

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

מאת

מילי מאסס*

מבוא

מאמר זה דן במתח שבין ההיבט העתידי – שמתחייב בסוגיה המשפטית של הקשר בין ילדים להוריהם – לבין עיקרון הוודאות, שנדרש כמבחן לבסיס ראיתי בהחלטות בית המשפט. פסקי הדין שניתנו ב"פרשת מחדל העוברים" משקפים מתח זה.¹

פרשת מחדל העוברים אירעה כאשר בעת הפריה חוץ-גופית הוחדר לרחמה של אישה מטען גנטי של זוג אחר. כתוצאה מן הטעות נולדה "סופיה" (כפי שכונתה ע"י בית המשפט), שאינה בתם הביולוגית לא של אישה זו שהרתה אותה, ולא של בן זוגה. הטעות התגלתה כבר בעת ההיריון כשנעשו בדיקות לעובר בשל מום בלב. סופיה נולדה לזוג זה שגידל אותה בחזקתם. כשניתן אישור לאיתורם, נמצאו ההורים הגנטיים שפנו לבית המשפט בבקשה לקבוע את הורותם לסופיה, לקבל עליה אפוטרופסות ולקבלה לחזקתם. הדיון המשפטי בבית המשפט לענייני משפחה התנהל לאחר שהאם שהרתה את סופיה ובן זוגה גידלו אותה במשך למעלה משנתיים.

ביום 24.11.2024 קבע כב' השופט עובד אליאס מבית המשפט לענייני משפחה שסופיה תועבר להורים הגנטיים שיקבלו עליה אפוטרופסות, ייקבעו כהוריה והיא תגדל בחזקתם. 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 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, שהתקבלה, אולם ביום 12.5.2025 הערעור 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, אך את הערעור לגבי האב הגנטי קיבל באופן חלקי וקבע שהאב הגנטי הוא האב, אך ללא אפוטרופסות; 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 בזכאות ההורים לטובת הילדה. בית המשפט לענייני משפחה דן בבקשת ההורים הגנטיים לאור "עמוד האש שהוא טובת הילדה".² בפסק דינו, הדגיש את ההיבט העתידי שכרוך בהחלטות שעניינן הקשר בין ילדים להוריהם, ובהחלטתו מגלם את התפיסה המוסרית שרואה בהיעלמות נוכחותם הפיזית של ההורים הגנטיים מחיי הילד אובדן שאיננו בר

* 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 מ"ר) 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).
2 פסק דין משפחה, לעיל ה"ש 1, בפס' 11.

חלופה, ושיש למנעו. זוהי תרומתו החשובה של פסק דין זה, שאותה אני רוצה להדגיש ובפסק דין זה 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 ההורים. הן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון קבעו שההורים המגדלים הם הוריה של סופיה, וניתוק הקשר שלה עם יגרום לנזק בלתי הפיך. כלל השופטים בשתי ערכאות הערעור קבעו שיש לקיים קשר בין סופיה לבין ההורים הגנטיים במתווה מוסכמת. מפסקי הדין בשתי הערכאות 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 ופסק 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 הן בחיים של ההורים הגנטיים והן בחייה 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, וניתן לקרוא בה 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 העתידיות על חייה של סופיה כשאחד משני זוגות ההורים ייקבע כהוריה – מעניקה משקל נכבד 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. הקשר בין ההורה לילד מובנה כקשר חד-כיווני שבו אישיותו של ההורה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהתנהגותו כלפי הילד, קובעת באופן כמעט בלעדי את התפתחות הילד. מסוגלות הורית, כתכונה אישיותית וקבועה של ההורה, משמשת להערכה לא רק את יכולתו כפי שהוכחה בעבר ומוכחת בהווה, אלא גם ככזו שמייצגת את יכולתו העתידית של ההורה.⁵ הקשר החד-כיווני

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).

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).

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 – נעדרו 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, והן אינן ממין העניין, ניתן לפרשן כהדהוד של הצורך של בית המשפט בוודאות, והערכת "מסוגלות הורית", כאמור, משמשת בסיס לניבוי.⁸

ההנחה שהקשר של ההורה לילד הינו קשר חד-כיווני, שמשמשת בסיס לניבוי ומעניקה לכאורה ודאות להחלטה עתידית של בית המשפט, 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, לאחר למעלה משנתיים שגדלה בחיקם של ההורים המגדלים, תביא לניתוק הקשר איתם. אתייחס לשתי טענות שהועלו בדיון המשפטי נגד ניתוק הקשר עם ההורים המגדלים: 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 מקשה על ניתוקה מהם, לא התייחסה להשלכות של השלב ההתפתחותי שבו היא מצויה על הקשר שיווצר בינה לבין ההורים הגנטיים. ההכרה בהשפעת הילד על ההורה, על פי התפיסה המעגלית, יכולה להדגיש את האפשרות שגלומה בגילה של סופיה. כפעוטה בת

⁶ פסק דין משפחה, לעיל ה"ש 1, בפס' 6.
⁷ שם, בפס' 5–6. לעניין הניבוי, ראו גם דני"א 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)

; *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).

שנתיים, סופיה יכולה לבטא במילים,¹⁴ 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 שאליהם התקשרה, 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 כמעט ודאי, הזיהוי בין כאב וצער – שמתעוררים בעקבות פרידה – עם נזק, מבוסס על הנחה שהייתה רווחת בעבר,¹⁷ ולפיה קיים קשר הכרחי בין ניתוק בגיל מוקדם מדמויות משמעותיות לבין פגיעה. אולם, הנחה זו הופרכה.¹⁸ ניתוקו של קשר משמעותי יכול אומנם להביא לנזק, אך זו אינה 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, ויזמינו את היענותם. קשר כזה ימנע נזק ארוך טווח.

קשר מעגלי אינו 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 מאפשרת תחזית. בהיעדר 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. 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

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

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

¹⁷ זוהי עודנה הנחה רווחת; ראו אושרה לרר שייב "הורות נקנית בדאגה ואהבה. הד-נא משני" הארץ 25.11.2024 <https://www.haaretz.co.il/opinions/2024-11-25/ty-article/premium/00000193-631c-d68e-a1db-eb1c46bc0000> ("את

¹⁸ השבר של ההורים המולידים ואת השבר שיהיה נחלתה של 'סופיה' כשתנתק בגיל מכריע מהורים אוהבים – איש לא יוכל לתקן"). המחקרים שלהלן מצאו שהמתודולוגיה שעל פיה נקבע שניתוק קשר מוקדם גורם לנזק לטווח ארוך הייתה שגויה, לא נבדקו הקשרים שקדמו לניתוק ולא אלה שנוצרו לאחר הניתוק, לכן ייתכן שהנזק נגרם מקשרים אלה ולא דווקא מן הניתוק. מחקרים 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).

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

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

²¹ לדיון במודל ההיקשרות ראו להלן ה"ש 48–49.

לידי ההורים הגנטיים היא ספקולטיבית, ואילו העדפת המשך הקשר עם ההורים המגדלים מבוססת על תשתית ראייתית.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 כמושאו 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 כמושאו 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 בחיי ההורים המגדלים, אף אם בשני המקרים יתקיים קשר בינה לבין ההורים שבחיקם לא תגדל.²⁴ כדי להכיר במשמעותו הייחודית של קשר דם עבור הילד, וכחשלמה 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 משמעות היעלמותם הפיזית של ההורים הגנטיים מחיי הילד, ואת הווית החיים שלו בצל היעלמותם, נדרשת המשגה של ההיעדר שנוצר בעקבות ההיעלמות והיא מוצעת באונטולוגיה של המוסר שמגדירה היעדר כ"מה שיש". הנכחתו של ההיעדר מעידה שיש מי שההיעלמות פוגעת בו והוא חווה אותה כאובדן. בשל ייחודו של הקשר הגנטי, היעלמות נוכחותם הפיזית של ההורים הגנטיים נחוות, תכופות, כאובדן שאין לו חלופה, ואין לו פיצוי.²⁷ שימור האובדן מייצג עבור הילד את קיומם של ההורים שלוששלת שלהם הוא משתייך, ואת הקשר שלו לעצם היותם מבטא המושג זיקה מולדת.²⁸ בדרך כלל הזיקה המולדת משולבת ומובלעת ביחסים המתנהווים בין הילד לבין ההורים הגנטיים. אולם, כשנעלמת נוכחותם הפיזית של ההורים, מופיעה, בהיעדרם,²⁹ הזיקה המולדת וחושפת את המשמעות הייחודית של קשר הדם עבור הילד, שאותו הוא חווה לא רק כמושאו אלא גם כמשמעות קיומית. הזיקה לקשר הדם שנוצרה עם היוולדו מלווה את אירועי היום-יום שלו, וגם את קשריו עם הדמויות שאליהן הוא מתקשר.³⁰

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> ("יסוד ספקולטיבי").

²³ ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223, 236 (2005) ("הדגשת 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 עדי אופיר **לשון לרע: פרקים באונטולוגיה של המוסר** פרק 3: נזק, ס' 3.311–3.312 (2000).

²⁸ 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").

²⁹ ("Différance") (Jeffrey S. Librett Trans. 1997) 34–37 JEAN-LUC NANCY, *THE SENSE OF THE WORLD*.

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); ליהי

המושג "זיקה מולדת" לא מופיע בפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה, אולם אפשר לגלות אותו בהשוואה שעורך בית המשפט בין הסיפור שיכולים ההורים הגנטיים לספר לה. לטווח העתידי, קובע בית המשפט, כי לסופיה יהיה קל יותר לחיות עם הסיפור שההורים הגנטיים יכולים לספר לה – "נפלה טעות שהביאה לכך שגדלת בשנתיים הראשונות לחיך אצל אנשים טובים אחרים, אולם הטעות תוקנה והועברת לחיות עמנו"; 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 ליחודו של קשר הדם, ובשני – התכחות למשמעותו. בהשוואתו בין שני הסיפורים מוסיף בית המשפט לוודאות שגלומה בקביעתו של קשר דם את המשמעות שתיתן לו סופיה, את הזיקה המולדת, שהיא איננה וודאית. יש ילדים שניתוקם מהוריהם הגנטיים איננו מלווה בזיקה אליהם, ויש גם 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 לתביעת ההורים הגנטיים לקבל את סופיה לחזקתם.³²

בהעדפתו את הסיפור הראשון – שתוקנה הטעות שבעטייה ההורים הגנטיים לא גידלו אותה במשך השנתיים הראשונות לחייה – מבטא בית המשפט את ההכרה ביחודו 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. בית המשפט, קבע 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.

1. זכאותם המשפטית של ההורים

בית המשפט המחוזי הכיר בהיבט העתידי שגלום בדיון על טובת הילד, אולם משום שסוגיה זו "נתונה תחת שלטונם של ההשערה והניחוש"³⁴ קבע שקביעת ההורות צריכה להקדים את הדיון בטובת הילד. ההחלטה בדבר הזכאות של ההורים "איננה צומחת מטובת הילד. הורות היא קביעה עובדתית, ההורות היא

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").

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

מהות בפני עצמה.³⁵ טובת הילד נגזרת מהגדרת ההורים. 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 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 שאותו נשאה האם המגדלת, על פני הקשר הגנטי הפרטיקולרי שהוכח.⁴⁰ אומנם קבע בית המשפט העליון שהקשר הגנטי קיים "בכל תא ותא בגופה של סופיה וילווה אותה כל חייה",⁴¹ ופתח 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, שיחד עם רוב ההרכב החליט שהאם המגדלת היא אמה של סופיה, התנגד להחלטה שבן 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, בן זוגה של האם המגדלת, שבינו לבין סופיה אין קשר פיזיולוגי. השופט קבע שהאב הגנטי הוא אביה של סופיה, אך כדי לא לפגוע בתא המשפחתי שנוצר בין סופיה לבין ההורים המגדלים, ההחלטה להגדיר את האב הגנטי כאביה של סופיה לא העניקה לו אפטרופסות.⁴⁴ החלטת השופט מדגישה את הקשר הפיזיולוגי בהגדרת ההורות.

צמצום היקף הגדרת ההורה שנובע מעיקרון הוודאות, והסטייה מעיקרון זה לגבי המשמעות הקריטית של הקשר הגנטי, מעלים את השאלה אם עיקרון הוודאות יכול לשרת דיון משפטי בסוגיה שאיננה עוסקת באחריות, או באשמה של אחד הצדדים ליצירת המצב שבעטיו מתנהל הדיון.

2. טובת הילדה

את הקושי בהחלת עיקרון הוודאות על ההיבט העיתידי שגלום בהחלטה בדבר טובתה של סופיה פתרו שתי הערכאות כשהסתמך על תיאורית ההיקשרות, קבעו שניתוק היקשרותה של סופיה להורים המגדלים יביא בהכרח לנזק בלתי הפיך.⁴⁵ זוהי תפיסה דטרמיניסטית של היקשרות, וככזו מגלמת היבט עיתידי ומציעה ניבוי. שתי הערכאות מציגות את היציבות וההמשכיות בדפוס שנוצר עם הדמות שנקשר אליה התינוק, וקובע

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) 859–858, 801 (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.

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.

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 מאשרים 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 אחת התרומות החשובות שלה. תיאוריית ההיקשרות מגדירה את הצורך האינסטינקטיבי של התינוק בהיקשרות כצורך בהישרדות, לפיכך 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 גם לא ניתן לבנא 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 תיאוריית 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, נדונו ההשלכות של ניתוק היקשרותה של סופיה מן ההורים המגדלים, לעומת הימשכות היקשרותה עמם, ולא לעומת ההשלכות של שלילת גידולה על ידי ההורים הגנטיים.⁵⁰ השאלה איזה משני זוגות ההורים יהיה ההורים של סופיה נדונה רק בקשר להגדרת ההורים, ומשנקבע שההורים המגדלים זכאים להיות הוריה, בית המשפט לא התייחס לקשר עם ההורים הגנטיים, או היעדרו, כשנדונה טובתה של סופיה. 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 שתקבע.⁵¹ החלטה זו איננה נסמכת על ראיות בדבר היתכנותו של קשר כזה, לאור העובדה שההורים המגדלים סירבו בכל מהלך הפרשה לקשר כלשהו בין סופיה לבין ההורים הגנטיים.⁵² אי לכך,

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.

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.

ההיבט העיתידי שגלום בהחלטה כזו 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 נקבע, שההורים הגנטיים זכאים להיות הוריה של סופיה. את החלטה מבססת השופטת על העובדה שעמדתם הראשונית של שני הצדדים הייתה לחתור להורות גנטית, ולאחר הטעות שנעשתה בהליך ההפריה הורות גנטית מתקיימת רק לגבי ההורים הגנטיים.⁵³ דעת המיעוט מנכיחה את ההורים הגנטיים, שבעקבות ההחלטה שההורים המגדלים יהיו הוריה של סופיה נעדרו מן הדיון בטובתה. דעת המיעוט מנכיחה את היעדר, את היעדרה של סופיה מחייהם של ההורים הגנטיים, ואת ההשלכות העיתידיות על סופיה בשל היעדרם מחייה.

השופטת חולקת על הצגתם של ההורים הגנטיים, בפסקי הדין של שתי הערכאות, כאילו מעורבותם בכל הפרשה מוצתה במסירת החומר הגנטי. בהחלטה 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, השופטת צופה שלגילוי 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 תחזיתה 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 יש למנוע ויש להגדיר את ההורים הגנטיים כהוריה של סופיה.

סיכום

ההיבט העיתידי שנדרש בכל החלטה שיפוטית לגבי המשך או ניתוק הקשר של ילד עם הוריו הגנטיים, מציב קושי בפני הצורך בבסיס ראיתי. לפיכך, מתמקדים הדיונים המשפטיים, תכופות, בהיסטוריה של הקשר של ההורים עם הילד, וכשמתוארים קשיים שמיוחסים להורים הם משמשים כראיות לגבי עתיד הקשר בין הילד להוריו.⁵⁹ הדיון המשפטי במקרה זה איננו שכיח, משום שהצורך להחליט על עתיד הקשר של

⁵³ שם, בפס' 11.

⁵⁴ שם, בפס' 12.

⁵⁵ שם, בפס' 13.

⁵⁶ שם, בפס' 29.

⁵⁷ שם, בפס' 30.

⁵⁸ שם, בפס' 31.

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

סופיה עם מי משני זוגות ההורים לא נבע מקושי כלשהו שנוצר בקשרים אלה, וההיבט העתידי שנדרש מפסיקת בית המשפט מעלה שאלה לגבי האפשרות להחיל את עיקרון הוודאות על החלטתו.

פסקי הדין של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון קבעו את הנורמה שטובת הילדה נגזרת מהגדרת הזכויות להורות,⁶⁰ שיכולה לעמוד במבחן עיקרון הוודאות ולהתבסס על ראיות. משני פסקי הדין ניתן ללמוד שהחלטת עיקרון הוודאות על הסוגיה המשפטית של הקשר בין ילד להוריו, דורשת הגדרה מצמצמת של ההורות, כמו על פי נראות או על פי הגדרה משפטית בלבד. ועדיין נדרשת גמישות בהחלטת עיקרון הוודאות, כשניתנת העדפה למה שידוע באופן כללי, כמו הנחות בדבר אפיגנטיקה על פני קשר גנטי שמוכח באופן פרטני. בנוסף, כדי שההחלטה בטובת 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, אפשרה לייתר את הדיון בהשלכות שלילת האפשרות שסופיה תגדל אצל ההורים הגנטיים. אף על פי כן, שתי הערכאות התייחסו לעתיד מקומם 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 שהחלטת 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 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 מחיינו נחוות 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.

דעת המיעוט בפסק הדין של בית המשפט העליון, העניקה לשון לסבל של ההורים הגנטיים ולאובדן הן של ההורים הגנטיים שסופיה תיעדר מחייהם, והן של סופיה, שההתכחשות למשמעות הייחודית של הקשר הגנטי משתיקה את אובדנו.⁶² ניתן לשייך גם עמדה זו 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 ראיתי. פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה, מפרט את הנסיבות ואת התנאים, שאילו

⁶⁰ כאן המקום להעיר שנורמה זו לא עולה בקנה אחד עם הנורמה הנוהגת כיום, המגדירה את הילד כאישיות אוטונומית בעלת זכויות; 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". כבת מאומצת מעולם לא שמעת את קול הדם. שמעתי את קול אמי כשקראה לי סיפור").

⁶² אופיר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 214–266 ("רעות").

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 למנוע את אובדנו. ניתן לראות בפסק דין זה קריאה להכיר בזיקה המולדת של הילד כזכות ליבה. זוהי תרומה נדרשת וברוכה.

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