

הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים

מאת

איילת בלכר-פריגת* ודפנה הקר**

התמורות במבנה המשפחה מובילות למצבים שבהם ילדים חיים בנוכחות בן-זוג של מי מהוריהם, מי שנהוג לכנות "הורה חורג". צורת המשפחתיות הזו מתפתחת בעיקר במקרים שבהם אחד ההורים הולך לעולמו או שהורי הילדים מתגרשים ואחד ההורים, או שניהם, נישאים מחדש או מנהלים משק בית משותף עם בן-זוג חדש. המשפט הישראלי טרם הסדיר את שאלת ההכרה ביחסים הנרקמים בין ילדים לבין בני-זוג של הוריהם בצורה ממוקדת וכוללת. מאמר זה מבקש לתרום להתמודדות מושכלת עם לקונה זו. תחילה נסקור את יחסו של המשפט הישראלי להורות ונבקר את חוסר העקביות המתגלה בבחינת יחסו של המשפט הישראלי למעמד המשפטי של בני-זוג של הורים. לאחר מכן נציע מסגרת נורמטיבית המבקשת לשמר את ייחודו של המעמד ההורי עם החלשת הבלעדיות ההורית, כך שיינתן ביטוי משפטי למנעד היחסים הנרקמים בין ילדים לבין בני-זוג של הוריהם. לבסוף ניישם את המודל הנורמטיבי המוצע על מגוון תחומי המשפט הרלוונטיים ליחסי ילד ובן-זוג של הורה, תוך הצגה מפורטת של הדין הקיים בישראל וסרטוט הדין הרצוי.

א. מבוא. ב. בני-זוג של הורים במשפט הישראלי: מבט-על. 1. עקרונות יסוד במשפט הישראלי ביחס לסטטוס ההורי; 2. היעדר עקביות ביחסו של המשפט הישראלי לבני-זוג של הורים; ג. בני-זוג של הורים בראי המחקר והתאוריה. 1. עקרון טובת הילד ומקומם של בני-זוג של הורים בחיי הילד; 2. גישות אפשריות להכרה משפטית במעמד בן-זוג של הורה; (א) הגישה התפקודית וחולשותיה; (ב) החלשת הבלעדיות ההורית; 3. מודל משפטי מוצע; ד. יישום המודל התאורטי על הדין הקיים. 1. אימוץ; 2. אפוטרופסות; 3. מזונות ילדים; 4. ירושה; 5. פלילים; 6. נזיקין; 7. הטבות סוציאליות; 8. משמורת והסדרי ראייה; ה. אחרית דבר.

* מרצה, המרכז לזכויות הילד והמשפחה, מכללת שערי משפט.
** מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים על-שם בוכמן והתכנית ללימודי נשים ומגדר בשיתוף NCJW, אוניברסיטת תל-אביב. שתי הכותבות תרמו למאמר במידה שווה. אנו מודות לגב' סימה גולדין על עזרה מסורה במחקר, למערכת משפטים ולשופטים האנונימיים על הערותיהם המועילות.

א. מבוא

התמורות במבנה המשפחה העוברות על העולם המערבי לא פוסחות על החברה הישראלית. גם בישראל מודל המשפחה הגרעינית הקלאסית מאבד מבלעדיותו ונהפך לצורת משפחתיות אחת מני כמה.¹ אחת מצורות המשפחתיות שהייתה בגדר חיזיון נדיר ונהפכה למופע שגרתי היא משפחה שבה אחד מבני-הזוג אינו ההורה הביולוגי של ילדי בן-זוגו.² בעבר התפתחה צורת משפחתיות זו בעיקר במצבים שבהם אחד ההורים הלך לעולמו וההורה שנותר בחיים נישא מחדש; כיום ילדים נחשפים לבני-זוג של הוריהם בעיקר בעקבות גירושים של ההורים הביולוגיים.³ למרבה הצער אין בנמצא נתונים על מספר המשפחות הישראליות שבהן חיים ילדים עם בן-הזוג של אחד מהוריהם ועל מאפייניהן של משפחות אלו.⁴ עם זאת, העלייה בשיעורי הגירושים בישראל בכלל ובשיעורי הגירושים של הורים לילדים קטינים בפרט, כמו גם הנתונים על שיעור

1 סילביה פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מיגדר פוליטיקה 107 (ג'ורא רוזן עורך, 1999); פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643 (2005).

2 בבריטניה, לדוגמה, נכון לראשית המילניום הנוכחי, כ-8% מהילדים חיים ב"משפחות חורגות" (Stepfamilies), ראו Colin Gibson, *Changing Family Patterns in England and Wales over the Last Fifty Years*, in CROSS CURRENTS: FAMILY LAW AND POLICY IN THE US AND ENGLAND 31, 40 (Sanford N. Katz, John Eekelaar & Mavis Maclean eds., 2000); בארצות-הברית, כבר בשנות התשעים של המאה העשרים, ב-29% ממשקי הבית של זוגות נשואים עם ילדים חי לפחות ילד אחד שלא היה הילד הביולוגי של אחד מבני-הזוג, ומספר הילדים שחי בצורת משפחה כזו עלה על שבעה מיליון. ההערכות הן שבארצות-הברית אחד מכל שלושה ילדים יחוה במהלך חייו חיים תחת קורת-גג אחת עם בן-זוג של הורה. ראו MARGARET M. MAHONEY, STEPFAMILIES AND THE LAW 2 (1995) (להלן: MAHONEY, STEPFAMILIES).

3 ראו Mary Ann Mason, Sydney Harrison-Jay, Gloria Messick Svare & Nicholas H. Wolfinger, *Stepparents: De Facto Parents or Legal Strangers?*, 23(4) J. FAM. ISSUES 507, 508 (2002).

4 פנייתנו ללשכה המרכזית לסטטיסטיקה לקבלת נתונים על שיעור המשפחות שבהן מבוגר חי עם ילדי בן-זוגו לא נענתה. ניצן ראשון למחקר על משפחות שבהן ילדים גדלים במחיצת בן-זוג של הורה הוא מחקרן של נעמה צבר-בן-יהושע וגלי צבר. במחקר זה קיימו החוקרות ראיונות עומק עם כארבעים הורים המגדלים ילדים לא ביולוגיים, וכן עם בנים ובנות הגדלים או גדלו במשפחות עם מבוגר שאינו ההורה הביולוגי. החוקרות הפיקו תובנות מרתקות באשר לחייהם של בני המשפחות הללו ובאשר לנסיבות המגוונות האופפות אותן. ראו נעמה צבר-בן-יהושע וגלי צבר (טרם פורסם). מכיוון שמדובר במחקר איכותני ומכיוון שהחוקרות חיפשו "סיפורי הצלחה", כהגדרתן, הוא אינו מקור לנתונים סטטיסטיים ולשיקוף מלא של היקף התופעה ומאפייניה. היעדר מידע על משפחות שלאחר הגירושים יש בהן בן-זוג חדש לאחד ההורים הוא דוגמה להיעדר המידע על גירושים בישראל בכלל. ראו עליזה צ' לוין "גירושין בישראל: היבטים דמוגרפיים-חברתיים" סוציולוגיה ישראלית ח 65 (2006).

הנישואים השניים,⁵ הם אינדיקציה לעלייה בשיעור המשפחות שאין בהן חפיפה בין זוגיות להורות ביולוגית גם בישראל.

השינויים החברתיים המגבירים את הסיכויים למשפחות שבהן ילד רוקם יחסים משמעותיים עם בן-זוג של הורה מחייבים הכרעה משפטית לגבי מעמדו של בן-הזוג של ההורה ביחס לילד. זאת, הן במהלך חיי הזוגיות של ההורה ובן-זוגו החדש והן במקרה שחיי הזוגיות הללו באים אל קצם בגין גירושים או מוות. עד כה לא התמודד המשפט הישראלי בצורה ממוקדת וכוללת עם הסוגיה. מאמר זה מבקש לתרום להתמודדות מושכלת עם לקונה זו.

היעדרה של התמודדות ממוקדת וכוללת של המשפט עם שאלת מעמדו של בני-זוג ובני-זוג לשעבר של הורים ביחס לילדים אינה ייחודית למשפט הישראלי ומאפיינת גם מדינות אחרות.⁶ סיבה אחת להיעדרה של הסדרה משפטית בסוגיה היא התפיסה השמרנית של החברה ושל המשפט, המסמנת את המשפחה הגרעינית הקלאסית – קרי: משפחה שבה שני הורים ביולוגיים (או מאמצים) מגדלים את ילדיהם – כמשפחה נורמטיבית ואת כל שאר המשפחות כמשפחות חריגות, שאין להעניק להן לגיטימציה חברתית ומשפטית.⁷ סיבה נוספת היא המגוון המשפחתי של "משפחות משולבות"⁸ המקשה על הסדרה משפטית: יש משפחות שבהן שני ההורים הביולוגיים בחיים ושניהם נמצאים בקשר עם הילד ויש משפחות שבהן אחד ההורים אינו בחיים או ניתק את הקשר עם הילד; יש משפחות שבהן בן-הזוג של ההורה הביולוגי מתייחס לילד כאל ילדו ויש כאלה שהיחסים הנרקמים ביניהם אינם יחסי הורה-ילד; יש משפחות שבהן הילדים מתגוררים עם ההורה הביולוגי ובן-זוגו החדש ויש משפחות שבהן הילדים מתגוררים עם ההורה הביולוגי האחר; יש משפחות שבהן יש לבן-הזוג ולהורה הביולוגי ילדים משותפים ויש כאלה שלא; יש משפחות שבהן בן-הזוג וההורה הביולוגי נשואים ויש כאלה שבהן הם ידועים בציבור. מגוון זה מקשה על עיצוב הגדרה משפטית שתתאים לנסיבות האישיות והמשפחתיות השונות הנוצרות כשיש להורה בן-זוג שאינו ההורה הביולוגי של הילד.

5 ראו רות כץ ויוחנן פרס "מגמות הגירושים בישראל והשלכותיהן לטיפול משפחתי" חברה ורווחה טז 483 (1996); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל מס' 61 לוחות 3.1, 3.5, 3.7, 3.8 (2010).

6 Sarah H. Ramsey, *Stepparents and the Law: A Nebulous Status and a Need for Reform*, in STEPPARENTING: ISSUES IN THEORY, RESEARCH AND PRACTICE 217 (Kay Pasley & Marilyn Ihinger-Tallman eds., 1994).

7 Mary Ann Mason & Jane Mauldon, *The New Stepfamily Requires a New Public Policy*, 72(3) J. SOC. ISSUES 11, 12 (1996).

8 "משפחות משולבות" הוא המושג שצבר-בן-יהושע וצבר בחרו לתאור המשפחות שאותן חקרו, ראו לעיל, ה"ש 4.

המגוון המשפחתי ומנעד היחסים הנרקמים בין בן-זוג של הורה לבין ילדי ההורה, שעליהם נעמוד בהרחבה בהמשך, מקשה גם על מציאת מונח הולם לתיאור יחסים אלו. התלבטנו קשות כיצד לכנות אדם שהוא בן-זוג של הורה ואינו הורה ביולוגי של הילד. מונח מוכר – אך בעייתי בשל האסוציאציות הלא-נעימות שהוא מעורר – הוא "הורה חורג". מונח המעורר אסוציאציות חיוביות, אך אולי כאלה שאינן עולות תמיד בקנה אחד עם התפקיד שאדם זה ממלא בחיי הילד, הוא "הורה למעשה". המשפט הישראלי מציין אדם זה כ"בן-זוג של הורה" וכ"הורה חורג". אנו נשתדל להשתמש במושג הראשון, שהוא מסורבל משהו אך ניטרלי יחסית למונחים האחרים.⁹ לגישתנו, שתובהר בהמשך, אין להכיר בקיומה של קטגוריה משפטית של "הורה חורג".¹⁰ ב"בן-זוג של הורה" כוונתנו לאדם שהיה נשוי להורה או חי עמו כידוע בציבור. מושג זה מגלם את עמדתנו הנורמטיבית, שתפורט בחלקו השני של המאמר, שלפיה לא ראוי להניח שבן-זוג של הורה רקם יחסים הוריים עם הילד ואין להעניק מעמד משפטי כזה או אחר לבני-זוג של הורים באופן גורף; יש לבחון את הקשר שנוצר בין בן-הזוג לבין הילד בכל מקרה ומקרה כדי לקבוע אם, ובאיזה אופן, יש להעניק לקשר זה הכרה משפטית על הרצף שבין זרות להורות.

במאמר זה אנו מבקשות להשיג שתי מטרות. המטרה הראשונה היא מיפוי חלוצי של מכלול החקיקה והפסיקה הישראלים המתייחסים למעמדו של בן-זוג של הורה בחיי השגרה של המשפחה ובמצבים של פרידה ושל מוות. המטרה השנייה היא בחינה ביקורתית של המצב המשפטי הקיים והצעת מודל תאורטי להסדרה המשפטית הרצויה למעמדו של בני-זוג של הורים, שעל בסיסו יוצעו גם הסדרים משפטיים פרטיקולריים. חלקו השני של המאמר בוחן את ההנחות התאורטיות הקיימות כיום במשפט הישראלי ביחס להורות בכלל וביחס לבני-זוג של הורים בפרט. בחינה זו חושפת את העמדה הדיכוטומית והלא-עקבית של המשפט הישראלי, הממשיג את יחסי בן-הזוג של ההורה כיחסי הורות או כיחסי זרות, תוך התעלמות ממגוון הקשרים הנרקמים בין ילדים לבין בני-הזוג של הוריהם כפי שהוא עולה מסקירת המחקרים האמפיריים שבחנו משפחות

9 קושי לשוני נוסף נובע מהצורך לבחור בין לשון זכר ללשון נקבה בקשר ל"ילד/ה" ול"בן/בת-זוג" של ההורה. אנו בחרנו בלשון זכר כדי להקל על הקריאה. בעוד שלגבי הילד/ה אנו משלמות מחיר סמלי קשה (ראו רוברט ליכט-פטרן "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" המשפט 22, 73 (2006)), בכל הקשור לבן-הזוג של ההורה, הבחירה בלשון זכר היא בעייתית פחות, מכיוון שברוב המקרים שבהם הילד חי במשק בית משותף עם בן-הזוג אכן סביר שמדובר בגבר החי עם אם משמורנית; ראו טקסט נלווה לה"ש 29-30 להלן.

10 כאשר בן-הזוג של ההורה מילא תפקיד של הורה לכל דבר ועניין אזי המונח "חורג" אינו מתאים. במקרים אלו, שכפי שנראה הם נדירים יותר (ראו טקסט נלווה לה"ש 34-37 להלן), ראוי להתייחס למונח של "הורה בפועל" או "הורה למעשה", היכול להתאים לא רק לבני-זוג של הורים אלא גם לאחרים שמילאו תפקידים הוריים. ההשלכות המשפטיות של תפקוד הורי יידונו בפירוט בחלקו השלישי של המאמר.

משולבות במדינות מערביות שונות. בחלקו השלישי של המאמר נציע מודל תאורטי עקבי שממנו נגזרים פרמטרים שעל-פיהם יש להכריע לגבי ההכרה המשפטית ביחסי הילד ובן-הזוג של הורה בכל מקרה ומקרה.¹¹ על-פי מודל זה יש לשמר את ייחוד הסטטוס ההורי ובה בעת להחליש באופן זהיר את הבלעדיות ההורית, כך שבמקרים הראויים יוכר הקשר הרגשי או הכלכלי שנוצר בין ילד לבין בן-הזוג של הורה. בחלק הרביעי של המאמר נסקור את ההסדרים המשפטיים הפרטיקולריים הרלוונטיים לזכויותיהם ולחובותיהם של בני-זוג של הורים ונבחן אותם לאור המודל התאורטי המוצע בחלק השלישי.

ב. בני-זוג של הורים במשפט הישראלי: מבט על

1. עקרונות יסוד במשפט הישראלי ביחס לסטטוס ההורי

תפיסת המשפט הישראלי את ההורות היא בעיקרה תפיסה ביולוגית-גנטית ובלעדית. התפיסה המקובלת בישראל יוצרת חפיפה כמעט מוחלטת בין "הורות טבעית" לבין "הורות משפטית".¹² ב"הורות טבעית" הכוונה היא להוריו הביולוגיים-גנטיים של הילד.

11 אנו תקווה כי המודל התאורטי והפרמטרים המוצעים כאן יתרמו לדיון גם בסוגי קשרים נוספים הנרקמים בין ילדים למבוגרים שאינם הוריהם, למשל, כשילדים חיים באומנה.

12 ס' 3 (א) לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, ס"ח 248 ("האב והאם כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם"), וכן ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120 ("ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים"). למעשה, המצב המשפטי המדויק בישראל הוא מעט מורכב יותר. בישראל אין חוק המגדיר אמהות, אבהות או הורות ככלל. על-פי ירושה מימי השלטון העות'מאני ובעקבותיו, השלטון המנדטורי חל על "ענייני מעמד אישי". הדין האישי הוא הדין הדתי (קרי: הדין העברי על יהודים, הדין השרעי על מוסלמים והדין הכנסייתי על נוצרים). לגבי יהודים ונוצרים הורות אינה נחשבת כעניין של מעמד אישי, ולפיכך חל לגביה דין אזרחי ישראלי. ברם, כפי שצוין, אין קביעה ברורה מה הופך אדם להורה מבחינת המשפט הישראלי. פסיקות שונות מלמדות ככלל שעקרון ההורות הוא העיקרון הביולוגי. ראו, למשל, ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו(1) 701 (1972); ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85 (1977); ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד ל(1) 229 (1979). כמו כן ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 112 (1989) (להלן: שיפמן דיני המשפחה ב); רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת חירות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 234 (2006); רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת אבהות" הפרקליט 311, 316-315 (2003). לגבי מוסלמים האבהות מסווגת כעניין של מעמד אישי, ולפיכך חל על קביעתה הדין השרעי (ההתייחסות לאבהות ולא להורות ככלל נבעה, מן הסתם, מההנחה שלא מתעוררות שאלות לגבי אמהות אלא לגבי אבהות בלבד. הנחה זו הייתה נכונה עד הופעתן של

המשגת ההורות הביולוגית כהורות ה"טבעית" טומנת בחובה הכרעה אידאולוגית בדבר עדיפותה של הורות זו. ההתייחסות להורות הביולוגית כ"טבעית" מיתרת את הצורך בהסבר מדוע ההורות הביולוגית היא הבסיס להגדרתה המשפטית של ההורות בישראל והופכת הכרעה אידאולוגית זו למוכנת מאליה ולכזו שאינה מצריכה הצדקה וביור. העובדה שמדובר בהכרעה אידאולוגית ובהבניה חברתית בולטת על רקע העובדה ששיטות משפט שונות אימצו בסיסים שונים להגדרתה של ההורות המשפטית, ושיטות משפט רבות סטו מהמבחן הביולוגי כבסיס להגדרת ההורות.¹³ מלבד הולדה, המשפט הישראלי מכיר באימוץ פורמלי כדרך להשגת סטטוס משפטי של הורה. בהיעדר קשר ביולוגי-גנטי של הורות ובהיעדר אימוץ המשפט הישראלי אינו מכיר ביחסי הורה-ילד. גישה זו, המגדירה יחסים משפחתיים על בסיס קשרי דם או קשרים משפטיים פורמליים כגון אימוץ, מכונה "הגישה הפורמלית לדיני משפחה".

עיקרון נוסף המנחה את יחס המשפט הישראלי לסטטוס ההורי הוא העיקרון בדבר בלעדיות ההורות. משמעותה של בלעדיות זו היא שלהורים יש זכויות וחובות משפטיות בנוגע לילדיהם שאין לאף אחד מלבדם.¹⁴ חובות וזכויות ההורים הן נרחבות וכוללות את החובה והזכות לדאוג לשלומם הפיזי והנפשי של הילד ולחינוכו, לקבוע את מקום מגוריו, את דתו, את שמו ועוד.¹⁵ הבלעדיות של מעמד ההורות משמעה זכויות וחובות

טכניקות ההולדה כמו הפריית מבחנה ופונדקאות). הדין השרעי קובע אבהות בהתבסס על קשר נישואים לאם (בעת ההיריון וההולדה), ולפיכך לילד שנולד מחוץ לנישואים אין אב אלא אם האב הביולוגי לוקח על עצמו את האבהות מבחינה משפטית. עם זאת, גם לגבי מוסלמים נקבע כי עם ההגדרה הדתית של אבהות חלה גם הגדרה אזרחית של אבהות והורות, לפיה יתפרשו דברי חקיקה אזרחיים המתייחסים למעמד ההורים גם כשהצדדים לדיון הם מוסלמים. זוהי הגדרה של הורות ביולוגית. ראו ע"א 3077/90 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995).

- 13 כך בייחוד לגבי אבהות. כך, למשל, העדיף המשפט הרומי את ההורות המשפטית. ראו זפרן "של מי אתה ילד?", שם, בעמ' 315. אף המשפט המקובל סטה מהמבחן הביולוגי, לפחות לגבי אבהות: האבהות נקבעה בראש ובראשונה על-פי קשר הנישואים לאם הילד; ראו John L. Hill, *What Does it Mean to Be a "Parent"?: The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, 66 *N.Y.U. L. Rev.* 353, 372-374 (1991). זה גם המבחן שאומץ על-ידי הדין השרעי. עם זאת, במשך המאה העשרים התחזק מעמדה של ההורות הביולוגית כבסיס להורות המשפטית גם בשיטות משפט שהדגישו בעבר את הקשר המשפטי בין ההורים כבסיס ליחסי הורות. ראו, למשל, Stanley v. Michael 491 U.S. 110 (1989); *MARTHA ALBERTSON FINEMAN, THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES* 85 (1995); *Katharine T. Bartlett, Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed*, 70 *VA. L. REV.* 879, 883 (1984).
- 14 על עקרון זה במשפט האמריקני ראו *Michael v. Caban*, 441 U.S. 380 (1979); *Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979); *H. v. Gerald D.* 491 U.S. 110 (1989); *MARTHA ALBERTSON FINEMAN, THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES* 85 (1995).
- 15 ס' 14-16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

אלו מזהות בלעדית עם מי שהוכר על-ידי המשפט כ"הורה", ושמי שאינו הורה אינו יכול לטעון להן.

למעשה, למעט חריגים ספורים אימץ המשפט הישראלי תפיסה דיכוטומית המסוגלת אינדיבידואלים כהורים או כזרים ביחס לילדים. ההורים מחזיקים בכל החובות והזכויות ביחס לילדים ומי שאינם הורים הם נטולי מעמד, כלומר: זרים מבחינה משפטית.¹⁶ נגזרת נוספת של עקרון הבלעדיות ההורית היא ההכרה של המשפט הישראלי רק באם אחת ובאב אחד לכל ילד. המשפט הישראלי נמנע ככל האפשר מהכרה באבהות כפולה ובאמהות כפולה.¹⁷ הימנעות זו היא גם חלק מהעדפתו האידאולוגית של המשפט הישראלי את מבנה המשפחה הגרעינית המסורתית.¹⁸

2. היעדר עקביות ביחסו של המשפט הישראלי לבני-זוג של הורים

העדפת המשפט הישראלי את הגישה הפורמלית להורות, היוצרת חפיפה בין הורות ביולוגית להורות משפטית, מדירה למעשה בני-זוג של הורים מסטטוס ההורות. כך, חרף כינויים העממי "הורים חורגים", הם אינם הורים מבחינה משפטית ואינם נושאים בזכויות ובחובות הוריות. מכאן, כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, שברוב המכריע של ההיבטים המשפטיים של המשפחה, בני-זוג של האם או של האב הביולוגיים שלא אימצו את הילד הם משוללי מעמד משפטי כלפיו.

אף-על-פי שבני-זוג של הורים משוללים ככלל מעמד משפטי כ"הורים", ואף-על-פי שהמחוקק הישראלי לא הקדיש מעשה חקיקה אחד להסדרתה של סוגיה זו, אין התעלמות מוחלטת ממצייאות החיים שבה בני-זוג של הורים חיים עם ילדים שאינם ילדיהם הביולוגיים. המונחים "הורה חורג" ו"בן-זוג של הורה" מופיעים בחוקים

16 תפיסה זו אינה מיוחדת, כמובן, ביחס לבני-זוג בהווה ובעבר של הורים, ויש לה משמעות לעניין מעמדם של אחרים המעורבים בחיי הילדים. דוגמה עכשווית היא מעמדם של הסבים. ראו עוד בעניין זה איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 556-557 (2003) (להלן: בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה").

17 בעקבות אישור האימוץ הצולב במשפחות לסביות יש כיום חריג המעניק הכרה משפטית לאמהותן של שתי נשים לילד. ראו ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). עם זאת, בפסק הדין הודגש כי מדובר בחריג, והכרה ביחסי ההורות הנוצרים במשפחה לסבית עדיין אינה סוטה מהעקרון שלפיו לכל ילד יש רק שני הורים. כמו כן ראוי לציין כי ההכרה בשני הורים בלבד לילד אינה מתחייבת מעקרון הבלעדיות של המעמד ההורי. אפשר לשמור את בלעדיות המעמד ההורי גם כשיותר משניים מוכרים כ"הורים", אלא שרק להם יש הזכויות והחובות ההוריות – ולמי שאינם מוכרים כ"הורים" אין אותן.

18 ראו, למשל, דפנה הקר ורונון שמיר "אימהות", 'אבהות', 'משפחה': בין אינטואיציה להלכה פסוקה" סוציולוגיה ישראלית ה 311 (2003); בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 554-572.

ישראלים החולשים על מגוון תחומים ומטילים על בני-זוג של הורים חובות ומקנים להם זכויות מכוח נוכחותם בתא המשפחתי. כפי שיפורט בהרחבה בחלקן הרביעי של המאמר, סקירה של המשפט המצוי מעלה שאין עיקרון מארגן אחד החולש על כל תחומי המשפט הישראלי הרלוונטיים ליחסים בין בני-זוג של הורה לילדים של בני-זוג. כפי שנראה, החוק למעשה מסרטט שני קטבים אפשריים ביחס למעמדו המשפטי של בני-זוג של הורה: האחד הוא הדרה מוחלטת, הבאה לידי ביטוי בהתעלמות ממקומו של המבוגר בחיי הילד; האחר הוא השוואת מעמדו המשפטי של בני-זוג של הורה למעמדו של הורה ביולוגי לצורך העניין המשפטי הפרטיקולרי. את הקוטב הראשון מייצגים החוקים החולשים על אימוץ, אפוטרופסות, ירושה, פרדה וגירושים. חוקים חשובים אלה מלמדים שככלל המשפט הישראלי נוטה להתעלם משאלת היחסים שבין ילדים לבין בני-זוג או בת-זוג של הוריהם ומסרב להעניק לבני-זוג של הורים מעמד משפטי כלשהו בקשר לילדים. ככל התחומים הללו המשפט לא מעניק לבני-זוג של הורה זכויות ולא מטיל עליו חובות בקשר לילד, ללא קשר לטיב הקשר שנרקם למעשה בינו לבין הילד. כך, בני-זוג של הורה אינו יכול לקבוע דבר בקשר לחיי הילד ואינו בעל מעמד כלפי מערכת החינוך ומערכת הבריאות המטפלות בילד. המשפט יאפשר לבני-זוג של הורה לזכות במעמד מלא או חלקי של הורות באמצעות אימוץ או צו אפוטרופסות רק במקרים נדירים ביותר של מות ההורה הביולוגי השני או הזנחה שלו את הילד. גישה משפטית זו, המתעלמת מהקשרים שיצר בני-זוג של הורה עם הילד של בני-זוגו, בולטת במיוחד במצבים שבהם הקשר בין ההורה הביולוגי לבני-זוג החדש הסתיים בשל פרדה או מוות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בחוקים החולשים על ירושה ועל הסדרי משמורת וראייה. במקרים אלה, גם אם בני-זוג של ההורה תפקד כהורה למעשה בחיי הילד, לא יוכרו יחסיהם כיחסי הורה-ילד. בקוטב האחר נמצאים ההסדרים המשפטיים העוסקים בפן הכלכלי ובפן הפלילי של חיי המשפחה. בקשר להיבט הכלכלי, המשפט מטיל חובת מזונות על בני-זוג של הורה ומכיר בתלות הכלכלית של "ילד חורג" ב"הורה החורג" במגוון חוקים סוציאליים ונזיקיים. בהיבט הפלילי החוק מטיל אחריות מוגברת על בני-זוג של הורים ביחס לילדי בני-זוגם ומכיר באפשרות של אלימות גם בקרב תאים משפחתיים הכוללים בני-זוג של הורה. חוקים אלה מתייחסים לבני-זוג של הורה בצורה דומה מאוד, לעתים זהה, להורה ביולוגי.

קשה לאתר רציונל שיסביר מדוע המחוקק הישראלי מתייחס לבני-זוג של הורים כזרים מוחלטים בכל הנוגע לאפוטרופסות, למשמורת, להסדרי ראייה ולירושה – אך כהורים לכל דבר כשמדובר במזונות, באחריות פלילית של בני-זוג ושל הילד, בהיבטים מסוימים של דיני הנזיקין ובהטבות סוציאליות. לכאורה, המשפט הישראלי מוכן להכיר במעמדו של בני-זוג של הורה ככל שהכרה זו אינה פוגעת בסטטוס ההורי של ההורים הביולוגיים, אך גם רציונל זה אינו עולה בקנה אחד עם ההדרה של יחסי בני-זוג-ילד מדיני הירושה מחד גיסא, ועם הטלת אחריות על בני-זוג של הורה למעשיו הפליליים של

הילד של בן-זוגו מאידך גיסא. בכל מקרה, להלן נבקש להראות כי בכל הקשור לבני-זוג של הורים, המשפט הישראלי סובל מאותם פגמים שמהם סובל המשפט האמריקני בהקשר זה, כפי שמפיו אותם מייסון וסימון: חוסר עקביות, היעדר הבחנה בין בני-זוג של הורים שמתפקדים כהורים לבין כאלו שנמצאים בקשר קלוש עם הילד, ואי-שמירה על האינטרסים של ילדים הנובעים מהקשרים שרקמו עם בני-זוג של הוריהם.¹⁹

ג. בני-זוג של הורים בראי המחקר והתאוריה

1. עקרון טובת הילד ומקומם של בני-זוג של הורים בחיי הילד

הגורם המרכזי המחייב חשיבה שיטתית על האופן שבו ראוי להסדיר את מעמדם המשפטי של בני-זוג של הורים הוא עקרון טובת הילד. זהו עיקרון ותיק בעיצוב מדיניות הנוגעת לילדים.²⁰ העיקרון, שהחל לרקום עור וגידים בסוף המאה התשע-עשרה, היה עד לאחרונה משוקע בתפיסה פטרנליסטית של ילדים כפגיעים, נעדרי יכולות עצמאיות וזקוקים להגנת המבוגרים. בעשורים האחרונים של המאה העשרים החלה להתפתח ההכרה בילדים כנשאי זכויות היכולים וזכאים לממשן באופן עצמאי.²¹ בהתאם, החל דיון ביחס שבין "טובת הילד" ל"זכויות הילד".²² אנו מאמצות את הגישה שהתוותה הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשותה של השופטת סבינה רוטלוי: לפי גישה זו, זכויות הילד הן רכיב מטובתו של הילד.²³ על-פי האמנה לזכויות הילד, עקרון טובת ילד (הכולל כאמור את זכויות הילד) הוא שיקול ראשון במעלה בעניינים הנוגעים לילדים,²⁴ ועל כן יש לשקול את ההכרה המשפטית בבני-זוג של הורים קודם כל דרך הפריזמה של טובת הילד וזכויותיו.

19 ראו Mary Ann Mason & David W. Simon, *The Ambiguous Stepparent: Federal Legislation in Search of a Model*, 29 FAM. L.Q. 445, 468 (1995).

20 כיום העיקרון מעוגן בס' 3(א) לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991).

21 שיפמן דיני המשפחה ב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 236; תמר מורג "פסיקת בתי המשפט שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד – האומנם עידן חדש?" המשפט 22, 21-22 (2006).

22 לדיון זה במשפט הישראלי ראו, למשל, המחלוקת שבין הנשיא שמגר לשופטת שטרסברג-כהן בע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995).

23 טובת הילד כוללת, בנוסף לזכויות הילד, את האינטרסים והצרכים של הילד. ראו משרד המשפטים דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה 128 (2003) (להלן: דו"ח רוטלוי).

24 ראו לעיל, ה"ש 20.

עם זאת, יש לזכור כי "טובת הילד" הוא מונח פתוח ועמום וכך גם התוכן הפרטני שיש לצקת לזכויות ילדים.²⁵ כמו כן, יציקת התוכן לעקרון טובת הילד והגדרה פרטנית של זכויות ילדים נעשות על-ידי מבוגרים – מצב דברים שעלול להוביל לשימוש מניפולטיבי במונחים אלו לקידום אינטרסים של מבוגרים.²⁶ אי לכך, אין להסתפק בדיון תאורטי ומופשט בדבר מעמדם המשפטי של בני-זוג של הורים, אלא יש לעגן את הסוגיה בידע על חייהם הקונקרטיים של בני משפחות משולבות.²⁷ למרבה הצער, אין ידע אמפירי על ילדים ובני-הזוג של הוריהם בישראל;²⁸ עם זאת, נערכו מחקרים אמפיריים רבים על משפחות משולבות במדינות אחרות, בעיקר ארצות-הברית. הידע האמפירי המצטבר כולל ממצאים עקביים ומובהקים במידה כזו שיש להניח כי יש בה לתרום גם לדיון בהמשגה הרצויה של יחסי ילדים עם בני-הזוג של הוריהם בישראל.

ראשית יש לשים לב לממצאים מהמערב, המלמדים כי ברוב המקרים שבהם ילדים חולקים קורת-גג משותפת עם בן-זוג של הורה מדובר בבן-זוגה של אם משמורנית.²⁹ לאור שיעורי משמורת האם הגבוהים בישראל³⁰ אפשר לשער כי זהו המצב גם בישראל. נתון זה מסביר את העובדה שמרב תשומת הלב המחקרית ניתנה עד כה ליחסים הנרקמים בין הילדים לבין בן-הזוג של אמם, וכי מעט מאוד ידוע על משפחות משולבות שבהן אב ביולוגי וזוגתו חיים תחת קורת-גג אחת עם ילדי האב. מהמעט הידוע עולה כי לבנות-זוג של אבות קשה יותר להיות חלק ממשפחה משולבת מאשר לבני-זוג של אמהות. ייתכן שהציפייה כלפי בת-זוג של אב – שתתפקד כאם ותיקח על עצמה את משימות החינוך והטיפול בילדים, כמו גם העובדה שאמהות לא-משמורניות שומרות על קשר הדוק יותר עם ילדיהן מאשר אבות לא-משמורנים, גורמות לכך שיש יותר חיכוכים בין בנות-זוג של אבות משמורנים לבין הילדים בהשוואה למצבים שבהם הילדים חיים עם אמם

25 ראו שיפמן דיני המשפחה ב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 226-227 MRATIN GUGGENHEIM, WHAT'S WRONG WITH CHILDREN'S RIGHTS (2005); Emily Buss, *Children's Associational Rights?: Why Less is More*, 11 WM. & MARY RTS. J. 1101, 1102 (2003).

26 ראו שיפמן דיני המשפחה ב, שם; GUGGENHEIM, שם; Buss, שם.

27 על חשיבות השימוש בידע אמפירי על משפחות משולבות לעיצוב הדין שיחול עליהם ראו Margaret M. Mahoney, *Reformulating the Legal Definition of the Stepparent-Child Relationship*, in STEPFAMILIES: WHO BENEFITS? WHO DOES NOT? 191, 194 (Alan Booth & Judy Dunn eds., 1994).

28 ראו לעיל, ה"ש 4.

29 בשנות התשעים של המאה העשרים היו בארצות-הברית כ-80% מהמשפחות המשולבות של אם משמורנית ובן-זוגה, 13% של אב משמורן ובת-זוגה, וקצת פחות מ-10% היו משפחות מורכבות שבהן לשני ההורים המשמורנים יש בני-זוג חדשים. ראו Mason & Mauldon, לעיל ה"ש 7, בעמ' 13.

30 ראו דפנה הקר הורות במשפט – מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים פרק 1 (2008) (להלן: הקר הורות במשפט).

הביולוגית ובן-זוגה.³¹ היבט מגדרי נוסף של התופעה עולה מהממצאים המלמדים כי לבנות קשה יותר להסתגל לבן-זוג של הורה מאשר לבנים, כנראה בשל חשש גדול יותר של בנות מכך שהקשר הזוגי החדש יפגע בקשר בינן לבין אמן הביולוגית.³² המחקר האמפירי מראה כי גם כשמדובר בבן-זוג של אם משמורנית החולק קורת-גג משותפת עם ילדי זוגתו, ברוב המקרים לא נרקמים קשרי הורות בינו לבין הילדים.³³ כך, למשל, במחקר שנערך בשנים 1987-1994 בקרב מדגם מייצג של 799 משפחות בארצות-הברית, ילדים שחיו עם בן-הזוג של אמם דיווחו על איכות יחסים ירודה עמו בהשוואה לדיווחים של ילדים על אבות ביולוגיים או מאמצים.³⁴ בדומה, מחקר אורך נוסף, שבו רואיין הורה מטפל עיקרי של 2,522 ילדים החיים עם גבר תחת קורת-גג אחת בארצות-הברית, מצא כי בני-זוג של אמהות שוהים פחות זמן עם הילדים ועוסקים בפחות פעילויות משותפות עם הילדים מאשר אבות ביולוגיים.³⁵ גם כשבני-הזוג עצמם נשאלים על תפקודם ההורי, בשונה מהילדים ומהאמהות הביולוגיות, מתברר כי רבים מהם אינם לוקחים על עצמם אחריות הורית מלאה על ילדי בת-זוגם.³⁶ ממצאים אלה מחזקים את טענתם של צ'רלין ופרסטנברג, מהחוקרים המובילים של משפחות משולבות, כי הסיכויים של בן-זוג של הורה לבנות קשר יציב ואינטימי עם הילד של

- E. Mavis Hetherington & Margaret Stanley-Hagan, *Diversity Among Stepfamilies*, in 31
HANDBOOK OF FAMILY DIVERSITY 173, 179-180, 187 (David H. Demo, Katherine R.
.Allen & Mark A. Fine eds., 2000)
- שם, בעמ' 182. 32
- שם, בעמ' 187. 33
- Jennifer E. Lansford, Rosario Ceballo, Antonia Abbey & Abigail J. Stewart, *Does 34*
Family Structure Matter? A Comparison of Adoptive, Two-Parent Biological,
Single-Mother, Stepfather and Stepmother Households, 63 J. MARRIAGE & FAM. 840, 847
(2001).
- Sandra L. Hofferth & Kermyt G. Anderson, *Are All Dads Equal? Biology Versus 35*
Marriage as a Basis for Parental Investment, 65 J. OF MARRIAGE AND FAMILY 213 (2003)
ראו גם מחקר שנערך לאחרונה בקרב 166 סטודנטים בארצות-הברית, שמצא אף הוא כי בני-זוג של
אמהות שלא אימצו את ילדי בת-זוגם השקיעו בילדים פחות מהורים ביולוגיים ומאמצים: Seth J.
Schwartz & Gordon E. Finley, *Father Involvement, Nurturant Fathering, and Young Adult*
Psychosocial Functioning, 27(5) J. FAM. ISSUES 712 (2006). יתרה מזו: ממצאים אמפיריים
מלמדים כי ילדים החיים תחת קורת-גג עם בן-הזוג של הורם תופסים אותו כשולי אף יותר
משבן-הזוג תופס את עצמו. ראו Andrew J. Cherlin & Frank F. Furstenberg, *Stepfamilies in the*
United States: A Reconsideration, 20 ANN. REV. SOC. 359, 367 (1994).
- כך עולה ממחקר בקרב מדגם מייצג של משפחות אמריקניות. ראו William Marsiglio, *Stepfathers* 36
with Minor Children Living at Home, 13 J. FAM. ISSUES 195, 204 (1992).

בן-זוגו, שידמה לקשרים שנוצרים תדיר בין ילדים להוריהם הביולוגיים, הם מעטים יחסית.³⁷

יתרה מזו: יש ממצאים המראים על סיכון לניצול, להזנחה ולאלימות כלפי ילדים החיים עם בן-זוג של הורה.³⁸ המחקרים מלמדים גם כי חרף התרומה שיש במרבית המקרים לבן-זוג של אם משמורנית למצב הכלכלי של המשפחה המשולבת, ילדים החיים במשפחה כזו אינם נהנים מרווחה ומהישגים כמו ילדים החיים עם שני הוריהם הביולוגיים, אלא ברמה הדומה לזו של ילדים החיים רק עם אמם.³⁹

עם זאת, יש ממצאים המראים כי בני-זוג של הורים עוזרים בהכנת שיעורי בית, מסייעים ילדים ומנהלים שיחות אישיות עם ילדים בדומה להורים ביולוגיים. כמו כן, אחוז ניכר מבני-הזוג של הורים מייחסים לתפקידם אחריות הורית וסיפוק הורי,⁴⁰ ובמקרים נדירים אף מאמצים את ילדי בני-זוגם.⁴¹ ביטוי לקשרים המשמעותיים שנרקמים בין בני-זוג של הורים לילדי בני-זוגם נמצא במחקר שבו בני-הזוג של הורים הביעו את הרצון לשמור על קשר עם הילד אם הקשר הזוגי עם ההורה הביולוגי יסתיים, אם כי הם טענו שלא יהיו מעוניינים במשמורת על הילד.⁴²

המחקרים מלמדים כי ככל שהילד היה צעיר יותר בעת היכרותו עם בן-הזוג של הורה, כך מתרבים הסיכויים שיירקם ביניהם קשר חיובי משמעותי.⁴³ מתאם חיובי נמצא

37 ראו Cherlin & Furstenberg, לעיל ה"ש 35, בעמ' 375.

38 Laura Hamilton & Simon Chang, *Adoptive Parents, Adaptive Parents: Evaluating the Importance of Biological Ties for Parental Investment*, 72(1) AM. SOC. REV. 95, 99 (2007); Hetherington & Stanley-Hagan, לעיל ה"ש 31, בעמ' 187. וולרשטיין ולואיס, למשל, מצביעות על ההשלכות הקשות של מצבים שבהם בן-זוג של הורה מעדיף ילד אחד מילד אחר; ראו Judith Wallerstein & Julia M. Lewis, *Disparate Parenting and Step-Parenting with Siblings in the Post-Divorce Family: Report from a 10-Year Longitudinal Study*, 13(2) J. FAM. STUD. 224 (2007).

39 Paul R. Amato, *The Implications of*; 373-372 בעמ' Cherlin & Furstenberg, לעיל ה"ש 35, בעמ' 373-372 *Research Findings on Children in Stepfamilies*, in STEPFAMILIES: WHO BENEFITS? WHO DOES NOT? 81, 82 (Alan Booth & Judy Dunn eds., 1994).

40 ראו Mason et al, לעיל ה"ש 3, בעמ' 512, 514.

41 Kathleen A. Lamb, *I Want to Be Just Like Their Real Dad: Factors Associated with Stepfather Adoption*, 28 J. FAM. ISSUES 1162, 1183 (2007).

42 ראו Mason et. al, לעיל ה"ש 3, בעמ' 517.

43 ראו Marsiglio, לעיל ה"ש 35, בעמ' 205; Bartolomeo J. Palisi, Myron Orleans, David Caddell; 205 בעמ' & Bonnijean Korn, *Adjustment to Stepfatherhood: The Effects of Marital History and Relations with Children*, 14(3) J. DIVORCE & REMARRIAGE 89 (1991). עם זאת, במחקרם של שוורץ ופינלי נמצא כי גיל הילד כשלעצמו אינו משפיע על טיב הקשר בינו לבין בן-הזוג של הורה, וכי השפעתו של הגיל תלויה בשאלה אם האב אימץ את הילד או לא; ראו Schwartz & Finley, לעיל ה"ש 35, בעמ' 728.

גם בין פרק הזמן שבין-הזוג של ההורה חי עם הילד לבין הסיכויים שהוא יאמץ תפיסה של תפקיד הורי.⁴⁴ מתאם זה חשוב מאוד לענייננו מכיוון שקשרים זוגיים שניים יותר מועדים לפירוק מקשרים זוגיים ראשונים. מכאן, שילדים רבים חווים את הפרידה בין ההורה הביולוגי לבין בן-זוגו החדש עוד בהיותם קטינים, ולמעשה חיו עם בן-הזוג של ההורה פרק זמן קצר יחסית ולא הספיקו ליצור עמו קשרים משמעותיים.⁴⁵ כמו כן, המחקר מראה כי ככל שהקשר בין ההורה הלא-משמורן לבין הילד הדוק יותר, כך הקשר של בן-הזוג של ההורה המשמורן עם הילד משמעותי פחות.⁴⁶ מכאן שהסיכויים לקשר משמעותי בין ילד לבין בן-הזוג של הורה מתרבים במקרים שבהם ההורה הביולוגי השני נפטר או זנח את הילד.⁴⁷

כפי שאפשר לראות, המסקנה הנחרצת ביותר שאפשר להסיק מהמחקרים שנערכו על משפחות משולבות היא שמדובר בתופעה מאוד מגוונת. הן התעלמות משפטית מהקשרים שנרקמים בין ילדים לבין בני-הזוג של הוריהם והן המשגת היחסים האלה כ"הורות" חוטאות למציאות המורכבת של חיי המשפחה של ילדים החיים במשפחות משולבות, כמו גם לאינטרסים של ילדים בהקשרן של מערכות יחסים אלו. טובתם של ילדים מחייבת מצד אחד הכרה בפוטנציאל הטמון בחיים במשפחה משולבת – פוטנציאל ליצירת קשר משמעותי עם מבוגר שאינו ההורה הביולוגי של הילד, ומצד אחר בחינה של אופן המימוש של הפוטנציאל הזה בכל מקרה ומקרה.

כפי שנטען בהמשך, הסכנה בבחינת כל מקרה לגופו היא ריבוי קונפליקטים והתדיינויות. ריבוי זה עלול לפגוע בטובת הילד, ולכן זהו שיקול נוסף שיש לשקול בבואנו לעצב את הדינים שראויים לחול על יחסי ילדים עם בני-הזוג של הוריהם. כאשר מערכת היחסים שהילד חולק עם מבוגר שאינו ההורה אינה רצויה בעיני ההורה, הכרה משפטית במערכת היחסים בין הילד למי שאינו הורה עשויה להציב את הילד במרכז של

44 FINEMAN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 27. עם זאת, במחקרם של שוורץ ופילי נמצא כי פרק הזמן כשלעצמו אינו משפיע על טיב הקשר בין הילד לבין בן-הזוג של הורה וכי השפעתו של פרק הזמן תלויה בשאלה אם האב אימץ את הילד או לא.

45 Chrelin & Furstenberg, לעיל ה"ש 35, בעמ' 376. מייסון ומולדון מעריכים כי כ-20%-30% מהילדים האמריקנים המתגוררים עם בן-זוג של הורה יחוו את גירושיהם של ההורה המשמורן ובן-זוגו החדש. ראו Mason & Mauldon, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17. אחרים מעריכים כי שיעור הגירושין בקרב משפחות משולבות עומד על כ-70%. ראו Schwartz & Finley, לעיל ה"ש 35, בעמ' 714. גם בישראל, הסיכויים לגירושין בנישואים שניים גדולים יותר מאשר בנישואים ראשונים. ראו כץ ופרס, לעיל ה"ש 5.

46 ראו Marsiglio, לעיל ה"ש 36, בעמ' 205.

47 בארצות-הברית ילדים רבים נמצאים בקשר רופף עם אביהם הביולוגי שאינו מתגורר עמם. ראו Mason & Mauldon, לעיל ה"ש 7, בעמ' 16. בישראל אין אינדיקציות לבעיה חמורה של אבות שמתנתקים מילדיהם, ראו דעת מיעוט, הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דו"ח ביניים 49-60 (2008) (להלן: "דו"ח שניט").

קונפליקט. במצב כזה יש שתי חלופות – שתיהן בעלות מגרעות מבחינת טובת הילד, ולכן יש לבחור את הגרועה פחות. החלופה הראשונה תעניק הכרה משפטית לקשר שבין הילד לבין בן-הזוג בהווה או בעבר של הורה, אך תחשוף את הילד לקונפליקט בין שתי מערכות יחסים מתנגשות בחייו. החלופה השנייה היא שלילת הכרה משפטית ממערכת היחסים שהילד חולק עם מי שאינו ההורה. במקרה זה מובטחת לילד יציבות ביחסיו עם ההורה אך במחיר ניתוק של מערכת יחסים שהיא אולי משמעותית עבורו. לפיכך, בבואנו לבחון את הדין שראוי להחיל על מערכת יחסים שבין בני-זוג של הורים לילדים, יש להבחין היטב בין מצבים המעוררים את שאלת הקונפליקט אל מול ההורה לבין אלו שאינם מעוררים קונפליקט כאמור. באשר לסיטואציות הקונפליקטואליות, גישתנו ככלל מעדיפה לשמר את מערכת היחסים עם ההורה, הן בשל מרכזיותה לילדים והן מסיבות נוספות שיפורטו להלן. נוסף על כך, נציע כללים מכוונים העולים מסקירת הידע האמפירי שלעיל, שיש בהם כדי להצר את שיקול הדעת השיפוטי ולהפחית את הצורך בהתערבות מומחים – ומכאן שיש בהם גם להמעט את הסיכויים להתדיינות משפטיות מיותרות בקשר ליחסים שבין ילד לבן-הזוג של הורה.

לבסוף יש לזכור כי גם על-פי האמנה, טובת הילד – אף שהיא מהווה עיקרון ראשון במעלה – אינה שיקול יחיד בהכרעות בקשר לקטין.⁴⁸ המודל שנציע בהמשך מביא בחשבון גם את האינטרסים והזכויות של המבוגרים המעורבים.

2. גישות אפשריות להכרה משפטית במעמד של בן-זוג של הורה

כפי שראינו, טובתם של ילדים החיים במשפחות משולבות היא שיישקל מתן הכרה משפטית ליחסים שנרקמו בינם לבין בן-הזוג של הוריהם. דא עקא, שהתפיסה הפורמלית לדיני המשפחה, המגדירה הורות על בסיס קשרים ביולוגיים או אימוץ, בשילוב עם התפיסה בדבר הבלעדיות של מעמד ההורות, יוצרות קושי במתן מעמד משפטי כלשהו לבני-זוג של הורים. אכן, הניסיון שנעשה בשיטות משפט שונות ובכתיבה האקדמית להעניק הכרה משפטית לקשר שנרקם בין מבוגר שאינו ההורה לבין הילד, נעשה תוך התמודדות עם אחד העקרונות הללו או עם שניהם.⁴⁹

48 דו"ח רוטלוי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 130.

49 העלייה בשיעורן של משפחות משולבות באה על רקע של שינויים נרחבים ויסודיים במבנה המשפחה והיחסים המשפחתיים שהובילו גם להיווצרות של סוגי משפחות רבים נוספים. לפיכך, האתגר שהציבו בפני המשפט היחסים שבין ילד לבן-הזוג של הורה הצטרף לאתגרים נוספים במישור הגדרת ההורות, מעמדם של הורים והיקפן של הזכויות והחובות ההוריות שעוררו תופעות נוספות, כגון משפחות חד-מיניות ומשפחות שנעזרו בטכנולוגיות פריון. מכאן, שרפורמות שונות שהועלו בספרות או בפרקטיקה המשפטית לא יחדו לרוב להמשגת מעמדם של בני-זוג של הורים בהווה ולשעבר, אלא נועדו להציע פתרון רחב יותר להתמודדות המשפט עם שאלות לגבי הורות ויחסי ילדים עם מי שאינם הורים ביולוגיים. ראו, למשל, Elizabeth Bartholet, *Guiding Principles for*

בקרב המבקרים את התפיסה הפורמלית-ביולוגית ליחסי מבוגרים-ילדים אפשר לאתר שתי גישות מרכזיות. הגישה האחת תוקפת את העיקרון של הגדרת הורות כהורות ביולוגית ומבקשת להמירה בהורות תפקודית; הגישה האחרת תוקפת את עקרון הבלעדיות ההורית ומבקשת לאפשר גם למי שלא הוכר כהורה להיות נשא של זכויות וחובות הורות. כפי שנראה, בקרב המעטים שהתייחסו באופן נפרד ומפורש למעמד של בני-זוג של הורים יש שצידדו בגישה הראשונה ובהרחבת הגדרת ההורות. אנו דוחות את הגישה הראשונה ומאמצות באופן זהיר את הגישה השנייה.

(א) הגישה התפקודית וחולשותיה

על-פי הגישה התפקודית, ההגדרות המשפטיות ליחסים משפחתיים צריכות להתבסס על מענה לשאלה איזו קבוצת אנשים מתפקדת (functions) כמשפחה וחולקת את המאפיינים המרכזיים של משפחה.⁵⁰ הטענה היא כי מנקודת המבט של טובת הילד, הורה הוא מי שמתפקד כהורה: מי שדואג כלכלית לילד ומטפל בו על בסיס יומיומי, מעניק לו חום, אהבה ואת התנאים להתפתחות תקינה מבחינה גופנית, שכלית ורגשית.⁵¹ בצד עקרון

Picking Parents, 27 HARV. WOMEN'S L.J. 323 (2004); Richard F. Storrow, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 HASTINGS L.J. 597 (2002); Barbara Bennett Woodhouse, *Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights*, 14 CARDOZO L. REV. 1747 (1993)

50 ראו בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות, ומשפחה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 575; Martha L. Minow, *Redefining Families: Who's In and Who's Out?*, 62 U. COL. L. REV. 269 (1991) בהקשר של זוגיות, הגישה התפקודית תבקש לתת הכרה למערכות יחסים זוגיות במנותק משאלת קיומו או היעדרו של קשר נישואים. הגישה התפקודית לדיני המשפחה ככלל ולהגדרת ההורות בפרט לא נותרה רעיון תאורטי בלבד; היא אומצה במדינות שונות על-ידי הפרקטיקה המשפטית, הן על-ידי מחוקקים והן על-ידי בתי משפט. עיקר יישומה של הגדרת ההורות המשפטית על בסיס תפקוד הורי היה בהקשר של משפחות חד-מיניות (בפרט משפחות לסביות), והכרה ומתן מעמד משפטי של הורה לאם הלא-ביולוגית של הילדים ללא הליך של אימוץ. ראו, למשל, Thomas S. v. Robin Y., 599 N.Y.S. 2d 377 (Fam. Ct. 1993) שהיה אחד מפסקי הדין הראשונים לאמץ גישה זו להורות (פסק הדין נהפך בערעור; ראו 618 N.Y.S. 2d 356 (App. Div. 1994)). מובן כי עצם ההכרה במעמד משפטי של הורה לכל דבר ועניין על בסיס התפקוד ההורי משליכה על ההכרה המשפטית בבני-זוג של הורים בהווה ולשעבר כהורים. ראו Linda C. McClain, "God's Created Order", *Gender Complementarity, and the Federal Marriage Amendment*, 20 BYU J. PUB. L. 313, 331-332 (2006); Po Branson, *Are Stepparents Real Parents?*, TIME, (May 17, 2006), www.time.com/time/nation/article/0,8599,1195205,00.html

51 ראו Paula L. Ettlbrick, *Wedlock Alert, A Comment on Lesbian and Gay Family* Woodhouse; *Recognition*, 5 J.L. & POL'Y 107, 145 (1996) "[...] : 1754 בעמ' 1754 : [...] children know their parents by what they do and not necessarily for what they are..". ראו עוד את הגדרת המשפחה על-ידי כוח משימה בנושא המשפחה בקליפורניה, שמנה מהם התפקידים שמשפחה ממלאת ובהתאם למילויים היא תוגדר: "(1) maintaining the physical health

טובת הילד יש המדגישים את הערכים שראוי כי יהוו את הבסיס להגדרת ההורות – ערכים של דאגה ולא של ביולוגיה או גנטיקה⁵² – ואת הערכים המתמקדים בהגנה על האינטרסים של המבוגר המטפל שפיתח מערכת יחסים עם הילד כהצדקה לאימוצה של גישה תפקודית להגדרת ההורות.⁵³

בהתאם לגישה התפקודית, יש הקוראים להכיר בכך-זוג של הורה כהורה מבחינה משפטית. מייסון וסימון, למשל, טוענים כי יש לראות כל מבוגר שנשוי להורה וחי עם הילד תחת קורת גג אחת, או נושא בלפחות 50% ממזונות הילד, כ-*de facto parent*, קרי: "הורה למעשה". לשיטתם, המשפט צריך להתייחס ל"הורים למעשה" כהורים לכל דבר ועניין במהלך הנישואים להורה הביולוגי, ובהתאמות מסוימות גם לאחר מות ההורה הביולוגי או לאחר גירושין בין ההורה הביולוגי לבין ההורה למעשה. כך-זוג של הורה שלא עונה להגדרה של הורה למעשה יהיה זר לילד מבחינה משפטית.⁵⁴

הטענה המרכזית נגד הגישה התפקודית להורות היא שגישה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההכרה בהורות ביולוגית כמצב המקים זכויות טבעיות. זכויות אלו כוללות את הזכות של הורה ביולוגי לגדל את יוצא חלציו⁵⁵ ואת זכות הילד לגדול אצל הוריו.⁵⁶ זכות זו

and safety of family members by providing for their shelter, food, clothing, health care, and economic sustenance; (2) providing conditions for emotional growth, motivation, and self-esteem within a context of love and security; (3) helping to shape a belief system from which goals and values are derived, and encouraging shared responsibility for family and community; (4) teaching social skills and critical thinking, promoting life-long education, and providing guidance in responding to culture and society; and (5) creating a place for recreation and recuperation from external stresses". Jay Michaelson, *On Listening to the Kulturkampf, or, How America Overruled Bowers v. Hardwick, Even Though Romer v. Evans Didn't*, 49 DUKE L.J. 1559, 1601 (2000).

ראו, למשל, רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפטים על אהבה 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

ראו זפרן "המשפחה בעידן הגנטי" לעיל ה"ש 12, בעמ' 232, ה"ש 23.

ראו Mason & Simon, לעיל ה"ש 19, בעמ' 468-469.

ובמילותיו של השופט חשין: "משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו – 'קול הדם', ערגת-קדומים של אם לילדה – ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף [...] קשר זה חזק הוא מכל-חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה [...] משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל-המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם"; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 103.

ובלשונה של השופטת פרוקצ'יה: "בצד הזכות להורות ניצבת זכותו של הילד לגדול ולהתחנך במשפחתו הטבעית. זכות זו פירושה חיים והתפתחות לצד הורים שאליהם הוא קשור קשר טבעי ומובן מאליו, ושאליהם הוא חש זיקת השתייכות טבעית שאיננה כפופה לסייגים ואינה מותנית

הוכרה על-ידי המשפט הבינלאומי, שקבע באמנה בדבר זכויות הילד כי לילד יש זכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על-ידם ושכללל אין להפריד בין ילד לבין הוריו.⁵⁷ הטענה היא שמכיוון שזכות ההורים לגדל את ילדם וזכות הילד לגדול אצל הוריו הן זכויות מן הטבע, אלו הן זכויות פרה-פוליטיות שאינן תלויות בהסכם פרטי, בהסכמה חברתית או במעשה מדינתי. עיקר תפקידה של המדינה בהקשר זה הוא להגן על זכויות אלו, ומכאן שהן לב-לבה של האוטונומיה המשפחתית שבשמה נמנע המשפט מהתערבות במרקם היחסים המשפחתיים, אלא במקרים קיצוניים של סכנה לילד.⁵⁸ הכרה ב"הורות תפקודית" פורצת את "קשר הדם" לקשרים שאינם קשרי דם ומזמינה מצבים שבהם יועדפו קשרים של הילדים עם מבוגרים שאינם הוריהם הביולוגיים על חשבון קשריהם עם הוריהם הביולוגיים. מכאן שהכרה כזו היא איום ממשי על הזכויות הטבעיות – הן של ההורים הביולוגיים והן של ילדיהם.⁵⁹

בעיה נוספת של ההגדרה התפקודית להורות היא בעיית העמימות. השאלות מי תפקד כהורה ומי לא תפקד ככזה, ומהו בכלל תפקוד הורי, הן שאלות פתוחות. כפי שראינו, מייסון וסימון מציעים מודל דיכוטומי בין בן-זוג של הורה שנשוי להורה הביולוגי וחי עם הילד תחת קורת-גג אחת, או נושא במזונות הילד, לבין בן-זוג של הורה שלא עומד בקריטריונים האלה. הראשון יוכר כהורה והשני כזר. אך האם נישואין הם אכן פרמטר רלוונטי להורות תפקודית? ומה עם בן-זוג של הורה שחי עמו כידוע בציבור, חי עם הילד תחת קורת-גג אחת ומתפקד כהורה? במאמר אחר הציעה מייסון, עם קולגות נוספים, להרחיב את הגדרת ההורה למעשה גם למקרים כאלה. עם זאת, ההצעה היא שבמקרים של קהביטציה מתמשכת ההכרה בבן-זוג כהורה לא תהיה אוטומטית אלא תצריך הליך משפטי והסכמה של ההורה הביולוגי.⁶⁰ גם הרחבה זו מותירה סימני שאלה. מה, למשל, יהא הדין במקרה של בן-זוג של הורה המחויב בהסדר של משמורת משותפת עם ההורה הביולוגי השני – מה תיחשב "קורת-גג" במקרים כאלה? ומה צריכה להיות ההכרעה המשפטית אם הורה ביולוגי אחד מסכים והורה ביולוגי שני מסרב להעניק לבן-הזוג

בתנאים מוקדמים. השייכות הטבעית למשפחה הביולוגית היא תוצר לוואי של קשר הטבע והיא העומדת במרכז של זכות הילד למשפחתו הטבעית. זיקת השייכות הנגזרת מקול הטבע אינה דומה ואינה שווה לכל זיקה אחרת, ותהא זו הטובה והמעשירה שבזיקות. עוצמתה של זיקת השייכות הטבעית מקימה חוקה הנגזרת ממושכלות החיים ומציאות החיים כי טובת הילד היא כי ימצא אצל הוריו הטבעיים; בע"מ 377/05 פלוני ופלונית ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס' 188, 124 (1) (2005) (להלן: עניין פלוני נ' ההורים הביולוגיים).

57 ס' 7, 9 לאמנה בדבר זכויות הילד.

58 Bartlett, לעיל ה"ש 14, בעמ' 887-888; רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" משפחה ומשפט א' 163, 185 (2007).

59 מאז ומעולם לא יושמה הגישה "הטבעית" להורות באופן מלא ומוחלט; ראו לעיל ה"ש 8.

60 Mason et. al., לעיל ה"ש 3, בעמ' 520.

מעמד כשל הורה? וכיצד יש להתייחס לבן-זוג של הורה משמורן שלא פיתח יחסי הורות עם הילד ולא לקח חלק במזונותיו, למרות שחי עמו תחת קורת-גג אחת? מכאן שהניסיון – כמו זה של מייסון וסימון – להגדיר כללי משפט חד-משמעיים, שיכללו קטגוריה מסוימת של בני-זוג של הורים תחת ההגדרה המשפטית של הורות ויחריגו קטגוריה אחרת רק על בסיס משתנים כמו נישואין או קורת-גג משותפת, חוטאים למטרה בכך שהם מכירים בקשרי הורות במקום שלא היו בו כאלה ומדירים קשרים משמעותיים בין ילדים לבני-הזוג של הוריהם במקרים שדווקא נרקמו קשרים כאלה. היעדר היכולת להציע כללי משפט חד-משמעיים שיצביעו על הורים למעשה באופן קטגורי או קל להוכחה, עשוי לגרום ריבוי התדיינויות משפטיות שבהן מבוגרים יטענו שיש להכיר ביחסים שרקמו עם ילדים שאינם ילדיהם הביולוגיים. כידוע, התדיינויות גובות מחיר נפשי וכלכלי גבוה, במיוחד בהקשר המשפחתי ובפרט בהתדיינויות המערבות ילדים.⁶¹ עמימות משפטית מקטינה גם את היכולת להגיע להסדר מחוץ לכותלי בית המשפט בהתדיינויות קיימות.⁶² אי-הוודאות המשפטית ותוצאותיה מוחרפות אם הגדרת הסטטוס ההורי אינה נשענת רק על בחינת תפקודו ומעשיו של הטוען להורות, אלא גם על הקשר הרגשי בינו לבין הילד. אכן, גולדשטיין, פרויד וסולניט – שכתבתם הייתה הבסיס להכרה בסטטוס ההורי על בסיס תפקוד הורי – לא הסתפקו רק באלמנטים של טיפול ודאגה, אלא חיפשו גם את המרכיב הפסיכולוגי של מערכת היחסים.⁶³ מובן כי מרכיב זה לא רק מחריף את חוסר הוודאות אלא גם מחייב שימוש בבעלי מקצוע טיפוליים כמומחים, עם התוצאה הנלווית של הפיכת ההליכים המשפטיים למורכבים ויקרים עוד יותר. נוסף על אלו יש חשש לשימוש מניפולטיבי-בדיעבד במבחן ההורות התפקודית – למשל, לאחר פרדה יאיים בן-הזוג לשעבר לפתוח בהליכים כדי לזכות במעמד של הורה משפטי רק כדי לזכות ביתרונות כלכליים בהליך הפְּרָדָה הזוגי. חיסרון נוסף ומרכזי, לשיטתנו, של הגישה התפקודית, הנובע מהיות השאלה מיהו "הורה תפקודי" שאלה פתוחה החשופה להכרעות אידאולוגיות, נוגע לשיקול הדעת

61 ראו, למשל, Stephen A. Newman, *Grandparent Visitation Claims: Assessing the Multiple Harms of Litigation to Families and Children*, 13 B.U. PUB. INT. L.J. 21, 27-31 (2003) לטיעונים דומים על עמימות המביאה לריבוי התדיינויות בהקשר של הכרה במוסד הידועים בציבור בישראל ראו שחר ליפשיץ הידועים-בציבור – בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005) 208-109.

62 ראו Robert H. Mnookin & Lewis Kornhouser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

63 הגדרתם את ההורה הפסיכולוגי: "[O]ne who, on a continuing, day-to-day basis, through interaction, companionship, interplay, and mutuality, fulfills the child's psychological needs for a parent, as well as the child's physical needs". JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD & ALBERT J. SOLNIT, *BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD* 98 (2nd ed. 1979).

הרחב שהיא מקנה לבתי המשפט ולכוח שהיא מעניקה למדינה.⁶⁴ אפשר להניח כי ההכרעות בשאלה מי תפקד כהורה (שאפשר ויתייחסו אף לטיב התפקוד) יושפעו מההטיות של השופטים היושבים לדין.⁶⁵ משום כך, הורים השייכים לקבוצות החשופות לאפליה או לקבוצות שבשולי החברה צריכים לחשוש במיוחד מהגדרת הורות על בסיס תפקוד הורי, שכן יש חשש סביר כי בתי המשפט יעדיפו צדדים החולקים עמם את אותו רקע סוציו-אקונומי על-פני הורים השייכים לפריפריה החברתית-כלכלית.⁶⁶ חיסרון נוסף של הגישה התפקודית להורות הוא שגישה זו ממשיכה לשמר את הדיכוטומיה בין הורה לבין מי שאינו הורה. היא אמנם מרחיבה את מעגל המבוגרים היכולים לקבל הכרה משפטית כהורים, אך היא שבה ומסמנת גבולות ברורים וטוטאליים בין הורים לבין זרים ביחס לילד. סימון זה מתעלם ממנעד היחסים הנרקמים בין ילדים למבוגרים, שלא כולם עולים כדי יחסי הורות. כמו כן, נטיית המשפט המערבי להכיר רק

64 השוו מילי מאסס ועדי אופיר "דאגה, השגחה והפקדה: על אימוץ כפוי וסגור" עיוני משפט כט 257 (2006) (להלן: מאסס ואופיר "דאגה, השגחה והפקדה").

65 פסק הדין האמריקני *Painter v. Bannister* הוא דוגמה לסכנה הגלומה בשיקול דעת רחב כזה של מערכת המשפט. באותו עניין דובר במאבק משמורת על קטין בין אב לסבים. האב מסר את הילד למשמורת הסבים לאחר מות האם וילדה נוספת של בני-זוג בתאונת דרכים, לאחר שניסיונותיו המיידיים לטפל בילד לאחר התאונה הוכחו כלא מספקים. לאחר כשנה וחצי שבהן שהה הילד בבית הסבים נישא האב מחדש וביקש לקחת את הילד לביתו. הסבים התנגדו. בית המשפט פסק לטובתם של הסבים, תוך התעלמות מהעדיפות הניתנת להורים במשמורת על ידיהם כשהם ניצבים מול מי שאינם הורים. היעדר העדיפות לאב נעשתה משום שבית המשפט ראה את הסבים כבעלי סטטוס הורי בהיותם "ההורים הפסיכולוגיים" של הילד. פסק הדין ידוע (לשמצה) מכיוון שבית המשפט הדגיש לאורך כל הדרך את ההבדל בין הסבים (מצד האם) לבין האב ואת הרקע השונה שלהם. בעוד שהסבים היו אקדמאים, חברים מכובדים ופעילים בקהילתם, האב גדל במשפחה אומנת, לא למד לימודים אקדמיים וחי אורח חיים שבית המשפט הגדיר כ"בוהמי". אף-על-פי שבית המשפט הבהיר כי אין בכך כדי להוות את הבסיס להחלטתו, שניתנה רק על בסיס יחסי ההורות שהתפתחו בין הילד לסבים, ההתייחסות לכך מבהירה כי אורח החיים השונה של האב ושל הסבים בהחלט היה גורם בהחלטת בית המשפט. ראו, *Painter v. Bannister*, 140 N.W.2d 152 (Iowa, 1966), cert. denied, 385 U.S. 949 (1966) (להלן: עניין *Painter*).

66 לחשש זה בהקשר של הורות הומו-לסבית ראו, למשל, Nancy D. Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, 78 GEO. L.J. 459, 473 (1990); Brad Sears, *Winning Arguments/Losing Themselves: The (Dys)Functional Approach in Thomas v. Bartlett*, 29 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 559, 573-574 (1994). ראו גם *S. v. Robin Y.*, Bartlett, לעיל ה"ש

בשני הורים לכל ילד מובילה לכך שאימוץ הגישה התפקודית משמעו פעמים רבות ניתוק הקשר ההורי בין לפחות אחד מההורים הביולוגיים של הילד לבין הילד.⁶⁷ בוויכוח שבין המצדדים בנטישת פרדיגמת ההורות הטבעית לטובת הורות תפקודית לבין המתנגדים למהלך זה בהקשר של בני-זוג של הורים, אנו נוטות יותר לעבר האחרונים. אנו רואות חשיבות בשימורה של הגדרה מצומצמת של "הורה" הנשענת בראש ובראשונה על קשר הדם. הקר סבורה שיש זכות טבעית לקשר בין הורה ביולוגי לילדו ובלכר-פריגת סבורה שהטיעון המרכזי נגד התנתקות מהגדרות ביולוגיות להורות נעוץ בחשש מפני מתן כוח למדינה להגדיר מיהו הורה.⁶⁸ יתרה מזו: הממצאים האמפיריים שפורטו לעיל שכנעו אותנו שברוב המקרים לא נרקמים יחסי הורות במלוא מובן המילה בין בני-זוג של הורים לבין ילדי בני-זוגם. מכאן, שהכלים המשפטיים הדרושים להתמודדות עם תופעת המשפחות המשולבות צריכים להיות רגישים וגמישים יותר מאלו שמציעה הגישה התפקודית. לטענתנו, החלשה של עקרון הבלעדיות ההורית היא כלי רגיש וגמיש יותר – ולכן היא הדרך הראויה להכרה המשפטית במגוון היחסים הנרקמים בין בני-זוג של הורים לבין ילדי בני-זוגם.

(ב) החלשת הבלעדיות ההורית

כאמור, עקרון הבלעדיות ההורית משרטט כמה זכויות וחובות שיש רק להורים ביחס לילדיהם ומי שאינו הורה אינו יכול לטעון להן. ביקורת נוקבת נמתחה על עיקרון זה בעשורים האחרונים בכתיבה האקדמית, בפרט זו האמריקנית.⁶⁹ נטען כי במציאות המשפחתית המורכבת של ימינו ילדים יוצרים קשרים משפחתיים הדוקים לא רק עם הורים אלא גם עם מבוגרים שאינם הורים, דוגמת בני-זוג של הורים. על-פי הטענה, אי-ההכרה המשפטית במערכות יחסים אלו פוגעת באינטרסים של כל המעורבים, ילדים ומבוגרים. עוד עלו טענות הקושרות את עקרון הבלעדיות ההורית עם התפיסה של ילדים כקניין של הוריהם.⁷⁰ כל אלו היוו את הבסיס לטענה שבמקום לסווג אנשים בצורה

67 ראו, למשל, *Thomas S. v. Robin Y.*, לעיל ה"ש 50. פסק הדין נהפך בערעור. לביקורת על פסק הדין של הערכאה הראשונה ראו, למשל, *Sears*, לעיל ה"ש 66.

68 עמדתנו זו אינה עומדת בניגוד לעמדתנו שלפיה יש להסדיר משפטית את מתן ההכרה להורות במשפחות הומו-לסביות ללא מתן צו אימוץ. נושא זה חורג מנושא מאמר זה, אך נציין כי אפשר, למשל, להסדיר את קבלתו של "צו הורות" בדומה לצו הניתן להורים מיועדים בהתאם לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים, וכך להישאר בגדרה של התפיסה הפורמלית להורות, תוך הרחבתה באופן שיוכל להחיל את מגוון יחסי ההורות הנרקמים כיום.

69 Bartlett הייתה החלוצה לעניין זה. לכתובה בעקבותיה ראו, למשל, Alison Harvison Young, *Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of the Exclusive Family*, 6 AM. U.J. GENDER & L. 505 (1998); Matthew M. Kavanagh, *Rewriting the Legal Family: Beyond Exclusivity to a Care-Based Standard*, 16 YALE J.L. & FEMINISM 83 (2004).

70 Woodhouse, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1813.

דיכוטומית כהורים או כזרים ביחסם לילדים, על המשפט להכיר בקשת של מערכות יחסים שילדים יוצרים, על החובות והזכויות שמערכות יחסים אלו מביעות.⁷¹ כך יוכלו מי שאינם הורים לזכות בחלק מהזכויות ולהתחייב בחלק מהחובות ההוריות, באופן שישקף את מערכת היחסים שנוקמה בפועל בינם לבין הילדים.

אנו מסכימות עם הקריאה העקרונית להרחיב את ההכרה המשפטית במנעד היחסים הנרקמים בין ילדים למבוגרים שהם חלק מהתא המשפחתי שבו הילדים גדלים. גישה זו תואמת יותר את מציאות חייהם של ילדים הנקשרים ומקבלים טיפול, דאגה וטיפול ממגוון מערכות יחסים בדרגות שונות.⁷² עם זאת, אנו ערות למחירים שהכרה משפטית במערכות יחסים אלו עלולה לגבות אם תיושם באופן רחב וגורף מדי. לשיטתנו, מבקריו הרבים של עקרון הבלעדיות ההורית נכשלים בהבנת משמעותו של עיקרון זה במלואה ובהבנת התפקיד החשוב שהוא ממלא. אף כי נכון שילדים מפתחים במהלך חייהם – ואף זקוקים – למגוון רחב של מערכות יחסים עם מבוגרים בדרגות שונות של עצמה וקרבה, מערכת היחסים עם ההורים היא עדיין ייחודית.⁷³ במובנים רבים, אותה ייחודיות היא מרכיב מרכזי בהגדרתה של ההורות. מבחינה משפטית, ככל שיתאפשר למי שאינם הורים לזכות בזכויות ולקבל על עצמם מחויבויות המזוהות עם המעמד ההורי, ייטשטש הגבול בין הורים לשאינם הורים ותפחת הייחודיות של המעמד ההורי באופן שיחתור תחת עצם קיומו של מעמד משפטי זה.⁷⁴

מבחינה מעשית, שחיקת הרעיון שהורים הם היחידים שלהם מעמד משפטי בנוגע לילדיהם תקל על מי שאינם הורים לפנות לבית המשפט בתביעות בנוגע לילדים – האופן שיש לגדלם, לחנכם, עם מי על הילדים להתראות וכדומה – ותנמיך את הסף להחלפת שיקול דעתם של ההורים בשיקול דעתם של השופטים. ערעור עקרון הבלעדיות ההורית אף עשוי לאפשר הוצאה של ילדים מידי הוריהם והעברתם למי שאינם הורים בלי לעמוד בתנאים המחמירים של שלילת זכויות הוריות. במובן זה, החלשת עקרון הבלעדיות ההורית יכולה לרוקן מתוכן את העיקרון בדבר ייחוד הסטטוס ההורי בלי לעבור את החסמים המשפטיים שיש היום לביטולו, למשל דרך אימוץ.⁷⁵ אין זה מפליא אפוא

71 ראו למשל, Sears, לעיל ה"ש 66, בעמ' 575.

72 לטיעון כזה מההיבט הפסיכולוגי ראו Malcolm Bush & Harold Goldman, *The Psychological Parenting and Permanency Principles in Child Welfare; A Reappraisal and Critique*, 52 AM. J. ORTHOPSYCHIATRY 223, 228 (1982).

73 אפילו מריאן מייסון, המצדדת בהכרה בבני-זוג של הורים כהורים למעשה, הכירה בכך שהקשר הרגשי שבין בני-זוג של הורים שונה מהקשר הרגשי הקיים לרוב בין הורים ביולוגיים לבין ילדיהם. ראו Mason et. al., לעיל ה"ש 3, בעמ' 517.

74 ראו גם Ayelet Blecher-Prigat, *Rethinking Visitation: From a Parental to a Relational Right*, 16(1) DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1, 33-35 (2009).

75 גם כאן עניין Painter, לעיל ה"ש 64, יכול לשמש דוגמה טובה.

שהורים השייכים לקבוצות שוליות בחברה וחוששים למעמדם כהורים מבקשים להגן על עקרון הבלעדיות ההוריות ולבצרו, מחשש שכרסום בו יפגע בראש ובראשונה בהם.⁷⁶ נוסף על כל אלו, בדומה לחסרונות הגישה התפקודית, גם כאן החלשה של עקרון הבלעדיות ההורית עלולה להוביל לאי־ודאות, לעמימות, לריבוי התדייניות ולאפשרות לניצול מניפולטיבי.

אנו מבקשות להתמודד עם סכנת המדרון החלקלק הטמונה בהחלשת הבלעדיות ההורית בכמה דרכים. ראשית, אנו מתנגדות להכרה משפטית במונחים כגון "הורה חלקי", המסמנים את בן־הזוג כ"הורה" במובנים מסוימים וכ"זר" במובנים אחרים. בראש ובראשונה, הכרה בהורות חלקית היא מסוכנת מכיוון שטמון בה מסר של דילול המחויבות ההורית. מי שמוכרים כ"הורים" על־ידי המשפט צריכים לשאת בכל המחויבויות הנובעות מהאחריות ההורית. בכך יש גם מענה לחשש מפני התחמקות הורים מאחריות, על בסיס ההנחה שלפיה כשמספר רב של אנשים חולקים אחריות משותפת יש אצלם נטייה להעברת האחריות מהם והלאה.⁷⁷ האחריות הראשונית והעיקרית נותרת תמיד על כתפי ההורים, וכך הם גם הנשאים הראשוניים של הזכויות ההוריות. הכרה בחובות וזכויות של מי שאינם הורים היא אפשרית, אך היא חריג. מבנה זה של כלל וחריג גם מאפשר לנו לשמר את עקרון הייחודיות של הסטטוס ההורי, בשם הזכות הטבעית להורות, בצד החלשה של עקרון הבלעדיות ההורית. התנגדותנו להורות חלקית (הורים לצורך מזונות, הורים לצורך הסדרי ראייה וכדומה) נובעת גם מהרצון להימנע מפירוק הקטגוריה המשפטית של הורות ומהצגתה רק כאגד של חובות וזכויות שאפשר לפרק ולהרכיבו מחדש במגוון בלתי־מוגבל של אפשרויות.⁷⁸ אנו סבורות שתפיסה כזו של הורות עשויה לפגוע בתפקיד ההצהרתי והסמלי שממלאת התבנית המשפטית של הורות. הדיוטות אינם מודעים, ואינם יכולים להיות מודעים, לתכנים פרטניים של כללים משפטיים; לפיכך, הדרך שבה מועבר תוכנו של המשפט לידי הציבור, על המסרים והאידיאלים הגלומים בו, היא באמצעות אותן קטגוריות ותבניות משפטיות כלליות דוגמת "הורות" ו"נישואין".⁷⁹ פירוק המוסד המשפטי של הורות יפגע

76 ראו Polikoff, לעיל ה"ש 66, בעמ' 473; Sears, לעיל ה"ש 66, בעמ' 574-573.

77 Bartlett, לעיל ה"ש 14, בעמ' 945.

78 פירוק קטגוריות משפטיות לאגד הזכויות, החובות, החירויות וכדומה המרכיבות אותן הוא פרויקט שהעסיק תאורטיקנים משפטיים בעקבות כתיבתו של הופלד. ראו WESLEY N. HOHFELD, *FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS: AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING* (Walter Wheeler Cook ed., 1923). עיקר הכתיבה בהקשר הזה התמקדה באגד הזכויות המרכיבות את זכות הקניין ובאגד הזכויות המרכיבות את חופש הביטוי. על העיסוק התאורטי בקניין כאגד זכויות ראו, למשל, JEREMY WALDRON, *THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY* 27-30 (1989).

79 השווו' Hanoach Dagan, *The Craft of Property*, 91 CAL. L. REV. 1517, 1533 (2003), לדיון על תפקיד הקטגוריה המשפטית של "קניין" בהקשר זה.

בתפקיד חשוב זה של המשפט וימנע העברת מסרים ואידאליים הנוגעים ליחסי הורים וילדים.⁸⁰

אנו מבקשות להוסיף ולהתמודד עם האתגר של מתן הכרה משפטית ליחסים המשפחתיים המשמעותיים שנרקמים לעתים בין בני-זוג של הורים לבין ילדי בני-הזוג, בלי לשלם מחירים כבדים של ריקון הזכות להורות מתוכן, של עמימות, של שימוש מניפולטיבי ושל מעורבות-יתר של המדינה – כל זאת באמצעות גיבוש של מודל משפטי שיחלוש על מכלול הסוגיות המשפטיות הרלוונטיות ליחסי ילדים עם בני-הזוג של הוריהם בהווה ובעבר ובאמצעות דיון בכל סוגיה משפטית באופן ספציפי.

3. מודל משפטי מוצע

לשיטתנו, יש להכיר בשלושה ערוצים שדרכם אפשר להסדיר את מעמדם המשפטי של בני-זוג של הורים ביחס לילדים. הערוץ הראשון הוא לא להעניק לבן-הזוג הכרה משפטית כלשהי. אי-הכרה זו תסמן את בן-הזוג כ"זר" כלפי הילד. הערוץ השני הוא הענקת מעמד של "הורה" לבן-הזוג. מעמד זה יגרור את מכלול הזכויות והחובות ההוריות. הערוץ השלישי הוא אי-הכרה בבן-הזוג כ"הורה" אך הענקת זכויות או הטלת חובות ביחס לילד באופן חלקי, חרף היותן ככלל זכויות וחובות "הוריות". אנו סבורות כי יש חשיבות בשימוש מושכל בשלושת הערוצים הללו מכיוון שתופעת המשפחות הכוללות בן-זוג בהווה או לשעבר של הורה היא הטרוגנית עד כדי כך שאי-אפשר ולא צריך להכתיב כלל משפטי אחד שיחול על כולן. ההטרוגניות של התופעה מחייבת חריגה מהפרדיגמה הדיכוטומית המאפיינת את המשפט הקיים, הממקמת יחסי ילד-מבוגר רק בין שני קטבים של "הורות" ו"זרות"; יש ליצור כלים משפטיים להכרה בקשת של יחסים בין ילדים לבני-הזוג של הוריהם. אנו מבקשות לסרטט את הדרכים להמשגה המשפטית של המעמד של בן-זוג של הורה – לא מכוח יחסיו עם ההורה הביולוגי אלא מכוח היחסים שנרקמו, אם נרקמו, בינו לבין הילד. יחסים אלה והאינטרסים שהצמיחו – הן של הילד והן של בן-הזוג של ההורה – מחייבים הכרה והגנה. עם זאת, יש להכיר ולהגן עליהם תוך מזעור הפגיעה בסטטוס ההורי ובזכויות ההוריות של ההורים הביולוגיים.

מכל האמור לעיל עולה כי על המחוקק לנהוג משנה-זהירות כשהוא מעניק מעמד משפטי לבן-זוג של הורה בקשר לילד של בן-זוגו. מחד גיסא עליו לפתוח את האפשרות להכרה בקשרים שנרקמו בין הילד לבין בן-הזוג של הוריהו, ומאידך גיסא אל לו לקבוע אפריורית מה יהיה טיב היחסים הללו. כמו כן, יהיו מקרים רבים שבהם ההכרעה אם נוצרו יחסים בין בן-זוג של הורה לבין הילד של בן-זוגו, המצדיקים הכרה משפטית, תובא לפתחו של בית המשפט או של רשויות אוכפות חוק אחרות, דוגמת המוסד לביטוח לאומי. אנו מבקשות להציע מודל משפטי שבמרכזו שני צירים: הציר הראשון מתמקד

80 ראו גם Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 73, בעמ' 31-33.

בטיב היחסים שנרקמו בין הילד לבין בן-הזוג של הורה. ככל שמערכת היחסים משמעותית יותר עבור הילד ובן-הזוג כך יש להכיר מבחינה משפטית בקיומה. הציר השני מתמקד במידת הפגיעה שתגרם ההכרה המשפטית ביחסי בן-הזוג של ההורה והילד לסטטוס ההורי של מי מההורים הביולוגיים. ההנחה הנורמטיבית שלנו היא שיש להימנע ככל שאפשר מפגיעה בסטטוס ההורי של הורה ביולוגי; לכן, ככל שפגיעה זו חמורה יותר כך יש להחמיר את הדרישות בציר מערכת היחסים שבין הילד לבין בן-הזוג של ההורה.

לגבי שני הצירים הללו אנו מציעות לקבוע פרמטרים מנחים שיכוונו את מלאכת החקיקה ואת מלאכת הפסיקה בכל הקשור להכרה המשפטית ביחסי הילד ובן-הזוג בהווה או בעבר של הורה. זאת, כדי לייצר אחידות ועקביות חקיקתית וכדי לייצר ככל שאפשר התדיינויות משפטיות מיותרות והפניות למומחים טיפוליים לשם קביעה של עצמת הקשר שבין בן-הזוג לבין הילד. הפרמטרים שלהלן נובעים מהידע האמפירי שהוצג ומהמסגרת הנורמטיבית שהתוונו לעיל, והם כוללים:

1. מגורים משותפים: אם בן-הזוג חלק קורת-גג משותפת עם הילד, יש להניח כי הוא יצר עם הילד קשר משמעותי יותר מאשר אם לא חי איתו במשק בית משותף.
2. גיל הילד במועד ההיכרות עם בן-הזוג של הורה: ככל שגיל הילד היה צעיר יותר בעת היכרותו עם בן-הזוג של הורה אזי יש להניח כי הקשר שנרקם ביניהם משמעותי יותר.
3. משך הקשר בין בן-הזוג של ההורה לבין הילד: ככל שפרק הזמן שבו היו הילד ובן-הזוג בקשר ארוך יותר, כך יש להניח כי הקשר שנרקם ביניהם משמעותי יותר.
4. תדירות וטיב הקשר בין הילד לבין ההורה הלא-משמורן: ככל שהקשר בין הילד לבין ההורה הלא-משמורן הדוק יותר, כך יש להניח כי הקשר שנרקם בינו לבין בן-הזוג של ההורה המשמורן משמעותי פחות.
5. מידת התמיכה הכלכלית של בן-הזוג של ההורה בילד: ככל שבן-הזוג של ההורה תמך בילד מבחינה כלכלית, ובמשך תקופה ממושכת יותר, כך יש להניח כי הילד פיתח תלות כלכלית בבן-הזוג של ההורה.
6. מילוי תפקידים הוריים: ככל שבן-הזוג של ההורה מילא יותר תפקידים הוריים, כגון הכנת אוכל, טיפול בעת מחלה, עזרה בהכנת שיעורי בית ומשחק, כך יש להניח כי הוא רקם קשר משמעותי יותר עם הילד.
7. רצון הגורמים המעורבים: יש ליצור מדרג היררכי שעל-פיו יש להעניק משקל ראשון במעלה לרצון הילד במתן הכרה משפטית לקשר שיצר עמו בן-הזוג של ההורה, ובשימור הקשר הזה במקרה של פרדה בין ההורה הביולוגי לבן-הזוג. משקל משני אך משמעותי יש להעניק לרצון של כל אחד מההורים הביולוגיים. לבסוף, יש להעניק משקל – גם אם פחות מזה שניתן לרצון של ההורים הביולוגיים – לרצון בן-הזוג של ההורה.

אנו סבורות כי שני הצירים שסרטטנו לעיל, עם רשימת הפרמטרים המנחים, מחדדים את ההבדל התאורטי שבין הגישה התפקודית להורות לבין גישתנו, המבקשת לשמר את הסטטוס ההורי תוך החלשה זהירה של הבלעדיות ההורית. המודל המוצע גם ימזער את הסכנות הצפויות מהחלשת הבלעדיות ההורית בכך שהוא מעניק מקום משמעותי לרצון ההורים, מסמן את החלשת הבלעדיות ההורית כחריג לכלל, מצר את מנעד הנסיבות שבהן יכול בן-זוג של הורה לטעון להכרה בקשר שרקם עם הילדים ממניעים מניפולטיביים, מצר את שיקול הדעת השיפוטי ומחליש את הצורך בפנייה למומחים טיפוליים.

כעת, הן כמיפוי בעל ערך כשלעצמו של המשפט הקיים והן כנדבך נוסף בהתמודדות עם האתגר הטמון בהחלשת הבלעדיות ההורית הדרושה בדרך לסרטוט המשפט הרצוי בקשר ליחסי ילדים ובני-זוג של הורים, נעבור לסקירת הסוגיות המשפטיות הספציפיות ולבחינה ביקורתית שלהן לאור העקרונות והפרמטרים המנחים של המודל המוצע.

ג. יישום המודל התאורטי על הדין הקיים

1. אימוץ

אימוץ פורמלי הוא המסלול המשפטי היחיד המאפשר לבן-זוג של הורה להיות מוכר כהורה לילד של בן-זוגו במלוא מובנה המשפטי של המילה. הדין הישראלי אינו מכיר ברעיון של אימוץ בפועל כיוצר יחסי הורות.⁸¹ חוק האימוץ קובע כי האימוץ הפורמלי יוצר בין המאמץ למאומץ את אותן חובות וזכויות שבין הורים לילדיהם, ומקנה למאמץ את אותן סמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם. החוק הישראלי מכיר באפשרות

81 הכרה ברעיון של אימוץ בפועל היא למעשה הכרה בהגדרת ההורות על בסיס רעיון ההורות התפקודית, שאליה אנו מתנגדות. במשפט הישראלי היה, לכאורה, פתח צר מאוד להכרה באימוץ בפועל בעקבות ע"א 457/63 רבינוביץ נ' יורשי המנוחה גרשטיין, פ"ד יח 659 (1964). פסק דין זה הכיר ביחסי אימוץ בפועל לעניין חוק הגנת הדייר. עם זאת, פסיקה מאוחרת הבהירה כי אימוץ בפועל אינו יכול לבסס הכרה משפטית ביחסי הורות לכל דבר ועניין, ופסק דין רבינוביץ' פורש כמעניק הכרה לאימוץ בפועל בהקשר מצומצם של הטבות סוציאליות. כך, למשל, לעניין ירושה קבע בית המשפט העליון חד-משמעית כי לא יוכרו יחסי מאמץ-מאומץ ללא צו אימוץ פורמלי (ע"א 8030/96 יהוד נ' יהוד, פ"ד נב(5) 865 (1999)). למעשה, מלבד עניין רבינוביץ' לא פורסם פסק דין בו הוכרו יחסי אימוץ בפועל. עוד ראו שיפמן דיני המשפחה ב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 92-95. לאור פרשנות זו של רעיון האימוץ בפועל במשפט הישראלי, מדובר למעשה בהכרה נקודתית ביחסי הורות שנקמו בפועל, בהתאם להחלשת עקרון הבלעדיות ההורית, המאפשר הכרה בזכויות והטבות הנלוות ככלל ליחסי הורים-ילדים גם בהקשר של יחסי ילדים עם מי שאינם הורים אך תפקדו כהורים.

שבני-זוג של הורה יאמץ את ילדו.⁸² יש פסקי דין הקובעים כי אפשרות זו פתוחה רק לפני בני-זוג הנשואים להורה.⁸³ עם זאת, בית המשפט העליון כבר אפשר לבת-זוג של אב לאמץ את בתו למרות שלא הייתה נשואה לו; נקבע כי יש נסיבות המצדיקות שימוש בסעיף החריגים שבחוק האימוץ והכרה באפשרות האימוץ של ידוע בציבור של ההורה הביולוגי.⁸⁴

82 הכלל הקבוע בס' 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293 (להלן: "חוק האימוץ") קובע כי "אין אימוץ אלא על-ידי איש ואשתו יחד"; אולם ס' 3(1) קובע כי בית משפט רשאי ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד (קרי, לא לאיש ואשתו יחדיו) "אם בן-זוגו הוא הורה המאומץ [...]".

83 ע"מ (מחוזי חי') 200/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.3.2000). התוצאה של פסק הדין נהפכה על-ידי בית המשפט העליון בע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז"ד (1) 69 (2002), שיידון להלן בה"ש 84, אך פסק הדין של בית המשפט העליון לא הפך את פרשנות המונח "בן-זוג" כפי שנקבעה בעניין זה; ת"א (משפחה-י) 41/97 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.1.2000). פסקי דין אלו התייחסו לפירוש המונח "בן-זוג" של הורה הקבוע בס' 3(1) לחוק האימוץ הנזכר לעיל וקבעו כי הכוונה לבן או בת-זוג מנישואים בלבד. לאחרונה הוציא היועץ המשפטי לממשלה הנחיה לפרשנות שונה של הסעיף כך שתייחס גם לבני-זוג שאינם נשואים, ראו לעיל ה"ש 17.

84 עניין פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, שם. חשוב לציין שבאותו מקרה הבת שאומצה הייתה בגירה ואמה הביולוגית נפטרה. קשה לדעת עד כמה יישענו בתי המשפט בעתיד על פסק דין זה בנסיבות שבהן מדובר בקטין ששני הוריו הביולוגיים חיים. כמו כן, מתן האפשרות לידועה בציבור של האב לאמץ את הילדה לא נעשתה מתוך הכרה בהיותה "בת-זוג" של האב כאמור בס' 3(1) לחוק האימוץ, אלא בדרך עקיפה ומלאכותית הנשענת על ס' 3(2) לחוק האימוץ, שלפיו אדם יכול לאמץ ילד כמאמץ יחיד "אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי" – וזאת מתוך חוסר רצון להרחיב את הזכויות הניתנות למי שאינם נשואים כדין ולפתוח פתח להכרה בזכויות אימוץ של בני-זוג מאותו המין. מובן שבמקרה זה היה אביה של הנערה בין החיים והמאמצת המיועדת לא הייתה קרובת משפחה של הנערה במובן המקובל של המונח. למעשה, התנאי היחיד שהתקיים לגביה היה היותה לא נשואה (שהלא היא ואבי הילדה חיו כידועים בציבור). בית המשפט פנה, לפיכך, גם לס' 25(2) לחוק האימוץ, המאפשר לבית המשפט לאשר אימוץ יחיד גם אם הורי המאומץ לא נפטרו והמאמץ אינו קרוב משפחה, אם הדבר לטובת המאומץ. עם זאת, לאחר שניתן פסק דין זה נתן בית המשפט העליון את פסק הדין בעניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 17, שאישר אימוץ צולב במשפחה הלסבית. גם כאן לא היה זה מתוך הכרה בהיות שתי הנשים "בנות-זוג" אלא תוך הישענות על אותה דרך מלאכותית המשלבת את ס' 3(2) ו-25(2) לחוק האימוץ. בעקבות פסק דין זה קיים היועץ המשפטי לממשלה דיון בנושא אימוץ ילדים על-ידי זוגות בני אותו המין, בהשתתפות גורמים הנוגעים בדבר במשרד הרווחה ובמשרד המשפטים. בעקבות הדיון פרסם היועץ המשפטי הנחיה שלפיה המונח "בן-זוג" שבס' 3(1) לחוק אימוץ ילדים לחוק כולל גם בן-זוג מאותו המין המבקש לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן-זוגו. לפיכך, הוא הנחה כי "[...] בנסיבות של אימוץ ילדו, הביולוגי או המאומץ, של בן-זוג חד-מיני, יש לנקוט בהליך לפי ס' 3(1) כאמור, שהוא דרך המלך ההולמת מקרים אלה, ולא בהליך העקיף והמלאכותי לפי ס' 3(2), ביחד עם ס' 25(2) לחוק". אפשר להניח מקל וחומר שהמונח "בן-זוג" יפורש ככולל גם בני-זוג הטרוסקסואלים החיים

לענייננו, חשוב לציין כי בתי המשפט הישראליים מסתייגים מאימוץ פתוח, כלומר: אימוץ המאפשר את המשך הקשר בין ההורה הביולוגי שבנעליו נכנס המאמץ לבין הילד המאומץ.⁸⁵ לכן, ברוב המקרים מדובר באימוץ סגור, המפסיק את כל הזכויות והחובות שבין ההורה הביולוגי ומשפחתו לבין הילד המאומץ, למעט לעניין ירושה, כפי שיובהר בהמשך.⁸⁶ ההעדפה של בתי המשפט את האימוץ הסגור מקטינה את הסיכוי לקבל צו שיאפשר לבן-זוג של הורה לאמץ את ילדי בן-זוגו כשההורה הביולוגי השני בחיים. זאת, מכיוון שחוק האימוץ קובע מגבלה שלפיה ילד יאומץ רק אם שני הוריו הסכימו לכך או שהילד הוכרז בר-אימוץ.⁸⁷ במקרים שבהם ההורה הביולוגי השני מתנגד לאימוץ, יידרשו ההורה ובן-זוגו להוכיח כי ראוי להכריז על הילד כבר-אימוץ – עניין לא פשוט כלל ועיקר. המחוקק מאפשר להכריז על קטינים כברי-אימוץ אם, למשל, אי-אפשר לברר את עמדתו של ההורה הביולוגי או שההורה הביולוגי הפקיר את הילד או שאינו מסוגל לדאוג לילד.⁸⁸ כאמור, מכיוון שאימוץ פתוח אינו מקובל בישראל, סביר להניח שמרבית ההורים הביולוגיים יטרפדו ניסיון של בן-זוג של ההורה השני לאמץ את ילדו, כי הדבר יוביל לניתוק הקשר המשפטי (ואולי בעקבותיו גם הקשר המהותי) בינם לבין ילדם. רק במקרים נדירים שבהם אפשר להוכיח כי ההורה השני סובל מאי-כשירות הורית קיצונית או מתנכר לילד, ייתכן שיינתן צו אימוץ גם בהיעדר ההסכמה של ההורה השני. כך קרה, למשל, במקרה שבו אם ביולוגית ובן-זוגה ביקשו מבית המשפט לאפשר לבן-זוג לאמץ את ילדה בן השתיים-עשרה של האם. בית המשפט נעתר לבקשה מכיוון שאביו של הילד זנח אותו ועקבותיו נעלמו מאז שהילד היה בן שלוש.⁸⁹

כידועים בציבור של ההורה בלי קשר נישואים פורמלי, וגם לגביהם יישען הליך האימוץ על ס' 3(1) לחוק. ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה לנושא "אימוץ ילדים ע"י בני זוג מאותו מין" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה www.justice.gov.il/MOJHeb/News/imuz.htm (כל האתרים נצפו לאחרונה ביום 11.1.2010).

85 מאסס ואופיר "דאגה, השגחה והפקרה", לעיל ה"ש 64.

86 ס' 16 לחוק האימוץ.

87 ס' 8 לחוק האימוץ. המחוקק מטיל מגבלות נוספות על אפשרות האימוץ, לרבות שהמאמץ יהיה בן דתו של המאומץ, שהמאומץ היה סמוך לשולחן המאמץ לפחות שישה חודשים לפני מתן צו האימוץ, ושם מלאו למאומץ תשע שנים או שהוא צעיר יותר אך מבין יותר אך מבין בדבר – הוא מסכים לאימוץ; ראו ס' 7-5.

88 ס' 13 לחוק האימוץ.

89 למרבה הצער, כחמש שנים לאחר שניתן צו האימוץ ביקש האב המאמץ לבטל את צו האימוץ בטענה שיחסיו עם האם עלו על שרטון. בית המשפט דחה את תביעת האב המאמץ כשהוא קובע ש"ילד שאומץ אינו כדור משחק שזורקים אותו הלוך ושוב"; ראו המ' (מחוזי נצ') 725/83 אלמוני נ' מדינת ישראל, פ"מ התשמ"ד(3) 265 (1984). בהקשר זה יש לציין כי גם הילד המאומץ, לכשגבר, יכול לבקש את ביטול צו האימוץ; ראו בש"א (משפחה י-ם) 17/98 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 12.12.1999).

בניגוד לעמדתם של בתי המשפט, המלומד שיפמן סבור כי דווקא מקרים של אימוץ "ילד חורג" – קרי: אימוץ על-ידי בן-זוג של הורה – הם המקרים המתאימים לאימוץ פתוח. זאת, מכיוון שסוג אימוץ זה מאפשר את המשך הקשר של הילד עם ההורה הביולוגי שעמו הוא אינו חי. לטענתו של שיפמן, במקרים שבהם הורים התגרשו והילד חי עם אחד מהם ועם בן-הזוג החדש של ההורה המשמורן, לא יעלה על הדעת לנתק את הילד מהורהו הביולוגי השני. עם זאת, מגורי הילד עם בן-הזוג החדש יכולים להבשיל לכדי יחסים הדוקים שיש לתת להם ביטוי משפטי. אימוץ פתוח יאפשר לילד ליהנות מקשר מטיב עם שלושת המבוגרים הקשורים אליו בקשר הורי.⁹⁰

אנו סבורות כי עמדת הדין הקיים, המאפשרת להעניק סטטוס "הורה" לבן-זוג של הורה רק על-ידי שימוש במוסד הפורמלי של אימוץ ודוחה את האפשרות להעניק סטטוס כזה על בסיס אימוץ בפועל, היא עמדה ראויה. אנו גם סבורות שהשימוש במוסד האימוץ להענקת סטטוס של הורה לבן-זוג של הורה אכן צריך להיעשות במשורה כשיש התנגדות מצד ההורה שאינו חי עם הילד. עם זאת, לגישתנו יש להגמיש במעט את התנאים להוצאת צו אימוץ לטובת בן-הזוג במקרים אלו. לדעתנו אין להגבילם רק למקרים קיצוניים של התנכרות או אי-מסוגלות הורית, אלא לאפשר את האימוץ גם כשההורה שאינו חי עם הילד אינו מעורב בחיי היומיום שלו.

כאשר ההורה שהילד אינו חי עמו מתנגד לאימוץ, אישור האימוץ יהווה פגיעה קשה בסטטוס ההורי. לפיכך, על בסיס המודל שסרטטנו יש לבחון היטב את יחסי הילד עם בן-הזוג של ההורה – ורק אם התנאים מעידים על קשר משמעותי, עמוק ומתמשך יש לאפשר את האימוץ.⁹¹ כפי שציינו, המחקרים מראים כי תנאים אלו מתקיימים רק במיעוט המקרים.⁹²

משקל מרכזי בנוגע לאישור האימוץ צריך להינתן לרצון הילד. יש לזכור שכאשר מתקיימים התנאים בדבר קשר משמעותי בין הילד לבן-הזוג של ההורה (ובהם, כאמור, משך הזמן שבן-הזוג חי עם הילד), אזי במקרים רבים יהיה מדובר בילד המסוגל לחוות ולהביע דעה.⁹³

90 שיפמן דיני המשפחה ב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 71-74. עמדה דומה הביעה גם המלומדת האמריקנית מרשה גריסון; ראו Marsha Garrison, *Why Terminate Parental Rights*, 35 STAN. L. REV. 423 (1983).

91 כאמור בפירוט המודל המשפטי המוצע, יש לבחון את גיל הילד במועד ההכרות עם בן-הזוג של ההורה, את משך הקשר של ההורה ובן-הזוג ואת קיומם של מגורים משותפים.

92 ראו טקסט נלווה לה"ש 33-37 לעיל.

93 על זכות הילד להישמע ועל הצורך לפתח מנגנונים המותאמים לגילו של הילד כך שזכותו להישמע תישמר, ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו 97 (2003).

לשיטתנו, בשונה מהדין הקיים, במקרים שבהם מאושרת בקשת האימוץ על אף התנגדות ההורה שאינו חי עם הילד, וכאשר הורה זה הוא כשיר וקשר עמו לא יגרום נזק לילד – אזי על אף צו האימוץ יש לאפשר את המשך הקשר בין הילד לבין אותו הורה. המורכבות המשפחתית בעידן העכשווי מחייבת להרחיב את מוסד האימוץ לאימוצים פתוחים ולהכרה בכך שלילד עשויים להיות יותר משני הורים משפטיים.⁹⁴ כפי שטען שיפמן, סביר שההתנגדות של הורה ביולוגי לאימוץ פתוח תהא חלשה מהתנגדותו לאימוץ סגור.

לטעמנו, הכרה באפשרות של אימוץ פתוח, עם הגבלתה למקרים נדירים שבהם ההורה הביולוגי אינו מעורב באופן יומיומי בחיי הילד ואילו בן-הזוג של ההורה השני משמש הורה בפועל, מאפשרת איזון ראוי בין הגנה על הזכות להורות לבין ההכרה בכך שיש מקרים שבהם בן-זוג של הורה מתפקד כהורה בפועל ורוקם עם הילד יחסי הורה-ילד לכל דבר. עדיין, לשיטתנו, התנגדות של הורה ביולוגי לצו אימוץ לבן-זוג של ההורה השני, כשמדובר בהורה המעורב בחיי הילד, היא סיבה מספקת לאימתן הצו. זאת, בשם תפיסת הזכות להורות כזכות טבעית וחשובה, בשל החשש מהמרתה בשיקול הדעת של בתי המשפט, ובשל ההכרה בדרכים אחרות שבהן אפשר לתת מענה משפטי ליחסים הנרקמים בין ילד לבין בן-הזוג של הורה, דוגמת צו אפטרופסות.

2. אפטרופסות

החוק הישראלי קובע כי הוריו של ילד הם האפטרופסים הטבעיים שלו, ואפטרופסותם "כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".⁹⁵ עם זאת, באמצעות צו אפטרופסות

94 היעדר הכרה ב"אימוץ בפועל" והכרה בלעדית בהליך אימוץ פורמלי כיוצר יחסי הורות משפטיים מבדיל את עמדתנו מגישת ההורות התפקודית, המתמקדת ביחסים שנוקמו בפועל ללא צורך בהליך פורמלי משפטי. ההכרה באימוץ פתוח יש בה סטייה מסוימת מהתפיסה המקובלת של בלעדיות הסטטוס ההורי, שלפיה לכל ילד יכולים להיות שני הורים בלבד. עם זאת, התפיסה שלפיה לכל ילד שני הורים בלבד אינה מתחייבת מעקרון הבלעדיות ההורית, המבחין בין "הורים", המחזיקים בכל הזכויות והחובות ביחס לילד, לבין "זרים", שאין להם כל מעמד משפטי ביחס לילד. הכרה בשלושה הורים משפטיים עדיין עולה בקנה אחד עם הבחנה זו.

95 ס' 14, 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות. כאפטרופסים של ילדיהם, ההורים יכולים גם לקבוע את שמו ושם משפחתו של הקטין. ס' 3, 4 לחוק השמות, התשט"ז-1956, ס"ח 94. בהקשר זה עלתה שאלה בנוגע לשינוי שם משפחתו של ילד לשם משפחתו של בן-הזוג של האם. אמנם שינוי שם משפחתו של הקטין לשם משפחת בן-הזוג של האם הוא בעל משמעות רבה בכל הנוגע לקשר שבין הקטין לבן-הזוג, שכן שמו של אדם מהווה חלק מאישיותו וחלק משמעותי מ'האני החברתי' שלו. ראו אוריית קמיר "לכל אשה יש שם (התפתחויות בחקיקה ופסיקה בתחום זכותה של אשה

לבחור שם – קריאה טקסטואלית, משפטית ופמיניסטית" משפטים 327 (1996). עם זאת, לבן-הזוג אין מעמד משפטי בבקשה לשינוי שמו של הקטין, וההורה או ההורים יחדיו הם הצדדים להליך המשפטי בבקשה לשינוי השם. חוק השמות קובע בס' 13 כי הוריו של קטין יכולים לשנות את שם משפחתו רק באישור של בית משפט. כאשר כל הנוגעים בדבר מסכימים לבקשת השינוי ייטה בית המשפט לאשר את הבקשה. כך קרה, למשל, במקרה שבו שני הורים ביולוגיים גרושים הגישו בקשה מוסכמת כי לשם המשפחה של בתם יצורף שם המשפחה של בעלה של האם. בבקשה נטען כי הילדה שומרת על קשר טוב עם אביה הביולוגי אך גדלה במשפחת אמה ובעלה השני. הבקשה אושרה, בין היתר, מכיוון ששני ההורים הביולוגיים היו מאוחדים בדעתם שהשינוי משרת את טובת הילדה. ראו ע"א 264/68 פלוני ואלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 169 (1968). גם כאשר ההורה הביולוגי, שעמו לא חי הילד, מתנגד לבקשה לשנות את שם המשפחה של הילד לשם משפחת בן-הזוג של ההורה הביולוגי שעמו הילד מתגורר, ייתכן שבית המשפט ייעתר לבקשה אם הוא סבור כי השינוי משרת את טובת הילד. כך, למשל, בית המשפט דחה בקשה של אב ביולוגי למנוע את שינוי השם של בתו לשם המשפחה של בן-הזוג של האם מכיוון שהאב הביולוגי לא היה בקשר עם הילדה מאז לידתה, מכיוון שהילדה מכירה את עצמה בשם משפחת בן-הזוג של אמה ורואה בו אבא לכל דבר, ומשום שהיא אינה מוכנה לשאת את שם משפחתו של אביה הביולוגי. ראו ע"א 486/72 פלוני נ' אלמונית, פ"ד כז(2) 673 (1973). יצוין כי גם כאן הצדדים להליך היו רק שני ההורים ולבן-הזוג לא היה מעמד לטעון בשם הקטין. ראו גם תמ"ש (משפחה י-ם) 27481/99 פ.ס. נ' פ.ש. (פורסם בנבו, 11.2.2004). יש מצבים שבהם האם שעמה חי הילד מבקשת לשנות את שם משפחתו של הילד לשם המשפחה של בן-הזוג המתפקד כהורה של הילד, כחלק מניסיונה להסתיר מהילד כי בן-הזוג של אמו אינו אביו הביולוגי. בתי המשפט נוטים שלא לאשר בקשות כאלה וחלק מהשופטים רואים בחומרה את הניסיון להסתיר מהילד את זהותו הביולוגית. ראו עוד תמ"ש (משפחה י-ם) 27150/00 הקטין א.י.פ. נ' מ.י.פ. (פורסם בנבו, 29.6.2003); תמ"ש (משפחה חי') 13900/03 מ.ק. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.2.2004).

מצב נוסף המערור שאלות הקשורות לשם המשפחה של הילד במשפחה משולבת הוא המצב הטרגי שבו הילד נפטר ומתעורר ויכוח באשר לשם שיונצח על המצבה. מצב כזה נוצר במקרה של סגן סיגלית בסט, שנפלה בעת שירותה הצבאי. הוריה הביולוגיים של סיגלית התגרשו כשהייתה בת שנה וחצי, והיא גדלה רוב חייה במחיצת אמה ובעלה השני. אביה הביולוגי של סיגלית לא שמר איתה על קשר. היא החליטה לשנות את שמה לשם משפחתו של בן-הזוג של אמה ובקשתה נענתה. לאחר פטירתה של סיגלית, ובשל רצונו של האב הביולוגי כי שם משפחתו יופיע על המצבה, החליטה המועצה הציבורית להנצחת החייל שעל המצבה יהיה כתוב שם משפחתו של האב הביולוגי. זאת, חרף התנגדות האם הביולוגית ובן-הזוג, שביקשו כי רק שמו הפרטי של האב הביולוגי יוזכר. בדיון בבית המשפט העליון התברר כי אין כללים ברורים באשר לאופן ההנצחה כאשר לחייל המנוח יש שם משפחה השונה משם אביו הביולוגי. ראו בג"ץ 556/83 בסט נ' שר הביטחון, פ"ד לח(1) 177 (1984). בית המשפט הקפיא את החלטת המועצה במקרה הספציפי עד שיוצאו כללים מחייבים לגבי אופן ההנצחה במקרים שבהם הנפטר נולד להורים שנפרדו זה מזה ונישאו מחדש לאחרים. ב-1997 הוצאו תקנות הקובעות כללים לכיתוב על מצבות שבהן נקבע כי על המצבה הצבאית יופיע כיתוב אחיד שיכלול, בין היתר, את השם הפרטי ושם המשפחה של המנוח, וכן שם משפחה קודם וכינוי – לפי בקשת "קרוב". "קרוב" יכול גם להגיש בקשה לכיתוב אישי על המצבה. הגדרת "קרוב" אינה כוללת "הורה חורג" או "בן-זוג של הורה", וכך נשללה יכולתו של מי שעונה להגדרות אלו להשפיע

אפשר להעניק הכרה משפטית, ולו חלקית, ליחסים בין בן-זוג של הורה לילד. החוק מאפשר למנות לקטין אפטרופוס נוסף על ההורה הביולוגי, לרבות כשאחד ההורים מת, הוכרו פסול דין, או אינו מסוגל או נמנע ממילוי חובותיו כאפטרופוס.⁹⁶ בדומה לחוק האימוץ, גם כאן מדובר בנסיבות חריגות של חוסר מסוגלות הורית או התנכרות של ההורה הביולוגי כלפי הילד. עם זאת, מכיוון שצו אפטרופוסות לבן-הזוג של ההורה – בניגוד לצו אימוץ – אינו שולל את המעמד של ההורה הביולוגי השני ויכול להסדיר רק חלק מההיבטים הקשורים לדאגה לילד, ייטו בתי המשפט לעשות בו שימוש תדיר יותר מאשר בצו אימוץ. כך, למשל, הסכים בית המשפט להעניק לבן-זוג של אם צו אפטרופוסות על בנה לאחר שבקשה למתן צו אימוץ הוסרה בהיעדר יכולת לאתר את האב ולקבל את הסכמתו. במקרה זה התגרשו ההורים הביולוגיים כשהיה הילד בן שנתיים ומאו ניתק האב את הקשר עם בנו. בן-זוגה של האם גידל את הילד כבנו מאז שהיה בן ארבע.⁹⁷ עדיין, הסייגים שהחוק מטיל על האפשרות למנות לילד אפטרופוס נוסף על ההורה הביולוגי הופכים את מתן צו האפטרופוסות לבן-זוג של הורה לאפשרות נדירה ולא לכזו שמכירה בקיומם של שלושה מבוגרים מטיבים בחייו של הילד.⁹⁸ כך כשהורה בפועל וההורה הביולוגי הם בני-זוג; קל וחומר כשהם נפרדים. אין בנמצא

על הכיתוב שעל מצבת הילד של בן-זוגו שנהרג במסגרת שירותו הצבאי. ראו תק' 1-3 לתקנות בתי קברות צבאיים (כללים לכיתוב על מצבות), התשנ"ז-1997, ק"ת 678; תוס' 1 (א) לחוק בתי קברות צבאיים, התש"ל-1950, ס"ח 258. על-פי התקנות, בקשתו של "קרוב" צריכה להיות "על דעת שאר הקרובים", ולכן במקרה של סגן בסט ייתכן כי בקשת האב הביולוגי להוספת שמו הייתה נדחית בשל התנגדות האם. ניסיונותינו לברר איזה כיתוב נחקק לבסוף על המצבה לא צלחו. באתר ההנצחה הווירטואלי של משרד הביטחון מופיעה סיגלית עם שם המשפחה "בסט", ואף מפורטות נסיבות חייה המשפחתיות ובחירתה בשינוי שם משפחתה. ראו www.izkor.mod.gov.il/izkor86.asp? t=510388.

96 נסיבות נוספות למינוי אפטרופוס נוסף הן כאשר האפטרופוסות של ההורה נשללה, כשהות ההורה אינה ידועה וכשההורה לא היה נשוי להורה השני ולא הכיר בקטין כילדו; ראו חוק הכשרות המשפטית. בדיון על צו אפטרופוסות ישמע בית המשפט את עמדתו של הקטין בעניין, אם אפשר לברר את דעתו; ראו ס' 36 לחוק.

97 הקשר של הילד ושל בן-הזוג של אמו היה כה הדוק עד שכאשר הילד בגר והיה לאיש צעיר הסכים בית המשפט למסד את הקשר ביניהם ולהעניק להורה בפועל מעמד משפטי של מאמץ; ראו ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160 (1997).

98 לדיון בנסיבות החריגות למתן צו אפטרופוסות כשההורה הביולוגי חי ומתפקד ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 13931/99 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 18.9.2000). למעשה, אין בירינו נתונים על מספר צווי האפטרופוסות שניתנים לבני-זוג של הורים ביולוגיים, מכיוון שפסקי הדין שמתפרסמים הם רק חלק מפסקי הדין שניתנו בסכסוך אגב בקשה למתן צו אפטרופוסות או אגב התנגדות של היועץ המשפטי לממשלה. יתרה מזו: כל המקרים שבהם הוגשה הבקשה בהסכמת כל הנוגעים בדבר וקיבלה את אישורו של בית המשפט ללא דיון כלל אינם מתפרסמים.

פסק דין שעוסק בבקשה של בן-זוג של הורה לצו אפוטרופסות לאחר שנפרד מההורה הביולוגי, וספק אם יש סיכוי שבקשה כזו תתקבל.⁹⁹ צו אפוטרופסות כללי מטיל על בן-הזוג של ההורה חובות דומות לאלו המוטלות על הורים. על האפוטרופוס לדאוג לצורכי הקטין תוך שיתוף פעולה עם ההורים, אם אפוטרופסותם לא נשללה. הדאגה לצורכי הקטין כוללת, בין היתר, את הדאגה לחינוכו, ללימודיו ולנכסיו. האפוטרופוס רשאי להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו והוא מוסמך לייצגו. בית המשפט יכול להוציא צו אפוטרופסות חלקי שיכפוף את בן-הזוג של ההורה רק לחלק מהחובות הללו.¹⁰⁰ חשוב להדגיש כי בהיעדר צו אפוטרופסות אין לבן-זוג של הורה כל מעמד בקשר לילד מול מערכת החינוך ומול מערכת הבריאות, ומבחינה משפטית הוא אינו זכאי לקבל מידע ולהתערב בנושאים הקשורים לחינוך הילד ולבריאותו.¹⁰¹

כאמור, במצב המשפטי דהיום, התנאים למתן צו אפוטרופסות דומים מאוד לתנאים להוצאת צו אימוץ. במובן זה המחוקק רואה הוצאה של צו אפוטרופסות כמענה להיעדר דמות הורית. אנו סבורות כי הגמישות הפוטנציאלית של מוסד האפוטרופסות – היכול, בניגוד לאימוץ, למקם יחסים בין ילד למבוגר על הציר שבין הורה לזר – ראויה לשמש כלי להחלשת הבלעדיות ההורית במקרים שבהם ישרת הדבר את טובת הילד. זאת, בין היתר, מכיוון שאפשר להוציא צו לאפוטרופסות חלקית. כאמור, ציר זה חשוב מאוד לענייננו: כפי שראינו, המגוון של יחסי ילדים ובני-הזוג של הורים אכן נע בין יחסי קרבה הדוקים לבין יחסים נטולי קרבה כזו. שימוש שיכול לתת מענה למשפטי היחסים בין בן-זוג של הורה לבין ילד, ולדעתנו צריך להיות ערוץ מרכזי, הוא הכרה בחלק מהזכויות והחובות ההוריות בלי להעניק לבן-הזוג סטטוס של "הורה". נדמה לנו שאפשר לעשות שימוש בצו אפוטרופסות באופן גמיש ומעשי, שיאפשר הכרה בכך שלמרות שבן-הזוג אינו הורה הילד, הוא גם אינו "זר". צו אפוטרופסות יכול להינתן על חלק מההיבטים הקשורים לחיי הילד, כגון החלטות רפואיות או חינוכיות יומיומיות. דוגמה לסיטואציה שבה צו אפוטרופסות חלקי עשוי לשמש מענה הולם להכרה במעמדו המשפטי של בן-הזוג של ההורה היא מקרה שבו האם והילד חיים בישראל עם

99 בסעיף 8 של פרק זה נרחיב על מעמדו של בן-זוג לשעבר של הורה.

100 ס' 38 לחוק הכשרות והאפוטרופסות.

101 משיחה עם הגב' בלה רדיונסקי, בהיותה מתמחה בלשכה המשפטית של משרד החינוך, עלה כי בתי ספר משתפים פעולה עם בן-זוג של הורה שרוצה להיות מעורב בחיי הילד של ההורה, והוא יכול להתלוות להורה למסיבות בית-ספריות ולאספות הורים. עם זאת, בהתאם לחוק, מערכת החינוך אינה מכירה במעמד משפטי עצמאי של בן-זוג של הורה בקשר לחינוך הילד. מעניין לציין כי למשרד החינוך הגיעו כמה פניות של אבות שהלינו על כך שאפוטרופסותם על הילד נפגעה מאז שלאם יש בן-זוג חדש (שיחה טלפונית בעקבות פניה של הכותבות בכתב, 15.5.2007). ייתכן שריבוי של סוג פניות כזה יחייב בעתיד התמודדות מעמיקה יותר של משרד החינוך ושל גופים מדינתיים נוספים כגון משרד הבריאות עם סוגיית מעמדם המשפטי של בני-זוג של הורים.

בן-הזוג של האם ואילו אביו של הילד חי בחו"ל. אף-על-פי שהאב הוא אב מטיב המקיים קשר עם ילדו, הרי מעצם שהייתו מחוץ לישראל מעורבותו בחיי היומיום של הילד מוגבלת. אם הילד עשויה להיות מעוניינת שבן-זוגה יהיה שותף להחלטות היומיומיות הנוגעות לגידול הילד (כך שיוכל, למשל, לקבל מידע מגורמים במשרד החינוך, ללכת לאספות הורים וכדומה), ובן-הזוג אף הוא מעוניין ליטול על עצמו תפקיד זה. צו אפוטרופסות מוגבל, המאפשר לבן-הזוג של האם מעורבות בחיי הילד אך משמר את מעמדו של האב כאפוטרופוס בלעדי עם האם בהחלטות משמעותיות הנוגעות לילד, עשוי לשמש פתרון ראוי לסיטואציה מעין זו.¹⁰²

ככל שהבקשה לצו כוללת בקשה לאפוטרופסות רחבה יותר, הפגיעה בייחודיות המעמד ההורי רחבה יותר ועל בתי המשפט לנקוט ריסון וזהירות גדולים יותר במתן הצו. בשל הרצון להגן על ההורות כסטטוס ייחודי, אנו סבורות כי ככלל יש להגביל מתן צו לאפוטרופסות מלאה או חלקית רק למצבים שבהם לפחות אחד ההורים הביולוגיים תומך בכך, ואותו הורה חי עם הילד במשק בית משותף עם המבקש.¹⁰³ גם התנגדות ההורה שאינו חי עם הילד מחייבת את בתי המשפט לנקוט זהירות רבה בהוצאת הצו; אם ניתן צו על אף התנגדותו של אותו הורה יש לנקוט זהירות גם לגבי תוכנו – הכול בהתאם למודל שסורטט בחלקו השני של המאמר.

בניגוד לאימוץ, שבו ייטה בית המשפט לדחות בקשה לביטול הצו גם אם התערערו היחסים בין ההורה לבין בן-הזוג המאמץ,¹⁰⁴ ביטול של צו אפוטרופסות בהסכמת ההורה הביולוגי ובן-הזוג האפוטרופוס במקרה של פרדה הוא אפשרות סבירה, בהנחה שהילדים ימשיכו לגור עם ההורה הביולוגי בלבד. עם זאת, אם בן-הזוג לשעבר של ההורה מבקש לשמר את הקשר עם הילד בניגוד לרצון בן-הזוג, ייתכן שעובדת היותו אפוטרופוס תטה את הכף לטובתו – אם לא באמצעות משמורת אז באמצעות הכרה בזכותו להסדרי ראייה, כפי שיידון בהמשך.

3. מזונות ילדים

על-פי הדין הישראלי אדם חייב במזונות ילדיו הקטינים וילדיו הקטינים של בן-זוגו.¹⁰⁵ על-פי לשון החוק, הבסיס לחובה אינו מערכת היחסים שבין בן-הזוג של ההורה והילד אלא הקשר הזוגי עם ההורה הביולוגי של הילד. מכאן, שגם בהיעדר אימוץ החוק קובע חובת מזונות של בני-זוג של הורים כלפי ילדי בני-זוגם. חוק המזונות מטיל חובת מזונות על אדם כלפי הילד של בן-זוגו לפי הדין האישי החל עליו, קרי: לפי דינו הדתי (לגבי

102 השו"ת מ"ש (משפחה ראשל"צ) 15030/02 א.מ. נ' ש.ש. (פורסם בנוב, 28.09.2006).

103 ומכאן שאי-היענות לבקשה למתן צו לאחר פרידת בן-הזוג וההורה היא ראויה בעינינו.

104 ראו לעיל, ה"ש 22.

105 ס' 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72 (להלן: "חוק המזונות").

יהודים – הדין העברי). אולם, אם דינו האישי של אדם אינו מטיל עליו חובת מזונות כלפי ילדי בן-זוגו מנישואים, אין משמעות הדבר פטור מחובת מזונות. במקרה כזה קמה חובת מזונות אזרחית מכוח החוק.¹⁰⁶

על-פי לשונו של חוק המזונות, אין הבחנה בין בן-זוג של הורה שהילדים מתגוררים עמו לבן-זוג של הורה שהילדים אינם מתגוררים עמו לעניין חובת המזונות, שהרי, כאמור, מערכת היחסים בין בן-הזוג של ההורה לבין הילד (כגון מגורים וחיים משותפים) אינה רלוונטית לקיומה של חובת המזונות. לפיכך, למשל, חובת המזונות המוטלת מכוח החוק חלה גם על בת-זוג של אב, גם כשילדיו של האב מנישואיו הראשונים אינם גרים עמו אלא עם האם. על-פי החוק, חובת המזונות של אדם היא כלפי הילדים הקטינים של בן-הזוג, ולפיכך חובת המזונות תקפה עד שהילדים בני שמונה-עשרה.¹⁰⁷

על-פי הפרשנות המקובלת, המונח "בן-זוג" בחוק המזונות מתייחס לבני-זוג נשואים ולא לידועים בציבור.¹⁰⁸ לפיכך, חובת המזונות על-פי החוק חלה על בן-זוג של הורה רק

106 לגבי יהודים ניתנו שני פסקי דין סותרים בעניין מקורה של חובת המזונות של בני-זוג של הורים. בע"א 132/62 יחמילוב נ' מרמור, פ"ד טז(2) 15 (1962) נקבע כי הדין העברי מטיל חובת מזונות על בני-זוגם של הורים, ולפיכך חיובם יידון לפי הדין האישי. לעומת זאת, בע"א 386/78 רבני נ' רבני, פ"ד לג(3) 591 (1979) (להלן: עניין רבני) נקבע שהדין העברי אינו מטיל חובת מזונות על בני-זוג של הורים, ולפיכך יש לחייבם מכוח הוראותיו האזרחיות של חוק המזונות. ההשלכה המעשית היא, לכאורה, לגבי שיעור החיוב והיקפו. כך, למשל, על-פי הדין העברי, החיוב המוטל על בני-זוג של הורים הוא חיוב מדיני צדקה, קרי: רק במקרה שבו בן-הזוג הוא "אמיד" ויכול לכלכל את ילדיו של בן-זוגו לאחר סיפוק צרכיו האישיים, צורכי בן-זוגו וצורכי ילדיו הביולוגיים, אם ישנם – יכול שהוא יחויב במזונות בן-זוגו. לעומת זאת, החיוב האזרחי על-פי החוק אינו תלוי ביכולתו הכלכלית של בן-הזוג, אם כי היקף החיוב יושפע מיכולתו הכלכלית של בן-הזוג, כמו גם מצורכי הילד.

107 לגבי הורים ביולוגיים ומאמצים הורחבה חובת המזונות מעבר לגיל 18 עד לאחר השירות הצבאי, בהסתמך על ס' 4 לחוק המזונות, הקובע, בין היתר, חובת מזונות של הורים כלפי ילדיהם הבגירים. הסעיף קובע חובת מזונות של קרובי משפחה לצדה של החובה הראשונית של ההורים לזון את ילדיהם הקטינים, ומטיל חובת מזונות על אדם כלפי הוריו והורי בן-זוגו, כלפי ילדיו הבגירים ובני-זוגם, כלפי נכדיו, כלפי הורי הוריו שלו ושל בן-זוגו וכלפי אחיו ואחיותיו שלו ושל בן-זוגו. עם זאת, הסעיף אינו מטיל חובת מזונות כלפי ילדים בגירים של בן-הזוג, ולפיכך חובת המזונות של בני-זוג של הורים חלה עד הגיע הילדים לגיל 18.

108 בפסקי הדין ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999) וע"א 2622/01 מנהל מס שבה מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נו(5) 309 (2003) קבע בית המשפט העליון מפי הנשיא ברק כי את המונח "בן-זוג" בחקיקה אפשר לפרש ככולל את הידועים בציבור, אף שאלו לא נזכרים במפורש בחוק. עם זאת נקבע כי הדבר תלוי בפרשנותו התכליתית של החיקוק הספציפי, ואין בכך קביעה גורפת לגבי פרשנות המונח "בן-זוג" בחקיקה בכללותה. לאחר פסקי הדין בעניין לינדורן ובעניין לבנון נתן בית המשפט העליון את פסק הדין בעניין רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003), שבו נדונה שאלת הזכות (והחבות) במזונות בין בני-זוג שנישאו

במקרה של קשר נישואים פורמלי להורה הביולוגי ורק כל עוד נמשך קשר הנישואים.¹⁰⁹ עם זאת חשוב לציין כי במצבים של פרדה בפועל, כשבני-הזוג עדיין נשואים זה לזה באופן רשמי, מוטלת על בן-הזוג לשעבר של ההורה חובת המזונות. במילים אחרות: במצב שבו אם מתחתנת בשנית ולאחר זמן מה נפרדת מבן-הזוג החדש, עדיין חלה על בן-הזוג חובת מזונות מכוח החוק בתקופת הפירוד ועד לגירושי הזוג באופן רשמי. יתרה מזו: יש להניח כי מצב שבו תגיש האם תביעה למזונות בשם הקטין כנגד בן-הזוג הוא מצב של פרדה; כאשר היחסים בין ההורה לבן-הזוג תקינים לא ייקרא המשפט להתערב כדי שתוטל חובת מזונות.¹¹⁰

על אף קיומה של חובת מזונות עקרונית, בפועל, חיובם של בני-זוג של הורים במזונות ילדי בן-זוגם לא יכול להידון במנותק מחיובם של ההורים הביולוגיים, שהם החייבים העיקריים.¹¹¹ בסכסוך בין הורה ביולוגי לבין בן-זוג בהווה או בעבר של הורה בקשר למזונות הילדים, יבחן תחילה בית המשפט את שאלת יכולתו של הילד לקבל את מזונותיו מהוריו הביולוגיים ורק אחר-כך יזדקק לשאלת חיובו של בן-הזוג.¹¹² כמו כן, אם ההורה הביולוגי לא משלם את מזונות הילד ובן-הזוג של ההורה נושא בפועל במזונות הילד, יש לבן-הזוג זכות לתבוע את ההורה הביולוגי שאינו משלם מזונות על הסכומים ששילם עבור מחיית הילד.¹¹³ על כל פנים, זכות התביעה מצומצמת רק לסכום

בנישואים אזרחיים. מפסק דינו של הנשיא ברק עולה כי כאשר מדובר בידועים בציבור חובת המזונות אינה מכוח החוק אלא מכוח עקרונות חוזיים. ראו פסקאות 19-20 לפסק דינו של הנשיא. הדבר מתיישב גם עם פרשנות תכליתית של חוק המזונות, הקובע את חובת המזונות על-פי הדין האישי-דתי שאינו מכיר בקשר בין ידועים בציבור כקשר המצמיח חובות משפטיות. זאת, להבדיל מעניין לינדורן, שדן בזכות להיפרע כתלויים בגין מעשה נזיקי או תאונת דרכים, שאז תכלית ההכרה בזכות היא הגנה על יחסי תלות בפועל; כן שונה הדבר מעניין לבנון, שעסק בפטור ממס שבח בהעברות מקרקעין בין בני-זוג. ראו עוד המ' (מחוזי ת"א) 4359/82 פלוני נ' פלונית, פ"מ התשמ"ג(2) 309 (1983); בש"א (משפחה קר) 878/08 ס.ר. נ' ר.ע. (פורסם בנבו, 18.09.2008).

109 ס' 15 (ג) לחוק המזונות; שיפמן דיני המשפחה ב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 72.

110 אכן, בשני פסקי הדין המרכזיים שבהם עלתה שאלת חובת המזונות של "הורה חורג" זו הייתה הסיטואציה: פרדה בפועל כשקשר הנישואים הרשמי עדיין היה קיים; ראו עניין יחמילוב ועניין רבני, לעיל ה"ש 106.

111 אבישי גריידי ונסים שלם מזונות ילדים: הלכה ומעשה 251 (1998).

112 שם, וראו גם עניין רבני, לעיל ה"ש 106.

113 יש שני מקורות אפשריים לחובת ההשבה. האחד הוא ס' 16 לחוק המזונות, שלפיו "(א) מי שנתן מזונות מעל למוטל עליו ולא התכוון ליתן מתנה, רשאי לדרוש החזרת היתרה ממי שקיבלה או ממי שנתן פחות מן המוטל עליו ובמידה שנתן פחות מן המוטל עליו. (ב) מי שנתן מזונות שלא היה חייב בהם ולא התכוון ליתן מתנה, רשאי לדרוש החזרתם ממי שקיבלם או ממי שהיה חייב בהם ובמידה שהיה חייב בהם". לא ברור אם סעיף זה חל ביחס לחייבים שיש להם דין אישי. ס' 3(א) לחוק המזונות קובע כי "(א) אדם חייב במזונות הילדים הקטינים שלו והילדים הקטינים של בן-זוגו לפי

שהחייב במזונות (ההורה הביולוגי) היה חייב בו; דהיינו: אם נפסק סכום מזונות וההורים הביולוגיים עומדים בחובת המזונות שנקבעה בחוק, נחסמת זכותו של בן-הזוג של מי מההורים לקבל את השבת הוצאותיו בגין צורכי הילד. בן-הזוג של ההורה לא יוכל לטעון כי סכום המזונות אינו מספק את צורכי הילדים ולפיכך נדרש הוא להשליםם.¹¹⁴

עד כה דנו בחובת המזונות המוטלת על בני-זוג של הורים מכוח חקיקה. ראוי לציין שבשנים האחרונות קבעה הפסיקה הישראלית חובת מזונות במקרים מסוימים שבהם לא הוטלה חובת מזונות מכוח החוק. הבסיס לחובת המזונות מכוח הפסיקה הוא רעיון ההסכמה מכללא. עד היום השתמשה הפסיקה ברעיון זה בעיקר בהקשר של מערכת יחסים זוגית כשהטילה על בן-זוג חובת מזונות גם בהיעדר חוק או הסכם מפורש.¹¹⁵ באופן דומה אפשר יהיה לטעון, למשל, כי בן-זוג החי עם האם הביולוגית וילדיה ללא נישואים הסכים במשתמע לשאת במזונות הילדים.¹¹⁶ כמו כן, יש אפשרות תאורטית

הוראות הדין האישי החל עליו, והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה" (הדגשה שלנו). על-פי הפרשנות המקובלת לסעיף זה, כאשר מדובר בחייב במזונות שיש לו דין אישי (קרי: יהודי, מוסלמי או נוצרי), אזי כל סעיפי החוק אינם חלים, הן אלו הכוללים הוראות מהותיות בנוגע למיהות הזכאים למזונות ולהיקף החיוב והן אלו הכוללים הוראות פרוצדורליות. ראו ע"א 250/83 עומרי נ' זועבי, פ"ד לט(2) 113 (1985). לפיכך, כאשר יש לאב הביולוגי דין אישי ספק אם אפשר להחיל לגביו את הוראת ס' 16 לחוק כבסיס לחובת השבה מצדו. מקור אפשרי נוסף לחובת ההשבה הוא חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, ס"ח 42. כן ראו גריידי ושלם, לעיל ה"ש 111, בעמ' 354.

114 ע"א 49/72 גלפרין נ' לבבי, פ"ד כו(2) 126 (1972).

115 כך, למשל, הוטלה חובת מזונות גם על בן-זוג לא נשוי (ידוע בציבור) כלפי בת-זוגו מכוח רעיון ההסכמה המשתמע, אף-על-פי שגם לגבי מזונות בני-זוג החוק מתייחס רק לבני-זוג נשואים; ראו עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 108.

116 השוה עם עניין ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779 (1980). באותו עניין קבע בית המשפט כי הסכמה של בעל להפריה מלאכותית של אשתו מתרומת זרע של גבר זר משמעה גם התחייבות של הבעל לשאת במזונות הילד שיוולד. אף כי מדובר בסיטואציה שונה, פסק דין זה מגיח תשתית להכרה בחובת מזונות מכוח הסכמה מכללא. התחלת היישום של רעיון זה לחובת המזונות כלפי ילדי בן-זוג אפשר למצוא גם בעניין ס.ר., לעיל ה"ש 108. עם זאת, גם שם הנסיבות היו ייחודיות: האם אימצה באימוץ יחידני את הילדות בעת שחיה כידועה בציבור עם הנתבע. לא היה מדובר במצב השכיח, שבו בן-זוג עובר לחיות עם הורה כשהאחרון כבר הורה. ההנחה בדבר הסכמה משתמעת של בן-זוג של הורה לקחת על עצמו את נטל המזונות של הילד מהווה בארצות-הברית את הבסיס המשפטי התאורטי להחלה של חובת מזונות עליו גם לאחר סיום הקשר הזוגי עם ההורה הביולוגי של הילד, ואף אם הילד לא אומץ. עם זאת, ראוי לציין כי על אף ההכרה התאורטית ביכולת להטיל חובת מזונות על בן-זוג לשעבר של הורה, המקרים שבהם הוטלה בפועל חובת מזונות כאמור הם מעטים. ראו, למשל, Weinand v. Weinand, 616 N.W.2d 1 (Neb. 2000). יתרה מזו: באותם מקרים שבהם הוטלה חובת מזונות ראו בתי המשפט בבן-הזוג לשעבר של ההורה הורה של הילד לכל דבר ועניין, הזכאי גם לזכויות של הורה וגם לחובות המוטלות עליו; ראו 59 AM. JUR. 2D Parent and Child

שלפיה אפשר יהיה לטעון לחובת מזונות מכוח הסכמה משתמעת של "ההורה החורג" גם לאחר גירושיו מההורה הביולוגי. במילים אחרות, אפשר יהיה לטעון כי בהתנהגותו הראה בן-הזוג לשעבר של ההורה כי הוא מקבל על עצמו את נטל מזונותיו של הילד גם לאחר סיום היחסים עם ההורה הביולוגי. נכון להיום לא פורסמה פסיקה שהטילה בדרך זו חיוב במזונות על בן-זוג שחי כידוע בציבור עם הורה ביולוגי או על בן-זוג לשעבר שהתגרש מההורה הביולוגי.

לשיטתנו, הדין הקיים בנושא מזונות ילדי בן-זוג הוא צר מדי מחד גיסא ורחב מדי מאידך גיסא. אנו מתקשות למצוא הצדקה להטלה של חובת המזונות שבחוק מכוח יחסי הנישואים שבין ההורה לבן-זוגו, ובמובן זה הדין הקיים רחב מדי. חובת המזונות היא חובה הורית, ולפיכך יש להטילה על בן-זוג של הורה (כמי שאינו הורה) רק מכוח היחסים שנרקמו בינו לבין הילד ולא מכוח היחסים הזוגיים עם ההורה. כפי שראינו, בפועל אמנם לא הטילה הפסיקה תשלומי מזונות על בן-זוג של הורה, אולם עצם קיומה של החובה פותח פתח להגשת תביעות למזונות (בדרך כלל בעת סכסוך בין ההורה לבן-הזוג) וחשוב מכך – משליך על חובות מכוח דינים אחרים, כגון דיני העונשין ודיני הנזיקין.¹¹⁷

מאידך גיסא, על-פי הדין הקיים, חובת המזונות של בן-זוג של הורה נפסקת עם סיום קשרי הנישואים בינו לבין ההורה, ובמובן זה החוק צר מדי – שוב בשל ההתמקדות בקשר הזוגי במקום בקשר עם הילד.¹¹⁸ התבוננות בחובה דרך הפריזמה של יחסי בן-הזוג עם הילד מאפשרת לשקול את המשך חובת המזונות גם לאחר סיום היחסים הזוגיים עם ההורה, במקרים שבהם נטל על עצמו בן-הזוג את התמיכה הכלכלית בילד,

12. זהו ביטוי לגישת ה-*quid pro quo* בנוגע ליחסי הורים (מבוגרים)-ילדים, שלפיה הטלת חובות כלפי ילדים מחייבת גם הכרה בזכויות המבוגרים הרלוונטיים ביחס לילדים. ראו, למשל, Katharine T. Bartlett, *Re-Expressing Parenthood*, 98 YALE L.J. 293, 297-298 (1988). לדעתנו גישה זו אינה ראויה ומבטאת תפיסה קניינית של ילדים.

117 ראו דיון בטקסט נלווה לה"ש 140-143, 149, להלן.

118 היבט נוסף שבו החוק צר מדי קשור להתעלמותו של החוק מחובת המזונות שעשוי ילד לחוב כלפי בן-הזוג של הורה. היעדר חובה כזו מחזק את טענתנו כי אין להטיל חובת מזונות גורפת על בן-זוג של הורה כלפי הילד. בד בבד, לשיטתנו, יש ליצור הקבלה בין חובת המזונות, כפי שאנו מבינות אותה, של בן-הזוג כלפי הילד, לבין חובת מזונות שבה יש לחייב את הילד כלפי בן-הזוג של הורה. דהיינו: במצבים שבהם נטל על עצמו בן-הזוג של ההורה את החובה במזונות הילד, יש להכיר בו כזכאי למזונות מן הילד. עם זאת, החובה כלפי בן-הזוג של ההורה אינה יכולה להיות חזקה מהחובה כלפי ההורה הביולוגי. לפיכך, בסיטואציות שבהן תקום חובה עקרונית על הילד במזונות בן-הזוג של הורה, יש לקבוע את קיומה בפועל בהתאם לתנאים ולמדרג הקבועים בס' 5 לחוק המזונות. סעיף זה קובע כי אדם יהיה חייב במזונות הוריו רק אם יש בידו לעשות כן לאחר שסיפק את צרכיו, צרכי בן-זוגו, צרכי ילדיו הקטינים וצרכי ילדיו הקטינים של בן-זוגו, ורק אם ההורה אינו יכול לספק את צרכיו מכל מקור שהוא אחר, לרבות מבן-משפחה הקודם בסולם המזונות.

במפורש או במשתמע, ויצר תלות כלכלית של הילד בו. גם כאן, מעבר להוכחת התנאי הבסיסי של תמיכה כלכלית משמעותית של בן-הזוג בילד, הקריטריונים שפורטו במודל שהצגנו (מגורים משותפים, פרק הזמן בו נמשכו יחסי בן-הזוג וההורה, גיל הילד בתחילת מערכת היחסים וכדומה) מסייעים בקביעת קיומה של תלות כזו, מכיוון שיש בהם להעיד על בניית המשפחה המשולבת וחלוקת התפקידים בה על סמך ההנחה כי בן-הזוג של ההורה תורם כלכלית לרווחת הילד. נבקש להדגיש כי מכיוון שבבסיס הקביעה של חובת המזונות על בן-הזוג לשעבר של הורה עומד רעיון ההסתמכות של הילד ושל ההורה הביולוגי, היקפה של חובת המזונות צריך להיגזר בהתאם. אם ניקח כדוגמה מצב שבו בן-הזוג חי עם אם וילד במשך שש שנים מאז היות הילד בן שנתיים (נניח כי לילד אין הורה נוסף), ותמך כלכלית בילד באופן משמעותי, ייתכן שיהיה מחויב להמשיך לתמוך בו. עם זאת, אין להניח באופן אוטומטי כי חובת המזונות צריכה להימשך עשר שנים עד הגיע הילד לגיל 18, בדומה לחובת מזונות של ההורים. בהקשר זה אפשר להקיש מרעיון ה"מזונות המשקמים" המתחיל להתפתח בפסיקה בהקשר הזוגי – רעיון המבוסס אף הוא על חובת מזונות המבוססת על הסתמכות.¹¹⁹

4. ירושה

חוק הירושה אינו מכיר במעמד של "הורה חורג" או "ילד חורג". שתי הדרכים היחידות שבהן יכולה להיווצר זיקת הורשה בין ילד לבין בן-הזוג של הורה ביולוגי הן אימוץ פורמלי של הילד על-ידי בן-הזוג¹²⁰ או כתיבת צוואה. אם בן-הזוג אימץ את הילד אזי הילד וצאצאיו זכאים לרשת את בן-הזוג ובן-הזוג רשאי לרשת את הילד. חלקם של הילד וצאצאיו בעיזבון ההורה המאמץ וחלקו של ההורה המאמץ בעיזבון הילד יהיו כחלקיהם של ילד ביולוגי וצאצאיו והורה ביולוגי. בניגוד לזיקות הורשה רגילות, במקרה של אימוץ שבו לא נכתבה צוואה, המאומץ וצאצאיו אינם יורשים את קרובי המאמץ וקרובי המאמץ אינם יורשים את המאומץ.¹²¹ כמובן שההורה המאמץ וכן הילד המאומץ, לאחר שבגר, יכולים לערוך צוואה שבה הם קובעים הסדר שונה מזה שנקבע בחוק. הדין הקיים בקשר לירושה עולה בקנה אחד עם העקרונות שסרטטנו. בהיעדר אימוץ פורמלי בן-הזוג אינו "הורה", ולפיכך הילד אינו יכול לרשת אותו והוא אינו יכול לרשת

119 ראו, למשל, בש"א (משפחה חד') 2021/07 ד.ה. נ' א.ג. (פורסם בנבו, 14.2.2008); בש"א (משפחה ת"א) 14694/07 ל.ד. נ' ב.י.ח. (פורסם בנבו, 29.4.2008).

120 כאמור, בתי המשפט מסרבים להכיר ב"אימוץ בפועל" כיוצר זכויות ירושה. ראו, למשל, ת"ע (מחוזי ת"א) 2955/78 ולדרברג נ' דינור, פ"מ התשמ"ב(1) 112 (1982).

121 כמו כן, הילד המאומץ וצאצאיו זכאים לרשת את הוריו הביולוגיים ואת קרובי הביולוגיים האחרים, אולם ההורים הביולוגיים לא זכאים לרשת את ילדם שנמסר לאימוץ. ראו ס' 16 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63. ראו גם ע"א 410/76 ציפר נ' טורקניץ, פ"ד לב(2) 589 (1978); ע"א 227/79 פרופר נ' פרופר האפוטרופוס הכללי, פ"ד לה(2) 561 (1981).

את הילד. באשר לסטייה מעקרון הבלעדיות ההורית, הרי שהיכולת של בן-הזוג ושל הילד לכתוב צוואה יוצרת את המנעד הרצוי שבין סטטוס ה"הורה", הבא לידי ביטוי אם בן-הזוג אימץ את הילד, לבין יחסי זרות משפטיים, במצבים שבהם לא הוצא צו אימוץ ואין אזכור של הילד או בן-הזוג של ההורה בצוואה שרשם מי מהם.

סעיף רלוונטי נוסף בחוק הירושה הוא הסעיף העוסק במזונות מן העיזבון. החוק קובע – כמו לגבי כל ילד של המנוח – כי גם ילד מאומץ נמנה עם הזכאים למזונות מן העיזבון עד הגיעו לגיל 18, ובנסיבות מיוחדות אף עד גיל 23, בין שנערכה צוואה ובין שלא.¹²² הילד המאומץ זכאי גם למזונות מהעיזבון של הוריו הביולוגיים.¹²³ בהתקיים אימוץ פורמלי, הוראה בצוואתו של ההורה המאמץ המתיימרת לשלול את זכותו של ילדו למזונות מן העיזבון היא משוללת כל תוקף (כמו גם הוראה כזו בצוואה של הורה ביולוגי). שיפמן סבור כי בכל הקשור למזונות מן העיזבון, התלות הסוציאלית היא העיקר. מכאן, לטענתו, שגם יחסי אימוץ למעשה, ללא צו אימוץ פורמלי, יכולים לזכות את הילד למזונות מן העיזבון של בן-הזוג של ההורה.¹²⁴ מחד גיסא, אנו מסכימות עם עמדתו של שיפמן, שלפיה ייתכנו מצבים שבהם ראוי לקבוע מזונות מן העיזבון גם בהיעדר צו אימוץ פורמלי, בניגוד לקביעת הדין הקיים;¹²⁵ מאידך גיסא, איננו סבורות כי התלות הסוציאלית היא תנאי מספיק לקביעת חובה כאמור, מכיוון שבמקרים רבים היחסים שנרקמים בין בן-הזוג של ההורה לבין הילד אינם מצדיקים הטלת חובה כה משמעותית – חובה קוגנטית, שאי-אפשר להתנות עליה בצוואה. בהמשך לעמדה שהבענו בנושא המזונות, אנו סבורות כי נוסף על התלות הכלכלית יש להראות כי בן-הזוג נטל על עצמו, במפורש או במשתמע, את חובת התמיכה בילד, ולהיעזר בקריטריונים שפירטנו. כאן, ייתכן שיש להתייחס להוראה בצוואתו של בן-הזוג של ההורה המתיימרת לשלול את זכותו של הילד למזונות מן העיזבון – במיוחד אם הוראה זו הייתה ידועה לילד או להורה – כראיה לכך שלא נתכוון ליטול על עצמו את החובה במזונות הילד, אך לא כראיה בלעדית.¹²⁶ בכל מקרה, התייחסותנו כאן היא רק לגבי תנאי

122 ס' 57 לחוק הירושה קובע כי ילד זכאי למזונות מן העיזבון עד הגיעו לגיל 18, ואם מדובר בילד נכה, חולה נפש או מפגר – גם לאחר מכן.

123 ס' 56-57 לחוק הירושה.

124 שיפמן דיני המשפחה ב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 93.

125 בהתאם לגישתנו בדבר סימטריה בין חובות בן-הזוג כלפי הילד וחובות הילד כלפיו, הרי שבאותם מקרים שבהם נכיר בזכאותו של הילד למזונות מעיזבונו של בן-הזוג, נכיר גם בבן-הזוג של ההורה כנכנס בגדר הזכאים למזונות מעיזבונו של הילד, בהתאם לתנאים הקבועים בחוק לזכאותו של ההורה. מזונות מן העיזבון ישולמו להורי המוריש לכל ימי חייהם אם הדאגה לפרנסתם הייתה על המוריש ערב מותו.

126 השו"ע"א 7021/93 בר-נהור נ' עזבון אוסטרליץ (פורסם בנבו, 25.10.1994). באותו עניין, על אף קביעה של בני-זוג בהסכם שהם אינם "ידועים בציבור", קבע בית המשפט כי הם "ידועים בציבור" לעניין הזכות למזונות מהעיזבון.

הסף לזכאות למזונות הנוגעים לקרבה המשפחתית שבין הנפטר לטוען למזונות. גם בהתקיים תנאי זה ייפסקו מזונות מן העיזבון רק כשמתקיים תנאי סף נוסף בדבר היזקקות למזונות – תנאי שפורש באופן מצמצם על-ידי הפסיקה.¹²⁷ רק כשהטוען למזונות אינו יכול לספק את צרכיו ההכרחיים ייפסקו לטובתו מזונות מן העיזבון.¹²⁸ אשר לשיעור המזונות, גם כשמתקיימים תנאי הסף החוק אינו קובע סכום מזונות מוגדר והעניין נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. בית המשפט יכול גם להפחית את סכום המזונות לילד מאומץ מהעיזבון של ההורה הביולוגי, לאור התמיכה הכלכלית שהילד מקבל מההורה המאמץ.¹²⁹

5. פלילים

הדין הפלילי מתייחס לשלושה היבטים שונים של הממשק שבין עבירות פליליות ליחסי ילד ובן-זוג של הורה. היבט אחד הוא הטלת אחריות מוגברת על בני-זוג של הורים ביחס לעבירות שביצעו בילדי בני-זוגם.¹³⁰ אחריות מוגברת זו מבוססת על ההכרה בכך שבני-זוג של הורים נמצאים בקרבה גדולה יותר מזרים לילדי בני-זוגם – קרבה המאפשרת להם ביצוע עבירות בילדים בקלות רבה יותר, ומכאן הצורך המוגבר להגן על הילדים.¹³¹ ההכרה בהיותם של קטינים חשופים ופגיעים יותר בשל קשריהם עם בני-זוג של הוריהם בהשוואה לזרים באה לידי ביטוי בייחוד במישור של עבירות האלימות והתקיפות המיניות. כך, חוק העונשין מטיל עונשים כבדים יותר על עברייני מין שקרבנותיהם היו בני-משפחה מאשר על עברייני מין שתקפו זרים. למשל, העושה מעשה מגונה בכך-משפחה צפוי לעונש של עד עשר שנות מאסר, ואילו העונש המרבי על מעשה מגונה מחוץ למשפחה עומד על שבע שנות מאסר. הגדרת "בן-משפחה" לצורך הדין

127 ראו, למשל, ע"א 393/93 פלוני נ' עזבון לויט (פורסם בנבו, 3.4.1994).

128 ראו, למשל, שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך שני 27 (1995); ע"א 632/89 סעדון (קטיין) נ' עזבון המנוח סעדון (פורסם בנבו, 5.8.1990); ע"א 616/87 אנגלמן נ' אנגלמן, פ"ד מז(1) 621 (1993).

129 ראו ע"א 181/78 דורון נ' עזבון דורון, פ"ד לב(3) 533 (1978).

130 דוגמה לאחריות מוגברת של בני-זוג של הורים אפשר למצוא, למשל, בפקודת הסמים המסוכנים, הקובעת כי אחראי לקטיין, לרבות "הורה חורג", שהניח לקטיין להשיג סם מסוכן או להשתמש בו, צפוי למאסר של עד 25 שנים. ראו ס' 21 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, ד"י 526. האחריות הפלילית על מי שהיה בגדר "אחראי לקטיין" אינה רק בגין נתינה אקטיבית של סם אלא גם בשל מתן האפשרות לקטיין עצמו להשיג את הסם או להשתמש בו. זאת, לעומת האחריות הפלילית המוטלת על כל אדם, המוגבלת לנתינה אקטיבית של הסם או לשידול להשיגו או להשתמש בסם.

131 רציונל נוסף העומד בבסיס האחריות המוגברת המוטלת על בני-זוג של הורים הוא הרצון להגן על יחסי אמון בין ילדים לבין הגורמים המטפלים בהם.

הפלילי העוסק בעבירות מין במשפחה כוללת בן-זוג של הורה, אף אם אינו נשוי לו.¹³² כמו כן, "אחראי" על קטין שתקף אותו או התעלל בו צפוי לעונש חמור יותר מתוקף שאינו אחראי כאמור.¹³³ עברות בקטין שנעשו על-ידי אחראי גם כפופות לחובת דיווח, שאינה קיימת במקרי אלימות אחרים.¹³⁴ גם בהקשר זה, בן-זוג של הורה נכלל בהגדרת "אחראי על הקטין".¹³⁵

חוק חשוב נוסף בהקשר זה הוא החוק למניעת אלימות במשפחה. חוק זה כולל בהגדרת "בן-משפחה" גם "בן-זוג של הורה" ו"צאצא של בן-זוג". בהתאם, אפשר להוציא צו הגנה שיכול לכלול איסור כניסה לבית המשפחה ואיסור החזקת נשק גם כנגד בן-זוג של הורה וכנגד ילד של בן-זוג.¹³⁶ חוק העונשין גם מאפשר שליחה של בן-משפחה אליהם, לרבות בן-זוג של הורה ובן-זוג לשעבר של הורה, לטיפול בקהילה בכפייה.¹³⁷

אנו מסכימות להנחת המוצא של הדין הקיים שלפיה בני-זוג של הורים נמצאים בקרבה גדולה יותר מזרים לילדי בני-זוגם, וזו מאפשרת להם ביצוע עבירות בילדים בקלות רבה יותר, ומכאן הצורך המוגבר להגן על הילדים. יתרה מזו: ממצאי המחקר

132 ס' 351 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. בית המשפט העליון אף הכיר בעברות מין שביצע בן-זוג של אם בבתה כ"גילוי עריות", ראו רע"ב 1573/05 בטש נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בבנו, 18.5.2005).

133 ראו ס' 382(ב) לחוק העונשין, הקובע שכאשר תקיפה לפי ס' 379 לחוק העונשין נעשית על-ידי "אחראי על קטין" אזי העונש בגין העבירה יהיה כפול. זהו אחד החידושים שהכניס תיקון מס' 26 לחוק העונשין, שנחקק בשנת 1989, וידוע בכינויו "החוק למניעת התעללות בקטינים וחסרי ישע". ראו חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1989, ס"ח 10.

134 ס' 368 לחוק העונשין. החובה היא מוגברת כשמדובר באנשי מקצוע ואחראים אחרים על הקטין והיא קטנה יותר על כלל הציבור.

135 ס' 368 לחוק העונשין מגדיר "אחראי על קטין", בין היתר, כ"בן משפחה של קטין או של חסר ישע, שמלאו לו שמונה עשרה שנים ואיננו חסר ישע, והוא אחד מאלה: בן-זוגו של הורו [...] (ס' 368(2) לחוק העונשין). בן-זוג של הורה משמורן יכול להיחשב אחראי על הקטין גם על-פי ההגדרה המופיעה בפס' (3) של הסעיף, קרי: "מי שהקטין או חסר הישע מתגורר עמו או נמצא עמו דרך קבע, ומלאו לו שמונה עשרה שנים; ובלבד שקיימים ביניהם יחסי תלות או מרות". אף-על-פי שפס' (2) של הסעיף מגדירה בן-זוג של הורה כאחראי על הקטין בלי צורך להראות שהתקיימו ביניהם יחסי תלות ומרות, חלק מן הפסיקה שדנה בסעיף זה בחנה אם התקיימו בין הילד לבן-הזוג של ההורה יחסי תלות ומרות לשם הטלת העונש החמור יותר. ראו, למשל, ע"פ 8538/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 774, 786 (2002), שם קבע השופט אשר גרוניס כי "במשך כשנה היה המערער בן-זוגה של אמו של הקטין והתגורר עם שניהם [...] העובדות שנפרסו בפני בית משפט קמא, הצביעו על כך שנתקיים גם התנאי הנוסף בדבר קיומם של יחסי מרות בין המערער לבין הקטין".

136 ס' 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, ס"ח 138.

137 ס' 86 לחוק העונשין.

שהבאנו בחלקו השלישי של המאמר מלמדים כי ילדים החיים עם בן-זוג של הורה אכן חשופים לניצול, להזנחה ולאלימות יותר מילדים החיים רק עם הוריהם הביולוגיים.¹³⁸ עוד ראוי לציין כי האחריות הפלילית המוגברת אינה אחריות הנובעת מהסטטוס ההורי; לפיכך הטלתה אינה מעוררת קושי של פגיעה בייחודיות הסטטוס ההורי או של הטלת חובות הוריות על מי שאינם הורים. החובות הפליליות המוגברות הנדונות כאן מוטלות על בני-משפחה ככלל בשל קרבתם לילדים, בין שהם הורים ובין שאינם הורים. כך, אחריות מוגברת בגין עבירות מין שבוצעו בקטינים ואיסור על אלימות במשפחה מוטלים גם על סבים, אחים, דודים וגיסיים.¹³⁹ מאחר שלא מדובר בחובות הוריות (כאלו הנובעות מהסטטוס ההורי) אלא בחובות שבבסיסן הקרבה לילד, אין כל קושי, על-פי המודל שהצענו, להחילן על בני-זוג של הורים.

שונה הדבר באשר לממשק השני שבין עבירות פליליות ליחסי ילד ובן-זוג של הורה, זה הנוגע לחובות המוטלות על הורים מעצם היותם הורים ועל אחראים לקטינים. עמדת הדין בנוגע לאחריותם של בני-זוג של הורים בהקשר זה אינה ברורה. סעיף 323 לחוק העונשין קובע חובה על הורה או על אחראי לקטין לספק את צורכי מחייתו של הקטין ולדאוג לבריאותו.¹⁴⁰ נוסף על כך, חוק העונשין מטיל אחריות פלילית על מי שאחראי על קטין ולא מילא את חובתו לדאוג לו, לרבות לצרכי מחייתו, לבריאותו ולמניעת התעללות בו. אם אי-מילוייה של חובת האחריות גרמה לסיכון של חיי הקטין או לפגיעה בו, האחראי צפוי לעונש מאסר של עד שלוש שנים.¹⁴¹ לעניין סעיפים אלו לחוק העונשין אין הגדרה למונח "אחראי לקטין",¹⁴² אם כי נאמר שמקור האחריות יכול להיות מהדין או מכוח הסכם. בהקשר זה יש לזכור, כפי שהראנו קודם, שחוק המזונות קובע חובת מזונות על בן-זוג הנשוי להורה. כמו כן, סעיף 323 לחוק העונשין מתייחס להיותו של הקטין "בן-בית" של האדם כגורם רלוונטי. הפסיקה הנוגעת לסעיפים אלו מעטה, באשר גם בהתייחס להורים שלא ממלאים את חובתם, המשפט מתמקד יותר בנייתן זכויותיהם

138 ראו טקסט נלווה לה"ש 132 לעיל.

139 ס' 351 לחוק העונשין. כאשר מדובר במעשה מגונה במי שמלאו לו 16 שנים אזי גיסיים ודודים אינם כלולים בהגדרת בן-משפחה; ס' 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה.

140 סעיף זה, כיתר הסעיפים באותו סימן לחוק (ס' 322-326), קובע את קיומה של אחריות לשלום האדם, אך אין הוא יוצר עבירה. החובה מהווה בסיס לחיוב במחדל בעברות שונות. כך, למשל, אחראי על קטין שלא קיים את החובה האמורה יהא אחראי לעבירת המתה, בהתאם ליסוד הנפשי שהיה לו, אם הקטין מת כתוצאה ממחדלו. ראו רות קנאי "דיני עונשין – התפתחות ומגמות" עיוני משפט כג 717, 722 (2000).

141 ס' 337, 323 לחוק העונשין.

142 ההגדרות שבס' 368 הנזכר לעיל מתייחסות במפורש לס' 1 לחוק העונשין, בעוד שהאחריות בגין אי-דאגה לקטינים מופיעה בס' 1 לחוק. ראו חוק העונשין.

ההוריות ובמסירת הילדים לאימוץ ופחות בנקיטת הליכים פליליים כנגדם.¹⁴³ מכאן, שיש פתח להטלת אחריות פלילית על בני-זוג של הורים בשל הזנחת קטינים, אי-דאגה לבריאותם, לצורכי מחייתם וכדומה, אף שהשאלה אם ייחשבו כאחראים כאמור אם לאו נותרת, בשלב זה, ללא מענה.

בהתאם לעקרונות שסרטטנו קודם, אנו סבורות כי אין לכלול בן-זוג של הורה בהגדרת "אחראי לקטין", למעט אם אימץ את הילד (שאו הוא "הורה"), נקבע כאפוטרופוס לו או נתן את הסכמתו, המפורשת או המשתמעת, להיות אחראי לילד. האחריות לילדים היא בראש ובראשונה אחריות הורית ואין להטילה בנקל על מי שאינם הורים, אלמלא נטלו הם על עצמם אחריות זו. אפשר להסיק הסכמה משתמעת ליטול אחריות לגבי הילד – באופן שמחדלים בגינה עלולים לגרור אחריות פלילית – על-פי הקריטריונים שצינינו בחלקו הקודם של המאמר. ככל שמדובר בקשר הדוק ומושך יותר, כך אפשר להסיק כי בן-הזוג של ההורה אחראי לילד. בהקשר זה חשוב לציין כי חוק העונשין מטיל על כל אדם חובת דיווח לגבי עברות שבוצעו בקטינים על-ידי מי שאחראי להם. לפיכך, אם ההורה עצמו מזניח את הילד ואינו ממלא את חובותיו ההוריות כלפיו, אזי ממילא חלה על בן-הזוג חובה לדווח על הזנחה זו. לשיטתנו, די בחובה זו במקרים שבן-הזוג לא לקח על עצמו את חובות הטיפול ההוריות.

ההיבט השלישי שאליו מתייחס הדין הפלילי עוסק בסיטואציות שבהן הילד הוא שביצע עבירה. החוק המתמקד בעבריינות של קטינים כולל בהגדרת "הורה" גם "הורה חורג, מאמץ ואפוטרופוס", ומורה כי יש להודיע להורה על מעצר הקטין. החוק גם מעניק להורה זכות להיות נוכח בהליכים המשפטיים המתנהלים נגד הקטין, ומתיר לבית המשפט לנוער לחייב הורה בהוצאות המשפט ובפיצוי הנזקים שנגרמו לאדם בגין ההתנהגות העבריינית של הקטין.¹⁴⁴ מכאן, שדווקא לגבי ההתנהגות העבריינית של ילדו של בן-זוגו, מערכת המשפט מצפה מבן-הזוג של ההורה להתנהג כ"הורה" ומתייחסת אליו בהתאם.

מכיוון שהמעמד והאחריות המוטלת על מבוגרים בהקשר של התנהגות עבריינית של ילדים נגזרים מהסטטוס ההורי, אנו מתנגדות להחלתם על בני-זוג של הורים. בהיעדר הסדרה באמצעות צו אימוץ או צו אפוטרופסות אין מקום להכיר במעמדו של בן-זוג של הורה בהליכים הפליליים המתקיימים כנגד הילד. כך גם באשר להטלת חובה על בן-זוג של הורה לפצות צד שלישי בגין מעשיהם הפליליים של ילדי בן-זוגו.

143 אפילו בעניין אמין שיידון בה"ש 146 להלן לא נפתחו הליכים פליליים. כך הדבר גם מחוץ לישראל. ראו, למשל, לגבי המצב במדינות שונות בארצות-הברית אצל MAHONEY, STEP-FAMILIES, לעיל ה"ש 2, בעמ' 203.

144 ס' 19, 1 ו-26 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, ס"ח 134.

6. נזיקין

שאלת מעמדם המשפטי של בני-זוג של הורים במסגרת דיני הנזיקין עשויה לעלות בכמה הקשרים. ראשית, ככל שבני-זוג של הורים חייבים כלפי ילדים בחובות של טיפול ודאגה, הרי שאי-קיום חובות אלו מעלה את שאלת חבותם בנזיקין. שנית, עשויה לעלות שאלה בדבר אחריותם של בני-זוג של הורים בגין נזקים שגרמו הילדים. לבסוף, עולה שאלת זכאותם של הילדים לפיצוי, בין כתלויים ובין כניזוקים בנוק נפשי, בגין נזק שנגרם לבן-הזוג של ההורה, כמו גם שאלת זכאותם של בני-הזוג של ההורים לפיצוי בגין נזק שנגרם לילדים.

אשר לאחריותם הנזיקית של בני-זוג של הורים בגין אי-מילוי חובות כלפי ילדים, אין בארץ מניעה עקרונית מפני הגשת תביעת נזיקין כזו. דוקטרינת החסינות (immunity) מפני תביעות נזיקיות במשפחה, שהייתה נהוגה בשיטות המשפט המקובל, מעולם לא חלה בישראל במישור היחסים שבין הורים לילדים, ומקל וחומר אין היא חלה במישור היחסים שבין ילדים לבני-הזוג של הוריהם.¹⁴⁵ לפיכך, אין מניעה עקרונית לתבוע בני-זוג של הורים בגין נזקים שגרמו לילדים כתוצאה ממעשה (או מחדל) מכוון, רשלני או עולתי אחר.

עם זאת, השאלה מתעוררת בהקשר להיקף החבות בנזיקין של בני-זוג של הורים כלפי הילדים, שכן לא ברור אלו חובות מוטלות על בן-זוג של הורה כלפי ילדים, שבשל אי-מילויין ראוי להטיל עליו אחריות בנזיקין. מקל וחומר מהדין הפלילי נראה שיש חובה מוגברת על בני-זוג של הורים שלא לפגוע בילדים, אך נראה כי לא מוטלות על בני-זוג של הורים חובות של טיפול ודאגה כלפי ילדים. בהקשר זה ראוי לאזכור פסק הדין המפורסם בעניין אמין,¹⁴⁶ שקבע את אחריותם הנזיקית של הורים בגין הזנחה נפשית של

145 בארץ החסינות מפני תביעות בין בני-זוג הייתה קבועה בס' 18 (א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266. סעיף זה בוטל בשנת 1969 בחוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ס"ח 151. בארצות-הברית, שם חלה דוקטרינת החסינות גם במערכת היחסים שבין הורים וילדים, היא הוחלה גם במערכת היחסים שבין ילדים והורים חורגים ובלבד שאותם הורים מילאו בפועל תפקיד של הורה. זאת, משום שבמקרים שבהם מילא ההורה החורג תפקיד של הורה בפועל מצאו בתי המשפט כי הרציונל המבסס את דוקטרינת החסינות מתקיים, כפי שנאמר בעניין: Bricault v. Deveau, 157 A.2d 604, 605 (Conn. 1960): "The reason for the [immunity] rule is that to permit such suits would tend to undermine family unity, bring discord into the family, weaken its government and disturb its peace. These reasons are as applicable to a stepfather who stands in loco parentis to a stepson as they are to the father-son relationship". הן באנגליה והן במדינות השונות בארצות-הברית נשחקה דוקטרינת החסינות במשך השנים, בפרט בכל הנוגע לנזקים מכוונים שנגרמו לילדים. ככל שהיא נשחקה בהקשר של מערכת היחסים שבין הורים לילדים, כך גם בהקשר של מערכת היחסים שבין ילדים לבני-הזוג של הוריהם. ראו MAHONEY, STEPFAMILIES, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75-86.

146 ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג (5) 69 (1999).

ילדיהם. באותו עניין דובר בשלושה ילדים שהתייתמו מאמם בגיל צעיר. האב נישא בשנית וערך עם אשתו השנייה "הסכם" לפיו [...] יבנו הם את ביתם החדש ללא יסודות מן העבר: האב ינתק כל קשר עם ילדיו מנישואיו הקודמים, וכך תנהג גם האישה לגבי ילדיה מנישואין קודמים. עד כדי כך הקפידו בני-הזוג על ביצוע 'הסכם' זה, שלא נתנו דריסת רגל לילדים בביתם [...]"¹⁴⁷. בגין התנהגות זו חויב האב בתשלום פיצוי נזיקי לשלושת הילדים, שסבלו בעטייה נזקים נפשיים חמורים שכללו, בין היתר, התמכרות לסמים ועבריינות. המעניין הוא שמקריאה של עובדות פסק הדין עולה כי בת-הזוג של האב (שהתנהגותה בעניין זה תאמה את תיאור "האם החורגת" המופיע באגדות הילדים) הייתה שותפה פעילה ואף הגורם המניע להתנערות של האב מילדיו. אף-על-פי-כן הוגשה התביעה נגד האב בלבד ואין גם התייחסות בפסק הדין לשאלת אחריותה של אשתו. מובן שקשה להלין על היעדר התייחסות בפסק הדין לשאלת אחריותה של בת-הזוג של האב, שכן לא הוגשה תביעה כנגדה. ואכן, אי-הגשת תביעות מקשה על למידת עמדתו של הדין הישראלי ביחס לאחריותם הנזיקית של בני-זוג של הורים. עם זאת, חשוב לציין כי לעתים אי-הגשת תביעות מלמדת על אי-הכרה של המערכת בעילת התביעה, ולכל הפחות על גישה עוינת או לא אוהדת של המערכת כלפיה.¹⁴⁸

לגישתנו, במישור האחריות הנזיקית יש להבחין (בדומה להבחנה שערכנו במישור הפלילי) בין חובות הוריות לבין חובות המוטלות ככלל על אלו המצויים בקרבה לילדים ומיועדות להגן על ילדים בשל פגיעותם הייחודית. בכל הנוגע לחובות הוריות, דוגמת חובות טיפול ודאגה, ככלל אין להטילן על מי שאינם הורים, ובכלל זה בני-זוג של הורים. חובות כאלו אפשר להטיל על בן-זוג של הורה רק במקרים שבהם הוא נטל על עצמו, במפורש (למשל על-ידי הוצאת צו אפוטרופסות) או במשתמע, אחריות הורית כלפי הילד. בן-זוג שלא נטל על עצמו, במפורש או במשתמע, אחריות כלפי הילד לא חב בחובות של טיפול והשגחה כלפיו, ולפיכך אינו אחראי בגין נזקים שנגרמו לילד או נזקים שנגרמו על-ידי הילד כתוצאה מאי-מילויין של חובות אלו.¹⁴⁹ גם בהקשר זה, קביעה

147 שם, בעמ' 74-75.

148 ראוי לציין בהקשר זה שעד לשנים האחרונות כמעט לא הוגשו תביעות נזיקיות על-ידי ילדים נגד הוריהם ואף לא נגד בני-זוג של הורים, גם לא במקרים חמורים של אלימות ובכלל זה אלימות מינית. בנימין שמואלי "בין תקיפה, התעללות וענישה גופנית" ספר זכויות הילד (עתיד להתפרסם ב-2010). עם קבלתן של תביעות מעין אלו על-ידי בתי המשפט החלו להיות מוגשות תביעות נזיקיות נוספות נגד הורים. בהקשר של נזק נפשי נדחו רוב התביעות, מה שיכול להסביר את מיעוט התביעות המוגשות כיום. ראו בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: האם ילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע? עיון משווה במשפט הרומי, הישראלי, האמריקאי והעברי בעקבות ע"א 2034/98 אמין נ' אמין" משפטים על אהבה, לעיל ה"ש 52, בעמ' 269.

149 האמור כאן מתייחס לקיום כללי של חובות טיפול והשגחה. עשויה להתקיים חובת דאגה והשגחה במקרה פרטני, כאשר לפרק זמן מסוים בן-הזוג (כמו כל אדם אחר) נטל על עצמו את האחריות לילד. כך, למשל, כאשר האם, שהיא ההורה, נוסעת לסוף-שבוע והילד נשאר עם בן-הזוג בבית. במקרים

בנוגע לנטילת אחריות הורית במשתמע צריכה להתבסס על הפרמטרים שהצענו בחלקו השלישי של המאמר, המעידים על טיב הקשר בין בן-הזוג לילד. עם זאת אנו סבורות כי גם במישור הנזיקי יש לתת ביטוי לקרבה המיוחדת שבה נמצאים בני-זוג של הורים ביחס לילדי בני-זוגם, ולהטיל אחריות נזיקית בגין פגיעות בילדים הנובעות מקרבה זו. אם ניישם את גישתנו זו על נסיבות עניין אמין, אזי בת-הזוג של האב אכן אינה יכולה להימצא אחראית כלפי הילדים בגין אי-מילוי חובות של דאגה וטיפול בדומה לאב, שהרי היא אינה חייבת בחובות הוריות אלו. מאידך גיסא, כפי שהוכיחו נסיבותיו של אותו עניין, מעצם יחסיה עם האב נמצאו הילדים במצב של פגיעות מצדה, פגיעות המטילה עליה חובות ביחס לילדים, ובין היתר, חובה שלא לפגוע ביחסי הילדים עם האב.¹⁵⁰

גישתנו הכללית, שלפיה ככלל אין להטיל חובות הוריות של השגחה, דאגה וטיפול על בני-זוג של הורים, מוצאת את ביטוייה גם בממשק השני שבין דיני הנזיקין ליחסי ילד ובן-זוג של הורה – זה הנוגע לאחריותם של בני-זוג של הורים לנזקים שגרמו הילדים. ככלל, גם לגבי הורים, דיני הנזיקין הישראליים אינם מכירים באחריותם השלוחית למעשי ילדיהם ולנזקים שהללו גרמו.¹⁵¹ מקל וחומר שלא תוטל אחריות שלוחית שכזו על בני-זוג של הורים. עם זאת, שאלת אחריותם של ההורים נבחנת כשאלת אחריות ישירה, קרי: האם הופרה חובתם לפקח ולהשגיח על מעשי ילדיהם.¹⁵² נקבע כי להורים יש אפשרות לכוון את התנהגות ילדיהם ואף לשלוט במעשיהם. כמו כן, הורים יודעים כי אם לא יקפידו על חינוך ילדיהם ויקלו ראש בהכוונת התנהגותם, ייתכן שתהיינה לכך

כאלו ממילא תוטל אחריות רק כשהנסיבות מראות כי בן-הזוג נטל על עצמו, ולו לפרק זמן מוגדר, את האחריות כלפי הילד.

150 אפשר לטעון כי מעצם כניסתו לחיי ההורה בן-הזוג מרחיק את ההורה מילדיו; אנו לא טוענות זאת, ובכל מקרה, לא כל גרימת נזק מזכה בפיצוי אלא רק כזו המהווה הפרה של חובת זהירות – חובה הנקבעת בהתאם לשיקולי מדיניות.

151 עם זאת, השופט ברק הביע את הדעה כי יש להכיר באחריות שלוחית של הורה למעשי ילדיו נוסף על אחריותו השלוחית של מעביד. אהרן ברק "דיני הנזיקין לאן?" מבחר כתבים כרך ב 1067, 1074 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). ספק אם ברק נתן דעתו לכך שהורה בפקודת הנזיקין כולל הורה חורג (ואף סב), ולשאלה אם רצונו להוסיף הוראה שלפיה "הורה יהא חב על מעשה שעשה ילדו הקטין הנתון להשגחתו", כולל הטלת אחריות שלוחית גם על הורים חורגים. בארצות-הברית, באותן מדינות שהכירו באחריותם השלוחית של הורים לנזקים שגרמו ילדיהם, נוסחו הוראות החוק באופן המחיל אחריות זו על הורים בלבד. בתי המשפט שדנו בעניין נטו לתת להוראות אלו פרשנות מצמצמת שאינה מחילה אותן על הורים חורגים. ראו MAHONEY, STEPFAMILIES, לעיל ה"ש 2, בעמ' 99-96.

152 ע"א 290/68 אריאלי (קטינה) נ' צינג (קטיין), פ"ד כב(2) 645 (1968) (להלן: עניין אריאלי).

תוצאות שליליות ומזיקות הן לילדים עצמם והן לצדדים שלישיים.¹⁵³ לפיכך, כאשר הורים הפרו את החובה להשגיח, לפקח ולכוון את התנהגות ילדיהם, הוטלה עליהם אחריות בגין נזקים שהילדים גרמו.¹⁵⁴ חובתם ואחריותם של הורים נמדדת לפי מידת הזהירות הרגילה של הורה סביר.¹⁵⁵

אין בפסיקה דיון על אחריות בני-זוג של הורים בגין נזקים שגרמו ילדי בני-זוגם, אולם מאמירות שונות אפשר ללמוד על היקפה המוגבל של אחריות זו. בפסיקה הודגש לא אחת – גם בהקשר של יחסי ילדים-הורים – כי יחסי המשפחה כשלעצמם אינם מטילים אחריות על בן משפחה אחד למעשיו של בן משפחה אחר, אלא האחריות נובעת מהפרה של חובת השגחה ופיקוח כאשר יש חובה כזו.¹⁵⁶ מכאן, שאחריותם של "הורים חורגים" לנזקים שגרמו ילדי בני-זוגם תקום רק כשיש חובת פיקוח והשגחה מצדם (בין חובה כללית ובין חובה המוגבלת לזמן ולמקום ספציפיים בשל נטילת האחריות מצדם). אפשר למצוא בפסיקה הישראלית דוגמאות לקביעת קיומה של חובת השגחה ופיקוח על בני משפחה אחרים שאינם הורים, אך זאת בסיטואציות ספציפיות שבהן נטל בן המשפחה על עצמו, ולו במשתמע, את האחריות לקטין, ואין מדובר בקביעת קיומה של

153 שם. כן ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1173/99 קרואני נ' אלמוג (פורסם בנבו, 5.3.2008); ת"א (מחוזי חי') 1225/90 כהן נ' ניר (פורסם בנבו, 14.11.93) (להלן: עניין כהן נ' ניר); ת"א (שלום ת"א) 64144/04 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' משה (פורסם בנבו, 18.1.2007).

154 כך, למשל, כאשר ילד החזיק ברובה אוויר ללא רישיון בידיעת ההורים (שייתכן כי אף קנו עבורו את רובה האוויר), הוטלה עליהם אחריות לנזק שנגרם בגין ירי של בנם ברובה (עניין כהן נ' ניר, שם). כך גם כשנער ירה ברובה של אביו שאפשר את השימוש בנשק, אם כי הנחה את בנו שבנשק יש לירות רק במטוח מוסדר והבן הפר הנחיה זו. עניין אריאלי, לעיל ה"ש 152.

155 לפיכך, למשל, לא הוטלה אחריות על אב בגין תקיפה שתקף כלבו אשה בעת שהיה הכלב עם הבן בחוף הים. נקבע כי אף שהייתה התרשלות מצדו של הבן בהשגחה על הכלב, לא הייתה כל התרשלות מצידו של האב. לדברי בית המשפט, באופן רגיל היה הבן מסוגל להשתלט על הכלב ולרסנו, ולפיכך לאב לא הייתה יד בדבר והוא לא יכול היה לחזות מראש את התקיפה. ראו ע"א 179/71 כהן נ' חברת חוף הכרמל בע"מ, פ"ד כו(1) 645, 648 (1972). אמנם באותו עניין דובר בנער בגיל החבות בנוזיקין, אך לתוצאה הפוטרת הורים מאחריות הגיעו גם במקרים שבהם הילד שביצע את העבירה היה מתחת לגיל האחריות הנוזיקית, כך שהמשמעות של אי-הטלת האחריות על ההורים הייתה אי-פיצוי של הניזוק. כך, למשל, נקבע כי הורים אינם אחראים לנזקים שנגרמו בגין שריטות ששרטה באבן בתם בת הארבע מכונית של שכנה; נקבע: "יישום המבחנים הללו למקרה נשוא הליך זה איננו מגלה הפרת חובת זהירות, בודאי לא כזו שניתן היה לצפות שתביא לנזק המדובר. המכונית חנתה בחניה שבחצר הבית, מקום שם נהגו הילדים לשחק. אין כל טענה, בודאי לא ראייה, שמדובר בילדה פרועה המועדת לגרימת נזקים וחייבת בהשגחה מיוחדת". ראו ת"ק (שלום י-ם) 2747/04 אצילה נ' גודמן (פורסם בנבו, 20.8.2004).

156 בש"א (שלום חי') 2010/08 חזן נ' דימרסקי (פורסם בנבו, 11.2.2008). ראו גם ע"א 4597/91 קיבוץ אפיקים נ' כהן, פ"ד נ(2) 111, 124-126 (1996) (להלן: עניין אפיקים) (לגבי אחריותו של דוד).

חובת השגחה ופיקוח כללית על מי שאינם הורים.¹⁵⁷ כפי שכבר ציינו כמה פעמים, גם בהקשר זה גישתנו היא שאין להטיל חובות של פיקוח והשגחה כלליות, שהן חובות הוריות במהותן, על בני-זוג של הורים – אלא אם הללו נטלו על עצמם, במפורש או במשתמע, אחריות הורית.¹⁵⁸ לפיכך, ככלל אין לחייב בני-זוג של הורים בנוזיקין בגין נזקים שגרמו הילדים.

גישה שונה ליחסי ילדים עם בני-הזוג של הוריהם אפשר למצוא בדין הקיים כשעוברים לבחון את הפן הסוציאלי של דיני הנזיקין. כאן הדין מכיר בזכאותם של ילדים לפיצוי, בין כתלויים ובין כנוזיקים בנזק נפשי, בגין נזק שנגרם לבן-הזוג של ההורה ולהיפך. פקודת הנזיקין מגדירה "ילד" ככולל "ילד חורג", ולפיכך ילד מוכר כתלוי הזכאי לפיצוי בגין עוולה שגרמה למותו של בן-הזוג של ההורה.¹⁵⁹ עם זאת חשוב לציין כי תלויים זכאים לפיצוי בגין נזק ממון שנגרם להם למעשה כתוצאה מאבדן התמיכה; לפיכך יש להוכיח כי הילד היה תלוי כלכלית בבן-הזוג של ההורה כדי שיזכה בפיצויים.¹⁶⁰ אפשר להניח שכאשר מדובר בבן-זוג של הורה וילד שאינם חולקים בית

157 כך, למשל, דוד שאליו התלווה האחייני לבריכת השחייה בקיבוץ בעוד ההורים נותרו בחדר נמצא חייב בחובת השגחה ופיקוח על האחייני. עניין אפיקים, שם.

158 גם כאן נטילת אחריות מפורשת באה לידי ביטוי, בין היתר, בהוצאת צו אפוסטרופסות, ונטילת אחריות משתמעת נלמדת מטיב הקשר ההורי בין בן-הזוג והילד, בהתאם לפרמטרים שצוינו בחלקו השלישי של המאמר. מחוץ לישראל אפשר למצוא מקרים שבהם בני-זוג של הורים שתפקדו כהורים נמצאו חייבים בחובת השגחה ופיקוח. מובן כי הסטנדרט שבו עליהם לעמוד אינו חמור יותר מזה המוטל על הורים, ולפיכך גם במקרים שבהם נקבעה חובתם לא בהכרח הוטלה עליהם אחריות, שכן לעתים נמצא שהם לא חרגו מחובת השגחה הסבירה. ראו, למשל, Wyatt v. McMullen, 350 So.2d 1115, MAHONEY, STEPFAMILIES, לעיל ה"ש 2, בעמ' 94-95.

159 ס' 2, 78 לפקודת הנזיקין. מעניין לינדורן, לעיל ה"ש 108, בעמ' 28, עולה כי ילד עשוי להיות מוכר כ"ילד חורג" גם כשהורה לא היה נשוי למנוח וקשר הזוגיות היה של "ידועים בציבור".

160 ס' 80 לפקודת הנזיקין קובע: "בתובענה לפי סעיף 78 יש למסור פרטים בדבר האנשים שלטובתם היא מוגשת ובדבר הפסד הממון שסבל כל אחד מהם עקב מות הנפגע, והפיצויים יינתנו בעד הפסד הממון שסבלו למעשה, או עתידים לסבול אותו למעשה". זהו סעיף כללי ואינו חל רק על תביעת ילדים חורגים כתלויים. עם זאת, לגבי ילדים ביולוגיים יש, כמובן, חזקה עובדתית כי הם תלויים בהוריהם כל עוד הם קטינים. עילת "אבדן שירותים" (loss of consortium) אינה מוכרת בדין הישראלי, אך בית המשפט רשאי לפצות את התלויים במנוח על אבדן השירותים שנהוג לתתם ושיש ציפייה לקבלתם במסגרת המשפחה. זאת, במסגרת עילת התלות ורק במקרה שאפשר להעריך כספית את האבדן. ראו ע"א 64/89 גבאי נ' לוזון, פ"ד מח(4) 673, 682-688 (1994). הערכת הנזק נעשית בהתאם לעלות השירותים בשוק (על-ידי מטפלת, עוזרת, מורה פרטית וכדומה) ולא ההפסד שנגרם בפועל; ראו שם. במדינות השונות בארצות-הברית נוצרה גם הבחנה בין הנזק הממוני לנזק הנובע מאבדן שירותים. באשר לנזק הממוני יש מדינות שבהן זכאותם של ילדים ושל בני-הזוג של הוריהם מוכרת במפורש בחקיקה, ויש מדינות שבהן, על אף היעדרה של התייחסות מפורשת בחוק, הוכרה

(מכיוון שהילד מתגורר עם ההורה השני) יהיה קשה יותר להוכיח תלות כלכלית ונזק ממוני בפועל שנגרם לילד כתוצאה ממות בן-הזוג של ההורה. בדומה להגדרת "ילד", גם הגדרת "הורה" בפקודת הנזיקין כוללת "הורה חורג". לפיכך, במקרים שבהם הורים זכאים לפיצוי בגין מות ילדם יהיו גם בני-זוג של הורים זכאים לפיצוי, ובלבד שיעלה בידם להוכיח כי נגרם להם נזק של ממש.

דיני הנזיקין גם הכירו בכך שבשל היחסים הנרקמים לעתים בין ילד לבן-הזוג של הורה, מותו של אחד מהם עלול לגרום לנזק נפשי אצל השני – נזק המוכר כבר-פיצוי במסגרת דיני הנזיקין בישראל. דיני הנזיקין בישראל מכירים בכך שמותו של ניזוק גורם פגיעה נפשית למקורביו, ובהתקיים תנאים מסוימים מכירים בקיומה של זכות לפיצוי בגין נזק זה.¹⁶¹ יצוין כי בשל העובדה שהכרה בזכאות לפיצוי של נפגע משני משמעה הרחבת חוג הזכאים לפיצויים, המשפט הישראלי נוקט גישה זהירה לגבי הכרה בזכאות לפיצויים של ניזוקים שאינם צד ישיר לעוולה. בפסיקה נקבעו כמה תנאים להגבלת זכאותם לפיצויים של ניזוקים עקיפים בנזק נפשי; מהם רלוונטי לענייננו התנאי הנוגע לקרבה הצריכה להתקיים בין הנפגע המשני לנפגע העיקרי. בפסיקה נקבע ככלל כי רק קרוב משפחה מדרגה ראשונה של הניזוק העיקרי זכאי לפיצוי, אף כי במקרים חריגים וראויים יש אפשרות לפצות גם נפגע אחר.¹⁶² בהקשר זה הכירה הפסיקה בכך שיחסי ילדים עם בן-הזוג של ההורה עומדים בתנאי הקרבה המזכים בפיצוי בנסיבות שבהן גידל

זכאותם במקרה של תלות כלכלית מובהקת. ראו MAHONEY, STEPFAMILIES, לעיל ה"ש 2, בעמ' 101-111. באשר לפיצוי בגין loss of consortium, בארצות-הברית ראש נזק זה אינו מבטא רק (ואפילו לא בעיקר) אבדן ממוני אלא אבדן שאינו ממוני כחלק מחיי המשפחה, דוגמת חיבה, חברה וכדומה. ההכרה בראש נזק זה נעשתה בעיקר במישור היחסים הזוגיים ופחות במישור היחסים שבין הורים לילדים. באותן מדינות בארצות-הברית שבהן ניתן פיצוי בגין הפגיעה הלא-כלכלית ביחסי הורה-ילד עקב מותו של אחד מהם, לא הורחבה ההכרה ליחסי הילד ובן-הזוג של הורהו. שם, בעמ' 87-94.

161 רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזובן המנוח דהאן, פ"ד מר(3) 397 (1990) (להלן: עניין אלסוחה).
 162 שם. כמו כן נקבעו שלושה תנאים נוספים: (1) על הניזוק המשני, ככלל, להתרשם בעצמו מן האירוע שגרם לנזק (אולם לא נשללה על הסף זכותו של קרוב שהתרשם מן האירוע מכלי שני ונזקו היה צפוי בנסיבות העניין); (2) קרבה במקום ובזמן בין היווצרות נזקו של הניזוק המשני לבין הפגיעה בניזוק העיקרי (אם כי גם כאן נקבע שאין לשלול את האפשרות שנוק שהתהווה הרחק מזירת האירוע, בחלוף זמן, או כתוצאה מחשיפה מתמשכת – להבדיל מהלם מידי, יהא גם הוא בר-פיצוי); (3) בעניין אלסוחה, שם, נקבע כי רק פגיעה נפשית חמורה, העולה כדי מחלת נפש (פסיכוזיס) או הפרעת נפש (נוירוזיס) שיש בהן משום נכות ניכרת, תהא בת-פיצוי. תנאים אלו רוככו והורחבו על-ידי פסיקה מאוחרת יותר. ראו ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 5.6.2007).

בן-הזוג את הילדים.¹⁶³ גם כאן מדובר בתנאי סף בלבד; כדי לזכות בפיצוי בפועל יהא על הילד (או בן-הזוג) התובע להוכיח את הנזק הנפשי שנגרם לו. יש לציין כי בכל הנוגע לפן הסוציאלי של דיני הנזיקין, הפגיעה בייחודיות המעמד ההורי, הנובעת מהכרה בזכותו של ילד לפיצוי בגין מות בן-הזוג של הורהו ולהפך, אינה גדולה – בין היתר משום שהנתבע הוא בדרך כלל צד שלישי ליחסים המשפחתיים (מעוול או מבטח).¹⁶⁴ לפיכך, על-פי המודל שהצענו, אפשר להגמיש את הדרישות להכרה משפטית במערכת היחסים שבין הילד לבן-הזוג. אף-על-פי-כן, במבט ראשון נראה כי ההכרה ביחסי ילדים עם בני-הזוג של הוריהם בפן זה של דיני הנזיקין היא גורפת מדי, שכן היא נשענת על מערכת היחסים הזוגית שבין ההורה לבין בן-הזוג ולא על מערכת היחסים שבין בן-הזוג לילד. לכאורה, עצם היחסים הזוגיים עם ההורה – ולכל היותר מגורים משותפים כתנאי נוסף – די בהם כדי להכניס את הילד לגדר הזכאים לפיצוי נזיקי בגין פגיעה בבן-הזוג ולהפך. אולם, במבט נוסף מתברר כי דיני הנזיקין כוללים מנגנוני סינון נוספים, ובראשם התנאי לקיומם של נזק או תלות הרגישים למערכת היחסים שבין בן-הזוג לילד. לגישתנו, קיומה או היעדרה של תלות כאמור צריך להיקבע תוך התחשבות בפרמטרים שצוינו בחלקו השלישי של המאמר, אף שבשל הפגיעה החלשה יותר בבלעדיות המעמד ההורי בהקשר זה אפשר לאמץ גישה מקלה יותר באשר להתקיימות תנאים אלו או חלקם.¹⁶⁵

7. הטבות סוציאליות

מקבץ חקיקה נוסף המכיר במעמדו של בן-זוג של הורה, גם אם לא אימץ את הקטין באופן פורמלי, הוא המקבץ העוסק בהטבות סוציאליות. היריעה קצרה מלהזכיר כאן את כל ההטבות הסוציאליות הרלוונטיות ליחסים שבין ילד לבן-הזוג של הורהו, ואנו נדון רק בעיקריות שבהן. חוק הביטוח הלאומי כולל בהגדרת "ילד" גם "ילד חורג"¹⁶⁶ ומעניק זכאות לגמלה לתלויים של נפגעי עבודה – ובגדר זה גם ילדים חורגים ואף הורים חורגים, אם היו תלויים כלכלית בנפגע.¹⁶⁷ "ילד חורג" נחשב גם לצורך קביעת הזכאות

163 ת"א (שלום ת"א) 84794/96 קטנברג נ' מדינת ישראל משרד הבריאות (פורסם בנבו, 30.1.2003).

עם זאת, הילדים לא עמדו בתנאי הרביעי של חומרת הפגיעה הנפשית ולכן לא זכו לפיצוי.

164 בכך, למשל, נבדלים דיני הנזיקין בפן הסוציאלי שלהם מהפן הסוציאלי של דיני הירושה, שבא לידי ביטוי במוזנות מן העיזבון.

165 אשר לקיומו של נזק נפשי, הרי לאור המבחנים המחמירים שנקבעו בפסיקה (גם לאחר הגמשתם), אפשר להניח ברמה גבוהה של ודאות שכאשר תובע עומד במבחנים אלו, היחסים בפועל בין הילד לבן-הזוג של ההורה היו יחסים הדוקים.

166 ס' 1 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210.

167 שם, ס"ח' וס' 238.

של בן-הזוג של הורהו לדמי אבטלה,¹⁶⁸ לזכאות לתוספת בגין תלויים לקצבת זקנה¹⁶⁹ ולצורך הזכאות של ילדים לקצבת תלויים אם נפטר ההורה החורג.¹⁷⁰ "ילדים חורגים", ובמקרים מסוימים גם "הורים חורגים", זכאים לגמלאות גם בעקבות נכות¹⁷¹ או מוות במסגרת שירות צבאי¹⁷² ובעקבות פעולות איבה.¹⁷³ ביטוי נוסף להכרה המדינית בהורות למעשה של בני-זוג של הורים מופיעה בחוק החולש על עובדי מדינה, הכולל בהגדרת שאריו של עובד מדינה גם את ילדו החורג. הכללה זו מאפשרת לילדים שאינם מפרנסים את עצמם לקבל מהמדינה גמלה בגין מותו של עובד מדינה שהיה בן-הזוג של מי מהוריהם.¹⁷⁴ בדומה, ייתכנו גם הסדרים של קרנות פנסיה פרטיות המכירות ב"ילדים חורגים" וב"הורים חורגים" כבני משפחה של המבוטח, הזכאים בתנאים מסוימים לקבל פנסיה במקום המבוטח שהלך לעולמו.¹⁷⁵

חשוב לציין כי החוקים וההסדרים הסוציאליים אינם מספקים הגדרה ל"הורה חורג" או ל"ילד חורג" ובחלקם גם אין הגדרה ל"בן-זוג", ומכאן שלא ברור מהם המבחנים להכרה בסטטוסים הללו. אכן, משיחות שערכנו עם גורמים שונים במוסד לביטוח לאומי התברר כי שאלת הגדרתו של "ילד חורג" עלתה לא אחת. בעבר די היה בנישואי ההורה עם בן-זוג חדש כדי להכניס את הילד ובן-הזוג להגדרת "ילד חורג" ו"הורה חורג" לצורכי הביטוח הלאומי, כך שהדגש היה למעשה על הקשר הזוגי שבין ההורה לבן-הזוג, מתוך תפיסה שכוונת המחוקק הייתה להרחיב את הזכאות. דבר זה יצר מצבים אבסורדיים, כגון ילד שהוכר כזכאי לקצבת שארים בשל פטירת בת-הזוג של אב שחי עם בת-הזוג החדשה מחוץ לישראל בזמן שהילד היה בישראל במשמורתה של האם. כיום הנטייה מעט שונה; ככלל יש התייחסות לשאלת המגורים המשותפים של הילד ובן-הזוג של ההורה באותו משק בית.¹⁷⁶

היעדר הגדרות בחוק גם מעלה את השאלה אם תהא הכרה במעמד של "הורה חורג" או "ילד חורג" גם במקרים שבהם ההורה הביולוגי ובן-הזוג אינם נשואים כדין. יש מקום

168 שם, ס' 160.

169 שם, ס' 238 ו-244.

170 שם, ס' 238 ו-247.

171 חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959, ס"ח 276.

172 חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"ו-1950, ס"ח 162. ראו גם חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985, ס"ח 142; חוק תשלום קצבאות לחיילי מילואים ולבני משפחותיהם, התשס"ב-2002, ס"ח 400; חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949, ס"ח 13.

173 חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970, ס"ח 126.

174 ס' 4 לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב] התש"ל-1970, ס"ח 65.

175 ראו, למשל, תקנות קרן הפנסיה מקפת אישית של קרן מקפת החדשה, מאי 2005, www.prisha.co.il/UserFiles/File/pdf/new_makefet.pdf.

176 שיחה עם גבי יפה מרוז, ראש מדור משפחה (ובעבר ראש מדור שארים) בביטוח הלאומי (4.5.2008).

לשער כי מגמת החקיקה והפסיקה בשנים האחרונות, המרחיבה את ההכרה במעמד של ידועים בציבור בכל הקשור לתלות הכלכלית ביניהם, תשפיע גם על הפרשנות של החוקים הסוציאליים כך שלפחות במקרים שבהם ההורה הביולוגי ובן-הזוג היו ידועים בציבור, יוכרו בני המשפחה כ"הורה חורג", "ילד חורג" ו"ילד של בן-זוג" ויכובדו זכאויותיהם הסוציאליות. אכן, גם גישת המוסד לביטוח הלאומי היא שלא להבחין בין בן-זוג מנישואים של הורה ובן-זוג ידוע בציבור של הורה לעניין ראייתו כ"הורה חורג" ואת הילד כ"ילדו החורג".¹⁷⁷

אין זה מפתיע כי בתחום ההטבות הסוציאליות (וכפי שראינו, גם בכל הנוגע לפן הסוציאלי של דיני הנזיקין) יש הכרה ביחסי ילד ובן-הזוג של הורה. הכרה משפטית בסוגי משפחות חדשים ולא-קונבנציונליים מתרחשת תמיד לראשונה במסגרת הדינים הסוציאליים. כך היה גם לגבי ידועים בציבור¹⁷⁸ ולגבי בני-זוג מאותו מין.¹⁷⁹ עם זאת, חשוב לציין כי ההכרה המשפטית בצרכים הסוציאליים הנלווים להורות למעשה אינה מלאה. לדוגמה, החוק העוסק בזכות של עובד לקבל דמי מחלה בגין מחלת ילד אינו כולל הגדרה למילה "ילד" ואינו מתייחס לזכותו של בן-זוג של הורה לקבל דמי מחלה במקרה שהוא מטפל בילד של בן-זוגו.¹⁸⁰

ככלל אנו מסכימות עם הנטייה להכרה נרחבת יותר ביחסים משפחתיים בפועל במישור הסוציאלי, בין היתר, כפי שצינו, משום שבהכרה ביחסים בין ילד לבן-זוג של הורה במישור זה יש פגיעה פחותה בייחודיות המעמד ההורי. עם זאת, גם מתן הטבה סוציאלית צריך להיעשות תוך התייחסות למערכת היחסים שבין הילד לבן-הזוג של ההורה ולא בהתייחס למערכת היחסים הזוגית שבין ההורה לבן-הזוג, אף שאין הכרח לנקוט גישה מחמירה בהתאם לכל הפרמטרים שמנינו (גיל הילד בעת תחילת יחסי בן-הזוג וההורה, משך היחסים הזוגיים וכדומה). כך, למשל, אפשר להכיר כשאר של עובד מדינה גם בילד של בן-הזוג של העובד ובלבד שהללו גרו תחת קורת-גג אחת ומשכורתו של עובד המדינה שמשה גם לצורכי הקטין. אנו מודעות לכך שעל-פי גישה זו עשויה להישלל לעתים הטבה הניתנת כיום לילד או לבן-זוג של הורה, אך לדעתנו זו העמדה הראויה הן במישור המעשי והן במישור הסימבולי של החוק, האמור להעניק הכרה למערכות יחסים בין ילד לבן-זוג של הורה רק ככל שהללו מתקיימות בפועל.

177 ש.ם.

178 פנחס שיפמן דיני משפחה בישראל כרך א 159-160 (מהדורה שנייה, 1995).

179 ראו, למשל, הודעת דובר משרד המשפטים בשם היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז מיום 8 בדצמבר

2004 (מצוטטת בתמ"ש (משפחה ת"א) 16610/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8

לפסק-דינו של השופט גייפמן (פורסם בנוב, 8.5.2005).

180 חוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), התשנ"ג-1993, ס"ח 134.

8. משמורת והסדרי ראייה

שאלת מעמדו המשפטי של בן-זוג של הורה ביחס לילדי ההורה מתעוררת לא רק כשהורה חי עם ההורה אלא גם, ואולי בעיקר, כשבני-הזוג נפרדים או מתגרשים, או כשהורה הביולוגי הולך לעולמו. במצבים אלו, השאלות המרכזיות העשויות לעלות נוגעות לשימור הקשר בין הילד לבין בן-הזוג באמצעות משמורת או הסדרי ראייה.¹⁸¹ כאשר בן-הזוג של ההורה אימץ באופן פורמלי את הילד, הרי הוא, בעיני המשפט, הורה לכל דבר ועניין; במקרה של פרדה או גירושין מההורה הביולוגי יחולו הכללים המשפטיים החלים על סכסוכי משמורת והסדרי ראייה בין הורים.¹⁸² כך, גם במקרה שבו ההורה הביולוגי הלך לעולמו, ההורה המאמץ ממשיך להיות הורה לכל דבר ועניין. בהיעדר אימוץ וכל עוד אחד מההורים בחיים, הכרה במעמדו של בן-הזוג על-ידי מתן משמורת או הסדרי ראייה תהווה את הפגיעה המשמעותית ביותר בסטטוס ההורי וייחודיותו, משתי סיבות. ראשית, הסדרי ראייה – ומשמורת בוודאי – נמצאים בלב המעמד המשפטי ההורי. כמו כן, מכיוון שהצדדים להליך משפטי כזה הם בדרך כלל בן-הזוג (לשעבר) מול הורה, הרי שהענקת מעמד לבן-הזוג נוגסת במעמדו של ההורה. משום כך נראה כי במצבים אלו ראוי להציב דרישות מחמירות על ציר יחסי בן-הזוג לשעבר עם הילד כתנאי למתן הכרה משפטית למעמדו של בן-הזוג לשעבר, כפי שנפרט להלן.

משמורת

המשפט הישראלי מחלק סכסוכי משמורת לשלושה סוגים. סוג אחד הוא סכסוך בין הורים. כאשר שני הצדדים הטוענים למשמורת הם הורים, העיקרון החולש על קביעת המשמורת הוא עקרון טובת הילד.¹⁸³ סוג אחר של סכסוכי משמורת הוא סכסוך שבו שני המתדיינים אינם הורים (כאשר שני ההורים אינם בין החיים, נעדרי מסוגלות הורית או אינם יכולים לטעון למשמורת מסיבות אחרות). גם במקרים מסוג זה תוכרע שאלת המשמורת על-פי עקרון טובת הילד. הסוג השלישי של סכסוכי משמורת הוא סכסוך בין מתדיין המוכר על-ידי המשפט כ"הורה" לבין מתדיין שאינו מוכר על-ידי המשפט

181 שאלה אחרת העשויה להתעורר נוגעת לחובת בן-הזוג במזונות הילד לאחר הפרדה. שאלה זו נדונה לעיל בסעיף העוסק במזונות. ראו טקסט נלווה לה"ש 118-119 לעיל.

182 מחקרנו על הפסיקה לא העלה פסקי דין הדנים בסכסוכי משמורת או בהסדרי ראייה בין הורה ביולוגי להורה מאמץ.

183 הדין הישראלי כולל חוקה שלפיה טובתם של ילדים עד גיל שש היא לגדול אצל האם (חוקת הגיל הרך); ראו ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. לאחרונה פרסמה ועדת ממשלתית בראשות פרופ' דן שניט דו"ח ביניים ובו המלצה לבטל את חוקת הגיל הרך ואף את המושגים "החוקת הקטין" ו"סדרי ראייה", ולהמיר אותם במונחים "אחריות הורית" ו"תכנית הורית". דו"ח הביניים אינו כולל התייחסות למעמדם המשפטי של בני-זוג בהווה ולשעבר של הורים ביחס לילדי בן-זוגם. ראו דו"ח שניט, לעיל ה"ש 47.

כ"הורה". במקרים אלה עקרון טובת הילד אינו העיקרון שיכריע בסכסוך, אלא העיקרון בדבר השארת הילד אצל ההורה, בהיעדר נסיבות חריגות ויוצאות-דופן. כאמור, שאלת המשמורת של בן-זוג של הורה עשויה להתעורר באחת משתי סיטואציות: פרדה שלו מההורה, לרבות גירושין, או מות ההורה. במקרה הראשון מדובר בסכסוך משמורת בין ההורה לבין מי שהיה בן-זוגו ואינו מוכר על-ידי המשפט כ"הורה". במקרה שבו ההורה נפטר יש להבחין בין מצב שבו ההורה השני חי לבין מצב שבו גם ההורה השני אינו בין החיים. כאשר יש הורה בחיים, אף אם הורה זה לא היה משמורן, המשפט מסווג את סכסוך המשמורת כסכסוך בין הורה לבין מי שאינו הורה. כאשר אין הורה בין החיים, בן-הזוג של ההורה שנפטר אחרון עשוי למצוא את עצמו בסכסוך משמורת מול קרובי משפחה אחרים – למשל סבא וסבתא – ואז יהיה זה סכסוך משמורת בין שני צדדים שאינם הורים.

בישראל לא פורסמה פסיקה העוסקת בשאלת המשמורת של בני-זוג לשעבר של הורים; שיחות עם עורכי-דין ועם שופטים העלו כי שאלה זו טרם התעוררה.¹⁸⁴ בשל כך אנו פונות לפסיקה בסוגיה המשפטית הקרובה ביותר לענייננו – סכסוכי משמורת שבהם לפחות אחד הצדדים אינו הורה (בעיקר סבים וסבתות). מפסיקה זו אפשר ללמוד כי גישת המשפט הישראלי לשאלת המשמורת משקפת גישה דיכוטומית, שלפיה אנשים מסווגים כהורים או כמי שאינם הורים ("צדדים שלישיים"). האמירות בפסיקה שעסקה בזכויות המשמורת של סבים וסבתות הן אמירות כלליות לגבי זכויות המשמורת של "צדדים שלישיים" (מי שאינם הורים), ולפיכך רלוונטיות גם לבני-זוג לשעבר של הורים. יתרה מזו: מרבית פסקי הדין הללו עסקו בסבים וסבתות ששימשו הורים בפועל – בדומה לחלק מבני-הזוג של הורים.

עמדתו העקרונית של המשפט הישראלי הובעה בסדרה של פסקי דין שבהם ניצבו מחד גיסא סבא וסבתא ומאידך גיסא הורה בסכסוך משמורת. בפסקי דין אלו נקבע שהיכולת להעביר ילד למשמורת אדם שאינו ההורה מוגבלת להוראות חוק מפורשות המאפשרות לעשות כן וקבועות בחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ובחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. העילות הקבועות בשלושת החוקים הללו דומות ועולה מהן עיקרון אחד: אין לשלול משמורת של הורה רק משום שייטב לילד אם יופקד במשמורת צד שלישי. טובת

184 שיחה עם השופט מנחם הכהן (20.8.2006) ושיחה עם עו"ד יוסי מנדלסון (17.8.2006). מחוץ לישראל יש דיון בשאלת המשמורת של בני-זוג לשעבר של הורים. ראו, למשל, *In re Marriage of Lewis & Goetz*, 203 Cal. App. 3d 514 (4th Dist. 1988); *Gorman v. Gorman*, 400 So.2d 75 (Fla. 5th DCA 1981) (להלן: עניין *Gorman*); *Simpson v. Simpson*, 586 S.W.2d 33 (Ky.); *In re Marriage of Miller* 825 P.2d 189 (Mont. 1992); *Com. ex rel. Husack v. Husack*, 417 A.2d 233, 10 A.L.R. 4th 761 (Pa. 1979) (להלן: עניין *Husack*); *Bartlett*; לעיל ה"ש 14.

הילד תישקל אך ורק כשההורה הפקיע מעצמו את הזכות להחזיק בילד. מכאן, שכאשר במאבק משמורת ניצב הורה מול מי שאינו הורה, אזי מבחינה משפטית כפות המאזניים אינן מעוינות. בניגוד לסכסוכי משמורת בין הורים, שם בית המשפט מכריע מהי האפשרות הטובה ביותר לילד, השאלה שבית המשפט מציב במקרים שבהם נאבקים על המשמורת הורה ו"צד שלישי" היא אם יש סיבה מיוחדת ויוצאת-דופן שתצדיק את שלילת זכותו של ההורה הביולוגי להחזיק בילד.

פסק הדין המרכזי במשפט הישראלי שקבע את העיקרון הזה עסק במקרה שבו לאחר מות האם מסר האב את הבן הקטין לטיפולם של הסב והסבתא, הורי האם המנוחה.¹⁸⁵ לאחר כשנתיים נישא האב בשנית וביקש להחזיר את הילד לחזקתו. בית המשפט העליון קיבל את בקשתו של האב וקבע כי אין לנתק את הילד מאביו ללא הסכמתו, אלא אם מופעלת אחת מהוראות החוק המיוחדות המקנות סמכות לעשות כן. הוראות החקיקה קובעות כי צריכה להיות סיבה מיוחדת וכבדת-משקל שתשלול מן האב את זכותו הטבעית לגדל ולחנך את ילדו, סיבה שלא התקיימה במקרה הנדון.

מפסיקה זו ומפסיקות נוספות דומות¹⁸⁶ אפשר להקיש כי במקרה של סיום הקשר בין ההורה לבן-הזוג תיוותר המשמורת בידי ההורה הביולוגי, בהיעדר נסיבות יוצאות-דופן

185 ע"א 783/81 פלונים נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1 (1983).

186 גם פסקי דין נוספים שהתייחסו לסכסוכי משמורת בין הורה למי שאינו הורה נדרשו לשאלת תחולתו של העיקרון לגבי הורים שלא תפקדו כהורים משמורנים עוד בחיי ההורה שנפטר. כך, בשני פסקי הדין דובר בהורים גרושים כשהאב חי מחוץ לישראל והאם גידלה את הילד או הילדה בסיוע הוריה, הסב והסבתא. עם מות האם טענו הסב והסבתא למשמורת בהתבסס על הורותם בפועל, ותמכו את טענתם גם בהיעדר המשמורת וההורות בפועל של האב, שחי למעשה בנפרד מהאם והילד או הילדה מחוץ לישראל. גם במקרים אלו נדחו התביעות של הורי האם ונקבע מפורשות כי גם זכותו של הורה שאינו משמורן בפועל עדיפה מזכותו של כל אדם אחר, ורק נסיבות יוצאות-דופן וכבדות-משקל יצדיקו את הפקדת המשמורת אצל מי שאינו הורה. ראו ע"א 212/85 פלוני נ' פלונים, פ"ד לט(4) 309 (1985); ד"נ 30/85 פלונים נ' פלוני, פ"ד לט(4) 665 (1985); תמ"ש (משפחה ת"א) 107060/99 ש' ד' נ' L. K., פ"מ משפחה התשס"א 208 (2001). ראו גם תמ"ש (משפחה י-ם) 13931/99 פלונים נ' אלמונים (פורסם בנבו, 18.9.2000) (באותו עניין האב התגורר בארץ). פסק הדין בעניין ש' ד' נ' L. K. נהפך בערעור, אולם ערכאת הערעור הבהירה כי אין מדובר בשינוי של העיקרון המשפטי אלא בקיומו של החריג לעיקרון זה. לאחר שהועבר הילד לשבדיה, בעקבות פסיקת בית המשפט לענייני משפחה, הפר האב כמה מההתחייבויות שנטל על עצמו או שנקבעו בפסק הדין בנוגע לקשר בין הילד לסבים ולישראל, בנוגע לאופי חינוכו של הילד ובנוגע לדיווח לבית המשפט על מצבו של הילד. בכל אלו ראה בית המשפט המחוזי בתל-אביב נסיבה מיוחדת לתת את המשמורת לסבים ולמנותם כאפוטרופסים נוספים. ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 1083/01 ש.ד. נ' ל.ק. (לא פורסם). בלשון בית המשפט: "במעשים אלו, הראה האב כי טובתו של הקטין אינה בראש מעייניו, אלא עקרונותיו שלו. מלכתחילה, מסירת הקטין לאביו הגר בשבדיה היוותה החלטה קשה, שכן הקטין חווה אובדן וצער. טלטלתו לארץ זרה ולמשפחה חדשה נעשתה תוך מתן אמון מלא במשיב [האב],

וקיצוניות.¹⁸⁷ כך גם במקרה של מות ההורה המשמורן, כשהילדים התגוררו עמו ועם בן-הזוג. סביר כי במאבק משמורת בין ההורה שנותר בחיים לבין בן-הזוג של ההורה המשמורן שנפטר תהא ידו של הראשון על העליונה.¹⁸⁸

יצוין כי לאחרונה ניתן פסק דין בבית המשפט לענייני משפחה בראשון-לציון שבו נקבעה העברת משמורת על ילדה מהאב לסבא ולסבתא. באותו עניין, לאחר מות האם גידל האב את הילדה בסיוע הסב והסבתא והתגורר עמה בקרבתם במשך כשמונה שנים. כשהייתה הילדה כבת תשע נישא האב מחדש ועבר להתגורר ביישוב אחר בארץ. בעת מתן פסק הדין הייתה הילדה כבת שלוש עשרה ובית המשפט ציין כי ראה נסיבה מיוחדת לפסוק את העברת המשמורת בכך שבמשך ארבע שנים הביעה הילדה רצון עצמאי וחד-משמעי לעבור להתגורר בבית סביה – רצון שבא לידי ביטוי גם בפניות עצמאיות לבית המשפט. בהתחשב בגילה של הילדה ובבגרותה, ובהסתמך על עקרון זכויות הילד, הורה בית המשפט על העברת המשמורת לסבים.¹⁸⁹ פסק הדין הזה פותח לכאורה פתח – ולו צר מאוד – לפסיקת משמורת לבני-זוג לשעבר של הורים כשזהו הרצון החד-משמעי

כי ישכיל לדאוג לרווחתו הנפשית של הקטין ולצרכיו. המשיב הפר אמון זה, וגרם לבסיס עליו נסמכה החלטת בית משפט קמא להישמט".

187 בארצות-הברית יש פסיקה המכירה בזכויות משמורת של בן-זוג לשעבר של הורה. חלק מפסקי הדין עסקו ב"אמהות חורגות" שטענו למשמורת מול אב ביולוגי (ולא מול אם ביולוגית), כשנטען שהאב לא גילה תשומת לב מספקת ועניין בגידול ילדיו. ראו, למשל, עניין *Husack*, לעיל ה"ש 184; עניין *Gorman*, לעיל ה"ש 184. יצוין כי פסקי הדין הללו עסקו גם בילדים על סף נערו ומעבר לכך (גילאי 17-13) שהביעו רצון להישאר עם בת-הזוג לשעבר של אביהם. פסיקה אחרת הכירה במשמורת בן-הזוג לשעבר של ההורה כשטענת המשמורת נטענה בקשר לילד של ההורה שממנו נפרד, נוסף על ילדיהם הביולוגיים המשותפים. ראו, למשל, *Paquette v. Paquette*, 499 A.2d 23 (Vt. 1985). לפסיקת משמורת לבן-זוג של האם במאבק מול האב הביולוגי לאחר מות האם ראו, למשל, *Charles v. Stehlik*, 744 A.2d 1255, 1258 (Pa. 2000).

188 העדפה למי שגידלו את הילד בפועל ולא להורים הביולוגיים אפשר למצוא במשפט הישראלי במקרים של חזרה מהסכמה לאימוץ. כאשר הורים ביולוגיים (ובמיוחד האם) חוזרים מהסכמתם למסור את ילדם לאימוץ, המשפט הישראלי נוטה להשאיר בסופו של דבר את הילדים אצל ההורים המיועדים לאמצם ולא להשיבם להורים הביולוגיים. דוגמה מהעת האחרונה לגישה זו של המשפט הישראלי היא הפרשה שכונתה "תינוק המריבה", שם הכריע לבסוף בית המשפט העליון על הותרת התינוק בידי ההורים המאמצים. ראו עניין פלונים נ' ההורים הביולוגיים, לעיל ה"ש 56. ייתכן שמדיניות זו יכולה להוות השראה לעניין מעמדם של בני-זוג לשעבר של הורים ששימשו הורים בפועל לילדים. לשיטתנו, יש דווקא לחזק את מעמדם של הורים ביולוגיים שחזרו מהסכמתם למסור את ילדם לאימוץ. עמדתנו זו עולה בקנה אחד עם עמדתנו בדבר חשיבות השימור של הסטטוס ההורי, כפי שיפורט בהמשך.

189 עניין א.מ. נ' ש.ש., לעיל ה"ש 102.

של ילד, שבשל גילו ובשלותו מצא בית המשפט כי יש להתחשב בעמדתו.¹⁹⁰ עם זאת, ראוי לציין כי בית המשפט פסק שמשמורת הסב והסבתא תהיה בתנאי אומנה וכי האב ייוותר האפוטרופוס היחיד של הילדה.

עד כה דנו בעקרונות המשפטיים שיחולו על סכסוכי משמורת בין הורה לבין בן-זוגו לשעבר. כאשר מות ההורה מותיר את הילד ללא הורה בין החיים או ללא הורה הכשיר לטעון למשמורת, אזי מעמדו של בן-הזוג לשעבר של ההורה – לטעון למשמורת כמי שהיה הורה בפועל – איתן יותר מאשר במצבים שתוארו לעיל, שבהם ההורה השני בחיים. במקרה של סכסוך בין בן-זוגו לשעבר של הורה לקרובי משפחה אחרים של הילד (סבים, דודים או אחרים), אזי כל הצדדים לסכסוך אינם הורים, ולפיכך אין עדיפות ראשונית למי מהצדדים והסכסוך יוכרע על-פי עקרון טובת הילד.¹⁹¹

כאשר פוקע הקשר בין ההורה לבן-זוגו, הענקת מעמד של הורה לבן-זוג לשעבר של הורה רק למי שאימץ את הילד עולה בקנה אחד עם עמדתנו שיש לשמר את הייחודיות של הקשר ההורי הביולוגי. ככלל אנו תומכות במצב המשפטי הקיים בכל הנוגע למשמורת, המעניק עדיפות להורים ביולוגיים בסכסוכי משמורת מול מי שאינם הורים, ובכלל זה בני-זוג לשעבר, בהיעדר נסיבות חריגות ויוצאות-דופן. עם זאת, גישתנו שונה מעט ביחס לפרשנות של אותן נסיבות חריגות ויוצאות-דופן: על-פי הדין הקיים יוגבלו נסיבות כאמור למקרים של היעדר מסוגלות הורית או הזנחה, ולשיטתנו הן צריכות להיבחן על-פי המודל שהצענו, תוך נקיטת גישה מחמירה לגבי קיום הקריטריונים שפירטנו. נסיבות חריגות המצדיקות הענקת משמורת לבן-זוג של הורה עשויות להתקיים, על-פי המודל שהצענו, כשנרקם בין הילד לבן-הזוג קשר חזק (קרי: הילד היה פעוט בעת תחילת הקשר בין ההורה ובן-הזוג, הקשר הזוגי נמשך זמן רב, בן-הזוג תפקד בפועל כהורה וכדומה). כפי שציינו, מחקרים מראים כי תנאים אלו מתקיימים רק במיעוט המקרים.

יישום המודל שהצענו מוביל גם להבחנה בין מקרים שבהם מאבק המשמורת של בן-הזוג הוא נגד ההורה המשמורן (קרי: במצב של סיום הקשר הזוגי ביניהם) לבין מקרים שבהם בן-זוג של הורה משמורן נאבק על משמורת כנגד הורה לא-משמורן בשל מות ההורה המשמורן. במקרה הראשון, גם כשמתקיימים התנאים המעידים על קיום קשר משמעותי בין הילד לבן-הזוג, המאבק הוא עדיין בין מי שתפקד כהורה אך אינו הורה לבין מי שהוא הורה, שגם תפקד כהורה משמורן. לפיכך, עדיפות צריכה להינתן

190 לפסק דין אמריקני שהעניק משמורת לבת-זוג לשעבר של האב, בין היתר בגין רצון הילד, ראו עניין *Gorman*, לעיל ה"ש 184.

191 ראו, למשל, ע"מ (מחוזי י-ם) 464/03 פלמוני נ' אלמוני (פורסם בנוב, 8.8.2004), שם נקבע שכאשר הטוענים להחזקת הילדים אינם הורים השיקול היחיד הוא "טובת הילד", באשר לא ניצבת מול טובת הילד כל זכות משפטית של הורה כנגד מי שאינו הורה. באותו עניין התנהלו ההליכים בין הורי האב להורי האם לאחר רצח האם על-ידי האב ושליחת האב למאסר עולם.

לבעל המעמד ההורי. בהקשר זה יש לזכור גם שהמחקר מראה כי משפחות משולבות מורכבות לרוב מאם הילד ובן-זוגה, ושנדירים יותר מקרים שבהם מדובר באב ובת-זוגו. לגישתנו, גם בכך יש כדי לתמוך במסקנה שהענקת משמורת בלעדית או משותפת לבן-הזוג לשעבר צריכה להיעשות במקרים נדירים ביותר, לאור המציאות החברתית שבה נשים הן המתפקדות כהורה המטפל.¹⁹² לעומת זאת, כאשר מאבק המשמורת מתנהל בין בן-זוג שתפקד כהורה ויצר קשר משמעותי עם הילד (הנבחן תוך יישום מחמיר של הקריטריונים שמנינו) לבין הורה שלא תפקד כהורה ביומיום, יש הצדקה להעדפת התפקוד ההורי מהקשר המשפטי של ההורות, גם במחיר הפגיעה בסטטוס ההורי. בהקשר זה נדגיש כי אחד הקריטריונים שמנינו הוא מעורבות ההורה שאינו המשמורן בחיי הילד: היעדר מעורבות של הורה זה מלמדת, על-פי המחקר, על הסתברות גבוהה יותר לקשר משמעותי בין הילד לבן-הזוג; כמו כן יש בה כדי להצדיק את הפגיעה בסטטוס ההורי של מי שקיבל את ההזדמנות להיות הורה במלוא מובן המילה אך בחר שלא לממשה. לבסוף נציין כי בכל מקרה, כשמתקיימים התנאים המעידים כי בין הילד לבן-הזוג של ההורה נרקמו יחסים משמעותיים על-פי המודל שהצענו, יש להניח כי מדובר בילד המסוגל להביע דעה (בהתחשב בפרמטר בדבר משך הקשר). לפיכך, לגישתנו, צריך להינתן משקל ניכר לעמדת הילד.

הבחנה בין מצבים של פרדת ההורה ובן-הזוג לבין מצבים של פטירת ההורה רלוונטית גם ביחס למקרים שבהם הוצא צו אפוטרופסות מלא או חלקי לטובתו של בן-הזוג. במקרה הראשון יש להניח כי ההורה חפץ בפגיעתו של צו האפוטרופסות עם סיום היחסים. לפיכך, ומכוח הייחודיות שאנו מבקשות לשמר לסטטוס ההורי, יש להסתפק בבקשה לביטול צו האפוטרופסות מטעם ההורה כדי להביא לביטולו של הצו, למעט במקרים חריגים שבהם טובתו של הילד מחייבת אחרת, כפי שפירטנו לעיל. מנגד, במקרים שבהם ההורה המשמורן הלך לעולמו, יש ליצור חזקה שלפיה חפץ ההורה בהמשך אפוטרופסותו של בן-הזוג – ונטל הראיה כי יש לבטל את צו האפוטרופסות יוטל לפתחו של ההורה השני. לגישתנו, המשך קיומו של צו אפוטרופסות לטובת בן-הזוג לשעבר צריך להיות אחד השיקולים בקביעת המשמורת הפיזית והמשמורת המשפטית על הילד.

במאבקי משמורת שבהם מעמדו המשפטי של בן-הזוג של הורה נבחן אל מול מעמדו המשפטי של "לא הורים" אחרים כגון סבים, יש להחיל את מבחן "טובת הילד". לגישתנו, בבואה של מערכת המשפט לצקת תוכן למבחן זה יש להסתייע בפרמטרים שהצענו – הפעם כלפי כל הנוגעים בדבר. גם כאן, אם הילד מסוגל להביע דעה, יש להעניק לה משקל ניכר.

192 ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 30, בעמ' 40-43.

הסדרי ראייה

איי-הכרה בזכותו של בן-זוג לשעבר של הורה למשמורת אינה חייבת לחסום את אפשרותו להמשיך להיות בקשר עם הילד. במצבים של סיום היחסים הזוגיים בין ההורה הביולוגי לבן-זוגו, או במצבים של פטירת ההורה הביולוגי, כשהמשמורת ניתנת להורה הביולוגי השני או לבן משפחה אחר, הכרה בזכותו של בן-הזוג לשעבר להסדרי ראייה תאפשר לו לשמור על קשר עם הילד. גם בהקשר זה לא פורסמו פסקי דין ישראליים; שיחות עם עורכי-דין ושופטים העלו כי הסוגיה לא התעוררה עד כה.

ברמה העקרונית נראה שיש פתח משפטי המאפשר לבתי המשפט לפסוק הסדרי ראייה לטובת מי שאינם הורים מכוח שני סעיפים כלליים, המקנים לבית משפט סמכות רחבה לפסוק בעניינם של קטינים. הסעיף האחד הוא סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, המקנה לבית המשפט סמכות כללית לשמור ולהגן על אינטרסים של קטינים.¹⁹³ הסעיף האחר הוא סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה,¹⁹⁴ שלפיו קטין רשאי – בעצמו "או על-ידי ידיד קרוב" – להגיש תובענה בכל עניין שבו זכותו עלולה להיפגע. ייתכן שסעיפים אלו יכולים להוות בסיס לטענה של בני-זוג לשעבר של הורים ושל ילדים כי יש לאפשר הסדרי ראייה ביניהם.

עם זאת, בפועל, במשפט הישראלי, כמו במדינות רבות אחרות, הזכות להסדרי ראייה נתפסת כחלק מאגד הזכויות ההוריות. לפיכך, לאור הבלעדיות של מעמד ההורות, מי שאינם הורים ככלל אינם זכאים לה.¹⁹⁵ במשפט הישראלי יש חריג מצומצם לבלעדיות ההורים לזכות להסדרי ראייה. חריג זה מכיר בזכויות ביקור של סבא וסבתא בסיטואציה שבה נפטרו בנם או בתם שהם הורי הילד. בשל קיומו של סעיף ספציפי המקנה זכות להסדרי ראייה למי שאינם הורים, העמדה המרכזית בפסיקה הישראלית היא שבכל סיטואציה אחרת בחר המחוקק הישראלי שלא להכיר בזכות להסדרי ראייה של מי שאינם הורים ולא לערער על סמכותו של ההורה המשמורן להחליט לגבי המפגשים של הילד עם אחרים. מרבית הפסיקה שהתייחסה לסעיף זה סירבה להרחיבו או להשתמש בסמכות

193 ס' 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע כדלקמן: "בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת עניינו של קטין, של פסול-דין ושל חסוי, אם על-ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס-לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין, פסול-הדין, או החסוי פנה אליו בעצמו". לפסיקה המיישמת סעיף זה בהקשר של הסדרי ראייה לטובת סבים ראו, למשל, בר"ע 759/00 (מחוזי חי') פלונימ ג' אלמונים (פורסם בנבו, 4.12.2000), ובפרט עמדת סגן הנשיא השופט יעקבי-שווילי; תמ"ש (משפחה ת"א) 37850/99 ג' פ' נ' ש' פ', פ"מ משפחה התש"ס 166 (2001).

194 ס' 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 393. Bartlett, לעיל ה"ש 14.

הכללית מכוח חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות או מכוח חוק בית המשפט לענייני משפחה כדי לקבוע הסדרי ראייה בין הילד לבין מי שאינם הוריו.¹⁹⁶ גם הפסיקה המעטה שהשתמשה בסמכות הכללית המוקנית לבית המשפט מכוח סעיפים אלו עסקה למעשה בסיטואציות הדומות מאוד לחריג המצומצם של סבים שילדם נפטר. פסיקה זו, שעסקה אף היא בזכות להסדרי ראייה של סבים, התייחסה למצב שבו ההורה הביולוגי הוא בין החיים, אך לצורך ההליכים המשפטיים הוא "משול כמת" בשל נפקדותו מהארץ והתנתקותו המוחלטת מחיי הילדים.¹⁹⁷ אם כן, נראה כי אף-על-פי שתאורטית אפשר למצוא עיגון חוקי לתביעה של בן-זוג לשעבר של הורה להסדרי ראייה, בפועל סיכווי לזכות בהסדרי ראייה אינם רבים. לגישתנו, יש להשתמש בכלי המשפטי של הסדרי ראייה גם במקרים שבהם אין בסיס לתביעת משמורת. זאת מכיוון שמדובר בכלי גמיש, הכולל מנעד של תדירויות מפגש ומחייב התאמה למקרה הספציפי בהליך שיפוטי. לפיכך, במקרים שבהם נוצר קשר משמעותי בין הילד לבן-הזוג של ההורה בהתאם לפרמטרים שציינו, אך אין בקשר זה כדי להצדיק הענקת משמורת לבן-הזוג – מוצדקת סטייה מעקרון הבלעדיות ההורית והכרה בזכותם ההדדית של הילד ובן-הזוג לשעבר לשמירה על הקשר שיצרו ביניהם.¹⁹⁸ נדגיש כי לשיטתנו סטייה זו מוצדקת רק במקרים שבהם ביסס בן-הזוג לשעבר קשר משמעותי, הדוק ועצמאי עם הילד. כאן עמדת הילד בנוגע לשימור הקשר צריכה לקבל משקל מכריע.

ד. אחרית דבר

במאמר זה ביקשנו למפות את מכלול הדינים העוסקים ביחסים שבין ילדים לבין בני-הזוג של הוריהם, ולהציע מסגרת נורמטיבית שלאורה יש לבחון ולשנות את המשפט הקיים. כפי שראינו, קשה לאתר עיקרון מארגן אחד החולש על הדינים הקיימים בקשר למעמד המשפטי של בני-הזוג של הורים: על-פי רוב הדין מתייחס אליהם כזרים לילד, ולעתים הוא מעניק להם מעמד כשל הורים. עוד ראינו כי נכון למועד כתיבת דברים אלה לא הגיעו לפתחם של בתי המשפט תביעות העוסקות במעמדם של בני-הזוג של הורים,

196 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה חי) 9981/97 ר.א. נ' א.א. (פורסם בנבו, 5.10.1999); בש"א (משפחה י-ם) 51429/01 ג.ש. נ' ח.ש. (פורסם בנבו, 17.3.2002); תמ"ש (משפחה ת"א) 1290/03 פלוני נ' פלונית, פ"מ משפחה התשס"ג (3) 529 (2003); תמ"ש (משפחה י-ם) 7490/02 א.ש. נ' ק.א. (פורסם בנבו, 13.10.2002).

197 עניין פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 193.

198 אפשר גם לתאר את הזכות לשמירה על מערכת יחסים כזכות שאינה חלק מאגד הזכויות ההוריות אלא מבוססת על ערכים קישוריים. נושא זה חורג ממסגרת המאמר; ראו Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 73.

ונראה שגם הליכים בהסכמה שעניינם הסדרת מעמדו של בן-זוג של הורה אינם חיזיון נפוץ. נדמה כי התרחבותה של תופעת המשפחות המשולבות לא מיתרגמת, בינתיים, להתדיינויות משפטיות המחייבות את היושבים על כס המשפט להתמודד עם המשמעות המשפטית שיש לצקת ליחסי ילדים עם בני-הזוג של הוריהם בהווה ובעבר – בניגוד לשיטות משפט אחרות, שבהן נדרשו בתי המשפט לשאלת מעמדם המשפטי של "הורים חורגים" במגוון של סוגיות משפטיות. עיסוק זה של בתי המשפט, שמטבעו נעוץ במקרה קונקרטי, מילא את הלקונות שהותירו המחוקקים ועודד דיון ציבורי שהוביל לעתים לשינויי חקיקה מושכלים.¹⁹⁹

ייתכן כי השקט המשפטי בישראל נובע מעמדת המשפט הכללית כי אין לבני-זוג של הורים מעמד משפטי ביחס לילדים. עמדה זו משרדת למשפחות מסר שעל-פיו אין מקום לפנות ולאתגר את מערכת המשפט בבקשה להכרה משפטית ביחסים שנוצרו בין הילדים לבין בן-הזוג של מי מהוריהם. אנו משערות כי השקט המשפטי הזה הוא זמני. ככל שיתרבו המשפחות המשולבות בישראל וככל שגם משפחות אלו יחוו פרדה זוגית, כך יתעצם הצורך של מערכת המשפט לתת את הדעת למארג היחסים שנוצר בין ילדים לבין בני-הזוג של הוריהם. אנו מקוות כי מאמר זה יתרום לדיון הציבורי והמשפטי שיתעורר עם ריבוי הפניות לבתי המשפט מצד בני משפחה שכוללת או שכללה בן-זוג של הורה, ויעודד הסדרה משפטית המכירה במגוון היחסים שנוקמים בין בני-זוג של הורים לבין ילדי בני-זוגם.

לשיטתנו, יש לפתח כלים משפטיים שיכירו בקשרים הרגשיים והכלכליים שנוצרים בין ילדים לבין בני-הזוג של הוריהם מחד גיסא, בלי לאפשר ריבוי של התדיינויות קנטרניות והתערבות משפטית הממירה את שיקול הדעת ההורי בשיקול דעת מדינת מאיך גיסא. זהו אתגר לא פשוט, שרק התמודדות מוצלחת עמו תיצור מענה ראוי למציאות המשפחתית המורכבת שבה לא כל בן-זוג של הורה הוא "הורה" או "חורג".

199 ראו, למשל, MAHONEY, STEPFAMILIES, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106-111.