

## על הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' – האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי

טלי מרקוס\*

“משל ליתומה שהיא מתגדלת אצל  
אפוטרופוס והיה אדם טוב ונאמן גדלה  
ושמרה כראוי. בקש להשיאה עלה  
הלבלר לכתוב הכתובה אמר לה מה  
שמך אמרה פלנית. א"ל ומה שם אביך  
התחילה שותקת. אמר לה אפוטרופוס  
שלה למה את שותקת. אמרה לו מפני  
שאיני יודעת לי אב אלא אותך שהמגדל  
נקרא אב ולא המוליד.”<sup>1</sup>

### תקציר

שינויים חברתיים והתפתחויות באפשרויות הטכנולוגיות ליצירת חיים  
העצימו בעשורים האחרונים את העיסוק בשאלת הגדרתה של ההורות.  
המשפט הישראלי מגדיר הורה, ככלל, בהתבסס על נתונים ביולוגיים.  
על-אף נקודת מוצא זו בדבר הורות ביולוגית, המשפט הישראלי כבר  
מכיר כיום גם בהורות יציר המשפט שאינה מבוססת על מרכיבים  
ביולוגיים. כך המצב ביחס לסוגיה של אימוץ ילדים, וכך גם במקרים  
העוסקים בהסתייעות בטכנולוגיות רפואיות לשם הבאת ילדים לעולם

---

\* דוקטור לפילוסופיה מהפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני  
להודות למרכז מינרבה לזכויות אדם בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית  
בירושלים על הסיוע במימון המחקר. תודתי נתונה גם לברק מדינה, לאורית גן, לחברי  
מערכת כתב-העת מאזני משפט, לשופטים האנונימיים ולעורך הלשוני על הערותיהם  
המועילות. הכתוב במאמר משקף את עמדתי האישית בלבד.  
1 שמות רבה מו, ה.

תוך שימוש בתרומת גמטה או בשירותיה של אם נושאת. מטרת מאמר זה היא לבסס את הטענה כי במקרים המתאימים יהיה ראוי להכיר במעמדו של הורה חברתי כהורה משפטי של הילד, ולהדגים את חשיבותה ומשמעותה של הכרה זו באמצעות יישומה על סוגים שונים של משפחות הקיימות כיום בחברה. המאמר מציע להקנות מעמד משפטי מלא של הורה במקרים המתאימים.

ההגדרה של המונח "הורה חברתי" המובאת במאמר זה שונה מעט מזו המקובלת בספרות עד כה. לצורכי הטיעון המוצג כאן, הורה חברתי מוגדר כאדם אשר בינו לבין הילד נוצרה מערכת יחסים רגשית של הורה-ילד והוא משמש הלכה למעשה הורה של הילד מבחינה חברתית-פסיכולוגית, או אדם שקיימת לגביו ציפייה עתידית שהוא ישמש בפועל הורה בהתבסס על כוונה ויוזמה שלו. זאת, בין אם בינו לבין הילד קיים קשר ביולוגי ובין אם לאו. הגדרה זו מקנה מכנה משותף נרחב יותר למודלים השונים להגדרת הורות המופיעים בשיטות משפט שונות ובספרות, ומלכדת אותם תחת מסגרת אחת. נקודת-מבט זו מאפשרת לנתח את הצידוקים להכרה במסגרות משפחתיות אלטרנטיביות ואת הצרכים של אותן משפחות מזווית-ראייה שונה מזו שהייתה נהוגה עד כה.

עיקר הדגש במאמר מושם בבחינת יישומה של הטענה בדבר הצורך להעניק מעמד משפטי להורה חברתי על מקרים שונים. זאת, מתוך מחשבה שחשיבותה של הכרה זו תומחש בצורה הטובה ביותר באמצעות הדגשת חוויית החיים של מבוגרים הבוחרים לעצב את חיי המשפחה שלהם כפי שהם רואים לנכון ושל ילדים הנולדים למשפחות אלה.

המאמר מקיים לראשונה דיון מקיף בשאלת מעמדו של ההורה החברתי בישראל, תוך יישום הרעיון של הרחבת הגדרתה של ההורות אל מעבר לביולוגיה ומעבר לאימוץ כך שתקיף דפוסים שונים של משפחות וסוגים שונים של מערכות יחסים הוריות. המאמר מקיף שכן הוא דן בהורות חברתית על כל רבדיה – הן בכזו הנוצרת בעקבות שימוש בתרומת גמטה או בשירותיה של אם נושאת לצורך הבאת ילד לעולם, והן בהורות חברתית הנוצרת כתוצאה מנסיבות חברתיות מגוונות לאחר שהילד בא לעולם.

## מבוא

- א. הגדרת הורות ומעמדו של הורה בדין הישראלי
- ב. מיהו הורה חברתי?
- ג. הצדקות למתן מעמד משפטי להורה החברתי
1. אחריות רחבה לטיפול בילד ולדאגה לו
  2. יתרונות חברתיים-כלכליים
  3. קידום של קביעות, יציבות וודאות
  4. חשיבות סמלית
  5. האינטרס של ההורה החברתי בהגשמה עצמית ובהמשך קיומו הרוחני
  6. טיפול ודאגה כמרכיבים המרכזיים של הורות
- ד. התנגדויות להענקת מעמד של הורה להורה חברתי
1. מעמדם של ההורים הביולוגיים/המאמצים וזכותם לבלעדיות הורית
  2. איזון בין המדינה לבין ההורים בכל הנוגע בגידול הילדים
  3. הרתעה של הורים ומטפלים פוטנציאליים
  4. סיכום
- ה. המחשת חשיבותה של ההכרה במעמדו המשפטי של ההורה החברתי
1. החלטה לגדל את הילד לפני שהילד נולד
    - (א) בן-זוג של הורה (ממין שונה) במקרה של תרומת זרע/ביצית או הורים מיועדים במקרה של שימוש באם פונדקאית
    - (ב) בני-זוג חד-מיניים המחליטים להקים בית משותף
    - (ג) הורות משותפת אחרת
  2. הורות חברתית המתפתחת לאחר שהילד כבר קיים
    - (א) בן-זוג של הורה
      - I. אם יחידנית שנכנסת לזוגיות לאחר שהילד כבר קיים
      - II. אלמן/ה הנכנסת לזוגיות חדשה
      - III. גרושים/פרודים הנכנסים לזוגיות חדשה
    - (ב) הורה חברתי שאינו בן-זוג של הורה
- ו. מילים מספר על החשיבות של הענקת מעמד הורי מלא
- ז. מילים מספר על הזכות להורות חברתית כחלק מהזכות להורות
- אחרית-דבר

## מבוא

בעשורים האחרונים חלו שינויים חברתיים רבים בחברה המערבית בכלל ובחברה הישראלית בפרט. בין היתר חלו תמורות במבנה התא המשפחתי, בתפיסת תפקידה של המשפחה בחברה, בחלוקת התפקידים המגדרית במשפחה, בפריזון (מספר הילדים הממוצע) ובאפשרויות הטכנולוגיות ליצירת חיים. כתוצאה מכך גבר העיסוק בשאלה כיצד יש להגדיר מיהו הורה.

המשפט הישראלי מגדיר הורה, ככלל, בהתבסס על נתונים ביולוגיים.<sup>2</sup> עם זאת, במצבים מסוימים הוא מכיר בהורות משפטית שאינה מבוססת על קשר ביולוגי. ככל שמדובר באימוץ ילדים<sup>3</sup> ובמקרים של רבייה מסויעת, הקשר הביולוגי אינו הבסיס להגדרת הורות. כך, לפי המצב המשפטי הקיים כיום בישראל, תורם זרע ותורמת ביצית אינם מוגדרים הורים של ילד שנולד כתוצאה משימוש בתאי הרבייה שלהם, והם אינם נושאים ככלל בחובות או בזכויות כלשהן ביחס לילד, אף שהילד קשור אליהם מבחינה ביולוגית.<sup>4</sup> חוק הסכמים לנשיאת עוברים מקנה

2 ס' 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000. גם מהפסיקה ניתן ללמוד כי ההורות מבוססת על נתונים ביולוגיים: ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו(1) 701 (1972); ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85 (1977); ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד לד(1) 229 (1979); ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, קטין, פ"ד מח(3) 857 (1994); בע"מ 9752/08 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2009(1) 867, פס' יד-יו; בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים, תק-על 2010(3) 2051, פס' 11, 14, 16. ראו גם מיכאל קוריןאדני דיני אישים, משפחה וירושה בין דת למדינה – מגמות חדשות 46 (2004); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 23, 112 (1989); רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 234 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי"); רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו 311, 315–316 (2002) (להלן: זפרן "של מי אתה ילד?"); איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5, 9 (2010); צבי טריגר "רישיון הורות" זכויות הילד והמשפט הישראלי 389, 404 (תמר מורג עורכת, 2010); פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643, 659 (2005).

3 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.

4 לעניין תרומת ביצית ראו ס' 42 לחוק תרומת ביציות, התש"ע 2010. לעניין תרומת זרע ראו ס' 24 לחזור מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) (להלן: חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07), האוסר גילוי של זהות התורם וזהות האישה שהוזרעה בזרע התורם, וכן ס' 23(א) לחזור המנכ"ל, הקובע כי יש לקבל את הסכמת האישה ובן-זוגה לביצוע ההזרעה וכן לקבל את הצהרת בן-הזוג כי הילד שיוולד ייחשב ילדו הטבעי לכל דבר ועניין, לרבות לעניין מזונות

ככלל מעמד להורים המיועדים,<sup>5</sup> וזאת גם במצבים שבהם האם המיועדת אינה קשורה גנטית לילד.<sup>6</sup> עם זאת, למעט מצבים ספורים אלה, המשפט הישראלי אינו מכיר במעמדו של הורה חברתי, ואינו מסדיר בצורה מקיפה וממצה את מערכת היחסים שנקמת בין ילד לבין מי שמשמש לו הורה מבחינה חברתית-פסיכולוגית (כאשר בינו לבין הילד אין קשר ביולוגי).

מטרת מאמר זה היא לבסס את הטענה כי במקרים המתאימים יהיה ראוי להכיר במעמדו של הורה חברתי כהורה משפטי של הילד, ולהדגים את חשיבותה ומשמעותה של הכרה זו באמצעות יישומה על סוגים שונים של משפחות הקיימות כיום בחברה. עיקר הדגש במאמר מושם בבחינת יישומה של הטענה בדבר הצורך והצידוקים להעניק מעמד משפטי להורה חברתי על מקרים שונים. זאת, מתוך מחשבה שבאמצעות הדגשת חוויות החיים של מבוגרים הבוחרים לעצב לעצמם את חיי המשפחה שלהם כפי שהם רואים לנכון ושל ילדים הנולדים למשפחות אלה תומחש בצורה הטובה ביותר חשיבותה של הכרה זו.

הדרך שהמאמר דוגל בה להכרה במעמדו של הורה חברתי כהורה משפטי היא באמצעות הרחבת ההגדרה המשפטית של הורה, ולא על-ידי שימוש במוסד האימוץ. החיסרון של הליך האימוץ הוא שמדובר בדרך-כלל בהליך ארוך ומסורבל, שכולל מעורבות רבה של המדינה באמצעות שירותי הרווחה. חוק אימוץ ילדים נוצר על-מנת לתת מענה לתופעה חברתית של ילדים חסרי בית או ילדים הגדלים במסגרת משפחתית המרעה להם עד כדי שיש להוציאם מרשות הוריהם. על-מנת להכריע שיש להוציא ילדים מחזקת הוריהם נדרשת מעורבות רבה של רשויות הרווחה. כן נדרשת מעורבות של רשויות המדינה לפני העברת הילד לאימוץ במשפחה חדשה. המעורבות הרבה של המדינה באמצעות שירותי הרווחה נועדה לוודא שטובתם של הילדים נשמרת במצבים שבהם זכויות ההורים מנוגדות לטובתם של הילדים. לנוכח התפתחותן של טכנולוגיות הפריון והשינויים החברתיים שחלו בעשורים האחרונים, המדינה דורשת כיום להפעיל את חוק אימוץ ילדים גם במקרים שבהם אין מדובר בילדים שיש צורך להוציאם מביתם ולהעבירם למשפחה אחרת, אלא בילדים הגדלים עם אחד מהוריהם המוכר על-ידי

וירושה, ויישא את שם משפחתו. עם זאת, יש לציין כי המצב שונה כאשר מדובר בתרומת זרע מתורם ידוע.

5 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים). "הורים מיועדים" מוגדרים על-ידי החוק, בס' 1, כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

6 ס' 6(ב) לחוק תרומת ביציות.

החוק ועם אדם נוסף שמשמש בפועל הורה לילד ואשר מבקש לקבל הכרה חוקית ככזה. חוק אימוץ ילדים לא נועד מלכתחילה לתת מענה למצבים מעין אלה, ולכן דרישת המדינה להחיל את החוק גם על מצבים מעין אלה מציבה את מבקש ההכרה – אשר מטפל ומגדל את הילד כאילו היה הורה החוקי – בפני הליך המחייב אותו לעמוד במעין בחינה לשם קבלת רישיון להורות.<sup>7</sup> נוסף על כך שמדובר בהליך ארוך הכרוך במעורבות של המדינה, נלווית להליך זה תחושה שלילית הנובעת מיחסה של החברה להליך האימוץ כהליך חריג היוצר מערכת יחסים שאינה טבעית במהותה בין הורה לילד. זאת, במיוחד על רקע התייחסותו של המשפט הישראלי להורים הביולוגיים של הילד כאל הוריו הטבעיים.<sup>8</sup>

ההגדרה של המונח "הורות חברתית" שמובאת במאמר זה שונה מעט מן המקובל בספרות עד כה. הספרות הקיימת מסתמכת על ההכרה בחשיבותן של מערכות היחסים הקיימות בין הילד לבין המבוגר אשר מטפל בו ומגדל אותו, על-מנת לעגן הגדרה של הורות שאינה נשענת על מרכיבים ביולוגיים, אלא על מבחנים תפקודיים של המבוגר ביחס לילד, כאשר בחינה זו נעשית בדיעבד לאחר

7 לעניין זה ראו מאמרו של טריגר, לעיל ה"ש 2, הדן באפשרות להנהיג רישיון הורות. לטענת טריגר, רישיון הורות כבר מונהג בשיטה המשפטית הישראלית לגבי אנשים מסוימים (אנשים המעוניינים לאמץ ילד, אנשים הנזקקים לפונדקאות, אסירים, הומואים ולסביות). הבחירה להנהיגו במקרים מסוימים, ולא במקרים אחרים, היא בחירה אידיאולוגית. טריגר מבקר את הדרישה לבחון את מסוגלותם ההורית של בני-זוג מאותו מין המגישים בקשות לאימוץ צולב. טריגר מציין כי אימוץ צולב שונה מהמודל הקלסי של אימוץ שבא לידי ביטוי בחוק אימוץ ילדים, שכן אין מדובר בילדים חסרי בית, אלא בילדים שכבר חיים בתא משפחתי עם בת-הזוג המבקשת לאמצם. הקמת תא משפחתי על-ידי בנות-זוג מאותו מין הינה אנלוגית ללידת ילדים במשפחה הטרוסקסואלית, מאחר ששניהם קורים מבלי לבקש אישור מראש מהמדינה. אף-על-פי-כן, התא המשפחתי ההומולסבי זקוק לאישור כדי לזכות בהכרה משפטית פורמלית (אישור אשר טריגר מכנה "רישיון הורות"), ואילו התא המשפחתי ההטרוסקסואלי זוכה בהכרה באופן אוטומטי (שם, בעמ' 417).

8 לעניין זה ראו, למשל, ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; ס' 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; ס' 6(ג)(1)(א) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, הדן בצורך להצהיר על היות אם היילוד האם הטבעית, כאשר מדובר בלידה שאירעה במקום שאינו מוסד. לביקורת על המשגת ההורות הביולוגית כהורות ה"טבעית" ראו בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10, הטוענות כי המשגת ההורות הביולוגית כהורות ה"טבעית" טומנת בחובה הכרעה אידיאולוגית בדבר עדיפותה של הורות זו על חלופות אחרות להגדרת הורות, ומייתרת את הצורך בהסבר מדוע ההורות הביולוגית היא הבסיס להגדרתה המשפטית של ההורות בישראל. לשיטתן, העובדה שמדובר בהכרעה אידיאולוגית ובהבניה חברתית בולטת על רקע העובדה ששיטות משפט שונות אימצו בסיסים שונים להגדרתה של ההורות המשפטית, ורבות מהן סטו מהמבחן הביולוגי כבסיס להגדרת ההורות.

התבססותה של מערכת היחסים.<sup>9</sup> לעומת זאת, במרכזה של הורות חברתית לפי הטיעון המובא כאן מצויים הדאגה לילד, הטיפול בו ומערכת היחסים הרגשית שנוצרת בין ההורה לבין הילד. יתר על כן, לצורכי הטיעון המופיע במאמר זה, הורה חברתי מוגדר כאדם אשר בינו לבין הילד נוצרה מערכת יחסים רגשית של הורה-ילד, והוא מגדל את הילד, מטפל בו ומשמש הלכה למעשה הורה של הילד מבחינה חברתית-פסיכולוגית, או אדם שקיימת לגביו ציפייה עתידית שהוא ישמש הורה בהתבסס על כוונה ויוזמה שלו. לפי הגדרה זו, לא רק שאין חשיבות לעניין זה אם בין ההורה לבין הילד קיים קשר ביולוגי אם לאו, אלא שניתן להכיר בהורות חברתית גם בטרם נוצר קשר פסיכולוגי ורגשי בין הילד להורה החברתי, בהסתמך על כוונה עתידית לשמש הורה לילד, לדאוג לו, לטפל בו וליצור עימו קשר רגשי ופסיכולוגי.

ההגדרה שאני מציעה במסגרת מאמר זה מקנה מכנה משותף נרחב יותר למודלים השונים להגדרת הורות המופיעים בשיטות משפט שונות ובספרות האקדמית.<sup>10</sup>

9 ראו, למשל: Richard F. Storow, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 HASTINGS L.J. 597, 640 (2002); Laura T. Kessler, *Community Parenting*, 24 WASH. U. J.L. & POL'Y 47, 63-65 (2007); Nancy D. Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, 78 GEO. L.J. 459 (1989-1990); Susan F. Appleton, *Parents by the Numbers*, 37 HOFSTRA L. REV. 11, 27-34 (2008-2009) (להלן: *Appleton, Parents by the Numbers*); בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2.

10 בשיטות משפט שונות ובספרות המחקרית ניתן למצוא מודלים שונים להגדרת הורות, ביניהם כאלה המבוססים על קשר ביולוגי (קשר גנטי או קשר פיזיולוגי), על חזקות משפטיות שונות (דוגמת חזקת הנישואים), על כוונה, על פונקציונליות, על אימוץ, על חוזה ועל השתק. ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835 (2012) (להלן: מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה") (הורות המבוססת על חוזה); חוק אימוץ ילדים (הורות המבוססת על אימוץ); 387 Michael K.T. v. Tina L.T., 387 S.E.2d 866 (W. Va. 1989) (הורות המבוססת על השתק); AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI); Susan F. Appleton, *Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era*, 86 B.U. L. REV. 227 (2006) (הורות המבוססת על חזקות משפטיות); להלן: Theresa Glennon, *Somebody's Child: Evaluating the Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, 102 W. VA. L. REV. 547 (2000) (הורות המבוססת על חזקות משפטיות). לעניין הורות המבוססת על פונקציונליות ראו את ההפניות לעיל בה"ש 9. לעניין הורות המבוססת על כוונה ראו: *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410 (1998); *Johnson v. Calvert*, 851

מכנה משותף זה מבוסס על הכרה בכך שלב-ליבה של ההורות הוא מערכת היחסים האינטימית שנוצרת בין ההורה לבין הילד בעקבות יחס הטיפול והדאגה היומיומי של ההורה כלפי הילד. ראייה הוליסטית זו, המלכדת את המודלים השונים להגדרת הורות תחת מסגרת אחת, מאפשרת לנתח את הצידוקים להכרה במסגרות משפחתיות אלטרנטיביות ואת הצרכים של אותן משפחות מזווית-ראייה שונה מזו שהייתה נהוגה עד כה.

ההגדרה המוצעת כאן להורות חברתית אינה זהה להגדרת ההורות התפקודית/ הפונקציונלית המופיעה בספרות.<sup>11</sup> בניגוד להגדרת ההורות התפקודית, ההגדרה שמאמר זה מבוסס עליה אינה חלה רק בדיעבד, אלא אף צופה פני עתיד. המודלים הקיימים כיום להגדרת הורות יוצרים פעמים רבות הבחנה בין הורות המוכרת בדיעבד, אשר מבוססת על בחינה בדיעבד של מערכת היחסים שנוצרה בין הילד לבין המבוגר המטפל בו, לבין הורות המוכרת מראש, אשר עשויה להיות מבוססת על קשר ביולוגי, על אימוץ או על חזקות משפטיות שונות. איני ממעטת בחשיבותה של הבחנה זו. עם זאת, לטעמי הבחנה זו חשובה לצרכים אופרטיביים בלבד, ואינה נדרשת מבחינה מהותית להגדרת ההורות.

הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' מייצגים אפיונים שונים של הורות חברתית. המשותף להם הוא הנאמנות והמסירות של ההורה החברתי כלפי הילד, ומערכת היחסים הרגשית שנוצרת ביניהם. הורטון הפיל, גיבור ספרו של ד"ר סוס,<sup>12</sup> פוגש בציפור עצלה שמבקשת ממנו לשבת ולדגור על הביצה שלה בזמן שהיא נוטלת הפסקה קצרה. הציפור נעלמת, והורטון הפיל, בדבקות ובמסירות, יושב על הביצה ולא מש ממנה. הסיפור מתאר את התלאות שעוברות על הורטון בזמן שהוא יושב על הביצה: צוחקים ולועגים לו, יורד עליו גשם ושלג, באים ציידים לירות בו והוא נלקח לקרקס. למרות כל תלאותיו, הורטון נשאר נאמן למשימת הטיפול בביצה. בסוף הסיפור, כאשר הביצה עומדת לבקוע, הציפור, אשר נפשה עד עתה על חוף הים, מנסה לגרש את הורטון בטענה שהביצה אינה שלו. כאשר הביצה בוקעת, יוצא מתוכה יצור שחציו ציפור וחציו פיל. הגוזל נשאר עם הורטון, אשר התמיד והשקיע בו, והציפור נשארת לבדה. בת פרעה מצאה את משה כאשר ירדה לרחוץ ביאור.<sup>13</sup>

P.2d 776 (Cal. 1993); *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660 (Cal. 2005);  
*People v. Sorensen*, 68 Cal.2d 280 (Cal. 1968)

11 ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט שלידה.

12 ד"ר סוס הורטון הפיל דוגר על ביצה (אבירמה גולן מתרגמת, 1991); *DR. SEUSS, HORTON*;  
*HATCHES THE EGG* (1940)

13 שמות ב.



היא הצילה את חייו של משה, העניקה לו את שמו, וגידלה אותו כבן בבית אביה. בת פרעה עשתה זאת חרף הוראתו המפורשת של אביה להרוג את כל התינוקות הזכרים העברים.<sup>14</sup> לאמיתו של דבר, ייתכן שללא מעשיה לא היה קם לישראל מנהיג כמשה ולא הייתה יציאת מצרים. סדרת הטלוויזיה האמריקאית "הבריידי באנץ'"<sup>15</sup> עסקה במשפחה של "סבב שני": אלמן עם שלושה בנים ואלמנה עם שלוש בנות התאחדו למשפחה אחת. העונה הראשונה עוסקת בהסתגלותם של חברי המשפחה למצב המשפחתי החדש. באחד הפרקים, בעקבות צפייה בסרט "סינדרלה", מחליט הבן הקטן לברוח מהבית. בסיומו של הפרק מסבירה לו האם כי ה-steps (מונח שפירושו הוא גם "חורגים", במובן של ילדים/הורים חורגים, וגם "מדרגות") היחידים אצלם בבית הם אלה המובילים לקומה השנייה, ובכך למעשה מבטלת את ההבחנה בין הילדים השונים ויוצרת משפחה מאוחדת אחת.<sup>16</sup>

מאחר שהמוקד הוא מערכת היחסים כשלעצמה, ההגדרה כוללת אף הורים ביולוגיים והורים מאמצים. הדגש אפוא אינו באופיו של הקשר הביולוגי או המשפטי שקיים בין ההורה לבין הילד, אלא בטיב מערכת היחסים ביניהם. לפיכך

14 ההלכה היהודית מהללת את בת פרעה ורואה בה גיבורה אשר פעלה בניגוד למצוותו המפורשת של אביה, המרתה את פיו והצילה את משה ממוות ודאי. יש הגורסים כי היא אחת מחסידי אומות העולם. לדברי חז"ל, בתיה שמוזכרת בספר דברי הימים א היא בת פרעה אשר גידלה את משה. ספר מדרש רבה מספר על מקור שמה: "אמר לה הקב"ה לבתיה בת פרעה: משה לא היה בנך וקראתו בנך, אף את לא את בתי ואני קורא אותך בתי, שנאמר 'אלה בני בתיה' – בת י"ה" (ויקרא רבה א, ג, בהתייחס לדברי הימים א, ד 18). מדרש רבה לספר שמות משבח את בת פרעה ואומר: "מכאן אתה למד שכרן של גומלי חסדים, אף על פי שהרבה שמות היו לו למשה, לא נקבע לו שם בכל התורה אלא כמו שקראתו בתיה בת פרעה, ואף הקב"ה לא קראהו בשם אחר" (שמות רבה א, כו). וכך מספר המדרש על יחסה של בת פרעה למשה: "היתה בת פרעה מנשקת ומחבקת ומחבבת אותו כאלו הוא בנה, ולא היתה מוציאתו מפלטרין של מלך" (שמות רבה א, כו). כן ראו גילי זיוון "מבת פרעה אני לומדת את סוד החמלה" מרכז יעקב הרצוג [www.merkazherzog.org.il/article/24](http://www.merkazherzog.org.il/article/24); תשובה של הרב גלעד שטראוס לשאלה בנוגע לבתיה בת פרעה באתר האינטרנט כיפה – [www.kipa.co.il/ask/show/196017-%D7%91%D7%AA%D7%99%D7%94-%D7%91%D7%AA-%D7%A4%D7%A8%D7%A2%D7%94](http://www.kipa.co.il/ask/show/196017-%D7%91%D7%AA%D7%99%D7%94-%D7%91%D7%AA-%D7%A4%D7%A8%D7%A2%D7%94); דני אליצור "פרשת שמות – בתיה בת פרעה" ישיבת קרית שמונה (ללא תאריך) [www.yk8.org.il/rec/708-%D7%A4%D7%A8%D7%A9%D7%9E%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%AA-%D7%99%D7%94-%D7%91%D7%AA-%D7%A4%D7%A8%D7%A2%D7%94](http://www.yk8.org.il/rec/708-%D7%A4%D7%A8%D7%A9%D7%9E%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%AA-%D7%99%D7%94-%D7%91%D7%AA-%D7%A4%D7%A8%D7%A2%D7%94). כן ראו יוכי ברנדס שבע אימהות (2010), המציעה קריאה אלטרנטיבית לגבי שבע דמויות נשיות חשובות מן התנ"ך, ביניהן בת פרעה.

15 The Brady Bunch, ABC (1969–1974)

16 שם, עונה 1, פרק 10.

גם הורה ביולוגי יכול להיות הורה חברתי של הילד, באותם מקרים שבהם הוא אכן מגדל את הילד, מטפל בו ויוצר עימו מערכת יחסים של הורה-ילד. אולם מאמר זה יתמקד במצבים שבהם ההורות החברתית מנותקת מההורות הביולוגית. המאמר מציג להקנות מעמד משפטי מלא של הורה למי שעומד בהגדרה של הורה חברתי. השוואת מעמדו של הורה חברתי למעמדו של הורה ביולוגי תקנה להורה החברתי את מכלול זכויותיו וחובותיו של ההורה הביולוגי – הן זכויות חיוביות, שעניינן קבלת החלטות בנוגע לילד, והן זכויות שליליות, המקנות הגנה מפני התערבות המדינה בסוגיות הנוגעות בגידול הילד. בהקשר זה יש לציין כי מרגע שיוצר מעמד המשפטי של אדם כהורה חברתי, אם בשלב מאוחר יותר יתעורר משבר במערכת היחסים המשפחתית, לא יהיה אפשר לבטל את מעמדו ההורי (אלא במצבים של העדר מסוגלות הורית).<sup>17</sup> במצב זה יהיה צורך לטפל בסכסוך כפי שמטפלים כיום בסכסוך בין כל זוג הורים, תוך חלוקת האחריות והזכויות ההוריות בין ההורים החוקיים השונים. מכאן שהכרה במעמדו המשפטי של הורה חברתי כהורה עשויה לצמצם את זכויותיו של ההורה הביולוגי/המאמץ של הילד, במובן זה שהיא תקנה לאדם נוסף אפשרות לקבל החלטות בנוגע לילד ובכך תפגע בבלעדיות קבלת ההחלטות של ההורה הקיים. עם זאת, אני מבקשת להדגיש כי אין כוונתי לטעון במאמר זה שיש לשלול את הבסיס הביולוגי להגדרת הורות, אלא רק להוסיף עליו. כמו-כן אני טוענת שיש להעניק מעמד להורה החברתי תוך ביטול מעמדו של ההורה הביולוגי.<sup>18</sup> לפיכך בחלק מהמצבים

17 החוק בישראל אינו מאפשר לאדם לוותר באופן עצמאי, ללא אישור של רשויות המדינה, על הזכות להיות הורה ועל המעמד של הורה. אם רצוננו להשוות את מצבו ומעמדו של ההורה החברתי לזה של הורה ביולוגי, אזי על-פי המצב המשפטי הקיים כיום בישראל, מרגע שמופרת זכותו להורות של הורה חברתי, לא יהיה אפשר לבטל מעמד זה. ביטול הסטטוס של הורה חברתי יהיה אפשרי רק במצבים שבהם החוק הקיים מאפשר ביטול של המעמד ההורי, כגון מצבים של העדר מסוגלות הורית. מסקנה זו נובעת מהרחבת הגדרתה של ה"הורות" אל מעבר לביולוגיה ולאִימוץ, כך שתחול גם על הורות חברתית. אני סבורה כי יש לשנות את המצב המשפטי הקיים ולאפשר להורה לוותר על מעמדו ההורי כלפי הילד. כל זאת באמצעות הסדרה של הנושא על-ידי המדינה, בכפוף לבחינת טובת הילד, ובפיקוחו ובאישורו של בית-המשפט. עמדתי זו, שלפיה יש לאפשר מבחינה משפטית להורה לוותר על מעמדו ההורי, מתייחסת הן להורה ביולוגי והן להורה חברתי. להרחבה בסוגיה זו ראו טלי מרקוס הזכות להורות חברתית כחלק מהזכות להורות 209–210 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2015) (להלן: מרקוס הזכות להורות חברתית).

18 למעט במקרים של הזנחה או העדר מסוגלות הורית, הנכנסים לעילות המנויות בחוק אימוץ ילדים לצורך הכרזה על קטין כבר-אימוץ.

תתעורר שאלת האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד. בשאלה זו עסקתי במקום אחר,<sup>19</sup> ולכן לא אקיים דיון בסוגיה זו במסגרת המאמר הנוכחי.

סוגיית ההכרה בהורות חברתית מעוררת את השאלה מהן ההצדקות להקניית מעמד להורה חברתי, ואם אכן יש הצדקות כאלה, מה יהיו אמות-המידה הראויות להכרה באדם כהורה חברתי. במסגרת המאמר אציג תחילה טיעונים התומכים בקביעה עקרונית בדבר הכרה משפטית במעמדו של הורה חברתי. טיעונים אלה מבוססים על מגוון שיקולים שעניינם קידום טובת הילד, אינטרסים של המבוגרים המעורבים בגידולו ואינטרסים חברתיים. ההצדקה המרכזית בהקשר זה מעוגנת בטענה כי מהותה ותמציתה של ההורות הינה מערכת היחסים הרגשית העמוקה בין הילד לבין ההורה, אשר מבוססת על יחס הטיפול והדאגה היומיומי כלפי הילד, ולא על הקשר הביולוגי כשלעצמו. בהמשך אדון בקטגוריות של מקרים שבהם עשויה להתעורר שאלת הגדרתה של ההורות, תוך מיון המקרים בהתבסס על סוגים שונים של משפחות הקיימות כיום בחברה. החששות בנוגע להרחבתה של הגדרת ההורות גם להורות חברתית וההתנגדויות לביסוס הורות על רכיבים פסיכולוגיים-חברתיים יידונו הן בפרק נפרד שיוקדש לכך והן במסגרת הצגת המקרים הקונקרטיים השונים שבהם הסוגיה מתעוררת.

לנוכח מגוון הסוגים הרחב של מערכות היחסים ההוריות הקיימות, נראה שאי-אפשר ליצור מבחן אחיד שיתאים לכלל המצבים, אלא על המשפט יהיה לקבוע לגבי כל סוג של מערכת יחסים אמות-מידה שונות להכרה בהורות חברתית. כך, למשל, מקרה שבו בנות-זוג לסביות מביאות לעולם ילד בשיתוף עם גבר תוך כוונה לגדל את הילד במשותף מחייב התייחסות שונה מאשר מקרה שבו בן-זוג של הורה ביולוגי נכנס לחייו של ילד בשלב מאוחר יותר של חייו ומפתח עימו מערכת יחסים הורית.

מאמר זה מוסיף ומחדש ביחס לכתיבה הקיימת מאחר שהוא מקיים לראשונה דיון מקיף בשאלת מעמדו של ההורה החברתי בישראל, תוך יישום הרעיון של הרחבת הגדרתה של ההורות אל מעבר לביולוגיה ומעבר לאימוץ כך שתקיף דפוסים שונים של משפחות וסוגים שונים של מערכות יחסים הוריות. המאמר משתמש בהגדרה שונה מעט של המונח "הורות חברתית" מזו המקובלת בספרות, ומאפשר על-כן להתחקות אחר הנחיצות בהכרה במערכות יחסים הוריות במשפחות אלטרנטיביות ואחר הצידוקים להכרה כזו מנקודת-מבט שונה מעט בהשוואה למה שנעשה עד כה.

19 טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" משפטים מד 415 (2014) (להלן: מרקוס "על האפשרות להכיר ביותר משני הורים").

מאמרו של איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר על מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים<sup>20</sup> מציע דרך להתמודד עם הלקונה במשפט הישראלי בכל הנוגע בהסדרת ההכרה ביחסים הנרקמים בין ילדים לבין בני-זוג של הוריהם. מאמרו מתמקד במערכות יחסים בין ילדים לבני-זוג ממינים שונים בלבד, ואינו דן במכלול מערכות היחסים הנוצרות בין ילדים לבין דמויות הוריות אחרות. לפיכך המודל שהן מציעות אינו עונה בהכרח על הצרכים המתעוררים בהקשר של סוגים אחרים של הורות חברתית. הכותבות סבורות כי יש להקנות לבן-הזוג מעין מעמד-ביניים בין הורה לבין אדם זר. מאמר זה מוסיף על מאמרו של בלכר-פריגת והקר מאחר שהוא עוסק בהורות חברתית באשר היא. נוסף על כך, מאמר זה נבדל ממאמרו של בלכר-פריגת והקר בפתרון שהוא מציע להתמודדות עם הסוגיה. מטרת מאמר זה היא לבסס את הטענה כי יש להרחיב את הגדרת ההורות כך שבמצבים מסוימים יוענק סטטוס של הורה, על כל המשתמע מכך, להורה החברתי.

עבודותיה של רות זפרן עוסקות בניחות דיני המשפחה באמצעות שיח היחסים,<sup>21</sup> וחלקן עוסקות בהגדרת הורות.<sup>22</sup> מאמר זה מוסיף על הסוגיות הספציפיות שזפרן מעלה בחיבוריה, ומקיף את מכלול המצבים שבהם סוגיית ההורות החברתית עשויה לעלות.

יחזקאל מרגלית עוסק במאמריו במה שהוא מכנה "קביעת הורות משפטית בהסכמה".<sup>23</sup> הוא דן בחשיבותה של קביעת ההורות המשפטית, סוקר את המודלים המקובלים לקביעת הורות משפטית, ומציע מודל נורמטיבי להתמודדות עם הסוגיה – הגדרת הורות בהתבסס על הסכמה מפורשת כגורם המרכזי המכוון הורות. כמו-כן נראה שעיקר עיסוקו של מרגלית הוא במצבים שבהם ההורות מושגת בעקבות שימוש בטכנולוגיות רפואיות. מאמר זה, לעומת זאת, שם דגש

20 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2.

21 ראו, למשל, רות זפרן זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2004); רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפט, חברה ותרבות: משפטים על אהבה 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) (להלן: זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה").

22 ראו, למשל, רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351 (2007) (להלן: זפרן "אימהות יש גם שתיים"); זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 2.

23 ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו 553 (2012); מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 10.

במערכת היחסים שבין הילד למבוגר המטפל בו, ולא בהסכמות בין המבוגרים כשלעצמן, וחולש על מצבים הנפרשים מעבר לשימוש בטכנולוגיות פרוץ. מטבע הדברים עשויה להיות חפיפה מסוימת בין המצבים ש"ההורות ההסכמית" חלה עליהם לבין המצבים המתוארים במאמר זה. זאת, מאחר שגם ההורות ההסכמית עוסקת במצבים שבהם אין קשר ביולוגי בין ההורה ההסכמי לבין הילד. ההבדל בין "ההורות ההסכמית" לבין הטיעון המובא במאמר זה נעוץ קודם-כל בנקודת המוצא לבחינת הסוגיה של הגדרת ההורות. בעוד התיאוריה של "ההורות ההסכמית" שמה את הדגש בהרחבת הגדרת ההורות אל מעבר לביולוגיה כך שתקיף הסכמה מפורשת בין ההורה הביולוגי להורה הנוסף כגורם המרכזי המכוון הורות, מאמר זה שם את הדגש לא במערכת היחסים שבין המבוגרים המגדלים את הילד, אלא במערכת היחסים שבין הילד לבין המבוגר המטפל בו. ההצדקה המוסרית העומדת במאמר זה בבסיס הרחבתה של הגדרת ההורות היא שונה אם כן. נוסף על כך, לנוכח נקודת המוצא השונה להגדרת הורות, המאמר חולש על מצבים רחבים מאלה שניתן לבסס בהם הורות הסכמית.

בפרק א אציג את המצב המשפטי הקיים בישראל בכל הנוגע בהגדרת הורות וכן לגבי מעמדו של הורה בדין הישראלי. פרק ב ידון באופן כללי בשאלה מיהו הורה חברתי. במסגרת פרק ג אדון בהצדקות להענקת מעמד של הורה להורה חברתי. פרק ד יעסוק בהתנגדויות אפשריות להענקת סטטוס של הורה להורה החברתי. פרק ה ימחיש את חשיבות ההכרה במעמדו של הורה חברתי כהורה באמצעות יישום ההכרה על מצבים שונים שבהם שאלת הגדרתה של ההורות עשויה להתעורר. פרק ז מהחלק השניים. חלקו הראשון דן במצבים שבהם ההחלטה של ההורה החברתי לגדל את הילד הייתה לפני שהילד נולד. חלק זה ידון במקרים של זוגות הטרוסקסואלים המחליטים להביא ילד לעולם תוך הסתייעות בטכנולוגיות רפואיות ושימוש בתרומת זרע, בתרומת ביצית או בשירותיה של אם פונדקאית. כן ידון החלק בבני-זוג מאותו מין המחליטים להקים יחד משפחה וכן במצבים של "הורות משותפת אחרת". חלקו השני של הפרק יעסוק במצבים שבהם ההורות החברתית מתפתחת לאחר שהילד כבר קיים. חלק זה נחלק אף הוא לשני חלקים: (א) בן-זוג של הורה (אם יחידנית שנכנסת לזוגיות לאחר שהילד כבר קיים, אלמן/ה הנכנסת לזוגיות חדשה, גרושים המתחתנים מחדש); (ב) הורה חברתי שאינו בן-זוג של הורה (לדוגמה: סב, דוד, קרוב-משפחה אחר, מטפלת, שמרטפית). פרק ו ידון בחשיבות של הענקת מעמד הורי מלא להורה חברתי, ופרק ז ידון בזכות להורות חברתית כחלק מהזכות להורות.

### א. הגדרת הורות ומעמדו של הורה בדין הישראלי

החוק בישראל מגדיר את ההורים כ"אפוטרופסים הטבעיים" של ילדיהם, ומקנה להם סטטוס משפטי הכולל בחובו בלעדיות בכל הנוגע במעמדם כהורים וכן זכויות וחובות בנוגע לילד.<sup>24</sup> החוק קובע כי "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".<sup>25</sup> במקביל החוק קובע את חובת הקטין לציית להוריו בכל עניין הנוגע באפוטרופסותם, תוך כיבוד אב ואם.<sup>26</sup> נוסף על התפקידים המנויים בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, מוקנות להורים זכויות וחובות נוספות הפזורות על-פני ספר החוקים וכן זכויות וחובות מכוח הפסיקה. כך, למשל, המונח "צרכי הקטין" בסעיף 15 האמור פורש על-ידי הפסיקה ככולל את סוגיית הטיפול הרפואי בקטין.<sup>27</sup> דוגמאות נוספות הן זכות ההורים לבחור את המסגרת החינוכית שבה יתחנך ילדם;<sup>28</sup> זכות ההורים

24 ס' 14–15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; ס' 3 לחוק שיווי זכויות האשה.

25 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

26 ס' 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

27 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר (קטין), פ"ד נא(4) 830, פס' 19 (1997); ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1) 724, 711 (1994); בע"מ 5710/05 פלוני נ' פלונית, פ"ד סא(2) 663, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2006). הפסיקה העוסקת בהתערבות בהחלטותיהם של הורים בנוגע לטיפול רפואי בילדיהם מדגישה את זכותם היסודית לאוטונומיה בהחלטות הנוגעות בגידול ילדיהם. זכות זו נהנית מעוצמה ניכרת (עניין אכר, לעיל בהערה זו, בעמ' 859–861 ו-865). היא אינה מוחלטת אומנם, ולבית-המשפט יש סמכות להתערב בהחלטות ההורים כל אימת שטובתו של הילד מחייבת זאת, אולם נקבע כי לנוכח עוצמתה של זכות ההורים נדרשת עילה מיוחדת ויוצאת-דופן על-מנת להצדיק את השימוש בכוח הניתן לרשויות המדינה להתערב בהחלטות ההורים (שם, בעמ' 862). זכותם של ההורים לעניין ההסכמה לטיפול רפואי בקטין מוגבלת בכמה אופנים. ראשית, על-אף הרטוריקה המופיעה בפסקי-הדין בדבר זכותם החזקה של ההורים לאוטונומיה, מעיון בפסיקה העוסקת בתחום מצטיירת תמונה שלפיה מעמדם של ההורים בכל הנוגע בהחלטות ביחס לטיפול הרפואי בילדם מסתכם למעשה במעמד של מעין נציג של הילד, שמחויב לתת ביטוי לטובת הילד בלבד. נוסף על כך קיימת חקיקה המגבילה את זכותם של ההורים בעניינים הנוגעים בבריאות הקטין. להרחבה בעניין זה ראו מרקוס הזכות להורות חברתית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 50–52.

28 הכוונה היא לחופש לבחור בין מוסד חינוכי ממלכתי לבין מוסד ממלכתי-דתי או מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי, בהתאם לס' 20 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ולתק' 15, 25, 26, 36 ו-44 לתקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), התשי"ט-1959. כמו-כן קיימת האפשרות להקים בית-ספר פרטי בפיקוח המדינה בהתאם לחוק פיקוח על בתי ספר,

להעניק שם פרטי לילד עם היוולדו<sup>29</sup> ולשנות את שמו הפרטי<sup>30</sup>; והחובה של תשלום מזונות.<sup>31</sup>

החוק בישראל אינו מגדיר מיהו הורה, וממילא אין בישראל הסדר חוקי מקיף בענייני הורות.<sup>32</sup> על-פי הפסיקה, הורה הוא מי שנטל חלק בהורותו של ילד.<sup>33</sup> מדובר בהגדרה עובדתית הנשענת על נתונים ביולוגיים.<sup>34</sup> נקודת מוצא זו להגדרת הורות דומה למצב במשפט העברי, הקובע את ההורות בהתאם לקרבה הביולוגית.<sup>35</sup> אף שקשר ביולוגי מהווה את נקודת המוצא במשפט הישראלי בכל הנוגע בהגדרת הורות, במצבים מסוימים המשפט מכיר אף בהורות חוקית, קרי, בהורות יציר המשפט. הדוגמה הבולטת ביותר היא אימוץ ילדים. המשפט הישראלי מכיר באימוץ פורמלי בהתאם לחוק אימוץ ילדים כדרך של אדם לקבל סטטוס של הורה. נוסף על כך, המשפט הישראלי מכיר בחזקת "רוב בעילות אחר הבעל" שאותה שאב מהמשפט העברי.<sup>36</sup> בהתאם לכלל זה, קמה חזקה שלפיה בעלה של אם הילד הוא אביו הביולוגי. מדובר לכאורה בחזקה הניתנת לסתירה, אולם לנוכח החשש מפני תיוג הילד כממזר על-פי הדין העברי במצבים שבהם הבעל מכחיש את אבהותו, נהפכה חזקה זו לחזקה כמעט חלוטה ככל שמדובר באם יהודייה.<sup>37</sup> כיום נשללת למעשה מבית-המשפט – בעקבות חקיקת חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3),

התשכ"ט-1969. נוסף על כך, ס' 5 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949, קובע חריגים שלפיהם שר החינוך מוסמך לפטור הורים מהחובות המוטלות עליהם בהתאם לאותו חוק. אחד הביטויים הבולטים לזכותם של הורים לחנך את ילדיהם כראות עיניהם הוא הכרת המדינה במוסד "החינוך הביתי". עניין זה מוסדר בחזור מנכ"ל משרד החינוך תשס"ט/8(א) "חינוך ביתי – נהלים" (1.4.2009), ניתן לצפייה בכתובת [cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/3/3-1/HoraotKeva/K-2009-8a-3-1-37.htm](http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/3/3-1/HoraotKeva/K-2009-8a-3-1-37.htm).

29 ס' 4 לחוק השמות, התשט"ז-1956.

30 ס' 13 לחוק השמות.

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

32 בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס"ד 7 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 1.4.2015).

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

34 ראו לעיל ה"ש 2.

35 זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 2, בעמ' 315; קורינאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43.

36 בבלי, חולין יא, ע"ב; זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 2, בעמ' 326.

37 ע"א 1354/92, לעיל ה"ש 27; קורינאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 47-48; זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 2, בעמ' 327-328. לביקורת על עמדתו זו של בית-המשפט, שלפיה אין לתת צו לבדיקת אבהות במצבים של חשש לממזרות, ראו שם, בעמ' 330-339, וכן שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45-51.

התשס"ח-2008,<sup>38</sup> האפשרות להורות על ביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה במצבים שבהם קיים חשש לממזרות לפי דין תורה, למעט במקרים חריגים.<sup>39</sup> תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי אף עיגן למעשה בחוק את חזקת "רוב בעילות אחר הבעל" גם במצבים שבהם מעורבת אם לא-יהודייה, וקבע כי אם בשלוש מאות הימים שקדמו ללידת הקטין הייתה אמו נשואה לאדם שממצאי הבדיקה עלולים לשלול את אבהותו או לקבוע את אבהותו של אדם זולתו, לא יורה בית-המשפט על עריכת הבדיקה אלא אם כן שוכנע כי יש בעריכתה צורך ממשי הגובר על הפגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה מהבדיקה.<sup>40</sup> בדרך זו נוצרת אבהות משפטית אשר אינה מבוססת בהכרח על הקשר הביולוגי.

לנוכח השינויים הטכנולוגיים שחלו בעשורים האחרונים נדרש החוק לתת מענה להגדרת הורות במצבים שבהם נעשה שימוש בתרומת ביצית ו/או זרע או בשירותיה של אם פונדקאית. בהתאם לנהלים ולהנחיות בעניין תרומת זרע,<sup>41</sup> ובהתאם לנוהג הקיים בפועל,<sup>42</sup> בן-זוגה של האם מוכר משפטית כאב הילד אף שהילד נולד כתוצאה מתרומת זרע אנונימית, וזאת ללא צורך בהליך משפטי מיוחד.<sup>43</sup> חוק הסכמים לנשיאת עוברים קובע כי כאשר נעשה שימוש בשירותיה של אם נושאת, ייתן בית-המשפט לאחר לידת הילד צו הורות שלפיו ההורים המיועדים הם הוריו של הילד ואפוטרופוסיו הבלעדיים, וכי הוא ילדם לכל דבר ועניין.<sup>44</sup> חוק תרומת

38 ס"ח 736.

39 בתיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי הוסף פרק ה' לחוק מידע גנטי, העוסק בעריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה. בהתאם לתיקון לחוק, עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה תיעשה רק על-פי צו של בית-משפט לענייני משפחה ורק בהתאם להוראות פרק ה' לחוק זה (ס' 28א לחוק מידע גנטי).

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

41 ס' 23(א) לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07, לעיל ה"ש 4.

42 קוריאנאלי מציין כי לפי הפרקטיקה המקובלת בישראל, בעל שהסכים ללידת אשתו מהזרעה מלאכותית נרשם במרשם האוכלוסין כאבי הילד ככל אב לילד שנולד מנישואים, וזאת מכוח חזקת אבהות הבעל. ראו קוריאנאלי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75 ו-86.

43 יש לציין כי הצהרת בני-הזוג כי הילד ייחשב ילדו של בן-הזוג לכל דבר ועניין אינה יכולה להוריד או להעלות לעניין זה, שכן על-פי הכללים המשפטיים הקיימים כיום, בני-זוג אינם יכולים ליצור סטטוס של הורות באמצעות הסכם. ראו, למשל, קוריאנאלי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 96, וכן פנחס שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י 63, 85 (התש"ם) (להלן: שיפמן "קביעת אבהות").

44 ס' 11 ו-12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. החוק מדגיש, בס' 12(ב), כי אין הוא בא לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואים וגירושים. "הורים מיועדים" מוגדרים על-ידי החוק, בס' 1, כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד". בהתאם לס' 11(ב)



ביציות קובע כי ילד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.<sup>45</sup>

בעקבות עתירות לבג"ץ שהוגשו על-ידי בני-זוג חד-מיניים<sup>46</sup> נדונה שאלת רישום בן-זוגו של האב הביולוגי של ילד שנולד בהליך פונדקאות שנעשה בחוץ-לארץ כאב במרשם האוכלוסין. בהודעה שהגישה לבית-המשפט<sup>47</sup> הביעה המדינה את עמדתה העקרונית כי כל עוד אין קשר גנטי יש צורך בהליך של אימוץ כדי ליצור קשר של הורות. עם זאת הסכימה המדינה – לעת הזו ועד להשלמת חקיקה בעניין, ובהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה – למתן "צו הורות פסיקתי" בבית-משפט לענייני משפחה בישראל בנוגע לפונדקאות שנעשתה בחוץ-לארץ במקום צו אימוץ, וזאת ביחס לבן-הזוג של ההורה הגנטי (כאשר ההורות הגנטית הוכחה בבדיקת רקמות לפי חוק מידע גנטי).<sup>48</sup> כך, למעשה, המדינה מאפשרת כיום, גם אם באופן זמני ועד לתיקון החוק, להכיר בבן-הזוג של הורה ביולוגי כהורה ללא צורך בהליך בהתאם לחוק אימוץ ילדים. השלב הבא היה הכרה בהורות של בנות-זוג לסביות במצבים מסוימים באמצעות "צו הורות פסיקתי" במקום צו אימוץ, וזאת אף ללא קבלת תסקיר.<sup>49</sup>

דוגמאות אלה ממחישות שקיימים מצבים שבהם המשפט הישראלי מכיר בקשר הורי שאינו מבוסס על ביולוגיה כקשר הורי משפטי. בפסק-הדין שניתן בבע"ם 1118/14 מנה השופט הנדל ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים שהמשפט הישראלי

לחוק, צו הורות יינתן אלא אם כן נוכח בית-המשפט, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי, כי הדבר מנוגד לטובת הילד.

45 ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות. החוק מסייג עם זאת וקובע, בס' 42(ב), כי אין בחוק כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואים וגירושים או בסמכויותיהם של בתי-הדין הדתיים.

46 בג"ץ 566/11 ממש"מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014).

47 הודעת עדכון משלימה מטעם המשיבים בבג"ץ 566/11 פלוני נ' משרד הפנים ובבג"ץ 6569/11 אלמוני נ' משרד הפנים (9.5.2013) [www.justice.gov.il/Publications/News/Documents/EmdatYoetzpundekaut.doc](http://www.justice.gov.il/Publications/News/Documents/EmdatYoetzpundekaut.doc). לסיכום עמדת המדינה ראו [index.justice.gov.il/Publications/Articles/PundekautChul.aspx](http://index.justice.gov.il/Publications/Articles/PundekautChul.aspx).

48 כל זאת בכפוף לכך שהתנאים למתן "צו הורות הפסיקתי" יהיו אותם תנאים הצפויים להיות בחקיקה העתידית, שהם התנאים למתן צו הורות לפי המלצתה של ועדת מור-יוסף והמלצתו של צוות היישום. תנאים אלה פורטו בהודעת עדכון משלימה נוספת מטעם המשיבים בבג"ץ 566/11 פלוני נ' משרד הפנים ובבג"ץ 6569/11 אלמוני נ' משרד הפנים (12.6.2013) [index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/Horut.pdf](http://index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/Horut.pdf).

49 אמ"ץ (משפחה ת"א) 57740-12-13 (משפחה ר"ג) פלוניות נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם 1.3.2015) (עותק נמצא בידי הכותבת); תמ"ש (משפחה חד') 19291-12-15 פלוניות נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 18.4.2016).

מכיר כיום בהורות על בסיסם: זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (הכרה בהורות מתוקף קשר זוגיות עם בעל/ת זיקה גנטית לילד).<sup>50</sup>

### ב. מיהו הורה חברתי?

לצורכי הטיעון המופיע במאמר זה, הורה חברתי מוגדר כאדם אשר בינו לבין הילד נוצרה מערכת יחסים רגשית של הורה-ילד, והוא מגדל את הילד, מטפל בו ומשמש הלכה למעשה הורה של הילד מבחינה חברתית-פסיכולוגית, או אדם שקיימת לגביו ציפייה עתידית שהוא ישמש הורה בהתבסס על כוונה ויוזמה שלו. זאת, בין אם בינו לבין הילד קיים קשר ביולוגי ובין אם לאו. לפי הגדרה זו, ניתן להכיר בהורות חברתית גם בטרם נוצר קשר פסיכולוגי ורגשי בין הילד להורה החברתי, בהתבסס על כוונה עתידית לשמש הורה לילד, לדאוג לו, לטפל בו וליצור עימו קשר רגשי ופסיכולוגי.

הגדרה זו נפרדת מהשימוש שנעשה פעמים רבות בספרות במונח "הורה חברתי". הספרות המחקרית משתמשת לסירוגין במונח "הורה חברתי" ("social parent") ובמונח "הורה פסיכולוגי" ("psychological parent"). המונח "הורה פסיכולוגי" הוטבע לראשונה על-ידי גולדשטיין, פרויד וסולניט בספרם BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD.<sup>51</sup> בספרם זה – שהינו אחד המקורות המרכזיים לתמיכה בתפיסה הרואה בהורות עניין פונקציונלי, ולא עניין פורמלי – מדגישים הכותבים את החשיבות של יחס הטיפול והדאגה היומיומי כלפי הילד ושל האינטראקציה היומיומית בין הילד לבין המבוגר המטפל בו מנקודת-מבטו של הילד. הכותבים מציינים כי ההיקשרות הרגשית של הילד נובעת מהדאגה היומיומית לצרכיו, מטיפוחו ומהבעת החיבה כלפיו, ומדגישים את חשיבותן של היציבות, הקביעות וההמשכיות של הקשר. הטיעון המרכזי של גולדשטיין, פרויד וסולניט הוא שבמצבים של פירוק התא המשפחתי חשוב לשמר את הקשר של הילד עם הדמות המרכזית הראשית המטפלת בו, גם על-חשבון קשריו עם ההורה האחר, אף שגם עימו יש לו קשר פסיכולוגי.<sup>52</sup> הספרות המשפטית שמתמשת במונחים "הורה פסיכולוגי" ו"הורה חברתי", ואשר מתבססת על החשיבות שגולדשטיין, פרויד וסולניט מייחסים לטיפול ולדאגה היומיומיים לילד ולצורך שלו בקביעות

50 בע"מ 1118/14, לעיל ה"ש 32, פס' 7-8 לפסק-דינו של השופט הנדל.

51 JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD & ALBERT J. SOLNIT, BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD (2nd ed. 1979).

52 שם, בעמ' 38.

ובהמשכיות, נפרדת מהמסקנה שכותבים אלה מקדמים בספרם. הספרות המשפטית, בניגוד לגודלשטיין, פרויד וסולניט, אינה סבורה כי יש חשיבות בטיפוח הקשר של הילד עם הורה אחד על-חשבון הורה אחר, אלא מסתמכת על ההכרה בחשיבותן של מערכות היחסים הקיימות בין הילד לבין המבוגר אשר מטפל בו ומגדל אותו, על-מנת לעגן הגדרה של הורות שאינה נשענת על מרכיבים ביולוגיים, אלא על מבחנים תפקודיים של המבוגר ביחס לילד.<sup>53</sup>

ההגדרה המובאת כאן להורות חברתית אינה זהה להגדרת ההורות התפקודית/ הפונקציונלית המופיעה בספרות, שכן היא אינה חלה רק בדיעבד, אלא אף צופה פני עתיד. המודלים הקיימים כיום להגדרת הורות יוצרים פעמים רבות הבחנה בין הורות המוכרת בדיעבד, אשר מבוססת על בחינה במבט לאחור של מערכת היחסים שנוצרה בפועל בין הילד לבין המבוגר המטפל בו, לבין הורות המוכרת מראש, אשר עשויה להיות מעוגנת בקשר ביולוגי, באימוץ או בחזקות משפטיות שונות. הבחנה זו חשובה אף לטעמי, אך מקומה אינו כמרכיב מהותי בהגדרת ההורות, אלא במסגרת ההיבטים היישומיים ולצרכים מתודולוגיים ואופרטיביים בלבד.

מחקרים רבים מדגישים את החשיבות של הקשר הפסיכולוגי שנוצר בין הילד לבין מי שמשמש בפועל הורהו מבחינה חברתית-פסיכולוגית.<sup>54</sup> הפסיקה הישראלית הכירה אף היא בחשיבותו של הקשר הפסיכולוגי והרגשי הנוצר בין ילד לבין מי שמטפל בו ודואג לצרכיו באופן יומיומי וקבוע, ואף קבעה כי חשיבותו של קשר זה עשויה לעלות במקרים מסוימים על חשיבותו של "קשר הדם". כך, בפרשה שכונתה לימים פרשת תינוק המריבה,<sup>55</sup> בחינת הרטוריקה של פסק-הדין מובילה למסקנה כי משפט הטבע קודם, אולם בסופו של יום ניתן התינוק להורים המיועדים לאימוץ לאור סוגיית ההורות הפסיכולוגית.<sup>56</sup> בפרשה

53 ראו, למשל, בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19–20; Polikoff, לעיל ה"ש 9, בעמ' Sarah Opichka, *Custody Cases and the Expansion of the Equitable Parent Doctrine: When Should "Acting Like" a Parent Be Enough?*, 19 Wis. Women's L.J. 319, 319–320 (2004).

54 טריגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 408; Goldstein, Freud & Solnit, לעיל ה"ש 51; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 67 (1995).

55 בע"מ 377/05 פלונית ופלוני הורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (2005) (להלן: פרשת תינוק המריבה).

56 באותה פרשה חתמה אם על כתב הסכמה למסירת תינוקה לאימוץ. התינוק הועבר בגיל עשרה ימים לרשות ההורים המיועדים לאמץ, ובית-המשפט לענייני משפחה הכריז על הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו, לאחר שקבע כי אין אפשרות סבירה לזהותו, למוצאו או לברר את דעתו (בהתאם לס' 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים). לאחר חודשים מספר הגישה האם בקשה לחזור בה

אחרת,<sup>57</sup> שקדמה לפרשת תינוק המריבה, עסק הדיון הנוסף בשאלת החזרת הילד לרשות אימו לאור חוות-דעת פסיכולוגיות שניתנו לאחר מתן פסק-הדין בערעור שלפיהן ניתוק הילד מהוריו המאמצים עלול לגרום לו נזק בלתי-הפיך. נקבע כי במסגרת בחינת טובת הקטין יש להתחשב אומנם בהנחה שככלל ייטב לילד אצל הוריו הביולוגיים, אך יש גם לתת את הדעת לכך ש"קשר ההורות אינו מבוסס רק על קשר דם. הקשר נבנה גם על-ידי טיפול, גידול וחינוך. החוש הטבעי דוחף את האם לטפל בתינוקה ולהעניק לו אהבה וחום, ואת התינוק להיצמד לאמו. מטבע הדברים, רואה התינוק את הוריו במי שמעניק לו את אלה גם אם הם אינם ההורים הביולוגיים".<sup>58</sup> גם במקרה זה הכריע בית-המשפט העליון, במסגרת הדיון הנוסף, כי טובתו של הקטין מחייבת את השארתו בידי הוריו המאמצים. פסק-דין אחר שניתן על-ידי בית-המשפט העליון, גם הוא במסגרת דיון נוסף, עסק בשאלה אם להותיר ילד אתיופי אצל ההורים המיועדים לאימוץ, שאיתם הוא כבר שהה קרוב לשנתיים ועימם כבר יצר התקשרות (attachment), או שמא להעבירו לאימוץ לידי דודתו.<sup>59</sup> בית-המשפט העליון קבע בדעת רוב כי משיקולים של טובת הילד ולנוכח נסיבות חייו הספציפיות יש להותירו אצל ההורים המיועדים לאימוץ בשל הקשר הרגשי העמוק שנוצר בינו לבינם ולנוכח החשש מפני נזק בלתי-הפיך לטווח ארוך שעלול להיגרם לילד עקב ניתוקו מההורים היחידים שהוא מכיר.<sup>60</sup> זאת, אף שנמצא כי הדודה ראויה לגדלו, ומסוגלת לספק לו הורות מיטיבה מעל הממוצע. המשנה לנשיא, השופטת נאור, אשר כתבה את פסק-הדין של דעת הרוב, אף מציינת כי לשיקול של טובת הילד יש מעמד מכריע בסוגיה זו, אך שיקולים נוספים שיש להתחשב בהם הם רצונם של ההורים הביולוגיים והמשפחה המורחבת וכן האינטרס של המשפחה המועמדת לאימוץ. נקבע כי עם מסירת הקטין למשפחה המועמדת לאמצו נוצרת אצלה הציפייה שהקשר עם הקטין לא ייגדע, וככל שמשך שהייתו של הקטין אצל משפחה זו מתארך, וככל שהקשר בינו לבין המשפחה הפסיכולוגית מתהדק, כן יינתן משקל רב יותר לאינטרס של אותה משפחה.<sup>61</sup>

מהסכמתה לאימוץ, תוך שהיא חושפת לראשונה את זהות האב. במקביל הגיש האב בקשה לבטל את הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפיו.

57 דנ"א 7015/94, לעיל ה"ש 54.

58 שם, בעמ' 68.

59 דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 23.12.2013).

60 באותו מקרה החשש מפני נזק היה גדול במיוחד בשל המטען הגנטי שהילד נושא, שכן אמו חולת סכיזופרניה. נוסף על כך, בטרם הועבר הילד להורים המיועדים לאימוץ, הוא שהה כשנה וחודשיים בבית תינוקות.

61 דנ"א 6211/13, לעיל ה"ש 59, פס' 29 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (2013). כן ראו

כבר בעת העתיקה לא התבססה ההורות על מרכיב ביולוגי בלבד. מסיפורי התנ"ך משתמע כי ייתכן שבתקופת המקרא הייתה אפשרות של שימוש ב"אם תחליפית".<sup>62</sup> מהתלמוד ניתן ללמוד כי במגבלות מסוימות הייתה לאב אפשרות לקבוע מי הם בניו.<sup>63</sup> על כך יש להוסיף את חזקת "רוב בעילות אחר הבעל",<sup>64</sup> שלפיה בעלה של האם נחשב אביו של הילד, וכן את הליך הייבום,<sup>65</sup> אשר מטרתו העמדת צאצאים לאח שנפטר, כשהילד שנולד כתוצאה מהייבום נחשב ילדו של הנפטר, ולא ילדו של האח שמזרעו הוא נולד. דוגמאות נוספות הן הכלל שלפיו גיור מפקיע את האבהות,<sup>66</sup> וכן הכלל שלפיו כאשר האב יהודי והאם אינה יהודייה, אין לאב היהודי כל יחס משפטי אל הילד – המוליד אינו נחשב אביו, והילד אינו נחשב בנו.<sup>67</sup> דוגמה נוספת להורות שאינה מבוססת על קשר ביולוגי היא הסיפור על נעמי המגדלת את בנם של בעז ורות ואשר נתפסת על-ידי החברה כאמו.<sup>68</sup>

המשפט הישראלי מכיר בהורות חברתית גם בטרם נוצר קשר פסיכולוגי ורגשי בין הילד להורה החברתי, כאשר ההורות החברתית מבוססת על כוונה עתידית לשמש הורה לילד, לדאוג לו, לטפל בו וליצור עימו קשר רגשי ופסיכולוגי. כך כאשר המשפט הישראלי מכיר (גם אם לא באמצעות חקיקה מוסדרת) במעמדו של בן-הזוג של אישה המשתמשת בתרומת זרע כאבי הילד; כך גם כאשר מוענק צו

שם, פס' 25 לדעת המיעוט של השופטת ארבל, וכן את עמדתו של הנשיא ברק בפס' 54 לפסק-דינו בפרשת תינוק המריבה, לעיל ה"ש 55.

62 כך, רחל "ילדה" ליעקב את דן ונפתלי באמצעות שפחתה בלהה, ולאח "ילדה" את גד ואשר באמצעות שפחתה זילפה: בראשית ל 3-6: "ותאמר הנה אמתי בלהה בא אליה ותלד על ברכי ואבננה גם אנכי ממנה; ותתן לו את בלהה שפחתה לאשה ויבא אליה יעקב; ותהר בלהה ותלד ליעקב בן; ותאמר רחל דנני אלהים וגם שמע בקלי ויתן לי בן על כן קראה שמו דן."

63 מרדכי א' ראבילו "על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי" דיני ישראל ה' 85, 129-130 (תשל"ד). במסגרת זו היה אב יכול להכריז מי הם בניו, ואף להפקיע מעמד של בנים באמצעות הכרזה מי אינם בניו. זכות זו של האב לא הייתה מוחלטת, והייתה חדר-פעמית (כלומר, לאחר ההכרזה לא היה האב יכול לשנות את המעמד) (שם, בעמ' 129).

64 בבלי, סוטה כז, ע"א; בבלי, חולין יא, ע"ב.

65 דברים כה 5-10.

66 בבלי, יבמות כב, ע"א. לעניין זה ראו גם קורינאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43.

67 כך נאמר בתלמוד: "אין בנך הבא מן העובדת כוכבים קרוי בנך אלא בנה" (בבלי, יבמות יז, ע"א; בבלי, קידושין סח, ע"ב; בבלי, יבמות כג, ע"א). לעניין זה ראו גם אבנר ח' שאקי "עיון מחודש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים'" עיוני משפט ט 59, 72 (1983); קורינאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43. ובלשון הרמב"ם: "והבן מן הכותית אינו בנו" (משנה תורה, איסורי ביאה, פרק יב, הלכה ז).

68 "ותקח נעמי את הילד ותשתהו בחיקה ותהי לו לאמנת. ותקראנה לו השכנות שם לאמר ילד בן לנעמי ותקראנה שמו עובד הוא אבי ישי אבי דוד" (רות ד 16-17).

הורות לאם המיועדת שאינה בעלת הביצית בהתאם לחוק הסכמים לנשיאת עוברים; וכך כאשר המשפט מכיר בבעלה של האם היולדת כאבי הילד מבלי לבחון את הקשר הגנטי בין הבעל לילד, גם במצבים שבהם מתעורר ספק לגבי הקשר הגנטי.

### ג. הצדקות למתן מעמד משפטי להורה החברתי

חלק זה דן בהצדקות להענקת מעמד משפטי של הורה להורה חברתי, ומאגד טיעונים שונים התומכים בחשיבותה של ההורות החברתית. הטענות המובאים כאן מבוססים בחלקם על השקפות המופיעות בספרות שעוסקת בהיבטים שונים של הורות. השיקולים המצדיקים מתן מעמד משפטי להורה חברתי הינם מגוונים, ותכליתם לקדם את טובת הילד, לשרת את האינטרסים של המבוגרים המעורבים בחייו של הילד וכן לקדם אינטרסים חברתיים כלליים. הכרה משפטית במעמדו של הורה חברתי תאפשר הן להורה והן לילד לממש אינטרסים חיוניים – פסיכולוגיים, חברתיים וכלכליים.

#### 1. אחריות רחבה לטיפול בילד ולדאגה לו

הכרה במעמדו של הורה חברתי עשויה להוביל לכך שאנשים רבים יותר יהיו אחראים לטיפול בילד, לדאגה לו ולתמיכה רגשית וכלכלית בו. בהתאם לטיעון זה, ההכרה האמורה תקדם הן את טובת הילד והן אינטרסים של החברה בכללותה, המעוניינת שיהיה מי שידאג לילדים על-מנת שהנטל לא ייפול על החברה וכדי שהילדים ייפכו לאזרחים התורמים למדינה. השיתוף בגידול הילדים תומך בלכידות המשפחתית והחברתית ומעניק תחושה של סיפוק אישי לכל הנוטלים חלק בגידולו של הילד ובטיפולו. על כך יש להוסיף שבחברה שבה ילדים רבים נמצאים מתחת לקו העוני,<sup>69</sup> וקיימות גם משפחות חד-הוריות רבות שנמצאות מתחת לקו העוני,<sup>70</sup> הכרה ביותר משני הורים לילד אחד עשויה לשפר את מצבם הכלכלי של ילדים.<sup>71</sup>

69 על-פי המוסד לביטוח לאומי ממדי העוני והפערים החברתיים – דוח שנתי 2015 (2016), עמד מספר הילדים העניים בשנת 2015 על 764,200, המהווים 30% מהילדים בישראל.

70 בשנת 2015 נמצאו 21.8% מהמשפחות החד-הוריות מתחת לקו העוני. תחולת העוני של ילדים ממשפחות חד-הוריות היא כ-30%. נוסף על כך, בקרב משפחות חד-הוריות חלה עלייה חדה בשיעור המשפחות הנמצאות בעוני מתמשך. שם. על-פי נתוני הלמ"ס, בשנת 2015 היו 117,121 משפחות חד-הוריות עם ילד אחד לפחות עד גיל שבע-עשרה, שהן כעשירית מכל המשפחות בישראל עם ילדים עד גיל שבע-עשרה. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "משפחות – נתונים נבחרים – 2015" [www.cbs.gov.il/www/publications15/meshek\\_bait/profil\\_mish.pdf](http://www.cbs.gov.il/www/publications15/meshek_bait/profil_mish.pdf)

71 אין בכוונתי לצאת נגד ההכרה בקיומן של משפחות חד-הוריות. אני סבורה שעל המשפט

## 2. יתרונות חברתיים-כלכליים

מבחינה חברתית-כלכלית, הקניית מעמד של הורה להורה חברתי תעניק הטבות סוציאליות וכלכליות מגוונות, ביניהן האפשרות להיעדר ממקום העבודה בגין מחלת ילד,<sup>72</sup> ירושה על-פי דין,<sup>73</sup> זכאות למזונות מהעזבון,<sup>74</sup> הקניית מעמד של "תלוי" לפי סעיף 78 לפקודת הנזיקין, והקניית מעמד של "שאיר" לצורך חוקים שונים.<sup>75</sup> הכרה במעמדו של הורה חברתי תעמיד גורם נוסף שיהיה אחראי לתמיכה כלכלית בילד, ותקטין את הנטל הכלכלי המוטל על המדינה בכל הקשור לתמיכה בילדים.<sup>76</sup>

## 3. קידום של קביעות, יציבות וודאות

הכרה משפטית במצב המשפחתי הקיים בפועל ובמערכת היחסים הקיימת בין ילד לבין מי שמשמש בפועל הורה תקדם את טובתם של הילדים ואת האינטרסים של המבוגרים המטפלים בהם. הכרה מעין זו תעניק מימד של קביעות, יציבות וודאות הן לילד והן למי שמשמש בפועל הורה, ותאפשר להורה להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד. כך, לדוגמה, מתן מעמד משפטי של הורה יאפשר להורה לאשר

להמשיך להכיר בקיומן של משפחות חד-הוריות ולסייע לנשים המעוניינות בכך ליהפך לאימהות יחידניות. אולם רוב המשפחות החד-הוריות הנמצאות מתחת לקו העוני אינן משפחות של נשים שבחרו להיות אימהות יחידניות, אלא משפחות שבהן האב קיים ומוכר אך אינו מסייע מספיק בגידול הילדים (המחקרים העוסקים בממדי העוני במשפחות חד-הוריות אינם מבחינים בין סוגי המשפחות החד-הוריות; לתמיכה בטענה שרווקות שהינן אימהות מתוך בחירה הן ברובן משכילות ומבוססות, ראו דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח 903, 927 (2005)). במצבים אלה, ללא האפשרות להכיר ביותר משני הורים, לא יהיה אפשר להקנות מעמד של הורה לאדם אחר המעוניין לסייע בגידול הילדים ולתמוך בהם כלכלית ורגשית כהורה ללא ויתור של האב על מעמדו ההורי. לפיכך הכרה בריבוי הורים עשויה לסייע למשפחות אלה. גם הטענה כי מצבם של ילדים הינו הטוב ביותר כאשר יש להם שלוש מערכות יחסים בטוחות אינה מובילה בהכרח לפגיעה בלגיטימיות של משפחות חד-הוריות, כשם שאין בה כדי להוביל לפגיעה בלגיטימיות של משפחות עם שני הורים. הטענה אך מדגישה את היתרון הקיים בהכרה בריבוי הורים.

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

73 ס' 10 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

74 ס' 57 לחוק הירושה.

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

76 לגישה התומכת בהכרה ביותר משני הורים על-מנת להרחיב את מעגל האחראים מבחינה כלכלית לילד ולהעמיד תמיכה כלכלית נאותה לילדים ראו: Melanie B. Jacobs, *More Parents, More Money: Reflections on the Financial Implications of Multiple Parentage*, 16 *CARDOZO J.L. & GENDER* 217, 224, 226 (2009-2010).

טיפול רפואי בילד, לרשום אותו לבית-הספר ולקבל גישה לבית-הספר, וכן יחייב את הסכמתו במקרה של אימוץ. נוסף על כך תעניק ההכרה זכויות ביקור ולעיתים אף זכויות משמורת במקרה של תום הקשר הזוגי בין ההורים (אם היה קשר כזה) או במקרה של סכסוך בין מי שנחשב הורה משפטי של הילד לבין מי שמשמש בפועל הורה של הילד אך נעדר כיום הכרה משפטית. כמו-כן תעניק ההכרה זכויות משמורת במקרים של אובדן כשירות או מות ההורה המשפטי.

הקניית מעמד של הורה לאדם המשמש בפועל הורה הינה חשובה במיוחד לנוכח ההגנה החוקתית המוענקת להורה בכל הנוגע בקבלת החלטות לגבי הטיפול בילד ואופן גידולו. כל עוד לא נשלל מעמדו של הורה בגין העדר מסוגלות הורית, ההורה נהנה מאוטונומיה הורית בכל הנוגע בטיפול בילד, בחינוכו ובהכרעות שונות ביחס לגידולו. לנוכח הגנה חוקתית זו, ההכרה מהווה תמריץ חיובי לפעול למען הילד, שכן מי שמקבל הכרה כהורה אינו חושש שמא יהיה מי שיטען כי בפעולותיו למען הילד הוא פועל בחוסר סמכות.

#### 4. חשיבות סמלית

להכרה המשפטית בהורה החברתי יש חשיבות סמלית הן בעבורו והן בעבור הילד, ויש לה אף ערך הצהרתי.<sup>77</sup> ההכרה תהווה אישור חברתי ומוסדי לקשר הקיים ביניהם, ואף תסלול את הדרך להכרה חברתית רחבה יותר. באמצעות מתן סטטוס של הורה, המשפט מכיר במערכת היחסים הקיימת בפועל בין הילד לבין מי שמשמש הורה. המשפט מתאים את עצמו למציאות המשתנה, שבמסגרתה קיימים תאים משפחתיים אלטרנטיביים למודל המשפחתי המסורתי של זוג ממין שונה וילדיו. אולם תפקידו של המשפט אינו מתמצה בכך. המשפט אף מבנה תפיסות חברתיות מקובלות. מתן אישור משפטי לקיומן של מסגרות משפחתיות אלטרנטיביות יעניק בסופו של דבר הכרה חברתית רחבה יותר בהן.<sup>78</sup> ההתייחסות השונה שהמשפט מעניק לדמויות שונות בחייו של הילד (למשל, הורה לעומת סב או מטפלת) משפיעה על הציפיות ועל החוויות של הדמויות הללו, ולפיכך גם על הרגשות ועל הצרכים של הילדים.<sup>79</sup> הכללים המשפטיים משפיעים לא רק על העשייה, אלא גם על הרגשות ועל תפיסת העצמי. לפיכך היכולת של דיני המשפחה להביט מעבר להורות זוגית תתרום לעיצוב המציאות.<sup>80</sup>

77 Appleton, *Parents by the Numbers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 58.

78 הקר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 930, טוענת כי המשפט לבדו אומנם אינו יכול לחולל שינויים חברתיים עמוקים, אך הוא סמל המשפיע על התנהגויות ותפיסות חברתיות.

79 Appleton, *Parents by the Numbers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65.

80 שם.



5. האינטרס של ההורה החברתי בהגשמה עצמית ובהמשך קיומו הרוחני להורים עומדת זכות להגשמה עצמית ולפיתוח האישיות. טענה זו מבוססת על ההנחה בדבר חשיבותן הרבה של מערכות יחסים אינטימיות בין הורים לבין ילדיהם, המעניקות משמעות לחיים. על-פי טענה זו, למערכת היחסים שבין הורים לבין ילדיהם יש ערך מוסרי שונה מזה שיש למערכות יחסים אינטימיות אחרות, והיא תורמת בצורה שונה להתפתחותם של ההורים.<sup>81</sup> תפקידי ההורות מאפשרים להורים לפתח ולהפעיל יכולות שבאמצעותן חייהם משגשגים ונהיים מלאים יותר. מערכת היחסים ההורית מאפשרת להורה ללמוד על עצמו, לפתח את עצמו כאדם ולקבל סיפוק שאי-אפשר לקבלו משום מערכת יחסים אחרת.<sup>82</sup> חשיבותן הרבה של מערכות יחסים אינטימיות בין הורים לבין ילדיהם הינה בת-תוקף גם בכל הנוגע בהורות חברתית ללא קשר ביולוגי.

טענה נוספת מדגישה את המשמעות שאנשים רואים בהמשכיות קיומם הרוחני והתרבותי באמצעות חינוך הילד. על-פי טיעון זה, אנשים רואים חשיבות רבה בהעברת הערכים החשובים להם לדור הבא. טענה זו מבוססת למעשה על יצר ההישרדות התרבותי או הדתי של קבוצת אנשים מסוימת.

#### 6. טיפול ודאגה כמרכיבים המרכזיים של הורות

מעטים יחלקו על הטענה שהורות אינה אך ורק קשר ביולוגי-גנטי, אלא מערכת יחסים אינטימית מיוחדת ומורכבת. קשר ביולוגי כשלעצמו אינו יכול לבסס מערכת יחסים של הורה-ילד. לעומת זאת, מערכת יחסים של הורה-ילד יכולה להתקיים גם ללא קיומו של מרכיב ביולוגי. יחס הטיפול והדאגה של ההורה לילדו מוביל לקשר הרגשי והאינטימי שהינו מהותה ותמציתה של ההורות. הפניית הזרקה לעבר מאפיינים חברתיים של טיפול ודאגה הינה אף ראויה מבחינה חברתית ומבחינת מדיניות ציבורית, שכן יש בה כדי להשפיע על התנהגות הפרטים בחברה ולהופכה לחברה שהערכים של טיפול ודאגה הינם ערכים מרכזיים בה.<sup>83</sup>

Harry Brighouse & Adam Swift, *Parents' Rights and the Value of the Family*, 81  
117 ETHICS 80, 89-95 (2006).

82 שם.

83 לכתובה הדוגלת בהדגשת ערכים של דאגה, טיפול ואחריות הדדית ראו, למשל, זפרן "שיח היחסים  
כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה", לעיל ה"ש 21, בעמ' 634-635; BARBARA KATZ;  
ROTHMAN, RECREATING MOTHERHOOD - IDEOLOGY AND TECHNOLOGY IN A PATRIARCHAL  
SOCIETY (1989); Matthew M. Kavanagh, *Rewriting the Legal Family: Beyond  
.Exclusivity to a Care-Based Standard*, 16 YALE J.L. & FEMINISM 83 (2004)

ניתן להכיר בקשר גנטי ולהעריכו גם מבלי להופכו לגורם המכריע. כך אנו נוהגים ביחס לרוב הקשרים הגנטיים שלנו. אנחנו מכירים בקשרים הגנטיים בין אחים או בין דודים לבין אחיינים, ומאפשרים לאנשים לפתח את הקשרים הללו בכל דרך שבה יבחרו, אבל הקשר הגנטי כשלעצמו אינו נושא כל משקל משפטי באותם מקרים.<sup>84</sup> כך גם ביסוס האימהות על היריון ולידה אינו חייב להיות ביסוס ביולוגי, אלא יכול לנבוע מיחס הטיפול והדאגה כלפי העובר בעת ההיריון והלידה. בני-אדם הינם יצורים חברתיים שמערכות יחסים הינם חלק חשוב ובלתי-נפרד מחייהם. קשר ביולוגי כשלעצמו אין בו כדי להגדיר את זהותו של אדם ללא מערכות יחסים וללא הקשר חברתי. יאיר רונן מציע במאמו<sup>85</sup> להכיר בזכות הילד להשתייכות כביטוי לזכותו לזהות. רונן יוצא מנקודת-הנחה שלכל ילד עשויות להיות זיקות רגשיות לעולם שהוא משתייך אליו, כשהדוגמאות הבולטות הן זיקה למשפחה וזיקה לקהילה שהילד גדל בה,<sup>86</sup> והדגש הוא בזיקות פסיכולוגיות, ולא גיאוגרפיות.<sup>87</sup> במסגרת הזכות להשתייכות, רונן מציע להטיל על המדינה ועל ההורים את החובה להבטיח את זכותו של הילד להגנה על קשרים משמעותיים בעיניו.<sup>88</sup> כך, הוא טוען כי נדרשת הגנה על זיקותיו של הילד למשפחה שהוא מגדירה כשלו אף אם הוא לא נולד לתוכה, כלומר, הזכות להשתייכות מגינה על זיקותיו הממשיות של הילד.<sup>89</sup>

\* \* \*

לסיכום, הטיעונים המתוארים לעיל תומכים בקביעה עקרונית שלפיה יש להרחיב את ההגדרה המשפטית של "הורה" כך שתכלול, במצבים המתאימים, הורות חברתית. מקביעה עקרונית כללית זו יש לגזור את המקרים ההולמים להכרה במעמדו של הורה חברתי. החלק הבא יעסוק בהעלאת טיעוני-הנגד להכרה בהורות חברתית ובמענה להם.

84 ROTHMAN, לעיל ה"ש 83, בעמ' 39. אין כוונת הדברים שהמשפט מתעלם לחלוטין מקרבה גנטית (שאינה בין הורה לילד). המשפט מייחס משמעות בהקשרים שונים לקשרים משפחתיים אחרים. כך נעשה, למשל, בס' 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, בקביעת ירושה על-פי דין בהתאם לחוק הירושה וכן בחוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959. עם זאת, המשפט אינו מגדיר את הקשרים המשפחתיים הללו, ואינו יוצק לתוכם תוכן.

85 יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו 935 (2003).

86 שם, בעמ' 936-937.

87 שם, בעמ' 938.

88 שם, בעמ' 941.

89 שם, בעמ' 955.

#### ד. התנגדויות להקניית מעמד של הורה להורה חברתי

פרק זה ידון בחששות המתעוררים בנוגע להרחבתה של הגדרת ההורות גם להורות חברתית ובהתנגדויות לביסוס הורות על רכיבים פסיכולוגיים-חברתיים. הפרק יעסוק בטיעוני-נגד מרכזיים באופן כללי. עם זאת, לנוכח מגוון מערכות היחסים המתקיימות בין ילדים לבין המבוגרים המטפלים בהם, כל סוג של מערכת יחסים עשוי לעורר גם חששות וטיעונים שייחודיים לאותה סיטואציה. לפיכך, במסגרת הדיון במצבים השונים שבהם שאלת הגדרתה של ההורות עשויה להתעורר שזור גם דיון בטיעוני-הנגד הרלוונטיים לכל מצב ומצב.

##### 1. מעמדם של ההורים הביולוגיים/המאמצים וזכותם לבלעדיות הורית

השוואת מעמדו של הורה חברתי למעמדו של הורה ביולוגי תקנה להורה החברתי את מכלול זכויותיו וחובותיו של ההורה הביולוגי – הן זכויות חיוביות, שעניינן קבלת החלטות בנוגע לילד, והן זכויות שליליות, המקנות הגנה מפני התערבות המדינה בסוגיות הנוגעות בגידול הילד. בהקשר זה מתעוררת השאלה אם יש לשמר את הכלל של שני הורים בלבד לכל ילד. כל עוד הכלל של שני הורים בלבד לכל ילד נשמר, הכרה במעמדו של הורה חברתי שאינו הורה ביולוגי תבוא בהכרח על-חשבון אחד ההורים הביולוגיים במקרים שבהם שני ההורים הביולוגיים יודעים ובחיים. לעומת זאת, אם נאפשר במצבים מסוימים להגדיל את מספר ההורים לכל ילד, אזי הקניית מעמד להורה חברתי עשויה לבוא בנוסף על מעמדם של ההורים הביולוגיים. במקרה כזה, הקניית מעמד של הורה להורה חברתי עשויה לצמצם את זכויותיו של ההורה הביולוגי/המאמץ של הילד, במובן זה שהיא תקנה לאדם נוסף אפשרות לקבל החלטות בנוגע לילד ובכך תפגע בבלעדיות קבלת החלטות של ההורה הקיים. הגדלת מספר ההורים אינה מקטינה בהכרח את חלקו של כל הורה בזכות, שכן אין מדובר בעניין הניתן לחלוקה ברורה, אבל היא מחייבת שיתוף-פעולה והתחשבות בעמדתם של אנשים רבים יותר.

אני סבורה כי ראוי לאפשר במצבים מסוימים הכרה ביותר משני הורים לילד. במקרים שבהם נוצר קשר רגשי משמעותי הדומה במאפייניו לקשר הורי בין ילד לבין מבוגר שדואג לו ומטפל בו, יש להכיר במעמדו של ההורה החברתי כהורה. זאת, כל עוד ההכרה היא לטובת הילד, ועל-אף הפגיעה הצפויה בהורים הביולוגיים בדמות הכנסת גורם נוסף בעל יכולת לקבל החלטות בנוגע לגידולו של הילד.<sup>90</sup>

90 לדיון מורחב בשאלת האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד ראו מרקוס "על האפשרות להכיר ביותר משני הורים", לעיל ה"ש 19.

הסטטוס ההורי כולל בחובו מרכיב של בלעדיות שלפיו רק למי שהוכר כהורה של הילד מוקנות זכויות וחובות כלפי הילד. נוסף על כך, המעמד ההורי כולל את הזכות השלילית המקנה הגנה מפני התערבות של המדינה וצדדים שלישיים בסוגיות הנוגעות בגידול הילד. עקרון הבלעדיות והזכות להגנה מפני התערבות חיצונית נלווים אם כן לסטטוס ההורי. לפיכך השאלה מפני מי ניתנת להורה הגנה תלויה בראש ובראשונה בשאלה מי מוגדר הורה של הילד. (ברי שלהורה אחד של הילד אין זכות לבלעדיות מול הורה אחר של הילד.) התשובה לשאלה מי ייחשב הורה של הילד תלויה בחברה ובתרבות, ועשויה להשתנות עם השתנות העיתים. לפיכך במצבים שבהם קיימים אינטרסים כבדי-משקל להכיר בזכותו להורות של אדם ללא קשר ביולוגי לילד, אותו אדם יקבל מעמד של הורה ביחס לילד, וההורה הביולוגי לא יוכל לטעון לבלעדיות כלפי אותו אדם.

הכרה עקרונית בזכותו להורות של הורה חברתי, תוך הרחבה של הגדרת ההורות כך שתחול מעבר לביולוגיה ולאימוץ, תטרוף את הקלפים מחדש ותוביל במצבים מסוימים להשוואת מעמדו של הורה חברתי לזה של הורה ביולוגי כבר בנקודת ההתחלה. עדיין ייוותרו בוודאי מצבים שבהם שאלת ההכרה בהורות החברתית לא תתעורר בנקודת ההתחלה, אלא רק בשלב מאוחר יותר. במצבים מעין אלה תהיה חשיבות לעמדתו של ההורה הביולוגי/המאמץ, אך גם אז לא תהיה לו זכות וטו. חשוב להדגיש כי ברוב המקרים שבהם מתפתח קשר הורי בין ילד לבין הורה חברתי, לא הייתה מערכת היחסים יכולה לקרום עור וגידים ללא מעורבות זו או אחרת של לפחות אחד מההורים הביולוגיים/המאמצים של הילד. כמו-כן יש לזכור כי לא כל מערכת יחסים בין ילד לבין מבוגר המטפל בו תיכנס להגדרה של מערכת יחסים הורית אשר תעניק הכרה במעמד של הורות. נדרשת מערכת יחסים המדמה מערכת יחסים של הורה-ילד על-מנת לזכות במעמד. נוסף על כך יש להבחין בין מצבים שבהם ההורה הביולוגי התנגד מלכתחילה להכרה במעמדו של ההורה החברתי כהורה לבין מצבים שבהם ההורה הביולוגי/המאמץ תמך בתחילה בהכרה האמורה אך לאחר שנים אחדות, כאשר מערכת היחסים בינו לבין ההורה החברתי התערערה, הוא מבקש לחזור בו מהכרה זו. אם ההורה הביולוגי/המאמץ תמך בתחילה במערכת היחסים, ובין הילד לבין ההורה החברתי כבר נוצרה מערכת יחסים הורית, אין לאפשר לו לחזור בו מתמיכתו זו. לנוכח האמור לעיל, יהיו מצבים שבהם במסגרת בחינת השאלה אם יש להכיר במעמדו של הורה חברתי יהיה מקום לשקול את עמדתו של ההורה הביולוגי/המאמץ, אך הדבר ייעשה בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו, ולעולם לא כזכות וטו.

## 2. איזון בין המדינה לבין ההורים בכל הנוגע בגידול הילדים

התנגדות אפשרית נוספת להכרה בהורות חברתית היא הטיעון שהדבר יוביל לסכסוכים רבים יותר, ולכן יפר את האיזון העדין של חלוקת הסמכויות בין ההורים לבין המדינה בכל הנוגע בגידול הילדים. ריבוי הסכסוכים יחייב בסופו של דבר הכרעה של המדינה במקרים רבים יותר, והדבר יחליש את מעמד ההורים. טענות אלו בדבר החשש מריבוי התדיינויות משפטיות מבוסס על שני ראשים. האחד הוא שהעמימות הכרוכה בקביעת טיב היחסים שבין הילד לבין המבוגר המטפל בו תגרוור התדיינויות משפטיות רבות. אולם על-אף הקושי הכרוך מבחינה מעשית בהכרה בהורות חברתית, אין די בכך למנוע מתן מעמד להורה חברתי במקרים הראויים. הכרה בהורות חברתית במסגרת חקיקה תגביר את המודעות לכך שהורה חברתי הינו הורה לכל דבר ועניין, ולפיכך תעודד את המבוגרים המעורבים בגידולו של הילד לפנות לבית-המשפט או לרשויות הרלוונטיות על-מנת להסדיר את המעמד ההורי עוד בטרם מתגלע סכסוך בין הצדדים. פנייה לרשויות הרלוונטיות בשלב ההסכמה תפחית את הסיכון לריבוי הליכים ולהימשכותם. חקיקה בעניין זה עשויה להקנות להורה החברתי מעמד של הורה כבר בעת הלידה במצבים מסוימים, ובכך יימנע חוסר הוודאות לפחות בחלק מהמקרים. לגבי מקרים שבהם מערכת היחסים בין הילד להורה נוצרת לאחר שהוא נולד, חקיקה אשר תקבע הגדרת הורות בהתאם לפרמטרים שונים תהיה אומנם מורכבת ועשויה להיות עמומה במצבים מסוימים, אך מושג-שסתום אינם זרים למערכת המשפט, ונראה שהתועלת הטמונה בהרחבת המעמד ההורי עולה על החיסרון של מורכבות ההליך.

לפי ראש הטיעון האחר, מכיוון שהרחבתה של הגדרת ההורות עשויה להוביל להענקת מעמד הורי ליותר משני הורים, יוביל הדבר בהכרח לסכסוכים משפטיים רבים יותר. טענה זו מבוססת על ההנחה שהגדלת מספר המחליטים מעבר לשניים תוביל בהכרח לריבוי התדיינויות משפטיות, אולם אין הדבר בטוח כלל. שאלה זו מחייבת בחינה אמפירית. כל עוד יש הרמוניה ומערכת יחסים יציבה בין הצדדים המעורבים, ההנחה היא שהצדדים יישבו את חילוקי-הדעות ביניהם מבלי להגיע לפתחו של בית-משפט.

היבט אחר של החשש מהפרת האיזון בין ההורים לבין המדינה מבוסס על הטענה כי הכרה בהורות חברתית עלולה להוביל בסופו של דבר להתפוררות המעמד ההורי עד לביטולו המוחלט. ביטול המעמד ההורי יעניק כוח רב למדינה לקבל החלטות בנוגע לילד, ויבטל את ההגנה הניתנת למי שנחשב הורה מפני התערבות של המדינה או צד שלישי באופן שבו הוא בוחר לגדל את ילדיו. נראה

שחשש זה אינו מוצדק. הרחבתה של הגדרת ההורות כך שתחול גם על הורות חברתית תעניק אומנם מעמד וזכויות ביחס לילד למי שמבחינה מסורתית לא נחשב להורה של הילד, אך תשמור עדיין על ההפרדה הברורה בין מי שמוגדר הורה, ולפיכך מקבל מעמד ביחס לילד וזכויות וחובות בנוגע אליו, לבין מי שעל-אף הרחבת הקטגוריה ההורית אינו נכנס לגדרה ואינו מקבל כל מעמד ביחס לילד.

### 3. הרתעה של הורים ומטפלים פוטנציאליים

חשש נוסף הוא שמטפלים פוטנציאליים יתרחקו ולא יסייעו בטיפול בילדים מתוך פחד שהם יחויבו בעקבות התנהגותם בחובות הוריות. חשש מקביל הוא שהורים ירחיקו מטפלים פוטנציאליים ולא יסתייעו בהם לגידול הילדים מתוך דאגה שבבוא היום ידרשו הללו זכויות הוריות.<sup>91</sup> כן עלול להתעורר חשש בקרב אימהות יחידניות ובקרב זוגות של אימהות לסביות שיכפו עליהן הורה נוסף.<sup>92</sup>

אין להקל ראש בחששות אלה. עם זאת, אני סבורה כי ניתן ליצור מנגנונים להכרה בהורות חברתית אשר יפחיתו חששות אלה, גם אם לא יעלימו אותם כליל. מנגנונים אלה יידונו ביתר פירוט בפרק הבא בהתאם לכל סוג של הורות חברתית. על כך יש להוסיף, כפי שציינתי לעיל, כי הכרה בהורות חברתית במסגרת חקיקה עשויה להגביר את הוודאות במידה מסוימת, ועימה גם את המודעות, ובכך לעודד את המבוגרים המעורבים בגידולו של הילד ובטיפול בו להסדיר את מערכת היחסים בצורה מסודרת.

יהיו מצבים שבהם יהיה נכון וראוי לכפות מעמד של הורה על אדם שתפקד בפועל כהורה של הילד ואשר בינו לבין הילד נוצרה מערכת יחסים של הורה-ילד. ייתכן שבמצבים רבים נפקותה של כפייה זו תהיה הטלת חובות כלכליות על אותו הורה. עם זאת, יהיו מצבים שבהם כפיית המעמד ההורי תוביל בסופו של יום אף לקשר משמעותי יותר בין אותו הורה לילד, שכן המשפט יבנה ציפייה חברתית שאותו אדם ימשיך לתפקד כהורה, וציפייה זו עשויה להשפיע עליו. נראה שיהיה מקום לשקול באופן פרטני, בכל מקרה ומקרה, את השאלה של כפיית המעמד ההורי, שכן ייתכנו בהחלט מצבים שבהם העלות של כפיית המעמד ההורי תאפיל על תועלתה. כך, למשל, ייתכן שבמצבים מסוימים הטלת חיוב על אדם להיות בקשר עם ילד בניגוד לרצונו עלולה לגרום נזק לילד, אשר ירגיש דחוי.

Melissa Murray, *The Networked Family: Reframing the Legal Understanding of Caregiving and Caregivers*, 94 VA. L. REV. 385, 450 (2008)

Nancy E. Dowd, *Multiple Parents/Multiple Fathers*, 9 J.L. & FAM. STUD. 231, 244 (2007)

הכרעה הכופה מעמד הורי על אדם במצבים מסוימים פוגעת באותו אדם, שכן היא אינה מאפשרת לו לממש את בחירתו לא להיות הורה. איני מקילה ראש בקושי זה. עם זאת, בהקשר זה יש לזכור כי גם על הורה ביולוגי החוק כופה לעיתים את המעמד ההורי בניגוד לרצונו. כך קורה, למשל, במצבים שהפסיקה והספרות מכנים "גנבת זרע" או "אבות בעל-כורחם".<sup>93</sup> הרתיעה מכפייה דומה של הורות כאשר מדובר בהורות חברתית נובעת, כך יש לשער, מהעובדה שאיננו מורגלים בכך. הרחבת הגדרת ההורות בחוק תוך ביסוסה על מרכיבים חברתיים-פסיכולוגיים עשויה לשנות זאת, שכן היא תשנה את הציפיות החברתיות בעניין זה. הכרה במעמדו של הורה חברתי בצורה מפורשת בחקיקה תגביר את הוודאות בעניין זה ותשריש נורמות התנהגות חדשות מקובלות. אני סבורה כי כפיית הורות חברתית עשויה אף להיות ראויה יותר מבחינה מוסרית מאשר כפיית הורות ביולוגית, שכן פעמים רבות מדובר בהורה חברתי שיצר ציפייה והסתמכות רגשית של הילד בנוגע לנוכחותו בחייו. זאת, לעומת מצבים של כפיית הורות ביולוגית על בסיס הרפתקה של לילה חד-פעמי בין האם הביולוגית לאב הביולוגי. מכל מקום, וכפי שצוין לעיל, יהיה מקום לשקול את כפיית המעמד ההורי בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו.

#### 4. סיכום

אין להקל ראש בחששות המועלים לגבי הרחבת הגדרת ההורות כך שתחול גם על הורות חברתית. עם זאת, אני סבורה כי ניתן להתמודד עם חששות אלה באמצעות הגברת המודעות והסדרת הנושא בחקיקה. אומנם, לגבי חלק מהמצבים תיוותר עמימות מסוימת אשר אי-אפשר להעלימה כליל, אך באיזון בין הפגיעה בוודאות לבין היתרונות הנובעים מהכרה זו – הן לילד, הן להורה החברתי והן לחברה בכללותה (כמפורט בפרק הקודם) – יתרונותיה של ההכרה בהורות חברתית עולים על חסרונותיה.

החלק הבא יעסוק בקטגוריות של מקרים שבהם עשויה להתעורר שאלת הגדרתה של ההורות. קטגוריות אלה מבוססות על סוגים שונים של משפחות הקיימות כיום בחברה. באמצעות בחינת יישומה של הטענה בדבר הצורך להעניק מעמד משפטי להורה חברתי על המקרים השונים, אבקש להמחיש את משמעותה וחשיבותה של הכרה זו.

<sup>93</sup> ראו, למשל, פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו – מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" משפטים יח 459 (1988); ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 844 (1994); ע"א 5464/93 לעיל ה"ש 2, בעמ' 861; Pinhas Shifman, *Involuntary Parenthood*: 861, *Misrepresentation as to the Use of Contraceptives*, 4 INT'L J.L. & FAM. 279 (1990).

### ה. המחשת חשיבותה של ההכרה במעמדו המשפטי של ההורה החברתי

חלק זה יעסוק בסיטואציות ספציפיות שבהן עשויה להתעורר שאלת הגדרתה של ההורות. החלק עוסק הן במצבים אשר נדונו בספרות בצורה נרחבת (כגון זוגות ממין שונה המחליטים להביא ילד לעולם תוך הסתייעות בתרומת גמטה או זוג לסביות המחליטות להקים משפחה) והן במצבים שבהם הדיון הינו ראשוני יותר (כגון הורות משותפת אחרת). הבחירה לעסוק אף בסיטואציות שכבר נדונו לעומק בספרות המחקרית מעוגנת במחשבה שקיים ערך מוסף בהצגת הקשת הרחבה של מצבים שבהם מתעוררת סוגיית ההורות החברתית, כפי שהיא מוגדרת במאמר זה. הצגת תמונת ההורות החברתית על כל רבדיה – הן כזו הנוצרת בעקבות שימוש בתרומת גמטה או בשירותיה של אם נושאת לצורך הבאת ילד לעולם, והן כזו הנוצרת בניסיונות חברתיות רבגוניות לאחר שהילד כבר בא לעולם – מאפשרת התבוננות על הסוגיה מנקודת-ראות שונה מזו שהייתה נהוגה עד כה, קרי, מנקודת-ראות אשר תדגיש ותמחיש את החשיבות במתן מעמד משפטי של הורה להורה החברתי.

הפרק מחולק לשני חלקים המאגדים סיטואציות חברתיות שונות שבהן הילד יוצר קשר הורי עם דמות שאין לו קשר ביולוגי אליה. החלק הראשון יעסוק במצבים שבהם ההחלטה של הדמות המטפלת הלא-ביולוגית לגדל את הילד הייתה לפני שהילד נולד. חלק זה ידון במקרים של זוגות הטרוסקסואלים המחליטים להביא ילד לעולם תוך הסתייעות בטכנולוגיות רפואיות ושימוש בתרומת זרע, בתרומת ביצית או בשירותיה של אם פונדקאית. כן ידון החלק בבני-זוג מאותו מין המחליטים להקים משפחה יחד ובמצבים של "הורות משותפת אחרת". המונח "הורות משותפת אחרת" מתייחס למצבים שבהם גבר ואישה שאין ביניהם קשר זוגי וקשר מיני מעוניינים להביא לעולם ילד על-מנת לגדלו במשותף.<sup>94</sup> החלק השני של הפרק יעסוק במצבים שבהם ההורות החברתית מתפתחת לאחר שהילד כבר קיים. חלק זה נחלק אף הוא לשני חלקים: (א) בן-זוג של הורה (אם יחידנית שנכנסת לזוגיות לאחר שהילד כבר קיים, אלמן/ה הנכנסת לזוגיות חדשה, גרושים המתחתנים מחדש); (ב) הורה חברתי שאינו בן-זוג של הורה (לדוגמה: סב, דוד, קרוב-משפחה אחר, מטפלת, שמרטפית).

94 בישראל קיימים כמה ארגונים שתומכים ועוזרים לאלה המעוניינים ליצור הורות משותפת אחרת. ראו, למשל, המרכז להורות אחרת – [www.alp.org.il/](http://www.alp.org.il/); אתר בייבי לי (אתר היכרויות לצורך הבאת ילדים לעולם) – [www.babyli.co.il/](http://www.babyli.co.il/); אתר גו בייבי (אתר היכרויות לצורך מציאת שותף להורות) – [www.gobaby.co.il/](http://www.gobaby.co.il/).



## 1. החלטה לגדל את הילד לפני שהילד נולד

החלטה של אדם להביא לעולם ילד ולגדלו במשותף עם ההורה הביולוגי שונה מסיטואציה שבה אדם נהפך – אף אם מבחירה ותוך מודעות – להורה מגדל<sup>95</sup> של הילד לאחר שזה כבר נולד. לפיכך סברתי שיהיה נכון להפריד בין המצבים השונים במסגרת הדיון בפרק זה, אף אם בסופו של דבר אמות-המידה לבחינת הורות עשויות להיות דומות. כאשר אדם מחליט להביא ילד לעולם על-מנת לגדלו, הוא שותף מלא להיוולדותו של הילד ולעצם קיומו, אף אם אין בינו לבין הילד קשר ביולוגי. פעמים רבות ההורה הביולוגי לא היה מביא ילד לעולם ללא ההחלטה המשותפת והידיעה שיהיה לו שותף לטיפול בילד ולדאגה לו (כלומר, ההחלטה והשותפות של ההורה החברתי הינן תנאי-בלעדי-אין לעצם הבאת הילד לעולם). נוסף על כך, במקרה מעין זה הילד גָּדַל בבית ההורה החברתי ויוצר עימו התקשרות (attachment) כבר מעת הלידה.

אני סבורה כי באופן עקרוני יש להכיר במעמדו של הורה חברתי במצבים שבהם הוא היה שותף להליך ההחלטה וההוצאה לפועל של הבאת הילד לעולם כדי לגדלו במשותף עם ההורה הביולוגי. בסיטואציות המפורטות בחלק זה החל ההורה הביולוגי בהליך משותף עם ההורה החברתי להבאת ילד לעולם לצורך גידולו יחדיו. לפיכך הכרה במעמדו של ההורה החברתי עולה בקנה אחד עם רצונותיהם המשותפים המקוריים של הצדדים. נוסף על כך, במצבים מעין אלה הילד נולד בדרך-כלל וגדל מלכתחילה עם ההורה החברתי כהורה לכל דבר ועניין, ולפיכך הכרה במעמדו של ההורה החברתי אף עולה בקנה אחד עם רווחתו של הילד. הכרה במעמדו של ההורה החברתי משמרת את מערכת היחסים שנוצרה בינו לבין הילד, ותומכת בעקרונות של המשכיות, אחריות, דאגה והדדיות. בכך הכרה זו עולה בקנה אחד עם אינטרסים חברתיים חשובים של שמירת הקשר הרגשי והאינטימי שנוצר בין הילד לבין מי שמטפל בו ומגדלו כהורה, הפקדת האחריות לטיפול בילד ולדאגה לו בידי מבוגרים המעוניינים בכך וכן קידום הערכים המשפחתיים, אף אם אין מדובר בדפוס המשפחה המסורתית. במצבים שבהם עמדתם של הצדדים השתנתה בינתיים והם מסתייגים מהסכמתם המקורית, ייתכן שיהיה מקום לתת לכך משקל בעת בחינת המקרה הספציפי.

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

(א) בן-זוג של הורה (ממין שונה) במקרה של תרומת זרע/ביצית או הורים מיועדים במקרה של שימוש באם פונדקאית<sup>96</sup>

המשפט הישראלי מכיר כבר כיום במעמדו של בן-זוג של הורה כאשר מדובר בתרומת זרע/ביצית וכן במעמדה של האישה כאם כאשר מדובר בשימוש בשירותיה של אם נושאת (בין שמדובר בביצית של האם המיועדת ובין שמדובר בתרומת ביצית). במקרה של הזרעה מלאכותית מזרע של תורם, ההנחיות המנהליות קובעות כי יש לקבל את הסכמת האישה ובן-זוגה לביצוע ההזרעה וכן לקבל את הצהרת בני-הזוג כי הילד שייוולד ייחשב ילדו הטבעי של בן-הזוג לכל דבר ועניין, לרבות לעניין מזונות וירושה, וישא את שם משפחתו.<sup>97</sup> חוק תרומת ביציות קובע כי ילד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.<sup>98</sup> חוק הסכמים לנשיאת עוברים קובע כי כאשר נעשה שימוש בשירותיה של אם נושאת, ייתן בית-המשפט לאחר לידת הילד צו הורות שלפיו ההורים המיועדים הם הוריו של הילד ואפוטרופוסיו הבלעדיים, וכי הוא ילדם לכל דבר ועניין.<sup>99</sup> צו ההורות ינתן אלא אם כן נוכח בית-משפט, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי, כי הדבר מנוגד לטובת הילד.<sup>100</sup>

הכרת המשפט הישראלי במעמדו של בן-הזוג כהורה אינה חפה מקשיים. כך, הכרת המשפט הישראלי במעמדו של בן-הזוג של אישה אשר קיבלה תרומת זרע מבוסס על הנחיות מנהליות ועל הסכמת הצדדים. ביקורת רבה הובעה בספרות ובפסיקה הישראליות על הסדרת עניין כה מהותי כהורות בהנחיות פנימיות ובתקנות מנהליות.<sup>101</sup> נוסף על כך, בהתאם למצב המשפטי הקיים, בני-זוג אינם

96 לכתיבה העוסקת בעניין זה ראו, למשל, מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט 21 (1989); שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 43; זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 2; שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 101–135; מרדכי הלפרין "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים" דילמות באתיקה רפואית 161 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 10; קורניאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 73–118.

97 ס' 23 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07, לעיל ה"ש 4.

98 ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות.

99 ס' 11 ו-12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. החוק מדגיש, בס' 12(ב), כי אין הוא בא לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואים וגירושים. "הורים מיועדים" מוגדרים על-ידי החוק, בס' 1, כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

100 ס' 11(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

101 שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 85; ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779, 784 (1980); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 128–129; יוסי גרין

יכולים ליצור סטטוס של הורות באמצעות הסכם, ולפיכך הצהרת בני-הזוג כי הילד ייחשב ילדו של בן-הזוג לכל דבר ועניין אינה יכולה להוריד או להעלות לעניין זה.<sup>102</sup> מכל מקום, גם ללא הנחיות אלה בן-הזוג יכול להירשם כאבי הילד בהתאם למצב המשפטי הקיים בישראל. אם בני-הזוג נשואים, אזי קמה חזקת אבהות הבעל, ובעלה של האם היולדת נרשם אוטומטית כאבי הילד.<sup>103</sup> אם בני-הזוג אינם נשואים, באפשרותם להצהיר במשותף על אבהות בן-הזוג, והדבר יירשם במרשם האוכלוסין.<sup>104</sup> עם זאת, אם מדובר בבני-זוג שאינם נשואים ובשלב מסוים מתעוררת מחלוקת בסוגיית האבהות (בדרך-כלל בעקבות פרידה), אזי במצב המשפטי הקיים כיום יהיה קל יותר לבית-המשפט להוציא צו לבדיקה גנטית.<sup>105</sup> מאחר שההורות במשפט הישראלי מבוססת על קשר ביולוגי, אם יתברר שבן-הזוג אינו האב הביולוגי, מעמדו כאב יישלל.

הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה 52–53 (1995); שמגר, לעיל ה"ש 96, בעמ' 36–37; ה"פ (מחוזי י"ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 26.7.2006); ה"פ (מחוזי י"ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, פ"מ תשסד(1) 625 (2005). חלק מהתקנות אף בוטלו על-ידי בית-המשפט העליון בהסכמת משרד הבריאות, ובאחד המקרים אף עלה הצורך להסדיר את הנושאים בחקיקה ראשית: בג"ץ 998/96 ירוס-חקק נ' שר הבריאות, תק"ע על 1997(1) 939; בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות, תק"ע על 1995(2) 1073. לאחרונה פורסם תזכיר חוק שמטרתו להסדיר את סוגיית השימוש בתרומות זרע באופן מקיף בחקיקה: תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016. ס' 32(ב) לתזכיר החוק מנתק את הקשר ההורי בין היילוד לבין תורם הזרע. ס' 32(ג) לתזכיר קובע כי אם נתרמת הזרע הייתה נשואה, הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם יהיו קיימות בין בעלה של נתרמת הזרע לבין הילד שייוולד.

102 ראו, למשל, קורנאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 96; שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 85.

103 ראו ס' 77 לנוהל משרד הפנים – מנהל האוכלוסין 2.2.0001 "נוהל רישום לידה בארץ" [https://www.gov.il/BlobFolder/policy/birth\\_registry\\_in\\_israel\\_procedure/](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/birth_registry_in_israel_procedure/he/2.2.0001.pdf) (24.3.2011), שלפיו בפרטי האב יירשמו אך ורק פרטיו האישיים של האיש שאם היילוד נשואה לו על-פי הרישום בתעודת-הזהות. אף אם האם או שני בני-הזוג טוענים כי בעלה של האישה אינו אבי היילוד, ימולאו בפרטי האב בהודעת הלידה פרטי בעלה. זאת, מאחר שבהתאם לס' 22 לחוק מרשם האוכלוסין, במקרה של יולדת נשואה אי-אפשר לרשום כאב אדם שאינו בעלה (אלא על-פי פסק-דין). כן ראו פרק ה' לחוק מידע גנטי, המאפשר עריכת בדיקה גנטית לבחינת קשרי משפחה רק בהתאם לצו של בית-משפט ורק במצבים חריגים.

104 יש לציין כי הדבר נכון לגבי כל רישום של אב לילד של אישה שאינה נשואה, ואין צורך להוכיח קיומה של מערכת יחסים זוגית בין האישה שילדה לבין האב הנטען. ראו ס' 21 לחוק מרשם האוכלוסין, שלפיו שם אביו של ילד שנולד לאישה פנויה יירשם על-פי הודעה משותפת של האם והאב או על-פי פסק-דין.

105 ראו הוראות ס' 228 לחוק מידע גנטי לעומת הוראות ס' 228 ו-228 לאותו חוק.

אני סבורה שבמצבים שבהם בני-זוג ממיין שונה מעוניינים להקים יחדיו משפחה, להביא לעולם ילד ולגדלו במשותף אבל בשל סיבות רפואיות הם נאלצים להשתמש בתרומה של גמטה, יש לתת לשני בני-הזוג מעמד של הורה כפי שהיה נעשה אילו הילד שנולד היה קשור לשניהם ביולוגית. לפיכך יש צורך לשנות את הגדרת ההורות שבחוק כך שתשקף הכרה במעמדו של ההורה החברתי במצבים אלה כהורה באופן אוטומטי בעת הלידה. הכרה זו צריכה לעמוד בתוקפה אף אם אחד הצדדים חזר בו מהחלטתו במהלך ההיריון. זאת, בדומה לזוג המחליט להביא ילדים לעולם בדרך הטבע. ההחלטה להביא ילד לעולם אינה החלטה שניתן לקבלה כלאחר-יד, אלא יש לקבלה בכובד-ראש ולעמוד מאחוריה. יתר על כן, ייתכנו בהחלט מצבים שבהם בן-הזוג בעל הקשר הביולוגי לילד לא היה מביא ילד לעולם אלמלא הידיעה שיש לו שותף למסע. עם זאת, אני סבורה כי במצבים מסוימים יש מקום לאפשר לאדם לוותר על מעמדו ההורי (אף אם מדובר בהורה בעל זיקה ביולוגית לילד),<sup>106</sup> ועל-כן יש לבחון בכל מקרה אם הנסיבות מצדיקות מתן אפשרות לאדם שהתחרט במהלך ההיריון לוותר על מעמדו ההורי.

(ב) בני-זוג חד-מיניים המחליטים להקים בית משותף<sup>107</sup>

בני-זוג מאותו מין המחליטים להקים יחדיו משפחה ולהביא ילד לעולם כדי לגדלו במשותף נאלצים להשתמש בתרומות של תאי רבייה, ולעיתים גם בשירותיה של אם נושאת.<sup>108</sup> במקרה מעין זה, בדומה לבני-זוג ממיין שונה הנאלצים מסיבות רפואיות להשתמש בתרומות של גמטה, רק אחד מבני-הזוג יהיה קשור ביולוגית לילד. כמורכב, שוב בדומה למקרה של בני-זוג ממיין שונה המשתמשים בתרומת גמטה, מדובר בבני-זוג המתכננים להקים יחדיו משפחה ולגדל את הילד במשותף כילד של שני בני-הזוג. זאת ועוד, גם כאן פעמים רבות ההחלטה להביא ילד לעולם לא הייתה מתקבלת על-ידי ההורה הביולוגי ללא מערכת היחסים עם בן/בת-הזוג והידיעה שהילד יגדל ויטופל על-ידי שני בני-הזוג יחדיו.

106 ראו לעיל ה"ש 17.

107 לכתובה העוסקת בסוגיה זו ראו, למשל, זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 22; Nancy D. ;9 Polikoff, לעיל ה"ש 10; Appleton, *Presuming Women* Polikoff, *A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century*, 5 STAN. J. C.R. & C.L. 201 (2009).

108 בישראל אין באפשרותם של בני-זוג חד-מיניים להשתמש בשירותיה של אם נושאת, שכן חוק הסכמים לנשיאת עוברים מגדיר "הורים מיועדים" כאיש ואישה שהם בני-זוג.

לנוכח הסימטרייה הברורה בין סיטואציה זו של בני-זוג חד-מיניים המחליטים להקים יחידו משפחה לבין בני-זוג ממין שונה הנאלצים להשתמש בתרומת ביצית או זרע, אני סבורה שאין מקום להבחנה בין המקרים. הנטייה המינית המוצהרת של בני-הזוג מאותו מין<sup>109</sup> אינה יכולה לעמוד כהבחנה בין שני המקרים. חברה סובלנית שמקדמת ערכים של שוויון ופולורליזם, ואשר מעוניינת לאפשר לפרטים בחברה לממש את זכותם להורות ולמשפחה, צריכה לבטל את ההבחנה בין המצבים הללו.

המדינה כבר מכירה בזכותם של זוגות חד-מיניים למשפחה ולהורות בכך שהיא מאפשרת הכרה בבני-זוג חד-מיניים כידועים בציבור לצרכים סוציאליים שונים,<sup>110</sup> לצורכי ירושה<sup>111</sup> ואף לצורכי אימוץ.<sup>112</sup> המדינה מאפשרת לבני-זוג מאותו מין

109 אני משתמשת במונח "נטייה מינית מוצהרת" כדי להדגיש את ההבדל בין שני סוגי בני-הזוג, שכן אין זה ברור שבני-זוג ממין שונה המחליטים להקים משפחה הינם בהכרח הטרוסקסואלים. כך, למשל, ייתכן שבני-זוג אלה הם ביסקסואלים, וייתכן שהם הומוסקסואלים שאינם רוצים לצאת מהארון או שיצאו מהארון אך החליטו בכל-זאת להקים משפחה שנחשבת מקובלת יותר מבחינה חברתית.

110 ראו, לדוגמה, בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994). כן ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 47720/06 בעניין: מ.ש.א. (פורסם בנבו, 20.12.2006) וכן תמ"ש (משפחה ת"א) 6960/03 בעניין: ק' צ. (פורסם בנבו, 21.11.2004), שאישרו הסכמים זוגיים בין בני-זוג מאותו מין.

111 ע"א 3245/03 (מחוזי נצ') ירושת ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי, פ"מ תשסג(2) 721 (2004).

112 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). פרשה זו פרצה את הדרך בעבור בנות-זוג לסביות המעוניינות לאמץ זו את ילדיה הביולוגיים של זוגתה. בעקבות פסק-דין זה ניתנו צווי אימוץ צולבים רבים ברחבי הארץ. מנתונים שנמסרו לי מהשירות למען הילד עולה כי בשנת 2007 ניתנו 97 צווי אימוץ על-ידי בן-זוג של הורה מאותו מין, בשנת 2009 ניתנו 72 צווי אימוץ מסוג זה, בשנת 2010 ניתנו 88 צווי אימוץ כאלה, ובשנת 2011 ניתנו 93 צווי אימוץ כאלה. בשנת 2008 ניתנו 87 צווי אימוץ על-ידי בן-זוג של הורה, אך נתון זה כולל הן זוגות חד-מיניים והן זוגות ממין שונה. מכתב בדוא"ל מעדנה סיני, רכזת אימוץ, השירות למען הילד, אל הכותבת (29.8.2012). בעקבות הפרשה האמורה ניתנו גם פסקי-דין שהכירו באפשרותם של גברים הומוסקסואלים לאמץ זה את ילדיו הביולוגיים של זה. ראו, למשל, אמ"ץ (משפחה ת"א) 58/07 שביט שדיב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2008). בשנת 2008 קיים היועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, דיון בנושא אימוץ ילדים על-ידי זוגות בני אותו מין, ובסיכומו קבע כי ניתן לאפשר לבן-זוג בן אותו מין לאמץ את ילדו – הביולוגי או המאומץ – של בן-זוגו, וכי אין מניעה חוקית לאשר לבני-זוג מאותו מין, או לאחד מהם, לאמץ ילד זר, שאינו ילדו של אחד מבני-הזוג, בנסיבות שבהן מוכנים לשקול בקשה לאימוץ על-ידי אדם יחיד ובכפוף לשיקולים של טובת המאומץ. ראו [www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/law/file/%D7](http://www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/law/file/%D7)

לאמץ זה את ילדיו של זה, ובכך מכירה בזכותו להורות של בן-הזוג החד-מיני של ההורה הביולוגי כאשר הם מגדלים את הילדים במשותף במסגרת משפחתית, וכן בזכותם של בני-זוג מאותו מין לחיי משפחה.<sup>113</sup> עם זאת, המדינה ממשיכה לדרוש מבני-הזוג החד-מיניים לעבור הליך של אימוץ לצורך הכרה במעמדם ההורי. זאת, בניגוד למצבם של בני-זוג ממין שונה המשתמשים בתרומת תאי רבייה, אשר מוכרים כהורים באופן אוטומטי בעת הלידה.<sup>114</sup> לאחר ריכוך מסוים שחל בשנתיים האחרונות בעמדת המדינה, שאפשרה במקרים מסוימים לבן-זוגו מאותו מין של הורה בעל זיקה גנטית לילד לקבל "צו הורות פסיקטי" על-מנת להירשם כהורה של הילד,<sup>115</sup> חלה לאחרונה נסיגה במגמה זו. נסיגה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בהעדר התייחסות לבנות-זוג לסביות בתזכיר חוק בנקי הזרע שפורסם לאחרונה,<sup>116</sup> ובהתנגדותה של המדינה להחלה רטרואקטיבית של צווי ההורות החל ביום הלידה. לאחרונה הוגשו שתי עתירות לבג"ץ: האחת בדרישה שלאחר קבלת צו הורות או צו אימוץ ינפיק משרד הפנים תעודת לידה הנושאת את שמות שתי האימהות;<sup>117</sup> והאחרת בעניין רישום שתי אימהות במרשם האוכלוסין על בסיס הצהרה, בדומה לזוגות הטרוסקסואליים, וללא צורך בצו הורות.<sup>118</sup> כן ניתן פסק-דין

[%94%D7%A0%D7%97%D7%99%D7%99%D7%AA%20%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%A9%20%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A5.%202008.pdf](#)

113 יש לציין כי בית-המשפט בפרשת ירוס-חקק, לעיל ה"ש 112, הדגיש כי החלטתו באותו עניין נוגעת בטובת הילד, ואינה מהווה הכרה במשפחות הומוסקסואליות (ס' 22–30 לפסק-דינו של הנשיא ברק). על עמדה זו של בית-המשפט נשמעה ביקורת. ראו, למשל, טריגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 393–394.

114 לביקורת על הדרישה לבחון את מסוגלותם ההורית של בני-זוג מאותו מין המגישים בקשות לאימוץ צולב ראו את מאמרו של טריגר, לעיל ה"ש 2, הדן באפשרות להנהיג רשיון הורות. 115 ראו פרשת ממט-מגד, לעיל ה"ש 46, וכן לעיל ה"ש 48 והטקסט שלידה. יש לציין כי עמדת הרוב בפסק-הדין רואה את העתירה כעוסקת אך ורק בשאלת הרישום במרשם האוכלוסין, ולא בשאלת המעמד ההורי במקרים מעין אלה (ראו, למשל, שם, פס' 27 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ארבל ופס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות). כן הדגישו חלק מהשופטים כי על-מנת להסיר כל ספק בנוגע למעמד יש לנקוט הליך פורמלי של קביעת הורות משפטית (שם, פס' 35 ו-43–44 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות). השלב הבא היה הכרה בהורות של בנות-זוג לסביות במצבים מסוימים באמצעות "צו הורות פסיקטי" במקום צו אימוץ (ראו, למשל, אמ"ץ 57740-12-13, לעיל ה"ש 49; תמ"ש 19291-12-15, לעיל ה"ש 49).

116 ראו לעיל ה"ש 101.

117 בג"ץ 7978/16 סיראי נ' שר הפנים.

118 בג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים.

חדשני בבית-המשפט לענייני משפחה בתל-אביב, הקובע החלה רטרואקטיבית ליום הלידה של צווי הורות פסיקטיים.<sup>119</sup>

בני-זוג ממין שונה הנשואים זה לזה מוכרים שניהם כהורים מכוח הנישואים. בני-זוג ממין שונה שהינם ידועים בציבור יכולים להצהיר על הורותם המשותפת בעת הלידה, ואף במשך כשנה לאחר הלידה, ובעקבות זאת הם יירשמו אוטומטית כהורים של הילד בלא צורך בהוכחה נוספת או בהליך שבוחן את מסוגלותם ההורית.<sup>120</sup> מאחר שבני-זוג מאותו מין אינם יכולים לעת עתה להינשא במדינת-ישראל, יש לשנות את הגדרת ההורות בחוק כך שיתאפשר להם להצהיר על היותם ידועים בציבור ועל היותם ההורים של ילד שקשור לאחד מהם ביולוגית. בדומה לסיטואציה של בני-זוג ממין שונה הנאלצים להיעזר בתרומת גמטה או בשירותיה של אם פונדקאית, גם בני-זוג חד-מיניים אינם יכולים לחזור בהם במהלך ההיריון מהחלטתם המשותפת להביא ילד לעולם ולשמש הוריו.

#### (ג) הורות משותפת אחרת

המונח "הורות משותפת אחרת" מתייחס למצבים שבהם גבר ואישה שאין ביניהם קשר זוגי וקשר מיני מעוניינים להביא לעולם ילד על-מנת לגדלו במשותף. המוסד של הורות משותפת אחרת נותן מענה לנשים יחידניות ולבנות-זוג לסביות המעוניינות להביא לעולם ילד ללא מערכת יחסים זוגית עם אבי הילד אך אינן מעוניינות להשתמש בתרומת זרע אנונימית, שכן הן מעוניינות שיליד יהיה אב

119 תמ"ש (משפחה ת"א) 41067-04-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 1.12.2016). במסגרת החלטה זו נקבע (שם, פס' 66 להחלטה): "צו ההורות הפסיקטי מצהיר כי בן הזוג של ההורה הביולוגי, אשר מגדל את הקטין עמו מיום לידתו, הוא הורה לכל דבר ועניין. לא מדובר בצו המכונן מצב חדש שנוצר, אלא הוא משקף עובדה קיימת, לפיה בן הזוג של ההורה הביולוגי משמש כהורה נוסף. אין כל מניעה כי הצהרה זו לא תחול רטרואקטיבית ותשקף את המצב לאשורו, דהיינו שמיום הלידה, בן הזוג שאינו הורה ביולוגי, משמש כהורה נוסף לכל דבר ועניין."

120 ראו נוהל משרד הפנים – מנהל האוכלוסין 2.2.0007 "נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין" (1.4.2012) [https://www.gov.il/BlobFolder/policy/adding\\_parent\\_to\\_minor\\_israeli\\_register\\_2014/he/2.2.0007\\_0.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/adding_parent_to_minor_israeli_register_2014/he/2.2.0007_0.pdf). ס' 4 לנוהל זה קובע כי אחד התנאים לרישום הוא שהבקשה תוגש תוך שנה ממועד לידת הקטין. ס' 9 לאותו נוהל מאפשר לחרוג מתנאי זה ולרשום אבהות גם במקרים שבהם הבקשה הוגשה עד שלוש שנים ממועד לידת הקטין, אם לאם ולאב הנתען כבר רשום במרשם האוכלוסין לפחות ילד אחד משותף שנולד קודם לילד מושא הבקשה והוגשו ראיות מספקות לקיומו של תא משפחתי משותף לפני הוריית הקטין. יש לציין כי במקרים מסוימים ייתכן שתידרש הוכחה נוספת לצורך רישום האבהות (לפקיד הרישום יש סמכות לדרוש ראיות נוספות), אולם נראה שהחשש הוא מניצול לרעה של ההליך לצורך קבלת מעמד בישראל (ראו לעניין זה ס' 33 ו-82 לנוהל).

ידוע ופעיל. מוסד זה נותן מענה גם לגברים יחידניים ולבני-זוג הומוסקסואלים המעוניינים להביא לעולם ילד ללא מערכת יחסים זוגית עם אישה. מצבם של גברים המעוניינים להביא לעולם ילד ללא זוגיות עם אישה טוב פחות ממצבן של נשים באותה סיטואציה,<sup>121</sup> שכן לנוכח ההבדל הפיזיולוגי בין נשים לגברים, גברים נדרשים לאישה לא רק לצורך תרומת ביצית, אלא אף לצורך נשיאת ההיריון והלידה. חוק הסכמים לנשיאת עוברים אינו מאפשר לגבר יחידני או לזוג גברים הומוסקסואלים להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית בישראל, שכן הוא מגביל את האפשרות להשתמש בשירותיה של אם נושאת לאיש ואישה שהם בני-זוג.<sup>122</sup> מכאן שאדם יחיד (אישה או איש) אינו יכול להיזקק לשירותיה של אם נושאת, וכך גם בני-זוג מאותו מין. הפתרון של גברים רווקים או זוג הומוסקסואלים הוא להשתמש בשירותי פונדקאות בחוץ-לארץ<sup>123</sup> (הליך יקר וארוך) או להתקשר בהסכם להורות משותפת.

הורות משותפת אחרת יוצרת סיטואציה שבה הילד גָּל מלכתחילה בשני בתים שונים, בדומה למצב אצל ילדים להורים גרושים. הוריו הביולוגיים והחוקיים של הילד מתגוררים במשקי-בית נפרדים, ולכל אחד מהם עשוי להיות בן-זוג משלו, שמסייע לו בגידול הילד. בן-הזוג של ההורה הביולוגי עשוי להיות בתמונה מלכתחילה כשותף מלא לרצון ולהליך של הבאת הילד לעולם, או מישוהו שהצטרף בשלב כלשהו של חיי הילד למסגרת התא המשפחתית. כאשר בן-הזוג של ההורה הינו שותף מלכתחילה להליך הבאת הילד לעולם, ראוי שאמות-המידה שישמשו על-מנת לקבוע מעמד של הורה חברתי יהיו אותן אמות-מידה המשמשות לבחינת השאלה כאשר מדובר בבן-זוג של הורה ביולוגי הנעזר בתרומת זרע/ביצית או בשירותיה של אם נושאת או כאשר מדובר בבני-זוג מאותו מין המתכננים מראש להביא ילד משותף לעולם. לעומת זאת, כאשר מדובר בבן-זוג של הורה שהצטרף מאוחר יותר לתא המשפחתי, ראוי שאמות-המידה יהיו דומות לאלה שבהן אדון בחלק הבא, העוסק בהורות חברתית המתפתחת לאחר שהילד כבר קיים.

אף שאני מציעה להחיל אמות-מידה דומות על בני-זוגם של מי שפעלו במסגרת הורות משותפת אחרת ועל בן-זוג של מי שקיבל תרומת זרע/ביצית או

121 אמירה זו מתייחסת למקרים שבהם אין לנשים בעיה לשאת היריון ברחמן. אם לנשים המעוניינות להביא ילד לעולם ללא מערכת יחסים זוגית עם גבר יש בעיה רפואית שאינה מאפשרת להן לשאת היריון, אזי מצבן דומה לזה של הגברים.

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

123 על כך שגברים ישראלים עושים שימוש בפונדקאות בחוץ-לארץ ראו, למשל, עמ"ש (משפחה י"ם) 14816-04-10 פלוני נ' מדינת ישראל, תק"מח 2010(2)7996; משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל 66 (2012).



השתמש בשירותיה של אם פונדקאית, קיים הבדל משמעותי בין המצבים. כאשר מדובר בבן-זוג של מי שקיבל תרומת זרע/ביצית או השתמש בשירותיה של אם פונדקאית, וכן כאשר מדובר בבן-זוג מאותו מין, קיים הורה ביולוגי אחד בלבד (למעט במצבים שבהם מדובר בתורם ידוע), ולפיכך הכרה במעמדו של בן-הזוג כהורה משתלבת עם העדפתו של המשפט לקיומם של שני הורים לילד.<sup>124</sup> לעומת זאת, כאשר מדובר בבני-זוג במסגרת של הורות משותפת אחרת, הכרה במעמדם של בני-הזוג של ההורים הביולוגיים עשויה להוביל למצב שבו לילד יהיו יותר משני הורים חוקיים.

כיום השימוש במנגנון של הורות משותפת אחרת נעשה בדרך-כלל על-ידי זוגות חד-מיניים או על-ידי גבר או אישה רווקים שמעוניינים להביא לעולם ילד ללא זוגיות. עם זאת, מבחינה תיאורטית ניתן להעלות על הדעת גם אפשרות שבני-זוג ממין שונה עם בעיה רפואית שאינה מאפשרת להם להוליד ילד בכוחות עצמם יבקשו להביא ילד לעולם בשיתוף עם אדם שאינו חלק ממערכת היחסים הזוגית, וזאת על-מנת שההורה הגנטי של הילד או האם שנשאה את הילד יהיו חלק מעולמו של הילד (זאת, להבדיל משימוש בתרומה אנונימית או בשירותיה של אם נושאת, על כל המשתמע מכך).

רבים יסתייגו מהרעיון של הבאת ילדים לעולם במסגרת של הורות משותפת אחרת מתוך מחשבה על טובתו של הילד. ילד שנולד לתוך מסגרת של הורות משותפת אחרת גדל מעת היוולדו במסגרת של שני בתים המחקה במובן מסוים מסגרת חיים של ילד שהוריו גרושים. עם זאת, קיים הבדל בין המצבים. ראשית, ילד שנולד לתוך מסגרת חיים של הורות משותפת גדל כך מיום היוולדו, ואלה החיים שהוא מכיר. במובן זה מצבו טוב יותר מילד שהחל לגדול בבית אחד עם שני הורים ובשלב מסוים עבר משבר של פרידה וגירושים. שנית, כאשר מדובר בילד שהוריו פרודים או גרושים, נותר פעמים רבות מתח בין ההורים, אשר גם אם אינו גלוי נמצא שם באופן סמוי, והילד יכול להרגיש קונפליקט נאמנויות. לעומת זאת, ילד שנולד לתוך מסגרת של הורות משותפת אחרת גדל ללא משקעים רגשיים בין ההורים. מובן שעשויות תמיד להתגלע מחלוקות בין ההורים גם במצב של הורות משותפת אחרת, אך העדר המשקעים הרגשיים מעמיד חילוקי-דעות אלה באור אחר. היתרונות שילד שגדל במסגרת של הורות משותפת אחרת יכול להפיק הם היחשפות מגיל צעיר לתפיסות-עולם שונות והטמעה של מידות

124 ס' 3 לחוק שיווי זכויות האשה. על העדפת המשפט לקיומם של שני הורים לילד ניתן ללמוד גם מס' 3 לחוק אימוץ ילדים, הקובע כי ככלל אין אימוץ אלא על-ידי איש ואשתו. חריגים לכלל מופיעים בסעיף זה ובס' 25 לחוק.

הכוללות גמישות, ניידות, פתיחות, סתגלנות והעדר שיפוטיות. מסגרת זו מאפשרת גם הענקת תשומת-לב רבה יותר לילד מכפי שמוענקת בדרך-כלל לילד הגדל עם שני הורים בבית אחד, שכן הזמן החופשי שיש להורה ללא הילד מאפשר לו את ההפסקה שהוא נזקק לה פעמים רבות הן מבחינה מקצועית והן מבחינה רגשית, כך שכאשר הוא נמצא עם הילד, הוא יכול להיות לגמרי איתו.

בין שרואים את המסגרת של הורות משותפת אחרת ככזו שמקדמת את טובתם של הילדים ובין שרואים בה מסגרת שאינה עולה בקנה אחד עם טובת הילד, בסופו של יום השאלה אינה אם לאפשר או לאסור הבאת ילדים לעולם בדרך זו, אלא הניסיון הוא להתמודד עם חוויית החיים של הורים שבחרו במסגרת חיים זו ושל הילדים שנולדו אליה, ולתת מענה לצורך מסוים. השאלה היא אם במקרים של הורות משותפת אחרת יש להכיר במעמדו של ההורה החברתי, כלומר, במעמדם כהורים של בני-הזוג של ההורים הביולוגיים. אין ספק שמקרה זה מורכב יותר משני המקרים שתוארו בשני הסעיפים הקודמים. ראשית, מדובר במקרה שבו הילד גדל מראש במסגרת של שני בתים. שנית, הכרה במעמדם של בני-הזוג של ההורים הביולוגיים תוביל להכרה ביותר משני הורים לאותו ילד. שלישית, במצבים של משבר במערכת היחסים המוביל לפרידה, לילד עשויים להיות אף יותר משני בתים. אני סבורה שאין לפסול את האפשרות להכיר במצבים המתאימים ביותר משני הורים לילד אחד.<sup>125</sup> במצב שבו בני-הזוג של ההורים הביולוגיים שותפים מלאים להליך הבאתו של הילד לעולם, מבחינה עקרונית יש להעניק להם מעמד של הורים, שכן מדובר במצבים שבהם כל הצדדים הסכימו מראש על הבאת הילד לעולם ועל גידולו יחדיו. הענקת המעמד תכיר בחוויית החיים של כל בני המשפחה שבחרו במסגרת זו להבאת ילדים לעולם. ההכרה תעניק הן לילד והן למי שמשמש בפועל הורה שלו מימד של קביעות, יציבות וודאות, ותאפשר להורה החברתי להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד. נוסף על כך, הכרה זו תשמר את מערכת היחסים שתיווצר בין הילד לבין הדמויות המטפלות בו ומגדלות אותו, ותעודד המשכיות של קשרים אינטימיים רגשיים מסוג זה. לבסוף, הכרה משפטית בחוויית החיים של ילדים שנולדו לתוך מסגרות משפחתיות אלה עשויה לסייע בהפחתת התיוגים החברתיים השליליים ובקבלה חברתית של צורות משפחתיות שונות.

המנגנון להכרה במעמדו של ההורה החברתי במצבים מעין אלה עשוי להיות פנייה לבית-המשפט עוד לפני שהילד נולד או מייד עם היוולדו בבקשה למתן צו

125 לעניין האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד ראו מאמרי: מרקוס "על האפשרות להכיר ביותר משני הורים", לעיל ה"ש 19.

הורות, בהיקש מההליך הנדרש לצורך רישום הורות בהתאם לחוק הסכמים לנשיאת עופרים.<sup>126</sup> במעמד זה יוכל בית-המשפט לבחון את שאלת ההכרה במעמדו של ההורה החברתי בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי המובא לפניו. ייתכן שיהיו מצבים שבהם יהיה מקום לא להעניק מעמד כהורה. כך, למשל, אם נחתם הסכם להורות משותפת שבמסגרתו הצדדים מסכימים כי יוקנה מעמד של הורה לבן-זוג של ההורה הביולוגי, אך תוך כדי ההיריון (ואולי אף לפניו) בני-הזוג נפרדים, ייתכן שיהיה מקום לא להעניק מעמד של הורה לאותו בן-זוג. מכיוון שאותו אדם לא יהיה חלק ממשק-הבית של ההורה הביולוגי שבו יגדל הילד, ומכיוון שטרם נוצרה בינו לבין הילד מערכת יחסים של הורה וילד, נראה שטובתו של הילד מחייבת במקרה זה שהוא לא יגדל בשלושה בתים שונים.

## 2. הורות חברתית המתפתחת לאחר שהילד כבר קיים

מצב שבו הורות חברתית מתפתחת לאחר שהילד כבר קיים הינו שונה ממצב שבו ההורה החברתי נטל חלק בהחלטה להביא את הילד לעולם על-מנת לגדלו במשותף עם ההורה הביולוגי. אין כל ספק שבשני המקרים עשויה להתפתח מערכת יחסים אינטימית של הורה-ילד עם קשר רגשי עמוק בין ההורה החברתי לבין הילד. כמו-כן, עצם העובדה שאדם היה שותף להחלטה להביא ילד לעולם אין בה כשלעצמה כדי ללמד כי ההורות שלו תהיה מיטיבה או אפילו טובה יותר מזו של הורה חברתי שנכנס לחייו של הילד בשלב מאוחר יותר. עם זאת, הסיטואציה של הורות חברתית המתפתחת לאחר שהילד כבר קיים מזמנת בדרך-כלל שאלות רבות יותר בכל הנוגע בפגיעה אפשרית במעמדם ובבלעדיותם ההורית של ההורים החוקיים.<sup>127</sup> עצם העובדה שהורה חוקי הכניס לחייו אדם נוסף (כבן-זוג או כאדם המסייע בטיפול ובגידול של הילד) אינה מלמדת על רצונו והסכמתו לפגיעה בזכותו לבלעדיות הורית. הפגיעה בבלעדיות ההורית נכונה מקל וחומר כאשר מדובר בהורה ביולוגי אשר חיצוני למערכת היחסים הזוגית, כלומר, בהורה ביולוגי שאינו בן-הזוג של ההורה המגדל. אומנם ייתכנו בהחלט מצבים שבהם על-אף התנגדותו של ההורה החוקי יוכר מעמדו של ההורה החברתי כהורה, וזאת על רקע מערכת היחסים שהתפתחה בינו לבין הילד. עם זאת, נראה שהליך הבדיקה במצבים אלה צריך להיעשות בזהירות המתבקשת ובמשורה.

126 ס' 11 לחוק הסכמים לנשיאת עופרים קובע כי בית-המשפט ייתן צו הורות אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי, כי הדבר נוגד את טובת הילד.

127 בחרתי להשתמש כאן במונח "הורים חוקיים", ולא "הורים ביולוגיים", שכן הסיטואציה יכולה לחול גם כאשר מדובר בהורה מאמץ או בהורה חברתי אחר שכבר הוכר כהורה של הילד.

החשש הוא מפגיעה קשה בזכותם להורות של ההורים החוקיים עד כדי ביטול המעמד ההורי כליל. חששות נוספים הם שהורים יסתייגו מהיעזרות בגורמים חיצוניים לצורך הטיפול בילד, שמא בכוא היום ידרשו הללו זכויות הוריות, וכן שגורמים חיצוניים יימנעו מלהיקשר לילד ומלסייע בטיפולו, פן יוטל עליהם בעתיד לשאת באחריות שהם לא ייחלו לה.

קיים מגוון רחב של מערכות יחסים הנרקמות ומתקיימות בין ילד לבין הורה חברתי כאשר מדובר בהורות חברתית הנוצרת לאחר שהילד כבר קיים. למעשה, אין שני מקרים הדומים זה לזה.<sup>128</sup> כל מקרה הינו ייחודי, שכן המשתנים העשויים להשפיע על טיבה ואופייה של מערכת יחסים זו הינם רבים. כך, למשל, מערכת היחסים מושפעת ממשך הזמן שהיא קיימת, מגילו של הילד בתחילת הקשר, מהאינטנסיביות של הקשר (כלומר, אם מדובר בקשר של כמה שעות ביום או בקשר של מגורים משותפים) וכדומה. כמו-כן ניתן להבחין בין מקרים שונים על-פי מספר ההורים החוקיים שיש לילד ועל-פי השאלה מי מההורים החוקיים הכניס את ההורה החברתי לתמונה. כך, למשל, מקרה של אם יחידנית הנישאת לבן/בת-זוג אינו דומה למקרה של הורים גרושים שאחד מהם נישא מחדש מבלי שהורה הביולוגי האחר הייתה השפעה כלשהי על ההחלטה להכניס גורם נוסף לחיי הילד. אי-לכך, השאלה אם יש להקנות להורה החברתי מעמד של הורה צריכה להיבחן בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו, ואינה ניתנת להכרעה אחידה באופן אפריורי. ייתכן שניתן לקבוע תנאים מסוימים שבהתקיימם יקבל ההורה החברתי מעמד של הורה. כללים כאלה יספקו ודאות מסוימת ביחס למצב המשפטי במקרים מסוימים, אך יהיה עדיין צורך בבדיקה פרטנית, ובכל מקרה נראה לי שכללים כאלה יוכלו להקיף רק חלק זעום מהמקרים שבהם תתעורר הסוגיה של הורות חברתית.

#### (א) בן-זוג של הורה

במונח "בן-זוג של הורה" אני כוללת הן בני-זוג נשואים והן בני-זוג ידועים בציבור, הן בני-זוג מאותו מין<sup>129</sup> והן בני-זוג ממין שונה. משפחות אלה כוללות אם יחידנית

128 על מגוון מערכות היחסים הנרקמות בין ילד לבין הורה חברתי ניתן ללמוד, בין היתר, ממחקרן של צבר בן-יהושע וצבר, העוסק במה שהן מכנות "משפחות משולבות" – נשים וגברים, עם או בלי ילדים משלהם, אשר נכנסו לקשר משפחתי עם בן-זוג שיש לו ילדים מקשר קודם. צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95. יש לציין כי המחקר עוסק רק בהורים חברתיים שהינם בני-זוג של ההורים הביולוגיים וכן במשפחות שבהם בני-הזוג הינם ממין שונה.

129 חלק זה עוסק בבני-זוג מאותו מין רק ככל שמערכת היחסים בין בני-הזוג נוצרה לאחר שהילד כבר בא לעולם. כאשר מדובר בזוג חד-מיני אשר תכנן ויזם במשותף הבאת ילד לעולם לצורך גידולו יחדיו, המקרה נכנס לקטגוריית המצבים שנדונה לעיל בתת-פרק ה.1.

אשר נכנסת למערכת יחסים (לסבית או הטרוסקסואלית) לאחר שהילד נולד וכן אלמן/ה ופרודים/גרופים הנכנסים למערכת יחסים חדשה. נראה שלצורך הכרה במעמד של הורה כאשר מדובר בבן-זוג של הורה יש להרכיב מבחן שיושג על אמות-מידה או פרמטרים שונים. המבחן עשוי לדרוש קיומן של אמות-מידה מצטברות או לבדוק את טיבה ואופייה של מערכת היחסים תוך שקילת קיומם או העדרם של הפרמטרים השונים.

במצב המשפטי הקיים כיום בישראל, לבני-זוג של הורים אין ככלל מעמד משפטי כלפי הילד. החוק הישראלי מטיל כיום חובות שונות על מי שמשמש הורה חורג לילד (למשל, חובת מזונות בהתאם לסעיף 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959). עם זאת, החוק אינו מסדיר בצורה מקיפה וממצה את מערכת היחסים שבין ילד לבין בן-הזוג של הורה, ואינו מעגן אותה.<sup>130</sup>

מערכת היחסים הזוגית שבין ההורה לבין בן-זוגו אינה צריכה לשמש כשלעצמה אמת-מידה לבחינת הסוגיה של מערכת היחסים שבין בן-הזוג לבין הילד, ואין בה כשלעצמה כדי להקנות לבן-הזוג מעמד של הורה. אין ספק שקיומה של מערכת יחסים מעין זו, אופייה וטיבה משפיעים בהכרח על מערכת היחסים שבין בן-הזוג לבין הילד. כך, למשל, אם מערכת היחסים הזוגית כוללת מגורים משותפים ואולי אף ילדים משותפים, אזי הסיכוי שתפתח מערכת יחסים אינטימית ומשמעותית בין בן-הזוג לבין הילד גדול יותר. אולם מערכת יחסים הורית צריכה להיבחן בפני עצמה, ולא להישען כבעבר על מערכת היחסים הזוגית של ההורה ובן-זוגו.

בספרות המשפטית ניתן למצוא הצעות שונות להתמודדות עם ההכרעה בשאלה מי צריך להיחשב הורה של הילד. קתרין ברטלט (Katharine Bartlett)<sup>131</sup> מציעה להעניק זכויות הוריות במצבים מסוימים העונים על הקריטריונים המצטברים הבאים: (1) הילד היה במשמורתו של אותו אדם במשך חצי שנה לפחות; (2) עקרון ההדדיות – האדם צריך להראות כי המניע שלו בתביעה למעמד של הורה הוא דאגה אמיתית וכנה לילד, וכי הילד תופס אותו כהורה שלו; (3) מערכת היחסים בין אותו אדם לילד החלה בתמיכה ובהסכמה של ההורה החוקי או בצו של בית-משפט.<sup>132</sup>

130 לעניין זה ראו את מאמרן החשוב של בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, העוסק בבני-זוג של הורים ממין שונה, וממפה לראשונה את מכלול החקיקה והפסיקה בישראל בנוגע למעמדו של בן-הזוג של הורה.

Katharine T. Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed*, 70 VA. L. REV. 879 (1984).

132 שם, בעמ' 946-948.

ברטלט מתמקדת בשבירת רעיון הבלעדיות ההורית, ואינה נותנת מענה לשאלה איזה מעמד יוקנה לאותו אדם אשר משמש הורה פסיכולוגי של הילד ועונה על אמות-המידה שהיא מציעה. כמו-כן, ברטלט מגבילה את הצעתה להענקת זכויות הוריות למצבים שבהם התא המשפחתי הגרעיני אינו מתקיים, כלומר, הילד אינו חי במסגרת משפחתית עם שני הוריו הביולוגיים.

איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר, במאמרו העוסק בשאלת הסדרת ההכרה ביחסים הנרקמים בין ילדים לבין בני-זוג של הוריהם,<sup>133</sup> מציעות להתמודד עם הלקונה במשפט הישראלי בשאלה זו באמצעות מודל תיאורטי בעל שני צירים: הציר האחד מתמקד בטיבה של מערכת היחסים שנוצרה בין הילד לבין בן-הזוג של הורה – ככל שמערכת היחסים הזו משמעותית יותר לשני הצדדים כן יש להכיר מבחינה משפטית בקיומה; הציר האחר מתמקד במידת הפגיעה שתגרום ההכרה המשפטית במערכת יחסים זו למעמדו של אחד ההורים הביולוגיים – ככל שהפגיעה חמורה יותר, יש להחמיר, לדעת הכותבות, את הדרישות בציר של מערכת היחסים שבין הילד לבין בן-הזוג של הורה. הכותבות סבורות כי יהיו מקרים שבהם יהיה ראוי להכיר בקשר הרגשי או הכלכלי שנוצר בין ילד לבין בן-הזוג של הורה. במאמרו הן מציעות פרמטרים מנחים להכרה משפטית במערכת היחסים שנוצרה בין השניים,<sup>134</sup> הכוללים מגורים משותפים; גיל הילד במועד ההיכרות עם בן-הזוג של ההורה (ההנחה היא שככל שהילד צעיר יותר בעת ההיכרות, הקשר שנרקם משמעותי יותר); משך הקשר בין הילד לבין בן-הזוג של הורה; תדירות הקשר בין הילד לבין ההורה הלא-משמורן (ההנחה היא שככל שהקשר בין הילד לבין ההורה הלא-משמורן הדוק יותר כן הקשר שנרקם עם בן-הזוג של ההורה משמעותי פחות);<sup>135</sup> מידת התמיכה הכלכלית של בן-הזוג של ההורה בילד; מילוי תפקידים הוריים; ורצונם של הגורמים המעורבים (על-פי

133 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2.

134 שם, בעמ' 28.

135 אני סבורה כי הנחה זו אינה נכונה בהכרח. מחקרים מראים שילדים יכולים ליצור היקשרות משמעותית עם יותר משתי דמויות, ולכן העובדה שהקשר עם שני ההורים הביולוגיים הוא חזק אינה מלמדת בהכרח שקשר עם אדם נוסף אשר מטפל בהם באופן אינטנסיבי וקבוע לא יהיה קשר חזק. ראו, למשל, קרול גיליגן "מהיכן אנו באים/ות ולאן אנו הולכים/ות? הרהורים על חייהן של נשים" המשפט טז 13, 20–21 (2011); Marinus H. van IJzendoorn, Abraham; Sagi & Mirjam W.E. Lambermon, *The Multiple Caretaker Paradox: Data from Holland and Israel*, in BEYOND THE PARENT: THE ROLE OF OTHER ADULTS IN CHILDREN'S LIVES 5 (New Directions for Child Development No. 57, Robert C. Pianta ed., 1992); SARAH BLAFFER HRDY, *MOTHERS AND OTHERS: THE EVOLUTIONARY ORIGINS OF MUTUAL UNDERSTANDING* 130, 132 (2009).

מדרג החשיבות הבא: רצון הילד, רצון ההורים הביולוגיים ולבסוף רצון בן-הזוג של ההורה). יש לזכור כי מאמץ של בלכר-פריגת והקר מתמקד בסוגיית ההכרה במעמדו של בן-זוג של הורה של ילד במסגרת מערכות יחסים בין בני-זוג ממינים שונים בלבד, ואינו דן במכלול מערכות היחסים הנוצרות בין ילדים לבין דמויות הוריות אחרות. לפיכך המודל שהן מציעות אינו עונה בהכרח על הצרכים המתעוררים בהקשר של סוגים אחרים של הורות חברתית. נוסף על כך, הכותבות אינן סבורות כי יש להקנות לבן-הזוג של ההורה מעמד מלא של הורה, על כל המשתמע מכך, אלא מעין מעמד-ביניים בין הורה לבין אדם זר.

הכללים של ה-American Law Institute העוסקים בפירוק המשפחה (להלן: כללי ALI)<sup>136</sup> מציעים להכיר, לצד הקטגוריה של "הורים חוקיים", גם ב"הורים מכוח השתק" ("parents by estoppel") וב"הורים למעשה" ("de facto parents"),<sup>137</sup> ובכך יוצרים שלוש קטגוריות של הורים. בהתאם לכללים המוצעים, לאדם שיוכר כ"הורה מכוח השתק" יוקנו כל הזכויות המוקנות להורה חוקי, והוא יהיה במעמד עדיף על מי שיוכר כ"הורה למעשה".<sup>138</sup> "הורה למעשה" יקבל גם הוא מעמד ביחס לילד, אך מעמדו יהא נחות מזה של ההורים החוקיים ושל "הורה מכוח השתק". יש לזכור, עם זאת, שכללים אלה עוסקים במצבים של פירוק המשפחה,<sup>139</sup> כלומר, הכללים מכירים בדיעבד בלבד במעמד של הורים מכוח השתק ובמעמד של הורים למעשה, ואינם נותנים מענה לצורך להכיר בזמן-אמת במערכת היחסים המתקיימת בפועל בין הורה חברתי לילד כאשר המשפחה אינה בתהליך של פירוק התא המשפחתי.<sup>140</sup> נוסף על כך, הכללים לא נועדו לתת מענה לשאלה מי צריך להיחשב הורה חוקי של ילד,<sup>141</sup> אלא רק לספק כללים בהתאם לטובת הילד לצורך קביעת המשמורת והאחריות לקבלת החלטות במקרה של פירוק היחידה המשפחתית.

136 כללי ALI, לעיל ה"ש 10.

137 שם, ס' 2.03(1).

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

139 ראו, למשל, שם, ס' 2.01, הדן בהיקפו של פרק 2 וקובע כי הפרק נועד לקבוע כללים לחלוקת משמורת כאשר הורי הילד אינם חיים יחדיו. כן ראו שם, הערה a לס' 2.01, שלפיה הכללים מכוונים בראש ובראשונה למצבים שבהם הסכסוך נוגע בפירוק הנישואים. עם זאת, מחלוקות בין הורים שמעולם לא היו נשואים מציבות אותן סוגיות, ולפיכך אף הן מכוסות על-ידי הכללים המופיעים בפרק.

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

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

בשנת 2008 נערך מחקר במטרה לבחון אמפירית את השפעתם של כללים אלה על המחוקקים ועל בתי-המשפט בשמונה השנים שחלפו מאז אומצו.<sup>142</sup> מסקנת המחקר הייתה כי לכללים אלה לא הייתה השפעה על המחוקקים ועל בתי-המשפט.<sup>143</sup> ממחקרן של נעמה צבר בן-יהושע וגליה צבר העוסק ב"משפחות משולבות" בישראל<sup>144</sup> עולה כי אחת הסוגיות המרכזיות שהתעוררו במסגרת הראיונות עם ילדים שגדלו במשפחות משולבות היא השאלה של הגדרת בני המשפחה.<sup>145</sup> צבר מסכמת את הסוגיה הזו באופן הבא: "הילדים מחזיקים בידיהם עוצמה שמשמעה היכולת להעניק ולשלול את התואר... העיסוק בשאלה מי הוא 'אבא' ואת מי מכנים כך עלתה כמעט בכל הראיונות, תוך יצירת הבחנות והגדרות שאינן הגדרות חוקיות אלא מעשיות. מי שזכה לכינוי 'אבא' היה זה שמילא את החובות והתפקידים של אבא. לעתים נשלל התואר ממי שלא מילא את התפקיד, או לפחות נאלץ לחלוק אותו עם ההורה המגדל."<sup>146</sup>

שפה כעניין תיאורי מלמדת על המציאות, אך שפה עשויה אף לייצר מציאות.<sup>147</sup> הדרך שבה ילד מכנה את הדמות המגדלת אותו עשויה אומנם להעיד באופן תיאורי

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

143 שם. המאמר מציין כי מדינה אחת בלבד (West Virginia) אימצה בחקיקה היבט מסוים של הכללים. נוסף על כך מצוין כי 100 פסקי-דין בלבד אזכרו את הכללים מאז החל הפרויקט בשנת 1990, וכי יחס הדחייה/קבלה של כללי ALI באותם פסקי-דין היה 1.5 ל-1. מתוך 100 פסקי-דין אלה, 52 פסקי-דין עסקו בפרק 2 של הכללים, המטפל בנושאים הרלוונטיים למאמר זה (משמורת ילדים וחלוקת האחריות לגבי קבלת החלטות הנוגעות בילדים). ברבע מאותם פסקי-דין הנוגעים בפרק 2 התייחסו השופטים לכללים בשלילה, בקרוב ל-60% מהם ההתייחסות הייתה ניטרלית, ורק ב-10% מהמקרים אימץ בית-המשפט חלקים מהכללים המופיעים בפרק 2 (שם, בעמ' 601-602).

144 צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95. הכותבות מגדירות "משפחות משולבות" כנשים וגברים, עם או בלי ילדים משלהם, אשר נכנסו לקשר משפחתי עם בן-זוג שיש לו ילדים מקשר קודם.

145 שם, בעמ' 276-280.

146 שם, בעמ' 277 ו-279.

147 לעניין זה ראו את מאמריו של יונתן יובל שבמסגרתם הוא טוען כי לשפה יש לא רק כוח תיאורי, אלא גם כוח לייצר מציאות: Jonathan Yovel, *In the Beginning Was the Word: Paradigms of Language and Normativity in Law, Philosophy, and Theology*, 5 MOUNTBATTEN J. LEGAL STUD. 5 (2001); Jonathan Yovel, *What Is Contract Law "About"? Speech Act Theory and a Critique of "Skeletal Promises"*, 94 Nw. U. L. REV. 937 (2000).



על טיבו של הקשר, אך באותה מידה היא עשויה לייצר מציאות ככל שהדבר נעשה בתחילת הקשר. כך, ילד המכנה את הדמות המגדלת אותו (בין מיוזמתו ובין כי כך לימדו אותו) בשם הגנרי להורות – "אימא" או "אבא" – עשוי לייצר מציאות. למילים יש משמעות וכוח, ולפיכך קריאה לדמות בשם המלמד על פונקציה הורית יוצרת תחושה של השתייכות ושל קשר הורי בין הילד לבין הדמות המגדלת אותו. זאת, הן מן ההיבט של מערכת היחסים הפנימית שבין הילד לבין הדמות המגדלת אותו והן מן ההיבט של מערכת היחסים החיצונית של הילד והדמות המגדלת כלפי שאר העולם. תחושה זו עשויה לייצר מחויבות אצל הדמות המגדלת – הן מאחר שהיא נתפסת על-ידי העולם החיצוני למערכת היחסים כהורה של הילד, והן משום שהיא תהיה מעוניינת, בהקשר של מערכת היחסים עצמה, למלא בתוכן את התואר שהילד מעניק לה ולעמוד בדרישות ובציפיות שתואר מעין זה מעמיד.

#### I. אם יחידנית שנכנסת לזוגיות לאחר שהילד כבר קיים

קיימת תופעה חברתית של נשים אשר אינן מעוניינות בזוגיות או אינן מוצאות זוגיות ומחליטות להביא ילד לעולם מתרומת זרע אנונימית. אישה (הטרנסקסואלית או לסבית) אשר הביאה ילד לעולם מתרומת זרע אנונימית הינה אם יחידנית, שכן היא ההורה היחיד המוכר לילד. אם בשלב כלשהו לאחר לידת הילד האם מוצאת זוגיות, בן-הזוג או בת-הזוג של האם עשויים לגדל את ילדה הביולוגי של האם יחד עימה. במצב מעין זה מתעוררת השאלה אם יש להכיר בבן/בת-הזוג של האם כהורה של הילד, ואם כן – באיזה אופן.

הסיטואציה של אם יחידנית הינה מיוחדת שכן במקרה זה החוק מכיר רק בהורה אחד לאותו ילד. במקרה מעין זה אין אם כן הורה נוסף (למעט האם היחידנית) שיש להתחשב בעמדתו בנוגע לשאלה אם להכיר בבן/בת-הזוג של האם כהורה, ואשר ההכרה תפגע במידה מסוימת בזכותו להורות.<sup>148</sup>

מאחר שהמשפט מכיר במקרה זה בהורה אחד בלבד לילד, אם האם ובן/בת-הזוג מסכימים, יאפשר החוק הישראלי לבן/בת-הזוג לאמץ את הילד, כל עוד הדבר עולה בקנה אחד עם טובתו. אולם הליך האימוץ הינו הליך מסורבל וארוך, המחייב מעורבות של רשויות הרווחה, ולכן אני סבורה כי הוא אינו ההליך המועדף במצבים מעין אלה. מסיבה זו אינניקטת הליך של אימוץ אינו צריך ליצור הסדר שלילי המלמד על אי-רצונם של הצדדים בהכרה בהורה החברתי כהורה.

148 הפגיעה בזכות להורות באה לידי ביטוי בהקטנת עוגת הזכויות ההוריות, שכן מצטרף הורה נוסף שיש להתחשב בעמדתו.

בגלל העדפת המשפט לקיומם של שני הורים לילד, החשש המתעורר במצב מעין זה הוא מפני כפיית הורה נוסף על האם היחידנית בניגוד לרצונה, תוך שימוש בעקרון טובת הילד.<sup>149</sup> תמונת-הראי של חשש זה היא חששם של בן-הזוג או בת-הזוג של האם היחידנית מלהתקרב לילד ומליצור עימו מערכת יחסים אינטימית של הורה-ילד פן ייכפה עליהם מעמד הורי, על כל המשתמע מכך, בניגוד לרצונם. לנוכח חששות אלה יש צורך לאזן בין הגורמים השונים המעורבים בגידול הילד, תוך התחשבות ברצונותיהם וברווחת הילד. בין היתר יש מקום לקבוע פרמטרים מנחים שבהתאם להם יהיה אפשר להכריע אם יש להעניק מעמד של הורה לבן-הזוג. הסכם מפורש בין האם לבין בן/בת-הזוג עשוי לסייע בהקשר זה, שכן הסכם מעין זה עשוי להעיד על כוונותיהם של הצדדים ועל עמדותיהם. עם זאת, הסכם מפורש אינו סוף-פסוק, ולעיתים יהיה מקום לפעול בניגוד לו. מדובר בסוגיה שעניינה מערכות יחסים אינטימיות, ואלה, מטבען, עשויות להתפתח ולהשתנות עם הזמן. כמו-כן, בנושא זה מעורבים לא רק הצדדים להסכם המקורי, אלא גם הילד, אשר בטובתו וברווחתו יש להתחשב, ולעיתים אף גורמים נוספים. לפיכך במצבים מסוימים יהיה מקום להעניק מעמד של הורה גם אם ההסכם ההתחלתי בין ההורה לבן-הזוג שלל מערכת יחסים הורית בין הילד לבין בן-הזוג. כך ייתכן שיש לנהוג, למשל, במצב שבו לאורך הזמן התפתחה מערכת יחסים אינטימית ומשמעותית בין בן-הזוג המגדל לבין הילד. הפרמטרים שראוי לבחון הם כאלה המעידים על אופייה וטיבה של מערכת היחסים בין הילד לבין הדמות אשר מטפלת בו ומגדלת אותו, כגון מגורים משותפים, משך קיומה של מערכת היחסים, גיל הילד בעת התחלת מערכת היחסים, כיצד הילד מתייחס לאותה דמות ורואה אותה, ואילו תפקידים הוריים מילאה דמות זו כלפי הילד.

## II. אלמן/ה הנכנסת לזוגיות חדשה

סיטואציה של אלמן/ה עם ילדים הנכנסת לזוגיות חדשה נמצאת בתווך בין מקרה של אם יחידנית הנכנסת לזוגיות חדשה לבין מקרה של גרושים/פרודים הנכנסים לזוגיות חדשה. המצב של אלמן/ה דומה למצבה של אם יחידנית במובן זה שלילדים יש רק הורה חי אחד המוכר על-ידי החוק. מכאן שלכאורה אין הורה נוסף שזכויותיו עלולות להיפגע. עם זאת, מאחר שלילדים היה הורה נוסף שנפטר, ייתכן שיש להתחשב בכך ולכבד אותו ואת משפחתו בכל הנוגע בשמירת הקשר

149 יש לציין כי עקרון טובת הילד הוא מושג-שסתום שניתן לעשות בו שימוש על-מנת להצדיק טענות שונות, ובכלל זה טענות הסותרות זו את זו. ראו לעניין זה, למשל, Appleton, *Parents by the Numbers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 63-64.

בין הילד לבין משפחתו המורחבת של הנפטר ובשמירת מעמדו הפורמלי של הנפטר אף לאחר מותו, באמצעות שמירה על שם המשפחה של הילד כמשקף את שם משפחתו של הנפטר ורישומו של הנפטר כהורה של הילד ברישומים הרשמיים של המדינה. במובן זה המקרה דומה לדוגמה של הורים גרושים/פרודים הנכנסים לזוגיות חדשה.

### III. גרושים/פרודים הנכנסים לזוגיות חדשה

"...תהליכי ההיווצרות, ההשתנות וההגדרה של הכללים, הגבולות והתחושות במשפחה המשולבת אינם פוסקים בנקודת זמן מסוימת ואף אינם מתקבעים, אלא משתנים כל העת. לזמן, למרחב ולנסיבות יש השפעה מתמדת."<sup>150</sup>

משפחות "סבב שני", שבמסגרתן הורים גרושים/פרודים יוצרים מסגרות משפחתיות חדשות, הן אחת הקטגוריות הבעייתיות ביותר בהקשר של מתן הכרה במעמד ההורי של בן-הזוג. במצבים מעין אלה כבר יש לילד שני הורים מוכרים, ולפיכך הקניית מעמד של הורה לאדם נוסף לא רק מגדילה את מספר ההורים מעבר לשניים (המספר המועדף על-ידי המשפט), אלא אף נוגסת במעמדו של ההורה הביולוגי החיצוני לזוגיות החדשה ובבלעדיות ההורית שלו. זאת, מבלי שאותו הורה היה שותף לבחירת המבוגר הנוסף שנוטל חלק משמעותי ביותר בחייו של ילדו.

מחקרן של צבר בן-יהושע וצבר הינו מחקר איכותני שכלל ראיונות הן עם הורים במשפחות משולבות והן עם ילדים שגדלו במשפחות כאלה ובינתיים בגרו. מחקרן מלמד כי קיים מגוון רחב ביותר של מערכות יחסים שנקמות בין ילדים לבין ההורים המגדלים אותם. נראה שאופייה וטיבה של מערכת היחסים משתנים בהתאם לנסיבות השונות שאופפות את קיומה. המשפחות המשולבות המתוארות במחקר שונות זו מזו בכמה אופנים: בשאלה אם ההורה המגדל הצטרף למשפחה עם ילדים משלו, בשאלה אם ההורה המגדל וההורה החוקי הביאו לעולם ילדים משותפים, בגילאי הילדים בעת הצטרפותו של ההורה המגדל למשפחה, ובמידה שבה ההורה הביולוגי שאינו חלק מהמסגרת המשפחתית החדשה הזו מעורב בחיי הילדים.

אף שאני סבורה כי ככלל אין לשלול את האפשרות שיוכרו יותר משני הורים חוקיים לילד, סיטואציה זו של משפחות משולבות – למרות היותה שכיחה מאוד

150 צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 364.

לנוכח השיעור הגבוה של גירושים<sup>151</sup> – הינה מיוחדת במינה. הסיטואציה מיוחדת מאחר שבניגוד למקרים אחרים שבהם ייתכן שיהיה מקום להכיר באדם נוסף כהורה של ילד מעבר לשני הוריו, במקרה זה אחד ההורים החוקיים לא היה שותף כלל לבחירת המבוגר הנוסף שנכנס לחיי הילד, ואין לו שליטה במערכת היחסים המתפתחת בין הילד לבין הדמות ההורית הנוספת. בניגוד להורה החוקי אשר בחר בדמות ההורית הנוספת כשותפתו לחיים ובחר להכניסה לתוך המסגרת המשפחתית שלו, ההורה החוקי האחר, שאינו חלק מהמסגרת המשפחתית החדשה, לא היה מעורב במהלך, והדמות ההורית הנוספת נכפית עליו למעשה. הזכות להורות כוללת, בין היתר, את זכותו של ההורה לקבוע עם מי יתרוצע הילד. במובן זה נפגעת זכותו להורות של ההורה שאינו חלק מהמסגרת המשפחתית החדשה. לפיכך אני סבורה כי אי-אפשר לקבוע אפריורית כי להורה חברתי במקרים מעין אלה יינתן מעמד הורי. על-מנת להעניק מעמד של הורה במקרה נתון, יש לבחון את המקרה בזהירות.

במסגרת בחינת השאלה אם יש להעניק מעמד של הורה לבן-הזוג של הורה פרוד/גרוש, יש לבדוק את התקיימותם של פרמטרים שונים שיאפשרו להסיק על טיבה של מערכת היחסים בין הילד לבין ההורה החברתי. חשוב לזכור כי לב העניין הוא מערכת היחסים שבין הילד לבין ההורה החברתי. לפיכך הדגש הוא באופייה של מערכת יחסים זו ובשאלה אם מדובר בפועל במערכת יחסים רגשית אינטימית של הורה-ילד. תפקידם של הפרמטרים הוא אך להוות אמצעי-עזר על-מנת להגיע לחקר האמת בנוגע לטיבה של מערכת היחסים. עם זאת, אם קיימות הוכחות עצמאיות לקיומה של מערכת יחסים מעין זו (למשל, הצהרה משותפת של ההורה החברתי ושל הילד – כאשר מדובר בילד בוגר יחסית – או תסקיר חד-משמעי של עובדי שירותי הרווחה), אזי הם יגברו על הפרמטרים.

ההנחה היא שברגע שקיימת מערכת יחסים אינטימית הורית בין הילד לבין ההורה החברתי, מתקיימות ההצדקות להכרה במעמדו ההורי של ההורה החברתי.

151 לעניין העלייה בהיקף הגירושים בישראל לאורך השנים והגורמים המשפיעים על הסיכויים להתגרש ראו נורית דוברין "גירושין בישראל – היקף הגירושין וגורמים המשפיעים על הסיכויים להתגרש" (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, אגף המדען הראשי) (2005). [www.cbs.gov.il/www/publications/tec13.pdf](http://www.cbs.gov.il/www/publications/tec13.pdf). בשנת 2014 התגרשו 14,430 זוגות בישראל. שיעור הגירושים בשנת 2014 עמד על 1.8 לגבי האוכלוסייה הכללית ועל 1.9 לגבי האוכלוסייה היהודית (שיעור הגירושים מבוטא כמספר הזוגות שהתגרשו בשנה מסוימת ל-1,000 נפש). לעניין זה ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לוח 3.1 (22.9.2016) [www.cbs.gov.il/shnaton67/](http://www.cbs.gov.il/shnaton67/). לעניין העלייה בשיעור הגירושים ובשיעור הנישואים השניים ראו גם מתת אדר-בונים משפחות בראייה סוציולוגית ואתרופולוגית 170, 172 (2007).

השאלה עשויה להתעורר לא רק כאשר יש מחלוקת או שבר במערכת המשפחתית. פעמים רבות רצוי וראוי להעלות את השאלה במצבים שבהם קיים שלום-בית. קיימים יתרונות רבים להענקת מעמד של הורה להורה החברתי גם לא במצבים של משבר ופיבוד. הכרה במעמדו של ההורה החברתי תשרת בראש ובראשונה את טובתו של הילד, אם הוא רואה בהורה החברתי הורה לכל דבר ועניין. ההכרה תייצר ודאות ויציבות, ובכך תתרום למעשה לטובתם של כלל חברי המשפחה המשולבת, שכן המשפחה תוכר כמשפחה אחת מאוחדת, והדבר יחזק את הרגשת ההשתייכות של כל חברי המשפחה המשולבת. ההכרה במעמדו כהורה תשרת אף את טובתו של ההורה החברתי, שכן היא תהווה הכרה בחוויית החיים שלו ושל בני משפחתו, תשמר את הקשר הרגשי שנוצר בינו לבין הילד שהוא מגדל, ותסייע לו בהגשמתו העצמית. ההכרה תשרת אף את טובתו של ההורה החוקי שהוא בן-הזוג של ההורה החברתי, שכן הוא בחר בהורה החברתי כבן-זוג לחיים והכניס אותו לביתו על-מנת שיהיה חלק ממשפחתו, על כל המשתמע מכך. מערכת יחסים אינטימית ומשמעותית בין הילד לבין ההורה החברתי צריכה להיות אם כן אינטרס גם של ההורה החוקי שהוא בן-זוגו. באשר להורה החוקי האחר, באופן תיאורטי אני סבורה כי אלא אם כן קיימים חילוקי-דעות מהותיים הנוגעים בעניינים היורדים לשורש אמונתם של אנשים (כגון דת או חינוך), הכרה מעין זו תשרת במובן מסוים אף את טובתו של ההורה החוקי שאינו בן-זוגו של ההורה החברתי. טובתו של הילד וידיעה כי הילד מתגורר בסביבה אוהבת ותומכת ויוצר מערכות יחסים משפחתיות עם האנשים שמסביבו אמורה לשרת גם את טובתו של ההורה החוקי החיצוני למערכת היחסים. לבסוף, הכרה זו תשרת אף את האינטרס הציבורי בעידוד הטיפול בילדים והדאגה להם, בהפקדת האחריות לטיפול בילדים בידי גורמים רבים יותר לרווחת החברה כולה, ובקידום ערכים של דאגה, משפחתיות ושמירה על מערכות יחסים קיימות. להלן רשימה לא-סגורה של פרמטרים שראוי לבחון לצורך הכרעה בשאלה אם יש להעניק מעמד של הורה לבן-הזוג של הורה פרוד/גרור:

- א. שאלת המגורים המשותפים<sup>152</sup> – ההנחה היא שמערכת יחסים הינה קרובה ואינטימית יותר כאשר קיימים מגורים משותפים.
- ב. גיל הילד בעת כניסתו של ההורה החברתי לחייו – ההנחה היא שככל שגילו של הילד צעיר יותר, קיים סיכוי גדול יותר שיתפתח קשר משמעותי בינו לבין ההורה החברתי.<sup>153</sup>

<sup>152</sup> בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28.

<sup>153</sup> צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 362-363; בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28; ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, פס" 24 (1997).

ג. מילוי תפקידים הוריים על-ידי ההורה החברתי, כגון<sup>154</sup> מעורבות בענייני בית-הספר, סיוע בשיעורי-בית, ליווי הילד לטיפול רפואי, בילוי עם הילד בשעות הפנאי, דאגה למשמעת, דאגה להגיגה של הילד, סיפוק צרכיו התזונתיים, ניהול שגרת שעות השינה והקימה של הילד וכדומה.

ד. משך התקופה שבה קיימת מערכת יחסים.<sup>155</sup>

ה. כיצד הילד מתייחס להורה החברתי – האם הוא מכנה את ההורה החברתי "אבא"/"אימא"? כיצד הוא מציג אותו לפני אחרים?<sup>156</sup> האם הוא מתייחס אליו כאל הורה שלו? האם הוא פונה אליו בעת משבר או בעת שמחה? האם הוא סומך עליו ונכון לבקש ממנו עזרה?

ו. רצונותיהם של כל הגורמים המעורבים – את רצונותיהם של הגורמים המעורבים יש לבחון כמכלול. המשפט אינו צריך לצאת מנקודת-הנחה שלפיה קיימת יריבות בין רצונותיהם של כל הגורמים המעורבים.

יש לציין כי על הבדיקה להיעשות ביחס לכל ילד בנפרד. אי-אפשר לערוך בדיקה המתייחסת באופן כללי למשפחה מסוימת שיש בה כמה ילדים. כך, למשל, ייתכן שילדים שונים במשפחה יגיבו בצורה אחרת כלפי ההורה החברתי שהצטרף למשפחתם, אם בשל גילם ואם בשל אופיים, וכתוצאה מכך טיבה של מערכת היחסים שתפתח בין כל אחד מהם לבין ההורה החברתי יהיה שונה. אומנם, יש לשאוף לכך שמערכת היחסים המשפחתית תהיה בעלת אופי הרמוני, במובן זה שמעמדם של כל הילדים ביחס להורה החברתי יוסדר באופן אחיד, ועל-כן יש להביא שיקול זה בחשבון בעת בחינת השאלה אם יש להכיר במעמדו ההורי של ההורה החברתי. עם זאת, ייתכנו מצבים שבהם טיבן השונה של מערכות היחסים בין הילדים לבין ההורה החברתי לא יאפשר הכרה במעמד ביחס לאחד הילדים אך יאפשר הכרה במעמד ביחס לילד אחר.

גם אם הפרמטרים להכרה במעמדו של ההורה החברתי מתמלאים באופן עקרוני, יש מקום לבחון באופן פרטני את השאלה אם אין נימוקים נוספים המונעים הכרה זו. העניין יתעורר בדרך-כלל במצבים של משבר וקרע במערכת היחסים המשפחתית

154 ראו, למשל, כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(5) ו-2.03(5)(a).

155 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28; ע"א 7155/96, לעיל ה"ש 153, פס' 24.

156 בהקשר זה יש לציין כי ממחקרן של צבר בן-יהושע וצבר עולה כי יהיו מצבים שבהם ילדים יציגו את ההורה החברתי שלהם בצורה שונה לפני אנשים שונים. כך, למשל, ייתכן שעל-מנת לא להיכנס לתיאורים מסובכים יעדיפו ילדים להציג את בן-הזוג של ההורה כהורה, גם במצבים שבהם הם אינם רואים אותו ככזה. ראו צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 276–280.

בין ההורה החוקי לבין בן-זוגו ההורה החברתי או כאשר ההורה החוקי החיצוני למערכת היחסים מתנגד למתן המעמד להורה החברתי. ייתכנו אף מצבים שבהם יהיו שיקולים המתבססים על אינטרסים של החברה אשר יעמדו נגד הענקת מעמד של הורה להורה החברתי. במסגרת הבדיקה יהיה צורך לבחון מהם הטעמים להתנגדותו של הגורם המתנגד – אם מדובר בטיעונים כנים, אמיתיים ומבוססים או שמא בהתנגדות שמבוססת על גחמה או שנועדה רק להתנקם בבן-הזוג הקודם או לסחוט ממנו זכויות ממוניות. הזכות להורות, ככל זכות-יסוד אחרת, הינה זכות יחסית. אי-לכך זכותם של ההורים החוקיים להורות, הכוללת את הבלעדיות ההורית, אינה מוחלטת. ייתכנו בהחלט מצבים שבהם על-אף התנגדות ההורים החוקיים יהיה מקום לתת מעמד של הורה להורה החברתי. יש לבחון איזה נזק ייגרם למי מההורים החוקיים המתנגד להכרה במעמדו של ההורה החברתי, וכיצד ישפיע נזק זה על טובתו של הילד. נוסף על כך יש לבחון במידת האפשר את רצונו של הילד וכן את רווחתו במונח הרחב. במסגרת בחינה זו ראוי להביא בחשבון גם ערכים חברתיים שראוי לקדם, ביניהם ערך הדאגה לזולת, חשיבותן של מערכות יחסים והרצון לשמר אותן ולעודד את יצירתן, תוך שימת דגש ביציבותה ובהמשכותה של מערכת היחסים ובשאיפה לשימור הקשר המשפחתי.

ההסדר המוצע כאן נבדל בכמה מישורים מההצעות המופיעות בספרות ובמשפט המשווה שסקרת. ראשית, המאמר תומך בהענקת מעמד מלא של הורה להורה החברתי במצבים המתאימים. זאת, להבדיל ממעמד-ביניים הממצב אותו בתווך בין הורה לבין אדם זר לילד מבחינה משפטית. שנית, המאמר מייחס חשיבות להענקת הסטטוס ההורי כערך אקספרסיבי בעל משקל ומשמעות כשלעצמו. מכאן שאין די לטעמי בהענקת מלוא הזכויות והחובות ההוריות ללא הענקת הסטטוס ההורי (כפי שנעשה, למשל, בכללי ALI). שלישית, מאמר זה מצדד באפשרות להכיר במעמדו של הורה חברתי כהורה גם כאשר המשפחה מאוחדת, ואף מעודד זאת. כלומר, ההכרה בהורות החברתית והענקת הסטטוס של הורה אינן צריכות להיוותר למצבים של מחלוקת או שבר בתא המשפחתי. נוסף על כך, המאמר מדגיש את החשיבות שבבחינת סוגיית ההורות החברתית ביחס לכל ילד בפני עצמו כאשר קיימים כמה ילדים באותה משפחה.

#### (ב) הורה חברתי שאינו בן-זוג של הורה

חלק זה עוסק במצבים שבהם קיימת דמות טיפולית-מגדלת שאינה בן/בת-זוג של ההורה. דמות זו עשויה להיות קרוב-משפחה (למשל: סב/ה, דוד/ה, אח/ות), מטפלת בתשלום (החל באופר שמתגוררת עם הילד באותו בית ומטפלת בו בכל שעות היממה, המשך במטפלת שמגיעה לבית בכל יום לשעות מספר, וכלה

בשמרטפית שמגיעה לשמור על הילד מדי פעם), מורה, רב, שכן, חבר של המשפחה וכדומה. השאלה המתעוררת בהקשר זה היא אם יש בכלל מקום להעניק מעמד הורי לדמות מעין זו, אשר אינה בזוגיות עם ההורה של הילד.

באופן אינטואיטיבי קיימת רתיעה מסוימת מהכרה בדמויות הוריות שאינן בני-זוג של ההורה, במיוחד ככל שמדובר בדמויות שאינן מהמשפחה הקרובה. החשש הוא מפני היווצרותו של מדרון חלקלק ומפני חוסר הוודאות שייווצר מכך שכל דמות שיוצרת מערכת יחסים עם הילד עשויה מבחינה פוטנציאלית לטעון למעמד בנוגע אליו. הדבר עלול לפגוע באופן קשה במעמד של ההורים החוקיים ובבלעדיותם ההורית. חשש זה עלול להוביל הן לכך שהורים יסתייגו מהסתייעות בגורמים חיצוניים לצורך הטיפול בילד והן לכך שגורמים חיצוניים יימנעו מלהתקרב לילד ולסייע בטיפולו פן יוטל עליהם בעתיד לשאת באחריות שהם לא התכוונו לה ולא רצו אותה. על-אף חששות אלה, אני סבורה כי אין להגביל את האפשרות להקנות מעמד של הורה להורה חברתי אך ורק למצבים שבהם הדמות ההורית הינה בן/בת-זוג של ההורה החוקי. על המעמד ההורי להיגזר אך ורק ממערכת היחסים שבין הדמות המטפלת-המגדלת לבין הילד. אף שמערכת היחסים הזוגית בין הורה הילד לבין-זוגו משפיעה ללא ספק על מערכת היחסים בין בן-הזוג לבין הילד, אין בעצם העדרה של מערכת יחסים זוגית כדי ללמד על העדרה של מערכת יחסים הורית בין הדמות המטפלת לבין הילד. כך גם להפך – קיומה של מערכת יחסים זוגית אינו יכול ללמד כשלעצמו על מערכת יחסים הורית.

אילו מצבים ייחשבו ככאלה שבהם האינטרס של ההורה החברתי חזק דיו להעניק לו מעמד של הורה?

יש מלומדים הסבורים כי יש לערוך הבחנה בין מצבים שבהם מדובר בטיפול בשכר לבין מקרים שבהם אין מדובר בטיפול בשכר.<sup>157</sup> כך, למשל, הגדרת "הורה למעשה" בכללי ALI מכילה, בין היתר, רכיב שלפיו הדמות ההורית מילאה באופן סדיר חלק משמעותי מתפקידי הטיפול בילד בשל סיבות שאינן מבוססות בעיקרן על פיצוי כלכלי.<sup>158</sup> ההסבר להבחנה זו, כמובא בכללי ALI, הוא שהחוק מעניק להורים אחריות לילדיהם בהתבסס, בין היתר, על ההנחה שהם מונעים

157 ראו, למשל, Kavanagh, לעיל ה"ש 83, בעמ' 128. עם זאת, בהערת-שוליים מציין הכותב כי הוא לא יחריג בהכרח את כל המטפלים בתשלום. כך, למשל, הוא לא יחריג בהכרח מטפלים שהייתה להם מערכת יחסים עם הילד לפני מערכת היחסים בתשלום ו/או אחריה. זאת, במיוחד במצבים שבהם קרוב-משפחה פועל כמטפל בתשלום. אולם נטל ההוכחה יהיה על המטפל בתשלום להראות שהתשלום לא היה המוטיבציה העיקרית למערכת היחסים.

158 כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(1)(c).



מאהבה ומנאמנות, ולכן יפעלו ככל הנראה בהתאם לטובת הילד. לעומת זאת, מוטיווציה מעיין זו אינה ניתנת להנחה ככל שמדובר במבוגרים המספקים פונקציות טיפוליות בעיקר מסיבות כלכליות.<sup>159</sup> חשש נוסף שקיים הוא מפני קומודיפיקציה של מערכת היחסים ההורית ושל ילדים. הורות נתפסת כדבר אלטרואיסטי, ולפיכך קיים חשש מעירוב של מרכיבים כלכליים אשר יגרמו לזילות של מערכת היחסים ההורית ולמסחור של ילדים בניגוד לערך כבוד האדם.<sup>160</sup> החשש מקומודיפיקציה של מערכת היחסים אינו ייחודי להקשר ההורי, אלא רלוונטי אף למקרים אחרים של טיפול/דאגה (care) בתשלום.<sup>161</sup> טיפול בזולת ודאגה לו הינם במונח מסוים שריד של חיי החברה הטרומ-פוליטיים, ולפיכך קיים חשש מקומודיפיקציה שלהם.<sup>162</sup> החשש הוא שכסף ישנה את מהותה של הדאגה ואת טיבה של מערכת היחסים בין המטפל לבין המטופל, כך שהמטפלים יבצעו את הטיפול בעבור הכסף, ולא מתוך אהבה, וישימו את השאיפות הכלכליות שלהם מעל צורכיהם של המטופלים.<sup>163</sup> על-פי טיעון זה, הכרה במעמדם כהורים של מי שביססו את הקשר עם הילד תוך כדי טיפול בשכר גורמת לזילות של מערכת היחסים ההורית ולפגיעה בטובת הילדים, שכן המניע לטיפול בילד הינו כלכלי, ולא רגשי.

אני סבורה כי הבחנה זו, המבוססת על הרכיב הכספי, הינה בעייתית בכמה מישורים. ראשית, אין ספק שמערכות יחסים אינטימיות משמעותיות עשויות להתפתח בין ילד לבין הדמות המטפלת בו גם כאשר אותה דמות מקבלת שכר בעבור הטיפול. בתחום של טיפול, המקצועי והאישי מתמזגים או מתערבבים זה בזה פעמים רבות, שכן איש-מקצוע טוב נותן יחס אישי מאוד. אומנם המטפל עשוי לערוך הבחנה בין היחס האישי שהוא נותן תוך כדי טיפול לבין הקשר הרגשי שהוא עצמו יוצר, אך נראה שילדים לא יוכלו ליצור הבחנה כזו. לגבי הילד

159 שם, ס' 2.03(1)(c), הערה (ii). יש לציין כי בהסבר נאמר שדרישה זו אינה פוסלת מטפלים אשר ייתכן שזכאים לסיוע כלכלי אך שמילוי תפקידם אינו מונע בעיקרו מהרצון בקבלת סיוע זה. כך, למשל, קרובי-משפחה שלוקחים ילדים תחת חסותם ומטפלים בהם בעיקר בגלל הקרבה המשפחתית עשויים לקבל הכרה כ"הורים למעשה" גם אם כתוצאה מכך שלקחו את הילד תחת חסותם הם זכאים לסיוע כלכלי מהמדינה.

Pamela Laufer-Ukeles, *Money, Caregiving, and Kinship: Should Paid Caregivers Be Allowed to Obtain De Facto Parental Status?*, 74 Mo. L. Rev. 25, 27 (2009)

161 ראו לעניין זה: Deborah Stone, *For Love Nor Money – The Commodification of Care*, in *RETHINKING COMMODIFICATION – CASES AND READINGS IN LAW AND CULTURE* 271 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005)

162 שם, בעמ' 274.

163 שם, בעמ' 274–275.

אין הבדל בין מטפלים בשכר לבין מטפלים לא בשכר מבחינת הקשר הרגשי שהוא יוצר עימם. על-כן הבחנה זו אינה עולה בקנה אחד עם הדגש שיש לשים במערכת היחסים האינטימית שנוצרת בין הילד לבין הדמות המטפלת בו, שהינה לב העניין. שנית, הבחנה מעין זו פוגעת דווקא באוכלוסיות המוחלשות, אשר אין באפשרותן לרכוש טיפול בשכר ולפיכך הן נעזרות בקרובי-משפחה, בחברים של המשפחה או בשכנים לצורך הטיפול בילדים. הבחנה זו, השוללת אפשרות להקנות מעמד הורי כאשר מדובר בטיפול בשכר אך מאפשרת הקניית מעמד כזה כאשר אין מדובר בטיפול בשכר, הופכת את האוכלוסיות המוחלשות לחשופות יותר לפגיעה במעמד ההורי של ההורים החוקיים מאשר אוכלוסיות אחרות. שלישית, הבחנה זו בעייתית גם במובן זה שייתכנו מצבים שבהם קרובת-משפחה (סבה, דודה וכדומה) תטפל בילד אך תעשה זאת בתשלום. במקרים מעין אלה ההורים מעוניינים שדמות שקרובה לילד מבחינה משפחתית תטפל בו, אך אותה דמות משפחתית זקוקה לשכר על-מנת לצאת משוק העבודה לצורך כך. במצבים אלה מתעוררת השאלה אם מדובר בקשר שנוצר בין ילד לבין קרובת-משפחה שלו (אשר מתראה עימו גם מחוץ לשעות העבודה) או בין ילד לבין מטפלת בתשלום. נראה שההבחנה אינה ברורה דייה. גם במקרה זה הפגיעה היא באוכלוסייה החלשה, שכן סביר להניח שקרובי-המשפחה אשר יקבלו תשלום בעבור הטיפול יהיו כאלה ממשפחות עניות יותר.<sup>164</sup> כך, מעמדם של סבים או דודים אשר מקבלים תשלום בעבור הטיפול בילד יהיה נחות ממעמדם של סבים או דודים אשר אינם מקבלים תשלום בעבור הטיפול, במובן זה שהם לא יוכלו לקבל מעמד של הורה. רביעית, הבחנה בין טיפול בתשלום לבין טיפול שאינו כזה פוגעת אף בנסיגות הפמיניסטיים לגרם להכרה בעבודת הטיפול בילדים של אימהות כשווה לעבודה בשכר.<sup>165</sup> ככל שקיימת בעיה לערב הורות וגורמים כלכליים, הטיעון שלפיו צריך להכיר בעבודת האימהות כשווה לעבודה בשכר עלולה אף להיות בעייתית. לבסוף, מובן שברגע שמטפל בתשלום יקבל הכרה בזכותו להורות לגבי הילד, הוא לא יוכל להמשיך לקבל תשלום בעבור הטיפול, וייתכן אף שהוא יהיה חייב במזונותיו של הילד. אדם המעוניין להמשיך את הקשר עם הילד ולטפל בו ללא

164 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 77 ו-81.

165 ראו, למשל: Katharine Silbaugh, *Turning Labor into Love: Housework and the Law*, 91 Nw. U. L. Rev. 1 (1996); Katharine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, 9 YALE J.L. & FEMINISM 81 (1997); Palma Joy Strand, *Do We Value Our Cars More Than Our Kids? The Conundrum of Care for Children*, 19 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1 (2011)

תשלום, ואף ליטול חלק כלכלי בגידולו, ברי שאינו מונע ממניעים כלכליים, אף אם תחילתו של הקשר הייתה טיפול בעבור שכו.

החשש מקומודיפיקציה נראה אף הוא מופרז. ויליאמס וזליזר טוענות במאמרן כי חלק גדול מהכתיבה העוסקת בקומודיפיקציה מבוססת על ראיית-עולם המחלקת את המרחב לשני מעגלים מנוגדים ונפרדים: מעגל אחד של חישובים קרים ושוק כלכלי ומעגל אחר של רגש חברתי ומערכות יחסים הדדיות.<sup>166</sup> המעגלים הנפרדים הללו מתנהלים בהתאם לעקרונות שונים.<sup>167</sup> כאשר מעגלים נפרדים באים במגע, הם מזהמים זה את זה, והעירוב שלהם משחית את שניהם. לפי עמדה זו, הבחנה חדה קיימת וצריכה להמשיך להתקיים בין מערכות יחסים חברתיות אינטימיות לבין עסקאות כלכליות. כל מגע בין שני התחומים, בהתאם לגישה זו, יהווה זיהום מוסרי.<sup>168</sup> ויליאמס וזליזר טוענות כי בפועל המציאות שונה מהתיאורים הללו – כל סביבה חברתית מכילה עירוב של קשרים, ואנשים נוטלים חלק במערכות יחסים חברתיות המשלבות הן את המימד האינטימי והן את המימד הכלכלי.<sup>169</sup> לכן הן מציעות גישה שתכיר בכך שבעסקות שוק רבות קיימים רכיבים חברתיים ורגשיים, ושבעסקאות אינטימיות רבות קיים מימד כלכלי.<sup>170</sup> כפתרון הן מציעות מודל שהן מכנות "המודל של קשרים מאובחנים" (differentiated ties model), המאפשר להכיר בקיומם של קשרים חברתיים מורכבים.<sup>171</sup> לטענתן, השאלה שצריך לשאול היא לא אם קומודיפיקציה היא טובה או לא, אלא איך צריך להבנות מערכות יחסים חברתיות שמערכות הן רכיבים כלכליים והן רכיבים אישיים.<sup>172</sup> העברת כספים יכולה להתקיים במקביל לביטויים של חיבה ואהבה.<sup>173</sup> ניסיון עם שווקים העוסקים בטיפול מלמד שגם כאשר אנשים מקבלים סכום זעום בעבור

Joan C. Williams & Vivian A. Zelizer, *To Commodify or Not to Commodify – 166 That Is Not the Question*, in *RETHINKING COMMODIFICATION – CASES AND READINGS* .IN *LAW AND CULTURE* 362, 364 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005)

167 תיאוריה שהן מכנות "תיאוריית המעגלים הנפרדים" (separate spheres theory) – ראו שם, בעמ' 364.

168 תיאוריה שהן מכנות "תיאוריית העולמות העוינים" (hostile worlds theory) – ראו שם, בעמ' 366.

170 שם, בעמ' 368.

171 שם, בעמ' 369.

172 שם, בעמ' 376.

Katharine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, in *RETHINKING COMMODIFICATION – CASES AND READINGS* IN *LAW AND CULTURE* 297, 301 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005)

טיפול בזרים גמורים במסגרת עבודות תובעניות הן מבחינה פיזית והן מבחינה רגשית, האהבה מזדחלת פנימה. מחקרים בכל תחומי הטיפול מראים כי אנשים שמטפלים בזרים מתאהבים בהם בדרך-כלל ומתחילים לראות בהם משפחה.<sup>174</sup> מטפלים מסרבים לתת לכסף להשפיע על מערכת היחסים שלהם עם האנשים שהם מטפלים בהם, ואפילו מנסים להכחיש שכסף הינו חלק ממערכת היחסים. הם רוצים להעמיד פנים שהכסף אינו קיים שם כלל.<sup>175</sup> מטפלים בתשלום מקריבים פעמים רבות את האינטרס הכלכלי שלהם למען האנשים שהם מטפלים בהם. כך קורה שמטפלים רבים קונים מזון או מצרכים חשובים אחרים למטופלים העניים שלהם, ומבקרים אותם ועוזרים להם גם מחוץ לשעות העבודה על-חשבון זמנם הפנוי וללא תשלום.<sup>176</sup> כמו-כן, מתן שווי כלכלי לפעולת הטיפול אינו גורם בהכרח לזילות של התפקיד הטיפולי. ניתן לכמת מחיר של דבר כלשהו ובאותו זמן גם לדעת שהדבר הזה הוא יקר-ערך (priceless).<sup>177</sup> תשלום בעבור טיפול אינו הופך את הטיפול ללא-לגיטימי, אלא מקנה לו ערך.<sup>178</sup> יש לציין שכבר כיום יש מצבים שבהם כסף והורות מעורבים – למשל, קביעת גובה המזונות בהתבסס על פעילויות טיפוליות, תשלום קצבת ילדים בהתבסס על מספר הילדים בבית, תשלום לבנק הזרע בעבור תרומת זרע, תשלום בעבור שירותיה של אם פונדקאית ותשלום בעבור ההליך הכרוך באימוץ ילד מחוץ-לארץ.

ניתן להשתמש ברכיב הכספי כאחת האינדיקציות לטיבה של מערכת היחסים. העובדה שהטיפול נעשה בשכר מלמדת על כוונותיהם והצהרותיהם הראשוניות של הצדדים – של ההורים החוקיים ושל הדמות המטפלת. נראה כי הכוונה הראשונית של טיפול בשכר היא טיפול כעבודה, ולא כמערכת יחסים אישית, וכי בדרך-כלל מדובר בעבודה שאינה מיועדת להתפרש על כל חיי הילד, ואף לא על חלק משמעותי מהם. בדומה למצבים אחרים, מתעוררת בהקשר זה השאלה אם הסכמה בין ההורה החוקי לבין הדמות המטפלת די בה לבסס או לשלול מעמד של הורה. שאלה זו מתעוררת הן לגבי מצבים שבהם ההסכמה בין ההורה החוקי לדמות הטוענת למעמד נמשכת ומתקיימת והן לגבי מצבים שבהם התגלע סכסוך בין הצדדים. שאלה זו רלוונטית כמובן גם לגבי דמות מגדלת/מטפלת שאינה מקבלת תשלום בעבור הטיפול – כגון חברים של ההורים, שכנים או קרובי-

174 Stone, לעיל ה"ש 161, בעמ' 275.

175 שם, בעמ' 276.

176 שם, בעמ' 277.

177 Silbaugh, לעיל ה"ש 173, בעמ' 298.

178 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 94.

משפחה – אם כי סביר להניח שבמקרים מעין אלה לא יהיה הסכם ברור בין הצדדים בעניין.

אחד הפרמטרים שמועלים בהקשר של הענקת מעמד של הורה לדמות מטפלת הוא השאלה אם מערכת היחסים בין הדמות המטפלת לילד החלה בתמיכתו ובהסכמתו של ההורה החוקי.<sup>179</sup> כללי ALI מסבירים דרישה זו לתמיכה ולהסכמה ראשוניות בכך שמעמד של "הורה למעשה" אינו יכול לצמוח במקרה, בסוד או כתוצאה מהתנהגות לא-הולמת.<sup>180</sup> נאמר כי ההסכמה יכולה אומנם להשתמע מהנסיבות, אך נדרשת פעולה מצד ההורים החוקיים המלמדת על נכונות וציפייה לחלוק את האחריות ההורית, ואין די בהאצלת סמכויות של שמרטפות על-מנת לבסס הסכמה כזו. כך, למשל, שמירת הסמכות להכריע בעניינים שקשורים לדאגה לילד ולטיפול בו בידי ההורה החוקי בלבד מלמדת על העדר הסכמה ליצירת מעמד של "הורה למעשה".<sup>181</sup> הדרישה האמורה המופיעה בכללי ALI הינה מחמירה מדי, לטעמי. מצד אחד, הכללים מציינים כי ההסכמה יכולה להיות משתמעת, אך מצד אחר, אין הם מסתפקים בהסכמה לטיפול בילד, אף אם לאורך זמן ובצורה אינטנסיבית, אלא דורשים שתהיה גם חלוקה בנוגע לסמכות להכריע בעניינים הקשורים לדאגה לילד ולטיפול בו. ככל שהחשש הוא ממצבים שבהם אדם יפעל מאחורי גבם של ההורים החוקיים של הילד על-מנת ליצור מערכת יחסים עם הילד בצורה ערמומית או לא-נאותה, ניתן להימנע ממצבים אלה על-ידי קביעה שלמעשה לא הייתה כאן הסכמה. ככל שהחשש הוא שללא תנאי מחמיר כזה יהיו אנשים רבים מדי שיתאימו להגדרה ויהיו זכאים לדרוש זכויות, ניתן לדרוש תנאים מחמירים אחרים בנוגע למערכת היחסים עצמה שנוצרת בין הילד לבין הדמות המטפלת בו, כגון דרישה למגורים משותפים, דרישת משך זמן מינימלי לקיומה של מערכת היחסים וכדומה. אני סבורה כי די בעובדה שהורה הכניס אדם לביתו על-מנת שיטפל בילד ואפשר לו ליצור מערכת יחסים רגשית עם הילד, אף אם לא הייתה כוונה ראשונית ליצירת מערכת יחסים של הורה-ילד, אלא זו התפתחה מעצמה.<sup>182</sup>

במצבים שבהם קיימת הסכמה של ההורים החוקיים ושל הדמות המטפלת-המגדלת הנוספת בנוגע להכרה בדמות המטפלת-המגדלת כהורה נוסף, יש לבחון

179 כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(1)(b)(iii), 2.03(1)(c)(ii) ו-2.03(1)(c)(iv); Bartlett, לעיל ה"ש 131.

180 כללי ALI, לעיל ה"ש 10, הערה (iii) לס' 2.03(1)(c).  
181 שם.

182 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 106.

את טיבה ואופייה של מערכת היחסים. אם כל הדמויות המעורבות מעוניינות בהכרה במעמדה של הדמות המטפלת כהורה נוסף, אם הבקשה נובעת מדאגה ומאהבה כנה לילד, ואם מערכת היחסים שבין הילד לבין אותה דמות אכן מגיעה כדי מערכת יחסים רגשית הקיימת בין הורה לבין ילד, אזי נראה שיהיה מקום להכיר במעמד של ההורה החברתי. במקרה זה הכרה במעמדו של ההורה החברתי תשרת את טובת כל הצדדים המעורבים, שכן היא תשקף את אוטונומיית הרצון שלהם בנוגע למשפחה שהם בוחרים לעצמם, תעודד את המשך הטיפול בילד והדאגה לו על-ידי כל הגורמים המעורבים, ותעניק מימד של המשכיות, יציבות וודאות לקשר שנוצר בין הילד לבין הדמות המגדלת הנוספת. הכרה במעמדו של ההורה החברתי במקרה זה אף תעלה בקנה אחד עם האינטרסים של החברה בכללותה. זאת, מאחר שקיים אינטרס חברתי לדאוג להמשכיותם של קשרים רגשיים עמוקים שנוצרים בין ילדים לבין מי שמגדל אותם, לשמור על יציבותן והמשכיותן של מערכות יחסים מעין אלה, להפקיד את הטיפול בילדים והדאגה להם בידי כמה גורמים המעוניינים בכך ומסוגלים לעשות זאת, ולאפשר לאנשים להגשים את עצמם באמצעות יצירת משפחות שמתאימות לתנאי החיים שלהם.

סביר להניח שרוב המקרים שיגיעו לבית-המשפט יהיו מקרים שבהם לא תהיה הסכמה בין ההורים החוקיים לבין הדמות המגדלת הנוספת לגבי מעמדה.<sup>183</sup> השאלה היא כיצד יש להתמודד עם מצבים אלה, ובאלו מקרים יהיה ראוי להכיר בדמות המגדלת הנוספת כבעלת מעמד של הורה ביחס לילד. כפי שצינתי, אני סבורה כי אין לפסול מראש ובאופן גורף את האפשרות שדמות מגדלת מסוג זה תקבל מעמד של הורה במצבים המתאימים. עם זאת, קיימים חששות רציניים בהקשר זה.

החשש המרכזי הוא מפני היווצרותו של מדרון חלקלק ומפני חוסר הוודאות שיווצר מכך שכל דמות שתקום מערכת יחסים עם הילד עשויה מבחינה פוטנציאלית לטעון למעמד בנוגע אליו. הדבר עלול לפגוע בצורה קשה במעמדם של ההורים החוקיים ובבלעדיותם ההורית. חשש זה עלול להוביל הן להסתייגות של הורים מהסתייעות בגורמים חיצוניים לצורך הטיפול בילד, שמא בבוא היום ידרשו הללו זכויות הוריות, והן להימנעות של גורמים חיצוניים מלהתקרב לילד ולסייע בטיפולו, פן יוטל עליהם בעתיד לשאת באחריות שהם לא התכוונו לה ולא רצו אותה. חששות אלה עלולים להוביל בסופו של יום לקריסתה של מערכת הטיפול בילדים ולמהלך שיאלץ נשים לצאת משוק העבודה על-מנת להישאר עם

183 אני סבורה כי נכון וראוי להסדיר מערכות יחסים מעין אלה כאשר קיימת הסכמה לגביהן. עם זאת, נראה כי טבע האדם הוא לא להגיע לבתי-משפט לצורך הכרעה עד אשר מתעורר סכסוך.

ילדיהן בבית. לחלופין הדבר עלול להוביל להתפוררות המעמד ההורי עד לביטולו המוחלט. חשש נוסף שמועלה הוא מפני שימוש לרעה באפשרות להכיר במעמד הורי של מטפלים מעין אלה. השימוש לרעה עשוי להתבטא בבקשה של מטפלים לקבל הכרה כהורים רק על-מנת לזכות בהטבות הנלוות למעמד ההורי או לצורך סחיטת ההורים החוקיים.

אף שאין להקל ראש בחששות אלה, נראה שחלק מהם מופרזים, ומכל מקום ניתן להתמודד עימם באמצעות קביעת פרמטרים מפורטים ומצטברים שישרטטו את היקף האפשרות להעניק מעמד הורי במקרים מעין אלה. פרמטרים אלה יביאו בחשבון את החששות הללו כבסיס לצמצום המקרים שבהם יוכר מעמד של הורה, וזאת בשל שיקולי מדיניות ועל בסיס אינטרסים חברתיים.

הענקת מעמד הורי במקרים המתאימים למטפל שמשמש הורה חברתי לא תוביל להתפוררות המעמד ההורי, שכן תישמר עדיין ההפרדה הברורה בין מי שמוגדר הורה, ולפיכך מקבל מעמד ביחס לילד וזכויות וחובות בנוגע אליו, לבין מי שעל-אף הרחבת הקטגוריה ההורית אינו נכנס לגדרה ואינו מקבל כל מעמד ביחס לילד. בהתאם לאמות-המידה שייקבעו, לא כל אדם שיש לו קשר כלשהו עם הילד או שמנהל עימו מערכת יחסים יוכל לקבל מעמד של הורה. רק אדם שמערכת היחסים שלו עם הילד מדמה מערכת יחסים הורית יזכה במעמד של הורה. הדעת נותנת כי מטבע הדברים, כאשר לילד יש שני הורים מתפקדים, רוב-רובם של המטפלים לא ייכנסו להגדרות של הורה חברתי. נוסף על כך, סביר להניח שלא יהיו מקרים רבים שבהם יבקשו מטפלים הכרה כהורה ביחס לילד. יש לזכור שהכרה מעין זו נושאת עימה לא רק זכויות, אלא בעיקר חובות ואחריות כבדה ועצומה. יש להניח כי רק אנשים שיש להם מערכת יחסים עמוקה ורצינית עם הילד, הזוהה במהותה למערכת יחסים הורית, ירצו ליטול על עצמם אחריות מעין זו. כך, למשל, סביר להניח שמטפלות אשר עוסקות בכך לצורך פרנסתן לא ידרשו זכויות ביקור לאחר סיום העסקתן. נוסף על כך, אף שיש מקרים שבהם כמה ילדים במשפחה נולדים ברצף, ברוב-רובם של המקרים העסקתה של המטפלת מוגבלת בזמן ואינה נמשכת זמן רב מספיק ליצירת מערכת יחסים מעין-הורית.

הפרמטרים לבחינת מערכת היחסים שבין הילד לבין הדמות המטפלת בו יהיו אותם פרמטרים שהובאו בהקשר של משפחות משולבות: מגורים משותפים, גיל הילד בתחילת הקשר עם הדמות המטפלת, משכה של מערכת היחסים בין הילד לבין הדמות המטפלת, מילוי תפקידים הוריים, אופן התייחסותו של הילד לדמות המטפלת ורצונותיהם של כל הגורמים המעורבים. בהקשר זה התלבטתי בשאלה אם צריך להקשיח את הפרמטרים לבחינת מערכת היחסים ככל שמדובר בדמות מטפלת שאינה בן-זוג של הורה חוקי. מצד אחד, מאחר שהדגש צריך להיות

במערכת היחסים שבין ההורה החברתי לבין הילד, שאלת מעמדו של ההורה החברתי ביחס להורה החוקי אינה רלוונטית למעשה לצורך הכרעה זו. מצד אחר, קיימים החששות המתוארים לעיל, ובראשם החרדה שכל אדם מזדמן יוכל לקבל מעמד של הורה ביחס לילד, על הפגיעה במעמד ההורי הנגרמת כתוצאה מכך. נראה שהתחושה היא שכאשר מדובר בבן-זוג של הורה חוקי, ההורה החוקי בחר בו כמשפחה ובחר להכניס אותו לביתו ולמשפחתו. זאת, לעומת מקרה של גורם שהינו זר לכאורה. אולם למעשה אין מדובר בגורם זר באמת. צד שלישי מעין זה הוא פעמים רבות קרוב-משפחה – כגון סבה או דודה – אשר אין ספק שהוא חלק מהמשפחה ואשר פעמים רבות יוצר עם הילד מערכת יחסים עמוקה יותר מאשר הורה חברתי שהינו בן-זוג של הורה. כך גם ביחס לחבר קרוב של המשפחה. מטפלת בתשלום היא לכאורה אדם זר לילד. עם זאת, ברגע שההורים החוקיים מכניסים את המטפלת לביתם ומותירים את הילד תחת השגחתה, היא כבר אינה אדם זר. היא יוצרת מערכת יחסים קרובה ואינטימית עם הילד, ולעיתים היא מקיימת מערכת יחסים קרובה גם עם ההורים.

יש הסבורים כי ראוי לאפשר למטפלים בתשלום לקבל מעמד של "הורה למעשה" בנסיבות המתאימות. כך, למשל, לאופר-יוקלס (Laufer-Ukeles) מציעה במאמרה לבחון את הצטברות התנאים הבאים:<sup>184</sup> (א) קיום מצב של משבר, אשר לאופר-יוקלס מגדירה אותו כאירוע – כגון פירוק של התא המשפחתי, צו של בית-המשפט, מוות או הוצאת ילד מהבית – שמפר את פרטיותה של המשפחה עוד לפני שהצד השלישי פונה להכרה בו; (ב) טובת הילד – נדרשת חקירה מעמיקה יותר מן המקובל, אשר תבחן את איכות הטיפול, את החדירה לפרטיות המשפחה ואת החשש מפני ניצול לרעה של ההליך (בעניין זה הכותבת סבורה כי יש לתת העדפה לעמדת ההורה החוקי, על בסיס החזקה שהורים טבעיים פועלים לטובת ילדיהם, אך יש לבחון אם ניתן לסתור חזקה זו); (ג) איכות הטיפול – בחינת הקשר בין הילד למטפל ועמדת הילד, ככל שניתן לבררה; (ד) משך הקשר; (ה) מגורים משותפים; (ו) ראיות ברורות לרצונו וליכולתו של המטפל לטפל ללא תשלום. הקשחת הפרמטרים יכולה לכלול דרישה למגורים משותפים לאורך תקופה מינימלית מסוימת,<sup>185</sup> ונוסף על כך או לחלופין דרישה לקיום מערכת יחסים

184 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 94-97.

185 ראו, למשל, כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(1)(c), הקובע דרישה של מגורים משותפים עם הילד במשך שנתיים לפחות כחלק מהפרמטרים להגדרת "הורה למעשה". ראו גם Bartlett, ה"ש 131, בעמ' 946, המציעה כי אחת מאמות-המידה להענקת זכויות הוריות תהיה משמורת פיזית על הילד במשך חצי שנה לפחות.



לאורך תקופה מינימלית מסוימת. כן ניתן לקבוע דרישה שלפיה על ההורה החברתי למלא אחוז מסוים (נניח 50%) מהתפקידים ההוריים ביחס לילד<sup>186</sup> או דרישה שלפיה עליו למלא לא רק תפקידים הוריים טיפוליים, אלא גם תפקידים הוריים "ניהוליים", כלומר, תפקידים שעניינם קבלת החלטות בנוגע לילד. יש לציין כי שאלת המגורים המשותפים היא שאלה סבוכה בימינו, שכן ניתן בהחלט לשאול מה ייחשב מגורים משותפים כאשר ההורים גרושים והילד מחלק את זמנו ביניהם. אם מגורים משותפים מוגדרים כמגורים לאורך כל השבוע, ומדובר בדרישה קשיחה לקבלת מעמד הורי, אזי הורים חוקיים רבים לא יעמדו בעצמם בתנאי זה.

נראה שהמצבים שבהם סיטואציה מעין זו תתעורר הם חריגים וזניחים, ולפיכך הפחד המשתק מפני מדרון חלקלק שיוביל להכרה נרחבת בדמויות הוריות לילד אינו מוצדק. מנקודת-מבטו של הילד יש חשיבות בשמירה על מערכות היחסים שנוצרות בינו לבין הדמויות המטפלות בו. היקשרות למבוגרים אוהבים הינה חיונית להתפתחותם התקינה של ילדים, והם זקוקים לקשרים הללו. קיימים ילדים רבים שקשריהם האינטימיים והמקיפים ביותר הם עם מטפל שהוא צד שלישי.<sup>187</sup> לפיכך, במקרים המתאימים שבהם התפתחה בין הילד לבין מבוגר המטפל בו מערכת יחסים רגשית אינטימית הדומה במאפייניה למערכת יחסים שבין הורה לילד, יש להכיר במעמדו של אותו מבוגר כהורה. לכן אני סבורה כי יש לבחון את מערכת היחסים שבין הילד לבין הדמות המטפלת בו בהתבסס על אותם פרמטרים שייבחנו ככל שמדובר בכך-זוג של הורה (ללא הקשחתם). מכל מקום, יהיה צורך לבחון בכל מקרה קונקרטי את הענקת המעמד של הורה לאור טובת הילד ובשים לב לפגיעה במעמדם של הורי הילד בנסיבות אותו מקרה.

### ו. מילים מספר על החשיבות של הענקת מעמד הורי מלא

חלק נכבד ממקור כוחו של הסטטוס ההורי נובע מהאגד הנרחב של זכויות וחובות הנלוות אליו ומייחודו, ולכן אין זה ראוי לפרקו למרכיביו. פירוק הסטטוס ההורי לרכיביו עלול לחתור תחת קיומה של ההורות כמוסד משפטי ותחת המימד הסמלי וההצהרתי הנלווה למעמד זה. לפיכך אני סבורה כי במקרים המתאימים יש להעניק

186 ראו, למשל, כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(1)(c), הקובע דרישה של ביצוע רוב הפעולות הטיפוליות בילד או ביצוע חלק מהפעולות הטיפוליות בילד שאינו נופל מהחלק שביצע ההורה שעימו הילד מתגורר מרבית הזמן. זאת, כחלק מהפרמטרים להגדרת "הורה למעשה".  
187 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 74.

מעמד מלא של הורה לכל מי שיוגדר הורה של הילד – מעמד שיכלול את כל אגד הזכויות והחובות שמהווה הורות משפטית.

הענקה של סטטוס משפחתי מקנה את הזכויות והחובות המשפטיות הנלוות לאותו סטטוס, ובה־בעת מכבדת את הערך האקספרסיבי המשתמע מהכותרת.<sup>188</sup> לנוכח החשיבות העצומה של מערכות יחסים משפחתיות בחיים האישיים והקולקטיביים, גישה לסטטוס משפחתי משמעותית מאוד לאנשים.<sup>189</sup> הכרה בסטטוס אף מהווה אישור חברתי ומוסדי לקשר הקיים, וכן סוללת את הדרך להכרה חברתית רחבה יותר בו.<sup>190</sup> באמצעות מתן סטטוס של הורה, המשפט מכיר במערכת היחסים הקיימת בפועל בין הילד לבין מי שמשמש הורהו. מתן מעמד משפטי מלא להורה החברתי יאפשר לו להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד, ויִקנה לו הגנה חוקתית בכל הנוגע בקבלת החלטות ביחס לטיפול בילד ולאופן גידולו. מתן מעמד משפטי מלא להורה החברתי אף יִקנה לו יתרונות חברתיים־כלכליים שונים הנובעים ממעמדו של אדם כהורה, ובכך יאפשר לו למלא את תפקידו על הצד הטוב ביותר וכן יעניק לילד הטבות מגוונות. כמו־כן, הכרה משפטית מלאה בדמות המטפלת כהורה תעניק הן לילד והן לדמות המטפלת בו מימד של קביעות, יציבות וודאות.

מאמר זה מתמקד בצורך להעניק מעמד הורי מלא להורה החברתי במצבים מסוימים. עם זאת, המאמר אינו שולל את האפשרות לקיומם של הסדרים־ביניים שיתירו הכרה מסוימת בקשר שנוצר בין ילד לבין מבוגר המטפל בו אך שאינו עונה אחר אמות־המידה שייקבעו להגדרת הורות חברתית. המאמר אינו פוסל הותרת גמישות מסוימת אשר תאפשר למגוון רחב יותר של מערכות יחסים הנרקמות בין ילדים לבין המבוגרים המטפלים בהם לבוא לידי ביטוי תוך פגיעה מינימלית בעקרון הבלעדיות ההורית. באפשרות זו עסקתי במקום אחר.<sup>191</sup>

Katharine K. Baker, *Marriage and Parenthood as Status and Rights: The Growing, Problematic and Possibly Constitutional Trend to Disaggregate Family Status from Family Rights*, 71 OHIO ST. L.J. 127, 130 (2010)

189 שם, בעמ' 132.

190 לפי הקר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 930, המשפט לבדו אומנם אינו יכול לחולל שינויים חברתיים עמוקים, אך הוא סמל המשפיע על התנהגויות ותפיסות חברתיות.

191 מרקוס "על האפשרות להכיר ביותר משני הורים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 467–471.

## ז. מילים מספר על הזכות להורות חברתית כחלק מהזכות להורות

מפאת קוצר היריעה המאמר אינו מפתח את הסוגיה החוקתית שהזכות להורות חברתית מעוררת.<sup>192</sup> עם זאת, אי־אפשר לא להזכיר את הנושא כלל, ולכן אייחד לו מילים מספר.

הורות היא סטטוס המקנה מעמד משפטי כלפי כולי עלמא. מעמד זה מוגן כזכות חוקתית. הזכות החוקתית להורות מקנה הגנה מפני התערבות של המדינה ושל צדדים שלישיים במערכת היחסים שבין ההורה לבין הילד ובדרך שבה ההורים בוחרים לגדל את ילדיהם. אני סבורה כי על המשפט להכיר בזכות של הורה חברתי להיות הורה כזכות־יסוד חוקתית שהינה חלק מהזכות להורות, אף אם אין הוא ההורה הביולוגי.

אחת הסיבות להכרה בזכות כזכות משפטית היא הרצון להעניק לה הגנה אפקטיבית יותר באמצעות הגבלת כוחם של החברה, המדינה והפרטים האחרים לפגוע באינטרסים העומדים בבסיסה.<sup>193</sup> כל עוד זכות היא מוסרית בלבד, החובה המוטלת על מוסדות החברה/המדינה לסייע במימושה או להגן עליה חלשה יותר בהשוואה למצב שבו הזכות מוכרת כזכות משפטית־חוקתית. השאלה אילו אינטרסים צריכים להיחשב זכויות משפטיות מוכרעת באמצעות ניתוח של דחיפות הצרכים, זיקתם לכבוד האדם והצורך להעניק להם את ההגנות המיוחדות הנלוות לזכות.<sup>194</sup> השאלה אם יש להכיר בזכות מסוימת כזכות־יסוד שונה מהשאלה מהו היקף התפרשותה של הזכות הראויה להגנה וכן מהשאלה בדבר היקף ההגנה עליה.<sup>195</sup> על שתי השאלות האחרונות יש לענות על־פי ערכיה של כל חברה, וחברה, באמצעות איזון בין הזכויות השונות והאינטרסים השונים.

192 לעניין זה ראו מרקוס הזכות להורות חברתית, לעיל ה"ש 17.

193 רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות־פוליטיות ובין זכויות חברתיות־כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 65 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

194 שם, בעמ' 46.

195 לחשיבות ההבחנה בין השאלה אם קיימת זכות חוקתית לבין השאלה מהו היקף ההגנה על הזכות ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' – בעקבות ספרו של אהרן ברק 'מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה' (2010)" משפט ועסקים טו 281 (2012); אהרון ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף והגבלות" משפט וממשל א 253, 264 (1993); אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 373–374 (1994); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 3 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש, פס' 6 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 24.3.2009).

הזכות להורות מורכבת מזכויות הניצבות על ספקטרום רחב – חלקן זכות כיום בהכרה על-ידי המשפט, וחלקן עדיין אינן מוכרות. שינויים חברתיים וחידושים טכנולוגיים עשויים להשפיע על תפיסת הזכות להורות בחברה, וכתוצאה מכך גם במשפט, ובכך לשנות את מעמדן של הזכויות השונות. בגרעינה הזכות להורות הינה זכותו של היחיד להתרבות טבעית. זכות זו הינה חלק בלתי-נפרד מאנושיותו של האדם, אשר מתבטאת בכמיהה עזה ובשאיפה להביא ילדים לעולם. כמיהה זו משותפת לכל אדם באשר הוא, בכל מקום בעולם ולאורך כל תקופת קיומו של המין האנושי. היא מיוחסת ליצר ההישרדות של האדם, הן כפרט והן כחברה אנושית בכללותה, אשר ללא ההולדה לא תוכל להמשיך להתקיים. יש המייחסים כמיהה זו לרצונו של האדם בהמשכיות או להתמודדותו של האדם עם היותו בן-תמותה, ויש הרואים בהבאת ילדים לעולם הגשמה עצמית. ערגה זו הוכרה זה כבר כבעלת עוצמה וחשיבות זהה גם ביחס לרצון לגדל ילדים שאינם קשורים ביולוגית להורה.<sup>196</sup>

יש לפרש את חוק-היסוד כחל אף על זכותו של הורה חברתי להיות הורה, וזאת כחלק מהזכות להורות. הכרה בזכות להורות חברתית רצוי שתקבל אף עיגון באמצעות חקיקה ראשית אשר תביא לידי ביטוי את הערכים השונים ותקבע כללים שבהתקיימם תתמלא הזכות תוכן. כללים אלה, אשר יעסקו בהגדרת ההורות, יכירו בזכותו של אדם להורות חברתית, ויעניקו לו מעמד בהתקיים התנאים המופיעים בחוק. אף אם המחוקק לא יעגן זכויות אלה בחקיקה ראשית, על בית-המשפט להכיר בזכות להורות חברתית – במצבים שפורטו במסגרת העבודה – כזכות הנגזרת מהזכות להורות, וזאת בין מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין מכוח היותה זכות מוסרית העומדת בפני עצמה. הכרה בזכות חוקתית הינה חשובה הן כמעניקה הגנה רחבה מפני התערבות של המדינה וצדדים שלישיים במימושה והן לנוכח ההיבט הסמלי-ההצהרתי שלה, המגלם את הערכים החשובים בחברה ומשקף תפיסה המשווה את מעמדו של ההורה הביולוגי למעמדו של ההורה החברתי.

196 ראו את דבריה של הנשיאה ביניש בעניין משפחה חדשה, שם, פס' 3: "על-פני הדברים, יש מקום לטענה כי הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ."

### אחרית דבר

הכרה במעמדו המשפטי של הורה חברתי עולה בקנה אחד עם טובתו של הילד, ומשרתת הן אינטרסים של המבוגרים המעורבים בגידולו של הילד והן אינטרסים של החברה. לנוכח מגוון הסוגים הרחב של מערכות היחסים ההוריות הקיימות, אי-אפשר ליצור מבחן אחיד שיתאים לכלל המצבים, אלא על המשפט לקבוע אמות-מידה שונות להכרה בהורות חברתית בהתאם לסוגים השונים של מערכות היחסים הקיימות. בחינת הסוגיה בהתאם לפרמטרים שייקבעו הינה מורכבת אומנם, ועשויה אף להיות עמומה במצבים מסוימים, אך מושגי-שסתום אינם זרים למערכת המשפט, ונראה שהתועלת שבהרחבת המעמד ההורי עולה על החיסרון שבמורכבות ההליך. נוסף על כך, יהיו מצבים שבהם יהיה מקום להגדיל את מספר ההורים באופן אוטומטי בחקיקה, כך שההורים הנוספים יוכרו ברגע לידתו של הילד. בכך יימנע חוסר הוודאות לפחות בחלק מהמצבים.

לב-ליבו של העניין הוא מערכת היחסים שבין הילד לבין ההורה החברתי. הכרה במעמדו של ההורה החברתי כהורה משמרת את מערכת היחסים שנוצרה בינו לבין הילד, ותומכת בעקרונות של המשכיות, אחריות, דאגה והדדיות. בכך הכרה זו עולה בקנה אחד עם אינטרסים חברתיים חשובים של שמירת הקשר הרגשי והאינטימי שנוצר בין הילד לבין מי שמטפל בו ומגדלו כהורה, הפקדת האחריות לטיפול בילד ולדאגה לו בידי מבוגרים המעוניינים בכך וכן קידום הערכים המשפחתיים, אף אם אין מדובר בדפוס המשפחה המסורתית. כאשר דיני המשפחה מעניקים יחס שונה לגורמים שונים המטפלים בילד, ההתייחסות השונה משפיעה בתורה על הציפיות והחוויות של הדמויות הללו, ולפיכך גם על הרגשות והצרכים של הילדים שבהם הם מטפלים.<sup>197</sup> לפיכך ראוי לעצב מחדש את המציאות כפי שהיא נחווית. הקניית המעמד תעניק הכרה משפטית בחוויית החיים של הילדים שגדלים במסגרת משפחתית זו ושל ההורים החברתיים.

197 *Appleton, Parents by the Numbers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65.