



בבית המשפט העליון

בע"מ 3518/18

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ

המבקש: ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

נ ג ד

המשיבים: 1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני
4. פלוני

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
תל אביב-יפו מיום 22.03.2018 בעמ"ש 36564-02-17
שניתן על ידי כבוד השופטים: י' שבת, ש' שוחט וי' אטדגי

בשם המבקש: עו"ד רות גורדין

בשם המשיבים: עו"ד דפנה כהן-סטאו; עו"ד ויקטוריה גלפנד;
עו"ד בת חן גרינבלט

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. בקשת רשות הערעור שלפני מתמקדת בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי הניתן – במסגרת הליכי פונדקאות חו"ל, שטרם הוסדרו בחקיקה – מכוח "זיקה לזיקה". היא מופנית כלפי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (עמ"ש 36564-02-17; סגנית הנשיא י' שבת, והשופטים ש' שוחט ו-י' אטדגי), בו נדחה, בעיקרו, ערעור המבקש (להלן: היועץ המשפטי לממשלה) על הכרעת בית המשפט לענייני

משפחה בעיר (תמ"ש 41408-09-16; השופט ש' בר יוסף) בדבר מועד תחולת צווי ההורות הפסיקטיים שניתנו לזכות משיב 1.

2. לאחר נישואיהם של משיב 1 ומשיב 2 – שנערכו בחו"ל, ונרשמו במדינת ישראל – התקשרו המשיבים בהסכם לנשיאת עוברים עם אזרחית ארה"ב (להלן: הפונדקאית), אשר הסכימה לשאת עבורם את ההריון, מבלי ליצור זיקה גנטית או משפטית לילדים העתידיים. בהתאם, הושטלו ברחמה של הפונדקאית שתי ביציות של תורמת חיצונית – שוויתרה אף היא על זיקתה ההורית והמשפטית לילדים – לאחר שהופרו בזרעו של משיב 2. ביום 31.5.2016 נולדו, במדינת מינסוטה שבארה"ב, משיבים 3 ו-4 (להלן: הילדים), וביום 13.6.2016 ניתן בבית משפט המחוזי במדינה (District Court – Juvenile Court Division) פסק דין שניתק את הזיקה בין הפונדקאית לילדים, וציווה על הנפקת רישומי לידה מתוקנים שבהם הופיעו פרטיו של משיב 2 כהורה יחיד (להלן: פסק הדין החד). שבוע ימים לאחר מכן הכיר בית המשפט הישראלי לענייני משפחה באבהותו של משיב זה, בהסתמך על תוצאות בדיקת סיווג רקמות, והפנה את המשיבים לנקוט בהליך נפרד בנוגע למשיב 1. בהתאם, הגישו המשיבים בקשות למתן צווי הורות פסיקטיים עבור משיב 1 – בן זוגו של ההורה הגנטי – מכוח "זיקה לזיקה". אולם, אף שהיועץ המשפטי לממשלה הסכים למתן הצווים רק מכאן ולהבא, הערכאה הראשונה קיבלה את העמדה שהציגו המשיבים בתשובתם לתגובת היועץ, והעניקה לצווים תוקף ממועד לידת הקטינים. זאת – כפי שהובהר בהחלטה נפרדת, הנושאת אף היא את הכותרת "פסק דין" – על רקע אופיו ההצהרתי של צו ההורות הפסיקטי.

כאמור, היועץ המשפטי לממשלה ערער על הכרעה זו, וטען, במישור המהותי, כי צו ההורות הפסיקטי אינו מצהיר על הורות קיימת – כפי שסברה הערכאה הדיונית – אלא מכונן אותה. לדידו, אף אם אין בכך כדי לשלול באופן גורף תחולה רטרואקטיבית, הרי שלא התקיימו בענייננו נסיבות חריגות המצדיקות זאת. אדרבה, על מנת להבטיח שלא תיווצר הכרה בשלושה הורים – שני המשיבים והפונדקאית – בו זמנית, מן ההכרח להכיר בהורותו של משיב 1 רק מכאן ולהבא. בפסק הדין, קיבלה שופטת המיעוט, סגנית הנשיא י' שבח, את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשתי הסוגיות שבמחלוקת. על פי השקפתה, צו ההורות הפסיקטי אכן מכונן את ההורות יש מאין, בדומה למקביליו הסטטוטוריים (לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), וחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות)). כפועל יוצא, "דרך המלך היא להחילו מיום נתינתו להוציא מקרים חריגים בהם תוכר תחולה רטרואקטיבית", בייחוד משיקולי טובת הילד. במקרה שלפנינו, נימוקי המשיבים מאשרים כי אין בדרישת הרטרואקטיביות כדי לקדם את טובת הילדים, אלא

רק אינטרסים כלכליים של הוריהם (למשל, בהקשר של הטבות מס), ומכאן שאין מקום לחריגה מן הכלל. לעומתה, שופטי הרוב סברו שאין צורך להכריע האם צו ההורות הפסיקתי נושא אופי הצהרתי או מכונן, שכן גם החלופה האחרונה אינה סוגרת את הדלת בפני תחולה רטרואקטיבית (עם זאת, יצוין כי השופט י' אטדגי, שהצטרף לכותב חוות הדעת העיקרית, השופט ש' שוחט, הבהיר שהוא "נוטה" לגישה המכוננת). בית המשפט המחוזי בחן, אפוא, את מכלול נסיבות העניין – לרבות מועד הגשת הבקשות למתן צווי הורות, ותרומת ההכרה במשיב 1 לטובת ורווחת הילדים – והגיע למסקנה כי הן מצדיקות חריגה מן הכלל, והחלה רטרואקטיבית של צו ההורות. אף על פי כן, נוכח פער הזמנים הזניח בין הלידה למתן פסק הדין הזר, ובהתחשב בכך שהמשיבים עצמם הסכימו במהלך הדיון בערעור כי הצווים יחולו ממועד מתן פסק דין זה (ולא ממועד הלידה, כפי שביקשו בהליך קמא), נקבע כי החשש מהכרה בהורות משולשת מצדיק "התערבות קלה" בהכרעת הערכאה הראשונה. זאת, במובן שתחולתם הרטרואקטיבית של הצווים תהיה רק מן המועד בו ניתן פסק הדין הזר את זיקת הפונדקאית לילדים, ולא מרגע לידתם.

3. מכאן בקשת הערעור שלפנינו, בה מציג היועץ המשפטי לממשלה את לידתו והתפתחותו של צו ההורות הפסיקתי, ומבקש להסיק "שאחד התנאים לו היה היותו קונסטיטוטיובי". לשיטתו, ההשראה לפיתוח פסיקתי זה נובעת מחוק הפונדקאות, שם צו ההורות נושא אופי מכונן מובהק: הוא שמנתק את זיקתה ההורית של האם הנושאת, והוא שמעגן את מעמד ההורים המיועדים, לרבות ההורה נטול הזיקה הגנטית ליילוד (סעיפים 11-13 לחוק). שעה שגם צו ההורות הפסיקתי ניתן בהעדר קשר גנטי או פיזיולוגי בין ההורה המיועד לילד, יש לקבוע כי – כמוהו כמקורו הסטטוטורי – הוא אינו מצהיר על עובדה קיימת, אלא יוצר ומכונן הורות חדשה. היועץ המשפטי לממשלה מדגיש כי צו ההורות הפסיקתי נועד "אך להקל, ולצמצם את זמן ההמתנה עד לכינון ההורות באמצעות פסיקה משפטית וכמו כן להחליף את הביטוי 'אימוץ' המתייחס בדרך כלל לילד קיים". ממילא, אין להרחיב מוסד משפטי זה עד כדי השוואת מעמד ההורות מכוח "זיקה לזיקה" להורות "טבעית", והצגתה כ"עובדה" קיימת שבית המשפט נדרש רק להצהיר על קיומה. מטעמים אלה, ועל רקע הפסיקה הסותרת בערכאות הנמוכות, היועץ סבור שהיה על בית המשפט המחוזי להכריע לגבי מהות צו ההורות הפסיקתי – ולאמץ את הגישה המכוננת.

לצד זאת, היועץ המשפטי לממשלה משיג גם על הקביעה בדבר תחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות במקרה שלפנינו. לטעמו, אין להעניק לאזרחים שביצעו הליך פונדקאות בחו"ל "זכויות יתרות ועודפות" על מקביליהם שביצעו את התהליך בארץ – וכשם שהאחרונים מוכרים כהורים רק ממועד מתן צו ההורות הסטטוטורי, כך

ראוי לנהוג כלפי הראשונים. אמנם, סעיף 17 לחוק האימוץ מכיר באפשרות להחיל צו אימוץ באופן רטרואקטיבי, אך מדובר במקרים חריגים ו"ספורים בלבד"; שיקולי טובת הילד העומדים בבסיסם אינם רלוונטיים בענייננו (שהרי המשיבים נימקו את בקשתם באינטרס כלכלי); ובכל מקרה, חוק הפונדקאות אינו מכיל הסדר דומה.

היועץ המשפטי לממשלה מוסיף כי תחולה רטרואקטיבית של צו הורות פסיקתית מעוררת קושי מיוחד בהקשר של פונדקאות חו"ל, מן הסוג שלפנינו. לנוכח אי ההכרה במודל משפחתי המכיל יותר משני הורים, ברי כי הדין הישראלי אינו מאפשר להכיר בהורות בן זוגו של ההורה הגנטי – מכוח זיקה לזיקה – עובר לניתוק הזיקה הפיזיולוגית של האם הנושאת ליילוד. על בית המשפט הישראלי הדין בבקשה לצו הורות פסיקתית לוודא, אפוא, תחילה שניתן להכיר בניתוק הזיקה האחרונה, הן מנקודת מבטו של הדין הזר הרלוונטי, והן מנקודת המבט של הדין הישראלי. לאור הצורך בבחינה זו, ובהתחשב בשונות הרבה בהסדרים המשפטיים שעוצבו בשיטות משפט שונות בנוגע למעמד האם הנושאת, "יש לנקוט משנה זהירות [...] ולקבוע מתווה סדור ואחיד, הדומה במהותו להסדר שנקבע בחוק הפונדקאות" – קרי, תחולה צופת פני עתיד של צווי ההורות.

אשר על כן, משלא הוכחו בענייננו נסיבות חריגות המצדיקות סטייה מן הכלל, ובהתחשב בכך שהבקשות המקוריות לצווי הורות כלל לא התייחסו למועד התחולה, היועץ המשפטי לממשלה מבקש לקבל את בקשת רשות הערעור דנן, ולקבוע כי הצווים יחולו רק ממועד נתינתם. לטעמו, נוכח ההשלכות הרחבות של ההכרעה בשאלות המתעוררות לראשונה בהליך, והפסיקה הסותרת שנוצרה לגביהן בערכאות הנמוכות, הבקשה עומדת בקריטריונים למתן רשות ערעור בגלגול שלישי.

4. מנגד, המשיבים טוענים כי אין לקיים "על גבם" את הדיון בסוגיות העקרוניות לגבי אופי צו ההורות ומועד תחולתו, ורואים בכך עינוי דין הפוגע בטובת הילדים. לדידם, אין הכרעות סותרות של בתי המשפט המחוזיים בסוגיות שמעוררת בקשת רשות הערעור, ומכאן שדינה להידחות – מה גם שבפסק הדין הובהר כי אין בשאלת הסיווג של צו ההורות כדי להשפיע על התוצאה בענייננו.

לגופם של דברים, המשיבים סבורים כי יהיו אשר יהיו הנחות היסוד שהובילו את היועץ המשפטי לממשלה להסכים למוסד צו ההורות הפסיקתית, הן אינן כובלות את בתי המשפט, ואינן גורעות מסמכותם "לפרש את הצו וליתן את הצו בהתאם לשיקול דעתם". לדבריהם, כך נקבע ביחס לרכיב אחר של הנחות אלה – דרישת התסקיר – וכך ראוי לפעול גם בנוגע למועד התחולה. הם מוסיפים כי המחוקק בחר במודע להימנע

מהסדרת פונדקאות חו"ל, ומכאן שדווקא ניסיונו של היועץ המשפטי לממשלה להכפיף באופן גורף פונדקאות כזו להוראות חוק הפונדקאות – בניגוד לבחינה הגמישה והפרטנית שבאה לידי ביטוי בפסק הדין מושא הבקשה – עולה כדי חקיקה שיפוטית פסולה. זאת ועוד, הם מצביעים על הבחנה עניינית בין פונדקאות חו"ל לפונדקאות בישראל במישור התחולה הרטרואקטיבית: במקרה האחרון, פער הזמנים בין הלידה למתן הצו זניח – אך כשמדובר בפונדקאות חו"ל תקופת הביניים ארוכה בהרבה, ומן הראוי להכיר ביחסי ההורות שהתגבשו במהלכה.

המשיבים מוסיפים כי הם עומדים בקריטריונים שנקבעו בפסיקה המחוזית במישור התחולה הרטרואקטיבית, ומדגישים שטובת הילדים – הכוללת גם את אלמנט הרווחה הכלכלית – תומכת בכך. אשר לטענות לגבי "ההורה השלישי" הפוטנציאלי, המשיבים מדגישים כי ניתוק הזיקה של הפונדקאית לילדים נבחן כבר בשלב מוקדם מאד של הליכי ההורות, שכן היועץ המשפטי לממשלה התנה בכך את ביצוע בדיקת הרקמות לצורך הוכחת ההורות הגנטית של משיב 2. על כן, ובהתחשב בפסק הדין הזר שניתק כליל קשר זה, אין, לדעתם, צורך לשוב ולבחון את סוגיית הניתוק בשלב הדיון בצו ההורות – ובוודאי שאין בכך כדי לשלול את תחולתו הרטרואקטיבית של הצו. שעה ששני המשיבים משמשים כהוריהם-בפועל של הילדים מאז לידתם, ראוי שצו ההורות ישקף מציאות זו – ומשכך, הם מבקשים לדחות את בקשת רשות הערעור.

5. על רקע בקשת היועץ המשפטי לממשלה להשהות הליכים הנוגעים בהיבטים שונים של צווי ההורות הפסיקטיים, לרבות שאלת התחולה הרטרואקטיבית, עוכב גם הטיפול בהליך דנן. ביום 15.4.2019 הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי "עמדת המדינה בהליכים המשפטיים תשקף את המלצות הצוות המקצועי" שמינה שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים לשם בחינת "טובת הילד והתא המשפחתי ביחס למקרים בהם מתבקשים צווי הורות פסיקטיים וכן את התנאים למתן צווים כאמור" (להלן: הצוות המקצועי). לדברי היועץ – שציין כי במהלך התקופה בה עוכב ההליך הוכר אופיו המכוון של הצו הפסיקטי (בע"מ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (24.1.2019); להלן: בע"מ 4880/18) – המלצות אלה עולות בקנה אחד עם העמדה שהציג בבקשת רשות הערעור: הן עומדות על הצורך בניתוק זיקת האם הנושאת עובר למתן הצו, על מנת להימנע מהכרה בשלושה הורים בו זמנית; על הצורך לבצע את הניתוק בפסק דין ישראלי; ועל השאיפה להרמוניה בין הליכי פונדקאות בישראל, המוסדרים בחוק הפונדקאות, להליכים דומים בחו"ל, ומסיקות כי "תחולתו של צו ההורות במקרים של פונדקאות היא מיום הינתנו". על כן, מבקש היועץ המשפטי לממשלה לקבל את בקשת

רשות הערעור, ואת הערעור עצמו, ולקבוע כי צווי ההורות יחולו רק מן המועד בו ניתנו על ידי הערכאה הישראלית המוסמכת.

דיון והכרעה

6. סוגיית ההורות הפסיקתית חדשה ועדינה. היא טומנת בחובה שאלות רחבות וצרות גם יחד, כגון מהות צו זה, ודבר האפשרות להחיל אותו רטרואקטיבית. נוכח אופיין הנחשוני של השאלות המתעוררות בהליך – ובהתחשב בהיווצרותן של אסכולות מנוגדות בערכאות הנמוכות בנוגע למהות צו ההורות הפסיקתי (לסקירה חלקית, ראו הערת הפתיחה במאמרו של יחזקאל מרגלית, "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" משפטים מז 113 (2018) (להלן: מרגלית); ראו גם בע"מ 4880/18 ובע"מ 3162/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (18.7.2019)) – אציע לחבריי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פיה. לו תישמע דעתי, נקבל את ערעור היועץ המשפטי לממשלה, ונקבע כי צו ההורות הפסיקתי שניתן לזכות משיב 1 מכוח זיקתו לזיקת משיב 2 לילדים, נושא אופי מכונן – וחל רק ממועד נתינתו על ידי הערכאה הישראלית המוסמכת.

7. בפתח הדיון, יש להזכיר כי על אף שהמחוקק מעולם לא הגדיר באופן מקיף ומפורש "מיהו הורה" –

"נכון להיום הדין הישראלי מכיר בהורות על בסיס ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים – זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (קרי, מתוקף קשר זוגיות עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית). שלושת האדנים הראשונים הוכרו בעבר בחקיקה, בפסיקה ובספרות [...] האדן הרביעי הינו חדש יחסית, ובתקופה האחרונה הוא אף פותח בפסיקה" (בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 7 לחוות דעתי, אליה הצטרפו יתר שופטי ההרכב המורחב (1.4.2015); להלן: עניין פלונית).

שלושת אדני ההורות הראשונים – זיקה גנטית (קרי, הורות שמקורה בביצית ובזרע של השותפים ביצירת היילוד, ומכונה "הורות טבעית"); זיקה פיזיולוגית (נשיאת ההריון, גם כשהיא אינה מלווה בקשר גנטי ליילוד); ואימוץ – אינם רלוונטיים לענייננו. כפי שצינתי לעיל, בעקבות תוצאות בדיקת סיווג הרקמות ניתן פסק דין הצהרתי המכיר בהורותו של משיב 2 מכוח זיקתו הגנטית לילדים, ובכך תם הטיפול במישור זה. על הפרק

ניצבת, אפוא, שאלת ההכרה בהורותו של משיב 1 מכוח הקשר הזוגי שהוא מקיים עם ההורה הגנטי – משיב 2 – בהתאם לאדן "הזיקה לזיקה", המורה כי –

"לעתים, אדם יוכר כהורה של היילוד מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד. הדבר רלוונטי במקרה בו זוג אינו יכול להביא לעולם צאצא מהחומר הגנטי של שני בני הזוג, אלא רק משל אחד מהם. עם זאת בתום ההליך שני בני הזוג מוכרים כהוריו של היילוד: אחד מהם מכוח הזיקה הגנטית והשני כנגזרת מהקשר הזוגי שבינו לבין ההורה הגנטי" (עניין פלונית, פסקה 8 לחוות דעת).

8. כפי שציינתי בעניין פלונית (פסקאות 8 ד ו-14), אדן "הזיקה לזיקה" נעוץ בחקיקה: סעיפים 2(2) ו-12(א) לחוק הפונדקאות, וסעיף 11 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, ובפסיקה שהובאה שם. אלה מורים כי זיקתו הגנטית של האב המיועד ליילוד מאפשרת להכיר גם בהורותה של אם מיועדת נטולת זיקה דומה, שהיא בת זוגו. זאת, בכפוף לכינון ההורות על ידי בית המשפט באמצעות "צו הורות" המוציא את האם הנושאת מן התמונה, וקובע כי זוג ההורים המיועדים יהיו "הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין". על בסיס הכרה עקרונית זו של המחוקק במעמד ההורי של הזיקה לזיקה, ובהעדר מענה חקיקתי ישיר למבנים משפחתיים חדשים שהפכו נפוצים יותר בחברה הישראלית, והפסיקה שהוזכרה, התפתח בעשור האחרון מוסד צו ההורות הפסיקתי, קרי –

"מצב בו נקבעת הורות משפטית על ידי בית המשפט. בנוסף לצווים המעוגנים בסעיפים 1(א) ו-28 כ לחוק האימוץ ובסעיף 11 לחוק ההסכמים, רשאי בית המשפט ליתן צו הורות פסיקתי, הדומה במהותו לצווים המעוגנים בחקיקה, אם שוכנע שיש לקבוע את ההורות בצו, על בסיס הראיות שהונחו לפניו" (עניין פלונית, פסקה 14 לחוות דעת; ההדגשה אינה במקור).

פיתוח פסיקתי זה הרחיב את ההכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה אל מעבר לגבולות חוק הפונדקאות. כך, למשל, הוא מאפשר להכיר בהורות בת זוג נטולת זיקה גנטית לילדים שנולדו לתא משפחתי חד-מיני מתרומת זרע אנונימית, מכוח זיקתה לבת הזוג המחזיקה בזיקה כזו (בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלונית, פסקה 7 (2.9.2014)). יתר על כן, הוא מאפשר להעניק הכרה דומה לבני זוג גם ביחס לילדים שנוצרו בהליכי פונדקאות חו"ל, למרות המורכבות הנובעת ממעורבות הורה פוטנציאלי שלישי – האם הנושאת – בהליכים אלה (בג"ץ 566/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים, פסקה 43 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (28.1.2014) (להלן: עניין ממש-מגד); עניין פלונית, פסקה 14 לחוות

דעתי). הנה כי כן, האפשרות להכיר בהורותו של משיב 1 באמצעות צו הורות פסיקתי מעוגנת בפסיקת בית משפט זה – ולא נותר אלא לדון במהות הצו, ובמועד תחולתו.

9. לטעמי, די בסקירה קצרה זו של שורשי צו ההורות הפסיקתי כדי להעיד על אופיו המכונן של צו הניתן לאדם נטול זיקה גנטית או פיזיולוגית לילד שבא לעולם בהליך פונדקאות. אכן, גבולות המוסד המשפטי של ההורות משקפים הכרעה נורמטיבית של חברה נתונה, בזמן נתון, לגבי הנסיבות שבהן ראוי להטיל על פלוני מארג מסוים של חובות וזכויות כלפי ילדים, עקב הקשר שלו אליהם. במילים אחרות, הן כשמדובר על הורות המבוססת על זיקה גנטית "טבעית", המוכרת לאנושות משחר קיומה, והן כשמדובר על הורות שנוצרה בזכות התפתחויות טכנולוגיות שהיו מעבר לדמיון אך לפני חמישים שנה, ההסדר המשפטי בעניינן הוא תולדת הכרה חברתית-פוזיטיבית במשמעויות שראוי לייחס לזיקות שהן מייצגות. לפיכך, קביעת גבולותיו של מוסד ההורות מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת, המשמיעה את קולו של הריבון-העם בסוגיות מעין אלה. ודוקו, המשפט הישראלי הכיר זה מכבר בזכות חוקתית, על-חוקית, להורות, וקבע כי היא עומדת "בליבת כבוד האדם וחירותו". ברם, "אין זה ברור האם הזכות להורות מתפרשת על פני כל דרכי הקנייתה, בעיקר ככל שמתרחקים ממודל ההורות הטבעית" (עניין פלוני, פסקה 23 לחוות דעתי). יתר על כן, גם בהנחה שהורות המבוססת על זיקה לזיקה באה בגדרי זכות זו, אופן מימושה מסור בעיקרו להכרעת המחוקק.

משום כך, מקובלת עלי עמדת השופט מ' מזוז, לפיה –

"עצם ההסדר של צו הורות פסיקתי, היינו צו הורות שאינו מעוגן בחקיקה, אינו מניח את הדעת ומעורר לדעתי קושי עיוני לא מבוטל. על כן נכון לראות בהסדר זה אך כפתרון זמני תוצר כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה, אשר תעגן בדין את הזכות להורות בנסיבות להן יועד צו ההורות הפסיקתי ואת תנאיה, כפי שהדבר נעשה בחוק הפונדקאות ובחוק האימוץ" (בע"מ 4480/18, פסקה 13).

"כורח המציאות" שהזכיר חברי הוא חיי המעשה, שבהם נעשה שימוש גובר והולך בטכנולוגיות הולדה חדשות, שלא נאסרו על ידי המחוקק – אך גם לא הוסדרו על ידו. ילדים שנוצרו בעזרתן, לתאים משפחתיים הלובשים צורות שונות, יצאו ויוצאים לאוויר העולם – בארץ ומחוצה לה. בהעדר מענה סטטוטורי להתפתחויות אלה, צו ההורות הפסיקתי מעניק "עזרה ראשונה" לאותם ילדים, מתוך הבנה שלא ניתן להותיר אותם כחי ללא סטטוס משפטי, נודד באוויר. יש להפעיל פתרון פסיקתי זה בזהירות רבה, תוך

היצמדות מרבית לקווים העקרוניים שהתווה המחוקק. כאמור, המחוקק הישראלי בחר להתנות את ההכרה בהורות מכוח "זיקה לזיקה" בקיום אקט מכונן בדמות "צו הורות" (סעיפים 11-12 לחוק הפונדקאות; יוער כי גם הסדרי חוק האימוץ מעידים על הצורך באקט שיפוטי לצורך כינון הורות שאינה מבוססת על זיקה גנטית או פיזיולוגית ישירה). בחירה ערכית זו מקרינה, מיניה וביה, על ה"הרחבה" הפסיקתית, ומבהירה כי גם במקרים שבהם הזיקה לזיקה תאפשר לכונן הורות בהליך שיפוטי מתאים, הורות זו אינה נוצרת מאליה, ואינה בגדר "עובדה" שבאה לעולם כבר במועד הלידה. לעיתים, הפער קיים, לרבות פער הזמן, בין אירוע מכונן של היחיד לבין אירוע מכונן של המשפט ביחס אליו. במילים אחרות, צו ההורות הפסיקתי "דומה במהותו לצווים המעוגנים בחקיקה" ביחס לאדני האימוץ והזיקה לזיקה (ראו עניין פלוני, פסקה 14 לחוות דעתי), וכמו האחרונים אף הוא מעניק לבן הזוג נטול הזיקה הגנטית או הפיזיולוגית ליילוד רק הורות "בת כינון".

10. מעבר להיבט הנוגע ליחסי הרשות המחוקקת והשופטת, הזהירות הנדרשת בהגדרת ההורות על בסיס זיקה לזיקה נובעת גם משיקולים מהותיים – שכן, "ככל שמתרחקים ממודל ההולדה הטבעית" ופונים לפרוצדורות מורכבות יותר, ראוי להגביר את הפיקוח על התהליך, להגן על טובת היילוד העתידי, ולשמש לו קול. אמנם –

"כאשר מדובר בהולדה 'טבעית' אין פיקוח מראש של טובת הילד על ידי גורמים זרים. בחינה זו אינה אפשרית מבחינה מעשית, וככל הנראה שהימנעות ממנה נובעת גם מתפיסת חירותם של בני האדם להעמיד להם צאצאים גנטיים [...] ואולם, ככל שמתרחקים ממודל ההולדה הטבעית, קיימים מנגנוני פיקוח שונים כאמור. אלו לא רק מפקחים על אופן ביצוע ההליך והמעורבים בו, אלא בוחנים אותו לאור עקרון טובת הילד [...]"

אף ישנם שיקולים נוספים בעניין [...] השאיפה היא להרחיב את המעגל, כך שאלה המתקשים להביא צאצאים לעולם בדרך הטבעית יוכלו להצטרף למודלים המוכרים. לשם כך עליהם להיעזר בגורמים שלישיים, שבתום מילוי תפקידם נכונים הם לרדת מבמת ההורות. מורכבות תהליך רב משתתפים זה, על היבטיו החברתיים המתפתחים, ואף הסיכון בהיבטים לא רצויים כגון החשש מפני סחר בילדים – מחייבים הסדר חקיקתי. בכגון דא אין להותיר את השטח ליזמות פרטיות, המתבצעות ללא פיקוח. לשון אחר, במעבר מדין הטבע לטבע הדין נדרשת זהירות, פיקוח ומעורבות הדיון" (עניין פלוני, פסקה 25 לחוות דעתי; ההדגשות אינן במקור).

בהתאמות המתבקשות, דברים אלה – שנאמרו ביחס להורות "הסכמית" – יפים גם בהקשר של זיקה לזיקה. אמנם, המחוקק נענה לתמורות החברתיות ולהתפתחויות

הטכנולוגיות והרחיב את גבולות ההורות המשפטית, אך הוא עשה זאת בצורה זהירה ובכפוף להליך "כינון" שיפוטי של ההורות, שבו נדרש בית המשפט לתת את הדעת על טובת הילד (סעיף 11(ב) לחוק הפונדקאות). אין כל היגיון בעמדה לפיה דווקא בהליכים שטרם זכו להסדרה חקיקתית מקיפה וממצה, כך שהם מבוקרים ומפוקחים פחות, ההורות תיווצר מאליה כבר בעת הלידה. אדרבה, במצבים אלה – דוגמת הליכי פונדקאות חו"ל שבמוקד ההליך הנוכחי – יש לגלות זהירות על גבי זהירות, ולכונן את הורות בן הזוג מכוח הזיקה לזיקה רק לאחר בחינת מכלול הנסיבות על ידי הערכאה המוסמכת.

אני מצטרף, אפוא, לעמדת השופט מ' מזוז בב"ע 4880/18 כי "צו הורות פסיקתי" אשר ניתן לבן זוג נטול זיקה גנטית או פיזיולוגית ישירה לילד "הוא אכן צו מכונן (קונסטיטוטיבי) ולא צו הצהרתי בלבד" (וראו גם מרגלית, בעמ' 141-140). כמובן, שערי הכנסת לא ננעלו, וגם התפתחויות טכנולוגיות ו חברתיות עשויות להביא לשינויים בתפיסת ההורות המבוססת על זיקה לזיקה. אולם, במציאות הנורמטיבית הקיימת יש לפסוע עקב בצד אגודל, להבטיח את ההכרה הנדרשת בהורות העומדת בקריטריון המהותי של זיקה לזיקה, אך להימנע מחריגה מהמתווה הסטטוטורי הקובע כי הורות כזו טעונה כינון בהליך שיפוטי.

11. יובהר, כי אין להסיק מדברים אלה שצו ההורות הפסיקתי כפוף ליישום דווקני של מכלול התנאים הקבועים בחוקי האימוץ והפונדקאות. אדרבה, יש צדק רב בטענת המשיבים כי אין להחיל על פונדקאות חו"ל הסדר שהמחוקק בחר להגביל לפונדקאות המתקיימת בישראל. בהתאם, ציינתי בב"ע 10024/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.4.2017) ובב"ע 6524/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – שנדחו מטעמים נקודתיים – כי שאלת כריכתו של צו ההורות הפסיקתי במעמד קבע בישראל, בדומה להסדר המקביל בחוקי האימוץ והפונדקאות, ראויה לבירור. יש להבחין בין ההכרעה העקרונית לגבי טיב ההורות שיוצרת זיקה לזיקה – שהיא, כאמור, הורות בת כינון ולא "עובדה" שצריך רק להצהיר על קיומה – לבין הסדרים יישומיים משניים, שאותם יש לבחון על יסוד השיקולים הרלוונטיים, שבמרכזם טובת הילד.

12. על רקע מסקנה זו באשר לאופיו המכונן של צו ההורות הפסיקתי, הנחת המוצא המתבקשת היא כי ההורות נוצרת במועד ביצוע האקט המכונן – קרי, מועד מתן הצו. כך הוא פשוטה של משפחה: אם בית המשפט הוא שמכונן את הקשר ההורי, אזי הקשר נוצר רק במועד הפסיקה.

ואולם, הגדרת הצו כמכונן אינה סוגרת הרמטית את שערי התחולה הרטרואקטיבית. טלו לדוגמה את הליך האימוץ. הכלל הוא כי ההורות מתחילה ממועד ההכרזה על האימוץ, אך סעיף 17 לחוק האימוץ פותח פתח לתחולה רטרואקטיבית. צא ולמד, הורות שנוצרת על ידי בית המשפט, בניגוד, למשל, לקול הטבע, תחול ממועד כינונה – אם כי הרגישות הנדרשת בתחום זה של המשפט, המגדיר יחסים אנושיים מן המשמעותיים שישנם, מאפשרת להכיר בחריגים. כמובן, יש להגדיר חריגים אלה במשורה. קיימת משמעות רבה לדברי היועץ המשפטי לממשלה, שהוא צד להליכי אימוץ, כי מתן תוקף רטרואקטיבי לצו אימוץ נעשה רק ב"מקרים ספורים".

ההבדלים הקיימים בין הליכי אימוץ ופונדקאות חו"ל מחזקים את הזהירות הנדרשת טרם מתן תחולה רטרואקטיבית לאחרונים. האימוץ הוא מוסד משפטי ותיק ומבוסס, אשר זכה להכרה כבר במשפט הרומי, וכלליו סדורים ומפורטים עלי ספר החקיקה. לעומתו, הליכי פונדקאות חו"ל הם בגדר "חדשים מקרוב באו" – ולא רק במובנים של היסטוריה וניסיון, הגם שאף להם יש משקל. הליכים אלה משקפים את המורכבות המעשית, החברתית והמשפטית הכרוכה ביצירת והגדרת הורות בעידן הטכנולוגי החדש. הגדרה זו אינה בגדר מותרות משפטיים. כאמור, משבא הילד לעולם, המשפט אינו יכול לעמוד מנגד, ועליו להסדיר את יחסי ההורות שלו. כדי להצביע על ההבדל הנוסף די להזכיר את חופש התנועה המאפשר לבצע את התהליך הטכנולוגי המורכב של יצירת היילוד במדינה אחת, ולבקש הכרה משפטית בתוצאות התהליך במדינה אחרת, כאשר הדגש בתיקים אלה הוא על מדינת ישראל. בנוסף, ניתוק זיקת ההורים הביולוגיים לילד בהליכי אימוץ מתבצע, בין היתר, על סמך העילות המפורטות של ניתוק ההורות בסעיף 13(א) לחוק האימוץ. לעומת זאת, בהליכי פונדקאות חו"ל הדבר הוא תולדה של הסכמה משותפת בין שלושה, או יותר, בוגרים השותפים ביצירה – כך שה"תחרות" על מעמד ההורות עשויה להיות רב ממדיית יותר, והזהירות הנדרשת רבה יותר.

בה בעת, נראה שגם בהקשר של ההורות הטכנולוגית החדשה אין לפסול לחלוטין את האפשרות לתחולה רטרואקטיבית. בעניין זה, יוזכרו המלצות הצוות המקצועי שהיועץ סמך עליהן, כאמור, את ידיו, ועל פיהן, "בבקשות שיוגשו בפרק זמן של עד 90 יום ממועד הלידה [...] ניתן יהיה להסכים לכינון הורות בן או בת הזוג באופן רטרואקטיבי מיום הלידה" (עמודים 31-32 לתקציר מסקנות והמלצות הצוות, שצורף כנספח 1 להודעת העדכון של היועץ המשפטי לממשלה מיום 15.4.2019). המלצות אלה, שאיני מביע לגביהן עמדה, עוסקות אמנם בילדים שנוצרו מתרומת זרע אנונימית ולא בהליכי פונדקאות. עם זאת, הן מבטאות את הגישה לפיה תחולה רטרואקטיבית של צו

הורות פסיקתי מכונן מצויה בארגז הכלים של בית המשפט, גם כשמדובר בהורות "טכנולוגית" חדשה.

13. מבלי למצות את הדיון בעניין, הייתי מציב שלושה פרמטרים שיש לבחון לצורך חריגה מהכלל בדבר תחולת צו ההורות ממועד נתינתו על ידי הערכאה הישראלית המוסמכת. הראשון, והעיקרי שבהם, הוא "טובת הילד" במובן הממשי והמהותי – קרי, מקום בו תחולה רטרואקטיבית של ההורות תואמת את הצורך המהותי במיסוד הקשר המשפטי בין הילד-תינוק להוריו, ויתרונותיה אינם מתמצים בהטבות כלכליות או מעשיות לאחרונים. לאמור, המשקל יינתן לטובת הילד כאשר עיתוי תחולת צו ההורות יוצר שינוי מהותי וברור מנקודת מבטו. פרמטר שני הוא ממד הזמן. ככל שפער הזמנים בין הלידה לבקשת צו ההורות הפסיקתי גדל, תפחת הנכונות להעניק לצו תחולה רטרואקטיבית. התקופה חייבת להיות קצרה, כדי לתת ביטוי למציאות המשפטית שבה הפסיקה היא שמביאה את ההורות לעולם. הפרמטר השלישי עוסק בהעדר זיקה הורית שלישית, ונועד להבטיח כי הכרה בהורות ממועד הלידה לא תיצור "הורות משולשת" – במקרה של פונדקאות חו"ל, על רקע מעורבות אפשרית של האם הנושאת.

14. בחינת המקרה שלפנינו בראי שלושת הפרמטרים שהוצגו מלמדת כי אין להחיל בו את צו ההורות הפסיקתי בצורה רטרואקטיבית.

אזכיר כי הדין הישראלי אינו מכיר בהורות משפטית משולשת, וכי התאים המשפחתיים שבהם הוא עוסק מורכבים משני הורים לכל היותר (ראו, למשל, סעיף 18(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; סעיפים 3(א) ו-3א לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; וסעיף 21 לחוק השמות, התשט"ז-1956. ראו גם עמ"ש (מחוזי מרכז) 52550-10-18 נ. נ' נ. (22.10.2019)). על מנת להימנע מיצירת הורות בלתי מוכרת, הערכאה הדנה בבקשה למתן צו הורות מכוח זיקה נדרשת, אפוא, לשלול את קיומן של זיקות הוריות מתחרות כלפי היילוד – לרבות מצד האם הנושאת. במקרה שלפנינו, בית המשפט במדינת מינסוטה ניתק את זיקת הפונדקאית לילדים כשבועיים לאחר לידתם, כך שניתן, לכאורה, להסיק מן החומר שלפנינו כי במועד הלידה התקיים ביניהם קשר הורי כזה או אחר. לנתון זה השפעה משמעותית הן על הפרמטר השלישי, הנוגע לקיום הורה פוטנציאלי שלישי, והן על הפרמטר המרכזי של טובת הילד: זיקת הפונדקאית לילדים אינה מאפשרת להכיר בבן הזוג בעל הזיקה לזיקה כהורה ממועד הלידה – שהרי הכרה כזו תיצור הורות משולשת. במקרה הטוב, ההכרה בבן הזוג תתאפשר, אפוא, מן המועד שבו הוציא בית המשפט הזר את הפונדקאית מתמונת ההורות – כשבועיים ימים לאחר הלידה. בנסיבות שבהן ייווצר בכל מקרה פער

בין מועד הלידה למועד ההכרה בהורות בן הזוג, השאלה האם ההכרה תינתן שבועיים לאחר הלידה (במועד מתן פסק הדין הזר), או בחלוף מספר חודשים (מועד מתן צו ההורות הישראלי), אינה משפיעה באותה מידה על טובת הילד. לפיכך, גם אם לעיתוי ההכרה השלכות כלכליות מסוימות על בן הזוג (ובעקיפין, על הילדים), אין בהן כדי להטות את הכף ולהצדיק חריגה מכלל התחולה העתידית של צו ההורות הפסיקתי.

ניתן להדגיש את הנקודה באמצעות השוואה להמלצת הצוות המקצועי ועמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר החלה רטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי לגבי יילוד שנוצר מתרומת זרע אנונימית, כאשר הצו התבקש בתוך 90 יום מהלידה. במקרה כזה, התחולה הרטרואקטיבית תביא לכך שהילד יוכר כבנם של שני הוריו כבר ממועד לידתו. זהו תאריך מכונן. הכרה בהורות מיום הלידה – ולא רק ממועד מתן הצו – היא נתון עובדתי משמעותי בחיי הילד, בהגדרת זהותו ובחוויה הקיומית שלו שבה נודעת חשיבות רבה לקשר בינו לבין הוריו. התחולה הרטרואקטיבית משרתת, אפוא, את טובת הילד, והיא עולה בקנה אחד גם עם הפרמטר השני המתמקד בפערי הזמן בין הלידה למתן הצו הפסיקתי. באשר לפרמטר השלישי – כאשר מדובר בתרומת זרע אנונימית אין בנמצא הורה שלישי פוטנציאלי, כך שההכרה בהורות בן הזוג בעל הזיקה לזיקה ממועד הלידה אינה מעוררת כל קושי. מבלי להכריע, אפוא, לגופה של המלצת הצוות, היא ממחישה את צורת החשיבה הראויה, להשקפתי, ואת סוג השיקולים שיש לקחת בחשבון בבחינת קטגוריות המקרים שבהן יש מקום לתחולה רטרואקטיבית של ההורות. ודוק, עמדתי היא כי, בוודאי בשלב זה של ההתפתחות המשפטית, אין להגדיר את מועד התחולה בצורה קזואיסטית, על פי נסיבות המקרה הספציפי, ומן הראוי לקבוע קטגוריות של מקרים שבהם ניתן יהיה לפעול בדרך זו – דוגמת "קו 90 הימים".

15. אכן, מעבר להכרעה הנקודתית במקרה שלפנינו, אני סבור כי הקשיים שהוא מעורר ממחישים את הצורך לקבוע כלל קטגורי גורף לגבי תחולת צו ההורות הפסיקתי מכוח זיקה לזיקה בהקשר של הליכי פונדקאות חו"ל. בנקודה זו יוזכר שוב השימוש בחופש התנועה ליצירת ההורות הטכנולוגית החדשה. לאמור, הדרישה להכרת ההורות במדינת ישראל קשורה גם להכרעות משפטיות של המדינה הזרה. ברם, וכאן הדגש, מדינות זרות, עם שיטות משפטיות שונות. חלקן מאפשרות לנתק את זיקת האם הנושאת עוד לפני הלידה – ואחרות כלל אינן מייחסות לה מעמד כלשהו כלפי הילדים. כך, למשל, "החוק האוקראיני קובע כי תינוק שנולד כתוצאה מהליך של הפריה חוץ-גופית שייך להוריו הגנטיים, ללא צורך באימוצו או בצו בית משפט" (נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435, 453 (2013)). לעומת זאת, במדינות ארה"ב המאפשרות פונדקאות נדרשת

מעורבות של ערכאה שיפוטית (שס, בעמ' 450) – אם כי בחלקן, דוגמת פנסילבניה, ניתוק הקשר עשוי להתבצע עוד לפני הלידה (עניין ממט-מגד, פסקאות 2-3; תמ"ש (משפחה ת"א) 40279-08-18 מ. נ' משרד הפנים, פסקאות 4 ו-17 (30.7.2019)). נוכח ריבוי וגיוון שיטות המשפט שבתחומיהן ביצעו ומבצעים תושבי ישראל הליכי פונדקאות – מנפאל (תמ"ש (משפחה ת"א) 46455-02-19 מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 2.4 (26.9.2019)), דרך גיאורגיה (תמ"ש (משפחה ב"ש) 41878-09-16 פלוני נ' היועץ המשפטי, פסקה 2 (13.2.2017) ואוקראינה (בע"מ 45/19 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' פלונית (21.1.2019); להלן: בע"מ 45/19), ועד מדינות שונות של ארצות הברית (כגון מינסוטה, במקרה שלפנינו; פנסילבניה, שהוזכרה לעיל; ואורגון – תמ"ש (משפחה ת"א) 20823-09-17 מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 12-13 (5.1.2019)) – אין לבסס את ההכרעה במישור התחולה על בדיקה פרטנית של מועד ניתוק זיקת האם הנושאת לפי הדין הזר המסוים. זהו טעם נוסף מדוע יש להתמקד בהכרזה הישראלית כאשר מדובר בפונדקאות חו"ל.

המשפט הישראלי אחראי, תרתי משמע, לקביעת הורות בן הזוג מכוח זיקתו לזיקה הגנטית לילדים. עליו לוודא, אפוא, כי אין מניעה לכינון הורות כזו – בין היתר, על רקע עמדת הדין הזר הרלוונטי באשר למערכת היחסים שבין האם הנושאת ליילוד. אולם, נוכח חשיבות ומורכבות הבירור, יש להימנע גם בהקשר זה מהכרעות קזואיסטיות נקודתיות, ומוטב לקבוע בצורה קטגורית כי צו ההורות הפסיקתי מכוח הזיקה לזיקה יחול רק ממועד נתינתו – לאחר שהערכאה הישראלית המוסמכת השלימה את הבירור בשאלת הזיקות המתחרות. זאת, ללא תלות בבירור המינהלי שאפשר שנערך בעניין בשלביו המוקדמים של הליך ההכרה בישראל (ראו עניין ממט-מגד, פסקה 35 לחוות דעת הנשיאה מ' נאור, בע"מ 45/19 ועת"ם (מינהליים ת"א) 27310-05-19 למבין נ' רשות האוכלוסין וההגירה (16.7.2019)).

16. לסיום, השקפתי היא כי על בית המשפט לצעוד בזהירות בענף זה של דיני המשפחה. דווקא מפני שבית המשפט צועד קדימה, ונאלץ לקבוע מסגרות לילדים החיים בתוכנו, הקצב חייב להיות מדוד. כפי שכבר ציטטתי לעיל –

"עצם ההסדר של צו הורות פסיקתי, היינו צו הורות שאינו מעוגן בחקיקה, אינו מניח את הדעת ומעורר לדעתי קושי עיוני לא מבוטל. על כן נכון לראות בהסדר זה אך כפתרון זמני תוצר כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה" (בע"מ 4880/18, פסקה 13).

ההכרח לא יגונה, וכך גם הרחבת ההכרה הסטטוטורית בהורות מסוג זיקה לזיקה. ברם, גם כשאילוצי המציאות מכתיבים מתן פתרון שיפוטי זמני, יש להיצמד ככל האפשר למתווה שיצר המחוקק, ולשמר את אופיו המכונן – ומכאן, צופה פני העתיד – של הצו הפסיקתי. חוסר היכולת לכונן הורות משולשת, לצד ריבוי וגיוון הגישות הקיימות בדין הזר לגבי זיקת האם הנושאת ליילוד, מחייבים להעדיף את כלל התחולה העתידית על פני הגישה הפרטנית שביסוד הכרעת בית המשפט קמא. כפי שמלמדות הפסיקות השונות של הערכאות הדיוניות, בחינת התיק על פי נסיבותיו, ללא כללים מחייבים, תביא לאי סדר בתחום שדורש ייצוב, ולכן אין לה מקום.

17. מטעמים אלה, אציע לחבריי לקבל את ערעור היועץ המשפטי לממשלה, ולקבוע כי צו ההורות הפסיקתי שניתן לזכותו של משיב 1 מכוח זיקתו למשיב 2, בעל הזיקה הגנטית לילדים, נושא אופי מכונן – וחל רק ממועד נתינתו. בהתחשב באופיין הנחשוני של הסוגיות שהתעוררו בבקשה, אציע כי לא יהיה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי השופט נ' הנדל על פיה דין הערעור להתקבל. עם זאת אבקש להוסיף דבר מה משלי בעניין צו ההורות הפסיקתי, המשליך על עמדתי בעניין גורל הערעור.

1. התפיסה הבסיסית במשפט הישראלי היא שקשרי הורות מושתתים על היריון ולידה כדרך הטבע, בהם מתקיימת בין שני ההורים ובין הילוד זיקה גנטית ופיזיולוגית, כאשר התינוק נוצר מביצית ומזרע של הוריו, ואמו של היילוד נשאה אותו במהלך ההיריון ברחמה. בהורות מסוג זה לא מתקיימים מנגנוני פיקוח בטרם ההולדה וההכרה המשפטית בה נעשית מאליה (בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 8 לפסק דינו של חברי השופט הנדל (1.4.2015) (להלן: בע"מ 1118/14)). מטבע הדברים, זו גם המציאות השכיחה ביותר של הורות.

2. מן העבר השני, מכיר המשפט הישראלי באימוץ לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) כדרך נוספת להכרה משפטית בהורות וזאת ללא תלות בקיומו של קשר גנטי בין הילד לבין אחד מן ההורים המאמצים. לפי סעיף 8 לחוק האימוץ, אימוץ יכול שיהא בהסכמת הורי הילד או אם הוכרז הילד ככך אימוץ לפי אחת העילות הקבועות בסעיף 13 לאותו חוק. על פי חוק האימוץ, ניתן לאמץ ילד שנולד בישראל או ילד שנולד מחוזה לה (סעיף 28א לחוק). תנאי להכרה בהורות בדרך של אימוץ הוא מתן צו אימוץ על ידי בית המשפט כאשר ההליך מפוקח על ידי עובד סוציאלי, היועץ המשפטי לממשלה במקרים המתאימים ו"עמותה מוכרת" לעניין אימוץ בין-מדינתי (ראו למשל: סעיפים 9ג, 12-13 ו-28ג לחוק).

3. בעקבות התפתחויות טכנולוגיות, כמו גם שינויים חברתיים, החלו להיווצר אופנים מגוונים של הורות המצויים בתוכם בין דרך ההולדה הטבעית ובין הליך האימוץ. האפשרות לערב צד שלישי בהליך יצירת הוולד, בין אם על ידי תרומת תאי רבייה (זרע וביציות) ובין אם בנשיאת העובר, הביאה להיווצרותם של מודלים נוספים לקשרי הורות, המעוררים שאלות רגישות ומורכבות עליהן נדרש המשפט להשיב.

4. בין המודלים החדשים לגביהם הוכרה הורות, נמנו קשרי ההורות הבאים: קיום זיקה גנטית בין האב לבין היילוד ונשיאת העובר בתקופת ההיריון על ידי אם פונדקאית. זאת במסגרת הליך פונדקאות על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות או החוק); קיום זיקה פיזיולוגית בין היילוד לבין האם, היינו, מכוח נשיאת ההיריון ברחמה. זאת הן לפי סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, והן לפי סעיף 14(א) לחוק הפונדקאות; קיום זיקה לזיקה.

כך למשל, חוק הפונדקאות דורש זיקה גנטית רק בין האב המיועד לבין היילוד (סעיף 2(2) לחוק), אך אינו דורש זיקה גנטית מקבילה בין האם המיועדת לבין היילוד. במקרה שכזה "צו הורות" ניתן לפי סעיף 11(ב) לחוק לשני בני הזוג, למרות שכאמור לאם המיועדת לא קיימת זיקה גנטית ליילוד, כי אם "זיקה" לבן זוגה בלבד (וראו: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (3.8.2017) (להלן: עניין ארד-פנקס)). במאמר מוסגר יצוין כי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018 (להלן: תיקון מס' 2 לחוק) הכניס בגדרי החוק גם אם יחידנית, ומאפשר יצירת הורות גם מכוח זיקה גנטית בין אותה אם יחידנית לבין היילוד). לצורך הכרה בהורות של בת הזוג מכוח "זיקה" לאב אשר לו הזיקה הגנטית, נדרשים ההורים המיועדים להיות בני זוג שהם "איש ואישה". יצוין כי בעבר, טרם תיקון מס' 2 לחוק, בית המשפט חייב היה לקבל תסקיר מאת עובד סוציאלי כתנאי למתן צו הורות כאמור מכוח "זיקה לזיקה". לעומת זאת, בתיקון מס' 2 לחוק נקבע כי קבלת תסקיר לא תהווה תנאי למתן צו הורות (סעיפים 11(א) ו-11(ב) לחוק; וראו גם דברי ההסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017, עמ' 1157-1158).

5. אלא שבכך לא תמה הדרך. בפסיקה פותח מודל הורות נוסף מכוח זיקה לזיקה, המאפשר להכיר באדם כהורה של יילוד בהליך פונדקאות, מתוקף קשר זוגי עם בעל הקשר הגנטי ליילוד, גם במצבים שבהם לא חל חוק הפונדקאות וללא צורך בצו אימוץ (בג"ץ 566/11 מחט-מגד נ' משרד הפנים פ"ד סו(3) 493 (2013-2014) (להלן: עניין מגד)). זאת בדרך של הוצאת "צו הורות פסיקתי", שהינו צו הדומה במהותו לצו הורות הניתן לפי סעיף 11 לחוק הפונדקאות. לצורך הבנת התמונה במלואה, אעמוד בקצרה על הרקע שקדם להיווצרות מודל זה.

6. "הורותו" של צו ההורות הפסיקתי בתמ"ש (ת"א) 60320/07 ת.צ. נ' היועמ"ש לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב (4.3.2012), במסגרתו ניתן הצו לשתי נשים, כלפי ילד שנולד בישראל מתורם זרע אנונימי, כאשר אחת מהנשים תרמה את הביצית והשנייה נשאה את ההיריון. היינו, בת זוג אחת הייתה "האם הגנטית" והשנייה הייתה "האם הפיזיולוגית". היועץ המשפטי לממשלה סבר באותו הליך כי על האם שתרמה את הביצית לנקוט בהליך אימוץ, משום שהדין אינו מכיר בסטטוס משפחתי המורכב משתי אימהות ביולוגיות. אלא שבית המשפט קבע כי נוכח הקשר הגנטי הקיים בין האם תורמת הביצית לבין היילוד, אימוץ היילוד על ידה "נוגד את השכל הישר וההיגיון הבריא" (שם, פסקה 27). בהשראה מחוק הפונדקאות נקבע, כי יש לנקוט בהליך של מתן מעין "צו הורות",

אך זאת בכפוף להגשת תסקיר מאת עובד סוציאלי, היינו תסקיר דומה לתסקיר שנדרש בשעתו לשם תמיכה בבקשה למתן "צו הורות" לפי חוק הפונדקאות. צו הורות פסיקתי בראשית דרכו הכיר אפוא בהורות המשפטית של ההורה הגנטי, אך גם זאת בכפוף למתן תסקיר.

7. בהמשך הדרך, בתמ"ש (ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (3.2.2013), נקבע כי יש ליתן "צו הורות" במצב שבו קיימת זיקה גנטית בין האם והאב לבין היילוד, גם כאשר מדובר בהליך פונדקאות מחוץ לישראל, אשר לגביו לא חלות הוראות חוק הפונדקאות, ללא צורך בפרוצדורה משפטית נוספת, וללא קבלת תסקיר. זאת כאשר לאם הפונדקאית אין כל זיקה ליילוד על פי דין מקום מושבה. היינו, ניתן "צו הורות" בהשראת חוק הפונדקאות להורה הגנטי גם במקרה של פונדקאות מחוץ לישראל (וראו גם: תמ"ש (נצ') 21535-01-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.4.2013)). לעומת זאת, נקבע כי כאשר מתברר כי האם המיועדת – בת הזוג של האב הגנטי – איננה בעלת המטען הגנטי, אלא אך ורק בת זוגתו של האב, עליה לעבור הליך אימוץ על פי דין.

8. השלב השלישי בהתפתחות אירע במסגרת עניין מגד, אשר בו נקבע כי ניתן לתת צו הורות פסיקתי גם בהליכי פונדקאות שנערכו מחוץ לישראל על מנת לכוון יחסי הורות בין בן הזוג של ההורה הגנטי ובין היילוד, כאשר אין לבן הזוג קשר גנטי אליו. היועץ המשפטי לממשלה הסכים למתן צו הורות פסיקתי בנסיבות האמורות, עד להסדרת הנושא בחקיקה, וזאת בכפוף, בין היתר, לעריכת תסקיר על ידי עובד סוציאלי (זאת כאשר, כאמור לעיל, באותו זמן, חוק הפונדקאות קבע כחובה סטטוטורית הגשת תסקיר לצורך מתן "צו הורות" לפי החוק). באותו שלב, ניתן ביטוי בפסיקת בתי המשפט לדרישה לעריכת תסקיר באותו סוג של מקרים, כאשר התבקשה ההכרה בהורות משפטית של ההורה שאינו גנטי (ראו גם: תמ"ש (ת"א) 35043-06-12 אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (14.3.2013)). עם זאת, נקבע כי ניתן להסתפק בתסקיר מקל ומצומצם מזה שנערך בדרך כלל לפי חוק הפונדקאות ודי בבדיקה כי קיימת מערכת יחסים זוגית יציבה, רצון וכוונה משותפים להורות, הסכמת ההורה הביולוגי ומחויבות ליילוד (אמ"צ (ת"א) 245-01-14 ס.א.א. נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.9.2014)). מני אז, ניתנו צווי הורות פסיקתיים בהליכי פונדקאות שנעשו מחוץ לישראל המכירים גם בהורות המשפטית של בן הזוג שאינו ההורה הגנטי וזאת גם ללא קבלת תסקיר (ראו למשל: תמ"ש (ת"א) 4355-08-13 ל.א. נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.3.2014); תמ"ש (ת"א) 50794-01-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (8.5.2014); תמ"ש (ת"א) 50794-01-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה – לשכת העבודה והרווחה תל אביב, משרדי הממשלה (27.5.2014)).

9. הנה כי כן, היקפו של צו ההורות הפסיקתי התרחב והתארך אט אט. כך, בעוד שבראשית דרכו כאמור, נתן הצו הכרה בהורה גנטי שהותנתה בעריכת תסקיר, כיום נפתח הפתח להכרה בהורות שאינה גנטית בנסיבות שעליהן לא חל חוק הפונדקאות, ואף מבלי שהוגש תסקיר. בהקשר זה יצוין כי לא נשללה האפשרות ליתן צו הורות פסיקתי אף לאחר פקיעת הקשר הזוגי בין בני הזוג (וזאת אף בנסיבות של תרומת זרע אנונימי ולא בפונדקאות: בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלונית, פסקה 7 (2.9.2014); תמ"ש (אי') 7936-12-18 ג. ק. אש. נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.1.2020); וראו גם בהליך פונדקאות: תמ"ש (ת"א) 50078-04-15 י. י. נ' י. ג. (5.9.2018)).

10. צו ההורות הפסיקתי קנה לו אפוא שבת במקומותינו. ולו בדיעבד. גבולותיו הורחבו אל מעבר לגבולות "צו ההורות" שהתווה חוק הפונדקאות. אלא שהדיון שלפנינו אינו נסוב בדבר כשרותו של הצו. הדיון התמקד רק לגבי מועד תחולתו, בהיותו מכונן או הצהרתי גרידא. האכסניה המתאימה לדון בכשרותו של הצו אינה אפוא אכסניה זו. ברם, כשלעצמי סבור אני, כי על אף שייתכן שהמציאות כפתה את "הולדתו" של הצו, כשרותו, תוקפו, תחולתו והיקפו אינם מובנים מאליהם ומפקפק אני אם אכן היה מקום מלכתחילה לייצרו. מתן פתרונות יצירתיים-פסיקתיים לבעיות הורות שהתעוררו ושמתעוררות, בשל היותם נוגדים את "השכל הישר וההיגיון הבריא" מצד אחד, אך אינם עולים בקנה אחד עם הוראות הדין מצד שני, אינו פשוט כלל ועיקר. ואבהיר.

11. הליך הפונדקאות, כחלק מההתפתחות הכללית שחלה בתחום הפוריות והטכנולוגיה, הביא עמו לעולם מורכבות רבה, על שלל הגורמים המעורבים בו. זאת לצד התועלת הרבה הטמונה בו לאלו שהיא פותחת עבורם את הפתח להביא ילדים לעולם. סוגיית הפונדקאות בכללותה מעוררת אתגרים רבים ביחס לתחומים שונים, ביניהם פסיכולוגיים, חברתיים, אתיים, מוסריים ודתיים (ראו למשל: עניין ארד-פנקס, פסקאות 12-13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן; בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002)). הליכי פונדקאות מעצם טבעם טומנים בחובם קשיים לא פשוטים, כמו גם סיכונים רגשיים, כלכליים ובריאותיים עבור האימהות הנושאות (אתי סממה ונופר ליפקין "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435, 480-485 (2013) (להלן: סממה וליפקין)). לא בכדי סוגיה זו הובאה בעבר לפתחן של ועדות ציבוריות (הוועדה הציבורית בראשות השופט (בדימ') שאול אלוני (ועדת אלוני) וועדה ציבורית שנועדה לשם הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל (ועדת מור יוסף)). המחוקק לא התעלם מההתפתחות בתחום, ומנגד גם מן הסיכונים והקשיים שעלולים

להתעורר בהליכי פונדקאות. על כן, ניתנה להליך הפונדקאות גושפנקא חוקית אשר באה לידי ביטוי במסגרת חוק הפונדקאות, המסדיר את ההליך לפרטיו, תוך יצירת איזון בין הזכויות והאינטרסים השונים העומדים על הפרק בסוגיה מורכבת זו ותוך יצירת הגנה על כלל המעורבים בהליך (וראו: בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים, פסקה 25 (26.7.2011); בע"מ 1118/14, פסקאות 19-21 לפסק דינו של השופט נ' הנדל).

12. כך, הליכי פונדקאות בישראל מכוח חוק הפונדקאות דורשים עמידה בתנאים מחמירים ובפיקוח הדוק מראשיתם. החוק דורש, בין היתר, מבני זוג המבקשים לעבור הליך פונדקאות לקבל את אישורה של "ועדת אישורים" שהיא ועדה סטטוטורית המורכבת מאנשי מקצוע מתחומים שונים: רופאים מומחים בתחום היילוד וגניקולוגיה; רופא פנימי מומחה; פסיכולוג קליני; עובד סוציאלי; נציג ציבור שהוא משפטן; איש דת (סעיף 3 לחוק הפונדקאות). לאותה ועדה יש להגיש בקשה לאישור הסכם פונדקאות, ולצרף לה חוות דעת רפואיות (בקשר להורים המיועדים ובקשר לפונדקאית), הערכה פסיכולוגית בדבר התאמה להליך (בקשר להורים המיועדים ובקשר לפונדקאית), וכן אישור פסיכולוג או עובד סוציאלי כי ההורים המיועדים קיבלו ייעוץ מקצועי מתאים (סעיף 4(א) לחוק הפונדקאות). החוק גם מתווה את דרך הפעלת שיקול דעתה של הוועדה, בקבעו כי על הוועדה לוודא כי הצדדים המתקשרים בהליך הפונדקאות עושים זאת בהסכמה ומרצון חופשי ומבינים היטב את ההתקשרות, כי אף אחד מן הצדדים אינו מקופח וכי ההסכם אינו פוגע בבריאות האם הנושאת ובשלום הילד שייוולד (סעיף 5 לחוק הפונדקאות). בכלל זה, חוק הפונדקאות גם מגדיר באלו מצבים אישה לא יכולה לשמש כפונדקאית, זאת בהתייחס בין היתר למספר הלידות שהיא עברה, מספר הליכי פונדקאות בהם שימשה בעבר כפונדקאית, גילה ומצבה המשפחתי (סעיף 5(א1)). כמו כן, מגדיר החוק באלו תנאים אין לאפשר להורים המיועדים לפנות להליך פונדקאות, בהתחשב בגילם, במספר הילדים שנולדו להם ובעברם הפלילי אם ישנו (סעיף 5(א1ג)).

13. חוק הפונדקאות כולל אפוא הוראות מפורטות המסדירות את הליך הפונדקאות בהתייחס למגוון הבעיות והסוגיות המפורטות לעיל. מדובר במערכת כללים מקיפה וסדורה המתמודדת עם הסיטואציה המורכבת וההתנגשות המובנית בין האינטרסים השונים הכרוכה בהליך הפונדקאות. מנגד, מסלולי עוקפי חוק למיניהם, וביניהם הליכי פונדקאות מחוץ לישראל, עשויים לטמון בחובם פגיעה ממשית בכל אחד מהגורמים המעורבים בהליך. סוגיות שונות ומורכבות, שהמחוקק נתן עליהם את הדעת, נותרות לוטות בערפל. על קצה המזלג ניתן למנות את סוגית מידת ההתאמה של ההורים להליך (לרבות קיומו של עבר פלילי); התמורה המשולמת בגין ההליך; בריאותה של

הפונדקאית; אפשרות הניתנת לפונדקאית לחזור בה מהסכמתה להליך (לפני הלידה או לאחריה) ועוד סוגיות מורכבות רבות אשר להן השלכות על כלל הגורמים המעורבים בהליך.

[במאמר מוסגר יצוין כי בהליכים אחרים שהתנהלו לפני בית משפט זה הוזכר קיומו של "נוהל חו"ל", אשר גובש על ידי המדינה, שאינו כתוב ואינו מפורסם (ראו למשל: עניין מגד, פסקה 8), אשר בכל מקרה אין בו כדי לעגן את מערכת ההגנות והאיוונים המוקפדת אשר באה לידי ביטוי במסגרת החוק].

14. כמו כן, במדינות שונות זכויות הפונדקאיות מוגנות פחות מאשר בישראל באופן המגביר את החשש מפני "מסחור" הליך הריון ולידה בפונדקאות מסוג זה (סממה וליפקין, 445; איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותית על ידי בני זוג מאותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395, 398 (2016)). במדינות מסוימות ההליך אינו מפותח כלל, כך שהפונדקאית עלולה להיחשף לסכנות של ניצול לרעה ואף הילד עלול להיחשף למצבים שלא בהכרח עולים בקנה אחד עם טובתו (פנחס שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 309, 327 (2016)). אכן, פיקוח על פי דין על דרכי יצירת הורות הוא הכרחי "גם על מנת לאיין את החשש החברתי והמוסרי מפני סחר בילדים, וממצב בו כל אדם שידו משגת יוכל ליצור לעצמו יילוד ולקבלו לחזקתו, ובכך כביכול 'לרכוש' אותו" (בע"מ 1118/14, פסקה 21 לפסק דינו של חברי השופט נ' הנדל).

15. במסגרת זו, לא למותר לציין כי הליכי פיקוח ובקרה הדוקים באים לידי ביטוי לא רק בחוק הפונדקאות, אלא כאמור גם בחוק האימוץ המסדיר באופן קפדני את הליכי האימוץ. בין היתר, חוק האימוץ קובע כי צו אימוץ לא יינתן, אלא לאחר שהוגש תסקיר בכתב מאת עובד סוציאלי (סעיף 22). החשש ממצבי "סחר" בילדים אף הביא את המחוקק להסדיר את הליכי האימוץ הבין-מדינתי לגבי ילדים מחוץ לישראל באופן מוקפד במיוחד. אימוץ בין-מדינתי כאמור מתאפשר רק בפיקוח עמותות שהמחוקק קבע תנאים קפדניים להכרה בהן, מטיל עליהן חובות שונות ומסדיר פיקוח על פעילותן (סעיפים 28א-28ט; ראו גם: בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקאות 8-14 (24.3.2009)). בהליכי אימוץ מסוג זה, העמותה גם נדרשת לבחון את כשירותו של המבקש לאמץ, בהתייחס לפרמטרים שונים, וביניהם רקעו המשפחתי; מצבו הרפואי; סביבתו החברתית; מידע שהתקבל מהמרשם הפלילי; הערכת מסוגלות שתיערך

על ידי פסיכולוג (סעיף 28 לחוק האימוץ ותקנות אימוץ ילדים (בדיקת כשירות מבקש), התשנ"ח-1998).

16. אם כן, קיים פער עצום בין הליכי פונדקאות בישראל לבין הליכים כאלו מחוצה לה. אכן, לא ניתן להתעלם מכך שקיימת מגמה שהיקפיה הולכים וגדלים של יציאה מחוץ לישראל לצורך ביצוע הליכי פונדקאות (ראו גם: עניין מגד, פסקה 8 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור). גם אין חולק כי החוק הישראלי איננו מונע מהחפצים בכך לצאת מגבולות ישראל ולבצע שם הליכי פונדקאות. עם זאת, אין בכך כדי להביא לפריצת הגדר והגבולות של מערכת כללים המוסדרת והמקיפה כפי שעיגן אותם המחוקק. עצם הסדרתו של "צו הורות" ללא עוגן בחקיקה, מעורר אפוא קושי לא מבוטל (כפי שהעיר גם השופט מ' מזוז בבע"מ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 16 (24.1.2019) (להלן: בע"מ 4880/18)). מלאכת המחשבת הדרושה לצורך התמודדות עם מערכת השיקולים הרלוונטיים בסוגיה כה סבוכה, היא עניין למחוקק. כפי שנאמר זה מכבר בקשר להסדרה המשפטית בתחום הפוריות (וזאת בנושא המשיק לענייננו, בקשר לטיפול הפריה חוץ גופית):

"ההסדרה המשפטית בתחום הפוריות והטכנולוגיה מצריכה התמודדות עם שיקולים אתיים, מוסריים, סוציולוגיים, פסיכולוגיים ושיקולים מורכבים אחרים. הסדרה כזו דורשת מלאכת מחשבת מוקפדת וקוהרנטית, והותרת חלל ריק, שמשמעו שטח הפקר בתחום, עלולה להוביל ליצירה של כללים שהשלכותיהם אינן רצויות ולא ניתן לתקנן בדיעבד." (בג"ץ 4645/18 פלונית נ' שר הבריאות, פסקה 8 (13.2.2019)).

לטעמי אפוא אין להקדים ולהכתיב את הדין בדרך של יצירה פסיקתית, בקשר לפונדקאות מחוץ לישראל, מבלי שנקבעו על ידי המחוקק גבולות גזרה ברורים בעניין. זאת על אחת כמה וכמה שעה שהמחוקק לא התעלם מההתפתחויות בתחום. הצורך באסדרת הליכי הפונדקאות הניע את המחוקק ליצירת מתווה מחייב בקשר להליכי הפונדקאות, המבקש לפרוש הגנה מקסימלית וראויה לגורמים המעורבים בהליך, הגנה אשר באה לידי ביטוי בכללים מפורטים היורדים לפרטי פרטים. קשה בעיניי כיצד ניתן להסיר הגנות עדינות ומדויקות אלו כלאחר יד, ולהכיר בקלות יחסית בהורות "בדרך עוקפת" שהמחוקק לא הסדירה. יתר על כן, "דרך עוקפת" זו עשויה לשמש כמפלט עבור זוגות אשר ניסו את מזלם בהליכי הפונדקאות המוסדרים בארץ, אך נמצאו, לאחר בחינה ובדיקה כנדרש, לא מתאימים לכך. קשה בעיניי כי לזוגות מעין אלו תמצא תרופה בדמות "צו הורות פסיקתי", מבלי שנדרשו לעבור כל הליך סינון והתאמה משמעותי.

17. על כן, מלכתחילה ראוי היה לדרוש במקרה זה בתוקף הצו ורק לאחר מכן, במידת הצורך באפיונו ובמועד תחולתו. אך בדיעבד, שעה שהוכרע כפי שהוכרע, וזאת אף כפתרון זמני עד שייתן לכך המחוקק את דעתו וזאת בשים לב לכך שהיועץ המשפטי לממשלה נתן את הסכמתו לעצם כשירותו של הצו במקרה זה, מצטרף אני לדברי חברי. היינו, כי גם אם יש לצעוד בשביל שכבר נכרה, חייבים לעשות זאת בדרך זהירה ומדודה. עקב בצד אגודל. לפיכך, בבואנו לבחון את אופיו של "צו ההורות הפסיקתי", אין כל מקום לחרוג מהמתווה הסטטוטורי לפיו "הורות משפטית" מכוח "צו הורות" טעונה כינון בהליך שיפוטי קפדני. זאת כאשר אימוץ העמדה התומכת בגמישות באשר למועד ההכרה של בית המשפט בהורות, מהווה צעד החורג אף מגדרי הדרך שהכתיבה הפסיקה עד כה בסוגיה זו (ראו גם בע"מ 1118/14 שהציב קו גבול באשר לגדרי המצבים שבהם ניתן לתת צו הורות פסיקתי). להשקפתי המהלך הגיע לממדים שמחוללי הצו לא כיוונו אליו. ואסביר.

18. ראשית ייאמר, כי "הורות הסכמית" אינה מוכרת כלל בדין, וכינון יחסי הורות אינו עניין להסכמה גרידא בין הצדדים (וראו גם: בע"מ 1118/14). המשמעות של הכרה בצו ההורות האמור כצו הצהרתי, החל באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה (או ממועד מתן פסק הדין במדינה הזרה כבמקרה זה), משמעותה מתן תוקף למודל של הורות הסכמית, אשר אין לו תקדים. זאת כפי שגם ציין חברי השופט מ' מזוז בעניין בע"מ 4880/18:

"למותר לומר כי "הורות הסכמית" אינה מוכרת בדין ואינה מתיישבת עם ההסדרים המשפטיים של הדין הישראלי בנוגע להורות שאינה גנטית-ביולוגית. כעולה מהוראות חוק האימוץ וחוק הפונדקאות, כינון יחסי הורות אינו עניין להסכמה גרידא בין פרטים אלא מותנה בצו שיפוטי ובמנגנוני פיקוח ובקרה שנועדו להבטיח הגנה על זכויות כל המעורבים, ובעיקר על זכויות היילוד. מטעמים של טובת הילד ותקנת הציבור קיימת חשיבות לכך שהליך ההכרה בהורות מעין זו יעבור את כור ההיתוך של בית המשפט, לרבות מנגנוני הבקרה המקצועיים המעורבים בהליך כזה. ניתן אפוא לומר כי הכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה – על כל הזכויות ובעיקר החובות הכרוכים בה, כמו גם השלכותיה על זכויות היילוד – היא ענין "רציני מדי" מכדי להותירו אך להסכמה בין הצדדים." (פסקה 13) (ההדגשות הוספו – ד.מ.).

19. שנית, קשה בעיניי כיצד ניתן לסבור כי דווקא "צו הורות פסיקתי" יכול לשאת אופי הצהרתי, ולחול באופן רטרואקטיבי, שעה ש"צו הורות" מכוח חוק הפונדקאות,

אשר היווה השראה לו, אינו מאפשר כל החלה רטרואקטיבית. לא ניתן לסבור כי דווקא היעדרו של מקור חוקי לקיומו של "צו הורות פסיקתי", משמעותו כי אופיו של הצו הינו גמיש יותר מ"צו הורות" מכוח החוק שבהשראתו הוא נוצר. מדובר בפער בלתי מתקבל על הדעת. כאמור וכמפורט לעיל, חוק הפונדקאות מסדיר מערכת מגבלות ברורה ומדויקת להליך הפונדקאות. החוק מציב תנאים מפורשים ומפורטים בקשר להליך הן להורים המיועדים והן לפונדקאית, ומאפשר ביצועו רק לאחר בחינה ודרישה אחר התקיימות הדרישות והתנאים כולם על ידי ועדה סטטוטורית המורכבת מבעלי תפקיד מתחומים רבים. גם לאחר שהתמלאו כל התנאים שנקבעו, קובע חוק הפונדקאות כי הכרה בהורות מכוח "זיקה לזיקה", כאשר מדובר ב"איש ואישה שהם בני זוג", תתאפשר רק בדרך של אקט מכונן של מתן "צו הורות" לפי סעיף 11 שבו. המחוקק הבהיר כי ללא זיקה גנטית, על אף שמדובר בהליך המפוקח מראשיתו, נדרש הליך שיפוטי קונסטיטוטיובי לצורך יצירת ההורות המשפטית.

20. מנגד, "צו הורות פסיקתי" ניתן במצבים אשר אין להם הסדר חקיקתי. היינו, לא קיימים תנאים מקדמיים להליך שבהם נדרשים ההורים המיועדים או האם הפונדקאית לעמוד בהם על פי הסטנדרט הקבוע בדין הישראלי. אין "ועדה סטטוטורית" הבוחנת את התקיימות אותם תנאים, את פרטי ההסכם שבין הצדדים, את החשש לפגיעה באינטרסים שונים ובכלל זה בטובת הילד שייוולד או בזכויותיו. בוודאי שבנסיבות אלו, יצירתו של מעין "צו הורות", יכולה להיעשות רק בגדרי הליך שיפוטי המכונן אותו. ממילא גם אין מקום לכך שדווקא ההליך המפוקח-פחות, המוסדר-פחות, הנעדר מנגנוני סינון וביקורת, יהיה גמיש יותר. הדעת אינה נוחה גם מכך שהליך כגון דא ישא עמו תועלת רבה יותר עבור ההורים המיועדים, בכך שהוא יכול לחול באופן רטרואקטיבי (ראו גם: יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" משפטים מז 113, 157 (2018)).

21. על כן, ובראי האמור לעיל, תוך סטייה קלה מעמדת חברי, אף איני סבור כי יש מקום להידרש לתחולתם של פרמטרים לחריגה מהכלל בדבר תחולת צו ההורות ממועד נתנתו על ידי בית המשפט, פרמטרים אשר פורטו בפסקה 13 לחוות דעתו של חברי. כך, אינני סבור כי יש באי אלו מהפרמטרים אותם מנה חברי כדי להצדיק זכות יתר זו, של תחולה רטרואקטיבית, באשר להליכי פונדקאות מחוץ לישראל, וזאת על פני הליכי פונדקאות בישראל.

22. הפרמטר הראשון אליו התייחס חברי, הוא אינטרס טובת הילד. אמנם, אין חולק כי "טובת הילד" אינה שאלה ערטילאית או תיאורטית, והיא נוגעת בילד הספציפי

שעניינו נדון, בנסיבות חייו ובמערכת המשפחתית שהוא מכיר" (עניין מגד, פסקה 35 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור). עם זאת, אין להתעלם מההקשר הכולל של בחינת "טובת הילד" באשר לסוגיה העומדת על הפרק. ואכן, במסגרת חוק הפונדקאות ניתן משקל משמעותי לטובת הילד ולאינטרסים הקשורים אליו לכל אורך ההליך (למשל, סעיפים 5(א)(ג1)(ג); 5(א)(א2); 5(א)(3); 13-14), ואף ניתן לאינטרס זה משקל מכריע בשלב מתן צו הורות לפי סעיף 11 לחוק, כאשר נקבע כי צו כאמור לא יינתן אם נוכח בית משפט כי הדבר נוגד את טובת הילד. לא ניתן לומר כי המחוקק התעלם מהאינטרס שעניינו "טובת הילד" בהליך. ברם, המחוקק קבע נקודת איזון ברורה – צו הורות הוא הצו המכונן את ההורות (סעיף 12(א)). שעה שקבע המחוקק כי אין בעיקרון טובת הילד כדי להסיט את מועד תחולתו של צו הורות למועד מוקדם יותר, אין כל הצדקה לאפשר זאת דווקא בעת מתן "צו הורות פסיקתי".

23. הפרמטר השני, עניינו בממד הזמן. גם בעניין זה לא מצאתי הצדקה מדוע פרמטר זה יכול להביא לקביעת מועד תחולה מוקדם יותר, דווקא בהליכי פונדקאות מחוץ לישראל. חברי העיר כי כאשר פער הזמנים גדל, כך תפחת הנכונות להעניק לצו תחולה רטרואקטיבית. אלא שפער זמנים קטן בין מועד הלידה לבין מועד הינתן הצו מהווה מאפיין של הליכי פונדקאות בישראל. ממילא אפוא, אין כל הבדל בהקשר זה בין הליכי פונדקאות מחוץ לישראל לבין הליכים בישראל, המצדיק מתן צו רטרואקטיבי דווקא בהליכים מחוץ לישראל. [במאמר מוסגר יצוין כי המשיבים עמדו על כך שאורכם של הליכי פונדקאות בחו"ל הוא ההבדל המצדיק לשיטתם סטייה מהמתווה שקבע המחוקק באשר ל"צו הורות" מכוח סעיף 11 לחוק הפונדקאות].

24. עוד עמד חברי על פרמטר שלישי, שעניינו היעדר זיקה הורית שלישית, היינו כי יש להבטיח שההכרה בהורות ממועד הלידה לא תיצור "הורות משולשת" לאור מעורבות אפשרית מצד האם הפונדקאית. אלא שאחד המאפיינים של פונדקאות מחוץ לישראל הוא קיומו של דין משתנה ממדינה למדינה, וזאת, בין היתר, ביחס לסוגיית המועד שבו מתנתקת הזיקה לאם הפונדקאית. לפיכך, הכרה בפרמטר מעין זה משמעותה בדיקה פרטנית של מועד ניתוק הזיקה, ביחס לדין הזר הספציפי. כפי שגם העיר חברי בפסקה 15 לחוות דעתו, קיים קושי ממשי לבסס את ההכרעה על בדיקה פרטנית של מועד ניתוק זיקת האם הפונדקאית בהתחשב בדין הזר הספציפי, המשתנה ממדינה למדינה.

לסיכום אפוא, מצטרף אני לחוות דעת חברי, בהסתייגות מהאמור בפסקאות 12 ו-13 לחוות דעתו בדבר קיומם של חריגים לכלל האמור.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ח' בשבט התש"ף (3.2.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט