



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 51072-12-18 פ' נ' נציג היועץ המשפטי לממשלה ואח'

1

בפני כב' השופט שמואל בר יוסף

מבקשים

1. י.ש.י.פ.

2. ר.א.פ.

נגד

היועץ המשפטי לממשלה

משיב

פסק דין חלקי

2

פונדקאית, שהינה אזרחית זרה, הובהלה ללדת בארץ לשם טיפול רפואי דחוף בעובר העתיד להיוולד.

האם בנסיבות אלה נשללה האפשרות לתת צו הורות פסיקתי?

4

1. העובדות הרלוונטיות הן כדלהלן:

5

1.1. המבקשים הינם זוג נשוי. עקב קושי של המבקשת להביא ילדים לעולם, פנו המבקשים

7

לביצוע פונדקאות בגיאורגיה.

8

1.2. ביום 29.1.2018 חתמו המבקשים ופונדקאית גיאורגית (להלן: הפונדקאית) על הסכם

9

פונדקאות (נספח ב' לתביעת האבהות שהגיש המבקש בתמ"ש 55788-06-18, להלן:

10

הסכם הפונדקאות, תביעת האבהות).

11

1.3. ביום 6.3.2018 הושתלו ברחמה של הפונדקאית ביציות מופרות, שנוצרו מהפריה חוץ

12

גופית של ביציות שנתרמו בזרעו של המבקש. כתוצאה מכך התפתחו ברחמה של

13

הפונדקאית שני עוברים (להלן: העוברים, אישור רפואי מיום 23.5.2018, נספח א' לתביעת האבהות).

14

1.4. במהלך ההיריון התברר שאחד העוברים סובל ממום לבבי המחייב לנתחו מיד עם הלידה.

15

לפיכך, הוטסה הפונדקאית, וכרסה בין שיניה, ארצה.

16

1.5. ביום 1.11.2018 הגישו המבקשים תובענה למנותם כאפוטרופוסים של העוברים (תמ"ש

17

51072-12-18). ביום 5.11.2018 ילדה הפונדקאית שתי בנות (להלן: הקטינות). הפונדקאית

18

נרשמה במרשם האוכלוסין כאמן של הקטינות (נספח ה' לטיעוני המשיב).

19

1.6. ביום 8.11.2018 מונו המבקשים, בהסכמת המשיב, כאפוטרופוסים לגופן של הקטינות

20

לתקופה של שישה חודשים. המינוי האמור הוארך פעמיים, בהסכמת המשיב.

21

22



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 51072-12-18 פ' נ' נציג היועץ המשפטי לממשלה ואח'

- 1.7. ביום 13.11.2018 חתמה הפונדקאית על כתב הסכמת הורה לאימוץ (נספח א' לטיעוני המשיב, להלן: ההסכמה לאימוץ), ושבה לארצה.
- 1.8. ביום 4.12.2018 ניתן פסק דין בתביעת האבהות, לפיו נקבע על סמך בדיקת סיווג רקמות, שהמבקש הוא אביהן של הקטינות.
- 1.9. ביום 23.12.2018 הגישה המבקשת את התובענה דנא, בה היא עותרת למתן צו הורות פסיקתי, לפיו היא הורה נוסף של הקטינות ביחד עם המבקש.
2. המשיב מתנגד למתן הצו הנעטר. לטעמו של המשיב, הדין הישראלי רואה ביולדת הורה, ומשכך נרשמה הפונדקאית במרשם האוכלוסין כאמן של הקטינות. על מנת לנתק את הקשר ההורי בין הקטינות לפונדקאית (כך נטען), על המבקשת לאמץ את הקטינות לפי חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.
3. תמים דעים אני עם המשיב, שניתוק קשרי הורות לא יכול להיעשות על ידי צו הורות פסיקתי. צו זה ניתן מקום בו מתקיימת הורות מכוח קשר גנטי בין הקטין לאחד ההורים, ומתקיים קשר זוגי בין אותו הורה לבין ההורה המיועד (בבע"מ 1118/14 **פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (2014), סעיף 78 לפסק דינו של כב' השופט הנדל). כוחו של צו הורות פסיקתי הוא חיובי, כינון הורות (בע"מ 3518/18 **ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני** (2020)), ולא שלילי, ביטולה.
4. ממילא עולה השאלה, האם קיים בנדוננו קשר הורי שיש לנתק? במילים אחרות, השאלה היא, האם הפונדקאית היא הורה של הקטינות? לעניין זה לא למותר להדגיש, שהמחוקק מעולם לא הגדיר באופן מקיף ומפורש "מיהו הורה" (בע"מ 3518/18). לכן התשובה, שהייתה בעבר אינטואיטיבית ופשוטה, הפכה מורכבת (ראו, למשל, ר. זפרן, **אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו מין**, דין ודברים ג 351, להלן: זפרן).
5. סוגיה מקדמית שיש לתת עליה את הדעת, היא הדין שחל על הפונדקאות דנא ועל הורות העשויה לנבוע הימנה?
- בבע"מ 1118/14 נפסק, שהחוק הרלוונטי לקביעת קשרי הורות הוא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות) (סעיף 6 לפסק דינו של כב' השופט הנדל). סעיף 77 לחוק הכשרות קובע - **"על ענייני חוק זה יחול דין מקום מושבו של הקטין..."**.
- בפרשה האמורה, הן הפונדקאית והן העותרת להיקבע כהורה היו ישראליות, ההיריון היה



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 51072-12-18 פ' נ' נציג היועץ המשפטי לממשלה ואח'

בישראל, וכוונת הנוגעים בדבר הייתה ללדת בארץ וכך היה. לאורן של עובדות אלה נקבע, שמקום מושבה של הקטינה שעניינה נדון שם הוא בישראל, ולכן חל על קביעת ההורות הדין הישראלי.

6. ברי, שנסיבות המקרה דנא שונות לחלוטין. המבקשים לא התכוונו לבצע הליך פונדקאות בישראל, אלא התקשרו עם פונדקאית בחו"ל, בהסכם פונדקאות שנערך בחו"ל לפי דיני המקום (נספחים ב' ו- ג' לתביעת האבהות). ההפריה בוצעה בחו"ל תוך שימוש בביצית שאיננה של המבקשת, ורובו המכריע של ההיריון היה בחו"ל. כוונת כל הנוגעים בדבר אף הייתה שהלידה תהיה בחו"ל. הגעת הפונדקאית ארצה נבעה מנסיבות קיצון רפואיות, שאין בינן לבין הפונדקאות גופה ולא כלום. לפיכך, גם העובדה שהקטינות נולדו בארץ איננה מטריאלית אלא אינצידנטלית. פשיטא, שבנסיבות המקרה דנא, יש קושי לקבוע שמקום מושבן של הקטינות, לצורך ברירת הדין, היה בישראל. ראוי לדייק, שהמועד לקביעת הדין החל על ההורות במקרה דנא איננו המצב היום אלא במועד הלידה. זה המועד בו נרשמה הפונדקאית, בהתאם לסעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, ובהתאם לתקנות מרשם האוכלוסין (טפסים להודעות לידה ופטירה), תשל"ב-1972 (להלן: חוק המרשם, תקנות המרשם), בהודעת לידת חי כהורה.

7. לעניין קביעת מקום מושב הקטינות דנא יש לתת את הדעת למספר שיקולים: לפי הוראת סעיף 80 לחוק הכשרות קיימת חזקה ניתנת לסתירה, לפיה מקום מושבו של קטין "הוא במקום מושבו של נציגו". לפי סעיף 80 האמור, נציגו של קטין הם "הוריו או אפוטרופסו הממונה". משעה, שמקום מושבם של המבקשים היה בישראל, אמור לחול הדין הישראלי. עם זאת, יש קושי לקבוע שמקום מושבן של הקטינות בעת לידתן הוא מקום מושבם של המבקשים, שעה שבעת הלידה המבקשים לא היו אפוטרופוסים של הקטינות. אף לא ניתן לתלות את מקום המושב בהיות המבקשים הורי הקטינות, שהרי זו הסוגיה הנדונה, ולכן מדובר בהנמקה מעגלית. זאת ועוד, להווי ידוע, שמקום המושב הוא המקום שבו נמצא מרכז חייו של אדם בעת הרלוונטית, קרי המקום שאליו יש לאדם את מרב הקשרים והזיקות (ע"א 7687/04 מרדכי ששון נ' זוהר ששון, נט' (5) 596, 608). בבע"מ 1118/14 (סעיף 11 לפסק דינו של כב' השופט הנדל) פורטו הנסיבות הרלוונטיות לעניין זה, לאמור:

...יש לבחון האם הליך יסווג כפונדקאות ישראלית או כפונדקאות חו"ל לפי מבחן מירב הזיקות של ההליך הפרטני שהתקיים. מבחן מירב הזיקות בהקשר זה יבחן את כל האלמנטים הקיימים בהליך, כגון: זהות ההורים המיועדים, האם הנושאת ותורמי החומרים הגנטיים (ככל שנתרמו כאלו); מקום חתימת הסכם הפונדקאות; המדינה בה בוצעה ההפריה, התקיים הליך ההשתלה, ועברו ההיריון והלידה; והמדינה בה מתכוונים ההורים לגדל את היילוד פרי ההליך. זאת בהתחשב גם בכך כי ברוב המקרים המגיעים לפתחם של בתי המשפט בישראל, עסקינן בילד המתעתד לחיות בישראל והוריו המיועדים הם אזרחי או תושבי מדינת ישראל.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 51072-12-18 פ' נ' נציג היועץ המשפטי לממשלה ואח'

1

2

3 והנה, כמבואר לעיל, מירב הזיקות המהותיות במקרה דנא מבסס מסקנה, שמדובר בפונדקאות
4 חו"ל. מסקנה זו מעוררת קושי משמעותי לקבוע, שדין מקום מושבן של הקטינות בעת הלידה
5 היה הדין הישראלי ולא הדין הגיאורגי. קושי משמעותי נוסף מעוררת העובדה, שהפונדקאית
6 היא אזרחית זרה. לקביעת קשר הורי נפקות דרמטית לא רק מבחינת הקטין אלא גם מבחינת
7 ההורה. ממילא לדין החל על ההורה הפוטנציאלי נפקות כבדת משקל בקביעת הורותו. אכן,
8 בקביעת הורות במקרה של פונדקאות שבוצעה בחו"ל, מובא בחשבון הדין הזר, שכן הדרישה
9 להכרת ההורות במדינה ישראל קשורה גם להכרעות משפטיות של המדינה הזרה (בע"מ 3518/18,
10 סעיף 15 לפסק דינו של כב' השופט הנדל). קשר זה בין הדינים מתבקש גם לאור ההלכה לפיה
11 כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים, כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחיד בכל המדינות
12 (בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 373, ע. שפירא, הערות על טיבם
13 ותכליתם של כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי-הפרטי, עיוני משפט י(2) 275, 289). והנה,
14 לא יכול להיות חולק, שעל הפונדקאית לא חל הדין הישראלי אלא הדין הגיאורגי, שהרי מדובר
15 באזרחית זרה ששהתה בארץ לזמן קצוב, לצורך רפואי גרידא. לפיכך, מוקשה עד מאוד לקבוע,
16 שלפי הדין הישראלי הפונדקאית היא אמן של הקטינות, שעה שלפי הסכם הפונדקאות, שנערך
17 לפי הדין הגיאורגי, אין לה מעמד הורי כלשהו (סעיפים 3.3.4 ו-15.1 להסכם הפונדקאות).

18 8. דומה שהפתרון לקביעת הדין החל בנסיבותיו המיוחדות של מקרה זה נעוץ בדיוקה של השאלה
19 מושא הכרעת אותו דין, והיא – האם התקיים קשר הורי בין הקטינות לבין הפונדקאית בעת
20 לידתן? שאלה זו נבדלת משאלת ההורות במובנה הרחב יותר, שאיננה רלוונטית להכרעה דנא,
21 ועלולה לערבב מין בשאינו מינו. באספקלריה של הסוגיה המצומצמת האמורה, אין קושי של ממש
22 לקבוע, כי כל הזיקות הן לדין הגיאורגי, והעובדה האינצידנטלית לחלוטין, של לידת הקטינות
23 בארץ, איננה בעלת נפקות של ממש.

24 9. לפי חוות דעת של מומחית לדין הגיאורגי (נספח ה' לתביעת האבהות) "כאשר הילוד נולד בהליך
25 פונדקאות, לאם הפונדקאית אין זכות הורית על הילוד, והילוד הינו ילדו החוקי של ההורים
26 המיועדים בלבד...אין "הפונדקאית" נדרשת לחתום על מסמך מכל סוג לויתור זכות הורית על
27 הילוד...לאם הפונדקאית לא נתונה כל אפשרות של שיקול דעת למסירת ו/או אי מסירת הילוד
28 להורים המיועדים, הואיל ולאם הפונדקאית, אין זכות הורית על הילוד". אמנם, חוות דעת זו לא
29 הוגשה בהליך דנא, ברם יש באמור בה ראשית ראייה (אף יותר מכך) לשלילת כל קשר הורי אפשרי
30 בין הפונדקאית לבין הקטינות.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 51072-12-18 פ' נ' נציג היועץ המשפטי לממשלה ואח'

10. מכל מקום, וזה העיקר - שעה שעל שאלת הקשר ההורי בין הקטינות לבין הפונדקאית חל דין גיאורגיה, נשמט המסד לטיעונו של המשיב, לפיו לפי הדין הישראלי הפונדקאית היא ההורה.
11. זאת ועוד, אין בידי לקבל את קביעתו הקטגורית של המשיב, לפיה היולדת נחשבת בדין הישראלי כהורה (ראו, זפרן). ניתן לכל היותר לומר, שלרוב היולדת נחשבת הורה (פסק דינה של כב' השופטת סיון ז"ל, תמ"ש (ת"א) 3521/98 פלוני נ' אלמוני (2001)), אך לא ידועה לי הלכה שקבעה זאת. נהפוך הוא, יש גישות אחרות, לרבות בדין העברי, שהיווה בסיס לזיהוי בין הולדה להורות (ראו פסק דינו של כב' השופט נפתלי שילה, תמ"ש (תל אביב-יפו) 21170-07-12 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2013)). ברי, שכאשר עסקין בהליך פונדקאות מסודר, בו הצהירה הפונדקאית בריש גלי, שאין לה ולא יהיו לה כל זכויות הוריות, לא ניתן לומר, שהדין הישראלי רואה בה, מניה וביה, הורה. נהפוך הוא, הדין הישראלי מכיר, הלכה למעשה, בפונדקאות חו"ל ובניתוק קשר הורי אפשרי בין הפונדקאית לבין הילוד. עמדה זו לא צריכה להשתנות בשל הולדת הקטינות בארץ, בנסיבות שאין רלוונטיות לפונדקאות.
12. יתירה מזו, לא ניתן להלום מצב, לפיו פונדקאית נאלצת להגיע ארצה בנסיבות חירום רפואיות כגון דא, ואז מוצאת את עצמה לכודה ברשת הדין הישראלי, אשר כופה עליה הר כגיגית להיות הורה. מדובר בתוצאה שהדעת איננה סובלת, ואשר מנוגדת תכלית הניגוד להסכם הפונדקאות, בלעדיו לא היו באות הקטינות לעולם לכתחילה. זאת ועוד, מדובר בהתערבות בוטה ביחסים החוזיים שבין המבקשים לפונדקאית, שאין לה הצדקה מכל בחינה, לרבות מבחינת טובת הקטינות. לעניין אחרון זה, קביעת הורות (שאיננה ביולוגית) כפופה, ראש וראשון, לטובת הילד הנדון (פסק דינו של כב' השופט דנציגר בבע"מ 1118/14). והנה, בנסיבות המקרה דנא, עת לפונדקאית אין קשר גנטי לקטינות, והיא תושבת זרה שאיננה חפצה להיות הורה, קביעתה כהורה נוגדת את טובת הקטינות. טובת הקטינות נפגעת גם לאור האילוץ הנטען לנקוט בהליך אימוץ, לרבות בשל הדחיה בקביעת הורות בהלימה למצב בפועל.
13. בשולי הדברים אעיר, שככל שיש להסכמה לאימוץ עליה חתמה הפונדקאית נפקות כלשהי, הרי היא תומכת בעמדת המבקשים. הסכמת הפונדקאית לאימוץ משתלבת היטב בהסכם הפונדקאות עליו חתמה חודשים קודם לכן, לפיו אין לה ולא יהיו לה זכויות הוריות בנוגע לקטינות.
14. מסקנתי עד הנה – על קשרי ההורות בין הקטינות לבין הפונדקאית חל הדין הגיאורגי. לכן נדחית טענת המשיב, הנסמכת על פרשנותו את הדין הישראלי. יתירה מזו, גם לפי הדין הישראלי, אין מקום למסקנה קטגורית, שהפונדקאית היא הורה מכוח הולדה. מסקנה זו מנוגדת חזיתית לעמדת הפונדקאית כמו גם להסכם הפונדקאות, ואיננה עולה בקנה אחד עם טובת הקטינות.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 51072-12-18 פ' נ' נציג היועץ המשפטי לממשלה ואח'

15. סוגיה נוספת היא רישומה של הפונדקאית כהורה של הקטינות במרשם האוכלוסין. בהתאם לסעיף 6 לחוק המרשם ובהתאם לתקנות המרשם, נרשמים במרשם האוכלוסין פרטי הורי הילוד כפי שהם מופיעים בהודעת לידת חי. לפי סעיף 3 לחוק המרשם, פרטי ההורים כפי שנרשמו במרשם האוכלוסין מהווים, ראיה לכאורה לנכונותם.

הדבר נעוץ בכך, שפרטי הורי הילוד נחשבים טכניים-עובדתיים במהותם, וניתנים לבירור עובדתי בידי פקיד הרישום (בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים (2011), להלן: פרשת ויס, סעיף 17 לפסק דינה של כב' השופת פרוצ'יה, סעיף 38 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) כב' השופטת בייניש). ממילא ברי, שרישום הפונדקאית כהורה של הקטינות, מכוח לידתן גרידא, ללא בדיקה מהותית-משפטית, לא יכולה למנוע שינוי של הרישום באופן הראוי על פי הדין. תכלית תוקפו הראיית-לכאורי של המרשם בכל הנוגע לפרטי הורים, הינה וודאות המרשם (פרשת ויס). עם זאת, בסופו של יום, חוק המרשם, בעיקרו, חוק טכני הוא, וכי נטיל על כתפיו הדלות משא כבד של שאלות הורת-עולם, לא יהיה בכוחו לשאתן (בג"ץ 6539/03 גולדמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 385, 395). דברים אלה שנאמרו לגבי נושא הלאום יפים גם בכל הנוגע לשאלת ההורות, הנחשבת סטאטוס או מעין-סטטוס (פרשת ויס, סעיף 22 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה). משכך, לא יכול סעיף 3 לחוק המרשם להצדיק מסקנה, לפיה שינוי פרטי הורים הינו על דרך אימוץ בלבד. הדברים ברורים ומתבקשים, לאור הוראת סעיף 19(ב) לחוק המרשם, לפיו גם פרטים מהותיים (כגון, לאום, דת ומצב אישי, סעיף 2(א)(4), (5) ו- (6) לחוק המרשם) ניתנים לשינוי בהוראה שיפוטית של בית משפט זה.

16. לנוכח האמור, אינני מקבל את עמדת המשיב, לפיה מנועה המבקשת מלעתור למתן צו הורות פסיקתי. אין באמור לעיל משום קביעת עמדה לעניין מתן הצו לעיצומם של דברים, לרבות בכל הנוגע להוכחת הדין הזר.

17. משעה שנושא מתן צו ההורות לא נדון לגופו, יואיל המשיב להניח את עמדתו, בשים לב לכלל האמור לעיל. עמדת המשיב תוגש תוך 30 ימים.

ניתן לפרסום ללא פרטים מזהים.

ניתן היום, י"ח שבט תש"פ, 13 פברואר 2020, בהעדר הצדדים.


שמואל בר יוסף, שופט



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 51072-12-18 פ' נ' נציג היועץ המשפטי לממשלה ואח'

1
2
3
4