

על זכויות, גבולות ומשפחה

מאת
איילת בלכר-פריגת*

תקציר

מאמר זה מבקר את רעיון הגבולות התוחמים את היחידה המשפחתית ומגוונים עליה כרעיון בסיסי ביחסו של המשפט למשפחה. חלקו הראשון של המאמר מוקדש לביקורת בדבר האופן שבו המשפט מתווה את גבולותיה של "המשפחה", קרי, בהתאם למודל המשפחה הגרעינית המורכבת מבני-הזוג ההטרוסקסואליים הנשואים זה לזה וילדיהם הקטינים, תוך התעלמות מהמגוון של מערכות היחסים המשפחתיות הקיימות. אולם עיקרו של המאמר מתמקד בביקורת מהותית יותר, היוצאת לא רק נגד אופן התווייתם של גבולות המשפחה, אלא נגד עצם רעיון הגבולות כרעיון בסיסי ביחסו של המשפט למשפחה. מעבר לטענה כי רעיון הגבולות כתפיסה בסיסית בהגדרת המשפחה מקשה על פריצת האידיאולוגיה הפטריארכלית של הנישואים והמשפחה הגרעינית, ופיתוח דיני משפחה שיתאימו למציאות של חיי המשפחה בימינו, המאמר מעלה ספק בדבר היותו של שיח הגבולות שיח ראוי בהקשר של דיני המשפחה. הטענות המרכזיות נגד שיח הגבולות הן ששיח זה יוצר דיכטומיה בין "בני משפחה" ל"זרים" באופן המעוות את הקשת הרחבה והמורכבת של יחסים משפחתיים; ויתר על-כן, שיח כזה דוחק אל השוליים ערכים של אחריות, דאגה ואינטימיות, ואינו נותן להם את מקומם הראוי בשיח המשפטי על-אודות "המשפחה".

- א. מבוא
- ב. המסגרת התיאורטית: זכויות וגבולות
 1. זכויות, גבולות ו"האני הנפרד"
 2. גבולות ומשפחה
- ג. הדיון בגבולותיה של המשפחה
 1. שמירה על גבולות "המשפחה" (בהא-הידיעה)
 2. משפחות חד-הוריות כמשפחות חסרות

* תודה מקרב לב לדפנה ברק-ארוז, לדפנה הקר, ליפעת ביטון ולמשתתפי הסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה על הערות מועילות לטיוטות קודמות של המאמר. תודה לחברי מערכת עיוני משפט, ובפרט לאמיר גבירץ ובני זלמנוביץ', על הערות מועילות ועזרה בעריכה. תודה מיוחדת לליאורה בילסקי, שאלמלא עידודה, לא היה מאמר זה נכתב.

3. מערכות יחסים חד-מיניות כ"משפחה"

ד. הגדרה מחדש של גבולות המשפחה?

ה. גבולות ודיכוטומיות

ו. גבולות, דאגה, אינטימיות ואחריות

ז. סיכום

א. מבוא

מאמר זה דן ברעיון הגבולות סביב הקהילייה האינטימית של "המשפחה" ומתמקד בקשיים שתפיסה זו של גבולות מעוררת סביב התא המשפחתי וראיית המשפחה כיחידה מגודרת. המאמר מתייחס לביקורות מסורתיות שהועלו בהקשר של גבולות המשפחה ואשר התמקדו בעיקר באופן התווייתם של גבולות אלה: מהי יחידה משפחתית? מי נחשב בגדר "חבר" משפחה? ומי נחשב חיצוני למשפחה וזר? ביקורות אלה נקשרו בעיקר לשינויים הרבים שעברה "המשפחה" בעשורים האחרונים. אולם מטרתו העיקרית של המאמר היא להוליך את הביקורת על שיח הגבולות בהקשר המשפחתי צעד אחד קדימה, ולבקר לא רק את אופן התווייתם של גבולות המשפחה, כי אם את עצם רעיון הגבולות כתפיסה בסיסית של יחס המשפט ל"משפחה".

הדיון ייערך באופן הבא: בפרק ב אציג את התשתית התיאורטית ואסקור על-קצה המזלג את הדיון שנערך בספרות בנוגע לזכויות היוצרות ומציבות גבולות סביב בעל הזכות. אעמוד על כך שחסרונו העיקרי של הדיון שנערך עד היום הוא התמקדותו בסוגיית הגבולות סביב היחיד כבעל זכות, ואי-בחינת תפקידם של הגבולות בהקשר הקבוצתי או הקהילתי. בחינתה של סוגיית הצורך בגבולות ותפקידם של הללו בהקשר הקהילתי או הקבוצתי היא, בין היתר, מטרתו של מאמר זה, והתמקדותי כאן היא בהקשר הייחודי של המשפחה. לפיכך אעבור לדון בשאלת הגבולות בהקשר המשפחתי, אבחן מהו התפקיד שהגבולות סביב המשפחה אמורים למלא ואסקור בקצרה כיצד באה תפיסת הגבולות סביב המשפחה לידי ביטוי בדוקטרינות משפטיות מקובלות ביחס למשפחה. מכאן אעבור לדון בביקורות על רעיון הגבולות והזכויות היוצרות גבולות אלה בהקשר המשפחתי. הדיון הביקורתי מחולק לשני חלקים. אפתח בביקורת המתמקדת באופן התווייתם של גבולות המשפחה. ביקורת זו קשורה לשינויים החברתיים והאחרים שעברה "המשפחה", והיא יוצאת נגד תפיסת "המשפחה" כמשפחה הגרעינית ההטרסקסואלית המתעלמת מהמגוון של מערכות היחסים המשפחתיות הקיימות. אציג גם הצעות שהועלו בספרות בשאלה כיצד להתוות את גבולות המשפחה באופן שונה, שיעלה בקנה אחד עם המציאות הנוכחית של חיי המשפחה. על-אף חשיבותה של ביקורת זו וההצעות בספרות להתווייתם של גבולות המשפחה באופן שונה, טענתי היא לביקורת מהותית יותר. אצא לא רק נגד אופן התווייתם של גבולות המשפחה, אלא נגד עצם רעיון הגבולות כרעיון בסיסי ביחסו של המשפט למשפחה. אבחן כיצד שיח הגבולות מבנה את היחסים המשפחתיים, את תפיסת "המשפחה", ומהו המסר ששית כזה מעביר. לטענתי, על-אף ההצעות הקיימות להתווייה שונה של גבולות המשפחה, עצם רעיון הגבולות כתפיסה בסיסית בהגדרת המשפחה מקשה

על פריצת האידיאולוגיה הפטריארכלית של הנישואים והמשפחה הגרעינית, ופיתות דיני משפחה שיתאימו למציאות חיי המשפחה בימינו. יתר על-כן, טענתי המרכזית הינה כי שיח של גבולות אינו שיח ראוי בהקשר של דיני המשפחה. שיח כזה יוצר דיכוטומיה בין "בני משפחה" ל"זרים" באופן המעוות את הקשת הרחבה והמורכבת של יחסים משפחתיים. נוסף על כך, שיח הגבולות דוחק אל השוליים ערכים של אחריות, דאגה ואינטימיות, ואינו נותן להם את מקומם הראוי בשיח המשפטי על-אודות "המשפחה".

ב. המסגרת התיאורטית: זכויות וגבולות

1. זכויות, גבולות ו"האני הנפרד"

זכויות שתפקידן ואפיונן הם יצירת גבולות תופסות מקום מרכזי בין הזכויות המוכרות. זכויות אלה מגינות על בעל הזכות מפני אינטראקציה לא-רצויה עם פרטים אחרים או עם המדינה, ומבטיחות לו תחום שבו לא יופרע ובו תתאפשר לו החירות לעשות כרצונו. חשוב להבהיר שכאשר מדובר בזכויות היוצרות גבולות סביב בעל הזכות כאמור, אין מדובר בזכויות שמציבות גבולות מעצם הגדרתן, אולם בשיטות משפט שונות – בפרט אלה המזוהות עם המסורת האנגלו-אמריקאית – הובנו אותן זכויות ופורשו כזכויות שזה תפקידן העיקרי. כך, למשל, עוצבה והובנתה הזכות לפרטיות שנתפסה כהגנה על גבולו האישי של האדם, גבול המקנה לו שליטה ביכולת הגישה (access) של אחרים אליו וכוח להחליט על דעת עצמו עם מי להתראות, עם מי לדבר ועם מי לחלוק מידע.¹ באופן דומה פורשו גם הזכות לאוטונומיה, זכות הקניין וזכויות אחרות נוספות.² באשר לאוטונומיה, הרי שזו נחשבת כיכולתו של אדם להיות, ולו חלקית, "הסופר של חייו", בלשונו של יוסף

- 1 ראו למשל ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היוכל (תשנ"ד) 9, 43: "המונח העברי 'רשות היחיד', להבדילה מרשות-הרבים, כבר מצביע על כך שבחצרו או בביתו של היחיד, אין לרבים 'רשות' בהם; היחיד 'רשאי' לעשות בתוך רשותו שלו כאוות נפשו... וכבר אמרו האנגלים, 'ביתי הוא מבצרי', שכשם שמבצר זה עומד איתן מפני פלישה או כיבוש, כן ביתי עומד לי להתבצר ולהתבודד בו, לבדי או עם משפחתי או עם מוזמנים אלי, ואני רשאי לנעול שערי פני אורחים לא-קרואים. מבהינה זו קרובה הפגיעה בקניין לפגיעה בפרטיות: בשתייהן יש משום הסגת גבול... אין לך התערבות הפוגעת בעצמאיותו של אדם יותר מאשר הסגת גבולו האישי ללא הסכמתו. 'הסגת גבול' זו שהחלה בגזילת קרקע והתפתחה עד להפרת זכויות יוצרים, היא – להלכה ולמעשה – כל חדירה לתוך רשותו ופרטיותו של היחיד ללא הסכמתו." על היות עניין הגישה מאפיין את הזכות לפרטיות ראו ר' גביוון "הזכות לפרטיות ולכבוד" בלי הברל... זכויות האדם בישראל (תשמ"ח) 61, 68.
- 2 ראו למשל: J. Nedelsky "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts, and Possibilities" 1 Yale J. L. & Feminism (1989) 7, 17: "Historically, [i]ndividual

רו.³ התפיסה המקובלת גרסה כי על־מנת להשיג אוטונומיה במובן האמור, אדם זקוק לגבולות שיגוננו עליו וימנעו התערבות בלתי־רצויה של אחרים בחייו, התערבות העשויה למנוע מן האדם יכולת ליצור את חייו כרצונו.⁴ גם תפקידה העיקרי של זכות הקניין הובן כתפקיד של הצבת גבולות, בפרט גבולות כלפי השלטון. הקניין נתפס כסמל לגבולות כאלה, כפי שהוא בא לידי ביטוי בצורה הטובה ביותר באמרה כי "ביתו של אדם – מבצרו".⁵

ראוי לציין כי על אופן הבנה זה של הזכות לפרטיות, זכות הקניין והזכות לאוטונומיה נמתחה ביקורת נוקבת בשנים האחרונות.⁶ נטען כי יש בכך כדי לעוות את משמעות

autonomy was conceived of as protected by a bounded sphere defined primarily by property into which the state could not enter"

"The autonomous person is a (part) author of his own life." J. Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 369

J. Nedelsky "Law, Boundaries, and the Bounded Self" 30 *Representations* (1990) 162, 167: "The primary content of this underlying conception of autonomy is protection from the intrusion of the collective. The autonomy the American system is designed to protect can be achieved by erecting walls of rights around the individual"

Nedelsky, *ibid*, at p. 162. למעשה, נדלסקי טוענת כי הקישור החזק בין רעיון הגבול ושיח הזכויות ככלל, והזכויות לפרטיות ואוטונומיה בפרט, נובע כליכולו מן המסורת החוקתית האמריקאית ומקומו של הקניין במסורת זו. סמל הקניין כגבול והגבלה על השלטון במסורת החוקתית האמריקאית הם שעומדים בבסיס ראייתו של רעיון הזכות כשלעצמו כרעיון של גבול ומגבלה כאמור (שם, שם).

ג'ניפר נדלסקי מבקרת הבנה זו של הזכות לפרטיות, וטוענת כי למושג הפרטיות יש משמעות מעבר לכך: "We associate privacy so closely with boundary imagery that I expect a suggestion to abandon boundary will be heard as rejection of the concept of privacy itself. That is not my intention. The concept of privacy captures, illusively, important values such as peoples capacity to decide for themselves some of the ways they will or will not enter into relationship with others. But without trying to unravel it here, I think we can best foster those values by focusing directly on the expressions and patterns of relationship that foster and express respect for peoples needs rather than on respecting boundaries, which draws our minds away from relationship." Nedelsky, *ibid*, at pp. 177-178. עם זאת, נדלסקי עצמה אינה מפתחת מודל חלופי להבנתה של פרטיות. אין בכוונתי לעסוק כאן בשאלה כיצד יש להבין ולפרש את המושג "פרטיות". לצורכי מאמר זה די בכך שהתפיסה המקובלת של פרטיות היא זו של תחימה ושמירה על גבולות. (על הבנה שונה של הזכות לאוטונומיה, ראו, למשל: Nedelsky, *supra* note 2. נדלסקי טוענת כי מה שמאפשר אוטונומיה אינם הפרדה ובידוד באמצעות גבולות, אלא דווקא

הפרטיות, הקניין והאוטונומיה. אולם מאמר זה אינו המקום להיכנס לדיון בדבר משמעותם של הפרטיות, האוטונומיה או הקניין, או בדבר תוכנן הראוי של זכויות המגלמות ומגינות על ערכים אלה. מאמר זה עוסק בעצם הרעיון של הצבת גבולות סביב היחידה המשפחתית, ושאלת הכלי המשפטי המשמש לשם כך – האם זו הזכות לפרטיות, הזכות לאוטונומיה של התא המשפחתי או כל זכות אחרת? – הינה רלוונטית פחות. לענייננו די בכך שיש זכויות הנתפסות כזכויות אשר (בין היתר) מציבות גבולות סביב בעל הזכות על-מנת לבחון את הרעיון של הצבת הגבולות, ובפרט כיצד זכויות כאלה מעצבות את השיח המשפטי בתחום הנוגע במשפחה.

במסגרת הביקורת הכללית על המושג "זכות" ועל שיח הזכויות בשנים האחרונות, סומנו הזכויות המתפקדות כגבולות כמטרה למטח ביקורת נוקב במיוחד. הכותבת המרכזית שיצאה נגד הבנת תפקידן העיקרי של זכויות ככלל ושל זכויות הקניין, האוטונומיה והפרטיות בפרט כהצבה של גבולות הינה ג'ניפר נדלסקי (Jennifer Nedelsky).⁷ לטענתה, תפיסה הרואה את תפקידן של זכויות כהצבת גבולות סביב בעל הזכות מבטאת תפיסות לא-רצויות של האדם והחברה. הטיעון שנדלסקי מייצגת ניתן לתיאור בקווים כלליים כדלקמן: על-פי תפיסה כזו, זכויות יוצרות טריטוריה עצמית שכל אדם מתגדר בה. כך, הזכויות מציגות את האדם כמי שחי בבדידות מזהרת וכמי שזהותו העצמית מוגדרת על-ידי הפרדה ושמירת מרחק בינו לבין האחר. אפיון זה של הישות האנושית, שכונה בפיה של נדלסקי "אני נפרד" ("separative self"),⁸ נתפס כלקוי מיסודו, שהרי במובנים רבים אין לאדם קיום במנותק מאנשים אחרים, וחלק ניכר מישותו נסמך על הקשרים המשמעותיים בחייו. יתר על-כן, שיח זכויות כזה מעביר מסר שגוי בכל הנוגע לצרכים ובאינטרסים של האדם – הדברים המטפחים את עצמיותו. עולה מתפיסה כזו של זכויות כי הדבר שבגין-האדם וקוקים לו יותר מכל הינו גבול שיפריד בינם לבין האחרים, ישאיר את האחרים במרחק ראוי ויגן מפניהם, שכן אותם אחרים נתפסים כאיום. מצב שבו גבולות היחיד והטריטוריה העצמית שלו נשמרים בצורה אפקטיבית נתפס כמשרת בצורה מיטבית את האינטרסים של האדם. לא פלא איפוא שזכויות היוצרות ומציבות גבולות היוו מטרה לביקורת על היותן מעודדות ומבטאות רעיונות של הפרדה ועצמאות מוויפת במקום קשר, מערכות יחסים וקרבה. הטענה שהושמעה, בפרט על-ידי כותבות פמיניסטיות וכותבים הנמנים עם הזרם הקהילתני, הינה שתפיסה זו של האדם ויתסיו, הן אל פרטים אחרים והן אל הקהילייה בכללותה, לקויה מבחינה מוסרית.⁹ כנגד תיאור זה של ה"אני" הוצג תיאור חלופי של "אני מקושר" ("relational self"), המוגדר

מערכות יחסים. על הבנה שונה של זכות הקניין, ראו למשל: J. Nedelsky *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy* (Chicago, 1990) 208–210. נדלסקי מציעה שם להבין את זכות הקניין בהקשר של מערכות היחסים שהזכות מעצבת.

7 ראו מאמריה של נדלסקי, שם.

8 Nedelsky, *supra* note 4, at p. 167.

9 ראו, למשל, Nedelsky, *ibid*.

על-ידי קשריו עם האחר ומערכות היחסים המשמעותיות בחייו, וזקוק למערכות יחסים וקשרים אלה.¹⁰ על-פי תפיסה חלופית זו של "האני" הזכויות שבני-האדם זקוקים להן אינן נוסאות אופי של גבולות, אלא מכוונות להבטיח תנאים שיאפשרו ויבטיחו שמירה וחיווק של מערכות היחסים והקשרים בחייהם.

בטרם אדון בביקורת זו לגופה, חשוב להבהיר כי תחימה ושמירה על גבולות אינן מאפיין הכרחי של המושג "זכות". לא כל הזכויות תפקידן סימון, הצבה ושמירה על גבולות, גם לא בקרב הזכויות המזוהות עם המסורת הליברלית.¹¹ כך, למשל, הזכות לשוויון וזכויות פוליטיות דוגמת הזכות לבחור אינן זכויות-גבול, ובקרב מה שמכונה "הדור השני" של זכויות האדם, זכויות כלכליות וחברתיות, מוכרות זכויות רבות שתפקידן הוא להבטיח תנאי קיום מינימליים לאדם, ולא להציב גבולות סביבו.¹² נקודה זו חשובה, שכן הביקורת בעניין "האני הנפרד" והתפיסה הלוקיה של האדם ויחסו לקהילה הושמעה בדרך-כלל כביקורת כללית קונספטואלית על זכויות ושיח זכויות, ולא על זכויות מסוימות או על סוג מסוים של זכויות.¹³ הכוונת הביקורת כביקורת כללית על המושג "זכות" ועל שיח הזכויות חוטאת בצמצום מגוון הזכויות לסוג אחד של זכויות ומתעלמת מן הקשת הרחבה של הזכויות המוכרות.¹⁴

10 תפיסה זו של "האני" מוזהה במיוחד עם הכתיבה הפמיניסטית ובפרט עם הזרם המכונה פמיניזם תרבותי. כתיבה זו טוענת להבדל בין נשים וגברים באופן שבו הם מגדירים את עצמם. בעוד גברים מגדירים את עצמם כ"אני נפרד", נשים מגדירות עצמן כ"אני מקושר". ראו, למשל: C. Gilligan *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Cambridge, 1982) 8.

11 המסורת הליברלית, ששמה את הדגש בזכות לחיים ולחירות, ובזכות לקניין מוזהה בפרט עם זכויות שנועדו להגן מפני התערבותם של אחרים ("a right to be left alone"). אכן, הביקורת על זכויות המשמשות כגבולות נכרכה לא אחת עם ביקורת על ליברליזם. אולם, כמצוין בטקסט, גם במסגרת המסורת הליברלית לא כל הזכויות הן זכויות-גבולות.

12 ראו, למשל, אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות - 1966, כתבי אמנה 1037 (1991, כרך 31) 205.

13 E. Kiss "Alchemy or Fool's Gold? Assessing Feminist Doubts About Rights" *Reconstructing Political Theory: Feminist Perspectives* (New York, M. Lindon Shanley & U. Narayan eds., 1997) 1, 3. כדוגמה להתייחסות למושג "זכות" כשלעצמו כמתווה גבולות בכתיבה ישראלית ראו, למשל, א' שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז (תשס"א) 37, 41: "שיח הזכויות בא להגן על מבצרו של האדם, על ביתו הממשי והרוחני, לשמר את החומות המקיפות אותו..."

14 מאפיינים אחרים של שיח הזכויות, כגון הצבת הפרט במרכז, היו אף הם מקור לביקורת הקושרת שיח זכויות לאינדיוידואליזם ואף לאגואיזם. לתיאור ביקורות אלו ומענה להן, ראו, למשל: J. Waldron "Nonsense Upon Stilts - A Reply" *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Men* (London, J. Waldron ed., 1987).

על כל פנים, יש זכויות שהובנו ופורשו לאורך השנים כזכויות שתפקידן להציב גבולות סביב בעל הזכות, ובזכויות אלה עניינו של מאמר זה. לא כולם, אף לא בקרב הכתיבה הפמיניסטית, שותפים לביקורת בדבר היותם של הגבולות והזכויות המכוננות אותם קשורים לתפיסה לקויה של האדם והחברה. כותבים – ולמעשה, בפרט כותבות – אלה טוענים כי הביקורת על גבולות והגדרתה של טריטוריה עצמית מתעלמת מנסיון חייהן של נשים רבות ומקבוצות מיעוט נוספות שהיעדר גבולות משמעו לגביהן פולשנות, הדירה והיעדר אישיות נפרדת.¹⁵ מאבקים פמיניסטיים רבים, כמו גם מאבקהן של קבוצות מיעוט או קבוצות חלשות נוספות, התאפיינו כמאבקים לכינון גבולות. גישה בלתי-מוגבלת אפיינה בדרך-כלל כפיפות והיעדר כוח, ולא קרבה, אינטימיות או קשר במובנו החיובי. זו היתה, למשל, משמעות הגישה הבלתי-מוגבלת של הבעל אל האשה הנשואה וגופה, כמו גם של האדון הלבן אל העבד או השפחה השחורים בארצות-הברית.¹⁶ כדבריה של פרנסיס אולסן (Frances Olsen): "When a woman is still struggling for a room of her own, she is unlikely to complain that rights isolate her"

יתר על-כן, הצבת גבולות אינה עומדת בהכרח בסתירה להכרה במערכות היחסים המחברות את כולנו או מתכחשת לעובדה שאנשים קשורים מטבעם זה לזה. ראשית, עצם ההכרה בזכות ובגבול מבטאת ומשקפת הכרה חברתית, ומהווה למעשה פרי שיח והתייחסות גומלין חברתיים. לפיכך, הגבולות הם חלק ממערכת הקשרים והיחסים

15 ראו, למשל: R. West "Jurisprudence and Gender" 55 *U. Chi. L. Rev.* (1988) 1; P.J. Williams *The Alchemy of Race and Rights* (Cambridge, 1991) 146-165.

16 במשפט המקובל עד לסוף המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים לא היתה כלל הכרה באישיותן (המשפטית) הנפרדת של נשים נשואות. אישיותן התמוגה עם זו של הבעל במסגרת דוקטרינת ה-"coverture". דוקטרינה זו, ששללה מנשים את אישיותן המשפטית הנפרדת, מנעה מהן, בין היתר, את הכוח להתקשר בחוזה, להיות בעלות קניין או לבחור ולהיבחר. Blackstone הסביר את דוקטרינת ה-"coverture" כדלקמן: "By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of husband: under whose wing, protection, and cover, she performs everything; and is therefore called in our law-French a feme covert, foemina viro co-operta; is said to be covert-baron, or under the protection and influence of her husband, her baron, or lord; and her condition during her marriage is called her coverture. Upon this principle, of an [sic] union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties and disabilities, that either of them acquire by the marriage." W. Blackstone *Blackstone's Commentaries* (South Hackensack, 1969, Vol. 1) 442.

17 F. Olsen "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis" 63 *Tex. L. Rev.* 387, 394 (1984).

החברתיים המתקיימת בין אנשים, ואין הם מהווים ניגוד או סתירה לקשרים אלה.¹⁸ אולם חשוב מכך, הצבת הגבולות עצמה ממלאת תפקיד בעיצובן ובהגדרתן של מערכות יחסים בינאישיות, ובכללן מערכות יחסים קרובות ואינטימיות. כך, למשל, דוגמה שמביאה אליזבת קיס (Elizabeth Kiss) מתייחסת להכרה בזכותן של נשים להתנגד למין כפוי במסגרת הנישואים. זכות זו, המציבה למעשה גבול המגן על גופה של האשה, ממלאת תפקיד בעיצוב יחסי הווגיות במסגרת מוסד הנישואים. ההכרה בזכות זו אפשרה לראות את המין לא כ"חובה" במסגרת חובות הנישואים, אלא כגילוי של קרבה ואינטימיות, ובכך סייעה להגדרתם של יחסי הנישואים באופן טוב יותר.¹⁹ לשימת הגבולות ושמירתם יכולים להיות לפיכך ערך וחשיבות בהציבם תחומה ראוייה בין הפרט לאחרים. במובן זה, זכויות אלה אינן עומדות בסתירה לקשר האנושי, אולם הן מוודאות שהקשר לא ייעשה כפוי או יתדרדר לטמיעה מוחלטת, ושומרות על הפרטים בו מפני היעלמות וכפיפות.

חשוב עם זאת להדגיש כי המחלוקת בדבר "האני הנפרד" לעומת "האני המקושר" מתייחסת לגבולות סביב אדם יחיד. אכן, הדיון בזכויות היוצרות ומציבות גבולות התנהל עד היום ביחס לזכויות המציבות גבולות סביב הפרט ובדבר הצורך, התועלת והנוק שבזכויות כאלה, בפרט לחלשים בחברה.²⁰ אולם הרעיון של זכויות המשמשות כגבולות אינו מוגבל דווקא ליצירת טריטוריה עצמית ולהצבת גבולות האמורים להגן על הפרט. גם קבוצות, קטנות או גדולות, יכולות להיות בעלות זכויות המאפשרות להן לתחום גבול סביבן.²¹ אף-על-פי-כן הצטמצם הדיון עד היום להקשר האינדיווידואלי, ושאלה זו של הצבת גבולות סביב קהילות, ובפרט קהילות אינטימיות, לא זכתה בדיון רציני ומספק.

18 M. Minow "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover" 96 *Yale L. J.* (1987) 1860, 1886: "Some rights, as defined in their specific content, articulate boundaries protecting individuals or groups against connections with others... Historically, these are not exceptions but products of precisely the kind of communal inquiry I am suggesting. Through litigation and legislation, such rights have been articulated and enforced. That the particular content of the enforceable right summons members of the community to respect boundaries within the community is a commitment to implement the decisions reached through community discussion. Rights that recognize boundaries underscore communal ties for it is through reference to each other that we establish and articulate our boundaries. When I experience a sense of constraint because another claims a rights, even if I reject the boundary he or she seeks to draw, I also experience connection to that person, through the process of mutual recognition".

19 Kiss, *supra* note 13, at p. 6.

20 זאת אף-על-פי שהביקורת נוסחה למעשה כביקורת על עצם הרעיון של זכויות היוצרות ומציבות גבולות בכל הקשר שבו הן מופיעות.

21 אמירה זו מניחה שקבוצות, ולא רק פרטים בודדים, יכולות להיות בעלות זכויות (right)

במאמר זה ברצוני להפנות את הדיון בנושא הזכויות והגבולות להקשר הקהילתי או הקבוצתי. בהקשר זה אין כל רלוונטיות למחלוקת בדבר "האני הנפרד" מול "האני המקושר", שכן תחימת הגבול אינה מתכחשת למערכות היחסים המשמעותיות המחברות ככלל בין בני־האדם ובפרט בין חברי הקבוצה לבין עצמם. נהפוך הוא, תחימת הגבול נועדה, לכאורה, לאפשר את התנאים הדרושים לשמירה על הקשרים הייחודיים שבין חברי הקבוצה. לפיכך, הסוגיות שאני מעוניינת לדון בהן חורגות מן המחלוקת שבין תפיסת "האני הנפרד" לתפיסת "האני המקושר", ואינן נוגעות בשאלה עד כמה בני־האדם הינם אטומיסטים ועצמאיים ועד כמה הם בנויים ומושתתים על מערכות יחסים וקשרים אנושיים. משכך, אין בכוונתי להכריע במחלוקת בדבר הרע הסמון בזכויות המציבות גבולות סביב ה"אני" או בדבר התועלת הגלומה בהן, שכן אני בוחנת את תפקידן של זכויות אלה בהקשר שונה. עם זאת אין בכוונתי לבחון את שאלת מקומם של זכויות וגבולות בכלל ההקשרים הקבוצתיים או הקהילתיים, אלא להתמקד בהקשר המשפחתי. ברצוני לבחון כיצד זכויות המציבות גבולות סביב המשפחה מעצבות את היחסים בין חברי המשפחה לבין עצמם ובינם לבין אלה שמחוץ למשפחה: האם זכויות כאלה אכן משרתות את המטרה שהן מבקשות להשיג בצורה ראויה ומהו המסר שהן מעבירות?

2. גבולות ומשפחה

כאשר עוברים לדון בזכויות המציבות גבולות בהקשר קבוצתי או קהילתי, הסוגיות העולות לדיון שונות מאלה המתעוררות כאשר דנים בסוגיה של גבולות סביב הפרט. עלימנת לבחון את סוגיית הגבולות בהקשר המשפחתי יש לברר, ראשית, כנקודת־מוצא לדיון, מהי המטרה שגבולות אלה נועדו להשיג ומהו התפקיד המיועד להם. על פניו, הצורך של קבוצה, קהילה או משפחה בגבולות הינו ברור. במבט ראשון, גבולות גורמים חיוניים לעצם קיומם של מושגים אלה. הקבוצה או המשפחה זקוקות לגבולות סביבן לשם הגדרתן, שכן בלעדי גבולות המפרידים בין אלה הנמנים עם הקהילייה או המשפחה לבין אלה שאינם נמנים עמהן אין למושגים אלה, כך נדמה, כל משמעות. תחימה כלשהי, המפרידה את "הקהילייה" או "המשפחה" מאלה שאינם משתייכים אליהן, חייבת להתקיים, אך אין זה הסיפור כולו. אין מדובר רק בהגדרה פורמלית של הקבוצה או המשפחה; לכאורה, גבולות דרושים גם לעצם יצירת התנאים שיאפשרו את צמיחתן של מערכות יחסים קרובות ואינטימיות בין חברי הקהילייה או בני המשפחה ושמירה עליהן. אכן, כבר הזכרתי שזכויות המציבות גבולות ושומרות על עולמה של קבוצה או קהילה מטרות אינה

holders). הנושא של זכויות קבוצתיות נידון בהרחבה בספרות המשפטית והפילוסופית. אין אומנם תמימות־דעים בדבר היכולת הרעיונית והלוגית לעסוק בשיח של זכויות קבוצתיות, אך לצורך מאמר זה אני יוצאת מנקודת־הנחה כי אין בעיה רעיונית או לוגית ברעיון של זכויות של קבוצות. לספקות בדבר יכולתן של קבוצות להיות בעלות זכויות, ראו, למשל: J.W. Nickel "Group Agency and Group Rights" *Ethnicity and Group Rights* (New York, Nomos XXXIX, 1997) 235.

להפריד ולשמור על מרחק ראוי בין אדם לאדם, אלא לכאורה לעודד ולתמוך ביצירתן של קרבה ואינטימיות בין חברי הקהילה. גבולות אמורים לסייע ביצירתו של "מרחב מוגן" שאינטימיות, אמון ומערכות יחסים קרובות יכולים להיבנות בתוכו. זאת משום שבני-אדם יתקשו לבטוח זה בזה אם תתאפשר חדירה ללא רשות לעולם המשותף והאינטימי שהם בונים לעצמם. לפיכך, אפילו ברמה המעשית, עצם האפשרות להתפתחותה של אינטימיות ומידת עוצמתה האפשרית של הקרבה נראות תלויות במידת החדירה החיצונית לתוך מערכת היחסים הרלוונטית. נראה שללא גבולות המגינים על עולמן של הקהילה או המשפחה יתקשו לצמוח אינטימיות והסתמכות הדדית, שהם הבסיס ליחסים בינאישיים קרובים.²²

אם כך, לכאורה, זכויות המציבות גבולות סביב משפחה מסייעות הן להגדרתה של המשפחה – מי נמנה עם חבריה ומי אינו שייך – והן ליצירתו של מרחב מוגן לחברי המשפחה, שבו יוכלו לבנות את מערכות יחסיהם על בסיס אמון, אינטימיות והסתמכות. כאשר מתמקדים בהקשר המשפחתי, ובפרט במשפחה הכוללת גם ילדים, הרי שמעבר לטיעון בדבר הצורך בגבולות לשם טיפוח ושמירה על אינטימיות וייחודיות קבוצתית, הגבולות סביב המשפחה ממלאים תפקיד נוסף. עמדה נפוצה, המזוהה עם כתיבתם של גולדשטיין (Joseph Goldstein), פרויד (Anna Freud) וסולניט (Albert Solnit), הדגישה את חשיבותם של גבולות סביב המשפחה כחיוניים להתפתחות התקינה של ילדים. לטענתם, ילדים זקוקים למערכת יחסים יציבה ונטולת הפרעות חיצוניות עם הוריהם לשם התפתחות וצמיחה בריאות.²³ לטענת מלומדים אלה, כל חדירה לא-רצויה לתא המשפחתי והפרעה למערכת היחסים בין ילדים להוריהם הינן הרסניות לילדים ולהתפתחותם הרגשית והשכלית התקינה.²⁴ לפיכך, טענו השלושה, יש להכיר בזכויות

22 F. Schoeman "Rights of Children, Rights of Parents, and the Moral Basis of the Family" 91 *Ethics* (1980) 14. לטענתו של Schoeman, הרעיון של אינטימיות משמש בסיס להכרה בזכותה של המשפחה לפרטיות. Philippe Ariès הראה כיצד צמחה התפיסה המודרנית של המשפחה האינטימית כאשר קשרים חברתיים רחבים יותר (דוגמת קשרי שכנות וחברות) הצטמצמו, והוכרו גבולות, בין היתר באמצעות הזכות לפרטיות, סביב המשפחה וחיי המשפחה. P. Ariès *Centuries of Childhood: A Social History of* 398–407 (New York, R. Baldick trans., 1962). *Family Life* (New York, R. Baldick trans., 1962) 398–407. קישור מעניין נוסף בין פרטיות לאהבה, אינטימיות וחברות נעשה עוד בשנת 1968 על-ידי Charles Fried, שטען כי פרטיות היא חלק מתנאי הרקע ההכרחיים לקיומם של יחסי אינטימיות, קרבה ואהבה. C. Fried "Privacy" 77 *Yale L. J.* (1968) 475. אולם Fried דיבר על פרטיות בהקשר שונה מזה של Schoeman, קרי, כמציבה גבול סביב הפרט ומאפשרת לו לשלוט בגישה אליו, ולא כגבולות סביב קהילות, משפחות או מערכות יחסים ככלל.

23 עמדה זו הובעה במיוחד בשני ספרים של מלומדים אלה: J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit *Beyond the Best Interest of the Child* (New York, 1979); J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit *Before the Best Interest of the Child* (New York, 1979).

24 בעמדה זו של גולדשטיין, פרויד וסולניט הוטחו ביקורות רבות. אף שרבים קיבלו את

שיציבו גבולות סביב היחידה המשפחתית ויגנו על יחסי הילדים עם הוריהם לבל יופרעו.²⁵

הצורך בהגנה ושמירה על גבולות המשפחה הן לשם שמירה על אינטימיות והן לשם מניעת פגיעה במרקם היחסים המיוחד שבין ילדים להוריהם אכן הוכר על-ידי מערכות משפט שונות, בפרט אלה שגשעו על המשפט המקובל, ובכללן זו הישראלית. גם כאן שימש שית הזכויות ככלי העיקרי ליצירתם ושמירתם של גבולות מגוננים סביב המשפחה. בדומה להקשר האינדיווידואלי, הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה של המשפחה הובנו כזכויות העיקריות שתפקידן להציב אותם גבולות סביב המשפחה ולשמור עליהם. זכותה של המשפחה לפרטיות וזכותה לאוטונומיה פורשו כזכויות שמשמעותן העיקרית היא מניעת התערבות "חיצונית" בענייניה של המשפחה, דהיינו מתן יכולת לחברי המשפחה לשלוט על יכולת הגישה של "אחרים" לעולמה של המשפחה ולמנוע את התערבותם אם אינה רצויה.²⁶ מעורבות "חיצונית" נתפסה כאיום על המשפחה.

כאמור, אחת השאלות המרכזיות היא מי הם אותם "אחרים" או חיצוניים שמעורבותם נתפסת כאיום שמפניו יש להגן על "המשפחה". בראש ובראשונה, עם אותם גורמים חיצוניים שגבולות המשפחה אמורים להגן מפניהם נמנית המדינה, ומכאן הכלל המשפטי בדבר צמצום מעורבותה של המדינה בענייניה של המשפחה.²⁷ אולם המדינה אינה "הגורם החיצוני" היחיד שגבולות המשפחה אמורים להגן מפניו. גם פרטים אחרים, שאינם נמנים עם בני "המשפחה", נחשבים "חיצוניים" לה או "זרים", ואין הם יכולים לחדור מבעד לגבולות המשפחה בהיעדר הסכמה. גם על מעורבותם של פרטים אלה בחיי המשפחה ניתנת שליטה לבני המשפחה.

גישה זו, המכירה בזכויותיה של המשפחה לפרטיות ולאוטונומיה, ניכרת גם בפסיקת בית-המשפט העליון בישראל, שפסק לא אחת כי עומדות ל"משפחה" הזכות לאוטונומיה והזכות לפרטיות שעיקר משמעותן הוא מניעת התערבותם של "גורמים חיצוניים"

הטענה בדבר חשיבותן של המשכיות ורציפות לגבי ילדים, ולפיכך בדבר הנזקים הצפויים כתוצאה מניתוקם של ילדים מהוריהם, לא כולם היו שותפים לעמדה בדבר נזק כתוצאה מהתערבות במערכת היחסים שבין ההורים לילדיהם כאשר אין משמעה ניתוק יחסים. ראו, למשל: M.S. Wald "Thinking About Public Policy Toward Abuse and Neglect of Children: A Review of Before the Best Interests of the Child" 78 Mich. L. Rev. (1980) 645, 668.

25 גולדשטיין, פרויד וסולניט התייחסו ספציפית לזכות המשפחה לפרטיות וזכותה לאוטונומיה, מכיוון שבמסגרת זכויות אלה עוגן רעיון הצבתם של גבולות מגוננים סביב המשפחה במשפט הפוזיטיבי.

26 ראו, למשל, ע"א 577/83 י"מ נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 468 (להלן: עניין י"מ); ע"א 2263/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221; 381 U.S. 479; 221 (1) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479; 221 (1) (1965); In re Klein, 145 A.D.2d 145, 148-149 (NY App. Div. 1989).

27 ראו, למשל, ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד ג(4) 661, 714-715; McGuire v. McGuire, 59 N.W. 2d 336 (1953).

בענייניה.²⁸ עם זאת, בהקשר הישראלי, הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה של המשפחה מכוונות עדיין בעיקר נגד מעורבותה של המדינה. שאלת ראייתם של פרטים אחרים כ"אחרים" ו"חיצוניים" למשפחה טרם זכתה בדיון מפותח בישראל, אף שבכמה סוגיות שעלו ונידונו בפסיקה ניתן לגלות התייחסות – אם כי לא מפורשת – לשאלה זו, כפי שעולה מן הדיון להלן.²⁹

במשפט האמריקאי זכתה ההגנה על גבולות המשפחה אף במעמד חוקתי, בפרט באמצעות פירוש והבנה של התיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית כמבטא ומעגן את זכותה של המשפחה לפרטיות. זכותה של המשפחה לפרטיות וזכותה לאוטונומיה הובנו בארצות-הברית כמוונות במפורש גם נגד פרטים אחרים שאינם נמנים עם חברי המשפחה, והגבולות שזכויות אלה מציבות סביב המשפחה פורשו כמיועדים למנוע את חדירתם הן של פרטים אחרים ("צדדים שלישיים") והן של המדינה לתחומה המוגן של המשפחה ואת מעורבותם בענייניה. במסגרת התיקון הארבעה-עשר לחוקה הוכרו הזכות נגד התערבות המדינה בנושאים של אמצעי-מניעה, זכות נגד התערבות המדינה בשאלת החינוך שיוכו בו ילדים וזכות נגד פרטים אחרים המבקשים לעמוד בקשר עם הילדים בניגוד לעמדת הוריהם.³⁰ בעניין אחרון זה, כשם שהגנה על גבולות המשפחה, נדחו, למשל,

28 ראו, למשל, עניין נחמני, שם, בע' 714–715; "השאיפה לצמצם את התערבות המדינה ביחסי התא המשפחתי, בין התערבות ישירה ובין התערבות באמצעות מערכת המשפט, מדגישה את הזכות לאוטונומיה של תא זה, המוגן בפני התערבות הן ביחסי התא המשפחתי והמדינה והן ביחסי בני התא המשפחתי בינם לבין עצמם"; עניין י"מ, לעיל הערה 26, בע' 468; "זכותם של ההורים לקיים חובתם כלפי ילדיהם, היא היוצרת את האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי ושוללת התערבות של גורמים חיצוניים ביחידה המשפחתית." (ההדגשה שלי – א' ב.); רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם), פסקה 2 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה: "זכויות הילדים לקשר של הורות וזכויות וחובות ההורים כלפי ילדיהם יוצרים מערכת משולבת של זכויות וערכים אשר הביאו להכרה המשפטית באוטונומיה של המשפחה – הכרה השוללת התערבות חיצונית בשלמות התא המשפחתי... הדין מגן על התא המשפחתי הטבעי ממכלול שיקולים שבהם לטובת הילד ולזכויות ההורים הטבעיים מעמד כבד משקל." ע"א 2263/93 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 236 (להלן: עניין פלוני); "גישת האוטונומיה של המשפחה באה להגדיר את היחסים בין התא המשפחתי האוטונומי, לבין המדינה, ומטרתה להדגיש כי התברה מכפיפה את כוחותיה וזכויותיה כלפי הילדים לאלה של ההורים... ההימנעות מהתערבות מדגישה את העובדה שהילד חי בראש ובראשונה בחסות הוריו ובאחריותם..."

אימוץ עיקרון זה במשפט הישראלי מעניין במיוחד, שכן דיני המשפחה בישראל מבוססים בחלקים רבים על הדין העברי, שגישתו כדין דתי שונה בתכלית. כדין דתי, המיועד להסדיר את כל חייו של אדם, הדין העברי מכון גם להסדרת חיי המשפחה של אדם.

29 ראו, למשל, הדיון בפרק 11 להלן.

30 ראו: עניין *Griswold, supra note 26* (א-התערבות בנושאים של אמצעי-מניעה);

בקשותיהם של אב ביולוגי, אם פונדקאית וסבא וסבתא לקיים קשר עם ילדים בניגוד לעמדת הוריהם בעלי ההחזקה בהם.³¹

קודם-לכן ציינתי כי זכות הקניין נמנית אף היא עם הזכויות שזוהו באופן מסורתי עם הצבת גבולות ושמירה עליהם. בהקשר הספציפי המשפחתי לא תפסה זכות הקניין מקום מרכזי, על כל פנים לא בשיח על גבולות המשפחה וההגנה עליהם, זאת, ככל הנראה, משום שנקודת-המוצא הנראית מובנית מאליה היא שהמשפחה זכאית לגבולות פיזיים, והדבר אינו נתון כלל בסימן-שאלה.³² אכן, בית המשפחה עשוי לשמש אף הוא כסמן-גבול נגד חדירתם של אחרים לא־רצויים, וגם זכות הקניין שימשה, אף אם במידה פחותה מן הזכות לפרטיות או לאוטונומיה של המשפחה, ככלי לשמירה על גבולות

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) (אִי־התערבות המדינה בנושאים של חינוך ילדים).

31 לשמירה על גבולות "המשפחה" מפניו של אב ביולוגי, ראו: *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 100 (1998); לשמירה על גבולות "המשפחה" מפניה של אם פונדקאית, ראו: *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. Ct. App. 1993); לשמירה על גבולות "המשפחה" מפניהם של סבא וסבתא, ראו: *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).

32 זאת, למשל, בניגוד לקבוצות או קהילות ששאלת הגבולות הפיזיים עומדת לדיון לגביהן. הטענה שהועלתה היא שלא רק גבולות רעיוניים, באמצעות זכויות דוגמת הזכות לפרטיות או הזכות לאוטונומיה, נחוצים לקהילה על־מנת לשמר עצמה כקהילה. נטען כי נדרשים לשם כך גם גבולות פיזיים מוחשיים, שבלעדיהם לא תוכל הקבוצה לשמור על אופיה הקהילתי: תרבות, מסורת וכדומה. אולם לא כולם תמימי־דעים בנושא. טיעון זה מעורר שאלות שהן מעבר לתחומו של מאמר זה, בין היתר סוגיית ההפרדה בדיור הנוגעת למתן האפשרות לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים לקבל הקצאה של מקרקעין לשם דיור נפרד. הסוגיה בדבר זכותן של קהילות ליצור לעצמן מתחם פיזי מוגן נידונה כבר בשיטות משפט שונות, שנתנו לכך מענה שונה. ראו למשל: *Board of Educ. of Kiryas Joel Village School Dist. v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994); *Taormina Theosophical Community, Inc. v. Silver*, 190 Cal. Rptr. 38 (1983); *Hofer v. Hofer*, 13 D.L.R. 3d 138 (1983). הסוגיה טרם זכתה בהתייחסות מפורשת בפסיקה הישראלית, אם כי מדברי השופטת ביניש בבג"צ 4906/98 שחורי נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 508-509, ניתן ללמוד על אפשרות להכרה בזכות כזו: "ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על־פי צורכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן... נוטה אני להשקפה כי במגבלות ובהיקף ההולמים את עקרונות שיטתנו המשפטית ואת המציאות החברתית שאנו נתונים בה, מדובר בזכות הראויה להכרה לעצמה." ראו גם ההתייחסות בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.

המשפחה, ואפשרה לבני המשפחה להוציא מבית המשפחה את מי שאינו נמנה עם חברי המשפחה.³³

אולם על-אף התפקיד שהגבולות ממלאים לכאורה ביצירת מרחב מוגן וכר פורה לצמיחתה של אינטימיות, ועל-אף ההכרה בחשיבותם של יידי שיטות המשפט השונות, יש לרעיון הגבולות סביב המשפחה היבטים שליליים אחדים, שאדון בהם להלן. אחלק את הדיון בביקורת על רעיון הגבולות בהקשר המשפחתי לשניים. תחילה אדון בשאלה של אופן התווייתם של גבולות המשפחה על-ידי המשפט ובעיוותים הנגרמים מכך. השאלה המעניינת בהקשר זה היא, כיצד מוגדרת אותה "משפחה" שגבולות מוכרים סביבה ואשר מוקנות לה זכויות לפרטיות ואוטונומיה, וכיצד מוגדרים "האחרים" או הגורמים "החיצוניים" למשפחה.

גבולות המשפחה עוצבו בהתאם לאידיאולוגיה פטריארכלית שקידשה את המשפחה הגרעינית, המורכבת מבני-הזוג הנשואים וילדיהם הקטינים, או את מוסד הנישואים ההטרונסקסואלי עצמו. על אידיאל המשפחה הגרעינית נמתחה מכבר ביקורת רבה. הנקודה המרכזית כיום היא שאידיאל זה אינו משקף את המציאות ואת מערכות היחסים המשפחתיים המורכבות הקיימות. משום כך, תחומת גבולות המשפחה בהתאם למודל זה פוגעת במערכות יחסים רבות ובאינטרסים של הצדדים לאותן מערכות יחסים. בהמשך אדון בשאלה אם לאור עיוותים אלה של המשפט, יש להגדיר מחדש את גבולות המשפחה. שאלה זו קשורה לעצם הרעיון של גבולות ולאופן שבו רעיון זה משפיע על עיצוב מוסד המשפחה ועל היחסים המשפחתיים. כפי שאראה, ספק אם הגדרה מחודשת של גבולות המשפחה הינה פרויקט ראוי, וייתכן שיש לבחון שיח חלופי לשיח הגבולות כדיני משפחה.

ג. הדיון בגבולותיה של המשפחה

כאשר דנים בגבולותיה של המשפחה, השאלות החשובות והמאתגרות באמת נוגעות בהגדרתם של גבולות אלה: מי "בפנים", מי "בחוץ" וכיצד הגבולות נקבעים? שאלות אלה נוגעות כמובן בעצם הגדרתה של המשפחה ובאופי היחסים המשפחתיים שאנו רואים לנגד עינינו. השאלה מיהו ה"חיצוני" או ה"זר" ("outsider") שאת התערבותו בעולמה הפנימי של המשפחה יש למנוע נגזרת משאלת הגדרתם של המשפחה וחבריה. על-אף האמונה הרווחת (עדיין) כי המשפחה קיימת לפני המדינה וכי ישנה משפחה "טבעית", המדינה היא שקובעת את גבולות המשפחה, ומכאן שהיא קובעת גם מיהו בגדר "חיצוני" למשפחה. המדינה היא שקובעת, למשל, שזוג נשוי מהווה משפחה וכן מי רשאי להינשא למי, כיצד ניתן להיכנס לקשר נישואים וכיצד ניתן לצאת ממנו, מי נחשב ילדו של מי, ובקיצור, איזו קבוצת אנשים מהווה משפחה.³⁴ לענייננו, המשפט עוסק בעיצוב גבולותיה של המשפחה

33 ראו למשל ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז(1) 533 (להלן: עניין ביאלר); ת"א 16022/94 אלחוסיס נ' אלחוסיס, דינים שלום, כרך יב 223. לדיון בעניין ביאלר ראו להלן טקסט להערות 51-53.

34 גם העיקרון ה"טבעי" שילדים שייכים ככלל להוריהם הביולוגיים הינו למעשה קביעה

בשתי דרכים מרכזיות: ראשית, הקביעה אילו מערכות יחסים יכולות להיחשב "משפחה". שנית, הקביעה מיהם בגדר "חיצוניים" ו"זרים" למשפחה, שנגד מעורבותם בחיי המשפחה הגבולות מוצבים.

בעבר, באופן לא־מפתיע, מערכות היחסים שהוכרו כ"משפחה" תאמו שתי פרדיגמות של משפחה: המשפחה המורכבת מבני־זוג הטרוסקסואליים נשואים, והמשפחה הגרעינית המורכבת מגבר ואשה הנשואים זה לזה ומילדיהם הקטינים הביולוגיים או המאומצים. המשפחה הגרעינית, בפרט, נחשבת עד היום למשפחה המסורתית, או ל"מסגרת המקובלת של משפחה".³⁵ הכינוי משפחה "מסורתית" יש בו משום הטעיה, שכן גם בעבר לא היה דגם זה של משפחה הדגם היחיד או אף הדגם הדומיננטי והנפוץ במידה שבה הציגו אותו ככזה, ויש בו כדי לרמוז כי משפחות אחרות שאינן משפחות "מסורתיות", לא היו ידועות לאורך ההיסטוריה – טענה שאינה נכונה כמובן.³⁶ כיום, על כל פנים, ובאופן הולך וגובר, היותם של קשר הנישואים והמשפחה הגרעינית "הנורמה" או הדגם" למשפחה אינו תואם את המציאות.

אכן, בעשורים האחרונים עברה "המשפחה" שינויים מרחיקי־לכת. העובדות היבשות והסטטיסטיקות המציגות שינויים אלה פורטו כבר אין־ספור פעמים: השיעור המאמיר של גירושים, ובהתאם לכך ריבוי המקרים של נישואים מחדש והקמתן של משפחות מעורבות ("חורגות"), מספרן ההולך וגדל של משפחות חד־הוריות (בין ללא נישואים ובין לאחר גירושים), מספרן ההולך וגדל של משפחות של זוגות חד־מיניים, טכנולוגיות ההולדה החדשות (כבר לא כלי־כך) שהרחיבו ואתגרו את הגדרות ההורות, והרשימה עוד ארוכה. כל אלה השפיעו השפעה ניכרת על מערכות היחסים המשפחתיות הנוצרות בין מבוגרים ובין מבוגרים לילדים, ועוררו סוגיות רבות באשר להגדרתה של משפחה ובאשר לטיבן ואופיין של מערכות היחסים בין חברי המשפחה.

משפטית שאינה הכרחית. ראו, למשל, הצעתו של אפלטון: Plato *The Republic* 92–94 (I.A. Richards ed. & trans., 1966). ככלל, להורות ולקשרי הורים-ילדים יש משמעויות שונות בתרבויות שונות. ראו, למשל: N.L. Sault "Many Mothers, Many Fathers: The Meaning of Parenting Around the World" 36 *Santa Clara L. Rev.* 395 (1996). למעשה, גם בשיטת המשפט שלנו קיימים חריגים לעיקרון ביולוגי זה, דוגמת חוקת האבהות, הקובעת כי בעלה של האם הוא אבי ילדיה. דיון בחוקה זו ראו להלן, טקסט להערות 45–49.

35 ראו, למשל, א' ברק "הגישור בטכסוכי משפחה – גשר בין בית המשפט לענייני משפחה לבין הדין הדתי", הרצאה מיום 3.11.98 במרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים, משרד המשפטים, מודפס אצל י' גיפמן דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה (חלק ג, תשס"ב) 1149, 1156.

36 ראו למשל: B.B. Woodhouse "It All Depends on What You Mean by Home": Toward a Communitarian Theory of the Nontraditional Family" (1996) *Utah L. Rev.* 569, 570; J.L. Dolgin "The Constitution as Family Arbiter" 102 *Colum. L. Rev.* (2002) 337, 371–372.

סיטואציות אלה והשאלות הכרוכות בהן העמידו את הקהילייה המשפטית לפני הצורך בדיון מחודש בשאלת גבולות המשפחה. אכן, עם השינויים החברתיים במוסד המשפחה, נדרש גם המשפט להתאים עצמו ולהעניק הכרה למערכות יחסים נוספות כיחידות משפחתיות. עם זאת, ועל-אף שינויים והתפתחויות שחלו במשפט בהקשרים אלה, המשפחה הגרעינית, או המשפחה המבוססת על קשר הנישואים ההטרסקסואלי, נתפסת עדיין כדגם ש"משפחה" מוגדרת על-פיו, וניתן למצוא במשפט גם כיום שרידים של הגישה הישנה, שראתה במשפחות אלה את הדגם היחיד של "משפחה". בהקשר ההגנה על גבולות המשפחה וזכויות המשמשות כגבולות סביב היחידה המשפחתית ניכרת ההישענות על דגמים אלה בשני אופנים במיוחד: ראשית, מערכת המשפט רואה עצמה כמחויבת להגן על גבולותיה של "המשפחה", דהיינו על אותן מערכות יחסים התואמות את הדגם המסורתי של קשר הנישואים ושל המשפחה הגרעינית. המשפט עושה זאת, בין היתר, על-ידי הגדרת מי שאינם נמנים עם חברי אותה משפחה גרעינית – דוגמת סבים, סבתות, דודים וכדומה – כ"חיצוניים" למשפחה ומגיעת מעורבותם בחיי "המשפחה".³⁷ שנית, כאשר מערכות יחסים משפחתיות אחרות, שאינן תואמות דגמים מסורתיים אלה של משפחה, טוענות לזכויות שיציבו גבולות ויגוננו על מערכות היחסים המשפחתיות שלהן, סענתן מתקבלת רק באופן חלקי (אם בכלל) על-ידי מערכת המשפט. המשפט מתקשה לראות במערכות יחסים אלה "משפחה" הזכאית להגנה של גבולות סביבה. כך, מערכות יחסים אלה נותרות לעיתים חשופות לחדירה ולמעורבות מוגברת הן מצד המדינה והן מצידם של פרטים אחרים.

הדיון בדרכים אלה של התוויית גבולות המשפחה יפתח בהתייחסות לאופן שבו המשפט שומר על גבולותיה של יחידה המוכרת בעיניו כ"משפחה", ואחר-כך יתמקד בקשיי ההכרה במערכות יחסים החורגות מדגם המשפחה הגרעינית כמערכות יחסים המהוות "משפחה". הדיון בטענות אלה הינו תיאורטי, והוא נשען על דוגמות הן מהפסיקה הישראלית והן מהפסיקה האמריקאית. השיח הישראלי של דיני המשפחה אינו מפותח דיו. סוגיות רבות שהדיון סב סביבן נמצאות זה שנים מספר על סדר-היום הציבורי והמשפטי במדינות אחרות, וארצות-הברית בכללן, אך סוגיות אלה טרם נידונו, או מתחילות רק עתה להידון, בפסיקה בישראל. על-כן, במסגרת הדיון בשאלה איזה מקום, אם בכלל, ראוי שיהיה לשיח הגבולות בפיתוח דיני משפחה חדשים בישראל, מן הראוי לשים-לב לניסיון שהצטבר בסוגיות אלה במקומות אחרים.

1. שמירה על גבולות "המשפחה" (בהא-הידיעה)

כפי שראינו, דוקטרינות הפרטיות או האוטונומיה של המשפחה, ואף דיני הקניין, יוצרים גבולות המפרידים בין חברי המשפחה ל"גורמים החיצוניים" לה, ונותנים לחברי

37 ישנן דרכים נוספות שהמשפט נוקט בהן לעיצוב "המשפחה" וגבולותיה, דוגמת התווייתם של כללי כניסה ויציאה, הטבות שונות ש"המשפחה" זוכה בהן, אך דרכים אלה מעניינות אותי פחות כאן.

המשפחה שליטה ביכולת הגישה של אותם "אחרים" אל תוך המעגל המשפחתי. מכאן נעבור לדון בשאלה מי הם אותם "גורמים חיצוניים" שגבולות המשפחה אמורים להגן מפניהם. בראש ובראשונה נמנתה המדינה באופן מסורתי עם "גורמים חיצוניים" אלה. הרעיון של גבולות המוצבים סביב המשפחה היווה חלק מדיכטומיית הפרטי/ציבורי הידועה לשמצה, ולפיה גבולות המשפחה תחמו את "הספירה הפרטית", הפרידו אותה מן "הספירה הציבורית" ושימשו צידוק אידיאולוגי למניעת התערבות המדינה בנעשה בתוך המשפחה.³⁸ כתבו כבר רבות על הדיכטומיה פרטי/ציבורי וכן על המיתוס שברעיון "אי-התערבות" המדינה במשפחה וחוסר הקוהרנטיות שבו, ולא אכביר עוד מילים על כך.³⁹ מעניינת יותר בעיני התופעה הניכרת בשנים האחרונות: הרעיון של גבולות המשפחה משמש לחסימת טענותיהם של אנשים פרטיים דווקא, שהמשפט רואה אותם כמי שאינם כלולים במסגרת "המשפחה". מאחורי תופעה זו עומדת התפיסה שמשמעותן של הזכות לאוטונומיה והזכות לפרטיות הינה, בין היתר, שליטה ביכולת הגישה של "אחרים", שאינם נמנים עם בני "המשפחה", אל תוך המעגל המשפחתי ובקשריהם עם חברי "המשפחה". עליידי סיווג אותם אנשים כ"זרים" או "חיצוניים", המשפט מתווה את גבולותיה של "המשפחה", מגדיר מי נמנה ומי אינו נמנה עם חבריה, ומונע את התערבותם של אותם אנשים "זרים" בחיי המשפחה ואת קשריהם עם חבריה בניגוד לרצונם של חברי "המשפחה".

המונחים "אחר", "חיצוני", "צד שלישי" וכמובן "זר" מעוררים קונוטציה של ריחוק וזרות. אולם בחינה של אותם מצבים שבהן הקים המשפט חיץ בין "צדדים שלישיים" או "זרים" לבין "המשפחה" מעלה כי פעמים רבות מדובר באנשים שתיאור קשריהם עם המשפחה במונחים אלה נשמע צורם: סבים, סבתות, אבות בילוגיים, אימהות פונדקאיות ואף ילדים בגירים. משמעות-הלוואי של ריחוק וזרות אינה תואמת את הקשר הקיים במציאות בין אנשים אלה לבין הנמנים בעיני המשפט עם חברי "המשפחה" או את האינטרס שלהם באותה "משפחה" ובחבריה. התייחסות המשפט אל אנשים אלה כאל "חיצוניים" למשפחה נובעת מתפיסת "המשפחה" בהתאם לדגם המשפחה הגרעינית או לדגם קשר הגישושים ההטרסקסואלי המונוגמי, ותפיסת חברי "המשפחה" כצדדים

38 הביקורת המסורתית והעיקרית שהושמעה על זכויות המאפשרות להציב גבולות סביב המשפחה, דוגמת זכות המשפחה לפרטיות, טענה כי גבולות כאלה מסתירים מקרים של אלימות ואף מאפשרים אותם. עצם השמירה על גבולות המשפחה נתפסה כבעלת ערך ומעמד ייחודיים, ולפיכך ניסיון למעורבות ופעולה, בפרט על-ידי רשויות המדינה, נתפס כהסגת גבולה של המשפחה ופגיעה בריבונותה ובאוטונומיה שלה. על הקשר בין אלימות במשפחה לבין פרטיות המשפחה או האוטונומיה שלה, ראו למשל: B.B. Woodhouse "The Dark Side of Family Privacy" 67 *Geo. Wash. L. Rev.* (1999) 1247; R.B. Siegal "The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy" 105 *Yale L. J.* (1996) 2117.

39 ראו למשל: F.E. Olsen "The Myth of State Intervention in the Family" 18 *U. Mich. J. L. Reform* (1985) 835.

למערכות יחסים אלה בלבד. במקרים רבים, מי שאינו נמנה עם חברי המשפחה הגרעינית או בני-הזוג הנשואים נחשב חיצוני ל"משפחה". להלן אתייחס לכמה דוגמות הממחישות את הסיווג וההבחנה על-ידי המשפט בין "חברי משפחה" ל"אחרים" בהקשר זה. אפתח בהתייחסות למעמדם של סבים וסבתות כחברי "המשפחה" או כחיצוניים לה. בשנים האחרונות הגיעו לכותרות מצבים שהעלו את שאלת הקשר בין סבים, סבתות ונכדיהם, בעקבות מקרים שבהם שללו הורי הנכדים מסבים וסבתות את היכולת לקיים קשרים עם נכדיהם. נושא הקשר בין סבים, סבתות, ונכדיהם טרם זכה בדיון רציני ומעמיק בדיון הישראלי. על-פי הדיון הקיים בארץ כיום, סב וסבתא המבקשים לשמור על קשר עם נכדיהם או לבססו אינם יכולים לעשות כן בניגוד לרצונם של הורי הילדים החיים עם הילדים במסגרת של משפחה גרעינית, ולהורי הילדים יש יכולת לשלוט בקשר בין הסבא או הסבתא לבין הילדים. מן ההיבט הזה, סבים, סבתות וקרובי משפחה אחרים נחשבים גורמים חיצוניים ("third parties") שמפניהם יש להגן ולשמור על גבולות "המשפחה", קרי, אותה משפחה המונה את הילדים והוריהם. בכמה מקרים שבהם נידונו בארץ תביעות של סבים וסבתות לשמירה על קשר עם נכדיהם נדחתה התביעה, ובמקרה אחד אף נקבע כי אין לסב או לסבתא כל זכות עמידה לטעון טענה כזו.⁴⁰

בארצות-הברית, שם הנושא נמצא מכבד על סדר-היום הציבורי והמשפטי, חל שינוי-מה, בעקבות מאבקים פוליטיים, במעמדם של סבים וסבתות בהקשר זה. עם זאת ראוי לשים-לב לאופן שבו עוצבו הכללים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה בדבר היחסים המשפחתיים שבין סבים וסבתות ולבין נכדיהם או נכדותיהם. ככלל, כאשר הנכדים חיים עם הוריהם במסגרת הפרדיגמטית של המשפחה הגרעינית, נוטות עדיין רוב המדינות בארצות-הברית לא להכיר בזכויות הסב והסבתא לשמירה על קשר עם נכדיהם בניגוד לעמדת הוריהם.⁴¹ כלומר, הנטייה היא עדיין להכיר בזכותם של חברי "המשפחה" לשלוט ביכולת הקשר בין אלה שאינם נמנים עם חברי "המשפחה" לבין חבריה של "המשפחה" כחלק מזכויותיה של אותה משפחה לפרטיות ואוטונומיה. עיקר השינוי בארצות-הברית בהתייחסות לסבים וסבתות ויחסיהם המשפחתיים עם נכדיהם ניכר כאשר המסגרת המשפחתית שהילדים חיים בה תורגת מן הדגם של המשפחה הגרעינית. כאשר המסגרת המשפחתית שהילדים חיים בה היא זו של משפחה חד-הורית, משפחה מעורבת ("חורגת") או משפחה חד-מינית, יש לטענתם של הסבא והסבתא סיכוי רב יותר להישמע. אכן, פסק-דינו של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין זכויות ביקור של סבים וסבתות אצל נכדיהם קשר את התופעה של חקיקת החוקים המסדירים קשר בין סבים, סבתות ונכדיהם ברוב המדינות בארצות-הברית לשינויים הדמוגרפיים בחיי המשפחה והתרבותן של

40 ראו, למשל, בש"א (משפחה ת"א) 1540/99, 38070/98 פלונים נ' פלונית (לא פורסם). ראוי לציין כי סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע חריג בדבר זכותם של סבים וסבתות לשמירה על קשר עם נכדיהם למקרה שההורה, ילדם של הסב והסבתא נפטר: "מת אחד ההורים של קטין, רשאי בית-המשפט לתת הוראות בענין המגע בין הורי המת לבין הקטין". ראו דיון על סעיף זה בחלק המתייחס למשפחות חד-הוריות - טקסט להערות 64-66.

41 יש לזכור כי הדיון בענייני המשפחה שונה ממדינה למדינה בארצות-הברית.

מסגרות משפחתיות החורגות מדגם המשפחה הגרעינית של שני הורים (נשואים זה לזה) וילדיהם.⁴² במדינות רבות בארצות-הברית קיימת הבחנה בין טענות שמעלים סבים וסבתות לזכויות ביקור אצל נכדיהם החיים במסגרת של משפחה גרעינית לבין טענות לזכויות ביקור אצל נכדים החיים במסגרת משפחתית החורגת מפרדיגמה זו.⁴³ מכיוון שפעמים רבות אין המשפחות האלה נחשבות למשפחות "אמיתיות" או "שלמות" בעיני המשפט, כפי שאראה בעמודים הבאים, התפיסה שיש להגן על "גבולותיהן" חוקה פחות, ולמשפט קל יותר לא לראות סב, סבתא או אחרים כחיצוניים למעגל המשפחתי.⁴⁴

אולם לא רק סבים, סבתות ובני משפחה מורחבת אחרים עלולים להיחשב בעיני המשפט לזרים המאיימים על המשפחה הגרעינית; גם הורים ביולוגיים נתפסים לעיתים כחיצוניים ל"משפחה", קרי, לאותה משפחה גרעינית. במקרה של אבות ביולוגיים, למשל, הכלל הוא שגבר אינו יכול לטעון לאבהות לילד שנולד לתוך מסגרת של משפחה גרעינית. בשיטות משפט רבות, ובכללן שיטת המשפט הישראלית, קיימת חוקה ברמה זו או אחרת כי אביו של ילד הנולד לאשה נשואה הוא בעלה של האשה. מי שביקש לתקוף חוקה זו היה בדרך-כלל הבעל, שסירב לשאת בחובות הכרוכות בהורות. אולם במקרים אחרים, הגם שהם נדירים יותר, מי שמבקש להתגבר על חוקת האבהות הוא הגבר הטוען לאבהות ומבקש לקיים קשר עם ילדו. במקרים אלה, כאשר האם ובעלה טוענים שניהם לאבהותו של הבעל, המשפט חוסם את טענותיו של הגבר הטוען לאבהות. אותו גבר נחשב זר וחיצוני למשפחה שהילד משתייך אליה, ולפיכך אין אותו גבר יכול לקיים מערכת יחסים עם הילד או לשמור על קשר עמו.

הרציונל העיקרי מאחורי חוקת האבהות הוא תכופות רציונל של שמירה על טובת הילד. ביהדות, למשל, קיים השיקול החזק של מניעת כתם ממזרות. כך היה בעבר גם בשיטות משפט רבות הנמנות עם המשפט המקובל, שם כתם אי-החוקיות נשא עמו תוצאות קשות לילד. עם הסרת כתם אי-החוקיות במשפט המקובל – ובמדינת-ישראל במקרים

42 *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 63–64 (2000).

43 ראו, למשל: Del. Code Ann. tit. 10 1031(7)(a) (1999), המאפשר לבית-המשפט להורות על הסדרי התראות (visitation) לטובת סבים וסבתות, אלא אם-כן: "the natural or adoptive parents of the child are cohabiting as husband and wife, and both parents object"; Ga. Code Ann. 19-7-3(b) (1999 and Supp. 1999) שאף הוא מאפשר לסבים וסבתות להגיש תביעה להסדרי התראות מלבד במקרים בהם "the parents of the minor child are not separated and the child is living with both of the parents".

44 לדיון בהתייחסות המשפט למסגרות משפחתיות אלה בהקשר זה ראו להלן טקסט להערות 64–66. במאמר מוסגר ראוי לציין כי אין בכוונתי להביע דעה לגופו של עניין בסוגיית הקשר בין סבים, סבתות ונכדיהם כאשר קשר כזה מנוגד לעמדתם של הורי הילדים בעלי ההחזקה בהם. סוגיה זו מורכבת וסבוכה ומעוררת שאלות ובעיות שונות. אין ספק בעיני שהגורם הרלוונטי להכרעה במקרים אלה אינו צריך להיות המסגרת המשפחתית שהילדים חיים בה.

שאינן עולה בהם החשש לממזרות – המשפט נוטה להקל במתן האפשרות להתגברות על חוקת האבהות.⁴⁵ אולם גם זאת רק כאשר האם או בעלה הם המבקשים לתקוף את החוקה. התייחסות המשפט שונה כאשר גבר אחר טוען לאבהות בניגוד לעמדת האם והבעל. במקרה שאירע בישראל בשנות החמישים היה השיקול העיקרי לחסימת טענותיו של הגבר שטוען לאבהות שיקול של מניעת ממזרות מן הילד.⁴⁶ אולם ניתן לתהות מה היה בית-המשפט מחליט כיום בנסיבות שבהן שיקול הממזרות לא היה עומד על הפרק. האם לא היתה יכולתו של הגבר הטוען לאבהות נחסמת או נתקלת בקשיים בשל קיומה מנגד של משפחה גרעינית הטוענת לחסימת יכולת הגישה של אותו גבר לתחומה ומניעת קשר בינו ובין הילד? ניתן להניח כי ההגנה על המשפחה הגרעינית כשלעצמה היתה מובאת לכל הפחות בחשבון בשקילת טענותיו של הגבר הטוען לאבהות.

כאשר התעורר מקרה כזה בארצות-הברית, שימש הטיעון בדבר שמירת גבולות המשפחה הגרעינית נימוק לדחיית טענותיו של הגבר גם בניגוד לטובתה הנסענת של הילדה. בפסק-הדין בעניין *Michael H.*⁴⁷ החליט בית-המשפט העליון של ארצות-הברית לא לאפשר לאדם לטעון לאבהות. השיקול העיקרי היה שמירה על היחידה המשפחתית הגרעינית. הנסיבות שבהן פסק בית-המשפט את אשר פסק היו צורמות במיוחד, כי לטוען לאבהות היו יחסים קרובים עם הילדה, שהתפתחו במשך שנים מספר. העובדות ששימשו רקע לפסק-הדין היו, כפי שציין בית-המשפט, יוצאות-דופן, וראשיתן ברומן שניהלו, מייקל וקרול, במשך שנים מספר, על-אף היותה של קרול נשואה לאדם אחר, ג'רלד. בשנת 1981 ילדה קרול בת שנקראה ויקטוריה. בעלה, ג'רלד, נרשם בתעודת-הלידה כאביה של התינוקת, אף שסמוך לאחר הלידה יידעה קרול את מייקל כי היא סבורה שהוא הינו אביה הביולוגי של הילדה. חודשים ספורים לאחר לידתה של ויקטוריה עבר ג'רלד לניו-יורק בעקבות עבודתו. קרול נשארה בקליפורניה, מקום שבו התגוררו בני-הזוג עד לאותה עת, ואף עברה, יחד עם ויקטוריה, להתגורר עם מייקל תקופות זמן ממושכות. באותה עת ערכו מייקל וקרול בדיקות דם לעצמם ולויקטוריה שהוכיחו בהסתברות של 98% שמייקל הוא אביה הביולוגי של ויקטוריה. לאורך כל אותה תקופה הציג מייקל את ויקטוריה כבתו.

אולם כעבור חודשים מספר עזבה קרול את מייקל וחזרה לבעלה. כך החלה סדרה של פרידות וחזרות; תקופות שבהן חיו ויקטוריה וקרול עם מייקל ותקופות שבהן חיו השתיים עם ג'רלד. (בין לבין ניהלה קרול רומן עם גבר שלישי, שעמו חיו היא וויקטוריה תקופה

45 ראו, למשל, ע"א 220/80 סלמן נ' קדיס (לא פורסם); מ"א 3363/90 פלוני נ' פלמוני (לא פורסם).

46 ע"א 447/58 פלוני נ' אלמוני, פ"ד יג 903. בעניין זה אישר בית-המשפט העליון מחיקה על-הסף של תביעה שהגיש אדם לסעד הצהרתי כי הינו אביו של הילד שנולד לאשה הנתבעת הנשואה לנתבע. מלבד נימוק הממזרות, הסתמך בית-המשפט לאישור מחיקת התביעה על-הסף גם על נימוק של "אי ניקיון כפיו" של התובע, מאחר שנקיון-כפיים מהווה תנאי הכרחי לקבלת סעד הצהרתי.

47 עניין *Michael H.*, *supra* note 31

קצרה). לבסוף, כאשר היתה ויקטוריה בת שלוש, שבו קרול וג'רלד לחיות יחדיו, וביקשו, בין היתר, למנוע את קשריו של מייקל עם ויקטוריה ולהותירו מחוץ לגבולות משפחתם. בנקודה זו, כפי שציין אף בית-המשפט, היתה ויקטוריה רגילה לחיים במסגרת יחידות משפחתיות אחדות.

מייקל ביקש להגן על יחסיו עם ויקטוריה, ותבע הכרה משפטית במעמדו כאביה. אולם חוקת האבהות של מדינת קליפורניה, שלפיה ג'רלד הוא אביה של ויקטוריה, ניתנת לסתירה רק על-פי פנייתם של אחד מבני-הזוג הנשואים. מייקל ביקש לתקוף את חוקתיותו של החוק הקליפורני בהתבסס על תקדימי-עבר מן המשפט האמריקאי שהכירו בזכויותיו של אב ביולוגי לשמור על קשר עם ילדיו שנולדו מחוץ לנישואים. על פניו, עמד מייקל בכל הדרישות על-מנת שתוכר זכותו: הוא הכיר באבהותו על ויקטוריה ואף חי עמה תקופות ממושכות ופיתה עמה מערכת יחסים קרובה.⁴⁸ למרות זאת דחה בית-המשפט את טענותיו נגד החוק ושלל את זכותו לטעון לאבהות כלפי ויקטוריה. הרציונל שהנחה פסיקה זו היה במוצהר ובמפורש שמירה על גבולות "המשפחה" – אותה משפחה גרעינית שכללה את ג'רלד, קרול, ויקטוריה ושני ילדים נוספים שנולדו לתוך המשפחה.⁴⁹ פרטיותה של "המשפחה", האוטונומיה שלה ולכידותה חייבו, לדעת בית-המשפט, כעניין של מדיניות משפטית, את חסימת טענותיו של מייקל ומניעת אפשרותו לחדור לתחומה המוגן של אותה משפחה. יצוין כי עורך-הדין שמונה מטעמה של ויקטוריה טען לזכותה לשמור על קשר עם שני האבות שבחיה, מייקל וג'רלד, וכי כך דורשת טובתה, אולם בית-המשפט דחה טענה זו כלאחר-יד.

48 החל בשנות השבעים ביסס בית-המשפט העליון של ארצות-הברית את זכויותיהם של אבות מחוץ לנישואים. עד לאותו מועד הם לא הוכרו כלל כאבות על-ידי המשפט האמריקאי. בשורה של פסקי-דין קבע בית-המשפט העליון מה הם התנאים שבהתקיימם יוכרו זכויותיו של אב מחוץ למסגרת הנישואים לשמור על קשר עם ילדיו. המבחן העיקרי שנקבע התייחס לקיומה של מערכת יחסים שהתפתחה בין האב לילד או הילדה. ראו: *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Quilloin v. Wallcott*, 434 U.S. 246 (1978); *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979); *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983).

49 ראו, למשל: "The conclusive presumption is actually a substantive rule of law based upon a determination by the Legislature as a matter of overriding social policy, that given a certain relationship between the husband and wife... the integrity of the family unit should not be impugned." *Michael H.*, *supra* note 31, at p. 120; "Of course the conclusive presumption not only expresses the State's substantive policy but also furthers it, excluding inquiries into the child's paternity that would be destructive of family integrity and privacy." וב' 123, בהתייחס לרציונל שמאחורי החלטותיו של בית-המשפט העליון בנושא פרטיות המשפחה, אמר השופט Scalia: "As we view them, they rest... upon the historic respect – indeed, sanctity would not be too strong a term – traditionally accorded to the relationships that develop within the unitary family"

אקדים ואומר כי אין לי בהכרח מחלוקת עם תוצאת פסק-הדין. איני מבקשת בהכרח לסעון כי היה על בית-המשפט לאפשר למייקל לשמור על קשר עם ויקטוריה. טענתי העיקרית היא נגד הלך המחשבה והניתוח שהנחו את בית-המשפט אשר תחם, גידר והגדיר את "המשפחה" באותו מצב כמשפחה הגרעינית שכללה את ג'רלד, קרול, ויקטוריה ושני הילדים הנוספים שנולדו לתוך קשר הנישואים, וכך בכך סיווג את מייקל כחיצוני וזר לאותה משפחה.⁵⁰

גישה המכירה ביכולתם הבלעדית של האם ובעלה לתקוף את חוקת האבהות ושוללת יכולת זו מצדדים מעוניינים אחרים תואמת את אידיאולוגיית המשפחה הגרעינית וקשר הנישואים, שכן אין היא מכירה במבוגרים אחרים, מלבד האם והבעל, כמשתייכים ל"משפחה", ומאפשרת רק לאלה המוכרים כחברי היחידה המשפחתית המוגנת להחליט על פתיחתם של גבולות המשפחה. אדם אחר, מלבד הבעל והאשה, מעצם היותו מוגדר כחיצוני לקשר המשפחתי המוגן, אינו יכול לחדור מבעד לגבולות המשפחה בניגוד לרצון חברי היחידה המוגנת. לפסק-הדין בעניין *Michael H.* יש השלכות רבות נוספות, ואשוב לדון בו בהמשך. לפי שעה הצגתי פסק-דין זה על-מנת להדגים כיצד "המשפחה", שהמשפט שואף להגן על גבולותיה, היא אותה משפחה התואמת את דגם המשפחה הגרעינית ומבוססת (כך רצוי) על קשר הנישואים.

כפי שציינתי, לא רק סבים, סבתות ואבות ביולוגיים, אלא גם ילדים בגירים עשויים לעיתים להיחשב חיצוניים לתא המשפחתי הגרעיני. בהקשר זה אבקש להתייחס לפסק-הדין בעניין ביאלר,⁵¹ שעסק בבקשתו של אב להוצאת בנו הבגיר מהדירה שבה התגורר עם האם, אשתו. האם תמכה בהישארותו של הבן בדירה, אולם האב טען כי הבן "מסבך את חיי המשפחה" ומסכסך בינו לבין האם. בית-המשפט העליון קיבל את טענת האב והורה על הוצאת הבן מדירת בני-הזוג. גם כאן, כבעניין *Michael H.*, תוצאת פסק-הדין מעניינת אותי פחות מאופן הניתוח והלך המחשבה של השופטים. הנקודה המעניינת בפסק-הדין היא שבית-המשפט העליון ראה את הבן הבגיר כ"זר", ולא כבן משפחה, לצורך אותו עניין, ואף אמר זאת מפורשות.⁵² מכיוון שילדים בגירים או קרובי משפחה אחרים אינם בגדר "משפחה" לעניין זה, ניתן, בין היתר באמצעות זכות הקניין, להקים גבולות המאפשרים לבני "המשפחה" (קרי, בעניין זה, בני-הזוג הנישואים) לשלוט בכניסתם

50 באשר לתוצאת פסק-הדין לעניין הקשר בין מייקל וויקטוריה, הרי שלמעשה ציין השופט Stevens, שנתן את פסק-הדין של עמדת הרוב באותו עניין, כי סיווגו של מייקל כחיצוני למשפחה לא סתם את הגולל על טענותיו לקשר עם ויקטוריה, שכן החוק במדינת קליפורניה אפשר לו, כ-"third party", להעלות במקרים מסוימים טענה להסדרי התראות עמה (*ibid.*, at p. 133). ברם, כפי שציננה דעת המיעוט, חוק זה לא הועיל בפועל לאדם במצבו של מייקל מרגע שמעמדו כלפי ויקטוריה נקבע כזה של "צד שלישי". כפי שפירשו בתי-המשפט בקליפורניה, אדם שנשללה ממנו היכולת להוכיח אבהות לא היה יכול לזכות גם בזכויות ביקור כצד שלישי על-פי שיקול-דעת של בית-המשפט (*ibid.*, at p. 149).

51 לעיל הערה 33.

52 "מבחינה זו, אינו שונה דינו של בן בגיר לדינו של זר", שם, בע' 537.

ויציאתם מתחומי המרחב המשפחתי הפיזי, במובנו הבסיסי ביותר – הבית.⁵³ ההתייחסות לבן בגיר כאל זר (ולו אף לצורך אותו עניין הנידון בפסק־הדין) התאפשרה בדיוק מפני שהמשפט לא ראה בבן הבגיר חלק מן התא המשפחתי "המקובל", התואם, כאמור, אחת משתי פרדיגמות: קשר הנישואים והמשפחה הגרעינית (הכוללת אומנם ילדים קטינים, אך לא ילדים בגירים).

נכון, לא תמיד ולא בכל ההקשרים המשפט רואה ילדים בגירים, סבים, סבתות או אחרים הקרויים בני המשפחה המורחבת כחיצוניים וזרים למעגל המשפחתי, המונה בדרך־כלל את בני־הזוג הנשואים או את המשפחה הגרעינית. בהקשרים רבים אחרים – ייתכן אף שכך הדבר ברוב המקרים – אכן יתייחס אליהם המשפט כאל "בני משפחה".⁵⁴ אולם אין אלה מצבים שבהם הנמנים עם חברי היחידה המוכרת באופן מסורתי כ"משפחה" מבקשים הגנה מפני אלה שאינם נמנים עמה; דהיינו, אין אלה מצבים שבהם המשפט מרגיש שעליו להגן על גבולות המשפחה הגרעינית ויחידת הנישואים.

עד כה הראיתי כיצד "המשפחה" המוגנת על־ידי המשפט נבנית בהתאם לרגם המשפחה הגרעינית (או קשר הנישואים ההטרסקסואלי), וזאת באמצעות סיווג והבחנה בין "בני משפחה" לבין "אחרים" או "זרים". כאשר משפחה גרעינית ניצבת לפני המשפט, המשפט מציב סביבה גבולות, שומר עליהם ויוצר תחום מוגן לחברי המשפחה על־ידי סיווג אלה שאינם נמנים עם היחידה המשפחתית הגרעינית כ"חיצוניים" ו"זרים" שיש לשמור על "המשפחה" מפניהם. אולם מה כאשר אין משפחה גרעינית הניצבת לפני המשפט? מה כאשר ניצבת לפניו מערכת יחסים משפחתית אחרת, הטוענת לזכותה למרחב מוגן, ומבקשת להכיר בזכויותיה, בין לפרטיות ובין לאוטונומיה – זכויות שיאפשרו לבני אותה משפחה להרחיק "אחרים" מתחומה? בעבר, רק היחידה של קשר הנישואים ההטרסקסואלי, המורכבת מבעל ואשה, ויחידת המשפחה הגרעינית הוכרו על־ידי המשפט כ"משפחה" וזכו בזכויות המגילות על גבולותיה. כאשר ניצב המשפט לפני מערכות יחסים שלא תאמו את דגם המשפחה הגרעינית או את דגם קשר הנישואים, לא נחשבו הללו בעיניו ל"משפחות", קרי, יחידות הזכאיות לזכויות שיגנו עליהן מפני מעורבותם של "אחרים" במערכת היחסים שהם חולקים. אולם עם השינויים החברתיים במוסד המשפחה נדרש גם המשפט להתאים את עצמו ולהעניק הכרה למערכות יחסים נוספות, מלבד קשר הנישואים ההטרסקסואלי והמשפחה הגרעינית, כיחידות משפחתיות. עם זאת ואף־על־פי שאכן חלו שינויים והתפתחויות במשפט בהקשרים אלה, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי המשפחה הגרעינית, או המשפחה המבוססת על קשר הנישואים ההטרסקסואלי, נתפסות עדיין כדגם ש"משפחה" מוגדרת על־פיו. דגמים אחרים של משפחה אינם נחשבים משפחה

53 בתחילת המאמר הזכרתי את הזכות לקניין כאחת הזכויות ששימשה באופן מסורתי להצבתם של גבולות סביב בעל הזכות, אולם ציינתי כי בהקשר המשפחתי, זכות הקניין דומיננטית פחות לעומת הזכות לפרטיות ולאוטונומיה של המשפחה כזכות השומרת ומגינה על גבולות המשפחה. עם זאת, פסק־הדין בעניין ביאלר משמש דוגמה כיצד גם זכויות קניין עשויות לשמש ככלי בידי המשפט לתחימת גבולות "המשפחה" בהתאם לאידיאולוגיית קשר הנישואים או המשפחה הגרעינית.

54 ראו, למשל, חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט–1959, ס"ח 726, 72.

"מושלמת" שעומדות לה הזכות לפרטיות או הזכות לאוטונומיה המציבות סביבה גבולות. לפיכך ניתן לראות יחס מקל יותר של המשפט בכל הנוגע במעורבותם של הלא-נמנים עם אותן מערכות יחסים משפחתיות בחיי אותן משפחות. ברצוני אס-כן לעבור לבחון אילו מערכות יחסים המשפט מתקשה לראות כיחידה משפחתית שיש להציב סביבה גבולות מגוננים.

להכרה או לאי-הכרה במערכת יחסים כ"משפחה" יש כמובן משמעויות רבות נוספות מעבר למשמעות של אי-שמירה על גבולותיהן ומעורבות המדינה ופרטים אחרים בחייהן. כך, למשל, יש משמעויות מן ההיבטים של מיסוי, חוקי ירושה ומתנה ועוד כהנה וכהנה הטבות המוקנות למערכת יחסים הנוכה בהכרה כ"משפחה". אלה המבקשים לחולל שינוי משפטי מתמקדים תכופות בהשוואת מעמדם של המעורבים ביחסים קרובים שאינם נחשבים ליחסים משפחתיים למעמדם של המעורבים במערכות יחסים המוכרות כמשפחה מן ההיבט של קבלת הטבות זהות.⁵⁵ כאן, כאמור, ההתמקדות היא דווקא בהשלכות של היעדר הגבולות סביב מערכות יחסים אלה ואי-גידורן כמשפחה.

2. משפחות חד-הוריות כמשפחות חסרות

הרטוריקה של שמירה על גבולות המשפחה בולטת בעיקר בהקשר של מערכות היחסים בין הורים לילדים. מערכות יחסים אלה הן, על פניהן, מערכות יחסים שהגבולות הנוקשים ביותר מוצבים סביבן, והמשפט מקשה על התערבות בהחלטות ההורים בנוגע לילד.⁵⁶ אולם לא כל מערכות היחסים בין הורים וילדים מוגנות באותה מידה. כאמור, למשפט יש נטייה להעדיף את מערכת היחסים ההורית במסגרת המשפחה הגרעינית. ילדים הגדלים במסגרת תא משפחתי עם הוריהם, המאמצים או הביולוגיים, אב ואם, נחשבים לזכאים לגדול בתא משפחתי מגודר ומוגן. החלטות ההורים בכל הנוגע בילדיהם מוגנות על-ידי אוטונומיית התא המשפחתי ופרטיותו, וההנחה היא שההורים בתא הגרעיני הם מקבלי ההחלטות הטובים ביותר בכל היבט הנוגע בחיי הילדים: חינוך, מקום מגורים, קשרים בינאישיים וכדומה. לפיכך, התערבותם של אחרים בתא המשפחתי הגרעיני נתפסת כבלתי-רצויה, ודוגמה לכך ראינו בכל הקשור למערכות היחסים שבין הילדים לסבים או לסבתות.

לעומת תפיסה זו של המשפט, משפחות חד-הוריות נתפסו במשך שנים רבות כמשפחות "חסרות". ככאלה, דוקטרינות הפרטיות או האוטונומיה של המשפחה חלו לגביהן, אם בכלל, במידה מוגבלת. לפיכך, מעורבות המדינה ופרטים אחרים בחייהן היתה

55 כך, למשל, בהענקת זכויות של שיתוף ברכוש וזכויות סוציאליות לידועים-בציבור ולבני-זוג מאותו מין.

56 ראו למשל: "זכותם של ההורים לקיים חובתם כלפי ילדיהם, היא היוצרת את האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי, ושוללת התערבות של גורמים חיצוניים ביחידה המשפחתית אין המדינה רשאית לבוא ולקחת ילד מרשות הוריו אך בטענה כי טובתו שלו דורשת זאת." ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית, פ"ד לח(1) 461, 468.

גדולה הרבה יותר. עם השנים חלו שינויים רבים ביחסו של המשפט אל משפחות חד-הוריות, ויש נסיבות שבהן משפחות אלה מוכרות כ"משפחה" שלמה לכל דבר ועניין. עם זאת ניתן עדיין למצוא שרידים לגישה הרואה בהורות חד-הורית תא משפחתי שאינו שלם. התיבט המגדרי הינו מרכזי בהקשר זה, שכן רובן המכריע של המשפחות החד-הוריות הן למעשה משפחות של אימהות חד-הוריות וילדיהן.

מרתה פיינמן (Martha Fineman) חשפה כיצד משפחות חד-הוריות, בין לאחר פירוק קשר זוגי ובין מלכתחילה, אינן נהנות מדוקטרינת הפרטיות שהציבה באורח מסורתי גבול סביב התא המשפחתי. לטענתה, בשל תפיסת המשפט את ההורות ללא גבר כהורות לקויה, הבטיח המשפט מעורבות רבה של גברים, או לחלופין של המדינה, בחיי האימהות החד-הוריות וילדיהן. כאשר המשפחה החד-הורית נוצרה כתוצאה מהתפרקותו של קשר זוגי, כגון לאחר גירושים, הותיר המשפט מעורבות גבוהה של הגבר, בן-הזוג לשעבר, בחייהם המשפחתיים של האשה וילדיה. בעניינן של אימהות חד-הוריות מלכתחילה, היתה קיימת עדיין ההנחה שהיעדרו של הגבר יוצר חסר, אולם בהיעדר גבר שימלא חסר זה, ראתה עצמה המדינה באופן "טבעי וראוי" כמי שהנטל של מילוי החסר מוטל עליה.⁵⁷ כתיבתה של פיינמן מושפעת מן הדין האמריקאי, הנבדל מהמשפט הישראלי ביחס למשפחות חד-הוריות, שכן מעורבותו בתא המשפחתי החד-הורי הינה תריפה יותר. עם זאת, גם במשפט הישראלי, הורות במסגרת משפחה חד-הורית והורות במסגרת משפחה גרעינית אינן נתפסות באופן שווה על-ידי המשפט ככלל ובכל הנוגע בדוקטרינות הפרטיות או האוטונומיה של התא המשפחתי בפרט. בפסיקה הישראלית יש אמירות מפורשות המתייחסות למשפחות חד-הוריות לאחר גירושים כאל משפחות חסרות, ולפיכך חשופות יותר למעורבות חיצונית מאשר משפחה "שלמה". הפסיקה מציינת במפורש כי התפרקותו של התא המשפחתי (הגרעיני) מחלישה את זכויות התא המשפחתי לאוטונומיה ופרטיות, קרי, את הגנת הגבולות סביב מערכות היחסים בין הורים לילדיהם מפני מעורבות הן של המדינה והן של פרטים אחרים.⁵⁸ בהתאם לגישה זו, המדינה מעורבת (בין כידו הארוכה של האב ובין כגורם מעוניין עצמאי) בחייה של האם החד-הורית ובהחלטותיה: היכן להתגורר, איזה חינוך להעניק לילדיה ועוד כהנה וכהנה החלטות. תחת האיום התמידי של שינוי החוקה, איכות אימהותן של אימהות גרושות אלה נמדדת תדיר על-ידי המדינה.

57 M.A. Fineman *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies* (Routledge, 1995) 178. גם במשפט הישראלי ניכרת ההשקפה כי אימהות ללא אבהות הינה הורות חסרה וכי לילדים במשפחה חד-הורית חסרה דמות-אב. ראו, למשל, אמירותיו של סגן הנשיא (כתוארו אז) פורת בע"מ 10/99 פלונית נ' י"מ, פ"ס תש"ס (1) 831, ובין היתר: "מה שחסר לילדים אלה (אם אמנם חסר) הוא אב..." (פסקה 18 לפסק-דין של סגן הנשיא פורת), וכן סקירת המחקרים הפסיכולוגיים על חשיבות האב להתפתחותם התקינה של ילדים בפסקות 26-27 לפסק-הדין.

58 ראו, למשל, עניין פלוני, לעיל הערה 28, בע' 237: "...התפרקותו של התא המשפחתי מחלישה את האוטונומיה של ההורים וההגנה שלהם מפני התערבות המדינה, ומגבירה את הכוח (והצורך) של המדינה להתערב, דרך מערכת בתי-המשפט. בקעים בתא המשפחתי מחלישים את חסינותו מפני התערבות חיצונית..."

החוקה הפועלת במשפחות גרעיניות, שלפיה ההורים הינם מקבלי ההחלטות הטובים ביותר, אינה פועלת במשפחות חד-הוריות. כך, האם המשמורנית אינה יכולה להתליט על דעת עצמה איזה חינוך להנהיג בביתה ולהנחיל לילדיה. בעניין פלוניס,⁵⁹ למשל, אסר בית-המשפט העליון על אם שהשתייכה לכת "עדי יהוה" לחשוף את ילדיה לעיקרי האמונה של הכת, בניגוד לעמדת האב שחפץ שהילדים ייחשפו לדת היהודית בלבד. יכולתה של האם לקבוע את מקום מגוריה עם ילדיה עלתה אף היא כנושא בפסיקה. עד לפסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין פלוניס,⁶⁰ בשנת 2001, חל על סוגיה זו הכלל כי תנאי לאישור בקשה של אם להגר ממדינת-ישראל הוא הוכחת ההכרח שבהגירה. על-פי כלל זה נדרשה האם מבקשת-ההגירה, בשלב הראשון, להצדיק את תוכנית ההגירה ורצינותה, וכן להוכיח שאין לה חלופה. בשלב השני, לאחר שהוכחו כל אלה, נקבע כי על בית-המשפט לבחון עוד את טובת הילד ואת השאלה אם ההגירה תיטיב עמו. במסגרת זו נשקלה גם המסוגלות ההורית של שני ההורים, ונבחן מי מהם מתאים יותר להחזיק בילד בנסיבות העניין.⁶¹ מבחנים אלה, שבהם נאלצה אם משמורנית לעמוד, היוו ביטוי להיעדר האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי החד-הורי, שכן הם השאירו למעשה את התא המשפחתי של האם המשמורנית וילדיה כפוף לאב הגבר. בעקבות הגירושים הוסרו הגבולות שהגנו על המשפחה הגרעינית, ולא הועברו ליחידה המשפחתית החדשה שנוצרה בין האם המשמורנית והילדים. כאשר חפצה האשה-האם להעתיק את מקום מגוריה כדי להקים לה מערכת יחסים זוגית חדשה, לפתח קריירה או מכל סיבה אחרת, לא היה באפשרותה ליהנות מהגנה של גבולות שיהיה בה כדי למנוע את בן-זוגה-לשעבר ואת המדינה כשליחתו מלהתערב בהחלטות אלה.⁶²

בעניין פלוניס יצאה מתחת ידי בית-המשפט העליון הלכה חדשה שלפיה שאלת ההכרח בהגירה אינה רלוונטית להכרעה בסוגיית המשמורת במקרים אלה, שכן העיקרון של טובת הילד הוא העיקרון היחיד שעל שאלת המשמורת להיבחן לאורו. נוסף על כך נקבע כי השיקולים שעומדים ביסוד החלטתה של האם להגר אף הם אינם רלוונטיים, אלא אם ניתן ללמוד מהם כי הם נעדרים התייחסות לטובת הילד.⁶³ בכך גדלה ההגנה שניתנה

59 עניין פלוניס, שם.

60 רע"א 4575/00 פלוניס נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321 (להלן: עניין פלוניס).

61 כלל זה נקבע במ"א 2069/92 פלוניס נ' פלוני, דינים מחוזי, כרך כו(1) 420 (להלן: עניין פלוניס (מחוזי)).

62 ראו, למשל: Fineman, *supra* note 57, at p. 178.

63 עניין פלוניס, לעיל הערה 60, בע' 332. פסק-הדין שעליו גסב הערעור, ע"מ 10006/99 כ.ז. נ' ד.ל. (לא פורסם), מהווה דוגמה לאופן שבו היו החלטותיה של אם משמורנית כפופות לביקורת ומעורבות על-פי הדין שחל עד לפסיקתו של בית-המשפט העליון. באותו עניין דחה בית-המשפט המחוזי, מפי סגן הנשיא (כתוארו אז) פורת והשופטים רוטלוי ומשאל, את בקשתה של האם להגר ללונדון עם בנה על-מנת לחיות ולהקים בית עם בן-זוגה החדש המתגורר שם. ראוי להסב את תשומת-הלב לקביעותיו של סגן הנשיא פורת באשר לאיכות אימהותה של האם. האם הצהירה כי תהגר לאנגליה בין שיותר לה לקחת עמה את ילדה ובין אם לאו. בית-המשפט המחוזי קבע כי מהצהרה זו עולה ספק

לתא המשפחתי של האם וילדיה וקטנה יכולתו של האב להתערב במערכת יחסים זו, אולם תא משפחתי זה אינו נתפס עדיין כתא משפחתי "שלם", שחלות לגביו דוקטרינות האוטונומיה או הפרטיות בדומה למשפחה הגרעינית.

יכולתה של האם החד-הורית לקבוע עם מי יתראו ילדיה גם היא מוגבלת יותר מזו של הורים במשפחה גרעינית. במדינות רבות בארצות-הברית, התפרקות התא הגרעיני בעקבות מוות או גירושים מקימה זכות לסבים וסבתות לשמור על קשר עם נכדיהם.⁶⁴ כאשר המשפחה הגרעינית מתפרקת, אין עוד, מבחינתו של המשפט, "משפחה" שלמה שיש להגן על גבולותיה, ולפיכך, לטענת הסב או הסבתא סיכוי טוב יותר להישמע. בישראל, עלי-פי סעיף 28א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, במקרה של מות אחד מהוריו של קטין, בית-המשפט רשאי לקבוע הוראות בדבר שמירה של קשר בין הורי המת לקטין, וזאת אף בניגוד לעמדת ההורה הנותר בחיים. ניתן לטעון כי מותו של הורה אכן מהווה נסיבה מיוחדת; אולם נראה כי לפחות פסק-דין אחד של בית-המשפט המתווז פותח פתח להכרה בזכותם של סבים וסבתות גם בעקבות גירושם או מקרים אחרים שבהם ההורה – ילדם של הסב והסבתא – אינו יכול להבטיח את קשריהם עם הנכדים.⁶⁵ הנה כי כן, גם בסוגיה זו של קשרים עם "אחרים" – סבא, סבתא, בני משפחה מורחבת נוספים וכדומה – יש הבחנה בין יחסו של המשפט אל החלטות הורים המתקבלות במסגרת של משפחה גרעינית לבין החלטות של הורה במשפחה חד-הורית. כאשר הילדים גדלים במסגרת משפחה חד-הורית, המשפט נוטה פחות להכיר בקיומה של "משפחה" שלמה שיש להגן על גבולותיה מפני "אחרים" שאינם משתייכים אליה.⁶⁶

בדבר נכונותה של האם לוותר על נוחיותה למען טובת הילד, כמצופה מאם ראויה, ולפיכך גם מסוגלותה ההורית מוצבת בסימן-שאלה: "הורה המודיע כי הוא מהגר בכל מקרה, גם ללא ילדו, מציג עצמו למעשה כמי שכבר הכריע בדילמה, הוא מוכן לעזוב את ילדו ומתכחש לצרכיו בגלל אי הנוחות הנגרמת לו עצמו, מבלי לשקול את טובת הילד. בכך מעלה אותו הורה סימני שאלה בנושא מסוגלותו ההורית." שם, פסקה 13 לפסק-דינו של סגן הנשיא (כתוארו אז) פורת. סגן הנשיא פורת התעלם למעשה מכך שטובתו של הילד קשורה קשר הדוק בטובתה של האם המשמורנית מעצם יחסי המשפחה והמשמורת הקיימים ביניהם. יתר על-כן, ראוי לציין כי בינתיים נישאו האם ובן-זוגה החדש ואף נולדה להם בת. משמעות הישארותה של האם בארץ היתה לפיכך ניתוק הבת מאביה.

64 ראו לעיל, טקסט להערות 41–43.

65 בר"ע 758/00 ארקדיאן נ' ג'באלי (לא פורסם). מנגד, מעניין שבמקרה בו נפטר האב, ולכאורה הל מפורשות סעיף 28א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, אולם האם נישאה מחדש והקימה "משפחה גרעינית" חדשה, שוב ניכרת רתיעה של המשפט מהתערבות בחיי "המשפחה הגרעינית" החדשה. ראו, למשל, ע"א 121/79 פלוני נ' פלונית, פ"ד לד(2) 253.

66 ושוב, אבקש להבהיר כי טענתי אינה נגד הכרעה במקרה קונקרטי בדבר קשר או היעדרו של קשר בין ילד או ילדה לסב או לסבתא, אולם ספק בעיני אם סוג התא המשפחתי שהילדים גדלים בו הינו בהכרח הגורם הרלוונטי להכרעה בין מקרים שונים.

במשפט האמריקאי, גם האם החד-הורית שלא חלקה מעולם הורות עם גבר אינה נהנית מהגנת הפרטיות, בראש ובראשונה כלפי המדינה. אף שאידיאולוגית, המשפחה אמורה להיות ממלכת הפרטיות, נפרדת ומוגנת על-ידי גבולות מפני השלטון (מבלי להיכנס כרגע לשאלה אם "פרטיות" כזו טובה היא אם לאו), אידיאולוגיה זו חלה במשפט האמריקאי לגבי המשפחה הגרעינית בלבד. פיינמן הדגימה כיצד פרטיות והגנה על גבולותיו של תא משפחתי הן זכויות-יתר הנקנות עם עצמאות כלכלית. מכיוון שרוב האימהות החד-הוריות אינן עומדות בסטנדרט זה, חיי המשפחה שלהן עם ילדיהן כפופים למעורבות המדינה באמצעות עובדים סוציאליים, המחוקק ובתי-המשפט.⁶⁷ משפחות אלה נהפכות, בלשונה של פיינמן, למשפחות ציבוריות, נושא לדיונים בתקשורת ובשיח הציבורי. כאמור, ההנחה לגבי משפחות אלה היא שהיעדרו של האב יוצר חסר, ולפיכך על המדינה למלאו. משום כך, לגבי משפחות אלה, מעורבות המדינה היא הנורמה, ולא התריג. מעבר למעורבות המדינה כ"תחליף" לגבר בחיי האם וילדיה, נדמה כי הדוגמה הבוטה ביותר לתפיסת התא המשפחתי החד-הורי כתא משפחתי חסר נמצאת בדין הקיים במדינות אחדות בארצות-הברית המנסה להצמיד גבר לאם ולילדים ולהשלים באופן זה את החסר. במדינות מסוימות בארצות-הברית המדינה(ו) רשאית לזיום הליכים של קביעת אבהות כאשר פרטי האב אינם מצוינים בתעודת-הלידה של תינוק. במדינת וויסקונסין, למשל, החוק קובע כי פרקליט המדינה יפתח בהליכים בשם המדינה לקביעת אבהות בתוך שישה חודשים מרגע שהתקבלה הודעה כי שם האב אינו מצוין בתעודת-לידה של תינוק תושב המדינה. הליכים כאלה יכולים להינקט על-ידי המדינה ללא קשר לרצון האם בעניין זה. אין מדובר רק בהסרת נטל כלכלי מעל המדינה, שכן ניתן לנקוט בהליכים אלה אף אם הסיכויים שהאם וילדה יודקקו אי-פעם לסיוע כלכלי מהמדינה קלושים. הרטוריקה הננקטת בהקשר של אמצעים אלה היא זו של "זכויות הילד": זכות הילד לדעת מי אביו, זכותו לתמיכה כלכלית מהאב, זכויות ירושה וכדומה.⁶⁸ אולם בכך באה לידי ביטוי ההשקפה כי ילדים זקוקים לאב, והורות של אם ללא אב הינה תורות לקויה, המעניקה לילד משפחה חסרה.

מצבן של משפחות חד-הוריות בישראל, ובפרט של אלה שלא חלקו מעולם הורות עם גבר, טוב יותר על פניו מאשר בארצות-הברית. חוק משפחות חד-הוריות⁶⁹ נועד להבטיח כמה הטבות למשפחות אלה. אולם הגיסיון האמריקאי מלמד כי פעמים רבות, דווקא הסיוע שהמדינה מעניקה למשפחות אלה הוא שנתפס כמצדיק גם את מעורבותה של המדינה בחיי האם החד-הורית וילדיה.⁷⁰ אף-על-פי-כן נראה כי מעורבות המדינה בישראל בעקבות הסיוע הכלכלי לאם החד-הורית אינו מגיע למידת מעורבותם של השלטונות בארצות-

67 Fineman, *supra* note 57, at pp. 178–193.

68 Fineman, *ibid*, at p. 186.

69 חוק משפחות חד-הוריות, תשנ"ב–1992, ס"ח 1396.

70 משיחות עם עורכת-הדין קלריס הרבין, מהתוכנית לסיוע משפטי קהילתי ביפו באוניברסיטת תל-אביב, עולה כי פעמים רבות אכן זה המצב גם בארץ, וכי אימהות חד-הוריות חשופות למעורבות של גורמים שונים מטעם המדינה בחייהן.

הברית, ובוודאי אין בדין הישראלי הוראה המאפשרת למדינה לפתוח ביוזמתה בהליכים של קביעת אבהות ו"להשלים" את המשפחה.

נראה כי המסקנה העולה מן הדיון שנערך לעיל היא שעל-מנת שמשפחה חד-הורית של אם וילדיה תזכה בהגנה של גבולות החוסמים התערבות של המדינה ואחרים, על האם לקשור עצמה לגבר, רצוי במסגרת של משפחה גרעינית. אולם המסגרת המשפחתית החד-הורית אינה המסגרת היחידה החורגת ממודל המשפחה הגרעינית, ולפיכך המשפט מתקשה להכיר בה כ"משפחה". קושי רב יותר ניצב לפני מערכות יחסים של בני-זוג מאותו מין, הן בקשריהם הזוגיים והן בקשריהם עם ילדים.

3. מערכות יחסים חד-מיניות כ"משפחה"

יותר ויותר זוגות חד-מיניים מגדלים כיום ילדים.⁷¹ בכך גדל האתגר שמציבות מערכות היחסים בין בני-זוג חד-מיניים ל"ערכי המשפחה" המסורתיים. הדיון במשפט הישראלי בסוגיית ההכרה במשפחות חד-מיניות נמצא עדיין בראשית דרכו, וסוגיות רבות שקשורים משפחתיים אלה מעלים טרם נידונו בפסיקה. עד היום לא הכיר המשפט הישראלי בקשר הזוגי החד-מיני כ"משפחה", ולפיכך גם לא בקשרים המשפחתיים בין זוגות חד-מיניים לילדים.⁷² ילדים הגדלים במסגרת משפחתית של בני-זוג חד-מיניים נחשבים בעיני החוק כמי שיש להם רק הורה אחד. משום כך הם צפויים להיות כפופים לאותה מעורבות של המדינה ושל פרטים אחרים בחייהם בדומה למעורבות במשפחות חד-הוריות. כאן נוסף גם המימד ההומופובי העשוי להביא לידי מעורבות רבה יותר במסגרת המשפחתית של זוגות חד-מיניים עם ילדיהם. מעורבות זו אף הגיעה בארצות-הברית לכדי הוצאת הילדים ממשמורת הוריהם. יוצא איפוא שהורים הומוסקסואליים ולסביות עשויים להיות חשופים לאובדן המשמורת על ילדיהם, בין עלי-ידי ההורה השני ובין עלי-ידי קרובי משפחה אחרים הטרנסקסואליים, בשל היעדר הכרה במערכות היחסים עם בני-זוגם ועם ילדיהם כ"משפחה".⁷³

כאן המקום להתייחס לאפיון הקשר הזוגי כ"משפחה". ניתן להעביר ביקורת על עצם

71 על הדרכים המגוונות שבהן זוגות חד-מיניים מביאים ילדים למסגרת המשפחתית, ראו, למשל: N.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.* (1990) 459, 464–468.

72 על היעדר ההכרה בקשר הזוגי החד-מיני כ"משפחה", על-אף הענקת הטבות מסוימות ליחסים אלה, ראו למשל א' הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ה (תשס"ב) 195; י' ביטון "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" קרית המשפט ב (תשס"ב) 401.

73 ראו, למשל: *Bottoms v. Bottoms*, 457 S.E. 2d 102 (Va. 1995), שם הוציאה סבתה של הילדה את נכדתה ממשמורת אימה שגידלה אותה יחד עם שותפתה לחיים.

הצבתו של קשר זוגי, ובפרט קשר מיני, במרכז הגדרתה של המשפחה. אולם בהנחה שהקשר הזוגי הינו קשר משפחתי וראוי להתייחסות כאל תא משפחתי בעיני המשפט, לא כל הקשרים הזוגיים זוכים בהתייחסות כאמור. בני-זוג הטרוסקסואליים הנשואים זה לזה נחשבים, כאמור, ל"משפחה". אולם המשפט אינו רואה כך את בני-הזוג ההומוסקסואליים, בנות-הזוג הלסביות או כל מערכת יחסים אינטימית אחרת בין מבוגרים. אכן, אף אם המשפט הישראלי הכיר בזכאותם של בני-זוג חד-מיניים להטבות מסוימות בדומה לבני-זוג בקשר הטרוסקסואלי, לא התבסס מתן הטבות אלה על מתן הכרה ולגיטימציה לקשר הזוגי החד-מיני כקשר משפחתי.⁷⁴

כאמור, אחת ההשלכות המרכזיות של היעדר ההכרה בקשר הזוגי החד-מיני כקשר משפחתי הינה אי-ראיית התא המשפחתי של בני-הזוג החד-מיניים עם ילדים כ"משפחה". אולם גם הקשר הזוגי החד-מיני עצמו עשוי להיות חשוף למעורבות חיצונית בשל שלילת ההגנה הניתנת ל"משפחה" לבל יחדרו "גורמים חיצוניים" לגבולותיה. זו היתה, למשל, התוצאה במשפט האמריקאי בהתייחס להגנה על גבולות הדרה-שינה של בני-הזוג ההטרוסקסואליים הנשואים, שנשללה מבני-הזוג החד-מיניים. פסק-הדין בעניין *Griswold v. Connecticut*⁷⁵ נחשב לאחד מפסקי-הדין המרכזיים בסוגיית הגבולות סביב התא המשפחתי, ובמיוחד הגבולות המוצבים נגד חדירתה של המדינה. פסק-הדין נסב סביב האיסור שנהקק במדינת קונטיקט על השימוש באמצעי-מניעה, ובמיוחד על החלתו של איסור זה על זוגות נשואים. בהחלטתו כי החוק סותר את חוקת ארצות-הברית, קבע השופט Douglas כי זכויות חוקתיות מסוימות יוצרות איים של פרטיות שהמדינה אינה רשאית לחדור אליהם, וכי מערכת היחסים שבין בני-הזוג הנשואים נמצאת במסגרת אותם איים מוגנים.⁷⁶ המשמעות הינה כי המדינה מנועה מלהדור לגבולותיהם של איי-פרטיות אלה, ובוודאי לא על-מנת לחפש "סימנים" לשימוש באמצעי-מניעה בחדר-השינה של זוג נשוי. עצם המחשבה על אפשרות כזו מעוררת, לגישת השופט Douglas, חלחלה.

74 ראו הראל, לעיל הערה 72. בית-המשפט לענייני משפחה בתל-אביב אף קבע, למשל, כי אין בסמכותו לאשר הסכם להסדרת חייהן המשותפים של בנות-זוג לסביות משום שהללו לא נכללות בגדר "בני משפחה" על-פי חוק בתי-משפט לענייני משפחה, התשמ"ה-1995. תמ"ש 21030/00 ליבמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם). פסק-דינו של השופט שנהב מפנה לדברי השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(1) 673, 689: "...פשיטא שאם שני גברים או שתי נשים באים בפני בית המשפט, ומבקשים לאשר הסכם שביניהם כהסכם ממון, לא יאשרו בית המשפט, שכן המבקשים אינם בני-זוג." אולם ראו את פסיקתו ההפוכה של בית-המשפט לענייני משפחה בבאר-שבע בתמ"ש 8510/01 אלמונית נ' פלמונית (לא פורסם), שם נתנה השופטת אסנת אלון-לאופר תוקף להסכם שנערך בין בנות-זוג לסביות. בפסיקתה זו ציינה השופטת, בהתייחס להגדרת "בן משפחה" בחוק בית משפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, כי לא מצאה שההגדרה הכוללת "בן זוג" "מכוונת לבני זוג ממין שונה דווקא".

75 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

76 *Ibid.*, at pp. 484-486.

לעומת חלחלה זו לנוכח המחשבה על חירות המדינה לחדר-השינה של בני-הזוג הנשואים, לא ראה בית-המשפט העליון האמריקאי כל רע בחדירה לחדר-השינה של בני-הזוג ההומוסקסואליים, בין היתר מכיוון שהתקשה לראות בהם "משפחה". בפסק-הדין בעניין *Bowers v. Hardwick*⁷⁷ נידונה חוקתיותו של האיסור על "מעשי-סדום" במדינת ג'ורג'יה. ראוי לציין כי באותו עניין הוגשה נגד Hardwick התלונה על הפרת האיסור לאחר שאנשי משטרה תפשו אותו מקיים יחסי-מין עם בן-זוג בחדר-השינה בביתו.⁷⁸ Hardwick תקף את חוקתיותו של החוק, בין היתר על-סמך היותו מפר את "התחום המוגן" של מערכות יחסיו האינטימיות ושל הדר-השינה שלו. בדחותו את טענותיו של Hardwick, קבע השופט White כי אין כל קשר בין טענת בני-זוג ההומוסקסואליים בדבר זכותם לעסוק ב"מעשי-סדום" לבין מערכות היחסים של המשפחה או הנישואים שזכו בהגנה מסורתית.⁷⁹ הקשר הווגי ההומוסקסואלי אינו קשר "משפחתי", ולפיכך אין הוא מגביע זכויות דוגמת פרטיות, המאפשרות להציב גבולות השומרים ומגנים על יחסיהם של בני-הזוג מפני חדירתה של המדינה. רק קשרי הנישואים והמשפחה הגרעינית הוכרו כיחידות משפחתיות הוכאות להגנה כזו.

למן עניין *Hardwick* עבר המשפט שינויים, שכן לנוכח המציאות המשתנה, נדרש המשפט להתאים את עצמו. רוב המדינות בארצות-הברית, וג'ורג'יה בכללן, ביטלו את החוקים שאסרו על קיום "מעשי-סדום". יתר על-כן, לאחר סיום כתיבתו של מאמר זה נתן בית-המשפט העליון בארצות-הברית את פסק-הדין בעניין *Lawrence v. Texas*,⁸⁰ שהפך

⁷⁷ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁷⁸ כנגד Hardwick (*ibid*) לא הוגש כתבי-אישום על-פי החלטת הפרקליטות (the district attorney). יצוין כי בפסק-הדין בעניין *Griswold*, מי שתקף את חוקתיותו של החוק לא היו בני-זוג נשואים שהואשמו על-פי החוק בעקבות גילוי אמצעי-מניעה בחדר-השינה שלהם, אלא מי שעסקו בניהול תחנה ליעוץ ובמתן ייעוץ בדבר אמצעי-מניעה לזוגות נשואים. לפיכך, באותו עניין לא התרחשה למעשה חדירה לחדר-השינה של בני-הזוג, בניגוד לעניין *Hardwick*, שם אכן התרחשה חדירה בפועל כאמור.

⁷⁹ *Ibid*, at p. 191. גם בעניין *Michael H.*, שנידון לעיל, הבהיר השופט Scalia כי ההגנה החוקתית הניתנת למערכות יחסים משפחתיות במסגרת התיקון הארבעה-עשר לחוקה מתבססת על מסורת (tradition) ומוענקת לאותן מערכות יחסים אשר הוכרו באופן מסורתי כ"משפחה", או מה שהשופט Scalia כינה ה-unitary family, כשבכך הכוונה היא למשפחה הגרעינית. משום כך שלל השופט Scalia הכרה בזכותו של מייקל, אשר מערכת יחסיו עם ויקטוריה לא נכנסה לגדר מערכות היחסים המוגנות באופן מסורתי. (דברי Scalia: "The family unit accorded traditional respect in our society, which we have referred to as the 'unitary family', is typified, of course, by the marital family, but also includes the household of unmarried parents and their children. Perhaps the concept can be expanded even beyond this, but it will bear no resemblance to traditionally respected relationships – and will thus cease to have any constitutional significance – if it is stretched [too] far...")

⁸⁰ *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472 (2003).

את עניין *Hardwick*, עם זאת, אף פסקי-הדין בעניין *Lawrence* לא הושתת על הכרה במערכת היחסים ההומוסקסואלית כמערכת יחסים אינטימית מיוחדת המצדיקה הגנות מיוחדות של המשפט, אלא על חירותו של הפרט לחיות את חייו, ובפרט את חייו המיניים, ללא התערבות מצד השלטון.⁸¹ דעת הרוב הדגישה זאת מפורשות: אין מדובר במתן הכרה למערכת היחסים ההומוסקסואלית כמערכת יחסים זוגית משפחתית, אלא באוטונומיה ובחירות של הפרט לחיות את חייו כרצונו.⁸² נוסף על כך, כאמור בתחילת הפרק, יש הכרה הולכת וגוברת בזכויותיהם של בני-זוג חד-מיניים ליהנות מהטבות הניתנות לבני-זוג הטרוסקסואליים. עם זאת אין המשפט רואה עדיין בבני-הזוג החד-מיניים "משפחה" במלוא מובן המלה, אלא לכל היותר כמי שנמצאים במצב "דומה ל..." או "כמו" משפחה לעניין קבלתן של אותן הטבות.

כפי שציינתי, היעדר הגנה על הקשר ההומוסקסואלי או הלסבי הווגי והיעדר הכרה בקשר זה כ"משפחה" אינו מתבטא רק בחרידה אפשרית למערכת היחסים הווגית עצמה. היחסים המשפחתיים של הומוסקסואלים ולסביות עם ילדיהם שרויים אף הם בסכנה עקב היעדרם של גבולות המגוונים על יחסים אלה. הסכנה שנשקפה בעבר למערכת היחסים שבין האב ההומוסקסואל וילדיו או האם הלסבית וילדיה היתה חמורה עד מאוד במשפט האמריקאי. קיומו של איסור פלילי על יחסי-מין "שלא כדרך הטבע", במקומות שאיסור זה היה קיים בהם, שימש לעיתים סיבה לחדור מבעד לגבולות של מערכות היחסים של אבות הומוסקסואליים או אימהות לסביות עם ילדיהם עד כדי הוצאת הילדים מרשותם. על-כן, הסכנות שנשקפו מקיומו של איסור זה חרגו מעבר לתיוג השלילי הקשור בקיומו של האיסור בקודקס הפלילי. גם במקרים שבהם לא נפתחו הליכים פליליים נגד ההורים (ואלה היו רוב המקרים), היה האיסור הפלילי עשוי לשמש נימוק לשלילת משמורת מהאב ההומוסקסואל או האם הלסבית.⁸³ יצוין כי היה מדובר לא רק במאבק בין "הורים" על החוקה בילדים, שאז ההורה "הסטרייט" מקבל את החוקה; גם מי שאינם "הורים", בדרך-כלל קרובי משפחה הטרוסקסואליים של ההורה, היו יכולים להתערב במערכת היחסים

81 שוב מופיע כאן רעיון "הגבולות" המכיר בזכותו של אדם לחירות או לפרטיות, גבולות סביב היחיד כפי שהוצגו בתחילת המאמר, ולא סביב המשפחה או הקהילה.

82 ראו, למשל, עניין *Lawrence, supra* note 80, at p. 2484: "The present case does not involve... whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter. The case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government".

83 C.R. Leslie "Creating Criminals: The Injuries Inflicted by 'Unenforced' Sodomy Laws" 35 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (2000) 103

שבין ההורה לילד ולקבל את המשמורת על הילד,⁸⁴ בניגוד לכלל בדבר שמירה על הגבולות של מערכות היחסים שבין הורים לילדים מפני התערבותם של "גורמים חיצוניים".⁸⁵

בעוד שאיומים על גבולות המשפחה זכו בהתייחסות בכובד־ראש אם כוונו כלפי המשפחה הגרעינית או קשר הנישואים, היתה ההתייחסות שונה כאשר אימהות חד־הוריות, בני־זוג הומוסקסואליים או בנות־זוג לסביות טענו לאיום על גבולות משפחותיהם וקראו לעזרת המשפט. מערכות יחסים אלה נפלו הרחק מחוץ לאידיאולוגיה שלפיה הגדיר המשפט משפחה "שלמה" או "אמיתית", ולפיכך הן התקשו לזכות בהגנה. מעניין שבין המקרים שבהם הכירו במשפחה חד־הורית כהידרה משפחתית נפרדת ומגודרת, הזכאית להגנתם של גבולות מפני חדירתם של "זרים", היו מקרים שבהם ביקשו אימהות לסביות, לאחר פירוק הקשר הזוגי עם בנות־זוגן, לחסום את הקשר בין ילדיהן הביולוגיים עם בנות־זוגן לשעבר אף ששתי בנות־הזוג גידלו את הילדים יחדיו במסגרת הקשר הזוגי. בהקשר זה, היעדר ההכרה בקשר הזוגי ההומוסקסואלי או הלסבי כ"משפחה" משפיע על אי־ההכרה במערכות היחסים בין בני־זוג הומוסקסואליים או בנות־זוג לסביות עם ילדיהם. מכיוון שבנות־הזוג לשעבר לא הוכרו כ"אימהות" מבחינת המשפט, הן הוגדרו לעיתים כ"זרות", ולפיכך כמאיימות על התא המשפחתי של האם הביולוגית המשפטית וילדיה.⁸⁶ במקרים אלה ראו באם הביולוגית אם חד־הורית שמשפחתה כוללת אותה ואת ילדיה ותו לא, ואפשרו לה לחסום את מעורבות בת־הזוג לשעבר בחייה ובחיי הילדים.

כיום ניכרים ניצנים של שינוי בגישתו של המשפט האמריקאי, אולם אף שנראה כי נטייתם המינית של ההורים לא תוכל כיום להוות בסיס לניתוק הקשר בין ההורים לילדיהם, אין עדיין הכרה בתא משפחתי של שתי אימהות לסביות או שני אבות הומוסקסואליים וילדים שגודלו לתוך הקשר הזוגי.⁸⁷ כפי שציינתי, טרם נערך במשפט

84 במקרים של מות הורים ביולוגיים שהלקו את חייהם עם בן־אב או בת־זוג מאותו מין היו קרובי משפחה של ההורה המת יכולים לקבל את החזקה על הילדים. עם זאת, ברוב המקרים יכלו בן־אב או בת־הזוג – ששימשו בפועל כהורים לילדים לגבור בסופו של דבר במאבק המשפטי ולזכות בחזקה על הילדים. אולם, מאבק כזה, שארך בדרך־כלל שנים מספר גבה אף הוא את מחירו מהילדים. ראו, למשל: Polikoff, *supra* note 71.

85 על השימוש במונחים "גורמים חיצוניים" או "זרים" בהתייחס לבני המשפחה המורחבת ראו לעיל, פרק ג.

86 ראו, למשל: *Linda A.H. v. Diane T.O.*, 673 N.Y.S. 2d 989 (App. Div. 1998); *Alison* ראו, למשל: *D. v. Virginia M.*, 572 N.E. 2d 27 (N.Y. 1991). אך ראו: *In re H.S.H.-K.*, 533 N.W. 2d 419 (Wis. 1995), שם היתה התוצאה שונה. החל משנת 1998 מתנהל בבית־המשפט לענייני משפחה בתל־אביב הליך שבו מתדיינות בנות־זוג לשעבר על הזכות להסדיר ראייה ומפגשים של בת־הזוג שאינה האם הביולוגית. תמ"ש 51601/48 פלונית נ' אלמונית. עד היום לא הוכרה זכותה של בת־הזוג שאינה האם הביולוגית לשמירה על קשר עם הילדה.

87 פתרון האימוץ אינו מהווה הכרה בבני־הזוג החד־מיניים כ"משפחה", שכן האימוץ מצריך עדיין מעורבות משפטית ואינו מכיר ביחסי הזרות מעצם החיים המשותפים כמשפחה.

הישראלי דיון מעמיק בסוגיית היחסים המשפחתיים בין בני־זוג חד־מיניים עם ילדיהם. אף־על־פי־כן, מפסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בעניין פלונית עולה שגם המשפט הישראלי אינו מכיר בבן־זוג של האב או בבת־זוג של האם כהורה לילד, והמשפט אינו רואה באב, בבן־זוגו ובילדים, או באם, בבת־זוגה ובילדים, יחידה משפחתית אחת.⁸⁸ במובנים רבים המשפט רואה ילדים אלה כמי שחיים במסגרת משפחתית חד־הורית. השאלה הנשאלת היא: האם מה שנדרש הוא הגדרה מחודשת של גבולות המשפחה, כך שמשפחות חד־הוריות, משפחות חד־מיניות ומשפחות אחרות נוספות ייחשבו "משפחה" הוכאית לפרטיות, אוטונומיה ויתר הזכויות המציבות סביבה גבולות? האם פרויקט כזה להגדרה מחודשת של גבולות המשפחה הוא אכן ראוי?

ד. הגדרה מחדש של גבולות המשפחה?

בפרק הקודם הדגמתי כיצד המשפט נוטה, על־אף שינויים שחלו, לעצב את גבולות המשפחה בהתאם למידלים של המשפחה הגרעינית וקשר הנישואים. ככל שיש הכרה בדגמים אחרים של "משפחה", המשפחה הגרעינית מהווה עדיין את הדגם המקובל והפרדיגמטי. הן המשפחה הגרעינית והן קשר הנישואים עמדו בשנים האחרונות במרכז של מתקפת ביקורת חריפה. קצרה היריעה מלהכיל את הביקורת שהושמעה כלפי מוסדות אלה, ודי אם אציין כי בעיקרה, התמקדה הביקורת באופיים הפטריארכלי הן של המשפחה הגרעינית והן של מוסד הנישואים.⁸⁹ קו אחר של ביקורת, חשוב לא פחות, התמקד בפער שבין אידיאולוגיית הנישואים והמשפחה הגרעינית לבין חייהם ומערכות יחסיהם של אנשים במציאות, שכן דגמים אלו אינם משקפים את חייהם המשפחתיים של אנשים רבים. כפי שראינו, מספר הולך וגדל של אנשים חיים במשפחות שאינן תואמות את דגם קשר הנישואים או את דגם המשפחה הגרעינית. הזכרתי, בין היתר, את המשפחות החד־הוריות, המשפחות המעורבות והמשפחות החד־מיניות. היצמדות לאידיאולוגיה של קשר הנישואים והמשפחה הגרעינית ממעיטה לכל הפחות בערכן של משפחות אלה, גם אם אינה מסתירה את קיומן. כיצד אם־כן על המשפט להתאים עצמו למציאות חדשה זו של חיי משפחה? היש להגדיר מחדש את "המשפחה" שגבולות מוצבים סביבה?

הצעה כזו להגדרה מחודשת של גבולות המשפחה אכן הועלתה על־ידי כמה כותבים. מרתה פיינמן, למשל, הציעה לזנוח את ההתמקדות בקשר המיני בין בני־זוג כקשר הבסיסי להגדרת המשפחה, ולאמץ במקומו התמקדות ביחסי תלות (dependency), כאשר

88 ראו, למשל, רברי השופט פורת בעניין פלונית (מחוזי), לעיל הערה 61, בפסקה 19 לפסק־הדין: "הציפיות של המערערות מן האימוץ הן מוגזמות... ולא תוכל להיווצר משפחה אחת מבחינה משפטית שבה שלושה ילדים משום שלכל הורה ילדים משלו שאינם ילדיו הביולוגיים של ההורה האחר."

89 ראו, למשל: S.M. Okin *Justice, Gender and the Family* (1989), Fineman, *supra* note 57, at pp. 25–28.

יחסי אם-ילד מהווים את הפרדיגמה ליחסי תלות כאמור. פיינמן, המונעת על-ידי החשש מפני מעורבות בחיי אימהות חד-הוריות, רואה חשיבות בשימור התפיסה שיש להגן על גבולות המשפחה באמצעות דוקטרינת הפרטיות. אולם לגישה, יש להגדיר גבולות אלה באופן שונה, כך שיאפשרו גם שמירה על גבולותיה של המשפחה החד-הורית. בקוראה לאימוץ פרדיגמת התלות, פיינמן טוענת כי יש להקים את גבולות המשפחה סביב מערכות יחסים כאלה.⁹⁰ גישה אחרת מציעה להרחיב את הגדרת המשפחה מעבר למבחינים הגנטיים, הביולוגיים, קשרי הנישואים והאימוץ, ולאמץ מבחן "פונקציונלי" למשפחה. על-פי גישה זו, יש לבחון אילו מערכות יחסים מתנהגות כמשפחה ותואמות את הדפוס של מערכות היחסים שאנו רואים אותם כיחסים משפחתיים, ולתת למערכות יחסים אלה הכרה משפטית כ"משפחה".⁹¹ ישנן עוד הצעות רבות אחרות כיצד להתוות מחדש את גבולותיה של המשפחה.

אכן נראה כי זה גם הכיוון שהמשפט צועד בו: להגדיר מחדש מהי "משפחה". ראינו כי במשפט הישראלי קיימים גיצנים של הכרה במשפחה החד-הורית כ"משפחה", וכפי שעוד נראה, היו במשפט האמריקאי מקרים שבהם הכירו במידה זו או אחרת במשפחה החד-מינית. אולם גישות אלה, הקוראות לעיצוב מחדש של גבולות המשפחה באופן שיתאים למציאות המשתנה של היחסים המשפחתיים, מעוררות קשיים אחדים. בתחילתו של הפרק הקודם התייחסתי לתפיסת המשפחה כטבעית וכמצויה מתוך לכותה המכונן של המדינה. תפיסה זו מעוררת קושי לראות את תפקידה של המדינה בעיצוב "המשפחה" ואת שיקולי המדיניות הרבים מאחורי קביעת הגבולות סביב המשפחה הגרעינית וקשר הנישואים דווקא, שיקולים שהם הכל מלבד "ניטרליים" ו"טבעיים". פעולותיה של המדינה בעיצוב המשפחה הגרעינית נתפסות כשמירה על גבולות טבעיים הקיימים מאליהם, ולא כהחלטת מדיניות.⁹² הגבולות סביב קשר הנישואים והמשפחה הגרעינית היכו שורשים עמוקים עד כדי כך שהתהליך המתמשך של התוויית הגבולות ושמירתם נסתר מעינינו, ואנו מקבלים את אופן התווייתם של גבולות המשפחה הקיימים ללא עוררין. תפיסה כזו מקשה על הבאת שינוי ביחס לגבולותיה של המשפחה והגדרתה, שכן אם מתייחסים לגבול כנתון, נחסם הדיון על עצם קיומו. אם התפיסה של המשפחה הגרעינית כיחידה המשפחתית הבסיסית מובנת כדבר נתון, אין הזמנה אמיתית להתדיין בשאלה מה מקומם של סבא וסבתא, אב ביולוגי שאינו בעלה של האם ואחרים ביחסי המשפחה.

מנגד, ניתן לטעון כי התפיסה של המשפחה כ"טבעית" משתקפת דווקא באמונה שקיימות משפחות שאינן זוכות בהכרה על-ידי המשפט על-אף היותן משפחות לכל דבר ועניין.⁹³ הבנה זו של המשפחה "הטבעית" אינה מקבלת למעשה כנתון את הגבולות

Fineman, *ibid*, at pp. 230–236; M.A. Fineman "What Place for Family. Privacy?" 67 *Geo. Wash. L. Rev.* (1999) 1207.

Note "Looking for Family Resemblance: The Limitations of the Functional Approach to the Legal Definition of Family" 104 *Harv. L. Rev.* (1991) 1640, 1645.

Olsen, *supra* note 39, at pp. 846–848.

Olsen, *ibid*, at p. 846.

שהתווה המשפט ל"משפחה", ומצביעה על פער בין ההגדרה המשפטית של "משפחה" לבין ההבנה של אנשים בחברה מהי משפחה "באמת". תפיסה כזו של המשפחה "הטבעית" לא רק מכירה במשפחות ההורגות מהדגם של קשר הנישואים והמשפחה הגרעינית, אלא גם רואה כמטרה את הגישור על פער זה בין משפחות דה-יורה, הנוכחות בהכרה משפטית, למשפחות דה-פקטו, שאינן זוכות בהכרה כאמור.

אולם הקשיים שאני רואה בהצעות השונות באשר להתווייתם מחדש של גבולות המשפחה באים מכיוון שונה. לטענתי, שינוי הגדרתם של גבולות המשפחה אינו מספק וראוי לשם טרנספורמציה של דיני המשפחה ופריצת האידיאולוגיה הפטריארכלית של הנישואים והמשפחה הגרעינית. השאלה בדבר הגדרה מחודשת של גבולות המשפחה קשורה לסוגיה שבה מתחבטים לא מעט אלה המבקשים לחולל שינוי חברתי ומשפטי, בפרט בדיני המשפחה: היש לצקת תוכן חדש לכלים ולתבניות משפטיים קיימים, או שמא יש להשתחרר כליל מכלים ותבניות אלה ולבנות שיה חדש? כלומר, אם עד כאן עסקתי בביקורת על אופן התווייתם של גבולות המשפחה, הרי שמכאן אעבור לדון בשאלה של עצם השימוש בשיח הגבולות ובשאלה אם הגדרה מחודשת של גבולות המשפחה תהווה שינוי ראוי ומספק בדיני המשפחה. הבעייתיות שבגישה המבקשת לחולל שינוי אך ורק על-ידי יציקת תוכן חדש לכלים ולתבניות משפטיים קיימים ניתנת להצגה על-ידי דיון בפסקי-הדין האמריקאיים בעניין *Thomas S. v. Robin Y.*⁹⁴

תחילתו של המקרה הגידון בעניין *Thomas S.* היא בהחלטתן של רובין וסנדרה, זוג לסביות, להביא ילדים לעולם. רובין וסנדרה החליטו לפנות לגברים שהכירו לשם ביצוע ההפריה.⁹⁵ סנדרה, המבוגרת מרובין, הרתה ראשונה וילדה את קיד (Cade), שנקראה בשמות המשפחה הן של סנדרה והן של רובין על-מנת לבטא את תפיסת בנות-הזוג כי קיד היא הבת של שתיהן. כעבור שנה הרתה רובין, אף היא באמצעות הפריה מלאכותית מגבר שהכירה, תומס, והביאה לעולם את ריי (Ry). ההסכמה (בעל-פה) בין רובין ותומס היתה שסנדרה ורובין יגדלו את ריי כאחותה של קיד, כי לתומס לא יהיו כל זכויות או מחויבויות הוריות ביחס לריי, ואם תחפוץ ריי במידע לגבי שורשיה הביולוגיים, יאפשר לה תומס להתוודע אליו.

במהלך שלוש השנים הראשונות לחייה של ריי, היה הקשר בין תומס לריי, רובין או סנדרה מועט ביותר. אולם אז, בעקבות סקרנותה של קיד באשר לשורשיה הביולוגיים, יצרו רובין וסנדרה קשר עם שני הגברים שהיו שותפים (לפתות ביולוגית) להבאת הילדות לעולם. מפגש מוצלח במיוחד בין ריי לתומס הוביל להתפתחותה של מערכת יחסים בין השניים שנמשכה על פני שש השנים הבאות. במהלך אותן שש שנים ביקר תומס פעמים מספר בשנה אצל ריי, קיד, סנדרה ורובין, ומערכת יחסים חמה התפתחה בינו לבין ריי.

⁹⁴ *Thomas S. v. Robin Y.*, 599 N.Y.S. 2d 377 (Fam. Ct. 1993), *rev'd*, 618 N.Y.S. 2d 356 (App. Div. 1994).

⁹⁵ נמנעתי מהשימוש במונח "תרומת זרע" ביחס להשתתפותם של גברים אלה בהפרייתן של סנדרה ורובין מכיוון שהשימוש בו כבר מניח את טיב הקשר בין הילדות שנולדו כתוצאה מהליך הפריה זה לבין הגברים.

בשנת 1990 ביקש תומס מרובין וסנדרה רשות לקחת את קייד ואת ריי לביקור אצל משפחתו, אך רובין וסנדרה סירבו לאפשר לו ליטול את הילדות לביקור בלעדית. סירוב זה, שהעכיר על מערכת היחסים בין הצדדים וגרם למניעת קשר בין תומס לריי על-ידי סנדרה ורובין, הוביל להגשת תביעת אבהות על ריי מצידו של תומס, בצירוף תביעה לזכויות ביקור.

הערכאה הראשונה שדנה בתביעה קבעה כי עם משפחתה של ריי נמנות סנדרה, רובין, קייד והיא עצמה, וכי על-אף היותו של תומס אדם בעל חשיבות בחייה, אין הוא בגדר הורה שלישי בעיניה. עם דחיית טענתו לאבהות והקביעה שאין הוא נמנה עם משפחתה של ריי, נחשב תומס לזר (outsider, כלשון השופט) המבקש לתקוף את משפחתה של ריי.⁹⁶ לגישת השופט, על המשפט לגונן על גבולות משפחתה של ריי (כפי שהוא ראה משפחה זו) מפני תומס. תוצאה זו של פסק-הדין נהפכה על פיה בערעור, שם נקבע כי פסק-דינה של הערכאה הראשונה היווה ניתוק שלא כדין של זכויותיו ההוריות של תומס. בית-המשפט לערעורים ראה אס-כן את תומס כאביה של ריי, ולפיכך כחלק אינטגרלי ממשפחתה.

על-מנת להציג את מגבלותיה של גישה המבקשת לשמר את הכלים והתבניות הקיימים ולהולל את השינוי המיוחל בדיני המשפחה על-ידי מילויים של כלים ותבניות אלה בתוכן חדש, אבקש להתייחס לפסק-דינה של הערכאה הראשונה בעניין *Thomas S.* על פניו, פסק-דינה של הערכאה הראשונה שדנה בעניין היווה צעד מתקדם וחשוב בהענקת הכרה למשפחה שבה שתי אימהות לסביות מגדלות את ילדותיהן. ההכרה ניתנה על-ידי הכרה בזכויותיה של משפחה כזו להגן על גבולותיה מפני חדירתם של זרים, דבר הנמנע לעיתים קרובות ממשפחות של אימהות לסביות, כפי שתיארתי לעיל. בית-המשפט השתית את החלטתו זו על זניחת הגישה הפורמלית לדיני המשפחה ואימוצה של גישה פונקציונלית, שאותה כבר הוכרתי כאחת הגישות המועילות בספרות להגדרה מחודשת של "המשפחה". הגישה הפונקציונלית לדיני המשפחה פותחה על-ידי כותבים אחדים כתגובה על הגישה המסורתית הפורמלית, שהגדירה והכירה בקיומם של יחסי משפחה על בסיס קשרי דם, אימוץ או נישואים בלבד.⁹⁷ לעומת הגישה הפורמלית, הגישה הפונקציונלית שואלת איזו קבוצת אנשים מתפקדת (functions) כמשפחה וחולקת את המאפיינים המרכזיים של "משפחה". המטרה המוצהרת של הגישה הפונקציונלית היא לגשר על הפער בין ההגדרות הפורמליות של יחסים משפחתיים לבין המציאות.⁹⁸ גישה זו אינה מבקשת לשנות את

96 בלשונו של השופט: "To Ry, Thomas S. is an outsider attacking her family..." בעניין *Thomas S.*, *supra* note 94, at p. 382.

97 M.L. Minow "Redefining Families: Who's In and Who's Out?" 62 *U. Col. L. Rev.* 269 (1991).

98 ההכרה במוסד הידועים-בציבור במשפט הישראלי מהווה למעשה ביטוי לתפיסה פונקציונלית כאמור. ניתן למצוא נטייה לגישה זו גם בפסק-הדין ע"א 7155/96 פלוני נ' י"מ, פ"ד נא(1) 160, הדן באימוץ בגיר. בית-המשפט העליון התייחס באותו עניין למתן הכרה למערכת יחסים של הורה ובן אשר התקיימה בפועל בין מבקש האימוץ לבגיר המאומץ. לדיון בפסק-דין זה ראו להלן טקסט להערות 120-122.

הכלים המשפטיים הקיימים, אלא רק לצקת לתוכם תוכן חדש. כך, אין היא מערערת על תפיסת המשפחה כיחידה מגודרת שזכותה (בין כיחידה בפני עצמה ובין כאוסף של זכויות חבריה) להציב גבולות על-מנת לשמור על עולמה.

אולם, האם הגישה הפונקציונלית אכן משיגה את מטרתה? כמה ספקות הועלו בעניין זה, ופסק-הדין בעניין *Thomas S.* מאשש אותם. גישה פונקציונלית לדיני המשפחה מצריכה מעצם טיבה דגם משפחתי שלמולו ייבחנו היהסטים שמבקשים להכיר בהם כיהסטים משפחתיים.⁹⁹ עצם השאלה איזו קבוצת אנשים מתפקדת כמו משפחה, כמו הורה וילד, כמו זוג נשוי, מחייבת זאת. הדגם לשם בחינה זו הוא בדרך-כלל, וכצפוי, דגם המשפחה הגרעינית. לפיכך, במקום להעניק הכרה למערכות יחסים אינטימיות, בין מבוגרים או בין מבוגרים לילדים, על בסיס ערכן שלהן, הגישה הפונקציונלית מעניקה הכרה רק לאותן מערכות יחסים התואמות את המודל המסורתי של משפחה, הורות וזוגיות, וכך נשארת המשפחה הגרעינית כדגם המכתיב את הנורמה למשפחה "נורמלית" או "טבעית". על-ידי ניסיון לדמות לדגם המשפחה הגרעינית, משפחות "חדשות" רק מאששות את מעמדה של המשפחה הגרעינית כדגם הראוי וכגרעין המרכזי להבנתה של אינטימיות ולכינונה של החברה.¹⁰⁰

אכן, הביקורת העיקרית על ההכרה הלכאורית במשפחה הלסבית בפסק-דינה של הערכאה הראשונה בעניין *Thomas S.* היתה היצמדותה של ערכאה זו לדגם שני ההורים באופן המחקה את המשפחה הגרעינית ההטרסקסואלית.¹⁰¹ הגישה הפונקציונלית יכולה למעשה להרחיב את הכרתה במשפחות "חדשות" רק ככל שאלה מחקות את דגם המשפחה

99 C.W. Christensen "Legal Ordering of Family Values: The Case of Gay and Lesbians Families" 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1299, 1405.

100 ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק: "המסגרת המקובלת של משפחה היא בני זוג, גבר ואשה, הנשואים זה לזה, הוריהם וילדיהם. מסגרת זו אינה מתקיימת בכל הנסיבות. החיים יוצרים מציאות שהמשפט חייב להתמודד עימה. אנו נתקלים במשפחה החד הורית. ידוע הקשר בין גבר לאשה ללא נישואים, אך תוך יצירת תא משפחתי, במסגרת הידוע והידועה בציבור. הקשר ההומוסקסואלי דורש את הכרעתנו השיפוטית... עם זאת, מציאות חדשה זו, בעיקרה, אינה מבקשת למוטט את מושג המשפחה. היא מבקשת להסתתף אליה. היא מבקשת לתת לה מובן חדש." ברק, לעיל הערה 35, בע' 1156 (וההדגשה שלי - א' ב').

101 Christensen, *supra* note 99, at p. 1409. אכן, ניתן לראות את אופן התייחסותן של הערכאות השונות למערכות היחסים המורכבות בעניין *Thomas S.* כנובעות מנטיית המשפט להתייחס למושג "משפחה" כמעט באופן בלעדי בהקשר המצומצם הנשען על דגם המשפחה הגרעינית של בני-זוג וילדיהם הקטינים, תוך התעלמות מקיומם של קשרים משפחתיים רחבים יותר, כגון סבים, סבות, דודים, דודות ואחרים. על הקשר אחר שבו ניכרת נטיית המשפט לדבר על משפחה רק בהקשר המשפחה הגרעינית ראו ד' הקר ור' שמיר "שלוש פסיקות על משפחה שלאחר גירושין אחת - בין הלכה פסוקה לאינטואיציה" (פורסם בסוציולוגיה ישראלית).

הגרעינית או את דגם הנישואים. לפיכך, על-אף ההתיימרות להתאים את הכללים המשפטיים למציאות החדשה של חיי המשפחה, הרי שהגישה הפונקציונלית בסמכת על תפיסה סטטית למדי של המציאות ומקבעת את התפיסות הקיימות של הורות ומשפחה. גישה זו מרחיבה אומנם במעט את הרשימה של קבוצות האנשים היכולים לזכות בהכרה כ"משפחה", אולם היא עושה כן תוך הישענות על אמות-מידה לא-ראויות ואימוצם של הכלים והמושגים המשפטיים הקיימים, ובכללם הרעיון של זכויות המשמשות כגבולות סביב היחידה המשפחתית וראיית התא המשפחתי כיחידה מגודרת ומבודדת.

ביקורת זו אינה מכוונת רק כלפי הגישה הפונקציונלית, אלא רחבה יותר, כלפי כל הגישות המבקשות לשמר את הכלים המשפטיים הקיימים ולהביא לידי שינוי על-ידי יציקת תוכן חדש לכלים אלה. הטענה היא שהקטיגוריות והכלים המשפטיים הקיימים הינם נוקשים יתר על המידה מכדי לאפשר את השינוי הנדרש, כך שלמעשה, כל גישה המבקשת לצקת תוכן חדש למוסדות קיימים אינה מערערת על תקפותם של מוסדות אלה ואינה חוקרת את הרעיון העומד מאחוריהם. לפיכך, גישה כזו הינה מוגבלת, ואינה מאפשרת הכרה בקשת הרחבה והמגוונת של מערכות יחסים משפחתיות שאנשים יוצרים. במקום לנסות להכליל עוד ועוד סוגי משפחות בתחומם המגן של גבולות "המשפחה", עצם רעיון הגבולות ותפיסת התא המשפחתי כתא מבודד צריכים אולי להיעלם, ובמקומם צריך לבוא שיח חדש המתייחס לאשכול הרחב של קשרים משפחתיים. בפרקים הבאים אעלה טיעונים נוספים שנועדו להבהיר מדוע הפרויקט להגדרה מחודשת של גבולות המשפחה אינו ראוי בהכרח ומדוע ראוי לזנוח את שיח הגבולות בהקשר המשפחתי.

ה. גבולות ודיכוטומיות

אחת הבעיות העיקריות הכרוכות בזכויות המשמשות כגבולות ובשיח של גבולות ככלל היא המחשבה הדיכוטומית ששיח כזה גורר עמו. הדיכוטומיה העיקרית שהיתה מזוהה עם תפיסת הגבולות סביב התא המשפחתי היא דיכוטומיית הפרטי/הציבורי, שהזכרתי לעיל. אך בעיני, הדיכוטומיה בין "בן משפחה" ל"גורם חיצוני", "אחר" או "זר", הנוצרת על-ידי שיח הגבולות, מעניינת יותר. על-פי תפיסה זו של המשפחה כיחידה מגודרת, מי שאינו נמנה עם המשפחה, כהגדרתה באותו הקשר, נחשב לזר או לגורם חיצוני למשפחה (outsider או third party). כך, למשל, אם נחזור לעניין *Michael H.*, דחיית טענתו של מייקל לאבהות שמה אותו בסטטוס של זר כלפי ויקטוריה ושללה כל קשר שלו עמה.¹⁰² התייחסות כזו של המשפט וראייתם של גבולות המשפחה כמבחינים בין בני המשפחה לבין "זרים" ניכרת גם בפסקי-הדין שעסקו בטענות של סבים, סבתות וקרובי משפחה אחרים לזכויות ביקור וכן בהקשרים אחרים שנגעו בשמירה על גבולות המשפחה. מעבר לכך שההתייחסות לסב, לסבתא, לקרובי משפחה אחרים ואפילו למי

102 עניין *Michael H.*, *supra* note 31, at pp. 156–163 (השופטים Brennan ו-White בדעת מיעוט).

שנמנה עם המעגל החברתי הקרוב של המשפחה כאל "זר" הינה צורמת, הבעיה היותר משמעותית היא שהיחסים המשפחתיים אינם ניתנים לסיווג כה חד, בפרט במציאות של ימינו.

דוגמה נוספת להתייחסות דיכוטומית הקשורה לשיט הגבולות מהווה פסק-הדין בעניין *Johnson v. Calvert*,¹⁰³ שבמרכזו עמד סכסוך הורות בעקבות פונדקאות. בני-הזוג מארק וקריספינה קלברט (Mark and Crispina Calvert) חפצו להביא ילדים לעולם, אולם בעקבות ניתוח שעברה קריספינה, לא היה ביכולתה להרות אף-על-פי שגופה ייצר ביציות. אשה ושמה אנה ג'ונסון (Anna Johnson) שמעה על בעייתם של בני-הזוג ופנתה אליהם בהצעה לשמש פונדקאית לעובר שייוצר מהפריית ביצית של קריספינה עם זרע של מארק. הצדדים הגיעו להסכמה ותתמו על הסכם פורמלי בהתאם. אולם ככל שהתקדם הריונה של אנה, כן התדרדרו היחסים בינה לבין מארק וקריספינה, ועוד טרם הלידה הבהירה אנה כי היא תסרב למסור את התינוק לידיהם של בני-הזוג קלברט. בני-הזוג פנו בבקשה לבית-המשפט על-מנת שיצהיר כי הם ההורים החוקיים של התינוק שייוולד, ואילו אנה הגישה בקשה לצו המצהיר כי היא אימו המשפטית של התינוק. בסופו של דבר הגיע המקרה לבית-המשפט העליון של מדינת קליפורניה. נקודת-המוצא של שני בתי-המשפט שדנו בעניין היתה כי לכל ילד יכולה להיות רק אם משפטית אחת. במחלוקת בין קריספינה, שהילד קשור אליה גנטית, לאנה, שנשאה את התינוק ברחמה, הכריעו שני בתי-המשפט לטובתה של קריספינה. המבחנים שעליהם נשען כל אחד מבתי-המשפט לשם הכרעה זו אינם מעניינים כאן.¹⁰⁴ הנקודה המעניינת היא כיצד התייחסו בתי-המשפט לאנה וכיצד ראו את תביעתה לקיומו של קשר בינה לבין התינוק לאחר שקבעו כי היא אינה "אימו" (המשפטית) של הילד. בית-המשפט של הערכאה קמא השתמש במפורש במונח "זרה" בתארו את היחס בין אנה לתינוק.¹⁰⁵ בית-המשפט העליון של קליפורניה היה זהיר יותר ונמנע מלהשתמש בביטוי זה, אך בהחיר אף הוא כי מאחר שאנה אינה אימו של התינוק, אין כל בסיס לטענתה לזכות לקיים עמו מערכת יחסים ובין בדרך של זכויות ביקור ובין בדרך אחרת.¹⁰⁶ יתר על-כן, בית-המשפט ציין כי מאחר שאנה אינה חלק מן התא המשפחתי של בני-הזוג קלברט והתינוק, יהווה מתן זכויות לאנה לשמירה על קשר עם התינוק פגיעה במערכת היחסים של בני-הזוג קלברט עם הילד.¹⁰⁷ בית-המשפט הציב למעשה גבולות מגוונים סביב היחידה המשפחתית, שכללה את בני-הזוג קלברט והתינוק

103 עניין *Johnson, supra* note 31.

104 בית-המשפט העליון של קליפורניה אימץ את מבחן הכוונה: מי מבין הנשים היא אשר יזמה והתכוונה להביא את הילד לעולם. *Ibid*, at p. 782. מבחן זה מבוסס על המאמר:

J.L. Hill "What Does It Mean to Be a 'Parent'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights" 66 *N.Y.U. L. Rev.* (1991) 353.

J.L. Dolgin "Just a Gene: Judicial Assumptions About Parenthood" 40 *UCLA L. Rev.* (1993) 637, 684–685.

106 עניין *Johnson, supra* note 31, at p. 786.

Ibid 107.

(משפחה התואמת את דגם המשפחה הגרעינית, למותר לציין), והותיר את אנה מחוץ לגבולות המשפחה.

הן מעניין *Michael H.* והן מעניין *Johnson* אנו רואים כי שיח הגבולות ותפיסת המשפחה כיחידה מגודרת חייבו את בתי המשפט למקם את מייקל ואנה או "כהורים" וכחלק מן המעגל המשפחתי או מחוץ למעגל המשפחתי כ"אחרים" ו"חיצוניים" לאותו מעגל; זאת אף על פי שמערכות היחסים בין כל הצדדים המעורבים במקרים אלה היו מורכבות בהרבה מאשר הסיווג הבינרי ל"בן משפחה" או "אחר", "חיצוני" או "זר". זו גישה של "הכל או לא כלום" הגובעת משיח הגבולות ותפקידו בהקשר המשפחתי. מכיוון שגישה דיכוטומית זו נובעת מקיומו של שיח של גבולות, היא נותרת בעינה אף אם מגדירים את גבולות המשפחה מחדש שלא בהתאם למודל המשפחה הגרעינית. גם בהקשר זה, פסקי הדין בעניין *Thomas S.* שבו דנתי בפרק הקודם, מהווים דוגמה ראויה.

גם בעניין *Thomas S.* אילצה תפיסת המשפחה כיחידה מגודרת בעלת גבולות את בתי המשפט שדנו בעניין למקם את תומס או בתוך המעגל המשפחתי של ריי או מחוצה לו, ולתאר את משפחתן של סנדרה, רובין קייד וריי או כמשפחה "שלמה" ומבודדת או כמשפחה חסרה (את דמות האב). כפי שראינו, הדגם המשפחתי שבו הכירה הערכאה הראשונה בעניין *Thomas S.* לא היה הדגם המקובל של המשפחה הגרעינית. בית המשפט הכיר במשפחה הלסבית כ"משפחה" בהתבסס על הגישה הפונקציונלית. אולם תיאורה של ערכאה זו את תומס כזר (outsider) התוקף את גבולות משפחתה השלמה של ריי אינו מהווה תיאור הולם של מערכת היחסים המורכבת שבין הצדדים. אכן, הן תיאורה של הערכאה הראשונה את תומס כחיצוני וזר למשפחתה של ריי והן תיאורה של ערכאת הערעור את תומס כאביה של ריי וכחלק אינטגרלי ממשפחתה הכוללת גם את רובין סנדרה וקייד אינן מתארות כראוי, ולמעשה מעוותות, את מערכת היחסים בין תומס לריי ובין תומס לרובין, סנדרה או קייד. תומס אינו זר או outsider למשפחתן של ריי, רובין, סנדרה וקייד כשם שאין הוא אביה של ריי באופן שבו אנו מבינים את המונח "אב", וכן אין הוא חלק מן התא המשפחתי שכלל את ריי, קייד, סנדרה ורובין. מערכת היחסים בין תומס, ריי, רובין, סנדרה וקייד מורכבת הרבה יותר ואינה ניתנת לתיאור פשטני במונחים של "אב" ו"בן משפחה" או "גורם חיצוני", כפי שתפיסת הגבולות מכתיבה.

ככלל, ראיית המשפחה כיחידה מגודרת ומבודדת, המוגנת על ידי זכויות המשמשות כגבולות, אינה מתאימה, ולמעשה ספק אם התאימה אי פעם למציאות של חיי משפחה. משפחות אינן יחידות מגודרות החיות בחלל ריק נטולות קשרים ומערכות יחסים מחוץ לתחום היחידה. רובין, סנדרה, קייד וריי אינן קשורות רק זו לזו. רובין היא בתם של גבר ואשה נוספים, ייתכן שגם אחות, וכך גם סנדרה. משפחות הן למעשה אשכול של מערכות יחסים מורכבות וענפות, ולא תאים מבודדים. תיאור זה של המשפחה אינו אלא פיקציה משפטית, שהרי ידוע כי מעגל רחב יותר של קשרים משפחתיים מספק תמיכה, אינטימיות, ואכן, אף סיוע כלכלי, לילדים ולבגיוג, גם כאלה החיים במסגרת של המשפחה הגרעינית. למעשה, משפחות שאנו מכנים כיום "מורחבות" נפוצות לאורך ההיסטוריה ובקרב תרבויות שונות כדגם משפחתי יותר מאשר המשפחה הגרעינית המבודדת.¹⁰⁸

108 מעניין שמחקרים על המשפחה שנערכו בתחילת המאה העשרים תיארו את היעלמותה של

התמקדות בתחימת גבולות המשפחה וסיווג אנשים כ"בני משפחה" או "זרים" לא זו בלבד שהיא יוצרת תיאור מעוות של מערכות היחסים הקיימות במציאות, אלא היא אף מסתירה את הסוגיות האמיתיות שיש לדון בהן. אם נחזור לעניין *Thomas S.*, השאלה האמיתית אינה אם תומס הוא "זר" שיש להגן על גבולות המשפחה מפניו, או אם משפחתה של ריי היא משפחה חסרה ללא תומס, שכן היא חסרה את דמות האב. השאלות האמיתיות נוגעות בטיב הקשרים בין תומס לריי, בנוק שעשוי להיגרם לה מגיתוק הקשר עמו ובהשפעה שתהא להמשך הקשר, אם יימשך, על מערכות היחסים בין ריי, סנדרה, רובין וקיי. יש לבחון אם התועלת שתצמח לריי מהמשך הקשר עם תומס (בין שנכנה אותו "אביה" ובין "תורם הורע") עולה על הנוק האפשרי שהמשך הקשר יכול לגרום למערכות היחסים השוררות בינה לבין רובין, סנדרה וקיי. היה על בית-המשפט לדון ישירות בשאלות אלה במקום להתמקד בשאלת הסטטוס של תומס כ"אב" ובתחימה דיכוטומית של גבולות משפחתה של ריי. באופן דומה, בית-המשפט בעניין *Michael H. Johnson* לא היו צריכים לדון בשאלה אם מייקל הוא "אביה" של ויקטוריה או אם אנה היא "אימו" של התינוק, אלא בטיב היחסים שבין מייקל לויקטוריה או בטיב היחסים שבין אנה והתינוק. במסגרת זו היו צריכות להישקל כמובן ההשפעה של מערכת היחסים בין מייקל וויקטוריה על מערכת היחסים שבין ויקטוריה, קרול, ג'רלד ושני האחים הנוספים, כמו גם ההשפעה של קשר בין אנה והתינוק על מערכת היחסים שבין התינוק, קריספינה ומארק. במילים אחרות, איני יוצאת נגד דאגה לשמירה על מערכות יחסים חשובות בחיי ילדים; נהפוך הוא. אולם השאלות שהיה על בתי-המשפט שדנו בכל העניינים הללו לשקול נוגעות באינטימיות ובמערכות יחסים, ולא בסטטוס ובשמירה תיאורטית של גבולות משפחה. קיים הבדל בין הכרעה השוללת קשר כגון זה שבין מייקל לויקטוריה או בין אנה לתינוק משום שהתועלת שבקשרים אלה לויקטוריה או לתינוק נופלים מהנוק העלול להיגרם למערכות היחסים שויקטוריה חולקת עם קרול ועם ג'רלד או שהתינוק חולק עם קריספינה ועם מארק לבין הכרעה המבוססת על שמירה תיאורטית של גבולות "משפחה". אכן, הטענה האחרונה נגד תפיסה המתמקדת בגבולות המשפחה שברצוני לדון בה היא הטענה כי בשל נטיית המשפט לטיעונים מסוג של תחימת גבולות, אין טעונים ושאלות של אינטימיות ודאגה מקבלים את מקומם הראוי בשית המשפטי.

"המשפחה המסורתית" (traditional family). במונח זה התכוונו למשפחה המורחבת. אותם מחקרים טענו כי המשפחה הגרעינית הצומחת כדגם הליפי ל"משפחה המסורתית" מהווה מבנה משפחתי נחות יותר. טענה זו בדבר נחיתות המשפחה הגרעינית כמבנה משפחתי הופרכה בינתיים (או לפחות נמצאו ממצאים הנוגדים טענה כזו), אולם מעניין לראות את השקפות העולם השונות באשר לשאלה מה היא "משפחה". *P.M. Rayman & A. Bookman "The Evolving World of Work and Family: New Stakeholders, New Voices: Policy Perspectives: Creating a Research and Public Policy Agenda for Work, Family and Community" 562 Annals (1999) 191*

ו. גבולות, דאגה, אינטימיות ואחריות

הטענה המרכזית שהוצגה בתחילתו של המאמר לזכותם של גבולות סביב המשפחה היתה כי שמירה על גבולות כאמור נחוצה לשם יצירת התנאים הדרושים לצמיחתם של אמן וקרבה. אולם נשאלת השאלה: האם התמקדות דווקא בזכויות שתפקידן יצירת גבולות ושמירתם משרתת בצורה הטובה ביותר את השגת אותה אינטימיות? הדעה המסורתית המקובלת היא כי המשפט מוגבל ביכולתו לטפח ולעודד מערכות יחסים אינטימיות. נטען כי בעוד שלמשפט יש יכולת להרוס מערכות יחסים כאלה, יכולתו לסייע ביצירתן וטיפוחן הינה מוגבלת למדי, ועל־כן השירות הטוב ביותר שביכולתו של המשפט להעניק למערכות יחסים אלה הוא להציב סביבן גבולות ולשמור על גבולות אלה, הא ותו לא.¹⁰⁹

אין ספק כי יכולתו של המשפט להשפיע ולעצב מערכות יחסים אכן מוגבלת, וכי הכרעות משפטיות הנוגעות במערכות יחסים משפחתיות אינן יכולות להכיל את מגוון ההיבטים הרגשיים והאינטימיים של אותן מערכות. עם זאת, מן ההכרח במוגבלות זו של המשפט ועד למסקנה כי הדבר היחיד או הטוב ביותר שהמשפט יכול לעשות למען טיפוחן של מערכות יחסים בינאישיות קרובות הוא להציב סביבן גבולות – המרחק רב. אכן, אף־על־פי שאין ספק כי המשפט לא יוכל לאכוף את יצירתן של מערכות יחסים אינטימיות או את המשך קיומן,¹¹⁰ הוא יכול להכיל כללי רקע שיקלו על הצדדים להיכנס למערכות יחסים אלה ואף להשפיע על עיצובן. בפתיה של מאמר זה התייחסתי, למשל, לדוגמה של הפיכת המין הכפוי במסגרת הנישואים לאסור על־פי דין ולהשפעתו של איסור זה על עיצוב קשר הנישואים.¹¹¹ בספרות המשפטית, בפרט זו המתיחסת לדיני הרכוש בין

109 דוגמה לגישה זו בהקשר של מערכות היחסים בין הורים וילדים ניתן למצוא אצל גולדשטיין, פרויד וסולניט: "Too frequently there is attributed to law and its agents a magical power – a power to do what is far beyond its means. While the law may claim to establish relationships, it can in fact do little more than give them recognition and provide an opportunity to develop. The law, so far as specific individual relationships are concerned, is a relatively crude instrument. It may be able to destroy human relationships; but it does not have the power to compel them to develop. It neither has the sensitivity nor the resources to maintain or supervise the ongoing day-to-day happenings between parent and child..." Goldstein, Freud and Solnit *Beyond the Best Interest of the Child*, *supra* note 23, at pp. 49–50.

110 דוגמה לכך שגולדשטיין, פרויד וסולניט מביאים הינה דוגמת קשר הנישואים. אכן, ברבות ממדינות המשפט המקובל ובמסורת הקתולית קשר הנישואים נחשב לקשר שרק המוות יכול להתירו. אולם ברור (גם אם מערכות המשפט השונות נזקקו לזמן כדי להגיע להבנה זו) כי המשפט אינו יכול לאכוף את המשך יחסי הנישואים בין הצדדים על־אף שמירת הקשר המשפטי בין בני־הזוג. *Ibid*, at p. 169, note 32.

111 לעיל טקסט להערה 19.

בניזוג נשואים, ישנן דוגמות רבות נוספות כיצד כללים משפטיים יכולים להקל או להקשות על יכולתם של הצדדים להיכנס למצבים של הסתמכות הדדית ולמערכות יחסים אינטימיות ולעצב את הקשרים ביניהם.¹¹² אכן, כנגד הנטייה (הליברלית) לראות את הצבתם של גבולות ושמירתם כתפקידו העיקרי או היחיד של המשפט בכל הנוגע במערכות יחסים אינטימיות ומשפחתיות הושמעה הביקורת כי ביכולתו של המשפט להשפיע על קיומן של מערכות יחסים, טיבן ואופיין בדרכים שאינן מוגבלות להצבת גבולות כאמור, וזאת, בין היתר, באמצעות קביעתם של כללי רקע שונים.

לנטייה זו של המשפט להתמקד בהצבת גבולות סביב מערכות יחסים יש פן נוסף. כתוצאה מנטייה זו, המשפט רגיש ונוטה פחות לשעות לטענות בדבר נטילת אחריות, דאגה וכינונה של אינטימיות לעומת יחסו לטענות בדבר הצבת גבולות. ראינו כבר כיצד עסקו בתי המשפט בפסקי-הדין בעניין *Thomas S.*, בעניין *Michael H. Johnson* ובניין *Johnson*, בתחימת גבולות "משפחה" וסיווג אנשים כ"בני משפחה" או "חיצוניים" ו"זרים", במקום לעסוק בשאלות של אינטימיות וטיבם של הקשרים הבינאישיים שהיו בין הצדדים באותם מקרים.

היעדר רגישותו של המשפט לטענות של נטילת אחריות, דאגה וכינונה של אינטימיות עשוי למצוא ביטוי חריף עוד יותר, במקרים מסוימים ניכר קושי של המשפט להבין טענות כאלה ולהתייחס אליהן כאשר אין הן מערכות טענות של שמירה על גבולות. כדוגמה לכך ניתן להביא את פסקי-הדין בעניין זוג הלסביות שביקשו לאמץ האחת את ילדיה הביולוגיים של רעותה.¹¹³ שתי הנשים חיו יחדיו וניהלו משק-בית משותף כעשר שנים בעת הגשת הבקשה. שנים מספר קודם-לכן החליטו בנות-הזוג להביא ילדים לעולם באופן שכל אחת מהן תהרה מתרומת זרע בעילום-שם בבנק הזרע.¹¹⁴ בנות-הזוג חתמו על הסכם לחיים משותפים, שבו הוסכם, בין היתר, שכל אחת מהן תתחייב לדאוג לילדים, לרבות אחריות למוזנותיהם, עד הגיעם לגיל עשרים ואחת. לבנות-הזוג נולדו שלושה ילדים שגודלו עלידי שתי הנשים ללא כל רלוונטיות לקיומו או היעדרו של קשר ביולוגי. התומכים בגישה כי שינוי מעמד המשפטי של חברים במשפחות החורגות מדגם המשפחה הגרעינית צריך להיעשות בדרך של יציקת תוכן חדש למוסדות החברתיים והמשפטיים הקיימים, דוגמת נישואים או הורות, יטענו בוודאי כי הדרך הראויה להעניק את מעמד

112 ראו, למשל: I.M. Ellman "The Theory of Alimony" 77 *Calif L. Rev.* (1989) 1; S.W. Prager "Sharing Principles and the Future of Marital Property Law" 25 *UCLA L. Rev.* (1977) 1. על תפקידן ככלל של זכויות משפטיות בעיצוב החיים הווגיים ובעידוד הסתמכות בין בניזוג ראו: J. Waldron "When Justice Replaces Affection: The Need for Rights" *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991* (Cambridge, 1993) 370.

113 ע"מ 10/99 פלוגית ב' י"מ, פ"ם תש"ס (1) 831.

114 תרומת זרע בעילום-שם מונעת את "הסיכון" שגבר יערער על הורותן הבלעדית של האימהות ויבקש לחלוק עמן הורות בניגוד לרצונן, כפי שאירע בעניין *Thomas S.*, *supra* note 94.

ההורות לשתי בנות-זוג ביחס לילדים שילדה אחת מהן לתוך קשר זוגי היא לראות בשתייהן מלכתחילה ובאופן אוטומטי אימהות לכל דבר.¹¹⁵ זה, למשל, האופן שבו מכירים בארצות-הברית באבהותו של גבר עקר שאשתו מופרית באמצעות תרומת זרע. הטענה היא כי היות שבנות-הזוג הן שותפות מלאות להחלטה להביא ילדים לעולם, עוברות יחדיו את תהליך ההפריה וההיריון ושותפות יחדיו בגידול הילדים, יש להכיר במעמדה של האם הלא-ביולוגית כאם ללא צורך בהליך משפטי כלשהו.¹¹⁶ אולם היות שתזון כזה נראה רחוק מאוד במציאות המשפטית של ימינו, הדרך החלופית שנקטו בנות-הזוג בעניין פלוניית היתר האימוץ. לפיכך פנו בנות-הזוג בבקשה לעגן את קשרי ההורות הקיימים בינן לבין שלושת הילדים כקשרים משפטיים באמצעות צווי אימוץ שיינתנו לכל אחת מהן כלפי הילדים שילדה בת-הזוג האחרת. הטענה שהעלו בנות-הזוג לא היתה טענה למניעת התערבות בתא המשפחתי שלהן עם ילדיהן; טענתן ביקשה הכרה ביחסים של דאגה, אינטימיות ותלות. הן פירטו לפני בית-המשפט את ההטבות הצפויות לילדים כתוצאה ממתן צווי אימוץ כמבוקש. הדגש העיקרי הושם ביצירת זהות בין החוויה האישית והמציאות המשפחתית שהילדים גדלים בה (לפיה יש לכל ילד שתי אימהות ושני אחים) לבין המציאות המשפטית שאינה מכירה במערכות היחסים שלהם ככני משפחה. מלבד ערכה הסמלי של הכרה כזו, יש לה גם השלכות מעשיות חשובות. כך, למשל, היעדרה של הכרה מצד המערכת המשפטית במערכת היחסים המשפחתית של הילדים משמעה, בין היתר, כי במקרה של פירוד בין בנות-הזוג שיעורר את שאלת ההתחזקה בילדים, לא יחול הכלל שלפיו, עד כמה שאפשר, אין מפרידים בין אחים, כך שכל אחד מן הילדים ייוותר בהתחזקת אימו הביולוגית.¹¹⁷ למותר לציין שגם הקשר בין כל ילד למי שאינה אימו הביולוגית יועמד בסימן-שאלה.¹¹⁸ בנות-הזוג פירטו לפני בית-המשפט שורה ארוכה

115 בבעייתיות שבגישה זו דנתי לעיל, טקסט להערות 94–101.

116 לגישה זו ולדיון בסוגיה מדוע הצורך בנקיטת הליכים משפטיים לשם ההכרה בהורות פוגע במשפחה הלסבית ובפרט בילדים הגדלים במסגרת זו, ראו, למשל: Polikoff, *supra* note 71.

117 במתכוון איני דנה במקרה שבו אסון ימנע מאחת האימהות להמשיך לטפל בילדיה הביולוגיים. במקרה כזה, טענתה של האם האחרת להמשיך לטפל בילדים כפי שטובתם דורשת הינה טענה של גבולות, טענה למניעת התערבותם של אחרים, בין פרטים אחרים ובין המדינה, במערכת היחסים שלה עם ילדיה. אכן, בארצות-הברית, שם אימהות במסגרת משפחה של שתי אימהות מוכרת זה כמה שנים, ניתן להבחין בהבדל ברור ביחס המשפטי לטענות של הכרה בקשר לבין טענות של הצבת גבולות. במקרים של פירוד בין בנות-זוג, שגרר מאבקים משפטיים שבו ביקשה האם הלא-ביולוגית להמשיך את הקשר עם ילדיה, נדחו טענות אלה פעמים רבות על-ידי מערכת המשפט. לעומת זאת, במקרים של מות אחת מבנות-הזוג, כאשר בת-הזוג הנותרת נאבקה נגד פרטים אחרים להמשיך לטפל בילדיה הביולוגיים של בת-הזוג שמתה (בדרך-כלל נגד קרובי משפחה של האחרונה), זכו הטענות בהצלחה רבה יותר, הגם שלא על-ידי הכרה בסטטוס ההורה של בת-הזוג הנחה. ראו לעניין זה: Polikoff, *ibid*, at pp. 527–533.

118 לעיל, טקסט להערה 86.

נוספת של הטבות לילדים, חלקן הטבות כלכליות, כתוצאה ממתן צו אימוץ כמבוקש.

בית-המשפט לענייני משפחה דחה את בקשת האימוץ, ועל החלטתו הוגש ערעור לבית-המשפט המהווי, שדחה את הערעור ברוב של שני שופטים (סגן הנשיא פורת והשופט משעלי) כנגד דעתה החולקת של השופטת רוטלוי. פסקי-דינם של שופטי הרוב כוללים כמה הערות מקוממות למדי בדבר חשיבות הגבר בחיי הילד ונגד המשפחה הלסבית, שלחלקן כבר התייחסתי בחלקים קודמים של המאמר. עם זאת ניתן להניח ברמה גבוהה למדי של ודאות כי לו היה גורם כלשהו (למשל קרובי משפחתה של אחת האימהות) חפץ ליטול את הילדים מן המסגרת המשפחתית שהם גדלים בה, היה המשפט שועה ביתר רצון לטענות הקוראות להגנת התא המשפחתי של הנשים וילדיהן מפני "הפולשים" הצובאים על גבולותיו. נראה כי למשפט יש הטיה לטובת קבלתן של טענות מסוג של שמירה על גבולות, וניכר שקיים קושי רב יותר לקבל טענות דוגמת אלה המבקשות הכרה במחויבות, נטילת אחריות, דאגה ואינטימיות. נטייה זו של המשפט ניכרת בפסקי-דין רבים, בפרט בתחום דיני המשפחה.

גם פסקי-הדין בעניין ברנר-קדיש,¹¹⁹ שאישר רישום של שתי אימהות לילד במרשם האוכלוסין בעקבות צו אימוץ שנעשה בחוץ-לארץ, לא התבסס בהחלטתו על הכרה במערכת היחסים בין שתי האימהות והילד או על קבלת טענות בדבר דאגה, נטילת אחריות ואינטימיות. פסקי-הדין, כמו פסקי הדין שהוא הסתמך עליהם המחייבים רישום גישואים אזרחיים שנערכו בחוץ-לארץ, התבסס אף הוא על רציונל של גבולות, אם כי גבולות שונים מאלה שבהם אני עוסקת במאמר זה – הלוא הם גבולות סמכותו של פקיד הרישום.

דיון בפסקי-הדין בעניין אימוץ בגיר ממחיש עוד יותר נטייה זו של המשפט. בע"א 7155/96 פלוני נ' י"מ¹²⁰ אישר בית-המשפט העליון מתן צו לאימוצו של בגיר במטרה לתת הכרה ותוקף למערכת יחסים של הורה ובן שהתקיימה ביניהם בפועל לאורך שנים רבות, מאז היה המאומץ ילד רך בשנים. לכאורה, התקבלו בפסקי-דין זה טענות להכרה במחויבות הדדית ודאגה, ולא טענות בדבר הצבת גבולות; אולם אף-על-פי ששוויון לאורכו של פסקי-הדין אמירות בדבר היות יחסיו המשפחתיים של האדם חלק מהותי מאישיותו, קריאה בעיון של פסקי-הדין מלמדת שהחלטת בית-המשפט התבססה למעשה על שימת גבולות נגד המדינה כדי למנוע אותה מלהתערב בבחירתם ובהחלטתם של שני בגירים. דהיינו, פסקי-דינו של בית-המשפט אינו מבוסס על החשיבות שבהכרה במחויבות הדדית, בדאגה ובקשרים משפחתיים קרובים, אלא על הגבול שמוצב נגד התערבות המדינה בחייהם של שני בגירים אלה ובמערכת היחסים ביניהם.¹²¹

119 בג"צ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים, פ"ד ג(2) 368 (עומד כיום לפני דיון נוסף בבית-המשפט העליון).

120 לעיל הערה 98.

121 בין כיהידים, אי-התערבות בהחלטתם האישית, ובין כיהידה של שני אנשים הקשורים ביניהם במערכת יחסים קרובה. על-פי פסקי-הדין נראה כי הגבול הוא סביב הפרט ובחירותיו: "ההכרעה בעניין שלפנינו נוגעת לשני בגירים החפצים להסדיר את מערכת

איני טוענת שהמשפט אינו מכיר כלל בטענות של אחריות, דאגה ומחויבות הדדית: הטענה חריפה פחות ומתייחסת לנטיית המשפט להתייחס בעין אוהדת ומקבלת יותר לטענות של הצבת גבולות מאשר לטענות אחרות. אכן, אם נבחן את מוסד האימוץ עצמו, שכל־כולו לכאורה הכרה בנטילת אחריות וערכים של דאגה (care and nurture), הרי שמוסד זה כולל, כחלק בלתי־נפרד, גם פעולה של תחימת גבולות. האימוץ מנתק את הקשר המשפטי בין המאומץ להוריו הביולוגיים ויתר בני משפחתו הביולוגית. פעולה זו של תחימת גבולות סביב המשפחה החדשה המאמצת והצבתם של בני המשפחה הביולוגית מעבר לגבולות משפחה זו הם חלק בלתי־נפרד ממוסד האימוץ. האימוץ, עניינו אינו רק, ואף לא במיוחד, ערכים של דאגה, אחריות ואינטימיות. רכיב מרכזי במוסד האימוץ הוא יצירת גבולות סביב יחידה משפחתית חדשה (התואמת ככל האפשר את דגם המשפחה הגרעינית). כללים בדבר סודיות וניתוק הקשר המשפטי בין המאומץ לבין קרוביו הביולוגיים מבטיחים ושומרים על גבולות אלה, ולא בכדי התייחס הנשיא ברק ל"חומת האימוץ" המפרידה בין ההורים הביולוגיים לבין ילדם והמאמצים.¹²² ניתוק זה והצבת גבולות אמורים לשרת גם את טובתו של הילד המאומץ, ולא רק את טובתה של המשפחה המאמצת, שהרי מחקרים פסיכולוגיים טוענים כי ילדים ניוקים מחשיפה למערכות יחסים המעמידות אותם בקונפליקט.¹²³ אולם יש גם מחקרים נוגדים, ובכל מקרה, אין בכוונתי לדון במאמר זה בשאלת האימוץ הפתוח לעומת האימוץ הסגור מן ההיבט של טובת הילד. הדגש שלי בהבאת דוגמת האימוץ נועד להראות כיצד, שוב, המשפט מתמקד בהצבת גבולות ותחימתה של "המשפחה", לעיתים על־חשבון שיח אחר של דאגה, נטילת אחריות וכינונה של אינטימיות. במובנים רבים, ההתמקדות בהצבת גבולות, בסימונם של "זרים" ובמניעת התערבותם של הללו חוטאת לערכים אלה ואינה נותנת להם את מקומם הראוי.

ז. סיכום

העליתי במאמר זה שיקולים אחדים המעוררים ספק בדבר התאמתו של שיח גבולות לדיני המשפחה: היות שיח זה קשור באידיאולוגיית המשפחה הגרעינית, התפיסה הדיכוטומית ששיח כזה מכתוב ודחיקה לשוליים של ערכים אחרים דוגמת אחריות, דאגה ואינטימיות. לסיום אבקש לדון בהסתייגות העשויה לעלות מהעלמתו של רעיון הגבולות

היחסים שביניהם... השאלה היא אם ועד כמה ניתן וראוי להגביל את רצונם זה... שם, בע' 175. הגבול שנוצר על־ידי זכויות הפרט בעניין זה הוא גבול סביב מערכת יחסים שאותו פרט קשור אליה, ולפיכך אין הוא כפוף לביקורת בדבר "האני הנפרד" שזכויות המשמשות גבולות יוצרות. ראו לעיל טקסט להערות 8–9.

122 ראו, למשל, ע"א 2169/98 פלוני נ' י"מ, פ"ד נג(1) 241, 262.

123 ראו, למשל: Goldstein, Freud and Solnit *Beyond the Best Interest of the Child*, supra note 23.

מן השיח המשפטי על־אודות "המשפחה". בפתית למאמר ציינתי שקיומם של גבולות נתפס כחשוב במיוחד לחלשים שבחברה. הדבר נכון לא רק לגבי גבולות סביב אדם יחיד, אלא גם לגבי גבולות המגוונים על מערכות יחסים. בקהילה הלסבית, למשל, הובע החשש (שאינו נשמע מופרך) כי בלעדי תפיסה עמוקה של חשיבות הגבולות סביב התא המשפחתי, יקל על קרובי משפחה הטרנסקסואליים של אימהות לסביות ליטול מהן את ילדיהן. תפיסת התא המשפחתי כיחידה מגודרת מגבילה אומנם את יכולתם של המבקשים לכונן את מערכות יחסיהם האינטימיות והמשפחתיות באופן שחורג ממודל המשפחה הגרעינית; אלא שתפיסת גבולות כזו יכולה להעניק להם הגנה מפני חדירה ומעורבות לא־רצויה במערכות יחסים אלה. אין להתכחש לקיומה של דילמה זו.

עם זאת אני מאמינה שהמשפט יכול לגונן על מערכות יחסים אינטימיות גם בלעדי שיח של גבולות. הרע הטמון בניתוק הקשר בין אם לסבית לילדיה אינו נובע מכך שגבולות תיאורטיים של משפחה נפרצו, אלא מפגיעה באינטימיות שחלקו האם והילדים ובמערכת האינטרסים והציפיות שהתפתחה על בסיס של נטילת אחריות ודאגה. במקום להתמקד בהצבת גבולות ושמירתם, מן הראוי להתמקד ישירות באינטרסים שבשמם לכאורה פועלים הגבולות: אינטימיות, אחריות ודאגה. כך נוכל להגן על מערכות יחסים משפחתיות, ולעשות כן במסגרתו של שיח משפטי עשיר יותר ומושכל יותר, ההולם את יחסי המשפחה.