

ההיבט העתידי ועיקרון הוודאות בסוגיה המשפטית שעניינה קשר בין ילדים להוריהם: פרשת מחדל העוברים

מאת

מילי מאסס*

מבוא

הסוגיה המשפטית שעניינה הערכת הקשר בין הילד להוריו נדרשת להיבט עתידי, בהיות קשר זה דינמי ומתפתח. אולם, תכופות, ההיבט העתידי לא יכול להיות מונחה על ידי עיקרון הוודאות, ולהתבסס על ראיות. המתח שקיים בין ההיבט העתידי לבין עיקרון הוודאות משתקף בפסקי הדין שניתנו ב"פרשת מחדל העוברים"¹ – ובו אני דנה במאמר זה.

פרשת מחדל העוברים אירעה כאשר בעת הפריה חוץ-גופית הוחדר בטעות מטען גנטי לרחמה של אישה, שמטען זה איננו שלה ואיננו של בן זוגה. הטעות התגלתה כבר בעת ההיריון כשנעשו בדיקות לעובר בשל מום בלב. "סופיה" (כפי שכונתה ע"י בית המשפט), נולדה לבני הזוג שאינם הוריה הגנטיים, והם גידלו אותה בחזקתם. במקביל, פנו בני הזוג לבית המשפט בתביעה למנוע את איתורם של ההורים הגנטיים. אולם לאחר זמן נמצאו וזוהו ההורים הגנטיים, והם פנו לבית המשפט בתביעה לקבוע את הורותם לסופיה, לקבל עליה אפטרופסות ולגדלה בחזקתם. הדיון המשפטי בתביעת ההורים הגנטיים התנהל בבית המשפט לענייני משפחה, לאחר שהאם, שהרתה וילדה את סופיה, גידלה אותה יחד עם בן זוגה במשך למעלה משנתיים.

ביום 24.11.2024 קבע כב' השופט עובד אליאס מבית המשפט לענייני משפחה שההורים הגנטיים הם הוריה של סופיה והיא תועבר לחזקתם. יומיים לאחר מתן פסק הדין, הגישו ההורים המגדלים ערעור לבית המשפט המחוזי שהתקבל פה אחד ביום 10.3.2025 על ידי סגנית הנשיאה כב' השופטת ורדה פלאוט, אב"ד, וכב' השופטים צבי ויצמן ואלי ברנד. פסק הדין של בית המשפט המחוזי הפך את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, וקבע שההורים המגדלים יהיו הוריה של סופיה. על פסק דין זה הגישו ההורים הגנטיים בקשת ערעור לבית המשפט העליון, בקשתם התקבלה, אולם ביום 12.5.2025 ערעורם נדחה במלואו ברוב של שלושה שופטים – כב' השופטים יעל וילנר, עופר גרוסקופף ויחיאל כשר – ונקבע שההורים המגדלים הם הוריה של סופיה; כב' השופט אלכס שטיין קבע שהאם המגדלת היא האם, ואת הערעור לגבי האב הגנטי קיבל באופן חלקי וקבע שהאב הגנטי הוא האב, אך ללא אפטרופסות; כב' השופטת דפנה ברק-ארז, בדעת מיעוט, קבעה שההורים הגנטיים הם הוריה של סופיה.

הבדל מהותי קיים בין פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה, שדן בטובת הילדה, לבין פסקי הדין של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון, שהקדימו את הדיון בזכאותם של ההורים לדיון בטובת הילדה.

* ד"ר, (בדימוס) בית הספר לעבודה סוציאלית ולרווחה חברתית ע"ש פאול ברוואלד, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 בהתאמה: תמ"ש (משפחה ראשלי"צ) 61932-09-23 פלוני נ' פלוני (נבו) 24.11.2024 (להלן: פסק דין משפחה); עמ"ש (מחוזי מר') 64159-11-24 אלמונית נ' פלונית (נבו) 10.3.2025 (להלן: פסק דין מחוזי); בע"מ 69395-03-25 פלונית נ' אלמונית (נבו) 11.5.2025 (להלן: פסק דין עליון).

בית המשפט לענייני משפחה דן בבקשת ההורים הגנטיים לאור "עמוד האש שהוא טובת הילדה".² בפסק דינו, הדגיש בית המשפט את ההיבט העתידי שכרוך בהחלטות שעניינן הקשר בין ילדים להוריהם, והחלטתו מגלמת את התפיסה המוסרית שרואה בהיעלמות נוכחותם הפיזית של ההורים הגנטיים מחיי הילד אובדן שאיננו בר חלופה, ויש למנעו. זוהי תרומתו החשובה של פסק דין זה, שאותה ארצה להדגיש ובו אדון בהרחבה.

פסקי הדין של בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון קבעו שהגדרת הזכויות המשפטיות של ההורים קודמת להחלטה בדבר טובת הילדה, מאחר שקביעת הזכויות המשפטיות עומדת במבחן עיקרון הוודאות.³ טובת הילדה, על פי הנורמה שקבעו שתי הערכאות, נגזרת מהגדרת זכויות ההורים. הן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון קבעו שההורים המגדלים הם הוריה של סופיה, וניתוק הקשר שלה עמם יגרום לנזק בלתי הפיך. עם זאת, כלל השופטים, בשתי הערכאות הערעור, קבעו שיש לקיים קשר בין סופיה לבין ההורים הגנטיים במתווה מוסכמת. מפסקי הדין בשתי הערכאות, שבהם אדון בהמשך המאמר, ניתן ללמוד על מגבלותיו של עיקרון הוודאות לגבי סוגיית הקשר בין הילד להוריו. אדון בשני פסקי הדין באותו הסעיף, בשל הדמיון היחסי שבין פסק הדין של בית המשפט המחוזי לבין פסק הדין של בית המשפט העליון.

בדעת המיעוט בבית המשפט העליון, שבה אני דנה בסעיף האחרון, קבעה השופטת ברק-ארז שההורים הגנטיים הם הוריה של סופיה. בהחלטתה מנכיחה השופטת את ההיעדר העתידי שילווה את חייהם של ההורים הגנטיים וכן את חייה של סופיה, כתוצאה מפסק הדין של רוב ההרכב. לדעתה של השופטת שלילת ההורות מן ההורים הגנטיים תגרום הן להם והן לסופיה אובדן שאיננו בר חלופה שיש למנעו. ניתן לקרוא גם בדעת המיעוט את ההשקפה המוסרית שעל פיה החליט בית המשפט לענייני משפחה שההורים הגנטיים הם הוריה של סופיה.

אכנה במאמר זה את שני זוגות ההורים – ההורים המגדלים וההורים הגנטיים, בהתאמה.

א. ההיבט העתידי

התשובה לשאלה שבה עוסק פסק הדין הנדון – מה תהיינה ההשלכות על חייה של סופיה כשאחד משני זוגות ההורים ייקבע כהוריה – מעניקה משקל רב להיבט העתידי, בהחלטתו של בית המשפט. בשונה מהחלטות שיפוטיות שמבוססות על מעשים שנעשו ואירועים שקרו אשר משמשים כראיות, להיבט עתידי תכופות אין ראיות, לפיכך עולה שאלה לגבי מידת הוודאות שעליה יכול להסתמך בית המשפט בהחלטה הגורלית שקובעת את עתידה של סופיה.

1. התפיסה של קשר חד-כיווני בין הורים לילדים – ניבוי

מידה רבה של ודאות בהחלטה עתידית אפשרית במקרים שבהם קיים קשר סיבתי בין תנאים או נסיבות בהווה לבין תוצאה עתידית הכרחית וידועה – קשר שמאפשר ניבוי, כמו למשל קשר שקיים בחוקי טבע. באופן תיאורטי, ניבוי כזה אפשרי, כאשר הקשר המגן והמטפח של ההורה לילד מוצג כתולדה הכרחית של היות הילד עצמו ובשרו של ההורה, כמשתנה מסביר, כאילו קשר זה הוא חוק טבע, כתולדה של עצם היוולד הילד.⁴ על פי תפיסה זו, הקשר של ההורה לילד מוצג כטבוע במבנה אישיותו של ההורה, כמסוגלות הורית, מבנה שאיננו מושפע מנסיבות ותנאים משתנים. מסוגלות הורית, כתכונה אישיותית וקבועה של ההורה,

² פסק דין משפחה, לעיל ה"ש 1, בפס' 11.

³ פסק דין מחוזי, לעיל ה"ש 1, בפס' 97 לפסק הדין של השופט ויצמן; פסק דין עליון, לעיל ה"ש 1, בפס' 55 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴ מילי מאסס "הורה" מפתח 19, 41–69 (2023).

משמשת להערכה לא רק את יכולתו כפי שהוכחה בעבר ומוכחת בהווה, אלא גם ככזו שמייצגת את יכולתו העתידית של ההורה.⁵ הקשר בין ההורה לילד מובנה כקשר חד-כיווני שבו אישיותו של ההורה, כפי שהיא באה לידי ביטוי במסוגלותו, קובעת באופן כמעט בלעדי את התפתחות הילד. הקשר החד-כיווני בין ההורה לילד הינו קשר סיבתי שעל פיו התפתחות הילד, כמשתנה מוסבר, הינה תוצאה הכרחית של מסוגלות ההורה. זהו קשר שמציע ניבוי ועונה על הצורך של בית המשפט בוודאות.

לא עלתה כל טענה שאיזה משני הזוגות – ההורים המגדלים או ההורים הגנטיים – נעדרי מסוגלות לגדל את סופיה, ולא היה כל מקום להתייחס לשאלה זו. בכל זאת, בית המשפט מעיר שהחלטתו הייתה קלה יותר אילו אחד משני זוגות ההורים היה מוערך כנעדר מסוגלות הורית,⁶ זאת, כנראה, בהתבסס על ההנחה שהערכת מסוגלות הורית מקלה על ניבוי עתיד הקשר בין ילד להוריו. יתרה מזו, למרות ששאלת התנהגותם של ההורים לאחר גילוי הטעות הטראגית אינה רלבנטית בשום צורה ואופן לשאלה שבה על בית המשפט להכריע, בית המשפט מצביע על התנהגות לא ראויה של ההורים המגדלים, או לפחות כזאת שיצרה קושי בפתרון הסבך שנוצר.⁷ מאחר שהשופט חוזר ואומר שהערות אלו, בדבר התנהגות ההורים המגדלים, לא השפיעו על החלטתו,⁸ והן אינן ממין העניין, ניתן לפרשן כהדהוד של הצורך של בית המשפט בוודאות, והערכת "מסוגלות הורית", כאמור, משמשת בסיס לניבוי.

ההנחה שהקשר של ההורה לילד הינו קשר חד-כיווני, שעל פיו התנהגות ההורה קובעת את התפתחותו של הילד, לא זכתה לאישור אמפירי. מחקרים הראו שתיאור הקשר בין ילדים להוריהם כקשר מעגלי, שבו ההורים והילד מושפעים זה מזה ומשפיעים זה על זה, מסביר בצורה מהימנה יותר את התפתחות הילד, ואת הקשיים בהתפתחותו (אם יש כאלה).⁹ לתפיסת הקשר בין ההורה לילד כקשר מעגלי יש השלכה על מידת הוודאות של החלטה עתידית של בית המשפט.

2. התפיסה של קשר מעגלי בין הורים לילדים – תחזית

שאלת ניתוקה של סופיה מן ההורים המגדלים הייתה מרכזית בדיון שתכליתו הייתה לקבוע מי משני זוגות ההורים יקבל את סופיה לחזקתו, ויוגדר כהוריה. החלטת בית המשפט שההורים הגנטיים ייקבעו כהוריה של סופיה, תנתק את הקשר בינה לבין ההורים המגדלים, לאחר שגדלה בחיקם למעלה משנתיים. אתייחס לשתי טענות שהועלו בדיון המשפטי נגד ניתוק הקשר עם ההורים המגדלים והעברתה של סופיה לחזקתם של ההורים הגנטיים: הטענה האחת – התייחסה לזמן הממושך שבו סופיה גדלה בחיקם של ההורים המגדלים ובמהלכו הקשר שלה אליהם הלך והתהדק,¹⁰ טענה שבית המשפט לענייני משפחה קבע שניתן לה משקל כבד מדי.¹¹ והטענה השנייה – שייגרם לסופיה נזק קשה ובלתי הפיך אם תנותק ההיקשרות הטובה שנוצרה בינה לבין ההורים המגדלים.¹² תשובה לשתי טענות אלו יכולה להסתמך על התפיסה המעגלית של הקשר בין סופיה להוריה.¹³ הטענה שמשך הזמן שבו גדלה סופיה בחיק ההורים המגדלים

⁵ מירה ברקאי ומילי מאסס משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון דנים באימוץ קטינים 33–86, 148–156 (1998); דוד יגיל "שיקולים ולבטים באבחון מסוגלות הורית" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל 183 (2008); מילי מאסס "מסוגלות הורית – סיפורם של ילדי משפחת זיו" בשם טובת הילד: אובדן וסבל בהליכי אימוץ 19 (2010).

⁶ פסק דין משפחה, לעיל ה"ש 1, בפס' 6.

⁷ שם, בפס' 5–6. לעניין הניבוי, ראו גם דניאל 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד סד (3) 356 (2011), פס' 4 לפסק הדין של השופט מלצר.

⁸ שם, בפס' 16.

⁹ Arnold J. Sameroff & Michael J. Chandler, *Reproductive Risk and the Continuum of Caretaking Casualty*, in REVIEW OF CHILD DEVELOPMENT RESEARCH 4(1), 187–244 (Francis D. Horowitz ed., 1975).

¹⁰ פסק דין משפחה, לעיל ה"ש 1, בפס' 3.

¹¹ שם, בפס' 15.

¹² שם, בפס' 5.

¹³ T. BERRY BRAZELTON et al., *The Infant as a Focus for Family Reciprocity*, in THE CHILD AND ITS FAMILY 29–43; Dan Gao et al., *Transactional models linking maternal*; (Michael Lewis & Leonard A. Rosenblum eds., 1979)

מקשה על ניתוקה מהם, לא התייחסה להשלכות של השלב ההתפתחותי שבו הייתה מצויה סופיה, על הקשר שייווצר בינה לבין ההורים הגנטיים. כפעוטה בת שנתיים, סופיה יכולה לבטא במילים¹⁴, לפחות במידה מסוימת, את תגובתה לפרידה מן ההורים המגדלים ובכך להקל על ההורים הגנטיים להבין אותה ולהתייחס בצורה מותאמת לכאבה ולצער. סופיה וההורים הגנטיים יכולים ליצור יחד את סיפור היקשרותם.¹⁵

הטענה השנייה – שניתוק הקשר עם ההורים המגדלים בהכרח יגרום לה לנזק מתמשך ובלתי הפיך – לא מבחינה בין כאב וצער שצפויות להיות תגובותיה המיידיות של סופיה לפרידה מן ההורים המגדלים, לבין נזק בלתי הפיך לטווח ארוך. הכאב והצער, חריפים ככל שיהיו, יכולים לחלוף ואולי להישמר בזיכרון, אולם אין אלה זהים עם פגיעה לטווח ארוך שבהיותה בלתי הפיכה, על פי הטענה, תשפיע עליה כל חייה. בית המשפט עמד על הבחנה זו.¹⁶ בעוד שכאב כתגובה של סופיה לניתוק מההורים המגדלים הוא ודאי, זיהויו כנזק לטווח ארוך מתייחס להיבט עתידי שאיננו ודאי. בעבר רווחה ההנחה שכאב וצער, שמתעוררים בעקבות פרידה בגיל מוקדם מדמויות משמעותיות, גורמים בהכרח לנזק בלתי הפיך,¹⁷ אולם, הנחה זו לא אושרה.¹⁸ ניתוקו של קשר משמעותי יכול אמנם להביא לנזק, אך זו איננה תוצאה הכרחית.¹⁹ התשובה לשאלה כיצד תשפיע על סופיה פרידתה מן ההורים המגדלים והאם הפרידה תגרום לנזק, מותנית, בין היתר, בקשר שיתפתח בינה לבין ההורים הגנטיים,²⁰ קשר, שעל פי התפיסה המעגלית סופיה שותפה ליצירתו. לפיכך, דווקא היווצרות הקשר החם והמשמעותי של סופיה עם ההורים המגדלים, יכול להוות בסיס לתחזית שסופיה תביא אתה ציפיות לקשר אוהב עם ההורים הגנטיים. קשר כזה ימנע נזק ארוך טווח.

קשר מעגלי לא מבחין בין סיבה למסובב, או בין גורם לתוצאה, ולפיכך אינו מאפשר ניבוי. אולם אפשר לתאר דפוס מסתמן של היקשרות, או מגמה מתפתחת²¹ שבהינתן הנכונות והרצון הכן של ההורים הגנטיים להעניק לסופיה בית ומשפחה אוהבת מאפשרת תחזית. אם לא יחולו שינויים בלתי צפויים, ניתן להניח בקירוב מספק את המשכו של דפוס ההיקשרות של סופיה. מידת הוודאות בתחזית פחותה מזו הגלומה בניבוי, ויש פער ניכר בין הצורך בוודאות – בשל גורליותה של ההחלטה בדבר עתידה של סופיה – לבין הוודאות המוגבלת שמציעה תחזית. תפיסה מוסרית יכולה לגשר על הפער, לפחות במידה מסוימת.

3. קשר דם" ו"זיקה מולדת" – ניבוי ותחזית

כאמור לעיל, בית המשפט לענייני משפחה קבע שיש להעביר את סופיה לידי ההורים הגנטיים, ובכך לנתק את הקשר בין סופיה לבין הורים המגדלים. "המשכו של קשר דם לעד" עומד ביסוד החלטתו של בית המשפט.

; authoritative parenting, child self-esteem, and approach coping strategies, 73 J. APPLIED DEV. PSYCH. 101262 (2021) ANDREW GIANINO & EDWARD Z. TRONICK, *The Mutual Regulation Model: The Infant's Self and Interactive Regulation and Coping and Defensive Capacities*, in STRESS AND COPING ACROSS DEVELOPMENT 47 (Tiffany M. Field et al. eds., 2013).

DANIEL N. STERN, *THE INTERPERSONAL WORLD OF THE INFANT* 162–182 (1985) 14
Diana Diamond & John R. Keefe, *Separation Anxiety: The Core of Attachment and Separation-Individuation*, 77 15
PSYCHOANALYTIC STUD. CHILD 251 (2024).

פסק דין משפחה, לעיל ה"ש 1, בפס' 14. 16

זוהי עודנה הנחה רווחת; ראו אושרה לרר שייב "הורות נקנית בדאגה ואהבה. הד-נא משני" הארץ 25.11.2024 17
<https://www.haaretz.co.il/opinions/2024-11-25/ty-article/premium/00000193-d68e-a1db-eb1c46bc0000> ("את 18

השבר של ההורים המולידים ואת השבר שיהיה נחלתה של 'סופיה' כשתנתק בגיל מכריע מהורים אוהבים – איש לא יוכל לתקן"). 18
המחקרים שלהלן מצאו שהמתודולוגיה שעל פיה נקבע שניתוק קשר מוקדם גורם לנזק לטווח ארוך הייתה שגויה, לא נבדקו 19
הקשרים שקדמו לניתוק ולא אלה שנוצרו לאחר הניתוק, לכן ייתכן שהנזק נגרם מקשרים אלה ולא דווקא מן הניתוק. מחקרים 20
אלה מהווים נכסי צאן ברזל; ראו: ANN M. CLARKE & ALAN D.B. CLARKE, *EARLY EXPERIENCE: MYTH AND EVIDENCE* (1976); MICHAEL RUTTER, *MATERNAL DEPRIVATION REASSESSED* (1972).

סקירת מחקרים שנעשו לבחינת ההנחה שקיימות תקופות קריטיות שבהן ניתוק קשר בין ילדים לבין דמויות התקשרות גורם 19
לנזק ארוך טווח, העלתה שמצב הידע הנוכחי אינו מאפשר לקבוע תקופה קריטית כלשהי; ראו: Ross A. Thompson, *Sensitive 20*
Periods in Attachment?, in CRITICAL THINKING ABOUT CRITICAL PERIODS 81 (Donald B. Bailey et al. eds., 2001).

ראו, למשל, מחקר שמצא שהמשנתנה המבדיל בין ילדים שלא ניזוקו לאחר פרידה לבין כאלה שניזוקו, הייתה מידת ההשקעה של 20
ההורים האומנים בטיפול בילדים: John P. Ackerman & Mary Dozier, *The influence of foster parent investment on 21*
children's representations of self and attachment figures, 26 J. APPLIED DEV. PSYCH. 507 (2005).

לדיון במודל ההיקשרות ראו להלן ה"ש 48–49.

המושג "קשר דם" מייצג את המטען הגנטי שמועבר מהורים ליוצאי חלציהם ומסמן את השתייכותו של ילד לשושלת המשפחתית שלה נולד. היותו של קשר הדם קבוע וודאי, מחליש את הטענה שהעברתה של סופיה לידי ההורים הגנטיים היא ספקולטיבית.²² אף על פי כן, קשה לטעון שוודאותו של קשר דם מקנה יתרון שאינו ניתן לערעור על פני משמעותו של הקשר של סופיה עם ההורים המגדלים. המשגת הקשר הדטרמיניסטי של סופיה להורים הגנטיים, כתולדה של קשר דם, מציבה את סופיה כמושא של הקשר, כאובייקט שקשר דם מהווה נתון ביחס שנוצר בינה לבין ההורים הגנטיים בעת ההפריה, כלומר, ללא שיתופה;²³ זאת, לעומת ייצוגה כילדה שיוצרת היקשרות משמעותית עם הוריה המגדלים.

לכאורה נוצר פיצול בין הצבתה של סופיה כמושא של הקשר הגנטי, כנתון ביולוגי, לבין ההכרה בשיתופה הפעיל ביצירת היקשרויותיה. ואכן, בהחלטתו לקבוע את ההורים הגנטיים כהוריה של סופיה, בשל הדטרמיניזם הגלום בקשר דם, לא הסתפק בית המשפט בהיותו נתון ביולוגי. את החלטתו נימק בית המשפט במשמעותו הייחודית של קשר דם עבור סופיה, וקבע שבשל משמעותם הייחודית של ההורים הגנטיים יהיה לסופיה קשה אם לא תגדל בחיקם של ההורים הגנטיים, יותר מאשר אם לא תגדל בחיק ההורים המגדלים, אף אם בשני המקרים יתקיים קשר בינה לבין ההורים שבחיקם לא תגדל.²⁴ כדי להכיר במשמעותו הייחודית של קשר דם עבור הילד, וכהשלמה למושג זה, הצעתי את המושג "זיקה מולדת".²⁵

אל הצורך במושג משלים למושג "קשר דם" הגעתי לאחר קריאה ושמיעת עדויות רבות של אנשים שגדלו בסביבה חליפית, ללא הוריהם הגנטיים. עדויותיהם תיארו חיים בצל נוכחותו התמידית, ולעתים אף הדרמטית של היעדר בחייהם, היעדר שנוצר עם היעלמות נוכחותם הפיזית של ההורים הגנטיים מחייהם. אישה שנמצאה בפח אשפה שעות לאחר הולדתה, ונמסרה לאימוץ בינקותה, אמרה: "לא סתם אנשים מתעסקים במה המוצא שלהם, למשהו. כל פעם שאני רואה ילד שדומה להורים שלו או אחים שדומים אחד לשני, זה מרגש אותי ומפתיע אותי מחדש".²⁶ לא די בהכרה בקשר דם כקשר ביולוגי ודטרמיניסטי. כדי לייצג את הווית החיים של הילד, בצל היעלמותם הפיזית של ההורים הגנטיים מחייו, נדרשת הגדרה המבטאת הכרה בהיעדר שנוצר בעקבות ההיעלמות, והיא מוצעת באונטולוגיה של המוסר שמגדירה את ההיעדר כ"מה שיש".²⁷ הנכחתו של ההיעדר מעידה שיש מי שההיעלמות פוגעת בו והוא חווה אותה כאובדן. בשל ייחודו של הקשר הגנטי, היעלמות נוכחותם הפיזית של ההורים הגנטיים נחווית, תכופות, כאובדן שאין לו חלופה ואין לו פיצוי.²⁸ שימור האובדן מייצג עבור הילד את קיומם של ההורים שלושלת שלהם הוא משתייך, ואת הקשר שלו לעצם היותם מבטא המושג זיקה מולדת.²⁹ בדרך כלל הזיקה המולדת משולבת ומובלעת ביחסים המתהווים בין הילד לבין ההורים הגנטיים. אולם, כשנעלמת נוכחותם הפיזית של ההורים, מופיעה בהיעדרם הזיקה המולדת וחושפת את המשמעות הייחודית של קשר הדם עבור הילד, שאותו הוא חווה לא רק כמושא,

²² מרדכי קרמניצר "החלטת השופט בפרשת העוברים בעייתית. הקשר הגנטי אינו מעיד בהכרח על טובת הילדה" **הארץ** 24.11.2024 <https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-11-24/ty-article/.premium/00000193-5ef7-d68e-a1db-fef72d9f0000> ("ייסוד ספקולטיבי").

²³ ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב' 223, 236 (2005) ("ההדגשת הפן הגנטי בעייתית מהיבטים רעיוניים ומעשיים כאחד. כפי שמסתבר, היא מביאה לידי פגיעה במעמד הילד הנהפך מתכלית לאמצעי, מאלמנט אנושי לחפץ הניתן להעברה").

²⁴ **פסק דין משפחה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 14.

²⁵ מילי מאסס "זיקה מולדת" **מפתח** 11, 127 (2017).

²⁶ "עושים צהריים" (גלי צה"ל 15.11.2005).

²⁷ JEAN-LUC NANCY, *THE SENSE OF THE WORLD* 34–37 (Jeffrey S. Librett Trans. 1997) ("Différance").

²⁸ עדי אופיר **לשון לרע: פרקים באונטולוגיה של המוסר** פרק 3: נזק, ס' 311–312 (2000).

²⁹ ראו רבקה מונדלק **ילדתי** 40 (2003) ("באתי לעולם כפליטה. בלי ויזה וכתובת. האהבה הגדולה שקיבלתי היתה ועודנה משמעותית מאוד, אך אין בכוחה לרפא את כאב הנטישה").

אלא גם כמשמעות קיומית. הזיקה לקשר הדם שנוצרה עם היוולדו מלווה את אירועי היום-יום שלו, וגם את קשריו עם הדמויות שאליו הוא מתקשר.³⁰

המושג "זיקה מולדת" לא מופיע בפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה, אולם בהשוואה שעורך בית המשפט בין הסיפור שיכולים ההורים הגנטיים לספר לסופיה, לבין הסיפור שיכולים ההורים המגדלים לספר לה, אפשר לקרוא הכרה בקיומה של הזיקה המולדת להורים הגנטיים. בית המשפט קובע כי לסופיה יהיה קל יותר לחיות עם הסיפור שההורים הגנטיים יכולים לספר לה – "נפלה טעות שהביאה לכך שגדלת בשנתיים הראשונות לחייך אצל אנשים טובים אחרים, אולם הטעות תוקנה והועברת לחיות עמנו"; זאת, לעומת הסיפור שיכולים ההורים המגדלים לספר לה – "נעשתה טעות ולכן לא גדלת אצל ההורים הגנטיים".³¹ שני הסיפורים, וההשוואה ביניהם, יכולים לשמש מטאפורה למשמעות של קשר הדם עבור סופיה: בסיפור האחד – ניתנת הכרה לייחודו של קשר הדם, ובשני – התכחות למשמעותו. בהשוואתו בין שני הסיפורים מוסיף בית המשפט לוודאות שגלומה בקביעותו של קשר דם את המשמעות שתיתן לו סופיה, את הזיקה המולדת, שהיא איננה וודאית. יש ילדים שניתוקם מהוריהם הגנטיים לא מלווה בזיקה אליהם, לפחות לא באופן מודע, ויש כאלה שדוחים את הזיקה המולדת ומעדיפים לסלקה מחייהם. עדיין, ההכרה בקיומה של הזיקה המולדת מאפשרת תחזית שעל פיה ניתנת בחירה לנשואיה לגבי משמעותו של קשר הדם בחייהם; בחירה שלא קיימת כשהיעלמות נוכחותם הפיזית של ההורים הגנטיים מסמנת התכחות לחשיבותה של הזיקה המולדת עבור הילד, כפי שמתואר יחסם השלילי של ההורים המגדלים לעצם איתורם של ההורים הגנטיים.³²

בהעדפתו את הסיפור הראשון – שעל פיו תוקנה הטעות שבעטיה ההורים הגנטיים לא גידלו אותה במשך השנתיים הראשונות לחייה – מבטא בית המשפט את ההכרה בייחודו של הקשר הגנטי עבור הילד.³³ זוהי בחירה מוסרית שעל פיה שלילת הורותם של ההורים הגנטיים עלולה להיות נחווית על ידי סופיה כאובדן שאין לו חלופה, ואין לו פיצוי. מנגד, הטענה נגד ניתוק סופיה מן ההורים המגדלים ניתנת להתפרש כביטוי להשקפה מוסרית אחרת, שעל פיה הקשר שכבר נוצר בין סופיה לבין ההורים המגדלים מהווה פיצוי הולם על שלילת מקומם המרכזי של ההורים הגנטיים בחייה, ומהווה חלופה נאותה לאובדן זה. החלטתו של בית המשפט קובעת שיש להעדיף את התפיסה המוסרית שרואה בקשר הגנטי עבור הילד קשר ייחודי שאין לו חלופה, ויש למנוע את אובדנו.

ב. עיקרון הוודאות

בית המשפט המחוזי קיבל את ערעורם של ההורים המגדלים על החלטת בית המשפט לענייני משפחה להגדיר את ההורים הגנטיים כהוריה של סופיה, והפך את ההחלטה. ההורים המגדלים הוגדרו כהוריה של סופיה. החלטה זו אושרה על ידי בית המשפט העליון, שדן בערעורם של ההורים הגנטיים על החלטת בית המשפט המחוזי. ההורים המגדלים הוגדרו גם על ידי בית המשפט העליון כהורים של סופיה. שתי הערכאות קבעו את עיקרון הוודאות כעיקרון שהנחה את החלטותיהם, ונתנו קדימות להחלטת הזכאות המשפטית של ההורים על פני הדיון וההחלטה בדבר טובת הילדה.

³⁰ ת"א (שלום י-ם) 8250-12-14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים – השירות למען הילד (נבו) 19.8.2019. ראו גם סיפורים אוטוביוגרפיים, למשל: דפנה לוסיטיג יש לך הכל (2025); שי גולדן הבן הטוב (2008); רבקה מונדלק ילדתי (2003); ליה קנדר פרח ושמו סיגל (2000). כדאי גם לציין את הסדרה של צופית גרנט "אבודים" (רשת, 2011) (סדרה תיעודית המציגה מסעות חיפוש אחר קרובי משפחה אבודים וממחישה את משמעותם של קשרי הדם עבורם).

³¹ פסק דין משפחה, לעיל ה"ש 1, בפס' 12.

³² שם, בפס' 16.

³³ דנה אמיר אבני ריחיים 8 (2021) ("על הדומות").

1. זכאותם המשפטית של ההורים

בית המשפט המחוזי הכיר בהיבט העיתידי שגלום בדיון על טובת הילד, אולם משום שסוגיה זו "נתונה תחת שלטונם של ההשערה והניחוש"³⁴ קבע שהגדרת ההורות צריכה להקדים את הדיון בטובת הילד. ההחלטה בדבר הזכאות של ההורים "איננה צומחת מטובת הילד. הורות היא קביעה עובדתית, ההורות היא מהות בפני עצמה."³⁵ טובת הילד נגזרת מהגדרת ההורים, שעומדת במבחן עיקרון הוודאות. בכך נקבע שעיקרון הוודאות עמד ביסוד הדיון המשפטי בפסיקת בית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון חזר ואשרר הן את הקדימות בהגדרת ההורות על פני הדיון בטובת הילד,³⁶ והן את עיקרון הוודאות כעיקרון מנחה.³⁷

כפי שעולה מפסקי הדין של שתי הערכאות, כדי לעמוד במבחן עיקרון הוודאות ניתנת להורות הגדרה מצמצמת. בית המשפט המחוזי מגדיר את ההורות על פי נראותה: "קביעתה של האם היולדת כהורה משפטי יוצרת וודאות. אנו יודעים מי ילדה את הילד, פשוט וגלוי לעין ואילו לצורך גילוי האם הגנטית אנו נדרשים לביצוע פעולה פולשנית."³⁸ בית המשפט העליון קבע שהחלטתו מתייחסת רק להורות משפטית, ולא "מי הם הוריה של הקטינה במובנים אחרים, ובכלל זאת מובנים זהותיים רגשיים אשר נודעת להם חשיבות רבה בחייו של אדם,"³⁹ מובנים שספק אם הם יכולים לעמוד במבחן עיקרון הוודאות. ואף כי עיקרון הוודאות היווה שיקול בקדימות שניתנה לדיון בהגדרת זכאות ההורה, סטו ממנו שתי הערכאות כשהעדיפו הנחות שנובעות מידע על השפעות אפיגנטיות של ההליכים הפיזיולוגיים על העובר במשך ההיריון, על פני הקשר הגנטי הפרטני שהוכח.⁴⁰ בית המשפט העליון קבע, אמנם, שהקשר הגנטי קיים "בכל תא ותא בגופה של סופיה וילוה אותה כל חייה,"⁴¹ ובכך הכיר בהיותו של הקשר הגנטי דטרמיניסטי, ואף פתח בכך צוהר לדיון בהשלכות עתידיות של הגדרת הזכאות של ההורים הגנטיים על טובתה של סופיה, אלא שהדגש על ההשפעות האפיגנטיות על העובר במשך ההיריון, ייתר דיון באפשרות זו ותרם להחלטה שההורים המגדלים הם ההורים של סופיה.⁴²

שופט אחד – השופט שטיין, שיחד עם רוב ההרכב החליט שהאם המגדלת שהרתה את סופיה היא אמה, התנגד להחלטה שהאב המגדל, בן זוגה של האם המגדלת, הוא אביה של סופיה,⁴³ כפי שהחליטו חבריו להרכב. בהחלטתו קיבל הקשר הגנטי של האב קדימות על פני הקשר של האב המגדל, שבינו לבין סופיה אין קשר פיזיולוגי. השופט שטיין קבע שהאב הגנטי הוא אביה של סופיה, אך כדי להגן על שלמות התא המשפחתי שנוצר בין סופיה לבין ההורים המגדלים, שהענקת זכות לאב הגנטי להשתתף בהחלטות לגבי גידולה של סופיה עלולה לפגוע בה, לא הוענקה לאב הגנטי אפטרופסות.⁴⁴ החלטת השופט שטיין מגדירה את ההורות על פי הקשר הפיזיולוגי.

³⁴ פסק דין מחוזי, לעיל ה"ש 1, בפס' 117 לפסק הדין של השופט ויצמן.

³⁵ שם, בפס' 67 לפסק הדין של השופט ויצמן.

³⁶ פסק דין עליון, לעיל ה"ש 1, בפס' 101 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³⁷ שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט שטיין ("הורות היא עניין של טבע ושל עובדה אמפירית, ותו לא").

³⁸ פסק דין מחוזי, לעיל ה"ש 1, בפס' 97 לפסק הדין של השופט ויצמן.

³⁹ פסק דין עליון, לעיל ה"ש 1, בפס' 55 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴⁰ פסק דין מחוזי, לעיל ה"ש 1, בפס' 108–109 לפסק הדין של השופט ויצמן.

⁴¹ פסק דין עליון, לעיל ה"ש 1, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת וילנר. ראו גם: תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני,

תשס"א (2001) 801, 858–859 (2004); Jay Belsky & Marinus H. van IJzendoorn, *Genetic differential susceptibility to the effects of parenting*, 15 CURRENT OP. PSYCH. 125 (2017).

⁴² פסק דין עליון, לעיל ה"ש 1, בפס' 20–22 לפסק הדין של השופט שטיין.

⁴³ שם, בפס' 45.

⁴⁴ שם, בפס' 53.

צמצום היקף הגדרת ההורה למען מימוש עיקרון הוודאות, ובה בעת הסטייה מוודאותו של הקשר הגנטי, מעלים שאלה אם עיקרון הוודאות יכול לשרת דיון משפטי בהגדרת זכאות ההורה, סוגיה שאיננה עוסקת באחריות, או באשמה ליצירת המצב שבעטיו מתנהל הדיון.

2. טובת הילדה

את הקושי בהחלת עיקרון הוודאות על ההיבט העתידי שגלום בהחלטה בדבר טובתה של סופיה פתרו שתי הערכאות, לשיטתן, כשבהסתמך על תיאורית ההיקשרות, קבעו שניתוק היקשרותה של סופיה להורים המגדלים יביא בהכרח לנזק בלתי הפיך.⁴⁵ זוהי תפיסה דטרמיניסטית של היקשרות, וככזו מגלמת היבט עתידי ומציעה ניבוי. שתי הערכאות מציגות את היציבות וההמשכיות בדפוס שנוצר עם הדמות שנקשר אליה התינוק, מודל שקובע את ההיקשרויות שאדם יוצר במהלך חייו. מודל זה יכול היה לשמש בסיס לניבוי שדפוס ההיקשרות הבטוחה של סופיה עם ההורים המגדלים יועבר להיקשרות עם ההורים הגנטיים. אולם בשני פסקי הדין מוצג גילה של סופיה כגיל שבו כבר לא ניתן לפתח דפוס של היקשרות, לפיכך הנזק שייגרם עם ניתוקה של סופיה מן ההורים המגדלים יפגע גם ביכולתה להמשיך את ההיקשרות הבטוחה שלה ולהעביר אותו להיקשרות עם ההורים הגנטיים.⁴⁶ מחקר עדכני מצביע על גיל קריטי שונה מאלה המצוטטים על ידי השופטים, גיל, שבעת התנהלות הדיון המשפטי לא מנע את האפשרות שסופיה תיצור היקשרות בטוחה עם דמות, או דמויות, חליפיות. בנוסף, סקירה של מחקרים אחרים לא מאשרת שיש תקופה קריטית כלשהי ליכולת היקשרות.⁴⁷ באין הסכמה לגבי הגיל הקריטי שאחריו לא יכולה להיווצר היקשרות בטוחה, קשה לקבל כוודאית את ההנחה שבגילה הנוכחי, סופיה לא תוכל ליצור היקשרות בטוחה עם ההורים הגנטיים.

הקריאה של תיאוריית ההיקשרות כתיאוריה שמציעה המשגה דטרמיניסטית של היקשרות, משמיטה את התרומה המרכזית שלה. על פי תיאוריית ההיקשרות, התינוק יוזם היקשרות כביטוי לצורך האינסטינקטיבי שלו בהישרדות, ההיקשרות של התינוק היא הליך אדפטיבי. התינוק האנושי, ככל בעל חיים, ניחן ביכולת לסגל את הסביבה לעצמו ולהסתגל אליה, אם הסביבה הולמת את צרכיו.⁴⁸ להיקשרות כאפקט של פעילות הגומלין בין התינוק לבין הסביבה אין תוצאה הכרחית וידועה מראש, לפיכך לא ניתן לנבא את ההשלכות לטווח ארוך של ניתוק ההיקשרות; הוא הדין לגבי יציבותו של מודל ההיקשרות, שמצוין כאמור בשתי הערכאות. לא בכדי קרוי מודל זה "Working Model", כלומר מודל בפעולה נמשכת, שלא מיוחסת לו יציבות והוא איננו מציע ניבוי.⁴⁹ תיאורית ההיקשרות מציעה תחזית, שעל פיה המגמה של ההיקשרות הבטוחה של סופיה יכולה להיות מועברת אל קשריה עם ההורים הגנטיים, אם הם יהיו סביבה כזו שסופיה תוכל לסגל לעצמה ולהסתגל אליה.

מאחר שטובתה של סופיה, על פי פסקי הדין בשתי הערכאות, נגזרת מההחלטה שההורים המגדלים הם הוריה של סופיה, לא נדונו ההשלכות האפשריות של גידולה של סופיה על ידי ההורים הגנטיים על טובתה. לפיכך, ההחלטה שההורים המגדלים יהיו הוריה של סופיה לא נשקלה מול תוצאתה, כלומר, מול ההשלכות

⁴⁵ **פסק דין מחוזי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 51 לפסק הדין של השופט ויצמן; **פסק דין עליון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 109 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴⁶ בית המשפט המחוזי מציין את גיל שנתיים כגיל קריטי, שאחריו לא תוכל סופיה ליצור דפוס היקשרות יציב. ראו **פסק דין מחוזי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 63 לפסק הדין של השופט ויצמן. בית המשפט העליון מציין שיכולתו של קטין לפתח היקשרות בטוחה עם דמויות חדשות פוחתת לאחר גיל שנה עד שנה וחצי. ראו **פסק דין עליון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 107 לפסק הדין של השופטת וילנר; בפס' 52 לפסק הדין של השופט שטיין; בפס' 25 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

⁴⁷ ראו, למשל: Jay Belsky, *Developmental origins of attachment styles*, 4(2) ATTACHMENT & HUM. DEV. 166 (2002) (להלן: Belsky, *Developmental Origins*). מחקר זה מציין את גילאים 3–5 כגילאים קריטיים ליצירת היקשרות. אבל, השוו ל-Thompson, לעיל ה"ש 19, כמחקר הקובע שלא נמצא גיל קריטי כלשהו שאחריו לא ניתן ליצור היקשרות.

⁴⁸ JOHN BOWLBY, ATTACHMENT AND LOSS, Vol. 1: Attachment 265 (2nd ed. 1982).

⁴⁹ ראו Belsky, *Developmental Origins*, לעיל ה"ש 47.

של שלילת גידולה על ידי ההורים הגנטיים.⁵⁰ הדיון בטובתה של סופיה נסב רק על החשיבות של המשכיות הקשר עם ההורים המגדלים ועל הפגיעה שתיגרם לסופיה אם יינתק. עם זאת, שתי הערכאות הכירו בחשיבות קיומו של קשר כלשהו בין סופיה לבין ההורים הגנטיים, וקבעו שסופיה תכיר את ההורים הגנטיים ואת סיפור חייה ויתקיים קשר קבוע עם ההורים הגנטיים, במתכונת שתיקבע.⁵¹ החלטה זו איננה נסמכת על ראיות בדבר היתכנותו של קשר כזה.⁵² אי לכך, ההיבט העיתידי שגלום בהחלטה זו הינו בגדר השערה או ניחוש, כפי שהגדיר בית המשפט המחוזי, את ההיבט העיתידי שגלום בהחלטה על טובת הילד.

ג. הנכחת ההורים הגנטיים והנכחת היעדרם

בדעת מיעוט, בפסק הדין של בית המשפט העליון, נקבע שההורים הגנטיים זכאים להיות הוריה של סופיה. את החלטתה מבססת השופטת ברק-ארז על העובדה שעמדתם הראשונית של שני הצדדים הייתה לחתור להורות גנטית, ולאחר הטעות שנעשתה בהליך ההפריה, מתקיימת הורות גנטית רק לגבי ההורים הגנטיים.⁵³ דעת המיעוט מנכיחה את ההיעדר, את היעדרה של סופיה מחייהם של ההורים הגנטיים, ואת ההשלכות העיתידיות של היעדרם על סופיה.

השופטת חולקת על הצגתם של ההורים הגנטיים, בפסקי הדין של שתי הערכאות, כאילו מעורבותם בכל הפרשה מוצתה במסירת החומר הגנטי. בהחלטתה מדגישה השופטת שמעורבותם של ההורים הגנטיים הייתה מלווה בקשיים שמתחייבים מטיפול פוריות, ואשר היה על האם הגנטית לשאת, והייתה מלווה גם בקשיים הנפשיים של שני בני הזוג שליוו את הליכי ההפריה.⁵⁴ בסופו של הליך ההפריה נמצאים ההורים הגנטיים במצב שבו יש בעולם ילד שהוא שלהם, והם מנותקים ממנו ואינם מגדלים אותו.⁵⁵ היעדרה העיתידי של סופיה מחייהם של ההורים הגנטיים, כפי שניתן להבין מדברי השופטת, הינו המשכו של הליך ייסוריהם. השופטת מציינת שדפוס ההיקשרות הבטוחה של סופיה להורים המגדלים יכול להיות מועבר להיקשרותה להורים הגנטיים,⁵⁶ אולם להורים הגנטיים לא ניתנה כל אפשרות להיפגש עם סופיה במהלך חייה.⁵⁷ לכן, כפי שניתן להבין, נפגעה האפשרות לבחון את יכולתם ליצור סביבה שמתאימה לצרכיה של סופיה ואת התאמתם להיות דמויות היקשרות.

בהינתן האפשרות הסבירה שההורים הגנטיים לא יהיו נוכחים בחייה של סופיה, השופטת ברק-ארז צופה שלילי מאוחר של מוצאה (שלדעת השופטת הוא ודאי), יהיו השלכות קשות על תחושת השייכות שלה ועל זהותה.⁵⁸ במונחים שמציע מאמר זה, אפשר לנסח את חששה של השופטת כהכרה בפגיעה שגלומה בהתכחשות לזיקה המולדת של סופיה להורים הגנטיים.

בהנכחת ההורים הגנטיים מציינת דעת המיעוט עובדות שלא נכללו בפסקי הדין של שתי הערכאות, עובדות שעיקרון הוודאות לא עומד ביסוד השלכותיהן. במוקד התחזית של דעת המיעוט ניצבות ההשלכות של אובדן הקשר הייחודי בין ההורים הגנטיים לבין סופיה, הן על ההורים הגנטיים והן על סופיה. זהו אובדן שאיננו בר-חלופה, ועל פי דעתה של השופטת ברק-ארז יש למנועו.

⁵⁰ **פסק דין מחוזי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 129 לפסק הדין של השופט ויצמן; **פסק דין עליון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 127 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁵¹ **פסק דין מחוזי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 133 לפסק הדין של השופט ויצמן; **פסק דין עליון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 114 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁵² **פסק דין עליון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 30 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

⁵³ שם, בפס' 11.

⁵⁴ שם, בפס' 12.

⁵⁵ שם, בפס' 13.

⁵⁶ שם, בפס' 29.

⁵⁷ שם, בפס' 30.

⁵⁸ שם, בפס' 31.

סיכום

ההיבט העתידי שנדרש בכל החלטה שיפוטית לגבי המשך או ניתוק הקשר של ילד עם הוריו הגנטיים, משולל, תכופות, בסיס ראיתי. לפיכך, מתמקדים הדיונים המשפטיים בהיסטוריה של הקשר של ההורים עם הילד, וכשמתוארים קשיים שמיוחסים להורים הם משמשים כראיות לגבי הערכת הימשכו של הקשר בין הילד להוריו.⁵⁹ הדיון המשפטי שהתנהל בפרשת מחדל העוברים איננו שכיח. הצורך להחליט על עתיד הקשר של סופיה עם מי משני זוגות ההורים לא נבע מקושי כלשהו שנוצר בקשרים אלה. בפרשה הנדונה ההיבט העתידי מזוקק מכל שיקול שמקורו באחריותו של מי מנשואיה להיווצרותה.

פסקי הדין של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון, שעיקרון הוודאות הנחה את החלטותיהם, קבעו את הנורמה שטובת הילדה נגזרת מהגדרת הזכאות להורות, אף כי נורמה זו אינה עולה בקנה אחד עם הנורמה הנהוגה היום. אמנת האו"ם לזכויות הילד מכירה בילד כישות אוטונומית בעלת זכויות.⁶⁰ משני פסקי הדין ניתן ללמוד שהחלת עיקרון הוודאות על זכאות ההורים דורשת את צמצומה של הגדרת ההורות, כמו הגדרתה על פי נראות או על פי הגדרה משפטית בלבד. ועדיין נדרשת סטיה שאיננה מבוססת בהכרח על ראיות, כמו ההעדפה שניתנה לידע כללי בדבר אפיגנטיקה על פני קשר גנטי שהוכח באופן פרטני. בנוסף, כדי שההחלטה בדבר טובת הילד, שגלום בה היבט עתידי, תעמוד במבחן עיקרון הוודאות – נדרשת לו תיאוריה התפתחותית דטרמיניסטית שמניבה ניבוי. כיום זו איננה מגמת התפתחות הידע בדבר הקשר שבין ילד להוריו.

הוודאות שעל פיה נקבע שההורים המגדלים הם הוריה של סופיה, ייתרה את הדיון בהשלכות של שלילת האפשרות שסופיה תגדל אצל ההורים הגנטיים. אף על פי כן, שתי הערכאות התייחסו למקומם העתידי של ההורים הגנטיים בחייה של סופיה, וקבעו שיש לקיים קשר כלשהו בין סופיה לבין ההורים הגנטיים, אף כי לא עמדו לרשותן ראיות בדבר היתכנותו. מפסקי הדין של המחוזי והעליון אפשר ללמוד שהחלת עיקרון הוודאות על הסוגיה המשפטית של הקשר בין ילד להוריו – מוגבלת.

פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה, שנהפך על ידי בית המשפט המחוזי ובהמשך גם על ידי בית המשפט העליון, העמיד במוקד הדיון את ההיבט העתידי של טובת הילדה, והקנה משקל רב לקשר הגנטי מאחר שהוא דטרמיניסטי, ולכאורה מייתר את הצורך בראיות נוספות. אולם ההחלטה להעמיד את קשר הדם במרכז החלטת בית המשפט איננה מבוססת על ראיות, וזכתה לביקורת ציבורית משום שאנשים שאומצו בילדותם לא שומעים את "קול הדם", אלא את קולם של המאמצים שבחיקם הם גדלים.⁶¹ ואומנם, את הוויית החיים של אנשים שנותקו בינקותם ובילדותם מן ההורים הגנטיים לא מייצג המושג קשר דם, לשם כך נדרש כהשלמה המושג זיקה מולדת, שמתעוררת ככזו עם היעלמות נוכחותם הפיזית של ההורים הגנטיים מחיי הילד. הזיקה המולדת משמרת עבור הילד את עצם קיומם של ההורים הגנטיים, שהיעלמות נוכחותם הפיזית מחיי נחווית על ידו כאובדן שאין לו פיצוי. התפיסה המוסרית שרואה בהיעלמות נוכחותם הפיזית של ההורים הגנטיים אובדן של קשר ייחודי, שאיננו בר חלופה, היא שמציבה את הזיקה המולדת של הילד כבסיס להחלטה השיפוטית להגן על קיומו של הקשר של הילד עם ההורים הגנטיים ולמנוע את אובדנו.

⁵⁹ סי' 13 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.

⁶⁰ ראו אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989).

⁶¹ ראו למשל: רבקה מונדלק "פעוטה נלקחת מהוריה שגידלו אותה. נסו להסביר לה על גנטיקה" הארץ 28.11.2024 <https://www.haaretz.co.il/opinions/2024-11-28/ty-article-opinion/premium/00000193-7277-d09a-ab9f-ffff7bcc0000> ("ההורים הגנטיים אמרו שקולם הוא "קול הדם". כתב מאומצת מעולם לא שמעתי את קול הדם. שמעתי את קול אמי כשקראה לי סיפור").

דעת המיעוט בפסק הדין של בית המשפט העליון, העניקה לשון לסבל של ההורים הגנטיים, לאובדן שייגרם הן להורים הגנטיים שסופיה תיעדר מחייהם; וניתן בדברי לאובדן המושקע שייגרם לסופיה בשל ההתכחשות למשמעות הייחודית של הקשר הגנטי.⁶² נראה שאפשר לשייך גם את דעת המיעוט לאונטולוגיה המוסרית שעל פיה יש למנוע אובדן שאיננו בר חלופה, ואין לו פיצוי.

מקומה של השקפה מוסרית בהחלטות בית המשפט שעוסקות בעתיד הקשר בין הילד להוריו, איננו מוצהר. ההשקפה המוסרית נבלעת בשיטה המשפטית הנהוגה בארץ, שעל פיה יש לחתור להכרעה בין גרסאות שונות על בסיס ראייתי. פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה, מפרט את הנסיבות ואת התנאים, שאילו היו קיימים במקרה זה היו משמשים כתקדימים ומקלים על השופט בהחלטתו.⁶³ כך נגלה הסד שבו נתונה בדרך כלל ההשקפה המוסרית בדיונים המשפטיים בסוגיה הנדונה. היעדר ה"תנאים המקלים" בדיון של בית המשפט לענייני משפחה בפרשה זו, חשף את מקומה ומרכזיותה של השקפה מוסרית בהחלטה על עתיד הקשר של ילד עם הוריו. החלטתו הברורה והחותכת, שניתנה על בסיס עמדה מוסרית, מהווה תרומה של ממש לסוגיה המשפטית שבה נדון הקשר עם ההורים הגנטיים. בשונה מפסקי דין קודמים שבהם קבע בית המשפט את זכותם של הורים – ולא של הילד – לקשר הגנטי שלהם עם ילדיהם כזכות ליבה,⁶⁴ בחר בית המשפט לענייני משפחה בעמדה שרואה בקשר הגנטי של הילד קשר ייחודי שיש להגן על קיומו.⁶⁵ ניתן לראות בפסק דין זה קריאה להכיר בזיקה המולדת של הילד כזכות ליבה. זוהי תרומה נדרשת וברוכה.

⁶² אופיר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 214–266 ("רעות").

⁶³ **פסק דין משפחה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 6.

⁶⁴ **פסק דין משפחה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 8; **פסק דין מחוזי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 67 לפסק הדין של השופט ויצמן ("מסלול הבירור הוא מבירור ההורות לבירור טובת הקטין – ולא להפך").

⁶⁵ ראו רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" **משפחה במשפט** א 163 (2007).