

## שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: ספר הערות על דאגה וצדק

א. הקדמה א ב. שיח הזכויות א 1. ביקורת שיח הזכויות א ג. שיח היחסים א 1. מקורותיו של שיח היחסים - מחקריהן של גיליגן וממשיכותיה א 2. ביקורת על עמדתה של גיליגן א 3. הסתייגות מגישתה של גיליגן - המענה ששיח היחסים מציע א (א) ההסתייגות מעמדותיהן של גיליגן וממשיכותיה א (ב) המענה ששיח היחסים מציע א ד. תחולתו של שיח היחסים - יישום והשלכות א 1. הגבלת התחולה להסדרת יחסים בין צדדים קרובים א 2. מאפייני שיח היחסים א 3. יישום שיח היחסים במישור הדיוני א (א) גישור: דרכי יישום והפעלה א 4. יישומו של שיח היחסים במישור התוכן א ה. הפעלת שיח היחסים - מקרי-מבחן א 1. מאבק על גורלן של ביציות מופרות - פרשת נחמני א 2. יחסי אם-עובר א 3. קביעת הורות ביחס לצאצא שנולד כתוצאה מתרומת ביצית א 4. מאבקי משמורת א ו. הערות לסיכום

### א. הקדמה

בחינה של שיטות המשפט המערביות מלמדת כי דרכי ההכרעה שהן סיגלו לעצמן מבוססות בעיקרן על שיח הזכויות הליברלי. שיח זה משקיף על האדם כעל יצור עצמאי ובלתי-תלוי, המתנהל בתוך ספֵרה אוטונומית, עטוי זכויות, המהוות חלק בלתי-נפרד מישותו. ברוח שיח זה, התייחסות המשפט לאינטראקציות המתנהלות בין הפרטים מבקשת להשתחרר מן הנרטיב העשיר המרכיב את חייהם, מקשריהם הבינאישיים ומן ההקשר החברתי-התרבותי שבו הם מצויים, ורואה באלה מאפיינים שאינם רלוונטיים להגדרת זכויותיהם. אינטראקציה בין פרטים נהפכת לתחרות בין זכויות, וההכרעה, כאשר יש מחלוקת באשר לנצחונה של זכות אחת על רעותה, נדרשת להסתמך על קביעה אמפירית כביכול באשר לעוצמת הזכויות המתנגשות, עוצמת הפגיעה ההדדית והסתברותה. לשם קביעה זו עוצבו נוסחות מוגדרות, המתיימרות לתרום למערכת אובייקטיביות ובאמצעותה יציבות וודאות. השיח המשפטי המבוסס על שיח הזכויות מאופיין ככוחן דילמות מוסריות באופן מנותק ומדגיש את זכויות הפרט במובנן הליברלי ואת עקרון השוויון במובנו

\* מרצה, בית-הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות למירי רוזמרין על הערותיה המאירות לטיוטה מוקדמת של מאמר זה, ולפנחס שיפמן, אייל גרוס, צבי כהנא ואפרת קרונברגר על שאפשרו לי להיוועץ בהם ביחס לסוגיות שונות שעלו ברשימה זו. תודה מיוחדת נתונה לעורך נמרוד אביעד על ליווי ועצה יקרים מפו.

הפורמלי. שיטת הדיון האדוורסרית, מקום שבו נבחרה, מהווה מאפיין מרכזי נוסף של דרכי ההכרעה השיפוטיות שיש להסב אליו את תשומת-הלב. בהיותה אדוורסרית, השיטה הנוכחית מנגידה את שני הצדדים על זכויותיהם, ומחדדת את מאפייניו של השיח כשיח מתגדר וקונפליקטואלי.

עיצובן האמור של שיטות המשפט המערביות ונוכחותן הדומיננטית של שיח הזכויות במרכזן מעלים לפחות שלושה קווי ביקורת עיקריים שמאמר זה ינסה להתמודד עמם. קו הביקורת הראשון יעמוד, בהשראת מחקרה של קרול גיליגן,<sup>1</sup> על "הכשל הייצוגי" הקיים במערכת משפט המבוססת על שיח הזכויות הליברלי, המשמיטה את הקול המוסרי הנוסף, הקול ה"דאוג". קו הביקורת השני יתמקד בהשפעותיו של שיח הזכויות הליברלי, ויטען כי התוצאות שמערכת המושתתת על שיח זה מובילה אליהן פוגעות ביחסים הבינאישיים ובפרט במערכת היחסים התוך-משפחתית. קו הביקורת השלישי יצביע על הקושי של השיח הרווח להתמודד בהצלחה עם מורכבותן של שאלות משפטיות תוך התמקדות, אף מהיבט זה, בהקשרי משפחה.

מקורה הרעיוני של הביקורת טבוע במחקרה של גיליגן, אשר חשף לפנינו, לראשונה, את הפער הקיים בין האופן שהמוסר האנושי נתפס בו (והאופן שמערכת המשפט מעוצבת בו בעקבותיו) לבין מאפייניו הפסיכולוגיים של האינדיווידואל (אצל גיליגן – האשה) העומד במרכזה. להבדיל מתיאוריות ההתפתחות הקלאסיות, הטוענות לקורלציה בין האדם למשפט והסוברות כי האדם בוחן דילמות מוסריות כמאבק בין פרטים אוטונומיים ומבסס את הכרעותיו המוסריות תוך איזון אנליטי בין זכויות נוגדות, הדגם ההתפתחותי החלופי חושף מגוון שיקולים נוספים שהאדם בוחן כאשר הוא ניגש לקבל הכרעה מוסרית. מעבר לזיהוי הזכויות והקונפליקטים ביניהן, האדם מנסה לאתר מערכות יחסים שבהן הוא ממוקם ולבחון את השפעתן על ההכרעה בקונפליקט. מערכות יחסים אלה הכרחיות להתפתחותו כאדם ומהוות מרכיב מרכזי בתפיסתו את עצמו ובדרך קבלת ההחלטות שלו.

זיהוי הקול האחר ובחינתו לנוכח השיח המשפטי הרווח – שיח הזכויות, ילמד על הפוטנציאל הטמון בו לריפוי פגמיו. פגמים אלה, ככל שיידונו במסגרת זו, יתמקדו כאמור במשפחה. הדגם הליברלי, ובעקבותיו שיח הזכויות, חדרו את גבולות המשפחה והעבירו את הדגש מן המשפחה כיחידה חברתית נבדלת אל הפרטים המרכיבים אותה. תופעה זו מייבאת אל המשפחה ערכים של חירות, הגשמה עצמית ושוויון, ונותנת אותותיה בדרכי יצירת המשפחה, בעיצוב היחסים בין חבריה ובהסדרת אופן פירוקה. אלמנטים אלה, המגלמים פוטנציאל לשינוי חברתי תוך העצמת הגורמים המוחלשים במשפחה, ובראשם האשה והילד, עלולים, אם ייושמו באופן בלתי-ראוי, להוביל לפגיעה קשה במרקם המשפחתי. דווקא בשל חשיבותו של מוסד המשפחה לרווחת הפרט ולהתפתחותו של הילד מתחדד הצורך בעיצוב שיח משפטי חלופי המסוגל להתמודד עם השינויים החברתיים

1 ק' גיליגן בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נ' בן חיים מתרגמת, 1995). גיליגן, חוקרת בתחום הפסיכולוגיה, הצביעה על תפיסתן המוסרית השונה של נשים, המעמידות, כחלופה לתפיסה האינדיווידואליסטית המקובלת, תפיסה "רשתית" של מערכות יחסים, המתמקדת ביחסים בין הפרטים ומבקשת לפתור קונפליקטים תוך התחשבות בכל הצדדים הרלוונטיים.

שהתרחשו ולסייע בריכוך האלמנטים המשפטיים המנכרים שחדרו לזירה המשפחתית תוך שמירת היתרונות שהושגו על-ידי שיח הזכויות.

על בסיס אתיקת הדאגה,<sup>2</sup> כפי שהתפתחה מאז פורסם מחקרה של גיליגן לראשונה, אבקש להטמיע שיח חלופי: "שיח היחסים",<sup>3</sup> שיח משפטי שיגלם, בין היתר, את הנדבך האמור באישיותו של הפרט ויבקש להתמודד עם תחלואי השיטה הקיימת. בעקבות מחקרים מתחום תורת המוסר, אשר הציעו לשלב רעיונית בין האתיקה של הדאגה לזולת לאתיקה הזכויות,<sup>4</sup> יבקש שיח היחסים, כשיח משפטי, לתרגם את המאפיינים האמורים לכלים משפטיים.

להבדיל מאתיקת הזכויות ומשיח הזכויות הליברלי המושתת על אדניה, אתיקת הדאגה, המשמשת כמקור השראה ותוכן לשיח היחסים, דוחה את הקביעות והוודאות כסימנים מובהקים של המוסריות, ותופסת שיפוט מוסרי כתלוי-נסיונות וכרגיש לצורכי האחר ולדינמיקה של מערכת יחסים ספציפית. אתיקת הדאגה מפרשת את שיקול-הדעת המוסרי ככולל חמלה, ומדגישה נורמות של היענות לזולת ואחריות כלפי האחר. כבעל מאפיינים השואבים את השראתם מאתיקת הדאגה ומאתיקת הזכויות, שיח היחסים אינו שואף לאיין את עקרונות החירות והשוויון העומדים ביסודה של אתיקת הזכויות או את המושג "זכות" עצמו, אלא לשלבם עם העקרונות של אתיקת הדאגה תוך יצירת ההתאמות הנדרשות והטמעתם לשיח חלופי כולל.

בחינתו של שיח היחסים ראוייה במיוחד בהקשרם של דיני המשפחה לא רק בשל התחדדות הביקורת של שיח הזכויות בהקשרים אלה.<sup>5</sup> הקשרי משפחה מהווים, בשל אופיים המיוחד, קרקע פורייה להטמעתו של שיח היחסים. במרכזם של סכסוכים בעלי אופי

2 הכינוי העברי המקובל שהוצמד ל-Ethic of Care העומד בבסיס מחקרה של גיליגן.  
3 התלבטתי בקביעת שם לשיח המשפטי שביקשתי לעצב כאן. תחילה נבחר השם "שיח הדאגה" בעקבות אתיקת הדאגה, אך הוא נדחה בשל המשמעות הכפולה של המונח "דאגה" בשפה העברית. מבחינה תוכנית היה ראוי להשתמש במונח "אחוה", אולם לנוכח שורשיו הפמיניסטיים של השיח המוצע, עשיתי שימוש במונח זה נראית לא-ראויה. המונח sisterhood תורגם אומנם לעברית ("אחותיות"), אך אינו שגור בשפתנו. בחרתי ב"שיח היחסים" לנוכח מרכזיות היחסים הבינאישיים במסגרתו ובשל שורשיו בפמיניזם של היחסים.

4 להצעות לקליטת אתיקת הדאגה כשיטה מוסרית ולאינטראקציה בינה לבין האתיקה של הצדק (המכונה כאן אתיקה של זכויות), העומדת ביסודו של שיח הזכויות, ראו והשוו: J.C. Tronto *Moral Boundaries – A Political Argument for an Ethic of Care* (New York, 1993); G. Clement *Care, Autonomy, and Justice – Feminism and the Ethic of Care* (Colorado, 1996); N. Noddings *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education* (Berkeley, 1984); S. Sevenhuijsen *Citizenship and the Ethic of Care – Feminist Consideration on Justice, Morality and Politics* (London, 1998); S. Benhabib *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics* (Cambridge, 1993) 178–202.

5 בחירתי זו בדיני המשפחה אינה באה לומר דבר ביחס להלימותו של השיח בהקשרים אחרים של המשפט. לפי חלק מן הגישות, אתיקת הדאגה מספקת כללי הנמקה והכרעה גמישים דיים להציע דרכי פתרון לקונפליקטים המתעוררים בהקשרם של תחומי המשפט השונים, ולא רק בהקשרם של דיני המשפחה.

"משפחתי" עומדת לרוב מערכת יחסים מורכבת, המחייבת התייחסות. שיח המבסס את הכרעותיו תוך התמקדות במערכות היחסים בין הצדדים יהיה מיטבי לשם בירור הסכסוך. רגישות השאלות, השקתן לא-פעם ליחסים אנושיים מסועפים, נגיעתן בנפשם של המעורבים ומורכבותן לנוכה מגוון השיקולים שהן מערבות מכתובות הפעלת אמות-מידה גמישות ורגישות המסוגלות להכיל את מכלול נסיבותיה הייחודיות של המחלוקת ואת מאפייני הצדדים על זיקותיהם וקשריהם ההדדיים. אופן ההכרעה הנובע משיח היחסים וסוג הפתרונות המוצע על בסיסו עשויים לזכות באהדה יחסית ובשיתוף-פעולה בהקשר המשפחתי, הכולל מטבעו מאפיינים דומים.

תחילת הרשימה תוקדש לבחינה תיאורטית של שני סוגי השיח, תוך עמידה על חלק מן הקשיים ששיח הזכויות מנביע. לאחר-מכן תחל המלאכה של שילוב שיח היחסים אל תוך המערכת המשפטית תוך התמקדות בדיני משפחה. במסגרת זו ייבחנו אתרים קיימים שבהם החלה המערכת המשפטית לסגל מאפיינים "יחסיים".<sup>6</sup> בחלקה השני של הרשימה אבקש לעמוד על השלכותיו המעשיות של השיח החלופי המוצע במובנו הדיוני והתוכני כאחד. מן הפן הדיוני תודגש החלופה המגולמת בהליכי הגישור כאמצעי לייבוא רעיונות של שיח היחסים לשיטה הקיימת. אעמוד על מאפייניהם העקרוניים של הליכי הגישור והתכליות והיעדים שניתן להשיג באמצעותם מבלי לדון ביישומם הממשי. מן הפן התוכני אציע, על בסיס התשתית התיאורטית שתובא, לגזור משיח היחסים שיקולים הראויים לשיטתי לחול בהקשרם של סכסוכי משפחה. אף-על-פי שבשל מהות השיח כשיח גמיש ותלוי-הקשר לא יהיה ניתן להציג את מלוא השיקולים ברשימה מבואית זו, אבקש להבהיר את הדברים באמצעות ניתוח חלופי שאביא לכמה שאלות מתחום דיני המשפחה.

### ב. שיח הזכויות

השיח המשפטי המקובל בשיטות המשפט המערביות, ובפרט זו האמריקאית, מושתת על אתיקת הזכויות. בבסיסו של שיח הזכויות עומדת התיאוריה הפוליטית הליברלית המציבה במרכזה את האדם האוטונומי. האדם האוטונומי, כפי שעוצב בהשראה קנטיאנית בכתיבתו של רולס<sup>7</sup> כדגם לקביעת הצדק החברתי, חף כביכול ממאפיינים תרבותיים,<sup>8</sup> נטול

6 ש' ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא: בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית-המשפט 'המחשק'" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 159, 236.

7 J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971).

8 נוסף על הדברים במקור, Rawls, *ibid*, at p. 137, ראו התייחסויותיהם של ר' הלפרין-קדרי "להשאיר חיים אחרים": יילוד העובר מגוף נפטרת - האומנם בכל מקרה? דילמות באתיקה רפואית (ר' כהן-אלמגור עורך, תשס"ב) 107, 116, 119-120; י' לבנת "פרט וקהילה - ביקורת קומוניטריאנית על בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הבטחון" משפטים לא (תש"ס) 219, 223-226; צ' בקרמן, מ' סילברמן "כבוד האדם והחינוך אליו: לקראת תרבות של אדיבות" כבוד האדם או השפלתו? (א' הראבן, ח' ברם עורכים, 2000) 127, 131.

מאפייני מעמד או כישורים ומשולל הקשרים או קשרים חברתיים<sup>9</sup> הנתפסים אצל רולס כאינסטרומנטליים בלבד.

תפיסה ליברלית זו, אף שעברה שינויים בעשורים האחרונים, עודה מתבוננת על האינדיווידואל כעל אדם עצמאי, נבדל, נטול מאפייני מגדר, גיל, גזע או מעמד ושווה במאפייניו לכל אחד אחר, או כמי שראוי להתייחס אליו באופן זה. פרט זה מתרכז במקסום חירותו האישית הן כלפי הרשות והן כלפי האחר. הערכים המרכזיים בשיטה זו הינם חירות אישית ושוויון, ובמידה רבה היא צופה על היחיד כמי שמתנהל (או שואף להתנהל) בבידוד חברתי.

בהצטרף מאפיינים אלה אל הדגם הדיוני ששיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות מושתתות עליו, הדגם האדוורסרי, מתקבלת שיטה משפטית המאופיינת בתחרותיות, בעשייה משפטית לוחמנית שתוצאתה בינרית: ניצחון או הפסד.<sup>10</sup> מאפיינים אלה של העשייה המשפטית מתייחסים הן לשלבים המוקדמים של ההתקשרות המשפטית בין הצדדים, או יבקש כל צד להבטיח יצירת הסדר שיספק לו יתרון במקרה של מחלוקת עתידית, והן לשלבים המאוחרים לאחר פרוץ הסכסוך המגיע לבית המשפט ומחייב ליטיגציה תחרותית.

לשיח הזכויות יש אף השפעת לווואי נוספת – התגברות ה"משפטיזציה",<sup>11</sup> המאופיינת בהגברת השימוש במשפט ככלי להכרעות חברתיות ופוליטיות ובגידול היקף התביעות והעתירות הנידונות בבתי המשפט.<sup>12</sup> הבידול והתחרותיות המאפיינים את שיח הזכויות באים לידי ביטוי לא רק בעצם קיומם של ההליכים המשפטיים ובאופן ניהולם, אלא אף בתוכנם של ההסדרים המשפטיים.<sup>13</sup>

שיח הזכויות בתצורתו האמריקאית, על אף מגרעותיו האמורות, אומץ גם בהקשר הישראלי, אם כי לא באופן מלא. בשני העשורים האחרונים, ובפרט מאז נחקקו חוקי היסוד, בשנת 1992,<sup>14</sup> התרחשו תהליכים כלכליים, חברתיים

9 Glendon מכנה את נושא הזכויות הטיפוסי לשיטה זו "The Lone Rights-Bearer" באופן כללי, ראו: M.A. Glendon *Rights Talk – The Impoverishment of the Political Discourse* (New York, 1991) 47–61.

10 ר' הלפרין-קדרי "שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחסי אם-עובר ושימוש בסמים על-ידי נשים הרות" פלילים 1 (תשנ"ח) 261, 290; C. Menkel-Meadow "Toward another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving" 31 *UCLA L. Rev.* (1984) 754.

11 *Supra* note 9, at p. 1.

12 נראה כי אף בישראל קיים קשר בין התגברות שיח הזכויות והשרשת המשפטיזציה, ראו בהקשר זה ג' ברזילי "פרלמנטריות ויריבו: הפוליטיקה של המשפט הליברלי" חברה במראה (ח' הרצוג עורכת, תשס"א) 359, 367, 372; ר' שמיר "חברה, יהדות ופונדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 699, 711–712.

13 ראו, למשל, בהקשרם של דיני החוזים, ה' קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" משפטים לא (תשס"א) 269, 277. מהיבט אחר, ראו: B. Horsburgh "Redefining the Family: Recognizing the Altruistic Caretaker and the Importance of Relational Needs" 25 *U. Mich. J. L. Ref.* (1992) 423.

14 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב

ופוליטיים<sup>15</sup> שהביאו לידי התגברות שיח הזכויות, או למצער להתגברות רטוריקה של שיח זכויות.<sup>16</sup> גידול הקיטוב והפערים הכלכליים, התברגנות, קליטת סממני התרבות האמריקאית, התמוססות הקונסנזוס והתגברות האינדיווידואליזציה הובילו להידודו של שיח ליברלי בזכות חירויות הפרט.<sup>17</sup> מקומו של המשפט בהקשר זה כפול: כמבטא שינויים אלה אך בד בבד כמי שנטל חלק ביצירתם.<sup>18</sup> כאמור, על-אף אחיזתו ההולכת וגוברת של שיח הזכויות בשיטת המשפט הישראלית, לא ניתן להתעלם מקיומן של מובלעות ששיח זה מרוכך במסגרתן. ביטוי לכך ניתן למצוא הן במאמציהם של בתי-המשפט למצוא פתרונות של פשרה על-ידי קידום חלופות הגישור תחת הליכי השיפוט האדוורסרי והן בהטמעת תכנים "מחשקים" בעיצוב הדין המהותי.<sup>19</sup>

שיח הזכויות חדר בעשורים האחרונים אף לתחום דיני המשפחה.<sup>20</sup> מנגנונים שמקורם בשיח הזכויות משמשים להסדרת סוגיות הנוגעות בתחום המשפחה ומאבקים של הפרטים המרכיבים את המשפחה זה בזה, מגובה בכלים חוקתיים וברכיבים של זכויות. דגש בערכים ליברליים-אינדיווידואליים מושם בהקשרה של המשפחה, הנהפכת יותר ויותר

114. חוקי-היסוד האמורים נחקקו במידה רבה בעקבות העמקת שיח הזכויות, אולם תרמו כשלעצמם להעמקתו. ראו א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133; כן ראו והשוו ע' זלצברגר, ס' קידר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 489; א' גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 79; ר' בן ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 433.
15. י' פלד, ג' שפיר "משיח של חלוציות לשיח של זכויות: זהות ואזרחות בישראל" חברה במראה (ח' הרצוג עורכת, תשס"א) 515.
16. ברזילי, לעיל הערה 12, בע' 360.
17. ברזילי, שם, בע' 361; שמיר, לעיל הערה 12, בע' 711.
18. ברזילי, שם, שם. לתיאור מגמה אחרת ראו ליפשיץ, לעיל הערה 6, בע' 240.
19. ראוי לשים-לב בהקשר זה לעמדתו של פרופסור מאוטנר, המצביע על התחדדות של "תחרותיות, אנוכיות, שימוש אינסטרומנטלי בזולת" שהתרחשה בחברה הישראלית במהלך שנות השמונים, אך סבור כי היא הובילה לשינוי משפטי המתאפיין במעבר מפורמליזם לערכים ובהרחבת האחריות המשפטית. לגישתו, שינוי זה הביא לידי "ריכוך" השיח המשפטי ולהפנמה, במידת-מה, של רעיונות האחוה, הסולידריות והעזרה ההדדית (מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) 131, 159).
20. להיבטים המשפטיים והסוציולוגיים של השינוי ראו י' סימון השתקפותה המשפטית של תרבות הזכות להורות (עבודה לקראת קבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 2002) 27-32; ס' פוגל-ביז'אווי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מגדר פוליטיקה (1999) 107, 109; M.A. Glendon *The Transformation of Family Law: State Law and Family in the United States and Western Europe* (Chicago, 1989); Sevenhuijsen, *supra* note 4, at pp. 90-121; J.L. Dolgin *Defining the Family – Law Technology, and Reproduction in an Uneasy Age* (New York, 1997); B.C. Hafen "Individualism and Autonomy in Family Law: The Waning of Belonging" 1991 *NYU L. Rev.* (1991) 1; E. Beck-Gernsheim "On the Way to a Post-Familial Family – From a Community of Need to Elective Affinities" 15 *Theory, Culture & Society* (1998) 53; E. Beck-Gernsheim *Reinventing the Family – In Search of New Lifestyles* (Cambridge, 2002).

מיחידה בעלת ערך כשלעצמה לצבר של פרטים הזוכים בהגנה על חירותם. נאמן לשימור האוטונומיה, המשפט נזהר מלהכפיף את הפרטים המרכיבים את המשפחה זה לזה ולמוסד המשפחה בכללותו, מגביל את התערבותו בניהול המשפחה ונשמר מלהכתיב לה ערכים, בכללם ערכים של אחריות ודאגה הדדית.<sup>21</sup>

עם זאת ראוי לציין כי המציאות מורכבת יותר מן המגמה המוזכרת וההשפעות אינן חד-ערכיות. כפי שעולה ממחקרו של ליפשיץ, ניתן ללמוד על התעצמות אלמנטים ליברליים בדיני המשפחה בישראל, אך בד בבד משיכות להשתרש, לפחות בהיבטים הנוגעים בווגיות שבהם הוא דן, תפיסות אנטי-ליברליות, הניתנות לסיווג כעמדות שמרניות או כעמדות קהילתיות, לעיתים במסווה או תחת סיווג שגוי של ליברליזם.<sup>22</sup> ענייני נישואין וגירושין, הכפופים להסדרת הדין האישי, משמרים באופן חלקי תפיסות מסורתיות, המלוות, לכאורה לפחות, בנוסף דאגה. במקביל, ולעיתים מתוך רצון לנטרל את האלמנטים הדתיים, מתפתח בישראל דין אזרחי, המאופיין, בחלק מן ההקשרים, באלמנטים ליברליים קיצוניים.

אף יחסי הורים-ילדים, בדומה להסדרת יחסי הווגיות, משלבים בין הזרמים. לצד אלמנטים מרוככים, דוגמת עקרון טובת הילד ותפיסת האחריות ההורית, גובר, כפי שעוד נראה, הקול המדבר בשם שיח הזכויות הליברלי ומבקש (ומצליח במידה רבה) לבסס את המחויבות לזכויות הילד. עקרון טובת הילד, גם כאשר תחולתו מצופה ומוסכמת, אינו מצליח לשמש מגן הרמטי מפני החדרת מאפייניו הבעייתיים של שיח הזכויות.<sup>23</sup> ביחס לסוגיות אחרות, שאינן מהוות חלק אינטגרלי מענייני המעמד האישי, אך הכרוכות במאפיינים משפחתיים, כגון טכניקות ההולדה המלאכותיות, מסתמנת, או עשויה להסתמן, מגמה שתעלה בקנה אחד עם שיח הזכויות.<sup>24</sup>

## 1. ביקורת שיח הזכויות

ביקורת שיח הזכויות ותורת המוסר שהוא מושתת עליה מושמעת ממספר רב של כיוונים ומפי מגוון של מבקרים. על קצה המזלג יוזכרו במהלך הדברים טיעוני הביקורת שהושמעו מפי ה־Critical Legal Studies, על-ידי הכתיבה הפמיניסטית ובשם רעיונות

21 ראו להלן בחלקה השני של הרשימה העוסקת בבחינת סוגיות קונקרטיות מדיני המשפחה.  
22 ש' ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (עבודת-גמר לקראת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב). בהקשר הישראלי הקונקרטי, בעיקר ככל שהוא נוגע בדיני הווגיות, ראו שם, החל בע' 503.

23 ראו להלן, טקסט ליד הערות 121-127.

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

קומוניטריאניים. ההששות המושמעים מפיהם שונים, ומתרכזים לחילופין בהשפעותיו של השיח על הפרט ועל החברה.

לא זה המקום לפרוש את כל גוניה של הביקורת. עד כמה שניתן לסכמה בקווים כלליים, באופן שתשמש אותנו, ניתן לומר כי שיח הזכויות המשפטי מצטייר כשיח מתגדר, מפריד ואנוכי.<sup>25</sup> כפי שפרופסור שגיא מציין: "דיאלוג הוא ההיפוך של שיח הזכויות. בשיח הזכויות השותפים לשיח מתגדרים איש איש בטריטוריה העצמית שלו. הם פונים אל האחר בעקיפין, דרך החוק, רק כדי להבטיח את אי ההיפגעות של עולמם על-ידי האחר... נוכל לומר כי שיח הזכויות בא להבטיח – בלשונו של ישעיהו ברלין – את החירות השלילית של האדם, את התחום שבו הוא לא יופרע ותובטח לו האוטונומיה לעשות כרצונו."<sup>26</sup> עד כמה שניתן להצדיק את שיח הזכויות בהקשרם של סכסוכים בין צדדים זרים, כאשר נלווים לו, לצד מאפיינים אלה, אף יומרה להבטיח ודאות משפטית, קביעות ואובייקטיביות, פגמיו מתחדדים בהקשרם של סכסוכים בין צדדים קרובים.<sup>27</sup>

הדין והחברה מעצבים זה את זה וההשפעות ברוח זו הינן הדדיות. החברה האמריקאית, ובמידה רבה גם הישראלית, מושתתת על תחרות ומאופיינת בפערים למרות שאיפתה המוצהרת להקנות לפרטים המרכיבים אותה הזדמנות שווה.<sup>28</sup> שתי החברות מאופיינות ברב-תרבותיות,<sup>29</sup> או ליתר דיוק בקיטוב,<sup>30</sup> המגיע במקרה של החברה

25 א' שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז (תשס"א) 37; מ' צוקרמן "על מרקס וזכויות אדם" חרושת הישראליות – מיתוסים ואידאולוגיה בחברה מסוכסכת (2001) 54; בקרמן, סילברמן, לעיל הערה 8, בע' 127; J. Nedelsky "Reconceiving Rights as Relationship" 1 *Rev. Const. Stud.* (1993) 1, 11; D. Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1685, 1713-1717.

26 שגיא, שם, בע' 41.

27 ביקורת נרחבת שהושמעה על שיח הזכויות מצד ה-C.L.S. ומצד הכתיבה הפמיניסטית מעלה סימני-שאלה לגבי מידת הקביעות והאובייקטיביות שלו. לצורך הדיון ניתן להסתפק בהבדלים בין תפיסת כל שיח את עצמו (הבדלי יומרה של שיח הזכויות ושיח היחסים המוצע). בעוד הראשון טוען לאובייקטיביות, השני דוחה עמדה זו בטירתה. לביקורת מצד ה-C.L.S. ואחרים, הטוענת, בין היתר, כי הזכויות הן מושג מופשט ולא קוהרנטי, כי יישום הזכויות במקרה מסוים מושפע מנתונים חיצוניים וכי יישומן עלול להיות שרירותי, ובכל מקרה לא ניתן לצפות את תוצאת החלתן במקרה נתון, ראו: S. Lynd "Communal Rights" 62 *Tex. L. Rev.* (1984) 1417; M. Unger "The Critical Legal Studies Movement" 96 *Harv. L. Rev.* (1983) 561, 567-570; M. Tushnet "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles" 96 *Harv. L. Rev.* (1983) 781; M. Tushnet "An Essay on Rights" 62 *Tex. L. Rev.* (1984) 1363, 1371-1382; F. Olsen "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective" 18 *Int. J. Soc. L.* (1990) 199.

28 לדיון בנוגע לאומדן אי-השוויון החברתי בישראל ראו א' בן-פורת "אי שוויון חברתי בישראל" מגמות בחברה הישראלית (א' יער, ז' שביט עורכים, כרך א, תשס"א) 487, 558 ואילך. עוד למאפייני החברה הישראלית ראו לעיל, טקסט ליד הערה 14 ואילך והערות שם. והשוו: U. Beck & E. Beck-Gernsheim "Beyond Status and Class?" *Individualization* (London, 2002) 30.

29 שגיא, לעיל הערה 25, בע' 54.

30 ברזילי, לעיל הערה 12, בע' 359; מ' מאוטנר, א' שגיא, ר' שמיר "הרהורים על



הישראלית לכדי שסע.<sup>31</sup> תפקיד החוק בהקשרן של החברות האמורות, בעיקרו, אינו לטפח יחסי-גומלין, כי אם להגדיר את זכויות הפרטים באופן המשמש ליצירת גבולות ברורים ביניהם. נטייה לנסח כל מחלוקת חברתית במונחים של התנגשות בין זכויות מכשילה הידברות פתוחה, ניסיון להגיע לפשרה ומציאת המכנה המשותף, ומלבה תהליכים חברתיים של קיטוב. דברים אלה נכונים הן במישור החברתי והן במישור המשפחתי-האישי, שבו אתמקד.<sup>32</sup>

השיטה האדוורסרית, המאפיינת את שיטת המשפט של ארצות-הברית וישראל, מובילה להתחפרות העמדות ולחידוד היריבות, ואינה מאפשרת להביא בחשבון את טובתם של שני הצדדים. התנהלותה של מחלוקת על בסיס שיח זכויות אדוורסרי סובלת – מצידם של הצדדים היריבים, ואפשר שאף מצידו של הגורם המכריע, המוגבל לחומר שמוכר לפניו על-ידי הצדדים – מהשקפה חד-צדדית, מהתעלמות ולעיתים אף מחוסר יכולת לראות את התמונה במלואה. שיטה זו מעודדת הסתרה מן הצד האחר ומבית-המשפט, ומתמצת מאבק ומרדף אחר הניצחון, ולא דווקא אחר הצדק. השיח האדוורסרי מתרכז בשיקולים כלכליים ומתעלם מעלויות רגשיות של המאבק, העלויות הכרוכות בהתחדדות של תחושות ניכור, מתח ולעיתים אָשָם. השיח, המתנהל במטרה לנצח "בכל מחיר", כרוך לעיתים בפגיעה באחר ובתחושת הצדק וגובה מחיר מוסרי. הצדדים למחלוקת וגורמים נוספים הנוגעים במחלוקת הם המשלמים מחיר זה. נפגעים מרכזיים בהקשרים של סכסוכי משפחה הינם ילדי המשפחה, שאינם נוטלים בהכרח חלק פורמלי בהליך, אולם לאופן ניהול ההליך ולהכרעה בו יש השפעה מהותית על רווחתם.<sup>33</sup> באי-כוחם של הצדדים, הנאלצים לעיתים קרובות לשמש "שכירי-חרב", עלולים להיפגע אף הם.<sup>34</sup> הקונפליקט מתעורר אצל עורכי-הדין הסובלים מפער בין השקפתם המוסרית לבין עולמם המקצועי, הנדרשים להתאים עצמם לסטנדרט לוחמני שאינו תואם את אישיותם.<sup>35</sup> נוסף להתחדדות הפערים בין הצדדים והקצנת היריבות, מעמדו של בית-המשפט עלול להיפגע לנוכח ראייתו לא

- רבי-תרבותיות בישראל" רבי-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, 1998) 67.
- 31 ס' סמוחה "שסעים מעמדיים, עדתיים ולאומיים בישראל" החברה הישראלית – היבטים ביקורתיים (א' רם עורך, 1993) 172.
- 32 במסגרת זו לא ארחיב ביחס להשפעותיו של שיח הזכויות בכל הנוגע במישור החברתי-הפוליטי ובמישור היחסים בין הקבוצות המרכיבות את החברה הישראלית. לשם כך ראו ברזילי, לעיל הערה 12, בע' 359; שגיא, לעיל הערה 25, בע' 37; שמיר, לעיל הערה 12, בע' 699; ובאופן כללי לבנת, לעיל הערה 8, בע' 219. אולם המישורים אינם ניתנים להפרדה מלאה ומוחלטת.
- 33 J. Weinstein "And Never the Twain Shall Meet: The Best Interests of Children and the Adversary System" 52 *U. Miami L. Rev.* (1997) 79.
- 34 אם כי חלקם מהדדים בוודאי את התופעות המתוארות באופן שבו הם מנהלים את ההתדיינות, ומובילים להחרפת ה"התגדרות" והיריבות.
- 35 J.A. Freyer "Women Litigation in Search of Care-Oriented Judicial System" 4 *Am. U. J. Gender & Law* (1995) 199, 202–203; P.J. Zwier & A.B. Hamric "The Ethics of Care and Reimagining the Lawyer/Client Relationship" 22 *J. Contemp. L.* (1996) 383.

כמקדש לעשיית צדק במובן של הגינות וגילוי האמת, אלא כזירת קרב, שבה ינצח "הטוב" (במובן "החזק").<sup>36</sup>

ביקורת נוספת, הכרוכה אף היא באופן ניהולם של ההליכים השיפוטיים, נוגעת בטיב הפתרונות המשפטיים שהשיח הרווח מספק. שני פתרונות בלבד עומדים לרוב לפני הצדדים המתדיינים: ניצחון או הפסד, והטווח אינו מנוצל.<sup>37</sup> התמקדות בעקרונות נוקשים ובהצדקות משפטיות חד-צדדיות מסמאות לעיתים את עיניהם של הצדדים מלהגיע לפתרונות ישימים יותר. בהצטרף הגישה האמורה לחלקיות המידע המובא לפני בית-המשפט, נמנעת מן הגורם המכריע האפשרות להציע פתרונות יצירתיים וגמישים שיצמיחו תועלת לשני הצדדים ויסבו להם שביעות-רצון.

היבט זה מתקשר לטיעון ביקורתי נוסף היוצא כנגד שיח הזכויות המסורתית, על מאפייניו התחרותיים והקנייניים.<sup>38</sup> על-פי תפיסה זו, שפת הזכויות, כפי שהיא מוכרת לנו כיום, עושה שימוש במונחים שמקורם בעולם המושגים האינדיווידואליסטי-הקפיטליסטי. הרטוריקה המקובלת מדברת על הזכויות כעל משאב מוגבל ומדגישה את יסוד המאבק, ולפיה הנאת פלוני מזכותו משמעה בהכרח פגיעה בזכותו של אלמוני. לפי גישה זו, תוצאת המאבק הינה "הכל או לא-כלום". גישה זו ניצבת, על-פי התפיסה הקומוניטריאנית, כמכשול להשגת חברה ראויה יותר, המבוססת על אחווה הדדית.<sup>39</sup> פגמיו האמורים של שיח הזכויות מתחדדים בהקשרם של סכסוכי משפחה.<sup>40</sup> מישור הביקורת המרכזי בהקשרנו קובל על כך כי עיצוב מבנה המשפחה והדין בהתאם לקו זה וקליטתו של שיח הזכויות בהקשרן של מחלוקות בתוך המשפחה גרמו לפגיעה בקשרים הבינאישיים ולירידה באי-האנוכיות.<sup>41</sup> דיני המשפחה נשלטים, לאור התפיסה הליברלית, על-ידי אינדיווידואליזם ומאופיינים בדעיכתה של תחושת השייכות, הקשר והאחריות ההדדית, והם מאפשרים לצדדים, בפרט בעת משבר ביחסי המשפחה או בנסיבות של פירוד, להתנער מאחריותם ההדדית ולמחוק, במובן המוסרי, את חייהם המשותפים כלא היו. הפן המשפטי מלווה בשינויים חברתיים-תרבותיים המדגישים את הירידה בעוצמת

<sup>36</sup> Freyer, *ibid*, at p. 204.

<sup>37</sup> Menkel-Meadow, *supra* note 10, at p. 765.

<sup>38</sup> תפיסת הזכויות כטובין של הפרט, ראו: J. Waldron *Liberal Rights – Collected Papers 1981–1991* (Cambridge, 1993) 344.

<sup>39</sup> בהקשר זה ראו, למשל: Lynd, *supra* note 27; Unger, *supra* note 27, at p. 597; T. Beauchamp & J. Childress *Principles of Biomedical Ethics* (Oxford, 4th Ed., 1994) 77–85; H. Barnett *Introduction to Feminist Jurisprudence* (London, 1998) 115–116. למענה לביקורת ראו: *Ibid*, at pp. 388–391.

<sup>40</sup> ברצוני להדגיש כי ביקורת על שיח הזכויות בהקשר זה אין משמעה קריאה להחזרת העמדה המבקשת לאבחן את תחום דיני המשפחה (כמו גם את המשפחה עצמה) כתחום נפרד וסגור, אבחנה ששימשה לשימור המבנה הפטריארכלי של המשפחה וכתירוץ לאי-התערבות גם במקרה של פגיעה בחלשים.

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

קשרי הקרבה, את חיווק האינדיווידואליזם והגשמת הפרט הבודד המרכיב את המשפחה, על-חשבון המשפחה כיחידה בעלת ערך נבדל.<sup>42</sup> השפעות אלה עלולות לאיים על שלמות המשפחה ולפרום את מרקם היחסים המשמש (מקום שבו הוא מושתת על יחסים איכותיים ומותיר מקום לשגשוג אישי) עוגן רגשי לפרט ובסיס להתפתחותו של הילד. מבקרי גישה זו מבקשים לשזור סיפור חלופי, המדגיש ערכים של אחריות הדדית, יציבות וקשר ארוך-טווח בין הפרטים המרכיבים את היחידה המשפחתית.<sup>43</sup>

פן אחר של ביקורת שיח הזכויות בהקשרי משפחה טוען כי שיח הזכויות אינו מצליח לספק פתרונות ראויים המתאימים למידותיה של המשפחה וצרכיה הייחודיים והמשתנים.<sup>44</sup> כאשר המשפחה שומרת על ייחודה האינטימי, כליו של השיח המשפטי האמור אינם מסוגלים לגלם את ייחודה של הסיטואציה המשפחתית, את המקום של הקשרים הבינאישיים ואת מאפייניהם הייחודיים של הצדדים.

על-אף הביקורת ראוי להדגיש כי התמקדות בחסרונותיו של שיח הזכויות עלולה לצייר תמונה מטעה. יש להיזהר מפני הצגה חד-צדדית של שיח הזכויות, שהרי אף במסגרתו ניתן להצביע על מחויבות, אם כי ברמה מופחתת, לרעיונות של יחסים בינאישיים, אנושיות ואחווה הדדית.<sup>45</sup> חלק מן הכותבים המייצגים את שיח הזכויות מכירים בחשיבותו של דיאלוג בין פרטים ובין קבוצות חברתיות ומגלמים רעיונות אלה במושג "אוטונומיה".<sup>46</sup> אחרים מכירים במחויבות חברתית בהקשרם של קשרי משפחה, חברות או קולגיאליות מקצועית.<sup>47</sup> הצעות אחרות מגמישות את השיח הליברלי תוך

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

43 ליפשיץ, לעיל הערה 6, בע' 227–230; E.S. Scott "Rational Decisionmaking About Marriage and Divorce" 76 *Virginia L. Rev.* (1990) 9, 12; K. Bartlett "Re-Expressing Parenthood" 98 *Yale L. J.* (1988) 293; M. Minow "Forming Underneath Everything that Grows: Toward a History of Family Law" *Wis. L. Rev.* (1985) 820, 894

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

45 W. Kymlicka *Contemporary Political Philosophy – An Introduction* (New York, 1990) 262–286; S.J.M. Donnelly *The Language and Uses of Rights – A Biopsy of American Jurisprudence in the Twentieth Century* (Lanham, 1994) 79, 86, 90–91, 94; M. Friedman "Beyond Caring: The De-Moralization of Gender" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 258, 264; Clement, *supra* note 4, at pp. 3–4

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

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

התאמתו לסכסוכי משפחה על-ידי הכללת המושג "אחריות" במסגרתו<sup>48</sup> או על-ידי השתתתו על אתוס של תלות הדדית.<sup>49</sup> הללו מאפשרים כביכול מציאת מענה לפגמים המתוארים והתאמת שיח הזכויות לתחום המשפחה. עם זאת נראה כי יש מקום להעדיף יצירת חלופה כוללת, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשיח היחסים. לנוכח מגוון פגמיו של שיח הזכויות, אין די ביצירת התאמות נקודתיות, ונדרשת רוויזיה מקיפה. הצגת חלופה כוללת תאפשר מענה אחיד וקוהרנטי ותינצל מתיוג הפתרון כסובייקטיבי ואף גחמני, הנועד להתאים עצמו למקרה נקודתי.

### ג. שיח היחסים

#### 1. מקורותיו של שיח היחסים – מחקריהן של גיליגן וממשיכותיה

מקור השראה מרכזי לשיח היחסים כפי שהוא מובא כאן הוא ספרה של גיליגן בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה<sup>50</sup> והמחקר הפילוסופי שהתפתח ממנו.<sup>51</sup> מחקרה של גיליגן, שמקורו בדיסציפלינה הפסיכולוגית, שימש השראה לפיתוח הזרם התרבותי-הקישורי בכתביה הפמיניסטית. גיליגן, שעסקה בבירור המודל ההתפתחותי-המוסרי של הפרט, מצאה כי הספרות הקיימת העוסקת בהתפתחות האנושית חוטאת להתפתחותה של האשה. הדגם התיאורטי הקיים, המבוסס על המודל הגברי, נוצר על בסיס מחקרים שנערכו ברובם בגברים, ולאורו נראית האשה שונה ונחותה מבחינה התפתחותית ומוסרית, שהרי לא צלחה את שלבי ההתפתחות כפי ששורטטו על-ידי התיאורטיקאים הקלסיים. לדידה, בדיקה מחודשת של הדברים תוך עמידה על התפתחותן של נשים מלמדת כי ה"פגם" אינו בנשים, אלא בדגם הקיים, הסובל ממגבלה בייצוג ומהשמטה של אמיתות מסוימות על-אודות החיים.<sup>52</sup> הקול שאינו מיוצג במודלים התיאורטיים, הקול "הנשי", הוא הקול השונה – קול היחסים, קול התובע המשכיות ומתרכז בקשר האנושי. לאורו, היפרדות פסיכולוגית, שקיבלה מקום של כבוד בתיאוריות ההתפתחות הקלסיות, מופיעה כבעיה אנושית.<sup>53</sup>

תיאוריות ההתפתחות הקלסיות מבוססות אם כן על הדגם הגברי המקדש את ההיפרדות והאינדיווידואליזם. התפיסה המוסרית שפותחה על בסיס התיאוריות הקלסיות רואה במוסר שנגזר מזכויות את שיאה של ההתפתחות המוסרית. בעוד תפיסת המוסר

M. Roberts "Parent and Child Conflict: Between Liberty and Responsibility" 10 48  
*ND J. L. Ethics & Pub. Pol'y* (1996) 485  
 49 י' רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו (2003) 935-952.  
 50 גיליגן, לעיל הערה 1. להעמקת ההתבוננות במחקרה של גיליגן, ראו: M.J. Larrabee  
 (ed.) *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (Chicago, 1993).  
 51 ראו לעיל הערה 4.  
 52 גיליגן, לעיל הערה 1, בע' 9, 90.  
 53 שם, בע' 17.

כהגינות (התפיסה ה"גברית") קושרת התפתחות מוסרית להבנת זכויות וכללים<sup>54</sup> ומשקיפה על הדילמה המוסרית כעל קונפליקט בין זכויות, תפיסת המוסר הנשית מדגישה את האחריות והאכפתיות ומתמקדת בהבנת מערכות יחסים.<sup>55</sup> ההבניה המוסרית הנשית אינה מתבססת על הקדימות של זכויות הפרט, אלא על מה שהן (הנשים) חוזרות ומתארות כרגש על אחריות כלפי האחר וכרגש של אכפתיות.<sup>56</sup> על רקע זה הדילמה אינה עוד כיצד לממש את זכותו של האחד מבלי לפגוע בזכותו של האחר, אלא כיצד אפשר לקיים אורח חיים הכולל מחויבות משפחתית וחברתית. תפיסת הדאגה, להבדיל מתפיסת הזכויות, אינה גורסת קיומו של פתרון אחד שכל אדם רציונלי יכול להסכים עמו, אלא מתארת את ההתלבטות ואת היות ההכרעה תלויה באילוץ הנסיבות.<sup>57</sup> בעיניה של גיליגן, השיפוט המוסרי הנשי, שנחשב נחות בשל מאפייניו שפורשו כהיעדר רציונליות, בלבול וחוסר עקביות, הוא למעשה שיפוט מוסרי נוסף שווה מעמד שממנו היא מבקשת לגזור תפיסה חלופית להגדרת בגרות. תפיסת הבגרות השונה, השמה דגש במארג הקשרים ובאינטראקציות הבינאישיות, תחשוף את העקביות הטמונה בשיפוט המוסרי הנשי: אחריותן כלפי הזולת, שמירת מערכות יחסים ושימת דגש בתלות הדדית. בפועל, בשלביה האחרונים של ההתפתחות המוסרית, תפיסות האשה והגבר אינן כה מרוחקות זו מזו כפי שניתן לחשוב במבט ראשון.<sup>58</sup> כך או כך, מדובר בגישות משלימות.<sup>59</sup>

## 2. ביקורת על עמדתה של גיליגן

ביקורת נמתחה על מחקרה של גיליגן, על השימוש שנעשה בגישתה לעיצוב הזרם התרבותי בפמיניזם ועל יישומו בעולם המשפט כמו גם בתחומי מחקר נוספים. הביקורת כללה מגוון טיעונים, כאלה הנוגעים בטיב המחקר ואיכותו וכאלה הנוגעים במסקנותיו.<sup>60</sup> ביקורת מרכזית נוגעת בהיעדרו של דיון בשאלת מקורותיו של השוני בין גברים ונשים.<sup>61</sup>

- 54 שם, בע' 44-45, 93.
- 55 לעמדה המשקיפה על מחקרה של גיליגן באופן צנוע יותר, כמייצג אוריינטציות מוסריות, ולא תיאוריה מוסרית כוללת, ראו: M. Little "Care: From Theory to Orientation and Back" 23 *Journal of Medicine and Philosophy* (1998) 190.
- 56 על מקומו של הרגש בשיפוט, ראו: J. Nedelsky "Embodied Diversity and the Challenges to Law" 42 *McGill L. J.* (1997) 91, 106.
- 57 גיליגן, לעיל הערה 1, בע' 47.
- 58 שם, בע' 178-180. וראו גם את סקירתה של Larrabee וההפניות המצורפות, M.J. Larrabee "Gender and Moral Development: A Challenge for Feminist Theory" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 3, 14-15.
- 59 גיליגן, שם, בע' 57.
- 60 ביחס לטיב המחקר, ראו: Z. Luria "A Methodological Critique" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 199.
- 61 הביקורת נוגעת בהתעלמותה של גיליגן ושל הפמיניזם התרבותי מקיומם ועוצמתם של הגורמים שהביאו לידי שוני. ז' ברונר "קולה של אמא, או: דיאלקטיקות של תודעה

כך נטען, למשל, נגד האפיון שגיליגן משרטטת לזהות הנשית, שהיא אינה זהות "אמיתית" או "טבעית", אלא תוצר חברתי, פרי תגמול לנשים הממלאות את התפקיד הטיפולי המצופה מהן. הקושי בעמדתה של גיליגן נובע מהתעלמותה מהבדלי הכוח הקיימים בין נשים וגברים וממקורם. לפי עמדה זו, הבדלי הקולות אין מקורם בשונות אישיותית. הקול האחר נושא-ונוטן כי אין הוא יכול לדרוש. הקול האחר מאופיין בדאגנות כפרקטיקה של הישרדות.<sup>62</sup> טיעון ביקורתי מרכזי אחר גורס כי עמדתה לוקה באסנציאליזם מגדרי ובהכללת-יתר.<sup>63</sup> האסנציאליזם המגדרי נובע, לפי טענה זו, מאפיון הנשים על-ידי גיליגן כדואגות ואכפתיות באופן אינהרנטי ואת הגברים כבעלי חשיבה לוגית הפועלים על-פי שיקולי היררכיית הזכויות.<sup>64</sup> גישה זו, טוענת הביקורת, פוגעת בנשים שאינן עומדות בדגם המוצע, ונתונות כביכול, בשל שונותן, לגינוי חברתי. גישה זו, המשרטטת קביעות כלליות בנוגע לנשים, מביאה לידי העלמת קולן של מגוון הנשים. ראיית האשה כאשה בלבד מביאה לידי הוצאתן מן הכלל של מגוון הנשים הקיים ולהתעלמות מיתר ההשפעות המעצבות.<sup>65</sup> התנגדות דומה הושמעה ביחס להתמקדותה של גישת גיליגן, לפי הביקורת, באשה הלבנה והמבוססת.<sup>66</sup> לגישת הביקורת, יש בכך כדי ליצור סטנדרט חדש ובעייתי במקביל לגבר הלבן. מהיבט אחר נטען כי תוצאות מחקריה אינן מגלמות שינויים המתרחשים במהלך החיים, את ההתקרבות בין עמדות גברים ונשים המאפיינת את שלבי התפתחותם המאוחרים יותר או את השניות שקיימת בכל אחד מהם.<sup>67</sup> ביקורת מרכזית נוספת נוגעת באופי היישום של עמדת גיליגן. הבנת עמדתה כפשוטה עשויה להיות מנוצלת לתוצאה הנתפסת כרגרסיבית מן העמדה הפמיניסטית. תפיסה פשטנית של הדברים עשויה להצדיק כביכול יחס שונה לנשים שיהיה בו כדי לשמר את "ביתיות האשה" ו"כישוריה הטיפוליים".<sup>68</sup>

- R. Ariss "The Ethic of Care in the Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies" 22 *Queen's L. J.* (1996) 1, 24–25
- C. MacKinnon *Toward a Feminist Theory of the State* (1989) 51; I. Marcus "Feminist Discourse, Moral Values, and the Law – A Conversation" 34 *Buff. L. Rev.* (1985) 11, 24–27, 73–75; Nicholson, *supra* note 46, at p. 87; Friedman, *supra* note 45, at p. 258; J.C. Tronto "Beyond Gender Difference to a Theory of Care" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 240, 241–244
- 62 Ariss, *supra* note 45, על ההיבט של הכללת היתר, ראו: Ariss, *supra* note 61, at pp. 10–11; Barnett, *supra* note 39, at pp. 158–159; J.L. Schroeder "Abduction from the Seraglio: Feminist Methodologies and the Logic of Imagination" 70 *Tex. L. Rev.* (1991) 109, 123–124, 141–147; R. West *Caring for Justice* (New York, 1997) 10–21
- 63 Ariss, *ibid*, at pp. 24–25
- 64 *Ibid*, at p. 26
- 65 Nicholson, *supra* note 46, at p. 87; C.B. Stack "The Culture of Gender: Women and Men of Color" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 108
- 66 R. West "Jurisprudence and Gender" 55 *U. Chi. L. Rev.* (1988) 1, 53–59
- 67 לביקורת על הפמיניזם התרבותי בהקשר של חידוד הפן הביתי של הנשים, "ideology of
- 68

## 3. הסתייגות מגישתה של גיליגן – המענה ששיח היחסים מציע

## (א) ההסתייגות מעמדותיהן של גיליגן וממשיכותיה

לנוכח הדברים האמורים, קבלת עמדת גיליגן בדבר השוני הקיים בין גברים ונשים באשר לאופן התפתחותם הפסיכולוגית ועיצובם המוסרי מחייבת הבהרה והסתייגות.<sup>69</sup> הדגש בהקשר זה נוגע במקורו של השוני (אם הוא קיים) בין נשים וגברים ובחשש הקיים מפני השפעותיה הרגרסיביות כביכול של אתיקת הדאגה על מעמדן של הנשים ותביעתן לשוויון.

ייתכן שההתפתחות הדיפרנציאלית של נשים, כפי שנמצאה על-ידי גיליגן ועמיתיה, אינה משקפת שוני "של ממש". גיליגן עצמה מציינת בראשית ספרה כי היא מוצאת את השאלה לגבי מקור השוני בין נשים וגברים כשאלה "מציקה מאוד".<sup>70</sup> אין היא מוכנה להיכנע לדיון במקור השוני, בשאלה אם הוא תוצר של גנטיקה או תברות, שכן בהכרעה לטובת מי מהם יהיה לדידה כדי להחניק את הקול האישי ולהסיט את הדגש מהדיון הפסיכולוגי. על בסיס עמדתה זו גיליגן בוחרת, כמעט לאורך כל ספרה, להתעלם משאלת ה"למה" ולשקף את ה"איך", את קולן של הנשים ואת קול הגברים.

ניתן להעריך כי השוני המתבטא בתפיסתן המוסרית השונה של הנשים אינו כרוך, כפי שחלק מן הכותבות טוענות, בחוויית האימהות כחוויה מעצבת טוטלית. סבורני אף כי ה-care אינה מהווה סגולה או מיומנות נשית דווקא, הכרוכה בכישוריהן הטיפוליים האינהרנטיים של הנשים.<sup>71</sup> במובן זה אין מדובר בגישה הנעוצה בפמיניזם המדגיש את כישוריהן האימהיים הייחודיים של נשים. טיפול ודאגה לזולת, כמו כל מיומנות, הינם מיומנות נרכשת. העיסוק המוגבר של נשים בעבודה הטיפולית אינו מקרי אומנם, והוא נעוץ בדחיקתן לעבודה הטיפולית ובהפליה שהביאה לידי הדרתן מן השדה הציבורי, אולם הוא שמקנה להן כישורים טיפוליים ותפיסה מוסרית דאוגה.<sup>72</sup> גישה זו תואמת גם את

"domesticity", ראו ל' בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה (תשס"ב) 523, 546-547; J.C. Williams, *supra* note 41, at p. 33; Lacey, *supra* note 41, at p. 33; 87 *Mich. L. Rev.* (1989) 797, 802-813, 840-843. לפי הביקורת המושמעת מכיוונו של הפמיניזם הרדיקלי, עמדתה של גיליגן והפמיניזם התרבותי שהתפתח בעקבותיה משרתים את דפוסי הדיכוי המופעלים נגד האשה. החשש, כפי שמבקריה של גיליגן מדגימים, נובע מן השימוש המניפולטיבי שניתן לעשות ברטוריקה של אחריות ודאגה לאחר כאמצעי דיכוי; Ariss, *supra* note 61, at pp. 39-41.

69 במסגרת זו לא אדון בתשובות הקונקרטיות שהושמעו כנגד הביקורת ובפתרונות שהוצעו. ראו בהקשר זה הלפרין-קדרי, לעיל הערה 10, בע' 288, 337; Ariss, *ibid.*, at p. 30; Lacey, *ibid.*, at pp. 40-48; A.L. Carse & H. Lindemann Nelson "Rehabilitating Care" 6 *Kennedy Institute of Ethics Journal* (1996) 19.

70 גיליגן, לעיל הערה 1, בע' 22. לעמדה דומה ראו א' פרידמן באה מאהבה - אינטימיות וכוח בזהות הנשית (1996) 35.

71 E. Feder Kittay *Love Labor – Essays on Women, Equality, and Dependency* (New York, 1999) xiii, 16.

72 על האפשרות העקרונית לעשות שימוש בעוגנים תיאורטיים-פמיניסטיים שלובים ויציקתו של פמיניזם פרגמטי, ראו: M. Becker "Four Feminist Theoretical

האפשרות שהשיפוט המוסרי האחר אינו נחלתן הבלעדית של נשים, והוא משקף חשיבה אנושית חלופית המצויה אף בקרב גברים.<sup>73</sup> עיצוב המושג "אוטונומיה" ותפיסת הפרט כיסוד נבדל ובלתי־תלוי חברתית נעשה תוך הקצנת סטריאוטיפים גבריים, וככזה אף הותיר חלק ניכר מן הגברים מחוץ לתמונה.<sup>74</sup>

ניתן להעריך כי נוסף למיומנותן הטיפולית, שאפשר שהובילה לתפיסתן המוסרית האמורה, עמדתן המוסרית ה"מרוככת", הגמישה והפשרנית של נשים כרוכה אף בנחיתותן ובחולשתן לתבוע את זכויותיהן.<sup>75</sup> שונות זו, שמקורה חברתי, עשויה להיעלם עם שינוי העיתים. למעשה, ייתכן שבדיקה מחודשת של ממצאי גיליגן כיום, שלושים שנה בקירוב לאחר עריכת מחקרה, תלמד על שינוי מהותי במאפייני ההתפתחות הנשית וחשיבתן המוסרית.<sup>76</sup> אפשר שעם השגת חלק מיעדיה של המהפכה הפמיניסטית, הישגים שהתאפשרו, בין היתר, כתוצאה מאימוץ מינוחי הזכויות, שונו תפיסות הנשים כלפי עצמן והתפיסות החברתיות, וכתוצאה מכך יצטייר מודל התפתחותי־מוסרי שונה.<sup>77</sup> מעניין כי אף אם התרחש שינוי בתפיסת הנשים ואף אם חלה בה התקרבות מהותית למודל ההתפתחות והחשיבה ה"גברית", אין בכך כדי לומר דבר על מקורו של השינוי. מחד גיסא, אפשר שהישגי המהפכה הפמיניסטית העניקו לנשים עוצמה דומה לזו של הגברים, עוצמה שאפשרה להן לתת ביטוי מלא לזהותן, שאינה שונה מהותית מזו של הגברים; מאידך גיסא, ייתכן שהעוצמה הנשית לא הובילה לחשיפת "האני האמיתי" של הנשים, אלא הניעה אותן לאמץ את השיח הגברי מתוך רצון להידמות לגבר ועל־סמך נסיוןן, שלימדן כי השיח הגברי, שיח הזכויות, משמש כלי־שרת מצוין, שהרי הוא הקנה להן הישגים לא־מבוטלים.<sup>78</sup> על־פי התפיסה האחרונה, השיח הנשי ה"חדש", אם יתגלה כזה, אינו משקף נאמנה את תפיסתן המוסרית של הנשים, אלא מהווה מעין התכחשות ל"טבען".<sup>79</sup> תהא התשובה לתהיות האמורות אשר תהא, אין משמעות הדבר כי לא נוכל לאמץ את הדגם החלופי המשתקף בתפיסתן. תיוג התפיסה כמשקפת חולשה אינו שולל את חינה ואת נכונותה. אין מניעה שמן הקושי של נשים בעבר, ובמידה לא־מבוטלת גם כיום, לדרוש ולומר "מגיע לי" יהיה ניתן לזקק את הטוב.

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

73 גיליגן עצמה מבהירה בכתיבה מאוחרת יותר כי מדובר בקול שאינו בהכרח נשי, ראו: C. Gilligan "Reply to Critics" *An Ethic of Care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 207, 209

Friedman, *supra* note 46, at pp. 38–39

74 לגישה הרואה במאפיינים אלה של הנשים אמצעי לשרוד בעולם הנשלט ומעוצב על־ידי הגברים, ראו: C. Menkel-Meadow "Excluded Voices – New Voices in the Legal Profession Making New Voices in the Law" 42 *U. Miami L. Rev.* (1987) 29, 43

76 השוו: Beck-Gernsheim, *supra* note 20, at pp. 79–80

77 רמז לדברים ניתן למצוא אצל גיליגן, לעיל הערה 1, בע' 148, 163–164. נראה שלגישה, הפנמת שוויון הזכויות לנשים מובילה לשינוי בתפיסה העצמית של הנשים, להכרה בחוסןן ולהתייחסות לצורכיהן במישרין.

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

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



(ב) המענה ששיח היחסים מציע

האפליקציה המוצעת כאן, הנשענת רעיונית על עמדתה של גיליגן, "ניצלת" מרוב טיעוני הביקורת ומעקרת אותם מתוכנם. שהרי אני מבקשת לקלוט את עיקריה של אתיקת הדאגה לתוך השיח המשפטי מבלי לשומרם כדפוס נשי דווקא, אלא להפעילם כעיקרון חברתי מנחה. ברצוני לייבא את הרעיון מבלי לשמר את ייחוסו הנשי, ולעשות בו שימוש כרעיון הומני-כללי.<sup>80</sup> בחירה זו כשלעצמה מנטרלת חלק ניכר מטיעוני הביקורת המתמקדים בחשש מפני הנצחת הפלייתה של האשה. אולם נוסף לסיווג העקרוני, שיח היחסים מספק מענה תוכני קונקרטי לחשש המתואר. קליטת שיח היחסים, כפי שמוצע כאן לעצבו, אינה מייתרת או מחליפה את העקרונות העומדים ביסוד שיח הזכויות, אלא נועדה להביא לידי הפעלתם המשולבת תוך יצירת ההתאמות הנדרשות. השיטה המוצגת כאן מחויבת ליסודות אוניוורסליים, בראש ובראשונה למתן יחס שווה וכבוד לכל פרט, אך בד בבד להפעלתם הרגישה לנוכח נסיבות המקרה. אפשר שעקרון השוויון ייצא אפילו נשכר, שכן שיח היחסים המחויב להפעלתו הקשובה של קנה-המידה השוויוני ביחס לפרט הקונקרטי יאפשר הפעלה רגישה ומהותית של עקרון השוויון ויישמו באופן ראוי יותר.<sup>81</sup> דווקא מחויבות לעקרונות השיח הרגיש לשיוכו התרבותי של הפרט, להקשריו ולקשריו עשויה לתת ביטוי מדויק למבני הכוח הקיימים בחברה ולטפל בהם באופן נאות, בפרט בהקשרי המשפחה.<sup>82</sup>

השילוב המוצע בין אתיקת הדאגה ואתיקת הזכויות במסגרת שיח היחסים יאפשר,

80 בלשונה של Friedman: "The different voice hypothesis has a significance for moral psychology and moral philosophy which would survive the demise of the gender difference hypothesis. At least part of its significance lies in revealing the lopsided obsession of contemporary theories of morality, in both disciplines, with universal and impartial conceptions of justice and rights and the relative disregard of particular, interpersonal relationships based on partiality and affective ties" (Friedman, *supra* note 45, at p. 260)

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

82 בקרמן, סילברמן, לעיל הערה 8, בע' 133. השתקפותו של הדגם הליברלי במשפחה משרטטת יחידה המורכבת מפרטים בעלי מעמד שווה וזכויות שוות, כפוף לחריגים מסוימים הנוגעים בילדי המשפחה. לגישת הביקורת, השינויים במבנה המשפחה ובדיני המשפחה שהוכנסו עקב התבססות הדגם הליברלי יצרו אשליה של שוויון, אך המציאות נותרה במידה רבה מקפחת לגבי נשים וילדים. חמור מכך, בחלק מן הנסיבות הובילה הפעלת שיח הזכויות, ובמסגרתו השוויון במובנו הפורמלי, לחידוד אי-השוויון המהותי. על מכלול היבטים אלה ראו פ' שיפמן "מעמד האשה במשפחה: שינויים משפטיים ואקלים חברתי" רבגוני 3 (תש"ס) 10; פ' רדאי "על השוויון" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 19, 50; ר' הלפרין-קדרי "דיני משפחה אורחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה – על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה ישתנו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 105, 155–157; ליפשיץ, לעיל הערה 6, בע' 225–236; ס' דוידוב-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 221, 235; Lacey, *supra* note 41, at p. 23; M. Minow "Consider the Consequences" 84 *Mich. L. Rev.* (1986) 900; Sevenhuijsen, *ibid*, at pp. 90–121

לאור תכליתו של האחרון ומאפייניו, להמשיך להשתמש במושגים המוכרים לנו משיח הזכויות השגור. המושג "זכות" אינו נעלם וחשיבותם של האוטונומיה והשוויון אינה נפגמת.<sup>83</sup> עם זאת, יציקתם במסגרת שיח אחר עשויה לעצב את תוכנם של המושגים באופן שונה ולהוביל להכרעות אחרות מאלה שהיו מתקבלות כתוצאה מהחלת שיח הזכויות בטירתו. תחת שיח היחסים נוכל להמשיך לעשות שימוש במושג "זכות" מבלי שיהיה בכך סתירה לעקרונות השיח ומבלי שיהיה בכך כדי לפגום בערכים האחרים שביקשנו לקדם, בכללם אחריות הדדית, דאגה וחמלה.<sup>84</sup> ערכים אלה יוכלו להנחות אותנו בעיצוב הזכות עצמה. נוכל לאמץ בהקשר זה את טיעונה של Nedelsky, המבינה את המושג "אוטונומיה" לא כאמצעי לבידול ולהצצה בין הפרט לזולתו ובין הפרט לחברה, כי אם כמושג הניזון, משקף ומקדם את היחסים בין הפרטים.<sup>85</sup> בדומה לכך תוכל הזכות לגלם רכיבים של אחריות הדדית וקשר,<sup>86</sup> וכבוד האדם יתמלא בתוכן חלופי, תוכן שיגשים במידה רבה את מאפייניו של שיח היחסים.<sup>87</sup>

אולם פתרונות אלה אינם מספקים מענה כולל לביקורות שצוייננו. ספק מתעורר, מן ההשקפה הפמיניסטית, בנוגע לשאלה אם רצוי, באופן עקרוני, לשאוף, בהתאם לאתיקת הדאגה, לשימור וחיווק יחסים כאשר היחסים הרווחים בפועל ובלי קשר לתביעה העקרונית לשוויון, הינם, בהקשרים מסוימים, יחסים היררכיים – יחסי כוח ושליטה.<sup>88</sup> לשיטתי, שיח היחסים מודע לבעייתיות האמורה, אך טומן בחובו את ראשית פתרונה.<sup>89</sup> יישומו של שיח היחסים בכל מקרה נתון ייעשה בצורה זהירה ותוך שימת-לב למערך של יחסי הכוח ותוך התחשבות בו,<sup>90</sup> באופן שהגורמים החלשים לא יסבלו מנחיתותם, ותוך ניסיון, דווקא באמצעות שיח זה, לקדם את מעמדם. שיח היחסים טומן בחובו פוטנציאל

83 להמשך השימוש במושגים אלה יש חשיבות אינסטרומנטלית. Nedelsky, *supra* note 25, at p. 3; M. Freeman "The New Birth Right? – Identity and the Child of the Reproductive Revolution" 4 *Int. J. Children's Rights* (1996) 273, 276; H. Cohen *Equal Rights for Children* (Totowa, 1980) 15–22

84 J. Kleinig "Mill, Children and Rights" 8 *Educational Philosophy* (1976) 1, 14–15.

85 Nedelsky, *supra* note 25; J. Nedelsky "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities" *Law and the Community: The End of Individualism?* (A. Hutchinson & L. Green eds., 1989) 219; J. Nedelsky "The Practical Possibilities of Feminist Theory" 87 *Nw. U. L. Rev.* (1993) 1286, 1289

כמו־כן ראו: *Relational Autonomy – Feminist Perspective on Autonomy, Agency, and the Social Self* (C. Mackenzie & N. Stoljar eds., New York, 2000)

86 ליישום דומה של הרעיון בהקשרים אחרים ראו א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405, 412, המדבר על "קניין כיהסטים"; ח' דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ז (א' רוזן־צבי עורך, תשנ"ז) 673, 679–677.

87 בקרמן, סילברמן, לעיל הערה 8, בע' 127.

88 Ariss, *supra* note 61, at p. 43

89 P. Peppin "Justice and Care: Mental Disability and לעמדה נחרצת יותר, ראו: *Sterilization Decisions*" 6 *C. H. R. Y. B.* (1989–1990) 65, 106–107

90 Ariss, *supra* note 61, at p. 45; Beauchamp, *supra* note 39, at p. 91

לשינוי חברתי. הוא ממקד את תשומת-הלב ליחסי הכוח ומאפשר, תוך התמודדות נקודתית, את פירוקה של פיקציית השוויון ומתן מענה קשוב ומדויק יותר לצורכי הגורם הסובל מנחיתות וחולשה.

#### ד. תחולתו של שיח היחסים – יישום והשלכות

##### 1. הגבלת התחולה להסדרת יחסים בין צדדים קרובים

שיח היחסים יוצע, במסגרת זו, לשמש שיח משפטי מנחה בהקשרי משפחה. להחלת השיח בהקשרי משפחה יש הצדקה דו-ממדית. מחד גיסא, הקושי הכרוך בשיח הזכויות בולט בהקשרים אלה.<sup>91</sup> הקושי נובע מן העלויות הכרוכות בהפעלת ההליכים האדוורסריים בהקשרי משפחה ומן האיום שמשקף מעקרונות שיח הזכויות האינדיווידואליסטי, על היבטיו החזויים, המסחריים והמבדלים, לחוסנה של המשפחה; קרי, מהמחיר הגבוה הכרוך בהפעלת שיח הזכויות דווקא בהקשרים משפחתיים. מאידך גיסא, הצלחתו הצפויה של שיח היחסים דווקא בהקשרים אלה.<sup>92</sup> כמו-כן אפשר להעריך כי בהקשרים אלה נמצא אצל הצדדים נכונות גבוהה יותר לשתף-פעולה עם הליכים חלופיים להליכים האדוורסריים המקובלים ולפעול על-פי עקרונות-תוכן המשקפים אחריות מתמשכת. נראה כי השאיפה להגשמת סטנדרט של אינטימיות ואי-אנוכיות בהקשר המשפחתי הינה שאיפה ראויה, בת-השגה ולגיטימית.<sup>93</sup> ארחיב מעט ביחס להיבט זה.

יחסי המשפחה, ובראש ובראשונה יחסי הורים וילדים, נראים כאתר המשלב רעיונות של צדק ואכפתיות. כך, החלת שיח המחויב לקני-המידה המוסריים המדגישים יסודות של קשר, הדדיות, תלות, אחריות ודאגה נראית מובנת מאליה כמעט בהקשר המשפחתי.<sup>94</sup> קני-המידה המפורטים מופעלים באופן וולונטרי בהקשרים אלה ותחולתם הנורמטיבית המחייבת תזכה במידה רבה של שיתוף-פעולה.

ייתכן שתחום יחסי הורים-ילדים מהווה ככר עתה מובלעת המבקשת לשמר יחסים משפטיים מסוג אחר. לנוכח עקרון טובת הילד, הרואה בילד מושא להגנת המשפט, ולנוכח תפיסת האחריות ההורית, המשפט מתבונן בילד וביחסיו עם הוריו באופן ייחודי ומכתיב ערכים בדמות הערכים המגולמים בשיח היחסים. אולם מגמה זו אינה תקפה

91 ראו בהקשר זה לעיל טקסט ליד הערה 40. כמו-כן ראו: S.C. Kuhn "Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607" 33 *Emory L. J.* (1984) 733

92 *Beauchamp, supra* note 39, at p. 88.

93 שהרי באופן אופייני נמצא התנהגות אנוכית פחות כאשר הדבר נוגע בחייו האינטימיים של האדם וביחסיו עם משפחתו. R.F. Kandel "Which Came First: The Mother or the Egg? Kinship Solution to Gestational Surrogacy" 47 *Rutgers L. Rev.* (1994) 165, 169-171

94 ראוי להזכיר כי זרם מרכזי בכתיבה העוסקת באתיקה של הדאגה משתית את יסודותיו על יחסי הורות-אימהות; *Sevenhuijsen, supra* note 4, West, *supra* note 63, at p. 35; *at pp. 1-35*.

לגמרי. ראשית, עקרון טובת הילד, כפי שהוא מופעל, כאמת-מידה נורמטיבית בשיח הקיים הינו מורכב ובעייתי.<sup>95</sup> שנית, המחויבות לעיקרון פוחתת ומושג זכויות הילד מקודם לעיתים תוך שימור פגמים של עקרון טובת הילד וחיוזוק הרכיבים הקונפליקטואליים הכרוכים בשיח הזכויות.<sup>96</sup> שלישית, גם כאשר העיקרון ממשיך לחול, אין המחויבות ההצהרתית לטובת הילד מתממשת במישור המעשה,<sup>97</sup> או שהיא מתפרשת כרכיב המשקף תפיסה קניינית ביחסו של ההורה לילדו.<sup>98</sup> תחומים אחרים, חלקם חורגים מיחסי הורה-ילד במובנם הבסיסי, כגון הסדרת הנושא של טכניקות ההולדה המלאכותיות, מדגישים, גם ברמה ההצהרתית, מחויבות לרעיונות של הגשמה עצמית, חירות והסדרה חוזית<sup>99</sup> העלולים לעמוד לעיתים בסתירה לעקרון טובת הילד, למושג האחריות ההורית ולערכים המשפחתיים בדבר שיתוף ודאגה הדדית.<sup>100</sup> בכל מקרה, אף אם ניתן לזקק את עקרון טובת הילד באופן שישקף את רווחת הילד "נטו", לא די בהבטחת קליטתו של העיקרון באופן שבו הוא מוכר כיום, שכן יש בו במידה רבה כדי לשמר את תפיסת שיח הזכויות ולהציבו כגורם מתחרה או מרכז לזכויות ההורים.<sup>101</sup> להבדיל מן העיקרון כפי שהוא מופעל כיום, עקרון טובת הילד המתחייב משיח היחסים (ואשר יידון להלן) אינו משמש כגורם דל המהווה משקל-נגד לאינטרס ההורים, אלא כמכוונות כוללת של השיח כשיח

- 95 זאת לנוכח עיצובו לפי קני-מידה סובייקטיביים ובשל האפשרות לעשות בו שימוש להצדקת עמדות סותרות, ולפיכך באופן מניפולטיבי. ראו י' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל - ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז (תשס"ב) 303, 316-317; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) 226-227, 230, 241-253; פ' שיפמן "התחמקות משיפוט למען טובת הילד" הפרקליט לח (תשמ"ט) 567, 570; י' בן אור "על משמעות המושג 'טובת הילד'" הפרקליט כט (תשל"ה) 608; רונן, לעיל הערה 49, בע' 935; ג' מאסס "טובת הילד - על הבחירה הערכית ותפקיד המומחים" חברה ורווחה טו (תשנ"ה) 415.
- 96 L. Bilsky "Child-Parent-State: The Absence of Community in the Court's Approach to Education" *Children's Rights and Traditional Values* (G. Douglas & L. Sebba eds., Dartmouth, 1998) 134
- 97 למשל, הגשמתו של ההסדר בנושא האימוץ אינה מתיישבת תמיד עם המחויבות המוצהרת לעקרון טובת הילד, ראו בהקשר זה מ' ברקאי ומ' מאסס משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" - בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים (תשנ"ה, ירושלים); E. Bartholet "Beyond Biology: The Politics of Adoption & Reproduction" 2 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (1995) 5
- 98 באופן כללי, ראו: J.F. Smith "Parenting and Property" *Mothering: Essays in Feminist Theory* (J. Trebilcot ed., Savage, 1984) 199
- 99 במובן המוקנה להם על-פי שיח הזכויות בטרתו.
- 100 כך בהקשרה של סוגיית המשמורת ומאבקם של האבות להכרה ב"זכותם" למימוש יחסיהם עם ילדיהם; Sevenhuijsen, *supra* note 4, at pp. 90-121
- 101 S.A. Wolfson "Children's Rights: The Theoretical Underpinning of the 'Best Interests of the Child'" *The Ideologies of Children's Rights* (M. Freeman & P. Veerman eds., Dordrecht, 1992) 7; B.B. Woodhouse "Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights" 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 1747, 1756-1757

משפחתי ומגונן. גישה זו מתיישבת עם המחויבות של שיח היחסים לטשטוש התפיסה הקונפליקטואלית ולייבוא התפיסה הקישורית.<sup>102</sup>

איני מעוניינת בשלב זה לשרטט את התחום המדויק שבו יוחל שיח היחסים. לצורך רשימה זו ניתן להסתפק בעמדה כי ראוי לאמץ את יישומו ככל שמדובר בסכסוכים בין צדדים קרובים שליחסים ביניהם יש משמעות גם לעתיד לבוא. השיח מתאים במובהק לחול בהקשרם של יחסים בתוך המשפחה, יחסים בין הורים לצאצאים, בין אחים ואף בין בני־הזוג עצמם, בפרט כאשר הם משמשים הורים משותפים.<sup>103</sup>

כאמור, שיח היחסים המוצע לא נועד לשמש חריג לשיח הקיים וגם לא לשמש יוצא מן הכלל שייושם לצורך פתרון סכסוכים ספציפיים. ככל שמדובר בנגזרת המוצעת ליישומו, יש להפעילו כחלופה שיפוטית וחוקית מחייבת ולהעמידו כשיח כללי. ככל שמדובר בנגזרת זו יש לשאוף לקליטתו אל תוך החוק ככלל מחייב, ולא כאמצעי לטיפול במקרים חריגים. על־פי רעיון זה יוחלו קניי־המידה הנובעים משיח היחסים מקום שלא תושג בו הסכמה כקנה־מידה שיפוטי מחייב. במקביל ישמשו שיקוליו המנחים כלי לעיצוב ההסדר החוקי הכללי.

## 2. מאפייני שיח היחסים

שיח היחסים, כפי שהוא מעוצב כאן, מורכב כאמור משילוב רעיוני של שני קולות מוסריים מוכרים: אתיקת הזכויות ואתיקת הדאגה, תוך ניסיון לזקק מהם את המיטב ולשלבם לכדי שיח משפטי אחד. עם זאת, אתיקת הדאגה כשלעצמה משמשת עוגן מרכזי לשיח המוצע וצובעת בבירור את מאפייניו. היא מתרכזת ביצירת קשר עם הזולת ובשמירה עליו, מעדיפה מערכות יחסים על בידוד, מדגישה את התגובה כלפי האחר ואת הדאגה והאחריות ביחס אליו.<sup>104</sup> דאגה, לפי גישה זו, משמעה הבנת המציאות של האחר, הזדהות עם תחושותיו וחתירה להבטחת שלומו. בהתאם, תהליך קבלת ההחלטות מתחשב בצורכיהם של הפרטים הנוגעים בדבר ומנסה ליישב את המחלוקת ביניהם לרווחת הכל ותוך גרימת פגיעה מזערית.<sup>105</sup> התהליך מתאפיין בסובייקטיביות, בפרטיקולריות ובקונטקסטואליות,<sup>106</sup> ויסוד הקונטקסטואליות מוטמע במובנו הרחב, לא רק ככזה המחייב לשקול את מגוון הנסיבות והפרטים האופפים את המקרה, אלא גם ככזה המחייב לבדוק את הרקע התרבותי של הדברים ולבחון את יחסי הכוחות והשיקולים הסמויים העומדים מאחורי ההסדרים והטיעונים הפורמליים.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Bartlett, *supra* note 43, at pp. 303–304.

<sup>103</sup> Zwiier & Hamric, *supra* note 35, at pp. 431–432.

<sup>104</sup> *Ibid.*, at pp. 386–387.

<sup>105</sup> Freyer, *supra* note 35, at pp. 205, 211.

<sup>106</sup> West, *supra* note 63, at pp. 50–61; Sevenhuijsen, *supra* note 4, at pp. 59–60;

M.J. Radin "Market-Inalienability" 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 1849; P. Alcabes

& A.B. Williams "Human Rights and the Ethic of Care: A Framework for Health

Research and Practice" 2 *Yale J. Health Pol'y L. & Ethics* (2002) 229

<sup>107</sup> N. Cahn "Birthing Relationships" 17 *Wis. Women's*: ראו: *L. J.* (2002) 163

השיח המשפטי המוצע מעוצב לאור התפיסה המוסרית המגולמת בקול הקורא לפעול מתוך תשומת-לב לאחר ומתוך יחס של דאגה. השיח מכתוב שתהליך קבלת ההחלטות ייעשה תוך הקשבה הדדית ופתיחת ערוצי תקשורת, התחשבות בפן האנושי וגישה פייסנית לפתרון המחלוקת. להבדיל מן העימות הדיכוטומי-ההיררכי המאפיין את שיח הזכויות (תובע-נתבע / מנצה-מפסיד), יאופיין שיח היחסים ברכיבים של דיאלוג, קשב ופתיחות לזולת, בהתגברות על ההתגדרות העצמית והניכור ובדיון א-היררכי, תוך צמצום התוצאה הבינרית. אף כאשר יש תובעים ונתבעים, מגמתו של שיח זה היא למצוא את הדרך להסכמה שתבטא את האינטרסים והזכויות של הצדדים. מטרתו של שיח זה אינה להביא לידי ניצחון על האחר, אלא הוא מבקש להגן על התובע והנתבע כאחד. במסגרת שיטה קשובה, המבקשת להתחשב בעמדותיהם של כל הצדדים הרלוונטיים ואינה מחויבת להכרעה בינרית, יהיו הפתרונות שיסופקו, בהכרח, גמישים יותר. השיטה מאפשרת ומעודדת יצירתיות, שכן היא מביאה בחשבון את מאפייניו הייחודיים של המקרה, את נסיבותיו הספציפיות ואת רצונותיהם וצורכיהם של הצדדים.<sup>108</sup> אפשר להעריך שיצירתיות וגמישות בעיצוב הפתרונות המוצעים יגבירו את מידת התאמתם וישימותם לטווח הארוך.

אמת-מידה של אחריות אין משמעה ביטול עצמי.<sup>109</sup> השיטה המוצעת אינה דורשת ויתור על רעיון ההגשמה העצמית. ביטול עצמי והקרבה למען האחר לא רק שאינם עולים בקנה אחד עם עקרונות אתיקת הזכויות שאנו ממשיכים להיות מחויבים אליהם, אלא גם אינם תואמים את אלמנט הדאגה עצמו. אולם עמידה על זכויותי אינה מכתובה, על-פי השיח המוצע, עיוורון כלפי נסיבותיה המיוחדות של הדילמה ואטימות כלפי האדם המסתתר מאחורי מסכת היריב וצרכיו הייחודיים. במקום התרכזות בפרט, השיטה מבקשת, אגב הכרעה בקונפליקט, לשקול את מערכת היחסים הממשית מכל היבטיה של החוויה האנושית ולהכיר במציאות של האחר ובקיום המשותף.

נוסף על אופן ההכרעה בקונפליקט, תפיסה זו משפיעה על עיצוב התוכן של הזכות והחירות, הנהפכים מגורמים מבודדים לגורמים מכילים. אלה כשלעצמם שומרים על מקומם בשיח היחסים מכוח השפעתה של אתיקת הזכויות, המכתיבה, כאמור, את המחויבות לשימור ולהבטחת זכויות וחירויות הפרט. עם זאת, מובנם ואופן יישומם עשוי להשתנות כתוצאה מן השילוב הרעיוני ומן המחויבות הנוספת לאתיקה הדאגה.<sup>110</sup> תחת דגם זה הדגש עובר מראיית הזכות כאלמנט שלילי, המשמש חוצץ מפני התערבות הזולת והחברה, לראייתה כאלמנט המגשים את האינטראקציה בין הפרט לסביבתו, תוך הכרה בהשפעתה על קיומו והגשמתו העצמית של הפרט.

אפשר שהכרעה המבקשת להתחשב במכלול היחסים, לחשוף את פניו של "היריב" ולשנות למעשה את סיווגו מיריב לאדם הנוטל חלק במארג היחסים האנושיים, כרוכה

Zwier & Hamric, *supra* note 35 108

West, *supra* note 63, at pp. 79–84; A. Bush & J. Folger *The Promise of* 109  
*Mediation – Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* (San  
Francisco, 1994) 81, 255

להלן טקסט ליד הערות 123–128. 110

במחיר: הכבדה על ההליכים השיפוטיים, פגיעה מסוימת בוודאות המועלית על נס כחלק מהעיקרון של שלטון-החוק והסרת מעטה האובייקטיביות השורה לכאורה על הכרעות שיפוטיות.<sup>111</sup> עם זאת ראוי לשים לב כי אף כיום אין ההכרעה השיפוטית אובייקטיבית ונטולת שיקולים סובייקטיביים. גם בשיטה המושתתת על שיח הזכויות קיימים במידה רבה גורמים היוצרים חוסר ודאות וקושי לצפות את ההכרעה מראש, אם כי חלק מהם נובעים מייבוא אלמנטים הדומים במהותם לאלה המאפיינים את אתיקת הדאגה.<sup>112</sup> תחת שיטה המציעה בדיעבד השלמות והתאמות, קרי אימוץ נקודתי או עקרוני של חלק מן המאפיינים של אתיקת הדאגה היוצרים הטלאה שתוצאתה חוסר קוהרנטיות, שיח היחסים מציע תשתית חדשה המהווה סינתזה הומוגנית וברורה של האלמנטים המאפשרים קול אחיד שמבטיח מידה לא-מבוטלת של בהירות. מחויבות להבטחת הקשר והדגשת פן הדאגה והאחריות ההדדית ישמשו לקביעת קני-מידה מנחים להכרעה באופן שיבטיח אובייקטיביות ומידה של צפיות.<sup>113</sup> שיח היחסים מאפשר קביעת מעין עקרונות שיחולו בהקשרן של הסוגיות השונות, והשילוב בין האלמנטים המרכיבים את אתיקת הדאגה ואתיקת הזכויות מאפשר שימוש בעקרונות של הראשונה לצורך פרשנות העקרונות הנובעים מן השנייה והצגתם כמכלול אחיד ועקבי.<sup>114</sup>

אף אם תהא פגיעה מסוימת בצפיות ובאובייקטיביות, נראה כי זה מחיר שראוי לשלמו, ובלבד שלא ייחצה את הגבול לעבר משוא-פנים. אין לשכוח כי מאפיינים חשובים לא פחות של התפקוד המשפטי, נוסף על הוודאות והיציבות, הם הגמישות וההסתגלות לנסיבות משתנות ולמגוון האנושי.<sup>115</sup> עקביות וצפיות נובעות בהכרח מהכרעה הטמונה באופק תרבותי קבוע. מחויבות לאופקים מגוונים, כפי שמתחייב בחברה פלורליסטית, מכתיבה בכל הקשר מידה של גמישות, ובהכרח גם מידה של חוסר ודאות.<sup>116</sup> כך או כך, מידת הגמישות אינה בלתי-מוגבלת והוודאות אינה קורסת. לא כל סוגיה ראויה להיות מוכרעת על-ידי דיאלוג, וגם אם תתאפשר הכרעה על-פי רצון הצדדים תוך הבטחת אינטרסים של צדדים חלשים, יהיה נכון לקבוע הסדר חקוק שימש כנקודת-מוצא ויעמוד ברקע של הליכי הבירור המשפטיים. תוכנו של ההסדר החוקי עצמו עשוי להכיל "כיסוי גמישות" ו"שסתומי ויסות" להבטחת הקונטקסטואליות והפרטיקולריות הנדרשות, אך הצורך בקיומו אינו מוטל בספק.

111 Carse & Lindemann Nelson, *supra* note 69, at pp. 19, 20.  
 112 דוגמת הרעיון של איוון האינטרסים. על רעיון "איוון האינטרסים" והשפעתו על שיח הזכויות כשיח בלתי-מוגדר ובעל מאפיינים קונטקסטואליים, ראו: M. Tushnet "An Essay on Rights" 62 *Tex. L. Rev.* (1984) 1363, 1371-1373; K.L. Karst "Woman's Constitution" *Duke L. J.* (1984) 447, 495-499.  
 113 Donnelly, *supra* note 45, at p. 105; S. Ellmann "Critical Theories and Legal Ethics: The Ethic of Care as an Ethic for Lawyers" 81 *Geo. L. J.* (1992) 2665, 2667.  
 114 אולם השוו' א' הראל "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט" עיוני משפט יח (1994) 387.  
 115 Glendon, *supra* note 9, at p. 45; A. Scales "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay" 95 *Yale L. J.* (1986) 1373, 1387-1388.  
 116 ראו בהקשר זה את הדגם ש-Donnelly מציע לשיח הזכויות, העומד על חשיבות מגוון האופקים (Horizons); Donnelly, *supra* note 45, at pp. 47, 70.

כפי שיוסבר, מוצע להפעיל את שיח היחסים בשני מישורים. במישור הדיוני, ישרטט השיח דרך חלופית לבחינת הקונפליקט ולהכרעתו. כחלופה להליך השיפוטי האדוורסרי יוצע הליך שינקוט בקנה-מידה פשרני וגמיש ויחייב דיאלוג שתוצאתו הסכמה או התחשבות הדדית. גם אם תידרש הכרעה שיפוטית כופה, יעוצב תוכנה תוך מחויבות לנסיבות המקרה ומאפייני הצדדים. במישור התוכן, ישפיע שיח היחסים על תוכן ההסדר שיינקט ויטה את הכף, במקרים המתאימים לכך, לטובת העדפת פתרון של קשר, אחריות הדדית, דאגה מתמשכת לפרט ולילד וצמצום הפגיעה בצדדים למחלוקת. בטרם נעבור לדיון במישור התוכן, שיחייב אותנו לבחון דוגמות קונקרטיות, תוצג הגשמתו האפשרית של השיח מן הפן הדיוני.

### 3. יישום שיח היחסים במישור הדיוני

כאמור, קיימת נפקות מרכזית לשיח היחסים במישור הפרוצדורלי, קרי האופן שבו תיושב מחלוקת שהתעוררה בין צדדים. לשיח היחסים ייתכנו בהקשר זה כמה יישומים אפשריים. האחד, בטרם פנייה לבית-המשפט, כאשר התעוררה מחלוקת בין צדדים קונקרטיים, במטרה למנוע את הפנייה לבית-המשפט, דהיינו כאמצעי לפתרון מחלוקת מבלי להיזקק להליכים שיפוטיים. האחר, כאמצעי להכרעה במחלוקת לאחר הגשת התביעה לבית-המשפט.<sup>117</sup> במקרה כזה ייעשה היישום של שיח היחסים לצורך הכרעה בתביעה על-ידי בית-המשפט או על-ידי גורם מוסמך שאליו הופנו הצדדים מטעמו. **יישוב סכסוכים באמצעות הליכי גישור תואם את מאפייניו של שיח היחסים.** פיתוחם של הליכי הגישור למיניהם מיוחס לעיתים לעמדות "נשיות", והוא שאב את השראתו במידה רבה מן הכתיבה הפמיניסטית.<sup>118</sup> עם זאת ברי כי אף בהקשר זה אין צורך לנקוט עמדה בשאלת "השייך המיני" של הגישור על-מנת להכיר ביתרונותיו.<sup>119</sup> הליכי הגישור מרככים את עוקצן של הנורמות הכלליות באפשרם להתאים את הנורמות לנסיבות ולצדדים הספציפיים.<sup>120</sup> כך יוצא שהדגש עובר מפתרון שיפוטי המושתת על זכויות מופשטות לפתרון המושתת על צרכים קונקרטיים, ובמקום דיון מופשט בעל אופי כללי

117 כתיבה ענפה בספרות האמריקאית מציעה ליישם את האתיקה של הדאגה כקנה-מידה מנחה לפעולתם של עורכי-דין ביחסם עם לקוחותיהם. קנה-מידה זה עשוי להיות רלוונטי הן בשלבים שלפני הגשת התביעה, אגב הפעלת אמצעי גישור, או כקנה-מידה מנחה לניהול תביעה. Zwier & Hamric, *supra* note 35; Freyer, *supra* note 35, at p. 199; C. Grant Bowman & E.M. Schneider "Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking, and the Legal Profession" 67 *Fordham L. Rev.* (1998) 249; Ellmann, *supra* note 113, at p. 2665.

118 א' דויטש פישור - הענק המתעורר (תשנ"ט) 21; ר' בוגוש, ר' הלפרין-קדרי ו' רונן "מגדר וגישור בהליכי גירושין" המשפט ז (תס"ב) 335; K.H. Rothenberg "Feminism, Law, and Bioethics" 6 *Kennedy Institute of Ethics J.* (1996) 69

119 לתפיסות השונות העומדות בבסיס הליכי הגישור, ראו: Bush & Folger, *supra* note 109, at p. 15

120 דויטש, לעיל הערה 118.



ועקרוני המתמקד בהגדרתן של זכויות, הדיון מתרכז ב"איתור שאיפותיו העיקריות של כל צד, ובבנייה משותפת של פתרון מיטבי, המשוחרר מן הסד המשפטי ומנופה משאר עניינים הטפלים לעניין הקונקרטי".<sup>121</sup> עם היתרונות הנמנים מוזכר כי הכרעה מוסכמת מעודדת שיתוף-פעולה ומשפרת את הקשר בין הצדדים. התהליך עצמו, בהנחיית המגשר, מעודד תקשורת פתוחה, חיזוק קשרים חיוביים והימנעות מתחושות אשם. התהליך מתמקד בעתיד, מנסה לצמצם מתחי עבר ומחויב ליישום עתידי מוצלח של ההסדר.<sup>122</sup>

בדומה לשיח היחסים, יתרונותיו של הגישור מתבלטים בהקשרו של תחום המשפחה, והשימוש בו בהקשר זה רווח.<sup>123</sup> כפי שאורנה דויטש מציינת, "ההנחה היא שהליך רצוני המותנה כל כולו בהסכמת הצדדים, יביא עמו את הפתרון המיטבי, שהרי נטיית הצדדים לממש פתרונות מוסכמים גבוהה מנכונותם לבצע פתרונות שנכפו עליהם. מדובר בהיבט חשוב, בעיקר בתחום המעמד האישי, שבו הצדדים מצויים בקשר נמשך ביניהם".<sup>124</sup>

יתרונות נוספים כרוכים בפוטנציאל ההליך "...לעצב פתרונות תפורים" עבור הצדדים.<sup>125</sup> ובצמצום העלויות הרגשיות בהשוואה לאלה הכרוכות בהליכים שיפוטניים אדוורסריים. ככל שמדובר בהליכי משפחה, העלויות הרגשיות עלולות להיות גבוהות במיוחד והרסניות במיוחד. נטרול, אף אם לא מלא, של גורמים רגשיים יצמצם את הפגיעה במתדיינים ובבני המשפחה המושפעים מן ההליכים, ובכללם הילדים, ועשוי להוביל, כתוצאת-לוואי, להגברה של מידת השימיות של ההכרעות שיתקבלו ושל נכונות הצדדים לשותף-פעולה לאורך זמן.<sup>126</sup> יתרונות אלה מתלכדים עם היתרונות שהוצגו ביחס לשיח היחסים.

- 121 שם, בע' 22.
- 122 אם כי אין להתעלם כמוכן מפגמיו האפשריים של הליך הגישור, פגמיו האינהרנטיים מפגמיו ההסדרתיים, ראו ס' אוטולנגי "הרהורים על חקיקת הגישור" שערי משפט ג (תשס"ב) 25.
- 123 כפי שדויטש מציינת, שימוש בהליכי הגישור אפיין מלכתחילה בעיקר סכסוכי משפחה. דויטש, לעיל הערה 118, בע' 26. במהלך השנים התרחב השימוש בהליכים אלה, והוא מקובל כיום ברוב שיטות המשפט במגוון תחומים. על הרקע לשימוש בהליכי גישור בהקשרים משפחתיים בשיטת המשפט האמריקאית, ראו: K.J. Rigby "Family Law: Alternate Dispute Resolution" 44 *La. L. Rev.* (1984) 1752.
- 124 דויטש, שם, בע' 32, 40.
- 125 שם, בע' 43.
- 126 עוד על חסרונותיו של ההליך האדוורסרי ויתרונותיו של הגישור בהקשרי משפחה ראו א' ברק "הגישור בסכסוכי משפחה - גשר בין בית המשפט לענייני משפחה לבין בית הדין הדתי" המשפחה בעידן בית המשפט למשפחה (י' גייפמן עורך, כרך ג, 2000) 1149; ד' אלדר "תובענה לישוב סכסוך: חלופה טיפולית בבית המשפט לענייני משפחה" המשפחה בעידן בית המשפט למשפחה (י' גייפמן עורך, כרך ג, 2000) 1217; Rigby, *supra* note 123, at p. 1727; G.D. Williams "Weighing the Costs and Benefits of Mediating Estate Issues Before Disputes Between Family Members Arise: The Scale Tips in Favor of Mediation" 10 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2001) 819; Weinstein, *supra* note 33, at p. 79; D.E. Gaschen "Mandatory Custody Mediation: The Debate Over Its Usefulness Continues" 10 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (1995) 469, 482-483; Menkel-Meadow, *supra* note 10, at p. 754.

(א) גישור: דרכי יישום והפעלה

בישראל התבססה בעשור האחרון חלופת הגישור כאמצעי לפתרון סכסוכים אזרחיים, והשימוש בה הולך וגובר.<sup>127</sup> ההליך מאפשר לבית-המשפט להפנות את בעלי-הדין, בהסכמתם, למגשר, אשר במסגרת הליך בלתי-פורמלי, שפרטיו חסויים בפני בית-המשפט, ולאחר בירור של עמדות הצדדים, מציע לצדדים פתרון למחלוקת.<sup>128</sup> הליך הגישור מתנהל כמעין משא-ומתן בסיוע המגשר – צד שלישי, ניטרלי, נטול כוח הכרעה. רק אם הושגה הסכמת הצדדים, ההסדר מוגש לאישור בית-המשפט, ובכך ההליך המשפטי מגיע לסיומו. תפקידו של המגשר הוא לעודד את הצדדים למצוא פתרון מוסכם על-ידי ליבון הסוגיות שבמחלוקת, הפחתת אי-ההבנות, הצבת סדר עדיפויות, מתן ביטוי לרגשות ומציאת נקודות-המפגש – עד להשגת פתרון מוסכם.<sup>129</sup> הגישור, להבדיל מן הפשרה, אינו מכתב בהכרח ויתור, כי אם עיצוב פתרון ששני הצדדים יוכלו להרוויח ממנו.

הליך הגישור כפי שהוא הוסדר בישראל הינו וולונטרי. ההשתתפות כפופה להסכמת הצדדים במובן זה שהצדדים נוטלים בו חלק מרצונם ורשאים לפרוש ממנו בכל שלב. המגשר, מיישב הסכסוך, נטול כוח הכרעה. כך, אם הגיעו הצדדים להכרעה, הרי זו הכרעתם שלהם, שאליה הגיעו בסיועו. אם הסתיים הליך זה בהצלחה, יש בכך משום הישג לשיח היחסים המוגשם במסגרת הליך הגישור. אולם השאלה היא: מה ייעשה כאשר הליך הגישור אינו מוביל לתוצאות המקוות, כאשר מי מן הצדדים מסרב מלכתחילה להצטרף להליך הגישור או כאשר זה עלה על שרטון? על-מנת למנוע מצבים אלה, מוצע לאמץ הליך של גישור מנדטורי.<sup>130</sup> על-אף חסרונותיו הצפויים של ההליך המנדטורי, בכללם אי-הנכונות הצפויה של הצדדים לפעול לגילוי מלא ולהסרת מעטה היריבות והפגיעה האפשרית בשיתוף-הפעולה העתידי בשלב של יישום ההכרעה,<sup>131</sup> יעלה הליך זה, כך נראה, ביתרונותיו על ההליך האדוורסרי השגרתי. נראה בעיני כי למרות החסרונות

127 דויטש, לעיל הערה 118, בע' 25 ואילך.  
 128 סעיף 179 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. ס' אוטולנגי "פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 535. בכל הנוגע לענייני משפחה נקבעו גם חלופות ייחודיות. לסקירת חלופות של הליכי הגישור והפשרה במסגרת בית-המשפט לענייני משפחה ראו אלדר, לעיל הערה 126; והשוו ס' זיידל "הליך חדש: 'משפט שיתופי' בסכסוכי גירושים" נקודת גישור 5 (נובמבר 2002) 14.  
 129 למודל רבי-שלבי המנחה את המגשר כיצד לפעול, ראו: Zwier & Hamric, *supra* note 35.  
 130 הדומה להליך מעורב של פישור ובוררות - Arbitration-Mediation; דויטש, לעיל הערה 118, בע' 18.  
 131 עוד על הפגמים הכרוכים בהפעלה כפויה של הליך הגישור ראו דויטש, שם, בע' A. Zylstra "The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled" 17 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* (2001) 69; D.S. Winston "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: 'You Can Lead A Horse to Water...'" 11 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (1996) 187, 190; P. Hughes "Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?" 19 *Windsor Y.B. Access Just* (2001) 161.

הצפויים, אופן ניהולו ותוצאתו של הליך גישור מנדטורי עדיפים על ההליך האדוורסרי. יתרונותיו, כגון צמצום העלויות הרגשיות, קיצור משך הזמן של ההכרעה, שיפור התקשורת בין הצדדים, העמקת ההבנה והבטחת פתרון קשוב ברוח שיח היחסים, עולים על חסרונותיו.<sup>132</sup> הליך זה אינו קיים בשיטת המשפט הישראלית,<sup>133</sup> אולם אימוצו עשוי להוות הגשמה ראויה של שיח היחסים.

משמעותו של הגישור המנדטורי המוצע כפולה. ראשית, עצם ההשתתפות בהליך מחייבת, ואינה נתונה לבחירת הצדדים.<sup>134</sup> שנית, מקום שבו לא צלח ההליך והצדדים לא הגיעו לפתרון מוסכם, יוכל המגשר להגיש את המלצתו לבית המשפט, וזו תשמש תשתית עקרונית להכרעת בית המשפט.<sup>135</sup> על-פי חלופה אחרת תהיה הכרעתו של המגשר הכרעה מחייבת כשל בורר, וסמכותו של בית המשפט תצומצם לאימוצו, כפוף לחריגים המשמשים בבוררות. על-פי חלופה זו יפעל המגשר, בשלב ראשון, כמגשר לכל דבר ועניין, קרי: לאחר בירור עמדות הצדדים הוא יפעל להביאם לידי הסכמה, יציע חלופות וינסה לגשר בין עמדותיהם, ואולם אם לא הצליחו הצדדים להגיע להסכמה, הוא יוכל להפעיל, בסופו של דבר, כוח הכרעה אף ללא הסכמתם. הפתרון שיציג המגשר במצב זה מחויב לרעיונות של שיח היחסים, ביניהם הבטחה מרבית של צורכי הצדדים וגורמים רלוונטיים נוספים, צמצום הפגיעה בהם והגנת הגורמים החלשים, ובפרט הילד. לרעיונות אלה אחזור בחלקו הבא של הדיון.

אף שהיה ניתן לשער כי כפייה להשתתף בגישור תעורר התנגדות, וכי צד שאינו מעוניין להשתתף בהליך יסכל הגעה לפתרון מוסכם, המחקר מלמד כי בשיעור ניכר של המקרים הגיע הליך הגישור, שהכניסה אליו היתה מחייבת, לסיומו המוצלח.<sup>136</sup> יתרונותיו של ההליך ניכרו אף במקרים שבהם לא הצליחו הצדדים להגיע לפתרון מוסכם.

132 עם זאת ראוי לשים לב לחשש הכרוך בהפעלת הליכי גישור מנדטוריים, בפרט בהקשרם של סכסוכי משפחה. גישור מנדטורי עלול להיות בעייתי לנשים, ובפרט כאשר קיימת היסטוריה של אלימות במשפחה. בהקשרה של הביקורת על ההליך ממגוון היבטים, המענה לה והפתרונות שהוצעו, ראו: S. Sutherland "Revue de Livre: C.J.A. Beck, B.D. Sales – Family Mediation: Facts, Myths and Future Prospects" 18 *Can. J. Fam. L.* (2001) 201, 202; J.P. Maxwell "Mandatory Mediation of Custody in the Face of Domestic Violence: Suggestions for Courts Mediators" 37 *Fam. & Concil. Ct. Rev.* (1999) 335; Gaschen, *supra* note 126, at p. 469.

133 בסעיף 79 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, קבועה סמכות המאפשרת לבית המשפט לפסוק בדרך של פשרה, אולם הפעלת הסמכות נתונה להסכמת בעלי-הדין. אוטולנגי, לעיל הערה 128, בע' 542.

134 על מאזן היתרונות והחסרונות הכרוכים בהיבט זה ראו א' דויטש "על 'הסכמה מדעת' בהליך הגישור" *שערי משפט ג (תשס"ב) 47, 66-71*; Winston, *supra* note 131, at pp. 190-193; G. Smith "Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not" 36 *Osgoode Hall L. J.* (1998) 847.

135 פתרון ברוח זו אומץ בקליפורניה. לתיאור ההסדר, פגמיו ויתרונותיו, ראו: Kuhn, *supra* note 91; Gaschen, *supra* note 126, at p. 469.

136 ראו הנתונים המובאים אצל Winston, *supra*, אם כי הדברים מחייבים בדיקה נוספת במקביל להפעלת הסדר דומה בישראל. ראו: Gaschen, *supra* note 131, at p. 187; Winston, *supra* note 131, at p. 481.

במשא-ומתן בין הצדדים בשלב מוקדם של הסכסוך, לפני שעלה על פסים אדוורסריים, טמון פוטנציאל לשיפור התקשורת בין הצדדים ולהפגת מתחים. אף אם לא הצליחו הצדדים להגיע לפתרון מוסכם, נכונותם לשתף-פעולה בשלב מאוחר יותר גוברת. בהקשרים משפחתיים ניכרת כאמור השפעה חיובית בכל הנוגע בקשרים מתמשכים ומצטמצמת הפגיעה בילדים. קביעת הליך הגישור כמחייב מנטרלת אף מכשול נוסף ביישומו ההסכמי. הסכמה להשתתף בהליך של גישור עלולה להיתפס בשיטה אדוורסרית כהודאה בחולשתה של התביעה. כפיית ההליך מאפשרת לצד שמעוניין בגישור, אך אינו רוצה להיתפס כ"חלש", להשתתף בו מבלי להיפגע, מנקודת-ראותו, במובן הטקטי. הפעלת כל דגם גישור שייבחר לאור עקרונותיו של שיח היחסים יתאפיין בהקפדה על יצירה ושימור של ערוצי תקשורת בין הצדדים למחלוקת, הקשבה בין הצדדים, יצירת יחסי אמון ארוכי-טווח והצגת פתרונות ייחודיים. בגישור וולונטרי תתקבל ההכרעה על בסיס הסכמה שתושג תוך דיאלוג וחשיבה משותפת. הפתרון יותאם לנסיבותיו של המקרה ולצורכיהם של הצדדים הנוגעים בדבר. הקשבה של הגורם המתווך לרצונות ולצרכי הצדדים תשמש בידיו כלי לאיסוף מידע, המגביר כשלעצמו את הסיכוי שהפתרון שיוצע יוסכם על הכל, או למצער ישקף באופן אופטימלי את האינטרסים של הצדדים. הדגש מושם בקשב "הוגן" כאמצעי להבנה הדדית ובהבנה כאמצעי לפתרון בעיות.<sup>137</sup> במידת הצורך יותאם הדגם לסמכויותיו של הגורם המגשר. מקום שבו הוא מחזיק בידיו סמכויות של הכרעה ייתוסף, כאשר לא תושג הסכמת הצדדים, שלב של כפייה. ברי כי בהפעלת סמכות הכפייה יש כדי להשליך על אופן ההתנהלות ואף לפגום במידת-מה ביתרונותיו של הליך הגישור, אולם מחויבות לרעיונות הנובעים משיח היחסים, הן לאורך התהליך והן בבחירת הפתרון, תשמר כאמור חלק ניכר מיתרונותיו.

#### 4. יישומו של שיח היחסים במישור התוכן

כבר הוזכר כי יישומו של שיח היחסים עשוי להשפיע על עיצוב התוכן של פתרון המחלוקת הנידונה וכן על קביעת ההסדר החוקי הכללי. נאמנות לשיח, המתמקד בשימור היחסים בין הפרט לסובביו, באכפתיות ובאחריות הדדית, תקדם במקרים המתאימים לכך פתרון המעדיף קשר על חיזוק האוטונומיה במשמעותה הבדלנית. בדומה לכך ישאף פתרון שמושג בהתאם לשיח היחסים, בכל הקשר, להביא לידי הבטחת הצרכים הייחודיים של הצדדים, לידי שביעות-רצון גבוהה מצידם, לידי צמצום הפגיעה והנוק שייגרמו להם ולידי הגנה על הגורמים החלשים.<sup>138</sup> יעדים אלה ניתנים להשגה לנוכח יישומו הקונטקסטואלי של השיח ופתרונותיו הגמישים. רכיבים אלה כרוכים מטבעם בהליך הגישור שתואר ומהווים חלק מעקרונותיו. נוסף על כך, עקרונות אלה ואחרים, המעוצבים על-פי ההקשר הספציפי, עשויים להכתיב עקרונות-תוכן שיופעלו הן על-ידי המחוקק, בקובעו את

<sup>137</sup> Zwier & Hamric, *supra* note 35, at p. 404.  
<sup>138</sup> Freyer, *supra* note 35, at pp. 205, 211.

ההסדר החוקי הכללי,<sup>139</sup> והן על-ידי הגורם השיפוטי המוסמך להכריע במחלוקת ונדרש לפרש לשם כך את הדין וליישמו.<sup>140</sup> לא-פעם שלובים המישורים זה בזה. כמה שיקולי הכרעה כלליים, הראויים לחול בכל מחלוקת המתעוררת בהקשרי משפחה, יכולים להיגזר משיח היחסים. שיקולים אלה ישמשו אותי ברשימה זו ביחס לשאלות קונקרטיות שביקשתי להידרש אליהן.

השיקול הראשון הינו מחויבות הפתרון המוצע להתחשבות ברצונותיהם של כל הצדדים הרלוונטיים. השיח מחייב לאפשר את השמעת העמדות של הצדדים למחלוקת אף אם הם נטולי מעמד רשמי כבעלי-דין או אם האינטרס שהם מגלמים הינו אינטרס עקיף. השיח מחויב להשמעה ולהתחשבות בעמדתם של הגורמים, לרבות החלשים שבהם, שקולם נשמע ברגיל רק בקושי.<sup>141</sup> עם זאת ברור כי עוצמת זיקתם לשאלה והמידה שבה יושפעו מן ההכרעה או ההסדר ישמשו אבן-בוחן לרמת ההתחשבות בעמדתם.

השיקול השני בא לידי ביטוי במחויבות לפתרון שפגיעתו בצדדים היא הקטנה ביותר, או למצער הימנעות מפתרון שיסב נזק קשה מדי. קביעה נאמנה למידת הנזק העלול להיגרם מחייבת עמידה על צרכיו ומאפייניו של כל גורם ושקלול הקשרים וההקשרים הסובבים אותו. שיקול זה מחייב את הגורם השיפוטי המכריע לבחון את מגוון הפתרונות ולהציג פתרונות ייחודיים בעלי מאפיינים פשרניים.

שיקול שלישי, מנחה ומהותי, שילווה כל שאלה הנוגעת במישרין או בעקיפין בילדים, הינו השיקול בדבר הבטחת שלומם.<sup>142</sup> בשל האינטרס האישי, המשפחתי והחברתי לשמור על רווחתו, הילד עומד במרכזו של שיח היחסים כשיח משפחתי, קישורי ומגונן. הבטחת טובתו של הילד נובעת מיסוד האחריות הניצב במרכז השיח ומן ההכרח לספק הגנה לגורמים החלשים. התפתחותו של הילד לאינדיווידואל כשיר מוסרית, בוגר ועצמאי תלויה, פשוטו כמשמעו, בטיפול ובדאגה המסופקים לו. כגורם פגיע, הוא ניצב במרכז העשייה הדאוגה ומכתיב את החובה להביא בחשבון את צרכיו ולקבוע הסדר שיעלה בקנה אחד עם רווחתו. יש להבטיח שגורם זה ימומש אף אם קולו של הילד הקונקרטי אינו נשמע

139 להצעה ברוח זו, ראו: Canadian Royal Commission on New Reproductive Technologies: Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies (1993); P. Healy "Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada"

40 McGill L. J. (1995) 905

West, *supra* note 63, at pp. 22–93 140

A. Donchin "Autonomy and Interdependence – Quandaries in Genetic Decision Making" *Relational Autonomy – Feminist Perspective on Autonomy, Agency, and the Social Self* (C. Mackenzie & N. Stoljar eds., New York, 2000) 236, 253 141

על מעמדו המרכזי של הילד במסגרת מודלים רעיוניים קרובים לשיח היחסים ראו 142 ליפשיץ, לעיל הערה 6, בע' 237–238; M. Mason, A. Skolnick & S.D. Sugarman "Introduction" *All Our Families – New Policies for a New Century* (M. Mason, A. Skolnick & S.D. Sugarman eds., New York, 1998) 1; G.A. Holmes "The Extended Family System in the Black Community: A Child Centered Model for Adoption Policy" 68 *Temple L. Rev.* (1995) 1649

בפועל, ולבחון את השפעות הפתרון על מצבו אף אם אין הן נגרמות במישרין.<sup>143</sup> בהתאם לכישוריו ומידת התפתחותו, יש לאפשר את השמעת הילד בעצמו או באמצעות נציג נפרד מטעמו.

השיקול הקורא להתרכז ברווחת הילד משיק לעיקרון של טובת הילד כפי שהוא מוכר בשיטתנו, אולם מובנו והיקף פרישתו שונים. במתכונתו הנוכחית העיקרון משמש כאלמנט מוגבל המהווה משקל-נגד לאינטרס או לזכויות של ההורים. במקרים רבים אין יישומו ההצהרתי מופעל, או הוא נדחק, אף במישור העקרוני, מכוחם של גורמים סותרים.<sup>144</sup> בהקשרו של שיח היחסים, הוא יופעל כמכוננות כוללת של השיח, ישקף את האינטרס המשותף להורה וליילד וישקף את ההנחה שההורה והילד אינם מצויים בקונפליקט. גם מקום שבו נסתרה ההנחה, ישמש שיקול זה כאלמנט נורמטיבי מחייב לכפיית סטנדרט שייטיב עם הילד.

*הבטחת שגשוג המשפחה ושימור הקשר בין חבריה* הינו השיקול הרביעי הכללי הנובע משיח היחסים. שיקול זה אופייני להסדרת סוגיות רבות בהקשרי משפחה. מאפייניה של היחידה המשפחתית, תפקידה וחשיבותה לפרט מכתביים כי תיבחן השפעתו של כל פתרון שיוצע על יחסים אלה ותיבחר החלופה המבטיחה יצירת יחסים איכותיים ושימורם.<sup>145</sup> כשיקול המתמקד בטיב היחסים ושואף לקידום ושימור של יחסים איכותיים ומזינים, לא תיוחס, כשלעצמה, חשיבות למסגרת היחסים, לזיקה הגנטית או להגדרתם הפורמלית. מכאן שהמשפחה שביקש השיח להבטיח ולבצר אינה זו המסורתית דווקא.<sup>146</sup> הדגש מושם ביחסי זוגיות, ביחסי הורה-ילד, באחים וביחסים המהווים יחסי קרבה במובנם המהותי, גם אם אינם מוגדרים כיחסי משפחה במובנם הפורמלי. קרובים המגלמים תלות, דאגה, טיפוח ואחריות ארוכת-טווח והדדית, או פוטנציאל לכך, הם אלה שזכאים להגנה ולשימור יחסייהם. במובן זה הדגש מושם באיכות היחסים, ולא בגבולות שבהם הם נוצרים.<sup>147</sup> חשוב להבהיר כי הפתרון שיינקט אינו זה המשמר "בכוח" את יחסי המשפחה

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

144 ראו בהקשר זה לעיל טקסט ליד הערות 135-141.

145 לחשיבותה של המשפחה ראו ברק, לעיל הערה 126; רונן, לעיל הערה 49, בע' 935; J. Mazzone "Towards a Social Capital Theory of Law: Lessons from Collaborative Reproduction" 39 *Santa Clara L. Rev.* (1998) 1; M. Midgley & J. Hughes "Are Families Out of Date?" *Feminism and Families* (H. Lindemann Nelson ed., New York, 1997) 55.

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

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

ואת קיומם הפורמלי. בנסיבות שמתבקש בהן פירוק הקשר, יש לאפשרו תוך הכרה בהיותו תהליך בעל השלכות מתמשכות ורבות-פנים. מטרת ההתערבות המשפטית אינה כפיית קשר, אלא מזעור נזקי הפירוק והגנת היחסים בין מי מחברי המשפחה המבקשים לשמר קשר מתמשך.

אף שאמנע מהגדרתו כשיקול נפרד, ראוי לחזור ולהזכיר את מחויבות השיח לעקרון האחריות ההדדית המתמשכת של בני המשפחה אלה לאלה ואת שאיפתו לפתרון שיגשים סטנדרטים של דאגה, טיפול וטיפול הדדיים. רכיבים אלה שלובים בכל אחד מן העקרונות שפורטו בנפרד ויעמדו ברקע של כל הכרעה שתיעשה בהקשר משפחתי.

סוגיות הנוגעות בהולדה (שיידונו להלן) עשויות באופן טיפוסי להנביע שיקולים מנחים נוספים, הנגזרים כמעין שיקולי-משנה מאלה ששורטטו לעיל. הכרה בחשיבותה של משפחה המושתת על יחסי משפחה איכותיים לרווחת הפרט ולשגשוגו מובילה אותי לגזור משיח היחסים את הגורם המאפשר, למי שחפץ בכך, להקים משפחה. הדגש בהקשר הנידון כאן מושם ביצירתם של יחסי הורה-ילד, והוא מעצב כשיקול-משנה מחויבות להבטחת פתרונות ומציאת חלופות הולדה למי שמתקשה בהולדה טבעית.<sup>148</sup>

לא אוכל להתייחס במסגרת זו לסוגיה של טכניקות ההולדה המלאכותיות על כל פניה; עם זאת ארמוז כי לנוכח השילוב בין האלמנטים לא יהיה בשיקול המחייב לאפשר הקמת משפחה או בזה המחייב ליצור פתרונות הולדה למי שמתקשים בהולדה טבעית כדי להכשיר אוטומטית כל סוג של טכניקה בכל מצב וללא כל תנאים מקדימים. לא אוכל במסגרת זו גם לדון בזיקה הקיימת בין טכניקות ההולדה המלאכותיות לבין מוסד האימוץ, בהשפעת ההסדרים שהמחוקק קובע על התמריץ לפנות לחלופה זו או אחרת ובמחויבות הקיימת, מכוח שיח היחסים, למציאת פתרונות השמה לילדים שהוריהם אינם מסוגלים לטפל בהם. לצורך עיצובו של שיקול זה נסתפק בהבטחת הגשמתה של כמיהת הפרט להורות באמצעות טכניקות ההולדה מבלי שיהיה בכך כדי להפחית במשהו ממחויבות השיח למציאת משפחות לילדים נטולי-בית.

עקב מאפיינו המרכזי של שיח הדאגה כשיח קונטקסטואלי וגמיש הבודק את הסוגיה הרלוונטית על כל פניה, את נסיבותיו של המקרה ואת מאפייניהם של הצדדים לו, לא ניתן לשרטט במדויק את עקרונותיו התוכניים במסגרת זו. עם זאת, בחינת דוגמות אחדות תאפשר לעמוד ביתר דיוק על מאפייניו. ראוי להבהיר כי לא אוכל להקיף את מכלול הקשיים שמעוררת כל דוגמה או את הסדרי החוק הספציפיים; ההתייחסות תיעשה במשיכות-מכחול גסות, תוך תקווה לחזור אל הדברים ביתר הרחבה בהודמנות אחרת.

יש להיזהר פן תשמש קליטתו של שיח היחסים לחיזוק רעיונות שמרניים ביחס למבנה המשפחה, והשוו: Hafen, *supra* note 41.  
 148 על חשיבות השימור של טכניקות ההולדה המלאכותיות והזיקה ביניהן לבין מרכזיות קשרי המשפחה, ראו: Ontario Law Reform Commission, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters* (1985) 232, cited in L.L. Behm "Legal, Moral & International Perspective on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States" 2 *DePaul J. Health Care L.* (1999) 557, 590.

ה. הפעלת שיח היחסים – מקרי־מבחן

1. מאבק על גורלן של ביציות מופרות – פרשת נחמני

דוגמה מרתקת ליישום שיח הזכויות בהקשר המשפחתי הינה פסק־הדין שניתן בעניין נחמני במסגרת הערעור האזרחי.<sup>149</sup> במאבק המשפטי המתקשר על גורלן של הביציות המופרות של בני־הזוג נחמני "ניצחה" אומנם לבסוף רותי, אולם הערעור, שנידון בבית־המשפט העליון בסיבוב הראשון הוכרע נגדה. בית־המשפט העליון, מפי השופט שטרסברג־כהן, קיבל את ערעורו של דני והכריע לטובת עמדתו, שהיתה סירוב להמשיך לשתף־פעולה עם רותי, אשתו בנפרד, והניאה אותה מלעשות שימוש בביציותיה המופרות בורעו באופן, שכפי ששוער אז, יסתום את הגולל על אפשרותה להביא ילד לעולם.

מאפייניו של פסק־הדין, כפי שדפנה ברק־ארוז מסיבה את תשומת־ליבנו, מלמדים על סיווגו המובהק כפסק־דין המחויב לעקרונות של שיח הזכויות.<sup>150</sup> פסק־הדין משקף מחויבות לערכים הליברליים, ובכללם האוטונומיה של הרצון במובנה הנבדל והמתגדר, חירות במובנה השלילי ושוויון במובנו הפורמלי. בית־המשפט בוחר כביכול בקו אובייקטיבי וניטרלי<sup>151</sup> ומתנער ממאפיינים אישיים ומהיבטים נרטיביים.<sup>152</sup> הוא בוחן את יחסי הצדדים בתבניות חוזיות ומבקש לטשטש את ייחודם של הצדדים ואת מאפייני הקשר ביניהם.<sup>153</sup> נוסף על כך, בית־המשפט בוחר, לפחות רטורית, בקו המסורתי המכתיב אי־התערבות בחיי המשפחה ובהחלטות אינטימיות הנוגעות בהולדה, אם כי הוא מתעלם בכך מן העובדה כי מלכתחילה שילבה ההולדה גורמים חיצוניים למשפחה ומן ההשלכות הנובעות מעצם מעורבותו שלו עצמו בסכסוך, גם אם התיימר לשמר את הדברים "כפי שהם".<sup>154</sup> החלטתו להימנע משינוי המצב הקיים אינה מתקיימת בנקודת־האפס, אלא בשלב מאוחר יותר של תהליך ההולדה, לאחר שהחל כבר, אך הופסק בשל שיבושים. על רקע זה קשה לדבר על אי־התערבות במובנה הנקי ולהתעלם מן השרירותיות הכרוכה בהחלטה לא להתערב בנקודת־זמן פלונית.

הנמקת הערעור משקפת חשיבה המקדשת את האוטונומיה ואת הרתיעה מן הקשר המשפחתי. אחד הנימוקים שהכריעו את הערעור היה זה שהעדיף כפייה של היעדר הורות על הורות כפויה. בלשונו של בית־המשפט: "...מימוש הזכות להיות הורה כרוך בהעמסת נטלים כבדים ורציניים, נפשיים, רגשיים, מוסריים וכלכליים לכל ימי החיים, ואין אדם

149 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485.

150 ד' ברק־ארוז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 197.

151 ברק־ארוז מראה כי אין מדובר למעשה בקו ניטרלי, וכי בבסיס פסק־הדין עומדת הכרעה ערכית מוקדמת של בית־המשפט, שם, בע' 212.

152 לדיון בשאלות שהפן הנרטיבי מעורר ראו ש' אלמוג "עיני המערער חשכו" בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו (תש"ס) 295, 299–303.

153 ברק־ארוז, לעיל הערה 150, בע' 211.

154 עניין נחמני, לעיל הערה 149, בע' 500.



יכול להשתחרר מהם, בעוד אשר מימוש הזכות שלא להיות הורה משאיר את המצב הקיים כמות שהוא. מכאן, שמשקלה של הדרישה להימנע מכפיית הורות חזק יותר באיזון שבין הזכות שלא להיות הורה לבין הזכות להיות הורה.<sup>155</sup> אף הניתוח שהובא בספרות בהתייחס לפרשה זו הוא דוגמה מובהקת לניתוח "קך ונקי" המתמקד באוטונומיה ומקדש את השליטה של הפרט בחייו.<sup>156</sup> מי שנכפה עליו להיות הורה מועלה, על-פי גישה זו, לדרגת "קדוש מעונה" כמעט, שכן ההשלכות הצפויות מהולדת צאצא בלתי-רצוי עשויות להיות "דורשניות מדי, משעבדות מדי או מייסרות מדי".<sup>157</sup>

התמקדות בית-המשפט בקביעת משקלה של הזכות להורות כנגד הזכות להימנע מהורות, והערכת השנייה כעדיפה על הראשונה, משקפים את עיקר הנמקתו של פסק-הדין במישור החוקתי ובמישור החוזי. ההכרעה לטובת הזכות להימנע מכפיית הורות משמשת תשתית לקביעה כי אכיפת ההסכם בין הצדדים להמשך תהליך ההפריה בניגוד לרצון האיש תהווה הפרה של תקנת-הציבור ותוגדר כבלתי-צודקת בנסיבות, ולפיכך היא אסורה על-פי הוראות חוק החוזים.<sup>158</sup>

בית-המשפט עושה שימוש בכלים חוזיים במטרה ליצור אחידות ועקביות ומתוך מחויבותו לאובייקטיביות, אך יוצא חוץ לצדק.<sup>159</sup> מתוך שאיפתו המוצהרת לניטרליות אין בית-המשפט מסב את תשומת-ליבו למאפייניהם המיוחדים של הצדדים ומתעלם מייחודו של הנוק שנגרם לתובעת. נזקה של התובעת, על רקע ההנחה שעמדה לנגד עיני בית-המשפט כי לא תוכל עוד להפיק ביציות שישמשו להולדת ילדה הגנטי, מוזכר על-ידי בית-המשפט באופן עקיף בלבד ולא כשיקול פוזיטיבי לתמיכה בתוצאה שתצדד בעמדתה.<sup>160</sup> בית-המשפט מצמצם את גבולות המחויבות ההדדית בין בני-הזוג ואינו מוכן להכיר בהימשכותן של ההבטחה והאחריות ההדדית לאחר מועד הפרדה ואולי עוד קודם-לכן, שכן הוא מתנה אותן ברצון הטוב של בני-הזוג הכרוך בקיומן של אהבה וידידות.<sup>161</sup> עם קריסת המערכת הזוגית, לא יתערב בית-המשפט ויימנע מלהורות על אכיפת התחייבויות בין בני-זוג כאשר אין הן עולות בקנה אחד עם זכויות-היסוד של הפרט בחברה. לגופו של עניין, בית-המשפט מוצא ש"כפיית הורות נוגדת את 'תקנת הציבור' ואת המדיניות המשפטית הראויה, באשר היא אינה עולה בקנה אחד עם ערכי היסוד המוגנים בשיטתנו המשפטית".<sup>162</sup> תקנת-הציבור, המוגדרת על-ידי בית-המשפט כ"ערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולטפח", אינה כוללת, לדידו של בית-המשפט באותה פרשה, את המחויבות המשפטית הנמשכת.

בהתאם לקו-ההנמקה האמור ועל בסיס התשתית הערכית המניעה את בית-המשפט, הוא קובע בהקשר החוזי כי אילו נדרשו הצדדים מראש לשאלה כיצד ינהגו במקרה של

155 שם, בע' 500-501.

156 ח' גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח (1993) 83.

157 שם, בע' 100.

158 עניין נחמני, לעיל הערה 149, בע' 502, 516.

159 השוו': West, *supra* note 63, at pp. 55-58.

160 עניין נחמני, לעיל הערה 149, בע' 519.

161 שם, בע' 522.

מחלוקת ופירוד (שאלה שאליה נדרש לצורך השלמת החסר בהסכם הקיים ביניהם), הם היו מכריעים לטובת התרת ההתחייבות.<sup>163</sup> הנחה זו אינה מחויבת המציאות, אלא על רקע התשתית הנורמטיבית העומדת ביסוד דעת הרוב, המניחה קונפליקט בין בני-זוג שנפרדו, המחויבת לערכים של אוטונומיה במובנה המבדיל, לחירות במובנה השלילי ולצמצום המחויבות ההדדית והמשפחתית.

בחינת המחלוקת שבין בני-הזוג נחמני באספקלריה של שיח היחסים תחייב, כך נדמה, הכרעה נוגדת. עד כמה שניתן לשרטט הכרעה זו בקווים כלליים, נראה שלשיח היחסים בהקשר זה יהיו השלכות מספר. בכל הנוגע במישור היחסים בין דני לרותי יאפשר שיח המתמקד באחריות ובהבטחת הקשר הזוגי-המשפחתי אכיפת התחייבויות הדדיות שנטלו על עצמם הצדדים במהלך נישואיהם גם לאחר קריסת המערכת הזוגית ושמיטת אדני האהבה שעליהם הושתתה. ההנחה החוזית המבוססת על אומד דעתו של האדם הסביר, הנעשית באספקלריה של אתיקת הדאגה, תאפשר להגיע למסקנה שונה מזו שהציג בית-המשפט, ולהניח כי בני-זוג סבירים יהיו מוכנים לכבול עצמם בהתחייבויות משפחתיות הדדיות שתחולתן תימשך אף לאחר התרחשות הקרע ביחסים.<sup>164</sup>

באשר לרותי, נראה כי הכרה בחשיבות יצירתו של קשר ויחסים קרובים, יחסי הורה-ילד, תחייב, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, נקיטת עמדה שתצדד במימוש אימהותה ותעדיף כפיית הורות על כפיית אי-הורות. כזכור, מחויבות השיח ליצירת הקשר ההורי אינה תחומה להולדה טבעית, ולאורה על החברה להושיט יד במימוש חלופות הולדה מלאכותיות. שקילת השלכותיה של ההכרעה והתחייבות לפתרון שזקיק מינימליים אף הן יחייבו תמיכה בעמדתה של רותי;<sup>165</sup> שהרי מבחינתה, דחיית תביעתה תכפה עליה עקרות מוחלטת, בעוד שמבחינתו של דני היא תבטא באי-נוחות ובהכבדה רגשית שעוצמתן מוגבלת. חומרתה של הפגיעה הכרוכה בעקרות כפויה מתחדדת לאור ההכרה בחשיבותם של יחסים אלה לפרט ולרווחתו.

חשוב עם זאת להבהיר כי הכרעת שיח היחסים בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים, אינה חד-ממדית. גישה חד-צדדית, נחרצת וגורפת אינה ראויה ונוגדת את מאפייני השיח. ברי כי יש הכרח לשקול אף את הפגיעה שתיגרם לאיש בנסיבות אלה, ולשקלל את העובדה כי הכרעה לטובת התובעת תוצאתה קשר כפוי על האיש, קשר שמטבעו אינו מסוג הקשרים ששיח היחסים שואף לקדם. שיקול זה מהווה משקל-נגד לטיעונים התומכים בכפיית ההתחייבות הראשונית, אם כי אין בו, כפי הנראה, כדי להטות בנסיבות המקרה את כפות המאזניים לדחיית תביעתה של האשה. בניגוד לרוב ההכרעות בהקשרי המשפחה, נסיבות המקרה אינן מאפשרות פתרון פשרני המגלם את צרכי שני הצדדים, ובמידה רבה

162 שם, בע' 502.

163 ראו בעניין זה גם בדיון הנוסף, ד"נ 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 764-765, 783.

164 ראו עמדת המיעוט שביטא השופט טל בעניין נחמני, לעיל הערה 149, בע' 528.

165 דעת הרוב בערעור האזרחי סוברת אומנם כי בעיצוב הפתרון "הנכון והצודק" יש להתור לפתרון "הקשה פחות", אך זה צריך להיות, ראשית לכל, פתרון "עולה בקנה אחד עם תפיסתנו את זכויות היסוד של האדם בחברתנו" (שם, בע' 493). המחויבות לפתרון שפגיעתו מינימלית נדחקה בכך ונסוגה מפני העדפת זכויות מופשטות.

נדרשת, לאחר בדיקה של מגוון ההיבטים, הכרעה לטובת אחד מהם. כפי ש־West מציינת, בית־המשפט נדרש, בהכרעו בסכסוך מורכב המגלם אינטרסים נוגדים שאינם ניתנים לגישור, לגשת אל הצדדים ואל כאבם מתוך דאגה ואמפתיה. בנסיבות שבהן הנזק הכרוך בהכרעה עלול להיות כבד מנשוא, בית־המשפט מחויב לשקלל את ההקשר הייחודי של המקרה ולבחור בפתרון שיסב את הנזק המזערי.<sup>166</sup>

בהנמקות של שופטי הרוב בדיון הנוסף ניתן לאתר סממנים לקו־מחשבה זה. השופט גולדברג והשופטת דורנר מכריעים בפסק־הדין תוך הסתמכות בלעדית כמעט על עקרון הצדק, תוך שהם מדגישים את שקילת נזקי הצדדים בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, ומכריעים לטובת הפתרון שהפגיעה שהוא יגרום תהיה חמורה פחות.<sup>167</sup> אולם התמקדותם באלמנט הנזק ובחירתם בפתרון המסב נזק מופחת רק או בעיקר בשל כך עשויה להיתפס כבלתי־מוצדקת כשלעצמה. שופט המיעוט, השופט זמיר, מעיר בצדק שגם אם הזכות להורות חשובה בהרבה מן הזכות לא להיות הורה, והנזק הכרוך באי־הגשמתה עולה משמעותית על הנזק הכרוך בהגשמתה, אין בה כשלעצמה כדי להטיל על דני חובה להשתף־פעולה ולהגשימה בה במידה שאין בזכותו של אלמוני לחיים (התלויה בביצועו של ניתוח שעלותו גבוהה) כדי להטיל חובת תשלום ישירה על פלוני (אף אם הוא עתיר נכסים), אף־על־פי שגלוי וידוע כי הזכות לחיים עולה בחשיבותה על הזכות לקניין.<sup>168</sup> אכן, חובתו של פלוני כלפי אלמוני תוכל להתגבש רק על רקע קיומם של יחסים מיוחדים בין השניים. במובן זה, הנמקת הרוב בדיון הנוסף חסרה את ההיבט המתייחס ליחסי הצדדים. אף שפסק־הדין עומד על ייחודו של הקשר בין הצדדים, הוא מתמקד, בדומה לדעת המיעוט, בהיבטים החוזיים, ויוצא חסר בהנמקתו מן ההיבט המוגדר על־ידי "צדק".

פגם אחר, עקרוני במהותו, הכרוך בהנמקת הרוב בדיון הנוסף נובע מהיעדרם העקרוני והלשוני של מכלול המאפיינים של שיח היחסים מן השיח המשפטי המיושם. בשל החסר האמור, נדרשו השופטים השותפים להנמקת הרוב להנמקות יצירתיות ולקביעת חריגים אד־הוק מטעמי "הצדק". פסק־הדין שנתנו סובל מן החסר הלשוני הקיים ומהיעדרם של כלי שיפוט דאוגים, ועלול להיתפס כבלתי־משכנע בשל הנמקתו הבלתי־סדורה. פסק־הדין בדיון הנוסף מסתמך על "אינטואיציה"<sup>169</sup> ו"רגשות",<sup>170</sup> וככזה יעורר קרוב לוודאי ביקורת.<sup>171</sup> ניסוח הרעיונות המגולמים במונח "צדק", כפי שהוא הובן על־ידי בית־המשפט בפרשת נחמני, בכליו של שיח היחסים ועל בסיס שיקולי ההכרעה שהוא מציג יתקבל כעשייה שיפוטית לגיטימית ולא גחמנית, ומשום כך הוא עדיף.

166 הדברים נאמרו בהקשרה של מחלוקת הכרוכה בחזרת אס־נושאת מהסכם לנשיאת עוברים, ראו: West, *supra* note 63, at pp. 56–57.

167 עניין ד"ג נחמני, לעיל הערה 163, בע' 712–722, 728–732.

168 שם, בע' 781.

169 שם, בע' 740.

170 שם, בע' 735.

171 שם, בע' 697.

2. יחסי אם-עובר

בבקשי לסדר את הדוגמות הנוספות שיובאו ברשימה זו בסדר כרונולוגי, הכרוך במחזוריות חייו של אדם, יהיה עלי לעבור בשלב זה לדיון במחלוקת פוטנציאלית העלולה להתעורר כביכול בין אם לעברה במהלך ההיריון.<sup>172</sup> ברוח כתיבתה של רות הלפרין-קדרי,<sup>173</sup> אבקש לומר דבר-מה ביחס ליחסי אם-עובר בכל הנוגע בהתנהגות האם במהלך ההיריון קיים. הדברים שיובאו כאן מתייחסים למצבים שבהם התנהגותה של האם עלולה להשפיע על בריאות העובר והתפתחותו. הדוגמה שנבחרה לדיון עוסקת בשימוש האם בסמים במהלך ההיריון. התערבות הנוגעת בסמים זוכה כביכול בהצדקה מוגברת עקב פליליותה, אך היא מהווה רק דוגמה אחת למגמה המבקשת להתערב בניהול ההיריון בגין מגוון פעולות או מחדלים של האם שיש בהם כביכול כדי לסכן את העובר.<sup>174</sup> ההתערבות המוצעת בהקשר זה על-ידי הדין כוללת מגוון אמצעים, החל בענישה פלילית וכלה במניעה מנהלית או התערבות המוציאה את הילד מידי האם עקב פעילותה הנתפסת כהזנחתו.<sup>175</sup>

הצגת הדברים ברוח שיח הזכויות מציגה סיטואציות אלה כקונפליקט בין חירותה של האם לבריאותו של העובר. היא מעמידה את האם והעובר כשתי ישויות נפרדות השרויות במאבק על זכויותיהן, ומדגישה את כוחה של האם להרע לעובר.<sup>176</sup> ביחס לאם מודגשת

- 172 L. Gomez *Misconceiving Mothers: Legislators, Prosecutors, and the Politics of Prenatal Drug Exposure* (Philadelphia, 1997); D. Roberts *Killing the Black Body: Race, Reproduction, and the Meaning of Liberty* (New York, 1999); M.I. Young "Punishment, Treatment, Empowerment: Three Approaches to Policy for Pregnant Drug Addicts" *Expecting Trouble: Surrogacy, Fetal Abuse, and New Reproductive Technologies* (P. Boling ed., Boulder, 1995); C.R. Daniels *At Women's Expense: State Power and the Politics of Fetal Rights* (Cambridge, 1993); D. Johnsen "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" 95 *Yale L. J.* (1986) 599; D.M. McGinnis "Prosecution of Mothers of Drug-exposed Babies: Constitutional and Criminal Theory" 139 *U. Pennsylvania L. Rev.* (1990) 505; N. Kubasek "The Case Against Prosecutions for Prenatal Drug Abuse" 8 *Tex. J. Women & L.* (1999) 167
- 173 קוריכתובה יחיד בארץ המבקש להמיר את העקרונות של אתיקת הדאגה בשיח משפטי ישים בתחום דיני המשפחה מעוצב על-ידי רות הלפרין-קדרי במחקרה העוסקים בתחום של יחסי אם-עובר. הלפרין-קדרי, לעיל הערה 10, בע' 261; הלפרין-קדרי, לעיל הערה 8, בע' 107.
- 174 בין יתר הדוגמות ניתן למנות חיוב בניתוח קיסרי, כפיית עריכתן של בדיקות רפואיות, טיפול שנועד למנוע את הדבקות העובר באידס וכיוצא באלה.
- 175 הלפרין-קדרי, לעיל הערה 10, בע' 264-273.
- 176 תפיסה זו נעוצה, בין היתר, בהתפתחויות מדעיות, ביניהן אפשרות לפירוק תהליך ההולדה וטכנולוגיית ההדמיה (אולטרא-סאונד). הלפרין-קדרי, שם, בע' 261; A. Cherry "Maternal-Fetal Conflicts, The Social Construction of Maternal Deviance, and Some Thoughts About Love and Justice" 8 *Tex. J. Women & L.* (1999) 245, 247-248; L. Shanner "Pregnancy Intervention and Models of Maternal-Fetal

חירותה, פרטיותה וזכותה להגשמה עצמית, המכתיבה את מימוש רצונותיה תוך הקפדה על אי-התערבות מצידם של החברה והעובר המבקשים להכתיב לה סטנדרט של התנהגות. זה האחרון נתפס על-פי שיח הזכויות הליברלי, ועל-פי מודל הנגזר ממנו והמכונה על-ידי הלפרין-קדרי מודל ההפרדה האדוורסרי,<sup>177</sup> כאלמנט נפרד המצוי בניגוד אינטרסים ובקונפליקט עם האם. ביחס לעובר מודגשת הזכות לרווחה ולבריאות, וההתערבות הנדרשת בשמו נובעת מאי-האונים המאפיין את מצבו.

*שיח היחסים, המדגיש את הקשר היחסים המיוחד שלפנינו, יבקש לעמוד על התלות הפיזית של העובר באם, על ייחודו של הקשר האנושי הנרקם בין הצדדים ועל חשיבותו הרגשית לאם. לצורך ההכרה בקשר האמור ובאיכותו אין מתחייבת עמדה המכירה בזיקה מטפיזית בין האם לעובר או הדגשת ייחודו של הקשר האימהי דווקא.<sup>178</sup> נכון יותר בעיני לסווג את הקשר כקשר טיפולי-הורי. ברי כי לנוכח התלות המוחלטת של העובר באם משמעותו מתגברת, אולם נראה כי זה שוני של כמות, ולא של איכות.<sup>179</sup> שוני אחר, שאינו רלוונטי בהקשר הספציפי שבו בחרתי לדון כאן, ולכן אינו מחייב התייחסות במסגרת זו, נוגע בפן הכרוך בהפסקת היריון.<sup>180</sup>*

בחינת יחסי אם-עובר מנקודת-מבטו של שיח היחסים תיתן ביטוי לעמדה הרואה את האם והעובר כחלקיו של שלם, המדגישה את התלות הפיזית ואת הזיקה הרגשית ביניהם. היא תכיר במציאות עובדתית ומשפטית אחרת. מן הפן העובדתי היא תכיר בכך שברוב המקרים של המקרים יתאפיין יחסה של האם בדאגה ורצון להיטיב עם עובריה. מן הפן הנורמטיבי תבהיר ההתבוננות מבעד לעדשה של שיח היחסים כי לא זו בלבד ששיח הזכויות האדוורסרי חוטא למציאות העובדתית ואינו משקף את ראייתן המוסרית של האימהות, אלא שהוא אף מכתוב פתרון בינרי, שבהקשר זה, כמו בהקשרי משפחה בכלל, עשוי להיות בלתי-מוצלח. פתרון הקונפליקט על-פי שיח הזכויות האדוורסרי עלול להוביל להעדפתו המוחלטת של האינטרס האחד על האחר. מעבר לנוק הכרוך בדחיקה

Relationship: Philosophical Reflections on the Winnipeg C.F.S. Dissent" 36

*Alberta L. Rev.* (1998) 751, 757-758

177 הלפרין-קדרי, שם, בע' 287-292; הלפרין-קדרי, לעיל הערה 8, בע' 120.

178 השוו: Woodhouse, *supra* note 101, at pp. 1757-1761.

179 לדידי אין מדובר בשוני מהותי, שכן תלותו של פעוט בהורוה מוחלטת אף היא. בנסיבות שאין מתאפשרת בהן התערבות החברה בשל חוסר נגישות או היעדר מידע, הפעוט תלוי בגורם המטפל במובן הבסיסי ביותר ובאופן מוחלט. לעמדה אחרת, שאינה רואה אפשרות להיקש בין המצבים, ראו: Shanner, *supra* note 176, at p. 751.

180 הגורמים הנוגעים בשלמות הגוף ובשליטה בו, אף שהם בעלי נגיעה גם בהקשר שנבחר להתברר, אינם דומיננטיים כמו בהקשרה של הפסקת היריון. רק בקצרה יוער שגם בהקשר זה אין התוצאה המתבקשת כביכול, של צמצום הפסקות ההיריון המלאכותיות, נובעת משיח היחסים. הכרה בחשיבות היחסים המשפחתיים, ויחסי הורה-ילד בפרט, הדגשת אלמנטים של קשר ודאגה לזולת (בהקשר זה - הילד העתיד להיוולד), אינם מכתובים כשלעצמם שלילה של הפסקות היריון. שיח היחסים מחויב לשקילת מגוון של שיקולים, בכללם איכות הטיפול העתיד להיות מסופק לילד וטיב הקשר, אינטרס האשה (גם אם בויקה לעובר), צרכיה ודאגתה לעצמה. מקומם של הערכים שמקורם באתיקת הזכויות, בכללם זכות האשה על גופה וחירותה ויעד השוויון בין המינים, נשמר כאמור וראוי להשתקלל בעיצוב ההכרעה בסוגיה של הפסקות היריון.

מוחלטת של זכויות האחד,<sup>181</sup> נראה כי לנוכח מורכבות היחסים, דיכוי האחד עלול לגרום בסופו של דבר פגיעה אף בטובת האחר, הניזון מן הראשון ומאופיין בקשר עמוק ולעיתים סימביוטי עמו.

פגמיו של שיח הזכויות מתחדדים לנוכח התעלמותו מגורמים חברתיים-כלכליים, תרבותיים ואחרים הנוטלים חלק מרכזי בעיצוב הסוגיה למעשה.<sup>182</sup> כזכור, שיח היחסים מחויב לבחינת הקשריה של הסוגיה במובן הרחב והצר כאחד. הכללת גורמים אלה משרטטת תמונה אחרת, מדויקת יותר, ומנביעה פתרונות מסוג אחר.

עמידה על כוונותיה של האם (לא להרע לעובר) מנטרלת את גורם האשם ומחלישה את מידת הלגיטימיות של הפתרון הפלילי. צירופו של גורם זה לעמדה המתרכזת בחשיבות הקשר ההורי לצדדים ולחברה, הרחבת נקודת-המבט והכללת גורמים חוץ-משפטיים מחזקים את התמיכה בפתרון טיפולי, קרי: פתרון שיימנע מלהודרו לקטוע את הקשר ההורי ויעשה מאמץ חברתי לשמרו ולטפחו. הפתרון הקשה של ניתוק ומסירת הצאצא לטיפול חיצוני או לאימוץ חייב להישקל רק לאחר מיצוי חלופות אחרות, בכללן סיוע רפואי, נפשי וכלכלי לאם ולמשפחה, עירוב גורם טיפולי נוסף לפרק-זמן מוגבל וכיצא באלה. ראוי לחזור ולהדגיש כי השיח אינו קורא לשימור הקשר ההורי בכל מקרה. נאמנים לעיקרון של טובת הילד, ייתכן שהיעדר מסוגלות הורית יחייב לשלול את הפונקציות ההוריות ולהעביר את הצאצא לטיפול הורי אחר, חלקי או מלא. אולם מודעים ליתרונותיו וחשיבותו של הקשר ההורי הקיים והמשכיותם של קשרים משמעותיים (בהקשר זה עצם ההיריון, יחסיהם של האם והעובר והזיקה הגנטית ביניהם) יחייב מיצוי החלופות המשמרות קשר זה. הפתרון הראוי והיעיל מחייב, כפי שהלפריין-קדרי מציעה, הזרמת משאבים ופיתוח גישות טיפוליות חדשות לגמילת האשה ההרה מסמים, תוך התאמתן לצרכים המיוחדים של האם והעובר.<sup>183</sup> הדברים מתקשרים בכך למגמה רחבה יותר ביחס להשפעת השיח על יחסי הפרט והרשות ועל מחויבות לפתרונות המבקשים לשמר את שלמות המשפחה.<sup>184</sup> מן ההיבט הזה ניתן להוסיף לטיפול הנקודתי דרישה להקמתה של מערכת תמיכה כללית בפרט ובמשפחה ולמחויבות חברתית להקלת המצוקה ולטיפול הקשר ההורי

181 פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) 208; הלפריין-קדרי, לעיל הערה 10, בע' 290-291.

182 Roberts, *supra* note 172; Cherry, *supra* note 176, at p. 245; A. Kay Boatright "State Control Over the Bodies of Pregnant Women" 11 *J. Contemp. Legal Issues* 903 (2001).

183 הלפריין-קדרי, לעיל הערה 10, בע' 294, 319-321. השווי: Kubasek, *supra* note 172; Young, *supra* note 172.

184 ברשימה זו יוחד הדיון להכרעות במחלוקות שהתעוררו בין בני המשפחה, אולם ייתכן שניתן לשקול יישומו של השיח גם בנוגע ליחסי הפרט והרשות על רקע סוגיות משפחתיות. כך, למשל, ביקשו להחיל רעיון דומה בקשר לשאלת הוצאתם הכפויה של ילדים למשפחות אומנות. המאמר רומז על קליטת עמדה המבקשת לתמוך בפרקטיקות חלופיות-פשרניות התומכות בקשר ההורי ומסייעות ל"שימור המשפחה", פרקטיקות התואמות, כפי שנראה, את העקרונות של שיח היחסים. N. Schorr "Foster Care and the Politics of Compassion" *Family Matters – Readings on Family Lives and the Law* (M. Minow ed., New York, 1993) 117.

הקיים על-ידי הגברת הנגישות לשירותים רפואיים וסוציאליים.<sup>185</sup> הפתרונות המתוארים אינם משפטיים ביסודם. שיח היחסים רגיש דיו לכלול היבטים חוץ-משפטיים, להצביע על היותו של הפתרון המשפטי בלתי-מוצלח או בלתי-מספק ולקרוא לשילוב משאבים ופתרונות טיפוליים – רפואיים, סוציאליים ואחרים. אפשרות זו אינה זרה לשיח הקיים, אך נראה שתחולתה במסגרתו מצומצמת.

### 3. קביעת הורות ביחס לצאצא שנולד כתוצאה מתרומת ביצית

הטכנולוגיה מאפשרת זה עשרים שנה לאשה המתקשה בהולדה טבעית להיעזר בתרומת ביצית לשם הבאת ילד לעולם. שימוש בהפריה חוץ-גופית תוך שימוש בביצית של אשה אחרת, שאינה נושאת את ההיריון ברחמה ואינה מיועדת לשמש כאימו החברתית של הצאצא, נעשית לרוב במקרים שבהם אין האם המיועדת מסוגלת להפיק ביציות הראויות להפריה. בנסיבות שבהן ילד נולד כתוצאה מתרומת ביצית עשויות שתי הנשים שנטלו חלק ביולוגי בהולדתו, האם הגנטית, שהעניקה מביציותיה להולדתו, והאם הפיזיולוגית, שנשאה את ההיריון בגופה עד לסיומו בלידה, לטעון לאימהות ביחס אליו, ועל המשפט להכריע מי מהן (ואולי שתיהן) תוכר כאם משפטית. גם כאשר לא התעוררה מחלוקת במקרה קונקרטי, מן הראוי שהמשפט יספק מענה ויכריז על מעמדה החוקי של האם. בהיעדר נתונים מספריים מדויקים ניתן להעריך שעד היום נולדו בישראל אלפים בודדים של ילדים כתוצאה מתרומת ביציות. אף שהשאלה של קביעת האימהות לגבי צאצא שנולד מתרומת ביצית פשוטה יחסית להכרעה ואף שמסתמנת בהקשרה עמדה המכירה באימהות האם המיועדת (היא האם היולדת),<sup>186</sup> לא זכתה השאלה בהכרעה ישירה בדין הישראלי.<sup>187</sup> כך או כך, מעניין להתבונן בה מבעד לפריזמה של שיח היחסים, שהנמקתו ולא רק תוצאתו, הינה בעלת חשיבות.

בהיעדר הסדר חוקי ביחס לשאלה של קביעת האימהות בישראל, הסוגיה מוצאת את פתרונה הביורוקרטי על-ידי רישומה של היולדת כאם. פרקטיקה זו תואמת אומנם את מראית פני הדברים ("מטבע הדברים", האשה היולדת היא האם), את ההיגיון (היולדת עתידה לשמש כאם החברתית) ואת כוונתם הראשונית של הצדדים (התרומה ניתנה על-מנת שהיולדת תשמש אם), אולם אינה מהווה פתרון אידיאלי. הרישום במרשם האוכלוסין,

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

186 אם כי הכרעה לטובת היולדת מבוססת על הנמקות שונות. כך, עמדת המשפט העברי, המכירה באימהות היולדת, מקורה בהשתתף האימהות על אלמנט ההיריון והלידה. ה"Common Law" מכיר באימהות היולדת על בסיס החזקה שהיולדת היא האם, חזקה המגלמת את ההנחה שהיולדת היא האם הגנטית, בעוד התפיסה המודרנית, המכירה באימהות היולדת, עושה כן בהסתמך על דגם הרצון והכוונה.

187 הפריה חוץ-גופית, המשלבת תרומת ביצית, מותרת בישראל, ואופן ניהולה הוסדר בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, אולם השאלה של הגדרת ההורות לא זכתה בהתייחסות מפורשת.

שאינו אלא ראייה לכאורה לאמיתות תוכנו, אינו מקנה כשלעצמו מעמד הורי. ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם יהיה מי שינסה לערער על מעמדה של היולדת כאם. סכסוכים הנלווים לגירושי בני-זוג או סכסוך ירושה עלולים להניע צד מעוניין להעלות ספקות באימהותה של היולדת. תיאורטית, אף התורמת עשויה לנסות לערער על אימהות היולדת ולדרוש שאימהותה שלה תוכר.<sup>188</sup> כך גם בני-זוג שנעזרו בתרומה יכולים תיאורטית לדרוש להכיר במחויבות של תורמת הביצית לתמוך בצאצא כאם. ראוי אס-כן שסוגיה זו תוסדר בחוק.

נסיבות להכריע בשאלה של הגדרת ההורות בהקשר זה, כמו גם בהקשרים אחרים, על בסיס עקרונות מנחים (כאלה השאובים משיח הזכויות ואחרים) אינם מוצלחים. בין יתר ההצעות שהועלו ניתן למנות את עקרון אי-המסחור, הקורא להימנע מעשייה שיש בה כדי להביא לידי סחר בילדים, בחומר גנטי או בשירותי הולדה; מודל חוזי המבקש להבטיח את הגשמת כוונתם של הצדדים; מודל המתבסס על חירות ההולדה ומבקש להבטיח מימוש בלתי-מופרע של הזכות להורות ולהולדה; ומודלים יומרניים פחות בהיקפם: מודל המתבסס על העיקרון של טובת הילד; מודל המתרכז בהורות הגנטית; מודל המקנה עדיפות לאלמנט ההיריון; מודל המעדיף את ההורה המיועד; ומודלים המתבססים על סטטוס, נישואים או זוגיות. הביקורת בהקשרן של הצעות אלה ניתנת להיאמר בשני מישורים. האחד נוגע בתוכן המודלים והאחר ביומרתם להכריע על בסיס עיקרון חד-ממדי בכל השאלות המתעוררות. ניתן להעלות טענות מטענות שונות נגד הקו הערכי המשתקף במודל זה או אחר. מודל המקדש את החירות ואינו מאפשר כמעט כל רגולציה עלול לפגוע בגורמים חלשים, ובכללם ילדים ונשים. מודל המתבסס בלעדית על ההסדרה החוזית מחדיר אלמנטים מסחריים ליחידה המשפחתית, מציב את הילד כטובין הניתנים להעברה חוזית ועלול להוביל לפגיעה בטובתו. מודל השולל לחלוטין את האפשרות להעביר חומר גנטי או לסחור בו ומונע הסתייעות באם-נושאת נראה מרחיק-לכת בפגיעתו באפשרות לממש את הכמיהה להורות.

לא זה המקום להרחיב בדיון במודלים השונים ובביקורתם. בכל מקרה, באשר לרובם, הקושי אינו נעוץ בלעדית בתוכן, כי אם ביומרה ליצור הסדר כולל המספק מענה לכל שאלה הנוגעת בטכניקות ההולדה ובהגדרתם של יחסי ההורות על בסיס עיקרון אחד ובלעדי. אפשר שיש חשיבות לעקרונות העומדים ביסודו של כל מודל, אולם כל אחד מהם כשלעצמו אינו מספק מענה לכל מגוון השאלות המתעוררות. מגוון השאלות הרב, מורכבותן של השאלות והנסיבות המשתנות מהקשר אחד למשנהו מצריכים שילוב בין העמדות בהתאם למאפייניו של כל הקשר. שיח היחסים הינו מועמד ראוי לנסות לעמוד באתגר מורכב מעין זה.

ברקע ההכרעה בשאלה של קביעת האימהות ביחס לצאצא שנולד תוך היעזרות בתרומת ביצית לאור שיח היחסים יעמוד השיקול המכיר *בחשיבות המשפחה* ויחסי משפחה

188 על רקע ההסדר הנוכחי, העושה שימוש בביציות של נשים העוברות בעצמן טיפולי פוריות, התורמת עלולה לגלות כי בעוד שהטיפולים בה כשלו, נולד מביציותיה ילד לאשה אחרת. אף שהדברים אינם שכיחים, מצוקתה עלולה להוביל אותה עקרונית, בהנחה כי הצליחה להתגבר על מכשלת האלמוניות, לתבוע הכרה באימהותה.



איכותיים. שיקול זה הוביל, כפי שכבר הוזכר, לגזירת העיקרון המאפשר, למי שחפץ בכך, להקים משפחה, ובהקשרנו הוא מבקש להבטיח כי ההסדר שיוחל יאפשר יצירתם של יחסי הורה-ילד גם למתקשים בהולדה טבעית וזקוקים לתרומת ביצית.

נוסף לשיקול זה, המטה את הכף לטובת ההכרה באימהות האם היולדת (שנעזרה בתרומת ביצית לצורך הולדה), אף השיקולים האחרים מצביעים על תוצאה דומה. כזכור, השיקול הראשון שגזרתי משיח היחסים הינו מחויבות ההסדר להתחשבות ברצונותיהם של כל הצדדים הרלוונטיים. בהקשרנו ביקשו הצדדים - התורמת, האם היולדת (היא האם המיועדת) והאב הגנטי (הוא האב המיועד, אם קיים כזה) - לנתק את זיקת ההורות של התורמת ולהקים תחתה זיקת הורות של היולדת. פתרון ברוח שיח היחסים יבקש לממש את כוונתם האמורה. בהיעדר כוונה משותפת, עקב חזרת אחד הצדדים מכוונתו המקורית, תצטרך ההכרעה בשאלת האימהות להיעשות לאור השיקולים האחרים. מחויבות לפתרון שפגיעתו בצדדים היא הקטנה ביותר מהווה את השיקול השני. הכרה ביולדת כאם משפטית תהווה פתרון רצוי, ותספק לצאצא, וברגיל גם לתורמת ולהורים המיועדים, את מירב היתרונות. הפתרון האמור פועל בשני מישורים: האחד הוא מישור היחסים שבין ההורים המיועדים לבין האם הגנטית, תורמת הביצית. האחר הוא מישור היחסים שבין ההורים המיועדים בינם לבין עצמם.

באשר למישור הראשון, פתרון שאינו מנתק את זיקת ההורות של התורמת עלול לחשוף את הצאצא ואת ההורים המיועדים לפגיעה כתוצאה מנסיונה של תורמת הביצית לזכות בהכרה באימהותה. הכרה באימהות היולדת מעגנת קשרים שנוצרו, מעניקה גושפנקה חוקית למצבם בפועל והכרה בהסתמכותם. הכרה בזכותה של תורמת הביצית לחזור בה מכוונתה הראשונית שלא להתייחס לצאצא, תעמיד את היחידה המשפחתית ואת הילד בתנאי חוסר ודאות. הכרה בזכותה העקרונית להתנער מן ההסכמה הראשונית תחייב הכרעה שיפוטית. התמשכות ההליכים עלולה לפגוע בטובת הילד, המחייבת טיפול קבוע ורציף, ותוצאות ההכרעה עלולות לגרום לניתוקו ממי שאליו נקשר בינתיים. חוסר הוודאות יפגע אף בהסתמכות ההורים המיועדים, שהשקיעו ממיטב תעצומות נפשם ביצירת הקשר ההורי. הכרה בתורמת כאם משפטית נוספת נראית אף היא בלתי-מוצדקת בנסיבות. נראה כי במקרה הרגיל, הנזק הכרוך בהכרה באם נוספת יעלה על יתרונותיה. הקושי הכרוך בהוספת דמות הורית שלישית ומעורבות של אם נוספת בהתנהלות היחידה המשפחתית עלולים לפגוע ביחסי הקרבה בין הצדדים, בין ההורים בינם לבין עצמם ובין לבין הצאצא. קשיים אלה על רקע זיקתה החלשה יחסית של התורמת לילד אינם מצדיקים עקרונית הכרה במעמדה ההורי. ייתכן שבנסיבות של נשיאת ההיריון, כמו במצב של אימהות תחליפית, שניתן להצביע בהן על זיקה מהותית בין הצאצא לאם הביולוגית, יהיה ראוי להגיע להכרעה שונה. עם זאת חשוב להדגיש כי אי-הכרה באימהות התורמת אין משמעה בהכרח אי-הכרה בחשיבותה של האם הגנטית לצאצא, ולהיפך. חשיבותו של הקשר האמור עשוי להוביל להכרה עקרונית באינטרס של מי מהם למידע או לקשר הדדי מסוים.

המישור השני הרלוונטי בהקשר זה נוגע כאמור ביחסים שבין ההורים המיועדים. הכרה משפטית באימהות היולדת תשמש לדחייתה של טענת אי-אימהות שתועלה מצד האב במקרה של פירוד ביניהם. הכרה באימהות האם היולדת תבטיח, במקרה של פירוק התא

המשפחתי, הגנה על היחסים שנרקמו בין הצאצא למי שנשאה אותו ברחמה וכמי ששימשה בפועל כאימו לאחר הולדתו.<sup>189</sup>

מחויבות לרווחת הילד, השזורה באופן בלתי־נפרד גם בשיקולים שצויינו לעיל, מחייבת להביא בחשבון את צרכיו של הילד ולקבוע הסדר שיעלה בקנה אחד עם טובתו. יש להבטיח תוצאה שתעלה בקנה אחד עם טובתו אף אם תעמוד התוצאה בנסיבות קונקרטריות בניגוד לרצון ההורים ואף אם תסב להם, לשיטתם, נזק. ניתן להעריך כי הסדר זה יחייב ברגיל הכרה מראש ביחסי ההורות בין הצאצא לבין האם היולדת שרצתה בהפריה ונשאה את ההיריון עד לסיומו. יש להבטיח שהצאצא ייוולד למציאות שבה ההורות ביחס אליו אינה נתונה בספק, באופן שיאפשר לו, מייד עם היוולדו, לזכות בטיפול המסור של הנחשבים להוריו והתופסים עצמם ככאלה. ברי כי העיקרון הקורא לוודאות בקביעת ההורות אינו מחייב כשלעצמו הכרה דווקא בהורים המיועדים; אולם ממכלול העקרונות עולה כי ההסדר הראוי להיקבע יהיה זה שיכיר בהורותם של אלה. מאחר שאין מתעוררת מחלוקת של ממש לגבי האבהות, ומפני שברגיל לא רצוי שהורות הצאצא תתפצל לשתי משפחות (בהיעדר הצדקה מהותית לכך), הכף נוטה להכרה באם המיועדת, בת־זוגו של האב. גורם זה אין בו אומנם כדי להכריע בלעדית לטובת אימהות "בת־הזוג", אולם מעמדה כאם אינו נובע אך ורק ממעמדה כבת־זוגו של האב, אלא גם מכוונתה לשמש אם ומתפקידה כאם הפיזיולוגית, נושאת ההיריון.<sup>190</sup>

גם המציאות, כפי שהתגבשה לאחר הולדת הצאצא, מכתובה, מן ההיבט של טובת הילד, הכרה באימהות היולדת. חשיבות הקשר הפיזיולוגי ויחסי האימהות שנרקמו לאחר הולדתו לא יאפשרו, אלא במקרים חריגים של חוסר מסוגלות, לנתק את זיקת האימהות גם אם התפרקה המשפחה והאב מבקש לנתק את הצאצא מבת־זוגו לשעבר. טובתו העקרונית של הצאצא מחייבת לקבוע את אימהות האשה גם נגד רצונו של האב ואף נגד רצונו, אם ביקשה האם היולדת, בנסיבות חריגות, להתנער מיחסייה עם הצאצא. העיקרון של טובת הילד, משולב עם אלמנט האחריות המשפחתית, מנביע את אימהות האם הנושאת מהיבט נוסף. להכרה בהורות ההורים המיועדים יש חשיבות עקרונית מבחינת המסר החברתי שהיא מעבירה: המחויבות כלפי הצאצא שנוולד כתוצאה מפעולתם. הכרה בהורות ההורים המיועדים תצמצם מצבים שבהם ינסו ההורים המיועדים להתנער מאחריותם כלפי הילד לאחר לידתו. מצבים נדירים אלה עלולים להתעורר בנסיבות הולדתו של ילד פגוע. גם אם תאפשר החברה התנערות זו בסופו של דבר, המסר שראוי שתעביר יהיה כזה שיכבול אותם מראש למחויבות הנובעת מהורותם.

189 בהקשר זה ראו את עניין *McDonald* שבמסגרתו נידונה ונדחתה תביעת האיש שביקש, במסגרת תביעת גירושים שהגיש, להקנות לו משמורת וחוקה בלעדית בתאומות העתידות להיוולד לאשתו. האיש ביקש להצהיר כי האשה אינה בגדר אם, שכן ההיריון הושג באמצעות הפריית זרעו בביציות של תורמת. ראו: *McDonald v. McDonald* 608 N.Y.S. 2d 477 (1994).

190 העיקרון של טובת הילד מכתוב הכרה בהורים המיועדים על בסיסה של טענה נוספת שעלתה בספרות, המתייחסת לאיכותם המשוערת, המוגברת, של ההורים המיועדים, ראו ח' גילאי־גנור "מטיפול הפריון אל המשפחה" הריון מסוג אחר (ש' אלמוג וא' בן־זאב עורכים, 1996) 69.

הבטחה ושימור הקשר בין בני המשפחה מכתובים אף הם הכרה מראש ובדיעבד ביחסי ההורות שנוצרו בין הצאצא לאם היולדת. העיקרון מתמקד בקיומם של יחסים משמעותיים. יחסי הורות חברתית יבססו קשר מהותי בין הצדדים, בעוד שלזיקת ההורות הגנטית תהיה משמעות הורית שולית. בנסיבות אלה, נוסף הפן הפיזיולוגי לפן החברתי. נשיאת העובר במשך תשעה חודשים ולידה יוצרות קשר גופני בין האם הנושאת לבין הצאצא, קשר שלא ראוי ואין שום צורך להתעלם ממנו בנסיבות.<sup>191</sup>

הזכרתי את המחויבות הנובעת משיח היחסים ליצירת הסדר שיבטיח שימור של טכניקות ההולדה המלאכותיות. שיקול זה נובע ממרכזיותם של קשרי המשפחה ומן ההכרח להבטיח קביעת הסדר שיאפשר הקמת משפחה ומציאת חלופות הולדה למי שמתקשה בהולדה טבעית. נוסף להיבט שהוזכר, נראה נכון לומר כי ניתוק הזיקה ההורית בין תורמת הביצית לצאצא הינו תנאי שנועד להבטיח את המשך ההספקה של תרומות הביצית, ובכך הוא מהווה תנאי הכרחי להפעלה רציפה ויעילה של פרקטיקת ההפרייה המלאכותית באמצעות תרומות. עם זאת לא יהיה זה בלתי-סביר להעריך כי חששה של תורמת ביצית מפני הורות כפויה יהיה מופחת משל תורם זרע בנסיבות מקבילות.<sup>192</sup> בכל מקרה, החשש להפחתת תרומות, המצויות גם כן בחסר, קיים, והוא עלול לפגוע במי שמנוע מלהקים משפחה ללא שימוש בתרומה. תוצאה זו אינה רצויה לשיטתו של שיח היחסים, המדגיש את חשיבותם של יחסי הקרבה לאדם ולרווחתו. רמזתי כבר כי השיקול המחויב להבטחת חלופות הולדה תומך בהכרה במעמד האם היולדת כאם משפטית אף מהיבט אחר. ברי כי הסדר המעניק מעמד הורי לתורמת ביצית על-פי רצונה ובניגוד לרצון האם המיועדת ירתיע נשים ובני-זוג השוקלים לעשות שימוש בתרומת ביצית כחלופת הולדה. מכאן שגם במובן זה יתמוך שיח היחסים בפתרון שיצהיר על האם היולדת כאם משפטית, תוך ניתוק זיקת ההורות של האם הגנטית.

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

192 החשש מצומצם הן בשל העובדה שמעמד האם מנביע חובת מזונות מופחתת והן לנוכח פרופיל משוער של התורמות. נראה כי תרומת ביצית נובעת פחות, אם בכלל, משיקול כספי, אם כי הסדר המאפשר מכירת ביציות בתמורה גבוהה יוצר מציאות שונה. התורמת מיועדת לרוב מן הרצון לסייע לרעותה. בשל הסיכון הבריאותי הכרוך בתרומה, ההחלטה לתרום, לפחות לגבי מי שאינה עוברת טיפולי הפריה בעצמה, תלויה בשיקול-דעת רציני יותר, ורתיעתה מהכרתה כאם תהווה שיקול מופחת בתהליך קבלת ההחלטה. בהיעדר מחקר, יש להתייחס להערכה זו בזהירות.

4. מאבקי משמורת

רוב סכסוכי המשמורת מתרחשים בנסיבות של פירוד בני-זוג נשואים החלוקים ביחס להחזקה ולטיפול בילדיהם המשותפים. במיעוט מקרב הסכסוכים מעורבים גורמים נוספים ששימשו בתפקיד הורי מבלי שהוגדרו או הוכרו כהורים משפטיים. נסיבות אלה עשויות להתעורר בהקשרה של יחידה חד-מינית, כאשר בת-הזוג משמשת כהורה בפועל, אך אינה מהווה הורה ביולוגי ואינה מוכרת כהורה משפטי; ביחידות משפחה שניות או ביחידות משפחה מורחבות, הכוללות דמויות הוריות נוספות שבהן בן-אם או בת-הזוג של ההורה או סבים מבקשים לשמר את הקשר שיצרו עם הילד גם לאחר התפרקות היחידה המשפחתית. בשל מגבלת המקום, אתיחס לסכסוכים הרווחים ואעיר בקצרה בלבד ביחס למקרים האחרים. אף לסוגיה ככל שהיא נוגעת בסכסוכי משמורת בין בני-זוג נשואים לא אוכל להתיחס אלא על קצה המזלג.

בישראל מוכרת, הצהרתית לפחות, חוקת הגיל הרך, המקנה לאם את המשמורת, קרי את הטיפול ההורי המוביל בילד שטרם מלאו לו שש שנים.<sup>193</sup> החלת חוקת הגיל הרך יחד עם שתי קביעות משפטיות רווחות שפותחו לאור עקרון טובת הילד:<sup>194</sup> האחת שאין להפריד בין אחים והאחרת שיש לשמור על הרצף הטיפולי, מובילה לכך כי משמורת האם תוכר ברוב המקרים ותישמר עד לבגרות הצאצאים, אלא אם הוכחה אי-מסוגלותה או אם נחשפו כישוריה ההוריים הנחותים מהותית משל האב.<sup>195</sup> לשם הכרעה בשאלת המשמורת יידרש בית-המשפט, בנסיבות של מחלוקת בין הצדדים, לקבל חוות-דעת מקצועיות ביחס למסוגלותם ההורית, האמורה לחשוף מי מביניהם מתאים יותר לשמש הורה משמורן. בהתאם לגילו של הילד, יתחשב הגורם המקצועי הממונה, ובעקבותיו בית-המשפט, אף ברצון הילד. בהיעדר מחלוקת, יוכר לרוב ההסדר שגובש בין הצדדים, המקנה את המשמורת לאם ברוב המכריע של המקרים.<sup>196</sup>

בארצות-הברית הוחלפה, ברוב השיטות, חוקת הגיל הרך, שהיתה מקובלת עד לשנות

193 סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. לאחרונה חזרה ואומצה החוקה (הצהרתית לפחות) בפסיקת בית-המשפט העליון, רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321. ביחס לחוקת הגיל הרך ראו באופן כללי ד' שניט "חוקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט יט (תשנ"ד) 185. בפועל לא ברור עד כמה החוקה משמשת אמת-מידה בקביעת המשמורת. בהקשר זה ראו מ' פרישטיק, מ' אדד "שיקולים המנחים את בתי הדין הרבניים בקביעת המשמורת על ילדים" מגמות מא (2001) 45.

194 המהווה עיקרון מנחה בהכרעות בית-המשפט בעניינים הכרוכים באפוטרופסות על הילד ומשמרתו: סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. בהרחבה ראו א' ח' שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים" עיוני משפט י (תשמ"ד) 5.

195 פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) 232, 235; מ' קוריאלי "היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים ילדים?" קריית המשפט (2002) 131; שניט, לעיל הערה 193, בע' 187.

196 פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) 273-281; פרישטיק ואדד, לעיל הערה 193, בע' 63.

השבעים, באחד משני כללים רווחים: האחד, עקרון טובת הילד. האחר, שימור רציפות טיפולית והקניית המשמורת להורה שנטל את החלק העיקרי בטיפול בילד במהלך החיים המשותפים (ההורה הפסיכולוגי). הכרה במשמורת משותפת החלה להתבסס, לא בלי ביקורת, בחלק מן המדינות, אם כי בחלקן כבר הספיקה להישלל בינתיים.<sup>197</sup> בשיטות אחרות, בכללן אוסטרליה ובריטניה, מוקנית עדיפות למשמורת משותפת תוך ניסיון לשמר את חלוקת הסמכויות שאפיינה את המשפחה לפני הפירוד והבטחת שיתוף-פעולה בקבלת ההחלטות הנוגעות בטיפול בילד.<sup>198</sup>

לארבעת הכללים שהוצגו – חזקת הגיל הרך, עקרון טובת הילד, רציפות טיפולית ומשמורת משותפת – יש מגוון של יתרונות וחסרונות שאינם ניתנים להפרדה מן הרקע החברתי-התרבותי שבהקשרו עוצבו: העמדות הרווחות ביחס לתפקידי האשה, מעמדה החברתי ויחסי המשפחה הקונקרטיים שבהם היא שרויה. כך, לחזקת הגיל הרך ניתן לייחס יתרון על רקע חברתי-אישי שבו האשה משמשת ברוב התפקידים הטיפוליים, שכן קיומה של החזקה משחרר אותה מן הצורך להיאבק על משמורת הילדים ולהתפשר, לשם הבטחת המשמורת, על זכויותיה הכלכליות.<sup>199</sup> עם זאת אין להתעלם כי לחזקה השפעות-לוואי בעייתיות, בכללן חיזוק הציפייה החברתית מן האשה למילוי התפקיד הטיפולי וגיבויה אם בחרה אחרת. נוסף לחיזוק התפיסות הסטריאוטיפיות, קביעתה האוטומטית כמעט של האם כמשמורת עלולה לפגוע באב ובילדים שהקשר שיצרו ביניהם אינו זוכה בהכרה מספקת.<sup>200</sup>

בדומה לכך, אף לעקרון טובת הילד, באופן שבו הוא מיושם בשיטה הנוכחית

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

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

199 אם כי בפועל, גם על רקע קיומה של החזקה, לא נחסך במקרים רבים מאבק מר ומכוער בין ההורים על המשמורת, ונדרשים, דווקא לצורך הפרכתה, "אמצעים בלתי קונבנציונאליים", ראו י' אורון "טובת-הילד, מסוגלות-הורית ושליטת-אב בסכסוכי הורים על משמורת ילדיהם" רפואה ומשפט 24 (2001) 86, 94; שניט, לעיל הערה 193, בע' 199-200.

200 אורון, שם, בע' 86; C. Nickerson "Gender Bias in a Florida Court: 'Mr. Mom' v. 'The Poster Girl for Working Mothers'" 37 *Cal. W. L. Rev.* (2000) 185; Paradise, *supra* note 197.

כאמת-מידה, שלא כחלק ממכלול תומך ומחויבות לרווחת הילד, עשויות להיות השלכות בעייתיות. עיקרון זה, כפי שהוא מופעל כיום, אינו מנותק מתפיסות ערכיות, והוא עשוי להיות מנוצל לקידום מגוון של אינטרסים שאינם עולים בקנה אחד עם רווחתו ושלומו הנפשי של הילד.<sup>201</sup> כך, למשל, העיקרון עלול לשמש לשימור תפיסות דתיות (גם כאשר אין הן נובעות ממאפייניה של היחידה המשפחתית הקונקרטית) או לגינוי מוסרי בגין "סטיית" האם מעמדות מסורתיות, בכללן פעילותה או העדפותיה המיניות.<sup>202</sup> הקושי קיים גם ככל שנעשה ניסיון להעריך איזה מבין ההורים "טוב יותר" על-פי מבחניה הפסיכולוגיים של בדיקת המסוגלות ההורית.<sup>203</sup>

שני העקרונות הנוספים, רציפות טיפולית והעדפת משמורת משותפת, עשויים, תוך שילובם המדוד בהתאם למאפיינים של שיח היחסים ויישומם המוקפד בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי, לשמש פתרון ראוי לסכסוכי משמורת.<sup>204</sup> המחויבות לטובת הילד, שהוזכרה כחלק מעקרונות השיח, רלוונטית בוודאי גם כאן, אולם הדגש בהקשרה שונה. טובת הילד מתפרשת על רקע הדגש שהשיח מקנה לקשרים משפחתיים איכותיים ובהקשרם של צרכיו הרגשיים הקונקרטיים של הילד. היעד הוא השגת רווחתו, ולא היצמדות לאמת-המידה המשפטית בדבר "עקרון טובת הילד". טובת הילד תעלה לרוב בקנה אחד עם הכלל המחויב לשימור הרציפות של הטיפול ההורי (ובלבד שמדובר בטיפול איכותי, ולא פוגעני), ותכתיב הקניית משמורת להורה המטפל הדומיננטי תוך הקניית ביטוי מרבי להורה האחר. מקום שבו בוצעה חלוקת תפקידים והטיפול בילד אופייני בשוויוניות, או לפחות בהדדיות, יכתיב עיקרון זה תוצאה של משמורת משותפת.<sup>205</sup> הבדיקה, הנערכת על-ידי הגורם המכריע, בית-המשפט או המגשר (בהנחה שלא הושגה הסכמה בין הצדדים הראויה ברוב המקרים להתקבל כמחייבת), תיעשה לגופו של מקרה, תוך בחינת צרכיו של הילד הקונקרטי, רצונות הצדדים ומידת ישימותו של ההסדר לטווח הארוך לנוכח טיב יחסיהם.

פתרון זה נובע משיקולי ההכרעה המאפיינים את שיח היחסים, בכללם מחויבות

201 על בעיות אלה ואחרות הכרוכות בעיקרון של טובת הילד ראו לעיל הערה 95.  
 202 על האופן שבו העיקרון של טובת הילד מפורש על-פי ההלכה ועל-ידי בתי-הדין הרבניים, ראו י' צ' גילת "כלום 'טובת הילד' הוא שיקול-על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?" מחקרי משפט ח (1990) 297. על המקום של השיקולים ההלכתיים בקביעת המשמורת, ראו פרישטיק ואדד, לעיל הערה 193, בע' 61.

203 אורון, לעיל הערה 199, בע' 86.

204 הפעלת עקרונות אלה כשלעצמם עלולה אף היא להיות בעייתית. בהקשרה של המשמורת המשותפת, ראו: J. Folberg ed., 2nd ed., *Joint Custody and Shared Parenting* (New York, 1991); R.A. Warshak *Custody Revolution – The Father Factor and the Motherhood Mystique* (New York, 1992); Rhoades, *supra* note 198.

205 אין לאמץ את כלל המשמורת המשותפת ככלל בלעדי, שכן הוא אינו מאפשר לתת ביטוי לשונות הקיימת בין המשפחות ולגמישות הנדרשת בהקשר של קביעת משמורת. כך, משפחה המבוססת על מבנה וחלוקת תפקידים מסורתיים, כאשר האם אחראית על הטיפול והאב על הפרנסה, עלולה להיפגע מהפעלת הסדר של משמורת משותפת. על חשיבותה של הגמישות בהקשרן של הכרעות בסכסוכי משמורת באופן כללי, ראו ש' רומי ונ' לוי "מהו 'בית מועדף' כשהבית אינו קיים עוד – דילמות וקריטריונים בנושא משמורת ילדים" חברה ורווחה יח (1998) 389.

לשימורם וטיפוחם של יחסי משפחה איכותיים; שמירת האינטרסים של הילד כגורם נזקק; והבטחת האינטרסים של הצדדים באופן שבו יזכה ההורה שהשקיע את מירב משאביו בטיפול, ואשר יש להניח כי פיתח קשר משמעותי יותר עם הילד, בשימור תפקידו ובהבטחת קשריו. במקרה שבו התנהל הטיפול הדדית, יש לאפשר את שימור הקשר לשני ההורים, ובלבד שפתרון זה ניתן ליישום על רקע טיב היחסים בין ההורים ומידת יכולתם לשתף-פעולה בגידול הילד גם לאחר הפירוד. במקרה של קושי, יהיה על המערכת לסייע בהגשת עזרה טיפולית. פתרון זה, המסופק בדיעבד במקרה של פירוד, טומן בחובו פוטנציאל השפעה על עיצוב יחסי הצדדים מלכתחילה.<sup>206</sup> יש בו, הן במובן הסמלי והן במובן המהותי, כדי לעודד יצירת קשר הורי איכותי בין הילד לשני הוריו ולחזק את תפקידו ההורי של האב.<sup>207</sup>

שיח היחסים, כפי שהוא עוצב ברשימה זו, אינו מחויב כזכור לקידוש הקשר האימהי דווקא, ולפיכך אינו מחייב את שימורה של חוקת הגיל הרך, אשר יש מי שטוען כי היא נובעת מן הפמיניזם התרבותי-הקישורי.<sup>208</sup> הדגש מושם כאמור ביצירה, שימור וטיפוח של קשרים אנושיים-משפחתיים, והחשיבות מיוחסת לאיכות הקשר ההורי, ולא לשיכוו המיני של ההורה. זו גם ההזדמנות להתייחס לאותן יחידות-משפחה מגוונות שהוזכרו. שיח היחסים מכתוב הכרה עקרונית בשימור קשר הורי שנוצר בפועל בין ילד לבן-הזוג של ההורה, יהיה זה בן מינו או בן המין האחר, ובהבטחת המשכיות של טיפול הורי חלופי או נוסף, דוגמת קשר עם סבתא או סב. כאמור, הדגש מושם בתוכן הקשר, ולפיכך אין משמעות למינו של הגורם המטפל, לזיקתו הגנטית לצאצא או לתפקיד המסורתי המיוחס לו ביחידה המשפחתית.

התוצאה האמורה עולה בקנה אחד עם דרישתם הגוברת של האבות להכרה משפטית בקשר שרקמו עם ילדיהם. אולם במקום שיח הזכויות הליברלי, המשמש אבות לקידום עמדתם, תחת המגמה הקונפליקטואלית שהם מבקשים לאמץ לקידום טיעונם וחלף חיזוק זכויות ההורה שהם מבקשים להצדיק, העלול לפגוע בילד ובמרקם המשפחתי, תוגשם שאיפתם באמצעות השיח המוצע כאן.<sup>209</sup> להנמקה, ולא רק לתוצאה, יש חשיבות חברתית רבה, ואין להתעלם ממנה.

שתי הערות לסיום ביחס להליך הגישור המשמש לעיתים קרובות לקביעת משמורת. כזכור, שאיפה מרכזית של השיח היא קיומם של הליכים חלופיים להליכים השיפוטיים האדוורסריים. יתרונותיהם באשר לקביעת הסדרי ההחזקה והמשמורת ברורים, והחזרה מיותרת. אולם אף על רקע נסיבות שבהן רוב ההכרעות נעשות במסגרת הליכי גישור, יש חשיבות לתוכן ההסדר החוקי העומד ברקע הדברים.<sup>210</sup> הסדר חוקי ברוח ההצעה שהוצגה

206 השוו: Brinig & Buckley, *supra* note 197.

207 שיפמן, לעיל הערה 195, בע' 274.

208 M. Becker "Feminist Theoretical Approaches to Child Custody and Same-Sex Relationships" 23 *Stetson L. Rev.* (1994) 701

209 למאבקם של האבות להכרה ב"זכותם" למימוש יחסיהם עם ילדיהם, ראו: Sevenhuijsen, *supra* note 4, at pp. 90–121.

210 M. Becker "Feminist Theoretical Approaches to Child Custody and Same-Sex Relationships" 23 *Stetson L. Rev.* (1994) 701, 721

לעיל מקנה להורה הדומיננטי (ותהיה זו לרוב האם) "רשת ביטחון" להתנהל ביתר חירות במסגרת הליך הגישור, במיוחד כאשר כרוכות בו גם סוגיות אחרות, ביניהן מזונות ורכוש. חששו של ההורה הדומיננטי מאובדן המשמורת מוגבר, והוא ייטה לווייתורים כלכליים כדי להבטיחה. הסדר התומך בקביעתו כהורה המשמורן, גם אם אינו מכריע במישרין במחלוקת, מהווה מצע להצעות המגשר ולהכרעה הכפויה, אם תיעשה בסופו של דבר, ומאפשר לו לשאת ולתת מנקודה שוויונית יותר. ההערה השנייה נוגעת בכל הליך גישור והוזכרה לעיל. נקודת-התורפה של הליך הגישור נעוצה בחשש לניצולו לרעה במסגרת יחסי משפחה בלתי-שוויוניים, פוגעניים או אלימים.<sup>211</sup> יש לנסות להבטיח במידת האפשר נטרול אלמנטים אלה. התפקיד שהגורם המגשר ממלא בהקשר זה מכריע, והוא צריך להיות קשוב למאפייני הצדדים ולנחיתותה הטיפוסית של האשה, ולספק לה מענה ראוי.

## ו. הערות לסיכום

שיח היחסים שעוצב כאן, בהשראת "אתיקת הדאגה" ותוך שילוב רעיוני של אלמנטים שמקורם באתיקת הזכויות, נועד לפעול לקידום ערכים משפחתיים.<sup>212</sup> השיח התגבש, בין היתר, בתגובה על שינויים חברתיים ומשפטיים שהתרחשו בשנים האחרונות, שהובילו, לצד גיוון במבנה המשפחה ופריצת גבולותיה, להפחתת הערך המיוחס לה כיחידה נבדלת ולהדגשת האינדיווידואל הניצב במרכזה. שינוי בולט, אם כי לא אחיד, ניכר בשיח המשפטי הכללי והמשפחתי, המבטא מחויבות גוברת לפרט, לערכי החירות, הבחירה והאוטונומיה, ומחדד, בד בבד, אלמנטים תחרותיים ואף מנכריים. לפחות במישור ההצהרתי, אך במידת-מה גם במישור המעשי, אלמנטים של זכויות, חירויות ושוויון מתחילים לבקע את חומות המשפחה ולספק הגנה לפרטיה. אלמנט הרצון והכוונה תופשים מקום ברטוריקה הנוגעת ביצירת המשפחה ובעיצוב היחסים בין חבריה, הבחירה החופשית מודגשת, ניכרת מגמה של ליברליזציה ואינדיווידואליזציה, ולעיתים אף חודרים למשפחה אלמנטים בעלי גופך מסחרי. אלמנטים אלה, הנושאים בחובם פן חיובי, עלולים, אם יישמו

211 נוסף להפניות המנויות בהערה 132, ראו בוגוש, הלפרין-קדרי ורונו, לעיל הערה 118, R.F. Kandel "Power Plays: A Sociolinguistic Study of Inequality in Child Custody Mediation and a Hearsay Analog Solution" 36 *Ariz. L. Rev.* (1994) 879, 882-894; E. Kruk "Power Imbalance and Spouse Abuse in Divorce Disputes: Deconstructing Mediation Practice via the 'Simulated Client' Technique" 12 *Int. J. L. Policy & Fam.* (1998) 1; D. Greatbatch & R. Dingwall "The Marginalization of Domestic Violence in Divorce Mediation" 13 *Int. J. L. Policy & Fam.* (1999) 174

212 על השילוב בין האלמנטים, ראו: Little, *supra* note 55; Bush & Folger, *supra* note 109, at pp. 3, 284; Peppin, *supra* note 89, at pp. 104-105; Friedman, *supra* note 45, at p. 268; M. Brabeck "Moral Judgment: Theory and Research on Differences Between Males and Females" *An Ethic of care: Feminist and Interdisciplinary Perspective* (M.J. Larrabee ed., Chicago, 1993) 33, 45-48



בחוסר רגישות, לפגוע קשות ביחידה המשפחתית. חיזוק עוצמתם של הפרטים המרכיבים את המשפחה, שהינו רצוי ככל שהוא נוגע ברכיביה המוחלשים, עשוי לחזק את המשפחה ואת איכות היחסים בין מרכיביה, אך עלול, אם ייושם בדרך לא-רצויה, לאיים על שלמותה. רווחת הפרט הנעזר במשפחה כעוגן רגשי ושלומו של הילד התלוי בה לקיומו ולהתפתחותו מצביעים על חשיבותה ככל שמדובר ביחידה בעלת יחסים איכותיים ומזינים. לנוכח חשיבותה, נבקש להבטיח שהמשפט ישמרה וידאג לשגשוגה. נראה כי שיח היחסים מסוגל למלא משימה זו בהצלחה.

במשקל של ממש זוכה, במסגרת שיח זה, המושג "אתיקת הדאגה", כפי שהוטבע לראשונה על-ידי גיליגן ופותרת בכתיבה ענפה בתחום המוסר והמשפט. אימוצו אל השיח המשפטי, תוך השללת שיוכו כמוסר נשי, מצא כאמור ביטוי בשני מישורים: מישור הפרוצדורה ומישור התוכן. אלמנטים של קשר בינאישי, דיאלוג, אחריות הדדית, התמקדות במאפיינים אישיים, מחויבות לפתרונות גמישים ואחרים הטביעו את חותמם בשני אלה. לצידם נשמרה המחויבות לרעיונות השוויון, הזכות והחירות, לעיתים תוך עיצוב מחדש המבקש לגלם את ההכרה במציאות של האחר, בקיום החברתי המשותף ובהשפעתם של אלה על חייו של הפרט. הכלה רעיונית של אלמנטים אלה תאפשר, נוסף לשיקוף הקול המוסרי האחר, התמודדות מוצלחת יותר, כך אקווה, עם שאלות מתחום המשפחה. שאלות אלה מאופיינות לעיתים קרובות במורכבות אנושית, ומדגישות את הצורך בהפעלת פרמטרים מסוג אחר – אמות-מידה, גמישות ורגישות, המסוגלות להכיל את הנרטיב האישי, את מכלול נסיבותיה הייחודיות של המחלוקת, את מאפייני הצדדים, ובמקרים הרלוונטיים גם את מאפייני הקהילה.

אולם, אף אם השתכנענו כי ראוי לנו לפעול לקליטת עיקריו של שיח היחסים אל השיטה המשפטית, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי שיח זה טרם התגבש לכדי דוקטרינה קוהרנטית וברורה.<sup>213</sup> הוא סובל מ"מחלות ילדות", אך אין בכך דבר. הוא מתחרה עם שיטה עתיקה ומבוססת, ואך טבעי שיהיה קושי לשכנע במידת מוצדקותו.<sup>214</sup> הקושי להגדיר את שיח היחסים טמון, בין היתר, בחסר לשוני, לנוכח היעדרו מן השיח המדובר.<sup>215</sup> קושי אחר טמון בכך שחובות האחריות הנגזרות ממנו משתנות בהתאם לטיב היחסים בין הנוגעים בדבר ועוצמת הקשר.<sup>216</sup> שיח היחסים מתנגד לניתוח זכויות מופשט, אולם, כפי שהוסבר, אין גובעת מכאן שלילה של ההכרעה העקרונית עצמה. אכן, הצדקה המבוססת על האתיקה של הדאגה ועל שיח היחסים שעוצב בעקבותיה אינה מספקת הכרעה אחת ברורה ונכונה בכל מצב,<sup>217</sup> אולם תוצאה זו מאפיינת כל סוג של מסגרת

213 Little, *ibid*, at p. 204.

214 Beauchamp, *supra* note 39, at p. 90.

215 Ellmann, *supra* note 113, at p. 2668; Karst, *supra* note 112, at pp. 503–507.

216 על בסיסו של טיעון זה הושמעה ביקורת שקבלה על הקושי לגזור כללים מן האתיקה של

הדאגה ועל היותה דו-משמעית, ראו: M. Garrison "Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage" 113 *Harv. L.*

*Rev.* (2000) 835, 869–870; Healy, *supra* note 139, at pp. 911–914.

217 *New Reproductive Technologies: Ethical Aspects – Research Studies of the Royal*

*Commission on New Reproductive Technologies* (1993) xii.

הנמקה מוסרית, ואינה יכולה לשמש לשלילת קליטתם.<sup>218</sup> מיותר לציין שאין מדובר באלמנט רגשי בלבד.<sup>219</sup> שיח היחסים אינו מתמצה ברגשות אמפתיה או בריכוך של שיטת הצדק האובייקטיבית. ניתן לגזור ממנו שיקולי הכרעה מנחים, ואין נובעת מהם אהדה שווה לכל עמדה. לקליטת שיח היחסים יש קו בולט בכל הנוגע בהפעלת שיטות הכרעה שיפוטית והנחיה ברורה הנוגעת בתוכן ההכרעה. בהקשרי משפחה ניתן לדבר על קליטת "ערכים משפחתיים" בחסותו של שיח זה, ערכים השומרים על הקשר בין מרכיבי המשפחה, מבטיחים דאגה ואחריות הדדית לאורך זמן ומגינים על מעמד הילדים הנדרשים להגנת המערכת עקב חולשתם. בחינתה של כל סוגיה לאור שיח זה מאפשרת, כפי שראינו, גזירתם של שיקולי הכרעה נוספים.

השיח המשפטי הקיים אינו חסר לחלוטין סממנים שניתן לזהות את מקורם או לפחות לשייכם לאתיקת הדאגה. השימוש הגובר בהליכי הגישור בהקשרי משפחה, ביטויים התוכני של אלמנטים הדומים לאלה שגזרנו כשיקולי הכרעה משיח היחסים: העיקרון של טובת הילד, אלמנט האחריות ההורית, המחויבות לצמצום נזקים, בחירה בפתרון שפגיעתו מינימלית והתפיסה כי זכויות הפרט לעולם יחסיות – כולם משותפים לשיח הנוכחי. אולם ביטויים של אלה בשיח הקיים הינו חלקי, לעיתים אנקדוטי, ובוודאי אינו מספק. לצד אלמנטים אלה, המערכת מצהירה על מחויבות ניכרת למאפיינים של שיח הזכויות ומקיימת מחויבות זו במידה רבה, וההפניה לעקרונות המאפיינים את שיח היחסים נשארה כאמור בלתי מספקת. כאשר המחויבות לעקרונות אלה מוצהרת, היא עלולה, בהיעדר תשתית כוללת ומחויבות רעיונית מובנית, להיתפס כבלתי־משכנעת ואף כגחמנית.

בשולי הדברים ברצוני להוסיף הבהרה עקרונית. לאורך הכתיבה התחבטתי בשאלה כיצד להבטיח שהשיח המוצע לא ינוצל להעצמת עמדות "שמרניות" ביחס למשפחה ולדיני המשפחה, עמדות העלולות לקרוא, בשם שימור וחיוק של היחידה המשפחתית ושל הקשרים בין חבריה, לנישול האשה והילד מזכויותיהם, להפלייתם לרעה ולפגיעה באוטונומיה שלהם.<sup>220</sup> החשש הוא שקליטת שיח היחסים תוביל לכרסום בהישגים (גם אם מדובר בהישגים חלקיים) שאליהם הגענו כתוצאה מקליטת התפיסה הליברלית ואימוצה אל חיק המשפחה.

השילוב המוצע בין אלמנטים ליברליים לאלמנטים דאוגים יספק, כך אקווה, מענה ראוי לחשש האמור. קליטתו של שיח היחסים צריכה להיות, מן ההיבט הזה, זהירה ומוקפדת. יש להבטיח שהשיח לא ישמש לאימוצן של עמדות שמרניות ביחס למבנה המשפחה הראוי ולתבנית של יחסי הורה-ילד. יש להבהיר כי תפיסת השייכות והקשר, שחזרה והודגשה ביחסיהם של בני המשפחה זה לזה ובינם לבין היחידה המשפחתית, אין בה מן המובן הקנייני. שייכות (Belonging) משמעה בהקשר זה אינו בעלות קניינית, אלא

M. Warnock *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology* (Oxford, 1985) 96; Ellmann, *supra* note 113, at p. 2670

219 אף אם מעורבות רגשית עודפת כרוכה בשיפוט על בסיס זה, אין בכך כדי לשלול את הגיונה של ההחלטה, ראו: Ellmann, *ibid*.

220 נוסף לביקורת שהובאה לעיל בהערה 68, ראו: L. Kelly "Reproductive Liberty under the Threat of Care: Deputizing Private Agents and Deconstructing State Action" 5 *Mich. J. Gender & L.* (1998) 81

שייכות רגשית, במובן של אחריות וכבוד הדדי.<sup>221</sup> יש לוודא בכל שלב ששימוש ברעיונות של אחריות משפחתית, דאגה וקשר לא ישמשו מסווה לניצול החלש ביחידה המשפחתית. הקריאה לשימור ולחיזוק הקשרים האינטימיים אינה מתעלמת מקיומם של קשרים פוגעניים.<sup>222</sup> אזהרה זו צריכה לשמש אותנו הן במישור התוכן והן במישור הפרוצדורה. הפעלתם של הליכי גישור צריכה לוודא את העצמת האשה ולהימנע משעתוק מבני הכוח והנחיתות. יש לחזור ולהדגיש כי לעולם אין להכשיר, בשם שימור "ערכי המשפחה" או שמירת היחידה המשפחתית, יחסים הכרוכים באלומות או ניצול.<sup>223</sup> אולם במקום לקרוא לביטול המשפחה ולסילוק היחסים האינטימיים, יש לטפל באלה הלוקים בפגמים האמורים ולקעקעם באמצעים עקרוניים וקונקרטיים כאחד.<sup>224</sup> יש לשאוף לקיומם של קשרים אישיים איכותיים שיאפשרו לכל הצדדים מימוש עצמי ושגשוג ויחזקו את הפן המוסרי-האנושי המתואר כאן. תפקיד מורכב זה מוטל, בין היתר, על כתפיהם של הנוטלים חלק בעיצוב הדין ובהפעלתו.

221 Midgley & Hughes, *supra* note 145, at pp. 64–65.

222 שיח היחסים משולב אצל West בהדגשת החשש מפני יחסים פוגעניים. היא קושרת יחדיו את נקודת-המבט המתרכזת בשני אלה ואת העשייה המתחייבת מהם, ראו: West, *supra* note 63.

223 השוו': S. Bandes "What's Love Got to Do With It?" 8 *Wm. & Mary J. of Women & L.* (2001) 96.

224 S. Moller Okin "Families and Feminist Theory: Some Past and Present Issues" 13 *Feminism and Families* (H. Lindemann Nelson ed., New York, 1997).

