

לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל

מאת

יחזקאל מרגלית*

בארץ כבעולם בעשרות השנים האחרונות המשפחה, ההורות ויחסי הורים וילדים עוברים שינויים דרמטיים. אם לא די בכך, חידושי הרפואה המודרניים מעצימים את היכולת להפריד בין מיניות, פריון והורות. לדעת מלומדים רבים, המשפט אינו מדביק את קצב השינויים הללו, והתובנות המסורתיות להסדרת מערכות יחסים אלו אינן מספקות עוד כלים הולמים להתמודד עמם. בשל הצורך לגשר על הפער שנוצר בין המצב החברתי הרצוי ובין הדין הנורמטיבי המצוי מתרבים בני זוג והורים המבקשים להסדיר את רכישת עצם סטטוס ההורות ואת אגד הזכויות והחובות הכרוכות בו באמצעותם של הסכמות וחוזים שונים. המחקר שלפנינו מבקש לסקור את הליך קביעת ההורות המשפטית במשפט הישראלי הנוהג ולעמוד על המגמות המרכזיות המסתמנות בדיני המשפחה בכלל ובהקשר של יחסי הורים וילדים בפרט. לטעמי אפשר לראות מגמה ברורה, אם כי אטית, של זניחת ההלכה היהודית לטובת הסדרה אזרחית. אחת הנגזרות המרכזיות של מגמה זו היא זניחת קביעת ההורות המשפטית על יסוד ההורות הטבעית, המושפעת רבות מההלכה היהודית, לטובת הורות חברתית-פסיכולוגית, שהיא אזרחית וחילונית באופייה וקרובה מאוד למודל הנורמטיבי המוצע על ידי במאמר זה. לפיכך אבקש לתרום את חלקי לעיצוב ההסדרה האזרחית הנורמטיבית הראויה בעיניי של סוגיה מורכבת ובעייתית זו – קביעת הורות משפטית בהסכמה. לאחר שאניח את התשתית התאורטית ואבחן את ההיבטים הפרקטיים המרכזיים של המודל הנורמטיבי, אצביע בקצירת האומר על היתרונות האפשריים השונים שלו ואבקש להתמודד בקליפת אגוז עם הביקורות העשויות להישמע נגדו. בהמשך אבקש לבחון כיצד אפשר ליישמו במופעיה השונים של קביעת ההורות המשפטית של יילודים שנולדו מטיפולי הפוריות השונים בצורה קוהרנטית, גמישה, מנומקת וצודקת יותר. לאחר מכן אבחן את המנגנונים השיפוטיים ו/או האדמיניסטרטיביים הקיימים, והצריכים להיות קיימים לטעמי, כדי שיהיה אפשר ליישם בארץ את המודל בצורה המיטבית. אחתום את מאמרי בפתחת הדיון המורכב והבעייתי יותר והוא אפשרות יישומו של המודל כדרך המלך בקביעת ההורות המשפטית של כלל היילודים.

* ד"ר למשפטים; חוקר אורח בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק (N.Y.U.) (2011–2012); מרצה מן החוץ באוניברסיטת בר-אילן; חוקר במכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות, המרכז הרפואי ע"ש שיבא, תל השומר. אני מבקש להודות מקרב לב לקוראים/קוראות האנונומיים/אנונימיות על ביקורת מצויינת ובונה ולמערכת כתב העת משפטים על עבודת עריכה והגהה מקצועית וטובה.

א. דילמת קביעת ההורות המשפטית בעידן המודרני. ב. קביעת הורות משפטית במשפט הישראלי הפוזיטיבי. 1. כללי; 2. התאזרחות דיני ההורים והילדים בישראל; 3. קביעת אבהות ליילוד מאישה פנויה ומאישה נשואה; 4. אבהות/הורות אזרחית; ג. הצעת המודל הנורמטיבי – קביעת הורות משפטית בהסכמה. 1. התשתית התאורטית של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה בראי המשפט ההיסטורי והמשווה; 2. ההסכמה כמכוננת את ההורות המשפטית; 3. יתרונותיה האפשריים השונים של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה; ד. יישומה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה במופיעיה השונים בהקשר של טיפולי הפוריות. 1. כללי; 2. יישומה בפועל של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה; 3. הסכמי דיספוזיציה בדבר ביציות מופרות; 4. הסכמים לנשיאת עוברים; 5. תרומת זרע מגבר זר; 6. תרומת ביצית; ה. מנגנונים שיפוטיים ו/או אדמיניסטרטיביים לקביעת ההורות המשפטית בהסכמה בישראל. 1. התייצבות לפני פקיד מינהל האוכלוסין והכרת/הודאת אבהות; 2. אישור חוזה להורות משותפת ו/או קבלת פסק דין בתביעת אבהות; 3. הקמת מרשמי הורות ואבות פוטנציאליים; ו. לקראת הורות משפטית בהסכמה כדרך המלך בקביעת ההורות המשפטית של כלל היילודים? ז. על כפות המנעול.

א. דילמת קביעת ההורות המשפטית בעידן המודרני

קביעת הורות משפטית היא אחת הסוגיות הבווערות בדיני המשפחה בכלל וביחסי הורים וילדים בפרט. זאת בשל שינויים סוציולוגיים ורפואיים שאנו עדים להם ביובל השנים האחרון, הגורמים לשינויים דרמטיים בהגדרת המשפחה, הזוגיות ויחסי הורים וילדים.¹ בארץ, כבעולם, מודל המשפחה הגרעינית הקלסית מאבד את בלעדיותו לטובת מבני משפחה חדשים שונים ומגוונים.² אך טבעי הוא שכשם שמבנה המשפחה הזוגי נדרש להערכה ולהגדרה מחדש, כן הם פני הדברים בהקשר של הגדרת ההורות המשפטית, הנוגעת ללב לבם של יחסי הורים וילדים.

1 לסיכום תמציתי של עניין זה ראו יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית" משפט רפואי וביור-אתיקה 3, 125, 133–126 (2010) (להלן: מרגלית "עלייתו המחודשת של המודל הגנטי").

2 ראו על כך סילביה פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחותיות לפוסט-מודרניות" מין מיגדר פוליטיקה 107 (דפנה יורעאלי, אריאלה פרידמן, הנרייט דהאן-כלב, חנה הרצוג, מאור חסן, חנה נוה וסילביה פוגל-ביז'אוי עורכות, 1999); פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643 (2005).

לפיכך בעשרות השנים האחרונות אפשר למצוא בספרות המחקר, בחקיקה ובפסיקה מודלים שונים המתיימרים לקבוע את ההורות המשפטית.³ אולם לטעמי אין בכוחם לקבוע קביעה קוהרנטית את דילמת קביעת ההורות המשפטית בכלל מופעה השונים. לצורך דיוננו אסתפק בקביעה כי במשפט הפוזיטיבי הנוהג בארץ ובעולם כוונה, רצון והסכמה לשמש כהורה משפטי אינם, לעת הזו, דרך אפשרית לרכישת סטטוס ההורות, על אגד החובות והזכויות הנובעות ממנו. כל שאפשר למצוא הוא קבלה ספורדית של תובנה זו זעיר פה זעיר שם, אך ללא כל תשתית משפטית-פילוסופית מגובשת וקוהרנטית.

ואולם, במחקר מקיף אחר⁴ שערכנו בחנו בעין ביקורתית את המצב המשפטי הקיים והסקנו כי אפשר כבר כיום למצוא במשפט הפוזיטיבי הנוהג במדינות ארצות הברית השונות ובמדינות רבות אחרות בעולם יישום בפועל של קביעת הורות משפטית בהסכמה, הן במודלים המסורתיים לקביעת הורות משפטית והן במודלים מודרניים יותר. דברינו אמורים בייחוד בהקשרים השונים של קביעת ההורות המשפטית המתאפשרים הודות לרפואה ולמדע המתקדמים.⁵ במקרים אלו לטעמי קיימים שיקולים כבדי משקל המטים להכיר בתוקפם של הסכמים והסכמות שונים הקשורים להליך קביעת ההורה המשפטי של הילד.

במחקר שלפנינו אבקש לבחון את הלימות המודל הנורמטיבי של קביעת הורות משפטית בהסכמה בדין הישראלי הפוזיטיבי ואת השינויים הצריכים להיעשות בדין הקיים כדי שיהיה אפשר ליישמו בצורה המיטבית. לשם כך אפתח בסקירת ההליך של התעצמות התאזרחות דיני הורים וילדים בישראל בכלל ובקביעת הורות אזרחית ביילודים שנולדו מטיפולי פוריות שונים, המתנתקים והולכים מתובנות ההלכה היהודית, בפרט. בפרק ב אבחן את הדין הנורמטיבי הקיים כיום בדין הישראלי, על פגמיו השונים, בקביעת הורות משפטית ליילודים שנולדו מקיומם של יחסי אישות, המעוצב בהשפעתו החזקה ביותר של הדין הדתי. בפרק ג אבקש להניח את התשתית התאורטית בראי המשפט ההיסטורי והמשווה לעיצוב ההסדרה האזרחית הנורמטיבית הראויה בעיניי של סוגיה מורכבת ובעייתית זו, שהיא קביעת הורות משפטית בהסכמה. אעמוד על מרכזיותה של ההסכמה בעידן המודרני בדיני המשפחה בכלל וביחסי הורים וילדים

3 לסקירתם ולמניית יתרונותיהם וחסרונותיהם ראו יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לדילמת קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו 553 (2012) (להלן: מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה").

4 ראו על כך יחזקאל מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה (עבודת גמר לתואר "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשע"א) (להלן: מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה).

5 כדוגמת תרומת גמטות, זרע וביצית, הסכמים לנשיאת עוברים והסכמים בנוגע לביציות מופרות (disposition agreements), שבהם אעסוק בהמשכו של מחקר זה.

בפרט, אצביע על היתרונות האפשריים השונים שלה ועל המענה האפשרי לביקורת המושמעת נגדה.

בפרק ד אבחן את יישומו האפשרי של המודל הנורמטיבי מושא מחקרי במופעיה השונים של קביעת ההורות המשפטית של יילודים שנולדו מטיפולי פוריות שונים. בכלל זאת אדרש לקביעת אבני הדרך המרכזיות ביישומו בפועל של המודל הנורמטיבי המוצע על ידי תוך עמידה על תוכן ההסכמה וגבולותיה. אבאר מהי נקודת הזמן והאופן שבהם נבחנת ההסכמה הראשונית וכן אבחן אם, כיצד ועד מתי אפשר לסגת ממנה. בפרק ה אבחן את המנגנונים השיפוטיים ו/או האדמיניסטרטיביים הקיימים, והצריכים להיות קיימים לטעמי, כדי שיהיה אפשר ליישם את המודל בצורה המיטבית. בפרק ו אחתום את מחקרי בפתחת הדיון המורכב והבעייתי יותר והוא אפשרות יישומו של המודל כדרך המלך בקביעת ההורות המשפטית של כלל היילודים.

ב. קביעת הורות משפטית במשפט הישראלי הפוזיטיבי

1. כללי

דיני המשפחה בישראל מאופיינים בהתגוששות של מערכות משפט – הקיימות זו לצד זו – בשל קיומן של עדות דתיות שונות, ולכן אי אפשר לדבר כלל על מערכת משפט אחת ויחידה אלא על השתקפותה של זו לאור הדין האישי. אם לא די בכך, סובלים דיני המשפחה בארץ זה שנים רבות ממאבקים בלתי פוסקים בין ההלכה היהודית ובין המשפט האזרחי. כך יוצאות שתי שיטות משפט אלו נפסדות – סמכויות השיפוט של בתי הדין הרבניים בישראל, הדנים על פי דין תורה, מכורסמות והולכות מאז קום המדינה ועד לאחורונה, ואילו המשפט האזרחי מתפתח בעיקר כתגובת נגד לדין הדתי ואינו זוכה לפיתוח אפרירי, מקיף וקוהרנטי כראוי לו.

חוקרי דיני המשפחה בארץ טוענים שאפשר לראות בעשור וחצי האחרון התעצמות של ההסדרה האזרחית על חשבון היחלשותה של ההלכה היהודית – מעט בחקיקה ובעיקר בפסיקה. שני הנשיאים בדימוס האחרונים של בית המשפט העליון, מאיר שמגר ואהרן ברק, תרמו "תרומה דרמטית" להאצתו של מהלך זה, שזכה לכינוי – "יציאת דיני המשפחה האזרחיים בישראל מן הארון".⁶ אם בתחילה נעשה המאבק בידי שמגר בהלכה היהודית בדרכים שונות ומשונות בתחכום רב, בנחישות ובפסקנות, בידי ברק היה זה

6 לכינוי אחרון זה בהקשר של אהרן ברק ראו פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 575, 575 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון").

פעמים רבות, למעט חריגים מספר, בהצנע ובהסתר מן העין, ורק עם פרישתו כתב ארבעה פסקי דין מרכזיים וחשובים שבהם יצא הוא חזיתית ובגלוי נגד ההלכה היהודית.⁷ קיומו של מאבק בלתי פוסק זה הוליד יצור כלאיים בדמות דין אזרחי חלקי, מפוצל, פתלתל⁸ ולא קוהרנטי, החסר ביסוס ופיתוח תאורטי נרחב ו/או קיומן של נורמות מסוג של כללים. לפיכך אין הוא יכול לשמש תשתית ראויה לדין אזרחי ביום שבו יכוננו נישואים אזרחיים בישראל לכלל אזרחיה ותושביה. אם לא די בכך, גם הפיתוח האזרחי, שאחד ממאפייניו הבולטים לכאורה הוא זניחת הקטבים השמרניים לטובת הקטבים הליברליים/ליברטריאניים, מאופיין במגמות סותרות הנעות בין קטבים אלו חליפות. תחום דיני הורים וילדים בכלל וקביעת הורות משפטית בישראל בפרט מיטלטל בין הקטבים השמרניים לליברליים תוך התנתקות זהירה ואטית, אך עקיבה, מההלכה היהודית לטובת הדין האזרחי. הליך זה בא לידי ביטוי היטב הן בשאלות של דין וסמכות והן בשאלות של קביעת ההורות הלכה למעשה. פנחס שיפמן קבע בשעתו אמירה, שטרם נס לחה, ולפיה בנושא של קביעת ההורות המשפטית בארץ שוררת מבוכה לא מעטה.⁹ אכן, בין היתר בשל היעדרה של הסדרה חקיקתית אזרחית-טריטוריאלית ושל הכרעה פסיקתית ברורה ועקיבה טרם הוסרו לחלוטין סימני הספק למי קנויה סמכות השיפוט, ויותר מכך איזה דין מהותי יוחל על קביעת ההורות המשפטית. הדעה המרכזית המסתמנת בסוגיה זו, הן בפסיקה והן במחקר, היא כי אין קביעת הורות משפטית בגדר ענייני המעמד האישי, ולכן הדין האזרחי הוא המחייב ולא הדין האישי של המתדיין.¹⁰

7 מדובר בפסקי הדין האלה: רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003) (על הנישאים בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל תוטל חובת מזונות אזרחית-חוזית); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537 (2006) (בני זוג מאותו מין שנישאו במדינה המכירה בנישואיהם יירשמו כנישואים בישראל); בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, פ"ד סא(3) 726 (2006) (נישואים אזרחיים בין יהודי ללא-יהודי יוכרו כנישואים תקפים לגבי חוק הירושה); בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006) (יש לתת תוקף מלא לנישואיהם של אזרחים ישראלים הכשירים להינשא בישראל שנישאו בנישואים אזרחיים בחו"ל).

8 על פתלתלותם של דיני המשפחה האזרחיים, בשל המאבק הבלתי פוסק עם הדין הדתי, ולקריאה לנסות ולמצוא שפה משותפת לשתי שיטות משפט אלו, הצרות זו לזו, ראו, לאחרונה, בהתאמה שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" משפט ועסקים י 447 (2009); פנחס שיפמן "שפה דתית ושפה אזרחית בדיני המשפחה" משפט ועסקים י 423 (2009).

9 לקביעה זו ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 21 (1989).

10 לדעותיהם החולקות של שרשבסקי ומירון ראו בהתאמה בנציון שרשבסקי דיני משפחה 351 (מהדורה רביעית, 1993); יעקב מירון "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בעניני המעמד האישי: השיפוט בעניני אבהות" עיוני משפט ז 729 (1979/80); יעקב מירון "התחמקות מהכרעה (שיפוט בעניני אבהות והרכב חסר)" הפרקליט לח 172 (1989). לפסיקה חריגה של בית המשפט המצדדת אף היא בדעה חולקת זו ראו בג"ץ 539/79 בוזגלו נ' בית הדין הרבני האזורי באר-שבע (לא פורסם,

אם לא די בחוסר הבהירות בסוגיית השיפוט וחרף המסקנה שאין סמכות שיפוט לדינו האישי של המתדיין, גם לגופם של דברים בהקשר של המשפט המהותי בתי המשפט נוטים להשתמש בכללים השאובים מן ההלכה היהודית, לא אחת בד בבד עם השימוש בדין האזרחי, ופעמים אף תוך ערבוב השניים. זאת הגם שמדובר, על פני הדברים, בכללים פרוצדורליים ולא מהותיים. לכן על פי רוב, כפי שהעיר על כך נכונה שיפמן, בדלת האחורית שבה ונכנסת ההלכה היהודית.¹¹ רק לעתים רחוקות משתמשים בתי המשפט בדין האזרחי, כפי שאסקור זאת בהרחבה בהמשך, אך גם זאת ללא כל תשתית ברורה וקוהרנטית תוך ניסיון להכריע בעיקר במקרה המובא לפנינו.

יודגש כי נושא מרכזי ורגיש זה של קביעת הורות משפטית מצריך הסדרה מקיפה וקוהרנטית של כלל הדילמות שבהן עולה סוגיה זו כדי למנוע הכרעות שיפוטיות סותרות שיינתנו נקודתית במקרים השונים שיתגלגלו לפתחו של בית המשפט. בנוסף, דיני המשפחה רוויים בארץ כבעולם בהטיות ובתפיסות עולם שונות ומגוונות ופעמים רבות אף סותרות. לפיכך חקיקה שיפוטית עשויה לשקף בעיקר את תפיסת העולם של השופט שהכריע בתיק אך לא את דעת כלל הציבור בארץ ולאחר שהסוגיה בהקשריה הרחבים נבחנה ועברה בבית המחוקקים. לפיכך יש לדחות על הסף מודל הדוגל דווקא בהתקדמות ממקרה למקרה והתמודדות אד הוק עם כל דילמה ודילמה כעומדת על רגליה שלה.¹²

לטעמי קיימת בעייתיות רבה הכרוכה בגרירת רגליהם של המחוקקים בדרך להסדיר רגולטורית הסדרה קוהרנטית של הדילמות השונות העולות בתחום קביעת ההורות המשפטית. זאת בעיקר בשל הצורך הקיומי הנובע מפיתוחם המואץ של הרפואה והמדע. יש לציין בהקשר זה שעם חלוף הזמן אפשר לראות כיצד שינויים חברתיים הובילו

16.1.1980). לסיכום הביקורת והספרות שנכתבה על פסיקה ייחודית זו ראו במקורות המובאים אצל מיכאל קורניאלדי "המעמד המשפטי של יילוד מהפרייה מלאכותית" קרית המשפט ד 361, 376, ה"ש 66 (2004).

11 על המציאות המורכבת שלפיה חרף הוצאת עניין האבהות מענייני המעמד האישי אין הדבר דוחה בהכרח את תחולתו של הדין האישי על קביעת האבהות ראו פנחס שיפמן "שיפוט ומשפט בענייני אבהות (בג"צ 283/72 בוארון נ' ביה"ד הרבני תל-אביב-יפו ואח', כ"ו פד"י (2), 727) "משפטים ד 664, 665 (1972). לסיכום עדכני של לבטי הפסיקה והמלומדים בעניין ראו האסמכתאות השונות המובאות אצל רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו 311, 312-315 (2002) (להלן: "של מי אתה ילד?"); דליה צמירין חלק הוכחת אבהות 49-68 (מהדורה חדשה ומורחבת, 2007). על הפרדה בין הקשרים שונים של קביעת הורות באופן שרק בחלק מהם יחול הדין האישי ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 25-26.

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

לשימוש שונה ברפואה ובמדע בהקשרים משפחתיים שונים ומגוונים. מכאן אפשר לראות שינוי מגמה מהותי בין שימוש זה בתחילת הדרך, שנועד בעיקר לשימור מבנה המשפחה המסורתית, ובין השימוש המודרני בהם בעיקר ליצירת מבני המשפחה החדשים. ניסיון העבר מלמד שדילמת קביעת ההורות בעתיד תהיה מורכבת עוד יותר כאשר עם פיתוחן של טכניקות פריון מתקדמות יותר ילך מספר המעורבים בהליך זה ויגדל, והדילמות המשפטיות יתעצמו בהתאמה. הותרת קביעת ההורות בידי הרשות השופטת גם היא אינה פתרון רצוי, שכן ראוי שתחום רגיש ומורכב זה יוסדר בחקיקה ראשית ולאחר שיעבור את כור ההיתוך הציבורי באמצעות נבחרי. הדברים אמורים בייחוד בארץ כאשר מעולם לא זכינו להסדרה אזורית מקיפה וקוהרנטית של סוגיה זו, הרגישה מאוד אזורית והלכתית.

בשעת כתיבת מחקר זה אין כל הסדרה חוקית של דילמת קביעת ההורות, למעט תחום ההסכמים לנשיאת עוברים ותרומת ביציות. גם סקירת החקיקה הישראלית הספורדית הקיימת, שמעולם לא טרחה להגדיר באופן כולל מיהו אב משפטי ומהי אם משפטית, תעלה תמונה חקיקתית מצומצמת ומצומקת למדי. אין בחקיקה הראשית המסדירה את מערכת היחסים הורים וילדים במסגרת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות אלא קביעה לקונית של החובות המשפטיות של ההורים כלפי ילדם, הנובעות מסטוס ההורות המשפטית:

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.¹³

קנה המידה למילוי חובת ההורים הוא הדרך שבה הורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין. כנגד חובה זו קובע החוק חובת ציתו של הקטין החייב, תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל עניין הנתון לאפוטרופסותם.¹⁴ הא ותו לא.

2. התאזרחות דיני ההורים והילדים בישראל

הליך התאזרחות היבטים שונים של דיני הורים וילדים, ובכלל זאת היבטים שונים של קביעת הורות משפטית בהסכמה, בא לידי ביטוי בראש ובראשונה בהחלת הסדרים אזרחיים שונים שאין מקורם בדין האישי של הצדדים השונים להליכי ההולדה השונים מושא מחקרי. יודגש כי כאשר אנו מתנתקים והולכים מהדין האישי, ובכלל זאת מההלכה

13 ראו על כך ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120 (להלן: חוק הכשרות המשפטית).

14 ראו על כך בהתאמה ס' 17 ו-16 לחוק הכשרות המשפטית.

היהודית, שהוא קוגנטי יותר באופיו, ממילא יש גם מקום נרחב יותר להסכמה ולהסדרה דיספוזיטיבית, שהיא חילונית ואזרחית יותר במהותה. בהקשר של הדין האישי של מתדיינים יהודים, ההלכה היהודית,¹⁵ בראש ובראשונה, מדובר בהכרה במוסד אימוץ הילדים, דבר שלא היה קיים בהלכה קודם חקיקתו של החוק הישראלי.¹⁶ במסגרת חוק אימוץ ילדים נדרש המחוקק האזרחי כבר בשנת 1960 ולאחר מכן בשנת 1981 להתנתק, ברמה כזו או אחרת, מההלכה היהודית לטובת אימוצו של הסדר אזרחי עצמאי, יותר או פחות. אולם גם כאשר המחוקק מסדיר את האפשרות לסטות מהמודל הטבעי-גנטי לטובת המודל הפסיכולוגי¹⁷ במסגרת מוסד האימוץ, אין הוא מתנתק לחלוטין מתפיסת

15 כאשר אנו עוסקים במאמר כולו בדין האישי/הדתי של מתדיינים יהודים כוונתנו להלכה היהודית כפי שזו נפסקה הלכה למעשה בידי פוסקי ההלכה ודייני בית הדין הרבני. לסקירה מקיפה של דין זה ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 10. לדיון נקודתי יותר בדעות ההלכתיות השונות שנאמרו על קביעת ההורות ההלכתית של ילודים שנולדו מטיפולי הפוריות השונים ראו במחקריו השונים של מיכאל קורנאלדי, ובייחוד: מיכאל קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה: מגמות חדשות 73–117 (2004) (להלן: קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה); מיכאל קורנאלדי דיני ירושה: ירושה, צוואות ועזבונות 299–333 (מהדורה שנייה ומורחבת, 2012) (להלן: קורנאלדי דיני ירושה).

16 לעניין זה אפשר למצוא שפע של קביעות הלכתיות ומחקריות כאחת. ראו למשל במקורות האלה: אשר גולאק יסודי המשפט העברי חלק ג 11 (התרפ"ב); הרב מרדכי הכהן "אימוץ ילדים לפי ההלכה" סיני מח, רד (התשכ"א); טובה ליכטנשטיין "האימוץ מנקודת מבט יהודית" חברה ורווחה: רבעון לעבודה סוציאלית י 29 (1989). על היבטים שונים של האימוץ במשפט העברי ראו בהרחבה נילי מימון דיני אימוץ ילדים 510–589 (1994); אליקום דבורקס על בן אמצת לך: אימוץ ילדים בראי ההלכה (התשס"ה). על האימוץ כתחליף לקירבה הטבעית-גנטית ועל החריגים להשוואה זו לאור השפעת ההלכה היהודית על המשפט האזרחי ראו: Pinhas Shifman, *Kinship by Adoption: Where Adoption Differs from Natural Affinity*, 23 ISR. L. REV. 34 (1989); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 52–82; שרשבסקי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 414–424; קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 62–70.

17 המודל החברתי/פונקציונלי/פסיכולוגי אינו רואה בהולדה סיבה מספקת לקביעת הורות משפטית. העניין ייקבע רק בעקבות מילוי התחייבותו של ההורה כלפי ילדו בפועל ומכך ייגזרו גם זכויותיו. בספרות המשפטית אפשר למצוא תימוכין למודל זה הן בשל היחלשות סטטוס הנישואים הן בשל עקרון טובת הילד והן בשל הצורך בהגנה על הסתמכותו של הטוען להורות וזכויותיו כמי שפיתח מערכת יחסים טובה עם הילד. ראו על כך בספרות המנחה Katharine T. Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family has Failed*, 70 VA. L. REV. 879, 882 (1984); Nancy D. Polikoff, *This Child does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, 78 GEO. L.J. 459 (1990).

העולם ההלכתי. לפיכך מכיר הוא בשפה רפה בלבד באפשרות לנתק ילד מזיקתו הטבעית-גנטית.¹⁸

בנוסף, כבר בשנות החמישים של המאה הקודמת היה קיים חיוב במזונות הילדים במנותק מההלכה היהודית כדי שהחיוב יחול גם, ואולי ובעיקר, כאשר אין חיוב שכזה על פי ההלכה. הדברים אמורים גם במקרה שבו הילד אינו נחשב להלכתי בנו של אביו, כדוגמת ילד הנולד מנישואי תערובת כאשר אחד מהוריו אינו יהודי.¹⁹ כמו כן סקירה מדוקדקת של רשימת חוקים נוספת ולא מבוטלת מעלה תמונה של אזרח מערכת יחסים זו בחקיקה הישראלית זעיר פה וזעיר שם.²⁰

גם בחקיקה השיפוטית אפשר להצביע על כמה היבטים המשקפים חלחול כללי של שיח הזכויות²¹ ותפיסת העולם הליברלית-מודרנית לתוככי המשפחה בכלל ועל התעצמות

18 ראו על כך ס' 16 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293 (להלן: חוק האימוץ). עם זאת יש לציין שכנגד קביעתי בגוף הדברים בחר המחוקק במודל האימוץ הסגור, הרחוק מן המודל ההלכתי, אם כי גם בחקיקה כיום אפשר לסטות ממנו לטובת האימוץ הפתוח, ולא מן הנמנע שבעתיד הנראה לעין יהפוך המודל הפתוח למועדף גם בעיני המחוקק. על קביעות מחקריות שונות העומדות על השפעה הלכתית זו ראו למשל מרדכי הלפרין "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים" דילמות באתיקה רפואית 161, 165-161 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002) (להלן: הלפרין דילמות באתיקה רפואית); יעל ויילר "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות: פיצול – הפשטה – איון" ספר אסיא טו (א-ב) 141, 164 (התשנ"ז) וביתר הרחבה מרגלית "עלייתו המחודשת של המודל הגנטי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 166-172. לסיכום הגדרת ההורות המשפטית באמצעות אימוץ ראו רות זפרן "אמהות יש גם שתיים – הגדרת אמהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 369-372 (2007) (להלן: זפרן "אמהות יש גם שתיים"). לסיכום ערכני של הפרקטיקה הנוהגת בארץ בנושא אימוץ ילדים ראו גלי (פולק) רון בית המשפט לענייני משפחה בראי הפסיקה 245-268 (2009).

19 ראו על כך ס' 3 (ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72. על חיוב מזונות ילדים מכוח הדין האישי ראו גד טדסקי "חיוב המזונות במשפטנו האזרחי" משפטים ו 242 (1975). לשאלת היחס שבין מערכות החיוב הדתית והאזרחית ראו למשל מנשה שאוה "מזונות ילדים קטינים: היחס בין תחולת דיני הצדקה שבמשפט העברי לבין תחולת חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959" דיני ישראל ד 181 (התשל"ג); מנשה שאוה "מזונות ילדים קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי" חלק ראשון עיוני משפט ז 316, חלק שני עיוני משפט ז 583 (1980); מנשה שאוה "היחול סעיף 3א לחוק המזונות על הורים יהודים? (ע"א 591/81 פורטוגו נ' פורטוגו)" הפרקליט לה 58 (1983).

20 ראו החוקים השונים שמונה השופט חשין בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 599-604 (1995) (להלן: פלונית נ' פלוני (3077/90)); קורין אלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 56-70.

21 מובן שלחקיקת חוקי היסוד יש השפעה מרחיקת לכת על האצת תהליך זה. על השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן כללי על דיני המשפחה בישראל ובפרט על טובת הילד וזכויותיו ראו אריאל רוזן-צבי "חוקי-היסוד והשפעתם על דיני המשפחה בישראל" דת, ליברליזם, משפחה וחברה 363 (אריאל פורת עורך, 2001); צמרירן חלק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 329-413; בלהה כהנא חבות של

שיח הזכויות ביחסי הורים וילדים, בדומה למגמה הכלל עולמית, בפרט.²² זאת במובחן מתפיסת העולם הדתית, השמרנית באופייה, המשקיפה על דיני המשפחה באופן נוקשה יותר, ולכן נוטה שלא להכיר הכרה מרחיקת לכת בזכויות הפרטים השונים החיים בתוככי המשפחה לבחור הסדרים דיספוזיטיביים כטוב בעיניהם. ודאי שבמערכת דיני הנישואים ההלכתיים אי אפשר לדבר על "חופש חוזים" במובנו הליברלי-מודרני, שיאפשר לבני זוג לבחור את ההסדר הראוי בעיניהם בתחום הורים וילדים תוך הסדרה הסכמית של קביעת ההורות ההלכתית.²³

כך אפשר למנות בין היתר את התעצמות הזכות לחיי משפחה, להורות ולגידול הילדים;²⁴ הכרה הולכת וגוברת בזכויות הורי ההורים לקשר עם נכדיהם, זכות המכרסמת

- הורים בנוזיקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנוזיקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים 53–58 (2008). בפסיקה ראו פסק הדין המנחה בפרשת פלונית נ' פלוני (3077/90), לעיל ה"ש 20, בעמ' 587.
- 22 על מהלך זה ועל מהלך נגדי של התעצמות תפיסות שמרניות ו/או קהילתניות ראו אצל שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא: בין ליברטריאניזציה ובין בית המשפט 'המחשק'" מחקרי משפט יז 159, 159, ה"ש 1 (2001) (להלן: ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא"). על התעצמות ההיבטים הליברליים ולביקורת שיח הזכויות ראו רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפטים על אהבה 605, 610–616 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) (להלן: זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה"). להתגברות המסתמנת של שיח הזכויות בהקשר של טיפולי הפוריות השונים וביצירת המשפחה בכלל ראו בהתאמה מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפרייה ולידה" הפרקליט לט 21, 27–28 (1989); רות הלפרין-קדרי "שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחסי אם-עובר ושימוש בסמים על-ידי נשים הרות" פלילים ו 261, 331–338 (1997); זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה", שם, בעמ' 652.
- 23 על נוקשות ההלכתית של הסדרת יחסי האישות בין בני זוג, המשקיפה על תחום אינטימי זה כקוגנטי, ולכן כמי שאינו נתון ל"חופש החוזים" של בני הזוג, ראו בהרחבה יחזקאל מרגלית "ועונתה לא יגרע" על הסדרה צבורית ופרטית של יחסי אישות בין בני זוג במשפט העברי 1–61 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשס"ו). על הדרכים ההלכתיות המוגבלות העומדות בכל זאת לבני זוג להסדיר כטוב בעיניהם את מערכת יחסי האישות ביניהם ראו יחזקאל מרגלית "הסדרת יחסי אישות בין בני זוג בהסכמה בהלכה היהודית" משפחה במשפט ז (טרם פורסם).
- 24 על הזכות לחיי משפחה בהקשר של הורות ראו למשל בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 23–28 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006). על הזכות לגדל את הילד ראו כהנא, לעיל ה"ש 21, בעמ' 86–89. בשאלה אם יש זכות חוקתית לאמץ ילד נמנע בג"ץ, לאחרונה, מלהכריע. ראו בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009). לאסמכתאות שיפוטיות המכירות בזכות להורות ראו במקורות המובאים אצל ליבת סומך ואורן טרגש "על השיקולים להכרה במעמד הסבות" הארת דין ד 168, 178, ה"ש 78–83 (התשס"ז). עליהן אפשר להוסיף למשל את בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו(1) 419 (2002). לאסמכתאות מחקריות ראו ורדי רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפרייה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137, 149

ישירות בזכויות הטבעיות של ההורה האחר ובזכות הורה מאמץ; הכרה בזכויות הוריות הולכות ומשתוות של בני זוג חד-מיניים, כהכרה בתוקפו של צו אימוץ שניתן בחו"ל לשתי בנות זוג וזכותן להירשם במרשם האוכלוסין כשתי אימהות משפטיות, ואף אישורו של אימוץ צולב של ילדי בנות זוג לסביות.^{26,25} כמן כן נקבעה לאחרונה קביעה תקדימית, שכמו בהלכת ירוס-חקק, גם בני זוג הומואים יכולים לאמץ האחד את ילדי בן זוגו אם הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הילד,²⁷ גם אם הילד נולד בהליך של הסכמים לנשיאת עוברים מזרעו של אחד מבני זוג בלבד.²⁸

(רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות-יסוד" הריזון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית 115 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996). לסקירה וסיכום עדכני של הזכות להורות במשפט הישראלי ראו בפרק ב של מאמרי יחזקאל מרגלית "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?" (טרם פורסם).

25 בדיני הזוגיות אפשר למצוא שאם בתחילת הדרך הגדיר ברק את הזוגיות של הומוסקסואלים כ"תא חברתי", להבדיל מ"תא משפחתי", הרי שבאחד מפסקי הדין שנתן לאחר פרישתו מכס השיפוט הורה על רישומם במרשם האוכלוסין של נישואי הומוסקסואלים שנערכו בקנדה כבני זוג נשואים לכל דבר ועניין. ראו על כך בהתאמה בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 7. בכך סלל ברק, לדעת שיפמן, הכרה מלאה בישראל של נישואין חד-מיניים על פי כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי, שעליהם יחולו דיני המשפחה האזרחיים שגיבש ברק בפסקי דין קודמים שלו. ראו על כך שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון", לעיל ה"ש 6, בעמ' 592–593.

26 ראו על כך בהתאמה בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000); ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). על חידושה זה של הפסיקה ועל סקירת ההתפתחות הכללית בהכרה בזכויותיהם ההוריות של הזוגות החד-מיניים ראו עומרי גולדשטיין וורד שפילמן "אמא יש רק אחת?" – בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין ב 92 (התשס"ה). שתי החלטות מהפכניות אלו מניחות את היסודות להכרה עקרונית בהורותן של שתי אימהות בזוגיות לסבית. ראו על כך זפרן "אמהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 18, בעמ' 370.

27 ראו על כך אמ"צ (משפחה ת"א) 58/07 שדיב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2008). על הקשר שבין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות החד-מינית שבה גדלים הילדים בכלל ובזוגיות ההומוסקסואלית בפרט ראו בהתאמה צבי טריגר "משפחות חורגות ורישיון הורות": מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ" המשפט 22, 44 (2006); חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספת של משפחת ישראלי – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז 217 (2002); חנן גולדשמידט "אימוץ, ידועים בציבור והומוסקסואליות: השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט 12, 34, 34–43, 93–95 (2001).

28 לכלל סוגיית אימוצו של ילד בידי בן הזוג של הורה המשפטי ראו, לאחרונה, איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5 (2010).

דוקטרינות טובת הילד וזכויותיו הן לטעמי שיא התפתחותו של שיח הזכויות גם בארץ. כידוע, שיח הזכויות מזוהה עם שיח חובות, ולכן אפשר בהחלט לראות בשיח הזכויות כהתעצמות של השיח והמשפט האזרחי. כן אפשר לעקוב אחר התפתחות דוקטרינת טובת הילד בעשור וחצי השנים האחרונות תוך הכרה בה כדוקטרינה מרכזית החולשת על הסדרת סכסוכים שונים בדיני הורים וילדים הן במשפט האזרחי והן בהלכה היהודית,²⁹ כמו למשל קביעת משמורת ההורים, אימוץ ועוד, וכפי שטען לאחרונה שחר ליפשיץ, ראוי שתחולתה תשתרע גם על דיני הזוגיות.³⁰ בדומה לכך ובדומה להליך הכלל-עולמי הוכרו זכויות שונות של הקטין, כזכותו להתחקות על מוצאו הגנטי; זכותו לגדול אצל הוריו הביולוגיים; זכותו לזהות ולהשתייכות; זכותו לייצוג ולהשתתפות בדיון הנערך בעניינו; זכותו לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית או פיזית ועוד.³¹ בשולי הדברים יצוין

29 על היחס שבין טובת הילד ושיקולים דתיים שונים ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 241–253; לעריכת השוואה של טובת הילד בבתי המשפט האזרחיים לזו שבבתי הדין הרבניים ראו יחיאל ש' קפלן "טובת הילד בישראל: בין קודש לחול" ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו 427 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006). לפקפוק במרכזיותה של טובת הילד בהלכה היהודית בהקשר של סכסוכי משמורת ראו ישראל צבי גילת "כלום 'טובת הילד' הוא שיקול-על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?" מחקרי משפט ח 297 (1990).

30 לסקירת התעצמות טובת הילד ראו כהנא, לעיל ה"ש 21, בעמ' 38–42, 76–81. לדיון ראשוני במקומה של טובת הילד בקביעת משמורתו ראו אבנר חי שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על יסום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י 5, 14–23 (1984). לעמידה על טובת הילד וחשיבות שיתופו בקביעת משמורתו ראו יאיר רונן שיתוף הילד בקביעת משמורתו (1997); על משמעות המושג טובת הילד בהקשר של אימוץ קטינים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון, ראו מירה ברקאי ומילי מאסס משמעות המושגים 'מסוגלות הורית' ו'טובת הילד' בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ ילדים 20–24, 179, 182 (1998). לטענתו הנזכרת של ליפשיץ ראו, לאחרונה, שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227, 306–310 (2009).

31 לסקירת ראשית המעבר במשפט הישראלי לשיח זכויות הילד ראו יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז 303 (2002); לסקירת המעבר מזכויות הורים לזכויות ילדים ולסקירת עקרון זכויות הילד ראו בהתאמה כהנא, לעיל ה"ש 21, בעמ' 32–36, 42–46. לסקירה כללית של אינטרס הילד וטובתו ראו צמירין חלק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 333–370. על זכות הילד לזהות ולשתייכות ועל זכותו לגדול אצל הוריו הביולוגיים ראו בהתאמה יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו 935 (2003) ורונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" משפחה במשפט א 163 (התשס"ז). לסיכום עדכני ופרקטי של זכות הילד לייצוג ראו רון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 235–244. על זכות הילד לתבוע את הוריו בשל התעללות נפשית או פיזית ראו יחיאל ש' קפלן "זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום 463 (מ' חובב, ל' סבה ומ' אמיר עורכים, 2003) וביתר הרחבה כהנא, לעיל ה"ש 21. לסיכום, הערכת וביקורת היבטיו השונים של

שבשאלה מהו היחס המדויק שבין שתי דוקטרינות אלו חלוקות דעות השופטים והמלומדים בארץ, וטרם ניתנה הכרעה ברורה בשאלה זו.³²

3. קביעת אבהות ליילוד מאישה פנויה ומאישה נשואה

תפיסתה הבסיסית של ההורות במשפט הישראלי עוצבה קרוב לוודאי בהשראת ההלכה היהודית כהורות טבעית הן בחקיקה והן בפסיקה.³³ כך נקבעו שני הוריו הטבעיים-גנטיים של הילד כהוריו המשפטיים בשני חוקים אזוריים מרכזיים.³⁴ לעומת זאת בחוק בית המשפט לענייני משפחה נקבע כי בכלל הורה משפטי יש למנות גם את ההורה המאמץ

- שיח זכויות הילד בישראל ראו, לאחרונה, זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג עורכת, 2010). להצעתו של חוק לקידום זכויות הילד ראו משרד המשפטים הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח הוועדה חלק כללי 271–292 (2003) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/7BF800EA-D014-4BAB-8BBC-DBF391854A2A/0/DOH_HAVEADA_221.pdf
- 32 לפסיקה המנחה ראו ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד נ(1) 48 (1995). לדעות המלומדים ראו למשל רונה שוז "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א–1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" מחקרי משפט כ 421 (2004) (טובת הילד הינה אחת מזכויותיו). על שיטתה זו חזרה שוז במאמר אותו פירסמה, לאחרונה, רונה שוז "זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה בבתי המשפט לענייני משפחה" משפחה במשפט ב 207, 233–235 (התשס"ט) (להלן: שוז "זכות הילד להשתתפות"). עוד ראו רוברט ליכט-פטרן "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" המשפט 22, 73 (2006) (טובת הילד כוללת, בין היתר, את מכלול זכויותיו). בדעה אחרונה זו מצדדים גם זפרן ופולג, ראו על כך רות זפרן ונעם פלג "שם האב: בעקבות בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נגד פלוני" הארת דין ג 196, 208, ה"ש 50 (התשס"ו). לסיכום עדכני של הדעות השונות שנאמרו בפסיקה ובמחקר אודות דילמה זו ראו במקורות המובאים אצל בנימין שמואלי, רונה שוז ואילת בלכר-פריגת "משפחה במשפט: בין יצירה, פירוק ושימור התא המשפחתי – דברי מבוא" משפחה במשפט א 1, 5, ה"ש 20 (התשס"ז); שוז "זכות הילד להשתתפות", שם; כהנא, לעיל ה"ש 21, בעמ' 46–50.
- 33 לקביעה זו ראו בין היתר רות זפרן וכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים 138–139 (עבודת גמר לתואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, התשס"ד) (להלן: זפרן וכותו של צאצא להתחקות). לסקירת ההשפעה של ההלכה היהודית על עיצוב המשפט הישראלי ראו קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 46–61. לביקורת אורחית-ליברלית על הסתמכות המחוקק ובתי המשפט על ההלכה היהודית ראו זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 11, בעמ' 325.
- 34 ראו בהתאמה ס' 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951, ס"ח 248; ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית. כן ראו לעניין זה ס' 1(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) וס' 3(ג) לחוק הירושה, התשכ"ה–1965, ס"ח 63. על דחיית הצעת ועדת טירקל להשמיט את ההוראה לעניין הילד שנולד מחוץ לנישואין הואיל ואין בהשמיטה כדי לשנות מהדין הקיים, ראו קורנאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 33–41.

או את האפוטרופוס.³⁵ בצד זה אפשר למצוא הסדרה ייחודית של קביעת ההורות המשפטית בהסכמים לנשיאת עוברים ובתרומת ביציות, שעליהם אעמוד בהרחבה בהמשך, בפרק ד של המאמר. גם בפסיקות בית המשפט נקבע שההורות היא טבעית ואינה תלויה בהיעדר קשר נישואים פורמלי בין הוריו מולידיו של הילד. אם ילד יוכיח את אבהות אביו, ייהנה הלה מזכותו למזונות, לירושה ולנשיאת שם משפחת אביו, ואין דינו כדין ילד לא לגיטימי שהיה משולל כל זכות שכזו.³⁶ זאת גם חרף הסכם מפורש שהיה בין ההורים בדבר פטירת הגבר מהתחייבויותיו ההוריות כלפי הילד ולחלופין כאשר גבר זה טוען להורות שנכפתה עליו בתואנות שונות.³⁷

באחד המאמרים הבודדים שהוקדשו בארץ לנושא קביעת האבהות בדין הישראלי משרטטת רות זפרן מגמת הקלה בהוכחת תביעת אבהות במקרה שבו אישה רווקה ו/או בנה טוענים שפלוגי הוא אביו המשפטי של הילד. אם בתחילה היא הייתה נדרשת לספק לבית המשפט סיוע ראיתי לתביעתה תוך הטלת נטל הוכחה הגבוה מזה המקובל במשפט האזרחי, הרי שבשנות השישים של המאה הקודמת הופחת נטל ההוכחה, וכיום הוא עומד על רמת ההוכחה המקובלת במשפט האזרחי, ופעמים רמת ההוכחה הנדרשת פחותה מכך. שיפור רמת הדיוק של בדיקות גנטיות שונות,³⁸ הסתמכות הולכת וגוברת של בתי המשפט על ממצאיהן של בדיקות אלו והתעצמות שיח טובת הילד וזכויותיו³⁹ –

- 35 ראו על כך ס' 21 (2) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, ס"ח 393.
- 36 ראו על כך בפסיקה המנחה הבאה ע"א 366/77 פלוגי נ' פלוגי, פ"ד (1) 229 (1979); בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגי, פ"ד (3) 201, 216–217 (2005). פרקטיקת כאשר ילד נולד לאם שאינה נשואה לאב, יקבל היילוד את שם משפחת אמו. אם אביו מסכים לרצונה של אם הילד ששם המשפחה יהיה דווקא כשם משפחת האב, בכוחה של ההסכמה המשותפת לאפשר זאת. ראו על כך ס' 3 לחוק השמות, התשט"ז–1956, ס"ח 94.
- 37 לפסיקה המנחה בהקשר הראשון ראו ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו(1) 701 (1972); ע"א 614/76 ע"א פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85 (1977); ע"א 5464/93 פלוגי נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 857 (1994). לפסיקה המנחה בהקשר השני ראו, לאחרונה, תמ"ש (משפחה ת"א) 964601/97 פלוגי נ' אלמונית (פורסם בנבו, 26.7.2001) (דחיית תביעה בגין הפרת חוזה, עילת התרמית ורשלנות); תמ"ש (משפחה י-ם) 2470/05 הקטין ש נ' אלמוני (פורסם בנבו, 4.10.2006) (יש למחוק את טענת "גניבת הזרע" מהלקסיקון); תמ"ש (משפחה ת"א) 35180/06 ת.ש. נ' א.ש (פורסם בנבו, 2.3.2009) (אין בכוחה של טענת "גניבת הזרע" אף לצמצם את היקף חובת האב במזונות הילד) ויתר האסמכתאות מפסיקת העליון בתמ"ש (משפחה חי') 29051/04 פלוגי נ' אלמוני, פס' 51 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.6.2006).
- 38 על קביעת אבהות לאור ממצאי בדיקות דם שונות והיכולת החדשנית במועד כתיבת המאמר לא רק לשלול אבהות אלא אף להוכיחה על דרך החיוב ובאופן קונקלוסיבי ראו עדנה קפלן, חיים בראוטבר ודוד נלקן "אבהות כשאלת מדעי הדם" עיוני משפט ז 46 (1979).
- 39 על התעצמות זו אפשר לעמוד על סמך שפע הקביעות בדבר טובת זכות הילד לדעת את מוצאו ובעיקר את אביו הגנטי. ראו על כך למשל ההפניות השונות לפסיקת העליון המובאות בתמ"ש (משפחה ת"א) 76760/01 ס.נ. נ' כ.ש.א., פס' 22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.9.2004); בר"ע (מחוזי

כל אלה מקלים את מלאכתה של אישה פנויה הטוענת נגד פלוני שהוא אב בנה. לטעמי, בהחלט אפשר לראות בשינוי מגמה שיפוטי זה שיקוף לשינוי המגמה החברתי הכללי שחל בחברה הישראלית כלפי אם חד-הורית וקיומם של יחסי אישות מחוץ לתא הנישואים. בית המשפט אינו צריך עוד להביע את עמדתו העוינת כלפי תביעה מעין זו תוך הערמת קשיים על דרכה של הוכחתה.⁴⁰

אם סקירת הפסיקה מלמדת על מגמה ליברלית, שינויי החקיקה מלמדים על מגמה הפוכה לגמרי. לדוגמה, חוק מידע גנטי קבע לפני כעשור קביעה גורפת ופסקנית, שאי אפשר לערוך בדיקת אבהות ללא צו של בית משפט.⁴¹ חקיקה זו מנעה, ללא כל הסבר מתקבל על הדעת, את האפשרות של בדיקת אבהות גם אם הצדדים הסכימו לכך. לא

ח"י 1129/05 אלמוני נ' פלמונית, פס' 12–13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.12.2005) (זכות הקטין לדעת מיהו אביו המשפטי אינה רק לצורך מזונות); תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 פלוני נ' פלוני, פ"מ משפחה התשס"א 801 (2004) (להלן: פלוני נ' פלוני (87471/00)). לא למותר לציין שזכות זו עוגנה בסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אורשרה ונכנסה לתוקף ב-1991). לספרות המחקר ראו מההיבט הליברלי אצל רות זפרן זכותו של צאצא להתחקות, לעיל ה"ש 33; רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" משפחה במשפט א 225 (2007) ומההיבט ההלכתי ראו הלפרין דיילמות באתיקה רפואית, לעיל ה"ש 18, בעמ' 161.

40 לקביעה זו ראו למשל עמיה ליבליך סדר נשים: סיפורי נשים במשפחה החדשה בישראל 83 (2003). לסקירה וניתוח של פסקי הדין השונים המלמדים על מגמה זו ראו זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 11, בעמ' 317–322. ואכן, כיום כאשר אין מדובר בבני זוג נשואים ובחשש ממזור הילד מאשרים בתי המשפט בדיקת קביעת אבהות לצורך ביסוס האבהות או כדי לשלול אותה. ראו על כך בהתאמה, למשל, בש"א (משפחה י-ם) 56678/06 ל' נ' ת' ע' (פורסם בנבו, 11.11.2008); תמ"א (מחוזי י-ם) 370/81 פלוני נ' פלוני, פ"מ התשמ"ג(2) 322 (1981) (להלן: פלוני נ' פלוני (370/81)). על עמדתו הקדומה והשלילית של בית המשפט כלפי קיומם של יחסי אישות מחוץ לנישואים ראו למשל ברעת השופט זילברג בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1020–1021 (1963). על שינוי מגמה כללי שכזה המשתקף בשינוי מגמה כלפי תביעת הפרת הבטחת נישואים ראו עופר גרוסקופף וסלה חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם 'הפיתוי הגברי' לדגם 'שברון הלב' משפטים על אהבה 107 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005).

41 ראו על כך ס' 3(ד) לחוק מידע גנטי, התשס"א–2000, ס"ח 62 (להלן: החוק). יתר על כן, השופט ניל הנדל עמד על כך שאין בסקירת החקיקה בשנת 2003 כדי למצוא כל הוראת חוק מפורשת המחייבת נתבע לעבור בדיקת רקמות בניגוד לרצונו. ראו על כך בר"ע (מחוזי ב"ש) 615/02 פלוני נ' פלונית, פ"מ התשס"ב(2) 108, 121–125 (2003). על היות החוק חוק אזרחי טריטוריאלי ולכן חל על כל מי שנמצא בישראל גם אם אינו תושב קבוע בה, ולפיכך בסמכות בית המשפט לענייני משפחה להורות לו על עריכת בדיקת רקמות, ראו לאחרונה תמ"ש (משפחה ת"א) 25340-09 ס. ס. נ' פרקליטות מחוז המרכז (פורסם בנבו, 26.2.2010). לביקורת על החיפזון שבו נחקק החוק ועל תוצאותיו הבעייתיות בהקשר של בדיקות גנטיות לקטינים בייחוד בהקשר של סעיף 3(ד) לחוק ראו טליה אגמון "בדיקות גנטיות לקטינים – למה לא? שאלות ביחס להסדר החוקי לעריכת בדיקות גנטיות לקטינים בישראל" משפט ועסקים ו 295, 315–319 (2007).

הותר אלא להגיש בקשה ולקבל צו מבית המשפט המתיר ביצועה של בדיקה זו כדי לוודא שאין בקיומו של הליך זה לפגוע בטובתו ובזכויותיו של הקטין.⁴² הגבלה זו הייתה מיותרת, שכן היא גרמה להכבדה ולסרבול מיותרים ולפגיעה לא מוצדקת בטובת הילד ובזכויותיו, ולפיכך היה מוצדק לדעת ביטולו של סעיף זה במסגרת תיקון מס' 3 לחוק, שנכנס לתוקף בשלהי שנת 2008. ייתכן מאוד שהמחוקק חשש מפני פתיחת האפשרות לערוך בדיקות גנטיות של קטינים גם כאשר האם נשואה בשל החשש ההלכתי לממזור הילד, ולכן העדיף למנוע באופן גורף כל עריכתן של בדיקות גנטיות. לטעמי נזקו של איסור זה רב על תועלתו.

אכן, אחד ההסדרים במשפט הישראלי שהושפעו יותר מכול מההלכה היהודית הוא קביעת אבהותו של ילד שנולד לאשת איש מקיומם של יחסי אישות. עיסוק נרחב יותר בעניין זה חורג מגבולותיו של מחקר זה, ולפיכך אסתפק לעת עתה בסקירת שינוי החקיקה האחרון שנערך בארץ בעניין, ואנו מקווים לשוב ולעסוק בנושא במסגרת מחקר עצמאי.⁴³

במסגרת התיקון לחוק מידע גנטי⁴⁴ יוחד פרק עצמאי (ה) המסדיר את נושא "עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה".⁴⁵ אולם לדעתי לא התקבל הסדר ראוי כלל ועיקר. יתר על כן, כעת עוגנה למעשה בחקיקה הפרקטיקה השיפוטית שהתפתחה עם השנים בדבר דחייה על הסף של עריכת בדיקות רקמות, ובכך נסתם הגולל, לעת הזו, על האפשרות על פי חוק לעריכת הבדיקות הגנטיות לקשרי משפחה, שכן סעיף 28 לחוק משעתק הלכה למעשה את האיסור הגורף של עריכת בדיקה גנטית זו שלא תיערך אלא אם יינתן צו של בית המשפט לענייני משפחה לאור הוראות פרק זה. צו שכזה יינתן רק לאחר שהנבדק או האחראי לו הסכימו לעריכתה, וזאת נוסף על הצורך לפנות, ראשית דבר, לנשיא בית הדין הרבני הגדול לקבלת חוות דעתו בעניין בכל מקרה שקיים בו חשש לממזרות על פי דין תורה לאור הוראת סעיף 28 לחוק. חוות דעת זו תועבר ליועץ המשפטי לממשלה לקבלת עמדתו, ואם יתחוויר לבית המשפט כי ממצאי הבדיקה עלולים לפגוע בכשרותו של הקטין, לא יאשר בית המשפט את הבדיקה.⁴⁶ התיקון בחוק תחם למעשה את שיקול

42 לבעייתיות שבהסדר זה אפשר להפנות לפסקי הדין שבהם הוכרוזו הילדים יתומים בעקבות ההסדר המשפטי. ראו על כך תמ"ש (משפחה י-ם) 13632/08 פלוני נ' אלמונית, פס' 20–21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.12.2009); תמ"ש (משפחה י-ם) 27588/00 פלוני נ' אלמונית, פס' 9–10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.2.2010) (להלן: פלוני נ' אלמונית (27588/00)).

43 ראו על כך, לעת עתה, רות זפרן "If It's Ain't [Totally] Broken, Don't Fix It..." – בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3) התשס"ח–2008 "חוקים ג (2011).

44 חוק מידע גנטי, התשס"א–2000, ס"ח 1766.

45 חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח–2008, ס"ח 736.

46 לפסק דין שניתן לאחר תיקון החוק אך לפני כניסתו לתוקף המשווה בין הנוסח הקודם והמתוקן של החוק ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 1260/07 ג.ק. נ' י.ע. (פורסם בנבו, 6.10.2008). לדחיית בקשת רשות הערעור על ההחלטה האחרונה, בין היתר, לאור הרצון למנוע את מקרי הממזור ראו בע"מ 9638/08

דעתו של בית המשפט בהעמידו את כשרותו ואי-מזורו של הקטין כשיקול המרכזי והיחיד שאפשר לסגת ממנו רק במקרה קיצוני של סכנת חיים או גרימת נכות בלתי הפיכה.⁴⁷ וכך בגזירת המחוקק חששות הלכתיים כאלו ואחרים, אף על פי ששוברם בצדם בדין הדתי עצמו, ממסכים ומונעים את השימוש בבדיקות גנטיות מהימנות לבדיקת האמת, ובכך נגרם לא אחת עוול לצדדים השונים, החיים בשקר או עוצמים את עיניהם מלראות את האמת הטבעית הגנטית כפי שהיא.

4. אבהות/הורות אזרחית

את אחת התפניות הדרמטיות במערכת היחסים בין הדין הדתי, ובכלל זאת ההלכה היהודית, והמשפט האזרחי חולל השופט מישאל חשין כאשר ביקש לחדש את האבהות האזרחית במנותק מאבהות הדין האישי. במהלך אמיץ, חדש ומקורי קבע השופט חשין, בבחינת יש מאין, שחרף חוסר העילה של התביעה בדין האישי של המתדיינים המוסלמים, דין השריעה, וחרף חוסר הסמכות של בית המשפט האזרחי יש להכיר בקיומה של אבהות אזרחית ובחובת תשלום המזונות הכרוכה בה.⁴⁸ לא למותר לציין שאף על פי שפסק הדין ניתן בהקשר של דין אישי של מוסלמים, חוקרים שונים רואים בו את הצעד הראשון בדרך לכינונו של דין אזרחי כולל ועצמאי העומד על רגליו שלו במנותק מהדין האישי, לרבות ההלכה היהודית. מכאן האפשרות ליישם את המודל מושא מחקר⁴⁹ אם כי כמובן יש לסייג את הדברים בשל המציאות הפרקטית העגומה שלפיה בתקופה של למעלה מעשור וחצי שנים מאז ניתן פסק הדין טרם הורמה הכפפה והפוטנציאל הגלום בפסק דין זה לא הופנם. כולי תקווה שמאמרי זה יפיה רוח חדשה בניסיון זה.

פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.12.2008). לפסק דין שניתן לאחר כניסת החוק לתוקפו בעקבות ערעור על החלטה קודמת שהותיר למעשה את הפרקטיקה המשפטית על תלה ויישם את הצורך בקבלת חוות דעתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול גם כשאין מתבצעת בדיקה רפואית ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 24.6.2009).

47 ראו על כך ס' 28(ה4) לחוק מידע גנטי; תמ"ש (משפחה י-ם) 13632/08 פלוני נ' אלמונית, פס' 20–21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.12.2009). ליישום בפועל של איסור גורף זה ראו לאחרונה פלוני נ' אלמונית (27588/00), לעיל ה"ש 42, פס' 9–10 לפסק הדין.

48 ראו על כך בפרשת פלונית נ' פלוני (3077/90), לעיל ה"ש 20.

49 לקביעות מחקריות אלו ראו למשל רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 123–125 (2001) (להלן: הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל"); זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 11, בעמ' 321–322.

חידושו של השופט חשין בולט עוד יותר בשל חוסר הנחת הכללי שיש למשפט מפיצול סטטוס בין ערכאות ולעניינים שונים.⁵⁰ הדברים אמורים בייחוד משום שקביעה זו סתרה בעליל פסיקות תקדימיות קודמות ששללו אפשרות זו.⁵¹ אף על פי כן נמצאנו למדים מתקדים זה על אודות פיצול סטטוס האבהות בין זו הדתית-שרעית ובין זו האזרחית: בדין האישי על פי דין השריעה תידון האבהות הראשונה, ואילו במערכת המשפט ובחקיקה האזרחית יש לפרש סטטוס (או מעין סטטוס) זה כאזרחי והוא נקבע על יסוד האבהות הטבעית-ביולוגית.⁵² כלומר, בכל מקום שבו בהקשר האזרחי קיימת חקיקה העוסקת באבהות, אפשר לפרשה פירוש רחב שיכלול גם אבהות טבעית. פרשנות מרחיבה זו תחייב תשלום מזונות לכל אזרחי המדינה ללא הבדלי דת, במנותק מהדין הדתי האישי והסטטוס הנקבע על פיו.

אמור מעתה, אין האבהות על פי הדין האישי חזות הכול, אלא בצדה מתקיימת אבהות נוספת שהיא אזרחית, העומדת על רגליה שלה ואין היא כפופה לאבהות ה"מסורתית" הדתית. כאשר אנו מתנתקים מאבהות הדין האישי ועוסקים באבהות אזרחית אפשר ליישם ביתר קלות את המודל הנורמטיבי המוצע על ידי, שהוא מודל אזרחי, המבקש להסדיר בראש ובראשונה את קביעת ההורות המשפטית במופעה השונים במנותק מההסדרה של הדין האישי ההלכתית היהודית.

לשם שלמות הדיון השופט חשין מתייחס לסטטוס ההורות המשפטית כסטטוס מסורתי שלפיו הסדר זה אינו דיספוזיטיבי ולפיכך אינו ניתן לעיצוב באמצעות הסכמה פרטית של הצדדים השונים לו. אולם לטעמי סטטוס ההורות בעת החדשה הוא סטטוס מודרני. בספרות המחקר אפשר למצוא בצד הסטטוס המסורתי גם את הסטטוס המודרני. ההבדל בין שני הסטטוסים הללו הוא זה: המסורתי נקבע על ידי המדינה פעמיים – פעם

50 ראו על כך אביגדור לבונטין על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה 7 (1957); אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול 121–126, 315–316 (1990); מנשה שאוה הדין האישי במדינת ישראל כרך א 57 (מהדורה רביעית מורחבת, 2001). על חוסר האפשרות בקונסטלציה הבין-דתית והפוליטית הקיימת כיום במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית להימנע מפיצול סטטוס, בדומה ליחס לגיור הלא-אורתוקדוקסי ראו קורינאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 274.

51 ראו בפסקי הדין המנחים ע"א 431/80 רוזנברג נ' חזן, פ"ד לה (2) 742 (1981); ע"א 49/82 מהגר נ' גואלי, פ"ד לח (1) 555 (1984).

52 על אמות המידה השונות לקביעת הסטטוס כפי שנקבעו על ידי השופט חשין ראו מנשה שאוה "סמכות השיפוט ובררת הדין בתביעות אבהות ומזונות של ילדה שנולדה מחוץ לנישואין להורים מוסלמים והיקף סמכות בית הדין המיוחד" ספר שמגר כרך ג 707, 712, ה"ש 10 (אהרן ברק עורך, 2003); לסקירת חידושו של השופט חשין, לביקורת על מינוחו "מעין סטטוס" ולקביעה שמדובר בסטטוס לכל דבר ועניין ראו מיכאל קורינאלדי "אבהות לילד מחוץ לנישואין ודיני הסטטוס על התקדים שקבע השופט מישאל חשין" מאזני משפט ו 489, 498 (2007). לביסוס האבהות כסטטוס בדין הישראלי ראו קורינאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 47–52.

נקבע על מי הוא מוחל ופעם נקבעת המשמעות של החלתו, ולעומתו הסטטוס המודרני מאפשר "חופש חוזים" והסכמה פרטית רק על מי הוא יוחל. כאשר הוא מוחל, הוא קובע את תנאיו ומגביל את היקף חופש החוזים הפרטי לגבולות תפיסות העולם הציבוריות השונות, כדוגמת שמירה על טובת הילד וזכויותיו, שמהן אי אפשר לסטות אף לא בהסכמה. אפשר לראות בסטטוס מודרני זה את שביל הזהב בין הסטטוס המסורתי ובין חופש חוזים: הסטטוס המסורתי נועד לבצר את התובנות הציבוריות הן באשר לזהות מי שיוטל עליו הסטטוס והן באשר להשלכותיו השונות, ואילו הסטטוס המודרני נועד לבצר את תפיסת העולם הציבורית רק בהקשר השני לאחר שהוחלט באופן פרטי זהותו של הפרט שעליו יחול הסטטוס.

לטעמי אפשר וצריך להגדיר נורמטיבית את קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה כסטטוס מודרני ולא כסטטוס מסורתי, שכן מחד גיסא אין מדובר בסטטוס מסורתי, שכן הכניסה לסטטוס ההורות היא רצונית, ודאי כך בטיפולי הפוריות, ומאידך גיסא אין מדובר בחופש חוזים מוחלט לעצב את תוכני הסטטוס כטוב בעיניהם של הצדדים השונים. כלומר, כל פרט שהתכוון, רצה והסכים לשמש הורה משפטי של ילד צריך לקבל את סטטוס ההורות, שהרי החברה מבקשת לשלוט יותר בהשלכותיו של סטטוס זה ופחות בדמות שעליה יוטל הסטטוס. לפיכך בדומה לחופש החוזים המלא יש "חופש חוזים" חלקי, לעניין אחד בלבד – להסכים רק על זהות הפרט שימלא את חובותיו ההוריות כלפי הילד, ומכוח זה ייגזרו גם זכויותיו. אולם ברגע שנבחרה דמות זו בהסכמה, המדינה מתערבת בחופש החוזים הפרטי וכופה על דמות זו את מילוי חובותיו השונות של הילד. זאת בדומה לסטטוס המסורתי, שהתווה את התובנות הציבוריות והעמיק את שליטתה של המדינה בנעשה בתוככי הבית הפרטי.

את ההיבטים ההסכמיים של הכניסה מרצון לסטטוס ההורות אסקור להלן.⁵³ זהו לטעמי ביטוי מובהק לזניחת הסטטוס המסורתי של ההורות לטובת הסטטוס המודרני שלה. כן אעמוד להלן בסוף הפרק הבא של המחקר על מעלותיה השונות של ההסכמה בקביעת ההורות המשפטית. אולם עם הכניסה להורות המשפטית – גם כשהיא מרצון נוצר סטטוס לכל דבר ועניין, שכן הוא מוקנה על ידי המדינה, תכניו השונים והיכולת לצאת ממנו נקבעים על ידי המדינה ונשלטים על ידיה. נוקשותו של סטטוס ההורות באה לידי ביטוי בהיות מערכת יחסים זו, על חובותיה וזכויותיה, מוקנית ברובה מאז ומעולם בידי המדינה ואי אפשר היה להשיגה ולעצבה לפי רצונות פרטיים. הדבר מלמד יותר מכול על תפיסת מערכת יחסים זו כסטטוס ולא כחווה. הנימוק המרכזי לכך הוא התובנה שעל הורים לאהוב את ילדיהם ולספק את צורכיהם השונים, ועל הילדים מצדם לאהוב את הוריהם אהבה שאינה תלויה בדבר.⁵⁴

53 ראו על כך הדיון להלן בתת-פרק ג.2.

54 ראו לעניין זה Janet L. Dolgin, *Status and Contract in Surrogate Motherhood: An Illumination of the Surrogacy Debate*, 38 BUFF. L. REV. 515, 519 (1990); David M.

מסקנה זו כוחה יפה לה בין שמדובר במוסלמים ובין שמדובר בכל עדה דתית אחרת, ובראש ובראשונה יהודים.⁵⁵ אולם, בכל הכבוד, עיקר חידושו של השופט חשין התמקד בחיוב המזונות בלבד, שבו דן הוא במקרה שהובא לפניו, ואילו הסדרה אזרחית כוללת של קביעת ההורות המשפטית לא הוצעה בפסק הדין. לפיכך יש לדעת לברך על תקדים חשוב זה, אך עדיין חסרים אנו את ההסדרה האזרחית הראויה מושא מחקרי. כך, לעת עתה, מלבד דיונו הנקודתי של תקדים זה השימוש שאפשר לעשות בחידושו העקרוני של השופט חשין הוא בדיקת רקמות לצורך קביעת האבהות האזרחית בלבד כסמכות שיווית, ולכל הפחות לעניין חיוב מזונות אזרחיים בלבד כסמכות שבגררא, כפי שכבר הציגו כמה שופטים.⁵⁶ בכך הונחו היסודות הראשוניים בלבד להסדרה אזרחית כוללת ומקיפה של קביעת ההורות המשפטית. את המשך בניינו של תחום ייחודי ומורכב זה מבקש אני למלא במחקר זה.

ג. הצעת המודל הנורמטיבי – קביעת הורות משפטית בהסכמה

1. התשתית התאורטית של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה בראי המשפט ההיסטורי והמשווה

לאור מסקנות מחקר השוואתי היסטורי מקיף שערכתי במקום אחר⁵⁷ אפשר להסיק על קיומו של "סיפור-על" בקביעת ההורות המשפטית. חל מעבר מהורות משפטית מונוליתית ובינארית – לאור קידוש סטטוס הנישואים ומבנה ההורות הביונורמטיבית המסורתיים – לעבר קביעת הורות משפטית הסכמית. כלומר, במשפט המקובל סטטוס

Schneider, *Kinship, Nationality and Religion in American Culture: Toward A Definition of Kinship*, in *SYMBOLIC ANTHROPOLOGY: A READER IN THE STUDY OF SYMBOLS AND MEANINGS* 66 (J.L. Dolgin et al. eds., 1977).

55 על הרחבת חידוש פיצולו של הסטטוס לא רק למוסלמים אלא על דרך הקל וחומר גם ליהודים ראו קורינאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 101 ולאחרונה בתמ"ש (משפחה י-ם) 24280/06 פלונית נ' אלמוני, פס' 26–27 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.2.2010) (להלן: עניין פלונית נ' אלמוני (24280/06)).

56 כפי שקבע לדוגמה השופט נתן בפרשת פלוני נ' פלוני (370/81), לעיל ה"ש 40. לאפשרות זו ראו פרשת פלונית נ' אלמוני (24280/06), לעיל ה"ש 55; פרשת פלוני נ' פלוני (87471/00), לעיל ה"ש 39. אפשרות זו עלתה גם בגלגולה הראשון של פרשת ס.ג., לעיל ה"ש 39, פס' 79 לפסק הדין. גם לאחר שחזר תיק זה לבית המשפט לענייני משפחה ונשמע ערעורו במחוזי, צידר השופט גייפמן בצורך בפיתוח משפטי יציר הפסיקה תוך פיצול סטטוס והכרעה בנושא האבהות בגררא במסגרת תביעה למזונות קטין ראו בתמ"ש (משפחה ת"א) 76760/01 פלונית (קטינה) נ' אלמוני, פס' 10–13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.8.2007).

57 ראו על כך מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4.

ההורות היה ניתן אך ורק לגבר ואישה שבאו בברית הנישואים והמגדלים את ילדיהם הביולוגיים. ואילו כיום סטטוס זה אמור לטעמי להכיל בקרבו גם פרטים/הורים נוספים (מלכתחילה רצוי שניים, אך אם טובת הילד וזכויותיו מצריכות זאת, אפשר להחסיר מהם או להוסיף עליהם) שהתכוונו, הסכימו והביאו את ילדם לאוויר העולם.

מלומדים שונים כתבו לפני למעלה משני עשורים שקביעת הורות משפטית היא תוצאה של מתח מתמיד בין היסוד הביולוגי ובין שיקולים חברתיים שונים, שאותם אפרט בסמוך. כמו כן מקובלת בספרות המחקר הטענה שההורות המשפטית נרכשת אך ורק בעקבות הורות ולידתו של ילד, וודאי אם נולד בתוך תא נישואים, ולחלופין באמצעות הליך אימוץ. לטעמי מדויק יותר לטעון שמאז ומעולם קביעת הורות משפטית היא תוצאה של מתח מתמיד בין רצון, כוונה והסכמה להפוך להורה ובין שיקולים חברתיים שונים. לעומת התקופה העתיקה שבה השיקול החברתי העיקרי היה שימור תא הנישואים ומבנה המשפחה הבינומורמיטיבי המסורתיים (בכפוף לקיומם של מבני משפחה פוליגמיים, שבהם לגבר אחד היו כמה נשים), כיום נזנח שיקול זה לטובת שיקול שמירת טובת הילד וזכויותיו. סיפור-העל הנורמטיבי בא לידי ביטוי היטב בתיאור ההיסטורי של התפתחות קביעת ההורות המשפטית.

המשמעות האמתית והעמוקה לטעמי של הדרך הראשונה הקיימת לקביעת הורות משפטית, לכל הפחות בהקשר של קביעת האבהות המשפטית של אדם הנשוי לאמו של הילד, היא רצון, כוונה והסכמה להפוך להיות הורה משפטי. כלומר, חזקת הלגיטימיות, הנוהגת בדתות ובשיטות משפט רבות ומגוונות, מיוסדת למעשה על פיקצייה משפטית⁵⁸ המייחסת כוונה והסכמה מכללא, ברמה כזו או אחרת, של גבר לשמש אב משפטי לכל דבר ועניין לילדיה של האישה שעמה בא בברית נישואים. זאת אף על פי שהם אינם בהכרח ילדיו הגנטיים, וגם אם נולדו מגבר זר בהיותה נשואה לו (לאב המשפטי). יתר על כן, וגם בהקשר של קביעת האימהות המשפטית, כידוע הן בדין הדתי של הדתות השונות והן בדין האזרחי קיימת הסכמה מכללא – כל עוד לא הותנה מפורשות בין בני הזוג אחרת⁵⁹ – שעיקר מטרת הנישואים היא בראש ובראשונה הולדת ילדים. מחד גיסא ייהנו

58 על הבעייתיות הכרוכה בעידן המודרני בהצמדות לפיקצייה משפטית זו ראו לאחרונה Rachel L. Kovach, *Sorry Daddy – Your Time Is Up: Rebutting the Presumption of Paternity in Louisiana*, 56 LOY. L. REV. 651 (2010).

59 לטעון דומה ולסקירה היסטורית ופוזיטיבית של טיעון זה ראו Katharine K. Baker, *Bargaining or Biology? The History and Future of Paternity Law and Parental Status*, 14 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 1, 22–25 (2004). על הסכמה מכללא שלילית שכזו ולטיעון שבעטייה אין לחייב את ההורה בחובות הוריות ראו Mary A. Totz, *What's Good for the Goose is Good for the Gander: Toward Recognition of Men's Reproductive Rights*, 15 N. ILL. U. L. REV. 141, 156–157 (1994); Judith D. Fischer, *Walling Claims In or Out: Misappropriation of Human Gametic Material and the Tort of Conversion*, 8 TEX. J. WOMEN & L. 143, 155–156, n. 97 (1999).

ילדיהם של הורים אלו מזכויות שונות, ובעיקר ממזונות ומזכות הירושה, ומאידך גיסא ההורים יוכלו להוריש להם את רכושם עם פטירתם.

בהקשר זה יש לציין כי לטעמי גם קיומם של יחסי אישות והבאתו לאוויר העולם של ילד, וודאי אם נעשו במסגרת של תא נישואים, אך גם מחוצה להם, מלמד על כוונתם ורצונם של המולידים להפוך להיות הורים משפטיים. הדברים ודאי אמורים באשר לאימהות המשפטית כאשר אישה בוחרת שלא להפסיק היריון, וזאת כאשר קיימת אפשרות חוקית לבצע הפלה רפואית, אך גם בארץ, שבה אין זכות קנויה לאישה לבצע הפלה, באפשרותה – לכל הפחות עקרונית – לבצע הפלה שאינה על פי החוק. גם בהקשר של האבהות המשפטית, עצם קיומם של יחסי האישות עשוי ללמד על רצונו המפורש, ולמצער המשתמע, של הגבר לקבל על עצמו את התוצאות וההשלכות הברורות של מעשה זה.⁶⁰ דוגמה מובהקת לכך היא טיעונים שונים מפי גברים על גנבת זרעם, הנדחים על הסף פעם אחר פעם בבתי המשפט בארץ כבעולם.⁶¹ הרציונל הניצב בבסיסה של דחייה עקרונית זו הוא האקסיומה שלפיה גבר צריך להיות מודע למעשיו, ולפיכך לא ערפול חושיו ולא מצג שווא שהציגה בת זוגו יועילו לו להיפטר מחובותיו ההוריות כלפי היילוד.⁶²

כמו כן לטעמי גם ההורות הפסיכולוגית עשויה להיות מוסברת לאור קרבתה הרבה למודל קביעת ההורות המשפטית בהסכמה. לדעתי אפשר לבאר מודל מודרני חשוב זה כמי שנשען לא מעט על הכוונה וההסכמה של ההורה, פעמים מפורשת ופעמים רבות יותר המשתמעת, לקבל על עצמו את ההורות המשפטית בעיקר באמצעות מילוי חובות הוריות שונות כלפי הילד וקבלתו כילדו המשפטי לכל דבר ועניין.⁶³

סיפור-העל ההיסטורי בא לידי ביטוי היטב גם במסקנות מחקר משווה של שיטות המשפט המודרניות השונות הנוהגות כיום הן במדינות ארצות הברית השונות והן באנגליה. לאור הסברנו אפשר לבאר את הפרקטיקה הנוהגת במספר רב של מדינות שבהן יכול אדם לרכוש את סטטוס ההורות מכוח הכרת/הודאת אבהות גם אם אין כל זיקה ביולוגית-גנטית בינו ובין הילד. אדם כזה יזכה בסטטוס ההורות המשפטית בשל קבלתו

60 ראו על כך בעיקר אצל נועם זוהר הולדה ואוטונומיה אישית: זהות ואינדיבידואליזם ביחס ההורות (עבודת גמר לתואר "דוקטור בפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – המחלקה לפילוסופיה, 1990). לתימוכין משפטיים-ביור-אתיים בתובנה זו ראו במקורות המובאים על ידי להלן בה"ש 101–102.

61 לסקירה ערכנית של פסקי הדין המנחים בארצות הברית בעניין ראו למשל Donald C. Hubin, *Daddy Dilemmas: Untangling the Puzzles of Paternity*, 13 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 29, 52–61 (2003). לפסק דין שניתן בארץ הקורא לבטל כליל את הביטוי "גנבת זרע" ראו עניין הקטין ש', לעיל ה"ש 37.

62 לפסקי הדין המנחים שניתנו בארצות הברית בדחיית טענה זו ראו Wallis v. Smith, 22 P.3d 682 (N.M. Ct. App. 2001); Stephen K. v. Roni L., 164 Cal. Rptr. 618 (Cal. Ct. App.2d 1980).

63 לסיכום עניין זה ראו Baker, לעיל ה"ש 59, בעמ' 31–38.

את הסטטוס מרצון, בשל כוונתו ורצונו להיות הורה משפטי ועיגונם של אלו ברישום ו/או בפיקוח אדמיניסטרטיבי.⁶⁴ לחלופין אפשר לבצע הליך זה תוך קבלת תוקף מאת בית המשפט לכוונה ולרצון להפוך להיות הורה משפטי (נוסף) של הילד. בדומה לכך, הכרה בקביעת הורות משפטית בהסכמה אפשר למצוא גם בהקשר של אישור הסכמים לנשיאת עוברים. שם כל עניינה של ההסכמה הוא העברת האימהות המשפטית מידי האם הנושאת, ופעמים אף האם הגנטית, לידי האם המזמינה, שלא אחת אין לה כל זיקה ביולוגית, גנטית או פיזיולוגית אל הילד. יתר על כן, בכמה מדינות בארצות הברית אף קיימת אפשרות של מתן הכרה שיפוטית בהסכמה ההורית הנרקמת עוד קודם ללידת הילד. במדינת טקסס למשל, שבה הן ההורים המזמינים והן האם הנושאת יכולים לקבל את אישורו של בית המשפט עובר להליך, ואילו במדינות וירג'יניה וניו המפשייר אפשרות זו היא חובה.⁶⁵

לא למותר לציין כי גם התחייבות להפוך להורה במסגרת הסכמי דיספוזיציה בהקשר של ביציות מופרות קיבלה בבתי המשפט לא אחת תוקף ואישור משפטי עובר ללידת הילד.⁶⁶ מעניין שפרקטיקה שכזו בהקשר של תרומת גמטות, וליתר דיוק תרומת ביצית,

64 לסקירת המצב המשפטי הקיים בארצות הברית בעניין אדמיניסטרטיבי זה, לרבות במקום שבו יש ממצא גנטי נוגד ראו למשל: Jayna M. Cacioppo, *Voluntary Acknowledgments of Paternity: Should Biology Play a Role in Determining Who Can Be a Legal Father?*, 38 IND. L. REV. 479 (2005). לתיאור פרטני יותר של יישום הליך זה בטקסס ראו Anne Greenwood, *Predatory Paternity Establishment: A Critical Analysis of the Acknowledgment of Paternity Process in Texas*, 35 ST. MARY'S L.J. 421 (2004). על הצורך העכשווי לשפר את יישומו של הליך זה בארצות הברית ראו, לאחרונה, Jeffrey A. Parness & Zachary Townsend, *For Those Not John Edwards: More and Better Paternity Acknowledgments at Birth*, 40 U. BALT. L. REV. 53 (2010). ליכולת דומה של גבר שאינו נשוי להצהיר על אבהותו על ילדו (paternity affidavit) כפי שמקובל במדינת אינדיאנה בארצות הברית ראו, לאחרונה: Kayla Britton, *You Shall Always Be My Child: The Due Process Implications of Paternity Affidavits Under Indiana Code Section 16-37-2-2.1*, 43 IND. L. REV. 499, 511–514 (2010).

65 ראו על כך N.H. REV. STAT. ANN §168-B:20-24 (LexisNexis 2011); Va. CODE ANN. §20-159-160 (LexisNexis 2011). לתיעוד הפרקטיקה הקיימת בעניין זה במדינת קליפורניה, המאפשרת הכרה בהורות של הורים גם ללא כל זיקה גנטית לילד, גם כאשר מדובר בוגיות חד-מינית, ראו Andrew W. Vorzimer, *The Egg Donor and Surrogacy Controversy: Legal Issues Surrounding Representation of Parties to an Egg Donor and Surrogacy Contract*, 21 WHITTIER L. REV. 415, 426 (1999). לקריאה לאמץ בפלורידה פרוצדורה בדומה לזו הקיימת בקליפורניה, שתכיר גם בהורותם של זוגות חד-מיניים, ראו Jamie L. Zuckerman, *Extreme Makeover – Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements*, 32 NOVA L. REV. 661, 684–685 (2008).

66 ראו על כך Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174 (N.Y. 1998).

אפשר למצוא בקליפורניה, שם זוג לסביות ביקשו לקבל פסק דין הצהרתי (stipulated/declaratory judgment) המכיר בהורותן המשותפת על הילד העתידי עובר ללידתו. זאת מתוך הרצון הן לקבל את ההכרה המשפטית בהורות המשותפת כלפי המדינה וצד ג והן כדי להשתיק את בת הזוג, האם הגנטית ו/או הפיזיולוגית, מלערער בשלב מאוחר יותר על תוקפה של הכרה שיפוטית זו.⁶⁷

כלומר, חרף הרטוריקה ותפיסת העולם המשפטית האחידה לכאורה בדבר שלילת מתן תוקף לקביעת הורות משפטית בהסכמה סקירתנו מלמדת כי בפועל מאז ומעולם הכירה החברה והמערכת המשפטית, אם כי במובלע ובשפה רפה, בתוקפה של הסכמה שכזו.

לטעמי הישענות בלבדית על אחת ממערכות דינים אלו, דיני המשפחה ודיני החוזים, בטהרתן היא בעייתית ביותר. מתן חופש חוזים בהקשר של קביעת הורות משפטית בלא כל פיקוח והגבלה של דיני המשפחה עשוי לפגוע באינטרסים חברתיים מן המעלה הראשונה, שעליהם מבקשים כעניין שבשגרה דיני המשפחה להגן – מניעת ניצול ופגיעה בפרטים העשויים להיות מוחלשים בהקשר המשפחתי, שמירת טובת הילד וזכויותיו כמו זכויותיהם של יתר הפרטים המעורבים בהליך ההיריוני ומניעת קומודיפיקציה שלהם על היבטיה השונים. צדו השני של המטבע, הישענות בלבדית על דיני המשפחה, יוצרת סטטוס נוקשה, שאינו הולם בהכרח את מבנה המשפחה המגוון והמשתנה בתקופה המודרנית, ושוללת מתן אפשרות לפרטים השונים ליהנות מזכותם למימוש עצמי ולהורות. לפיכך לטעמי השקפה על קביעת הורות משפטית ליילודים, בייחוד לאלו שנולדו מטיפולי הפוריות השונים, כסטטוס מודרני המאפשר מחד גיסא הכרה בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה לאור דיני החוזים ומאידך גיסא שומר שמירה הדוקה

67 זוהי המסקנה המתבקשת לאור הטריולוגיה הבאה של פסקי דין שעסקו בהורותן של לסביות במדינה זו: *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660 (Cal. 2005); *K.M. v. E.G.*, 117 P.3d 673 (Cal. 2005); *William J. Simmons*, ראו לקביעה זו ראו, 2005); *Kristine H. v. Lisa R.*, 117 P.3d 690 (Cal. 2005) *Three's Company for Lesbian Parental Rights and Obligations: A Discussion of Three California Decisions*, 28 WOMEN'S RTS. L. REP. 163, 163–164 (2007). המדובר לדוגמה בתביעה של "complaint to declare existence of parental rights", ראו על כך פרשת *Kristine H. v. Lisa R.* שם, בעמ' 692. לסיכום עניין זה ראו *Robin Cheryl Miller, Child Custody and Visitation Rights Arising from Same-Sex Relationship*, 80 A.L.R. 5TH 1 (2009). לעצה פרקטית לזוגות הומוסקסואלים לנסות ולקבל אישור מוקדם שכזה שיכיר גם בהורותו של הגבר שאינו האב הגנטי ראו: *Susan Frelich Appleton, Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era*, 86 B.U. L. REV. 227, 288–289 (2006).

וקפדנית על טובת הילד וזכויותיו לאור דיני המשפחה היא הראויה, הגמישה והצודקת ביותר.⁶⁸

2. ההסכמה כמכוננת את ההורות המשפטית

כידוע, ההסכמה היא הגורם הדומיננטי מאז ומעולם בדיני החוזים. לטעמי גם בדיני המשפחה ואף בהקשר של קביעת ההורות המשפטית הולכת היא ותופסת מקום מרכזי ביותר בעידן המודרני. לפיכך יש להכיר בה כגורם המרכזי המכונן את ההורות, ואין להשקיף עליה כעל עוד גורם מצבר גורמים אפשריים שונים, כפי שהוצע בהרחבה בארץ במחקריה של רות זפרן.⁶⁹ אסביר: במודל הביונורמטיבי ה"מסורתי" של המשפחה וההורות קיומם של יחסי אישות רגילים אינם מובילים בהכרח לתוצאה פריונית, ולכן יש להכיר בכך שבטיפולי הפוריות השונים יש להעצים את יסוד הכוונה וההסכמה. זאת הואיל וכל מטרתם של טיפולים אלו היא הבאת ילד לעולם, והדבר התאפשר אך ורק בשל כוונתם הראשונית של ההורים להביא ילד לעולם. הגם שיש גורמי עזר נוספים בהליך זה, בלעדיהם אי אפשר היה להשיג את התוצאה הפריונית. כוונתם והסכמתם הראשונית של ההורים היא שהניעה את ההליך כולו. בטיפולי הפוריות השונים הפיריון אינו מתרחש כיום במקרה אלא יש ידיעה ברורה שההורים שיזמו הליך הפיריון זה אכן התכוונו להביא באמצעותו ילד לאוויר העולם. בחירתם של בני הזוג לעבור את טיפולי הפוריות השונים תחת אימוצו של ילד או זניחת הרצון להיות הורים היא כשלעצמה אינדיקציה ברורה וחד-משמעית לרצונם להפוך להורים. רצון זה יש לבצר תוך קביעתם כהורים המשפטיים באמצעות מתן עיגון חוקי לכוונותיהם, להסכמותיהם וכדומה. כמו כן נורמטיבית מהלך זה של הכרה בהסכמה כגורם המכונן את ההורות המשפטית משתלב היטב עם המגמה הכללית של העצמת חופש החוזים של הפרטים החיים במשפחה תוך החלשת סטטוס הנישואים שבו הם חיים, שלו עדים אנו בעשרות השנים האחרונות. בנוסף, לטעמי, קביעת הורות בדרך הסכמית תואמת ומאפשרת את שיח הזכויות המתעצם של הפרט, שהוא אחת הנגזרות המרכזיות של הפרטת המשפחה, בייחוד בכל הקשור בצורך וביכולת להגשמה עצמית ולמימוש הזכות לפיריון ולהורות. למצער, גם אם המודל הנורמטיבי המוצע על ידי במחקר שלפנינו לא יתקבל בטהרתו, עיון מעמיק במודלים השונים לקביעת ההורות המשפטית בדין הקיים מגלה שלמעשה עולים הם בקנה אחד, ברמה כזו או אחרת, עם קביעת ההורות המשפטית בהסכמה.

68 על ההורות המשפטית כסטטוס מודרני ראו מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 123-126.

69 ראו על כך במחקריה השונים המובאים על ידי לאורכו של מחקר זה, כדוגמת זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה", לעיל ה"ש 22; זפרן "אמהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 18; זפרן זכותו של צאצא להתחקות, לעיל ה"ש 33.

כנגד ביקורות שונות העשויות להיות מושמעות על המודל המוצע על ידי, שייסקרו בתת-הפרק הסמוך, אפשר לטעון שישום מושכל של המודל הנורמטיבי המוצע לא יפגע במוסד ההורות אם נשקף על קביעת ההורות המשפטית כעל סטטוס מודרני. על פי תובנה מחודשת זו אמנם נאפשר – לאור קביעת ההורות המשפטית בהסכמה – לפרט מסוים לצאת מסטטוס ההורות או להיכנס אליו בצורה מלאה או חלקית, ועם זאת, אפרוירית, לא ייוותר ילד בלא שני הורים תומכים ומפרנסים ולחלופין ילד עם ריבוי הורים אם טובתו ושמירת זכויותיו מצריכות זאת בנסיבות העניין. בנוסף, התפתחויות סוציולוגיות ומשפטיות שונות מחלישות את טיעוני הקומודיפיקציה וההתנגדות המסורתית למסחור שוק הפריזון, על טיעוני המשנה השונים שלהם, לרבות הפרכת הביקורת המושמעת מצד מלומדות פמיניסטיות.⁷⁰

3. יתרונותיה האפשריים השונים של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה⁷¹

אם שאלת תוקפה והיקפה של הסדרה פרטית במערכת היחסים הזוגית ויישומן של תובנות ודוקטרינות חוזיות שונות בה היא גדולה ונכבדה, היא מתעצמת שבעתיים בהקשר של יחסי הורים וילדים מטעמים שונים. חרף האמור לעיל לטעמי קיימים נימוקים משפטיים נורמטיביים שונים ומגוונים המצדדים במתן "חופש חוזים" לבני זוג להסדיר ביניהם בהסכמה הן את עצם קבלת סטטוס ההורות המשפטית והן היבטים שונים שלו. בין היתר אפשר למנות את הנימוקים האלה: הכרה בחופש חוזים בהקשר זה עשויה לאפשר להורים חשוכי ילדים להיכנס למעגל ההורות כאמור, דבר שיאפשר מתן הכרה גם במבני משפחה לא מסורתיים.⁷² הואיל וטיפול הפוריות השונים העצימו עד מאוד

70 לסקירת הנימוקים השונים המצדדים בחיזוקה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה ולהתמודדות עם הטענות המרכזיים המושמעים נגדה ראו מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 98–122.

71 לסקירת המודלים השונים הקיימים בספרות המחקר לקביעת הורות משפטית, המאתגרים את קביעת ההורות ההסכמית מושא מחקרי, ראו מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 3.

72 לטעון זה בווריאציות שונות ראו: Richard F. Storror, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 HASTINGS L.J. 597, 641 (2002); Alexa E. King, *Solomon Revisited: Assigning Parenthood in the Context of Collaborative Reproduction*, 5 UCLA WOMEN'S L.J. 329, 331–333, 346–347, 358 (1995); Melanie B. Jacobs, *Applying Intent-Based Parentage Principles to Nonlegal Lesbian Katherine*; 43–41 בעמ' 59, Baker; לעיל ה"ש 59, *Coparents*, 25 N. ILL. U. L. REV. 433 (2005) M. Swift, *Parenting Agreements, The Potential Power of Contract, And the Limits of Family Law*, 34 FLA. ST. U. L. REV. 913, 957 (2007); Sanja Zgonjanin, *What Does It Take To Be A (Lesbian) Parent? On Intent and Genetics*, 16 HASTINGS WOMEN'S L.J. 251, 279 (2005).

את משמעותה ומקומה המרכזי של הכוונה בקביעה הנורמטיבית של הורות,⁷³ קיימת משנה חשיבות למתן משקל מכריע לתכנון, לשלב המשא ומתן ולהגנה על אינטרס ההסתמכות והציפייה של הפרטים השונים המעורבים בטיפולי הפוריות, וודאי של אלו שביקשו להיות הורים חוקיים לילד.⁷⁴ כאשר כוונותיו של אדם היו ברורות ומפורשות והן שיצרו את אינטרס ההסתמכות בהליך זה, יש לכבד כוונות אלו.⁷⁵ הורה שהתכוון ורצה להוליד את ילדו, כפי שהדבר בא היטב לידי ביטוי אצל זוגות הפונים לטיפולי פריון, עשוי להיות הורה טוב יותר.⁷⁶ הסדרה רגולטורית נוקשה של הורות הנתפסת כסטטוס, במובנו הראשוני ובמובחן מהסטטוס המודרני, אינה הולמת את מערכת היחסים הייחודית בעידן של משפחה שאינה גנטית. קביעת הורות משפטית בהסכמה עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית יותר המסתמנת בדיני משפחה לפתור סכסוכים משפטיים בצורה פרטית קודם שנעשית פנייה לערכאות משפטיות. אמנם הסטטוס המסורתי הקבוע והקשיח אף הוא עשוי להמעית את מספר הסכסוכים, אך לטעמי בעת

73 לטיעון זה ראו Marjorie Maguire Shultz, *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, 1990 WIS. L. REV. 297, 300 (1990);

King, לעיל ה"ש 72, בעמ' 370–371.

74 על מתן משקל מכריע לכוונה הראשונית של ההורים, שהינה הסיבה להנעת הליך הפריון כולו, ראו

Andrea E. Stumpf, *Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies*, 96 YALE L.J. 187, 194–197 (1986); לסיכום תמציתי של טיעון זה ראו Ilana

Hurwitz, *Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood*, 33 CONN. L. REV. 127, 141–142 (2000). על היות כוונת ההורים הראשונית סיבה בלתי אין

להבאת הילד לעולם, ראו John Lawrence Hill, *What Does it Mean to Be A 'Parent'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, 66 N.Y.U. L. REV. 353, 414–415

(1991).

75 לטיעון זה ראו Shultz, לעיל ה"ש 73, בעמ' 323, וזאת בשונה מילד הנולד מקיומם של יחסי מין

רגילים, שם יסוד הכוונה חלש יותר. ראו לעניין זה Storow, לעיל ה"ש 72, בעמ' 632–639.

76 לטיעון זה ראו Susan Frelich Appleton, *'Planned Parenthood': Adoption, Assisted Reproduction, and the New Ideal Family*, 1 WASH. U. J.L. & POL'Y 85, 88 (1999); Anne

Reichman Schiff, *Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Schiff, Solomonic Decisions in* (להלן: *Legal Maternity*), 80 IOWA L. REV. 265, 281 (1995)

Susan Golombok et al., *Families Created by the New Reproductive Technologies: Quality of Parenting and Social and Emotional Development of the Children*, 64 CHILD DEV. 285, 296 (1995); Charles P. Kindregan, Jr., *Collaborative*

Reproduction and Rethinking Parentage, 21 JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS 43, 52–53 (2008). על הכרה בחופש חזוי כדי להעצים את טובת הילד

והוריו נאחד ראו Brian Bix, *Domestic Agreements*, 35 HOFSTRA L. REV. 1753, 1771 (2007); Susan B. Apel, *Cryopreserved Embryos: A Response to 'Forced Parenthood' and the Role*

of Intent, 39 FAM. L.Q. 663, 663, 680 (2005).

החדשה יפה כוחה של ההסכמה הפרטית מנוקשותו הגורפת של הסטטוס. גם אם יתגלעו סכסוכים שונים בעקבות ההורות ההסכמית בשל שינויי נסיבות ו/או היפוך לבב וכדומה, לטעמי דיני החוזים המודרניים מקנים לנו כלים יעילים וטובים להתמודד נכונה עם אתגרים לא מבוטלים אלו.⁷⁷

כמו כן נודעת חשיבות רבה, לכל הפחות לדעת הפמיניזם הליברלי, בהכרה בתוקפה של הסכמה והסדרה חוזית שמעצם טיבן וטבען הן פלורליסטיות, שוויוניות ועיוורות-מגדר, בכפוף להסתייגויות שיש לביקורת הפמיניסטית הרדיקלית על קביעה זו. הדברים אמורים בעידן המודרני, שבו מתעצם והולך השוויון המגדרי, כפי שלדוגמה מוצע בארץ במסקנות ועדת שניט⁷⁸ בהקשר של ביטול חזקת הגיל הרך לטובת עיקרון שוויוני יותר, בייחוד בכל הקשור להליך גידולם של ילדים, שבאופן מובהק מוטה מגדרי. לפיכך ההסכמה וההסדרה החוזית תאפשרנה חופש ומקום גדול יותר להליך גידול ילדים על ידי גברים ושוויון מגדרי.

בשולי הדברים אעיר כי ועדת שניט מבקשת לצעוד עם המגמה הכלל-עולמית המסתמנת בדבר זניחת שיח זכויות ההורים לטובת שיח האחריות ההורית. בהקשר זה אבקש לציין כי המודל הנורמטיבי המוצע כאן עולה אף הוא בקנה אחד עם מגמה זו, שכן לדעתי סטטוס ההורות המשפטית הוא למעשה אגד של חובות וזכויות הניתנות להפרדה אלה מאלה ולחלוקה בין ההורים השונים לאור קביעת ההסכמה הראשונית. לכן לטעמי יש לתבנת את מערכת היחסים בין ההורים ובין ילדם כאחריות הורית, הניתנת לפריטה לגורמים ולפרטים שונים, וממילא מקומה המרכזי וחשיבותה של ההסכמה והסדרתה החוזית מובנות מאליהן.⁷⁹

יש לבכר את יסוד הכוונה בכל שאלות הפיריון וההורות תוך החלת דוקטרינות ותוכנות מתחום החוזים,⁸⁰ שכן העצמת חופש חוזים עשויה להרחיב את אוטונומיית

77 להרחבה על כך ראו מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 138–166.

78 ראו על כך משרד המשפטים דוח ביניים הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2008) F8171E9C-03DE-4FF5- www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf (להלן: ועדת שניט).

79 לקביעה זו בהקשר של parental/parenting plan ראו Susan Frelich Appleton, *Parents by the Numbers*, 37 HOFSTRA L. REV. 11, 25 (2008). גם ועדת שניט בארץ תומכת בהסדרה חוזית של האחריות ההורית. ראו על כך ועדת שניט, לעיל ה"ש 78, בעמ' 65–81 בנספח ד, המציע מודל מוסכם להסכם הורות קבוע או זמני.

80 לטיעון זה ראו Shultz, לעיל ה"ש 73, בעמ' 302–303; ליישום פרקטי ראו Flavia Berys, *Interpreting a Rent-a-Womb Contract: How California Courts Should Proceed When Gestational Surrogacy Arrangements Go Sour*, 42 CAL. W. L. REV. 321, 339–351 (2006) על הכורח הבלתי נמנע להחיל דיני חוזים על תרומת עובריים מוקפאים ראו Charles P. Kindregan, Jr. & Maureen McBrien, *Embryo Donation: Unresolved Legal Issues in the Transfer of Surplus Cryopreserved Embryos*, 49 VILL. L. REV. 169, 206 (2004).

הפרט, שאותה החברה מעצימה, ובכך לאפשר הגשמה וקבלת אחריות.⁸¹ כמו כן יסוד הכוונה מספק ודאות, ישירות, ספציפיות ומונע אמביוולנטיות,⁸² שהרי המדיניות החברתית דורשת שלפחות הורה אחד יהיה מחויב לגדל את הילד המובא לעולם.⁸³ מודל חוזי המבכר את כוונתם הראשונית של הצדדים יקבע עוד קודם לידת הילד מיהם הוריו, קביעה העשויה לספק בידנו פתרון מהיר ופשוט בכל סכסוך שיתגלה בין הצדדים השונים לטיפול הפוריות.⁸⁴ הבטחות יש לקיים, בייחוד בכל הקשור לטיפול הפוריות, שהעומס הרגשי של הצדדים להם עצום.⁸⁵ תובנה זו עשויה למנוע מאנשים לא מתאימים מלהיכנס לחוזה מעין זה. חופש חוזים בקביעת היקף החובות הכלכליות וגידול הילדים עשוי להיות יעיל יותר כאשר בני הזוג קבעו אותו מרצון והוא לא נכפה עליהם על ידי בית המשפט.⁸⁶

גם בהקשר של טיפולי IVF והסכמי דיספוזיציה של ביציות מופרות – שם אמנם אין מדובר בקביעת סטטוס ההורות על היבטיו השונים אלא בתוקפה של התחייבות להפוך להיות להורה – אפשר לדעת למנות טיעונים שונים המצדדים בתוקפה ויעילותה של ההסכמה. לא למותר לציין, כפי שאעמוד על כך להלן בהרחבה, שלדעתי על הסכמה זו להיות מעוגנת בחוזה ערוך כדן. בין היתר אפשר למנות את הנימוקים הנורמטיביים האלה: הסכמים אלו מספקים לצדדים עצמם, לקליניקה ולפריון ולבית המשפט בהירות,

81 לטיעון זה ראו Shultz, לעיל ה"ש 73, בעמ' 327–328; לטיעון כי המודל החוזי עשוי למלא כוונות וציפיות אישיות של המתקשרים החוזיים להגן על טובת הילד ולעודד ניהולו של משא ומתן בין הצדדים והגעה לפשרות מוסכמות מראש, ראו King, לעיל ה"ש 72, בעמ' 333; על המודל החוזי כמעצם את אוטונומיית הפרט ראו Baker, לעיל ה"ש 59, בעמ' 39–40.

82 לטיעון זה ראו Shultz, לעיל ה"ש 73, בעמ' 307; Hill, לעיל ה"ש 74, בעמ' 417–418. על קידושו של המודל החוזי, בשל רצון למנוע אמביוולנטיות העשויה בין היתר לגרום לאם פונדקאית להותיר את היילוד בחזקתה בניגוד למוסכם בחוזה, ראו Kindregan, לעיל ה"ש 76, בעמ' 55. על קידושו של המודל החוזי והכרת המדינה בהסכמים אלו כמודל היעיל ביותר, העשוי לפתור את הבעיות הקיימות כיום בדרישה לתרומות זרע, ראו Sheila M. O'Rourke, *Family Law in a Brave New World: Private Ordering of Parental Rights and Responsibilities for Donor Insemination*, 1 BERKELEY WOMEN'S L.J. 140, 142 (1985).

83 על חשיבות קביעת ההורות של הילד עובר ללידתו ראו Baker, לעיל ה"ש 59, בעמ' 61–62; Howard Fink & June Carbone, *Between Private Ordering and Public Fiat: A New Paradigm for Family Law Decision-making*, 5 J.L. & FAM. STUD. 1, 53, 55, 69 (2003) לחשש שאי-הכרה בחופש חוזים תפנה עורף להורה החפץ להיות אחראי לילד ועשויה להותיר את הילד ללא הורה מפרנס ראו Bix, לעיל ה"ש 76, בעמ' 1755–1761; Apel, לעיל ה"ש 76, בעמ' 663, 674.

84 ראו לעניין זה Storrow, לעיל ה"ש 72, בעמ' 640.

85 על כך ראו Hill, לעיל ה"ש 74, בעמ' 415–416.

86 ראו על כך Robert H. Mnookin, *Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 1015, 1018–1019 (1985).

ודאות, יעילות וגמישות באשר לרצונם המפורש של הצדדים השונים. הסכמות חוזיות אלו עשויות למזער את הסכסוכים העתידיים שיתגלעו בכל זאת תוך מתן הנחיות וכלים הולמים לאיזון נכון וצודק במקרה של סכסוך שיתגלע; בעניינים אינטימיים ביותר הצדדים, בעלי החומר הגנטי, הם בעלי הכושר המתאים ביותר לקבוע מה יעלה בגורלו ולא המדינה; אכיפתם של הסכמים אלו תעצים את רצינות הצדדים ותגרום להם לנהל משא ומתן מפורט קודם חתימה על ההסכם, דבר שיצמצם סכסוכים עתידיים; כיבודם של הסכמים אלו יסייע רבות בידי בתי המשפט לאכוף הסדרים פרטיים מבלי לחדור יתר על המידה למתחם הביתי ולהידרש לשקול את האינטרסים האינטימיים הנוגדים של בני הזוג; הדבר יצמצם שימוש לא מוסרי ולא הוגן בביציות מופרות תוך פגיעה במתקשרים החוזיים בשל הקניית גמישות מרבית בהתאמת כל חוזה וחוזה לרצונותיהם של הצדדים לו, להסכמותיהם ולצורכיהם.

למען שלמות התמונה יש להביא כמה מן הביקורות העיקריות המושמעות בספרות המשפטית על הצעתי לקבוע הורות משפטית בהסכמה, השוללות מכול וכול את האפשרות להשתמש בהסכמה בהקשר ייחודי זה בשל טיעונים נורמטיביים שונים, כפגיעה אפשרית בטובת הילד, באמו ובחברה כולה. כמו כן מושמעים טיעונים אחרים, המצדדים בחולשתה היחסית של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה ובצורך להכפיפה לערכים חברתיים שונים, בטובת הילד ושמירת זכויותיו השונות. בנוסף, יש הטוענים שהסכמה זו בעייתית הן בשל טיעוני הביקורת הפמיניסטית, על גווניה השונים, הן מטעמים פנים-חוזיים והן מטעמים נוספים, כדוגמת בעיית הקומודיפיקציה.⁸⁷ לדעתי אפשר להתמודד עם טיעונים אלו לגופם אחד לאחד, כפי שאני עושה במקום אחר בהרחבה.⁸⁸ אם כי לא למותר לציין שאף אני מבקש להפנים את עיקריה של ביקורת זו כדי להציג בסופו של יום מודל מאוזן ומעודן יותר, המבקש להתמודד נכונה עם קשיים אלו הניצבים לכאורה לפתחה של קביעת הורות משפטית בהסכמה.

ד. יישומה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה במופעה השונים בהקשר של טיפולי הפוריות

1. כללי

קבלתו של המודל הנורמטיבי המוצע על ידי במאמר זה עשויה לתרום לטעמי להסדרה קוהרנטית, גמישה, מנומקת וצודקת יותר במופעה השונים של קביעת ההורות המשפטית של ילודים שנולדו מטיפולי הפוריות השונים. בין היתר אפשר להכיר

87 לסקירת ביקורות זו אלו ראו מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 61–97.

88 לסקירת דרכי ההתמודדות עם ביקורות אלו ראו שם, בעמ' 122–166.

בהורותו של תורם זרע אנונימי ולחלופין להפקיע את הורותו של תורם זרע ידוע, אמנם לפי הסכמתם הראשונית, אך בכפוף לשמירה הדוקה על טובת הילד העתיד להיוולד ושמירת מלוא זכויותיו. בדומה לכך גם בסכסוכים המתגלעים בין בני זוג בשאלה מה יש לעשות בביציות מופרות שלהם כאשר בני הזוג אינם יכולים להגיע להסכמה אפשר ליישם את קביעת ההורות המשפטית בהסכמה. חרף חוסר הסכמת בן הזוג הסרבן להפוך להיות הורה בעל כורחו אפשר שהלה ישחרר את הביציות המופרות לבן/בת הזוג המעוניין/ת להפוך להורה לפי הצעת פשרה שתוצע. בן/בת הזוג הסרבן יקבל היעדר סטטוס הורות ודינו כדין תורם גמטה, זרע וביצית, המשולל מכל חובות או זכויות ביילוד. לבסוף אפשר לשרטט קווים להתעצמותה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה בהקשר של הסכמים לנשיאת עוברים, ואף אפשר לטעמי להגן על פרקטיקה זו מהטיעונים השונים הנשמעים נגדה.

לא למותר לציין בהקשר זה כי גם מלומדים שונים בארץ מכירים במקומן המתעצם והולך של הכוונה וההסכמה כיסוד המכונן את ההורות המשפטית. זאת בדומה למגמה העולמית המסתמנת והמהווה בסיס מוצק למודל הנורמטיבי המוצע כאן. עדים אנו לכרסום מתמיד והולך בחשיבות ההולדה הטבעית והקשר הגנטי לטובת עליית חשיבות המשפחה שאינה גנטית בהכרח אלא הסכמית או פונקציונלית, ולטיפולי הפוריות חלק חיוני ומרכזי בהאצתו של הליך זה. פנחס שיפמן לדוגמה נמנע מלקבוע הגדרה נוקשה וחד-משמעית לקביעת ההורות המשפטית אלא העדיף לבחון כל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו המיוחדות, בין היתר תוך בחינת כוונות הצדדים להליך יצירת הילד, הבאות לידי ביטוי במעורבותם בהריגה של האישה, ומתן תוקף משפטי לכוונות אלה.⁸⁹ אך אם לדעת שיפמן מקומן של הכוונה וההסכמה מובלע ותלוי רבות במידת מעורבותו של הפרט החפץ להפוך להיות הורה משפטי, מלומדים שונים עמדו בביורור ובחדות על מקומן של הללו כמכוננות את ההורות המשפטית בהסכמה בדומה לרוח מחקר זה.⁹⁰ כמו כן גם בחקיקה הקיימת ו/או המוצעת בארץ בהקשר של תרומת גמטות

89 ראו על כך שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 117-118; פנחס שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י 63, 76-77 (התש"ם) (להלן: שיפמן "קביעת אבהות").

90 ראו על כך בין היתר אמנון בן-דרור אימוץ ופונדקאות 294 (1994); כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 503, 515-523 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995); ויילר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 155-163, 165, 168; קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 52; יוסי גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני: משפט והלכה 217-218 (2008) (להלן: גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני). לאפשרות להכיר באבהות חוקית של בעלה של הנורעת ראו קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 85-102.

מנפטרים⁹¹ ובספרות הפילוסופית-ביו-אתית אפשר למצוא את אלמנט הכוונה וההסכמה של מי שביקש להביא את ילדו לעולם מרצון כמכונן את ההורות המשפטית.⁹² ומן הכלל אל הפרט. אעבור כעת לבחון את יישומו האפשרי של המודל הנורמטיבי מושא מחקרי בדין הישראלי בהקשרים השונים של קביעת ההורות המשפטית לילודים שנולדו מטיפולי הפוריות השונים. לפני כן אסקור בקצירת האומר את אבני הדרך המרכזיות הנדרשות ליישומו המעודן והראוי בפועל של המודל הנורמטיבי שהוצע על ידי.

2. יישומה בפועל של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה⁹³

תוכן ההסכמה

לטעמי יפה כוחה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה להקנות לא רק את סטטוס ההורות המשפטית כמכלול אלא אף לגזור ממנו את היקף החובות והזכויות ההוריות, בכפוף לתפיסות העולם הציבוריות הקיימות, כדוגמת שמירה על טובת הילד וזכויותיו השונות. אסביר: לדעתי יש להתיר את ההורות המשפטית לפרט שרצה, התכוון והסכים לשמש הורה משפטי של הילד. אם התכוון הלה ורצה לשמש הורה משפטי לכל דבר ועניין, יקבל את סטטוס ההורות המלא, אך אם בחר לשמש הורה משפטי בצורה חלקית בלבד במסגרת ההסכמה הראשונית, יינה מזכויות הוריות חלקיות בלבד לפי מידת מילוי החובות ההוריות כלפי הילד. אמנם קביעתו המדויקת של היקף סטטוס ההורות, על החובות והזכויות שינבעו ממנו, תיעשה בהסכמה פרטית בין הצדדים, אך בכפוף לפיקוח שיפוטי ו/או אדמיניסטרטיבי, שעליו אעמוד בהמשכו של מחקר זה. רצוני הוא ליצור תמריץ א-מגדרי, שאינו תלוי לא בנטייה המינית ולא בסטטוס הנישואים, ושלא ירק פרט שימלא את כל צרכיו של הילד יינה ממלא הזכויות שלו כהורה משפטי. מי שיבחר למלא את החובות ההוריות בצורה חלקית יינה כאמור

91 ראו על כך בהתאמה תקנה 10(ב) ותקנה 10(ד) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 978, המסדירות תרומת ביצית אישה נשואה שבעלה נפטר בהסכמתה בלבד ותרומת ביצית של אישה רווקה שנפטרה לאחר קבלת הסכמתה; סעיפים 1 ו-2 להצעת חוק שימוש בזרע או ביצית של אדם מת, התשס"ו-2006, ה"ח פ/80/17, לפיהם לא יינטלו ביצית או זרע מאדם לאחר מותו ללא הסכמתו מדעת ובכתב. על היכולת להשתמש בביציות מופרות עודפות לצורכי מחקר בתאי גזע עובריים ו/או לתרום אותן לזוגות עקרים, וזאת רק לאחר קביעת נוהל מסודר הכולל את הסכמת בעלי הזיגוטה, ראו גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 90, בעמ' 193.

92 וראו בעיקר זוהר, לעיל ה"ש 60, בעמ' 27, 39.

93 הדיון בתת-פרק זה מובא בקצירת האומר בלבד ולשם הדגמת אופן יישומו הראוי והרצוי בעיניי של המודל הנורמטיבי המובא על ידי. לתיאור ופירוט מלא יותר של דרכי ההתמודדות עם הבעיות הפרקטיות השונות הניצבות לפתחו של המודל ראו מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 187-216.

מהזכויות ההוריות הנגזרות מסטטוס ההורות המשפטית באופן חלקי ביחס שווה למידת מילוי חובותיו ההוריות. לבסוף מי שאינו רוצה כלל למלא את החובות ההוריות, יקבל סטטוס של היעדר הורות בלא כל זכויות. יודגש, כפי שאעמוד על כך בהרחבה בסמוך, כי דבריי אמורים רק במקרה שבו אין הסכמה זו פוגעת בטובת הילד ובזכויותיו, שהרי גם אני אינני מצדד ב"חופש חוזים" מלא ולא מפוקח הניתן בידי הצדדים להסכים ביניהם בצורה פרטית כטוב בעיניהם מיהו הפרט ומה יהיה היקף מערכת היחסים הורה-ילד שתשרור ביניהם.

כלומר, לאחר שהפנמנו שסטטוס ההורות המשפטית אינו אחיד ומונוליטי אלא מגוון יותר, פיצול זה מאפשר הסכמה כאמור על כלל החובות והזכויות ההוריות הנגזרות ממנו, או למצער על חלקן. אשר על כן מלכתחילה עלינו להפריד הפרדה ברורה בין שלושה סוגים של סטטוס ההורות המשפטית – סטטוס הורות מלא, המאגד בחובו את מלוא החובות והזכויות ההוריות; סטטוס הורות חלקי, המקנה זכויות הוריות מסוימות לפי מידת מילוי החובות ההוריות; סטטוס של היעדר הורות, המפטיר מכל החובות ההוריות וממילא מכל זכויות בילד.

אפשרות שלישית ואחרונה זו דומה עד מאוד למצב המשפטי הקיים שלפיו כל הורה שאינו רוצה ו/או יכול למלא את חובותיו ההוריות כלפי הילד, מופסקת הורותו המשפטית, הילד מוצא מחזקתו ונמסר לידי אחר. כל זאת כאשר יש הורים חלופיים הרוצים למלא את צרכיו השונים ובשל רצוננו לשמר את טובת הילד וזכויותיו השונות. לטעמי, הבחנה מושגית שכזו בין שלוש רמות שונות של הורות משפטית והקניית מלוא סטטוס ההורות המשפטית, לרבות זכויות הוריות מלאות, רק להורה שהתכוון למלא בפועל את חובותיו כלפי הילד וקושר עמו קשרי אהבה וחיבה עולה בקנה אחד עם טובת הילד ושמירת זכויותיו. העברת מרכז הכובד מצרכיו ומזכויותיו של ההורה לטובת התמקדות בצרכיו של הילד ובאינטרסים השונים שלו עשויה לחזק דוקטרינות מרכזיות אלו ולא להחלישן.

בשולי הדברים אציין כי גם המלומדת סקוט (Elizabeth S. Scott) הציעה ליישם עיקרון זה, אם כי בהקשר של מידת הענקת זכות משמורת להורים עם גירושיהם. זאת לא על פי עקרון טובת הילד אלא לפי מידת ההשקעה של ההורה בילד בחיי הנישואים (the approximation framework).⁹⁴ לדידה של הצעה זו יש להתלות את היקף חלוקת ה"זכויות" ההוריות עם גירושי ההורים במידת מילוי החובות של ההורים קודם לגירושיהם. כלומר, ההורה שמילא בצורה מלאה יותר את חובותיו ההוריות כלפי הילד בחיי הנישואין יקבל היקף גדול יותר של זכות המשמורת לאחר הגירושין. בדומה לכך, הורה שמילא בצורה חלקית את חובותיו ההוריות יקבל עם הגירושין בהתאמה היקף חלקי וקטן יותר של זכות המשמורת. כך אפשר לעודד עידוד א־מגדרי את היקף מילוי

94 ראו לעניין זה: Elizabeth S. Scott, *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, 80 CAL. L. REV. 615 (1992).

החובות ההוריות כלפי הילד בחיי הנישואין תוך קבלת "תמורה" בדמות הגדלת היקף זכות המשמורת עם גירושי ההורים. אכן, לפני כעשור הוצע לערוך רויזיה בעקרון טובת הילד, ובאחת ההצעות החקיקתיות החשובות בארצות הברית (ה-ALI) הוצע לדוגמה להמיר את העיקרון מסורתי בעיקרון מודרני חלופי זה.⁹⁵

לטעמי היכולת להכיר בסטטוס הורות חלקי כשלעצמה מעניקה אפשרות חשובה לילד (להמשיך) ליהנות מקשר רגשי וכלכלי עם הורה נוסף בלא כל כפיית סטטוס הורות מלא על מי שאינו חפץ בכך. שכן הואיל והמשפט הפוזיטיבי הקיים אינו מכיר במעמד ביניים שכזה, לא אחת הדבר מאלץ הורים אפשריים נוספים מעין אלו לוותר כליל על הורותם המשפטית בשל סטטוס ההורות המלא שייכפה עליהם, לרבות מלוא החובות ההוריות השונות. לחלופין נאלצים הם לדרוש הכרה בהורותם המלאה, שאינה עולה בהכרח בקנה אחד עם טובת הילד ועם טובת הצדדים השונים המשמשים זה מכבר כהורים משפטיים של הילד בפועל, תוך גרירת הילד והצדדים השונים לסכסוכים ודיונים משפטיים קשים ומרים. לא למותר לציין שבדומה לגירושין, למוות או לאיבוד הכשרות המשפטית של אחד מבני זוג במבנה הורי ביונורמטיבי מסורתי, בהקשרים אלו כולם יוכל הפרט שקיבל סטטוס הורות חלקי להיכנס בנעליו של ההורה הקודם ולקבל על עצמו את מלוא סטטוס ההורות. מובן שאפשרות זו קיימת כאשר החוק מכיר בהורותו המשפטית שאפשרית רק אם נכיר במעמד ביניים ייחודי זה, ברוח הצעת.

גבולות ההסכמה – "חופש חוזים" בגבולות טובת הילד ושמירת זכויותיו כאמור, לטעמי אין לאפשר חופש חוזים מלא או להכיר בו בהקשר רגשי זה. ידועה האמרה שמאז ומעולם ככלל אין בנמצא חופש חוזים מלא ואמתי. הדברים ודאי יפים לקביעת הורות משפטית. כלומר, גם משיקולים פנים-חוזיים יש להיות ערים לבעיות וקשיים לבר-חוזיים העשויים להפוך את ההסדרה החוזית לבעייתית ולא צודקת כלפי הצדדים השונים לה. לפיכך יש לדחות על הסף את הקריאות השונות המושמעות בספרות המחקר בחו"ל והמצדדות בחופש חוזים ללא כל פיקוח שיפוטי ו/או אדמיניסטרטיבי. קריאות אלו, הנשמעות לא אחת מפי מלומדי הניתוח הכלכלי של המשפט,⁹⁶ עלולות

95 יש מקום לטעון כי מודל נורמטיבי זה משפר מהותית את מצבו של ההורה הלא משמורן, שעד אז היה עשוי לקבל ביקורים מצומצמים בלבד. כלומר, עיקר מטרת מודל זה אינו מתמקד ביצירת קורלציה של זכויות מול חובות, ולמעשה יצירת הורות לשיעורין, אלא דווקא בחיזוק יחסי הורה-ילד עם ההורה הלא משמורן.

96 ראו על כך בעיקר במחקריו השונים של Richard A. Posner, כדוגמת Elisabeth M. Landes & Richard A. Posner, *The Economics of the Baby Shortage*, 7 J. LEGAL STUD. 323 (1978) (שוק תינוקות חופשי עדיף מהשוק הרגולטורי הקיים היום, דבר שימקסם את התועלת לכל הצדדים); Richard A. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, 5 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 21 (1989); Richard A. Posner, *Adoption and Market Theory: The Regulation of the Market in Adoptions*, 67 B.U. L. REV.

להיות פוגעניות ביותר, שכן קיים חשש סביר ביותר שהסכמה לא מפוקחת שכזו תפגע באופן פרטני בצדדים השונים ובעיקר המוחלשים חברתית ומשפטית, שלא אחת הם הנשים והילדים, ובאופן כללי תגרום לדה-הומניזציה ולרדוקצייה של בני אדם כטובין העובר לסוחר.⁹⁷

דווקא פיקוח והצבת גבולות ברורים לחופש החוזים שניתן בידי הצדדים השונים עשויים ללמד על הבאת האינטרסים השונים בחשבון, לרבות טובתו ושמירת זכויותיו וכבודו של העתיד להיוולד מההליכים השונים של קביעת הורות משפטית בהסכמה. עיון מעמיק בביקורות השונות המושמעות על המודל המוצע על ידי מלמד שעיקרן הוא המרת קשרי המשפחה וההורות בהתחייבות חוזית מנוכרת, אנוכית ומתגדרת. אולם הכפפת חופש החוזים וההסכמה הראשונית לטובת הילד ושמירת זכויותיו השונות משרדת מסר חברתי עקרוני וחד-משמעי באופן עקרוני וכללי. באופן פרטני הכפפה זו לא תאפשר לתת תוקף להסכמה העלולה לפגוע במרקם המשפחתי וביחסי הורים וילדים, שבעיני עיקרם הוא גידולו וטיפוחו של הילד בסביבה ההורית הטובה ביותר בשבילו.

בנוסף, רק מתן חופש חוזים בגבולות טובת הילד וזכויותיו עשוי לעלות בקנה אחד עם המהלך הדר-קוטבי המתקיים בעשרות השנים האחרונות בדיני הזוגיות ובדיני הורים וילדים. לכן לעומת מערכת היחסים הראשונה, שבה אפשר לראות מגמה ברורה של מעבר מסטטוס לחוזה ומתן חופש חוזים רחב יותר לבני זוג להסדיר את מערכת היחסים הזוגית ביניהם כטוב בעיניהם, בהקשר של מערכת היחסים האחרונה אפשר לראות מגמה הפוכה לחלוטין. בעת החדשה המודל המיטבי בעיניינו הינו מודל מרוכך יותר, שאמנם מכיר בחופש הניתן לבני זוג ולפרטים נוספים להסדיר ביניהם את קביעת ההורות המשפטית תוך הכרה בהם כהורים משפטיים, ברמה כזו או אחרת, ועם זאת מוסיף הוא לשמור על מילוי מלוא החובות ההוריות השונות תוך מניעת החשש שהדבר יביא לצמצומן או לביטולן.

ההורות המשפטית, כאמור לעיל, היא לטעמי סטטוס מודרני שיאפשר בראש ובראשונה הסכמה להוסיף הורה משפטי לילד (opt-in) או לחלופין לשחרר הורה משפטי מסטטוס ההורות כאשר אחר בא בנעליו. ניסיון ותובנות העבר מלמדים שטובת הילד וטובת המדינה אינן בהכרח איתור ההורה הגנטי של הילד וחיובו במילוי צורכי הילד השונים. החברה מקפידה באופן כללי שלכל ילד יהיו שני הורים מפרנסים, וכאשר בא הורה חדש בנעליו של הורה קיים, יכול האחרון לצאת מסטטוס ההורות לטובת

59, 60 (1987) (חרף החוקים והרטוריקה הקיימת נגד מכירת תינוקות אפשר למצוא מסחר בהם בכסף. השוק של מכירת תינוקות קיים ופועל אף כי בצורה לא יעילה ולא צודקת) וביתר הרחבה RICHARD A. POSNER, SEX AND REASON 405-420 (1992).

97 לתיאור נרחב יותר של בעיית הקומודיפיקציה ראו מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83-89.

הראשון.⁹⁸ לפיכך הכרה מוגבלת ומפוקחת שכזו בהיקפה של ההסכמה לא תפגע פגיעה אמיתית בטובת הילד ובזכויותיו השונות, שהרי יהיו לו שני הורים מפרנסים ותומכים. לא למותר לציין שפרקטיקה זו קיימת זה מכבר בהקשר של אימוץ, שם גם כאשר אנו מוציאים הורים משפטיים מסטטוס זה, נכנסים הורים משפטיים חלופיים בנעליהם.

גם הוספת הורה משפטי לילד עשויה לא אחת להיות מכבידה ומסרבלת. לפיכך דווקא בשם הרצון לשמור על טובת וזכויות הילד יש לפקח שיפוטית ו/או רגולטורית על תיעול מראש של ההסכם המתגבש בין הפרטים השונים כדי שלא יכיר במספר רב מדי של הורים משפטיים. תחת זאת שני פרטים בלבד יקבלו על עצמם את מלוא האחריות לקיום החובות ההוריות היום-יומיות של הילד, ולפיכך הם ייהנו מסטטוס הורות מלא. הורה/הורים נוספים שימלאו אף הם חובות הוריות כלכליות ורגשיות שונות כלפי הילד יקבלו זכויות הוריות מסוימות, כדוגמת זכויות ביקור מוגבלות.

בשונה מכך, כאשר מדובר בשחרורו של הורה משפטי מסטטוס ההורות והותרתו של הילד בלא דמות תומכת ומפרנסת זו (opt-out), המציאות עשויה להיות בעייתית מאוד. הפגיעה בטובת הילד ובזכויותיו עשויה להיות אנושה. לפיכך לא נכיר בתוקפה של הסכמה כזאת. הדברים אמורים בכפוף לנסיבות המקרה: אם טובתו וזכויותיו של הילד תאפשרנה הכרה בהורות של הורה יחיד, נכיר בתוקפה של הסכמה כזאת. בכך נוכל מחד גיסא להגשים את רצונם, כוונותיהם והסכמותיהם של המתקשרים החוזיים השונים להליך הולדה זה, ומאידך גיסא נשמר את טובתו וזכויותיו של הילד תוך השגחה קפדנית ונוקשה על צרכיו השונים.

בשולי הדברים אעיר שבלא קשר לסוגיית ההתנערות של תורם הזרע מאבהותו האפשרית על הילד יש לטעמי להסיג את תוקפה והיקפה של ההסכמה הראשונית מפני כל פגיעה בזכויות הילד, ובראש ובראשונה זכותו לדעת את מוצאו הגנאולוגי ולדעת מיהם הוריו מולידיו. לדוגמה, כאשר מדובר בבני זוג, ודאי אם הם נשואים, ובתורם זרע אנונימי, שמירת זכויות הילד עשויה להטות את הכף לטובת מתן מידע ליילוד על אביו הגנטי לכל הפחות עם הגיעו לבגרות. זאת בשל הפגיעה החמורה העשויה להיות לילד בטובתו ובזכויותיו אם נותר את מוצאו הגנטי אנונימי, מעורפל ובלתי ידוע. לפיכך יש חשיבות רבה להסכמה ולהסדרה חוזית במועד ההסכמה הראשונית על היקף המידע שיימסר לילד בהגיעו לבגרות ומהי מערכת היחסים שתשרור ביניהם. כלומר, בכל הכבוד לרצונו של הפרט לממש את עצמו ואת זכותו להורות, שמירת טובת הילד וזכויותיו דורשת לאפשר לילד לקבל מידע על מוצאו הגנטי ומיהו אביו מולידיו. אם תוכח פגיעה רגשית ו/או כלכלית חמורה בילד, יש לחשוף את זהותו של התורם האנונימי ולחלופין להפסיק את פרקטיקת תרומת הזרע בהקשר משפחתי "חסר" זה. זכותו של ילד לדעת את

98 ראו על כך Baker, לעיל ה"ש 59, בעמ' 48-52.

מוצאו הגנטי, שלא בהכרח הובאה בחשבון בהסדרתה של פרקטיקה זו, היא בסיסית וחשובה ביותר.⁹⁹

לפיכך לטעמי הטוב ביותר יהיה להתוות דרך ביניים ראויה שלפיה ככלל לילד שנולד מתרומת זרע אנונימית יינתן מידע בסיסי זה, ותוסדר מידת הקשר בין התורם ובין הילד במסגרת ההסכמה הראשונית של קביעת ההורות המשפטית. זאת על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בתרומת זרע אנונימית לרווקה. במקרה כזה לטעמי טובתו וזכויותיו של הילד, החסר הן הורה מפרנס נוסף והן דמות אב, עשויות לצדד בהפסקתה המוחלטת של פרקטיקה זו. זאת אם יוכח באמצעות מחקר אמפירי שאכן הפגיעה בטובת הילד ובזכויותיו חמורה מכפי שהיא נתפסת כיום. עמידה נכונה על ההשלכות הקשות העשויות להיות מנת חלקו של יילוד מתרומת זרע מגבר זר ואנונימי מצריכה ומצדיקה עריכת חשיבה מחודשת על ביטול האפשרות המשפטית-חברתית לתרום זרע בצורה אנונימית בהקשרים משפחתיים אלו.

תפיסת עולם זו עשויה להיתפס בעיני אחדים כשמרנית וארכאית. ודאי וודאי שהדבר עשוי שלא לעלות בקנה אחד עם כוונתם ורצונם האפריוריים של האם והתורם. לדידה של ביקורת זו מהלך שכזה יפגע בהיקף תרומות הזרע, שגם כך הולך ומידלדל, בשל הפגיעה באנונימיות של תורם הזרע. אולם כחברה אנו מחויבים באותה מידה לשמור על טובת הילד וזכויותיו, כדרך שאנו מסכלים כל ניסיון אחר של גבר להתחמק מחובותיו כלפי הילד בטענות של גנבת זרע, הורות כפויה ולחלופין קיומה של הסכמה עם אם הילד בדבר פטירתו מחובותיו ההוריות. כלומר, בעיניי ניסיון להמשיך ולאפשר את פרקטיקת תרומות הזרע מחד גיסא תוך ניסיון לשמור על טובת הילד וזכויותיו השונות מאידך גיסא מצריך ומחייב הצבת גבולות אלו.

עצמת ההסכמה

כאמור, לעצם קבלת סטטוס ההורות המלא, לרבות הזכויות ההוריות השונות הכרוכות על עקיבו, על אדם לקבל את ההורות המשפטית בצורה ברורה שתתועד היטב בחוזה ערוך כדין, כפי שאפרט בהרחבה בסמוך. לפיכך לטעמי לאחר הפנמת המודל הנורמטיבי המוצע על ידי, בכל מקום שבו לא קוימו יחסי אישות בפועל, ובנוסף לא ניתנה הסכמה מפורשת של אדם להפוך להיות הורה משפטי, רצוי מאוד שלא להסתמך על אומדן דעת משוער. תחת זאת יש לקבוע בבירור וחד-משמעית שאם לא ניתנה הסכמה מפורשת, המעוגנת בחוזה ערוך כדין, אין להסתפק בכוונה משוערת או משתמעת.

99 ראו על כך במחקריה השונים של רות זפרן, ובעיקר זפרן זכותו של צאצא להתחקות, לעיל ה"ש 33. לאחרונה הוקדש בארץ סרט תחקירי לבעיות הלא פשוטות שעמן מתמודדים ילדי בנק הזרע שנולדו מתרומת זרע אנונימית. ראו על כך סרטה של אורנה רביב רייז "ילדי בנק הזרע". www.reshet.ynet.co.il/Shows/Documentary_Films_video/videomarklist,171883/

לטעמי כשנולד ילד כדרך כל הארץ בכל הקשור בהטלת סטטוס ההורות, לכל הפחות לעניין מילוי החובות ההוריות, יש לבאר שעצם קיומם של יחסי האישות הוא בבחינת הסכמה מכללא, ברמה כזו או אחרת, לקבל את החובות ההוריות השונות. קביעה זו נכונה לטעמי בעיקר בשל רצוננו לשמור על טובת הילד וזכויותיו השונות, ולפיכך אפשר להסתפק בהקשר זה בלבד בהסכמה מכללא. בשונה מכך, לשם קבלת סטטוס ההורות המלא ולחלופין קבלת סטטוס של היעדר הורות נדרוש הסכמה מפורשת וחד-משמעית ולא נסתפק בפחות מכך. לפיכך החיוב במזונות הילד ושאר סיפוק צרכיו מוסק מההסכמה המשתמעת לחוב בחובות הנובעות מהתוצאה האפשרית של קיום יחסי האישות.¹⁰⁰ כלומר, עצם קיומם של יחסי אישות והבאתו לאוויר העולם של ילד, ודאי אם נעשו במסגרת תא נישואים, אך גם מחוזה להם, מלמדים על כוונתם ורצונם של המולידים להפוך להיות הורים משפטיים. כאמור, הדברים ודאי אמורים בהקשר של האימהות המשפטית כאשר האישה בחרה שלא להפסיק את ההיריון ולהפיל את העובר כשהיא אפשר לבצע הפלה חוקית, ולחלופין בחירתה שלא לבצע הפלה פלילית. בהקשר של האבהות המשפטית עצם קיום יחסי האישות מלמד על רצונו המפורש, ולמצער המשתמע, לקבל על עצמו את התוצאות וההשלכות הברורות של מעשה זה.

תימוכין משפטיים לתובנה זו אפשר למצוא בקביעות של מלומדים שטענו שהבנייתם של יחסי האישות במונחים חוזיים גוזרת תוצאה משפטית מתבקשת זו תוך הסקת קיומו של חוזה משתמע לשאת בתוצאות ובהוצאות הנלוות למעשה זה.¹⁰¹ כמו כן תימוכין נוספים פילוסופיים-ביו-אתיים אפשר למצוא גם בדעת אתיקנים שונים, הטוענים להצדקת הטלת סטטוס הורות על הורה, בשל האקסיומה הזאת: בני אדם נושאים באחריות מוסרית למעשיהם הרצוניים, המשליכים על חייהם של אחרים. בהינתן המשמעות הברורה לחשיבות קיום יחסי האישות והפירון בחיי בני אדם, להורים אחריות מוסרית כלפי ילד שנולד מהם. אדם המקיים עם אישה יחסי אישות בהסכמה צריך להיות מודע ואחראי לתוצאה אפשרית של מעשיו – הולדת ילד.¹⁰²

100 לטיעון זה ראו למשל Dorsley v. English, 390 A.2d 1133 (Md. 1978); D.W.L. v. M.J.B.C., 601 S.W.2d 475 (Tex. Civ. App. 1980).

101 ראו על כך Daniel Callahan, *Bioethics and Fatherhood*, 1992 UTAH L. REV. 735, 737-738; Laurence C. Nolan, *Legal Strangers and the Duty of Support: Beyond the Biological Tie – but How Far Beyond the Marital Tie?*, 41 SANTA CLARA L. REV. 1, 19 (2000-2001).

102 לסקירת נימוקים משלימים לתובנה שדי בהסכמה מכללא לקבלת החובות ההוריות, בשונה מקבלת הזכויות ההוריות, שם יש צורך בהסכמה ברורה ומלאה, ראו מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 67-68.

האופן שבו נבחנת ההסכמה

אחת הבעיות היישומיות הרובצות לפתחו של המודל הנורמטיבי המוצע על ידי היא מועד התגבשות ההסכמה הראשונית. כאשר ילד נולד כדרך כל הארץ, יש לדון מתי יש לבחון את ההסכמה והכוונה מכללא להפוך להיות הורה משפטי ואת אפשרות קיומה של הסכמה וכוונה מפורשת ולחלופין נוגדת. האם יש לעשות זאת בעת קיום יחסי האישות? בעת או טרם הנישואים? או שמא רק לאחר לידת הילד עם קבלת עיגון אדמיניסטרטיבי או שיפוטי לרצון ההורים להפוך להיות הורים? בדומה לכך, בהליך של הפרייה חוץ-גופית – האם מדובר בשלב מתן הזרע על ידי הגבר (שיכול להיות מוקפא בשלב זה לשימוש מאוחר יותר)? בעת הפרייה הביצית? או שמא רק בעת החזרת העובר לרחם? כמו כן לא תמיד אפשר לעמוד נכונה על כוונת הצדדים במועד הראשוני שבו הוסכם על קביעת ההורות המשפטית, בשל הסיבה הפשוטה שהסכמה שכזו אינה מעוגנת בכתובים כלל.

יעילותו של המודל הנורמטיבי המוצע כאן תלויה רבות בהפנמתו בקרב הציבור הרחב. לפיכך יש להטמיע בקרב הציבור שרק עיגון של ההסכמה לקביעת הורות משפטית הראשונית בחוזה ערוך, שיקבל את התוקף המשפטי ו/או האדמיניסטרטיבי, שעליהם אעמוד בסמוך, עשוי להקנות לו הכרה ותוקף משפטיים. בלא שהדבר יעשה באופן דווקני שכזה, אין כל יכולת למנוע את תחולתם של דיני המשפחה המסורתיים שאינם מכירים על פי רוב בתוקפן של הסכמות מעין אלו, וממילא כל ההסכמה והכוונה הראשונית לא יחזיקו מים.

לפיכך דרך המלך למנוע בעיות פרוצדורליות וחוזיות שונות אלו היא קביעת חובה מנדטורית לערוך בכתב חוזה שבו תוסדר קביעת ההורות המשפטית על היבטיה השונים. את קביעת המועד המתאים ביותר לעריכתו של חוזה זה בכל הקשר פריוני אפרט בהמשכו של תת-פרק זה. במסגרת הסכמה ערוכה זו יבואו לידי ביטוי, בין היתר, האוטונומיה ו"חופש החוזים" של הצדדים להסדיר כטוב ביניהם את מערכת יחסי ההורות. יודגש שאם לא נערך חוזה כזה ולא אושר בידי סמכות שיפוטית או אדמיניסטרטיבית, אין כל אפשרות לשנות מקביעת ההורות המשפטית הקיימת כיום בדין הקיים. הכרה זהירה ומסויגת זו בחופש חוזים מוגבל שכזה, הכפוף לרגולציה ציבורית קפדנית והדוקה, היא לטעמי כורח המציאות. זאת בשל הרצון לשמר את טובת הילד וזכויותיו ולוודא שאין כל פגיעה לא באינטרסים של הילד ולא באינטרסים של הצדדים השונים להליך הפיריון – ההורים המזמינים, האם הנושאת ותורמי הגמטות. כלומר, בררת המחדל לקביעת ההורות המשפטית תהיה הדין הנוהג, על פגמיו השונים בעיניי, אלא אם ההסכמה הראשונית, המבקשת לשנות את בררת המחדל, נערכה בכתב וקיבלה תוקף שיפוטי או אדמיניסטרטיבי.

נקודת הזמן לחזור מההסכמה הראשונית ואפשרות החזרה ממנה בעיית היפוך הלבבות והרצון לחזור מההסכמה הראשונית היא בעיה אקוטית בכל הסדרה חוזית של מערכות יחסים בתקופה המודרנית ובפרט בהקשר הייחודי והמורכב של דיונו. בשל נימוקים אישיים שונים עשוי אחד הצדדים להסכמה ולחזרה הראשונית לבקש לחזור בו בשל היפוך הלב. ¹⁰³ לפיכך בכל המקרים שבהם התגבשה הכוונה וההסכמה לשמש הורה משפטי של הילד יש להכיר בה כמי שמקנה סטטוס משפטי לכל דבר ועניין על פי היקף קבלת החובות ההוריות. סטטוס זה תקף ועומד כדרך שסטטוס ההורות מושג כיום באמצעות לידת ילד ולחלופין באמצעות אימוצו. ובכל זאת במקרים מסוימים כשיבקש אחד הצדדים להסכם ההורי לחזור בו, באופן עקרוני נאפשר לו לחזור בו, בכפוף לשמירה על טובת הילד וזכויותיו. זאת בדומה לכל הורה המבקש להשתחרר מחובותיו ההוריות במצב המשפטי הקיים.

אפרורית, כל עוד לא נעשה שימוש בלתי הדיר בתרומת הגמטה, השתלחה של הביצית המופרית ברחמה של אם נושאת (פונדקאית), יכול המבקש לחזור בו מעשות כן. זאת גם אם ההסכמה הראשונית קיבלה תוקף אדמיניסטרטיבי ו/או שיפוטי. מקרים אלו יהיו ספורים בלבד. אך גם לגופם של דברים, בשל שיקולים פנים-חוזיים באיזון שבין יסוד הצפייה והסתמכות הצד המזמין ובין היפוך לבבו של התורם, שאינו חפץ עוד להפוך להיות הורה גנטי, יש לאפשר חזרה זו כאשר מדובר בהיפוך לבב אמתי ולא סתם בחוסר רצון לקיים את ההסכמה הראשונית.

לפיכך יש לאפשר נסיגה מההסכמה הראשונית באמצעות שליחת הודעה בכתב ליתר המתקשרים החוזיים ולאפשר במידת הצורך בלבד להשתחרר מההסכם הראשוני. זאת כל עוד טרם נעברה נקודת האל-חזור כאשר מדובר באחד מטיפולי הפוריות – השתלחה של ביצית מופרית בגופה של אם נושאת. לפיכך לדעתי קנויה זכות חזרה שכזו גם מההסכמה ראשונית לביצועו של הסכם דיספוזיציה בהקשר של ביציות מופרות, שכן עירובם של זרע וביצית בהפריה חוץ-גופית אינו חציית נקודת האל-חזור. ¹⁰⁴ בדומה לכך יש לכבד את היפוך לבבו של אחד הצדדים אם אין התנגדות לכך מצד יתר השותפים להליך הפריוני.

אולם כאשר התחיל ההליך ההיריוני, ואחד הצדדים מבקש לסגת מהסכמתו הראשונית או שנתגלעו חילוקי דעות בביצועה של הסכמה שכזו, יש לפעול כדלהלן: במקרים הקלים יותר של תרומת גמטות יש לפנות לגורם האדמיניסטרטיבי שאישר את ההסכמה הראשונית, ובמקרים קשים יותר של הסכם לנשיאת עוברים וסכסוכים בנושא ביציות

103 לסקירה מלאה יותר של בעיית היפוך הלבבות והדרכים להתמודד עמה נכונה ראו בהתאמה שם, בעמ' 93-95, 157-166.

104 להצעה חקיקתית עדכנית הקרובה לכך באופייה ראו MODEL ACT GOVERNING ASSISTED REPROD. TECH. §201(2) (Proposed Official Draft 2008) www.abanet.org/family/committees/artmodelact.pdf (להלן: Model Act).

מופרות, לרבות תרומתם/אימוצם, יש לפנות לבית המשפט המוסמך לדון בכך. לא למותר לציין ששינוי חוזה שכזה על ידי בית המשפט אפשר למצוא בארץ בהקשר של הסכם לנשיאת עוברים, בכפוף לסייגים הקבועים בסעיף תחת הכותרת – "חזרת אם נושאת מהסכם". למשל, כאשר מתמלאים הסייגים השונים, יסדיר בית המשפט את מערכת היחסים כטוב בעיניו תוך שינוי ההסכמות החוזיות הראשוניות שאף עוגנו בהסכם הראשוני.¹⁰⁵

לטעמי, הגיוני לצעוד צעד אחד נוסף קדימה ולשנות את המצב המשפטי בדין הקיים, השולל על הסף כל יכולת לשנות מקביעת ההורות המשפטית בהסכמה כפי שנקבע בתחילה, בדומה למקובל בדיני החוזים הקלסיים. לטעמי יישומן של תאוריית חוזה היחס ושל התובנות של דיני החוזים המודרניים עשוי לספק בידנו כלי עבודה גמישים ויעילים יותר בהסדרת ההסכמות הכה טעונות המתקבלות בהקשר של קביעת הורות משפטית. יישומה של תובנה זו עשוי לאפשר למתקשרים החוזיים להשתחרר מביצוע חיובים או להתקשר בהם, וכך גם באשר לקבלת זכויות שונות שקיבלו על עצמם במסגרת הסכמתם הראשונית. הדברים ודאי יפים לעת שלפני תחילת טיפולי הפוריות, שאז מאזן הנוחות מצדד ביכולתו של מתקשר חוזי להסכם להשתחרר ממנו. לטעמי אפשר ליישם תובנה מחודשת זו בדבר היכולת שלהם, לרבות של האם הנושאת, להשתחרר מההסכם גם לאחר תחילת ביצועו ואף לאחר לידת הילד.¹⁰⁶

כפי שעמדתי על כך בהרחבה במחקר קודם,¹⁰⁷ תאוריית חוזה היחס ותאוריית ההורות הפונקציונלית, על גוניהן השונים, עשויות להנביע זכויות וחובות הוריות שונות ואף הענקת סטטוס הורות מכוח חוזה משתמע לאור התנהגות בפועל במרקם הביתי. הואיל ותאוריית חוזה היחס גורסת שאין יכולת אמתית לצפות במועד הראשוני את מערכת החובות והזכויות שתצמיח מערכת היחסים החוזית ולנסחה, יש להעדיף, במידת הצורך בלבד, את התנהלות הצדדים בפועל על פני ההתחייבות החוזית הראשונית. לטעמי, ככלל, יישומה של תאוריית חוזה היחס בהקשר של קביעת הורות משפטית עשוי לגזור במידת הצורך התאמה ויישום גמיש יותר של ביצוע החיובים החוזיים *ex-post* באשר להסכמות החוזיות הראשוניות שעליהן הוסכם *ex-ante*. התאמה וגמישות אלו תאפשרנה לשנות את ההסכמה החוזית הראשונית על פי שינויי נסיבות ו/או היפוך לבב

105 ראו על כך ס' 13 (א) וס' 13 (ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176 (להלן: חוק הפונדקאות).

106 יישום ראשוני של מודל חוזי מודרני זה בהקשר של קביעת הורות ראו דוד (פרדי) רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות 23 (2001).

107 לסקירת דיני החוזים המודרניים, תאוריית חוזה היחס והכלים שהם מעניקים להתמודדות טובה יותר עם הבעיות הפנים-חוזיות השונות שעמן קביעת ההורות המשפטית בהסכמה, לכל הפחות במסגרת של הסכמים לנשיאת עוברים, צריכה להתמודד ראו: Yehezkel Margalit, *Surrogacy – From Problematic Practice to Giving the Gift of Life* (forthcoming).

כאשר התנהגות הצדדים בעת יישומם של ההסכמה והחוזה, בהסכמה מפורשת או במשתמע, משקפת בבירור את רצונם לשנות את הסכמתם הראשונית. אשר על כן כאשר פרט מסוים שאינו קשור גנטית/פיזיולוגית לילד ואינו הורה המשפטי מכוח סטטוס הנישואים, מקיים בפועל מערכת יחסים של הורה-ילד וממלא את החובות ההוריות השונות, עשוי הוא לזכות בסטטוס ההורות לפי מידת היקף מילוי החובות ההוריות. הדברים טובים לא רק כשמדובר בזוגות נשואים אלא גם בבני זוג לא נשואים ואף בהורים שאינם קשורים גנטית לילד, כפי שהמודל בדבר הורות פונקציונלית דוגל. מנגד אי-מילוי החובות ההוריות הלכה למעשה עשוי אף הוא לשנות את ההסכמה הראשונית ולשלול את סטטוס ההורות מידי מי שביקש במסגרתה להיות הורה משפטי, כפי שמקובל היום במערכות המשפט השונות בעולם.

הואיל ומדובר בשינוי ההסכמה הראשונית, שנערכה בכתב ואף קיבלה אישור שיפוטי ו/או אדמיניסטרטיבי, יש לאפשר חזרה מאוחרת ממנה במשורה בלבד, כמו במקרה אם נושאת החוזה בה, הקבוע בחוק הישראלי, ושעליו עמדתי לעיל. אשר על כן אפשרות חזרה זו תתאפשר בידי בית המשפט בלבד, בין שאישורו של ההליך הראשוני היה אף הוא בידי בית המשפט, במקרה של פיקוח שיפוטי, ובין שרשות אדמיניסטרטיבית נתנה את אישורה הראשוני תחילה. אפשרות זו תינתן אך ורק אם הוכח לבית המשפט שמדובר בשינוי נסיבות ניכר, וכי שינוי מאוחר זה עולה בקנה אחד עם טובת הילד וזכויותיו.

3. הסכמי דיספוזיציה בדבר ביציות מופרות

אעסוק כעת כאמור ביישום בפועל של המודל הנורמטיבי המוצע על ידי במקרים פרטניים שונים של דילמת קביעת ההורות המשפטית במופעיה השונים. אתחיל את דיוננו דווקא בנושא קרוב – אכיפת התחייבות להפוך להיות להורה, כמקובל בהקשר של ביציות מופרות וההסכמים הנלווים להן. בעבר היה מקובל בארץ כדבר כמעט מקודש, שיש לדחות על הסף כל ניסיון להסדרה חוזית של מערכת היחסים הזוגית בכלל ושל יחסי הורים וילדים בפרט, שכן תחומים אלו הם בעלי אופי אינטימי ומצויים בתחום הרגש. כמו כן אטען כי המסגרת הנורמטיבית של המשפט, בייחוד זו הבאה לידי ביטוי בדיני החוזים, צרה מלהכיל את מגוון ההיבטים הרגשיים והאינטימיים של אותן מערכות יחסים.¹⁰⁸ קביעה שיפוטית וקיצונית עוד יותר, הרואה בחוזה להולדת ילדים חוזה פסול על הסף, בשל היותו נוגד את טובת הציבור, אפשר למצוא בפרשת נחמני.¹⁰⁹ פרשה טרגית זו עסקה כזכור בגורלן של ביציות מופרות השייכות לבני זוג פרודים שלא הסדירו בהסכם דיספוזיציה מה יש לעשות בהן במצב הדברים שנוצר. פרשה זו על גלגליה

108 לקביעה זו ראו איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 581 (2003).
109 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: פרשת נחמני א). המשך הפרשה התגלגלה בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: פרשת נחמני ב).

השונים נותחה בידי בית המשפט לאור שיח הזכויות ותוך בחינת מערכת היחסים במשקפיים חוזיים.¹¹⁰ לכן אפשר לעמוד בהרחבה על הבעייתיות שהייתה גלומה בארץ בקביעת הורות משפטית בהסכמה המתבססת על הסכמות חוזיות בלא שתעוגן בחקיקה משלימה ברוח מחקרי.¹¹¹

סקירת ערכאותיה השונות של הפרשה תעלה את קשת הדעות המורכבת והמגוונת הבאה באשר לתוקפה של הסכמה להולדת ילדים במשותף באמצעות טיפולי פוריות שונים: הסכם זה מיוחד במינו, ואפשר לסווגו עם החוזים ה"רופפים", ולכן לא יוכפף לדיני החוזים באופן דוקני וצר;¹¹² אין כל צורך להיזקק לדיני החוזים אלא די בהשתק,

110 לקביעה זו ראו דפנה ברק-ארו "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 207, 211 (1996). לניתוח שיח הזכויות ואוטונומיית רצון הצדדים להסדיר זאת באמצעות הסכמות או הסכמים ראו בהתאמה זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 636–639; עמוס שפירא "פרשת נחמני: הורות בזכות ובכפייה, ביציות מופרות וילודים עתידיים – סיפורים של קדמה מדעית וכשל נורמטיבי" מאזני משפט ד 437, 439–447 (2005). לביקורת על בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה שעשו שימוש בשיח זכויות של המשפחה ולא של הפרטים החיים בה ראו סגל דוידוב-מוטולה "פסק דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221, 222 (1996). לניתוח חוזי ולסיכום דעות השופטים השונות בפסקי דין אלו ראו גבריאלה שלו "הסכמים ג'נטלמניים (שם זמני)" משפטים לב 3, 30–31 (2001); שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קרית המשפט ד 271, 309–311 (2004) (להלן: ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי"). להנמקות נוספות של מלומדים שונים מדוע ההסכם בין בני הזוג נחמני צריך או לא צריך להיות חוזה אכיף: לשוללים – ראו חיים גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח 83, 96–97 (1993) (בשל אופייה של המעורבות הנפשית והרגשית העמוקה שתתבע האכיפה מדני וכן בשל הרצון להימנע מאכיפת הסכם המתנגש עם טובת הילד העתידי יש להימנע מכך); חיים גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט 453 (1995) (הסכמותיו של דני אינן בנות-אכיפה מאותם טעמים שהבטחת נישואין אינה אכיפה); שפירא, שם, בעמ' 451–454 גורס שיש לדרוש הסכמה משותפת ונמשכת של בני הזוג בתהליך ההפריה החוץ-גופית על כל שלביו. למצדדים ראו אנדרי מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו" עיוני משפט יט 433, 445 (1995) (דני נחמני יצר מצג כלפי אשתו בהסכימו להליך ובהתנהגותו בראשיתו, ובשל כך רותי שינתה את מצבה לרעה). ואף יש מי שסבר שמוסרית חייב דני להתיר לאשתו להשתמש בביציותיה המופרות, אך אין כל דרך לכפות זאת עליו משפטית, ראו על כך דוד הר "משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט 507, 527 (1998).

111 על בעייתיות זו בארצות הברית, ולסקירת פסקי הדין השונים שניתנו בעניין, המגיעים למסקנות שונות לגמרי, ראו: Mark P. Strasser, *You Take the Embryos but I Get the House (and the Business): Recent Trends in Awards Involving Embryos Upon Divorce*, 57 BUFF. L. REV. 1159 (2009).

112 ראו על כך דברי השופט שטרסברג-כהן בפרשת נחמני א, לעיל ה"ש 109, בעמ' 507–510; דבריה בפרשת נחמני ב, לעיל ה"ש 109, בעמ' 681–682.

ביסוד ההסתמכות ובמניעות כדי לצדד בזכות מי שחפץ להפוך להורה;¹¹³ הסכם להולדת ילדים הוא חוזה המנוגד לתקנת הציבור ולכן החוזה בטל;¹¹⁴ אי אפשר להכניס הסכם שכזה לתבניות משפטיות של חוזה או מעין חוזה;¹¹⁵ אין מדובר בחוזה רגיל הנתון לאכיפה;¹¹⁶ אין מדובר בהסכמה חוזית רגילה אלא בהסכמה מסוג מיוחד;¹¹⁷ מדובר בהסכמה שאינה מגיעה לכלל הסכם משפטי, ובכלל עניינים אלו מוטב להם שלא יבואו כלל אל בית המשפט אלא יוכרעו בחיק המשפחה.¹¹⁸

לא למותר לציין שרק לאחרונה ניתן פסק דין של בית המשפט המחוזי בסכסוך דומה, ובו שבה ונדחתה תביעה דומה, אם כי הפעם דווקא מצדו של הגבר, שחפץ לכפות את ההסכמה הראשונית על פרודתו ולאפשר לו להפוך לאב נגד רצונה.¹¹⁹ עיקר נימוקי הדחייה היו שבשונה מפרשת נחמני, סכסוך משפטי אחרון זה נתגלע לאחר חקיקת חוק הפונדקאות, ולכן כפוף הוא לתנאיו, המצריכים את הסכמת האישה החוקית/בעלת הביציות להמשך עשיית השימוש בהן באמצעות הסכם לנשיאת עוברים.

יודגש כי בפסק דין זה, בשונה מפרשת נחמני, כבר לא נדונו מהותית מעמדה ותוקפה של הסכמת הצדדים הראשונה, והשופטים הסתפקו בדחייה פורמלית של ערעור הגבר בשל מגבלות חוק הפונדקאות והיעדר הסכמתה הראשונית של פרודתו להליך זה.¹²⁰

בשונה מההתנגדות העקרונית שעלתה בפרשת נחמני בהקשר של מתן תוקף משפטי להתחייבות להולדת ילדים משותפת, כיום נראה שגישת המשפט הישראלי התעדנה מעט בכל יחסה להסדרה חוזית של רגשות ושאר התחומים האינטימיים. לא למותר לציין ששינוי גישה מהותי זה עולה יפה בקנה אחד עם מסקנות מחקרי, המצדדות בתוקפה של קביעת הורות משפטית בהסכמה. ייתכן שתיווכן לכך אפשר למצוא בהחייאת עילת

113 ראו דברי השופט טל בפרשת נחמני א, לעיל ה"ש 109, בעמ' 523–526. כן ראו דבריו בפרשת נחמני ב, לעיל ה"ש 109, בעמ' 693–694, 701.

114 ראו דברי השופט דורנר שם, בעמ' 712.

115 השופטים גולדברג וטירקל, שם, בעמ' 718, 730.

116 השופט כץ, שם, בעמ' 737.

117 השופט אור, שם, בעמ' 759.

118 השופט זמיר, שם, בעמ' 768–769, 776–777.

119 ראו על כך גלגוליו השונים של סכסוך זה בתמ"ש 5610/06 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם, 27.11.2007); ע"א (מחוזי י"ם) 2271/08 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 3.12.2008); עמ"ש (מחוזי י"ם) 228-08 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 7.6.2010).

120 בשולי הדברים יש לציין כי ספק רב אם פסק הדין הזה עולה בקנה אחד עם פרשת נחמני, וכי ההסתמכות של השופטים על חוק הפונדקאות, שאינו רלוונטי בנסיבות, איננה ברורה כלל, שהרי היה אפשר, במועד פסק הדין, להוציא את הביציות לחו"ל ושם לבצע פונדקאות. אי אפשר להסביר את פסק הדין הזה אלא על רקע עובדותיו המיוחדות, אלה הגלויות מפסק הדין ואלה הנרמזות בין השורות, כהפעלת לחץ וסחיטה על האישה כדי לקדם תביעות/אינטרסים אחרים וכדומה.

הפרתה של הבטחת נישואים לבן/בת הזוג,¹²¹ המגולמת בקביעת הנשיא בדימוס ברק, שדיני החוזים אינם נעצרים עוד על סף הבית המשפחתי, ולכן אפשר לחייב, לכל הפחות נזיקתי, את המפר. כמו כן גישה זו נתמכת בכתיבה האקדמית העוסקת במשפט ורגשות, שבארץ הייתה מזוהה יותר מכול עם המלומדת הילה קרן. יתר על כן, ככלל, דיני משפחה חילוניים שונים נשענים על פיתוח הולך ומתחזק של יחסים חוזיים כדרך המלך לעקוף את הדין הדתי.¹²²

בהקשר הרחב יותר של דיונונו אפשר למצוא בין היתר הרחבת חיוב במזונות מכוח דיני החוזים ולא מכוח דיני המזונות הרגילים במקום שבו תוכח התחייבותו של אדם כלפי בת זוגו לזון את ילדה/ם, כדי לבסס את החיוב ההורי במזונות במקום שבו אפריורית אין הכרה בהורות.¹²³ זאת בשל "שיקולי ההגינות", כמניעות וכחובת תום הלב, שלפיהם כשאחד מבני הזוג התחייב להליך הפריה מלאכותי או להליך אימוץ, הסכים להם או השתתף בהם בדרך בלתי פורמלית, אין להותיר את המשפחה בעת פרדה ללא כל תמיכה.¹²⁴ בדומה לכך, תקנת הציבור, שהייתה בעבר אחד הנימוקים המרכזיים שלא להכיר באכיפת חוזה להבאת ילדים לעולם, משתנה כיום ואינה עוד שוללת בהכרח מכול וכול הסכמות בהקשרים השונים להבאת ילד לעולם.¹²⁵

121 ראו על כך בפסק הדין התקדימי, שהפך את ההלכה הפסוקה ויצא נגד קריאת המלומדים לבטל את עילת הפרת הבטחת הנישואים כעילת תביעה לגיטימית, כפי שמקובל במדינות אחרות בעולם, ע"א 5258/98 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004) (להלן: פלוני נ' פלוני (5258/98)). לא למותר לציין שקביעה זו התקבלה כמחייבת, כבתמ"ש (משפחה ת"א) 51590/05 א.ר. נ' ש.ר. (פורסם בנבו, 6.9.2009).

122 לקביעה זו ראו שמואלי, שזו ובלכר-פריגת, לעיל ה"ש 32, בעמ' 7. על הבעייתיות שיש בהישענות יתר על ההסדרה החוזית בכלל ולאור הביקורת הפמיניסטית בפרט ראו הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזוריים נוסח ישראל", לעיל ה"ש 49, בעמ' 155–157.

123 הדברים אמורים גם בהליך האזרחי הדומה החל בדיני הזוגיות, שם יותר ויותר אפשר למצוא חיוב מזונות בן/בת הזוג מכוח דיני החוזים ולא מכוח סטטוס הנישואים. ראו על כך, לאחרונה, תמ"ש (משפחה ת"א) 33988-05-10 ש.מ. נ' מ.ס. (פורסם בנבו, 26.1.2011).

124 ראו על כך בש"א (משפחה קר') 878/08 ס. ר. נ' ר. ע. (פורסם בנבו, 18.9.2008). על שיקולי הגינות אלו ראו פרשת פלוני נ' פלוני (5258/98), לעיל ה"ש 121, בעמ' 234–235. על חוסר תום הלב בנסיבות הכוללות של פרשת נחמני כנימוק לחייב את דני נחמני לקיים את התחייבותו כלפי רותי נחמני חרף העובדה שההסכם רופף ובני הזוג כבר נפרדו ראו ה"פ (מחוזי חי') 599/92 נחמני נ' נחמני, פ"מ התשנ"ד(1) 142, 155, 163 (1993) (בזוג נשוי די בהסכמה הראשונית של הצדדים ואין צורך בקבלת הסכמה נוספת להשתלה); פרשת נחמני ב, לעיל ה"ש 109, בעמ' 786–787; דוידוב-מוטולה, לעיל ה"ש 110, בעמ' 226, ה"ש 23.

125 על התמודדות בארץ ובעולם עם תקנת הציבור בהקשר ייחודי זה ראו אלי וילצ'יק "האם התחליפית" משפטים יז 534, 547–549 (1987). על השינוי הכללי שחל בתקנת הציבור מהנמקה שלילית לחיובית ולתמיכה דווקא בקיומם של חוזים ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 110, בעמ' 300, ה"ש 98.

4. הסכמים לנשיאת עוברים

במשך שנים רבות לא הסדירה החקיקה בארץ את נושא ההסכמים לנשיאת עוברים. פרקטית מקובל היה לרשום את היולדת במרשם האוכלוסין כאמו של הילד. בכך באה לידי ביטוי תפיסת האימהות כטבעית, בדומה להלכה היהודית.¹²⁶ אם לא די בכך, בשנת 1987 אף נאסרה הפונדקאות בארץ בתקנה.¹²⁷ בעקבות הדיון בעתירתם הראשונה של בני הזוג נחמני הוסכם למנות ועדה שתבחן את ההיבטים השונים של ההפריה החוץ-גופית, ולאחר שבג"ץ ביטל כמה תקנות, שהסדירו את תחום ההפריה החוץ-גופית, גבר הלחץ על המחוקק לומר את דברו.¹²⁸ בשנת 1996 נכנס לתוקף חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, המאפשר לקיים הריונות פונדקאיים בישראל באמצעות עריכת הסכם בכתב בין האם הנושאת ובין ההורים המיועדים, אך רק לאחר קבלת אישור להסכם זה בוועדת האישורים שהוקמה מכוח החוק.¹²⁹

חוק זה מכיר הלכה למעשה ביכולת לקבוע הורות משפטית בהסכמה, בכפוף להשמת גבולות צרים וברורים ובהכפפת חופש החוזים של המתקשרים החוזיים לאמות מידה ציבוריות וקהילתניות. הדבר דומה מאוד למסקנות מחקרי, הקורא להכיר ביכולת העקרונית לקבוע הורות משפטית בצורה הסכמית ופרטית תוך הכפפתה הרגולטורית של זו לערכים ושיקולים ציבוריים.¹³⁰ הבחינה הציבורית של ההסכמים וההסכמות השונים באה לידי ביטוי היטב בצורך לקבל את אישורה מראש של הוועדה, שיינתן רק לאחר

126 ראו על כך ס' 6 (א) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 270.

127 ת' 11 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית).

128 לסקירת המצב המשפטי שקדם לחקיקת החוק ראו דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996: המצוי והרצוי" רפואה ומשפט 36, 19, 22-24 (2007).

129 בכך התקבלה הדעה המצדדת בבקרה סטוטורית על פי המודל הרגולטיבי על פני הדעה המעדיפה לאשר בדיעבד בלבד כל מקרה לגופו. לדעות חולקות אלו ראו בהתאמה דנה געתון-גולד האם החילונית והאם הפונדקאית במשפט: הדין המצוי והרצוי 174-175 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1992); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 165. על האפשרות לאשר באמצעות הוועדה והסדרי פיקוח ציבורי גם הסכמי תחלופה/פונדקאות חלקית ולא רק פונדקאות מלאה ראו וילצ'יק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 570; משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית 39-44 (1994) (לעיל ולהלן: ועדת אלוני). לקריאה לבחון אפשרות להסדרים של הסכמי תחלופה במקום שבו האם המיועדת אינה יכולה לשמש אם גנטית ראו רחל צ'יטלביץ' "פונדקאות בשילוב עם תרומת ביציות: הבטים הלכתיים ומשפטיים" רפואה ומשפט 39, 82 (2008). על שיקול הדעת הנרחב המוקנה לוועדה, שהיא גוף מנהלי-מקצועי, לצורך יישום סמכויותיה ולשליטת סמכות בית המשפט לענייני משפחה לדון בעתירות נגד שיקול דעת זה ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 26140/07 פלוני נ' פרקליטות מחוז ת"א – אזרחי (פורסם בנבו, 19.11.2008).

130 ראו על כך מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 4.

ששוכנעה שהתקיימו תנאים מסוימים. כלומר, המועד שבו יש לבחון את כוונתם, רצונותיהם והסכמתם של הצדדים הוא מועד אישור ההסכם לנשיאת עוברים עובר לתחילת טיפולי הפוריות השונים הקשורים בהליך זה. תנאי יסוד אלו, החשובים לענייננו, הם שההסכם נעשה מרצון חופשי לאחר הבנת משמעותו, תוצאותיו והשלכותיו; לא נכלל בהסכם כל תנאי הפוגע בזכויות אחד הצדדים לו או מקפחן, לרבות הילד שייוולד; כל שינוי של הסכם זה טעון אישור של הוועדה, הרשאית לשוב ולדון באישור הראשון שנתנה רק אם חל שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים בעת מתן אישור ההסכם. זאת כל עוד לא הושגה הביצית המופרית באם הנושאת לפי ההסכם. כך, והפעם אף בצורה כה מפורשת בחקיקה, נפרצה תפיסת העולם העקרונית של ההלכה היהודית, וכעת יכולים הורים (וליתר דיוק האם) שאינם בהכרח גנטיים להיקבע שיפוטית כהוריו המשפטיים של יילוד מהיריון פונדקאי עם קבלת צו הורות מבית המשפט לאור סעיפים 11–12 לחוק הפונדקאות. יודגש כי צו זה יינתן בבית המשפט רק לאחר שההסכם ההיריוני הראשוני בין הצדדים השונים לו אושר על ידי הוועדה.¹³¹ הגם שפעמים בכוחו של בית המשפט לא לאשר את ההסכם, זהו חריג בלבד המלמד על היות ההסכמה, הכוונה והרצון המקוריים דרך המלך לכינונה של ההורות המשפטית הנוקמת, בכפוף לחריגים השיפוטיים שייפסקו בידיו. כאמור, אף אנו איננו מצדדים ב"חופש חוזים" מלא ומוחלט אלא בהכרה אפרוירית בהסכמה הראשונית, בכפוף לערכים ולאמות מידה שונים, שייבחנו בקפדנות על ידי בית המשפט ו/או הגוף האדמיניסטרטיבי שיתבקש לאשר את החוזה הנרקם. צו הורות זה קובע הורות משפטית לכל דבר ועניין ולא רק לעניין חובת המזונות, בדומה לפרקטיקה השיפוטית שהשתרשה בארץ בעניין תרומת זרע.

מנקודת מבט הלכתית, בשל סטיית המחוקק מהסטטוס קוו שהיה קיים בנושא קביעת ההורות המשפטית, אפשר שתיווצר עוד בעיה – צמצום זכות החזרה של האם הנושאת. לפי הוראות החוק יכולה האחרונה לחזור בה אם אישר זאת בית המשפט ולאחר שקיבל תסקיר של פקיד סעד שלפיו חל שינוי נסיבות שיש בו כדי להצדיק זאת, וכן שאין בשינוי זה כדי לפגוע בטובת הילד.¹³² אציין שלאחר מתן צו הורות אין האם הנושאת רשאית

131 בשולי הדברים יש להעלות שאלה מעניינת – מה יעלה בגורלו של יילוד שנולד בעקבות הסכם לנשיאת עוברים שלא קיבל את אישור הוועדה. האם בהכרח לא תוכר הורות ההורים המזמינים? האם יידרש צו אימוץ כדי "להכשיר" את הורותם המשפטית?

132 על המורכבות של עמידה על טובת הילד בהקשר של הסכם לנשיאת עוברים אפשר ללמוד, ראשית דבר, מהשאלה הפילוסופית המקדמית שמעלה דוד הד: האם בכלל אפשר לשקול בצורה רצינית את טובת הילד בהליך ראשוני ומורכב שכזה? כמו כן אם קיים קושי יום-יומי בקביעת טובת הילד הניצב בפנינו, על אחת כמה וכמה שקושי זה קיים כאשר מדובר בילד עתידי. ראו על כך בהתאמה: משרד הבריאות דין וחשבון והמלצות הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים 13–14 (2004) www.old.health.gov.il/Download/pages/insler_internet.pdf (להלן: דוח הוועדה לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים); הקדמת השופט כהן

לחזור בה. הבעייתיות נעוצה בכך שדעת רוב פוסקי ההלכה בני זמננו מצדדת ביסוד הפיזיולוגי כקובע אימהות הלכתית, ולכן יש לאפשר לאם הנושאת לחזור בה, וכל צמצום של אפשרות החזרה הוא בעייתי מבחינה הלכתית.¹³³

בשונה מההלכה היהודית, לפי הוראות החוק האזרחי אם יתברר שאכן יש מקום להיעתר לבקשת האם הנושאת להותיר את הילד בחזקתה בשל שינוי נסיבות, בית המשפט רשאי לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ומערכת יחסיו עם ההורים המיועדים ו/או עם אחד מהם.¹³⁴ כלומר, בשל שינוי נסיבות בידי בית המשפט יכולת להתערב במערכת היחסים החוזית, לסטות מההסכמה הראשונית ולעצבה כטוב בעיניו לאור הנסיבות החדשות, בכפוף לטובת הילד.

עיתרתה של רווקה להיעזר בשירותיה של אם נושאת נדחתה בבג"ץ בשל גזרת המחוקק. בכתיבת פסק דין מתח השופט חשין ביקורת חריפה על המצב החקיקתי הקיים וקרא למחוקק לבחון מחדש את ההסדר הקיים.¹³⁵ בשולי הדברים יצוין שלעת הזאת ההסדר החקיקתי שב ואושרר במסקנות ועדה ציבורית נוספת שהוקמה בשנת 2004 בעקבות בג"ץ זה. הוועדה קבעה שכל עוד לא נרכש ניסיון נוסף בהפעלת החוק ולא התקבלו תוצאות מחקרים בין-לאומיים עתידיים בשאלת טובת הילד הנולד מהיריון פונדקאי, אי אפשר לשנות את ההיתר החקיקתי המוגבל הקיים.

לטעמי, לא מן הנמנע שהליך החילון הכללי שחל בחברה הישראלית וריבויין של משפחות לא מסורתיות יגרמו בשלב זה או אחר לפריצת מגבלה זו, כדוגמת עתירת בני

לספרו של רונן שיתוף הילד בקביעת משמרתו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 15–18. אך גם לגופו של עניין, קביעת טובת הילד היא בעייתית מאוד בשל מארג הזכויות, האינטרסים וההיבטים השונים המשמשים בערכוביה בהליך מורכב זה. מורכבות זו באה לידי ביטוי בבירור בדיון בהקשר של חשיפת פניהם של הורים שילדם נולד באמצעות הסכם לנשיאת עוברים במסגרת תכנית טלוויזיה, כאשר טובת הילד הייתה הנימוק המרכזי הן לחשיפת פניהם והן לטשטושם. ראו לעניין זה בהתאמה ההכרעות הסותרות – השוללת והמתירה – שניתנו בעניין תמ"ש (משפחה ת"א) 4570/98 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 5.3.1998); תמ"ש (משפחה ת"א) 51740/06 חיה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.4.2007).

133 לקריאה דומה, אם כי משיקולים אחרים, ראו למשל רוזלי בר "סוגיות אתיות ביצירת ילדים באמצעות אם פונדקאית" דילמות באתיקה רפואית 189, 202 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002).

134 ראו על כך ס' 13 לחוק הפונדקאות. לדיון בסעדים העומדים לרשות ההורים המזמינים במקום שבו האם התחלפית מפרה את החוזה ומותירה את הילד ברשותה ראו וילצ'יק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 551–557. על האפשרות להכניס תנאי מכללא קוגנטי בחוזה שלפיו לאם הנושאת זכות לשנות את דעתה מכל סיבה שהיא ראו שם, בעמ' 556.

135 בשולי הדברים אציין כי המאבק בין דתיים ושמרנים ובין חילוניים וליברליים בנושא שימור תא הנישואים המסורתי ותיעולם של הפיריון וההורות לתוכו בא היטב לידי ביטוי בדיונים הציבוריים והמשפטיים שבהם אנו עוסקים בגוף המאמר, שנערכו על אודות הגדרת ההורים המיועדים הרשאים להתקשר בהסכם עם אם נושאת כ"איש ואשה שהם בני זוג" בלבד, כלשון סעיף 1 לחוק הפונדקאות.

זוג הומואים נגד הוועדה לאפשר להם להיעזר בשירותיה של אם נושאת. העתירה נדחתה על הסף בעקבות הסכמת המדינה להקים ועדה ציבורית לנושא ההסדרה החוקתית של הפריין וההולדה,¹³⁶ נוסף על הנימוקים הפילוסופיים השוללים באופן עקרוני את מניעת האפשרות להיעזר באם נושאת, לכל הפחות לנשים רווקות, כפי שגרס דוד הד בדעת המיעוט בוועדה.¹³⁷

יודגש כי ועדת אלוני, שעל סמך מסקנותיה נחקק חוק הפונדקאות, גרסה בדעת הרוב שההורות המשפטית של ההורים המזמינים יכולה וצריכה להיקבע כבר במועד לידת הילד ומסירתו לידיהם בלא כל צורך לקבל אישור נוסף להליך זה בבית המשפט. כלומר, בהמשך לדינונו הנורמטיבי לעיל ובדומה למסקנות מחקרי, דינו של הילד שנולד מהיריון פונדקאי כדין ילד שנולד מקיום יחסי אישות, והוא ייחשב כבר ברגע הלידה בנם המשפטי לכל דבר ועניין כאילו היה ילדם הטבעי-גנטי.¹³⁸ לצערי הרב, הצעת הוועדה לא התקבלה בשעתה במלואה לעניין ייתור הצורך לפנות להליכים משפטיים עם לידת הילד. כולי תקווה, שלכל הפחות אימוצן של מסקנות מחקרי יאפשר זאת מחדש. הדברים אמורים בייחוד לאור ההליכים האדמיניסטרטיביים והשיפוטיים עובר ללידת הילד שאותם אציע להלן בפרק ה של המחקר, המייתרים פנייה נוספת לבית המשפט אלא אם נתגלע סכסוך הדורש פתרון שיפוט. בדומה לכך, בדעת הרוב הוצע גם להתיר את הפונדקאות החלקית בארץ, אולם בעת חקיקת החוק היה הדבר מרחיק לכת יתר על המידה מבחינת החברה הישראלית, אם כי לא מן הנמנע שישוב ויעלה כבר בעתיד הנראה לעין.¹³⁹

136 ראו על כך בג"ץ 1078/10 פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010).

137 לבג"ץ ולמסקנות הוועדה ראו בהתאמה פרשת משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל ה"ש 24; דוח הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים, לעיל ה"ש 132 (יש לאפשר לוועדה מרחב שיקול דעת גדול יותר לאשר הסכמים נוספים, לכל הפחות כאשר אושר הסכם ובשעת ביצועו בני הזוג אינם חיים עוד יחד כבני זוג).

138 ודי היה להסתפק לשם כך בנוכחות פקיד סעד או שופט. ראו על כך ועדת אלוני, לעיל ה"ש 129, בעמ' 54-55; לסיכום היבטים אלו במסקנות הוועדה ראו כרמל שלו "הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית" המשפט ג 53, 61-62 (1996); מיכאל קורניאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל (ילדים שנולדו בטכניקה של הולדה מלאכותית)" הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפרייה חוץ-גופית 137, 139-140 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996) (להלן: קורניאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל"); קורניאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 88-89. לדעת המיעוט, המצדדת בצורך בהליך האימוץ כדי שההורים המזמינים יהפכו להיות ההורים המשפטיים, ראו מרדכי הלפרין "אם פונדקאית" רפואה ומשפט 6, 5 (1992).

139 לקריאה לאחרונה להתיר את הפונדקאות החלקית ראו צ'יטלביץ, לעיל ה"ש 129. על הפונדקאות החלקית ראו וילצ'יק, לעיל ה"ש 125; מיכאל קורניאלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני" המשפט ג 63, 64

כידוע, ההסדר הישראלי נתפס בספרות המחקר כהסדר ראוי ביותר, המצמצם עד מאוד את הבעיות העשויות לצמוח מהליך ההסכם לנשיאת עוברים.¹⁴⁰ לטעמי יש להרחיב הסדרה אדמיניסטרטיבית זו גם לקשת רחבה יותר של קביעת הורות משפטית בהסכמה בשל מעלותיה השונות שאותן אמנה בהמשך הדברים. הסדר שכזה משיג לטעמי רמה גבוהה של ודאות באשר למיהות ההורים המשפטיים וצמצום ניכר של היכולת לסגת מההסכמה הראשונית. כך אפשר למנוע באופן ניכר הפרות חוזה וסכסוכים בעניין הסכמים אלו.

לטעמי, המצב המשפטי הקיים כיום מיד עם לידת הילד וקודם קבלת צו ההורות הוא בעייתי ביותר, ובין היתר אפשר למנות את הפגמים האלה: לא ברור כלל מיהם הוריו המשפטיים במועד זה; הפיצול שבין זכות המשמורת על הילד הנתונה בידי ההורים המיועדים ובין האפוטרופסות הבלעדית הנתונה לפקיד הסעד בעייתי ביותר ויכול לפגוע בסופו של דבר בטובת הילד, הנופל בין הכיסאות; מעמד האב כהורה טבעי של היילוד אינו בא לידי ביטוי כלל בהסדר הקיים, והמחוקק ככלל מתעלם מההבדלים העשויים להיות בין האם המיועדת לאב המיועד לעניין מעמדם ההורי.¹⁴¹ לשיטתנו יש לאמץ את דעת הרוב בוועדת אלוני ואת מסקנות מחקרי, ולכן אין מקום כלל לדרוש את קבלת צו ההורות בבית המשפט. הסדר ראוי יותר בעיניי הוא קבלת אישור ההסכם לנשיאת עוברים

(להלן: קורינאדי "לשאלת הפונדקאות בישראל"). על נסיגת חוק הפונדקאות מהמלצות ועדת אלוני בשל שיקולים פוליטיים ו/או הלכתיים ראו לדעת המצדדים כקורינאדי "לשאלת הפונדקאות בישראל", שם, בעמ' 65–66; Rhona Schuz, *Surrogacy in Israel: An Analysis of the*; 66–65; Carmel Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood: International Perspectives* 35 (Rachel Cook et al. eds., 2003) ולדעת המתנגדים: Carmel Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood – an Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law*, 32 *ISR. L. REV.* 51 (1998). למחקרים נוספים הסוקרים את השפעת ההלכה ויתר העדות הרתיות על עיצוב חוק הפונדקאות הישראלי ראו בהתאמה: Ruth Zafran, *More Than One Mother: Determining Maternity for the Biological Child of a Female Same-Sex Couple – the Israeli View*, 9 *GEO. J. GENDER & L.* 115, 129, n. 70 (2008); Joseph Schenker, *Legitimising Surrogacy in Israel: Religious Perspectives*, in *SURROGATE MOTHERHOOD: INTERNATIONAL PERSPECTIVES* 243 (Rachel Cook et al. eds., 2003).

140 ראו על כך למשל Ruby L. Lee, *New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation*, 20 *HASTINGS WOMEN'S L.J.* 275, 296–298 (2009) (יש לאמץ את המודל הישראלי כמודל הרגולטורי המועדף, המגן על טובת הציבור בלא להתפשר על סטנדרטים אתיים ואוטונומיה אינדיווידואלית).

141 לביקורות אלו ראו בהתאמה רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 266–268 (2005); שפירא ושפירא, לעיל ה"ש 128, בעמ' 36; קורינאדי "לשאלת הפונדקאות בישראל", לעיל ה"ש 139, בעמ' 68–69.

בוועדה עוד קודם ללידת הילד, ועם לידתו ייקבעו ההורים המזמינים כהוריו המשפטיים. קביעה זו עשויה למנוע רבות מהבעיות שמניתי לעיל.

5. תרומת זרע מגבר זר

גם בהקשר של תרומת זרע בולט בארץ חסרונו של הסדר סטטוטורי מקיף וראוי,¹⁴² ואי אפשר למצוא אלא כמה תקנות וחוזרי מנכ"ל משרד הבריאות, שלהם לכל היותר מעמד של חקיקת משנה.¹⁴³ המלומדים ובתי המשפט המעטים שעסקו בסוגיה זו ביקרו מטעמים שונים את הפגמים והבעייתיות המשפטית העצומה הניצבים לפתחו של חוסר הסדרה רגולטורית זה.¹⁴⁴ ובכל זאת מהתקנות ומחוזרי המנכ"ל הקיימים עולה ברורות מקומה המרכזי של ההסכמה בקביעת ההורות המשפטית מושא מחקרי, גם אם הפסיקה בארץ לא אימצה אותם כנורמות משפטיות מחייבות. זאת בשל הצורך האקוטי בהסכמתם

142 לסקירת המצב המשפטי שהיה קיים במדינת ישראל בעניין זה לפני כשני עשורים ומחצה ראו יוסף גרין "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל" ספר אסיא ה' 125 (התשמ"ו) (להלן: גרין "הזרעה מלאכותית"), וביתר הרחבה יוסף גרין ההפריה המלאכותית לצורותיה השונות בדין העברי (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1979). לסקירת המצב המשפטי המודרני ראו זפרן זכותו של צאצא להתחקות, לעיל ה"ש 33, בעמ' 60-62; גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 90, בעמ' 125-143; קורניאלדי "המעמד המשפטי של יילוד מהפריה מלאכותית", לעיל ה"ש 10; Zafran, לעיל ה"ש 139, בעמ' 119-123.

143 נושא זה מוסדר בארץ בשלושת המקורות המשלימים האלה: תקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979, ק"ת 1448; אכרות הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק זרע והזרעה מלאכותית), התשל"ט-1979, ק"ת 1449; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות למנהלי בתי החולים בארץ בדבר ניהול בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית שניתן בשנת 1979 ועודכן בשנת 1989: "ניהול בנק זרע" חוזר המנהל הכללי, משרד הבריאות 6/89 (1989) www.old.health.gov.il/download/forms/a1090_mk06_89.pdf. לסקירת המקורות החקיקתיים שעליהם מיוסד כיום באופן רעוע נושא ההזרעה המלאכותית ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 127-128; גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 90, בעמ' 125-128.

144 לסקירת הבעייתיות בהסדר החוקי הקיים בארץ בעניין זה ראו שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 89, בעמ' 85; שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 108-127; אלה שגיא "טובת הילד וזכויותיו" הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית 161, 171-173 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996); קורניאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל", לעיל ה"ש 138, בעמ' 147. לביקורת מקיפה ונוקבת מוקדש כאמור מאמר של זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 11; גרין "הזרעה מלאכותית", לעיל ה"ש 142. גם בג"ץ לא חסך את שבטו מהסדר חקיקתי רעוע זה. ראו על כך בפסיקה המנחה ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779, 784 (1980); בג"ץ 998/96 ירוס חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות (לא פורסם, 11.2.1997), שבה הובע ספק באשר לתוקף ההסדר החוקי, אלא שההכרעה בעתירה התקבלה בהסכמת הצדדים. גם מבקר המדינה לא נמנע מלבקר את המצב הפרקטי שנוצר בו: ההנחיות אינן מרועננות, מיושמות בפועל ונאכפות הלכה למעשה. ראו על כך www.mevaker.gov.il/serve/books/487/8894/71.htm.

המפורשת של שני בני הזוג, ובעיקר הגבר, לקבל על עצמו את הילד שייוולד כילדו לכל דבר ועניין כתנאי בלתו אין לתחילתו של הליך זה. בדומה לכך, כלל 23 לכללים בדבר ניהולו של בנק הזרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית מצריך כי שני בני הזוג מקבלי תרומת הזרע ייתנו את הסכמתם בכתב עובר לביצוע ההזרעה כאשר מדובר בבני זוג, ואילו כאשר מדובר ברווקה – די בהסכמתה.¹⁴⁵

על החשיבות שיש בקבלת הסכמה מעין זו כמכוננת את האבהות המשפטית אפשר לעמוד מן ההגבלה על קבלת זרע של תורם אם הלה לא נתן את הסכמתו בכתב על גבי הטופס כנדרש בתקנה.¹⁴⁶ על חשיבות זו אפשר ללמוד גם מהאפשרות הנתונה לבת הזוג להשתמש בתרומת הזרע כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם תנאי הסכמתו של הנפטר להפוך להורה כפי שזו ניתנה במעמד הפקדת הזרע.¹⁴⁷ בדומה לכך, הכללים מסדירים את האפשרות לערוך הסכם גם בין פרטים שאין ביניהם קשר נישואים לצורך הבאת צאצא משותף, ובלבד שהעניין יוסדר בחוזה ערוך שאליו נכנסו הצדדים ברצון חופשי וללא קבלת תמורה כספית. כבר עמדו מלומדים שונים, ואליהם גם אנו מצטרפים, על שאין ביכולתם של כללים אלו לקבוע הורות משפטית רק בשל הסכמת הגבר לביצוע פעולה זו ולא לשלול את ההורות המשפטית מתורם הזרע רק בשל הסכמה זו. זאת כל עוד לא עוגן הדבר בחקיקה ראשית וכל עוד לא עברה פרקטיקה זו את כור ההיתוך הציבורי בדיון בבית המחוקקים כראוי בעניינים מהותיים, רגישים ומורכבים מעין אלו.¹⁴⁸

בנוסף, ממיעוט הפסיקה שניתנה בארץ בעניין אפשר להסיק, בדומה לפסיקה במדינות ארצות הברית, שגם הפסיקה האזרחית במדינת ישראל, הנוטה פעמים רבות להסתמך על המצב המשפטי הקיים בשאר המדינות הליברליות-מערביות,¹⁴⁹ נאמנה

145 ראו על כך כלל 23 לכללים בדבר ניהולו של בנק הזרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" חוזר המנהל הכללי, משרד הבריאות 20/07 (2007) a3080_ www.old.health.gov.il/download/forms/a3080_.mk20_07.pdf

146 שם, כלל 25(ה).

147 שם, כלל 27. בשולי הדברים אעיר שהנחיות היועץ המשפטי לממשלה עשויות לאפשר במצבים מסוימים את השימוש בזרע גם בלא קיומה של הסכמה מפורשת שכזו. אך גם לדין של הנחיות אלו, דרך המלך היא כמובן קבלת הסכמתו המפורשת של אדם לעשיית שימוש בזרעו לאחר מותו. ראו על כך "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (התשס"ג) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/2DCE0B40-B4D6-441F-A792-342A33982AD6/0/122.02.pdf

148 ראו על כך שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 89, בעמ' 85–86; שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 127–129; שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 36–39; זפרן זכותו של צאצא להתחקות, לעיל ה"ש 33, בעמ' 99.

149 לקביעה מחקרית זו ראו המקורות המובאים אצל ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא", לעיל ה"ש 22, בעמ' 159, ה"ש 1.

לשיטתה גם בסוגיה זו. בחינת הפסיקה מעלה הכרה מפורשת בהבניית חובת תשלום מזונות הקטין בידי בעלה של האישה הנזרעת כהתחייבות חוזית והכרה עקרונית באפשרות להסדיר היבטים שונים של ההורות המשפטית בהסכמה. כך נפסק לגופו של עניין בבית המשפט העליון בפרשת סלמה בהטלת חיוב מזונות על הבעל מכוח הסכמתו להזרעת אשתו.¹⁵⁰ כך משתמע מפסיקות נוספות של בית המשפט לענייני משפחה, שם נקבע שחיוב הבעל במזונות ילדו שנולד לו מהזרעה מלאכותית הוא חיוב חוזי השלוב בחיוב האישה והילדים כלפיו. כאשר גבר זה נפרד מידועתו בציבור המונעת ממנו מלהתראות עם ילדיו, הואיל ואין האישה ממלאת את חובתה כלפיו, ממילא נופל חיובו של הגבר בתשלום מזונות ילדו.¹⁵¹

הקונסטרוקציה ההסכמית התקבלה עקרונית לא רק בעניין יחסי זוגיות של נישואים כדת משה וישראל אלא אף כאשר דובר בידועים בציבור שהחליטו לקבל תרומת זרע מגבר זר והגבר התחייב להכיר בילד כילדו לכל דבר ועניין. בנוסף, במקרה זה לא הייתה כלל הסכמה מפורשת בכתב של הגבר, והתחייבותו נבעה מאומדן דעתו בנסיבות העניין לאור ידיעתו על אודות הזרעת בת זוגו. לגופו של מקרה, על יסוד פרוצדורלי בלבד אי אפשר היה ליישם את חיוב הבעל חרף ההכרה העקרונית בחיוב החוזי המהותי.¹⁵² יתר על כן, גם כאשר ידועים בציבור עברו הליך של הפריה חוץ-גופית, שבו סיפק הגבר את זרעו ואילו הביצית התקבלה מתורמת אנונימית הואיל ולנתרמת לא היו ביציות ו/או שחלות, יחוב הגבר בחובת מזונות לילד בשל הסכמתו הראשונית להליך. הואיל והנתבע חתם על הסכם שלפיו מקבל הוא על עצמו את זכויותיו וחובותיו כאבי הקטין, כל עוד לא הוכחה סיבה המניחה את הדעה שלפיה ההסכם נחתם מתוך לחץ או מחוסר בררה, הסכמתו מחייבת אותו לכל דבר ועניין.¹⁵³

150 ראו על כך בהתאמה מ"א (מחוזי ב"ש) 139/78 פלונית נ' פלוני מ' (2) 388, 390–394 (1979); פרשת סלמה, לעיל ה"ש 144, בעמ' 782. לסיכום עניין זה ראו: Pinhas Shifman, *First Encounter of Israeli Law with Artificial Insemination*, 16 ISR. L. REV. 250 (1981) בשולי הדברים יצוין שמסקנת הלכות סלמה אושררה במסקנות ועדת אלוני. ראו על כך ועדת אלוני, לעיל ה"ש 129, בעמ' 22; שלו, לעיל ה"ש 138, בעמ' 55–56. לשילובה של הצעה זו ראו בהצעת החוק של חבר הכנסת עתניאל שנלר, ס' 26(א) להצעת חוק תרומת זרע להזרעה מלאכותית, התשס"ח–2008, ה"ח פ/4005/17/4005.rtf www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/4005.rtf

151 ראו על כך תמ"ש (משפחה י-ם) 10681/98 פלוני נ' אלמוני, פס' 6–7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.9.2000) (להלן: פרשת פלוני נ' אלמוני).

152 ה"מ (מחוזי חי') 190/93 פלוני נ' אלמוני, פ"מ התשנ"ד (3) 190, 195 (1994).

153 ראו על כך תמ"ש (משפחה ת"א) 3521/98 פלוני (קטין) נ' אלמוני, פ"מ משפחה התשס"א 97, 109–110 (2001) (להלן: פרשת פלוני (קטין) נ' אלמוני). לסקירת פסקי דין שמהם עולה לכאורה מסקנה אחרת, שלפיה תורם הזרע, ככל שזהותו של הלה ידועה, הוא האב המשפטי של היילוד, ראו במקורות המובאים אצל זפרן זכותו של צאצא להתחקות, לעיל ה"ש 33, בעמ' 103.

לעומת דלות הפסיקה העוסקת בארץ בסוגיית קבלת תרומת זרע מגבר זר שזהותו אינה ידועה, הפסיקה בשאלת התרת הפריה חוץ-גופית לאישה מזרע תורם שאינו אנונימי ענפה, יחסית. פסיקה עקיבה זו מלמדת אף היא על הליך החילון החל על דיני המשפחה בארץ, שחרף הסממנים השמרניים שיש בהם, לכל הפחות בחקיקה, בפרקטיקה השיפוטית (והרפואית) חופש חזוי וקביעת ההורות המשפטית בהסכמה מושא מחקרי הולכים ודוחקים את סטטוס הנישואים המסורתי. בכמה פסקי דין נקבע כי רווקה יכולה להשתמש בזרעו של גבר נשוי שזהותו ידועה לה, ונדחתה על ידי בית המשפט דרישתו של משרד הבריאות ליידע את אשת תורם הזרע הידוע ולצרפה כצד להליך.¹⁵⁴

בדומה לכך ובדומה למדינות ארצות הברית, התעצמות ההכרה בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה בהקשר של תרומת זרע מגבר זר ולידתו של ילד לתא נישואים שאינו מסורתי אפשר למצוא גם בהקשר של הולדה לאחר המוות. תופעה זו מעצימה אף היא את מרכזיות ההסכמה בקביעת ההורות המשפטית על גבה של היחלשות סטטוס הנישואים המסורתי. אפשר למשל למצוא תקדימים משפטיים שבהם הסכמתו ורצונו של אדם שהפקיד את זרעו בבנק זרע והלך לבית עולמו אפשרו שימוש בזרעו להולדת ילד. זאת כאשר כוונתו ורצונו – להביא ילד לעולם במשותף עם בת זוגו גם לאחר פטירתו – היו ברורים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי היטב בצוואתו.¹⁵⁵ לפיכך יש לבקר את הסתמכות הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו ובית המשפט לענייני משפחה, לאחרונה, על רצונו המשווער בלבד של מנוח שהותיר את זרעו בלא כל הנחיות מפורשות שמתיר הוא להשתמש בזרעו לאחר מותו. ודאי כאשר מדובר באישה שלא הכיר כלל בימי חייו.¹⁵⁶

154 ראו על כך ה"פ (מחוזי י-ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, פ"מ התשס"ד (1) 625 (2005); ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 26.7.2006); ה"פ (מחוזי ת"א) 386/07 פלונית נ' משרד הבריאות – לשכת היועץ המשפטי (פורסם בנבו, 15.11.2007); ה"פ (מחוזי י-ם) 7172/08 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 12.8.2008). על קיומו של חוזר היועץ המשפטי של משרד הבריאות כבר לפני כעשור שנים, המתיר שימוש בזרעו של גבר שאינו אנונימי, ראו קורניאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 268.

155 ראו על כך בין היתר תמ"ש 3080/06 (משפחה ת"א) א. ג. נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 6.7.2006).
156 ראו על כך בהתאמה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 147, בעמ' 2–5; תמ"ש (משפחה קר) 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (פורסם בנבו, 6.12.2009). להיבט כללי יותר של תאוריית הרצון וזכויות הנפטר ראו, לאחרונה, מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57, 63–66 (2008). על ההיבט של ירושת יילוד שנולד מהפריה חוץ-גופית לאחר מות האב מזרעו שהופרש עוד בחייו ראו קורניאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 290–293. גרין סבור שכדי לאפשר ליילוד הנולד לאחר מות מורישו לזכות בחלקו בירושה, יש להוכיח את כוונת המוריש להוריש גם לו, וראו גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 90, בעמ' 217–218. לפיכך, ובדומה מאוד למסקנות מחקרי, יש לחייב את מנהל בנק הזרע להתנות את הפקדת הזרע בחתימתו של המפקיד על תצהיר הנפרד מטופס ההסכמה מדעת

הפרקטיקה המשפטית הנוהגת בארץ, לעת עתה, הנסמכת אך ורק על הסדרה חוזית חלקית של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה, ושאינה מעוגנת בחקיקה המקנה סטטוס הורות לכל דבר ועניין, בעייתית עד מאוד, מכמה טעמים – כיצד מנתקים אנו את אבהותו של תורם הזרע גם אם הוא מוותר על כל זכות שיש לו בילד שיוולד מתרומת זרעו? מה ייעשה כאשר הבעל לא נתן את הסכמתו להזרעת אשתו ואף לא ידע על כך? בכוחה של הקונסטרוקציה החוזית לחייב את האב בלבד, אך לא לזכותו בכל זכות הורית שהיא כלפי הילד, וכן אין היא מחייבת במאומה את הילד; בכוחה של ההסכמה החוזית לחייב את האב המשפטי במזונות במקרה של גירושין לכל היותר, שכן חיוב המזונות בתקופת הנישואים נובע מכוח התיקון לחוק המזונות, אולם אין בכוחה ליצור תשתית משפטית לחיוב האב/זכות היילוד לירושת אביו, לשאת את שם משפחתו וכדומה; חיוב מזונות היילוד עשוי להיתפס כחיוב חוזי השלוב בזכות האב למשמורת ו/או ביקורים עם הילד שבעקבות אי-מילויים נופל גם חיוב האב במזונות; אם מדובר בבני זוג שאינם נשואים אלא ידועים בציבור, רמת הכוונה שתידרש להוכחת הסכמת הגבר להזרעת בת זוגו וחיובו במזונות היילוד תהיה גבוהה יותר, ולכן קשה יותר להוכחה.¹⁵⁷

ההפריה החוץ-גופית, שם יעגן בכתב את כוונתו ואת רצונו. לדין במקומה של הכוונה וההסכמה כמכוננת את זכות הירושה כפי שהדבר בא לידי ביטוי במסקנות ועדת טירקל, ראו קורנאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 265.

157 לביקורת כללית על חיוב המזונות מכוח קונסטרוקציה חוזית ולא מכוח סטטוס חקיקתי ראו קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 98–102. לאסמכתאות משפטיות לטיעונים המובאים על ידי בגוף הטקסט ראו: לעניין חוסר היכולת לנתק את זיקתו הגנטית של תורם הזרע ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 40, וכן שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 37–38; לעניין בעייתיות חוסר קבלת הסכמה מפורשת ראו שמגר, שם, בעמ' 40, וכן אבישי גריידי וניסים שלם מזונות ילדים: הלכה ומעשה 218 (2005), ופרשת פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 151, בעמ' 454–455; לעניין חוסר היכולת להסדיר באמצעות הסכמה את זכות הירושה ויתר הזכויות מלבד מזונות ראו מיכאל קורנאלדי "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפרייה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית" שנתון המשפט העברי יח–ט 295, 325–326 (1995); גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 90, בעמ' 133. להצעה לתקן את נוסח ההתחייבות של הבעל בטופס ההסכמה באופן שיכלול את זכות ביקור האב אצל ילדו ראו קורנאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל", לעיל ה"ש 138, בעמ' 153. לתיקונו של טופס ההסכמה החל משנת 2007 כך שיכלול גם את עניין הירושה ראו אצל קורנאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 270; לעניין החיובים החוזיים השלובים ראו פרשת פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 151, בעמ' 469–473. לדין בהם ראו גרין "הזרעה מלאכותית", לעיל ה"ש 142, בעמ' 134–135; לעניין הצורך בהסכמה ברורה יותר במקרה של ידועים בציבור ראו פרשת פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 151, בעמ' 467. לדעה שהחיוב המהותי מכוח דיני החוזים מספק, לכל הפחות בהקשר של מזונות, ראו טובה שטרסברג-כהן "הפריה מלאכותית: היבטים משפטיים" ספר יצחק כהן: לזכרו של יצחק כהן נשיא בית המשפט העליון 380, 385 (מ. אלון, מ. בן-זאב, א. ברק, נ. ליפשיץ ומ. לנדוי עורכים, 1989).

נימוקים שונים אלו והתובנה הכללית שלפיה קביעת הורות משפטית אינה עניין להסדרה חוזית אלא עניין למחוקק לענות בו¹⁵⁸ מותרים את הילד ללא כל עוגן משפטי קבוע ומחייב, שיזכה אותו במזונותיו וביתר הזכויות של ילד הנובעות מסטטוס ההורות המשפטית. אשר על כן אני קורא למחוקק הישראלי להסדיר תחום זה כמו יתר מופעי ההורות המשפטית בצורה קוהרנטית ומקיפה ברוח מסקנות מחקרי, תוך הכרה חקיקתית בתוקפה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה הראשונית והקניית/הגבלת/הפסקת סטטוס האבהות מכוחה.¹⁵⁹

בשאלת יכולת החזרה מההסכמה הראשונית של המתקשרים החוזיים להליך הריוני זה, בדומה להליך תרומת ביציות, שבו אדון בסמוך, יש לקבוע לטעמי את שביל הזהב שימצע בין הערכים המתנגשים האלה: מחד גיסא קיים הרצון והצורך האקוטי לאכוף את ההסכמה הראשונית ככתבה וכלשונו ומאידך גיסא יש לשים לב לדוקטרינות החוזיות שאותן מעניקים לנו דיני החוזים המודרניים כמענה אפשרי לבעיית היפוך הלבבות ו/או שינויי הנסיבות. לפיכך יש כאמור לאפשר נסיגה מההסכמה הראשונית באמצעות שליחת הודעה בכתב ליתר המתקשרים החוזיים ולאפשר במידת הצורך בלבד להשתחרר מההסכם הראשוני, וזאת כל עוד לא התחיל הליך ההפריה בפועל וטרם נעברה נקודת האל-חזור – הזרעת הזרע ברחמה של אם נושאת ולחלופין השתלתה של ביצית מופרית בזרעו.¹⁶⁰

6. תרומת ביצית

תרומת ביצית דומה מאוד לתרומת זרע בעקרונות, ביתרונות ובחסרונות שהיא מציפה, אך שלא כמו תרומת זרע זכתה היא בעבר לדיונים ציבוריים ולהצעות חוק שונות ואף הוסדרה לבסוף, לאחרונה בלבד. הסיבות לכך לטעמי הן שתיים – המצוקה הקשה

158 ראו על כך בהתאמה בפסיקה המנחה בעניין בהקשר של אבהות טבעית ואבהות של יילוד כתוצאה מהזרעה מלאכותית בזרעו של גבר זר פרשת מרחב, לעיל ה"ש 37; פרשת פלונימ נ' אלמוני, לעיל ה"ש 151, בעמ' 468; גרין "הזרעה מלאכותית", לעיל ה"ש 142, בעמ' 136–141 (קביעת יחסי הורות אינם עניין להסכם יחסי הורות אלא הם עניין למחוקק לענות בו).

159 על חסרונה של חקיקה ראשית ראו שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 40. על אימוץ פתרון החקיקה השיפוטית עד להסדרה חקיקתית כוללת של עניין הקניית הסטטוס תוך מתן פרשנות מרחיבה למונחי אב ו/או הורה המופיעים בחוקים החילוניים השונים ראו מסקנתו של שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 89, בעמ' 84; שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 126–127.

160 ראו לעניין זה: Judith F. Daar, *Assisted Reproductive Technologies and the Pregnancy Process: Developing an Equality Model to Protect Reproductive Liberties*, 25 AM. J.L. & MED. 455, 467–468 (1999).

הקיימת כיום בהשגת תרומת ביצית בארץ¹⁶¹ והעובדה שהמשפט האזרחי וההלכה היהודית מסכימים, כמעט ללא יוצא מהכלל, שהאם המשפטית היא האם הנושאת/ הנתרמת. קודם לחקיקתו של חוק תרומת ביציות¹⁶² הייתה פרקטיקה זו מוסדרת בארץ בתקנות בלבד,¹⁶³ ובשנת 2001 הוכנסה תוספת לתקנות והוסדרה האפשרות להשתיל ביציות מופרות שנתרמו והופרו מחוץ לישראל.¹⁶⁴ בכך לא היה די, וכבר בשנים 2000–2001 נעשו שני ניסיונות לקדם חקיקה בנושא, ונוסף על ועדת אלוני מונתה בשנת 2000 עוד ועדה שדנה בהסדרה החוקית הראויה של נושא תרומת הביציות בארץ.

העניין החשוב ביותר בענייני מובא בפרק ה להצעת החוק המקורית משנת 2001, הדן במעמד הילד והקובע בסעיפים 11–12 כי האם הנושאת/הנתרמת היא האם המשפטית, אמנם בכפוף לאי-פגיעה בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין. לטעמי לשון זו אמורפית ואינה ברורה כל צורכה, שכן אין היא נוקטת את נוסח קביעת ההורות המשפטית לא של חוק האימוץ, שלפיו קיימת מערכת יחסים קווזי-הורית נוסף על ניתוק מערכת היחסים בין הילד ובין הוריו הטבעיים, ולא של חוק הפונדקאות, שם יש צורך בצו הורות כדי להפוך להורה משפטי.¹⁶⁵ לשון הצעת החוק סותמת וקובעת: "בין הנתרמת לבין הילד יתקיימו יחסי הורות", שלאור פרק א של החוק, העוסק בפרשנות, משמעות הדברים היא – "מערכת חובות, זכויות וסמכויות הקיימת בין הורה לילדו לפי כל דין".

מאז הקמת הוועדה ועד לחקיקתו בסופו של הליך של חוק תרומת ביציות הוגשו כמה הצעות חוק בנושא תרומת ביציות, אך אף אחת מהן לא הגיעה בשעתה לכלל חקיקה. בהצעות חוק אלו אפשר להצביע על ניסיון להסדיר את קביעת האימהות המשפטית, כדוגמת הצעות החוק מהשנים 2005 ו-2007, שבהן נקבע בסעיף 26 ובסעיף 9 בהתאמה בנוסח ברור וחד יותר: "ילד שנולד בעקבות השתלת ביציות בנתרמת, תהיה הנתרמת

161 על הסיבות למחסור בביציות לתרומה בארץ ועל הצעה מקורית לפתרונו ראו שחר קול "תרומת ביציות – המצוקה, ורעיון לפתרון" רפואה ומשפט 19, 74 (1998).

162 התש"ע–2010, ס"ח 520.

163 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית).

164 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) (תיקון), התשס"ב–2001, ק"ת 277. על הבעייתיות שנוצרה עם תיקון זה בשל היכולת לייבא ביציות מחו"ל של מי שאינה יהודייה, דבר שלא יבוא וזכרו במרשם הביציות ולדעת הפוסקים הקובעים אימהות על פי היסוד הגנטי הילד שייולד לא יהיה יהודי, ראו צ'ישלביץ', לעיל ה"ש 129. לא למותר לציין שרישום מקור תרומת הביצית בהסכם לנשיאת עוברים הוא קריטי מבחינה הלכתית, ולכן יש לתקן פגם אקוטי זה על ידי קביעה של חובת רישום פרטי האם הגנטית בפנקס צווי ההורות גם במקום שבו נתקבלה תרומת ביצית מתורמת וזה. ראו על כך זלמן נחמיה גולדברג "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת: שו"ת של חברי הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים עם הרב זלמן נחמיה גולדברג" ספר אסיא יז (א–ב) 45 (התשנ"ט).

165 ס' 11–12 לחוק הפונדקאות.

אימו הבלעדית, והוא יהיה ילדה לכל דבר וענין".¹⁶⁶ נוסח זה דומה עד מאוד לנוסח שנקבע בחוק הפונדקאות ושספג ביקורת נוקבת מצד מלומדים דתיים, ולכן אין זה פלא שלא התקבל בנוסחו הסופי של חוק תרומת ביציות.

עיון מדוקדק בהשוואת הצעות החוק זו לזו מעלה כי בכמה תחומים יש בהצעת החוק האחרונה דווקא נסיגה מהרציונל החוזי. לצורך דיונונו, בהצעה זו "נעלם" טופס ההסכם שעליו אמורות לחתום הן התורמת והן הנתרמת עם יחידת התיאום, וכל שנותר הוא טופס הסכמה מדעת שעליו חותמת האישה הנתרמת אצל הרופא המטפל. מציאות זו הייתה ונותרה בעייתית ביותר גם במסגרת החוק הסופי שהתקבל, ויש לפעול במסגרת תיקון עתידי להשיב את המערכת ההסכמית-החוזית שהייתה בהצעת החוק המקורית. כמו כן בהצעה זו היה נוסח "רזזה" יתר על המידה להסכמה מדעת, והיקף ההסבר שניתן מוגבל ביחס להמלצות ועדת הלפרין, אם כי עניין זה תוקן בנוסח החוק הסופי ב"כתב ההסבר" הניתן לאישה התורמת לפני קבלת הסכמתה הסופית לתרום את ביציותיה. בנוסף, אם בהצעת החוק המקורית נקבעה האפשרות לפעול לאיתור התורמת או הצאצא לצורך הצלת חיים תוך בקשת הסכמתם לביטול האנונימיות, בהצעת החוק האחרונה ובחוק הסופי אין אפשרות כזאת.¹⁶⁷

לאחרונה זכינו להסדרת ההיבטים השונים של תרומת ביציות בחקיקה ראשית בארץ,¹⁶⁸ ובכלל זה נקבע קביעה קצרה ולקונית בסעיף 42(א) לחוק, שיילוד מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת בלא כל צורך בהסכמה כלשהי בין התורמת והנתרמת. קביעה חקיקתית זו, העולה בקנה אחד עם מסקנות מחקרי, מתאפשרת בעקבות הכרה בתוקפה של קביעת אימהות משפטית בהסכמה, המחוזקת במקרה מסוים זה גם ביסוד הביולוגי-פיזיולוגי. השפעתו של הדין הדתי מורגשת גם בקביעה מודרנית זו כקבוע בסעיפי המשנה הבאים של סעיף זה. בסעיפים אלו הוכפפה קביעה חקיקתית זו לאי-פגיעה לא בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין ולא בסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים. כמו כן נקבע שהזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התורמת ושאר קרוביה ובין היילוד שנולד מתרומת ביציות. בדומה לכך לא יהיו נתונות לתורמת, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם. כך, סוף סוף זכינו לתחילתה של הסדרה חקיקתית בשאלה זו, העדיפה

166 ראו על כך בהתאמה פ/3459 הצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ה-2005; הצעת חוק תרומת ביציות להפריה חוץ-גופית, התשס"א-2001, ה"ח 537. לסקירה מקיפה של המצב המשפטי הקיים עובר לחקיקת חוק תרומת ביציות ולביקורת הצעת החוק משנת 2001 ראו סמדר קניון "תרומת ביציות: היבטים חברתיים, אתיים ומשפטיים" רפואה ומשפט 35, 145 (2006).

167 לסקירה מקיפה יותר של השוואת המלצות ועדת הלפרין להצעת החוק האחרונה ראו סמדר נוי (קניון), דניאל מישורי ויאלי השש "אוזות המטילות ביציות זהב – הצעת חוק תרומת ביציות התשס"ז" רפואה ומשפט 36, 151 (2007) ובייחוד בסיכום הטבלאי, שם, בעמ' 175-179.

168 ראו על כך חוק תרומת ביציות.

עשרת מונים מהמצב המשפטי הרעוע שהיה קיים עד לאחרונה. זאת בשל פגמיו השונים, ובראש ובראשונה הספק בדבר חוקיות התקנות שנתקנו לפני כעשרים שנה ובשל אי-יכולתן ליתן פתרון לרבות מהבעיות המשפטיות.¹⁶⁹

גם הפסיקה בארץ בסוגיה זו דלה ביותר, אך אחד הדיונים הבולטים שהתקיימו בארץ עולה אף הוא בקנה אחד עם המסקנות המוצעות של המחקר. הדיון נסב על גבר ואישה שקיימו קשר ביניהם ולשם הבאת ילד משותף לעולם ערכו הסכם להורות משותפת, שבו סוכם שהם יקבלו תרומת ביצית מאישה זרה ואילו הגבר סיפק את זרעו. בשל הסכמת התורם לתרום את זרעו ובשל ידיעתו והסכמתו לתהליך ההפריה נקבע שיש לחייבו במלוא חיוביו שבהם התחייב כלפי הילד, גם אם ההסכם אינו תקף לפי התקנות – כל זאת בשל עקרון טובת הילד ושמירת זכויותיו. בנוסף, האם היא האם המשפטית לכל דבר ועניין, ולכן עומדת לה זכותה כאפוטרופסית טבעית של הילד לתבוע את מזונותיו בלא כל צורך להיזקק לצו אימוץ.¹⁷⁰

לשיטתי, חולשתו היחסית של ההסדר החוזי וחוסר יכולתו לקבוע במציאות המשפטית הקיימת הורות משפטית בהסכמה בצורה מלאה לכל דבר ועניין הם בעייתיים ביותר. לפיכך יש להרחיב ולקבוע בבירור בתיקון עתידי של חוק תרומת ביציות כי ילד הנולד בדרך של הפריה חוץ-גופית מתרומת ביצית הוא בנם של הנתרמת ובן זוגה לכל דבר ועניין, וזיקתו לתרומת הביצית נפסקת. זאת בלא כל צורך שהלה יצהיר על אבהותו בפני פקיד הרישום של משרד הפנים, הליך שעליו אעמוד בפרק ה של המאמר. הדברים אמורים לא רק כפי שנקבע בתקנות שקדמו לחוק שמקור הזרע האפשרי היחיד הוא בעל האישה הנזרעת, אלא לטעמי הדברים יפים גם כאשר היילוד נולד מתרומת זרע אנונימית. כמובן, הדברים אמורים כל עוד ההפריה החוץ-גופית אכן נעשתה בהסכמת הגבר. אם ההליך נעשה שלא בידיעתו ו/או בהסכמתו, ברוח מסקנות מחקרי, וכפי שעוגן לאחרונה בחקיקה בארץ, אין להחיל עליו את סטטוס ההורות.¹⁷¹

169 לקביעות הראשונות ולפתרון הדילמה עובר לחקיקת החוק לאור שיח היחסים תוך מתן משקל לכוונתם ולהסכמתם הראשונית של הצדדים ראו זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 643–647. לביקורת האחרונה ולסיכום המשפט החוקי הנוהג בישראל בנושא ההפריה החוץ-גופית ראו גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 90, בעמ' 189–194.

170 ראו על כך פרשת פלוני (קטיין) נ' אלמוני, לעיל ה"ש 153.

171 לקריאה דומה ראו גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 90, בעמ' 225. לאור עיקר חידושו של מחקרי מצאתי את הבסיס המשפטי להסדרה חקיקתית זו העולה בקנה אחד עם גישתו של שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 132 תוך הסרת תלונתו של קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 76. לקריאה דומה תוך החלת הורות אורחית גם על בעל הנתרמת שייקבע כאביו המשפטי של הילד לכל דבר ועניין ראו קורנאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 285.

ה. מנגנונים שיפוטיים ו/או אדמיניסטרטיביים לקביעת ההורות המשפטית בהסכמה בישראל

ומן ההלכה אל המעשה. בספרות המחקר אפשר למצוא ארבע דרכים עיקריות שלפיהן אפשר להכיר על פי הדין הישראלי הפוזיטיבי הקיים בהורות משפטית: רישום מכוח התייצבות לפני פקיד מנהל האוכלוסין; קבלת פסק דין בתביעת אבהות; קבלת צו אימוץ על פי חוק אימוץ ילדים; קבלת צו הורות על פי חוק הפונדקאות.¹⁷² הואיל ונושא אימוץ הילדים חורג מגבולות מחקרי זה, והואיל ובקבלת צו הורות עסקתי בהרחבה לעיל בהקשר של חוק הפונדקאות, אתמקד לצורך המשך הדיון בסקירת שתי הדרכים הראשונות בלבד, שהן רלוונטיות ביותר ליישומן בארץ של המודל הנורמטיבי המוצע במחקרי. לאחר שאוסיף עוד הצעה אפשרית, אבחן את יישומן האפשרי בהקשר של יישום המודל הנורמטיבי המוצע על ידי במחקר הלכה למעשה.

1. התייצבות לפני פקיד מנהל האוכלוסין והכרת/הודאת אבהות¹⁷³

דרך המלך ברישום ההורות המשפטית היא בדרך כלל רישום בבית החולים ולחלופין התייצבות לפני פקיד מנהל האוכלוסין, בלא היזקקות למערכת בתי המשפט. כאשר בני הזוג נשואים, הגבר יירשם כאב המשפטי בדומה לרישום היולדת כאם המשפטית מכוח משלוח הודעה על יילוד חי מאת בית החולים. דרך אדמיניסטרטיבית זו היא הנוחה, הקלה והמהירה ביותר, והיא אמורה להיות מיושמת כל עוד לא נתגלע סכסוך בין הצדדים השונים הקשורים להורות הילד. כאשר האישה פנויה, הגבר יירשם כאב המשפטי רק אם יתייצבו שניהם לפני פקיד המנהל ולאחר קבלת אישור הדדי בכתב שניתן על ידי בני הזוג.¹⁷⁴ כלומר, לפנינו דרך אדמיניסטרטיבית נוחה ויעילה לרישום להלכה של האבהות המשפטית ולקביעתה למעשה. למען העמדת דברים על דיוקם, משפטית, בשונה מפרקטית, רישום במרשם האוכלוסין אינו דרך לקביעת אבהות משפטית, שכן מרשם האוכלוסין הוא לכל היותר ראייה לכאורה לנכונותו, ואפשר לתקוף את הרשום במרשם לעניין האבהות. לדוגמה, אישה רווקה נכנסת להיריון, ובן זוגה הנוכחי מצהיר כי הוא אבי הילד ונרשם ככזה אף על פי שהאב הביולוגי הוא מי שניהל עמה מערכת יחסים קודם לכן. במקרה כזה האב הביולוגי יוכל לתקוף את הרשום

172 לסקירתן המלאה יותר ראו במחקרה השונים של רות זפרן: זפרן "אמהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 18, בעמ' 388–395; Zafra; לעיל ה"ש 139, בעמ' 152–160.

173 ראו על כך קורניאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 51, ה"ש 37.

174 ראו האסמכתאות השונות המובאות אצל זפרן "אמהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 18, בעמ' 393–395, ועליהן יש להוסיף את העדכון מיום 28.6.2006 של "הטיפול לרישום נולדים בישראל והכללת הזכאים לכך במרשם האוכלוסין" נוהל משרד הפנים (2006) 2.2.0008 www.piba.gov.il/Regulations/6.pdf.

במרשם האוכלוסין, ויש להניח שיינתן פסק דין שיורה על בדיקת רקמות. כלומר, אין מדובר בקביעה שיפוטית מוחלטת וסופית שתזכה להגנת בית המשפט אם יקומו עליה עוררין.

בנוסף, עיגון פרקטי להליך הודאת/הכרת אבהות אפשר למצוא בארץ בעקבות נוהל שחודש בתחילת שנת 2007 בדבר "הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין". לפי הנוהל גם כאשר בני הזוג אינם נשואים יכול הגבר – מכוח הכרה/הודאה באבהותו ובשל הסכמתו לשמש האב המשפטי של הילד – להירשם במנהל בלא כל צורך לערוך בדיקה לבירור אבהותו. הליך זה יכול להתרחש כל עוד לא עברה שנה ממועד הלידה, וכאשר אין האישה נשואה לגבר אחר בתקופה של 300 יום קודם למועד הלידה.¹⁷⁵ דרכים אלו אפשריות הן כדרך המלך ברישומם של ההורים המשפטיים ההסכמיים של הילד כל עוד הדבר אינו סותר על פני הדברים את המציאות המוצגת לפקיד מנהל האוכלוסין. מובן שהאפשרות השנייה – הוספת פרטי אב – אפשרית רק בהקשר של רישום אבהות הסכמית ובמקרים ספורים בלבד.

2. אישור חוזה להורות משותפת ו/או קבלת פסק דין בתביעת אבהות

ברגיל, פנייה לבית המשפט לקביעת הורות מכוח פסק דין תיעשה בכל מקרה שבו מתגלעת מחלוקת בנוגע לזהות האב בבית המשפט. בעקבות פניית אחד הצדדים לסכסוך, על פי רוב האישה, נדרש בית המשפט להכריע מיהו האב המשפטי. כמו כן פנייה כזאת תיעשה בכל מקום שבו הדרך האדמיניסטרטיבית חסומה בפני המבקשים לבוא בשעריה, כמו זוג לסביות או הומואים המבקשים להירשם כשני הורים משפטיים של הילד.¹⁷⁶ בנוסף, לפי הנחיות היועץ המשפטי ומשרד הבריאות יש צורך בקבלת פסק דין הצהרתי של בית המשפט שלפיו היילוד הוא בנו של אביו, אם הלה נולד מהזרעה מלאכותית לאחר פטירת מולידו.¹⁷⁷ ביישום המודל הנורמטיבי המוצע על ידי בהקשרים השונים של המשפחות החדשות יש הן יתרון והן חיסרון בפנייה הסכמית שכזו ביחס לפנייה הרגילה לבית המשפט בבקשה לקבלת פסק דין בעקבות סכסוך שנתגלע. מחד גיסא אמנם מדובר בפנייה שתיעשה במשותף על ידי שני הצדדים ובלא שהתגלע כל

175 ראו על כך "הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין" נוהל משרד הפנים 2.2.0007 (2009) www.piba.gov.il/Regulations/5.pdf. בשולי הדברים יוער שכאשר מדובר ברישום של אב שהוא תושב זר, הנוהל הקיים כיום במשרד הפנים מצריך כתנאי מקדמי לרישום מאוחר כזה של אבהות בדיקת רקמות המלמדת על אבהותו מעל לכל ספק. על האפשרות העקרונית של רישום הורות מכוח הצהרה משותפת, לרבות רישומן של שתי אימהות לסביות שתרמו במשותף ללידת הילד, ראו זפרן "אמהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 18, בעמ' 394–395.

176 ראו על כך בהתאמה בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000); פרשת ירוס-חקק, לעיל ה"ש 26; פרשת שדיב, לעיל ה"ש 27.

177 ראו על כך קורניאלדי דיני אישים, משפחה וירושה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 73–118.

סכסוך ביניהם, ומאידך גיסא, בשל המצב המשפטי והפוליטי הקיים בארץ לעת הזו, בלא שיאומצו מסקנות מחקרי הסיכוי שפסק הדין המיוחל יינתן קלוש עד מאוד. במצב המשפטי הקיים כיום בנוגע לאישור הסכמים המסדירים היבטים שונים של סטטוס ההורות המשפטית יש לציין, ראשית דבר, שהרציונל שעמד בבסיס הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה הוא העדפת ההסכם כפתרון העדיף בסכסוכי משפחה על פני כל הכרעה שיפוטית. זאת שכן ניסיון החיים מלמד שכל הסדר שהתקבל באמצעות הסכם מקוים על ידי הצדדים יותר מכל הסדר שנכפה על הצדדים מכוחו של פסק דין. עידוד הסכמים בענייני משפחה הוא מגמה מוצהרת של בית המשפט. המחיר הכלכלי והרגשי הנמוך יחסית והצורך בהמשך ניהול אורח חיים משפחתי גם לאחר התגלעות הסכסוך מצדדים אף הם בהגעה להסכמה ולא בכפיית פתרון שיפוטי.¹⁷⁸

חוק בית המשפט לענייני משפחה הביא בעקבותיו רפורמה גם בסוגיה של אישור ומתן תוקף פסק דין להסכמים בענייני משפחה. בצד סמכותו הכללית של בית המשפט לענייני משפחה לקבוע הורות משפטית מכוח הוראות חוק בית המשפט לענייני משפחה,¹⁷⁹ הוקנתה לו גם הסמכות לאשר הסכם להורות משותפת וליתן לו תוקף של פסק דין גם באין תובענה תלויה ועומדת. כן בסמכות בית המשפט לענייני משפחה לאשר וליתן תוקף של פסק דין להסכם בדבר מזונותיו של קטין, החזקתו והסדרי הראייה שלו ולחלופין אפשר לאשר בבית המשפט הסכם בעניין מזונות ומדור, אבהות או אימהות.¹⁸⁰ כמו כן בחקיקה נוספת אפשר למצוא את הצורך באישורו של בית המשפט לענייני משפחה להסכמים ולחוזים שונים שנערכו בעניינו של קטין, כדוגמת הסכם בין הורי קטין החיים בנפרד בדבר אפוטרופסותם על הקטין, החזקתו וזכויות ההורה למנוע מאחרים לבוא עם הקטין במגע. מובן שאישור שכזה יינתן רק אם נוכח בית המשפט שההסכם הוא לטובת הקטין.¹⁸¹ כן יש צורך באישור בית המשפט לענייני משפחה

178 לקביעות אלו ראו בהתאמה תמ"ש (משפחה כ"ס) 28580/03 פלונית נ' פלוני, פס' 8–9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.3.2004); תמ"ש (שלום ת"א) 21021/96 שילה נ' שילה, פ"מ התשנ"ו(4) 12 (1996); מנשה שאוה "היחס בין סמכותו של בית-המשפט לענייני משפחה לבין סמכותו של בית-הדין הרבני" הפרקליט מד 44, 69, ה"ש 80 (1998). לסיכום עניין זה ראו שאול שוחט ודוד שאוה סדר הדין בבית המשפט לענייני משפחה 364 (2009).

179 סמכותו השיורית של בית המשפט לענייני משפחה לדון בענייני המעמד האישי, וליתר דיוק "ענייני משפחה" במובנם הרחב, הוסדרה בסעיף 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה. ראו על כך מנשה שאוה הדין האישי במדינת ישראל כרך ב 703–706 (מהדורה רביעית מורחבת, 2001); שוחט ושאוה, לעיל ה"ש 178, בעמ' 198–201.

180 ראו על כך ס' 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה. וביתר הרחבה שוחט ושאוה, לעיל ה"ש 178, בעמ' 365–370.

181 ראו על כך ס' 24 לחוק הכשרות המשפטית. לדיון בסעיף זה ובסעיף העוקב לו בחוק ולביקורת על חופש החוזים הרחב יתר על המידה שניתן להורים. ראו בהתאמה אבנר ח' שאקי "עיון מחודש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים" עיוני משפט ט 59, 66–67 (1983) (להלן:

להסכם בדבר מזונותיו של קטין או ויתור עליהם כדי לחייב גם את הקטין. כן אפשר לאשר הסכם שכזה הנוגע למזונות בגיר אם זה נערך בכתב.¹⁸² יתרונותיו של הליך שיפוטי זה ברורים. מתן תוקף שיפוטי לקביעת הורות משפטית בהסכמה עובר להיריון וללידה יכול לספק ודאות באשר לסטטוס של הילד שייוולד ומי ייקבעו כהוריו המשפטיים, לרבות מתן תוקף משפטי להסכמות השונות שאליהן הגיעו הצדדים השונים. כמו כן פיקוח מוקדם שכזה של בית המשפט עשוי לסייע לשמר את טובת הילד וזכויותיו חרף הסכמתם הפרטית והמשותפת של הצדדים השונים להבאתו לאוויר העולם. רק כך ניתן לטעמי לאפשר גמישות ומתן חופש חוזים מחד גיסא, ושמירה קפדנית על הוגנות, מניעת ניצול הצד החלש להסכם ויצירת ודאות משפטית מאידך גיסא.

כמו כן הליך זה, הגם שהוא מורכב מן ההליך האדמיניסטרטיבי, שעליו אעמוד בסמוך, לעולם יהיה ידידותי, מהיר וזול יותר לצדדים מאשר קיומם של הליכים משפטיים לאחר לידת הילד. לפיכך לטעמי יש לקבוע בחקיקה את האפשרות של בני זוג הזקוקים לכך לקבל את הכרת בית המשפט בהורותם המשותפת עוד קודם ללידת הילד, ורצוי שאף קודם הכניסה לחוזה להורות משותפת. בכלל זאת יש לאפשר להם להסדיר ביניהם את היבטיה השונים של ההורות המשפטית. אציין שדווקא הורים החיים במבני "המשפחה החדשה", הזקוקים יותר מכול להליכי טיפולי הפוריות השונים ולרישומם כהורים משפטיים של היילודים, יעדיפו להדיר את רגליהם מבית המשפט, שכן פנייה אליו נתפסת בעיניהם כהזמנה של המדינה על זרועותיה השונות לחדור לפרטיות עולמם, שאותו הם מנסים לבנות חרף שלילת הלגיטימיות שלו על ידי המדינה. פרטים אלו ירגישו נוח יותר להסדיר את הכרת המדינה בהם באמצעות הליך שאינו שיפוטי אלא

שאקי "עיון מחודש"; יהודה שוסטר "הסכמים בין הורים בדבר מזונות ילדים וטובת הילד (ע"א 404/70 אליהו ושלמה עברון קטינים נ. חיים עברון)" משפטים ג 558 (1971); אבנר ח' שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י 5, 24–25 (1984). בשולי הדברים יצוין ששוסטר סוקר את הפסיקה המוקדמת בארץ, וממנה עולה שכאשר בית המשפט מאשר את תוקפו של הסכם הנחתם בין ההורים בדבר מזונות ילדיהם העולה בקנה אחד עם טובת הילד, יש להכיר בתוקפו גם אם לא הופרד הדיון במזונות הילד מהדיון המתנהל בין הוריהם. בתובנה זו, גם בהקשר המודרני, מצדד שיפמן. ראו על כך שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 265–272.

182 ראו על כך ס' 12 (א) וס' 12 (ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות). לסיכום פסיקת העליון בהקשר זה ראו האזכורים המובאים בבע"מ 7916/03 פלוגית נ' פלוגי, פ"ד נט(5) 183, 187–190 (2005). לדיון מחקרי בסעיף זה ראו שאקי "עיון מחודש", לעיל ה"ש 181, בעמ' 95; טדסקי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 248–250. את האפשרות העקרונית של ויתור על תוצאות מסוימות של סטטוס האבהות, כגון חובת מזונות, אם כי בגבולות ברורים ומתוחמים, מוצא שיפמן בסעיף זה. ראו על כך שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 89, בעמ' 69, ה"ש 23.

אדמיניסטרטיבי. מובן שבדיוק מסיבה זו הסיכוי שהמדינה תכיר בהליך זה במציאות הפוליטית הקיימת בארץ נמוך ביותר, עד אינו קיים כלל.

3. הקמת מרשמי הורות ואבות פוטנציאליים

כידוע הוצע בארץ על ידי שחר ליפשיץ להקים מרשם זוגיות שבו יירשמו פרטי המבקשים להצהיר על עצמם נשואים אף על פי שהמערכת המשפטית אינה מכירה בהם באופן רשמי.¹⁸³ מטרתו של מרשם זה היא הענקת זכויות לבני זוג סטטוס הנשואים שלהם אינו מוכר רשמית על ידי המדינה. כלומר, מרשם זה נועד להכיר, ברמה כזו או אחרת, בזכויותיהם של מי שאינם מוכרים חוקית ורשמית על ידי הממסד המדינתי ולחוקם. בדומה לכך אפשר להציע הקמתו של מרשם אדמיניסטרטיבי של הורות. במרשם זה יירשמו הפרטים השונים החפצים להיות הורים משפטיים של הילדים והיקף סטטוס ההורות תוך שהם רשמיים ומתעדים את חלוקת החובות והזכויות ההוריות השונות ביניהם. כלומר, גם אם סטטוס ההורות שלהם אינו מוכר רשמית על ידי מוסדות המדינה, בעקבות הרישום שלהם כהורים המשפטיים של היילוד יהיה אפשר להכיר בהם, ברמה כזו או אחרת, הכרה רשמית כפי שמוכרים הורים משפטיים אחרים.

בשולי הדברים אעיר כי בדומה למצב המשפטי הקיים במדינות רבות בעולם, גם בארץ יש להקים מרשם מדינתי מרכזי של אבות משוערים, שיאפשר לכל גבר שיודע או חושד שעתיד להיוולד לו ילד, להירשם לצורך קבלת הודעה על הכוונה למסור את הילד לאימוץ. דברי אמורים בייחוד בשל ביקורת של מלומדים שלפיה המצב המשפטי הקיים בארץ, לרבות ההצעות הקיימות לתיקונו, לוקה בחסר הן בשל האפקטיביות המוגבלת שלהם והן בשל הפגיעה המיותרת בפרטיות הצדדים.¹⁸⁴

תיעודו ושימורו של המידע על אודות הצדדים השונים להליכי ההולדה ו/או העברת ההורות המשפטית עצמה, על היבטיה ואופניה השונים בהקשרים המגוונים, חשובים ביותר, כפי שניסיון החיים ומסקנות שדות המחקר השונים מלמדים. לטעמי אפשר וצריך להשתמש שימוש עיקרי ומקיף במרשמים אלו לתיעוד ולשימור ההסכמים השונים

183 ראו על כך שחר ליפשיץ "רישום זוגיות" ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו 361, 397–425 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006); שחר ליפשיץ ברית הזוגיות 57–68 (2006). בחודש אפריל 2011 נרשם הזוג הראשון של חסרי דת בארץ במרשם הזוגיות. ראו על כך את הידיעה שהתפרסמה באתר משרד המשפטים: "רישום הזוג הראשון במרשם הזוגיות" www.justice.gov.il/Subjects/MirsamZugiyut.htm.

184 להצעה זו בספרות הישראלית ראו יצחק אנגלרד "אימוץ ילדים בישראל – הגשמת החוק למעשה" משפטים א 308, 320 (התשכ"ט); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 58; פנחס שיפמן דו"ח בעניין חוק אימוץ ילדים 80 (הוגש לוועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים בראשות השופט עציוני) (התש"ס). לספרות המשווה ראו במקורות המובאים אצל זפרן ופלג, לעיל ה"ש 32, בעמ' 212, ה"ש 72.

שנערכו בהקשר של קביעת ההורות המשפטית המוסכמת. מובן שהסכמות וחוזים אלו, שבכוחם להוציא פרטים מסוימים מסטטוס ההורות ולהכניס אחרים במקומם, חשובים ביותר בהקשרים של הליכים אלו. לפיכך לא די בתייעודם ובשימורם של פרטים ומידע טכני כזה או אחר, אלא יש להקפיד גם על העלאתן על הכתב, שימורן ותייעודן של ההסכמות כדי למנוע ספקות, טענות ומענות העשויים לעלות בשלב מאוחר יותר בחיי היילוד. יתר על כן, ראוי שהמחוקק יאפשר לקבוע מיהו ההורה המשפטי של הילד עוד קודם לידתו כדי להקנות ביטחון לכל הצדדים להליך בלא לפגוע יתר על המידה בפרטיות הצדדים השונים באשר קיומם של הליכים משפטיים עשוי לגרום חוסר ביטחון ואי-יציבות. כמו כן קביעה כזאת תקנה לילד דמות הורית כבר עם לידתו, וכך גם אם יחולו אסונות במהלך ההיריון, כבר תהיה ההורות המשפטית קבועה וידועה. יודגש, כפי שהודגש לעיל, כי כל עוד הסכמה כזאת לא עוגנה בחוזה מפורשות, יהיה הורה זה מנוע מלטעון להורותו כלפי הילד.

1. לקראת הורות משפטית בהסכמה כדרך המלך בקביעת ההורות המשפטית של כלל היילודים?

לבסוף, האפשרות להחיל את קביעת ההורות המשפטית בהסכמה על כלל היילודים היא המורכבת והנועזת ביותר. בשל מורכבות הדברים והדיון אציע את הרציונלים הראשוניים בלבד התומכים בכך. דיון מעמיק ונרחב יותר בביסוס הדברים מצריך מחקר עצמאי שהיקפו רחב ממחקר ראשוני זה. הנימוקים השונים המצדדים במודל הנורמטיבי מושא מחקרי רלוונטיים פחות כאשר אנו עוסקים ביילודים הנולדים לבני זוג הטרוסקסואליים כדרך כל הארץ בעקבות קיום יחסי אישות;¹⁸⁵ ודאי אם הללו התקיימו בתוך תא נישואים, שכן מערכת היחסים המתמשכת בדרך כלל של בני זוג נשואים היא עיקר תכליתם של הנישואים – הבאת ילדים לעולם. הדברים ודאי אמורים במקום שבו קוימו במסגרת הנישואים יחסי אישות, המלמדים על רצון לממש בפועל את הכוונה וההסכמה מכללא להפוך להיות הורים.

על כך יש להוסיף את חוסר היכולת הטכנית וחוסר הרצון המשפטי להיכנס לפרטיותם של בני הזוג ולבחון את כוונותיהם ורצונותיהם בעניינים כה אינטימיים ואישיים. בנוסף, לעת עתה שיעור גבוה מאוד של ילדים נולד בתוך תא נשואים מסורתי, ודאי בארץ שבה שיעורי הנישואים והילודה הם מהגבוהים בעולם. קיים חשש אינהרנטי לאי-שוויוניות בין גברים לנשים באשר הגברים עשויים להשתמש לרעה בקביעת ההורות

185 ואכן ה־Uniform Parentage Act (להלן: UPA) וה־Model Act צמצמו את תחולתן במפורש להסדרת קביעת ההורות המשפטית של יילודים שנולדו מטיפולי פוריות בלבד ולא מקיומם של יחסי אישות, ראו (2000) §701 Unif. Parentage Act; ס' 601 ל־Model Act.

המשפטית בהסכמה לניצולן ועשיקתן הכלכלית והרגשית של הנשים, בהעלאתם טענות ומענות שונות שעליהם לקבל את סטטוס היעדר ההורות ולהותיר את האימהות לבדן עם החובות ההוריות השונות. יתר על כן, אפשרות זו – אם תיושם בכלל היילודים – עשויה לשלוח מסר שלילי ביותר על מקומם ואחריותם המוגבלת של גברים בגידול ילדים. ביקורת בעניין מושמעת כבר כעת במגוון המקרים שבהם עולה טענתו של גבר המבקש לפטור עצמו מחובותיו ההוריות בשל היותו "תורם זרע" בלבד.

לעומת זאת כאשר ילד נולד מטיפולי הפוריות השונים ההסכמה והכוונה הראשונית טובות לא רק לשאלה עם מי להפוך להיות הורה, אלא גם לתוכנה והיקפה של ריעת החובות ההוריות העשויות להיקבע בבחירה אישית.¹⁸⁶ זאת משום שהרצון לעבור טיפולי פוריות כשלעצמו, שכל עניינו הוא הבאת ילד לעולם במקום פנייה לאימוץ, ולחלופין ויתור על מימוש הזכות להורות, מעצים עד מאוד את יסוד הכוונה וההסכמה להפוך להיות הורה. בנוסף, דווקא בהליכים אלו יש צורך רב ביצירת ודאות, ביכולת תכנון וביישום הכוונות הראשוניות תוך שמירה על יסוד הכוונה וההסתמכות של הצדדים השונים להליך.¹⁸⁷ במצב המשפטי השורר כיום, בארץ כבעולם, אין כל הכרה בקביעת הורות משפטית בהסכמה של יילודים שנולדו בעקבות קיומם של יחסי אישות. באופן כמעט מקודש נוהגים בתי המשפט בארצות הברית לדחות על הסף אפשרות כזאת בשל הליך לידתו של הילד כדרך כל הארץ ("old-fashioned way"), לכל הפחות בהקשר של תרומת זרע מגבר ידוע.¹⁸⁸

לטעמי חשוב מאוד ליצור מנגנון מונוליתי לקביעת הורות משפטית של כלל היילודים בלא הבדל בדפוס הנישואים וההורות שאליו נולדו. יילודים מחוץ לנישואים סבלו בתקופה העתיקה מהפליה חברתית ומשפטית קשה בשל היותם ילדים "לא חוקיים". גם מי שנולדו בראשית ימי טיפולי הפוריות סבלו ממעמד חברתי-משפטי לא ברור שמא הם תולדה של מעשה ניאוף אסור, ולכן דינם כדין ילד "לא חוקי". בימינו ילדי בני זוג חד-מיניים מצויים בלימבו משפטי דומה בשל חוסר ההכרה החברתית-משפטית

186 לקביעה זו ראו Radhika Rao, *Assisted Reproductive Technology and the Threat to the Traditional Family*, 47 HASTINGS L.J. 951, 964 (1996).

187 לטיעון ברוח הדברים ראו Shultz, לעיל ה"ש 73, בעמ' 325–323. קיימים מלומדים נוספים המצדדים אף הם בהבחנה זו. בין היתר ראו Anne Reichman Schiff, *Frustrated Intentions and Binding Biology: Seeking Aid in the Law*, 44 DUKE L.J. 524, 553, 550–556 (1994) פוריות יש יותר שליטה, בחירה וכוונה מאשר ביחסי אישות); Schiff, *Solomonic Decisions in Egg Donations*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 280–278 (זכויות וחובות ההורים נידונו בטיפולי הפוריות לפני ההיריון והלידה, ואילו ביחסי אישות מצב הדברים הפוך). לדעה מחקרית דומה ולנימוק שיהיה בו לסייע לביטול ההבחנה הפסולה הקיימת בין יילודים בשני מצבים אלו ו/או ילדים הנולדים למשפחות מסורתיות ושאינן כאלו ראו Baker, לעיל ה"ש 59, בעמ' 4, 61–62.

188 טיעון זה עלה בפסק הדין Budnick v. Silverman, 805 So.2d 1112, 1113–1114 (Fla. Dist. Ct. App. 2002). לדין בו ראו Baker, לעיל ה"ש 59, בעמ' 11–12.

בסטטוס הנישואים וההורות של שני בני הזוג.¹⁸⁹ לפיכך לטעמי המודל הנורמטיבי מושא מחקרי מתיימר להיות המודל המועדף, הגמיש, הצודק וההולם ביותר בקביעת ההורות המשפטית של כלל היילודים. זאת בלא כל קשר למהותה וטיבה של מערכת היחסים שאליה נולד הילד. שימוש במודל הנורמטיבי מושא מחקרי עשוי למגר את שארית ההפליה הפסולה שחווים ילדים שנולדו מהליך הריוני כזה או אחר. לפיכך במקרים קיצוניים בלבד, שיאושרו מראש ובמשורה בלבד, כאשר טובת הילד ושמירת זכויותיו תאפשרנה בנסיבות המיוחדות של המקרה את פטירתו של הגבר מחובות שונות כלפי הילד, יש מקום לאפשר קביעת הורות משפטית הסכמית גם בהקשר דברים ייחודי ובעייתי זה. זאת בשל מקומה המרכזי של הכוונה בכינון ההורות המשפטית ובשל הרצון כאמור שלא להבחין בין יילודים שנולדו כדרך כל הארץ ובין יילודים שנולדו מטיפולי פוריות. בנוסף, קיומם או היעדרם של יחסי אישות בהליך הבאת הילד לאוויר העולם אינם אמורים לשלול בהכרח על הסף קביעת הורות משפטית בהסכמה, שהרי בסופו של דבר מדובר בכוונה מפורשת, ולא משוערת, להפוך להיות הורה משפטי, ואין בכך כדי לפגוע בטובת הילד ובזכויותיו.¹⁹⁰ תקדים חקיקתי ברוח הצעתנו כבר קיים בפרקטיקה המשפטית הנוהגת במדינת קוויבק (Quebec) שבקנדה. החוק המדינתי שם מאפשר לחתום על חוזה בשם parental project, ובו אפשר לעגן הסכמה בדבר פטירת הגבר מסטטוס ההורות, גם אם הלה קיים יחסי אישות שהובילו ללידת הילד. אם יחפוץ לקבל סטטוס זה, יוכל לעשות זאת בתוך שנה מיום לידת הילד. זו לשון החוק –

If the genetic material is provided by way of sexual intercourse, a bond of filiation may be established, in the year following the birth, between the contributor and the child. During that period, the spouse of the woman who gave birth to the child may not invoke possession of status

189 על השימוש במודל הנורמטיבי המוצע על ידי גם בהקשר של הכרה בהורות המשפטית של בן/בת הזוג השני/ה בזוגיות חד-מינית ראו Yehezkel Margalit, *Intentional Parenthood: A Solution to the Plight of Same-Sex Partners Striving for Legal Recognition as Parents*, WHITTIER JOURNAL OF CHILD AND FAMILY ADVOCACY (forthcoming 2012).

190 לטיעון קרוב ראו Shultz, לעיל ה"ש 73, בעמ' 344–346. לטיעון שכזה אך המוביל למסקנה שגם בטיפולי פוריות אין לאפשר קביעת הורות משפטית בהסכמה אלא בצורה מצומצמת ביותר ראו Angela Campbell, *Conceiving Parents through Law*, 21; 882, בעמ' Garrison, לעיל ה"ש 12, INT'L J.L. POL'Y & FAM. 242, 264, n. 102 (2007). לדעת בניימין הדווחה את דעת Garrison והגורסת שחורף השינויים והטכנולוגיה המתקדמת אמנם אפשר להקיש מדיני המשפחה המסורתיים וליישם את התובנות שבבסיסם אך תוך מתן משקל רב לכוונת הצדדים הראשונית. ראו Storvrow, לעיל ה"ש 72, בעמ' 601, 639–639.

consistent with the act of birth in order to oppose the application for establishment of the filiation.¹⁹¹

ז. על כפות המנעול

שאלת תוקפה בארץ של קביעת הורות משפטית בהסכמה, על השלכותיה השונות, בהליכים הריוניים שונים, יתרונותיה האפשריים של קביעה זו ומידת ההכרה הראויה בה, היא הניצבת במוקד מאמר זה. על פי גישתי, הורות משפטית היא הסכמית, ולכן אין להשקיף עליה עוד כמונוליתית ובינארית. תחת זאת מצדד אני במחקר זה בבחינה, ראשית דבר, מהי מידת הכוונה והרצון להיות ולשמש ההורה המשפטי של הילד בפועל, ומכאן לגזירת היקף סטטוס ההורות שיינתן לפרט זה. לטעמי יש להבחין ולהפריד בין סטטוס הורות מלא, לסטטוס הורות חלקי ולהיעדר סטטוס הורות. כלומר, הפנמת התובנה שהורות היא הסכמית מאפשרת "חופש התקשרות", ולמעשה גיוון בסטטוס ההורות המשפטי.

גם לטעמי אין לאפשר הסכמה פרטית וחופש חוזים מלא ולא מפוקח בידי הצדדים השונים להורות הנרקמת, בשל החשש הלא מבוטל לפגיעה קשה בזכויות הצדדים השונים, בעיקר הנשים. גם הצורך בשמירה על טובתו וזכויותיו השונות של היילוד העתיד להיוולד מהליך הריוני זה – הוא אקוטי. אשר על כן יש לקבל מראש את אישורו של גוף אדמיניסטרטיבי להסכם ההורות העתידי, כפי שהדבר מקובל בארץ למשל בדמות הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים. לטעמי, אפשר גם להציע הקמתו של מרשם הורות בדומה למרשם הזוגיות הפועל זה מכבר בארץ. לחלופין יש לקבל את אישורו של בית המשפט לכך, כפי שמקובל בכמה מדינות בארצות הברית וגם בארץ בהקשר של קביעת ההורות המשפטית בדמות צו האימוץ וצו ההורות וכן בהקשרים אחרים של מילוי החובות ההוריות השונות הנובעות מסטטוס ההורות המשפטית. המודל הנורמטיבי המוצע במחקרי נשען הן על טיעונים נורמטיביים והן על ניצניו הראשונים של שינוי במשפט הישראלי הנוהג. ביקשתי להוכיח כי קביעת הורות משפטית

191 ראו על כך סעיף 538.2 ל-Civil Code of Québec, הקובע שהן בני זוג והן אדם בודד יכולים להסכים בדבר שלילת האבהות המשפטית מהגבר אך על הסכמה זו להיות מעוגנת מפורשות כנדרש בחוק. ראו על כך *Civil code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 538.2 (Can.)*, available at www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CC/Q/CCQ_A.htm. לסקירת חדשנותו של סעיף זה ראו Campbell, לעיל ה"ש 190, בעמ' Robert Leckey, 'Where the Parents are of the Same Sex': Quebec's Reforms to ; 255–254 Filiation, 23 INT'L J.L., POL'Y & FAM. 62, 65–69 (2009); 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, 226–229 (2009).

בהסכמה היא ההסדרה הראויה, הגמישה והמנומקת ביותר לאור השינויים המרכזיים בדיני המשפחה בארץ כבעולם. לדעתי מודל נורמטיבי זה אף משתלב במערך הדינים הנוהג במשפט הישראלי ועולה בקנה אחד עם תפיסות היסוד המגולמות בדיני המשפחה בכלל וביחסי הורים וילדים בפרט.

בימים אלו, לאחר תקופת קיפאון של כמה עשרות שנים, אנו עדים לשינויים חקיקתיים בחוק העיקרי המסדיר בארץ את מערכת היחסים של הורים וילדים – חוק הכשרות המשפטית – עם אימוצן לאחרונה של מסקנות ועדת שניט.¹⁹² ייתכן ששינויים חקיקתיים צפויים גם בסעיף 16 לחוק האימוץ, המסדיר מערכת יחסים זו בהקשר הייחודי של האימוץ. כולי תקווה כי כאשר ישכיל המחוקק הישראלי להסדיר את קביעת ההורות המשפטית בהסדרה אזרחית, חקיקתית, קוהרנטית, מגובשת ושלמה – ולא בדרך של זעיר פה זעיר שם, לא בהסדרה חלקית, נקודתית וחסרה – יוכל מחקר זה להיות לקווי המתאר של הסדרה מקיפה ראויה זו.

192 ראו על כך ועדת שניט, לעיל ה"ש 78.