

## תזמון ההורות במשפט –

### צו ההורות הפסיקתי כמקרה-מבחן

נוי נעמן\*

המאמר מניח לראשונה מסגרת רעיונית של טמפורליות לניתוח הסדרת ההורות מכוח צו ההורות הפסיקתי. מסגרת רעיונית זו חושפת כיצד מימד הזמן משתתף בהבניית יחסי כוחות חברתיים ומנוצל כמשאב המתקף תפיסות-עולם שלפיהן אנו חיים ותופסים את עצמנו. השימוש במסגרת זו נועד להאיר בעיניים ביקורתיות את המתחים והמחלוקות העומדים במוקד ההתדיינות המשפטיות. בחלק הראשון של המאמר אמפה את גוף הידע של משפט וטמפורליות ואעמוד על קוצר-ידו. לאחר-מכן אציג את הכתיבה הביקורתית על זמן, המשמשת השראה לפיתוח המסגרת הרעיונית במאמר זה ולמילוי החלל התיאורטי. מכתובה זו אחלץ שתי הנחות-מוצא, אשר יתוקפו במאמר זה. ההנחה הראשונה היא כי מימד הזמן מנוצל כאמצעי המכווין התנהגויות אנושיות תוך פיקוח עליהן. ההנחה השנייה היא כי מימד הזמן משתתף בפרקטיקות שיחניות לתיקוף תפיסות-עולם תוך עיצוב תודעת הפרט. בחלק השני של המאמר אסקור את התפתחות המנגנון של צו ההורות הפסיקתי, ואתמקד בקביעותיו של בית-המשפט העליון בפסק-הדין שיעמוד במרכז הניתוח: בע"מ 3518/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**,

\* דוקטורנט למשפטים באוניברסיטת טורונטו.

אני מבקש להודות לרות זפרן, לבן אוהבי, לדנה חן, לחגי קלעי וללוטס נעמן על שקראו גרסאות קודמות של מאמר זה והועילו לי רבות בחידוד הטיעונים. המסגרת הרעיונית במאמר הוצגה בכמה כנסים, ואני רוצה להודות למשתתפיהם על הערות מועילות: הכנס השנתי של האגודה למשפט, חברה ומדעי הרוח בניו-הייבן (מרץ 2020), הכנס השנתי של האגודה למשפט וחברה (מאי 2020) וכנס בוגרים של בית-הספר למשפטים באוניברסיטת מקגיל (ספטמבר 2020). תודה מיוחדת נתונה גם לחברי מערכת **משפט וממשל** טל רטנר, אביב טובי, עפרי פרץ, גיא מרקוביץ וניקול ויסמן, וכן לעורך הלשוני גיא פרמינגר ולשופטת החיצונית, על עבודתם היסודית והערות מצוינות. לבסוף, אני מבקש להודות מקרב לב לאלירן עוזיאל על שיחות מפרות לכל אורך הדרך. כל ההדגשות בציטוטים שבמאמר אינן במקור, אלא אם כן נאמר אחרת.

אשר הכריע בשאלת סיווג הצו ותחולתו בנסיבות של פונדקאות חו"ל. בחלק השלישי של המאמר אתקף את ההנחה הראשונה באמצעות ניתוח אמות-המידה המרכזיות לקבלת הצו. הניתוח יראה כי משפחות החורגות מהמודל המסורתי עוברות תהליך משמוע ומשטור באמצעות תבניות זמן, לרוב בחסות תפיסת-עולם הטרונומטיבית. בחלק הרביעי של המאמר אתקף את ההנחה השנייה באמצעות ניתוח המחלוקת סביב סיווג הצו בין הגישה שלפיה הצו מכונן הורות לבין הגישה שלפיה הצו מצהיר עליה. אעמוד על המאפיינים הטמפורליים של כל אחת מן הגישות, ואראה כיצד תפיסת-העולם המונחת בבסיסן מאושררת באמצעות מאפיינים אלו. תרומתו של הניתוח היא במיקוד תשומת-הלב בהיבט שנדון בשיח המשפטי הרלוונטי באופן מצומצם בלבד, אם בכלל: התפיסה העצמית של הפרט, המעוצבת על-ידי המסרים שהמשפט משדר לנמעניו. מתן תשומת-לב להיבט זה, הנוגע בתפקידו ההצהרתי של המשפט ובאפקט התודעתי שלו, עשוי להוביל למסקנה שונה מזו שנקבעה בפסק-הדין האמור. בחלק האחרון של המאמר אמשיג ואנתח את המתח הטבוע בהליך הוצאתו של צו ההורות הפסיקתי, שיכונה "אי-מתאם טמפורלי". זהו המתח שבין התהוות התפיסה העצמית של הפרט לבין האופן שבו התהוות זו מקבלת הכרה פורמלית על-ידי המשפט. בחינה זו תבאר את הבעייתיות שבתוצאת פסק-הדין האמור ותוביל למסקנה שונה מזו שנקבעה שם.

**מבוא. א. טמפורליות ומשפט – בין תיאוריה למעשה:** 1. החלל התיאורטי; 2. הבסיס הרעיוני. **ב. התפתחות המנגנון של צו ההורות הפסיקתי – על פרשת-דרכים:** 1. קווי-יסוד של הגדרת ההורות במשפט הישראלי; 2. מודל הזיקה לזיקה – בין מהות לפרוצדורה; 3. עניין פלוני – הכרעה בעניין סיווגו ותחולתו של צו ההורות הפסיקתי. **ג. אמות-המידה לקבלת צו ההורות הפסיקתי:** 1. זוגיות רומנטית וממושכת לפני ההיריון; 2. עריכת הסכם הורות לפני ההפריה; 3. מרוץ הזמנים להגשת הבקשה לצו. **ד. סיווג צו ההורות הפסיקתי:** 1. הגישות המשפטיות; 2. המתח האידיאולוגי; 3. היבטים טמפורליים; 4. דיון משלים בסיווג הצו. **ה. תחולתו של צו ההורות הפסיקתי:** 1. אי-מתאם טמפורלי – הבסיס הרעיוני; 2. בין תיאוריה למעשה; 3. דיון משלים בתחולת הצו. **ו. הרהורים לסיום.**

## מבוא

המאמר מציע מסגרת רעיונית של טמפורליות כדי לבחון מזווית חדשה את הדילמות העומדות במרכז ההתדיינויות המשפטיות המתקיימות כיום סביב צו ההורות הפסיקתי.

צו זה מסדיר את מעמדו המשפטי של ההורה החברתי-המיועד – בן-הזוג של ההורה הביולוגי שהיה שותף להליך הבאתו של הילד לעולם בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות. המסגרת הרעיונית במאמר תמקד את אלומת האור באופנים השונים, הגלויים והסמויים, שבאמצעותם מימד הזמן נוטל חלק בכינון ובאשרור של נורמות חברתיות במוסד ההורות כיום.

טביעות רגליו של מימד הזמן ניכרות היטב במנגנון צו ההורות הפסיקתי, החל בדרישה למשך זמן מוגדר של זוגיות בין ההורה הביולוגי לבן-זוגו, עבור במסגרת הזמנים שבמהלכה השתכללה ההסכמה לגידול הילד, דרך מרוץ הזמנים להגשת הבקשה לצו, וכלה בפער הזמנים שבין התהוות המשפחה מיום הלידה למועד שבו הצו ניתן. ייצוגי זמן אלו, אשר יכוננו במאמר זה "מאפיינים טמפורליים"<sup>1</sup>, מעוררים שאלות מהותיות לגבי הגדרת ההורות החברתי-המיועדת, אופן ההכרה בה והנחות-היסוד המונחות כיום בבסיס מוסד ההורות.<sup>2</sup>

1 טמפורליות משמעותה ארגון הזמן. אני משתמש במונח הלועזי מאחר שהמילה "זמניות" מתייחסת למשמעות שונה, קרי, לדבר ארעי. המאמר יתמקד בשני סוגים של מאפיינים טמפורליים: נקודות זמן, כגון מועד הלידה; ומסגרות זמן, כגון ציר הזמן המאפיין את התפתחות הזהות ההורית. למיפוי מאפיינים טמפורליים במשפט ראו, Liaquat Ali Khan, *Temporality of Law*, 40 McGEORGE L. REV. 55, 106 (2009). ליחסים שבין משפט לטמפורליות באופן כללי ראו את הדיון להלן בתת-פרק 11 למאמר.

2 המאמר מתמקד בסוגיות משפטיות שנדונו בספרות באופן מצומצם בלבד, אם בכלל. בין סוגיות אלו ניתן למנות את סיווג צו ההורות הפסיקתי (הצהרתי או מכונן), תחולתו (מאיזה מועד יחול הצו) ואמות-המידה לקבלתו. לכתובה מקיפה על-אודות התפתחות המנגנון של צו ההורות הפסיקתי, אשר מבקרת את הריכוך בתנאים הנדרשים למתן הצו, ראו יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" **משפטים** מז 113, 140–144 (2018) (להלן: מרגלית "הורות משפטית"). מאמרו המקיף של מרגלית מתייחס בקצרה לסיווג הצו ולדרישת התסקיר, אך מבלי להידרש לסוגיות שנדונו לאחרונה בבת-המשפט ואשר בהן אני מבקש להתמקד במאמרי זה. לצד זאת ראוי להזכיר את הכתיבה המבקרת את המנגנונים הקבועים בהסדרת הורות של משפחות מאותו מין, תוך זיהוי וערעור של התפיסות ההטרונורמטיביות המונחות ביסודן: צבי טריגר "רישיון הורות" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 389, 404–409 (תמר מורג עורכת, 2010) (להלן: טריגר "רישיון הורות"); צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 437 (עינב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016); חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונורמטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממש"מגד נ' שר הפנים" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 28, 5 (2014) (להלן: קלעי "הורים חשודים"). מאמרי מבקש להתמקד לצד כתיבה זו, ולהוסיף עליה את הרובד הטמפורלי, שנותר מובלע בה, תוך בחינת השאלה כיצד נורמות המשויכות לתפיסת-עולם הטרונורמטיבית, המקדשת זוגיות הטרנסקסואלית ממוסדת והורות ביולוגית, מאושררות במשפט. לקריאה על התפיסה ההטרונורמטיבית בדיני משפחה ראו איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" **עינוי משפט** כז 539, 552 (2003).

פסק-הדין שיעמוד במרכז הדיון במאמר הוא בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (להלן: עניין פלוני).<sup>3</sup> פסק-דין זה, שניתן לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון, הוא פסק-דין משמעותי ביחס למנגנון צו ההורות הפסיקתי. פסק-הדין עסק בזוג גברים שביצע הליך פונדקאות בחו"ל להבאת ילד משותף (להלן: פונדקאות חו"ל), והתמקד בשתי שאלות מרכזיות. השאלה הראשונה התייחסה לסיווג הצו: האם הוא מצהיר על הורות שהתגבשה או שמא הוא מכונן אותה? השאלה השנייה התייחסה לתחולת הצו: האם הצו חל באופן רטרואקטיבי מיום הלידה או שמא הוא צופה פני עתיד וחל רק מיום הינתנו על-ידי הערכאה הישראלית? בית-המשפט קבע כי הצו מכונן הורות וחל מיום הינתנו. אומנם פסק-הדין עסק בזוג גברים שהביא ילד לעולם בהליך פונדקאות חו"ל, אך הקביעות והאמירות השזורות בו התייחסו לצו הורות פסיקתי מבלי להבהיר את גבולותיו.<sup>4</sup> מאמר זה יתמקד בקביעות אלו ובהשלכות-הרוחב שלהן תוך שימוש במסגרת הרעיונית של טמפורליות. התבוננות זו, כך אטען, מובילה למסקנה שונה מזו שנקבעה בפסק-הדין, ומציפה כמה היבטים שנפקד מקומם מהשיח המשפטי ואשר ראוי שיעמדו לנגד עיניהם של בתי-המשפט. אף שמוקד הדיון הוא צו הורות פסיקתי, ובפרט פסק-הדין שניתן בעניין פלוני, הדיון נועד לשמש גם פלטפורמה לייבוא הניתוח הטמפורלי למחקר המשפטי ולא ימוצו לארגו הכלים של הניתוח הביקורתי של המשפט.<sup>5</sup>

המאמר נע בין ניתוח תיאורטי-ביקורתי לניתוח נורמטיבי-מעשי, ומציע הצעות לטיוב ההסדרה של צו ההורות הפסיקתי. הפרק הראשון ימפה את גוף הידע שהמאמר מבקש להתמקם בו, תוך זיהוי החלל התיאורטי המצוי בו; יציג את הכתיבה הקווירית על טמפורליות, המשמשת השראה לפיתוח המסגרת הרעיונית המוצגת במאמר; ויבאר את התרומה הפוטנציאלית של מסגרת זו למחקר המשפטי, ובפרט להקשר המשפטי של הסדרת יחסים משפחתיים. המסגרת הרעיונית במאמר כוללת שתי הנחות מוצא: ראשית,

3 בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.2.2020).

4 הקביעה ביחס לסיווג הצו חלה גם על בקשות לצו המוגשות על-ידי זוגות נשים הנעזרים בתרומת זרע. ראו בג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (פורסם בנבו, 26.7.2020). נכון למועד כתיבתו של מאמר זה, ומעט לפני פרסומו, אושרה בקשה לדיון נוסף בעניין זה (דנג"ץ 5591/20 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.2021)). כמו-כן, לאחר כתיבת המאמר ולפני פרסומו התפרסם פסק-דין של בית-המשפט העליון בעניין תחולתו של צו הורות במקרה של זוג נשים הנעזר בתרומת זרע. פסק-הדין קבע בדעת רוב כי מעתה ואילך צו הורות פסיקתי שיוצא בנסיבות אלו יחול באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה, ובלבד שהבקשה תוגש בתוך תשעה חודשים ממועד הלידה. ראו בע"מ 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון (פורסם בנבו, 14.2.2021) (להלן: עניין איילון).

5 מימד הזמן, הן כאובייקט מחקרי העומד בפני עצמו והן ככלי מתודולוגי להבנת תופעות סוציולוגיות במשפט, זכה עד כה בתשומת-לב זעומה בלבד בספרות הישראלית. ראו להלן ה"ש 14 ו-18.

שמימד הזמן מנוצל כאמצעי המכווין התנהגויות אנושיות תוך פיקוח עליהן; שנית, שמימד זה מנוצל לתיקוף תפיסות-עולם מסוימות תוך עיצוב תודעת הפרט, וזאת באמצעות פרקטיקה שיחנית.<sup>6</sup> המשך המאמר יוקדש לתיקוף הנחות-מוצא אלו באמצעות מקרה-המבחן הנבחר: צו ההורות הפסיקתי ופסק-הדין בעניין פלוני. הפרק השני יסקור את התפתחות המנגנון של צו ההורות הפסיקתי, יבאר את הרציונלים העומדים בבסיסו, ויציג את פסק-הדין בעניין פלוני תוך ביאור חשיבותו לשיח המשפטי. הפרק השלישי ירתום את הנחת-המוצא התיאורטית הראשונה לניתוח המאפיינים הטמפורליים של כמה אמות-מידה מרכזיות לקבלת צו הורות פסיקתי העומדות כיום במרכז ההתדיינויות המשפטיות בנושא. אראה כיצד מאפיינים אלו מנוצלים למשטור משפחות החורגות מהמודל המסורתי, לרוב בחסות תפיסת-עולם הטרונומרטיבית הנעטפת בעקרון טובת הילד, הגם שניתן לממש את הרציונלים העומדים בבסיסה של הסדרה זו באמצעים חלופיים. הפרק הרביעי ירתום את הנחת-המוצא התיאורטית השנייה לדיון במחלוקת בין הגישה הרואה את צו ההורות הפסיקתי כמכונן הורות לבין זו הרואה אותו כמצהיר על הורות שהתגבשה במועד הלידה. אראה כי מחלוקת זו אינה עניין של מינוח בלבד, אלא משקפת את המתח שבין תפיסת-עולם המעניקה משקל מרכזי לקשרים גנטיים לבין תפיסת-עולם המייחסת חשיבות רבה לעקרונות של דאגה ואחריות משותפת לגידול הילד. הניתוח יבקש לתרום לשיח המשפטי בשני היבטים. בהיבט התיאורטי, עמידה על המאפיינים הטמפורליים של כל אחת מן הגישות המשפטיות תראה כי מימד הזמן אינו פועל ברקע השיח המשפטי, אלא מנוצל כמשאב המתקף את תפיסת-העולם שלפיה אנו חיים ותופסים את עצמנו. בהיבט המעשי, תרומתו של הניתוח היא במיקוד אלומת האור בהיבט שנפקד מקומו מפסק-הדין בעניין פלוני: התפיסה העצמית של הפרט, המעוצבת על-ידי המסרים שהמשפט משדר לנמעניו. מתן תשומת-לב להיבט זה, הנוגע בתפקידו ההצהרתי של המשפט ובאפקט התודעתי שלו, עשוי להוביל למסקנה שונה מזו שנקבעה בפסק-הדין. הפרק החמישי יציג את המושג הרעיוני "אי-מתאם טמפורלי". מושג זה נועד לחשוף את המתח שבין התהוות ההגדרה העצמית של הפרט לבין האופן שבו התהוות זו מקבלת הכרה פורמלית על-ידי המשפט. מנגנון צו ההורות הפסיקתי מתאפיין במתח זה, שהרי ההכרה במעמד ההורה מכוח הצו נעשית רק בדיעבד, אחרי מועד הלידה, קרי, תוך יצירת חלון-זמנים בין המציאות העובדתית לבין האופן שבו מציאות זו מוכרת באופן פורמלי על-ידי המשפט. התבוננות על השלכותיו של אי-המתאם תחשוף את הכשל הטבוע במנגנון צו ההורות הפסיקתי, ותבאר את

6 תוכנה זו, הנוגעת במימד הכוחני של פעולות בשיח, פותחה בהגותו של מישל פוקו. כוח במובן הפוקואיאני הוא תוצר של השיח. פוקו מסביר בכתבתו את תהליך ייצורו של השיח, הפיקוח עליו, ארגונו והפצתו, וכיצד הוא יוצר את הסובייקט, קרי, מכתוב את האופן שבו הפרט תופס את עצמו. מישל פוקו **תולדות המיניות I: הרצון לדעת** (גבריאל אש מתרגם, 1996).

הבעייתיות שבפסק־הדין בעניין פלוני, אשר הגביל את האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי מיום הלידה או סמוך למועד זה. מהאספקלריה המוצעת במאמר, פסק־הדין האמור של בית־המשפט העליון משליך על הרבה מעבר לשאלת סיווגו ותחולתו של הצו. הוא נוגע במתח שבין כמיהתו של הפרט כי החברה תאמץ תפיסת זמן המתמקדת בחוויית החיים שלו ומשתלבת עם האירועים המכוננים בחייו כפי שהוא תופס ומחציץ אותם כלפי עלמא – ובתוך כך מעניקה לו שליטה בהגדרה העצמית שלו – לבין האינטרס של המדינה לשמר את השליטה במוסד ההורות. מאמר זה צופה פני עתיד, בין שהשאלות בעניין פלוני יעלו לדיון נוסף ובין שהן יתעוררו בתיקים אחרים.<sup>7</sup> הניתוח במאמר יוביל למסקנה הסופית כי ראוי לבחון שנית את פסק־הדין בעניין פלוני. הניתוח יצביע על שתי דרכים אפשריות: האחת היא קביעה כי צו ההורות הפסיקתי הינו צו המכיר באופן פורמלי בהורות שהתגבשה כבר מיום הלידה, ולא צו המכונן אותה יש מאין, ולכן הוא יחול ממועד זה; לחלופין, ככל שבית־המשפט ימאן להכריע כך, ראוי שבית־המשפט יקבע כי הצו יחול מיום הלידה כבררת־מחדל, תוך הותרת אפשרות לחרוג מהכלל בנסיבות חריגות ולהחילו מיום מתן הצו.

בטרם אגש להצגת התשתית הרעיונית המוצעת במאמר זה, אסיים את דברי המבוא בכמה הערות. ראשית, בחרתי להשתמש במונח "הורה חברתי־מיועד", ולא "הורה לא־ביולוגי", מתוך הנחת־מוצא שהגדרת ההורה על בסיס הבחנה ביולוגית מאשררת מהותנות ביולוגית המייצרת עליונות טבעית של ההורה הביולוגי.<sup>8</sup> שנית, אדון בהכרה במעמדו של ההורה החברתי־המיועד הן בהליך של תרומת זרע אנונימית והן בהליך פונדקאות חו"ל. על־אף השוני בין שני ההליכים,<sup>9</sup> בשל קוצר היריעה אדון בהם במאוחד, אם כי תוך חידוד השוני ביניהם במקומות הרלוונטיים. לסיום, ייתכן שגם מסגרות אנליטיות אחרות יובילו לתובנות דומות לאלה שבמאמר, אולם עמדתי היא כי

7 לאחר כתיבת המאמר ולפני פרסומו אושרה בקשה לדיון נוסף בהרכב מורחב. ראו דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 13.4.2021). בהתאם להחלטה שניתנה בעניין צור־וייסלברג, לעיל ה"ש 4, הדיון הנוסף נועד להתקיים במאוחד עם הדיון הנוסף בעניין פלוני.

8 Joanna Radbord, *Same-Sex Parents and the Law*, 33 WINDSOR REV. LEGAL & SOC. ISSUES 1, 6 (2013). בספרות נהוג לכנות הורות זו גם "הורות ההסכמית". ראו יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** ו 553 (2012) (להלן: מרגלית "על קביעת הורות").

9 הליך פונדקאות משלב מורכבויות בשל שילוב אדם נוסף שנושא את העובר. מורכבויות אלו כוללות אינטרסים הנוגעים בפונדקאית, בילד העתידי ובהורים המיועדים. ראו נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר־מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" **משפט וממשל** טו 435 (2013); Ruth Zafran & Daphna Hacker, *Who Will Safeguard Transnational Surrogates' Interests? Lessons from the Israeli Case Study*, 44 LAW & SOC. INQUIRY 1141 (2019).

התוצאה הסופית אינה אמת-המידה היחידה שיש לבחון. המסגרת המשפטית והשיקולים המובאים בחשבון הם החשובים, ויש שיאמרו – המרכזיים.<sup>10</sup>

## א. טמפורליות ומשפט – בין תיאוריה למעשה

### 1. החלל התיאורטי

מאמר זה מבקש להתמקם בנבכיו של גוף ידע על-אודות יחסי-הגומלין שבין משפט לטמפורליות.<sup>11</sup> גוף ידע זה התפתח במהלך שלושת העשורים האחרונים וכולל כתיבה עשירה, החל בכתיבה שסוקרת כיצד המשפט מעצב תפיסות של זמן מנקודת-מבט היסטורית, תרבותית או פוליטית,<sup>12</sup> המשך בכתיבה שבוחנת יחסים בין תפיסות שונות של זמן במשפט,<sup>13</sup> וכלה בכתיבה שמתחקה אחר האופן שבו מימד הזמן, על

10 Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1878–87 (1987); איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט 848, 821 (2016).

11 התת-פרק שלהלן אינו מתיימר להציג תמונה מלאה של הכתיבה על טמפורליות ומשפט – מטרה שראוי להקדיש לה, לדעתי, מחקר עצמאי ונפרד. מטרת התת-פרק היא לשרטט את גוף הידע הזה, ולזהות את החלל הספרותי שהמאמר מבקש להשלימו.

12 ראו, לדוגמה, Carol J. Greenhouse, *Just in Time: Temporality and the Cultural Legitimation of Law*, 98 YALE L.J. 1631 (1989). קרול גרינהאוס, אנתרופולוגית של המשפט, בוחנת כיצד יחסי-הגומלין שבין זמן ומשפט מכתיבים את הסדר החברתי ויוצקים בו משמעות, תוך הדגשת האופן שבו צורות ותפיסות שונות של זמן מצויות במשא-ומתן מתמיד. כך, לדוגמה, הכותבת מציגה את תפיסת הזמן האמורפית של כל-זמן ("all time"). תפיסה זו מתארת את מימד הזמן כתופעה שמתקיימת בכל עניין בעולם. גרינהאוס מדגימה את השימוש של תפיסה זו במשפט בעקרון התקדים המחייב, שהוא ליניארי אך גם מעגלי וחשוף לשינוי בכל עת.

13 ראו Rebecca R. French, *Time in the Law*, 72 U. COLO. L. REV. 663, 671 (2001). הכותבת בוחנת כיצד תפיסות מערביות של זמן, כגון ליניאריות והתפתחות, ולעומתן תפיסות זמן חלופיות, כגון מעגליות ורגרסיה, מעצבות את המשפט בהקשרים שונים. כמו-כן היא מציגה המשגה של תפיסות זמן מתקדמות ומורכבות במשפט, כגון תפיסה של "קווים פתוחים", המדברת על כמה תנועות של זמן המתקיימות במקביל. ראו גם Andrew J. Wistrich, *The Evolving Temporality of Lawmaking*, 44 CONN. L. REV. 737 (2012). הכותב מדגים ומבקר את התופעה שבמסגרתה המשפט מוכנה על-ידי תפיסת זמן צופה פני עתיד באמצעות חוקים, הנחיות מנהליות ואמנות בין-לאומיות. ראו גם Frederic Bloom, *The Law's Clock*, 104 GEO. L.J. 1, 19–36 (2015). הכותב מבחין בין שלושה מאפיינים של זמן שנועדו לתאר את המשפט. הראשון, *All Time*, מאפיין את המשפט כתופעה נצחית. בהתאם למאפיין זה, בית-המשפט בוחן מהו המשפט, ולא יוצר אותו. השני, *Some Time*, מתאר את המשפט כתופעה גמישה שמתפתחת ומשתנה בהתאם לנסיבות. בהתאם למאפיין זה, בית-המשפט יוצר ומעדכן את המשפט מזמן לזמן, ולא רק מצהיר מהו

תצורותיו השונות, מנוצל לעיצוב המשפט כמכשיר להקצאת זכויות וחובות משפטיות.<sup>14</sup> יחסים אלו קיבלו תשומת-לב במגוון ענפי משפט – ביניהם המשפט הפלילי,<sup>15</sup> זכויות אדם והמשפט הבין-לאומי,<sup>16</sup> דיני קניין,<sup>17</sup> דיני מיסים,<sup>18</sup> דיני חוזים<sup>19</sup>

המשפט. השלישי, *Broken Time*, מתאר את המשפט כתופעה שמתפתחת באופן גמיש, לא-ליניארי ולא-אוניוורסלי, וחשופה במהותה למניפולציה.

- 14 Khan, לעיל ה"ש 1, בעמ' 87. הכותב מציע מסד רעיוני שמסביר כיצד מאפיינים טמפורליים מבנים את המשפט. לדוגמה, "מפעיל זמן" (Temporal Trigger) מתאר את נקודת הזמן שבה מוקצות זכויות וחובות משפטיות. עיקרון זה עשוי להוות דוגמה לכשל הטבוע במשפט בדמות הקצאת סטטוסים משפטיים בנקודת זמן שאינה תואמת את המציאות כהווייתה, כנדרון בהרחבה בפרק ה למאמר. לניתוח ביקורתי של הבניית תפיסת זמן במשפט הישראלי המצמצמת את ההגנה על זכויות אדם כמרגם יוצקת משמעויות חברתיות בעייתיות באשר לציר הזמן שבו נמצאת האומה, ראו יופי תירוש "תקופה מתקתקת": תפיסות שיפוטיות של הזמן הלאומי והשפעתן על זכויות אדם בישראל" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 291 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017) (להלן: תירוש "תקופה מתקתקת"). לביקורת על תפיסת זמן בתחום משפט העבודה ראו חני אופק-גנדלר "ענוחה" – בין עבודה למנוחה בעידן הדיגיטלי" **עיוני משפט** מ 5 (2017). המחברת בוחנת כיצד ההגדרה של "זמן עבודה" בעידן הטכנולוגי של היום מקשה הצבת חיץ ברור בין שעות העבודה לשעות המנוחה ויוצרת זליגה סמויה בין שני זמנים אלו. לכתובה הבוחנת את האתגרים המתעוררים בהגדרה של "זמן עבודה" בהקשר של עובדי סיעוד בייתי ראו L.J.B. Hayes, *Work-Time Technology and Unpaid Labour in Paid Care Work: A Socio-legal Analysis of Employment Contracts and Electronic Monitoring*, in LAW AND TIME 179 (Siân M. Beynon-Jones & Emily Grabham eds., 2018)
- 15 Jonathan Goldberg-Hiller & David T. Johnson, *Time and Punishment*, 31 QUINNIPIAC L. REV. 621 (2013). המחברים מתחקים אחר צורות שונות של זמן שמעצבות שלושה תחומים של ענישה: עונש מוות, כליאה ומעקב סמוי.
- 16 Kathryn McNeilly, *Are Rights Out of Time?: International Human Rights Law, Temporality, and Radical Social Change*, 28 SOC. & LEGAL STUD. 817 (2019). הכותבת מציעה לאמץ תפיסה המכונה "untimely" אל שיח זכויות אדם, שלפיה יש לשאוף לרפורמות חברתיות באופן שמנותק ממאפיינים של ליניאריות, התקדמות ויכולת חיזוי, וזאת כדי לשאוף למנעד רחב של אפשרויות בעתיד. ראו גם תירוש "תקופה מתקתקת", לעיל ה"ש 14, בעמ' 298–308, המדגימה כיצד תודעת זמן של מלחמה וחירום מעצבת את ההגנה על זכויות אדם.
- 17 Sarah Keenan, *Making Land Liquid: On Time and Title Registration*, in LAW AND TIME 118 (Siân M. Beynon-Jones & Emily Grabham eds., 2018). הכותבת מנתחת כיצד מערכות רישום המקרקעין במקומות שונים בעולם אפשרו למעצמות קולוניאליות לרשום את האדמות תוך מחיקת ההיסטוריה של הילידים, וזאת כדי לאפשר מסחר עתידי באדמות אלו.
- 18 ראו, לדוגמה, אילת מגן "הוצאות טיפול בילדים – מיסוי, זמן מגדר" **משפט וממשל** טו 373 (2013), המבקרת את תפיסת הזמן הליניארית-הגברית המובלעת בסוגיית מיסוי של הוצאות הטיפול בילדים.
- 19 Kaiponanea T. Matsumura, *Binding Future Selves*, 75 LA. L. REV. 71 (2014). הכותב מבקר כללים משפטיים המאפשרים לפרטים מרחב גמישות רחב של חזרה מהסכמה



ודיני עבודה<sup>20</sup> – תוך בחינת האופנים השונים שבאמצעותם מימד הזמן מנוצל להגשמת אינטרסים חברתיים, ותוך שימת דגש באתגרים ובקשיים שאופנים אלו מעוררים. דא עקא שמיפוי של גוף ידע זה מגלה כי הוקדשה תשומת-לב זעומה בלבד למימד הזמן במסגרת היחסים המשפחתיים.<sup>21</sup> באופן ספציפי, בעוד רוב הספרות המשפטית הנוגעת בהולדה בסיוע נסבה על-אודות השאלה "מי הוא ההורה?", שאלות הנוגעות בזמן – לדוגמה, מתי המעמד המשפטי של ההורה מתגבש<sup>22</sup> ומהן הנחות-המוצא הנורמטיביות שבבסיס המאפיינים הטמפורליים של הסדרה זו, כגון מועד הלידה (המועד שבו בדרך-כלל מוענק הסטטוס המשפטי להורה) וחלוקת תקופת ההיריון לטרימסטרים<sup>23</sup> – לא זכו עד כה אלא בתשומת-לב מועטה.<sup>24</sup> חלל תיאורטי זה מזמין

מוקדמת בהסכמים "אינטימיים", כגון הסכמים לנשיאת עוברים, בהשוואה לחוזים מסחריים אחרים, ובפרט את הנחת-המוצא שביסודם של כללים אלו כי ראוי שתפיסת העצמיות המאוחרת של הפרט ("later self") תגבר על תפיסת העצמיות המוקדמת ("earlier self").

20 ראו אופק-גנדלר, לעיל ה"ש 14.

21 קיימת כתיבה שניתחה שאלות הנוגעות בהגדרת ההורות תוך התייחסות למאפיינים טמפורליים שונים. ברם, כתיבה זו אינה מתיימרת להציג מסגרת רעיונית של טמפורליות סדורה ומקיפה הנוגעת בתפקיד הזמן כמשמר יחסי כוחות, כפי שהמאמר הנוכחי שואף לעשות. כך, לדוגמה, המשפטנית דארה פורוויס (Dara Purvis) מבקרת את הפער שבין מאפייניהם של כללים משפטיים הבוחנים הסכמה רק לאחר לידת התינוק, אשר צופים פני עבר ("backward in time"), לבין הפוונה של ההורים המיועדים, אשר צופה פני עתיד ("forward-looking temporal perspective"). ראו Dara E. Purvis, *Intended Parents and the Problem of Perspective*, 24 YALE J.L. & FEMINISM 210 (2012). המאמר הנוכחי מתכתב עם הביקורת של פורוויס, הנוגעת בפער שבין אופיים של כללים משפטיים לבין התפיסה העצמית של הפרט, ובר-בזמן גם מוסיף עליה. בעוד פורוויס ממשיגה את הכשל בהסדרת יחסים משפחתיים באמצעות שימוש בכיווני זמן (looking backward—looking forward), המאמר הנוכחי, בפרק ה, מציג את הרעיון של "אי-מתאם טמפורלי", המבקר את הפער שבין התהוות ההגדרה העצמית של הפרט לבין האופן שבו התהוות זו מקבלת הכרה פורמלית (מיסוד) על-ידי המשפט באמצעות הקצאת סטטוס משפטי.

22 ראו Noy Naaman, *Timing Legal Parenthood* (forthcoming) (עותק מצוי בידי המחבר).

23 ראו Siân M. Beynon-Jones, *Gestating Times: Women's Accounts of the Temporalities of Pregnancies that End in Abortion in England*, 39 SOCIOLOGY OF HEALTH & ILLNESS 832 (2017) הבוחנת כיצד מימד הזמן מארגן את החוויה ההריונית, קרי החלוקה לטרימסטרים, תוך הפיכת הגוף הנשי לאובייקט של שליטה ופיקוח. למחקר אתנוגרפי בהקשר דומה ראו Joanna White, *'But Isn't It the Baby that Decides When It Will Be Born?': Temporality and Women's Embodied Experiences of Giving Birth*, 34(1) CAMBRIDGE J. ANTHROPOLOGY 72 (2016), הבוחנת כיצד החוויה הנשית מעוצבת על-ידי צורות זמן ממסדיות שהיא מכנה אותן "זמן רבייתי".

24 לעומת הדיסציפלינה המשפטית, קיימת כתיבה אנתרופולוגית עשירה בנוגע לייצוגים של מימד הזמן ולהשפעתו על מוסד המשפחה. ראו, לדוגמה, Wendy Simonds, *Watching the Clock: Keeping Time During Pregnancy, Birth, and Postpartum Experiences*, 55

פיתוח הבנה סדורה של האופנים שבאמצעותם מוסד ההורות, כמוסד משפטי, מעוצב כיום על-ידי מימד הזמן.<sup>25</sup> המאמר הנוכחי יבקש להניח תשתית ראשונית להבנה זו, תוך תיקופה בהקשר ספציפי של הגדרת ההורות. אגש כעת להצגת הכתיבה החוץ-משפטית המשמשת אבן-יסוד לפיתוח הבסיס הרעיוני במאמר.

## 2. הבסיס הרעיוני

התזה שאבקש לקדם ולבחון במאמר זה היא כי מימד הזמן מנוצל כמשאב לאשרור מנגנוני כוח חברתיים.<sup>26</sup> הבנה זו שואבת השראה מלימודי התיאוריה הקווירית. תיאוריה זו שואפת לערער על קטגוריות "טבעיות" ולחשוף את התנאים המאפשרים את שעתוק מנגנוני הכוח בחברה, וזאת במטרה לייצר פרקטיקות של התנגדות.<sup>27</sup> בעוד התיאוריה הקווירית מזוהה עם לימודי להט"ב, הניתוח הקווירי אינו מוגבל לפרקטיקות מיניות, ונועד לנתח מוקדי כוח שונים.<sup>28</sup> אסכולת הניתוח הקווירי של המשפט שואפת לייבא תובנות מהכתיבה הקווירית אל הניתוח הביקורתי של המשפט. דא עקא, אף שבעשורים

Soc. Sci. & Med. 559 (2002); אורנה דונת "טובים השניים מן האחד? כמה הגיונות תרבותיים של מוסד האחאות בישראל" *סוציולוגיה ישראלית* טו 35 (2013), המתחקה אחר תפיסת הזמן במסגרת יחסי האחאות; Kinneret Lahad, *Singlehood, Waiting, and the* (2012) *Sociology of Time*, 27 SOCIOLOGICAL F. 163, 165 (2012), החושפת תפיסות זמן ליניאריות בשיח החברתי סביב רווקות.

25 הנחת-המוצא שבבסיס המאמר היא שמוסד ההורות הוא משפטי. המשפט הוא שקובע מיהם ההורים מבחינה משפטית, בין שההורות מתבססת על זיקה ביולוגית ובין שהיא מתבססת על זיקות אחרות, כגון הסכמה. השוו רות זפרן, נוי נעמן ואילית בלכר-פריגת "הורות מושתתת וזגיות בין מהות למיסוד – הסדרת אימהות משותפת כמקרה בוחן" (טרם פורסם).

26 יחסי-הגומלין שבין זמן, משפט וכוח הודגשו על-ידי משפטנים אחדים, אך בהקשרים שונים מזה המוצג במאמר הנוכחי. כך, לדוגמה, בהקשר של זכויות אדם ראו Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551, 598 (2005) הבנה כי זמן, להבדיל ממשאבים טבעיים אחרים, מוקצה באופן מוגבל בהתאם לאינטרסים מסוימים. ראו גם תירוש "תקופה מתקתקת", לעיל ה"ש 14, המדגימה את כוחם של השופטים להבנות נרטיב על-אודות ציר הזמן של האומה ואת המשמעויות החברתיות הטבועות בציר זמן זה; מגן, לעיל ה"ש 18, המראה כיצד תפיסות זמן "נשיות" – המוגדרות במאמרה כתפיסות זמן גמישות ומורכבות יותר מהתפיסה הגברית הליניארית – נדחקות לשוליים בסוגיה מיסויית של הוצאות גידול ילדים.

27 אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית" *מעבר למיניות* 9 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003); ANNAMARIE JAGOSE, *QUEER THEORY: AN INTRODUCTION* (1996).

28 Jerry Thomas, *Queer Sensibilities: Notes on Method*, 5 POLITICS, GROUPS, AND IDENTITIES 172 (2017).

האחרונים נע הניתוח הקווירי של המשפט לקדמת הבמה האקדמית,<sup>29</sup> נפקד מימד הזמן מאסכולה זו.<sup>30</sup> לאחרונה קראה המשפטנית ברנדה קוסמן להרחיב את גבולותיה של אסכולה זו באמצעות שימת דגש באובייקטים מחקרניים שטרם זכו בתשומת-לב, דוגמת מימד הזמן.<sup>31</sup> המאמר מבקש להיענות לקריאה זו.<sup>32</sup>

במסגרת הכתיבה הקווירית הכללית, להבדיל מהאסכולה הקווירית של המשפט, זכה מימד הזמן בהתייחסויות. אליזבת גרוס גורסת כי זמן נתפס כברור מאליו, אולם זמן הוא לא "דבר בפני עצמו" ולא מאפיין של הסובייקט, אלא יסוד המכונן את המציאות הקיומית.<sup>33</sup> בהתאם לגרוס, אפוא, זמן אינו תוצר של מהות הקיום (essence), אלא הוא עצמו יוצר אותה. התיאוריה הקווירית מתמקדת בתובנה זו של מימד הזמן כאמצעי המכונן את המהות עצמה, מתוך מטרה לחשוף את הנחות-המוצא הנורמטיביות שבבסיס ייצוגי הזמן במרחבים שונים, ותוך שימת דגש ביחסי-הגומלין שבין ייצוגי זמן אלו

29 ראו אייל גרוס, עמליה זיו ורז יוסף "אם יש סקס אחר הביאו לכאן ונדעהו" – לימודים להט"ביים וקוויריים בישראל: מבוא" סקס אחר – מבחר מאמרים בלימודים להט"ביים וקוויריים ישראלים 11 (אייל גרוס, עמליה זיו ורז יוסף עורכים, 2016). למחקרים בולטים שהרימו תרומה חשובה לייבוא תיאוריות אלו ראו, לדוגמה, בתחום הפלילי: אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירת הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" פלילים ט 95 (2000); בתחום לשון הרע: הדי ויטרבו "משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון-הרע" עיוני משפט לג 5 (2010); חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט ד 167 (2011). לכתיבה המציעה קריאה קווירית ביקורתית של פסק-הדין בפרשת דנילוביץ (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994)), אשר עסק בהפליה על רקע נטייה מינית, ראו אייל גרוס "דנילוביץ, שטיינר, והתיאוריה הקווירית" משפט נוסף א 47 (2001).

30 Brenda Cossman, *Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve* 30 *Sedgwick (and Others)*, 6 CRITICAL ANALYSIS L. 23, 37 (2019).

31 ש.ם.

32 הגישה הקווירית היא רק אחת ממגוון הגישות הקיימות לעניין טמפורליות. הבחירה שלי להסתמך על הכתיבה הקווירית נובעת מתוך שאיפה לתרום לפיתוח גבולותיה של האסכולה הקווירית של המשפט מעבר לאובייקטים מחקרניים מסורתיים. יובהר כי רשימת ההוגים שנדונו בפרק זה היא חלקית ובלתי-ממצה, והיא תוצר של הערכה ופרשנות שלי כמשפטן לגבי תרומתם לפיתוח התשתית הרעיונית המוצעת במאמר.

33 ELIZABETH GROSZ, *THE NICK OF TIME: POLITICS, EVOLUTION, AND THE UNTIMELY* 4 (2004). בדומה לכך, המשפטנית אמילי גרהם סוברת כי אם נבין שלפעולות, טיעונים ומסמכים משפטיים יש השלכות אשר נוגעות בזמן ("temporalizing effects") – ולא רק קיימות במימד הזמן ("exist in time") – נוכל לאתר את המאפיינים הטמפורליים בעולם ולהבין את השפעותיהם כפוליטיות מטבען, מכיוון שהן יוצרות את עולמנו. ראו EMILY GRABHAM, *BREWING LEGAL TIMES: THINGS, FORM, AND THE ENACTMENT OF LAW* 15 Keebet von Benda-Beckmann, *Trust and the Temporalities of Law*, 46 (2016). J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 1, 1 (2014) ("Temporalities are not just aesthetic qualities of law, they also have important implications for social practices")

למנגנוני כוח חברתיים. כך, לדוגמה, אליזבת פרימן גורסת כי השימוש בזמן, כחלק ממערכת של תפיסות-עולם ומוסדות חברתיים שהיא מכנה "כרונו-נורמטיבית" (*chrononormativity*), נועד לארגן גופים אנושיים למרוב (מקסום) היעילות.<sup>34</sup> מערכת זו משתקפת על-ידי רכיבים טמפורליים שנתפסים כחיוניים ו"טבעיים", כגון לוחות-זמנים, לוחות-שנה ואזורי-זמן, אשר מייצרים סטנדרטיזציה של מוסדות חברתיים תוך שימוש ברטוריקה של התקדמות ליניארית.<sup>35</sup> בהתאם למשנתה של פרימן, ההיגיון הכרונו-נורמטיבי מאפשר לגופים ולפרטים להיות מסונכרנים זה עם זה ועם תוכנית חברתית גדולה יותר, אשר ההשתייכות אליה נתפסת כ"טבעית" בחוויה האישית של הפרטים.<sup>36</sup> בדומה לפרימן, ג'ק הלברסטם מסביר כי מכיוון שאנחנו שבויים בתפיסת זמן של ציר התקדמות ליניארי (עבר-הווה-עתיד), הנתפס כציר בלתי-ניתן לערעור, אנו מתעלמים מן האופן שבו ציר זה מובנה תרבותית ופוליטית ונטוע במערך יחסי הכוחות החברתיים.<sup>37</sup> הלברסטם מציג שלוש מערכות של זמן שנועדו לשמר דפוסי חיים נורמטיביים: זמן רבייה, זמן משפחה וזמן ירושה. זמן רבייה מתייחס למבנה החברתי הנובע מקיומו של שעון ביולוגי אצל נשים. זמן משפחה מתייחס לנורמות המלוות את הפרקטיקה של גידול ילדים, ומתאפיין בלוחות-זמנים המוכתבים בהתאם למה שנתפס בעינינו כצורכי הילדים. זמן ירושה מאפשר העברה של ערכים והון כלכלי ומוסרי מדור אחד למשנהו, ובכך מאפשר לקשור את המשפחה לעבר ההיסטורי של האומה וליציבות העתידית של הלאום. ניתוחו של הלברסטם חושף כיצד הפרט מוצב בצומת של מערכות זמן המכתיבות את תפיסת-העולם שלו כלפי העבר, ההווה והעתיד, ומכוננות דפוסים חברתיים מסוימים כדפוסים "טבעיים". כך, לדוגמה, זמן רבייה מבנה את האופן שבו ניתנת משמעות למסלול חייו של הפרט; זמן משפחה מסדיר את הזמן ברמה היומיומית, ומבנה על-פי מה שנתפס כצרכים של ילדים; וזמן ירושה מאפיין את ההבנה של הפרט ביחס למבנה הבין-דורי.<sup>38</sup>

קריאת משנותיהם האינטלקטואליות של גרוס, פרימן והלברסטם ממחישה כי מימד הזמן אינו מהווה את ה"רקע" לפעולות האנושיות, ואינו נתון קבוע או נתון שתלוי

ELIZABETH FREEMAN, TIME BINDS: QUEER TEMPORALITIES, QUEER HISTORIES 3 34 (2010).

שם, בעמ' 3-4 ו-160. 35

שם, בעמ' 3 ו-11. 36

JACK HALBERSTAM, IN A QUEER TIME AND PLACE: TRANSGENDER BODIES, 37 (2005) SUBCULTURAL LIVES 4-6.

38 מעניין להשוות את ניתוח מערכות הזמן של הלברסטם למחקרם של איל חוברס ורויטל עמירן ספיר ולמה שהם מכנים "הזמן היהודי", המתנהל בתוך חוקיות צפויה מראש המנביעה, לגישתם, תפיסה מוגבלת של אזרחות. ראו איל חוברס ורויטל עמירן ספיר "תנועה בין השמשות: על זמן, בניין ואזרחות בציונות" שפת אזרח בישראל 44, 45-48 (דן אבנון עורך, 2006).

בנסיבות טבעיות, אלא הוא עצמו משתתף בהבניית יחסי הכוחות החברתיים.<sup>39</sup> אבקש לבאר הבנה זו באמצעות פירוקה לשתי הנחות-מוצא תיאורטיות, המשלימות זו את זו. **התובנה הראשונה**, שתיגזר ממשנתה של פרימן, היא כי מימד הזמן מנוצל לתיעול גופים והתנהגויות אנושיות, לעיתים תוך משטורם, בהתאם לתפיסת-עולם מסוימת. בפרק ג למאמר אייטש תובנה זו תוך בחינה ביקורתית של כמה רכיבים טמפורליים **גלויים** הטבועים במנגנון צו ההורות הפסיקתי, וניתוח ההשלכות הנורמטיביות והפוליטיות של מאפיינים אלו.

**התובנה השנייה**, שאותה אשאב ממשנתו של הלברסטם, היא כי מימד הזמן מנוצל במסגרת פרקטיקות שיחניות, דוגמת מינוחים לשוניים, לתיקוף נורמות חברתיות.<sup>40</sup> פרק ד למאמר ינתח את המחלוקת סביב סיווג הצו מבעד לתובנה זו. אציע להתבונן על סיווג הצו כפרקטיקה שיחנית המתקפת תפיסות-עולם מסוימות. כמו-כן אעמיד לביקורת את הדרך שבה המעמד המשפטי של ההורה מיוצג בכל אחת מן הגישות, תוך שרטוט ציר הזמן המאפיין את ההורות (מושא הצו) ובחינת ההשלכות של ציר הזמן על התודעה העצמית של ההורה.

מתוך מחויבות לְגֶשֶׁר בין התיאוריה לפרקטיקה, המאמר הנוכחי יציע גם חלופות לטיוב המנגנון המשפטי. הכתיבה הקווירית מזמינה אותנו לאמץ יחס חלופי לתפיסות זמן מרכזיות המאשררות נורמות דכאניות.<sup>41</sup> זאת, מתוך הנחת-מוצא כי אף-על-פי

39 באופן עמוק יותר, תפיסה זו מתכתבת עם התפיסה הפוקויאנית, שלפיה הסובייקט הוא תוצר של רשתות כוח, כאשר הכוח הוא לא רק גורם ממשמע, אלא גם גורם יצרני, כלומר, מכונן את הסובייקט. אולם תפיסה זו מבקשת להיבנות על התפיסה הפוקויאנית ובה-בעת להעשיר אותה, תוך עמידה על האופנים שבאמצעותם מימד הזמן נוטל חלק פעיל בתיקוף רשתות כוח אלו.

40 תיקוף לתובנה זו ניתן למצוא במונח "שעון ביולוגי". השימוש הנפוץ במונח זה, מלבד לתיאור יכולת הפיריון של נשים, מהווה פרקטיקה שיחנית המורכבת מהנחות-מוצא נורמטיביות המאופיינות על-ידי מימד הזמן לעניין החוויה האימהית. פרקטיקה זו, כפי שמירב אמיר גורסת, ממשמעת את החוויה הסובייקטיבית של נשים. ראו מירב אמיר "תקתוקן של שעון החול: השעון הביולוגי כביולוגיזציה של המשפחה ההטרונורמטיבית" **סקס אחר – מבחר מאמרים בלימודים להט"ביים וקוויריים ישראלים** 473 (אייל גרוס, עמליה זיו ורז יוסף עורכים, 2016).

41 הלברסטם טוען כי זהויות קוויריות התפתחו מתוך התנגדות למוסדות חברתיים כגון משפחה ורבייה, הנתפסים כמוסדות המתקשרים לעתיד האומה, וכי הן מייצרות בתוך כך יחס חלופי למעגלי הזמן המאפיינים מוסדות אלה. ראו HALBERSTAM, לעיל ה"ש 37. ניתן למצוא קריאות דומות לאימוץ יחס חלופי לציר הזמן הליניארי בכתיבה הקווירית, בעיקר ביחס לעתיד, המזוהות עם הזרם ה"אנטי-חברתי" (antisocial) בכתיבה הקווירית. לעניין זה ראו את כתיבתו של לי אדלמן, היוצא נגד תפיסת הזמן הצופה פני עתיד, המשתקפת במדיניות פרונית ששמה את הילד במרכז. ראו LEE EDELMAN, NO FUTURE: QUEER THEORY AND THE DEATH DRIVE (2004). לעומת כתיבתו של אדלמן, קיימת כתיבה כמו זו של חוזה מוניזו, המבקשת לשקול את האפשרות לקריאה אוטופית הטבועה בעתיד תוך שחרור מההווה. ראו ESTEBAN MUÑOZ, CRUISING UTOPIA: THE THEN AND THERE OF QUEER FUTURITY (2009).

שהתפיסות שלנו מוקנות מתוך נורמות אלו, יש לנו אפשרות להתנגד אליהן מתוכן.<sup>42</sup> אולם אימוץ קריאה זו, הקוראת לביטול מוחלט של תבניות אלו, עשוי להיתפס כאתגר אינטלקטואלי עקר ומנותק מהמציאות, שהרי המשפט מדבר בשפה של יציבות, אחידות וודאות, ולכן נסמך על תבניות מסוימות, ובכלל זה תבניות של זמן.<sup>43</sup> מעבר לכך, היות שכל פעולה שיפוטית היא בעלת מימד טמפורלי, ספק אם ניתן למנוע את האפקט של מימד זה על חיינו ועל האופן שבו אנו תופסים את עצמנו.<sup>44</sup> להלן אבקש אפוא להתמודד עם המתח לא על-ידי ביטול של תבניות זמן אלו, אלא על-ידי אימוץ תבניות טמפורליות חלופיות שיממשו את הרציונלים שבבסיס צו ההורות הפסיקתי תוך צמצום האפקט הדכאני של המימד הטמפורלי.

## ב. התפתחות המנגנון של צו ההורות הפסיקתי – על פרשת-דרכים

### 1. קווי-יסוד של הגדרת ההורות במשפט הישראלי

המשפט בישראל אינו כולל הסדרה חוקית מפורשת ומקיפה של הורות. עמדת-המוצא במשפט, המוצאת לה ביטוי בכמה חוקים ופסיקות של בית-המשפט העליון, היא כי ההורות הביולוגית היא ההורות הטבעית.<sup>45</sup> עמדה זו מדגישה את חשיבות הקשר הביולוגי במובנו הגנטי והפיזיולוגי,<sup>46</sup> ובכך מגלמת תפיסת-עולם הנותנת העדפה ברורה

42 הנחה זו מתכתבת עם ההבנה כי זרימת הכוח מתרחשת באופן רכי-כווני. פוקו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 66.

43 לאתגרים הכרוכים בייבוא תוכנות מהכתיבה הקווירית אל המחקר המשפטי ראו Janet Halley, *Paranoia, Feminism, Law: Reflections on the Possibilities for Queer Legal Studies*, in *NEW DIRECTIONS IN LAW AND LITERATURE* 123 (Elizabeth S. Anker & Bernadette Meyler eds., 2017).

44 השוו תירוש "תקופה מתקתקת", לעיל ה"ש 14, בעמ' 311.

45 צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריזון בישראל" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 269, 287–288 (ישי בלכר, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016). ראו, לדוגמה, ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, התשכ"ב–1962 ("ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים"), וכן ס' 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951 ("האם והאב כאחד הם האפטרופסים הטבעיים על ילדיהם; מת אחד ההורים, הנשאר בחיים הוא האפטרופוס הטבעי"). אומנם, הסעיפים משתמשים במונח "אפטרופוס טבעי", ולא "הורה טבעי", אלא שנדמה כי המונח "אפטרופוס", אשר קובע את אגד הזכויות והחובות של ההורה, משקף עמדת-מוצא זו. הנחה זו משתקפת בדבריו הבאים של בית-המשפט העליון בע"א 7805/02 **הלפרט נ' אסותא מרכזים רפואיים בע"מ**, פ"ד נח(6) 847, 859 (2004): "האפטרופוס הטבעי, כשמו כן הוא. עם הולדתו של ילד ועד הגיעו לבגרות נעשים הוריו – מכוח הלידה – אפטרופסיו בלי שבית-המשפט מינה אותם".

46 רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223, 234–235 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי").

להורות ביולוגית על סוגי הורות אחרים.<sup>47</sup> לצד שימת הדגש בקשר הביולוגי כנקודת המוצא של הדין ביחס להגדרת ההורות, הוכר הסדר האימוץ כדרך נוספת להקניית סטטוס משפטי כהורה, וזאת במסגרת המנגנונים הקבועים בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ).<sup>48</sup>

בשל התמורות שחלו במבנה המשפחות בחברה הישראלית,<sup>49</sup> עמדת-המוצא במשפט אינה נותנת מענה הולם להגדרת ההורות במגוון מצבים. עם השנים נקבעו הסדרים ספציפיים שנועדו להגדיר הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית, בין שמדובר בהזרעה מלאכותית<sup>50</sup> ובין שמדובר בהליך פונדקאות.<sup>51</sup> אולם נראה שהסדרים אלו הותירו שלל דילמות משפטיות בנסיבות של הולדה מלאכותית.<sup>52</sup>

לאחרונה הציג בית-המשפט העליון ארבע חלופות להגדרת ההורות, אשר מסייעות, ולו במידה מסוימת, למפות את ההסדרים הפזורים על-פני ספר החוקים וההלכות שנקבעו על-ידי בתי-המשפט.<sup>53</sup> אציג מיפוי זה כמסגרת משפטית שבה אמקם את מודל

47 שם; איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5, 9 (2010); טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 404-409. יובהר כי אף שאמירות שונות בפסיקה מייחסות לזיקה הביולוגית תפקיד חשוב בהגדרת ההורות, במקרים רבים ניכרת בפועל הישענות גם על זיקות אחרות, כגון זיקת הזוגיות. ראו זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25.

48 לדיון בתמורות שחלו בהסדר האימוץ במשפט הישראלי ראו טריגר ומאסס, לעיל ה"ש 2.

49 סילביה פוגל-ביז'אווי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" דפנה יזרעאלי ואח' מין, מיגדר, פוליטיקה 107 (1999).

50 ראו תקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979; הכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק הזרע והזרעה מלאכותית), התשל"ט-1979; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 6/89 "ניהול בנק זרע" (5.4.1989); חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 34/92 "ניהול בנק זרע והזרעה מלאכותית" (13.11.1992).

51 ראו חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות); חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. ראו גם את התקנות הנלוות לחוקים אלו, כגון תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (הודעות, בקשות וצווים), התשנ"ח-1998; תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (רישום בפנקס), התשנ"ח-1998. הולדה באמצעות פונדקאות חו"ל מוסדרת באמצעות הנחיות מטעם היועץ המשפטי לממשלה שזכו בכינוי "נוהל חו"ל" (ראו להלן ה"ש 179 והטקסט שלידה), ובאמצעות הנחיות ועדה שמונתה על-ידי משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים. ראו צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי (הצוות המקצועי) תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים (2019) (להלן: הנחיות הוועדה 2019).

52 ראו זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 46; רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351 (2007) (להלן: זפרן "אימהות יש גם שתיים"); יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 873 (2012) (להלן: מרגלית "לקראת קביעת הורות").

53 חלוקה זו הוצעה בבע"ם 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס' 8-7 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 1.4.2015) (להלן: עניין פלונית 2015ב).

"הזיקה לזיקה", ובפרט את מנגנון צו ההורות הפסיקתי, המסדיר באופן פורמלי את ההורות מכוח מודל זה, שבו יתמקד המאמר. החלופה הראשונה היא הורות מתוקף זיקה גנטית, המתייחסת ליצירת הורות באמצעות הביצית והזרע של ההורים המיועדים.<sup>54</sup> החלופה השנייה היא הורות מתוקף זיקה פיזיולוגית, אשר מתייחסת לנשיאת העובר ומכירה בחשיבותו של תהליך פיזי זה ליצירת הילד.<sup>55</sup> החלופה השלישית היא הורות בהתאם לחוק האימוץ, המסדיר הליך הכולל ביצוע תסקיר מטעם שירותי הרווחה, שבוחן את כשירות ההורים המאמצים, ומתן צו אימוץ על-ידי בית-המשפט, אשר מנתק את הזיקה המשפטית שבין ההורים הביולוגיים לילד המאומץ ויוצר זיקה חדשה בין ההורים המאמצים לילד.<sup>56</sup> לצד חלופות אלו הוכרה חלופה רביעית, והיא הורות מכוח מודל "הזיקה לזיקה", כפי שכינה זאת השופט הנדל.<sup>57</sup> ההכרה בהורות מכוח מודל זה נגזרת מהכוונה והיזומה המשותפות של ההורה הביולוגי ובן-זוגו לגדל את הילד. הגדרת ההורות על בסיס מודל זה מושגת אפוא על שילוב של רכיב הזוגיות ורכיב ההסכמה. אסקור להלן את פיתוח המודל ונחיצותו למשפחות הנעזרות בטכניקות הולדה מלאכותיות. דיון זה יבאר את הרציונלים שבבסיס המודל, הנחוצים להמשך הדיון במאמר.

## 2. מודל הזיקה לזיקה – בין מהות לפרוצדורה

נהוג בפסיקה לייחס את ההכרה הרשמית במודל הזיקה לזיקה לבג"ץ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים**.<sup>58</sup> בעניין זה נדון אופן הסדרת מעמדו המשפטי של בן-הזוג של האב הגנטי לילד שנולד בהליך פונדקאות חו"ל. צו ההורות הוצע במסגרת ההליך כפשרה בין הצדדים וכפתרון זמני.<sup>59</sup> הוא ניתן לכאורה תוך היקש מחוק הסכמים לנשיאת עוברים

54 ביטוי קונקרטי לזיקה הגנטית משתקף בס' 2(2) לחוק הפונדקאות, המחייב שהאב המיועד יהיה בעל זיקה גנטית לילד.

55 אומנם, לרוב קיימת חפיפה בין האדם שנושא את העובר לבין האדם שתורם את הביצית, אך האדם יכול להיות מוכר כהורה משפטי גם מכוח זיקה פיזיולוגית בלבד. ראו ס' 13(א) לחוק הפונדקאות, המאפשר לפונדקאית לחזור בה מהסכם הפונדקאות ולהכיר בה כאם המשפטית.

56 ס' 16 לחוק האימוץ.

57 עניין **פלונית 2015ב**, לעיל ה"ש 53, פס' 7–8 לפסק-דינו של השופט הנדל.

58 בג"ץ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים** (פורסם בבנו, 28.1.2014).

59 יובהר כי השאלה המרכזית שנדונה בפסק-הדין נסבה על-אודות רישום בן-הזוג של ההורה הגנטי במרשם האוכלוסין על בסיס תעודת לידה זרה ופסק-דין זר. המשנה לנשיא נאור המליצה להסדיר את מעמדו המשפטי של בן-הזוג אף שאין הדבר מתחייב על-פי דין (שם, פס' 43 לפסק-דינה). אולם יובהר כי המלצה זו נאמרה בשולי פסק-הדין, בבחינת למעלה מן הצורך, ובמנותק משאלת הרישום. ראו לעניין זה גם את פסק-דינם של השופטים



(אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק הפונדקאות),<sup>60</sup> ובכך החליף את צו האימוץ שהיה נהוג בעבר במקרים מעין אלה.<sup>61</sup> כשנה לאחר פסק-דין בעניין **ממט-מגד**, במסגרת תמ"ש 57740-12-13 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**,<sup>62</sup> הורחב המודל גם ביחס לזוגות נשים שנעזרו בתרומת זרע וביקשו להכיר בהורות של בת-הזוג של האם הביולוגית. במסגרת הליך זה הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה בנסיבות המקרה המדינה מסכימה ליתן צו הורות פסיקתי לבת-הזוג של האם הביולוגית.<sup>63</sup> בכך נהפכה הסדרת מעמדו של בן-הזוג של ההורה הביולוגי באמצעות צו הורות פסיקתי לפרקטיקה שבשגרה – הן במקרים של זוגות שביצעו פונדקאות חו"ל, הן במקרים של זוגות נשים שנעזרו בתרומת זרע.<sup>64</sup> אף-על-פי שההכרה במעמדו המשפטי של בן-הזוג של ההורה הביולוגי קיבלה גושפנקה בעניין **ממט-מגד** בשנת 2014, נדמה כי הניצנים להכרה זו נזרעו עוד קודם. ניתן לזהות ניצנים אלו כבר בפסקי-הדין שהכירו ב"אימוץ צולב" במקרים של זוגות נשים, שבמסגרתו כל אחת מבנות-הזוג מאמצת את ילדיה של בת-זוגתה.<sup>65</sup> על-אף הרטוריקה המסויגת והזהירה שננקטה בפסקי-הדין האמורים, שהכירו במעמד המשפטי של בת-הזוג של האם הביולוגית תוך הימנעות מהכרה מהותית בהורות חד-מינית, בפועל חוללו פסקי-הדין שינוי מהותי ביחס למוסד ההורות במישור החברתי ובמישור המשפטי.<sup>66</sup>

---

ג'ובראן (שם, פס' 27 לפסק-דינו), דנציגר (שם, פס' 4 לפסק-דינו) וארבל (שם, פס' 6 לפסק-דינה), אשר דחו במפורש את הצעתה של נאור.

60 חוק הפונדקאות מאפשר להעניק צו הורות לאם המיועדת, בת-הזוג של האב הגנטי, אף כאשר היא חסרת זיקה גנטית לילד.

61 השימוש במנגנון האימוץ הוכר בשנת 2005 במקרה שעסק בזוג נשים שאחת מהן נעזרה בתרומת זרע אנונימית. ראו ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (2005). הסדר זה יושם לאחר-מכן במקרים של זוגות גברים שביקשו להכיר במעמדו של בן-הזוג של ההורה הגנטי ביחס לילד. ראו אמ"ץ (משפחה ת"א) 58/07 **שביט נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 11.3.2008).

62 תמ"ש (משפחה ת"א) 57740-12-13 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם, 1.3.2015) (להלן: עניין **פלונית 2015**).

63 עמדה זו פורסמה בהודעה לתקשורת שפרסם היועץ המשפטי לממשלה. ראו היועץ המשפטי לממשלה "היועץ המשפטי לממשלה אינו מתנגד למתן צו הורות פסיקתי על מנת להכיר בבת זוג של אם ביולוגית כאם נוספת" (הודעה לתקשורת, 8.2.2015).

64 ראו **הנחיות הוועדה 2019**, לעיל ה"ש 51.

65 ראו עניין **ירוס-חקק**, לעיל ה"ש 61; עניין **שביט**, לעיל ה"ש 61; והקסטט שבהערת-שוליים זו.

66 ראו עניין **ירוס-חקק**, לעיל ה"ש 61, פס' 24–27 לפסק-דינו של הנשיא ברק ופס' 17 לפסק-דינו של השופט חשין. ההנמקה לצורך קביעת ההורות של בת-הזוג של האם הביולוגית נוסחה באופן מסויג. בית-המשפט העליון השתמש בהוראת ס' 3(2) לחוק האימוץ, שמתיר

**במישור החברתי** יצרו פסקי-הדין שינוי ביחס להכרה בהורות חד-מינית ובמנעד העשיר של תצורות משפחה. אישוש למסקנה זו עולה מפרשנות של מלומדים ביחס לפסק-הדין<sup>67</sup> ומהנמקתו של השופט הנדל בפסק-דין מאוחר, שבו הוא העניק למודל הזיקה לזיקה את שמו הנוכחי, וקבע כי המודל נשען על "הכרה חברתית במעמדה של הזוגיות"<sup>68</sup>. אמירה זו מעידה, ולו במידה מסוימת, על הלגיטימציה שהתגבשה ביחס לזוגיות של בני-זוג מאותו מין, ואשר גיבשה, כך אבקש לטעון, את המעבר מהכרה מסויגת וזהירה באבהות/אימהות משותפת להכרה פוזיטיבית בהורות זו. **במישור המשפטי** שימשו פסקי-הדין שעסקו באימוץ צולב עוגן להכרה במעמדו של ההורה החברתי-המיועד בעניין **ממט-מגד**, אשר היווה למעשה אך המשך ישיר של פסקי-הדין האלה. בעוד שההלכות שנקבעו בפסקי-הדין של אימוץ צולב נסבו על-אודות ההיבט **העקרוני** של הורות חד-מינית, קרי, אם יש להכיר באפשרות של בני-זוג מאותו מין להקים תא משפחתי, עניין **ממט-מגד** נגע בהיבט **הדיוני** של הורות זו, כלומר, בנטל שיושת על הזוג כדי לתת ביטוי פורמלי לקשר עם ילדיו.<sup>69</sup>

הנתיב להכרה במתווה של צו הורות פסיקתי נסלל עוד בשנת 2012 על-ידי בית-המשפט לענייני משפחה, שהכיר באימהות של בת-הזוג שתרמה ביצית לבת-זוגתה, אשר נשאה את העובר ברחמה.<sup>70</sup> אולם יובהר כי במקרה זה התאפשר מתן צו ההורות הפסיקתי לבת-הזוג מכוח זיקתה הגנטית לילד, ולא מכוח הזיקה שלה לבת-זוגתה, האם הפיזיולוגית.<sup>71</sup> במובן זה, תרומת פסק-הדין נעוצה בהכרה במתווה של צו ההורות מעבר לגבולות ההסדר הקבוע בחוק הפונדקאות, אך לא בפיתוח מודל הזיקה לזיקה, שניצניו ניטעו כאמור קודם לכן.

ההכרה בבן-הזוג של ההורה הביולוגי באמצעות צו הורות פסיקתי (במקום הליך האימוץ, כפי שהיה נהוג בעבר) נושאת שורה של יתרונות. אני סבור כי הצגת יתרונות אלו נחוצה להבנת ההשלכות הכרוכות בסירובה של המדינה להעניק את הצו – לדוגמה,

אימוץ על-ידי הורה יחיד, הגם שהתנאים של החוק בעניין זה לא קוימו. שימוש זה נעשה בהתאם לס' 25(2) לחוק, המתיר לבית-המשפט לחרוג מהתנאים הקבועים בסעיף זה בנסיבות מיוחדות וכאשר האימוץ הוא לטובת הילד. להרחבה בנוגע למגמה זו ראו Noy, *Judicial Parental Order as a Means of Recognizing Same-Sex Parenthood*, 2021 INT'L SURV. FAM. L. (forthcoming).

67 השוו זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 52, בעמ' 370.

68 עניין **פלונית 2015ב**, לעיל ה"ש 53, פס' 8 לפסק-דינו של השופט הנדל.

69 מסקנה זו נתמכת בדבריו של השופט ג'ובראן. ראו עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 58, פס' 13 לפסק-דינו.

70 תמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 ת.צ.נ' **היועץ המשפטי לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב** (פורסם בנבו, 4.3.2012).

71 דברים אלו נלמדים מהנמקת השופטת. ראו שם, פס' 27 (שם הטעימה השופטת כי לנוכח הזיקה שקיימת בין האם הגנטית לבין הילד, הסדרת ההורות של זו מכוח מודל האימוץ נוגדת את השכל הישר וההגיון הבריא").

כאשר הזוג אינו עומד במסגרות הזמנים הקבועות בדין, כמו במקרה שאתמקד בו בהמשך המאמר. מבחינה רעיונית, מנגנון האימוץ לא נועד להסדיר את יחסי ההורות ביחס לילד מתוכנן שהוריו ביקשו להביאו לעולם.<sup>72</sup> חוק האימוץ נועד לשרת את צרכיו של ילד שנזנח על-ידי הוריו, שיש להוציאו מרשות הוריו, או שאחד מהוריו או שניהם נפטרו, ויש להעבירו לידי הורים חדשים.<sup>73</sup> הליך האימוץ הוא הליך מסורבל, הכולל מעורבות הדוקה של שירותי הרווחה כדי לוודא שטובת הילד המאומץ נשמרת.<sup>74</sup> התערבות זו נתפסת כפולשנית, והיא אינה ראויה להסדרת מעמדו המשפטי של בן-הזוג של ההורה הביולוגי כאשר בן-הזוג נטל חלק פעיל בתכנון הבאת הצאצא לעולם, אשר במקרים רבים כרוך במסע ארוך, מורכב ורב תלאות נפשיות וכלכליות.<sup>75</sup> מבחינה סמלית, חיוב ההורה החברתי-המיועד לאמץ את ילדו, בכפוף לבדיקת תסקיר מטעם פקידי הסעד של שירותי הרווחה שתבחן את כשירותו ההורית, נושא עימו רכיב של בושא.<sup>76</sup> מבחינה פסיכולוגית, חיוב ההורה החברתי-המיועד לעבור הליך אימוץ לאחר הלידה מתנגש בהגדרתו העצמית כהורה כבר מיום הלידה – הורות שפעמים רבות תוכננה כאמור בקפידה עם בן-זוגו. מבחינה מעשית, בעוד צו הורות פסיקתי עשוי להינתן כבר כעבור חודשים אחדים, הליך ההנפקה של צו אימוץ עלול להימשך שנים אחדות. כמו-כן, במסגרת צו הורות פסיקתי, הבדיקה הנערכת מטעם שירותי הרווחה (התסקיר) לפני אישור הצו היא מזוהת, וכיום נדרשת על-ידי המדינה רק מטעמים חריגים.<sup>77</sup> הליך האימוץ, לעומת זאת, מחייב תסקיר.<sup>78</sup> לעיכוב בהסדרת המעמד המשפטי של ההורה (בשל הפרוצדורה הממושכת הכרוכה במנגנון האימוץ) יש השלכות משמעותיות, החל בהטבות הכלכליות הנגזרות מהמעמד ההורי, המשך ברשת ההגנה, הביטחון והוודאות שהמשפט מעניק לפרטים, וכלה בהיבט הזהותי הנגזר מהסטטוס

72 רות זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 52, בעמ' 368.

73 ש.ס.

74 כך, לדוגמה, ס' 6 לחוק האימוץ קובע תקופת מבחן של שישה חודשים. ס' 22 לחוק מחייב עריכת תסקיר מטעם פקיד הסעד של שירותי הרווחה שיבחן את כשירות ההורים המאמצים.

75 טריגר ומאסס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 460.

76 טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 2; עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 58, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

77 דרישת התסקיר רוככה במהלך דו-שלבי: תחילה על-ידי בתי-המשפט ולאחר-מכן על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. לאחר תקופה שבמהלכה פטרו בתי-המשפט את הצדדים מדרישת התסקיר בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהתעקש על דרישת התסקיר, זנחו באי-כוחה של המדינה בעצמם את דרישת התסקיר. לימים אומצה פרקטיקה זו של המדינה באופן רשמי בהנחיות של משרד הרווחה והעבודה, שקבעו כי אין לדרוש תסקיר אלא במקרים חריגים. ראו **הנחיות הוועדה 2019**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 35.

78 ס' 22 לחוק אימוץ.

המשפטי.<sup>79</sup> לסיום, צו הורות פסיקתי עשוי לחול באופן רטרואקטיבי מיום הלידה, ובכך להסדיר את הזכויות והחובות הנגזרות מסטטוס זה מיום הלידה, בעוד הליך האימוץ מאפשר זאת רק במקרים חריגים.<sup>80</sup>

חלופה נוספת להכרה בהורות נוגעת באדם שהצטרף למציאות חייו של הילד לאחר הלידה והתנהל כהורה לכל דבר ועניין. אדם זה מוגדר ההורה החברתי-התפקודי.<sup>81</sup> השוני בין ההורה החברתי-המיועד להורה החברתי-התפקודי נעוץ בשני פרמטרים. הפרמטר הראשון נוגע ברכיב התכנון של הבאת הילד לעולם. בעוד מעמדו המשפטי של ההורה המיועד נגזר מעצם היותו שותף לתהליך הבאתו של הילד לעולם, מעמדו של ההורה החברתי-התפקודי נובע מהתנהלותו בפועל כהורה לאחר הלידה וממערכת היחסים שנרקמה בינו לבין הילד.<sup>82</sup> הפרמטר השני, הנגזר מהקודם, נוגע ברכיב הזמן, ולפיו בעוד ההורה החברתי-המיועד פועל כהורה כבר ממועד הלידה של הילד, ההורה החברתי-התפקודי פועל כהורה רק משלב מסוים לאחר מועד זה.<sup>83</sup> נכון למועד כתיבת המאמר, הסדרת מעמדו המשפטי של ההורה החברתי-התפקודי אפשרית באמצעות צו אימוץ. מאמרי עוסק בהורות שנוצרה בפועל במועד הלידה, ולא יתמקד בהורה החברתי-התפקודי.

כעת אפנה לתיאור פסק-הדין בעניין פלוני, שעסק בשתי שאלות מרכזיות הנוגעות בפיתוח המנגנון של צו ההורות הפסיקתי. פסק-דין זה יעמוד כאמור במרכז הדיון במאמר.

### 3. עניין פלוני<sup>84</sup> – הכרעה בעניין סיווגו ותחולתו של צו ההורות הפסיקתי

במרכזו של פסק-הדין בעניין פלוני עמדה שאלת הגדרתה של ההורות לשני תינוקות שנולדו לזוג גברים ישראלים, אלמוני ופלוני, שביצעו פונדקאות חו"ל תוך שימוש במטענו הגנטי של אלמוני. אלמוני ופלוני נישאו זה לזה בנישואים אזרחיים בחו"ל,

79 אתמקד בהיבטים אלו להלן בתת-פרק ה-2.

80 ס' 17 לחוק האימוץ.

81 ראו לעניין זה בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 47.

82 השוו איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 395 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016).

83 שוני זו עשוי להצדיק את ההבחנה בין ההכרה בהורה **ממועד הלידה** (במקרה של ההורה החברתי-המיועד שפועל כהורה ממועד הלידה) לבין ההכרה בהורה **ממועד מאוחר יותר** (במקרה של ההורה החברתי-התפקודי, אשר לא היה נוכח במציאות חייו של הילד במועד הלידה). ראו עוד לעניין זה להלן בתת-פרק ה-1, במסגרת הדיון שאני עורך שם במושג "אי-מתאם טמפורלי".

84 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3.

ונרשמו כנשואים בישראל.<sup>85</sup> בני-הזוג חתמו על הסכם פונדקאות עם אזרחית אמריקאית, שהסכימה לשאת עבורם את ההיריון וללדת את ילדיהם תוך ויתור על כל זכות כלפי הילדים שייוולדו כתוצאה מהליך זה. במסגרת ההליך הושתלו ברחמה של הפונדקאית שתי ביציות מופרות של תורמת ביצית שהופרו בזרעו של אלמוני.

ב-31 במאי 2016 נולדו לזוג שני תינוקות. כשבועיים לאחר הלידה, ב-13 ביוני, ניתן פסק-דין על-ידי בית-המשפט במדינת מינסוטה אשר ניתק את הזיקה שבין הפונדקאית לתינוקות. כמו-כן ציווה בית-המשפט במדינה זו על הנפקת רישומי לידה מתוקנים שבהם יופיעו פרטיו של אלמוני כהורה יחיד. כשבוע ימים לאחר מתן פסק-הדין במדינה הזרה, ב-20 ביוני, הכיר בית-המשפט הישראלי לענייני משפחה (השופט בר יוסף) באבהותו של אלמוני בפסק-דין הצהרתי, וזאת בהסתמך על התוצאות של בדיקת סיווג רקמות.<sup>86</sup> לעניין מעמדו המשפטי של פלוני הגישו הצדדים בקשה למתן צו הורות פסיקתי.<sup>87</sup> כשבועה חודשים לאחר הלידה העניק בית-המשפט לענייני משפחה צו הורות לפלוני בעל אופי הצהרתי, וקבע כי הצו האמור יחול באופן רטרואקטיבי מיום הלידה.<sup>88</sup> החלטה זו ניתנה בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שסבר כי הצו מכונן את ההורות, וכי מן הדין שהוא יחול מיום הינתנו על-ידי הערכאה הישראלית.<sup>89</sup>

היועץ המשפטי לממשלה הגיש לבית-המשפט המחוזי בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט קמא הן ביחס למהות הצו שניתן בו והן ביחס לתחולתו.<sup>90</sup> בפסק-הדין, שהתקבל במרץ 2018, נחלקו השופטים בדעותיהם לעניין מהותו ותחולתו של הצו. סגנית הנשיא, השופטת יהודית שבח, קיבלה בדעת מיעוט את עמדת היועץ המשפטי לממשלה במלואה. לעומת זאת, שופטי הרוב שאול שוחט ויונה אטדגי סברו אחרת. לעניין התחולה הם קבעו כי הצו יחול באופן רטרואקטיבי מיום מתן פסק-הדין האמריקאי (ולא מיום הלידה, כפי שנקבע על-ידי בית-המשפט קמא). לעניין מהות הצו

85 תיאור הרקע מבוסס על פסקי-הדין בשלוש הערכאות שבהן נדון המקרה ועל הפרוטוקולים של הדיונים בבית-המשפט העליון. העתק מהפרוטוקולים מצוי בידי המחבר. אני מודה לעו"ד ויקטוריה גלפנד שהמציאה לי את ההעתיקים.

86 תמ"ש (משפחה ת"א) 36119-04-16 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 20.6.2016).

87 בקשתם המקורית של בני-הזוג הייתה לצו הורות פסיקתי גם ביחס לאלמוני. אולם במסגרת פסק-הדין שניתן ב-20 ביוני קבע השופט כי על הזוג לפתוח הליך חדש לקבלת צווי ההורות הפסיקתיים עבור פלוני ביחס לשני התינוקות.

88 תמ"ש (משפחה ת"א) 41408-09-16 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 3.1.2017).

89 היועץ המשפטי לממשלה הצדיק את עמדתו בנימוק שהחלת הצו מיום הלידה עלולה ליצור מצב שבו במועד הלידה יהיו לילד שלושה הורים: הפונדקאית, ההורה הגנטי וההורה החברתי-המיועד. לגישתו, תוצאה זו אינה אפשרית על-פי הדין הישראלי.

90 עמ"ש (מחוזי ת"א) 36564-02-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונים, עמ' 3, סעיף "גדר המחלוקת" בפסק-דינו של השופט שוחט (פורסם בנבו, 22.3.2018).

סברו השופטים כי אין צורך להכריע, שהרי אף אם ייקבע כי הצו האמור הוא מכונן, ניתן להחילו באופן רטרואקטיבי מיום מתן פסק-הדין הזר, וזאת לנוכח ניתוק הקשר המשפטי שבין הילד לפונדקאית במועד זה.

קביעתו של בית-המשפט המחוזי הותירה אם כן שתי שאלות פתוחות. **השאלה הראשונה:** האם צו ההורות הפסיקתי ביחס להורה החברתי-המיועד הוא מכונן או הצהרתי? יובהר כי ככל שייקבע כי צו ההורות הוא מכונן, בררת-המחדל היא שהוא יחול מיום הינתנו. אולם ככל שייקבע כי הצו מצהיר על הורות שהתגבשה ממועד הלידה, הסטטוס ההורי יוכר מיום הלידה, לרבות אגד הזכויות והחובות הנגזר מסטטוס זה. לצד ההיבטים הכלכליים, הקביעה בסיווג הצו חובקת בתוכה משמעויות פסיכולוגיות וחברתיות, שאעמוד עליהן בהמשך המאמר.<sup>91</sup> **השאלה השנייה:** אף בהנחה שבמקרה של פונדקאות חו"ל מדובר בצו מכונן שיחול באופן רטרואקטיבי, מאיזה מועד הוא יחול? הכרעתו של בית-המשפט המחוזי הותירה ארבע אפשרויות: יום הלידה, מועד מתן פסק-הדין הזר המנתק את הזיקה בין הפונדקאית לילד, מועד הגשת הבקשה, ומועד מתן הצו על-ידי הערכאה המוסמכת לכך בישראל.

בעקבות זאת הגיש היועץ המשפטי לממשלה בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון ביחס להכרעה המתייחסת לסיווג הצו ותחולתו. בית-המשפט העליון נעתר לבקשת רשות הערעור ודן בה כבערעור.<sup>92</sup> שופטי ההרכב קיבלו פה אחד את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. שלושת השופטים (הנדל, קרא ומינץ) קבעו כי צו ההורות הפסיקתי ביחס להורה החברתי-המיועד בהליכי פונדקאות חו"ל מכונן הורות וחל מיום הינתנו על-ידי הערכאה הישראלית.<sup>93</sup> הפרקים הבאים יבקשו לנתח את שתי השאלות המשפטיות שהוכרעו בפסק-הדין, ובאופן רחב יותר את אמות-המידה לקבלת הצו, מבעד למסגרת הרעיונית של טמפורליות. השימוש במסגרת זו יאיר בעיניים מחודשות את המתחים הטבועים במחלוקת זו, אשר ראוי, כך אני סובר, ליתן להם את הדעת.<sup>94</sup>

91 ראו להלן פרק ד.

92 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3.

93 השופט הנדל כתב את פסק-הדין המרכזי, שאליו הצטרף השופט קרא. השופט מינץ הצטרף לתוצאה שאליה הגיע השופט הנדל, אולם תמך אותה בהנמקה שונה מזו של הנדל. ההבדל בין השופטים, הנוגע בעיקר בשאלת תחולתו של הצו, יבואר להלן בתת-פרק 3.

94 יובהר כי השימוש במסגרת רעיונית זו לא נועד למצות את כלל ההיבטים שמחלוקת משפטית זו כורכת מטבעה. המאמר מתייחס באופן נפרד ומשלים למחלוקת זו בתת-פרקים 4 (סיווג הצו) ו-3 (תחולת הצו).

### ג. אמות-המידה לקבלת צו ההורות הפסיקתי

"ככל שמתרחקים ממודל ההולדה הטבעית' ופונים לפרוצדורות מורכבות יותר, ראוי להגביר את הפיקוח על התהליך, להגן על טובת היילוד העתידי, ולשמש לו קול".<sup>95</sup>

המשפט האמור, המצוטט מפסק-הדין בעניין פלוני, מזמין אותנו להתבונן על יסודות מערך הפיקוח של הסדרת ההורות החברתית-המיועדת. אציע להתבונן על מערך זה מנקודת-מבט טמפורלית. פרק זה יבחן את המאפיינים הטמפורליים של שלוש אמות-מידה מרכזיות לקבלת צו ההורות הפסיקתי – דרישת הזוגיות, דרישת ההסכמה והגשת הבקשה לצו. בחינה זו תתקף את התוכנה הראשונה כי מימד הזמן מנוצל לתיעול התנהגויות אנושיות ולפיקוח עליהן. הניתוח המוצע יבקש להראות כי משפחות החורגות מהמודל המסורתי עוברות תהליך משמוע ומשטור באמצעות תבניות זמן, לרוב בחסות תפיסת-עולם הטרונוורמטיבית הנעטפת בעקרון טובת הילד,<sup>96</sup> הגם שניתן לממש את הרציונלים העומדים בבסיס המנגנון של צו ההורות הפסיקתי באמצעים חלופיים.

#### 1. זוגיות רומנטית וממושכת לפני ההיריון

המאפיין הטמפורלי הראשון נוגע בדרישת קיומה של זוגיות יציבה כמשונה-עשר חודשים לפני ההיריון, עם הגמשה – שאומצה לאחרונה במסגרת הנחיות הוועדה של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים – המאפשרת קיצור תקופה זו לתשעה חודשים.<sup>97</sup> בהתאם להנחיות, דרישה זו מהווה דרישת-סף לקבלת הצו, ונועדה לכאורה להבטיח את הכוונה והאחריות המשותפות לגידול הילד.<sup>98</sup> אטען כי בעוד הרציונל

95 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק-דינו של השופט הנדל.

96 מודל המשפחה הטרונוורמטיבי מבקש ליחס מעמד טבעי ורצוי ליחידת משפחה של גבר ואישה נשואים המקיימים זיקה גנטית לילדיהם המשותפים. ראו טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 2; בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה", לעיל ה"ש 2. בפרק זה אראה כי בעוד מסגרות הזמנים המאפיינות את הדרישות של צו ההורות הפסיקתי נועדו לכאורה להגשים את עקרון טובת הילד, בפועל הן משמרות את הנחות-המוצא המושרשות בתפיסת-עולם הטרונוורמטיבית. אראה כי ניתן להגשים עיקרון זה תוך ריכוך מסגרות הזמנים הקבועות כיום בהנחיות המדינה או באמצעות הותרת שיקול-דעת לערכאות השיפוטיות.

97 דרישה זו חלה הן במקרה של זוג נשים הנעזר בתרומת זרע והן במקרה של זוג גברים הנעזר בהליך פונדקאות חו"ל. הנחיות הוועדה 2019, לעיל ה"ש 51, בעמ' 29–34. יובהר כי אין מדובר באמות-מידה שנקבעו בפסיקה ומחייבות את בית-המשפט.

98 שם. כמורכב, משיחות שערכתי עם עורכי-דין המתמחים בהליך ההוצאה של צו הורות פסיקתי עולה כי לא ידוע אם בפועל דרישת משך הזוגיות אכן מהווה תנאי-סף (כפי

שבבסיס דרישה זו הוא ראוי, האמצעי למימוש – בחינת משך הזוגיות – מעורר קשיים מספר שראוי ליתן להם את הדעת.

נדמה כי הנחת המוצא שבבסיס הדרישה היא שהכוונה והאחריות המשותפות לגידול הילד יכולות להיווצר רק מתוך זוגיות רומנטית ארוכה ויציבה. הנחה זו מתעלמת מהדין הקיים לגבי שני הורים שהם גבר ואישה, אשר אינו כולל אפילו דרישה לקיומו של קשר זוגי כלשהו. אפילו קשר מיני ארעי יכול לכפוף את הזוג למערכת הדינים החלה עליהם כהורים במשותף ולהטיל עליהם חובות הדדיות של שיתוף במימוש מערכת היחסים ההורית.<sup>99</sup> כמו-כן, הנחה זו מתעלמת גם ממגמות בעשורים האחרונים אשר החלישו את המתאם שבין הורות לזוגיות.<sup>100</sup> בין התפתחויות אלו ניתן לכלול את מוסד המשפחה החד-הורית,<sup>101</sup> מודלים משפחתיים שנולדו מתוך מערכת יחסים אפלטונית,<sup>102</sup> וכן קריאות של מלומדים שונים להסדרת הורות מכוח מערכת יחסים חברית ולא-רומנטית.<sup>103</sup> לצד זאת יש הסוברים כי שיעור הגירושים הגבוה הקיים כיום בחברה הישראלית מעיד כי זוגיות יציבה וארוכה במועד הלידה אינה מבטיחה בהכרח את קיומה לאחר-מכן.<sup>104</sup>

התפתחויות אלו מלמדות על הצורך לחשוב על אימוץ מדיניות שתסדיר את מעמדו של בן-הזוג של ההורה הביולוגי מכוח האחריות והכוונה שלו לגידול הילד במנותק ממשכה של מערכת היחסים (או מסיווגה כ"רומנטית").<sup>105</sup> יובהר כי איני טוען שמערכת יחסים זוגית בין ההורה הביולוגי להורה המיועד היא נטולת ערך או כי אין זה ראוי שמשך הזוגיות יהווה אינדיקציה להסכמה לגדל את הילד במשותף. יש שיטענו, ובצדק,

---

שמצטייר מההנחיות עצמן ומפסק-הדין שנדון בה"ש (111) או דרישה שאי-עמידה בה עלולה להוביל לבחינה פולשנית של חייהם הפרטיים של בני-הזוג. העתק מהתכתבות זו, מיום 20.4.2021, מצוי בידי המחבר. יובהר כי אף בהנחה שקיימים זוגות שקיבלו צו הורות פסיקתי אף שלא עמדו בתנאי המתייחס למשך הזוגיות, מבחינה שיחנית דרישה זו מציבה סטנדרט לא-ראוי ולא-סביר, כפי שיוסבר להלן בהרחבה.

99 ניתן לראות בדוגמה זו ביטוי לחשיבות היסוד הביולוגי במשפט, אך גם ביטוי להמעטה בחשיבות של משך הזוגיות כתנאי לכניסה למוסד ההורות. אני מודה לקוראת האנונימית שהפנתה את תשומת-ליבי לנקודה זו.

100 טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 2.

101 שם.

102 Jessica R. Feinberg, *Friends as Co-parents*, 43 *USF L. REV.* 799 (2009)

103 Ayelet Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, 41 *HARV. J.L. & GENDER* 119 (2018).

104 ראו הנחיות הוועדה 2019, לעיל ה"ש 51, בעמ' 31–32.

105 השוו שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" משפטים נא (צפוי להתפרסם ב-2021), זמין בכתובת [lawjournal.huji.ac.il/article/12/1787](http://lawjournal.huji.ac.il/article/12/1787). הכותב מדגיש כי לגישתו, אשר שונה מעמדתו, יש צורך בפרוצדורה שיפוטית לשם הכרה בהורות הלא-ביולוגית כדי להבטיח שההורים יהיו מודעים לכך שהחלטה ליהפך להורים "היא לא הפיכה ואינה תלויה במעמדם הזוגי של ההורים" (שם, בעמ' 33).



כי ראוי שמערכת יחסים זוגית תהווה אינדיקציה להסכמה לגידול הילד במשותף<sup>106</sup> או אף בסיס עצמאי ליצירת הורות.<sup>107</sup> הטענה שלי במאמר זה היא כי אין זה ראוי שמשכה של מערכת היחסים הרומנטית יהווה תנאי בלתי אין להסדרת ההורות מכוח מודל הזיקה לזיקה, אשר נכון להיום כולל בתוכו גם את רכיב הכוונה. בבסיס טענה זו עומדת התפיסה כי הכוונה והאחריות המשותפות לגידול הילד (ולא רק הזוגיות בין ההורים) הם הרכיבים שיהוו את הבסיס להירקמות היחסים שבין המבוגר לילד. כמו־כן ניתן ללמוד על מחויבות עמוקה לגידול הילד במשותף מעצם ההליך. כלומר, עצם ביצועו של הליך ההפריה יחד עשוי להעיד על הכוונה והאחריות המשותפות להורות יותר ממשך הזוגיות, בוודאי כאשר מדובר בהליך פונדקאות הנערך בחו"ל, הטומן בתוכו אתגרים רבים ומצריך תעצומות נפש גדולות.<sup>108</sup>

מלבד הנחת־המוצא המונחת בבסיס המאפיין הטמפורלי של דרישת הזוגיות, יש להידרש גם להשלכות־הרוחב של דרישה זו. עשויה לעלות הטענה כי בחינת משך מערכת היחסים הזוגית כתנאי בלתי אין להכרה בהורה החברתי־המיועד מאפשרת למדינה לחדור לנבכי מערכות היחסים של תאי משפחה החורגים מהמודל ההטרונורמטיבי, ביניהם זוגות מאותו מין, באופן הנחזה כניטרלי מבחינה ערכית. אם בעבר הוכפפה מערכת היחסים של זוגות כאלו שביקשו להסדיר את קשרי המשפחה שלהם לפיקוחם של עובדים סוציאליים מטעם שירותי הרווחה (במסגרת דרישת התסקיר), כיום מדובר באותה גברת בשינוי אדרת – מערך פיקוח הכולל את הדרישה להציג ראיות המעידות על דפוס חיים התואם את הדפוס ההטרונורמטיבי.<sup>109</sup> דרישה זו מאשררת הנחת־מוצא שמרנית שמערכות יחסים חד־מינית הן חשודות כשלעצמן, ומשכך זוגות מאותו מין נדרשים להוכיח את אמיתות זוגיותם באמצעות זוגיות ממושכת.<sup>110</sup> ביקורת ברוח דומה הושמעה לאחרונה על־ידי בית־המשפט לענייני

106 ראו, לדוגמה, תלה"ם (משפחה אשד') 8095-04-18 מאמי נ' אמא, פס' 51 לפסק־הדין (פורסם בנבו, 1.3.2020).

107 Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 103; זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25.

108 לניתוח אנתרופולוגי של ההורה המיועד בפונדקאות חו"ל ראו צבי טריגר "מסע אחר: חוויות של הורי פונדקאות ישראלים בהודו" תיאוריה וביקורת 44, 177 (2015) (להלן: טריגר "מסע אחר").

109 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 א.ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 4355-08-13 מ.א.ד נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.5.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 50794-01-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה – לשכת העבודה והרווחה תל אביב, משרדי ממשלה (פורסם בנבו, 27.5.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 32901-05-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 7.8.2016); תמ"ש (משפחה חד') 19291-12-15 פלוניות נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה, עמ' 257 (פורסם בנבו, 18.4.2016) (להלן: עניין פלוניות).

110 השוו קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 2. בעוד קלעי מבקר את דרישת התסקיר, הטענה כאן היא ביחס לראיות שעל הזוג להציג כדי לקבל הפטר מן התסקיר. ראו גם טריגר

משפחה, שנדרש לבחינת משך הזוגיות של הצדדים כתנאי-סף למתן צו הורות פסיקתי. בעניין זה סברה השופטת, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי גם מערכת יחסים של פחות מחצי שנה לפני ההיריון די בה להעיד על כוונה ואחריות משותפות לגידול הילד, וזאת לנוכח הסכם ההורות שנחתם כארבעה חודשים לפני תחילת ההיריון ואושר לפני בית-המשפט.<sup>111</sup> החלטה זו משקפת את ההבנה הראויה שמערכות יחסים נוצרות בפרקי-זמן שונים, ולכן מדיניות המקדשת קטגוריות זמנים בצורה גורפת עלולה להוביל לתוצאה אבסורדית, שכן מקרים רבים ייפסלו על-סמך אמת-מידה שאינה מתיישבת עם המציאות האנושית ועם הרציונלים העומדים בבסיס מוסד ההורות, קרי, כוונה ואחריות משותפות לגידול הילד.

טענה נוספת ודומה במהותה לקודמת היא כי הדרישה להוכחת זוגיות ממושכת מאפשרת למדינה להבטיח את שמירת גבולותיו של מוסד המשפחה בעידן הומונורמטיבי. עידן זה מתייחס למציאות שבה הומואים ולסביות משתלבים במוסדות חברתיים מרכזיים תוך אשורר ההיגיון ההטרונורמטיבי שמוסדות אלו מושתתים עליהם.<sup>112</sup> בהתאם לקו טיעון זה, הדרישה בנוגע לטיב הזוגיות ולמשכה נועדה לסמן גבולות ברורים של מוסד ההורות. גבולות אלו יבחינו בין משפחות חד-מיניות "טובות" – כאלה המקיימות אורח חיים התואם את תפיסת המשפחה השמרנית – לבין משפחות חד-מיניות שקוראות תיגר על תפיסה זו, ואשר שילובן במוסדות חברתיים מרכזיים עלול לאיים לפיכך על ההיגיון שביסודם.<sup>113</sup>

תהליך משטור של פרטים בקבוצה מודרת באמצעות מנגנון הקצאת זכויות אינו דבר חדש. טענה ברוח דומה הועלתה בהקשר של המאבק על נישואים חד-מיניים. כך, נטען כי השוויון בכניסה למוסד הנישואים מנוצל כאמצעי לנרמול מערכות יחסים חד-מיניות ולסימון הגבול בין סובייקט הומו-לסבי "טוב", המנהל דפוס חיים ההולם את תפיסת המשפחה ההטרונורמטיבית, לסובייקט הומו-לסבי "רע", המבקש ליהנות מאורח חיים

<sup>111</sup> "רישיון הורות", לעיל ה"ש 2, המנתח בעין ביקורתית את הקישור בין הכרה בהורות של זוגות מאותו מין לטיב הזוגיות שלהם.

<sup>112</sup> תמ"ש (משפחה פ"ח) 41543-04-19 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרדי ממשלה, פס' 13.4 לפסק-הדין (לא פורסם, 18.9.2019). לענייננו ראוי להתעכב על דבריה של השופטת נאוה גדיש בתגובה על התעקשות המדינה על דרישת משך הזוגיות: "האם לא יעלה על הדעת כי שתי נשים תבקשנה לבסס קשר זוגי ולהרחיבו לקשר משפחתי, גם בתקופת זמן קצרה יותר? ברור שכן! בדיוק כמו שניתן להעלות על הדעת שבני זוג, גבר ואישה, יחליטו להקים תא משפחתי משותף, אחרי תקופת זוגיות קצרה".

<sup>113</sup> אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית" מעשי משפט ה 101 (2013).

<sup>114</sup> BRENDA COSSMAN, SEXUAL CITIZENS: THE LEGAL AND CULTURAL REGULATION OF SEX AND BELONGING 9 (2007).

מתירני, שיש להדירו לשוליים.<sup>114</sup> בהיקש מביקורת זו, הטיעון כאן מטיל ספק במנגנון צו ההורות הפסיקתי, לנוכח העובדה שהוא מנרמל באופן אפריורי את מערכות היחסים של סובייקטים מסוימים. נרמול זה מתרחש על-ידי יצירת תמריץ להסדרת מעמדו של בן-הזוג של ההורה הביולוגי על-מנת שיתאפשר לצדדים ליהנות מהכרה ממסדית "מכובדת",<sup>115</sup> ובלבד שבני-הזוג יוכיחו כי דפוס חייהם הולם את ההיגיון הנורמטיבי שבבסיס המוסד שהם מבקשים להשתייך אליו. נדמה כי ניסוח הסדרה זו במונחים של זמן – להכדיל מנישואים, לדוגמה – מספק רציונליזציה להכפפת הפרטים המבקשים להשתייך לאותו מוסד, שהרי ניסוח במונחים של זמן מצטייר כביכול כניטרלי מבחינה פוליטית, כחף מאותן הטיות הטרונומרטיביות. אילו במקום הדרישה לזוגיות ארוכה דרש המשפט קשר של נישואים כתנאי-סף לכניסה למוסד ההורות, אזי אותן תפיסות היו גלויות, וכך גם האופן שבו הן מאושררות במשפט.

אולם אי-אפשר להתעלם מכך שכלל המאופיין במסגרת זמנים קבועה מראש משקף מדיניות השואפת לפשטות,<sup>116</sup> לוודאות ולצמצום התדייניות משפטיות, ועשוי אף לצמצם את ההטיות החברתיות מצד הגורמים המפקחים,<sup>117</sup> ביניהם גם השופטים והעובדים הסוציאליים הפועלים במסגרת דרישת התסקיר.<sup>118</sup> מדיניות כזו נחוצה ביתר שאת ביחס להגדרת ההורות, היות שיחסים אלו מצריכים יציבות וצמצום התדייניות משפטיות שעלולות לפגוע בילד.<sup>119</sup> על-כן אפשר שהפתרון הראוי הוא לא דחייה מוחלטת של תבניות זמן קבועות מראש, אלא דווקא שלילת משך הזוגיות כתנאי בלתי אין להכרה בהורות של בן-הזוג. ניתן לתרגם פתרון זה לשני אפיקים: האחד, קביעת סל של פרמטרים המעידים על האחרייות והכוונה לגידול הילד במשותף, אשר אחד מהם

114 Katherine M. Franke, *The Politics of Same-Sex Marriage Politics*, 15 COLUM. J. GENDER & L. 236, 246 (2006).

115 Yuvraj Joshi, *Respectable Queerness*, 43 LBIKORT DUMA BEKSER SHL NISUAIM RAU COLUM. HUM. RTS. L. REV. 415 (2012).

116 עשויה לעלות הטענה כי דווקא אמת-מידה כמותית היא פשוטה יותר מאמות-מידה אחרות המעידות על זוגיות יציבה, כגון נישואים, שעשויים לחייב זוגות חד-מיניים להינשא בחו"ל כתנאי לרישום כנישואים.

117 לדיון בהטיות חברתיות הנוגעות בזוגיות חד-מינית במסגרת דיון בהגדרת ההורות ראו, למשל, טריגר ומאסס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 439.

118 יש שיטענו כי דווקא הדרישות להוכחת יציבות הקשר המניויות בהמלצות הוועדה, כגון קיום חיים משותפים וניהול משק-בית משותף, עשויות לחדור לנבכי מערכת היחסים יותר מהדרישה הפורמלית לבחינת משך היחסים הזוגיים.

119 השו, Emily Buss, *Parental Rights*, 88 VA. L. REV. 635, 682 (2002); June Carbone, *The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity*, 65 LA. L. REV. 1295, 1334 (2005).

הוא משכה של מערכת היחסים;<sup>120</sup> והאחר, הותרת הכלל של משך הזוגיות כתנאי לקבלת הצו, אך לצד פתיחת האפשרות לסטות ממנו בנסיבות שבהן מתקיימות אינדיקציות אחרות המעידות כי הילד נולד לתוך זוגיות קיימת ומתוך מחויבות לגידולו במשותף.<sup>121</sup>

## 2. עריכת הסכם הורות לפני ההפריה<sup>122</sup>

המאפיין הטמפורלי השני נוגע בדרישת הכוונה לגידול הילד במשותף, וממחיש את הטענה המרכזית במאמר כי המשפט, באמצעות הבחירה בפרקי-זמן מסוימים, משעתק הטיות חברתיות שעשויות להיות מנותקות מהמציאות. עמדת המדינה היא כי הכוונה צריכה להתגבש לפני הליכי ההפריה, מתוך הנחת-מוצא כי יש משמעות לכך ששני בני-הזוג הגו יחד את הרעיון להרחיב את המשפחה.<sup>123</sup> דא עקא שקידוש מסגרת זמנים שבמהלכה הייתה הכוונה אמורה להתגבש, קרי לפני ההפריה, הוא בעייתי. דרישה זו, המגלמת בתוכה בחירה להתמקד בנקודת זמן מסוימת, משקפת הבנה צרה ביחס להתגבשות הכוונה להורות, שהרי מדוע נקודת זמן מוקדמת (לפני ההפריה) עדיפה על נקודת זמן מאוחרת (למשל, במהלך ההיריון)?<sup>124</sup> ברי כי הכוונה ליהפך להורה אינה יכולה להצטמצם לנקודת זמן מסוימת. כוונה יכולה להתגבש בנקודות זמן שונות –

120 הדיון במאמר מתייחס למודל הנוכחי של זיקה לזיקה, המשלב הן את רכיב הזוגיות והן את רכיב ההסכמה. ייתכן שהפתרון הראוי הוא לפתח שני מסלולים נפרדים להגדרת ההורות החברתית-המיועדת: מסלול אחד המושתת על הורות מכוח זוגיות (שבו ייתכן שתהיה הצדקה לעמוד על זוגיות ממושכת), ומסלול אחר המושתת על הורות מכוח הסכמה (שם הזוגיות תהווה רק אינדיקציה לקיומה של הסכמה, ולא תנאי). השווה זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25.

121 פתרון כזה יאזן בין השאיפה ליצור כללים ברורים שיבטיחו ודאות ויעילות וימנעו הטיות תרבותיות לבין השאיפה לפתרון צודק במקרה הנקודתי גם במחיר סטייה מן הכלל. זאת, מכיוון שזוגות שיעמדו בתנאי של משך הזוגיות יוכלו להיות מוכרים כהורים מבלי להיחשף להטיות תרבותיות מצד הדיין היושב לדין. לדיון במתח האמור ראו דפנה ברק-ארוז "כללים, חריגים ושיקול דעת במשפט" ספר דורית ביניש 111 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

122 ראוי להזכיר כי יחזקאל מרגלית בחן בכתיבתו את האופן שבו ההסכמה נבחנת ואת האפשרות לסגת מהסכמה ראשונית בשלב מאוחר יותר. ראו מרגלית "לקראת קביעת הורות", לעיל ה"ש 52, בעמ' 873. הניתוח כאן מבקש להוסיף על דיון זה על-ידי הדגשת הנחות-המוצא שבבסיס הדרישה לעריכת הסכם הורות לפני ההפריה וההשלכות הנורמטיביות של דרישה זו.

123 הנחיות הוועדה 2019, לעיל ה"ש 51, בעמ' 35.

124 השווה Carlos A. Ball, *Rendering Children Illegitimate in Former Partner Parenting Cases: Hiding Behind the Façade of Certainty*, 20 J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 623, 661 (2012).

לאחר הכניסה להיריון, בשעת הלידה או מייד אחריה – שהרי הכוונה ליהפך להורה אינה החלטה רגעית.<sup>125</sup>

כך נפסק ממש לאחרונה במקרה של זוג גברים שביצע הליך פונדקאות חו"ל.<sup>126</sup> בהתאם לעובדות פסק-הדין, בן-הזוג של ההורה הגנטי סירב בתחילה לגדל את הילד במשותף עם ההורה הביולוגי. חרף זאת העניק בית-המשפט צו הורות לבן-הזוג, לאחר שנוכח כי במהלך ההיריון שינה בן-הזוג את עמדתו, באופן שהצביע על שכלול הסכמה בין הצדדים לגידול הילד במשותף. גישה זו, שלעניות דעתי היא הרצויה, משקפת את ההבנה כי היבטים אנושיים, כגון בחירות והסכמות, אינן מתורגמות תמיד באופן הומוגני. הגישה המיוצגת על-ידי המדינה, המבכרת נקודת זמן מוקדמת, היא בחירה אידיאולוגית בעייתית, היות שהיא מייצרת רומנטיזציה של מוסד ההורות, ומשדרת מסר כי למוסד זה יזכה להתקבל רק מי שרקם מלכתחילה את חלום ההורות עם בן-זוגו. ברור כי תפיסה זו לא רק מנותקת לעיתים מן המציאות, אלא גם ממשמעת נמענים שלא גיבשו את כוונתם בעוד מועד, באמצעות דחיית בקשתם לצו הורות והעברתם למסלול האימוץ הממושך והמסורבל.

יובהר כי איני חולק על הצורך ביצירת כלל ראוי וברור שיאפשר לצדדים לדעת כיצד לפעול בבואם לתכנן את הרחבת המשפחה, אלא שאני סבור כי יש מקום להתאים את המשפט גם לאותם מצבים שבהם ההסכמה השתכללה לאחר-מכן – לדוגמה, במהלך ההיריון. יתר על כן, אף אם ההסכמה התגבשה לפני ההפריה, הדרישה להסכם כתוב שנערך לפני ההפריה עלולה להנביע אי-שוויון בין זוגות גברים הנעזרים בהליך פונדקאות לבין זוגות נשים הנעזרים בתרומת זרע. זאת, מכיוון שבעוד זוגות גברים המבצעים הליך פונדקאות חשופים לדרישת ההסכם (כחלק מההליך המשלב עורכי-דין וסוכנויות פונדקאות), לא מן הנמנע שזוגות נשים ייחשפו לדרישה זו רק במהלך הגשת הבקשה לצו הורות, קרי לאחר מועד הלידה, שאז ידיעה זו כבר לא תסייע להם. על-כן נדמה שיש מקום ליצור גישה שתהיה רגישה לפערי הידע שבין הפרטים בחברה, קרי בין אלה שמודעים לכללים לבין אלה שלא, בין משום שמידע זה אינו נגיש להם ובין משום שאין להם האפשרות להשקיע את המשאבים הנדרשים כדי ללמוד אותם.<sup>127</sup>

### 3. מרוץ הזמנים להגשת הבקשה לצו

המאפיין הטמפורלי השלישי שאתמקד בו נוגע במסגרת הזמנים שבמהלכה יש להגיש את הבקשה לצו: תשעים יום מיום הלידה, אשר הוכפלה לאחרונה למאה ושמונים

125 השוו Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 103.

126 עמ"ש (מחוזי ת"א) 65030-12-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' י' ג' (פורסם בנבו, 4.5.2020).

127 אפשר שניתן להפיג חשש זה על-ידי התוויית מדיניות כבר בעת רכישת הזרע. ראו לעניין זה הנחיות הוועדה 2019, לעיל ה"ש 51, בעמ' 36.

יום, 128 והורחבה עוד יותר לתשעה חודשים על-ידי בית-המשפט העליון במקרה של הולדה באמצעות תרומת זרע אנונימית.<sup>129</sup> הרציונלים העומדים בבסיסה של דרישה זו הם עידוד הסדרה זריזה של המציאות המשפחתית שבה הילד חי, באופן שיבטיח ודאות משפטית; צמצום החשש שבעתיד, אם היחסים המשפחתיים יתערערו, תשרור אי-ודאות בנוגע למעמדו של ההורה החברתי-המיועד; וחיזוק הבסיס הראייתי לקיומה של כוונה משותפת לגדל את הילד.<sup>130</sup> בהתאם להנחיות הוועדה של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, במקרה של בקשה שלא תעמוד במסגרת זמנים זו תישלל האפשרות להחיל את הצו מיום הלידה.<sup>131</sup> כמו-כן, בקשה שתוגש בחלוף יותר משנה מהלידה תהיה כפופה לתסקיר מטעם עובדת סוציאלית, שבמסגרתו יבחן אם קיימים טעמים אובייקטיביים לשיהוי בהגשת הבקשה, וככל שלא ימצאו טעמים לכך, תידחה הבקשה.

אטען כי אף שהרציונלים העומדים בבסיסה של דרישה זו הם ראויים, האמצעי שנבחר להגשמתם – קרי, הכפפה למסגרת זמנים הדוקה במחיר שלילת תחולתו של הצו באופן רטרואקטיבי – מתעלם מהצרכים הייחודיים של פרטים מסוימים במסגרת תהליך ההיפכותם להורים.<sup>132</sup> ראשית, חלון-הזמנים שהוצע על-ידי הצוות המקצועי שמונה על-ידי משרד העבודה והרווחה (תשעים יום ממועד הלידה), ואשר הורחב כאמור לאחר-מכן למאה ושמונים יום ממועד הלידה, אינו ריאלי. ייתכנו מקרים שבהם התקופה שלאחר הלידה תנוצל להסתגלות לילד. חיוב הזוג להתפנות להליך משפטי בזמן חופשת לידה – תקופה שנועדה לשם התאוששות פיזית ונפשית – עלול להוביל לאי-הגשה בזמן של הבקשה לצו, וכפועל יוצא מכך לאיון זכויות מהותיות הנגזרות מתחולה

128 הרחבה זו נעשתה בהודעה מיום 2.11.2020 של שר המשפטים ושר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים. ראו בהקשר זה עניין **איילון**, לעיל ה"ש 4, פס' 7 לפסק-דינו של השופט הנדל ופס' 4 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

129 ש.ם.

130 **הנחיות הוועדה 2019**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 29.

131 ש.ם. יובהר כי בהתאם להנחיות הוועדה **2019** והחלטת בית-המשפט העליון בעניין **פלוני** שבמוקד המאמר, ביחס לבני-זוג הנעזרים בהליך פונדקאות יחול הצו מיום הינתנו על-ידי הערכאה הישראלית. ראו שם בהנחיות הוועדה **2019**; עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3.

132 אבהיר כי מסקנת הניתוח שלהלן אינה בהכרח ביטול של מסגרת הזמנים. אפשר שהמסקנה שתיגזור מהניתוח היא יצירת כלל שיתחם את הזמן להגשת הבקשה (לדוגמה, שנה ממועד הלידה) אולם יותר לערכאות השיפוטיות הדנות בשאלת התחולה את שיקול-הדעת לחרוג מכלל זה במקרים חריגים תוך בחינת הנסיבות הקונקרטיות העומדות לפתחן. השוו עניין **איילון**, לעיל ה"ש 4, פס' 21–22 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. יש שיטענו כי ראוי להבחין בין הליך תרומת זרע לבין הליך פונדקאות, שהרי במקרים של הולדה באמצעות תרומת זרע אנונימית – להבדיל מהליך פונדקאות – הזוג אינו מיוצג תמיד על-ידי עורך-דין. בנסיבות אלו הזוג עלול לגלות רק בדיעבד את הדרישה להגשת הבקשה במסגרת זמנים קצובה.

רטרואקטיבית של הצו.<sup>133</sup> עיון בפסקי-הדין שבהם הפעיל בית-המשפט שיקול-דעת לעניין תחולתו של הצו במקרים של הגשת הבקשה לצו בשיהוי ניכר מעלה כי נמנעו בדרך זו תוצאות אבסורדיות או בלתי-צודקות בעליל. כך, לדוגמה, היו בתי-משפט שקבעו כי גם בקשה שהוגשה בשיהוי של שנים מספר לא תאיין את האפשרות לתחולת הצו מיום הלידה, וזאת בנסיבות שבהן השיהוי נבע מטיפול בסבים או בהתארגנות המשפחה לילד החדש בנסיבות ייחודיות.<sup>134</sup> לצד זאת ניתן לאתר החלטות שיפוטיות שסטו ממסגרת הזמנים הנוקשה ובכך מנעו תוצאה מעוותת שלפיה ביחס לילד אחד יוחל הצו מיום הלידה ואילו ביחס לילד אחר באותה משפחה ממש יוחל הצו רק מיום הינתנו.<sup>135</sup> החלטות אלו משקפות את התפיסה שיש להשית את המשקל על ה"משפחתיות" שנוצרה מיום הלידה, ולא להיתפס לשיקולים טכניים-פורמליים כגון מועד הגשת הבקשה.<sup>136</sup> תפיסה זו מגלמת את ההבנה האנושית כי גם לאחר הלידה אין

133 יש שיטענו כי טיעון זה משכנע פחות ביחס להליך פונדקאות, שהרי בהליך זה ההורים המיועדים אינם זקוקים להתאוששות פיזית מאקט הלידה.

134 ראו, לדוגמה, תמ"ש (משפחה פ"ת) 14023-02-19 ס.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה **משרדי ממשלה**, פס' 25–30 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 9.1.2020) (שבו הוענק הצו לאחר שיהוי של כחמש שנים היות שהשיהוי נבע מכך שהזוג היה צריך לטפל באב של האם החברתית); עמ"ש (מחוזי חי') 2599-10-18 **היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה נ' ר' ס' ה'**, פס' 12 לפסק-דינו של השופט ג'יוסי (פורסם בנבו, 31.7.2019) (שבו הוחל הצו מיום הלידה הגם שהבקשה לצו הוגשה כשנתיים ושמנונה חודשים לאחר הלידה, וזאת מאחר שהשיהוי נבע מכך שהאם החברתית-המיועדת הייתה שקועה, בין היתר, בטיפול בהוריה ובפרנסת המשפחה).

135 תוצאה זו יכולה להיווצר בנסיבות שבהן הבקשה לצו הוגשה לא רק ביחס לילד שנולד כעת, אלא גם ביחס לילד אחר, מבוגר יותר, שלגביו הבקשה חורגת מהזמן הקצוב בהנחיות. ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 41802-08-19 **ל.א. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה**, פס' 18 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 5.11.2019) (שבו הוחל הצו באופן רטרואקטיבי מיום הלידה אף שהבקשה לצו הוגשה כשש שנים אחר כך, כדי להשוות את התחולה ביחס לשאר הקטינים במשפחה). תמ"ש (משפחה ק"ג) 25730-09-18 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (פורסם בנבו, 30.7.2019) (להלן: **עניין פלוגית 2019**); תמ"ש (משפחה ת"א) 71591-02-19 **ק.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה**, פס' 29 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 13.6.2019); עמ"ש (מחוזי מר') 2183-11-17 **ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.מ.ד.** (פורסם בנבו, 20.12.2018); תמ"ש (משפחה פ"ת) 55706-06-17 **פ.ד. נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם, 22.3.2018).

136 ראו עמ"ש (מחוזי חי') 45359-10-18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.ש.**, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ג'יוסי (פורסם בנבו, 9.7.2019) (שבו הוחל הצו מיום הלידה אף שהבקשה הוגשה בחלוף כשנתיים וחצי מיום הלידה); עמ"ש (מחוזי חי') 2574-12-17 **היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' ד'**, פס' 20 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 1.4.2019); תמ"ש (משפחה ת"א) 10925-11-17 **ש. ז. נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 29.4.2018) (אף שהבקשה לצו הוגשה כאשר מלאו לקטינה שש-עשרה שנים, הוחל הצו מיום הלידה, היות שההורים פעלו כהוריה מרגע לידתה).

ביכולתם של זוגות מסוימים – בין מבחינה כלכלית ובין מבחינה נפשית – להתפנות להסדרת הצו בטווח הזמנים הקצר שנקבע. במובן זה החלטות אלו מבטאות את ההבנה כי המשפט עוסק בהתנהגותם של בני-אדם, וכי בתוצאותיו הוא מעצב את מרקם היחסים במשפחה, ומשכך יהיו נסיבות שבהן לא יהיה מגוס מסטייה מתבניות הזמנים. כאמור, אך לאחרונה, לאחר כתיבת המאמר ולפני פרסומו, החליט מסיבה זו בית-המשפט העליון (ולמעמי בצדק) להרחיב את מסגרת הזמנים האמורה לתשעה חודשים במקרה של זוג נשים הנעזר בתרומת זרע אנונימית.<sup>137</sup>

**שנית**, הענשת ההורים – בדרך של חסימת האפשרות לקבל צו הורות פסיקתי או חיובם לעבור בחינה של עובדת סוציאלית – עלולה באופן פרדוקסלי דווקא לחתור תחת הרציונל העומד בבסיסה של הדרישה להסדרת המעמד ההורי סמוך ללידה. זאת, מכיוון שפנייה למסלול האימוץ או המתנה ממושכת לבדיקה של עובדת סוציאלית יעכבו את הסדרת מעמדו המשפטי של ההורה החברתי-המיועד ויחשפו את הזוג למורכבויות בעתיד. טלו, לדוגמה, מצב שבו בני-הזוג נפרדים מבלי שהוסדר מעמדו של בן-הזוג של ההורה הביולוגי.<sup>138</sup> בנסיבות האמורות העיכוב עלול להיות מנוצל על-ידי ההורה הביולוגי, שיבקש למנוע את הסדרת מעמדו ההורי של בן-זוגו לשעבר, או על-ידי ההורה החברתי-המיועד, שינסה להתנער ממעמדו המשפטי ובכך יותיר את הילד עם תמיכה של הורה אחד בלבד.<sup>139</sup>

**שלישית**, המדיניות האמורה יוצרת מערך פיקוח אשר פוגע באופן שיטתי בזוגות מאותו מין הנעזרים בהליך ההוצאה של צו הורות פסיקתי לשם הסדרת מעמדו ההורי של אחד מבני-הזוג. הנוהל של משרד הפנים קובע לגבי בני-זוג לא מאותו מין כי ניתן להגיש את הבקשה להסדרת מעמדו של האב בתוך שנה ממועד הלידה של הילד.<sup>140</sup>

137 עניין **איילון**, לעיל ה"ש 4, פס' 13 לפסק-דינו של השופט הנדל, המדגיש שם כי תקופה של מאה ושמונים יום אינה מעניקה תמיד משקל ראוי לקשיים שהמשפחה ניצבת בפניהם בתקופה הסמוכה ללידה. החלטה זו בעניין **איילון** עלולה להיחשב בעייתית הן בהשוואה להסדר של רישום אב גנטי (ראו להלן ה"ש 141 והטקסט שלצידה) והן בהשוואה לזוג נשוי לא מאותו מין הנעזר בתרומת זרע (שלגביו רישום האב נעשה באופן אוטומטי). ראו לעניין זה את עמדתו של השופט פוגלמן (שנותר במיעוט) בעניין **איילון**, לעיל ה"ש 4, פס' 15–16.

138 השוו **הנחיות הוועדה 2019**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 29.

139 עשויה לעלות הטענה כי הדרישה ליצור מסגרת זמנים ברורה להסדרת היחסים ההוריים היא רצויה, במיוחד לנוכח החשש מהתנערות מאחריות שעלולה להתרחש כל עוד היחסים אינם מוסדרים. עם זאת, ניתן להגשים מטרה זו לא באמצעות הענשת ההורה שהשתתפה בהסדרת היחסים ההוריים, אלא בדרכים אחרות, כגון הנגשת הידע להסדרה מזורזת זו או יצירת הליך פשוט יותר שלא יהיה כרוך בפרוצדורה שיפוטית. ראו זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25.

140 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 2.2.0007 "נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין" (5.8.2020) (להלן: נוהל הוספת פרטי אב לקטין) [www.gov.il/BlobFolder/policy/adding\\_parent\\_to\\_minor\\_israeli\\_register\\_2014/h\\_e/2.2.0007.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/policy/adding_parent_to_minor_israeli_register_2014/h_e/2.2.0007.pdf). בהתאם להסדר הקבוע בס' 4.9–4.10 לנוהל האמור, ניתן אף לרשום



עשויה לעלות הטענה כי אין בכך משום פגיעה בעקרון השוויון, שהרי קביעת הורות חברתית-מיועדת שונה באופן מהותי מקביעת אבהות גנטית. על כך אשיב כי הזיקה המבססת את מעמדו המשפטי של ההורה, בין שמדובר בזיקה גנטית או בזיקה לזיקה, אינה רלוונטית לאופן מימוש הרציונל, קרי, למסגרת הזמנים המוקצבת להכרה במעמדו המשפטי של ההורה, ובפרט לעניין קביעת תחולתו של הקשר ההורי. כלומר, בהתאם לקו טיעון זה, אין טעם ענייני ליצירת הבחנה בין מסגרת הזמנים שבמהלכה אב גנטי רשאי להגיש את הבקשה להסדרת מעמדו לבין מסגרת הזמנים שבמהלכה ההורה החברתי-המיועד רשאי להגיש את הבקשה.<sup>141</sup>

#### ד. סיווג צו ההורות הפסיקתי

בפרק זה ארתום את התוכנה השנייה של המסגרת הרעיונית לניתוח המחלוקת סביב סיווג הצו בין הגישה הגורסת כי הצו מכונן את ההורות יש מאין (להלן: הגישה המכוננת) לבין הגישה הגורסת כי הצו מצהיר על הורות שהתגבשה (להלן: הגישה ההצהרתית).<sup>142</sup> כאמור, בהתאם לתוכנה השנייה, מימד הזמן מנוצל במסגרת פרקטיקות שיחניות (דוגמת מינוחים לשוניים) לתיקוף נורמות חברתיות. אציע להתבונן על סיווג הצו כפרקטיקה שיחנית, תוך עמידה על המאפיינים הטמפורליים של כל אחת מן הגישות, כלומר, כיצד המעמד המשפטי של ההורה (מושא הצו) מתגבש מבחינת רצף האירועים.

הדיון יבקש לתרום לשיח המשפטי בשני היבטים. בהיבט התיאורטי יבקש הדיון לתמוך בתזה שבבסיס המאמר כי מימד הזמן אינו פועל ברקע המציאות האנושית, אלא מנוצל כמשאב המתקף תפיסת-עולם שלפיה אנו חיים ותופסים את קיומנו. בהיבט המעשי ימקד הדיון את אלומת האור ברובד שנפקד מקומו מפסק-הדין בעניין פלוני: התפיסה העצמית של הפרט, המעוצבת על-ידי המשמעות שהמשפט מעניק לחוקים,

---

את האב עד שלוש שנים מהלידה, אם יש טעמים המצדיקים את האיחור בהגשת הבקשה.

141 עשויה לעלות הטענה כי ככל שתתקבל העמדה כי צו ההורות הפסיקתי הוא הצהרתי (ראו את הדיון להלן בפרק ד), ראוי לדבוק במסגרת זמנים קשיחה, כדי להימנע מהגדלת חלון-הזמנים שיווצר בין המציאות העובדתית למציאות המשפטית שאמורה למסד אותה כהווייתה. אולם טענה זו מתעלמת מן העובדה שגם תביעת אבהות בבית-המשפט, שגם היא תביעה הצהרתית, אינה מתוחמת במסגרת זמנים נוקשה, כלומר, אב גנטי יכול להגיש תביעת גם לאחר שנה ממועד הלידה, ובנסיבות אלו פסק-הדין שיינתן יצהיר על האבהות ממועד הלידה.

142 אתיחס לסיווג הצו ביחס להורה החברתי-המיועד בהליך תרומת זרע ובהליך פונדקאות חו"ל, אלא אם כן צוין אחרת.

האופן שבו הוא בוחר ליישם והמסרים שהוא משרד לנמעניו.<sup>143</sup> מתן תשומת-לב להיבט זה, המתכתב עם תפקידו ההצהרתי של המשפט, עשוי להוביל למסקנה שונה מזו שנקבעה בפסק-הדין.

### 1. הגישות המשפטיות<sup>144</sup>

**הגישה המכוננת** גורסת כי צו ההורות מכונן את הקשר ההורי בין הילד להורה. בהתאם לגישה זו, להורות שאינה ביולוגית אין קיום עצמאי אלא בדמות אישור של בית-המשפט. על-פי גישה זו, אפוא, אין ביחסים הבין-אישיים שנקמו בין ההורה החברתי-המיועד לבין ההורה הביולוגי או הילד כדי להעניק לו מעמד משפטי. במילים אחרות, בהתאם לגישה זו, הרכיבים הבין-אישיים שקדמו ללידה, ביניהם הכוונה והיוזמה של הזוג לגדל את הילד במשותף, אינם מכוננים את ההורות. בגישה זו אוהזים כמה מלומדים,<sup>145</sup> והיא מצאה לה ביטוי בכמה ערכאות דיוניות,<sup>146</sup> ובכלל זה בפסק-הדין

143 השוו מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16, 45 (1998); איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" **האם המשפט חשוב?** 275 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

144 יודגש כי המונחים "הגישה המכוננת" ו"הגישה ההצהרתית", שבהם אשתמש בתת-פרק זה, הם רק כינויים מקוצרים שנועדו להקל את הבנת הניתוח, ואינם מתיימרים לייצג מבנים תיאורטיים מגובשים.

145 מרגלית "הורות משפטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 140–144. מרגלית מבחין בין צו הניתן ביחס להורות גנטית, שהוא צו המצהיר על הורות שהייתה קיימת, לבין צו הניתן ביחס להורות שאינה גנטית, או כלשונו "הורות שלא הייתה קיימת קודם לכן", שאותה יש לכוון יש מאין. ראו גם מיכאל קורניאלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו–1996 ודו"ח ועדת אלוני" **המשפט** ג 63, 68 (1996).

146 לבתי-המשפט האוהזים בגישה זו ראו עניין **פלונים**, לעיל ה"ש 90, פסק-דינה של השופטת יהודית שבח; עניין **מ.מ.ד.**, לעיל ה"ש 135; עמ"ש (מחוזי ת"א) 41143-01-17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' א'**, פסקי-דינם של השופטים ישעיהו שנלר וקובי ורדי (פורסם בנבו, 10.6.2018); עמ"ש (מחוזי חי') 28901-03-17 **היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית**, פסקי-דינם של השופטים עפרה ורבנר וחננאל שרעבי (פורסם בנבו, 24.5.2018) (להלן: עניין **פלונית 2018**); עניין **ס.ב.**, לעיל ה"ש 134, פס' 25–30 לפסק-הדין; עניין **פלונית 2019**, לעיל ה"ש 135; תמ"ש (משפחה פ"ת) 8184-07-16 **ד. ס.ג. נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 18.12.2016); תמ"ש (משפחה פ"ת) 52940-06-16 **ג"ד נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 22.5.2017); תמ"ש (משפחה ב"ש) 49944-01-18 **פלונית נ' ב"כ היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 19.2.2018); בע"מ 4880/18 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 24.1.2019).

בעניין פלוני, שקבע כי גישה זו היא המחייבת.<sup>147</sup> לאחרונה היא אף קיבלה חיזוק נוסף מבית-המשפט העליון.<sup>148</sup>

**הגישה ההצהרתית** סוברת כי הצו אינו יוצר מעמד משפטי יש מאין, אלא מצהיר על הורות שהתגבשה במועד הלידה. בהתאם לגישה זו, תפקידו של בית-המשפט הוא לבחון את התקיימות התנאים הנדרשים על-פי דין, וככל שאלה התמלאו, הצו מצהיר על מציאות שכבר התגבשה במועד הלידה.<sup>149</sup> כלומר, הכוונה והאחריות המשותפות של ההורה הביולוגי ובן-זוגו, לצד העובדה שהילד נולד בזכות הירתמות זו, הן שמכוננות את מעמדו המשפטי של ההורה החברתי-המיועד.

יובהר כי ההבחנה בין הגישה המכוננת לגישה ההצהרתית אינה חדה, וקיימת בפסיקה גישה נוספת, שאכנה אותה "הגישה ההיברידית". בהתאם לגישה זו, הצו מקפל בתוכו הן מאפיינים מכוננים והן מאפיינים הצהרתיים.<sup>150</sup> הצו מצהיר על מציאות עובדתית שהתגבשה ובה-בעת מכונן אותה מבחינה משפטית. הגישה ההיברידית, כך להבנתי, דומה במהותה לגישה ההצהרתית, שהרי גם בהתאם לגישה ההצהרתית הסדרת היחסים שבין הילד להורה החברתי-המיועד, על כל המשתמע מכך, תלויה בקבלת הצו.

147 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק-דינו של השופט הנדל ופס' 16–20 לפסק-דינו של השופט מינץ. את ההנמקות שבבסיס קביעה זו אציג להלן בפרק ד למאמר.

148 ראו עניין צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 4. ראו גם עניין איילון, לעיל ה"ש 4, פס' 17 לפסק-דינו של השופט הנדל ופס' 2 לפסק-דינו של השופט מזוז.

149 לבתי-המשפט האוחזים בגישה זו ראו תמ"ש (משפחה חי) 57390-09-16 ע.ב.צ נ' ב"כ היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה (פורסם בנבו, 30.1.2017); תמ"ש (משפחה ת"א) 16260-08-17 ט.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.6.2018); תמ"ש (משפחה פ"ת) 18565-12-17 רגיואן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 7.1.2018); תמ"ש (משפחה ת"א) 41067-04-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 1.12.2016) (להלן: עניין פלונית 2016); תמ"ש (משפחה ת"א) 11587-07-17 א. ק. ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה (פורסם בנבו, 26.10.2017); תמ"ש (משפחה י-ם) 48824-01-17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 29.11.2017); תמ"ש (משפחה חי) 1951-03-17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה (לא פורסם, 28.9.2017); תמ"ש (משפחה ת"א) 26379-06-18 מ.ב.א נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה (פורסם בנבו, 7.1.2019); עניין פ.ד., לעיל ה"ש 135; עניין פלוניות, לעיל ה"ש 109. ראו לעניין זה גם את עמדתו של השופט פוגלמן בעניין איילון, לעיל ה"ש 4, פס' 17 לפסק-דינו, שהדגיש כי קיים קושי בקבלת הגישה שלפיה צווי ההורות הפסיקתיים נושאים אופי מכונן.

150 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 13220-10-16 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה (פורסם בנבו, 13.2.2017) (להלן: עניין פלונית 2017א); תמ"ש (משפחה ת"א) 27235-09-16 פלונית נ' פרקליטות מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 1.3.2017) (להלן: עניין פלונית 2017ב); תמ"ש (משפחה ת"א) 19776-02-16 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב נ' ר.ס (פורסם בנבו, 18.12.2016); עניין ש. ז. י., לעיל ה"ש 136.

כלומר, גם בהתאם לגישה ההצהרתית אין להורות תוקף משפטי ללא קבלת הצו, ומשכך הצו טומן בתוכו גם פן מכוון. לצורך הפשט הדיון אתיחס לגישה ההיברידי ולגישה ההצהרתית כאל גישה אחת. בהתאם לגישה זו, הצו אינו יוצר את המעמד ההורי יש מאין, אולם הוא מספק לו הכרה פורמלית על-ידי הקצאת סטטוס משפטי לנמען.<sup>151</sup> הכרה פורמלית זו תכונה כאן "מיסוד".<sup>152</sup>

קיימת עמדה כי שאלת הסיווג הינה בבחינת עניין מינוחי גרידא.<sup>153</sup> עמדה זו נשענת על העובדה שכל אימת שהצדדים עמדו בתנאים הנדרשים על-פי דין, ממילא תוכר ההורות מיום הלידה, אף אם הצו מכוון הורות. על כך אשיב כי הגם ששתי הגישות עשויות להגיע לאותה תוצאה מבחינה מעשית, ההכרעה בשאלת הסיווג משליכה על האופן שבו המשפט יוצק משמעות להגדרת ההורות, כחלק מתפקידו ההצהרתי של המשפט,<sup>154</sup> ובכך מבנה את תפיסת הפרטים ביחס לעצמם. החלקים הבאים יוקדשו לביאור טענה זו.

## 2. המתח האידיאולוגי

בחינת הרטוריקה של בתי-המשפט אשר דנו בעשור האחרון בסיווג הצו חושפת, כך אראה, כי בבסיסה של כל אחת משתי הגישות שהוצגו בחלק הקודם עומדת תפיסה ערכית שונה ביחס למוסד ההורות.

151 אבקש להבהיר נקודה נוספת, שעשויה לחדד את ההבחנה בין הגישה המכוונת לגישה ההצהרתית. להבנתי, הפן המכוון של צו ההורות בהתאם לגישה המכוונת מתייחס להגדרת ההורות, כלומר, בית-המשפט הוא שמכוון מבחינה מהותית את ההורות. לעומת זאת, הפן המכוון בהתאם לגישה ההצהרתית מתייחס לאופן ההכרה הפורמלי בהורות. כלומר, בית-המשפט הוא שמספק את ההכרה הפורמלית. ניתן לדמות זאת להליך ההוצאה של רשיון נהיגה, הכולל מבחן נהיגה עיוני (המכונה "תיאוריה"), מספר-סף מסוים של שיעורי נהיגה, מבחן נהיגה מעשי (המכונה "טסט"), אישור משרד הרישוי, ולבסוף הנפקת תעודת רישיון. כך, לדוגמה, בהתאם לגישה המכוונת, התלמיד אינו נחשב נהג מבחינה משפטית עד שיקבל את האישור מהפקיד במשרד הרישוי, ואין נפקא מינה אם עבר את הטסט אם לאו. לעומת זאת, בהתאם לגישה ההצהרתית, התלמיד הוא נהג מבחינה משפטית מכוח הצלחתו בטסט (אשר מדומה לצורך העניין לאירוע הלידה), ומתן האישור הסופי על-ידי משרד הרישוי בדמות תעודת הרישיון מהווה רק הכרה פורמלית בעובדה זו. היקש זה שואב השראה ממאמרו של טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 416.

152 השוו זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25.

153 ראו עניין ר.ס., לעיל ה"ש 150, פס' 20 לפסק-הדין; תמ"ש (משפחה ת"א) 46455-02-19 א.ט.ח. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה, פס' 6 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 26.9.2019); עניין א', לעיל ה"ש 146, פסק-דינה של השופטת עינת רביד.

154 השוו Susan Frelich Appleton, *Parents by the Numbers*, 37 HOFSTRA L. REV. 11, 65 (2008).

התפיסה הראשונה, המכונה בספרות התפיסה הביורמטיבית (Bio-normative), מייחסת לרכיבים ביולוגיים – קרי, לזיקה גנטית או פיזיולוגית לילד – מעמד בכורה.<sup>155</sup> נדמה כי תפיסת-עולם זו מיוצגת על-ידי הגישה המכוננת. גישה זו מדגישה כאמור כי מעמדו המשפטי של ההורה החברתי-המיועד יונק מהכרעת בית-המשפט, ולא מכוח הסכמתם של בני-הזוג לגדל את הילד. במילים אחרות, בעוד המעמד המשפטי של ההורות הביולוגית נולד מכוח הלידה, ההורות החברתית-המיועדת נעדרת קיום משפטי עצמאי, ותלויה בפעולה ממסדית. אפשר לומר כי הגישה המכוננת מייחסת מעמד **מכונן** לרכיבים הביולוגיים ומעמד **ראייתי** לרכיבים הבינ-אישיים, קרי, למערכת היחסים שבין הצדדים ולהסכמה בדבר גידול הילד במשותף. בכך גישה זו יוצרת **מדרג** בין הביולוגי והמכונן לבין היחסי והראייתי. מדרג זה משקף עליונות של הזיקה הביולוגית על זיקות אנושיות אחרות.<sup>156</sup>

התפיסה השנייה, המכונה בספרות תפיסת (או שיח) היחסים (Relational), מבקשת להסיט את המשקל מהרכיבים הביולוגיים אל עבר רכיבים בין-אישיים וערכים של דאגה, הסכמה ואחריות משותפות לגידול הילד העתידי במשותף, תוך כיבוד האוטונומיה של המבוגרים להגדיר ולעצב את מערכת היחסים ביניהם.<sup>157</sup> נדמה כי תפיסה זו מיוצגת על-ידי הגישה ההצהרתית. גישה זו, הרואה כאמור את הצו כממסד את ההורות שהתגבשה בלידה, מדגישה את קיומם של חיי הזוגיות שמתוכם הוחלט להרחיב את התא המשפחתי, ויוצאת מנקודת מוצא כי ללא המסע המשותף של הזוג לא היה הילד מגיע לעולם. במובן זה, הרכיבים הבינ-אישיים נתפסים ככאלה המכוננים את המעמד המשפטי של ההורות החברתית-המיועדת, ומעמד משפטי זה יוכר באופן פורמלי עם הינתן הצו. בהתאם לגישה זו, בית-המשפט ממסד את ההורות החברתית-המיועדת בדומה לאופן שבו פסק-דין הצהרתי ממסד את ההורות בנסיבות של תביעת אבהות. בכך גישה זו חותרת נגד המתאם הבינרי הטבוע בגישה המכוננת – הביולוגי/המכונן לעומת היחסי/הראייתי – וממתנת את המהותנות הביולוגית.<sup>158</sup>

155 Katharine K. Baker, *Bionormativity and the Construction of Parenthood*, 42 GA. L. REV. 649 (2008).

156 מדרג זה משקף תפיסות מהותניות ביולוגיות ביחס למשפחה. ראו Robert A. Wilson, *Kinship Past, Kinship Present: Bio-essentialism in the Study of Kinship*, 118 AM. ANTHROPOLOGIST 570 (2016).

157 גישה זו משתקפת בכתיבתה של רות זפרן. ראו רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) (להלן: זפרן "שיח היחסים כתשתית").

158 גישה זו משתקפת בהתבטאויות שונות של בית-המשפט העליון. כך, לדוגמה, השופטת חיות הדגישה כי "הקשר הביולוגי-גנטי בין הורה לילדו אינו חזות הכול. 'חומר גלם' חשוב לא פחות (ולעיתים אף יותר) המרכיב ומעצב את מערכת יחסים בין הורים לילדיהם הינו – הזיקה הרגשית והמחויבות לרווחת הילדים וגידולם". ראו בג"ץ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פס' 33 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם

### 3. היבטים טמפורליים

בחינת המאפיינים הטמפורליים של הגישות השונות תלמד כיצד כל אחת מתפיסות-העולם שהוצגו לעיל מתוקפת בשיח המשפטי. המאפיין הטמפורלי שאבחן הוא ציר הזמן המאפיין את התגבשות המעמד המשפטי של הנמען, מושא צו ההורות הפסיקתי. מאפיינים אלו יילמדו מניתוח הרטוריקה של בתי-המשפט בפסקי-הדין הנוגעים במחלוקת בשאלת סיווג הצו.<sup>159</sup>

בהתאם לגישה המכוננת, המעמד המשפטי של ההורה נוצר ברגע מתן הצו, ועל-כן אגד הזכויות והחובות הנגזר מסטטוס זה מוקצה לנמען המשפטי רק ממועד זה. סיווג הצו כמכונן הורות רק במועד מתן הצו מאפשר למדינה לשדר את המסר כי הורות שאינה ביולוגית אינה מוכרת מבחינה משפטית אלא באמצעות התערבות המדינה. בהתאם לגישה ההצהרתית, המעמד המשפטי נגזר מכוח המערכת המשפטית וההסכמה המשותפת לגידול הילד. כלומר, בהתאם לגישה ההצהרתית, אומנם רק במועד מתן הצו יתגבשו הזכויות והחובות הנגזרות מהמעמד המשפטי, אך אלה יחולו באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה, שהרי מועד זה – ולא מועד מתן הצו – הוא המועד שבו נוצרה ההורות. במובן זה, המועד שבו ניתן הצו הוא מועד שרירותי הממסד את המציאות העובדתית שהתגבשה לפני מתן הצו.

בחינת הרטוריקה של בתי-המשפט האוחזים בגישה ההצהרתית מלמדת כי גישה זו שואפת לסנכרן את המשפט עם המציאות העובדתית שאליה נולד הילד, תוך שימת דגש בחוויית החיים של מושא הצו. כך, לדוגמה, השופטת סנונית פורר הדגישה כי "ההורות של המבקשות נוצרה מראשיתה בהחלטה משותפת טרם ההריון והלידה ומתוך בחירה משותפת של בנות הזוג להרחבת המשפחה לאחר שיש להן כבר בת משותפת בכורה";<sup>160</sup> ובאופן דומה הבהירה השופטת הילה גורביץ שינפלד כי "בעצם לידת הקטינה בהחלטה משותפת ובמשותף, אל תוך אותה מערכת משפחתית היא – הנסיכה המקנה הורות משפטית אשר הצו אך מכריז על קיומה".<sup>161</sup> ניתן לאתר שתי נקודות זמן מובהקות ברטוריקה זו: מועד ההסכמה ומועד הכניסה להריון. הסכמה לגידול הילד במשותף תקבל מעמד משפטי מיוחד במועד שבו נקלט ההריון, היות שבמועד זה לא

בנבו, 18.9.2014). בעניין **ממט-מגד** הדגיש השופט ג'ובראן כי "מערכת היחסים ההורית אינה תוצר בלעדי של המעשה הפיזי, דוגמת לידה, והיא מושתתת על הזיקה הרגשית שבין המטפל (Care Giver) לילד". עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 58, פס' 14 לפסק-דין של השופט ג'ובראן.

159 לחשיבותו של הניתוח הטקסטואלי במשפט ראו יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי" **משפטים** לא 579 (2001).

160 עניין **פלונית 2017ב**, לעיל ה"ש 150, פס' 26 לפסק-הדין.

161 עניין **ע.ב.צ.**, לעיל ה"ש 149, פס' 13 לפסק-הדין.

יהיו הצדדים רשאים לסגת מההסכמה והאחריות לגידול הילד במשותף לכשייוולד. לעניין זה ראו, לדוגמה, את דבריה של השופטת איריס אילוטוביץ' סגל כדלהלן:

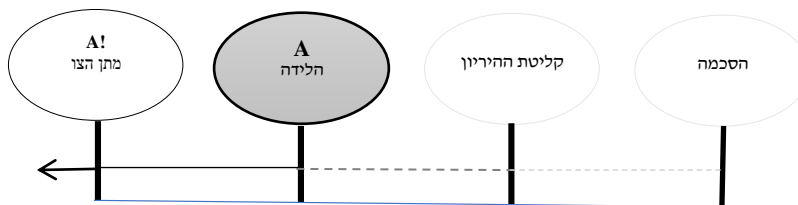
השכלול בדבר ההורות ההסכמית מתבצע הלכה למעשה, מהרגע בו הרעיון להורות הופך להיריון – **המדובר בנקודת אל חזור**, כך שגם אם בנות הזוג או בני הזוג ייפרדו עוד טרם הלידה, לא יהיה בכך כדי להוריד במאומה מאחריותו של הטוען להורות כלפי העובר ולימים אף לילד שייוולד. המדובר באגד זכויות וחובות הכרוך אחד בשני מעצם טיבו. **מהרגע שנוצר הריון, צד אינו יכול להשתחרר מההסכם, בדיוק כמו שהורה בעל מטען גנטי אינו יכול להשתחרר מההורות שלו**. יחד עם זאת, יש להדגיש, כי כל עוד אין הריון ניתן להשתחרר מההסכם.<sup>162</sup>

אסכם את הדיון שלעיל באיור הבא. איור זה, שאותו אנתח בשורות הבאות, ממחיש באופן חזותי את ציר הזמן בנוגע להתפתחות המעמד המשפטי של הנמען בהתאם לכל אחת מן הגישות, וכיצד מימד הזמן מאפשר לכל אחת מן הגישות המשפטיות לתקף עמדה אידיאולוגית שונה ביחס למחלוקת זו.

הגישה המכוננת (הצו המכונן את ההורות)



הגישה ההצהרתית (הצו הממסד את ההורות)



162 עניין ט.ב., לעיל ה"ש 149, פס' 88 לפסק-הדין (ההדגשות הוספו). שאלה החורגת מגבולות הדין היא מה קורה כאשר אחד מהצדדים נסוג מהסכמתו לגידול הילד במהלך ההיריון. ראו זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 52, בעמ' 387-388; מרגלית "לקראת קביעת הורות", לעיל ה"ש 52, בעמ' 874-875.

ציר הזמן המובלע בכל אחת מן הגישות מבנה את הנורמה המשפטית של הגדרת ההורות באופן שונה. ציר הזמן המאפיין את הנרטיב של הגישה המכוננת מרדד את התפתחות המעמד המשפטי המיוחס להורות החברתית-המיועדת לאירועים "ממסדיים" בלבד (מתן הצו). ייחודה של גישה זו הוא שציר הזמן המאפיין אותה אינו תואם את ציר הזמן המשפחתי, שלפיו הנמען המשפטי מתפקד כהורה כבר ממועד הלידה. מסגור טמפורלי זה משקף ומאשרר את הנורמה המשפטית שלפיה ההורות של בן-הזוג של ההורה הגנטי – ההורות החברתית-המיועדת – נעדרת מעמד עצמאי כל עוד לא קיבלה את אישורו של בית-המשפט. משמעותה של תוצאה זו, מטבע הדברים, היא המעטה בחשיבותו של מעמד הלידה כאירוע מכונן מבחינת המשפחה, לטובת שימור המונופול של המדינה בקביעת הנורמה המשפטית.

לעומת זאת, ציר הזמן המאפיין את הנרטיב של הגישה ההצהרתית מתפתח במקביל להתהוות היחסים המשפחתיים, ובכך מנכיח הן את המרכיבים הביולוגיים והן את המרכיבים הבין-אישיים הטבועים בה, באופן שמשטש את המדרג בין מרכיבים אלו. יתרונה של גישה זו נעוץ לא רק בעובדה שהיא מבקשת לנטרל מדרג זה, אלא גם בכך שהיא מנביעה מתאם טמפורלי, קרי מבחינת רצף הזמנים, בין התפיסה העצמית של הנמען המשפטי לבין האופן שבו תפיסה זו מיוצגת באופן פורמלי על-ידי המשפט, ולו באופן שיחני, כלומר, במסרים שהמשפט משרד לנמעניו. במילים אחרות, בהתאם לגישה זו, "ציר הזמן המשפחתי" הוא גם ציר הזמן המשפטי. לגישה זו יש שני יתרונות ביחס להורים המיועדים. ראשית, יצירת המתאם בין התהוות המשפחה לבין האופן שבו התהוות זו מקבלת ייצוג פורמלי במשפט מכבדת את הדרך שבה בחרו הצדדים לעצב את קשריהם הבין-אישיים ואת האופן שבו הם חווים את המציאות, מזהים את עצמם בזמן אמת ומבקשים להגדיר את עצמם כלפי חוץ.<sup>163</sup> בבסיסה של גישה זו עומדת הנחת-המוצא כי ראוי שהמשפט יאמץ תפיסת זמן המתמקדת בחוויית החיים של הפרט כהווייתה תוך מתן ביטוי הולם לאירועים המכוננים בחייו – קרי, מועד לידת התינוק, המנביע את מועד "הולדת ההורה"<sup>164</sup> – וזאת במנותק מהשאלה מי תרם את המטען הגנטי או נשא את העובר. שנית, גישה זו יוצרת ודאות. משמעותו של המתאם היא כי כבר במועד קליטת ההיריון הבטיח ההורה החברתית-המיועדת את זהותו המשפטית כהורה

163 לעניין חשיבותו של מתאם זה לגבי ההורה המיועד, המשפחה והחברה בכללותה, ראו להלן את הדיון בתת-פרק ה-2 למאמר.

164 קביעת מועד הלידה כמועד המכונן את הסטטוס ההורי אינה דבר טבעי, אלא החלטה נורמטיבית. לידה של ילד מנביעה "לידה" מיידית של הורה – האדם שאחראי כלפי הילד וחייב כלפיו בכל החובות ההוריות. ראו Pamela Laufer-Ukeles & Ayelet Blecher, *Prigat, Between Function and Form: Towards a Differentiated Model of Functional Parenthood*, 20 GEO. MASON L. REV. 419, 463–64 (2013). לעניין זה עשויה לעלות השאלה מדוע הסטטוס ההורי (או לכל-הפחות סטטוס של "הורה עתידי") אינו מוקצה לנמען המשפטי לפני הלידה. לדיון בשאלה זו ראו Naaman, *Timing Legal Parenthood*, לעיל ה"ש 22.



לכשייוולד הצאצא, וזאת בהנחה שהצדדים עמדו בתנאים שהדין התווה. ודאות נחוצה על אחת כמה וכמה כאשר הילד הגיע לעולם בעקבות החלטה משותפת, לאחר תהליך ארוך ומסורבל שבו היו בני-הזוג שותפים מלאים להליך ההפריה מתחילתו. הכרה בכך שגם התנהגות הצדדים – ולא רק אקט פיזי של לידה – עשויה לכונן הורות תוביל לכך שגם ההורים הביולוגיים וגם שותפיהם להליך יכלכלו את צעדיהם ביתר קפידה לפני מעשה.

אציע להתבונן על הדיון בסיווג הצו גם מאספקלריה נוספת, המדגישה את יחסי-הגומלין שבין זמן, משפט וכוח. עמדת המדינה, שלפיה הצו מכונן את ההורות יש מאין, מסמנת הורות חברתית-מיועדת כחסרת מעמד עצמאי, ככזאת התלויה בפרוצדורה שיפוטית, וזאת להבדיל מהורות "טבעית", המוכרת לכאורה על-ידי המשפט באופן אוטומטי במעמד הלידה. בהתאם להבנה זו, התנגדות המדינה לעמדה כי הצו מצהיר על הורות שהתגבשה נגזרת (גם אם באופן לא-מכוון) מהעובדה שעמדה זו מפקיעה את כוחה של המדינה בעיצוב מוסד ההורות.<sup>165</sup> זאת ועוד, הקביעה כי צו ההורות הוא צו הצהרתי מנביעה את התוצאה שהצו יחול, כבררת-מחדל, באופן רטרואקטיבי. תוצאה זו מחלישה את כוחה של המדינה בשימור המונופול שלה על החריגה מתפיסת הזמן הליניארית הצופה פני עתיד, אשר שכיחה במשפט המודרני.<sup>166</sup>

מסגור הסוגיה של סיווג הצו מפריזמה טמפורלית מתכתב עם הביקורת – שהושמעה לא אחת בספרות – כי מנגנון ההכרה במשפחות של זוגות מאותו מין מסמן משפחות אלו כ"חשודות", ככאלה שראוי לפקח עליהן,<sup>167</sup> ומבקש להעמיק בה באמצעות הדגשת תפקידו של מימד הזמן במערך פיקוח זה. ביקורת זו מקבלת משנה תוקף כאשר נוכחים כי יחסים משפחתיים התואמים את הנורמה החברתית זוכים באשרור טמפורלי אף אם הם אינם מקיימים את ציווי ההורות הטבעית, בין מאחר שהם מערבים שימוש בטכנולוגיות פריון ובין מאחר שלאחד הצדדים אין זיקה גנטית לילד. טלו, לדוגמה, זוגות לא מאותו מין, גבר ואישה, הנעזרים בתרומת זרע. בנסיבות אלו בן-זוגה של האם הביולוגית אינו נדרש לצו הורות כלל, והורותו מוכרת באופן אוטומטי מרגע הלידה, הגם שהוא חסר זיקה גנטית לילד (וזאת להבדיל מבת-זוגה של אם ביולוגית במקרה של

165 על חשש זה ניתן להשיב כי סיווג הצו כהצהרתי אינו מוביל בהכרח לתוצאה שהסכמת הפרטים ליהפך להורים אינה מפוקחת על-ידי המדינה, שהרי המשפט תמיד מכונן את ההורות המשפטית, במובן זה שהוא המכריע מהן הזיקות שעל בסיסן תוכר ההורות מבחינה משפטית. דברים אלו נכונים ותקפים גם להורות ביולוגית.

166 להתפתחות נטייה מודרנית של תפיסת זמן צופה פני עתיד, ולאופנים השונים שבאמצעותם היא מונכחת במשפט, ראו Wistrich, לעיל ה"ש 13, בעמ' 752. לניתוח חברתי-משפטי של תפיסת הזמן בתרבות המערבית, המתאפיינת במעבר מתפיסה מחזורית של זמן לתפיסה ליניארית וקווית של זמן, ראו Greenhouse, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1639.

167 קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 2; טריגר ומאסס, לעיל ה"ש 2. הכותבים ממחישים כיצד הדרישה לעריכת תסקיר מסמנת הורים במשפחות לא-נורמטיביות כהורים שיש לפקח עליהם.

זוג נשים).<sup>168</sup> דוגמה נוספת שממחישה ביקורת זו היא אישה הנעזרת בתרומת ביצית לצורך הולדה לפי חוק תרומת ביציות, אשר מוכרת כהורה המשפטי של היילוד ממועד הלידה, ללא צורך בפרוצדורה שיפוטית.<sup>169</sup>

#### 4. דיון משלים בסיווג הצו

בחלק זה אבחן את הצידוקים המרכזיים שהועלו בפסיקה – לרבות אלה שהועלו בפסק-דין פלוני – להכרה בצו ההורות הפסיקתי כמכונן. אבקש לסווג את הטענות לשתי קבוצות: האחת מתייחסת לשמירת סמכותו של בית-המשפט בפיקוח על הורות שאינה ביולוגית, והאחרת מתייחסת ליצירת הרמוניה משפטית. יובהר כי דיון משלים זה סוטה מהדיון במסגרת הרעיונית המוצעת במאמר, אולם אני סבור שהוא נחוץ לחיזוק המסקנה המרכזית במאמר כי ראוי לבחון שנית את פסק-הדין בעניין פלוני.<sup>170</sup>

##### (א) שמירת סמכותה של המדינה בפיקוח על הורות שאינה ביולוגית

במסגרת קבוצת הטענות הראשונה ניתן לאתר שלושה טענות. טענות אחד הוא כי צו הצהרתי מתאים רק כאשר יש זיקה גנטית לילד, דוגמת צו המצהיר על אבהות לאחר

168 ראו עניין צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 4. בית-המשפט העליון קבע בעניין זה כי הנישואים מהווים אינדיקציה לקיומה של זיקה ביולוגית בין הבעל לילד. לכאורה יש בנימוק זה כדי לאיין את טענת ההפליה שבין זוגות לא מאותו מין לזוגות חד-מיניים, כפי שקבע בית-המשפט העליון, אולם אין בו כדי לשנות את התוצאה הממחישה את האופן שבו נורמות חברתיות מתוקפות במשפט באמצעות מימד הזמן. דברים אלו מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה שעד לאחרונה גם זוגות לא מאותו מין שאינם נשואים זכו באשרור זה במעמד הלידה באמצעות הצהרה משותפת של הזוג. מדיניות זו שונתה לאחרונה על-ידי המדינה, וזאת בעקבות העתירה שהוגשה בעניין צור-וייסלברג. בעקבות המדיניות החדשה נדרש הגבר, בן-זוגה של האם הביולוגית, להצהיר כי הוא ההורה הביולוגי של הילד. ראו לעניין זה את טופס ההכרה באבהות, הקיים מכוח נהל הוספת פרטי אב לקטין, לעיל ה"ש 140. לניתוח פסק-הדין בעניין צור-וייסלברג והמשמעויות הנלוות לתיקון הטופס האמור ראו זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25.

169 ראו ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות.

170 יובהר כי חלק זה אינו מתיימר למצות את שלל ההיבטים שסוגיית סיווג הצו מעוררת. כך, לדוגמה, ניתן לבחון את שאלת סיווג הצו ותחולתו מבעד לאספקלריה חוקתית, קרי, אם הקביעות בעניין פלוני מתיישבות עם מעמדה של הזכות להורות במשפט, כפי שפורש על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השוו רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?" **משפטים על אתר** ח 1, 3–9 (2015); טלי מרקוס "על הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' – האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי" **מאזני משפט** יא 435, 501 (2016). יוער כי התייחסות לטענות המשפטיות הנוגעות בתחולת הצו, הנגזרת מסיווגו, יידונו בהרחבה בתת-פרק 3.

ביצוע בדיקת רקמות, שאז תפקידו של בית-המשפט מתמצה בהצהרה על קיום ההורות המשפטית הנובעת מכך.<sup>171</sup> ספק עד כמה טיעון זה משכנע לנוכח העובדה שגם במקרה של הורות ביולוגית, הן בהולדה טבעית והן בנסיבות של הולדה מלאכותית, עומדת לבית-המשפט הסמכות לא להעניק מעמד משפטי לאב הגנטי. טלו, לדוגמה, מצב שבו עולה חשש למזרות. בעניין זה נוהל של רשות האוכלוסין וחוק מרשם האוכלוסין מגבילים את האב הגנטי מלהירשם כאב לילד אם בת-זוגו היא גרושה שילדה שלוש מאות יום או פחות לאחר הגירושים,<sup>172</sup> וזאת כדי שהילד לא יוכרז ממזר – תוצאה הנובעת מ"ניאופה" של האישה.<sup>173</sup> דוגמה זו ממחישה שהקביעה כי צו ההורות הוא הצהרתי אינה שוללת, כשלעצמה, את סמכותה של המדינה לא לאשר את ההכרה במעמד המשפטי במקרים שבהם ההכרה אינה עולה בקנה אחד עם טובת הילד. כלומר, אף אם ייקבע כי צו ההורות הפסיקתי ביחס להורה החברתי-המיועד הוא הצהרתי, תישמר סמכותו של בית-המשפט להימנע ממתן הצו כאשר לא התמלאו התנאים בדין.<sup>174</sup>

**טיעון שני** הוא כי המשמעות של סיווג הצו כהצהרתי היא הכרה בהורות הסכמית, קרי, בהורות שנוצרת מכוח הסכמה פרטית.<sup>175</sup> בהתאם לקו טיעון זה, קביעה כזו אינה אפשרית, שכן היא מנוגדת לדין הישראלי, שאינו מכיר לכאורה בהורות הסכמית, וכן לעקרון טובת הילד ולתקנת הציבור, אשר דורשים, כך על-פי הטיעון, שהליך ההכרה

171 מרגלית "הורות משפטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 144.

172 ראו נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 2.2.0008 "נוהל הטיפול לרישום נולדים בישראל והכללת הזכאים לכך במרשם האוכלוסין" (1.12.2020) [www.gov.il/BlobFolder/policy/policy\\_registration\\_of\\_birth\\_in\\_general\\_registry/he/2\\_2\\_0008.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/policy/policy_registration_of_birth_in_general_registry/he/2_2_0008.pdf); ס' 22 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

173 להלכה ביחס לילד שנולד לאישה נשואה ראו זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו 311, 315-316 (2002).

174 שתי מסקנות יכולות להיגזר מהדוגמאות האמורות. האחת, שבה אני תומך, היא כי ראוי להבחין בין שאלת סיווג הצו לבין מידת הפיקוח החלה במסגרת הסדרה זו. שאלת הסיווג לחוד ומידת הפיקוח לחוד. דהיינו, אף אם נסווג את הצו כהצהרתי, תישמר מידת הפיקוח על ההורות החברתית. הבנה כזו תאפשר להפיג את החשש שהועלה בפסיקה כי הקביעה שצו ההורות הוא הצהרתי עלולה להוביל למצב דברים שבו יינתן צו הורות גם כאשר לא הייתה כוונה לגדל את הילד יחד עם ההורה הביולוגי. החשש האמור השתקף בפסקי-הדין הבאים: עניין ר.ס, לעיל ה"ש 150; עניין פלונית 2016, לעיל ה"ש 149; עניין פלוניס, לעיל ה"ש 90. מסקנה לוגית הפוכה היא שהאקט השיפוטי ביחס להורה הגנטי הוא מכוון – לדוגמה, במקרה של תביעת אבהות גנטית או צו הורות חקיקתי הניתן להורה גנטי. אלא שמשקנה זו אינה תואמת את הגישה הרווחת בפסיקה ובספרות כי פסק-דין המסדיר תביעת אבהות וצו הורות חקיקתי ביחס להורה הגנטי הם הצהרתיים. לעניין תביעת אבהות ראו עניין ממשל-מגד, לעיל ה"ש 58, פס' 43 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור. לעניין צו הורות חקיקתי ראו קורין אלדי, לעיל ה"ש 145; מרגלית "הורות משפטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 140.

175 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 18 לפסק-דינו של השופט מינץ.

בהורות החורגת ממודל ההולדה הטבעית יעבור את מנגנוני הביקורת המקצועיים של בית-המשפט. לדידי, ועם כל הכבוד, טיעון זה בעייתי מכמה טעמים. ראשית, מודל הזיקה לזיקה מכיר ברכיב ההסכמה כתנאי בל יעבור בקביעת ההורות המשפטית של ההורה החברתי-המיועד. אף אם לא נקרא לילד בשמו, נדמה כי במובן מסוים נסללה דרכו של מודל ההורות בהסכמה אל תוך המשפט הישראלי, אם כי תחת מסכת פיקוח הדוקה.<sup>176</sup> שנית, ולגופו של עניין, הכרה בהורות בהסכמה אין פירושה מניה וביה כי לפרטים יהיה חופש חוזים מוחלט או שלא תהיה לבית-המשפט הסמכות לפקח על הורות זו.<sup>177</sup>

טענה ברוח דומה, הנוגעת בפיקוח על הורות מכוח מודל הזיקה לזיקה, הועלתה בעניין פלוני. בעניין זה סברו השופטים כי לא ייתכן שהורות זו ביחס לילד שבא לעולם בהליך פונדקאות חו"ל – הכרוך בהיעזרות בטכנולוגיית פריזון אשר מערבת גורמים שלישיים ומעוררת חששות בנוגע לאם הנושאת ולסחר בילדים – תיווצר מאליה כבר בעת הלידה, לפני פיקוחה של הערכאה המוסמכת לכך בישראל.<sup>178</sup> אולם על כך יש להשיב כי ספק אם יש בחששות אלו – הנוגעים בצורך בפיקוח על תקינותו של הליך הפונדקאות הנעשה בחו"ל, אשר טרם הוסדר על-ידי המחוקק הראשי – כדי להכריע בשאלת הגדרתה של ההורות מכוח הזיקה לזיקה. חששות אלו הרי מקבלים מענה באמצעות הדרישות הקבועות ב"נוהל חו"ל" – נוהל של משרד הפנים שאינו כתוב או מפורסם ברבים<sup>179</sup> – אשר בית-המשפט הישראלי מוודא את התקיימותן במסגרת הליך ההכרה באבהותו של האב הגנטי ומתן האזרחות לילד, אשר קודם להליך ההוצאה של צו ההורות הפסיקטי ביחס להורה החברתי-המיועד.<sup>180</sup>

**הטיעון השלישי** נוגע ביחס שבין סיווג הצו לבין ההליך המשפטי מושא הצו. בהתאם לקו טיעון זה, הואיל ובמסגרת הליך ההוצאה של צו הורות פסיקטי (ביחס להורה החברתי-המיועד) יש להוכיח שורה של תנאים כדי להקנות לנמען את אגד

176 ראו עניין ט.ב, לעיל ה"ש 149, פס' 85 לפסק-הדין; מרגלית "הורות משפטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 119.

177 השוו מרגלית "על קביעת הורות", לעיל ה"ש 8, בעמ' 598.

178 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק-דינו של השופט הנדל ופס' 14–16 לפסק-דינו של השופט מינץ.

179 ראו עניין ממש-מגד, לעיל ה"ש 58, פס' 8 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור. בהתאם לנוהל זה, על ההורה לספק הסכם פונדקאות מתורגם וחתום בידי נוטריון; חוות-דעת משפטית, חתומה בחותמת אפוסטיל, המעידה על תקינותו של הליך הפונדקאות; תוצאות בדיקת רקמות ממעבדה בבית-חולים בישראל; והצהרה של הפונדקאית לפני קונסול ישראלי במדינה שבה התקיים ההליך כי היא מסכימה למתן אזרחות לילד ולהוצאתו מחזקתה.

180 שם, פס' 27 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.

הזכויות והחובות הנגזר מהסטטוס ההורי, אי־אפשר לסווג את הצו כהצהרתי.<sup>181</sup> על טיעון זה אשיב כי גם האב הגנטי בנסיבות של תביעת אבהות, שביחס אליו ניתן פסק־דין הצהרתי, נדרש להוכיח את זיקתו הגנטית לילד כתנאי להסדרת מעמדו כהורה והקצאת אגד הזכויות והחובות הנגזר מסטטוס זה.<sup>182</sup>

### (ב) הרמוניה משפטית

הקטגוריה השנייה, הכוללת למעשה הצדקה אחת בלבד, מתייחסת להרמוניה שבין צווי הורות פסיקתיים לצווי הורות מכוח דינים אחרים המסדירים את ההורות החברתית-המיועדת, דוגמת צו אימוץ מכוח חוק האימוץ וכן צו הורות חקיקתי, קרי, מכוח חוק הפונדקאות.<sup>183</sup> בהתאם לקו טיעון זה, היות שצו ההורות הפסיקתי נוצר בהיקש מצוים אלו, אשר נחשבים צוים מכוננים, יש להחיל לגביו דין שווה ביחס למהותו. אשיב על הצדקה זו בכמה טענות. ראשית, ההורות החברתית-המיועדת המוסדרת מכוח צו הורות פסיקתי שונה בנסיבותיה מההורות המוסדרת מכוח ההסדרים הסטטוטוריים. בעוד אימוץ יוצר משפחה חדשה יש מאין,<sup>184</sup> המשפחה שצו ההורות הפסיקתי מתייחס אליה מתפקדת כתא משפחתי מאוחד מיום הלידה, בין שמדובר בהליך תרומת זרע ובין שמדובר בהליך פונדקאות חו"ל. מכאן שמדובר בנסיבות שונות לגמרי.<sup>185</sup> אף ההשוואה בין צו הורות מכוח חוק הפונדקאות לצו הורות פסיקתי היא בעייתית. בתרומת זרע אנונימית מלכתחילה אין לתורם הזרע האנונימי מעמד משפטי, לכאורה.<sup>186</sup> לפיכך בנסיבות של תרומת זרע צו ההורות אינו מנתק זיקה משפטית

- 
- 181 ראו עניין פלוני 2018, לעיל ה"ש 146, פס' 37 לפסק־דינה של השופטת ורבנר.
- 182 ראו נוהל הוספת פרטי אב לקטין, לעיל ה"ש 140; ס' 22 לחוק מרשם האוכלוסין.
- 183 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 9–10 לפסק־דינו של השופט הנדל ופס' 19–20 לפסק־דינו של השופט מינץ.
- 184 צו אימוץ מכונן קשרי הורות חדשים שלא היו קיימים קודם בין ההורים המאמצים לבין המאומץ. ראו ס' 16 לחוק האימוץ.
- 185 תימוכין לטיעון זה ניתן למצוא בשורה של פסקי־דין. ראו, מבין רבים, עניין מ.ב.א לעיל ה"ש 149, פס' 36 ו־40 לפסק־הדין; עניין פלוני 2016, לעיל ה"ש 149, פס' 7 לפסק־הדין; עניין ר.ס, לעיל ה"ש 150, פס' 21 לפסק־הדין. טענה נוספת שאפשר להעלות נגד ההשוואה להסדר האימוץ נוגעת בעובדה שבחוק האימוץ קיימת אפשרות להחלה רטרואקטיבית של הצו אם בית־המשפט השתכנע כי תחולה זו היא לטובת המאומץ. בהתאם לקו טיעון זה, אם עורכים אנלוגיה להסדר האימוץ, אין מקום לערוך אנלוגיה סלקטיבית, קרי להשוות לצו האימוץ לעניין הסיווג אך לא לעניין התחולה (שיידון להלן בתת־פרק 2 למאמר), בוודאי כאשר הטענה לתחולה רטרואקטיבית במקרה של צו הורות פסיקתי נעוצה בטובת הילד (שם).
- 186 תימוכין לטענה זו ניתן למצוא בכמה פסיקות של בתי־המשפט. ראו, לדוגמה, עניין ר.ס, לעיל ה"ש 150, פס' 21 לפסק־הדין. יש שיטענו כי טענה זו שנויה במחלוקת, לנוכח העובדה שהנחת־המוצא בדין הישראלי היא שהאדם בעל הזיקה הגנטית לילד הוא האב

קודמת. בהליך פונדקאות חו"ל הזיקה בין הפונדקאית לילד מתנתקת כבר במדינה הזרה, ולעיתים אף קודם לכן, במהלך ההיריון. על-כן צו ההורות הפסיקתי הניתן בבית-המשפט הישראלי אינו מנתק את הזיקה לפונדקאית.<sup>187</sup>

כמו-כן, ספק אם יש בעובדה שצו הורות פסיקתי נולד בהיקש מצו הורות חקיקתי או בהשראת חוק האימוץ כדי להחיל דין שווה בין השניים. התפתחויות בעשור האחרון – ביניהן האפשרות להכיר בהורות של בת-הזוג של האם הביולוגיות לילד שנולד מתרומת זרע אנונימית (אפשרות שאינה קיימת בצו הורות חקיקתי); ויתור על דרישת התסקיר כדרישה אוטומטית במסגרת צווי הורות פסיקתיים (דרישה שנותרה שרירה וקיימת במסגרת צו אימוץ וצו הורות חקיקתי); העובדה שצו הורות פסיקתי יכול לחול באופן רטרואקטיבי (לפחות בנסיבות של תרומת זרע אנונימית), להבדיל מצו הורות חקיקתי; והעובדה שצו הורות פסיקתי יכול להינתן גם לאדם שאינו תושב ישראל (להבדיל מצו הורות חקיקתי)<sup>188</sup> – ממחישות כי אנלוגיה לחוד ודין לחוד.<sup>189</sup> יתר על כן, אפשר שיש בהתפתחויות אלו כדי להעיד כי צו הורות פסיקתי אינו מהווה הרחבה של צו ההורות הסטטוטורי, אלא מדובר בהסדר פסיקתי שונה במהותו, הגם שהוא עוצב בהשראת החוק.

המשפטי, ונכון להיום אין שום קביעה בדין שתורם זרע אנונימי אינו האב. אולם לטעמי אין בכך כדי לגרוע מהטענה כי יש להבחין בין צו הורות פסיקתי הניתן במקרה של תרומת זרע אנונימית לבין צו הורות חקיקתי. זאת, מכיוון שהצו הניתן לאם הנוספת (במקרה הראשון) אינו נועד לנתק את הזיקה בין תורם הזרע האנונימי לילד, אלא מניח – כך אפשר להבין מהפסיקה הענפה הנוגעת בצווי הורות פסיקתיים – כי זיקה זו אינה קיימת.

187 תימוכין לטענה זו ניתן ללמוד מן העובדה שהדיון בשאלת מועד תחולתו של צו ההורות הפסיקתי מתקיים רק לאחר שניתן מענה הולם ומלא לחששות בדבר ניתוק הזיקה המשפטית בין הילד לפונדקאית וכן לחששות הנוספים הנובעים מהליך זה, ולאחר שהדברים נבחנו על-ידי בית-המשפט שהכיר באבהות האב הגנטי כחלק מ"נוהל חו"ל" (ראו לעיל ה"ש 179). ראו לעניין זה עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 58, פס' 8 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור. השוו לפס' 104 להודעת עדכון משלימה שהוגשה מטעם המשיבה בבג"ץ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים** (לא פורסם, 12.6.2013) (העתק מצוי בידי המחבר) (להלן: הודעת העדכון בעניין **ממט-מגד**), ובה פורטו התנאים להסכמת המדינה למתן צו הורות פסיקתי על-ידי בית-המשפט בישראל ("לפי המצב המשפטי באותה מדינה הילד שייולד יהיה ילדם של ההורים המיועדים לכל דבר ועניין ולא ילדה של הפונדקאית ויהיה ניתן להוציא אותו אל מחוץ לאותה מדינה").

188 עמ"ש (מחוזי ת"א) 47781-12-19 **מדינת ישראל – ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' ק' מ' ל'** (פורסם בנבו, 4.1.2021). יוער כי נכון למועד כתיבתן של שורות אלו קיים הליך תלוי ועומד בבקשה לרשות ערעור שהוגשה על-ידי המדינה בעניין זה.

189 נסיונות של המדינה לטעון להרמוניה משפטית ולהיקש מחוק הפונדקאות כדבר החקיקה הקרוב ביותר נדחו בשורה של פסקי-דין בהקשר של דרישת התסקיר. נקבע כי אין להחיל באופן סלקטיבי את הוראות חוק הפונדקאות וחוק האימוץ על המבצעים הליכי פונדקאות בחו"ל, וכי הנסיבות השונות של מתן הצווים מאפשרות גמישות והתייחסות שונה. ראו לעניין זה, לדוגמה, עניין **א.ל.**, לעיל ה"ש 109.

לסיום אתיחס לעמדה כי הקביעה שצו ההורות הוא הצהרתי עשויה לעלות כדי חריגה מסמכותו של בית-המשפט.<sup>190</sup> כפי שניתן להיווכח, ההתפתחויות מהעשור האחרון מעידות כי מנגנון צו ההורות הפסיקתי וגבולותיו עוצבו על-ידי בתי-המשפט בהתאם להתפתחויות האחרונות, במקום להמתין למחוקק שיסדיר סוגיה זו.<sup>191</sup> משניתן לבית-המשפט האישור ליצור צו הורות פסיקתי (בדמות הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה בעניין **ממט-מגד** להליך זה) – אישור שלא בוטל על-ידי המחוקק ואשר אושרר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ולאחר-מכן על-ידי משרד העבודה והרווחה – עולה השאלה: מדוע שלא יינתן לבית-המשפט האישור לקבוע את גדרו של כלי זה עד להסדרה חקיקתית ראשית?<sup>192</sup> דברים אלו מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה שאין מדובר בהכרה בהורות חדשה שעומדת במרכזה של מחלוקת ציבורית – כזו אשר ייתכן שהדעת סוברת כי ראוי שתוכרע על-ידי המחוקק<sup>193</sup> – אלא בטיוב מסלול משפטי שכבר

190 עמדה זו משתמעת מאמירות השופטים בפסק-הדין בעניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, בפס' 3 ו-16 לפסק-דינו של השופט הנדל וכן בפס' 16 לפסק-דינו של השופט מינץ.

191 לא למותר להדגיש כי גם באופן רחב יותר עוצב מוסד ההורות על-ידי הפסיקה, בהינתן שאין בחוק הסדרה מקיפה וברורה של הנושא. דוגמה הממחישה זאת היטב, שבה אין המאמר עוסק, נוגעת במנגנונים שנקבעו בחקיקת-משנה ובהנחיות של משרד הבריאות בהקשר של תרומת זרע ואשר בוטלו מפעם לפעם על-ידי בתי-המשפט. ראו בג"ץ 2078/96 **ויץ נ' שר הבריאות** (לא פורסם, 11.2.1997) (שם בוטלה הוראת תק' 8 (ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, שדרשה מהאם המיועדת לעבור בדיקת מסוגלות כתנאי לאישור ההפריה). בהקשר דומה ראו ה"פ 7172/08 **פלונית נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 12.8.2008).

192 לעניין זה השוו לדבריה של השופטת ארבל בפרשת **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 58, בפס' 4 לפסק-דינה ("לטעמי, הפתרון לפער זה אינו יכול להיות, בדרך כלל, בהמתנה להסדרה של המחוקק. הסדרה חוקית יכולה לארוך זמן רב, ובינתיים נפגעים זוגות או בודדים רבים שיש להם את האופציה הטכנולוגית אך ללא מענה משפטי. מצב דברים זה אינו ראוי. לטעמי, אם כן, אין מנוס מכך שהחלל הנורמטיבי, עד להסדרת המחוקק, יקבל מענה על ידי הרשות המבצעת תוך פיקוח של בתי המשפט, ואכן כך נעשה במקרה שבפנינו"). ראו גם פרשת **ר.ס.**, לעיל ה"ש 150, פס' 22 לפסק-הדין ("משצו ההורות הפסיקתי הינו מוסד שכולו יציר הפסיקה, אין מניעה כי עד להסדרה חקיקתית תמלא הרשות המבצעת היא הרשות השופטת מוסד זה בתוכן ותיצוק לתוכו מעת לעת תוכן וכללים בהתאם לשאלות המתעוררות מעט לעת והצריכות הכרעה"); תמ"ש (משפחה פ"ת) 58526-01-20 **ע' נ' היועץ המשפטי לממשלה משרדי ממשלה**, פס' 46-47 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.10.2020) ("ההתפתחות החברתית מביאה לא פעם סיטואציות שמחייבות פתרון, בטרם הרשות המחוקקת עומדת על הצורך בכך, או מצליחה למצוא פתרון חקיקתי מתאים. באותן סיטואציות, מעניק בית המשפט פתרונות, לאותו מצב. הדברים מוכרים במגוון זכויות במערכת המשפט. כך למשל, בבתי המשפט לענייני משפחה החלה ההכרה בזכויות של בני זוג חד מיניים, גם לפני שהוסדרו בחוק").

193 דוגמה אפשרית לכך היא המחלוקת סביב ההכרה בשלושה הורים לילד – ראו עמ"ש (מחוזי מ"ר) 52550-10-18 **ע. נ. ד. מ.**, פסק-דינו של השופט ויצמן (פורסם בנבו, 22.10.2019). מאידך גיסא, אף בנושאים שנויים במחלוקת, כגון זכותם של גברים יחידנים

קיים במשפט, ולו כדי לצמצם את הפגיעה במשפחות שממילא המשפט מכיר בהן.<sup>194</sup> חולשתו של הנימוק להיאחזות בהסדר הקבוע בחוק הפונדקאות כבסיס לקביעת גבולותיו של מנגנון צו ההורות הפסיקתי נלמדת עוד מן העובדה שבית-המשפט העליון עצמו, בפרשת פלוני (השופט הנדל), החזיק בדעה כי צו ההורות הפסיקתי יכול לחול באופן רטוראקטיבי במקרה של תרומת זרע אנונימית, וזאת בניגוד להסדר הקיים בחוק הפונדקאות.<sup>195</sup>

אף אם נניח כי לכאורה יש להחיל דין שווה לעניין צו ההורות מכוח ההסדר הקבוע בחוק הפונדקאות, יש מקום לבחון מה טיבו של צו ההורות החקיקתי. בהתאם לפסיקת בית-המשפט העליון בעניין פלוני<sup>196</sup> ועמדת היועץ המשפטי לממשלה,<sup>197</sup> צו הורות חקיקתי ביחס להורה הלא-גנטי הוא מכונן הורות.<sup>198</sup> ניתן לתהות עד כמה הנחת-יסוד זו עולה בקנה אחד עם אמירות קודמות בפסיקה. קריאה של פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין ממש-מגד, שניתן בהרכב מורחב, עשויה להוביל למסקנה ההפוכה. כך,

---

להתקשר עם פונדקאית בארץ, בית-המשפט העליון מתערב כאשר יש טעם ראוי לכך. השוו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 27.2.2020).

194 ניתן לטעון עוד כי העובדה שפרשנות זו של בית-המשפט אינה תואמת את הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה – בפרשת ממש-מגד, לעיל ה"ש 58 – ליצור צו הורות פסיקתי כפתרון זמני אינה משנה מסמכותו של בית-המשפט לפרש את הצו בהתאם לשינוי העיתים ולשיקול-דעתו, ובהתאם למכלול הנסיבות העומדות לפניו. לצד זאת יוער כי קיימת דרך נוספת להתמודד עם הטיעון האמור, וזאת באמצעות בחינת האינטרסים העומדים מאחורי החלטת המחוקק לדחות קידום של חקיקה בנושא, ואם יש באלה כדי להטות את הכף לטובת העמדה כי הצו מכונן הורות. בהקשר זה עשויה לעלות הטענה כי ככל שהיועץ המשפטי לממשלה סבור כי ראוי שבת-המשפט יימנעו מהפעלת שיקול-דעת בכלי פסיקתי זה, על הרשות המחוקקת לקדם חקיקה בנושא. בהתאם לקו טיעון זה, התנהלות זו של היועץ המשפטי לממשלה – המבקש מבית-המשפט להחיל את התנאים הקבועים בחוק הפונדקאות לגבי אלה הנעזרים בפונדקאות חו"ל רק משום שהגורמים הנוגעים בדבר לא צלחו בקידום חקיקה בנושא – מעוררת קושי רב.

195 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק-דינו של השופט הנדל.

196 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט הנדל.

197 ראו בקשת רשות ערעור בעניין פלוני מטעם היועץ המשפטי לממשלה, פס' 52–53. העתק מבקשת רשות הערעור נמצא בידי המחבר. עמדה זו משתקפת גם בהנחיות הוועדה 2019, לעיל ה"ש 51, בעמ' 40. בהתאם לעמדה זו, סיווג הצו כהצהרתי עלול לחתור תחת הדין הישראלי, שאינו מאפשר הכרה ביותר משני הורים לילד. הנחת-המוצא בבסיס טענה זו היא כי כל עוד לא הוענק הצו, הפונדקאית היא האם המשפטית של הילד. פרשנות זו נסמכת על קריאה מאוחדת של ס' 12 ו-13 לחוק הפונדקאות, המעלה כי צו ההורות מנתק את הזיקה המשפטית הקיימת בין הילד לפונדקאית. פרשנות זו מקבלת חיזוק מס' 13(א) לחוק, המאפשר לפונדקאית לחזור בה מן ההסכמה (תוך מתן זכות קדימה לילד).

198 השוו זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 46, בעמ' 266–268.



המשנה לנשיא נאור, שכתבה את פסק-הדין המרכזי של דעת הרוב, קבעה כי הן צו הורות מכוח חוק הפונדקאות והן צווי הורות פסיקתיים מקורם ב"סמכותו הכללית של בית המשפט ליתן פסקי דין המצהירים על אבהות ואמהות"<sup>199</sup>.

טענה אחרת ונפרדת שיכולה להיטען נגד הצדקת ההכרה בצו ההורות הפסיקתי כמכונן בשם ההרמוניה המשפטית היא כי ראוי לאמץ את הפרשנות שלפיה הן צו ההורות החקיקתי והן צו ההורות הפסיקתי **מצהירים** על הורות (או ליתר דיוק ממסדים הורות) שהתגבשה, לדוגמה, ממועד ניתוק הקשר בין הפונדקאית לילד (ולו כדי למנוע את ההכרה בהורות משולשת, אשר נכון להיום המשפט טרם מכיר בה). פרשנות זו, כך אפשר לטעון, תוביל לאחידות בין הסדרת היחסים האנכיים (הורה-ילד) להסדרת היחסים האופקיים (למשל, בין ההורים), שהרי הסדרת היחסים בין בני-זוג מכוח מוסד הידועים בציבור היא הצהרתית, וברוב המקרים חלה באופן רטוראקטיבי.<sup>200</sup> יצירת הרמוניה משפטית זו מתיישבת עם הגישה המבקשת להעניק לפרטים בחברה אוטונומיה להגדיר את היחסים המשפחתיים כפי שהם רואים לנכון, במנותק מהשאלה אם יחסיהם (האנכיים) נוצרו באמצעות תעצומותיהם הביולוגיות או אם יחסיהם (האופקיים) נוצרו כדת משה וישראל. גישה זו מדגישה את חוויית החיים של מבוגרים הבוחרים לעצב את חייהם מכוח הסכמות משותפות ואחריות הדדית, תוך צמצום – אם כי לא איון – של התערבות המדינה בבחירותיהם.

לסיכום הדיון עד כה: לגישתי, ההכרעה כי צו הורות פסיקתי ממסד את ההורות שנוצרה במעמד הלידה היא הראויה. החלטה כזו לא תשלול את סמכות המדינה לפקח

199 עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 58, פס' 43 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור. לאמירה זו אף קדמה אמירה נוספת של נאור, המטילה ספק בהנחה כי צו הורות פסיקתי הוא צו מכונן: "כפי שהובהר לאורך ההליכים, לאחרונה ניתנים בבתי המשפט לענייני משפחה אף צווי הורות פסיקתיים, כאשר נחה דעתו של בית המשפט, על יסוד הראיות המוצגות לו, כי **לפניו הורות** שיש לקובעה בצו" (שם, ההדגשה הוספה). לסיום, ניתוח האמירות השונות של דעת הרוב בפסק-הדין בעניין **ממט-מגד** מלמד כי הפנייה של ההורה החברתי-המיועד להליך שיפוטי לשם הסדרת ההורות היא בגדר **אפשרות**, אך לא תנאי לרישום, ואין באי-פנייה לבית-המשפט כדי להפוך הורות זו למוטלת בספק. ראו לעניין זה שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט דנציגר ופס' 27 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן. בהתאם לדברים אלו, מעמדו של ההורה החברתי-המיועד אינו מותנה בהליך משפטי שיכונן אותו יש מאין. דברים אלו הודגשו ממש לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון, אם כי בעמדת מיעוט, בעניין **איילון**, לעיל ה"ש 4, פס' 9 ו-13 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

200 השוו תמ"ש (משפחה ת"א) 20823-09-17 א.ח. נ' **היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה**, פס' 69–70 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 5.1.2019). כן ראו עניין **איילון**, לעיל ה"ש 4, פס' 8 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. כפי שהשופט פוגלמן מדגיש, אומנם אין דין ההכרה בבני-זוג כידועים בציבור כדין ההכרה בקשר הורי, המשלב אינטרסים הנוגעים בקטינים, אולם יש בהשוואה זו כדי להראות כי צו שיפוטי שניתן ביחס להכרה משפטית אינו מוביל בהכרח למסקנה כי צו זה מכונן את הקשר המשפטי. שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

על מוסד ההורות, ולא תנביע דיסהרמוניה משפטית. החלטה זו תאפשר למשפט להתאים את עצמו למציאות המורכבת, הכוללת מנעד רחב של תצורות משפחה, ולכבד את תודעת הפרט כהורה לכל דבר ועניין מיום הלידה. קבלת העמדה כי צו ההורות הפסיקתי ממסד הורות שכבר נוצרה במעמד הלידה יוצרת מתאם בין הלידה – הרגע שבו בדרך-כלל האדם תופס את עצמו לראשונה כהורה – לבין האופן שבו ההורות מסומנת על-ידי המשפט. מתן תוקף פורמלי להתהוות אירועים משמעותיים בחייו של הפרט כהווייתם טומן בחובו חשיבות רבה מבחינת הפרט והמשפחה בכללותה, כפי שארחיב בפרק הבא.

### ה. תחולתו של צו ההורות הפסיקתי

בפרק זה אדון בשאלת תחולתו של צו ההורות הפסיקתי. לשם כך אציג את המושג הרעיוני "אי-מתאם טמפורלי". באמצעות הדיון במושג זה אבאר את הכשל הנעוץ במנגנון צו ההורות הפסיקתי, ואסביר כיצד ההכרעה בעניין פלוני – שקבעה כי בהקשר של פונדקאות חו"ל יש להחיל את הצו מיום הינתנו ואילך – מתקפת כשל זה, במקום לרפא, ולו במידה מסוימת, את השלכותיו.

#### 1. אי-מתאם טמפורלי – הבסיס הרעיוני

המשפטנית ג'סיקה קלרק (Jessica Clarke) ממשיגה את תהליך יצירתן של הזהויות המשפטיות כאקט של פורמליות ("Act of Formality"),<sup>201</sup> שניתן לתרגמו ל"הליך מיסוד".<sup>202</sup> הליך המיסוד מתייחס לפרקטיקות שבאמצעותן נוצרות זהויות משפטיות. להליך זה יש חשיבות מעשית, במובן זה שהוא מהווה ראייה לקיומו של הסטטוס המשפטי, ובכך מאפשר שקיפות והסתמכות על סטטוס זה.<sup>203</sup> להליך זה יש גם משמעות סימבולית, בהעניקו ביטוי פורמלי לתפיסה העצמית של הפרט.<sup>204</sup> אבקש להתבונן על פעולת מתן הצו כממסדת את הזהות ההורית. קלרק בוחנת את החשיבות של מיסוד ההגדרה העצמית של הפרט, אולם היא אינה מתייחסת למצבים שבהם המיסוד נעשה באופן דיסהרמוני להתהוות ההגדרה העצמית. דיסהרמוניה זו, שאכנה אותה כאן "אי-מתאם טמפורלי", תעמוד במוקד הפרק.

אי-מתאם טמפורלי מתאר את המתח שבין התהוות ההגדרה העצמית לבין האופן שבו התהוות זו מקבלת הכרה פורמלית על-ידי המשפט. הליך הוצאתו של צו ההורות

201 Jessica A. Clarke, *Identity and Form*, 103 CAL. L. REV. 747, 754 (2015).

202 השווה זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25.

203 Clarke, לעיל ה"ש 201, בעמ' 790 ו-837.

204 לדוגמה, טקס נישואים מהווה פרקטיקה כזו, אשר מעניקה ליחסים הזוגיים של הפרטים הכרה משפטית.

הפסיקתי מתאפיין באי-מתאם טמפורלי, שהרי הצו ניתן זמן לא-מבוטל לאחר מועד הלידה, שהוא הרגע שבו התגבשה התפיסה העצמית של הפרט כהורה.<sup>205</sup> אי-מתאם זה יוצר פער בין האופן שבו הפרט תופס את עצמו לבין האופן שבו תפיסה זו מיוצגת על-ידי המשפט. בנסיבות של הולדה טבעית, לעומת זאת, הוזהות המשפטית מתגבשת בהלימה להתגבשות ההגדרה העצמית של הנמען המשפטי, שהרי הנפקת תעודת הלידה והרישום שבא לאחר-מכן נעשים, ככלל, סמוך ללידה.<sup>206</sup> בדומה לכך, הליך פונדקאות המתרחש בארץ מתאפיין לכאורה במתאם טמפורלי, שהרי הצו ניתן סמוך למועד הלידה.<sup>207</sup>

בטרם אצלול לניתוח היישומי אעיר שלוש הערות הנחוצות לביאור חשיבותה של ההמשגה המוצעת ולתרומתה הפוטנציאלית לשיח המשפטי סביב צווי הורות. ראשית, עיון בפסיקה חושף כי קיימת אי-נוחות בקרב בתי-המשפט ביחס לחלון-הזמנים שבין מועד הלידה למועד מתן הצו, שהרי הסדרת מערכת היחסים רק בדיעבד, זמן לא-מבוטל לאחר גיבושה, חוטאת במובן מסוים לתפקידו של המשפט בליווי מערכות היחסים המשפחתיות בזמן-אמת, כאשר הן מתהוות.<sup>208</sup> אי-נוחות זו מתכתבת עם הכתיבה שהדגישה את חשיבות ההכרה במעמד ההורה סמוך ללידה,<sup>209</sup> ולטעמי מאירה את החשיבות בפיתוח הבנה ביקורתית של חלון-הזמנים האמור. שנית, ניתן לזהות מגמה ברורה של צמצום אי-המתאם הטמפורלי. צמצום זה משתקף החל בפתיחת האפשרות לאימוץ צולב,<sup>210</sup> המשך בפתיחת הערוץ לקבלת צו הורות פסיקתי באופן מזוורז תוך צמצום דרישת התסקיר,<sup>211</sup> וכלה בסלילת האפשרות להגשת הבקשה לצו כבר במהלך

205 דיון זה מתכתב עם הדיון לעיל בתת-פרק ד3. בעוד הדיון כאן נוגע באי-המתאם שנגזר מהמועד שבו הצו ניתן בפועל, כלומר אי-מתאם ממשי, הדיון בתת-פרק ד3 נוגע באי-מתאם הנוצר באופן שיחני, קרי, בנרטיב הנגזר מהגישה המשפטית בנוגע לסיווג הצו.

206 לא נעלם מעיניי כי עשוי להתעורר פער בין הרישום לבין המצב המשפטי בפועל. שהרי בהתאם לס' 3 לחוק מרשם האוכלוסין, הרישום בנוגע לזהות ההורים מהווה רק ראיה לכאורה לנכונותם של פרטי הרישום. רא עקא שקיימת חזקה בדין כי הרישום הוא ראיה לאמיתות תוכנו, ומוסדות המדינה מתנהלים על-פיו.

207 אין מדובר במתאם טמפורלי מוחלט, שהרי בהליך זה המיסוד מתרחש ימים מספר לאחר הלידה. עם זאת, ס' 10(א) לחוק הפונדקאות קובע כי מייד לאחר הלידה יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים, ויחולו עליהם האחריות והחובות כהורים. בהסדר זה יש לטעמי כדי לחזק את המתאם האמור.

208 השוו בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?", לעיל ה"ש 143, בעמ' 290–297.

209 השוו Laufer-Ukeles & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 164, בעמ' 464–465.

210 עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 61.

211 ראו לעיל ה"ש 77. בהתחשב בכך שהליך התסקיר עלול להימשך שנים מספר, בשל המחסור בתקנים בשירותי הרווחה, התעקשות עיוורת על עריכת התסקיר עלולה לעכב את ההכרה במעמדו המשפטי של ההורה.

ההיריון, תוך הסכמה של המדינה לבחון את הבקשה עוד לפני הלידה.<sup>212</sup> במאמר זה אני מבקש לתמוך במגמה זו ולחזקה באמצעות ההצעה להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי. לבסוף, המאמר הנוכחי לא ידון בדרכים אפשריות נוספות לצמצום אי-המתאם הטמפורלי, ביניהן צו הורות פסיקתי שיינתן לפני הלידה ואשר תוקפו יותנה בהולדת הילד,<sup>213</sup> וכן הליכים חלופיים להליך השיפוטי, כגון הליך מנהל-רישומי שיסדיר את מעמד ההורה הנוסף במועד הלידה או סמוך לו.<sup>214</sup>

## 2. בין תיאוריה למעשה

אמפה את השלכותיו של אי-המתאם הטמפורלי לשלושה מעגלים, תוך שימת דגש בהיבטים שנפקד מקומם מפסק-הדין בעניין פלוני. מעגלים אלו נעים על ציר פנים-חוץ ושלובים זה בזה. המעגל הפנימי, המעגל העצמי, נוגע בהבניית התפיסה העצמית של הפרט; מעגל הביניים, המעגל המשפחתי, מתייחס למרקם היחסים המשפחתי (בין ההורים לבין עצמם ובינם לבין ילדיהם); והמעגל החיצוני, המעגל הקהילתי, מתאר את

212 ראו הנחיות הוועדה 2019, לעיל ה"ש 51, ס' 6.4, שקבע כי את הבקשה לצו הורות יהיה אפשר להגיש כשישים יום לפני מועד הלידה. ביוני 2020, במסגרת בע"מ 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 4.6.2020) (להלן: עניין פלונית 2020), הסכימה המדינה להצעת פשרה שלפיה המדינה תבחן את התנאים האינפורמטיביים שבבקשה, כגון גיל ותושבות, לפני הלידה. כיום, בעקבות פשרה זו, מוענקים לעיתים צווי הורות ימים ספורים לאחר הלידה. תמ"ש (משפחה פ"ת) 30121-06-20 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 4.8.2020) (שם ניתן הצו כארבעה ימים בלבד לאחר הלידה) (העתק של ההחלטה נמצא בידי המחבר). דא עקא שהגשת הבקשה לצו במהלך ההיריון אינה מבטיחה כי הוא יינתן סמוך ללידה, שהרי ייתכנו עיכובים מסיבות שונות, החל בעומס במחלקה המשפטית המופקדת על בחינת הבקשה לצו, המשך בסיבות המונעות את התייצבות הצדדים לדיון, וכלה בעומס השורר בערכאה המופקדת על אישור ומתן הצו.

213 פתרונות אלו מחייבים דיון מורכב בהשלכות-הרוחב שלהם – הן במישור המשפטי והן במישור התרבותי – החורג מגבולות היריעה של מאמר זה. אני עוסק בכך בכתיבה נפרדת. ראו Naaman, *Timing Legal Parenthood*, לעיל ה"ש 22. חשוב להדגיש כי נכון להיום הדין הישראלי אינו מתיר מתווה זה. ראו עמ"ש (מחוזי מר") 32265-02-18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' ש. ט. (פורסם בנבו, 26.11.2018); וכן את הערעור בעניין זה שנדחה – עניין פלונית 2020, לעיל ה"ש 212. למיפוי של צווי הורות לפני לידה לילד שנולד בהליך פונדקאות בארצות-הברית ראו Katherine Farese, *The Bun's in the Oven, Now What?: How Pre-birth Orders Promote Clarity in Surrogacy Law*, 23 U.C. DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 25 (2019).

214 בשל קוצר היריעה לא אדון בסוגיה זו במאמר הנוכחי. לדיון במתווה זה במקרה של זוג נשים הנעזר בתרומת זרע אנונימית ראו זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25. עתירה להליך זה נדחתה לאחרונה בבג"ץ בעניין צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 4, אולם נכון למועד כתיבת המאמר תלוי ועומד הליך לדיון נוסף בעניין זה.

היחסים שבין משפחות "מסורתיות" למשפחות הכפופות למנגנון הצו, וכן בין האחרונות לבין המדינה.

#### (א) המעגל העצמי

המעגל העצמי מתייחס לשליטתו של אדם בסיפור הביוגרפי שלו. גוף ידע של זהות נרטיבית (narrative identity), המשתייך ללימודי הפסיכולוגיה החברתית, כולל את הרעיון שהסיפור הביוגרפי של אדם חיוני לצורך הבניית תפיסת העצמיות שלו.<sup>215</sup> בהתאם לגוף ידע זה, לרציפות ולהמשכיות של העצמיות (self-continuity) יש תפקיד משמעותי בהבניית זהותו של הפרט, היות שהמשכיות של התפיסה העצמית מאפשרת לאדם לשלוט בסיפור הביוגרפי שלו,<sup>216</sup> לממש את יעדיו ואת הציפיות האישיות שלו,<sup>217</sup> ולפעול כ"סוכן עצמאי" (intentional agents).<sup>218</sup> אציע להשתמש בתובנות של גוף ידע זה כבסיס רעיוני להכרה במחויבותה של המדינה להכיר בסיפורו המשפחתי של הפרט בהלימה לאופן שבו הוא התהווה בפועל.

**מנקודת-מבטו של ההורה,** אי-המתאם שבין התפיסה העצמית שלו כהורה לבין הזהות המשפטית המיוחסת להגדרה זו עלול להוביל לשיבוש רצף ההתפתחות של הסיפור הביוגרפי שלו ולסיכול ציפייתו להכרה ברצף זה כחלק מהתהוות סיפורו. שיבוש הרצף עלול להוביל לדיסהרמוניה פנימית. אסביר: אירוע הלידה הוא פרי השותפות בין בני-הזוג וחוויה משמעותית ומכוננת בחייהם. בנסיבות של לידה באמצעות פונדקאות חו"ל אירוע זה אף מקבל מרכזיות בולטת, שהרי הלידה היא סופו של מסע ארוך, מורכב ורב תלאות – שתחילתו בהחלטה משותפת על הבאת ילד, והמשכו בהליך מורכב של התעברות והיריון, לעיתים תוך התמודדות עם אתגרים לא-פשוטים מול הרשויות במדינה הזרה<sup>219</sup> – והיא מסמנת את תחילתו של הגידול המשותף. במובן זה, מועד הלידה הוא מועד מכונן בכל הנוגע בזהות ההורית, ובאופן עמוק יותר הוא מעצב את תודעת הפרט.<sup>220</sup>

215 לחוקרים הבולטים בתחום זה ראו Paul Ricoeur, *Narrative Identity*, 35 PHIL. TODAY 73, 77 (1991); MARYA SCHECHTMAN, *THE CONSTITUTION OF SELVES* 93–95 (1996).

216 Romin W. Tafarodi, *Toward a Cultural Phenomenology of Personal Identity*, in SELF CONTINUITY: INDIVIDUAL AND COLLECTIVE PERSPECTIVES 27, 33 (Fabio Sani ed., 2008).

217 DAVID DEGRAZIA, *HUMAN IDENTITY AND BIOETHICS* 80 (2005).

218 Russell Spears, *Commenting on Continuity: A View from Social Psychology*, in SELF CONTINUITY: INDIVIDUAL AND COLLECTIVE PERSPECTIVES 253, 255 (Fabio Sani ed., 2008).

219 טריגר "מסע אחר", לעיל ה"ש 108.

220 לספרות שהתייחסה לקשר שבין זכויות רבייה לזהות הפרט ראו, לדוגמה, John A. Robertson, *Liberalism and the Limits of Procreative Liberty: A Response to My Critics*, 52 WASH. & LEE L. REV. 233, 236 (1995).

דא עקא שרצף זה נקטע כאשר ההגדרה העצמית אינה מוצאת לה ייצוג משפטי, מה שמגביל את יכולתו של הפרט להחזין את סיפור חייו כהורה. שיבוש הרצף מקבל ביטוי ממשי כל אימת שהאדם מנוע מלעשות פעולות שהורה אחר היה רשאי לעשות – למשל, לקחת את הילד לטיפול רפואי או לקבל החלטות על חינוך הילד<sup>221</sup> – וכן בעיכוב זכויות סוציאליות הנגזרות מהסטטוס ההורי. ביטוי זה עלול לסדוק את תחושת המוגנות, ההשתייכות והביטחון העצמי של ההורה.<sup>222</sup> אי-ההכרה בפרט כהורה במעמד הלידה עלולה להוביל לדיסהרמוניה בין האופן שבו הפרט תופס את עצמו לבין האופן שבו הוא ממוקם מבחינה חברתית.<sup>223</sup> אי-התאמה זו יכולה להצטייר כאקט חיצוני הקוטע באופן פתאומי את התהוות הנרטיב הביוגרפי של הפרט.

באשר לתחולה הרטרואקטיבית של הצו, ברי כי אין בכוחה לתקן את ההשלכות האמורות, שהרי התחולה הרטרואקטיבית מהווה רק פתרון שבדיעבד, אולם נדמה כי יש בה כדי למנוע אשרור של אי-המתאם לצמיחות, שהרי רישום ההורה ככזה רק מיום מתן הצו אינו משקף מהימנה את התהוות היחסים המשפחתיים, שהחלו ביום הלידה. נדמה כי רישום הסטטוס ההורי אינו דבר של מה-בכך. דברים אלו עולים מהתבטאויות של בתי-משפט שעמדו על הצורך האנושי של הפרט לקבל ייצוג ממסדי באופן התואם את סיפורו הביוגרפי.<sup>224</sup> היבט זה לא מצא לו ביטוי בפסק-הדין בעניין פלוני.

Adam Swift, *Parents' Rights and the Value of the Family*, 117 ETHICS 80, 91–95 (2006). יוער כי הניתוח המוצע אינו מתיימר לשקף היריון לא-מתוכנן, שבו עשוי להתעורר אי-מתאם טמפורלי בין ההורה שמתכחש להיותו הורה לבין המשפט אשר עשוי להגדירו כהורה במועד הלידה. השוו *Naaman, Timing Legal Parenthood*, לעיל ה"ש 22.

221 יוער כי המדינה מאפשרת להכיר בהורה המיועד כאפוטרופוס בתקופת חלון-הזמנים שבין מועד הלידה לבין מועד מתן הצו. ראו לעניין זה פס' 7(ג)(ב) להודעת העדכון בעניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 187. הסדר זה מעניק אומנם הכרה משפטית ליחסים שבין ההורה החברתי-המיועד לילד, אך אין בו כדי להוות תחליף להכרה מלאה בסטטוס של ההורה החברתי-המיועד ולהבטחת צרכיו השוטפים והיומיומיים של הילד. השוו בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 36.

222 המחיר שפער זה משית משתקף בדבריו הבאים של בית-המשפט העליון: "אין לאדם זיקה אנושית חשובה בחייו מהזיקה לילד, וכאשר ביטוי השייכות הזו נתקל באי-אמון מובנה מצד הרשות הציבורית, הדבר מלווה בפגיעה אנושית שיש בה מן הפגיעה בכבוד האנושי". ראו בג"ץ 10533/04 **ויס נ' שר הפנים**, פס' 41 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 28.6.2011).

223 טיעון זה מושתת על תפיסת-המוצא כי מעבר להקצאת משאבים, זכויות וחובות, המשפט מעצב את התפיסה העצמית של הפרט באמצעות המסרים שהוא משדר לו. השוו Katharine T. Bartlett, *Re-expressing Parenthood*, 98 YALE L.J. 293 (1988).

224 ראו עניין **פלונית 2017א**, לעיל ה"ש 150, פס' 28 לפסק-הדין; עניין **א. ק. ר.**, לעיל ה"ש 149, פס' 30 לפסק-הדין.

**מנקודת-מבטו של הילד**, סיפור הירקמותה של המשפחה הוא חלק משמעותי בכינון זהותו ובגיבוש אישיותו. יש בסיפור זה כדי לשמר את האמת הפנימית שאליה הילד נולד, ולהבטיח באמצעות מעמד משפטי זה את חוסן בנייתה של הזהות המשפחתית שלו.<sup>225</sup> הטענה כאן היא שתחולה של הצו מיום הינתנו (ולא מיום הלידה) שוללת את האפשרות לשמר קוהרנטיות בסיפור ביוגרפי זה, שמתחיל ממועד הלידה. שהרי תוצאה כזו יוצרת תצורה משפחתית שחוטאת למציאות כהווייתה, שיש בה שני "תאריכי יום הולדת" או יש שיאמרו – "שני ימי הולדת" להורים: האחד להורה הביולוגי (במועד הלידה) והאחר להורה המיועד (במועד השרירותי שבו ניתן הצו). בכך היא מגבילה את האפשרות של הילד לכתוב את סיפור חייו כהווייתו.<sup>226</sup>

תוצאה זו בעייתית. ראשית, היא חותרת תחת סעיף 7 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד,<sup>227</sup> הקובע את חובת המדינה לרשום את הילד מייד לאחר לידתו. שנית, זכותו של הילד שהורהו יוכר כמי שאחראי עליו מיום היוולדו, לשם מימוש רווחתו ולמען הגשמת יחסי משפחה משמעותיים, מצטיירת כבורה מאליה וכחלק מעקרון טובת הילד.<sup>228</sup> אפשר שניתן לדבר על החשיבות של צמצום אי-המתאם גם מנקודת-המבט של זכות הילד לזהות ולהשתייכות.<sup>229</sup> יובהר כי בעניין פלוני אומנם הדגיש בית-המשפט את החשיבות הטמונה בהכרה בהורות מיום הלידה מנקודת-מבטו של הילד.<sup>230</sup> ברם, תוצאת פסק-הדין, שהגבילה את התחולה הרטורואקטיבית של הצו, חושפת – כפי שאבאר בהמשך<sup>231</sup> – כי בפועל קיבל שיקול זה משקל מועט.

225 מקרה שהגיע לפתחו של בית-המשפט משקף הבנה זו בצורה חדה. מקרה זה נסב על-אודות משפחה שבה האם החברתית-המיועדת נפטרה בתאונת-דרכים לפני רישומה כהורה של הילדה. בהסכמת המדינה, ובאופן חריג במיוחד, הוחלט כי צו האימוץ שניתן יחול מיום הלידה. הסכמה זו ראויה לשבח, היות שהיא משקפת מהימנה את המציאות, שבה המנוחה הייתה אמה של הילדה, ובתוך כך מנביעה התאמה בין המשפט לנרטיב הביוגרפי של הנמענים המשפטיים. ראו אימוץ (משפחה ב"ש) 12/18 פלוגית נ' ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.7.2018).

226 השוו עניין א. ק. ר., לעיל ה"ש 149, פס' 30 לפסק-הדין.

227 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

228 מחקרים מצביעים על הצורך במתאם בין מציאות חייו של הילד, כמי שנולד לשני הורים המשמשים הוריו מיום לידתו, למציאות המשפטית המסדירה מציאות זו. Tomer Shechner, Michelle Slone, Yael Meir & Yuval Kalish, *Relations Between Social Support and Psychological and Parental Distress for Lesbian, Single Heterosexual by Choice, and Two-Parent Heterosexual Mothers*, 80 AM. J. ORTHOPSYCHIATRY 283 (2010).

229 ראו יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט 935 (2003).

230 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק-דינו של השופט הנדל.

231 ראו להלן תת-פרק ה3.

### (ב) המעגל המשפחתי

קיומו של אי-מתאם טמפורלי חוטא לתפקידו של המשפט בליווי מערכות היחסים המשפחתיים בזמן-אמת, כאשר הן מתהוות, ולא בדיעבד, לאחר גיבושן.<sup>232</sup> טלו, לדוגמה, מקרה שבו יחסיהם של בני-הזוג עולים על שרטון לפני שניתן צו ההורות. בנסיבות אלו אפשר שההורה הביולוגי ינסה למנוע את ההכרה המשפטית של ההורה החברתי-המיועד. לחלופין, ייתכן שההורה החברתי-המיועד, שהורותו טרם הוכרה מבחינה משפטית, יתנער ממעמדו ההורי בשל הפרידה מבן-הזוג, ויותר את הילד עם תמיכה כלכלית ורגשית של ההורה הביולוגי בלבד.

מלבד המועד שבו ניתן הצו, גם לתחולת הצו יש השפעה על מרקם היחסים במשפחה. **באשר להורים**, תחולה של הצו רק מיום היתנו עלולה ליצור מתח ביחסים שבין ההורים, וכפועל יוצא מכך להשפיע על הילד.<sup>233</sup> אסביר: רישום ההורות רק ממועד מתן הצו יוצר הבחנה בין מעמדו של ההורה הביולוגי (שמוגדר מיום הלידה) למעמדו של ההורה החברתי-המיועד, המוגדר ממועד שרירותי. הבחנה זו, כך אטען, מאשררת את המדרג שבין הורות "טבעית" להורות חברתית-מיועדת, ומדגימה כיצד המשפט מסמן גבולות ברורים בין זהויות משפטיות. הנחת-המוצא, השזורה כחוט-השני לאורך המאמר, היא כי תכלית המשפט אינה מתמצה בהכרה במנעד העשיר של קשרי משפחה, אלא כוללת גם שמירה על יציבותם. דא עקא שיצירת מתח מובנה ביחסים הפנימיים של משפחות מסוימות, תוך הצבת ההורה החברתי במצב פגיע, חוטאת לתכלית זו.<sup>234</sup>

232 בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?", לעיל ה"ש 143, בעמ' 288.

233 השוו עניין ר' ס' ה', לעיל ה"ש 134, פס' 12 לפסק-דינו של השופט ג'וסי. למתחים הקיימים במשפחות של זוגות מאותו מין ראו Suzanne Pelka, *Sharing Motherhood: Maternal Jealousy Among Lesbian Co-mothers*, 56 J. HOMOSEXUALITY 195, 196 (2009). היינו מצפים שהמשפט ייצור רשתות הגנה למשפחות אלו. אולם בפועל, במתכונתו הנוכחית, הוא פועל בכיוון ההפוך, תוך יצירת מצע לקונפליקטים מתמשכים במשפחות אלו.

234 לדיון בקונפליקטים הפנימיים שמתעוררים במשפחות חד-מיניות בעקבות ההבדל בין ההורה הביולוגי להורה הלא-ביולוגי ראו שם, בעמ' 196; Claudia Ciano-Boyce & Lynn Shelley-Sireci, *Who Is Mommy Tonight? Lesbian Parenting Issues*, 43 J. HOMOSEXUALITY 1, 10-11 (2002). בהקשר הישראלי ראו אלונה פלג **אימהות לסבית בישראל – סיפורים של הורות תחת חובת הוכחה** 125-129 (2020). מחקרה של פלג מתעד כיצד במשפחות לסביות הקשר הביולוגי מונכח ביתר שאת במסגרת היחסים בין האם הביולוגית לבת-זוגתה, תוך יצירת מכבש לחצים. על רקע מחקר זה עשויה לעלות הביקורת כי יצירת הבחנה בין רישום ההורה הביולוגי לרישום ההורה החברתי-המיועד, באמצעות הגבלת התחולה הרטרואקטיבית, מתקפת מתחים קיימים במשפחות אלו, וזאת במקום שהמשפט יתור לנטרול ההדגשה הביולוגית המופרזת לטובת קידום ערכים של שוויון, דאגה ואמון במשפחה. לפוטנציאל זה של המשפט במסגרת הסדרת ההורות ראו זפרן "שיח היחסים כתשתית", לעיל ה"ש 157.



**באשר לילדים**, תחולה של הצו מיום הינתנו עלולה ליצור חוסר שוויון בין הילד שביחס אליו הוגדרו שני ההורים מיום הלידה לבין הילד שביחס אליו נוצר אי-מתאם טמפורלי בשל תחולת הצו רק מיום הינתנו על-ידי הערכאה הישראלית. סוגיה זו נדונה במצבים שבהם ביקשה המדינה ליצור הבחנה בין בקשות למתן צו הורות שהוגשו בתוך תשעים יום ממועד הלידה לבין בקשות לצו הורות באותה משפחה שהוגשו בשיהוי. בשורה של פסקי-דין הודגש כי טובת הקטינים מחייבת שמעמדם ישווה ושלגבי כולם יחול הצו ממועד הלידה.<sup>235</sup> פסקי-דין אלו מבטאים את ייחודם של קשרי האחאות,<sup>236</sup> ומשקפים אינטרס בר-הגנה ראוי – קרי שוויון במעמד הילדים ביחס לתחולת הצו – כעוגן נורמטיבי לתחולה רטרואקטיבית של צווים אלו.<sup>237</sup> מלבד ההיבט הזהותי, אי-המתאם הטמפורלי מוביל לעיכוב במתן הזכויות וההטבות הסוציאליות הנגזרות מהסטטוס המשפטי, כגון הטבות סוציאליות מכוח ביטוח לאומי, מס הכנסה, חוק עבודת נשים וזכויות כלכליות בדיוור. עיכוב זה משפיע במישרין על הילד.<sup>238</sup> היבטים אלו, כפי שאראה להלן,<sup>239</sup> לא קיבלו משקל ראוי במסגרת כלל השיקולים בפסק-הדין בעניין פלוני.

235 ראו עניין ל.א., לעיל ה"ש 135; עניין פלונית 2019, לעיל ה"ש 135; עניין ק.ב., לעיל ה"ש 135, פס' 29 לפסק-הדין; עניין מ.מ.ד., לעיל ה"ש 135; עניין פ.ד., לעיל ה"ש 135.

236 לדיון ביחסי האחאות במשפט הישראלי ראו רות זפרן "אחים ואחיות במשפט" עיוני משפט מא 5 (2018).

237 נדמה כי יישום שיקול זה לא היה משנה מהתוצאה הסופית בעניין פלוני. זאת, משום שנקבע שם כי בהליכי פונדקאות חו"ל מעמדו של ההורה החברתי-המיועד יחול באופן גורף מיום מתן הצו כמדיניות גורפת. בהתאם למדיניות זו, לכל הילדים שנולדו בהליך פונדקאות חו"ל יהיו שני ימי הורות. הדיון המוצג כאן עשוי להיות רלוונטי למקרים של זוגות נשים הנעזרים בתרומת זרע, שבהם קיימת היתכנות לשונות בין הקטינים בתחולת הצו בשל מגבלת תשעים הימים להגשת הצו מיום הלידה.

238 דוגמה שממחישה את הפגיעה בילד נוגעת בנסיבות שבהן הוריהם של ההורה החברתי-המיועד (הסב או הסבה של הילד) נפטרו בחלון-הזמנים שבין הלידה למתן הצו וביקשו להוריש חלק מעזבונום לנכד במועד פטירתם (מבלי לציין במפורש את שם הנכד). בנסיבות אלו הילד אינו נחשב נכדם בחלון-זמנים זה, ולכן עלול לא לרשת חלק מעזבונום במועד הפטירה (לנכדים אין זכות ירושה עצמאית). השוו Alexandra Eisman, *The Extension of the Presumption of Legitimacy to Same-Sex Couples in New York*, 19 *CARDOZO J.L. & GENDER* 579, 601–3 (2013); Courtney G. Joslin, *Travel Insurance: Protecting Lesbian and Gay Parent Families Across State Lines*, 4 *HARV. L. & POL'Y REV.* 31, 32 (2010).

239 ראו להלן תת-פרק ה.3.

### (ג) המעגל הקהילתי

מעגל זה מתייחס לשוני בין אי-המתאם הטמפורלי המאפיין באופן שיטתי משפחות חד-מיניות לבין המתאם הטמפורלי המאפיין משפחות "מסורתיות", שהרי הסדרת ההורות מכוח מודל הזיקה לזיקה היא נחלתם של זוגות מאותו מין, בין שמדובר בפונדקאות חו"ל<sup>240</sup> ובין שמדובר בתרומת זרע אנונימית.<sup>241</sup> הבחנה זו מקבלת משנה תוקף כאשר הצו מוחל רק מיום הינתנו, שכן אז אי-המתאם מאושר לצמיתות. אי-המתאם זה כורך בתוכו תיוג שלילי – הן ביחס להורים והן ביחס לילדים במשפחה זו.

**ביחס להורים**, תחולה של הצו מיום הינתנו מאשררת את השוני בין תאי משפחה מסורתיים, שבהם מעמדם של שני ההורים ממוסד מרגע הלידה, לבין תאי משפחה של משפחות מאותו מין, שבהם אחד הצדדים מוגדר כהורה מיום שרירותי. במובן זה, אף שהמשפט כבר מכיר כיום במשפחות חד-מיניות, באמצעות צו ההורות הפסיקתי, הוא

240 מסקנה זו נתמכת בשני עוגנים. ראשית, משנת 2013 רבים מבני-הזוג לא מאותו מין שפנו להליכי פונדקאות חו"ל ואשר הייתה להם זיקה גנטית לילד לא נדרשו להגיש בקשה לצו הורות פסיקתי כדי שהורותם תוכר. זאת, מאחר שבמקרים כאלה, שבהם קיימת זיקה גנטית לילד, נהגה המדינה, לפחות עד יוני 2019, לוותר על דרישת צוים אלו. ראו **הנחיות הוועדה 2019**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 12, ה"ש 4. הנחיות הוועדה המליצו אומנם כי המדינה תשוב לדרוש צווי הורות פסיקתיים גם במקרים אלו (שם), אולם נכון למועד זה לא ידוע אם המלצה זו יושמה ובאיזה היקף. העוגן השני נוגע בנתונים שפרסם מרכז המחקר והמידע של הכנסת בשנת 2018, המעידים כי רובם המוחלט של הפונים לפונדקאות חו"ל (אשר יידרשו עקב כך לצו הורות פסיקתי) הם זוגות מאותו מין. ראו אוריאנה אלמסי **תהליכי הפונדקאות בישראל ובחו"ל ומרכיבי עלותו בישראל, במימון המדינה 8** (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2018)

[m.knesset.gov.il/Activity/Info/MMM/Pages/document.aspx?docId=CAS-65808-J4C9Y6](https://m.knesset.gov.il/Activity/Info/MMM/Pages/document.aspx?docId=CAS-65808-J4C9Y6). מנתונים אלו עולה כי בשנים 2005–2017 הוגשו 1,513 בקשות לביצוע בדיקת רקמות בנסיבות של פונדקאות חו"ל: כ-49% מהן הוגשו על-ידי בני-זוג לא מאותו מין, כ-24% על-ידי בני-זוג מאותו מין ו-27% על-ידי יחידים. יוער כי נתונים אלו מספקים תמונה חלקית ביחס לשיעור הזוגות מאותו מין, היות שהנתונים אינם נוגעים במספר הילדים שנולדו, אלא במספר הבקשות שהוגשו לביצוע הבדיקה האמורה. בקשה לביצוע הבדיקה האמורה יכולה להתייחס לתאומים שנולדו בהליך פונדקאות חו"ל. חוסר בנתון זה עשוי להיות משמעותי, לנוכח העובדה שלרבים מהזוגות מאותו מין נולדים תאומים. לצד זאת, גם הפילוח לזוגות וליחידים מספק תמונה לא-שלמה, שהרי הבקשות לביצוע בדיקת הרקמות מוגשות בדרך-כלל מטעם ההורה הגנטי, וזאת גם כאשר בני-הזוג ביצעו הליך פונדקאות במשותף.

241 בעקבות העתירה שהוגשה על-ידי זוג נשים להכרה בהורות של בת-הזוג של האם הביולוגית ללא הליך הוצאה של צו הורות פסיקתי (עניין **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 4), שינתה המדינה את טופס ההצהרה, וכיום זוגות לא מאותו מין נדרשים להצהיר כי האב הוא האב הגנטי. אולם בפועל הצהרה זו אינה נבדקת ואיש אינו מערער עליה, ולכן יוצא שהמדינה מאפשרת לזוגות לא מאותו מין "להימלט" מאותה פרוצדורה מכבידה שאליה כפופים באופן אוטומטי זוגות נשים. לניתוח ביקורתי של תיקון הטופס ראו זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 25.

מסמן אותן עדיין כשונות באמצעות מנגנון הרישום הנגזר מהסדרה זו. **ביחס לילדים**, תחולה של הצו רק מיום הינתנו מגדילה את השוני בין ילד שנולד לתא משפחה מסורתית, שיש לו שני הורים מרגע לידתו, לבין ילד שנולד לתא משפחה חדש, אשר נכון להיום, על-פי המצב המשפטי הנגזר מהמדיניות בנוגע לצו ההורות הפסיקתי, יש לו הורה אחד בלבד במעמד הלידה.<sup>242</sup> בהסתכלות כוללת, שלילת האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי מפקיעה את היכולת של אותן משפחות להגדיר את עצמן בהתאם לחוויית החיים שלהן, כפי שהן תופסות את עצמן ומגדירות את עצמן כלפי עלמא, ומאפשר למדינה להבנות באופן תודעתי את השליטה במשפחות אלו, תוך העברת המסר הברור כי משפחות מסוימות לא נוצרות אלא באמצעות בית-המשפט.<sup>243</sup>

פער הזמנים שבין הלידה למתן הצו חושף את אותם זוגות להתערבות המדינה, ובתוך כך מחליש אותם ומפקיע את זכותם לעיצוב אוטונומי של היחידה המשפחתית שלהם.<sup>244</sup> החלת הצו מיום הינתנו באופן גורף כורכת עימה פגיעה מובנית באגד הזכויות והחובות הנגזרות מסטטוס זו. זו הפליה בין זוגות גברים, הנאלצים בלית בררה להגשים את כמיהתם מחוץ לגבולות המדינה, לבין זוגות לא מאותו מין, אשר רשאים לבצע הליך זה בארץ ולפיכך הסדרת מעמדם המשפטי מתאפשרת סמוך ללידה. היבט זה, כפי שאראה בתת-פרק הבא, לא קיבל ביטוי בפסק-הדין בעניין פלוני.

\*\*\*

הדיון לעיל בשלושת המעגלים נועד להמחיש הן את הכשל הנעוץ במנגנון צו ההורות הפסיקתי והן את ההשלכות הכרוכות בהגבלת האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה או ממועד ניתוק הקשר המשפטי בין הפונדקאית לתינוק במדינה הזרה. מתן תשומת-לב להשלכות אלו היה עשוי להוביל למסקנה שונה מזו שנקבעה בפסק-הדין בעניין פלוני. חשוב להדגיש שמתאם טמפורלי יוגשם בצורה מלאה

242 לטיעון דומה שהועלה בספרות ראו Nancy D. Polikoff, *A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century*, 5 STAN. J. C.R. & C.L. 201, 226 (2009).

243 לכתבה על-אודות תפקידו של המשפט בהבניית תודעת הפרט ראו, לדוגמה, Bartlett, לעיל ה"ש 223.

244 למחקרים המתעדים את האסטרטגיות השונות שנקטו משפחות חד-מיניות שמעמדן טרם הוסדר כדי לצמצם את המתחים הפנים-משפחתיים ולמנוע קונפליקטים מול גורמים שלישיים ראו Alison Gash & Judith Raiskin, *Parenting Without Protection: How Legal Status Ambiguity Affects Lesbian and Gay Parenthood*, 43 LAW & SOC. INQUIRY 82 (2018); Emily Kazzyak, Brandi Woodell, Kristin S. Scherrer & Emma Finken, *Law and Family Formation Among LGBTQ-Parent Families*, 56 FAM. CT. REV. 364, 372 (2018).

רק כאשר ההורה יוכר במעמד הלידה או סמוך למועד זה, ולכן תחולה רטרואקטיבית של הצו תמנע את ההשלכות של אי-המתאם הטמפורלי באופן חלקי בלבד. על בסיס ניתוח זה, המאמר מציע לקבוע כי בררת-המחדל תהיה שהצו יחול באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה, ורק בנסיבות חריגות הוא יחול ממועד הניתנו על-ידי הערכאה המוסמכת לכך. מסגור טמפורלי של הנרטיב הביוגרפי ממועד שרירותי, שאינו סמוך למועד הלידה, מאשר את המסר כי במשפחות מסוימות ההורות כפופה לפיקוח המדינה, ונולדת לעולם רק באישורה ומכוח הצו שהיא מעניקה למשפחה. העברת מסר זה מעצימה את החוויה הרגשית השלילית לנוכח חוסר האמון מצד גורמי המדינה הכרוכה בניהול פרוצדורה שיפוטית כתנאי להכרה בהורות במשפחות אלו.<sup>245</sup> הפתרון המוצע מבקש להימנע מיצירת קטיעות וסתירות בין ציר הזמן המשפטי לציר הזמן המשפחתי, וליצור הלימה בין השניים, בדיוק כפי שנעשה מאז ומעולם – וכהנחת-יסוד שנתפסת כמובנת מאליה – במשפחות לא מאותו מין, אשר זוכות באשרור טמפורלי גם כאשר הן חורגות ממודל ההולדה הטבעית. הפתרון המוצע לא יאיץ את שליטתה של המדינה בעיצוב הסדרתו של מוסד ההורות, שהרי תישמר לה עדיין הסמכות להחיל את הצו ממועד אחר בנסיבות חריגות,<sup>246</sup> אולם הוא יחזיר לאותן משפחות את השליטה בסיפור הביוגרפי שלהן.

### 3. דיון משלים בתחולת הצו<sup>247</sup>

בתת-פרק זה אציג את הנמקתם של השופטים הנדל ומיניץ בפסק-הדין בעניין פלוני לקביעתם בנוגע לתחולת הצו, שבה התמקד עיקר פסק-הדין. דיון זה יבקש לאשש את המסקנה הסופית בפרק זה כי ראוי לקבוע ככלל כי צו ההורות הפסיקתי יחול מיום הלידה או סמוך לו.

#### (א) השופט הנדל: המבחן המשולש לקביעת תחולת הצו

הנמקתו של השופט הנדל – אשר כתב כאמור את פסק-הדין המרכזי, שאליו הצטרף השופט קרא – נסמכה על שלושה פרמטרים: טובת הילד, פער הזמנים שבין הלידה

245 ראו גם פלג, לעיל ה"ש 234, בעמ' 206–208, המתארת את האינטראקציה של משפחות חד-מיניות עם זרועות המדינה כמקור לחץ משמעותי ומכונן בזהותם, אשר מוביל להפנמה של המבט ההטרונורמטיבי.

246 לדוגמה, בנסיבות שבהן במועד הצו טרם נותקה הזיקה המשפטית בין הפונדקאית לילד, ולכן החלת הצו ממועד הלידה עלולה ליצור מצב של שלושה הורים, אשר מנוגד לדיון הישראלי כיום לפי גישתו של היועץ המשפטי לממשלה.

247 יובהר כי הדיון שלהלן סוטה מהדיון במסגרת הרעיונית המוצעת במאמר, אולם אני סבור שהוא נחוץ לחיזוק המסקנה במאמר כי יש לבחון שנית את פסק-הדין בעניין פלוני.

לבקשת הצו והימנעות מיצירת הורות משולשת.<sup>248</sup> קריאה מעמיקה של ההנמקה תחשוף כי ניתן משקל מופרז – אם לא מרכזי – לפרמטר השלישי, תוך אימוץ מדיניות משפטית של בחינה קטגורית גורפת. בהתאם למדיניות זו, הצו יחול מיום הינתנו על-ידי הערכאה הישראלית, אף אם הזיקה שבין הפונדקאית לילד נותקה לפני כן, ובהתעלם משני הפרמטרים האחרים שהוצגו. אבאר מסקנה זו תוך התייחסות לכל אחד מן הפרמטרים.

**ביחס לפרמטר הראשון – עקרון טובת הילד** – סבר הנדל כי ראוי שהוא יהיה ראשון במעלה.<sup>249</sup> עם זאת הודגש בדבריו כי אין בהשלכות הכלכליות הנגזרות מעניין תחולת הצו כדי להצדיק סטייה מכלל התחולה במשפט, שלפיו צו שיפוטי יחול מיום הינתנו. לטעמי, קביעת השופט כי אין ביתרון הכלכלי כדי להצדיק את החלת הצו מיום הלידה (או סמוך למועד זה) היא בעייתית. קביעה זו מנתקת את טובת הילד מן המכלול המשפחתי הרחב, ובמובן זה אינה מתיישבת עם טובתו, שהרי ברי כי הזכויות הכלכליות הנגזרות מהמעמד המשפטי של ההורה משפיעות על הילד. אטען, בזהירות הנדרשת, כי כאשר ילד בא לעולם בשל ציפייה משותפת של ההורים להולדתו אי-אפשר לדמיין נסיבות שבהן החלת הצו רק מיום הינתנו על-ידי הערכאה הישראלית תשרת את טובת הילד הספציפי שעניינו עומד לדיון.<sup>250</sup> נדמה כי על-אף מחויבותו המוצהרת של הנדל לעקרון טובת הילד, בפועל קיבל עיקרון זה משקל מועט בשקלול הפרמטרים.<sup>251</sup>

**ביחס לפרמטר השני – מימד הזמן** – הודגש כי התקופה שבין מועד הלידה למתן הצו חייבת להיות קצרה. בהתאם לפרמטר זה, ככל שפער הזמנים בין הלידה לבקשת הצו יגדל, תפחת נכונותו של בית-המשפט להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי. אלא שקריאה מעמיקה של ההנמקה מלמדת כי המשקל שניתן לפרמטר זה ביחס להליכי פונדקאות חו"ל הוא אפסי. אסביר: אילו יושם פרמטר זה ביחס להליך פונדקאות חו"ל, התוצאה המתבקשת הייתה שהצו יוחל באופן רטרואקטיבי, וזאת – כפי שיתבהר מייד –

248 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק-דינו של השופט הנדל.

249 ש.ם.

250 לאחרונה נדרש שוב השופט הנדל לטובת הילד בעניין שנסב סביב תחולתו של צו הורות במקרה של זוגות נשים שהסתייעו בתרומת זרע. השופט הנדל סבר כי עסקינן "בהתנגשות בין טובתו הצרה והמיידי של הילד הספציפי, לבין טובת הילד **במובן הרחב**, הכוללת גם שיקולי מדיניות כלליים", וכי קביעת כלל כי רק בקשות שיוגשו תוך תשעה חודשים ממועד הלידה יוכלו לזכות בתחולה רטרואקטיבית מאזנת באופן ראוי בין טובת הילד במישור הפרטני לטובת הילד **במישור הכללי**. ראו עניין **אילון**, לעיל ה"ש 4, פס' 12–13 לפסק-דינו של השופט הנדל (ההדגשה הוספה).

251 מעניין שבפסקה שבה נדון פרמטר זה עמד השופט על החשיבות הטמונה בהחלת הצו באופן רטרואקטיבי ביחס להיבטים הפסיכולוגיים של הילד. עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק-דינו של השופט הנדל. דא עקא שדברים אלו נאמרו ביחס למקרה שבו נולד הילד באמצעות תרומת זרע אנונימית. יש לתהות מדוע יתרון זה לא קיבל משקל גם במקרה של פונדקאות חו"ל, שהרי ברי כי יתרון זה ביחס לזהותו של הילד יפה וישים גם לילד שנולד באמצעות פונדקאות חו"ל.

בין שפרמטר זה היה מיושם ביחס למקרה הנדון (עניין פלוני) ובין שהוא היה מיושם באופן כללי.

**במקרה הנדון** הוגשה הבקשה המקורית לצו כשבוע ימים לאחר הלידה, ובמסגרתה התבקשה גם הכרה בהורותו של בן-הזוג של ההורה הגנטי, אולם בעקבות בקשת בית-המשפט הוגשה בעניינו בקשה נוספת כשלושים יום מיום הלידה (לאחר שמעמדו המשפטי של ההורה הגנטי הוכר על יסוד התוצאה של בדיקת הרקמות).<sup>252</sup> מהנחיות המדינה ניתן ללמוד כי גם הגשת בקשה תוך שלושים יום עומדת במסגרת הזמנים המצופה. מסקנה זו נלמדת גם מהכלל הקבוע בהנחיות המדינה שלפיו בהליך הולדה באמצעות זרע אנונימית יש להגיש את הבקשה תוך תשעים יום ממועד הלידה. בהתאם להנחיות הוועדה של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, בנסיבות אלו תתאפשר החלת הצו באופן רטרואקטיבי.<sup>253</sup> אין אלא לתהות, אם כן, מדוע כאשר הבקשה לצו האמור מוגשת בתוך תשעים יום ממועד לידתו של ילד שנולד באמצעות זרע אנונימית, תתאפשר החלה רטרואקטיבית של הצו, אולם בהליכי פונדקאות, אף אם הבקשה מוגשת תוך שבוע ימים, לא יהיה אפשר להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי (למשל, ממועד ניתוק הזיקה בין הפונדקאית לילד).

**באופן כללי**, יישום הפרמטר הנוגע במועד הגשת הבקשה במקרים של פונדקאות חו"ל היה עשוי להוביל למסקנה שונה מזו שנקבעה בפסק-הדין, שהרי ניתן להניח כי במקרים מעין אלה הצדדים מיוצגים על-ידי עורכי-דין מראשית ההליך, ולכן יהיו מודעים למסגרות הזמנים הקבועות בדין. מכאן שסביר להניח כי בנסיבות של פונדקאות חו"ל ממילא יסדירו הזוגות את מעמדם מייד עם שובם ארצה, ואף לפני כן.

בשולי הדברים אעיר כי לטעמי מתעוררים שני כשלים ביחס לפרמטר השני. ראשית, פרמטר זה מעורר מתח מובנה ביחס לעקרון טובת הילד. טובת הילד מחייבת הימנעות מיצירת פער בין המציאות העובדתית לבין הסטטוס החוקי המסדיר מציאות זו, ואין עוררין כי הסדרה זריזה ככל האפשר של המעמד המשפטי תגשים מטרה זו. מכאן שהטלת סנקציה על הזוג בדמות מניעת האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי אך בשל שיהוי בהגשת הבקשה עלולה בפועל לפגוע בילד הנדון. שנית, ההכרעה שלפיה במקרים של פונדקאות חו"ל יחול הצו רק מכאן ואילך ללא יוצא-מן-הכלל – וזאת, כאמור, ללא קשר למועד שבו הוגשה הבקשה למתן הצו – מרוקנת כליל את הפרמטר השני מתוכן. זאת, מכיוון שבהתאם למדיניות זו, אף אם תוגש הבקשה לצו האמור סמוך

252 דברים אלו נלמדים מפס' 17–19 לתגובת הזוג על בקשת רשות ערעור שהוגשה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה לבית-המשפט העליון בבע"ם 3518/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני** (עותק מצוי בידי המחבר) (להלן: תגובת הזוג בעניין פלוני).

253 ראו **הנחיות הוועדה 2019**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 29. כמוסבר בתת-פרק 3ג לעיל, מסגרת זמנים זו הורחבה למאה ושמונים יום במקרה של פונדקאות חו"ל ולתשעה חודשים במקרה של תרומת זרע אנונימית.

ללידה, ממילא לא תותר האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי – לא מיום הלידה ולא מיום ניתוק הזיקה שבין הפונדקאית לילד.

עיון ביישום הפרמטר השלישי – הימנעות מזיקה הורית משולשת – לצד האופן שבו יושמו שני הפרמטרים האחרים מאשש את הטענה כי מרכז-הכובד של ההכרעה נשען על פרמטר זה. אסביר: השוני הבולט בין פונדקאות חו"ל לבין תרומת זרע אנונימית נעוץ בפרמטר השלישי, מן הטעם הפשוט שבהליך תרומת זרע אנונימית, היות שאין מעורבות של גורם שלישי, לא מתעורר חשש לזיקה הורית משולשת. השופט הנדל ביקש לציין כי בנסיבות של תרומת זרע ניתן להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי, ובלבד שהבקשה תוגש בתוך מסגרת זמנים קבועה מראש.<sup>254</sup> לעומת זאת, במקרה של פונדקאות חו"ל שלל השופט אפשרות זו, ובאופן מוחלט, רק בשל המעורבות של צד שלישי בהליך ההולדה. מתוצאה זו ניתן ללמוד כי הקו המנחה בבסיס ההחלטה אינו הימנעות מזיקה הורית משולשת, אלא הסרת כל חשש לזיקה הורית משולשת (אף אם החשש האמור הוא תיאורטי בלבד), וזאת בשם קידוש עקרונות של צמצום התדיינויות משפטיות ביחס למועד שבו התנתקה הזיקה בין הילד לפונדקאית במדינה הזרה.<sup>255</sup> על כך יש לתהות: האם בשל שיקולים של צמצום התדיינויות משפטיות יש להעדיף כלל קטגורי גורף שישלול את התחולה הרטרואקטיבית? נאמנות לתפיסה שבה צידדתי לאורך המאמר – המבקשת לשים דגש בחשיבות מיסודם של יחסי ההורות באופן שישקף את המציאות כהווייתה, תוך כיבוד תפיסת העצמיות של הפרט, מרוב ההרמוניה המשפחתית והגנה על המשפחה כתא המבטיח טיפול בילד ודאגה לצרכיו – מובילה, כך להבנתי, לתשובה שלילית.<sup>256</sup> יתר על כן, החשש מעומס התדיינויות משפטיות סביב שאלת ניתוק הזיקה של הפונדקאית מעורר תמיהה, עם כל הכבוד, שהרי שאלה זו נבחנת ממילא במסגרת קביעת האבהות הגנטית במדינת-ישראל, הנעשית קודם לכן ובמובחן מהליך ההוצאה של צו ההורות הפסיקתי ביחס לבן-הזוג של האב הגנטי.<sup>257</sup>

254 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 14–16 לפסק-דינו של השופט הנדל.

255 שם, פס' 16 ו-17 לפסק-דינו של השופט הנדל. יוער כי מועד ניתוק הזיקה בין הפונדקאית לילד עשוי להשתנות בין המדינות.

256 לגישה דומה, אם כי במקרה של זוג נשים המסתייע בתרומת זרע אנונימית, ראו עניין איילון, לעיל ה"ש 4, פס' 21–22 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. השופט סבור כי כלל סגור, השולל באופן מוחלט את שיקול-דעתם של בתי-המשפט בשאלת התחולה, כמוצע על-ידי השופטים הנדל ומזוז, עלול במקרים מסוימים לגרום עוול לצדדים המעורבים.

257 ראו לעניין זה הודעת העדכון בעניין ממת-מגד, לעיל ה"ש 187. מעבר לכך, כפי שהודגש על-ידי העותרים בעניין פלוני, הסכמה של המדינה להעניק צו הורות לבן-הזוג של ההורה הגנטי – במובחן משאלת מועד תחולתו – ניתנת רק לאחר שהמדינה מוודאת כי על-פי דין המדינה שבה נעשה ההליך לא מתקיים קשר הורי בין הפונדקאית לבין הילד מבחינה משפטית. ראו פס' 32–36 לתגובת הזוג בעניין פלוני, לעיל ה"ש 252.

**(ב) השופט מינץ: הרמוניה משפטית כפרמטר מכריע לתחולת הצו**

השופט מינץ הגיע למסקנה דומה לזו של השופט הנדל, אך הצדיק את הכרעתו ביחס לסוגיית התחולה בנימוקים שונים מאלה של השופט הנדל.<sup>258</sup> הטעם הראשון נוגע ביצירת הרמוניה משפטית בין תחולתו של צו ההורות מכוח חוק הפונדקאות – אשר חל מיום הינתנו – לבין תחולתו של צו ההורות הניתן בהליך פונדקאות חו"ל.<sup>259</sup> הטעם השני, הנגזר מקודמו, מתייחס לשאיפה להימנע ממתן זכות-יתר ("דרך עוקפת") לפונים לביצוע פונדקאות חו"ל, בדמות החלה רטרואקטיבית של הצו, שהרי הצו המוחל מכוח חוק הפונדקאות צופה פני עתיד וחל מיום הינתנו על-ידי בית-המשפט הישראלי.<sup>260</sup> טעמים אלו, לגישת השופט מינץ, שוללים באופן מוחלט את האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי. להלן אתייחס בקצרה לרציונלים אלו.

**ביחס לרציונל הראשון,** יש לתהות אם העובדה שצו ההורות הפסיקתי עוצב בהשראת צו ההורות החקיקתי מעידה כי יש לגזור גזרה שווה.<sup>261</sup> האם אנלוגיה זו פירושה מניה וביה אימוץ פרוצדורה שווה על-אף השוני בנסיבות האופפות כל אחד מהצווים? בעוד צו ההורות מכוח חוק הפונדקאות ניתן ימים ספורים לאחר מועד הלידה, מסגרת הזמנים למתן צו הורות בהליך פונדקאות חו"ל רחבה בהרבה, ונמדדת בחודשים לאחר הלידה,<sup>262</sup> ולעיתים אף מעבר לכך – לדוגמה, כאשר המדינה מתעקשת על עריכת תסקיר. במהלך מסגרת זמנים זו ההורה החברתי-המיועד מתפקד כהורה לכל דבר ועניין ומוכר ככך על-ידי הסביבה הקרובה, ועל-כן שלילת תחולה רטרואקטיבית עלולה להנביע את ההשלכות שעליהן עמדתי בהרחבה בפרק זה. אפשר שיש גם בשוני זה כדי להעיד כי אין מדובר באותן נסיבות המצדיקות גזרה שווה.<sup>263</sup>

**ביחס לרציונל השני** אטען כי יש בשוני בין ההסדר המתייחס לפונדקאות חו"ל לבין ההסדר המתייחס לפונדקאות בארץ כדי לאיין את החשש למתן יתרון לא-הוגן למי שהלך בדרך שהמחוקק לא התווה. מעבר לכך, יש לתהות כיצד רציונל זה מתיישב עם העובדה שרבים מהפונים לפונדקאות חו"ל, קרי זוגות מאותו מין, אינם רשאים לבצע

258 לגישת מינץ, להבדיל מגישתו של הנדל, אין מקום להידרש לקביעת פרמטרים לחריגה מהכלל לעניין תחולת הצו. אולם נדמה כי אין מדובר בשינוי של ממש, שהרי גם השופט הנדל סבר כי יש להפעיל כלל גורף בנסיבות של פונדקאות חו"ל. ייתכן ששלילת האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי מתייחסת אצל מינץ לכלל הנסיבות שבהן ניתן צו הורות פסיקתי, כגון הולדה באמצעות תרומת זרע, שבהן הותיר השופט הנדל את האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי.

259 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 19 לפסק-דינו של השופט מינץ.

260 שם, פס' 16–17 לפסק-דינו של השופט מינץ.

261 לעניין זה ראו את הדיון שערכתי לעיל בה"ש 188–189 ובטקסט שלצידן.

262 בעניין פלוני, לדוגמה, דובר בתקופה של כשבעה חודשים.

263 ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 49653-11-16 צ.א. נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים י-ם משרדי ממשלה (פורסם בנבו, 12.3.2018).



הליך זה בארץ אך בשל חוק הפונדקאות. האם ראוי לייחס זכויות-יתר לקבוצה שפונה מלכתחילה לאפיק זה – הכרוך בסיכונים רבים ובעלויות גבוהות בהשוואה להליך המתקיים בארץ – אך בשל הפליה שקיימת בחוק?<sup>264</sup> טיעון זה עולה חדשות לבקרים מטעם המדינה, המבקשת להימנע מהחלת הטבות הקבועות בחוק הפונדקאות על משפחות מסוימות ובה-בעת טוענת כי המגבלות שבחוק צריכות לחול עליהם.<sup>265</sup> לדידי, התנהלות זו, עם כל הכבוד, היא שחוטאת לעקרון השוויון.<sup>266</sup>

## ו. הרהורים לסיום

מאמר זה ביקש לשרטט בקווים ראשוניים מסגרת רעיונית של טמפורליות, תוך יישומה בסוגיה הנמצאת כיום במוקד של התדיינויות משפטיות: המנגנון של צו הורות פסיקתי. התזה בבסיס המאמר היא כי מימד הזמן אינו פועל ברקע השיח המשפטי, אלא נוטל חלק פעיל בהבניית נורמות ובאשרור מנגנוני כוח חברתיים. באמצעות התבוננות ביקורתית על ייצוגי הזמן הטבועים במנגנון צו ההורות הפסיקתי, הגלויים והסמויים, ביקשתי להאיר את האופנים השונים שבאמצעותם המשפט מנוצל למשטור משפחות מסוימות, וכיצד ניתן לתעל את המשפט לקידום מסרים ראויים בדבר מחויבות הדדית בתהליך הרחבתם של הקשרים המשפחתיים, כיבוד התפיסה העצמית של הפרט וגיבוש יציבות במרקם היחסים הפנים-משפחתיים. השימוש במסגרת הרעיונית המוצעת אפשרה לי להסיט את הזרקור מהזכות להיות מוכר כהורה אל חובת המדינה לספק את התנאים הנחוצים למימוש זכות זו, בעיקר על-ידי התאמת המשפט להתהוות המשפחה בזמן-אמת, וקידום ההבנה כי דיני ההורות מיועדים לא רק להגדיר מיהו ההורה או ליישב סכסוכים בין ההורים, אלא גם להעניק משמעות להתנהגויות אנושיות ולרכיבים רגשיים, זהותיים וחברתיים.

באופן עמוק יותר, המסגרת הרעיונית המוצעת במאמר נועדה לזרות אור על המתח בהסדרה של צו ההורות הפסיקתי. זהו המתח שבין הכמיהה של הפרט כי החברה תאמץ תפיסת זמן המתמקדת בחוויית החיים שלו ומשתלבת עם האירועים המכוננים בחייו,

264 לעניין הקביעה כי החוק הנוכחי מפלה גברים יחידנים ראו עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 193.

265 טיעון זה הועלה על-ידי המדינה גם בהקשר של דרישת התסקיר, ונדחה בשורה של פסקי-דין (והמדינה לא ערערה על כך).

266 שאלה נוספת שעשויה לעלות בהקשר זה היא אם חוסר היכולת לקדם חקיקה שתחיל את הוראות חוק הפונדקאות גם על הליכי פונדקאות חו"ל מהווה טעם המצדיק החלה ישירה של הוראות חוק הפונדקאות על זוגות הנעזרים בהליך פונדקאות חו"ל. בהקשר זה יש הטוענים כי המחוקק נמנע במכוון מלקדם חקיקה בנושא זה בשל המורכבויות הכרוכות בו בהיבטים של דת וחברה. ראו זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 52, בעמ' 353, ה"ש 91.

כפי שהוא תופס, מגדיר ומחצין אותם כלפי עלמא – ובתוך כך מעניקה לו שליטה בהגדרה העצמית שלו – לבין האינטרס של המדינה לשמר את השליטה במוסד ההורות. שליטה זו מובנת באופנים שונים, החל בתפיסות אידיאולוגיות מסוימות המתוקפות באמצעות אמות-המידה לקבלת הצו,<sup>267</sup> המשך באמירה העקרונית כי להורות שאינה ביולוגית אין נפקות משפטית אלא באמצעות – ומרגע – קבלת אישור מבית-המשפט היוצר הורות זו,<sup>268</sup> וכלה בשימור המונופול על ציר הזמן המאפיין את הסיפור הביוגרפי של ההורה החברתי-המיועד ומשפחתו.<sup>269</sup> באספקלריה זו, המתמקדת ביחסים שבין מימד הזמן, משפט וכוח, פרשת פלוני משליכה על הרבה מעבר לשאלות של סיווג ותחולה. היא נוגעת באופן שבו מימד הזמן מנוצל – בין אם במכוון ובין אם לאו – כמשאב לשימור נורמות במוסד ההורות כיום.

אני סבור כי התובנות של הניתוח המוצע כאן ראוי שייכללו כהיבט חשוב – גם אם לא היחיד או אפילו העיקרי – בהבנת המתחים הקיימים כיום בהסדרת ההורות, ותרומתן אינה נעוצה במסקנה הסופית של השאלות המשפטיות שבהן ביקשתי לדון. ברור כי אין באמור כאן כדי למצות את הדיון ביחסי-הגומלין שבין מימד הזמן למשפט בהקשר של הגדרת ההורות. אולם לעת עתה די אם נתחיל להתבונן על הנחות-המוצא של הסדרה זו מנקודת-מבט טמפורלית, ולבחון לעומק את השלכות-הרוחב שלהן; בפתיחת הדיון, כשלעצמה, תהיה תועלת. יובהר כי המסגרת הרעיונית המוצעת אינה מתימרת להיות כלי ניתוחי שיכריע בשלל הסוגיות שנדונו בפסק-דין פלוני,<sup>270</sup> אלא נועדה להאיר לפני הגורם האחראי לעיצוב הדין היבטים שטרם נדונו ואשר ראוי, כך אני סבור, ליתן להם את הדעת.

אני מקווה כי חוקרים וחוקרות נוספים יירתמו למלאכת פיתוח ההבנה של יחסי-הגומלין שבין מימד הזמן למשפט בארץ. הבנה זו עשויה להקנות כלי לניתוח ביקורתי של רבדים שטרם נחשפו במשפט, ולטייב הסדרים משפטיים נוספים. כך, לדוגמה, המושג "אימתאם טמפורלי", שהוצג בפרק האחרון, אינו ייחודי להסדרת ההורות החברתית-המיועדת. אימתאם זה עשוי להתעורר גם ביחס להסדרתם של יחסים חברתיים אחרים וזהויות משפטיות שונות.<sup>271</sup> כמו-כן ניתן לחשוב מבעד לפריזמה זו על

267 ראו לעיל את הדיון בפרק ג.

268 ראו לעיל את הדיון בפרק ד.

269 ראו לעיל את הדיון בפרק ה.

270 כך, לדוגמה, מסגרת זו אינה מהווה כלי להכרעה בשאלות הנוגעות ביחסים שבין הרשות המחוקקת לרשות השופטת שנדונו בפסק-הדין בעניין פלוני. כמו-כן, הניתוח המוצע כאן אינו מתכחש לכך שמוסד ההורות הוא שדה משפטי-תרבותי רב רבדים ורווי אינטרסים מורכבים הרוחשים בו, אשר ראוי כי המחוקק הראשי יידרש לו בצורה מעמיקה וסדורה.

271 טלו, לדוגמה, מקרה שבו אדם מבקש שהמדינה תכיר בזהותו המגדרית באופן שאינו תואם את מינו הביולוגי. מצב דברים זה מתאפיין, מעצם טבעו, באימתאם טמפורלי בין תפיסתו העצמית של הפרט לבין האופן שבו המשפט מגדיר פרט זה. אימתאם זה מונכת כל אימת

מתחים נוספים במסגרת הסדרת ההורות. כך, לדוגמה, ההורה העתידי, שאינו נושא את העובר, חווה מתח בין האופן שבו הוא מגדיר את עצמו (כהורה עתידי) לבין האופן שבו המשפט מגדיר אותו בתקופה זו שלפני הלידה.<sup>272</sup> מתח זה שבין הספֵרה הפנימית, קרי התפיסה העצמית של הפרט, לבין הספֵרה החיצונית, דהיינו האופן שבו תפיסה זו מקבלת ייצוג פורמלי במשפט, עשוי לקבל ביטוי ממשי כל אימת שהמשפט מתעלם מתהליך התהוות זה ומהמשמעויות החברתיות הכרוכות בו.<sup>273</sup> מתח זה, המהווה חלק ממחקר נפרד שאני עורך,<sup>274</sup> מזמין אותנו להרהר בשאלה כיצד המשפט יכול להתאים את עצמו לצרכים הייחודיים של פרטים בתהליך היהפכותם להורים, תוך התאמה למגוון המשפחות הקיימות כיום. דיון בשאלה זו מצריך הבנה מעמיקה של יחסי-הגומלין שבין זמן למשפט, אשר את קווי המתאר שלהם ביקשתי להניח במאמר זה.

---

שהמדינה משיתה נטלים כבדים על הפרט בדרכו להתאמה המגדרית הרצויה, ועשוי לעורר שאלות ביחס להשלכות-הרוחב של חלון-הזמנים על זהותו המגדרית.

272 יובהר כי המשפט מעניק משמעויות שונות לקשר ההריוני. כך, לדוגמה, בדיני עבודה מוענקות זכויות והגנות לאם הנושאת, אשר מאפשרות לה, בין היתר, להתארגן לתפקיד ההורי. בדיני נזיקין הקשר ההריוני מקבל נפקות משפטית בדמות הענקת פיצוי בגין נזק לא-ממוני לאם הנושאת בנסיבות של הפלה בעטייה של רשלנות רפואית.

273 כך, לדוגמה, במקרה של זוג גברים הנערכים להולדת ילד באמצעות הליך פונדקאות הנערך בחו"ל, לא מן הנמנע שכל אחד מההורים המיועדים יהיה חשוף להפליה במקום התעסוקה, בין בשל הנחות-מוצא ביחס ליכולתם להתמסר לעבודה לאחר הלידה (הנחות-מוצא המשויכות בדרך-כלל לנשים, הנתפסות כנושאות בנטל ההורי אך מוגנות מפני הפליה על בסיס מעמדן כנשים בהיריון) ובין בשל הצרכים הייחודיים הכרוכים בהליך פונדקאות חו"ל או בהכנה לתפקיד ההורי, אשר מאלצים את ההורים המיועדים להיעדר מעבודתם, תוך הותרתם חשופים לצורות שונות של הפליה תעסוקתית ללא הגנה משפטית. הותרת ההורה המיועד במצב פגיע מזמין התבוננות ביקורתית על הנחות-המוצא שבבסיס הקצאת הסטטוס ההורי במעמד הלידה ופיתוח תפיסה משפטית שתהיה קשובה לצרכים הייחודיים של ההורים המיועדים, כבר משלב קבלת ההחלטה להביא ילד לעולם, אשר אינם מתמצים בהיבטים הריוניים בלבד.

274 ראו Naaman, *Timing Legal Parenthood*, לעיל ה"ש 22.