



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 7936-12-18 אש.ק. ואח' נ' פרקליטות מחוז דרום - אזרחי ואח'

לפני

כב' סגן הנשיאה, השופט מרדכי (מוטי) לוי

תובעות

1. ג.ק. אש.

2. ל. אש.ק.

שתיהן באמצעות ב"כ עו"ד אחינעם סגל-אורבך

נגד

נתבע

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ במשרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים

### פסק דין

לפני תביעה למתן צו הורות פסיקתי ללא צורך בתסקיר וללא ניהול הליך שיפוטי.

#### הרקע העובדתי הנדרש:

1. התובעות הן בנות זוג אשר חיו חיי זוגיות מלאים משנת 1998. כביטוי לעומק הקשר ביניהן לביסוס וחזוק הקשר המשפחתי הוסיפה כל אחת מהתובעות את שם משפחתה של בת הזוג לשם משפחתה שלה ובכך השלימו את האיחוד ביניהן.
2. בנות הזוג החליטו להביא ילד לעולם. כשתי אימהות עשו כן באמצעות תרומת זרע אנונימית. תחילה החלה בטיפול פוריות התובעת 2 (להלן: **האם ל.**) ברם, משלא הצליחה החלה בכך התובעת 2 (להלן: **האם ג.**).
3. לאחר טיפול פוריות, כאמור, ילדה האם ג. את בן של התובעות, א., מושא הבקשה שלפני (להלן: **הבן**). האימהות גידלו את הבן מלידתו משך השנים ועד לעת הזו בצוותא חדא כשתי אימהות נושאות בהורות שוות זכויות וחובות.
4. מערכת היחסים של בנות הזוג עלתה על שרטון והן נפרדו אחת מעל רעותה אך המשיכו בהורות משותפת על הבן ולמעשה הן ממשיכות להיות משפחה ללא זוגיות.
5. מלכתחילה ביקש בא כוח היועמ"ש להורות על השתייה של הדיון בתביעת התובעות שכן "לאחרונה סיים הצוות הבין מ

**שרדי את עבודתו ואת גיבוש המלצותיו, אשר מועבר לשרים הממונים לקבלת עמדתם בעניין".** עוד נטען שלפני בית המשפט העליון תלויים ועומדים להכרעה 4 הליכים שונים העוסקים בצווי הורות פסיקתיים שאמורים להכריע במהות הצו אם הוא מכונן או הצהרתי וכן בשאלת הרטרואקטיביות של צווים.

6. באת כוחן של התובעות הדגישה את התארכות ההליכים והתנגדה להשהיה המבוקשת בטענה שלא הובהר הקשר בין אותו צוות ועבודתו למקרה שלפניי, ובכל מקרה מדובר בהנחיות פנימיות של המשיב ואינן מחייבות את בית המשפט. עוד הטעימה שהיועמ"ש אינו מתנגד למתן הצו או לעצם קיום הקשר והפנתה לפסיקה של בתי משפט שונים אשר נתנו כבר צווים כמבוקש לפניי.

7. באות כוח הצדדים שבו על עמדותיהן בבקשה ובתגובה נוספות להארכת ההשהיה שניתנה על ידי בבקשה הראשונה להשהיה. משנעתרתי גם לבקשה השנייה הוגשה ע"י באת כוחן של התובעות בקשה לעיון מחדש שנדחתה על ידי.

8. ביום 1/4/2019 הוגשה הודעה מטעם היועמ"ש שתמציתה החלטה שעמדת המדינה בהליכים משפטיים תשקף את המלצותיו של צוות מקצועי שמונה לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי (להלן: **עמדת הצוות המקצועי**).

9. בהחלטתי מיום 16/4/2019 הוריתי על עריכת תסקיר ובהמשך, לבקשת בא כוח היועמ"ש ובהתנגדות ב"כ התובעות, הוריתי שהתסקיר יערך על ידי השירות למען הילד במשרד הרווחה.

10. ביום 2/5/19 במסגרת הבקשה להורות שהתסקיר יערך על ידי השירות למען הילד צורף **"תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים"** שנערך על ידי הצוות מקצועי.

11. ביום 24/6/19 הוגש התסקיר של השירות למען הילד במחוז הדרום (להלן: **התסקיר**).

12. ביום 24/10/19 התקיים דיון בנוכחות הצדדים (להלן: **הדיון**).

#### **עיקר טיעוני התובעות:**

13. הזוגיות הסתיימה אך לא המשפחה. הן מתגוררות אחת בסמוך לשנייה, חולקות את זמני השהות במשמורת משותפת ובאחריות הורית משותפת והן מוכרות בסביבתן כאימהות של הבן.

מתן צו ההורות ישרת את טובת הילד, שהוא עקרון על, וישרת את הקשר ההורי בין הן לאם ל.

כך, טענו שיש בכך כדי ליצור הלימה בין המציאות המשפטית לבין המציאות הנוהגת בפועל בחיי היום יום.

זאת, ועוד. מתן צו ההורות על פי תביעתן יבטיח לבן מחויבות הורית של כל אחת מהן על פי דין ואף עשוי לתרום לרווחתו הכלכלית.

התובעות הפנו לפסיקה רלוונטית לטעמן התומכת בבקשתן.

### **עיקר טיעוני בא כוח היועץ המשפטי לממשלה:**

14. התביעה הוגשה שהבן בן 4.5 שנים תוך סטייה ניכרת מהתנאי בדבר מועד הגשת תביעה למתן צו הורות פסיקתי תוך 90 יום מיום הלידה, ולאחר שבנות הזוג הגיעו לסוף דרכן המשותפת כבנות זוג. חרף המסמכים שצורפו לאישוש הזוגיות ביניהן אין אסמכתא שבנות הזוג בזוגיות משנת 1998 ובהעדר הסכם הורות שנערך טרם הליכי ההפריה אין אסמכתא לכוונה משותפת להורייה.

עוד נטען שתנאי "הזוגיות" כבר אינו מתקיים וזאת בנוסף לשיהוי בהגשת התביעה שהוגשה 4.5 שנים לאחר לידת הבן.

בנסיבות אלו התנגדה באת כוחו של היועמ"ש ל-"בקשת המבקשות כי ינתן צו הורות פסיקתי על בסיס האמור בבקשה בלב, וללא דיון ולתחולה רטרואקטיבית של הצו, וחוזר על עמדתו בדבר חובה הגשת תסקיר, ושהוא יערך על ידי עו"ס מהשרות למען הילד כמקובל".

לאחר הגשת תסקיר, כאמור, הוגשה בקשה נוספת של ב"כ היועמ"ש, בה עתרה:

- א. "לדחות את הבקשה למתן צו הורות פסיקתי למבקשת 2 ;
  - ב. להפנות המבקשות למסלול של אימוץ, כאשר תסקיר העו"ס המצ"ב יוכל לשמש אף לצורך ההליך של צו אימוץ ;
  - ג. להורות על העברת תובענת המבקשת לבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע
- "...

### **תקציר המלצות הצוות המקצועי:**

15. ב"כ היועמ"ש הפנתה לעמודים 29 – 33 לעמדת הצוות המקצועי. מתוך עמודים אלה מצאתי להביא את הדברים הבאים :

## "מועד הגשה תוך 90 יום."

### 6.1

#### הרציונאל בבסיס התנאי המקורי:

בבסיס תנאי זה עומדת טובת הקטין, בהיותו יוצר הסדרה חוקית של המציאות המשפחתית בה הוא חי, במועד מוקדם ככל האפשר (לאחר הלידה). מטרתו של התנאי לאפשר לכל ילד חיים במסגרת משפחתית וודאית המוכרת ככזו מבחינה חוקית ועל ידי החברה כולה, ואף לצמצם ככל האפשר את החשש שבעתיד המערכת המשפחתית תתערער ותשרור אי וודאות בנוגע לזיקתו לבן או בת הזוג של ההורה הביולוגי. כמו כן, שיקולי טובת הילד מחייבים לפעול על מנת לצמצם ככל הניתן את האפשרות שאי הוודאות המשפטית כאמור תהווה "שוט" בסכסוך משפחתי, ככל שיהיה כזה. בנוסף, הגשת הבקשה בתוך 90 יום מיום הלידה עשויה לחזק את הבסיס הראייתי לקיומה של כוונה משותפת להורות טרם ההוריה.

### 6.4 המלצות הצוות:

#### ביחס לתרומת זרע אנונימית:

עמדת חברי הצוות היא כי בקשה לצו הורות פסיקתי רצוי להגיש כ – 60 יום טרם מועד הלידה המשוער, ועם זאת בנות זוג שתבחרנה להגיש בסמוך לאחר הלידה הדבר לא ייזקף לחובתן... בבקשות שיוגשו בפרק זמן של עד 90 יום ממועד הלידה ואשר עומדות בכל שאר התנאים, ממליץ הצוות כי ניתן יהיה להסכים לקינון הורות בן או את זוג באופן רטרואקטיבי מיום הלידה, כאילו הוגשו לפני הלידה... צו הורות במהותו הוא צו קונסטיטוטיובי – המכונן את ההורות המשפטית, ומטיבו של צו כזה במשפט הישראלי, שתחולתו היא מכאן ולהבא. החלת צו קונסטיטוטיובי באופן רטרואקטיבי היא לכאורה תרתי דסתרי, מה גם שישנן השלכות אפשריות להחלה רטרואקטיבית כזו על גופים נוספים, השלכות שקשה ואף בלתי אפשרי לצפותן מראש... עמדת חברי הצוות היא כי יש מקום להחלת הצו באופן רטרואקטיבי בנסיבות מיוחדות וכל עוד מדובר בפרק זמן קצר... ולאור השיקולים שהובאו לעיל סבר הצוות כי ניתן לראות בפרק הזמן שבין מועד הלידה לבין 90 הימים שלאחר הלידה בפרק זמן אחד, מעין "יום אחד ארוך" אל נוכח הנסיבות המשפחתיות ולפיכך לאפשר אף לגבי תקופה קצובה זו החלה רטרואקטיבית... ביחס לבנות זוג אשר יגישו את הבקשה בפרק זמן של מעל 90 יום לאחר הלידה ועד שנה לכל היותר ממועד הלידה, ממליץ הצוות שלא להסכים לכינון יחסי הורות באופן רטרואקטיבי, אך אם יעמדו בשאר התנאים האמורים, ממליץ הצוות על כי המדינה לא תתנגד למתן צו הורות פסיקתי שתחולתו תהיה ממועד מתן צו ההורות הפסיקתי, זאת לנוכח השלכות אפשריות על גופים נוספים, השלכות שקשה ואף בלתי אפשרי לצפותן...

### 6.5 חריגים:

הגשת הבקשה על ידי בני הזוג למעלה משנה מיום הלידה... מעלה תהיות ושאלות מקצועיות וראייתיות הנוגעות לכוונה המשותפת של בני הזוג להוריית הקטין מלכתחילה,

כמו גם למחויבות בת או בן הזוג לילד, לאור הבחירה שלא להסדיר את המעמד כלפי הילד בפרק זמן משמעותי מיום לידתו, לצורך בחינת תהיות אלו, תבקש המדינה תסקיר עו"ס לחוק טרם בחינת הבקשה. אם יימצא כי הבקשה לא הוגשה נסיבות אובייקטיביות המצדיקות את האיחור בבקשה..., לא תתנגד המדינה למתן צו הורות פסיקתי ממועד קבלת הצו. בהעדר הצדקה לאיחור בהגשת הבקשה, תמליץ המדינה שלא ליתן צו הורות פסיקתי, אלא כי ייפתח הליך אימוץ של בן או בת הזוג כלפי הקטין. "

#### התסקיר:

16. כאמור, הוריתי על עריכת תסקיר על ידי עו"ס של השירות למען הילד במחוז הדרום. התסקיר הוגש לתיק ביום 24.06.19. בתום פרק השתלשלות העניינים והרקע ליצירת הזוגיות של בנות הזוג, פנתה עורכת התסקיר להציג אירועים חשובים בחיי בנות הזוג שיש בהם כדי להשפיע על המלצותיה. מצאתי להביא הדברים כלשונם:

"לאחר כארבע שנים שגרו בXXX, החליטו לקנות שם שטח לבנייה. הגיעו ליישוב XXX, עברו את כל מבחני הקבלה ורכשו שם שטח לבנייה ביחד.

באותה תקופה התחילו לדבר ברצינות על רצונן בילדים, התכנן היה של. תהרה ראשונה והיא אכן עברה טיפולים רבים אך לא הצליחה להרות. בשלב זה ג. החלה בטיפולים והרתה.

מספרות כי עשו יחד הכל, כולל בחירת תורם הזרע ורכישת מנות הזרע. ל. ליוותה את ג. בכל שלבי ההיריון. ג. מציינת של. תמכה בה לאורך כל הדרך, הבינה והכילה גם את מצבי הרוח שהיו לה מידי פעם הלידה התרחשה בתאריך 26.07.14 בבית החולים XXX בXXX.

ג. התעקשה על לידה טבעית וסבלה מאוד בלי אפידורל, ול. תמכה בה מול הצוות הרפואי והייתה מעורבת בכל דבר ופעילה במהלך הלידה.

מיד לאחר הלידה א. היה בזרועות ג. ול. כשעתיים וברגע שלקחו אותו לחדר התינוקות ל. הלכה איתו ולא השאירה אותו לבד ואף לא יצאה הביתה להתארגן אלא שהתה עד השחרור של א. וג. בבית החולים איתם.

עם שובן הביתה שתיהן התחלקו באופן מלא בטיפול בא., ג. אמנם הייתה בחופשת לידה אך ל. עשתה הכל כשסיימה לעבוד, האכילה, חיתלה, הלכה איתו לרופאים וכל מה שצריך.

קצת לפני הלידה עשו שינוי שם במשרד הפנים וכל אחת הוסיפה את שמה של השניה לשם משפחתה. באותה תקופה היו בעיצומה של בניית ביתן המשותף ביישוב XXX ולדבריהן ידעו שצריך לעשות הליך של רישום וקבלת צו אימוץ לא. אך לא הגיעו לכך.

שתיהן גם חשבו שתהליך האימוץ אינו מגדיר נכון את המצב בו ל. רואה עצמה אמא לא. ממש מהרגע בו נולד ואף קודם לכן.

הלחץ הרב סביב התארגנות בהורות ובניית הבית יחד עם המחשבה כי ייסוד הקשר בין ל. לא. יהיה הליך קצר ופשוט שאין דחיפות בניהולו, הביאו אותן לדחות את הדברים. כשא. היה בן 7 חודשים, בחודש מרץ 2015, עברו סוף סוף לביתן החדש שבנו ביישוב XXX. כשהיה א. בגיל שנה וחודש הוא שולב בגן בXXX וג. חזרה לעבודה.

לאורך כל הדרך, ממש משלב המגורים המשותפים, ניהלו חשבון בנק משותף, ומשק בית משותף כשהן מתחלקות בכל ההוצאות. עם זאת, לא עיגנו את היחסים בניהן בשום הסכם או חוזה מסודר ולא הרגישו צורך בכך.

שתיהן לא פורמליסטיות ולא כל כך מאמינות בצורך רישום ומיסוד של דברים. הן גם אומרות כי ביישוב שגרו לא נתקלו בבעיה סביב העובדה שא. לא רשום בתעודת הזהות של ל.. גם לתעודת זוגיות של ארגון משפחה חדשה הן שילמו את התשלום אך לא הגיעו לקחת את התעודה שהונפקה. עם זאת, חיו יחד בקשר זוגי ומשפחתי חזק ויציב מאוד כ – 19 שנה.

בהמשך הרגישו כי הקשר בניהן השתנה וכבר אינו טוב כבעבר, ולאחר תהליך של הבנה והפנמה שהקשר מוצה – החליטו להיפרד. לקראת הפרידה התייעצו עם אנשי מקצוע וקיבלו הכוונה הורית מפסיכולוגית כיצד לבשר לא. על החלטתן וכיצד לעבור את הליך הפרידה בצורה מיטבית שלא תפגע בו עד כמה שניתן.

קיבלו החלטה שיבנו את חייהן בXXX למרות הפרידה.

ל. עזבה את הבית המשותף ועברה להתגורר בשכירות בקרבת מקום.

לאורך כל התקופה לא היו בניהן עימותים והכל התנהל בתיאום מלא ובאווירה טובה. ערכו סידור בניהן שמיום ראשון עד יום שלישי א. אצל ג., שלישי עד חמישי אצל ל. ואז חמישי עד ראשון אצל ג. וחוזר חלילה, כך שהחלוקה שווה לחלוטין.

הן מלוות אותו לכל החוגים וכל אחת מקבלת אותו לאותו מספר ימים. אם צריכות לעיתים החלפה הן עושות זאת בגמישות ובהבנה והידברות. א. מכיר היטב את הסידור, הוא יודע בדיוק היכן הוא. בשני הבתים יש לו חדר שלו, מסודר ומצויד, ושתיהן מעורות עד הפרט האחרון בכל פרטי חיו. הקשר עם הגננת נעשה מול שתיהן והן עצמן מדברות בניהן באופן יום יומי. שתיהן מציינות את התקשורת הטובה, השוטפת והקבועה בניהן כמקור חוזק. א. מתייחס אליהן כשתי אמהות – אמא ג. ואמא ל.. גם במשרדי התרשמותי מתקשורת פתוחה וברורה בניהן וכן מיחסים של כבוד הדדי, תמיכה והבנה, גם היום למרות שאינו

בנות זוג יותר. החליטו כאמור כעת להגיש בקשה לצו הורות פסיקתי כיוון שנפרדו ומרגישות כעת את הצורך להסדיר את הדברים. רוצות שא. יהיה רשום בצורה מסודרת גם אצל ל ולא יהיה ספק מי האמא הנוספת שלו.

### הקטין:

מתייחס בטבעיות למבנה המשפחה שלו וכששאל שאלות לגבי אבא הוסבר לו כי במשפחה שלו יש שתי אמהות. יודע שהיה בבטן של אמא ג. אך לא מייחס לעובדה זו חשיבות מיוחדת. התרשמתי כי למרות הפרידה שהתרחשה בקשר הזוגי, שתי הנשים מנהלות קשר מכבד, מתחשב ומלא הערכה. היחסים בניהן טובים והן מתואמות בניהן ופועלות יחד לטובתו של א.. הן לא נרתעו מהתייעצות עם איש מקצוע סביב הפרידה וברור כי שמות את טובתו של א. הקטן בראש מעייניהן.

המבנה המשפחתי עבר שינויים של שינויים ופרידה אך שתיהן ממשיכות לתפקד בצורה טובה ומתואמת סביב צרכיו של א. ורואות בו ילדן המשותף לכל דבר. למרות שלא ערכו עד עתה הסכם ברור, הן ניהלו בתבונה, התחשבות ואווירה טובה את השינוי וממשיכות לגדל את א. ביחד תוך שמירה על מסגרת משפחתית המטיבה איתו.

הגב' ל. אש. ק. מבקשת לכונן את הורותה כלפי א., אליו היא חשה רגשות אמהיים עמוקים ביותר, בנוסף היא מבקשת לכונן את ההורות באופן רשמי כלפי א. כדי שתירשם במשרד הפנים כאמו לכל דבר ועניין.

גם היום ברור הן לג. והן לל. של. היא אם לא. – אוהבת ומחוייבת לו בכל ליבה, אך שתיהן רוצות להבטיח גם את מעמדה הפורמאלי של ל., כדי שאם חלילה יקרה משהו לכל אחת מהן עדיין ל תהיה אמו של א. לכל דבר ועניין מבחינת החוק.

שתי הנשים רוצות להבטיח לקטין הורות מלאה, שיוך משפחתי וביטחון שאם חלילה יקרה משהו לאחת מהן לא תעלה לדיון השאלה מי ההורה החוקי השני, וזכות זו יחד עם החובות והאחריות שבצדה תהיה של האם הנוספת.

לאור כל המתואר, אני סבורה כי טובתו של הקטין א. היא בכינון הורותה של ל. אש. ק., לאור שהייתה בת זוגה של אמו הביולוגית, ג. ק. אש., וגידלה אותו בשיתוף עמה מיום היוולדו תוך אהבה, מחויבות ומסירות רבה.

אני מוצאת לנכון להמליץ עתה בפני בית המשפט, שמו יישאר א. ק. אש..

17. לא בכדי הבאתי בהרחבה הן מהמלצות הצוות והן מהתסקיר שכן דומני ששילוב של שני מקורות אלו מייצרים את התשתית הראויה למימוש הרציונל המובא בעמדת הצוות המקצועי והמלצותיו על כך להלן.

## דיון והכרעה:

18. בדיון שהתקיים לפני ביום 24/10/2019 שבה באת כוח היועמ"ש על עמדתה והביעה את התנגדותה למתן צו הורות פסיקתי הגם שגם להבנתה וכעולה מהתסקיר טובת הבן היא שהאם ל. תוכר ותירשם כאמו. ללמדך היועמ"ש התנגד למתן הצו לא בשל המהות העולה גם מהתסקיר אלא מתוך כפיפות של המדינה, לעמדת הצוות המקצועי: חרף התנגדותה של באת כוח היועמ"ש להבנתי את עמדת המדינה הרי שבכל דרך מדובר בפרוצדורה עליה עומדת המדינה משיקוליה אך זרים לטעמי למקרה שלפני. יובהר שברור שבית המשפט כפוף לכל דין אך אינו כפוף להנחיות היועמ"ש המופנות לפרקליטיו ומחייבות אותם. על כך לא חולקת באת כוחו של היועמ"ש שהדגישה "אני כעו"ד ממשרד הרווחה כן כפופה ליועמ"ש. אני מבינה שבית המשפט לא מחוייב להמלצות של הצוות או להחלטה של העיומ"ש." (פרוטוקול עמ' 4 ש' 1-2).

עוד טענה באת כוחו של היועמ"ש בדיון ש"אנו לא מתנגדים שיינתן צו אימוץ, אנו לא מתנגדים שבית המשפט ייתן החלטה כלשהי, אנו גם לא מתנגדים שיינתן צו להורות של המבקשת 2 כלפי הקטין. אנו כן מתנגדים לצו הורות פסיקתית מכוון שאנו מחוייבים להמלצות..."

19. המשיכה וטענה באת כוח היועמ"ש:

"לשאלת בית המשפט למה זה כל כך משנה שבמקרה שלהן יהיה הליך אימוץ, אני משיבה שאני שואלת את השאלה ההפוכה. אנו לא מתנגדים למתן צו אימוץ, אחרי שקיבלנו את התסקיר והעו"ס סבורה שטובתו של הילד שיינתן צו שיקבל את ההורות של האם הלא ביולוגית כלפי הקטין, אנו לא מתנגדים שיינתן צו רק שאנו לא מסכימים שיינתן צו הורות פסיקתית. אנו חייבים לשאול את השאלה ההפוכה, מדוע הן מתעקשות שהצו שיינתן לא יהיה במסגרת צו אימוץ. לפני המנגנון של צו הורות פסיקתית אנו נדרשנו לבקשות למתן צו אימוץ שהוגשו על ידי בנות זוג חד מיניות.

התהליך פשוט מאוד, יש כבר תסקיר, אנו נצטרך להגיש בקשה להכריז על הילד כבר אימוץ כלפי אב לא ידוע, מכוון שהחומר הגנטי הנוסף שעמו נוצר הקטין הוא תרומת זרע של תורם אנונימי אז זאת הדרך.

לשאלת בית המשפט אני משיבה שאם המבקשות היו מגישות את הבקשה שלהן כשהן היו יחד והצו היה ניתן עוד היו יחד ולאחר מכן נפרדו לא היינו מבקשים את זה. מצד שני היום אנו יודעים שהמציאות של הילד הזה לא עונה על הקריטריונים שנקבעו בהמלצות הצוות המקצועי שאומצו על ידי היועמ"ש ואושרו על ידי השר, אנו מחוייבים להמלצות האלה. במקרה שהמבקשות מגדלות משק בית משותף והילד גדל בתוך משק



הבית הזה. היום הן גרות באותו מושב, מה יקרה אם מחר תחליט להעתיק את מקום מגוריה לתל אביב?

אני מבינה את התחושה, לכן לא התנגדנו למתן צו, אבל לא הצו שהמבקשות ביקשו.

לשאלת בית המשפט איך זה משנה מבחינת טובת הילד, אני משיבה שזו השאלה שלי לגבי מתן צו אימוץ. מבחינה משפטית הן לא יכולות היום ללכת לאחר לידת הקטין למשרד הפנים ולרשום את האם הלא ביולוגית כאמו שלא הקטין ללא צו שיפוטי. יש הסכמה בנינו שלא מדובר בצו הצהרתי...

השאלה של בית המשפט בעצם נוגעת לעצם קיום הצוות המקצועי שגיבש את ההמלצות, הייתה סיבה מאחורי גיבוש ההמלצות והסיבה הייתה קודם כל כי אין חקיקה בעניין עד היום, אני מקווה שבהמשך כן תהיה חקירה אבל כיום אין חקיקה שעונה על הבקשה.

אני לא אומרת שהן צריכות ללכת להליך אימוץ בגלל פרוצדורה, אני אומרת שאין חקיקה. זו לא פרוצדורה, זה על מנת ליצור אחידות בתיקים.

לשאלת בית המשפט אם יש התייחסות בדוח למה זה לטובת הילד, אני משיבה שיש התייחסות ספציפית, אני מפנה לעמוד 38, יש פרק קצר על פרידות בני זוג. הדגש הוא על כך שבעת מתן הצו הילד גדל בתוך משק בית שאליו הוא נולד, משק בית אחד. ההמלצות צורפו לתגובה שלנו מיום 01/05/19. ...

לא אמרנו שהאמהות של מבקשת 2 היא בספק או לא לטובת הקטין, לכן אנו הסכמנו למתן צו אבל לא הצו שהמבקשות ביקשו לקבל.

זו לא פרוצדורה, אנו סבורים שלא מדובר במתן צו הצהרתי המצהיר על המצב הקיים אלא מתן צו שמחונן את ההורות של המבקשת 2 במישור המשפטי. אולי במציאות של החיים של הילד שתי המבקשות מתנהלות שווה בשווה כאמהות לילד אבל במישור המשפטי אנו לפני קינון של המבקשת 2.

אני חייבת לומר שאני לא מבינה את השיהוי בהגשת הבקשה, ניתן היה להגיש את הבקשה לאחר לידת הקטין ועל פי המלצות הצוות המקצועי אנו מסכימים למתן צו רטרואקטיבי מיום הלידה אבל רק במקרים שהבקשה מוגשת עד 90 יום מלידת הקטין. אם כל כך חשוב, ניתן היה לאמץ את העמדה הזו כבר מיום לידת הקטין. ...

אני לא מבינה מדוע במקרה הזה בנות הזוג לא יכלו להגיש בקשה תוך 90 יום אם כל כך חשוב לקבל את הצו. זה מעל 4 שנים מיום הלידה. אם כל כך חשוב שהמבקשת 2 תרשם כאם שנייה לילד, אני הייתי חושבת שהן יזדרזו להגיש את הבקשה לבית המשפט. "

20. הגם שנטען שוב ושוב על ידי באת כוח היועמ"ש שלא מדובר בפרוצדורה הרי שדי בהתנגדותה למתן צו ההורות כהסברה בכדי לעמוד בכללים ובהתאמה לעמדת הצוות

המקצועי כמו גם על מנת ליצור אחידות בכל המקרים הרי שאלו הם הסממנים המובהקים של פרוצדורה. פרוצדורה היא אותם כללים המגדירים את דרך ביצועה של המשימה. **"הפרוצדורה היא מערכת הכללים שחלה על ההתדיינות ביחס לזכויות וחביות אלו בפני ערכאה שיפוטית. ... במילים אחרות, אפשר לחלק את הדין לשני רבדים: הרובד ה'מהותי' או ה'מטריאלי' הקובע מה מגיע לנו, והרובד ה'דיוני' או ה'פרוצדורלי' הקובע כיצד ניתן לממש את מה שמגיע לנו"** (ישראל רוזן-צבי **ההליך האזרחי** (2015) עמ' 175).

אין מחלוקת ש"המשימה" שלפני ולפני בא כוח היועמ"ש או "המגיע" אותו פן מטריאלי בתיק זה הוא מימוש טובת הבן על דרך עיגון הקשר האימהי בינו לבין אמו הלא ביולוגית, ל..

21. השאלה אותה העלתה באת כוח היועמ"ש והיא שזורה כחוט השני בטיעוניה היא שאלה דו מבנית: האחת, מדוע לא צו אימוץ? והשנייה מה טעם ישנו בנות הזוג על זכויותיהן כאשר ברור שלו נהגו על פי הפרוצדורה האמורה היה נמנע מהן הצורך לעבור את ההליך שלפני.

דומה בעיני שאין מקום להשיב לשאלתי באיפכא מסתברא ולשאול מדוע לא צו אימוץ.

תשובה זו והיעתרות לקו חשיבה זה יוצר לטעמי אפליה מובנית בין קבוצות באוכלוסייה תוך ביצוע הפרדה בין זוגות הטרוסקסואליים לבין זוגות ומשפחות מונוסקסואליים או אחרים. לטעמי הורות היא זכות שווה לכל האזרחים באשר הם באותה מתכונת ובאותם תנאים זולת אם נשללה מהם בדין כשרותם לשמש כהורים. איני יכול לקבל את הדיכטומיה הנוצרת מקבלת עמדת ב"כ היועמ"ש. כך למשל במענה לשאלתי לפיה במצב אחר היפותטי במקום האם ל. היה האב פלוני השיבה ב"כ היועמ"ש **"לשאלת בית המשפט אני משיבה שאם מדובר בזוג גבר ואישה שנפרדו במהלך ההיריון בוודאי שהאב לא צריך לעבור הליך אימוץ לאחר לידת הילד"**. המשיכה באת כוח התובעות בקו זה והקשתה **"ומה קורה במקרה שהגבר עקר, הזוג נשוי, ידוע שהאישה נכנסה להריון מבנק הזרע ואז הם נפרדים, לא תותר האבהות של הגבר?"** ב"כ היועמ"ש פתרה עצמה בתשובה **"ההמלצות של הצוות לא מתייחסות לכזה מקרה"** (פרוטוקול עמ' 4) – היא הנותנת לטעמי ומחזקת את אי ההתכנות האמורה.

בספרו הנ"ל מתייחס רוזן צבי בעקיפין גם לשאלה זו **"על פי תורת המשפט הנוהגת בישראל, החלה רטרואקטיבית של נורמות משפטיות חשודה ועל כן 'חזקה על כל חוק שהוא צופה פני עתיד ולא פני עבר'... המטרה של החקיקה היא לכוון את ההתנהגות האנושי, ותחולה רטרואקטיבית של נורמות משפטיות אינה מאפשרת תכנון מראש ולפיכך פוגעת ביציבות המשפטית, בוודאות וביעילות הכלכלית"** (שם עמ' 178).

ברם, כזכור, בענייננו אין מחלוקת שלא מדובר בדבר חקיקה אלא בחוות דעת מקצועית של הצוות המקצועי. חוות הדעת של הצוות המקצועי והמלצותיו הם בעיניי ללא ספק סט של כללים – פרוצדורה. הגם שכאמור לא מדובר בדבר חקיקה בשיטתנו המשפטית יש סייג

לאמור בדבר אי תחולת הרטרואקטיביות: זו "חלה רק על הוראות דין מהותיות ואין לה תחלה על הוראות חוק דיוניות...להוראות דין דיוניות-שאינן עוסקות בתוכן הזכות המשפטית אלא באופן ניהול ההליך המשפטי הכרוך במימושה – אין השפעה על הזכויות המהותיות של הפרטי, ולכן אפשר להחילן רטרואקטיבית על הליכים תלויים ועומדים" (שם).

22. לא מצאתי שזה המקום להרחיב בדרך סיווגה של זכות כזכות דיונית או מהותית אך לטעמי - כפי שאף הקשיתי בדיון - המבחן החשוב בהליך שלפני הוא התוצאה הסופית אשר תביא אחת מן הדרכים ככל ששונה היא. ככל שתהא אחת הדרכים שונה ותקרין על זכות מהותית יש להקפיד הקפדה אחרת (יתרה) על הפרוצדורה. משעה ששתי הדרכים מובילות/יובילו לאותה תוצאה - הכרה משפטית לאימהות של האם ל. ביחס לבן - הרי שהשאלה הנוטרת לבחינה היא מה ייטיב עם הבן בנסיבותיו של תיק זה. לשון אחר האם יש מקום כלל לקבל את עמדת המדינה בדבר הצורך בהליך של אימוץ במקרה שלפני.

23. סיכום ביניים מלמד שהמדינה מסכימה עם מעמדה של האם ל. כאם, היא מסכימה שיש ממש בבקשה מבחינה מהותית – היותה של האם ל. אם לבן הגם שאינה אמו הביולוגית. עוד לא יכולה לקום מחלוקת שכעולה מהתסקיר האימהות והרצון להורות זהה הייתה משותפת לבנות הזוג מיום לידתו של הבן ועובר לכך. עוד אין מחלוקת שהמלצות התסקיר של השירות למען הילד (הגורם שעליו עמדה המדינה שיערוך התסקיר ולא שירותי הרווחה) המליצה ש"טובתו של הקטין היא בכינון הורותה של ל. אש. ק. כלפיו" - בעד הענקת צו הורות לאם ל מבלי שהומלצה הדרך. המכשול היחיד הוא אותה תפיסה שהובאה בחוות הדעת של הצוות המקצועי הרואה בפרק של 90 ימים כפרק הזמן הראוי למתן צו המבוקש ללא התנגדות המדינה.

בא כוח היועמ"ש הפנתה לעמ' 38 להמלצות הצוות המקצועי שם נבחנה שאלת טובת הקטין (בפעל ההתייחסות לטובת הקטין היא בעמ' 28). הדברים צוטטו לעיל וינותחו להלן.

ניתוח הדברים מלמד שטובת הילד מחייבת הסדרת מעמדו במשפחה במועד המוקדם ביותר האפשרי. לדעת הצוות המקצועי פרק זמן של עד 90 ימים הוא פרק הזמן הראוי לעשות כן והוא מהווה מעין קו הפרדה כשכל מה שמעבר לו מחייב התערבות גבוהה יותר כתסקיר או הליך אימוץ.

פרק זמן קצר זה ממועד הלידה לדעת הצוות המקצועי יצמצם את החשש שבעתיד ככל שתתערער מערכת היחסים בין ההורים (בין אם שתי נשים או שני גברים) עשויה להתערור אי וודאות ביחס להורה הלא ביולוגי.

חשש נוסף שיופג הוא היכולת לעשות שימוש באי הוודאות של המצב המשפטי ביחס להורות של ההורה הלא ביולוגי ככלי בהליך הפרידה בין בני הזוג.

פרק הזמן הקצר של 90 ימים מוסבר גם בכך שיש בו להראות על הכוונה המשותפת של הצדדים לקיומה של הורות משותפת.

24. כאשר בוחנים דברים אלו ברור שיש להיעתר לבקשה שלפני למתן צו הורות פסיקתי. בנות הזוג שלפני עומדות בהיפוכן של החששות הנתחמות בפרק הזמן של 90 ימים או 12 חודשים למרב. הן הוכיחו את כוונתן להורות משותפת הגם שעשו כן בחלוף פרק זמן לא מבוטל. בהקשר זה יובהר ששגרת החיים וחיי היומיום היו כאלו שלא היה לבנות הזוג שלפני כל צורך שמערכות היחסים ביניהן, אהבתן והתרגשותן מעצם הלידה והפיכתן לאימהות, כמו גם העשייה המשותפת בגידול הבן והעשייה היומיומית בתוככי התא המשפחתי יועמדו לבחינתו של אי מי והן לא ראו בכך יותר מאקט פורמאלי בלתי נדרש. לטעמי, תפיסתן זו המעוגנת בחיים עצמם אינה אמורה להביאן כדי 'הענשה' בהליך מיותר שהיה נמנע מהן לו היו מגישות הבקשה בזמן וכלשונה של באת כוח היועמ"ש: **"אם המבקשות היו מגישות את הבקשה שלהן כשהן היו יחד והצו היה ניתן כשהן עוד היו יחד ולאחר מכן נפרדו לא היינו מבקשים את זה"** (פרוטוקול עמ' 3 ש' 16-17).

בשולי הדברים יוער שהכנסת מערכות יחסים של בנות הזוג שהזכות המהותית שלהן לא מוטלת בספק, למסגרות של זמנים הדוקים, מסגרות זמנים ההופכות את הפרוצדורה לעיקר עד כדי מניעת זכות מוקנית להן לו התנהלו בנות הזוג על פי הפרוצדורה אינה מתקבלת על דעתי לשון המעטה.

אין בעיני מחלוקת שטובת הבן יש לקבוע בדבר אימהותה של האם ל. כלפיו לאלתר היא היא טובתו וראוי שיינתן צו לאלתר. אולם, יתרה מכך, אין לפני כל נימוק מהותי מדוע לא. אין לפני כל נימוק מדוע עדיף הליך האימוץ במקרה שלפני רק כדי להכניסו לסד שנקבע בעמדת הצוות המקצועי כאשר התוצאה היא זהה. ככל שיש הסבר אחר היה ראוי שיאמר ואם לא נאמר אין לי אלא לדחות עמדת היועמ"ש.

זאת, ועוד. יש חשיבות יתרה לכך שבנות הזוג שלפניי עברו את המשבר הגדול ביותר בחיי זוגיות והן נפרדו אחת מעל רעותה והתביעה הוגשה מטעם שתיהן המיוצגות על ידי אותה פרקליטה. לא זו בלבד שהאם ג., האם הביולוגית לא עשתה או עושה שימוש באי הרישום כדי לשלול את מעמדה של ל. אלא נהפוך הוא היא עומדת שכם לשכם עם בת זוגתה לשעבר על מנת לוודא ולדאוג שהאחרונה תמצה זכותה מבחינה משפטית להירשם כאמו של הבן שהיא, האם ג., ילדה וזאת מיום לידתו.

היש ביטוי גדול יותר להסרת החשש שמא לא התקיים אותו יסוד הסכמה להורות של ל. אותו חשש שלא היה עולה במסגרת התבנית של 90 הימים כהבנת הצוות המקצועי.

במאמר מוסגר יאמר שדווקא הדרך עליה ממליצה המדינה דרך של אימוץ קטין תחת מתן צו הורות פסיקתי עשויה, דרך כלל, לא במקרה שלפני, להוביל לפגיעה בטובת הקטין לאור

התגוששות אפשרית בין שתי אימהות או שני אבות. בדרך זו עשויים אבות או אימהות לא ביולוגיים להיות נתונים לחסדיהם של ההורים הביולוגיים.

עוד אני מוצא להדגיש והדברים מתיישבים עם התפיסה המשפטית שהובאה לעיל שהנחת העבודה של הצוות המקצועי שמניין 90 הימים הוא נחלת הכלל אף היא לא ברורה. כך למשל האם עושה המדינה מעשה כלשהו ליידע את אותן אימהות חד הוריות או בנות זוגן כיצד עליהן לנהוג? מהו מניין הימים להגשת בקשה למתן צו הורות פסיקתי? האם הוגש מידע אחר כלשהו? האם קיימים פרסומים ודפי הסבר במחלקות היולדות בבתי החולים על כך כמו למשל אותם דברי הסבר על חשיבות ההנקה לרך הנוולד? זכויות מול הביטוח הלאומי? ועוד. טענה זו לא עלתה מפי באת כוחו של היועמ"ש וכנראה שלא בכדי – פשיטא אין.

25. כאמור, שאלותיי בהקשרים השונים להתנגדות של היועמ"ש הובילו לתשובה המפנה לעמדת הצוות המקצועי מצד אחד או לשאלה נגדית מה טעם לא יבוצע אימוץ. לו בהקשר אחר היו נכתבים הדברים ובאנלוגיה - ומבלי שדבריי ישמעו כדברי ציניות – היינו מצטטים את ששמענו אנו לא פעם בילדתנו "ככה זו לא תשובה".

לא נעלם מעיני שכל הנראה תחת הצורך להתמודד עם שאלת הרטרואקטיביות מבקשת המדינה לקיים הליך אימוץ שייקבע ממועד נתינתו. גישה זו אינה מקובלת עלי ואיני יכול להסכים לה.

26. עורכת התסקיר מטעם השירות למען הילד שהמליצה על כינון ההורות של ל כלפי הבן ציינה מפורשות שבנות הזוג גידלו את הבן בשיתוף מלא מיום היוולדו וכשטובת הבן לנגד עיניה כתבה "אני סבורה כי טובתו של הקטין א. היא בכינון הורותה של ל. אש. ק., לא. שהייתה בת זוגה של אמו הביולוגית, ג. ק. אש., וגידלה אותו בשיתוף עמה מיום היוולדו תוך אהבה, מחויבות ומסירות רבה."

דומני שבדבריה אלה של העו"ס שערכה התסקיר יש גם משום מתן מענה לשאלת הרטרואקטיביות.

בעמ"ש (מרכז) 60269-01-17 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' מעיין סול (26/6/2017) נקבע בסעיף 24 ש "...הקביעה כי צו ההורות הפסיקתי לעניין בת זוג שאינה ההורה הגנטי חלותו ככלל ממועד הצו, אלא אם כן נשקלו השיקולים המצדיקים הקדמת חלותו למן מועד הלידה, יש בה להבטיח כי סוגיית ההורות תבחן כדברי (כך במקור-מ.ל) ולא כלאחר יד כיאה וכנדרש לבדיקת הורות שאינה גנטית, ומאידך, מעת שימצא כי אכן עסקינן בזוגיות אמיתית ובהסכמה ברורה להורות משותפת אשר קדמה להורות של הקטין תהא ההורות למן מועד הלידה כהורותם של שני בני זוג גנטיים".

נדמה שמהדברים שהובאו לעיל, מהניתוח שבתסקיר ומעמדת המדינה עצמה בהתעלם מהפרוצדורה עולה תמונה של זוגיות אמיתית לעת הרלוונטית (הגם שלעת הזו בנות הזוג נפרדו) אך בעיקר בכך שהייתה הסכמה ברורה משותפת טרם הלידה לכך ששתיהן תהיינה האימהות. להבנתי אין בעצם ההיפרדות של בנות הזוג לאיין את תחולת המבחנים בעמ"ש (מרכז) 60269-01-17 הנ"ל על בנות הזוג שלפני. גירושי צדדים הטרסקסואליים אינם מעמידים את שאלת ההורות ודין זהה צריך להיות לבנות הזוג שלפני. השאלה והמבחנים צריכים להתייחס לשאלת ההורות לעת החיים המשותפים מקל וחומר שהאם הביולוגית רואה חשיבות בקביעה שבת זוגתה לשעבר, אמו של הבן מאז לידתו, תקבל גם מעמד משפטי כלפיו.

בנסיבות אלו מטבע הדברים לא מצאתי להיעתר ולקבלת את עמדת המדינה. מקל וחומר, והדברים מודגשים פעם נוספת ולא בכדי, תשובות שניתנו על ידי המדינה היא הפנייה לפרוצדורה או לשאלה מדוע לא הליך כפי שהצוות המקצועי חושב שהיא נכונה. נושא השוויון בין קבוצות שונות בחברה הוא ערך עליון בעיני. שאלת השוויון היא שאלה מהותית שלא ניתן להעלימה או להתעלם ממנה. בנות הזוג שלפני אינן צריכות ל היבחן באופן שונה מבני זוג גבר ואישה או זוג הורים גברים. העובדה שאדם בחר לבטא את נטייתו המינית במאובחן ממה שיש הסוברים שזה 'בסדר' או 'ראוי' אינה יכולה להטיל על אותו פרט בחברה חובה יתרה או להקים את הזכות לדרוש ממנו לנקוט בהליכים שונים מאלו הננקטים על ידי ה"בסדרים". הכנסתן של בנות הזוג שלפני לתבניות של סברות ושל לוחות זמנים פרוצדורליים כדי ללמד על טובתן וטובת בן אינה מתיישבת עם הבנתי.

27. לא מצאתי להרחיב בשאלת מעמדה של חוות דעת של עו"ס מקל וחומר שהתסקיר שלפני נערך על ידי עו"ס של השירות למען הילד. משכך אין לפני כל נימוק מה טעם לא יאומץ התסקיר כלשונו.

28. לאור המובא לעיל נחת דעתי שדין התביעה להתקבל במובן זה שניתן בזאת צו הורות הקובע שהמבקשת 2 היא אם נוספת לקטין לכל דבר ועניין מיום לידתו של הבן.

29. ככל שנדרש תוגש פסיקתא לחתימה.

30. מתיר פרסום פסק הדין בהסתרת פרטים מזהים.

31. תואיל המזכירות להמציא פסק הדין לצדדים ולסגור התיק.

ניתן היום, ט"ו טבת תש"פ, 12 ינואר 2020, בהעדר הצדדים.



מרדכי (מוטי) לוי, שופט, סגן הנשיאה