



בית המשפט העליון

דנ"א 1297/20

דנג"ץ 5591/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) נ' הנדל
כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט (בדימי) ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ

1. המבקשים בדנ"א 1297/20 : פלוני
2. פלוני

1. המבקשות בדנג"ץ 5591/20 : 1. רות צור-וייסלברג
2. אורלי וייסלברג-צור
3. האגודה לשמירת זכויות הפרט (ע"ר)

נ ג ד

המשיב בדנ"א 1297/20 : היועץ המשפטי לממשלה

1. מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים : המשיבים בדנג"ץ 5591/20
2. שר הפנים

המבקשים להצטרף כ"ידיד
בית המשפט" בדנ"א
1297/20 :

1. פרופ' בלהה דודזון-ערד
2. ד"ר ליאת חממה
3. ד"ר כרמית כץ
4. ד"ר גיא שילה
5. האגודה למען הלהט"ב בישראל

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בבע"מ
3518/18 מיום 3.2.2020 אשר ניתן על ידי השופט (כתוארו
אז) נ' הנדל והשופטים ג' קרא ו-ד' מינץ ובפסק דינו של
בית המשפט העליון בבג"ץ 4635/16 מיום 26.7.2020 אשר
ניתן על ידי המשנה לנשיאה ח' מלצר, השופט (כתוארו אז)
נ' הנדל והשופט ג' קרא

כ"ט בחשוון התשפ"ב (4.11.2021)

תאריך הישיבה :

בשם המבקשים בדנ"א 1297/20 :
 עו"ד ויקטוריה גלפנד; עו"ד דפנה כהן-סטאו;
 עו"ד בת-חן גרינבלט; עו"ד חגי קלעי

בשם המבקשות בדנג"ץ 5591/20 :
 עו"ד חגי קלעי

בשם המשיב בדנ"א 1297/20 : עו"ד רות גורדין

בשם המשיבים בדנג"ץ 5591/20 :
 עו"ד רן רוזנברג; עו"ד מוריה פרימן

בשם המבקשים להצטרף כ"ידיד בית המשפט" 4-1
 בדנ"א 1297/20 : עו"ד דניאלה יעקובי

בשם המבקשת להצטרף כ"ידידת בית המשפט" 5
 בדנ"א 1297/20 : עו"ד יונתן קהת

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

לפנינו שני הליכים שבהם מתעוררות שאלות משפטיות באשר להורות מכוח "זיקה לזיקה" – מצב שבו אדם שאין לו קשר גנטי או פיזיולוגי (להלן יחד: קשר ביולוגי) ליילוד מוכר כהורה מתוקף הקשר הזוגי שהוא מקיים עם ההורה הביולוגי. דנ"א 1297/20 הוא דיון נוסף על פסק דינו של בית משפט זה בבע"ם 3518/18 (השופט (כתוארו אז) נ' הנדל, והשופטים ג' קרא ו-ד' מינץ) מיום 3.2.2020, שעניינו בהורות מכוח "זיקה לזיקה" בנסיבות של הליכי פונדקאות שבוצעו מחוץ לישראל (להלן: עניין פונדקאות חו"ל). דנג"ץ 5591/20 הוא דיון נוסף על פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 4635/16 (המשנה לנשיאה ח' מלצר, השופט (כתוארו אז) הנדל והשופט קרא) מיום 26.7.2020, אשר עוסק בהורות מכוח "זיקה לזיקה" בנסיבות של תרומת זרע אנונימית (להלן: עניין צור-וייסלברג).

בהתאם להחלטתי מיום 13.4.2021, שני הדיונים הנוספים נשמעו בפנינו במאוחד בשל הקרבה הנושאת של השאלות המתעוררות בהם. השאלה הראשונה, המשותפת לשני ההליכים, נוגעת למהותו של מוסד צו ההורות הפסיקתי אשר מכוחו ניתן כיום להכיר בהורותו של בן הזוג שאין לו קשר ביולוגי ליילוד (להלן גם: ההורה הלא-

ביולוגי): האם בית המשפט שמעניק את הצו מכונן את ההורות או שמא מדובר בצו המצהיר על הורות קיימת? ככל שמדובר בצו מכונן, מתעוררת השאלה השנייה, אשר נדונה בעניין פונדקאות חו"ל, ועניינה באפשרות להחיל את צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי החל ממועד הלידה או לחלופין ממועד אחר הקודם למתן הצו. השאלה השלישית, שנדונה בעניין צור-וייסלברג, היא האם הצגת צו הורות פסיקתי או תעודה ציבורית אחרת, מהווה תנאי לרישום הורותו של ההורה הלא-ביולוגי במרשם האוכלוסין, או שמא הודעה שניתנה לפקיד המרשם מספיקה לצורך ביצוע הרישום.

טרם שנפנה לדיון בשלוש השאלות האמורות, אעמוד בקצרה על עיקרי העובדות וההליכים הקודמים הנוגעים לכל אחד מן הדיונים הנוספים, ובהמשך יובאו בתמצית טענות הצדדים.

עניין פונדקאות חו"ל

1. המבקש 1 והמבקש 2 בדנ"א 1297/20 (להלן יחד: המבקשים), נישאו בחו"ל ונרשמו כנשואים במדינת ישראל. בהמשך, הם התקשרו בהסכם לנשיאת עוברים עם אזרחית ארה"ב, שוויתרה על זיקתה ההורית (להלן: הפונדקאית). בעקבות ההסכם הושתלו ברחמה של הפונדקאית ביציות של תורמת חיצונית, אשר הופרו בזרעו של המבקש 2. ביום 31.5.2016 נולדו במדינת מינסוטה שבארצות הברית שני ילדיהם של המבקשים (להלן: הקטינים), וביום 13.6.2016 נתן בית משפט במדינת מינסוטה פסק דין שניתק את הזיקה בין הפונדקאית לילדים והורה על הנפקת רישומי לידה מתוקנים שבהם הופיע המבקש 2 כהורה יחיד (להלן: פסק הדין הזר). שבוע לאחר מכן ניתן פסק דין הצהרתי על-ידי בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב-יפו המכיר בהורותו של המבקש 2 מכוח זיקתו הגנטית לקטינים, בהתבסס על תוצאות בדיקת סיווג רקמות. ביום 18.9.2016 הגישו המבקשים בקשות למתן צווי הורות פסיקתיים עבור המבקש 1, בן זוגו של ההורה הגנטי, מכוח "זיקה לזיקה". בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה מיום 3.1.2017 הוענקו למבקש 1 צווי הורות פסיקתיים שתוקפם נקבע ממועד לידת הקטינים, וזאת חרף עמדת היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועץ) אשר הסכים למתן הצווים רק מכאן ולהבא.

2. היועץ ערער על פסק הדין לבית המשפט המחוזי, בטענה כי צו ההורות הפסיקתי אינו מצהיר על הורות קיימת, אלא מכונן אותה, ואף אם אין בכך כדי לשלול באופן גורף את תחולתו הרטרואקטיבית, בענייננו לא התקיימו נסיבות חריגות המצדיקות זאת. ביום 22.3.2018 בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו קיבל את הערעור באופן חלקי בלבד

(השופטים 'ש' שוחט ו-י' אטדגי, כנגד דעתה החולקת של השופטת י' שבח). בית המשפט המחוזי קבע, בדעת רוב, כי אין צורך להכריע בשאלה האם צו ההורות הפסיקתי נושא אופי הצהרתי או מכונן, שכן אף אם מדובר בצו מכונן ניתן להחילו רטרואקטיבית במצבים מסוימים. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי נסיבות העניין – ובפרט המועד המוקדם שבו הוגשו הבקשות למתן צווי ההורות ותרומת ההכרה בהורות המבקש 1 לרווחת הילדים – מצדיקות חריגה מן הכלל כך שצו ההורות יחול באופן רטרואקטיבי. עם זאת, דעת הרוב קבעה כי בניגוד לקביעת בית המשפט לענייני משפחה, יש להחיל את צו ההורות רק ממועד מתן פסק הדין הזר, אשר ניתק את זיקתה ההורית של הפונדקאית, ולא מרגע לידתם של הקטינים. מנגד, דעת המיעוט (השופטת שבח) סברה כי יש לקבל את הערעור במלואו, שכן צו ההורות הפסיקתי הוא בעל אופי מכונן ורק במקרים חריגים – שאינם מתקיימים בעניינם של המבקשים – ניתן להחילו באופן רטרואקטיבי.

3. היועץ הגיש בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי לבית משפט זה, אשר התמקדה בשתי סוגיות: אופיו של צו ההורות הפסיקתי ותחולתו של הצו. בהתייחס לסוגיה הראשונה, היועץ סקר באריכות את התפתחות מוסד צו ההורות הפסיקתי וסבר כי מדובר בצו מכונן ולא הצהרתי, שכן הוא ניתן בהיעדר קשר גנטי או פיזיולוגי בין ההורה המיועד לילד, ומשכך אינו מצהיר על עובדה קיימת אלא יוצר ומכונן הורות חדשה. כמו כן, היועץ טען כי תחולה רטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי מעוררת קושי מיוחד בהקשר של פונדקאות חו"ל, וזאת בשל החשש מהיווצרות "הורות משולשת". משכך, נטען כי בהיעדר נסיבות חריגות, יש לדבוק בכלל לפיו צו ההורות הפסיקתי יחול רק ממועד נתינתו.

4. ביום 3.2.2020 ניתן פסק דינו של בית משפט זה בעניין פונדקאות חו"ל, במסגרתו נדונה בקשת רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פיה, וערעורו של היועץ התקבל. השופט (כתוארו אז) הנדל, שלטעמיו הצטרף השופט קרא, עמד בפתח הדברים על כך שמקור ההורות מכוח "זיקה לזיקה" הוא בסעיפים 2(2) ו-12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות) וסעיף 11 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות), הקובעים כי גם בנסיבות שבהן בני הזוג הסתייעו בתרומת ביצית ובאם פונדקאית, בת הזוג של האב הגנטי תוכר כאמו של היילוד. זאת, בכפוף לכינון ההורות על ידי בית המשפט באמצעות צו הורות. השופט הנדל הוסיף כי בעקבות צו ההורות הסטטוטורי, התפתח בעשור האחרון מוסד צו ההורות הפסיקתי אשר הרחיב את אדן "הזיקה לזיקה" כך שניתן להכיר בהורות של בת זוג של מי שיש לה זיקה ביולוגית לילד שנולד מתרומת זרע אנונימית; ובהורות בן הזוג חסר הזיקה הביולוגית ביחס לילדים שנולדו בהליכי

פונדקאות חו"ל. מוסד זה, כך צוין, נוצר בשל "כורח המציאות" וכ"עזרה ראשונה", בהיעדר מענה בחוק לילדים שנולדו לתאים משפחתיים חדשים, אשר לא ניתן להותירם בלא סטטוס משפטי. השופט הנדל קבע כי בדומה לצווים המעוגנים בחוק ומוענקים להורים חסרי זיקה ביולוגית ליילוד (צו הורות לפי סעיף 12(א) לחוק הפונדקאות וצו אימוץ לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ)), גם צו ההורות הפסיקתי הוא צו מכוון ולא צו הצהרתי בלבד.

על רקע מסקנה זו, נקבע כי הנחת המוצא היא שההורות נוצרת במועד שבו מתבצע האקט המכוון, דהיינו – בעת מתן הצו. עם זאת, השופט הנדל הוסיף כי הגדרת הצו כמכוון אינה סוגרת לחלוטין את "שערי התחולה הרטרואקטיבית". זאת, לדבריו, בדומה לכלל ולחריג החלים ביחס לאימוץ לפיהם "תוצאות האימוץ חלות מיום מתן צו האימוץ, אם לא קבע בית המשפט בצו האימוץ שתוצאותיו, כולן או מקצתן, יחולו מיום אחר" (סעיף 17 לחוק האימוץ). השופט הנדל מנה שלושה פרמטרים שיש לבחון לצורך חריגה מן הכלל בדבר החלת צו ההורות הפסיקתי באופן הצופה פני עתיד: טובת הילד; ממד הזמן (ככל שפער הזמנים בין הלידה לבקשת הצו גדל, תפחת הנכונות להעניק לצו תחולה רטרואקטיבית); ומניעת מצב של "הורות משולשת", שהדין הישראלי אינו מכיר בו. בהתבסס על ניתוח פרמטרים אלה, השופט הנדל סבר כי בכל הנוגע לפונדקאות חו"ל מוטב שייקבע כלל קטגורי וגורף לפיו צו ההורות הפסיקתי מכוח "זיקה לזיקה" יחול רק ממועד נתינתו. זאת, היות שעד מתן פסק הדין הזר מתקיים בין הקטינים לפונדקאית קשר הורי ומשכך לא ניתן להחיל את הצו ממועד הלידה בשל החשש מפני כינון הורות משולשת. כמו כן, ריבוי הגישות הקיימות בדין הזר לגבי ניתוק זיקת האם הנושאת ליילוד מקשה על ביצוע בדיקה פרטנית באשר למועד ניתוק הזיקה בהתאם לדין החל בכל מדינה. להבדיל, בנסיבות של תרומת זרע אנונימית, לא מתעורר חשש להורות משולשת, כך שההכרה בהורות מכוח "זיקה לזיקה" ממועד הלידה אינה מעוררת כל קושי. הדבר משתקף, כך ציין השופט הנדל, בהמלצות הצוות המקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי משנת 2018 (להלן: הצוות המקצועי). צוות זה אשר מונה על ידי שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (להלן: שר הרווחה) ואשר היועץ סמך ידיו על המלצותיו, סבר כי בנסיבות של תרומת זרע אנונימית ניתן יהיה לכוון הורות מכוח "זיקה לזיקה" באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה, אם הבקשה למתן הצו תוגש תוך 90 ימים ממועד הלידה.

השופט מיינן הסכים לתוצאה שאליה הגיע השופט הנדל אך הוסיף והעיר כי לעמדתו אין מקום להידרש לאי אלו פרמטרים לצורך בחינת חריגה מהכלל בדבר תחולת צו ההורות ממועד נתינתו. זאת, שכן אין מקום להעניק זכות יתר זו, של תחולה

רטרואקטיבית, באשר להליכי פונדקאות מחוץ לישראל, בעוד הדבר אינו מתאפשר בהליכי פונדקאות המתקיימים בישראל לפי חוק הפונדקאות. לעמדתו, אין מקום לקבוע כי ההליך המפוקח פחות, שנעדר מנגנוני פיקוח וביקורת, יהיה גמיש יותר ויניב תועלת רבה יותר בכך שניתן יהיה להחילו באופן רטרואקטיבי.

עניין צור-וייסלברג

5. המבקשת 1 והמבקשת 2 בדנג"ץ 5591/20 (להלן יחד: המבקשות 1-2) הן בנות זוג שבחרו להביא יחד ילד לעולם. לשם כך הן נעזרו בתרומת זרע אנונימית, והמבקשת 1 נשאה את ההיריון. בהתחשב בכך שלמבקשת 2 אין קשר ביולוגי לילד שייוולד, פנו המבקשות 1-2 עוד טרם הלידה, ביום 15.5.2016, למשיבים בדנג"ץ 5591/20 בבקשה להסדיר את רישום הילד כבנה של המבקשת 2 על בסיס הודעתן המשותפת, תוך ציון דחיפות העניין בשל מועד הלידה הקרוב. בהיעדר מענה, הגישו המבקשות 1-2 עתירה לבית משפט זה, שאליה הצטרפה כעותרת גם המבקשת 3, האגודה לשמירת זכויות הפרט (להלן: האגודה; ולהלן יחד: המבקשות).

במסגרת העתירה נטען כי המדיניות הקיימת פוגעת בזכותן של המבקשות 1-2 לשוויון, שכן זוגות הטרוסקסואלים – גם אלה שנעזרים בתרומות זרע – יכולים לרשום את האב כהורה באופן אוטומטי על בסיס הודעה על לידה בישראל (אם הם נשואים) בהתאם לסעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם) או על בסיס הודעה משותפת מטעם שני בני הזוג (אם הם לא נשואים) בהתאם לסעיף 21 לחוק המרשם ("שם אביו של ילד שנולד לאשה פנויה יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד [...]"). לעומת זאת, במקרה של זוגות חד מיניים – בת הזוג של האם היולדת יכולה להירשם כהורה רק בדרך של הצגת צו הורות פסיקתי או צו אימוץ. לשיטת המבקשות, יש לפרש את ההסדרים השונים בחוק המרשם באופן שיאפשר את רישום הורותה של האם הלא-ביולוגית על פי הודעה משותפת מטעם בנות הזוג או לחלופין להרחיב את ההסדר הקבוע בחוק באמצעות סעד של "Reading in" כדי לאפשר זאת. המשיבים בדנג"ץ 5591/20, מצדם, טענו כי רישום פרטים במרשם האוכלוסין הנוגעים להורות מתבסס על קיומו של קשר ביולוגי, שאינו קיים בנסיבות העניין בין המבקשת 2 ובין הילד שנולד, ולכן מעמדה כאם טעון הליך משפטי אשר יכונן את ההורות המשפטית. לאחר הליך זה, כך נטען, תהיה בידי המבקשת 2 תעודה ציבורית שתשמש לצורך רישומה כאם, וזאת לפי סעיף 19ב(א) לחוק המרשם.

6. ביום 3.8.2016 הוצא צו על-תנאי בעתירה אשר הורה למשיבים לבוא וליתן

טעם:

א. מדוע לא ירשום המשיב 1 ילדים של בנות זוג בנות אותו המין כילדים של שתי בנות הזוג על פי הודעה בדבר לידה כאמור בסעיף 6, או בסעיף 19ב(ב) לחוק מרשם אוכלוסין [...]

ב. מדוע לא ייקבע כי הביטוי "שם האב" בסעיפים 21 ו-22 לחוק מרשם אוכלוסין יפורש ככולל גם "אם".

ג. ולחילופין, ככל שימצא על ידי בית המשפט כי הביטוי "אב" כאמור משמעו הגבלת זכאותן של בנות זוג בנות אותו המין לרשום "אם" נוספת על פי הודעת ההורים, מדוע לא יורחב ההסדר בדרך של Reading-in, או בדרך של הכללת "אם" נוספת כהורה של הילוד במשמעות האמור בסעיף 6 לחוק מרשם אוכלוסין".

ביני לביני, למבקשות 1-2 נולדה בת נוספת שאותה נשאה המבקשת 2. גם בפעם זו סירבו נציגי המשיבים לרישומן של המבקשות 1-2 כאימהותיה של התינוקת והסתפקו בציון הערה כי המבקשת 1 היא בת הזוג של המבקשת 2.

7. ביום 26.7.2020 ניתן פסק דינו של בית משפט זה (המשנה לנשיאה מלצר, השופט (כתוארו אז) הנדל והשופט קרא) אשר דחה את עתירת המבקשות בקובעו כי פקיד המרשם אינו רשאי לרשום את הורות בת הזוג של האם הביולוגית במרשם האוכלוסין על בסיס הודעה בלבד, וכי לשם כך נדרשת הצגת תעודה ציבורית המעידה על כינון יחסי ההורות.

8. בפתח הדברים עמד המשנה לנשיאה מלצר על ההסדר החקיקתי המעוגן בחוק המרשם, אשר מבחין בין זוגות הרשומים כנשואים ובין זוגות שאינם רשומים כנשואים, לעניין רישום הורותם במרשם. באשר לרישום זוגות שאינם נשואים ציין המשנה לנשיאה כי ביוני 2018, לאחר הגשת העתירה, שונה טופס "הכרה באבהות על ילד שנולד לאישה פנויה, לפי סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין" (להלן: טופס ההכרה באבהות) שבמסגרתו נדרשים בני הזוג להצהיר על אבהותו של בן הזוג. כעת ההצהרה הנדרשת היא כי מדובר באביו הביולוגי של הילוד (ולא רק "אביו של הילוד"). המשנה לנשיאה ציין בהקשר זה כי רישום במרשם האוכלוסין, הנוגע להורות, נשען ככלל על קיום קשר ביולוגי בין ההורים לילד. על כן, נקבע כי קיים שוני רלוונטי בין בני זוג הטרוסקסואלים שאינם נשואים, המבקשים להירשם כהורים על בסיס הצהרה בדבר אבהות ביולוגית אשר לגביהם

חלה חזקה בדבר קיומה של זיקה ביולוגית בין הורה ליילוד; ובין בנות זוג מאותו מין, אשר לגבי בת-הזוג של האם היולדת קיימת חזקה בדבר היעדר זיקה ביולוגית ליילוד. משכך, סבר המשנה לנשיאה כי מדובר ביחס שונה לשונים שאינו עולה כדי אפליה פסולה.

אשר לשאלת קיומה של אפליה פסולה ברישום זוגות נשואים, המשנה לנשיאה קבע כי כשמדובר בבני-זוג הטרוסקסואלים נשואים "קיימת חזקה, סבירה בנסיבות, כי הגבר הנשוי לאישה היולדת הינו האב הביולוגי של הילד" (בפסקה 49 לחוות דעתו), חזקה שכלל אינה מתקיימת כשמדובר בבנות זוג נשואות. אשר לזוגות הטרוסקסואליים, צוין כי ייתכנו מקרים שבהם לא תתקיים חזקת הזיקה הביולוגית בין הבעל ליילוד (למשל במקרה של היעזרות בתרומת זרע), אולם מדובר במקרים מועטים שאינם מבססים אפליה המצדיקה התערבות במדיניות המשיבים לפיה הבעל יירשם באופן אוטומטי כאב. אשר לבנות-זוג נשואות, צוין כי ייתכנו מקרים שבהם לשתי הנשים תהיינה זיקה ביולוגית או גנטית ליילוד (כשאישה אחת תרמה את הביצית והאחרת נשאה את ההיריון), אך גם מקרים אלה הם חריגים ואינם מצדיקים התערבות במדיניות הנוהגת. בסיכום הדברים נקבע כי בהיעדר אפליה, דינם של כלל רכיבי הצו על תנאי להידחות.

9. השופט (כתוארו אז) הנדל הצטרף לתוצאה שאליה הגיע המשנה לנשיאה לפיה דין העתירה להידחות, אך זאת מנימוקים שונים. לעמדתו, לנוכח ההכרה המשפטית במודלים נוספים של הורות, אין עוד מקום לזהות את רישום ההורות במרשם האוכלוסין עם קשר ביולוגי בלבד. עם זאת, השופט הנדל סבר כי אף שהדין המהותי מכיר בהורות מכוח "זיקה לזיקה", אין לאפשר רישום מידי של זיקה כאמור במרשם האוכלוסין. זאת, לנוכח כוחו המוגבל של פקיד המרשם והצורך בפנייה לבית המשפט על מנת לזכות בהכרה בהורות. השופט הנדל חזר בהקשר זה על עמדתו בעניין פונדקאות חו"ל, לפיה צו ההורות הפסיקתי נושא אופי מכוון, ולפיכך הליך הרישום של הורות ביולוגית, הנוצרת מאליה עם הלידה, אינו רלוונטי לגביה. לעמדתו, הורות מכוח "זיקה לזיקה" היא הורות פסיקתית שיש להקפיד על פרוצדורת ההכרה בה, ולכן לא ניתן לאפשר לפקיד המרשם לעקוף אותה ולרשום את הורות בת-הזוג של האם הביולוגית על סמך הודעה בלבד. השופט קרא הצטרף לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, וכן להערותיו של השופט הנדל בעניין אופיו של צו ההורות הפסיקתי כצו מכוון.

הבקשות לדיון נוסף וההתפתחויות לאחר הגשתן

10. ביום 18.2.2020 עתרו המבקשים בדנ"א 1297/20 לקיום דיון נוסף בעניינם, ובהמשך הוגשו שתי בקשות להצטרפות להליך זה כ"ידידי בית המשפט" (להלן יחד: בקשות הצטרפות) – האחת הוגשה על ידי האגודה (שהיא כאמור אחת המבקשות בדנג"ץ 5591/20), והשנייה על ידי מרצים הנמנים על הסגל הבכיר של בית הספר לעבודה סוציאלית באוניברסיטת תל אביב. ביום 10.8.2020 עתרו המבקשות בדנג"ץ 5591/20 לקיים דיון נוסף בעניינן, וביום 13.4.2021 הוריתי על קיומו של דיון נוסף בשני ההליכים בהרכב מורחב של שבעה שופטים.

ביני לביני, ביום 14.2.2021 ניתן פסק הדין בבע"ם 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון (להלן: עניין איילון), אשר נסב על שאלת תחולתו הרטרואקטיבית של צו הורות הפסיקתי ביחס לבת זוגה של מי שילדה באמצעות תרומת זרע אנונימית. בהמשך להערותיו של השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין פונדקאות חו"ל, בית המשפט (השופטים (כתוארם אז) הנדל ו-ע' פוגלמן והשופט מ' מזוז) קבע כי בנסיבות של תרומת זרע אנונימית ניתן להכיר בתחולה רטרואקטיבית של צו הורות כך שיחול החל ממועד הלידה. זאת, בכפוף לכך שהבקשה למתן הצו הוגשה לבית המשפט בתוך פרק זמן של תשעה חודשים ממועד הלידה. כמו כן, נקבעו בהקשר זה גם הוראות מעבר באשר לצווי הורות שיינתנו בעניינם של ילדים שנולדו לפני מתן פסק הדין (שם), בפסקה 16 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל).

11. ביום 4.11.2021 קיימנו דיון בשני ההליכים. במהלך הדיון קבענו כי נסתפק בעמדות המפורטות שהגישו בכתב המבקשים להצטרף. בתום הדיון, ביקשנו כי היועץ יגיש את עמדתו ביחס לאפשרות לפיה יחול הכלל שנקבע בעניין איילון – המאפשר להחיל את צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי – גם בנסיבות של פונדקאות חו"ל.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה הוגשה ביום 4.1.2022, ובה צויין כי היועץ עודנו סבור שככלל אין להחיל את צווי ההורות הפסיקתיים בנסיבות של פונדקאות חו"ל באופן רטרואקטיבי. זאת, בין היתר, משום שלא ניתן להכיר בישראל בפסק הדין הזר המנתק את הזיקה בין היילוד לפונדקאית, ומשום שפתיחת פתח לתחולה רטרואקטיבית עלולה להוביל לריבוי התדיינויות באשר לקביעת המועד ממנו יחול צו ההורות. היועץ הוסיף כי ככל שייקבע שיש לאפשר בכל זאת תחולה רטרואקטיבית בנסיבות של פונדקאות חו"ל, יש לעשות זאת בהתאם לתנאים הבאים: התחולה הרטרואקטיבית תתאפשר מכוח סמכות בית המשפט הישראלי לתת צווי הורות פסיקתיים ולא תתבסס על הכרה בפסק הדין הזר; צו ההורות יחול לכל המוקדם מיום מתן פסק הדין הזר ולא מיום הלידה; בנסיבות שבהן נדרשת הפונדקאית לחתום על תצהיר ויתור בנציגות ישראל (למשל,

כשפסק הדין הזר ניתן לפני הלידה או התבסס על ויתור הפונדקאית על זיקתה ליילוד לפני הלידה), לא ניתן יהיה להחיל את צו ההורות באופן רטרואקטיבי, וזאת בשל החשש מהפעלת לחץ על הפונדקאית להגיע בהקדם לנציגות. לבסוף, צוין כי בכל מקרה יש להציב תנאי לתחולה רטרואקטיבית ולפיו על הבקשה להיות מוגשת תוך תשעה חודשים ממועד הלידה, בדומה לאמור בעניין איילון.

12. להשלמת הדברים יצוין עוד כי המשיבים עדכנו שביום 18.1.2022 פנו המבקשות 1-2 לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה למתן צו הורות פסיקתי, כדי לא לאבד את האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי בהתאם להוראות המעבר שנקבעו בעניין איילון. עם זאת, בבקשה למתן הצו הבהירו המבקשות 1-2 כי אין בהגשתה משום ויתור על טענותיהן בהליכים דנן.

תמצית טענות הצדדים בבקשות לדיון נוסף

13. המבקשים בדנ"א 1297/20 סבורים כי הקביעה בעניין פונדקאות חו"ל לפיה צו ההורות הפסיקתי נושא אופי מכוון והוא זה היוצר את הקשר ההורי – שגויה. המבקשים טוענים כי צו כאמור אך מזהיר על הורות קיימת, וזאת בדומה לצו ההורות מכוח חוק הפונדקאות, אשר לשיטתם הינו צו הצהרתי. עוד טוענים המבקשים כי פסק הדין צמצם את היקף תחולתה של הזכות להורות מכוח "זיקה לזיקה" באופן העולה כדי פגיעה בזכות לשוויון, שכן במישור התוצאתי הוא יוצר אפליה מובנית וממוסדת כלפי זוגות להט"בים שהם האוכלוסייה העיקרית שנדרשת לפנות למסלול של צו הורות פסיקתי. המבקשים מוסיפים וטוענים כי גם אם צו ההורות הפסיקתי נושא אופי מכוון, אין מקום לקבוע כלל קטגורי ששולל את האפשרות לתחולה רטרואקטיבית של הצו בנסיבות של פונדקאות חו"ל. בהקשר זה יצוין כי במהלך הדיון מיום 4.11.2021 הסכימו המבקשים כי ככל שיקבע שהצו נושא אופי מכוון, מועד תחולתו יהיה מועד ניתוק הזיקה בין הפונדקאית ליילוד – שממנו אין עוד חשש להורות משולשת – ולא מועד הלידה. לבסוף, נטען כי יש לאפשר להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי גם אם הבקשה למתן צו הורות הוגשה לאחר תשעה חודשים ממועד הלידה, וזאת בין היתר כדי לתת מענה למקרים שבהם לא ניתן היה להגיש את הבקשה למתן הצו בפרק זמן זה (למשל אם המשפחה התגוררה מחוץ לישראל במשך מספר שנים).

14. בקשות ההצטרפות תומכות בטענות המבקשים. כך, נטען כי טובת הילד מחייבת לקבוע שצו ההורות הפסיקתי הוא צו הצהרתי; כי יש להימנע ממצב שבו נוצר "חלל ריק" בין הלידה ובין מתן הצו בכל הנוגע למעמדו של ההורה הלא-ביולוגי; וכי

פסק הדין בעניין פונדקאות חו"ל מסיג לאחור את ההכרה המשפטית במשפחות להט"ביות ומתייג את הורותם של זוגות גברים בעקבות הליכי פונדקאות כהורות "חשודה", הנבדלת ממודל ההורות "הטבעית".

15. המבקשות בדנג"ץ 5591/20 מתייחסות בטענותיהן לשני מישורים – המישור המהותי והמישור הרישומי. באשר למישור המהותי הן טוענות כי אין מקום להחיל את ההלכה שנקבעה בעניין פונדקאות חו"ל – לפיה צו ההורות הפסיקתי הוא צו מכונן – לנסיבות של בנות זוג שמסתייעות בתרומת זרע אנונימית, שכן במקרה כזה, להבדיל מפונדקאות, לא מתעורר צורך לנתק את זיקתו ההורית של תורם הזרע האנונימי. משכך, יש לקבוע כי הורותן של שתי בנות הזוג נוצרת כבר במועד הלידה. מכל מקום, המבקשות מדגישות כי גם אם צו ההורות הפסיקתי יפורש כצו מכונן, אין בכך כדי להשליך על המישור הרישומי ועל שיקול דעתו של פקיד המרשם כאשר בנות זוג מאותו מין מבקשות לרשום את הורותן על בסיס הודעתן ובהיעדר צו הורות פסיקתי. לטענתן, בפסיקה נקבע לא אחת כי המרשם נועד לשקף את ההיבט המשפטי של ההורות ולא את ההיבט הביולוגי, ואין כל עוגן לשוני לפרשנות לפיה סעיף 21 לחוק המרשם, המאפשר לרשום את שם האב על בסיס הודעה משותפת של בני הזוג, חל רק על אבהות ביולוגית. נטען כי פסק הדין בעניין צור-וייסלברג מוביל לתוצאה מפלה, שכן זוגות הטרוסקסואלים אינם נדרשים לקבל צו הורות פסיקתי – הליך הכרוך במשמעויות כלכליות ובירוקרטיות לא מבוטלות – וזאת גם אם הורות הגבר היא מכוח "זיקה לזיקה"; בעוד שבנות זוג מאותו מין מחויבות לפנות לבית המשפט לצורך השלמת הרישום, אף שבמקרים מסוימים לבת הזוג של האם היולדת יש קשר גנטי ליילוד (אם ביצית שלה הושתלה ברחמה של בת זוגה). המבקשות סבורות כי יש להחיל דין זהה על הורים הטרוסקסואליים ועל בנות-זוג מאותו מין מבחינת רישומם כהורים במרשם האוכלוסין, בין אם הם נשואים ובין אם לאו, והן מציעות לפרש את המונח "אב", הקבוע בסעיפים 21-22 לחוק המרשם, כחל על זכר ונקבה כאחד, באופן שיאפשר לרשום בנות זוג נשואות כאמהות באופן אוטומטי ובנות זוג שאינן נשואות כאמהות על יסוד הודעתן המשותפת.

16. היועץ המשפטי לממשלה (המשיב בדנ"א 1297/20) ומנהל מינהל האוכלוסין ושר הפנים (המשיבים בדנג"ץ 5591/20) (להלן יחד: המשיבים) סבורים כי אין מקום להתערב בפסקי הדין נושא הבקשות לדין נוסף. המשיבים מציינים כי קביעה לפיה צו הורות פסיקתי ביחס להורות מכוח "זיקה לזיקה" הוא צו הצהרתי, מהווה למעשה אימוץ של מודל "הורות הסכמית" – אשר נדחה מפורשות בפסיקה – לפיו די בהסכמה בין הורה ביולוגי לבן זוגו לצורך יצירת ההורות. לטענת המשיבים, צו ההורות הפסיקתי נוצר בהשראת צו ההורות המעוגן בחוק הפונדקאות, שהוא צו הנושא אופי מכונן באשר הוא

מנתק את הקשר ההורי בין האם הנושאת ובין היילוד ובמקביל מכונן את קשר ההורות בין היילוד ובין ההורים המיועדים, כאמור בסעיף 12(א) לחוק הפונדקאות. המשיבים סבורים עוד כי אין ממש בטענות המבקשים בדבר אפליה מחמת נטייה מינית, שכן גם זוגות הטרוסקסואלים שביצעו הליך פונדקאות מחוץ לישראל נדרשים לקבל צו הורות פסיקתי לשם כינון קשר משפטי מכוח "זיקה לזיקה". אשר לתחולתו של צו ההורות הפסיקתי בנסיבות של פונדקאות חו"ל, המשיבים מדגישים את הקושי בהחלת הצו החל ממועד ניתוק הזיקה לפונדקאית וזאת בפרט משום שאין בישראל מסלול משפטי של הכרה בפסקי דין זרים בענייני מעמד אישי. ככל שבית המשפט יאפשר להחיל את צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי גם בנסיבות אלה, היועץ סבור כי יש לעשות זאת בהתאם לתנאים שפורטו בתגובתו מיום 4.1.2022, אשר הוצגו לעיל.

בהתייחס למישור הרישומי, טוענים המשיבים כי רישום פרטים במרשם האוכלוסין הנוגעים להורות מתבסס ככלל על קיום קשר ביולוגי בין ההורים לילד וכי הסכמה של בני זוג להביא יחד ילד לעולם אינה מהווה כשלעצמה מקור לכינון הורות משפטית ליילוד. בנסיבות אלה, סבור היועץ כי אין זה בסמכותו של פקיד המרשם – שאינו אמור להכריע בשאלות משפטיות וחברתיות מורכבות – לרשום את הורותה של בת הזוג של האם הביולוגית מבלי שהוצגה על ידה תעודה ציבורית המכוננת את הורותה.

דיון והכרעה

17. ההליכים שלפנינו עוסקים בהיבטים מסוימים של השאיפה האנושית להורות. בעבר כבר צוין על-ידי בית משפט זה כי "אין לך צמתים רבים בחייו של אדם, המבטאים את חירותו ומכוננים את זהותו, כמו הבחירה להפוך להורה" (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס השני); ראו גם: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 680-681 (1996); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 445 (2003) (להלן: עניין משפחה חדשה); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 25 לחוות דעתי (18.9.2014) (להלן: עניין משה); דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 199-200 (1996)).

שאיפה זו להורות מצאה לאורך השנים את דרכה אל בתי המשפט בהקשרים שונים. בענייננו, ובשונה ממקרים שבהם התעוררו שאלות הנוגעות לנגישות לטכנולוגיות רפואיות שיסייעו בהולדת ילד (ראו, למשל: עניין משפחה חדשה; עניין משה; עניין ארד-פנקס השני; בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (1.4.2015) (להלן: עניין פלונית)), עסקינן בשלב שלאחר לידת הילד, ובפרט – בשאלות הנוגעות להכרה בהורות של מי שאין לו או לה קשר ביולוגי ליילוד, ולרישומה של ההורות במרשם האוכלוסין. טרם שאפנה לדון בסוגיות הקונקרטיות העומדות במוקד ההליכים דנן, אעמוד להלן בקצרה על התמורות וההתפתחויות שחלו ביחס למוסד ההורות, הרלוונטיות לענייננו.

הורות מכוח "זיקה לזיקה" וצו ההורות הפסיקתי

א. אדני ההורות המוכרים לעת הזו במשפט הישראלי

18. בספר החוקים הישראלי אין כיום הגדרה מפורשת וברורה הנותנת מענה לשאלה מיהו "הורה" (איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395, 421 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים 2016)). באופן דומה, אין בחוק קריטריונים המבדילים מהן הנסיבות שבהן יוכר אדם כהורה לילד. הפרק השני לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 מסדיר אומנם את הזכויות והחובות ההוריות וקובע כי "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים", אך אין בו כל הגדרה של הביטוי "הורה". עם זאת, עיון במכלול ההסדרים הקיימים בדין הישראלי מלמד כי קיימים כיום ארבעה אדני הורות שונים שהמשפט מכיר בהם: הורות מכוח זיקה גנטית; הורות מכוח זיקה פיזיולוגית; הורות מכוח אימוץ; והורות מכוח "זיקה לזיקה" (עניין פלונית, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל; הורות מכוח זיקה גנטית והורות מכוח זיקה פיזיולוגית יכוננו להלן ביחד גם: זיקה ביולוגית).

19. הזיקה הגנטית היא המודל המוכר והנפוץ ביותר להורות. במרבית המקרים הוריו של ילד הם מי שהביצית והזרע שלהם שימשו להולידו. כך לא בכדי צוין בעבר כי "יסוד הזיקה הגנטית הוא יסוד חברתי מוצק הנטוע בלב ליבה של החברה" (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, פסקה 28 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן וכן פסקה 25 לחוות דעתו והאסמכתאות שם (3.8.2017).

(להלן: עניין ארד-פנקס הראשון); ראו גם: עניין פלוניתי, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל; רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 234-235 (2005)). מודל נוסף של הורות שקיים זה מכבר הוא מודל האימוץ שמוסדר בחוק האימוץ. על פי מודל זה, בהסכמת ההורים הביולוגים או בהתקיים אחת מהעילות להכריז על קטין כבר אימוץ (סעיפים 8 ו-13 לחוק האימוץ), רשאי בית המשפט לענייני משפחה ליתן צו אימוץ שמכוחו נמסר הילד להורים המאמצים (שאינן להם זיקה ביולוגית לילד) ואשר מעגן את יצירת מערכת החובות והזכויות בינם ובינו (סעיף 16 לחוק האימוץ).

20. שני אדני ההורות הנוספים התבססו בשיטתנו בעקבות התפתחויות מדעיות וטכנולוגיות משמעותיות בתחום הפיריון וההולדה, המאפשרות כיום לשלב בהליך ההולדה גורם שלישי, לצד ההורים המיועדים, שיסייע להם בפתרון קשיים אשר בעבר היו מונעים מהם לממש את שאיפתם להפוך להורים (עניין ארד-פנקס השני, בפסקה 3 לחוות דעתי; עניין פלוניתי, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל ובפסקה 1 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור). כך, הטכנולוגיה המתקדמת מאפשרת, למשל, להסתייע בפונדקאית שתישא את ההיריון וכן לקבל תרומה של תא רבייה (ביצית או זרע) לצורך הבאת ילד לעולם. הליכים אלה מוסדרים בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות, ואילו הליך הולדה באמצעות תרומת זרע – שטרם עוגן בחקיקה ראשית – מוסדר בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הפריה חוץ גופית) ובחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) (להלן: חוזר בנק הזרע).

בעקבות התפתחויות טכנולוגיות אלה, התפתח גם מודל הורות נפרד ועצמאי מכוח זיקה פיזיולוגית – כלומר מכוח נשיאת ההיריון – שבעבר לא ניתן היה להפרידה מהזיקה הגנטית (שכן האם שנשאה את ההיריון היא זו ש"תרמה" את הביצית לצורך יצירת התינוק). כיום ניתן לקבל תרומת ביצית כך שהילוד שייוולד באמצעותה ייחשב לכל דבר ועניין כילדה של הנתרמת שנשאה את ההיריון, חרף היעדר זיקה גנטית בינה ובינו (סעיף 42 לחוק תרומת ביציות). הזיקה הפיזיולוגית מקבלת ביטוי גם בחוק הפונדקאות, שקובע כי במקרים החריגים שבהם לא ניתן צו הורות להורים המיועדים שיזמו את הליך הפונדקאות, תינתן מעין "זכות קדימה" לאם הנושאת (הפונדקאית), כך שאם היא תבקש אפטרופסות על הילד, בית המשפט יקבע את הורותה בצו, אלא אם הדבר נוגד את טובת הילד (סעיף 14(א) לחוק הפונדקאות; ראו: עניין פלוניתי, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל).

21. אדן ההורות האחרון שעומד במוקד ההליכים דנן ומכונה הורות מכוח "זיקה לזיקה" – מונח שהשתרש בפסיקה הודות לחברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל – מתייחס למצבים שבהם אדם מוכר כהורה לילד מכוח קשר זוגיות עם בעל זיקה ביולוגית ליילוד, שנוצר טרם ההיריון והלידה (עניין פלוני, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל; עניין פונדקאות חו"ל, בפסקאות 7-8 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל). מקורו של אדן הורות זה הוא בחקיקה – חוק הפונדקאות מחייב אומנם כי יתקיים קשר גנטי בין האב המיועד לבין היילוד, אך אינו דורש כי יתקיים קשר כזה בין האם המיועדת ליילוד (סעיף 2(2) לחוק הפונדקאות). בהתאם, ניתן לשתול ביצית שתקבל מתורמת, מופרית בזרעו של האב המיועד, ברחמה של אם נושאת (פונדקאית) (סעיף 11 לחוק תרומת ביציות). במצב זה, חרף היעדר קשר ביולוגי של האם המיועדת ליילוד, היא תוכר כאמו לאחר הלידה וזאת מכוח צו הורות שמוציא את האם הנושאת מן התמונה וקובע כי ההורים המיועדים יהיו "הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין" (סעיף 12(א) לחוק הפונדקאות). יצוין כי לאחרונה קבע בית משפט זה כי את ההסדרים הקבועים בחוק הפונדקאות יש לפרש כך שגם בני זוג מאותו מין יוכלו להיחשב כהורים מיועדים לצורך החוק, ועל כן גם בעניינם בן הזוג נטול הקשר הביולוגי ליילוד יוכר כהורה (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובריים על פי חוק הסכמים לנשיאת עובריים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 6 (11.7.2021) (להלן: פסק הדין המשלים בעניין ארד-פנקס)).

עם זאת, השילוב בין טכנולוגיות ההולדה החדשות וההתפתחויות החברתיות אשר הובילו ליצירת תאים משפחתיים חדשים, יצרו מצבים שבהם ההכרה המשפטית בהורה הלא-ביולוגי לא הוסדרה בחוק. עיקר הקשיים התעוררו באשר לבנות זוג מאותו מין שנעזרו בתרומת זרע ובני זוג מאותו מין שביצעו הליכי פונדקאות בחו"ל. בהיעדר מענה חקיקתי מתאים להכרה בהורותו של ההורה הלא-ביולוגי, נדרש בעבר אותו הורה לנקוט בהליכי אימוץ. ואולם, הליך האימוץ הוא הליך מורכב וממושך שלא נועד, על פי מהותו, למצבים שבהם בני זוג תכננו יחד להביא ילד לעולם (רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 368 (2007)). על רקע זה, התפתח בהדרגה בפסיקה מוסד צו ההורות הפסיקטי, הרלוונטי לענייננו.

ב. צו ההורות הפסיקטי

22. צו ההורות הפסיקטי פותח בהשראת צו ההורות הסטטוטורי שבחוק הפונדקאות, והוא ניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה המוסמך להכריע בתובענות

לאבהות ולאמהות לפי סעיף 1(4) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית המשפט לענייני משפחה). הצו קובע את הורותו של בן או בת הזוג של ההורה הביולוגי משהוכח כי הילד נוצר מתוך כוונה משותפת ותכנון משותף של בני הזוג (לפירוט ראו: משרד הרווחה והביטחון החברתי "צו הורות פסיקתי – מתווה" <https://www.gov.il/BlobFolder/policy/molso-foster-adoption-and-surrogacy-parenting-order-outline/he/foster-adoption-and-surrogacy-parenting-order-outline.docx> (14.10.2021)).

23. צו ההורות הפסיקתי ניתן לראשונה בתמ"ש (משפחה ת"א) 60320/07. צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.3.2012), שלא בהקשר של הורות מכוח "זיקה לזיקה". באותו עניין ביקשו בנות זוג – שאחת מהן הייתה האם הגנטית אשר תרמה את הביצית, והשנייה האם הפיזיולוגית אשר נשאה את ההיריון – להכיר בהן כאימהותיו של היילוד. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי אף שאין הוראת חוק המאפשרת להכיר בהורותה של האם הגנטית, בנסיבות אלה הפנייתה להליך אימוץ נוגדת "את השכל הישר וההיגיון הבריא". על כן, נקבע כי בהשראת חוק הפונדקאות יש לאפשר לאם הגנטית לנקוט בהליך של מתן צו הורות לצורך הכרה בהורותה, בכפוף להגשת תסקיר מאת עובד סוציאלי – כפי שנדרש באותה עת גם מהורים מיועדים לפי חוק הפונדקאות.

השלב הבא בהתפתחות צו ההורות הפסיקתי התרחש בבג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493 (2014) (להלן: עניין ממט-מגד), שבו דן הרכב מורחב של שבעה שופטים בעניינם של שני זוגות גברים שביצעו הליך פונדקאות חו"ל, כך שלאחד מבני הזוג קשר גנטי ליילוד. באשר להורותו של ההורה הלא-ביולוגי בהליכי פונדקאות חו"ל, הוגשה באותו הליך עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה המבהירה כי "עד שיוסדר נושא פונדקאות חו"ל בחקיקה, [המשיבים] מוכנים להסתפק ב'צו הורות פסיקתי' שיינתן בבית המשפט לענייני משפחה, במקום צו אימוץ לפי חוק האימוץ" (שם, בעמ' 522). זאת, בכפוף למספר תנאים ובהם עריכת תסקיר על ידי עובד סוציאלי. פסק הדין אימץ עמדה זו, תוך שצוין כי "אין מנוס מכך שהחלל הנורמטיבי עד להסדרת המחוקק יקבל מענה על ידי הרשות המבצעת תוך פיקוח של בתי המשפט [...]". (שם, בעמ' 563). בהמשך, הורחב השימוש בצווי הורות פסיקתיים, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, גם ביחס לבת הזוג של מי שהביאה ילד לעולם מתרומת זרע אנונימית (תמ"ש (משפחה ר"ג) 57740-12-13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (1.3.2015); ראו גם: בע"מ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 10 (24.1.2019) (להלן: בע"מ 4880/18)). בחלוף הזמן ניתנו גם צווי הורות פסיקתיים מבלי שנתבקש תסקיר

עובד סוציאלי (ראו, למשל: תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 א.ל.נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.3.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 50794-01-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה – לשכת העבודה והרווחה תל אביב, משרדי הממשלה (27.5.2014); יוער כי בעקבות חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018, קבלת תסקיר אינה מהווה עוד תנאי למתן צו הורות מכוח חוק זה). בנוסף, ניתנו צווי הורות פסיקטיים גם לאחר פקיעת הקשר הזוגי בין בני הזוג (ראו, למשל: תמ"ש (משפחה ת"א) 50078-04-15 י.י.נ' י.ג. (5.9.2018); תמ"ש (משפחה אי') 7936-12-18 ג.ק.א.ש.נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.1.2020)).

24. הנה כי כן, היקף פריסתו של צו ההורות הפסיקטי הלך והתרחב והוא משמש כיום לצורך קביעת הורות מכוח "זיקה לזיקה" בנסיבות שונות ומגוונות. בשים לב לכך, ובעקבות פניית היועץ המשפטי לממשלה, מינה שר הרווחה ביום 22.4.2018 את הצוות המקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקטי. המלצותיו של צוות זה אומצו על ידי שר הרווחה, והיועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי התנאים שנקבעו בו לצורך הסכמת המדינה למתן צו הורות פסיקטי ישקפו את עמדת המדינה בהליכים תלויים ועומדים. בהתאם לאמור במסמך "מתווה משרד הרווחה", המרכז את המלצות הצוות המקצועי, בקשה לצו הורות פסיקטי תוגש לבית המשפט באמצעות מילוי טופס ייעודי המופיע באתר משרד הרווחה, חתום על ידי שני בני הזוג ומאושר על ידי עורך דין או מזכיר בית המשפט (ראו: טופס "בקשה למתן צו הורות פסיקטי" https://www.gov.il/BlobFolder/policy/molsa-foster-adoption-and-surrogacy-parenting-order-outline/he/foster-adoption-and-surrogacy_application-for-a-parenting-order.docx). במסגרת הטופס נדרשים בני הזוג להצהיר כי בקשתם מוגשת "מתוך רצון משותף לכינון ההורות ביחס לקטין נשוא הבקשה" וכי הם מקיימים קשר זוגי טרם לידת הקטין ובחרו במשותף "להביאו לעולם במסגרת מערכת היחסים הזוגית ביננו". לטופס יש לצרף מסמכים המעידים על הורותו של ההורה הביולוגי (למשל, בנסיבות של פונדקאות חו"ל נדרש פסק דין הצהרתי המצהיר על הקשר הגנטי של אחד מבני הזוג ליילוד); מסמכים להוכחת מערכת יחסים זוגית וקיום משק בית משותף טרם ההוריה; ומסמכים להוכחת כוונה משותפת להורות טרם ההוריה.

על פי העמדה העדכנית שמופיעה במסמך "מתווה משרד הרווחה", מובהר כי המדינה תסכים למתן צו ההורות, ללא צורך בתסקיר עובד סוציאלי, כל עוד הבקשה למתן הצו הוגשה בתוך שנה ממועד הלידה. באשר לבקשות שיוגשו לאחר מועד זה, תבקש המדינה מבית המשפט לבחון, באמצעות תסקיר, האם נסיבות העניין מצדיקות מתן צו הורות פסיקטי. המדינה אף מאפשרת להגיש את הבקשה טרם מועד הלידה, הגם

שצו ההורות עצמו יכול להינתן רק לאחר הלידה. בנוסף, בעקבות פסק הדין בעניין איילון, מובהר כי המדינה מסכימה שבנסיבות של תרומת זרע אנונימית ניתן להחיל את צו ההורות באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה ובלבד שהבקשה הוגשה טרם הלידה או עד תשעה חודשים לאחריה. תנאים נוספים להסכמת המדינה למתן צו הורות פסיקתי נוגעים, בין היתר, למעמד בני הזוג בישראל (בני הזוג נדרשים, ככלל, להיות "תושבי ישראל" בהתאם להגדרה בחוק הפונדקאות ובחוק האימוץ; באחרונה הובהר כי ייתכנו חריגים לתנאי זה במקרים ספציפיים, ראו: בע"מ 802/21 מדינת ישראל נ' פלונית (26.4.2022)); לגילם של בני הזוג (שני בני הזוג נדרשים להיות מעל גיל 18 ולפחות אחד מהם נדרש להיות מתחת לגיל 54); להיעדר רישום פלילי; ולמשך הקשר הזוגי. ביחס לחלק מהתנאים מובהר כי אי עמידה בהם לא תסתום את הגולל על הסכמת המדינה למתן צו ההורות, אך תחייב בדיקה באמצעות תסקיר עובד סוציאלי. לאחר שמוגשת בקשה למתן צו הורות פסיקתי, משרד הרווחה בוחן את התקיימות התנאים בהתאם למסמכים שהוגשו על ידי בני הזוג והשלמות נדרשות נוספות, ובתום הבחינה מגיש את עמדתו לבית המשפט.

25. ניתן, אפוא, לסכם ולומר כי בעוד שבעבר נדרש ההורה הלא-ביולוגי לפנות להליך אימוץ לצורך הסדרת הורותו, כיום צו ההורות הפסיקתי מאפשר להכיר משפטית בהורותו מכוח "זיקה לזיקה". מעבר לכך, חלק מהדרישות שהציגה המדינה לצורך מתן צו ההורות הפסיקתי בעניין ממש-מגד אינן מהוות עוד בראייתה תנאי למתן הצו, והמלצות הצוות המקצועי הובילו להגמשה נוספת בעמדת המדינה, כך שכיום הליך מתן צו ההורות הפסיקתי הפך זמין ונוח יותר עבור בני זוג שנדרשים לו.

26. במסגרת ההליכים דנן מתעוררות, כאמור, שלוש שאלות ביחס לצו ההורות הפסיקתי: (1) האם צו זה מצהיר על הורות קיימת או מכונן את ההורות? (2) ככל שמדובר בצו מכונן, האם ניתן להחילו באופן רטרואקטיבי בנסיבות של פונדקאות חו"ל? (3) והאם מתן הצו מהווה תנאי לצורך רישום הורות מכוח "זיקה לזיקה" במרשם האוכלוסין?

אדון עתה בכל אחת מן השאלות כסדרן.

אופיו של צו ההורות הפסיקתי

27. הצדדים בהליכים שלפנינו הציגו שתי גישות מנוגדות באשר למהותו של צו ההורות הפסיקתי. לעמדת המבקשים והמבקשות, צו הורות פסיקתי הוא צו המצהיר על

הורות קיימת, שנוצרת מכוח כוונתם המשותפת של בני הזוג, עוד טרם הלידה, להביא יחד ילד לעולם. לעומת זאת, המשיבים סבורים כי בשונה מפסקי דין הצהרתיים בדבר הורות גנטית אשר נועדו להצהיר על מצב עובדתי קיים, צווי ההורות הפסיקתיים הקובעים הורות מכוח "זיקה לזיקה" הם צווים אשר מכוננים את ההורות, ועד למתן צווים אלה לא ניתן להכיר מבחינה משפטית בהורותו של ההורה הלא-ביולוגי. יצוין כי בבתי המשפט לענייני משפחה שדנו בשאלה זו בעיקר בנסיבות של תרומת זרע אנונימית, נקבע במרבית המקרים כי צו ההורות הפסיקתי הוא צו הצהרתי, אך בערעורים שהגיש היועץ המשפטי לממשלה על פסקי דין אלה נטו בתי המשפט המחוזיים לקבוע כי צו ההורות הפסיקתי הוא שיוצר את ההורות מכוח "זיקה לזיקה" (לפירוט ראו עניין איילון, בפסקאות 1-2 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן). באותם עניינים שהגיעו לפתחו של בית משפט זה בשנים האחרונות, אומצה באופן עקבי העמדה כי צו ההורות הפסיקתי הוא צו אשר מכונן את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, וזאת הן בנסיבות של פונדקאות חו"ל והן בנסיבות של תרומת זרע אנונימית (כאמור, זו הייתה עמדת כלל שופטי ההרכב בעניין פונדקאות חו"ל ובעניין צור-וייסלברג; ראו גם: בע"מ 4880/18, בפסקאות 12-15; עניין איילון, בפסקה 9 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל ובפסקה 2 לחוות דעתו של השופט מוז; ומנגד ראו את הערותיו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן בפסקאות 6-17 לחוות דעתו בעניין איילון).

28. בפתח הדברים יש להדגיש כי אין חולק שההכרה משפטית בהורותו של ההורה הלא-ביולוגי מהווה עניין בעל חשיבות רבה מאוד עבור אותו הורה ועבור כלל התא המשפחתי. חשיבות זו נגזרת ממעמדה הרם של הזכות להורות, שהוכרה זה מכבר בשיטתנו כזכות יסוד חוקתית הנובעת מכבוד האדם (עניין משה, בפסקה ל"ח לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 163-164 (2011)). זכות זו מתפרשת על כלל הטכניקות השונות שמסייעות להולדה ו"נתונה לכל אדם ללא תלות בזהותו המגדרית, בנטייתו המינית או בשאלה האם הוא חי ביחידות או בזוגיות ועם מי" (עניין ארד-פנקס השני, בפסקה 15 לחוות דעתי; ראו גם: בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, 303 (2013) (להלן: בג"ץ 4077/12)). ברי כי ההכרה המשפטית בהורות לאחר לידת הילד היא תנאי הכרחי לצורך מימושה המלא של הזכות לגדל את הילד, שהינה מרכיב חשוב של הזכות להורות (עניין ארד-פנקס הראשון, בפסקה 30 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ג'ובראן). זאת, שכן ההכרה בהורות מעניקה כשירויות וסמכויות ייחודיות, מבססת את החובות כלפי הילד ומשפיעה על היבטים כמו זכות למזונות, ירושה וזכויות כלכליות נוספות (יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" משפטים מז 113, 115 (2018) (להלן: מרגלית); שחר ליפשיץ "הזכות

להורות של בני זוג מאותו מין לנוכח אתיקת ההורות" מחקרי משפט לד' 68 (צפוי להתפרסם ב-2022) (להלן: ליפשיץ)).

בנוסף, יש להכרה בהורות השפעה רגשית-פסיכולוגית על תפישתו העצמית של ההורה הלא-ביולוגי, והיא נחוצה כדי להבטיח תחושה של הורות שווה והיעדר היררכיה בין שני ההורים (ראו: רות זפרן, נוי נעמן ואיילת בלכר-פריגת "הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד – הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" עיוני משפט מו' 24 (צפוי להתפרסם) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4001994 (להלן: הורות מושתתת זוגיות); ליפשיץ, בעמ' 69-70). על כל האמור יש להוסיף כי גם מנקודת המבט של טובת הילד יש משמעות רבה להכרה בהורותו של ההורה הלא-ביולוגי: היא יוצרת התאמה בין הסטטוס המשפטי ובין מציאות חייו בפועל, שבה מטפלים בו שני הורים שווים לכל דבר ועניין; היא מעניקה לילד קביעות ויציבות בחייו; והיא מבטיחה את המשך קיום הקשר ההורי גם במקרה של פרידת בני הזוג (ראו: צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי "תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים", בעמ' 11 (להלן: מסמך המלצות הצוות המקצועי)).

29. ואכן, המחוקק ביטא את עמדתו לפיה הקשר הביולוגי אינו חזות הכל, ובמסגרת חוק הפונדקאות קבע כי גם כאשר לבת הזוג של האב הגנטי אין קשר ביולוגי לילוד, בית המשפט יכיר בהורותה על ידי מתן צו הורות (ראו: בג"ץ 4077/12, בעמ' 314). בהמשך, כאמור לעיל, התפתח צו ההורות הפסיקתי, אשר כפי שציין חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל, נועד להעניק "עזרה ראשונה" לאותם ילדים שהחוק לא מעניק להם מענה, "מתוך הבנה שלא ניתן להותיר אותם כחי ללא סטטוס משפטי, נודד באוויר" (עניין פונדקאות חו"ל, בפסקה 9 לחוות דעתו).

ויודגש: כלל אדני ההורות – גם זו הביולוגית, וגם זו שמבוססת על "זיקה לזיקה" – הן תולדה של "הכרה חברתית-פוזיטיבית במשמעויות שראוי לייחס לזיקות שהן מייצגות" (שם). מרגע שהמשפט הכיר בסוגים שונים של הורות, אין מקום לצקת משמעויות שונות לקשר ההורי בהתבסס על הזיקה שמכוחה נוצר הקשר ההורי. ובמילותיו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן:

"הורים מאמצים או הורים שילדיהם באו לעולם בסיועה של פונדקאית אינם הורים 'אמיתיים' פחות מהורים שילדם נולד בדרך של היריון בת הזוג ובשימוש בזרעו של בן הזוג. שאלות נשיאת העובר או קיומו של מטען גנטי משותף אינן משפיעות השפעה ממשית על הזיקה שבין ההורה לילדו. התפיסה שעל פיה, בשונה מהזכות

להורות של הורים 'אמיתיים', ההורות של הורים מאמצים או הורים במסלול של פונדקאות היא מעין 'חסד' יש לדחותה" (עניין ממש-מגד, בעמ' 551).

30. ואולם, ניתן להבחין בין עצם ההכרה בהורות ובין האופן שבו ההורות נוצרת. המשפט אומנם נכון להכיר באדני הורות שונים, אך אין פירוש הדבר כי ביחס לכל אחד מאדנים אלה ההורות נוצרת באותו אופן. כך, מקום שבו קיים קשר ביולוגי בין ההורה ליילוד, הכלל המושרש בשיטתנו הוא שעצם הלידה מכוננת את ההורות וזאת ללא כל צורך בפעולה נוספת מצד ההורה. זהו מצב הדברים ביחס לילד שנוצר מזרע וביצית של בני זוג כאשר בת הזוג היא שנשאה את ההיריון; אך הדברים נכונים גם בנסיבות מורכבות יותר, למשל, כאשר האם נזקקה לתרומת ביצית אך היא זו שנשאה את ההיריון – היא תיחשב כאמו של הילד לכל דבר ועניין מכוח זיקתה הפיזיולוגית אליו, ללא כל צורך בצו שיפוטי או פעולה משפטית נוספת (סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות). כך גם באותם מצבים שבהם, מסיבות כלשהן, מתעורר צורך במתן פסק דין שיקבע כי קיים קשר גנטי בין הורה לילד בהתבסס על בדיקת רקמות, קביעה שיפוטית זו לא נדרשת לצורך כינון ההורות ופסק הדין הוא הצהרתי בלבד (ראו: עניין ממש-מגד, בעמ' 517).

יתרה מכך, בהינתן קיומה של זיקה ביולוגית ליילוד, חריגה מהכלל לפיו ההורות תוכר באופן אוטומטי ממועד הלידה ואילך אפשרית במצבים ייחודיים בלבד. כך למשל, כאשר מדובר באם נושאת בהתאם לחוק הפונדקאות, נדרש בית המשפט – במצב הדברים הרגיל – לנתק את זיקתה ההורית זמן קצר לאחר הלידה (סעיפים 11(א) ו-12(א) לחוק הפונדקאות); או כאשר מדובר בתרומה אנונימית של תא רבייה (זרע או ביצית), ניתן לראות בתורם כמי שוויתר עוד טרם הלידה על מעמדו כהורה (ראו: סעיף 42(ג) לחוק תרומת ביציות; ביחס לתרומת זרע אין בחקיקה או בחקיקת המשנה קביעה מפורשת, אך נראה כי זו התפישה העולה מן הפסיקה, וראו: בג"ץ 4077/12, בעמ' 311; עניין איילון, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן).

31. על פי אותם העקרונות, כאשר מדובר בהורות מכוח אימוץ, הורותם של ההורים המאמצים נוצרת רק מכוח אקט שיפוטי מכונן – צו האימוץ (סעיפים 1(א) ו-17 לחוק האימוץ), ואין די בהסכמה כזו או אחרת בין הצדדים המעורבים – ההורים הביולוגיים, ההורים המאמצים והילד המאומץ – כדי ליצור קשר הורי משפטי בין ההורים המאמצים לילד המאומץ. לשם יצירת קשר זה נדרש בית המשפט לבחון כי מתקיימים כל התנאים הקבועים בדין, והחלטתו היא שמכוננת את הקשר ההורי.

32. ומה כאשר להורות מכוח "זיקה לזיקה"?

על פני הדברים, קיימים טעמים כבדי משקל אשר תומכים בעמדת המבקשות והמבקשים לפיה הכוונה המשותפת של בני הזוג היא שמכוננת את ההורות של ההורה הלא-ביולוגי. עמד על כך חברי השופט (כתוארו אז) פוגלמן בעניין איילון:

”במקרה הרגיל בענייננו, האם שאינה בעלת זיקה גנטית ליילוד מגדלת אותו לצד האם הגנטית מיום הולדתו. מבחינת מהות העניין המונח אפוא לפני בית המשפט – ישנה מורכבות בקביעה כי הצו השיפוטי המבוקש הוא שמכונן את הקשר בינה לבין היילוד כך שזה יוכר אך מיום מתן הצו, מקום שבו למעשה לא אירע כל שינוי במציאות החיים מיום הלידה ועד הינתנו. בהמשך לכך, קביעה שלפיה הצו הוא מכונן משמעה יצירת פער בין המציאות כפי שמקבלת ביטוי בצו, שלפיה לכאורה קשר ההורות החל אך מיום מתן הצו, לבין המצב העובדתי לאשורו” (שס, בפסקה 10 לחוות דעתו; ראו והשוו: עניין ממת-מגד, בעמ' 550).

כלומר, ניתן לטעון כי תפקידו של בית המשפט במסגרת דיון בבקשה למתן צו הורות פסיקתי מתמצה בבדיקת התקיימות הזיקה ההורית הנדרשת: אם הוצגו ראיות שמוכיחות את כוונת ההורות המשותפת עוד טרם הלידה, בית המשפט מצהיר על קיומה של ההורות שנוצרה כבר ממועד הלידה, בדומה להצהרה על הורות גנטית בהתבסס על בדיקת רקמות. בשני המקרים ניתן לומר כי מדובר בהצהרה על התקיימותן של נסיבות שכבר התגבשו במציאות בטרם ניתן הצו וללא כל קשר אליו (נוי נעמן “תזמון ההורות במשפט – צו ההורות הפסיקתי כמקרה-מבחן” משפט וממשל כה 35, 37 (צפוי להתפרסם) (<https://ssrn.com/abstract=3916645>) (להלן: נעמן)).

ואולם, מן הטעמים שאפרט להלן אני סבורה כי לעת הזו מן הראוי להותיר את הסוגיה להסדרה על ידי המחוקק.

33. אין ספק כי הכרה במודל שלפיו הסכמת בני הזוג מספיקה לצורך כינון הקשר ההורי מהווה הכרעה ערכית ורגישה, אשר לה השפעה משמעותית ביותר על חייהם של קטינים, והיא מעוררת שאלות עקרוניות מורכבות הנובעות מהמפגש בין טכנולוגיות חדשות ו”מוסדות משפטיים ותיקים, המושרשים היטב בתרבות ובשיטה המשפטית הישראלית” (בע”ם 9182/18 פלונית נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 (4.6.2020) (להלן: בע”ם 9182/18)). הרחבה משמעותית כזו של גבולות מוסד ההורות מן הראוי שתבחן על ידי המחוקק, במסגרת הליך חקיקתי סדור שבו ייבחנו מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין (עניין פלונית, בפסקה 21 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל).

על הצורך בהליך חקיקתי כזה עמד גם הצוות המקצועי בציינו כי "יש הכרח בהסדרה כוללת של כינון יחסי ההורות – על החובות והזכויות הנגזרות מהם – באופן שמחד ישמר את מבנה המשפחה ומאידיך יגדיר את תנאי כינון ההורות, כולל גבולות ההגדרה, וזאת בחקיקה ראשית" (מסמך המלצות הצוות המקצועי, בעמ' 2).

34. לכך יש להוסיף כי צו ההורות הפסיקתי גובש לכתחילה כפתרון ביניים עד למענה חקיקתי, וקביעה שיפוטית לפיה מדובר בצו הצהרתי חורגת על כן מהמתינות והזהירות המתחייבת לגבי פיתוח פסיקתי מעין זה (ראו והשוו: עניין פלוני, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן ובפסקה 3 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר). לגישתי, יש הבדל של ממש בין פיתוח המוסד של צו ההורות הפסיקתי בהשראת צו ההורות הסטטוטורי שבחוק הפונדקאות, על דעת היועץ המשפטי לממשלה; ובין קביעה שצו זה כלל אינו דרוש לצורך כינון ההורות, וכי זו נוצרת מאליה מתוקף ההסכמה בין בני הזוג. אכן, המשמעות הטמונה באימוץ עמדתם של המבקשות והמבקשים היא כי החלטתם המשותפת של ההורה הביולוגי ושל בן זוגו נטול הזיקה הביולוגית ליילוד היא שמכוננת בפועל את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי. ואולם, הרכב מורחב של בית משפט זה הבהיר כי המשפט הישראלי אינו מכיר במודל של "הורות הסכמית" (עניין פלוני, בפסקאות 19 ו-21 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל). הדברים נאמרו אומנם ביחס למקרה שבו אישה רווקה ביקשה להכיר בהורותה בהתבסס על הסכמותיה עם תורם זרע, תורמת ביצית ואם פונדקאית, כלומר בשונה מההליכים שלפנינו לא מדובר היה בהסכמה בין בני זוג אלא בהורות "חוזית". עם זאת, גם בבע"מ 4880/18 שעסק בהורות מכוח "זיקה לזיקה" בנסיבות של תרומת זרע אנונימית, צוין כי "הורות הסכמית" אינה מוכרת בדין ואינה מתיישבת עם ההסדרים המשפטיים של הדין הישראלי בנוגע להורות שאינה גנטית-ביולוגית [...] כינון יחסי הורות אינו ענין להסכמה גרידא בין פרטים אלא מותנה בצו שיפוטי ובמנגנוני פיקוח ובקרה שנועדו להבטיח הגנה על זכויות כל המעורבים, ובעיקר על זכויות היילוד" (בפסקה 13; וראו גם: חוות דעתו של השופט מזוז בעניין איילון).

לפיכך, אני מצטרפת לקביעתו של חברי השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין צור-וייסלברג, לפיה "בנקודת הזמן הנוכחית – כאשר מוסד צו ההורות הפסיקתי עודנו בהליכי בירור וגיבוש, והמחוקק טרם נדרש לנושא – אין לאפשר הכרה 'אוטומטית' בהורות [...] מכוח "זיקה לזיקה" (שס, בפסקה 5 לחוות דעתו). אני סבורה, איפוא, כי לשם כינון הורות שאינה ביולוגית (הורות מכוח "זיקה לזיקה" או הורות מכוח אימוץ), נדרש צו שיפוטי מתאים (צו הורות או צו אימוץ, בהתאמה).

35. יוער כי בניגוד לטענת המבקשים, בעניין מוט-מגד לא נקבע שצווי ההורות הפסיקטיים הם הצהרתיים. עניין מוט-מגד עסק בשאלות אחדות הנוגעות לאופן רישום הורותם של שני זוגות גברים שביצעו הליך פונדקאות מחוץ לישראל. במסגרת פסק הדין נקבע, בין היתר, כי משהוצגה תעודה זרה מתאימה המעידה על הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, פקיד המרשם נדרש, ככלל, לרשום את ההורות כמרשם. לקראת סיום חוות דעתה הוסיפה המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור וציינה כי אף שהדבר אינו נדרש לצורך הרישום, קיימים יתרונות רבים בפנייה לבית המשפט לענייני משפחה לצורך "הכרעה משפטית מחייבת בעניין מעמדו [של הילד] כלפי ההורה שאינו הורה ביולוגי" (שם, בעמ' 541). במסגרת זו צוין כי צו ההורות הפסיקטי מבוסס על "סמכותו הכללית של בית המשפט ליתן פסקי דין המצהירים על אבהות ואמהות" (שם, בעמ' 542) (ההדגשה הוספה); וראו גם את דבריו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (שם, בעמ' 555-556). דברים אלה נאמרו למעלה מן הצורך, לאחר שהוכרעו השאלות הרישומיות שעמדו במוקד אותם הליכים, וכן מבלי שנבחנה לעומקה השאלה האם צו ההורות (שהיה אז, כאמור, מוסד חדש בראשית דרכו) הוא הצהרתי או מכונן. משכך, אינני סבורה כי יש באמירות אלה כדי לשנות מהמסקנה בדבר טיבו ומהותו של צו ההורות הפסיקטי.

36. אוסיף ואציין כי לגישתי אין במאפייניו של צו ההורות הסטטוטורי הקבוע בחוק הפונדקאות כדי להוביל למסקנה אחרת באשר לצו ההורות הפסיקטי. המבקשים טענו, בין היתר, כי צו ההורות הסטטוטורי נועד רק להצהיר על הורותם של ההורים שיזמו את הליך הפונדקאות (להלן גם: ההורים המזמינים), וזאת גם אם לאחד מבני הזוג אין קשר גנטי ליילוד. מנגד, טענו המשיבים כי על פי לשון החוק, צו ההורות הסטטוטורי הוא צו שמכונן את ההורות, ועד למתן הצו ההורים המזמינים אינם נחשבים להורים מבחינה משפטית.

37. הפסיקה לא נדרשה עד היום להכריע באופן מפורש בשאלת אופיו של צו ההורות מכוח חוק הפונדקאות. מספר הערות נכתבו בהקשר זה על ידי השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (בפסקה ל"ה לחוות דעתו בעניין משה), אך אלה לא זכו להתייחסות של יתר חברי ההרכב באותו עניין. מכל מקום, אין ספק כי יסוד מרכזי בהסדר הפונדקאות הישראלי הוא מתן צו ההורות שנועד להסדיר באופן סופי את הזיקות השונות ליילוד: לנתק את זיקת הפונדקאית אליו ולקבוע את הורותם הבלעדית של ההורים המזמינים (ראו: עניין משה, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן; עניין ארד-פנקס השני, בפסקה 25 לחוות דעתי). זאת, "במטרה למנוע חילוקי דעות עתידיים והתדיינות בין האם הנושאת להורים המזמינים ובמטרה להבטיח את מעמד הילד ויחסיו עם הוריו" (דברי הסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד

היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח הממשלה 2456, 263 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק הפונדקאות); ראו גם: מרגלית, בעמ' 123).

38. אכן, המורכבות הטמונה בפונדקאות כטכניקת הולדה הובילה לכך שנדרשת מעורבות של בית המשפט לצורך הסדרת ההורות. עם זאת, בכך אין לשיטתי כדי להשפיע על הכללים שצוינו לעיל באשר לאופן שבו נוצרות זיקות הוריות בדין הישראלי. משקבענו כי הורות גנטית נוצרת מאליה במועד הלידה, הדבר נכון גם באשר למי מבין ההורים המזמינים (אחד מהם או שניהם) שתרים תא רבייה לצורך לידת הילד בהליך הפונדקאות. צו ההורות שיינתן ביחס להורה הגנטי או להורים הגנטיים רק יאשר את הזיקה ההורית הקיימת ממילא, בדומה לפסק דין הצהרתי שניתן בעקבות בדיקה גנטית. למעשה, ביחס לפונדקאות חו"ל, אין מחלוקת בין הצדדים כי פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה ביחס לאב הגנטי הוא פסק דין הצהרתי (עניין פונדקאות חו"ל, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל), ואין כל הצדקה לקבוע כלל שונה בהקשר זה ביחס להורה גנטי שביצע את הפונדקאות בישראל. באופן דומה, עצם קיום הליך הפונדקאות לא משנה את הצורך באקט שיפוטי לשם כינון הורותו של הורה לא-ביולוגי, ועל כן ביחס לאותו הורה – צו ההורות מהווה צו מכוון. עמד על כך פרופ' מיכאל קורניאלדי בהתייחסו לחוק הפונדקאות, בסמוך לאחר חקיקתו:

"[...] ראוי להבחין בין שני סוגי הורות:
 א. 'צו הורות' דקלרטיבי המצהיר על האבהות הטבעית של האב ועל האמהות הטבעית של האם המיועדת הגנטית (במקרה שהיא בעלת הביצית המופרית שהושתלה בפונדקאית);
 ב. צו הורות קונסטיטוטיבי (בדומה לצו אימוץ), היוצר את סטטוס האמהות של האם המיועדת וזאת במקרה שהיא אינה האם הגנטית (בעלת הביצית)" (מיכאל קורניאלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני" המשפט ג 63, 68 (1996); ראו גם: מרגלית, בעמ' 140).

בניגוד לנטען על ידי הצדדים, עיון בסעיפיו השונים של חוק הפונדקאות מלמד כי אין בהם על פי לשונם כל קביעה חד-משמעית באשר לאופיו של צו ההורות. בהקשר זה אף הבהיר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה במהלך אחד הדיונים בהצעת חוק הפונדקאות, כי "אנחנו לא נכנסים לשאלה האם בלעדי הצו היה להם [להורים המזמינים] איזשהו מעמד או יחס של הורות" (פרוטוקול ישיבה 422 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-13, 29 (26.12.1995)).

39. כך, סעיף 10(א) לחוק הפונדקאות קובע מצד אחד כי "עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו"; ומצד שני סעיף 10(ב) מבהיר כי עובד סוציאלי יהיה, "בכפוף להוראות סעיף קטן (א), האפוטרופוס הבלעדי על הילד משעת לידתו ועד למתן צו הורות או עד למתן צו אחר הקובע את מעמדו של הילד". סעיף זה אינו דן בשאלת הסטטוס המשפטי של ההורים המזמינים אלא מתייחס לפיצול הסמכויות ההוריות – בעוד המשמורת על הילד תועבר להורים המזמינים לאחר הלידה, האפוטרופוסות תופקד בידי עובד סוציאלי. כפי שהובהר בדברי ההסבר להצעת חוק הפונדקאות, המטרה היא שהעובד הסוציאלי "בהיותו גורם מקצועי מוסמך ונייטרלי, יקבע בכל ענין הדרוש לטיפול בילד מקום שמתעוררים חילוקי דעות או בעיות אחרות בתקופה זו" (שם, בעמ' 263). מכיוון שעד למתן צו הורות, קיימת זיקה הורית גם לאם הנושאת מכוח הקשר הפיזיולוגי שלה לילוד, הסדר זה נחוץ כדי למנוע מצב שבו שני הורים גנטיים ואם פיזיולוגית מחזיקים במקביל בכלל הסמכויות ההוריות ביחס לילד.

החוק מוסיף וקובע כי הבקשה לצו ההורות צריכה להיות מוגשת תוך שבעה ימים מהלידה (סעיף 11(א) לחוק הפונדקאות), ורק לאחר שניתן הצו "יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין" (סעיף 12(א) לחוק הפונדקאות; ההדגשה הוספה). כלומר סעיף 12 לחוק הפונדקאות מבהיר כי צו ההורות נדרש לצורך סיום המציאות של זיקות הורות מתחרות: הוא מוביל לניתוק זיקתה ההורית של הפונדקאית וקובע באופן סופי כי הפיצול בסמכויות ההוריות עד למתן הצו יסתיים וכלל הסמכויות ירוכזו מעתה ואילך בידי ההורים המזמינים. לכך ניתן להוסיף, כאמור, כי צו ההורות גם מכונן את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, להבדיל מהורותו של ההורה הגנטי שנוצרה כבר במועד הלידה ולגביה מדובר בצו הצהרתי.

40. לבסוף, לא מצאתי מקום לקבל את טענת המבקשים והמבקשות לפיה קביעה כי צו ההורות הפסיקתי הוא צו מכונן, מפלה זוגות מאותו מין ומתייגת את ההורות הלהט"בית כהורות חשודה. זאת, שכן ההבחנה בעניינו איננה נוגעת לנטייה המינית של ההורים והיא מופנית באופן שווה לזוגות מאותו מין ולזוגות הטרוסקסואליים, ככל שביחס למי מהם מתעורר צורך בכינון הורות מכוח "זיקה לזיקה" (ראו והשוו: עניין מוטס-מגד, בעמ' 539). כך, ביחס לתרומת זרע אנונימית, המשיבים עצמם הבהירו כי "הן ביחס לגבר ואישה, והן ביחס לבני או בנות זוג מאותן המין שמקבלים תרומת זרע, עדיין יש צורך בכינון ההורות המשפטית של בן הזוג או בת הזוג בהתאמה, באמצעות צו אימוץ או צו הורות פסיקתי" (פסקה 6 לתגובת המשיבים מיום 22.3.2022 לבקשת העדכון מטעם המבקשות). ובאשר להליכי פונדקאות חו"ל, גם זוגות הטרוסקסואלים עשויים

להידרש לצו הורות פסיקתי לצורך כינון ההורות, אם לבת הזוג אין קשר גנטי ליילוד. במאמר מוסגר אציין בהקשר זה כי ביום 1.6.2022 עדכנה היועצת המשפטית לממשלה כי בעקבות שינוי מדיניות שייכנס לתוקף החל מיום 1.9.2022, גם כשלאם המזמינה בהליכי פונדקאות חו"ל קיים קשר גנטי ליילוד, [...] תידרש בעלת הביצית לכונן הורות באמצעות צו הורות פסיקתי" (שס, בפסקה 18). מבלי להידרש לעצם שינוי המדיניות האמור ראיתי להבהיר כי צו ההורות בעניינה של האם בנסיבות אלה – כמי שיש לה זיקה גנטית ליילוד – אך מצהיר על הורות שנוצרה כבר במועד הלידה ואינו מכונן אותה. זאת בדומה לפסק הדין ההצהרתי שניתן לאב הגנטי בהליכי פונדקאות חו"ל.

המבקשים מוסיפים ומציינים כי את שאלת האפליה יש לבחון במישור התוצאתי, שכן צו ההורות הפסיקתי משפיע בעיקר על זוגות מאותו מין – שהם הפונים העיקריים להליכי פונדקאות חו"ל. לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית מספקת להוכחת טענה זו, והנתונים המועטים שהוצגו בהקשר זה רלוונטיים לתקופה שבה המציאות המשפטית מנעה באופן גורף מזוגות מאותו מין גישה להסדר הפונדקאות בישראל. מציאות זו השתנתה בעקבות פסק הדין המשלים בעניין ארד-פנקס (השוו: דבריי בעניין מוט-מגד, בעמ' 574-575).

41. סיכומם של דברים: על פי המצב המשפטי כיום, צו הורות פסיקתי הוא שמכונן את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי מכוח "זיקה לזיקה", הן בנסיבות של פונדקאות חו"ל והן בנסיבות של תרומת זרע אנונימית. לא למותר להוסיף כי "משהושלם הליך הכינון, 'הורות היא הורות'", ואין כל הבדל מבחינת הדין בין ההורה הביולוגי להורה הלא-ביולוגי (בג"ץ 2984/17 מלכי נ' מנהל מנהל האוכלוסין במשרד הפנים, פסקה 3 (1.5.2022) (להלן: עניין מלכי); ראו גם: בע"מ 4741/21 פלונית נ' פלונית, פסקה 9 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל ופסקאות 4-6 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (21.7.2022) (להלן: בע"מ 4741/21)).

תחולתו בזמן של צו ההורות הפסיקתי

42. הקביעה כי צו ההורות הפסיקתי הוא צו אשר מכונן את ההורות של ההורה הלא-ביולוגי, אינה מלמדת בהכרח כי מועד תחילת ההורות יהיה במועד מתן הצו. כך, ביחס לצו האימוץ – המהווה לכל הדעות צו מכונן – קובע סעיף 17 לחוק האימוץ כי "תוצאות האימוץ חלות מיום מתן צו האימוץ, אם לא קבע בית המשפט בצו האימוץ שתוצאותיו, כולן או מקצתן, יחולו מיום אחר". במהלך הדיון בפנינו ביום 4.11.2021, הבהירה אמנם באת כוח המשיבים כי מאז שנחקק חוק האימוץ "ניתן לספור על יד אחת מקרים בהם

הוחל צו אימוץ באופן רטרואקטיבי" (שורות 28-29 בעמ' 11 לפרוטוקול הדיון). עם זאת, אין ספק כי סעיף 17 לחוק האימוץ מעניק לבית המשפט את האפשרות העקרונית לקבוע את מועד תחילת ההורות במועד מוקדם יותר מזה שבו ניתן הצו.

ביחס להורות מכוח "זיקה לזיקה" אף קיימת הצדקה מהותית לאפשר תחולה רטרואקטיבית של צו ההורות שכן במודל הורות כזה, ההורה הלא-ביולוגי היה שותף לבחירה להביא את הילד לעולם ולמעשה הוא או היא מגדלים את הילד מיום לידתו. למרות זאת, ההכרה המשפטית בהורותו מתרחשת בהכרח במועד המאוחר למועד הלידה, וזאת משום שלא הוכרה עד כה האפשרות להעניק צו הורות פסיקתי לעופר (לסוגיה זו ראו בע"מ 9182/18, שם הועלתה אך לא הוכרעה לגופו של עניין). בהקשר זה יצוין כי המדינה הגמישה את עמדתה וכיום היא מסכימה שהבקשה למתן צו ההורות תוגש כבר במהלך ההיריון ועוד טרם הלידה, באופן שעשוי לצמצם את מסגרת הזמנים עד למתן הצו. על פי מסמך "מתווה משרד הרווחה", בנסיבות של תרומת זרע ניתן להגיש את הבקשה כ-60 ימים לפני מועד הלידה המשווער, ובנסיבות של פונדקאות חו"ל ניתן להגיש "עוד טרם הלידה ובצמוד להגשת הבקשה למתן צו לעריכת בדיקה גנטית להוכחת אבהות" (ראו גם: בע"מ 9182/18, בפסקה 5). עם זאת, עדיין קיימת תקופה מסוימת – שיכולה להימשך ימים או אף חודשים – שבה יש חוסר התאמה בין מציאות החיים שבה גדל הילד ובין הסטטוס המשפטי של מי שמגדל אותו (ראו והשוו: עניין איילון, בפסקה 18 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן). פער זמנים זה עלול לפגוע בתא המשפחתי הן במישור המעשי – בכל הנוגע להגבלת האפשרות של ההורה הלא-ביולוגי להפעיל סמכויות הוריות ביחס לילד ועיכוב ההטבות הכלכליות והסוציאליות הנגזרות מהמעמד ההורי (למשל, זכויות במקום העבודה, הטבות מס וכיו"ב); והן במישור הזהות של ההורה הלא-ביולוגי, נוכח יצירת תחושה של מדרג הורי בינו ובין ההורה הביולוגי (ראו: הורות מושתתת זוגיות, בעמ' 25-26).

43. הקשיים הנובעים מפער הזמנים בין מועד הלידה למועד ההכרה בהורות ניתנים לריפוי – אף אם באופן חלקי – ככל שייקבע כי לצו ההורות הפסיקתי תחולה רטרואקטיבית ממועד שהינו מוקדם ליום שבו ניתן הצו. קביעה שיפוטית לפיה ההורה הלא-ביולוגי הינו הורה לכל דבר ועניין כבר ממועד הלידה או ממועד סמוך ככל הניתן ללידה, עשויה להיות בעלת ערך רב עבור אותו הורה, וזאת אף מבלי להידרש להיקף הזכויות הכלכליות שיושפעו מקביעה זו (ראו והשוו: עניין איילון, בפסקה 11 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל). צמצום פרק הזמן שבו הסטטוס המשפטי של הורה אינו משקף את המציאות בפועל, יש לו כמובן חשיבות רבה גם בהיבטים הנוגעים לטובת

הילד, שכן יש בכך כדי להגביר את הוודאות והקוהרנטיות של סיפור חייו והקשר עם הוריו (ראו בהקשר זה: נעמן, בעמ' 54-55).

44. בעמ"ש (מחוזי מר') 60269-01-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' סול (26.6.2017) שעסק בבנות זוג מאותו מין אשר אחת מהן ילדה ילד באמצעות תרומת זרע אנונימית, קבע בית המשפט המחוזי כי אף שצו ההורות הפסיקתי הוא צו מכונן, אין הדבר מונע את תחולתו הרטרואקטיבית ממועד הלידה. עוד צוין כי "על דרך הכלל, כאשר ימצא כי עסקינן בבנות זוג אשר זוגיותן מוכחת ומבוססת וההחלטה לעניין הורות של הקטין, לרבות עצם הורותם של שני בני הזוג לגביו, התקבלה במשותף, וכי הבקשה הוגשה בפרק זמן סביר בהתייחס לנסיבות העניין לאחר הלידה – יעתר בית המשפט לבקשת ההורים למתן פסק דין רטרואקטיבי מעת הלידה" (שם, בפסקה 24). בעקבות קביעה זו הסכים היועץ המשפטי לממשלה להחיל צווי הורות פסיקתיים באופן רטרואקטיבי בנסיבות של תרומת זרע אנונימית (בע"מ 4880/18, בפסקה 5), ובהמשך אימץ את המלצת הצוות המקצועי לפיה התחולה הרטרואקטיבית תתאפשר בנסיבות אלה בבקשות שיוגשו עד 90 ימים ממועד הלידה. הצוות המקצועי סבר כי "יש מקום להחלת הצו באופן רטרואקטיבי בנסיבות מיוחדות וכל עוד מדובר בפרק זמן קצר" וכי "ניתן לראות בפרק הזמן שבין מועד הלידה לבין 90 הימים שלאחר הלידה פרק זמן אחד, מעין 'יום אחד ארוך', אל נוכח הנסיבות המשפחתיות [...]". (מסמך המלצות הצוות המקצועי, בעמ' 31).

בעניין איילון, הודיע היועץ כי הוא מסכים להארכת פרק הזמן להגשת הבקשה המאפשר כינון הורות למפרע ל-180 ימים, אך בית המשפט קבע כי תקופה זו עשויה אף היא להיות קצרה מדי לצורך הגשת הבקשה בשל המטלות המיידיות הקשורות לילד בחדשיו הראשונים, וקבע תחת זאת תקופה של תשעה חודשים ממועד הלידה, שאם הבקשה הוגשה במהלכה ניתן יהיה להעניק לצו ההורות תוקף רטרואקטיבי. בפועל, ברוב המקרים של המקרים שבהם הכירו בתי המשפט באפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה, הם אכן העניקו לצו תוקף למפרע (ראו: עניין איילון, בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן).

45. ואולם, הסכמת היועץ המשפטי לממשלה לתחולה רטרואקטיבית הוגבלה כאמור לנסיבות של תרומת זרע אנונימית ולא חלה ביחס לנסיבות של פונדקאות חו"ל. על כן, לאחר שבית המשפט לענייני משפחה העניק צווי הורות פסיקתיים למבקש 1 בדנ"א 1297/20 והחילם באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה, הגיש היועץ ערעור על קביעה זו. גם לאחר שבית המשפט המחוזי קיבל את הערעור באופן חלקי – וקבע כי

מועד תחילת הצווים יהיה ממועד מתן פסק הדין הזר, אשר ניתק את זיקתה ההורית של הפונדקאית – הגיש היועץ בקשת רשות ערעור לבית משפט זה ועמד על כך שהצווים יחולו רק ממועד נתינתם ואילך. כאמור, בפסק הדין בעניין פונדקאות חו"ל, אומצה עמדת היועץ במלואה, ונקבע כי יש לשלול באופן גורף את האפשרות של תחולה רטרואקטיבית לצווי הורות פסיקתיים בנוגע להליכי פונדקאות חו"ל. זאת, משום שבשונה מתרומת זרע אנונימית, הכרה בהורותו של ההורה הלא-ביולוגי החל ממועד הלידה תוביל לכך שעד לניתוק זיקתה של הפונדקאית, תיווצר הורות משולשת, שאינה מוכרת בשיטתנו. כמו כן, נקבע כי אין מקום להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי ממועד ניתוק הזיקה לפונדקאית, וזאת בשל הקושי לזהות מועד זה בכל מקרה ומקרה בהינתן ריבוי הגישות הקיימות בהקשר זה בדין הזר.

46. במסגרת ההליכים דנן הבהירו המבקשים כי הם אינם עומדים על כך שהתחולה הרטרואקטיבית בנסיבות של פונדקאות חו"ל תהיה ממועד הלידה, ומסכימים כי במצבים אלה ניתן יהיה לקבוע כי הצו יחול ממועד ניתוק הזיקה בין הפונדקאית ליילוד (פסקה 5.4 לתגובת המבקשים מיום 8.3.2022). לשיטתם, מכיוון שלצורך מתן צו ההורות בית המשפט לענייני משפחה מחויב לקבוע – כבר ממועד פסק הדין המצהיר על הורותו של ההורה הגנטי – כי ניתוק הזיקה אכן התקיים, לא אמור להיות כל קושי לקבוע גם את המועד הספציפי שבו נותקה הזיקה ולהחיל את הצו ביחס להורה הלא-ביולוגי החל מאותו מועד.

היועץ מצידו מוסיף לדבוק בעמדתו לפיה אין לאפשר תחולה רטרואקטיבית של צו ההורות בנסיבות של פונדקאות חו"ל. זאת, לגישתו, על מנת למנוע מצב שבו יהיו לקטין שלושה הורים בו-זמנית; בשל היעדר אפשרות להכיר בפסקי דין זרים בענייני סטטוס ומכאן היעדר האפשרות לקבוע את המועד המדויק של ניתוק זיקת הפונדקאית; החשש מריבוי התדיינויות באשר לקביעת המועד ממנו יחול צו ההורות הפסיקתי; והתועלת המוגבלת הטמונה בהכרה בהורות ההורה הלא-ביולוגי במועד המאוחר למועד הלידה.

47. כפי שאפרט להלן, אני סבורה כי יש לדחות את כלל הטעמים האמורים שצוינו בעמדת היועץ, ולקבוע כי בנסיבות של פונדקאות חו"ל, בית המשפט לענייני משפחה רשאי לקבוע – במקרים המתאימים – כי צו ההורות שמכונן את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, יחול ממועד ניתוק הזיקה ההורית של הפונדקאית ליילוד, מועד אשר יצוין במסגרת הצו.

48. ראשית, בהתחשב בכך שאיננו עוסקים בתחולה רטרואקטיבית ממועד הלידה, אלא ממועד ניתוק זיקת הפונדקאית, אין כל חשש להיווצרות הורות משולשת. אכן, הכרה בהורות ההורה הלא-ביולוגי ממועד הלידה יכולה הייתה לעורר קשיים משפטיים משמעותיים בהיעדרם של הסדרים דוגמת אלה המעוגנים בחוק הפונדקאות הישראלי, הקובעים את הסמכויות ההוריות בתקופת "בין השמשות" קרי – בין הלידה לניתוק הזיקה בצו ההורות. עם זאת, חששות אלה מתאינים היות שהמבקשים מסכימים כי המועד המוקדם ביותר שממנו ניתן יהיה להחיל את צו ההורות הפסיקתי בכל הנוגע להורה הלא-ביולוגי, הוא מועד ניתוק הזיקה בין הפונדקאית ליילוד.

כפי שציינו המבקשים – והיועץ לא חלק על כך – הדיון בבקשה למתן צו ההורות הפסיקתי נעשה רק לאחר שהוכח, במסגרת ההליך המשפטי המצהיר על הורותו של ההורה הגנטי, כי הליך הפונדקאות בוצע באופן חוקי לפי הדין הזר, לרבות קיומה של הסכמה מדעת של האם הפונדקאית להליך ולהוצאת היילוד לישראל (עניין פלוניא, בפסקה 10 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל; עניין מחט-מגד, בעמ' 524). זאת, בהתאם לנוהל הבין-משרדי המכונה "נוהל חו"ל" – שלא פורסם בציבור עד היום – ונועד להסדיר את מעמדו של ילד שנולד לאזרח ישראל בהליך פונדקאות חו"ל. יתרה מכך, היועץ הבהיר כי לעיתים המדינה אינה מסתפקת בעמידה בדרישות הדין הזר ודורשת כי הפונדקאית תגיע לאחר הלידה לנציגות הישראלית במדינה הזרה לצורך חתימה על תצהיר ויתור. דרישה זו עולה במקרים שבהם ניתוק הזיקה אינו מתבסס על פסק דין שניתן בהסתמך על ויתור האם הפונדקאית לאחר לידה – למשל, כשהניתוק מתבסס על מסמך מנהלי כמו תעודת לידה, על פסק דין שניתן לפני הלידה, או על פסק דין שנסמך על ויתור הפונדקאית לפני הלידה (פסקאות 8-9 לעמדת היועץ מיום 4.1.2022). יוצא, אפוא, שבמועד הדיון בצו ההורות נדרשת קביעה פוזיטיבית באשר לניתוק הזיקה בין הפונדקאית ליילוד בהתאם לדין הזר ובהתאם לדרישות הנוספות של היועץ. בהתקיים הניתוק, ברי כי החל ממועד הניתוק לא מתעורר עוד חשש להורות משולשת. ואילו בהיעדר קביעה כזו בדבר ניתוק, כלל לא ניתן להעניק צו הורות פסיקתי. בשולי הדברים יוער כי האפשרות להכיר בתחולה רטרואקטיבית ביחס להליכי פונדקאות חו"ל אינה מעניקה למי שביצע הליכים אלה זכויות עודפות בהשוואה למי שביצע הליכי פונדקאות בישראל. זאת, משום שצו ההורות שניתן מכוח חוק הפונדקאות, המכונן את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, חל אף הוא מיום ניתוק הזיקה לפונדקאית – שהוא יום מתן צו ההורות.

49. שנית, אין לקבל את הטענה לפיה בהיעדר אפשרות להכיר בפסק דין זר בענייני סטטוס, לא ניתן לקבוע את מועד ניתוק הזיקה בין הפונדקאית ליילוד. היועץ טוען כי

בענייננו, הכרה ישירה בפסק דין זר לפי סעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי-חוק, התשי"ח-1958 (להלן: חוק אכיפת פסקי חוק) איננה אפשרית, משום שמדינת ישראל אינה חתומה על אף אמנה שמסדירה אפשרות הכרה בפסקי דין זרים בענייני סטטוס. למעשה, היועץ מציין כי כלל לא קיימת אמנה בינלאומית שמסדירה את הכללים להכרה בהורות במסגרת הליכי פונדקאות בחו"ל או הכרה בהורות בכלל, וכי בפועל מעט מאוד מדינות מכירות בהורות רק מכוח קביעתה במדינה אחרת. עוד טוען היועץ כי הליך של הכרה אגבית בפסק הדין לפי סעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוק, אינו רלוונטי בענייננו, וזאת משום שעצם ההכרה בהורות מצויה בליבת הסעד המבוקש מבית המשפט לענייני משפחה ואינה אגבית להליך. המבקשים טוענים מנגד כי בעבר נקבע בפסיקה שסטטוס זר תקף בישראל כל עוד לא נפסל בהליך שיפוטי (בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 374 (2000) (להלן: עניין ברנר-קדיש)), והאגודה הצטרפה לעמדה זו של המבקשים והפנתה לפסיקה בבריטניה ובארצות הברית שבה הכירו בתי משפט בהורות שהוכרה בצו שיפוטי של מדינה אחרת (ראו: עמדת האגודה מיום 28.4.2022).

סוגיית ההכרה בהורות שנקבעה בהליך שיפוטי במדינה אחרת, אכן מעוררת שאלות מורכבות מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי (עניין ברנר-קדיש, בעמ' 376; ראו והשוו: עניין מומט-מגד, בעמ' 534-535). ואולם, בענייננו אין הכרח להכריע במחלוקת שנפלה בין הצדדים בהקשר זה. המבקשים עצמם הבהירו כי "בהליך דנן נדון רק צו הורות שניתן על ידי ביהמ"ש מכוח סמכויותיו על פי הדין הישראלי, משבני הזוג כאן לא ביקשו הכרה בפסק חוק" (פסקה 5.1 לתגובת המבקשים מיום 8.3.2022). גם היועץ הכיר בכך ש"פסק דין זר יכול בנסיבות מסוימות ללמדנו על קיומה של אינדיקציה (שאינה מחייבת הליך הכרה לפי חוק אכיפת פסקי חוק [...]) לקיומם של הסכמה וויתור מדעת של האם הפונדקאית על הקטין, וכן לחוקיות ההליך וניתוק הקשר לפי הדין הזר, אך אין בו כשלעצמו כדי להוות ניתוק קשר הורי לפי הדין הישראלי" (פסקה 50 להשלמת הטיועון מטעם היועץ בדנ"א 1297/20 מיום 2.9.2021; ההדגשות הוספו; ראו גם: עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 4.11.2021). דברים אלה – של המבקשים ושל היועץ – מקובלים עליי. דומה כי אין מניעה שבית המשפט לענייני משפחה, במסגרת סמכותו הרחבה לדון בתביעות אמהות ואבהות לפי סעיף 1(4) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, במסגרת סמכותו (ראו בהקשר זה: בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים, פסקה 18 (9.8.2010) (להלן: עניין קעדאן)), יקבע את מועד ניתוק הזיקה בין הפונדקאית ליילוד בהתבסס על מכלול האינדיקציות שהוצגו בפניו, ובכללן פסק הדין הזר. זאת, מבלי שתידרש הכרה בפסק הדין הזר – באופן ישיר או אגבי – לפי חוק אכיפת פסקי חוק. לא למותר לציין בהקשר זה כי העמדה לפיה פסק הדין הזר יכול לשמש אינדיקציה לעצם ניתוק הזיקה, אך לא

יכול להיות אינדיקציה לשאלת מועד הניתוק, יש בה במידה רבה משום אחיזת המקל בשני קצותיו.

50. שלישיית, יש לדחות את טענת היועץ באשר לחשש מריבוי התדיינויות בנוגע למועד ניתוק הזיקה. במצב הדברים השגרתי, הקביעה כי הזיקה בין הפונדקאית ליילוד נותקה, מאפשרת לקבוע ללא כל קושי גם את מועד ניתוק הזיקה, מבלי שהדבר יהיה כרוך בסרבול הליך מתן צו ההורות הפסיקתי. כפי שציין היועץ, במדינות שבהן פסק הדין הזר ניתן בהסתמך על ויתור הפונדקאית לאחר הלידה, לא נדרשים צעדים נוספים לצורך ניתוק הזיקה. לפיכך, קמה חזקה (הניתנת לסתירה) כי מועד מתן פסק הדין הזר הוא גם מועד הניתוק. במדינות שבהן הניתוק נעשה באופן אחר על פי הדין הזר (תעודת לידה או פסק דין שניתן לפני הלידה או שניתן על בסיס הסכמת האם לפני הלידה), נדרשת האם הפונדקאית להתייצב בנציגות ישראל ולחתום על תצהיר ויתור. במצבים אלה, קמה חזקה (הניתנת לסתירה) כי מועד הגשת התצהיר יהווה מועד ניתוק הזיקה. היועץ סבור שלנוכח החשש שיופעל לחץ על הפונדקאית לחתום על תצהיר הוויתור מוקדם ככל הניתן, יש להימנע ממתן אפשרות לתחולה רטרואקטיבית במצבים שבהם נדרש תצהיר הוויתור. לגישתי, אין בחשש ממצבים אלה כדי לשלול באופן גורף את התחולה הרטרואקטיבית, ויש להותיר מרחב של שיקול דעת לבית המשפט לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. ככל שיימצא כי הופעל לחץ פסול על האם הפונדקאית יהיה בכך כדי להשפיע על שאלת התחולה הרטרואקטיבית ואף על עצם מתן צו ההורות הפסיקתי.

51. רביעית, אין מקום לקבל את טענת היועץ לפיה הערך המוסף הגלום בתחולה רטרואקטיבית ממועד ניתוק זיקת הפונדקאית – להבדיל מתחולה רטרואקטיבית ממועד הלידה – הוא מוגבל ביותר. אכן, לא ניתן לחלוק על כך שתאריך לידתו של הילד הוא "תאריך מכונן" וכי להכרה בהורות ממועד זה יש משמעות רבה בחוויה הקיומית של הילד ושל הוריו (עניין פונדקאות חו"ל, בפסקה 14 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל). לכן יש ערך רב במתן האפשרות להחיל את צו ההורות באופן רטרואקטיבי ממועד הלידה וכך אכן נקבע באשר לנסיבות של תרומת זרע אנונימית. עם זאת, גם אם צו ההורות יחול ממועד סמוך לאחר הלידה, יש בכך תועלת בלתי מבוטלת עבור התא המשפחתי. ניתוק הזיקה בין הפונדקאית ליילוד נערך לרוב ימים ספורים לאחר מועד הלידה, אך צו ההורות הפסיקתי עשוי להינתן חודשים רבים לאחר מכן, וזאת בשל עיכובים מסוימים שעשויים להתרחש בכל אחד מן השלבים – החזרה לארץ עם הילד, הגשת הבקשה וניהול ההליך בפני בית המשפט לענייני משפחה. כך למשל, בעניינם של המבקשים נותקה זיקת הפונדקאית תוך שבועיים ממועד הלידה, הבקשה למתן צו ההורות הוגשה כשלושה חודשים לאחר מכן, ומאז הגשת הבקשה ועד למתן הצו חלפו עוד

כשלושה וחצי חודשים (בסך הכל למעלה משבעה חודשים ממועד הלידה ועד מתן הצו).
בנסיבות אלה, קיים אינטרס ברור של הילד, של הוריו ושל החברה כולה, כי ההורה הלא-
ביולוגי ייחשב, בדיעבד, כהורה של הילד סמוך ככל האפשר ליום היוולדו ולא תיווצר
בחיי הילד תקופה ארוכה של חוסר ודאות לגבי הוריו (ראו פסקה 2 לחוות דעתו של
השופט אטדגי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניינם של המבקשים).

52. אוסיף ואציין כי חברי השופט (כתוארו אז) הנדל ציין בעניין פונדקאות חו"ל
שלושה פרמטרים עיקריים לבחינת קטגוריות המקרים שבהם יש מקום לתחולה
רטרואקטיבית של ההורות: טובת הילד; מניעת היווצרות הורות משולשת; וממד הזמן
("ככל שפער הזמנים בין הלידה לבקשת צו ההורות הפסיקתי גדל, תפחת הנכונות להעניק
לצו תחולה רטרואקטיבית"). כפי שהובהר לעיל, החשש מהורות משולשת מתאיין בשל
הקביעה כי המועד המוקדם ביותר שממנו יחול צו ההורות בנסיבות של פונדקאות חו"ל
הוא מועד ניתוק הזיקה; מתן האפשרות לבית המשפט להחיל את צו ההורות הפסיקתי
באופן רטרואקטיבי יש בה כדי לסייע במקרים המתאימים לקידום טובתו של הילד שנולד
בהליכי פונדקאות חו"ל; ובאשר לממד הזמן – בעניין איילון, שעסק בנסיבות של תרומת
זרע אנונימית, נקבע הכלל לפיו האפשרות לתחולה רטרואקטיבית תהיה פתוחה רק בפני
מי שהגיש את בקשתו תוך תשעה חודשים ממועד הלידה. הגבלה זו נדרשת כדי לעודד
הסדרה מהירה של המעמד של ההורה הלא-ביולוגי וכדי למנוע מצב שבו במשך תקופה
ארוכה קיים פער בין המציאות בפועל, שבה יש לילד שני הורים, ובין המצב המשפטי
שבו אחד מההורים לא הסדיר את מעמדו ביחס לילד (שם, בפסקה 12 לחוות דעתו של
השופט (כתוארו אז) הנדל). על כן, הגבלת "ההטבה" של תחולה רטרואקטיבית לפרק
זמן הסמוך למועד הלידה תעניק תמריץ ממשי להסדרה מהירה של מעמד ההורה הלא-
ביולוגי (שם, בפסקה 13 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל ובפסקה 20 לחוות
דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן).

קביעות אלה יפות בעיניי גם ביחס לנסיבות של פונדקאות חו"ל. לפיכך, אני
סבורה שיש לקבוע כי גם כשמתבקש צו הורות פסיקתי מכוח "זיקה לזיקה" ביחס להליכי
פונדקאות חו"ל יש להגביל, ככלל, את האפשרות להחיל את צו ההורות באופן
רטרואקטיבי לבקשות שהוגשו בתוך תשעה חודשים ממועד הלידה. זאת, בכפוף להוראת
מעבר לפיה ביחס לילדים שהוגשה לגביהם בקשה לצו הורות פסיקתי לפני מועד פסק
דין זה, ניתן יהיה להעניק תוקף רטרואקטיבי גם אם הבקשה הוגשה לאחר פרק זמן
ממושך יותר; וביחס לילדים שבאו לעולם וטרם הוגשה לגביהם בקשה למתן צו הורות,
מרוץ תשעת החודשים יחל ממועד פסק דיין זה (בדומה להוראת המעבר שנקבעה בעניין

איילון ביחס לנסיבות של תרומת זרע אנונימית (בפסקה 16 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל)).

53. עם זאת, יש לזכור כי "המציאות עולה לעיתים על כל דמיון והשאיפה ליתן מענה מקיף, כולל ונוקשה" עלולה להוביל לתוצאות קשות ביותר במקרה ספציפי העומד לפני בית המשפט (עניין חשה, בפסקה 15 לחוות דעתי). כך למשל, כפי שציינו המבקשים (פסקה 5.7 לתגובתם מיום 8.3.2022 לעמדת היועץ), קיימים מקרים שבהם לא הייתה לבני הזוג כל אפשרות להגיש את הבקשה לצו ההורות הפסיקתי בתוך תשעה חודשים ממועד הלידה – למשל אם היועץ המשפטי לממשלה התנגד למתן הצו ביחס להורה לא-ביולוגי שאינו תושב ישראל או אם בני הזוג עלו לישראל שנים לאחר לידת ילדם בהליך פונדקאות. לפיכך, אני סבורה כי חרף היתרונות הרבים שבאימוץ סד זמנים קשיח בכל הנוגע לסוגיית התחולה הרטרואקטיבית, אין לשלול באופן מוחלט את שיקול דעתן של הערכאות השיפוטיות להחיל את צו ההורות באופן רטרואקטיבי גם בבקשות שהוגשו בחלוף תשעה חודשים ממועד הלידה, וזאת במקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם עשוי להיגרם עוול חמור לצדדים (ראו בהקשר זה הערתו של חברי השופט (כתוארו אז) פוגלמן בעניין איילון אשר נותר בעניין זה בדעת מיעוט, בפסקה 21 לחוות דעתו).

אוסף ואציע כי פתח צר זה למקרים חריגים יחול ביחס לשתי הקטגוריות הרלוונטיות להורות מכוח "זיקה לזיקה" – פונדקאות חו"ל ותרומת זרע אנונימית. זאת, לטעמי, בהיעדר טעם המצדיק ליצור בהקשר זה הבחנה בין נסיבות של פונדקאות חו"ל לנסיבות של תרומת זרע אנונימית. אכן, עניין איילון לא נדון במסגרת הדיון הנוסף דנן אך משנתכנסנו לדון בהרכב מורחב בסוגיית תחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי, אין מקום להבחנה כאמור, שהיא בעיניי מלאכותית, באשר לאפשרות קיומם של חריגים לכלל ולפיו לאחר תשעה חודשים ממועד הלידה לא ניתן יהיה להעניק לצו ההורות הפסיקתי תוקף רטרואקטיבי.

54. לסיכום – אני סבורה כי לא הוצג טעם המצדיק הבחנה בין נסיבות של תרומת זרע אנונימית לנסיבות של פונדקאות חו"ל בכל הנוגע לעצם האפשרות להחיל את צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי. ההבדל העיקרי בין שתי הקטגוריות האלה נוגע למועד המוקדם ביותר שממנו ניתן להחיל את הצו – מועד הלידה לעומת מועד ניתוק זיקת הפונדקאית. ביחס לשתי הקטגוריות, זוגות המעוניינים להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי נדרשים להגיש את הבקשה לצו ההורות הפסיקתי תוך תשעה חודשים ממועד הלידה. הגשת הבקשה לאחר מועד זה לא תמנע אומנם את אפשרות הענקת צו

ההורות, אך להוציא מקרים חריגים הדבר יוביל לכך שהצו יחול רק ממועד נתינתו ואילך.

צו ההורות הפסיקתי ורישום ההורות

55. עד עתה עסקנו במישור המהותי הנוגע להכרה בהורות ודרכי היווצרותה – קרי, בקביעת סטטוס ההורות. מכאן אפנה לדון במישור רישום ההורות במרשם האוכלוסין. ההבחנה בין סטטוס לרישום נדונה והוכרעה בהלכות רבות שיצאו מלפני בית משפט זה. נקבע כי "[...] שאלת הסטטוס אינה עניין למרשם; הכרעה בסטטוס אינה עניין לפקיד הרישום; הביקורת השיפוטית על החלטתו של פקיד הרישום אינה צריכה לעסוק בשאלות של סטטוס" (בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 566, 537 (להלן: עניין בן-ארי); ראו גם: בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פ"ד סד(3) 867, 807 (להלן: עניין ויס); עניין מחט-מגד, בעמ' 573-574). כלומר – נקודת המוצא היא שרישום פרט ההורות במרשם, הוא כשלעצמו, אין בו כדי להכריע בשאלה המהותית הנוגעת ליצירת הקשר ההורי שבה דנו עד עתה. ואולם, אף שהמרשם משמש בעיקרו כמאגר סטטיסטי, פרטים מסוימים במרשם, ובכללם פרט ההורות, מהווים ראייה לכאורה לנכונותם (סעיף 3 לחוק המרשם) וככאלה הם נושאים ערך ראייתי מסוים שיש לו השפעה על זכויות וחובות בתחומי חיים שונים (עניין קעטאן, בפסקה 11; עניין ויס, בעמ' 841).

56. המבקשות 1-2 סבורות כי יש לאפשר להן לרשום את ילדן, שנולד בהסתייעות תרומת זרע אנונימית, במרשם האוכלוסין באמצעות הודעה לפקיד המרשם. המשיבים, מצדם, סבורים כי לצורך רישום מי שנעדרת זיקה ביולוגית לילד, יש להציג בפני פקיד המרשם תעודה ציבורית מסוג צו אימוץ או צו הורות פסיקתי. השאלה הטעונה הכרעה היא, אפוא, האם בנסיבות העניין הצגת תעודה ציבורית כאמור מהווה תנאי לרישום האם הלא-ביולוגית במרשם האוכלוסין, כעמדת המשיבים, או שמא ניתן להסתפק בהודעה שנמסרת לפקיד המרשם, כטענת המבקשות.

57. אקדים אחרית לראשית ואומר כי לגישתי, וכפי שסבר ההרכב בעניין צור-וייטלברג, האם הלא-ביולוגית נדרשת להציג בפני פקיד המרשם תעודה ציבורית לצורך רישומה כאם היילוד במרשם האוכלוסין. מסקנה זו מתחייבת, לטעמי, מתכליתו של מרשם האוכלוסין ומגבולות סמכויותיו של פקיד המרשם כפי שהותוו בפסיקת בית משפט זה, והיא מוצדקת אף מטעמים של מדיניות שיפוטית.

בטרם אדרש לטעמים המבססים את המסקנות האמורות, ראוי לעמוד על הוראות הדין הרלוונטיות לעניין רישום פרטי הורים במרשם האוכלוסין, ועל מדיניות המשיבים בנושא זה.

א. המסגרת המשפטית בעניין רישום הורות במרשם האוכלוסין

58. בהתאם לעמדה העקבית שבאה לידי ביטוי בפסיקת בית משפט זה, מרשם האוכלוסין נועד, כאמור, לאגור נתונים סטטיסטיים על התרחשויות אישיות ואינו הזירה המתאימה להכרעה בשאלות של סטטוס (עניין ממת-מגד, בעמ' 528-531, 573-574; עניין ויס, בעמ' 868; עניין בן-ארי, בעמ' 564). חוק המרשם קובע את הפרטים הנוגעים לתושבי המדינה אשר יירשמו במרשם האוכלוסין, וביניהם "שמות ההורים" (סעיף 2(א)(2) ו"שמות הילדים" (סעיף 2(א)(9)). ביחס לפרטים אלה מהווה הרישום, כאמור, "ראיה לכאורה" לנכונותו (סעיף 3 לחוק המרשם).

59. נקודת המוצא לדיוננו היא שמרשם האוכלוסין נועד לשקף את ההיבט המשפטי של פרט ההורות (עניין ברנו-קדיש, בעמ' 375). במילים אחרות, המרשם נועד לשקף את ההכרה המשפטית בהורות על בסיס כל אחד מהאדנים המוכרים בדין: הורות פיזיולוגית; הורות גנטית; הורות מכוח אימוץ; והורות מכוח "זיקה לזיקה". בהקשר זה יובהר כי היא אשר יהא האדן שמכוחו מוכרת ההורות, רישום ההורות במרשם האוכלוסין יופיע באופן זהה, ללא כל הבחנה בין הורות ביולוגית להורות שאינה ביולוגית (עניין ממת-מגד, בעמ' 565-566; עניין מלכי, בפסקה 3).

בפסיקה נשמעה אמנם העמדה לפיה תכלית המרשם לעניין רישום הורות היא "לשקף את ההורות הביולוגית של האם והאב לילדיהם" (עניין קעדאן, בפסקה 16), והמשנה לנשיאה מלצר הפנה לעמדה זו בחוות דעתו בעניין צור-וייסלברג (בפסקה 46 לחוות דעתו). עם זאת, כפי שהדגיש חברי השופט (כתוארו אז) הנדל (בפסקה 2 לחוות דעתו בעניין צור-וייסלברג), נוכח התמורות המשפטיות שחלו במוסד ההורות ובראשן ההכרה הפסיקתית בהורות מכוח "זיקה לזיקה", ניכר כי הדברים שנאמרו בעניין קעדאן אינם משקפים את מהות המרשם בימינו (ראו גם: הורות מושתתת זוגיות, בעמ' 34-35).

60. חוק המרשם קובע שני מסלולים לרישום ראשון של ילד שבא לעולם: רישום על פי תעודה ציבורית ורישום על פי הודעה שנמסרה לפי סעיפים 5-14 לחוק (סעיף 19ב לחוק המרשם). שינוי רישום, לעומת זאת, ניתן לבצע רק על פי מסמך או תעודה ציבורית המעידים על השינוי שאותו מבוקש לרשום (סעיף 19ג לחוק המרשם).

סעיף 19א לחוק המרשם מגדיר מהי "תעודה ציבורית" על דרך של ההפניה לפקודת העדות שהוחלפה זה מכבר בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). סעיף 29 לפקודת הראיות מגדיר "תעודה ציבורית" כך:

תעודה של אחד הגופים המנויים להלן שהיא מעשה חקיקה, שיפוט או ביצוע, או רשומה של מעשה כאמור, או שהיא חלק מן הרשומות הרשמיות של אחד הגופים המנויים להלן, ובכלל זה תעודה המוחזקת כרשומה, בין שנעשתה בדרך רשמית ובין בדרך אחרת; ואלה הגופים:

(1) מדינת ישראל או הרשות הריבונית של שטח ארץ שמחוץ לישראל;

(2) משרדי הממשלה, רשות מקומית, בית משפט, בית דין, גוף אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית, נוטריון או כל גוף רשמי אחר של ישראל או של שטח ארץ שמחוץ לישראל (להלן – מוסדות);

(3) עובד המדינה, עובד רשות ריבונית של שטח ארץ שמחוץ לישראל או עובד מוסד (להלן – פקיד).

61. סעיף 6 לחוק המרשם קובע כי הודעה על לידה, הכוללת את פרטי הרישום של היילוד, לרבות פרטי הוריו (תקנה 1 לתקנות מרשם האוכלוסין (פרטי רישום נוספים בהודעת לידה או פטירה), התשכ"ט-1968), תימסר לפקיד המרשם על ידי המוסד שבו ארעה הלידה; או על ידי הורי היילוד, הרופא והמיילדת שטיפלו בלידה, בהתאם למקום שבו ארעה. ככלל, הודעה על לידה מספיקה לצורך רישום האם היולדת במרשם האוכלוסין.

62. רישום פרטי האב מורכב יותר. לעניין זה קובעים חוק המרשם וכן נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין (נוהל מס' 2.2.0007) (להלן: נוהל הוספת פרטי אב), הוראות ספציפיות, אשר מבחינות בין זוגות שרשומים כנשואים וזוגות שאינם רשומים כנשואים. סעיף 21 לחוק המרשם קובע כי אם האם היולדת אינה נשואה, שם האב יירשם "על פי הודעת האב והאם כאחד, או על-פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך" (ההדגשה הוספה). לפי ההודעה המשותפת של ההורים, בנוסחה הנוכחי (שעודכן ביוני 2018, במהלך בירור העתירה בעניין צור-וייסלברג; פסקה 40 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר), על האב להצהיר כי הוא "אביו הביולוגי של היילוד" (טופס הכרה באבהות, המצורף לנוהל הוספת פרטי אב). סעיף 22 לחוק המרשם קובע כי במקרים שבהם האם הייתה נשואה למי שאינו האב המוצהר של היילוד בתוך 300 יום שלפני הלידה, רישום האב יתבצע על פי פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך

בלבד, וזאת כדי "למנוע רישום יילוד של אשה נשואה, כבנו של מי שאינו בעלה ובכך ליצור חשש ממזרות" (בג"ץ 5384/16 פלוני נ' שר הפנים, פסקה 18 לחוות דעתו של השופט י' עמית (21.8.2017)).

מן האמור לעיל עולה כי חוק המרשם אינו כולל למעשה הוראה מפורשת ביחס למצבים שבהם מי שמבקש להירשם כאב, נשוי לאם היולדת. ביחס לקבוצה "שירית" זו ניתן להסיק משילוב הוראות סעיפים 21 ו-22, וכן סעיפים 6 ו-19 ב לחוק המרשם, כי אם בני הזוג נשואים – ניתן להסתפק בהודעה על לידה גם לצורך רישום פרטי האב, ללא כל צורך בפעולה נוספת כמו הודעה משותפת או פסק דין. ואכן, נוהל הוספת פרטי אב קובע כי במקרה שבו שני ההורים אזרחי ישראל ורשומים כנשואים "ככלל ירשם בעלה של האם היולדת כאבי הילוד" (סעיף 4.1; יוער כי לפי סעיף 4.3 לנוהל, במקרה שבו הקטין נולד לפני שחלפו 300 מיום הנישואין הרישום מתבצע על פי הודעה משותפת של בני הזוג). כלומר, במקרה שבו מדובר בזוג נשוי, רישום האב מתבצע, ככלל, באופן אוטומטי לפי הפרטים המופיעים בהודעה על לידה בישראל.

63. ביחס לרישום המתבצע על פי הודעה – להבדיל מרישום שמתבצע על סמך תעודה ציבורית – רשאי פקיד המרשם לדרוש ממי שמסר הודעה כאמור ידיעות, מסמכים והצהרות, בנוגע לפרטי הרישום שאליו מתייחסת ההודעה (סעיף 19 לחוק המרשם), ולסרב לרשום פרט רישום על פי הודעה בלבד, אם לאחר שהפעיל את סמכויותיו אלו "היה לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה" (סעיף 19ב(ב) לחוק המרשם).

עוד יצוין כי לעניין אימוץ קובע חוק המרשם כי הוריו המאמצים של ילד יירשמו עם אימוצו בהתאם לשם שנקבע בצו האימוץ (סעיף 20 לחוק המרשם); ולעניין פונדקאות בישראל קובע החוק כי הוריו המיועדים של ילד שנולד בהליך פונדקאות בהתאם לחוק הפונדקאות, יירשמו עם מתן צו ההורות על ידי בית המשפט לענייני משפחה (סעיף 20א(א) לחוק המרשם).

64. חוק המרשם אינו נותן מענה מלא באשר לאופן הרישום של כלל טכניקות ההולדה ואדני ההורות הקיימים. על כן, עם התפתחות הטכנולוגיה בתחום ההולדה והפריון שאפשרה יצירת מודלים משפחתיים חדשים, נדרש בית משפט זה להכריע, לצד שאלות משפטיות-מהותיות הנוגעות להכרה בהורות ולאופן היווצרותה, גם בשאלות רישומיות שהמחוקק הותיר בעניינן חלל נורמטיבי (עניין ממש-מגד, בעמ' 563). כך למשל, חוק המרשם אינו מתייחס במישרין לרישום הורות כאשר מדובר בזוגות מאותו מין, ואינו מתייחס לרישום פרטיו של הורה לא-ביולוגי של ילד שנולד בהליך פונדקאות בחו"ל

(כלומר שלא התבצע לפי חוק הפונדקאות), או שנולד באמצעות תרומת זרע אנונימית. ביחס לפונדקאות חו"ל נקבע בעניין ממש-מגד כי ההורה הלא-ביולוגי שבידו תעודת לידה ופסק דין הצהרתי שניתנו בארצות הברית שבהם הוא מופיע כהורה של הילד, רשאי להירשם כהורה במרשם האוכלוסין על בסיס מסמכים אלו, המהווים "תעודה ציבורית". בענייננו, מתעוררת שאלה אחרת, הנוגעת לרישום הורות לא-ביולוגית בנסיבות של לידה שהתרחשה בישראל בהסתייעות תרומת זרע אנונימית, ומשכך בשונה מעניין ממש-מגד, אין בידי המבקשות 1-2 תעודות זרות שיספיקו לצורך הרישום.

על מנת לבחון שאלה זו, יש להידרש תחילה לגבולות סמכויותיו של פקיד המרשם.

ב. גבולות סמכויותיו של פקיד המרשם

65. כפי שנפסק כבר בשנות ה-60 המוקדמות, תפקידו של פקיד המרשם הינו "תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו" (בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 244 (1963) (להלן: עניין פונק שלזינגר)). על בסיס עיקרון זה, נקבע כי פקיד המרשם אינו מוסמך לקבוע את תוקפו של הרישום שאותו הוא נדרש לרשום וכי לא הוענקה לו סמכות להכריע בשאלות משפטיות (שס, בעמ' 243, 249). ככלל, על פקיד המרשם לבצע את הרישום המבוקש, "אלא אם כן הדברים אמורים ב'אי נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר'" (בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89, 93 (1994) (להלן: עניין גולדשטיין)).

66. הכללים בדבר סמכותו המצומצמת של פקיד המרשם פותחו במקור בהקשר של פרטי רישום שאינם מהווים ראיה לכאורה לנכונותם, כגון נישואין, דת ולאום (ראו, בין היתר: עניין פונק שלזינגר; בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970)); עניין גולדשטיין). אולם, הובהר בפסיקה כי הכללים בדבר שיקול דעתו המצומצם של פקיד המרשם חלים גם ביחס לפרט ההורות (עניין ברנר-קדיש, בעמ' 376-377; עניין ויס, בעמ' 867-868; עניין ממש-מגד, בעמ' 529-530).

67. בשים לב לכך שהיבטים הנוגעים להורות עשויים להיות כרוכים בשאלות משפטיות, בית משפט זה הבהיר לא אחת כי החלטתו של פקיד המרשם לרשום או לסרב לרשום את ההורות אינה מיועדת להכריע "בשאלות משפטיות וחברתיות מורכבות" (עניין ממש-מגד, בעמ' 528-531; עניין איילון, בפסקה 14 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל (14.2.2021)). בהתאם נפסק כי סירובו של פקיד המרשם לרשום אדם כהורה אינו

יכול להתבסס על טענה של אי-נכונות משפטית (למשל בטענה כי "אין זה אפשרי כי יירשמו שני הורים מאותו המין במרשם"), אלא אך ורק על אי-נכונות עובדתית (עניין מחט-מגד, בעמ' 531). לפיכך נקבע בעניין מחט-מגד כי "סירובו של פקיד הרישום לרשום את פרט ההורות על יסוד תעודת הלידה והצו השיפוטי הזר שהוצגו לו, הוא משום הכרעה בסוגיות שהמשיבים עצמם טוענים שלא לפקיד המרשם להכריע בהן" (שם, בעמ' 530).

68. אכן, המרשם מהווה מאגר סטטיסטי שאינו יוצר זכויות מהותיות וניתן להשיג על האמור בו. עם זאת, בניגוד לרישום לאום, דת ומצב אישי, רישום פרט ההורות מהווה ראייה לכאורה לאמיתות תוכנו (סעיף 3 לחוק המרשם). לפיכך, הוא עשוי להשליך על עניינים שונים בחיי המעשה, כמו ירושה ומזונות, וגופים רבים עשויים להסתמך עליו (עניין קעדאן, בפסקה 11; עניין איילון, בפסקה 12 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן).

מכל מקום, במסגרת הסדרת רישום פרט ההורות במרשם האוכלוסין, יש להימנע מלהותיר הכרעות משפטיות מורכבות בידי פקיד המרשם.

ג. אופן רישום פרט ההורות: נגזרת של סוג הזיקה ההורית ונסיבות היווצרותה

69. כאמור, לשאלה שבפנינו – אופן רישום האם הלא-ביולוגית בנסיבות של תרומת זרע אנונימית – אין מענה בחוק. לפיכך, ועל מנת ליתן לה מענה, עלינו לבחון את הכללים השונים המעוגנים כיום בדין ביחס לרישום הורות ולהסתייע בשיקולים שצוינו לעיל בדבר מגבלות שיקול דעתו של פקיד המרשם.

70. ניתוח הוראות חוק המרשם מצביע על כך שבאותם מצבים שבהם ההורות נוצרת מאליה בלא כל צורך בהליך שיפוטי, חוק המרשם אינו קובע דרישה להצגת צו שיפוטי או תעודה ציבורית אחרת לצורך ביצוע הרישום. אלו הם פני הדברים ביחס להורות ביולוגית לגביה קובע סעיף 6 לחוק המרשם הוראות מפורטות לעניין רישום האם היולדת, ולפיהן המוסד שבו ארעה הלידה ימסור הודעה בדבר הלידה שתכלול את פרטי הרישום של הילוד. מסעיף זה ניתן ללמוד כי ההודעה מבוססת על זיקה ביולוגית, שכן מובהר בו כי אם הלידה לא ארעה במוסד יש להציג בפני פקיד המרשם תעודת רופא או תצהיר מטעם מיילדת בדבר היותה של אם היילוד אמו הטבעית, ואם לא טיפלו בלידה רופא או מיילדת יש לצרף תצהיר כאמור מטעם הורי היילוד, בצירוף אישורים רפואיים (סעיף 6(ב)); בהעדר אישורים רפואיים, יש לצרף להודעה על לידה תוצאות של בדיקה גנטית לשם קביעת היותה של אם היילוד אמו הטבעית (סעיף 6(ג)).

71. אכן, הורותה של האם הביולוגית נוצרת בעת הלידה. היא אינה טעונה כינון, ורישומה לאחר הלידה משקף בהכרח סטטוס קיים. בנוסף, ככל שאין מדובר בהליך פונדקאות, היא גם אינה מחייבת הסדרה משפטית של זיקות הוריות מתחרות. כפי שציין חברי השופט (כתוארו אז) הנדל "ההולדה הטבעית [...] לרוב אינה מעלה סוגיות משפטיות סבוכות, היות שלשם מימושה די בשני בני הזוג, ואין צורך בחומר גנטי או בנשיאות ההיריון על ידי גורם שלישי" (עניין פלונית, בפסקה 8 לחוות דעתו). משכך, השאלה הניצבת בפני פקיד המרשם בעת שהוא רושם הורה ביולוגי של ילד היא שאלה עובדתית פשוטה יחסית: האם קיימת זיקה ביולוגית בין היילוד להורה. לצורך ביצוע הרישום הוא אינו נדרש להסתמך על תעודה ציבורית, ודי במסירת הודעה על ההורות (בכפוף לכך שהפקיד רשאי לדרוש ממוסר ההודעה ידיעות, מסמכים והצהרות, בהתאם לסעיף 19 לחוק המרשם).

72. לעומת זאת, מהוראות חוק המרשם עולה כי בנסיבות שבהן הסדרת ההורות המהותית מחייבת מעורבות של בית המשפט, סבר המחוקק שיש להתנות את הרישום בהצגת צו שיפוטי מתאים. כך, הורות מכוח אימוץ נוצרת באמצעות צו אימוץ שניתן על ידי בית משפט ומנתק את הזיקה ההורית בין הילד המאומץ להוריו הביולוגיים (סעיף 16 לחוק האימוץ). לפי חוק המרשם, "אומץ ילד, יירשמו במרשם ובכל תעודה לפי חוק זה מאמציו כהוריו והמאומץ כילדם של מאמציו, ובשם שנקבע לו בצו האימוץ" (סעיף 20 לחוק המרשם). מסעיף זה ניתן להסיק כי הצגת צו אימוץ היא תנאי לביצוע הרישום. באופן דומה, הולדת ילד באמצעות הליך פונדקאות בישראל מחייבת, כפי שפורט לעיל, מעורבות שיפוטית לצורך ניתוק זיקת האם הפונדקאית וקביעת בלעדיות ההורות של ההורים המזמינים, וזאת גם אם לשניהם קשר גנטי ליילוד. רישומם של בני זוג שהביאו ילד משותף בהליך פונדקאות לפי חוק הפונדקאות, יתבצע, איפוא, עם הצגת צו ההורות לפקיד המרשם (סעיף 20א לחוק המרשם).

במילים אחרות, במצבים שבהם אקט שיפוטי הוא שמכונן את ההורות או במצבים שבהם נדרשת מעורבות שיפוטית לצורך הסדרת ההורות וניתוק זיקה הורית מתחרה (כמו בהליך פונדקאות), קבע המחוקק כי לא ייוותר שיקול דעת של ממש בידי פקיד המרשם: אם יוצג צו שיפוטי מתאים (צו אימוץ או צו הורות) הרישום יבוצע, ובהיעדר צו כזה הרישום לא יבוצע. כך נמנעת מראש האפשרות שפקיד המרשם יידרש להכריע בשאלות משפטיות מורכבות הכרוכות בהליכי אימוץ ופונדקאות.

73. מכאן עולות מספר מסקנות. ראשית, בשים לב להוראות סעיף 6 לחוק המרשם המלמדות כי הודעה בדבר לידה נועדה לשקף אמהות ביולוגית, ברי כי רישום האבהות על בסיס הודעה זו חייב אף הוא להישען על קשר ביולוגי. באופן דומה, גם רישום

האבהות במקרה של אישה פנויה, כאמור בסעיף 21 לחוק המרשם (רישום על פי הודעה משותפת של בני זוג), עניינו בהורות ביולוגית, והדבר מצוין גם בטופס ההכרה באבהות (מאז השינוי שנערך בו), והוא אינו מיועד לרישום הורות לא-ביולוגית (מכוח אימוץ או מכוח "זיקה לזיקה"). עמדה זו עולה בקנה אחד עם ההיגיון שעליו עמדתו לעיל ולפיו רק כאשר מדובר בהורות שאינה דורשת מעורבות של בית המשפט לצורך כינונה או הסדרתה, הנטל שבו ידרשו מבקשי הרישום לעמוד יהיה קל יחסית, והם לא יידרשו להציג תעודה ציבורית.

74. שנית, בכל הנוגע לרישום, אין הבדל של ממש בין הורות מכוח "זיקה לזיקה" שצו הורות פסיקתי מכונן אותה, להורות מכוח צו אימוץ או צו הורות לפי חוק הפונדקאות. בכלל המקרים הללו מדובר במצבים שבהם בית המשפט נדרש לדון בשאלות מורכבות ולוודא קיומם של תנאים מסוימים, שאין זה בסמכותו של פקיד המרשם לברר. על כן, אני סבורה כי בנסיבות של תרומת זרע אנונימית, על זוגתה של האם היולדת, שאימהותה מוכרת מכוח "זיקה לזיקה" וטעונה כינון בצו שיפוטי, להציג לפקיד המרשם תעודה ציבורית שבה היא מופיעה כאימו של הילד, ואין להסתפק בהודעה בלבד (הודעה על לידה לפי סעיף 6 לחוק המרשם או הודעה משותפת לפי סעיף 21 לחוק המרשם).

ככלל, כאשר עסקינן בלידות שהתרחשו בישראל, התעודה הציבורית המתאימה לצורך רישום הורות מכוח "זיקה לזיקה" היא צו ההורות הפסיקתי. עם זאת, בפסיקה קודמת כבר הובהר כי תעודה זרה (שנכללת בהגדרה של "תעודה ציבורית" בפקודת הראיות) יכולה אף היא להספיק לצורך רישום הורות, גם כשמדובר בהורות לא-ביולוגית. כך, בעניין ברנר-קדיש נפסק כי פקיד המרשם אינו מוסמך לסרב לבצע רישום על בסיס צו אימוץ זר מקום שזה הוצג בפניו. ומפסק הדין בעניין ממש-מגד עולה כי רישום בני זוג מאותו המין שהביאו לעולם ילד בהליך פונדקאות במדינה זרה, כלומר שלא לפי חוק הפונדקאות, יתבצע באמצעות הצגת תעודה ציבורית שבה האב הלא-ביולוגי רשום כאביו של הילד, ובאותו עניין מדובר היה בפסק דין זר ותעודת לידה זרה. מכל מקום, גם באותם מקרים לא התבצע הרישום על בסיס הודעה בלבד.

75. בשים לב לכך, אני סבורה כי אין ממש בטענת המבקשות לפיה הדרישה מהאם הלא-ביולוגית להציג צו הורות פסיקתי או צו אימוץ לצורך רישומה, סותרת את פסק הדין שניתן בעניין ממש-מגד. זאת, שכן בקשת זוגתה של האם היולדת להירשם באמצעות הודעה משותפת היא למעשה בקשה לבצע רישום על יסוד הסכמת בנות הזוג, וזאת אף שהדין הישראלי אינו מכיר, כאמור, ב"הורות הסכמית". העותרים בעניין ממש-מגד, לעומת זאת, לא ביקשו להירשם על בסיס הסכמתם, והובהר כי "הטענה שפקיד המרשם

נדרש לרשום על פיה היא טענה להורות משפטית מכוח פונדקאות על פי דין זר, והיא מלווה בתעודות ציבוריות תקפות המעידות עליה" (עניין ממט-מגד, בעמ' 531; ההדגשות הוספו). בנסיבות האלו נקבע כי על פקיד המרשם לבצע את הרישום המבוקש על יסוד התעודות הציבוריות שהוצגו לו – תעודת לידה זרה ופסק דין זר. כך בממט-מגד וכך גם ביתר פסקי הדין שאליהן הפנו המבקשות. למשל, בעניין ברנר-קדיש נקבע כי פקיד המרשם אינו רשאי לסרב לבצע רישום אם הוצג בפניו צו אימוץ זר; ובעניין פונק שלזינגר ביקשה העותרת להירשם כנשואה על יסוד רישומים זרים ונפסק כי די בראיה לכאורה להוכחת טקס הנישואין כדי לחייב את פקיד המרשם לבצע את הרישום המבוקש (שם, בעמ' 241, 258).

אכן, "ההחלטה לרשום וההחלטה לסרב לרשום הן שני צדדים של אותו מטבע" (עניין ממט-מגד, בעמ' 530). כך, כשם שעל פקיד המרשם לבצע רישום אם הוצגה בפניו תעודה ציבורית שמעידה על יחסי הורות מבלי לבחון את תוקפה המשפטי, עליו להימנע מלבצע את הרישום אם לא הוצגה בפניו תעודה ציבורית כאמור ככל שמדובר בהורות שטעונה כינון (או שהסדרתה מחייבת הליך שיפוטי). לפיכך, הדרישה מהמבקשות 1-2 להציג תעודה ציבורית להוכחת הורותה של האם הלא-ביולוגית מתיישבת עם פסק הדין בעניין ממט-מגד ועם יתר הוראות החוק והפסיקה בהקשר זה.

76. אוסיף ואציין כי המסקנה לפיה על האם הלא-ביולוגית להציג בפני פקיד המרשם צו שיפוטי שמכיר בהורותה לצורך רישומה כאם לא רק מתחייבת מהכללים הקיימים בדין, מגבולות סמכויותיו של פקיד המרשם ומתכלית המרשם, אלא מוצדקת אף משיקולי מדיניות נוספים של קידום ודאות משפטית והבטחת טובת הילד.

החשש הוא שאם בנות זוג שהביאו לעולם ילד באמצעות תרומת זרע אנונימית יהיו רשאיות להירשם ללא פנייה לנתיב של מתן צו הורות פסיקתי, האם הלא-ביולוגית עשויה להסתפק ברישום במרשם האוכלוסין מבלי לכונן את מעמדה ההורי בהליך שיפוטי, מתוך מחשבה שהרישום במרשם האוכלוסין ייתן מענה לצרכים שעשויים להתעורר בעתיד בכל הנוגע לקשר ההורי בינה ובין הילד, למשל מול רשויות המדינה. בהינתן העובדה שצו ההורות הוא זה שמעגן את הזכויות והחובות בין האם הלא-ביולוגית לילד, הקשיים הנובעים מהסתפקות ברישום ההורות במרשם האוכלוסין עלולים להתעורר עם פרוץ סכסוך משפטי בין בנות הזוג, או במקרה של פטירת אחת מבנות הזוג (עניין ממט-מגד, בעמ' 573-574, 541-544; ליפשיץ, בעמ' 69; מסמך המלצות הצוות המקצועי, בעמ' 3). למשל, לאחר פרידת בנות הזוג עשויה האם הביולוגית להתכחש להורותה של האם הלא-ביולוגית או להיפך – האם הלא-ביולוגית

עשויה לבקש להתנער מהקשר עם מי שראה בה כאם לכל דבר ועניין (ראו בהקשר זה: בע"מ 4741/21). בהיעדר הסדרת ההורות מכוח "זיקה לזיקה" בצו הורות פסיקתי, יידרשו בנות הזוג לנהל הליכים משפטיים, לעתים מורכבים וממושכים, לבירור הנושא ולפתרון מחלוקות הנוגעות אליו, לדוגמה בעניין זמני שהות או מזונות (ראו, למשל: תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 58503-05-16 אלמונית נ' פלונית (4.8.2021)).

הכרה בהורות של האם הלא-ביולוגית באמצעות צו הורות פסיקתי מבטיחה, איפוא, התאמה בין הסטטוס המשפטי למציאות חייו של הילד ומעניקה ודאות ויציבות בהיבטים המשפטיים של מערכת היחסים בין הילד להוריו. המרשם, לעומת זאת, אינו יוצר זכויות מהותיות כאלה (ע"א 8030/96 יהוד נ' יהוד, פ"ד נב(5) 865, 872 (1999); עניין ויס, בעמ' 869).

אף אם בסופו של יום יימצאו פתרונות נקודתיים לקשיים הללו, בדמות מתן צו הורות פסיקתי לאחר הפרידה או פתרונות "יצירתיים" אחרים (ראו למשל: בע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (29.8.2013); והשוו לעניין רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003)), המחשבה שדי במרשם כדי ליצור וודאות בנוגע למכלול ההיבטים המשפטיים של הקשר בין הורה לילדו – יסודה בטעות (ראו: עניין ממת-מגד, בעמ' 574-573). הכרעה משפטית מחייבת בעניין מעמד ההורה הלא-ביולוגי יש בה על כן כדי לחסוך מראש התדיינות באשר ליחסי ההורות בינו לבין לילד. היא מספקת ודאות משפטית וחוסמת כל טענה הכופרת בדיעבד בהורותו של ההורה הלא-ביולוגי (ראו: מרגלית, בעמ' 149, 157-158). שיקולים של טובת הילד מובילים, אפוא, למסקנה כי עדיף שתנתן הכרעה משפטית מחייבת בעניין מעמד האם הלא-ביולוגית, על פני הסתפקות ברישום ההורות על בסיס הודעה בלבד.

77. בעניין ממת-מגד נקבע אמנם כי בני זוג מאותו מין שהביאו ילד לעולם באמצעות הליך פונדקאות שהתבצע בחו"ל רשאים להירשם על בסיס תעודות ציבוריות זרות, מבלי שיידרשו לפנות קודם לכן להליך של צו הורות פסיקתי. עם זאת, יש לזכור כי פסק הדין בעניין ממת-מגד ניתן בנסיבות שונות מענייננו. ראשית – וזה העיקר – שם הוצגה בפני פקיד המרשם תעודה ציבורית זרה, ובמצב דברים כזה סירוב לבצע רישום מייצר פיצול בלתי רצוי בין המרשם הישראלי לסטטוס במדינה הזרה שעליו מעידה התעודה הציבורית (עניין ממת-מגד, בעמ' 534-535). מכל מקום, אף ביחס למקרים שבהם מתאפשר הרישום מכוח תעודה זרה, ציינה הנשיאה נאור כך:

"[...] פנייה לבית המשפט לענייני משפחה יכולה להסיר כל ספק בדבר יחסי ההורות בין ההורה הלא ביולוגי לילד, וכך לחסוך התדיינות משפטיות אפשריות עתידיות. קביעה משפטית ברורה של בית משפט לענייני משפחה כי יחסיהם של ההורה הלא ביולוגי והילד הם יחסי הורות לכל דבר ועניין – בין שהיא נעשית בצו אימוץ בין שב'צו הורות פסיקתי' – תמנע כל טענה עתידית שהיחסים אינם יחסי הורות. הניסיון השיפוטי מלמד, למרבה הצער, כי טענות כאלה עלולות להתעורר אגב סכסוכים בין בני המשפחה, כגון סכסוכי ירושה, משמורת או מזונות חלילה. מובן כי הורים צעירים אינם מכלכלים את צעדיהם רק מתוך חשש מסכסוכים עתידיים שעלולים להתגלע ברבות הימים בנוגע לילדיהם, וגם העותרים – שזה מקרוב הקימו את משפחותיהם – אינם חייבים לעשות כן. ואולם הורים המבקשים להסיר כל ספק משפטי ולהבטיח כי טענות שהילד 'שייך' רק לאחד מבני הזוג לא יועלו בעתיד – טוב יעשו אם לא יסתפקו ברישום במרשם האוכלוסין (אף שכאמור, מן הדין לרשום אותם), וישלימו הליך פורמאלי בבית המשפט לענייני משפחה, הליך שיעגן עיגון מוחלט את הורותו של ההורה הלא ביולוגי לדרך הנולד גם בדין הישראלי" (עניין ממוט-מגד, בעמ' 543).

78. לבסוף, אוסיף ואציין כי הדרישה מההורה הלא-ביולוגי להציג צו הורות פסיקתי אינה מכבידה עליו באופן משמעותי, בפרט בהשוואה לצו אימוץ, והדבר נכון ביתר שאת בעקבות ההתפתחויות האחרונות בעמדת המדינה שהפכו אותו להליך נוח ופשוט יותר, שניתן להתחיל בו אף לפני הלידה (ראו: פסקאות 24-25 לעיל; השוו לעניין ויט, בעמ' 842).

79. לסיכום חלק זה: אני סבורה כי בהינתן העובדה שאין זה מתפקידו של פקיד המרשם להכריע בשאלות משפטיות מורכבות, ובשים לב לחשש מפני הסתפקות ברישום בלא עיגון מערך החובות והזכויות בין האם הלא-ביולוגית לילד באמצעות צו הורות פסיקתי – בנסיבות של לידה תוך הסתייעות בתרומת זרע אנונימית – לא ניתן להסתפק בהודעה של בנות הזוג ועל האם הלא-ביולוגית להציג בפני פקיד המרשם תעודה ציבורית שתעיד על הקשר ההורי.

ד. האם אופן הרישום מפלה בנות זוג מאותו המין כאשר לבת הזוג של האם היולדת אין קשר ביולוגי לילוד?

80. המבקשות סבורות כי הדרישה מבנות זוג שהביאו לעולם ילד באמצעות תרומת זרע, להציג תעודה ציבורית לצורך רישום הורות האם הלא-ביולוגית במרשם האוכלוסין, יש בה משום אפליה מחמת נטייה מינית אשר פוגעת בזכותן לשוויון. לטענת המבקשות,

דרישה זו מפלה זוגות מאותו מין לעומת זוגות הטרוסקסואלים – בפרט כאלו שנעזרו בתרומת זרע על מנת להביא ילד לעולם. אפליה ברורה ביחס לזוגות הטרוסקסואלים קיימת, לטענתן, במצבים שבהם לשתי בנות הזוג יש זיקה ביולוגית ליילוד, קרי כאשר בנות הזוג בחרו להפרות ביצית של אחת מהן בזרע של תורם אנונימי, ולשתול אותה ברחמה של בת הזוג השנייה, אשר נושאת את ההיריון (להלן גם: האם היולדת).

81. אכן, לא ניתן להפריז בחשיבותו של עיקרון השוויון, שהוא מעמודי התווך של שיטת המשפט הישראלית (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). חובתן של רשויות המדינה לנהוג בשוויון משמעה מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים; אפליה, היא, אפוא, מתן יחס שונה למי שאין ביניהם שוני רלוונטי לעניין שעל הפרק (בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 366, 358 (2004); ראו גם: בג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סה(3) 688, 714-713 (2012)). עוד נפסק כי התייחסות שונה לקבוצות מסוימות, שהופלו באופן היסטורי, וביניהן קהילת הלהט"ב, חשודה לכתחילה כמפלה, ואפליה זו מהווה פגיעה בגרעין הקשה של הזכות לשוויון (עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 56-51 (2010); עניין ארד-פנקס השני, בפסקה 15 לחוות דעתי ובפסקה 14 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן).

82. האם אכן ניתן יחס שונה לבנות זוג מאותו מין בהשוואה לזוגות הטרוסקסואליים בכל הנוגע לסוגיית רישום ההורות? וככל שהתשובה לשאלה זו חיובית – האם יחס שונה זה נובע משוני רלוונטי?

אקדים אחרית לראשית ואציין כי בכל הנוגע למקרים שבהם לבת הזוג של האם היולדת אין קשר ביולוגי ליילוד ומדובר ברישום של הורות מכוח "זיקה לזיקה", דין טענת העותרות לפגיעה בשוויון – להידחות.

83. כאמור, זוגות הטרוסקסואליים שבהם לאב יש קשר ביולוגי ליילוד רשאים להירשם על פי הודעה על לידה (אם הם נשואים) והודעה משותפת של בני הזוג לפי סעיף 21 לחוק המרשם (אם הם אינם נשואים). אפשרות זו אינה עומדת בפני המבקשות 1-2 ואין ספק כי יש בכך משום יחס שונה בכל הנוגע לרישום ההורות. אולם, היות שזוגתה של האם היולדת נטולת קשר ביולוגי לילד, קיים שוני רלוונטי אשר מצדיק הבחנה זו. בשונה מבן זוג המצהיר על קשר ביולוגי לילד, בקשתה של האם הלא-ביולוגית להירשם באמצעות הודעה בלבד, בהיעדר צו שיפוטי שמכונן את הורותה, היא למעשה בקשה להירשם כאם על בסיס הסכמה בין בנות הזוג – מודל שכפי שצינתי לעיל אינו מוכר

בדין הישראלי. תכלית המרשם היא לשקף את ההיבט המשפטי של ההורות והיעתרות לבקשה להירשם על בסיס הסכמה מנוגדת לתכלית זו.

84. לפיכך יש להתמקד בשאלה – האם בנסיבות של הסתייעות בתרומת זרע אנונימית, קיימת הבחנה שאינה מבוססת על קיומו של שוני רלוונטי, בין אופן הרישום של בנות זוג מאותו מין לאופן הרישום של בני זוג הטרוסקסואליים, בכל הנוגע לרישום ההורה הלא-ביולוגי. עיון בכללים השונים שצוינו לעיל וכן בעמדת המשיבים בהליך דנן מלמד כי התשובה לשאלה זו היא שלילית, ומשכך יש לדחות את טענת המבקשות באשר לאפליה.

כך, אם בני זוג הטרוסקסואלים שאינם נשואים הסתייעו בתרומת זרע, האפשרות להירשם באמצעות הודעה משותפת לפי סעיף 21 לחוק המרשם, אינה נתונה לבן זוגה של האם היולדת, משום שאין בידו להצהיר כי הוא האב הביולוגי של הילד. לפיכך, על פי הנוסח העדכני של טופס ההכרה באבהות, הנטל הראיתי שבו נדרשות לעמוד בנות זוג שאינן נשואות שהסתייעו בתרומת זרע, זהה לזה שנדרשים לעמוד בו בני זוג הטרוסקסואלים שאינם נשואים והסתייעו בתרומת זרע. אלו וגם אלו נדרשים להציג בפני פקיד המרשם תעודה ציבורית שתעיד על הורותו של ההורה הלא-ביולוגי (ראו: עניין איילון, בפסקה 14 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל).

בא כוח המבקשות טען בפנינו כי בפועל בני זוג הטרוסקסואלים שהסתייעו בתרומת זרע נרשמים פעמים רבות באמצעות הצהרת כזב בדבר אבהות ביולוגית, מבלי שהם פונים לבית המשפט לצורך מתן צו הורות פסיקתי והצגתו בפני פקיד המרשם (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום 4.11.2021). טענה זו נטענה ללא ביסוס ומכל מקום, מסירת מידע שקרי לפקיד המרשם היא עבירה שדינה מאסר (סעיף 35(ב)(2) לחוק המרשם), וטופס ההכרה באבהות אף כולל אזהרה מתאימה לעניין זה. בשים לב לכך, ובהינתן סמכויותיו של פקיד המרשם לדרוש הצגה של מסמכים נוספים ולסרב לבצע רישום (סעיף 19(ב) ו-19 לחוק המרשם; סעיפים 4.3 ו-4.8 לנוהל הוספת פרטי אב), החשש בעלמא מפני הצהרות כוזבות אין בו כדי לשנות מן המסקנה שאליה הגעתי (השוו לעניין ויט, בעמ' 842).

85. באשר לזוגות הטרוסקסואליים נשואים, בן הזוג של האם היולדת אומנם נרשם, ככלל, כאבי היילוד, בהתאם לאמור בהודעה על הלידה (סעיף 4.1 לנוהל הוספת פרטי אב). אולם בהתאם להוראות סעיפים 19 ו-19(ב) לחוק המרשם וכפי שהבהירו המשיבים בהליך דנן (סעיף 27 להשלמת טיעון המשיבים בדנג"ץ 5591/20; סעיף 77 לתגובת

המשיבים לבקשה לקיום דיון נוסף בדנג"ץ (5591/20), אם מתעורר חשד שבן זוגה של האם היולדת נעדר קשר גנטי לילד, פקיד המרשם רשאי לדרוש הצגת ראיות להוכחת האבהות הביולוגית הנטענת; ואם פקיד המרשם סבור שלא מדובר בהורות ביולוגית-גנטית הוא יסרב לבצע רישום על בסיס הודעה בלבד, והאב יידרש להציג תעודה ציבורית שתעיד על הורותו (ביחס לזוגות יהודים עלולות להתעורר בהקשר זה מורכבויות נוספות הנוגעות לחשש מממזרות אשר לא ראינו להידרש אליהן בהליך דנן; ראו: סעיף 22 לחוק המרשם; וסעיפים 28 ו-28ה לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000).

86. הנה כי כן, בניגוד לבנות זוג נשואות מאותו מין, ביחס לרישומם של זוגות הטרוסקסואלים נשואים קיימת ברירת מחדל של רישום אבהות בן זוגה של האם היולדת, בהתבסס על הודעה בדבר לידה. ואולם, הבחנה זו מושתתת על טעם ענייני. כאמור לעיל, המרשם נועד לשקף את ההיבט המשפטי של ההורות, ובכלל זה את העובדה שהורות ביולוגית היא הורות הנוצרת בעת הלידה בעוד שהורות המושתתת על אדנים אחרים נוצרת באמצעות צו שיפוטי מכוון. במציאות הנוכחית, אני סבורה כי אכן ניתן להניח, מבחינה סטטיסטית, שעל פי רוב בעלה של האם היולדת הוא אביו הביולוגי של הילד, ולפיכך, לגבי בעלה של האם היולדת חלה חזקה בדבר זיקה ביולוגית (כאמור בעניין צור-וייסלברג, בפסקה 46 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר). לעומת זאת, ניתן להניח כי בנקודת זמן זו, על פי רוב זוגתה של האם היולדת נעדרת זיקה ביולוגית לילד, כך שחלה לגביה חזקה הפוכה: חזקה בדבר היעדר זיקה ביולוגית. זאת במיוחד בהינתן העובדה שהאפשרות לבצע בישראל הליך של הפריית ביצית של אחת מבנות הזוג והשתלתה ברחמה של זוגתה, מוגבלת ביותר (ראו: עניין משה). אך יודגש – אין מדובר בחזקות חלוטות אלא בחזקות הניתנות לסתירה.

87. המבקשות מוסיפות וטוענות כי מדיניות המשיבים לעניין רישום זוגות הטרוסקסואליים שהסתייעו בתרומת זרע – שאותה הן סבורות כי יש להחיל גם בעניינן – מתיישבת עם הוראת סעיף 23(א) לחוזר בנק הזרע, הקובעת כי "במקרה של הזרעה מלאכותית עם זרע של תורם, יש צורך בקבלת הסכמת האישה ובן זוגה בכתב לביצוע ההזרעה המלאכותית וכן בהצהרת בן הזוג כי הילד שייוולד ייחשב לכל דבר כאילו הוא ילדו הטבעי, לרבות לעניין מזונות וירושה, וישא את שם משפחתו" (ההדגשה נוספה). לטענת המבקשות, הוראה זו מלמדת כי האבהות של בן זוגה של האם היולדת נוצרת בעת הלידה ואינה דורשת הליך משפטי לכינונה, חרף היעדרו של קשר גנטי לילוד. לשיטת המבקשות, זו גם העמדה שעולה מתזכיר חוק בנק הזרע, התשע"ז-2016 (להלן: תזכיר חוק בנק הזרע), שבו הוצע לקבוע כי "היתה נתרמת הזרע נשואה – הזכויות והחובות

הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם יהיו קיימות בין בעלה של נתרמת הזרע לבין הילד שייוולד" (סעיף 32(ג) לתזכיר).

איני רואה מקום לקבל טענה זו.

88. בית משפט זה קרא למחוקק לא פעם להסדיר בחקיקה ראשית את ההליך הרגיש והמורכב של תרומת זרע (ראו למשל: בג"ץ 4077/12; בג"ץ 4645/18 פלונית נ' שר הבריאות, פסקה 8 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל (13.2.2019)). ואולם, עד היום הנושא מוסדר בחקיקת משנה בלבד (בין היתר בתקנות הפריה חוץ גופית) ובנהלים והנחיות שהוציא משרד הבריאות, לרבות חוזר בנק הזרע (שם), בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל). מכוח חוזר זה, נדרש בן הזוג של הנתרמת להצהיר כי הילד שייוולד ייחשב לילדו הטבעי. המשיבים הדגישו בטיעוניהם כי החוזר עוסק בעיגון המחויבות של בן הזוג של הנתרמת לילד שייוולד, והוא אינו מסדיר את מעמדו המשפטי של בן הזוג כאב (ראו בהקשר זה: עניין איילון, פסקאות 6 ו-15 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל). עמדה זו מקובלת עליי, בשים לב לכך שהדין הישראלי אינו מכיר בהורות שמבוססת על הסכמת הצדדים. לפיכך, אין די בהצהרת האב באשר להורותו כדי לכוון אותה, ועליו לפנות לצורך כך לנתיב של מתן צו הורות פסיקתי או לנקוט בהליכי אימוץ. משהצהרה שניתנה לפי חוזר בנק הזרע אינה מכוננת את הורותו של בן זוגה של היולדת מכוח "זיקה לזיקה" – ממילא אין די בה לצורך רישומו כאב במרשם והיא אינה מהווה תחליף לדרישה להצגת תעודה ציבורית לשם השלמת הרישום. אשר לתזכיר חוק בנק הזרע. תזכיר זה טרם הבשיל לחקיקה ועל כן, לא מצאתי מקום לייחס לו משקל לצורך הכרעה בענייננו (ראו: שם, בפסקה 15 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל).

89. בשולי הדברים אוסיף כי בסוגיות רגישות כמו רישום והסדרת הורות, פנייה למשפט המשווה היא "ברכה שבנסיבות העניין תועלתה מוגבלת" שכן "התשובה לשאלה נטועה בהכרח בהשקפות ערכיות ואתיות שהן, לא אחת, גם תלויות מקום ותרבות" (בג"ץ 4077/12, בפסקה 28 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). עוד יצוין כי העובדה שהליך תרומת הזרע אינו מוסדר בחקיקה ממילא מקשה על הסתייעות במשפט הנוהג במדינות שבהן קיימת הסדרה חקיקתית בנושא. כך למשל בנוגע לפסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *Pavan v. Smith* 582 U.S. (2017), שאליו הפנו המבקשות, המבוסס על חקיקה במדינת ארקנסו. פסק הדין עוסק ברישום בת זוג של אישה שילדה ילד באמצעות תרומת זרע, כאם הילד בתעודת הלידה כאשר בנות הזוג נשואות. באותו עניין נקבע כי הסירוב לרשום את בת הזוג הנשואה לאם היולדת כאם הילד בתעודת

הלידה, למרות שעל פי דיני מדינת ארקנסו בן הזוג הנשוי לאם היולדת יכול להירשם כאב בהיעדר קשר ביולוגי, מהווה אפליה. בדין הישראלי אין הוראות חוק דומות ולפיכך, הטענה לפיה יש ללמוד מעניין Pavan לענייננו – אינה יכולה לעמוד.

90. למעלה מן הנדרש לענייננו ראיתי להזכיר כי קיים הליך נוסף שמאפשר לבנות זוג להביא יחד ילד לעולם כאשר לשתיהן זיקה ביולוגית אליו – הפריית ביצית של אחת מבנות הזוג בזרעו של תורם זרע אנונימי והשתלתה ברחמה של בת הזוג השנייה, שתישא את ההיריון ותלד. בעניין משה נפסק, בדעת רוב, כי הדין הקיים לא מאפשר לבצע את מלוא ההליך האמור בישראל, בהיעדר בעיה רפואית של האם היולדת המיועדת. עם זאת, חוק תרומת ביציות מאפשר לבצע הליך כזה בישראל באותם מקרים חריגים שבהם מדובר ב"תרומת ביצית מבת זוג בעלת ביציות תקינות [...] לבת זוגה בעלת הלקות בביציות אשר תישא את ההריון" (שם, בפסקה כ"ב לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; ראו גם: פסקאות י"ט-כ"א ו-ל' לחוות דעתו). כמו כן, בנות זוג המעוניינות להביא ילד לעולם באמצעות פרוצדורה זו עשויות לבצעה מחוץ לישראל (בעניין מלכי התעוררה שאלת רישומן של בנות זוג שהביאו ילד באופן זה, אך העתירה הפכה תאורטית לאחר שניתן צו הורות פסיקתי בעניין האם הגנטית ורישומן של שתי האימהות הושלם).

במקרים כאלה, כאשר בנות זוג מקיימות שתיהן זיקה ביולוגית ליילוד, יש לכאורה ממש בטענת האפליה שהעלו המבקשות. זאת, שכן מצבן של בנות זוג אלה דומה למקרה שבו בני זוג הטרוסקסואליים הביאו ילד לעולם תוך הסתייעות בתרומת ביצית: לאב זיקה גנטית לילד, לאם זיקה פיזיולוגית (כנושאת ההיריון) לילד, ולתורמת הביצית אין זיקה הורית לילד (סעיף 42 לחוק תרומת ביציות). במקרה כזה לא נדרש צו הורות פסיקתי שיכונן את הורותם של מי מבני הזוג והם גם אינם נדרשים להציג תעודה ציבורית לצורך רישומם במרשם האוכלוסין. בנות זוג שנעזרו בהליך האמור ובתרומת זרע אנונימית מקיימות למעשה את אותן הזיקות: לאחת מהן זיקה גנטית לילד (כמו לאב בדוגמה שלעיל); לשנייה זיקה פיזיולוגית לילד (כמו לאם בדוגמה שלעיל); ולתורם הזרע אין זיקה הורית כלפי הילד (כמו תורמת הביצית בדוגמה שלעיל). בשני המקרים בן או בת הזוג של האם היולדת הם ההורים הגנטיים של היילוד כך שהורותם אינה טעונה כינון משפטי, ואינה דורשת ניתוק של זיקות הוריות מתחרות (בהנחה שבנות הזוג הסתייעו בתרומת זרע אנונימית).

עם זאת, שאלת רישומן של בנות זוג שהביאו ילד לעולם בדרך זו אינה מתעוררת בענייננו, ומכלול השיקולים הצריכים לעניין זה לא התבררו בהליך דנן. לפיכך, אשאר סוגיה זו לעת מצוא.

91. סיכומם של דברים: הדרישה להצגת תעודה ציבורית (על פי רוב, צו הורות פסיקתי) היא תנאי לרישום האם שהורותה מוכרת מכוח "זיקה לזיקה". דרישה זו מושתתת על שוני רלוונטי ביחס לרישום הורה ביולוגי, ועל כן אין בה משום אפליה.

מן הכלל אל הפרט

92. שלוש הן השאלות שעמדו במוקד ההליכים דנן. באשר לשאלה הראשונה, הנוגעת לאופיו של צו ההורות הפסיקתי, הגעתי לכלל מסקנה כי בהתאם למצב המשפטי הנוכחי, מדובר בצו שמכונן הורות מכוח "זיקה לזיקה", ואינו מצהיר על הורות קיימת. בכל הנוגע לשאלה השנייה, קבעתי כי גם בנסיבות של פונדקאות חו"ל – ולא רק בנסיבות של תרומת זרע אנונימית – ניתן להחיל את צו ההורות באופן רטרואקטיבי, אך זאת ממועד ניתוק זיקת הפונדקאית ליילוד ולא ממועד הלידה. כמו כן, לגישתי, יש להגביל את האפשרות להכיר בתחולה רטרואקטיבית לבקשות שהוגשו תוך תשעה חודשים ממועד הלידה, וזאת בכפוף להוראות המעבר ולחריגים שצוינו בפסקאות 52-53 לעיל. אשר לשאלה השלישית, אני סבורה כי לצורך רישום הורות מכוח "זיקה לזיקה" יש להציג תעודה ציבורית מתאימה, ולא ניתן להסתפק בהודעה בדבר לידה או הודעה משותפת של בני הזוג.

93. בהתאם למסקנות אלה, בשים לב לכך שהבקשה בעניינינו של המבקש 1 בדנ"א 1297/20 הוגשה בתוך כשלושה חודשים ממועד לידת הקטינים, ובהינתן התחולה הרטרואקטיבית ותרומתה לטובתם של הקטינים בנסיבות העניין, אני סבורה כי יש לקבוע שמועד תחילת הצווים יהיה מיום 13.6.2016 דהיינו – מהיום שבו נותקה זיקת הפונדקאית בפסק הדין הזר. זאת בדומה לקביעת בית המשפט המחוזי בעניינם של המבקשים. מועד זה, שחל שבועיים בלבד לאחר מועד לידת הקטינים, מצמצם באופן ניכר את התקופה שבה לא הוכר המבקש 1 כהורה שלהם. בכך, תיווצר התאמה בין הסטטוס המשפטי למציאות חייו של התא המשפחתי בפועל בתקופה שתחילתה עם ניתוק זיקת הפונדקאית ליילוד ועד למתן צווי ההורות הפסיקתיים.

94. הרישום שביקשו המבקשות 1-2 בדנ"א 5591/20, הוא רישום של הורות מכוח "זיקה לזיקה" ואין מדובר במקרה שבו לבת הזוג של האם היולדת יש קשר גנטי ליילוד.

לפיכך, לא מצאתי מקום להתערב בתוצאה שאליה הגיעו שופטי ההרכב בעניין צור-וייסלברג ולפיה לצורך ביצוע הרישום של ההורות של בת הזוג שאין לה קשר ביולוגי ליילוד, תידרשנה המבקשות 1-2 להציג תעודה ציבורית, דוגמת צו הורות פסיקתי.

סוף דבר

95. בחוות דעתי בעניין משה ציינתי כי:

”המקרה שבפנינו מעורר סוגיות אנושיות מן המעלה הראשונה, והוא שב וממחיש את הפער הקיים בין ההתפתחויות הטכנולוגיות והיכולות הרפואיות המבורכות הקיימות בתחום הפריון והילודה – המאפשרות לזוגות וליחידים ברחבי העולם להגשים את משאלת ליבם ולהביא ילדים לעולם – ובין ההתפתחות האיטית של המשפט הנשרך אחריהן בניסיון לקבוע נורמות מתאימות להסדרתן” (שס, בפסקה 15 לחוות דעתי).

בחלוף כשמונה שנים, דברים אלה יפים ונכונים גם ביחס להליכים דנן, שבהם נדרשנו לשאלות מורכבות אחרות הנוגעות להורות מכוח ”זיקה לזיקה” ולצו ההורות הפסיקתי המאפשר הכרה משפטית בה. אכן, צו ההורות הפסיקתי בא לעולם כפתרון זמני עד להסדרת הנושא בחקיקה, אך למרבה הצער הסדרה זו מתעכבת. לפיכך, לעת הזו ולנוכח מציאות החיים של משפחות לא מועטות בישראל, מחויבים אנו ליתן מענה לשאלות הנוגעות לצו זה באופן שיבטיח ודאות ויציבות לכלל הנוגעים בדבר.

96. סיכומם של דברים – ביחס לעניינם של המבקשים בדנ”א 1297/20 אציע לחברי לקבוע כי צווי ההורות הפסיקתיים שניתנו למבקש 1 יוחלו באופן רטרואקטיבי החל מיום 13.6.2016. ואילו בעניינן של המבקשות 1-2 בדנג”ץ 5591/20, אציע להותיר את התוצאה האופרטיבית שנקבעה בעניין צור-וייסלברג על כנה, כאמור בפסקה 94 לעיל.

בהתחשב בתרומה הניכרת של ההליכים דנן להבהרת הכללים הנוגעים להורות מכוח ”זיקה לזיקה” ולצו ההורות הפסיקתי וכן בהתחשב בתוצאה שאליה הגעתי, אציע כי המשיבים יישאו בהוצאות המבקשים בדנ”א 1297/20 בסכום של 10,000 ש”ח; ובדנג”ץ 5591/20 לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט נ' סולברג:

פסק דינה של חברתי הנשיאה א' חיות ממצה, מסקנותיה מקובלות עלי, זולת הסתייגות שלהלן.

חברתי מציעה כך בפסקה 53 לפסק דינה: "אני סבורה כי חרף היתרונות הרבים שבאימוץ סד זמנים קשיח בכל הנוגע לסוגיית התחולה הרטרואקטיבית, אין לשלול באופן מוחלט את שיקול דעתן של הערכאות השיפוטיות להחיל את צו ההורות באופן רטרואקטיבי גם בבקשות שהוגשו בחלוף תשעה חודשים ממועד הלידה, וזאת במקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם עלול להיגרם עוול חמור לצדדים (ראו בהקשר זה הערתו של חברי השופט (כתוארו אז) פוגלמן בעניין איילון אשר נותר בעניין זה בדעת מיעוט, בפסקה 21 לחוות דעתו). אוסיף ואציע כי פתח צר זה למקרים חריגים יחול ביחס לשתי הקטגוריות הרלוונטיות להורות מכוח 'זיקה לזיקה' – פונדקאות חו"ל ותרומת זרע אנונימית". דא עקא, מקרה שכזה אינו מתעורר בנסיבות העניין דנן. אדגיש גם, כי דעתו של השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן שם, בעניין איילון, היתה דעת מיעוט; דעת הרוב (המשנה לנשיאה דאז נ' הנדל, והשופט מ' מזוח) היתה שונה, נימוקיה נכוחים, וכוחה גובר; מכל מקום, משאיננו עוסקים כאן במתן צו הורות לאחר קבלת תרומת זרע אנונימית, סבורני כי יש להותיר בירור סוגיות תיאורטיות אלה לעת מצוא. אין צורך להכריע בהן כבר עתה, באופן קטגורי, מבלי שכלל הנסיבות הצריכות לעניין הובאו לפנינו.

ש פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל:

מונחים לפנינו שני הליכי דיון נוסף, שהמשותף להם הוא אופיו ומעמדו של צו ההורות הפסיקתי. צו זה הוא פיתוח פסיקתי חדש יחסית, שנעשה לראשונה בשנת 2012, על ידי בית המשפט לענייני משפחה, והוכר על ידי בית משפט זה בשנת 2014 (בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493 (2014); להלן עניין ממט-מגד). נפסק כי יש להכיר בארבעה אדנים של הורות: זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ ו"זיקה לזיקה" (בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 10 לחוות דעתי (2015); להלן: עניין פלונית). צו ההורות הפסיקתי נועד להתמודד עם השאלה מי הם ההורים של ילד שבא לעולם, במצבים שלא הוסדרו בחקיקה, תוך הרחבת אדן "הזיקה לזיקה".

1. כפי שציינה חברתי, הנשיאה א' חיות, בחוות דעתה המנומקת והמפורטת, ההליכים שבכותרת מעמידים לפתחנו שלוש סוגיות הקשורות בצו ההורות הפסיקתי.

השאלה הראשונה היא האם צו ההורות הפסיקתי נושא אופי מכונן או הצהרתי. בעניין זה, אין לי אלא להסכים עם חברתי הנשיאה, המצטרפת לעמדה שהבעתי בשורת החלטות – לרבות בע"ם 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (3.2.2020), מושא דנ"א 1297/20 – וקובעת כי מדובר בצו המכונן את ההורות יש מאין, ולא בהצהרה על הורות קיימת (ראו גם בע"ם 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון, פסקה 9 לחוות דעתי ופסקה 2 לחוות דעת השופט מ' מזוז (14.2.2021) (להלן: עניין איילון); בע"ם 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 3 לחוות דעתי, אליה הצטרפו השופטים ג' קרא ו-ע' גרוסקופף (4.6.2020) (להלן: עניין עיתוי ההגשה); ובג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, מושא דנג"ץ 5591/20, בפסקאות 4-5 לחוות דעתי, פסקה 54 לחוות דעת המשנה לנשיאה ח' מלצר וחוות דעת השופט ג' קרא (להלן: עניין צור-וייסלברג)).

מבלי להרחיב מקום שאפשר לקצר – נוכח התשתית שהוצבה בהחלטות האמורות, ובחוות דעת הנשיאה בהליך דנן – אומר רק כי "קביעת גבולותיו של מוסד ההורות מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת, המשמיעה את קולו של הריבון-העם בסוגיות מעין אלה". אמנם, בהעדר מענה חקיקתי למציאות המשתנה – החל בטכנולוגיות ההולדה המתקדמות, וכלה בשינויים חברתיים בדפוסי המשפחה, הזוגיות וההורות – הפסיקה נאלצה להרחיב את אדן "הזיקה לזיקה", כך שיאפשר הכרה בהורות בן הזוג נטול הזיקה הגנטית הישירה ליילוד, גם במצבי תרומת זרע אנונימית ופונדקאות חו"ל. אולם, הפיתוח הפסיקתי נותר קשור בטבורו למקורות ההשראה הסטטוטוריים (ובהם חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), וחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996), ויש להפעיל אותו –

"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' [...] 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 [...] צו ההורות הפסיקתי 'דומה במהותו לצווים המעוגנים בחקיקה' ביחס לאדני האימוץ והזיקה לזיקה [...] וכמו האחרונים אף הוא מעניק לבן הזוג נטול הזיקה

הגנטית או הפיזיולוגית ליילוד רק הורות 'בת כינון' (עניין פלוני, פסקאות 8-9 לחוות דעתי).

מעבר לשיקול המוסדי האמור, שיקולי טובת הילד – במובן של הזהירות הנדרשת במיסוד מודל הורות חדש, שטרם זכה להסדרה חקיקתית מקיפה – תומכים אף הם בסיווג צו ההורות הפסיקתי כאקט מכונן, הנעשה תחת בקרה שיפוטית. על כן, בשלב זה של התפתחות ההכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה אין לראות בצו "הצהרה" על הורות קיימת, אלא אקט של כינון ההורות, לאחר שבית המשפט בחן את הנסיבות ומצא כי בן הזוג עומד בתנאים המהותיים להסדרת מעמדו.

2. התמונה מורכבת יותר באשר לסוגיה השנייה המתעוררת בהליכים דנן – קרי, שאלת התחולה הרטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי שניתן בהקשר של הליכי פונדקאות חו"ל.

בעניין פלוני, מושא דנ"א 1297/20, קבעתי כי נוכח אופיו המכונן של צו ההורות הפסיקתי, "הנחת המוצא המתבקשת היא כי ההורות נוצרת במועד ביצוע האקט המכונן – קרי, מועד מתן הצו". עם זאת, למרות שניתן היה לסבור כי אקט מכונן אינו יכול לשאת תחולה רטרואקטיבית, הדגשתי "שגם בהקשר של ההורות הטכנולוגית החדשה אין לפסול לחלוטין את האפשרות לתחולה רטרואקטיבית" (פסקה 12 לחוות דעתי). זאת, דווקא מן הטעמים שהביאו לסיווג צו ההורות הפסיקתי כמכונן. ראשית, שעה שהצו יונק השראה מן ההסדרים הסטטוטוריים לגבי כינון הורות משפטית, יש להיצמד לקווים העקרוניים שהתווה בהם המחוקק – לרבות בסעיף 17 לחוק האימוץ, המסמיך את בית המשפט להעניק לצו האימוץ, שהוא צו מכונן, תחולה רטרואקטיבית. שנית, עקרון טובת הילד תומך אף הוא באפשרות להעניק לצו תחולה כזו, בנסיבות המתאימות, שכן "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" (שם, פסקאות 12 ו-14 לחוות דעתי). אכן, מן הבחינה האנליטית, אין באופיו המכונן של הצו הפסיקתי כדי לשלול, מיניה וביה, את תחולתו הרטרואקטיבית במקרים המתאימים.

לפיכך, שרטטתי שלושה פרמטרים לזיהוי המקרים המתאימים להחלה רטרואקטיבית של צו ההורות, ובראשם "טובת הילד" במובן הממשי והמהותי – קרי, מקום בו תחולה רטרואקטיבית של ההורות תואמת את הצורך המהותי במיסוד הקשר המשפטי בין הילד-תינוק להוריו, מנקודת מבטו של היילוד. לצד זאת, ייחסתי חשיבות לפרמטר הזמן ("ככל שפער הזמנים בין הלידה לבקשת צו ההורות הפסיקתי גדל, תפחת

הנכונות להעניק לצו תחולה רטרואקטיבית"), ולפרמטר שלישי, בדמות הצורך להבטיח כי "הכרה בהורות ממועד הלידה לא תיצור 'הורות משולשת' – במקרה של פונדקאות חו"ל, על רקע מעורבות אפשרית של האם הנושאת" (פסקאות 12-13 לחוות דעתי).

על יסוד פרמטרים אלה, קבעתי כי בנסיבות עניין פלוני אין מקום לתחולה רטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי. בית המשפט במדינת מינסוטה, בה בוצע הליך הפונדקאות, ניתק את זיקת ההורות של האם הנושאת רק כשבועיים לאחר לידת הקטינים, ועל כן –

"זיקת הפונדקאית לילדים אינה מאפשרת להכיר בכן הזוג בעל הזיקה לזיקה כהורה ממועד הלידה – שהרי הכרה כזו תיצור הורות משולשת. במקרה הטוב, ההכרה בכן 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" (פסקה 14).

באותה פרשה הוספתי 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" (שם). בהתאם, קבעתי כי נוכח ריבוי וגיוון ההסדרים המשפטיים במדינות השונות שבהן מבצעים אזרחי ישראל הליכי פונדקאות, "על בית המשפט לצעוד בזהירות [...] הקצב חייב להיות מדוד". כלומר, עליו "להימנע [...] מהכרעות קזואיסטיות נקודתיות", המבוססות על מועד ניתוק זיקת האם הנושאת במקרה הספציפי. חלף זאת, "מוטב 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" (שם, פסקאות 15-16 לחוות דעתי).

3. אף על פי כן, סבורני כי בחינת הסוגיה בנקודת הזמן הנוכחית מובילה לתוצאה שונה, מן הטעמים שאסביר להלן. משכך, איני עומד על דעתי בעניין פלוני, ומצטרף

להכרעת חברתי, הנשיאה א' חיות, כי "בנסיבות של פונדקאות חו"ל, בית המשפט לענייני משפחה רשאי לקבוע – במקרים המתאימים – כי צו ההורות שמכונן את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, יחול ממועד ניתוק הזיקה ההורית של הפונדקאית ליילוד, מועד אשר יצויין במסגרת הצו" (פסקה 47 לחוות דעתה).

ומה נשתנתה נקודת הזמן הנוכחית?

4. אזכיר כי כבר בעניין פלוני שבתי והדגשתי את האופי הדינמי של צו ההורות הפסיקתי. כך, למשל, ציינתי כי "התפתחויות טכנולוגיות וחברתיות עשויות להביא לשינויים בתפיסת ההורות המבוססת על זיקה לזיקה" (פסקה 10 לחוות דעתי); כי "עמדתי היא כי, בוודאי בשלב זה של ההתפתחות המשפטית, אין להגדיר את מועד התחולה בצורה קזואיסטית" (פסקה 14); וכי "דווקא מפני שבית המשפט צועד קדימה, ונאלץ לקבוע מסגרות לילדים החיים בתוכנו, הקצב חייב להיות מדוד [...] בחינת התיק על פי נסיבותיו, ללא כללים מחייבים, תביא לאי סדר בתחום שדורש יישוב, ולכן אין לה מקום" (פסקה 16). לאמור, הקביעות לגבי אופי צו ההורות הפסיקתי, ולמצער חלקן, צפויות להשתנות. חלוף הזמן – שבמהלכו עשוי מסלול זה של הורות להכות שורשים, להפחית את החששות הכרוכים במיסודו ולספק תמונה רחבה לגבי מכלול השלכותיו – עשוי להרחיב את גבולות הצו, ולאפשר להגמיש את המגבלות שנועדו להבטיח את קליטתו הסדורה (וראו, באותה רוח, בפסקה 5 להכרעתי בעניין עיתוי ההגשה: "עם חלוף הזמן וצבירת הניסיון ניתן יהיה לבחון את ההיבטים השונים של גישה חדשה זו, גם במישור המעשי"). זהירות תוך שינוי, מודל חדש תוך השוואה למודלים ותיקים, עשיית סדר על ידי קביעת כללים, תוך נכונות להשאיר פתח כדי ללמוד מהניסיון המצטבר.

הגם שחלפו פחות משלוש שנים מאז ההכרעה בעניין פלוני, דומה כי מדובר בתקופה משמעותית בהתפתחותו של צו ההורות הפסיקתי, שהיבטים מהותיים שונים שלו עלו לדיון לפני בית משפט זה – באופן שתרם לשרטוט גבולותיו, ולהרחבת הוודאות לגבי היקפו ותכונותיו. לכך יש משמעות לא מבוטלת.

ראשית, אזכיר את עניין איילון, בו נדונה סוגיית התחולה הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי בהקשר של הסתייעות בתרומת זרע אנונימית. בפסק הדין, שאינו עומד לפנינו לדיון נוסף, קבעתי כי "הערך הנפשי והסמלי של כינון ההורות משעת הלידה תומך באפשרות להעניק תוקף רטרואקטיבי לצו ההורות הפסיקתי במקרים המתאימים – אף מבלי להידרש לטענות לגבי התועלת המעשית הנלווית" (פסקה 11 לחוות דעתי). בה בעת, הדגשתי כי "יש להיזהר שלא להפוך את החריג לכלל", וכי האיזון בין שיקולי טובת

הילד מצדיק את הגבלת האפשרות להעניק תחולה רטרואקטיבית לצווים שהתבקשו בתוך תשעה חודשים ממועד הלידה. מן הצד האחד, סד זמנים זה מעניק "תמריץ ממשי להסדרה מהירה של מעמד הילד ביחס להוריו, באופן שיבטיח את הוודאות המשפטית, ואת היתרונות המעשיים, הפסיכולוגיים וההתפתחותיים הכרוכים בכך". מן הצד השני, הוא מתחשב "בקשיים האובייקטיביים בניהול הליך משפטי בתקופה הסמוכה ללידה", ומבטיח "כי המשפחה שזה עתה התרחבה, ולא פעם ולא פעמיים עומדת בפני אתגרים שונים, לא תאלץ לפנות לבית המשפט בחודשי חייו הראשונים של היילוד" (שס, פסקה 13; אגב, קשיים מעשיים אלה הובילו את ההרכב לדחות את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שביקש להקצות חלון הזדמנויות קצר יותר – בן 180 יום בלבד – למתן תחולה רטרואקטיבית). עוד קבעתי כי האיזון המשתקף בסד הזמנים האמור מחייב את הצבתו כסד קשיח, שלא ניתן לסטות ממנו:

"כזכור, צו ההורות הפסיקתי בא לעולם כפתרון זמני עד להסדרה הסטטוטורית המתבקשת, ועל כן יש לגלות משנה זהירות בהפעלתו – בין השאר, באמצעות גיבוש כללים ברורים בעניין, וצמצום אי הסדר הכרוך ב'בחינת התיק על פי נסיבותיו'. כך לגבי התחולה הרטרואקטיבית במסגרת הליכי פונדקאות חו"ל, וכך לגבי התחולה הרטרואקטיבית במקרי הסתייעות בתרומת זרע. אכן, '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' (עניין [פלוני], פסקאות 14 ו-16) – כדי לאפשר פיתוח הדרגתי ומבוקר של הצו הפסיקתי, שאינו מהווה תחליף להסדרה חקיקתית מפורטת" (שס).

להכרעה זו, באשר לאופי הקשיח של מגבלת הזמן, הצטרף השופט מ' מזוז, שציין כי –

"אני שותף לעמדת חברי השופט הנדל כי קיימת חשיבות רבה בקביעת מגבלת זמן ברורה ואחידה להחלה רטרואקטיבית כזו, מהטעמים עליהם עמד.

אכן, קביעת מגבלת זמן, כמו כל קביעה של מידות ושיעורין, יש בה לעתים מרכיב מסוים של שרירות [...] כשלעצמי אני סבור שניתן היה לקבוע גם פרק זמן קצר יותר מכפי שהציע חברי, ואולם אני נכון להצטרף למסגרת הזמן שהציע חברי, שהיא סבירה בעיני, שכן העיקר בעיני הוא עצם מגבלת הזמן, לשם הבטחת וודאות ואחידות בתחום רגיש זה."

יצוין כי חברי, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, הסתייג מאופיו הקשיח של סד תשעת החודשים, וסבר – בדעת מיעוט – שיש להותיר לבתי המשפט שיקול דעת "במקרים חריגים שבהם יימצא כי תוצאה זו מוצדקת על אף האיחור בהגשת הבקשה" (פסקה 22 לחוות דעתו).

על פי השקפתי, המודל שאומץ בעניין איילון – פתיחת שערי התחולה הרטרואקטיבית לתקופה קצובה ומוגדרת, המבטיחה אחידות וודאות בהקשר של צו ההורות הפסיקתי – מכרסם במשקל התכליות הדומות שעמדו ביסוד הכרעתי בעניין פלוני. אכן, מששורטטו מגבלות ברורות לתחולה הרטרואקטיבית, פוחד הצורך להבטיח את הסדר, היציבות והודאות, באמצעות שלילה גורפת של אפשרות זו במקרי פונדקאות חו"ל.

5. מעבר לעניין איילון, העוסק במישרין בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית, בית משפט זה עסק בתקופה שחלפה בשורת היבטים אחרים של צו ההורות הפסיקתי. במוקד, ניצבות קביעות מהותיות לגבי התנאים למתן הצו (וליתר דיוק, העיתוי שבו נדרשת כוונה להורות משותפת [או "הסכמה" של ההורה הביולוגי למתן הצו לכן הזוג]); לגבי אופי ההורות שנוצרת מכוח צו הורות פסיקתי ("אכן, הליך כינון ההורות מכוח 'זיקה לזיקה' שונה מן האופן בו נוצרת הורות המבוססת על זיקה ביולוגית ישירה ליילוד [...]) ברם, משהושלם הליך הכינון, 'הורות היא הורות'; בג"ץ 2984/17 מלכי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (1.5.2022)); ולגבי הצורך בהצבת מבחנים קשיחים ונוקשים לביטול הצו (ראו בע"מ 4741/21 פלונית נ' פלונית (21.7.2022)). פסקי דין נוספים שפכו אור על אספקטים אחרים, ודנו באפשרות לפתוח בהליך עוד לפני הלידה ("היועץ המשפטי לממשלה הביע נכונות לסלול דרך חדשה. זאת, כאמור, בדמות אפשרות להגיש את הבקשה לצו הורות כ-60 יום עובר למועד המשוער של הלידה, על מנת לאפשר בדיקה מוקדמת של הנתונים הרלוונטיים"; עניין עיתוי ההגשה, פסקה 5) – ובדרישת התושבות של בני הזוג (בע"מ 802/21 מדינת ישראל נ' פלונית (26.4.2022)). כל אלה העמיקו את שורשי מוסד צו ההורות הפסיקתי, תרמו להבהרתו ולייצובו, ופתחו פתח לגישה גמישה יותר בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית של הצו בהקשר של פונדקאות חו"ל, כך שתאפשר בחינה נקודתית של הנסיבות.

בנסיבות אלה, ובשים לב לנימוקים הנוספים שפרשה חברתי, הנשיאה א' חיות, בחוות דעתה, אני מצטרף, כאמור, למסקנה שאין מניעה להעניק לצו הורות פסיקתי תחולה רטרואקטיבית גם בהקשר של פונדקאות חו"ל. זאת, כמובן, החל ממועד ניתוק זיקת האם הנושאת (להבדיל ממועד הלידה), ובכפוף לכך שהבקשה למתן הצו הוגשה

בתוך תשעה חודשים מן הלידה – בדומה להסדר שנקבע בעניין איילון, וכאמור בפסקה 52 לחוות דעת הנשיאה.

6. לעומת זאת, לא אוכל להצטרף לחלקה האחר של עמדת הנשיאה, המבקשת לאפשר לערכאות הדיוניות להעניק לצו ההורות הפסיקתי תחולה רטרואקטיבית – הן בהקשר של פונדקאות חו"ל, והן בהקשר של תרומת זרע אנונימית – גם כאשר הבקשה למתן הצו הוגשה למעלה מתשעה חודשים לאחר הלידה, במקרים חריגים לפי שיקול דעת בית המשפט (פסקה 53 לחוות דעתה).

אקדים ואעיר כי עמדה זו מעוררת קושי דיוני. כפי שצוין, חברי, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, הביע עמדה דומה בעניין איילון – שעסק בתחולה הרטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי בהקשר של הסתייעות בתרומת זרע אנונימית – אך גישתו נדחתה על ידי שופטי הרוב. פסק הדין בעניין איילון אינו עומד לפנינו לדיון נוסף, כך שספק רב אם ההליכים שבכותרת מתאימים לבחינה מחודשת של ההלכה שנקבעה במסגרתו. הקושי בעניין מתחדד בשים לב לכך שמדובר בשאלה שכלל אינה מתעוררת במקרים שלפנינו, כך שאין סיבה להכריע בה "כבר עתה, באופן קטגורי, מבלי שכלל הנסיבות הצריכות לעניין הובאו לפנינו" – כלשון חברי, השופט נ' סולברג בחוות דעתו בהליכים שלפנינו.

7. מעבר להערות דיוניות אלה, סבורני – וזה העיקר – שגם לגופם של דברים אין מקום לחריגה מסד תשעת החודשים. אמנם, היכולת להעניק תחולה רטרואקטיבית לצו הורות פסיקתי שהתבקש מאוחר יותר מצטיירת, בטווח המידי, כמקדמת את טובת הילד הספציפי שעניינו ניצב בפני בית המשפט. ברם:

"לא ניתן להתעלם מהשלכות הרוחב של פריצת הגדר – כמו גם מהשפעתה השלילית על אותו ילד עצמו, בשלב מוקדם יותר של חייו [...] מטבע הדברים, כינון רטרואקטיבי של ההורות שנים ארוכות לאחר הלידה, לא יעלים באחת את השלכות הפער שהתגלע במהלך השנים בין המצב הממשי לסטטוס החוקי – ולא יטשטש את אינטרס הילד בהסדרה מהירה ומיידית של התא המשפחתי שלו. העמדה המאפשרת להעניק תחולה רטרואקטיבית רק לצווי הורות שהתבקשו בסמיכות ללידה, מעודדת הסדרה מהירה של המעמד, ומשרתת, אפוא, גם את טובת הילד הספציפי" (פסקה 12 לחוות דעתי בעניין איילון).

במילים אחרות, סגירת שערי התחולה הרטרואקטיבית בחלוף תשעה חודשים מעניקה תמריץ משמעותי להסדרה מהירה של הורות בן הזוג – ומתחשבת גם במורכבות המעשית

הכרוכה בפתיחת הליך שיפוטי מייד לאחר הלידה. בכך היא משרתת אינטרס ציבורי של טובת הילד בהסדרת נושא ההורות בהקדם. לטעמי, קביעת תקופה קצובה וברורה, ללא חריגים, נועדה לכוון התנהגות באופן המיטיב עם ציבור הקטינים. מנגד, סגירת שערי התחולה הרטרואקטיבית, במקרה בודד זה או אחר, אינה מונעת מההורה לקבל צו הורות פסיקתי שיעגן את מעמדו, אלא אך שוללת את תחולתו הרטרואקטיבית של הצו. בעניין זה, במבט הכולל, בגדר נזק מול תועלת, עדיף לקבוע מועד מדויק שלדעתי ייטיב עם רוב הילדים, מבלי לפגוע באופן משמעותי בילד הספציפי.

גישה זו תואמת את תפיסתי הכללית ביחס למהות צו ההורות הפסיקתי, שבא לעולם כפתרון ביניים עד להסדרה סטטוטורית – מעין "עזרה ראשונה" לאותם ילדים, מתוך הבנה שלא ניתן להותיר אותם כחי ללא סטטוס משפטי, נודד באוויר" (עניין פלוני, פסקה 9). מהות הצו מחייבת פיתוח מתון וזהיר שלו, "בין השאר, באמצעות גיבוש כללים ברורים בעניין, וצמצום אי הסדר הכרוך ב'בחינת התיק על פי נסיבותיו'" (עניין איילון, פסקה 13 לחוות דעתי).

8. אשר לסוגיה השלישית – רישום ההורה הלא-ביולוגי – מן הטעמים שפרשתי בעניין צור-וייסלברג, מושא דנג"ץ 5591/20, אני מסכים עם חברתי, הנשיאה א' חיות, כי "בנסיבות של תרומת זרע אנונימית, על זוגתה של האם היולדת, שאימהותה מוכרת מכוח 'זיקה לזיקה' וטעונה כינון בצו שיפוטי, להציג לפקיד המרשם תעודה ציבורית שבה היא מופיעה כאימו של הילד, ואין להסתפק בהודעה בלבד". משמע, "כאשר עסקינן בלידות שהתרחשו בישראל, התעודה הציבורית המתאימה [...] היא צו ההורות הפסיקתי" – אך "תעודה זרה [...] יכולה אף היא להספיק לצורך רישום הורות" (פסקה 74 לחוות דעתה). אכן, מסקנה זו מתחייבת מאופיו המכונן של צו ההורות, שהרי –

"אם ההורות מכוח הזיקה לזיקה נוצרת רק עם מתן הצו הפסיקתי, מובן מאליו שפרוצדורת הרישום של הורות ביולוגית, הנוצרת מאליה עם הלידה, אינה רלוונטית לגביה. הודעת לידה מעידה על הלידה. לפיכך, גם אם היא עשויה לשמש 'תעודה ציבורית' בהקשרים אחרים (ואינני נדרש לעניין), ברי שהיא אינה מתיימרת להעיד על הורות שכינונה טעון הליך משפטי נפרד. מאותה סיבה, ברור כי סעיף 21 לחוק המרשם – הקובע כי רישום פרטי אב שאינו נשוי ליולדת יתבצע על פי הודעת 'האב והאם כאחד' – לא יכול לחול על מבקש שטרם כונן את הורותו בהליך מתאים, ולכן אינו בא בגדרי 'האב' או 'האם'" (עניין צור-וייסלברג, פסקה 6 לחוות דעתי).

זאת ועוד, גם לו היה לצו אופי הצהרתי, לא היה בכך כדי לאפשר לפקיד הרישום להסתפק בהודעה על לידה. ההורות הפסיקתית –

”כשמה כן היא; היא אינה מעוגנת בלשונו המפורשת של החוק [...] היא מייצגת פיתוח משפטי חדש, שטרם נצרף בכור הניסיון. לפיכך, אף שמדובר בהורות שעומדת בשורה אחת עם סוגי הורות אחרים, בשלב זה של התפתחותה יש להקפיד על פרוצדורת ההכרה בה. משמע – בית המשפט הוא שיבחן את עמידת המבקשים, או המבקשות, בקריטריונים המהותיים [...] לא ניתן לאפשר לפקיד המרשם “לעקוף” אותו, ויש להמתין להכרעה שיפוטית לגבי עמידת המבקשים בתנאי הזיקה לזיקה” (שם, פסקה 7).

על כן, כאשר מדובר בלידה שהתרחשה בישראל – ולכן הורות בן הזוג נטול הזיקה הביולוגית הישירה ליילוד אינה מעוררת את המורכבות הייחודית הנוצרת במקרה שבו מדינה זרה הכירה בהורותו – ניתן לרשום את הורות בן הזוג רק על יסוד צו הורות פסיקתי.

9. סוף דבר, אני מסכים כי דין הדיונים הנוספים להידחות ביחס לסוגיות הראשונה (אופיו המכונן של צו ההורות) והשלישית (התניית רישום ההורה הלא-ביולוגי בתעודה ציבורית). אשר לסוגיה השנייה – התחולה הרטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי שניתן בהקשר של פונדקאות חו"ל – אני מסכים שיש לקבל את הדיון הנוסף, ולקבוע שאין מניעה להעניק לצו תחולה רטרואקטיבית, כמפורט בפסקה 5 לעיל. זאת, בכפוף לכך שהבקשה למתן הצו הוגשה בתוך תשעה חודשים ממועד הלידה. למען הסר ספק, בכך אני מסתייג מעמדת חברתי, המבקשת להכיר בחריגים לסד זמנים זה, כמפורט בפסקה 53 לחוות דעתה.

במישור הכללי יותר, אומר כי החברה משתנה, הטכנולוגיה מתפתחת והמשפט נדרש להכריע בסוגיות החדשות. תם, והדרך עוד לפנינו.

המשנה לנשיאה (בדימ')

אני מסכים לאמור בחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות, וזאת בהסתייגות מהצעתה בפסקה 53 לחוות דעתה, לפיה במקרים חריגים, יינתן לערכאות הדיוניות שיקול דעת להעניק תחולה רטרואקטיבית לצו ההורות גם כאשר הבקשה למתן צו ההורות מוגשת בחלוף תקופה של למעלה מ-9 חודשים מיום הלידה.

בבסיס עמדתי זו אימוץ מלוא נימוקי הסתייגותו של חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל, וכפי שנפרשו בחוות דעתו בפסקאות 6 ו-7.

ש ו פ ט (בדימ')

השופט י' עמית:

1. אני מסכים לפסק דינה של חברתי הנשיאה א' חיות, לרבות האפשרות שבנסיבות מסוימות ניתן יהיה לחרוג מסד הזמנים של תשעת החודשים המאפשר תחולה רטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי. כפי שהיטיב להסביר המשנה לנשיאה השופט חשין "מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מספנים בלא שמן להסיקה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 794 (1999)).

2. היו ימים שהכל היה כל כך פשוט. גבר נישא לאשה ← הריון ← לידה ← יילוד עם מטען גנטי משותף של שני הוריו. אך כיום, עם שינוי העיתים והתמורות החברתיות, דגם המשפחה המסורתי כבר אינו הדגם הבלעדי והשינויים בתא המשפחתי הולכים יד ביד עם התקדמות הטכנולוגיות הרפואיות. המגוון הרחב של טיפולי פוריות למיניהם במשולש של זרע-ביצית-רחם, מעורר שאלות מתחומי החברה, הדת, הרפואה, הביו-אתיקה, המוסר והמשפט. שני הדיונים הנוספים שלפנינו הם דוגמה למספר שאלות משפטיות הנוגעות למצבים של "זיקה לזיקה", פרי השימוש בטכנולוגיות רפואיות.

3. הנשיאה הזכירה בפסק דינה מספר אבני דרך בפסיקה שהתמודדה עם מגוון המצבים שהניבו טכנולוגיות ההולדה השונות. הקורא עלול לאבד את דרכו בסבך האפשרויות, מה שמצריך מעין טבלת "אקסל" שתאפשר ניווט מהיר אל המשבצת הרלוונטית ואל הפסיקה הרלוונטית לאותה משבצת. ריבוי המצבים נובע מכך שבצד האנכי של הטבלה יש להציב ולהבחין בין הליכים שנעשו בחו"ל לבין הליכים שנעשו

בארץ; ובין אלה יש להבחין בין נשואים לבין לא נשואים; ובין אלה יש להבחין בין הטרוסקסואלים לבין בני אותו מין; ובין אלה יש להבחין בין שני גברים לשתי נשים; ובצד האופקי של הטבלה יש להבחין בין מצבים שונים:

- (-) זרע וביצית של הגבר והאשה (הפרייה חוץ-רחמית רגילה) (נשואים או לא נשואים/הורות משותפת).
- (-) תרומת זרע (מזוהה או אנונימית מתורם מקומי או תורם זר) לאשה;
- (-) תרומת ביצית (מזוהה או אנונימית) לאשה;
- (-) תרומת זרע וביצית לאשה;
- (-) פונדקאית הנושאת זרע של הגבר וביצית של בת הזוג;
- (-) פונדקאית הנושאת זרע של הגבר וביצית מאשה שאינה בת זוג;
- (-) פונדקאית הנושאת ביצית מאשה, וזרע של גבר שאינו בן הזוג;
- (-) אשה הנושאת ביצית מופרית של בת זוגה מזרע של תורם מזוהה או אנונימי.

ספק אם יש בקשת מצבים אלה כדי למצות את האפשרויות השונות.

4. במשולש זרע-ביצית-רחם זכו שתיים מצלעות המשולש להסדרה חקיקתית: חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 וחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. לא נותר אלא להמתין להסדרה חקיקתית של הצלע השלישית (תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016, ובינתיים עוסק בכך חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית").

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

לאחר שעיינתי בחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות וחוות דעתם של כמה מחבריי, לא שיניתי מדעתי שהובעה בפסק הדין שניתן בבע"מ 3518/18 (להלן: בע"מ 3518/18), בדבר אופיו של צו ההורות הפסיקתי כצו מכונן, ולא בסוגיית הרטרואקטיביות. כאשר להכרעת הנשיאה בדנג"ץ 5591/20, בעניין חובת הצגת צו הורות פסיקתי או תעודה ציבורית אחרת, כתנאי לרישום הורותו של ההורה הלא-ביולוגי במרשם האוכלוסין, ראיתי לנכון להצטרף לעמדתה, מבלי להוסיף דבר מטעמי.

חוק הפונדקאות

1. אין ממש חולק כי לצד התועלת הרבה הטמונה בהליך הפונדקאות למי שהוא פותח עבורו את הפתח להביא ילדים לעולם, הוא טומן בחובו מורכבות רבה. האתגרים אשר מעמידה סוגיית הפונדקאות הם רבים ומתייחסים לתחומים שונים ומגוונים, ביניהם

משפטיים, פסיכולוגיים, חברתיים, אתיים, מוסריים, רגשיים ודתיים (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקאות 12-13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ט' ג'ובראן (3.8.2017) (להלן: עניין ארד-פנקס 2017); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 101 (1989)). אחד החששות המרכזיים הגלומים בהליכי פונדקאות נוגע לפונדקאיות הנושאות את ההיריון. הפונדקאות מעמידה נשים אלה במצב פגיע ונתון לסיכונים רגשיים, כלכליים ובריאותיים שונים, כאשר ברקע "מרחף" כל העת החשש הממשי לניצולן לרעה (נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435, 480-485 (2013) (להלן: ליפקין וסממה); איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה: הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395, 414 (2016) (להלן: בלכר-פריגת וזפרן)). חשש משמעותי נוסף נוגע ליילוד, הפגיע בהליך הפונדקאות לא פחות, ואשר עלול להיות חשוף לתנאי חוסר ודאות בקשר לסוגיה כה דרמטית, הנוגעת לזהות הוריו. היעדר הסדרה הדוקה בסוגיות קריטיות ליילוד, כגון מועד ניתוק הזיקה מהפונדקאית, חזרת הפונדקאית מהסכמתה ועוד, יכול להביא לפגיעה ממשית בו (ראו למשל: רות זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים כרך ב 223, 271 (התשס"ו)). זאת גם בצל החשש החברתי והמוסרי ממציאות של "סחר" בילדים.

2. לא בכדי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות או החוק), אשר נחקק בשנת 1996 בעקבות דו"ח של ועדה ציבורית-מקצועית בראשותו של שופט בית המשפט המחוזי (בדימ') שאול אלוני (להלן: דו"ח ועדת אלוני), משרטט הליך משפטי מסודר ומוגדר, עמוס פרטים והגבלות. החוק ביקש להתיר עריכת הסכמי פונדקאות בישראל "בסייגים שונים ובצורה מבוקרת" (הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח התשנ"ו 2456, 259) בהינתן שעל הכף עומדים יצירה וכינון קשר של הורות בתוך מארג

רגיש הכולל, מלבד ההורים המיועדים, גם פונדקאית כ"צלע שלישית". על כן הליכי פונדקאות בישראל מכוח חוק הפונדקאות דורשים עמידה בתנאים מחמירים ובפיקוח הדוק, תוך יצירת מנגנון כפול של אישורים – אישור על ידי גוף מינהלי שאינו שיפוטי לפני תחילת ההליך; ואישור של גוף שיפוטי, בתומו.

כך, המבקשים לעבור הליך פונדקאות נדרשים לקבל עובר לתחילת טיפולי הפוריות, את אישורה של ועדה סטטוטורית ("ועדת אישורים") המורכבת מאנשי מקצוע מתחומים שונים: רופאים מומחים בתחום היילוד וגניקולוגיה; רופא פנימי מומחה; פסיכולוג קליני; עובד סוציאלי; נציג ציבור שהוא משפטן; ואיש דת (סעיפים 2-3 לחוק). לצורך אישור הסכם הפונדקאות, לוועדת האישורים יש להגיש בקשה מתאימה בצירוף חוות דעת רפואיות, הן בקשר ל"הורים המיועדים" (מונח אשר שונה בבג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (11.7.2021) (להלן: עניין ארד-פנקס 2021)) והן בקשר לפונדקאית; הערכה פסיכולוגית בדבר התאמה להליך הן בקשר להורים המיועדים והן בקשר לפונדקאית; וכן אישור פסיכולוג או עובד סוציאלי כי ההורים המיועדים קיבלו ייעוץ מקצועי מתאים (סעיף 4(א) לחוק). 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 הפונדקאית ובטובת הילד שייוולד (סעיף 5 לחוק). החוק מתווה קריטריונים ברורים ביחס למקרים שאינם מתאימים להליך פונדקאות, הן מבחינת הפונדקאית והן מבחינת ההורים המיועדים. זאת בהתייחס בין היתר למספר הלידות שעברה הפונדקאית, מספר הליכי פונדקאות בהם שימשה בעבר כפונדקאית, גילה ומצבה המשפחתי (סעיף 5(א)(א1) לחוק); לגילם של ההורים המיועדים, מספר הילדים שנולדו להם בעבר, ועברם הפלילי אם ישנו (סעיף 5(א)(ג1) לחוק). כמו כן, בין היתר, החוק אוסר על פונדקאות שבה לאם הנושאת יש קשר גנטי לעובר (סעיף 2(1) לחוק). גם לאחר שהסכם הפונדקאות אושר עובר לתחילת הליכי הפונדקאות בידי ועדת האישורים, על ההורים לפנות בתוך 7 ימים לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה לקבלת צו הורות המכיר בהורות המשפטית של ההורים המיועדים (סעיפים 11 ו-12 לחוק). החוק גם קובע כיצד יכולה פונדקאית לחזור בה מהסכמתה, ועד איזה שלב ניתן לה לעשות כן (סעיף 13 לחוק).

3. הנה כי כן, הצורך ביצירת כללים ברורים, חלקם נוקשים וחלקם גמישים לפי העניין, לצורך התמודדות עם הסיטואציה המורכבת והרגישה של הליך הפונדקאות, הביא להסדרה מקיפה וקונקרטי של התחום במסגרת החוק. זאת תוך יצירת איזון בין הזכויות והאינטרסים השונים העומדים על הפרק ויצירת הגנה מקיפה ומפורטת על כלל

המעורבים בהליך ובצל החשש הלא מבוטל לגרימת פגיעה קשה בזכויותיהם, ובעיקר בזכויות הפונדקאית והתינוק שייוולד (וראו: בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים, פסקה 25 (26.7.2011); בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקאות 19-21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (1.4.2015) (להלן: בע"מ 1118/14); עניין ארד-פנקס 2017, פסקה 12 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן). מדובר בהסדר ישראלי ייחודי (ראו: יחזקאל מרגלית, "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי", משפטים מז 113, 125 (2018)). אך כל זאת כלא היה ולא נברא שעה שמדובר בפונדקאות חו"ל ותחתיו נברא יש מאין – "צו ההורות הפסיקתי".

צו ההורות הפסיקתי – אופיו ומעמדו

4. הליכי פונדקאות חו"ל אינם מוסדרים בחקיקה בישראל, אך אין בנמצא איסור על פונדקאות חו"ל. מצב דברים זה הוביל, בין היתר, להכרה ב"צו הורות פסיקתי", כמעין "הסדר ביניים", עד שהדבר יקבל מענה על ידי המחוקק (בג"ץ 566/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493, 563 (2013-2014) (להלן: עניין ממש-מגד)). כפי שסקרתי בהרחבה בבע"מ 3518/18 מושא הדיון הנוסף (סקירה עליה חזרה חברתי הנשיאה בחוות דעתה בהרחבה), היקפו של צו ההורות הפסיקתי הלך והתרחב עם הזמן בתהליך הדרגתי אך מואץ. הגם כי הדיון בעת הזו מתייחס אך ורק לשאלה אם מדובר בצו מכונן או הצהרתי, ולא בכשרותו של צו הורות פסיקתי בסיטואציות מעין אלו, ראיתי לנכון לשוב ולהבהיר את הקושי הבלתי מבוטל הטמון לדעתי בצו הורות פסיקתי אשר אינו מעוגן בחקיקה (וזאת גם כפי שהעיר השופט מ' מזוז בבע"מ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 16 (24.1.2019) (להלן: בע"מ 4880/18)). דברים אלה אשר צוינו כבר על ידי בעניין בע"מ 3518/18, מקבלים לדעתי בעת הזו משנה תוקף, וזאת כפי שיפורט בהמשך.

5. הורות כוללת מערך שלם של מעגלים של זכויות וחובות שאין להם שיעור. הכרה בצו הורות במסלול עוקף על ידי הפסיקה, איננה מובנית מאליה כלל ועיקר נוכח ההשלכות מרחיקות הלכת שיש לסטטוס זה, גם על צדדים שלישיים, וזאת בין היתר בהתייחס להיבטים של מזונות (למשל חובות של אדם לפי סעיף 4(3) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959 לזון את נכדיו), ירושה, הסדרי ראייה, הסדרים נזיקיים וכן פליליים (איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר, "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5, 29-64 (התשע"א)). קושי זה המובן מאליו ביצירת צו הורות פסיקתי בכלל, מקבל משנה תוקף בפרט, כשמדובר בפונדקאות חו"ל. המתווה שיצר המחוקק בקשר להליכי פונדקאות כולל בתוכו הגנה מקסימלית לגורמים

המעורבים בהליך, הגנה הבאה לידי ביטוי בכללים מפורטים ומדוקדקים, בעוד שבפונדקאות חו"ל חלק נכבד מההגנות נשמט ונעלם. הכרה "בדרך עוקפת" בהורות שהמחוקק לא הסדיר, כמפלט עבור זוגות שאינם עומדים בתנאים הקפדניים שנקבעו בחוק הפונדקאות לשם יצירת האיזון המורכב והמתאים בסיטואציה לא-פשוטה זו, מעוררת אי נחת, בלשון המעטה. הלכה למעשה מוותרת הדרך העוקפת על כל מנגנוני הפיקוח והבקרה שהמחוקק עמל עליהם כה רבות. זאת על אחת כמה וכמה, לאור ההתפתחויות המשפטיות והפסיקטיות בתחום. ואסביר.

6. ההכרה בצו הורות פסיקטי בנסיבות של פונדקאות חו"ל נעשתה בעניין ממש-מגד, בהתייחס לכך שקצב התקדמות הטכנולוגית, היוצרת אפשרויות חדשות בתחום ההולדה, "מהיר יותר" מאשר קצב התקדמותו של המחוקק ביצירת הסדרים נורמטיביים חדשים. פער זה יצר מעין "חלל נורמטיבי" (שם, עמ' 563). בהקשר זה צוין המשקל המשמעותי שצריך לקבל עיקרון השוויון, בהתייחס בעיקר לזוגות חד-מיניים, שנתקלים בקשיים משמעותיים בהבאת ילדים לעולם. וכך נאמר מפי השופטת ע' ארבל:

"לא ניתן להתעלם מכך, כפי שמציין אף חברי השופט ג'ובראן, שרבות מטכניקות ההולדה רלוונטיות – ומסייעות – לזוגות חד-מיניים, אשר חלק לא קטן מדרכי ההולדה סגורות בפניהם הן בשל מגבלות ביולוגיות, הן בשל מגבלות נורמטיביות. כך הוא גם במקרים שלפנינו. אני סבורה כי שיקול זה צריך להביא בחשבון במארג השיקולים ככל שהדבר ניתן ובהתחשב בשיקולים רלוונטיים אחרים, כדי לקרב, ולו במידה מסוימת, לתוצאה של שוויון בין בני זוג הטרוסקסואלים לבני זוג הומוסקסואלים" (שם, עמ' 563-564).

השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן בחוות דעתו בעניין ממש-מגד הבהיר ביתר שאת, כי על אף שההסדרים הנוגעים להליכי פונדקאות חו"ל רלוונטיים גם לזוגות הטרוסקסואליים, לא ניתן לנתק "בין ההסדרים האמורים לקבוצה המרכזית שהם חלים עליה, הם בני זוג בני אותו מין" (עמ' 546). השופט ג'ובראן בחוות דעתו הבהיר, כי ההסדרים השונים החלים על בני זוג מאותו מין, אשר באותו מועד לא יכלו להיעזר במסגרת החקיקתית הקיימת, הם הסדרים מפלים. לפיכך:

"כל זמן שפרשנותה של הוועדה לנשיאת עוברים את חוק הסכמים לנשיאת עוברים בתוקף, והחוק עצמו לא שונה על ידי המחוקק או נמצא לא חוקתי על ידי בית המשפט, מצויים בני זוג בני אותו מין בעמדת נחיתות קטגורית. בשונה מבני זוג הטרוסקסואלים, יכולים בני זוג בני אותו מין לפנות להליכי פונדקאות רק מחוץ לישראל (ויוזכר כי

בית משפט זה קבע בעבר כי יש לפרש בצמצום את סמכותה של הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לדחות על הסף פניות של זוגות הטרוסקסואלים שכבר יש להם ילדים [...]). איני רואה הצדקה לקבל את ניסיון המשיבים לבודד הסדר אחד החל על פונדקאות, ממארג החקיקה השלם הנוגע בעניין" (שם, עמ' 547).

על אף שאין חולק כי הליכי פונדקאות חו"ל שימשו ומשמשים גם זוגות הטרוסקסואלים – בין אם אינם עומדים בקריטריונים העומדים בחוק ובין אם אינם מעוניינים בהליכי פונדקאות בישראל מסיבות אחרות – נראה כי ההכרה במתן צו הורות פסיקתי בקשר לפונדקאות חו"ל נעשתה בעיקר בהתייחס למצוקתם של זוגות חד-מיניים (ומשפחות חד-הוריות). זאת, שכן במשך שנים על פי הוראות חוק הפונדקאות לא הייתה פתוחה הדרך לזוגות חד-מיניים (או למשפחות חד-הוריות) לפנות להליכי פונדקאות בישראל. על כך נמתחה בפסיקה ובספרות ביקורת רבה (ראו למשל: עניין משפחה חדשה; בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (18.9.2014) (להלן: עניין משה); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס 2020); דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996: המצוי והרצוי" רפואה ומשפט 36, 29-32 (2007); פנחס שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 309, 327 (2016) (להלן: שיפמן); חיים אברהם "הורות, פונדקאות והמדינה שביניהן" חוקים ט 171 (2017); בלכר-פריגת וזפרן; צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"ב" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 437, 461-465 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016)). ברם, מצב דברים זה אינו משקף את תמונת המצב המשפטית העכשווית לאור ההתפתחויות החקיקתיות והפסיקתיות השונות שחלו בהקשר זה, כפי שיפורט להלן.

7. בעניין משפחה חדשה, כ-6 שנים לאחר חקיקת חוק הפונדקאות, נקבע כי חוק הפונדקאות מפלה נשים יחידות, אשר אינן יכולות לפנות להליכי פונדקאות רק משום שאין להן בני זוג, אך בית המשפט נמנע מלהעניק סעד באותו מקרה תוך שהומלץ לבחון הסדר זה לעתיד לבוא. בעקבות זאת, מונתה ועדה ציבורית-מקצועית בידי שר הבריאות דאז, מר דני נווה, לבחינת סוגיית הרחבת מעגל הזכות לפי החוק. דעת הרוב בדו"ח שהוגש (דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם

לנשיאת עוברים (2004)) לא תמכה בשינוי החוק לאחר שנקבע כי אין מדובר בהפליה, וכי "חוק הפונדקאות נועד כדי לאפשר גישה ל'טכנולוגיית קצה' לנשים הסובלות ממצב פתולוגי המונע בעדן מללדת, למרות ניצול לא-פשוט של גוף האם הפונדקאית" (שם, עמ' 7). אלא שבהמשך הדרך, לאחר שמונתה ועדה ציבורית נוספת – הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל (2012) (להלן: ועדת מור יוסף) ועל רקע הגשת עתירות נוספות בנושא זה, ביום 26.7.2018 פורסם חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018, אשר התיר שימוש בהליכי פונדקאות בישראל גם לנשים יחידניות בעלות זיקה גנטית ליילוד.

8. כמו כן, ביום 27.10.2020 ניתן פסק דין חלקי בעניין ארד-פנקס 2020 אשר קבע כי חוק הפונדקאות במתכונתו הנוכחית, אשר אינו מאפשר לזוגות בני אותו מין ולגברים יחידים בעלי זיקה גנטית ליילוד לפנות להליכי פונדקאות בישראל, פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות להורות ובזכות לשוויון ומשכך אינו חוקתי. לאחר שניתן פרק זמן לצורך קידום תיקון חקיקה כאמור אשר חלף זה מכבר, הורה בית משפט זה בעניין ארד-פנקס 2021 ביום 11.7.2021 כי החל מיום 11.1.2022 יפורש החוק באופן שבו לא תיחסם האפשרות של זוגות חד-מיניים ושל גברים יחידניים להתקשר בהסכם פונדקאות לפי הוראות החוק. בהמשך לכך ביום 27.12.2021 אף פורסם על ידי משרד הבריאות חוזר מנכ"ל מס' 7/2021 שכותרתו "חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)", התשנ"ו-1996 – הנחיות ליישום" המפרט הנחיות שונות בקשר ליישום הוראות חוק הפונדקאות בהתאם לפסיקת בית משפט זה.

סופו של יום, אם נסכם: על פי המצב המשפטי התקף כיום, לא רק בני זוג שלא מאותו מין רשאים להתקשר בהסכם פונדקאות בישראל, אלא גם בני זוג מאותו מין, גם אישה יחידנית וגם גבר יחידני.

9. התפתחויות אלה יש בהן לדעתי כדי להציב סימני שאלה משמעותיים ביותר על כשרותו, תוקפו, תחולתו והיקפו של צו ההורות הפסיקתי, אשר לא היה מובן מאליו בתחילת הדרך, והוא הרבה פחות מובן מאליו בימינו אנו. בעת הזו, זוגות חד-מיניים והורים יחידניים אשר לא יכלו בעבר לפנות להליכי פונדקאות בישראל, גם אם עמדו ביתר דרישות החוק, יכולים לעשות כן כיום. העובדה שישנם זוגות (או יחידים) אשר יבחרו לפנות להליכי פונדקאות חו"ל משום שאינם עומדים בקריטריונים שנקבעו בחוק לצורך בחינת התאמה להליך פונדקאות, או בשל העדפת פונדקאות חו"ל מטעמים שונים, לרבות טעמים כלכליים – אין בה כשלעצמה, לטעמי, כדי להצדיק מודל יצירתי-שיפוטי אשר אינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין. אדרבה, הדבר אף נוגד את תכלית החוק,

מטרתו והסדריו. אכן, המחוקק לא אסר על פונדקאות חו"ל. אך אין להלום עקיפת המנגנונים הקפדניים והמאוזנים שיצר המחוקק. העובדה שניתן למצוא אי שם בעולם הליכי פונדקאות זולים יותר, מפוקחים פחות, מוסדרים פחות, אין בה כדי לפתח מסלול עוקף חוק המכיר באפשרות לעשות שימוש באותם הליכים. כל זאת כאמור, לאחר שנפתחה הדלת לזוגות חד-מיניים וליחידים לפנות להליכי פונדקאות בישראל, בהתקיים התנאים הברורים שנקבעו בו, ונשמט הבסיס לטענת ההפליה לרעה של אלו, כפי שגם ציין היועץ המשפטי לממשלה בטיעונו.

10. לא הארכת בדברים רק כדי לסבר את האוזן ולתפארת המליצה, שכן לדעתי יש באמור לעיל כדי להשליך על הקביעה בנושא העומד לדיון לפנינו, היינו אופיו של צו ההורות הפסיקתי. ועל זאת להלן.

11. בניגוד לעמדת חברתי, לעניות דעתי בהוראות חוק הפונדקאות יש קביעה חד-משמעית בנוגע לאופיו של "צו הורות" מכוחו. על פי הוראות החוק, עם לידת הילד הוא נתון במשמורת ההורים המיועדים, כאשר עובד סוציאלי יהיה האפוטרופוס הבלעדי עליו עד למועד מתן צו ההורות או עד למועד מתן צו אחר הקובע את מעמדו (סעיף 10 לחוק). וכך, "עם מתן צו ההורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין" (סעיף 12(א) לחוק). היינו, על פי לשונו הפשוטה והבהירה של החוק מדובר בצו מכונן, בדומה לצו אימוץ (מיכאל קורניאלדי דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה מגמות חדשות 113-114 (2004); בנציון שרשבסקי ומיכאל קורניאלדי דיני משפחה כרך ב 1009 (מהדורה חדשה מעודכנת, 2016)).

12. לעמדתי, לא בכדי דיון נרחב בשאלה זו לא התקיים עד כה בפסיקת בית משפט זה, וההתייחסות לסוגיה נעשתה כלאחר יד, תוך ציון המאפיין המכונן של צו ההורות כדבר מובן מאליו. כך למשל ציין השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין משה:

"חוק הפונדקאות במתכונתו הנוכחית, המבקש לנתק בין האם הנושאת ליילוד ולהורים המיועדים, מותר תקופת 'בין השמשות' – בין לידת היילוד לבין מתן צו ההורות (סעיפים 10-11 לחוק הפונדקאות) – בה טרם ניתן מעמד משפטי להורים המיועדים אך היילוד עובר למשמורתם. בתקופה קצרה זו, הקשר הגנטי בו אוחזים ההורים המיועדים אמנם אינו מקנה להם מעמד משפטי אך מקנה להם משמורת, ורק צו ההורות לאחר מכן הוא היוצר את הניתוק הסופי" (שם, פסקה ל"ה).

הדברים הם ברורים ופשוטים. מדובר ביצירת סטטוס של הורות בצו מכונן. מדובר בהכרעה ברורה וחד-משמעית של המחוקק. יתר על כן, דו"ח ועדת אלוני אשר עמד ברקע לחקיקת החוק הציע הסדר שונה, אשר נדחה לבסוף, ועל פיו: "עם מסירת הילד מהאם הנושאת לידי ההורים המזמינים, בנוכחות פקיד סעד או שופט, ייחשבו הם להורי הילד והילד ייחשב לילדם הטבעי לכל דבר ועניין; כל קשר משפטי בין הילד לבין האם יינתק" (עמ' 59). אולם המחוקק הכריע כאמור, כי מועד כינון ההורות יהיה עם מתן צו ההורות, וכי רק עם מתן הצו השיפוטי תינתק הזיקה בין היילוד לבין הפונדקאית, ולא קודם לכן.

13. אם יצירת הורות "משפטית" על פי חוק הפונדקאות נעשית בצו מכונן, על אחת כמה וכמה שאין מקום לטענה כי אופיו של צו ההורות הפסיקתי הינו הצהרתי. יתרה מכך, אף לפי העמדה הסוברת כי חוק הפונדקאות אינו מכריע בדבר אופיו של "צו הורות" מכוחו, הרי שהקביעה כי צו הורות פסיקתי הוא צו מכונן, הינה מובנית מאליה. מעצם טיבו, צו הצהרתי משמעותו "הצהרה" בלבד על סטטוס קיים. על כן הקביעה שצו הורות הוא הצהרתי, משמעה שההורות קיימת קודם למתן צו בית המשפט מכוח הסכמת הצדדים לבדה (בע"מ 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון, פסקה 3 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (14.2.2021) (להלן: עניין איילון)). אולם דבר זה חותר תחת מושכלות יסוד על פיהן הדין הישראלי אינו מכיר במצב המשפטי הקיים במודל של "הורות הסכמית" (ראו: בע"מ 1118/14, פסקאות 14-21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל; וראו גם: שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" משפטים נא 231, 245 (התשפ"א)). כינון יחסי הורות אינו ענין להסכמה בלבד בין הצדדים, אלא מותנה בשורה של מנגנוני פיקוח ובקרה. נדמה כי הבעייתיות במתן גושפנקה להורות הסכמית היא כמעט מובנת מאליה ואינה טעונה פירוט והרחבה. הפיקוח ההדוק והבקרה על שלבים שונים, במקרים שבהם יצירת הורות כוללת את מעורבותם של "גורמים שלישיים", הכרחיים באופן חד-משמעי, לצורך הגנה על אינטרסים חברתיים חשובים, וביניהם טובת הילד שעשוי להיות פגיע ביותר בסיטואציה זו.

כך למשל ציין השופט מ' מזוז בע"מ 4880/18:

"צו הורות פסיקתי הוא אכן צו מכונן (קונסטיטוטבי) ולא צו הצהרתי בלבד. בעיני עמדה זו היא כמעט בגדר המובן מאליו. הורות אשר אינה הורות גנטית-ביולוגית יש לה קיום רק כתוצר של הכרה חברתית, קרי - כיציר הדין המכיר בזיקה שאינה זיקה גנטית-ביולוגית כמקנה סטטוס של הורות, בתנאים שקבע. כך הוא מוסד ההורות הוותיק של אימוץ מכוח חוק האימוץ, וכך הוא מוסד

ההורות החדש יחסית של הורות מכוח חוק הפונדקאות. בשני אלה ההכרה בסטאטוס ההורות היא יציר החוק, הניתנת באמצעות צו של בית משפט, לאחר הליכים מדוקדקים בהם נמצא שמתקיימים התנאים הנדרשים לכך בדין. לתפיסה בדבר צו הורות פסיקתי הצהרתי אין לדעתי אחיזה בדין" (פסקאות 15 ו-16).

לסיכומו של פרק זה אפוא, לדעתי אין לתפיסה בדבר צו הורות פסיקתי הצהרתי אחיזה כלשהי בדין. כאמור, עצם יצירת הסדר של צו הורות פסיקתי אינו מובן מאליו, אולם גם לשיטת המבקשים להרחיב את היקפו ותחולתו, לא יכול להיות חולק כי מדובר בצו המכונן סטטוס. אין בדין, ולא יכול להיות מוכר בדין, סטטוס חוקי של "הורות" לגבי מי שנעדר זיקה גנטית-ביולוגית ליילוד, כל עוד לא ניתן צו שיפוטי על ידי בית משפט.

צו ההורות הפסיקתי – תחולתו

14. ובאשר לסוגיית הרטרואקטיביות של הצו. לעמדתי, אין בנמצא אחיזה לקביעה בדבר תחולה רטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי בקשר לפונדקאות חו"ל, לא לזמן מוגבל, לא לזמן קבוע ולא לזמן בלתי מוגבל במקרים חריגים. אפתח ואומר כי שבתי, עיינתי, חזרתי ועיינתי, ולא מצאתי בטענות המבקשים עילה משפטית כלשהי המצדיקה פתיחת פתח כאמור.

15. חברתי הנשיאה נשענת לעניין זה כמקור השראה על הוראת סעיף 17 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, אשר קובע כי "תוצאות האימוץ חלות מיום מתן צו האימוץ, אם לא קבע בית המשפט בצו האימוץ שתוצאותיו, כולן או מקצתן, יחולו מיום אחר". אלא שלא רק שהחלת צו אימוץ באופן רטרואקטיבי היא ענין נדיר ביותר (כפי שגם ציינה הנשיאה בפסקה 42 לחוות דעתה; וראו גם בב"ע 3518/18, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל), אלא שאינני סבור כי מדובר במקור השוואה רלוונטי. זאת שעה שאין חולק כי חוק הפונדקאות אינו מאפשר להחיל את צו ההורות באופן רטרואקטיבי.

16. כמו כן, חברתי הנשיאה מצדדת באפשרות להחיל צו הורות פסיקתי באופן רטרואקטיבי נוכח "הקשיים הנובעים מפער הזמנים בין מועד הלידה למועד ההכרה בהורות" (פסקה 43 לחוות דעתה). אלא שמדובר בפער שהוא אינהרנטי לסיטואציה של פונדקאות. בכל מצב שבו מעורבים הליכי פונדקאות (אשר דורשים הליכים כלשהם לצורך הכרה משפטית בהורות ההורה הלא-ביולוגי), מציאות החיים מכתובה פער זמנים מסוים בין מועד הלידה לבין מועד ההכרה בהורות. נזכיר, לגבי הליכי פונדקאות בישראל. חוק הפונדקאות מתייחס לפער זה, ומגדיר כללים ברורים ביחס לגורם שיהיה

המשמורן לאחר הלידה, לגורם שימונה כאפוטרופוס על הילוד בתקופת ביניים זו ולמועד תחולת צו ההורות. כך נקבע בחוק כאמור, כי לאחר הלידה הילד יהיה במשמורת ההורים המיועדים (סעיף 10(א) לחוק); עובד סוציאלי יהיה האפוטרופוס עליו (סעיף 10(ב) לחוק); ורק עם מתן צו ההורות יהיו ההורים המיועדים כהורי הילד לכל דבר ועניין (סעיף 12(א) לחוק).

מוקשית אפוא בעיני הקביעה כי יש "לרפא" פער זה שנוצר בין מציאות החיים לבין הסטטוס המשפטי, בכל הנוגע לצו הורות פסיקתי; פער שהמחוקק נתן עליו את דעתו בקשר ל"צו הורות" בהליכי פונדקאות, הותירו על כנו והסדירו במערכת כללים ברורה, חרף הקשיים העלולים להיגרם כתוצאה מכך למי מהמעורבים בתהליך.

אכן, הכרה רטרואקטיבית עשויה להיות בעלת משמעויות שונות ולהשליך על זכויות כלכליות שונות הניתנות להורה [עם זאת, במאמר מוסגר יצוין כי ניתן לתהות עד כמה התחולה הרטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי מרפאה את הקשיים הנוספים עליהם עמדה חברתי. כגון בעניין הגבלת האפשרות של ההורה הלא-ביולוגי להפעיל סמכויות הורות. זאת, שכן לא ברור כיצד תחולה רטרואקטיבית של צו ההורות תשפיע באופן מעשי על הגבלה שעמדה בתוקפה בשעתה]. אלא שלא מצאתי כיצד יש לפתוח פתח זה דווקא למסלול זה, של צו הורות פסיקתי, ובכך להקנות זכות עודפת להורים בהליך זה על פני הורים (או יחידניים) אשר בחרו ב"דרך המלך" של הליכי פונדקאות לפי חוק הפונדקאות. מה גם שלא ניתנה הדעת להשלכות הנוספות שייתכנו לצו הורות פסיקתי רטרואקטיבי בהיבטים שונים, ובכלל זה בהתייחס לסוגיות מתחום דיני הירושה; היבטים נזיקיים; מזונות ועוד.

17. אמת המידה הזוהירה המתבקשת ביחס לסיטואציה המורכבת של פונדקאות הודגשה גם בעניין איילון. באותו עניין הוכרה האפשרות להחיל צו הורות פסיקתי באופן רטרואקטיבי במקרה של תרומת זרע אנונימית, וזאת תוך שצוינה השלילה הגורפת של האפשרות להעניק לצו ההורות הפסיקתי תחולה רטרואקטיבית בכל הנוגע להליכי פונדקאות בחו"ל, נוכח הבעייתיות הטמונה בהכרה ב"הורות משולשת". חברתי הנשיאה מבקשת לטשטש את ההבחנה בין שני אלה, תוך דחיית מועד התחולה הרטרואקטיבית, במקרה של פונדקאות חו"ל, למועד ניתוק זיקת הפונדקאית. אולם כפי שצינתי בבע"ם 3518/18, אין ספק שאחד המאפיינים של פונדקאות מחוץ לישראל הוא קיומו של דין משתנה ממדינה למדינה, וזאת, בין היתר, ביחס לסוגיית המועד שבו מתנתקת הזיקה לאם הפונדקאית. הכרה בפרמטר מעין זה משמעותה בדיקה פרטנית של מועד ניתוק הזיקה, ביחס לדין הזר הספציפי, המשתנה ממקום למקום באופן שעשוי להגדיל את חוסר

הוודאות, להביא לסרבול ההליכים והיא טומנת בחובה פוטנציאל פגיעה משמעותי במעורבים בתהליך.

18. אמנם, אין חולק כי בדיון בבקשה למתן צו הורות פסיקתי נדרשת קביעה פוזיטיבית בקשר לניתוק הזיקה בין הפונדקאית ליילוד בהתאם לדין הזר, ובהתאם לדרישות נוספות של היועץ המשפטי לממשלה (באמצעות "נוהל חו"ל" שאינו כתוב ואינו מפורסם). כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, במקרים מסוימים כלל אין בנמצא פסק דין המנתק את הזיקה לאחר הלידה. או אז נדרש כי הפונדקאית תגיע לאחר הלידה לנציגות הישראלית במדינה הזרה לצורך חתימה על תצהיר ויתור. ניתוק הזיקה של הפונדקאית – על פי פסק דין או על פי תצהיר בחתימת הפונדקאית – מהווה אפוא דרישה הכרחית לצורך מתן צו הורות פסיקתי. אולם במצב דברים רגיל, כאשר ניתן צו הורות פסיקתי באופן לא-רטרואקטיבי (מבלי להתייחס לבעייתיות הגלומה גם בצו הורות פסיקתי לא-רטרואקטיבי נוכח העובדה שסוגיית מעמדה של האם הפונדקאית כלפי הקטין משתנה ממדינה למדינה), אין במועד מתן הצו כדי להקנות זכויות כלשהן או לכונן את ההורות. השאלה שנשאלת היא האם נותקה הזיקה, ולא מתי הדבר נעשה. לא יכול להיות חולק כי הכלל בקשר למועד שממנו ניתן להכיר בהורות צריך להיות בעל מאפייני קשיח, בהיר וחד-משמעי שלא יהיה נתון לאי-וודאות ולניצול לרעה. קשה בעיניי עד מאוד כי ניתן לכונן הורות החל ממועד שחישבו עשוי להשתנות לפי שיטות המשפט השונות בעולם, ובמקרים מסויים אף החל מיום החתימה על תצהיר על ידי הפונדקאית בלבד. אמת המידה הנדרשת לצורך הכרעה בדבר המועד ממנו חל צו ההורות לא יכולה להיקבע על פי נתון כה רפה כגון מועד חתימה על תצהיר. לא למותר לציין כי מדובר במועד שעשוי להשתנות בהתאם ללחץ שיופעל על הפונדקאית.

19. בהקשר זה אף אינני רואה עין בעין עם חברתי, המציינת כי ההכרה בתחולה הרטרואקטיבית ביחס לפונדקאות חו"ל אינה מעניקה זכות עודפת בהשוואה למי שביצע הליכי פונדקאות בישראל, משום ש"צו ההורות שניתן מכוח חוק הפונדקאות, המכונן את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, חל אף הוא מיום ניתוק הזיקה לפונדקאית – שהוא יום מתן צו ההורות" (פסקה 48). בהליכי פונדקאות בישראל, יום מתן צו ההורות הוא הגורם היחיד, הבלעדי, ההכרחי לצורך ניתוק הזיקה לפונדקאית, וצו ההורות יחול רק מאותו יום ואילך. לעומת זאת, לשיטת חברתי, בהליכי פונדקאות בחו"ל יום ניתוק הזיקה לפונדקאית – ממנו יחול באופן רטרואקטיבי צו ההורות הפסיקתי – יכול להיעשות במועד מוקדם יותר. בישראל לא נתונה להורים המיועדים האפשרות להגיש תצהיר ויתור מצד הפונדקאית ובכך "להקדים" את מועד תחולת כינון ההורות. בכך אכן ניתנה הטבה משמעותית למסלול פונדקאות חו"ל, על פני פונדקאות בישראל.

20. זאת ועוד. מתן הטבות בדרך של פסיקה יצירתית הנעדרת אחיזה בדין למי שיבחר בפונדקאות חו"ל (במצב הדברים הנוכחי, בו פונדקאות בישראל – על שלל ההגבלות והסייגים והכרוכים בה – פתוחה לכל מאן דבעי), אינה עולה בקנה אחד עם תכליות החוק, המבקש להסדיר את תחום הפונדקאות באמצעות מעטפת ברורה של כללים ופרוצדורות שתכליתן להביא לאיזון זהיר ומתבקש של מכלול האינטרסים העומדים על הפרק. הרי אין ממש חולק כי במדינות רבות זכויות הפונדקאיות בהן מוגנות פחות, ואף הרבה פחות, מבישראל (ליפקין וסממה, 445). רמת הפיקוח הנמוכה במדינות מסוימות עשויה להביא לפגיעה לא רק בפונדקאית, אלא גם ביילוד אשר עלול להיחשף למצבים שלא עולים בקנה אחד עם טובתו (שיפמן, עמ' 327). פיקוח המדינה בפונדקאות חו"ל (באמצעות "נוהל חו"ל" אשר כאמור אינו מפורסם) נעשה בדיעבד בלבד – תוך השמטת נדבך משמעותי בחוק הישראלי המכתיב בחינת התקיימות התנאים הרלוונטיים, ובכלל זה מידת התאמת ההורים המיועדים לתהליך ומידת ההסכמה החופשית של הפונדקאית, מבעוד מועד. מכל זאת לא ניתן להתעלם.

הפנים לאן?

21. מקרה זה משקף לדעתי גלישה מסוכנת במדרון חלקלק. כאמור לעיל, ההכרה בצו הורות פסיקתי לא הייתה מובנת מאליה והיא מעוררת קשיים בלתי מבוטלים. יצירת "דרך עוקפת" למערכת כללים מובנית המשקפת איזון עדין בין אינטרסים שונים והגנות על צדדים שונים המעורבים בתהליך, בדרך של "צו הורות פסיקתי", אינה פשוטה כלל ועיקר. אולם מאז ועד עתה, צו ההורות הפסיקתי הלך וצבר חיים משל עצמו ותפח לממדים עצומים. הכללים שנקבעים לגביו מידי פעם לפעם משוחררים מכבלי הוראות החוק. מדובר ביצירה "עצמאית" החופשית מכל הכללים והאיזונים פרי הכרעת המחוקק אשר עמל ליצירת הסדר מפורט בקשר להליך הלוקח בחשבון הן את ההורים המיועדים, הן את הפונדקאית והן את הילד וטובתו. אינני סבור כי נתונה לנו הסמכות ליצור מערכת כללים חדשה וגמישה, מקבילה למסלולי החוק הקיימים אך סוטה מהם ללא סייג, במנותק ממערכת האיזונים העדינה הנדרשת בסוגיה כה רגישה ומהשלכות הרחב שעשויות להיות לכך. בתי המשפט פתחו את הפתח ל"דרך עוקפת" החוק בתחילה כפתח כחודה של מחט, אך עתה עגלות וקרונות נכנסות בו.

22. יתר על כן, לא ניתן מן העבר האחד לקרוא למחוקק להסדיר את התחום ומן העבר השני להתעלם מהוראות חוק מפורשות המבטאות הכרעה במערכת כללים מסוימת, גם אם מטבע הדברים ונוכח האיזון המתבקש הן אינן מגשימות תועלת מקסימלית עבור מי מהמעורבים בתהליך. המחוקק לא נתן אפשרות למתן צו הורות רטרואקטיבי לפי חוק

הפונדקאות, וזאת מבלי להתעלם מהמשמעויות שעשויות להיות לפער שייווצר בשל כך ב"תקופת הביניים".

23. היבט נוסף מצדיק גם הוא פסילת אפשרות למתן צו רטרואקטיבי. החשש מפני הפיכת החרוג לכלל, עליו גם עמד השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין איילון, הוא עניין משמעותי לדון בו. לא ניתן להתעלם מכך שבשנים האחרונות, עוד טרם ניתנה גושפנקא מצד בית משפט זה לאפשרות ההכרה בצו הורות פסיקתי רטרואקטיבי, בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה ובפסיקת בתי המשפט המחוזיים ניכרת מגמה בולטת של מתן הכרה בצווי הורות פסיקתיים (בין אם צווי הורות פסיקתיים במצבים של תרומת זרע אנונימית ובין אם במצבים של פונדקאות חו"ל) באופן רטרואקטיבי, לאחר תקופות זמן ארוכות, ולעתים רבות גם ללא נימוק מיוחד.

24. כך למשל, בעניין איילון דובר בכמה מקרים לגביהם נסובו בקשות רשות הערעור שנדונו באותו עניין: בעמ"ש (מחוזי ת"א) 41143-01-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' א' (10.6.2018) בית המשפט המחוזי הותיר על כנו תחולה רטרואקטיבית שהוכרה לגבי תקופת זמן של למעלה משנה וחצי לאחר הלידה; בעמ"ש (מחוזי מר') 2183-11-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.מ.ד. (20.12.2018) נדחה ערעור על מתן צו רטרואקטיבי לגבי בקשה שהוגשה למעלה מחמש שנים לאחר הלידה; בעמ"ש (מחוזי חי') 2574-12-17 היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' ד' (1.4.2019) נדחה ערעור על מתן צו רטרואקטיבי לגבי בקשה שהוגשה בחלוף כעשרה חודשים לאחר הלידה; ובעמ"ש (מחוזי חי') 45359-10-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.ש. (9.7.2019) ניתן צו רטרואקטיבי לגבי בקשה שהוגשה כשנתיים וחצי לאחר הלידה.

בנוסף על האמור, במקרים נוספים, בקשה למתן צו רטרואקטיבי התקבלה ללא קושי, לא רק כאשר זו הוגשה כשנתיים לאחר הלידה (תמ"ש (משפחה ת"א) 63050-01-18 פ.נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה (5.9.2018)); אלא אף ארבע או חמש שנים לאחריה (תמ"ש (משפחה ת"א) 10299-03-18 ג.ח.נ' היועץ המשפטי לממשלה (24.8.2018); תמ"ש (משפחה ת"א) 26379-06-18 מ.ב.א.נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה (7.1.2019); תמ"ש (משפחה ת"א) 71591-02-19 ק.ב.נ' היועץ המשפטי לממשלה (13.6.2019); תמ"ש (משפחה פ"ת) 14023-02-19 ס.ב.נ' היועץ המשפטי לממשלה משרדי ממשלה (9.1.2020)). במקרה אחר ניתן צו רטרואקטיבי למן מועד הלידה כאשר הבקשה הוגשה למעלה מארבע שנים לאחר הלידה, ואף לאחר פרידת בנות הזוג (תמ"ש (משפחה אי') 7936-12-18 א.ש.נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.1.2020)). צו הורות פסיקתי רטרואקטיבי ניתן אף כשבע שנים לאחר הלידה (תמ"ש (משפחה ת"א)

19-08-41802 ל.א.נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה (5.11.2019) – לגבי הגדול מבין שלושה קטינים; ערעור לבית המשפט המחוזי – נדחה (עמ"ש (מחוזי ת"א) 54000-12-19 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (6.12.2021)). במקרה אחר, ניתן צו הורות פסיקתי רטרואקטיבי למן מועד הלידה לגבי קטינה בת 15 שנים וזאת אף חרף העובדה שנקבע כי במשך השנים לא נעשה דבר להסדרת מעמד ההורה הלא-ביולוגי (תמ"ש (משפחה ת"א) 10925-11-17 ש.ז.י.נ' היועץ המשפטי לממשלה (29.04.2018); בערעור לבית המשפט המחוזי ניתן תוקף להסכמת הצדדים כי התוצאה תעמוד על כנה מבלי שיבחנו הנימוקים (עמ"ש (מחוזי ת"א) 31622-06-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' ש.ז.י. (6.12.2021)). במקרים רבים ניתן צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי, גם שמדובר בפונדקאות חו"ל (חרף העובדה שמדובר במצב מורכב יותר מאשר תרומת זרע בהינתן, בין היתר, החשש ל"הורות משולשת"), וגם זאת מבלי כל נימוק מיוחד. כך למשל המקרה עליו נסוב הדיון בבב"ע 3518/18: עמ"ש (מחוזי ת"א) 36564-02-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (22.3.2018) בו ניתן צו הורות פסיקתי בנסיבות שבהן הוגשה הבקשה מספר חודשים לאחר הלידה, כאשר בית המשפט המחוזי קבע את מועד התחולה למן המועד שבו ניתן פסק הדין האמריקאי שניתק את הזיקה בין היילוד לבין הפונדקאית. במקרה אחר ניתן צו הורות פסיקתי רטרואקטיבי למן יום הלידה לגבי פונדקאות חו"ל כאשר הבקשה הוגשה בחלוף כמעט שנתיים ימים מיום הלידה, ואף לאחר שבני הזוג נפרדו זה מזה (תמ"ש (משפחה ת"א) 50078-04-15 י.י.נ' י.ג. (5.9.2018); ובמקרה אחר אושר צו רטרואקטיבי למן יום הלידה לגבי פונדקאות חו"ל אף שהבקשה הוגשה בחלוף כמעט 8 שנים מיום הלידה (בתמ"ש (משפחה ת"א) 40279-08-18 ג.מ.נ' משרד הפנים, משרדי ממשלה (30.7.2019)).

ועל כל אלה ייאמר כי מטבע הדברים הותרת פתח ל"מקרים חריגים", אפילו כדי סדק צר, עלולה להשליך על מקרים רבים מספור. אין לשער את המידה והאופן שבו יעשה שימוש באותם "חריגים" (ראו לשם השוואה: רע"ב 744/17 עווד נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 5 לחוות דעתי (20.2.2018)). מה גם שהתחולה הרטרואקטיבית קנתה לה שבט זה מכבר והיא הולכת וצוברת תאוצה.

25. אכן, יש שיסברו כי הסוסים כבר ברחו מהאורווה וכי הרכבת יצאה זה מכבר מהתחנה, ומה לי להילחם את מלחמות האתמול. אלא שהרכבת והסוסים דוהרים ללא בלמים. ההכרה באפשרות למתן צו רטרואקטיבי, בוודאי תוך שניתנה האפשרות לחרוג ממסגרת זמן מתוחמת כלשהי "במקרים חריגים", עשויה להיות בעלת השלכות רחבות היקף. לא למותר לציין (כפי שגם ציין חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל בבב"ע 3518/18) כי האפשרות לכינון רטרואקטיבי של הורות במשך שנים לאחר הלידה, עשויה

לפגוע בראש ובראשונה באינטרס של הילד בהסדרה מהירה ומיידית של התא המשפחתי. אינני חפץ להיות בתפקיד ה"מתריע בשער", אך לא ניתן להתעלם מההשלכות החמורות שעשויות להיות להכרעה מעין זו.

סופו של יום אם כן, אם היה הדבר תלוי בי, הייתי גם דוחה את הדיון הנוסף בכל הנוגע לאפשרות מתן תחולה רטרואקטיבית לצו ההורות הפסיקתי, בקשר לפונדקאות חו"ל. נוכח עמדותיהם של כל חבריי, במישור המעשי תצטרף עמדתי לעמדת חברי המשנה לנשיאה (בדימ') השופט נ' הנדל כי אין מקום ליתן במקרים חריגים תחולה רטרואקטיבית לצו ההורות כאשר הבקשה למתן הצו הוגשה בחלוף תקופה של למעלה מ-9 חודשים מיום הלידה, זאת בין אם במקרה של תרומת זרע ובין אם במקרה של פונדקאות חו"ל.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

קראתי את חוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה א' חיות ואני מצטרף לתוצאה שאליה הגיעה בדנ"א 1297/20, שלפיה מועד תחילת צו ההורות הפסיקתי הוא ביום 13.6.2016, יום ניתוק זיקת הפונדקאית בפסק הדין הזר. עם זאת דרך הילוכי למסקנה זו שונה, מאחר שלשיטתי, צו ההורות הפסיקתי הוא צו שמצהיר על הורותם הקיימת של בני הזוג. משנותרתי במיעוט במסקנתי זו, ומאחר שהפער במבחן המציאות בין חוות דעתי לבין חוות דעתה של חברתי הנשיאה אינו גדול, מצאתי להצטרף לחוות דעתה בדנ"א 1297/20 מטעמים מעשיים. נוכח תוצאה זו, מצטרף אני גם לתוצאת פסק דינה בדנ"א 5591/20, והכל כפי שיפורט להלן.

1. הבקשות שלפנינו נוגעות לרכיבים שונים בהורותם של המבקשים והמבקשות, ובפרט – המבקש 1 בדנ"א 1297/20 והמבקשת 2 בדנ"א 5591/20 שלא תרמו חומר גנטי בתהליך (פסק הדין נושא הדיון הנוסף בדנ"א 1297/20 יכונה להלן: עניין פונדקאות חו"ל והמבקשים בו יכוננו: המבקשים; פסק הדין נושא הדיון הנוסף בדנ"א 5591/20 יכונה להלן: עניין רישום הורות והמבקשות בו יכוננו: המבקשות). במוקד הבקשות מצוי אפוא אחד האירועים הייחודיים והחשובים במסע חייהם של זוגות רבים – הבאת ילדיהם לעולם. עמדתי לא מכבר על צומת מרכזי זה בחייו של אדם:

"דומה כי אין לך צמתים רבים בחייו של אדם, המבטאים את חירותו ומכוננים את זהותו, כמו הבחירה להפוך להורה. הרצון להפוך להורה היא מהכמיהות העמוקות ביותר של הנפש האנושית. עבור מי שחפץ בכך, הזכות להפוך להורה, לאהוב ילד, לגדלו, לדאוג לכל מחסורו, לחנכו, לטעת בו מטען חינוכי, ערכי ומוסרי, היא ביטוי ראשון במעלה לאנושיותו" (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 11 לפסק דיני (27.2.2020); להלן: עניין ארד-פנקס).

דנ"א 1297/20: על צווי הורות פסיקטיים והזכות להורות

2. צו ההורות הפסיקטי, כפי שהראתה חברתי הנשיאה וכפי שאבאר אף אני בחוות דעתי, הוא מוסד משפטי שנועד ליתן מענה במצבים שבהם בני זוג חלקו כוונה ותכנון משותפים להבאת ילד לעולם, אך רק אחד מהם הוא בעל זיקה ביולוגית לילד; במצב דברים זה, נזקק בן הזוג שנעדר זיקה ביולוגית לילד לצו ההורות הפסיקטי (פסקה 22 לחוות דעתה של הנשיאה; עניין ארד-פנקס, פסקה 2 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל). עמדת המדינה בהליכים שלפנינו (בעיקר במסגרת דנ"א 1297/20) הייתה כי הורות זו כפופה להליך כינונה בצו הורות פסיקטי. כינון זה, לשיטת המדינה, תוקפו פרוספקטיבי (בכל הנוגע להורים שהסתייעו בפונדקאות חו"ל). המבקשים טענו כי עמדה זו של המדינה פוגעת בשוויון ובזכות להורות. כנקודת מוצא לדיון יש להזכיר את שצינו בעבר, "אין לאדם זיקה אנושית חשובה בחייו מהזיקה לילד, ושעה שביטויה של השייכות הזו נתקל באי אמון מובנה מצד הרשות הציבורית, הדבר מלווה בפגיעה אנושית שיש בה מן הפגיעה בכבוד האנושי" (בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פ"ד סד(3) 807, 846 (2011) (להלן: עניין ויס); עניין ארד-פנקס, פסקאות 11-16 לפסק דיני).

3. בהתנהלות המדינה במשך השנים בהקשר זה חלו תמורות. בעבר לא נהגה המדינה לדרוש צו הורות לכינון ההורות מקום שבו בוצע הליך פונדקאות מחוץ למדינת ישראל, ושבו הוכח כי קיימת זיקה גנטית בין שני בני הזוג לבין הילד (ראו משרד העבודה הרווחה והשירותים החברתיים צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקטי: תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים 11, ה"ש 4 (2018); הצוות המקצועי יכונה להלן: הצוות המקצועי והדו"ח יכונה להלן: דו"ח הצוות; ראו גם את פסק הדין בבע"ס 4408/13 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (29.12.2013) שבמסגרת ההליך שם הסכימה המדינה כי "המבקשים ייאותו לבצע את הבדיקה הגנטית וככל שתמצא התאמה גנטית, המדינה תסכים שלא תדרוש הליכים נוספים לשם רישום המבקשים כהורי

הילדים" (פסקה 3 לפסק הדין); כן ראו הליכים שבהם ניתן צו הצהרתי על בסיס זיקה גנטית של שני ההורים למשל בתמ"ש (ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (3.2.2013)). בנוסף, במקרים שבהם בני זוג הטרוסקסואלים נעזרו בתרומת זרע לצורך הבאת ילדם לעולם, לא דרשה המדינה צו הורות כתנאי לרישום אבי הילד כהורה.

4. ואולם, אגב ההליכים שלפנינו עמדת המדינה התבהרה והתחדדה והתקבלו הבהרות ביחס לשורת הנסיבות שמקימות – לשיטתה – הכרח בכינון הורות באמצעות צו הורות פסיקתי. במצב דברים מעין זה, דומה כי מרבית ההסדרים (להוציא את הסדר הרישום שנמצא במוקד דנג"ץ 5591/20) אינם מבחינים עוד בין זוגות הטרוסקסואלים לבין זוגות בני אותו מין בכל הנוגע לקבלת צו הורות. עמדת המדינה העדכנית מלמדת אותנו כי בשני סוגי המקרים שלהלן נדרשים עתה הורים הטרוסקסואלים לצווי הורות פסיקתיים. הסוג הראשון הוא של בני זוג הטרוסקסואלים שנעזרו בתרומת זרע (ראו את עמדת המדינה בפסקה 6 לתגובה מיום 22.3.2022 לבקשת העדכון מטעם המבקשות; את עמדת באת כוח המדינה בפרוטוקול הדיון בדנג"ץ 5591/20, בעמ' 7, ש' 13-16, 33; כן ראו פסקה 40 לחוות דעתה של הנשיאה). לפי עמדה זו, "במקרים של תרומת זרע מתורם אנונימי, נדרשים בן או בת הזוג של מי שילדה ילד תוך הסתייעות בתרומת זרע לכונן את הורותם המשפטית על הילד" (ההדגשה במקור – ע' פ'; סעיף 88 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה לדיון נוסף בדנ"א 1297/20; כן ראו האמור בהקשר זה באתר משרד המשפטים, "מידע משפטי: צו הורות פסיקתי" (20.10.2021)). המדינה טענה כי זו הייתה עמדתה העקבית ביחס לתרומות זרע (השוו לעמדת המדינה כפי שהובאה בפסק דיני בבע"ם 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון, פסקה 11 לפסק דיני (14.2.2021) (להלן: עניין איילון)).

סוג המקרים השני עניינו בהליכי פונדקאות חו"ל של זוגות הטרוסקסואלים (כעולה מתגובת היועצת המשפטית לממשלה מיום 1.6.2022, עמדת המדינה בהקשר זה גובשה ופורסמה בשלהי שנת 2021; ראו סעיף 18 שם). עסקינן במצב דברים בו בני זוג – גבר ואישה – נעזרו בפונדקאית בחו"ל כדי להביא את ילדם לעולם. עמדתה העדכנית של המדינה היא כאמור שבכל המקרים הללו, ללא יוצא מן הכלל, בת הזוג נדרשת להגיש בקשה לצו הורות פסיקתי (וזאת ללא קשר לשאלה אם יש לה זיקה גנטית ליילוד) ולכונן את הורותה. כפי שצוין, בעבר לא נהגה המדינה לדרוש צו הורות פסיקתי במקרי פונדקאות חו"ל שבהם היילוד הינו ילדם הגנטי של שני בני הזוג. אעיר כי דרישות המדינה כתנאי להכרה בהורות שמקורה בהליכי פונדקאות בחו"ל מוסדרים במה שמכונה "נוהל חו"ל" – נוהל של המדינה שאינו מפורסם ברבים – ולמותר לשוב ולהדגיש את

הקושי שמעורר אי פרסומו (בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493, 538, 568 (2014) (להלן: עניין ממט-מגד); להלן: נוהל חו"ל).

5. דומה כי עמדת המדינה בשלב זה (לאחר הודעת העדכון מחודש יוני 2022) אינה מבחינה ככלל בין בני זוג הטרוסקסואלים לבין בני זוג מאותו מין. עמדה זו, שבמהותה קובעת כי קבוצות שלא נדרשו לצו הורות פסיקתי בעבר יידרשו לו כעת, מצמצמת את ההבחנה ביניהן והיא עמדה שוויונית יותר. לצד זאת, עמדה זו מלמדת על קבלתו של צו ההורות הפסיקתי על ידי מוסדות המדינה ומחדדת את חשיבותה של ההכרעה בתיק דנן בשאלת מהותו של הצו – שאינה מוגבלת עוד להורותם של בני זוג מאותו המין.

6. דרך הילוכנו תהיה כדלקמן: כבסיס להכרעתנו בשאלת מהותו של צו ההורות הפסיקתי אציב את הסדרי ההורות הקיימים במשפט הישראלי ואת ההיסטוריה של מוסד צו ההורות הפסיקתי. בנתון לתשתית זו, אציג את עמדתי שלפיה הקביעה שהצו הוא הצהרתי מתחייבת ממהותו של הצו ומשיקולי טובת הילד.

הסדרי ההורות במשפט הישראלי

7. נקודת המוצא לדיון בשאלת הסדרי ההורות במשפט הישראלי היא כי אין מקור נורמטיבי בודד במארג החקיקתי, אשר מגדיר מיהו הורה במדינת ישראל (שחר ליפשיץ "הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות" מחקרי משפט לד(2) 12-11 (צפוי להתפרסם ב-2022) (להלן: ליפשיץ, הזכות להורות); רות זפרן, נוי נעמן ואיילת בלכר-פריגת "הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד – הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" עיוני משפט מו 2 (צפוי להתפרסם ב-2022) (להלן: זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, הורות מושתתת זוגיות); טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" משפטים מד 415, 422-423 (2014) (להלן: מרקוס, האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד); יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו 553, 556-557 (2012)). הגם שכך, ניתן לעמוד על המארג הנורמטיבי ולבחון מהם המרכיבים המשפטיים של הורות בדין הישראלי. במסגרת חוות דעתה, עמדה חברתי הנשיאה על המקורות הנורמטיביים השונים במשפט הישראלי, אשר עוסקים בהגדרת ההורות (פסקאות 18-21 לחוות דעתה של הנשיאה) ואף אני אבקש להתייחס אליהם מנקודת מבטי שלי.

8. המקור החקיקתי הראשון והמרכזי שעניינו ההורות בדין הישראלי הינו חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית). הפרק השני לחוק זה, שכותרתו "הורים וילדיהם הקטינים", מלמדנו על מספר מרכיבים משמעותיים בהורות במשפט הישראלי:

14. ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.	מעמד ההורים
15. אפטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.	תפקידי ההורים
[...]	
17. באפטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין.	קנה מידה לחובת ההורים

מהוראות החוק אנו למדים כי הורותו של אדם מביאה עמה סל של זכויות וחובות. כך, ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים; וכנגזרת מכך, הם נושאים במערך חובות וזכויות ביחס לילדם הקטין (כפי שמפורט בסעיף 15 לחוק; בע"מ 369/21 פלונית נ' פלוני, פסקה 7 לפסק הדין של המשנה לנשיאה נ' הנדל (25.11.2021)). בנוסף קובע החוק את החובה הכללית לפעול לטובת הקטין (בע"מ 3984/15 פלונית נ' פלוני, פסקה 4 לפסק הדין של השופט מ' מזוז (13.9.2016); ע"א 506/88 יעל שפיר, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 183 (1993)). האפטרופסות משמעותה הסמכות והאחריות ההורית לקבל את ההחלטות היומיומיות שנוגעות לילד. כפי שנקבע בעבר בפסיקת בית משפט זה, רשימת הזכויות והחובות שמנויה בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית אינה סגורה ואין היא ממצה את יחסי ההורים והילדים. במרוצת השנים הורחב מערך החובות והזכויות שחל על ההורים כך שכיום נכללות בו חובות וזכויות נוספות שאינן מופיעות בלשון הסעיף (ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 241 (1995); רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטין), פ"ד נא(4) 830, 845 (1997); מרקוס, האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד, בעמ' 421).

רכיב נוסף שרלוונטי להורות במשפט הישראלי הוא רכיב ההחזקה בילד – ש"צמוד", כלשון סעיף 15 לחוק, לאפטרופסות ההורים. רכיב זה, שמכונה לא אחת במונח הרווח "משמורת" או "משמורת פיזית" (הגם שמונח זה אינו מוזכר בחוק)

משמעותו ההחזקה הפיזית של הילד. כלומר, סעיף 15 מבחין בין הזכות לקבל החלטות בנוגע לילד לבין ההחזקה הפיזית שלו (ראו אצל דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי הכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" משפט וממשל טו 91, 125 (2013); יואב מזא"ה "משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?" מחקרי משפט כח 207, 213 (2012)).

9. הנה כי כן, סעיף 15 מלמדנו על שני רכיבים חשובים בהורותו של אדם: האפוטרופסות וההחזקה (שמכונים לעיתים בהתאמה משמורת משפטית ומשמורת פיזית). חרף מרכזיותם של רכיבים אלה, ברי כי הם אינם מלמדים, כשלעצמם, על הורות. כך למשל, סעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית קובע שהורי קטין שחיים בנפרד רשאים להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין; מי מהם יחזיק בו; ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בו לבוא עמו במגע (הסכם כאמור טעון אישור בית משפט). להבדיל, חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, מסמיך את בתי המשפט להגדיר קטין כ"קטין נזקק" ולשנות את מערך הזכויות והחובות ביחס לקטין (לדוגמה, להוציא קטין ממשמורת האחראי עליו; ראו בסעיף 3 לחוק זה). אף במצבים מעין אלה, שבהם נשללת מהורה האפוטרופסות, המשמורת ולעיתים אף האפשרות לראות את הקטין, אין משמעות הדבר כי הוא חדל מלהיות הורה (ראו והשוו, למשל, לרע"א 3566/17 פלונית נ' פלונית (21.5.2017)). תמונת המראה של נקודה זו היא כי אף אם אדם מחזיק בחלק מרכיבים אלה, אין הדבר מלמד, בהכרח, על היותו הורה.

10. לצד הזכויות והחובות שפורטו לעיל ומצויות בחוק הכשרות המשפטית, מרכיב נוסף בהורות במשפט הישראלי נוגע לרישום ההורים לפי חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם). כעולה מחוק המרשם, במרשם האוכלוסין נרשמים פרטים שונים ובהם "שמות ההורים" ו"שמות הילדים" (סעיפים 2(א) ו-2(א)(9) לחוק זה). בפסיקת בית משפט זה נקבע לא אחת כי הרישום אינו יוצר זכויות מהותיות, וזאת מאחר שהמרשם הוא מאגר סטטיסטי (בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר-הפנים, פ"ד יז 225, 249 (1963) (להלן: עניין פונק שלזינגר); כן ראו בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89, 93 (1994); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד סא(3) 537, 564, 566 (2006) (להלן: עניין בן-ארי); עניין ממש-מגד, בעמ' 528-531). משכך, רישום, כשלעצמו, אינו מעיד בהכרח על הורותו של אדם. לצד זאת, כפי שמציינת חברתי הנשיאה בחוות דעתה, רישום פרט ההורות נושא עמו ערך הוכחתי והוא נחשב כראיה לכאורה לאמיתות תוכנו (סעיף 3 לחוק המרשם; פסקה 55 לחוות דעתה של הנשיאה). במצב דברים מעין זה, לרישום השלכה הוכחתית בתחומים שונים, וכעניין פרקטי, יומיומי, רשויות המדינה וגופים פרטיים מסתמכים לא אחת על

הכתוב במרשם מבלי להטיל בו ספק (עניין איילון, פסקה 12 לפסק דיני וההפניות שם; זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, הורות מושתתת זוגיות, בעמ' 24). ואולם, ברי כי עצם העובדה שפרט ההורות משמש ראייה לכאורה לאמיתות תוכנו, אין משמעותה שלא ניתן לערער על אמיתותה (עניין ויס, בעמ' 869), וכי הרישום, כשלעצמו, אין בכוחו לקבוע הורות (ויוער כי המרשם אינו משקף את ההורות הביולוגית של הילד; ראו: בג"ץ 2984/17 מלכי נ' מנהל מנהל האוכלוסין במשרד הפנים, פסקה 3 (1.5.2022) (להלן: עניין מלכי); עניין רישום הורות, פסקה 2 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל).

11. הנה כי כן, הגם שדברי החקיקה שתוארו לעיל מלמדים אותנו על זכויות וחובות הוריות; על החזקה בילד; ועל רישום ההורות, אין הם קובעים מיהו הורה. מודל ההורות ה"טיפוסי" במשפט הישראלי הוא מודל הלידה וההולדה, דהיינו, מודל ההורות הביולוגית. מודל זה, שכונה לעיתים בפסיקה המודל ה"טבעי" (דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד סד (3) 356, 430, 449 (2011); בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס (1) 124, 185, 188, 195-197 (2005)) מתייחס אפוא למצב הדברים הפרדיגמטי של זוג הורים, גבר ואישה, שתרמו שניהם מטען גנטי ליילוד, וילדם נולד מהיריון האישה. ואולם, הדין הישראלי מכיר בהורות גם כאשר לא מתקיים מצב דברים זה. בפסיקה התבססה ההבחנה שהמשיג לראשונה השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בעניין פלונית, בין 4 אדנים חלופיים ומשלימים שבהם מכיר המשפט הישראלי: זיקה גנטית (כאשר הורה תרם את החומר הגנטי ליצירת היילוד); זיקה פיזיולוגית (כאשר האם ילדה את היילוד, הגם שלא תרמה לו מטען גנטי); זיקה מכוח אימוץ; ו"זיקה לזיקה" (כלומר כאשר מדובר בבן זוג של הורה בעל זיקה גנטית או זיקה פיזיולוגית) (בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 8 (1.4.2015) (להלן: עניין פלונית)). כפי שנראה להלן, הורות במשפט הישראלי יכולה להתקיים גם משלא התקיים אותו מודל "טבעי" (שבו הגבר הוא בעל זיקה גנטית והאישה היא בעלת זיקה גנטית ופיזיולוגית ליילוד).

12. זיקת האימוץ שתוארה לעיל מבוססת על הוראות חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ). חוק זה קובע מנגנון לניתוק הזיקה המשפטית בין ההורים הביולוגיים לבין ילדם, וליצירת זיקה משפטית חדשה בין הילד לבין ההורים המאמצים "אשר יחליפו את ההורים הביולוגיים כבעלי הזכויות והחובות כלפי הקטין" (בע"מ 778/09 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד סג (3) 111, 137 (2009) (להלן: בע"מ 778/09); רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 367-372 (2008) (להלן: זפרן, הגדרת אימהות)). המנגנון המשפטי לניתוק הזיקה בין הילד לבין הוריו הביולוגיים ויצירת הזיקה בינו לבין הוריו

המאמצים קבוע בסעיף 1(א) לחוק האימוץ שלפיו "אימוץ יהיה על ידי צו של בית-משפט, שיינתן לפי בקשת מאמץ", ובהמשך בסעיף 1(ב) לחוק שקובע כי "צו אימוץ וכל החלטה אחרת בהליכי אימוץ יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ". בנוסף, סעיף 16 לחוק האימוץ קובע כי:

16. האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים ובין ילדיהם, ומקנה למאמץ ביחס למאומץ אותן הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם; הוא מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו;
ואולם –

תוצאות
האימוץ

- (1) רשאי בית משפט לצמצם בצו האימוץ את התוצאות האמורות;
- (2) האימוץ אינו פוגע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושים;
- (3) הוראות סעיף זה אינן באות לגרוע מהוראות סעיף 16 לחוק הירושה, תשכ"ה–1965.

החוק כלשונו קובע כי מרגע שניתן צו האימוץ מרכיב החובות והזכויות בהורות חל על ההורים המאמצים במלואו, ובו בזמן חדל מלחול על הוריו הקודמים (בע"מ 6243/16 פלוני נ' פלוני, פסקה יד (18.8.2016); בע"מ 778/09, בעמ' 137). ואולם, על אף הפיכתם של ההורים המאמצים להוריו של הילד, חוק האימוץ מותיר זיקה מסוימת בין ההורים הקודמים לבין הילד (בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 375 (2000) (להלן: עניין ברנר-קדיש); זפרן, הגדרת אימהות, בעמ' 368-369). עוד יצוין, כי סעיף 16(1) לחוק האימוץ קובע כי בית המשפט רשאי להורות על צמצום ניתוק הזיקה שנקבע בסעיף 16 לחוק (מנגנון זה זכה לכינוי "אימוץ פתוח", שלפיו נשמר קשר מסוים בין ההורים המאמצים והילד לבין הוריו או קרוביו הקודמים של הילד, כאשר טיב הקשר משתנה ממקרה למקרה; זפרן, הגדרת אימהות, בעמ' 369; יואה שורק ופידא ניג'ם-אכתילאת אימוץ פתוח: סקירת ספרות (2019)). הנה כי כן, הורות מכוח אימוץ נוצרת באמצעות צו של בית משפט.

13. חוק נוסף שמלמדנו על מורכבות ההורות בדין הישראלי הוא חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות). סעיף 42(א) לחוק זה קובע כי יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית הוא ילדה של הנתרמת "לכל דבר ועניין". החוק קובע במפורש כי לתרומת הביצית (בעלת הזיקה הגנטית ליילוד) לא יהיו נתונות סמכויות הוריות ביחס

ליילוד ולא יהיו לה את "הזכויות והחובות הקיימות בין הורים [...] ובין ילדי ההורים" ביחס ליילוד (סעיף 42(ג) לחוק). חוק תרומת ביציות מבכר אפוא במפורש את הזיקה הפיזיולוגית של האם הנתרמת, וקובע כי אף בהיעדר זיקה גנטית בינה לבין היילוד היא תהא אמו של הילד ללא סייגים או התניות. באופן דומה, סעיף 23א לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007), אשר מסדיר את האופן שבו מתבצעות תרומות זרע במדינת ישראל, קובע כי בן הזוג שנעזר בתרומת הזרע יהא ההורה לכל דבר ועניין (הגם שכאמור הוא אינו אביו הביולוגי): "במקרה של הזרעה מלאכותית עם זרע של תורם, יש צורך בקבלת הסכמת האישה ובן זוגה בכתב לביצוע ההזרעה המלאכותית וכן בהצהרת בן הזוג כי הילד שייולד ייחשב לכל דבר כאילו הוא ילדו הטבעי, לרבות לעניין מזונות וירושה, וישא את שם משפחתו" (יועזר כי עמדה שונה משתמעת מעמדת המדינה בהליך דנן, כפי שפורט לעיל וכפי שארחיב גם להלן, ראו פסקאות 4 ו-44 לחוות דעתי).

14. דבר חקיקה נוסף שמלמד על מורכבות ההורות בדין הישראלי הוא חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות). חוק זה מסדיר את אפשרותם של בני זוג (ויחידים) להתקשר עם אם נושאת (פונדקאית) בהסכם נשיאת עוברים (במונח השגור "הסכם פונדקאות", שבמסגרתו תופקד ברחמה של הפונדקאית ביצית מופרית שזיקתה הגנטית לפחות לאחד ההורים המיועדים; ראו סעיף 2 לחוק) בכפוף למגבלות השונות שקיימות בו, ובכפוף לאישור מועדת האישורים להסכמים לנשיאת עוברים (ראו, למשל עניין ארד-פנקס, פסקאות 5-8 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות; בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 4 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (18.9.2014) (להלן: עניין משה); זפרן, הגדרת אימהות, בעמ' 365-366; יועזר כי בחודש יולי 2021 קבע בית משפט זה כי הוראות חוק הפונדקאות שמנעו מבני זוג מאותו מין ומגברים יחידנים גישה להסדר אינן חוקתיות; ראו עניין ארד-פנקס). החוק נוגע אפוא למצב שבו ליולדת (הפונדקאית) אין זיקה גנטית ליילוד ושבו לאם המיועדת המתקשרת בהסכם לנשיאת עוברים לא תהא זיקה פיזיולוגית (ובמקרים מסוימים אף לא זיקה גנטית). החוק מגדיר "יחסי הורות" כ"מערכת חובות, זכויות וסמכויות הקיימת בין הורה לילדו לפי כל דין" (סעיף 1 לחוק זה). סעיף 10 לחוק קובע "חלוקת אחריות" בין גורמים שונים לאחר לידת הילד בכל הנוגע למרכיבי ההורות:

10. (א) עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו.
(ב) עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים

משמורת,
אפוטרופוסות
ומסירה

לנשיאת עוברים שייקבע לכך על ידי עובד סוציאלי ראשי כאמור בסעיף 20(ג) יהיה, בכפוף להוראות סעיף קטן (א), האפוטרופוס הבלעדי על הילד משעת לידתו ועד למתן צו הורות או עד למתן צו אחר הקובע את מעמדו של הילד. (ג) מסירת הילד על ידי האם הנושאת למשמורת ההורים המיועדים תהיה בנוכחות העובד הסוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים ובסמוך לאחר הלידה ככל הניתן; לא ימסור אדם למשמורת ולא יקבל למשמורת ילד שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שלא בנוכחות עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים כאמור בסעיף קטן זה.

מלשנונו של סעיף 10 לא ניתן לקבוע, באופן ברור וחד משמעי, מיהם "הוריו" של היילוד ברגע הלידה: מחד גיסא, החוק קובע כי להורים המיועדים "המשמורת" על היילוד (מונח שאינו מוגדר באופן מפורש בחוק הכשרות המשפטית, כאמור) וכי חלות עליהם "האחריות והחובות" של הורה כלפי ילדו (מזכיר, במידה רבה, את רכיב החובות והזכויות שתוארתי לעיל בחוק הכשרות המשפטית); מאידך גיסא, רכיב האפוטרופוס מוקנה לעובד סוציאלי. עוד יצוין, כי כפי שהסבירה המדינה בהשלמת הטיעון מטעמה, לאחר הלידה נרשמת הפונדקאית כאמו של הילד במרשם האוכלוסין (רכיב הרישום שעליו עמדנו לעיל; סעיף 24 להשלמת הטיעון מטעם המדינה).

בנוסף, סעיף 11(א) לחוק הפונדקאות קובע כי "תוך שבעה ימים מיום לידת הילד יגישו ההורים המיועדים בקשה למתן צו הורות [...]", וסעיף 12(א) לחוק קובע כי "עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; למען הנוחות, יכונה להלן צו הורות מכוח חוק הפונדקאות גם: צו הורות חקיקתי). לכך יש להוסיף כי המחוקק קבע הוראות שנוגעות למצב שבו האם הנושאת תחזור בה מהסכמתה להסכם נשיאת העוברים אף לאחר הלידה, והדבר זוכה לביטוי בסעיף 13 לחוק הפונדקאות (יצוין כי למיטב ידיעתי טרם בוצע שימוש בסעיף זה במשפט הישראלי; זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, הורות מושתתת זוגיות, בעמ' 10). עוד יוער כי עם מתן צו הורות החקיקתי, מוענקת לילד זהות חדשה במרשם, בעוד שהרישום הראשוני (רישום הפונדקאית כאם) נמחק ונגנז (סעיף 24 להשלמת הטיעון מטעם המדינה בדנ"א 1297/20).

15. הנה כי כן, כעולה מהוראות החוק, עד למתן צו ההורות החקיקתי מבוזרים רכיבי ההורות השונים עליהם עמדתי בין שלושה גורמים: ההורים המיועדים מחזיקים במשמורת על הילד, וכן בחובות ובאחריות כלפי הילד; העובד הסוציאלי מוגדר כאפוסטרופוס הבלעדי על הילד; ואילו הפונדקאית נרשמת כאם הילד ברגע הלידה. בחינת הדברים בראי הזיקות שהוכרו בפסיקתנו אף היא מגלה תמונה מורכבת: להורים המיועדים זיקה גנטית (למצער לאחד מהם); לפונדקאית זיקה פיזיולוגית ליילוד; ולעובד הסוציאלי אין כל זיקה המוכרת במשפטנו (הגם שעד למתן צו ההורות החקיקתי הוא האפוסטרופוס של הילד). מיהם הוריו של היילוד בתקופה שבין לידתו לבין הוצאת צו ההורות החקיקתי? לסוגיה זו אשוב בהמשך, אך בנקודה זו אציין כי איני משוכנע כי עד למועד מתן הצו ההורים המיועדים אינם הוריו (עמדה זו היא העמדה המשתקפת בגישה שרואה בצו ההורות החקיקתי צו מכוון, כפי שיבואר בהמשך). למען שלמות התמונה אעיר כי בספרות בישראל הועלתה הטענה שבמצב דברים זה, מכיר המשפט הישראלי למעשה בהורות משולשת, אשר כוללת את הפונדקאית ואת זוג ההורים המיועדים (זפרן, הגדרת אימהות, בעמ' 367; מרקוס, האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד, בעמ' 456).

16. העולה מן הסקירה שהובאה לעיל מחזירה אותנו לנקודת המוצא שלפיה אין בדין הישראלי הגדרה יחידה וברורה להורות. לצד זאת, קיימים "מרכיבי הורות" (אפוסטרופוסות, חובות וזכויות הוריות, החזקה פיזית ורישום; מרקוס, האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד, בעמ' 421-428), אך גם באלה לא ניתן להסתייע בהכרח כדי לקבוע מיהו הורה לצורך הדין הישראלי. הדיון לעיל ממחיש גם את החסר: הדין הישראלי החרות לא הסדיר את הורותם של המבקשות והמבקשים שלפנינו (וזוגות רבים שכמותם) – זוגות שנעזרים בהליכי פונדקאות בחו"ל או זוגות שנעזרים בתרומת זרע כדי להביא ילד לעולם. לתוך "ריק חקיקתי" מתמשך זה, בא לעולם צו ההורות הפסיקתי שעל הולדתו אעמוד להלן. בנקודה זו יש לשוב ולהדגיש כי הדיון לעיל אינו דיון תיאורטי-אקדמי על מודלים אלטרנטיביים להורות. מדובר במציאות החיים של המבקשים והמבקשות שלפנינו, ולא פחות חשוב מכך – של ילדיהם (ראו והשוו לדברי השופט י' דנציגר בעניין מחט-מגד, בעמ' 570). בהיעדר הגדרה חוקית אחידה וברורה להורות, מתחדדת חשיבותה של השאלה נושא הדיון הנוסף, האם צו ההורות הפסיקתי הוא צו מכוון או הצהרתי.

צו הורות פסיקתי – היסטוריה

17. חברתי הנשיאה התייחסה בחוות דעתה לשלבים העיקריים בלידתו של צו ההורות הפסיקתי. נוכח עמדתי כי הצו הצהרתי הוא, ובשים לב לתשתית המשפטית שפרסתי לעיל, מצאתי גם אני לעמוד על היסטוריית לידתו של מוסד משפטי זה.

18. צו ההורות הפסיקתי הראשון ניתן במסגרת תמ"ש (ת"א) 60320/07 ת.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.3.2012) (להלן: עניין ת.צ.). באותו עניין ביקשו בנות זוג לקבוע אימהות משפטית על ילדן המשותף בנסיבות שבהן אחת מהן הייתה בעלת זיקה גנטית (בעלת הביצית) והשנייה בעלת זיקה פיזיולוגית (זו שנשאה את ההיריון). באותו עניין, התבקש בית המשפט ליתן צו "המכיר בהורותה של [האם הגנטית – ע' פ'] כאימו של הקטין, ולהורות למשרד הפנים לרשום אותה ככזו במרשם האוכלוסין" (שם, סעיף 7). בית המשפט לענייני משפחה נעתר לבקשה וקבע כי בנסיבות המקרה הייחודיות ניתן ליתן צו הורות – בהשראה מחוק הפונדקאות – אשר יכיר באם הגנטית כאמו של הילד בנוסף לאם שילדה אותו (ראו את פסק הדין שקדם לעניין ת.צ. שבמסגרתו נקבע שבנות זוג יכולות לאמץ האחת את ילדי רעותה, ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) (להלן: עניין ירוס-חקק)). באותו עניין ציינה השופטת הבכירה ע' מילר כי שיקול טובת הקטין – שחי במערכת משפחתית ברורה – מוליק לתוצאה זו. וכלשונה:

"מדובר בקטין שחי במסגרת של תא משפחתי חד מיני, יודע כיצד בא לעולם, ומכיר את שתי התובעות כאמהותיו. הכרה ב[אם הגנטית – ע' פ'] כאימו ורישומה ככזו במרשם האוכלוסין ('אמהות אזרחית') תקנה לו וודאות ובטחון מבחינה נפשית, חברתית וכלכלית" (סעיף 29. ב לפסק הדין).

צו ההורות הפסיקתי הראשון מלמדנו מספר דברים: ראשית, הוא ניתן בתביעה למתן סעד הצהרתי (כלומר בנסיבות אותו עניין לא נקבע במפורש כי הורות המבקשת ניתנת מכאן והלאה). שנית, בפעם הראשונה שניתן צו הורות פסיקתי, נעשה הדבר בהשראת ההסדר החוקי בחוק הפונדקאות. הסדר זה, כפי שהראיתי לעיל, אינו קובע במפורש כי עובר לנתינתו אין ההורים המיועדים הוריו של הקטין. שלישית, צו ההורות הפסיקתי הראשון כלל לא נגע להורות מסוג "זיקה לזיקה" (כזו שבה עסקינן בתיקים דנן), מאחר שלשתי הנשים באותו מקרה הייתה זיקה ליילוד: לאם היולדת זיקה פיזיולוגית ולאם השנייה זיקה גנטית (בהקשר זה השוו לדברי חברי המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל בעניין מלכי, פסקה 3).

19. נקודת הציפון הבאה היא בשנת 2014, שבה ניתן פסק הדין בעניין מוט-מגד. במסגרת פסק הדין נדון עניינם של זוגות גברים שביצעו הליך פונדקאות בחו"ל, ולאחד מהם קשר גנטי ליילוד – ונדונה שאלת רישומם של בני הזוג כהורים במרשם. במסגרת ההליך שם, הובאה עמדת המדינה שלפיה עד להסדרת התחום בחקיקה ניתן יהיה ליתן צו הורות פסיקתי לבן הזוג של ההורה הגנטי בנסיבות של פונדקאות חו"ל. פסק דין זה לא הכריע במישרין בשאלה אם צו ההורות הפסיקתי שיינתן הוא מכונן או הצהרתי. עם זאת, על פני הדברים, דומה כי הצו שם נועד להצהיר על הורותם של בני הזוג (ולא לכוננה). כך, ציין שם השופט (כתוארו אז) ט' ג'ובראן:

"ברי כי אין באי הפנייה לבית המשפט לענייני משפחה למתן סעד הצהרתי כאמור כדי להפוך את ההורות של בני הזוג להורות 'בספק', ומקום שאין חשש ממשי שיתעוררו טענות בנוגע להורות, אין הם נדרשים לפנות לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה לסעד הצהרתי" (שם, בעמ' 555-556).

בדומה ציינה שם המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור כי טוב יעשו ההורים אם "יסירו כל ספק" בנוגע אליהם באמצעות הליך פורמלי של קביעת הורות משפטית בבית המשפט לענייני משפחה, אך הבהירה כי פניה זו היא בגדר אפשרות שנתונה להורים (ראו עמדתה בעמ' 534, 541-542; ראו גם עמדתו של השופט י' דנציגר, אשר ציין בהקשר זה כי הוא מסופק שיש צורך בנקיטת הליך משפטי א-פריורי כדי ליצור זיקת הורות משפטית בין ההורה הלא ביולוגי לבין היילוד (שם, בעמ' 571-572)).

20. בנקודה זו מצאתי להעיר שחברתי הנשיאה בחוות דעתה מתייחסת לדברים אלה ומציינת כי הם נאמרו בבחינת למעלה מן הצורך ומבלי ששאלת מהותו של צו ההורות הפסיקתי נבחנה לעומקה (פסקה 35 לחוות דעתה). אכן, כפי שצינתי לעיל, פסק הדין לא עסק במישרין בשאלת מהותו של צו ההורות הפסיקתי (הוא עסק, בעיקרו, בשאלת הרישום על בסיס תעודה זרה) והוא ניתן שנים לפני התפתחות מוסד זה כפי שתואר עוד להלן. עם זאת, מצאתי להביא כאן את דבריה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור בהמשך פסק דינה, שבמסגרתם התייחסה לסמכות בית המשפט לענייני משפחה ליתן צווים דוגמת הצווים שבהם עסקינן:

"המשיבים הבחינו בעמדתם בין פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה שניתנים בהם 'צווי הורות פסיקתיים', היינו צווים הדומים במהותם לצווי הורות לפי חוק הפונדקאות הישראלי, לפסקי דין הצהרתיים על אבהות או אימהות (דוגמת שני המקרים האחרונים שצוינו

לעיל). ספק בעיניי אם יש הבדל של ממש בין השניים, שהרי על פני הדברים מקור הסמכות ליתן את שני סוגי הצווים הללו הוא אחד – סמכותו הכללית של בית המשפט ליתן פסקי דין המצהירים על אבהות ואימהות [...] יהא כינויים של הצווים אשר יהא ובלי להכריע בדבר הדרישות הספציפיות הנדרשות כדי לתיתם, אציין רק כי, כמדומני, בירור סוגיות מסוג זה בבית המשפט לענייני משפחה ומתן פסק דין הצהרתי בסיום הבירור עשויים לאפשר בירור יעיל וענייני של הנסיבות הכרוכות בכל מקרה ומקרה, וניתן לעשותם בסמוך ללידה על יסוד ראיות קונקרטיות הקשורות לבני הזוג ולהליך הפונדקאות שביצעו, בלא חשש לפיצול סטטוס ומתוך ראייה של טובת הילד" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; שם, בעמ' 542; כן ראו והשוו לדעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר שם, בעמ' 588-591).

כך או אחרת, מקובלת עליי עמדתה של הנשיאה כי אין לראות בדברים שנאמרו בעניין ממש-מגד כקביעה עקרונית שלפיה צווי ההורות הם צווים הצהרתיים.

21. ובחזרה למסלולנו: במסגרת אמ"צ (משפחה ת"א) 57740-12-13 הביע היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2015 את עמדתו כי ניתן לתת צו הורות פסיקתי גם לבני או בנות זוג של מי שהביאו לעולם ילד שלא בהליך פונדקאות חו"ל אלא בהליך של הפריה מתרומת זרע אנונימית (יועץ שלעמדה זו קדמה החלטתי בדין יחיד שבה ציינתי כי איני רואה מניעה עקרונית להעניק "צו הורות פסיקתי" שמעגן את הקשר המשפטי בין הורים במשפחות חד מיניות לבין ילדיהם; בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלוני, פסקה 7 (2.9.2014); יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" משפטים מז 113, 130 (2018)).

22. לאחר הגשת עמדת היועץ המשפטי האמורה, התנהלו בבתי המשפט לענייני משפחה מאות הליכים למתן צווי הורות פסיקתיים. בעיקרם של דברים, מרבית המקרים המובאים בפסיקה עניינם באחד משני מצבים עובדתיים: בן זוג של הורה גנטי לילד שנולד בפונדקאות חו"ל; ובת זוג לאם שילדה ילד שנולד מתרומת זרע אנונימית. דיונים אלה – שהתנהלו במקביל בערכאות שונות – הוליכו לחוסר אחידות פסיקתי בשורה של שאלות, ובהן גם בשאלה אם צו ההורות הוא מכונן או הצהרתי; ואף אם מכונן – האם ניתן להחילו רטרואקטיבית למועד מוקדם ממועד נתינתו. כפי שמציינת חברתי הנשיאה, ניתן לומר כי ברבות מפסיקותיו של בית המשפט לענייני משפחה נקבע כי צו ההורות הפסיקתי הוא הצהרתי; ואילו ברבות מפסיקותיו של בית המשפט המחוזי נקבע כי צו ההורות הוא מכונן (פסקה 27 לחוות דעתה של הנשיאה; כן ראו עניין איילון, פסקאות 2-1 לפסק דיני).

23. בהמשך לחוסר אחידות זו, ולהתנהלות הליכים אלה בערכאות השונות, הגיעה סוגיה זו לפתחו של בית משפט זה במספר תיקים ב"גלגול שלישי" (ראו גם, למשל, בע"מ 10024/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 2 (20.4.2017)). התיק הראשון שחשוב לענייננו הוא בע"מ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (24.1.2019) (להלן: בע"מ 4880/18), שעסק בבנות זוג שניהלו משק בית משותף משנת 2007 ובשנת 2015 החליטו להרחיב את התא המשפחתי בסיוע תרומת זרע של תורם אנונימי. בית המשפט לענייני משפחה נתן צו הורות פסיקתי למבקשת 2 שם, וקבע כי מדובר בצו שמצהיר על הורותה הקיימת. ערעור שהגיש היועץ המשפטי לממשלה התקבל, ובית המשפט המחוזי קבע שצו ההורות הוא מכונן. על פסק דין זה הוגשה בקשת רשות לערער, שנדחתה בהחלטת השופט מ' מוזס בדן יחיד. נקבע שם כי שאלת אופיו של צו ההורות המכונן היא שאלה שחורגת מעניינם של הצדדים באותו ההליך, אך אין ליתן בה רשות לערער (בין היתר מאחר שעמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה הצו מכונן את ההורות הייתה מקובלת על בית המשפט; שם, פסקה 12).

24. פסק הדין השני שעליו אעמוד הוא פסק הדין בעניין פונדקאות חו"ל (פסק הדין נושא הדיון הנוסף; בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (3.2.2020)). פסק הדין מוקד כאמור בשאלה אם צו ההורות הפסיקתי הוא הצהרתי או מכונן; ובשאלת תחולתו הרטרואקטיבית של צו זה ככל שיקבע שהוא מכונן. הרקע הצריך לענייננו תואר בחוות דעתה של הנשיאה (ראו שם, בפסקאות 1-3) ועל כן אציין בתמצית כי עסקינן בזוג גברים שהביאו לעולם בהליך פונדקאות בארצות הברית את שני ילדיהם. היועץ המשפטי לממשלה הגיש את בקשת הרשות לערער מאחר שהערכאות הקודמות הגיעו לשיטתו לשתי מסקנות שגויות: בית המשפט לענייני משפחה קבע שמדובר בצו הצהרתי; ובית המשפט המחוזי קבע (בדעת רוב) שאין הכרח להכריע אם מדובר בצו הצהרתי או מכונן מאחר וניתן לקבוע שיום תחולת הצו יהא יום מתן פסק הדין הזר שניתק את זיקתה ההורית של הפונדקאית. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה שם, צו ההורות הפסיקתי מכונן ויוצר את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי; והכלל הוא שיש לדבוק בתחולתו מכאן והלאה בלבד (בין היתר בשל החשש מהיווצרות "הורות משולשת"). טענת היועץ הייתה גם כי אין להרחיב את מוסד צו ההורות הפסיקתי "עד כדי השוואת מעמד ההורות מכוח 'זיקה לזיקה' להורות 'טבעית'" (עניין פונדקאות חו"ל, פסקה 3 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל). בפסק הדין נקבע, בתמצית, כי שורשיו של צו ההורות במקביליו – הצווים מכוח חוק האימוץ ומכוח חוק הפונדקאות; כי מוסד משפטי זה נוצר בשל "כורח המציאות" וכ"עזרה ראשונה"; וכי משכך ובשל הצורך לפיקוח על התהליך, מדובר בצו מכונן ולא בצו הצהרתי. אשר לתחולה רטרואקטיבית לצו, קבע השופט

(כתוארו אז) הנדל כי מוטב שיקבע כלל קטגורי שלפיו צו ההורות הפסיקתי בנסיבות אלו חל רק ממועד נתינתו, וזאת בעיקר בשל החשש מהורות משולשת.

25. נקודת הציון הבאה היא פסק הדין בעניין איילון. פסק דין זה נוגע לצו הורות שניתן לבת זוגה של מי שילדה בסיוע תרומת זרע אנונימית. באותו עניין קבע השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (בהסכמת השופט מ' מזוז ובהסכמת) כי ניתן להכיר בתחולה רטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי כך שיחול ממועד הלידה, בכפוף להגשת הבקשה למתן צו ההורות תוך 9 חודשים ממועד הלידה. בפסק דיני שם התייחסתי לשאלה אם הצו מכונן הוא או הצהרתי, אך לא ראיתי לטעת בה מסמרות, בשים לב, בין היתר, לקיומן של בקשות לדיון נוסף בסוגיה זו, הן הבקשות שלפנינו (ראו שם, פסקה 17 לפסק דיני).

26. כפי שמציינת חברתי הנשיאה בחוות דעתה, בשנים האחרונות הפך הליך קבלת צו ההורות הפסיקתי לזמין, נוח ונגיש יותר (פסקאות 24-25). קבלת צו הורות בהסכמת המדינה מותנית בשורה של תנאים שבמוקדם קשר זוגי שקדם ללידה; רצון משותף להביא ילד לעולם; ורצון משותף לשמש לו להורים (ראו את פירוט התנאים כפי שמופיעים בחוות דעתה של הנשיאה, פסקאות 22-24). כחלק מ"הנגשת" ומפישוט הליך קבלת צו ההורות, מתאפשר כעת למלא טופס ייעודי שמופיע באתר משרד הרווחה (ראו בחוות דעתה של חברתי הנשיאה, פסקה 24). במסגרת הטופס מצהירים בני הזוג כי:

"אנו מצהירים כי בקשתנו מוגשת מתוך רצון משותף לכינון ההורות ביחס לקטין נשוא הבקשה ומתוך אחריותנו המשותפת לקטין.
אנו מצהירים כי אנו מקיימים קשר זוגי מזה _____, טרם לידת הקטין, ובחרנו במשותף להביאו לעולם במסגרת מערכת היחסים הזוגית ביננו וברצוננו לגדלו במסגרת משק ביתנו המשותף.
אנו מצהירים כי אנו מודעים לכך שלאחר מתן צו ההורות הפסיקתי נישא שנינו בכלל האחריות, החובות והזכויות כלפי הקטין, ללא כל הבדל חוקי במעמדנו ההורי כלפי הקטין".

עוד יצוין כי לפני כשנתיים נפסק, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, כי במקרה של היעזרות בתרומת זרע, ניתן להגיש את הבקשה למתן צו הורות פסיקתי כ-60 יום לפני מועד הלידה המשוער על מנת לאפשר בדיקה מוקדמת של הנתונים (בע"מ 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.6.2020)). בהמשך לכך, ניתנים היום צווי הורות אף ימים בודדים לאחר הלידה (ובמקרים רבים, בהתאם לעניין איילון, תחולתם מיום הלידה; ראו זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, הורות מושתתת זוגיות, בעמ' 28).

27. הסקירה ההיסטורית שהובאה לעיל מצביעה על כבדת הדרך שעבר מוסד צו ההורות המשפטי, כמו גם על מיסודו. מוסד זה, שהתחיל כמעין פתרון משפטי זמני, שנועד לסייע ולשמש פתרון במצבים נקודתיים שבמוקדם בני זוג מאותו מין (בתנאים רבים ובהם קבלת תסקיר; ראו עניין ממוט-מגד, בעמ' 522-523), הפך ברבות הימים לכלי נפוץ לקביעת הורות במשפט הישראלי. כאמור, כיום, כפי שטען היועץ המשפטי לממשלה בהליכים לפנינו, גם בנסיבות שבהן לא היה נהוג להוציא צו הורות פסיקתי נדרשים הורים לכונן את הורותם (ראו פסקה 4 לעיל). לענייננו יודגש כי בכל הנוגע לשאלה שבמוקד הדיון הנוסף בעניין פונדקאות חו"ל, הקביעה שצו ההורות הפסיקתי הוא צו מכונן הובאה לראשונה לפני הרכב של בית משפט זה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף (וקדמה לו קביעה דומה בהחלטה שניתנה בדין יחיד, בבע"מ 4880/18; יוער כי בית משפט זה חזר בהמשך על קביעה זו, תוך הישענות על פסק הדין נושא הדיון הנוסף). משאלה הם פני הדברים, ומששאלה זו הוצבה במוקדו של הדיון הנוסף – נפנה להכרעתי בה.

צו ההורות הפסיקתי: צו מכונן או צו הצהרתי?

28. כבר בפתח הדיון מוצא אני להזכיר כי בין אם צו ההורות יקבע כמכונן ובין אם הצהרתי, הוא יינתן רק מקום שבו הוכחו הנתונים העובדתיים המצדיקים זאת. כלומר, השאלה שלפנינו אינה באילו סיטואציות יש ליתן צו הורות פסיקתי, אלא מה משמעותו הנורמטיבית. ככלל, צו ההורות הפסיקתי ניתן מקום שבו בני הזוג מקיימים קשר זוגי ממושך, שכולל משק בית משותף ושבמסגרתו התקבלה החלטה משותפת להביא ילד לעולם – בני זוג שלקחו על עצמם אחריות הורית משותפת (ליפשיץ, הזכות להורות, בעמ' 72). לשיטתי, כאמור, צו ההורות מצהיר על מציאות עובדתית קיימת, המציאות שאליה נולד הקטין, וטובתו היא כי המשפט יכיר במציאות זו. לצד זאת, אני אף סבור כי הקביעה שצו ההורות הוא מכונן מעוררת קשיים לא מבוטלים במישורים שונים. והכל כפי שאפרט להלן.

(א) צו ההורות משקף מצב דברים קיים

29. הטעם המרכזי לקביעה כי צו ההורות הפסיקתי לא מכונן את ההורות הוא מצב הדברים בפועל. עניינו של צו ההורות הפסיקתי בקביעה כי בן הזוג של ההורה הביולוגי – שמגדל את הקטין מיום היוולדו – הוא ההורה שלו. במקרה הפרדיגמטי שבו ניתן צו הורות פסיקתי מדובר על זוג שקיבל החלטה משותפת לצאת למסע שסופו הורות; עברו

מסע משותף שכולל היריון ולידה (לעיתים של בת הזוג ולעיתים של פונדקאית); וסופו של המסע בלידתו של קטין לתוך מערכת משפחתית זוגית קיימת ומוגדרת. עם לידתו של הקטין, מקבלים ההורים במשותף את כלל ההחלטות שנוגעות לחייו, ונושאים יחד באחריות המשותפת לגידולו ולחינוכו. הקשר בין הקטין לבין ההורה שאין לו זיקה גנטית אינו פחות מהקשר של הקטין עם ההורה הגנטי שלו. מציאות החיים של ההורה שאינו בעל זיקה גנטית לא משתנה בעקבות מתן הצו, ויחסיו ליילוד לא היו בבחינת יחסים "על תנאי" עד לקבלתו. קבלת הצו – מעבר למשמעותה האישית, הרגשית והסימבולית – אינה בעלת השפעה ממשית על התנהלות התא המשפחתי. במובן זה, קיים קושי בקביעה שלפיה לפני שניתן צו ההורות, לא הייתה קיימת הורות. יתרה מכך, קביעה כזו, שלפיה צו ההורות הוא שכונן את הורות בן הזוג, עלולה להיתפס כתקיעת טריז בין הסיפור המשפחתי לסיפור המשפטי (השוו לדבריי בעניין איילון, פסקה 10 לפסק דיני). קביעה מעין זו עשויה להיות בעלת השלכות מורכבות על תפיסתו של ההורה הלא ביולוגי את עצמו ועשויה לייצר היררכיה לא רצויה (בפרט בשים לב לטובת הילד) בין שני ההורים (זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, הורות מושתתת זוגיות, בעמ' 24). קשה להתעלם מכך שהצו לא משנה דבר במציאות העובדתית המשפחתית, ומכאן הקושי בהתייחסות אליו כמכונן.

30. בעניין מוט-מגד, דחתה המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור את עמדת המדינה שסירבה לרשום את בן זוגו של ההורה הגנטי במרשם, נוכח שיקול "דיוק המרשם". בהקשר זה ציינה שם כי:

"מהחומר שלפנינו עולה בבירור כי מיומם הראשון גדלים הילדים במסגרות משפחתיות שבהן שתי דמויות הוריות, הם העותרים [...]. טענתם הכללית של המשיבים שטובת הילדים היא מרשם אמין ומדויק, אינה יכולה להתקבל אפוא כפשוטה, ולו משום שהיא מתעלמת ממציאות המסגרות המשפחתיות שלפנינו וממכלול שיקולים שלם הנוגע לטובת הילד" (שם, בעמ' 534).

31. מתן צו הצהרתי, שמשקף מציאות חיים קיימת, אינו ייחודי למוסד צו ההורות השיפוטי. כפי שצינתי בעניין איילון דומה הדבר למוסד המשפטי של ידועים בציבור. בני זוג יכולים להיות ידועים בציבור מבלי שבוצע אקט משפטי ש"כונן" את מעמדם זה (ע"א 5271/10 בן חיים נ' קיבוץ גבעת חיים איחוד, פסקאות 30, 34 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (1.10.2013); עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא (1) 211, 241-244, 255 (2006) (להלן: עניין אורן); שחר ליפשיץ "נשואים בעל כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה (3) 741, 743-744 (2002) (להלן: ליפשיץ, ידועים בציבור)). כאשר מגיעה לבית המשפט השאלה אם בני זוג הם ידועים

בציבור, בית המשפט בוחן אם התקיימו התנאים הקבועים לעניין זה בדין והתוצאה תהיה הכרזתו על קיומו של הקשר האמור (ולא כינונו) (ע"א 481/73 רוזנברג, עו"ד, בתוקף תפקידו כמנהל עזבון המנוחה אלזה ברגמן נ' שטסל, פ"ד כט(1) 505, 511-513 (1974); ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102, 109-111 (1962)). ויודגש: אף קביעה זו היא קביעה חשובה ומשמעותית בחייו של אדם (ולבטח בעלת השלכות כלכליות; עניין אורן, בעמ' 239-240; ליפשיץ, ידועים בציבור, בעמ' 744-745, 838-839; ראו גם פסקה 8 לפסק דיני בעניין איילון וראו את הדוגמה הנוספת שם לעניין זהות יורשיו של אדם). עובדה זו מקרינה על עוצמתו של הטיעון שנוכח השלכותיו של צו ההורות הפסיקתי יש לקבוע כי הוא מכונן.

32. לאמור יש להוסיף כי קביעה שצו ההורות מכונן את הורות בני הזוג עלולה לשאת עמה ערך פוגעני. משתקפת ממנה עמדה כי בניגוד להורות "טבעית", הורות "אחרת" לא משתכללת אלא בקביעת בית המשפט. עמדה זו עלולה לפגוע בתחושת ההשתייכות של ההורה הלא ביולוגי וביצירת מתח ביחסים שבין ההורים (ראו והשוו: עניין ויס, בעמ' 846; נוי נעמן "תזמון ההורות במשפט – צו ההורות הפסיקתי כמקרה-מבחן" משפט וממשל כה 1, 54-56 (צפוי להתפרסם ב-2022) (להלן: נעמן, תזמון ההורות במשפט)). קביעה שכזו, כפי שכבר צוין לעיל, אינה עומדת בהלימה למציאות חייהן של משפחות רבות – הורים הטרוסקסואלים והורים בני זוג מאותו מין כאחד (בשים לב לעמדת המדינה שתוארה לעיל שלפיה גם בני זוג הטרוסקסואלים שנעזרו בהליך פונדקאות חו"ל או בתרומת זרע נדרשים לפנות לקבל צו הורות פסיקתי על מנת לכוון את הורותם; ראו גם דבריי להלן בתת פרק "צו מכונן: קשיים").

(ב) טובת הילד

33. דבריי אלה מתחברים במישרין גם לשיקול טובת הילד. בפתח דבריי אשוב על מושכלות יסוד בהקשר זה: טובת הילד אינה שאלה ערטילאית או תאורטית – היא שאלה שנוגעת לילד בשר ודם, בנסיבות חייו ובמציאות המשפחתית שהוא מכיר (ראו והשוו: עניין מוחט-מגד, בעמ' 534; עניין ירוס-חקק, בעמ' 105-106). ילד שנולד לתוך תא משפחתי של בני זוג שתכננו את הורותו אינו מבחין בין ההורה הביולוגי שלו לבין ההורה שאינו ביולוגי. הוא אינו יודע אם בית המשפט כבר קבע (בין אם בצו מכונן ובין אם בצו הצהרתי) כי שני ההורים שמגדלים אותו הם הוריו (בע"מ 4741/21 פלונית נ' פלונית, פסקה 15 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (21.7.2022)). הצוות המקצועי שאזכרתי לעיל (שבחן כאמור את התנאים למתן צו הורות פסיקתי) מתאר זאת במפורש גם בפתיחה של חוות דעתו:

"טובתו של הילד כי יגדל במסגרת קבועה, ברורה ויציבה. כזו המכירה באחריותה כלפיו וכזו שהחברה מכירה בקיומה. יש חשיבות רבה בהתאמה, ככל הניתן, בין מציאות חייו של הילד למציאות המשפטית ביחס אליו ויש להסדיר התאמה זו באופן פשוט ונגיש, ובהקדם האפשרי וסמוך ככל האפשר לאחר מועד לידתו" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; דו"ח הצוות, בעמ' 3).

צמצום פער זה – בין המשפט לבין מציאות חייו של הילד – מגן גם על סיפור חייו של הילד ועל גיבוש אישיותו. הקביעה כי כל אותם חודשים ארוכים – לשם ההדגמה, בדנ"א 1297/20 למעלה מחצי שנה – לא היו לילדי המבקשים אלא הורה אחד, פוגעת בקוהרנטיות של סיפור חייהם (נעמן, תזמון ההורות במשפט, בעמ' 55). למעשה, הקביעה נושא הדיון הנוסף, כי צווי ההורות שניתנו למבקש 1 בדנ"א 1297/20 הם מכווננים ותחילתם ביום שניתנו, משמעותה כי המשפט קובע כי ביום 31.5.2016 חל יום הולדתם של הילדים למבקש 2 בלבד; וכי ביום 3.1.2017 נוצרה הזיקה בינם לבין המבקש 1 (בבחינת "יום הולדת" שני; נעמן, תזמון ההורות במשפט, שם). בכך, מספר המשפט לקטין סיפור חיים שונה מסיפור חייו.

34. לא פחות חשוב מכך, ההכרה בהורות ההורה הלא ביולוגי מקבעת את החובות ההוריות שלו כלפי הילד (ליפשיץ, הזכות להורות, בעמ' 67-68) ומבטיחה את המשך קיומו של הקשר ההורי גם בסיטואציות שאינן טיפוסיות, שבהן ישנה חשיבות מיוחדת להכרה בהורותו של אדם (דוגמת מצבים רפואיים קשים או פרידת בני הזוג). עמד על כך (בהקשר דומה, כאמור) השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן בעניין מחט-מגד בציינו כי "פער זה בין מציאות החיים להכרה המשפטית בה מוביל למצבים אבסורדיים שבהם הורה אינו יכול לקחת את ילדו לטיפול רפואיים ולבצע פעולות משפטיות בשם ילדו, ובמקום שבו בן הזוג הביולוגי הולך לעולמו, עלול ההורה בפועל שלא להיות מוכר כבעל משמורת על הילד" (שם, בעמ' 554-555; כן ראו אצל זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, הורות מושתתת זוגיות, בעמ' 25-26). לצד האמור, יש להוסיף כי קביעה שצו ההורות מכונן ותחולתו מכאן והלאה (כמו גם עיכוב במתן צו זה) עשויה להיות גם בעלת השלכות פיסקליות-כלכליות וסוציאליות, בשלילת זכויות שנגזרות מהורותו של ההורה הלא ביולוגי ממועד הלידה ועד למועד מתן הצו. פגיעה בזכויות אלו עשויה, מטבעה, לפגוע בטובת הילד.

35. למעשה, דומה כי אף עמדת בית המשפט בפסק הדין בעניין פונדקאות חו"ל לא חולקת על חשיבות שיקול זה. כך, ציין השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בהקשר של תחולה

רטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי (בהינתן נקודת המוצא שם שמדובר בצו מכונן):
 "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"
 (עניין פונדקאות חו"ל, פסקה 14 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל). חרף
 האמור, נקבע בפסק הדין כי ככלל, בהליכי פונדקאות חו"ל תחולתו של צו ההורות תהא
 מכאן והלאה.

(ג) טענת הדמיון להסדרים חוקיים קיימים

36. הנמקה מרכזית שניתנה לקביעה שצו ההורות מכונן את הורותו של בן הזוג של
 בעל הזיקה הגנטית היא הדמיון להסדרים החוקיים הקיימים שבחוק האימוץ ובחוק
 הפונדקאות (ראו בטענות היועץ המשפטי לממשלה בהשלמת הטיועון מטעמו, סעיפים
 24-30; כן ראו עניין פונדקאות חו"ל, פסקאות 7-10 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז)
 נ' הנדל; עניין רישום הורות, פסקה 42 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ח' מלצר). עמדה
 זו נשענת על שילובן של שתי טענות: ראשית, כי הצווים שניתנים מכוח חוק הפונדקאות
 ומכוח חוק האימוץ הם צווים שמכוננים הורות; ושנית, כי קיים דמיון בין צו ההורות
 הפסיקתי (והנסיבות שבהן הוא ניתן) לבין החוקים האמורים. אני סבור כי שתי הטענות
 אינן נקיות מספק.

37. אתייחס תחילה לחוק הפונדקאות. עיון בפסיקת בית משפט זה מגלה כי טרם
 נערך ניתוח מקיף של הוראות החוק בשאלה אם הצו שניתן מכוחו מכונן את הורותם של
 ההורים המיועדים (אך ראו את הקביעות בעניין איילון, פסקאות 9-10, ו-15 לפסק הדין
 של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל, ופסקה 2 לפסק הדין של השופט מ' מזוז; כן ראו עניין
 משה, פסקה לה; והשוו לדבריה של הנשיאה בחוות דעתה, פסקאות 36-39). זאת ועוד,
 לצד הפסיקה שקבעה כי מדובר בצו שמכונן את הורותם של ההורים המיועדים ניצבת
 העמדה שהביעה המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור בעניין ממת-מגד (שם, בעמ' 542).
 איני סבור שאנו מחויבים להכריע בשאלה זו אגב התיק דנן, הגם שלשיטתי הקביעה כי
 מדובר בצו מכונן אינה חפה מקשיים. אבקש לפיכך להסתפק במספר הערות בהקשר זה.

38. העמדה שלפיה רק במועד מתן הצו הופכים ההורים המיועדים להוריו של היילוד
 היא מוקשית ולו מן הטעם שהחוק קובע במפורש שמרגע הלידה יהיה הילד נתון
 למשמורתם ויחולו עליהם כלפיו "האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו" (סעיף 10(א)

לחוק הפונדקאות). ויוזכר כי סעיף ההגדרות בחוק קובע כי יחסי הורות הם "מערכת חובות, זכויות וסמכויות הקיימת בין הורה לילדו לפי כל דין". הנה כי כן, אף עובר למתן הצו, רכיבים מרכזיים בהורותו של אדם (למצער כהגדרת המונח יחסי הורות בחוק זה) נמצאים בידי ההורים המיועדים (ועמדת על הדברים גם לעיל בפסקאות 14-15). זאת ועוד, העמדה שלפיה עד למתן הצו ההורים המיועדים אינם הוריו (שמתבטאת בעמדת היועץ המשפטי לממשלה לפנינו, סעיף 80 לתגובה מטעמו לבקשה לקיום דיון נוסף) מעוררת מורכבות, מאחר שלא ברור ממנה מי הוא, לשיטת המחזיקים בעמדה זו, ההורה של הילד בפרק זמן זה (האם זו הפונדקאית בלבד, שנרשמה כאמו; האם אלה ההורים המיועדים, שמחזיקים בו ונושאים בחובות ובאחריות כלפיו; האם זה העובד הסוציאלי, שהוא האפוטרופוס של הילד; או האם אין לו הורים בתקופה זו). דומה כי עמדה זו מייצרת, פעם נוספת, פער לא רצוי בין המציאות העובדתית לבין המציאות המשפטית. לכך יש להוסיף, כפי שכבר ציינתי, כי לאחר מתן צו ההורות החקיקתי, מוחקת המדינה את רישומו של היילוד במרשם ויוצרת תחתיה זהות חדשה שבה נרשמים ההורים המיועדים כהוריו (מעובדה זו ניתן אף להסיק, מבלי שאני נוטע בכך מסמרות, כי אף אם מדובר בצו מכוון, תחולתו נדמית כרטוראקטיבית; השוו לדברי חברי השופט ד' מינץ בחוות דעתו; כן ראו פסקאות 19-20 לפסק דינו בעניין פונדקאות חו"ל).

39. זאת ועוד, ספק גדול בעיני אם ניתן לראות בצו ההורות הפסיקתי כ"העתק" של צו ההורות החקיקתי מכוח חוק הפונדקאות. כך, צו ההורות החקיקתי ניתן בפרקי זמן קצרים מאוד, ועל ההורים המיועדים להגיש בקשה למתן צו ההורות בתוך 7 ימים מהלידה (ברי כי אין זה המצב במקרים של צווי הורות פסיקתיים בנסיבות של פונדקאות חו"ל). אך חשוב מכך, צו הורות לפי חוק הפונדקאות נדרש גם מקום שבו קיימת זיקה גנטית בין ההורים המיועדים לבין היילוד (השוו לדבריו של חברי השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בעניין פונדקאות חו"ל, פסקה 9 לפסק דינו). לעומת זאת, צו הורות פסיקתי נדרש כיום – כעמדת היועצת המשפטית לממשלה – רק לבן הזוג של ההורה הגנטי. מכאן, שעל פני הדברים, קיים שוני בפועלם של צוים אלה (בהקשר זה ראו קביעת חברתי בפסקה 38 לחוות דעתה).

40. זאת ועוד, כידוע, סעיף 5(א)(1) קובע כי בהליך פונדקאות בארץ על ההורים המיועדים להיות תושבי ישראל (יוער כי עתירה המכוונת בין היתר לחוקתיות סעיף זה תלויה ועומדת לפני בית משפט זה, בג"ץ 1644/22 קלעי נ' שר הבריאות). עם זאת, בכל הנוגע לצווי הורות פסיקתיים, הסירה המדינה במסגרת בע"מ 802/21 מדינת ישראל נ' פלונית (26.4.2022) את התנגדותה הגורפת להענקת צו הורות פסיקתי בנסיבות שבהן שבו אחד מבני הזוג אינו אזרח או תושב ישראל וקבעה כי לכלל זה עשויים להיות חריגים

(ראו שם, פסקאות 17 ו-20 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארד; אשר להיקפם של חריגים אלה, ראו את עמדות השופטים השונות בהחלטה). אני סבור כי ההבדלים המשמעותיים שפירטתי לעיל מקשים על קבלת עמדה שלפיה אופיו המכונן של צו ההורות הפסיקתי נגזר משיקולי "הרמוניה" עם ההסדר שקבוע בחוק הפונדקאות.

41. ומכאן לחוק האימוץ. אכן, מסכים אני עם העמדה כי צו האימוץ שניתן מכוח חוק האימוץ הוא צו שמכונן את הורותם של ההורים המאמצים (עניין ירוס-חקק, בעמ' 89; בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקה 32 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (24.3.2009)). קביעה זו מעוגנת גם בסעיף 17 לחוק זה שקובע כי "תוצאות האימוץ חלות מיום מתן צו האימוץ, אם לא קבע בית המשפט בצו האימוץ שתוצאותיו, כולן או מקצתן, יחולו מיום אחר". הנה כי כן, במקרה של חוק זה (ובשונה מחוק הפונדקאות) הבהיר המחוקק במפורש כי תוצאותיו מכאן והלאה והוסיף כי לבית המשפט נתונה סמכות לקבוע תחולה ממועד אחר (מכך ניתן להסיק שגם בהקשר זה הותיר המחוקק פתח לרטוראקטיביות, ראו פסקה 42 לחוות דעתה של הנשיאה). לצד האמור, דומני כי אין צורך להכביר מילים על מנת להבהיר שאין דמיון בין המקרים שבהם מתבקש צו הורות פסיקתי לבין המקרים הפרדיגמטיים שבהם מתבקש צו אימוץ. צווי אימוץ נוגעים, ככלל, למצב שבו מנותקת זיקתם של הורי היילוד ונוצרת זיקה הורית חדשה עם ההורים המאמצים (הכרזת ילד כבר אימוץ יכולה להיעשות שלא בהסכמת ההורה בשורת נסיבות ובהן הפקרת הילד או אי קיום החובות כלפיו, ראו סעיף 13(א) לחוק האימוץ). אין הנדון דומה לראיה לקבלת צווי הורות פסיקטיים, שעניינם בהכרזה על המסגרת ההורית הזוגית הקיימת של הילד.

בהקשר דומה, עמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז מ' מזוז על ההבדל בין צו ההורות החקיקתי לבין צו אימוץ, ודומה שיפים הדברים לענייננו בשינויים המחויבים:

"[...] באימוץ, בגלל שאין שום קשר גנטי בין ההורים שמקבלים את הילד לבין הילד, התפיסה של כל חוק האימוץ היא שהאימוץ בא מהמדינה [...] זאת תפיסה אחת שבה לכאורה להורים שאמורים לקבל אימוץ אין שום זכויות לגבי הילד, הם פונים ומבקשים ואם הם נמצאים מתאימים לפי סדרי עדיפויות הם מקבלים ילד. התפיסה של חוק הפונדקאות, כאן ובכל מקום שזה קיים בעולם, היא תפיסה שבה קודם כל זה עניין פרטי בין זוג הורים לבין פונדקאית. זה ילד שהוא במידה רבה שלהם, בוודאי אם הם הורים גנטיים, אבל בגלל מכלול הבעיות שעלו פה המדינה אומרת שהיא לא רוצה שזה יהיה שוק פתוח ופרוע והיא רוצה לפקח על זה. אבל להבדיל מאימוץ פה המדינה היא

לא בעלת הבית של הילד, לא היא קובעת שהילד הוא שלה ונותנת אותו למי שרוצה, אלא יש פה קשר ישיר בין הצדדים" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; פרוטוקול ישיבה 422 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-13, 30 (26.12.1995); ראו גם פסקה 38 לחוות דעתה של הנשיאה).

42. לסיכומו של תת פרק זה אדגיש כי איני חולק על הצורך במתינות ובזהירות כאשר עסקינן בצו ההורות שהוא מעשה ידי הפסיקה (פסקאות 33-34 לחוות דעתה של הנשיאה), ופסיקתנו אכן מתפתחת עקב בצד אגודל.

(T) צו מכונן: קשיים

43. לצד עמדתי כי במהותו, צו ההורות הפסיקתי מצהיר על הורות קיימת, אני סבור שהקביעה כי מדובר בצו מכונן מעוררת מספר קשיים. קשיים אלה באים לידי ביטוי ביתר שאת מקום שבו ייקבע כי אין לצו המכונן תחולה רטרואקטיבית.

44. הקושי העיקרי נעוץ בשילובן של טענות המדינה בהליך זה: כי צו ההורות הוא צו מכונן (ויכול שיהא רטרואקטיבי בנסיבות מוגבלות בלבד); וכי קבוצות גדולות באוכלוסייה, שבעבר לא נדרשו (לפחות לא באופן ברור ומוצהר) לצו הורות פסיקתי, נדרשות לו כעת. כפי שצינתי לעיל, העמדה הנוכחית של היועצת המשפטית לממשלה היא כי גם זוגות הטרוסקסואלים שהסתייעו בפונדקאות חו"ל נזקקים לצו הורות פסיקתי (אף במצב שבו לשני בני הזוג זיקה גנטית ליילוד) וכך גם גברים שנעזרו בתרומת זרע (אף אם נרשמו כהורים). ביחס לקבוצה אחרונה זו (הגם שהדברים נכונים גם ביחס לקבוצה הראשונה), העולה מעמדת המדינה הוא כי בכל אותן משפחות של בני זוג הטרוסקסואלים שנעזרו בתרומת זרע לצורך לידת ילדם – אבי הילדים אינו אביהם. הורותו של האב במקרים האלה מחייבת הליך כינון. יודגש: מדובר על פני הדברים במשפחות רבות בישראל שמעמדת המדינה הנוכחית עולה לכאורה כי אין בהן אב (ראו דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת, אשר עסק בנושא וקבע כי נכון לשנת 2005 ישנם עשרות מקרים של תרומת זרע לזוגות הטרוסקסואלים מדי שנה; הכנסת – מרכז מחקר ומידע מסמך רקע בנושא: תרומת זרע בישראל 3 (2005)).

45. אך מעבר לפן ההצהרתי, הרגשי והסימבולי בכל אותם מקרים, עמדת המדינה כי צו ההורות הפסיקתי לא ניתן, ככלל, עם תחולה רטרואקטיבית היא בעלת השלכות רוחב מרחיקות לכת (להוציא אם התבקש תוך 9 חודשים מהלידה בנסיבות של תרומת זרע). משמעות הדבר היא כי לשיטתה לא ניתן יהיה לקבוע שכל אותם שנים, היינו מהלידה ועד לקבלת צו הורות פסיקתי, מי ששימש כאביהם בחיי המעשה – היה אביהם בראיית

המשפט. טלו מקרה של גבר ואשה נשואים שנעזרו בראשית שנות ה-2000 בתרומת זרע כדי להביא את ילדם לעולם. עמדת המדינה היא כי בית המשפט לענייני משפחה יוכל לקבוע כי הגבר הוא אבי הילד במבט צופה פני עתיד בלבד (יוער כי עמדת המדינה ביחס לתרומות זרע של בני זוג הטרוסקסואלים הוצגה כעמדת המדינה "העקבית" בהקשר זה, ולא כללה התייחסות להוראות מעבר, ככל שישנן כאלו; סעיף 90 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה לקיום דיון נוסף בדנ"א 1297/20). עמדה מוקשית זו עלולה להוליד פתולוגיות חמורות, שיתעוררו, למשל, אגב סכסוכי גירושין או ירושה (לשם ההדגמה בלבד, מקרה שבו תטען האם למשמורת על ילדיה מאחר שבן זוגה אינו אביהם ה"אמיתי" של הילדים, שנולדו בתרומת זרע; או לחלופין מקרה שבו יטען האב, אגב גירושין, כי אין הוא אב היילוד ועל כן אין להשית עליו חיוב במזונותיו). עמדת העקרונית כי צו ההורות הוא הצהרתי פותרת כמובן קושי זה, מאחר שלא תהא כל בעיה לקבוע שמי ששימש אביו של הילד במשך 20 שנה הוא אביו (הגם שהילד נולד בתרומת זרע). ואולם, ברי כי אף אם לא תתקבל עמדת בסוגיה זו, הקושי האמור חייב למצוא את פתורו בהקניית שיקול דעת לבית המשפט לקבוע תחולה רטרואקטיבית גם מקום שבו הבקשה לצו הורות הוגשה לאחר "חלון" 9 החודשים שעליו עמדה חברתי הנשיאה (פסקה 54 לחוות דעתה).

46. עמדות חבריי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף (כמו גם בעניין איילון; ראו פסקה 13 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל; ופסקה 3 לפסק הדין של השופט מ' מוזס) בדבר הצורך בקביעת מגבלות זמן קשיחות לתחולה הרטרואקטיבית (של צו מכונן) נשענו, בין היתר, על כך שצו ההורות הפסיקתי הוא פתרון זמני, בבחינת "עזרה ראשונה" (שם, פסקאות 9, 13 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) הנדל). ואולם, עמדת המדינה שממנה עולה כי הפתרון נדרש גם במאות רבות (אם לא למעלה מכך) של מקרים שבהם לא התבקש מעולם צו מעין זה (ובראשם, כאמור, אבות הטרוסקסואלים שנעזרו בתרומת זרע), מחייבת שקילה מחדש של מהותו של צו ההורות הפסיקתי ולמצער, כאמור, הותרת "חריג" לכלל הקשיח של התחולה הרטרואקטיבית.

(ה) צו הורות הצהרתי אינו פתח להורות הסכמית או להורות משולשת

47. בנקודה זו אבקש להתייחס לשני שיקולים שהובאו כטעמים להסתייגות מצו ההורות הפסיקתי ההצהרתי (כמו גם מתחולה רטרואקטיבית של צו הורות מכונן): החשש מהכרה בהורות הסכמית (ראו סעיפים 22 ו-37 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה לדיון נוסף) והחשש מהורות משולשת (עניין פונדקאות חו"ל, פסקאות 13-14 לפסק הדין

של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל)). כבר עתה אציין כי איני סבור שיש בשיקולים אלה כדי להטות את הכף לעבר הקביעה כי צו ההורות הפסיקתי הוא צו מכונן.

48. ראשית, לטענת ההורות ההסכמית. הקביעה כי הדין הישראלי לא מכיר בהורות הסכמית מקורה בפסק הדין בעניין פלוניית שניתן בהרכב מורחב מפי השופט (כתוארו אז) נ' הנדל. פסק הדין עסק בסיטואציה חריגה שבה הזיקה היחידה בין הטוענת לאימהות לבין היילוד הייתה הסכמית. המבקשת באותו עניין נקשרה בהסכמים עם תורמת ביצית, עם תורם זרע ועם פונדקאית, ומשכך, לא נכנסה לגדר איזה מהאדנים המוכרים להורות. כאמור לעיל, במסגרת אותו פסק דין הומשגו האדנים השונים להורות במשפט הישראלי (זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, זיקת אימוץ וזיקה לזיקה; ראו פסקה 8 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) הנדל). בפסק הדין הבהיר השופט (כתוארו אז) הנדל כי מודל ההורות ההסכמית שעליה נסמכה המבקשת שם הוא מודל מובחן מזה של "זיקה לזיקה" שהוכר גם בנסיבות של פונדקאות חו"ל (שם, פסקה 14). מודל ההורות ההסכמית שבו דן פסק הדין בעניין פלוניית הוא מודל שבו מתבקשת הכרה בהורות על בסיס "שרשרת הסכמים פרטיים" (כלשון השופטת (כתוארה אז) א' חיות, פסקה 1 לפסק דינה שם) ובהעדר כל זיקה אחרת ליילוד. השוני מענייננו הובא במפורש בפסק הדין שם, וזאת במסגרת דחיית טענת המבקשת שיש ליתן לה צו הורות על בסיס פסק הדין בעניין ממת-מגד :

"כפי שהבהיר חברי השופט הנדל, וראוי להדגיש זאת שוב, נסיבות המקרה דנן אינן דומות לאלה שנדונו בעניין ממת-מגד, ולכן אין לגזור גזירה שווה משם לכאן. די לציין כי בעניין ממת-מגד נדונו הליכי פונדקאות שנערכו בצורה מסודרת בארצות הברית בהתאם לדין שם, כי ההורים המיועדים חתמו על הסכמים מסודרים עם הפונדקאיות, כי בית המשפט בארצות הברית פיקח על ההליכים ואישרם, וכי בסופם נולד תינוק שיש לו קשר גנטי לאחד ההורים. בכל אחד מהפרמטרים הללו שונה המקרה דנן מהמקרה שנדון שם" (ההדגשות במקור – ע' פ'; פסקה 2 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן; כן ראו פסקה 3 לפסק הדין של הנשיאה מ' נאור).

משאלה הם פני הדברים, איני סבור כי יש ממש בהקבלה בין ענייננו לבין קביעות בית משפט זה בעניין פלוניית. הקביעה כי צו ההורות הפסיקתי הוא הצהרתי אין בה משום תמיכה במודל של הורות הסכמית, שנשלל בעניין פלוניית. צו ההורות הפסיקתי עניינו באדן ה"זיקה לזיקה" ופסק הדין בעניין פלוניית לא ביקש לצמצמו או להגבילו (וממילא לא התייחס לשאלה אם כאשר ניתן צו הורות באדן זה יש בכך כדי לקדם "הורות

הסכמית"). אין אנו עוסקים במתן צו הורות בנסיבות של "זיקה הסכמית" (דוגמת זיקת המבקשת בעניין פלונית). ההסכם בין בנות זוג שנעזרו בתרומת זרע או ההסכם בין בני זוג שהתקשרו עם פונדקאית אינם הזיקה להורות ואינם הגורם שמכונן את הורותם (ראו והשוו בהקשר זה לאמור בפסקה 34 לחוות הדעת של הנשיאה). הורות בן הזוג הלא גנטי נעשית על בסיס זיקתו לבן הזוג הגנטי, בהתבסס על זוגיותם והחלטתם המשותפת להפוך להורים (ולצאת למסע משותף מורכב ומאתגר – רגשית וכלכלית). ההסכמים האמורים לכל היותר מלמדים את בית המשפט על כוונתם המשותפת של הצדדים, בבחינת ראייה בהליך משפטי, הא ותו לא. אוסיף ואומר: בית המשפט מסתמך על הסכמים אלה כדי ללמוד על כוונתם המשותפת של בני הזוג, בין אם הוא מצהיר על ההורות ובין אם הוא מכונן אותה (ומחיל תחולתה באורח רטרואקטיבי). משכך, איני סבור כי טיעון "ההורות הסכמית" מוליך למסקנה כי צו ההורות הפסיקתי הוא מכונן.

49. ומכאן לטענה כי צו הורות הצהרתי עשוי לפתוח פתח להכרה משפטית בהורות משולשת. יוער תחילה כי טיעון זה הובא כטעם מרכזי שלא להכיר בתחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי. בעיקרם של דברים, הטענה היא כי קביעת תחולה רטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי – בנסיבות של פונדקאות חו"ל – עשויה להוליך להתקיימותה של נקודה בזמן שבה היו (כנטען) ליילוד שלושה הורים: ההורה בעל הזיקה הגנטית; ההורה בעל ה"זיקה לזיקה"; והפונדקאית (ברי כי טיעון זה רלוונטי גם כאשר לשני ההורים שהסתייעו בפונדקאות חו"ל זיקה גנטית ליילוד). אין בידי להצטרף לחשש זה, משורה של טעמים.

תחילה, יש לעמוד עד תום על אותו חשש מהורות משולשת, טענה שהועלתה על ידי היועץ המשפטי לממשלה אך דומה כי לא פורטה די הצורך. איני סבור כי צווי ההורות הפסיקתיים (מכוננים או הצהרתיים) יוצרים חשש ממשי מ"הורות משולשת". כלשונו הפשוטה, מונח זה מתייחס למצב שבו לילד שלושה הורים, דהיינו שלוש דמויות שמתייחסות אליו (ואל עצמן) בתור ההורים שלו, או כשלוש דמויות שלהן זכויות וחובות כלפיו. היועץ המשפטי לממשלה לא הניח לפנינו תשתית עובדתית (לא כל שכן תשתית עובדתית מספקת) לכך שצווי ההורות יוצרים מצבים מעין אלה (ומכאן לא ברורה לי עד תום כוונתו בקביעה כי גורמי מקצוע טיפוליים סבורים ש"הורות משולשת אינה רצויה בהיבטים של טובת הילד"; סעיף 46 להשלמת הטיעון מטעם היועץ המשפטי לממשלה בדנ"א 1297/20). מצב דברים מעין זה לא מוכר בדין הישראלי (ואעיר כי ב-25 שנות הפעלתו של חוק הפונדקאות הישראלי לא מוכרת הפעלה של סעיף 13 שמאפשר חזרת פונדקאית מהסכם לנשיאת עוברים; זפרן, נעמן ובלכר-פריגת, הורות מושתתת זוגיות, בעמ' 10), ולא הוצגו לפנינו מקרים שבהם לצד ההורים המיועדים ביקשה גם הפונדקאית

להיות אמו (ולבטח אין אלו נסיבות המקרה שלפנינו). דומה כי החשש שמביעה המדינה לא נוגע להורות משולשת במובנה לעיל, אלא מהורות משולשת לפרק זמן מזערי (שיכול להיות בן ימים או שבועות אחדים) שבו "יוכרו ההורים" (בדיעבד) כהוריו של הקטין עובר לניתוק זיקת הפונדקאית (הגם שבחלק מהמדינות ניתוק זה מתרחש עובר ללידה).

לשיטתי ספק אם פרק זמן מזערי זה מצדיק את הקביעה כי צו ההורות מכונן או את הקביעה כי יש להיזהר בתחולתו הרטרואקטיבית של הצו. ראשית, כבר במסגרת מתן המעמד להורה הגנטי (בהתאם להוראות נוהל חו"ל; במסגרת הפנייה לבית המשפט לענייני משפחה) נעשה הבירור שתכליתו לוודא כי ניתוק הקשר עם הפונדקאית נעשה לשביעות רצון המדינה (ליפשיץ, הזכות להורות, בעמ' 82-83; כן ראו סעיף 47 לתגובת המבקשים להשלמת הטיעון מטעם היועץ המשפטי לממשלה בדנ"א 1297/20). במסגרת אותו הליך מוודאת המדינה את ניתוק הקשר ההורי לפונדקאית במדינה הזרה, וכי לא תועלינה טענות מצדה כלפי הילד (פסקה 48 לחוות דעתה של הנשיאה). שנית, ואף בהתעלם מבדיקה זו, במסגרת ההליך למתן צו ההורות בבית המשפט לענייני משפחה עומד בית המשפט על מכלול הנסיבות הרלוונטיות ויכול לדרוש הבהרות מקום בו התעוררו או מתעוררות טענות של הפונדקאית כלפי הילד. הנה כי כן, כאשר מובא החומר לפני בית המשפט לענייני משפחה בכוחו לעמוד על כך כי באף שלב לא קיבל על עצמו גורם שלישי כלשהו אחריות הורית כלפיו וכי באף שלב לא היה לו "הורה שלישי" (אף לא בתקופה שבין הלידה לבין ניתוק הזיקה). בנסיבות אלו, איני רואה טעם מדוע לא יקבע בית המשפט – מקום שבו התקיימו הנסיבות המצדיקות מתן צו הורות פסיקתי, ולאחר שהתברר כי אין כל חשש לשלושה טוענים להורות – כי ההורים המיועדים הם הורי היילוד מיום ניתוק הזיקה. במועד זה, הוסרו מעל הורות ההורים המיועדים סימני השאלה בדבר זיקת וטענות הפונדקאית ליילוד, ובמועד זה תפסו עצמם השניים כהוריו הבלעדיים.

50. עוד אוסיף כי עמדת המדינה שמסתייגת בצורה חריפה מהורות משולשת (כאמור, אין מדובר בהורות משולשת כמובנה הפשוט של שלוש דמויות הוריות) לא עולה בקנה אחד עם מדיניותה משך שנים ביחס להורים הטרוסקסואלים שנעזרו בפונדקאות חו"ל. כך, וכפי שכבר ציינתי לעיל, כעולה מדו"ח הצוות, במשך שנים רבות לא דרשה המדינה מזוגות הטרוסקסואלים שנעזרו בהליכי פונדקאות בחו"ל הוצאת צו הורות פסיקתי (בנסיבות שבהן לפני בני הזוג קשר גנטי ליילוד; שם, בעמ' 11, ה"ש 4). אף כעת, בשים לב להוראת המעבר שמתוארת באתר משרד המשפטים, יכולים הורים הטרוסקסואלים לפעול בצורה זו (עד ליום 1.9.2022). מכאן שכעולה מעמדת המדינה, במשך כל אותן שנים, מאשרת המדינה לשיטתה תאים משפחתיים של "שלושה הורים"

– בני הזוג בעלי הזיקה הגנטית (שלא קיבלו צו הורות פסיקתי) והפונדקאית. נתון זה מקשה בעיני עד מאוד לקבל את חששה של המדינה מ"הורות משולשת" כלשונה.

סיכום: צו ההורות הפסיקתי מצהיר על הורות קיימת

51. הנה כי כן, אני סבור כי צווי ההורות הפסיקתיים מצהירים על הורותם הקיימת של הנזקקים להם. בכך, נמנע פער בלתי רצוי ובלתי צודק בין מציאות חייהן של משפחות רבות לבין המציאות המשפטית בעניינן. הכפפת ההורות באותן משפחות להליך כינון עלולה ליצור פער בין מציאות החיים של המשפחה לבין הקביעה המשפטית. משפחות אלו עברו מסע ארוך ומורכב בדרכן להורות, מסע שמלווה במחירים אישיים, רגשיים, כלכליים וזוגיים. לא ראיתי טעם לקבוע בסופו של מסע זה מכשול נוסף בדמות המסר שמשתקף מקביעה כי הורותם כפופה להליך כינון משפטי להבדיל מצו המצהיר על כך. לגישתי, צו ההורות הפסיקתי מצהיר על הורותם של ההורים מן המועד שבו הוסרו סימני שאלה, ככל שהיו כאלה, מעל התא המשפחתי. היינו, במקרים של פונדקאות חו"ל, המועד הרלוונטי הוא מועד ניתוק הזיקה בין הפונדקאית לבין היילוד; ובמקרים של תרומת זרע, מדובר במועד הלידה.

דנ"א 1297/20 – אחר הדברים האלה

52. כפי שציינתי בפתח חוות דעתי, אחר הדברים האלה קראתי את חוות דעתם של חבריי להרכב ומצאתי כי דעתי בכל הנוגע לצו ההורות הפסיקתי היא דעת מיעוט. בנסיבות אלו ראיתי – מטעמים מעשיים – לצרף עמדתי לעמדת הנשיאה. הקביעה כי ניתן יהיה להכיר בנסיבות המתאימות בתחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות (חרף הגדרתו כצו מכונן) נותנת מענה לחלק לא מבוטל מהקשיים שהצגתי בחוות דעתי. עיקר השוני בין הפתרונות נעוץ ברובד הסמלי, אך מבחינה מעשית, יוכלו שני ההורים להיות הוריו של הילד בסמוך ליום היוולדו (בנסיבות של פונדקאות חו"ל, מיום ניתוק הזיקה; פסקה 92 לחוות דעתה של הנשיאה). מכאן שעמדתה של חברתי הנשיאה תוכל ליתן מענה מספק למורכבות המשפטית במקרה דנן. אציין כי הצורך לאפשר חריגה מכלל 9 החדשים הוא בעיני רכיב חשוב בחוות דעתה של חברתי הנשיאה, וזאת בראש ובראשונה בשל הקושי שעליו עמדתי במישורים השונים ביחס לעמדתה העדכנית של המדינה (פסקאות 44-45 לעיל).

דנג"ץ 5591/20

53. דנג"ץ 5591/20 עניינו בשאלת רישומן של בנות זוג מאותו מין כהורות במרשם האוכלוסין. הרקע הצריך לעניין פורט בהרחבה בחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות, ולא מצאתי לשוב ולהרחיב בו. נקודת המוצא היא, כפי שמציינת חברתי, כי ההכרעה בשאלת הסטטוס אינה עניין לפקיד הרישום (עניין ויס, בעמ' 867; עניין בן-ארי, מעמ' 553; עניין פונק שלזינגר, בעמ' 249). זאת ועוד, מרשם האוכלוסין נועד לשקף את ההיבט המשפטי של ההורות, ולא היבט ביולוגי דווקא (עניין מחט-מגד, בעמ' 530-532; עניין ברנר-קדיש, בעמ' 375-376). הואיל ונקבע בדעת רוב כי אקט שיפוטי הוא שמכונן את ההורות, אני מצטרף לתוצאת פסק דינה של הנשיאה לפיה הרישום יתבצע עם הצגת תעודה ציבורית.

המשנה לנשיאה

1. הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות (בהסכמת המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל והשופטים י' עמית, נ' סולברג, ג' קרא וד' מינץ) כי בהתאם למצב המשפטי הנוכחי צו ההורות הפסיקתי הוא צו שמכונן הורות מכוח "זיקה לזיקה", ואינו מצהיר על הורות קיימת. המשנה לנשיאה ע' פוגלמן סבר, בדעת יחיד, כי צו ההורות הפסיקתי מצהיר על הורותם הקיימת של בני הזוג, אך צירף את דעתו מטעמים מעשיים לדעתה של הנשיאה.

2. כמו כן הוחלט בדעת רוב, בניגוד לדעתו החולקת של השופט ד' מינץ, כי גם בנסיבות של פונדקאות חו"ל, בדומה לנסיבות של תרומת זרע אנונימית, ניתן להחיל את צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי. זאת, ככל שהבקשה הוגשה בתוך 9 חודשים ממועד הלידה (בכפוף להוראות המעבר שבפסקה 52 לחוות דעתה של הנשיאה); ובלבד שהמועד המוקדם ביותר לתחולת הצו בנסיבות של פונדקאות חו"ל, הוא מועד ניתוק זיקת הפונדקאית ליילוד.

הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן והשופט י' עמית סברו כי במקרים חריגים ויוצאי דופן אין לשלול את שיקול דעתן של הערכאות השיפוטיות להחיל את צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי גם בבקשות שהוגשו בחלוף תשעה חודשים ממועד הלידה. השופט נ' סולברג ציין כי נימוקי הדעה הנוגדת נכוחים, כוחה גובר, וכי מכל מקום יש להותיר את בירור הסוגיה לעת מצוא. המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל והשופט (בדימ') ג' קרא סברו גם הם כי אין מקום לתחולה הרטרואקטיבית הנ"ל, אך הוסיפו כי

סוגיה זו אינה מתעוררת בהליכים דנן. השופט ד' מינץ הודיע כי במחלוקת זו הוא מצטרף מטעמים מעשיים לעמדת המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל.

מטעמים מעשיים מצטרפים הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן והשופט י' עמית לקביעת השופט נ' סולברג לפיה תיוותר סוגיה זו לעת מצוא.

3. בנוסף, הוחלט, פה אחד, כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, כי לצורך רישום הורות מכוח "זיקה לזיקה" יש להציג תעודה ציבורית מתאימה, ולא ניתן להסתפק בהודעה בדבר לידה או הודעה משותפת של בני הזוג.

4. במישור הפרטני, הוחלט בדעת רוב, בניגוד לדעתו החולקת של השופט ד' מינץ, כי צווי ההורות הפסיקטיים שניתנו למבקש 1 בדנ"א 1297/20 יחולו באופן רטרואקטיבי החל מיום 13.6.2016. כאשר לדנג"ץ 5591/20 הוחלט פה אחד לדחות את עמדת המבקשות בדיון הנוסף ולהותיר את התוצאה האופרטיבית בבג"ץ 4635/16 על כנה.

ניתן היום, כ"ו בתמוז התשפ"ב (25.7.2022).

המשנה לנשיאה	המשנה לנשיאה (בדימ')	הנשיאה
שופט	שופט	שופט
		שופט