



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 46455-02-19 ט.ח ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

בפני כב' השופט שמואל בר יוסף

1. א.ט.ח.

מבקשים

2. א.ט.ח.

נגד

היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה 513442037

משיב

### פסק דין

- 1
- 2 1. המחלוקת מושא פסק דין זה הינה, האם ראוי לתת את צווי ההורות הפסיקתיים מושא
- 3 התובענה דנא מיום לידת הקטינים, אם לאו.
- 4 2. העובדות, כמפורט בתסקיר עו"ס לחוק אימוץ מטעם השרות למען הילד (להלן: התסקיר),
- 5 הינן כלהלן:
- 6 2.1. המבקשים הכירו בשנת 2012 והם מנהלים משק בית משותף מאוגוסט אותה שנה ומוכרים
- 7 כידועים בציבור. כפועל יוצא אף איחדו המבקשים את שמות המשפחה לשם אחד "ט.ח".
- 8 2.2. המבקשים פנו לאפיק של "הורות משותפת" ומקשר שנוצר עם זוג נשים נולד הקטין א.ט.
- 9 (להלן: א'). א' הינו בנו הביולוגי של המבקש 2 (להלן: המבקש 2), אך המבקש 1 (להלן:
- 10 המבקש 1) היה שותף מלא להולדתו, וא' מתייחס אליו כהורה לכל דבר ועניין.
- 11 2.3. כאשר החליטו המבקשים להרחיב את התא המשפחתי הם פנו לאפיק של פונדקאות
- 12 בחו"ל, ולאחר חתימת המסמכים המשפטיים הדרושים, הופרו שתי ביציות מאותה תורמת
- 13 אנונימית, האחת בזרעו של המבקש 2 והאחרת בזרעו של המבקש 1. הביציות הושתלו
- 14 בנפאל ברחמן של שתי נשים, שילדו ביום 19.10.2015. מזרעו של המבקש 1 נולדה הקטינה
- 15 מושא בקשתו של המבקש 2 לצו הורות פסיקתי, ומזרעו של המבקש 2 נולד הקטין מושא
- 16 בקשתו של המבקש 1 לצו הורות פסיקתי (להלן: הקטינים).
- 17 2.4. ביום 3.11.2015 חתמו שתי הפונדקאיות בפני נציג דיפלומטי ישראלי בקטמנדו על תצהיר
- 18 בו הן מוותרות על כל קשר או זכות לגבי הקטינים. ביום 8.11.2015 ניתנו, לאחר ביצוע
- 19 בדיקת סיווג רקמות, פסקי דין שקבעו אבהות של כל מבקש לגבי בנו/בתו. ביום 19.2.2019
- 20 הוגשה התובענה דנא למתן צווי הורות פסיקתיים.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 46455-02-19 ט.ח ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

2.5. כאמור בתסקיר, המבקש 1 והמבקש 2 היו שותפים לכל אורך הדרך בתכנון ההריונות והיו מעורבים בכל התהליכים הרפואיים וביום הלידה. עוד נכתב בתסקיר, כי **"שניהם קשורים לשני הילדים במידה שווה ללא קשר לזיקה גנטית"**. עוד צוין בתסקיר, כי הקשר הזוגי ביניהם **"חזק ומבוסס והם מגלים כבוד רב ורגישות אחד כלפי השני. הקטינים...מתייחסים לשני בני הזוג כאל הוריהם לכל דבר. קוראים לשני ההורים בכינוי "אבא" וניכר כי רואים בשניהם דמויות משמעותיות בחייהם...שני ההורים רואים בשני הקטינים את ילדיהם לכל דבר..."**.

2.6. לאור מסקנתו החד משמעית של התסקיר מסכים ב"כ היועמ"ש למתן צווי הורות פסיקטיים, אך מתנה את הסכמתו בכך שהצווים יינתנו מעתה ואילך. ב"כ היועמ"ש טוען (בין השאר), כי אם יינתן צו הורות פסיקטי למפרע עלול להיווצר מצב בו ישנם "שלושה הורים". מצב זה, כך נטען, אינו מוכר בדין והוא עומד בסתירה לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים). לשיטת ב"כ היועמ"ש, צו הורות פסיקטי שתוקפו מיום הלידה מחייב להוכיח כי נותק הקשר בין הפונדקאית ליילוד לפי דין המדינה בה בוצע הליך הפונדקאות, וכן להוכיח כי הסכמת הפונדקאית לכך ניתנה מדעת. עוד נטען, כי עמדה זו התקבלה בעמ"ש 36564-01-17 **לשכת העבודה והרווחה נ' פלוניס** (2018) (להלן: עמ"ש 36564). ב"כ היועמ"ש מוסיף וטוען, כי ההלכה הינה שצו הורות פסיקטי תקף מיום הצו ורק במקרים חריגים מיום הלידה. תימוכין לעמדתו מוצא ב"כ היועמ"ש בסעיף 12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, לפיו רק עם מתן צו הורות הופכים ההורים המיועדים להורים ואפוטרופסים של היילוד.

3. אבן הראשה בכגון דא (**"עיקר העיקרים"**, כלשונו של כב' השופט שוחט בעמ"ש 36564, **"מרכז ההכרעה"** כלשונו של כב' השופט שנלר בעמ"ש 411-01-17 **היועמ"ש נ' הדס א'** (2018), להלן: פרשת הדס א'), היא טובת הקטינים (ראו גם פסקי הדין של כב' השופטים גייסי ומאזן בעמ"ש 2599-10-18 **היועמ"ש נ' ר.ה.ס** (2018), להלן: עמ"ש 2599, ופסק דינו של כב' השופט סילמן בעמ"ש 45359-10-18 **היועמ"ש נ' מ.ש** (2019), להלן: עמ"ש 45359). ממילא, שיקולי מדיניות משפטית או שיקולים מערכתיים, טובים וחשובים ככל שיהיו, כופפים את ראשם בפני השיקול העיקרי.

4. מאבק איתנים מנהל היועמ"ש כנגד תחולתם למפרע של צווי הורות פסיקטיים. למערכה מגויס השיקול לעודד הגשת תובענות כגון דא סמוך ככל הניתן ללידה, השיקול בדבר היות הצו מכונן ולא הצהרתי, והשיקול (המודגש במיוחד בפרשה דנא) בדבר סכנה ל"הורות משולשת".



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 46455-02-19 ט.ח ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

5. כל כמה שראוי (גם בראי טובתם של קטינים) לצמצם את פרק זמן שחולף בין מועד הלידה לבין מועד הגשת תובענה למתן צו הורות פסיקתי (וראו פסק דינו של כב' השופט אטדגי בעמ"ש 36564), דומה כי בכל פסקי הדין שעסקו בסוגיה עוברת כחוט השני הקביעה, כי חלופ הזמן הינו שיקול אחד מיני כמה, ולא המרכזי שבהם (ראו, למשל, בפסק דינו של כב' השופט גייסי בעמ"ש 45359, ובפסק דינו של כב' השופט מאזן בעמ"ש 2599). אכן, השאיפה המבורכת לעודד הגשת תובענות סמוך ככל הניתן ללידה איננה יכולה לפגוע בזכויות הקטין להורות נכונה ממועד לידתו. דומה כי ראוי לבחון שיהיו בהגשת תובענות כגון דא (בדומה לכל טענת שיהיו) במשקפיים מהותיים, קרי – האם הוא מעיד על חוסר בשלות, קשיים בקשר הזוגי וכל כיוצ"ב עובדות שאינן עולות בקנה אחד עם מתן צו הורות פסיקתי על משמעותו הדרמטית בחיי קטינים. בלשון אחרת, שיהיו עשוי להצדיק זהירות יתירה בבדיקת הנסיבות אך אינו מצדיק, כשלעצמו, הימנעות ממתן צו הורות פסיקתי או החלתו רק מכאן ולהבא. במקרה דנא, לא מעיד השיהוי על כשל זוגי והוא לא הקשה על בירור העובדות. משכך, נותר השיהוי טכני, ולכן נעדר נפקות לעניין תחולת הצו למפרע.
6. אשר לטיבו של צו הורות פסיקתי, העמדה השלטת בפסיקה (לרבות בבע"מ 4880/18 **פלונית נ' היועמ"ש** (2019), להלן: **פרשת פלונית**, פסק דין שניתן בדן יחיד), הינה שהצו מכונן. עם זאת נפסק, כי קביעה זו איננה מונעת תחולה למפרע. יתירה מזו, ספק בעיניי אם הסיווג המשפטי תורם תרומה משמעותית לנושא, ואין לי אלא להיתלות באילנות גבוהים, ולחזור על דברי כב' השופט רביד בפרשת הדס א' לאמור: לטעמי, לפתרון סוגיה זו, אין צורך בשימוש במושגים "מכונן" ו"הצהרתי", אשר אינם תורמים לדיון, ובמידה מסוימת הפתרון שנוצר תוך שימוש במונחים אלה (מכונן והצהרתי) יוצר קושי לוגי, שהרי מה משמעות היות הצו "מכונן" סטטוס של הורות, כאשר הוא מופעל למועד מוקדם יותר ו"יוצר" ו"מכונן" הורות גם בשלב מוקדם ל"כינון"?  
אכן, סיווג צו הורות פסיקתי כצו מכונן אך בה במידה כבר תחולה למפרע, מעורר קושי. על כורחך אתה אומר, שלמינוח המשפטי/אקדמי נפקות מוגבלת באשר לשאלה הערכית, האם ראוי לקבוע שצו הורות פסיקתי יהיה תקף מיום הלידה, אם לאו.
7. הברית התיכון בטיעונו של ב"כ היועמ"ש בפרשה דנא הינה הסכנה הנטענת ל"הורות משולשת". ב"כ היועמ"ש טוען, כי יש ללמוד גזירה שווה מחוק הסכמים לנשיאת עוברים, שמנתק (כך לשיטת ב"כ היועמ"ש) את הקשר בין הפונדקאית לילוד ומבסס קשר הורי בינו לבין ההורים המיועדים רק ממועד מתן צו ההורות. אין בידי לקבל את הטענה על שני חלקיה. לא ניתן ללמוד מחוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי לפונדקאית מעמד הורי כלשהו. נהפוך הוא, הפונדקאית מכונה בחוק "**אם נושאת**" ולא בכדי. יתירה מזו, הגם שסעיף 12(א) לחוק קובע כי "**עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד**" אין בכך כדי להעיד, כי טרם מתן צו ההורות אין להורים המיועדים מעמד הורי.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 46455-02-19 ט.ח ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

1  
2 נהפוך הוא, לפי סעיף 10 לחוק "עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו  
3 עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו" (ההדגשות שלי – שב"י). שמע מניה,  
4 ההורים המיועדים הם המשמורנים ונושאים במלוא החובות ההוריות כלפי היילוד, עוד  
5 בטרם ניתן צו הורות כמשמעותו בסעיף 12(א) לחוק. לפיכך, אין תימוכין לטענה לקיום קשר  
6 הורי בין פונדקאית ליילוד אותו יש לנתק בצו הורות. בה במידה אין תימוכין לעמדה לפיה  
7 הורות מתקיימת רק מעת מתן צו הורות, שעה שמהותית (להבדיל מפורמלית) מקבלים  
8 ההורים המיועדים זכויות הוריות משמעותיות כבר ברגע הלידה. לפיכך, חוק הסכמים  
9 לנשיאת עוברים אינו תומך בעמדת היועמ"ש. יהא אשר יהא מעמדה של הפונדקאית כלפי  
10 היילוד במדינה הרלוונטית, היא איננה הורה. נהפוך הוא, פונדקאות היא פועל יוצא של  
11 הסכם והצהרה לפיהם אין ולא יהיה לפונדקאית מעמד הורי לגבי היילוד (וכך הם פני  
12 הדברים גם בנדוננו). יתירה מזו, בהיקש מחוק הסכמים לנשיאת עוברים, חזקה כי אין  
13 לפונדקאית מעמד הורי אלא אם בית המשפט קבע אחרת (השוו סעיף 13(ג) לחוק).

14 8. אין בידי לקבל את טענת היועמ"ש, לפיה יש להוכיח את חוקיות הסכם הפונדקאות ואת  
15 העובדה שנכרת מדעת. הסכמים בין ההורים המיועדים לבין הפונדקאית בחו"ל נעשים  
16 בהתאם לדין המקום הרלוונטי, ואין כל מקום לסברה שנכרתו שלא מדעת. כל טענה אחרת  
17 משמעותה שהפונדקאות איננה חוקית, על כל המשתמע מכך בדין המדינה הרלוונטית ובדין  
18 הישראלי. בסיטואציה כזו ממילא לא שייך לעסוק בכינון קשר הורי או בניתוקו. יתירה מזו,  
19 ואולי זה העיקר - ככל שהיועמ"ש אכן חושש לחוקיות הפונדקאות או לאומד דעתה של  
20 הפונדקאית, הוא איננו יכול להסכים למתן צו הורות פסיקתי מעיקרו. בלשון אחרת, אם לא  
21 נחה דעתו של היועמ"ש בדבר ניתוק הקשר בין הפונדקאית לבין היילוד לפי דין המדינה  
22 הרלוונטית, וככל שלטעמו ניתוק זה הכרחי על מנת לתת צו הורות פסיקתי, כי אז עליו  
23 לעמוד על הוכחת הדבר ללא קשר למועד תחולת הצו. ממילא מתבקשת השאלה, מדוע  
24 מסכים היועמ"ש למתן צו הורות פסיקתי מעתה ואילך? הרי ברי, שצו הורות פסיקתי שניתן  
25 בישראל לגבי פונדקאות שבוצעה בחו"ל, אין בכוחו לנתק קשר משפטי נטען בין הפונדקאית  
26 לבין היילוד לפי דיני המדינה הרלוונטית. לפיכך, אם אאמץ את דרך הילוכו של היועמ"ש,  
27 דווקא מתן הצו לו הוא מסכים מבסס "הורות משולשת" לכאורה. כאמור, לא קיימת  
28 לטעמי כל סכנה של "הורות משולשת", הן משום שחזקה, כי הסכמי הפונדקאות ותצהירי  
29 הפונדקאיות שצורפו לתובענה נעשו כדין ומחייבים, והן משום שאין כל ראיה שלפונדקאית  
30 יש מעמד הורי מכוח ההולדה גרידא. זאת ועוד, דווקא במקרים כגון דא, בהם הוגשה  
31 התובענה בחלוף זמן משמעותי ממועד הלידה, אין לטענת ה"הורות המשולשת" נפקות,  
32 שהרי עובדה בעולם היא, שלמרות חלוף הזמן אין טענה של מאן דהוא ל"הורות נוגדת".



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 46455-02-19 ט.ח ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

1

9. אין בידי לקבל את טענת ב"כ היועמ"ש, לפיה עמדתו זכתה לתימוכין בעמ"ש 36564. נהפוך הוא, באותה פרשה נקבע (בדעת רוב), כי ראוי להחיל צו הורות פסיקתי למפרע. השוני בין המקרה דנא לזה שנדון בעמ"ש 36564 הינו, שבאותו מקרה חייב דין המדינה הרלוונטית (מינסוטה) מתן פסק דין לניתוק כל קשר משפטי בין הפונדקאית לבין היילוד. לפיכך, מטעמי זהירות גרידא (כמו גם משום שמבחינת ההורים שם לא הייתה לכך נפקות רבה) ראה בית המשפט לנכון לא לתת צו הורות פסיקתי ממועד הלידה (שבועיים קודם לכן) אלא ממועד מתן פסק הדין. בנדוננו, הראיות המונחות לפניי מצביעות על דיות תצהירי הפונדקאיות (שנחתמו סמוך לאחר הלידה בפני נציג דיפלומטי של ישראל) לצורך ניתוק כל קשר משפטי ביניהן לבין הקטינים כבר ממועד הלידה. אף לא הונחה ולו ראשית ראיה נוגדת. ממילא הטעם שניתן בעמ"ש 36564 לפער בין מועד צו ההורות למועד הלידה (כאמור, שבועיים ימים) אינו רלוונטי לכאן.

10. אין בידי לקבל את טענת ב"כ היועמ"ש, לפיה החלת צו הורות פסיקתי למפרע מיום הלידה הוא חריג. ההלכה המנחה (הלכה מחייבת אין, שעה שפרשת פלונית נפסקה בדין יחיד), שנקבעה בעמ"ש 60269-01-17 **היועמ"ש נ' סול** (2017) (להלן: פרשת סול) והתקבלה על ידי מרבית מותבי בית המשפט המחוזי, הינה: ככלל תהא תחולתו של צו ההורות אך ורק מרגע הינתנו... יחד עם זאת ובצד הדברים הנזכרים, אין להתעלם מטובת הקטין והתא המשפחתי בכללותו בהקדמת מועד חלותו של הצו לעת הלידה. מתוך שכן, בית המשפט לענייני משפחה יחא מוסמך על פי שיקול דעתו ואחר בחינת הנסיבות להקדים חלות הצו אף למועד הלידה וזאת מטעמים שירשמו על ידו. סמכות זו תהא סמכות רחבה ומסגרת השיקולים אותם ישקול בית המשפט תהא פתוחה. עוד נפסק, כי מעת שימצא כי אכן עסקינן בזוגיות אמיתית ובהסכמה ברורה להורות משותפת אשר קדמה להורות של הקטין תהא ההורות למן מועד הלידה כהורותם של שני בנו זוג גנטיים (ההדגשות לא במקור). שמע מניה, החלה למפרע של צו הורות פסיקתי איננה "חריג" שעה שהיא עשויה לעלות בקנה אחד עם השיקול המרכזי בכגון דא – טובת הקטין (**"עיקר העיקרים"** גם בלשון פסק הדין בפרשת סול). דומני כי ראוי לקרוא את פסק הדין בפרשת סול, כמו גם את פסקי הדין שניתנו לאחריו באופן הבא: ככל שלא עלתה טענה לעניין החלה למפרע של צו הורות פסיקתי, הוא יינתן מכאן ולהבא. ככל שעולה טענה להחלה למפרע, ישקול בית המשפט את הדרוש שיקול תוך מתן בכורה לשיקול בדבר טובת הילדים. טובת הילדים משמיעה, כי במקרה של זוגיות יציבה והסכמה ברורה להורות משותפת, ובהיעדר נסיבות לסתור, יחול צו הורות פסיקתי ממועד הלידה. אכן, המדיניות הרצויה מחייבת מתן משקל יתר ל"משפחתיות" ול"הורות החברתית" שקמה מיום הלידה, על פני שיקולים טכניים פורמליים אחרים דוגמת מועד הגשת הבקשה (כבי' השופט גיוסי בעמ"ש 2574-12-17 **היועמ"ש נ' ד** (2019)).



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 46455-02-19 ט.ח ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

1

2 11. כאמור לעיל, בתסקיר מודגש העבר הזוגי היציב של המבקשים והתנהלותם  
3 הזוגית/משפחתית לעילא ולעילא בהווה. עוד צוין, כי המבקשים מגדלים יחד את א' כבנם  
4 לכל דבר ועניין, וצוין השיתוף המלא בהליך הפונדקאות וגידול שני הילדים כמשפחה מיום  
5 הלידה ועד היום. לאור האמור, אין לי ספק, כי טובת הילדים הינה לקיום חפיפה מלאה בין  
6 ההורות בפועל לבין המצב המשפטי. משמעותה של חפיפה מלאה זו הינה מתן צווי הורות  
7 פסיקטיים ממועד הלידה.

8 12. לפיכך, אני נעתר לבקשה וצווים מתאימים יחתמו בד בבד.

9

10 תואיל המזכירות לסגור את התיק.

11 ניתן לפרסום ללא פרטים מזהים.

12

13 ניתן היום, כ"ו אלול תשע"ט, 26 ספטמבר 2019, בהעדר הצדדים.

14

15

שמואל בר יוסף, שופט

16

17

18

19

20

21