

צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד

מאת

טלי מרקוס*

התפתחותה והתקדמותה של טכנולוגיית הפריזון, שיעור הגירושין העולה והתמורות החברתיות שחלו בשנים האחרונות – כל אלה הובילו לשינויים במבנה המשפחה ובתפיסת המשפחה בחברה. המשפחה הגרעינית הכוללת זוג הורים הטרוסקסואלים¹ ואת ילדיהם הביולוגיים או המאומצים אינה עוד המודל המשפחתי היחיד הרווח. עם זאת המשפט ממשיך להתייחס למשפחה הגרעינית כמודל המשפחתי המועדף והנורמטיבי, ובכך אינו נותן מענה מספק למערכות היחסים הנוצרות במסגרות משפחתיות חלופיות ואינו מקנה להן הגנה חוקתית. כך, המשפט בישראל מכיר, ככלל, אך ורק באפשרות שלילד יהיו שני הורים – אם אחת ואב אחד. זאת, אף שבמציאות החברתית קיימים דפוסים משפחתיים שבמסגרתם מתקיימות מערכות יחסים הורה-ילד בין הילד ליותר משתי דמויות הוריות. מטרת המאמר להציג קווי פתיחה לדיון באפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד. במסגרת המאמר אטען, כי המשפט הישראלי למעשה כבר מכיר באפשרות לחרוג, בנסיבות מסוימות, מהמסגרת של שני הורים – כל אחד מהם ממין שונה – לאותו ילד. לפיכך המעבר לשלב הבא של הכרה פורמלית ביותר משני הורים לילד אחד איננה דבר מהפכני כפי שהוא עשוי להצטייר מלכתחילה, אלא אך ורק צעד קדימה להכרה של המשפט במערכות יחסים הקיימות ממילא בחברה הישראלית. החריגים לכלל בדבר שני הורים ממינים שונים חלים בנסיבות ספציפיות מאוד ואינם מסדירים הסדרה מקיפה וממצה את כלל מערכות היחסים ההוריות הקיימות. לפיכך נדרשת הכרה פורמלית בחוויית החיים של משפחות שאינן עומדות בהגדרה של המשפחה הגרעינית, אשר תספק להן הגנה רחבה. מטרת המאמר כפולה: ראשית המאמר מניח קווי פתיחה לדיון בסוגיית ההכרה ביותר משני הורים במשפט הישראלי; שנית המאמר מסווג מודלים אפשריים להתמודדות עם שאלת ההכרה בריבוי הורים בהתבסס על הצעות המופיעות בכתביה האקדמית ובמשפט המשווה – המודלים שאותם אני מכנה "המודל השוויוני" ו"המודל ההיררכי". המאמר מציע מודל תאורטי נוסף להכרה בריבוי הורים – "המודל המשולב" – שהוא המודל המתאים יותר לטיפול בסוגיה. לבסוף ימחיש המאמר באמצעות דוגמאות את יישום המודל להכרה ביותר משני הורים לילד אחד במסגרות משפחתיות שאינן עונות על הגדרת המשפחה הגרעינית.

* תלמידת מחקר לתואר דוקטור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. חוקרת אורחת באוניברסיטת קולומביה. אני מודה לארז אלוני, אורית גן, ברק מדינה, חברי מערכת משפטים והשופטים האנונימיים על הערותיהם המועילות. הכתוב במאמר משקף את עמדותי האישית בלבד.

¹ המונח "הטרוסקסואלים" אינו מעיד בהכרח על העדפותיהם ונטיותיהם המיניות של ההורים, אלא אך ורק על העובדה שמדובר בהורים בני מינים שונים – גבר ואישה. מאחר שהמונח "הטרוסקסואלים" אינו מדויק דיו, אשתמש בהמשך המאמר במונח "ממין שונה" כאשר ההתייחסות היא לגבר ולאישה החיים יחד במשך בית משותף כזוג.

מבוא. א. הצגת הבעיה. 1. מיהו הורה על פי המשפט הישראלי – הגדרת הורות ומשמעות המעמד ההורי; 2. הבלעדיות ההורית והכרת המשפט בשני הורים בלבד, בדרך כלל ממין שונה; ב. טיעונים בעד ונגד ההכרה ביותר משני הורים לילד אחד. 1. טיעונים נגד הכרה ביותר משני הורים והמענה להם; 2. טיעונים בעד הכרה ביותר משני הורים; ג. מודלים שונים להכרה ביותר משני הורים לילד אחד. 1. המודל השוויוני; 2. המודל ההיררכי; 3. ניתוח הגישות הבאות לידי ביטוי במשפט הישראלי, במשפט המשווה ובספרות, על פי המודלים; ד. המודל המשולב. ה. ההשפעה של הכרת המשפט ביותר משני הורים על דפוסי משפחתיים קיימים. 1. הורות משותפת אחרת; 2. משפחות סבב שני; 3. תמ"ש (ת"א) 50330/04 א.ה. נ' מ.נ. – שני אבות לאותו הילד; ו. אחרית דבר.

מבוא

"שני אבות לילדה קטנה אחת – הייתכן?" במשפט זה פותח בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב את פסק דינו העוסק בסיטואציה שבה שני גברים מעוניינים להיחשב האבות המשפטיים של ילדה, ועל בית המשפט להכריע מי מבין השניים אכן ייחשב לאביה מבחינה משפטית.² אחד הגברים הטוענים לאבהות היה נשוי לאם בעת ההתעברות ונישא לה שנית במהלך המשפט. לטענתו של הגבר השני הטוען לאבהות הוא אביה הביולוגי של הילדה והוא שגידל אותה מיום היוולדה. לפי חוות דעת המומחה שהוגשה בתיק, לילדה קשר מובחן משמעותי עם שלוש הדמויות ההוריות בחייה – האם ושני הגברים הטוענים לאבהות.³ גם האפוטרופא לדין שמונתה לה ציינה כי הקטינה מכירה שני אבות.⁴ הכרה באב שלו קשר חזק יותר עם הילדה ואשר גידל אותה מיום היוולדה כאב ביולוגי היה בה כדי לגרום שהילדה תיחשב לממזרה. מנגד, הכרה באב שהיה נשוי לאם בעת שהרתה את הילדה ובכך לניתוק הקשר בין הילדה לבין מי ששימש אביה הפסיכולוגי תוביל לנזק נפשי רב לילדה. המצב המשפטי הקיים היום אינו נותן מענה מספק לסיטואציה מעין זו, שבה לילדה קשר משמעותי עם שלוש דמויות הוריות.⁵

שינויים חברתיים הובילו לתמורות במבנה התא המשפחתי. בשל שיעור הגירושין הגבוה⁶ ילדים בחברה המערבית חיים היום במסגרות משפחתיות הכוללות הורה ביולוגי וכן

2 תמ"ש (משפחה ת"א) 50330/04 א.ה. נ' מ.נ. (פורסם בנבו, 14.2.2011).

3 שם, פס' 6.7 לפסק הדין.

4 שם, פס' 3.3 לפסק הדין.

5 פירוט העובדות בפסק הדין והתוצאה שאליה הגיע בית המשפט במקרה הנתון יובאו להלן בפרק ה.3. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשו שני ערעורים: עמ"ש (מחוזי ת"א) 24955-03-11 נ' נ' ה' (פורסם בנבו, 28.8.2012) ועמ"ש (מחוזי ת"א) 60381-03-11 ה' נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.8.2012). על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון (בע"מ 7038/12 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 16.10.2012)).

6 לעניין העלייה בהיקף הגירושין בישראל לאורך השנים והגורמים המשפיעים על הסיכויים להתגרש ראו נורית דוברין "גירושין בישראל – היקף הגירושין וגורמים המשפיעים על הסיכויים להתגרש" (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, דצמבר 2005) www.cbs.gov.il/publications/tec13.pdf (בשנת 2009 התגרשו 13,233 זוגות בישראל. שיעור הגירושין בשנת 2009 היה 1.8 באוכלוסיה הכללית ו-1.9 באוכלוסיה

זוגו.⁷ לעתים בן הזוג של ההורה הביולוגי ממלא פונקציות הוריות בחייו של הילד. במצב המשפטי הקיים היום, כדי לקבל מעמד משפטי של הורה כלפי הילד על בן זוגו של ההורה לאמץ את הילד. אימוץ כזה יתאפשר רק אם ההורה הביולוגי השני יסכים לוותר על מעמדו ההורי.⁸ לפיכך במצב דברים זה, על פי דוקטרינת האימוץ בישראל, ינותק הקשר המשפטי בין הילד לבין ההורה הביולוגי השני.⁹ על כך יש להוסיף, כי בחברה ההומו-לסבית קיימות מסגרות משפחתיות שבמסגרתן לעתים מעורבים בגידול הילד הוריו הביולוגיים ובני זוגם, וכך אפשר שיהיו לילד ארבע דמויות הוריות. כן יש המחליטים להביא לעולם ילד במשותף ללא קיומה של מערכת יחסים אינטימית ביניהם, ללא קשר לנטייתם המינית.

גם התפתחות טכנולוגיית הפרייון מאפשרת היום קיומם של שלושה הורים ביולוגיים לילד אחד: אם בעלת הביצית, אב בעל הזרע ואם שנשאה את ההיריון. הסיטואציות החברתיות אשר במסגרתן עשויה לעלות הסוגיה של שלושה הורים ביולוגיים הן מגוונות וכוללות, בין היתר, מצבים שמדובר בהם בתרומת ביצית מתורמת ידועה לבני זוג ממין שונה; מצבים שבהם בת זוג אחת תורמת את הביצית לבת זוגה כדי שתגדלנה את הילד יחדיו במסגרת תא משפחתי, ותורם הזרע אף הוא ידוע; מצבים שבהם אישה רווקה ללא מערכת יחסים זוגית נושאת היריון לאחר קבלת תרומת ביצית ותורמת זרע, שניהם מתורמים ידועים; מקרי פונדקאות שכוללים את האב המיועד (או תורם זרע ידוע אם החוק מאפשר זאת),¹⁰ האם המיועדת (בהנחה שהביצית שלה) או תורמת ביצית ידועה, והאם הנושאת (בהנחה שהביצית איננה שלה).¹¹ התפתחויות אלו מאפשרות אף את קיומם של יותר משלושה הורים לילד, במצבים שבהם ההורים המיועדים אינם קשורים גנטית לילד.

היהודית. לעניין זה ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל מס' 62 171–177, לוח 3.1 (2011) www.cbs.gov.il/shnaton64/st03_01.pdf.

7 איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני זוג של הורים" משפטים 5, 6 (2010); 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, 881 (1984); Laura T. Kessler, *Community Parenting*, 24 WASH. U. J.L. & POL'Y 47, 53 (2007).

8 ס' 8 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. במקרים חריגים, מאפשר חוק אימוץ ילדים לבית המשפט לשלול את מעמדו המשפטי של הורה ולהכריז על הילד כבן-אימוץ לפי העילות המופיעות בס' 13 לחוק.

9 ס' 16 לחוק אימוץ ילדים.

10 ס' 2(4) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, אינו מאפשר היום במדינת ישראל הליך של פונדקאות באמצעות תרומת זרע, אלא דורש שהזרע שבאמצעותו תופרה הביצית אשר תשתל באם הנושאת יהיה של האב המיועד.

11 ס' 2(4) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים אינו מאפשר היום במדינת ישראל הליך של פונדקאות תוך שימוש בביצית של האם הנושאת, אלא דורש שהביצית תהיה של האם המיועדת או של תורמת ביצית. התפתחויות טכנולוגיות נוספות, אשר טרם הוכנסו לשימוש, מאפשרות יצירת עובר משלושה הורים גנטיים, באמצעות שימוש בגרעין ביצית של אישה אחת ומיטוכונדריה של ביצית מאישה אחרת. התפתחות טכנולוגית זו עשויה להוביל למצב שבו לילד יהיו ארבעה הורים ביולוגיים: אב בעל הזרע, אם בעלת גרעין הביצית, אם בעלת המיטוכונדריה של הביצית והאם הנושאת. לעניין זה ראו Ewen Callaway, *UK Sets Sights on Gene Therapy in Eggs*, NATURE, Jan. 24, 2012, available at www.nature.com/news/uk-sets-sights-on-gene-therapy-in-eggs-1.9883; Ben Hirschler, *Scientists Create Three-Parent Embryos*, REUTERS, Feb. 5, 2008, available at www.reuters.com/

אפשר לראות אפוא שהתפתחותה והתקדמותה של טכנולוגיית הפריזון, שיעור הגירושין העולה והתמורות החברתיות האחרות שחלו – כל אלה הובילו לשינויים במבנה המשפחה ובתפיסת המשפחה בחברה. המשפחה הגרעינית הכוללת זוג הורים ממין שונה וילדיהם הביולוגיים או המאומצים אינה עוד המודל המשפחתי היחיד הרווח. ¹² עם זאת, המשפט ממשיך להתייחס למשפחה הגרעינית המסורתית כמודל המשפחתי המועדף והנורמטיבי. ¹³ דיני המשפחה תופסים את הזוג כפרדיגמה. הם יוצרים קשרים בין מין, משפחה ורבייה וממשיגים כל אחד מאלה כמנהג של שניים. ¹⁴ כך מכיר המשפט בישראל, ככלל, אך ורק באפשרות שלילד יהיו שני הורים – אם אחת ואב אחד. ¹⁵ בכך המשפט אינו נותן מענה למערכות היחסים הנוצרות במסגרות משפחתיות חלופיות ואינו מקנה להן הגנה חוקתית. כאשר יחסי הורות המתקיימים בפועל אינם מקבלים הכרה רשמית של הדין, הדבר פוגע הן בילד והן במי שמתפקד בפועל כהורה. ¹⁶

מטרת המאמר להציג קווי פתיחה לדיון באפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד. במסגרת המאמר אבקש לטעון כי המשפט למעשה כבר מכיר באפשרות לחרוג מהמסגרת של שני הורים ממין שונה לילד מסוים, ולפיכך המעבר לשלב הבא של הכרה פורמלית ביותר משני הורים לילד אחד איננה דבר מהפכני כפי שהוא עשוי להצטייר מלכתחילה, אלא אך ורק צעד חשוב קדימה להכרה במערכות יחסים הקיימות ממילא בחברה. החריגים לכלל

article/2008/02/05/us-embryo-parents-idUSL0516465820080205; משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריזון וההולדה בישראל 41–42 (2012) (להלן: הוועדה לבחינת פריזון והולדה בישראל). בהקשר זה יש לציין כי הוועדה הציבורית לבחינת פריזון והולדה סברה שבשל ההשפעה המזערית של תורמת המיטוכונדריה על הגנטיקה של העובר, אין לראות בתורמת זו כאם או כבעלת מעמד כלשהו כלפי הוולד שיוולד כתוצאה מהתרומה (שם, בעמ' 41).

12 דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח 903, 922 (2005); בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7; פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643 (2005) (להלן: שיפמן "על המשפחה החדשה"); סילביה פוגל-ביז'אווי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מיגדר פוליטיקה 107 (ג'ורא רוזן עורך, 1999); מתת אדר-בוניס משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית 66–68 (2007).

13 על החשיבות שמיוחסת למשפחה הגרעינית בחברה המערבית ראו למשל הקר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 919; בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 7, 11; איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כח 539, 552–554 (2003); Melissa Murray, *The Networked Family: Reframing the Legal Understanding of Caregiving and Caregivers*, 94 VA. L. REV. 385, 437 (2008); Alison H. Young, *Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of the Exclusive Family*, 6 AM. U. J. GENDER & L. 505, 506, 509–511, 517 (1998).

14 Susan F. Appleton, *Parents by the Numbers*, 37 HOFSTRA L. REV. 11, 11 (2008); Sacha M. Coupet, "Ain't I a Parent?": *The Exclusion of Kinship Caregivers from the Debate over Expansions of Parenthood*, 34 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 595, 618 (2010); Melanie B. Jacobs, *More Parents, More Money: Reflections on the Financial Implications of Multiple Parents*, 16 CARDOZO J.L. & GENDER 217, 220 (2010) (להלן: *Money*).

15 ס' 3 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א–1951.

16 בהקשר זה ראו בג"ץ 566/11 ממש"מגד נ' משרד הפנים, פס' 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 28.1.2014).

בדבר שני הורים ממין שונה, שבהם המשפט מכיר, חוצים את מגבלות המגדר והכמות, אך הם חלים בנסיבות ספציפיות מאוד ואינם נותנים מענה כולל ומספק למערכות יחסים הנוצרות במסגרות משפחתיות חלופיות. האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד, במצבים המתאימים לכך, מאפשרת הכרה רחבה יותר במגוון מערכות היחסים ההוריות שנוצרות בין ילד לבין המבוגרים המגדלים אותו ומשרתת את טובתם הן של הילד והן של המבוגרים המגדלים אותו.

כדי לתת מענה לתמורות שחלו במבנה התא המשפחתי, הכרה משפטית ביותר משני הורים תדרוש להרחיב את הגדרת ה"הורות" אל מעבר להורות המבוססת על ביולוגיה ואימוץ. קיימות כמה גישות אפשריות להכרה בהורות שאינה מבוססת על ביולוגיה, ובהן הגישה התפקודית (Functional),¹⁷ שלפיה ייחשב הורה מי שמתפקד בפועל כהורה של הילד וממלא צרכיו הפסיכולוגיים של הילד; גישת הכוונה, שלפיה ייחשב הורה מי שיוזם את הבאת הילד לעולם והתכוון לגדל אותו (לדוגמה: מי שקיבל תרומת זרע/ביצית כדי להביא לעולם ילד שאותו יגדל).¹⁸ גישות אלו אינן בהכרח גישות מתחרות, וניתן לראות בהן גישות משלימות, שכל אחת מהן מופעלת בסיטואציה שלה היא מתאימה. המשפט יכול להכיר בריבוי הורים במגוון דרכים, ובין היתר אימוץ, אפוטרופסות משותפת, הכרעות שיפוטיות מראש (לפני הולדת הילד) או בדיעבד, הכרה בחוזים המקנים זכויות וחובות הוריות, חקיקה המאפשרת הכרה אוטומטית ביותר משני הורים בעת לידת הילד במצבים מסוימים, ועוד. מפאת קוצר היריעה ומאחר שהמאמר נועד להוות בסיס לדיון נרחב יותר בסוגיה לא אדון במסגרת המאמר בדרך המשפטית הראויה להכיר בהורות המרובה ובניתוח הגישות השונות להכרה בהורות שאינה מבוססת על ביולוגיה או אימוץ, ולא אתווה את הכללים המשפטיים שאותם יש לעצב לצורך הכרה בריבוי הורים. בקצירת האומר אציין כי בשל המגוון הרחב של סוגי מערכות היחסים ההוריות הקיימות נראה שיהיה צורך ביותר מהסדר משפטי אחד כדי להכיל את השונות בין מערכות היחסים ההוריות המצויות בחברה.¹⁹

מאמר זה מוסיף על הכתיבה האקדמית הקיימת והינו ייחודי וחדשני בכמה אופנים: ראשית, המאמר מניח קווי פתיחה לדיון בסוגיית ההכרה ביותר משני הורים במשפט הישראלי. בספרות המחקרית הישראלית הכתיבה העוסקת באפשרות להכיר בריבוי הורים אינה רבה. כמו כן הכתיבה הקיימת בתחום איננה דנה באופן ישיר בסוגיה על מכלול

17 ראו למשל בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 19–24; Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 27–34; Kessler, לעיל ה"ש 7, בעמ' 63–65; In re Parentage of L.B., 122 P.3d 161, 163, 167–168, 171; Kinnard v. Kinnard, 43 P.3d 150, 153–154 (Alaska 2002); 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, 471, 484, 486–487, 573 (1990).

18 לעניין זה ראו למשל In re Marriage of Buzzanca, 61 Cal. App. 4th 1410, 1412–1413, 1428 (1998); Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 782 (Cal. 1993).

19 כך למשל סיטואציה שבה נזוג לסביות מביאות לעולם ילד בשיתוף עם גבר בכוונה לגדל את הילד במשותף, היא שונה ודורשת התייחסות אחרת מסיטואציה שבה בן זוג של הורה ביולוגי נכנס לחייו של ילד בשלב מאוחר יותר של חייו ומפתח עמו מערכת יחסים הורית.

היבטיה. במאמרן "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני זוג של הורים"²⁰ דנות איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר בלקונה הקיימת במשפט הישראלי בשאלת הסדרת ההכרה ביחסים הנרקמים בין ילדים לבין בני זוג של הוריהם. מאמרן של בלכר-פריגת והקר ממפה לראשונה את מכלול החקיקה והפסיקה בישראל בנוגע למעמדו של בן הזוג של הורה ומציע מודל להסדרה משפטית של מעמד זה. עם זאת מאמרן אינו דן ישירות בשאלה העקרונית והבסיסית אם על המשפט להכיר ביותר משני הורים לילד אחד. בנוסף, המאמר מתמקד במעמד של בני זוג של הורים ("הורים חורגים") במסגרת מערכות יחסים בין בני זוג ממיינס שונים, ואינו דן במכלול מערכות היחסים הנוצרות בין ילדים לבין דמויות הוריות אחרות. רות זפרן מתייחסת לאפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד במאמרה העוסק באפשרות להכיר בשתי אימהות ביולוגיות לאותו הילד.²¹ עם זאת זפרן איננה מנתחת במאמרה את סוגיית ריבוי ההורים אלא אך מציגה כיוון מחשבה ראשוני שלפיו על פי מודל קביעת ההורות שהציעה ואשר מבוסס על שיח היחסים, יש להכיר בנסיבות המתאימות ביותר משני הורים לילד אחד. מאמר זה עורך לראשונה דיון מסודר בסוגיית ההכרה ביותר משני הורים במשפט הישראלי.

שנית, המאמר ממפה את ההצעות הקיימות בספרות המשפטית ובמשפט המשווה להתמודדות עם ההכרה בריבוי הורים ומסווגן לפי קריטריונים שונים. המאמר מקבץ את ההצעות וממשיגן באמצעות שני מודלים תאורטיים שאותם אני מכנה "המודל השוויוני" ו"המודל ההיררכי".²²

שלישית המאמר מציע מודל תאורטי חלופי להכרה בריבוי הורים – "המודל המשולב" – ומבקש להראות שהוא המודל המתאים יותר לטיפול בסוגיה. בפרק א אציג את המצב המשפטי הקיים בישראל בכל הנוגע להגדרת הורות ואדון בעקרונות הבלעדיות ההורית ובהעדפת המשפט סטואציות של שני הורים ממין שונה. פרק ב ידון בטיעונים בעד ונגד האפשרות להכיר פורמלית ביותר משני הורים לילד אחד. במסגרת פרק ג אסרטט מודלים אפשריים להכרה משפטית ביותר משני הורים לילד אחד. כמו כן אנתח את הגישות הבאות לידי ביטוי בספרות המשפטית ובמשפט המשווה בראי המודלים ואדון בחריגים לכלל בדבר שני הורים ממין שונה שבהם המשפט הישראלי מכיר היום. פרק ד יציג את המודל המוצע במאמר זה להכרה פורמלית בריבוי הורים – "המודל המשולב". פרק ה יישם את המודל המשולב על מסגרות משפחתיות אלטרנטיביות הקיימות בחברה הישראלית.

20 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7.

21 רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 396, 351 (2007) (להלן: זפרן "אימהות יש גם שתיים").

22 יש לציין כי קיימת כתיבה אקדמית שהציעה טרמינולוגיה דומה. ראו למשל Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 58–59; Katharine K. Baker, *Bionormativity and the Construction of Parenthood*, 42 GA. ; L. REV. 649, 708–709 (2008).

א. הצגת הבעיה

1. מיהו הורה על פי המשפט הישראלי – הגדרת הורות ומשמעות המעמד ההורי

החוק בישראל מגדיר את ההורים "האפוטרופסים הטבעיים" של ילדיהם ומקנה להם סטטוס משפטי הכולל בחובו בלעדיות בכל הנוגע למעמדם כהורים וכן זכויות וחובות בנוגע לילד.²³ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע כי "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".²⁴ במקביל קובע החוק את חובת הקטין לציית להוריו בכל עניין הנוגע לאפוטרופסותם תוך כיבוד אב ואם.²⁵

סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, המגדיר את תפקידי ההורים, משתמש בערבוביה במונחים "חובה", "זכות", "רשות" ו"סמכות", מבלי ליצור הבחנה ברורה בין הביטויים ומבלי להבהיר את המשמעות המשפטית של כל אחד ממונחים אלו בהקשר זה.²⁶ מלומדים רבים סבורים כי מדובר קודם כול בחובה של ההורה למלא את תפקידי ההורות ורק לאחר מכן בזכות, וכי מכל מקום הזכות היא כלפי המדינה ולא כלפי הילדים.²⁷

נוסף על התפקידים המנויים בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, מוקנות להורים עוד זכויות וחובות הפוזרות על פני ספר החוקים וכן מכוח הפסיקה. כך למשל, הפסיקה פירשה את המונח "צרכי הקטין" בסעיף 15 הנ"ל ככולל את סוגיית הטיפול הרפואי בקטין.²⁸ דוגמאות נוספות הן זכות ההורים לבחור במסגרת החינוכית שבה יתחנך ילדם;²⁹ זכות ההורים להעניק שם פרטי לילד עם היוולדו³⁰ ולשנות את שמו הפרטי;³¹ והחובה בדבר תשלום מזונות.³²

23 ס' 14–15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962; ס' 3 לחוק שיווי זכויות האישה.

24 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

25 ס' 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

26 בעניין זה ראו משרד המשפטים הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו 35 (2003) (להלן: דוח ועדת המשנה); אבנר ח' שאקי "עיון מחודש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים'" עיוני משפט ט 59, 83–87 (1983).

27 שם, בעמ' 85, 87–90, 118; דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 35.

28 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר, פ"ד נא(4) 830, פס' 19 לפסק דינו של השופט אור (1997); ע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 724 (1994); בע"מ 5710/05 פלוני נ' פלוני, פ"ד סא(2) 663, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל (2006).

29 הכוונה בחופש לבחור בין מוסד חינוכי ממלכתי לבין מוסד ממלכתי דתי או מוסד חינוך מוכר אף שאינו רשמי, על פי ס' 20 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג–1953 ולתק' 15, 25, 26, 36, ו-44 לתקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), התשי"ט–1959. כמו כן קיימת האפשרות להקמת בתי ספר פרטיים בפיקוח המדינה בהתאם לחוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט–1969. כמו כן ס' 5 לחוק לימוד חובה, התשי"ט–1949, קובע חריגים שלפיהם שר החינוך מוסמך לפטור הורים מהחובות המוטלות עליהם לפי אותו החוק. אחד הביטויים הבולטים לזכותם של הורים לחנך את ילדיהם לפי ראות עיניהם הוא הכרת המדינה במוסד "החינוך הביתי". עניין זה מוסדר בהוראת קבע 3.1–37 של משרד החינוך "חינוך ביתי –

הזכות להורות קיבלה בפסיקה מעמד חוקתי. היקף ההגנה על זכות זו הוא הרחב ביותר כשמדובר בהגנה על הצורה הבסיסית והגרעינית ביותר של הזכות, קרי הזכות שלא יילקח הילד מהוריו ללא הסכמתם³³ כל עוד אין עילת אימוץ על פי החוק.³⁴ בנוסף קבעה הפסיקה כי להורים נתונה זכות יסודית לאוטונומיה בהחלטות הנוגעות לגידול ילדיהם, הנהנית מעצמה ניכרת.³⁵

החוק בישראל אינו מגדיר מיהו הורה, וממילא אין בישראל הסדר חוקי מקיף בענייני הורות. על פי הפסיקה, הורה הוא מי שנטל חלק בהורות של ילד.³⁶ מדובר בהגדרה עובדתית הנשענת על נתונים ביולוגיים.³⁷ נקודת מוצא זו להגדרת הורות דומה למצב במשפט העברי, הקובע את ההורות לפי קרבה ביולוגית.³⁸

אף שקשר ביולוגי הוא נקודת המוצא במשפט הישראלי בכל הנוגע להגדרת הורות, המשפט מכיר במצבים מסוימים אף בהורות חוקית, קרי הורות יציר המשפט. הדוגמה הבולטת ביותר היא סוגיית אימוץ ילדים. המשפט הישראלי מכיר באימוץ פורמלי לפי חוק אימוץ ילדים כדרך של אדם לקבל סטטוס של הורה. בנוסף, מכיר המשפט הישראלי בחזקת

נהלים" (1.4.2009). לעניין זה ראו גם בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נ(4) 203, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2002): "זכותו של אדם לבחור לילדו מוסד חינוכי פרטי, חלופי למסגרת הממלכתית, הוכרה בארץ ובעולם, במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנימי כאחד"; בג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש, עמותה רשומה נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 69, 81 (2000).

30 ס' 4 לחוק השמות, התשט"ז-1956.

31 ס' 13 לחוק השמות.

32 ס' 3-3א לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959.

33 ראו למשל ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, פס' 9-12 לפסק דינו של השופט ברק (1984); בע"מ 366/06 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 30 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 14.2.2007); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, פס' 21-24 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין ופס' 10 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995); ע"א 783/81 פלוני נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1, פס' 4 לפסק הדין (1983).

34 ראו העילות המנויות בס' 13 לחוק אימוץ ילדים.

35 עניין אכר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 859-860.

36 ע"א 86/63 אל-צפדי נ' בנימין, פ"ד יז 1419, 1425 (1963).

37 שיפמן "על המשפחה החדשה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 659; ס' 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000; מיכאל קורניאלדי דיני אישים, משפחה וירושה בין דת למדינה – מגמות חדשות 46 (2004); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 23, 112 (1989) (להלן: שיפמן דיני המשפחה בישראל); רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות 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 מו 311, 315-316 (2002) (להלן: זפרן "של מי אתה ילד?"); בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 9; צבי טריגר "רישיון הורות" זכויות הילד והמשפט הישראלי 389, 404 (תמר מורג עורכת, 2010) (להלן: טריגר "רישיון הורות"). גם מהפסיקה ניתן ללמוד כי ההורות מבוססת על נתונים ביולוגיים. לעניין זה ראו בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים, פס' 11, 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.8.2010); 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, 87-88 (1977); ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 857, 861-863 (1994); בע"מ 9752/08 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' י"ד-י"ז לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.1.2009).

38 זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 37, בעמ' 314; קורניאלדי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 43.

"רוב בעילות אחר הבעל" שאותה שאב מהמשפט העברי.³⁹ על פי כלל זה, קמה חזקה שלפיה בעלה של אם הילד הוא אביו הביולוגי. מדובר לכאורה בחזקה הניתנת לסתירה, אולם בשל החשש מפני תיוג הילד כממזר על פי הדין העברי במצבים שבהם מכחיש הבעל את אבהותו, הפכה חזקה זו לכמעט חלוטה, כאשר מדובר באם יהודייה.⁴⁰ בעקבות חקיקת חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3),⁴¹ נשללת היום למעשה מבית המשפט האפשרות להורות על ביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה במצבים שבהם קיים חשש לממזרות לפי דין תורה, למעט במקרים חריגים.⁴² תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי אף עיגן למעשה בחוק את חזקת "רוב בעילות אחר הבעל" גם במצבים שבהם אין מעורבת אם יהודייה וקבע כי במקרה שאם הקטין הייתה נשואה ב-300 הימים שקדמו ללידת הקטין לאדם שממצאי הבדיקה עלולים לשלול את אבהותו או לקבוע את אבהותו של אדם זולתו, לא יורה בית המשפט על עריכת

- 39 בבלי, חולין יא, ע"ב; זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 37, בעמ' 326.
- 40 ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, פס' 13, 18–21, 23 (1994); קורינאלדי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 47–48; זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 37, בעמ' 327–328. לביקורת על עמדת בית המשפט, שלפיה לא ניתן צו לבדיקת אבהות במצבים של חשש לממזרות, ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 37, בעמ' 45–51, וכן זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 37, בעמ' 330–339. הביקורת נוגעת לשני מישורים: במישור הראשון, מידת ההצדקה לחשש של בית המשפט כי להכרעתו האזרחית בשאלת האבהות תהיה השפעה על הכרעות של בית הדין הדתי בשאלת הממזרות. שיפמן וזפרן סבורים כי סוגיית האבהות וסוגיית הממזרות הן סוגיות נפרדות המצויות בסמכויותיהן הנפרדות של הערכאה האזרחית ושל הערכאה הדתית שכל אחת מהן פועלת על פי דיני ראיות שונים, והערכאה הדתית אינה רואה עצמה כפופה למעשה בית דין שנוצר על ידי הערכאה האזרחית. עמדה זו מקבלת חיזוק, לדעת זפרן, בפסיקת בתי הדין הרבניים בעמדתם האמביוולנטית כלפי בדיקות האבהות וכלפי ערכן הראייתי מחד גיסא, ובמגמתם למניעת ממזר הצאצא אף תוך מציאת פתרונות יצירתיים מאידך גיסא (שם, בעמ' 331–334). במישור השני, הביקורת מבקשת לתקוף את הכרעתו של בית המשפט להעדיף את אינטרס מניעת הממזר על פני בירור זהות האב הביולוגי (שם, בעמ' 335–339).
- 41 חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח–2008, ס"ח 736.
- 42 בתיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי הוסף פרק ה' לחוק מידע גנטי, העוסק בעריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה. על פי התיקון לחוק, בדיקה גנטית לקשרי משפחה תעשה רק על פי צו של בית משפט לענייני משפחה ורק לפי הוראות פרק ה' לחוק זה (ס' 28 לחוק מידע גנטי). כן נקבע כי כאשר מתעורר חשש לממזרות לפי דין תורה, על בית המשפט לפנות לנשיא בית הדין הרבני הגדול לקבלת חוות דעתו בעניין החשש האמור ובדבר האפשרות לערוך את הבדיקה באופן שימנע את הפגיעה (ס' 28ה(א)(1) לחוק מידע גנטי). אם נשיא בית הדין הרבני הגדול חיווה דעתו כי הבדיקה עשויה לפגוע במעמדו של הקטין, נשללת מבית המשפט האפשרות להורות על ביצוע הבדיקה, למעט לשם מניעת סכנה לחיי אדם או נכות חמורה בלתי הפיכה לאדם (ס' 28ה(א)(4) לחוק מידע גנטי). ראו בעניין זה תמ"ש (משפחה טב') 38269-12-09 פלוני נ' פלונית, פס' 9–10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.7.2011); תמ"ש (משפחה י-ם) 13632/08 פלוני נ' אלמונית, פס' 20–21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.12.2009); עמ"ש (מחוזי חי') 44902-10-10 ה.ד. נ' י.ט.ד., פס' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.3.2012). יש לציין כי ככל שמדובר בבגיר, קובע ס' 28ה(ב) שבמצבים שבהם ממצאי הבדיקה הגנטית עלולים לפגוע בכשרותו לפי דין תורה לנישואין, לא יורה בית המשפט על עריכת הבדיקה, אלא לאחר שהפנה את בעלי הדין ליחידת הסיוע שהוקמה לפי ס' 5 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, לשם קבלת הסבר בדבר המשמעות של הבדיקה לגביו ולגבי קרוביו.

הבדיקה, אלא אם שוכנע שיש בה צורך ממשי הגובר על הפגיעה שעלולה להיגרם ממנה.⁴³ בדרך זו נוצרת אבהות משפטית אשר אינה מבוססת בהכרח על הקשר הביולוגי. דוגמה נוספת לסוגיית ההכרעה בין הורות מבוססת-ביולוגיה לבין הורות משפטית היא הסמכות המקבילה בכל הנוגע למוסלמים הקיימת בשאלת קביעת האבהות לבית הדין השרעי ולבית המשפט לענייני משפחה.⁴⁴ קיימים הבדלים בין הדין שמפעיל בית המשפט לענייני משפחה לצורך קביעת הורות לבין הדין הדתי שמפעיל בית הדין השרעי לצורך אותו עניין. בית המשפט לענייני משפחה מכריע בתביעות הורות על סמך ממצאים עובדתיים ביולוגיים תוך בחינת ראיות חיצוניות. בין היתר מוסמך בית המשפט לענייני משפחה להורות על ביצועה של בדיקה גנטית.⁴⁵ לעומת זאת על פי הדין המוסלמי, אבהות נקבעת על סמך קשר הנישואין שבין הגבר לבין אם הילד. לפיכך לילד שנולד מחוץ לנישואין אין אב אלא אם כן האב הכיר בו כבנו. הכלל הוא שהילד משויך לבעל החוקי אלא אם יש תביעה מתחרה או שהבעל דחה את הילד.⁴⁶ בפסיקה נקבע כי אשר למוסלמים, לצד ההורות הדתית קיימת גם הורות אזרחית.⁴⁷ נפסק כי קביעת הורות על ידי בית הדין השרעי לפי הדין המוסלמי ניתנת לצורך עניינים המצויים בתחום השיפוט הדתי וענייני המעמד

43 ס' 28 לחוק מידע גנטי. יש לציין כי הסעיף מתייחס לבדיקת אבהות לא רק בנוגע לקטין, אלא גם בנוגע לחטוי או לפסול דין.

44 ס' 52 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1947–1922, חא"י ג 2738 מקנה לבית הדין השרעי סמכות ייחודית לדון בענייני המעמד האישי של מוסלמים. ענייני המעמד האישי של המוסלמים כוללים גם את הסמכות לדון ב"יחוס ילדים וגידולם" בהתאם לס' 7(ז) לחוק הפרוצדורה של בתי הדין המוסלמים הדתיים משנת 1333 להג'רה (כפי שמופיע בתרגום בספר ש"ד גויטיין וא' בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 276 (1957)), או בתרגום אחר ב"קרבת משפחה" (תרגומו של השופט זוסמן בבד"ם 1/62 אבו-אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים, תל-אביב-יפו, פ"ד יז 2751, 2758 (1963)). סמכות זו הוכרה בפסיקה כסמכות להכריע בענייני אבהות (ראו שם; כן ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 587, 589–591 (1995)). סמכות זו של בתי הדין השרעיים רחבה מזו של בתי הדין הדתיים של העדות האחרות אשר אינם מוסמכים לדון בתביעות בענייני הורות שכן הנושא אינו נכלל בענייני המעמד האישי שבהם הוסמכו להכריע (ראו פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 37, פס' 17 לפסק הדין). במקביל לסמכות זו של בית הדין השרעי, אף לבית המשפט לענייני משפחה הוקנתה סמכות לדון בתביעות להצהרת הורות (ראו ס' 3(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, שמסמך את בית המשפט לענייני משפחה לדון ב"ענייני משפחה לפי חוק זה"). ס' 4(1) לחוק בית המשפט לענייני משפחה מגדיר, בין היתר, תובענות לאבהות או לאימהות כענייני משפחה. בנוסף נקבע כי בית המשפט לענייני משפחה יהיה גם הוא מוסמך לדון בענייני משפחה של מי שנקבעה לגביו סמכות שיפוט ייחודית בסימנים 52 או 53 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, למעט בענייני נישואין וגירושין (ראו ס' 3(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה). זאת, אף שאין החוק בא לגרוע מסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים (ראו ס' 25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה).

45 ס' 28 לחוק מידע גנטי.

46 לעניין זה ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 588–589 (1995); פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 37, פס' 20–21 לפסק הדין; M. Kabir & Banu az-Zubair, *Who is a Parent? Parenthood in Islamic Ethics*, 33 J. MED. ETHICS 605, 606 (2007).

47 הפסיקה אמנם מדברת על "אבהות אזרחית" ו"אבהות דתית" ולא על הורות באופן כללי, אך נראה שהכוונה היא להורות ושהשימוש במונח אבהות הוא מאחר שאלו המקרים שהובאו בפני בית המשפט.

האישי המוכרעים על פיו. לעומת זאת, לצורך הדינים האזרחיים קביעת ההורות תעשה בהתאם להגדרה האזרחית של הורות – זיקה ביולוגית בין ההורה לילד.⁴⁸

בשל השינויים הטכנולוגיים שחלו בעשורים האחרונים נדרש החוק לתת מענה להגדרת הורות במצבים שבהם נעשה שימוש בתרומת ביצית או זרע או שימוש בשירותיה של אם פונדקאית. במשך שנים לא הייתה בארץ חקיקה המסדירה את נושא ההולדה באמצעות שימוש בטכנולוגיות רפואיות. גם היום סוגיית תרומת הזרע וההפריה החוץ-גופית מוסדרות בתקנות שהתקין שר הבריאות ובחוזרי מנכ"ל משרד הבריאות.⁴⁹ על פי הוראות אלו, במקרה של הזרעה מלאכותית מזרע של תורם יש לקבל את הסכמת האישה ובן זוגה לביצוע ההזרעה וכן לקבל את הצהרת בני הזוג שהילד שיוולד ייחשב כאילו הוא ילדו הטבעי של בן הזוג לכל דבר, לרבות לעניין מזונות וירושה, ויישא את שם משפחתו.⁵⁰ כך, לפי הנהלים וההנחיות בעניין תרומת זרע ולפי הנוהג הקיים בפועל, בן זוגה של האם מוכר משפטי כאב הילד אף שהילד נולד מתרומת זרע אנונימית, וזאת ללא צורך בהליך משפטי מיוחד.⁵¹

48 ע"א 3077/90, לעיל ה"ש 46, בעמ' 596–603, 605; פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 37, פס' 20–21 לפסק הדין.

49 ס' 3 לתקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט–1979 קובע כי הזרעה מלאכותית מתורם לא תבוצע אלא בבית חולים שיש בו בנק זרע ומזרע שהתקבל מבנק הזרע. כמו כן נקבע כי בנק זרע צריך לקבל הכרה ממנכ"ל משרד הבריאות או ממי שהוסמך לעניין תקנות אלו וכי על בנק הזרע להיות מנוהל בבית חולים וכחלק ממנו (ס' 2 לתקנות בצירוף ס' 1). הכללים בדבר ניהולו של בנק זרע וההנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית מעוגנים בחוזרי מנכ"ל משרד הבריאות; תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז–1987, דנות בנושא ההפריה החוץ-גופית. ביקורת רבה הובעה בספרות ובפסיקה בנוגע לעיגונם של נושאים רגישים ומהותיים דוגמת אלו בהנחיות פנימיות ובתקנות מנהליות וכך גם בנוגע לשאלת סמכותו של השר להתקין תקנות בעניין זה. לעניין זה ראו פנחס שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י 63, 85 (התש"ם) (להלן: שיפמן "קביעת אבהות"); ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779, 784 (1980); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 37, בעמ' 128–129; יוסי גרין הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה 52–53 (1995); מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט 21, 36 (1989); ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות, פס' 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.7.2006); ה"פ (מחוזי י-ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.8.2005); ה"פ (מחוזי י-ם) 7172/08 פלונית נ' שר הבריאות, פס' 13–17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.8.2008); ה"פ (מחוזי י-ם) 25340-04-11 פלונית נ' מדינת ישראל – שר הבריאות, פס' 29–30 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.6.2011); חלק מהתקנות אף בוטלו על ידי בית המשפט העליון בהסכמת משרד הבריאות, ובאחד המקרים אף עלה הצורך להסדיר את הנושאים בחקיקה ראשית (ראו בג"ץ 998/96 ירוס-חקק נ' שר הבריאות (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ ירוס-חקק)). כן ראו בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 17.7.1995).

50 ס' 23(א) לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות בנוגע לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) (להלן: חוזר מנכ"ל בדבר ניהולו של בנק זרע). יש לציין כי הצהרת בני הזוג שלפיה ייחשב הילד כילדו של בן הזוג לכל דבר אינה יכולה להוריד או להעלות לעניין המעמד ההורי, שכן על פי הכללים המשפטיים הקיימים היום, בני זוג אינם יכולים ליצור סטטוס של הורות באמצעות הסכם. ראו למשל קורינאלדי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 96 וכן שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 85.

51 קורינאלדי מציין כי לפי הפרקטיקה המקובלת בישראל, בעל שהסכים ללידת אשתו מהזרעה מלאכותית נרשם כאבי הילד במרשם האוכלוסין ככל אב לילד שנולד מנישואין, וזאת מכוח חזקת אבהות הבעל (ראו קורינאלדי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 75, 86). כן ראו ס' 73 לנוהל משרד הפנים – מינהל אוכלוסין 2.2.0001 "רישום לידה בארץ" (24.3.2011), שלפיו בפרטי האב ירשמו אך ורק פרטי האישיים של

קביעת אימהות התבססה בשיטות משפט שונות לאורך ההיסטוריה על היריון ולידה. האישה שנשאה את העובר ברחמה וילדה את הילד נחשבה כאמו.⁵² מאחר שעד למחצית השנייה של המאה העשרים לא הייתה כל אפשרות להפריד בין בעלת הביצית לבין מי שנשאה את ההיריון, הרי שהקשר בין הילד לאמו היה הן קשר גנטי והן קשר פיזיולוגי ולא היה כל צורך להכריע אילו מהקשרים גובר.⁵³ כאמרת המשפט הרומי "Mater semper certa est", כלומר: האם תמיד ידועה. לפיכך עד למחצית השנייה של המאה העשרים נבע עיקר ההבדל בין שיטות המשפט השונות מההכרעה בשאלת ייחוס האבהות. בעקבות ההתפתחויות הטכנולוגיות בחמישים השנים האחרונות נולד הצורך להכריע בשאלת האימהות במקרים של רבייה מסויעת. בהלכה היהודית קיימת מחלוקת מי תיחשב אם הילד

האיש שאם היילוד נשואה לו על פי הרישום בתעודת הזהות. אף אם האם או שני בני הזוג טוענים כי בעלה של האישה איננו אבי היילוד, ימולאו פרטי בעלה בפרטי האב בתעודת הלידה. זאת מאחר שעל פי ס' 22 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, אי אפשר לרשום שם אב של מי שאינו בעלה של היולדת (אלא על פי פסק דין); כמו כן ראו פרק ה'1 לחוק מידע גנטי, המאפשר עריכת בדיקה גנטית לבחינת קשרי משפחה רק לפי צו של בית משפט ורק במצבים חריגים. בהקשר זה יש לציין כי ייתכן שאף שבעלה של האם נרשם כאבי הילד במרשם האוכלוסין, הרי שמבחינה מהותית הוא לא ייחשב בעל מעמד של הורה אם הסוגיה תעמוד למבחן. במקרה של פירוק התא המשפחתי עשויה שאלת האבהות להתעורר, בין על ידי האם אשר תהיה מעוניינת לשלול זכויות משמורת מבן זוגה, ובין על ידי בן הזוג אשר יהיה מעוניין להימנע מתשלום מזונות. בשורה של פסקי דין נקבע כי פקיד רישום אינו מסומך לבחון מה תוקפו של הרישום שאותו הוא מתבקש לרשום, אלא הוא חייב לרשום את שהאזרח אומר לו, אלא אם מדובר באי-נכונות של רישום הגלויה לעין ואינה מוטלת בספק. כללים אלו פותחו תחילה בנוגע לפרטי רישום שאינם מהווים ראיה לכאורה לנכונותם (ראו למשל בג"ץ 143/62 פונק-שליזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963), אשר עסק ברישום של נישואין אזרחיים שנערכו בקפריסין; בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006), הדן ברישום נישואים חרימיניים שנערכו בחו"ל), אולם בית המשפט העליון הרחיב הלכה זו וקבע שהיא חלה גם על רישום פרטי הורות (פרטים המהווים ראיה לכאורה לנכונותם לפי לס' 2, 3 לחוק מרשם האוכלוסין). לעניין זה ראו בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000), אשר עסק ברישום של צו אימוץ שניתן לבת זוגה של האם הביולוגית במדינת קליפורניה. עוד ראו פרשת ממט-מגד, לעיל ה"ש 16, אשר עסקה ברישום הורותו של בן זוגה של האב הביולוגי בעקבות הליך פונדקאות בארצות הברית ועל בסיס תעודת לידה שהוצאה בארצות הברית וצו של בית משפט בפנסילוניה אשר הורה על הוצאת תעודת הלידה על שם שני האבות. בפסקי הדין הללו נקבע כי על פקיד הרישום לבצע את הרישום וכי הרישום הוא בתוקף כל עוד לא נפסל בהליך שיפוטי (עניין ברנר-קדיש, בעמ' 374-375; עניין פונק-שליזינגר, בעמ' 252). עם זאת בשל החשש למזורות ובשל המגבלה הקיימת היום בחוק מידע גנטי בנוגע לעריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, ייתכן שהסוגיה לא תתברר כלל והבעל אכן ייחשב אבי הילד לכל דבר ועניין.

Melanie B. Jacobs, *Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents*, 9 J.L. & FAM. STUD. 309, 309 (2007) (להלן: *Why Just Two?*). מסיפורי התנ"ך משתמע כי ייתכן שהייתה אפשרות מסוימת של שימוש ב"אם תחליפית". כך רחל "ילדה" ליעקב את דן ונפתלי באמצעות שפחתה בלהה ולא "ילדה" את גד ואשר באמצעות שפחתה זלפה (בראשית ל' 3-6): "ותאמר הנה אמתי בלהה בא אליה ותלד על-ברכי ואבנה גם-אנכי ממנה. ותתן-לו את-בלהה שפחתה לאשה ויבא אליה יעקב. ותהר בלהה ותלד ליעקב בן. ותאמר רחל דנני אלהים וגם שמע בקלי ויתן-לי בן על-כן קראה שמו דן".

53 תינוקת המבחנה הראשונה נולדה בבריטניה בשנת 1978 מהפרייה חוץ-גופית. ראו 1978: *First 'Test Tube Baby' Born*, BBC NEWS (Jul. 25, 1978), http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/july/25/newsid_2499000/2499411.stm

כאשר אישה אחת היא בעלת החומר הגנטי (הביצית) ואישה אחרת נשאה את ההיריון וילדה את הילד. על פי רוב הדעות בהלכה היהודית, האישה היולדת היא אם הוולד.⁵⁴ כיום קובע חוק תרומת ביציות, אשר נחקק כדי להסדיר את תרומת הביציות למטרות הולדה,⁵⁵ כי ילד שנולד מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.⁵⁶ החוק מוסיף ומדגיש כי הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התרומת ושאר קרוביה ובין היילוד שנולד מתרומת ביציות, ולא יהיו נתונות לתרומת, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם.⁵⁷ ברוב רובם של המקרים הנתרמת היא האם היולדת. במצבים של נתרמת ביצית המשתמשת בשירותיה של אם נושאת קובע החוק הישראלי כי ככלל יינתן צו הורות אשר יקבע את מעמדה של האם המיועדת כאמו של הילד.⁵⁸ האם המיועדת איננה נחשבת אמו של הילד מרגע הלידה.

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים) קובע כי כאשר נעשה שימוש בשירותיה של אם נושאת, לאחר לידת הילד יינתן על ידי בית משפט צו הורות לפיו ההורים המיועדים הם ההורים של הילד ואפטרופסיו הבלעדיים וכי הוא ילדם לכל דבר ועניין.⁵⁹ צו ההורות יינתן, אלא אם נוכח בית המשפט לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי כי הדבר מנוגד לטובת הילד.⁶⁰ יש לציין כי החוק משאיר פתח לאם הנושאת לחזור בה מההסכם לנשיאת עוברים כל עוד לא ניתן צו הורות. בית המשפט רשאי לאשר את חזרת האם הנושאת מההסכם כאשר לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי נוכח כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק את חזרת האם הנושאת מההסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד. במידה ואישר בית המשפט את חזרת האם הנושאת מההסכמתה, על בית המשפט לקבוע בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפטרופא על הילד והוא יהיה ילדה לכל דבר ועניין. בנוסף רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם ההורים המיועדים.⁶¹

במקרי פונדקאות האם המיועדת עשויה להיות האם הגנטית של הילד, אך יכולה להיות אף ללא קשר גנטי לילד. בתמ"ש י.פ. נ' היועץ המשפטי לממשלה⁶² נדון עניינם של זוג

54 קורניאלדי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 103-106; מרדכי הלפרין "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים" דילמות באתיקה רפואית 161, 172 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 21, בעמ' 364. לעמדה אחרת ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 60320/07 ת.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 29 (א) לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.3.2012), שבה מצוין כי יש מחלוקת בדיון היהודי בשאלת קביעת האימהות וכי הדעה הרווחת היא שבעלת הביצית היא האם.

55 ס' 1 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010.

56 ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות. ס' 42(ב) לחוק מסייג וקובע כי אין בחוק כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין וכדי לפגוע בסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים.

57 ס' 42(ג) לחוק תרומת ביציות.

58 ס' 11-12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

59 חוק הסכמים לנשיאת עוברים מדגיש בס' 12(ב) כי אין הוא בא לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין. הורים מיועדים מוגדרים בחוק איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד.

60 ס' 11(ב) חוק הסכמים לנשיאת עוברים.

61 ס' 13 חוק הסכמים לנשיאת עוברים.

62 תמ"ש (משפחה ת"א) 10509-10-11 י.פ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 5.3.2012).

נשוי אשר פנה להשתמש בשירותי פונדקאות בחו"ל, וכך נולדו להם תאומים. ההפריה החוץ-גופית נעשתה מביצית האם המיועדת ומזרע האב המיועד. ההורים המיועדים רשומים בתעודת הלידה של התאומים ופנו לבית המשפט בבקשה להכיר בהורותם על סמך תעודות הלידה או לאפשר בדיקת סיווג רקמות. עמדת משרד הפנים הייתה כי רק האב והקטינים יעברו בדיקת סיווג רקמות ואילו האם תיאלץ לעבור הליך לאימוץ הקטינים. בית המשפט דחה את עמדת משרד הפנים שלפיה אם ביולוגית תיאלץ לאמץ את ילדיה שלה,⁶³ בצינו כי עמדת המוצא של המשפט הישראלי היא ההורות הגנטית ולא "דין היולדת".⁶⁴

לסיכום, חלק זה עסק בשאלת הגדרת ההורות ובמשמעות המעמד ההורי במשפט הישראלי. הדוגמאות שהובאו בחלק זה ממחישות שקיימים מצבים שבהם המשפט הישראלי מכיר בקשר הורי שאינו מבוסס על ביולוגיה כקשר הורי משפטי. החלק הבא ידון בתיחום המעמד ההורי במשפט הישראלי באמצעות עקרון הבלעדיות ההורית והעיקרון בדבר העדפת שני הורים ממין שונה. במסגרת הדיון אראה שעקרונות אלו מתחילים להיסדק, לפחות בכל הנוגע להיבט המגדרי, ולפיכך ההצעה לסדוק את העקרונות אף בהיבט המספרי איננה מרחיקה לכת כפי שנדמה מלכתחילה.

2. הבלעדיות ההורית והכרת המשפט בשני הורים בלבד, בדרך כלל ממין שונה

(א) עקרון הבלעדיות ההורית

המשפט בישראל מכיר בעקרון הבלעדיות ההורית, שלפיו אך ורק למי שהוכר כהורה של הילד מוקנות זכויות וחובות ביחס לילד. מכאן שמי שאינו מוכר במשפט כהורה של הילד אינו יכול לטעון לזכויות ולחובות ביחס אליו. באופן זה מפריד המשפט הישראלי דיכוטומית בין מי שנחשב הורה של הילד לבין מי שאינו נחשב הורה, ולכן מבחינה משפטית הוא זר לילד.⁶⁵ עקרון הבלעדיות ההורית בא לידי ביטוי בעיקר ברעיון שלפיו הורי הילד, להבדיל מהמדינה או מכל אדם שלישי, הם שיחליטו בנוגע לעניינים שקשורים לגידולו.⁶⁶ לעקרון הבלעדיות ההורית קיימים חריגים הבאים לידי ביטוי באפשרות להגביל לאדם את זכויותיו וחובותיו ההוריות של אדם ואף לשלול אותן ממנו (ואף את מעמדו כהורה) וכן באפשרות למנות אפוטרופוס נוסף במצבים מסוימים.⁶⁷ בנוסף, קיימים מקרים

63 שם, פס' 23 לפסק הדין. להכרעות דומות הקובעות בהליך של פונדקאות חו"ל את אימהות האם המיועדת שהיא אף האם הגנטית ללא צורך בהליך משפטי נוסף ראו למשל תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 53246-03 מ.ג. נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 2.4.2013); תמ"ש (משפחה ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 3.2.2013).

64 שם, פס' 18–19 לפסק הדין. לעמדה שונה, שלפיה עמדת המוצא של המשפט הישראלי רואה ביולדת אם, ראו זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 21, בעמ' 364.

65 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 10–11; בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 13, בעמ' 555–557.

66 Ayelet Blecher-Prigat, *Rethinking Visitation: From a Parental to a Relational Right*, 16 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1, 2, 33 (2009).

67 חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך–1960, מסמך את בית המשפט להגביל זכויותיו וחובותיו של הורה במצבים שבהם נוכח בית המשפט לדעת שהקטין עונה על הגדרת "קטין נזקק" המצויה בס' 2 לחוק. הגבלת סמכויותיו של הורה עשויה לבוא לידי ביטוי החל ממתן הוראות שונות להורה וכלה בהוצאת הקטין ממשמורת האחראי עליו. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מסמך אף הוא את

שבהם תינתן זכות הנחשבת לזכות הורית לאדם שאין לו מעמד של הורה לילד.⁶⁸ עם זאת מצבים אלו הינם ספורים וחריגים.

הוועדה לזכויות הילד בראשות השופטת רוטלוי הציעה להגדיר מחדש את מערכת היחסים בין הורים לילדיהם ולהדגיש את זכויות הילד ואת מעמדו. ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו הציעה להעמיד את עקרון האחיות ההורית בלב החקיקה הנוגעת ליחסי הורים וילדים.⁶⁹ העיקרון נועד, מצד אחד, לבטא את המעבר לתפיסה המכירה בילדים כנושאי זכויות ומעמידה אותם במרכז, ומצד אחר לתת ביטוי ברור להכרת המשפט במעמד הייחודי של ההורים כלפי ילדיהם וכלפי החברה, מעמד שנגזרות ממנו סמכויות וחובות מיוחדות.⁷⁰ אולם מדובר בשינוי טרמינולוגי שנראה שאין מטרתו לסטות מעקרון הבלעדיות ההורית.⁷¹

בית המשפט להגביל ואף לשלול אפוטרופסות מהורה במצבים מסוימים. כך, בית המשפט רשאי לתת הוראות להורה שאינו מסוגל למלא את חובותיו לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות בכל הנוגע לרכושו של ילדו הקטין, או מזניח חובות אלה, או שנשקפת ממנו סכנה לרכושו של הקטין (ראו ס' 26 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות). בית המשפט רשאי לשלול או להגביל אפוטרופסות של הורה שבית משפט שלום הוציא את ילדו ממשמורתו או העמידו באחריות עובד סוציאלי. כך גם אם הוכח לבית המשפט כי התמלאו התנאים שבהם היה בית משפט שלום נוקט דרך זו (ראו ס' 27 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות). בית המשפט אף רשאי למנות אפוטרופוס נוסף על ההורים, במצבים מסוימים (ראו ס' 28–30 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות). חוק אימוץ ילדים מסמיך את בית המשפט להכריז על קטין בר-אימוץ אם נוכח כי התקיימה אחת העילות המופיעות בס' 13 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. הוריו של הילד יכולים להחליט לוותר על מעמדם ההורי כלפי הילד ולמסרו לאימוץ לפי חוק אימוץ ילדים. מהרגע שהורה נתן הסכמתו למסירת ילדו לאימוץ או הילד הוכרז על ידי בית המשפט בר-אימוץ, נשללות מההורה זכויותיו וחובותיו ההוריות והן מוקנות לאפוטרופוס שנתמנה לילד. אם לא נתמנה אפוטרופוס, מוקנות הזכויות והחובות ההוריות לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק האימוץ (ראו ס' 15 לחוק אימוץ ילדים). זאת עד למתן צו אימוץ המקנה להורים המאמצים מעמד של הורה כלפי הילד (ראו ס' 16 לחוק אימוץ ילדים). לאחר מתן צו אימוץ נרשמים ההורים המאמצים במרשם האוכלוסין כהורי הילד (ראו ס' 20 לחוק מרשם האוכלוסין). יש לציין כי עובד סוציאלי שמונה לפי חוק האימוץ רשאי במצבי חירום שבהם הוא סבור שהדבר מוצדק – כדי למנוע נזק לילד – לקבוע את מקום הימצאו של הילד או למסרו למי שהסכים לקבלו לביתו, וזאת אף ללא הסכמת ההורים או הכרזה על הילד בר-אימוץ. פעולה זו טעונה אישור בית המשפט (ראו ס' 12(ג) לחוק אימוץ ילדים). אף במקרים אלו נשללות מההורה הזכויות והחובות ההוריות והן מוקנות לעובד הסוציאלי (ראו ס' 15 לחוק אימוץ ילדים).

68 ס' 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מאפשר לבית המשפט להעניק זכויות ביקור לסב ולסבתא של ילד שאחד מהוריו נפטר ואותו הורה הוא הצאצא של הסב והסבתא.

69 משרד המשפטים, הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו 18 (2003).

70 שם.

71 שם, בעמ' 27, 29–30. ס' 5 למודל החוק המוצע על ידי ועדת המשנה קובע כי "הנושאים באחריות הורית לקטין הינם הורי הקטין או מי שמונה במקומם או בנוסף להם לשאת באחריות הורית לקטין, באופן מלא או חלקי, בחוק או מכוח צו של בית משפט". מכאן שס' 5 מאפשר הכרה באחריות הורית של אדם שאינו הורה הקטין. עם זאת נראה שאין הכוונה לסטות מעקרון הבלעדיות ההורית, אלא לאפשר מינויו של אדם אחר כאחראי על הילד במצבים חריגים בלבד, בדומה לס' 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

עקרון הבלעדיות ההורית איננו ייחודי למשפט הישראלי. המשפט הקנדי⁷² והמשפט האמריקאי⁷³ למשל מכירים אף הם בעקרון הבלעדיות ההורית. המשפט האמריקאי יוצר גם כן הבחנה ברורה בין מי שהוא "הורה" לבין מי ש"אינו הורה", ורק מי שנחשב הורה של הילד מבחינה משפטית יכול לטעון לזכויות ביחס לאותו הילד.⁷⁴ בשנים האחרונות נוצרו חריגים בשיטת המשפט האמריקאית לעקרון הבלעדיות ההורית. השינוי שחל נגע בעיקרו לכרוסום מעמד הבלעדיות ההורית בכל הנוגע לזכויות ביקור והכרה בזכויות ביקור גם של מי שאינם נחשבים הורים בעיני המשפט.⁷⁵ בין השאר חוקקו חוקים המקנים זכויות ביקור לצדדים שלישיים. כל המדינות בארצות הברית הכירו בזכויות ביקור של צד שלישי, וההבדלים בין המדינות הם בנוגע למיחות הצד השלישי שלו מוקנות זכויות ביקור ובאשר לנסיבות שבהן מוקנות זכויות ביקור לצד שלישי.⁷⁶ על אף התפתחות זאת, זכויות ביקור של מי שאינם הורים הן החריג ואילו זכויות ביקור של הורים הן הכלל.⁷⁷ בנוסף, היו בארצות הברית מקרים שבהם זכויות משמורת (Custody) ניתנו למי שאינם ההורים של הילד אף שההורים היו בעלי מסוגלות הורית.⁷⁸ אולם מדובר במצבים שבהם הילד התגורר עם מי שאינו הורה ופיתח עמו מערכת יחסים פסיכולוגית. במקרים אלו נשמרות להורה זכויות הוריות מסוימות שאינן תלויות בזכות למשמורת. לעומת זאת כאשר הילד מתגורר עם הוריו אשר להם מסוגלות הורית, בית המשפט לא יוציאו ממשמורת הוריו כדי להעבירו לאדם שאינו ההורה שלו.⁷⁹

קיימות שיטות משפט המאפשרות הענקת "אחריות הורית" ללא סטטוס של הורה ובכך הן למעשה סוטות, במובן מסוים, מעקרון הבלעדיות ההורית. במשפט ההולנדי, למשל, אדם שאינו ההורה החוקי של הילד יכול לרכוש "אחריות הורית" ("Parental Authority"),

- 72 Young, לעיל ה"ש 13, בעמ' 506, 519.
- 73 Bartlett, לעיל ה"ש 7; Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 66; Young, לעיל ה"ש 13, בעמ' 506; Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 399-398; Coupet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 615-616; Kessler, לעיל ה"ש 7, בעמ' 48, 74; Polikoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 468, 471; Matthew M. Kavanagh, *Rewriting the Legal Family: Beyond Exclusivity to a Care-Based Standard*, 16 YALE J.L. & FEMINISM 83, 88-89 (2004).
- 74 Bartlett, לעיל ה"ש 7, בעמ' 883; Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 66, בעמ' 2; Young, לעיל ה"ש 13, בעמ' 506, 513, 520; Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 399-398; Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 88-89; Polikoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 471-472; Jacobs, *Why Just Two?*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 314.
- 75 Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 66, בעמ' 7-8; Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 109; Bartlett, לעיל ה"ש 7, בעמ' 933-939; *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 73 (2000).
- 76 Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 66, בעמ' 8; Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 403; Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 108-109.
- 77 Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 66, בעמ' 14.
- 78 John L. Hill, *What Does it Mean to be a "Parent"? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, 66 NYU. L. REV. 353, 364-365 (1991); *Painter v. Bannister*, 140 N.W.2d 152 (Iowa 1966); *In re Marriage of Allen*, 626 P.2d 16 (Wash. Ct. App. 1981); *In re Custody of Kinnard*, 783 P.2d 615 (Wash. Ct. App. 1989); עניין *Kinnard*, לעיל ה"ש 17.
- 79 Hill, לעיל ה"ש 78.

הכוללת את הזכויות והחובות לדאוג לילד ולגדל אותו.⁸⁰ "האחריות ההורית" אינה מקנה לאדם מעמד של הורה חוקי. אדם יכול להפוך לבעל אחריות הורית, אך ורק במשותף עם האדם שהוא ההורה החוקי של הילד. עם זאת יש לציין כי קיימת מגבלה שלפיה רק שני אנשים יכולים להיות בעלי אחריות הורית על ילד מסוים בעת ובעונה אחת.⁸¹ מכיוון שכך, הרי שאם לילד שני הורים חוקיים, רק הם יישאו באחריות הורית כלפיו. אם לילד הורה חוקי אחד בלבד, הרי שאדם נוסף יכול לזכות במעמד של אחריות הורית אף מבלי לקבל סטטוס של הורה. עם זאת ייתכנו מצבים שבהם לילד שני הורים חוקיים, אך רק לאחד מהם יש אחריות הורית.⁸² במצבים אלו אדם נוסף יכול לקבל אחריות הורית לילד. המשפט האנגלי משתמש אף הוא במונח "אחריות הורית" כדי להגדיר את כל הזכויות, החובות, הסמכויות והאחריות של הורים כלפי הילד ורכושו.⁸³ אין התאמה מלאה בין מי שנחשב להורה הילד לבין מי שנושא באחריות הורית כלפי הילד. אדם יכול להיחשב הורה של ילד אך לא להיות בעל אחריות הורית כלפיו.⁸⁴ כך למשל כאשר אביו ואמו של הילד נשואים בכל מועד שהוא בתקופה שבין ההזרעה/ההתעברות ועד למועד הלידה, לכל אחד מהם אחריות הורית כלפי הילד.⁸⁵ אולם כאשר אביו ואמו של הילד אינם נשואים בתקופה הזאת, הרי שרק האם נושאת אוטומטית באחריות הורית כלפי הילד. במקרה מעין זה האב יכול לרכוש אחריות הורית בהתאם לחוק.⁸⁶ בנוסף, אדם שאינו נחשב הורה הילד יכול לרכוש אחריות הורית כלפיו⁸⁷ ואולם האחריות ההורית לא תקנה לאותו אדם מעמד של הורה.⁸⁸

- 80 Burgerlijk Wetboek (Civil Code) (established in 1992) art. 1:247 (Bw) (ניתן לצפות בתרגום של החוק לאנגלית באתר: www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm). להתייחסות לחוק ראו Machted Vonk, *One, Two or Three Parents? Lesbian Co-Mothers and a Known Donor with 'Family Life' under Dutch Law*, 18 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 103, 104 (2004).
- 81 שם, בעמ' 104–105; כמו כן ראו למשל Burgerlijk Wetboek art 1:253t(2)(b) (BW).
- 82 ראו למשל Burgerlijk Wetboek art 1:251a (BW), הקובע כי במצבים מסוימים של פקיעת הנישואין, בית המשפט יכול להורות שרק אחד ההורים יישא באחריות הורית; Burgerlijk Wetboek art b1:253 (BW), שלפיו במצבים מסוימים כאשר ההורים של הילד אינם נשואים זה לזה רק לאם תהיה אחריות הורית כלפי הילד; Burgerlijk Wetboek art 1:253n (BW), הן בסיום מצב של אחריות הורית משותפת כשמדובר בהורים שאינם נשואים זה לזה.
- 83 The Children Act, 1989, c. 41, § 3(1) (U.K.): "[...] all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of child has in relation to the child and his property".
- 84 The Children Act, c. 41, § 3(4); DEP'T FOR CHILDREN, SCHOOLS & FAMILIES, THE CHILDREN'S ACT 1989: GUIDANCE AND REGULATIONS, vol. 1: Court Orders §§ 2.6, 2.7, 2.11 (2008), available at <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130401151715/https://www.education.gov.uk/publications/eOrderingDownload/children%20act%20guidance-Vol1.pdf> (להלן: CHILDREN'S ACT 1989: GUIDANCE AND REGULATIONS).
- 85 The Children Act, c. 41, §§ 2(1), 2(3); Family Law Reform Act, 1987, c. 42, §§ 1(2), 1(4)
- 86 The Children Act, c. 41, §§ 2(2), 2(3); Family Law Reform Act, c. 42, §§ 1(2), 1(4)
- 87 The Children Act, c. 41, §§ 4ZA, 4A, 5
- 88 Children's Act 1989: Guidance and Regulations; The Children Act, c. 41, §§ 3(4) לעיל ה"ש §2.12, 84

(ב) שני הורים ממין שונה

עיקרון נוסף הקשור לעקרון הבלעדיות ההורית אך אינו חופף לו הוא הכלל שלפיו לילד יכולים להיות רק שני הורים ממין שונה. כלל זה מבוסס על מודל המשפחה הגרעינית. המשפט בישראל מכיר, ככלל, אך ורק באפשרות שלילד יהיו אם אחת ואב אחד.⁸⁹ מכאן שרק לשני אנשים – האחת אישה והשני גבר – עשויות להיות מוקנות זכויות וחובות כלפי ילד מסוים. גישה זו, שלפיה לילד יכולים להיות רק שני הורים ממין שונה, אף היא אינה ייחודית למשפט הישראלי והיא מקובלת גם במדינות אחרות.⁹⁰ על העדפתו של המשפט הישראלי לקיומם של שני הורים ממין שונה לאותו ילד ניתן ללמוד גם מחוק האימוץ, הקובע, ככלל, כי אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד.⁹¹ על אף העדפה ברורה זו לשני הורים ממין שונה, בשל שינויים חברתיים והתפתחויות בטכנולוגיית הפרייון שחלו בעשורים האחרונים מכיר המשפט הישראלי בחריגים לכלל שלפיו לילד שני הורים – האחת אם והשני אב. חריגים אלה חוצים את מגבלות המגדר ובכך משקפים את הסתגלות המשפט הישראלי למציאות החיים של משפחות אלטרנטיביות.

(ג) הכרת המשפט באימוץ צולב על ידי בני זוג מאותו המין

חוק אימוץ ילדים קובע כברת מחדל כי אימוץ ייעשה על ידי בני זוג ממין שונה. סעיף 3 לחוק, הדין בכשרות המאמץ, קובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". עם זאת מאפשר החוק כחריג אימוץ על ידי אדם יחיד, וזאת כאשר בן זוגו של המאמץ הוא ההורה הביולוגי או המאמץ של המאומץ⁹² או במצבים שבהם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי.⁹³ סעיף 25 לחוק אימוץ ילדים מאפשר לבית המשפט לסטות מהסייגים המופיעים בחוק כאשר הדבר הוא לטובת המאומץ וכשמדובר בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיירשמו בהחלטתו. בין היתר רשאי בית המשפט לסטות מהסייג הקבוע בסעיף (2)3 לחוק בדבר פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ.⁹⁴

89 ס' 3 לחוק שיווי זכויות האישה.

90 Young, לעיל ה"ש 13, בעמ' 506, 519, 559; Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 442; Appleton, לעיל ה"ש 14; Coupet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 615, 618–619; Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 88–89; Kessler, לעיל ה"ש 7, בעמ' 48, 65–66; Polikoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 468–470, 474–482; Jacobs, *Why Just Two?* לעיל ה"ש 52, בעמ' 314; Jacobs, *More Parents More Money*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 220; עניין *Johnson*, לעיל ה"ש 18; Baker, לעיל ה"ש 22, בעמ' 674–675; זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 21, בעמ' 380; R. Alta Charo, *And Baby Makes Three – or Four, or Five, or Six: Redefining the Family after the Reprotech Revolution*, 15 WIS. WOMEN'S L.J. 231 (2000); Nancy E. Dowd, *Multiple Parents/Multiple Fathers*, 9 J.L. & FAM. STUD. 231, 231–232 A.A. v. B.B., לעניין המשפט הקנדי ראו (2007); Michael H. v. Gerald, D. 491 U.S. 110 (1989) [2007] 220 O.A.C. 115 (Can.), שלפיו החקיקה הרלוונטית בפרובינציית אונטריו בקנדה מאפשרת הכרה רק בשני הורים – אם אחת ואב אחד לילד.

91 ס' 3 לחוק אימוץ ילדים. חריגים לכלל מופיעים בסעיף זה ובס' 25 לחוק.

92 ס' (1)3 לחוק אימוץ ילדים.

93 ס' (2)3 לחוק אימוץ ילדים.

94 ס' (2)25 לחוק אימוץ ילדים.

בפרשת ירוס-חקק⁹⁵ הוכרה כחריג האפשרות לאימוץ צולב על ידי בנות זוג לסביות באופן שכל אחת מהן תאמץ את ילדיה הביולוגיים של זוגתה אשר נולדו מתרומות זרע אנונימיות.⁹⁶ כך מאפשר המשפט למעשה הכרה בשני הורים מאותו המין. עד לפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת ירוס-חקק, לא הייתה אפשרות חוקית לבנות זוג לסביות לאמץ האחת את ילדיה הביולוגיים של זוגתה. הילדים במשפחות מעין אלו גדלו בפועל במסגרת משפחתית חד-מינית עם שתי דמויות הוריות, אולם מבחינה משפטית רק לאחת מהדמויות ההוריות היה מעמד חוקי של הורה. פרשת ירוס-חקק פרצה את הדרך בשביל בנות זוג לסביות לאמץ האחת את ילדיה הביולוגיים של זוגתה. מאחר שמדובר בדרך כלל במצבים שבהם ההתעברות נעשית בסיוע של תרומת זרע אנונימית, הרי ללא ההכרה באפשרות לאימוץ צולב יהיה לילד רק הורה אחד. בעקבות פסק דין זה ניתנו צווי אימוץ צולבים רבים ברחבי הארץ.⁹⁷ בין היתר ניתנו פסקי דין אשר הכירו באפשרות של גברים הומוסקסואלים לאמץ האחד את ילדיו של בן זוגו.⁹⁸ בנוסף, בשנת 2008 קיים היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מני מזוז, דיון בנושא אימוץ ילדים על ידי זוגות בני אותו מין שבסיכומו קבע כי ניתן לאפשר לבן זוג בן אותו המין לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוגו, וכי אין מגיעה חוקית לאשר לבני זוג מאותו המין, או למי מהם, לאמץ ילד זר שאינו ילדו של אחד מבני הזוג בנסיבות שבהן נשקלת בקשה לאימוץ על ידי אדם יחיד ובכפוף לשיקולי טובת המאומץ.⁹⁹ יש לציין כי צו האימוץ איננו ניתן באופן אוטומטי, וטובתו של הילד המאומץ

95 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) (להלן: ע"א ירוס-חקק).
 96 בפרשה זו עשה בית המשפט העליון שימוש בסעיפים (2)3 ו-25(2) לחוק אימוץ ילדים וקבע כי הם מאפשרים לתת צו אימוץ למאמצת יחידה שאינה נשואה לאמץ את ילדי בת זוגתה אותם היא מגדלת בפועל, בכפוף לעקרון טובת המאומץ.
 97 דואר אלקטרוני מעדנה סיני, רכות אימוץ בשירות למען הילד, למחברת (29.8.2012) (המכתב מתווק אצל המחברת). מנתונים שנמסרו מהשירות למען הילד עולה כי בשנת 2007 ניתנו 97 צווי אימוץ על ידי בן זוג של הורה לזוגות חד-מיניים, בשנת 2009 ניתנו 72 צווי אימוץ מסוג זה, בשנת 2010 ניתנו 88 צווי אימוץ ובשנת 2011 ניתנו 93 צווי אימוץ. בשנת 2008 ניתנו 87 צווי אימוץ על ידי בן זוג של הורה, אך הנתון כולל הן זוגות חד-מיניים והן זוגות ממין שונה.
 98 ראו למשל אמ"ן (משפחה ת"א) 58/07 שדיב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2008).
 99 עותק של הודעת משרד המשפטים בדבר החלטה, כפי שפורסמה באתר האינטרנט של המשרד, מתווק אצל המחברת. לכתבות בתקשורת האלקטרונית בעניין זה, ראו למשל אבירם זינו "היועץ מ"ש: להתיר אימוץ רגיל לזוגות חד-מיניים" Ynet 10.2.2008, [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3505039](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3505039,); שני מזרחי "מזוז: זוגות חד-מיניים יוכלו לאמץ ילד" Nrg 10.2.2008, www.nrg.co.il/online/10.2.2008/Nrg; 1/ART1/694/930.html. יש לציין כי היועץ המשפטי לממשלה סבר שיש לעשות שימוש לצורך אימוץ צולב בסעיפים שונים בחוק האימוץ מהסעיפים שאליהם הפנה בית המשפט העליון בע"א ירוס-חקק, לעיל ה"ש 95. כך קבע היועץ המשפטי לממשלה כי יש לפרש את המונח "בן זוג" המופיע בס' (1)3 לחוק ככולל גם בן זוג מאותו המין המבקש לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן זוגו ולפיכך במצבים של אימוץ צולב יש לנקוט את ההליך לפי ס' (1)3 לחוק אימוץ ילדים ולא בהליך לפי ס' (2)3 בשילוב ס' (2)25 לחוק, שאותו הגדיר היועץ המשפטי לממשלה כהליך עקיף ומלאכותי. לעומת זאת כשמדובר בבני זוג מאותו המין המבקשים לאמץ ילד "זר", הרי שיש לנקוט הליך של שתי בקשות לאימוץ יחיד לפי ס' (2)3 בשילוב עם ס' (2)25 לחוק אימוץ ילדים, אך ראוי לאחד את הטיפול בשתי הבקשות ולקבל בהן החלטה במאוחד.

נבחנת בכל מקרה ומקרה.¹⁰⁰ במצבים מעין אלו על אף הכרת המשפט בשתי אימהות או בשני אבות לאותו הילד נשמר הכלל שלפיו המשפט אינו מכיר ביותר משני הורים לילד אחד. מכאן נראה שההגבלה היום היא בנוגע למספר ההורים שניתן להכיר לכל ילד (לא יותר משני הורים) והדגש הוא פחות על מינם של ההורים.

(ד) הכרה באפשרות קיומן של שתי אימהות ביולוגיות

בפסק דין שניתן בבית משפט לענייני משפחה ברמת-גן,¹⁰¹ נדונה האפשרות להכיר בשתי אימהות ביולוגיות לאותו הילד. פסק הדין עוסק במקרה שבו בנות זוג לסביות הביאו ילד לעולם באמצעות הפריית ביצית של אחת מבנות הזוג מזרע של תורם אנונימי והשתלת הביצית המופרית בבת הזוג האחרת. האם היולדת נרשמה במרשם האוכלוסין כאמו של הילד. בנות הזוג והילד הגישו תובענה לאימהות שבמסגרתה ביקשו להכיר בבת הזוג תורמת הביצית כאמו של הילד ללא צורך בהליך אימוץ. בית המשפט קבע כי קיימת אפשרות להכיר באם נוספת לילד ללא צורך בהליך אימוץ. מאחר שהמקרה איננו נכנס בגדר אף אחד מההסדרים החוקיים הקיימים או שהיו קיימים במועדים הרלוונטיים, קבע בית המשפט כי יש לשאוב השראה לעניין זה מחוק הסכמים לנשיאת עוברים ולקבוע את מעמד בת הזוג תורמת הביצית כאם לאחר קבלת תסקיר עובדת סוציאלית כי הדבר הינו לטובת הילד.¹⁰²

100 לביקורת על הדרישה לבחון את מסוגלותם ההורית של בני זוג מאותו המין המגוישים בקשות לאימוץ צולב ראו את מאמרו של טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 37, הדין באפשרות להנהיג רישיון הורות. טענת צבי טריגר, רישיון הורות כבר מונהג בשיטה המשפטית הישראלית על חלק מן ההורים (מאמצים, הנזקים לפונדקאות, אסירים, הומואים ולסביות). הבחירה להנהיגו במקרים מסוימים, ולא במקרים אחרים, היא בחירה אידאולוגית. צבי טריגר מציין כי אימוץ צולב שונה מהמודל הקלאסי של אימוץ שבא לידי ביטוי בחוק אימוץ ילדים, שכן אין מדובר בילדים חסרי בית, אלא בילדים אשר כבר חיים בתא משפחתי עם האם המבקשת לאמצם. הקמת תא משפחתי על ידי בנות זוג מאותו המין הינה אנלוגית ללידת ילדים במשפחה הטרוסקסואלית מאחר ששניהם קורים מבלי לבקש אישור מראש מהמדינה. עם זאת התא המשפחתי ההומו-לסבי זקוק לאישור כדי לזכות בהכרה משפטית פורמלית (אישור שטריגר מכנה "רישיון הורות"), ואילו התא המשפחתי הטרוסקסואלי זוכה בהכרה באופן אוטומטי (שם, בעמ' 417). כמו כן ראו פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 16, פס' 10, 15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. במסגרת פסק דין זה שעסק בפונדקאות חו"ל של בני זוג מאותו המין מתח השופט ג'ובראן ביקורת על מדיניותה הכללית של המדינה בסוגיית ההורות. לדעתו של השופט ג'ובראן מדיניות זו מפלה זוגות חד-מיניים, שכן היא דורשת בכל אחד ממסלולי ההורות האפשריים מבני הזוג בני אותו המין להוכיח את "אמתות" הורותם בבית משפט. מדיניות זו "מעצבת את ההורות של בני הזוג בני אותו המין כהורות בספק, הורות חשודה, הדורשת 'מתת' מיוחד של המדינה בדמות ההכרה בה. מדיניות זו מבקשת לעצב את הזוג הטרוסקסואלי כ'טבעי', אשר לשם התערבות בהורותו על המדינה נטל כבד להוכיח את אי כשירות ההורים. מנגד, היא מטילה את הנטל על בני הזוג להוכיח את כשירתם להורות. מדיניות מפלה זו, לצד הפגיעה העמוקה בכבוד ובשוויון, פוגעת גם בזכות החוקתית הקיימת לכל אדם לחיי משפחה. היא מתייגת קבוצת אוכלוסייה שלמה כמי שעל פי טבעה אינה כשירה להורות, כל זמן שלא הוכח אחרת" (שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

101 עניין ת.צ., לעיל ה"ש 54.

102 לעניין הסוגיה של הכרה בשתי אימהות ביולוגיות במקרה מעין זה ראו זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 21. במסגרת מאמר זה בוחנת זפרן אם ראוי להכיר בשתי אימהות ומהי הדרך הפרוצדורלית הראויה לעשות זאת. זפרן סבורה כי כאשר בנות זוג פעלו להולדת ילד משותף, האחת בעיצוב מטענו הגנטי והשניה נושאת את ההיריון, ותרומת הגבר מסתכמת בתרומת זרע אנונימית, יש להכיר באימהותן

(ה) הכרה באפשרות קיומם של שני אבות במסגרת הליך פונדקאות חו"ל חוק הסכמים לנשיאת עוברים מגביל את האפשרות להשתמש בשירותיה של אם נושאת לאיש ואישה שהם בני זוג.¹⁰³ לפיכך אישה רווקה או גבר רווק וכן זוג חד-מיני אינם יכולים, לפי החוק בישראל, להסתייע בשירותיה של אם נושאת לצורך הבאת ילד לעולם. מכיוון שכך, יש הפונים להשתמש בשירותיה של אם נושאת במדינות זרות בהליך שמכונה "פונדקאות חו"ל". בעתירות לבג"ץ שהוגשו על ידי בני זוג חד-מיניים נדונה שאלת רישום בן זוגו של האב הביולוגי של ילד שנולד בהליך פונדקאות חו"ל כאב במרשם האוכלוסין.¹⁰⁴ בעמדה שהגישה המדינה בעניין זה היא הביעה את עמדתה העקרונית שלפיה כל עוד אין קשר גנטי לילד יש צורך בהליך של אימוץ כדי ליצור קשר של הורות.¹⁰⁵ עם זאת הסכימה המדינה בנסיבות המיוחדות של המצב, לעת הזו ועד להשלמת חקיקה בעניין, למתן "צו-הורות-פסיקתי" בנוגע לפונדקאות חו"ל על ידי בית משפט למשפחה בישראל, במקום צו אימוץ, וזאת ביחס לבן הזוג של ההורה הגנטי (כאשר ההורות הגנטית הוכחה בבדיקת רקמות לפי חוק מידע גנטי).¹⁰⁶ כך למעשה מאפשרת המדינה היום להכיר, גם אם באופן זמני ועד לתיקון החוק, בשני אבות לילד בהליך שאינו על פי חוק אימוץ ילדים.

חריגים אלו לעיקרון המגדרי בדבר שני הורים ממין שונה ממחשישים כי המשפט הישראלי מוכן להכיר כבר היום בתבניות של משפחות אלטרנטיביות, ולפיכך עשיית צעד נוסף קדימה לצורך סטייה מהעיקרון הכמותי איננה מהלך מהפכני ומרחיק לכת כפי שעשו להצטייר מלכתחילה.

של שתי הנשים. החלופה שמציעה זפרן כחלופה המתאימה להכרה במעמדן ההורי היא חלופה המצהירה על אימהות באמצעות הליך של רישום מוסכם בלא צורך במעורבות בית המשפט ובלא צורך בהליך של אימוץ.

103 הגדרת "הורים מיועדים" בס' 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

104 פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 16, שנדונה בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. יש לציין כי עמדת הרוב בפסק הדין רואה בעתירה כעוסקת אך ורק בשאלת הרישום במרשם האוכלוסין ולא בשאלת קביעת המעמד ההורי במקרים מעין אלו (ראו למשל, שם, פס' 27 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות). כך גם הדגישו חלק מהשופטים, כי כדי להסיר כל ספק בנוגע למעמד יש לנקוט הליך פורמלי של קביעת הורות משפטית (ראו למשל פס' 35, 43-44 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות).

105 הודעת ערכון משלימה מטעם המשיבים בבג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים ובבג"ץ 6569/11 פלוני נ' משרד הפנים (הוגשה ביום 9.5.2013) (עמדת המדינה המלאה זמינה ב-www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Findex.justice.gov.il%2FPublications%2FNews%2FDocuments%2FEmdatYoetzpundekau.t.doc&ei=Jv3nUtHGKerx4QS71YCwDw&usg=AFQjCNELjaYgYXt7SDiq16sHqcyfl-7Qeg&bvm=bv.60157871,d.bGE&cad=rjt).

106 כל זאת בכפוף לכך שהתנאים למתן "צו הורות הפסיקתי" יהיו אותם תנאים הצפויים להיות בחקיקה העתידית, התנאים למתן "צו הורות" לפי המלצת ועדת מור-יוסף והמלצת צוות היישום. תנאים אלו פורטו בהודעת ערכון משלימה נוספת מטעם המשיבים בבג"ץ 566/11 ממת מגד נ' משרד הפנים ובבג"ץ 6569/11 פלוני נ' משרד הפנים (הוגשה ביום 12.6.2013) (index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/Horut.pdf).

ב. טיעונים בעד ונגד ההכרה ביותר משני הורים לילד אחד

פרק זה יעסוק בטיעונים בעד ונגד ההכרה ביותר משני הורים לילד אחד. אמת המידה לבחינת הטיעונים היא אמת מידה הוליסטית המביאה בחשבון את האינטרסים של הילדים, של המבוגרים המעורבים ושל החברה בכללותה. החלק הראשון של הפרק יתמקד בטיעונים המועלים נגד הכרה בריבוי הורים ובמענה לטיעונים אלו. טיעונים אלו כוללים התנגדויות מעשיות, טיעוני מוסר וסדר טבעי, טיעוני מדרון חלקלק, טיעונים בדבר שימוש לרעה בהסדר של ריבוי הורים וטיעונים בדבר הפגיעה באוטונומיה של ההורים ה"טבעיים". החלק השני של הפרק יעסוק בטיעונים המועלים בעד הכרה בריבוי הורים. אלה מושגות על טובת הילד, על זכויות המבוגרים המעורבים ועל אינטרסים של החברה.

1. טיעונים נגד הכרה ביותר משני הורים והמענה להם

(א) התנגדויות מעשיות

הטיעון הראשון מבוסס על טובת הילד ועל ההנחה ש"יותר מדי טבחים מקדיחים את התבשיל"¹⁰⁷ על פי טיעון זה, ככל שהאנשים אשר צריכים להחליט בעניין מסוים רבים יותר, כך קשה יותר להגיע להסכמה, ובסופו של דבר תיפגע טובתו של הילד. היעדר אפשרות להגיע להסכמה עשוי להוביל לשיתוק, או לחלופין לגרור מריבות רבות בין האחראים לשלומם של הילד. גם אם כאשר כל ההורים פועלים יחד הדבר עובד לטובת הילד (תמונת המשפחה השלמה), הרי שהצרות מתחילות כאשר המשפחה מתפרקת או פורץ סכסוך.

אין ספק שככל שהאנשים המעורבים בהליך קבלת ההחלטות רבים יותר, כך ההליך עשוי להיפך למסובך ולמסורבל יותר. עם זאת מורכבותו של ההליך אינה הופכת אותו בהכרח למנוגד לטובת הילד. ייתכן שדווקא העובדה שגורמים רבים יותר אחראים לקבלת החלטה מסוימת ושקיימת ביקורת הדדית בין מקבלי ההחלטות מובילה לתוצאה טובה ומושכלת יותר העולה בקנה אחד עם טובת הילד. על כך יש להוסיף כי העובדה שהענקת זכות תכביד על הליך קבלת ההחלטות אינה יכולה להוביל לאי-הענקת הזכות במקום שבו ראוי להעניקה. כך למשל בעבר במשפט האנגלי והאמריקאי רק לאב היו זכויות בנוגע לילדיו,¹⁰⁸ כלומר היה גורם אחד בלבד שלו הייתה הסמכות להחליט בסוגיות הנוגעות לילדים. ברי שעם המעבר לשיטה המעניקה זכויות הוריות אף לאם הילד הפך הליך קבלת ההחלטות מורכב יותר ונפגעה זכות הבלעדיות של האב. עם זאת היום לא יהיה מי שיאמר שלא היה מקום להעניק זכויות לשני ההורים מהסיבה שהדבר מכביד ומסבך את הליך קבלת ההחלטות. באותה מידה, אם ראוי להעניק זכויות הוריות לאדם נוסף על שני הורי הילד, הרי שאין לפסול הענקת הזכות רק מכיוון שהדבר מכביד במידה מסוימת. למעשה, ניתן לכאורה להעלות טיעון מעין זה באותה מידה בנוגע לכל זכות אדם אחרת ולטעון כי אין מקום להענקתה במקרים שבהם היא עשויה להכביד על אדם אחר או על החברה בכללותה. הענקת

107 Jacobs, *More Parents More Money*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 223; Jacobs, *Why Just Two?*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 326.

108 Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 92.

הזכות לחופש ביטוי למשל עשויה להכביד על אדם אחר בכך שעליו להאזין לעמדות אשר הוא אינו מסכים להן או בכך שבשל קיומה של הפגנה במקום מסוים קיימת הפרעה לחופש התנועה שלו. מאחר שקיימות הצדקות מוסריות חזקות לביסוס הזכות לחופש הביטוי, הרי שהיא מוענקת לאדם אף שהיא עשויה להכביד על אנשים אחרים. ההכבדה על אנשים אחרים עשויה להיבחן במסגרת שאלת היקף ההגנה על הזכות, אך אינה יכולה לשלול את קיומה של זכות יסוד.

(ב) טיעוני מוסר וסדר טבעי

טיעונים מסוג אחר מבוססים על טיעוני מוסר וסדר טבעי, ולפיהם לפי הסדר הטבעי יכולים להיות לילד אך ורק שני הורים – אב אחד ואם אחת.¹⁰⁹ הטיעון בדבר הסדר הטבעי הוא כפול ומבוסס הן על הטענה שלפיה על פי הטבע עצמו יכולים להיות לילד רק שני הורים, האחד גבר והשנייה אישה, והן על הטענה שלפיה לפי המוסר הנוהג בחברה המערבית, לילד יכולים להיות רק שני הורים – האחד גבר והשנייה אישה. אולם האם זהו אכן הסדר הטבעי? ראשית, לא ברור כלל שהמצב הטבעי הוא שני הורים ממין שונה. כשמדברים על מצב טבעי בהקשר זה, מתייחסים בדרך כלל לקשר ביולוגי. לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום הרבייה המסועפת, הרי שהיום עשויים להיות שלושה הורים ביולוגיים לילד אחד: אב בעל הזרע, אם בעלת הביצית ואם שנשא את ההיריון. התפתחויות טכנולוגיות נוספות, אשר טרם הוכנסו לשימוש, מאפשרות יצירת עובר משלושה הורים גנטיים באמצעות שימוש בגרעין ביצית של אישה אחת ומיטוכונדרייה של ביצית מאישה אחרת.¹¹⁰ התפתחות טכנולוגית זו עשויה להוביל למצב שבו לילד יהיו ארבעה הורים ביולוגיים: אב בעל הזרע, אם בעלת גרעין הביצית, אם בעלת המיטוכונדרייה של הביצית והאם הנושאת. מכאן שהטבע עצמו מאפשר היום קיומם של יותר משני הורים לילד אחד. בנוסף נראה שהכרה בשני אנשים בלבד שהם אחראים לגידול הילד היא תוצר של החברה המערבית המודרנית וכי זו איננה הדרך שבה גודלו ילדים לאורך ההיסטוריה. כך למשל מחקר שפורסם בשנים האחרונות על ידי האנתרופולוגית האבולוציונית Sarah Blaffer Hrdy קובע כי קבוצת קופי האדם שמהם התפתחו בני האדם (ההומינינים) הייתה שונה מקבוצות אחרות של קופי אדם, ולכן רק קבוצה זו הצליחה להתפתח מבחינה אבולוציונית וליצור את החברה האנושית.¹¹¹ ההבדל בין הקבוצות אשר הוביל לאבולוציה הוא שיטת הטיפול והדאגה לגורים על ידי הקבוצה שהתפתחה לבני אדם, שאותה החוקרת מכנה "הורות מורחבת" (Alloparenting).¹¹² Hrdy אף טוענת כי ללא הורות מורחבת לא היה המין האנושי

109 ראו למשל עניין *Michael H.*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 118.

110 לעניין זה ראו *Callaway*, לעיל ה"ש 11; *Hirschler*, לעיל ה"ש 11; הוועדה לבחינת פריון והולדה בישראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 41–42.

111 SARAH B. HRDY, *MOTHERS AND OTHERS: THE EVOLUTIONARY ORIGINS OF MUTUAL UNDERSTANDING* (1st ed. 2009).

112 המונח "alloparent" נגזר מהמילה היוונית "allo" שפירושה "מלבד/זולת". במסגרת שיטה זו לדמויות שאינן ההורים הביולוגיים של הוולד היה חלק פעיל בגידולו. תנאי החיים של ההומינינים הצריכו מעורבות של דמויות נוספות על האם בגידול הצאצא לצורך הישרדותו, כגון אחים, דודים, אבות, חברים

מתקיים.¹¹³ לפי טיעון זה, המשפחה הגרעינית איננה המודל המקורי מבחינה אבולוציונית.¹¹⁴ על כך יש להוסיף כי מסביב לעולם בחברות שדרך החיים המסורתית היא השלטת ואימהות אינן מתגוררות בתאים משפחתיים נפרדים, טיפול משותף הוא הכלל.¹¹⁵ שנית, גם בחברות מודרניות גדלים ילדים פעמים רבות במסגרת קהילתית יותר, באופן שבו ההורים אינם המטפלים המשמעותיים היחידים. קיימים מחקרים המעידים למשל שבקבוצות מיעוטים שונות בחברה האמריקאית מערכות יחסים של דאגה וטיפול הן רחבות מהמשפחה הגרעינית ומערכות נציגים של המשפחה המורחבת, חברים ושכנים. לפי מחקרים אלו, מבחינה היסטורית הסתמכו מהגרים לארצות הברית על רשת של משפחה מורחבת וחברים כדי לבסס את עצמם במדינה החדשה.¹¹⁶ בקהילה האפריקאית-אמריקאית הורים חולקים באחריות לגידול הילדים ולטיפול בהם עם חברי המשפחה המורחבת ועם אחרים בקהילה בהסדר המכונה "אימהות אחרת" (Othermothering).¹¹⁷ האנתרופולוגית Carol Stack חקרה את אורחות החיים של קהילה אפריקאית-אמריקאית החיה בחלק העני ביותר של עיר במערב-התיכון בארצות הברית.¹¹⁸ Stack מתארת תופעה של גידול ילדים בקהילה על ידי קרובים וחברים, שאותה היא מכנה Child-keeping, אשר לעתים יוצרת חובות וזכויות הוריות המוכרות על ידי הקהילה. לפעמים גם נשללות זכויותיה של האם הביולוגית (אף שהדבר אינו מוכר על ידי רשויות המדינה).¹¹⁹ בקהילה הלטינית בארצות הברית "הורות משותפת" משחקת תפקיד מרכזי בגידול הרוחני של הילד, ולעתים אף קיימת אחריות משותפת לטיפול בו.¹²⁰ גם בשבטים האינדיאנים בארצות הברית הנוהג הוא גידול הילד במשותף בקהילה.¹²¹ בקהילה ההומו-לסבית בארצות הברית נוצרות רשתות טיפוליות המורכבות מבני זוג אינטימיים ומחברים¹²² ולעתים אף מתורמי זרע ידועים כשמדובר בזוג

- וסבתות. מתוך דרך הטיפול החדשה הזו נוצרו דרכים חדשות להבנת האחר ולהתקשרות עם האחר. מכך התפתחה היכולת האנושית לקרוא את כוונותיו ומחשבותיו של האחר.
- 113 HRDY, לעיל ה"ש 111, בעמ' 109.
- 114 ראו לעניין זה גם קרול גיליגן "מהיכן אנו באים/ות ולאן אנו הולכים/ות? הרהורים על חייהן של נשים" המשפט טז 13, 20–21 (2011).
- 115 HRDY, לעיל ה"ש 111, בעמ' 77–78. בנוסף יש לציין כי בחברות מסוימות של ציידים-מלקטים נוצרה קרבה בשני אופנים: באמצעות נישואין וקשרי דם, אך גם באמצעות מתן שם. מתן שם לילד יצר קרבה בין כל נושאי אותו השם. גם לקרובים הללו קראו אמא, אבא, אח וכדומה. המטרה הייתה הגדלת מספר הקרובים כדי להרחיב את שיתופי הפעולה והחלפת מתנות אשר היו חלק בלתי נפרד מחייהם ומהיכולת לשרוד (שם, בעמ' 15).
- 116 Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 392.
- 117 שם; Coupet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 603, 605–606; Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 92, 97, 151; Kessler, לעיל ה"ש 7, בעמ' 57; Polikoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 474–475.
- 118 CAROL B. STACK, ALL OUR KIN: STRATEGIES FOR SURVIVAL IN A BLACK COMMUNITY (1974).
- 119 שם, בעמ' 62–63, 85–89.
- 120 Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 392.
- 121 שם, בעמ' 419–422; Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 92; Mississippi Band of Choctaw Indians v. Holyfield, 490 U.S. 30 (1989).
- 122 Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 392–393; Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 97; Kessler, לעיל ה"ש 7, בעמ' 58.

לסביות.¹²³ גם במשפחות חד-הוריות לחברי המשפחה המורחבת ולחברים תפקיד לא פורמלי משמעותי בטיפול.¹²⁴

בשל שיעור הגירושין הגבוה בחברה המערבית, יותר ויותר ילדים גדלים במסגרות משפחתיות עם הורה ובן הזוג של ההורה. משפחות אלו מחקות לכאורה את המצב ה"טבעי" ואת המסגרת של המשפחה הגרעינית ולפיכך אינן מהוות איום על ההגמוניה ההטרואסקסואלית. עם זאת בניגוד למודל המשפחה הגרעינית, ילדים שהוריהם התגרשו ויצרו לאחר מכן משפחות חדשות גדלים עם שלוש ולעתים ארבע דמויות הוריות. משפחות אלו מלמדות אף הן על קיומם בחברה המערבית של דפוסי משפחות במסגרתם נרקמות מערכות יחסים של הורה-ילד עם יותר משתי דמויות הוריות.

שלישית, אף אם בעבר אכן היה מדובר במוסר הנוהג הרי שנראה שהיום ניתן לטעון שאבד עליו הכלח. לאורך ההיסטוריה נעשה שימוש במונחים המתבססים על הסדר הטבעי כדי לנמק הסדרים משפחתיים שונים לפי רוח התקופה. כך למשל נעשה שימוש במונח "משפט הטבע" כדי להסביר את הזכויות הקנייניות של אב בילדיו, את זכויות המשמורת בילדים המוקנות לאב בלבד,¹²⁵ את מעמדו הבלתי חוקי של ילד שנולד מחוץ למסגרת הנישואין ואת היותו חסר אב¹²⁶ וכן את הדוקטרינה המשפטית בדבר *coverture* שהייתה מקובלת באנגליה ובארצות הברית, ולפיה אישה נשואה נחשבה חסרת אישיות משפטית עצמאית, אלא חסותה תחת האישיות המשפטית של בעלה.¹²⁷ על פי דוקטרינה זו, נשים נשואות לא יכלו, ברוב המקרים, להיות בעלות קניין, להיות צד לחוזה, להיתבע באופן אישי ולתבוע.¹²⁸ מכאן, שהתפיסה מה טבעי בהקשר מסוים מוגדרת ביחס למסגרות ואמונות שהובנו על ידי החברה, בין היתר בנוגע למיניות, למגדר ולמבנה המשפחה¹²⁹ ומשתנה מתקופה לתקופה.

(ג) טיעוני מדרון חלקלק

חלק מהמתנגדים להכרה ביותר משני הורים לילד אחד, קושרים בין פוליגמיה וריבוי הורים.¹³⁰ טיעון מסוג זה מבוסס על ההנחה שגם אם הכרה בריבוי הורים כשלעצמה איננה

123 שם, בעמ' 59; Laura N. Althouse, *Three's Company? How American Law Can Recognize a Third Social Parent in Same-Sex Headed Families*, 19 HASTINGS WOMEN'S L.J. 171, 172 (2008).

124 Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 393.

125 Kavanagh, לעיל ה"ש 73, בעמ' 92; Prather v. Prather, 4 S.C.Eq. (4 Des. Eq.) 33 (1809).

126 Baker, לעיל ה"ש 22, בעמ' 656.

127 *Coverture* – "The condition of being a married woman. Under former law, a woman under *coverture* was allowed to sue only through the personality of her husband" (BLACK'S LAW DICTIONARY (9th ed. 2009)).

128 ראו למשל Bradwell v. State of Illinois, 83 U.S. 130, 141 (1872).

129 Erez Aloni, *Cloning and the LGBTI Family: Cautious Optimism*, 35 NYU REV. L. & SOC. CHANGE 1, 37 (2011).

130 Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 55; Brian H. Bix, *The Bogeyman of Three (or More) Parents* 3 (Minn. Legal Studies Research Working Paper No. 08-22, 2008), available at <http://ssrn.com/abstracts=1196562>. באופן מסורתי, חלק מהמתנגדים להכרה בנישואים חד-מיניים

בעייתית ואולי אף ראויה, הרי שהכרה מעין זו תוביל בסופו של דבר להכרה בפוליגמיה, תופעה שהטיעון מניח שהיא מזיקה והרסנית מבחינה חברתית. טיעון מסוג זה עשוי להתבסס על אחד משני מרכיבים: (1) מרכיב פוליטי/פסיכולוגי שלפיו אף שניתן להבחין בין שני המצבים, הרי שדעת הקהל תשתנה בעקבות השינוי הראשון (הכרה בריבוי הורים) באופן שתאפשר את השינוי השני (פוליגמיה); (2) מרכיב לוגי שלפיו מדובר במצבים שאינם שונים מבחינה מהותית ולכן יש לנהוג בהם כשווים.¹³¹

יהיו, גם אם לא רבים, שיטענו כי אין בעיה להכיר במערכות יחסים פוליגמיות ובכך ישמטו את הקרקע מתחת לטיעון המדרון החלקלק.¹³² בהקשר זה יש לציין כי קיימים כותבים (ובהם פמיניסטים) הסבורים שפוליגמיה אינה בהכרח רעה ומסוכנת לנשים, וכי למעשה היא עשויה להטיב עם נשים, שכן היא מספקת להן אחרות נשים ועזרה במשק הבית, וכי היא יכולה לערער את התפקידים המגדריים במשפחה.¹³³ התמודדות אחרת עם טענת המדרון החלקלק היא לטעון כי אין שום סיבה להניח כי הכרה ביותר משני הורים לילד אחד תוביל בהכרח להכרה במערכות משפחתיות פוליגמיות. ניתן בהחלט להפריד בין שתי הסוגיות, להמשיך לאסור בחוק על ריבוי נישואין¹³⁴ ולא להכיר בקיומן של משפחות

בארצות הברית קושרים בין הכרה בנישואים חד-מיניים ופוליגמיה. קיימת כתיבה רחבה בספרות האמריקנית העוסקת בקשר שבין פוליגמיה לנישואים חד-מיניים. ראו למשל, Elizabeth Larcano, Note, *A "Pink" Herring: The Prospect of Polygamy Following the Legalization of Same-Sex Marriage*, 38 CONN. L. REV. 1065 (2006); Eugene Volokh, *Same-Sex Marriage and Slippery Slopes*, 33 HOFSTRA L. REV. 1155 (2005); Ruth K. Khalsa, Note, *Polygamy as a Red Herring in the Same-Sex Marriage Debate*, 54 DUKE L.J. 1665 (2005); Dale Carpenter, *Bad Arguments Against Gay Marriage*, 7 FLA. COASTAL L. REV. 181 (2005); David L. Chambers, *Polygamy and Same-Sex Marriage*, 26 HOFSTRA L. REV. 53 (1997); Michael G. Myers, *Polygamist Eye for the Monogamist Guy: Homosexual Sodomy... Gay Marriage... Is Polygamy Next?*, 42 HOUS. L. REV. 1451 (2006); James M. Donovan, *Rock-Salting the Slippery Slope: Why Same-Sex Marriage is Not a Commitment to Polygamous Marriage*, 29 N. KY. L. REV. 521 (2002); Jaime M. Gher, *Polygamy and Same-Sex Marriage – Allies or Adversaries Within the Same-Sex Marriage Movement*, 14 WM. & MARY J. WOMEN & L. 559 (2008); Maura I. Strassberg, *Distinctions of Form or Substance: Monogamy, Polygamy and Same-Sex Marriage*, 75 N.C. L. REV. 1501 (1997); Adrienne D. Davis, *Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality*, 110 COLUM. L. REV. 195 (2010).

131 Volokh, לעיל ה"ש 130; Carpenter, לעיל ה"ש 130, בעמ' 208–209.

132 ראו למשל Shayna M. Sigman, *Everything Lawyers Know about Polygamy is Wrong*, 16 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 101 (2006) (הסבורה שיש לבטל את האיסור הפלילי על ריבוי נישואין); Chambers, לעיל ה"ש 130 (סבור שיש לאפשר ריבוי נישואין כל עוד לא הוכח שהדבר גורם לנזק משמעותי. כן הוא סבור שהנתונים הקיימים היום בנוגע למי שחיים במסגרות משפחתיות מעין אלו אינו מצביע על קיומו של נזק שכזה, אך שיש לבצע בדיקה מעמיקה יותר); Elizabeth F. Emens, *Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence*, 29 NYU. REV. L. & SOC. CHANGE 277 (2004) (המזמינה את הקוראים לבחון מחדש במבט ביקורתי את סוגיית המונוגמיה) ואת החלופות למונוגמיה).

133 ראו למשל שם, בעמ' 314–317, 333–334; Sigman, לעיל ה"ש 132, בעמ' 146, 152–154, 164, Chambers; לעיל ה"ש 130, בעמ' 72–73; Davis, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1972–1973, 1995.

134 ראו לעניין זה סימן ח' לפרק ח' לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

פוליגמיות, ובכל זאת להתיר הכרה ביותר משני הורים לילד אחד. יש להפריד בין זוגיות לבין הורות.¹³⁵ פוליגמיה עוסקת במערכות יחסים בין מבוגרים, ואילו סוגיית ריבוי ההורים עוסקת במערכות יחסים בין ילדים לבין המבוגרים המטפלים בהם. במקרים רבים לא תהיה חפיפה בין מערכות יחסים אלו. במרבית המצבים שבהם יהיה צורך להכיר ביותר משני הורים לילד אחד אין מדובר בריבוי הורים במשק בית משותף אחד. המשפחה הפכה בשנים האחרונות ליחידה דינמית יותר ממה שהייתה בעבר. השיעור העולה של גירושין מביא לעתים לתחלופה של השותפים בתא המשפחתי: אחד ההורים עוזב את התא המשפחתי בעקבות הגירושין. לעתים הורה חדש מצטרף לתא המשפחתי במקום ההורה שעזב. כך נוצרת לפעמים משפחה המורכבת מילדים של כל אחד מההורים ממערכות יחסים קודמות ומהילדים המשותפים של שני ההורים. בנוסף, לעתים נוצרת סיטואציה של ריבוי הורים, כאשר הוריו של הילד שניהם מוצאים בני זוג חדשים ויוצרים יחידות משפחתיות חדשות. סוג אחר של מקרים שבהם תיחדר הכרה ביותר משני הורים הן סיטואציות של משפחות הומו-לסביות. במצבים אלה נוצרות מערכות יחסים שאינן אינטימיות בין גבר או זוג גברים הומוסקסואלים לבין אישה רווקה או זוג לסביות, שמטרתן הבאת ילד משותף לעולם. בסיטואציה מעין זו גדל הילד במסגרת רב-הורית שבה נוטלים חלק שלושה או ארבעה הורים, אך אין מדובר במערכת יחסים פוליגמית. גם אם יהיו מצבים שבהם תיחדר הכרה ביותר משני הורים לילד אחד כשמדובר במערכת משפחתית פוליגמית, הרי שיהיה צורך לבחון את טובת הילד הספציפי. אם טובת הילד תצדיק הכרה ביותר משני הורים, הרי שיש להעניק הכרה זו אף שמדובר במסגרת משפחתית פוליגמית, ואין הדבר בהכרח בבחינת הכרה משפטית במסגרת משפחתית כזו.¹³⁶

על פי היבט אחר של טיעון המדרון החלקלק, הכרה בריבוי הורים עשויה להוביל בסופו של דבר להתפוררות המעמד ההורי עד לביטולו המוחלט. לטיעון זה שתי גרסאות. לפי גרסה אחת, מתן מעמד ליותר משני הורים יוביל לסכסוכים רבים יותר, ולכן יפר את האיזון העדין של חלוקת הסמכויות בין ההורים לבין המדינה בכל הנוגע לגידול ילדים. לפי טיעון זה, כיוון שהענקת מעמד הורי ליותר משני הורים תוביל לסכסוכים רבים יותר, הרי שבסופו של דבר תיחדר הכרה רבה יותר של המדינה והדבר יחליש את מעמד ההורים. טענה זו מבוססת על ההנחה שהגדלת מספר המחליטים ליותר משניים תוביל בהכרח לריבוי התדיינויות משפטיות, אולם אין הדבר בטוח כלל והשאלה דורשת בחינה אמפירית. כל עוד קיימת הרמוניה ומערכת יחסים יציבה בין הצדדים המעורבים, ההנחה היא שהצדדים יישבו את חילוקי הדעות שביניהם מבלי להגיע לפתחו של בית המשפט. על פי הגרסה השנייה, ההכרה בריבוי הורים כשלעצמה תוביל לשחיקת המעמד ההורי ובכך תעניק כוח רב למדינה לקבל החלטות בנוגע לילד ותחליש את ההגנה הניתנת למי שנחשב הורה

135 לביקורת על שהורות נתפסת כקשורה למערכת יחסים זוגית אינטימית וכתלויה בה ראו למשל Coupet, לעיל ה"ש 14.

136 ראו למשל את עמדת בית המשפט העליון בע"א ירוס-חקק, לעיל ה"ש 95, פס' 22-30 לפסק דינו של הנשיא ברק, שם נקבע שניתן להכיר באימוץ צולב של בנות זוג לסביות האחת את ילדיה הביולוגיים של זוגתה בהתאם לטובת הילד, וכי הדבר אינו בבחינת הכרה במשפחות מעין אלו. עמדה זו של בית המשפט אינה נטולה מביקורת. ראו למשל טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 37, בעמ' 393-394.

מפני התערבות המדינה או צד שלישי באופן שבו הוא בוחר לגדל את ילדיו. נראה שחשש זה אינו מבוסס. הענקת מעמד הורי ליותר משני הורים אמנם מעניקה מעמד וזכויות ביחס לילד ליותר משני מבוגרים, אך עדיין שומרת על ההפרדה הברורה בין מי שמוגדר הורה – ולפיכך מקבל מעמד ביחס לילד וזכויות וחובות בנוגע אליו – לבין מי שעל אף הרחבת הקטגוריה ההורית איננו נכנס בגדרה ואיננו מקבל כל מעמד ביחס לילד.

(ד) טיעונים בדבר שימוש לרעה בהסדר ריבוי ההורים

קיימים חששות נוספים המועלים בכל הנוגע להכרה בריבוי הורים. טענה אחת היא שאם תהיה הכרה ביותר משני הורים, יהיה להורים קל יותר להתנער מאחריות כלפי ילדים. טענה זו מבוססת על ההנחה שככל שהאנשים המופקדים על עניין מסוים רבים יותר, כך ירגישו אותם אנשים מטבע הדברים נוח יותר מבחינה מצפונית להתנער מאחריותם, שכן יהיה מישהו אחר שידאג לאותו עניין. כמענה לחששות אלו יש להדגיש ראשית שאין שום סיבה לסבור שריבוי הורים יוביל להתנערות של הורים מאחריותם יותר ממה שהדבר קורה היום. כיום קיימים הורים המתנערים מאחריותם אף שהחוק מכיר בשני הורים לילד ולעתים בהורה אחד בלבד.¹³⁷ הכרה בריבוי הורים עשויה דווקא לסייע לילדים שהורה מתנער מאחריותו כלפיהם שכן היא מגדילה את מאגר הדמויות ההוריות שמחויבות לילד. שנית, הורות היא לא רק זכות אלא גם חובה ואחריות, ולכן במקרים המתאימים יהיה מקום לכפות הורות אף אם בסופו של דבר תתבטא ההורות רק בחיוב כספי, שכן אי אפשר לכפות רגשות או קשר.¹³⁸ חשש אחר הוא שיהיו מי שינצלו את המצב כדי לזכות בהטבות סוציאליות. נראה שחשש זה אינו ראלי, שכן עם ההכרה במעמד של הורות מגיעות חובות ואחריות שעולות על ההטבות. לפיכך נראה שאדם לא יהיה מוכן לקבל עליו את החובות הכרוכות בהורות אך

137 כך למשל פעמים רבות אבות אינם משלמים את דמי המזונות שנפסקו לחובתם לטובת הילדים. התופעה הייתה רחבה ומדאיגה מספיק כדי שהכנסת תחוקק את חוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב–1972, שנועד לסייע לנשים שזכו בפסק דין המחייב את האב במזונות ילדיו לקבל מהמוסד לביטוח לאומי סכום מזונות חודשי במקום לפתוח תיק בהוצאה לפועל. המוסד לביטוח לאומי הוא שיפעל, במקרים מסוימים, לגבות את החוב מהאב החייב באמצעות ההוצאה לפועל במקום האם. לעניין מטרת החוק ראו הצעת חוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"א–1971, ה"ח 94. מנתוני המוסד לביטוח לאומי עולה כי הממוצע החודשי של מספר החייבים בדמי מזונות בביטוח הלאומי היה 54,886 בחודשים אפריל–יוני 2013. לעניין זה ראו המוסד לביטוח לאומי מינהל המחקר והתכנון "דוח תשלומים ותקבולים במזונות לרבעון השני של שנת 2013" לוח 2 (15.7.2013) www.btl.gov.il/Medinyut/Situation/maintenance/ Documents/mezonot.rivoni.2-2013.pdf. לפי דו"ח של רשות האכיפה וההגירה, היו במערכת ההוצאה לפועל בסוף שנת 2012 86,683 תיקי מזונות פתוחים. לעניין זה ראו רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על פעילות רשות האכיפה והגבייה לשנת 2012 20 (2013) www.eca.gov.il/loadedFiles/doch%202012.pdf.

138 ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 20543/09 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 17.4.2012), שבמסגרתו נקבע כי אין לקבוע הסדרי ראייה שאין לאב רצון, או לתפיסתו היכולת, לקיימם. לאחר שקבע בית המשפט את הסדרי הראייה, המשיך בית המשפט וקבע סנקציה כלכלית למקרה שבו האב אינו מקיים שני ביקורים ברציפות או במהלך ארבעה שבועות בהיעדר הסכמת האם או עילה מוצדקת. נראה שההנמקה לסנקציה זו אינה נעוצה בטובת הילד אלא באינטרס האם, שכן בית המשפט מציין כי "האם זכאית ליציבות בחייה, בין שיהיה לה זמן של פנאי ללא הקטינות ו/או מניעת שיבושים בתכניתיה המבוססת על סדרי ראייה" (שם, פס' 28 לפסק הדין).

ורק כדי לנצל את ההטבות המגיעות עם המעמד. בנוסף, ההטבות הסוציאליות ניתנות עבור כל ילד ולא לפי מספר ההורים. כך למשל באשר לקצבת ילדים. כמו כן, גם היום שני ההורים אינם יכולים לקבל יום מחלת ילד על אותו היום שבו הילד היה חולה.¹³⁹ גם אם תימצא דרך לנצל לרעה את האפשרות להכיר בריבוי הורים, הרי שהעובדה שיהיה מי שינסה לנצל את החוק לרעה אין בה די כדי לשלול הענקת מעמד של הורה למי שראוי לקבלו.

(ה) טיעונים בדבר הפגיעה באוטונומיה של ההורים ה"טבעיים"

חשש נוסף הוא שמטפלים פוטנציאליים יתרחקו ולא יסייעו בטיפול בילדים מתוך פחד שיחויבו בעקבות התנהגותם בחובות הוריות, ומנגד שהורים ירחיקו מטפלים פוטנציאליים ולא יסתייעו בהם לגידול הילדים מתוך דאגה שבבוא היום ידרשו מטפלים אלו זכויות הוריות.¹⁴⁰ כן עשוי להתעורר חשש של אימהות יחידניות וזוג אימהות לסביות שיכפו עליהן הורה נוסף.¹⁴¹ אין להקל ראש בחששות אלו. עם זאת אני סבורה שניתן ליצור מנגנונים להכרה בריבוי הורים אשר יפחיתו חששות אלו גם אם לא יעלימו אותם כליל. המודלים שייבחנו בהמשך המאמר ידגימו כיצד ניתן לעצב קריטריונים לצורך קבלת מעמד הורי אשר יסייעו להפיג חששות אלו.

(ו) סיכום טיעוני הנגד והמענה להם

נגד הכרה בריבוי הורים מועלים טיעונים וחששות בכמה מישורים. במישור אחד מועלים טיעונים מוסריים המבוססים על "הסדר הטבעי", ולפיהם יכולים להיות לילד אך ורק שני הורים – אב אחד ואם אחת. הטיעון בדבר הסדר הטבעי הוא כפול ומבוסס הן על הטענה לפיה מבחינה ביולוגית יכולים להיות לילד רק שני הורים, האחד גבר והשניה אישה, והן על הטענה שלפיה על פי המוסר הנוהג בחברה המערבית, לילד יכולים להיות רק שני הורים. במישור אחר מועלים טיעונים המבוססים על עקרון המדרון החלקלק, המושגתים על ההנחה לפיה הכרה בריבוי הורים תוביל בסופו של דבר לתוצאה הרבה יותר גרועה – במקרה זה: הכרה בפוליגמיה ושחיקתו או אף ביטולו של המעמד ההורי. סוג אחר של טיעונים מעלה חששות שונים הנוגעים לטובת הילד, לאינטרסים של המבוגרים המעורבים ולאינטרסים של החברה. כך מועלה הקושי הטמון בריבוי מחליטים, הן מבחינת טובת הילד והן מבחינת החשש לערעור האיזון העדין שבין המדינה להורים בנוגע לגידול ילדים. כן מועלים חששות הנוגעים להתנערות הורים מאחריות, הרחקת מטפלים פוטנציאליים מסיוע בגידול הילדים, ניצול לרעה של ההטבות הניתנות למי שמוענק לו מעמד של הורה וחשש של כפיית הורות על אימהות יחידניות או אימהות לסביות. כפי שהראיתי לעיל, אין די בטיעונים אלה כדי לשלול הכרה בריבוי הורים במצבים שבהם הדבר ראוי. בחלק הבא אמנה את היתרונות הגלומים בהכרה בריבוי הורים.

139 ס' 1(א) לחוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), התשנ"ג-1993.

140 Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 450.

141 Dowd, לעיל ה"ש 90, בעמ' 244.

2. טיעונים בעד הכרה ביותר משני הורים

הכרה משפטית ביותר משני הורים לילד אחד עולה בקנה אחד עם טובת הילד ומשרתת את האינטרסים של המבוגרים המעורבים בחייו של הילד ואשר מקיימים בפועל מערכת יחסים של הורה-ילד. ההכרה המשפטית מאפשרת הן להורה והן לילד לממש אינטרסים חיוניים – פסיכולוגיים, חברתיים וכלכליים.

(א) אחריות רחבה לטיפול בילד ולדאגה לו

הכרה ביותר משני הורים עשויה להוביל לכך שאנשים רבים יותר יהיו אחראים לטיפול ולדאגה לילד ולתמיכה רגשית וכלכלית בו. לפי טיעון זה, הכרה ביותר משני הורים תקדם הן את טובת הילד והן אינטרסים של החברה בכללותה, המעוניינת שילדים יהיו לאזרחים התורמים למדינה. ילד יכול להיקשר ליותר מדמות הורית אחת. התפתחויות בתחום מדעי החברה הובילו להבנה כי הביטחון של ילד נובע לא מקשר קבוע לאדם אחד בלבד אלא מסביבה חברתית מוכרת ומרשת חברתית של היקשרויות.¹⁴² חוקרים רבים סבורים כי ריבוי הקשרים הללו מועיל לילדים ותורם להם.¹⁴³ מחקרים מראים שמצבם של ילדים הוא הטוב ביותר כאשר יש להם שלוש מערכות יחסים בטוחות, כלומר שלוש מערכות יחסים שמעבירות מסר ברור: "תמיד ידאגו לך, לא משנה מה יקרה".¹⁴⁴ במקרה כזה הצלע השלישית מחזקת את יכולתו של הילד לאמפתיה ומכינה אותו לעולם חברתי שמעודד יחסים כאלה.¹⁴⁵ כמו כן מחקרים מראים שתינוקות המטופלים על ידי מספר רב של מטפלים גדלים בהרגשה של ביטחון, הם מפותחים יותר ומסוגלים יותר לראות את העולם מנקודת מבט מרובות.¹⁴⁶ טיפול בילד וגידולו במסגרת רשת של קשרים עשויים להעשיר את הילד מבחינה חברתית ותרבותית. הורות מורחבת מיטיבה אף עם הדמויות המטפלות בילד והמגדלות אותו, שכן היא מסייעת להוריו החוקיים של הילד לבסס את עצמם מבחינה כלכלית בידעם שהילד נמצא בידיים טובות וגדל בסביבה חברתית תומכת. הדבר בא לידי ביטוי במיוחד בקבוצות חברתיות חלשות אך לא רק בהן. השיתוף בגידול הילדים תומך בלכידות המשפחתית והחברתית ומעניק תחושה של סיפוק אישי לכל המשתתפים בגידולו של הילד ובטיפול בו. על כך יש להוסיף שבחברה שבה ילדים רבים נמצאים מתחת לקו העוני¹⁴⁷ וקיימות משפחות חד-הוריות רבות שנמצאות אף הן מתחת לקו העוני,¹⁴⁸ הכרה ביותר משני הורים לילד אחד עשויה לשפר את מצבם הכלכלי של ילדים.¹⁴⁹

142 Peggy C. Davis, *The Good Mother: A New Look at Psychological Parent Theory*, 22 NYU. REV. L. & SOC. CHANGE 347, 354–355 (1997).

143 שם, בעמ' 360–361.

144 HRDY, לעיל ה"ש 111, בעמ' 130; גיליגן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 20–21; Marinus H. Van Ijzendoorn, Abraham Sagi & Mirjam W.E. Lambermon, *The Multiple Caretaker Paradox: Data from Holland and Israel*, 57 NEW DIRECTIONS CHILD DEV. 5 (Robert C. Pianta ed., 1992).

145 גיליגן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 21.

146 HRDY, לעיל ה"ש 111, בעמ' 132.

147 לפי המוסד לביטוח לאומי היה מספר הילדים העניים בשנת 2010 837,300, שהם 35.3% מהילדים בישראל. ראו המוסד לביטוח לאומי ממדי העוני והפערים החברתיים דוח שנתי 4 (2011).

הורות מורחבת מיטיבה אף עם החברה, שכן היא מספקת פתרון לגידול הילדים בסביבה מוכרת, ללא צורך בהתערבות המדינה ומבלי להטיל נטל של סיוע על החברה בכללותה. לפיכך גם מבחינת מדיניות ציבורית יש לעודד את הרשת החברתית שתומכת בילד ומטפלת בו כדי ליצור מחויבות חברתית גדולה לטיפול בילדים.

(ב) יתרונות חברתיים-כלכליים

מבחינה חברתית-כלכלית תעניק הכרה במעמד הורי הטבות סוציאליות וכלכליות מגוונות ובהן האפשרות להיעדר ממקום העבודה בגין מחלת ילד,¹⁵⁰ ירושה על פי דין,¹⁵¹ זכאות למזונות מהעזובון,¹⁵² הקניית מעמד של "תלוי" לפי סעיף 78 לפקודת הנזיקין; הקניית מעמד כ"שאייר" לצורך חוקים שונים.¹⁵³ הכרה ביותר משני הורים לילד תעמיד גורם נוסף שיהיה אחראי לתמיכה כלכלית בילד ותקטין את הנטל הכלכלי המוטל על המדינה לתמיכה בילדים.¹⁵⁴

(ג) שימור מערכות יחסים קיימות

הכרה משפטית במצב המשפחתי הקיים בפועל ובמערכת היחסים הקיימת בין ילד לבין מי שמשמש בפועל הורה מקדמת את טובתם של ילדים ואת האינטרסים של המבוגרים המטפלים בהם. הכרה מעין זו מעניקה הן לילד והן למי שמשמש הורה בפועל ממד של קביעות, יציבות וודאות. ההכרה המשפטית מאפשרת להורה להשתתף בצורה מלאה בחייו

148 שם. בשנת 2010 תחולת העוני של משפחות חד-הוריות היה 30.5%. על פי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "מבחר נתונים מתוך השנתון הסטטיסטי לישראל מס' 62" 7 (הודעה לעיתונות, 26.9.2011) www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201111240, בשנת 2010 מספר המשפחות החד-הוריות עם ילד אחד לפחות עד גיל 17 היה 106.8 אלף, שהן כעשירית מכל המשפחות בישראל עם ילדים עד גיל 17.

149 אין בכוונתי לצאת נגד ההכרה בקיומן של משפחות חד-הוריות. אני סבורה שעל המשפט להמשיך ולהכיר בקיומן של משפחות חד-הוריות ולסייע להיווצרותן של אימהות יחידניות, ככל שהן מעוניינות בכך. מרבית המשפחות החד-הוריות הנמצאות מתחת לקו העוני אינן משפחות של אימהות יחידניות אלא משפחות שבהן האב קיים ומוכר אך אינו מסייע מספיק בגידול הילדים (המחקרים העוסקים בממדי העוני במשפחות חד-הוריות אינם מבחינים בין סוגי המשפחות החד-הוריות. לתמיכה בטענה שרווקות שהן אימהות מתוך בחירה הן ברובן משכילות ומבוססות, ראו הקר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 927). במצבים אלו, ללא האפשרות להכיר ביותר משני הורים, לא ניתן יהיה להכיר באדם אחר המעוניין לסייע בגידול הילדים ולתמוך בהם כלכלית ורגשית כהורה ללא ויתור האב על מעמדו ההורי. לפיכך הכרה בריבוי הורים עשויה לסייע למשפחות אלו. כך גם הטענה שלפיה מצבם של ילדים הוא הטוב ביותר כאשר יש להם שלוש מערכות יחסים בטוחות, איננה מובילה בהכרח לפגיעה בלגיטימיות של משפחות חד-הוריות כפי שאין בה כדי להוביל לפגיעה בלגיטימיות של משפחות עם שני הורים. הטענה אך מדגישה את היתרון הקיים בהכרה בריבוי הורים.

150 חוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), התשנ"ג-1993.

151 ס' 10 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

152 ס' 57 לחוק הירושה.

153 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשמ"ה-1995; ס' 5 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963.

154 לגישה התומכת בהכרה ביותר משני הורים על מנת להרחיב את מעגל האחראים מבחינה כלכלית לילד ולהעמיד תמיכה כלכלית נאותה לילדים ראו *Jacobs, More Parents More Money*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 224, 226.

של הילד. לדוגמה, מתן מעמד משפטי של הורה מאפשר להורה לתת אישור לטיפול רפואי בילד, רישום לבית הספר וגישה לבית הספר, וכן דורש את הסכמתו במקרה של אימוץ. בנוסף תעניק ההכרה זכויות ביקור ולעתים אף זכויות משמורת במקרה של תום הקשר הזוגי בין ההורים (אם היה קשר כזה) או במקרה של סכסוך בין מי שנחשב הורה משפטי של הילד לבין מי שמשמש בפועל הורה הילד אך לפי המצב המשפטי הקיים היום נעדר הכרה משפטית. כמו כן תעניק ההכרה זכויות משמורת במקרים של אבדן כשירות של ההורה המשפטי או מותו.

הקניית מעמד של הורה לאדם המשמש הורה בפועל חשובה במיוחד בשל ההגנה החוקתית המוענקת להורה בכל הנוגע לקבלת החלטות הנוגעות לטיפול בילד ולאופן גידולו. כל עוד לא נשלל מעמדו של הורה בגין העדר מסוגלות הורית, נהנה ההורה מאוטונומיה הורית בכל הנוגע לטיפול בילד, לחינוך הילד ולהכרעות שונות הנוגעות לגידולו. בשל הגנה חוקתית זו, מהווה ההכרה תמריץ חיובי לפעול למען הילד, שכן מי שמקבל הכרה כהורה זכויותיו מוגנות ולכן אינו חושש לפעול למען הילד, שמא יהיה מי שיטען כי הוא פועל בחוסר סמכות.

רות זפרן מציעה את מודל שיח היחסים כמודל שלפיו יש לבחון הסדרים ביניים המשפחה.¹⁵⁵ כדי להכריע מי צריך להיחשב הורה של הילד מציעה זפרן לבחון את רצונם של הצדדים, את רווחתם האישית של הצדדים, ככל שהיא קשורה בשגשוג חיי המשפחה, את טובתו של הילד וכן להביא בחשבון את המחויבות ליעד המאפשר הקמת משפחות למי שמעוניין בהן.¹⁵⁶ במסגרת בחינת רווחתם האישית של הצדדים וטובת הילד מושם דגש על יציבותה והמשכיותה של מערכת היחסים, הכרה בהסתמכות הצדדים ושלומם ורווחתו של הילד.¹⁵⁷ שימוש במודל זה יביא אף הוא למסקנה כי יש לאפשר במקרים המתאימים הכרה ביותר משני הורים לאותו הילד.¹⁵⁸

(ד) חשיבות סמלית

היבט נוסף של הכרה משפטית ביותר משני הורים הוא סמלי יותר. להכרה מעין זו יש חשיבות סמלית הן לילד והן למבוגר ויש לה אף ערך הצהרתי.¹⁵⁹ ההכרה מהווה אישור חברתי ומוסדי לקשר הקיים ביניהם. ההכרה המשפטית מהווה אף סלילת דרך להכרה חברתית רחבה יותר. באמצעות מתן סטטוס של הורה מכיר המשפט במערכת היחסים

155 ראו למשל רות זפרן זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים (עבודת גמר לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2004); רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפט חברה ותרבות: משפטים על אהבה 605 (2005); זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 21; למאמר נוסף המשתמש בשיח היחסים בהקשר זה ראו Kavanagh, לעיל ה"ש 73.

156 זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 21.

157 שם.

158 שם, בעמ' 396 (המאמר עוסק באפשרות להכיר בשתי אימהות ביולוגיות לאותו הילד. בסופו של המאמר מציינת זפרן כי הדיון בסוגיה עשוי להוביל לשאלה אם יש להכיר ביותר משני הורים לילד אחד. זפרן איננה דנה בסוגיה במסגרת מאמר זה, אך מציגה כיוון מחשבה ראשוני שלפיו על פי מודל קביעת ההורות שהציעה ואשר מבוסס על שיח היחסים, יש להכיר בנסיבות המתאימות ביותר משני הורים לילד אחד).

159 Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 58.

הקיימת בפועל בין הילד לבין מי שמשמש הורה. המשפט מתאים עצמו למציאות המשתנה, שבמסגרתה קיימים תאים משפחתיים חלופיים למודל המשפחתי המסורתי של זוג ממין שונה וילדיו. אולם תפקידו של המשפט אינו מתמצה בכך. המשפט אף מבנה תפיסות חברתיות מקובלות. מתן אישור משפטי לקיומן של מסגרות משפחתיות חלופיות יעניק בסופו של דבר הכרה חברתית רחבה יותר.¹⁶⁰ ההתייחסות השונה שמעניק המשפט לדמויות שונות בחייו של הילד (למשל: הורה לעומת סב או מטפלת) משפיעה על הציפיות ועל החוויות של הדמויות הללו ולפיכך גם על הרגשות ועל הצרכים של הילדים שבהם הן מטפלות.¹⁶¹ הכללים המשפטיים משפיעים לא רק על העשייה אלא גם על רגשות ועל תפיסת העצמי. לפיכך היכולת של דיני המשפחה להביט מעבר להורות המוגבלת לשניים תתרום לעיצוב המציאות.¹⁶²

מבחינה חברתית הכרה ביותר משני הורים עשויה לערער את התפיסות המסורתיות בעניין תפקידי מגדר במשפחה.¹⁶³ מאחר שיותר משני הורים יחלקו ביניהם את העשייה ההורית, הרי שנקודת האיזון בכל הנוגע לחלוקת התפקידים ההורית בהכרח תשתנה ועליה להיות מוגדרת מחדש. היפרדות מהנורמה הדו-הורית חותרת תחת המשפחה הפטריארכלית המסורתית ומאפשרת שינוי של התפיסות החברתיות בנוגע למגדר ולמיניות במשפחה.¹⁶⁴ עד עתה מניתי את היתרונות והחסרונות בדבר הכרה בריבוי הורים. כפי שעולה מהניתוח המפורט לעיל, הטענות נגד ההכרה בריבוי הורים אינן מבוססות דיין, ומכל מקום עוליים היתרונות של הכרה כאמור על החסרונות ותומכים בשינוי הכללים המשפטיים בהתאם. בפרק הבא אסרטט מודלים אפשריים להכרה בריבוי הורים. המודלים מבוססים על הצעות להתמודדות עם שאלת ריבוי ההורים המופיעות בכתיבה האקדמית ובמשפט המשווה. במסגרת הפרק אני מסווגת את ההצעות להתמודדות עם הסוגיה לפי קריטריונים משותפים ויוצרת על סמך סיווג זה שני מודלים שאותם אני מכנה "המודל השוויוני" ו"המודל ההיררכי".¹⁶⁵

ג. מודלים שונים להכרה ביותר משני הורים לילד אחד

במסגרת פרק זה אבקש לסרטט מודלים אפשריים שונים להכרה משפטית ביותר משני הורים לילד אחד. המודלים, שאותם אני מכנה "המודל השוויוני" ו"המודל ההיררכי", מבוססים על הכתיבה האקדמית בנוגע לשאלת הסדרתן של מערכות היחסים המגוונות בין ילדים לבין מטפלים שאינם נחשבים מבחינה משפטית להורים, ועל משפט משווה בתחום. לאחר אפיון המודלים אנתח את הגישות השונות המופיעות בכתיבה האקדמית ובמשפט המשווה ואת

160 הקר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 930. לטענת הקר המשפט לבדו אמנם אינו יכול לחולל שינויים חברתיים עמוקים, אך הוא סמל המשפיע על התנהגויות ותפיסות חברתיות.

161 Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 65.

162 שם.

163 שם, בעמ' 52; Kessler, לעיל ה"ש 7.

164 שם, בעמ' 50, 72-73.

165 לכתיבה אשר הציעה טרמינולוגיה דומה ראו המקורות המופיעים לעיל בה"ש 22.

החריגים לכלל המספרי בדבר שני הורים במשפט הישראלי בראי המודל השוויוני והמודל ההיררכי.

ניתן לחלק את ההצעות המופיעות בכתיבה האקדמית ובמשפט המשווה להכרה ביותר משני הורים חלוקה גסה – להצעות אשר שומרות על עקרון הבלעדיות ההורית ולהצעות אשר אינן שומרות על העיקרון ואשר למעשה מפרקות במידה זו או אחרת את אגד הזכויות והחובות המהוות הורות משפטית. הבדל מרכזי נוסף בין ההצעות השונות הוא בתשובה לשאלה מהו היחס בין הדמויות השונות המקבלות מעמד של הורה. חלק מההצעות הן שוויוניות ועל פיהן כל הדמויות ההוריות מקבלות מעמד שווה, ואילו חלק מההצעות הן הייררכיות, ובמסגרתן חלק מההורים מקבלים מעמד עדיף על פני הורים אחרים. בהצעות השוויוניות נשמר בדרך כלל עקרון הבלעדיות ההורית, שכן כל מי שמוענק לו מעמד של הורה זוכה בכל אגד הזכויות והחובות הנגזרות מהמעמד. לעומת זאת בהצעות ההיררכיות חלק מהדמויות ההוריות מקבלות את מלוא אגד הזכויות והחובות, או לפחות חלק ניכר ממנו, ואילו חלק אחר מקבל רק פן מסוים מההורות המשפטית. כך נפרדים המודלים זה מזה הן בנוגע ליחס שלהם לסוגיית עקרון הבלעדיות ההורית והן בנוגע להתייחסותם למעמד הדמויות ההוריות השונות זו ביחס לזו.

במסגרת מאמר זה אין בכוונתי לדון באפשרות לבטל לחלוטין את הסטטוס ההורי ועמו את עקרון הבלעדיות ההורית אף שמבחינה תאורטית מדובר בדרך התמודדות אפשרית עם הסוגיה.¹⁶⁶ בחרתי שלא להתייחס לאפשרות זו כאפשרות מעשית שכן אני סבורה שקיימת חשיבות רבה בשימורו של הסטטוס ההורי כמעמד, הן מבחינת הערך ההצהרתי שלו והן מבחינת ההגנה החוקתית שהוא מקנה. ביטול הסטטוס ההורי ועקרון הבלעדיות ההורית יובילו למעשה להעברת הכוח לידי המדינה. העברת הכוח למדינה תתבטא בשני אופנים: ראשית, ללא הסטטוס ההורי לא תוקנה להורים הגנה חוקתית מפני התערבות המדינה בהחלטות הקשורות לאופן גידולו של הילד, חינוכו והטיפול בו; שנית, ללא עקרון הבלעדיות ההורית לא תהיה להורה כל עדיפות על פני אדם אחר בכל הנוגע לגידול, ולפיכך למעשה לכל אדם תהיה אפשרות לטעון ביחס לילד. מכיוון שלכל אחד תהיה זכות עמידה לטעון ביחס לילד, יוביל הדבר להתדיינויות רבות יותר בפני בתי המשפט, ואלה יהיו מעורבים יותר ויותר בהחלטות הנוגעות לגידולם של ילדים. שיטה המעניקה העדפה להחלטות הוריות בנוגע לגידול הילדים מונעת הענקת כוח גדול מדי לרשויות המדינה, מאפשרת פלורליזם תרבותי, מעניקה תמריץ חיובי להורים לפעול ומשרתת ילדים טוב יותר.

1. המודל השוויוני

על פי המודל השוויוני, הכרה ביותר משני הורים לילד אחד תוביל לכך שיהיו יותר משני אנשים בעלי סטטוס של הורה, כאשר כל הדמויות ההוריות מקבלות מעמד זהה הכולל את אותן זכויות וחובות ביחס לילד – הן זכויות חיוביות שעניינן קבלת החלטות בנוגע לילד, והן זכויות שליליות המקנות הגנה מפני התערבות המדינה בסוגיות הנוגעות לגידול

166 להתייחסות לאפשרות זו, ראו למשל Murray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 453; Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 60–61.

הילד.¹⁶⁷ מאחר שלפי מודל זה כל הדמויות מקבלות את מלוא "העוגה ההורית", הרי שעקרון הבלעדיות ההורית נשמר. אין ספק שמתן מעמד הורי ליותר מהורה אחד עשוי לפגוע במעמדם של מי שמוכרים היום כהורי הילד ולצמצם את זכויותיהם, לפחות במובן זה שהוא מקנה לאדם נוסף אפשרות לקבל החלטות בנוגע לילד ולפיכך עליהם להתחשב בעמדתו ולשתף עמו פעולה. מהבחינה הזו הדבר פוגע בבלעדיות קבלת ההחלטות של ההורה הקיים. עם זאת המודל השוויוני משמר את עקרון הבלעדיות ההורית במובן של ההבחנה הברורה והדיכוטומית בין מי שנחשב הורה מבחינה משפטית – ולפיכך זוכה בכל הזכויות ונושא בכל החובות ההוריות – לבין מי שאינו נחשב הורה מבחינה משפטית, ולפיכך אין לו כל מעמד ביחס לילד.

המעמד ההורי השוויוני שמוקנה להורים מעניק להם בפוטנציה את כל אגד הזכויות והחובות הכלול בהורות. בדומה לסיטואציה שבה החוק מקנה מעמד של הורה לשני הורים בלבד, הרי שברגע שפורץ סכסוך בין ההורים עליהם להגיע ביניהם להסכמה בנוגע לחלוקת הזכויות והחובות ההוריות ביניהם ובמידה ואינם מגיעים להסכמה נדרשת התערבות והכרעה בית המשפט.¹⁶⁸ בסיטואציה מעין זו תחולק "העוגה ההורית" בין ההורים השונים, ובהחלט יתכן שייווצר מצב שבו חלק מההורים יקבל יותר זכויות מההורים אחרים. מעמדם השווה של כל ההורים מתבטא בסיטואציה מעין זו בזכותם לטעון לקבלת מלוא "העוגה ההורית", באפשרותם לפנות בשלב מאוחר יותר ובעקבות השינוי בנסיבות לבית המשפט כדי לשנות את ההכרעה הקודמת בנוגע לחלוקת הזכויות והחובות ביחס לילד, ובקביעה הא-פריוורית כי מעמדם שווה.

המודל משמר את המעמד העדיף שיש להורה על פני מי שאינו הורה ושומר על עקרון השוויון בתוך דיני המשפחה. מאחר שלפי מודל זה מוענקת "העוגה ההורית" במלואה, הרי שהענקת המעמד ההורי תיעשה במשורה ורק במקרים המצדיקים במובהק את הענקתו. לעומת זאת פירוק ההורות למרכיביה עשוי בסופו של דבר להוביל לשחיקת המעמד ההורי, שכן נראה שחלק ניכר ממקור כוחו של המעמד נובע מהאגד הנרחב של זכויות וחובות הנלווים לו.

2. המודל ההייררכי

המודל ההייררכי מעניק מעמד עדיף לחלק מהדמויות ההוריות על פני דמויות אחרות. המודל יוצר הייררכיה במעמד ההורי, כאשר חלק מהדמויות ההוריות מקבלות יותר זכויות הוריות מאשר דמויות אחרות.¹⁶⁹ במובן מסוים משמר המודל ההייררכי את התפיסה

167 להתייחסות מסוימת לאפשרות להעניק מעמד שוויוני של הורה ליותר משני הורים, ראו מאמרה של Polikoff, לעיל ה"ש 17, הדן במעמדן של בנות זוגן של אימהות ביולוגית; כמו כן ראו פסק דינו של בית המשפט לערעורים של פרובינציית אונטריו בקנדה, אשר הכיר במעמדם של שלושה הורים לאותו הילד: עניין A.A., לעיל ה"ש 90. לדיון מפורט ראו להלן בתתי-פרק 3.ג. (א) ו-3.ג. (ג) בהתאמה.

168 ראו ס' 19, 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

169 לתמיכה במודל זה ראו למשל Charo, לעיל ה"ש 90; Dowd, לעיל ה"ש 90; Clare Huntington, Response: Parents as Hubs, 94 VA. L. REV. BRIEF 45 (2008) (סבורה שיש להכיר ברשת משפחתית הייררכית שבמוקדה ההורים); Jacobs, More Parents More Money, לעיל ה"ש 14, בעמ' 223 (סבורה שיש להכיר ביותר משני הורים לילד אחד בסיטואציות המתאימות ומציעה מודל שיכיר

הרווחת בנוגע למוסד ההורות, המזהה את הדמויות (בדרך כלל שתיים) שלהן מערכת יחסים ראשונית ומרכזית עם ילד מסוים. טיפול שוויוני יותר בריבוי הורים, כפי שמציע המודל השוויוני, יהיה במובן זה היפרדות מהסטטוס קוו בהקשר זה.¹⁷⁰

קיימות שתי אפשרויות להכרה ביותר משני הורים על פי המודל ההיררכי. לפי אפשרות אחת, כל הדמויות ההוריות מקבלות הכרה ומעמד של הורה חוקי, אבל קיימת חלוקה הייררכית של הסמכויות והחובות השונות בין הדמויות הללו. כך למשל יש כותבים הסבורים שיש להעניק מעמד הורי ליותר משני הורים אך לפרק את אגד הזכויות והחובות המהוות הורות ולהעניק לחלק מהדמויות ההוריות זכויות וחובות כלפי הילד שתהיינה רבות משל הדמויות ההוריות האחרות.¹⁷¹ לפי האפשרות השנייה, חלק מהדמויות ההוריות מקבלות מעמד של הורה וחלק אחר מקבל מעמד אחר חדש, שהוא פחות מהורה אבל יותר מאדם זר. לפי אפשרות זו, אדם שאינו מוכר כהורה מקבל מעמד מסוים ביחס לילד וזכויות וחובות בנוגע אליו.

המודל ההיררכי דוגל למעשה בהחלשת עקרון הבלעדיות ההורית. יתרונו של המודל ההיררכי הוא בגמישות שהוא מקנה להכיר במגוון רחב יותר של דמויות טיפוליות היוצרות מערכת יחסים אינטימית ומשמעותית עם ילדים. מאחר שהמודל מאפשר פירוק של אגד הזכויות והחובות ההוריות, הרי שניתן להכיר בדמויות טיפוליות רבות יותר כבעלות מעמד משפטי ביחס לילד ולהעניק במסגרת הכרה זו מדרג שונה של זכויות וחובות. החיסרון של המודל ההיררכי נובע אף הוא מהגמישות שהוא מקנה. גמישות זו, המאפשרת להקנות מעמד מסוים ביחס לילד גם לדמויות שאינן מתפקדות בפועל כהורה של הילד במלוא מובן המילה, עלולה להרתיע הורים מלהיעזר במבוגרים שונים לטיפול בילד מחשש שאותם מבוגרים יבקשו בסופו של דבר מעמד ביחס לילד ויפגעו באוטונומיה ההורית. באותה מידה עלולה הגמישות למנוע מאנשים שאינם נחשבים הורה של הילד להתקרב לילד ולטפל בו מחשש שיוטלו עליהם חובות הוריות מסימות. בעקבות זאת טובת הילד עשויה להיפגע, שכן נמנעה ממנו האפשרות להיות מטופל על ידי מגוון רחב של מבוגרים תומכים המקלים את העומס המוטל על הוריו.

בזכויות יחסיות של הורים. לפי המודל הזה הדמויות המרכזיות בחיי הילד שנושאות בחלק הארי של המחויבות היומיומית לילד יקבלו זכויות וחובות רבות יותר ביחס לילד מאשר דמויות שמרכזיותן פחותה. הכותבת דוגלת בפירוק אגד הזכויות והחובות ההוריות); Young, לעיל ה"ש 13 (סבורה שיש להכיר במודל משפחתי אחר ממודל המשפחה הגרעינית המסורתית בעלת הבלעדיות ההורית. מציעה מודל המכיר ביחידה גרעינית מרכזית של הורה-ילד שבמסגרתה יתקבלו החלטות בנוגע לגידול הילד אך בד בבד מאפשר המודל הרחבה של הרשת הפוטנציאלית של אנשים היכולים לשמש בתפקידים משלימים ותומכים ליחידה הגרעינית. כך למשל מציעה לאפשר זכויות ביקור או העברת מידע וקשר מסוים בין הורים מיועדים לבין אם פונדקאית וכן קשר בין תורם זרע ידוע לבין הילד שנולד למשפחה לסבית).

170 Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 59.

171 ראו למשל Jacobs, *Why Just Two?*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 313, 326–325, 333; Jacobs, *More Parents More Money*, לעיל ה"ש 14; Melanie B. Jacobs, *My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity*, 38 ARIZ. ST. L.J. 809, 852 (2006). (להלן: Jacobs, *My Two Dads*).

3. ניתוח הגישות הבאות לידי ביטוי במשפט הישראלי, במשפט המשווה ובספרות, על פי המודלים

חלק זה יעסוק בניתוח הגישות בנוגע לסוגיית ריבוי הורים הבאות לידי ביטוי בספרות האקדמית, במשפט הישראלי ובמשפט המשווה תוך סיווג הגישות למודלים השונים.

(א) יישום המודלים בגישות המופיעות בספרות האקדמית

מאמרה של Nancy Polikoff דן בעיקר במעמד בנות זוגן של אימהות ביולוגיות.¹⁷² במסגרת המאמר מציעה Polikoff להרחיב את ההגדרה של "הורות" אל מעבר להורות ביולוגיות ולהורות על ידי אימוץ כך שתכלול גם הורות המבוססת על תפקודיות. על פי ההצעה תכלול הורות את כל מי שמקיים בפועל מערכת יחסים של הורה-ילד עם ילד, במצבים שבהם ההורה החוקי של הילד אפשר את מערכת היחסים בכוונה שמערכת היחסים הזו תהיה הורית באופיה. לפי הצעתה של Polikoff, כל מי שיענה על הגדרה של הורות ייחשב כהורה ויקבל סטטוס של הורה על כל המשתמע מכך, אף אם יוביל הדבר ליותר משני הורים לילד אחד. כך, הגנה על מערכת היחסים ההורית שנוצרה תספק את צורכיהם של ילדים בהמשכיות וברציפות, ואילו הגבלת ההגנה על מערכת היחסים ההורית למערכות יחסים שנוצרו בהתאם לכוונה של ההורה החוקי משמרת את זכותם של ההורים לאוטונומיה הורית.¹⁷³ Polikoff משמרת את עקרון הבלעדיות ההורית, שלפיו רק מי שנחשב הורה של הילד נושא בכל החובות והזכויות ביחס לילד, אך מציעה לבטל את ההגבלה המספרית על מספר ההורים ואת ההגבלה המגדרית. הצעה זו מתאימה למודל השוויוני בכך שהיא מעניקה מעמד מלא ושוויוני של הורות לכל מי שנכנס להגדרה החדשה של הורות.

Melanie Jacobs סבורה כי צריך להעניק להורים זכויות וחובות בנוגע לילדיהם באופן יחסי למערכת היחסים הקיימת בפועל ביניהם לבין ילדיהם.¹⁷⁴ כך ייתכנו מצבים שבהם המעמד ההורי שיינתן לחלק מההורים יסתכם בסופו של דבר בחיובם במזונות או אפילו בהכרה בהם כהורים אך ורק לצורך השיוך הגנטי והתרבותי של הילד,¹⁷⁵ למשל במקרה של אב ביולוגי כאשר קיים אב אחר המתפקד בפועל כאביו של הילד.¹⁷⁶ גישה זו של Jacobs מתאימה למודל ההיררכי באפשרות שלפיה כל הדמויות ההוריות מקבלות הכרה ומעמד של הורה חוקי, אבל קיימת חלוקה הייררכית של הסמכויות והחובות השונות בין הדמויות הללו.

איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר מציעות במאמרו להתמודד עם הלקונה במשפט הישראלי בשאלת הסדרת ההכרה ביחסים הנרקמים בין ילדים לבין בני זוג של הוריהם באמצעות מודל תאורטי שבמרכזו שימור ייחוד הסטטוס ההורי תוך החלשת עקרון

172 Polikoff, לעיל ה"ש 17.

173 שם, בעמ' 573.

174 Jacobs, *Why Just Two?*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 313, 325–326, 333; Jacobs, *More Parents More Money*, לעיל ה"ש 14; Jacobs, *My Two Dads*, לעיל ה"ש 171, בעמ' 852.

175 Jacobs, *Why Just Two?*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 338; Jacobs, *My Two Dads*, לעיל ה"ש 171, בעמ' 852, 814–813.

176 שם, בעמ' 855.

הבלעדיות ההורית באופן זהיר.¹⁷⁷ הכותבות סבורות כי יהיו מקרים שבהם יהיה ראוי להכיר בקשר הרגשי או הכלכלי אשר נוצר בין ילד לבין בן הזוג של הורה. למעשה, המודל התאורטי שמציעות הכותבות נוקט את גישת המודל ההייררכי שלפיו על המשפט להעניק לדמויות הוריות מעמד ביחס לילד שאינו מגיע כדי מעמד של הורה אך הוא שונה משל אדם זר. בגישה דומה נוקטת Young, אשר יוצאת נגד העיקרון המוחלט של בלעדיות הורית ונגד הדיכוטומיה שהוא יוצר בין מי שהורה לבין מי שאינו נחשב להורה מבחינה משפטית.¹⁷⁸ Young מציעה מודל המשמר את מרכזיות תפקידם של ההורים בחייו של הילד, אך בד בבד מאפשר הכרה בקשרים משלימים של הילד עם דמויות מיטיבות נוספות. לפי מודל זה תוכר יחידה גרעינית מרכזית של הורה-ילד שבמסגרתה יתקבלו החלטות בנוגע לגידול הילד, אך בד בבד יאפשר המודל הרחבה של הרשת הפוטנציאלית של אנשים היכולים לשמש בתפקידים משלימים ותומכים ליחידה הגרעינית. כך למשל מציעה Young לאפשר זכויות ביקור או העברת מידע וקשר מסויים בין הורים מיועדים לבין אם פונדקאית וכן קשר בין תורם זרע ידוע לבין הילד שנולד למשפחה לסבית.

Katharine T. Bartlett הייתה מהראשונים שניתחו את סוגיית הבלעדיות ההורית.¹⁷⁹ Bartlett מציעה להכיר ברעיון של "הורות לא בלעדית" ולהעניק זכויות הוריות במצבים מסוימים העומדים בקריטריונים המצטברים האלה: הילד היה במשמורת אותו אדם במשך חצי שנה לפחות; עקרון ההדדיות – האדם צריך להראות שהמניע שלו בתביעה למעמד של הורה הוא דאגה אמיתית וכנה לילד. כמו כן דורש עקרון ההדדיות כי הילד יראה באותו אדם הורה שלו; מערכת היחסים בין אותו אדם לילד החלה בתמיכה ובהסכמה של ההורה החוקי או בצו של בית משפט.¹⁸⁰ Bartlett מתמקדת בשבירה של רעיון הבלעדיות ההורית, אך אינה נותנת מענה לשאלה איזה מעמד יוקנה לאדם שישמש ההורה הפסיכולוגי של הילד ויעמוד בקריטריונים שהיא מציעה. כמו כן, Bartlett מגבילה את הצעתה להענקת זכויות הוריות למצבים שבהם התא המשפחתי הגרעיני אינו מתקיים, כלומר הילד אינו חי במסגרת משפחתית עם שני הוריו הביולוגיים.

(ב) יישום המודלים בחריגים המספריים בדין הישראלי

כפי שפורט בפרק א.2 (ב) לעיל, המשפט הישראלי מעדיף קיומם של שני הורים ממין שונה לילד. על אף העדפה ברורה זו עמדתי על כך שהמשפט מכיר כבר כיום בחריגים לכלל המגדרי בדבר שני הורים ממין שונה המעידים על שחיקתה של התבנית המסורתית. בחלק זה אשלים את הצגת המגמה ואפרט את החריגים לכלל שבהם מכיר המשפט הישראלי אשר חוצים את המגבלה המספרית, שלפיה ניתן להכיר לכל היותר בשני הורים. כפי שיובהר להלן, חריגים אלו חלים בנסיבות ספציפיות מאוד ואינם נותנים מענה כולל ומספק למערכות יחסים הנוצרות במסגרות משפחתיות חלופיות. החריגים עוסקים באפשרות להכיר בהורה יחיד לילד, בהטלת חובות על יותר משתי דמויות הוריות ובאפשרות של שמירת קשר

177 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7.

178 Young, לעיל ה"ש 13.

179 Bartlett, לעיל ה"ש 7.

180 שם, בעמ' 946–948.

של הילד עם יותר משתי דמויות הוריות. זאת, על אף הכרת המשפט בקיומם של רק שני הורים פורמליים לילד. כך למעשה הולכים חריגים אלו בעקבות המודל ההייררכי, שכן הם יוצרים קשר בין הילד ליותר משתי דמויות הוריות מבלי להקנות לכל הדמויות המעורבות מעמד הורי מלא. עד היום לא סטה המשפט הישראלי מהעיקרון המספרי באופן שתואם את המודל השוויוני.

(1) הכרת המשפט באם יחידנית

המשפט הישראלי מכיר באפשרות קיומה של משפחה חד-הורית, מאפשר את הקמתה באמצעות טכנולוגיות פריון ותומך מבחינה כלכלית בקיומן של משפחות מעין אלו, הן באמצעות מימון טיפולי הפריה חוץ-גופית והן באמצעות סיוע כלכלי למשפחות חד-הוריות.

סוגיית תרומת הזרע וההפריה החוץ-גופית מוסדרת בתקנות שהתקין שר הבריאות ובחוזרי מנכ"ל משרד הבריאות.¹⁸¹ בעבר רק אישה נשואה הייתה יכולה להיעזר בתרומת זרע או בתרומת ביצית על מנת להביא ילדים לעולם. לעניין טיפולי פוריות והפריה חוץ-גופית, הבחינה בעבר תקנה 8(ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) בין השתלת ביצית באישה נשואה לבין השתלת ביצית באישה רווקה. כך קבעה תקנה 8(א) לעניין אישה נשואה כי ניתן להשתיל ביצית מופרית באישה נשואה אם הביצית היא שלה או של תורמת. לעומת זאת תקנה 8(ב) קבעה כי ברווקה לא תושתל ביצית מופרית אלא אם הביצית שלה והתקבל דין וחשבון מעובד סוציאלי התומך בבקשתה. כאשר הוצאו ההנחיות הראשונות, בשנת 1979, הייתה הזרעה מלאכותית אפשרית רק באישה נשואה ובהסכמה בכתב שלה ושל בעלה.¹⁸² בשנת 1989 הוצאו הנחיות חדשות שבהן הוסף בין היתר סעיף 19(ב), הקובע כי הזרעה מלאכותית לאישה פנויה תינתן בנסיבות מיוחדות בלבד לאחר קבלת חוות דעת פסיכיאטרית ודוח מעובדת סוציאלית בכירה.¹⁸³ תקפותן של תקנה 8(ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) ושל ההוראה הקבועה בסעיף 19(ב) להנחיות מנכ"ל משרד הבריאות עמדו לדיון בבג"ץ ירוס-חקק.¹⁸⁴ בית המשפט העליון הצהיר, בהסכמת

181 ס' 3 לתקנות בריאות העם (בנק זרע) קובע, כי הזרעה מלאכותית מתורם לא תבוצע אלא בבית חולים שיש בו בנק זרע ומזרע שהתקבל מבנק הזרע. כמו כן נקבע כי בנק זרע צריך לקבל הכרה ממנכ"ל משרד הבריאות או ממי שהוסמך לעניין תקנות אלו, וכי על בנק הזרע להיות מנוהל בבית חולים וכחלק ממנו (שם, ס' 2 לתקנות בצירוף ס' 1). הכללים בדבר ניהולו של בנק זרע וההנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית מעוגנים בחוזרי מנכ"ל משרד הבריאות. חוזר מנכ"ל משרד הבריאות העדכני ביותר הוא חוזר מנכ"ל בדבר ניהולו של בנק זרע, לעיל ה"ש 50. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) דנות בנושא ההפריה החוץ-גופית.

182 ס' 19, 25 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (29.6.1979) המופיע בנספח למאמרו של שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 87-93.

183 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 6/98 "ניהול בנק זרע" (5.4.1989).

184 בג"ץ ירוס-חקק, לעיל ה"ש 49. יש לציין, כי מדובר בהליך שונה מאשר ע"א ירוס-חקק, לעיל ה"ש 95, שבמסגרתו אושר אימוץ צולב בין בנות זוג מאותו המין.

המדינה, כי תקנה 8(ב) וכלל 19(ב) הללו בטלים, וכי יש להפעיל את ההוראות בצורה שוויונית.¹⁸⁵ בשנת 2010 נחקק חוק תרומת ביציות.

לפי המצב החוקי הקיים היום בישראל אישה רווקה יכולה להסתייע בתרומת ביצית¹⁸⁶ ובתרומת זרע¹⁸⁷ לצורך הבאת ילד לעולם. לא רק שהמצב המשפטי בישראל מאפשר היום לאישה רווקה להסתייע בטכנולוגיות רפואיות לצורך הגשמת רצונה להביא ילד לעולם, אלא המדינה אף מממנת בשבילה את טיפולי הפוריות.¹⁸⁸ בנוסף מעניקה המדינה הטבות סוציאליות שונות להורה יחיד,¹⁸⁹ בין היתר בדמות קדימות בהכשרה מקצועית,¹⁹⁰ קדימות בקבלת ילדו למעון יום,¹⁹¹ והלוואה מוגדלת מהמדינה לצרכי דיור.¹⁹²

חוק הסכמים לנשיאת עוברים מגביל את האפשרות להשתמש בשירותיה של אם נושאת לאיש ואישה שהם בני זוג.¹⁹³ מכאן שאדם יחיד (אישה או איש) אינו יכול להיזקק לשירותיה של אם נושאת וכך גם בני זוג מאותו המין. בפרשת משפחה חדשה¹⁹⁴ נדונה בקשתה של אישה רווקה להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית. בית המשפט, אף שהבין את כאבה של העותרת, קבע כי החוק אינו מאפשר לאישה ללא בן זוג להשתמש בשירותי פונדקאות, אך הפנה קריאה למחוקק בעניין.¹⁹⁵ הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייה וההולדה בישראל אשר הוקמה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות, המליצה לאפשר שימוש בשירותיה של אם נושאת גם ליחיד/ה ללא ילדים. על פי המלצת הוועדה, אישה יחידה תהיה זכאית להשתמש בשירותי אם נושאת במתווה החוק הקיים כאשר יש לה

185 ראו גם בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, פס' 26–27 לפסק דינו של השופט חשין (2002).

186 ראו ס' 11, 13 לחוק תרומת ביציות, אשר קובעים קריטריונים לקבלת תרומת ביצית. הסעיפים אינם קובעים הגבלה לעניין מצבה המשפחתי של הנתרמת.

187 ס' 23(ב) לחזור מנכ"ל בדבר ניהולו של בנק זרע, לעיל ה"ש 50. כמו כן ראו המלצות הוועדה לבחינת פרייה והולדה בישראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 33, שמהן עולה כי כיום בנקי הזרע משמשים בעיקר נשים יחידות הזקוקות לתרומת זרע לצורך הגשמת שאיפתן להורות.

188 בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994 נקבע כי סל הבריאות כולל בדיקות לאבחון פוריות הגבר והאישה, "טיפול הפרייה חוץ-גופית – ניתנים לצורך הולדת ילד ראשון ושני, לבני זוג שלהם אין ילדים בנישואיהם הנוכחיים וכן, לאשה ללא ילדים המעוניינת להקים משפחה חד הורית", וסבסוד התשלום עבור טיפול בפרגונל; על ההיקף הנרחב של טיפולי הפרייה חוץ-גופית הניתנים בישראל ראו Daniel Sperling, *Commanding the 'Be Fruitful and Multiply' Directive: Reproductive Ethics, Law and Policy in Israel*, 19 CAMBRIDGE Q. HEALTHCARE ETHICS 363, 363–365 (2010).

189 הגדרת המונח "הורה יחיד" מופיעה בס' 1 לחוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב–1992. יש לציין כי משפחה חד-הורית על פי החוק איננה בהכרח משפחה אשר בה לילד רק הורה חוקי אחד. כך למשל כמשפחה חד-הורית מוכרת בין היתר משפחה שבה ילד מצוי בהחזקת אחד ההורים אשר אינו נשוי, ואין אדם הידוע כבן זוגו (החלופה המופיעה בס' 1(1) לחוק). לביקורת על חוק משפחות חד-הוריות ראו הקר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 947.

190 ס' 2 לחוק משפחות חד-הוריות.

191 ס' 3 לחוק משפחות חד-הוריות.

192 ס' 4 לחוק משפחות חד-הוריות.

193 הגדרת "הורים מיועדים" בס' 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

194 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 185.

195 שם, פס' 52 לפסק דינו של השופט חשין.

בעיה רפואית המונעת ממנה לשאת היריון.¹⁹⁶ לעומת זאת גבר יחיד יהיה זכאי להשתמש בשירותיה של אם נושאת אך ורק במסלול אחר של פונדקאות על בסיס אלטרואיסטי,¹⁹⁷ כלומר רק באמצעות אישה שתסכים לשאת את הילד ברחמה ללא תשלום. יש לציין שכבר היום גברים רווקים משתמשים בשירותי פונדקאות בחו"ל כדי להביא לעולם ילד הקשור אליהם גנטית ולגדלו בישראל.¹⁹⁸

(2) חוק הסכמים לנשיאת עוברים מכיר בזמנית בשתי אימהות עד למתן צו הורות על מנת להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית קובע החוק מנגנון דו-שלבי לאישור ההליך. בשלב הראשון נדרשים הצדדים להסכם הפונדקאות לקבל את אישורה של ועדת אישורים אשר הוקמה מכוח החוק.¹⁹⁹ תפקידה של ועדת האישורים לבחון הן את ההסכם עצמו והן את התקיימותם של יתר התנאים והמגבלות הקבועים בחוק.²⁰⁰ בשלב השני, לאחר לידת הילד, נדרש בית משפט לתת צו הורות על מנת להעניק מעמד להורים המיועדים ביחס לילד,²⁰¹ כלומר ההורות איננה נקבעת אוטומטית עם הלידה, ולצורך זה נדרשת התערבות בית המשפט.

החוק אינו מגביל אפריורית את זכותה של האם הנושאת לגדל את הילד שנולד בהליך הפונדקאות, ונדרש הליך של מתן צו הורות על ידי בית המשפט כדי לנתק את הזיקה בין האם הנושאת לבין הילד. על פי המצב המשפטי הקיים בישראל הביצית המופרית לצורך הליך הפונדקאות אינה יכולה להיות הביצית של האם הנושאת.²⁰² עם זאת הביצית אינה חייבת להיות של האם המיועדת והיא יכולה להיות ביצית נתרמת.²⁰³ החוק קובע כי עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו.²⁰⁴ עם זאת האפוטרופוס הבלעדי של הילד משעת לידתו ועד למתן צו הורות או צו אחר הקובע את מעמדו של הילד יהיה פקיד סעד.²⁰⁵ ההורים המיועדים הופכים להורים ולאפוטרופוסים הבלעדיים על הילד רק עם מתן צו הורות על ידי בית משפט²⁰⁶ אשר יינתן אלא אם נוכח בית משפט לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי כי הדבר נוגד את טובת הילד.²⁰⁷ עד למתן צו הורות ניתנת לאם הנושאת אפשרות במגבלות מסוימות לחזור בה

196 הוועדה לבחינת פריון והולדה בישראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 62.

197 שם, בעמ' 63.

198 לעניין זה ראו למשל ע"מ"ש (מחוזי י-ם) 14816-04-10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.5.2010);

הוועדה לבחינת פריון והולדה בישראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 66.

199 ס' 1(2), 3 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

200 ס' 5 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. כמו כן ראו ס' 2 לחוק הקובע את התנאים שיש לעמוד בהם על פי

החוק, וס' 4 הקובע את המסמכים שיש לצרף לבקשה לאישור ההסכם.

201 ס' 11(ב), 12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

202 ס' 2(4) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

203 ס' 6(ב) לחוק תרומת ביציות.

204 ס' 10(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

205 ס' 10(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

206 ס' 12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

207 ס' 11(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. בסיטואציה מעין זו ייתן בית המשפט צו הקובע את מעמדה של

האם הנושאת כאם הילד במידה והאם הנושאת ביקשה זאת, אלא אם נוכח בית המשפט כי הדבר נוגד את

מההסכם באישור בית משפט.²⁰⁸ בית משפט יאשר לאם נושאת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד רק אם נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי, כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד. במידה ואישר בית המשפט את חזרת האם הנושאת מההסכם לנשיאת עוברים, יקבע בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפוטרופא על הילד.²⁰⁹

למעשה, כל עוד לא ניתן צו הורות בנוגע לילד שנולד בהליך הפונדקאות, מכיר החוק בפועל בקיומם של שלושה הורים לילד: ההורים המיועדים והאם הנושאת.²¹⁰ לכאורה ניתן לראות בהכרה זו בשלושה הורים עניין פרוצדורלי גרידא ולא הכרה מהותית בשלושה הורים. עם זאת, במידה ואפשר בית המשפט לאם הנושאת לחזור בה מהסכמתה וקבע בצו את מעמדה כאם הילד, הוא רשאי להוסיף ולקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד כלפי ההורים המיועדים ויחסיו עמם.²¹¹ כלומר, אף שהאם הנושאת נקבעת כאם הילד ייתכן שההורים המיועדים יקבלו בכל זאת מעמד מסוים כלפי הילד. בסיטואציה מעין זו מאפשר החוק למעשה הכרה בשלושה הורים.²¹² הכרה זו תואמת את גישת המודל ההיררכי, שכן היא מאפשרת מתן זכויות הוריות מסוימות ליותר משתי דמויות הוריות מבלי להקנות לכל הדמויות סטטוס מלא של הורה.

(3) חוק האימוץ מאפשר לילד מאומץ לרשת למעשה מארבעה הורים ומאפשר אימוץ פתוח לפי דוקטרינת האימוץ בישראל, הליך האימוץ מנתק את הקשר בין ההורים הביולוגיים לבין הילד המאומץ.²¹³ האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ את אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים לבין ילדיהם ומקנה למאמץ ביחס למאומץ אותן הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם. במקביל, מפסיק האימוץ את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להוריו ביחס אליו.²¹⁴ עם זאת ניתוק זה איננו מוחלט. בין היתר, מאפשר החוק הישראלי לילד מאומץ לרשת (בהיעדר צוואה אשר קובעת אחרת) הן את הוריו המאמצים וקרוביהם והן את קרוביו הביולוגיים.²¹⁵ מכאן שאף שהחוק שולל מהוריו הביולוגיים של מאומץ את מעמדם ההורי, הרי שבפועל נותרת זיקה בין

טובת הילד (ס' 14(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים). אם האם הנושאת לא ביקשה להעניק לה אפוטרופסות על הילד או שבית המשפט נוכח כי מתן מעמד לאם הנושאת כאם הילד נוגד את טובת הילד, רשאי בית המשפט לקבוע בצו כל הוראה אחרת בדבר מעמד הילד, כפי שימצא לנכון (ס' 14(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים).

208 ס' 13(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

209 ס' 13(ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

210 ראו לעניין זה זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 21.

211 ס' 13(ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

212 עניין ת.צ., לעיל ה"ש 54, פס' 22.

213 ס' 16 לחוק אימוץ ילדים.

214 ש.ם. יש לציין כי אימוץ סגור מנתק כל זיקה בין המאומץ לבין הוריו הביולוגיים למעט לעניין ירושה על פי דין (ס' 16(3) לחוק אימוץ ילדים וס' 16 לחוק הירושה) ודיני איסור והיתר לעניין נישואין וגירושין (ס' 16(2) לחוק אימוץ ילדים). כמו כן, ס' 30(ב) לחוק אימוץ ילדים מאפשר לעובד סוציאלי להתיר למאומץ אשר הגיע לגיל 18 לעיין ברישום המתייחס אליו בפנקס האימוצים.

215 ס' 16 לחוק הירושה וס' 16(3) לחוק אימוץ ילדים.

המאומץ לבין קרוביו הביולוגיים המאפשרת לו לרשת מהם, ובכך מכירה, במובן מסוים, בקשר בין המאומץ לבין הוריו הביולוגיים, השונה מהקשר בין ילד לאדם זר. במקרה זה נראה שתכלית הכרה זו היא הענקת זכויות לילד ושימת דגש על טובת הילד.

הכרה זו בזיקה בין המאומץ לבין קרוביו הביולוגיים באה ליד ביטוי גם בנכונות המשפט להכיר באימוץ פתוח. הכלל המקובל בשיטת המשפט הישראלית הוא של אימוץ סגור²¹⁶ – הסדר שעל פי הפסיקה עולה בקנה אחד עם טובת הילד.²¹⁷ עם זאת החוק מאפשר לבית המשפט הנותן צו אימוץ לצמצם את תוצאות האימוץ ולהורות על אימוץ פתוח.²¹⁸ האימוץ הפתוח יכול לבוא לידי ביטוי בקשת של דרכים, החל מקשר חד-צדדי שבמסגרתו ההורים הביולוגיים מקבלים מידע מההורים המאמצים או מרשויות הרווחה אחת לתקופה מסוימת בנוגע לילד ולהתפתחותו, ועד למפגשים תקופתיים קבועים בין הילד המאומץ לבין הוריו הביולוגיים.²¹⁹ הכרת המשפט הישראלי באפשרות של אימוץ פתוח, אף אם לפי שעה הוא בגדר חריג לכלל, מובילה לקשר מסוים של המאומץ ליותר משתי דמויות הוריות, אף אם מבחינה פורמלית לא מוקנה להורים הביולוגיים מעמד של הורה ולא מוקנות להם זכויות וחובות ביחס לילד. על כך יש להוסיף כי החוק מקנה סמכות לבית המשפט לצמצם את תוצאות האימוץ המתוארות לעיל, ומכאן שבית המשפט רשאי שלא להפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו הביולוגיים.²²⁰ ההכרה בהמשכיות הקשר שבין ההורים הביולוגיים לילד המאומץ ממחישה את חשיבות הקשר בין המאומץ לבין הוריו הביולוגיים ומקנה להם מעמד שונה משל אדם שהוא זר לילד.

(4) החובה המוטלת על הורה חורג לכלכל את הילדים של בן/בת הזוג ומעמדו כאפוטרופוס למעשה

על פי המצב המשפטי הקיים בישראל, על בן זוג של הורה מוטלת החובה לכלכל את ילדי בן/בת הזוג.²²¹ מאחר שאדם חייב במזונות ילדיו הקטינים,²²² הרי שעשוי להיווצר מצב

216 רע"א 7535/11 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.1.2012); בע"מ 3741/11 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 14.9.2011); בע"מ 5807/10 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 26.9.2010); בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' ט(6)(ד) לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.2.2006); בע"מ 778/09 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פס' 62 לפסק דינה של השופטת ארבל (29.11.2009); בע"מ 1845/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (16.4.2008); ע"א 653/95 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(2) 383, 392 (1995).

217 בע"מ 1845/07, לעיל ה"ש 216, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; בע"מ 3741/11, לעיל ה"ש 216, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

218 ס' 16(1) לחוק אימוץ ילדים.

219 בע"מ 778/09, לעיל ה"ש 216, פס' 60 לפסק דינה של השופטת ארבל.

220 ס' 16, 16(1) לחוק אימוץ ילדים; תק' 280א(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שלפיה לא יתן בית המשפט צו המצמצם את תוצאות האימוץ אלא לאחר שנתן ליועץ המשפטי לממשלה ולאפוטרופוס לדין, אם נתמנה, הזדמנות להביע את דעתם על הצמצום, ולא יורה על המשך קיומה של חובה, זכות או סמכות בין הקטין לבין הוריו או קרובו אלא לאחר שנתן להורה או לקרוב הזדמנות להביע את דעתו על כך; כן ראו לעניין זה דבריו של הנשיא שמגר בע"א 653/95, לעיל ה"ש 216, בעמ' 392.

221 ס' 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959.

שבו הוריו של הילד חיים בנפרד זה מזה ולשניהם בני זוג, ולפיכך החובה למזונות הקטין תהיה מוטלת למעשה על ארבעה הורים (הוריו של הילד ובני זוגם). על כך יש להוסיף כי נראה שבן זוגו של הורה הילד עשוי להיחשב אפוטרופוס למעשה,²²³ ולפיכך יהיו מוטלות עליו החובות המוטלות על אפוטרופוס של קטין.²²⁴ מכאן שהחוק מטיל על הורה חורג חובות נרחבות לכלכל את ילדו של בן זוגו ולדאוג לצרכיו אף מבלי להקנות לו מעמד פורמלי של הורה. בפועל מכיר המשפט למעשה במצבים מעין אלו באחריות של יותר משני הורים לרווחת הקטין.

(5) הכרה ביותר משני הורים לצורך קבלת תגמולים מהמדינה

ועדות ערעורים לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום)²²⁵ פסקו כי יש להכיר בילד חורג כילדו של נספה גם במקרים שבהם שני הוריו הביולוגיים של הילד בחיים.²²⁶ במקרים אלו מכיר המשפט לצורכי קבלת תגמולים מהמדינה בשלושה הורים לילד אחד. ההכרה בהורה השלישי נעשית באופן צר בלבד: ההכרה נעשית לאחר מותו של ההורה ולצורך קבלת הטבות סוציאליות מהמדינה. נראה שהרציונל שמאחורי הכרה זו הוא הרצון להיטיב עם הילד החורג שהיה סמוך על שולחנו של הנספה.

(6) סיכום החריגים המספריים

הדוגמאות המפורטות לעיל מלמדות כי המשפט למעשה כבר מכיר באפשרות לחרוג מהמסגרת של שני הורים לילד מסוים, ולפיכך המעבר לשלב הבא של הכרה פורמלית ביותר משני הורים לילד אחד איננה דבר מהפכני כפי שהוא עשוי להצטייר מלכתחילה, אלא אך ורק צעד קדימה להכרתו של המשפט במערכות יחסים הקיימות ממילא בחברה. חציית הקווים הכמותיים מתבטאת הן בהכרה במשפחות בעלות הורה אחד והן במצבים שבהם יותר משתי דמויות הוריות מוכרות לצרכים כאלה ואחרים. עם זאת החריגים עוסקים בסיטואציות ספציפיות ואינם נותנים מענה עקרוני וכללי לבעיה המתעוררת בשל הפער בין המשפט לבין המציאות שבה מתקיימות מערכות יחסים הוריות שאינן עונות על הכלל בדבר שני הורים ממין שונה. החריגים שהוצגו עד כאן תואמים את המודל ההיררכי, שכן הם מקנים מעמד מסוים ליותר משתי דמויות הוריות שאינן עולה כדי סטטוס מלא של הורה.

222 ס' 3, 3א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

223 ס' 67 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע: "מי שפועל כאפוטרופוס, חובותיו ואחריותו כלפי החסוי יהיו לפי הוראות פרק זה, אף אם לא נתמנה כלל או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פוטר או שפקעה אפוטרופסותו".

224 ס' 38 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע: "אפוטרופוס של קטין חייב לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן חייב הוא בשמירת נכסי הקטין, ניהולם ופיתוחם; הוא רשאי להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו והוא מוסמך לייצגו [...]".

225 חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950.

226 עמ"ח (שלום ראשל"צ) 11-03-1988 ר.א. נ' קצין התגמולים (פורסם בנבו, 3.2.2013); עמ"ח (מחוזי י-ם) 1093/74 קולן נ' קצין התגמולים, פ"מ התשל"ו(2) 429 (1976).

(ג) יישום המודלים על דוגמאות מתוך המשפט המשווה

ישראל איננה המדינה היחידה המבססת את ההורות כמעמד הנתון לשניים בלבד – לאם ולאב.²²⁷ פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Michael H.*²²⁸ עוסק בילדה שנולדה לאם נשואה כתוצאה מרומן שניהלה מחוץ לנישואין. בעלה של האם היה רשום בתעודת הלידה ותמיד טען כי הוא אביה של הילדה. בדיקות דם הראו, ברמת ודאות גבוהה, כי הילדה היא בתו של מייקל, האיש שעמו קיימה האם רומן מחוץ לנישואין. במהלך שלוש שנות חייה הראשונות של הילדה, היא ואמה התגוררו לסירוגין עם מייקל שאף הציג אותה כבתו, עם בעלה של האם ועם גבר נוסף. מייקל הגיש תביעה לביסוס אבהותו ולזכויות ביקור. הבת, באמצעות אפוטרופוס שמונה לה, טענה שהיא זכאית לשמור על מערכת יחסים הן עם מייקל והן עם בעלה של האם. בית המשפט פסק לטובת בעלה של האם. בנוסף מנע בית המשפט את בקשתם של מייקל ושל הבת לשימור הקשר ביניהם באמצעות ביקורים. בין היתר מצייין השופט *Scalia*, אשר כתב את דעת הרוב (*Plurality opinion*) של פסק הדין, כי החוק במדינת קליפורניה, כמו הטבע עצמו, אינו מאפשר הכרה בשני אבות,²²⁹ וכי לטענה שנטענה על ידי האפוטרופוס שמונה לילדה ולפיה על המדינה להכיר באבהות מרובה אין כל אחיזה במסורת או בהיסטוריה של המדינה.²³⁰ במקרה אחר, *Johnson v. Calvert*,²³¹ נדון סכסוך בשאלת הגדרת אימהות, בין אם פונדקאית לבין ההורים המיועדים, שהם אף ההורים הגנטיים של הילד. בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה קבע כי שתי הנשים עונות על הגדרת האימהות בחוק במדינת קליפורניה: אחת בגלל לידת הילד והשנייה בגלל הקשר הגנטי לילד. עם זאת החוק במדינת קליפורניה מכיר רק באם טבעית אחת לילד.²³² בית המשפט דחה את הטענה שהובאה בפני בית משפט על ידי ידיד בית משפט, שלפיה על בית המשפט לקבוע שלילד שתי אימהות.²³³ באותו עניין קבע בית המשפט כי האם הגנטית-המיועדת היא שתיחשב לאם החוקית של הילד, שכן נוסף על המרכיב הביולוגי מתקיים בעניינה גם מרכיב הכוונה, כלומר האם הגנטית היא שיזמה את הבאת הילד לעולם²³⁴ על מנת לגדלו, וללא הכוונה שלה לא היה הילד בא לעולם.

אף שנקודת המוצא של המשפט האמריקאי היא הכרה בשני הורים בלבד, האחד גבר והשנייה אישה, בשנים האחרונות חל שינוי מסוים בעמדה זו. כך למשל בתי משפט במדינות שונות בארצות הברית מוכנים להכיר בשתי אימהות לאותו הילד במסגרת משפחה חד-מינית

227 ראו כל המקורות המופיעים לעיל בה"ש 90.

228 עניין *Michael H.*, לעיל ה"ש 90.

229 שם, בעמ' 118: "California law, like nature itself, makes no provision for dual fatherhood".

230 שם, בעמ' 131: "the claim that a State must recognize multiple fatherhood has no support [...] in the history or traditions of this country".

231 עניין *Johnson*, לעיל ה"ש 18.

232 שם, בעמ' 781: "Both women thus have adduced evidence of a mother and child relationship as contemplated by the Act [...] Yet for any child California law recognizes only one natural mother".

233 שם, בה"ש 8 בפסק הדין.

234 שם, בעמ' 782.

במקרים שבהם מדובר בתרומת זרע אנונימית.²³⁵ מכאן שנראה שההגבלה כיום היא בנוגע למספר ההורים שניתן להכיר לכל ילד (לא יותר משני הורים) ופחות בנוגע למינם של ההורים. כך למשל, בפסק הדין בעניין *Elisa B.*, אשר עסק בהכרה כהורה בבת הזוג הלסבית של האם הביולוגית, אבחן בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה את ההכרעה שניתנה בפסק הדין בעניין *Johnson* והבהיר שהקביעה שלפיה לא יכולות להיות שתי אימהות לילד אחד, התייחסה לסיטואציות שבהן הכרה בשתי אימהות תוביל להכרה בשלושה הורים חוקיים לאותו הילד. בית המשפט מדגיש שבפסק הדין בעניין *Johnson* הוא למעשה דחה את הטענה שלילד יכולים להיות שלושה הורים חוקיים.²³⁶

בנוסף, ניתן למצוא היום הן בפסיקה והן בחקיקה האמריקאית חריגים לכלל המגביל כמותית את מספר ההורים לשניים. כך הכיר בית משפט במדינת פנסילוניה בקיומן של שלוש דמויות הוריות לאותם הילדים, אם כי רק שתיים מהדמויות זכו למעמד משפטי מלא של הורה (ההורים הביולוגיים) בעוד הדמות השלישית (ההורה החברתי-פסיכולוגי) זכתה במעמד נמוך יותר לפי ההגדרה של "in loco parentis" או "defacto parent".²³⁷ הכרעת בית המשפט בעניין זה נוקטת את גישת המודל ההיררכי בהתאם לאפשרות שלפיה חלק מהדמויות ההוריות מקבלות מעמד של הורה וחלק אחר מקבל מעמד אחר, שהוא מעמד ביניים בין הורה לבין אדם זר. אותו עניין עסק בבנות זוג לסביות ובסיטואציה של פירוק התא המשפחתי. אחת מבנות הזוג הייתה האם המאמצת של שניים מהילדים והאם הביולוגית של שני ילדים נוספים. הילדים הביולוגיים של האם נולדו מתרומת זרע של תורם ידוע אשר היה מעורב בחיי הילדים. בנות הזוג נפרדו והמחלוקת נגעה לשאלת המשמורת ולשאלת המזונות. בית המשפט של הערכאה הראשונה העניק לאם הילדים זכויות משמורת עיקריות לגבי שלושה מתוך ארבעת הילדים, ולבת הזוג זכות משמורת עיקרית לגבי הילד הרביעי (בהסכמת האם), כשלכל אחת מהן זכויות משמורת חלקיות לגבי הילדים שנמצאים במשמורת עיקרית של האחרת. בנוסף, האב הביולוגי קיבל זכויות משמורת חלקיות לגבי ילדיו. בית המשפט אף חייב את בת הזוג במזונות הילדים המצויים במשמורת עיקרית אצל האם. בת הזוג ערערה וביקשה משמורת עיקרית לגבי ארבעת הילדים. אשר למזונות, בעוד שבת הזוג לא ערערה על עצם חיובה במזונות ערעורה נגע לסירובו של בית המשפט של הערכאה הראשונה להטיל חיוב במזונות גם על האב הביולוגי של הילדים.

בית המשפט שדן בערעור דחה את הערעור בכל הנוגע לשאלת המשמורת. בית המשפט קבע כי אף שלבת הזוג יש מעמד של "הורה למעשה", הרי שמעמדה ההורי נחות משל הורה ביולוגי, והיא לא הצליחה להרים את הנטל לסתור את ההנחה שטובת הילד היא להיות עם ההורה הביולוגי. הקביעה כי מעמדה של בת הזוג כאם למעשה נחות ממעמדם של ההורים הביולוגיים פוגעת בהגנה החוקתית הניתנת לה כהורה ומקשה עליה לקבל זכויות משמורת כאשר היא ניצבת מול האם הביולוגית. לעניין דמי המזונות קבע בית המשפט כי חובת המזונות חלה גם על האב הביולוגי, אשר היה מעורב בחיי הילדים, תמך בהם כלכלית

²³⁵ *K.M. v. E.G.*, 117 P.3d 673 (Cal. 2005); *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660 (Cal. 2005)

²³⁶ עניין *Elisa B.*, לעיל ה"ש 235, בעמ' 666: "What we considered and rejected in *Johnson* was the argument that a child could have three parents"

²³⁷ *Jacob v. Shultz-Jacob*, 923 A.2d 473 (Pa. Super. Ct. 2007)

בצורה וולנטרית וקיבל זכויות משמורת חלקיות. למעשה, אף שביית המשפט לא העניק לבת הזוג מעמד הורי מלא, הרי שבפועל הכיר בית המשפט בקיומן של שלוש דמויות הוריות הן לצורך קביעת משמורת והן לצורך הטלת חובת מזונות.

הכללים של ה-American Law Institute (להלן: ALI) העוסקים בפירוק המשפחה,²³⁸ מאפשרים מבחינה תאורטית הכרה ביותר משני הורים לילד אחד לצורך זכויות משמורת והזכות לקבל החלטות בנוגע לילד.²³⁹ בהקשר זה מציע ה-ALI להכיר בשלוש קטגוריות של הורים: הורים חוקיים ("Legal Parents"), הורים מכוח השתק ("Parents by Estoppel") והורים למעשה ("De Facto Parents").²⁴⁰ לאדם שמוכר כ"הורה מכוח השתק" מוקנות, בהתאם לכללים המוצעים, כל הזכויות המוקנות להורה חוקי, והוא יהיה במעמד עדיף על מי שמוכר כ"הורה למעשה".²⁴¹ כללי ה-ALI נוקטים את גישת המודל ההיררכי ומשלבים, במובן מסוים, בין שתי האפשרויות להכרה במודל ההיררכי. מצד אחד, כללי ה-ALI אינם מקנים מעמד משפטי של הורה ליותר משני הורים, אולם מצד אחר, לצורך קבלת זכויות משמורת וזכויות של קבלת החלטות בנוגע לילד, הרי שהורה מכוח השתק מקבל מעמד זהה למעמדו של הורה חוקי. לעומת זאת הורה למעשה מקבל מעמד ביחס לילד, אך מעמדו נחות ממעמד של ההורים החוקיים ושל הורה מכוח השתק.

עם זאת יש לזכור שהכללים עוסקים במצבים של פירוק המשפחה,²⁴² כלומר הכללים מכירים בדיעבד בלבד במעמד של הורים מכוח השתק והורים למעשה ואינם נותנים מענה לצורך להכיר במערכת היחסים המתקיימת בפועל בין הורה לילד כאשר המשפחה איננה בתהליך פירוק התא המשפחתי.²⁴³ בנוסף, הכללים לא נועדו לתת מענה לשאלה מי צריך להיחשב הורה חוקי של ילד אלא רק לספק כללים בהתאם לטובת הילד לצורך קביעת

Am. Law Inst. (A.L.I.), Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations (2002) (להלן: כללי ALI). 238

ראו למשל שם, ס' 2.03(1)(b)(iii), 2.03(1)(b)(iv), הדורשים הסכמה של ההורה או ההורים (במקרה שיש שניים) החוקיים של הילד לגידול הילד במשותף כחלק מהקריטריונים להגדרת הורה מכוח השתק. כן ראו הערה (iii)(b), שלפיה כאשר לילד שני הורים חוקיים הנכונות להכיר בהורה נוסף לילד תהיה חלשה יותר. לעניין זה ראו גם Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 19; *More Parents* Jacobs, *Money*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 233-234; Althouse, לעיל ה"ש 123, בעמ' 188.

כללי ALI, לעיל ה"ש 238, ס' 2.03(1). ההבחנה בין "הורה למעשה" לבין "הורה מכוח השתק" מבוססת על קריטריונים שונים להכרה במעמד. כך, בחינת הורות למעשה מבוססת בעיקר על ביצוע, באופן סדיר ולאורך זמן, של רוב פעולות הטיפול בילד (להגדרה מדויקת ראו ס' 2.03(1)(c) וכן ס' 2.03(5) לכללים). הורות מכוח השתק מבוססת על חלופות שונות הכוללות, בין היתר, דרישה למגורים משותפים ולקבלת אחריות הורית מלאה (לחלופות השונות להגדרת הורות מכוח השתק ראו ס' 2.03(1)(b) לכללים).

שם, הערה (b) לס' 2.03, ס' 2.18; הערות (a) ו-(b) לס' 2.18, ס' 2.09(2), ס' 2.09(4), ס' 2.08(1)(a), ס' (g)(II)1.

ראו למשל שם, ס' 2.01, הדן בהיקפו של פרק 2 וקובע כי הפרק נועד לקבוע כללים לחלוקת משמורת כאשר הורי הילד אינם חיים יחדיו. כן ראו שם, הערה a, לפיה הכללים מכוונים בראש ובראשונה למצבים בהם מדובר בסכסוך הנוגע לפירוק הנישואים, ויחד עם זאת מחלוקות הנוגעות להורים שמעולם לא היו נשואים מציבות את אותן סוגיות ולפיכך אף הן מכוסות על ידי הכללים המופיעים בפרק.

שם, הערה (b) לס' 2.01, שלפיה הפרק אינו עוסק במחלוקות בין הורים הגרים במסגרת משפחתית שלמה.

תשלום דמי מזונות ומשמורת במקרה של פירוק היחידה המשפחתית.²⁴⁴ בשנת 2008 נעשה מחקר שנועד לבחון אמפירית את השפעתם של כללים אלו על המחוקקים ועל בתי המשפט בשמונה השנים שחלפו מאז שאומצו.²⁴⁵ מסקנת המחקר הייתה כי לכללים אלו לא הייתה השפעה על המחוקקים ועל בתי המשפט.²⁴⁶

חקיקה ופסקי דין שניתנו במדינות שונות בארצות הברית המקנים מעמד מסוים בנוגע לילד אף למי שאינו נחשב הורה חוקי לילד.²⁴⁷ מהווים למעשה תמיכה במודל ההיררכי בגרסה שלפיה רק שני הורים מקבלים מעמד חוקי של הורה, ויתר הדמויות ההוריות מקבלות מעמד של יותר מאדם זר.

החוק במדינת לואיזיאנה מאפשר הכרה באבהות כפולה ("Dual Paternity").²⁴⁸ מבחינה היסטורית²⁴⁹ הכרה זו מקורה בפסק דין משנת 1974 שבו הכיר בית המשפט באפשרות של ילדה לתבוע בנויקין בגין מות אביה הביולוגי שלא היה נשוי לאמה, על אף שאמה הייתה נשואה לגבר אחר ולפיכך היא נחשבת לילדה החוקית של הגבר האחר.²⁵⁰ בהמשך תוקן החוק במדינת לואיזיאנה והפסיקה פירשה את החוק כמאפשר הכרה באבהות כפולה לצורך קבלת מזונות מהאב הביולוגי, תוך שמירה על המעמד החוקי כאב של בעלה של האם.²⁵¹ באופן זה שמרה הפסיקה והגנה על מעמד הילד כילד לגיטימי אך הכירה באפשרות שלו לקבל מזונות מהאב הביולוגי.²⁵² התוצאה היא למעשה הכרה בשני אבות גם אם לצורך מטרת מזונות: מעמדו של האב החוקי נשמר על מנת לשמר את המעמד הלגיטימי של הילד, בעוד שהאבהות הביולוגית הוכרה על מנת שהילד יוכל לממש את זכאותו למזונות. בפסק הדין בעניין *Smith* העוסק בסוגיה, משאיר בית המשפט את השאלה האם האב החוקי חייב

244 שם, הערה (b) לס' 2.04 והערה (d) לס' 3.03.

245 Michael R. Clisham & Robin Fretwell Wilson, *American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution, Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote?*, 42 FAM. L.Q. 573 (2008).

246 שם. המאמר מציין כי מדינה אחת בלבד (West Virginia) אימצה בחקיקה אספקט מסוים של הכללים (את סטנדרט הקירוב בנוגע למשמורת ילדים). בנוסף מצוין כי 100 פסקי דין בלבד אזכרו את הכללים מאז תחילת הפרויקט בשנת 1990, כשהמלצות של ALI באותם פסקי דין נדחות יותר משהן מתקבלות, ביחס של 1.5 ל-1. מתוך 100 פסקי דין אלו, 52 פסקי דין עסקו בפרק 2 של הכללים, אשר עוסק בנושאים הרלוונטים למאמר זה (משמורת ילדים וחלוקת האחריות כאשר קבלת החלטות הנוגעות לילדים). ברבע מהמקרים הנוגעים לפרק 2, התייחסו השופטים לכללים בשלילה. בקרוב ל-60% מהמקרים ההתייחסות הייתה ניטרלית. רק ב-10% מהמקרים אימץ בית המשפט חלקים מהכללים המופיעים בפרק 2 (שם, בעמ' 576, 600-601).

247 ראו כל המקורות המופיעים לעיל בה"ש 76 ובה"ש 78.

248 Althouse, לעיל ה"ש 123, בעמ' 173, 179-182; Jacobs, *More Parents More Money*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 227-230; Department of Social Services v. Howard, 898 So. 2d 443 (La. Ct. App. 2004).

249 לסקירה היסטורית של נושא האבהות הכפולה ראו *Smith v. Cole*, 553 So. 2d 847 (La. 1989).

250 *Warren v. Richard*, 296 So. 2d 813 (La. 1974).

251 עניין *Smith*, לעיל ה"ש 249; עניין *Howard*, לעיל ה"ש 248.

252 עניין *Smith*, לעיל ה"ש 249, בעמ' 854.

אף הוא במזונות במשותף עם האב הביולוגי – פתוחה, שכן היא אינה עומדת בפניו.²⁵³ הפסיקה במדינת לואיזיאנה אפשרה – מכוח כלל האבהות הכפולה – לאב ביולוגי להוכיח את אבהותו גם במצבים שבהם האם נשואה לגבר אחר, על מנת לזכות בזכויות הוריות מסוימות, תוך שמירת מעמדו של האב החוקי של הילד.²⁵⁴ לפחות במקרה אחד, פסק הדין בעניין *Green*,²⁵⁵ הוענקו מכוח כלל האבהות הכפולה זכויות הוריות מלאות לשלושה הורים. פסק הדין עוסק בסכסוך משמורת בין הורים ביולוגיים לבין האב החוקי של הילד. אם הילד התחתנה עם אביו החוקי בעודה בהיריון מגבר אחר. האם והאב החוקי נפרדו וקיבלו משמורת משפטית משותפת על הילד, והאב החוקי הוא ההורה שאצלו מתגורר הילד. זמן קצר לאחר הגירושין התחתנה האם עם האב הביולוגי, ובדיקות דם הוכיחו ברמת הסתברות גבוהה שהוא אבי הילד. כתוצאה מכך הגיש האב הביולוגי תביעה להצהרת אבהות ולזכויות משמורת, והאם הגישה תביעה לשינוי משמורת. בית המשפט לערעורים קבע כי לשלושת המבוגרים משמורת משפטית משותפת על הילד, והתיר את הילד בחזקת אביו החוקי והעניק זכויות ביקור לאם ולאב הביולוגי.

לאחרונה עבר במדינת קליפורניה תיקון לחוק שעניינו הסמכת בתי המשפט להכיר ביותר משני הורים לילד אחד, במקרים המתאימים.²⁵⁶ על פי התיקון לחוק מוסמך בית המשפט להכיר ביותר משני הורים לילד אחד במידה והכרה בשני הורים בלבד תהיה מזיקה לילד. לצורך הכרעה בעניין זה על בית המשפט לשקול, בין היתר, את הנזק שעלול להיגרם לילד מהוצאתו מרשות אדם שמילא את צרכיו הפיזיים והרגשיים ואת התפקיד ההורי במשך זמן ניכר. התיקון לחוק אינו משנה את הקביעה מי יכול להיחשב הורה של הילד על פי החוק אלא רק מסיר את המגבלה שלפיה שני מבוגרים בלבד יכולים להיחשב להורה של אותו הילד. תיקון זה לחוק מיישם את גישת המודל השוויוני, שכן המעמד שניתן לכל ההורים זהה.

גם במשפט הקנדי ניתן למצוא חריגים לכלל המגביל את מספר ההורים לשניים. בפסק דין של בית המשפט לערעורים של פרובינציית אונטריו בקנדה הוכר מעמד של שלושה הורים לאותו ילד.²⁵⁷ נראה שהכרעת בית המשפט בעניין זה נוקטת את גישת המודל השוויוני. באותו מקרה הקימו בנות זוג לסביות יחד משפחה והביאו ילד לעולם באמצעות תרומת זרע מתורם ידוע. באותו מקרה היה מדובר במערכת יחסים מתמשכת (להבדיל מסיטואציה של פירוק התא המשפחתי), וכל הצדדים הסכימו כי יש להכיר בבת הזוג של האם הביולוגית כאם נוספת לילד. בסיטואציה זו אימוץ לא היה אפשרות רלוונטית, שכן הוא היה מנתק את הקשר בין הילד לבין אביו הביולוגי והצדדים לא היו מעוניינים בכך.

253 שם, בעמ' 855. עם זאת יש לציין כי בית המשפט מביע את עמדתו בה"ש 8 בפסק הדין, שעל העניין להיבחן בהתאם לטובת הילד, וכי אף שלשון החוק מאפשרת את חיוב האב החוקי במזונות בד בבד עם חיוב האב הביולוגי, אי אפשר להתעלם מהעובדה שקיים אב ביולוגי אשר יכול לעמוד בתשלום המזונות.

254 ראו את פסק הדין *Mouret v. Godeaux*, 886 So. 2d 1217 (La. Ct. App. 2004), אשר סוקר את ההיסטוריה המשפטית בעניין. באותו פסק דין דחה בית המשפט את תביעת האב הביולוגי מאחר שלא הגיש את התביעה בזמן ולפיכך זכותו המהותית התיישנה.

255 *Green v. Green*, 666 So. 2d 1192 (La. Ct. App. 1995).

256 *Sen. B. 274*, 2013 Reg. Sess. (Cal. 2013).

257 עניין *A.A.*, לעיל ה"ש 90.

בנות הזוג הן המטפלות העיקריות בילד, אבל האב מעורב בחייו של הילד. בית המשפט של הערכאה הנמוכה קבע שהילד פיקח, בריא, שמח וכי הוא פורח במשפחה אוהבת המספקת את כל צרכיו. כן נקבע, כי בת הזוג של האם הביולוגית הינה נוכחת באופן קבוע ויומיומי בחייו של הילד והיא מחויבת ומסורה לתפקידה ההורי. עם זאת סבר בית המשפט של הערכאה הנמוכה כי הוא נעדר סמכות שיפוט להצהיר בדבר הורותה. בית המשפט לערעורים קיבל את הערעור והכריז על בת הזוג אם נוספת לילד. בית המשפט קבע כי החוק הרלוונטי²⁵⁸ אכן אינו מאפשר הצהרה בדבר יותר משני הורים לילד אחד. עם זאת קבע כי החוק נועד להעניק מעמד שווה לילדים. מאחר שהתנאים החברתיים השתנו והם מאפשרים שיהיו לילד שני הורים מאותו המין, הרי שהעובדה שהחוק אינו מכיר באפשרות זו פוגעת במעמדם השווה של הילדים שנולדו למסגרות משפחתיות אלו. בית המשפט בחן את ההיסטוריה החקיקתית ואת כוונת המחוקק והגיע למסקנה שהאפשרות של הכרה משפטית וחברתית בבני זוג מאותו המין וההשלכות של התפתחות טכנולוגיות הפרייון לא היו דבר שהמחוקק צפה. לכן נקבע כי קיימת לקונה בחוק וכי החוק אינו יוצר הסדר שלילי. על כן הפעיל בית המשפט את סמכותו כ-*parens patriae* כדי להצהיר על אימהות בת הזוג. יש לציין שקשה לצפות כיצד היה בית המשפט מכריע אם היה מדובר בסיטואציה של פירוק התא המשפחתי.

עד כה מניתי את היתרונות והחסרונות בדבר הכרה בריבוי הורים ואפיינתי מודלים אפשריים להכרה בריבוי הורים המבוססים על הצעות להתמודדות עם הסוגיה המופיעות בכתביה האקדמית ובמשפט המשווה. כמו כן הראיתי שהסטייה מהכלל בדבר שני הורים ממין שונה איננה זרה למשפט הישראלי. הפרק הבא יעסוק בפיתוח מודל נוסף להכרה בריבוי הורים – "המודל המשולב" – שאותו אני מציעה לאמץ.

ד. המודל המשולב

המודל שאני מציעה לאמץ הוא מודל המשלב עקרונות ושואב מאפיינים הן מהמודל השוויוני והן מהמודל ההיררכי ובכך מגשר על הפער שבין שני מודלים אלו. הפער בין המודלים מתבטא באופיו של המעמד המוקנה להורים הנוספים המוכרים ובדרך הטיפול של כל מודל בסוגיית עקרון הבלעדיות ההורית. המודל, שאני מכנה "המודל המשולב", פועל בשני מעגלים: המעגל הראשון והמרכזי מקנה עדיפות לעקרון השוויון בדיני המשפחה ולחשיבות שימורו של המעמד ההורי. חלק נכבד ממקור כוחו של המעמד נובע מהאגד הנרחב של זכויות וחובות הנלווים לו ומייחודו, ולכן אין זה ראוי לפרקו למרכיביו. פירוק המעמד ההורי למרכיביו עשוי לחתור תחת קיומה של ההורות כמוסד משפטי ותחת המימד הסמלי וההצהרתי הנלווה למעמד זה. לפיכך אני סבורה כי במקרים המתאימים יש להעניק מעמד מלא של הורה לכל מי שיוגדר הורה של הילד, מעמד שיכלול את כל אגד הזכויות והחובות שמהווה הורות משפטית. קיימת חשיבות רבה למתן מעמד משפטי מלא להורה

.Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12 (Can.) 258

הנוסף על מנת לאפשר להורה הנוסף להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד²⁵⁹ ולהקנות לו הגנה חוקתית בכל הנוגע לקבלת החלטות הנוגעות לטיפול בילד ולאופן גידולו. מתן מעמד משפטי מלא להורה הנוסף אף מקנה יתרונות חברתיים-כלכליים שונים הנובעים ממעמדו של אדם כהורה²⁶⁰ ובכך מאפשר לו לבצע את תפקידו על הצד הטוב ביותר, וכן מעניק לילד הטבות מגוונות. כמו כן הכרה משפטית מלאה בדמות המטפלת כהורה תעניק ממד של קביעות, יציבות וודאות הן לילד והן לדמות המטפלת בו. להכרה מעין זו חשיבות ברמה הסמלית וערך הצהרתי רב הן לילד והן למבוגר המקיים עמו מערכת יחסים הורית, שכן ההכרה היא בבחינת אישור חברתי ומוסדי לקשר הקיים ביניהם. כפי שצינתי לעיל,²⁶¹ תפקידו של המשפט הוא אף להבנות תפיסות חברתיות מקובלות. הכללים המשפטיים משפיעים גם על תפיסת העצמי. לפיכך הקניית מעמד משפטי מלא של הורה לדמות המטפלת בילד והמגדלת אותו תשפיע על החוויות, הציפיות והרגשות הן של הילד והן של הדמות המגדלת ובכך תאפשר להם מערכת יחסים שלמה ומלאה יותר.

המקרים שבהם יהיה מקום להעניק מעמד של הורה ליותר משני הורים הם מקרים שקיימות בהם יותר משתי דמויות הוריות המשמשות (או שיש ציפייה עתידית שישמשו) בפועל מבחינה חברתית-פסיכולוגית כהורה של הילד ואשר בינן לבין הילד נוצרה מערכת יחסים רגשית של הורה-ילד. סיטואציות מעין אלו עשויות לכלול בין היתר מצבים שבהם שלושה הורים ביולוגיים מתכוונים לגדל ילד במשותף, וכן סיטואציות של הורות משותפת שבמסגרתה גבר ואישה ללא קשר זוגי ביניהם מעוניינים להביא ילד משותף לעולם במטרה לגדלו במשותף עם בני זוגם. בסיטואציה מעין זו עשויים להיות לילד שלושה או ארבעה הורים. יהיו אף סיטואציות שבהן יהיה מקום להכיר בהורה חורג לילד כהורה שלישי. נוכח המגוון הרחב של סוגי מערכות יחסים הוריות הקיימות, לא ניתן ליצור מבחן אחיד אשר יתאים לכלל המצבים, אלא על המשפט יהיה לקבוע קריטריונים שונים להכרה בריבוי הורים בהתאם לסוגי מערכות היחסים הקיימות. בחינת הסוגיה לפי הפרמטרים הללו אמנם מורכבת ועשויה להיות במצבים מסוימים עמומה, אך מושגי שסתום אינם זרים למערכת המשפט, ונראה שהתועלת שבהרחבת המעמד ההורי עולה על החיסרון שבמורכבות ההליך. החלטה של אדם להביא ילד לעולם ולגדלו במשותף עם ההורה הביולוגי שונה מהותית מסיטואציה שבה אדם הופך להיות הורה מגדל²⁶² של הילד בשלב שבו הילד כבר קיים, אף אם הדבר נעשה מבחירה ובמודעות. לפיכך אני סבורה כי יש לאבחן בין מצבים שבהם ההחלטה של הדמות ההורית לגדל את הילד התקבלה לפני שהילד נולד לבין מצבים שבהם מערכת היחסים ההורית מתפתחת כשהילד כבר קיים, אף אם בסופו של דבר אמות המידה לבחינת הורות עשויות להיות דומות. כאשר אדם מחליט להביא ילד לעולם על מנת לגדלו, הרי שאותו אדם הוא שותף מלא להיוולדותו של הילד ולעצם קיומו, אף אם אין בינו לבין

259 לעניין המשמעות של האפשרות להשתתף השתתפות מלאה בחיי הילד ראו לעיל חלק ב.2(ג).

260 לעניין זה ראו לעיל חלק ב.2(ב).

261 ראו לעיל חלק ב.2(ד).

262 המונח "הורה מגדל" לקוח מספרן של נעמה צבר בן-יהושע וגליה צבר שני בתים וילד – סיפורן של משפחות משולבות בישראל (2012) ומוגדר שם כמי שחי תחת קורת גג אחת עם בן זוגו ועם ילדי בן זוגו שאינם ילדיו הביולוגיים (שם, בעמ' 9).

הילד קשר ביולוגי. פעמים רבות ההורה הביולוגי לא היה מביא ילד לעולם ללא ההחלטה המשותפת והידיעה שיהיה לו שותף לטיפול ולדאגה לילד (כלומר: ההחלטה והשותפות של ההורה החברתי הן תנאי בלעדיו-אין באשר לעצם הבאת הילד לעולם). בנוסף, בסיטואציה מעין זו הילד גדל מלכתחילה ומרגע לידתו בבית ההורה המגדל, השותף לטיפול ולדאגה לילד, ונוצרת היקשרות (Attachment) בין הילד לבינו כבר מעת הלידה. במקרים מעין אלו יהיה על המשפט לאפשר הכרה ביותר משני הורים כבר בעת לידת הילד. המנגנון המשפטי להכרה בריבוי הורים במקרה כזה עשוי להיות הגדלת מספר ההורים בחקיקה בסיטואציות מסוימות כך שהורים נוספים יוכרו אוטומטית כבר ברגע הלידה. הסדר זה עשוי להתאים למשל לסיטואציה שבה בנות זוג לסביות מביאות לעולם ילד בשיתוף עם גבר מתוך כוונה לגדל את הילד במשותף. מנגנון משפטי חלופי אפשרי הוא לאפשר פנייה מראש, ועוד בטרם הבאת הילד לעולם, לבית המשפט על מנת ליתן תוקף משפטי לכוונה ליצור הורות משותפת המעוגנת בהסכם.

אין כל ספק כי התפתחותה של מערכת יחסים אינטימית של הורה-ילד עם קשר רגשי עמוק עשויה להיווצר בשתי הסיטואציות – הן כאשר ההורה הנוסף היה שותף להחלטה להביא ילד לעולם והן כאשר מערכת היחסים מתפתחת בשלב שבו הילד כבר קיים. מובן שהעובדה שאדם היה שותף להחלטה להביא ילד לעולם אין בה כשלעצמה כדי ללמד שההורות שלו תהיה מיטיבה או שהורותו טובה משל הורה מגדל אשר נכנס לחייו של הילד בשלב מאוחר יותר. עם זאת המקרים שבהם מערכת יחסים הורית מתפתחת לאחר שהילד כבר קיים מזמנים בדרך כלל שאלות רבות יותר בכל הנוגע לפגיעה אפשרית במעמדם ובבלעדיותם ההורית של ההורים החוקיים. עצם העובדה שהורה חוקי הכניס לחייו אדם נוסף (כבן זוג או כאדם המסייע בטיפול ובגידול של הילד) איננה מלמדת על רצונו והסכמתו לפגיעה בזכות ההורית לבלעדיות. הפגיעה בבלעדיות ההורית נכונה מקל וחומר כאשר מדובר בהורה הביולוגי החיצוני למערכת היחסים הזוגית, כלומר בהורה הביולוגי שאינו בן הזוג של ההורה המגדל. קיים מגוון רחב של מערכות יחסים הנרקמות והמתקיימות בין ילד לבין הדמות ההורית כאשר מדובר במערכת יחסים הורית הנוצרת כשהילד כבר קיים, כשלמעשה אין שני מקרים הדומים זה לזה. כל מקרה ייחודי, שכן המשתנים העשויים להשפיע על טיבה ואופייה של מערכת יחסים זו הם רבים. כך למשל מושפעת מערכת היחסים ממשך הזמן שהיא קיימת, מגילו של הילד בעת תחילת הקשר, מאינטנסיביות הקשר (כלומר: אם מדובר בקשר של כמה שעות ביום או בקשר של מגורים משותפים) וכדומה. לפיכך הבחינה אם יש להכיר בהורות הדמות הנוספת צריכה להיבחן בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו ואיננה ניתנת לקביעה אחידה באופן אפרוריי.

עם זאת ייתכן שניתן לקבוע כללים שבהתקיימם יהיה מקום להעניק סטטוס של הורה לדמות ההורית במצבים שבהם מערכת היחסים מתפתחת לאחר שהילד נולד. כללים אלו עשויים לכלול פרמטרים שונים שייבחנו, כגון כוונה מפורשת או משתמעת של ההורים ושל הדמויות ההוריות הנוספות; רצונו של הילד; משך הקשר בין הילד לבין הדמויות ההוריות הנוספות; טיב הקשר שבין הילד לבין הדמויות ההוריות הנוספות (אילו תפקידים ממלאת הדמות ההורית ביחס לילד, האם קיים קשר רגשי בין הילד לבין הדמות ההורית ומה טיבו של קשר זה, כיצד רואה הילד את המבוגר ואיך הוא מתייחס אליו וכדומה); מידת התלות

שפיתח הילד בדמות ההורית הנוספת (הן מבחינה כלכלית והן מבחינה רגשית). בשל המגוון הרחב של מערכות יחסים הוריות הקיימות המשקל שיהיה לתת לכל פרמטר ישתנה ממקרה למקרה.²⁶³ כללים אלו יספקו הנחיה וודאות מסוימת באשר למצב המשפטי.

הכרה בהורים נוספים לילד תיעשה לא רק כאשר המבוגר מעוניין לקבל את המעמד ואת הזכויות ההוריות הנלוות אליו, אלא לעתים אף כאשר הוא אינו מעוניין בכך. הנפקות המעשית של אכיפת מעמד של הורה על אדם שאינו מעוניין בכך מסתכמת בפועל בהטלת חובות כלכליות בלבד על אותו הורה, שכן נראה כי כל עוד אדם אינו מעוניין לשמש כהורה לא ניתן לאכוף עליו לטפל בילד, לחנכו ולגדלו. ודאי שאי אפשר לאכוף על אדם להרגיש אהבה ורגשות אינטימיים כלפי אדם אחר. למרות נפקות מעשית זו נראה שיש להעניק מעמד של הורה גם במצבים מעין אלו, שכן אין לזלזל בחשיבות התמיכה הכלכלית בילד, וכן מכיוון שקיים סיכוי שעצם הקניית המעמד ההורי תעודד את מקבל המעמד לקיים מערכת יחסים משמעותית עם הילד.

המעגל השני במודל המשולב יטפל במצבים שבהם נוצר קשר אינטימי משמעותי בין ילד לבין מבוגר ללא מעמד הורי כלפי הילד, אך מערכת היחסים אינה מגיעה כדי מערכת יחסים של הורה-ילד המצדיקה מתן מעמד משפטי מלא של הורה. במצבים מעין אלו יאפשר המודל להעניק לאותו מבוגר זכויות ראייה בלבד. אותו מבוגר לא ייחשב הורה של הילד בשום מובן, אך יוכל לעתור על מנת לקבל זכות גישה לילד. זכויות אחרות מתוך אגד הזכויות ההוריות אינן מתאימות לחלוקה למי שאינו הורה של הילד. יתר הזכויות (כגון הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, הסמכות לייצגו והחובה והזכות לדאוג לצרכיו) הן מרכזיות יותר וקרובות יותר לגרעין הזכויות ההוריות. חלוקת אגד הזכויות ההוריות מעבר לכך פוגעת יתר על המידה בעקרון הבלעדיות ההורית, מפרקת את הסטטוס ההורי למרכיביו ובכך פוגעת בו. עם זאת אינני שוללת כליל את האפשרות שיהיה מקום לאפשר במסגרת המעגל השני קבלת זכויות הוריות מסוימות לתקופה מוגבלת בזמן בהתבסס על הסכמת ההורה של הילד.

אף שהמשפט נוטה לקשור בין זכויות לבין חובות הוריות²⁶⁴ אינני סבורה כי לזכויות הביקור צריכות להיות בהכרח צמודות חובות כלכליות כלפי הילד. זכויות ביקור נושאות בחובן ערך ומשקל כשלעצמן, אשר נובעים מהחשיבות בשמירה על מערכות יחסים רגשיות עמוקות שיש לילד עם דמויות טיפוליות משמעותיות. מהיתרון הטמון בשימורן של מערכות יחסים אלו נהנים הן הילד והן החברה. אין עילה לכרוך את זכויות הביקור בחובות כלכליות. אנו רגילים לראות בזכויות הביקור זכויות הכרוכות בחובת תשלום מזונות, שכן באופן מסורתי זכויות ביקור ניתנו לאב אשר עליו גם הוטלה החובה לזון את הילד. אולם כאשר מדובר באדם שאינו נחשב הורה של הילד אך בינו לבין הילד נרקמה מערכת יחסים רגשית משמעותית, אין טעם אמתי לכריכה זו. הצמדת חובות כלכליות לזכויות אלו עשויה אף

263 בהקשר דומה ראו בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 28, המציעות פרמטרים מנחים בכל הקשור להכרה משפטית במערכת היחסים בין ילד לבין בן הזוג של הורה. כמו כן ראו הקריטריונים המופיעים בהגדרות של כללי ALI, לעיל ה"ש 238, ס' 2.03(1).

264 לעניין זה ראו ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הקובע: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין [...]". כן ראו Appleton, לעיל ה"ש 14, בעמ' 36-37.

להרתיע דמויות טיפוליות המעוניינות לשמור על מערכת היחסים עם הילד, ובסופו של דבר לפגוע בילד שמעוניין בשמירה על הקשר עם אותן הדמויות. בכך יצא שכרנו בהפסדנו. באמצעות המעגל השני תבוא לידי ביטוי מלא יותר קשת מערכות היחסים שנרקמות בין ילדים לבין המבוגרים המטפלים בהם תוך פגיעה מינימלית בעקרון הבלעדיות ההורית. קו פעולה זה הולך בעקבות הצעתה של איילת בלכר-פריגת²⁶⁵ להוציא את זכויות הביקור מתוך אגד הזכויות והחובות המהוות הורות, ולהכיר בזכות הביקור כזכות חיצונית להורות, המבוססת על ערכים קישוריים.²⁶⁶ לקטגוריה זו עשויים להיכנס למשל סבים, אחים בוגרים ודודים, המקיימים מערכת יחסים קרובה, הדוקה ואינטימית עם הילד אלא שמערכת היחסים אינה מגיעה כדי מערכת יחסים הורית. במקרים מסוימים עשויות להיכנס לקטגוריה זו אף דמויות שאינן בעלות קרבה משפחתית לילד, כל עוד הן מקיימות עם הילד קשר אינטימי עמוק והדוק.

במשפט הישראלי, כמו במדינות מערביות אחרות,²⁶⁷ הזכות להסדרי ראייה היא חלק מאגד הזכויות והחובות ההוריות. לאור עקרון הבלעדיות ההורית, הרי שמי שאינו נחשב הורה מבחינה משפטית ככלל אינו זכאי לה.²⁶⁸ החריג היחיד בחוק הישראלי לעקרון הבלעדיות ההורית בכל הנוגע להסדרי ראייה בא לידי ביטוי בסעיף 28א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, המאפשר לבית המשפט להעניק זכויות ביקור לסב ולסבתא של ילד שאחד מהוריו נפטר ואותו הורה הוא הצאצא של הסב והסבתא. קיימת מחלוקת בפסיקה בשאלה אם בשל קיומו של חריג מפורש זה מדובר בהסדר שלילי שלפיו בסיטואציה שאינה עומדת בתנאים המופיעים בחריג, אדם שאינו נחשב להורה הילד אינו יכול לזכות להסדרי ראייה. המחלוקת נובעת מקיומם של סעיפי חוק כלליים המקנים לבית המשפט לכאורה סמכות לפסוק ביקורים למי שאינו הורה.²⁶⁹ נראה שמאז תיקון תקנה

265 Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 66.

266 להצעה דומה להפריד בין זכויות ביקור לבין זכויות הוריות ראו Young, לעיל ה"ש 13, בעמ' 547-548.

267 Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 66; Young, לעיל ה"ש 13, בעמ' 532, 547; Jacobs, *More Parents More Money*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 221.

268 במשפט האמריקני נוצרו חריגים לעקרון הבלעדיות ההורית בכל הנוגע לזכויות ביקור, והכרה בזכויות ביקור גם של מי שאינם נחשבים הורים בעיני המשפט. לעניין זה ראו לעיל ה"ש 75.

269 ס' 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מקנה לבית המשפט סמכות כללית לשמירת ענייניו של קטין. ס' 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה מאפשר לקטין, בעצמו או על ידי ידיד קרוב, להגיש תובענה בכל עניין שבו עלולה זכותו להיפגע פגיעה של ממש; ראו פסקי דין של בתי משפט לענייני משפחה הקובעים שאדם שאינו נכנס בגדר התנאים של ס' 28א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות אינו יכול לזכות בביקורים: תמ"ש (משפחה ח"י) 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), שבו נאמר כי ס' 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות אינו יכול להעניק לגורמים אחרים זכויות או סמכויות שאין להם על פי החוק. צד מעוניין אמנם יכול לעתור לסעד לפי הסעיף, אך מתן הסעד יהיה בהתחשב בתחומי הסמכויות המוקנות להורים, המופיעות בחוק עצמו. כן ראו בש"א (משפחה י-ם) 53754/02 א.ש. נ' ק.א. (פורסם בנבו, 13.10.2002), המפנה לדברים שנאמרו בבש"א (משפחה, י-ם) 51429/01 הנ"ל וקובע כי באותו מקרה, בית המשפט אינו מוצא לנכון לעשות שימוש אף בסעיף זה, שכן המדובר בהורים שלא נטענה לגביהם טענת חוסר מסוגלות הורית או פגיעה כלשהי בקטינים, מלבד הטענה שעצם מניעת המפגש עם הסבים היא בניגוד לטובת הקטינים; תמ"ש (משפחה ת"א) 1290/03 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.11.2003). מנגד, קיימים פסקי דין אשר נוקטים בגישה מרחיבה יותר ומפרשים את החוק

258כא1 לתקנות סדר הדין האזרחי,²⁷⁰ הפסיקה נוטה לפרשנות רחבה בנוגע לזכות העמידה של סבים בכל הנוגע לבקשה לזכויות ביקור. התקנה קובעת כי סב רשאי להגיש בקשה ליישוב סכסוך בינו לבין הורה של קטין בעניין קביעת דרכי קשר בינו לבין הקטין להבטחת טובתו של הקטין לפי סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. לפי פסיקת בתי משפט מחוזיים בסוגיה, סלל התיקון את הדרך לתביעות סבים למגע עם נכדיהם והביע את כוונת המחוקק שסעיף 68 הוא המסגרת הנורמטיבית המתאימה לתביעות מעין אלו ונועד לפתור גם בעיה המתעוררת בעניין הסדרי ראייה בין סב או סבתא לנכד במקרה שנסיבותיו אינן נופלות בגדרו של סעיף 28א לחוק.²⁷¹ על אף נטייתה זו של הפסיקה לפרשנות רחבה נראה שמתן זכויות ראייה למי שאינו נחשב להורה הילד נעשה בצמצום.²⁷² בהקשר זה יש לציין כי גם על פי פרשנות רחבה של החקיקה נראה שרק לסבים ולסבתות זכות עמידה לבקש הסדרי ראייה. לקרובים אחרים של הקטין, כגון אחים ודודים, וכן לצדדים שלישיים

כמאפשר מתן זכויות ביקור גם במצבים בהם לא התקיימו התנאים המופיעים בס' 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. ראו למשל בר"ע (מחוזי חי') 759/00 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 4.12.2000), שלפיו אין להסיק הסדר שלילי מלשון ס' 28א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. כן ראו דברי השופט שפירא בפסק הדין שלפיהם יש לתת לסעיף פירוש המתיישב עם תכלית החקיקה שעניינה שמירת קשר בין קטין להורי הוריו במצב שבו אחד ההורים חסר יכולת תפקוד מעשית ככל שהדבר נוגע לטיפול בקטין: "התכלית החקיקתית מחייבת [...] מתן פירוש רחב להוראות הסעיף באופן בו ניתן לעשות בו שימוש כל אימת שאחד ההורים ניתק עצמו מעולמו של הקטין וככל שהדבר נוגע לטיפול בקטין משול הוא למת", ובהמשך: "רשימת המקרים בהם ניתן להחיל את הוראות ס' 28א אינה סגורה ואינה מתמצית במוות של אחד ההורים במובנו הרפואי-קליני. יש לבחון כל מקרה לגופו כאשר לענין זה לא זכותם של הסב והסבתא דוקא בבסיס הוראת החוק אלא בראש ובראשונה זכותו של הקטין לשמירה על קשר עם שני חלקי משפחתו, הכל כפי שטובתו של הקטין עצמו מחייבת ותוך מתן משקל הולם לזכות ההורה שחי עם הקטין". באותו עניין מוסיף וקובע בית המשפט, כי ס' 68א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מקנה לבית המשפט סמכות רחבה להיטיב עם קטינים ולהורות הוראות נחוצות בעניינם. ס' 28א אינו בא לסתום את הגולל על הסמכות לפי ס' 68א, גם בנוגע לקשר שבין סבים ונכדים (ראו שם, פסק דינו של סגן הנשיא יצחק יעקובי שוילי). כן ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 37850/99 פ' נ' ש' פ' (פורסם בנבו, 21.3.2001), הקובע כי לסבתא עילת תביעה על יסוד כמה חיקוקים: א) ס' 68א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. בית המשפט סבור כי לשון הסעיף רחבה ביותר וכוללת הסדרת מפגשים בין קטין לבין סבתו אם הדבר נדרש לצורך שמירת טובתו של הקטין; ב) ס' 3ד לחוק בית המשפט לענייני משפחה, שכן ניתן לראות בסבתא כמגישת תביעה בשם הקטינה כ"ידיד קרוב"; ג) אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); ד) סמכות כללית למתן סעדים מכוח ס' 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

270 תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון), התשס"ח-2007, ק"ת 103.

271 רמ"ש (מחוזי ת"א) 2102-03-12 ר.פ. נ' ד.פ. (פורסם בנבו, 29.7.2012); ע"מ (מחוזי ב"ש) 135/08 ת.ז.ח. (פורסם בנבו, 3.12.2009).

272 לעניין זה ראו ישראל דורון וגליה לינצ'יץ "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" משפחה במשפט ב 147 (התשס"ט); בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 63; ע"מ (מחוזי י-ם) 500/09 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 7.1.2010).

אחרים יהיה קשה לטעון לזכות עמידה בהקשר זה.²⁷³ לפי המודל המוצע תורחב סמכותו של בית המשפט, במקרים המתאימים, לפסוק זכויות ביקור למי שאינו הורה של הילד. הפרמטרים לבחינת השאלה אילו דמויות ייכללו במעגל השני עשויים להיות אותם פרמטרים שייבחרו לבחינת השאלה מי ייחשב הורה של הילד, אך העצמה שתידרש כדי להיחשב דמות מהמעגל השני תהיה פחותה. כך לדוגמה: דמות שהתגוררה עם הילד במשך תקופה ממושכת ותפקדה כהורה של הילד, והילד רואה בה דמות הורית, תיחשב לכזו הנכנסת למעגל הראשון ותקבל מעמד של הורה. לעומת זאת דמות שלא התגוררה עם הילד ושלא ראתה את הילד בכל יום, אך טיפלה בו ברציפות במשך תקופה ממושכת, ובינה לבין הילד נוצרה מערכת יחסים קרובה ואינטימית שאינה מגיעה כדי מערכת יחסים של הורה-ילד (הדמות אינה מתפקדת כהורה בכל המובנים והילד אינו רואה בה דמות הורית) תיכנס למעגל השני. מי שלא ייכנס למעגל השני וייחשב זר לילד מבחינה משפטית הן דמויות שאינן מקיימות אף אחד מהפרמטרים בעצמה מינימלית נדרשת או שאינן מקיימות את המינימום הנדרש שייקבע של פרמטרים. ייתכן שיהיה מקום אף להכניס למעגל זה דמויות מטפלות בדרך הסכמית. כך למשל יתכן שזוג לסביות המחליטות להביא ילד לעולם באמצעות תרומת זרע מתורם ידוע יגיעו עמו להסכם מראש שלפיו הוא לא ייחשב הורה של הילד אך יזכה בזכויות ביקור ויוכל להיות חלק מחיי הילד באמצעות פגישות והשתתפות בחגיגות משפחתיות, כגון ימי הולדת ומסיבות סיום שנה.

אחד החששות השכיחים בנוגע להרחבתה של הגדרת ההורות הוא כי דמויות מטפלות מזדמנות בחיי הילד, כדוגמת המטפלת או הבייביסיטר, ידרשו זכויות ביקור ביחס אליו. אני סבורה שחשש זה מופרז מאחר שסביר להניח שמטפלות אשר עוסקות בכך לצורך פרנסתן לא ידרשו זכויות ביקור לאחר שמסתיימת העסקתן.

ייחודו ויתרונו של המודל המשולב הינם בכך שהוא שואב מאפיינים הן מהמודל השוויוני והן מהמודל ההיררכי. המודל המשולב מאפשר, בדומה למודל השוויוני, לתת מעמד מלא של הורה ליותר משני הורים במצבים המתאימים. כך שומר המודל על עקרון הבלעדיות ההורית, והמעמד ההורי אינו נשחק. מצד אחד הדבר מאפשר לפעול בהתאם לעקרונות טובת הילד ולהכיר במערכות היחסים האינטימיות שהילד יוצר בחייו ואשר יש חשיבות לשמרן ולדאוג להמשכיותן. כך גם ידאג המודל לשמור ולהגן על האינטרסים של המבוגרים המטפלים ודואגים לילד ומקיימים אתו בפועל מערכת יחסים הורית, אך נעדרים היום מעמד הורי משפטי. מצד שני יאפשר המודל להגן על מוסד ההורות ועל מי שעד עתה נחשבו ההורים המוכרים היחידים לילד. בד בבד עם השמירה על עקרון הבלעדיות ההורית

273 לעניין זה ראו למשל תמ"ש (משפחה ב"ש) 19926-04-12 פלונים נ' אלמונית (פורסם בנבו, 12.7.2012), שבו נמחקו דורים מתביעה להסדרי ראייה. עם זאת ראו רמ"ש (מחוזי ת"א) 2102-03-12 ר.פ. נ' ד.פ. (פורסם בנבו, 29.7.2012), שעניינה בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט לענייני משפחה שלא לדחות על הסף תובענה של סבתא, של בן זוגה של הסבתא ושל דודה. בית המשפט המחוזי ציין במסגרת פסק הדין כי לא ניתן לקבוע באופן נחרץ שאין מקורות חוקיים לאפשר מתן סעדים לבן הזוג של הסבתא ולדודה. מבלי לקבוע מסמרות ציין בית המשפט כדוגמה את האפשרות לעשות שימוש בס' 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה.

מאפשר המודל המשולב, בדומה למודל ההיררכי, גמישות מסוימת באפשרו להכיר במגוון רחב יותר של דמויות טיפוליות היוצרות מערכת יחסים אינטימית ומשמעותית עם ילדים.

ה. ההשפעה של הכרת המשפט ביותר משני הורים על דפוסים משפחתיים קיימים

בחלק זה אנסה להמחיש כיצד תשפיע ההכרה של המשפט ביותר משני הורים לילד אחד על דפוסים משפחתיים קיימים בפועל בחברה הישראלית. אני סבורה כי הכרה של המשפט ביותר משני הורים בסיטואציות המשפחתיות המתוארות להלן תשרת את טובת הילדים המעורבים ותגן על האינטרסים של המבוגרים המטפלים בהם והמקיימים עמם יחסים הוריים. הכרה בריבוי הורים תוביל לתוצאה משפטית וחברתית טובה מזו שבהצמדות לכלל דבר שני הורים. הסיטואציות המתוארות להלן הן דוגמאות בלבד למצבים שבהם הכרה בריבוי הורים עשויה להוביל לתוצאה ראויה וצודקת יותר, ואינן מהוות רשימה סגורה.

1. הורות משותפת אחרת

בשל התפתחויות בטכנולוגיות הפרייון נוצרה תופעה חברתית של מערכות יחסים שאינן אינטימיות בין גבר או זוג גברים הומוסקסואלים לבין אישה רווקה או זוג לסביות, אשר מטרתן הבאת ילד משותף לעולם וגידולו במשותף.²⁷⁴ בסיטואציה מעין זו גדל הילד במסגרת רב-הורית, שלעיתים אף לארבעה הורים יש בה חלק.

על פי המצב המשפטי הקיים היום, שני מבוגרים מוכרים מבחינה משפטית כהוריו של הילד – אביו הביולוגי ואמו הביולוגית.²⁷⁵ זאת אף שמבחינה מעשית מגדלים את הילד שלושה או ארבעה הורים. בני הזוג של אותם הורים ביולוגיים, אשר מטפלים בילד ומגדלים אותו כילדם לכל דבר ועניין, אינם מקבלים כל מעמד ביחס לילד, ולפיכך אינם מקבלים הכרה בקשר האינטימי שנוצר בינם לבין הילד ואינם יכולים לממש את הורותם במלואה. הכרה משפטית בריבוי הורים תאפשר הכרה בחוויית החיים של הילדים ובמסגרת המשפחתית שלהם. ההכרה תעניק הן לילד והן למי שמשמש הורה בפועל ממד של קביעות, יציבות וודאות. כמו כן תעניק ההכרה הגנה חוקתית ואפשרות להורה להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד. בנוסף תעניק ההכרה זכויות ביקור ולעתים אף זכויות משמורת במקרה של סכסוך בין מי שנחשב הורה משפטי של הילד לבין מי שמשמש בפועל הורה

274 חיזוק לכך שהתופעה איננה שולית מצוי בס' 31 לחזור מנכ"ל ברבר ניהולו של בנק זרע, לעיל ה"ש 50, שכותרתו "טיפול בזוגות שאין ביניהם קשר זוגי לצורך הבאת צאצא משותף". כמו כן ראו ס' 4(ד)(1)(ג) בפרק א' וכן ס' 4(2) בפרק ג' של המלצות הוועדה לבחינת פרייון והולדה בישראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 33, שלפיהם יש לאפשר טיפולי פוריות לגבר ואישה פנוים שאינם בני זוג במסגרת "הורות משותפת" ובכפוף לחתימה על הסכם. בישראל קיימים כמה ארגונים שתומכים באלו המעוניינים ליצור הורות משותפת אחרת ומסייעים להם, ראו למשל המרכז להורות אחרת: www.alp.org.il/; אתר בייבי לי – אתר הכרויות לצורך הבאת ילדים לעולם: www.babyli.co.il/; אתר גו בייבי – אתר הכרויות לצורך מציאת שותף להורות: www.gobaby.co.il/.

275 אמו של הילד יכולה להיות בעלת הביצית שאף נשאה את ההיריון או האם שנשאה את ההיריון כאשר הביצית הגיעה מתרומה אנונימית.

הילד אך נעדר הכרה משפטית, וכן זכויות משמורת במקרים של אבדן כשירות של ההורה המשפטי או מותו. להכרה מעין זו אף יתרונות סוציאליים וכלכליים מגוונים.²⁷⁶ ההכרה תאפשר את המשכיות הקשר בין הילד לבין מי שמשמש הורה בפועל ותממש את רצונם של כל הצדדים להורות משותפת, כפי שהיא באה לידי ביטוי בעת ההחלטה על הבאת הילד לעולם.

2. משפחות סבב שני

בשל שיעור הגירושין העולה, יותר ויותר ילדים בחברה המערבית חיים היום במשפחות עם אחד מהוריהם הביולוגיים ועם בן הזוג של אותו הורה. כך נוצרת לפעמים משפחה המורכבת מילדים של כל אחד מבני הזוג ממערכות יחסים קודמות ומהילדים המשותפים של בני הזוג. לעתים נוצרת סיטואציה של ריבוי הורים, כאשר הוריו של הילד שניהם מוצאים בני זוג חדשים וכך יוצרים יחידות משפחתיות חדשות.

על אף הסיטואציה המשפחתית המורכבת שנוצרת בן הזוג של ההורה משולל מעמד משפטי של הורה ביחס לילד, אלא אם כן אימץ אותו בהתאם לחוק.²⁷⁷ הכרה משפטית בריבוי הורים תאפשר במצבים המתאימים מתן מעמד לבן הזוג של הורה, מבלי לגרוע ממעמדו של ההורה הביולוגי. החוק הישראלי מטיל היום חובות שונים על מי שמשמש הורה חורג לילד (למשל: חובת מזונות לפי סעיף 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).²⁷⁸ עם זאת החוק אינו מסדיר בצורה מקיפה וממצה את מערכת היחסים בין ילד לבין בן הזוג של הורה ואינו מעגן אותה.²⁷⁹

הכרה משפטית במצבו המשפחתי של הילד תחזק את תחושת השייכות של הילד למשפחה ואת מעמדו יחסית לילדים שנולדו להורה הביולוגי עם בן הזוג של ההורה. כמו כן תעניק ההכרה ממד של יציבות, קביעות וודאות ותאפשר את המשכיות הקשר. הכרה משפטית במעמדו של בן הזוג של הורה הילד תאפשר להורה להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד. בנוסף תעניק ההכרה זכויות ביקור ולעתים אף זכויות משמורת במקרה של תום הקשר הזוגי בין הורה הילד לבין בן זוגו ובמקרים של אבדן כשירות של ההורה הביולוגי או מותו.

אין ספק שהעובדה שאדם הוא בן זוגו של הורה אין בה די כדי להעניק לו מעמד של הורה כלפי ילדו של בן זוגו. כך גם העובדה שאדם מקיים מערכת יחסים מסוימת עם ילד אין

276 ראו לעיל פרק ב.2(ב).

277 דואר אלקטרוני מעדנה סיני, רכות אימוץ בשירות למען הילד, לטלי מרקוס (2012.8.29) (המכתב מתווק אצל המחברת). על פי המידע שנמסר על ידי השירות למען הילד, בשנת 2007 ניתנו 136 צווי אימוץ על ידי בן הזוג של ההורה הביולוגי, בשנת 2009 ניתנו 56 צווי אימוץ, בשנת 2010 ניתנו 57 צווי אימוץ ובשנת 2011 56 צווי אימוץ. בשנת 2008 ניתנו 87 צווי אימוץ, אך הנתון בשנה זו כולל גם צווי אימוץ במסגרת משפחתית חד-מינית. מספר צווי האימוץ שניתנו במשפחות סבב שני אינו מייצג את ממדי התופעה, שכן במקרים רבים לא יסכים הורה ביולוגי לוותר על מעמדו ההורי כדי שבן הזוג של ההורה הביולוגי השני יוכל לאמץ את הילד.

278 חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72.

279 לסקירה נרחבת של המצב המשפטי הקיים בכל הנוגע להסדרת מערכת היחסים של ילד עם בן הזוג של הורה, לחשיבות בדבר הסדרה של התחום ולהצעת מודל תאורטי אשר יכיר במצבים מסוימים בקשר הרגשי או הכלכלי שנוצר בין הילד לבין בן הזוג של הורה ראו בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 7.

בה כשלעצמה כדי להכיר בו כבעל מעמד של הורה. לפיכך יהיה צורך לסרטט קווים מנחים לסיטואציות שבהן יהיה מקום להעניק מעמד של הורה לבן הזוג של הורה הילד. מפאת קוצר היריעה בחינת קווים מנחים אלו חורגת ממאמר זה.²⁸⁰

3. תמ"ש (ת"א) 50330/04 א.ה. נ' מ.נ. – שני אבות לאותו הילד

"שני אבות לילדה קטנה אחת – הייתכן?" במשפט זה פותח בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב את פסק דינו העוסק בסיטואציה שבה שני גברים מעוניינים להיחשב האבות המשפטיים של ילדה, ועל בית המשפט להכריע מי מבין השניים אכן ייחשב אביה מבחינה משפטית.²⁸¹ אחד הגברים הטוענים לאבהות היה נשוי לאם בעת שזו התעברה, וכן נישא לה שנית במהלך המשפט (מכונה ק'). לטענת הגבר השני הטוען לאבהות הוא אביה הביולוגי והוא שגידל אותה מיום היוולדה (מכונה א').²⁸²

בית המשפט ערך הליך של מדרג ראיות מצומצם ובעקבותיו נקבע כי על פי רמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי (51%), הוכח כי למעשה התקיים החריג לכלל "רוב בעילות אחר הבעל", ולפיכך לא ניתן להסתמך על הכלל לצורך קביעת אבהותו של ק', שהיה נשוי לאם בעת שזו התעברה. עם זאת נקבע שלא הוכח לצורך קביעה פוזיטיבית, באותה רמת ודאות המתקרכת לתוצאות בדיקה גנטית, מי מבין השניים הוא אביה הביולוגי של הקטינה. נקבע כי לא יהיה זה לטובתה של הקטינה, וייתכן כי אף יפגע בכשרותה להינשא בהגיעה לבגרות, אם יוצהר כאביה זה אשר הראיות האזרחיות "הצביעו" כי כך יש להצהיר. לפיכך פנתה השופטת לבחון את זהות ההורה הפסיכולוגי בהתבסס על סעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. נקבע כי הקטינה נולדה לתוך מציאות שבה א' הוא אביה. לאחר שאמה נטלה אותה מביתו, לא ויתר א' על הקשר עם הקטינה, ובמשך שש שנים ואף שאמה שינתה את גרסתה, כך שבהיות הקטינה בת שלוש הופיע בחייה "אב" חדש, המשיך הוא לראות בה את בתו, גידל אותה ושמע מפיה כל העת את המילה: "אבא". על פי סיכומיה של האפוטרופא לדין וגם על פי חוות הדעת של המומחה, ניתוקה של

280 ראו שם, בעמ' 28, לעניין פרמטרים מנחים בכל הקשור להכרה משפטית במערכת היחסים בין ילד לבין בן הזוג של הורה. הכותבות מציעות כפרמטרים מנחים, בין היתר את הסוגיות אלה: משך הקשר, מילוי תפקידים הוריים, רצון הצדדים, גיל הילד במועד ההיכרות, מגורים משותפים.

281 עניין א.ה., לעיל ה"ש 2.

282 סיכום הרקע העובדתי: כשלושה חודשים לאחר נישואיהם עזבה האם את בעלה ק' ובסמוך לכך חודש הקשר בין האם לבין א', שעמו ניהלה מערכת יחסים ממושכת קודם לכן. כשנה לאחר מכן הרתה האם את הקטינה מושא פסק הדין. באותה עת שכנעה האם את ק' להתגרש בדחיפות. מיד לאחר הגירושין חזר ק' להתגורר בארצות הברית. א' ליווה את האם בהריונה עם הקטינה, אשר נולדה כשבעה חודשים לאחר הגירושין. האם ר'א' פנו לבית המשפט במשותף על מנת להצהיר על א' כאבי הקטינה. ההליך התעכב ובינתיים התערערו יחסיהם של האם ושל א', והאם עזבה עם שתי בנותיה את דירתו של א'. בכל העת התקיימו הסדרי ראייה נרחבים בין א' לבין הקטינה כולל לינות, והקטינה מכנה את א' "אבא". כאשר הקטינה הייתה בת שלוש, העלתה האם לראשונה את טענתה שלפיה ק' הוא אביה של הקטינה. מיד ובסמוך לאחר מכן הוגשה התביעה השנייה שבמסגרתה האם וק' עותרים להצהיר כי ק' הוא אביה של הקטינה. כמו כן האם וק' נישאו זה לזה בשנית.

הקטינה מ'א' יגרום לה נזק נפשי רב. לפיכך הכירה בו השופטת כאביה הפסיכולוגי של הקטינה וקבעה כי יש ליצוק לתוך הצהרה זו זכויות הוריות ומעמד הורי. על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה הוגשו שני ערעורים.²⁸³ בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור א' וקבע כי על פי דיני הראיות ונטלי ההוכחה שבדין האזרחי סביר יותר כי הוא אביה הביולוגי של הקטינה, וכי יש לרשמו במרשם האוכלוסין כאביה.²⁸⁴ האם ובעלה ק' הגישו לבית המשפט העליון בקשת רשות ערעור, וזו נדחתה.²⁸⁵ בפרק הסיכום לחוות הדעת שהוגשה בתיק זה, שהובא כלשונו בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, נקבע בין היתר כי לקטינה קשר מובחן משמעותי עם שלוש הדמויות ההוריות שבחייה.²⁸⁶ האפוטרופא שמונתה לקטינה ציינה כי הקטינה מכירה שני אבות, כשא' קרוב ומוכר לה יותר, והיא מתראת עמו ברציפות, ואילו עם ק' שגם בו היא רואה אב, הקשר שונה בשל המרחק הגאוגרפי שביניהם.²⁸⁷ בשל החשש שהקטינה תיחשב לממזרה, ומאחר שהאפשרות שק' הוא האב שרירה וקיימת, הרי שהאפוטרופא הייתה סבורה שיש לקבוע כי ק' הוא האב. עם זאת, הדגישה האפוטרופא לדין, כי גם אם בית המשפט יכריע כי ק' הוא האב, יש חשיבות רבה בשמירה על הקשר של הקטינה עם א', שהוא קשר חשוב לה בהיותו חלק ממציות חייה.²⁸⁸ לאור עמדת חוות הדעת המקצועית שניתנה בתיק וכן עמדת האפוטרופא של הקטינה, הרי שהכרה בשני אבות לילדה הייתה מובילה לתוצאה הטובה ביותר מבחינתה. האפשרות להכיר בריבוי הורים הייתה חוסכת לבית המשפט את הצורך להכריע מיהו אביה של הילדה באמצעות תמרונים משפטיים והייתה מאפשרת לשלוש הדמויות המשמעותיות בחייה לשמור על מעמדם כהוריה. מאחר שלקטינה אחות שהיא בתם של האם ושל ק', הרי שהכרה בכך שלקטינה שני אבות תתרום לתחושת השייכות של הקטינה אף מהיבט זה.

283 עניין ה', לעיל ה"ש 5, ועניין משרד הפנים, לעיל ה"ש 5. האם ובעלה עתרו לקבוע כי בעלה של האם הינו אביה הביולוגי של הקטינה. הגבר שגידל את הילדה מיום היוולדה ושבת המשפט לענייני משפחה הכריזו עליו כעל אביה הפסיכולוגי, ביקש לקבוע כי הוא אביה הביולוגי של הקטינה ולהורות כי כך יירשם במרשם האוכלוסין.

284 במסגרת פסק הדין הדגיש בית המשפט המחוזי כי הכרעותיהם של בתי המשפט האזרחיים אינן מתבססות על אותם כללים ועקרונות ראייתיים שעליהם מתבססים בתי הדין הרבניים, ולפיכך מסקנותיהם לא יפעלו לחובת הקטינה בבתי הדין הרבניים.

285 בע"מ 7038/12, לעיל ה"ש 5. בית המשפט העליון דחה את בקשת רשות הערעור. בית המשפט העליון ציין כי הבקשה אכן מעוררת שאלות משפטיות שיש בהן עניין, אולם בסופו של דבר, במכלול השיקולים והאילוצים שהתיק הרגיש מעורר ובהינתן חוות הדעת המקצועית בדבר חשיבותה של קביעת האבהות לקטינה, מקובלת על בית המשפט התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון שב והדגיש כי להכרעה זו לא צריכה להיות השפעה על בית הדין הרבני לחובת הקטינה, שכן הראיות שהונחו בפני בית המשפט האזרחי אינן מספקות ודאות במידה שיש לה משמעות בדין הדתי. בנוסף הדגיש בית המשפט העליון את העובדה שבעיני בית המשפט המחוזי החלת החוקה בדבר "רוב בעילות אחר הבעל" שבהלכה הייתה מביאה לתוצאה הפוכה מזו שהוא הגיע אליה בהתאם לכללים החלים עליו (שם, פס' י"ב לפסק הדין).

286 עניין א.ה., לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק הדין.

287 שם, פס' 3.3 לפסק הדין.

288 שם.

1. אחרית דבר

המאמר מציע לאמץ גישה פלורליסטית המכבדת שונות בין פרטים ומשפחות ואשר הינה רחבה מספיק על מנת להכיל את חוויית החיים של ילדים החיים במציאות משפחתית שאינה עונה על ההגדרה של המשפחה הגרעינית הכוללת שני הורים ממין שונה. המאמר מציע קווי פתיחה לדיון בסוגיית הכרת המשפט בריבוי הורים ואינו מתיימר לתת מענה כולל לשאלות שעשויות להתעורר בהקשר זה.²⁸⁹

המשפט הישראלי מציב היום כללים ברורים המתווים את הגבול בין מי שנחשב להורה מבחינה משפטית לבין מי שאינו נחשב הורה. קו הגבול הברור בין הקטגוריות הללו יוצר ודאות באשר למצב המשפטי הקיים ובאשר לציפיותיהם של הגורמים המעורבים. הכרה משפטית ביותר משני הורים לילד אחד דורשת בחלק מהמקרים הרחבת הגדרת הקטגוריה ההורית אל מעבר להורות המבוססת על ביולוגיה או על אימוץ. מעבר מכללים ברורים באשר להגדרת ההורות לכללים גמישים יותר, התלויים פעמים רבות בסיטואציה הספציפית ומוכרעים לאחר מעשה, פוגע במידה מסוימת בוודאות ומשאיר שיקול דעת רחב יותר לבתי המשפט. ניתן להתמודד עם חוסר הוודאות באמצעות קביעת כללים מנחים בחקיקה באשר למצבים שבהם תתאפשר הכרה ביותר משני הורים לילד אחד. כך למשל, ניתן לקבוע כי כאשר מראש ועוד בטרם הבאת הילדים לעולם קיימת כוונה ליצור הורות משותפת על ידי יותר משני הורים, וכוונה זו מעוגנת בהסכם, ניתן לכוונה זו תוקף משפטי. כך גם ניתן לקבוע כללים מנחים המכילים קריטריונים לקביעת הורות במצבים שבהם אדם נכנס לחייו של הילד לאחר לידתו ומטפל בו ונוהג בו כבילדו לכל דבר ועניין. כללים אלו אמנם לא יבטלו לחלוטין את הפגיעה בוודאות, אך המשפט אינו יכול להיות אדיש לשינויים החברתיים שהתרחשו בתפיסת המשפחה בחברה ובמבנה המשפחה. טובת הילדים החיים במשפחות שאינן עונות על הקריטריונים של המשפחה הגרעינית מחייבת הכרה במערכת היחסים האינטימית שלהם עם המבוגרים המטפלים בהם והכרה בחוויית החיים שלהם גם במחיר פגיעה מסוימת בוודאות.

המודל שאני מציעה יאפשר לפעול בהתאם לעקרונות טובת הילד ולהכיר במערכות היחסים האינטימיות שהילד יוצר בחייו ואשר חשוב לשמרן. כך גם ידאג המודל לשמור ולהגן על האינטרסים של המבוגרים המטפלים בילד ודואגים לו ומקיימים עמו מערכת יחסים הורית, אך נעדרים הכרה רשמית מצד מערכת המשפט. כל זאת תוך הגנה מרבית על מוסד ההורות ועל מי שעד עתה נחשבו ההורים המוכרים היחידים לילד.

יש להכיר במציאות החיים של ילדים הגדלים במשפחות שאינן עונות על ההגדרה של המשפחה הגרעינית במקום לנסות ולהכניס משפחות אלו באופן מאולץ לתבניות המשמרות את הפיקציה של ההומוגניות המשפחתית. בעולם שבו ילדים רבים גדלים עם חוסר בדמויות טיפוליות, מדיניות ציבורית ראויה צריכה לעודד יותר אנשים להרגיש מחויבות גדולה יותר כלפי יותר ילדים. אחרי הכל "נדרש הכפר כולו" כדי לגדל ילד.²⁹⁰

289 אני מודעת לכך כי לסוגיה זו עשויות להיות השלכות הנוגעות לתחומי משפט נוספים, כגון ירושה, אזרחות ומיסוי.

HILLARY RODHAM CLINTON, IT TAKES A VILLAGE: AND OTHER LESSONS CHILDREN TEACH 290
Us (1996).