

## שית היתסים כחשתת להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק

- א. הקדמה א ב. שית הזכויות א 1. בקורת שית הזכויות א ב. שית היתסים א 1. מקורותיו של שית היתסים - מחקריהן של גיליגן וממשיכותיה א 2. בקורת על עמדה של גיליגן א 3. הסתייגות מגישתה של גיליגן וממשיכותיה א (א) הסתייגות מעמדותיהן של שית היתסים - יישום והשלכות א 1. הגבלת התחלה להסדרת היתסים בין צדדים קרובים א 2. מאפייני שית היתסים א 3. יישום שית היתסים במישור הדיוני א (א) גישור: דרכי יישום והפעלה א 4. יישום של שית היתסים במישור התוכן א ה. הפעלת שית היתסים - מקרי-מבחן א 1. מאבק על גורלן של ביציות מופרות - פרשת נתמני א 2. יתסי אם-עובד א 3. קביעת תורות ביתם לצאצא שנולד כתוצאה מתרומת ביצית א 4. מאבק משמורת א 1. הערות לסכום

### א. הקדמה

בחגיגה של שיטות המשפט המערביות הלקודת כי דרכי ההכרעה שהן סגולן לצדמנו מבוססות בעיקרן על שית הזכויות הליברלי. שית זה משקף על האדם כיעל יצור עצמאי ובלתי-תלוי, המתנהל בתוך ספרה אוטונומית, עשוי זכויות, המזוהות חלק בלתי-צפוד מישונו. בר"ת שית זה, המייחסות המשפט לאינטראקציות המתנהלות בין הפרטים מבקשת להשתחרר מן הנרטיב העשיר המרכיב את היחס, מקשיגים האינדיבידואליים והגדרת הזוגות-החברתי. שבו הם מצויים, ורואה באלה מאפיינים שאינם רלוונטיים להגדרת זכויותיהם. אינטראקציה בין פרטים נחשבת לתודות בין זכויות, והמכרע, כאשר יש מחלוקת באשר לגזירתה של שית זאת על רעותה, נדרשת להסתמך על קביעה אמפירית כביכול באשר לעוצמת הזכויות המתגשות, עוצמת הפגיעה ההדדית והסתברות. לשם קביעה זו עוצבו נוסחות מוגדרות, המתיימרות לתרום למערכת אינטראקציות ובאמצעותה יציבות וודאות. השיח המשפטי המבוסס על שית הזכויות מאופיין כבחזן דילמות מוסריות באופן מנותק ומדגיש את זכויות הפרט במובן הליברלי ואת עקרון השוויון במובנו

\* ביה"ד הפדרלי למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, ברצוני להודות לסרי רוזנרין על הערותיו המאירות לטיוטה מקומת של מאמר זה, ולפגוש שיפמן, אייל גרוס, צבי כהנא ואפרת קרדובדג' על שאפשרו לי להוסיף בהם ביחס לסוגיות שונות שעלו בשיטת זו. תודה מיוחדת נמתת לעורך נמרוד אביעץ על ליווי וצעה יקרים מפה.

שתהדרשו ולסייע בריכוך האלמנטים המשפטיים המנכרים שתודרך לזירה המשפחתית תוך שמירת התרבות שהושגו על ידיו שית הוכווית.

על בסיס אתיקת הדאגה,<sup>2</sup> כפי שהתפתחה מאז פורסם מחקרה של גיליגן לראשונה, אבקש להטמיע שית הלופי: "שית הוזהסים",<sup>3</sup> שית משפטי שיגלב, בין היתר, את הנריך האמור באישיותו של הפיש ויבקש להתמודד עם התלואי השיטה הקיימת. בעקבות מחקרים מתחום תורת המוסר, אשר תציעו לשלב רעיונית בין האתיקה של הדאגה לזלחת לאתיקת הוכווית,<sup>4</sup> יבקש שית הוזהסים, כשית משפטי, לתרגם את המאפיינים האמורים לכלים משפטיים.

להבדיל מאתיקת הוכווית ומשית הוכווית הליברלי המורשת על אדניה, אתיקת הדאגה, המשמשת כמקור השראת ותוכן לשית הוזהסים, דוחה את הקביעות והוודאות כסימנים מובנהים של המוסריות, ותופסת שיפוט מוסרי כחלי-נסיבות וכרזיש לצורכי האחר ולדינמיקה של מערכת יחסים ספציפית. אתיקת הדאגה מפרשת את שקל-הדעה המוסרי ככולל המלח, ומדגישה נורמות של היענות לזלחת ואחריות כלפי האחר. כבעל מאפיינים השואבים את השראתם מאתיקת הדאגה ומאויקת הוכווית, שית הוזהסים אינו שאף לאיין את עקרונות החירות והשויון העומדים ביסודה של אתיקת הוכווית או את תמונה "נרתי" עצמו, אלא לשלבם עם העקרונות של אתיקת הדאגה תוך יצירת התאמת הנדרשות והטמעתם לשית הלופי כולל.

בהינתן של שית הוזהסים ראויה במיוחד בהקשרם של דיני המשפחה לא רק בשל תחודות הביקורת של שית הוכווית בהקשרים אלה,<sup>5</sup> הקשרי משפחה מהווים, בשל אופיים המיוחד, קרקע פורייה להטמעתו של שית הוזהסים. במרכזם של סכסוכים בעלי אופי

2 תכינו העברי המקובל שהצטרף ל-Ethic of Care העומד בבסיס מחקרה של גיליגן.

3 התלכתי בקביעתו שם לשית המשפטי שביקשתי לעצב כאן. תזלוח גברת השם "שית הדאגה" בעקבות אתיקת הדאגה, אך הוא נראה בשל המשפחות הכפולה של המונח "דאגה" בשפת העברית. בהתייגת תוכנית זיה ראויה להשתמש במונח "אחרות", אולם לנוכח שורשי הממוסגרים של השית המוצי, עשיתי שימוש במונח זה נראית לא-רואי. המונח sisterhood תורגם אומנם לעברית ("אחרותיות"), אך אינו שגור בשפתנו. בהדתי ב"שית הלופי" לנוכח מרחייות היחסים הבינאישיים במסגרתו וכשל שורשי בפניותיו של היחסים.

4 לצעיות לקליטת אתיקת הדאגה כשיטה מוסרית ולאנטי-ראקציה בינה לבין האתיקה של תציק (המבנה כאן אתיקה של כוויות), העומדת ביסודו של שית הוכווית, ראו תוסף: I.C. Tronto *Moral Boundaries – A Political Argument for an Ethic of Care* (New York, 1993); G. Clement *Care, Autonomy, and Justice – Feminism and the Ethic of Care* (Colorado, 1996); N. Noddings *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education* (Berkeley, 1984); S. Sevónhøj *Citizenship and the Ethic of Care – Feminist Consideration on Justice, Morality and Politics* (London, 1998); S. Benhabib *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics* (Cambridge, 1993) 178–202.

5 בייחוד זו הייגי בהשפחה אינה באה דבר ביחס להלמנתו של השית בהקשרים אחרים של המשפט. לפי זלחת זו הגישות, אתיקה הדאגה מטפחת כללי הנפקה והכרעה גמישים דיים לרצוני דרכי פתרון לקונפליקטים המתעוררים בהקשרים של התושי המשפט השוגם, ולא רק בהקשרים של דיני המשפחה.

הפורמלי, שישת תדיין הארוורסוריות, מקום שבו גברתה, מתוות מאפיין מרכזי נוסף של לרכי ההכרעה השיפוטיות שיש להם אליו את תשומת-הלב. בהיותה ארוורסורית, השיטה הנוכחית מגיחה את שני הצדדים על וכיוותיהם, ומחודדת את מאפייניו של השית כשית מתגורר וקונפליקטואלי.

ציצובן האמור של שישות המשפט המעריכות ונוכחותן הדומיננטיות של שית הוכווית פמרכון מעלים לפחות שלוש קווי ביקורת עיקריים שמאמר זה ינסה להתמודד עמם. קו לביקורת הראשון יעמוד, בהשראת מחקרה של קודל גיליגן,<sup>1</sup> על "וכשל הייצוג" הקיים במערכת משפט המבוססת על שית הוכווית הליברלי, המשמשה את הקול המוסרי הנורף, הקול ה"דאוג". קו הביקורת השני יתמקד בהשפעתו של שית הוכווית הליברלי, ויסען כי התוצאות שמערכת המוסרית על שית זה מובילה אליהן פוגעות בהחסים הבינאישיים ובפרט במערכת היחסים המורד-משפחתית. קו הביקורת השלישי יצביע על הקושי של השית הודות להתמודד בהצלחה עם מורכבותן של שאלות משפטיות תוך התמקדות, אף מתייבשתי, בהקשרי משפחה.

מקורה הדיעוני של הביקורת טבוע במחקרה של גיליגן, אשר חשף לפנינו, לראשונה, את הפער הקיים בין האופן שהמוסר האנושי נחפס בו (והאופן שמערכת המשפט מעוצבת בו בעקבותיו) לבין מאפייניו הפסיכולוגיים של האינדיבידואל (אצל גיליגן – האשה) העומד במרכוה. להבדיל מהתאוריות ההתפתחות הקולטיות, הטוענות לקורלציה בין האדם למשפט המוסרי כל האדם בוחן דילמות מוסריות כמאבק בין פרטים אוטונומיים ומבוסס את הכרעותיו המוסריות תוך איזון אנליטי בין כוויות נוגדות, תהגם התפתחותיות החלופי מושך מגוון שיקולים נוספים שהאדם בוחן כאשר הוא ניגש לקבל הכרעה מוסרית. מעבר לזוהי הוכווית והקונפליקטים ביניהן, האדם מנסה לאתר מערכות יחסים שבהן הוא ממקם ולבחון את השפעתן על הוכרעה בקונפליקטי. מערכות יחסים אלה הוכרעות להתפתחות כאדם (ומהות מרכזי מוכיי בתפיסתו את עצמו וברוך קבלת ההחלטות שלו).

ייתה הקול האחר והדעני לנוכח השית המשפטי הודות – שית הוכווית, לומר על הפסיכואנליט השגון בו לרזיפו פגמינו. פגמים אלה, ככל שייידונו במסגרת זו, יתמקדו כאמור במשפחה. הוגם הליברלי, ובעקבותיו שית הוכווית, חודד את גבולות המשפחה והעבירו את הדגש מן המשפחה כחידה חברתית נבדלת אל הפרטים המרכיבים אותה, תופעה זו מייבאת אל המשפחה ערכים של חירות, תגשמה עצמית ושוויון, ונותנת אותה כרכי עידת המשפחה, בעיצוב היחסים בין חבריה ובהסדרת אופן פירוקה. אלמנטים אלה, המגלמים פוטנציאל לשינוי חברתי תוך העצמה הנורמים המתחלשים במשפחה, ובראשם האשה והילד, עלולים, אם יושמו באופן בלתי-דאוי, להוביל לפגיעה קשה במרקם המשפחתי. דיוקא בשל חשיבותו של מוסר המשפחה לרונות הפיט ולתפתחותו של הילד מתחחד הצורך בעיצוב שית משפטי הלופי המסוגל להתמודד עם השינויים הבורחיים

1 קי גיליגן מקל שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (ני בן חיים מהרמט, 1995, גיליגן, חוקרת בתחום הפסיכולוגיה, הגביעה על הפיתוח המוסרי של השונה של נשים, המעטידות, בתחופה לתפיסה האינדיבידואליסטית המקובלת, תפיסה "ירשתית" של מערכות יחסים, המתמקדת ביחסים בין הפרטים ומבקשת לפתור קונפליקטים תוך התחשבות בכל הצדדים ה"ליוויים".

מאפייני מצמד או כישורים ומשולל הקשרים או קשרים תברתיים? תתפסים אצל ורלס כאינסטרומנטליים בלבד.

תפיסת ליברלית זו, אף שעברה שינויים בעשורים האחרונים, עודה מתבוננת על האינדיבידואל כעל אדם עצמאי, נבדל, נטול מאפייני מגדר, גיל, גזע או מצמד ושווה במאפייני לכל אחד אחר, או כמי שראוי להתיקחם אליו באופן זה. פרט זה מתרכז במקסום תורתו האישיה הן כלפי הרשות והן כלפי האחר. הערכים המרכזיים בשיטה זו הינם תורת אישית ושוויון, ובמידה רבה היא צופה על זחזחך כמי שמתנהל (או שאף להתנהל) בבירור תברתי.

בהצטרף מאפיינים אלה אל הדגם הדינוני ששיטת המשפט האנגלי-אמריקאית מושתתת עליו, הדגם האדורווסרי, מתקבלת שיטה משפטית המאופיינת בתחרותיות, בעשייה משפטית לוחמנית שתוצאתה בנידויה: גיחתו או הפסד<sup>10</sup> מאפיינים אלה של העשייה המשפטית מתוהססם הן לשלבים המקדמים של ההתקשרות המשפטית בין הצדדים, או יבקש כל צד לתבטיח ציירת הסדר שיספק לו יתרון במקרה של מחלוקת עתידית, והן לשלבים המאוחרים לאחר פרוץ הסכסוך המניע לבית-המשפט ומחייב לישיגות תחרותית.

לשית תכונות יש אף חשפת-לוואי גוספם - התגברות הימשפטיציה<sup>11</sup>, ומאופיינת בתגברת השימוש במשפט ככלי להרעות תכונות ופולטיות ובנידול הקף התרעות והעוררות הנדונות בתהייה-משפט<sup>12</sup>. הכניול והתחרותיות המאפיינים את שית תכונות באים לידי ביטוי לא רק בעצם קיומם של ההלכיים המשפטיים ובאופן ניהולם, אלא אף בתוכנם של המסדרים המשפטיים<sup>13</sup>.

שית תכונות בתצורתו האמריקאית, על-אף מוגרעותו האמורת, אומך גם בתקשר הישראלי, אם כי לא באופן מלא. בשני תשורות האחרונים, ובפרט מאז נתקפו תוקידיסוד, בשנת 1992,<sup>14</sup> התרחשו תהליכים כלכליים, תברתיים

9 Glendon מנת את נושא תכונות השיפוט לשיעה זו "The Lone Rights-Bearer", באופן כללי, ראו: *The Importance of the Political Discourse* (New York, 1991) 47-61 M.A. Glendon Rights Talk -

10 ר' הלפרין-קודר "שנים שהם אחר, אחר שהיא שנים: יחסי אם-עובר ושימוש בטמים על-ידי נשים הוות" פליליט 1 (תשנ"ז) 261, 290 "Toward C. Menkel-Meadow another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving" 31 *UCLA L. Rev.* (1984) 754

11 *Sygnia* note 9, at p. 1 11  
12 נראה כי אף בישראל קיים קשר בין תגברות שית תכונות והשרית המשפטית. ראו בהקשר זה ג' בודלי "פרלבטטיות ויריביו: הפולטיקה של המשפט הליברלי" תברה במורא: חת הריצוג עורכת, תשס"א) 359, 367, 372; ר' שמיר "תברה", יהות ופולרנומליים דקורט: על מקורותיה התברתיים של הפרשנות השיפוטית" עיני משפט יט (תשנ"ז) 712-711, 699

13 ראו, למשל, בתקשרם של דיני החוקים, ה' קרן "שויון ברני חוקים - קריאת פמליסטית" משפטים לא (תשס"א) 269, 277, מתבט אחר, ראו: B. Horsburgh, "Redefining the Family: Recognizing the Altruistic Caretaker and the Importance of Relational Needs" 25 *U. Mich. J. L. Ref.* (1992) 423

14 חוק יסודי: האדם החרות, ס"ח תשנ"ב 150, חוק יסודי: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 14

"משפטי" עומת לרוב מערכת יחסים מורכבת, המחייבת התייחסות. שית המבסס את תכונותיו תוך התמקדות במערכות היחסים בין הצדדים יתנה מיטבי לשים ברור ומסכך. רגישות השאלות, השקטן לא-פעם ליחסים אנושיים מוסיפים, נגיחתן בנפשים של המעורבים ומורכבותן לנכות מגוון השיקולים שהן מערבות מכתובת הנפילת אמורת-מדת גמלישות ורגישות המטגולות להכיל את מכלול הסיבותיה הייחודיות של המחלוקת ואת מאפייני הצדדים על זיקותיהם וקשריהם ההדדיים. אופן התכרעת תגובת משיה יחסים וסוג התגברותו המוצע על בסיס עשויים לכות באותה יחסית ובשתוף-פעולה בתקשר המשפחתי, הכולל משבטו מאפיינים דומים.

תחלת הרישמה תוקדש לבחינת ויאורטית של שני סוגי השייה, תוך צמיחה על חלק מן הקשיים ששית תכונות מניע. לאור-סכן תהל המלאכה של שילוב שית יחסים אל תוך המערכת המשפטית תוך התמקדות ברני משפחה. במסגרת זו יכתנו אחרים קיימים שהם תולה המערכת המשפטית לסגל מאפיינים "יחסיים" בתלקה השני של הרישמה אבקש לעמוד על השלכותיו המעשיות של השייה החלופי המוצע במובנו הדינוני התוכני כאחר. מן תפן הדינוני תודגש החלופה המגולמת בהלכיי הנשור המוצע לייבוא רעיונות של שית היחסים לשיטה הקיימת. עצמור על מאפיינותם העיקריים של הלכיי התוכני והבהירות והיעדים שניתן להשיג באמצעותם מבלי לדון בישומם המשמי. מן תפן התוכני אציע, על בסיס התשתית התיאורטית שניתבא, לגזור השייה היחסים שיקולים הראויים לשיטתי לוחל בהקשרם של כסוכיי משפחה. אר-על-פי שבשל מהות השייה כשית גמלי והלכיי-הקשר לא יהיה ניתן להציג את מלוא השיקולים ברשימה מבוחרת זו. אבקש להבהיר את הרכבים באמצעות ניתוח חלופי שאביא לכמת שאלות מתחום דיני המשפחה.

ב. שית תכונות

שית המשפטי המקובל בשיטות המשפט המערביות, ובפרט זו האמריקאית, מושתת על אחיקת תכונות. בבסיסו של שית תכונות עומדת התיאוריה הפולטיית הליברלית המציבה במרכוז את האדם האישונימי. האדם האישונימי, כפי שעוצב בהשאה קביטאנית בתחילת של ורלס<sup>6</sup> כריגם לקביעת הצדק התברתי, חף כביכול מלאפיינים תברתיים<sup>8</sup>, נטול

6 שי ליפטיץ "דיני זוגיות וילנותיים ביובל הבני: בין יליטור-אויציה" וכן ברת-המשפט 'התחשק' מתקיי משפט י (תשס"ב) 159, 236. J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971)

7 נוסף על הדברים במקור, 137, at p. 137, Rawls, *ibid.*, יילקו העובר מגוון נפשות - האומנם ככל ר' התפרין-קודר "להשאיר חיים אחריך"; יילקו התיהותיותיים של מקרה" רילמות באחיקה רפואית (ר' כחן-אלמנור עורך, תשס"ב) 107, 116, 120-119; י לנתה יפרט וקוחילת - בקורות קומונטיסוריאנית על בגוף 205/94 וף ג' משרד תבשתו" משפטים לא (תשס"ט) 219, 226-122 בקדול, פי סילברמן "כבוד האדם והתנהו" אליו: לקראת תרבות של אריות" כבוד ראלדס או השפלות? ואי האמת, די ברם עורכים, 127, 131, 2000

מיוחדת בעלת ערך כשליצצמנה ליצבר של פרטים הזוכים בהגנה על הזרזותם. נאמן לשיטור האוטונומייה, המשפט נזהר מהלהכפיף את הפרטים המרכיבים את המשפחה זה לזה ולמוסר המשפחה בכללותו, מוגבל את התערבותו בניהול המשפחה וגשמה מלכתחילה לה ערכים, ככללים ערכים של אחריות וראאה הדדית.<sup>21</sup>

עם זאת ראוי לציין כי המציאות מורכבת יותר מן המגמה המוזכרת והמשפחות אינן חד-ערכיות. כפי שצוללה מחקרו של ליפשיץ, ניתן ללמוד על התצטרות אלמנטים ליברליים בדיני המשפחה בישראל, אך בד בבד ממשיכות להשתרש, לפחות ברובמסגרות המגויסות שבהן הוא דן, תפיסות אנטי-ליברליות, הניתנות לסיווג כעמדות שמרניות או כעמדות קהילתיות, לעיתים במסווה אף תחת סיווג שגוי של ליברליזם.<sup>22</sup> ענייני נישואין וגירושין, הכפופים להסדרת הדין האישי, משמרים באופן חלקי תפיסות מסורתיות, המלוות, לכאורה לפחות, בנוסף דאוג במקביל, ולעיתים מתוך רצון לנטרל את האלמנטים החדשים, מהפחת בישראל דיין אורזי, המאופייני, בחלק מן ההקשרים, באלמנטים ליברליים קיצוניים.

אף רחסי הורגים-ילדים, בדומה להסדרת רחסי הזוגיות, משלבים בין הורמים, לצד אלמנטים מורכבים, דוגמת עקרון טובת הילד ותפיסת האחריות ההורית, גובר, כפי שעוד נראה, הקול המרכזי בשם שיה תוכניות הילדיל ומקיש ונמצאה במירה רכה לבסס את המחויבות לזכויות הילד. עקרון טובת הילד, גם כאשר תוחלפו מצופה ומסוכמת, אינו מצליח לשמש מן הרמשי מפני ההדרת מאפייניו הענייניים של שיה תוכניות.<sup>23</sup> בהתאם לסוליות אחרות, שאינן מהוות חלק אינטגרלי מענייני המעמד האישי, אך הברוכות במאפיינים משפחתיים, כגון טכניקות החלטה המלאכותיות, מסתגלות, אף עשוי להסתגל, ממה שעלתה בקנה אחד עם שיה תוכניות.<sup>24</sup>

1. בקורות שיה תוכניות

בקורות שיה תוכניות ותורת המוסר שהוא מושתת עליה מושתמנה מוספך רב של כיוונים ומשי מוגוון של מבקרים, על קצה המזלג יזכרו במהלך הדברים טיווני התיקיות שהושמעו מפני ה-Critical Legal Studies, על-ידי המתקנת הפמיניסטית ורשמי רעיונות

21 ראו לוחל בחלק השני של הרשימה העוסק בבחינת סוגיות קונקרטיות מייני המשפחה, שי ליפשיץ בסדרה חרות של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (עבודת-דוקטורט לתואר

22 דוקטורט, אוניברסיטת בריטאן, תשס"ב, בהקשר הישראלי הקונקרטי, בעיקר ככל שהיא נוגעת בדיני הנישואין, ראו שם, החל בע' 503.

23 ראו לחל, קטט ליי הערות 121-127.

24 הלפרין קארי, לעיל הערה 10, בע' 331-338; A New Terrain for the Sociology of Technology" (M. McNeil, I. Varcoe, S. Yearley eds., Basingstoke, 1990) 1; A. Harveyson Young "New Reproductive Technologies in Canada and the United States: Same Problems, Different Discourses" 12 Temp. Int'l & Comp. L. J. (1998) 43.

ופוליטיים<sup>15</sup> שרביאן לייך התגברות שיה תוכניות, או למצער להזמגגרות רטוריקה של שיה תוכניות.<sup>16</sup> גידול תקיטוב ותפעורים תכליליים, התגברות, קליטת סממני התרבות האמריקאית, והתמוססות הקונסנסוס והתגברות האוניברזליותאליצית הובילו להיזדווד של שיה ליברלי כוחות תיריות תפרט.<sup>17</sup> מקובל של המשפט בהקשר זה כפול: כמטא-סיוניים אלה אך בד בבד כמי שנטל חלק בייצירתם.<sup>18</sup> כאמור, על-אף אודותו הוזכרה וגוברת של שיה תוכניות במשפט המשפט הישראלי, לא ניתן להתעלם מקיומן של מובלעות שיה תה מרובך במסגרתו, ביטוי לכך ניתן למצוא הן במאמציהם של בוג"המשפט למצוא פתרונות של פשרה על-ידי קידום חלופות הנישור תחת חליכי השיפוט האדוודוסר והן בהשפעת תכונים "מחשקים" בעיצוב הדין המהותי.<sup>19</sup>

שיה תוכניות הודר בעשורים האחרונים אף לתתם דיני המשפחה.<sup>20</sup> מנגנונים שמקורם בשיה תוכניות משמשים להסדרת סוגיות הנוגעות בתחום המשפחה ומאבקים של תפרטים המרכיבים את המשפחה זה בזה, מגובה ככלים חוקתיים וברכירים של וכויות, דגש בערכים ליברליים-אינדיווידואליים מושם בהקשריה של המשפט בישראל השני-צ.

114 חוקי-היסוד האמורים נתקפו במידה רבה בעקבות העמקת שיה תוכניות, אולם תרמו כשלעצמם להעמקתו. ראו א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל- משפט נאמטל ד (תשנ"ג) 133; כן ראו תחשוו ע' ולצברג, ס' קרד "התפתחה ושקטה - עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד' (תשנ"ד) 489; א' גורם "תחוקה הישראלי: כלי לצדק חלוקתי או כלי גנרטי" צדק חלוקתי בישראל (נ' מאשנר עורכ', תשס"א) 79; ר' בן ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט בישראל השני-צ-483; פלל, ג' פפיר "משיח של תולדות לשיה של תוכיות: הוות ואחרות בישראל" הורה במראה (ח' הוצגו עורכת, תשס"א) 515.

15 ברודלי, לעיל הערה 12, בע' 711.

16 ברודלי, שם, בע' 361; שפיר, לעיל הערה 6, בע' 240.

17 ברודלי, שם, בע' 361; שפיר, לעיל הערה 6, בע' 240.

18 ראוי לשים-ל לבקשר זה לעמדתו של פרופסור מאוסנר, המצביע על התחרדות של "תחרותיות, אנוכיות, שימוש אינסטרומנטלי בזולת" שותרתתה בחברה הישראלית במהלך שנות השמונים, אך מכור כי היא תובילה לשינוי משפטי המתאפיין במעבר מפורמליזם לערכים ובהתרת האחריות המשפטית. לשינוי זה הניא "ריכוך" ושיח המשפט ולהתנתה, במידת-מה, של רעיונות האחרה, הסולידריות והעזרת החדדת (נ' מאוסנר) ירית הפורמליזם ועליות הערכים במשפט הישראלי (1993) 131, 139.

20 להיבטים המשפטיים והסוציולוגיים של המשפט הישראלי, אנויברטית תרבות הוית להורות (עבודה לקראת קבלת תואר מוסך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 2002) 32-27; ס' פוגל-בידאי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" פלן מוגרד פוליטיקה (1999) 109; M.A. Glendon Transformation of Family Law: State Law and Family in the United States and Western Europe (Chicago, 1989); Sevenhuijsen, supra note 4, at pp. 90-121; I.L. Dolgin Defining the Family - Law Technology, and Reproduction in an Unclear Age (New York, 1997); B.C. Hafen "Individualism and Autonomy in Family Law: The Waning of Belonging" 1991 NYU L. Rev. (1991) 1; E. Beck-Gemshelm "On the Way to a Post-Familial Family - From a Community of Need to Elective Affinities" 15 Theory, Culture & Society (1998) 53; E. Beck-Gemshelm Reinventing the Family - In Search of New Lifestyles (Cambridge, 2002).

הישראלית לכדי שטיצ'ן.<sup>51</sup> תפקיד הנוק בקשרן של החברות האמוריות, בעיקרו, אינו לשפת יחסי-גומלין, כי אם להגדיר את זכויות תפישיים באופן המשמש ליצירת גבולות ברורים ביניהם. נטייה לגסס כל מחלוקת חברתית במונחים של התנגשות בין זכויות מביטלה וזיכרון פתוחות, ניסיון להיצע לפשרה ומציאת המבנה המשותף, ומלכה התלכיים חברתיים של קיומם, דברים אלה נכונים הן במישור החברתי והן במישור המשפחתי-האישי, שבו אתמסקי.<sup>52</sup>

השפעה הארווחית, המאפיינת את שיטת המשפט של איצות-הברית וישאל, מובילה להתפתחות השפעות ולחידוד הדיברות, ואינו מאפשרת להביא בחשבון את טובתם של שני הצדדים. ההנהלה של מחלוקת על בסיס שית זכויות ארווחיטר סובלת - מצדדים של הצדדים הרייבם, ואפשר שאף מצדדים של הצדדים המכריע, המוגבל לתומר שמרוב לפנוי על-ידי הצדדים - מהשקפה תוצרית, מהתעלמות לצדדים אף מחוסר יכולת לראות את ההמונה במלואה. שיטה זו מעודדת הסתרה מן הצד האחד ומביית-המשפט, ומתמדת מאבק ומודרך את הדיברות, ולא דווקא את הצדק. השיטה הארווחיטר מתרכזת בשיקולים כלכליים ומתעללת מציאות רגשית של המאבק, העליות והכוחות בהתחללות של החזקות גיכור, במתן עדיפות אשם. השיטה, המתנהל במטרה לצדק "בכל מחיר", כרוך לצדדים בפגיעה באחר ובהחזרת הצדק ונכונה מחיר מוסרי. הצדדים למחלוקת וגורמים נוספים הנוגעים במחלוקת הם המעללים מחיר זה. נפגעים מרכזיים בהקשרים של סכסוכי משפחה זינם ילדי המשפחה, שאינם נושלים בהכרח חלק פורמלי בהליך, אולם לאופן גימול החליך ולהכרעה בו יש השפעה מהותית על רווחתם.<sup>53</sup> באי-כוחם של הצדדים, התגלעים לצדדים קרובים לשמש "שכירי-חוב", עלולים להיפגע אף הם.<sup>54</sup> הקונפליקט מתעורר אצל צדדים-חריץ וסובלים מפער בין השקפתם המוסרית לבין עולמם המקצועי, הנדרשים להחלים עצמם לסטנדרט לוחמי שאינו תואם את אישיותם.<sup>55</sup> נוסף להתחללות הפעילים בין הצדדים והקצנת הדיברות, מעמדו של בית-המשפט עלול להיפגע לנוכח אייתו לא

רכיחותיות בישראל, רכיחותיות במדינה דמוקרטית וחורית - ספר החכרון לאריאל רוזן-עבידל (מי מאישר, א' שניא ור' שמיר עורכים, 1998) 67.  
51 סמחה "שטיצ'ן מעדיימם, צדדים ולאומיים בישראל" החברה הישראלית - היבטים ביקורתיים (ז' ר' א' שורד, 1993) 172.

52 במטרה זו לא אודב ביהם להשפעותיו של שית הזכויות בכל הנוגע במישור החברתי-המפילי, ובמישור היחסי בין הקבוצות המרכיבות את החברה הישראלית. לשם כך ראו בדיילי, לעיל הערה 12, בע' 359; שניא, לעיל הערה 25, בע' 137; שמיר, לעיל הערה 12, בע' 699; ובאופן כללי לונת, לעיל הערה 8, בע' 219. אולם המושגים אינם ניתנים להפדה מלאה ומחלשת.

53 J. Weinstein "And Never the Twain Shall Meet: The Best Interests of Children and the Adversary System" 52 U. Miami L. Rev. (1997) 79.  
54 אם כי הלכך מהדדי בודיא את התופעות המתוארות באופן שבו הם מנהלים את ההתיינות, ונבדלים לחתרת ה"התנגדות" התייבות.

55 J.A. Freyer "Women Litigation in Search of Care-Oriented Judicial System" 4 Am. U. J. Gender & Law (1995) 199, 202-203; P.J. Zwyer & A.B. Hamric "The Ethics of Care and Reimagining the Lawyer/Client Relationship" 22 J. Contemp. L. (1996) 383.

קונפליקטיאייניים, החששות המושמעים מפניהם שונים, ומתוכרבים לחילופין בהשפעותיו של השיטה על הפרט ועל החברה.

לא זה המקום לפרש את כל גווניה של הביקורת. עד כמה שניתן לסקמה בקווים כלליים, באופן שתשמש אותנו, ניתן לומר כי שית הזכויות המשפטי מצטייר כשית מוגדרת, לפירד ואנוכי.<sup>56</sup> כפי שפרופסור שניא מציין: "זיאלוג הוא התייך של שית הזכויות, בשית המכונה השותפים לשיטת המגורדים איש איש בטרנספורמיק העצמת שלי, הם פונים אל האחר בקפיין, דרך הנוק, רק כדי להביית את אי ההתנגדות של עולמם על-ידי האחר... נכח בעקפיין, דרך הזכויות בא להביית - בלשוננו של ישעיהו ברלין - את החזרות השליטת לומר כי שית הזכויות הוא לא יופרע ותובשת לו האוטונומיה לעשות כרצונו."<sup>57</sup> עד של האדם, את התחום שבו הוא לא יופרע ותובשת לו האוטונומיה לעשות כרצונו, כאשר כמה שניתן להצדיק את שית הזכויות בהקשרם של סכסוכים בין צדדים זרים, קביעות גלויים לו, לצד מאפיינים אלה, אף יומרה להביית וראות משפחתי, קביעות ואובייקטיביות, פגמו מתחללים בהקשרם של סכסוכים בין צדדים קרובים.<sup>58</sup>

הדין והחברה מצעבים זה את זה וההשפעות ברות זו הינן הדידות. החברה האמריקאית, ובמדת רבה גם הישראלית, מושחתת על תחרות ומאופיינת בפערים למרות שאיפתה המוצהרת להקנות לפלטים המרכיבים אותה חרמונה שוות.<sup>59</sup> שית הזכויות מאופיינות ברב-תבותיות,<sup>29</sup> או ליתר דיוק בקישור,<sup>30</sup> המגיע במקרה של החברה

א' שניא "החברה והמשפט בישראל: בין שית זכויות לשיח הזה" מתקרי משפט וט (תשי"א) 37; מי צוקרמן "על מרקם הזכויות אדם" הרושת הישראלית - מיתוסים ואדיאולוגיה בחברה סובלכת (2001) 54; בקרמן, טילבמן, לעיל הערה 8, בע' 127; J. Nedelsky "Reconciling Rights as Relationship" 1 Rev. Const. Stud. (1993) 1, 11; D. Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 Harv. L. Rev. (1976) 1685, 1713-1717.

26 שניא, בע' 41.  
27 בקורת נרחבת שהושמעה על שית הזכויות מצד ה-CLJ ומצד החברה הפמיניסטית מעלת סמני-שאלה לגבי מידת הקביעות והאובייקטיביות שלו. לצורך הדין ניתן להסתפק בהבדלים בין תפיסת כל שית את עצמו (תבדלי יומרת של שית הזכויות ושית זיחיתס המוצע). בעוד ה-CLJ ואתרים, תופעים, בין היתר, כי הזכויות הן מושג מופשט ולא לבקורות מצד ה-CLJ ואתרים, תופעים, בין היתר, כי הזכויות הן מושג מופשט ולא קומוניטי, כי "שום הזכויות במקרה מסוים לא ניתן לצפות את תוצאת החלטת במקרה נתון, ואו: להיות שרירותי, ובכל מקרה לא ניתן לצפות את תוצאת החלטת במקרה נתון, ואו: S. Lynd "Communal Rights" 62 Tex. L. Rev. (1984) 1417; M. Unger "The Critical Legal Studies Movement" 96 Harv. L. Rev. (1983) 561, 567-570; M. Tushnet "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles" 96 Harv. L. Rev. (1983) 781; M. Tushnet "An Essay on Rights" 62 Tex. L. Rev. (1984) 1363, 1371-1382; F. Olsen "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective" 18 Am. J. Soc. L. (1990) 199.

28 לדין בנוגע לאומדן אי-השוויון החברתי בישראל וראו א' שניא עורכים, כרך א, תשי"א) 487; בישראל, מוגמות בחברה הישראלית (א' יעד, י' שביט עורכים, כרך א, תשי"א) 487; ואילך 588 ואילך. עוד למאפייני החברה הישראלית וראו לעיל, טקסט ליד הערה 14 ואילך והערת שם. והשוו: "Beyond Status and Class" Individuallization (London, 2002) 30.

29 שניא, לעיל הערה 25, בע' 54.  
30 בדיילי, לעיל הערה 12, בע' 359; מי מאישר, א' שניא, ר' שמיר "הזכויות על

קשרי הקרבה, את חיוקן האינדיבידואליזם והגשמת הפרט הנרדד המרכיב את המשפחה, על-תשכון המשפחה כידודה בעלת ערך נבדל.<sup>42</sup> השפעות אלה עלולות לאיים על שלמות המשפחה ולפרום את מרקם היחסים המשמש (מקום שבו הוא מושגת על יחסים אינדיבידואליים ומתורגם לקיום לשוגנו אישי) עונג רגשי לפרט ובכיון להתפתחותו של הילד. מבקרי גישה זו מבקשים לשזור סיפור הלופי, המדגיש ערכים של אחדות והרדייה, יציבות וקיש ארוך-טווח בין הפרטים המרכיבים את היחידה המשפחתית.<sup>43</sup>

פן אחר של בקורות שית הוכריות בהקשרי משפחה טוען כי שית הוכריות אינו מצליח לספק פתרונות ראויים המתאזנים למיחזוריה של המשפחה וצרכיה הייחודיים והמשתנים.<sup>44</sup> כאשר המשפחה שומרת על ייחודה האינדיבידואלי, כליו של השית המשפטי האמור אינם מטוגלים לגלם את ייחודה של היחידה של היחידה של המשפחה, את המקום של הקשרים הבינאישיים ואת מאפייניהם הייחודיים של הפרטים.

על-אף הבעיות ראויה להתייחס כי התמקדות בהסדרותיו של שית הוכריות עלולה לצייר תמונה משיטה, יש להיזהר מפני הצגה חד-צדדית של שית הוכריות, שהיא אף במסגרתו ניתן להצביע על מחלוקות, אם כי ברמה מופחתת, לרצונות של יחסים בינאישיים, אנשים ואחווה והרדייה.<sup>45</sup> חלק מן הכותבים המייצגים את שית הוכריות מבקרים בהשקפתו של דיאלוג בין פורשים ובין קבוצות חברתיות ומגלים רצונות אלה במושג "אינטונדו".<sup>46</sup> אחרים מבררים במתייבות חברתית בהקשרים של קשרי משפחה, תכרות או קולגיאליות מקצועיות.<sup>47</sup> העצות אחרות מגמישות את השית הלכרילי תוך

42 Beck-Gemshain, *supra* note 20, at pp. 35-37, 79.

43 לייפשיץ, לעיל הערה 6, בע' 227-230.

44 E.S. Scott "National Decisionmaking About 230-227", *Marriage and Divorce* 76 *Virginia L. Rev.* (1990) 9, 12; K. Bartlett "Expressing Parenthood" 98 *Yale L. J.* (1988) 293; M. Minow "Forming Underneath Everything that Grows: Toward a History of Family Law" *Wif. L. Rev.* (1985) 820, 894.

45 N. Cahn & J. Singer "Adoption, Identity, and the Constitution: The Case for Opening Closed Records" 2 *U. Pa. J. Const. L.* (1999) 150, 160; C. Forder "Constitutional Principle and the Establishment of the Legal Relationship Between the Child and the Non-Marital Father: A Study of Germany, the Netherlands and England" 7 *Int. J. of L. and the Family* (1993) 40, 97.

46 W. Kymlicka *Contemporary Political Philosophy - An Introduction* (New York, American Jurisprudence in the Twentieth Century (Lanham, 1994) 79, 86, 90-91, 94; M. Friedman "Beyond Caring: The De-Moralization of Gender" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspectives* (M.J. Larabee ed., Chicago, 1993) 258, 264; Clement, *supra* note 4, at pp. 3-4.

47 M. Friedman "Autonomy, Social Disruption, and Women's Agency, and the Social Self" (C. Mackenzie & N. Stoljar eds., New York, 2000) 35, 40; L.J. Nicholson "Woman, Morality, and History" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspectives* (M.J. Larabee ed., Chicago, 1993) 87, 91; Clement, *ibid.*, at p. 4.

48 L.C. McClain "Atomistic Man" Revisited: Liberalism, Connection, and Feminist Jurisprudence" 65 *S. Cal. L. Rev.* (1992) 1171, 1218.

במקדש לעשיית צדק במובן של הגינות ויגילי האמת, אלא כידת קרבי, שבה יצפה "יטוב" (במובן "התחנך").<sup>36</sup> בקורות נוספת, הכריכה אף היא באופן נרחב של ההליכים השיטתיים, נוגעת במרבית תפישות המשפחיים שהשיח הרווח מספק, שני פתרונות בלבד עומדים לדור לפני הצדדים המתמודדים: יציאתן או הפסדן, והשזחה אינו מנוצל.<sup>37</sup> התמקדות בעקרונות נקשרים ובהצדקות שיטתיות וחי-צדדיות מסמאלת לעיתים את עיניהם של הצדדים במהות לפתרונות ישיגים יותר, בהצטרף הגישה האמורה להלכות המידע המובא לפני בית-המשפט, נמנעת מן המגוון המכריע האפשרות להציע פתרונות יצירתיים וגישיים שיצמצמו תוצאה לשיני הצדדים ויסבו להם שביעות רצון.

היטב זה בהקשר למיעוץ בקורות, נוסף היוצא כנגד שית הוכריות המסודרת, על מאפייני התחרותיים והקנייניים.<sup>38</sup> על-פי המיטה זו, שפת הוכריות, כפי שהיא מוכרת לנו כיום, עושה שימוש במגוונים שמקורם בעולם המושגים האינדיבידואליסטי-הקפיטליסטי, הרטרוריקה המקובלת מוכרת על הוכריות כעל משאב מוגבל ומלגישה את יסוד המאבק, ולפיה הנאת פלוני מוכרת משמעה בהכרח פגיעה בכושרו של אלוני. לפי גישה זו, תוצאת המאבק הינה "הכל או לא-כלום", גישה זו יוצבת, על-פי התפיסה המקצועית-הקניינית, כמכשול להשגת תכרה ראוייה יותר, המבוססת על אחרות והרדייה.<sup>39</sup>

הביקורת המרכזי בהקשרו קובל על כך כי עיצוב מבנה המשפחה והיוון בהתאם לקו זה וקליטתו של שית הוכריות בהקשר של מחלוקות בתוך המשפחה גרמו לפגיעה בקשרים הבינאישיים ולירידת האי-אמון.<sup>40</sup> דני המשפחה בשלבים, לאור התפיסה הליברלית, על-ידי אינדיבידואליזם ומאופיינים לצדדים, כפרט בעת משבר כרוסי המשפחה או בניסוח של החדרה, והם מאפשרים לצדדים, במידת בעת משבר כרוסי המשפחה או בניסוח של פירוד, להתגבר מאחורייתם והרדייה להחזיק, במובן המוסרי, את הייתה המשפחה כלא חיוני. הפן המשפטי מלווה בשנייה-תכרותיים המודיעים את הירידה בעוצמת

36 Freyer, *ibid.*, at p. 204.

37 Menkel-Meadow, *supra* note 10, at p. 765.

38 לתפיסת הוכריות כמובן של הפרט, ראו: Menkel-Meadow, *supra* note 27.

39 T. Beauchamp & J. Childress *Principles of Biomedical Ethics* (Oxford, 4th Ed., 1994) 77-85; H. Barnett *Introduction to Feminist Jurisprudence* (London, *ibid.*, at pp. 388-391).

40 ברצוני להתייחס כי ביקורת על שית הוכריות בהקשר זה אין משמעה קריאה להחזרת תעמדת המבקשת לאבחן את תחום דיני המשפחה (כמו גם את המשפחה עצמה) כתחום נפרד וסגור, אחרונה שישמעה לשימור המבנה הפטריארכלי של המשפחה ובחריזת לא-תערבות גם במקרה של פגיעה בחלשים.

41 L.J. Lacey "Mimicking the Words, but Missing the Message: the Misuse of Cultural Feminist Themes in Religion and Family Law Jurisprudence" 35 *B.C.L. Rev.* (1993) 1, 24; B. Hafetz "The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy - Balancing the Individual and Social Interests" 81 *Mich. L. Rev.* (1983) 463.

כהגות (התפיסה ה"גברית") קושרת התפתחות מוסרית להבנת זכויות וכללים<sup>54</sup> ומשיקפת על הוילמות המוסרית כעל קונפליקט בין זכויות, תפיסת המוסר תנשית מרגישה את האחריות והאכפתיות ומתמקדת בהבנת מצרכי יחסים.<sup>55</sup>

ההבניה המוסרית הנשית אינה מתבססת על הקרימות של זכויות הפרט, אלא על מה שחן (הנשים) הוודות ומתארות כרגש על אחריות כלפי האחר וכרגש של אכפתיות.<sup>56</sup> על רקע זה הדיבור אינה עוד כיער לממש את זכותו של האחר מפלי לפגוע בזכותו של האחר, אלא כיצד אפשר לקיים אורח חיים המולל מהזכות משפתותיה והכרזתה. תפיסת האגו, להבדיל מתפיסת המוסריות, אינה גורסת קיומו של פתרון אחר שכל אדם רציונלי יכול להסכים עמו, אלא מתארת את ההתבלטות ואת הזיות ההכרעה תלויה באילוצי תסביבות.<sup>57</sup> בעניינה של גיליגן, השימוש המוסרי הנשי, שנוחשב נחות בשל מאפייניו שפורשו כרציונליות, בלבול וחוסר עקביות, הוא למעשה שימוש מוסרי נוסף שוות מעמד שמונו הוא מבקשת לגזור תפיסה חלופית להגדרת בגרות. תפיסת הנבגרות השונה, השמה דגש במארג הקשרים ובאינטראקציות המציאישיות, תחשוף את העקריות השמורה בשפוט המוסרי הנשי: אחריות כלפי הזולת, שמירת מערכות יחסים ושיחה דגש בחלוח הדדית. בפועל, בשלביה האחרונים של ההתפתחות המוסרית, תפיסת האשה והגבר אינן כה מרחוקות זו מזו כפי שניתן לחשוב במבט ראשון.<sup>58</sup> כך או כך, מדובר בגישות משילמות.<sup>59</sup>

## 2. בקורות על עמודות של גיליגן

בקורות נמתחה על מחקרה של גיליגן, על השימוש שנעשה בגישתה לעיצוב הורם ותרבותי בפמיניזם ועל יישומו בעולם המשפט כמו גם בהחנכי מחקר נוספים. תביעות כללה מגוון שינויים, כאלה המוצעים כטיב המחוקק ואיכותו וכאלה המוגעים במסגרתו.<sup>60</sup> בקורות מרבית נוגעת בהיעדרו של דיין בשאלת מקורותיה של השינוי בין גברים ונשים.<sup>61</sup>

- 54 שם, בעי 44-45, 93.
- 55 לעמדת המשקפת על מחקרה של גיליגן באופן צרוע יותר, פיינגו אורינגטיות מוסריות, ולא היאוריה מוסרית כוללה, ראו: M. Little "Care: From Theory to Practice" 23 *Journal of Medicine and Philosophy* (1998) 190.
- 56 על מקובל של הוגש בשינויים, ראו: J. Nedelsky "Embodied Diversity and the Challenges to Law" 42 *McGill L. J.* (1997) 91, 106.
- 57 גיליגן, לעיל הערה 1, בעי 47.
- 58 שם, בעי 178-180. ראו גם את סקירתה של Larrabee והתפנית המוצרות, M.J. Larrabee "Gender and Moral Development: A Challenge for Feminist Theory" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 3, 14-15.
- 59 גיליגן, שם, בעי 57.
- 60 ביחס לטיב ותחוק, ראו: Z. Luria "A Methodological Critique" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 199.

להאמתו לסכסוכי משפחה על ידי הכללת תמושג "אחריות" במסגרתה<sup>48</sup>. או על ידי השמתו על אתוס של חלוח הדדית.<sup>49</sup> הללו מאפשרים כביכול מצואת מענה לפגמים למסומאים והתאמת שית הווכיות לתחום המשפחה. עם זאת גריאה כי יש מקום להעדיף תפורה חלופת כוללת, כפי שזיה באה לרדי ביטוי בשית היחסים. לזכות מגוון פגמיו של שית הווכיות, אין די בגיזרת התאמות נקודתיות, ונדדשת ריוויזית מקיפה. הצגת חלופת כוללת מאפשר מענה אחיד וקוהרנטי ותמציל מתינוג הפתרון כטובייקטיבי ואף גממני, הנועד להחלים עצמו למקרה נקודתי.

## ג. שית יחסים

### 1. מקורותיו של שית היחסים - מחקרתן של גיליגן וממשיכותיה

מקור השראת מרכזי לשית היחסים כפי שהוא מובא כאן הוא ספרה של גיליגן בקול שונה - התיאוריה הסטוכולוגית והתפתחות האשה<sup>50</sup> והמחקר הפוליסופי שהתפתח ממנה.<sup>51</sup> מחקרה של גיליגן, שמקורו בדיסציפלינה הפסיכולוגית, שימש השראת לפיתוח הורם והזכויות-הקישורי בכתיבה הפמיניסטית. גיליגן, שעסקה בכירור המודל הוותיק והתפתחותי-המוסרי של הפרט, מצאה כי הספרות הקיימת העוסקת בהתפתחות האשה תוסאת להתפתחותה של האשה. הדגם המוסרי הקיים, המבוסס על המודל הגברי, נוצר על בסיס מחקרים שנערכו ברובם בגברים, ולאורו נראית האשה שונה והנחותה מבחינה התפתחותית ומוסרית, שהיו לא צלחה את שלבי ההתפתחות כפי ששורשטו על ידי התאורטיקאים הקוליסיים. לרדה, בדיקה מודלית של המרכיבים תוך עמידה על התפתחותן של נשים מלמדת כי "הנשים" אינו נשים, אלא בדגם הקיים, הטובל ממגבלה ביצוג ומשטטה של אמיתות מסוימות על-אודות החיים.<sup>52</sup> הקול שאינו מליצג במודלית זה היאורטיים, הקול "הנשי", הוא הקול השונה - קול היחסים, קול התובע המשכיות והיאריות בקשר האנושי. לאורו, תפודות פסיכולוגית, שקיבלה מקום של כבוד בהיאוריות ומתרכז בקשר האנושי.<sup>53</sup>

ההתפתחות הקוליסית, מופיעה כבעיה אנושית.<sup>54</sup>

תיאוריות ההתפתחות הקוליסיות מבוססות אם כן על הדגם הגברי המקריש את התיפודות והיאוריות-הקוליסיים. התיפודה המוסרית שפותחה על בסיס היאוריות הקוליסיות רואה במוסר שנגזר מוכויות את שיאה של ההתפתחות המוסרית. בעוד תפיסת המוסר

- 48 M. Roberts "Parent and Child Conflict: Between Liberty and Responsibility" 10 *ND J.L. Ethics & Pub. Policy* (1996) 485.
- 49 "רוגן יכולת חלוח כוחות לשתיתיות" עינת משפט כו (2008) 951-952, M.J. Larrabee (ed) *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (Chicago, 1993) 199.
- 50 גיליגן, לעיל הערה 1, בעי 9, 90.
- 51 ראו לעיל הערה 4.
- 52 גיליגן, לעיל הערה 1, בעי 9, 90.
- 53 שם, בעי 17.





(ב) תמצנה ששית הנלווים מציע

האפליקציה המוצעת כאן, הנשענת ריצונית על עמדתה של גיליגן, "יצירת מרחב שיעוני הבקורת ומעקרת אותם מתוכנם. שותף איזי מבקשת לקלוט את צעדיה של אחרת והאגה לתוך השיח המשפטי מבלי לשוטרם כדפוס נשי דווקא, אלא להפעילם כעקרון חברתי מנחה, ברצוני לציין את תרעין מבלי לשטר את יחוס הנשי, ולעשות בו שימוש כרצון הגונן-כיליגן.<sup>80</sup> בחזרה זו כשלעצמה מנסרת חלק ניכר משיעוני הבקורת והחסים מספק מענה מוכרז ומשולש להשש המנואר. קלטת שית היתוסים, כפי שמוצג כאן לצעני, אינה מייצרת אן מחלפה את העקרונות העומרים ביסוד שית הנלוויה, אלא נוצרת להיבא לידי הפעלה המשלבת תוך יצירת ההזמנה הנדרשת. השיטה המוצגת כאן נכר להפעלה הרישה לזכרה נסיבות המקרה. אפשר שצקרון השוויון ייצא אפילו נשבר, שכן שית היחסים המתחייב להפעלתו הקשובה של קנה-המידה השוויוני בדים לפרט ומקונקרט יאפשר הפעלה רגישה ומהותית של צקרון השוויון ויישומו באופן ראוי יותר.<sup>81</sup> דווקא מתוכניות לצקרות השיח הרגיש לשינוי התרבותי של הפרט, להקשריו ולקשריו עשירי לתת ביטוי מדויק למבנה הכוח הקיימים בתרבה ולשפל בהם באופן נאות, בפרט במקשרי המשפחה.<sup>82</sup>

השילוב המוצע בין אתיקת הדאגה ואתיקת הנוריות במסגרת שית הנלווים יאפשר,

80 בלשונה של Friedmann the demise of the moral psychology and moral philosophy which would survive in revealing the lopsided obsession of contemporary theories of morality, in both disciplines, with universal and impartial conceptions of justice and rights and the relative disregard of particular, interpersonal relationships based on partiality and affective ties" (Friedman, *supra* note 45, at p. 260).

81 Sevenhuijsen, *supra* note 4, at pp. 63, 109, 141; Nedelsky, *supra* note 25, at pp. 20-21; West, *supra* note 63, at pp. 89-90.

82 בקיפן, סילברמן, לעיל הערה 8, בעי 133. השתקפותו של הזגם הליברלי במשפחה מטריטית הוגדה ומורכבת מפרטים בעלי תפוצ שווה ונוריות שוות, כפוף להזיוגים ומשפחות שהוכנסו עקב ההבטחה הזוגית הליברלי צרו אשליה של שוויון, אך המציאות נותרה במידה רבה קשוחה לגבי נשים וילדים תמור מבר, בחלק מן המסגרות החברתיות. הפעלת שית הנוריות, ובמסגרתו השוויון המורכב, להיידו אי-השוויון המוחותי, על כוללים ויכסים אלה ראן פ' שיפמן "מעמד האשה במשפחה: שינויים משפטיים ואקלים חברתיים", רדאני, כ' שול' ומ' לברקובי צורכות, תשי"ז, 19, 50; ר' הלפרין קרדין "במשפט (פ' רדאני, כ' שול' ומ' לברקובי צורכות, תשי"ז, 19, 50; ר' הלפרין קרדין והכוננה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז (תשי"ב), 105, 157-167; לפישקי, לעיל הערה 6, בעי 225-236; סי דוידוביטשילד "פסקדין פמיניסטי זהב נוסף על פרשת הנמני" יעוני משפט כ (תשי"ז), 221, 235, 41, at 900; Lacey, *supra* note 41, at 900; p. 23; M. Minow "Consider the Consequences" 84 Mich. L. Rev. (1986) 900-121; Sevenhuijsen, *ibid*, at pp. 90-121.

ואפשרות שתשיפוט המוסרי האחר אינו נחלתן הבלעדית של נשים, והוא משקף חשיבה אנושית חלוטית המצויה אף בקרב גברים.<sup>74</sup> יציוב המושג "אוטונומיה" ותפיסת הפרט כיסוד נבדל ובלתי-תלוי תברית נעשה תוך תקצנת סטריאוטיפים גבריים, וכוח אף תולתי חלק ניכר מן הגברים מחוץ לתמונה.<sup>74</sup>

ניתן להעריך כי נוסף למינומנתו השופרולית, שאפשר שהובילה לתפיסתו המוסרית האמורה, צמדנת המוסרית ה"מורכבת", הנמיתה והפשרית של נשים כרוכה אף בחזרתותן ובחלשתן לתוכו את נוריותיהן.<sup>75</sup> שונות זו, שמקורה תברתי, עשויה לחזק עם שינוי תציתים. למעשה, ייתכן שבדיקת מחדשת של ממצאי גיליגן נוסם, שולשים שבה בקידוב לאחר צריכת מקדידה, תלמד על שינוי מהותי במצויי גיליגן נוסם, שולשים שבה בקידוב המוסריות.<sup>76</sup> אפשר שעם השגת חלק מיצירות של המהפכה הפמיניסטית, תישגים שהתאפשרו, בין היתר, כתוצאה מאימוץ מונחי הנוריות, שונן תפיסות הנשים כלפי עצמן והתפיסות החברתיות, וכתוצאה מכך יצטייר מודל התפתחותי-מוסרי שונה.<sup>77</sup> מעניין כי אף אם התרחש שינוי בתפיסת הנשים ואף אם חלה בה התקבכות מהותית למודל ההתפתחות והחשיבה שיינו בתפיסת הנשים ואף אם חלה בה התקבכות מהותית למודל גיסא, אפשר שהשינוי המהפכה הפמיניסטית תעניק לנשים עצמנה דומה לזו של הגברים, עצמנה שאפשר להן לתת ביטוי מלא לחזותן, שאינה שונה מהותית מזו של הגברים, מאידך גיסא, ייתכן שהעוצמה הנשית לא תובילה לחשיפת "זאנו האמיתי" של הנשים, אלא הניעה אותן לאמץ את השיח הנגדי מתוך רצונן להיחלשות לגבר ו"לסימל נטונו, שילמדו כי השיח הנגדי, שית הנוריות, משמש כלי-שית מצוין, שהרי הוא חקנה לתן רשיגים לא-מובטלים.<sup>78</sup> על-פי התפיסה האחרונה, השיח הנשי ה"חדש", אם תמלה כזה אינו משקף נאמנה את תפיסתן המוסרית של הנשים, אלא מחזוה מעין התפתחות "לשבעי".<sup>79</sup> תחא התשבה לחוליות האמורות אשר תחא, אין משמעות הדבר כי לא נוכל לאמץ את הדגם החלופי המשקף בתפיסתו, תיוג התפיסה כמשקפת חולשה אינו שולל את חינה ואת נכונותה, אין מניעה שמן הקושי של נשים בעבר, ובמידה לא-מבוטלת גם כיום, לדרוש ולומר "מניע ליי" קרה ניתן לקק את חסוב.

Approaches and the Double Bind of Surrogacy" 69 *Chi. Ken L. Rev.* (1993) 303; M. Becker "Feminist Theoretical Approaches to Child Custody and Same-Sex Relationships" 23 *Stetson L. Rev.* (1994) 701

73 גיליגן עצמה מבוירה בהתיבה באחרות יחוד כי מדובר בקול שאינו נכרתי נשי, ראו: C. Gilligan "Reply to Critics" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larabee ed., Chicago, 1993) 207, 209

74 Friedmann, *supra* note 46, at pp. 38-39

75 C. Menkel-Meadow "Excluded Voices - New Voices in the Legal Profession Making New Voices in the Law" 42 *U. Miami L. Rev.* (1987) 29, 43

76 Beck-Gernsheim, *supra* note 20, at pp. 79-80; 77 רמו לברבים ניתן למצוא אצל גיליגן, לעיל הערה 1, בעי 148-163, 164-174

78 שילישות, תגמנת שוויון הנוריות לנשים מובילה לשינוי בתפיסה העצמית של הנשים, להבה בתוסמן ולהתייחסות לצורכיהן במישורין.

79 Barnett, *supra* note 39, at p. 202

78 Barnett, *supra* note 39, at p. 202

79 Larabee, *supra* note 58, at p. 14

לשינוי חברתי. הוא מבקש את השוואת הלב ליהסי הכוח והאפשר, תוך התמודדות נקודתית, את פירוקה של פיקציה ושיוויון ומתן מענה קשוב ומדויק יותר לצורכי הנזרם הטובל מנודות ותולדה.

ז. תחולתו של שיתוף החיים – יישום והשלכות

1. תגובת התחולתה להסדרת יחסים בין צדדים קרובים

שיתוף החיים יוצע, במטרה זו, לשמש שיתוף משפטי מנחה בהקשרי משפחה. לתולת השיתוף בהקשרי משפחה יש הצדקה דו-ממדית. מחד גיסא, הקושי הכרוך בשיתוף הכוחות בולט בהקשרים אלה,<sup>91</sup> הקושי נובע מן התלונות הכרוכות בהפעלת ההליכים האזוריים בהקשרי משפחה ומן האיום שבסקר מעקרויות שיתוף הכוחות האזוריים האזוריים, על היבטי החוויים, המסחריים והמבדילים, לזוטה של המשפחה קרי, המתחרה הנוכח הכרוך בהפעלת שיתוף הכוחות דווקא בהקשרים משפחתיים. מאידך גיסא, תצלוחו המפגיש של שיתוף החיים נכונה בהקשרים אלה.<sup>92</sup> כמובן אפשר להצדיק כי בהקשרים אלה נמצא אצל הצדדים נכונות גבוהה יותר לשתף-פעולה עם הליכים תלפיויים להליכים האזוריים המקובלים ולפעול על-פי עקרונות-זכות המשפטים אחריות מתמשכת. בראי כי השאיפה להגשמה סבדרית של אינטימיות ואי-אנוכיות בהקשר המשפחתי הינה שאיפה ראוייה, בת-השגה וליגיטימית.<sup>93</sup> ארוהב מצע ביחס לחיבת זה.

יהסי המשפחה, ובראש ובראשונה יהסי חורים וילדים, נראים כאחר המשלך רעיונות של צדק ואכפתיות. כך, תחלת שיתוף המתייב לקני-המידה המוסריים המדינתיים יסודות של קשר, הודינות, תלות, אחריות וראייה מובנת מאליה כמעט בהקשר המשפחתי.<sup>94</sup> קני-המידה המפורטים מופיעים באופן וולונטרי בהקשרים אלה ותחולתם הנורמטיבית המתייבת תוכנה במידה רבה של שיתוף-פעולה.

ייתכן שתהיה יחסי חורים-ילדים מהווה כבר עמדה מובלעת המבקשת לשמר יחסים משפחתיים מסוג אחר. לזכות עקרון שותף-ליל, הוראה בילד מושא להגנת המשפט, ולגורמה הפיכת האחריות החוזית, המשפט מתבונן בילד ובחוסריו עם הוריו באופן ייחודי ומכריז ערכים בלמות הערכים המוגלמים בשיתוף החיים. אולם מוגמה זו אינה תקפה

91 ראו בהקשר זה לעיל שקפט ליד הערת 40. כמובן ראו: S.C. Kuhn "Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607", 33 *Emory L. J.* (1984) 733.  
92 שחר בארן אופייני נמצא ותחולתו אנוכית פחות כאשר הדובר נוגע בחיי האינטימיות של האדם ובהיבטי עם משפחתו, Which, R.F. Kandel, *supra* note 41, at p. 88.  
93 ראו לוחית כי דים מדויק בהתייבה העוסקת באתיקה של האגה משותף את יסודותיו על יחסי חורות-אינטימיות; *supra* note 4, *Sevenhuisen*, *supra* note 63, at p. 35.  
94 ראו בהקשר זה לעיל שקפט ליד הערת 40. כמובן ראו: S.C. Kuhn "Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607", 33 *Emory L. J.* (1984) 733.  
95 שחר בארן אופייני נמצא ותחולתו אנוכית פחות כאשר הדובר נוגע בחיי האינטימיות של האדם ובהיבטי עם משפחתו, Which, R.F. Kandel, *supra* note 41, at p. 88.  
96 ראו לוחית כי דים מדויק בהתייבה העוסקת באתיקה של האגה משותף את יסודותיו על יחסי חורות-אינטימיות; *supra* note 4, *Sevenhuisen*, *supra* note 63, at p. 35.  
97 ראו בהקשר זה לעיל שקפט ליד הערת 40. כמובן ראו: S.C. Kuhn "Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607", 33 *Emory L. J.* (1984) 733.  
98 שחר בארן אופייני נמצא ותחולתו אנוכית פחות כאשר הדובר נוגע בחיי האינטימיות של האדם ובהיבטי עם משפחתו, Which, R.F. Kandel, *supra* note 41, at p. 88.  
99 ראו לוחית כי דים מדויק בהתייבה העוסקת באתיקה של האגה משותף את יסודותיו על יחסי חורות-אינטימיות; *supra* note 4, *Sevenhuisen*, *supra* note 63, at p. 35.  
100 ראו בהקשר זה לעיל שקפט ליד הערת 40. כמובן ראו: S.C. Kuhn "Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607", 33 *Emory L. J.* (1984) 733.

לאור תכליתו של האחרון ומאפייניו, להמשיך להשתמש במושגים המוכרים לנו משיח החברות השגור, המושג "זכות" אינו נעלם והשיבותם של האוטונומיה והשוויון אינה נפגמת.<sup>88</sup> עם זאת, יציקה במסגרת שיתוף אחר עשויה לעצב את תוכנם של המושגים באופן שונה ולתוביל להכרעות אחרות באלה שהיו מתקבלות כתוצאה מהחלת שיתוף החירות בטהורה, תחת שיתוף החיים נוכח להמשיך לעשות שימוש במושג "זכות" מבלי שהיה בכך סכנה לקיומה השיתוף ומבלי שיקחה בכך כדי לפגום בערכים האחרים שבקשנו לקדם, ובכללם אחריות הדדית, ראיה והמלה.<sup>84</sup> ערכים אלה יוכלו לתגות אותנו בעיצוב חוכות עצמה. נוכח לאמץ בהקשר זה את שיעונה של Nedelsky, המבינה את המושג "אוטונומיה" לא כאמצעי לבידול ולהצצה בין הפרט לחולתו ובין הפרט לחברה, כי אם כמושג חיוני, משקף ומקדם את היחסים בין הפרטים. ברוגה לכך תוכל החוכה לגלם רכיבים של אחריות הדדית וקשר,<sup>86</sup> וכבוד האדם יתמלא בתוכן חלופי, תוכן שיגשים במידה רבה את מאפייניו של שיתוף החיים.<sup>87</sup>

אולם פתרון זה אולי אינם מספקים מענה כולל לביקורת שצויינו. ספק מתעורר, מן ההקפה הפמיניסטית, בנוגע לשאלה אם רצוי, באופן עקרוני, לשאוף, בהתאם לאתיקה ההגה, לשימור חזיון החיים באשר להחיים הרווחים בפועל וכלי קשר לתביעה העצמית ושיוויון, הנים, בהקשרים מסוימים, יחסים היררכיים – יחסי כוח ושלטון.<sup>88</sup> לשיטתו, שיתוף החיים מודיע לביקורת האמורה, אך טופן בתוכו את ראשית פתרונה.<sup>89</sup> יישומו של שיתוף החיים בכל מקרה נתון יעשה בצורה הנדירה ותוך שימת-לב למערך של יחסי הכוח ותוך התחשבות בו,<sup>90</sup> באופן שהגורמים החלשים לא יסבלו מהחזרתם, ותוך ניסיון, דווקא באמצעות שיתוף זה, לקדם את עצמם. שיתוף החיים טופן בתוכו פוטנציאל

83 להמשך ישימוש במושגים אלה יש חשיבות אינטרסונלית. Nedelsky, *supra* note 25, at p. 3. M. Freeman "The New Birth Right? – Identity and the Child of the Reproductive Revolution" 4 *Int. J. Children's Rights* (1996) 273, 276. H. Cohan "Equal Rights for Children" (Totowa, 1980) 15-22.  
84 J. Kleinig "All Children and Rights" 8 *Educational Philosophy* (1976) 1, 14-15.  
85 Nedelsky, *supra* note 25; J. Nedelsky "Reconciling Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities" *Law and the Community: The End of Individualism?* (A. Hutchinson & L. Green eds., 1989) 219; J. Nedelsky "The Pactical Possibilities of Feminist Theory" 87 *Nw. U. L. Rev.* (1993) 1286, 1289 כמובן ראו: *Relational Autonomy: A Feminist Perspective on Autonomy, Agency, and the Social Self* (C. Mackenzie & N. Stoljar eds., New York, 2000) ליישום דומה של הרעיון בהקשרים אחרים ראו א' גרוס "זכות חוקין כוונות חוקיות ותוקיטוד: כבוד האדם וחוקיות" עיוני משפט בא (תשנ"ז) 412, המביר על "קנין כהחיים" חי דגן "דיני קניין: דיני נשילה שלשונות ודיני תחזות – לקראת שיתוף קניין חדש" ספר העתה של המשפט בישראל תשנ"ז (א' ריון-צבי עורך, תשנ"ז) 673-679.  
87 בקיבן, סילברמן, לעיל הערה 8, בע' 127.  
88 Arias, *supra* note 61, at p. 43.  
89 לעצמה נודעת יתר, ראו: C. H. R. Y. B. (1989-1990) 65, 106-107 "Stabilization Decisions".  
90 Arias, *supra* note 61, at p. 45; Beauchamp, *supra* note 39, at p. 91.

משפחתו ומגוון. גישה זו מתיישרת עם המהותיות עם שיח היחסים לשטוש התפיסה הקונפליקטואלית ולכיוון התפיסה הקשיוורית.<sup>102</sup> אינו מצונוינת בשלב זה לשרטט את התחום המדויק שבו יוחל שיח היחסים. לצורך רישומה זו ניתן להסתפק בעצמה כי ראוי לאמץ את יישומו ככל שמדובר בסכסוכים בין צדדים קרובים של יחסים ביניהם יש משמעות עם לעתיד לבוא. השיח מתייחס במובנה לוחל בתקשים של יחסים בתוך המשפחה, יחסים בין זוגים לצאצאים, בין זוגים ואף בין בני-זוג צעגמם, בפרט כאשר הם משמשים זוגים משותפים.<sup>103</sup> כאמור, שיח היחסים המוצע לא נועד לשמש חריג לשיח הקיים וגם לא לשמש יוצא מן הכלל שייקום לצורך פתרון סכסוכים ספציפיים. ככל שמדובר בנגזרת המוצעת ליישומה, יש להפצילו כהלומה שיפוטית והקניה מחייבת ולהעמידו כשיח כללי. ככל שמדובר בנגזרת זו יש לשאוף לקליטתו אל תוך החוק ככלל מחייב, ולא כאמצעי לשיפול במקרים חריגים. על-פי רעיון זה יוחלו קני-המדה הנובעים משיח היחסים מקום שלא תושג בו הסכמה בקנה-מידה שיפוטי מחייב. במקביל ישמשו שיפוליו המגוונים כלי ליעצוב התסדר החוק הכללי.

2. מאפייני שיח היחסים

שיח היחסים, כפי שהוא מיוצג כאן, מורכב כאמור משילוב רעיוני של שני קולות מוסריים מוכרים: אתיקת החיוביות ואתיקת הזאתה, תוך ניסיון לזקק מהם את המיטב ולשלבם לברי שיח משפטי אחי. עם זאת, אתיקת הזאתה כשלעצמה משמשת עונו מוכרי לשיח המוצע וצובעת בבירור את מאפייניו. היא מתרכזה ביצירת קשר עם הזולת ובשמירה עליו, מצדפה מערכות יחסים על בידוד, מדגישה את ההגובה כלפי הזולת והיאגה והתחייבות ביחס אליה.<sup>104</sup> ראגה, לפי גישה זו, משמעת הכנה המציאות של הזאתה, ומדחת עם תחושותיו ותחירה להכשתה שלומה. בהתאם, החליף קבלת ההחלטות מהחשב בצורהיהם של הפרטים הנוגעים בדרך ומנסה ליישב את המחלוקת ביניהם לדוחות תכל ותוך גרימת פגיעה מועדית.<sup>105</sup> התחליף מהאפיין בסרטיקטיביות, פפריטיקוליות ובקונטקטואליות,<sup>106</sup> ולסוד הקונטקטואליות מוטמע במובנו הדרה, לא רק ככה המחיוב לשקל את מגוון הנסיבות והפרטים האופנים את המקרה, אלא גם ככה המחיוב לברוך את הרקע התרבותי של הזכרים ולכוון את יחסי הנחות והשיקולים הספייים העומדים מאחורי ההסדרים והשיעונים המפורמליים.<sup>107</sup>

102. Bartlett, *supra* note 43, at pp. 303-304.  
 103. *Zwier & Hamric, supra* note 35, at pp. 431-432.  
 104. *Ibid.*, at pp. 386-387.  
 105. Freyer, *supra* note 35, at pp. 205, 211.  
 106. West, *supra* note 63, at pp. 50-61; Sevenhuijsen, *supra* note 4, at pp. 59-60; M.J. Radin "Market-inalienability" 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 1849; P. Alcabes & A.B. Williams "Human Rights and the Ethic of Care: A Framework for Health Research and Practice" 2 *Yale J. Health Policy L. & Ethics* (2002) 229.  
 107. כדוגמה לניתוח ברות זו, ראו: *Women's*; *Womens' 17 Wis. Women's* (2002) 163.  
 L. J. (2002) 163

לגמרי ראשית, עקרון טובת הילד, כפי שהוא מופיעל, כאמת-מידה נורמטיבית בשח תקייים חינו מורכב וביציות.<sup>95</sup> שנית, המחויבות לעיקרון פוחתת ומיושג וכיזית הילד מקורם לעיתים תוך שימור פגמים של עקרון טובת הילד החוקן תרכוכים הקונפליקטואליים הכרוכים בשיח החיוביות.<sup>96</sup> שלישית, גם כאשר העיקרון ממשוך לחיל, אין המחויבות התצאהלית לטובת הילד מתממשת במישור המעשי,<sup>97</sup> או שהיא מתפרשת כרכיב המשקה תפיסה קריינית ביחסו של החוקר לילדיו.<sup>98</sup> תחומים אחרים, חלקם תורגמים מתיס החרה-לילד במובנם הבסיסי, כגון הסדרת הנושא של הגשמה עצמית, חידות והסדרת חזויות,<sup>99</sup> גם ברמה ההצורהית, מחייבת לרעיונות של הגשמה עצמית, חידות והסדרת חזויות וליערכים העלולים לעמוד לעיתים בסתירה לעקרון טובת הילד, למושג האחריות החורית ולערכים המשפחתיים ברוב שיתוף ודאגה חודית.<sup>100</sup> ככל מקרה, אף אם ניתן לזקק את עקרון טובת הילד באופן שישקף את רוחות הילד "יעשו", לא די בהכשתה קליטתו של העיקרון באופן שבו הוא מוכר כיום, שכן יש בו בכויות החורים,<sup>101</sup> להבדיל מן העיקרון כפי שהוא ולהציעו כגורם מתחרה או מרכז לכויות החורים, ואשר יידון להלן) אינו משמש מופיעל כיום, עקרון טובת הילד המחוייב משיח היחסים (ואשר יידון להלן) אינו משמש כגורם דל המחות משקל-נגד לאינטרס החורים, אלא כמפגונוח כוללת של השיח כשיח

95. זאת לנוכח עיצובו לפי קריינדה סובייקטיביים ובשל האפשרות לעשות בו שימוש להצורך עמדות סותרות, ולפיכך באופן מנוגדלטיבי. ראו, י קפלן "כויות הילד בספקה בישראל - ראשית המעבר מפטרוליים לאוטונומיה" (תשס"ג) 303-317.  
 96. שיפול ריני המשמח ברשדאל ככד ג, תשמ"ט) 226-230, 241-253; פ, יע"י יתחבקות משיפוט לעון טובת הילד" הפרקליט לח (תשמ"ט) 567, 570; פ, יע"י משמעות מושיג "שורת הילד" הפרקליט כט (תשמ"ט) 608; רונן, לעיל תעדה 49, בעל (תש"ג) 1, 1935.  
 97. (תש"ג) 415.  
 98. L. Bilsky "Child-Parent-State: The Absence of Community in the Court's Approach to Education" *Children's Rights and Traditional Values* (G. Douglas & L. Sebba eds., Dartmouth, 1998) 134.  
 99. לגמרי, הגשמתו של החסיד זצאויחין אינה מתיישרת תמיד עם המחויבות המצויה לעיקרון טובת הילד, ראו בהקשר זה מ, רשאני ומי טאסס משמעות המרושנים ציטונוחל חודית "ישורת הילד" - בפסקי דין של בית המשפט העליון הרגים באימון קטינים (תש"ג), ירושלים; ו, ראו: *Wenstain, supra* note 33, at p. 79.  
 100. I.F. Smith "Parenting and Property" *Mothering: Essays in*; ראו: *Feminist Theory* (I. Trebilcock ed., Savage, 1984) 199.  
 101. במויב המוקנה לחם על-פי שיח תכויות כיתודת.  
 102. יחסות עם ילדים: 121-90, at pp. 90-121.  
 103. S.A. Wolfson "Children's Rights: The Theoretical Underpinning of the Best Interests of the Child" *The Ideologies of Children's Rights* (M. Freeman & P. Veerman eds., Dordrecht, 1992) 7; B.B. Woodhouse "Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights" 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 1747, 1756-1757.

במחירי: הכרעה על ההליכים השיפוטיים, פגיעה מסוימת בזוגיות המועילה על גס כחלק מהעיקרון של שלטון החוק הסדר המעשה האנטיסקינדיניות השורה לכאורה על הפרעת שיפוטיות.<sup>111</sup> עם זאת ראוי לשים לב כי אף כיום אין ההכרעה השיפוטית איבקיטיבית ונסלית שיקולים סובייקטיביים. גם בשיטה המועדפת על שית תוכיות קיימים במידה רבה גורמים היוצרים חוסר ודאות וקישור לעצמות את ההכרעה מראש, אם כי חלק מהם נובעים מייבווא אלמנטים הנוגעים במיוחדם לאלה המאפיינים את איכות הזוגות.<sup>112</sup> תחת שיטה המציעה בדיעבד השלמות והתאמת, קיי אומץ בקודתי או עקרוני של חלק מן המאפיינים של איכות הדינה היוצרים השלמה שמוצאתה חוסר אחריות של האלמנטים המאפשרים קול אחד תשתית חרשה המחזיקה סיבותיה המוגנות וברורה של האלמנטים הקשר והרעיה פן הזאתה שמבטיח מידה לא-מבוססת של צדק. מחויבות להבטחת הקשר והרעיה באופן שיבטיח והאחריות המודית ישמשו לקביעת קני-מידה מנהיגים להכרעה באופן שיבטיח בקשיך של הסוגיות השונות, והשילוב בין האלמנטים המרכזיים של איכות הדעה והאקט הנוכחיות מאפשר שימוש בעקרונות של הראשונה לצורך פרישות העקרונות הנובעים מן השינוי המגמתם כמכלול אחד ועקב.<sup>114</sup>

אף אם תואם פגיעה מסוימת בצפיות ובאיבקיטיביות, נראה כי זה מחיר שראוי לשלם, ובלבד שלא ייחזה את הנביל לעבר משיא-צניבים. אין לשכוח כי מאפיינים חשובים לא פחות של התפקוד המשפטי, נוסף על הוודאות והיציבות, הם הנזוגיות וההסתגלות לסיבות מתגוננות ולמונחון האנושי.<sup>115</sup> עקבות וצפיות נובעות בהכרח מהכרעה חסונה באופן חריבות קבוע. מחויבות לאופקים מוגוונים, כפי שמתחייבת בהכרח פולריסציה, מבוטבת בכל הקשר מידה של נבישות, ובהכרח גם מידה של חוסר ודאות.<sup>116</sup> כך או כך, מידת הנבישות אינה בלתי-מוגבלת והוודאות אינה קורסת. לא כל סוגיה ראוי להיות מוכרעת על ידי דיאגנוז, וגם אם התאפשר הכרעה על-פי רצון הצדדים תוך הבטחה אנומטיים של צדדים חלשים, יהיה בכך לקבוע מסדר תקוף שימשו כנקודת-מוצא ועמוד ברקע של הלכי הדין המשפטיים. חוכנו של ההסדר החוקי עצמו עשוי להכיל יציבי גמישות ו"שסתומי יסות" להבטחת הקונסקוטואליות והפרטיקולריות הנדרשת, אך הצורך בקיומן אינו מוטל בספק.

111 69, at pp. 19, 20. *Carse & Lindemann Nelson, supra note*  
 112 דוגמת הרעיון של איזון האינטרסים. על רעיון איזון האינטרסים" המשפטי על שית הווכיות כשית בלתי-מוגדר ובעל מאפיינים קונסקוטואליים, ראו: M. Tushnet "An: A Jurisprudential Essay on Rights" 62 *Tex. L. Rev.* (1984) 1363, 1371-1373; K.L. Karst "Woman's Constitution" *Duke L. J.* (1984) 447, 495-499.  
 113 "Critical Theories and Legal Ethics: The Ethic of Care as an Ethic for Lawyers" 81 *Geo. L. J.* (1992) 2665, 2667.

114 אולם שוויון א' והדאל "ריאוריות קורדנטיים של המשפט" עיוני המשפט יח (1994) 387.  
 115 *Glendon, supra note* 9, at p. 45; A. Scales "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay" 95 *Yale L. J.* (1986) 1373, 1387-1388.  
 116 ראו בהקשר זה את הדגם של Donnelly מידע הווכיות, העומד על חשיבות מנחון ואופקים (Horizons) 47, 70, at pp. 47, 70. *Donnelly, supra note* 45, at pp. 47, 70.

השיטה המשפטית המוצע מעוצב לאור התפיסה המוסרית המגולמת בקול הקולא לפעול מנחון השומות-לב לאזור ומחנך יחס של דאגה. השיטה מכתבת שותפות קבלת החלטות ייצגשה תוך הקשבה הדדית ופתיות ערוצי תקשורת, התחשבות בכון האנושי וגישת פייסניות לפיתוח המתלוקות. להבדיל מן העימות הדיכוטומית-ההירדרי המאפיין את שית תוכיות (תובע-נתבע / מנצה-מפסיד), יאפייין שית היחסים ברכיבים של דיאלוג, קשב ופתיחות לוחלת, בהתגברות על ההתנגדות העצמית והמכור ובריון אי-היררכי, תוך צמצום ההתנגדות הבינונית. אף כאשר יש תובעים ונתבעים, מוגמתו של שית זה היא למצוא את הדרך להסכמה שתבטא את האינטרסים ההווכיות של הצדדים. מטרתו של שית זה אינה להביא לידי ניצחון על האחר, אלא הוא מבקש להגן על התובע והנתבע כאחד. במסגרת שיטה קשורה, המבקשת להתחשב בעמדותיהם של כל הצדדים הולונומיים אינה מחויבת להכרעה בינרית, יהיו הפתרונות שיסופקו, בהכרח, גמישים יותר. השיטה מאפשרת להעדרת צידותיות, שכן היא מביאה בחשבון את מאפייני היחודיים של המקרה, את נסיבותיו הספציפיות ואת רצונותיהם וצורכיהם של הצדדים.<sup>108</sup> אפשר להעריך שיצוריות וגמישות בעיצוב הפתרונות המוצעים יגבירו את מידת התאמתם וישימותם לטווח הארוך.

אמנם מידה של אחריות אין משמעה ביטול עצמי.<sup>109</sup> השיטה המוצעת אינה דורשת ותורו על רעיון ההגשמה העצמית. ביטול עצמי ותקרות למען האחר לא רק שאינם עולים בקנה אחד עם עקרונות איכות תוכיות שאנו ממשיכים להיות מחויבים אליהם, אלא גם אינם הוואמים את אלמנט הדאגה עצמו. אולם עמידה על זכויותי אינה מבחינה, על-פי השיטה המוצג, עיוורון כלפי נסיבותיה המיוחדות של הדילמה ואישימות כלפי האדם המסתתר מאחורי מסכת הדיכוי וצרכיו הייחודיים. במקום המרכוחות בפול, השיטה מבקשת אגב חכמה בקולפליקט, לשקול את מערכת היחסים הממשית מכל היבטיה של התוויה האנושית ולהיכיר במציאות של האחר ובקיום המשותף.

נוסף על אומץ המכרעה בקונפליקט, תפיסה זו משמעה על עיצוב התוכן של תוכוח החליות, והתפכים מפורטים מפורטים לגורמים מכילים. אלה כשילעצגם שומרים על מקומם בשיח היחסים מבחי השפעה של איכות הווכיות, המבחינה, כאמור, את המוחיבות לשלימוד ולהבטחה וכויות חורויות ופולטי. עם זאת, מוכנס ואופן "שומם עשוי להשתנות כחוצאת מן השילוב הדינמי והן המתויבות הנוספת לאתיקת הדינה.<sup>110</sup> תחת זגם זה תודג עובר מריאית תוכוח כאלמנט חוצץ מפני התערבות הולת והתבהר לריאיתו כאלמנט המגשים את האינטראקציה בין הפולטי לטכניתי, תוך הכרה בהשפעתה על קיומו והגשמתו העצמית של הפולטי.

108 *Zwier & Hanic, supra note* 35  
 109 *West, supra note* 63, at pp. 79-84; A. Bush & J. Folger *The Promise of 109 Mediation - Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* (San Francisco, 1994) 81, 255.  
 110 לחלף סקסט ליד הערות 123-128.

ועקרון הממוקד בהגדרתן של זכויות, היזן מתוכו ביאתור שאיפותיו העיקריות של כל צד, ובכנייה משותפת של פתרון מיישבי, המסוחר מן הסד המשפטי ומנופה שאר צניינים השפלים לעניין הקונקרטיים<sup>121</sup>. עם הזדמנות הנמנים מוזכר כי הכרעה מוסכמת מעודדת שיתוף פעולה ומשפחת את הקשר בין הצדדים. התוליד צצמו, בתהליך המגשר, מעודדת פחות, תיזוק קשרים ויחסיים והימנעות מתחושות אשם. התוליד הממקד בעצתי, מנסה לצמצם מתוך עבר ומחויבי ליישום עצתי מוצלח של ההסדר<sup>122</sup>.

ברומה לשיח היתוסים, יתרונותיו של הנישור מתבטאים בהקשרו של תחום המשפחה, והישמוש בו בהקשר זה הורחב<sup>123</sup>. כפי שארבה דייטש מציינת, "ההנהגה היא שולדן ראוני וממונה כל כולו בהסכמים גבוהה מנכונותם לכצע פתרונות שוכנו עליהם. מודובר בהלכט לממש פתרונות מוסכמים גבוהה מנכונותם לכצע פתרונות שוכנו עליהם. מודובר בהלכט חשוב, בעיקר בתחום המעמד האישי, שבו הצדדים מצויים בקשר נמשך ביניהם"<sup>124</sup>. יתרונות נוספים כרוכים בפוטנציאל ההלדך "...לצב פתרונות תפורים" עבור הצדדים<sup>125</sup>. ובמצום העלויות והגזירות בהשוואה לאלה הכרוכות בהליכים שיפוטיים ארוווסריים. ככל שמדובר בהליכי משפחה, העלויות והגזירות עלולות להיות גבוהות ממודד והסוגיות במידות. נמדדל אף לא לא מלא, של גורמים רגשיים יצמצם את הפגיעה במחיינים וככני המשפחה המושפעת מן החליים, ובכלים הלידים, ועשוי להוביל כהוצאת-לואה, להגברת של מידת היישומות של התרועות שיתקבלו ושל נכונות הצדדים לשחק פעולה לאורך זמן<sup>126</sup>. יתרונות אלה מתלכדים עם היתרונות שהוצגו בהסד לשיח היתוסים.

- 121 שם, בעי 22.
- 122 אם כי אין להעלים כמותן מפניו האפשריים של הלדך הנישור, פנמי היתור האנדרוויים ופנמי ההסדרות, ואן ס' אוטולנגי "ההוריו על הקוקה הנישור" שניי מושפג ג (תשס"ב) 26.
- 123 כפי שדויטש מציינת, שימוש בהליכי הנישור אפיון מלכתחילה בעיקר כסוכרי משפחה. דייטש, לעיל הצורה 118, בעי 26. במהלך השנה התרחב השימוש בהליכים אלה, והוא מקובל כיום ברוב שיטות המשפט במדון תחומים. על הקקע לשימוש בהליכי וישור בהתורים משפחתיים ביטת המשפט האמריקאית, ראו: A.J. Rigby "Family Law: Alternate Dispute Resolution" 44 *La. L. Rev.* (1984) 1752.
- 124 דייטש, שם, בעי 32, 40.
- 125 שם, בעי 43.
- 126 עור על הסדרותיו של הלדך האנדורווי ויתרונותיו של הנישור בהקשרי משפחה ראו ברק "הנישור כסוכרי משפחה – גיש בין בית המשפט לענייני משפחה לדן בית הדין תודתי" המשפחה בעידן בית המשפט למשפחה (י גינפון עורך, כרך ג, 2000) 1149; ד' אלד "תוצגות לישור כסוד: חלופת שפולית בבית המשפט לענייני משפחה" המשפחה בעידן בית המשפט למשפחה (י גינפון עורך, כרך ג, 2000) 1217; Rigby, *supra* note 123, at p. 1727; G.D. Williams "Weighing the Costs and Benefits of Mediating Estate Issues Before Disputes Between Family Members Arise: The Scale Tips in Favor of Mediation" 10 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2001) 819; Weinstein, *supra* note 33, at p. 79; D.E. Gaschen "Mandatory Custody Mediation: The Debate Over Its Usefulness Continues" 10 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (1995) 469, 482-483; Menkel-Meadow, *supra* note 10, at p. 754.

כפי שייסבר, מוצע להפעיל את שיח היתוסים בשני מישורים. במישור הדיוני, ישרטט המשת דרך חלופות לביחבת הקונפליקט ולהכרעתו. כחלופה להלדך השיפוטיו האנדורוויס יוצע הלדך שינקוט בקנה-מידה משרני וגמיש ויחייב דיאלוג שתוצאתו הסכמה או התחלבות הדיית. גם אם תידדש הכרעה שיפוטית כופה, יעוצב תוכנה תוך מחויבות לביחבות המקרה ומאפייני הצדדים. במישור התוכני, ישפיע שיח היתוסים על תוכן ההסדר שיינקט ויפה את הכף, במקרים המתאימים לכך, לטובת העדפת פתרון של קשר, אחייות חלופית, ראגה מתמשכת לפרט ולילד וצמצום הפגיעה בצדדים למחלוקת. כטרם נצברו לדיון במישור התוכני, שיתייב אותו לבחון דוגמות קונקרטיים, תוצג המשטת האפשרית של השיח מן הפן הדיוני.

3. יישום שיח היתוסים במישור הדיוני

כאמור, קיימת נפקות מרכזית לשיח היתוסים במישור הפורוצדוולי, קרי האופן שבו תישיב מחלוקת שתוצורה בין צדדים. לשיח היתוסים יתכנו בהקשר זה כמה יישומים אפשריים. האחד, בטרם פנייה לביחבת המשפט, כאשר התעוררה מחלוקת בין צדדים קונקרטיים, במטרה למנוע את הפנייה לביחבת המשפט, דהיינו כאמצעי לפתרון מחלוקת מבלי להילק להליכים שיפוטיים. האחר, כאמצעי להכרעה במחלוקת לאחר זגשת החכמה לביחבת המשפט<sup>107</sup>. במקרה כזה יישום השיח היתוסים לעורך הכרעה במבויעה על-ידי בית המשפט או על-ידי גורם מוסמך שאינו הפנו הצדדים משעמו.

- 107 יישום סכמכים באמצעות הלכי גישור תואם את מאפייניו של שיח היתוסים. פיתוחם של הלכי הנישור לטובתם מייחס לצדדים לעמדות יחסייות "יחסיית", והוא שאב את השיח במידה רבה מן הכתיבה הפנוציסטית<sup>108</sup>. עם זאת כרי כי אף בהקשר זה אין צורך לגקש עמדה בשאלת "הישור המיני" של הנישור על-מנת להכיר ביתרונותיו<sup>109</sup>. הלכי הנישור מרכזיים את עוקצן של הנורמות תכליות באפשרם להתאים את הנורמות לנסיבות ולצדדים הספציפיים<sup>120</sup>. כך יוצא שהדגש עובר מפתרון שיפוטיו המושרת על זכויות מושפשות לפתרון המושרת על צרכים קונקרטיים, ובמקום דיון מופשט בעל אופי כללי כתיבה עומת כסדרות האמריקאית מציעת ליישם את האתיקה של הדאגה קונקרטיה מנות לעצרתם של צדדי-דין בחסם עם לקוחותיהם. קנה-מידה זה עשוי להיות רלוונטי בשלבים מלפני הגשת התביעה, אגב הפעלת אמצעי גישור, או בקנה-מידה מנות ליתול הביעה, *supra* note 35; Feyer, *supra* note 35; Zwer & Hamric, *supra* note 199; C. Grant Bowman & E.M. Schneider "Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking, and the Legal Profession" 67 *Fordham L. Rev.* (1998) 249; Billmann, *supra* note 113, at p. 2665.
- 108 א' דייטש פישור – הענק המתעורר (תשנ"ט) 21; ר' בוגר, ר' הלפרין-קורי י' רזין K.H. Rothenberg ;335 (תשס"ב) (תשס"ז) 6 *Kennedy Institute of Ethics J.* (1996) 69.
- 109 "תגוד ונישור בתליכי וירושין" המשפט ו (תשס"ב) 69 *Kennedy Institute of Ethics J.* (1996) 69.
- 110 לתפיסות חסונות תועבות בטיס הלכי הנישור, ראו: Bush & Folger, *supra* note 119, at p. 109.
- 120 דייטש, לעיל הערה 118.

האפורים, אופן ניתולה ומוצאותו של הלך גישור מנדטורי עדיפים על ההלך האזוריסטי. יתרונותיו, כגון צמצום העלויות הרגשיות, קיצור מטר הנזק של הזכרעה, שיפור התקשרות בין הצדדים, המפקח ההגנה והבטחת פתרון קשוב ברוב שית היחסים, עולים על הסדרותיו.<sup>132</sup> הלך זה אינו קיים בשיטת המשפט הישראלית,<sup>133</sup> אולם אימוצו עשוי להוות הגשמה ראויה של שית היחסים.

ממשעותיו של הגישור המנדטורי תוצרצו כפולתו, ראשית, עצם ההשתתפות בהליך מורכבת, ואינה נתונה להחזרת הצדדים.<sup>134</sup> שנית, מקום שבו לא צלת ההלך והצדדים לא הגיעו לפתרון מוסכם, יוכל המגיש להגיש את המלצתו לרבות המשפט, וזו תמשת תשורת עקרונות להכרעת בית המשפט.<sup>135</sup> על-פי חלופה אחרת תוצרצו המלצות של המגיש הנכרעה מחויבת כשל ברור, וסמכותו של בית המשפט תוצמצם לאימוצו, כפוף לתריגים המשפטיים בהחלטותיו. על-פי חלופה זו יפעל המגשר, בשלב ראשון, כמגשר לכל דבר ועניין, קרי: לאתר צמדות הצדדים והוא יפעל להביאם לידי הסכמה, יציע חלופות וינסה לגשר בין עמדותיהם, ואלם אם לא הצליחו הצדדים להגיע להסכמה, הוא יוכל להפיעל, בסופו של דבר, בות הכרעה אף ללא הסכמתם. הפתרון שיציע המגשר במצב זה מחויב לרצונות של שית היחסים, בניגודם הבטחת מרבית של צורכי הצדדים וגורמים רלוונטיים נוספים, צמצום תפגיעות בהם והגנת הגורמים החלשים, וכפיט חלק. לרצונות אלה אחוז בהלך וזאת של תהיין.

אף שהיה ניתן לשער כי כפייה להשתתף בגישור תצורר המונחת, וכי צד שאינו מצונין להשתתף בהליך יסבל הגעה לפתרון מסכם, המתקף מלמד כי בשיעור גבוה של מקרים הגיע הלך הגישור, שהכרעה אליו היתה מהייתה, לסיגנו המוצלח.<sup>136</sup> יתרונותיו של ההלך נכרו אף במקרים שבהם לא הצליחו הצדדים להגיע לפתרון מוסכם.

132 עם זאת ראוי לשים לב להמש הכרח בהתפלת הלך גישור מנדטורי, בפרט במקרים של כסוכי כשפתה. גישור מנדטורי צולל להיות בעייתי לגישים, ובפרט כאשר קיימת היטשות של אלתות במשפחה בהקשרה של תביקות על החלך ממנון הנכסים, והענה לה והפתרונות שהוצעו, ראו: S. Suderland "Revue de Livre: Facts, Myths and Future Prospects" 18 *Can. J. B.D. Sales – Family Mediation: Facts, Myths and Future Prospects* 18 *Can. J. Fam. L.* (2001) 201, 202, J.P. Maxwell "Mandatory Mediation of Custody in the Face of Domestic Violence: Suggestions for Courts Mediators" 37 *Fam. & Concil. Qs. Rev.* (1999) 335; Gassen, *supra* note 126, at p. 469.  
133 בפרט 779 לוחק בתי המשפט (נוסח משולב), ותשמ"ג-1984, קרועה פסקות המאפשרת לרבות המשפט לפסקו בדרך של פשרה, אולם הפעלת הסמכות נתונה להסכמת בעלי-הדיון. אישילוב, לעיל, הצעה 128, בע"פ 542.  
134 על מאון ההחלטות והחלטיות הנכרכים בהיבט זה ראו א' דויש "הסכמת מדינה בהליך הגישור" שערי משפט 1 (תשמ"ג) 71-66; at 131, *supra* note 131.  
135 *Why Voluntary Mediation Works*, Why Mandatory Mediation Might Not" 36 *Osgood Hall L. J.* (1998) 847.  
136 פתרון ברור זו אותן בקלותותיו, לתיאור המסדר, פנהיו ויתרונותיו, ראו: Kuhn, *supra*, note 91; Gassen, *supra* note 126, at p. 469.

137 ראו התנאים המובאים אצל Winstons, *supra* note 131, at p. 187; Gassen, *supra*, note 131, at p. 481 *ibid*, at p. 481.  
631

(א) גישור: דרכי "ישום תפיעלה" גיישור התבססה בעשור האחרון עלונת הגישור כאמצעי לפתרון סכסוכים אזרחיים, תשמ"ש בה הלך וגובה,<sup>127</sup> והלך מאפשר לרבות המשפט להפנות את בעלי-הדיון, בהסכמתם, למגשר, אשר במסגרת הלך בהתי-פזרמל, שפדיוי חסויים בפרט בית-משפט, ולאחר כרוור של עמדות הצדדים מצייע לצדדים פתרון להחלוקת.<sup>128</sup> הלך הגישור מתינה למעין משא-ומתן בסיוע המגשר – צד שלישי, ניטלי, נוטל כוח הכרעה, רק אם הושגה הסכמת הצדדים, והסדר מוגש לאישור בית-המשפט, ובכך ההלך המשפטי מייצע לסיגנו, תפקידו של המגשר הוא לעורר את הצדדים למצוא פתרון מוסכם על-ידי ליכוני הסוגיות שבמהלוקות, תפחתה אי-ההבנות, תצבת סדר עדיפותיות, מתן ביטוי לרצונות ומציאת נקודות-המשגש – צד להשגת פתרון מוסכם.<sup>129</sup> הגישור, להבדיל מן הפשרה אינו מכהיב בהכרעת ותור, כי אם עיצוב פתרון ששני הצדדים יוכלו להווייה ממנו.

הלך הגישור כפי שהוא הוסדר בישראל הינו וולונטרי, והשתתפות כפופה להסכמת הצדד או במובן זה שהצדדים נוטלים בו חלק מוצגים ורשאים לפרוש ממנו בכל שלב המגשר, מיישב הסכמות, נוטל כוח הכרעה, אך, אם הגיעו הצדדים להכרעה, הרי זו תכלעת שלהם, שאלהי הגיעו כסיועו. אם הסתיים הלך זה בהצלחה, יש בכך משום תישן לשיטת החרים המושגש במסגרת הלך הגישור. אולם השאלה היא: מה ייעשה כאשר הלך הגישור אינו מבייל לתוצאות המקוות, כאשר פי מן הצדדים מסרב להכתחילה להצטרף להלך הגישור או כאשר זה עלה על שרשונו על-מנת למנוע מצבים אלה, מוציע לאיין הלך של גישור מנדטורי.<sup>130</sup> על-אף הסדרותיו הצפויים של ההלך המנדטורי, בכלום אי-ההבנות הצפויה של הצדדים לפועל לגילוי מלא ולחסות מעטה היררכות והפגיעה האפשרית בשיטת-התפעולה התיידי בשלב של "ישום תהכרעה",<sup>131</sup> עולה הלך זה, כך נראה, בהתנוותיו על ההלך האזוריסטי המגדתי, נראה בעיני כי למרות החלטיות נראה,

127 דויש, לעיל הצעה 118, בע"פ 25 ואילך.  
128 סעיף 799 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), ותשמ"ד-1984, סי' אושולוב "פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות" ספר השנה של המשפט בישראל (תשמ"ג-תשמ"ד) 535.  
129 בכל הנוגע לענייני משפחה נקבע גם חלופות יחודיות, לפיקורת חלופות של חלקי הגישור והפשרה במסגרת בית-המשפט לענייני משפחה ראו אלדר, לעיל הצעה 126; והשוו ח"י וייקל "הלך חדש: ששפט שיתופי" בכסוכי גורשים" נקודת גישור 5 (נובמבר 14/2002).  
129 למדול רבי-שלי המבונה את המגשר כיצד לפעיל, ראו: Zivier & Hamric, *supra* note 114.  
130 חודמת חלוקת מעורב של פישור ובוררות - Arbitration-Mediation, ליעיל חזרה 35.  
131 א. Zyistra "The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good" 17 *J. Am. Acad. Maritonal Law* (2001) 69; D.S. Winstons "Participation Standards in Mandatory Mediation: You Can Lead A Horse to Water..." 11 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (1996) 187, 190; P. Hughes "Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?" 19 *Windsor Y.B. Access Just* (2001) 161.  
630

החוסר החוקי הכפול, 139 והן על-ידי הגורם השיפוטי המוסמך להכריע במחלוקת נודדת לפירוש לשם כך את הדין וליישמו.<sup>140</sup> לא נדעם שלובים המיושרים תה בהתאמה שיקולי הכרעה כלליים, המאייים לחול בכל מחלוקת המתעוררת בהקשרי משפחה, נכולים להגדרה משתה הוזהרים, שיקולים אלה ישמשו אותי ברישמה זו ביתם לשאלות קונקרטיות שבתקשורת להירשדש אליהן.

השיקול הראשון והינו מחייבות הפנתון המוצע להתחשבות בראונותיהם של כל הצדדים הדרגוניים, השיטה מחייב לאפשר את השפעת העמדות של הצדדים למחלוקת אף אם הם נטולי מעמד רשמי כבעלי-דין או אם האינטרס שהם מגלמים הינו אינטרס צר, השיטה מחייב להשפיע ולהתחשבות בעמדתם של המורמנים, לדבריה החלשים שבהם, שיקולים נשמע בגדל רף בקושי.<sup>141</sup> עם זאת ברור כי עוצמת יקתם לשאלה והמדידה שבה יושפעו מהכרעה או החסור ישמשו אכן-בתוך לרמת ההתחשבות בעמדתם.

השיקול השני בא לידי ביטוי במחויבות לפתרון שפוגעני בצדדים היא הקטנת ביותו, למצער הימנעות מפתרון שיסב נזק קשה מדי. קביעה נאמנה למידה הנזק העלול להיגרם מחייבת עצמיה על צרכיו ומאפייניו של כל גורם ושיקולי הקשרים והתקשרים וטוביבם אותם, שיקול זה מחייב את הגורם השיפוטי המכריע לבחון את מגוון הפתרונות ולהצג פתרונות ייחודיים בעלי מאפיינים פשוניים.

שיקול שלישי, מנחה והחיות, שיקול זה כל שאלה הנוגעת במשפחה או בעקביץ בידיים, הינו השיקול בדבר הבהרת שלוליים.<sup>142</sup> בשל האינטרס האישי, המשפחתי והחברתי לשמור על רווחתו, היול עומד במרכזו של שית הוזהרים כשית משפחתי, קישורי ומגוון, בהשקפה שבמה של היול נובעת מיסוד האחריות הניצב במרכז השיטה וכן ההכרה לספק הגנה לגורמים החלשים, ההתפתחותו של היול לאינדיווידואל כשיד מוסרית, בוגר ועצמאי תלויה, פשוטו כמשמעו, במיפול ובדאגה המוסקפיים לו. כגורם פגיע, הוא ניצב במרכז העשייה הדאגה ומכתיב את החובה להביא בחשבון את צרכיו ולקבוע הסדר שיצילה בקנה אחד עם דורותיו. יש להבטיח שגורם זה ימומש אף אם קולו של היול הקונקרטי אינו נשמע

139 לחצות בדרך זו, ראו: Canadian Royal Commission on New Reproductive Technologies: Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies (1993); P. Healy "Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada," 40 McGill L. J. (1995) 905.

140 West, supra note 63, at pp. 22-93.  
141 A. Donchin "Autonomy and Interdependence – Quandaries in Genetic Decision Making," *Relational Autonomy – Feminist Perspective on Autonomy, Agency, and the Social Self* (C. Mackenzie & N. Stoljar eds., New York, 2000) 236, 253.

142 על מעמדו המרכזי של היול במסגרת חודלים רצוניים קודמים לשיח הוזהרים ראו M. Mason, A. Skolnick & S.D. Sugerman; 238-237 בע' 6, היול במסגרת חודלים רצוניים קודמים לשיח הוזהרים ראו "Introduction," *All Our Families – New Politics for a New Century* (M. Mason, A. Skolnick & S.D. Sugerman eds., New York, 1998) 1; G.A. Holmes "The Extended Family System in the Black Community: A Child Centered Model for Adoption Policy" 68 Temple L. Rev. (1995) 1649.

במשא-ומתן בין הצדדים בשלב מוקדם של הסכסוך, לפני שעלה על פסים אווירטוריים, שמון פויסנצואל לשיפור התקדמות בין הצדדים ולהפגת מתחים. אף אם לא תצליח הצדדים להגיע לפתרון מוסכם, נכונותם לשחק-פועלה בשלב מאוחר יותר גוברת. בהקשרים משפחתיים נכרת כאמור השפעה חיונית בכל הנוגע בקשרים מתמשכים ולצמצומם המגיעה בידיהם. קביעת העליו הגישור כמחויב מנטרלת אף מבטול נוסף ביישמו ההסכמי. הסכמה להשתתף בתלין של גישור עלולה להתפת כשיטה אדוורסרית כהדבאה בחולשתה של התביעה. כפיתית החליץ מאפשרת לצד שמועניין בגישור, אך אינו רוצה להיתפת כ"חלש", להשתתף בו מבלי להיפגע, מבקרת-ראותו, במובן השקטי. תפועלת כל דגם גישור שייבחור לאור עקרונותיו של שית הוזהרים והאפייניו בקהפת העלולה של ערוצי תקשורת בין הצדדים למחלוקת, הקשבה בין הצדדים, יצירת יחסי אמון ארוכי-טווח והצגת פתרונות ייחודיים. בגישור וולונטרי התקבל ההכרעה על בסיס הסכמה שהושג תוך דיאלוג והשיבה משותפת. הפנתון ותאם למסביותו של המקרה ולצרכיהם של הצדדים הנוגעים בדבר. הקשבה של הגורם המגיש את המסמך שהפנתון שיוצע יוסם על הכל, או למצער ישקף באופן אופטימלי את האינטרסים של הצדדים, הדגש מוסים בקשב "הוגני" כאמצעי להבנת חרדית ובהבנת כאמצעי לפתרון בעיות.<sup>137</sup> במידה הצורך יותאם הדגם לסטנדרטיו של הגורם המגיש. מקום שבו הוא מתווק בידי סטנדרטיו של הכרעה ייתוסף, כאשר לא תושג הסכמה הארדים, שלב של כפיתית. כרי כי בהפעלת סמכות הכפיתית יש כדי להשליך על אופן ההתנהלות ואף לפגום במידת-מה בהתנהלותן של תלין הגישור, אולם מחייבות לרעיונות הנוגעים משיח הוזהרים, הן לאורך התהליך והן בהקדמת הפנתון, תשמר כאמור תלק ניכר מיהת-ונוותיו.

4. יישומו של שית היחסים במישור החוקי

כבר הוזכר כי יישומו של שית היחסים עשוי להשפיע על יציבות החוכן של פתרון המחלוקת הנדיונה וכן על קביעת המסדר התוקף הכללי. נאמנת לשיח המתמקד בשימור היחסים בין תפיש לטוביו, באיכותיות ובאחריות הדידית, תקדם במקרים המתמקד בשימור פתרון המעדיף קשר על חיווק האוטונומיה במשמעותה תבדלנית. בדומה לכך ישאף פתרון שמשוג בהתאם לשיח הוזהרים, בכל הקשר, להביא לידי תבטתה הנכונה שייטמו לרם ולירי תצדדים, לירי שביעות-דיצון גבוהה מצידם, לירי צמצום הפגיעה והנזק שייטמו לרם ולירי הגנה על הגורמים החלשים.<sup>138</sup> יעדים אלה נרתנים להשגת לונכות שיומנו הקונטקסטואלי תגות על הגורמים הנפשיים. רכיבים אלה כרוכים מטבעם בהליך הגישור שתואר של השיח ומתקדמותו, נוסף על כך, עקרונות אלה ואחרים, המעוצבים על-פי התקיש והמחויבים תלק מעקרונותיו, נוסף על כך, עקרונות אלה ואחרים, המעוצבים על-פי התקיש והמחויבים, עשויים להבטיב עקרונות-תוכן שיופועלו הן על-ידי המתדייק, בקובעו את

137 Zwieter & Hamnic, supra note 35, at p. 404.  
138 Freyer, supra note 35, at pp. 205, 211.



ואת קיומם הפורמלי. בניכונם שמתבקש בהן פירוק הקשר, יש לאפשר תוך הכרה בהיותו תהליך בעל חשלכות מתמשכות ורבות-פנים, מטרת ההתערבות המשפטית אינה כפיית קשר, אלא מוצר נקי הפירוק והגנת היחסים בין מי מתברר המשפחה המקסימלית שמר קשר מתמשך.

אף שאמצע המגדרות כשיקול גופר, ראוי לזוהר ולהכיר את מחויבות השיח לעקרונות תאוריות המודרניות המשפחה של בני המשפחה אלה אלה ואת שאפתנו לפתרון שיגשים סטנדרטים של דאגה, טיפול וטיפול הדדיים. רכיבים אלה שלזבים בכל אחד מן העקרונות שפורטו בנפרד ויעמדו ברקע של כל הכרעה שתיעשה בהקשר משפחתי.

סוגיות הנוגעות בהולדה (שיידונו להלן) עשויות באופן טיפוסי להגביר שיקולים מגוונים נוספים, הנגזרים כמעין שיקולי-משנה מאלה ששורטטו לעיל. הכרה בתשבותה של משפחה המושחתת על יחסים משפחה איכותיים לרווחת הפרט ולשגשוג מובילה אותי לנוח משיח היחסים את הגורם המשפחתי של יחסי המשפחה, והגש בהקשר הנוהר כגון מושג ביצירתם של יחסי הורה-ילד, והוא מייצב כשיקול-משנה מחויבות להכשחת פתרונות ומציאת חלופות חלוצה למי שמתקשה בהולדה טבעית.<sup>148</sup>

לא אוכל להתיר במסגרת זו לסוגיה של טכניקות ההולדה המלאכותיות על כל פניה; עם זאת אדמות כי לנוכח השילוב בין טכניקות ההולדה המלאכותיות על כל חקמת משפחה או בוח המחייב ליצור פתרונות חלוצה לאי האלקטרוני המהייב לאפשר להשיג אוטומטיים כל סוג של טכניקה בכל מצב וללא כל תנאים מקדימים. לא אוכל במסגרת זו גם לדון בריקה תקינה בין טכניקות ההולדה המלאכותיות לבין מוסד האמנות, בהשפעת המטרות שהמתקן קובע על ההמרחק לפנות להולדה או אחרת ובמחויבות תקימת, מבנה שיתוף היחסים, למציאת פתרונות השמה לילדים שהוריהם אינם מסוגלים לספק בהם, לצורך יציבות של שיקול זה נמנעם בהכשחת המשפחה של כפיית הפרט להורות באמצעות טכניקות ההולדה מבלי שהיה בכך כדי להפחית במשהו מחויבותו לשיח למציאת משפחות לילדים בטו-ל-בית.

צדק מאפיין המרכזי של שיח הזאת כשיח קונסקטיוואלי וגמיש הבודק את הטויות הרלוונטיות על כל פניה, את גמיבותו של המקרה ואת מאפייניהם של הצדדים לו, לא ניתן לשרטט במדויק את עקרונותיו החובביים במסגרת זו. עם זאת, בחינת דוגמות אחדות תאפשר לעמוד בתור דיוק על מאפייניו. ראוי להבהיר כי לא אוכל לקרוא את מכלול חקייים שמעוררת כל דוגמה או את הסדרי החוקי הנספציפיים; התתייחסות תיעשה במשמיות-מבטול, תוך תיקון לחזור אל תוצרים יותר הרחבה בהולדות אחרות.

יש להיזהר מן השמטת קליטתו של שיח היחסים לחוקי רעיונות שריוניים בהם לעברה המשפחה, והשוו: Hafen, *supra* note 41.

148 על תשבות השילוח של טכניקות ההולדה המלאכותיות והתיקה ביניהן לביין בהתייכות קשרי המשפחה, ראו: L.L. Balm *Artificial Reproduction and Related Matters* (1985) 232, cited in L.L. Balm "Legal, Moral & International Perspective on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States" 2 *DePaul J. Health Care L.* (1999) 557, 590.

כפייעל, ולבחון את השפעות הפתרון על מצב אף אם אין תן גברות במישרין.<sup>143</sup> בתחום ל-לישיווי ומירת התפתחותו, יש לאפשר את השפעת הילד בעצמו או באמצעות נפרד משפחה.

השיקול הקורא להחריכו ברורות הילד משיק לעיקרון של טובת הילד כפי שהוא מוכר בשיקול, אולם מובנו והיקף פרישתי שונים, במתכונתו הנוכחית העיקרון משמש כאלמנט מוביל המהווה משקל-נגד לאינטרסים או לכוניות של החורגים. במקרים רבים אין יישומו הניצודתי מופיע, או הוא נדחק, אף במישור העיקרוני, מובנה של גורמים סותרים.<sup>144</sup> בהקשרו של שיח היחסים, הוא יופעל כמבונות כוללה של השיח, ישקף את האינטרסים המשותף להורה ולילד וישקף את התנהגות שהורה והילד אינם מצויים בקונפליקט. גם במקום שבו נסתרה תהותה, ישמש שיקול זה כאלמנט גורמטיבי מתייב לכפיית סטנדרט שיישיב עם הילד.

מבטאת שוגג המשפחה ושימור הקשר בין תכלית הינו השיקול הרביעי הכללי הנובע משיח היחסים. שיקול זה אופייני להסדרת סוגיות רבות בהקשרי משפחה, מאפייניה של החלטה המשפחתית, תפקידה והשיבות לפטר מכהיבים כי תיבחן השפעתו של כל פתרון שיוצע על יחסים אלה והיבחר התלופה המבטיחה יצירת יחסים איכותיים ושימורם.<sup>145</sup> כשיקול המהמקד בטיב היחסים ושואף לקידום ושימור של יחסים איכותיים ומחויבים, לא תיזוהם, כשלעצמה, תשיבות למסגרת היחסים, לזיקה הנוגשית או להגדרתם המורלית. מכאן שהמשפחה שיבקש השיח להבטיח ולבצר אינה זו המסורתית דווקא.<sup>146</sup> הגש מושג בתחום הנויות, בתחום הורה-ילד, באחזם ובהיחסים המהוויים יחסי מובהבם המהותי, גם אם אינם מוגדרים כחסי משפחה במובנם הפורמלי. קרויבים המגלמים תלות, דאגה, טיפוח ואחריות אורכטיות והדדיות, או פוטנציאל לכן, הם אלה שרכיבים להינה ולשימור יחסיהם. במובן זה הלגש מושג כאיכות יחסים, ולא כהולדות שבתם הם נצדדים.<sup>147</sup> חשוב להבהיר כי הפתרון שיינקט אינו זה המשמר "כבוד" את יחסי המשפחה

143 במקור השיח לרעיונות קרויבים, ראו: Woodhouse, *supra* note 101, at p. 1747; B.B. Woodhouse "Are You My Mother? Conceptualizing Children's Identity Rights in Transracial Adoptions" 2 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (1995) 107.

144 ראו בהקשר זה לעיל טקסט ליד הערת 126; רוגני, לעיל הערת 49, בע' 935; להשבותה של המשפחה ראו ברק, לעיל הערת 126.

145 J. Mazzone "Towards a Social Capital Theory of Law: Lessons From Collaborative Reproduction" 39 *Santa Clara L. Rev.* (1998) 1; M. Midgley & J. Hughes "Are Families Out of Date?" *Feminism and Families* (H. Lindemann Nelson ed., New York, 1997) 55.

146 L. Nicholson "The Myth of the Traditional Family" *Feminism and Families* (H. Lindemann Nelson ed., New York, 1997) 27, 37-40; B.B. Woodhouse "It all Depends on what you Mean by Home" *Toward a Communicarian Theory of 'Nontraditional' Family*" *Utah L. Rev.* (1996) 569.

147 I.M. Young "Mothers, Citizenship, and Independence" *Having and the Social Good Raising Children - Unconventional Families, Hard Choices, and the Social Good* (U. Narayan & J.J. Bartkowski eds., Pennsylvania, 1999) 15; Horsburgh, *supra* note 13; E.L.E. Robinson, H. Lindemann Nelson & J. Lindemann Nelson "Fluid Families: The Role of Children in Custody Arrangements" *Feminism and Families* (H. Lindemann Nelson ed., New York, 1997) 90, 95-96.



יכול להמתנות מהם, בעוד אשר מימוש הזכות שלא להיות הורה משאיר את המצב הקיים כמות שהיא מכאן, שמסקנה של הורישו להימנע מכפיית הורות חזק יותר באיזון שבין הזכות שלא להיות הורה לבין הזכות להיות הורה.<sup>155</sup> אף הנתיבות שהובא בספרות בהתייחס לפרשה זו הוא רדוגמה מובהקת לגיורת יוקר ונקי" והמתמקד באוטונומיה במקשה את תשלטה של הפרט בתחום.<sup>156</sup> מי שנכפה עליו להיות הורה מוצעלה, על-פי גישת זו, לדוגת "קודש מעונה" כמעט, שכן המשלכות התפוזיות מהולדת צאצא בלתי-רצוי עשויות להיות "זוויגניות מרי, משעבדות מרי או מייסדות מרי".<sup>157</sup>

המתקרות בית-המשפט בקביעת משקלה של הזכות להורות כנגד הזכות להימנע מהורות, והערבת השגויה כעריפה על הורישו, משקפים את עיקר הנמקות של פסק-הדין במישור החוקמי ובמישור החוזי. ההכרעה לטובת הזכות להימנע מכפיית הורות משמשת תשתית לקביעה כי איננה תוסכם בין הצדדים להמשיך תהליך ההפריה בגיגוד לרצון האיש היותר הנפה של תקנת-הזיבור והגודר כבלתי-צודקת בניסבות, ולפיכך היא אסרה על-פי הוראות חוק החוזים.<sup>158</sup>

בית-המשפט עושה שימוש בכלים חוזיים במטרה ליצור אחריות ועקריות ומתוך מתיבותו לאובייקטיביות, אך יוצא נושא לצידי.<sup>159</sup> מתוך שאיפתו המוצהרת לניטרליות אין בית-המשפט מסב את תשובת-לכו להאפייניהם המיוחדים של הצדדים ומתעלם מייחודו של הנרק שנגרם להולדתו. נזקה של התובעת, על רקע התנהגו שיעמדו לנגד עיני בית-המשפט כי לא תוכל עוד להפיק בצייות שיטמטשו להולדת ילדה הנגטי, מוכר על-ידי בית-המשפט באופן עקיף בלבד ולא כשישקל פוזיטיבי להמוכה בהמצאה שתצד בעלת-ה.<sup>160</sup> בית-המשפט מצמצם את גבולות המתיבות ההדדית בין בני-הזוג ואינו מוכר להכיר בהימשכותן של ההבטחה האחריות ההדדית לאור מועד הפרדה ואלי עוד קודם-לכן, שכן הוא מונה אותן ברצון הטוב של בני-הזוג הכרוך בקיומן של אהבה וידידות.<sup>161</sup> עם קריסת המערכת החוגגת, לא יתערב בית-המשפט ויימנע מההורות על אפיה והמתיבות בין בני-הזוג כאשר אין הן עולות בקנה אחד עם זכויות-הזיבור של הפרט בהכרעה. לגופו של עניין, בית-המשפט מוצא שיכפיית הורות נוגדת את זמקת הציבור ואת המדיניות המשפטית הראויה, כאשר היא אינה עולה בקנה אחד עם ערכי היסוד המוגנים בשיטתו המשפטית.<sup>162</sup> תקנת-הזיבור, המוגדרת על-ידי בית-המשפט כ"ערכים והאבטחים העקריות המרכזיים והחוזיים, אשר תברה נתינה כונן בתוך מבקשת לקיים, לשבר ולשפתי", אינה כוללת, לדידו של בית-המשפט באינה פרשה, את המתיבות המשפחתיות הנמשכות.

בהתאם לקריטריונים האמור ועל בסיס המשנית הערכית המגיעה את בית-המשפט, הוא קובע בהקשר החוזי כי אילו נדרשו הצדדים מראש לשאאלה כיצד ינהגו במקרה של

- 155 ש.ב. בעי 500 - 501.
- 156 ז' גני "דיובורים המוקפאים של הזוג הנמני" עיוני משפט יח (1993) 683.
- 157 ש.ב. בעי 100.
- 158 עניין נמנה, לעיל הערה 149, בעי 502, 516.
- 159 השויו: West, supra note 63, at pp. 55-58.
- 160 עניין נמנה, לעיל הערה 149, בעי 519.
- 161 ש.ב. בעי 522, 161.

ת. הפעלת שיתחיסים - מקרי-מבחן

1. מאבק על גורלן של ביציות מופרות - פרישת נחמה

דוגמה מרתקת ליישום שיתחיסים הזכויות בהקשר המשפטי הינה פסק-הדין שניתן בעניין נחמה במסגרת הערשור האזרחי.<sup>149</sup> במאבק המשפטי המתמשך על גורלן של הביציות המופרות של בני-הזוג נחמה "ניצחה" אומנם לבסוף רותי, אולם הערשור, שנגדון בבית-המשפט העליון בסיוכ הרישון הוכרע נגדה, בית-המשפט העליון, מפי השפעת שטרסברג-כהן, קיבל את ערשורו של דני הוכריע לטובת עמדתו, שזוהת סידרה להמשיך לשחק-פעולה עם דותי, אשתו בנפרד, והניאה אותה מלעשות שימוש בביציותיה המופרות ברוע באופן, שכפי שישוער, יסתום את תולל על אפשרות להביא ילד לעולם.

ברוע באופן, שכפי שישוער, יסתום את תולל על אפשרות להביא ילד לעולם. מאייפניו של פסק-הדין, כפי שרפנה בקייארל מסיבה את תשובת-ליבנו, מלמדים על סיווגו המובהק כפסק-דין המתחייב לעקרונות של שיתחיסים הזכויות.<sup>150</sup> פסק-הדין משקף מחויבות לערכים הליוליים, וכללם האוטונומיה של הרצון במובנה הנכלל והמתמד, חירות במובנה השלילי ושוויון במובנו הפורולילי. בית-המשפט הוחר כביכול בקן אובייקטיבי וניטרלי.<sup>151</sup> ומתערע ממאפיינים אישיים ומהכטים נרטיביים.<sup>152</sup> הוא הוחר את חוקי הצדדים בתבניות חוזיות ומבקש לישטש את ייחודם של הצדדים ואת מאפייני הקשר ביניהם.<sup>153</sup> ניסוף על כך, בית-המשפט בוחר, לפחות תסודית, בקן המסורתי המכתיב אי-התערבות בהיי המשלחת ובתולדה שילבה התולדה גורמים היצוניים להשפחה וכן המשלכות בכך מן העובדה כי מלכתחילה שילבה התולדה גורמים היצוניים להשפחה וכן המשלכות הנבועות מצמצם מעורבותו שלו עצמו כמסור, גם אם התיימר לשמר את הדברים כפי שהם.<sup>154</sup> ההלטה להימנע משינוי המצב הקיים אינה מתקיימת בהקדמת ההצפה, אלא שילב מאותי יותר של תהליך התולדה, לאחר שהחל כבר, אך תופסק בשל סיבותים, על רקע זה קשה לרבר על אי-התערבות במובנה הנקי ולהעלים מן השירותיות הכרוכה בהחלטה לא להתערב בהקדמת-זמן פלוגתי.

המקנת הערשור משקפת חשיבה המקשה את האוטונומיה ואת התייעה מן הקשר המשפטי, אחר התימקים שהכריעו את הערשור היה זה שהערדיף כפייה של העידד הורות על הורות כפורה, בלשונו של בית-המשפט: "מיימוש הזכות להיות הורה כרוך בהצעת נטלים כברים ויצוניים, נפשיים, רגשיים, מורייים וכלליים לכל יפי החיים, ואין אדם

- 149 צ"א 5587/93 נחמה נ' נחמה, פ"ד מט(1) 485.
- 150 ר' ברק-ארז "על סמטורית וניסור-ליות: בעקבות פרישת נחמה" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 197.
- 151 ברק-ארז מראה כי אין מדובר למעשה בקן ניסורלי, וכי בבסיס פסק-הדין עומדת הכרעה ערכית במקדמת של בית-המשפט, ש.ב. בעי 212.
- 152 לויין בשאלות שתמן הנדטויבי מעורר ראו ש' אלמוג "ייצני המערער חשויו בין התישויב לגומבטיבי" מחקרי משפט טו (תש"ס) 295, 303-299.
- 153 ברק-ארז, לעיל הערה 150, בעי 211.
- 154 עניין נחמה, לעיל הערה 149, בעי 500.

גורשית, לאור בריקוק של מנגון הריבויים, הכרעה לטובת אחד מהם. כפי ש־West מציינת, בית-המשפט גורש, בורכרעו בסכסוך מורכב הנמלך אינטרסים נוגדים שאינם נוגחים לגישור, לגשת אל הצדדים ואל כאבם מתוך דאגה ואמפתיה. בנסיבות שבחן הנוק הכרוך בהכרעה עלול להיות כבד מנישוא, בית-המשפט מחויב לשקלל את התקשר הייתה של המקרה ולבחור בפתרון שייטיב את תנאי המצוי.<sup>166</sup>

בהתמקדות של שופטי הדין ברדין גנוסף ניתן לאחר סממנים לקוי-מהשבה. השופט גולדברג והשופט דורנר מבררעים בפקס-הדין תוך הסתמכות בלעזית כמעט על עקרונות הצדקה, תוך שהם מזהיגשים את שקילות נזקי הצדדים בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, ומבררעים לטובת הפתרון שהפגעה שהוא יגרום תהיה חמורה פחות.<sup>167</sup> אולם ההתמקדותם באלמנט הנוק ובחידותם בפיתרון המסב נוק מופחת רק אז בעיקר בשל כך עשויה להתפתם כלולות חשובה בהרבה מן הזכות לא להיות הורה, והנוק הכרוך באי-הגשמתה עולה משמעותית על הנוק הכרוך בהגשמתה, אין בה כשלצדמה כדי להשיל על דני חובה לשתף-פעולה ולהגשמתה בה במידה שאין בוכותו של אלמוני לחיים (החלטה בבציעו של ניתוח שעלתה גבוהה) כדי להשיל חובת תשלום ישירה על פלוני (אף אם הוא עתיד נכסים), אף-על-פי שגולני וידוע כי החובה לחיים עולה בחשיבותה על החובה לקניין.<sup>168</sup> אכן, חובתו של פלוני כלפי אלמוני הנוכח להגשבת רק על רקע קיומם של יחסים מיוחדים בין השניים. במבחן זה, התמקת הדין ברוב ברדין הנוסף חסרה את התיבט המתיתים ליחסי הצדדים. אף שפקס-הדין עומד על ייחודו של הקשר בין הצדדים, הוא מתמקק, בדומה לדעת המיעוט, בהיבטים החוויים, ויוצא חסר בהתמקדותו מן התיבט המוגדר על-ידי כ"צדק".

פוס אחר, עקרונותי במהותו, הכרוך בהתמקת חרוב ברדין הנוסף גובע מהיעדרם העקרונות והלשוני של מבחן המאפיינים של שיח הריחסיים מן השיח המשפטי הפורשם בשל חוסר האמון, בדרך השופטים והשותפים להגמקת הדין להגמקת הדין ולקביעת הדינים אדי-הוק הנוש השופטים והשותפים להגמקת הדין שנתנו סובל מן החסר הלשוני הקיים ומתעוררת של כלי שיפוט דאוגים, ועלול להיתפס כבלתי-משכנע בשל התמקתו המלתי-סדרות. פסק-הדין ברדין הנוסף מסתמך על אי-האמינות המוגמלים כמנוח "צדק", כפי שהוא הובן על-ידי קרוב לודאי בקוראתו.<sup>171</sup> ניסוח היעיונות המגמלים כמנוח "צדק", כפי שהוא הובן על-ידי בית-המשפט בפירוש נרחב, בכליו של שיח הריחסיים ועל בסיס שיקולי-ההכרעה שהוא מציג התקבל כשייחה שיפוטית לגיטימית ולא גהמנית, ומשום כך הוא עדיף.

166	זכרבים נאמרו בהקשר של מחלוקת הכרעה בחזרת אמ-נושאת מהסכם לנישאת עורבים, ראוי: 57-56.
167	עדין ד"ר נחמני, לעיל הערה 163, בע' 712-728-732.
168	שם, בע' 781.
169	שם, בע' 740.
170	שם, בע' 735.
171	שם, בע' 697.

מחלוקת נפירות (שאלה שאליה גורש לזכור השלמת חוסר בהסכם הקיים ביניהם), הם היו מכרעים לטובת הורה המתחייבות.<sup>168</sup> תנתה זו אינה מחויבת המציאות, אלא על רקע הרשתיות הנורמטיביות העומדת ביסוד דעת הדין, המנוחה קונפליקט בין בני-זוג שנפרדו, המתחייבת לערכים של אוטונומיה במובנה המבדיל, לחזרות במובנה השלילי ולצמצום המתחייבות ההדדית והמשפחתית.

בחינת המחלוקת שבין בני-הזוג נחמני באספקלרייה של שיח הריחסיים תחייב, כך נראה, הכרעה נוגדת. עד כמה שניתן לשיטת הכרעה זו בקווים כלליים, נראה שלשיח הריחסיים בהקשר זה יהיו השלכות מספר. בכל הנוגע במישור הריחסי בין דני לוחי יאפשר שיח המתמקד באחריות ובמבטות הקשר הווי-המשפחתי אכיפת התחייבויות ההדדיות שנשלו על עצמם הצדדים במהלך נישואיהם גם לאחר קריסת המערכת הוויגית ושמישת ארני האנבה שעליהם הושתתה. התנתה החוזית המבוססת על אומדן דעתו של האדם הסביל, הנעשית באספקלרייה של אתיקת הנאמה, תאפשר להגייץ למסקנה שונה מזה שצייג בית המשפט, ולהתיר כי בני-זוג סבירים יהיו מוכנים לכבול עצמם בתחייבויות משפחתיות הוריות שנתחלתן תימשך אף לאחר ההרדשות הקולט ביחסים.<sup>169</sup>

באשר לרוח, נראה כי תכרה בתחייבות יעירותו של קשר ויחסיים קרובים, יחסי הורה-ילד, תחייב, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, נקיטת עמדת שחצוד במישור אימונתו ומעדיף כפיית הוריה על כפיית אי-ההורות. כוכור, מחויבות השיח ליצירת הקשר ההורי אינה תחומה להולדה טבעית, ולאורה על החברה להשיטי יד במישור הנופות הולדה מלאכותיות. שקילות השלכותיה של החברה להחייב את שנוקו מנינויליים אף הן יתייבו תמיכה בעמדתה של רות-169 שהיא מבחינתה, רחוקה מביטוח הנכפה עליה עקרות מוגבלת, חומרתה של הפגיעה הכרוכה בעקרות כפיית מתחלדת לאור תכרה שעוצמתו מוגבלת, חומרתה של הפגיעה הכרוכה בעקרות כפיית מתחלדת לאור תכרה בתשיבותו של יחסים אלה לפרט ולרוחנותו.

חשוב עם זאת להבהיר כי הכרעה שיח הריחסיים בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים, אינה תד-גמדית. גישה תד-צדדית, נהיגת וגורפת אינה ראויה ונוגדת את מאפייני השיח. בלי כי יש תכרה לשקלל אף את הפגיעה שתגרום לאיש בנסיבות אלה, ולשקלל את העובדה כי הכרעה לטובת הנובעת תוצאתה קשר כפוי על האישי, קשר שמשבעו אינו סוגו הקשרים ששיח הריחסיים שואף לקדם. שיקול זה מהווה משקל-נגד לשינועונים הנומריים בכפיית ההתחייבות הרישונות, אם כי אין בו, כפי הנראה, כדי להשחת בנסיבות המקרה את כפות המאוינות לרחיקת תביעות של האשה, בניגוד לרוב ההכרעות בהקשרי המשפחתי, נסיבות המקרה אינן מאפשרות פתרון פשרני המגלם את צורכי שני הצדדים, ובמידת רבה

162	שם, בע' 502.
163	ראו בעניין זה גם ברדין הנוסף, ד"ר 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד 49, 661-764-765/789.
164	ראו עמדת המיעוט שביטא השופט של בעניין נחמני, לעיל הערה 149, בע' 528.
165	דעת הדין בערעור האזרחי סוברת אומנם כי בעיצוב הפתרון "הנכון והצדק" יש לחזור לפתרון "הקשר פחות", אך זה צריך להיות, ראשית כל, פתרון "שולחן בנקת אחד עם תפיסתו את זכויות ליסוד של האדם בהחלטות" (שם, בע' 493). המתחייבות לפתרון שפגיעתו מנינומלית נרחקת בכך נוסמת מפני העדפת זכויות מופשטות.

תודותיה, פריטיותה וזכותה להגשמה עצמית, המכתבה את מימוש רצונותיה תוך הקפדה על אי-התערבות מצידם של התורה והעובר המבקשים להכתיב לה סטנדרט של המנהגות. זה האחרון נתפס על-פי שית הזכויות המליכלי, ועל-פי מודל הנגזר ממנו המכונה על-ידי תלפריקריי מודל התפידה האדוולוטרי,<sup>177</sup> כאלמנט נפרד המצוי בניגוד אינטרסים ובקונפליקט עם האם. בהיס לזכור מודגשת הזכות לדיווחה ולבריאיה, והתערבות הנדרשת בשמור נובעת מאי-האזנה המאפיין את מצב.

שית היחסים, המלגיש את היחסים המלווה שלפנינו, יבקש לעמוד על התלות הפיזית של העובר באם, על ייחודו של הקשר האנושי הנרקם בין הצדדים ועל השיבות הגשית לאם. לצורך ההכרה בקשר האמור ובאכזריותו אין מתחייבת עמדה המלירה ביוקא מטפזית בין האם לעוברת או הגשית יחודו של הקשר האימהי דווקא.<sup>178</sup> נכון יותר בעיני לסווג את הקשר כקשר טיפולי-הורי. ברי כי לזכות התלות המוחלטת של העובר באם משמעותו מהגברת, אולם נראה כי זה שוני של כמות, ולא של אופי.<sup>179</sup> שוני אחר, שאינו רלוונטי בהקשר המפגיני שבו בוחזי לדון כאן, ולכן אינו מהייב ההיחסות במסגרת זו, נוגע בפן הכרוך בהפסקת היריון.<sup>180</sup>

בחוג יחסי אם-עובר מבקודות-מטיו של שית היחסים תיתן ביטוי לעמדה הזאת את האם העליו כחלקיו של שלם, המגדשה את הזלות הפיזית ואת היקף ההגשית ביניהם. היא תכיר במציאות עובדתית ומשפטית אחרת. מן הזמן העוברתי היא תכיר בכך שברוב המכריע של המקרים יתאפיין יחסה של האם בדאגה ורצון להיטיב עם עוברתה, מן הזמן הנזמזמי תבחיל ההזכויות מבצע לעדשה של שית היחסים כי לא זו בלבד ששית הזכויות האדוולוטרי נושא למציאות העוברתית ואינו משקף את ראייתן המוסרית של האמהות, אלא שהוא אף מבחיב פתרון ביניי, שבהקשר זה, כמו בהקשרי משפחה בכלל, צפוי להיות בלתי-מיוצלת. פתרון הקונפליקט על-פי שית הזכויות האדוולוטרי עלול להוביל להעדרתו המוחלטת של האינטרס האחד על האחר. מעבר לזוהי הכרוך ביוקא

Relationship: Philosophical Reflections on the Windipeeg C.F.S. Dissent" 36 Alberta L. Rev. (1998) 751, 757-758.

177 הלפרין קודרי, שם, בע' 287-292 הלפרין קודרי, לעיל הערה 8, בע' 120.  
178 ושוני: 1757-1761 at pp. 1757-1761, supra note 101, Woodhouse.  
179 שיתן מודבר בשוני מוחלי, שכן תלותו של פועל הזרות מוחלטת אף היא בנסיבות שאין מהמשלת בהן התערבות תורתו בשל חוסר גביעה. לעמדה אחרת, הפועס תלוי ברום המאפשרת ביות ובאופן מוחלט. לעמדה אחרת, שאנת רואה אפשרות לרקיש בין המצבים, ראו: 751 p. 176, supra Shamer.

180 תגורמים הנוגעים בשלמות הנגן ובשליטה בו, אף שהם בעלי גביעה גם בהקשר שגובר להגבר, אינם רלוונטיים כמו בהקשרה של הפסקת היריון. רק בקרה יוצר שגם בהקשר זה אין התאמה המובנת בשלמות הפסקת היריון. תלפריקריי מודל המלירה ביוקא מטפזית של קשר רדגה תלותי (בהקשר זה - ויילד העתיד להיוולד), אינו מבחיבים כשלצדדים שלילת של הפסקת היריון. שית היחסים מחייב לשקלל מונח של שיקולים, אלמנטים של קשר רדגה תלותי (בהקשר זה - ויילד העתיד להיוולד), אינו מבחיבים בכללם איכות הטפול והחזיר ליוני מסתפק לילל וטיב הקשר, אינטרס האשה וגם אם ביוקא לעובר, צדיתה רדגה תלותי לצדדים שמוקדם בהקשר תפיותי, בכללם זכות האשה על גופה והזרות יוצר השוויון בין המינים, בשמור כאמור וראוי להשתקלל בעיצוב ההכרעה בסוגיה של הפסקת היריון.

2 יחסי אם-עובר

בבסיס לסדר את הדוגמות הנוספות שיוצאו בישימה זו בסדר כרונולוגי, הכרוך במתחיות תיני של אם, יהיה עלי לעבור בשלב זה לדין במהלכות פוסטנציאלית העלויה להתערור כריכול בין אם לעוברת במהלך ההיריון.<sup>172</sup> ברות כתיבתה של דות הלפרין קודרי,<sup>173</sup> אבקש לזמיר דבר-מה ביחס ליחסי אם-עובר בכל הנוגע בהתנהגות האם עולה קודרי, הדברים שיוצאו כאן מתייחסים למצבים שבהם התנהגותה של האם עולה להשפיע על בריאות העובר והתפתחותו. הדוגמה שנבחרת לדין פוסקת בשימוש האם כמסמם במהלך ההיריון, התערבות הנוגעת במסמם זוכה כריכול בהתערבה בניהול ההיריון בנין פליליותה, אך היא מהוות רק דוגמה אחת למגמה המבקשת להתערב בניהול ההיריון בנין מנגון פעולות או מתללים של האם שיש בהם כריכול כריי לסכן את העובר.<sup>174</sup> ההתערבות המוצעת בהקשר זה על-ידי תדין כוללת מנגון אמצעים, החל בענישה פלילית וכלה במניעה כוללת או התערבות המוציאה את הילד מילי האם עקב פגיעותה נתתפת

172 לדין כסוגיה זו באופן כללי, ראו: Gomez Misconceiving Mothers: Legislators, Prosecutors, and the Politics of Prenatal Drug Exposure (Philadelphia, 1997); D. Roberts Killing the Black Body: Race, Reproduction, and the Meaning of Liberty (New York, 1999); M.I. Young "Punishment, Treatment, Empowerment: Three Approaches to Policy for Pregnant Drug Addicts" Expecting Trouble: Boulder, 1995); C.R. Daniels At Women's Expense: State Power and the Politics of Fetal Rights (Cambridge, 1993); D. Johnson "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" 95 Yale L. J. (1986) 599; D.M. McGinnis "Prosecution of Mothers of Drug-exposed Babies: Constitutional and Criminal Theory" 139 U. Pennsylvania L. Rev. (1990) 505; N. Kubasek "The Case Against Prosecutions for Prenatal Drug Abuse" 8 Tex. J. Women & L. (1999) 167.

173 קיר-ריינה ירהי בארי הפביקש לחמיר את העקרונות של אחיקוק ודאגה בשית משפחית בתחום דיני המשפחה בעיצוב על-ידי רות תלפריק קודרי במחקריו העוסקים בתחום יסיים בתחום דיני המשפחה בעיצוב על-ידי רות תלפריק קודרי, לעיל הערה 8, של יחסי אם-עובר. הלפרין קודרי, לעיל הערה 10, בע' 261 תלפריק קודרי, לעיל הערה 8, בע' 107.

174 בדי ית הדיוגמות ניתן למנות חיות בניהול קריטי, כפיית עריכתן של בריקות רפואיות, שפול שנוצר למנוע את הדרכת העובר באיידס וניצוא באלו.

175 הלפרין קודרי, לעיל הערה 10, בע' 264-273.

176 תהליך וטכנולוגיית ההזלה אלוילס-סאונד, הלפרין קודרי, שם, בע' 261 Chery A. Maternal-Fetal Conflicts, The Social Construction of Maternal Deviance, and Some Thoughts About Love and Justice" 8 Tex. J. Women & L. (1999) 245, 247-248; I. Shamer "Pregnancy Intervention and Models of Maternal-Fetal

חוקים על-ידי הגברת הנגישות לשרותים רפואיים וסוציאליים.<sup>185</sup> הפתרונות המתוארים אינם משפטיים ביסודם. שיתוף הרוסיס רגיש דיו לכליל היבטים תוך-משפטיים, להבדיל על היותו של הפתרון המשפטי בלתי-מוצלח או בלתי-מספק ולקרוא לשינוי משאבים ופתרונות סיפוליים – רפואיים, סוציאליים ואחרים. אפשרות זו אינה דוה לשיח החיים, אך נראה שתחולתה במטרתו ממוצעת.

3. קביעת הוררות ביחס לצאצא שנולד כתוצאה מתרומת ביצית

הטכנולוגיה מאפשרת זה עשרים שנה לאשה המתקשה בהולדת טבעית להיעזר בתרומת ביצית לשם הבאת ילד לעולם. שימוש בתרומת תוך-גופית תוך שימוש בביצית של אשה אחרת, שאינה נושאת את התורין בתדומה ואינה מיועדת לשמש כאימו התכרומת של הצאצא, נעשית לרוב במקרים שבהם אין האם המיועדת מטגלת להפיק ביציות תאיות להפריה. בניסיונות שבהן ילד נולד כתוצאה מתרומת ביצית עשויות שתי הנשים שנטלו חלק ביוצוגי בהולדתו, האם הנגישית, שתעניקה מביציותיה לתולדתו, והאם הפיזיולוגית, שנושאת את התורין (ואולי שתיהן) תוכר כאם משפטית. גם כאשר לא התעוררה ועל המשפט לחכמה מי מהן (ואולי שתיהן) לטעון לביצית, לא התעוררה מחלוקת במקרה קונקרטי, מן הראוי שהשפט יספק מענה ויכריע על מעמדה החוקי של האם. בהיעדר נתונים מספיקים מדויקים ניתן להעריך שעד היום נולדו בישראל אלפים בודדים של ילדים כתוצאה מתרומת ביציות. אף שהשאלה של קביעת האימונה לגבי צאצא שנולד מתרומת ביצית פשוטה יחסית להכרעה ואף שבמסגרתה התקשרה עמדה ומכירה באימונה האם המיועדת (היא האם הוולונטרית),<sup>186</sup> לא נפתה השאלה בהכרעה ישראלית. הישראלית,<sup>187</sup> כך או כך, מעניין להתבונן בה מבעד לפריזמה של שיתוף הרוסיס, שהנמקנו ולא רק תוצאמו, היות בעלת חשיבות.

בהיעדר הסדר חוקי בהם לשאלה של קביעת האימונה בישראל, הטוגיה מוצאת את פתרונה הכיורוקרטי על-ידי רישומה של הולדת האם. פרקטיקה זו היא אומנם את מדינת פני הבריים (מטבע הבריים", האשה הולדת היא האם), את התנגידן (הולדת עולדה לשמש כאם התכרומת) ואת כוונתם הראשונית של הצדדים (התלונה ניתנה על-מנת שתיולדת תשמש אדם, אולם אינה מהווה פתרון אדיאטי. הרישום במרשם האוכלוסין,

185 Promoting Shared Interests: "Healthy Births without Sacrificing Women's Liberty" 43 *Hastings L. J.* (1992).  
 186 *Cherry, supra note 176*, at p. 258; D. Johnson "Shared Interests: Promoting Healthy Births without Sacrificing Women's Liberty" 43 *Hastings L. J.* (1992).  
 187 569.

186 אם כי הכרעה יוצאת הילדת מבוססת על הנמקת שונות. כך, עמדת המשפט העברי, המכירה באימונה הולדת, מקודה בהשתתפות על אלמנט התרין הולדת. ה"Common Law" מכיר באימונה הולדת על בסיס החוק שתיולדת היא האם, חוקה ומגלת את חונתה שתיולדת היא האם הנגישית, בעד התפיסה התורנית, המכירה באימונה הולדת, עושה כן בהסתמך על דגם הוציג והכונה.  
 187 תהיה תוך-גופית, המשלבת תרומת ביצית, מותרת בישראל, ואופן ניתוחה הוסדר בהקנות בריאות העם (תפריח תוך-גופית), התשס"ז-1987, אולם השאלה של הגדרת הוררות לא נפתרה בהתייחסות מפורשת.

מהלשה של נכירות האחד,<sup>181</sup> נראה כי לנוכח מורכבות הרוסיס, רכיבי האחד עולל לגרום בסופו של דבר פגיעה אף בטובת האחד, תגידן מן הראשון ומאופיין בקשר עמוק ולעיתים סימפטיים עמו.

פגומי של שיתוף הרוסיס מתחילים מן הרגע שבו נכרע על הצדדים לתרומת הקשרית של הסוגיה במובן הרחב ביותר. המלכה גורמים אלה מתייב לביחנה הקשרית של הסוגיה במובן הרחב ביותר, ומנביעת פתרונות מסוג אחד.

משורשית המגמה אחרת, מרויקת יותר, ומנביעת פתרונות מסוג אחד. צמידה על כוונותיה של האם ולא להרע לעוברי מטגלת את גודם האם ומחלישה את מידת הליגיטימיות של הפתרון הפוליטי. צירופו של גורם זה לעמדה המתכרמת בתשיבות הקשר ההורי לצדדים ולחברה, התנתה בקורנת-המבט והכללת גורמים תוך-משפטיים מחזקים את המגיבה במתן סיפול, קרי: פתרון שיימנע מלחזור לקשר את הקשר ההורי ויעשה מאגן חברתי לסיפול. הפתרון הקשה של ניתוק ומסירת הצאצא לסיפול היצוגי או לאימונה עידוד גורם שיפול, הוררי בכל מקרה, נאמנים רפואי, נפשי וכלכלי לאם ולמשפחה, עידוד קורא לשיפור הקשר ההורי בכל מקרה, נאמנים באלה. ראוי לחזור ולהדגיש כי השיתוף אינו קורא לשיפור הקשר ההורי את הפונקציות לקשריות של טובת הילד, ייתכן שהיעדר מטגלות הוררית יתייב לשיפול את הפונקציות ותוריות ולעצב את הצאצא לשיפול הוררי אחד, תלך או מלא. אולם מודעים ליתרונותיה ותביעותיה של האם ההורי הקיים והמשיבות של קשרים משפטיים (בהקשר זה עצם התוריות והראוי והייעיל מהיב, כפי שתלפריז-קודי מציעה, הורמת משאבים קשר זה, הפתרון הראוי והייעיל מהיב, כפי שתלפריז-קודי מציעה, הורמת משאבים ופירות גישות סיפוליות תעשות לגמילת האשה החדה מסופים, תוך התאמתן לצרכים המיוחדים של האם העוברת לפתרונות המבטיחים בכך לגמול רחבה יותר ביחס להשפעת השיתוף על יחסי הוררית ועל מחויבות לפתרונות המבטיחים לשמור את שלמות המשפחה.<sup>184</sup> מן ההיבט הזה ניתן להוסיף לשיפול הנקודתי דרישה לחימה של מערכת תמיכה כללית בפרי ובמשפחה ולמחויבות חברתית לחקלת המצוקה ולשיפור הקשר ההורי

181 פי שיפול יזני המשפחה בישראל (כרך ב, תשס"ז) 208; תלפריז-קודי, לעיל הערה 10,  
 182 *Roberts, supra note 172*; *Cherry, supra note 176*, at p. 245; A. Kay Boettig "State Control Over the Bodies of Pregnant Women" 11 *J. Contemp. Legal Issues* (2001) 903.  
 183 תלפריז-קודי, לעיל הערה 10, בע' 294-319, השיו: 172; *Kubasek, supra note 172*;  
 184 *Young, supra note 172*.  
 185 ברשימת זו ייתן תיין להכרעה במחלוקת שתעוררו בין בני המשפחה, אולם ייתן שינתן לשיקול יסודי של חשיבה גם בנוגע ליוסי הפרי והרשות על רקע סותרת משפחתית. כך, למשל, ביקשו להחיל רציון רימה בקשר לשאלת הצאצא הכפורה של ילדים למשפחה אומנת. המאמר רומז על קליטת עמדת המבקשת לתמוך בהקשרות תלויות-פשריות ותועבות בקשר הוררי ומשיבות ל"שיפור המשפחה", פורקטיות ותואמות, כפי שבראת את התקרבות של שיתוף הרוסיס. *N. Schior, "Foster Care and the Politics of Compassion" Family Matters - Readings on Family Lives and the Law* (M. Minow ed., New York, 1993) 117.

איכותיים. שיקול זה תופיל, כפי שכבר הוזכר, לגוירת העיקרון המאפשר, למי שהופך בכך, להקים משפחה, ובמקרה זה מבקש להבטיח כי המסדר שיוחל יאפשר יצירתם של יחסי *זווה-ייל* גם למתקשים בהולדת טבעית והקיום לתרומה ביצית.

נוסף לשיקול זה, המטשה את הכף לטובת ההכרעה באימונת האם היוזרת (שנעזרה בתרומה ביצית לצורך הולדתה), אף המשיקלים האחרים מצביעים על תוצאה דומה. כזכור, השיקול הראשון שגורתי משהו החיסים הינו מחויבות המסדר להמשכות בעזרתו של כל הצדדים *הרלוונטיים*. בהקשרינו ביקושו הצדדים - התורמת, האם היוזרת והיא האם המיצרות) והאב הנגיש (הוא האב המיוצר, אם קיים כזה) - לנתק את זיקת התורות של התורמת ולקיים תחזה זיקת תורות של היוזרת. פתרון כזה שיה יחסיים יבקש לממש את כוונתה האמורה. בהיעדר כוונה משותפת, עקב תורת אחר הצדדים מכוונתו המקורית, מצטרף המכרע בשאלת האיתנות להיעשות לאור השיקולים האחרים. *מתוונות לפתרון* שמגיענו בצדדים היא הקשתה ביותר מהווה את השיקול השני. הכרה ביולדת כאם משפטית תהווה פתרון רצוי, ומספק ליצאא, וברגיל גם לתורמת ולתורים המיוצרים, את מירב היתרונות. הפתרון האמור פועל בשני מישורים: האחד הוא מישור היחסים שבין התורים המיוצרים לבין האם הנגישת, תורמת הביצית. האחר הוא מישור היחסים שבין התורים המיוצרים בינם לבין עצמם.

באשר למישור הראשון, פתרון שאינו מנתק את זיקת התורות של התורמת עלול להרשף את תוצאה ואת התורים המיוצרים לפגיעה כתוצאה מנסיונה של תורמת הביצית לזכות בהכרה כאמא. ההכרה באימונת היוזרת מעגנת קשרים שנוצרו, מעניקה גושפנקו זיקת למצבם בפועל ההכרה בהמשכותם. הכרה בזכותה של תורמת הביצית לחזור בה מכוונתה הראשונית שלא להתייחס ליצאא, תעמיד את ההחלטה המשפטית ואת חילף הכוונות. חוסר דאגה, הכרה בזכותה העיקרונה להתנער מן ההסכמה הראשונית תחייב הכרעה שיפוטית. התמשכות החילופים עלולה לפגוע בטובת חילף, המחייבת שיפול קבוצ רציף, ותוצאת ההכרעה עלולה לגרום לניתוק ממי שאליז בקשר ביניהם. חוסר תודאות יפגע אף בהמשכות התורים המיוצרים, שהשקיעו מניסוח תוצאות נפשים ביצירת הקשר החוץ. הכרה בתורמת כאם משפטית נוספת נראית אף בלתי מוצדקת בנוכחות. נראה כי במקרה תרציל, תנף הכרעה בתוכה באם נוספת יעלה על יתרונותיה. וקושי תכרוך בתוספת דמות תורית שלישית ומעורבות של אם נוספת בתנאות התורה המשפטית עלולים לפגוע ביחסי הקרבה בין הצדדים, בין התורים בינם לבין עצמם ובינם לבין תוצאא. קשרים אלה על רקע זיקתה החלשה יחסית של התורמת לילד אינם מצדיקים עקרון הכרה במעמד החוץ. ייתכן שבנוכחות של גשיאת החירוף, כמו במצב של אימונת תחליפת, שניתן להצביע על זיקה מהותית בין תוצאא לאם המיוזרת, יהיה ראוי להגיע להכרעה שונה. עם זאת חשיב להתגיש כי אי-הכרה באימונת התורמת אין משמעה הכרעה אי-הכרה בהשכותה של האם הנגישת ליצאא, ולהיפך. השיבות של הקשר האמור עשויה להוביל להכרעה עקרונית באיפורם של מי מהם למיזיצ או לקשר חרדי מסוים.

המישור השני הרלוונטי בהקשר זה נוגע כאמור בתחום שבין התורים המיוצרים. הכרה משפטית באימונת היוזרת תשמש לדחייתה של טענה אי-אימונת שתוצאה מצד האב במקרה של פירוד ביניהם. הכרה באימונת האם היוזרת תבטיח, במקרה של פירוק המא

שיאנו אלא ראיה לכאורה לאימונת תוכנו, אינו מקנה כשלעצמו מעמד תורי. ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם יהיה מי שינסה לערער על מעמדה של היוזרת כאם. מכסוכים תנאים לגירוי בי-זוג או סכסוך ירושה עלולים להגיע צד המיוזרת להעלות ספקות באימונתה של היוזרת. תיאורטית, אף התורמת עשויה לנסות לערער על אימונתה ולולדת ולדרוש להיירש בהכרעה שלה תוכך.<sup>188</sup> כך גם בני-הזוג שנעזרו בתרומה יכולים תיאורטית לדרוש להכיר במחויבות של תורמת הביצית לתמוך ביצאא כאם. ראוי אסכן שסוגיה זו תוסדר בתוק.

נסיונות להכריע בשאלה של תגרות התורות בהקשר זה, כמו גם בהקשרים אחרים, על בסיס עקרונות מנחים (כאלה השאובים משיח המכונים ואחרים) אינם מוצלחים. בין יתר התצעות שתועלו ניתן למנות את עקרון האי-המסחר, הקורא להימנע מעשייה שיש בה כדי להביא לירי סחר בילדים, בתומך גנטי או בשירותי הולדת, מודל חוץ המבקש להבטיח את המשמת כוונתם של הצדדים; מודל המתבסס על חירות תולדת ומבקש להבטיח מימוש בלתי-מוערע של הזכות לחירות ולהולדה; ומודלים המודרכו בחירות תגונית; מודל המקנה המבוסס על העיקרון של טובת חילף; מודל המעדיף את הזורה המיוצרת ומודלים המתבססים על עדיפות לאלמוש היוזרת; מודל המעדיף את הזורה המיוצרת ומודלים המתבססים על סטטיסטי, נישואים או זוגיות. בהקשר זה של העצות אלה ניתנת להיאמר בשני מישורים. האחד נוגע בתוכן המודלים האחר במורחם להכריע על בסיס עיקרון חד-משמיר בכל השאלות המתעוררות. ניתן להעלות טענות מטענות שונות נגד חילף הערלי המשמקו במודל זה או אחר. מודל המקדיש את התורות ואינו מאפשר מעט כל רגולציה עלול לפגוע בגורמים חלשים, ובכללים ילדים ונשים. מודל המתבסס בלעדיית על ההסדרת התורות מתיר אלמנטים מסחריים ליהודה המשמעותית, מציב את חילף כסוכין תולדות להעברת תורות ועלול להוביל לפגיעה בטובתו. מודל השולל לחלוטין את האפשרות לערער תמר גנטי או לסוחר בו ומנוע הסתייעות כאי-נושאת נראה מרחיק-לכת מפגיעתו באפשרות לממש את הכמיתה לתורות.

לא זה המקום להרחיב בדיון במודלים השונים וביעודקוים, בכל מקרה, כאשר לרובם, הקושי אינו נעוץ בלעדיית בתוכן, כי אם ביוסדה ליצור מסדר כולל המספק מענה לכל שאלה תוגעת מטבינקות החלדה ובהגדרתם של יחסי התורות על בסיס עיקרון אחר ובלעדי. אפשר שיש חשיבות לעקרונות העומדים ביסודו של כל מודל, אולם כל אחד מהם כשלעצמו אינו מספק מענה לכל גוון השאלות המעוררות. מגוון השאלות הוב, מורכבותן של השאלות והנסיבות המשנות מהקשר אחד למשנהו מצריכים שילוב בין תעמדות בתחום לאמפייניו של כל הקשר. שיה החיסים הינו מוצמד ראוי לנסות לעמוד באחג מורכב מעין זה.

ברקע התכרעה בשאלה של קביעת האומנות ביחס ליצאא שגולל תוך העיונות בתרומה ביצית לאור שיה החיסים יעמוד השיקול המכיר בחשיבות המשפטית ויחסי משפחה

על רקע המסדר הנכחי, העושה שימוש בביציות של גשים העוכרות בעצמן שיפול 188 פוריות, התורמת עלולה ללדת כי בעוד שתופילים בה כשל, גולד מביציותיה ליל לאשה אחת. אף שהדברים אינם שכיחים, מקרחת עלולה להוביל אותה עקרונות, בתנאי כי תעליחה להתגבר על פסגלות האלמוניות, לתבוע הכרה באימונתה.

המכתש ושימור הקשר בין בני המשפחה מכהניבים אף הם הכרה מראש ובידיעבד ביחסים החורגים שנוצרו בין הנצאצא לאם היולדת. העיקרון המתמקד בקיומם של יחסים משמעותיים, יחסי חורגים וברוריים יבססו קשר מוצחי בין מצדדים, בעוד שליאלוקת החורגים המגשית תהיה משמעות חורגית שולית, בניסיון אלה, נוסף תפן המייצגיות לפני התברותי, נשיאת העובר במשך השעה חודשים יולדת יוצרות קשר נפשי בין האם הנולדת לבין הנצאצא, קשר שלא ראוי שאין צורך להתעלם ממנו בניסיון.<sup>191</sup>

הוכרחה את המחוברים הנבעת משיה החיסים ליצירת הסדר שיבטיח שימור של טכניקות החלילה המלאכותיות. שיקול זה נובע מוכריותם של קשרי המשפחה וכן ההכרה להבטיח קביעת הסדר שיאפשר הקמת משפחה ומציאת חלופות הולדת למה שמקשה בהולדה טבעית. נוסף להיבט שהוזכר, נראה נכון לומר כי ניתוק הזיקה החורגת בין תולדות הביצית לצאצא הינו תנאי שנועד להבטיח את המשך ההסתפק של תולדות הביצית, ובכך הוא מהווה תנאי הכרחי להפעלה רציפה ויעילה של פרקטיקה המפריה המלאכותית כאמצעים תרומתיים. עם זאת לא יהיה זה בלתי סביר להעריך כי תשעה של תולדות הביצית מפני תולדות כמותי יהיה מופחת משל תורם זרע בניסיון המקבילי.<sup>192</sup> בכל מקרה, החשש להפחתת תרומת, המצויות גם כך בחסר, קיים, והוא עלול לפגוע במי שהנוצרים מהשפחה שלא שימוש בתרומה, תוצאה זו אינה רצויה לשיטתו של שרת החיסים, המדגיג את חשיבותם של יחסי הקרבה לארם ולחיותו. רמתו כבר כי השקלה הממוינת להבטיח את חלופות הולדת תמוך בהכרעה בעמדה הזו. לתולדות הביצית כוללת בתרומה ביצית לרצון האם המיוצרת ירטיע נשים ובני זוג השוקלים לעשות שימוש בתרומה ביצית כתחלופה חלודה, מכאן שגם במובן זה יתמודד שיתף החיסים בפיתוח שיצאיר על האם היולדת כאם משפחתית, תוך ניתוק יחסי החורגים של האם המגשית.

191 עמדה זו אינה סותרת את עמדתו המסרבת לראות בקשר האימהי קשר משפחתי מיתי המבסס את אחריות ההאגה כשליצמה. לחשיבותו של הקשר הפיזיולוגי הנרקם בין האם ותולדות לזכור, ראו: "What Does It Mean to Be a Parent? The Claims of Parental Biology as Basis for Parental Rights" 66 N.Y.U. L. Rev. (1991) 353, 394-400; B. Katz-Rothman "Recreating Motherhood: Ideology and Technology in American Society" *Beyond Baby M: Ethical Issues in New Reproductive Techniques* (D.M. Bartels ed., 1990) 9; M. Ashe "Law-Language of Maternity: Discourse Holding Nature in Contempt" 22 *New Eng. L. Rev.* (1988) 521.

192 חושש מצומצם הן בשל הצורך שיתמך האם מבניע חובת חוננות מופחתת והן לנוכח פרופיל משיעי של החלומות. נראה כי תולדות ביצית נובעת פחות, אם בכלל, משיקולי כספי, אם כי הסדר המאפשר מכירת ביציות בתמורה גבוהה יוצר מציאות שונה, התורמת מוגעת לרוב הן הריצון לטייע ליעילות, בשל הסיכון הנכבדתי הרוי בתרומה, והחלטה לתרום, לפחות לגבי מי שאינה עוברת טיפול הפריה בעצמה, תלויה בשיקול דעת רצני יותר, והרעיונות מהכרעה כאם תולדות שיקול מופחת בתהליך קבלת החלטה. בהיעדר מחקר, יש להתירם להעריכה זו בתוויות.

המשפחתית, הנגזר על החיסים שנוקמו בין הנצאצא למי שנושאת אותו ברמה וכפי ששימשה בפועל כאימו לחלודה.<sup>189</sup>

מחויבות לזיווג חלודה, השוואה באופן בלתי-נפרד גם בשיקולים שצוינו לעיל, מקיימת להביא בחשבון את צרכי של הילד ולקבוע הסדר שיעלה בקנה אחד עם טובתו. יש להבטיח תוצאה שתעלה בקנה אחד עם טובתו אף אם תעמוד התוצאה בניסיון קונקרטיים בניגוד לרצון התורמים ואף אם תסב להם, לשיטתם, נזק, ניתן להעריך כי הסדר זה יתייב בגייל הכרה מראש ביחסי החלודה בין הנצאצא לילד האם היולדת שבה בהפריה נכסחה את החלודה על ליומו, יש להבטיח שתוצאה ייוולד להמציאות שבה ההודות נכסחה אליו איצת נחמה בספק, באופן שאפשר לו, מיידי עם היוולדו, לזכות בטיפול המסור של החשבים לחורגי והתופסים עצמם כחורגי המיוצרים אולם לזיווגם בקביעת החלודה אינו מחויב כשליצמה חכמה דווקא בחורגים המיוצרים אולם במכלול הקבילות עולה כי הוסדר הראוי להקביע יהיה זה שיכיר בתודותם של אלה מאת שאין מתעוררות מחלוקת של ממש לגבי האבחנה, ומפני שברגיל לא רצוי שהחלודה היצאצא תתפזל לשתי משפחות (בהיעדר הצדקה מוחלטת לכך) והכך נוטה להכרעה כאם המיוצרת בת-זוג של האב. גורם זה אין בו אומנם כדי להכריע בלעדית לטובת אימהות "בת-זוג", אולם נעמדה כאם אינו אף ודק המיעדות כבת-זוג של האב, אלא גם מכוונתה לשמש אם ומתפקיידת כאם הפיזיולוגית, נושאת החלודה.<sup>190</sup>

גם המציאות, כפי שהתגבשה לאור חלודת הנצאצא, מכוונת, מן ההיבט של טובת הילד, הכרה באימהות חלודה, חשיבות הקשר הפיזיולוגי ויחסי האמהות שנוקמו לאור חלודתו לא יאפשרו, אלא במקרים חריגים של חוסר מסוגלות, לנתק את יחסי האמהות. גם אם המפרקה המשפחה והאב מבקש לנתק את הנצאצא מבת-זוגו לשובר. מובטח העקרונות של הנצאצא מתייבת לקבוע את אימהות האשה גם בניצונו של האב ואף נגד רצונה, אם בקשה האם היולדת, בניסיון חריג, להתנע מיחסיה עם הנצאצא. העיקרון של טובת הילד, משולב עם אלמנט האמשייות המשפחתית, מביע את אימהות האם הנולדת המסר החברתי שדאי מצביעים כלפי הנצאצא שנוגדו כתוצאה מפעולות. מכוונת המסר החברתי המיוצרים תגמלם מצבים שבהם ינסו החורים המיוצרים להתערב חכמה בהחלטות החורים המיוצרים תגמלם מצבים שבהם ינסו החורים המיוצרים להתערב מאחורייתם כלפי הילד לאחר ילידתו. מצבים נדירים אלה עלולים להתעורר בניסיון חלודתו של ילד פוגע. גם אם האפשרות תתעורר זו בטופו של דבר, תמסר שדאי שתעביד יחיה כיה שיכבול אותם מראש למחויבות הנכבדת מחויבותם.

189 בהקשר זה ראו את עניין *McDonald* שבמסגרתו נידונה ונדחתה תביעת ואיש שברק, במסגרת תביעת גירושית שהגיש, להקנות לו משמורת ותוקף בלעדית בהאמהות העיוות לחיולד לראשתו, ואיש ביקש להחליף כי תאשה אינה ברור אם, שכן החלודת חושג באמצעות הפרייה דועו בביציות של תורמות. ראו: *McDonald v. McDonald* 608 N.Y.S. 2d 477 (1994).

190 העיקרון של טובת הילד מתייב הכרה בחורגים המיוצרים על ביססה של טענה נוספת שעלתה בספודו, המתייחסת לאיכות המשפחה, המולדת, של החורים המיוצרים, ראו הן גילאינגור "שילוב" 69 (1996) 49.

השבעים, באחד משני כללים רוחזים: האחד, עקרון טובת הילד, והאחר, שימור רציפות השיגולית והקניית המשמורת להורה שנטל את החלק בעקידת בטיול בילד במהלך הדיים המשפחיים והחורה הפסיכולוגי, תכרה במשמורת משותפת הולכה להובסס, לא בלי ביקורת, בחלק מן המדינות, אם כי בחלקן כבר מסיקה לזישלל בינתיים.<sup>197</sup> בשיטות אחרות, בכללן אוסטרליה ובריטניה, מוקנית עדיפות למשמורת משותפת תוך גיסיון לשימור את חלוקת תמכויית שאינה את המשפחה לפני הפייר והבטחת שיתוף-פעולה בקבלת החלטות ותגועות בטיול בילד.<sup>198</sup>

לארבעת הכללים שהוצגו – חוקת הגיל הרך, עקרון טובת הילד, רציפות שיגולית ומשמורת משותפת – יש מגוון של יתרונות וחסרונות שאינם נרמנים להפדה מן תרקת התברתי-ההורבתי שבקשורו עוצבו: העמדות הרווחות ביחס לתפקיד האשה מעצמה והכרתי ויחסי המשפחה הקונקרטיים שבהם היא שרויה, כך, לחוקת הגיל הרך ניתן לייחס יתרון על רקע תברתי-אישי שבו האשה משמשת כרונת התפקידים המשפחיים, שכן קיומה של החזקה משודר אותה מן הצורך להאבק על משמורת היילדים ולהחפשי, לשם הכסחה המשמורת, על זכויותיה הכלכליות.<sup>199</sup> עם זאת אין להתעלם כי לחוקת השפעות-לרוא בעייתיות, בכללן חזוקת הציפיה התברתית מן האשה לגילוי התפקיד השפולי ונגיניה אם בחרה אחרת, נוסף לחזוקת התפיסות הטהייראטיביות, קביעתה והאטובטיב כמעט של האם כמשמורנית עלולה לפגוע באב וביילדים שחוקר שיצרו ביניהם אינו זוכה בכרחה מספקת.<sup>200</sup>

ברומה לך, אף לעקרון טובת הילד, באופן שבו מיושם בישיטה התברתית

197 ראי, למשל: M.F. Brinig & F.H. Buckley "Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories" 73 *Ind. L. J.* (1998) 393; B.J. Melton "Solomon's Wisdom or Solomon's Wisdom Lost: Child Custody in North Dakota – A Presumption that Joint Custody is in the Best Interests of the Child in Custody Disputes" 73 *N. Dak. L. Rev.* (1997) 263; J. Paradise "The Disparity Between Men and Women in Custody Disputes: Is Joint Custody the Answer to Everyone's Problems?" 72 *St. John's L. Rev.* (1998) 517; S.N. Barnes "Strengthening the Father-Child Relationship through a Joint Custody Presumption" 35 *Williamette L. Rev.* (1999) 60.

198 על חרין בישיטת אלה לאחדות, ראו: H. Rhoades "The Rise and Rise of Shared Parenting Laws: A Critical Reflection" 19 *Can. J. Fam. L.* (2002) 75; K. Kurki-Suonio "Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective" 14 *Int. J. L. Policy & Fam.* (2000) 183; M.C. Soudomayor "The Introduction and Impact of Joint Custody in Portugal" 13 *Int. J. L. Policy & Fam.* (1999) 247.

199 אם כי בפועל, גם על רקע קיומה של החזקה, לא נוסדו במקרים רבים מאבק מר ומכריע בין ההורים על המשמורת, ונדרשים, זרקה לצורך הפריחה, "אמצעים בלתי קונבנציונליים", ראו י' אורון "טובת-הילד, מטגלות-הורית ושלילות-אב בסכסוכי הורים על משמורת לידהם" רפואה ומשפט 24 (2001) 86, 94; שניט, לעיל הערה 193, בע' 199-200.

200 אורון, שם, בע' 185; Paradise, "The Poster Girl for Working Mothers" 37 *Cal. W. L. Rev.* (2000) 197, *supra* note 197.

4. מאבק משמורת

רוב סכסוכי המשמורת המתרחשים במסכות של פירוד בנייגוג נשואים החלוקים ביחס לחזקה ולשיגול בילדיהם המשותפים. במיעוט מקרב הסכסוכים מעורבים גורמים נוספים שישמשו בתפקיד חרתי מכלי שהתגודדו או הוכרו כחוריים משפחיים. נסיבות אלה עשויות להעמיר בהקשר של יחיליה חרתי-מיניתי, כאשר בת-הזוג משפחה כחורה בפועל, אך אינה מתווה חורה ביחילוי ואינה מוכרת כחורה משפחית; בחיליות משפחה שנית או בחזרות משפחה מורחבות, וכוללות דמויות חריות נוספות שבהן כרן או בת-הזוג של החורה או סביב מקבשים לשמר את הקשר שיצרו עם הילד גם לאחר התפרקות החילה המשפחתית. בשל מגבלת המקום, אחיייתם לסכסוכים הרווחים ואציר בקצרה בלייחם למקרים האחרים. אף לסוגיה ככל שהיא נוגעת בסכסוכי משמורת בין בנייגוג נשואים לא אוכל להתייחס אלא על קצה המלה.

בישראל מוכרת, והנהיגית לפחות, חוקת הגיל הרך, המקנה לאם את המשמורת, קרי את השיגול החורי המוביל בייל שטרם מלאו לו שש שנים.<sup>198</sup> החלה חוקת הגיל הרך יחד עם שתי קביעות משפטיות רווחות שפותחו לאור עקרון טובת הילד:<sup>199</sup> האחת שאין להפריד בין האחים והאחות שיש לשמור על הרצף השיפולי, מובילה לכך כי משמורת האם תוכר ברוב המקרים והישימור על לבגרות הצאצאים, אלא אם תוכחה אי-סוגולותה או אם נחשפו כישוריה החוריים הנחותים מהחיות משל האב.<sup>200</sup> ליסם הכרעה בשאלת המשמורת יידרש בית-המשפט, במסכות של מחלוקת בין הצדדים, לקבל חוות-דעת מקצועיות ביחס למסוגלותם החורית, האמורה להשוף מי מביניהם מתאים יותר לשמש חורה משמורתי. בהתאם לגיל של הילד, יתחשב הגורם המקצועי הממונה, ובעקבותיו בית-המשפט, אף ברצון הילד, בהיעדר מחלוקות, יוכר לרוב המסדר שנוגש בין הצדדים, במקנה את המשמורת לאם ברוב המכריע של המקרים.<sup>201</sup>

בארצות-הברית החלפת, ברוב השיטות, חוקת הגיל הרך, שותחה מקובלית עד לשנות

198 סעיף 25 לחוק הישירות המשפטית והאפוטרופסות, תשי"ב-1962, לאחרונה חורה ואומצה החוקה (הצהרות לפחות) בפסיקת בית-המשפט תלזיון, רע"א 4875/00 פלונית נ' אלמני, פ"ד נוה"ג 521. ביחס לחוקת הגיל הרך ראו באופן כללי י' שניט "חוקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשפחה, שינוי או ביטול? עיוני משפחה יט (תשנ"ד) 186. בפועל לא ברור עד כמה החוקה משמשת אמת-מידה בקביעת המשפחה (השניט) וה ראו מי פרישיטיק, מי ארד "שיקולים המנחים את בתי הדין הרבניים בקביעת המשמורת על ילדים" מגמות מא' (2001) 45.

199 המונות עיקרון מנחה בהכרעות בית-המשפט בעניינים תכרוכיים באופטרופסות על הילד המשפחתי: סעיף 25(ב) לחוק שיורי זכויות ואשת, תשי"א-1961, סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשי"ב-1962. בהרחבה ראו א' חי שאקל "אפיונים ברניים משמורת קשינים" עיוני משפחה י (תשמ"ד) 5.

200 פ' שירמן ריני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) 232, 235; מי קורניגאלד "הישל ליישום את עקרון החויון בדיני הורים ילדים" קריית המשפט (2002) 131; שניט, לעיל הערה 193, בע' 187.

201 פ' שיפמן ריני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) 273-281; פרישיטיק וארד, לעיל הערה 193, בע' 63.

לשימורם וטיפולם של יחסי משפחה אכזרניים; שמירת האגנטים של הילד בגורם נזקק; תגובות האינטרסים של הצדדים באופן שבו יזכה ההורה שהשקיע את מרב משאביו בטיפול, ואשר יש להגיד כי פיתח קשר משמעותי יותר עם הילד, בשימור תפקודו ובתמיכה קשירה. במקרה שבו התנהל הטיפול הדדי, יש לאפשר את שימור הקשר לשיח ההורים, ובלבד שפתרון זה נכון ליישום על רקע טיב היחסים בין ההורים ומידת יכולתם לשתף פעולה בגידול הילד גם לאתר הפירוד. במקרה של קושי, יהיה על המערכת לסייע בהגשת צורה טיפולית. פתרון זה המסופק בייצוב במקרה של פירוד, טומן בתוכו פוטנציאל השפעה על יציבות יחסי הצדדים מלכתחילה.<sup>206</sup> יש בו, הן במובן הסמלי והן במובן המוחי, כדי לעודד יצירת קשר תורי איכותי בין הילד לשיח הורי ולחזק את תפקודו התורי של האב.<sup>207</sup>

שיח היתאים, כפי שהוא עוצב ברשימה זו, אינו מחויב כנודד לקידוש הקשר האימהי דווקא, ולפיכך אינו מחייב את שימורה של חקת הגיל הרך, אשר יש מי שסוּעו כי היא גובעת מן המציאות התרבותית-תקשורית.<sup>208</sup> הדגש מושם כאמור ביצירה, שימור וטיפול של קשרים אנושיים-משפחתיים, והחשיבות מיוחדת לאיכות הקשר ההורי, ולא לשיכו המיני של ההורה. זו גם ההתמנות למתאימה לאותן יחידות-משפחה מנוונות שהוכרו. של היחסים שכתב הכרה עקרונית בשימור קשר תורי שנוצר בפרעל בין ילד לבן-הגוף של ההורה, יהיה זה בין מינו או בין המין האחר, ובהכמתה המשכיות של שיפול הורי תלוי או נוסף, דוגמת קשר עם סבתא או סב. כאמור, הדגש מושם בתוכן הקשר, ולפיכך אין משמעות למינו של הגורם המטפל, ליקומו הנגטיב לאצטא או לתפקיד המטורתי המיוחס לו בחדר המשפחתי.

התוצאה האמורה עולה בקנה אחד עם דרישתם הנזכרת של האבות להכרה משפטית בקשר שרקמו עם ילדיהם. אולם במקום שיה תוכיות תליכולי, המשמש אבות לקידום צמרתם, תחת המגמה הקונפליקטואלית שהם מבקשים לאיץ לקידום טיעונם וחלף חזק וכויות הורה שהם מבקשים להצדיק, תעלה לפגוע בילד ובמקום המשפחתי, ונגשם שאיפתם באמצעות השיח המוצע כאן.<sup>209</sup> להנפקה, ולא רק לתוצאה, יש חשיבות חברתית רבה, ואין להתעלם ממנה.

שה הערות לסיים ביחס להליך הגישור המשמש לציגים קרובות לקביעת משמורת, כוכר, שאיפת מרובה של השיח היא קיומם של הליכים תלויים חלופיים השיפוטיים הארוורווריים. תרבותיות באשר לקביעת הסדר התחקה המשמורת ברורים, והתורה מורגרת. אולם אף על רקע נטיבות שבתן רוב ההכרעות נעשות במסגרת תלוי גישור, יש חשיבות להוכן התסדר החוקי העומד ברקע הדברים.<sup>210</sup> הסדר חוקי ברור הוצעה שהוצעה

206 השו: 197 *supra* note 197.  
 207 שיפול, לעיל הערה 195, בע' 274.  
 208 M. Becker "Feminist Theoretical Approaches to Child Custody and Same-Sex Relationships" 23 *Sexual L. Rev.* (1994) 701.  
 209 למאבקם של האבות להכרה ב"תורות" למימוש יחסים עם ילדיהם, ראו: M. Becker "Feminist Theoretical Approaches to Child Custody and Same-Sex Relationships" 23 *Sexual L. Rev.* (1994) 701, 721.

כאמת-מדי, שלא כהלך ממכליל תוסף ומתחייבות לדורות הילד, עשירות להיות השלכות בעייתיות. יצקרון זה, כפי שהוא מופעל בידי, אינו מנותק מהפנימות ערכיות, והוא עשוי להיות ממוצע לקידום מנוון של אינטרסים שאינם עולים בקנה אחד עם רוחותו ושלומי הנפשי של הילד.<sup>201</sup> כך, למשל, תיעקרון עלול לשמש לשימור תפיסות דתיות (גם כאשר אין הן גובעות מאמצאנייה של הוליהה המשפחתית תקונקישיות) או לגינוי מוסרי בנין "טשיית" האם מצעות מסודרות, בכללן פעילותה או תערותה המניעות.<sup>202</sup> הקשי קיים גם ככל שנועשה ניסיון להעריך אותה מבין ההורים "טוב יותר" על-פי מבנתה הפסיכולוגיים של בדיקת המסוגלות הורית.<sup>203</sup>

שני העקרונות הנוספים, דעיפות טיפולית ותעדת משמורת משותפת, עשויים שיקלם המדרד בהתאם למאפיינים של שיה היחסים ויישום המוקד בהתאם לנטיבות המבקה הקונקרטית, לשמש פתרון ראוי לטכוכי משמורת.<sup>204</sup> המתחייבות לטובת הילד, שהוקרה כהלך מעקרונות השיח ולזנכית בודאי גם כאן, אולם תדגש בהקשרים אכזרניים ובהקשרים של צרכי הרגשיים תקונקישיות של הילד. היעד הוא השגת רוחותו, ולא וביצמדות לאמת-המידה המשפטית ברבר "עקרון טובת הילד". טובת הילד תעלה לרוב בקנה אחד עם הכלל המתייב לשימור תרבות של השיפול הורי (ובלבד שמדובר בטיפול איכותי, ולא פוגעני), וכתוב הקניית משמורת להורה המטפל הדומיננטי תוך תקניית ביטוי מרבי להורה האחר. מקום שבו בוצעה חלוקת התפקידים והטיפול בילד אופייני בשיווניות, או לפחות בחדיית, יכתוב עיקרון זה תוצאה של משמורת משותפת.<sup>205</sup> הנבדקת, תמצרת על-ידי הגורם המכריע, ביה-המשפט או המגשר (בהתנה שלא רשנה, מסכמה בין הצדדים תדאיות ברוב המקרים להקבל כמחייבת), תיעשה לגופו של מקרה, תוך בחינת צרכי של הילד הקונקרט, רצונות הצדדים ומידת ישימותו של המסדר לטיות והאור לנכות טיב יחסיהם.

פתרון זה נובע משיקולי תכרעה המאפיינים את שיה היחסים, בכללם מחייבות

201 על בינות אלה ואחרות הברכות בעיקרון של טובת הילד ראו לעיל הערה 95.  
 202 על האופן שבו תעקרון של טובת הילד מפורש על-ידי הולכה ועל-ידי בתי-דין תרבותיים, ראו י' גילת "כלים טובת הילד" הוא שיקולי-על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם" מהקרי משפט ת' 297 (1990), על המקום של השיקולים החלכתיים בקביעת המשמורת, ראו פרישטיין ואדן, לעיל הערה 193, בע' 61.  
 203 אודן, לעיל הערה 199, בע' 86.  
 204 המעלה עקרונות אלה כשלצמם עלולה אף היא להיות בעייתית. בהקשרה של המשמורת המשותפת, ראו: R.A. Washak *Custody Revolution - The Father Factor and the Motherhood Mystique* (New York, 1992).  
 205 אין ללאך את כלל המשמורת המשותפת ככלל בלעדי, שכן הוא אינו באפטר לת ביטוי לשינות הקנימת בין המשמורת הנדרשת בהקשר של קביעת משמורת, כך משמרת המבוססת על מבנה החלוקת התפקידים מסודרים, כאשר האם אחראית על הטיפול והאב על הריכות, עלולה להצביע מפתלת הסדר של משמורת משותפת. על חשיבותה של תזמנית בקשרן של הברכות המשותף כשדנית אינו קיים עוד - דילמות וקונקרטיות שי רומי וי' לוי "מהו בית מודרני? כשדנית אינו קיים עוד" - דילמות וקונקרטיות בנושא משמורת ילדים" הברכה ונורות ת' 389 (1998).



בתוסף רגישות, לרבות קישור ביחודה המשפחית. חזוקת עצמתם של הפרטים המרכיבים את המשפחה, שיוצגו רציונל ככל שהיא נוגצת ברכיביה המוחלשים, עשוי לחזק את המשפחה ואת איכות היחסים בין מרכיביה, אך עלול, אם ייושם בדרך לא-רצויה, לאיים על שלמותה, רוחות הפנים הנעצות במשפחה עלולות רגשי ושלילתו של הילד התלוי בה לקיומו ולהתפתחותו מצביעים על חשיבותה ככל שמדובר ביחודה בעלת יחסים איכותיים ומיזמים. לנכות חשיבותה, נבקש להבטיח שהמשפט ישמרה וידאג לשגשוגה. נראה כי שית היחסים מסוגל למלא משימה זו בהצלחה.

במשקל של המש זוכת, במסגרת שית זה, המושג "אתיקת הזוגה", כפי שהוטבע לראשונה על-ידי גיליון ופוחת בכתבה צנפה בתחום המוסר והמשפט. אומצו אל השיח המשפטי, תוך השלת שייכו כמוסר נשי, מצא כאמור בייטו מישוריים: מישור הפרוצדורה ומישור התוכן. אלמנטים של קשר בינאיש, דיאלוג, אחריות הדדית, התמקדות במאפיינים אישיים, מתחייבות לפתרונות משוימים ואחרים השביעו את חזמתם בעניי אלה. לצידם נשמרה המהותיות לקיומיות השוואת, הוכח והחלרות, לעיתים תוך בעי אלה. מחודש המבקש לגלם את התורה במציאות של האחר, בקיום התכתי המשותף ובהשפעתם של אלה על חיי של הפרט. הכלה רציונית של אלמנטים אלה תאפשר, נוסף לשקוף הקול המוסרי האחר, התמודדות מוצלחת יותר, כך אקווה, עם שאלות מתחום המשפחה. שאלות אלה מאופיינות לעיתים קרובות במורכבות אנושית, ומדיניות את הצורך בהפעלת פרמטרים מסוג אחר – אמות מידה גמישות ורגישות, ומסוגלות להכיל את התרשים האישיים, את מכלול נסיבותיה הייחודיות של המחלוקת, את מאפייני הצדדים, ובמקרים הוליוויים גם את מאפייני הקהילה.

אולם, אף אם המשפחה עניין רציונלי לקליטת עיקריו של שית היחסים אל השיח המשפחתי, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי שית זה טרם התגלש לכדי דוקטרינה קונטנטית וברורה<sup>218</sup> תוא סובל מ"מתלות ילדות", אך אין בכך דבר. הוא מתמחה עם שיטה עתיקה ומבוססת, ואף טכני שידה קושי לשכנע במידת מוצדקותו.<sup>219</sup> הקושי לתגבר את קושי היחסים טמון, בין היתר, במסר לשוני, לנכות היעדרו מן השיח המורכב.<sup>220</sup> קושי אחר טמון בכך שחובות האחריות הנגזרות ממנו משוננות בהתאם לסיב היחסים בין הנמצים בדבר ועוצמת הקשר.<sup>221</sup> שית היחסים מתנגר לניתוח זכויות מופשט, אולם, כפי שהוסבר, אין גרעית מכאן שלילה של ההכרעה העקרונית עצמה, אכן, הצדקה המבוססת על האתיקה של הדאגה ועל שית היחסים שעוצב בעקבותיה אינה מספקת ומכרעה אתה ברורה ונכונה בכל מצב,<sup>222</sup> אולם תוצאה זו מאפיינת כל סוג של מסגרת

218 Little, *ibid.*, at p. 204  
 219 Beauchamp, *supra* note 39, at p. 90  
 220 Little, *supra* note 112, at pp. 503-507  
 221 M. Garrison "Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parenthood" 113 *Harv. L. Rev.* 911-914 (2000) 835, 869-870; Healy, *supra* note 139, at pp. 911-914  
 222 *New Reproductive Technologies: Ethical Aspects – Research Studies of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (1993) xii

לעיל מקנה קהורה הדומיננטי (ותהיה זו לרוב האם) "ישת בישותך" להתנהל בתור תורת במסגרת הליך הנישור, במיוחד כאשר כרוכות בו גם סוגיות אחרות, בניגוד מוזנות ולרוב. תשור של תורה הדומיננטי מאובד המשמורת מוגבר, והוא "שה לוויתורים כלכליים כדי להבטיחה, מסדר התומך בקביעתו כהורה המשמורן, גם אם אינו מכריע במידין במחלוקת, מחדו מצע להצטרף המגשר ולהכריע הכפוי, אם תישעה בסופו של דבר, ומאפשר לו לשאת-ולתת מבקרה שיוניית יותר. התערף השניה נוגעת בכל הליך גישור ותוכנה לעיל. נקודת-החלפה של הליך הגישור נעשה בהישג לניצולו ליעד במסגרת יחסי משפחה בלתי-שוויוניים, פוגעניים או אלימים.<sup>223</sup> יש לנסות להבטיח במידה האפשר נטרול אלמנטים אלה, התפקיד שהגורים המגשר מבלא בהקשר זה מכריע, והוא צריך להיות קשוב למאפייני הצדדים ולנתיחתה השיפוטית של האשת, ולספק לה מענה ראוי.

**ג. הערות לסיום**

שית היחסים שעוצב כאן, במסגרת "אתיקת הזוגה" ותוך שילוב רציוני של אלמנטים שמקורם באתיקת הזכויות, נועד למעול לקידום ערכים משפחתיים.<sup>224</sup> השיח החגבני, בין היתר, במגוון על שיויים חברתיים ומשפחיים שהתרחשו בשנים האחרונות, שהחליבו, לצד גיוון מבנה המשפחה ופריצת גבולותיה, להפתחת הערך המיוחס לה כידרה נבלת ולהתשת האיווירודואל הניצב במרכזה. שיויי נולמי, אם כי לא אחזר, ניכר בשית המשפטי הכללי המשפחתי, המבטא מהותיות גוברת לפרט, לערכי הזכויות, הבחירה והאוטונומיה, ומחדל, בד בבד, אלמנטים חזרותיים ואף מוכרבים. לפחות במישור ההתנהגותי, אך במידת-מה גם במישור המעשי, אלמנטים של זכויות, תודיות ושוויון מתהילים לבקע את חובות המשפחה ולספק הנגה לפרטיה. אלמנט היצוין והכונה הנפשים מקום ברשיוריקה הנגעת ביצירת המשפחה ובעיצוב היחסים בין חבריה, הבחירה התפשטה מורגשת, ניכרת מגמת של ליברליזציה ואיווירודואליזציה, ולעיתים אף חודדים למשפחה אלמנטים בעלי נופך מסחרי, אלמנטים אלה, הנשאים בתוכם מן תוצרי, עלולים, אם יישמו

223 נוסף לתפנית המגוונת בהצדק, ראו בונוש, תלפיד-קודי ורוני, לעיל תודה 118, בע 1335 in *R.R. Kandell "Power Plays: A Sociolinguistic Study of Inequality in Child Custody Mediation and a Hearsay Analog Solution"* 36 *Ariz. L. Rev.* (1994) 879, 882-894; E. Kruk "Power Imbalance and Spouse Abuse in Divorce Disputes: Deconstructing Mediation Practice via the 'Simulated Client' Technique" 12 *Int. J. L. Policy & Fam.* (1998) 1; D. Greatbatch & R. Dingwall "The Marginalization of Domestic Violence in Divorce Mediation" 13 *Int. J. L. Policy & Fam.* (1999) 174  
 224 לעיל השילוב בין האלמנטים, ראו: Little, *supra* note 55; Bush & Folger, *supra* note 109, at pp. 3, 284; Peppin, *supra* note 89, at pp. 104-105; Friedman, *supra* note 45, at p. 268; M. Brabeck "Moral Judgment: Theory and Research on Differences Between Males and Females" *An Ethic of care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larabee ed., Chicago, 1993) 33, 45-48

שייכות רגשית, במובן של אהדות וכבוד הדדי.<sup>221</sup> יש לזרז בכל שלב ששימוש ברעיונות של אהדות משפחתית, דאגה קשיר לא שימשו מטרתו לניצול החלש ביחידה המשפחתית. הקריאה לשימור ולחזוקה הקשרים האינטימיים אינה מתעלמת מקיומם של קשרים פוגעניים.<sup>222</sup> אזהרה זו צריכה לשמש אותנו וכן במישור החינוך וכן במישור הפרוצדורה. הפערות של הלגיטימיות גישור צריכה לזרז את העצמה האשה ולהימנע משענות מבני הכוח וההתחנות. יש להחזיר ולהציג כי לעולם אין להכשיר, בשם שימור "ערכי המשפחה" או שמירת הוחדה המשפחתית, יחסים הכרוכים באלימות או ניצול.<sup>223</sup> אולם במקום לקרוא לבטול המשפחה ולסילוק היחסים האינטימיים, יש לטפל באלה ולתקן בפגמים האזורים ולקרקעם באמצעים עקרוניים וקונקרטיים כאחד.<sup>224</sup> יש לשאוף לקיומם של קשרים אישיים איתנותיים שיאפשרו לכל הצדדים מילוש עצמי ושגשוג ויחזיק את הפן המוסרי-האנושי המזוהה כאן. תפקיד מורכב, בין היתר, על כתפיהם של הנוטלים חלק בעיצוב הדין ובתפוצלתו.

- 221 Midgley & Hughes, *supra* note 145, at pp. 64-65.
- 222 שית זיכרונות משולב מצל West בהגשת חוקש מפני יחסים פוגעניים. היא קשרת West, שית את נקודת המבט המתרחבת בשני אלה ואת העשירה המתחייבת מהם, ראו: West, *supra* note 63.
- 223 S. Bandes "What's Love Got to Do With It?" 8 *Wm. & Mary J. of Women & L.* (2001) 96.
- 224 S. Moller Okin "Families and Feminist Theory: Some Past and Present Issues" 224 *Feminism and Families* (H. Lindemann Nelson ed., New York, 1997) 13.

הנמקה מוסרית, ואינה יכולה לשמש לשלילת קליטתם.<sup>218</sup> מותר לציין שאין מדובר באלימות רגשית בלבד.<sup>219</sup> שית היחסים אינו מתמצה בהגשות אמנותיות או בריפון של שיטת הצדק האובייקטיבית. ניתן לגזור ממנו שיקולי הכרעה מוחימים, ואין גובעת מהם אחרת שווה לכל עמדת. לקליטת שית היחסים יש קו בולט בכל הנוגע להפצלת שיטת הכרעה שיפוטית והגדרה ברורה הנוגעת בתוכן ההכרעה. בהקשרי משפחה ניתן לדבר על קליטת "ערכים משפחתיים" בתמותו של שית זה. ערכים השומרים על הקשר בין מרכיבי המשפחה, מבלטתם יאגה ואהדות הדדית לאורך זמן ומציגים על העמדה הלדים הנדרשים להגנת המערכת עקב הורלחתם. בהינתן של כל סוגיה לאור שית זה מאפשרת, כפי שראינו, גורמת של שיקולי הכרעה נוספים.

השית המשפטי הקיים אינו חסר לחלוטין סמנטיים שניתן להזות את מקורם או לפחות לשייכם לאתקת הדאגה. השימוש הנכבד בחלוצי הגישור בהקשרי משפחה, ביטויים החוככי של אלמנטים הדומים לאלה שגורנו כשיקולי הכרעה משיחית היחסים: העיקרון של טובה וחלי, אלמנט האהדות ההדדית, המזויכות לצמצום נזקים, בחירת בפתרון שפגיעות מיינמלית והתבטות כי זכויות הפרט לעולם יחסיות – כולם משותפים לשית הנכבד. אולם ביסוסים של אלה בשית הקיים הנו חלקי, לעיתים אנקדוטי, ובוודאי אינו מספק. לזר אלמנטים אלה, המערכת מצהורה על מחויבות נכרת למאפיינים של שית חוביות וסקינות מחויבות זו במידה רבה, והתפנית לעקרונות אלה מוצהרת, היא עלולה, בהיעדר כאמור בלתי-מספקת. באשר המחויבות לעקרונות אלה מוצהרת, היא עלולה, בהיעדר תשתית כוללת ומחויבות רעיונית מובנית, להתפת כחלוצי-משכבועת ואף במחנות.

בשולי הדיבור ברצוני להוסיף המרה עקרונית. "שמרניות" ביחס למשפחה ולדיני נציג להבטת שהשית המוצע לא ינוצל להצמצם עמדות "שמרניות" ביחס למשפחה ולדיני המשפחה. עמדות העלולות לקרוא, בשם שימור החזקה של ההחלטה המשפחתית ושל הקשרים בין חבריה, לנישול האשה והילד מזכויותיהם, להפלייתם לרעה ולפגיעה באוטונומיה שלהם.<sup>220</sup> החלש הוא שקליטת שית היחסים תוביל לכרסום בהישגים (גם אם מדובר בהישגים חלקיים) שאליהם הגיעו כתוצאה מקליטת התפיסת הליברלית ואימוצה אל חיק המשפחה.

- 218 השילוב המוצע בין אלמנטים ליברליים לאלמנטים דאוגים יספק, כך אקווה, מענה ראוי לחשש האמור. קליטתו של שית היחסים צריכה להיות, מן הדיכתי, חדרה ומקפנות. יש להבטיח שהשית לא ישמש לאימוץ של עמדות שמרניות ביחס למבנה המשפחה תראוי ולתבנית של יחסי חורה-ילד. יש להבהיר כי תפיסת השייכות והקשר, שתורה והודגמה ביחסיהם של בני המשפחה זה לזה ובינם לבין היחידה המשפחתית, אין בה מן המובן הקייני, שייכות (Belonging) משמעת בהקשר זה אינו בעלות קיינית, אלא
- M. Warnock *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology* (Oxford, 1985) 96; Ellmann, *supra* note 113, at p. 2670.
- 219 אף אם מעורבות רגשית עודפת כדרכה בשיפוט על בסיס זה, אין בכל כד לשלול את הגנות של החלטה, ראו: Ellmann, *ibid*.
- 220 נוסף לביקורת שהובאה לעיל בהודעה 68, ראו: the Threat of Care: Deputizing Private Agents and Deconstructing State Action" 5 *Mich. J. Gender & L.* (1998) 81.

## על כשלים, רצונוליות מואכלת וקולות נגדיים: תרבויות של משא-זמתן ושל משפט

"לשפות נכונה יכול רק הצד השותף לעניין, אלא שבתור צד  
שותף לעניין אינו יכול לשפוט. מכאן שאין בעולם אפשרות  
ששפט, אלא רק ניצוץ קלוש שלה."

פרנץ קפקא<sup>1</sup>

- א. מברא † ב. משא-זמתן ויישוב סכסוכים - מופי ראשוני †  
ג. כשלים בדרך לחסכים אסטרטגיה מול קונגוציה † 1. מברא †  
2. כשלים אסטרטגיים וסקטיים † 3. כשלים קונגוציביים † (א) רדיפת  
צדק † (ב) דיסוננס העולה מן הצבר † (ג) תגובת גנג מפתחת †  
(ד) אופטימיות מופרזת † (ה) שונאת הפסד † (ו) הרתיעה מהוסר ודאות  
של תוצאות † (ז) העונן † (ח) החוק של מספרים קטנים † 4. התגברות  
על כשלים: צרות לנשא/ת/ת/ת † 5. הכשל הקונגוציבי שבשיבה  
האסטרטגית והאסטרטגיות שבכשלים הקונגוציביים † 6. פנגר הכשלים:  
רגמים הולמנטיים יותר של יישוב סכסוכים וגיטור † 1. תרעה מול  
התגברות, רגש מול ידיעה, שפה מול מציאות † 2. קנט והתכונת בין עולם  
הנטיית למלכת התודעה † 3. המודל הטרנספורמטיבי: הרגש האתי  
והאמפתי כבסיס ההתנסות האנושית † 4. המודל הנרטיבי: שפה  
כקודמת לתודעה וכמבנה צרכים ותשיות † 5. שפיטה וכשלים: הכרתה  
ודמיון † 6. סיכום, עימות, מסגור

א. מברא

בעקבות העצקת פרס נובל לפדופסור דניאל כהנמן על חשיפת השיטות שבוזכר  
הבלתי-רדיקלי בקבלת החלטות, ולנוכה לימדי משא-זמתן וגיטור המתפתחים באיך,  
ניסת המאמר להציג קריאה ביקורתית ואוהבת גם יחד של טקסטים אחרים המייצגים את  
חשיה התיאורטי העוסק בהשיות קונגוציביות ואסטרטגיות במשא-זמתן, לעמת אותם עם  
טקסטים המציגים תפיסות מנוגדות של התנהגות במשא-זמתן, וכן לחשוות מופנים אלה  
לדיננים מקבילים בתחום המשפט. הניסיון יהיה להציג את שיח המשא-זמתן הקיים בתקשור

1 פ' קפקא מתבררת הארקטוב (1998) 45.