⁰³ הקושי מתחדד אם נראה במודל זה מודל המבקש בין היתר לבצר את טובת הילד. מי מוסמך להגדיר מאימתי יוגדר אדם כהורה משפטי של ילד? שהרי אם עצמת הקשר הקיים בין אדם המתיימר להיות הורה של ילד ובין הילד היא הקובעת משפטית, הרי לא עצמת מערכת יחסים אחת כעצמת מערכת יחסים אחרת, בדומה לקושי שנעלה בסמוך באשר למודל המבכר את טובת הילד.

שלישית, גם ניסיון לתמוך מודל זה בתוצאות מחקרים אמפיריים בשדות מחקר לבר-משפטיים נועד מראש לכישלון. זאת בשל המטען הרב שיש בסוגיית פריצת גבולות המשפחה ה"מסורתית", לכן קשה אפילו להסכים על תוצאות אמפיריות שכאלו,¹⁰⁴ מה עוד שהתובנות מתחום הפסיכולוגיה דינמיות, והתובנות של היום לא בהכרח יהיו התובנות של מחר.

רביעית, גם אם נגרוס שמודל זה יונק בין היתר מהרצון לשמר את זכויותיו של הפרט הטוען להורות על הילד ואת הסתמכותו על כך שפעולותיו יזכו אותו בסטטוס ההורות,

101 ראו לעניין זה: Jacobs, "Applying Intent-Based" (לעיל, הערה 92) בעמ' 436. באופן דומה, גם פרופ' Polikoff (לעיל, הערה 95) בעמ' 521, קוראת להרחיב את השימוש בדוקטרינת ה-In loco parentis לא רק להורים חורגים אלא גם לזוגיות לסבית.

102 לביסוסו של טיעון זה ולסקירת הפסיקה שבה ניתן למצוא רטוריקה זו מוקדש מאמרו של: Adam K. Ake, "Unequal Rights: The Fourteenth Amendment and De Facto Parentage", 81 Wash. L. Rev. (2006) 787, pp. 790-804.

103 על הקושי הכללי בעניין הפונקציונליזם ועל היתרונות של הסדרת יחסי הורים וילדים באמצעות מודל זה בהשוואה להסדרת יחסי זוגיות ראו לעניין זה: Looking for a Family Resemblance (לעיל, הערה 85).

104 כפי שהדבר מנוסח בכותרת המאמר הזה: (How) Judith Stacey & Timothy J. Biblarz, "Does the Sexual Orientation of Parents Matter?", 66 Am. Soc. Rev. (2001) 159. לעניין זה ראו: Leah C. Battaglioli, "Modified Best Interest Standard: How States against Same-Sex Unions Should Adjudicate Child Custody and Visitation Disputes between Same-Sex Couples", 54 Cath. U.L. Rev. (2005) 1235, pp. 1265-1266 n. 183-184.

לא אחת הדבר בא על חשבון שלילת ההורות המשפטית של הורה ביולוגי. בין ששלילת ההורות הביולוגית נדרשת מפורשות כתנאי מקדמי לביסוס הורות חברתית של אחר ובין שהיא תוצאה נלווית בלבד, יש חשש לחדירה שלא כדין למתחם הביתי ולפגיעה בזכויות ההורה הביולוגי, שעשוי אף לטעון לפגיעה בזכויותיו החוקתיות.¹⁰⁵ חמישית, יש חשש שבשל שימוש מופרז ולא זהיר במודל זה נהיה צפויים למה שכבר זכה במחקר לכינוי "אינפלציה הורית" (parent inflatio).¹⁰⁶ כך, במקום שנשמר את הייחודיות שיש במערכת היחסים של הורה וילדו, נהיה צפויים לשטף של תביעות וסכסוכים בעניין זה, דבר שוודאי אינו עולה בקנה אחד עם טובת הילד. שישית, יש לציין את הביקורת של הקטבים השמרניים, החוששים לכל פריצה אפשרית של גבולות המשפחה ה"מסורתית". אשר על כן בראש ובראשונה מקדשים הם מערכה כנגד הכרה במודל זה, שהוא לדידם דרך המלך במתן לגיטימציה להכרה בזוגיות חד-מינית וחד-הורית שאינה עולה, לטענתם, בקנה אחד עם המבנה המשפחתי ה"מסורתי".

4. מודל המבכר את עקרון טובת הילד

(א) הצגת המודל

מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה הוא התעצמותו של עקרון טובת הילד בשיח המשפטי, האקדמי והפסיקתי כאחד. נושא זה, שהוקדשו לו מאות מאמרים ועשרות ספרים,¹⁰⁷ חולש זה כמה עשרות שנים על ענפיהם השונים של דיני הורים וילדים – החלטות שונות בענייני משמורת,¹⁰⁸ אימוץ,¹⁰⁹ קריאת שם הילד,¹¹⁰ תביעת אבהות¹¹¹

¹⁰⁵ להצגה חדה של טיעון זה ראו לאחרונה: Ake (לעיל, הערה 102).

¹⁰⁶ אינפלציה הורית היא החשש מפני ריבוי הורים לילד מעבר למקובל במבנה המשפחה הביולוגי-נורמטיבי, שבו יש לכל ילד אם אחת ואב אחד. ראו לעניין זה ביתר הרחבה: David M. Wagner, "Balancing 'Parents Are' and 'Parents Do' in the Supreme Court's Constitutionalized Family Law: Some Implications for the ALI Proposals on De Facto Parenthood", 2001 *BYU L. Rev.* (2001) 1175.

¹⁰⁷ בין המאמרים הרבים העוסקים בעקרון זה ראו למשל: Janet L. Dolgin, "Suffer the Children: Nostalgia, Contradiction and the New Reproductive Technologies", 28 *Ariz. All Our Families: New Policies for a* ; Bartlett ; *St. L.J.* (1996) 473 (לעיל, הערה 16); *New Century* (Mary A. Mason, Arlene Skolnick & Stephen D. Sugarman – ed., 1998) 236.

¹⁰⁸ ראו למשל: Eric P. Salthe, "Would Abolishing the Natural Parent Preference in Custody Disputes be in Everyone's Best Interest?", 29 *J. Fam. L.* (1991) 539.

¹⁰⁹ ראו לעניין זה: Barbara B. Woodhouse, "'Are you my Mother?': Conceptualizing Children's Identity Rights in Transracial Adoptions", 2 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (1995) 107.

ולחלופין הפסקת הכרה וולונטרית של גבר בילד כילדו המשפטי¹¹² ועוד. לאחרונה ביקש פרופ' שחר ליפשיץ לבסס במחקריו השונים את חשיבותו של עיקרון זה הצריך להשתרע לדידו כעיקרון מנחה גם על דיני הזוגיות.¹¹³ גם בארץ אפשר למצוא שפע של כתיבה מחקרית ופסיקה של בתי המשפט העומדים על מרכזיותו של עיקרון זה בדילמות השונות הקשורות ביחסי הורים וילדים. כך הוכרה טובת הילד כדוקטרינה מרכזית החולשת על הסדרת סכסוכים שונים בדיני הורים וילדים, הן במשפט האזרחי והן בהלכה היהודית,¹¹⁴ כקביעת משמורת ההורים, כאימוץ ועוד.¹¹⁵

110 ראו על כך: William D. Palmer, "Family Law: Determining the Best Interest of the Child: The Resolution of Name Disputes in Paternity Actions", 73 Fla. Bar J. (1999) 62.

111 ראו לעניין זה: UPA § 13(a) (1973), הקובע שעקרון טובת הילד הוא פקטור בכל הליך של שימוע המתקיים בקדם-משפט שלפני תביעת אבהות, הובא אצל Cacioppo, המובאת בהערה שבסמוך, בעמ' 499 הערה 142.

112 ראו לעניין זה: Jayna M. Cacioppo, "Voluntary Acknowledgments of Paternity: Should Biology Play a Role in Determining Who Can Be a Legal Father?", 38 Ind. L. Rev. 479 (2005) (עקרון טובת הילד משמש הן לצד המבקש לקבוע את אבהותו והן לצד המבקש להשתחרר מאבהותו). עוד לכל עניין זה ראו: Paula Roberts, "Biology and Beyond: The Case for Passage of the New Uniform Parentage Act", 35 Fam. L.Q. (2000) 41, p. 53.

113 גם בהקשר מודרני זה ראו במחקריו השונים: שחר ליפשיץ, הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (עבודת חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, 2002), 186, 343-344, 364 הערה 29-30, 408 הערה 235-236, 410-411, 477 וביתר הרחבה במאמר שהקדיש לנושא זה: Shahar Lifshitz, "The Best Interests of the Child and Spousal Laws", *The Case for the Child: Towards a New Agenda* (Yair Ronen & Charles W. Greenbaum – eds., 2008) 45. Ronen & Charles W. Greenbaum – eds., 2008) 45. בשולי הדברים יוער שקריאה מעין זו להעדפתה של טובת הילד בכל שאלה של חלוקת רכוש בגירושין קיימת כבר לפני למעלה משני עשורים במאמר הזה: Mary A. Glendon, "Symposium: Family Law: Family Law Reform in the 1980's", 44 La. L. Rev. (1984) 1553, pp. 1558-1565.

114 על היחס שבין טובת הילד ושיקולים דתיים שונים ראו: פינחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) בעמ' 241-253; להשוואה בין טובת הילד בבתי המשפט האזרחיים לזו שבבתי הדין הרבניים ראו: יחיאל ש' קפלן, "טובת הילד בישראל – בין קודש לחול", ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו (אהרן ברק ואח' – עורכים, תשס"ו) 427. לפקפוק במרכזיותה של טובת הילד בהלכה היהודית בהקשר של סכסוכי משמורת ראו: ישראל צ' גילת, "כלום טובת הילד הוא שיקול-על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?", מחקרי משפט ח (1990) 297.

115 לסקירת התעצמות טובת הילד ראו: כהנא (לעיל, הערה 18) בעמ' 38-42, 77-81. לדין ראשוני במקומה של טובת הילד בקביעת משמורתו ראו: אבנר ח' שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד", עיוני משפט י(1) (תשמ"ד-תשמ"ה) 5, בעמ' 14-23. לעמידה על טובת הילד וחשיבותו שיתופו בקביעת משמורתו ראו: יאיר רונן, שיתוף הילד בקביעת משמורתו (1997); על משמעות המושג "טובת הילד" בהקשר של אימוץ קטינים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסיקה בית המשפט

עליית עיקרון זה מתוארכת למאה התשע-עשרה. יש הרואים במודל שווינוני וא-מגדרי זה תגובת נגד לתפיסה המסורתית של הילדים כרכוש הוריהם ולתפיסות המגדריות השונות שלעתים העדיפו את השמת הילדים אצל אביהם ובתקופה מאוחרת יותר דווקא אצל אימהותיהם.¹¹⁶ מודל זה שלט בכיפה כמה עשרות שנים, ונראה שרוב המדינות השתמשו בו תדיר לקביעת ההורה המשמורן שיקבל חזקה על הילד בשל טובתו של האחרון, עד אשר עיקרון זה ספג ביקורות נוקבות שונות, שעליהן אעמוד בהרחבה בסמוך. יודגש, התבונה של מרכזיות הילד, טובתו וזכויותיו כדמות מרכזית בתא המשפחתי זכתה לתחייה פעמיים נוספות – אחת בכתיבתה של פרופ' פיינמן (Fineman), שקראה לזנוח את יחסי הזוגיות כבסיס לתא המשפחתי ולהשתיתו על גידול הילד והדאגה לרווחתו, בעיקר זו הבאה לידי ביטוי באהבת אם לילדה,¹¹⁷ והשנייה בכתיבתה של פרופ' וודהאוס (Woodhouse), שאף היא הניחה את היסודות למחלצותיו החדשות של עיקרון זה בשם – Child-Centered Approach (Model).¹¹⁸

יודגש כי עקרון טובת הילד עשוי להשתנות מחברה לחברה, ואף באותה חברה מתקופה אחת לתקופה אחרת. שיטות משפט מסוימות ביקשו לקבוע אמות מידה שונות ומגוונות שעל פיהן יוכל בית המשפט הדן בעניינו של ילד לקבוע את טובתו ביתר קלות. דוגמה לניסיון לקביעת אמות מידה אלו אפשר למצוא בארץ ברוח הביניים של ועדת

העליון, ראו: מירה ברקאי ומילי מאסס, משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ ילדים (1998) בעמ' 20-24, 179-282. לטענתו הנזכרת של פרופ' ליפשיץ ראו, לאחרונה, שחר ליפשיץ, "יחסי משפחה וממון – אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון", חוקים א (2009) 227, בעמ' 306-310.

116 ראו לעניין זה: Julie E. Artis, "Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine", 38 *Law & Soc'y Rev.* (2004) 769.

117 ראו לעניין זה בספרה: Martha A. Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family, and other Twentieth Century Tragedies* (1995).

בהרצאה ראו: Jeffrey Evans & Michael Grossberg, "Roundtable: Opportunities for and Limitations of Private Ordering in Family Law", 73 *Ind. L.J.* (1998) 535, pp. 540-543.

Linda J. Lacey, "Book Review: As American as Parenthood and Apple Pie: Neutered Mothers, Breadwinning Fathers, And Welfare Rhetoric", 82 *Cornell L. Rev.* (1996) 79, pp. 103-106; Zachary A. Kramer, "Same-Sex Marriage: Exclusionary Equality and the Case for Same-Sex Families: A Reworking of Martha Fineman's Re-Visioned Family Law", 2 *Seattle J. Soc. Just.* (2004) 505, pp. 511-513.

118 ראו לעניין זה: Barbara Woodhouse, "Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights", 14 *Cardozo L. Rev.* (1992-1993) 1747, p. 1812; Gilbert A. Holmes, "The Extended Family System In The Black Community: A Child-Centered Model For Adoption Policy", 68 *TMLR* (1995) 1649.

(107) בעמ' 11-3.

שניט, העתיד להיות מאושרר ככל הנראה ברוח הסופי של הוועדה. במסגרת זו אפשר למצוא בסעיף 9(ב)6 בהצעה לתיקון פרק ב' של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות רשימה של עניינים שעל השופט המבקש לקבוע את טובת הילד להביאם בחשבון.¹¹⁹ אולם למיטב ידיעתי חלק בעייתי מרכזי בישימותו של מודל זה הוא היותו אמורפי ומשתנה ממקרה למקרה ואף משופט לשופט, ולפיכך קשה מאוד להסכים על אמות מידה מסוימות שעל פיהן תיקבע קביעה כה קשה להכרעה שיפוטית.

לאחרונה דיונים אקדמיים שונים עוסקים יותר ויותר בשאלת יישומו של מודל זה בהקשר של קביעת הורות עובר ללידת הילד או בסמוך לה. בהקשר זה קיימים דיונים מקדמיים שונים בשאלות כגון אלה: האם ההורים המזמינים יהיו בהכרח הורים טובים יותר לילד? האם אכיפתו של הסכם לנשיאת עוברים על האם הנושאת המבקשת להותיר את הילד בחזקתה עולה בקנה אחד עם טובת הילד? על המסתעף מדיון זה.¹²⁰ אך גם לגופם של דברים, מלומדים רבים¹²¹ וגם כמה פסיקות של בתי המשפט¹²² עומדים על היתרונות העשויים לצמוח מעשיית שימוש בדוקטרינה זו גם בהקשר זה תוך טענה לביצורה של טובת הילד, לא אחת כבר עובר ללידתו.

119 על כך ראו: דוח הביניים של ועדת שניט בעמ' 38–39, ניתן לצפייה באתר: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2.E/10149/dochShnit3.pdf>

120 ראו למשל: Irma S. Russell, "Within the Best Interests of the Child: The Factor of Parental Status in Custody Disputes Arising from Surrogacy Contracts", 27 *J. Fam. L. Lucy S.* (1988-1989) 585, pp. 620-627 (דיון במתח הקיים בין שני יסודות אלו); McGough & Lawrence M. Shindell, "Coming of Age: The Best Interest of the Child Standard in Parent-Third Party Custody Disputes", 27 *Emory L.J.* (1978) 209, pp. 212-214, 230-244. כן ראו בפסק דין *McDonald v. McDonald*, 608 N.Y.S.2d 477, 480. שם נקבע בדעת הרוב, בדומה להלכת *Johnson v. Calvert* (לעיל, הערה 34) (1994), n. 2, שם נקבע בדעת הרוב, בדומה להלכת *Johnson v. Calvert* (לעיל, הערה 34) שיש להעדיף את יסוד הכוונה על פני עקרון טובת הילד והאם, ולפיכך האם המזמינה שהתכוונה לגדל את הילד היא האם החוקית, ולא האם הנושאת שבאה, כביכול בשם טובת הילד.

121 ראו לעניין זה למשל: Hurwitz (לעיל, הערה 34) בעמ' 169-179 (עקרון טובת הילד אמור להוביל בהליכי קביעת אימהות משפטית בסכסוכים על הסכמים לנשיאת עוברים).

122 ראו לעניין זה למשל הסכמתו של בית המשפט להכריע לאור עקרון טובת הילד בפסק דין *María Gil de Lamadrid*, A.C. v. C.B., 829 P.2d 660 (N.M. 1992). עוד לעניין זה ראו: "Expanding the Definition of Family: A Universal Issue", 8 *Berkeley Women's L.J.* (1993) 170, pp. 175-177; דעת המיעוט סברה בפסק דין *Johnson v. Calvert* (לעיל, הערה 34) בעמ' 797-798, שכל עוד אין חקיקה מפורשת בעניין, יש ללכת בעקבות עקרון טובת הילד בפתיחת סכסוכים בנושא קביעת הורות. על מקומו של עיקרון זה בפסקי דין נכתב המאמר הזה: Douglas S. Irwin, "Maternity Blues: What About the Best Interests of the Child in *Johnson v. Calvert*?", 24 *Sw. U. L. Rev.* (1995) 1277.

(כ) אתגרי המודל

כאורך ימיה של דוקטרינה זו כן אורך ימי הביקורת שנמתחה עליה. ראשית, יש להעלות קושי מקדמי, שכן כידוע נטען שעיקרון זה הוא אמביוולנטי וקשה להגדרה, לכל היותר,¹²³ ומניפולטיבי לכל הפחות,¹²⁴ בשל היותו תלוי בתפיסת העולם שאותה השופט או החוקר המשתמש בו מבקש לקדם. שנית, בדילמת קביעת ההורות המשפטית כמעט כל מודל המוצע בספרות המחקר טוען, בשל חשיבותו של המודל דנן, שהוא ולא אחר מקדם את טובתו של הילד.¹²⁵ כיצד יש להכריע למשל בדילמה של קביעת אימהותה המשפטית של האם הנושאת בשל היסוד הפיזיולוגי כנגד קביעת אבהותה המשפטית של האב המזמין בשל היסוד הגנטי ו/או יסוד ההסכמה?

שלישית, לגופו של טיעון יש שהגדירו עיקרון זה כ"ידוע לשמצה" בשל התשתית שהוא מניח להנחות וסטראוטיפים מגדריים, כהעדפתה של משמורת האם בשל הקשר בינה לבין ילדה, החזק מן הקשר שבין הילד לאביו, או לחלופין העדפת האב בשל יכולתו הכלכלית הטובה מזו של האם. יש הרואים בדוקטרינה זו חדירה לא ראוייה של המדינה למרקם המשפחתי תוך עשיית שימוש בתובנות פטרנליסטיות; מלומדים ומחקרים שונים מלמדים שכפיית הורות על הורה שאינו חפץ בכך, כביכול בשם טובת הילד, רק גורמת נזק לילד וליחסיו עם הורה זה שאינו חפץ כלל בהורותו.¹²⁶ פרופ' פנחס שיפמן סבור

123 ראו מאמריהם המנחים של: David L. Chambers, "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce", 83 *Mich. L. Rev.* (1984) 477, pp. 480-485; Robert Mnookin, "Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", 39 *Law & Contemp. Probs.* (1975) 226, pp. 255-262, 257-261 (מתאר את העיקרון של טובת הילד כדוגמה קיצונית של אי-בהירות וכן דן בקושי בקביעה משפטית ברורה בעניין). עד כמה הייתה ביקורתו של Mnookin עצמתית, ולהצעתם של מודלים חלופיים לעקרון טובת הילד ראו למשל: Jon Elster, "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child", 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987) 1, pp. 16-21.

124 ראו לעניין זה למשל: Jehnna I. Hanan, "The Best Interest of the Child: Eliminating Discrimination in the Screening of Adoptive Parents", 27 *Golden Gate U. L. Rev.* (1997) 167.

125 לא מעט מלומדים רואים בהעדפתו של סטטוס הנישואים יישום של טובת הילד. ראו Bradford Wilcox & Robin F. Wilson, "Reforming Parentage Laws: Bringing up Baby: Adoption, Marriage, and the Best Interests of the Child", 14 *Wm. & Mary Bill of Rts. J.* (2006) 843. בנוסף, לא אחת מוצאים שיתופם של שני מודלים שנעשה כדי לדחות מודל מוצע אחר – כביכורו של סטטוס הנישואים המסורתי בתוספת לעקרון טובת הילד, כדי לדחות את המודל הגנטי וכד'. על האיזון הראוי שבין המודל הגנטי והעדפתו של סטטוס הנישואים מחד גיסא ועקרון טובת הילד מאידך גיסא ראו: June Carbone & Naomi Cahn, "Which Ties Bind? Redefining the Parent-Child Relationship in an Age of Genetic Certainty", 11 *Wm. & Mary Bill of Rts. J.* (2003) 1011.

126 ראו על כך במחקריה השונים של Sara McLanahan ובייחוד במחקרה הזה: Sara McLanahan et al., "Child-Support Enforcement and Child Well-Being: Greater Security or Greater Conflict", in *Child Support and Child Well-Being* (Irwin Garfinkel

שתפיסה הרואה בעקרון טובת הילד חזות הכול ומתעלמת מכל שיקול אחר היא פשטנית ומלאכותית מדי, שכן הנושא מורכב וסבוך הרבה יותר.¹²⁷

5. מודל המבכר את סטטוס הנישואים

(א) הצגת המודל

חזקה משפטית זו נתפסת כמרכזית וחשובה ביותר בדיני המשפחה בכלל ובהליכי קביעת ההורות המשפטית בפרט. בשל חוסר היכולת המדעית לקבוע בוודאות מיהו אביו של הילד ובשל הרצון העז של המערכת המשפטית להטיל סטטוס הורות על גבר מזוהה, במשך מאות בשנים קידשה המערכת המשפטית חזקה זו. שופטים שונים הגדירו חזקה זו כאחת החזקות ביותר במשפט המקובל ואחת החזקות ביותר הידועות לחוק.¹²⁸ יסודותיה של חזקה זו נעוצים בתפיסות דתיות שונות שבהן סטטוס הנישואים הוא חלק אינטגרלי מהכרה בלגיטימיות הילד, כבתפיסות הנוצריות, ובכשרות היוחסין של הילד בהלכה היהודית. תובנות דתיות אלו נובעות מהקשר האמיץ הקיים לדידם בין סטטוס הנישואים, קיומם של יחסי מין ופרייון. אכן, הזרם הקתולי, חלק מהזרם הפרוטסטנטי הנוצרי וההלכה היהודית מתנגדים נחרצות לכל ניסיון להפריד בין נישואי ההורים להורות, ולכן רק בתא משפחתי המורכב מנישואים, מין ופרייון אפשר להביא ילד לעולם. בשל קידושה של חזקת הכשרות גם בתקופה המודרנית, בתי המשפט מתכחשים

127 et al. – eds., 1994) 239, pp. 254. לטיעוני מלומדים אלו ראו, למשל: Baker (לעיל, הערה 52) בעמ' 20-21.

128 אם כי אפשר לטעון גם שעקרון טובת הילד במהותו מביא בחשבון טיעונים שונים מסוג זה. למשל, אם הורה איננו מעוניין בהורות, הדבר ייחשב חלק מרכזי במגוון השיקולים המרכיבים את טובת הילד. ראו לעניין זה: שיפמן (לעיל, הערה 114) בעמ' 219. לעקרון טובת הילד כפי שנסקף בהרחבה בארץ בידי ועדת רוטלוי ראו: דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט וישומם בחקיקה: חלק כללי (סביונה רוטלוי יו"ר הוועדה, 2003) בעמ' 127-166. להערכת המסקנות של ועדת רוטלוי לעניין קבלת החלטות בעניינו של ילד המושתת על תפיסת טובת הילד ככוללת את זכויותיו ראו: רוברט ליכט-פטרן, "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה", המשפט 22 (2006) 73. לבחינה רחבה יותר של טובת הילד וזכויותיו תוך איזון עם זכויות ההורים ראו: רונה שווי, "יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים", *שערים למשפט* 1 (2005) 69.

128 ראו על כך הקביעות האלה: ("a: fundamental principle of the common law"); *Casbar v. Dicano*, 666 So. 2d 1028, 1029 (1996) ("one of the strongest rebuttable presumptions known to the law"); *Brabham v. Brabham*, 483 So. 2d 341, 342 (1986); *Michael K.T. v. Tina L.T.*, 387 S.E.2d 866, 869 (1989).

פעם אחר פעם לאמת הביולוגית תוך דחיית האב הגנטי ותוצאות הבדיקות הגנטיות המוכיחות בעליל את אבהותו. זאת בשל היות האב הביולוגי מחוץ לתא המשפחתי לטובת התא המשפחתי הקיים של אם הילד,¹²⁹ תוך הנחה סטטיסטית ולא אמפירית שהגבר שעמו חיה כעת אם הילד קיים מן הסתם את מרבית יחסי המין שמהם, מן הסתם, נולד הילד.

באופן דומה ובשל חזקת הלגיטימיות שנהגה במשפט הרומי ובמערכות המשפט הקונטיננטליות שצעדו בעקבותיו ילד לגיטימי ומוכר היה רק ילד שנולד בתוך מערכת נישואים קיימת, גם אם נולד שבועיים לאחר נישואי הוריו. ילד שנולד מחוץ לנישואים היה ילד בלתי לגיטימי והוא היה ילד של אף אחד (*filius nullius*). בספרות המחקר קיימת הערכה שמאות ילדים היו חסרי אב בתקופה זו. חזקת הנישואים והלגיטימיות, שמצאו ביטוי נוקב בפסיקתו של Lord Mansfield,¹³⁰ הייתה כה חזקה, שאף שני ההורים בהסכמה לא יכלו לערערה אלא בנסיבות קיצוניות ביותר.¹³¹ לכן החוק, ללא כל עוררין, ראה בסטטוס הנישואים גורם בלתי אין להגדרת בעל האם כאב משפטי של הילד, ולכן הנישואים לאם הילד – ולא הורותו הביולוגית – הם שקבעו אותו כאב משפטי. גם בלבושה המודרני של חזקה זו, חרף היותה כה צורמת לאוזנו של האדם הליברלי-מודרני,¹³² נותרה היא חזקה ואיתנה, דבר הבא לידי ביטוי מובהק בחקיקה,¹³³ בפסיקה¹³⁴ ובתבונות סוציולוגיות הרווחות גם כיום בארצות הברית.¹³⁵ לאחרונה נכתב

Dolgin 129 (לעיל, הערה 49) בעמ' 526.

130 ראו לעניין זה פסק דין *Goodright v. Moss*, 2 Cowp. 291, 98 Eng. Rep. 1257 (1777).
 131 דוגמה מובהקת לכך אפשר למצוא בפסיקות ישנות, כדוגמת פסק דין בריטי מלפני כ-700 שנה, שפסק פסיקה, שיש שהגדיר אותה כ"מבישה", בעניין חזקת הלגיטימיות בהעדיפו את קדושת הנישואים על פני טובת הילדים, הגם שהם הליבה של חזקת הנישואים. ראו לעניין זה פסק דין (1304) 60, 63 (R.S.) 1 *Y.B. 32 & 33 Edw.* William M. McGovern, et al., *Wills, Trusts and Estates* (1988) 35 n.23; *In re Findlay*, 170 N.E. 471, 472 (1930).

132 זוהי אולי הסיבה המרכזית למסקנה שמעלים חוקרים שונים, המשרטטים קווים ברורים לדעיכתה של חזקה מסורתית זו. ראו לעניין זה למשל: Glennon (לעיל, הערה 30).

133 ראו לעניין זה: UPA § 4(a)(1), 9B U.L.A. 298 (1973). את החזקות האלה יכולים לתקוף רק אנשים מסוימים בתנאים מסוימים. ראו לעניין זה: UPA § 6 וביתר הרחבה: Traci Dallas, "Rebutting the Marital Presumption: A Developed Relationship Test", 88 *Colum. L. Rev.* (1988) 369 *Calvo*; (לעיל, הערה 93) בעמ' 776-783. בנוסף, אפשר לעתים לתקוף חזקה זו תוך הוכחת קיומם של יחסי מין בין אם הילד ובין הגבר הנטען אם באמצעות בדיקת דם ואם באמצעות חוות דעת המושתתת על משך ההיריון. ראו לעניין זה: UPA § 4, 9B U.L.A. 287.

134 דוגמה מובהקת לכך אפשר למצוא בפסק דין *Miscovich v. Miscovich*, 688 A.2d 726, 728 (1997) (סירוב להעיד תוצאות בדיקת DNA והכרה באבהותו של בעל האישה כאב הילד חרף העובדה שהאם הגישה תביעת מזונות נגד צד ג' בשם הילד).

135 ראו על כך כתיבתו הענפה של האנתרופולוג האמריקאי David M. Schneider, שעמד על כך שבחברה האמריקאית מקובלים שני דפוסי משפחה – זה המיוסד על קשר הדם וזה המיוסד

שחזקה זו היא למעשה ניצחון של החוק והמדיניות החברתית על הביולוגיה.¹³⁶ הדברים מגיעים כיום עד לכדי יישומה של חזקת לגיטימיות זו לא רק בנישואים ראשוניים או שניים,¹³⁷ אלא גם בקרב זוגות שאינם בעלי סטטוס נישואים חוקי כלל, כידועים בציבור וזוגיות חד-מינית. זאת תוך החלשה מחד גיסא של סטטוס הנישואים המסורתי, ומאידך גיסא ביצורה של חזקת הליגיטימיות הנובעת מקשר הנישואים הקיים דה פקטו הגם שאינו מוכר בחוק כדת וכדין דה יורה.

המלומדים מונים כמה גורמים לקידושה של חזקת הנישואים, שנועדו בין היתר לשמר את טובת הילד והמשפחה – כשמירה על האינטגרציה של התא המשפחתי הקיים, שכן אם כל גבר שיבקש לטעון לאבהותו יעשה זאת, הדבר עשוי לפגוע קשות במרקם המשפחתי הקיים; חשיפה לאמת הביולוגית עשויה לפתוח "תיבת פנדורה", העשויה אף היא לפגוע קשות בתא המשפחתי הקיים ולחשוף בגידות והתנהגות מינית לא ראויה, והנוק שייגרם יהיה רב מהתועלת; בתקופה הקדומה אי אפשר היה להוכיח כלל ו/או לשלול אמפירית את אבהותו של גבר מסוים;¹³⁸ וידוא שבתקופה שבה תהינה השלכות מרחיקות לכת על ילד בלתי לגיטימי הילדים שיוולדו בתוך התא המשפחתי לא יסבלו מסטיגמה זו;¹³⁹ תיעול ילדיו החוקיים של אדם לתא נישואיו יאפשר לוודא שהם יקבלו את הטיפול, ההגנה, הפרנסה והחינוך המגיעים להם.

מלומדים שונים סברו שגם שיקולים פיסקליים הכתיבו חזקות אלו – כהגנה על אדם מפני תביעת מזונות מילד שאינו ילדו הביולוגי;¹⁴⁰ וידוא שירושתו של אבי המשפחה תחולק בין ילדיו הביולוגיים בלבד;¹⁴¹ החשש שאם גבר הנחזה להיות אב משפטי יצליח לשלול את אבהותו, הילד ייפול למעמסה על החברה, שתתבטא בין היתר בחובתה לשפות את הגבר בגין התמיכה הכספית שהעניק למי שנחזה להיות בנו.¹⁴²

על קשר הנישואים. דפוס המשפחה האחרון כה מבוסס עד שרוב האמריקאים נוטים לראות בו לא הבניה חברתית אלא עובדה ביולוגית. ראו לעניין זה בספרו: David M. Schneider, *American Kinship: A Cultural Account* (1968) p. 24, 37, 116.

136 ראו על כך: Rogers (לעיל, הערה 88).

137 ראו על כך: Calvo (לעיל, הערה 93) בעמ' 775.

138 ראו לעניין זה: Baker (לעיל, הערה 52) בעמ' 24-25; Krause (לעיל, הערה 36) בעמ' 106 ("תביעות אבהות היו תמיד 'מחזה מלוכלך' וכל הצדדים בדר"כ היו מעוניינים למנוע אותם").

139 על כך ראו: Hill (לעיל, הערה 34) בעמ' 373, ליד הערה 96.

140 על כך ראו: Baker (לעיל, הערה 52) בעמ' 23, ליד הערה 105.

141 ראו לעניין זה: William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1962) pp. 446-447.

142 ראו לעניין זה במחקריהם של: Roberts ו-Cacioppo (לעיל, הערה 112).

(כ) אתגרי המודל

ראשית, מודל זה עוסק בעיקרו בנושא קביעת אבהותו המשפטית של גבר הנחזה/הטוען לאבהותו או לשלילתה, ואין הוא מלמד דבר וחצי דבר בנושא קביעת אימהות משפטית אם כי קביעת אימהות יכולה להיות רלוונטית בהקשר של זוגיות חד-מינית ו/או תרומת ביצית מאישה אחרת. במקרה זה בהיעדר קשר גנטי אל הילד יהיה אפשר עקרונית לבסס אימהות על יסוד הכרה בסטטוס הנישואים ו/או על יסוד ההסכמה. אך הואיל והמחוקקים דרך כלל מבכרים את מבנה הנישואים המסורתי, נשללת ההכרה באימהותה של אישה כזאת כאשר מדובר בזוגיות לסבית.

שנית, ביקורת נוקבת על מודל זה מושמעת מאותם המבקשים להרחיב את מעגל ההכרה במבני המשפחה המודרניים, שהרי במצב השורר כיום, שבו המחוקק מבכר את דפוס המשפחה ה"מסורתית", ככל שמערכת היחסים בין האם לגבר הנטען להיות אביו של הילד דומה לתא המשפחתי ה"מסורתי", כן יגדלו סיכויי הגבר לקבל אבהות על הילד.¹⁴³ עד אשר לא ישכילו המחוקק ובתי המשפט לאוורר את מושגי המשפחה וההורות, העדפתו של מודל זה תשמר תובנות וסטראוטיפים באשר למבני המשפחה החדשים. במקרה כזה אפשר שתישלל האפשרות החשובה והקיומית של הכרה בהורותם של כל אותם פרטים שבחרו לחיות שלא במסגרת התא המשפחתי המסורתי.¹⁴⁴

שלישית, העדפת תא המשפחה באה כאמור לא אחת על חשבון האמת הגנטית הצרופה, וקיימת ביקורת נוקבת בספרות המחקר על שגבר ביולוגי נדחה על הסף מלטעון לאבהותו בשל היותו מחוץ לתא המשפחתי, שאותו מבכרת מערכת המשפט, ולמצער הדבר מפלה אותו לרעה ביחס ליכולתה של האם לטעון ולהוכיח את אימהותה.¹⁴⁵ יתר על כן, הדברים הגיעו לאחרונה לכדי טענה שהדבר אף פוגע חוקתית בזכותו של האב הגנטי.¹⁴⁶

143 ראו לעניין זה: Janet L. Dolgin, "Just A Gene: Judicial Assumptions about Parenthood", 40 *UCLA L. Rev.* (1993) 637, p. 657.

144 לאפשרות של אימוץ קביעת ההורות המשפטית בהסכמה לשם הכרה בהורות של שני בני/ות הזוג בזוגיות חד-מינית ראו: Yehezkel Margalit, "Intentional Parenthood as the Solution to the Plight of Same-Sex Partners Attempting to Receive Legal Recognition as Parents" (forthcoming).

145 טענה בדבר נחיתות הגבר ביחס לאישה וסיכויי המועטים להכרה בו כהורה קיבלו חיזוק בפסק דין *Michael H. v. Gerald D.* (לעיל, הערה 128), שבו לא הוכר אב גנטי לא נשוי כאב לילד חרף מערכת היחסים החמה בת שלוש שנים ותמיכתו הכספית בילד. בית המשפט אשרר את קביעת המחוקק שהעדיף את המבנה המשפחתי המסורתי הגם שהיה מדובר בידועים בציבור ולא בזוג נשוי כדת וכדין, ובכל זאת הבעל החוקי של האישה ולא האב הביולוגי האמתי הוא שזכה בהורות על הילד.

146 ראו לעניין זה: עניין *Roe v. Wade for Men*, הנדון אצל: Bryn A. Poland, "He Said, She Said: Diverging Views in the Emerging Field of Fathers' Rights", 46 *Washburn L.J.* Melanie B. Jacobs, "My Two Dads: הרחבה: וביתר (2006) 163, pp. 168-170 .Disaggregating Biological and Social Paternity", 38 *Ariz. St. L.J.* (2006) 809.

6. מודל שיח היחסים**(א) הצגת המודל**

השיח המהווה בסיס למודל זה הוא שיח ה-Ethic of Care, פרי הגותה הפמיניסטית של קרול גיליגן,¹⁴⁷ שמקורה בדיסציפלינה הפסיכולוגית. השיח הזה שימש השראה לפיתוח הזרם התרבותי-קישורי בכתיבה הפמיניסטית, שהוא מושאם של עשרות רבות של מאמרים בענפי המשפט השונים ובכלל זה דיני משפחה. במודל זה, בהקשר של דילמת קביעת הורות משפטית, השתמשה הוועדה הקנדית,¹⁴⁸ שפרסמה את מסקנותיה בשנת 1993 תוך שהיא דוחה את ישימותו של המודל בטהרתו בהקשר זה והציעה לראות בו מודל גג המאחד תחתיו כמה יסודות משנה – מתן הערכה לחיי אדם וכבודו (“Respect for human life and dignity”; שוויון (“Equality”); איזון בין צורכי הפרט והכלל (“Balancing individual and collective interests”); שימוש ראוי במשאבים (“Appropriate use of resources”); אוטונומיה אישית (“Individual autonomy”); הגנה על החלש (“Protection of the vulnerable”); אי-מסחור של הליך ההולדה (“Non-commercialization of reproduction”); נשיאה באחריות (“Accountability”).

בארץ אפשר למצוא בכתיבתה הענפה של ד"ר רות זפרן¹⁴⁹ יישום מקיף של גרסה אחרת של שיח זה. את יסודות המודל היא הניחה במאמר מקיף¹⁵⁰ שבו הציעה את עיקריו כעיצוב מרוכך ולא פמיניסטי בהכרח של ה-Ethic of Care. זפרן מציעה בעקבות

147 ראו על כך: קרול גיליגן, בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן חיים מתרגמת, 1995).

148 לכך ראו: Canadian Royal Comm'n on New Reprod. Techs., *Proceed with Care: the Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (1993) pp. 49-51. להערכת מסקנות הוועדה ועמידה בין היתר על מודל ה-Ethics of Care, שבו השתמשה הוועדה, ראו: Healy Patrick, “Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies Under Federal Law in Canada”, 40 *McGill L.J.* (1995) 905, pp. 910-914.

149 רות זפרן, “המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן”, דין ודברים ב(1) (תשס"ו) 223; רות זפרן, “אימהות יש גם שתיים – הגדרת אמהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין”, דין ודברים ג(2) (תשס"ח) 351; Ruth Zafran, “More Than One Mother: Determining Maternity for the Biological Child of a Female Same-Sex Couple--the Israeli View”, 9 *Geo. J. Gender, & L.* (2008) 115; רות זפרן, “זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס”, זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג – עורכת, Ruth Zafran, “Children’s Rights as Relational Rights: The Case of Relocation”, 18 *Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L.* (2010) 163.

150 רות זפרן, “שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה – מספר הערות על דאגה וצדק” משפטים על אהבה (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה – עורכות, תשס"ה) 605.

קרול גיליגן¹⁵¹ את מודל שיח היחסים, שהוא למעשה דגם משופר של שיח ה- Ethic of Care.

להלן גרעין יסודותיו של המודל כפי שמתארת אותו זפרן – המודל מתמקד במאפייניו הייחודיים של הפרט ובמארג היחסים שבינו ובין זולתו תוך ראייה המחויבת להכללת נקודות המבט של שלל הגורמים ולשימור היחסים ביניהם. שיח זה מאופיין בקשב ובפתיחות לזולת, בהתגברות על ניכור ובדיון א-הייררכי תוך צמצום התוצאה הבינארית.¹⁵² השיטה מאפשרת ומעודדת יצירתיות, שכן היא מביאה בחשבון את מאפייניו הייחודיים של המקרה, את נסיבותיו הספציפיות ואת רצונותיהם וצורכיהם של הצדדים. הדבר יגביר את מידת התאמתם ונוחות החלתם. השיח מתאפיין בסובייקטיביות, בפרטיקולריות ובקונטקסטואליות, המחייבות בדיקת הרקע התרבותי של הדברים ובחינת יחסי הכוחות והשיקולים הסמויים העומדים ביסוד ההסדרים והטיעונים הפורמליים. זפרן משתיתה מודל זה על כמה אדנים עיקריים: מחויבות לפתרון המוצע להתחשבות ברצונותיהם של כל הצדדים הרלוונטיים, מחויבות לפתרון שפגיעתו בצדדים היא הקטנה ביותר, הבטחת רווחתו של הילד, הבטחת שגשוג המשפחה ושימור הקשר בין חבריה, מציאת חלופות הולדה והבטחת פתרונות למי שמתקשה בהולדה טבעית¹⁵³ (מחויבות השיח לעקרון האחיות וההדריות המתמשכת של בני המשפחה כלפי האחר במשפחתם ואת שאיפת השיח לפתרון שיגשים סטנדרטים של דאגה, טיפול וטיפוח הדדי; הכרה בחשיבות המשפחה).¹⁵⁴

את המודל המוצע על ידיה מיישמת היא בסכסוכים שונים מהתחום המשפחתי המצריכים הכרעה שיפוטית,¹⁵⁵ תוך הדגשת ההקשרים השונים שבהם עולה הדילמה של

151 ראו על כך במאמריה המנחים (לעיל, הערה 149).

152 על הביקורת שנמתחה בספרות המחקר על הבעייתיות הנעוצה בתפיסה בינארית של קביעת ההורות ראו למשל: Randy F. Kandel, "Which Came First: The Mother or the Egg? A Kinship Solution to Gestational Surrogacy", 47 *Rutgers L. Rev.* (1994) 165.

153 אפשר לפקפק עד כמה פרמטר זה יכול להנביע מסקנות בהקשר של דילמת קביעת הורות, כפי שזפרן עומדת בעצמה על קושי זה. ראו: זפרן (לעיל, הערה 149) בעמ' 276.

154 ככלל, לא ברור מהו המספר המדויק של יסודות המשנה שבהם היא משתמשת. במאמרה (לעיל, הערה 149) פורטת היא שישה יסודות משנה שונים שבהם היא משתמשת הן בהקשר של ביציות מוקפאות (למעט רווחת הילד, ככל הנראה, הואיל ועדיין לא בא לעולם) והן בהסכמים לנשיאת עוברים. ואולם, בהקשר של תרומת ביצית יסוד המשנה האחרון נכלל אם באופן מפורש ואם במובלע ביסוד המשנה הרביעי באופן מפורש, ואילו בהקשר של תרומת זרע והורות לסבית נעדר הוא כליל, וכפי שהיא מציינת לא אחת, הוא למעשה נגזרת ואינו עומד בפני עצמו. באופן דומה, גם יסוד המשנה בדבר רווחת הילד לא אחת נבלע ביסודות המשנה האחרים כפי שכותבת היא מפורשות. ראו: זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 646; ובצורה מפורשת יותר זפרן (לעיל, הערה 149) בעמ' 274.

155 בעבודת הדוקטור שלה עוסקת זפרן בשאלת זכותו של צאצא להתחקות על זהות הוריו הביולוגיים. ליישום התשתית התאורטית שמשרטט השיח והמודל המוצעים על ידיה בהקשר של שאלת המחקר שלה ראו: רות זפרן, זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו

קביעת ההורות המשפטית. לענייננו ביקשה היא להראות את יישומו של מודל זה בסכסוכים שונים הקשורים לקביעת הורות היילוד, בין היתר במקרים האלה: סכסוכים בעניין ביציות מוקפאות;¹⁵⁶ הסכמים לנשיאת עוברים;¹⁵⁷ תרומת גמטות – זרע¹⁵⁸ וביצית¹⁵⁹ – זוג אימהות לסביות.¹⁶⁰

(ב) אתגרי המודל

על אופן יישומו של שיח ה-Ethic of Care, כפי שיישמה אותו הוועדה הקנדית, מתחה פרופ' מרשה גאריסון ביקורת נוקבת ביותר.¹⁶¹ בין היתר טוענת היא את הטיעונים האלה: ראשית, מודל זה הוא "שובה לב אך בלתי ישים" לקביעת סטנדרטים משפטיים ברורים. ככלל, המתודולוגיה של מודל זה מעמידה כלי עבודה קשה ביותר ליישום ולהדרכה ברורה לשימוש חקיקתי ברור בו. שנית, יסודות המשנה המוצעים במודל זה אמנם נראים משכנעים, אך הבסיס שלהם לא תמיד ברור. לכן נראה שיסודות מסוימים נובעים משום מקום, ולא אחת ההצדקה שלהם נראית קלושה. שלישית, הוועדה לא טרחה כלל לבאר את הפיתוח הראוי של יסודות אלו ולא את הקשר שלהם למודל הכללי. ככלל, קשה לראות כיצד יסודות המשנה של השיח עולים בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה. רביעית, יסודות משנה אלו אינם משוקללים ולעתים הם עמומים, מורים בכיוונים שונים,¹⁶² ואף סותרים את עצמם מניה וביה, והאחידות שלהם מוטלת אפוא

הביולוגיים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ד) בעמ' 342. ליישומם בקשרים של יחסי אם-עובר, מאבקי משמורת והורות לאחר המוות, ראו בהתאמה: זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 643-640, 652-648, Ruth Zafran; "Dying to be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception", 8 Hous.

J. Health L. & Pol'y (2007) 47, pp. 76-89.

156 זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 639-636.

157 ראו לעניין זה: זפרן (לעיל, הערה 149) בעמ' 277-270. היא שבה לעסוק בנושא זה בקצרה

במאמרה (לעיל, הערה 149) בעמ' 380-378.

158 ראו לעניין זה: זפרן (לעיל, הערה 149) בעמ' 260-253. גם בנושא זה שבה היא לעסוק

בקצרה במאמרה (לעיל, הערה 149) בעמ' 378-374.

159 זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 647-644.

160 לכך מוקדש כל מאמרה (לעיל, הערה 149).

161 ראו לעניין זה ביקורתה הנוקבת של גאריסון (לעיל, הערה 9) בעמ' 870-869.

162 למען סבר את האוון, לקראת סיום דיוניה השונים זפרן מסייגת את קביעותיה הראשוניות, וכך מותירה אותנו עם מסקנה שאינה נחרצת – כדוגמת סיוג צידודה בניתוק זיקת האבהות מתורם זרע. זאת בשל האפשרות להכיר בכל זאת בזכותו של תורם זרע להיות הורה של היילוד שיוולד מזרעו, הן בשל היסוד הגנטי והן בשל טובת הילד. ראו לעניין זה: זפרן (לעיל, הערה 149) בעמ' 256, 258. באופן דומה מסייגת היא את צידודה ברותי נחמני וזכותה להורות, וזאת בשל החשש מכפיית אבהות על מי שאינו רוצה בכך. ראו לעניין זה: זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 639.

בספק. חמישית, מודל זה אמנם מונע את הנוקשות שיש בשיח הזכויות ובמודל החוזי בשל היותו בינארי ובבחינת משחק סכום אפס כאשר ניצחונו של האחד הוא הפסדו של האחר וכן להפך, אולם דווקא גמישות וחוסר נוקשות אלו עשויים לפגוע פגיעה קשה בצפיות של מודל זה, שכן רק שכלול של כמה אמות מידה לאחר מעשה ילמדו עם מי הצדק. אולם אי אפשר לצפות מראש מה תהיה התוצאה המשפטית, והדבר מקשה עד מאוד על יכולתם של הצדדים השונים לתכנן את צעדיהם מראש.

לדעתי אין ספק שיסודות המשנה הפרטניים, באופן יחסי, המשמשים את ד"ר רות זפרן בהקשר של פתרון סכסוכים משפחתיים ראויים ומתאימים יותר משמנות יסודות המשנה הכלליים ששימשו את הוועדה הקנדית. זפרן, בשונה מהוועדה, פורסת את משנתה על אודות יסודותיו, הצדקותיו וחשיבותו של כל יסוד משנה בצורה מפורטת וברורה, והיא אף טורחת לבאר כיצד לטעמה יש ליישמו בצורה ראויה במקרה הנדון על ידיה. בכך ניצלת היא מעיקרי חצי ביקורתה של פרופ' גאריסון.

אולם סבורני שיתר טיעוני הביקורת נגד הוועדה הקנדית שרירים וקיימים גם כלפי שיח היחסים שהציעה זפרן ונפרטם אחד לאחד: ראשית, זפרן מאמצת ארבעה עד שישה יסודות משנה תוך שהיא דוחה את שמונת יסודות המשנה של הוועדה. הרי כדרך שזפרן דוחה יסודות אלו ומציעה יסודות אחרים לחלוטין, כל מלומד ו/או ועדה עשויים לעשות כן ליסודות המשנה שבהם היא בוחרת להשתמש. אם כן כמה עדיפים יסודות משנה אלו על יסודות משנה אחרים שיועלו בידי מלומד ו/או ועדה אחרים? שנית, הגם שמדובר במודל שעוצב ברוח הפמיניזם, שיש לו מעלות רבות, לטעמי הוא פוגע קשות ביכולת הצפיות, יכולת ששלילתה כמעט מקודשת בכתיבה הפמיניסטית, ושחסרונות שלילתה במערכת המשפטית הקיימת הם חמורים ביותר ואף עשויים לפגוע קשות בטובת הילד; שלישית, גם לגופם של יסודות משנה וגם לשיטתה של זפרן קשה ביותר להגדיר כל יסוד משנה ככלל משפטי ברור ומותחם בהיותו אמורפי ולא אחת דו-משמעית, ואף עשוי הוא להשתנות ממקרה למקרה ולהוליך לפתרונות שונים ופעמים אף מנוגדים; רביעית, לא אחת אני מוצא את ההנמקות כשטחיות, והתוצאה המושגת וההנמקה הנלווית לה נראות יותר כהנחת המבוקש בעיני המשתמש במודל;¹⁶³ חמישית, לא תמיד נעשה שימוש

163 כך, לטעמי, צידודה של זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 639 ברות נחמני תוך כפיית הורות על דני נחמני בסכסוך שנסב על אודות ביציות מוקפאות בנימוק כי "בני-זוג סבירים יהיו מוכנים לכבול עצמם בהתחייבויות משפחתיות הדדיות שתחולתן תימשך אף לאחר התרחשות הקרע ביחסים" הוא ספקולטיבי. שהרי זהו גופו של אחד הדיונים המרכזיים ביותר שבהם עסק בהרחבה בית המשפט בעניינם של הזוג נחמני. גם ההיזקקות לדעת המיעוט של השופט טל בפרשה זו (ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פד"מ 1, 485, 528 (1995)) נראית מאולצת, וההנמקה שניתנה לה אינה משכנעת לטעמי גם אם התוצאה שאליה שואפת זפרן ראויה בעיניי.

ביסודות כולם,¹⁶⁴ וגם השימוש בכל אחד מן היסודות בפרט והשקלול הסופי שלהם בכלל אינם ברורים.¹⁶⁵

לסיכום, אני מסכים עם זפרן בכתבה: "שיח זה טרם התגבש לכדי דוקטרינה קוהרנטית וברורה",¹⁶⁶ הואיל ולעת עתה מודל זה מצוי בחיתוליו, ועד אשר יתגבש לכדי מודל קוהרנטי וברור מוטב לטעמי להשתמש בכלים המשפטיים הקיימים, הן מהתחום החוזי והן מהתחום המשפחתי. לדידי, יש לנסות ולתקן את המצב המשפטי הקיים ולא לקרוא לשידוד מערכות תוך ביטולו של הקיים קודם שיש בידינו כלי עבודה חלופיים ברורים, כי עלול להיגרם נזק בלתי הפיך.

בשולי הדברים יש לציין שחרף התנגדותה הרטורית הנחרצת של זפרן למודל החוזי ולאפשרות של קביעת הורות משפטית בהסכמה, ודאי בכתובה המוקדמת יותר, בסופו של דבר גם היא מסכימה, לכל הפחות בהקשר של טיפולי הפוריות השונים, כי מסתמנת מגמה של הכרה באפשרות זו. אכן, בכתבתה המאוחרת יותר עושה היא לא אחת שימוש נרחב ביסודות חוזיים מובהקים, כמתן משקל נכבד ליסוד ההסתמכות והציפיות של ההורים המיועדים.¹⁶⁷

ו. לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה

בפרק הקודם סקרתי את המודלים השונים לקביעת ההורות המשפטית המוצעים בספרות המחקר תוך התמקדות באתגריהם ובחסרונותיהם האפשריים. בפרק זה אסקור

164 ראו לעניין זה לעיל, הערה 154 והטקסט שלידה. על כך יש להוסיף שבמאמרה (לעיל, הערה 149) היא משתמשת שימוש לקוני, קצר ושטחי ביותר בשלושה-ארבעה יסודות משנה בלבד ואינה משתמשת ביסוד המשנה השני – "מחויבות לפתרון שפגיעתו בצדדים היא הקטנה ביותר".

165 על כך יש להוסיף את ביקורתה המפורסמת בהקשר זה של פרופ' Margaret J. Radin על ההיבטים השליליים של מודל ה-Ethic of Care דווקא לנשים בשל האפשרות שהיא למעשה – "artifact of coping with oppression", ראו לעניין זה: Margaret J. Radin, "Pragmatist and the Feminist", 63 *S. Cal. L. Rev.* (1990) 1699, p. 1717; לדיון על ביקורת זו ראו אצל: Katharine Baker, "Property Rules Meet Feminist Needs: Respecting Autonomy by Valuing Connection", 59 *Ohio St. L.J.* (1998) 1523, pp. 1553-1554.

166 ראו: זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 365.

167 ראו לעניין זה לדוגמה קביעותיה האלה: "חשיבותה של ההסכמה גוברת בשל הקשר המשפחתי ומרכזיות ההסכמה בניהול הרמוני של יחסי המשפחה", זפרן (לעיל, הערה 149) בעמ' 271. הסיבה לכך יכולה להיות, בין היתר, בשל העובדה ש"אלמנט הרצון והכוונה תופשים מקום ברטוריקה הנוגעת ליצירת המשפחה ובעיצוב היחסים בין חבריה, הבחירה החופשית מודגשת, ניכרת מגמה של ליברליזציה ואינדיווידואליזציה...", זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 652.

את היתרונות השונים שאני מוצא במודלים אלו. בכך אניה את התשתית למודל הנורמטיבי המועדף בעיניי בקשת דילמת קביעת ההורות המשפטית במופעה השונים – קביעת ההורות המשפטית בהסכמה.

הקביעה המחקרית של מלומדות שונות כמרשה גאריסון ורות זפרן כי אין בכוחו הבלעדי של כל אחד מהמודלים הקיימים בספרות המחקר לפתור את שלל הדילמות העולות בסוגיית קביעת ההורות המשפטית, ודאי נכונה היא. התחום כה מורכב וכה רגיש עד שלטעמי במסגרת הדין הפוזיטיבי הקיים אי אפשר כלל לקבוע כל מודל גורף וקוהרנטי בסבך הסוגיות המשפטיות נוסח משפט שלמה, שכך או כך כפות המאזניים כמעט מעוינות לגמרי בשאלה מי מההורים עדיף כהורה המשפטי של הילד. הדברים אמורים חרף, או שמא בייחוד, בשל מספרם הרב מאוד של מודלים לקביעת הורות משפטית, שאותם מניתי בהרחבה לעיל, ולכן קשה מאוד להכריע ביניהם בצורה ברורה, מנומקת וקוהרנטית. אשר על כן אני מסכים באופן עקרוני עם דעתה של זפרן כי יש לחפש מודל שישאף למצוא את המכנה המשותף הרחב ביותר של מעלות המודלים השונים שסקרתי לעיל.

לטעמי, יישומה המושכל של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה יאפשר לנו לקבוע בצורה הגמישה והצודקת ביותר מי ראוי לשמש הורה משפטי מבין ההורים האפשריים השונים.¹⁶⁸ אולם ראשית דבר עליי לפרט את התובנות המרכזיות של המודלים השונים שימשו אותי בעיצובו של מודל נורמטיבי מועדף זה בכל סוגיות קביעת ההורות המשפטית, שבו עסקתי ואעסוק בהרחבה במקום אחר: כל עוד מדובר בלידה במסגרת הנישואים ועקב יחסי אישות, ואין כוונה מנוגדת שלא להיות הורה וכל עוד הדבר משרת את טובת הילד וזכויותיו, יש לקבוע את ההורה הגנטי כהורה המשפטי של הילד. זאת הן בשל המשמעות העמוקה והחיונית שיש לתורשה הגנטית והן בשל קבלת ההתחייבות ההורית בעצם קיומם של יחסי האישות. באופן דומה, לאור התובנה של חשיבות הקשר הפיזיולוגי, בעל המשמעות העמוקה, שבין אישה הרה לעובר הגדל ברחמה, בכל מקרה שבו נהפך לבבה של האם הנושאת והיא מבקשת להותיר את הילד בחזקתה, יש לתת לתובנות אלו את מקומן הראוי. לכן במקרים קיצוניים ובמידת הצורך אפשר ואף צריך להסיג את ההסכמה הראשונית מפני היפוך הלב המאוחר יותר.

עקרון טובת הילד וזכויותיו וכן הרצון לשמר את התא המשפחתי ויחסי הורים וילדים ישמשו אף הם מושכלות יסוד הן כביסוס עצם המודל הנורמטיבי והן בהגבלת גבולותיו הראויים. אלא שבשונה מזפרן, המאפשרת את קביעת ההורות המשפטית גם בהליך

168 ליישמו הפרקטי של מודל זה בהקשר של סכסוכים סביב ביציות מופרות ותרומת זרע ראו בהתאמה: Yehezkel Margalit, "To Be or Not to Be (A Parent)? – Not Precisely the Question; the Frozen Embryo Dispute" 18(2) *CARDOZO JOURNAL OF LAW AND GENDER* (2012) (forthcoming); "Artificial Insemination from Donor (AID) – From Status to Contract and Back Again to Status?" (forthcoming).

גישור שלאחר מעשה,¹⁶⁹ אני אבקש לקבוע מראש את קביעת ההורות בשל היתרונות הברורים שיש למהלך זה, בין היתר כדי למזער את הנזקים שייגרמו לילד מדיונים משפטיים, העלולים להימשך שנים ארוכות ביותר לאחר לידתו, תופעה המתועדת היטב בספרות המחקר. בנוסף, לטעמי, נושא קביעת הורות הוא מרכזי וחשוב עד מאוד לכל הצדדים השונים להליך זה, ואין מקום לפתור אותו בהליך גישור לאחר מעשה. אשר על כן, מוטב לדעתי להכיר חברתית בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה וליתן לה תוקף משפטי כבר עובר ללידת הילד תוך השמה אפריורית של גבולות צרים וברורים לפרטים השונים ולהיקף ההסכמה האפשרית. רק הכרה מושכלת שכזו תקנה לצדדים השונים ודאות ויציבות תוך וידוא שההליך יעלה יפה ולא יתגלע כל סכסוך. אולם במידת הצורך בלבד, כאשר תתגלע מחלוקת משפטית, תאפשר הכרה מוגבלת זו גם גמישות וגם צדק והוגנות בהגנה מרבית על הצדדים השונים, ובראש ובראשונה על הילד העתיד להיוולד מהליך הריוני זה.

ז. יסודות המודל של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה

במחקר מקיף קודם עסקתי בהרחבה בהצגת המודל הנורמטיבי הראוי בעיני לקביעת הורות משפטית במופעיה השונים של דילמה זו. לטעמי, מודל זה הוא המודל הקורנטי, הגמיש, הישים והצודק ביותר לאור ההתפתחויות המרכזיות המסתמנות הן בדיני המשפחה המודרניים והן בדיני החוזים המודרניים. הצעתי אמורה הן במדינות השונות בארצות הברית ובאנגליה, שבהן מיקדתי את מחקרי, והן בארץ לאור המגמה המסתמנת בדבר התאזרחות דיני המשפחה הישראליים. כדי לא לחזור על אותם דברים, אציין להלן את תובנותיו המרכזיות של המודל המוצע על ידי, וביישומו הפרקטי של המודל במשפט הישראלי אשוב לעסוק במחקר עצמאי.¹⁷⁰

הורות משפטית בהסכמה היא דרך מרכזית, לגיטימית וחשובה לרכישת הורות משפטית הן כמודל עצמאי העומד על רגליו שלו והן כתוספת והשלמה למודלים השונים שמנתי המוצעים בדין הקיים.¹⁷¹ לדעתי, כל פרט שהתכוון, רצה והסכים לשמש הורה

169 ראו לעניין זה קביעתה: "לנוכח מאפייני שיח היחסים צריך ההסדר החוקי לאפשר ולכבד פתרון מוסכם, המשקף את רצון הצדדים כפי שגובש מראש או כפי שעוצב בדיעבד בהליך גישור", ראו לעניין זה: זפרן (לעיל, הערה 149) בעמ' 277 וביתר הרחבה זפרן (לעיל, הערה 150) בעמ' 630-632.

170 למחקר הקודם ראו: מרגלית (לעיל, הערה 6) ואילו למחקר העתידי ראו: יחזקאל מרגלית, "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" (צפוי להתפרסם במשפטים מב, 2012).

171 למחקרים מנחים המצדדים בקביעת הורות הסכמית ראו, למשל: Stumpf (לעיל, הערה 34); Shultz (לעיל, הערה 35); Hill (לעיל, הערה 34); Howard Fink & June Carbone, "Between Private Ordering and Public Fiat: A New Paradigm for Family Law

משפטי של הילד זכאי לממש את זכותו זו, ואל למדינה להערים קשיים בדרכו של פרט זה שירחיקו אותו מטיפולי הפוריות לעומת פרט אחר הנשוי כדין. שכן דווקא רצונו וכוונתו הראשוניים להפוך בדרך זו להיות הורה של הילד הם המצדיקים יותר מכול את היותו בעל הזכות לפיריון ולהורות. זכותו זו אפילו מועצמת ביחס לבני זוג נשואים שהביאו ילד לאוויר העולם לא אחת בלא כל כוונה ורצון, ויכול להיות שמבחינתם ההיריון לא היה רצוי, וייתכן אף שהילד "לא רצוי".

הואיל והורות משפטית היא הסכמית, אין להשקיף עליה עוד כמונוליתית ובינארית. יש לבחון ראשית דבר מהו היקף הכוונה והרצון להיות ולשמש בפועל ההורה המשפטי של הילד, ומכך ייגזר היקף סטטוס ההורות שיינתן לפרט זה. לפיכך יש לאבחן בין סטטוס הורות מלא, סטטוס הורות חלקי והיעדר סטטוס הורות ולהפריד ביניהם. כלומר, הפנמת התובנה שהורות היא הסכמית מאפשרת "חופש עיצוב ההתקשרות" ולמעשה גיוון בסטטוס ההורות המשפטית.

לטעמי, אין לאפשר הסכמה פרטית וחופש חוזים מלא ולא מפוקח בידי הצדדים השונים להורות הנרקמת בשל החשש הלא מבוטל לפגיעה קשה בזכויות הצדדים השונים, בעיקר הנשים. דברינו אמורים גם בשל הצורך האקוטי בשמירה על טובת של היילוד העתיד להיוולד מהליך הולדה זה וזכויותיו השונות. לפיכך יש לקבל מראש את אישורו של גוף אדמיניסטרטיבי להסכם ההורות העתידי, בראש ובראשונה של תרומת גמטה, זרע וביצית, כפי שהדבר מקובל בארץ בדמות הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים. לחלופין, ובראש ובראשונה, במקרים הקשים יותר של חוזים לנשיאת עוברים והסכמי דיספוזיציה בנוגע לביציות מופרות יש לקבל את אישורו של בית המשפט תוך בחינת ההסכם ומתן תוקף שיפוטי לו בידי בית המשפט לפני חתימתו ותחילת ביצועו, וודאי עוד קודם ללידת הילד, כפי שהדבר מקובל בכמה מדינות בארצות הברית. בשל הרצון לשמור על טובת הילד וזכויותיו יש לפקח שיפוטי ו/או רגולטורית על תיעול מראש של ההסכם המתגבש בין הפרטים השונים כדי שלא יכיר במספר רב מדי של הורים משפטיים. תחת זאת שני פרטים בלבד יקבלו על עצמם את מלוא האחריות לקיום החובות ההוריות היום-יומיות של הילד, ולפיכך הם ייהנו מסטטוס הורות מלא.

1 Anderson ; Decision-making", 5 *J. L. Fam. Stud.* (2003) 1 (לעיל, הערה 35) (הכרה בהסכמה זו יעילה יותר, ולמצער היא מגיעה לאותה התוצאה שמודלים אחרים מציעים).
 למחקרים מנחים המתנגדים להצעה זו ראו: Hollinger (לעיל, הערה 23); A.M. Capron & M.J. Radin, "Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood", 16 *L. Med. & Health Care* (1988) 34; William J. Wagner, "The Contractual Reallocation of Procreative Resources and Parental Rights: The Natural Endowment Critique", 41 *Case W. Rev.* (1990) 1 (לעיל, הערה 9) בעמ' 870-869; שיפמן (לעיל, הערה 114) בעמ' 272-265.

הורה/הורים נוספים שימלאו אף הם חובות הוריות כלכליות ורגשיות שונות כלפי הילד יקבלו זכויות הוריות מסוימות, כדוגמת זכויות ביקור מוגבלות.

לבסוף, לטעמי יש להקים בחו"ל מרשם אדמיניסטרטיבי מדינתי מרכזי שבו יירשם, יתועד ויישמר המידע הכללי והרפואי הרלוונטי וכן ההסכם המתעד והמעגן את קביעת ההורות המשפטית על היבטיה השונים ובהקשריה השונים, בראש ובראשונה בטיפולי הפוריות השונים. גם בארץ יש להקים מרשם אדמיניסטרטיבי שכזה, שבו יירשמו הפרטים השונים החפצים להיות הורים משפטיים של הילדים תוך קבלת סטטוס הורות מלא או באופן חלקי בלבד תוך שהם רושמים ומתעדים את חלוקת החובות והזכויות ההוריות השונות ביניהם, וזאת בדומה למרשם הזוגיות הפועל בארץ זה מכבר.

כאשר התחיל ההליך הפריוני ועבר את נקודת האל-חזור – השתלטה של ביצית ברחמה של האם הנושאת – ואחד הצדדים מבקש לסגת מהסכמתו הראשונית, או בכל מקרה אחר של חילוקי דעות באשר לביצועה של הסכמה שכזו יש לפנות במקרים הקלים יותר של תרומת גמטות לגורם האדמיניסטרטיבי שאישר את ההסכמה הראשונית, ובמקרים קשים יותר של הסכם לנשיאת עוברים וסכסוכים בנוגע לביציות מופרות – לבית המשפט המוסמך לדון בכך.

יודגש, המגמות המסתמנות בארץ בדיני המשפחה בדבר זניחת הדין הדתי האישי לטובת אזור דני המשפחה ויחסי הורים וילדים עולות בקנה אחד עם מסקנות מחקרי. לפיכך המודל הנורמטיבי המוצע על ידי ישים לא רק במדינות ארצות הברית השונות ובאנגליה אלא גם בארץ. זאת הן כהסדרה אזרחית טוטלית וטרטוריאליה והן כניסיון למצוא מודל משפטי מוסכם, לעת הזו, שימצע בין הדין הדתי הקיים ובין הדין האזרחי המתגבש.

ח. אחרית דבר

מטרת רשימה זו היא לעמוד על הקשיים שבסוגיית קביעת ההורות המשפטית בעקבות תמורות בעת החדשה במבנה התא המשפחתי, ולהציע את המודל הנורמטיבי הראוי בעיני להתמודדות עם בעיה זו. הצגתי את המשמעות של הבעיה ואת חומרתה עקב ירידת ערכו של התא המשפחתי המסורתי והחלפתו בתאים אחרים כגון משפחות חד-הוריות וזוגות חד-מיניים. לאחר מכן תיארתי את החשיבות של קביעת ההורות המשפטית לאור צרור הזכויות והחובות שמקופלות בתוך קביעה זו. סקרתי את הרקע הסוציולוגי לשינויים אלו ולעמדות השונות ביחס אליהם. תיארתי את סוגיית טיפולי הפוריות כזרז להסדרה משפטית של נושא קביעת ההורות באופן כללי יותר. בהמשך סקרתי סקירה ביקורתית את המודלים השונים הקיימים בספרות והצגתי את האתגרים, את הקשיים ואת היתרונות שאני מוצא בכל אחד מהם. זאת כבסיס להצגת המודל הנורמטיבי הראוי בעיני בעת החדשה כמודל הקוהרנטי, הגמיש, הישים והצודק לקביעת

ההורות המשפטית במופעה השונים – קביעת הורות משפטית בהסכמה. חתמתי את המאמר בהצגת יסודותיו ותובנותיו המרכזיות של מודל נורמטיבי זה. על סמך כל האמור לעיל מסקנתי היא כי משיקולים נורמטיביים שונים ההורות המשפטית היא הסכמית, ולכן אין להשקיף עליה עוד כמונוליתית ובינארית. תחת זאת יש לבחון, ראשית דבר, מהו היקף הכוונה והרצון להיות בפועל ההורה המשפטי של הילד, ומכך ייגזר היקף סטטוס ההורות שיינתן לפרט זה. לכן לטעמי יש לאבחן בין סטטוס הורות מלא, סטטוס הורות חלקי והיעדר סטטוס הורות ולהפריד ביניהם. כלומר, הפנמת התובנה שהורות היא הסכמית מאפשרת "חופש התקשרות" ולמעשה גיוון בסטטוס ההורות המשפטית.

אולם גם לטעמי אין לאפשר הסכמה פרטית וחופש חוזים מלא ולא מפוקח בידי הצדדים השונים להורות הנרקמת, בשל החשש הלא מבוטל לפגיעה קשה בזכויות הצדדים השונים, בעיקר הנשים. דבריי אמורים בעיקר בשל הצורך האקוטי בשמירה על טובתו וזכויותיו השונות של היילוד העתיד להיוולד מהליך הולדה זה. אשר על כן יש לקבל מראש את אישורו של גוף אדמיניסטרטיבי להסכם ההורות העתידי, כפי שהדבר מקובל בארץ בדמות הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים. לחלופין יש לקבל את אישורו של בית המשפט כפי שהדבר מקובל בכמה מדינות בארצות הברית.

המודל הנורמטיבי המוצע במחקרי נשען הן על טיעונים נורמטיביים והן על ניצניו הראשוניים של שינוי במשפט הנוהג. נורמטיבית אני מוכיח כי קביעת הורות משפטית בהסכמה היא ההסדרה הראויה, הגמישה והמנומקת ביותר בשל השינויים המרכזיים בדיני המשפחה בארץ ובעולם. במישור המשפטי הפוזיטיבי טענתי המרכזית היא שקביעת הורות בהסכמה עולה זה מכבר בקנה אחד עם המודלים הקיימים לקביעת הורות משפטית ומשתלבת עמם היטב. לדעתי, מודל נורמטיבי זה אף משתלב במערך הדינים הנוהג במשפט הישראלי ועולה בקנה אחד עם תפיסות היסוד המגולמות בדיני המשפחה בכלל וביחסי הורים וילדים בפרט.