



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

לפני כב' השופטת איריס אילוטוביץ' סגל

תובעת:

מ.ר.

באמצעות ב"כ עורך הדין שמואל מורן ואח'

נגד

נתבע:

היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה  
באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה מחוז תל אביב  
(אזרחי)

### פסק דין

"כשיבוא ילדי,

נרוץ אל ההרים

ונטפס יחדיו על כל צוקי הסלע -

רק שיבוא.

כשיבוא ילדי, נרוץ אל ההרים,

אז כתר רקפות אניח על ראשו

ואת ביתו אבנה מן השירים,

מעט מקול צחוקו המתגלגל ידבק בקול הענבלים –

רק שיבוא.

רק שיבוא." (מילים: שמרית אור)

עוד מימי בראשית אנו נחשפים לכמיהה העזה להורות. כמיהתה של רחל אימנו לילד צרובה חזק בזיכרון ופורטת על נימי הלב. כאבה מהדד, חד, חייה ללא ילדים משולים למוות "וְתֹאמַר אֵל-יַעֲקֹב הִבֵּה-לִּי בָנִים, וְאִם-אֵין מִתֵּה אֲנֹכִי" (בראשית ל, 1). כך גם חייהן של גיבורות נוספות מהתנ"ך – שרה, רבקה, חנה. שירים רבים נכתבו בדיו המהולה בדמעות של כאב, המבטאים את הכמיהה והגשמת החלום להיות הורה. "בן לו היה לי ! ילד קטן.... עוד אחכה לו" (רחל).

כך המקרה שלפניי. גם הוא עוסק בכמיהתה של התובעת, חשוכת ילדים, אשר ניסתה במשך שנים להביא ילדים לעולם אך ללא הצלחה. וכך בצעד אמיץ, חוצה גבולות, ארזה מזוודה ונסעה לארצות הברית. שם באמצעות פונדקאית, תרומת זרע ותרומת ביצית הצליחה להגשים את חלומה והפכה



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

אמא לתאומים. כנגד כל הסיכויים. מיד בסמוך לאחר לידת הקטינים ניתן פסק דין בארצות הברית אשר מנתק את הקשר בין הפונדקאית לבין הקטינים, והקובע את ההורות של התובעת. לקטינים שלפניי אין הורה אחר זולת התובעת.

**האם בנסיבות החריגות שלפניי, ניתן ליתן צו אימוץ פסיקתי "מקוצר", במסגרתו "נדלג" על השלב הראשון של ההכרזה של בר אימוץ ונעבור ישר לשלב השני וניתן פסק דין לאימוץ.**

זו השאלה המונחת לפתחי ואשר דורשת הכרעה.

### עובדות

1. התובעת, מ.ר., כבת 55 שנים, אזרחית ותושבת מדינת ישראל (להלן - "התובעת").
2. בגיל 37 התגרשה התובעת מבעלה, נוכח אי רצונו להביא ילדים לעולם.
3. למן אותו מועד, השקיעה התובעת את מירב מאמציה, הן הרגשיים והן הכלכליים, בניסיון להרות ולהגשים את חלומה - להפוך לאם.
4. מזלה של התובעת לא שפר עליה, וניסיונותיה להיכנס להיריון, כשלו בזה אחר זה. כך, במשך למעלה מעשור, עברה סדרה של טיפולי הזרעות רבים בארץ ובחו"ל; שני ניתוחים מורכבים להוצאת שרירנים; והליך של הפרייה חוץ גופית (תחילה עם ביציות משלה, ולאחר מכן באמצעות תרומת ביצית). כאשר טיפולים אלה לא צלחו, הגישה בקשה לאימוץ - ברוסיה וברומניה. ניסיונות אלה - לא צלחו אף הם.
5. לנוכח אירועים אלה, ומשמלאו לתובעת חמישים, היא החליטה לפנות לאפיק היחיד שנותר לה לשם הגשמת חלומה להפוך לאם והוא - **הליך הפונדקאות**.
6. כיום, החוק במדינת ישראל אינו מאפשר לאם מיועדת יחידה, לבצע הליך פונדקאות בארץ מביצית שאיננה שלה.
7. בנסיבות אלה, החליטה התובעת לבצע הליך פונדקאות **באמצעות תרומה של ביצית זרע**, במדינת אורגון שבארצות הברית.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

8. ביום 10.1.2018 נולדו תיאומים, בן ובת אשר במועד הגשת התובענה, מושא ההליך שלפניי, היו כבני שנה (להלן - "הקטינים").
9. לאחר לידת הקטינים, ניתן פסק דין הצהרתי על ידי בית המשפט במדינת אורגון, הקובע את הורותה הבלעדית של התובעת על הקטינים, ושולל זכויות הוריות כלשהן מהפונדקאית. כמו כן, הונפקה לקטינים תעודת לידה בה נרשמה התובעת כאמם.
10. בראשית חודש מרץ 2018 פנתה התובעת לקונסוליה בארצות הברית, בבקשה להנפיק לקטינים דרכונים ישראליים - אולם נתקלה בסירוב והופנתה למשרד הפנים הישראלי.
11. ביום 25.11.2018 ניתנה תגובת משרד הפנים הישראלי, במסגרתה נדרשה התובעת לבצע בדיקה גנטית לצורך הכרה בהורותה על הקטינים.
12. משעה שהקטינים נולדו במסגרת הליך פונדקאות שכלל תרומת ביצית וזרע, הדבר היה בלתי אפשרי.
13. ביום 1.1.2019 הגישה התובעת עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. במסגרתה ביקשה לחייב את משרד הפנים לנמק, מדוע לא ירשום אותה כאמם של הקטינים, בהסתמך על תעודות הלידה, ופסק הדין ההצהרתי הקובע את הורותה מטעם בית המשפט במדינת אורגון.
14. ביום 6.3.2019 דחה בית המשפט העליון לבקשת משרד הפנים את העתירה, נוכח קיומו של **סעד חלופי - פנייה לבית המשפט לענייני משפחה לצורך הכרעה בעניין ההורות.**
15. לנוכח האמור – הוגשה התובענה מושא ההליך שלפניי. במסגרתה נדרש בית המשפט לקבוע מתווה משפטי ראוי, לפיו תוכר הורותה של התובעת על הקטינים, בהתחשב בזכות היסוד להורות, לקיום חיי משפחה, לזכות לשוויון ולשיקולים הנוגעים לטובת הילד.
16. על פי עמדת התובעת, המתווה המשפטי הראוי והנכון במקרה דנן, הוא מתווה של **צו הורות פסיקתי**, במסגרתו יצהיר בית המשפט על אימהותה של התובעת כלפי הקטינים.
17. מנגד, על פי עמדת הנתבע, הפתרון המשפטי הראוי במקרה הנדון, צריך להיות באמצעות מתווה של **אימוץ** על פי החוק לאימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן - "**חוק אימוץ ילדים**"). זאת, לנוכח



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

העובדה, כי כיום מדינת ישראל אינה מכירה בהורות ללא זיקה גנטית. משכך לטענתו, יש לבצע ניתוק הקשר שבין בעלי הזיקה הגנטית, הכוללים הן את ניתוק הקשר שבין הזרע לבין הקטינים, וניתוק הקשר שבין הפונדקאית לקטינים.

18. חוק אימוץ ילדים קובע שני שלבים נפרדים להליך האימוץ: **שלב הראשון - ניתוק הזיקה הטבעית והמשפטית שבין הקטין לבין הוריו הביולוגיים. השלב השני - יצירת הזיקה המשפטית שבין הקטין לבין הוריו המאמצים.**

19. אלא מאי - בנסיבות המקרה החרגי שלפניי, ספק אם קם הצורך לעבור את משוכת השלב הראשון של הליך האימוץ. שכן דה פקטו, לקטינים שלפניי לא היה בשום שלב הורים ביולוגיים. לפנינו תרומת ביצית וזרע (אנונימיות), ובכל מקרה עם מתן פסק הדין בבית המשפט של מדינת אורגון, נותקה כל זיקה בין תורם הזרע, תרומת הביציות והפונדקאית לקטינים.

אם כך מהו הקושי במקרה שלפניי?

20. אשר לניתוק הקשר בין תורם הזרע לבין הקטינים – תרומת הזרע נעשתה באופן אנונימי לחלוטין, תוך שלא ניתן להתחקות אחר זהות התורם לאחר מכן. משכך דרישה זו של הנתבע בעייתית, ועתידה ליצור כאוס מוחלט בכל הנפקות של תרומת זרע וההשלכות הנובעות מכך.

21. אשר לניתוק הקשר בין הפונדקאית לבין הקטינים - הרי שדרישה זו עומדת בניגוד מוחלט לפסק דינו של בית המשפט במדינת אורגון, בו נקבע באופן ברור ומפורש, כי נותק כל קשר בין הפונדקאית לבין הקטינים, וכי התובעת היא אימם היחידה. מה גם, שעל פי החוזה שנחתם בין התובעת לבין הפונדקאית, אין לפונדקאית כל מעמד ביחס לקטינים, לבטח לא כזה המגדירה כ"הורה" אשר נדרש עתה לנתקו.

22. אשר לניתוק הקשר בין תרומת הביצית לבין הקטינים - חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן - "חוק תרומת ביציות") קובע כי "ילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין" (סעיף 42 לחוק תרומת ביציות). משכך, אין דרישה מטעם הנתבע לניתוק הקשר, כפי שהוא דורש ביחס לתרומת זרע ולפונדקאית. והדברים ברורים.

23. ביום 14.7.2020 במסגרת קדם משפט, התייחס בית המשפט למתווה המשפטית אותו הציע כל אחד מהצדדים וכן, העלה הצעה נוספת למתווה חלופי - לפיו במקום לבצע את הליך האימוץ במתכונתו הקלאסית, יבוצע הליך האימוץ בחלקו בלבד, תוך דילוג על השלב הראשון המחייב להוכיח את ניתוק הקשר בין הקטין להוריו הביולוגיים ותבצע "קפיצה" ישירה לשלב השני. קרי,



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

להכרזה על ההורה המאמץ. זאת, בשים לב לעובדה, שהמדובר בתורם זרע אנונימי ובהליך פונדקאות אשר בוצע על פי חוקי מדינת אורגון, והסתיים בפסק דין של בית המשפט במקום המצהיר על הורותה של התובעת ועל ניתוק הקשר בין הקטינים לבין הפונדקאית (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון, שו' 15-26).

24. אשר לניתוק הקשר בין תורם הזרע לבין הקטינים - במהלך הדיון הושגה הסכמה, כי הניתוק בין תורם הזרע לבין הקטינים, בוצע הלכה למעשה עם קניית המנה על ידי התובעת וקבלת המנה לידיה.

25. אשר לניתוק הקשר בין הפונדקאית לבין הקטינים – נטען על ידי הנתבע, כי על התובעת להוכיח שלא ניתן לאתר אותה או שהיא הלכה לעולמה, וזאת על פי הרציונל הקבוע בסעיף 8(א) לחוק אימוץ ילדים, לפיו על האימוץ להיות בהסכמת ההורה הביולוגי או בכפוף להכרזה על הקטין כבר אימוץ (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון, שו' 8-9).

26. מבלי לגרוע מהאמור, הוסכם כי הנתבע ישקול מחדש את עמדתו, מקום בו יוכח, כי הפונדקאית חתמה על פסק הדין של מדינת אורגון המנתק את הקשר בינה לבין הקטינים לאחר הלידה (עמ' 15 לפרוטוקול הדיון, שו' 27-29). הנתבע ביקש לבחון האם ניתן להסתפק בכך לצורך השלמת דרישות החוק או שמא נדרש לבצע השלמות או הבהרות נוספות (עמ' 16 לפרוטוקול הדיון, שו' 3-6).

27. נוכח האמור, בתום הדיון ניתנה ההחלטה כדלקמן (עמ' 16 לפרוטוקול הדיון, שו' 11-15):  
**"בתוך 30 יום מהיום תשיב המדינה לשאלות שהוצגו במסגרת הדיון היום והאם יהיה בכך כדי להתקדם:**

1. האם החתימה של הפונדקאית לפני בית המשפט באורגון לאחר לידת הקטינים די בכך או שהמדינה מטיחה ולעמוד ולדרוש על פסק דין של ויתור של הפונדקאית במדינת המקור.

2. וכן האם המדינה תסכים לדלג בשלב השני כפי שהוצג על ידי ביהמ"ש".  
 [ההדגשות מכאן ולהבא – א' א' ס']

28. בתגובה מיום 18.8.2020 טען הנתבע, כי לשיטתו לא ניתן להסכים למתווה של דילוג על השלב הראשון בהליך האימוץ, שמטרתו לאפשר את "שחרור" הקטינים לאימוץ. שלב זה, מהווה תנאי מוקדם לצורך יצירת קשר משפטי של הורות בין המאמץ למאומץ. עוד נטען, כי אין די בקיומו של פסק הדין הזר ממדינת אורגון על מנת להביא לניתוק הקשר ההורי בין הפונדקאית לבין הקטינים - כנדרש על פי הדין הישראלי החל במקרה דנן. בנסיבות אלה, הציג הנתבע רשימה של דרישות נוספות אשר בכפוף לעמידה בהן, ישקול להסכים לקביעת ההורות על פי מתווה של אימוץ.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

29. אשר לניתוק הקשר מתורם הזרע – נטען על ידי הנתבע, כי יש לפעול להגשת בקשה להכרזה על הקטינים כבר אימוץ כלפי תורם זרע אנונימי, בעילה של "אב לא ידוע" לפי סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים על בסיס ראיות ומסמכים שיוצגו על ידי התובעת.
30. אשר לפונדקאית - נטען כדלקמן:

7. לגבי האם היולדת - על המבקשת להמציא הסכמת האם היולדת לאימוץ הקטינים בהתאם לאחת החלופות המנויות בסעיף 9א לחוק האימוץ, שעניינו הסכמת הורה הניתנת מחוץ לישראל. על פי סעיף 9א(1) לחוק האימוץ, באפשרות האם היולדת לחתום על כתב הסכמת הורה לאימוץ בפני הנציג הדיפלומטי או הקונסולרי של ישראל; אפשרות נוספת היא לפעול לפי סעיף 9א(2) לחוק ולחתום על כתב ההסכמה לפי דין המקום שבו תינתן ההסכמה, או לפי דין מקום מגוריה הרגיל או של הילד בעת מתן ההסכמה (סעיף 9א(3) לחוק).

8. ויובהר, ככל שהסכמת האם היולדת לאימוץ הקטינים תיעשה על פי סעיף 9א(2) או סעיף 9א(3) לחוק האימוץ, הרי שהמבקשת תידרש להמציא גם חוות דעת לדין הזר, אשר תאשר כי ההסכמה שניתנה בהתאם לדין המקום שבו תינתן ההסכמה או לדין מקום המגורים של האם היולדת מנתקת את הקשר המשפטי בין הקטינים לאם היולדת, וכי לא נדרשת כל פעולה משפטית נוספת לשם שחרור הקטינים לאימוץ.

9. לחלופין, באפשרותה של המבקשת להמציא השלמה לחוות דעת לדין הזר ביחס לפסק הדין שניתן במדינת אורגון ביום 24.1.2018, כאשר על חוות הדעת להתייחס לשאלה האם בהתאם לדין החל במדינת אורגון ניתן לראות בפסק הדין ככזה השולל את החובות והזכויות ההוריות של האם היולדת ביחס לקטינים וכמנתק את הקשר המשפטי בינה לבין הקטינים, כך שלא נדרשת כל פעולה משפטית נוספת לצורך שחרורם לאימוץ.

31. בכפוף לקבלת הסכמתה של הפונדקאית לאימוץ, ולאחר קבלת פסק דין המכריז על הקטינים כבני אימוץ כלפי תורם זרע אנונימי, ניתן יהיה להמשיך לשלב השני, והוא בחינת מתן צו אימוץ לתובעת על הקטינים, בכפוף להמלצת תסקיר עובדת סוציאלית על פי החוק לאימוץ ילדים. דרישות אילו של הנתבע יש בהן כדי לאיין את פסק הדין של מדינת אורגון. לכך עוד אדרש בהמשך.

32. ביום 3.9.2020 הוגשה תגובת התובעת לעמדת המשיב. במסגרתה הביעה התנגדותה לדרישות אותן הציב המשיב. בתוך כך, צוין כי עמדת המשיב, עומדת למעשה בניגוד להסכמות אשר גובשו במהלך הדיון מיום 14.7.2020. עתה, לאחר שעמדה התובעת במוטל עליה והוכיחה, כי פסק הדין הזר ניתן לאחר הולדת הקטינים - החליט המשיב לחזור בו מהסכמתו ולהטיל על התובעת דרישות נוספות.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

33. לטענת התובעת - משהוכח, כי הליך הפונדקאות בוצע באופן חוקי לחלוטין, ועוגן במסגרת פסק דין מטעם מדינת אורגון - אין כל מניעה, כי בית המשפט יכריז על הורותה של התובעת באמצעות צו הורות פסיקתי.

### טענות הצדדים בתמצית

#### טענות התובעת

34. התובעת הגשימה את זכות היסוד להורות ולקיום חיי משפחה בדרך החוקית היחידה שהייתה פתוחה לה.

35. החוק בישראל אינו אוסר, באופן מפורש על נשים יחידות, המבקשות להביא ילדים לעולם באמצעות תרומת ביצית – לפנות למדינות אחרות לצורך ביצוע הליך הפונדקאות, במטרה לבצע שם את ההליך באופן חוקי.

36. לצורך כך, התקשרה התובעת בחוזה עם מרפאת הפריין (Oregon Reproductive ORM Medicine) שבארצות הברית (להלן - "מרפאת הפריין") לשם קבלת תרומת זרע וביצית. זאת, בשל בעייתתה הרפואית להתעבר מביציות גופה וכן, נוכח היותה אם מיועדת יחידנית. החוזה עם מרפאת הפריין כלל את כל השלבים הכרוכים בהליך הפונדקאות, לרבות ביצוע בדיקות, ליווי, מעקב אחר ההיריון ועוד. הובהר לתובעת, כי הביצית והזרע כמו גם כל עובר אשר עשוי להיווצר מהם בעתיד - יהיו שייכים לתובעת ולה בלבד.

37. תורמת הביצית חתמה על כתב ויתר מפורש, המנתק כל זיקה בינה לבין הביצית ולבין כל עובר שיולד כתוצאה מההפריה. תורמת הביצית העניקה לתובעת את כלל הזכויות ההוריות ומשמורת בלעדית על הביצית ועל כל עובר שייוצר ממנה.

38. אשר לתרומת הזרע - זו נרכשה על ידי התובעת מבנק הזרע האירופאי ונקבע, כי מנת הזרע שייכת לה בלבד.

39. בד בבד, התקשרה התובעת עם סוכנות הפונדקאות ASF (All Families Surrogacy) ובחרה בפונדקאית, אזרחית ארצות הברית - עמה חתמה על חוזה הפונדקאות (להלן - "הפונדקאית"). ההליך הרפואי כלל השתלה של ביציות מופרות בגופה של הפונדקאית, כאשר הן הביצית והן הזרע הגיעו מתרומות חיצוניות כאמור.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

40. התובעת הייתה שותפה לכל הליכי ההיריון והלידה, קיבלה תעודת לידה חוקית ופסק דין הצהרתי מבית המשפט במדינת אורגון המכיר בהורותה.

41. **ניתוק הקשר מהפונדקאית נעשה לאחר לידת הקטינים.** כמו כן, ועל פי הדין החל במדינת אורגון - לתורמי זרע או ביצית לא עומדות זכויות או זיקה כלשהי כלפי היילוד וזאת - בין אם התרומה נעשתה באופן אנונימי ובין אם לאו. בנסיבות אלה - בהינתן פסק הדין ההצהרתי מטעם מדינת אורגון, תעודות הלידה של הקטינים ואופן ההתקשרות למול הפונדקאית - ברי כי התובעת - **היא אימם הבלעדית של הקטינים על פי חוק במדינת אורגון - היא ולא אחרת.**

42. התובעת צירפה את כלל האסמכתאות והמסמכים הנדרשים לשם קביעת הורותה כפי שיפורט להלן:

- א. תעודות לידה אמריקאיות המעידות על הורותה של התובעת;
- ב. צו הורות פסיקתי מבית המשפט במדינת אורגון אשר בארצות הברית המכיר באימהותה על הקטינים;
- ג. הסכם חתום מול הפונדקאית;
- ד. הסכם חתום מול סוכנות הפונדקאות;
- ה. הסכם חתום מול מרפאת הפרייון;
- ו. חוות דעת לעניין הדין הזר אשר קבעה, כי האופן בו בוצע ההליך במדינת אורגון תואם את הדין הזר במדינה וכי לא הפונדקאית, לתורמי הזרע והביצית אין כל זכויות או חובות ביחס לקטינים.

43. בנסיבות אלה, על בית המשפט לעשות שימוש ב"ארגז הכלים" העומד לרשותו, ולהחליט איזה מן הכלים ישקף את המציאות העובדתית והמשפטית של הורות התובעת באופן הנכון והראוי ביותר.

44. בין יתר הכלים העומדים לרשותו של בית המשפט, צוינו הכלים הבאים:

- א. הכרה ואכיפה של פסק חוץ;
- ב. כללי המשפט הבינלאומי ועיקרון כיבוד המדינות השונות המחייבים הכרה בתעודות ציבוריות ובכלל זה תעודת הלידה של הקטינים;
- ג. קיומה של הורות פסיכולוגית.

45. לבית המשפט סלולה הדרך ליצור ולפתח סט "כלים" חדש - כדוגמת צו אימוץ ללא הליך של בר אימוץ או "צו הורות הצהרתי", בדומה לפסק דין הצהרתי, הנותן אישור משפטי למצב עובדתי המתישב עם הדין. שני האפיקים המרכזיים והראויים ליישום במקרה הנדון, הם צו הורות פסיקתי וצו אימוץ פסיקתי.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

46. **צו ההורות הפסיקתי** - נטען כי עד עתה, יוחד צו ההורות הפסיקתי למקרים של "זיקה לזיקה". לצד האמור, פסיקת בתי המשפט הכירה זה מכבר, בחשיבותו של הצורך לתת מענה להשפעותיהן של ההתפתחויות הטכנולוגיות והצרכים המשתנים. כך גם לאפשרות להכיר ולממש את הזכות לקיום חיי משפחה.

47. בהתקיים התנאים הבאים, יוסמך בית המשפט להעניק סעד של צו הורות פסיקתי:

- א. הורות שנוצרה באופן חוקי במדינה המכירה בהורות על פי חוקיה;
- ב. תעודות ציבוריות/פסק דין המעידים על הכרה בהורות במדינה בה נוצרה ההורות;
- ג. הורות תפקודית, פסיכולוגית מיטיבה המתקיימת בפועל ברצף;
- ד. הורות שלא נוצרה על ידי ביצוע עבירה;
- ה. נוכחות פעילה ויוזמת בכל שלבי יצירת ההורות.

48. **צו האימוץ הפסיקתי** - המדובר למעשה ביצירתה של נורמה חדשה, לפיה ניתן יהיה לבצע הליכי אימוץ, ללא צורך בהליך של בר אימוץ או מתן הסכמת ההורה לאימוץ במקרים המתאימים. זאת, תוך הכרה בפסקי הדין והתעודות הציבוריות מטעם המדינה הזרה, כתחליף מהימן דיו להליך ההכרזה או להסכמת ההורה לאימוץ.

49. דרך המלך בה יש לנקוט בנסיבות מקרה זה, היא דרך צו ההורות הפסיקתי המהווה למעשה הצהרה חוקית על מצב עובדתי קיים. לצד האמור, ומקום בו יוחלט שלא ניתן להכיר בהורותה של התובעת בדרך זו, הרי שיש לנקוט בדרך חליפית והיא **צו האימוץ הפסיקתי**.

### טענות הנתבע

50. התובעת עשתה דין לעצמה לאחר שנקטה בהליך פונדקאות עצמאי בחו"ל, במסגרתו נולדו שני קטינים, אליהם אין לתובעת כל קשר גנטי או ביולוגי. עתה, עותרת התובעת לכינון הורותה מכוח העובדה, שהיא זו אשר יזמה את ההליך ממנו הגיעו הקטינים לעולם. בכך, מבקשת התובעת להציב עובדה מוגמרת לפני רשויות מדינת ישראל, ולהסדיר המצב שיצרה. אלא מאי – הדין הישראלי אינו מאפשר לקבוע הורות בנסיבות הקיימות (סעיף 2 לסיכומים). בהעדר קשר גנטי או ביולוגי בין התובעת לבין הקטינים ובהעדר קיומה של "זיקה לזיקה". כינון יחסי ההורות אפשרי אך ורק באמצעות הליך **אימוץ** – על פי הוראותיו של חוק אימוץ ילדים (סעיף 5 לסיכומי הנתבע).

51. **אשר להכרה בהורות על פי המודל של הורות פסיכולוגית** - הורות פסיכולוגית מהווה כלי המשמש את בית המשפט בהליכים הנערכים לפי חוק אימוץ ילדים, ואינו מהווה עילה עצמאית ונפרדת לכינון הורות. הקשר הפסיכולוגי נבחן רק לאחר שנמצאה עילה לאימוץ, ולאחר ניתוק הקשר המשפטי להורים הביולוגיים (סעיף 33 לסיכומי הנתבע). טענת התובעת לפיה בתי המשפט, הכירו



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

בהורות פסיכולוגית של מי שאינו בעל זיקה גנטית באמצעות צו הורות פסיקתי היא חסרת כל בסיס, ואינה נסמכת על הדין והפסיקה (סעיף 37 לסיכומי הנתבע).

52. **אשר להצעה לכינון הורות משפטית באמצעות צו הורות פסיקתי** – אין מקום לבצע הרחבה נוספת של הקטגוריות למתן צו ההורות וזאת, משעה שכבר כעת, מהווה צו ההורות הפסיקתי הרחבה של הדין הקיים אל מעבר לגבולות חוק הפונדקאות (סעיף 47 לסיכומי הנתבע). הגם שהמחוקק, נענה לתמורות החברתיות וההתפתחויות הטכנולוגיות, והרחיב את גבולותיה של ההורות המשפטית, הרי שהדבר נעשה באופן מדוד ותוך שמירה על העקרונות הבסיסיים – שהם קיומו של קשר גנטי או ביולוגי לפחות לאחד מההורים המיועדים. יתרה מכך, בתי המשפט עמדו פעם אחר פעם על הצורך לנקוט משנה זהירות, ככל שמתרחקים ממודל ההולדה הטבעית ועל החובה לפעול על פי ההסדר החקיקתי (סעיף 51 לסיכומי הנתבע).

53. הרחבת צו ההורות הפסיקתי באופן שלא מונח בבסיסו קשר גנטי לפחות לאחד מההורים המיועדים, תחרוג משמעותית מהגבולות אותם התווה המחוקק. צו הורות פסיקתי אינו בבחינת "סעיף סל" באמצעותו ניתן להכיר בדיעבד בהורותו של כל אדם. העובדה שהתובעת נקטה בהליך שהוא חוקי במדינה בה ננקט - חסרת משמעות היא - שכן אינה יכולה להכשיר בדיעבד את ההליך שבוצע במדינה הזרה גם במדינת ישראל (סעיף 56 לסיכומי הנתבע). עתירתה של התובעת מהווה סטייה ניכרת, החוטאת לכל מהותו של צו ההורות הפסיקתי וההכרה החברתית המונחת בבסיסו (סעיף 67 לסיכומי הנתבע).

54. **אשר להצעה לכינון הורות משפטית באמצעות "צו אימוץ פסיקתי"** - לא ניתן ליצור נורמה חדשה מכוח הפסיקה, מקום בו ישנו מתווה אימוץ מוגדר המוסדר בחקיקה ראשית. לא ניתן לדלג על מי משלבי האימוץ - אף מקום בו קטין נולד כתוצאה מהפריה מלאכותית בזרע של תורם אנונימי. כתמיכה לקביעה זו, ציין הנתבע את פסק הדין בעניין ע"א 10280-01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט (5) 64 (10.1.2005) (להלן - "עניין ירוס-חקק").

55. **אשר להצעה לכינון ההורות מכוח חוק אכיפת פסקי חוץ, התשי"ח-1958 (להלן - "חוק אכיפת פסקי חוץ")** – על פי הוראותיו של חוק זה, פסקי דין זרים אינם נקלטים באופן אוטומטי במדינת ישראל. משכך, בשלב זה, אין לפסק הדין של מדינת אורגון כל מעמד או תוקף חוקי (סעיפים 126-127 לסיכומי הנתבע). אשר למסלולי הקליטה הקבועים בחוק אכיפת פסקי חוץ, נטען כי לא ניתן לאכוף את פסק הדין בארץ, משעה שעסקינן בפסק דין המסדיר ענייני סטאטוס. אשר לאפשרות לבצע הכרה ישירה בפסק הדין, ניתן כי הכרה זו אינה אפשרית היות ולמדינת ישראל אין הסכם עם ארצות הברית בנוגע להכרה בפסקי חוץ. אשר להכרה אגבית, אף זו אינה אפשרית בנסיבות העניין, משעה



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

שפסק הדין הזר מהווה את מושא הדיון עצמו ואינו בבחינת נדבך משני (סעיפים 129, 131-132 לסיכומי הנתבע).

### דיון והכרעה

### הורות בדין הישראלי

56. מזה שנים, נדרשים בתי המשפט להכריע בסוגיות מורכבות, המעלות דילמות משפטיות, בעלות משמעויות והשלכות כבדות משקל. המסגרת החוקית המצומצמת, המסדירה את דיני המשפחות בישראל, מציבה את בתי המשפט לא פעם למול שוקת שבורה אל מול הקדמה, המדע, הטכנולוגיה והמציאות המשתנה. ילדים שנולדים ויולדו באמצעות טכנולוגיות הפריון החדשות, מעלות את הצורך להתמודד עם סוגי הורות חדשים וסוגי משפחות מגוונים, וכן את הצורך להתמודד עם סוגיות משפטיות ואתיות מורכבות חדשות, הכוללות מטבען גם את הסוגיה של קביעת הורות. מוסד ההורות והמשפחה שינה את פניו בשנים האחרונות. המשפט צריך להתאים עצמו למציאות המשתנה, ולסוגיות החדשות הבאות לפתחו.

57. היכולת להביא ילדים לעולם באמצעות הטכנולוגיות השונות הרחבי את מעגל האנשים היכול להיות כיום הורה. בחלק מהמקרים בהם אין קשר ביולוגי, ניתן לראות התקשרות המבוססת בעיקרה על יסוד ההסכמה החוזית, על כל רבדיה והשלכותיה, כפי שאבהיר בהמשך. במקום בו משפחה מתכננת להביא ילד לעולם באמצעות פונדקאות או בתהליכי הפרייה (הזרעה או IVF), אין המדובר בהליך הנותן לדרך הטבע להוביל אותו אלא המדובר בהליך מורכב המצריך תכנון, השקעה, הוצאה כספית לא מבוטלת שמטרת תוצאתה המיוחלת היא אחת - הבאת ילד לעולם.

58. כאשר אנו מדברים על הורות - התמונה הראשונה העולה בעיני רוחנו היא מבנה התא המשפחתי המסורתי. אלא מאי? כיום אנו עדים למשפחות מסוגים שונים והרכבים שונים, בין היתר הודות לטכנולוגיה המתקדמת. ויאמר, כי ככל שההתפתחות הטכנולוגית בנושאי הפריון וההולדה משגשגת, פועל יוצא היא הורות חדשה - אחרת ומגוון מסגרות משפחתיות שאינן מסורתיות. המעורבות כיום בתהליך ההולדה מחייב הגדרה מחודשת של ההורות אשר ביסודה **ההבחנה בין ההורות המשפטית להורות הביולוגית**.

59. הזכות להורות הוכרה זה מכבר כאחת מזכויות היסוד, וכזכות חוקתית במשפט הישראלי. בעניין זה אפנה למאמרה של ד"ר רות זפרן "**הזכות להורות בישראל - מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים**"? משפטים על אתר ח (תשע"ה), עמ' 1-2:



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

"הכרה זו מוצאת ביטוייה בסדרת הכרעות והתבטאויות של בית המשפט העליון, אף שהכרעות אלה מבקשות להשתמש במשפט המשווה ובמסמכים בין-לאומיים, הרי שביסודן דרך ההכרה בזכות, היקפה ועצמתה הן מקוריות ישראליות ולרוב חסרות תקדים בהיקפן ובעצמתן. בהנמקה להכרתו בזכות להורות מנה בית המשפט העליון עוגנים שונים לזכות: הוא הכריז עליה כזכות יסוד עצמאית; הוא הצהיר עליה כזכות משלימה לזכות לחיים; כנגזרת של הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; או כנגזרת מזכויות אחרות בעלות מעמד חוקתי, כנגד החירות, האוטונומיה של הרצון הפרטי והפרטיות. נוסף על הקו הפסיקטי המובהק שפרטיו יוצגו בהמשך, גם המחוקק הכיר למעשה במובנים מסוימים של הזכות להורות בחקיקת חוק הסכמים לנשיאת עוברים, בחקיקת חוק תרומת ביציות ובעצם הכללת טיפול הפוריות בסל הבריאות כחלק מהטכנולוגיות הזכות למימון מדינת".

60. הזכות להורות חובקת שני שלבים חשובים בחיי המשפחה. השלב הראשון, הבאת צאצאים לעולם והשלב השני - הליך גידולם. הגלובליזציה של הליכי הפירוק, מעמידה אף היא את מערכת המשפט למול אתגרים רבים. העידן הגנטי והשימוש הגובר בטכניקות הולדה מלאכותיות הביאו עמם תקווה חדשה לאלה החפצים בהורות. ואולם, למול הקדמה בעולם המדע והרפואה, ניצבת מערכת משפט מסורתית, שמתקשה להדביק את הפער של אותם מקרים עמם היא נדרשת כעת להתמודד. כך למשל, נאלצים בתי המשפט ליצוק תוכן ומשמעות למונח "הורות", נוכח היעדרה של חקיקה המגדירה "הורות" מהי. עוד נדרשים בתי המשפט להתמודד עם ההשלכות המשפטיות שמביאות עמן טכניקות ההולדה המודרניות, וזאת, בכפוף לנורמות חברתיות, דתיות ומשפטיות (יהודית מייזלס, "קול הדם במקום קול אדם: דיון בבג"ץ 566/11, 6569/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים" מבזקי הארות פסקה 28, 45-56 (2014); פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה" קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 662).

61. החוק הישראלי אינו מגדיר באופן מפורש, מיהו הורה או מהם הקריטריונים אותם נדרש הפרט להוכיח, על מנת שהמדינה תכיר בו כהורה.

62. בפסק הדין בעניין בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (01.04.2015) (להלן - "בע"מ 1118/14"), מנה כבוד השופט נ' הנדל את ארבעת האדנים אשר על בסיסם, מכיר הדין הישראלי בהורות (עמ' 14-11 לפסק הדין סעיפים 7-8):

- א. הכרה בהורות מכוח זיקה גנטית;
- ב. הכרה בהורות מכוח זיקה פיזיולוגית;
- ג. הכרה בהורות לאחר ביצוע הליך אימוץ;
- ד. הכרה בהורות מתוקף "זיקה לזיקה", קרי, קיומו של קשר זוגי עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

63. אדן ראשון - "זיקה גנטית" - מבטאת את הקשר הביולוגי של ההורים לילדם. התפיסה בה מחזיק המשפט הישראלי אשר להורות היא בעיקרה תפיסה ביולוגית-גנטית. כמו כן, נדרש להוכיח זיקה גנטית לעניין רישומם של אישה או בני זוג במרשם האוכלוסין כהורי הילוד (איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני זוג של הורים" משפטים מ (5), 9 (תשמ"א) (להלן - "בלכר-פריגת והקר")). לשם שלמות התמונה יצוין, כי הדרישה לזיקה גנטית באה לידי ביטוי גם בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (להלן - "חוק הפונדקאות"). כך, קובע סעיף 2(4) לחוק זה, כי "הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית הוא של האב המיועד...".

64. אדן שני - "זיקה פיזיולוגית" - באה לידי ביטוי באמצעות תרומת ביצית לנותרת או לנושאת ההיריון, גם אם אין לה כל זיקה גנטית לעובר, כאמור בהתאם לחוק תרומת ביציות.

65. הגדרת המונח "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות היווה חידוש בחקיקה הישראלית. סעיף 1 לחוק, מגדיר "הורים מיועדים", כ"איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם נושאת לשם הולדת ילד". עם זאת, סעיף 10 לחוק הפונדקאות במתכונתו הנוכחית קובע מסמרות בדבר זהות ההורים הבלעדיים של היילוד, עובר להשלמת ההליך הרשמי ומסירתו להורים המיועדים, כך שבחלל הזמן שנותר ברי לכולם, כי רק ההורים המיועדים הם הוריו של הילד הנולד - הם בלבד ואין בלתי!

66. אדן שלישי - מודל האימוץ המוסדר בחוק אימוץ ילדים - בבסיס הליך האימוץ ניצבת טובתו של הילד המאומץ, שלא לגדול עם הוריו הביולוגיים או הפיזיולוגיים אלא עם הורים מאמצים. כינון ההורות נעשה באמצעות צו אימוץ אשר ניתן על ידי בית משפט.

67. שלושת האדנים הראשונים, הוכרו זה מכבר בחקיקה, בפסיקה ובספרות (בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים (8.9.2010), פסקה 11 לפסק דינה של כבוד השופטת א' פרוקצ'יה; איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר לעיל עמ' 9-10).

68. אדן רביעי - מודל "הזיקה לזיקה" - בחלוף השנים, החלה מתגבשת עמדה חדשה בפסיקת בתי המשפט, לפיה אין לקדש את ההורות הביולוגית ולהעניק לה מעמד בלעדי. אט אט, החלו להינתן החלטות שיפוטיות המכירות בהורותם של הורים שאינם ההורים "הטבעיים" של הילד וכן, של הורים הנעדרים זיקה ביולוגית לילד, אשר נולד בהליך פונדקאות (בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (5.12.2013) (להלן - "עניין בג"ץ 4077/12"), פסקה מ"ג לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין; יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה", דין ודברים ו' 553 (תשע"ב)).



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

69. כך למשל, בפסק הדין בעניין תמ"ש 60320/07 ת.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.3.2012), נקבעה הורות של שתי נשים לילד, שנולד להן בישראל כאשר אחת מהן תרמה את הביצית והשנייה נשאה את ההיריון. במקרה זה, המטרה הייתה להקל על בנות הזוג ולחסוך מבית הזוג שתרמה את הביצית את הצורך לעבור הליך אימוץ ארוך ומייגע, נוכח הקביעה בחוק תרומת ביציות, לפיה חרף הזיקה הגנטית שבין תורמת הביצית לבין הילוד, התורמת לא תיחשב כאמו אלא ה"נתרמת". משכך האם הגנטית קיבלה הורות מכוח צו הורות פסיקתי.

70. זמן לא רב לאחר מכן, ניתן פסק דין נוסף המצהיר על אימהותה של אישה שנולד לה ילד בהליך פונדקאות שנערך בחו"ל. במקרה זה, האם המיועדת הייתה בעלת המטען הגנטי, בעוד לפונדקאית לא הייתה כל זיקה לילוד על פי הדין החל במקום מושבה (תמ"ש (ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (3.2.2013); תמ"ש 35043-06-12 אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (13.3.2013) - שם נקבעה אימהות ביחס לקטינה אשר נולדה בהליך של פונדקאות חו"ל מזרעו של בעלה ומתרומת ביצית).

71. הנה כי כן, ככלל, מהווה הזיקה הגנטית את הבסיס המרכזי להקניית מעמד של הורות. תרומתה של הזיקה הפיזיולוגית נוגעת לחשיבותה של הנושאת לתהליך הפיזי של ההיריון והלידה, אשר בלעדיהם, לא יכול היה להגיע ילד לעולם. בחלוף השנים, כמתואר לעיל, החלו בתי המשפט ליתן החלטות שיפוטיות, קרי, "צווי הורות פסיקתיים" מקום בו ההסדר החוקי כשל מלתת מענה. ריבויין של החלטות אלה, הביא ליצירתו של מודל חדש לקביעת הורות, המעניק מעמד בכורה לקשר הזוגי עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית. מודל זה, המוכר גם בכינויו כמודל ה"זיקה לזיקה", מכיר בהורותו של אדם מתוקף הקשר הזוגי בו הוא נמצא עם ההורה הביולוגי, ומעניק מעמד גם לבן או בת הזוג אשר לא תרמו ללידה מבחינה גנטית או פיזיולוגית.

72. במסגרת פסק דינו של כבוד השופט א' ברק בעניין ירוס-חקק נקבע, כי המערערת תוכלנה לאמץ זו את ילדיה של זו. מודל זה, מצא עיגון בשנת 2014 במסגרת פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 566/11 ממשל נ' משרד הפנים (28.1.2014) (להלן - "עניין ממשל"). המעין בפסק הדין לא יוכל להתעלם מהאמביוולנטיות בנוגע לסוגיית ההורות ה"ביולוגית" למול ההורות המשפטית. שורות רבות הוקדשו על ידי שופטי ההרכב לדיון בפער שנוצר בין "הורות פרוצדורלית" לבין "הורות מהותית". חלקם סברו, כי "דרך המלך" במקרים בהם הנתבע אינו מכיר בקשר הורי כלשהו בין בן הזוג לילד, צריכה להיות "צו הורות פסיקתי" - הליך פשוט ומהיר יחסית, מקל וחומר ביחס להליך של אימוץ. בפסק הדין בעניין ממשל נקבע, כי בהליכי פונדקאות חו"ל, לאחר הוכחתו של קשר גנטי, על פי חוק מידע גנטי, התשס"א-2000, יוכל בן הזוג של ההורה הגנטי לפנות לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה למתן "צו הורות פסיקתי".



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

73. מספר חודשים לאחר פרסום פסק הדין בעניין ממט, פורסם פסק דינו של כבוד השופט י' פוגלמן, אשר תמך אף הוא במתווה של "צו הורות פסיקתי" לצורך עיגון היחסים בין בני זוג חד-מיניים לבין ילדיהם (בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלונית פסקה 7-8 (2.9.2014)).

### אפשרות ראשונה - צו הורות פסיקתי בהעדר קיומו של קשר גנטי

74. שתיקתו הרועמת של המחוקק והימנעותו מקביעת מסמרות אשר למהותה של "הורות" והדרכים להכרה בה, פתחה צוהר לפני בית המשפט והזדמנות ליתן הכרעות שיפוטיות המותאמות לשינויים החברתיים, לחידושים בעולם הרפואה ולהתפתחויות הרבות שחלו בטכניקות ההולדה.

75. הסקירה דלעיל, הובאה במטרה להמחיש את הסוגיות הסבוכות והדילמות המורכבות בה נדרש בית המשפט להכריע מעת לעת. הדרך להכרעה בסוגיות אלה מחייבת חשיבה מחודשת, רגישות רבה, ודורשת שיקול דעת ואיזון נכון על פי השלכות נקודתיות ורוחביות כאחד.

76. בית המשפט נדרש לעריכת מחקר מקיף וללמידה נרחבת, אך מעל לכל, נדרש הוא לאמונה ולביטחון בתפקידו לספק הכרעה צודקת ונכונה, אף במחיר של שינוי ההסדר הקיים והרחבתו.

77. מודלים שונים של יצירת קשרי הורות ללא קיומו של קשר גנטי וההכרה בהם נכתבו בשורה של פסקי דין ומאמרים, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

### הורות פסיכולוגית

78. אחד מפסקי הדין פורצי הדרך אשר עסק בדרכים להסדרת הורות משפטית, הוא פסק דינה של כבוד השופטת ט' סיוון בעניין תמ"ש 50330/04 א.ה. נ' מ.נ. (14.2.2011). פסק הדין, פתח צוהר להכרה במעמדו של "הורה פסיכולוגי" - הורה המשמש דמות מרכזית ומשמעותית לילד, הדואג לטיפול בו, לסיפוק צרכיו ולחינוכו וזאת - ללא כל קשר או תלות בזיקתו הביולוגית לילד. בפסק הדין הכיר בית המשפט במבקש כ"אביה הפסיכולוגי" של הקטינה ובתוך כך, יצק לתוך הגדרה זו זכויות הוריות ומעמד מהותי. יצוין, כי המונח "הורה פסיכולוגי" הוטבע לראשונה על ידי החוקרים גולדשטיין, פרויד וסולניט (Joseph Goldstein, Anna Freud & Albert J. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, 2<sup>nd</sup> ed. 1979).



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

### הורות חברתית

79. במאמרו של בלכר-פריגת והקר, הוצע להכיר במודל של "הורות חברתית" - מודל ביניים היוצר קשר בין בני זוג לבין ילדיהם של בני זוגם, אולם אינו מהווה מודל של "הורות מלאה" או של "זרות מוחלטת". ניתן להשתמש בגישה זו על מנת ליצור "סרגל, לאורכו נפרשות על פי הנסיבות, מגוון אפשרויות של יחסים בין ילד לבין בן זוגו של הורה".

80. ד"ר טלי מרקוס, במאמרה "על הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' - האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי" מאזני משפט יא' (התשע"ו), מציעה הגדרה שונה מעט למונח "הורות חברתית" מזו המופיעה בספרות. לדידה, יש להגדיר הורה חברתי כאדם אשר בינו לבין הילד, נוצרה מערכת יחסים רגשית של הורה-ילד, והוא משמש הלכה למעשה הורה של הילד מבחינה חברתית-פסיכולוגית; או, אדם שקיימת לגביו צפייה עתידית לכך שישמש בפועל כהורה, בהתבסס על כוונותיו, רצונו ושאיפותיו. זאת - בין אם קיים קשר ביולוגי בינו לבין הילד ובין אם לאו. במאמר, מתווה ד"ר טלי מרקוס את הדרך להכרה במסגרות משפחתיות אלטרנטיביות, בדפוסים שונים של משפחות וסוגים שונים של מערכות יחסים הוריות.

### הורות "תפקודית"/"פונקציונאלית"

81. בספרות, ניתן למצוא התייחסות גם ל"הורות תפקודית" או "הורות פונקציונאלית", אשר בניגוד להורות חברתית, נוצרת בדיעבד, דהיינו, מתבססת על בחינה במבט לאחור של מערכת היחסים, שנוצרה בפועל בין הילד לבין המבוגר המטפל בו (Sarah Opichka, *Custody Cases and Expansion of the Equitable Parent Doctrine: When should "Acting Like" a Parent be Enough?*, 19 Wis. Women's L.J. 319 (2004), 319-320).

### הורות הסכמית

82. תמ"ש (ת"א) 16260-08-17 ט.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה (9.6.2018) (להלן - "עניין ט.ב."), דן בהרחבה על אודות הצורך בכינון אדן נוסף לקביעת הורות משפטית - הורות הסכמית. במסגרת פסק הדין פורטו בהרחבה שלל ההתפתחויות שחלו בדן הישראלי ובפסיקה, בנוגע לסוגיית ההורות המשפטית. צוין, כי מקום בו משפחה מתכננת להביא ילד לעולם באמצעות פונדקאות או בתהליכי הפרייה (הזרעה או IVF) - אין המדובר בהליך הנותן לדרך הטבע להוביל אותו אלא בהליך



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

מורכב יותר המצריך תכנון, השקעה, הוצאה כספית לא מבוטלת שמטרת תוצאתו המיוחלת היא אחת - הבאת ילד לעולם (פסקה 28 לפסק הדין).

83. במקרים מעין אלה, הרציונל המרכזי צריך להיות מבוסס על הסכמה - בין אם מפורשת ובין אם מכללא בין ההורה הפוטנציאלי לבין יתר המעורבים בהליך ההולדה. כבר בשנות השמונים, הכיר בית המשפט העליון בסמכות לחייב בן זוג במזונותיו של ילד אשר נולד מהזרעה מלאכותית מתורם זר. כך למשל, בפסק הדין בעניין ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, ל"ד (2) 779 (להלן - "עניין סלמה"), נקבע כי מההסכם הבלתי כתוב שנוצר בין הבעל לאישה בדבר קיום הזרעה מלאכותית - השתמעה התחייבותו של הבעל לזון את הילד שייוולד כדרך שחייב אב לזון את ילדו. כך, שאבה ההכרה בהורות את סמכותה מכוח ההסכמה הקונסטרוקטיבית או המשתמעת של בן הזוג.

84. הנה כי כן, כבר בפסק הדין בעניין סלמה, ניתן היה להבחין בניצנים של קביעות חד משמעיות ביחס לחובה לאחריות הורית וזאת, אף מקום בו לא התקיים כל קשר גנטי בין הטוען להורות לבין הילד. בהתאם, החלו בתי המשפט האזרחיים לבחון את שאלת תוקפו של הסכם ההורות על פי דיני חוזים, הן על פי סעיף 23 וסעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, והן מבחינת הצורה והפרשנות הנלמדת מאומד דעת הצדדים, מלשון החוזה ומנסיבותיו.

85. המגמה האמורה, נמשכה גם בפסק הדין בעניין בע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (28.3.2013), בו נקבע כי חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959 אינו מהווה "הסדר שלילי", ואינו חוסם בפני בית המשפט את האפשרות לפנות לעקרונות המשפט האזרחי בכלל, ואל דיני החוזים בפרט, כמקור נוסף לביסוס חובת המזונות. בפסק הדין, כבוד השופט י' דנציגר שם דגש על התנהגותו של ההורה המיועד, על כל המשתמע ממנה תוך שבחן האם לקח חלק ממשי ופעיל בכניסה להיריון או שמא פעל כ"צופה מן הצד", האם פעל ונהג ההורה המיועד כבן זוג תומך ומלווה, האם ניתן היה ללמוד מהתנהגותו על רצונותיו, וכיוצא באלה. אפנה בנוסף, לדבריו של כבוד השופט א' ברק בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, נח (6) 209, 220 (שנה) בו נקבע כי "דיני החוזים בישראל אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי. המשפט אינו שולל תוקף משפטי מחוזים המבוססים על אדנים רגשיים והנוצרים בנסיבות אינטימיות בין אישיות".

86. אפנה גם למאמרו של פרופ' שחר ליפשיץ העוסק בקשר שבין דיני חוזים לדיני משפחות (ראו: Neither Nature nor Contract: Toward an Institutional Perspective on Parenthood, J. OF L. & ETHICS OF HUMAN RIGHTS, 2015). במאמרו, מציג פרופ' ליפשיץ את "הגישה החוזית הוולונטרית" (Voluntary Contract Approach), לפיה כינונה של "הורות" כפוף להסכמתם של כלל הגורמים הנוגעים בדבר, וכי הלכה למעשה ניתן ליצור הורות כזאת. פרופ' ליפשיץ מציע גישה חדשה להורות, הנותנת דגש להיות המונח "הורות", מונח אמורפי אשר החברה היא זו אשר יוצקת את תוכנו.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

במאמרו, הוא מזכיר את מרתה ארטמן ואת הצהרתה כי: "Love and Contracts Make a Family". הוא תומך בדעותיה ולא חושש לאמץ פרשנות מרחיבה יותר, לפיה המעמד ההצהרתי של הורות הסכמית צריך להיות זהה לזה של הורות ביולוגית. לדידו, החברה הישראלית, הנשענת על ההלכה ועל מצוות ה"פרו ורבו", היא שהחדירה בנו את הכמיהה והרצון הבלתי מתפשר לקשרי משפחה. הצעדים הפרו-אקטיביים בהם המדינה נוקטת, על מנת שיותר ויותר משפחות תוכלנה להביא ילדים לעולם, הם שמכוונים את המקובל והדחוי, את האסור והמותר, את הרצוי והלא רצוי. מסקנתו של פרופ' ליפשיץ בנוגע לאפשרות של כינון הורות הסכמית, היא כי אין לתת יחס עודף לדחיית של החברה המסורתית לשינוי המיוחל, אלא, יש להתמקד ביצירה של מודל הורות הוליסטי המשקלל ערכים, אוטונומיה ואתיקה של מוסריות (ethics of care). עלינו לחתור להתאמת הדין בהתאם למציאות המשתנה, תוך הדיפת ביקורת מצדן של חברות מסורתיות ושמרניות.

87. על בסיס השיקולים המפורטים, נקבע בפסק הדין בעניין ט.ב. לעיל, כי בשלה הקרקע לקביעתה של הורות הסכמית כאדן נוסף לקביעת הורות משפטית, אשר ניתן לצרפה לכל יתר הזיקות הקיימות או לראותה כזיקה נפרדת ועצמאית העומדת בזכות עצמה. כפי שצוין בפסק הדין – "מרגע שנוצר הריון, צד אינו יכול להשתחרר מההסכם, בדיוק כמו שהורה בעל מטען גנטי אינו יכול להשתחרר מההורות שלו" (סעיף 88 לפסק הדין).

### האם ניתן בנסיבות המקרה שלפניי ליתן צו הורות פסיקתי בהעדר קיומו של קשר גנטי?

88. מבלי לגרוע מהקביעות דלעיל, סבורני כי בכל הנוגע למקרה המיוחד שלפניי - לא ניתן לכוון הורות משפטית על ידי צו הורות פסיקתי, וזאת בהעדר קיומו של קשר גנטי ובהעדר קרבה של "זיקה לזיקה". ואסביר. לאחרונה פורסמו שני פסקי דין של בית המשפט העליון אשר במסגרתם הובאה התייחסות מפורטת, לרעיון של כינון הורות משפטית על בסיס קיומה של הסכמת הצדדים בלבד וללא קיומו של קשר גנטי, כפי שיפורט להלן.

89. פסק הדין בעניין בע"מ 4880-18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (24.1.2019) עסק בבנות זוג אשר אחת מהן הרתה כתוצאה מתרומת זרע אנונימית. בת הזוג הנוספת פנתה לבית המשפט בבקשה למתן צו הורות פסיקתי אשר יכיר בהורותה. במסגרת פסק הדין התייחס כבוד השופט מ' מזוז לסוגיית ההורות הסכמית כאדן נוסף לצורך הכרה בהורות משפטית ולהלן קביעותיו בנושא בפסקאות 12-14 לפסק הדין:

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



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

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. לפיכך נכון לראות בצו ההורות הניתן על ידי בית המשפט, לאחר הליך שהתנהל בפניו ולאחר שבית המשפט השתכנע שהדבר מוצדק, כצו המכוון את ההורות".

90. פסק דין נוסף, הוא פסק הדין בעניין בע"מ 3518-18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (3.2.2020) (להלן - "עניין בע"מ 3518/18"), עסק בבני זוג חד מיניים, אשר התקשרו בהסכם לנשיאת עוברים עם אזרחית ארצות הברית אשר הסכימה לשאת עבורם את ההיריון וזאת, מבלי ליצור זיקה גנטית או משפטית לילדם העתידי. כתוצאה מהליך הפונדקאות נולדו שני קטינים ובסמוך לאחר מכן, ניתן פסק דין מטעם מדינת מינסוטה שבארצות הברית המנתק את הזיקה בין הפונדקאית לקטינים. על סמך פסק הדין, הכיר בית המשפט באבהותו של האב הגנטי. בני הזוג עתרו לבית המשפט על מנת להכיר גם בבן הזוג הנוסף כהורה באמצעות צו הורות פסיקתי מכוח "זיקה לזיקה". במסגרת פסק הדין, הובאה התייחסות לסוגית "ההורות ההסכמית" כאדן נוסף לצורך הכרה בהורות משפטית. בהקשר זה, אפנה לקביעותיו של כבוד השופט נ' הנדל בעמ' 12 לפסק הדין:

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

91. סיכומו של פרק זה - נוכח המקובץ לעיל, ובשים לב לקביעותיו המפורשות של בית המשפט העליון ביחס לכינונה של הרחבה נוספת בצו ההורות הפסיקתי - סבורני, כי לא ניתן בנסיבות המקרה שלפניי ליתן צו הורות פסיקתי בהעדר קיומו של קשר גנטי ועל בסיס הסכמה בין הצדדים להליך ההולדה בלבד. זה לא המקרה של הורות ההסכמית.

### אפשרות שנייה - כינון הורות על ידי קליטתו של פסק הדין הזר בישראל

92. אפיק משפטי נוסף, אותו הציעה התובעת לצורך כינון הקשר ההורי, הוא על ידי קליטתו של פסק הדין הזר ממדינת אורגון לתוך הדין הישראלי, מכוח חוק אכיפת פסקי חוץ.

93. סעיף 1 לחוק אכיפת פסקי חוץ, מגדיר פסק חוץ כדלקמן:



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

**"פסק דין שניתן על ידי בית משפט במדינה זרה בענין אזרחי, לרבות פסק דין לתשלום פיצויים או נזקים לצד שנפגע, אף כשלא ניתן בענין אזרחי".**

94. פסק חוץ איננו נקלט באופן אוטומטי במדינה שבה מבוקש לאוכפו או להכיר בו ועל כן, עליו לעבור תחילה, הליך של קליטה על פי שיטת המשפט באותה המדינה (ע"א 4003/99 קוז'וך נ' ליאל, פ"ד נה (4) 444, 450 (2.4.2001); ע"א 3459/94 I.P. Enterprises Inc. נ' מילוזן בע"מ, פ"ד נב (1) 273, 286 (16.2.1998); ע' שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי-חוץ", עיוני משפט ד (תשל"ה-תשל"ו) בעמ' 509). ע"א 449/79 אברהם בן דין נ' אי. די. אס אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח (2) 99 (1984) בו נקבע כדלקמן:

**"פסק חוץ אינו אופראטיבי אצלנו מכוחות שלו. נפקותו אינה אוטומטית או מובנת מאליה. הוא זקוק ל"אשרת כניסה", והכללים של הדין המקומי הם גם הקובעים את שיעור נפקותו.**

95. חוק אכיפת פסקי חוץ קובע שני מסלולים מרכזיים לצורך קליטתם של פסק חוץ בישראל:

א. המסלול הראשון - מסלול של אכיפה

ב. המסלול השני - מסלול של הכרה

96. ההבדל בין שני המסלולים נעוץ בטיב פסק החוץ אותו מבקשים לקלוט. מקום בו פסק החוץ מטיל חיוב אישי (obligation) הוא ניתן לאכיפה - במטרה להכשיר את פסק החוץ מן הכוח אל הפועל - כאילו היה פסק דין ישראלי לכל דבר ועניין. כפי שנקבע בסעיף 10(א) לחוק אכיפת פסקי חוץ: **"(א) פסק-חוץ שהוכרז אכיף, דינו לענין הוצאה לפועל כדין פסק שניתן כדין בישראל".**

97. ואולם, מקום בו פסק החוץ איננו מטיל חיוב אישי, אלא למשל, מסדיר ענייני סטאטוס, הרי שהוא אינו ניתן לאכיפה ומסלול הקליטה הרלוונטי לגביו יהא מסלול של הכרה. לסיכום סוגיה זו, אפנה למאמרו של ע' שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי-חוץ", עיוני משפט ד, 509 (תשל"ה-תשל"ו), המתמצת את ההבחנה בין סוגי פסקי החוץ השונים:

**"פסקי חוץ, כמו פסקים מקומיים, אינם עשויים מעור אחד. המיון מקובל של פסקי דין - לפסקים אישיים, פסקים קנייניים ופסקי סטטוס - יש לו השלכות על עצם האפשרות להכרתם או לאכיפת ועל התנאים לכך:**

**פסקים אישיים (in personam). פסק אישי הוא פסק המטיל חיוב לעשות מעשה (להחזיר חוב, לשלם פיצויים, למסור חפץ וכיוצא באלה) או להימנע מעשייתו. פסק אישי מחייב במובן של יצירת מעשה בית-דין, את הצדדים לו בלבד. הוא ניתן מעצם טבעו, להוצאה-לפועל, קרי: לאכיפה.**

**פסקים קנייניים. פסק קנייני הוא פסק המצהיר או הקובע (יוצר, משנה או מבטל) זכויות קניין בנכס דנידי או דלא-נידי. פסק כזה אינו מטיל כל חיוב אישי ולכן אינו ניתן להוצאה - לפועל. פסק קנייני, שהוא in rem במלוא**



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

מובן המילה, מחייב את הכל ולא רק את הצדדים לו. הקביעה הקניינית הטבועה בו כוחה יפה לגבי כל העולם. לדוגמא: פסק של בית משפט לאדמירלות, לפיו נמכרת אניה לשם מימוש שעבוד ימי שהוטל עליה, מקנה לרוכש זכות קניין "ממורקת", מוחלטת וסופית. שאינה ניתנת לערעור על ידי צד שלישי כלשהו. פסק קנייני. שאין כוחו יפה כלפי כל העולם, אלא רק לגבי צדדים מסוימים, ניתן להגדירו כפסק *quasi in rem*. אף הוא אינו מטיל כל חיוב אישי ולכן איננו בר - איכפה. לדוגמא: צו ירושה המכריז על ראובן ושמעון בתור יורשים ועל קניינם, כיורשים, בנכס מסוים: פסק חלוקת מקרקעין הקוצב את זכויות הבעלות הנפרדות של לוי ויהודה בנכס, שהיה בבעלותם המשותפת; פסק הצהרתי בתביעה בין דן וגד, הצהיר על דן בתור הבעלים של נכס - כל אל הם פסקים *quasi in rem*.

פסקי סטטוס. פסק סטטוס הוא פסק המצהיר או הקובע (יוצר, משנה או מבטל) את מעמדו האישי של אדם. לדוגמא: פסק גירושין או פסק איון נישואין. בדומה לפסק קנייני, גם פסק סטטוס איננו ניתן להוצאה - לפועל משום שאינו מטיל חיוב אישי. כמו פסק קנייני *in rem*, יפה תוקפו של פסק סטטוס כלפי הכל ואין הוא מחייב את הצדדים לו בלבד.

מהניתוח דלעיל, מסתבר, כי רק פסקים אישיים ניתנים לאכיפה בעוד שכל סוגי פסקי הדין עשויים לשמש נושא להכרה. ייתכנו גם פסקים מעורבים, שרק בחלקם הם בני - אכיפה. לדוגמא, פסק דין ובו קביעה *quasi in rem* על בעלות בנכס (קביעה שאינה יוצרת כל חיוב אישי והניתנת, לכן להכרה בלבד) וכן פסיקת פיצוי כספי על שימוש שלא כדין בנכס (פסיקה שיש בה משום הטלת חיוב אישי - בר אכיפה)."

98. נוכח דברים אלה - ומשעה שלפנינו פסק חוץ המצהיר על ענייני סטטוס, הרי שאין מנוס מלעבור ולבחון את מסלול ההכרה הקבוע בסעיף 11 לחוק אכיפת פסקי חוץ.

99. סעיף 11 לחוק אכיפת פסקי חוץ קובע כדלקמן:

"(א) בית משפט או בית דין בישראל יכיר בפסק חוץ שנתמלא לגביו כל אלה:

- (1) חל עליו הסכם עם מדינת חוץ;
- (2) ישראל התחייבה באותו הסכם להכיר בפסקי חוץ מאותו סוג;
- (3) ההתחייבות אינה חלה אלא על פסקי חוץ הניתנים לאכיפה על פי חוק בישראל;
- (4) נתמלאו בו תנאי ההסכם.

(ב) אגב דיון בענין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו ענין רשאי בית משפט או בית דין בישראל להכיר בפסק חוץ, אף אם סעיף קטן (א) אינו חל עליו, אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן".

100. סעיף 11 לחוק אכיפת פסקי חוץ קובע שני מסלולים להכרה בפסק חוץ. לשאלה באיזה מסלול מתבקשת ההכרה בפסק החוץ ישנה חשיבות רבה, שכן התנאים להכרה אינם זהים בין שני המסלולים:

- א. מסלול ראשון - "הכרה ישירה" לפי סעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי חוץ
- ב. מסלול שני - "הכרה עקיפה" לפי סעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוץ



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

101. **מסלול של "הכרה ישירה"** - מחייב קיומה של אמנה או צדדית בין ישראל לבין המדינה בה ניתן פסק החוץ. כמו כן, נדרש לבחון האם מדינת ישראל התחייבה להכיר בפסקי חוץ מאותו הסוג (ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית (2004); ע"א 970/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' אגם, פ"ד מט (1) 561 (1995) (להלן - "הלכת אגם"). אין חולק שבעניינו אין תחולה לסעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי חוץ, נוכח העדר הסכם חתום בין מדינת ישראל למדינת אורגון שבארצות הברית - להכרה הדדית כאמור.

102. **מסלול של "הכרה עקיפה"** - קובע כי בית המשפט רשאי להכיר בפסק חוץ "אגב דיון בעניין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו עניין". הכרה אגבית אפשרית בנסיבות בהן בית המשפט נדרש להכריע, אגב אורחה, בשאלה הנוגעת להכרה בפסק החוץ. הדיון האגבי בהכרה בפסק החוץ חייב להתנהל לצורך העניין העיקרי המונח לפני בית המשפט באופן בו יישמר היחס בין "האגבי" לבין "העיקרי" (ע"א 1297/11 מרטין לוי נ' רוח אהרון זוהר (29.12.2013)). כמו כן, תנאי לקיומה של הכרה אגבית הוא כי "מן הדין והצדק לעשות כן".

103. הפסיקה מצביעה על שני סוגי מקרים אשר ככלל, לא ניתן יהיה לראות בהם כמשניים לנושא הדיון העיקרי ולקלוט אותם באמצאות "הכרה אגבית". הסוג הראשון של אותם מקרים הוא כאשר ההכרה בפסק החוץ היא היא - הסעד היחיד המבוקש במסגרת התובענה. בנסיבות אלה, ברי כי אין המדובר בהכרה "אגבית", שכן לא מונחת כל שאלה נוספת לפני בית המשפט, הדורשת כבדרך אגב, את ההכרה בפסק החוץ (ע"א 4525/08 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co. (15.12.2010)). סוג שני של מקרים מתאפיין בנסיבות בהן ההכרה בפסק החוץ היא הכרחית לצורך ביסוס סמכותו של בית המשפט לדון בשאלה העיקרית.

104. **סיכומו של פרק זה - המקרה שלפנינו שייך לסוג המקרים הראשון ועל כן, לא ניתן לראות בסוגיית ההכרה בפסק החוץ כמשנית לנושא הדיון העיקרי.**

105. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, אציין כי לא נעלמה מעיני טענת התובעת ולפיה, לכאורה, אין כל מניעה להכיר בפסק הדין הזר מכוח החוק, שכן האיסור שנקבע בהלכת אגם לעיל, נקבע לפני שנים רבות על ידי בית המשפט אולם מעולם לא עוגן בחוק. אכן, על הקביעות בהלכת אגם נמתחה ביקורת (מ' שאווה "הכרה ישירה של פסק-זר בישראל והכללים החלים עליה" קרית המשפט ב 3 (2002)).

106. דברים ברוח האמור, צוינו אף בפסקה 25 לפסק דינו של כבוד השופט א' ברק בעניין ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח (3) 1 (2004):

"מצב הדברים שלפניו אין בישראל הסדרה חקיקתית מלאה של סוגיית ההכרה לגבי פסקי-דין, בכלל, ולגבי פסקי סטטוס, בפרט, אינו משביע רצון. במציאות של ימינו אזרחים ישראלים רבים מקיימים התדיינות



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

משפטית מחוץ לגבולות המדינה. אנו אכן חיים בעולם ההופך ל"כפר אחד גדול" (רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co. [23], בעמ' 114). במציאות זו בקשות להכרה בפסקי חוץ על כל המגוון והסוגים שלהם הופכות להיות מחזה נפוץ. יש להסדיר בחקיקה את הדילמות השונות המתעוררת בנושא. הדילמות סביב הליך זה יוכיחו עד כמה מדובר בסוגיות מורכבות שרצוי כי יגיעו לפתרון חקוק מפורט ומובנה".

107. אף בפסק דינה של כבוד השופטת מ' נאור בעניין דנ"א 304/14 ר"ח אהרון זוהר נ' מרטין לוי, פסקה 13 (20.7.2014) נאמרו דברים דומים תוך שבית המשפט ציטט את קביעותיו של כבוד השופט א' ברק מתוך פסק דינו בעניין ע"א 3441/01 לעיל:

"השאלה הניצבת לפנינו כעת היא אם הנתבעת יכולה לבקש הכרה ישירה מחוץ לחוק אכיפת פסקי-חוץ... כפי שציין השופט א' גולדברג עצמו [בפסק הדין בעניין אגם - מ"נ]: 'יימצאו מי שיטענו כי תוצאה זו שאליה הגענו... אינה רצויה, ומשמעותה כי פסקי-חוץ בתחום משפטי שלם אינם ניתנים... להכרה'... ואכן, תוצאה זו אינה רצויה והיא גם תוצאה קשה. ספק אם היא מתבקשת מתכליתו ומלשונו של חוק אכיפת פסקי-חוץ... סעיף 11 לחוק, בנוסחו המקורי, לא התייחס כלל לאפשרות של הכרה ישירה. זו הוספה בחוק אכיפת פסקי חוץ (תיקון מס' 2), תשל"ח-1977. עד אז ביקשו צדדים, כעניין שבשגרה, הכרה ישירה שלא על-פי החוק. אין דבר בהיסטוריה החקיקתית של התיקון המלמד על הרצון להפוך את מסלול ההכרה הישירה שבחוק למסלול בלעדי. נוסף על כך, כפי שמציין סעיף 2 לחוק: 'לא ייאכף בישראל פסק-חוץ אלא לפי חוק זה'. הסעיף מתייחס לאכיפה ולא להכרה, ואף לגבי אכיפה נפסק כי ניתן לאכוף פסקי-דין זרים בהליך של תביעה על-פי הפסק שלא על-פי החוק... גם נימוקים מהותיים מצדיקים יכולת להכיר באופן ישיר בפסקי חוץ גם אם אין הסכם עם מדינת חוץ המסדיר את הנושא. עמם ניתן למנות את השאיפה לשים קץ להתדיינויות; הרצון לעשות צדק עם הצד שזכה במשפט; טיפוח יחסי גומלין של עזרה הדדית עם מערכות משפט ושיטות משפט זרות ועוד... אכן, נראה כי הגיעה העת לחשוב מחדש על אודות תוקפה של הילכת אגם... עם זאת אין המקרה שלפנינו מצדיק קביעת מסמרות לגבי תוקפה" [...]"

108. **סיכומו של פרק זה** – אין לי אלא להצטרף לקביעות שבפסק הדין ולכך, כי אכן הגיעה העת לחשוב מחדש על אודות תוקפה של הלכת אגם. עם זאת כאמור, בדומה לדברי בית המשפט העליון חוששני, כי זה לא המקרה ויש להשאיר העניין לעת מצוא.

### אפשרות שלישית - כינון הורות מכוח חוק אימוץ ילדים

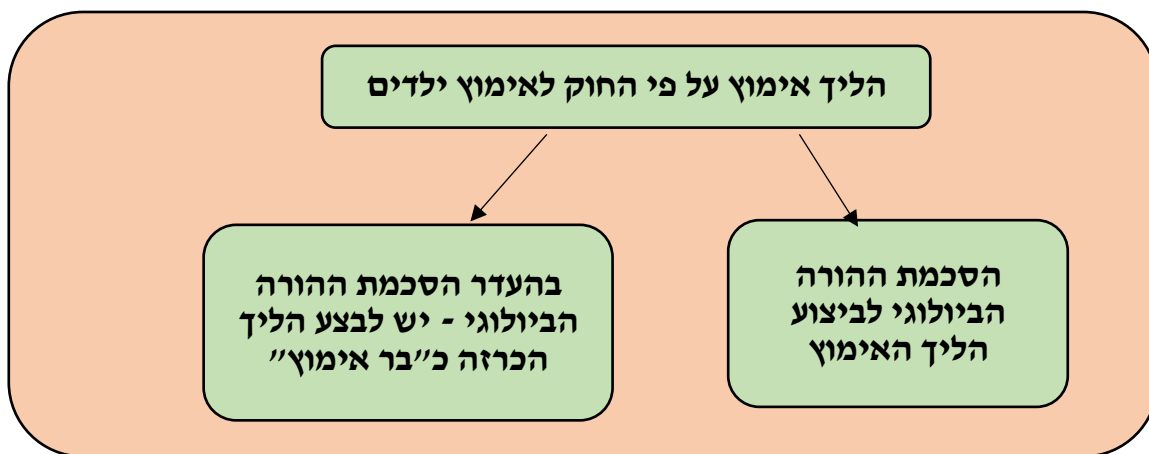
109. הליך אימוץ, על פי חוק אימוץ ילדים כולל שני צדדים. בצד האחד, ניצב הקטין אשר אימוצו מתבקש ומן הצד השני, ניצב מבקש האימוץ. על הקטין להיות "כשיר" לאימוץ על פי סעיף 2 לחוק אימוץ ילדים הקובע כי "אין אימוץ אלא באדם שלא מלאו לו 18 שנים". על המבקש לאמץ להיות "כשיר" לביצוע הליך אימוץ על פי סעיפים 4-6 לחוק אימוץ ילדים.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

110. **חוק אימוץ ילדים קובע שתי דרכים למסירת ילד לאימוץ.** האחת, כאשר ההורה הביולוגי חותם על הסכמתו לאימוץ. בהעדר הסכמת ההורה הביולוגי, יש לנקוט בדרך השנייה, לפיה בית המשפט מכריז על הקטין כבר אימוץ ובכך, מנתק את קשריו של הקטין עם ההורה הביולוגי, וכלשון סעיף 8(א) לחוק אימוץ ילדים הקובע כי "לא יתן בית משפט צו-אימוץ אלא אם נוכח שהורי המאומץ הסכימו שהילד יאומץ או שהוא הוכרז כבר-אימוץ לפי סעיף 13".



111. המצבים בהם ניתן להכריז על קטין כבר אימוץ מנויים בסעיף 13 לחוק אימוץ ילדים כמפורט להלן:

"(1) אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו; לעניין פסקה זו, חזקה שאין אפשרות סבירה כאמור אם ננקטו הפעולות המפורטות להלן, ובלבד שלא ייעשה שימוש בפרטים שמסר הורה לפי סעיף 8(ב)..."

### הליך הכרזה על קטין כבר אימוץ

112. הליך ההכרזה על קטין כבר אימוץ מורכב משני שלבים:

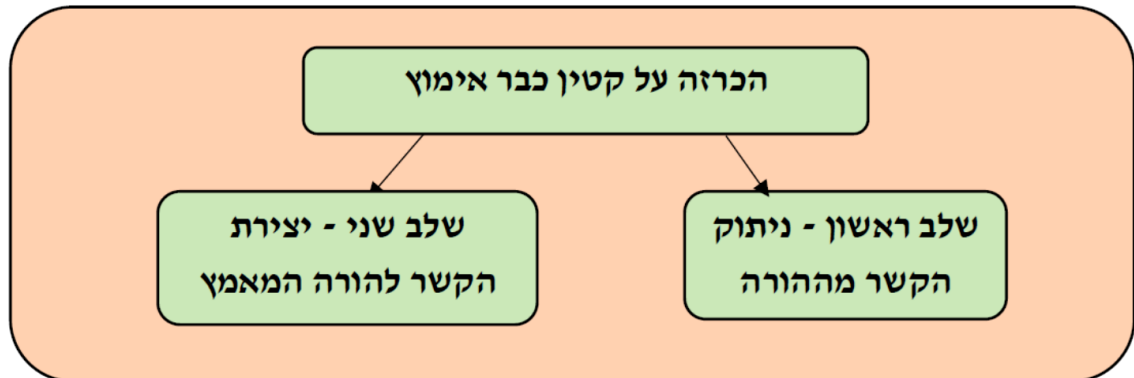
- א. **בשלב הראשון**, נדרש לבחון קיומה של עילה לאימוץ על פי תנאיו של סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים.
- ב. בהתקיים עילת אימוץ יש לעבור לשלב השני, בה בוחן בית המשפט האם **בנסיבות העניין אכן יש מקום למתן צו האימוץ**. בית המשפט "רשאי" להכריז על הילד כבר-אימוץ מקום בו שוכנע על בסיס מכלול השיקולים, כי זוהי **טובת הילד** בנסיבות הקיימות (בע"מ 7204/10 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (22.02.2011)).



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

113. עם מתן צו אימוץ ועל פי סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים - נוצרות בין המאמץ לבין המאומץ - החובות והזכויות הקיימות בין הורה לבין ילדו.



### האם חוק האימוץ על שני שלביו מתאים לנסיבות המקרה המונח לפני כעת?

114. נזכיר, המקרה שלפני עוסק בשני קטינים אשר הגיעו לאוויר העולם כתוצאה מהליך פונדקאות, אשר בוצע באמצעות תרומה של ביצית וזרע אשר הושטלו ברחמה של האם הפונדקאית. השלב הראשון של הליך ההכרזה כבר-אימוץ, כולל כאמור את הצורך לבצע **ניתוק** לקשר ההורי הקיים בין הקטין לבין הוריו הביולוגיים.

115. **מכאן מתעוררת השאלה - היש מקום לביצוע השלב הראשון של ההליך ההכרזה על הקטינים כבני-אימוץ בנסיבות המקרה המונח לפני כעת?** הן ביחס לצורך להתחקות אחר תורם הזרע האנונימי כדרישת המדינה, והן ביחס לצורך להתחקות אחר הפונדקאית.

116. הקשר בין הקטינים לבין תורם הזרע האנונימי, **נותק** עם השלמת העסקה אותה ביצעה התובעת עם מרפאת הפריור במדינת אורגון, והעברת התמורה בעדה. **משעה שהחוק הישראלי רואה ביולדת (הפונדקאית) כאם הביולוגית - לא נדרש לדון בסוגיית ניתוק הקשר לתורמת הביצית.** מה גם, שהנתבע גם לא העלתה כל טענה כאמור.

117. **אשר לפונדקאית - הרי שהליך הפונדקאות נעשה על פי חוקי מדינת אורגון, ונשלם עם סיומו של הליך משפטי במדינה, ומתן פסק דין על ידי בית המשפט של מדינת אורגון, ביחס להורותה של התובעת על הקטינים וניתוק קשרי ההורות בינם לבין הפונדקאית.** אם כך, מדוע יש לכפות הר כגיגית ולחייב הליך של ניתוק הקשר מההורה, שעה שנראה כי ניתק ל"דלג" על שלב זה.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'



### ניתוק הקשר בין הקטינים לבין תורם הזרע

118. לטענת הנתבע, לא ניתן להבין בוודאות מהחומר שהוצג לבית המשפט האם הליך תרומת הזרע במדינת אורגון היה אנונימי לחלוטין אם לאו. שכן ייתכן מצב בו תורם הזרע ציין במסגרת ההליך, כי ניתן יהיה להתחקות אחריו בעתיד במידת הצורך.

119. כפי שפורט בהרחבה לעיל, וחרף הסכמות הביניים, שגובשו במהלך ישיבת קדם המשפט מיום 14.7.2020 לפיהן ייקבע, כי ניתוק הקשר בין תורם הזרע לבין הקטינים התבצע, הלכה למעשה במועד השלמת העסקה עם מרפאת הפריור והעברת התמורה בעדה – **חזר בו הנתבע מהסכמתו וטען, כי ביחס למקרה זה - אין מנוס מלפעול להגשת בקשה להכרזה על הקטינים כבני-אימוץ כלפי תורם הזרע האנונימי, בעילה של "אב לא ידוע" לפי סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים.**

**האם מצב זה רצוי?**

120. הביסוס העיקרי עליו הסתמך הנתבע בסיכומיו, בכל הנוגע לצורך לניתוק הקשר של תורם הזרע האנונימי, נשען על פסק הדין בעניין ירוס-חקק במסגרתו קבע בית המשפט, כי חרף העובדה



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

שהמדובר בקטינים, שנולדו כתוצאה מתרומת זרע אנונימית - לא ניתן לוותר על השלב הראשון בהליך האימוץ, ועדיין נדרש לנתק את הקשר ההורי לאב הביולוגי על פי הוראת סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים. אפנה לחלק הרלוונטי מתוך פסקה 12 לפסק דינו של כבוד הש' א' ברק בעמ' 61 לפסק הדין :

**"כלום שלושת הקטינים - בניה של המערערת 1 ובנה של המערערת 2 - הם בני אימוץ? השאלה לכאורה מתעוררת על רקע העובדה שבהיוולדם כתוצאה מהפריה מלאכותית בזרעם של תורמים אלמוניים, זהות אבותיהם של הקטינים אינה ידועה, ואף ניתן להניח כי לא תיוודע (ראו: תקנה 15 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987, האוסרת מסירת מידע בנוגע לזהותו של תורם זרע וכן פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב) [45], בעמ' 129, על אודות הפרקטיקה הנוהגת בבתי החולים להעלמת זהותם של התורמים). לכאורה ניתן להקשות אם לילד שנולד מתרומת זרע אנונימית יש "אב" שעל-פי סעיף 8 לחוק הינו בעל מעמד בהליך. שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. הפרייה המלאכותית של אישה בזרע שנלקח מתורם זר יוצרת מכלול סבוך של שאלות רפואיות, פסיכולוגיות, מוסריות ומשפטיות. בדבר מעמדו המשפטי של תורם הזרע ובשאלת אבהותו לצרכים שונים נחלקו הדעות הן בדין העברי הן בקרב המלומדים (לעניין זה ראו שיפמן שם [45], בעמ' 108-118).**

**קושי זה, הגם שאינו חוסם את האפשרות המשפטית להכריז על הילדים כבני אימוץ, אינו מיתר את הצורך בכך כטענת המערערות. [...] אני מסכים כי בהיעדר עילה כדין להתיר את האימוץ המבוקש אין משמעות להכרזת הילדים כבני אימוץ, מה גם שענייננו אינו בהכרזה על קטין כבר אימוץ מחמת הצורך להעבירו מרשות הוריו הביולוגיים לרשותה של משפחה מאמצת. אך מכאן אין נובע (כסברת שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי) כי אימוצם של הילדים במתכונת המבוקשת על-ידי המערערות אינה לטובתם, שכן שאלת טובתם של הילדים טעונה בירור נפרד.**

121. **ובמה שונים הם פני הדברים בכל הנוגע למקרה שלפניי? ראשית, בכל הנוגע למוסד תרומת הזרע, הרי שכפי שצוין ובדומה לנטען בפסק הדין ירוס-חקק, הרי שהמדובר בתרומה שכל מהותה וייחודה טמון בהיותה אנונימית. לפיכך, כל טענה לפיה יש לייחס לתורם הזרע האנונימי מעמד של "הורה ביולוגי" על פי חוק אימוץ ילדים, עלול לגרור השלכות חמורות עד כדי מיטוט מוסד תרומת הזרע וסבך של בעיות משפטיות. נוסף לאמור, יש לזכור ולהדגיש כי הליך תרומת הזרע לא בוצע במדינת ישראל, כי אם במדינת אורגון שבארצות הברית ומשכך, כפוף הוא לדין החל באותה המדינה.**

122. **ומה בנוגע לדין החל על תרומת זרע במדינת ישראל? נושא תרומת זרע וניהול בנק הזרע במדינת ישראל אינו מוסדר בחקיקה ראשית אלא בחקיקת משנה בלבד (תקנות בריאות העם (בנק הזרע) התשל"ט-1979), ובנהלים והנחיות מטעם משרד הבריאות. בנהלים נקבעה חובת אנונימיות מוחלטת ונאסרה תרומת זרע מזוהה (סעיפים 25-26 בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 34/92) כמו כן, בתקנות 1-5 לתקנות הפריה חוץ גופית - אישה המעוניינת לקבל תרומת זרע, ממי שאינו בעלה תעשה זאת באמצעות תורם, שזהותה אינה ידועה לו. נוהל בנק הזרע והנחיות משרד הבריאות הנלוות לו, מאפשרות להכיר במסלול נוסף, במסגרתו ייעשה שימוש בזרע של גבר, שזהותו ידועה, המיועד לשמש כאב ולשאת בחובות הוריות.**



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

123. עובדת האנונימיות במצב הקיים מנתקת את התורם כמעט מכל הקשר "הורי", מלבד הקשר הגנטי הנותר עלום. לכאורה, לפי הדין הקיים אין התורם חייב בשום חובה ממונית, חברתית, או אחרת ליילוד. זאת, נלמד בין היתר, על פי סעיף 32 לתזכיר חוק בנק הזרע, התשע"ז-2016 במסגרתו הוצע לקבוע את מעמד היילוד מתרומת זרע באופן הבא:

**"(א) יילוד שנולד כתוצאה מתרומת זרע, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.**

**(ב) הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין תורם הזרע ושאר קרוביו ובין היילוד שנולד כתוצאה מתרומת הזרע, ולא יהיו נתונות לתורם, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם."**

124. בדברי ההסבר לסעיף 32 לתזכיר החוק, צוין כי הסעיף נחקק "על מנת להסיר ספק בדבר מעמדם של תורם הזרע, הנתרמת ובעלה, כלפי הילד שיוולד כתוצאה מהתרומה, מוצע לקבוע במפורש כי חרף הזיקה הגנטית בין תורם הזרע לבין היילוד, הוא לא ייחשב כאביו- וכל הצדדים, לרבות היילוד, יהיו מנועים מלהעלות טענה כזו בעתיד. כמו כן מוצע לקבוע במפורש כי כל הזכויות והחובות הקיימות בין הורים וילדיהם יחולו על בעלה של התורמת - אם ישנו. למען הסר ספק מוצע אף להבהיר כי הנתרמת תיחשב כאמו של היילוד לכל דבר ועניין". – לנוכח דברים אילו, נראה כי דרישת הנתבע אינה דרה בכפיפה אחת עם הדין הרצוי.

125. בשנת 2012 פורסמו המלצות ועדת מור יוסף, שנועדה לשם הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל, אך טרם חוקק בעקבותיהן החוק המיוחל. בפסק הדין בעניין בג"ץ 4077/12 התייחסה כבוד השופטת ד' ברק-ארז, למצב המשפטי החל בנוגע לסוגית תרומות הזרע בישראל וציינה את הדברים הבאים (פסקה 33 לפסק הדין, עמ' 60):

**"המצב שנגלה לעינינו בכל הנוגע להסדרתן של תרומות זרע רחוק מלהשביע רצון. עניין כה מהותי, בעל השלכות על מימושה של הזכות להורות, כמו גם על דיני המשפחה בכלל, נעדר הסדרה חקיקתית נאותה. הפעלתו של בנק זרע מוסדרת הסדרה רופפת בלבד בחקיקה, ואף זאת רק במתכונת של חקיקת משנה - תקנות בנק הזרע. תקנות אלה מכפיפות את ניהולו של בנק זרע להכרה של מנכ"ל משרד הבריאות."**

126. כיצד סווגו בתי המשפט את מעמדם המשפטי של הזרע והביצית? האם ניתן להכיר בתרומת זרע או ביצית כעסקת מכר לכל דבר ועניין? - החוק בישראל אינו דן מפורשות בשאלה האם ניתן להגדיר חלקים מגופו של אדם חי כ"נכס" והאם ניתן לבצע בהם עסקת מכר. זאת, חרף העובדה שכיום, מכירה וקנייה של חלקי גוף כמו שערות, דם, זרע ועוד הן בבחינת תופעה נפוצה ביותר. ההתפתחות הטכנולוגית שחלה בהליכי ההולדה הביאה עמה שאלות חדשות גם ביחס לאפשרות לראות בזרע וביצית כ"נכסים" אותם ניתן למכור בשוק החופשי.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

127. המונח "מיטלטלין" מוגדר בסעיף 1 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן - "חוק המיטלטלין") כ"נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין". חוק הפרשנות, התשמ"א-1991 אף הוא אינו מספק הגדרה מפורשת למונח "נכס". אשר לתרומת זרע, צוין בספרות כי ניתן לראות בתורם הזרע כמי שמכר את זרעו לבנק הזרע. אפנה בעניין זה למאמרו של פ' שיפמן "אברים כנכסים", משפטים ט"ז 64 (תשמ"ו) בו צוין כדלקמן:

**"קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י, תש"מ, מציין כי הכינוי "תורם" אינו הולם את תורם הזרע, שכן בדרך כלל הוא משתף פעולה כדי לקבל תשלום כספי עבור הזרע. לטענתו, מבחינה זו מוטב לכנותו "מוכר זרע או "נותן זרע".**

128. בפסק הדין בעניין בג"ץ 4077/12 לעיל, נדון מקרה תקדימי בו תורם זרע ביקש לחזור בו מהסכמתו ומתורמתו בשל שינויים אשר חלו בהשקפת עולמו. זאת, לאחר שמתרומת זרעו נולדה קטינה אחת, והאם ביקשה לעבור הליך הזרעה נוסף מאותה התרומה על מנת שמטענם הגנטי של שני ילדיה יהא זהה. בפסק הדין נקבע, כי רצונו של תורם הזרע שלא להיות אב גנטי לצאצאים נוספים, גובר על אינטרס העותרת להביא ילדים נוספים לעולם, הנושאים את אותו המטען גנטי.

129. במסגרת פסק הדין, עלתה השאלה - האם יש לראות בזרע שנתרם לבנק הזרע כ"מיטלטלין". בהתייחס לסוגיה זו, ציינה כבוד השופטת ד' ברק-ארז את הדברים הבאים (סעיפים 14-16 לפסק דינה):

**"השאלה היא האם אמנם חלקי גוף או היבטים אינטימיים אחרים של ההתנהגות האנושית הם מוצר לכל דבר ועניין. האמנם תרומת הזרע היא נכס עובר לסוחר, שאינו שונה מכסא או שולחן שנמכרו תמורת מחיר הוגן? התשובה לשאלה זו אינה מובנת מאליה כלל ועיקר. לא הכול ניתן למכירה. עם התפתחות הטכנולוגיה, מתעוררות שאלות חדשות באשר להיקף הדברים שניתן למכור ובאשר למידת הנכונות להתייחס אל כל מה שמבחינה טכנית ניתן להעבירו כאל מוצר [...]."**

בעת הזו, בישראל, אברי גוף אינם נכס סחיר לכל דבר (לדעות שונות בנושא, ראו והשוו: יהושע ויסמן "אברים כנכסים" משפטים טז 500 (1986); גז טדסקי "הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח 281 (1991)).

[...] החקיקה או התקנות לא הכירו בכך שתאי זרע, רחם אימהי או ביציות הם "מוצר" רגיל בשוק. להפך. חרף העובדה שבכל המקרים הללו ניתן תשלום למי שמוגדרים כ"תורם" או "תורמת" זהו תשלום מוגבל בהיקפו, מפקח, ומוגדר כפיצוי בגין טרחה ואי-נוחות, להבדיל מאשר תמורה עבור חלקי הגוף או השימוש בו (ראו: סעיף 6 לחוק הפונדקאות וסעיף 43(א) לחוק תרומת ביציות, בדומה לסעיף 22 לחוק השתלת אברים). הנושא אינו מוסדר במפורש בתקנות הנוגעות לתרומת זרע, בשל כך שאין מדובר בהסדר כולל במסגרת דבר חקיקה ראשי. ההחלטות לפתוח את הדלת לעבירות מוגבלות זו של אברי גוף לא היו החלטות פשוטות. מחד גיסא, ההכרח לא יגונה או לפחות ניתן להבנה, אך מאידך גיסא, הן מאיימות להפוך אנשים למוצרים או לבית קיבול למוצרים



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

בפוטנציה, ולכך יש מחיר, תרתי משמע. המחלוקות בשאלה זו נמשכות. ההכרה באפשרות לתרום דם, תאי-זרע או ביציות לא הפכה אותם ל"נכסים" לכל דבר ועניין.

ההחלטה באשר לעבירות או סחירות חלקית של אברי גוף, או אברי גוף מתחדשים כמו במקרה דנן, אינה חייבת להיות גורפת. כפי שנוכחנו, ההסדר החל על תרומות זרע מכיר באפשרות להעביר זרע לשימוש של בנק הזרע – כנגד תמורה מסוימת, שאינה בגדר "מחיר" שוק מלא. אולם, אין בכך כדי לומר שהזרע הפך בכך למוצר סחיר רגיל. הסחירות המוגבלת מתבטאת בגולציה כבדה של המחיר והגבלות על העברת הזרע לצדדים שלישיים (אשר מתאפשרת למטרות הפריה או מחקר בלבד). בפנינו ניצבת השאלה האם הסחירות המוגבלת של תאי הזרע אמורה להתבטא גם בזכות חרטה המקופלת בהסכמה לתרום זרע ומאפשרת לתורם לחזור בו מהסכמתו עובר לתהליך ההפריה. אני סבורה שהתשובה על שאלה זו במקרה כמו זה שבפנינו, שבו העותרת לא שינתה את מצבה לרעה, היא חיובית."

130. כבוד השופט א' רובינשטיין נדרש אף הוא לסוגיה, תוך שציין את הדברים הבאים בסיפה לפסקה סג' לפסק דינו:

"ספק גדול בעיניי אם ניתן למתוח גזירה שוה בין מכירת רכב, למשל, למכירתו של זרע. סבורני, והדברים נאמרים בזירות המתבקשת, כי מקום שאדם מוכר את זרעו - אם נכנה את התרומה בשם "מכירה" - אין הוא מקנה לזולת בעלות קניינית מן הסוג ה"רגיל" על ה-DNA הייחודי לו (כך למשל לא נראה, שהוא מקנה זכות "לשכפול" גנטי - אילו היה הדבר אפשרי, כמובן); כלומר בנק הזרע אינו רוכש "בעלות קניינית" על הצופן הגנטי של התורם באופן המנתק אותו - כטענת העותרת - מהמשך התהליך (והדברים רלבנטיים גם לטענות בדבר רכישת זכות שמירה של מנות הזרע או זכות קניין אחרת). מדובר בשאלה מורכבת, אך דומה שניתן לצאת מן ההנחה כי מדובר בחוזה ללא הגבלת זמן, אשר אינו מקנה זכות בעלות-קניינית - ולפיכך צד לחוזה רשאי לחזור בו מהסכמתו.

131. עוד הוסיף כבוד השופט א' רובינשטיין, כי הוא מסכים עם קביעותיה של כבוד השופטת ד' ברק-ארז לפיהן "ההכרה באפשרות לתרום דם, זרע או ביציות לא הפכה אותם לינכסים" לכל דבר ועניין". בתוך כך, צוין כי שומה על בית המשפט להפגין רגישות מיוחדת בנושאים אלה, "המחייבים - מזה - מבט אנושי רחב, ומזה הלכה עקב בצד אגודל בעריכת ההסדרים" (פסקה ע' לפסק דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין).

132. כבוד השופט י' עמית נדרש אף הוא לסוגיה, תוך שציין את הדברים הבאים (סעי' 9-3 לפסק הדין, עמ' 64-62):

"[...] אין מניעה כי הסכם מכר ייעשה למטרה מסוימת תוך הגבלת הקונה לגבי אופן השימוש בממכר, מבלי שהדבר יגרע מתוקפה של העסקה כעסקת מכר המעבירה את הקניין בממכר. במקרה דנן, נכתב במפורש בטופס עליו חתם התורם, כי התרומה ניתנת למטרת הפריה או לצרכי מחקר. ההגבלה החוזית על אי שימוש במטען הגנטי של התורם שלא למטרות פריון או מחקר, אינה גורעת כשלעצמה מתוקפו של הסכם המכר ומתוקפה של ההעברה הקניינית מכוחו.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

[...] אם רואים אנו את תרומת הזרע כעסקת מכר, אין מדובר בהסכם בלתי מוגבל בזמן, אלא בהסכם חד-פעמי שהתמצה עם העברת הזרע לבנק הזרע כנגד התשלום שקיבל המשיב, וממילא אין המשיב יכול לחזור בו מהחווה. ככל שידיעתי מגעת, גם על פי הפרקטיקה הנוהגת בבנקי הזרע הממשלתיים והפרטיים, לא נדרשת הסכמתו של התורם בכל פעם ופעם שנעשה שימוש כלשהוא בזרע שתרם.

[...] גם אם לא נראה את התורם כמי שמכר את זרעו אלא כמי שנתן במתנה את זרעו - נוכח השימוש במילה "תרומת זרע" ונוכח התמורה המסכמת במאות שקלים בלבד - אין בכך לשנות את התוצאה של העברת הבעלות בזרע. [...] ניתן לראות את התורם כמי שנתן "מיטלטלין" במתנה שהושלמה עם מסירת הזרע לבנק הזרע. הבעלות במתנת מיטלטלין עוברת עם המסירה לאלתר, לפי סעיף 2 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה) הקובע כי "מתנה נגמרת בהקניית דבר-המתנה על-ידי הנותן למקבל תוך הסכמה ביניהם שהדבר ניתן במתנה". זאת, בשילוב עם סעיף 6 לחוק המתנה, הקובע כי בהיעדר הוראות דין מיוחדות, ה"בעלות בדבר-המתנה עוברת למקבל במסירת הדבר לידו או במסירת מסמך המזכה אותו לקבל, ואם היה הדבר ברשות המקבל - בהודעת הנותן למקבל על המתנה". מאחר שבמתנה שהושלמה עסקינן, אין תחולה לסעיף 5 לחוק המתנה, העוסק בהתחייבות ליתן מתנה, ולאפשרות של נותן המתנה לחזור בו מהמתנה בניסיונות מסוימות.

[...]

על אף האמור לעיל, אני נכון להניח כי אילו העותרת לא הייתה כלל בתמונה, הרי שבמקרה בו התורם היה מבקש לחזור בו מעסקת המכר/מתנה מטעמים סבירים, היה מקום להיעתר לדרישתו, ואם בנק הזרע היה מסרב לכך מן הסתם היינו רואים בעמדתו משום עמידה על זכות שלא בתום לב, בהתחשב באופיו המיוחד של מושא המכר/המתנה.

[...] השאלה אם איבר מגוף האדם נחשב כ"נכס" שניתן להעביר את הבעלות בו אינה נקיה מספקות. קשה לראות "נכס" בדבר ששיטת המשפט אינה מאפשרת לרכוש בו בעלות, ושיטת המשפט הישראלית מתנגדת לסחר בבני אדם ומתנגדת לסחר באיברים, הגם שהיא מתירה את תרומתם (ויסמן דיני הקניין בעמ' 91; יהושע ויסמן "איברים כנכסים" משפטים טז 500 (1987)). לגבי איברים מתחדשים דוגמת זרע, ביצית, מח עצם או דם, ולהבדיל מאיבר כמו כליה או קרנית, עצם התרומה אינה מונעת מהתורם את השימוש האישי שלו בנכס, העומד לרשותו שוב בעתיד. יתרה מכך, ככל שידיעתי מגעת, ואני אומר את הדברים בזהירות מאחר שלא הונחה בפנינו תשתית עובדתית בנושא, קיים סחר ו"יבוא" של זרע מחו"ל לבנקי זרע בארץ (ושמא גם "יצוא" של זרע לחו"ל), מה שמצביע על סחירותו של הזרע כנכס לכל דבר ועניין. אשר על כן, קל יותר לראות ב"איברים" אלו "נכס", ונראה שעל כן התיר המחוקק העברתם מאדם לאדם והתיר קבלת תמורה כזו או אחרת בגינם (גד טדסקי "קניין ועבירות: הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח 281, 282 (1988); דפנה לוינסון זמיר "השתלה מן החי בישראל: הווי ובעיות" הפרקליט לח 300 (1988)).

מנגד, יכול הטוען לטעון כי אין להשוות זרע או ביצית לאיברים מתחדשים אחרים, ואפילו לא לאיברים כמו כליה או קרנית, מאחר שהגמטה הזכרית והנקבית (תאי זרע ותאי ביצית) מאפשרים להביא לעולם ילד ובכך "להנציח" את המטען הגנטי של התורם לדורי דורות. באספקלריה זו, תרומת זרע או תרומת ביצית היא עניין נכבד עד מאוד.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

[...] השורה התחתונה היא, כי גם אם יש מקום להחיל את הדין האזרחי על תרומת זרע, ואף שמבחינות "מסחריות" הגדרתו של זרע שונה מאיברים וחלקי גוף אחרים, הרי שלכלל "נכס" רגיל לא הגענו, וסחירותו של זרע אינה כסחירותו של חפץ מיטלטל, שניתן להחיל עליו מנהג סוחרים ותקנת השוק".

133. הנה כי כן, סופו של יום, נקבע כי לא ניתן לראות בזרע או בביצית כ"נכס" אשר ניתן לסחור בו, כדין שסוחרים במוצרים אחרים. ואולם, לא בכדי פירטתי בהרחבה על אודות עמדותיהם השונות של שופטי בית המשפט העליון ביחס לסוגיה, ועל הקושי הניצב במתן הגדרה מדויקת לפעולה של תרומת הזרע. בניגוד לפסק הדין בעניין בג"ץ 4077/12 הרי שבמקרה המונח לפניי כעת, לא מבקשת התובעת לעשות שימוש נוסף בתרומת הזרע, אלא לעגן את קשרי ההורות אשר נוצרו כתוצאה מתרומת הזרע - במסגרת החוק. משעה שהזרע שניתן במסגרת התרומה הופרה בביצית, נשתל ברחמה של פונדקאית ובעקבות כך נולדו שני הקטינים - הרי שסוגית החזרה מהסכמה הופכת לתיאורטית בלבד ואינה עומדת עוד על הפרק.

134. ומדוע הלכנו ופסענו בכל הדרך עד כה – זאת, כדי להבין את הנפקות של תרומת הזרע על כל רבדיה, ולכך שהתורם אינו בגדר הורה.

135. נוכח האמור - הדרישה לניתוק הקשר בין הקטינים לבין תורם הזרע במסגרת ההליך שלפניי הוא מלאכותי וחותר תחת שורת ההיגיון. דרישת הנתבע כופה למעשה על תורם הזרע האנונימי, אזרח מדינה זרה, אשר תרומתו נעשתה על פי הדין החל במדינת אורגון - לקחת חלק בהליך אימוץ במדינת ישראל. אכן, לעמדת הנתבע, אקט הניתוק מתורם הזרע הוא בבחינת הליך טכני בלבד, וישנה הסכמה שאין לפנות לתורם הזרע עצמו לצורך ההכרזה על הקטינים כבני - אימוץ. אך עדיין יש לכך נפקות ממנה לא ניתן להתעלם.

136. הנה כי כן, הדרישה אותה הציב הנתבע, כתנאי לניתוק הקשר בין הקטינים לבין תורם הזרע לצורך ההכרזה עליהם כבני-אימוץ, טומנת בחובה השלכות רחבות שספק עם ניתנה מחשבה על כלל ההשפעות הנלוות לכך. הן מנקודת מבט משפטית והן מנקודת מבט חברתית – קשה להשלים עם מצב, בו תורם זרע אנונימי ייחשב להורה מבחינת החוק.

### ובמה דברים אמורים?

137. הצורך בניתוק הקשר לתורם הזרע מצביע על כך, שעד למועד בו ינותק הקשר כאמור - תהיינה כלל הזכויות והחובות ההוריות כלפי הקטין - נתונות בידי של פלוני - תורם הזרע האנונימי. תוצאה זו אינה סבירה בעליל וטומנת בחובה השלכות משפטיות מרחיקות לכת הן ביחס לתורם הזרע והן ביחס לקטין.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

138. המשמעות המשפטית אותה מבקש הנתבע לייחס לתורם הזרע, אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק. בהקשר זה, עולה השאלה - מקום בו תורם הזרע הולך לבית עולמו בד בבד עם הליך ההכרזה על קטין אשר נוצר מזרעו כבר-אימוץ, וטרם סיומו – משמעות הדבר כי הקטין יוכל לרשת אותו? לו היה תורם הזרע דורש להכרה בזכויותיו כהורה ביולוגי עובר להליך ההכרזה כבר-אימוץ - האם בית המשפט היה נדרש לטענותיו בעניין? המצב המשפטי בו מבקש הנתבע להכיר – עלול לגרום **למצבים אבסורדים ובלתי רצויים**, וצורך ליתן מענה בדיוק לשאלות אלה וזאת – בדיוק לנוכח העובדה, שעל בית המשפט לשקול את כלל השיקולים הנוגעים לעניין, ואת ההשלכות אשר תיווצרנה כתוצאה מהחלטותיו הן ביחס לצדדים מושא ההליך, והן ביחס לצדדים שלישיים העלולים להיות מושפעים.

139. המעיין בחוות הדעת לעניין הדין הזר ילמד, כי **תורם הזרע נותר אנונימי**, ואין כל אפשרות לברר את זהותו. אשר לתורמת הביצית, צוין כי החוק המקומי קובע, כי ילד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית יהא ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין. **משכך, אני קובעת כי הקשר לתורם הזרע האנונימי נותק עם השלמת תרומת הזרע והעברת התמורה בגינה- ואין צורך בניתוק נוסף מולו.**

### ניתוק הקשר בין הקטינים לבין הפונדקאית

140. במהלך ישיבת קדם המשפט ביום 14.7.2020 הוסכם, כי הנתבע ישקול מחדש את עמדתו לעניין הצורך בניתוק הקשר לפונדקאית, וזאת, מקום בו יוכח כי הפונדקאית חתמה הסכמתה **לאחר לידת הקטינים**. חרף העמידה בדרישה זו על ידי התובעת, וההוכחה כי פסק הדין באורגון ניתן לאחר הולדת הקטינים, טען הנתבע לבסוף, כי לשיטתו אין די בכך על מנת לעמוד בדרישות אותן מציב חוק אימוץ ילדים.

141. בנסיבות אלה, טען הנתבע כי על התובעת להמציא **כתב הסכמה** מטעם הפונדקאית לאימוץ הקטינים, על פי אחת החלופות המנויות בסעיף 9(א) לחוק אימוץ ילדים. כך שנדרש עתה לפנות לפונדקאית ולדרוש ממנה לחתום על כתב ההסכמה לפני נציג דיפלומטי או קונסולרי של מדינת ישראל או לחילופין, **לחתום על כתב הסכמה לפי דין המקום או לפי דין מגוריה הרגיל או של הילד בעת מתן ההסכמה.**

142. נוסף לכך, נטען כי על התובעת להמציא חוות דעת משלימה לעניין הדין הזר, בה יצוין כי הסכמת הפונדקאית, ניתנה על פי דין המקום או על פי דין מקום מגורי הפונדקאית ולפיה הסכמה זו אכן מנתקת את הקשר המשפטי, שבינה לבין הקטינים וכי לא נדרשת כל פעולה משפטית נוספת לשם "שחרורם" לאימוץ. לחילופין, באפשרות התובעת להמציא חוות דעת משלימה לעניין הדין הזר ביחס לפסק הדין של מדינת אורגון, וביחס לשאלה - האם ניתן לראות בפסק הדין ככזה השולל את החובות



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

והזכויות ההוריות של הפונדקאית ביחס לקטינים, וכמנתק את הקשר המשפטי בינה לבין הקטינים, כך שלא נדרשת כל פעולה משפטית נוספת לצורך "שחרורם" לאימוץ.

143. הפכתי והפכתי בעמדת הנתבע ולא הצלחתי להבין הכיצד אמורה התובעת, בנסיבות הקיימות, למלא אחר הדרישות העומדות לפנייה. הלכה למעשה, טוען הנתבע כי על התובעת לפנות בשנית, בחלוף מספר שנים, בחזרה לפונדקאית ולדרוש ממנה לחתום על מסמכים שונים לצורך ניהולו של הליך משפטי המתנהל במדינה זרה, ועל פי הדין אשר אינו חל עליה. מדוע שתסכים לכך? האם זאת מדיניות רצויה והכרחית?

144. הדרישות אותן העמיד הנתבע, מתעלמות באופן גורף מפסק הדין של מדינת אורגון, במסגרתו נותק כל קשר משפטי בין הפונדקאית לקטינים. על פי דרישתו הראשונית של הנתבע - הוכח כי פסק הדין ניתן לאחר לידת הקטינים, וכי הליך הפונדקאות בוצע באופן חוקי לחלוטין ועל פי חוקי מדינת אורגון בה חיה באותה העת הפונדקאית. אשר לחוות הדעת לעניין הדין הזר, הרי שזו הוצגה לבית המשפט במהלך ישיבת קדם המשפט מיום 5.2.2020 תוך שצוטטו מתוכה החלקים הרלוונטיים לעניין ניתוק הקשר מהפונדקאית (עמ' 24 לפרוטוקול הדיון שו' 33-35):

**"סעיף 109.239 לחוות הדעת: "הקשר מסתיים על פי ORS 109.239 על ידי חזוה והסכמה שנחתמה במרפאת הפוריות [...] באמצעות הליכים משפטיים לצורך קביעת ההורה כהורה היחידי של הילד..."**

145. בית המשפט נדרש לקביעות הרלוונטיות מתוך פסק הדין של מדינת אורגון, בהן צוין במפורש, כי הקשר בין הפונדקאית לקטינים נותק לחלוטין וכי התובעת היא אמם היחידה.

146. בנסיבות העניין - מתעוררת השאלה - הכיצד זה ניתן להתעלם מההשלכות הנובעות מקיומו של פסק הדין הזר - לא על מעמדה של התובעת כי אם על מעמדה של הפונדקאית? הכיצד זה ניתן לדרוש מהפונדקאית היום לעמוד בדרישות של הדין הישראלי שעה שהוא כלל לא חל עליה? בפרט שאולי היא מבקשת "לשכוח" את עברה, ואולי המדובר בפצע שטרם החלים. מכוח מה ניתן לחייבה לחתום על מסמכים שעה שלפי הדין במדינתה עניין זה כבר תם ונשלם!!!

147. כפי שפירטתי בפרק העובדות בראשית פסק הדין - סבורני כי בנסיבות מקרה זה - יש לחרוג ממתווה האימוץ "הקלאסי" וליישם מנגנון מקוצר בו ניתן יהיה "לדלג" על השלב הראשון של בר-אימוץ ולעבור היישר לשלב השני - הלא הוא - מתן צו האימוץ. זאת, בשים לב לעובדה שהמדובר בתורם זרע אנונימי, ובהליך פונדקאות אשר בוצע על פי חוקי מדינת אורגון, והסתיים בפסק דין של בית משפט המצהיר על הורותה של התובעת ועל ניתוק הקשר בין הקטינים לבין הפונדקאית.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

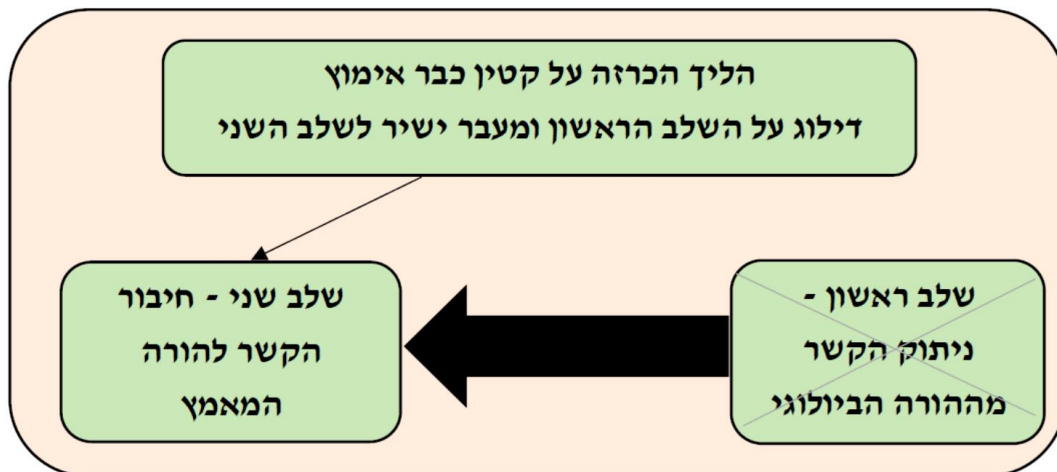
תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

148. במקרה שלפניי אין הורים ביולוגים שיש לנתק את הזיקה שלהם מהקטינים, אנו יודעים בוודאות את "דרך בריאתם". משכך, החשש של הנתבע "לדלג" לשלב השני אינו נתמך בכל טיעון או נזק העתיד להיגרם בשל כך.

149. יתרה מזאת במסגרת אמ"צ (ת"א) 36291-12-20 י. ר. נ' ז.ד (21.12.2020) (לא פורסם), ניתן על ידי פסק דין לאימוץ תוך "דילוג" על השלב הראשון של ההכרזה על בר אימוץ וניתן פסק דין לאימוץ. במקרה הנדון ב"כ היועמ"ש הסכים למתווה. לא כמו במקרה שלפנינו. ומדוע? הפתרונים רק לו.

### המנגנון המוצע - "צו אימוץ פסיקתי" או "צו אימוץ מקוצר"

150. המנגנון המקוצר לביצוע הליך האימוץ הוצע על ידי בית המשפט כאפשרות לפתרון עוד במהלך ישיבת קדם המשפט מיום 14.7.2020. כך, הוצע כי במקום לבצע את הליך האימוץ במתכונתו הקלאסית, יבוצע ההליך בחלקו בלבד, תוך **דילוג** על השלב הראשון המחייב להוכיח את ניתוק הקשר וקפיצה ישירה לשלב השני, קרי, לשלב ההכרזה על ההורה המאמץ.



153. לשיטת הנתבע, לא ניתן להסכים למתווה של **דילוג** על השלב הראשון בהליך האימוץ, אשר כל מטרתו היא לאפשר את "שחרור" הקטינים לאימוץ. שלב זה, מהווה תנאי מוקדם לצורך יצירת קשר משפטי של הורות בין מאמץ למאומץ, ואין די לצורך העמידה בתנאי זה - בקיומו של פסק הדין ממדינת אורגון. שכן המדובר בפסק דין אשר ניתן על פי חוקי אותה המדינה ולא על פי חוקי מדינת ישראל.

154. בתוך כך, נטען כי חוק תרומת ביציות, מחייב קיומו של קשר ביולוגי בין הקטין לבין לפחות אחד מההורים המיועדים. סעיף 2 לחוק תרומת ביציות מגדיר מי היא "**נתרמת**" וקובע כי נתרמת היא מי שהגישה בקשה לתרומת ביציות על פי הוראות החוק.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

155. סעיף 11 לחוק תרומת ביציות מונה שתי אפשרויות להגשת בקשה לתרומת ביצית. **האפשרות האחת** - בנסיבות בהן האישה אינה מסוגלת להתעבר מביציות שבגופה. במסגרת אפשרות זו נעשה שימוש בתרומת ביצית כאשר הנתרמת היא האם היולדת, באופן שבו קיים קשר בין הילוד לנתרמת. **האפשרות השנייה** - בנסיבות בהן ישנו מצב רפואי מורכב המצדיק שימוש בביציות של אישה אחרת, והשתלתן בנושאת על פי הוראות חוק הפונדקאות. במסגרת אפשרות זו, נעשה שימוש הן בתרומת ביצית והן בפונדקאית, תוך שהליך כאמור כפוף להוראותיו של חוק הפונדקאות, המחייב קיומו של קשר גנטי לאחד מההורים המיועדים לפחות.

156. השתלת ביצית מופרית, בנושאת מחייבת כי הזרע המשמש להפריה יהא של האב המיועד. אשר לאם מיועדת יחידה - נקבע כי השתלת הביצית המופרית בנושאת מחייבת כי הביצית תהא של האם המיועדת. **תנאי זה בה להבטיח את קיומו של קשר גנטי בין אחד מההורים המיועדים לבין הילד ובכך - למנוע מנגנון של יצירת ילדים לשם אימוצם.** (סעיפים 113-115 לסיכומי הנתבע).

157. המקרה שלפניי, אכן מציב אתגר משפטי. ואולם, חרף העדר המענה בדיון – שומה על בית המשפט להידרש לכל מקרה הבא לפניו ולספק לו את המענה הראוי, הנכון משפטית והצודק ביותר בנסיבות העניין. ברורה דרישתו של הנתבע על הצורך להבטיח קיומו של קשר גנטי לפחות לאחד מההורים, בעידן שבו טכניקות ההולדה מאפשרות להביא ילדים לעולם בשלל דרכים אחרות – אך עדיין יש ליתן מענה למקרה החריג שלפניי בזהירות המתבקשת.

158. הדרישה לקשר גנטי (במקרה שאין, כמו במקרה דנן) – **היא זו אשר מובילה ליצירת מנגנון של אימוץ ילדים.** אלא מאי - משעה שהמנגנון אותו מכתוב חוק אימוץ ילדים הופך לפיקטיבי בלבד (נוכח הדרישה לניתוק קשר הורי אשר אינו קיים בפועל) - הרי שבנסיבות כגון דא – נדרש לפנות למנגנון חלופי ומקוצר, הנראה לי הולם הנסיבות שלפניי, קרי, **לדלג על השלב הראשון של הליך ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ ולדלג ישר לשלב האימוץ.**

159. לטענת הנתבע, המתווה המקוצר אותו הציע בית המשפט - כמוהו כיצירתה של נורמה חדשה, לפיה ניתן יהיה לבצע הליכי אימוץ ללא צורך בהליך של הכרזת בר-אימוץ וללא צורך בהסכמת ההורה לאימוץ. זאת, תוך הכרה בפסקי דין ותעודות ציבוריות מטעמה של מדינה זרה כתחליף מהימן דיו להליך ההכרזה או להסכמת ההורה לאימוץ. האם לא די בתרומה האנונימית ובפסק הדין של מדינת אורגון?!

160. ישאל השואל - **האם אין המדינה פועלת במתווה דומה במסגרת הליכים של צווי הורות פסיקתיים במקרים של בני זוג חד-מיניים?** במועד שבו הכירה הפסיקה באפשרות המשפטית, לכונן הורות מכוח צו הורות פסיקתי במקרה של "זיקה לזיקה" – נראה כי נסללה גם הדרך לסמכותו של



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

בית המשפט להכיר ולקבל את תוצאותיו ומשמעויותיו של הליך פונדקאות אשר בוצע במדינה זרה, ושל פסק הדין הזר הקובע את ניתוק הקשר לפונדקאות ומכיר בהורותו של האב הביולוגי.

161. אכן, במקרים בהם ישנו הורה ביולוגי בתמונה נבנתה הקונסטרוקציה של צווי ההורות הפסיקטיים. ואולם, לצד ההכרה בהורותו של ההורה הביולוגי, מתבקש בית המשפט במסגרת הליך של צו ההורות הפסיקטי - להכיר בהורותו של בן הזוג הנוסף – **הטוען להורות** - הנעדר כל קשר ביולוגי לילד וזאת מכוח קשרי "הזיקה" להורה הביולוגי. אלא מאי - הלכה למעשה, כחלק מאותה הפרוצדורה של ההכרה בהורותו של הטוען להורות - נדרש בית המשפט כאמור, לאמץ את קביעותיו של פסק הדין הזר אשר ניתן במדינה בה בוצע הליך הפונדקאות, בכל הנוגע לניתוק הקשר לפונדקאות. דרישה זו, מהווה תנאי מוקדם לצורך ההכרה בהורותו של הטוען להורות וזאת, מבלי לגרוע מהצורך להוכיח קשר ביולוגי לאחד מבני הזוג.

162. בנסיבות המתוארות - סבורני כי קיים קושי לפיו במסגרת הליך משפטי אחד ניתן יהיה להתבסס על קביעותיו של פסק הדין הזר וליתן פסק דין בארץ, ואילו בהליך אחר - תיחשבה קביעות אלה לחסרות כל תוקף.

163. הנה כי כן - צו ההורות הפסיקטי מאפשר להעניק הכרה משפטית בהורותם של בני זוג חד מיניים גם ביחס לילדים שנוצרו בהליכי פונדקאות חו"ל וזאת - חרף המורכבות הנובעת ממעורבותו של הורה פוטנציאלי שלישי - קרי, הפונדקאית הנושאת (עמ' 9-10 לפסק דינו של כבוד השופט נ' הנדל בעניין בע"מ 3518/18). נוכח האמור, ומשעה שלמעשה, הוכרה זה מכבר היכולת להכיר בניתוק ההורות מהאם הפונדקאית בהליכים של צווי הורות פסיקטיים - לא מצאתי כל מניעה להכיר בניתוק האמור - אף במסגרת הליך זה.

164. משכך, **ישאל השואל - מדוע אם כך, בנסיבות מקרה זה, מעדיף בית המשפט ליישם מתווה הנשען על הוראותיו של חוק אימוץ ילדים ולא מתווה הנשען על מוסד צווי ההורות הפסיקטיים?** התשובה לכך, נעוצה בקביעתו המפורשת של בית המשפט העליון - לפיה צו הורות פסיקטי מחייב קיומו של קשר גנטי, וכי לא ניתן לבצע הרחבה נוספת במנגנון זה שכן סמכות זו נתונה למחוקק ולו בלבד. על כך כבר עמדתי בהרחבה במסגרת פסק הדין.

### אימוץ על ידי הורה יחידני

165. משוכה נוספת אשר עלתה לאורך ההליך, נגעה לשאלת **כשירותה** של התובעת לאמץ, נוכח היותה הורה יחידנית.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

166. סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים הקובע כדלקמן כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". לצד האמור, נקבע כי בית המשפט יהא רשאי ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד בהתקיים אחד משניים:

א. אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן;

ב. אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי.

167. סעיף 25 לחוק אימוץ ילדים קובע, כי מקום שבו "נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו, לסטות מסייגים אלה:

א. גיל המאומץ לפי סעיף 2;

ב. פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ לפי סעיף 3(2);

ג. הבדל גיל לפי סעיף 4;

ד. (4) אורח תקופת המבחן לפי סעיף 6."

168. חריג זה מותיר פתח נרחב לשיקול דעת בבוא בית המשפט להידרש לאותן "נסיבות מיוחדות", וכפי שנקבע בפסק הדין בעניין ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.4.1997) עמ' 10:

"משלא ראה המחוקק לקבוע מסמרות ולהגדיר את טיב השיקולים, נותרה ההכרעה בשאלה מהו האיזון הראוי בין הכלל לחריג - היינו, מה הן "הנסיבות המיוחדות" - בידי בית-המשפט".

169. ביום 19.2.2014 הונחה על שולחן הכנסת ה-19 הצעת חוק לתיקון סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים כדלקמן: "כל אדם רשאי לאמץ, ילד בין אם כיחיד ובין אם לאו". בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כך:

"סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, קובע את כשירות המאמצים. מאמצים כשירים הם רק "איש ואשתו", דבר הפוגע בכל מי שאינן עונות ועונים להגדרת "איש ואשתו", מכל סיבה שהיא. במקרה של יחידים המבקשים לאמץ, החוק מפנה את שיקול הדעת לבית המשפט באופן מחמיר מאשר נקבע לגבי "איש ואישה". בשל המצב החוקי כיום נאלצים זוגות ויחידים, שכשירותם להיות הורים והורות מאמצים גבוהה אך אינם נופלים תחת הגדרת "איש ואישה", לפנות לאימוץ בחוץ לארץ או לחילופין להמתין משך זמן ממושך ועל-פי רוב להיענות בסירוב על ידי הרשויות הממונות. לפיכך, מוצע לבטל את ההתייחסות המפלה בין אלו המבקשות והמבקשים לאמץ, מתוך הבנה שטובת הילד והילדה אינה בהכרח זוג הטרנסקסואלי נשוי בלבד, אלא יכולות הורות מיטביות.

יצוין כי ישראל חריגה בין מדינות המערב, כגון שבדיה, הולנד, אנגליה ומדינות נוספות, שבהן לא ניתנת עדיפות להורים נשואים בתהליך אימוץ, ויחידים יכולים לאמץ כל עוד הם נמצאים כשירים על ידי הרשויות הרלוונטיות".



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

170. הצעות חוק זהות הונחו על שולחן הכנסת העשרים, על שולחן הכנסת העשרים ואחת, העשרים ושתיים ואף ועל שולחן הכנסת העשרים ושלוש. כך, בדברי ההסבר להצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון - אימוץ על ידי הורה יחיד), התשע"ח-2018 מיום 18.06.2018 צוין כך:

**"הבחירה בהורות יחידנית יכולה לנבוע מנסיבות חיים אשר ממילא לא אפשרו דרך קלה להבאת ילדים לעולם. מן הראוי שהמדינה תבקש להקל על נשים וגברים שאינם חיים בזוגיות ותספק להם את האפשרות והתמיכה המלאה לאמץ ילדים ולקיים חיי משפחה. הורות טובה אינה תלויה באורח החיים הזוגי, אלא בהשקעה, אהבה, טיפוח ובעיקר מסירות. ולכן, מן הראוי שכל איש ואישה שיכולים ורוצים להעניק את ההורות הטובה הזאת יהיו זכאים לאמץ. לפיכך, מוצע לבטל את ההתייחסות המפלה בין המבקשות והמבקשים לאמץ".**

171. הצעת החוק האחרונה בנושא הונחה על שולחן הכנסת ה-23 (פ/946/23). הצעת החוק הועלתה לדיון במליאת הכנסת ביום 9.11.2020 אך כאמור לא עברה.

172. חרף העובדה שהנתבע לא הציג כל התנגדות לכך, שהליך האימוץ יבוצע חרף היות התובעת אם יחידנית, ולמעלה מהנדרש, אציין כי לסברתי, **לנוכח הנסיבות המיוחדות והחריגות העומדות בבסיס מקרה זה** - מוצדק וראוי לאפשר לתובעת כהורה יחידה לבצע את הליך האימוץ. כפי שצוין במסגרת הצעות החוק בנושא, הרי שהבחירה בהורות יחידנית יכולה לנבוע ממגוון נסיבות חיים אשר לבטח לא אפשרו לבצע הולדה בדרך טבעית. במקום להקל על אותם הורים, ולנסות לחתור למתווה אשר יאפשר הכרה משפטית במצב עובדתי קיים – נדרשים רבים לעבור משוכות ותלאות רבות, מעבר לסבלם, על מנת לזכות באותה ההכרה לה זוכים הורים אחרים, עליהם שפר המזל וביכולתם להביא צאצאים בדרך הטבע.

173. **היש לראות בפעולותיה של התובעת ובאופן שבו בחרה להביא את הקטינים לעולם "כעשיית דין עצמי" אשר יכול להשפיע על כשרותה של התובעת לאמץ?** סבורני כי התשובה לכך היא שלילית. בנסיבות החריגות שלפניי ומתוך ראי טובת הקטינים המכירים בתובעת כאימם היחידה מאז הולדתם, הכרזה כזאת על התובעת תפגע קשות בקטינים.

174. במסגרת בחינת התנאים המנויים במסגרת סעיף 25 לחוק אימוץ ילדים, נשקלו בין יתר השיקולים גם האופן שבו בחרה התובעת להביא את קטינים לעולם. לסברתי, המדובר בגורם ענייני, חשוב ומהותי אשר עשוי ללמד על המאמץ הרב שהושקע בהליך ועל מסירותה עד אין קץ להליך והבאת הקטינים לעולם. בנסיבות ההליך שלפניי מתקיימות אותן נסיבות מיוחדות, וכי טובת הקטינים מחייבת את בית המשפט לחרוג מהכלל הקבוע בחוק אימוץ ילדים, ולאפשר את האימוץ על פי המתווה שהוצע על ידי.

175. מתווה זה מתכתב עם תקנה 2 לתקנות בית משפט לענייני משפחה (סדרי דין), התשפ"א-2020 לפיה נדרש בית המשפט בטרם קבלת החלטה בעניינו של קטין, לשקול את טובתו, ובכלל זה את מכלול



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו. משעה שגם טובת הקטינים מונחת לפתחי, אזי נראה כי התוצאה אליה הגעתי הולמת את המציאות אליה נולדו הקטינים ובה הם חיים.

176. לאחרונה פסקה חברתי ה' גורביץ עובדיה בתע (חי') 8299-08-20 ס' ד' ס' נ' ב' א' י' (31.1.2021), כי צמד המילים "איש ואישה" שבלשון סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, אינו שולל את החלת ההסדר הקבוע בסעיף זה על בני זוג מאותו מין; לתוצאה זו הגיע בית המשפט בקבעו בעת מלאכת פרשנות חקיקה משפטית, על הפרשן של טקסט המשפטי לבחור את הפרשנות המגשימה את תכלית החקיקה. תפקיד זה אינו כתפקיד הבלשן, תפקיד הפרשן המשפטי הוא להכריע, איזו מבין קשת המשמעויות הלשוניות, היא פרשנות שמגשימה את החקיקה על פי מטרת החקיקה ותכליתה. ראו בג"ץ 267/88 רשת כוללי האידרא, עמותה נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3) 728, 736 (2.10.1989). ראו גם בגץ 188/63 תופיק סעיד בצול ושיך מחמד עבד אל מג'יד אלזהרי נ' שר הפנים ו-2 אח' 337 (10.2.1965):

"בית המשפט הוא פרשן ולא סתם בלשן. פרשן טוב עושה את רצון המחוקק, אך המחוקק גם הוא עלול לטעות. כאשר טעות בחוק בולטת לעין, יש לחדור מבעד לגופי המלים אל הרוח המפעמת בהם ולהעדיף את הרוח על הגוף. מטרתה של כל פרשנות כנה ונאורה היא גילוי האמת והעמדת דברים על מכונם. האמצעים הם כללי פרשנות המבוססים על אוזני ההגיון והנסיון. המלים כפופות לכוונה, ולא הכוונה למלים".

177. לא אוכל לסיים מבלי להפנות לדבריו המאלפים של כבוד השופט מ' חשין בעניין ירוס – חקק עמ' 63 היפים לעניינינו:

"חוות-הדעת של חבריי, המשנה לנשיא מצא והנשיא ברק, מונחות לפניי, וצהובות הן זו-לזו. המשנה לנשיא שולל מכול-וכול אפשרות שפלוגית תאמץ כבן-לה את בנה של אלמונית, או שאלמונית תאמץ כבנים לה את בניה של פלוגית. שלא כמותו, הנשיא אינו נכון לשלול על הסף את בקשת המערערות, ואין הוא סותם את הגולל על אימוץ מכאן ומכאן. נהפוך הוא: סובר הוא כי אין מניעה עקרונית להיעתר לבקשות האימוצים, ומבקש הוא להותיר הכרעה לגופן של בקשות פלוגית ואלמונית עד לאחר בירור פרטני בבית-המשפט. אודה על אמת, אודה ולא אבוש: זו הפעם ניטלטה דעתי – ומקצה-אל-קצה ניטלטה – כשם שלא ניטלטה זמן רב. ואין פלא בדבר. החוק שעל פירושו עמלים אנו – חוק קצר-מילים – כלי קיבול קטן ודל הוא מהכיל את העומס הרגשי ואת הרוחות הסוערות המנשבות בענייננו. לעת חקיקת החוק שלעניין לא עלה כלל על דעת המחוקק כי יום יבוא, ויהא על החברה להתמודד עם בעיות כבעיה הניצבת עתה לפתחנו. והנה בא היום. נמצא לנו אפוא כי בלא שנתכוון לכך, ממש מבלי משים, הטיל עלינו המחוקק משימת-פרשנות המקרבת עצמה לחקיקה. ואנו לא הותרנו לפרוק מעלינו חובתנו – לדון, לשקול ולהכריע."

דברים אילו יפים גם למקרה שלפניי.

**סוף דבר**



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

178. המקרה המונח לפניי - חריג. המדובר במקרה המלמד עד כמה חזקה היא השאיפה להיות הורה ועד כמה תרחיק הנפש לכת על מנת להגשים חלום זה. לא ניתן להתעלם מריבוי של טכניקות ההולדה המתקדמות המאפשרות ליותר ויותר אנשים להפוך להורים וזאת ללא צורך בקיומו של קשר גנטי כלשהו. ואולם, אל מול נפלאות הטכנולוגיה, ניצב בית המשפט פעם אחר פעם, למול אתגרים חדשים על פי המקרים המגיעים לפתחו. בית המשפט נדרש לעיתים להיות יצירתי ולהתאים את המשפט ליצירות האדם, בפרט כאשר הדין נשאר מאחור ואינו צועד עם קדמת יצירת האדם, וכלל לא צפה את "הנולד".

179. טכנולוגיות הפרייון החדשות מחייבות את בתי המשפט להתמודד עם סוגיות משפטיות, חברתיות ואתיות מורכבות וחדשות, הכוללות מטבען גם את הסוגיה של הגדרת הורות וגבולותיה. כפי שצינתי לא פעם - המשפט צריך להתאים עצמו למציאות המשתנה ולעשות שימוש במירב הכלים העומדים לרשותו לצורך מציאת פתרון לסוגיות החדשות. לא ניתן להתעלם מכך שאותן טכנולוגיות הולדה, הרחיבו את מעגל האנשים אשר יכולים להביא ילדים לעולם ללא צורך בקשר ביולוגי, ובהתאם את מעגל האפשרויות. בנסיבות המתוארות, ומשעה ש"המודל הקלאסי" של הורות אינו מהווה עוד את המודל היחידי לבניית תא משפחתי, נוצר פער משמעותי בין המציאות לבין הדין הנוהג - אשר אינו מאפשר להכיר באותם קשרי הורות, שכן הם אינם נופלים לגדרו של אחד מההסדרים הרלוונטיים הקיימים בחוק.

180. אמנם, על פי הדין בישראל, אם יחידנית אינה יכולה לעשות שימוש בביצית של אישה אחרת במסגרת הליך פונדקאות בהעדר קיומו של קשר גנטי לילד. לצד האמור - הוראות החוק הרלוונטיות אינן אוסרות על הבאת ילדים בכל מדינה אחרת וזאת, על פי הדין החל באותה המדינה. משכך, ולאחר שמיצתה התובעת את כלל ההליכים אותם היה באפשרותה לבצע על פי הדין החל בישראל - פנתה היא לביצוע הליך ההולדה בארצות הברית באופן חוקי לחלוטין על פי הדין החל במדינת אורגון שם בוצע ההליך.

181. כפי שצוין לעיל, הליכים דומים מתבצעים חדשות לבקרים על ידי בני זוג חד מיניים בישראל, נוכח העדר האפשרות עבורם לבצע הליכי פונדקאות בישראל. אלא מאי, במקרים אלה, מדובר בבני זוג אשר לאחד מהם קשר גנטי לילד ולא בהורה יחיד הנעדר קשר גנטי כאמור. במקרים מעין אלה, מוגשת בקשה לצו הורות פסיקתי לצורך ההכרה בהורותו של בן הזוג הנוסף מכוח קשרי "הזיקה לזיקה". בתוך כך, נקבע כי בית המשפט רשאי להכיר בניתוק הקשר לאם הפונדקאית וזאת - מכוח פסק הדין הזר.

182. ברוח דברים אלה, סבורני כי במקרה שלפניי, ניתן ליישם **מנגנון אימוץ מקוצר**, במסגרתו יהא בית המשפט רשאי להכיר בניתוק הקשר מהאם הפונדקאית מכוח פסק הדין הזר, וזאת מבלי להעמיד דרישות נוספות לפונדקאית לצורך הוכחת ניתוקו של הקשר ההורי. אשר לתרומת הזרע, וכפי שצוין



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

בהרחבה לעיל, הרי שהקשר ההורי אליו נותק עם השלמת העסקה והעברת התמורה בגינה. הדרישה לבצע ניתוק נוסף למול תורם זרע אנונימי אינה מתיישבת עם הסדר הטוב ועם ההיגיון המשפטי.

183. על כן, ומשנותק הקשר הן לתורם הזרע האנונימי והן לפונדקאית - הרי שהצורך לעבור את משוכת השלב הראשון של ההכרזה על הקטינים כבני-אימוץ מתייתרת וניתן לפנות היישר לשלב השני – מתן פסק דין לאימוץ. טובת הקטינים (המאומצים) שלפניי והנסיבות המיוחדות – להן הבכורה בשיקוליו של בית-המשפט אם ייתן צו אימוץ פסיקתי ואם יחדל.

184. הזמנים השתנו, ומאז חוקק חוק האימוץ בשנת 1981 חלו תמורות בחברה. בתי המשפט נדרשים חדשות לבקרים ליתן פתרונות יצירתיים למקרים היצירתיים המתדפקים על דלתו, כדוגמת צו הורות פסיקתי. החלת הוראות לשון חוק האימוץ כפשוטן אינן תואמת את המציאות אשר השתנתה. הניסיון המאולץ לכפות אותן ככתבן וכלשונן על המקרה שלפניי עשויות להיות השלכות על מגוון היבטים וליצור כאוס – משל "אפקט הפרפר". משכך, יש להתאים את הוראות החוק למציאות אשר שינתה פניה בראי טובת הקטינים שלפניי, וזאת עד לתיקון של המחוקק.

185. לנוכח האמור - ובשים לב, להוראת לשון סעיף 1(ב) לחוק האימוץ הקובע: "צו אימוץ וכל החלטה אחרת בהליכי אימוץ יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ", ניתן בזה צו אימוץ אחר הקטינים, כך ש"נדלג" על השלב הראשון ונעבור היישר למתן פסק הדין לאימוץ - והנה לפנינו "צו אימוץ פסיקתי" מקוצר, התואם את המקרה שלפניי.

186. לנוכח התוצאה אליה הגעתי אין צו להוצאות.

187. ניתן לפרסם ללא שמות הצדדים.

188. המזכירות תסגור התיק ותמציא העתק מפסק הדין לצדדים.

ניתן היום, ח' ניסן תשפ"א, 21 מרץ 2021, בהעדר הצדדים.

איריס אילוטוביץ' סגל, שופטת



## **בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו**

**תמ"ש 19-03-26729 ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**