



בבית המשפט העליון

בע"מ 8236/21

בע"מ 8606/21

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

המבקשת בבע"מ 8236/21
והמשיבה בבע"מ 8606/21: פלונית

נ ג ד

המשיבה בבע"מ 8236/21
והמבקשת בבע"מ 8606/21: היועצת המשפטית לממשלה

בקשות רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט
המחוזי בתל אביב-יפו (סג"נ ש' שוחט והשופטים ע' רביד
ו-נ' שילה) בעמ"ש 28910-05-21 מיום 31.10.2021

תאריך הישיבה: י"ח באייר התשפ"ב (19.5.2022)

בשם המבקשת בבע"מ 8236/21
והמשיבה בבע"מ 8606/21: עו"ד שמואל מורן; עו"ד נעה גלרמן-ליאל

בשם המשיבה בבע"מ 8236/21
והמבקשת בבע"מ 8606/21: עו"ד רות גורדין

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו בקשות רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (סג"נ ש' שוחט והשופטים ע' רביד ו-נ' שילה) בעמ"ש 28910-05-21 מיום 31.10.2021, בו התקבל ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב-יפו (השופטת א' אילוטוביץ' סגל) בתמ"ש 26729-03-19 מיום 21.3.2021.

הרקע לבקשות רשות ערעור

1. המבקשת בבע"מ 8236/21 היא המשיבה בבע"מ 8606/21 (להלן: המבקשת) אשר ניסתה להביא ילדים לעולם במשך שנים. משהדבר לא עלה בידה השיגה המבקשת זרע וביצית מתורמים אנונימיים וחתמה על הסכם לפיו הזרע והביצית וכל עובר שיווצר מהם יהיו שייכים לה כאשר התורמים ויתרו מנגד על זכויותיהם. כמו כן פנתה המבקשת להליכי פונדקאות בארצות הברית. ביום 10.1.2018 נולדו כתוצאה מהליכי הפונדקאות שנקטה המבקשת תאומים, בן ובת (להלן: הקטינים). לאחר לידתם, ניתן ביום 24.1.2018 פסק דין הצהרתי בבית משפט לענייני משפחה במדינת אורגון שבארצות הברית, אשר קבע כי המבקשת היא ההורה הבלעדי של הקטינים ונשללו זכויות הורות מהפונדקאית. לאחר שמשרד הפנים בישראל סירב לרשום את המבקשת כאם הקטינים, בהיעדר כל זיקה גנטית ביניהם, פנתה המבקשת ביום 12.3.2019 לבית המשפט לענייני משפחה בתביעה להכיר בה כאמם של הקטינים, בהתבסס על התעודות הציבוריות שהונפקו במדינת אורגון.

2. תחילה, ביקש היועץ המשפטי לממשלה, המשיב בבע"מ 8236/21 והמבקש בבע"מ 8606/21 (לימים היועצת המשפטית לממשלה ועל כן לשם הנוחות היא תיקרא להלן: המשיבה), לדחות את הבקשה להכרה באימהותה של המבקשת. הובהר כי הדין הישראלי אינו מאפשר ואינו מכיר בהליך של פונדקאות חו"ל במקרים שבהם לא מתקיים קשר גנטי של הורות בין הילוד לבין לפחות אחד מההורים המיועדים. הודגש כי בבחינת טובת הילד, על בית המשפט לבחון לא רק את המקרה הפרטני המונח לפניו, אלא גם את האינטרס הציבורי, לרבות טובת הקטינים בכללותם, המחייבת יצירת קשרי הורות בהתאם להסדרים החוקיים הקבועים והמוכרים בדין הישראלי. נטען כי אין מקום להכרה בדיעבד בהורות נטולת קשר גנטי או ביולוגי שלא נוצרה בהתאם למסלולים המוכרים בדין, אם לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ או החוק) ואם לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות), כאשר סוגיה כה רגישה ועקרונית של כינון הורות בדרך האמורה דינה להיות מוכרעת על ידי המחוקק.

3. לאחר דיון שהתקיים בבית המשפט לענייני משפחה ביום 1.5.2019, במסגרתו התבקשה המשיבה לבחון מתווה לפתרון עבור המבקשת והקטינים, ולאחר שהודיעה המשיבה כי היא בוחנת אפשרות של הכרה בהורות בדרך של אימוץ, בדיון שהתקיים ביום 14.7.2020 התבקשה המשיבה להודיע את עמדתה בדבר ויתור במקרה זה על חלק מהשלבים הפורמליים הדרושים למתן צו אימוץ לפי חוק האימוץ. ביום 18.8.2020 הביעה המשיבה את עמדתה על פיה לא ניתן לוותר על השלב הראשון בהליכי האימוץ

של ניתוק הקשר המשפטי בין הקטינים לבין האם הפונדקאית ותורם הזרע האנונימי (להבדיל מתורמת הביצית), בהתאם להוראת סעיף 8(א) לחוק האימוץ. כמו כן פירטה המשיבה את המתווה המשפטי המוצע על ידה במקרה זה להוצאת צו אימוץ למבקשת, ובכלל זה המלצת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק האימוץ. המבקשת מנגד עמדה על כך שיינתן לה צו הורות פסיקתי, ולחלופין מעין "צו אימוץ פסיקתי", על פי עקרונות חוק האימוץ אך תוך הכרה בפסקי הדין והתעודות הציבוריות שניתנו במדינת אורגון כתחליף לחלק מהליכי החוק.

4. בפסק דינו מיום 21.3.2021 הכיר בית המשפט בהורותה של המבקשת בדרך של מתן "צו אימוץ פסיקתי". תחילה, דחה בית המשפט את משאלתה של המבקשת להכרה בהורותה בדרך של צו הורות פסיקתי. זאת נוכח ההלכה הפסוקה על פיה לא ניתן לכונן הורות משפטית על ידי צו מסוג זה בהיעדר קשר גנטי לילוד ובהיעדר קרבה של "זיקה לזיקה", היינו קשר זוגי עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית לילוד. כמו כן, דחה בית המשפט את האפשרות לכונן הורות במקרה זה מכוח קליטת פסק דין זר בישראל, לאחר שנקבע כי לא מתקיימים בענייננו התנאים ל"הכרה ישירה" לפי הוראות חוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958. ברם, חרף האמור, החיל בית המשפט "מנגנון אימוץ מקוצר". הובהר כי חוק האימוץ קובע שתי דרכים למסירת ילד לאימוץ. האחת, על ידי חתימת ההורה הביולוגי על הסכמה לאימוץ. השנייה, בהיעדר הסכמת ההורה, בהכרזת בית המשפט על הקטין כבר אימוץ. הליך הכרזה זה מורכב משני שלבים. הראשון, ניתוק הזיקה הטבעית והמשפטית בין הקטין לבין הוריו הביולוגיים; והשני, יצירת זיקה בין הקטין לבין הוריו המאמצים. בית המשפט קבע כי בענייננו יש מקום לחרוג ממתווה האימוץ ה"קלאסי" וליישם מעין "מנגנון מקוצר" בו ניתן לדלג על השלב ראשון של ההכרזה על הילוד בר אימוץ. זאת בשים לב לכך שמדובר בתורם זרע אנונימי שהקשר עמו נותק עם השלמת המהלך אותו ביצעה המבקשת במרפאת הפריזון במדינת אורגון; בתורמת ביצית אשר על פי הדין בישראל ממילא מנותק הקשר בינה לבין הביצית; ובהליך פונדקאות שהסתיים בפסק דין שניתן בבית משפט באורגון המצהיר על הורותה של המבקשת ועל ניתוק הקשר לפונדקאית. הובהר כי במקרה זה אין הורים ביולוגיים שיש לנתק את הזיקה שלהם מהקטינים, ומשכך אין כל חשש לדלג על שלב זה.

5. באשר לשאלת כשירות המבקשת לאמץ נוכח היותה אם יחידנית, נקבע כי לאור הנסיבות המיוחדות והחריגות העומדות בבסיס המקרה, יש להכיר בהליך האימוץ של המבקשת כהורה יחידה. זאת נוכח החריג הקבוע בסעיף 25(2) לחוק האימוץ, המותיר

אפשרות לסטות מהוראות סעיף 3 לחוק המגבילות את האפשרות ליתן צו אימוץ אלא לאיש ואשתו, בנסיבות מיוחדות.

6. ביום 13.5.2021 הגישה המשיבה ערעור לבית המשפט המחוזי על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, בו נטען כי שגה בית המשפט כשיצר מנגנון חלופי ומקוצר אשר אינו מוכר בדין בדמות "צו אימוץ פסיקתי" המדלג על השלב הראשון וההכרחי של הליך הכרזת קטין כבר אימוץ. נטען כי פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה מכיר הלכה למעשה בצו הורות פסיקתי באצטלה של צו אימוץ תוך סטייה מהוראות חוק האימוץ. נטען כי יש לפעול באופן דווקני לפי השלבים השונים שמתווה חוק האימוץ, ובכלל זה יש צורך בהסכמת ההורה הביולוגי לפי סעיף 8(א) לחוק או בהכרזת בר אימוץ לפי העילות הקבועות בסעיף 13 לחוק. אין די לעניין זה בפסק דין ממדינה זרה, שעה שמדובר בפסק זר שאינו מוכר בדין הישראלי.

7. המבקשת מנגד טענה כי אין כל מקום לדרישת המשיבה כי היא תפעל כפי שמתבקש בהליכי אימוץ מלאים, שכן לא מדובר במקרה רגיל מאחר שלא קיים כל הורה ביולוגי שממנו צריך לנתק את הזיקה המשפטית ההורית. המשיבה גם מתעלמת מטובת הקטינים אשר מצויים במשמורתה של המבקשת והיא זו שמגדלת אותם מיום לידתם, כאשר בידה פסק דין שניתן במדינת אורגון כי הם ילדיה שנולדו בהליך פונדקאות חוקי לכל דבר ועניין. המבקשת אף הוסיפה והגישה ביום 17.8.2021 ערעור שכנגד על פסק הדין בו הלינה על אופן כינון הקשר ההורי על ידי בית המשפט לענייני משפחה, כאשר לטענתה קיימות דרכים נוספות באמצעותן ניתן היה להכיר בהורותה, אשר לשיטתה הן רצויות יותר. היינו, באמצעות מתן צו הורות פסיקתי או הכרה ואכיפה של פסק חוץ. הערעור שכנגד נמחק לבקשת המבקשת בפסק דין מיום 21.10.2021.

8. ביום 31.10.2021 התקבל ערעור המשיבה באופן חלקי. בית המשפט המחוזי ציין כי אכן המסלול המתאים להכרה בהורותה של המבקשת הוא לפי חוק האימוץ, ולא בדרך של מתן צו הורות פסיקתי. גם הובהר כי יש צורך לבצע התאמות למציאות הייחודית במקרה זה, השונה ממצב הדברים הרגיל שבו עוסק חוק האימוץ, שכן אין בנמצא הורים ביולוגיים אשר יש לנתק מהם את הקשר לקטינים. עם זאת, נמצא כי בניגוד לקביעת בית המשפט לענייני משפחה, אין מקום לדלג על שלב ההכרזה על הקטינים כברי אימוץ, שכן יש מקום לשמור על עקרון הבסיס הקבוע בחוק על פיו הליך האימוץ מורכב משני שלבים. זאת הגם כי יש מקום להתאים את אופן יישום השלב הראשון באופן גמיש, מתחשב ומותאם למצב הייחודי. אמנם באשר לתורמת הביצית הובהר כי אין צורך בכך, ובאשר לתורם הזרע, מאחר שמדובר בתורם אנונימי, ניתן להכריז על הקטינים כברי

אימוץ כלפיו בהתאם לסעיף 13(א)(1) לחוק האימוץ, שכן אין אפשרות סבירה לזהותו. באשר לניתוק הזיקה ביחס לאם הפונדקאית, נקבע כי ניתן לראות בהסכמתה לניתוק כל קשר משפטי עם הקטינים והעברתם למבקשת במסגרת הליכי הפונדקאות בחו"ל משום הסכמה לאימוץ לפי סעיף 8 לחוק האימוץ, הסכמה אשר באה לידי ביטוי במסמכים השונים שהוגשו – ובכלל זה בהסכמים עם הפונדקאית, עם מרפאת הפריזון ועם סוכנות הפונדקאות, כמו גם בצו ההורות שניתן בבית המשפט באורגון. לפיכך, לצורך הוכחת רכיב הסכמת הפונדקאית אין צורך לדרוש את הסכמתה להליך פעם נוספת, ודי בעניין זה במסמכים שכבר הוגשו על ידי המבקשת.

9. עוד נקבע כי ככלל, במקרים כגון אלו, אין צורך בהגשת תסקיר עובד סוציאלי כפי שנדרש בסעיף 22 לחוק, שכן דרישה זו אינה רלוונטית בענייננו. לקטינים אין הורים ביולוגיים "המתחרים" על הורותם, הם גדלים במשך כארבע שנים אצל המבקשת מיום לידתם, לא נשמעה כל טענה ביחס למסוגלותה ההורית ואין צורך לבדוק את התאמתה להיות אמם. זאת ועוד, הדרישה לתסקיר אף עלולה להכביד על השירות למען הילד ולפגוע במבקשת ובקטינים. הודגש כי גם במקרה של מתן צו הורות פסיקתי מכוח "זיקה לזיקה" נקבע בפסיקה שאין הכרח בהגשת תסקיר.

10. לבסוף בוטל פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה ונקבע כי המבקשת תוכל לפתוח תיק אימוץ ולעתור להכרזה על הקטינים כברי אימוץ לפי הוראת סעיף 13(א)(1) לחוק האימוץ ביחס לתורם הזרע ולפי הוראת סעיף 8 לחוק האימוץ ביחס לפונדקאית. בית המשפט ציין כי יש מידה מסוימת של מלאכותיות בנקיטת הליך כאמור, אולם אין כל הצדקה לוותר כליל על שלב ההכרזה כבר אימוץ המהווה חלק מהותי מליבת החוק.

מכאן לבקשות שלפנינו.

טענות הצדדים בבע"מ 8236/21

11. ביום 17.1.2022 הגישה המבקשת בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענת המבקשת, בית המשפט שגה בכך שקיבל את עמדת המשיבה כי בטרם מתן צו אימוץ נדרש הליך פורמלי של הכרזת הקטינים כברי אימוץ, ודחה את עמדת בית המשפט לענייני משפחה למתן "צו אימוץ פסיקתי". מדובר ביצירה מלאכותית של "הורים פיקטיביים" רק על מנת לעמוד באופן פורמלי בדרישות חוק האימוץ, אף כי לקטינים לא היה מיום לידתם הורה אחר זולת המבקשת. כמו כן, הדרישה המלאכותית לניתוק הקשר בין הפונדקאית לקטינים סותרת את פסק דינו של בית המשפט באורגון ואיננה סבירה. אמנם בית המשפט המחוזי לא דרש כי תינתן הסכמת הפונדקאית בשנית

(אם כי כך דרשה המשיבה), והסתפק בפסק דין שניתן במדינת אורגון, אך עצם הקביעה לפיה יש לבצע הליך כאמור כלפי האם הפונדקאית הוא שגוי מהיסוד. בית המשפט המחוזי גם שגה בקבעו כי יש לנתק את הזיקה בין הקטינים לבין תורם הזרע, שכן מדובר בדרישה בלתי סבירה הסותרת את כוונת המחוקק ובעלת השלכות רחבות שכן לא ניתן להעלות על הדעת כי תורם זרע אנונימי ייחשב להורה.

לחלופין, טענה המבקשת כי הגיעה העת לפסוע פסיעה נוספת ולכלול תחת צו ההורות הפסיקתי שכולו יצירה חקיקתית שיפוטית, גם מקרים מסוג זה. זאת גם שעה שהכרה בצווי הורות פסיקתיים רק במקרים של "זיקה לזיקה" מהווה הפליה פסולה על פני נשים יחידניות שאין להן בני זוג ובשל קושי בריאותי או נוכח גילן הן אינן יכולות להביא ילדים לעולם.

12. המשיבה מנגד הבהירה כי השאלה אם ניתן לכונן הורות ללא כל קשר גנטי או ביולוגי בדרך שאינה אימוץ הוכרעה זה מכבר בהרכב מורחב של שבעה שופטים (בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (1.4.2015) (להלן: עניין פלונית)), כאשר נקבע שלא ניתן לעשות כן תוך עקיפת הוראות חוק האימוץ. הבאת ילדים לעולם בדרך שבה פעלה המבקשת אינה מוכרת כיום בדין הישראלי כדרך ליצירת קשרי הורות, ואף לעמדת גורמי המקצוע היא אינה עולה בקנה אחד עם טובתם של ילדים. יחסי המבקשת עם הקטינים נשענים אך ורק על הסכמים שעליהם היא חתמה, אולם נקבע זה מכבר כי "הורות הסכמית" אינה מוכרת כיום בדין הישראלי. כינון הורות בדרך כאמור ללא אימוץ עלול ליצור חוסר ודאות ולפתוח פתח להרחבה של מוסד ההורות למחוזות שקשה לצפותם מראש. כאשר אין כלל זיקה גנטית או ביולוגית לאף אחד מהמבקשים לגדל את הקטין, יש לבצע הליך אימוץ המוסדר בקפדנות בהוראות הדין כדי לכונן הורות. אין גם מקום לטענת ההפליה שהעלתה המבקשת, אשר לא הציבה תשתית מינימלית להוכחתה.

13. המשיבה עמדה על הצורך בקיום הליך בר אימוץ הן כלפי תורם הזרע האנונימי והן כלפי הפונדקאית. הובהר כי נדרש ניתוק הקשר ביחס לתורם הזרע, אף אם הוא אנונימי. טענת המבקשת כי הדבר יביא להשלכות חמורות לא הובהרה, ובכל מקרה לפי הדין הישראלי זהותם של התורמים נותרת אנונימית ואין בהליך ההכרזה כדי להוביל לגילויים או להשלכות אחרות. באשר לצורך בקיום הליך בר אימוץ כלפי הפונדקאית נטען כי מאחר שפסק חוץ בענייני סטטוס אינו ניתן לקליטה בישראל בדרך של הכרה ישירה, מנקודת המבט הישראלית קשר ההורות בין האם היולדת לבין הקטינים אינו פוקע עד ניתוקו בבית המשפט הישראלי. בהקשר זה נטען כי עמדת הדין הישראלי, שאינו מכיר

בפסקי דין זרים כשלעצמם, אינה חריגה בנוף העולמי. אין כיום הסדרה או הסכמה בינלאומית ביחס לכללים להכרה בהורות אגב הליכי פונדקאות חו"ל או הכרה בהורות באופן כללי.

טענות הצדדים בבע"מ 8606/21

14. ביום 15.12.2021 הוגשה בקשת רשות ערעור גם מטעם המשיבה, הנסובה בעיקר על הכרעת בית המשפט המחוזי כי ככלל אין צורך בתסקיר בנסיבות כגון אלו, כתנאי למתן צו אימוץ בהתאם לסעיף 22 לחוק האימוץ. כן הלינה המשיבה על קביעת בית המשפט המחוזי כי אין צורך בפעולות נוספות פרט להסכמה שניתנה בבית משפט זר, לצורך קבלת הסכמת האם הפונדקאית לאימוץ.

15. לטענת המשיבה, שגה בית המשפט המחוזי משקבע כי ניתן ליתן צו אימוץ בלא תסקיר. אף לא אחד מהנימוקים שפירט בית המשפט מצביע על מקור בדין המאפשר לסטות מהוראת הסעיף המפורשת, אשר אינה מותירה מקום לשיקול דעת באשר לעריכת תסקיר. אף הוראת סעיף 25 לחוק, המאפשרת לסטות מהוראות החוק בנסיבות מסוימות, אינה מאפשרת להגמיש את דרישת התסקיר. אין מקום להבחנה בין אימוץ "קלאסי" בו נדרש תסקיר לבין המקרה בענייננו. אין חולק כי יש צורך בתסקיר גם במצבים דומים אחרים שבהם אין מועמד אחר המבקש לאמץ את הילד או כאשר מדובר במי שמגדל את הילד בפועל, כגון במצב של "אימוץ קרובים". הבחנה זו אף אינה מתיישבת עם תכלית סעיף 22 לחוק האימוץ, אשר נועד להבטיח כי ייערכו בדיקות מקיפות לקבלת תמונת המצב המלאה באשר לטובת הילד הנמסר לאימוץ, גם במצב שבו מדובר במי ששהה בביתו של המבקש לאמצו במשך שנים רבות. אין גם מקום לקביעה כי קיים חשש שעריכת תסקיר תפגע במבקשת או בקטינים, שכן זו נעשית על ידי אנשי מקצוע רגישים ומנוסים תוך דאגה לטובת הילד, ואינה פוגעת במי שלגביו הוא נערך. כמו כן, המבקשת היא זו שבחרה לפעול באופן שאינו מוכר בדין הישראלי, ולפיכך גם לא ברור מדוע יש להקל בדרישות כלפיה שאינן פוגעות בה או בקטינים.

16. גם לא היה מקום להקיש מהאפשרות ליתן במקרים מסוימים צו הורות פסיקתי ללא תסקיר בכל הנוגע לאפשרות לתת צו אימוץ ללא תסקיר. כפי שציין בית המשפט המחוזי, בשונה מצו אימוץ, צו הורות פסיקתי ניתן באותם מקרים שבהם קיימת "זיקה לזיקה", כך שלאחד מבני הזוג קיים קשר ביולוגי או גנטי לקטין כלפיו מבקשים לכונן הורות. בעוד מודל "זיקה לזיקה" מתקרב במידת מה להולדה טבעית, לא כך באימוץ, כאשר אין בנמצא כל זיקה גנטית או ביולוגית. לא בכדי קבע בית המשפט כי בנסיבות המקרה, לא ניתן לתת צו הורות פסיקתי אלא צו אימוץ בלבד.

17. עוד שגה בית המשפט בקביעתו כי בנסיבות העניין ובמקרים דומים יש לפרש את הוראות חוק האימוץ בגמישות. בענייננו, מדובר במי שנקטה בהליך עצמאי מחוץ לישראל במסגרתו נולדו קטינים שאין לה קשר גנטי או ביולוגי אליהם. זאת, חרף העובדה שהדין הישראלי לא מכיר בהורות מסוג זה. בנסיבות אלה, קשה לקבל את קביעת בית המשפט המחוזי כי במקרה זה נכון להגמיש את הוראות החוק, אשר נועדו להתמודד עם רגישותו המיוחדת של הליך האימוץ. עוד ציינה המשיבה כי בעניין פלוני, בנסיבות הדומות לענייננו, נקבע כי הורות הסכמית שאינה מוסדרת בדין מהווה הסכם הנוגד את תקנת הציבור וכי פניה בדיעבד להכשרת המהלך אינה מרפאת את הפגם. עוד נטען כי פיקוח על פי הדין בנסיבות העניין נדרש לצורך מניעת חשש מסחר בילדים. לבסוף ציינה המשיבה כי חרף ביטול פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה על ידי בית המשפט המחוזי, הלכה למעשה הוויתור על עריכת התסקיר מוביל לתוצאה דומה ואף זהה היוצרת מעין "צו אימוץ פסיקתי".

18. עוד נטען כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי ניתן לראות בהסכמת האם הפונדקאית שניתנה בהליכים שננקטו במדינת אורגון כהסכמת הורה לאימוץ. אין חולק כי הפונדקאית לא חתמה על כתב הסכמה לאימוץ לפני נציג דיפלומטי או קונסולרי ואין די בחוות הדעת לעניין הדין הזר שהוגשה בבית המשפט לענייני משפחה. זאת, שעה שלא נאמר בה במפורש כי פסק הדין שניתן במדינת אורגון או כי חתימת האם הפונדקאית על פסק הדין מספיקים לשחרור הקטינים לאימוץ באופן שבו לא נדרשת פעולה משפטית נוספת לשחרורם. לאור האמור, היה על בית המשפט להורות על הגשת חוות דעת משלימה או לחלופין להורות למבקשת להחתים את הפונדקאית על כתב הסכמה בהתאם לחלופות בסעיף 9א לחוק האימוץ.

19. בתשובתה טענה המבקשת כי אין מקום לעמדת המשיבה כי יינתן בעניינה צו אימוץ "כלשוננו" בנסיבות שבהן לא קיימים הורים ביולוגיים אשר יש לנתק מהם את הקשר ליילוד, שכן אין מדובר בתובענה לאימוץ אלא להורות, וכאשר היא מגדלת את הילדים כאמם מזה ארבע שנים. נטען כי הניסיון לכפות את הוראות החוק ככתבן וכלשונן על מקרה זה פוגע בצורה בלתי סבירה בה ובקטינים. לעמדתה, מחובתו של בית המשפט לספק מענה ראוי למקרה זה אשר יאפשר מתן מעמד לקטינים, גם אם הדבר דורש פיתוח עקרונות מסוימים על מנת להתאימם למציאות הקיימת. עוד נטען כי עמדת המשיבה פוגענית, מפלה, נוגדת את השכל הישר, סותרת את קביעות בית המשפט בארצות הברית וכן את זכות היסוד להורות ולמשפחה.

20. באשר לשאלת ניתוק הקשר בין הקטינים לפונדקאית, אין לשעות לטענת המשיבה כי לא די במכלול המסמכים שהוגשו על ידי המבקשת כדי לבסס את הסכמת הפונדקאית לאימוץ לפי סעיף 8 לחוק האימוץ. אין כל ספק שהפונדקאית ויתרה לפני שנים על כל זכויותיה ההוריות והעניקה אותן למבקשת. הלכה למעשה מדובר בהליך פונדקאות חו"ל חוקי ומפוקח שבוצע בארצות הברית, בהתבסס על הסכמים מפורטים ומוסדרים, שבסופו ניתן פסק דין חלוט על ידי בית המשפט האמריקאי אשר הכיר בהורות המשיבה וניתק כל קשר בין הילדים לבין האם הפונדקאית והתורמים. דרישת המשיבה כי המבקשת תפנה לפונדקאית בחלוף ארבע שנים ותדרוש ממנה לחתום על מסמכים המנתקים קשר שנותק לפני זמן רב לצורך הליכי אימוץ המתנהלים בישראל, על פי דין שכלל לא חל עליה, אינה סבירה. כך גם באשר לדרישת המשיבה כי יוגש תסקיר בהתאם להוראות סעיף 22 לחוק האימוץ. מדובר בדרישה פוגענית ומפלה שאינה נדרשת שעה שמדובר במי שמגדלת את הקטינים לבדה במשך ארבע שנים והייתה שותפה מלאה לתהליך הבאתם לעולם עוד חודשים רבים קודם לכן. טענת המשיבה כי לא ניתן לסטות מהוראת סעיף 22 לחוק וכי לא ניתן להקיש מהפטור שניתן מתסקיר בהליכי צו הורות פסיקתי, איננה ממן העניין, שכן אין מדובר בתובענה לפי חוק האימוץ אלא בתביעה להורות ובאם יחידנית שביצעה הליך פונדקאות חוקי בחו"ל. בנסיבות אלו, שעה שהמבקשת היא ההורה היחיד של הקטינים מעת לידתם, היא זו שמגדלת אותם מאז לידתם, יש בידה צו הורות מבית משפט אמריקאי ואין הורה ביולוגי אחר מלבדה, אין ספק כי נדרשת גמישות בפרשנות הוראות החוק כפי שנעשה על ידי הערכאות קמא.

21. בקשות רשות הערעור הובאו לפני חברי השופט נ' סולברג, אשר בהחלטתו מיום 11.1.2022 הורה על העברתן לדיון לפני מותב תלתא. בתום הדיון שהתקיים בבקשות ביום 19.5.2022 הצענו לצדדים מתווה לסיום העניין אך המשיבה סרבה להצעה, ובעקבותיה המבקשת. לאחר שקיימתי דיון בתר-ערעור, שגם לאחריו לא ניתנה הסכמת המשיבה למתווה שהוצע, הגיעה העת להכרעה.

דיון והכרעה

22. אתחיל ואומר כי ענייננו מעלה סוגיה חשובה החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים המצדיקה מתן רשות ערעור. עם זאת לגופו של עניין, הגעתי למסקנה כי יש לדחות את שני הערעורים וכך אציע לחבריי שנעשה (למען הסדר הטוב וכדי שעיני הקורא תרוצנה בהמשך פסק הדין, אמשיך לכנות את המבקשת "המבקשת" ולא "המערערת").

23. תחילה לעניין ערעור המבקשת. ייאמר מיד כי אין מחלוקת בדבר מסוגלותה ההורית של המבקשת ועל כך שהיא מגדלת את שני הקטינים, שהם היום כבני חמש שנים, באופן מיטבי, באהבה וברצון. עם זאת, אין בעובדה זו כשלעצמה, כפי שיובהר בהמשך, כדי להכריע את גורל הערעורים.

ולגופו של עניין. בתמצית, המבקשת טוענת כי הגיעה העת להרחיב את תחולתו של "צו הורות פסיקתי" גם לנסיבות דומות לעניינה, במנותק ממודל ה"זיקה לזיקה" שגובש בפסיקה. אכן, בית משפט זה, במהלך שאינו מובן מאליו כלל בעיני (ועמדתי על כך לאחרונה בעניין דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 9-12 לחוות דעתי (25.7.2022) (להלן: דנ"א 1297/20)), הכיר במתן "צו הורות פסיקתי" אך זאת רק במצבים שבהם קיימת "זיקה לזיקה", היינו כאשר קיים קשר של זוגיות לבעל הזיקה הגנטית לילוד. בעניין פלונית נקבע באופן חד-משמעי כי על פי המצב החוקי הקיים, אין להרחיב צו הורות מסוג זה לגבי מי שיזם ומימן הליך ההולדת ילד ללא כל קשר גנטי או פיזיולוגי אליו, באמצעות תרומת זרע, תרומת ביצית אנונימיות ושימוש באם פונדקאית.

וכפי שנפסק בעניין פלונית מפי השופט נ' הנדל, דברים אשר יפים, ככתבם וכלשונם, גם לענייננו אנו:

"...אין זה ראוי להכיר במודל הורות הסכמית כגון דא ללא פיקוח, כפי שנעשה במקרה הנדון. ככל שניתן, יש לסייע לגורמים השלישיים 'לראות את הנולד', תרתי משמע. יוער כי אפילו המצדדים במודלים גמישים של הורות בכלל, והורות הסכמית בפרט, מדגישים כי ההליך חייב להיות מפוקח [...]."

הדבר מתחייב מרגישותו הרבה של העניין: יצירתו של תינוק בהליך בו מעורבים גם אנשים שאינם מבקשים להיות הוריו. בשלב זה המיקוד אינו בתינוק, אלא באותו מעורב שאינו חפץ להיות ההורה של היילוד. מגוון שאלות בסיסיות מתעוררות לגביו: מיהו גורם שיש להתחשב בו? מהן חובותיו? האם ואילו כספים מותר לו לקבל? האם הוא רשאי לחזור בו מהסכמתו ובאיזה תנאים? ועוד. תכלית הפיקוח בחוקים האמורים היא להגן על כלל המעורבים בהליכים מורכבים מעין אלו – בריאות האישה תורמת הביציות, הסדרת התנאים לתרומות ביצית וזרע, שמירה על הפונדקאית וגם הגנות על ההורים המיועדים וגורמים נוספים הצריכים לעניין [...]. סעיפי החוק, הפסיקה והנהלים גם משמשים כמעין ספר מדריך שמאפשר למעורב להבין מראש את אופי מעורבותו.

ונותר רכיב בנוסחה. לשם הדיוק, לא ברכיב עסקי, אלא באדם אחר ובכבודו – הוא היילוד. אותם הסכמים בין מי שמבקש להיות הורה לבין יתר המעורבים ישפיעו באופן ישיר על היילוד, שאינו צד להסכם. הסכמים אלו, באם יתקבלו, יובילו ללידתו ויעצבו את חייו. בעניין נחמני קבעה השופטת ד' דורנר כי 'הסכם בעניין הולדת ילדים אינו חוזה...', ואף אם התכוונו לכך הצדדים 'עשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור' (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 712 (1996)). הייתי מרחיק לכת ואומר כי ההסכם כפי שמוצע במתכונתו הנוכחית – עם כל כוונותיהם הטובות של המעורבים – אינו הסכם כלל. הסיבה לכך היא כי השאיפה העומדת בבסיסו היא ליצור מעמד אישי, לא רק של המבקשת כהורה אלא גם של התינוקת כילדה. חשוב לשמוע את קולו של היילוד, גם אם הוא אינו מסוגל לדבר. מכאן נוצר הצורך שהדין הוא אשר ייקבע את המסגרת עבורו. הדין כאמור אינו קובע מסגרת כמו זו המוצעת על ידי המבקשת.

פיקוח על פי דין הוא הכרחי גם על מנת לאיין את החשש החברתי והמוסרי מפני סחר בילדים, וממצב בו כל אדם שידו משגת יוכל ליצור לעצמו יילוד ולקבלו לחזקתו, ובכך כביכול 'לרכוש' אותו. במקרה דנן אמנם אין חולק כי לא מדובר בסחר בתינוקת, ואולם לא ניתן להתעלם מכך שמדובר בחשש כבד וממשי ככל שתוכר הורות הסכמית מעין זו" (שם, פסקאות 19-21).

מילים כדרבנות.

24. הכרה בהורות בהיעדר קשר גנטי או ביולוגי בין ההורים המיועדים ליילוד, על שלל המשמעויות הרבות, הכבדות ומרחיקות הלכת הכרוכות בכך, אינה עניין להסכמים פרטיים בין צדדים. מדובר בעניין הטעון ביקורת של מנגנוני פיקוח ובקרה הדוקים שיוכלו להבטיח הגנה על זכויות כל המעורבים, ובעיקר על מי שעשוי להיות הנפגע העיקרי כתוצאה מהמהלך – היילוד (ראו גם: בע"מ 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון, פסקה 9 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (14.2.2021); דנ"א 1297/20, פסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). אין בדין הישראלי הכרה בהורות הסכמית. כפי שנאמר זה מכבר, המציאות של הבאת תינוק לעולם באמצעות תרומת זרע וביצית והתקשרות עם פונדקאית, ללא כל קשר גנטי או ביולוגי ליילוד, בהיעדר הסדרה בדין, יוצרת חשש ממשי מפני תופעת סחר בילדים. אין מקום להלום מצב שבו תינתן הכרה מכוח הסכם ל"רכישת" כל צלעות המשולש: זרע, ביצית ורחם – בהיעדר הסדרה מפורקת בדין, תוך חשש ממשי לרמיסת הזכויות והאינטרסים הקיומיים של הגורמים המעורבים, ובעיקר של הקטין שיוולד. החשש מתעשייה של סחר ומסחר בילדים וממציאות של סחר-מכר

בעוברים וצאצאים, הוא חמור וממשי. חשש כללי זה קיים אף אם במקרה הפרטני שלפנינו אין חולק כי המבקשת ראויה להיות אמם של הקטינים.

25. הדברים האמורים לעיל נכונים לא רק ביחס למשאלתה של המבקשת להחלת "צו הורות פסיקתי" כי אם גם לגבי האפשרות של מתן "צו אימוץ פסיקתי". כפי שגם טענה המשיבה, אין מקום ליצירת מעין "סעיף סל" פסיקתי המאפשר מגוון פתרונות יצירתיים במצבים שבהם הוראות חוק האימוץ אינן חלות, תוך עקיפת ההסדרים הקפדניים שהוראות החוק משרטטות. הפעולה הרגישה של כינון הורות שאינה מבוססת על קשר גנטי או ביולוגי, אשר הינה בעלת תוקף והכרה על ידי צדדים שלישיים ולה השלכות רבות במגוון תחומי החיים, מחייבת הסדרה מדויקת ומבוררת. אין מקום ליצירת מסלול חלופי לחוק תוך עקיפת הוראותיו.

26. יש לזכור, חוק האימוץ מאפשר סטייה מהכלל על פיו ההורים הביולוגיים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם, והלכה למעשה משנה סדרי עולם ביחס לכללים הבסיסיים ביותר הנוגעים למערכת היחסים העדינה של התא המשפחתי המצומצם (ראו למשל: בע"מ 2795/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 2 (10.5.2018)). ניתוק הקשר החוקי שבין הילד לבין הוריו הביולוגיים (לצד האפשרות ל"אימוץ פתוח" המאפשר קשר מסוים בין המאומץ בין הוריו הביולוגיים), מהווה אחד הנדבכים המרכזיים של הליך האימוץ. מדובר ברכיב משמעותי ביותר לצורך כינון יחסי הורות בדרך של אימוץ, המוסדר במערכת הוראות קפדנית וברורה. אין להלום ניתוק זיקה חוקית ביולוגית או גנטית כלאחר יד, באמצעות יצירת צו "פסיקתי", תוך התעלמות ממצוות המחוקק וממערכת הכללים הברורה שנקבעה על ידו בהקשר זה. אציין במאמר מוסגר כי לעומת ניתוק הקשר שנדון בערכאות קמא ביחס לתורם הזרע והאם הפונדקאית, נראה כי לדעת כולי עלמא לא נדרש ניתוק הקשר ביחס לתורמת הביצית, זאת נוכח הוראת סעיף 42 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. מכל מקום המשיבה לא העלתה כל טענה בעניין זה, ומשלא נדרשו הצדדים לכך לא אאריך בדברים.

27. אוסיף בשולי הדברים כי גם אין ממש בטענת המבקשת להפליה בינה לבין נשים אחרות, כאלו שיכולות לעשות שימוש בביציות שלהן; כאלו שיכולות לשאת היריון; או כאלו שהן בנות זוג של בעלי קשר גנטי לילוד. לא רק שלא הוצגה תשתית מינימלית ביותר לטענת ההפליה, אלא שגם טענה מעין זו נדחתה זה מכבר בעניין פלונית, שם נקבע:

"... איננו עוסקים בסוגיה כגון הקצאת משאבים למימון הליכי הפריה או טענה של פגיעה בשוויון בדין הקיים. מדובר בהגדרה משפטית על פי דין של זכות ההורות או ליתר דיוק של ההורות עצמה. לכל הדעות, זכות ההורות קשורה בין היתר לזיקה גנטית או פיזיולוגית. במובן זה, העדר יכולת ליצור זיקה כזו ולהשתתף בפועל, גנטית או פיזיולוגית, בתהליך יצירת היילוד עלול להוציא אדם כזה מחוץ למעגל המשפטי. ברם, זהו גם עניין של הגדרה ביולוגית ושל יכולת פיזית, ולא אפליה שנוצרה על פי דין" (פסקה 24 לפסק דינו של השופט נ' הנדל).

28. גם עצם העובדה שהמבקשת מגדלת את הקטינים כילדיה מאז יום לידתם ואין "מתחרה" אחר על הורותה – טיעון עליו חזרה פעם אחר פעם במשנה תוקף – איננו יכול כשלעצמו להוות שיקול למתן צו "שיפוטי" המצהיר על הורותה או על מעמדה כ"מאמצת", שלא על פי הוראות הדין. מציאות החיים כשלעצמה, מורכבת וייחודית של מקרה קונקרטי ככל שתהא, איננה יכולה להוות הצדקה ליצירת מערכת כללים נוגדת דין. על כך אוסיף כי בעניין זה איני רואה עין בעין עם בית המשפט לענייני משפחה אשר בשולי פסק דינו קבע כי הזמנים השתנו ו-"בתי המשפט נדרשים חדשות לבקרים ליתן פתרונות יצירתיים למקרים היצירתיים המתדפקים על דלתו, כדוגמת צו הורות פסיקתי. החלת הוראות לשון חוק האימוץ כפשוטן אינה תואמת את המציאות אשר השתנתה. [...]. משכך, יש להתאים את הוראות החוק למציאות אשר שינתה פניה בראי טובת הקטינים שלפניי, וזאת עד לתיקון של המחוקק" (פסקה 184). בית המשפט אינו המחוקק. תפקידו לפרש את החוק וליישמו – אף אם החוק נראה בעיניו לא ראוי. ודאי שעל בית המשפט להימנע מפסיקה שאינה עולה בקנה אחד, כפי שנראה להלן, עם פשטותו של מקרא.

29. ובאשר לערעור המשיבה. עמדת המשיבה מוקשית בעיני. בתחילת הדרך, בבית המשפט לענייני משפחה, הביעה המשיבה עמדתה כי דין תביעת המבקשת – להידחות. באותה עמדה הובהר על ידי המשיבה כי המבקשת לא פסעה במסלולים שמתווה הדין הישראלי, בין אם לפי חוק הפונדקאות ובין אם לפי חוק האימוץ, וכי אין לכונן בדיעבד הורות נטולת קשר גנטי או ביולוגי, בדרך זו. כך צוין שם על ידי המשיבה:

"בענייננו, מבוקשת הכרה בדיעבד בהורות נטולת קשר גנטי ו/או ביולוגי שלא נוצרה בהתאם למסלולים המוכרים בדין אם לפי חוק האימוץ ואם לפי חוק הפונדקאות. סוגיה כה רגישה, עקרונית וחדשנית של כינון הורות שאינה מבוססת קשר גנטי ו/או ביולוגי לקטין, דינה להיות מוכרעת על ידי המחוקק, וזאת גם משיקולים של טובת הילד. אין להרחיב ולהסדיר נושא זה בדרך של חקיקה שיפוטית, מבלי לשקול את כלל ההשלכות כבדות המשקל לרבות השלכות הרוחב על

נושאים שונים ומגוונים. בעניין זה לא ניתן לשקול רק את טובתו של קטין ספציפי זה או אחר. המדובר בשאלה מורכבת הקוראת תיגר על סדרי בראשית ומאתגרת את ההסדרים הקיימים בדין, והיא מצריכה חשיבה והסדרה כוללת... (פסקה 59) לתגובת המשיבה בהליך בבית המשפט לענייני משפחה).

סומך אני את שתי ידיי על דברים נכוחים אלו. ברם כעת (גם אם תחת "אילוץ" ולאחר שהתבקשה לפעול למציאת פתרון על ידי בית המשפט לענייני משפחה) עומדת המשיבה ומבקשת להחיל את הוראות חוק האימוץ ככתבן וכלשונן על עניינה של המבקשת החורג מגדרי החוק. פער רב מצוי בין העמדה שהובאה בתחילת הדרך על ידי המשיבה, על פיה סוגיה רגישה כגון דא חייבת להיות מוכרעת על ידי המחוקק (עמדה שננקטה על ידי המשיבה גם במקרים אחרים, וראו למשל: ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' מסרי, פסקה 39 (24.5.2018); ע"א 10280/01 ד"ר טל ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 78 (2005) (להלן: עניין ירוס-חקק)) ואין להלום הכרה בדיעבד בהורות שלא בהתאם למסלולים המוכרים בדין אם לפי חוק האימוץ ואם לפי חוק הפונדקאות; לבין העמדה המושמעת בהליך לפנינו, כי יש לדבוק בהוראות חוק האימוץ ככתבן וכלשונן גם במקרים מעין אלה שהלכה למעשה חוק האימוץ לא חל לגביהם. מעבר לאי-הבהירות הנובעת מעמדה לא-עקבית זו, אעיר לגופו של עניין, כי לעמדתי, אין הרבה מקום לספק כי החלתן של הוראות חוק האימוץ לנסיבות מקרה זה מוקשית ואיננה מובנת מאליה כלל ועיקר. ואסביר.

30. סעיף 3 לחוק האימוץ קובע כי אימוץ יתקיים על ידי "איש ואשתו יחד" וכי ניתן ליתן צו אימוץ גם למאמץ יחיד בנסיבות מסוימות. וזו לשון הסעיף:

3. אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית משפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד –
(1) אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן;
(2) אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי.

לצד זאת, סעיף 25(2) לחוק האימוץ קובע כדלהלן:

25. נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו, לסטות מסייגים אלה:
(1) ...
(2) פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ לפי סעיף 3(2);
(3) ...
(4) ...

סעיף 25(2) מאפשר אפוא לבית המשפט לסטות מן הסייג הקבוע בסעיף 3(2) לחוק שעניינו "פטירת הורי המאומץ וקרבת המאומץ" בתנאים מסוימים. אמנם, נקבע בעבר כי "את ההוראה הנוקשה שבסעיף 3 לחוק האימוץ, הקובע תנאים קשוחים לכשירות המאמץ, ניתן להגמיש על-ידי סמכות הסטייה הנתונה לבית-המשפט בסעיף 25 לחוק האימוץ" (עניין ירוס-חקק, עמ' 100). אולם הסייג שעניינו "נסיבות מיוחדות" אינו בגדר שער פרוץ דרכו ניתן להכניס את כל טווח המקרים שהחוק ה"רגיל" אינו מאפשר לכלול בו. מדובר בדרך המתייחס לגדרי החריג שבחריג. הוא מאפשר אימוץ למי שאינם איש ואישה נשואים גם במקרה שבו לא מתקיים אחד מהתנאים הקבועים בסעיף 3(2) לחוק – פטירת ההורים הביולוגיים או קרבת המאומץ למאמץ. היינו, בעוד שלפי סעיף 3(2) לחוק (לבדו), אימוץ על ידי מאמץ יחיד אפשרי רק במצב שבו מתקיימים שני תנאים – פטירת ההורים הביולוגיים וקרבת המאומץ למאמץ, הוראת סעיף 25(2) לחוק מאפשרת, בנסיבות מיוחדות ואם הדבר יהיה לטובת המאומץ, לוותר על אחד משני התנאים האמורים. פרשנות זו מתבקשת נוכח העובדה שסעיף 25(2) לחוק אינו מאפשר כל "סטייה" מהחריג הנוסף הקבוע בסעיף 3 שעניינו אימוץ על ידי בן זוג (סעיף קטן (1)) והרחבת גבולותיה של הסטייה האפשרית מכוח סעיף 25(2) לחוק לכל סיטואציה המתעוררת באימוץ, משמעותה הלכה למעשה ריקון מתוכן של החריג הקבוע בסעיף 3(1) לחוק, שהחוק אינו מאפשר כל סטייה ממנו. פשיטא כי עניינו אינו נכנס ולו בקירוב לאילו מהחריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק, ולא לגדרי הסטייה מהחריגים והרחבת גבולותיו של סעיף 3(2), לפי סעיף 25(2) לחוק.

31. ואדגיש, בפסיקת בית משפט זה טרם נבחנו לעומק גבולותיה של ה"סטייה" מן הסייג הקבוע בסעיף 3(2) לחוק. הדיון בבית משפט זה התמקד בהיקפן ובמשמעותן של ה"נסיבות המיוחדות" המאפשרות סטייה כאמור (וראו לעניין זה: ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69 (2002) (להלן: ע"א 1165/01); עניין ירוס-חקק). אולם על פי פשטותם של דברים, אין די בהתקיימותן של "נסיבות מיוחדות" לצורך החלת סעיף 25(2) לחוק, נוכח העובדה שהסטייה מתוחמת לגדרי נסיבותיו של סעיף 3(2) לבדן.

32. מכל מקום, אין לקבוע כי נסיבות מקרה זה עולות כדי "נסיבות מיוחדות" כדרישת סעיף 25(2) לחוק, וזאת אף לעמדה פרשנית רחבה יותר (וראו למשל: דנ"א 3392/17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (30.7.2017) (להלן: דנ"א 3392/17)). בכל המקרים שהובאו לפני בית משפט זה עד כה, לא נעשה שימוש בהוראת סעיף 25(2) לחוק האימוץ, כדי להכשיר בדיעבד "אימוץ יחיד" במקרה של הבאת תינוק לעולם מחוץ

להוראות הדין הישראלי הרלוונטיות, תוך שהושתלו ברחמה של פונדקאית תרומת ביצית ותרומת זרע ללא כל זיקה גנטית או ביולוגית ליוזמת המהלך. לא בכדי, גם המבקשת בעצמה איננה מבקשת מעמד של הורה "מאמץ" לפי חוק האימוץ אלא מבקשת כאמור יצור כלאיים של "צו אימוץ פסיקטי". אדרבה, בעתירתה לבית המשפט לענייני משפחה המבקשת כלל לא ביקשה מתן צו אימוץ כי אם הכרה בהורות, והיא אף דבקה בעמדתה זו בשתי הערכאות קמא, וגם בהליכים שלפנינו, בהדגישה כי "אין עסקינן בתובענה לפי חוק האימוץ אלא בהורות" (כך למשל, בפסקה 59 לתשובת המבקשת לבקשת רשות ערעור בבע"מ 8606/21).

33. אמנם, בית משפט זה הכיר בעבר באפשרות שקיומם של יחסי הורה-ילד במשך שנים יבטאו "נסיבות מיוחדות" לפי הוראת סעיף 25 לחוק האימוץ, ויאפשרו מעין הכרה באימוץ "בדיעבד", במיוחד ככל שמשך היחסים היה ארוך. אולם גם כאשר דבר זה נעשה, מדובר היה במצבים שבהם נסיבות החיים גרמו לכך שהילד יגדל בחסותו של אדם אחר, ולא כאשר "תוכנן" ילד להיוולד למציאות לא-מוסדרת זו. כך הכיר בית המשפט ב"נסיבות מיוחדות" כאשר היה קיים קשר זוגי מתמשך בין מבקש האימוץ לבין הורהו הביולוגי של מבוקש האימוץ (ראו למשל דיון בהקשר זה בעניין ירוס-חקק, עמ' 101-100; וכן לעניין החריג הקבוע בהוראת סעיף 25(1) לחוק: ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 183 (1997); ע"א 1165/01; או בנסיבות חריגות אחרות שבהן שהה הילד אצל הורים ששימשו לו כמשפחה אומנת והתגרשו במהלך הליכי האימוץ (בע"מ 575/17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.3.2017); בקשה לדיון נוסף – נדחתה (דנ"א 3392/17)). נסיבות אלו רחוקות כמזרח ממערב מנסיבות ענייננו. "אימוץ" בדיעבד בנסיבות כגון דא, הינו מוקשה ביותר בעיניי וחוטא לתכלית החוק.

34. בענייננו, לצד הצורך במציאת פתרונות אד-הוק יצירתיים למצבי חיים מורכבים, אין בהוראות חוק האימוץ כדי לתת מענה לסיטואציה מעין זו וקיים קושי משמעותי ב"כיפוף" הוראות חוק האימוץ במצב של "עשיית דין עצמי" בדמות הבאת תינוק לעולם בדרך שבה נקטה המבקשת. ויודגש, על פני הדברים מדובר בסוג המצבים שחוק האימוץ אף אוסר על התרחשותם, בהוראת חוק מפורשת. זאת על פי ההוראה העונשית בסעיף 33(א) לחוק, האוסרת על מסירה, קבלה או החזקת ילד למטרת אימוץ בישראל שלא לפי הוראות החוק. אכן, כאמור המחוקק אפשר סטייה מסוימת מהתנאים שנקבעו לעניין החריג מהכלל על פיו אימוץ ככלל ייעשה על ידי "איש ואישה יחדיו", אולם אין משמעות הדבר כי בגדר החריג ניתן לכלול מצבים שחוק האימוץ אוסר עליהם מפורשות. פרשנות מעין זו יש בה כדי לרוקן מתוכן את הוראת החוק הברורה האוסרת על החזקת ילד למטרת אימוץ "באופן עצמאי", בהיעדר כל זיקה אליו. יש בה כדי למוטט את ההגנות השונות

שביקש המחוקק להקנות על מנת למנוע סחר בילדים וניצול ילדים שעשוי להיגרם כתוצאה מכך.

35. בעניין זה גם אזכיר כי בבסיס תכליתו של הסדר האימוץ, עומדת השאיפה למצוא מענה הולם לילדים שאינם יכולים לגדול במשפחתם הטבעית מטעם זה או אחר, וזקוקים לבית בקרב משפחה מאמצת (ראו למשל: בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (24.3.2009)). אכן, מוסד האימוץ מספק גם את צרכיהם של אלו שלא שפר עליהם מזלם ולא הצליחו להביא ילדים לעולם והרוצים לממש את כמיהתם לילד, אולם תמיד זו תהא מטרה משנית של מוסד האימוץ, ובעקיפין בלבד (פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 148 (1989)). אין להפוך את היוצרות.

36. בשנים לב לכל האמור, לא ירדתי לסוף דעת המשיבה החפצה להחיל את הוראות חוק האימוץ, ובכלל זה בין היתר את חובת הגשת התסקיר הקבועה בו ואת הדרישה המחודשת לניתוק הזיקה לאם הפונדקאית, במקרה זה. טענת המשיבה כי כך הוא המצב גם ב"אימוץ קרובים", איננה ממן העניין. אימוץ על ידי קרוב משפחה הוא מציאות המוסדרת מפורשות ובאופן בהיר וחד-משמעי בגדרי חוק האימוץ. וממילא חלות על סיטואציה מעין זו הוראות החוק הברורות ללא סייג. ענייננו אנו בסיטואציה החורגת מגדרי חוק האימוץ, הזרה לו והמחטיאה את מטרתו. מצד אחד המשיבה מתנגדת בתוקף למתן צו אימוץ "פסיקתי". אך מצד שני הלכה למעשה, שעה שהיא מחילה את הוראות החוק על המקרה הנוכחי שהן זרות לו, היא מכירה באימוץ פסיקתי על ראשו, קרבו וכרעיו. האנדרוגינוס שמבקשת המשיבה לייצר אינו אפשרי. בידיה יכולת לפעול על פי סמכויותיה לקדם חקיקה מסודרת שתיתן מענה לאותם מקרים שלפי סברתה הם ראויים למצוא את פתרונם בתוך ד' אמות החוק (וראו לשם דוגמה: דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, פ"ד סו(2) 240, 259-260, 265 ו-330 (2013)). אך כל אימת שהדבר לא ייעשה, בין ביזמת המשיבה ובין ביזמתם של אחרים, יש לשמר את החוק בתוך הגבולות שנקבעו לו ולא לפרוץ את הגדרות לכל דיכפין.

37. סופו של יום ולסיכום: מן העבר האחד, לא מצאתי ממש בעמדת המבקשת כי ניתן להחיל בנסיבות מקרה זה "צו הורות פסיקתי" או "צו אימוץ פסיקתי" כאשר המתווה בו חפצה המבקשת (כ"אלטרנטיבה" לחוק האימוץ) נדחה זה מכבר בהלכה הפסוקה; מן העבר השני, טענת המשיבה כי יש לעמוד על קיום התנאים הנדרשים לקיומו של "אימוץ" על פי החוק, מקום בו אין המדובר באימוץ המוכר על פיו, מהווה הלכה למעשה כניסה

בדרך הראשית של צו אימוץ "פסיקתי" שאף המשיבה אינה מסכימה לו. "אימוץ" עמדה מעין זו, מוקשה מאוד.

38. במצב דברים זה, ניתן אפוא להעלות על הדעת שלוש אפשרויות לפתרון המבוך. האחת, לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולא להכיר כלל במתן אפשרות למבקשת להיות הורה של הקטינים. ברם, תוצאה זו לא נתבקשה על ידי המשיבה ולו בשל כך קשה להעלותה ביוזמת בית המשפט. השנייה, להורות לאלתר על מתן הכשר לאימוץ פסיקתי בניגוד לדין, כחפצה של המבקשת, תוצאה שהיא על פניה בלתי מתקבלת על הדעת. והשלישית, להותיר את התוצאה האופרטיבית במקרה קונקרטי זה על כנה, חרף הבעייתיות שבפסק דינו של בית המשפט המחוזי המפנה את המבקשת להליך לפי חוק האימוץ. אפשרות שלישית זו נראית לי בנסיבות שנוצרו "כרעה במיעוטה". זאת בפרט שעה שלא הועלתה טענה כי קיימת נחיצות בהגשת תסקיר בנסיבות מקרה קונקרטי זה; משאין חולק בדבר מסוגלותה ההורית של המבקשת לגדל את הקטינים ולא הועלתה כל טענה כי היא אינה האם הראויה והמתאימה לגידולם; ובהינתן שערעור המשיבה נסוב אך ורק על הסוגיה העקרונית, לא נראה לי כי קיימת הצדקה להתערב בהכרעת בית המשפט המחוזי. מציאת פתרון יצירתי אד-הוק למציאות חיים מורכבת – לחוד; והחלת חוק האימוץ – לחוד.

אכן, התוצאה אליה הגעתי, לא לכאן ולא לכאן, אינה פשוטה מבחינה משפטית. אולם אם לא ניתן להחיל בנסיבות העניין צו הורות פסיקתי; אם אין בנמצא צו "אימוץ" פסיקתי; ואם אין בהוראות חוק האימוץ כדי לתת מענה הולם לנסיבות מקרה כגון זה, פתרון על פי הדין הקיים למקרים דומים אינו אפשרי.

סופו של יום, אם תשמע דעתי, נדחה את שני הערעורים ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

1. אני מסכימה עם עיקרי חוות דעתו של חברי השופט ד' מין, ועם התוצאה שאליה הגיע בהליכים שלפנינו. עם זאת, דעתי שונה בנוגע למספר התייחסויות בחוות דעתו של חברי כפי שיפורט להלן.

2. הזכות להורות הוכרה זה מכבר במשפט הישראלי כזכות יסוד חוקתית רמת מעלה, הנגזרת מכבוד האדם. מדובר בזכות רחבה, שעל פי ההלכה הנוהגת "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'" (דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 28 לפסקה דינה של הנשיאה א' חיות (25.7.2022), להלן: דיון נוסף פלוני; ראו גם: בג"ץ 4077/12 פלוני נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, 303 (2013)). בהמשך לכך הובהר בפסיקה, כי תנאי הכרחי למימושה של הזכות להורות הוא ההכרה המשפטית בהורות – שכן הכרה זו מעניקה סמכויות ייחודיות להורה ומבססת את חובותיו כלפי ילדו; יש לה השפעה על תפיסתו העצמית של ההורה; והיא מקדמת את טובת הילד, בכך שהיא יוצרת תאימות בין הסטטוס המשפטי ובין מציאות חייו בפועל (דיון נוסף פלוני, שם).

המקרה שלפנינו נסב על זכותה להורות של המבקשת ב-כע"מ 8236/21 (המשיבה ב-כע"מ 8606/21, להלן: המבקשת) – שבמשך שנים לא הצליחה להביא ילדים לעולם, עד שבזכות תרומת זרע וביצית והליך פונדקאות בארצות הברית, היא הפכה לאם לתאומים, בן ובת (להלן: הקטינים). מאז היוולדם מצויים הקטינים במשמורת בלעדית של המבקשת והיא זו שמטפלת בהם ומגדלת אותם באהבה – ואולם בהתאם לנוהלי משרד הפנים לא ניתן לרשום את המבקשת כאימם של הקטינים, בהיעדר זיקה גנטית בינה ובינם. מדובר במקרה נוסף שבו האפשרויות הטכנולוגיות בתחום הפרייון והילודה משיגות, בפער רב, את ההסדרה המשפטית של הורות שאינה הורות ביולוגית (ראו, למשל, דברי השופטת א' חיות ב-בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 15 (18.9.2014)).

3. לעמדת המבקשת יש להכיר בהורותה לקטינים מכוח צו הורות פסיקתי – ואולם למרבה הצער, נראה שבעת הנוכחית אין לצו כזה עיגון שבדין.

הדין הישראלי מכיר כיום בארבעה מסלולים שונים לקביעת הורות: הורות מכוח זיקה גנטית; הורות מכוח זיקה פיזיולוגית; הורות מכוח "זיקה לזיקה"; והורות מכוח אימוץ (דיון נוסף פלוני, סעיף 18 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (1.4.2015), להלן: עניין פלונית). בענייננו אין חולק שלמבקשת אין זיקה גנטית או פיזיולוגית לקטינים; גם לא "זיקה לזיקה"; ואשר להורות מכוח אימוץ – חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) אמנם מסדיר הורות של הורים שאין להם זיקה ביולוגית לילד, ואולם הוא קובע רשימה סגורה של "עילות אימוץ", כאשר נראה שעניינה של המבקשת אינו בא בגדר אחת החלופות שברשימה זו. הדברים פורטו בחוות דעתו של חברי, ואין צורך לחזור.

הגם שבשנים האחרונות חלה הרחבה מסוימת בהיקף פריסתו של צו ההורות הפסיקתי, צו זה במהותו מאפשר הכרה בהורות רק מכוח "זיקה לזיקה"; קרי: הכרה בהורות של בן או בת הזוג של ההורה הביולוגי, משהוכח קיומה של כוונה משותפת ותכנון משותף של בני הזוג להביא ילד לעולם (להרחבה בנושא התפתחויות שחלו בצו ההורות הפסיקתי, ראו: דיון נוסף פלוני, פסקאות 22-26 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). המקרה שלפנינו שונה בתכלית. מקור הורותה של המבקשת הוא חוזי, ומבוסס על התקשרות חוזית של המבקשת עם תורמי הזרע והביצית ועם הפונדקאית. אלא שזה מכבר נקבע בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט העליון, כי בהיעדר מסגרת חוקית ומנגנוני פיקוח ובקרה מתאימים, לא ניתן לכונן בישראל הורות מסוג "הורות הסכמית" (עניין פלונית כהגדרתו לעיל). ברקע הכרעה זו, עמד "חשש מפני היווצרות 'שוק תינוקות' שבו ניתן יהיה 'ליצור' או 'לרכוש' תינוק על ידי כריתת 'שרשרת' הסכמים ללא פיקוח וללא הסדרה" (פסקה 3 לפסק דינו של השופט י' דנציגר).

4. בנקודה זו אבקש להוסיף ולבאר, כי שלא כמשתמע מסעיף 34 לפסק דינו של חברי – איני סבורה כי יש מקום לייחס למבקשת התנהגות בלתי הולמת או מנוגדת לדין בכל הנוגע לבחירתה להביא ילדים לעולם באמצעות תרומת ביצית וזרע ובהליך פונדקאות בחו"ל. בשונה מנסיבות המקרה החריגות העומדות ביסוד הכרעתו של בית המשפט בעניין פלונית – בענייננו מדובר בהליך פונדקאות שנערך בארצות הברית בהתאם לדין הנוהג שם ולמנגנוני הפיקוח הקבועים בו; המבקשת חתמה על הסכמים בכתב עם תורמי הזרע והביצית וכן עם האם הפונדקאית; בית המשפט בארצות הברית פיקח על ההליכים ואישרם, ובסופו של דבר ניתן פסק דין שקבע כי המבקשת היא ההורה הבלעדי של הקטינים. בזהירות הראויה אציין כי בנסיבות אלה, החששות שציין חברי מפני ניצול וסחר בילדים נחזים במידה רבה כבלתי ממשיים. מכל מקום, לא נשמעה כל

טענה קונקרטית מצד היועצת המשפטית לממשלה בנוגע להסכמים שבהם התקשרה המבקשת או להליך הפונדקאות שבו נולדו הקטינים – ולא בכדי.

אכן הליך פונדקאות מעצם טיבו וטבעו מעורר סוגיות אנושיות, מוסריות והלכתיות נכבדות. עם זאת, איני רואה מקום לביקורת על המבקשת שבחרה לעשות שימוש באמצעים הטכנולוגיים הזמינים כיום לצורך מימוש זכותה להורות, באופן חוקי ומוסדר לפי הדין בארצות הברית. יפים לעניין זה דברי המשנה לנשיא מ' נאור ב-בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים (פ"ד סו(3) 493, 540-541 (2014)):

"אזרחים ישראליים לא מעטים, כך התברר בעתירות שלפנינו, פונים להליך פונדקאות בחו"ל. אין כל איסור בדין הישראלי על ההליכים בהם נוקטים הפונים לפונדקאות חו"ל, והם אף מדווחים מיוזמתם לרשויות המדינה על ההליכים בהם נקטו. מצויים בהם גם זוגות הטרוסקסואליים, אשר לרוב יכולים להגשים את הורותם גם במספר דרכים נוספות, זוגות חד-מיניים (כמו העותרים שלפנינו) וגם יחידים, שלפי הדין הקיים, אפיק הפונדקאות בחו"ל הוא הזדמנות מעשית מרכזית עבורם, ולעיתים יחידה, להפוך להורים. בעשותם כן הם מממשים יצר טבעי הטבוע באדם, להעמיד צאצאים ולהקים משפחה. יש לחפש את הדרך להקל על דרכם – והכל תוך שמירת אינטרסים אחרים הראויים להגנה."

ועוד באותו עניין, מאחר שאף לשיטתו של חברי חוק האימוץ אינו חל במישרין בעניינה של המבקשת ואף זר למצבה המשפטי – ממילא אין לראות בה כמי שפעלה בניגוד לסעיף 33(א) לחוק, האוסר על מסירה, קבלה או החזקת ילד למטרת אימוץ בישראל שלא לפי הוראות חוק זה.

5. נמצאנו למדים כי השימוש בהליכי פונדקאות בחו"ל לצורך הגשמת הזכות להורות הוא בבחינת מציאות קיימת. כך גם האפשרות לשלב בין תרומת זרע וביצית עם הליך פונדקאות בחו"ל, והמקרה שלפנינו יעיד. אף על פי כן, חקיקה מסודרת הנותנת מענה רציני לקשיים והחששות שהליך מעין זה עלול לעורר – אין. הסדרה כזאת מחייבת הכרעה בשאלות עקרוניות ונודעות לה השלכות רוחב משמעותיות, ועל כן גם לגישתי לא ניתן לעשותה בדרך של חקיקה שיפוטית. משכך, אין מקום למתן צו הורות פסיקתי בעניינה של המבקשת. עם זאת, ברי כי גם לא ניתן לכפות על המבקשת את תהליך האימוץ הקבוע בחוק האימוץ – משהוברר כי חוק זה ככתבו לא חל ולא נועד לחול במקרים כגון עניינה של המבקשת.

בנסיבות אלה, אני שותפה לעמדתו של השופט ד' מין כי המתווה שבו פסע בית המשפט המחוזי הוא בבחינת "רעה במיעוטה". אמנם נקבע כי המסלול המתאים להכרה בהורותה של המבקשת הוא במתווה שלפי חוק האימוץ, חרף הקשיים הכרוכים בקביעה זו כאמור לעיל; ועם זאת הורה בית המשפט המחוזי על ביצוע התאמות הכרחיות במסלול האימוץ בהתאם לנסיבות המקרה כפי שנתבררו. בתוך כך, בשלב הראשון של ההכרזה על הקטינים כבני אימוץ – נקבע כי ניתן לראות בהסכם עם הפונדקאית ובפסק הדין האמריקאי המכיר בהורותה של המבקשת כמספקים לצורך ניתוק הקשר המשפטי בין הפונדקאית ובין הקטינים; וגם ביחס לתורם הזרע נקבע כי מעצם היותו תורם אנונימי ניתן להכריז על הקטינים כבני אימוץ כלפיו. במאמר מוסגר יבואר כי ביחס לתורמת הביצית, ניתוק הקשר המשפטי בינה ובין הקטינים נעשה מכוח סעיף 42 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 ולא נדרשת כל פעולה משפטית נוספת. זאת ועוד. בית המשפט המחוזי קבע כי אף אין צורך בהגשת תסקיר עובד סוציאלי כנדרש בסעיף 22 לחוק האימוץ, שכן דרישה זו אינה רלוונטית בעניינה של המבקשת שעה שלא נשמעה כל טענה ביחס למסוגלותה ההורית. מדובר אפוא ביישום גמיש של ההסדר הקבוע בחוק האימוץ, המותאם ככל הניתן לנסיבות עניינם של המבקשת והקטינים; ונראה כי מדובר בפתרון המיטבי עבורם בשים לב לדין הנוהג כיום.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

1. דעתי כדעת חברי השופט ד' מין, שאליה הצטרפה גם חברתי השופטת ע' ברון. אף לשיטתי, יש הצדקה ליתן רשות ערעור בבקשות שלפנינו, מאחר שהן מעוררות שאלה משפטיות עקרוניות החורגות מעניינם של הצדדים; אך לגופו של עניין – דינם של שני הערעורים להידחות.

2. כמו במקרים נוספים שנדונו לפני בית משפט זה בשנים האחרונות, גם בעניין דנן, על שולחן הניתוחים – סוגיה רגישה ועדינה, בבסיסה הכמיהה האנושית להורות. גם הפעם, צף ועולה הפער בין עולם המשפט לחיי המעשה; בין השאיפה להכרה משפטית בהורות, בנסיבות חיים מורכבות, לבין העדר עיגון בדין הקיים, באופן שאינו מאפשר זאת. כפי שציינה חברתי השופטת ע' ברון, הפער בין הקדמה הטכנולוגית והמדעית בתחום ההולדה, לבין ההסדרה המשפטית, מביא לפתחם של בתי המשפט

סוגיות שונות, שכלל לא עלו במחשבה בעבר. המקרה שלפנינו ממחיש פער זה, ולצד זאת, משקף גם פער בין שיטות משפט שונות, שלכל אחת מהן גבולות וגדרים משל עצמה, בכל הנוגע לשאלת ההכרה במעמד של הורה.

3. חברי השופט מינץ, היטיב לתאר בחוות דעתו כי מודל 'ההורות ההסכמית' – דהיינו, הורות נטולת קשר גנטי או ביולוגי, שאינה מוסדרת לפי אחת הדרכים המעוגנות בחוק – אינו מוכר בדין הישראלי (לעניין זה ראו: בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (1.4.2015); בע"מ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 13 (24.1.2019); בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פסקה 18 לפסק הדין של חברי השופט מינץ (3.2.2020); דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 33-34 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות (25.7.2022)). על רקע דבריו הנכוחים של חברי, שעמם אני מסכים בכל פה, לא ניתן לקבל את ערעור המבקשת. בקשתה כי נכיר בה כהורה, על יסוד 'צו הורות פסיקתי' – אינה יכולה להתקבל. זאת, משום שהתנאי הבסיסי שנקבע בפסיקה למוסד זה – שהוא כשלעצמו מוסד חדשני – מחייב קיומה של 'זיקה לזיקה'; ואין חולק כי זו אינה מתקיימת בענייננו. גם הטענה כי יש מקום ליצירת מסלול חדש, 'צו אימוץ פסיקתי', ובכך 'לדלג' מעל דרישותיו הקפדניות של חוק האימוץ, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ או החוק), נראית מוקשית ביותר. ביסוד מהלך זה, טמונה ההנחה, כי בית המשפט רשאי לעצב הסדר חדשני, בדרך של חקיקה שיפוטית, תוך סטייה מהוראות חוק האימוץ, אף שמדובר בסוגיה הנוגעת לאחד מן התחומים הרגישים ביותר, המוסדרים על-ידי המשפט. עם כל ההבנה למצבה של המבקשת, זירת קביעת המדיניות ועיצובה, בפרט בתחום רגיש כל-כך, נתונה למחוקק בלבד; לא לבית המשפט. במקום שבו עומדות רגלינו כיום, הותר המחוקק את מודל ההורות ההסכמית, מחוץ לקשת האפשרויות להכרה במעמד הורי, וכפי שצוין בחוות דעתו של חברי – טעמים כבדי-משקל עומדים ביסוד קביעה זו. בהקשר זה אוסיף, כי את כוונתו המפורשת של המחוקק, שלא להתיר הורות הסכמית, ניתן ללמוד, בין היתר, מדברי ההסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018 (להלן: תיקון מספר 2), שבגדרו הותר שימוש בפונדקאות גם לנשים יחידניות, ככל שהן בעלות זיקה גנטית ליילוד. בין היתר הובהר שם, מדוע נקבע כתנאי לביצוע הליך פונדקאות בישראל, כי "הזרע המשמש להפריה חוץ גופית במסגרת ביצוע ההסכם הוא של האב המיועד, ולעניין אם מיועדת יחידה – הביצית שבה נעשה שימוש במסגרת ביצוע ההסכם היא שלה" (סעיף 2(2) לחוק הפונדקאות), כדלקמן:

"תנאי זה בא להבטיח קיומו של קשר גנטי בין אחד ההורים המיועדים לפחות לבין הילד שייוולד ובכך למנוע יצירת ילד לצורך אימוצו".

4. הנה כי כן, מעבר לכך שהדין אינו מכיר במודל של הורות הסכמית במפורש, נראה כי המחוקק הביע עמדתו, גם אם מחוץ לגבולות חוק האימוץ, במסגרת תיקון מספר 2 הנ"ל, כי דעתו אינה נוחה מיצירת ילד בדרך הסכמית, ללא כל קשר גנטי או ביולוגי בין ההורה המיועד לבין היילוד, ולייעד אותו מראש, לאימוץ, בשלב מאוחר יותר, לאחר הלידה. כפי שציין חברי (פסקה 28 לחוות דעתו), גם אם במקרה אינדיבידואלי, מורכב ורגיש ככל שיהיה, כוחם של הטעמים למניעת הורות הסכמית נחלש – אין בכך כדי להצדיק יצירת "מערכת כללים נוגדת דין"; כידוע: "אין התורה מביטה על הבודד, ולא יהיה הציווי כפי הדבר המועט, אלא כל מה שרצוי להשיגו, השקפה או מידה או מעשה מועיל, אין מביטים בו אלא לדברים שהם הרוב" (מורה נבוכים ג, מד).

אם כן, לא ניתן להעניק למבקשת את מבוקשה, וליתן בעניינה צו הורות פסיקתי; גם אין ליצור יש מאין, מסלול של צו אימוץ פסיקתי, שאיננו מוכר בדין. בכך, נסתם אפוא הגולל על ערעורה של המבקשת.

5. ברם, בכך לא באה הדרך אל סופה. כמפורט בחוות הדעת של חברי השופט מינץ, בית המשפט לענייני משפחה, וכמוהו בית המשפט המחוזי, קבעו כי עניינה של המבקשת בא, גם אם בדוחק, בגדרי חוק האימוץ, תוך הגמשת הוראותיו למציאות הייחודית דנן. חברי, לעומת זאת, סבורים כי בכך שגו בתי המשפט, שכן ענייננו אינו בא בגדרי חוק האימוץ. מסכים אני עמם גם בנקודה זו, אך אבקש לחדד קמעא את גישתי-שלי.

6. חברי, השופט מינץ, מנתח את היחס שבין הוראת סעיף 3(2) לחוק האימוץ, לבין הוראת סעיף 25(2) לחוק זה, ובא לכלל מסקנה, כי "בעוד שלפי סעיף 3(2) לחוק (לבדו), אימוץ על ידי מאמץ יחיד אפשרי רק במצב שבו מתקיימים שני תנאים – פטירת ההורים הביולוגיים וקרבת המאומץ למאמץ, הוראת סעיף 25(2) לחוק מאפשרת, בנסיבות מיוחדות ואם הדבר יהיה לטובת המאומץ, לוותר על אחד משני התנאים האמורים" (ההדגשה הוספה – נ' ס'). ביישום הדברים לענייננו, קובע חברי, ש"פשיטא כי ענייננו אינו נכנס ולו בקירוב לאילו מהחריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק, ולא לגדרי הסטייה מהחריגים והרחבת גבולותיו של סעיף 3(2). לפי סעיף 25(2) לחוק". בנוסף קובע חברי, כי לשיטתו המקרה שלפנינו אף איננו מקים "נסיבות מיוחדות", כדרישת סעיף 25(2) לחוק, כך שלא ניתן להיאחז בסעיף זה, ומכוחו לאפשר סטייה מהחריג לכלל הקבוע בסעיף 3(2) לחוק.

7. לגבי ידידי, די בנימוק השני שהביא חברי, על מנת להסיק כי בענייננו לא ניתן להחיל את הוראות חוק האימוץ. כפי שאבהיר מיד, גם לשיטתי, המקרה שלפנינו לא בא בגדר אותן "נסיבות חריגות", שאליהן התייחס המחוקק, בחוקקו את סעיף 25(2) לחוק. לעומת זאת, באשר לנימוק הראשון, המבוסס על ניתוח לוגי של שתי ההוראות המעוגנות בסעיפים 3(2) ו-25(2) לחוק, פרשנותי-שלי – שונה במקצת. חברי קובע בחוות דעתו, כי סעיף 3(2) לחוק מציב 2 תנאים למתן צו אימוץ למאמץ יחיד: פטירת הורי המאומץ הביולוגיים וקרבת המאמץ למאומץ. לפיכך, סבור חברי, כי ככל שיקבע כי סעיף 25(2) לחוק מאפשר לסטות משני התנאים גם יחד, לטובת מתן צו אימוץ למאמץ יחיד, משמעות הדבר היא כי לפנינו הוראה 'פרוצה', המנותקת לחלוטין מהמערכת הנסיבתית שאליה מתייחס החריג המעוגן בסעיף 3(2) לחוק. בכך, יתאפשר להעניק מכוחה צו אימוץ למאמץ יחיד, בכל "טווח המקרים שהחוק ה'רגיל' אינו מאפשר לכלול בו". ואולם, פרשנותו של חברי מבוססת על הנחת יסוד, שלפיה סעיף 3(2) לחוק מציב 2 תנאים לצורך תחולתו, בעוד שלשיטתי, סעיף זה קובע תנאי נוסף, עצמאי ונפרד, שלפיו על המאמץ להיות "בלתי נשוי". אסביר.

8. הכלל שקבע המחוקק הוא זה: אימוץ יעשה על-ידי "איש ואשתו יחד". החריג לכך, המאפשר אימוץ על-ידי יחיד, מעמיד 2 חלופות: (1) אימוץ קרובים (דהיינו, מצב שבו "בן זוגו [של מבקש האימוץ היחידני – נ' ס'] הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן"); (2) מצב שבו "הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי". החלופה השנייה מציבה אפוא 3 תנאים: פטירת הורי המאומץ; קרבת המאמץ למאומץ; היות המאמץ בלתי נשוי (ראו למשל: ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 81 ו-130 (2005) (להלן: עניין ירוס-חקק)). על גבי סעיף זה, הרכיב המחוקק חריג נוסף, המעוגן בסעיף 25(2) לחוק, שכותרתו: "סמכות לסטות מסיגים". אותו חריג לחריג, מאפשר לסטות רק מ-2 מתוך 3 התנאים הקבועים בסעיף 3(2). דהיינו, ניתן לסטות רק מן התנאים הבאים שנקבעו בחלופה זו: פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ, אך לא ניתן לסטות מן התנאי שלפיו על המאמץ היחיד להיות בלתי נשוי; תנאי אחרון זה, הוא תנאי בל יעבור, שלפי מצוות המחוקק, אין לסטות הימנו (עניין ירוס-חקק, עמודים 100, 116 ו-131; הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון מספר 3), התשמ"א-1981, הצ"ח 1533, 335, עמוד 336 (30.3.1981); נילי מימון, דיני אימוץ ילדים, עמודים 339-341 (1995); בנציון שרשבסקי ומיכאל קורנאלדי, דיני משפחה ב, עמוד 938 (2015)). נוכח כל זאת, אינני סבור כי סעיף 25(2) לחוק, מאפשר לסטות רק מ"אחד משני התנאים האמורים" בסעיף 3(2) הנ"ל. לגישתי, ניתן לסטות מהתנאי הראשון והשני, וגם משניהם יחד, כל עוד התנאי בדבר היות המאמץ בלתי נשוי מתקיים. פרשנות זו, נתמכת בבחירתו של המחוקק להשתמש בסעיף 25(2) לחוק, ב-וא"ו החיבור, ולא בתיבה 'או'.

(כלומר: 'פטירת הורי המאומץ או קרבת המאמץ לפי סעיף 3(2)'; למצער – זוהי הפרשנות הלשונית הרגילה. אמנם, פרשנות הסעיף בדרך זו, מרחיבה במידה רבה את סמכותו של בית המשפט לסטות מהחריג לכלל, שכן התנאי ה'נוקשה' היחיד, מבין 3 התנאים, הוא היות המאמץ בלתי נשוי, אך כאמור, הסמכות לסטות מסייגים כבולה למסכת עובדתית יחודית, שבה מתקיימות "נסיבות חריגות", שבהן "נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ" (ראו והשוו: רע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 84 (2002) (להלן: ע"א 1165/01)).

9. מכל מקום, האמור עד כה אינו משנה ממסקנת הדברים לגבי עניינינו-אנו, שכן בדומה לגישת חברי, אף אני סבור כי סעיף 25(2) לחוק, אינו חל במקרה שלפנינו. מבלי לטעת מסמרות לגבי סוגי המקרים העשויים לבוא בקהל אותן 'נסיבות חריגות' שאליהן מתייחס סעיף 25(2) לחוק, די לי בכך שאני מסכים עם מסקנת חברי, כי המקרה שלפנינו – איננו מקרה שכזה. כפי שציין חברי בפסקאות 32-34 לחוות דעתו, סעיף 25(2) לחוק, 'החריג לחריג', מכוון עצמו למצב של 'בדיעבד', ולא למצב של 'לכתחילה'; למציאות מורכבת שנסיונות החיים הביאו להיווצרותה, ולא למציאות מתוכננת של הורות נטולת זיקה גנטית או ביולוגית, המבוססת על מערכת הסכמית המנוגדת להוראות הדין הקיים בישראל. כללים אלה, לא נועדו אלא למקרים יחודיים, מורכבים וקשים, ולא להכרה בקטגוריות כלליות חדשות של הורות, שהמחוקק ביקש במפורש שלא להכיר בהן. כאמור, הדין בישראל אינו מכיר בהורות הסכמית, ואין חולק שלא מדובר בשתיקה או באדישות של המחוקק, כי אם בבחירה מושכלת; כך עולה במפורש מפסיקתו של בית משפט זה. קשה אפוא להלום פרשנות שלפיה המחוקק איפשר להכניס 'דרך החלון' המתוחם של 'החריג לחריג', הקבוע בסעיף 25(2) לחוק האימוץ, מודל של הורות שהוצא על-ידו באופן מודע 'דרך הדלת הראשית'. בכך, לדעתי, נבדל המקרה שלפנינו מזה שנדון בעניין ירוס-חקק, שבו נקבע, בדעת רוב, כי אין מקום לשלול א-פריורית את האפשרות שבני זוג מאותו מין יאמצו האחד את צאצאיו של רעהו, באמצעות שימוש בסעיף 25(2) לחוק, בטענה כי אין להניח שהמחוקק ביקש למנוע אפשרות שכזו. בשונה מהנדון שם, בעניין דנן, כאמור, ביקש המחוקק למנוע הורות הסכמית. מה גם, שבניגוד לעניין ירוס-חקק, אינני סבור כי המקרה שלפנינו נמנה על אותם מקרים שבהם "נתהווה פער בין הסדריים שנקבעו בדברי-חוק שנחקקו בעולם-של-אתמול לבין מנהגות בעולם-של-היום", באופן שמטיל על בית המשפט "לעשות את הניתן והראוי – בתחומיה של לשון-החוק ובגדרי תכליתו של החוק – לפרישת חופתו של החוק על תופעות-חיים שבאו לעולם לאחר חקיקתו, גם אם לעת החקיקה לא היה המחוקק יכול אף לשער קיומן של אותן תופעות" (עניין ירוס-חקק, חוות הדעת של השופט מ' חשין, עמוד 134). המקרה שלפנינו, הנוגע להבאת ילד לעולם בדרך של הפריית ביצית מתורמת אנונימית בזרע של תורם אנונימי, והשתלתה

ברחמה של אם פונדקאית, מבלי שלרוח החיה מאחורי המהלך תהיה זיקה גנטית או ביולוגית לילד – איננה בגדר "מנהגות בעולם-של-היום". אף אם הייתי מניח כי מדובר בתופעה נפוצה, הרי שהמחוקק הישראלי, נכון להיום, אינו מכיר במודל הורי שכזה, ודי בכך כדי להחריג את המקרה דנן, מאותן 'נסיבות מיוחדות', שאליהן כיוון בסעיף 25(2) לחוק. בהיבט זה, וכפי שציין חברי, נסיבות ענייננו רחוקות מאוד גם ממקרים אחרים, שבהם יושם 'החריג לחריג' שבסעיף 25(2) לחוק (ראו והשוו: ע"א 1165/01; בע"מ 575/15 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.3.2017)).

10. נמצאנו למדים, כי עניינה של המבקשת אינו עונה על אף אחד מ'מסלולי' ההורות הקיימים בדין. התוצאה המתבקשת מכך, על פני הדברים, צריכה היתה להיות דחיית התביעה, והותרת מערכת היחסים שבין המבקשת לקטינים ללא סטטוס משפטי של הורות. זאת, חרף המציאות הטופחת על פנינו, שבה המבקשת מגדלת את הקטינים מרגע לידתם ועד עתה, מזה כ-5 שנים, מבלי שנטען על-ידי גורם כלשהו, גם לא על-ידי המדינה, דבר וחצי דבר לגבי מסוגלותה ההורית. ברם, המדינה אינה טוענת, לכל הפחות לא בשלב זה, כי אין לאפשר את מתווה האימוץ הכללי שנקבע במקרה זה על-ידי בית המשפט המחוזי; איננו מבקשים אפוא להיות לה לפה בעניין זה. חלף זאת, מבקשת המדינה, בקנאות-מה, כי נקפיד על הוראות חוק האימוץ, ובפרט על קבלת תסקיר, אף שגם לשיטתה – אין צורך מעשי בענייננו לקבל תסקיר שכזה.

11. במצב דברים זה, מצטרף אני לתוצאה האופרטיבית שאליה הגיעו חברי, שלפיה פסק הדין של בית המשפט המחוזי יותר על מכוננו. העיקר בעיני הוא לעתיד לבוא. כפי שציין חברי השופט מינץ, מערכת עובדתית כמו זו שלפנינו אינה מאפשרת הכרה בהורות לפי הדין בישראל, ועל כן – "פתרון על פי הדין הקיים למקרים דומים אינו אפשרי". משכך אדגיש, כי התוצאה שאליה הגענו, נטועה עמוק בדל"ת אמותיו של המקרה הפרטני שהובא לפנינו, בנסיבותיו הספציפיות, ונובעת בעיקר מן האופן שבו הוצגו טענות המדינה בשלב הערעור; אין להשליך ממנו למקרים אחרים.

12. הכמיהה האנושית האוניברסלית להורות קיימת משחר האנושות. זה מקרוב קראנו בפרשת השבוע, את זעקתה הנוגעת ללב של רחל אמנו: "הִבֵּה לִי בָנִים, וְאִם אֵין מִתָּה אֲנֹכִי" (בראשית ל, א), ואת תשובתו של יעקב אבינו: "הִתַּחַת אֶל-לְהִים אֲנֹכִי אֶשָּׂא מִנֵּעַ מִמֶּךָּ פָּרִי בֶטֶן?". רצונה של המבקשת להעמיד צאצאים – טבעי ומתבקש, השתוקקותה לאמהות – מובנת ומעוררת אהדה. ואולם, כפי שציין חברי, אין זה מתפקידו של בית המשפט לשרטט מחדש את גבולות הדין בסוגיה כה רגישה של קביעת מעמד הורי חדש,

בפרט מקום שבו המחוקק הותיר, במודע, את מבוקשה של המבקשת בהליך דנן – הכרה בהורות הסכמית – מחוץ לגדר האפשרויות הקבועות בדין.

סוף דבר, כחברי גם אני סבור, כי דין הערעורים להידחות, מבלי שנעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מין.

ניתן היום, י"ב בכסלו התשפ"ג (6.12.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט