Revisiting The Role of Marriage and Couplehood in Parentage Determination: A Comparative and Normative Analysis

[very tentative title]

# Introduction

Motherhood was considered to be certain and fatherhood always elusive. Nonetheless, the “presumption of marital paternity exists in Anglo-American law and the civil law of continental Europe, as well as Latin American and Middle Eastern legal systems. It is ‘as close to a cultural universal in law as we get.’” (Milanich at p. 197). It provided the certainty needed.

Although it is as close to a cultural universal law as possible, it can be interpreted either as a proxy for biological paternity or as a presumption that signals the significance of marital relationship in and of itself as a factor in parentage determination. Since the last decades of the 20th century, with the expansion of out of wedlock births, reproductive technologies and same-sex families, legal systems had to provide an interpretation for the presumption, choosing between marriage and genetics. In this article, we review and analyze the different answers given by legal systems (focusing on U.S. law and Israeli law), and we present a normative support for the interpretation that places the marital relationship (or in its modern version – couplehood) at the center, rather than genetics.

Considering marriage as a factor in parentage determination may seem archaic and conservative, against a growing reality where children are born outside of marriage and into diverse family forms. Nonetheless, in this article we argue that while marriage per se is becoming less relevant for parenthood determination, relationship between prospective joint parents is becoming more relevant, and should be relevant regarding the recognition (or lack of recognition) of each of them as a parent. In other words, we offer a new understanding of traditional laws that have linked marriage and paternity, and reform them to correspond to today's reality of family life. We argue that the presumption of paternity and similar rules that connect marriage and parentage should not be understood as proxies for biological connection but rather as an example of the significance of relationships. We therefore offer to craft a presumption according to which when adults are involved in a long-term committed relationship, and a child is born into such relationship, the parties to this relationship are the child's legal parents. The most obvious example that comes to mind is that of different or same-sex couples, whether married or not, who have a child together.

We chose the U.S. system and the Israeli one, because at first glance each chose a different basis for parentage and paternity: Israeli law giving preference to biology while U.S., as a representative of common law, giving preference to marriage… It would appear that Israeli law and North-American law present opposite approaches to the role of marriage in parentage determination, and especially in determining paternity. Whereas traditional common law linked paternity to marriage, Israeli law has never made paternity contingent on the marital status of the parents. Instead, Israeli law has based paternity on biology, that is on a genetic connection between a man and a child (probably as an influence of traditional Jewish law). Upon closer examination, however, the legal reality is more complex. In Israel, the law of evidence made marriage to the birth mother a significant factor in determining paternity in practice. At the same time, North-American systems have started to recognize unwed biological fathers as legal fathers, though a relationship with the birth mother has continued to affect a biological father's status as a father.

המאמר יבחן לעומק את הדינים בשיטות המשפט האמורות. יציג את המורכבות של הדין ואת ההתפתחות שעבר בעשורים האחרונים תוך ניסיון להצביע על המודל המוביל להכרה בהורות, או לפחות על מגמה המזהה מודל דומיננטי יותר בשנים האחרונות.

לצד הצגה של הדין, יזקק ההמאמר את הגישות השונות להכרה בהורות ובמיוחד יציג זה מול זה את הגישה/המודל הביולוגי ואת הגישה/המודל המושתת על קשר הזוגיות. המאמר יציג את הרציונאלים האידיאולוגים העומדים מאחורי הגישות השונות, את היתרונות שלהם ויזהה את האינטרסים החברתיים שהם משרתים.

התמונה המתגבשת מלמדת כי על אף ההתחזקות של המודל הגנטי במאה האחרונה, המודל שקושר, כפי שמגדירה זאת Milanich בין זיהוי ההורה ל"גוף", הרי שמודל הזוגיות לא רק שמחזיק יתרונות רבים בימנו הוא ממשיך לשמש בתפקיד מרכזי בדין.

לאור יתרונותיו של המודל, נבקש להציע במאמר הטמעה של חזקת זוגיות בדין ונבחן את התגשמותה (תוך התכתבות עם הדין הקיים) במגוון סיטואציות מאתגרות בהקשר של קביעת הורות בעידן הנוכחי.

1. **Parental Definition – The American Law**

כאן יובאו חלקים מהמאמר של איילת התאמות המתחייבות

+ עדכונים

# **הגדרת הורות - משפט הישראלי**

נכון להיום בדין הישראלי אין חוק המגדיר אימהוּת, אבהוּת או הורוּת ככלל.[[1]](#footnote-1) ישנם דברי חקיקה ספציפיים המתייחסים לשאלת הגדרת ההורות במצבים שאינם שכיחים, כדוגמת הולדה בסיוע פונדקאות, או הולדה בסיוע תרומת ביצית,[[2]](#footnote-2) לצד נהלים פנימיים של משרד הפנים,[[3]](#footnote-3) חלקם אינם מפורסמים ברבים,[[4]](#footnote-4) ההמתייחסים להגדרת ההורות במקרים ספציפיים. גם הפסיקה לא עסקה בשאלת הגדרת ההורות באופן סדור, אלא לכל היותר נדרשה להכריע בסוגיות קונקרטיות הנוגעות להגדרת ההורות במקרה ייחודי זה או אחר. נוסף על כך, גם שאלת ההליך הפורמלי למיסוד יחסי ההורות ככלל אינה מוסדרת בדין הישראלי.[[5]](#footnote-5) יש לציין כי הגדרת ההורות אינה חלק מ"ענייני המעמד האישי" ולפיכך אין היא נקבעת על פי הדינים האישיים-דתיים של אזרחי ישראל ותושביה דינים החלים, למשל, בסוגיות של נישואים וגירושים.[[6]](#footnote-6) עם זאת, כללי הדין האישי לוקחים חלק עקיף בעיצוב ההכרעה המשפטית ביחס להגדרת ההורות ומיסודה בהשפיעם על עיצוב ההכרעה בחוק ובפסיקה.

בפרק זה של המאמר נסקור את עקרונות הדין הישראלי בנוגע להגדרת הורות, ככל שניתן לחלץ אותם מהחקיקה והפסיקה הקיימות, ונציין את החסרים הקיימים. כפי שנראה, הדין הישראלי יצא מנקודת מוצא של זיקה ביולוגית להגדרת הורות, אך ההישענות על זיקה זו הולכת ונחלשת, וזיקות חלופיות או משלימות עולות ומתגבשות בדין. ~~סקירה זו מראה כי הדין הישראלי ניצב בפני פרשת דרכים בגישתו להגדרת הורות.~~

## **הורות מכוח לידה והולדה – המבחן הביולוגי כברירת מחדל?**

על אף העדרו, כאמור, של דבר חקיקה ראשי, הקובע באופן מפורש מיהו הורה, ובהעדר הסדרה כוללת כיצד יש לברר הורות ולמסד אותה, אמירות שונות בפסיקה ובספרות המשפטית מתייחסות לאימהוּת מכוח לידה ולאבהוּת מכוח הולדה כברירות המחדל.[[7]](#footnote-7) כלומר מי שהרתה וילדה היא האם, ומי שממנו הרתה האישה יוגדר כאב. מבחן הלידה וההולדה מתבסס, לכאורה, על קשר ביולוגי-גנטי לילד. הגבר ממנו הרתה האישה הוא האב הגנטי, וההנחה היא שהאם היולדת היא גם האם הגנטית של הילד.[[8]](#footnote-8)

 זיהוי ההורה הביולוגי כהורה משפטי היא הכרעה חברתית-משפטית, הנתמכת במגוון הצדקות, בראשן התפיסה כי מי שהביא לעולם ילד במעשיו יהיה אחראי כלפיו בחובות המשפטיות של הורה, ובכלל זה בחובות של טיפול ותמיכה. במקביל, ההנחה היא כי מי שפעל, יזם ו/או השקיע ממשאביו הביולוגיים, חפץ בהגשמת טובת צאצאו, הנוצר מפעילותו.[[9]](#footnote-9) לא בכדי, עיקר הפנייה לטכנולוגיות ההולדה נעשה על מנת להביא לעולם ילד הקשור בזיקה גנטית או בזיקה של הולדה להורה המיועד.[[10]](#footnote-10) מכאן, שלקשר הייחודי בין הורה לילדו הביולוגי יש חשיבות להורה עצמו ולא רק לילד ולכן, זיהוי ההורה הביולוגי כהורה משפטי, נובע גם מראייה המתמקדת במבוגרים, וממכלול היחסים המשפחתיים. מובן כי המבחן הביולוגי כרוך בעידן הנוכחי גם במקום שמיוחס לגנטיקה בתרבות המערב ובמובן זה המקום שמיוחס **לאלמנט הביולוגי-גנטי** בקביעת ההורות, נובע מן ההכרה (ולעיתים אף מן ההפרזה) בחשיבות הזהות והמוצא הגנטי. ברי כי קיומה ועוצמתה של הזיקה האמורה, המכונה גם "קשר הדם" שואבות את כוחן גם מאלמנטים חברתיים-תרבותיים. לבסוף נזכיר כי הדגש שניתן לפן הביולוגי כרוך, בשיטה הישראלית, בתפיסה הבסיסית של ההלכה היהודית.

הדין הישראלי יוצא, כאמור, מנקודת מוצא המתבססת על קיומו של קשר גנטי. ואולם כאשר עוברים מהשאלה התיאורטית של הגדרת ההורות לשאלת יישומה בפועל בדין, ובפרט לשאלת הצורך בהוכחה ראייתית של האבהות הגנטית, מתקבלת תמונה מורכבת יותר. כפי שנראה בחלקים הבאים של פרק זה, לצד ברירת מחדל המצביעה על לידה והולדה כתשתית להכרה בהורות, מציב המשפט הישראלי (או נמצא בתהליך להצבתן ככאלה) ברירות מחדל נוספות להכרה בה.

## **אבהות: בין שתי ברירות מחדל: גנטיקה וזוגיות**

על פי ברירת המחדל המבוססת על הולדה, נדרש לכאורה להוכיח מיהו הגבר ממנו הרתה האישה, קרי, מיהו הגבר בעל הזיקה הגנטית, וזאת לשם עיגון מעמדו כהורה במשפט. אולם בפועל, **הוכחת** קשר גנטי של הורות בין גבר לילד, נדרשת לעיתים רחוקות בלבד. שאלת קיומו של בירור להוכחת הזיקה הגנטית בין האב הנטען לילד כרוכה בשאלת מהות הקשרבין האם היולדת לבין האב הפוטנציאלי, ובפרט בקיומו או היעדרו של קשר נישואים ביניהם. כאשר אם הילד נשואה, מניח הדין הישראלי כי בעלה של האם הוא אבי הילד.[[11]](#footnote-11) לכאורה, ניתן לטעון כי הנחה זאת כרוכה בהערכה כי בעלה של האישה הוא גם האב המוליד (האב הגנטי), אולם ברי כי הערכה זו אינה נכונה בכל מקרה ומקרה.

יתרה מזו, כפי שכבר צוין, כללי הדין הישראלי בהתייחס להגדרת ההורות ומיסודה מושפעים מהדין האישי-הדתי, אף שהדין החל בסוגייה הוא דין אזרחי. כך למשל, על פי ההלכה היהודית, ילד שנולד לאישה נשואה שלא מבעלה, עלול להיות מוכרז כממזר, ולפיכך ניתן לזהות בהנחת המוצא של הדין בדבר אבהות הבעל את השפעת ההלכה והיא כרוכה ברצון להגן על הילד מפני השלכותיה. למעשה עוצמתו של איום הממזרות כה חזק שהדין, תחילה בפסיקה ומאוחר יותר במסגרת החוק,[[12]](#footnote-12) אוסרים כמעט לחלוטין עריכת בדיקה גנטית לבירור קשרי אבהות בנסיבות שבהן אם יהודייה הייתה נשואה לגבר יהודי במועד ההתעברות, ובכך מונעים לכאורה קביעת קשר גנטי של גבר אחר מלבד הבעל לילד.[[13]](#footnote-13) יותר מכך, גם אם הציג הבעל, או האישה או כל אדם אחר, לצורך העניין, ממצא גנטי לפיו גבר אחר הוא האב, לא יקבל בית המשפט את הממצא האמור.[[14]](#footnote-14) כך, בפועל, מתרופף הקשר בין ההנחה בדבר אבהות הבעל לבין הזיקה הגנטית ומתהווה בסיס אחר, חברתי, לקיומה של הנחה זו.

ניתן לראות אם כן, שאף שנקודת המוצא להגדרת אבהות של הדין הישראלי שונה מנקודת המוצא להגדרת אבהות במשפט המקובל בכך שהראשונה מתבססת על הזיקה הגנטית והאחרונה על קשר נישואים לאם, הרי שבפועל מגיעות שתי השיטות לתוצאה דומה המעניקה משקל משמעותי לקשר הנישואים בין ההורים כשיקול בהגדרת האבהות המשפטית.[[15]](#footnote-15) כפי שנטען בהמשך המאמר, הצדקות נורמטיביות חזקות תומכות בהתחשבות במערכת היחסים בין הורים פוטנציאליים כשיקול בהגדרתה של ההורות המשפטית והגישה המסורתית הכורכת את האבהות בקשר נישואים לאם, בין אם ישירות בהגדרת האבהות, ובין אם באמצעות דיני ראיות המביאים להכרה בבעל כאב המשפטי, מהווה ביטוי לשיקול נורמטיבי זה, וזאת הרבה מעבר לנימוק המתמקד בחשש מפני ממזרות.

ואולם, לא רק כאשר האם נשואה, המשפט אינו דורש ראייה גנטית לשם מיסוד האבהות. בהעדר נישואים יכולים היולדת, היא האם, והגבר שטוען יחד איתה כי הוא אב, לבקש לרשום אותו כהורה. בנסיבות אלה נעשה הרישום על ידי פקיד הרישום (בבית החולים או בלשכת רישום האוכלוסין) מכוח הצהרת הגבר שניתנה בהסכמת האם. אמנם, על פי הדין הקיים מעמדו של המרשם כממסד את ההורות המשפטית אינו ראייה מוחלטת (ויהיו הוריו של הילד נשואים, רווקים או בני אותו מין), אך גם על פי חוק מרשם האוכלוסין הרישום מהווה לכל הפחות ראייה לכאורה לנכונותו ככל שהדבר אמור במעמד המשפטי של ההורה.[[16]](#footnote-16) בפועל, רישום במרשם האוכלוסין כהורה של ילד מקנה לאדם הרשום את כל הזכויות והסמכויות ההוריות, ומכפיף אותו לחובות ולאחריות ההורית. עד שנת... היתה הצהרת הגבר והאישה בדבר אבהות הגבר הצהרה כללית בדבר אבהותו ולא נדרשה התייחסות לזיקה הגנטית בינו לבין הצאצא שהאבהות ביחס אליו נקבעת. [[17]](#footnote-17) לגישתנו, ההצהרה הכללית המשותפת של האם היולדת והאב המיועד כפי שנהגה עד לאחרונה, ביטאה (ולשיטתנו עדיין מבטאת) הכרה בחשיבות הקשר שבין ההורים המיועדים בינם לבין עצמם לצורך קביעת המעמד שלהם כהורים.

בדיקה גנטית לעיגונה של האבהות נערכת רק במקרים של מחלוקת בין האם לאב הנטען או כאשר לא נרשמה אבהות סמוך לאחר הלידה (והאם אינה נשואה). בנסיבות אלה הרי שעם חלוף הזמן נדרשת על פי הנהלים של רשות האוכלוסין וההגירה, התערבות שיפוטית לצורך רישום האב.[[18]](#footnote-18) במצב זה, גם אם יש הסכמה של הצדדים לרישום האיש כאב, ובוודאי כאשר אין הסכמה כזאת, עשויה לעלות דרישה לבדיקה גנטית.

נקודת מוצא של ברירת מחדל ביולוגית כבסיס להגדרת הורות, לצד התבססותה של ברירת מחדל חלופית קיימת גם בגישת הדין הישראלי להגדרת אימהות. תהליך זה החל במקרים של הולדה בסיוע והתפתח בהמשך במשפחות מאותו מין.

## **אימהות: בין ביולוגיה לכוונה**

בהולדה "טבעית" האם הגנטית (שמביציותיה נוצר העובר) היא גם האם היולדת ואף עתידה לשמש כהורה פסיכולוגי ומטפל.[[19]](#footnote-19) בנסיבות של הולדה "טבעית", ללא סיוע גורם אימהי נוסף, כדוגמת תורמת גמטה או אם נושאת, הרי שהאימהות מושתתת על ברירת מחדל ביולוגית והינה נתון שאינו נדרש להוכחה. הדין הישראלי, אפשר שבהשראת ההלכה היהודית,[[20]](#footnote-20) לא דרש שהאם תהיה נשואה לצורך הכרה בה כאם. הילד שנולד לה באופן "טבעי" הוכר כילדה לכל דבר ועניין ללא תלות במצבה האישי-משפחתי.

עם זאת, הולדה בשילוב תרומת ביצית או בסיוע פונדקאית מאתגרת את ההישענות על הזיקה הביולוגית שכן, ההורות המיועדת intended והחברתית עשויה להיות נפרדת מהקשר הביולוגי-גנטי, והקשר הביולוגי עצמו אף הוא מתפצל. שתי נשים עשויות להיות בעלות תרומה ביולוגית – האם הגנטית, בעלת הביצית, והאם הפיזיולוגית שנשאה את ההיריון. אישה נוספת עשויה לקחת חלק בתכנון ההולדה מתוך מטרה לשמש כאם בפועל. באיזו מבין הנשים מכיר המשפט כאם המשפטית, והאם המשפט מאפשר להכיר ביותר מאם משפטית אחת? הדין הישראלי אינו מספק תשובה סדורה וכוללת, אם כי המחוקק נדרש לכך בשני חוקים שחוקק: חוק תרומת ביציות וחוק הסכמים לנשיאת עוברים. חוק תרומת ביציות מגדיר את מקבלת התרומה, שעתידה לשמש כאם, כאם המשפטית, בין שהיא נושאת את ההיריון בעצמה ובין שהיא אם מיועדת על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים.[[21]](#footnote-21) בכך ניתן לראות הכרה מוגבלת של הדין הישראלי ביסוד ה"כוונה" (כוונה להפוך להורה שמניעה את תהליך הבאת הילד לעולם) כרלוונטי להגדרת ההורות, וכמקנה לה (לכוונה) עדיפות על פני הזיקה הגנטית.[[22]](#footnote-22)

מבחן הכוונה נוצר בהקשר של הולדה בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות והוא נועד לסייע בזיהוי האחד שמבקש להיות הורה בהעדר קשר ביולוגי ובזיהוי האחר כ"לא הורה", למרות קיומו של קשר כזה. השימוש העיקרי במבחן הכוונה נעשה כ"שובר שוויון" כאשר המשפט נדרש להכריע בין שתי טוענות למעמד כ"אם" או שני טוענים למעמד כ"אב" (בנסיבות בהן המשפט לא מכיר באימהות או אבהות כפולה). **העדר** הכוונה להיות הורה משמש בסיס לשלילת המעמד ההורי מתורם הזרע, תורמת הביצית והפונדקאית בהתקשרות לנשיאת עוברים. מי שתכננו להיות הורים, מי שחלמו, יזמו ופעלו להביא ילד לעולם מתוך כוונה לגדלו, מוכרים על ידי המשפט כהורים, על בסיס אותן כוונה ויוזמה.[[23]](#footnote-23)

למבחן הכוונה יתרונות רבים, הן במישור המדיניות הציבורית והן במישור הפנים משפחתי. הוא תואם חירויות וזכויות של האינדיבידואלים הנוטלים חלק בהקמת המשפחה, תואם את טובת הילד, מקדם את ערך השוויון, את הניטרליות המגדרית ואת הפלורליזם המשפחתי הראויים כיום. יחד עם זאת הוא אינו חזות הכל וסובל מחסרונות לא מעטים. כוונה ותכנון הם לעיתים פריבילגיה של משפחות אמידות כלכלית, בעלות ידע, השכלה ושליטה מוגברת על חייהם.[[24]](#footnote-24) במציאות לא כל ילד נולד מתוך כוונה ותכנון מראש. למעשה, מידע ממדינות אחרות מלמד שמרבית ההריונות אינם מתוכננים (עם זאת, אין בכך לומר שהם לא רצויים).[[25]](#footnote-25) בנוסף, וזה נכון גם להולדה מתוכננת, כוונה עשויה להיות קשה להוכחה, בפרט כאשר שניים או יותר מעורבים בהולדה ופער נפער בין רצונותיהם לאורך זמן או שפער כזה התקיים כבר מראש והם חלוקים ברצון לזהות אחד את השנייה כהורים.

כאמור, חוק תרומת ביציות אימץ את מבחן הכוונה לשלילת המעמד ההורי מתורמת הביצית ומהענקת המעמד ההורי למקבלת התרומה, כאשר זו גם נשאה את ההיריון. כאשר מקבלת התרומה אינה יכולה לשאת היריון ומבקשת להסתייע באשה אחרת שתישא את ההיריון, הדין הישראלי לא מכיר במעמדה כאם על בסיס מבחן הכוונה. [[26]](#footnote-26) בהעדר תרומה גנטית או פיזיולוגית בנשיאת ההיריון, אישה יכולה, על פי הדין הקיים כיום, להיות מוכרת בישראל כאם רק אם היא מבקשת להיות אם במשותף עם האב הגנטי, והשניים התקשרו בהסכם להורות משותפת לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים ועמדו בתנאיו. במובן זה, ככל שהדין הישראלי אימץ את מבחן כוונה, הרי שמדובר באימוץ מוגבל בלבד כשובר שוויון בין שתי נשים שהיו יכולות לטעון להורות על בסיס ביולוגי, נשיאת היריון או תרומת מטען גנטי. למעשה, חוק הסכמים לנשיאת עוברים מותיר את שאלת הגדרת האימהות עמומה, כמו גם את הגדרת האבהות.

## **צו הורות מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים**

בהסדרת ההורות על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, ביחס לילדים שנולדו כתוצאה מהתקשרות לנשיאת עוברים בישראל, ניתן למצוא עיגון הן ליסוד הכוונה, הן לזיקה הביולוגית, והן לזיקת הזוגיות, בה אנו קוראים להכיר במסגרת מאמר זה. החוק, התקנות הנלוות לו,[[27]](#footnote-27) והכללים שהוצאו על ידי הוועדה שתפקידה לאשר כל התקשרות לנשיאת עוברים מראש,[[28]](#footnote-28) נועדו ליצור מסגרת הדוקה להתקשרות ולהבטיח פיקוח שיקנה הגנה מקסימלית לכל הגורמים הנוגעים בדבר, לרבות על אינטרסים חברתיים.[[29]](#footnote-29) בסיומו של תהליך ולאחר הולדת הילד, מוכרת ההורות ביחס אליו, על ידי צו הורות שיוצא על ידי בית המשפט בהליך שיפוטי מכוח החוק.[[30]](#footnote-30)

דרך שגרה יוכרו בצו ההורות הוריו המיועדים של הילד, אותם הורים "בעלי הכוונה", שחלמו, יזמו ופעלו להולדתו, ואילו הפונדקאית, שביקשה לסייע להם (מבלי שהתכוונה להיות בעצמה אם) לא תוכר משפטית כאם. בנסיבות יוצאות דופן (לרוב כאשר חזרה בה הפונדקאית מכוונתה שלא להיות לאם) מאפשר החוק עקרונית להכיר בפונדקאית כאם המשפטית של הילד באמצעות צו שיפוטי, והכל בכפוף לטובתו של הילד.[[31]](#footnote-31) מן הראוי לציין שעד למועד כתיבת מאמר זה, בחלוף כמעט שלושה עשורים מעת שנחקק החוק, למיטב ידיעתנו, אין בישראל ולו מקרה אחד שבו התעוררה מחלוקת לגבי זהות ההורים המשפטיים של תינוק שנולד בסיוע הליך פונדקאות, ומכאן גם לא מקרה שבו הפונדקאית הוכרה כאם המשפטית.

החוק אוסר על שימוש בביצית האישה הנושאת את ההיריון.[[32]](#footnote-32) במקביל לדרישה זאת, החוק דורש קשר גנטי בין היילוד לבין הורה מיועד אחד לפחות. ככל שמדובר בבני זוג, גבר ואשה, דורש החוק כי זרע האב המיועד ישמש להפריה,[[33]](#footnote-33) וכאשר האם המיועדת היא יחידנית, מחייב החוק שימוש בביציותיה היא.[[34]](#footnote-34) כך המחוקק הישראלי מבטיח זיקה גנטית לפחות לאחד ההורים המיועדים וזיקתה של האישה הנושאת מצטמצמת לפן הפיזיולוגי.[[35]](#footnote-35) בכך יש ביטוי לזיקה הביולוגית בהגדרת ההורות.

ואולם, כשם שהחוק לא מתיישב באופן מלא עם מבחן הכוונה, הוא אינו מתיישב באופן מלא גם עם עקרון הזיקה הגנטית. דרישת החוק לפיה גם כאשר ההורים המיועדים קשורים גנטית לילד, יתקיים הליך משפטי של הוצאת צו הורות על מנת להקנות להם מעמד משפטי של הורים, משקפת זאת.[[36]](#footnote-36) יחד עם זאת, לטענתנו, ההליך השיפוטי למיסוד ההורות מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים נובע משיקולים שהם חיצוניים לדיני הגדרת ההורות בישראל. הולדה בסיועה של אם נושאת היא אפשרות הולדה שנויה במחלוקת. שיטות משפט שונות התמודדו בדרכים מגוונות עם המורכבות האתית והמוסרית הכרוכה בהולדה בסיוע הסכם לנשיאת עוברים. הדין הישראלי, שהיה בין הראשונים להסדיר הולדה בדרך זו בחקיקה ראשית, התמודד עם מורכבויות אלו על ידי קביעת הליך בקרה כפול, אישור ההסכם על ידי ועדה בתחילת ההליך, ולבסוף הליך שיפוטי למתן תוקף למעמד המשפטי של ההורים המיועדים.[[37]](#footnote-37) דאגה לאינטרסים והזכויות של האישה הנושאת, שהוא יעד בעל חשיבות עליונה בעיננו, יכולה להיעשות מראש, בתחילת התהליך, תוך כדי ההיריון, וייתכן שאף לאחר הלידה, תוך שהדין מאפשר מיסוד המעמד ההורי של ההורה או ההורים המיועדים בהליך פורמלי שאינו הליך שיפוטי דווקא.[[38]](#footnote-38)

כך או כך, כאשר ניתן צו הורות לאב המיועד אשר קשור גנטית לעובר ניתן בה בעת ובמסגרת אותו הליך גם צו הורות המכיר באימהותה של בת זוגו, אף אם אין לה זיקה גנטית לילד. אין הבחנה בין בעל הזיקה הגנטית לילד לבין מי שנעדר זיקה כאמור לעניין הליך ההכרה במעמדם כהורים. החוק אינו דורש הליך נפרד למיסוד אימהות האם המיועדת, ומעמדה כהורה כרוך ושלוב במיסוד המעמד ההורי של האב המיועד, הוא האב הגנטי. להבנתנו, עמדה זו של החוק מהווה ביטוי נוסף להחלשת הזיקה הגנטית בהגדרת ההורות ולעלייתן של זיקות הכוונה, ואף יותר מכך של זיקת הזוגיות בדיני ההורות הישראליים. ביטוי נוסף לכך אנו מוצאים בכלי המשפטי של צווי הורות פסיקתיים הניתנים על בסיס "זיקה לזיקה".

## **צווי הורות פסיקתיים על בסיס "זיקה לזיקה"**

צו הורות פסיקתי שהוכר על-ידי בית המשפט העליון בפרשת **ממט-מגד**,[[39]](#footnote-39) הפך לכלי משפטי מקובל למיסוד הורות בנסיבות של הולדה פרי התקשרות לנשיאת עוברים עבר-לאומית, וזאת לצורך הכרה בהורה הלא גנטי, בן זוגו של ההורה הגנטי (הן במשפחות חד-מיניות, הן במשפחות שבראשן בני זוג ממינים שונים). אמצעי זה הוכר גם לצורך הכרה בנסיבות של הולדה לבנות זוג מאותו המין, כאשר האחת ילדה בסיוע תרומת זרע ובת זוגה ליוותה אותה לאורך התהליך מתוך רצון בהורות משותפת.[[40]](#footnote-40) צו ההורות הפסיקתי מהווה מעין "גרסה רזה" לצו אימוץ.[[41]](#footnote-41) מצד אחד, זאת חלופה המושתתת על צו שיפוטי, כלומר לצורך הכרה בהורות נדרשת מעורבות בית משפט; מצד שני, חלופה זו אינה נדרשת לעמוד בתנאי הסף שקובע חוק אימוץ ילדים, וככזאת אינה מחויבת לעמוד בדרישות זמן מינימליות,[[42]](#footnote-42) ולעיתים אף לא באבחונים של עובדים סוציאליים שתפקידם לבדוק את טיבו של התא המשפחתי.[[43]](#footnote-43) צו ההורות הפסיקתי ממסד הורות על בסיס המבחן שמכונה "זיקה לזיקה". כינוי זה טבע השופט הנדל בפרשת **פלונית** (2015),[[44]](#footnote-44) שאף הסביר במפורש כי בסיס זה להכרה בהורות במשפט נשען על "הכרה חברתית במעמדה של הזוגיות ובקשר ההדוק של אותו אדם עם בעל הזיקה הגנטית".[[45]](#footnote-45) ניתן אם כן לראות שצווי ההורות על בסיס "זיקה לזיקה" ממשיכים את הקו שכבר זיהינו ומקנים משקל מוגבר לקשר הזוגי בהגדרת ההורות במשפט.

## **סיכום ביניים**

 ראינו אם כן, שהמשפט הישראלי לא מגדיר אימהות, אבהות, או הורות בכלל ולא עוסק באופן שיטתי בשאלת מיסוד ההורות במשפט: כיצד, אם בכלל, יש לבסס את קיומה של הזיקה עליה נשענת ההורות. ראינו שהדין הישראלי יצא לכאורה מנקודת מוצא לפיה הגדרת ההורות מבוססת על זיקה ביולוגית לילד, אך גישה זו מאותגרת ולצד הזיקה הביולוגית ניכרות זיקות נוספות המבססות הורות. כך, בעלה של האם מוכר מכוח זיקת הנישואים כאב והדין מסרב לבחון את שאלת זיקתו הביולוגית לילד; חוק תרומת ביציות מאמץ את מבחן הכוונה, ולו כשובר שוויון בין שתי נשים בעלות זיקה ביולוגית לילד; וחוק הסכמים לנשיאת עוברים מחד גיסא לא מכיר אוטומטית במעמד ההורי של בעלי הזיקה הגנטית לילד, ומאידך גיסא מכיר בהורות על בסיס חלופי, בין אם כוונה, ובין אם זוגיות (או שילוב בין שניהם).

תמונת מצב זו מראה שהדין הישראלי, כמו הדין האמריקאי, נמצא כעת בפרשת דרכים בכל הקשור להגדרת הורות ולמיסודה. אם בעבר המשפט לא נדרש כלל לדיון מקיף וכולל, הרי שטכניקות ההולדה והשינויים החברתיים שעבר מוסד המשפחה הביאו עימם הזדמנות לחשוב באופן מעמיק על שאלות אלו. בחלקו הבא של המאמר נציג את עמדתנו הנורמטיבית התומכת בפרשנות לפיה קשר הזוגיות בין ההורים הפוטנציאלים מהווה זיקה עצמאית לזיהוי ההורים המשפטיים של הילד וראוי להבלטה רבה יותר בדין דהיום.

# **3. המשגה ישנה-חדשה של המבחנים לקביעת הורות: מקומה של הזוגיות**

**כללי:**

בפרק זה נמקד את תשומת הלב בטיעון הנורמטיבי: מדוע ראוי שמערכת היחסים בין הורים פוטנציאליים תהווה שיקול בהגדרת ההורות במשפט. תחילה נציג את הטיעון ואת הנימוקים המבססים אותו. על בסיס הטיעון הנורמטיבי הרחב המתמקד בקשר בין ההורים, נציע להכיר בדין בחזקה מפורשת אותה נכנה כאן "חזקת הזוגיות", ולפיה כאשר ילד נולד לתוך מערכת יחסים זוגית, שני הצדדים למערכת היחסים ייחשבו כנושאים בכל החובות והאחריויות המשפטיות כלפיו, וזכאים לכל הזכויות ההוריות מרגע לידתו, כלומר כהוריו המשפטיים. לבסוף, בחלקו האחרון של הפרק נחזור לדין הקיים, ונראה כיצד הצעתנו ממשיכה למעשה ליישם עקרונות שכבר הוכרו בדין האמריקאי ובדין הישראלי למיסוד הורות על בסיס קשר זוגי בין ההורים.

## **מערכת יחסים בין הורים פוטנציאלים כשיקול בהגדרת ההורות**

אנו טוענים שמערכת היחסים בין הורים פוטנציאליים צריכה להוות שיקול בהגדרה המשפטית של הורות, קרי יש לה משמעות לעניין המעמד המשפטי של "הורה" כברירת מחדל אפשרית, לצד ברירות מחדל משפטיות נוספות, לזיהוי ההורה המשפטי, זאת הביולוגית וזאת המושתתת על כוונה.[[46]](#footnote-46) יודגש, לא מדובר בשיקול בלעדי שיחליף את הזיקה הביולוגית שמקומה עדיין מרכזי כבסיס לקביעת ההורות במשפט; גם לא בשיקול הכרחי שבהעדרו לא ניתן יהיה להכיר באדם כהורה. מדובר בשיקול אחד שעל המשפט, על פי הנטען, לשקול באופן עצמאי ונפרד ודי בו, במקרים מסוימים, להקנות מעמד של הורה.[[47]](#footnote-47)

נקודת המוצא לדיון במקומו של הקשר בין ההורים הפוטנציאליים בהגדרת ההורות היא אי-התאמתה של הזיקה הביולוגית לשמש בסיס **בלעדי** להגדרת ההורות. כפי שהראינו בחלקים קודמים של המאמר, הזיקה הביולוגית, גם כשעלתה לקדמת הבמה,[[48]](#footnote-48) לא שימשה מעולם בסיס יחיד להכרה בהורות במשפט, ובפרט באבהות. מבחן הזוגיות נטל חלק בעיצוב מבחני ההורות וכך גם מבחן הכוונה. שיטות המשפט המקובל מלכתחילה הגדירו אבהות על בסיס קשר נישואים לאם היולדת [לומר עוד משהו ספציפי על ארה"ב], ואילו שיטת המשפט הישראלית שלכאורה ביססה את האבהות על הזיקה הגנטית, קשרה בין נישואים לאם (בוודאי עבור נשים יהודיות) לבין אבהות, באמצעות כללי הוכחת האבהות ומיסודה. במציאות הנוכחית שבה ילדים רבים נולדים בסיוע תרומת גמטה (זרע או ביצית) דחק מבחן הכוונה, במקרים הרלוונטיים, את הזיקה הגנטית.[[49]](#footnote-49)

 כפי שהוצג כבר, מבחן הכוונה כבר החל לחלחל לשיטות משפט שונות, ואף בספרות האקדמית התייחסו לשיקול ה"כוונה", קרי כוונה להפוך להורה שמניעה את תהליך ההתעברות והבאת הילד לעולם, כשיקול רלוונטי לזיהוי ההורה המשפטי.[[50]](#footnote-50) לגישתנו, במקרים רבים התמקדות ברכיב הכוונה, על אף ההצדקות התומכות בה, יוצרת אי-בהירות וקושי.[[51]](#footnote-51) די אם נציין שמן הבחינה המעשית קיים קושי לבסס ולהוכיח את קיומה של כוונה להפוך להורה במצבים שבהם לא ניתן לה ביטוי פורמאלי ובדיעבד התעוררו מחלוקות באשר לקיומה או העדרה.[[52]](#footnote-52) כך ארע, למשל, במספר מקרים של פרידה בין שתי אימהות, כאשר רק אחת (זו הקשורה ביולוגית-גנטית) לילד הוכרה כהורה במשפט סמוך לאחר הלידה, ומעמדה המשפטי של האם הנוספת לא הוסדר כל עוד הן היו במערכת יחסים זוגית.[[53]](#footnote-53)במקרים אלו שימשה לא אחת מערכת היחסים בין האימהות כאינדיקציה לקיומה של כוונהמצידה של האם הנוספת להפוך להורה יחד עם האם המוכרת.[[54]](#footnote-54) הטיעון שלנו מבקש להכיר במערכת היחסים כשיקול עצמאי להכרה בהורות ולא רק כאינדיקציה לקיומה של כוונה להפוך להורה. זאת, לצד תפיסתנו הרואה **גם** ברכיב הכוונה להפוך להורה כרכיב בעל משמעות.[[55]](#footnote-55)

ההצעה לראות במערכת היחסים בין ההורים המיועדים כשיקול עצמאי להכרה בהורות במשפט הועלתה לראשונה על ידי בלכר-פריגת. הצעתה התבססה על כתיבתה לאורך השנים, ולפיה יחסי ההורות אינם רק יחסים אנכיים שבין הורה לילד, אלא ההורות היא גם מערכת יחסים אופקית בין שני אנשים שהם הורים במשותף.[[56]](#footnote-56) ברוב המכריע של המקרים מכיר המשפט לא בהורה אחד לילד, אלא בשני הורים. קשר זה שבין ההורים במשותף הולך והופך למרכזי במשפט ומטיל על ההורים חובות הדדיות האחד כלפי השני, בפרט חובות של שיתוף פעולה במילוי האחריות ההורית כלפי הילדים המשותפים. גם בספרות האקדמית המשפטית גובר העיסוק במערכת היחסים בין מבוגרים הקשורים באמצעות הורות משותפת לילד או ילדה, וכך גם התפיסה לפיה מערכת יחסים שבין הורים במשותף יוצרת מחויבות עמוקה בין ההורים, מחויבות שאינה נשלטת על ידי אידיאולוגית הפרידה הקלה והנקייה המאפיינת את יחסי הזוגיות.[[57]](#footnote-57) הורים מחויבים לתמוך ביחסי ההורות של כל אחת ואחד מהם עם הילד גם כאשר הם חיים בנפרד ואינם חולקים מערכת יחסים זוגית, וישנן שיטות משפט שאף מכירות בחובות כלכליות שיש להם האחד כלפי השני מעצם יחסי ההורות (להבדיל מחובות המבוססים על יחסי הזוגיות).[[58]](#footnote-58)

הבנה זו של יחסי ההורות כיוצרים מחויבות משמעותית ארוכת טווח, הכוללת חובות של שיתוף פעולה, וייתכן שאף חובות כלכליות הדדיות, צריכה, לשיטתנו, להשליך גם על האופן שבו מוגדרת ההורות במשפט מלכתחילה. במילים אחרות, מכיוון שההורות אינה רק קשר אנכי בין הורה לילד, אלא היא יוצרת במקרים רבים, גם קשר אופקי בין ההורים במשותף, קשר שמבחינה נורמטיבית אינו קל לניתוק או לפירוק, מן הראוי שהזיקות שנשקלות על ידי המשפט בהגדרת ההורות המשפטית לא יהיו רק זיקות שבין ההורה המיועד לילד, אלא גם זיקות המתייחסות להורים המיועדים כהורים במשותף. הכנסת שיקול מערכת היחסים כרכיב בהגדרת ההורות, כהיבט מקביל ומשלים למהלך האמור של בלכר-פריגת, מטמיעה ערכים של דאגה, אחריות הדדית, ואכפתיות כערכים בסיסיים בהבניית ההורות.

קשר הנישואים, ודאי שבעבר, היווה את הביטוי המובהק של מחויבות עמוקה וארוכת טווח לדאגה וטיפול משותפים בילדים, בין אם דאגה כלכלית ובין אם דאגה וטיפול בצרכים הגופניים והרגשיים של הילדים. כיום, לא ראוי לבסס את הגדרת ההורות על קשר *הנישואים* דווקא, וזאת לאור העלייה המתמדת בחיי זוגיות, כפי שמציינת Clare Huntington, ביחס למצב בארה"ב, המתאפיינים במחויבות הדדית ארוכת טווח, מחוץ לקשר הנישואים וכן במספר ההולך וגדל של ילדים הנולדים במסגרת קשרים זוגיים אלו.[[59]](#footnote-59) נכון הדבר שבישראל קשר הנישואים עדיין תופס מקום מרכזי מבחינה חברתית, ומרבית הילדים נולדים לתוך קשר נישואים, אך בשל שליטת הדין הדתי על נישואים בישראל, זוגות רבים מנועים מלהינשא ואחרים מעדיפים שלא להינשא. לפיכך, גם בישראל לא ראוי לבסס את הגדרת ההורות דווקא על קשר משפטי של נישואים. אולם הטענה כי לא ראוי לבסס את הגדרת ההורות על קיומו של קשר נישואים דווקא, אינה מחייבת את זניחת הטענה בדבר חשיבות מערכת היחסים שבין אנשים המועמדים בעיני המשפט להיות הורים יחדיו. עצם ההבנה שמערכת היחסים בין ההורים המיועדים היא משמעותית להגדרת כל אחד מהם כהורה היא ראויה ונכונה, ויש לתת לה ביטוי המתאים יותר לימינו.

עמדה זאת הקושרת בין הקשר האופקי שבין ההורים במשותף, ויהיו אלה לרוב זוגות,[[60]](#footnote-60) לבין מעמדם כהורים, יכולה להיות מוסברת, בדומה, גם בהיותה מנבא טוב למחויבות טיפולית.[[61]](#footnote-61) ניתן להניח כי מערכת יחסים המושתתת על ערכים של אחריות, הסתמכות ודאגה הדדית בטרם הלידה – כזו המאופיינת בהישענות רגשית וכלכלית של כל אחד מבני הזוג על רעהו – תגלם ערכים אלו גם לאחר הלידה, וזאת באמצעות שיתוף במחויבויות הכרוכות בגידול הילד אשר נולד מתוך מערכת יחסים זוגית זו.

יתרון נוסף של עמדה זאת, המבקשת להסיט את הדגש מתעצומות ביולוגיות אל מהות הקשר בין ההורים, נעוץ בהצגת חלופה ניטרלית מגדרית המאפשרת הכרה במגוון תצורות משפחתיות.[[62]](#footnote-62) עמדה זו שואפת לעצב את המוסד המשפטי של ההורות כך שיהלום את המנעד העשיר של תצורות המשפחה הקיימות כיום, ביניהן משפחות שבהן יש שתי אימהות או שני אבות.[[63]](#footnote-63)

רוב הילדים נולדים מתוך קשר זוגי ואל תוכו, ואף עשויים לגדול לאורך השנים בחיק אותה זוגיות. במובן זה, עמדה זאת משקפת את המציאות החברתית. ראוי כי המשפט יהלום את המציאות המשפחתית-חברתית של חיי הילד, לטובתו ולטובת יתר בני המשפחה.[[64]](#footnote-64) הכרה במציאות זאת משמרת ודאות ויציבות בחיי הילד ומגנה עליו מפני זעזועים שעלולים להתרחש עם פרידת הוריו. הבנה זו אף תואמת את המציאות החברתית של חיי הזוג. מבחן הזוגיות המדגיש את המקום שיש לקשר בין האם ובן זוגה או בת זוגה, ובין האב ובן או בת זוגו, בקביעת הורותם, מניח (הנחה המבוססת על השכל הישר) כי בני זוג יוצאים אל מסע ההורות יחד. זאת שאיפה הגלומה בקשר הזוגיות,[[65]](#footnote-65) ובמקרים רבים זוגות בוחרים למסד את הקשר הזוגי כשלב מקדמי להפיכתם להורים.[[66]](#footnote-66) הנחה, שיש בה הגיון, בוודאי במאפיינים התרבותיים של החברה הישראלית, היא שבני זוג צעירים, החיים יחד חיי משפחה, בין אם נשואים ובין אם ידועים בציבור, יביאו לעולם ילדים משותפים.[[67]](#footnote-67)

חשוב להדגיש: איננו טוענים טיעון המצדיק הכרה בשני הורים לילד בכל מקרה ומקרה. טיעוננו אינו טיעון נורמטיבי בעד הכרה בשני הורים, ולפיו המשפט צריך לשאוף לכך שלכל ילד יהיה יותר מהורה אחד (אך לא יותר משניים). טיעוננו בהקשר זה מבוסס על המציאות החברתית-משפטית הקיימת. אנו מכירים בהורות יחידנית ואף תומכים באפשרות להכרה בריבוי הורים. כך, שיקולים הנוגעים לקשר שבין ההורים הפוטנציאלים (או העדרו) עשויים להביא להכרה בהורות יחידנית ולשלול את מעמדו של אדם כהורה. אולם לא במצבים אלו עוסק מאמרנו זה. מאמרנו מתמקד במצבים הטיפוסיים שבהם ילדים נולדים לתוך מערכת יחסים זוגית, בין אם בני זוג בני אותו מין או בני זוג ממינים שונים, ובין אם הם קשורים מכוח גנטיקה או לידה לשני הצדדים למערכת היחסים הזוגית או רק לאחד מהם.

יתרונותיה של עמדה זאת, הקוראת כאמור, לקשור בין קשר הזוגיות למעמד ההורות ומצביעה על יתרונותיה של הזיקה האמורה, מתחדדים מול חולשתם של המודלים האחרים, זה הדוגל בזיהוי הורה על בסיס הקשר הביולוגי, שאינו תואם עוד את המציאות החברתית-משפחתית הפלורליסטית, וזה המדגיש את אלמנט ההסכמה או הכוונה, העלול, כמתואר לעיל, לחדד מחלוקות בין ההורים (או הטוענים להיות הורים) ובכך לאיים על יציבות חייו של הילד ועל רווחתו.

## **הורות מתוקף קשר זוגיות בדין הקיים**

כעת נבקש לחזור לדין הקיים בארה"ב ובישראל ולזיקות המשמשות כבסיס להגדרת ההורות במסגרתו. במיוחד נבקש למקד את תשומת הלב להכרה הקיימת כבר בדין למיסוד הורות על בסיס קשר זוגיות בין ההורים המיועדים, הכרה עליה הצבענו כבר בחלק הקודם שסקר את התפתחות מערך הדינים האמריקאי והישראלי, הנוגעים להגדרת הורות. בדיון כאן נסביר מדוע ניתן לראות בהצעתנו כממשיכה את הקו הקיים כבר בדין, ולפיכך כניתנת, וראויה, לאימוץ במסגרת הפסיקה הקיימת.[[68]](#footnote-68)

**הדין הקיים בארה"ב**

.... [לראות אם אין כאן חזרתיות]

**הדין הקיים בישראל**

[לראות אם אין כאן חזרתיות – יש פה סוג של חזרתיות אבל נראה לי שזה בגדר סיכום ממוקד שיכול לשרת אותנו]

כפי שהדגמנו בפרק קודם של המאמר קשר הנישואים ממלא תפקיד משמעותי בהכרה באבהות המשפטית של הבעל. הצענו גם כי נכון להבין את תפקיד קשר הנישואים בהגדרת האבהות (וההורות ככלל) כמבטא את זיקת הזוגיות בדיני הגדרת ההורות. יש אומנם המפרשים גישה זאת כביטוי לזיקה גנטית המשוערת בין בעלה של האם לילד.[[69]](#footnote-69) פרשנות שכזו אפשרית, כמובן, ואולם, לגישתנו, משלל הטעמים שפורטו בפרק הקודם, ראוי לאמץ פרשנות חלופית הראויה יותר מבחינה נורמטיבית, שגם מתאימה יותר למציאות כיום. לגישתנו, פירוש תפקידו של קשר הנישואים כביטוי של חזקת הזוגיות (וחשיבותה של מערכת היחסים בין הורים משותפים פוטנציאלים ככלל) מהווה פירוש ראוי יותר מזה הרואה בקשר הנישואים כעדות לאבהות גנטית ותו לא.

עוד הראנו שניתן למצוא ביטוי לתפקידה של זיקת הזוגיות בדיני ההורות בישראל במסגרת חוק הסכמים לנשיאת עוברים הממסד בצוותא את ההורות של ההורים המיועדים (בין אם שניהם קשורים גנטית ליילוד ובין אם רק האב). כך, כאשר ניתן צו הורות לאב המיועד ניתן בה בעת ובמסגרת אותו הליך גם צו הורות המכיר באימהותה של בת זוגו, ואף אם היא אינה קשורה גנטית לילד החוק אינו דורש הליך נפרד למיסוד אימהותה. למעשה, לטענתנו, בהקשר של חוק הסכמים לנשיאת עוברים מגמת החלשותה של הזיקה הביולוגית להגדרת הורות לצד התגברותה של זיקת הקשר הזוגי מקבלת משנה תוקף עם החלתו של החוק על בני זוג בני אותו המין בעניין ארד-פנקס בחודש יולי 2021,[[70]](#footnote-70) ונסביר. עד לעניין ארד-פנקס, רק בני זוג שהם גבר ואשה (או נשים יחידניות) היו יכולים להסתייע באשה נושאת על מנת להביא ילדים לעולם. מכיוון שהחוק דרש שהאב המיועד יהיה גם האב הגנטי, כאשר בני הזוג הסתייעו גם בתרומת ביצית היה ידוע מיהו ההורה הקשור גנטית לילד ומי ההורה שאינו קשור גנטית לילד (במקרה של אם יחידנית, היא חייבת להיות קשורה גנטית לילד). כיום, לאחר פסיקת בית המשפט העליון, זוגות גברים יכולים אף הם להביא ילדים לעולם בישראל בסיוע אשה נושאת. אמנם, החוק דורש שהזרע של אחד מהם ישמש להפרייה (וממילא הרצון לילד שקשור גנטית לאחד מהם הוא מניע מרכזי לפנות לנשיאת עוברים מלכתחילה), אך אין הכרח לדעת מיהו האב הגנטי לשם הליך ההכרה בהורות ולהוצאת צו הורות לשני בני הזוג. למעשה, עוד בעניין ממט-מגד, הכיר בית המשפט העליון באינטרס של בני זוג מאותו המין שלא לדעת מי מהם הוא ההורה הגנטי של הילד, או לכל הפחות להותיר עובדה זו כעניין פרטי זוגי שלהם.[[71]](#footnote-71) כך, ההכרה המשפטית בהורות של שני האבות, באמצעות הוצאת צו ההורות, תיעשה בצוותא חדא להורה הגנטי ולבן זוגו, כשהם שווי מעמד לעניין זה בעיני החוק, ומבלי שהזיקה הגנטית תעלה בשלב הקניית המעמד ההורי.

תפקידו של הקשר הזוגי בהגדרת ההורות המשפטית בא לידי ביטוי באופן המובהק והמפורש במבחן ה"זיקה לזיקה". כאמור, השופט הנדל, אשר טבע מונח זה בפרשת **פלונית** (2015), הסביר במפורש כי בסיס זה להכרה בהורות נשען על "הכרה חברתית במעמדה של הזוגיות".[[72]](#footnote-72) השופט הנדל הוסיף ואמר באותו עניין כי "לעתים, אדם יוכר כהורה של היילוד מתוקף קשר זוגיות שבו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד".[[73]](#footnote-73)

אם כן, זיקת הזוגיות, שזורה למעשה במרבית ההקשרים בהם עולה שאלת הגדרת ההורות: אבהות של גבר הנשוי לאם היולדת, הורות של בני זוג שהתקשרו בהסכם לנשיאת עוברים, בין אם הם גבר ואשה, ובין אם זוג גברים, והורות של בנות זוג, כאשר אחת מהם היא גם האם הביולוגית. הכרה בה באופן מפורש, לצד הכרה בזיקה הביולוגית, מציעה קו מארגן לדיני ההורות הישראלים, קו שעד היום דינים אלו היו חסרים.

בהערה לסיום חלק זה נציין כי הקשר נוסף המדגיש את הקשר בין זוגיות להורות הינו זה הנוגע להולדה לאחר המוות. הפסיקה בישראל בשנים האחרונות והנחיות היועץ המשפטי לממשלה המקוריות, שפורסמו כבר בשנת 2003[[74]](#footnote-74) מחדדות את הזיקה בין הורות לזוגיות. מלכתחילה מיקד היועץ המשפטי לממשלה בהנחיותיו את האינטרס להולדה מזרע אדם שנפטר, לבת זוגו שנותרה בחיים. ההנחיות קבעו כי שימוש בזרע לאחר המוות יותר לבת הזוג של המנוח שביקשה זאת.[[75]](#footnote-75) ההנחיות קושרות בין הזוגיות להולדה בקביעתם כי "רצון לצאצא כרוך, מטבע הדברים, גם בבת- הזוג למעשה יצירה זה,"[[76]](#footnote-76) עד כי בהעדרה של בת הזוג, כך על פי ההנחיות, אין מקום להיענות לבקשה.[[77]](#footnote-77) עם השנים הרחיב, אמנם, בית המשפט את הזכאות לבקש לעשות שימוש בזרע המנוח גם להוריו של המנוח בנסיבות בהן נעדר בת זוג בחייו או אפילו כאשר היתה בת זוג אך זאת סירבה לשימוש,[[78]](#footnote-78) אך הרחבה זאת צומצמה בשנים האחרונות כאשר מיקד בית המשפט העליון שוב את הזכאות לבת הזוג.[[79]](#footnote-79) במובן זה הן היועץ המשפטי לממשלה והן בית המשפט העליון הדגישו את ההורות כאלמנט זוגי – כזה הצומח מן הזוגיות וכרוך בה באופן בלתי ניתן לניתוק.[[80]](#footnote-80)

## **חזקת הזוגיות**

לאור העמדה הנורמטיבית שהובעה בחלק הקודם, לפיה מערכת יחסים המתאפיינת במחויבות ארוכת טווח, אחריות ודאגה הדדית ראויה להוות בסיס להכרה בהורות, ומתוך תפיסתנו לפיה ראוי שהמשפט בתחום דיני המשפחה יפעל באמצעות כללים מוגדרים מראש ויצמצם את שיקול הדעת השיפוטי בהכרעה במקרים ספציפיים,[[81]](#footnote-81) אנחנו מבקשים להציע חזקה משפטית לפיה כאשר ילד נולד לתוך מערכת יחסים זוגית, שאינה מוגבלת לזוג נשוי שלא מאותו מין, אזי שני הצדדים למערכת היחסים הזוגית הם הוריהם.

אחד היתרונות המרכזים של ביסוס הורות במשפט על זיקות כדוגמת זיקה ביולוגית או קשר נישואים פורמלי לאם, הוא היכולת לבסס את המעמד ההורי במשפט על מערכת של כללים ברורה וקלה להוכחה באופן שיצמצם את שיקול הדעת המשפטי לקבוע את המעמד של אדם כהורה בכל מקרה ומקרה (בייחוד כיום לאור היכולת המדעית לקבוע קיומו של קשר גנטי בין מבוגר לבין ילד) וזאת בעיקר על מנת להבטיח ודאות ויציבות. כל אחת ואחד מכותבי מאמר זה טענו בכתיבה נפרדת בהרחבה בדבר החשיבות של ביסוס דיני המשפחה על מערכת של כללים וצמצום הסטנדרטים הפתוחים המאפשרים שיקול דעת בהכרעת כל מקרה.[[82]](#footnote-82) הדבר חשוב במיוחד במערך הדינים החולש על הגדרת ההורות מכיוון שיצירת וודאות במעמד ההורי משרתת את טובתם של ילדים ככלל, מכיוון שההורים המשפטיים הם הנושאים באחריות המשפטית לדאגה לילד וכפופים למגוון החובות שחב הורה כלפי ילדו.[[83]](#footnote-83) וודאות ויציבות לגבי זהות אלו הנושאים באחריות וחבים חובות הוריות כלפי ילדים היא קריטית. מובן כי גם מנקודת מבטם של ההורים הפוטנציאליים וודאות לגבי מעמדם המשפטי ביחס לילדים היא בעלת חשיבות עליונה, הן לאור המשמעות של ההורות לזהותם האישית – ובפרט לאופן שזהות זו מתפתחת בהתאם לסטטוס המשפטי המיוחס לזהות זו – והן לאור המשמעות של ההכרה הפורמלית בהורות למערך היחסים בין הנפשות השונות במשפחה.[[84]](#footnote-84)

לכאורה, טיעון בדבר חשיבותה של מערכת היחסים בין שני מבוגרים העשויים להיות הורים במשותף כשיקול בהגדרת המעמד ההורי של כל אחד מהם נוגד להעדפותינו לביסוס ההורות במשפט על כללים וזאת לנוכח הקושי לאפיין ולזהות "מערכת יחסים מספקת" שתשמש כתשתית להכרה בהורות. עם זאת, לטענתנו ניתן להיעזר בכלי המשפטי של חזקות על מנת להפוך דיני הגדרת הורות המייחסים חשיבות למערכות יחסים, לדינים המבוססים על כללים.[[85]](#footnote-85) החזקה הקובעת אבהות משפטית על בסיס נישואים לאמא היא בעינינו פרדיגמה לחזקה שכזו, שעל בסיסה ניתן לעצב את החזקה הראויה ולהתאימה למציאות העכשווית של חיי משפחה. כאמור, אנו מציעים לקבוע שכאשר ילד נולד לתוך מערכת יחסים זוגית, קרי כאשר האם היולדת או האב המוליד מצויים במערכת יחסים זוגית המתאפיינת במחויבות הדדית וארוכת טווח, חזקה כי שני הצדדים למערכת היחסים הזוגית הם הורי הילד.

לעניות דעתנו, על מנת לשוות לזוגיות את המקום הראוי לה, הזוגיות שיכולה לבסס את החזקה המשפטית, צריכה להיות כזאת שהחלה להתבסס כשנה לפני מועד ההתעברות.[[86]](#footnote-86) ביסוס זה יילמד ממגורים משותפים של בני הזוג במסגרת בעלת אופי משפחתי.[[87]](#footnote-87) קיצור פרק הזמן האמור אפשרי כאשר בני הזוג בחרו למסד את היחסים ביניהם על ידי טקס נישואים המוכר על ידי שיטת המשפט המקומית או על ידי שיטת המשפט הזרה, בה נערך הטקס.[[88]](#footnote-88)

כפי שכבר נרמז, הצעתנו אינה שוללת הכרה בהורות משפטית על בסיס זיקה אחרת שאינה מבוססת על זוגיות ממושכת שהחלה לפחות כשנה לפני ההתעברות. כך למשל, הבענו את הדעה (שלא נדונה לעומק במסגרת מאמר זה) לפיה כוונה להביא ילד לעולם וליטול אחריות הורית כלפיו ראויה אף היא לשמש כשיקול להכרה בהורות משפטית. כך, אפשר שבני זוג שמערכת היחסים ביניהם קצרה יותר משנה, יתכוונו להפוך להורים במשותף ויוכלו לבסס את הורות בן או בת הזוג של ההורה הביולוגי על בסיס מבחן הכוונה. באופן דומה, כאשר אישה הרתה כתוצאה מקיום יחסי מין חד פעמיים וללא שהיא והגבר ממנו הרתה מקיימים מערכת יחסים זוגית, איננו טוענים כי יש לשלול הכרה במעמד ההורי של הגבר בשל העדר הזוגיות בינהם. מכאן אפשר שבמקרים שלא יתקיימו התנאים להכרה בהורות על בסיס חזקת הזוגיות עדיין תוכר הורות במשפט.[[89]](#footnote-89) מערכת יחסים ממושכת המתאפיינת במחויבות הדדית **אינה תנאי הכרחי** בעינינו להכרה בהורות, אך אנו טוענים כי היא **תנאי מספיק ליצירת חזקה בדבר הורות**. ~~מכיוון שדיני ההורות בישראל נשענים על הלכה פסוקה ונהלי משרד הפנים, ולא על חקיקה, אין כל קושי לאמץ את חזקת הדין שהצענו במסגרת הפסיקה.~~

## **יישום חזקת הזוגיות ככלל ובנסיבות מורכבות**

יישום חזקת הזוגיות רלוונטי, לעניות דעתנו, במיוחד בנסיבות של הולדה משותפת לבני זוג, כאשר במועד הלידה בני הזוג חיים יחד ואין כל מחלוקת ביניהם ביחס לזהות כהורים יחד. חזקת הזוגיות תכיר בבן הזוג או בבת הזוג כהורה, גם ללא זיקה גנטית לילד. מציאות זאת הרלוונטית לרוב רובם של המקרים בהם בני או בנות זוג מביאים לעולם ילד, יוסבר בסופו של חלק זה.

יישום חזקת הזוגיות יכול כמובן לסייע גם במקרים בהם ילד נולד לבני זוג, כאשר רק אחד מהם קשור ביולוגית לילד ולא נעשה הליך להסדרת המעמד ההורי של בן הזוג סמוך ללידה. במקרה שכזה, אם מתעורר סכסוך באשר למעמד בן הזוג כהורה, בעקבות סיום מערכת היחסים הזוגית, יתייתר הצורך בדיון ראייתי בנוגע לכוונת כל אחד מהצדדים למערכת היחסים הזוגית, ועצם קיומה של מערכת היחסים וההולדה לתוך מערכת היחסים תקים חזקה בדבר המעמד ההורי של בן הזוג. בדרך כלל מדובר בבני זוג בני אותו המין, ובעיקר בנות זוג, אולם אפשר שיתעוררו סוגיות הקשורות למעמד ההורי של גבר שהיה במערכת יחסים זוגית עם אשה, ללא נישואים ובמהלך חייהם הזוגיים ילדה האשה ילד תוך הסתייעות בתרומת זרע בשל קשיי פוריות של הגבר. גם כאן, אם מעמדו של הגבר כאב לא הוסדר בסמוך ללידה, סיום מערכת היחסים הזוגית עשוי להביא לקריאת תיגר על מעמדו המשפטי כהורה.[[90]](#footnote-90) על פי הצעתנו, תקום חזקה בדבר אבהותו. [מה לגבי הסיטואציה של בגידה?]

כאן תעלה שאלה בהתייחס למצב דברים בו בן-הזוג של ההורה הביולוגי הכריז כי הוא אינו מעוניין להיות מוכר כהורה, או שההורה הביולוגי התנגד לכך שבן זוגו ישמש כהורה. המורכבות המתעוררת בנסיבות אלו נובעת מההתנגשות בין הזיקה הזוגית לזיקת הכוונה. לגישתנו ראוי לאפשר התניה על חזקת הזוגיות,[[91]](#footnote-91) אך הדבר מחויב להתבצע בצורה מפורשת, בטרם ההתעברות, המועד המשמש אבן בוחן לחזקת הזוגיות, כמוסבר לעיל. קביעת כלל זה אומנם משית נטל (באופן א-פריורי) על הצד המתנגד (בין אם מדובר על ההורה הביולוגי ובין אם מדובר על בן הזוג) להביע התנגדות באופן מפורש בטרם ההתעברות,[[92]](#footnote-92) שמא תוכר הורות של בן הזוג לאחר הלידה במצבי מחלוקת.[[93]](#footnote-93) אולם, אנו סבורים כי כלל זה, המאפשר להתנות על חזקת הזוגיות, אך באופן מותחם ומוגדר, מגלם את האיזון הראוי בהתנגשות בין זיקת הזוגיות לזיקת הכוונה. הכלל מותיר את האפשרות לצדדים לממש את הסכמתם ביחס להורות של בן הזוג רק כאשר הדברים התבצעו בצורה מפורשת, ובכך הוא אף עשוי לצמצם התדיינויות משפטיות במחלוקות שעלולות להתעורר בדיעבד, לאחר הלידה, סביב שאלת ההסכמה, שלא תמיד ניתנת לאומדנה בנקל. כלל זה לוקח בחשבון את המציאות כי הבאת ילד לעולם במסגרת מערכת יחסים זוגית עשויה להיות מונעת ממגוון מניעים שונים, לעיתים מורכבים וסותרים, אך אין באלה כדי לשלול את ההכרה בהורות של בן הזוג שהיה שותף, בין אם במפורש ובין אם במשתמע, בהליך הבאת הילד לעולם. לא אחת זוגיות במשבר מובילה להבאת ילד לעולם מתוך ציפייה שהתינוק יעזור בשיקום היחסים או כאולטימטום שמגיע מאחד מבני הזוג. אם בכל אחד מן המצבים האלה נאפשר לפתוח את הדיון בשאלת ההסכמה להביא ילד לעולם, אנו מסתכנים בחוסר וודאות ואחידות במיוחד בכל הנוגע להסדרת מעמדם של זוגות שמאותו מין.

דילמות אחרות יכולות להתעורר בהתנגשות בין הזיקה הביולוגית לבין זיקת הזוגיות. ראינו כי כאשר מדובר בזוג נשוי, גבר ואשה, הדין (בארה"ב ואף בישראל) לא בהכרח מקנה עדיפות לבעל הזיקה הגנטית. כך, לפני עריכת בדיקה גנטית אשר עשויה לשלול את הזיקה הגנטית בין הבעל לילד, או לקבוע את קיומה של זיקה גנטית בין הילד לגבר שאינו הבעל, על בית המשפט לשקול את טובת הילד [זה נכון בישראל, מה המצב בארה"ב?].[[94]](#footnote-94) ואולם, האם כאשר מדובר בבנות זוג יאמץ הדין גישה דומה, בנסיבות בהן אחת מבנות הזוג תהרה בעקבות יחסי מין עם גבר מחוץ לקשר הזוגי? ומה כאשר בנות זוג התקשרו עם גבר על מנת לביא יחד ילד לעולם מתוך כוונה שלילד יהיו שלושה הורים? כל עוד הדין לא מכיר בריבוי הורים, אחד מבין השלושה לא יוכר כהורה. במקרה שכזה, האם בהכרח צריכה להיות עדיפות לזיקה הגנטית על פני זיקת הזוגיות? ראוי לציין שלפחות חלק משיטות המשפט [כדאי להיות ספציפיים], יותירו במקרה שכזה את הגבר בעל הזיקה הגנטית ללא מעמד הורי ויראו בו תורם זרע. אנו סבורים שבמקרים מסוימים מן הראוי להכיר ביותר משני הורים, ובמקרה שאין הכרה כזו שאלת ההכרעה בין בעל הזיקה הגנטית לבעל הזיקה הזוגית אינה יכולה לקבל מענה כללי, אלא להיות מוכרעת בכל מקרה לגופו.

הדיון בחלק זה עסק ביישומה של חזקת הזוגיות בהסדרה **בדיעבד** של המעמד ההורי ונגע בעיקר לנסיבות בהן התעוררה מחלוקת בין ההורים הפוטנציאלים. ואולם השימוש המרכזי הצפוי בחזקה רלוונטי, כאמור, בנסיבות בהן מתבקשת ההכרה במעד ההורי והמיסוד שלו **מראש, ומיד לאחר הלידה**.

1. 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) (להלן: בלכר-פריגת וזפרן, 'ילדים זה שמחה'). פרק זה מושתת על... [↑](#footnote-ref-1)
2. ראו חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים), וכן חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. לבחינת הדילמות שמתעוררות סביב הגדרת ההורות בנסיבות של הליך נשיאת עוברים ותרומת ביציות, ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של ‏הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223, 234 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי"). [↑](#footnote-ref-2)
3. ראו לעניין זה "נוהל רישום לידה בארץ" משרד הפנים-מינהל אוכלוסין (מספר נוהל 2.2.0001), זמין באתר: <https://www.gov.il/BlobFolder/policy/birth_registry_in_israel_procedure/he/2.2.0001.pdf> (להלן: נוהל **רישום לידה בארץ**) וכן 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](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/policy_registration_of_birth_in_general_registry/he/2.2.0008.pdf) (להלן: נוהל הטיפול לרישום נולדים בישראל). לביקורת על אופן הסדרה זו, ראו צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 269, 287–288 (ישי בלכר, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016) (להלן: טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון"). [↑](#footnote-ref-3)
4. ראו את "נוהל חו"ל" של משרד הפנים, שאינו מפורסם ברבים, המסדיר את קביעת ההורות במקרי פונדקאות טרנס-לאומית. בג"ץ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים**, פ"ד סו(3) 493 (2014), בפס' 8 לפסק-דינה של המשנָה לנשיא נאור (להלן: עניין **ממט-מגד**); Ruth Zafran & Dafna Hacker, *Who Will Safeguard Transnational Surrogates' Interests? Lessons from the Israeli Case Study*, 44 L. & Soc. Inquiry 1141 (2019) [↑](#footnote-ref-4)
5. כפי שנפרט במאמר, ההורות היא "מוסד משפטי". המשפט הוא שקובע מיהם ההורים מבחינה משפטית, בין אם הקביעה המשפטית היא שהורות במשפט תתבסס על זיקה ביולוגית-גנטית, ובין אם ההורות המשפטית מתבססת על זיקות אחרות. [↑](#footnote-ref-5)
6. יותר מכך, בעיקרו הכריז בית המשפט העליון על אבהות אזרחית המנותקת ממבחניו הקונקרטיים של דין אישי זה או אחר, וראו ע"א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578 (1995). [↑](#footnote-ref-6)
7. שם, בעמ' 315–316. [↑](#footnote-ref-7)
8. זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 234–235; איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" **משפטים** מ 5, 9 (2010) (להלן: בלכר-פריגת והקר, "הורים או זרים"). [↑](#footnote-ref-8)
9. הנחה זו, כפי שרות זפרן, הדגישה בכתיבתה, מבוססת על שני טיעונים: האחד, הנוגע לאלמנט הדמיון וההמשכיות; והאחר, בעל אופי-קנייני, נוגע לרצונו של האדם, כבעלים של גופו, לשלוט על התוצרים של גופו. ראו לעניין זה שם בעמ' 232, ה"ש 24 ולרשימת המקורות הספרותיים המובאים בהערה זו. [↑](#footnote-ref-9)
10. ראו Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 17, בעמ' 152. [↑](#footnote-ref-10)
11. בדין הישראלי אין חזקה קבועה בפסיקת בית המשפט העליון לפיה בעלה של האם הוא האב, אלא בנהלי משרד הפנים לרישום לידות (ראו להלן ה"ש ...). כפי שציינו בפתחו של הפרק, אין חוק בישראל המגדיר הורות, ואין הלכה פסוקה שקבעה כך. לפיכך, אנו משתמשים במונח "הנחה" ולא במונח "חזקה". [↑](#footnote-ref-11)
12. ס' 28ה לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000. [↑](#footnote-ref-12)
13. בנסיבות מיוחדות, שבהן לא נדון בהרחבה במאמר זה, כאשר נוצר צורך מיוחד להכיר באב אחר, מצאו בתי המשפט פתרונות יצירתיים להכרה בו, כגון אימוץ או הכרה בהורה פסיכולוגי. ראו תמ"ש (משפחה חי') 31880-07 **א.ג.ז. נ' א.ז.** (פורסם בנבו, 5.11.2013). באמצעים אלה נעשה שימוש לעיתים גם בנסיבות שאינן קשורות לממזרות, למשל, אצל מוסלמים, ראו תמ"ש (משפחה נצ') 29182-07-14 **מ'. י' נ' נ'. ז.** (פורסם בנבו, 27.2.2017) (להלן: עניין **מ.' י'**). [↑](#footnote-ref-13)
14. ס' 28יב לחוק מידע גנטי. אם האם או הבעל (לרבות הגרוש, שלו הייתה נשואה האם במועד ההתעברות) מסרבים לרישומו כאב, לא יירשם לילד כל אב, ובדיקה גנטית לא תותר, אלא בצו בית משפט שיינתן רק במקרים נדירים. [↑](#footnote-ref-14)
15. עמדה זאת המכירה בבעל כאב אינה ייחודית רק לבני זוג יהודים. ראו, למשל, עניין **מ.' י'**, לעיל ה"ש 25; תמ"ש (משפחה טב') 27090-01-11 **ע.א.ז נ' ח.מ** (פורסם בנבו, 28.10.2011). [↑](#footnote-ref-15)
16. ס' 3 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965. [↑](#footnote-ref-16)
17. כיום מחייבים הנהלים כי האב יוסיף ויצהיר כי הוא האב הגנטי של הצאצא ואולם מדובר בשינוי שהוכנס לאחרונה ונועד לטרפד מאבק משפטי להכרה באמהות בת הזוג של האם היולדת (להפנות צור-ויסלברג ולחלק הרלוונטי במאמר המשותף). [↑](#footnote-ref-17)
18. ראו ס' 3, 4.9 ו-4.10 לנוהל של רשות האוכלוסין וההגירה 2.2.0007 "נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשות במרשם האוכלוסין" (5.8.2020) [www.gov.il/BlobFolder/policy/adding\_parent\_to\_minor\_israeli\_register\_2014/he/2.2.0007.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/policy/adding_parent_to_minor_israeli_register_2014/he/2.2.0007.pdf) (להלן: "נוהל הוספת פרטי אב"). [↑](#footnote-ref-18)
19. חלק זה לקוח מבלכר-פריגת וזפרן, 'ילדים זה שמחה' לעיל ה"ש 3, בעמ' 422–430. [↑](#footnote-ref-19)
20. תפיסה זו משותפת לכל מערכת המשפט בעת העתיקה, ובפרט באמירה השאובה מן המשפט הרומי "Mater semper certa est" (האימהוּת תמיד וודאית). תפיסה זו השתמרה בשיטות המשפט כיום, שבהן האישה היולדת היא האם המשפטית באופן אוטומטי. ראו טריגר, **פשעים נגד הפטריארכיה**, לעיל ה"ש 11. [↑](#footnote-ref-20)
21. ס' 2 (הגדרת "נתרמת"), 11 ו-42(א) לחוק תרומת ביציות. [↑](#footnote-ref-21)
22. יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" **משפטים** מב 835, 857–858 (2012) (להלן: מרגלית "הורות משפטית בהסכמה"). [↑](#footnote-ref-22)
23. חשוב לעמוד כאן על בלבול שאנחנו מזהים בין מבחן הכוונה למבחן ההסכמה. מבחן ההסכמה הובא לשיח המשפטי הישראלי על ידי יחזקאל מרגלית. 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"); מרגלית, "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 34. מרגלית מדגיש את האלמנט החוזי בדיני משפחה ובפרט בהקשר של הגדרת יחסי הורים ילדים. לשיטתו אין להסתפק בכוונה משוערת או משתמעת, והוא מבקש להצמיח את ההורות על בסיס חוזה מפורש בין שני ההורים, חוזה שנערך כדין ואושר בפני רשות מוסמכת. ראו גם יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" **משפטים** מז 113, 117 (2017). ואולם, הישענות על הסכם מחייבת ברירת מחדל, נקודת מוצא, ממנה הצדדים מבקשים לסטות בהסכם. נראה כי מרגלית מניח כנקודת מוצא שמי שיש לו או לה זיקה ביולוגית לילד הם בעלי זכאות ראשונית והם יכולים להסכים לוותר על זיקה זו או לחלוק בה. אנו סבורים, כפי שציינו לעיל, כי אין ברירת מחדל טבעית או מובנת מאליה, וכי יש לדון בברירת המחדל עצמה. שאלה נפרדת היא האם יש לאפשר לצדדים לסטות בהסכם מברירת המחדל שקובע הדין. בעניין זה גישתו של המשפט הישראלי היא כי הורות אינה עניין פרטי המסור להחלטת הצדדים, אולם מאמר זה לא דן בשאלה זו. [↑](#footnote-ref-23)
24. יש הסבורים כי יש ליתן תשומת לב לפערי הכוחות בין הצדדים במסגרת הפעלת מבחן הכוונה, ראו, לדוגמא Libby Adler, *Inconceivable: Status, Contract, And the Search For A Legal Basis For Gay & Lesbian Parenthood*, 123 PENN STATE LAW REVIEW 1, 27-33d (2018) (To the extent that gay and lesbian parenting rights increasingly rely on contract, critiques of contract should be on our radar. Issues of bargaining power …… are all worth careful attention". [↑](#footnote-ref-24)
25. Blecher-Prigat , לעיל ה"ש 17. [↑](#footnote-ref-25)
26. לגישתנו, עמדת בית המשפט בבע"ם 1118/14 **פלונית נגד משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (פורסם באר"ש, 1.4.2015) (להלן: עניין **פלונית** 2015ב)) אשר שללה באופן מוחלט את האפשרות להכיר במי שיזמה הולדה בסיוע שלושה גורמים חיצוניים ליחידה המשפחתית – תורמת ביצית, תורם זרע ואם נושאת – כאם, טעונה עיון נוסף. [↑](#footnote-ref-26)
27. 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. [↑](#footnote-ref-27)
28. ראו את רשימת ההנחיות המפורסמת באתר **משרד הבריאות** [www.health.gov.il/Services/Committee/Embryo\_Carrying\_Agreements/Pages/Surrogacy.aspx](http://www.health.gov.il/Services/Committee/Embryo_Carrying_Agreements/Pages/Surrogacy.aspx) – "פנייה לוועדה לצורך קבלת הכרה לזכאות לחוק ההסכמים" (יולי 2020), "תנאים להתאמה לתהליך עבור בני הזוג והאם הנושאת" (פברואר 2018), "הכנת המסמכים הנדרשים לצורך הגשת הבקשה לאישור הסכם נשיאת עוברים" (נובמבר 2018) ועוד. [↑](#footnote-ref-28)
29. הליך נשיאת עוברים טומן בחובו מורכבויות חברתיות, רגשיות ואתיות, לנוכח שילוב גורם שלישי שנושא את העובר. ראו לעניין זה נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר־מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" **משפט וממשל** טו 435 (2013). למורכבויות הייחודיות הנוגעות להליך נשיאת עוברים בחו"ל, ראו Ruth Zafran & Dafna Hacker, לעיל ה"ש 6. למורכבויות ייחודיות הנוגעות להורים המיועדים בחו"ל, ראו צבי טריגר "מסע אחר: חוויות של הורי פונדקאות ישראלים בהודו" **תיאוריה וביקורת** 44 ,177 (2015). [↑](#footnote-ref-29)
30. ס' 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. מחלוקת קיימת בין מלומדים ביחס לזהות ההורים של ילד שנולד מהתקשרות לנשיאת עוברים ברגע הלידה. לפי אחת הגישות – הנתמכת על זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 4 – נראה כי לילד זה עשויים להיות יותר משני הורים במועד הלידה: האם היולדת (הנושאת את ההיריון) מכוח הלידה; האב המיועד מכוח הזיקה הגנטית לצאצא השלובה באלמנט הכוונה; בת זוגו, היא האם המיועדת, מכוח זיקתה אליו השלובה בכוונתה להיות אם. גישה אחרת עשויה לסבור כי לילד אין ולו הורה אחד במועד הלידה. ניתן לסבור כי לפחות ברמה האידיאולוגית גישה זאת אינה ראויה ואין להסכים עם מצב שבו לילד לא יהיו הורים במועד הלידה. [↑](#footnote-ref-30)
31. ס' 13(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. [↑](#footnote-ref-31)
32. ס' 2(1) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. [↑](#footnote-ref-32)
33. ס' 2(2) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. על פי לשון החוק זרעו של האב המיועד תמיד צריך לשמש להפריה. ואולם, כיום לאחר הכרעת בית המשפט העליון בעניין ארד-פנקס לפיה יש להחיל את החוק גם על זוגות מאותו המין, מובן כי רק אחד מהאבות המיועדים יכול להיות קשור גנטית לילד, ולפיכך יש לפרש את החוק כך שנדרש קשר גנטי לאחד ההורים. ראו: בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים,** פס' 6 (פורסם בנבו, 11.07.2021). [↑](#footnote-ref-33)
34. שם. [↑](#footnote-ref-34)
35. עמדה של המחוקק – המתנגדת לשימוש בתרומת תאי רבייה גם בביצית וגם בזרע – קיבלה חיזוק לאחרונה בבג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 03.08.2017) (פסק הדין דחה את עתירת נשים יחידניות אשר בשל בעיה רפואית אינן מסוגלות לשאת היריון ואף לא לתרום ביצית משלהן, שטענו כנגד הדרישה לזיקה גנטית בהליך הפונדקאות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים). [↑](#footnote-ref-35)
36. ס' 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. [↑](#footnote-ref-36)
37. Zafran & Hacker, לעיל ה"ש 6. [↑](#footnote-ref-37)
38. לדיון בחסרונות של הליך שיפוטי למיסוד ההורות לאחר הלידה ולכך שראוי להגן על האינטרסים של האישה הנושאת, ראו Noy Naaman, *Timing Legal Parenthood* (forthcoming) (לעדכן) (להלן: Naaman). [↑](#footnote-ref-38)
39. עניין **ממט-מגד,** לעיל ה"ש 6. צו הורות פסיקתי פוּתח מספר שנים קודם לכן בעניינן של זוג נשים. לעניין זה ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 **ת.צ נ' היועמ"ש לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב** (פורסם בנבו, 4.3.2012), שבו סללה השופטת מילר את השימוש בצו הורות פסיקתי, אם כי להכרה בהורות על בסיס קשר גנטי (שם היה מדובר בבנות זוג שאחת מהן נשאה את העובר והאחרת תרמה את הביציות). [↑](#footnote-ref-39)
40. אמ"ץ (משפחה ת"א) 57740-12-13 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם, 1.3.2015). בהליך זה הוגשה עמדת היועמ"ש ולפיה בנסיבות הולדה בסיוע של תרומת זרע אנונימית מסכימה המדינה ליתן צו הורות לבת הזוג של האם הביולוגית. עמדה זו פורסמה במסגרת "הודעה לעיתונות: היועץ המשפטי לממשלה אינו מתנגד למתן צו הורות כדי להכיר בבת זוג של אם ביולוגית כאם נוספת" (דוברות משרד המשפטים, 8.2.2015). להחלטה קדמה אִמרת-אגב של בית המשפט העליון (מפי השופט פוגלמן) כי ניתן מבחינה עקרונית ליתן צו הורות פסיקתי גם ביחס לבת הזוג של האם הביולוגית. ראו בע"ם 4890/14 **פלונית נ' פלונית,** פס' 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 2.9.2014). אפשר שאִמרה זו סללה את ההרחבה של המודל ביחס לזוגות נשים כשנה לאחר מכן. תמ"ש 57740-12-13 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם, 1.3.2015) (עניין **פלונית 2015א**). [↑](#footnote-ref-40)
41. זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 223, ה"ש 144. [↑](#footnote-ref-41)
42. לקריאה נוספת בעניין זה, ראו נוי נעמן "תזמון ההורות במשפט – צו ההורות הפסיקתי כמקרה בוחן" כה **משפט וממשל** (לעדכן) (להלן: נעמן, "תזמון ההורות"). [↑](#footnote-ref-42)
43. דרישת התסקיר רוככה עם השנים במהלך דו-שלבי, תחילה על-ידי בית המשפט ולאחר מכן על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ומשרד הרווחה והעבודה. ראו שם, בה"ש 77 והטקסט הנלווה לה. [↑](#footnote-ref-43)
44. עניין **פלונית** 2015ב, לעיל ה"ש 38, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל. נבהיר כי הכינוי נטבע לאחר שהפרקטיקה של צווי הורות פסיקתיים בלא תסקיר לזוגות של גברים התבססה בבתי המשפט לענייני משפחה במהלך 2014. [↑](#footnote-ref-44)
45. שם. [↑](#footnote-ref-45)
46. את הטענה זו העלתה לראשונה בלכר-פריגת (Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 17). [↑](#footnote-ref-46)
47. שם. בעמ' 140 ו-154–157. [↑](#footnote-ref-47)
48. להפנות לספר של Milanich [↑](#footnote-ref-48)
49. כמובן שעשויות להתעורר דילמות במקרים של התנגשות בין הזיקות השונות. למשל, אישה המקיימת מערכת יחסים ארוכה ומחייבת עם גבר או עם אישה, אלא שהיא נכנסת להיריון מיחסי מין מזדמנים שהיא קיימה עם גבר. נניח שבן או בת הזוג הקבועים של האישה היולדת מעוניינים להיות מוכרים כהורים לילד שנולד כתוצאה מאותם יחסי מין, ואולם גם האב הגנטי מבקש להיות מוכר כאב משפטי. האם על המשפט להעניק עדיפות לבן או בת הזוג של היולדת או לאב הגנטי, או אולי בכלל להכיר בריבוי הורים במצב דברים מעין זה? אלו הן שאלות חשובות אך במסגרת מאמר זה נבקש להתמקד בטיעון העקרוני התומך בהוספת מערכת היחסים כשיקול בהגדרת ההורות ונתייחס למקרים הנפוצים שבהם עולה שאלת ההתחשבות בזיקת הזוגיות. [↑](#footnote-ref-49)
50. Richard F. Storrow, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 Hastings L.J. 597, 599 (2002); Jacobs, לעיל ה"ש 16, בעמ' 465.

האם כאן ואיפה עוד לשלב את דאגלס? [↑](#footnote-ref-50)
51. האם יש מישהו בספרות האמרקאית שמעלה ביקורת כזאת? לשלב [↑](#footnote-ref-51)
52. Susan Frelich Appleton, *Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era*, 86 Boston U. L. Rev. 227, 282 (2006); Dara E. Purvis, *Intended Parents and the Problem of Perspective*, 24 Yale J.L. & Feminism 210, 249 (2012); Jessica Feinberg, *Restructuring Rebuttal of the Marital Presumption for the Modern Era*, 104 Minn. L. Rev. 243, 274 (2019). [↑](#footnote-ref-52)
53. התלבטנו כיצד לכנות את האם שמיסוד מעמדה כאם נמצא במרכזו של המאמר. לגישתנו, המובאת בהרחבה במאמר זה, כאשר ילד נולד לתוך מערכת יחסים זוגית, שני הצדדים למערכת היחסים הם הורים שווי מעמד. הכינוי שבו בחרנו, "האם הנוספת", משקף את המציאות המשפטית והעובדתית הקיימת אנו מודעים לכך שהביטוי עצמו עשוי לחזק גישות אחרות, כאלה המייצרות עליונות של האם הביולוגית, כאם "טבעית", כזאת שמעמדה אינו דורש הכרה או ככזאת המצויה מעל האם הלא ביולוגית במדרג ההורי. בהיעדר חלופה אחרת ולנוכח ההכרח "לסמן" לצורך הדיון את האימהות באופן מובחן, תכונה האחת "אם ביולוגית" או "אם יולדת", והשנייה תכונה האם הנוספת או בת הזוג. [↑](#footnote-ref-53)
54. מעניין לציין כיצד נבחנת הזוגיות; למשל באמצעות אופן החצנת הזוגיות כלפי כולי עלמא, כדוגמת איחוד שמות משפחה. ראו בתלה"ם (משפחה אשד') 8095-04-18‏ **מאמי נ' אמא**, פס' 51 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.3.2020) (שם נידון איחוד שמות משפחה כאינדיקציה להסכמה לגדל את הילד במשותף) (להלן: עניין **מאמי**). [↑](#footnote-ref-54)
55. שיקול הכוונה לא הוכר בישראל במישרין כשיקול בלעדי להכרה בהורות המשפטית, אף כי הוא מהווה, כאמור לעיל, רציונאל שובר שוויון בנסיבות של הולדה בסיוע לפחות בהקשר של בני זוג ממינים שונים, בהסתייעות בתרומת זרע, ביצית ובהקשר של הסדר לנשיאת עוברים על פי החוק המקומי. למגבלות תחולתו בישראל ראו עניין **פלונית** 2015ב, לעיל ה"ש 38. כמו כן ראו בהרחבה שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" **משפטים** נא, הטקסט שליד ה"ש 64 (צפוי להתפרסם ב-2021) (להלן: ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה"). ספרות זרה [↑](#footnote-ref-55)
56. Ayelet Blecher-Prigat, *The Costs of Raising Children: Toward a Theory of Financial Obligations Between Co-Parents*, 13 Theoretical Inquiries L. 179, 193–196 (2012); איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט 821, 848 (2016). חוקרת נוספת שמביעה עמדה זו באופן בהיר ונחרץ היא Merle H. Weiner בספרה, ראו Merle H. Weiner, A Parent-Partner Status for American Family Law (2015). כן ראו Merle H. Weiner, *When a Parent Is Not Apparent*, 80 U. Pitt. L. Rev. 533 (2019). [↑](#footnote-ref-56)
57. שם. [↑](#footnote-ref-57)
58. והיה אף מי שהציע להרחיב את מערכת החובות ההדדיות אל מעבר ליחסי ההורים במשותף ולכלול בה גם את בני הזוג החדשים של הורים אלה, ככל שהפכו לדמויות הוריות בעצמם. ראו בהקשר זה Ruth Zafran, *Step-Parent as Fiduciary* (לעדכן). [↑](#footnote-ref-58)
59. קלייר האנטינגנטון סוברת כי אנו חיים בעידן "פוסט-נישואים", שבו נישואים כבר לא משמשים בסיס לחיי המשפחה. ראו Clare Huntington, *Postmarital Family Law: A Legal Structure for Nonmarital Families*, 67 Stan. L. Rev. 167, 169–175 (2015). בעוד שהנטינגנטון מצביעה על מגמה זו בהקשר האמריקני, נדמה שמגמה זו אינה פוסחת על החברה הישראלית ומהווה חלק בלתי נפרד מהתמורות הסוציולוגיות הפוסט-מודרניות ביחס למוסד המשפחה. לפני יותר משני עשורים, זיהתה הסוציולוגית סילביה פוגל-ביז'אוי מגמה זו בחברה הישראלית, ותמכה אותה בירידה בשיעור הנישואין לצד עלייה בשיעור הילדים הנולדים מחוץ לנישואים, תוך נורמליזציה של ניהול משק בית משותף ללא נישואים. ראו סילביה פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט מודרניות" **מין מיגדר פוליטיקה** 107 (דפנה יזרעאלי ואח' עורכות, 1999). ראו גם סלביה פוגל-ביזאוי "האישי, הלאומי, הגלובלי – מבט עכשווי על משפחות בישראל" **מאזני משפט** יג 15, 22–24 (2020). [↑](#footnote-ref-59)
60. אפשר כי גם מערכות יחסים קרובות שאינן אינטימיות מטיבן יכולות לשמש מצע להכרה בהורות משותפת. בהקשר זה ראו Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 17. [↑](#footnote-ref-60)
61. על מחויבות טיפולית, שמירה והגנה על יחסי משפחה דאוגים, הסתמכות ואחריות ארוכת טווח, כאלמנטים הלוקחים חלק בזיהוי ההורה המשפטי 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"); זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 4. (לראות אם יש משהו באנגלית שמתאים) [↑](#footnote-ref-61)
62. טיעון זה קיבל תשומת לב מרובה בשנים האחרונות בספרות, ראו, לדוגמה, Douglas NeJaime, The Nature of Parenthood, 126 Yale L.J. 2260, 2268 (2017); Courtney G. Joslin, *Nurturing Parenthood Through the UPA*, 127 Yale L.J.F. 589, 560–562 (2018). [↑](#footnote-ref-62)
63. נכון להיום לא נערך מחקר מובחן על אוכלוסיית הלהט"ב, ובכלל זה משקי בית של זוגות מאותו מין. ראו רמי שוורץ **סטטיסטיקה לאומית על אוכלוסיית הלהט"ב ועל משקי בית חד-מיניים – סקירה משווה** (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 3.12.2020) [fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a/2\_9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a\_11\_16528.pdf](https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a/2_9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a_11_16528.pdf). אולם, ניתן ללמוד על עלייה של משפחות מאותו מין מהעלייה במספר פסקי הדין שהותרו לפרסום הנוגעים לצווי הורות במשפחות אלה. [↑](#footnote-ref-63)
64. לחפש עוגן בכתיבה תיאורטית [↑](#footnote-ref-64)
65. ראו לעניין זה גם עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 6, בפסקאות 1-2 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין פ**לונית 2015ב**, לעיל ה"ש 38, בפס' 8 (ד) לפסק שינו של השופט הנדל. [↑](#footnote-ref-65)
66. תעיד על כך הסטטיסטיקה הישראלית לפיה 92% מהילדים מתגוררים עם שני הורים וכי רק 11% מכלל המשפחות עם ילדים מתחת לגיל 17 הן משפחות חד הוריות, רובן משפחות של הורים גרושים שככל הנראה הקימו משפחה כזוג. ראו לשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הודעה לתקשורת: משפחות בישראל – נתונים לרגל יום המשפחה" 6 (10.02.2021) .https://www.cbs.gov.il/he/mediarelease/DocLib/2021/047/11\_21\_047b.pdf. [↑](#footnote-ref-66)
67. ביטוי מובהק להנחה זאת ניתן למצוא בסעיף 8 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו משנת 2003: "ילד בא לעולם, בדרך הטבע, בהסכמה משותפת של איש ואישה. כאשר זוג - איש ואישה, חיים ביחד ומקימים תא משפחתי, אזי ההליך הטבעי והמקובל, וכך בחברה הישראלית, הוא שבשלב מסוים הם מביאים ילד לעולם". החוקרת כנרת להד מצביעה על ההולדה כתחנה מצופה ומתבקשת מכל זוג בישראל (כאשר הזוגיות כשלעצמה היא תחנה מצופה ומתבקשת שכזאת). ראו בהקשר זה, Kinneret Lahad, A Table for One – A Critical Reading of Singlehood, Gender and Time (2017), p. 26-37. יוער, כי על הורות/אי הורות, על אף שהופכת למוכרת יותר, נחשבת עדיין נדירה בישראל ובפרט חריגה, ראו ארנה דונת, "ממני והלאה: הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל" (רונן וודלינגר עורך, 2011). [↑](#footnote-ref-67)
68. שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 65, הטקסט שליד ה"ש 40. [↑](#footnote-ref-68)
69. פרשנות זו מוצאת לה ביטוי בפסק דינם של השופטים בבג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 2. ראו את הדיון להלן בפרק ד1. [↑](#footnote-ref-69)
70. בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 27.2.2020) (להלן: עניין **ארד פנקס 2020**). [↑](#footnote-ref-70)
71. עניין **ממט**, לעיל ה"ש 6, פס' 20-21 לפסק דינה של המשנה לנשיאה נאור; פס' 6א לפסק דינה של השופטת ארבל. ואף נראה שגם השופט ג'ובראן (שם, בפס' 42 לפסק דינו) והשופט רובינשטיין (שם, בפס' 11(ד) לפסק דינו) הסכימו לעניין חשיבות אינטרס זה. [↑](#footnote-ref-71)
72. ראו עניין **פלונית** 2015ב, לעיל ה"ש 56, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל. [↑](#footnote-ref-72)
73. שם. [↑](#footnote-ref-73)
74. "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** (אוקטובר, 2003; מספר הנחיה: 1.2200)'', <https://www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/12202.pdf> (להלן: הנחיות היועץ). [↑](#footnote-ref-74)
75. שם, בסעיף 3. [↑](#footnote-ref-75)
76. שם, בסעיף 19. [↑](#footnote-ref-76)
77. שם. [↑](#footnote-ref-77)
78. לסקירת ההתפתחויות בפסיקה בהקשר זה ראו יחזקאל מרגלית "מת ל(ה)חיות – על הגבולות הנורמטיביים הרצויים של עשיית שימוש ברצון הנפטר להולדת ילדים לאחר מותו" כד **משפט ועסקים** 223 (צפוי להתפרסם 2021). [↑](#footnote-ref-78)
79. בע"מ 7141/15 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, ‏22.12.16). עם זאת חשוב לציין כי בערכאות הדיוניות קוראים תיגר על מגמת הצמצום שהוכתבה בבית המשפט העליון ומבקשים להקנות מעמד בהחלטה להוריו של המנוח. [↑](#footnote-ref-79)
80. לעמדה המתנגדת להדגשת האלמנט הזוגי בהולדה לאחר המוות, ראו צבי טריגר, "מוֹתוֹ שֶׁל זֶה הוּא חַיָּיו שֶׁל זֶה: הולדה לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי הוריו והאידיאולוגיה של ההורות הישראלית-יהודית", **תיאוריה וביקורת** 49, 67 (2017). טריגר נכון להרחיק לכת ולהכיר בסבים שיזמו את ההריון מזרע בנם המנוח כהוריו של הצאצא. [↑](#footnote-ref-80)
81. Laufer-Ukeles & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 52, בעמ' 464–465; ליפשיץ, "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 65, בעמ' 33. [↑](#footnote-ref-81)
82. בלכר-פריגת והקר, "הורים או זרים", לעיל ה"ש 12, בעמ' 22; רות זפרן "אחים ואחיות במשפט" **עיוני משפט** מא 5, 58 (2018); נעמן "תזמון ההורות ", לעיל ה"ש 54. [↑](#footnote-ref-82)
83. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מגדיר את ההורים כאפוטרופסים הטבעיים של הילד. הגדרה זו מקנה להורים את החובה והזכות לדאוג לשלומו הפיזי ונפשי של הילד, לרבות את חינוכו, מקום מגוריו ודתו. החוק קובע כי הקטין מחויב לציית להוריו בכל הנוגע לאפוטרופסות תוך כיבודם. ראו ס' 14–16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. לצד זאת, חוקים נוספים, והפסיקה שבעקבותיהם, מקנים להורים זכויות וחובות נוספות, ביניהן הזכות לקבוע את שמו של הילד והחובה בדבר תשלום מזונות. ראו טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" **משפטים** מד 415, 421 (2014). [↑](#footnote-ref-83)
84. לדיון בחשיבות המתאם שבין התפיסה העצמית לבין הזהות המשפטית המיוחסת לזהות זו, תוך שימת דגש על מועד הלידה, ראו, Naaman , לעיל ה"ש 50. [↑](#footnote-ref-84)
85. Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 17, בעמ' 153–154. [↑](#footnote-ref-85)
86. מעניין לציין כדוגמה את התיקונים שבוצעו במחוזות פדרליים בקנדה. ראו, לדוגמה, את סעיף 8 ל-All Families Are Equal Act במחוז אונטריו משנת 2016. סעיף זה מגדיר את מועד הכניסה להיריון כמועד הרלבנטי לבחינת הזוגיות ללא קשר למשך הזוגיות טרם מועד זה. ראו All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), S.O. 2016 c. 23 § 8(1) (Can.), ("If the birth parent of a child conceived through assisted reproduction had a spouse at the time of the child’s conception, the spouse is, and shall be recognized in law to be, a parent of the child"). כמו-כן, בסעיף ההגדרות, החוק מוסיף את הגדרת המונח spouse ככזה הכולל גם בן זוג: “"spouse” means the person to whom a person is married or with whom the person is living in a conjugal relationship outside marriage; (“conjoint”). [↑](#footnote-ref-86)
87. Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 17, בעמ' 153–154. להבדיל, למשל, משותפים לדירה שאינם מקיימים מערכת זוגית. [↑](#footnote-ref-87)
88. אנו ערים למתח שקיים ביחס לשימוש בקריטריון של כניסה למוסד הנישואים כקריטריון לקיצור פרק הזמן. מצד אחד, השימוש בקריטריון עלול לסתור את אחד הרציונליים עליו מבוססת המודל (שוויון בין מגוון תצורות המשפחה) שכן זוגות מאותו-מין מנועים מלהינשא בישראל. שימוש בקריטריון זה עלול להיות אף בעייתי בעיני אותם פרטים שבחרו להימנע מלהיכנס למוסד הנישואים משיקולים אידאולוגיים, הן בישראל והן בארה"ב. מנגד, קיימים טיעונים התומכים בשימוש בקריטריון הנישואים לקיצור פרק הזמן. כיום, בנסיבות של הפריה באמצעות תרומת זרע, הבעל של האישה היולדת, אינו נדרש להכרה בהורותו באמצעות הליך שיפוטי, שהרי הנישואים מהווים חזקה לקיומה של זיקה גנטית (ראו ... ביחס לדין בארה"ב ואת ... ביחס לדין בישראל). לכן, אי קביעת קיומו של קריטריון עלול לקפח זוגות שמאותו מין שרשומים כנשואים (לאחר שנישאו בחו"ל) ושלא קיימו את פרק הזמן הקבוע בחזקה. באיזון בין שני צדי המתרס, וכדי לייעל את המנגנון, אנו סבורים כי ראוי שכניסה למוסד הנישואים תאפשר קיצור של פרק הזמן הדרוש. [↑](#footnote-ref-88)
89. מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 34. [↑](#footnote-ref-89)
90. ראו למשל תמ״ש (י־ם) 10681/98 **פלונים נ׳ אלמוני** (פורסם בנבו 19.9.00). [↑](#footnote-ref-90)
91. בישראל קובע ס' 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ש"אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין **ירוס-חקק** (ע"מ (מחוזי ת"א) 10/99 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"מ התשס"א 831 (2001)) הובאה עמדת המערערות לפיה יש לפרש את הסעיף תוך שימת דגש על המילה יחד (ולא על הצירוף "איש ואשתו"). כך מטרת הסעיף היא למנוע מצב שבו אדם נשוי מבקש לבדו לאמץ קטין, בעוד שבן-זוגו לא נושא במחויבות הורית כלשהן. פרשנות זו נדחתה על ידי דעת הרב בבית המשפט המחוזי, ולא נדונה שוב בבית המשפט העליון (עניין **ירוס-חקק**, לעיל ה"ש 52). אולם, אף אם נקבל פרשנות זו, אין בכך בהכרח כדי לשלול אפשרות של הבאת ילד לעולם כאשר רק אחד מבני הזוג הוא ההורה המשפטי של הילד. דיני אימוץ עוסקים בטובתם של ילדים חיים וקיימים, ואילו בדיני הולדה גם כעניין של דין נוהג וגם כעניין של דין רצוי, טובת הילד שייוולד לא יכולה להוות שיקול. [↑](#footnote-ref-91)
92. שאלה שעולה כאן היא מהו הנטל שעליו לעמוד בו. האם הצד המתנגד נדרש להביע את התנגדותו בעל-פה או בכתב? האם הבעת התנגדות יכולה לעשות בין הצדדי בלבד או בפני גורם חיצוני, כדוגמת עורך דין או גורם שיפוטי? [↑](#footnote-ref-92)
93. מחלוקת כזאת עלולה להתעורר בדיעבד ולאחר הלידה. הכרעה בנסיבות של מחלוקת ראוי, לגישתנו, שתתברר לעולם בפני בית המשפט. [↑](#footnote-ref-93)
94. סעיף 28ד לחוק מידע גנטי. [↑](#footnote-ref-94)