



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

בפני כבוד השופט חננאל שרעבי, אב"ד

כבוד השופטת אספרנצה אלון

כבוד השופט ניצן סילמן

מערער נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה
באמצעות ב"כ עו"ד תמי בר-אל מפרקליטות מחוז חיפה אזרחי

נגד

משיבים 1. פלוני
2. פלונית
3. אלמונית
משיבים 1-3 באמצעות ב"כ עו"ד דורי שוורץ ועו"ד שיראל בר
4. מרכז רפואי ע"ש בני ציון

פסק דין

השופטת אספרנצה אלון:

1. בפניי ערעור על פסק דינו המשלים של בית המשפט לענייני משפחה בקריות (כב' השופטת מאיה לוי) בתיק תמ"ש 17-02-25971 מיום 08.06.2021 (להלן: "פסק הדין קמא" ו/או "פסק הדין המשלים"), שעיקרו בסעיפים 64-66, הרי הם כדלקמן:

"64. סוף דבר, לאחר הצגת כלל השיקולים ובהינתן העובדה כי רצונו הברור של המנוח היה להעמיד צאצאים אחריו לאחר מותו, אף בהיעדר בת זוג קבועה, יש לקבוע כי מאחר ולא ניתן לבצע הליך של הפריית ביצית בזרע של המנוח, ולהשתילו בישראל בגוף אישה נושאת, יש להתיר למשפחת המנוח לבצע הליך פונדקאות בחו"ל, תוך הקפדה ושמירה על זכויות האם הפונדקאית - בין באמצעות הפקדת ערובות ובין על דרך המצאת החוזה אשר ייחתם מול האם הפונדקאית המיועדת בחו"ל אשר תישא את ההיריון פרי הפרייה חוץ גופית של ביצית אשר תופרה בזרע המנוח. (זאת בהעדר אמנה המסדירה את הזכויות של כלל הצדדים להליך הפונדקאות).

65. בסיום ההיריון ולאחר הלידה, יש לאפשר לאחות המנוח ובעלה לעתור לקבלת צו אימוץ ביחס לקטין שיוולד, והצו ינתן, לאחר קבלת תסקיר מעודכן ובכפוף לבדיקת טובת הקטין, על אף היעדר קיומו של קשר גנטי ישיר בין ההורים המיועדים ליילוד.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

66. משנתקבלה התובענה במלואה, הנני מחייבת את הנתבע 2 בהוצאות משפט של המבקשים בסך של 50,000 ₪, אשר ישולמו בתוך 30 ימים, שאם לא כן, יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד לתשלומם המלא בפועל."

העובדות והשתלשלות האירועים

2. XXX ז"ל (להלן: "המנוח") הלך לעולמו ממחלת הסרטן בהיותו כבן 38 שנים, כשהוא לא נשוי וללא בת זוג. המשיבים 1-2 הינם הורי המנוח (להלן: "הורי המנוח"). המשיבה 3 (ובעלה עמה) הינה אחותו הנשואה של המנוח (להלן: "אחות המנוח"), אשר הינה חשוכת ילדים.

3. המשיבים תבעו להתיר שימוש בזרעו המוקפא של המנוח לצורך הפרייתו והבאת צאצאים אחרי מותו, באחת משתי אפשרויות, כאשר האפשרות הראשונה הינה האופציה המועדפת ולמעשה היחידה לשיטת המשיבים, והיא על דרך של הליך פונדקאות מלא, שבסופו יינתן צו אימוץ, כלומר האם הפונדקאית תישא את ההיריון, תולדת הפרייה חוץ גופית, ביצית שתיתרם על ידי אישה אחרת שתופרה בזרע המנוח, ובסיום ההיריון ולאחר הלידה, הולד יאומץ על ידי אחות המנוח.

4. ביום 08.09.2019 ניתן פסק דין חלקי בו נקבע כי: "רצונו המשוער של המנוח, לפחות בסמוך לפטירתו, היה להתיר שימוש בזרעו על מנת להביא צאצאים אחר מותו" (להלן: "פסק הדין החלקי").

5. ביום 04.11.2019 הגיש היועמ"ש ערעור על פסק הדין החלקי. ביום 07.04.2020 הערעור נדחה (עמ"ש 4379-11-19).

6. ביום 19.04.2020 ובהמשך לפסק הדין החלקי, עתרו התובעים למינוי עו"ס לסדרי דין אשר תבחן את התאמתם של אחות המנוח ובעלה לשמש הורים לוולד שייוולד מזרע המנוח בהליך פונדקאות, ולשם מתן פסק דין משלים.

7. ביום 21.04.2020 הורה בית משפט קמא על עריכת תסקיר ביחס להתאמתם של אחות המנוח ובעלה לשמש כהורים מיועדים ליילוד שייוולד כתוצאה משימוש בזרעו של המנוח באמצעות הליך פונדקאות (להלן: "התסקיר"). בית משפט קמא קבע כי אין בעצם הזמנת התסקיר משום הכרעה בבקשה לבצע הליך של פונדקאות.

8. ביום 24.12.2020 הוגש התסקיר, אשר קבע בפרק הסיכום כי אחות המנוח ובעלה הינם בעלי יכולת להעניק לילוד שייוולד כתוצאה מהליך הפונדקאות במסגרתו תושלל ביצית מתורמת זרה אשר תופרה בזרע המנוח בגוף האם הנושאת, הורות טובה דיה, וזאת על אף הצורך בטיפול פרטני, סיוע, ליווי והדרכה הורית.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

9. ביום 29.12.2020 עתרו התובעים למתן פסק דין משלים, לאור קביעות פסק הדין החלקי, אימוץ ערכאת הערעור את המסקנות בדבר רצון המנוח להעמיד צאצאים אחר מותו, התסקיר החיובי מטעם השירות למען הילד, והזמן הרב שחלף ממועד פתיחת ההליך.
10. ביום 08.06.2021 ניתן פסק הדין קמא, מושא ערעור זה.
11. ביום 12.09.2021 הגיש היועמ"ש הודעת ערעור, אליה צורפה בקשה לעיכוב ביצוע, שהתקבלה.

תמצית טענות היועמ"ש

12. פסק הדין קמא, לפיו יבוצע הליך של פונדקאות תוך שימוש בזרע המנוח, בשילוב תרומת ביצית, באמצעות אם פונדקאית נושאת, במטרה להביא ילד לעולם, על מנת שאחות המנוח תאמצו ותגדלו כבנה, כשלאף אחד מההורים אין קשר גנטי או ביולוגי לקטין, עומדת בניגוד להוראות הדין הישראלי, ובדגש על חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק ההסכמים") ופסיקת בית המשפט העליון.
13. פסק הדין קמא מתיר הלכה למעשה הולדת יילוד מלכתחילה, לצורך מסירתו לאימוץ, וזאת בניגוד להוראות הדין הישראלי, ובדגש על חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק האימוץ").
14. פסק הדין קמא עומד בניגוד להלכה שנפסקה בבע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (22.12.2016) (להלן: "בע"מ 7141/15"), ולפסק הדין שניתן בבע"מ 1943/17 אשר שחר נ' מדינת ישראל (נבו) (15.08.2017) (להלן: "עניין אשר שחר"), בו נקבע כי "ככלל, תהא בת הזוג ולא איש מלבדה - לרבות הורי הנפטר - רשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפריית היא". התביעה מושא בקשה זו לעשיית שימוש בזרע המנוח, הוגשה על ידי הורי המנוח ואחותו, ולא על ידי בת זוגו, וממילא ההפריה המבוקשת היא של אם פונדקאית, ולא של בת זוג של המנוח. מדובר אפוא בעניינו במצב הסוטה משניים מתנאי היסוד שנקבעו בהלכת בע"מ 7141/15 לשם מתן הרשאה לעשות שימוש בזרע של נפטר.
15. פסק הדין קמא עומד בניגוד להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 מיום 27.10.2003, שעניינה נטילת זרע לאחר המוות והשימוש בו (להלן: "הנחיית היועץ המשפטי לממשלה"), אשר לפי בע"מ 7141/15 היא אמת מידה מנחה.
16. תוצאות פסק הדין קמא מרחיקות לכת ומשנות סדרי עולם, עומדת בניגוד להוראות הדין הישראלי, בניגוד להמלצות הוועדה הציבורית לבחינת ההסדרה החקיקתית של נושא הפריין והולדה בישראל בראשות פרופ' מור יוסף (להלן: "ועדת מור יוסף") ולתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016 (להלן: "תזכיר חוק בנקי הזרע") שעתיד להסדיר בחקיקה ראשית את הסוגיה של שימוש בזרע לאחר המוות, לפיו שימוש בזרע לאחר המוות יעשה על סמך הוראות בכתב שהותיר המנוח, ובהיעדר הוראות שכאלה, יותר השימוש רק לאשתו או לבת זוגו הקבועה לצורך הפרייתו.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוניס

17. פסק הדין קמא אינו משקף את האיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים של הצדדים, ונותן עדיפות לכמיהת המשיבים לשם ולזכר המנוח, על פני זכויות הילד העתיד להיוולד וטובתו, על מכלול השיקולים המרכיבים אותה.

18. שגה בית משפט קמא שעה שביסס את פסק הדין המשלים על שאלת המסוגלות ההורית של אחות המנוח ובעלה, ולא נתן משקל מספיק לחריגותה של ההורות שתיווצר, ולטובת היילוד שעתיד להיוולד בהקשר מיוחד זה.

19. פסק הדין קמא עומד בניגוד להלכת בית המשפט העליון בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (נבו 01.04.2015) (להלן: "עניין פלונית"), בה נקבע כי אין מקום להכיר במודלים חדשים של הורות מבלי שהדבר עבר הליך חקיקתי מסודר, שיבחן את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, שכן מדובר הלכה למעשה ב"יצירתו של ילד", ובשל העובדה שהסכמים והסדרים מעין אלה ישפיעו באופן ישיר על היילוד, שאינו צד להסכם.

20. שגה בית משפט קמא בפוסקו כנגד המדינה הוצאות בסך 50,000 ₪, ולבטח לאור כך שפסיקת ההוצאות נקבעה ללא נימוק כלל.

תמצית טענות המשיבים

21. חוק ההסכמים אשר אינו מאפשר בישראל הליך של פונדקאות שאינו כולל שימוש במטען גנטי של אחד מההורים המיועדים, אינו מונע הליך פונדקאות במדינה אחרת שאינה מדינת ישראל, בה הדבר כן אפשרי מבחינה חוקית.

22. אמנם ההורות העתידית המתבקשת אינה מבוססת על זיקה גנטית, כמו כן אינה מבוססת על זיקה פיזיולוגית, שכן אחות המנוח אינה צפויה לשאת את ההיריון וממילא הזרע אינו של בעלה אלא של אחיה המנוח, אולם אין בטעמים אלה כדי למנוע הכרה בהורות על פי הדרך הרביעית - דרך אימוץ הילוד העתיד להיוולד.

23. לא קיימת כל הוראה בחוק האימוץ המונעת הליך אימוץ ביחס לילד שבא אל העולם כפועל יוצא של תכנון מראש.

24. אין כל חשש מ"סחר ילדים", שכן נסיבות המקרה מושא התיק גלויות וידועות, ברורות לכל. צדק בית משפט בפסק דינו קמא, פסקה 58, כאשר כתב כי: "כל עוד לא קיים חשש לסחר בילדים או לעקיפת הליכי אימוץ בין ארציים, בייחוד כאשר מדובר במקרים הומניטאריים ו/או מיוחדים של שימוש בזרע מן המנוח, אין להטיל איסור קטגורי ביחס למקרים של קיום פונדקאות בהעדר קשר גנטי בין אחד מההורים לבין העובר אשר יתפתח ברחמה של אם נושאת ויימסר לאחר הלידה למשפחתו של המנוח לשם אימוצו."



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

1

2 25. פסק הדין קמא אינו עומד בניגוד להמלצות ועדת מור יוסף. הלכות בית המשפט העליון ופסיקות
3 מנחות של ערכאות נמוכות יותר, גוברות על תזכיר חוק בנקי הזרע.

4 26. עמדת ב"כ היועמ"ש חורגת ממדיניות משפטית ראויה ומתקנת הציבור, לפיהן ראוי כי כל מקרה
5 יבחן לגופו, וזאת מבלי קביעת מסמרות ומבלי לחסום פיתוחים מוסריים, נורמטיביים וטכנולוגיות
6 שהן חלק בלתי נפרד מן ההתפתחות האנושית.

7 27. פסק הדין קמא משקף באופן מדויק את רצונו של המנוח כפי שהוכח בראיות למכביר, והינו משקף
8 את האיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים של הצדדים לרבות ובייחוד את טובתו של היילוד
9 שעתיד להיוולד.

10 28. פסק הדין קמא נשען על ממצאי תסקיר שנערך בידי גורמים מקצועיים, המאשר מסוגלות הורית
11 חיובית וטובה של אחות המנוח ובעלה. החשש מפני "טובת הקטין" הינו חשש ערטילאי, הנוגד את
12 מסקנות התסקיר שהוגש בפני בית משפט קמא.

13 29. ההוצאות שולמו במלואן. ההוצאות הושטו בגין התנהלותו הדיונית של היועמ"ש, אשר הביאה
14 לכדי המשכות ההליכים משך זמן רב מדי, בבחינת עינוי דין של ממש.

15

16 **דיון והכרעה**

17 30. נחשפנו, כמו גם בית משפט קמא, לרצונו העמוק ביותר של אדם שנפטר בטרם עת, להביא לעולם
18 צאצא לאחר מותו. על כך נאבקים משפחתו - הוריו, אחותו ובעלה. ליבנו עמם. עם זאת, לא נוכל
19 להותיר את פסק הדין קמא ודינו להתבטל.

20 31. בנימוקי אתייחס לסוגי ההורות, הליך פונדקאות, הורות מכוח הליך אימוץ, הלכת בית המשפט
21 העליון וסטייה ממנה, טובת הקטין, כבילה עתידית של שיקול דעת שיפוטי, רצון המנוח, ולבסוף
22 המרכזי שבהם לענייננו, עיקרון הפרדת רשויות.

23 **ארבעה סוגי הורות**

24 32. כידוע, ולאור פסק הדין הברור שכתב כב' השופט נ' הנדל בעניין פלונית, נכון להיום הדין הישראלי
25 מכיר בהורות על בסיס ארבעה אדנים בלבד, והם: זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה
26 לזיקה (קרי, מתוקף קשר זוגיות עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית). שלושת האדנים הראשונים
27 הוכרו בעבר בחקיקה, בפסיקה ובספרות. האדן הרביעי הינו חדש יחסית, והינו פרי הפסיקה.

28 33. הורות מכוח זיקה גנטית נובעת מתוקף יצירת התינוק מהביצית ו/או הזרע של ההורים המיועדים.
29 זהו המודל המוכר כמודל ה"הורות הטבעית", תולדה של הדרך הנפוצה להבאת ילדים לעולם.
30 הזיקה הגנטית באה לידי ביטוי גם בחוק ההסכמים, הדורש כתנאי הכרחי כי: **"הזרע המשמש**



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

- 1 להפריה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם הוא של האב המיועד [...]”, עיינו סעיף 2(4) לחוק
2 ההסכמים.
- 3 34. הורות מכוח זיקה פיזיולוגית נובעת מתוקף נשיאת ההיריון. הוא לרוב מודל מובנה ובלתי ניתן
4 להפרדה מהמודל הגנטי, מקום בו מדובר בהולדה "טבעית". באשר לדרכי ההולדה הטכנולוגיות,
5 המנתקות את הקשר שבין שני התפקידים הללו, מודל זה עולה באופן המובהק ביותר בחוק תרומת
6 ביציות, תש"ע-2010 (להלן: "חוק תרומת ביציות"), הקובע כי: "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת
7 ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין", עיינו סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, דהיינו
8 בין האישה שנשאה את ההיריון לבין היילוד יש קשר שהוא בהכרח אינו גנטי, הוא פיזיולוגי (סעיף
9 42 לחוק תרומת ביציות).
- 10 35. הכרה בזיקה הפיזיולוגית קיימת במידה מסוימת גם בחוק ההסכמים. כך למשל, סעיף 13(א) לחוק
11 ההסכמים מאפשר לאם הנושאת לחזור בה מן ההסכם בתנאים מסוימים, על אף שההסכם אושר
12 על ידי הועדה הממונה ולמרות הקשר הגנטי שיש בין לפחות אחד מן ההורים המיועדים לבין
13 היילוד. כמו כן, סעיף 14(א) לחוק ההסכמים קובע כי אם "לא נתן בית המשפט צו הורות לפי סעיף
14 11(ב) וביקשה אם נושאת את האפטרופסות על הילד, יתן בית המשפט צו כאמור בסעיף 13(ג)..."
15 קרי, לאם הנושאת ישנה מעין 'זכות קדימה' בהשוואה לאנשים להם אין זיקה פיזיולוגית ליילוד.
- 16 36. הורות מכוח אימוץ, הינו מודל ההורות השלישי. הוא מעוגן בחוק האימוץ, ומסדיר הן הליך אימוץ
17 תוך מדינתי, והן אימוץ בין מדינתי (כלומר אימוץ ילד ממדינה זרה על ידי מאמץ ישראלי).
- 18 37. הורות מכוח "זיקה לזיקה" הינו מודל ההורות הרביעי, בו לעיתים, אדם יוכר כהורה של היילוד
19 מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד.
20 הדבר רלוונטי במקרה בו זוג אינו יכול להביא לעולם צאצא מהחומר הגנטי של שני בני הזוג, אלא
21 רק משל אחד מהם. עם זאת בתום ההליך שני בני הזוג מוכרים כהוריו של היילוד: אחד מהם מכוח
22 הזיקה הגנטית והשני כנגזרת מהקשר הזוגי שבינו לבין ההורה הגנטי.
- 23 38. הזיקה הגנטית הינה הבסיס המרכזי להקניית מעמד של הורות. ההולדה הטבעית, בה יש זיקה
24 גנטית בין היילוד לשני ההורים והאם נושאת את ההיריון, עומדת בקצה האחד של המודלים
25 המוזכרים לעיל. מנגד, בקצה השני של הזיקות המקנות מעמד של הורות, מצוי האימוץ.
- 26 הליך פונדקאות
- 27 39. טענת המשיבים כי חוק ההסכמים אינו מונע הליך פונדקאות במדינה אחרת, שבה הדבר כן אפשרי
28 מבחינה חוקית, הינה טענה נכונה. אין חולק כי חוק הפונדקאות לא החיל את הוראותיו על
29 פונדקאות המתבצעת בחו"ל, אשר לא הוסדרה בחקיקה אך גם לא נשללה. וכפי שנכתב בעמ"ש
30 (מחוזי ירושלים) 14816-04-10 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 06.05.2010): "המחוקק אמר את דברו
31 בצורה ברורה לגבי הסכמים לנשיאת עוברים המתבצעים בישראל. ברם, המחוקק לא החיל, וגם



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

לא התכוון להחיל, את הוראות החוק על הסכמים המתבצעים בחוץ לישראל, גם אם אחד הצדדים
להסכם הוא אזרח ישראלי".

40. חוק ההסכמים מסמך את בית המשפט לתת צו הורות רק בפונדקאות שנערכה בישראל, לפי
ההליך הקבוע בחוק. לכן, כאשר מדובר בהליך פונדקאות שנערך מחוץ למדינת ישראל, דהיינו
פונדקאות חו"ל, אין אפשרות להכיר בהורות של ההורים המיועדים רק מכוח הסכם הפונדקאות.

41. עם זאת, הובהר לנו כמו גם לבית משפט קמא, כי אין המשיבים מעוניינים לבצע הליך של
פונדקאות במדינה אחרת כהליך עצמאי, אלא כשלב ראשון מתוך תכנית רחבה יותר, הכוללת שלב
נוסף, הוא השלב העיקרי, שלב אימוץ היילוד העתידי על ידי אחות המנוח ובעלה. יוצא אפוא, כי
אין אנו עוסקים בבקשה לביצוע הליך פונדקאות במדינה אחרת לצורך הבאה לעולם יילוד מזרעו
של המנוח, בשל סיבה שיש בה כדי למנוע הליך פונדקאות בישראל, אלא עיקר הרצון הוא הבאת
יילוד מזרעו של המנוח לצורך אימוצו העתידי על ידי אחות המנוח ובעלה, דבר אשר יכול יחסי
הורות, דהיינו תכנית שמשמעותה הלכה למעשה עקיפת חוק הפונדקאות הישראלי.

הורות מכוח הליך אימוץ

42. המשיבים טענו כי אמנם ההורות העתידית המתבקשת מצידם אינה מבוססת על זיקה גנטית, כמו
כן אינה מבוססת על זיקה פיזיולוגית, אולם אין בטעמים אלה לטענתם, כדי למנוע הכרה בהורות
על פי הדרך הרביעית, והיא על דרך של אימוץ הילוד העתיד להיוולד, ובחוק האימוץ לא קיימת כל
הוראה המונעת הליך אימוץ ביחס לילד שבא אל העולם כפועל יוצא של תכנון מראש.

43. גם אם אניח לצורך הדיון כי השלב הראשון בתכנית המשיבים הינה אפשרית, דהיינו שהמשיבים
יוכלו לבצע הליך פונדקאות במדינה אחרת, אשר תסכים לאשר הסכם פונדקאות שכזה, על אף
נסיבות המקרה דן ובדגש כי הביצית שתופרה אינה של האם המיועדת והזרע בו ייעשה שימוש
אינו של האב המיועד, פסק הדין קמא משמעותו הלכה למעשה החלטה מראש, אפרוורית, לאימוץ
יילוד עתידי שטרם נולד ולבטח טרם נמסר לאימוץ.

44. החלטה זו סותרת את חוק האימוץ הישראלי ותכליתו. סבורני כי פסק הדין קמא אינו יכול לדור
בכפיפה אחת עם מהותו של חוק האימוץ, תכליתו, והוראותיו. אימוץ הינו הליך המוסדר בקפדנות
על פי דין, והוא מקנה מעמד של הורות לאנשים נעדרי קשר גנטי או פיזיולוגי לילד. בבסיס הליך
האימוץ עומדת טובתו של הילד המאומץ שלא לגדול עם הוריו הביולוגיים או הפיזיולוגיים.
במקרים מעין אלה החוק מכשיר את מסירת הילד המאומץ להורים מאמצים. ההורות מוקנית
בצו אימוץ הניתן על ידי בית המשפט, ועל ההליך מפקחים גורמים מקצועיים נוספים כגון עובדים
סוציאליים, ב"כ היועמ"ש ובית המשפט.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

45. חוק האימוץ הישראלי חל על המשיבים כיוון ששניהם תושבים ישראלים (סעיף 28 לחוק האימוץ).
משמע, גם אם יצליחו המשיבים להביא יילוד לעולם בדרך של פונדקאות במדינה זרה, בית המשפט לענייני משפחה בישראל הוא זה אשר עתיד לקבוע בנוגע לצו האימוץ העתידי על פי שיקול דעתו, ובעיקר שיקול של טובת הילד המאומץ; אך לא על-פי המבוקש על ידי המשיבים מראש ובאופן אפריורי.
46. עיון בחוק האימוץ על סעיפיו השונים, מלמדנו כדלקמן:
- בית המשפט לענייני משפחה רשאי לתת צו אימוץ רק אם נוכח שהדבר הינו "לטובת המאומץ" (עיינו סעיף 1(ב) לחוק האימוץ).
 - בית המשפט לא ייתן צו אימוץ אלא אם היה המאומץ סמוך על שולחנו של המאמץ לפחות ששה חודשים (עיינו סעיף 6 לחוק האימוץ).
 - בית המשפט רשאי לתת צו אימוץ רק אם נוכח שהורי המאומץ הסכימו שהילד יאומץ (עיינו סעיף 8 לחוק האימוץ).
 - הסכמת ההורה למסירת ילדו לאימוץ נדרשת להיות הסכמה מדעת, שניתנה רק לאחר שגורמים מקצועיים הביאו לידיעת ההורה מידע לגבי האפשרויות לגדל את הילד בעצמו או בסיוע שירותי הרווחה במקום למסור את הילד לאימוץ, לרבות באמצעות קבלת עזרה כלכלית וטיפולית כקבוע בדין וכמקובל בשירותי הרווחה, משמעות האימוץ, ההשפעות הרגשיות האפשריות של האימוץ ושל ההסכמה למסירת הילד לאימוץ על הילד ועל ההורה, המשמעות המשפטית של הליך האימוץ והתוצאות המשפטיות של האימוץ ושל ההסכמה למסירת הילד לאימוץ על הילד ועל ההורה, הנסיבות שבהן ניתן לחזור מן ההסכמה או לבטלה, האפשרות להתיעצות טרם החתימה על ההסכמה וכיו"ב (עיינו סעיפים 8א(א), 8ב לחוק האימוץ).
 - בדרך כלל, הסכמת ההורה למסירת ילדו לאימוץ תתקבל לאחר שחלפו שבעה ימים מיום לידת הילד (עיינו סעיף 8א(ב) לחוק האימוץ).
 - הסכמת ההורה תתקבל רק בפני גורמים המוסמכים לפי החוק. הסכמת ההורה למסירת ילדו לאימוץ תתועד בכתב. ההסכמה אמורה להינתן רק לאחר שגורמים מקצועיים זיהו הסכמה ורצון חופשי (עיינו סעיף 9 על תתי הסעיף).
 - בית משפט רשאי לבטל את הסכמת ההורה למסירת ילד לאימוץ מטעמים מיוחדים שיירשמו (עיינו סעיף 10(א) לחוק האימוץ).
 - צו אימוץ יכול להיות מבוטל על סמך נסיבות שלא היו ידועות או קיימות בשעת מתן הצו (עיינו סעיף 19 לחוק האימוץ) וכיו"ב.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

47. חוק האימוץ הינו הסדר חקיקתי סגור, הטומן בחובו סנקציות פליליות המעידות כי יש לצעוד
בנתיביו, הן במובנם הכללי והמהותי, ולפעול רק על פי הוראותיו. הותרת פסק הדין קמא על כנו
תאפשר את עקיפתו של חוק האימוץ, אשר בבסיסו עומדת תכלית ראויה, ושסעיפיו מפרטים באופן
דקדקני ומפורש כיצד יש להגן על הזכויות והאינטרסים של כל המעורבים בהליך, לרבות הציבור
בכללותו, ההורה המאמץ המיועד, ההורה של המאומץ, ובעיקר זכויותיו וטובתו של המאומץ
עצמו.

7

8 סטיה מהלכת בית המשפט העליון

48. הלכת בית המשפט העליון בנושא האמור, גם אם לא באופן זהה ומדויק, יסודה בבע"מ 7141/15,
בו נקבע כי "ככלל, תהא בת הזוג ולא איש מלבדה - לרבות הורי הנפטר - רשאית לעשות שימוש
בזרע לצורך הפריית היא". על אף האמור, בית משפט קמא נשען על פסק דינו של כב' השופט ח'
מלצר, כי בהיעדר דבר חוק הקובע נורמות משפטיות בעניין נטילת זרע מנפטרים והשימוש בו, יש
לגזור את הפתרון הנדרש מהוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, מההלכה הפסוקה, מעשיית
היקשים מחוקים שונים לרבות חוק החולה הנוטה למות וחוק הירושה, או לאור עקרונות החירות,
הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

49. סבורני כי בית משפט קמא שגה בהסתמכו על אדן משפטי זה, שכן בשיטת המשפט הישראלית,
אין בכוחה של דעת מיעוט, לרבות דעת המיעוט של כב' השופט ח' מלצר, כדי להביא לשינויה
בערכאות נמוכות יותר, וזאת מכוח סעיפים 20(א) ו-20(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

50. היעדר חשש בדבר סחר ילדים, על אף חשיבותו הקריטית, אינו רלוונטי לענייננו, ואין הוא זה אשר
יכריע את הכף באשר לבקשת המשיבים. אנו עוסקים בשאלה עקרונית, שיש לה השלכות רוחביות
עצומות בנושא בעל משמעות רבה, היא השאלה 'האם ניתן לעשות שימוש בזרע של מנוח, שלא על
ידי אשתו/בת זוגו, כדי להפרות ביצית של אשה, ללא קשר גנטי או פיזיולוגי מצד ההורים, לצורך
הבאת אותו יילוד עתידי לעולם כדי לאמצו'.

שאלה זו טרם קיבלה מענה חיובי על ידי המחוקק, והיא נושאת משמעויות אדירות והשלכות
רוחביות, מכל התחומים, לרבות אתיקה ומשפט. בהיעדר מענה חיובי ברור מפי המחוקק, ועל אף
הרצון הטוב, אין בסמכותו של בית משפט קמא כדי ליצור יש מאין. מעבר לכך, וכפי שהוסבר לעיל,
מדובר בעקיפת הליכי אימוץ אשר הינו בעל מבנה חקיקתי סגור ומפורט.

8 טובת הקטין

51. מבלי להרחיב על מושא הערעור באופן פרטני, פסק הדין קמא כלל דיון באשר לעקרון "טובת
הקטין". בענייננו, סבורני כי לא היה כל מקום לנהל דיון באשר לטובת הקטין, הואיל ולא עמד



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוניס

- 1 בפני בית משפט קמא כל קטין כזה או אחר, אלא אך ורק 'קטין תיאורטי'. כידוע וכפי שהובא
2 בבג"ץ 5227/97 מיכל דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, נה(1) 453 (1998):
- 3 **"טובת הילד הינה טובתו של הילד המסוים שעניינו עומד לדיון, על פי מכלול הנסיבות המיוחדות**
4 **למקרה... טובת הילד אינה כוללת את זכויותיו של הוריו או צדדים שלישיים אחרים, גם אם הם**
5 **מעוניינים בפועל בטובתו של הילד".**
- 6 52. בהיעדר קטין ספציפי, אמיתי, בשר ודם, אין כל אפשרות לנהל דיון על טובתו התיאורטי.
- 7 53. במעמד זה יש להזכיר את סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: **"חוק הכשרות המשפטית"**), המורה כי **"כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו"**
8 **[ההדגשה אינה במקור - א.א.].**
- 9 54. יודגש כי בדיון שערך בית משפט בפסק דינו קמא, ציין כי אין שום יסוד להערכה פסימית של מאזן
10 המצבים בחייו של אותו ילד עתידי אשר קיים חשש כי **"יתמותו"** תפגע בו, תוך הסתמכות על דבריו
11 של פרופ' אסא כשר במאמרו **"יתמות מתוכננת התמונה המאוזנת"** דילמות באתיקה רפואית
12 (רפאל כהן אלמגור עורך, 2002). עם זאת, גם פרופ' כשר ציין במאמרו כי **"בשולי הטיעונים הללו,**
13 **כנגד טיעון "היתמות המתוכננת" ודומיו, נזכיר את הקושי הלוגי, ממנו התעלמנו עד כה, לעסוק**
14 **ברצינות בשיקולי "טובת הילד", באין ילד, באין אפילו ביצית מופרית..."** [ההדגשה אינה במקור
15 – א.א.]. משמע, גם לפי פרופ' כשר, יש כשל לוגי בדיון על טובת הקטין, כאשר אותו קטין טרם
16 נוצר, **"באין אפילו ביצית מופרית."**
- 17 כבילה עתידית
- 18 55. פסק הדין קמא כובל למעשה את הנפשות הפועלות והגורמים המקצועיים, לרבות את הורה הילוד
19 שעתיד להיות מאומץ, בעלה של אחות המנוח, גורמי הרווחה ואף את הערכאה השיפוטית עצמה
20 שעתידה לאשר את הליך האימוץ, מפני שינוי נסיבות כזה או אחר, והיא אינה יכולה להתיישב עם
21 תפקידו של בית המשפט.
- 22 56. סבורני כי ערכאה שיפוטית עצמאית אינה יכולה לפסוק פסק דין הקובע כי: **"בסיום ההיריון**
23 **ולאחר הלידה, יש לאפשר לאחות המנוח ובעלה לעתור לקבלת צו אימוץ ביחס לקטין שיוולד,**
24 **והצו ינתן, לאחר קבלת תסקיר מעודכן ובכפוף לבדיקת טובת הקטין, על אף היעדר קיומו של**
25 **קשר גנטי ישיר בין ההורים המיועדים ליילוד"** (סעיף 65 לפסק הדין קמא).
- 26 57. בית המשפט אינו נביא ואינו יכול לקבוע עתידות, כי לא יהא שינוי נסיבות ו/או שינוי רצונות בכל
27 הקשור להסכמת הורי המאומץ שהילד יינתן לאימוץ, כי טובת היילוד לא תחייבנה את אי אישורו
28 של צו האימוץ, שלכאורה נפסק מבעוד מועד, על סמך נסיבות שאינן ידועות לו, לחלופין שאינן
29 קיימות במועד מתן פסק הדין קמא.
- 30



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

58. אין ערכאה שיפוטית יכולה לכבול את עצמאותה ושיקול דעתה העתידי באופן שכזה. כבילה שכזו עומדת בניגוד לתפקידו של בית המשפט, ומשמעותה איון תפקיד הערכאה השיפוטית בבואה לפסוק החלטות לעתיד לבוא, וכן איון סעיפים רבים ומהותיים העומדים בבסיסו של חוק האימוץ.

רצון המנוח

59. לעניין רצון המנוח, אכן מתקבלת על הדעת הסברה שהמנוח חפץ ורצה שהיילוד אשר יובא מזרעו יגדל ויתחנך באופן בלעדי אצל אחות ובעלה. רצון המנוח הינו עניין שיש להתחשב בו. כפי שכבר ציטטתי בעבר, יפים וקולעים דברי כב' השופט (בדימוס) מ' אלון בע"א 1482/92 הגר נ' הגר פ"ד מז (2) 793, 801-802: "ואף זו הלכה פסוקה היא, כי כבוד האדם בענייננו, משמעו בראש ובראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשווער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר". החובה לקיים את צוואתו של אדם לאחר מותו אינה נופלת בערכה המוסרי מן החובה להניח לו לממש את רצונו החופשי, במסגרת זכויותיו הבסיסיות, בחייו (דוגמה לדיון בהקשר זה ראו A. I. Melden, Rights and Persons (Berkeley and Los Angeles: University of California (Press, 1980), 48-53; עיינו תמ"ש (משפחה קריות) 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (נב) 06.12.2009).

60. עם זאת, גם אם רצונו המפורש של המנוח היה כזה באופן ברור וחד משמעי, הרי שלא היה ברצון זה כדי להוסיף או להוריד לענייננו, וזאת כאשר אין דבר חקיקה המתיר פעולה שכזו, שהינה הלכה למעשה, יצירת יילוד לצורך אימוצו העתידי. רצון של מנוח, לחלופין רצון של אדם חי, אינו מהווה מקור נורמטיבי היכול ליצור יש מאין, ולבטח אינו יכול לתת היתר העומד בניגוד לחוק מפורש.

עיקרון הפרדת רשויות

61. לא ארחיב אודות הסוגיה האם שמא 'ראוי' או שמא 'לא ראוי' להכיר במודל נוסף של הורות אפשרית, על דרך של הסכמה אפריורית, מראש, לאימוץ עתידי של יילוד שטרם נולד, שכן עניין זה מסור למחוקק. הכרה שכזו מחייבת הליך חקיקתי מסודר, שיבחן את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, לרבות שאלות הקשורות לציבור בכללותו, וכן לרבות סוגיות ושאלות בתחום האתיקה.

62. כפי שלא ניתן היה להכיר בדרך של צו הורות פסיקתי מכוח הסכמים שנכרתו בין אשה לבין יתר המעורבים בהליך ההולדה ולהקנות על בסיסם מעמד של הורות (עניין פלונית), על אחת כמה וכמה שלא ניתן להכיר על דרך הפסיקה הורות על דרך של הסכמה אפריורית לאימוץ עתידי לצורך יצירת יילוד, דהיינו להחליט על בריאתו של יילוד, שטרם נברא, לצורך אימוצו.

63. לעניין ועדת מור יוסף ותזכיר חוק בנקי הזרע, לא ארחיב את הדיון בנושאים אלה, למעט האמירה כי אלה אינם מהווים מקור נורמטיבי שיש בכוחו ליצור יש מאין.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

64. על אף שאין בפנינו עתירה חוקתית, מתאימה פסקה 37 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות, בבג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לת עוברים על (נבו 27.02.2020) לענייננו, כדלקמן:

"שתי האפשרויות שעליהן עמדתי - קריאה אל תוך החוק ובטלות חלקית - אינן אופטימליות ככל שהדבר נוגע להסדר נושא העתירה. זאת נוכח מורכבותו המצריכה הסדרה מפורטת, מדוקדקת והוליסטית המתכתבת עם מכלול החוקים העוסקים ברבייה ופרייון... בנסיבות העניין ובהינתן מורכבות הנושא נראה כי מהלך כזה יש בו כדי להגשים בצורה הטובה ביותר את האחריות המשותפת של כל רשויות השלטון ביחס להגנה על זכויות אדם, והוא עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בבית משפט זה, המבוססת על התיאוריה הדיאלוגית של תרופות חוקתיות (ראו רונן פוליאק "החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתית" משפטים 675, 678 (תשע"ח))."

הוצאות

65. משבוטל פסק הדין בוטלו גם ההוצאות שהושטו מכוחו על המערער. סכום ההוצאות ששולמו על ידי המערער יוחזרו לידיו תוך 30 ימים מיום מתן פסק דין זה בערכם הנומינלי, שאם לא כן יישאו הפרשי הצמדה וריבית מיום תשלומם ועד ליום השבת הסכום באופן מלא על ידי המשיבים.

סוף דבר:

66. פסק הדין החלקי קבע כי: "רצונו המשווער של המנוח, לפחות בסמוך לפטירתו, היה להתיר שימוש בזרעו על מנת להביא צאצאים אחר מותו". רצונו של המנוח ניתן להגשמה כיום, גם אם באופן שאינו ממלא בצורה מלאה אחר רצון המשיבים. אך יש לזכור כי רצון המנוח אינו רצון המשיבים. אין מדובר בזהות רצונות, ואין לראותם כמקשה אחת.

67. לו דעתי תישמע, אציע לחבריי להרכב להורות כי דין הערעור להתקבל ולבטל את פסק הדין קמא תוך השבת ההוצאות אשר שולמו למשיבים, כמפורט בסעיף 65 לעיל. באשר להוצאות הליך הערעור שבפנינו - כל צד יישא בהוצאותיו.

השופט חננאל שרעבי, אב"ד:

1. אני מסכים עם פסק דינה המפורט והמקיף של חברתי, כב' השופטת אספרנצה אלון, והפועל היוצא הוא – קבלת הערעור וביטול פסק הדין קמא.

2. אכן עסקינן בפרשה רגישה, כשמול עינינו כיבוד רצונו של המנוח להביא צאצא לעולם לאחר מותו. סבורני כי זה העיקר.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

3. "דרך המלך" להגשים רצון זה של המנוח היא – לקחת זרעו ובאמצעותו להפרות אישה שתהא אימו. המשיבים גם מודים שזו "דרך המלך" להגשמת רצונו של המנוח (ראו דברי ב"כ המשיבים עמ' 2 לפרו' ישיבת יום 6.12.21 שו' 34-35).

4. למרות זאת המשיבים בוחרים שלא ללכת ב"דרך מלך" זאת, תוך שמבקשים מבית המשפט סיוע ותמיכה לעקוף את חוק ההסכמים וחוק האימוץ החקוקים בישראל (כפי שהטיבה חברתי לתאר בפסק דינה) כדי לעזור לאחות המנוח (החשוכה מילדים) להפוך לאמא, ולגדל את בנו של אחיה המנוח.

5. זו אינה הדרך הנכונה והחוקית לילך בה, וקשה ליתן לזה יד, עם כל ההבנה והרגישות לרצון זה.

6. אדגיש כי בערעור על פסק הדין החלקי בתיק קמא (עמ"ש 4379-11-19) בית משפט זה אישר את פסק דינו החלקי של בית משפט קמא בדבר הוכחת רצונו המשווער של המנוח להתיר שימוש בזרעו לצורך הבאת צאצאים לאחר מותו, הגם שבעת פטירתו לא היתה לו בת זוג.

יחד עם זאת בפסק הדין בערעור הוסיף בית משפט זה בסעיף 37 את הפסקה הבאה:

"בית המשפט קמא הוסיף וציין כי רצון זה אינו חריג, וכמיהתו זו של XXX (המנוח – ח"ש) מקבלת משנה תוקף במשפחתו, שעה שלאחותו היחידה אין ילדים, ולהוריו אין כלל נכדים. אולם, אדגיש ואטעים כי רצונו של XXX, ולא רצון הוריו ו/או אחותו, הוא הקובע".

היינו – צריך לעשות מאמץ להגשים את רצונו של המנוח להביא ילדים לעולם בדרך מקובלת וחוקית, אך לא בדרך שיש בה לעקוף חוקים קיימים בישראל רק לצורך מילוי רצונותיהם של הורי המנוח ואחותו (וזאת אני אומר בכל הרגישות וההבנה למצבם).

7. יתכן שהמנוח ציין טרם פטירתו, כי רצונו הוא שגידול הילד שיוולד מזרעו יהיה על ידי אחותו, אך רצון זה אינו יכול לסתור את החוקים הקיימים בישראל.

8. במקרה הנדון סבורני כי בית משפט קמא החליט להפוך "סדרי עולם" בענין השימוש בזרעו של המנוח, במקום להתיר שימוש כאמור ב"דרך המלך" עליה עמדנו לעיל (או בכל דרך חוקית אחרת). כך עשה בית משפט קמא לטעמי, תוך מתן משקל עודף לרצונם של הורי ואחות המנוח כי מי שיגדל את הילד שיוולד מזרעו של המנוח, תהא האחות. ברם, כאמור אף בפסק הדין בערעור בקטע המצוטט בסעיף 6 לעיל, לרצונם של האחרונים לא צריך להיות משקל בנדון, אלא רק לרצונו של המנוח להביא צאצא לעולם לאחר מותו. זה העיקר, וכך צריך לעשות כאמור בדרך חוקית ומקובלת.

השופט ניצן סילמן:



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני

1 אני מסכים עם פסק דינה של חברתי, כב' השופטת אספרנצה אלון, ולהערתו של חברי, האב"ד, כב'
2 השופט חננאל שרעבי.

סוף דבר

5 לאור כל האמור לעיל אנו מורים פה אחד, על קבלת הערעור וביטול פסק הדין המשלים של בית משפט
6 קמא מיום 8.6.2021.

7 סכום ההוצאות שנפסקו ושולמו למשיבים במסגרת פסק הדין קמא יושבו למערער כמפורט בסעיף 65
8 לפסק דינה של כב' השופטת אספרנצה אלון.

10 בנסיבות המקרה דנן אין צו להוצאות בערעור זה.

12 פסק דין זה מותר לפרסום בהשמטת שמות הצדדים וכל פרט מזהה אחר.

15 ניתן היום, ט"ו שבט תשפ"ב, 17 ינואר 2022, בהעדר הצדדים.

ניצן סילמן, שופט

אספרנצה אלון, שופטת

חננאל שרעבי, שופט [אב"ד]