



בבית המשפט העליון

בע"מ 5544/18

בע"מ 702/19

בע"מ 3162/19

בע"מ 6312/19

כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט מ' מזוז

לפני :

המבקש בבע"מ 5544/18,
בבע"מ 702/19, בבע"מ
3162/19 ובבע"מ 6312/19 :
היועץ המשפטי לממשלה

נ ג ד

1. הדס איילון : המשיבות בבע"מ 5544/18
2. מור ארקדיר איילון

1. מגי מרגלית דניאל : המשיבות בבע"מ 702/19
2. קרן דניאל

1. עדי בר דוד : המשיבות בבע"מ 3162/19
2. לי ראובני בר דוד

1. מיה שביט מרודי : המשיבות בבע"מ 6312/19
2. ויקטוריה ויקי שביט מרודי

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
תל אביב-יפו בעמ"ש 41143-01-17 שניתן על ידי כב'
השופטים : י' שנלר (סג"נ), ק' ורדי (סג"נ) וע' רביד

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
מרכז לוד בעמ"ש 2183-11-17 שניתן על ידי כבוד
השופטים : א' שילה, צ' ויצמן וע' נאוי

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
חיפה בעמ"ש 2574-12-17 שניתן על ידי כבוד השופטים :
ס' ג'יוסי, ח' שרעבי וא' אלון

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי

בחיפה בעמ"ש 45359-10-18 שניתן על ידי כבוד השופטים :
 ס' גיוסי, ח' שרעבי ונ' סילמן

בשם המבקש : עו"ד רות גורדין ; עו"ד אביעד אמרוסי ; עו"ד
 אילת עומר-ליפשיץ

בשם המשיבות בבע"מ : 5544/18
 עו"ד הדר עירא

בשם המשיבות בבע"מ : 702/19 ובבע"מ 3162/19
 עו"ד דניאלה יעקובי

בשם המשיבות בבע"מ : 6312/19
 עו"ד אחינועם סגל אורבך

פסק דין

השופט נ' הנדל:

1. במוקד ארבע בקשות רשות הערעור שבכותרת, אותן הגיש היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש), ניצבת שאלת תחולתו הרטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי, המכונן את הורות בת הזוג של האם בעלת הזיקה הגנטית ליילוד, על יסוד "הזיקה לזיקה".

רקע וטענות הצדדים

2. המשיבות בהליך הראשון (בע"מ 5544/18) הן "בנות זוג החל משנת 2006 המקיימות משק בית משותף כידועות בציבור", כלשון בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בפסק הדין מושא בקשת רשות הערעור (עמ"ש 41143-01-17; סגני הנשיא י' שנלד ו-ק' ורדי, והשופטת ע' רביד). בנות הזוג החליטו להיעזר בתרומת זרע, ומשיבה 2 נשאה את ההיריון עד סיומו המוצלח ביום 22.9.2014. המשיבות גידלו יחדיו את הקטין מאז לידתו, ובחודש אפריל 2016 חתמו על "הסכם חיים משותפים" – ופנו לבית המשפט לענייני משפחה בתל אביב-יפו בבקשה למתן צו הורות פסיקתי למשיבה 1. בית המשפט (תמ"ש 41067-04-16; סגן הנשיא נ' שילה) נעתר לבקשה ביום 13.9.2016, וחתם על פסיקתה בה נאמר כי משיבה 1 "הינה אמו הנוספת של הקטין [...] מיום היוולדו". היועץ המשפטי לממשלה ביקש לבטל את רכיב התחולה הרטרואקטיבית של צו ההורות – אך

הערכאה הדיונית דחתה את בקשתו, וערעורו לבית המשפט המחוזי נדחה אף הוא. מכאן בקשת רשות הערעור הראשונה.

המשיבות בהליך השני (בע"מ 702/19) חיות "בזוגיות משפחתית תחת קורת גג אחת", ונעזרו בתרומת זרע להרחבת התא המשפחתי. ביום 15.6.2011 ילדה משיבה 1 את בתן הבכורה, וביום 30.10.2016 – זמן קצר לאחר שהצטרף אליה אח צעיר – פנו המשיבות לבית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה (תמ"ש 38758-10-16; השופטת ע' בן-דב ג'וליאן) בבקשה למתן צו הורות פסיקתי למשיבה 2. בית המשפט נעתר לבקשה, ובהמשך נדרש למועד התחולה וקבע כי תוקף הצווים יהיה מעת לידת הקטינים. היועמ"ש ערער על הקביעה בדבר התחולה הרטרואקטיבית לגבי הקטינה, אך ערעורו נדחה. בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מצא שבנסיבות העניין אין בממד הזמן כדי לשלול את תחולתו הרטרואקטיבית של הצו, והעיר כי "קשה להבין [...] מדוע דווקא בעניין דנן" בחר היועמ"ש לערער על הקביעה במישור התחולה (עמ"ש 2183-11-17; השופטים א' ש' שילה, צ' ויצמן ו-ע' ניר נאוי). מכאן בקשת רשות הערעור השנייה.

בקשת רשות הערעור השלישית (בע"מ 3162/19) מגוללת סיפור דומה: המשיבות הן בנות זוג ידועות בציבור, אשר מנהלות משק בית משותף שנים ארוכות, והחליטו להרחיב את התא המשפחתי שלהן. ביום 31.10.2011 העניק בית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא תוקף של פסק דין להסכם שבו נטלו על עצמן "אחריות מלאה" כלפי ילדיהן העתידיים – וביום 8.8.2012 בא לעולם בנן הבכור, לאחר שמשיבה 2 נעזרה בתרומת זרע. משיבה 1 אימצה את הילד, ובשלב מאוחר יותר החליטו בנות הזוג להביא לעולם ילד נוסף – כשהפעם, נשאה משיבה 1 את ההיריון. האח הצעיר נולד ביום 24.4.2016, וביום 1.3.2017 פנו המשיבות לבית המשפט לענייני משפחה בחיפה (תמ"ש 1951-03-17; השופטת הבכירה ש' ברגר) בבקשה למתן צו הורות כלפיו למשיבה 2. בית המשפט נעתר לבקשה והורה כי הצו יחול ממועד הלידה. בית המשפט המחוזי בחיפה (עמ"ש 2574-12-17; השופטים ס' ג'וסי ו-ח' שרעבי, והשופטת א' אלון) דחה את ערעור היועמ"ש, אף שהסכים כי לצו ההורות אופי מכונן, ומכאן הבקשה הנוכחית.

גם בקשת רשות הערעור הרביעית (בע"מ 6312/19) מופנית כלפי הקביעה בדבר תחולתו הרטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי שהתבקש זמן רב לאחר הלידה. המשיבות – "החיות במערכת זוגית יציבה מאז שנת 2012", ומנהלות משק בית משותף – החליטו להביא ילדים לעולם, וביום 21.10.2014 ילדה משיבה 1, שהסתייעה בתרומת זרע, את בתן. מאז הלידה גידלו אותה המשיבות "בשיתוף מלא", וביום 4.4.2017 הן פנו לבית המשפט לענייני משפחה בחדרה בבקשה למתן צו הורות פסיקתי למשיבה 2. בית המשפט

(תמ"ש 7084-04-17; השופטת ה' גולדקורן) נעתר לבקשה, והורה כי בת זוגה של האם הביולוגית "תירשם כהורה נוסף על הקטינה [...] החל ממועד לידתה". גם במקרה זה ערער היועמ"ש על הקביעה לגבי התחולה הרטרואקטיבית, וגם במקרה זה נדחה ערעורו – למרות שבית המשפט המחוזי בחיפה (עמ"ש 45359-10-18; השופטים ט' ג'יוסי, ח' שרעבי ו-נ' טילמן) מצא פגם באופן ניסוח הסעד על ידי הערכאה הדיונית.

3. הנה כי כן, כלל הבקשות שבכותרת מופנות כלפי תחולתם הרטרואקטיבית של צווי ההורות הפסיקטיים – אך כבר בשלבים מוקדמים של ההליכים חלו תמורות בעמדת היועמ"ש בסוגיה.

כך, בקשות רשות הערעור הראשונות (בע"מ 5544/18 ובע"מ 702/19), הוגשו עובר להשלמת והערכת מלאכת הצוות המקצועי הבין משרדי שמונה על ידי שר הרווחה והשירותים החברתיים, לבקשת היועמ"ש (להלן: הצוות המקצועי). על כן, ביקש היועמ"ש להשהות את בירורן – ולחלופין, לקבוע כי צו ההורות הפסיקטי מכונן את הורות בת הזוג, ולכן תחולתו היא, ככלל, ממועד נתינתו; כי "הגשת הבקשה מיד בסמוך ללידה ומכל מקום לא יותר מ-90 ימים לאחר הלידה", מהווה "תנאי בסיסי" למתן הצו (בע"מ 5544/18); וכי צו רטרואקטיבי יינתן רק בהתקיים "נסיבות חריגות שיירשמו ובכל מקרה לא לאחר חלוף 90 ימים מיום הלידה" (בע"מ 702/19).

אולם, המלצות הצוות המקצועי הביאו להגמשת עמדה זו. בהודעת עדכון שהגיש במסגרת בע"מ 5544/18, מסר היועמ"ש כי החליט לאמץ את המלצות הצוות, והציג גישה גמישה יותר בנוגע לעיתוי הגשת הבקשה למתן צו הורות פסיקטי (להלן: הודעת היועמ"ש). על פי העמדה העדכנית, המדינה תסכים למתן הצו, ללא צורך בתסקיר עו"ס, כל עוד הבקשה הוגשה במהלך שנת חייו הראשונה של היילוד – אם כי, הסכמתה למתן תוקף רטרואקטיבי לצו מוגבלת להליכים שנפתחו עד 90 יום לאחר הלידה. לעומת זאת, בבקשות שהוגשו בחלוף למעלה משנה מהלידה, המדינה תבקש להקדים ולבחון, באמצעות תסקיר, האם טובת הילד תומכת בכינון יחסי הורות בינו לבין בת הזוג נטולת הזיקה הביולוגית הישירה כלפיו, והאם צו ההורות הפסיקטי הוא האמצעי המתאים לכינון קשר כזה. רק כאשר התשובה לשתי השאלות חיובית ניתן יהיה להעניק צו הורות – וגם אז, תחולתו תהיה ממועד נתינתו בלבד. בד בבד, הובהר בהודעת העדכון כי היועמ"ש רואה כעת ב-90 הימים שלאחר הלידה "מעין יום אחד ארוך", וסבור שהגשת הבקשה למתן הצו בתוך פרק זמן זה מצדיקה, כשלעצמה, את החלתו ממועד הלידה – ללא צורך ב"נסיבות חריגות" (שעליהן עמד, כאמור, היועץ בבע"מ 702/19). לדעת היועמ"ש, הסדר זה מבטא איזון הולם בין השיקולים התומכים בבירור והסדרת

מעמד ההורות סמוך ככל האפשר ללידה – קרי, שיקולים ראייתיים וטובת הילד – ובין הצורך להעניק למשפחה תקופת התאוששות והתארגנות. הוא מתחייב מאופיו המכונה של צו ההורות הפסיקתי, ומן ההסדרים הסטטוטוריים שעל בסיסם נוצר (קרי, אימוץ ופונדקאות), כמו גם מן הזהירות הנדרשת לגבי הורות לא גנטית שאינה מוסדרת בחקיקה.

בהתאם לעמדתו העדכנית – לה ניתן ביטוי גם בבקשות רשות הערעור המאוחרות (בע"מ 3162/19 ובע"מ 6312/19) – הסתפק, אפוא, היועמ"ש בבקשה לביטול תחולתם הרטרואקטיבית של צווי ההורות מושא ההליכים שבכותרת, אשר התבקשו למעלה מ-90 יום לאחר הולדת הקטינים. למעשה, היועץ ציין בהודעת העדכון כי לאור עיתוי פתיחת ההליך מושא בע"מ 5544/18 – למעלה משנה לאחר הלידה – ראוי היה להתנות את עצם מתן הצו בעריכת תסקיר עו"ס. אולם, שעה שהערעור לבית המשפט המחוזי עסק רק באלמנט הרטרואקטיביות הוא אינו עומד על כך בענייננו.

4. מנגד, המשיבות בבע"מ 5544/18 הסכימו תחילה למתן רשות ערעור, אך סברו שדין הערעור להידחות לגופו (עמדתן השתנתה בתגובה המשותפת מיום 6.8.2020, שם התבקש בית המשפט "שלא להעניק למבקש רשות ערעור ביחס לאף אחד מההליכים הנדונים בהליך זה, במיוחד"). לשיטתן, אין לייחס משמעות למועד האקראי של הגשת הבקשה למתן צו הורות פסיקתי, ויש להכריע בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית על יסוד "עקרון העל" של טובת הקטין, התומך בכינון ההורות כבר ממועד הלידה. זאת, בין היתר, נוכח האינטרס האישי והציבורי בקיום תא משפחתי יציב ומוכר, ולאור חשיבות ההגנה על זכויות כלכליות ואחרות של הילד (ואימותיו) בשגרה – וביתר שאת, במקרי פרידה או פטירה. על פי השקפתן, עמדת היועמ"ש נגועה בכשל עמוק: דווקא משום שטובת הילד תומכת בהסדרה מהירה של מעמד ההורות, "ענישת" קטינים שמשפחותיהם השתהו בפתיחת ההליך המשפטי אינה מתקבלת על הדעת. המשיבות מדגישות שאין בהשתהות כזו כדי לשלול את הקשר הזוגי בין האימהות, כוונתן ההורית המשותפת או מחויבותן כלפי הילדים – ולו משום שייתכן שמגבלות זמן, ממון וידע מנעו מהן לפנות לבית המשפט מיד לאחר הלידה, או שההכרה הרשמית בהורותן לא נראתה להן חיונית באותה עת.

לצד זאת, המשיבות בבע"מ 5544/18 דוחות את ההשוואה בין צו ההורות הפסיקתי להליכי אימוץ ופונדקאות, ועומדות על כך שהצו אינו מכונן את הורות בת הזוג נטולת הזיקה הגנטית הישירה ליילוד, אלא אך מצהיר על "מציאות החיים" המשפחתית הממשית. תפיסה זו של צווי ההורות מתבקשת, לדעתן, גם בראי עקרון השוויון, נוכח ההסדרים המקלים בנוגע לרישום אבהות של גבר עקר המצוי בזוגיות הטרוסקסואלית.

המשיבות בבע"ם 6312/19 צועדות במסלול דומה, ומדגישות את השרירותיות שבהחלט מבחן 90 הימים בעניינן, למרות שקשר קשר הזוגיות והכוונה להורות משותפת הוכחו באמצעות תסקיר עו"ס. חשוב מכך, שעה שהתסקיר העלה כי ההכרה בהורות של משיבה 2 משרתת את טובת הילד, הרי שגם בראי עיקרון מרכזי זה התקיימו הנסיבות המתאימות להכרה רטרואקטיבית ממועד הלידה.

5. עמדה שונה השמיעו המשיבות בבע"ם 702/19. לדידן, הסמכות העקרונית להעניק לצו ההורות הפסיקתי תחולה רטרואקטיבית הוכרה זה מכבר – ומכאן שבקשת היועץ מתמקדת בשאלת היישום, ואינה מצדיקה מתן רשות ערעור בגלגול שלישי. בהקשר זה, הן מזכירות כי הערכאות הקודמות ייחסו חשיבות לנסיבות הקונקרטיות בענייננו – ובהן, רצון המשיבות להשוות את מעמד שני ילדיהן, והעובדה שחלופת צו ההורות הפסיקתי פותחה רק לאחר לידת הבכורה. עוד טוענות המשיבות כי מדיניות הערעור הסלקטיבית של היועצמ"ש, שעליה תהה גם בית המשפט המחוזי בפסק דינו, משתיקה אותו ומונעת ממנו לייחס להליך דנן השלכות עקרוניות. בשולי תגובתו, התייחסו המשיבות בקצרה לגופה של הבקשה, וטענו שאין להחיל באופן רטרואקטיבי את התנאים שגיבש היועצמ"ש רק לאחר לידת בתן – מה גם שתנאים אלה מעולם לא פורסמו כהלכה. כך או כך, טובת הילדה מחייבת, לדעתן, כי משיבה 2 תירשם כאמה ממועד הלידה.

המשיבות בבע"ם 3162/19 הצטרפו אף הן לטענה כי בקשת היועץ אינה מעוררת שאלה עקרוניות, והזכירו כי בית משפט זה כבר קבע שסיווג צו ההורות הפסיקתי כאקט מכונן אינו שולל תחולה רטרואקטיבית שלו "בנסיבות המתאימות". הן מוסיפות שאין להכריע בשאלת התחולה הרטרואקטיבית בעזרת מבחן טכני נוקשה, וטוענות שההתייחסות הבלעדית לפרמטר הזמן, חלף בחינה מהותית של הזוגיות וההורות, פוגעת בזכות להורות, כמו גם בשני מובנים של עקרון השוויון: בין האמהות לבין עצמן, ובין לבין זוג הטרנסקסואלי, עליו חלים הסדרי רישום מיטיבים.

התפתחויות לאחר הדיון

6. בעקבות הדיון בבקשות רשות הערעור, ובהתאם להחלטה מיום 12.3.2020, הגיש היועצמ"ש את התייחסותו "לשני נושאים: 1. היחס לזוגות של גבר ואישה בהקשר של תרומת זרע. 2. מועד וכללי התחולה והוראות המעבר של כללי הרטרואקטיביות שמבקשת המדינה לקבוע בהליכים דנן". בנוגע לסוגיה הראשונה, היועצמ"ש מייחס

לחוק מרשם אוכלוסין, התשכ"ה-1965, הבחנה בין זוג נשוי לזוג שלא נישא. במקרה הראשון, הגבר יירשם באופן אוטומטי כאבי היילוד, על יסוד חזקת אבהות עובדתית – מבלי לבדוק האם הזוג הסתייע בתרומת זרע. במקרה השני, חזקת אבהות אינה קיימת, ולכן הרישום יתבצע (במהלך השנה הראשונה) על סמך הצהרה בדבר קשר ביולוגי ליילוד. לדברי היועץ, כאשר בני זוג לא נשואים הסתייעו בתרומת זרע, הצהרה כזו אינה אפשרית – ולכן הגבר יידרש לכוון את הורותו באמצעות אימוץ, או צו הורות פסיקתי, בדיוק כמו המשיבות דנן. המדינה מבהירה שההצהרות עליהן נדרשים לחתום בני זוג הפונים לתרומת זרע אינן מהוות תחליף לכינון ההורות, ותפקידן מתמצה בהבהרת התהליך והמחויבויות הכרוכות בו "במשולש היחסים שבין האישה [...] בן או בת זוגה והילד העתיד להיוולד", ומסכמת שאין בעניין זה כל הבדל בין זוגות הטרוסקסואליים לחד-מיניים.

אשר לסוגיה השנייה, היועמ"ש דוחה את האפשרות ליצור "הוראות מעבר" ביחס לתחולה הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי על הליכים תלויים ועומדים. לשיטתו, יש ליישם באופן מלא את המלצות הצוות המקצועי – שטרם פורסמו "בשל תקופת הבחירות הארוכה אליה נקלעה המדינה" – הואיל וכל חלופה אחרת תחתור תחת רציונל עידוד הכינון המהיר של ההורות, וכרוכה בהשלכות שקשה להעריך.

בתגובה משותפת, דחו המשיבות את עמדת היועץ, וטענו כי במבחן התוצאה קיימת הפליה ברורה בין זוגות הטרוסקסואלים לחד-מיניים: הראשונים אינם נדרשים לכוון הורות גם במקרה של הסתייעות בתרומת זרע – שכן הרישום ייעשה אוטומטית ביחס לבני זוג נשואים, ועל יסוד הצהרה במקרה אחר. לעומתם, בנות זוג מאותו המין יידרשו תמיד להליך משפטי. יתר על כן, גם פסק הדין שניתן לא מכבר בבג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (26.7.2020) (להלן: עניין צור-וייסלברג), ובו נדחתה טענת ההפליה במישור הרישום, מבוסס על שינוי שנערך בטופס ההכרה באבהות בשנת 2018 – קרי, לאחר שהמשיבות הביאו את ילדיהן לעולם. נמצא שבזמן אמת המשיבות הופלו ביחס לזוגות הטרוסקסואליים, ודי בכך, לשיטתן, כדי לחרוץ את גורל בקשות רשות הערעור של היועמ"ש. המשיבות מוסיפות וטוענות כי הן ההוראות המסדירות את הנושא כיום (חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007)), והן תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016, מלמדים כי, בניגוד לטענת היועמ"ש, אין צורך בהליך משפטי לכינון אבהות במקרה של הסתייעות זוג הטרוסקסואלי בתרומת זרע. על כן, שבה למקומה טענת ההפליה באשר לאופן הסדרת ההורות. זאת ועוד, גם בהנחה שיש צורך לכוון את הורות בת הזוג בהליך משפטי, יש לתת בסוגיית התחולה משקל מכריע לטובת

הילד, התומכת במתן תוקף רטרואקטיבי לצו ההורות – תוך התאמת הנטל הראייתי לזמן שחלף, בדומה להסדר לגבי הוספת פרטי אב.

בהתייחסן להוראות המעבר, המשיבות שבות ותוקפות את הניסיון להחיל עליהן למפרע מדיניות שגובשה רק לאחר לידת הקטינים הרלוונטיים (ואף לאחר הגשת בע"ם 5544/18 ובע"ם 702/19), ולמעשה, לא פורסמה מעולם. הן מדגישות כי החלת הרישום באופן רטרואקטיבי תורמת בפועל לטובת הילד – כפי שעולה, לטענתן, גם מן הדוח המלא של הצוות המקצועי עצמו (ולא הוצג על ידי המדינה בהליכים שלפנינו), ומוסיפות שנודעת לה גם משמעות אופרטיבית, למשל בהקשר של תיקון תעודת הלידה באופן שיופיע בה גם שמה של בת הזוג נטולת הזיקה הישירה ליילוד (עניין התלוי ועומד בבג"ץ 7978/16). משכך, אין, לדעתן, מקום להחיל את עמדת הצוות "על כלל ההליכים ומבלי לאפשר הוראות מעבר".

7. בעת כתיבת שורות אלה – ובהמשך להודעה קודמת שהגיש (ראו גם החלטתי מיום 2.11.2020) – הודיע היועמ"ש על שינוי נוסף שחל בעמדתו, בעקבות "דיון עקרוני" שקיים בנושא צווי ההורות הפסיקטיים עם שר המשפטים ושר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים. דיון זה הוביל לבחינה מחודשת של סוגיית התחולה הרטרואקטיבית על ידי הצוות המקצועי, וביום 5.11.2020 "הועבר לחברות הצוות המקצועי מכתב השרים מיום 3.11.2020 ולפיו עמדת השרים היא, כי יש מקום להארכת פרק הזמן המאפשר כינון הורות למפרע באמצעות צו הורות פסיקטי ל-180 ימים". על רקע התפתחות זו, סבר היועמ"ש "שניתן לראות בתקופה בת 180 הימים שלאחר הלידה כ'יום אחד ארוך', ומשכך, לאפשר בה את כינון ההורות למפרע מיום הלידה, והכל כאשר המבקשים עומדים בתנאים האחרים לכינון הורות באמצעות צו הורות פסיקטי" – תנאים שאינם עומדים לבירור במסגרת הדיונית הנוכחית. בתגובה, טענו המשיבות בבע"ם 5544/18 כי השינוי הנוסף בעמדת היועמ"ש ממחיש את חוסר הטעם בקביעת סד זמנים קשיח לתחולה הרטרואקטיבית, וציינו כי גם העמדה הנוכחית לא תסייע להן, מאחר שבקשתן לצו הורות פסיקטי הוגשה לאחר סגירת חלון 180 הימים. המשיבות בבע"ם 702/19 ובע"ם 3162/19 סבורות אף הן שאין די בהקלה המסוימת שמגלמת העמדה העדכנית. לדידן, יש לבחון את הדברים בכל מקרה לגופו, על יסוד שיקולי טובת הילד – ותוך החלת נוהל הוספת פרטי אב לקטין, שאינו קושר את תחולת האבהות במועד החתימה על טופס ההכרה בה. לפיכך, מבקשות המשיבות לדחות את בקשות רשות הערעור (ולחלופין, את הערעורים לגופם).

8. כאמור, הערעורים שהגישה המדינה לערכאות הקודמות התמקדו בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית של צווי ההורות – להבדיל מעצם מתן הצווים. לפיכך, אין להתייחס לשאלת הצורך בעריכת תסקיר עו"ס בהליכים שנפתחו לאחר למעלה משנה ממועד הלידה, ויש להתמקד בשאלה היחידה הנחוצה להכרעה: האם ניתן להעניק לצו הורות פסיקתי שהתבקש רק בחלוף תקופה ארוכה יחסית מהלידה – ובענייננו, בין עשרה חודשים (בע"מ 3162/19) לחמש וחצי שנים מאוחר יותר (בע"מ 702/19) – תחולה רטרואקטיבית מיום הלידה. על פי השקפתי, למרות שחלק משאלות הרקע שעוררו הצדדים – והוזכרו בהחלטת חברי, השופט ע' פוגלמן, בבע"מ 3162/19 (18.7.2019) – הוכרעו לאחרונה בפסיקת בית משפט זה, שאלת השלכותיו של פרמטר הזמן חורגת במובהק מד' אמותיהם של הצדדים להליך דנן. לפיכך, אציע לחבריי לדון בבקשות רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות והוגשו ערעורים על פיה.

מעמד צו ההורות הפסיקתי

9. נקודת המוצא לדיון היא כי –

"הכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה - על כל הזכויות ובעיקר החובות הכרוכים בה, כמו גם השלכותיה על זכויות היילוד - היא ענין 'רציני מדי' מכדי להותירו אך להסכמה בין הצדדים. לפיכך נכון לראות בצו ההורות הניתן על ידי בית המשפט, לאחר הליך שהתנהל בפניו ולאחר שבית המשפט השתכנע שהדבר מוצדק, כצו המכונן את ההורות" (בע"מ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 13 להחלטת חברי, השופט מ' מזוז (24.1.2019); להלן: בע"מ 4880/18).

כפי שהבהרתי לא מכבר, בבע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (3.2.2020) (להלן: עניין פונדקאות חו"ל), צו ההורות הפסיקתי מבוסס על אדן חדש יחסית של הורות – הלא היא ההורות מכוח "זיקה לזיקה". אדן זה מאפשר להכיר בהורותו של אדם נטול זיקה גנטית או פיזיולוגית ליילוד, מכוח הקשר הזוגי שהוא מקיים עם ההורה בעל זיקות ההורות הקלאסיות (שם, פסקה 7 לחוות דעתי). שורשיו נעוצים בחקיקה, דוגמת סעיפים 2(2) ו-12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, וסעיף 11 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. אולם, שורשים אלה – לצד ההכרה הרחבה יותר בהורות "משפטית", בנוסח חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 – הובילו בעשור האחרון להרחבת היריעה, ולפיתוח צו ההורות

"הן כשמדובר על הורות המבוססת על זיקה גנטית 'טבעית', המוכרת לאנושות משחר קיומה, והן כשמדובר על הורות שנוצרה בזכות התפתחויות טכנולוגיות שהיו מעבר לדמיון אך לפני חמישים שנה, ההסדר המשפטי בעניינן הוא תולדת הכרה חברתית-פוזיטיבית במשמעויות שראוי לייחס לזיקות שהן מייצגות. לפיכך, קביעת גבולותיו של מוסד ההורות מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת, המשמיעה את קולו של הריבון-העם בסוגיות מעין אלה" (עניין פונדקאות חו"ל, פסקה 9).

”יש להפעיל פתרון פסיקתי זה בזהירות רבה, תוך היצמדות מרבית לקווים העקרוניים שהתווה המחוקק. כאמור, המחוקק הישראלי בחר להתנות את ההכרה בהורות מכוח ‘זיקה לזיקה’ בקיום אקט מכונן בדמות ‘צו הורות’ [...] בחירה ערכית זו מקרינה, מיניה וביה, על ה‘הרחבה’ הפסיקתית, ומבחינה כי גם במקרים שבהם הזיקה לזיקה תאפשר לכוון הורות בהליך שיפוטי מתאים, הורות זו אינה נוצרת מאליה, ואינה בגדר ‘עובדה’ שבאה לעולם כבר במועד הלידה (עניין פונדקאות חו“ל, פסקה 9).

שיקולי טובת הילד – במובן של הזהירות הנדרשת בפיתוח הורות שלא זכתה להסדרה מקיפה בחקיקה, וכפי שמעיד ההליך דנן טרם התגבשה באופן מלא גם בפסיקה – תומכים אף הם בעמדה זו. על כן, נקבע בעניין פונדקאות חו"ל (בהסכמת השופטים ג' קרא ו-ד')

מינץ), כי לפחות בנקודת הזמן הנוכחית "יש לפסוע עקב בצד אגודל, להבטיח את ההכרה הנדרשת בהורות העומדת בקריטריון המהותי של זיקה לזיקה, אך להימנע מחריגה מהמתווה הסטטוטורי הקובע כי הורות כזו טעונה כינון בהליך שיפוטי" (פסקה 10 לחוות דעתי).

גישה זו יפה גם ביחס לצו הורות פסיקתי במקרים מהסוג שלפנינו – קרי, הסתייעות בתרומת זרע אנונימית. כך קבע חברי, השופט מ' מזוז, בבע"ס 4880/18, וכך נקבע גם בבע"ס 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.6.2020) (פסקה 3 לחוות דעתי, אליה הצטרפו השופטים ג' קרא ו-ע' גרוסקופף; להלן: בע"ס 9182/18), ובעניין צור-וייסלברג (פסקאות 4-5 לחוות דעתי, חוות דעתו של השופט ג' קרא, ופסקה 54 לחוות דעת המשנה לנשיאה ח' מלצר). לפיכך, יש לדון בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית על יסוד ההנחה שצו ההורות הפסיקתי מכונן את ההורות יש מאין.

התחולה הרטרואקטיבית

10. שעה שצו ההורות מכונן את ההורות, מובן מאליו כי היא נוצרת, בדרך כלל, "במועד ביצוע האקט המכונן – קרי, מועד מתן הצו. כך הוא פשוטה של משפחה: אם בית המשפט הוא שמכונן את הקשר ההורי, אזי הקשר נוצר רק במועד הפסיקה" (עניין פונדקאות חו"ל, פסקה 12). בה בעת, כבר נקבע כי "הגדרת הצו כמכונן אינה סוגרת הרמטית את שערי התחולה הרטרואקטיבית" (שם; ראו גם בע"ס 4880/18, פסקה 13). זאת, בין היתר, משום שההסדרים הסטטוטוריים המקרינים, כאמור, על מהותו ומגבלותיו של צו ההורות הפסיקתי מכירים באפשרות להעניק לו תחולה כזו. כך, סעיף 17 לחוק אימוץ ילדים קובע כי אקט כינון ההורות יחול בדרך כלל מכאן ולהבא, אך מותר לערכאות המוסמכות שיקול דעת, ומאפשר להן לקבוע שתוצאות האימוץ "כולן או מקצתן, יחולו מיום אחר". נמצא כי דווקא השיקולים שהובילו לסיווג צו ההורות הפסיקתי כמכונן, דהיינו, "היצמדות מרבית לקווים העקרוניים שהתווה המחוקק", תומכים במסקנה שאין בסיווג זה כדי לשלול לחלוטין תחולה רטרואקטיבית.

על כן, קבעתי בעניין פונדקאות חו"ל כי:

"מבלי למצות את הדיון בעניין, הייתי מציב שלושה פרמטרים שיש לבחון לצורך חריגה מהכלל בדבר תחולת צו ההורות ממועד נתינתו על ידי הערכאה הישראלית המוסמכת. הראשון, והעיקרי שבהם, הוא 'טובת הילד' במובן הממשי והמהותי – קרי, מקום בו תחולה רטרואקטיבית של ההורות תואמת את הצורך המהותי

במיסוד הקשר המשפטי בין הילד-תינוק להוריו, ויתרונותיה אינם מתמצים בהטבות כלכליות או מעשיות לאחרונים [...] פרמטר שני הוא ממד הזמן. ככל שפער הזמנים בין הלידה לבקשת צו ההורות הפסיקתי גדל, תפחת הנכונות להעניק לצו תחולה רטרואקטיבית. התקופה חייבת להיות קצרה, כדי לתת ביטוי למציאות המשפטית שבה הפסיקה היא שמביאה את ההורות לעולם. הפרמטר השלישי עוסק בהעדר זיקה הורית שלישית, ונועד להבטיח כי הכרה בהורות ממועד הלידה לא תיצור "הורות משולשת" – במקרה של פונדקאות חו"ל, על רקע מעורבות אפשרית של האם הנושאת" (פסקה 13).

11. פרמטרים אלה הובילו לשלילה גורפת של האפשרות להעניק לצו ההורות הפסיקתי תחולה רטרואקטיבית בנוגע להליכי פונדקאות חו"ל. נקבע, כי המשפט הישראלי אינו מכיר כיום בהורות משולשת, ולכן ניתן יהיה לכונן את הורות ההורה המיועד נטול הזיקה הביולוגית הישירה ליילוד רק לאחר ניתוק הזיקה ההורית של האם הנושאת – ולא במועד הלידה (ראו עניין פונדקאות חו"ל, פסקה 15). כפועל יוצא:

"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" (שם, פסקה 14).

ברם, נימוק זה אינו רלוונטי בענייננו. אדרבה, כאשר כינון ההורות מתבקש במקרים של הסתייעות בתרומת זרע אנונימית –

"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" (שם).

נמצא 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, אם במישור הכלכלי (שכאמור, אינו מצדיק

כשלעצמו סטייה מעקרון התחולה העתידית), ואם במובן של רישום שתי האמהות בתעודת הלידה (סוגיה התלויה ועומדת בבג"ץ 7978/16).

12. אף על פי כן, יש להיזהר שלא להפוך את החריג לכלל – וזאת משני טעמים. ראשית, סעיף 17 לחוק אימוץ ילדים אמנם סולל את הדרך למתן תחולה רטרואקטיבית לאקט כינון ההורות, אך הוא גם מבהיר שזו אינה ברירת המחדל. למעשה, "קיימת משמעות רבה לדברי היועץ המשפטי לממשלה, שהוא צד להליכי אימוץ, כי מתן תוקף רטרואקטיבי לצו אימוץ נעשה רק במקרים ספורים" (עניין פונדקאות חו"ל, פסקה 12).

חשוב מכך, למרות שבמועד בו מתעוררת שאלת הרטרואקטיביות, הילד המסוים שעניינו עומד לפנינו יצא, בדרך כלל, נשכר מהחלה רטרואקטיבית של צו ההורות, לא ניתן להתעלם מהשלכות הרוחב של פריצת הגדר – כמו גם מהשפעתה השלילית על אותו ילד עצמו, בשלב מוקדם יותר של חייו. הצדדים להליכים שבכותרת מאוחדים בדעה שיש חשיבות רבה מאד, מנקודת מבטם של הילד, המשפחה והחברה, להסדרה מהירה ככל האפשר של יחסיו עם הוריו. ואמנם, "אף שאין זה מתחייב כחיוב שבדין לפנות לבית המשפט לענייני משפחה כדי לזכות ברישום של ההורה השני, דומה כי יכולה להיות בכך תועלת ממשית. עדיף לילד כי תושג הכרעה משפטית מחייבת בעניין מעמדו כלפי ההורה שאינו הורה ביולוגי" (בג"ץ 566/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493, פסקה 43 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (2014) (להלן: עניין ממש-מגד); ראו גם פסקה 4 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר). יש לזכור כי "הילד עצמו עשוי לחוות פער בין המצב בפועל – בו יש לו שני הורים מיום לידתו, לבין המצב החוקי, בו הורה אחד/ה הוכר/ה כהורה במועד מאוחר מיום לידתו", וכי "הדבר עלול לפגוע ביכולת ההתפתחות הרגשית הטבעית של הילד לכיוון עצמאות המשולבת באמון בהורים" – כלשון המלומדים בלהה דודזון-ערד, ליאת חממה, כרמית כץ וגיא שילה, שעל חוות דעתם הסתמכו המשיבות (פסקה 27 לתשובה בבע"ם 5544/18). 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.

הנה כי כן, ענייננו בהתנגשות בין טובתו הצרה והמיידית של הילד הספציפי, לבין טובת הילד במובן הרחב, הכוללת גם שיקולי מדיניות כלליים. מתח זה, בין מתן מענה נקודתי הולם לילד ובין קביעת מדיניות המיטיבה עם כלל הילדים, אינו נדיר.

למעשה, בהתייחס לאמנת האג בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים, נאמר כי "האמנה שמה בראש מעייניה את טובת הקטין, אך הואיל והיא עוסקת בתופעה כללית אותה נועדה למנוע – יש שיקולים רחבים יותר. כך, לדוגמא, השיקול של הקטנת התמריץ להורה לחטוף קטין, בנסיון להתגורר במקום חדש שאינו מקום המגורים הרגיל שלו. בכך עשויה להיווצר תשתית חדשה לגבי השאלה מהי טובתו" (בע"מ 5041/19 פלונית נ' פלונית, פסקה 8 (8.8.2019)). משמע, ישנם מצבים שבהם טובת הילד נסוגה מפני טובת הילדים, ודומה שגם במקרים שלפנינו ראוי לאזן בין טובתם של היחיד והכלל. זאת ועוד, בענייננו קיימת, כאמור, גם מורכבות הקשורה "בילד הספציפי שעניינו נדון, בנסיבות חייו ובמערכת המשפחתית שהוא מכיר" (עניין מחט-מגד, פסקה 35 לחוות הדעת של הנשיאה מ' נאור): החלה רטרואקטיבית של הצו עשויה להיטיב עם הילד בנקודת הזמן הנוכחית, אך עצם קיומה של אפשרות כזו עלול לפגוע בו בשלב מוקדם יותר של חייו, ולעכב את הסדרת מעמדו ביחס להוריו.

13. נוכח המורכבות האמורה, סבורני שאימוץ סד זמנים קשיח בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית – להבדיל מעצם מתן צו ההורות הפסיקתי – מהווה צעד ראוי. 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 קזואליסטית, על פי נסיבות המקרה הספציפי, ומן הראוי לקבוע קטגוריות של מקרים שבהם ניתן יהיה לפעול בדרך זו" (עניין פונדקאות חו"ל, פסקאות 14 ו-16) – כדי לאפשר פיתוח הדרגתי ומבוקר של הצו הפסיקתי, שאינו מהווה תחליף להסדרה חקיקתית מפורטת.

עם זאת, נוכח התכליות שביסודו, על ההסדר שייקבע לאזן בין שני שיקולים: מצד אחד, עליו להעניק תמריץ ממשי להסדרה מהירה של מעמד הילד ביחס להוריו, באופן שיבטיח את הוודאות המשפטית, ואת היתרונות המעשיים, הפסיכולוגיים וההתפתחותיים הכרוכים בכך. מן הצד השני, יש להתחשב בקשיים האובייקטיביים בניהול הליך משפטי בתקופה הסמוכה ללידה, ולהבטיח כי המשפחה שזה עתה התרחבה, ולא פעם ולא פעמיים עומדת בפני אתגרים שונים, לא תאלץ לפנות לבית המשפט בחודשי חייו הראשונים של היילוד. על פי השקפתי, תקופה בת שישה חודשים אינה מעניקה, בוודאי לא תמיד, משקל ראוי לקשיים הניצבים בפני היולדת ובת זוגה בתקופה המורכבת הסמוכה ללידה. ודוקו, בהליך אחר הוכרה לא מכבר האפשרות "להגיש את הבקשה לצו

הורות כ-60 יום עובר למועד המשוער של הלידה, על מנת לאפשר בדיקה מוקדמת של הנתונים הרלוונטיים" (בע"מ 9182/18, פסקה 5). אולם, למרות שאפשרות זו מרחיבה את פרק הזמן העומד לבנות הזוג לשם הסדרת מעמדן, היא עשויה שלא להעניק מענה מלא למגבלות המעשיות, ומותירה פתח רחב מדי לפגיעה בטובתו של ילד שאימותיו לא היו מודעות לצורך הדוחק בהגשת הבקשה לצו הורות כלפיו סמוך כל כך ללידה.

בהקשר זה, מעניין להזכיר כי נוהל 2.2.0007 של רשות האוכלוסין וההגירה, "נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין", רואה בתקופה של שנה מהלידה את קו פרשת המים בכל הקשור לנטל הוכחת האבהות לצורכי רישום (ראו סעיפים 3.4, 4.9 ו-4.10 לנוהל). אף שרישום לחוד ומאות לחוד, נוהל זה מבסס את התפיסה לפיה אין לצפות להסדרת מלוא ההיבטים המשפטיים של ההורות כבר בחודשי חייו הראשונים של היילוד (וראו גם סעיף 4.5 לנוהל 2.10.2007 של רשות האוכלוסין וההגירה, "נוהל הטיפול בהודעה על שינוי שם פרטי ומשפחה לקטין", המציב אף הוא תקופה של שנה מהלידה כקו גבול).

הנה כי כן, מאחר שענייננו בקביעת מגבלת זמן עם קו ברור, שאינה מותירה לערכאה הדיונית שיקול דעת, הגבלת התחולה הרטרואקטיבית להליכים שנפתחו בתוך 180 יום ממועד הלידה עלולה להביא לפגיעה לא רצויה ובלתי מכוונת בטובת הילד. בה בעת, הטעמים שהוזכרו לעיל, ובראשם הכוונת ההתנהגות, אינם מאפשרים להעניק לשם כך תקופה ארוכה מדי. כמובן, לא מדובר במלאכת כימות תחשיבית מדויקת. ברם, נראה כי תקופה של 180 יום (6 חודשים) קצרה מדי, ואילו תקופה בת שנה ארוכה מדי. קצרה מדי – כי תקופה של 6 חודשים עשויה להטעות כי היא כוללת את השבועות הראשונים לחיי היילוד, בהם פתיחת הליך לצו הורות עשויה לסגת, מבחינה מעשית, מפני מטלות אחרות, ומיידיות יותר, הקשורות בטיפול ביילוד. ארוכה מדי – כי תקופה בת שנה אף היא עשויה להטעות, במובן אחר. יש לזכור שניתן להגיש בקשה לצו הורות גם בחלוף למעלה משנה, וכי הסוגיה שלפנינו מוגבלת לשאלת תחולתו הרטרואקטיבית של צו שהתבקש באיחור. חשיבות הכינון המהיר של ההורות המהותית עולה על חשיבות הרישום המהיר של שם היילוד, למשל. מכאן, שיש להעמיד את התקופה על 9 חודשים. תקופה כזו אף משקללת את הנתון שמדובר בקו ברור, ולכך יש להוסיף גם את האפשרות, המקובלת גם על היועמ"ש, להגיש את הבקשה כבר חודשיים לפני הלידה. לשיטתי, לנוכח אופיו המכוון של צו ההורות הפסיקתי מחד גיסא, והמורכבות הפוטנציאלית של התמודדות והסתגלות התא המשפחתי עם הלידה מאידך גיסא, סד זמנים זה – שאליו מצטרפים גם 60 הימים הקודמים למועד הלידה המשוער – מבטא איזון שלם יותר בין האינטרסים והזכויות שעל הפרק. זה המקום לשוב ולהזכיר כי מדובר בסד המגביל את

תחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי, להבדיל מעצם מתן הצו. דהיינו, אדם שאינו מגיש את הבקשה במהלך תשעת החודשים הראשונים, עודנו יכול להגיש בקשה כזו לאחר מכן – אלא, הגם שבית המשפט עשוי להיעתר לה, התוצאה לא תהיה רטרואקטיבית.

צו ההורות הפסיקתי בראי השוויון

14. בשלב זה, אתייחס בקצרה לטענות המשיבות כנגד אופיו המכונן של צו ההורות – וכנגד עצם הצורך לפנות להליך משפטי לשם הסדרת הורות בת הזוג נטולת הזיקה הגנטית-פיזיולוגית הישירה ליילוד – במישור השוויון.

כאמור, ראש אחד של טענות המשיבות נשען על כתפי ההסדר הסטטוטורי לגבי רישום אבהות במרשם האוכלוסין. אולם, בהליכים הנוכחיים ניצבת על הפרק שאלת ההורות בדין המהותי, וכבר נקבע כי מהות לחוד ורישום לחוד, וכי "הכללים התוחמים את שיקול דעתו של פקיד המרשם" – ומונעים ממנו להידרש לשאלות משפטיות מהותיות – "חלים גם על פרט ההורות" (עניין מוט-מגד, פסקה 32 לחוות דעת הנשיאה מ' נאור). יתרה מכך, בחינת הטענה לגופה מלמדת שיש לה מענה. אכן, רישומו של גבר הטרנסקסואל כאב במרשם האוכלוסין אינו עובר, בדרך כלל, באולמות המשפט: אם הוא נשוי ליולדת, רישומו כאבי היילוד יתבצע באופן אוטומטי – וגם בהעדר קשר נישואין, תידרש לשם כך רק "הודעת האב והאם כאחד" (סעיפים 21-22 לחוק מרשם האוכלוסין; עניין צור-וייסלברג, פסקה 1 לחוות דעתי). אולם, כפי שהובהר לא מכבר בעניין צור-וייסלברג, הסדר ייחודי זה אינו חל על בני זוג לא נשואים שהסתייעו בתרומת זרע. במצב שבו הורותו של הגבר נשענת על אדן הזיקה לזיקה, אין ביכולתו לצעוד בנתיב שמתווה סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין, ולהסתפק בהודעה משותפת – שכן אבהותו טעונה כינון בהליך משפטי, ולא ניתן לרשום אותה בטרם נוצרה (פסקה 6 לחוות דעתי; ראו גם חוות דעתו של השופט קרא ופסקה 54 לחוות דעת המשנה לנשיאה ח' מלצר). הסדרי הרישום הנוכחיים עולים, אפוא, בקנה אחד עם הוראות הדין המהותי לגבי כינון הורותו של בעל הזיקה לזיקה בהליך משפטי – ואינם מבחינים בין גבר הטרנסקסואל (שזוגתו הסתייעה בתרומת זרע) לאישה חד-מינית (כמו במקרים שלפנינו).

התמונה מורכבת יותר לגבי זוגות נשואים: גבר הנשוי ליולדת יירשם כאב מבלי שפקיד הרישום יבדוק ויבחן האם זוגתו הסתייעה בתרומת זרע, בעוד אישה הנשואה ליולדת תידרש להקדים ולכונן את הורותה בהליך מתאים. אולם, כפי שנאמר בעניין צור-וייסלברג, הבדל זה אינו משקף דין מהותי שונה לגבי כינון ההורות, אלא רק שונות

עובדתית רלוונטית: "חזקת הזיקה הביולוגית" מאפשרת להניח שהגבר הוא אביו הביולוגי של היילוד, כך שהורותו אינה טעונה כינון. לעומת זאת, במציאות החברתית-טכנולוגית הנוכחית, חזקה עובדתית זו אינה תקפה לגבי זוג חד מיני, ומשום כך אין לפקיד הרישום ברירה אלא להפנות את בת הזוג להליך כינון הורות (ראו פסקה 8 לחוות דעתי, ופסקה 49-50 לחוות דעת המשנה לנשיאה ח' מלצר). נמצא כי גם בהקשר זה לא עלה בידי המשיבות להצביע על הפליה במישור הדין המהותי (אשר לרישום, אציין כי ההתייחסות בעניין צור-וייסלברג לרישום בנות זוג נשואות לא נדרשה להכרעה, וכי הסוגיה תלויה ועומדת בע"מ 4213/19).

בשולי הדברים, אוסיף כי הגם שבעניין צור-וייסלברג נקבע שעד תיקון הטופס הרלוונטי, בשנת 2018, בנות זוג במעמדן של המשיבות הופלו לרעה במישור הרישום – שכן גברים לא נשואים נרשמו כאבות מבלי להצהיר על זיקה ביולוגית ליילוד – אין בכך כדי לשנות את התמונה בענייננו. זאת, מפני שלא ניתן לתקן את פגיעת העבר בשוויון באמצעות סטייה מן הדין המהותי לגבי אופן כינון ההורות (והשוו: בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 203-204 (1991)).

15. ראש נוסף של טענות המשיבות במישור השוויון נעוץ בנורמות המסדירות את הליכי תרומת הזרע לזוג המורכב מגבר ואישה – ובייחוד חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007), ותזכיר חוק בנקי הזרע.

בעניין זה אומר בקצרה כי מקובלת עלי הבהרת המדינה לפיה החוזר אינו מתיימר לעסוק בהסדרת ההורות, אלא אך להבטיח את מחויבותו של בן הזוג כלפי היילוד – וכי הנספח הרלוונטי יתוקן כדי להבהיר נקודה זו. אשר לתזכיר חוק בנקי הזרע, אזכיר כי הכרעתי לגבי אופיו המכונן של צו ההורות הפסיקתי, על כל המשתמע ממנה לגבי התחולה הרטרואקטיבית, נשענת על התשתית החקיקתית הקיימת – המאפשרת לכונן הורות מכוח זיקה לזיקה, אך אינה מכירה בתחולה "אוטומטית" שלה. מטבע הדברים, אם המחוקק יחליט לאמץ גישה שונה כלפי אדן זה של ההורות עשויות להיות לכך השלכות, אך זה אינו המצב בנקודת הזמן הנוכחית.

ניתן, אפוא, לסכם כי בשלב זה של התפתחותו, הדין הישראלי רואה בצו ההורות הפסיקתי אקט מכונן. עם זאת, הוא מאפשר להעניק לצו תחולה רטרואקטיבית ממועד הלידה אם הוגש בתוך פרק זמן בן 9 חודשים לאחר מכן (להשלמת התמונה, יצוין כי

בקשות לדיון נוסף בעניין פונדקאות חו"ל (דנ"א 1297/20) ובעניין צור-וייסלברג (דנג"ץ 5591/20), תלויות ועומדות לפני בית משפט זה).

מן הכלל אל הפרט – והוראת מעבר

16. כאמור לעיל (פסקה 2), כל הבקשות למתן צו הורות פסיקתי בהליכים שלפנינו הוגשו למעלה מ-9 חודשים לאחר מועד לידת הקטינים. לפיכך, יש, לכאורה, בהכרעה העקרונית אליה הגעתי כדי להביא להתערבות בהכרעת הערכאות הקודמות, ולביטול התחולה הרטרואקטיבית של צווי ההורות.

אולם, ובהמשך לנימוקים שפורטו לעיל, נכון לתת את הדעת במסגרת פסק דין זה, הקובע מדיניות רחבת היקף, על הוראת מעבר. ראייה זו מצביעה על הצורך להבחין בין שלוש קבוצות רלוונטיות: (א) הורים שכבר הגישו בקשה למתן צו הורות פסיקתי, דוגמת המשיבות דנן; (ב) הורים שילדיהם כבר באו לעולם, אך טרם ביקשו צו הורות פסיקתי; (ג) הורים שילדיהם יבואו לעולם רק לאחר מתן פסק הדין בהליכים שלפנינו. עמדתי היא כי בשעה שתחולה רטרואקטיבית ביחס לקבוצה ג' תתאפשר רק כאשר הבקשה לצו הורות פסיקתי הוגשה בתוך 9 חודשים ממועד הלידה, יש לאמץ את הוראת המעבר הבאה ביחס לקבוצות האחרות: ראשית, הערכאות הדיוניות יוכלו להעניק תוקף רטרואקטיבי להורות של הורים המשתייכים לקבוצה א', גם אם בקשתם למתן הצו הוגשה זמן רב לאחר הלידה. אשר לקבוצה ב' – מרוץ תשעת החודשים יחל ממועד מתן פסק הדין, כך שהורים שיבקשו צו הורות במהלך תשעת החודשים הקרובים יוכלו לזכות בהכרה רטרואקטיבית, גם אם ילדם בא לעולם כבר לפני תקופה ארוכה.

הטעם להוראת מעבר זו נעוץ בתכלית הבסיסית שביסוד מגבלת 9 החודשים. ההצדקה להגבלת תחולה רטרואקטיבית נעוצה בצורך לעודד הסדרה מהירה של מעמד ההורות – או, במילים אחרות, להכווין את התנהגותם של בני ובנות זוג בעלי זיקה לזיקה. מטבע הדברים, לתכלית זו יש משקל רב במבט צופה פני עתיד; ההנחה היא כי בנות זוג המשתייכות לקבוצה ג' יזדרזו כעת לכונן את הורותן, מתוך הבנה שהסדרה מאוחרת תנציח את "פער ההורות" – ותשלול מהן הכרה ביחס לתקופה שקדמה למתן הצו הפסיקתי. בכך יש כדי לשרת את טובת הילד במובן הרחב, גם במחיר פגיעה באינטרס המידי שלו במקרה שהוריו השתהו בפתיחת ההליך השיפוטי.

מנגד, אין כל תועלת בהחלה רטרואקטיבית של מגבלת 9 החודשים ממועד הלידה על ילדים מקבוצות א' וב' – אשר באו לעולם בטרם גובשה מדיניות היועמ"ש,

ובטרם נוצרה הלכה ברורה בסוגיה. אדרבה, הגדרת מועד פרסום פסק הדין הנוכחי כקו פרשת המים, תאפשר להעניק מענה מיטבי לאותם ילדים – שבעניינם נוצר "מעשה עשוי", משום שלא ניתן עוד להחזיר את הגלגל לאחור, ולכונן את ההורות סמוך ללידתם. זאת, מבלי לפגוע בתמריץ להסדרה מהירה של מעמד יילודים מקבוצה ג', שעליהם תחול המדיניות החדשה, ושל יילודים מקבוצה ב', שספירת 9 החודשים בעניינם תחל ממועד מתן פסק הדין בהליך דנן. העדר הוראת מעבר ביחס לילדים שנולדו עובר למתן פסק הדין הנוכחי ימנע מההורים הזדמנות לכונן את הורותם ממועד הלידה, ובכך יופר האיזון בין השיקולים השונים באשר לקביעת סד הזמנים לתחולה הרטרואקטיבית.

לנימוק זה משנה תוקף ביחס למרבית המשיבות בהליכים דנן, שהורותן מתבררת ביחס ללידות שהתרחשו בין השנים 2011 ל-2014 (למעט בבע"מ 3162/19). ספק אם ניתן היה לצפות מהמשיבות למהר ולפנות באותה עת לערוץ זה, שהופעל לראשונה בשנת 2012, זכה להתייחסות ראשונית בפסיקת בית המשפט העליון רק בשנת 2014, ולפחות עד שלביו המתקדמים של ההליך הנוכחי לא ניתן פרסום הולם לעמדתה המשתנה של המדינה באשר לתנאים לקבלתו. הוא הדין בנוגע לחלופת האימוץ, שאפשר שנתפסה בעיני המשיבות כמי שאינה מתארת את מציאות חייהן ההורית הממשית. כך או כך, ענייננו אינו בבחינת התנהלות בנות הזוג, אלא במתן תמריץ להסדרה מהירה בעתיד – ועל כן, כאמור, אין טעם לפגוע בתוקף צווי העבר ובטובת הקטינים התלויה בהם. כך לגבי המשיבות המשתייכות לקבוצה א', וכך לגבי הורים אחרים המשתייכים לקבוצה ב'. בד בבד, מובן שההתאמה הנדרשת ביחס לקבוצה ב' מתמצה בדחיית נקודת הפתיחה של מניין 9 החודשים – כך שזו תהיה במועד מתן פסק הדין הנוכחי, ולא ביום הלידה (בדומה לקבוצה ג') – מבלי להאריך את המועד מעבר לכך. יצוין כי ניתן היה לשקול הוראת מעבר לתקופה קצרה יותר לגבי קבוצה ב' – למשל, 6 חודשים במקום 9 – אך מוטב לקבוע הוראת מעבר אחידה ביחס לכל הקבוצות, ובתוכן.

ומילה אחרונה על הוראות מעבר. מלאכת קביעת הסעד היא עדינה וחשובה כאחת. כך ביתר שאת לגבי נושא רגיש כמו הכרה וכינון קשר ההורות בין הורה לילדו. נכון לקבוע תקופת מעבר שתציב כלל ברור, ותקנה בהירות גם במקרים שאינם בפנינו. תוצאה זו משקללת את עמדת היועמ"ש שעברה שינויים במהלך הדיון בערעורים, ולטעמי טוב שכך. הוראת המעבר אף נותנת ביטוי לעמדת ב"כ הצדדים כי על אף המחלוקת ביניהם, נכון לקבוע כלל רחב שיתמודד עם היקף גדול יותר של המקרים מאלה שבפנינו.

17. חברי, השופט ע' פוגלמן, אכן מדגיש כי הוא אינו קובע בעניין מסמרות, אך הרחיב בחוות דעתו בטענה "כי קיים קושי בקבלת הגישה שלפיה צווי ההורות הפסיקטיים בענייננו נושאים אופי מכונן" (פסקה 17). לנוכח ההיבטים העקרוניים של הסוגיה, מצאתי לנכון להבהיר את עמדתי על רקע הערותיו.

ראשית, אומר כי למעורבות הורה פוטנציאלי שלישי חשיבות במישור התחולה הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקטי (ראו לעיל, פסקאות 10-11), אך אין לייחס לה משקל דומה בנוגע למהות הצו. כפי שכבר ציינתי לעיל (פסקה 9), "קביעת גבולותיו של מוסד ההורות מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת", שטרם נדרשה למעמד הזיקה לזיקה. לפיכך, גם אם כורח המציאות מחייב מענה פסיקטי בתקופת הביניים, אינני סבור כי על בתי המשפט להרחיק לכת אל מעבר למודל ההורות שזכה לעיגון חקיקתי מסוים – קרי, כינון הורות בעל הזיקה לזיקה באקט שיפוטי. אפשר שההבחנה בין הליכי פונדקאות חו"ל ותרומת זרע אנונימית תתקבל על דעת מחוקק עתידי, אך אין בה כדי לנתק את הצו הפסיקטי משורשיו החקיקתיים הקיימים, ולהביא ליצירת הורות "אוטומטית" שדי בהצהרה שיפוטית על קיומה (ראו גם עניין צור-וייסלברג, פסקה 5 לחוות דעתי). מסיבה זו עצמה, אין ממש, לדעתי, בהיקש להליכי ההכרה ביורשים ובידועים בציבור (פסקאות 8-9 לחוות דעתו), שבהם המלאכה השיפוטית מתמזה בבירור פרטני לגבי העמידה בקריטריונים שקבע המחוקק. הזהירות המיוחדת הנדרשת לגבי הכרה פסיקטית בהורות שטרם עוגנה בחקיקה – גם משיקולי טובת הילד, אך בראש ובראשונה בשל הפרדת הרשויות (עניין פונדקאות חו"ל, פסקאות 9-10 לחוות דעתי) – אינה נחוצה באותם מקרים, וממילא אין באופיים ההצהרתי כדי להעיד על מהות צו ההורות הפסיקטי.

18. אשר לסוגיית השוויון, על רקע הסדרי רישום האבהות במרשם האוכלוסין, אזכיר כי עם השנים –

"הורחבה היריעה, וההבחנה בין רישום למהות – על כל המשתמע ממנה באשר לשיקול הדעת של פקיד הרישום – הוחלה גם על פרטים שסעיף 3 לחוק המרשם מעניק להם משקל ראייתי. כך, בעקבות ההתפתחויות הטכנולוגיות בשדה ההולדה והשינויים החברתיים במבנה המשפחה, החלה גם שאלת ההורות – שבבעבר נשאה אופי עובדתי מובהק – לעורר מחלוקות משפטיות וחברתיות מורכבות. בהתאם, נקבע כי על פקיד הרישום לרשום את ההורות על בסיס תעודה ציבורית שהוצגה

בפניו, מבלי לקבוע עמדה לגבי תוקפה במישור המהותי
(ע"א 7722/17 פלונית נ' שר הפנים, פסקה 8 לחוות דעתי
(29.11.2020)).

לפיכך, נדרשת זהירות רבה בניסיון ללמוד מדיני הרישום על עמדת הדין המהותי ביחס להורות מכוח זיקה לזיקה – ואין במעמדו הראיתי של רישום ההורות, עליו עמד חברי, בפסקה 14 לחוות דעתי, כדי לשנות זאת.

ודוק, מקובל עלי שרישום הורות מכוח זיקה לזיקה עשוי להעיד כי הדין המהותי לא סתם את הגולל על הורות כזו, ואף לשפוך אור על היקפה. אולם, בעניין צור-וייסלברג כבר הובהר שרישום אבהות אינו נשען על זיקה לזיקת היולדת, כי אם על הנחה לגבי זיקה ישירה בין בן הזוג לבין היילוד: רישום אדם שאינו נשוי ליולדת מותנה בהצהרה על אבהות ביולוגית (שם, פסקה 47 לחוות דעתי של המשנה לנשיאה, ח' מלצר, ופסקה 8 לחוות דעתי) – בעוד בן זוג נשוי פטור מהצהרה כזו רק בשל "חזקת הקשר הביולוגי" ליילוד (שם, פסקאות 49-50 לחוות דעת המשנה לנשיאה, ופסקה 8 לחוות דעתי).

בנסיבות אלה, סבורני כי הטענה לפיה "אימוץ 'חזקת הזיקה הביולוגית' [...]" מקום שבו לאמיתו של דבר ההורות היא תוצר של שימוש בתרומת זרע, חורגת מגבולות ההכרה בהורות כפי שעוצבו בפסיקתנו" (פסקה 16 לחוות דעת חברי, השופט ע' פוגלמן), אינה משכנעת. ההחלטה לנהל את מרשם האוכלוסין על יסוד חזקה עובדתית בדבר קיומו של קשר ביולוגי, מוגבלת למישור הרישום – ואין לה כל יומרה לאתגר את גבולותיה המהותיים של ההורות, המכירים, כזכור, בהורות ביולוגית. ממילא, גם אין לראות ברישום אבהות כזו משום הכרה "בהורותו של בן הזוג נטול הזיקה הגנטית [...]" ממועד הלידה, להבדיל מתוצאת מתן צו ההורות הפסיקתי לפי גישת התחולה המכוננת" (פסקה 15 לחוות דעת חברי). הרישום אינו "מכיר" בהורות כזו, וככל שיתברר שהחזקה העובדתית עליה הוא נשען שגויה – משמע, לאב הרשום אין קשר ביולוגי עצמאי ליילוד – לא יהיה בו כדי להעניק פטור מהליכי הכינון החלים על בנות זוג, או בני זוג לא נשואים, שמצבם זהה. על כן, אין בעקרון השוויון כדי לערער על אופיו המכונן של צו ההורות הפסיקתי, ולטשטש את השונות העובדתית שביסוד הסדרי הרישום – אך לא המהות – השונים של ההורות, כפי שהרחבתי לעיל (פסקה 14).

סוף דבר

19. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את ערעורי היועמ"ש בעניינן של המשיבות דנן, ולהותיר על כנה את התחולה הרטרואקטיבית שניתנה לצווי ההורות הפסיקתיים

בעניינם. בד בבד, מוצע לקבל באופן חלקי את עמדת המערער, ולקבוע כי לא ניתן להעניק תוקף רטרואקטיבי לצו הורות פסיקתי שהתבקש בחלוף למעלה מ-9 חודשים ממועד הלידה. ברם, כלל גורף זה יחול רק ביחס ללידות שיתרחשו לאחר מתן פסק דינו (קבוצה ג) – ואף זאת, כאמור, רק ביחס למרכיב הרטרואקטיביות של צו ההורות, להבדיל מעצם מתן הצו מכאן ולהבא. לעומת זאת, ניתן יהיה להעניק תוקף רטרואקטיבי לצווי הורות שהתבקשו עוד לפני מתן פסק הדין, ללא קשר למועד הלידה (קבוצה א) – ולצווים שיתבקשו בתוך 9 חודשים ממועד מתן פסק הדין, ביחס לילדים שכבר באו לעולם (קבוצה ב).

נוכח תוצאה זו, ולאור ההתפתחויות השונות שהתרחשו במסגרת ההליך, יישא כל צד בהוצאותיו.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

1. אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט הנדל, למסקנתו ולנימוקיו, וכן להערותיו הנוספות בפסקאות 17-18, ואוסיף אך מילים אחדות.
2. זה מכבר הבעתי את עמדתי, כי צו הורות פסיקתי הוא צו מכונן (קונסטיטוטיבי), ולא צו הצהרתי, אך עם זאת, כי אין בכך כדי למנוע קביעת תחולה רטרואקטיבית של צו ההורות בנסיבות מתאימות. להלן עיקרי הדברים כלשונם:

”... 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 סטאטוס 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.

13. לתפיסה בדבר צו הורות פסיקתי הצהרתי אין לדעתי אחיזה בדין. אציין תחילה כי עצם ההסדר של צו הורות פסיקתי, היינו צו הורות שאינו מעוגן בחקיקה, אינו מניח את הדעת ומעורר לדעתי קושי עיוני לא מבוטל. על כן נכון לראות בהסדר זה אך כפתרון זמני תוצר כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה, אשר תעגן בדין את הזכות להורות בנסיבות להן יועד צו ההורות הפסיקתי ואת תנאיה, כפי שהדבר נעשה בחוק הפונדקאות ובחוק האימוץ (והשוו גם ענין פלונית בפסקה 21). הקושי האמור מתעצם עוד יותר כאשר מבוקש לתת לצו ההורות הפסיקתי אופי הצהרתי בלבד; זאת כאשר אין כל אילוץ, ולטעמי אף לא יתרון בקביעה שצו הורות פסיקתי הוא בעל אופי הצהרתי ולא קונסטיטוטיבי. כאמור לעיל, אין בקביעה שצו הורות פסיקתי הוא צו מכונן כדי למנוע קביעת תחולה רטרואקטיבית של הצו בנסיבות מתאימות.

צו הצהרתי, מעצם טיבו, מצהיר על עובדה או על זכות או סטאטוס קיימים, המוכרים בדין, ובית המשפט מתבקש אך להצהיר על תחולת הזכות או הסטאטוס במקרה הקונקרטי. בנסיבות של 'זיקה לזיקה' סטאטוס חוקי של הורות של בן או בת הזוג של ההורה הגנטי-ביולוגי אינו מוכר בדין כל עוד לא ניתן צו הורות על ידי בית המשפט. לכן, קביעה שצו ההורות הוא הצהרתי משמעה שההורות קיימת קודם לצו בית המשפט מכוח הסכמת הצדדים. למותר לומר כי "הורות הסכמית" אינה מוכרת בדין ואינה מתיישבת עם ההסדרים המשפטיים של הדין הישראלי בנוגע להורות שאינה גנטית-ביולוגית. כעולה מהוראות חוק האימוץ וחוק הפונדקאות, כינון יחסי הורות אינו ענין להסכמה גרידא בין פרטים אלא מותנה בצו שיפוטי ובמנגנוני פיקוח ובקרה שנועדו להבטיח הגנה על זכויות כל המעורבים, ובעיקר על זכויות היילוד. מטעמים של טובת היילוד ותקנת הציבור קיימת חשיבות לכך שהליך ההכרה בהורות מעין זו יעבור את כור ההיתוך של בית המשפט, לרבות מנגנוני הבקרה המקצועיים המעורבים בהליך כזה.

ניתן אפוא לומר כי הכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה - על כל הזכויות ובעיקר החובות הכרוכים בה, כמו גם השלכותיה על זכויות היילוד - היא ענין 'רציני מדי' מכדי להותירו אך להסכמה בין הצדדים... (בע"מ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקאות 12-13 (24.1.2019)).

3. כאמור, אני שולל קביעת תחולה רטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי בנסיבות מתאימות, אך 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 (בג"ץ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לו(2) 1, 13 (1982); בג"ץ 3081/95 ד"ר רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית, פ"ד נ(2) 177, 186-187 (1996)). 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.

4. כפי שצינתי בענין פלונית לעיל, המצב בו צו הורות ותנאיו אינם מעוגנים בחקיקה, אינו מניח את הדעת. מצב זה גם מעורר קושי עיוני לא מבוטל, ומן הראוי כי הזכות לצו הורות בנסיבות הנדונות, ותנאיה, יזכו להסדר חקיקתי הולם, כפי שהדבר נעשה בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 ובחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, המוכר בשם חוק הפונדקאות.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מצטרף לתוצאה שאותה מציע חברי השופט נ' הנדל, שלפיה דין הערעורים שלפנינו להידחות וכי תוקף צווי ההורות הפסיקתיים נושא הערעורים יהיה מיום הלידה ואילך. מצטרף אני גם לעיקרי המתווה הכללי אותו מציע חברי, בכפוף לסייג עליו אעמוד להלן, אולם דרך הילוכי שונה.

1. בבקשות הרשות לערער שלפנינו ביקש היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועץ) להשיג על פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים, בהמשך לפסיקות בתי המשפט לענייני משפחה, שהורו כי תוקפם של צווי הורות פסיקתיים שניתנו לבנות זוגן של

אימהות ביולוגיות לקטינים שנולדו במסגרת הקשר הזוגי ביניהן יהיה מיום הלידה ואילך. כפי שציין היועץ בבקשות מטעמו, הערכאות השיפוטיות שנדרשו למתן צווי ההורות הפסיקטיים בנסיבות מעין אלו, קרי: בעניינם של קטינים שנולדים למערכת זוגית לסבית כאשר אחת האימהות היא בעלת הזיקה הגנטית לילד (תוך שימוש בתרומת זרע), נחלקו בעמדותיהן לגבי מהותו של הצו – אם הצהרתי הוא, אם מכונן. רוב רובם של המותבים היושבים בבתי המשפט לענייני משפחה מצאו כי צו ההורות המבוקש הוא במהותו צו דקלרטיבי, המצהיר על יחסי ההורות הקיימים ממילא בין אותן נשים לבין הקטינים ולכן הורו כי תחולת הצו תהא ממועד הולדת הקטין (ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א 16260-08-17 ט.ב.נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 105 ואילך (9.6.2018) (כב' השופטת א' אילוטוביץ' סגל); תמ"ש (משפחה פ"ת) 18565-12-17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיפים 63-65 (7.1.2018) (כב' השופטת י' גרינוולד-רנד); תמ"ש (משפחה י-ם) 48824-01-17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 22 ואילך (29.11.2017) (כב' סגן הנשיא נ' פלקס); תמ"ש (משפחה חי') 1951-03-17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה, סעיף 11 (28.9.2017) (כב' השופטת הבכירה ש' ברגר; פסק הדין שעליו הוגש הערעור נושא בע"ם 3162/19); תמ"ש (משפחה ת"א) 27235-09-16 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 5 (1.3.2017) (כב' השופטת ת' סנונית פורד); תמ"ש (משפחה חי') 57390-09-16 ע.ב.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה, סעיף 12 ואילך (30.1.2017) (כב' השופטת ה' גורביץ' שינפליד); תמ"ש (משפחה ת"א) 19776-02-16 ש.ס. נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים – תל אביב, סעיף 21 (18.12.2016) (כב' השופט י' אליהו); תמ"ש (משפחה ת"א) 41067-04-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פרק ב (1.12.2016) (כב' סגן הנשיא נ' שילה; פסק הדין שעליו הוגש הערעור נושא בע"ם 5544/18); תמ"ש (משפחה חד') 19291-12-15 פלוניות נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה, סעיף 23 (18.4.2016) (כב' השופט ט' פפרני). לקביעות שונות ראו: תמ"ש (משפחה פ"ת) 14023-02-19 ט.ב.נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיפים 17-18 (9.1.2020) (כב' השופטת נ' גדיש); תמ"ש (משפחה פ"ת) 8184-07-16 ד.ס.ג.נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 9 ואילך (18.12.2016) (כב' השופטת ע' בן דב ג'וליאן) (להלן: תמ"ש 8184-07-16)).

2. בערעורים שהגיש היועץ המשפטי לממשלה על חלקם הארי של פסקי הדין האמורים, נחלקו עמדות שופטי בתי המשפט המחוזיים באשר לאופיו ומהותו של הצו אולם ברוב המקרים נפסק כי צו ההורות הפסיקטי במקרים האמורים הוא צו מכונן, קרי: כי הצו השיפוטי הוא שיוצר את קשר ההורות (ראו למשל עמ"ש (מחוזי ת"א) 41143-01-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' הדס (10.6.2018) (כב' סגני הנשיא י' שנלר וק' ורדי,

נגד דעתה החולקת של השופטת ע' רביד) (להלן: עמ"ש 41143-01-17; עמ"ש (מחוזי חי') 28901-03-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (24.5.2018) (כב' השופטים ע' ורבנר וח' שרעבי, נגד דעתו החולקת של השופט ט' ג'וסי); עמ"ש (מחוזי מר') 60269-01-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' סול, סעיף 23 (26.6.2017) (כב' השופטים מ' ברנט, ו' פלאוט וצ' ויצמן) (להלן: עניין סול)). בצד האמור, בכל אותם מקרים הוסיפו בתי המשפט וקבעו כי לבית המשפט נתון שיקול דעת להורות על תחולה רטרואקטיבית של הצו למועד הלידה והלכה למעשה, ובאופן עקבי – כך הורו בתי המשפט. למעשה, לא הוצג לפנינו מקרה אחד שבו נקבע בפסק דין חלוט כי מועד תחולתו של צו הורות פסיקתי במקרים מן הסוג שלפנינו יהיה ממועד הינתנו ואילך (לפי התמונה העולה מכתבי הטענות ופסקי הדין המוזכרים בהם, המקרה היחידי שבו נקבעה תחולתו של צו הורות מן הסוג שלפנינו ממועד הינתנו ואילך היה בהחלטת בית המשפט לענייני משפחה בתמ"ש 8184-07-16, ואולם ערעור האימהות באותו מקרה התקבל על ידי בית המשפט המחוזי ועל כן גם לגבי הצווים שם בסופו של דבר נקבעה תחולה רטרואקטיבית למועד הלידה; ראו עניין סול, סעיף 28).

3. פסק הדין המרכזי שניתן בבתי המשפט המחוזיים בסוגיה זו הוא בעניין סול, שאיגד את הדיון ב-9 ערעורים שהוגשו על פסיקות בתי המשפט לענייני משפחה, שקבעו כי צווי ההורות שהתבקשו באותם הליכים יחולו ממועד הלידה של הקטין (פרט למקרה אחד). באותו עניין, פסק בית המשפט המחוזי כי ככלל צו ההורות בנסיבות מעין אלו שלפנינו יחול מיום הינתנו, אולם בית המשפט רשאי, בגדרי שיקול הדעת המסור לו, להקדים את מועד תחילת הצו למועד הולדת הקטין. נקבע כי הסמכות להקדים את מועד תחולת הצו למועד הלידה "תהא סמכות רחבה ומסגרת השיקולים אותם ישקול בית המשפט תהא פתוחה" וזאת בהינתן שטובת הקטין וטובת התא המשפחתי כולו היא ככלל בהחלט הצו למן מועד הלידה (שם, סעיף 23). בין השיקולים שנמצא שיש לשקול בהחלטה על מועד תחולת הצו מנה בית המשפט את מועד הגשת הבקשה והזמן שחלף מהלידה ועד הגשתה; אופן קבלת ההחלטה על ההורות (אם עסקינן בהחלטה משותפת של ההורים המיועדים או אם מדובר במקרה שהורה אחד הצטרף לרצונו של השני במהלך ההליך); וטובת הקטין – העומדת בראש השיקולים. מתווה זה, כך נפסק, מאזן בין הבדיקה הזהירה הנדרשת בבואו של בית המשפט לכוון יחסי הורות בהעדר זיקה גנטית מחד גיסא, לבין הבטחת טובת הילד מקום שבו עסקינן בזוגיות אמיתית והסכמה להורות משותפת, והשוואתה להורות שבה הזיקה הגנטית היא לשני בני הזוג, מאידך גיסא.

4. על פסק הדין בעניין סול לא הוגשה בקשה למתן רשות ערעור מטעם היועץ המשפטי לממשלה, ואולם בבקשות שלפנינו, המשיגות על פסקי דין שבהם יושמו

בעיקרם העקרונות שנקבעו באותו עניין (לשיטת היועץ, באופן שגוי), מבוקש כי נקבע אמות מידה מחמירות יותר מאלו שנפסקו בו להקדמת תחולת צו ההורות הפסיקתי למועד לידתו של הקטין, כך שיעלו בקנה אחד עם המדיניות שהוצגה על ידי היועץ (שעברה מאז תמורות לא מעטות, ובעניין זה ראו הפירוט בפסקאות 3 ו-7 בחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל). בתמצית וכפי שתיאר חברי, גישת היועץ היא כי צו ההורות הפסיקתי בענייננו מכונן את קשר ההורות ממועד הינתנו ואילך. יחד עם זאת, לעמדתו, מקום שבו מתמלאים התנאים המהותיים למתן צו הורות פסיקתי, ניתן להחיל את צו ההורות הפסיקתי ממועד הלידה אם הוגשה הבקשה בסד זמנים מוגדר, אשר לגבי משכו השתנתה עם הזמן עמדת היועץ המשפטי לממשלה (יועץ כי התנאים המהותיים, ובהם תנאים הנוגעים למשך הזוגיות והכוונה המשותפת להביא ילד לעולם, אינם עומדים לבחינה בהליך דנן. ראו הצוות המקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי מסקנות והמלצות 14-38 (2018) (להלן: המלצות הצוות המקצועי); כפי שמציין היועץ, המלצות אלו אומצו במלואן על ידי שר הרווחה ביום 10.2.2019 (סעיף 57 לבקשה בבע"ם 3612/19)). לפי עמדתו העדכנית בהודעה מיום 2.11.2020, אם הבקשה למתן צו הורות הוגשה בפרק הזמן של 180 ימים ממועד הלידה (תוך מתן אפשרות להגשתה 60 ימים לפני הלידה, ראו בע"ם 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.6.2020) (להלן: בע"ם 9182/18)), תתאפשר הכרה רטרואקטיבית בקשר ההורי למן מועד הלידה. אם הוגשה הבקשה בחלוף אותו פרק זמן – ולעניין זה לגישת היועץ חריגה של 5 חודשים כמוה כחריגה של 5 שנים – על בית המשפט לקבוע כי תחולת הצו תהא, לפי ברירת המחדל האמורה לעיל, ממועד הינתנו.

5. כפי שצינתי בהחלטתי בבע"ם 3162/19 מיום 18.7.2019, אני סבור כי הבקשות דנן מעוררות שאלה משפטית עקרונית הן בנושא מהותו ומעמדו של צו ההורות הפסיקתי, אם הצהרתי הוא, אם מכונן, הן בנושא השיקולים הרלוונטיים לצורך קביעת מועד תחולת הצו במקרים שבהם נקבע כי הצו הוא מכונן (השוו לעמדתו של חברי השופט מ' מזוז בהחלטה בבע"ם 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (24.1.2019) שהובאה בדן יחיד). בבע"ם 3518/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (3.2.2020) (להלן: בע"ם 3518/18), נדונה שאלה קרובה לענייננו, לגבי אופיו של צו הורות פסיקתי הניתן במסגרת הליכי פונדקאות חו"ל לבן הזוג של ההורה בעל הזיקה הגנטית לילד, קרי: להורה המיועד שלא תרם זרע או ביצית לעובר שנשאה הפונדקאית, לצד שאלת תחולתו הרטרואקטיבית. באותו עניין נמצא כי 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' (שם, פסקה 9 לפסק דינו של השופט נ' הנדל). לפיכך נמצא כי צו ההורות הניתן בנסיבות אלו

להורה שאינו בעל הזיקה הגנטית ליילוד מכונן את מעמד ההורה מכאן ואילך, וכי תוצאה זו – שמכפיפה את ההכרה בהורות להליך "כינון" שיפוטי שבו נדרש בית המשפט לתת את הדעת על טובת הילד – מתבקשת נוכח הזהירות שיש לנקוט בהגדרת הורות על בסיס זיקה לזיקה (שם, פסקה 10; על פסק הדין בבע"מ 3518/18 הוגשה בקשה לדיון נוסף, דנ"א 1297/20, שטרם הוכרעה).

6. בחוות דעתו הנוכחית מציין חברי השופט נ' הנדל כי השאלה הנוגעת לאופי צו ההורות הפסיקתי במקרים שלפנינו הוכרעה בבע"מ 3518/18 וכי נקודת המוצא לדיון היא כי צווי ההורות נושא ההליכים דנן מכוננים את ההורות יש מאין (פסקאות 8-9; וראו גם דבריו בבע"מ 9182/18, פסקה 3). סבורני כי למצער בסוג המקרים הנדונים כאן, הנחה זו אינה חפה מקשיים (וראו גם עמדת המדינה בבג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פסקה 34 (26.7.2020) (להלן: עניין צור-וייסלברג)). להבדיל מן המקרים שנדונו בבע"מ 3518/18 (ומבלי שאביע עמדה לגבי הקביעות בעניינם, בהינתן הליך הבקשה לדיון נוסף התלויה ועומדת לפני בית משפט זה), בענייננו בת הזוג של האם הביולוגית אינה מבקשת להכיר בזיקתה ליילוד חלף גורם אחר, ולכן המניעה שעלולה לקום כתוצאה מהכרה בשלושה הורים בו זמנית – אינה מתקיימת. אבאר.

7. הליך הפונדקאות, מערב מטבעו צד שלישי, האם הנושאת, באופן שיכול ליצור – בהתאם לדין הפרטני החל עליו – זיקה בינה לבין היילוד, שאותה יש לנתק בטרם מתן צו ההורות להורים המיועדים (בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 8(ב) (1.4.2015) (להלן: בע"מ 1118/14); בע"מ 3518/18, פסקה 15 לפסק דינו של השופט נ' הנדל). להבדיל, במקרה הטיפוסי בענייננו, קרי: קטין שנולד במסגרת החלטה משותפת של בנות זוג להקים תא משפחתי תוך שימוש בתרומת זרע – אין זה נדרש לנתק את הקטין מצדדים אחרים שיש להם זיקות של הורות ביחס אליו, או במילותיו של חברי "לשלול את קיומן של זיקות הוריות מתחרות כלפי היילוד" (שם, פסקה 14). מאותו הטעם יש קושי בהשוואה להסדר הקבוע בהליכי אימוץ ילדים, שבגדרו מנותק הקשר בין המאומץ לבין הוריו הביולוגיים וצו האימוץ "מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו" (סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981). בשונה מהליכי אימוץ, ההכרה בבת הזוג של האם בעלת הזיקה הגנטית כאם הקטין אינה דורשת כאמור ביטול זיקה להורה אחר (שהרי לתורם הזרע במקרים אלה אין מעמד משפטי ביחס לקטין, ראו גם בג"ץ 4645/18 פלונית נ' שר הבריאות, פסקה 3 (13.2.2019)), ואין מי שתופס במקומה את "החלל" שאותו היא ממלאת עבור הקטין מיום הולדתו, ושבו היא מבקשת הכרה.

8. כך גם איני סבור שהשיקול בנוגע ל"מידת הזהירות" שיש לנקוט בכל הנוגע להכרזה משפטית על הורות (וראו עניין סול, סעיף 23) מוביל מניה וביה למסקנה כי מהות הצו בענייננו היא מכוונת ולא דקלרטיבית. לעניין זה ניתן להקיש ממקרים שבהם פונים בני זוג להכרה משפטית בהם כידועים בציבור לצורך הנאה מזכויות המוענקות להם על ידי צד שלישי מכוח הקשר האמור (דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" 50 פד דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 519, 525-527 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)). אכן, באותם הליכים משפטיים נבחנת השאלה אם מתקיימים התנאים הקבועים בדין הרלוונטי להגדרתם של בני הזוג כידועים בציבור ובגדרי כך יתכן שבית המשפט ידרש לניתוח ראיות ועדויות רלוונטיות. ברם, התוצאה של ההכרעה השיפוטית בהליכים אלה – אם נמצא על ידי בית המשפט כי התנאים האמורים מתקיימים – היא מתן סעד הצהרתי בדבר קיומו של הקשר האמור, שחל ממועד תחילת הקשר כפי שנקבע על בסיס התשתית העובדתית בתיק (ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלד, פ"ד טז 102, 111 (1962)). כלומר, אפילו הייתה מחלוקת בין בני הזוג בשאלה אם מתקיימים ביניהם קשר של ידועים בציבור, ההכרעה לגבי קיום הקשר האמור בין בני הזוג והמועד בו החל אינה מכוונת אותו ממועד הפסק ואילך, אלא יש בה כדי להצהיר על מציאות קיימת.

9. לצורך בחינה זו ניתן ללמוד גם מן ההסדר החל בהתייחס לסמכות השיפוטית להצהיר על יורשיו של אדם על פי דין לפי סעיפים 66 ו-69(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. הצו שמוציא מלפניו רשם הירושה (או בית המשפט) אינו זה שמכונן את זכות הירושה כי אם תכליתו לתת תוקף משפטי למצב עובדתי קיים בפועל, הנוגע לעמידתם של היורשים בהוראות הדין הרלוונטיות. הצווים השיפוטיים במקרים אחרונים אלה – גם הם בעלי השלכות משמעותיות לא פעם – נדרשים לשם הוכחת הזכות בלבד, ולא כדי שהזכות תבוא אל העולם (ע"א 3459/94 I.P Enterprises Inc. נ' מילון בע"מ, פ"ד נב(1) 273, 280 (1998); ע"א 62/50 גוטוטר נ' פרידמן, פ"ד ז 746, 751 (1953); שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך ג 29 (2002); גד טדסקי "היורש הנחזה" עיוני משפט יג 9, 10 (1988)). ודוק: אין דין ההכרה בבני זוג כידועים בציבור או בפלונים כיורשים כדין ההכרה בקשר הורי, המערבת מטבע הדברים את הצורך להגן על עניינם של קטינים, על כל המורכבות הנובעת מכך (ובעניין זה ראו התנאים המהותיים שבהם נדרשות בנות זוג לעמוד בגדרי צו ההורות הפסיקתי, אשר אינם עומדים לבחינתנו בהליך דנן). ברם, ההשוואה האמורה נועדה להראות כי ההשלכות שיכולות להיות להכרה משפטית בקשר הידועים בציבור או בזכויות היורשים בעיזבון, במקרים מסוימים כלפי צד שלישי מסוים ובמקרים אחרים כלפי כולי עלמא, שאינן מבוטלות כלל ועיקר – לא

מביאות בהכרח למסקנה כי הצו השיפוטי שניתן בגדרי הליכים אלה הוא זה שמכונן את הקשר או את הזכות, בהתאמה. אופיו של הצו השיפוטי במקרים אלה נגזר ממהות העניין, שהיא הצהרה על מצב קיים, על בסיס מערכת עובדות שהונחה לפני בית המשפט (וראו גם דבריה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור בבג"ץ 566/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493, 541 (2014) (להלן: עניין ממש-מגד): "לאחרונה ניתנים בבתי המשפט לענייני משפחה אף 'צווי הורות פסיקתיים' אם נחה דעתו של בית המשפט על יסוד הראיות המוצגות לו, כי לפניו הורות שיש לקובעה בצו" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; וראו גם המשך הדברים (בעמ' 542) לגבי טיב סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה).

10. 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. זאת ועוד, גם אם אכן נדרשת זהירות בבואנו להכיר בקשר משפטי של הורות, נוכח החובות והזכויות שהוא מקים, איני משוכנע שהובא טעם לראות בכך שיקול מכריע לקביעת אופיו של צו ההורות הפסיקתי כמכונן, בהינתן הדרישות המהותיות שבהן נדרשות בנות הזוג לעמוד בטרם תתקבל בקשתן למתן צו כאמור (ועניינן של דרישות אלו, כאמור, לא הועמד לבחינתנו).

11. לדברים אלה יש להוסיף כי במקרים שבהם משתמשים בני זוג הטרוסקסואליים הרשומים כנשואים בתרומת זרע לשם מימוש רצונם להיות הורים, האב – אף הוא נטול זיקה גנטית ליילוד – אינו נדרש להכרה בהורותו בהליך המכונן את ההורות יש מאין. הורותו – המבוססת על קשר "הזיקה לזיקה" – מוכרת ככלל על ידי מוסדות המדינה מיום היוולדו של הקטין באופן "אוטומטי" (וראו פסקאות 12-14 להלן). כפי שהסביר היועץ בהודעתו מיום 23.6.2020, לגבי זוגות נשואים שהשתמשו בתרומת זרע, ברירת המחדל היא כי בן הזוג יירשם במרשם האוכלוסין כאבי היילוד. התוצאה הנובעת מכך היא כי המציאות שבה מגדל בן הזוג (בזוג הטרוסקסואלי נשוי שהשתמש בתרומת זרע) את הקטין מיום היוולדו, מקבלת תוקף משפטי ממועד הלידה ללא צורך בהליך שיכונן את קשר ההורות. לעומת זאת, כאשר עסקינן בבנות זוג לסביות שהשתמשו בתרומת זרע, נדרשת בת הזוג שאין לה זיקה גנטית ליילוד לנקיטת הליך משפטי, אשר הצו שיתקבל בגדרו, לפי גישת היועץ, יהיה זה שיכונן את מעמדה ביחס לקטין. מבלי שאקבע מסמרות בטענות שהועלו לגבי אי השוויון ביחס לעצם הדרישה כי בנות זוג לסביות ינקטו הליך

משפטי שונה לצורך הכרה בהורותן (שנדחו בפסק הדין בעניין צור-וייסלברג, ושעליו תלויה ועומדת בקשה לדיון נוסף, ראו דנג"ץ 5591/20), התוצאה היא שכאשר עסקינן בקשר הורות מכוח "הזיקה לזיקה" במצבים של שימוש בתרומת זרע, אין הכרח – מבחינת תמונת ההסדרים הקיימים – כי ההכרה המשפטית בו תיעשה בהליך המכונן את הקשר, להבדיל מהליך שמשמעותו הצהרה על קיום הקשר ממועד הלידה ואילך.

12. חברי השופט נ' הנדל מתייחס לטענה זו שהועלתה מצד המשיבות לפנינו, שלפיה ההסדרים השונים החלים לעניין ההכרה בהורות כלפי זוגות הטרוסקסואליים, למצער נשואים, שהשתמשו בתרומת זרע (בגדרי הליכי הרישום) לבין בנות זוג לסביות (במתכונת צווי ההורות הפסיקטיים) מפלים את האחרונות. בחוות דעתו ציין חברי בנושא זה כי "בהליכים הנוכחיים ניצבת על הפרק שאלת ההורות בדין המהותי, וכבר נקבע כי מהות לחוד ורישום לחוד, וכי 'הכללים התוחמים את שיקול דעתו של פקיד המרשם' – ומונעים ממנו להידרש לשאלות משפטיות מהותיות – 'חלים גם על פרט ההורות' (פסקה 14 לחוות דעתו). ואכן אין אני חולק על הבחנה זו המבוססת היטב בפסיקתנו. בצד האמור אני רואה להבהיר כי על פי חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, רישום פרטי ההורות – להבדיל מפרטים אחרים – נושא עמו ערך הוכחתי והוא נחשב ראיה לכאורה לאמיתות תוכנם של פרטים אלה (סעיפים 2-3 לחוק זה). ככזה, אין למעט מחשיבות הרישום להליכים שונים, וכפי שצוין בפסיקתנו "עשויה להיות לו השלכה הוכחתית לצורך ענייני ירושה, אפטרופסות, אימוץ ילדים, ועניינים נוספים" (בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים, פסקה 11 (9.8.2010); בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פ"ד סד(3) 807, 841 ו-869 (2011) (להלן: עניין ויס)).

13. בעניין מחט-מגד שחברי מפנה אליו, שנגע לרישום הורותו של מי שלא היה בעל זיקה גנטית ליילוד, חויב פקיד המרשם לרשום את פרט ההורות על בסיס תעודה ציבורית מסוג פסק זר, בין היתר נוכח המסקנה כי לא בידיו ההכרעה בסוגיות החברתיות שעמדו שם על הפרק, ובשים לב לכך שבאותם מקרים לא היה יסוד להניח כי התעודות שהוצגו היו חסרות תוקף במקום נתינתן (שם, בעמ' 529-531; וראו גם בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 375-377 (2000)). בצד האמור, ציינה באותו עניין המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור כי "טוב יעשו ההורים המעוניינים בכך אם יסירו כל ספק בנוגע אליהם מבעוד מועד באמצעות הליך פורמלי של קביעת הורות משפטית בבית המשפט לענייני משפחה" (שם, בעמ' 534), אולם קבעה כי הפנייה להליך זה היא בגדר אפשרות המסורה להורים ולא תנאי לרישום (שם, בעמ' 541; השוו לעמדתו של השופט י' דנציגר, בעמ' 571-572). וכך המשיך והסביר השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן:

"מסכים אני כי פנייה לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שייתן סעד הצהרתי המכיר בקשר ההורות, יכולה להבטיח כי לא יתעוררו בהמשך קשיים שונים הנוגעים לזיקה ההורית לילד. ברי כי עקרון זה נכון בכל הליך של רישום הורות. אף בני זוג הנרשמים כהורי הילד מכוח לידה בישראל נבנים על החזקה הקבועה בדין כי הרישום הוא ראיה לאמיתות תוכנו, וכל זמן שלא ניתן סעד הצהרתי המצהיר על ההורות, יכולות להתעורר בהליכים שונים (דוגמת הליכי מסירה לאימוץ, הליכי משמורת וגירושין) טענות שונות הנוגעות לעניין ההורות. משמע, הפנייה לקבלת סעד הצהרתי המעיד על הורות, הפתוחה לפני כל זוג באשר הוא, נועדה להבטיח כי הסטטוס המשפטי של ההורות לא יעורר קשיים בהמשך. 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; וראו גם דברי השופטת ע' ארבל בעניין ויס: "מובן אמנם כי זכויותיו האזרחיות של קטין (כגון מזונות, ירושה, וכדומה) נגזרות מהאמור במרשם לגבי זהות אביו, אך אין נפקות הדבר כי לא ניתן לערער על אמיתות האמור במרשם מקום שעולה הצורך" (שם, בעמ' 869)).

14. לפיכך, אף בראי הדברים שנפסקו בעניין ממש מגד, ערכו ההוכחתי המסוים של רישום פרט ההורות במרשם האוכלוסין בעינו עומד. ובענייננו: רישומם של אבות לילדים שנולדו כתוצאה משימוש בתרומת זרע כאשר עסקינן בהורים הטרוסקסואליים נשואים הוא ככלל ממצה מבחינת ההליך הנדרש להכרה בקשר ההורי בין האב נטול הקשר הגנטי לבין היילוד, ולא נדרשת, ברגיל, הבאת הנושא לפני ערכאה שיפוטית. משאלה הם פני הדברים, איני סבור כי יש בהפרדה בין הדין המהותי לבין הליכי הרישום, הרלוונטית כאמור בהיבטים או בתרחישים מסוימים, כדי לתת מענה מספק לטענות המשיבות בענייננו.

15. מכל מקום, כאמור על עצם הדרישה כי בנות זוג לסביות שהשתמשו בתרומת זרע ינקטו הליך משפטי להכרה בהורות האם שאינה בעלת זיקה גנטית נסבה העתירה בעניין צור-וייסלברג (וראו כאמור דנג"ץ 5591/20, התלוי ועומד לפני בית משפט זה). בהליך כאן טיעון זה רלוונטי בעיקר במישור תחולת ההכרה בקשר ההורי. כלומר, גם בהינתן נקודת המוצא שלפיה נדרשות בנות זוג להגיש בקשה לצו הורות כדי להכיר בהורות האם שאינה בעלת זיקה גנטית – קבלת גישת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה הצו הוא שמכונן את ההורות ועל כן נפקותו היא ככלל מיום הינתנו ואילך, מעוררת קושי בהיבט הפגיעה בשוויון. כך, כאשר נעשה השימוש בתרומת זרע על ידי זוגות

הטרוסקסואליים נשואים, ההכרה בהורותו של בן הזוג נטול הזיקה הגנטית, בגדרי הליך הרישום, היא ממועד הלידה, להבדיל מתוצאת מתן צו ההורות הפסיקתי לפי גישת התחולה המכוננת. אשר על כן אני סבור כי ההסדרים השונים להכרה בהורותם של בני זוג המשתמשים בתרומת זרע, מציבים קושי נוסף בפני העמדה כי במהותו צו ההורות הפסיקתי מכונן את הקשר ההורי.

16. אעיר בנוסף, כי להבדיל מחברי השופט נ' הנדל, אני סבור כי מתקיימת שונות עובדתית רלוונטית לעניין כינון ההורות בין הקטגוריה שלפנינו לבין זוגות הטרוסקסואליים המשתמשים בתרומת זרע לשם הבאת ילדים (שם, פסקה 14). להשקפתי, אימוץ "חזקת הזיקה הביולוגית" שעליה מבוססת עמדתו, ה"מאפשרת להניח שהגבר הוא אביו הביולוגי של היילוד, כך שהורותו אינה טעונה כינון", מקום שבו לאמיתו של דבר ההורות היא תוצר של שימוש בתרומת זרע, חורגת מגבולות ההכרה בהורות כפי שעוצבו בפסיקתנו (בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקאות 7 ו-8(ד) (1.4.2015) (להלן: בע"מ 1118/14); ובמאמר מוסגר אציין כי בעניין זה עלול לקום קושי בהכרה ב"חזקה" כאמור לזוגות הרשומים כנשואים בלבד). כפי שציין חברי בבע"מ 1118/14, השימוש בתרומות זרע הוא אחד מהליכי הטכנולוגיה המתקדמת המאפיינת את התקופה הנוכחית, שבו – בשונה מהולדה "טבעית", נוסף לדרך ההולדה גורם שלישי המסייע להורים המיועדים "באלמנט החיוני החסר להם מבחינה ביולוגית להבאת צאצא לעולם, והוא יוצא מן התמונה לאחר השלמת חלקו בהליך" (שם, פסקה 7). במקרים אלה, כך צוין באותה פרשה, מוכרים שני בני הזוג כהוריו של היילוד: האחד מכוח זיקתו הגנטית ליילוד, "והשני כנגזרת מהקשר הזוגי שבינו לבין ההורה הגנטי", היא "הזיקה לזיקה" (שם, פסקה 8(ד)). בהמשך לאמור, כאשר הבאת ילד מבוססת על חומר גנטי שאינו של שני בני הזוג אלא רק של אחד מהם, אני מוצא טעם עובדתי ענייני להבחין בין אב שהוא בן זוגה של האם היולדת לבין אם שהיא בת זוגה של האם היולדת (וראו גם בע"מ 3518/18, פסקה 10; עניין צור-וייסלברג, פסקה 7 לחוות הדעת של השופט נ' הנדל). מעבר לכך, אני סבור כי חזקה זו כשלעצמה עשויה להיות בעייתית מקום שבו היא נועדה להצדיק הבחנה בין תחולת ההכרה בהורותו של בן הזוג נטול הזיקה הגנטית כאשר מדובר בזוגות הטרוסקסואליים נשואים שהשתמשו בתרומת זרע לבין מועד תחילת ההכרה בהורותה של בת הזוג שאינה בעלת זיקה גנטית כאשר מדובר בבנות זוג לסביות, משום שיש בה כדי ליצור "היררכיה" בין "מידת הזיקה" המאפשרת הכרה בהורות בן הזוג לאם הגנטית לבין "מידת הזיקה" הנדרשת להכרה בהורותה של בת הזוג – מקום שבו, כאמור, מצבם זהה (ראו והשוו עניין ממט-מגד, בעמ' 549 ו-569-570; 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 6-7 לחוות דעתי (27.2.2020).

17. ממכלול הטעמים שעליהם עמדתי, אני סבור כי קיים קושי בקבלת הגישה שלפיה צווי ההורות הפסיקתיים בענייננו נושאים אופי מכונן. אולם כפי המובהר להלן אני סבור כי יש לקבוע מסמרות בשאלה זו כדי להכריע במחלוקת העומדת לפנינו. מבלי לגרוע מן האמור, אני סבור כי מתקיימים טעמים כבדי משקל הנוגעים לטובת הילדים, המצדיקים קביעת הסדרים ברורים בעניין מועד הגשת הבקשה לצו הורות פסיקתי באופן שיביא להסדרה משפטית של קשר ההורות במועד מוקדם ככל הניתן. יפים לעניין זה דבריה של השופטת ע' רביד מבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו:

"לטעמי, לפתרון סוגיה זו, אין צורך בשימוש במושגים 'מכונן' ו'הצהרתי', [...] ובמידה מסוימת הפתרון שנוצר תוך שימוש במונח אלה (מכונן והצהרתי) יוצר קושי לוגי, שהרי מה משמעות היות הצו 'מכונן' סטטוס של הורות, כאשר הוא מופעל למועד מוקדם יותר ו'יוצר' ו'מכונן' הורות גם בשלב מוקדם ל'כינון'? לפיכך, נראה שיש לבחון את הדברים כפשוטם ולהחליט האם יש סיבה למנוע מזוגות חד מיניים את ההכרה בצו הורות מרגע הלידה, גם כאשר עברו בהצלחה את שלב צו ההורות הפסיקתי [...]. [...] יש אינטרס ראשון במעלה לכל הנוגעים בדבר (הקטין, בן הזוג והחברה) לצמצם ככל הניתן את התקופה בה ההורה עליו מוחל הצו לא ייחשב כהורה של הקטין" (עמ"ש 41143-01-17, בעמ' 16-17).

18. אכן השיקול בדבר טובת הילד הוא השיקול המוביל בבחינת הכללים להסדרת נושא תחולתם של צווי ההורות הפסיקתיים. הנחת המוצא היא כי טובת הילד מחייבת להבטיח התאמה בין מציאות חייו לבין הסטטוס המשפטי של המגדלים אותו, בשלב מוקדם ככל האפשר של חייו (ראו המלצות הצוות המקצועי, בעמ' 14). לשם הגשמת עקרון זה נדרש כי הליך ההכרה בהורות יינקט סמוך ככל האפשר ללידתו של הילד. דומה שמטעם זה מצאו בתי המשפט המחוזיים להורות כי צווי ההורות שניתנו בהליכים שנדונו לפנייהם יחולו רטרואקטיבית מיום הלידה באופן גורף (ראו פסקאות 2-3 לעיל).

19. מתן תוקף לקשר ההורות באמצעות הצו משמעה יצירת קביעות ויציבות בחייו של הילד מבחינה משפטית. יש בו כדי לעגן את החובות החוקיות שמקבל על עצמו ההורה שאינו בעל קשר גנטי כלפי הילד ולהשוות את מצבו למי שזיקתו לשני הוריו היא גנטית. הסדרת קשר ההורות מוקדם ככל הניתן במקרים אלה חשובה אפוא מטעמים של

ודאות משפטית, שמקבלים משנה תוקף במציאות המורכבת המאפיינת לא פעם תאים משפחתיים באשר הם, ובכלל זאת בהינתן סכסוכים עתידיים שעלולים להתגלע בנוגע למעמד מי מההורים כלפי הילד, ואתגרים נוספים שנסיבות החיים עשויות לזמן (ראו והשוו עניין מוט-מגד, בעמ' 543). זאת ועוד, כפי שציין חברי (בפסקה 11 לחוות דעתו) לכינון ההורות ממועד הלידה ערך נפשי וסמלי. הוא משקף הכרה ממסדית בבחירתן של בנות הזוג להביא ילד לעולם, פרי אהבתן. יש בו כדי להכיר בדרך המשותפת שעברו (הכרוכה לא פעם בהליכים רפואיים לא פשוטים) על מנת לממש את רצונן להקים משפחה ולגדל ילדים יחדיו, המוגשם במועד הלידה – הן עבור האם היולדת, הן עבור האם בת זוגה.

20. למעשה, דומה שאין מחלוקת כי טובת הילדים צריכה להנחות את הסדרת נושא מועד תחולת צווי ההורות הפסיקתיים העומדת לפתחנו, אלא שכל אחד מן הצדדים סבור כי שיקולים אלה מובילים לעיצוב כלל שונה. בעניין זה מצטרף אני לטעם השני שציין חברי השופט נ' הנדל בחוות דעתו שלפיו כלל המאפשר הכרה בתחולה רטרואקטיבית רק לצווי הורות שהתבקשו בסמיכות ללידה במטרה לעודד הסדרה מהירה של מעמד הילדים משרת את טובת הילד – במישור הכללי והפרטני כאחד (שם, פסקה 12). לפיכך, מסכים אני לתוצאה המוצעת על ידו שלפיה יש לתחום את ההכרה הרטרואקטיבית בצווי ההורות בענייננו כך שזו תתאפשר – ככלל – מקום שבו הוגשה הבקשה בפרק הזמן של 9 חודשים לאחר הלידה. כן מצטרף אני להוראות המעבר המוצעות על ידו, המתבקשות לדעתי גם בשים לב לכך שהמלצות הצוות המקצועי לא פורסמו (גם נכון למועד זה) על ידי גורם ממשלתי וכך גם לא הוצגו נהלים ברורים המסדירים את הליך מתן צו ההורות הפסיקתי והתנאים לקבלתו (בהמשך להמלצות הצוות המקצועי) באופן המקשה על הפונות להליך זה להיערך לנקיטתו (ראו והשוו עניין מוט-מגד, בעמ' 538 ובעמ' 568-569).

21. בצד האמור, להשקפתי, בבואנו לעצב את גבולותיה של ההכרה בתחולה רטרואקטיבית של צווי ההורות הפסיקתיים, יש לתת את הדעת למציאות שתוארה, ולתוצאה שמתקבלת במצב הנוכחי, שלפיה הורותן של אימהות נטולות זיקה גנטית לילדיהן – תוכר רק ממועד מתן הצו (לפי ברירת המחדל שעליה עומד היועץ, במקרים שבהם הבקשה הוגשה בחלוף פרק זמן מוגדר לאחר הלידה), ואילו הורותם של אבות נטולי זיקה גנטית לילדיהם (בשל שימוש בתרומת זרע) זוכה להכרה ממועד לידתם כברירת מחדל "אוטומטית" (כשההורים רשומים כנשואים). בהקשר זה, קביעת כלל "סגור" (כגישת היועץ) לגבי דרישת מועד הגשת הבקשה כתנאי בלעדיו אין להחלה רטרואקטיבית של צו ההורות יכולה להביא לתוצאה קשה של דחיית ההכרה בקשר ההורי בנסיבות חריגות – שאת טיבן, מטבע הדברים, לא נוכל לצפות בשלב זה – שבהן ראוי

היה להכיר בו מיום הלידה חרף האיחור בהגשת הבקשה. שלילה מוחלטת של שיקול דעתן של הערכאות השיפוטיות בשאלת התחולה הרטרואקטיבית של הצווים במקרים יוצאי דופן אלה, עלולה לגרום עוול לא מבוטל לצדדים המעורבים, ולהותירם ללא מענה לאילוצים ולצרכים החריגים שנסיבות החיים מביאות עמן (ראו והשוו בר"ם 6612/19 רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני, פסקאות 12-13 (31.12.2019); בר"ם 2340/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רמת השרון נ' וכט, פ"ד נז(3) 385, 395 (2003)).

22. אשר על כן, בצד הכלל אותו מציע חברי השופט נ' הנדל ואליו אני מצטרף, אני סבור כי יש להתיר לבתי המשפט הדנים בבקשות למתן צווי הורות פסיקטיים שיקול דעת לקבוע תחולה רטרואקטיבית של הצווים גם כאשר הוגשה הבקשה לאחר למעלה מ-9 חודשים לאחר מועד הלידה, במקרים חריגים שבהם יימצא כי תוצאה זו מוצדקת על אף האיחור בהגשת הבקשה. בכך אין כדי לגרוע מן החשיבות שעליה עמד חברי, לתמרץ בנות זוג להסדיר את מעמד הילדים מוקדם ככל הניתן. שיקול זה בא לביטוי בקביעת הכלל אותו מציע חברי. אלא שאני סבור כי בצד הכלל, יש לאפשר במקרים מתאימים לבתי המשפט לענייני משפחה להפעיל שיקול דעת לחרוג מן הכלל ולהורות על תחולה רטרואקטיבית של צווי ההורות, בגדר אמת מידה מצומצמת יותר מזו שהונחה בעניין 70. בהקשר אחרון זה ומבלי למצות יוכלו בתי המשפט לשיקול את הסיבות להגשת הבקשה למעלה מ-9 חודשים לאחר מועד הלידה, מידת האיחור ומורכבויות אחרות העשויות להצביע על טעמים מיוחדים המצדיקים להחיל את צו ההורות המבוקש ממועד הלידה חרף האיחור בהגשת הבקשה (ראו והשוו לעניין זה גם ההסדר הקבוע בסעיפים 4.10-4.9 לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה 2.2.2007 "הוספת פרטי אבי לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין" (20.6.2018), לגבי טופס הכרה באבהות שהוגש עד שלוש שנים ממועד לידת הילד, מקום שבו להורים כבר יש ילד אחד משותף הרשום במרשם האוכלוסין, שמטיל על המבקשים נטל הוכחה גבוה יותר במצבים אלה, לצורך ההכרה בהורות).

23. אסכם: בהליכים שלפנינו נדונה סוגיית תחולתם של צווי ההורות הפסיקטיים שמכוחם מוכרת כיום הורותן של בנות זוג לסביות שאינן בעלות קשר גנטי ליילוד. בעניין זה, הגם שלעמדתי אין מקום לקביעת מסמרות בשאלת סיווג הצו – כמכונן או הצהרתי – ראיתי להצטרף לתוצאה שהתווה חברי השופט נ' הנדל בשל החשיבות – בראש ובראשונה מבחינת טובת הילדים – של הסדרת מצבם המשפטי ועיגון מוסדי של הקשר לשני הוריהם בסמוך ככל הניתן למועד הלידה. בצד האמור, אילו דעתי הייתה נשמעת, היינו קובעים כי גם מקום שבו הבקשה למתן צו הורות מוגשת לאחר פרק זמן של 9

חודשים ממועד הלידה, יהיה בית המשפט מוסמך לקבוע תחולה רטרואקטיבית של הצו במקרים מתאימים, בראי קביעותיי לעיל.

ש ו פ ט

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

ניתן היום, ב' באדר התשפ"א (14.2.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט