



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

לפני כב' השופטת איריס אילוטוביץ' סגל

מבקשים: 1. א.ח.  
2. א.ש.ה.

נגד

משיבים: היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה

### פסק דין

לפניי בקשה למתן צו הורות פסיקתי לפיו יוכר המבקש 2, הטוען להורות, כאביה של הקטינה ילידת 7.7.2017 אשר נולדה למבקשים במסגרת הליכי פונדקאות בארצות הברית. במסגרת התיק שלפניי ניתנה תרומה ביצית אנונימית שהופרתה בזרעו של המבקש 1, ושהוחזרה לרחמה של הפונדקאית.

### השאלה בה ידון פסק הדין

מהו מועד תחולתו של צו ההורות הפסיקתי במקרה של פונדקאות בחו"ל, האם ממועד לידת הקטינה או שמא ממועד מאוחר יותר, מועד מתן פסק הדין שניתן בארצות הברית ושניתק כל קשר בין הפונדקאית לקטינה או מיום מתן הפסק דין על ידי בית המשפט בישראל?

### רקע עובדתי וטענות הצדדים

1. המבקשים הם בני זוג מזה כתשע שנים, המתגוררים תחת קורת גג אחת ומנהלים משק בית משותף.
2. ביום 6.8.2012 רכשו המבקשים דירה משותפת.
3. בינואר 2015 נישאו המבקשים במדינת מסצ'וסטס שבארצות הברית.
4. במסגרת חייהם המשותפים קיבלו המבקשים, החלטה משותפת, להרחיב את התא המשפחתי ולהביא ילדים לעולם באמצעות הליך פונדקאות מתוך כוונה לגדל במשותף את כל הילדים שייוולדו, כזוג הורים לכל דבר ועניין, תוך השוואת זכויותיהם וחובותיהם בתא המשפחתי, הכל למן מועד לידת



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

הילדים, וללא כל רלוונטיות לעובדת קיומו או העדרו של קשר ביולוגי בין מי מהמבקשים לבין למי מהילדים.

5. לשם כך, פנו המבקשים יחדיו לסוכנות פונדקאות בארצות הברית והחלו שם בהליך.

6. ביום 11.7.2016 חתמו המבקשים על הסכם (להלן – "הסכם הפונדקאות") מול אישה אזרחית ארצות הברית אשר הסכימה לשאת עבורם את ההיריון ולהוליד את ילדי המבקשים (להלן – "הפונדקאית") מבלי שיהיה לה כל זיקה (גנטית או משפטית) לילדים שייוולדו. הסכם הפונדקאות צורף לבקשה.

7. ביום 26.10.2016 הושטלו ברחמה של הפונדקאית שתי ביציות של תורמת ביציות, לאחר שהופרו בזרעם של שני המבקשים.

8. גם תורמת הביציות חתמה על הסכם לפיו היא מוותרת על כל זיקה (גנטית או משפטית) כלפי הילדים שייוולדו מהפריית הביציות שתרמה.

9. לרחמה של הפונדקאית הוחזרו שני עוברים, עובר אחד שנושא מטען גנטי של כל אחד מהמבקשים. כאשר בסופו של יום התפתח רק העובר הנושא מטען גנטי של המבקש 1 בלבד.

10. המבקשים היו שותפים מלאים לכל הליך הפונדקאות, לבחירת תורמת הביציות, לבחירת הפונדקאית, וחוו יחדיו את כל שלבי ההליך מראשיתו ועד סופו, זה לצד זה. המבקשים אף נשאו במשותף במלוא ההוצאות הכלכליות אשר היו כרוכות בהליך הולדת הקטינה. בסמוך להולדת הקטינה טסו המבקשים במשותף לארצות הברית.

11. הקטינה נולדה ביום 7.7.2017 בארצות הברית.

12. בתעודת הלידה של הקטינה מיום 10.7.2017 מטעם מדינת אורגון שבארצות הברית רשומים המבקשים כהוריה של הקטינה מיום לידתה.

13. ביום 14.7.2017 ניתן פסק הדין על ידי מדינת אורגון שבארצות הברית שלפיו המבקשים הם הוריה של הקטינה מיום לידתה 7.7.2017, ולפונדקאית ולבעלה אין כל זיקה לקטינה.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

14. תורמת הביצית והפונדקאית לא הוכרו כבעלות זיקה או מעמד כלשהו ביחס לקטינה לאחר לידתה בארצות הברית. בתעודת הלידה הרשמית של הקטינה מארצות הברית, נרשמו המבקשים כהוריה של הקטינה. העתק תעודת הלידה צורף לבקשה.
15. ביום 2.9.2017 נקבעה אבהותו הגנטית של המבקש 1, באמצעות בדיקת אבהות, ביחס לקטינה במסגרת תמ"ש 1501-07-17.
16. מאז לידת הקטינה, מתפקדים המבקשים והקטינה כתא משפחתי לכל דבר ועניין. המבקשים נושאים יחדיו בעלויות הכספיות הכרוכות בלידת הקטינה וגידולה ומקבלים את כל ההחלטות הנוגעות לחינוכה, גידולה ובריאותה במשותף.
17. משפחות המוצא וחבריהם של המבקשים רואים במבקשים ובקטינה תא משפחתי לכל דבר ועניין.
18. ביום 10.9.2017 הגישו המבקשים תובענה ל"צו הורות פסיקתי", לפיו יוכר מבקש 2, בן הזוג של המבקש 1, כהורה נוסף על הקטינה ללא צורך בתסקיר.
19. ביום 26.10.2017 הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה אין מניעה ליתן צו הורות פסיקתי למבקש 2 ביחס לקטינה מושא הבקשה, ללא צורך בתסקיר. הסכמת היועץ המשפטי לממשלה למתן הצו היא מיום ההחלטה ואילך ולא מיום הלידה.
20. המבקשים טוענים, כי בהתאם לאורח חייהם, כוונתם הייתה להקים משפחה משותפת. המציאות אליה נולדה הקטינה היא כזאת בה יש תא משפחתי בו מתפקדים המבקשים כהורים ביחד ולחוד לכל דבר ועניין.
21. תחולת צו ההורות הפסיקתי ממועד הלידה עולה בקנה אחד עם תכלית הצו. טובת הקטינה וזכות היסוד שלה ושל הוריה להורות ולחיי משפחה. הזכות להורות הוכרה כחלק מזכויות היסוד של האדם בישראל, כחלק מטבעו של כל אדם, מחירותו וכבודו (ראו: כבוד השופט א' רובינשטיין בבג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (5.3.2013), בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים נז(1), עמ' 419, 480, בג"ץ 566/11, 6569/11 ממת ואח' נ' שר הפנים ואח' (28.1.2014).
22. המבקשים סרקו שורה ארוכה של פסקי דין בהן ניתן צו הורות פסיקתי רטרואקטיבי ליום הלידה ללא צורך בתסקיר.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

23. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מנה מספר טעמים לפיהם אין ליתן צו הורות מיום הלידה אלא רק מיום הינתנו. הטעמים לכך הם כדלקמן:
- 23.1 המדובר בסוגיה חדשנית ומורכבת, השונה מההליכים שנדונו לאחרונה בבית המשפט. לטענתו ההליך דכאן מערב בתוכו שלושה "הורים פוטנציאליים" לקטינה: ההורה הגנטי, האם הפונדקאית והטוען להורות (שבעניינו מבוקש הצו). הדין בישראל אינו מכיר באפשרות שיהיה לקטינה אחת שלושה הורים.
- 23.2 יש צורך לנתק את הקשר ההורי בין הפונדקאית לבין הקטינה לאחר הלידה.
- 23.3 חוק הפונדקאות הישראלי קובע במפורש כי צו ההורות יחול מיום הינתנו ואילך ומשכך אין לסטות מהסדר זה, וליתן לפונדקאות חו"ל תחולה רחבה יותר ועל ידי כך ליצור הפליה.
24. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה סרק שורה ארוכה של פסק דין ואת התפתחות ההליך של צו הורות פסיקתי ועמד על ההבדלים שבין צו הורות פסיקתי לפונדקאות חו"ל לבין פונדקאות בארץ.
25. ביום 7.1.2018 התקיים דיון לפני. במהלכו הובהר, כי הניתוק המשפטי של הפונדקאית מהקטינה התבצע שבוע לאחר הלידה בבית המשפט בארצות הברית. הניתוק נעשה לאחר הלידה בהתאם לדרישת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כאשר דה פקטו בארצות הברית ניתן היה לעשות זאת כבר במהלך ההיריון. **נקודה חשובה נוספת היא, כי הקטינה מושה תובענה זו רשומה כבר בתעודת הזהות של המבקש 1 כבתו שתאריך לידתה 7.7.2017. חשוב להבהיר, כי גם כאשר המבקש 2 יקבל את צו ההורות תאריך הלידה של הקטינה שירשם בתעודת הזהות שלו יהיה 7.7.2018.**
26. לאחר הדיון שהתקיים הוסכם כי המבקשים יוכלו לתקן את הבקשה, כך שהצו יהיה רטרואקטיבי מיום הלידה או מיום מתן הצו על ידי בית המשפט בארצות הברית. לב"כ היועץ המשפטי לממשלה ניתנה זכות תשובה.
27. ביום 9.4.2018 הוגשה הודעה מטעם היועץ המשפטי לממשלה לפיה ביום 22.3.2018 ניתן פסק דין בעמ"ש 17-02-36564 במסגרתו נקבע כי צו ההורות הפסיקתי **יינתן מיום מתן פסק הדין האמריקאי המנתק את הקשר בין הפונדקאית לקטינים**. לפיכך, ניתנה הסכמה כי צו ההורות הפסיקתי יינתן בהתאם למועד מתן הצו האמריקאי ה- 14.7.2017 (להלן- "מועד מתן הצו האמריקאי").
28. לפיכך השאלה העומדת עתה לדיון - האם יש לקבוע את צו ההורות ליום לידת הקטינה 7.7.2017 או כפי לתאריך מתן הצו האמריקאי 14.7.2017, המוסכם על המדינה.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

29. בין לבין, הגיש ב"כ היועץ המשפטי לממשלה בקשות בכל התיקים לעכב את ההליכים וזאת עד לגיבוש עמדה מטעמו. על אף שבקשה כאמור, לא הוגשה לתיק מושא החלטה זו, עוכב מתן פסק הדין עד קבלת עמדה כאמור. משחלפו חודשים רבים, ועמדה כזאת אין ואף לא נראית באופק, ומשעה שהמבקשים עומדים על זכותם הבסיסית לקבל את פסק הדין אינו מנוס מלתתו.

### דיון והכרעה

30. ביום 8/2/15 פורסמה עמדתו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, בנוגע לסוגיה של צו ההורות הפסיקתי (להלן - "העמדה"), במסגרתה נקבעו מספר קריטריונים לשם מתן הצו:

- א. קיום קשר זוגי במשך 18 חודשים לפחות הכולל משק בית משותף;
- ב. לבני הזוג מלאו 21;
- ג. בני הזוג הם תושבי ישראל;
- ד. לא חלפו 90 יום מיום הלידה;
- ה. הבקשה נתמכה בתצהיר בדבר היעדר הרשעה בעבירות אלימות או מין, שמפאת חומרתן או נסיבותיהן מקימות חשש לפגיעה משמעותית בטובת הילד;
- ו. נוסף על כך, יובא בפני בית המשפט תסקיר או חוות דעת של שרותי הרווחה כפי שימצאו לנכון.

31. בהתאם לעמדה זו נוהגת המדינה ליתן צווי הורות פסיקטיים כבשגרה מיד לאחר הלידה, וזאת כל עוד הבקשות מוגשות במהלך ה-90 יום לאחר הלידה, כאשר הדרישה לתסקיר נזנחה זה מכבר. כבר נפסק, כי עמידה דווקנית על הגשת תסקיר אינה מחייבת את בית המשפט והדבר נתון לשיקולו של השופט היושב בדין, בהתאם למקרה שנדון בפניו. משכך אני קובעת, כי במקרה שלפנינו אין צורך בהגשת תסקיר. אוסיף ואומר, כי התנאי של הכנת תסקיר כ"אוטומט" בכל מקרה, אינה עומדת בקנה אחד עם שורת ההיגיון. העמסת הכנת תסקירים על העובדים הסוציאליים, שגם כך ידיהם מלאות בעבודה, כשהם אינם עומדים בעומס המוטל עליהם, מובילה לכך שלעיתים התסקיר מתקבל זמן רב לאחר יום מתן הצו ועל כן אין הוא יכול לשקף את המצב העובדתי נכון ליום קבלתו. במילים אחרות, הדרישה לתסקיר מכבידה הן על עובדי שרותי הרווחה והן על המבקשים שלא לצורך.

32. על היושב בדין מוטל הנטל לברור בקפדנות אותם מקרים מצדיקים הפנייה שכזאת לשם הכנת תסקיר, ואין הדבר יכול להוות תנאי הכרחי לשם קבלת צו הורות פסיקטי. תסקיר הינו כלי חשוב בארגון הכלים המשמש את היושב בדין, אך אין הוא אמצעי יחיד, תסקיר מצטרף לעוד כלים ראייתיים המצויים תחת אמתחתו של השופט, לכל אחד טעם ומשקל ייחודיים בהתאם למקרה בו עסקינן.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

33. במילים אחרות ההפניה לשם הכנת תסקיר צריכה להיות לאחר שקלא וטריא של בית המשפט, ולא כתנאי לשם מתן צו ההורות. ביום 9.6.2018 ניתן על ידי פסק דין מקיף הדין בשאלות דומות של המשפט המתייחס למבקשות שלפנינו בתמ"ש 16260-08-17 ט.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (9.6.2018) (להלן - "עניין ט.ב."). משכך יש לקרוא אפוא את פסק הדין שניתן כאן יחד עם פסק הדין שניתן בעניין ט.ב.

34. על סוגיית התסקיר הנדרש בעמדת היועמ"ש עמדתי באריכות במסגרת תמ"ש 11587-07-17 ק.ר ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.10.2017). כיום בשגרה ניתנים פסקי דין ללא תסקיר וכן ראו את דבריי בסוגיה כפי שהובאו בעניין ט.ב., משכך ולאור אי דרישת המדינה במקרה שלפני לתסקיר, ניתן לדלג על משוכה זו.

### הורות במסגרת הליך פונדקאות

35. במקרה של הליך פונדקאות אבקש להחיל בנסיבות העניין את הניתוח המשפטי והמסקנות שנקבעו בעניין ט.ב. שם דנתי בהרחבה בסוגיית ההורות ההסכמית ראו: עמ' 27-7 סעיפים 27-89. במקרה שלפנינו עולה בבהירות, כי בכוונת המבקשים הייתה להקים תא משפחתי אליו הובאה הקטינה מאותה תרומת ביצית אנונימית. לרחמה של הפונדקאית הוחזרו שני עוברים כאשר כל אחד מהם נושא מטען גנטי של אחד מהמבקשים, מתוך כוונה ברורה שאף הקטינים שיוולדו יישאו אותו מטען גנטי ויהיו אחים גם מהפן הביולוגי. להתנהלות זו של המבקשים יש משקל רב לעניין מבחן ההורות ההסכמית.

36. לשם הנוחות בלבד אביא ציטוט סעיפים 84-89 לפס"ד המתייחסים לסיכום הסוגיה בעניין הוספת אדן נוסף של הורות הסכמית:

"84. לסיכום סוגיה זו אומר, כי אין ספק שהמסע לעבר ההורות הוא משמעותי, חשוב, עוצמתי ומהווה נדבך מרכזי בהליכי גיבוש זהותנו כבני אדם בוגרים. ככל שתוכר הזכות להורות מכוח "הורות הסכמית", לא ניתן יהיה להפלות משפחות אלטרנטיביות או יחידים, שכל רצונם הוא להביא ילד לעולם. יש שיאמרו כי קביעה מעין זו, אינה מציבה לנגד עיניה את עיקרון טובת הילד. אמרות אלה אינן מקובלות עלי שכן הכמיהה להורות, נשענת בעיקרה על יצר ההמשכיות, על הרצון להשאיר זכר לאחר לכת מהעולם ועל הרצון לממש את פרי האהבה באמצעות הבאת ילד משותף לעולם. כאשר אנו מביאים ילד לעולם אנו קודם כל ולפני הכל, מגשימים רצון וכמיהה אישית פנימית של כל אחד מאתנו. מה אם כן, מקנה לנו



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

כחברה את הזכות לשלול אפשרות זו מאלה הבוחרים לחיות שלא במסגרת הנורמטיבית הרווחת?

85. בבע"מ 118/14 לעיל, ציין כב' השופט הנדל, כי הסכמים בין זה הטוען להורות לבין יתר המעורבים שפיעו במישרין על הילוד, אשר אינו צד להסכם. הם שיובילו ללידתו ויעצבו את חייו (ראו: עמ' 27 לפסק הדין). אכן, בפרשת נחמני, קבעה כב' השופטת דורנר כי "הסכם בעניין הולדת ילדים אינו חוזה..." וכי "עשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור" (ראו: עמ' 712 לפסק הדין). אך בל נשכח כי מאז ניתן פסק דין נחמני חלפו למעלה משני עשורים וכי עתה, הגיעה העת להתמודד עם הסוגיה. מהאמור לעיל, נראה כי בשלה הקרקע לקבוע הורות הסכמית כאדן נוסף לקביעת הורות משפטית וזאת, בדומה לפסק הדין שניתן במדינת קנזס, אשר קבע באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי חוזה הורות המבוסס על הסכמה משותפת, אינו נוגד את תקנת הציבור ונותן מעמד בכורה להסכם ההורות. טובתו של הילד מחייבת כי בחייו יהיו שני הורים ואין מגדרם משנה לעניין זה. את הפלטפורמה ליצירת ההסכם, ניתן להקיש מחוק הפונדקאות ומחוק יחסי ממון בשינויים המחייבים כמובן.

86. ועתה אדרש להשיב לשאלות שנשאלו בתחילת הפרק: כיום, ניתן להכיר בהורות הסכמית המזכה במתן צו הורות פסיקתי אף בלא כל זיקה ביולוגית או פיזיולוגית לילד ובתי המשפט נדרשים לכך מידי יום ביומו. התשתית הונחה זה מכבר וכל שנתר עתה, הוא ליתן לתשתית זו הכרה משפטית הולמת. מידי יום ביומו, מגיעים לפתחו של בית המשפט זוגות בעלי מגדרים שונים וזהויות מיניות מגוונות, במטרה לאשר הסכמים שנחתמו ביניהם וליתן להם תוקף משפטי מחייב. אך גם אם אין הסכם חתום בכתב ניתן ללמוד על קיומו של ההסכם מכוח ההתנהגות והתנהלות הצדדים בפועל.

87. בשולי פרק זה, אין לי אלא להצטרף לקריאות רבות שהופנו למחוקק על מנת שיסדיר את סוגיית ההורות נוכח היעדר חקיקה או פסיקה עקיבה בעניין, ובשל פיתוחם המואץ של טכנולוגיות ההולדה וקשרי המשפחה החדשה. ברי, טוב יהיה לו תהא סוגיה זו מוסדרת בחקיקה. (ראו בעניין זה אף את קריאתה של כב' השופטת גאולה לוי בתמ"ש (משפחה ב"ש) 50399-12-12 מדינת ישראל נ' פלונית [פורסם בנבו, 11.5.13]).

88. לעניות דעתי, ניתן ואף רצוי לקבוע אדן נוסף של הורות - "הורות הסכמית", שביכולתה להצטרף לכל יתר הזיקות הקיימות ואף לעמוד בזכות עצמה. השכלול



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

בדבר ההורות ההסכמית מתבצע הלכה למעשה, מהרגע בו הרעיון להורות הופך להיריון - המדובר בנקודת אל חזור, כך שגם אם בנות הזוג או בני הזוג ייפרדו עוד טרם הלידה, לא יהיה בכך כדי להוריד במאומה מאחריותו של הטוען להורות כלפי העובר ולימים אף לילד שייוולד. המדובר באגד זכויות וחובות הכרוך אחד בשני מעצם טיבו. מהרגע שנוצר הריון, צד אינו יכול להשתחרר מההסכם, בדיוק כמו שהורה בעל מטען גנטי אינו יכול להשתרר מההורות שלו. יחד עם זאת, יש להדגיש, כי כל עוד אין הריון ניתן להשתחרר מההסכם. טובת הילד היא הדבר העיקרי שיעמוד לנגד עיני בית המשפט בכל הכרעה בשאלה שתגיע לפתחו. (ההדגשות שלי א' א' ס')

37. על פסק הדין בעניין ט.ב. הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי במסגרת עמ"ש 18-07-47597 היועץ המשפטי לממשלה נ' ט.ב. ואח' (2018). בית המשפט המחוזי המליץ בפני ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לחזור מן הערעור ולמחוק אותו. המלצה זו של בית המשפט התקבלה וביום 27.12.2018 ניתן פסק דין המורה על מחיקת הערעור.

38. משכך, נראה כי בנקודה שלפנינו בכוונת המבקשים הייתה ליצור הורות שנבעה הן מההסכמות אליהם הגיעו והן מעצם נישואיהם. עתה לאחר שגם דלגנו מעל משוכה זו ניתן לעבור למשוכה הבאה.

**האם צו ההורות הפסיקתי הוא דקלרטיבי או קונסטיטוטיובי? האם יש צורך לאבחן אותנו במקרים שונים של קביעת הורות (אימוץ, פונדקאות, הורות ביולוגית, והורות מכוח זיקה לזיקה או הורות הסכמית)?**

39. אשוב ואומר, כי המשמעות הנלווית להחלטה בשאלה גוררת אחריה משמעות משפטית חשובה נוספת. לו יקבע כי צו ההורות הוא דקלרטיבי, אזי התוצאה המשפטית היא כי הוא יינתן רטרואקטיבי ליום הלידה. לאחרונה, נדרשים בתי המשפט רבות לשאלה זו, ונראה כי אין תמימות דעים בין השופטים והמלומדים השונים. לא בכדי ישנה מחלוקת, היות ואין המדובר בהגדרה של מינוח אלא בהגדרה בעלת משקל מהותי ובעלת נפקויות משפטיות נרחבות.

40. כאמור יש לאבחן בין הורות מכוח אימוץ לבין יתר המקרים המקנים הורות. רק הורות מכוח אימוץ היא ההורות אשר דה פקטו מסיימת את ההורות הביולוגית, ומקנה הורות חדשה באמצעות צו אימוץ להורים המאמצים על ידי בית המשפט. לפיכך, לעולם צו הורות באימוץ יהיה קונסטיטוטיובי ותוקפו יהיה מיום הוצאתו, כאמור בסעיף 17 לחוק האימוץ. זאת, היות שעובר לכך, לא היה חלל





## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

בהורות שנדרש היה למלא. ההורים הביולוגים, הם שהיו בעלי המעמד המשפטי התקף, בניגוד למצב בהליכי פונדקאות ובמצב של הורות הסכמית.

41. אשר להורות הביולוגית – אין חולק כי ההורים הם הוריו של הילד ממועד לידתו. והנה לעיתים מגיעות לפתחו של בית המשפט תביעות למתן פסק דין הצהרתי לשם קביעה, כי פלוני הוא אביו הביולוגי של הילד. בחלק מהמקרים, יכול להיות מצב כי התביעה תוגש שנים מספר לאחר לידתו של הילד- ומה דינו של פסק הדין שניתן האם הוא דקלרטיבי או קונסטיטוטיבי? המעיין בהחלטות בית המשפט ילמד כי באופן עקבי, באותם מקרים בהם הבדיקה הגנטית העלתה את הקשר הביולוגי בין האב לילד, אזי כל ההחלטות שניתנו קבעו כי המדובר בפסק דין דקלרטיבי החל, כמובן, ממועד לידתו של הילד, גם אם לא היה כל קשר בין הקטין לאב ממועד לידתו, וגם אם חלפו שנים רבות. הקשר הגנטי הוא חזות הכל.

האמנם?

42. וכך עמדת המדינה בכל תיק המגיע לפתחה. ואמנם בזכות הקשר הגנטי יכול האב להירשם כהורה מיום לידתו של הילד גם אם לא היה נוכח בחייו ולו יום אחד לרפואה, להבדיל מהטוענים להורות, שהיו נוכחים בחיי ילדם מלידתם ועוד טרם לכך, מעת השלב בו הילד היה רק רעיון וליוו את כל התהליך? כפי שבמקרה שלפנינו, בו בני הזוג קיוו לתאומים ופעלו כך שיוולדו שני ילדים הנושאים מטען גנטי השייך לכל אחד מהצדדים.

43. המדינה נוהגת לטעון, כי צו ההורות הפסיקתי הוא לעולם מכונן הורות. המעיין בדרך בה התוויית וכפי שהוצגו הדברים במסגרת עניין ט.ב. לעיל, ילמד כי הדברים הם בדיוק הפוכים. צו ההורות הוא לעולם דקלרטיבי ורק באימוץ הוא קונסטיטוטיבי היות והוא מכונן קשרי הורות חדשים שלא היו קודם בין ההורים המאמצים לבין המאומץ.

44. גם הטענה של המדינה כי במקרה של פונדקאות, החלת צו הורות פסיקתי באופן רטרואקטיבי למועד הלידה עלולה ליצור מבחינה משפטית מצב – בו במועד הלידה וסמוך לה – יהיו לקטינה שלושה הורים – האם הפונדקאית, וההורים הביולוגים או ההורה הביולוגי ובן זוגו או בת הזוג שלו, שאיננה תואמת הלכה למעשה את המציאות דה פקטו. לשיטת המדינה, מדובר בתוצאה בלתי אפשרית על פי הדין הישראלי, שאף אינה משקפת את כוונת הצדדים כי בהליך הפונדקאות לקטינה יהיו שני הורים בלבד.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

45. עם כל הכבוד, קיים קושי לקבל טענה זו של המדינה, הואיל ונראה כי היא מתעלמת מהדין הקיים בנוגע להליך פונדקאות המתקיים בישראל ומשכך חלים עליו חוק הפונדקאות וסעיף 10(א) שבו הקובע כדלקמן:

**"עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו".**

46. ובמה דברים אמורים? הוראת לשון סעיף 10 לחוק הפונדקאות מפנה להוראות סעיפים 14 ו-15 לחוק הכשרות המשפטית. משכך עוד טרם מתן צו ההורות הפסיקתי על ידי בית המשפט, מקבלים ההורים המיועדים סטטוס משפטי מכוח ההסכם עליו חתמו בהתאם לחוק הפונדקאות וחוק הכשרות המשפטית.

47. חיזוק נוסף לכך, הינו הסכם הפונדקאות המשתרע על מספר רב של עמודים, והמכיל עשרות סעיפים, המבטיחים סעיף אחר סעיף כי לפונדקאית אין כל מעמד כלפי הקטינה, זה בסיסו וזה שורשו של ההסכם, כך שבשום שלב אין מצב של שלושה הורים כלפי הקטינה. הפונדקאית בשום שלב אינה נחשבת כהורה. מכורח המציאות נדרשים טעמי פרוצדורה על מנת לפרוס את המצב בהתאם לדין המקום בו מתבצע ההליך וזה כשלעצמו אינו מקנה בשום שלב הורות מהותית לפונדקאית. לו תעלה הטענה כי הפונדקאית יכולה להפר את ההסכם – אזי מה נפקא מינה בין מקרה זה לבין כל מקרה אחר של צד המפר הסכם? ואין חברה יכולה להבנות ממקרה הקיצון החריג? המעיין בכלל סוגיית הפונדקאות דווקא ילמד, כי הצדדים מכבדים את ההסכם עליו הם חתומים – ואם יקרה מקרה בו תחליט הפונדקאית לצאת נגד ההסכם – בטוחני שבית המשפט יבדוק את התיק על שלל היבטיו לרבות המשקל של ההסכם עליו חתמו הצדדים.

48. גם לפי הדין החל במדינת המקור בה נערך ההסכם מושא התיק שלפניי, אורגון שבארצות הברית, המבקשים הם הוריה של הקטינה מרגע לידתה וזאת בהתאם לפסק הדין שניתן. כך שבשום שלב אין הורה שלישי או חשש שמא לפונדקאית יש זכויות על הקטינה. משכך בפרט עתה עת התמונה ברורה לחלוטין וחלף פרק זמן של למעלה משנה מאז לידתה של הקטינה ואין אף אחר הטוען להורות אחר הקטינה זולת המבקשים, הרי שאין כל מניעה לקבוע את מתן צו ההורות כזה החל מיום הלידה.

49. גם בתמ"ש (י-ם) 16-11-49653 צ.א. ואח' נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים י-ם (12.3.2018) נקבע על ידי כבוד השופטת מ' דבירי – רוזנבלט כי צו ההורות הפסיקתי במקרה של הליך פונדקאות חו"ל יחול רטרואקטיבי למן מועד לידתה של הקטינה.

50. בעמ"ש 17-02-36564 לשכת העבודה והרווחה תל-אביב נ' ורשאי ואח' (22.3.2018) נדון ערעור על פסק הדין של חברי כבוד השופט ש' בר יוסף בנוגע לצו הורות פסיקתי שניתן רטרואקטיבי מיום לידת הקטינים במקרה של פונדקאות בארה"ב. בית המשפט קמא קבע כי הצו יינתן מיום הלידה.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

בסופו של יום בית המשפט המחוזי החליט על דרך הביניים וקבע את מועד מתן צו ההורות הפסיקתי רטרואקטיבי למועד בו ניתן פסק הדין בארה"ב, מהטעם כי במועד זה נותק הקשר בין הפונדקאית לקטינים. עם זאת בנוגע למתן תשובה לשאלה האם צו ההורות הפסיקתי הוא דקלרטיבי או קונסטיטוטטיבי הושאר הדבר להכרעה לעת מצוא.

51. אציין, כי ישנם מקרים כי ניתן לקבל פסקי דין זרים עוד טרם הלידה המנתקים את הקשר המשפטי בין הפונדקאית לקטינה, ואז נותרת רק דרישת המדינה בכך שהפונדקאית תיסע לקונסוליה הישראלית באותה מדינה לאחר הלידה ותחתום על תצהיר ויתור. כך או אחרת יכול גם יכול להיות מצב בו לקטינה יהיו שלושה הורים משפטים לאור הטכנולוגיה המתקדמת והמתפתחת המאפשרת זאת. אך חשוב להבהיר ולחדד כי בהתאם להסכם הפונדקאות עליו חתומים המבקשים והפונדקאית והדין הקיים אין לאף אחד מהצדדים כל כוונה ליצור מצב כזה. משכך טענת המדינה אשר לשלושה הורים אינה רלוונטית במקרה של פונדקאות.

52. כבוד השופט ש' שוחט סקר (ראו עמוד 6 לפסק דין) שורה ארוכה של פסק דין במסגרתם נקבע, כי צו ההורות הפסיקתי הוא הצהרתי ואינו מכונן הורות חדשה, והשאיר בצריך עיון את החלטתו בעניין זה. בפסק דין זה, כבוד השופטת י' שבח קבעה כי צו הורות פסיקתי הניתן להורה חסר זיקה גנטית לילד- לעולם יהא קונסטיטוטטיבי משהוא מכונן מעמד משפטי חדש שלא היה קיים קודם לכן (ראו: עמוד 18 שורות 12-13 לפסק הדין) מאידך כבוד השופט י' אטדגי מצטרף לדעתו של כבוד השופט ש' שוחט, ובחר שלא להכריע בשאלה. עם זאת, ניתן ללמוד על הלך מחשבתו בנוגע לסוגיה אודות הדברים הבאים שהובאו במסגרת פסק הדין:

**"מעבר לשיקולים שנמנו בהקשר זה בפסק דין סול (ושפורטו בחוות דעתו של השופט שוחט), קיים, לדעתי, שיקול נוסף חשוב: צמצום מרבי של התקופה שבה ההורה, עליו מוחל הצו, לא יהיה "הורה" של הילד. זהו אינטרס הן של ההורה, הן של הילד והן של החברה. ההורה וודאי שהוא חפץ להיות "הורה" של הילד, קרוב ככל האפשר ליום היוולדו וזו גם טובתו של הילד, כי הוא יחשב כילדו של אותו הורה סמוך ככל הניתן לעת לידתו. גם החברה, השואפת ליציבות, תצא נשכרת מכך שההורה יחשב כהורה של הילד, קרוב ככל הניתן ליום לידתו, בלי ליצור הבחנה ממשית בין התקופה הזניחה שלפני ההורות לבין התקופה העיקרית שלאחריה."**  
(ההדגשות שלי א' א' ס')

53. בעניין זה אפנה גם למאמרו של ד"ר יחזקאל מרגלית **"הורות משפטית מן הדין ומן הצדק- גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי"**, משפטים, (מז) 113, הסוקר את התפתחותו של צו ההורות הפסיקתי על כל היבטיו. ראו עמוד 138:

**"אם עד עתה עסקנו בצורך השיפוטי בצו הורות פסיקתי או בפסק דין הצהרתי לשם הכרה באימהות המשפטית של האם המזמינה במקום שהיא גם האם הגנטית,**



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

הדברים ודאי אמורים במקום שבו מדובר בהליך פונדקאות חו"ל ששילב גם תרומת ביצית מתורמת זרה. שהרי, כל האמור לעיל עוסק בצו הורות (או בפסק דין) דקלרטיבי המשלים את ההכרה באימהות המשפטית מכוח הזיקה הגנטית הקיימת. אולם כעת אנו עוברים לדון בצו הורות קונסטיטוטטיבי היוצר את ההורות המשפטית של האם המזמינה חרף היעדר של זיקה גנטית בינה ובין היילוד מהליך פונדקאות חו"ל." (ההדגשות שלי א' א' ס').

לדידו, צו הורות דקלרטיבי חל תמיד במקרה של זיקה גנטית, וכאשר קם הצורך להצהיר דקלרטיבית על קיומה של האימהות המשפטית הנובעת מכך. ד"ר מרגליות רואה עדיין במדינת ישראל שבה ההלכה היהודית ותובנותיה בדבר ההורות הטבעית – ביולוגית היא עדיין שחקן מרכזי, כי יש ליתן לכך ביטוי לפחות בהקשר של רישום ההורות המשפטית. לפיכך יש לשמר את הזיקה שבין ההורות הביולוגית גנטית ובין ההורות המשפטית הנרשמת במרשם. לטעמי, לא כך הדבר ומשעה שהורה הוא הורה אין ליצור חיץ ואפליה. דין אחד להורה בעל המטען הביולוגי ודין אחר להורה שאינו בעל המטען. ובשים לב, שכאמור אפליה זו היא נחלתם של הזוגות החד מיניים בלבד היות שלגבי הזוגות ההטרוסקסואלים גם אם אחד מהם עקר הוא לא "יזכה" לחוות הליכה במדורי הגיהנום אותם נאלצים לעבור המשפחות מאותו המין.

54. בעמ"ש 17-03-28901 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית (24.5.2018). המדובר בפסק דין המכיל חוות דעת ארוכה, מקיפה ויפה של כבוד השופטת ע' ורבנר שקבעה בסופה, כי לטעמה צו הורות פסיקתי הינו מכוון וחל מיום נתינתו. לדעה זו הצטרף כבוד השופט ח' שרעבי ומנגד הובעה עמדתו של כבוד השופט ס' גיוסי אב"ד, שלטעמו המדובר בצו דקלרטיבי. במסגרת פסק הדין עמודים 28-29 אזכרה כבוד השופטת ע' ורבנר ציטטות ממאמרו של פרופסור מיכאל קוריאנאלדי, "לשאלת הפונדקאות בישראל - הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996, ודו"ח ועדת אלוני" (המשפט ג, 63, 69 תשנ"ו):

"יש להבחין בין שני סוגי צווי הורות: א. צו הורות דקלרטיבי, המצהיר על האבהות הטבעית של האב ועל האימהות הטבעית של האם המיועדת הגנטית (במקרה שהיא בעלת הביצית המופרית שהושתלה כפונדקאית) ב. צו הורות קונסטיטוטטיבי (בדומה לצו אימוץ) היוצר את סטטוס האימהות של האם המיועדת, וזאת במקרה שהיא אינה האם הגנטית (בעלת הביצית)".

(ההדגשות שלי א' א' ס').

55. לשיטתה הדברים שנאמרו בהקשר לחוק הפונדקאות יפים גם לעניינו. שכן צו ההורות הפסיקתי יוצר את הסטטוס המשפטי של בת הזוג כאם, ובלעדיו לא תוכר הטוענת להורות כאם מבחינה



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

משפטית. דעתי אינה כדעתה. השאלה העולה מטיעון כאמור הינה, כי דין זהה אמור לחול גם על זוג הטרנסקסואלי שבו הגבר עקר – אך לא כך הדבר הלכה למעשה, ומכאן המדובר בהפליה וחוסר שוויון. כבוד השופטת ע' ורבנר נתנה דעתה לסוגיה (ראו עמוד 33 לפסק הדין) אך רק ביחס למילוי הטפסים בעת מתן תרומת הזרע ולא לעניין צו ההורות. עם זאת אציין, כי נכון להיום בני הזוג של הנתרם בעת הליך הפריה מחויבים לחתום על מסמכים וזאת בהתאם לדרישות בנק הזרע ומשרד הבריאות. המעייין במועד פרסומו של מאמרו של המלומד קוריןאלדי המוזכר בפסק דינה של כבוד השופטת ע' ורבנר, ילמד כי המדובר בשנת תשנ"ו-1996. מאז ועד היום חלפו למעלה משני עשורים וחלו תמורות נכבדות בהליך יצירת ההורות, שאינן נחלת המשפחות הטרנסקסואליות בלבד והחלה הכרה במשפחות מאותו המין. הפסיקה הענפה והמאמרים הרבים שנכתבו בעקבות כך מדברים בעד עצמם.

56. לדידו של כבוד השופט ס' גייסי, צו ההורות הוא דקלרטיבי, וזאת כדברי כבוד השופטת ה' גורביץ שיינפלד, בתמ"ש 16-09-57390 ב.צ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה משרד הרווחה והשירותים החברתיים, (30.1.2017), שעליו הוגש הערעור. הטעמים עליהם ביססה החלטתה היו, כי במידה ונקבע שיש ליתן צו שתחולתו מיום הלידה - אזי רק אז יש לבדוק האם הצו הוא הצהרתי או מכונן וכי המדובר בשני שלבים שונים. השלב הראשון – בו בודקים האם בכלל יש ליתן צו הורות ואם כן ממת. במידה והתשובה חיובית אזי כבר נשקלו כל השיקולים בדבר מתו צו כאמור. קרי, זוגיות קיימת, ההחלטה להביא ילד וכדומה. השלב השני- נבחן את סיווג הצו כהצהרתי או מכונן. משעה שביית המשפט מצא כי ההורות מתקיימת מיום הלידה הרי שיש ליצור "נורמליזציה" ככל שניתן, בין הורות זו להורות ביולוגית – ולאחריה אין מקום עוד לאבחנה ביניהם (ראו: עמוד 38-39 לפס"ד) וכדבריו:

**"ודוק: משניתן צו ההורות והוחלט כי זה חל מיום הלידה, לאחר שבית המשפט בחן מכלול השיקולים, הרי שבכך "מיסד" משפטית את המצב "העובדתי" ששרר לפני מתן הצו (היינו: לידת ילד לתוך תא משפחתי, כאשר לידתו היא פרי החלטה ותכנון משותפים). בית משפט אינו יוצר בכך הורות יש מאין, אלא שההורות קיימת והוא אך מצהיר עליה. בהקשר זה היטיב לתאר זאת בית משפט קמא בגדרי פסק דינו, תוך שהפנה לעמדתו של השופט נ. שילה בתמ"ש 16-04-41067 ב"כ היועמ"ש נ' פלונית (1.12.16), אשר מקובלת עלי.**

[...]

ומעל הכל, ההחלטה לפיה הצו במקרה כזה הוא הצהרתי היא החלטה המקיימת את עיקרון השוויון. היום, זוגיות של בני/ות זוג מאותו מין, לפי ההכרה החברתית והמשפטית, הינה זוגיות שמעמדה הוכר כשווה לזוגיות



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

הטרוסקסואלית, ומשכך, ראוי לשוות להורות שהיא תולדה של זוגיות מעין זו, בנסיבות המתאימות המצדיקות מתן צו הורות שתוקפו מיום הלידה, מעמד שווה להורות "טבעית/ביולוגית" כתוצאה מזוגיות הטרוסקסואלית." (ההדגשות שלי א' א' ס').

57. בכנסת ה-20 הועלתה הצעה לתיקון חוק מרשם האוכלוסין (רישום בת זוג או בן זוג כהורה), התשע"ז-2017. במסגרת הצעת החוק, הוצע לשנות את סעיף 21, הדן בהוספת שם בת זוג, ידועה בציבור או נשואה, של אם הילד הנולד מתרומת זרע, כאם נוספת על-פי הודעה משותפת של האם ובת הזוג או על-פי פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך. ברוב המקרים מדובר בזוגות הבוחרים להביא יחד ילד לעולם, ובשל המנגנון הביולוגי רק אחד ההורים יכולים להיות קשורים ביולוגית לילד, הגם ששני ההורים מתפקדים כהורים מלאים לכל דבר ועניין. בהתאם למצב החוקי הקיים, בני זוג, גבר ואישה, נשואים, נרשמים באופן אוטומטי כהורי הילד או הילדה הנולדים. במקרה של ילד הנולד לאישה פנויה, סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, קובע שאבי הילד יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד, או על פי פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך, וזאת ללא כל דרישה להוכחת קשר ביולוגי בין הגבר הנרשם ובין הילד או הילדה הנולדים. הצעת החוק באה להשוות את מעמדם של זוגות חד מיניים למצבם של זוגות הטרוסקסואלים בכל הנוגע לרישום בת או בן הזוג כהורה, ובפרט ביחס לזוגות הטרוסקסואלים העושים שימוש בתרומת זרע.

58. לדידו של כבוד השופט נ' שילה, תחולתו של צו ההורות הפסיקתי הינה רטרואקטיבית מיום הלידה, וכי המדובר בצו הצהרתי, וזאת בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שעמד על כך במסגרת תמ"ש 41067-04-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (1.12.2016) ראה בפרק ב לפסק הדין סעיפים 1-12:

1. בבג"ץ 566/11 ממת מגד נ' משרד הפנים [פורסם בנבו] (28.1.14) הוכר המוסד של צו הורות פסיקתי ביחס לבני זוג מאותו מין. כב' השופט ג'ובראן ציין כי: "בית המשפט הכיר בכך שישנה חשיבות ממעלה ראשונה לכך שהסטטוס המשפטי ישקף את מערכת היחסים האמיתית שבין הורים לילדיהם וכי אי הכרה משפטית במערכת יחסים זו, עלולה לפגוע בילד עצמו. זאת, לצד הפגיעה בשוויון המגולמת באי הכרה זו".

2. בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה [פורסם בנבו] (1.4.15) התייחס כב' השופט הנדל להקניית מעמד הורות מכוח "הזיקה לזיקה", המאפשרת את רישומו של בן הזוג של ההורה הביולוגי כהורה של הילד והוא ציין כי:



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

3. "באשר לזיקה לזיקה, ישנה הכרה חברתית במעמדה של הזוגיות ובקשר ההדוק של אותו אדם עם בעל הזיקה הגנטית. קשר זה משליך גם על בן או בת הזוג אשר לא תרמו ללידה מבחינה גנטית או פיזיולוגית".

4. בפתח הדברים אציין, שטענת המבקש כי עד היום לא ניתנו צווי הורות מיום הלידה, כלל לא הוכחה ולא צורפה כל אסמכתא לטענה זו. ברם, אף אם טענה זו נכונה, אין הדבר מונע מהמשיבות להעמיד במבחן שיפוטי שאלה זו ולטעון כי מצב זה אינו ראוי.

5. עיקר טענת המבקש מבוססת על עמדתו כי צו ההורות מכונן הורות ואינו צו המצהיר על הורות קיימת. לכן לטענתו, האם צו ההורות שניתן לה' מכח "זיקה לזיקה" חל מיום הלידה או מיום מתן הצו. תחולת הצו מרגע כינונו ולא קודם.

6. אין בידי לקבל טענה זו. צו ההורות הפסיקתי מצהיר כי בן הזוג של ההורה הביולוגי, אשר מגדל את הקטין עמו מיום לידתו, הוא הורה לכל דבר ועניין. לא מדובר בצו המכונן מצב חדש שנוצר, אלא הוא משקף עובדה קיימת, לפיה בן זוגו של ההורה הביולוגי משמש כהורה נוסף. אין כל מניעה כי הצהרה זו לא תחול רטרואקטיבית ותשקף את המצב לאשורו, דהיינו שמיום הלידה, בן הזוג שאינו הורה ביולוגי, משמש כהורה נוסף לכל דבר ועניין.

7. מצב זה שונה לחלוטין ממצב של אימוץ, בו באמצעות הליך האימוץ, מתנתק הקשר בין המאומץ להוריו הביולוגים והצו "מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו" (סעיף 16 לחוק האימוץ). במקרה דנן, אין צורך לבצע כל ניתוק של קשרי הקטין מאנשים אחרים. אדרבא, מדובר במצב בו קיים לקטין עם הלידה קשר משפטי עם הורה אחד ובאמצעות צו ההורות, זוכה הקטין להורה נוסף. צו ההורות אמור לשקף מצב עובדתי ביחס לקטין ואדרבא, אם הצו יחול רק מיום מתן הצו, הוא יחטא לאמת שהרי בפועל, ההורה הנוסף שימש כהורה מיום הלידה ולא אירע בפועל כל שינוי מיום הלידה ועד יום מתן הצו.

8. ברם, לכאורה יש תנא דמסייע לעמדת המבקש מחוק הפונדקאות. סעיף 10 לחוק הפונדקאות קובע, כי פקיד סעד שימונה יהיה האפוטרופוס הבלעדי על הילד משעת לידתו ועד מתן צו ההורות. על פי חוק הפונדקאות, בעת לידתו של הקטין, ההורים המיועדים אינם נחשבים כהוריו ואפוטרופסיו ורק מעת שניתן צו ההורות הם נחשבים כהוריו. סעיף 12 לחוק קובע כי "עם מתן צו ההורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין". המבקש סבור, כי כשם שבתהליך פונדקאות נקבע כי רק "עם מתן צו ההורות" יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים, הוא הדין במקרה דנן ולכן



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

יש לקבוע כי צו ההורות חל רק מיום נתינתו. שהרי, צו ההורות הפסיקתי נוצר מאנלוגיה לחוק הפונדקאות.

9. ברם, אין הנדון דומה לראייה. שהרי, בהליך פונדקאות, קיימת אם נושאת שילדה את הקטין ויש צורך בצו שיפוטי על מנת לנתק את הקשר בין האם הנושאת ולהצהיר על זיקתם הבלעדית של ההורים המיועדים לקטין. ברם, במקרה דנן, כפי שפורט לעיל, אין צורך לנתק קשר כלשהו, מאחר ולא היתה לאיש זיקה משפטית קודמת לקטין (שהרי לתורם הזרע אין כל מעמד משפטי) ובן הזוג מתווסף ללא צורך בביטול זיקה קודמת. מדובר בהרחבת הזיקה לקטין ולא בביטול זיקה קודמת.

10. למעלה מן הצורך אוסיף, כי בהחלט ייתכן כי גם בצו הורות לפי חוק הפונדקאות, תחולתו תהיה רטרואקטיבית מיום הלידה. טול מקרה שבו האם המיועדת נפטרה בתקופה שמיום הלידה ולפני שניתן צו ההורות. האם הקטין שטרם ניתן לגביו צו הורות ובמועד הפטירה העו"ס משמש אפוטרופסו לא יירש את אמו המיועדת? בהחלט ייתכן כי מאחר וממילא הזיקה של האם הנושאת פחותה מבחינה משפטית מאשר במקרה של אימוץ, לאור ההסכם שנערך עמה מראש, ניתן יהיה לראות גם בצו ההורות על פי חוק הפונדקאות, כחל רטרואקטיבי מיום הלידה. מצב זה אף ישקף את המצב העובדתי, לפיו ההורים המיועדים הם אלו שמגדלים את הקטין מיום לידתו והוא במשמורתם.

11. העובדה שהזיקה המשפטית של בן זוגו של ההורה הביולוגי מוכרת בצו ההורות, לא מונעת תחולתו למפרע מיום הלידה. מדובר בצו הצהרתי שמתאר מצב שקיים מיום הלידה. הדבר דומה לצו ירושה שהוא דקלרטיבי ואולם חל רטרואקטיבית, מאחר ו"במות אדם עובר עיזבונו ליורשיו" ([סעיף 1 לחוק הירושה](#) תשכ"ה – 1965). נראה כי אם נקבל את עמדת המבקש, ייווצר "חלל משפטי" שעשוי לגרום לתסבוכת משפטית. לדוגמא: אם אביו של בן הזוג שאינו הורה גנטי, כתב צוואה שבמסגרתה הוריש חלק מעיזבונו לכל נכדיו במועד פטירתו והוא נפטר טרם שניתן צו ההורות הפסיקתי. ככל שנקבע שצו ההורות לא יחול ממועד הלידה, האם המשמעות היא שאותו קטין לא יירש את סבו? האם הוא לא ייחשב כנכדו מאחר וצו ההורות חל מעת נתינתו בלבד? נראה כי תוצאה זו אינה הגיונית ואינה סבירה.

12. בכל הכבוד לעמדת המבקש, לא ברורה כלל טענתו כי החלת הצו רטרואקטיבית תפגע בטובת הקטינים או תהווה פגיעה בתקנת הציבור. המבקש לא נתן כל הסבר מניח את הדעת איזה נזק ייגרם למאן דהו, אם בצו ייאמר כי ההורות היא מיום הלידה. יתר על כן, ממילא בתעודת הזהות לא כתוב מועד לתחילת ההורות." (ההדגשות שלי א' א' ס')





## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

59. על פסק דין זה הוגש ערעור עמ"ש 41143-01-17 משרד הרווחה והשירותים החברתיים – תל אביב נ' א' ואח' (10.6.2018). בית המשפט המחוזי דחה את הערעור. דעת רוב השופטים בפסק הדין תמכה בטענה כי לבית המשפט יש שיקול דעת לקבוע את תחולת צו ההורות גם רטרואקטיבית ואף מיום הלידה, בהתאם לנסיבות הספציפיות ושיקול דעתו. יפים דבריה של כבוד השופטת ע' רביד:

"צו ההורות הפסיקתי יפעל ממועד הלידה ואילך, וכי כל קביעה שונה מעוותת את המציאות שבתוכה חי הקטין מרגע לידתו, מציאות בה הקטין גדל עם שני בני זוג המתפקדים כהוריו לכל דבר ועניין. קביעה שונה גם מגדילה ללא צורך אמתי ומהותי את השונות בין ילד, שנולד לשני הורים הטרנסג'נדרים, אשר יש לו שני הורים מרגע לידתו, לבין ילד שנולד לזוג חד מיני, אשר על פי המצב המשפטי, שאומץ על ידי הרוב, יש לו רק הורה אחד, עד אשר "יווצר" לו הורה מכוח צו הורות פסיקתי לעיתים חודשים ואך שנים לאחר לידתו, כתלות בסיוס ההליך המשפטי" (ההדגשות שלי א' א' ס').

60. גם על פסק דין זה הוגש ערעור בע"מ 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית אך טרם ניתנה הכרעה בעניין, המדינה צריכה להגיש הודעת עדכון לגבי עמדתה בנוגע לתנאים למתן צו הורות פסיקתי וזאת עד ליום 26.2.2019.

61. גם כבוד השופט י' אליהו, קבע במסגרת תמ"ש 19776-02-16 ס. ואח' נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים בתל אביב (18.12.2016) כי הצו הוא דקלרטיבי ותחולתו רטרואקטיבית מיום הלידה (ראו פסקאות 23-24 לפסק דינו). כן ראו לעניין זה גם תמ"ש (נצ') 13637-06-15 א.כ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (15.5.2016) אשר ניתן ע"י כב' השופט א' זגורי-סגן הנשיא בסעיף 18 לפסה"ד:

"אין כל ספק, כי טובתו של הקטין הוא שצו הורות יינתן תוך פרק זמן קצר יחסית על מנת להסיר מעל הפרק כל אפשרות של אי וודאות לעניין מעמדו של ההורה שאינו הורה ביולוגי או הורה שטרם נרשם. כך גם ישרת הדבר את הקטין מבחינה כלכלית (זכות למזונות, ירושה וכיו"ב) אך בעיקר ימנע החשש להכתמה חברתית ומוסדית ו/או פגיעה פסיכולוגית ורגשית." לאלה מצטרפת העובדה כי קביעת צו ההורות הפסיקתי מיום הלידה מתיישבת היטב עם הזכות להורות אשר הוכרה כחלק מזכויות היסוד של האדם בישראל, כחלק מטבעו של כל אדם מחירותו וכבודו (ראו פסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין בבג"צ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות) פורסם בנבו (5.2.2013); (בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים נז 419, 480 (1) ו-בג"צ ממת בפרט סעיף 41 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור" (ההדגשות שלי א' א' ס'))



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

62. בעמ"ש 60269-01-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' סול ואח' (26.6.2017) (להלן – "עניין סול") נקבע כי הכלל הוא שמועד תחילת חלותו של הצו צריכה להיות מרגע הינתנו, וכי ברוב המקרים המדובר בצו מכונן- קונסטיטוטיובי, ואולם בשיקול דעתו של בית המשפט, בהתקיים התנאים המתאימים, יהא להקדימו, כמובן בהתאם למקרה שלפניו, וכדברי בית המשפט בסעיף 23 לפסק הדין:

"אנו סבורים כי מידת המתינות והזהירות היא המידה אותה עלינו לנקוט אף בכל הקשור לקביעת מועד תחילת חלותו של צו ההורות הפסיקתי לבת זוג שאינה ההורה הגנטי. הורות שאינה גנטית היא אומנם הורות לכל דבר וענין שווה להורות גנטית מעת שהוכרזה ההורות ואולם ברי כי יש לנהוג בה מנהג זהירות ולבחון בחון היטב את טיבה וכשרותה קודם קביעתה, שאם לא כן, אפשר האפשרות לרכישת הורות שאינה גנטית תנוצל באופן שאינו ראוי מן הפן המוסרי והחבובתי כאחד. מידת זהירות זו, אותה עלינו לאחוז בכל הקשור לקביעת ההורות, יש בה כדי להצדיק את הקביעה כי ככלל תהא תחולתו של צו ההורות אך ורק מרגע הינתנו, ואולם בשיקול דעתו של בית המשפט יהא להקדים את מועד הצו למועד הלידה."

ובהמשך בסעיף 24:

"מילים אחרות – 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 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 כהורתם של שני בני זוג גנטיים." (ההדגשות שלי א' א' ס')

63. בטרם אמשיך, אוסיף ואומר, כי המעיין בתוצאותיו המעשיות של פסק הדין סול, ילמד כי בכל ההליכים שהתנהלו בפניו, פסק בית המשפט כי חלותו של צו ההורות תהיה דווקא מיום הלידה. בית המשפט בחן, בין יתר השיקולים שעמדו לפניו, את פרק הזמן בו הוגשו התביעות לאחר הלידה ונתן לכך משקל. כמו כן, במבחן התוצאה איני רואה כל הבדל בין מקרה בו נדרש בית המשפט ליתן צו הורות פסיקתי במסגרת הליך שבו בת זוג טוענת להורות על ילד שנולד ממטען גנטי של בת זוגה מתורמת זרע לבין בקשה לצו הורות במסגרת הליך פונדקאות. משכך ניתן לומר, כי אותם שיקולים שעמדו לפני בית המשפט בעניין סול, ישימים ויפים גם למקרה שלפנינו.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

64. אחזור על דבריי כפי שכבר כתבתי במסגרת תמ"ש 11587-07-17 ק.ר ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.10.2017). בהינתן צו הורות פסיקתי על ידי בית המשפט הקובע, כי פלוני הוא הורה של הקטין אלמוני, הכלל צריך להיות מיום הלידה ואילו החריג הוא מיום הצו. משמעות הענקת הסטטוס ההורי במסגרת צו הורות, טומנת בחובה את הזכות להורות אשר הוכרה זה מכבר כזכות יסוד. המדובר בצו דקלרטיבי מהותי המקבע את מערכת היחסים שבין ההורה לילדו.

65. על ההבדלים שבין צו הורות פסיקתי לבין הקניית הורות מכוח הליך של אימוץ או פונדקאות עמד כבר כבוד השופט נ' שילה במסגרת תמ"ש 41067-04-16 בכפי שצוין לעיל. בהליכים הללו המדובר "בהורות חדשה" המנתקת הלכה למעשה את "ההורות הראשונית" או "ההורות הביולוגית" של ההורים שילדו את הקטינה, אין הדבר דומה לצו ההורות הניתן במסגרת צו ההורות הפסיקתי הניתן במקרה שלפנינו, במסגרתו מקבל הטוען להורות צו הורות, עבור הקטינה אותה הוא מגדל הלכה למעשה מיום לידתה, כך שמתן הצו משקף מצב עובדתי ראייתי של הורות הקיימת אלא שעד היום טרם קיבלה סטטוס רשמי.

66. איני יכולה להתעלם מהיבטים הנוספים למשמעות של ההכרה בהורות מיום לידתה של הקטינה, הנוגעים אף הם בכל הקשת המשפטית. לכך יש השלכות הקשורות לדיני הירושה, לזכויות וחובות לפי חוק הכשרות המשפטית, מזונות, משמורת, זכויות סוציאליות, אפשרות שימוש בחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, ביטוח לאומי, מס הכנסה, אפוטרופסות, אחריות בפלילים, חוק עבודת נשים וכדומה. משכך, המשמעות של קביעת הצו, כי תחולתו רטרואקטיבית הינה מהותית ביותר.

67. גם מנקודת טובתה של הקטינה, ברי לכל בר דעת, כי טובתה היא, שהטוען להורות יוכרז מיום לידתה ולא מיום בו יחליט בית משפט פלוני על "יום הולדת ההורות". בעיניה של הקטינה, המדובר בהורה לכל דבר וענין, ומשכך יש להתאים את המצב העובדתי למציאות חייה של הקטינה משעה שביט המשפט קובע צו הורות מיום מתן הצו ולא מיום לידתה של הקטינה, אנו כמעין יוצרים שני ימי הולדת לקטינה ויש שיאמרו יום הולדת להורות. גם להורה הלא ביולוגי, "לטוען להורות", מגיעה הזכות להכרה ולקבלת הסטטוס המתאים מיום לידת ילדו ולא מיום אחר שרירותי אשר יקבע על ידי בית המשפט. **לאדם יש תאריך לידה אחד ומאותו מועד ואילך מתחיל סיפור חייו.**

68. אוסיף, כי דווקא בעת תכנון הקמת משפחה יש ליתן משקל לוודאות וליציבות. כך שבעת הכרזת על הצו כדקלרטיבי על כל המשתמע מכך – החובות והזכויות ההוריות שיהיו לטוענים להורות, כך שגם הם כהורים הביולוגיים שותפים בהליך הבאת ילד לעולם ויכלכלו את צעדיהם ביתר קפידה לפני מעשה. ההחלטה להביא ילד לעולם תילקח על בסיס הידיעה ש"אין חרטות", ואולי מראש (בגישה של משפט מכווין התנהגות ex-ante) נוביל לתוצאה רצויה בפרקטיקה, כאשר פחות ילדים "נטושים" או



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

"זנוחים" על ידי הורה נטול זיקה ישירה, באופן שישרת את התועלת החברתית המצרפית ואת טובת הילדים עצמם. זאת להבדיל מצו אימוץ, שבמסגרתו ההחלטות שמתקבלות נכונות לנקודת זמן ספציפית, שמשנתנה ממקרה למקרה ולא רלוונטית למצבים בהם ההחלטה על הבאת ילד לעולם הייתה משותפת לשני האנשים הרלוונטיים, בפרט אלו העומדים לפנינו.

69. מה בין צו הורות לידועים בציבור - המעיין בפסקי דין הניתנים בשגרה בנוגע למתן להכרזה על ידועים בציבור, ילמד כי אין פסק דין ולו אחד, הקובע כי מועד פסק דין של בית המשפט הוא אשר מכונן את ההגדרה של הידועים בציבור. מטרתו של פסק הדין בתובענה להכרזה על ידועים בציבור לקבוע כי החל ממועד מסוים בזמן עבר או בכל מועד אחר (במידה ויש הסכמה עליו) יחשבו כידועים בציבור אם לאו. במידה ויש הסכמה לגבי תחילת המועד להגדרה, בית המשפט לא ימנה מומחה ולא יטיל דופי בהצהרת הצדדים אלא ייתן פסק דין המכריז על הצדדים כידועים בציבור. וכאשר הצדדים חלוקים ביניהם בנוגע להגדרה כאמור או למועד תחילת הקשר אזי יהיה המדובר בעובדה שיש להוכיח. הגדרה זו מקנה זכויות שונות בהתאם לדין הרלוונטי, ובהתאם לכך משתנה מעניין לעניין על פי הגדרתו של החוק או הפסיקה הרלוונטית והנוגעת לעניין הנדון, אם המדובר בזכייה על פי דיני הירושה או באם קבלת קצבה מהביטוח לאומי או באם קבלת מזונות, זכייה ברכוש ועוד. אפנה בעניין זה לדבריו של כבוד השופט צ' ויצמן בתמ"ש (פ"ת) 36036-02-10 ס.כ נ' עזבון המנוח פ.ד. ז"ל (11.5.2014):

"... מתוך שכך הגדרתה של זו משתנה מעניין לעניין על פי הגדרתו של החוק הרלבנטי ו/או הפסיקה הנוגעת לעניין המסוים. רוצה לומר, לא הרי ה"ידוע בציבור" לצורך זכייה בירושתו של אדם, אשר על עניינו שולט חוק הירושה, כ"ידוע בציבור" לצורך קבלת קצבת מל"ל אשר על עניינו שולט חוק הביטוח הלאומי וכיוצ"ב(ע"א 384/61 מד"י נ. פסלר פ"ד ט"ז, 102; ע"א 563/65 יגר נ. פלביץ, פ"ד כ (3) 244; מ. שאווה, הידועה בציבור כאישתו - הגדרתה, מעמדה וזכויותיה, עיוני משפט ג' (תשל"ג) 484). מתוך שכך נהירה אמירתו הידועה של הש' זילברג בפרשת דריאן -

" הגדרתה המשפטית המדוייקת של "ידועה בציבור כאשתו", היא קשה כקריעת ים סוף, או בלתי אפשרית כפתרון בעיית ריבוע העיגול..." (ע"א 42/65 דריאן נ. עמידר (1969) [פורסם בנבו] וצוטט בפסקי דין רבים, ראה כדוגמה -תמ"ש (ירושלים) 4910/97 - פלוני נ' פלוני (1997) [פורסם בנבו]; תמ"ש (תל-אביב-יפו) 21030/00 - ליבמן נורית נ' היועמ"ש (2002) [פורסם בנבו])." ההדגשות שלי א' א' (ס')

70. והנה אנו רואים, כי המשמעות של הגדרת הידועים בציבור הינה הצהרתית החלה ברוב המקרים רטרואקטיבית, קל וחומר יש בכך כדי להאיר על הצו הורות הפסיקתי.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 20823-09-17 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

71. עיינו רואות שגם סעיף 66 לחוק הירושה דן בהצהרה על זכויות היורשים, חוק הצהרת מוות, תשל"ח-1978, חוק לקביעת גיל וכן לפי סעיף 7 (א) לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד קובע: " הילד יירשם תיכף לאחר לידתו, ותהיה לו מלידתו הזכות להיקרא בשם, הזכות לקבל אזרחות, וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם". כל החוקים הללו באים ללמדנו שמטרת הצו ההצהרתי לא נועד לשם יצירת הזכות אלא משקפים את המצב העובדתי המשפטי דה פקטו.

72. בנסיבות אילו, צו ההורות הפסיקתי שניתן במקרה המונח לפניי ובדומים לו תוצאתו זהה להורות המשפטית הקנויה להורות ביולוגית, ואין היא דומה להורות שניתנת במסגרת סעיף 19 לחוק האימוץ ככזאת הניתנת לביטול!

### סוף דבר

73. האינטרס הציבורי, האינטרס של הצדדים ושל הקטינה הם, כי המבקש 2 יוכר כאביה של הקטינה מיום לידתה, קרי 7.7.2017. לכך יש השלכות רבות כפי שהובאו במסגרת פסק דין זה. הזכות להורות הינה חלק מכבוד האדם והוכרה זה מכבר בשורה ארוכה של פסקי דין.

74. הפסיקה כבר הכירה במתן צו הורות פסיקתי לבן הזוג של ההורה הביולוגי בשורה ארוכה של פסקי דין ראו רק לשם הדוגמה: בג"ץ **ממט-מגד נ' משרד הפנים** (28.1.2014), וכן תמ"ש 41067-04-17 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (1.12.2016), וכן בע"מ 1118/14 **פלונית נ' משרד העבודה והרווחה** (1.4.2015), ובע"מ 4890/14 כבוד השופט ע' פוגלמן **פלונית נגד פלונית** (2.9.2014).

75. לטעמי, ניתן יהיה להוסיף אדן נוסף של הורות הסכמית מהשלב שבו ההורות הופכת מרעיון להריון, וזאת מעבר לארבעת האדנים שנקבעו זה מכבר על ידי כבוד השופט נ' הנדל בע"מ 1118/14 **פלונית נ' משרד הרווחה** (1.4.2015). צו ההורות הוא דקלרטיבי ויש לאבחן אותו במקרים שונים. אין הליך אימוץ דומה להליך של פונדקאות, הורות ביולוגית, הורות פיזיולוגית והורות מכוח זיקה לזיקה או הורות הסכמית.

76. הליך הפונדקאות הוא חלק בלתי נפרד מהזכות הבסיסית להורות ומהגשמת הרצון להביא ילד לעולם המהווה כאמור חלק מכבוד האדם. כפי שכבר כתבתי **לאדם יש תאריך לידה אחד ומאותו מועד ואילך מתחיל סיפור חייו**.

77. משכך תחולתו של צו ההורות יחול מיום הלידה של הקטינה 7.7.2017.

78. המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לצדדים.



## בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 17-09-20823 א.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

79. ניתן לפרסם ללא שמות הצדדים.

ניתן היום, כ"ח טבת תשע"ט, 05 ינואר 2019, בהעדר הצדדים.

איריס אילוטוביץ' סגל, שופטת