



בבית המשפט העליון

בע"מ 1118/14

לפני :

כבוד הנשיא (בדימי) א' גרוניס
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

המבקשת :

פלונית

נ ג ד

המשיבים :

1. משרד הרווחה והשירותים החברתיים
2. פלונית
3. פלוני

המבקש להצטרף
כ"ידיד בית המשפט" :

מטה מאבק הנכים

דיון בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי
בבאר-שבע מיום 22.01.2014 בתיק עמ"ש 59993-07-13
שניתנה על ידי כבוד סגנית הנשיא ש' דברת והשופטים :
ר' ברקאי, א' ואגור

תאריך הישיבה :

י' בתמוז התשע"ד (8.7.2014)

בשם המבקשת :

עו"ד שמואל מורן ; עו"ד אברהם סטי ;
עו"ד גיל עובדיה ליבוביץ'

בשם משיב 1 :

עו"ד דינה דומיניץ

בשם משיבה 2 :

עו"ד עודד ונגלניק ; עו"ד גיא מלמוד

בשם משיב 3 :

אין התייצבות

בשם המבקש להצטרף
כ"ידיד בית המשפט" :

עו"ד רוני רוטלר ; עו"ד איריס פינקלשטיין

פקידת הסעד הראשית
לחוק האימוץ :

עו"ס אורנה הירשפלד

פסק-דין (נימוקים)

השופט נ' הנדל:

תיק זה עומד בצומת המסתעף בו נפגשות הטכנולוגיה המתקדמת, מגבלות הפרט, הכמיהה האוניברסלית לילד והתפתחות המשפט הישראלי בדיני משפחה בכלל, ובהגדרת ההורות בפרט.

המבקשת בבקשת רשות הערעור שבפנינו היא אישה רווקה ללא בן זוג, אשר מסיבות רפואיות אינה יכולה להביא לעולם ילד גנטי או לשאת הריון מבחינה פיזיולוגית. לאחר שכשלו ניסיונותיה להיהפך לאם בדרכים ה"מוכרות", ולנוכח המצב המשפטי השורר בישראל בכל הקשור ליכולתה של רווקה לאמץ ילד לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), יזמה המבקשת הליך מורכב, בו חיברה בין כל המעורבים השונים על מנת להביא צאצא לעולם – היא השיגה תרומת זרע ותרומת ביצית, ואחייניתה שימשה כאם נושאת (להלן: משיבה 2). הליכי ההפריה וההשתלה בוצעו בהודו, ולאחריהם שבה משיבה 2 לישראל וכאן ילדה את התינוקת (להלן: התינוקת). על כן היא מבקשת ליתן לה צו הורות פסיקתי ולהכיר בה כאמה של התינוקת. בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע (תמ"ש 50399-12-12, כב' השופטת ג' לוי) דחה את תביעתה. בית המשפט המחוזי בבאר שבע (עמ"ש 59993-07-13, כב' סגנית הנשיא השופטת ש' זברת, השופטת ר' ברקאי והשופט א' ואגו) דחה את ערעורה. מכאן הבקשה שבפנינו, אשר כפי שיובא בהמשך, שוזרת בחובה שאלות רחבות היקף בדבר קביעת מעמד ההורות, לצד סיפורה האישי, הנוגע ללב והמורכב של המבקשת.

יוקדם ויוער כי עם לידת התינוקת הוצא צו לפי סעיף 12(ג) לחוק האימוץ, לפיו תישאר התינוקת בבית החולים ומונתה עובדת סוציאלית כאפוטרופוסית של התינוקת לפי סעיף 15(ב) לחוק האימוץ. בהמשך עברה התינוקת למשפחת אומנה. הוסכם על ידי משיבה 1 (מדינת ישראל – משרד הרווחה והשירותים החברתיים; להלן: המדינה) כי עד למתן פסק דין חלוט בעניין – יוקפא הליך האימוץ של התינוקת, כבת שנה וחצי במועד הדיון שהתקיים בפנינו. בשל דחיפות זמנים זו,

בסמוך לאחר שמיעת הדיון בפנינו ניתנה הכרעתנו, בלא נימוקים. החלטנו פה אחד, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות לפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 והוגש ערעור על פיה, ולדחות את הערעור לגופו בלא צו להוצאות. חוות דעת זו תציג אפוא את הנימוקים לדחייתו של הערעור.

רקע והליכים קודמים

1. על כמיהתה ארוכת השנים של המבקשת לילד אין חולק. ניתן להניח כי זעקתה מצטרפת לדברי רחל העקרה בקוראה: "הָקָה לִי בָנִים, וְאִם אֵין מְתָה אֲנִי כִי" (בראשית ל, א), ולמילות רחל המשוררת אשר כתבה "בן לו היה לי ילד קטן שחור תלתלים ונבון" (עקרה). זהו בראש ובראשונה מקרה פרטי, אישי, של אישה המשתוקקת להיות אם. המבקשת היא אזרחית ישראלית, ילידת שנת 1966, אשר אובחנה כסובלת ממחלת ניוון שרירים בגיל 10. ואולם, היא לא נתנה למצב למנוע ממנה לקיים חיים עצמאיים בקהילה, בסיוע משפחתה המורחבת התומכת. עם זאת, מצבה הרפואי אינו מאפשר לה לשאת הריון. על כן היא פנתה בעבר עם בן זוגה דאז לוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים הפועלת על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים). במקביל היא פנתה לרופאים על מנת שיישאבו מגופה ביציות לצורך הפרייתן. רופאים רבים סירבו לבקשתה בשל מצבה הרפואי, גילה והסיכויים הנמוכים ליצירת הריון. לאחר זמן נמצא רופא שהסכים לכך, נשאבו מגופה 10 ביציות, וחלקן הופרו והוקפאו. בהמשך ביקשה לשאוב ביציות נוספות, אך הרופא סירב ורופאים אחרים לא הסכימו אף הם. לבסוף, בקשתם של בני הזוג לביצוע הליך פונדקאות בישראל סורבה על ידי הוועדה בנימוק כי השניים אינם עונים על ההגדרה של בני זוג כנדרש בחוק ההסכמים, והמבקשת ובן זוגה נפרדו. לאחר שאפיק זה של פונדקאות בארץ לפי חוק ההסכמים נחסם בפניה, ביקשה המבקשת לבצע הליך פונדקאות בחו"ל באמצעות משיבה 2, אחייניתה הישראלית כבת 20 דאז, אשר הסכימה לשמש עבורה כאם נושאת.

לשם כך הוטסה תחילה משיבה 2 לארצות הברית, במימונה של המבקשת, הוחזרו לרחמה שתי ביציות מופרות של המבקשת, אך לא נוצר הריון. ביציות המופרות של המבקשת אזלו, ולא נמצא רופא שייעתר לבקשתה לשאיבת ביציות נוספות. לכן החליטה המבקשת להשתמש בתרומת ביצית מתורמת מזרוע אפריקה שזוהתה אינה ידועה, בנוסף לתרומת זרע שקיבלה ממכר ישראלי (להלן: משיב 3) ופנתה לביצוע ההליך בהודו. משיבה 2, תורמת הביצית ותורמת הזרע הוטסו להודו, במימונה של המבקשת. הביציות נשאבו והופרו בהודו, והוחזרו לרחמה של משיבה 2. עם קליטת ההיריון שבה משיבה 2 לישראל כשבידה מסמך מהמרכז הרפואי בהודו, לפיו המבקשת היא "האם המיועדת" ופרטי התורמים חסויים ומצויים בידי המרכז הרפואי. משיבה 2 שהתה בישראל במהלך ההיריון והלידה.

בתקופת ההיריון פנתה המבקשת למשרד הפנים ולמשרד הבריאות, במטרה להסדיר מראש את קביעתה כאם היילוד. פניות אלו סורבו. בשלב בו הייתה משיבה 2 בחודש התשיעי להריונה, הגישה המבקשת תביעה לקביעת אימהות כנגד משיבה 2. בהמשך הורה בית המשפט לענייני משפחה על צירוף הנתבעים הנוספים, לרבות משרד הרווחה. בטרם הוכרעה התביעה נולדה התינוקת, וכאמור מונתה לה אפוטרופסית לפי חוק האימוץ.

2. בית המשפט לענייני משפחה דחה את תביעת המבקשת בפסק דינו המפורט והמנומק. נקבע כי הדין החל על המקרה הוא הדין הישראלי ולא הדין ההודי, ואף כאשר מתבצע הליך של פונדקאות חו"ל, מעמד ההורות מוקנה לפי הדין הישראלי. המשפט הישראלי אינו מכיר ביחסי הורות בדרך בה פעלה המבקשת – ולכן לא ניתן להיעתר לתביעתה. המבקשת ערערה על פסק הדין לבית המשפט המחוזי. בערעורה הדגישה המבקשת את המבוי הסתום אליו נקלעה, המשותף לה ולנשים נכות יחידניות נוספות. על כן לעמדתה קיים צורך להרחיב את הזכות להורות, ואת המקרים בהם יהא ניתן להעניק "צו הורות פסיקתי" בהיעדר הוראה חוקית המאפשרת את ההליך בו נוצרה התינוקת. הערעור נדחה בפסק דינו המעמיק של בית המשפט המחוזי, בנימוק המרכזי כי קיים קושי להכיר בהורות מכוח הסכם בלבד, והרחבה שכזו אינה יכולה להיות יציר הפסיקה.

3. מכאן הבקשה למתן רשות ערעור שבפנינו, במסגרתה שבה המבקשת על הטענות אותן העלתה גם בפני ערכאות קמא. כפי שניתן להיווכח, לצד עניינה האישי מכמיר הלב של המבקשת ועתידה של התינוקת – מדובר בפרשה המעלה שאלות בעלות חשיבות ציבורית כללית. שאלות אלו נוגעות גם לציבור רחב, של יחידנים ושל זוגות, המבקשים להיות הורים בדרכים מגוונות אשר אינן מוסדרות בדין הקיים. זאת בין אם בשל היעדר חלופה ובין אם בשל טעמים אחרים. לנוכח השלכות עתידיות אלו על הציבור, ולנוכח רגישות עניינה הפרטי של המבקשת, נתבקשו ונתקבלו תגובות המשיבים. המדינה התנגדה לבקשה, בעוד שמשיבה 2 ומשיב 3 מעוניינים שהמבקשת תוכר כהורה של התינוקת, ולא הם. העניין הועבר לדיון בפני הרכב מורחב. כאמור, בהחלטת המותב מתאריך 13.7.2014 הוחלט לדון בבקשה כבערעור ולדחות את הערעור לגופו.

להשלמת התמונה הדיונית יובהר כי במסגרת הדיון הוגשה בקשה מטעם המטה למאבק הנכים (להלן: המטה), להצטרף כידיד בית המשפט. בבקשה נטען שהמבוי הסתום אליו נקלעה המבקשת אינו ייחודי רק לה, אלא הוא נפוץ יותר בקרב אנשים עם מוגבלויות ומשותף לרבים מהם. זאת הן בשל מצבם הרפואי, הכולל לעתים קשיים להביא לעולם צאצאים באופן טבעי, והן בשל הקשיים החברתיים בהם הם נתקלים וסטראוטיפים המובילים לכך שרבים נרתעים מלהיות עימם בקשרי זוגיות. מצבור נתונים זה, כפי שקרה במקרה זנן, בשילוב הדין הישראלי הקיים, חוסם בפני חלקם את דרכי ההולדה וההורות. על כן סבור המטה כי השאלה העומדת כעת לפתחו של בית המשפט חורגת מעניינה הפרטני של המבקשת, והיא נוגעת לזכותם להורות של אנשים עם מוגבלויות במובן הכללי. לגישתו, במסגרת פסק הדין יש לתת את הדעת למצבה הרפואי של המבקשת באופן מפורש.

קראנו את בקשת המטה ושמענו את טיעוניו בדיון שהתקיים בפנינו. עמדתו נפלה על אזוריים קשובות כחלק ממכלול השיקולים הנוגעים לעניין. כפי שיובהר בהמשך, עיקר טענותיו נשקלו במסגרת הבקשה כפי שהוגשה על ידי המבקשת. נוכח זאת, אין צורך לצרף את המטה באופן פורמלי, ודי בכך כי עמדתו נשמעה ותזכה להתייחסות ככל שהיא רלוונטית לעניינה של המבקשת. יש לזכור כי בקשת ההצטרפות נועדה בין היתר כדי לשכנע את בית המשפט כי ראוי שהבקשה למתן רשות ערעור בגלגול שלישי תידון לגופה. עמדה זו התקבלה כאמור על ידי המותב.

דיון והכרעה

4. טענותיה של המבקשת בנויות נדבך נדבך. לשם הסדר והבהירות נפרוש אותן תחילה בקצרה. ראשית, המבקשת טוענת כי הדין החל על המקרה, ולפיו יש לבחון את הקניית מעמד ההורות למבקשת, הוא הדין ההודי. זאת משום שלעמדתה ההליך אותו יזמה הוא הליך של פונדקאות חו"ל, וסיווג שכזה משמעותו לגישה בין היתר כי דין המדינה בה בוצע ההליך הוא הדין החל גם לעניין הקניית המעמד. לטענתה, על פי הדין ההודי המבקשת היא אימה של התינוקת. שנית, לעמדתה היות שמדובר בהליך של פונדקאות חו"ל, אשר אינו מעוגן בחוק הישראלי, ההליך שיזמה המבקשת הוא חוקי, ולפיכך אין הצדקה שלא להכיר בה כאם התינוקת. כחיזוק לכך מפנה המבקשת להכרת בתי המשפט בזוגות חד מיניים כהוריהם של תינוקות שנולדו בהליך של פונדקאות חו"ל, גם בהיעדר קשר גנטי בין אחד מבני הזוג ליילוד. זאת כאינדיקציה לנכונות בתי המשפט להגמיש את ההכרה בהורות במסגרת הליך של פונדקאות חו"ל. שלישית, מבקשת היא כי יינתן לה צו הורות פסיקתי מתוקף ההסכמים בינה לבין יתר המעורבים בהליך יצירת התינוקת, והעובדה שיזמה וליוותה את ההליך לכל אורכו. רביעית, טוענת היא כי בהתחשב במבוי הסתום אליו נקלעה, כאישה יחידנית ובעלת מוגבלות, ולנוכח זאת שמדובר בבחינה בדיעבד לאחר שהתינוקת נולדה – דחיית הערעור תפגע פגיעה שאינה מידתית בזכותה של המבקשת להורות.

המבקשת אכן מעלה טענות רחבות היקף. בקשתה מגלה פנים חדשות גם בשאלות ישנות. הטכנולוגיה מאתגרת אף את המשפט. על רקע זה חשוב להציג בצורה יסודית את החוק, הפסיקה, התכליות והעקרונות הרלוונטיים.

הדין החל – הישראלי או ההודי?

5. שאלה שחזרה ועלתה בבקשה ובדיון שנתקיים בפנינו ובפני ערכאות קמא היא איזה דין יש להחיל על המקרה. נכון יהיה למקד את המחלוקת. לעמדת המבקשת, עסקינן בהליך פונדקאות חו"ל שבוצע בהודו, ועל כן יש להחיל עליו את החוק ההודי בלבד. לטענתה, על פי הדין ההודי המבקשת היא אימה של התינוקת, ואין לכפות את הדין הישראלי על המקרה, גם לא לעניין המעמד האישי של המבקשת והתינוקת בישראל.

מנגד, לעמדת המדינה ההליך שהביא להולדתה של התינוקת אינו הליך של פונדקאות חו"ל, ויש להחיל על המקרה את הדין הישראלי ולא את הדין ההודי. אף נטען כי המבקשת עברה על החוק הישראלי ואינה יכולה ליהנות מפירות עבירה זו ואין להקנות לה מעמד כאימה של התינוקת.

6. דעתי היא כי צדקו בתי המשפט קמא, בהגיעם למסקנה שהדין החל במקרה שבפנינו על שאלת הקניית מעמד ההורות הוא הדין הישראלי. החוק הרלוונטי לעניין זה הוא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק האפוטרופסות). כותרתו של הפרק השני בחוק האפוטרופסות היא "הורים וילדיהם הקטינים". פרק זה מגדיר בין היתר מהו תפקידם של ההורים ומהן חובותיהם וזכויותיהם. סעיף 14 לחוק האפוטרופסות עניינו מעמד ההורים ונקבע ש"ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". חוק זה אינו מגדיר מיהו הורה. חסר זה מעורר קשיים בפני עצמו. ברם, לא נדרשת הגדרה של המונח "הורות" בכדי לומר שהחוק עוסק בין היתר בענייני הורות ומעמדם של הורים כלפי ילדיהם. כותרתו של סעיף 77 לחוק האפוטרופסות היא "משפט בינלאומי פרטי", ובגדרו נקבע כי: "על ענייני חוק זה יחול דין מקום מושבו של הקטין...". אין מחלוקת

שהקטינה נולדה בארץ, מתוך כוונה ורצון, הן של המבקשת ואף של משיבה 2, שהיא תגדל בישראל. לכן, הדין החל על הסוגיה של עצם הקניית מעמד ההורות למבקשת על התינוקת הוא הדין הישראלי.

להשלמת התמונה תוערנה שתי הערות. ראשית, קביעת הדין החל איננה בגדר סוף פסוק. לאמור, ייתכן שהדין החל הוא הדין הישראלי, אך דין זה מפנה לדין הזר או לפחות מוכן להתחשב בו. רוצה לומר, הקביעה לפיה הדין החל נקבע לפי מקום מושבו של הקטין בלבד נוגעת לשאלת הקניית מעמד ההורות. שאלה זו שונה היא לדוגמה משאלת סיווג ההליך בו נולד היילוד מבין החלופות הרבות והמגוונות שמציע כיום המדע, כגון הולדה מתרומת ביצית או תרומת זרע, הליך אימוץ תוך-מדינתי או בין-מדינתי ופונדקאות ישראלית או פונדקאות חו"ל. סיווג ההליך עשוי להשפיע על חוקיותו של ההליך, קרי הקביעה אם ההליך שבוצע הוא הליך חוקי או לא ועל ההכרעה למי יוקנה מעמד ההורות ככל שנכנס גורם שלישי להליך ההולדה. כמו כן לעתים מפנה הדין הישראלי בחלק מן ההליכים גם לדין הזר. ויובהר, עדיין שאלה נפרדת היא האם מעשה מסוים מקנה מעמד הורות. הרי ייתכן למשל מצב בו המדינה תתייחס להתנהגותו של פלוני כאסורה, אך בכל זאת יוקנה לו מעמד הורות, ולהיפך. סיווג ההליך במקרה דנן יידון בהמשך. שנית, אף לפי ההנחה שהדין החל הוא הדין ההודי, מהחומר שהונח בפנינו עולה כי קיים ספק רב האם ההליך במקרה דנן כלל מתיישב עם הדין ההודי. בית המשפט המחוזי נדרש לשאלה זו למעלה מן הצורך. נקבע שמהחומר עולה כי אין בהודו דין פוזיטיבי המסדיר הליך פונדקאות, אלא קווים מנחים מקלים בלבד. עוד עולה כי ההליך כפי שתואר, ואינו שנוי במחלוקת, אף אינו עומד בקווים מנחים מקלים אלו, אותם פרשה המדינה. כך למשל, האם הנושאת, משיבה 2, אינה תושבת הודו והיא קרובת משפחה של המבקשת. עוד טוענת המדינה, והמבקשת לא השיבה לטענה זו, כי המרפאה בה בוצע ההליך אינה מופיעה ברשימת המרפאות המורשות לביצוע הליך פונדקאות בהודו. נקודות אלו אכן מעוררות ספק, אך לאור סעיף 77 לחוק האפטרופסות, אין צורך להכריע בנידון.

עתה, לנוכח הקביעה כי הדין הישראלי הוא החל, מתבקש הדיון בשאלה מיהו הורה על פי הדין הישראלי.

הקניית מעמד הורות לפי הדין הישראלי

7. החוק הישראלי אינו מגדיר באופן מפורש וסדור מיהו הורה ומהם הקריטריונים על מנת להכיר באדם ככזה. לדעתי, נכון להיום הדין הישראלי מכיר בהורות על בסיס ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים – זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (קרי, מתוקף קשר זוגיות עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית). שלושת האדנים הראשונים הוכרו בעבר בחקיקה, בפסיקה ובספרות (ראו למשל: בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (8.9.2010); איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמדת המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5, 9-10 (2011)). האדן הרביעי הינו חדש יחסית, ובתקופה האחרונה הוא אף פותח בפסיקה.

בטרם אציג בקצרה את האדנים השונים, ועל מנת להבינם לאשורם, מצאתי לנכון להסביר, ולו בתמצית, את השונה והמשותף בין מספר דרכי הולדה המעוגנים בדין הישראלי ומתאפשרות הודות לטכנולוגיה המתקדמת: הליך פונדקאות לפי חוק ההסכמים ושימוש בתרומת ביצית או בתרומת זרע. בדרכי הולדה אלו, בשונה מהולדה 'טבעית', נוסף להליך גורם שלישי, לצד ההורה או ההורים המיועדים. אדם זה מסייע להורים המיועדים באלמנט החיוני החסר להם מבחינה ביולוגית להבאת צאצא לעולם, והוא יוצא מן התמונה לאחר השלמת חלקו בהליך. ליתר דיוק, הגורם השלישי מצטרף לפחות לאחד מהורים המיועדים בתהליך ההולדה, שכן מרכיבים שונים של הליך זה מבוצעים על ידי אחד מההורים המיועדים או שניהם.

חוק ההסכמים מסדיר הליך פונדקאות ישראלי. הוא עוסק במקרים בהם ישנם בני זוג – ובת הזוג, האם המיועדת, לא יכולה לשאת היריון. במקרה שכזה נכנסת לתמונה אם נושאת, אשר ברחמה מושתלת הביצית המופרית, ובתום

ההיריון היילוד נמסר להורים המיועדים. בחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, מדובר בזוג הורים מיועדים או באישה יחידנית, אשר יכולה לשאת היריון אך לא ניתן להשתמש בביציותיה. במקרים אלו נכנסת לתמונה תורמת הביצית. ביצית זו שנתרמה תופרה בזרע של בעלה של הנתרמת או בתרומת זרע, ותוחדר לרחמה של האם הנתרמת. בתום ההליך יהיו ההורים המיועדים, או האם הנתרמת במקרה של יחידנית – הוריו של היילוד (ראו גם תקנה 5 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987). הליך הולדה באמצעות תרומת זרע טרם עוגן בחקיקה, והסוגיה מוסדרת כיום בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) וחוזר המנהל הכללי של משרד הבריאות אשר קבע הנחיות מנהליות לביצוע ההליך ("כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" חוזר המנהל הכללי מדינת ישראל, משרד הבריאות 20/7 (2007) (להלן: הנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית); וכן ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה ה' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (5.2.2013)). נקבע שהזרעה מלאכותית יכולה להיעשות באישה עם בן זוג ובאישה פנויה (ראו סעיף 23 להנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית). הביצית שהופרתה עם תרומת הזרע תושלל באם הייעודית, והיא ובן זוגה, ככל שישנו, יהיו ההורים הייעודיים של היילוד.

שלוש הדרכים המתוארות מחייבות פיקוח על פי דין, החל משלב תרומת החומרים הגנטיים או אישור ההסכם לנשיאת עוברים שנכרת בין ההורים המיועדים לאם הנושאת על ידי ועדת האישורים (ראו למשל: סעיפים 3-19 לחוק תרומת ביציות; תקנות 1 ו-2 לתקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979; וכן סעיפים 2-5 לחוק ההסכמים), עובר לשלב ההפריה וההשתלה באם הייעודית או באם הנושאת (ראו לדוגמה: סעיפים 13 ו-20-22 לחוק תרומת ביציות; תקנה 3 לתקנות בריאות העם (בנק זרע); סעיף 7 לחוק ההסכמים), ועד לשלב מסירת היילוד להורים הייעודיים בחוק ההסכמים (סעיפים 1-2 ו-8-15 לחוק ההסכמים) (מסירה שאינה נדרשת מבחינה פרקטית מקום בו האם הנושאת, היולדת את התינוק, היא האם הייעודית; אולם הקביעה באשר לזהות ההורים הייעודיים מעוגנת בדין, למשל בסעיף 42 לחוק תרומת ביציות ובתקנה 11 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית)).

8. מצוידים בהבנת האפשרויות הטכנולוגיות השונות שנסקרו, נתייחס כעת בקצרה לכל אחד מהאדנים:

א. זיקה גנטית – היא זיקה מתוקף יצירת התינוק מהביצית והזרע של ההורים המיועדים. זהו המודל המוכר כמודל ה"הורות הטבעית" בחוקים השונים (ראו למשל: סעיף 14 לחוק האפוטרופסות וסעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951). גם לעניין רישום אישה או זוג במרשם כהורי יילוד יש להוכיח זיקה גנטית (ראו סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965), אם כי הרישום מהווה ראיה לכאורה בלבד. כידוע, ההולדה הטבעית היא עודנה הדרך הנפוצה ביותר להבאת ילדים לעולם. דרך זו לרוב אינה מעלה סוגיות משפטיות סבוכות, היות שלשם מימושה די בשני בני הזוג, ואין צורך בחומר גנטי או בנשיאת ההיריון על ידי גורם שלישי. ואולם, הזיקה הגנטית באה לידי ביטוי גם בחוק ההסכמים. חוק זה דורש כתנאי הכרחי בסעיף 2(4) ש"הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית הוא של האב המיועד [...]". (וראו גם בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, בפסקה ט"ו לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (18.9.2014)). דרישה מפורשת זו לזיקה גנטית נשמרת גם במסגרת הצעת החוק התלויה ועומדת לתיקון חוק ההסכמים, לפיה:

"הזרע או הביצית המשמשים להפריה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם הם של אחד מן ההורים המיועדים או של שניהם, ולעניין הורה מיועד יחיד – הזרע או הביצית, לפי הענין, הם שלו" (ראו סעיף 6(4)(א) להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ה"ח 886 (להלן: הצעת החוק)).

ב. זיקה פיזיולוגית – מודל ההורות הפיזיולוגית, דהיינו מתוקף נשיאת ההיריון, הוא לרוב מודל מובנה ובלתי ניתן להפרדה מהמודל הגנטי, מקום בו מדובר בהולדה 'טבעית'. האם במצב זה ממלאת שני תפקידים – תורמת הביצית ונושאת ההיריון. באשר לדרכי ההולדה הטכנולוגיות, המנתקות את הקשר שבין

שני התפקידים הללו, מודל זה עולה באופן המובהק ביותר בחוק תרומת ביציות. חוק זה קובע כי היילוד שנולד מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת, דהיינו האישה שנשאה את ההיריון ובינה לבין היילוד יש קשר שהוא בהכרח אינו גנטי (סעיף 42 לחוק תרומת ביציות). כמו כן, הכרה בזיקה הפיזיולוגית קיימת במידה מסוימת גם בחוק ההסכמים. כך למשל, סעיף 13(א) לחוק ההסכמים מאפשר לאם הנושאת לחזור בה מן ההסכם בתנאים מסוימים, על אף שההסכם אושר על ידי הועדה הממונה ולמרות הקשר הגנטי שיש בין לפחות אחד מן ההורים המיועדים לבין היילוד. כמו כן, סעיף 14(א) לחוק ההסכמים קובע כי אם "לא נתן בית המשפט צו הורות לפי סעיף 11(ב) וביקשה אם נושאת את האפטרופסות על הילד, יתן בית המשפט צו כאמור בסעיף 13(ג)...". כלומר, לאם הנושאת ישנה מעין 'זכות קדימה' בהשוואה לאנשים להם אין זיקה פיזיולוגית ליילוד.

ג. אימוץ – מודל ההורות השלישי הוא מודל האימוץ. הוא מעוגן בחוק האימוץ, ומסדיר הן הליך אימוץ תוך-מדינתי, קרי בתוך ישראל, והן אימוץ בין-מדינתי, דהיינו אימוץ ילד ממדינה זרה על ידי מאמץ ישראלי. בבסיס הליך האימוץ עומדת טובתו של הילד המאומץ שלא לגדול עם הוריו הביולוגיים או הפיזיולוגיים, על פי אחת מעילות ההכרזה על קטין כבר אימוץ המנויות בסעיף 13 לחוק האימוץ, אלא עם הוריו המאמצים. עילות אלו כוללות בין היתר היעדר יכולת לאתר את ההורה, היעדר מסוגלות הורית, אי נכונות ההורה לקיים עם ילדו קשר או פטירת ההורים. במקרים מעין אלו, החוק מכשיר את מסירת הילד להורים מיועדים אשר אין להם קשר גנטי או פיזיולוגי לילד (ראו למשל בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (24.3.2009)). הורות זו מוקנית בצו אימוץ הניתן על ידי בית המשפט, ועל ההליך מפקחים גורמים נוספים כגון עובדים סוציאליים ואף היועץ המשפטי לממשלה במקרים הרלוונטיים, או עמותה מוכרת ומפוקחת לעניין הליך אימוץ בין-מדינתי (ראו לדוגמה סעיפים 6-9, 12-13, 22 ו-28-28 לט לחוק האימוץ).

ד. הזיקה לזיקה – לעתים, אדם יוכר כהורה של היילוד מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד.

הדבר רלוונטי במקרה בו זוג אינו יכול להביא לעולם צאצא מהחומר הגנטי של שני בני הזוג, אלא רק משל אחד מהם. עם זאת בתום ההליך שני בני הזוג מוכרים כהוריו של היילוד: אחד מהם מכוח הזיקה הגנטית והשני כנגזרת מהקשר הזוגי שבינו לבין ההורה הגנטי. דוגמה לכך מצויה בסעיף 23א להנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית, בו נקבע:

”במקרה של הזרעה מלאכותית עם זרע של תורם, יש צורך בקבלת הסכמת האישה ובן זוגה בכתב לביצוע ההזרעה המלאכותית וכן בהצהרת בן הזוג כי הילד שיולד יחשב לכל דבר כאילו הוא ילדו הטבעי...”.

יוער כי ההסכמה היא תנאי בלעדיו אין, היות שברור כי ישנו קושי לכפות על הבעל, הנעדר זיקה גנטית ישירה לילד, הורות עליו. ברם, היה ויסקים – ההורות נקבעת מתוקף הזיקה הגנטית של בת זוגו לילד. ולראייה, אין סעיף המאפשר בהליך שכזה להכיר באדם שאינו בן זוגה של האם הגנטית כאביו של היילוד, בהיעדר קשר גנטי אליו. דוגמה נוספת מצויה בחוק ההסכמים, אשר בגדרו נדרשת מפורשות זיקה גנטית בין האב המיועד לבין היילוד (סעיף 2(4) לחוק ההסכמים), אך אין דרישה לקשר גנטי בין האם המיועדת לבין היילוד, ובכל זאת בני הזוג שניהם יהיו ההורים הייעודיים. יתרה מזאת, סעיף 11 לחוק תרומת ביציות מעגן מפורשות את האפשרות בה תתקבל תרומת ביצית במסגרת הליך פונדקאות ישראלי. דהיינו מצב בו מושתלת באם הנושאת ביצית של תורמת, מופרית בזרעו של האב המיועד, והיילוד יוכר בתום ההליך כילדם של שני בני הזוג.

לאחרונה אף עוגן מודל זה בפסיקת בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, בהקשר של הליך פונדקאות חו"ל. באי כוחם של שני הצדדים במקרה דנן אף הפנו לפסק דין זה – הוא עניין ממט-מגד (בג"ץ 566/11 ממט מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014)). בדעת רוב ניתן מעין צו הורות פסיקתי, כפי שיובהר, במקרה של זיקה לזיקה המאפשר את רישומו של בן הזוג כהורה של הילד במרשם האוכלוסין. נקבע כי במסגרת הליך פונדקאות חו"ל יש להוכיח קשר גנטי לאחד מההורים המיועדים, בני זוג חד מיניים שנישאו בארצות הברית במקרה הנדון. אולם, לאחר שהוכחה זיקה גנטית זו, ניתן לרשום גם את בן הזוג השני במרשם

כהורה של היילוד. זאת בהתבסס על תעודה ציבורית כנדרש בסעיף 19 לחוק מרשם האוכלוסין (תעודת הלידה וצו בית משפט בפנסילבניה, המכיר בשני בני הזוג כהורי הילדה, במקרה הספציפי), והוא אינו נדרש לעבור הליך של אימוץ הילד. עוד נקבע בפסק הדין ש"מיומם הראשון גדלים הילדים במסגרות משפחתיות בהן שתי דמויות הוריות... אף זהו שיקול הקשור בטובת הילד... טענתם הכללית של המשיבים שטובת הילדים היא מרשם אמין ומדויק אינה יכולה להתקבל אפוא כפשוטה, ולו משום שהיא מתעלמת ממציאות המסגרות המשפחתיות שלפנינו" (בפסקה 35 לפסק דינה של השופטת מ' נאור).

בעניין מוט-מגד הוכרה אפוא הזיקה לזיקה מכוח הפסיקה ולא מכוח חוק או נוהל. ואולם הכרה זו כאמור, בדומה לחקיקה שהובאה, נובעת מהזיקה הגנטית שבין היילוד לבין אחד מבני הזוג, המשליכה על בן הזוג השני, אשר נעדר זיקה גנטית ישירה ליילוד. העניין מובא כרקע לצו הורות פסיקתי, אליו התייחסה בהרחבה המבקשת ולהקשר בו נעשה שימוש בכלי זה.

הצגתם של ארבעת האדנים מובילה למספר מסקנות. עולה כי הזיקה הגנטית מהווה את הבסיס המרכזי להקניית מעמד של הורות. לטעמי, אף המודלים של הזיקה הפיזיולוגית והזיקה לזיקה משתלבים עם מסקנה זו. הזיקה הפיזיולוגית מכירה בחשיבותה של האם הנושאת לתהליך הפיזי של יצירת הילד. זהו שלב חיוני מבחינה ביולוגית בהבאת הילד לעולם. 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. למעשה, ההולדה הטבעית, בה יש זיקה גנטית בין היילוד לשני ההורים והאם נושאת את ההיריון, עומדת בקצה אחד של המודלים. בקצה השני מצוי האימוץ. זהו הליך המוסדר בקפדנות על פי דין, והוא מקנה מעמד של הורות לאנשים להם במובהק אין קשר גנטי או פיזיולוגי לילדם. ודוק, מבחינת הדין הישראלי כל אחד מהמודלים מקנה הורות.

9. עינינו הרואות כי המבקשת אינה נכנסת בגדרי אף אחת מן החלופות המתוארות לעיל: נעשה שימוש בתרומת ביצית, כך שבינה לבין התינוקת אין קשר גנטי; משיבה 2 שימשה כאם נושאת, כך שאין למבקשת זיקה פיזיולוגית לתינוקת; אין בפנינו מצב של זיקה לזיקה – קשר זוגי בין המבקשת לבין גורם שהוא בעל זיקה גנטית לתינוקת; ולא בוצע הליך אימוץ כמוסדר בחוק האימוץ. על רקע זה מעלה המבקשת שלוש טענות עיקריות. הראשונה, כי מדובר בהליך של פונדקאות חו"ל, וככזה ההליך שיזמה אינו אסור בדין הישראלי. בנוסף, לעמדתה, במסגרת הנוהל הקיים לעניין פונדקאות חו"ל ישנה הרחבה של ההכרה בהורות, הרחבה שיש להחיל גם למקרה שלה. השנייה, כי ההסדרים החקיקתיים אינם מהווים רשימה סגורה. שלישית, שניתן וראוי להכיר בה כאימה של התינוקת באמצעות צו הורות פסיקתי מכוח ההסכמים בינה לבין יתר המעורבים ביצירת התינוקת, ומכוח העובדה שיזמה וליוותה את ההליך לכל אורכו.

סיווג הליך ההולדה של התינוקת

10. תחילה נידרש לסיווג ההליך כפונדקאות חו"ל או כפונדקאות ישראלית. סיווג זה עשוי להשפיע על חוקיות ההליך שבוצע. כאמור, חוקיותו של ההליך אינה משליכה באופן אוטומטי על הקניית מעמד של הורות לאדם שפעל כדין, ופעולה שאינה חוקית המובילה ליצירת היילוד לא בהכרח תשלול את הקניית מעמד ההורות למי שפעל שלא כדין. ואולם, זהו שיקול שניתן להתחשב בו ושעשוי להשפיע על מעמד ההורות במקרים מסוימים. הצדדים אף תלו בטיעון זה את יהבם במסגרת הבקשה שבפנינו.

חוק ההסכמים במתכונתו הנוכחית מסדיר רק פונדקאות בישראל. לכן, בעוד שהליך של פונדקאות ישראלית חייב לעמוד בתנאים הקבועים בחוק ההסכמים על מנת להיות חוקי, בחינת חוקיותו של הליך פונדקאות חו"ל היא מלאכה מורכבת יותר. אין איסור או היתר בחוק הישראלי לבצע הליך פונדקאות חו"ל. החוק הישראלי, לרבות חוק ההסכמים, כלל אינו מתייחס להליך של פונדקאות חו"ל. לצד זאת, גובש נוהל בין משרדי בנושא, לפיו מעמדו של יילוד

שנולד כתוצאה מהליך פונדקאות חו"ל ייבחן ככל תינוק שנולד לאזרחי ישראל בחו"ל. כלומר, נדרשת הוכחה קשר גנטי לאחד מבני הזוג, או להורה היחידני במקרה הרלוונטי, שהוא אזרחי. בנוסף לכך יש להוכיח שההליך בוצע באופן חוקי לפי הדין הזר, לרבות הסכמה מדעת של האם הנושאת לכל שלבי ההליך והוצאת היילוד מארצה (ראו סעיף 97 לתגובת המדינה לבקשה דנן). מעמדו של נוהל זה, אשר אינו מפורסם בציבור, טרם הוסדר, והדבר מעורר קושי (ראו לעניין זה פס"ד מחט-מגד, לעיל, בפסקה 39 לפסק דינה של השופטת מ' נאור ובפסקה 1 לפסק דינו של השופט י' זנציגר). ואולם, משהחוק אף אינו מעניק כלים לסיווגו של הליך פונדקאות חו"ל ככזה – עולה הצורך לתת את הדעת לשאלה כיצד יש לסווג הליך פונדקאות כפונדקאות חו"ל או כפונדקאות ישראליות, ומהן ההשלכות שיש לכך.

גישת המבקשת היא שיש להגמיש את הנוהל הקיים לפונדקאות חו"ל, בכל הקשור לדרישה של זיקה גנטית. באשר לשאלה המקדמית של סיווג ההליך ככזה – דעתה היא כי נכון לשים את הדגש על רגע ההשתלה של הביצית המופרית ברחמה של האם הנושאת. לעמדתה, זהו הרגע המכונן בו נוצר היילוד. הדבר נלמד לטענתה מסעיף 19(א) לחוק ההסכמים, המתייחס מפורשות לשלב זה ואוסר על ביצוע השתלה שלא לפי חוק ההסכמים. לעמדתה, איסור פרטני זה מצביע על חשיבות השלב.

11. אין בידי לקבל גישה זו ממספר טעמים: ראשית, הליך הפונדקאות הוא הליך מורכב, שמשמעויותיו רבות ובסופו נוצרים חיים. מדובר בדיני נפשות פשוטים כמשמעם, אשר חוק ההסכמים יכול ללמד על מורכבותו והצורך להסדירו עד לפרטי פרטים ולכל אורכו. מצב בו כל כובד המשקל בהליך הסיווג יינתן אך לשלב אחד בהליך, יהא אשר יהא, יאפשר עקיפה פשוטה של החוק הישראלי, על מנת שלא להידרש לחוק ההסכמים על תנאיו ומגבלותיו. מצב שכזה ירוקן מתוכן את חוק ההסכמים ואת האינטרסים החשובים עליהם נועד החוק להגן, שיידונו בהמשך. שנית, אף מבחינה פורמלית לא ניתן לקבל את עמדת המבקשת, לפיה חוק ההסכמים מלמד על שימת הדגש דווקא על רגע ההשתלה. החוק עוסק ברובו בהסדרת

התנאים וקביעת הסכם הפונדקאות בין ההורים המיועדים לאם הנושאת ואישורו של הסכם זה, ולא בהכרח בשלב ההשתלה עצמו. זאת ועוד, סעיף 19 קובע איסורים פליליים לא רק בגין השתלה שלא בהתאם לחוק, אלא גם בין היתר על שלבי ההסכם בין הצדדים, מתן או בקשת כסף בתמורה להסכם ועל מסירת היילוד ללא נוכחות עובדת סוציאלית. האיסור על ביצוע ההשתלה מהווה איסור אחד מני כמה, ואין ללמוד ממנו על בכורתו של שלב ההשתלה על פני יתר השלבים. שלישית, אף לגופו של עניין לא נראה כי במסגרת ההליך המורכב, נכון לומר ששלב ההשתלה הוא בהכרח השלב המכונן.

נדמה אם כן, כי 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. בהקשר זה מצאתי לנכון להתייחס לדוח ועדת מור יוסף, אשר הוקמה לבחינת נושא הפיריון וההולדה בישראל. הוועדה אמנם לא הגדירה מהו הליך של פונדקאות חו"ל בדוח שיצא תחת ידה, אך תיארה את ההליך כ"תופעה של ישראלים הנוסעים לחו"ל על מנת להביא לעולם ילד באמצעות פונדקאית תושבת המדינה הזרה" (המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל, בעמ' 66 (5.2012); להלן: דוח ועדת מור יוסף). על אף שהמלצות הוועדה אינן חלות על המקרה שבפנינו, ניתן ללמוד מהן כי קיימים מגוון של שיקולים שיש לקחת בחשבון בעת סיווג ההליך כפונדקאות חו"ל, ואין להעניק לשיקול אחד, דוגמת מקום ההפריה, משקל מכריע.

כך או כך, במקרה דנן על פי מבחן מירב הזיקות הבוחן את מכלול האלמנטים של ההליך, עולה המסקנה הברורה כי אין מדובר בהליך של פונדקאות

חו"ל. המבקשת, האם הנושאת ותורם הזרע הם אזרחי ותושבי ישראל. ההסכמים שנכרתו בעל פה בין הצדדים נכרתו בישראל וההיריון והלידה התרחשו אף הם בארץ. כאמור, התינוקת אף עתידה לגדול בישראל. האלמנטים היחידים בהליך אשר אינם ישראליים הם זהות תורמת הביצית האלמונית ושלבי ההפריה ההשתלה. על כן, בנסיבות המקרה אין עסקינן בפונדקאות חו"ל.

12. זאת ועוד, בחינה מעמיקה של ההליך המורכב אותו יזמה המבקשת מעלה כי מבחינה עיונית עסקינן בהליך כלאיים המצוי בין פונדקאות לבין אימוץ, המשלב אלמנטים שונים של שני ההליכים הללו. השימוש באם נושאת הנעדרת זיקה גנטית ליילוד, וחלקה המכונן של המבקשת ביצירתה של התינוקת, מושכים אל עבר סיווג ההליך כפונדקאות. מנגד, היעדר הזיקה הגנטית בין המבקשת לבין התינוקת מושך לכיוון סיווג ההליך כהליך אימוץ דה פקטו, על אף שבהליך אימוץ 'קלאסי' היילוד נולד ללא מעורבות ההורה המאמץ. יצוין שבית המשפט המחוזי קבע שההליך נוטה אל עבר הליך אימוץ (פסקאות 12 ו-18 לפסק הדין). אינני חפץ לטעת מסמרות בשאלה זו. כך או כך, בין אם חל חוק האימוץ, המסדיר אימוץ תוך-מדינתי ובין-מדינתי, ובין אם חל חוק ההסכמים לנוכח שלילת האפשרות שמדובר בהליך של פונדקאות חו"ל – יש לדחות את טענת המבקשת לפיה ההליך בו נקטה הוא חוקי מתוקף היותו הליך פונדקאות חו"ל שהתנהל בהתאם לדין ההודי.

הסדרים חקיקתיים כרשימה פתוחה או סגורה

13. טענתה השנייה של המבקשת היא כי ההסדרים החקיקתיים אינם מהווים רשימה סגורה. לעמדתה, הם מסדירים הליכי הולדה והורות מגוונים ומקצים משאבים ותקציבים שונים. בנוסף, ההסדרים החקיקתיים מעניקים הגנות שונות על אלו אשר מחליטים לפעול במסגרתם – אך המבקשת אינה תובעת הגנות מעין אלו ואינה מבקשת להיכנס בגדרם. היעדר הוראה בדין הישראלי לעניין הכרה בהורות על בסיס הסכמי, איננו מהווה לגישתה הסדר שלילי, ואיננו מצדיק אי-הכרה בה כאם התינוקת. לפיכך, לעמדת בא כוחה של המבקשת המעשה שעשתה אינו בלתי חוקי, אלא מעשה יצירתי במסגרת החוק, אשר נועד להתמודד עם החסמים

שניצבים מולה בחוקים הקיימים, ובכל מקרה אין שאלה זו משפיעה על עניין ההכרה בה כאימה של התינוקת.

מצאתי כי דין טענה זו להידחות. החוקים הרלוונטיים, קרי חוק ההסכמים וחוק האימוץ, טומנים בחובם סנקציות פליליות, המעידות כי יש לצעוד בנתיבים אלו במובנם הכללי והמהותי, ולפעול רק על פי הוראות החוק. כך למשל, סעיף 19 לחוק ההסכמים מטיל עונש מאסר של שנה בין היתר על מי שמבצע השתלה שלא בהתאם להוראות חוק ההסכמים או שהוא צד להסכם לנשיאת עוברים שלא באישור ועדת האישורים. באופן דומה, סעיף 33 לחוק האימוץ אוסר על מסירה פרטית של הקטין, בין אם מדובר באימוץ תוך-מדינתי ובין אם מדובר באימוץ בין-מדינתי, כל עוד המאמץ הוא תושב ישראל. גם לצד סעיף זה ישנו עונש מאסר של שנה אחת. לפיכך, אין לקבל את הפרשנות המרחיבה של דברי החקיקה המוצעת על ידי המבקשת. גם מן הפן המהותי יש לדחות מכל וכל טענה זו, המאפשרת למעשה את עקיפתם ואיונם של החוקים הללו. בבסיס החוקים עומדות תכליות ראויות אשר נועדו להגן על זכויותיהם והאינטרסים של כל המעורבים בהליכים מעין אלו, ושל הציבור בכללותו, ולא רק של ההורה המיועד. על כן, גישת בא כוח המבקשת לפיה ההורה המיועד יכול לוותר על ההגנות ולפעול שלא במסגרת החוקים הללו – אינה מתמודדת עם מלוא התמונה והצדדים המעורבים.

הרחבה פסיקתית – מודל הורות על בסיס הסכם או יוזמתו וליוויו של התהליך

14. כעת נידרש לטענתה השלישית של המבקשת, והעיקרית בעיניי, לפיה ראוי להרחיב את ההכרה בהורות על דרך הפסיקה ולתת לה צו הורות פסיקתי. צו הורות פסיקתי הוא מצב בו נקבעת הורות משפטית על ידי בית המשפט. בנוסף לצווים המעוגנים בסעיפים 1(א) ו-28 כ לחוק האימוץ ובסעיף 11 לחוק ההסכמים, רשאי בית המשפט ליתן צו הורות פסיקתי, הדומה במהותו לצווים המעוגנים בחקיקה, אם שוכנע שיש לקבוע את ההורות בצו, על בסיס הראיות שהונחו לפניו (ראו עניין מוחט-מגד, בפסקה 43 לפסק דינה של השופטת מ' נאור, והאסמכתאות שם).

לטענת המבקשת, נכון יהא להרחיב על דרך הפסיקה את הגבולות של הגדרת ההורות, ולהכיר גם במודל של הורות הסכמית או בהורות מתוקף שותפות בתהליך יצירת התינוקת וייוזמו. לשם כך מתבססת היא בין היתר על הכרעות שיפוטיות בגדרן, לעמדתה, הורחבה ההכרה הפסיקתית באדם כהורה וניתנו צווי הורות פסיקטיים מהם ניתן להשליך על עניינה של המבקשת.

בטרם הדיון בשאלה האם ראוי להכיר במודל הורות הסכמית או בהורות על בסיס יוזמה וליווי של התהליך – יש להידרש לטענת המבקשת לפיה בית משפט זה הרחיב בשורת פסקי דין את אפשרויות ההכרה במודלים נוספים ליצירת קשרי הורות, מעבר למודלים המוכרים בחוק הישראלי שנסקרו לעיל. לגישה, משניכרת נכונות שכזו בדין המצוי, אין סיבה שלא להכיר גם במודל של הורות הסכמית או מתוקף העובדה כי המבקשת הניעה וליוותה את תהליך יצירת התינוקת מראשיתו ועד סופו.

פסק הדין המרכזי אליו חוזר ומפנה בא כוחה של המבקשת הוא כאמור עניין מנט-מגד. לדידו, פסק דין זה מעיד על ירידת קרנה של הזיקה הגנטית בהליך של פונדקאות חו"ל. ואולם, סבורני כי מדובר בקריאה לא מדויקת של פסק הדין, בגדרו הועלו שתי שאלות: האחת, האם יש הכרח בביצוע בדיקה גנטית במסגרת פונדקאות חו"ל בכדי להקנות ליילוד מעמד בישראל כילדו של מי מבני הזוג. השנייה, משהוכר ההורה הגנטי כאביו של היילוד, האם ניתן לרשום במרשם האוכלוסין גם את בן זוגו כהורה של הילד מבלי שייאלץ לעבור הליך אימוץ לפי חוק האימוץ. באשר לשאלה הראשונה נקבע כי קיימת חובה להוכיח קשר גנטי בין אחד מההורים לבין היילוד, על אף שנקבע כי ייתכנו אמצעי הוכחה מספקים נוספים מלבד בדיקה גנטית (בפסקאות 18-19 לפסק דינה של השופטת מ' נאור). זיקה שכזו הכרחית בשלב הראשון. 'הגמשת' הדין נערכה בשלב השני: נפסק כי משהוכח קשר גנטי בין היילוד לבין אחד מבני הזוג, ובני הזוג עומדים בדרישות חוק מרשם האוכלוסין והציגו תעודה ציבורית כנדרש – יש לרשום גם את בן הזוג השני כהורה של הילד מבלי לחייבו לעבור הליך אימוץ. כן נפסק כי הרישום אינו בגדר סוף פסוק, אלא זהו שלב בדרך לקביעת ההורות. וכך סוכמו הדברים:

"טוב יעשו אם לא יסתפקו ברישום במרשם האוכלוסין (אף שכאמור, מן הדין לרשום אותם), וישלימו הליך פורמאלי בבית המשפט לענייני משפחה, הליך שיעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי לרך הנולד גם בדין הישראלי" (פסקה 44 לפסק דינה של השופטת מ' נאור ופסקה 2 לפסק דינה של השופטת א' חיות).

צא ולמד, כי בית המשפט השאיר על כנה את הדרישה לקשר גנטי ולהוכחתו על מנת לכונן יחסי הורה-ילד גם בהליכי פונדקאות חו"ל. רישום בן הזוג כהורה השני נובעת מן הקשר הגנטי שבין בן הזוג האחר לבין היילוד, ולא מעצם ליווי ההליך. דוגמה נוספת ורלוונטית ביותר לענייננו היא חוק ההסכמים, בו נקבע באופן מפורש כי ההורים המיועדים אשר יוכרו כהורי היילוד הם שני בני הזוג, בעוד הדרישה לקשר גנטי היא רק בין האב ליילוד, ואין כל דרישה לקשר גנטי בין האם ליילוד (אלא אך שהאם הנושאת לא תהא האם הגנטית) (ראו סעיפים 1 ו-2(4) לחוק ההסכמים). המסקנה היא כאמור, שעניין ממש-מגד לא הכיר במודל נוסף וחדש של הורות, אלא החיל את המודל של זיקה לזיקה גם על הליכי פונדקאות חו"ל. על כן אין בכוחו של פסק הדין להשפיע על עניינה של המבקשת.

פסק הדין השני אליו מפנה בא כוחה של המבקשת הוא עניין פלוני (בע"מ 7038/12 פלוני נ' פלוני (16.10.2012)). אולם אף הוא אינו יוצר מודל חדש. במסגרת פסק הדין אושר על ידי בית משפט זה כי זהות אביה של הילדה תיקבע ללא בדיקה גנטית אלא על בסיס הסתברותי בלבד, כיאה להליך אזרחי. בבסיס החלטה חריגה זו עמד החשש מממזרותה של הילדה וסעיף 28ד(א) ו-28ה לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000, לפיו לא תיערך בדיקה גנטית לבירור אבהות במקרים אלו אלא באישור בית המשפט ולאחר שנשקלו השלכות בדיקה שכזו על טובת הילד. על כן, המניעים והתכליות שעמדו בלב הכרעה זו אינם נוגעים לעניינה של המבקשת בפרט, ולהכרה במודל הורות חדש ככלל. והעיקר, במסגרת פסק הדין נדרש היה להוכיח מיהו אביה הגנטי של הילדה.

בהקשר זה מצאתי לנכון להתייחס גם לפסק דין שניתן לאחרונה על ידי בית משפט זה, גם הוא בהרכב מורחב של שבעה שופטים – פסק הדין בעניין משה (לעיל). בפסק דין זה נדחתה ברוב קולות עתירתן של בנות זוג לאפשר להן להשתיל ביצית של אחת מהן ברחמה של בת זוגה, כך שלאחת מהן תהא ליילוד זיקה גנטית ולשנייה זיקה פיזיולוגית. נקבע כי הליך שכזה אינו מתיישב עם החוק, ולא ניתן לפרש את החוקים הרלוונטיים – חוק תרומת ביציות וחוק ההסכמים במקרה הנדון – כמאפשרים אותו, ועל כן לא ניתן לקבל את העתירה. בדעת הרוב נקבע כי:

“עיקר נימוקינו הוא, כי המצב החוקי הקיים בישראל, במערך שבדין המצוי, אינו מאפשר את המבוקש על ידי העותרות, וזאת כיון שחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ”ו-1996 (להלן חוק הפונדקאות) אינו חל על מצב מעין זה, ... חוק תרומת ביציות, תש”ע-2010 (להלן חוק תרומת ביציות) אף הוא אינו חל לטעמנו” (עניין משה, לעיל, בפסקה ג’ לפסק דינו של השופט א’ רובינשטיין).

פסק דין זה צעד במסלול הזיקות הגנטית והפיזיולוגית. אלא שלפי דעת הרוב, נוצר קושי נקודתי על פי הגדרות החוק לגבי זהויותיהן של תורמת הביצית והאישה הנושאת, ששתיהן מבקשות 'להישאר בתמונה' בתום הלידה, בניגוד לאותם גורמים שלישיים שתוארו בהליכים מעין אלו. דעת המיעוט סברה כי ההליך המבוקש אמנם אינו מוסדר מפורשות בחוק ההסכמים או בחוק תרומת ביציות, אך בסופו של דבר ניתן לקבל את העתירה ולהיעתר למקרה הקונקרטי על סמך פרשנות חוק תרומת ביציות או תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) (ראו חוות דעתם של השופטים א’ חיות, ע’ ארבל ו-ח’ מלצר). לענייננו ראוי לציין את עמדת חברתי השופטת חיות שבחנה את התכליות העומדות בבסיס חוק תרומת ביציות, שהוא הרלוונטי לעניין. בין היתר צוין: "נדרשת הצדקה ממשית ומשמעותית על מנת לשלול מאדם את האפשרות לממש את הזכות להורות הכוללת קשר דם בינו ובין היילוד" (ההדגשה אינה במקור - ראו פסקה 33 לפסק דינה; להרחבה על הרקע לחקיקת חוק תרומת ביציות והתכליות בבסיסו ראו בפסקאות 20-22 ו-28 לפסק דינה). זאת בניגוד למקרה שבפנינו.

כך או כך, לא מדובר במודל חדש, אלא במודלים קיימים, ושאלה פרשנית בדבר יישום הדין. הרלוונטיות לענייננו היא זו: אפילו במסגרת הזיקות הקיימות נקבע שאין בכוחו של הסכם בין המעורבים בתהליך הלידה בכדי לגבור על דרישות החוק. ניתן לומר שמכוח קל וחומר זהו המצב בענייננו, כאשר ההליך אינו עונה על הזיקות הקיימות.

15. לסיום חלק זה, לא מצאתי ממש בטענת המבקשת לפיה במישור הדין המצוי הכיר בית משפט זה במודלים נוספים של הורות מלבד ארבעת המודלים שצוינו לעיל. כך גם באשר ליתר פסקי הדין אליהם הופנינו על ידי בא כוח המשיבה, אשר בעיקרם עוסקים בהיררכיה המשתנה והדינמית שבין ארבעת המודלים הקיימים, אך אינם חורגים מהם (ראו למשל: בג"ץ 4077/12 לעיל, ובעיקר פסקאות מ"ג-מ"ד לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין, הדנות במודל הגנטי אל מול המודל הפיזיולוגי).

16. המבקשת מוסיפה וטוענת כי עניינה שונה ממקרים אחרים, בהם נדחו מראש עתירות לאפשר הליכי הולדה שונים או תקיפה חוקתית מראש של סעיפים בחוקי ההולדה הרלוונטיים. זאת הואיל והתינוקת מושא הבקשה דנן כבר נולדה. לטענה זו אשיב כך: בעניין משה, לדוגמה, בנות הזוג פעלו מראש ועתרו לבית משפט זה ברגע שנתגלה להן כי ייתכן שהבאת צאצא בדרך בה הן חפצות מהווה עבירה על החוק ולצידה סנקציה פלילית – וכך יש לנהוג. אין עוררין כי גם בנות הזוג הללו חלמו וכמהו לצאצא ספציפי (וראו את התהליך הקשה שעברה העותרת כמתואר בפסקאות 2-1 ו-16 לפסק דינה של השופטת א' חיות), ולא להליך תיאורטי. מבחינת מדיניות משפטית, גם לגבי מקרים עתידיים, ברי בעיניי כי אין ליצור הבחנה בינן לבין המבקשת על רקע טענה זו. זאת במובן שלהן ולאחרים, הפועלים כדין ומבקשים לברר מראש את ההשלכות של מעשיהם – לא יתאפשר להביא לעולם ילד בדרך המבוקשת, ואילו למבקשת יוקנה מעמד של הורות מכיוון שלא ביררה את הדין לאשורו בטרם החלה בתהליך זה, אשר אמור היה להיאסר מלכתחילה. אין הכוונה באמור לבקר את המבקשת. המקרה מעורר אמפתיה רבה.

זאת גם מפני שהיא השלימה מבחינתה את ההליך וייתכן שסברה, בטעות, כי תוכר כגם התינוקת בשל ההליך הקשה והמורכב שיזמה וליוותה. אך היבט זה לא יכול בנסיבות העניין להקנות לה מעמד לא מוכר של הורות מחוץ לחוק.

משראינו שההרחבות שנטען כי נעשו עד כה על ידי הפסיקה אינן מסייעות למבקשת – עולה השאלה האם אף על פי כן ראוי להרחיב את ההכרה בהורות, כך שתכיר במודל של הורות הסכמית או מתוקף ליווי ושותפות בהליך. סוגיה זו תידון עתה.

הורות הסכמית והורות מתוקף המעורבות בהליך ויוזמתו – הדין הראוי

17. אין עוררין כי המבקשת הייתה הרוח החיה מאחורי תהליך הבאתה של התינוקת לעולם. אילולא המבקשת היא לא הייתה נולדת. כאמור, המבקשת היא שהשיגה את הסכמתם, המפורשת או מכללא, של כל המעורבים להליך – תורם הזרע אותו הכירה, אחייניתה שהסכימה לשמש כאם נושאת ותורמת הביצית – לכך שהמבקשת תהא אם התינוקת. לטענת המבקשת, עצם הסכמת הצדדים, הרצון, היוזמה והמעורבות ביצירת ההיריון אוצרים בהם די כוח וזיקה לתינוקת על מנת להכיר בה כאימה. גם בהקשר זה שבה וטוענת המבקשת שהמקרה דנן ייחודי בכך שהתינוקת כבר נולדה.

מנגד, לעמדת המדינה אין בכוח זיקות שאינן מעוגנות בחוק בכדי ליצור "זכאות" להורות. לתפיסת המדינה, הורות הסכמית לא רק שאינה מעוגנת בחוק אלא שהיא מנוגדת לסעיפים 33 לחוק האימוץ ולסעיף 19 לחוק ההסכמים האוסרים על מסירה פרטית. מעבר לכך, הורות הסכמית כשלעצמה אינה ראויה, שכן התינוקת בפרט, וקטינים ככלל, אינם "מוצר העובר לסוחר". מערכת ההסכמים בעניינה של המבקשת היא מורכבת, כוללת אלמנטים חוץ מדינתיים ויוצרת חבות החורגת מהצדדים הישירים ומתימרת לחייב צדדים שלישיים – את התינוקת, המדינה ורשויותיה וכולי עלמא. על פי קו זה, אין בכוחם של הסכמים פרטיים לחייב צדדים שלישיים. בנוסף, מתנגדת המדינה להכיר במערכת ההסכמים

במקרה הנדון, בשל היעדר הפיקוח והמעורבות מצד רשויות הרווחה והבריאות, ומבלי שנבדקו זכויותיהם וטובתם של המעורבים בהליך. המדינה אף טוענת כי בעניינה של משיבה 2 מתעורר ספק באשר לטיב הסכמתה לשמש כאם נושאת. זאת הן לנוכח יחסי הקרבה בינה לבין המבקשת, והסיוע הרב שהגישה המבקשת למשיבה 2 במשך השנים ובסמוך למועד בו נתבקשה על ידי המבקשת לשמש כאם נושאת, והן בשל החומר המלמד על פנייתה של משיבה 2 לשירותי הרווחה במהלך ההיריון בבקשה להפסיקו (בקשה ממנה חזרה בה לאחר מכן). באשר לטענת המבקשת לפיה יש להבחין בינה לבין מקרים אחרים לנוכח העובדה כי עסקינן בתינוקת קיימת – טוענת המדינה כי לא ניתן להבחין בין המקרים, ומשמעות ההכרה בהורות הסכמית בעניינה של המבקשת תקבע מסמרות גם למקרים הבאים.

גם באשר להורות על בסיס הנעת וליווי התהליך, טוענת המדינה כי עולה מגישה זו תפיסה קניינית של התינוקת, כתוצר עמלה ויצירתיותה של המבקשת – ותפיסה זו אינה ראויה משום שאין לראות ביצור אנושי כבקניין.

18. השאלה האם ראוי ככלל להכיר במודל של הורות הסכמית או במרכיב ההסכמה בהגדרת הורות היא שאלה מורכבת. היא טומנת בחובה מרכיבים חברתיים וטכנולוגיים. אין זה חידוש כי המשפט לא תמיד עומד מיד בקצב של החידוש הטכנולוגי. ועדיין, השאלה הניצבת בפנינו היא שאלה משפטית. המורכבות הרב-ממדית של ההיבטים הלא-משפטיים איננה מייתרת את הצורך להעניק משקל, ואף משקל רב, לבחינה המשפטית על פי נקודת המבט הייחודית שלה. ההיפך הוא נכון. המורכבות והחידושים מעצימים את הצורך בניתוח משפטי על פי הכלים שהתפתחו. אין זה אומר כי אין מקום לחידוש משפטי. אין מנוס מכך. השאלות חדשות הן, ותקדים מן העבר אינו תמיד בנמצא. ברם, הבחינה האם יש מקום לחידוש הדין והתאמתו למקרה החדש שנוצר, היא משפטית. תחילה נתייחס למעורבים הנמצאים מחוץ למעגל של ההורה וילדו.

19. המדינה מסתייגת לא רק מההסכמים שנערכו בתיק זה ברמה הכללית, אלא כאמור אף מטיב ההסכמה ונסיבותיה ביחס למשיבה 2. המבקשת התקשרה עם כלל

המעורבים בהסכמים שונים, שנערכו לרוב בעל פה. מן החומר שהונח לפניי עולה כי לפחות הסכמיה עם משיבה 2 ועם משיב 3 היו כלליים. הם בוודאי לא היו מפורטים ומסוימים באופן מלא. המשיבים לא היו מיוצגים על ידי עורכי-דין. כפי שצוין, לא היה גוף שפיקח על תוכנם של ההסכמים הללו. איש לא וידא שזכויות הצדדים להסכם נשמרות, ואף גורם חיצוני לא בחן את טובת התינוקת פרי ההסכמים הללו.

באשר לספקות המתעוררים על ידי באת כוח המדינה בדבר טיב הסכמתה של משיבה 2 לשמש כאם נושאת, אומר כך: מתגובתה של משיבה 2 לבקשה, וכפי שעולה מפסקי הדין של ערכאות קמא – לכל אורכו של ההליך המשפטי תמכה משיבה 2 במבקשת ולא העלתה טענות בדבר טיב הסכמתה הן כנגד הסכמתה הראשונית והן במהלך ההיריון. לנוכח התוצאה אליה הגעתי, ומשום שמשיבה 2, שהינה בגירה, אינה מעלה טענות הסתייגות כגון דא – אינני מוצא לנכון בנסיבות העניין להידרש לסוגיה זו ומשמעותה במקרה דנן.

ואולם, טענות אלו של המדינה חשובות מזווית אחרת. הן מדגישות את הקושי הרב בהורות הסכמית באופן כללי, בהיעדר פיקוח ובקרה על הסכמים אלו מצד גורמים חיצוניים כגון ועדה, פסיכולוגים, עובדים סוציאליים ועורכי דין. מעורבותם של כל ה'גורמים שלישיים' להסכמים הללו היא רבה, חשובה ובעלת השפעה גדולה ביותר על כל אחד מהם. זאת על אף שלאחר הלידה הם עתידים לצאת מן התמונה. כך לדוגמה, האם הנושאת מתחייבת לשאת היריון ובסופו למסור את פרי בטנה לאם המיועדת; תורמי החומר הגנטי מסכימים כי יובא לעולם יילוד הנושא את מטענם הגנטי על כל המשתמע מכך; אף הליך התרומה עצמו אינו פשוט, בייחוד ככל שמדובר בתרומת ביצית. כל חלק מפסיפס המעורבים מעורר שאלות משפטיות לא קלות. נכונותו של אדם להיות חלק מהליך שכזה להבאת צאצא לעולם מחייבת כללים והסדרים. חשוב כי המעורבים שאינם דורשים הכרה הורית ידעו מהן זכויותיהם ומהו מעמדם על פי הדין. השארת העניין פתוח, עד להתעוררות הבעיה, מחלישה את הממד ההסכמי של הגורם הנכון להשתתף. לא בכדי קיים פיקוח הדוק ובקרה בחוקים השונים על שלבים אלו, ונשקלת נקודת

מבטם של אותם 'גורמים שלישיים' כגון בחוק ההסכמים, בחוק האימוץ ובחוק תרומת ביציות (ראו למשל סעיף 5 לחוק ההסכמים; סעיפים 6-9 ו-28-28לט לחוק האימוץ; וכן ראו סעיפים 9-10, 12 ו-16 לחוק תרומת ביציות). לפיכך, אין זה ראוי להכיר במודל הורות הסכמית כגון דא ללא פיקוח, כפי שנעשה במקרה הנדון. ככל שניתן, יש לסייע לגורמים השלישיים 'לראות את הנולד', תרתי משמע.

יוער כי אפילו המצדדים במודלים גמישים של הורות בכלל, והורת הסכמית בפרט, מדגישים כי ההליך חייב להיות מפוקח. כך למשל לגישתו של ד"ר יחזקאל מרגלית:

"לטעמי, אין לאפשר הסכמה פרטית וחופש חוזים מלא ולא מפוקח בידי הצדדים השונים להורות הנרקמת בשל החשש הלא מבוטל לפגיעה קשה בזכויות הצדדים השונים, בעיקר הנשים... גם בשל הצורך האקוטי בשמירה על [טובתו] של היילוד העתיד להיוולד מהליך הולדה זה וזכויותיו השונות. לפיכך יש לקבל מראש את אישורו של גוף אדמיניסטרטיבי להסכם ההורות העתיד... לחלופין, ובראש ובראשונה, במקרים הקשים יותר של חוזים לנשיאת עוברים והסכמי דיספוזיציה בנוגע לביציות מופרות יש לקבל את אישורו של בית המשפט תוך בחינת ההסכם ומתן תוקף שיפוטי לו בידי בית המשפט לפני חתימתו ותחילת ביצועו" (יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו' 553, 598 (2012); וכן יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב' 835, 858-859 (2012)).

הדבר מתחייב מרגישותו הרבה של העניין: יצירתו של תינוק בהליך בו מעורבים גם אנשים שאינם מבקשים להיות הוריו. בשלב זה המיקוד אינו בתינוק, אלא באותו מעורב שאינו חפץ להיות ההורה של היילוד. מגוון שאלות בסיסיות מתעוררות לגביו: מיהו גורם שיש להתחשב בו? מהן חובותיו? האם ואילו כספים מותר לו לקבל? האם הוא רשאי לחזור בו מהסכמתו ובאיזה תנאים? ועוד. תכלית הפיקוח בחוקים האמורים היא להגן על כלל המעורבים בהליכים מורכבים מעין אלו – בריאות האישה תורמת הביציות, הסדרת התנאים לתרומות ביצית וזרע, שמירה על הפונדקאית וגם הגנות על ההורים המיועדים וגורמים נוספים הצריכים

לעניין (ראו לדוגמה: דברי ההסבר לסעיפים 2-5, 11 ו-13 בהצעת חוק ההסכמים, ה"ח 2456; סעיפים 1(ב), 1ב, 7, ו-12-15 לחוק האימוץ; סעיפים 1 ו-12 לחוק תרומת ביציות; בג"ץ 4293/01, לעיל). סעיפי החוק, הפסיקה והנהלים גם משמשים כמעין ספר מדריך שמאפשר למעורב להבין מראש את אופי מעורבותו.

20. ונותר רכיב בנוסחה. לשם הדיוק, לא ברכיב עסקינן, אלא באדם אחר ובכבודו – הוא היילוד. אותם הסכמים בין מי שמבקש להיות הורה לבין יתר המעורבים ישפיעו באופן ישיר על היילוד, שאינו צד להסכם. הסכמים אלו, באם יתקבלו, יובילו ללידתו ויעצבו את חייו. בעניין נחמני קבעה השופטת ד' דורנר כי "הסכם בעניין הולדת ילדים אינו חוזה..."¹, ואף אם התכוונו לכך הצדדים "עשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור" (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 712 (1996)). הייתי מרחיק לכת ואומר כי ההסכם כפי שמוצע במתכונתו הנוכחית – עם כל כוונותיהם הטובות של המעורבים – אינו הסכם כלל. הסיבה לכך היא כי השאיפה העומדת בבסיסו היא ליצור מעמד אישי, לא רק של המבקשת כהורה אלא גם של התינוקת כילדתה. חשוב לשמוע את קולו של היילוד, גם אם הוא אינו מסוגל לדבר. מכאן נוצר הצורך שהדין הוא אשר ייקבע את המסגרת עבורו. הדין כאמור אינו קובע מסגרת כמו זו המוצעת על ידי המבקשת.

21. פיקוח על פי דין הוא הכרחי גם על מנת לאיין את החשש החברתי והמוסרי מפני סחר בילדים, וממצב בו כל אדם שידו משגת יוכל ליצור לעצמו יילוד ולקבלו לחזקתו, ובכך כביכול 'לרכוש' אותו. במקרה דנן אמנם אין חולק כי לא מדובר בסחר בתינוקת, ואולם לא ניתן להתעלם מכך שמדובר בחשש כבד וממשי ככל שתוכר הורות הסכמית מעין זו.

לסיכומו של עניין, ומבלי לטעת מסמרות באשר לשאלה העקרונית הם ראוי יהא להכיר בעתיד במודלים נוספים של הורות בכלל, ובהורות הסכמית בפרט – סבורני כי הכרה שכזו מחייבת הליך חקיקתי סדור, שיבחן את מכלול השיקולים הצריכים לעניין. לא ניתן, גם במובן הדין הראוי, להכיר בדרך של צו הורות

פסיקתי בנסיבות העניין בהסכמים שנכרתו בין המבקשת לבין יתר המעורבים בהליך ההולדה, ולהקנות על בסיסם מעמד הורות למבקשת.

הזכות להורות

22. לבסוף, טוענת המבקשת, כי מאחר שהדלתות נסגרו בפניה להיהפך לאם בדרכים המעוגנות בחוק הישראלי, בשל מצבה האישי והרפואי – אי הכרה בה כאם התינוקת מהווה פגיעה אנושה בזכותה החוקתית להורות, ולמעשה בשלילתה הסופית. היא מבקשת התחשבות בנכותה ובמגבלותיה הפיזיות. מנגד, טוענת המדינה כי לא מדובר בזכותה של המבקשת להורות באופן כללי, אלא יש לבחון את זכותה להיהפך להורה בדרך בה נקטה. לעמדת המדינה, אין מדובר ב"גרעין הקשה" של הזכות להורות, שמתייחס ליכולתו של אדם להעמיד לו צאצא גנטי. לסיום, טוענת המדינה כי אף אם קיימת למבקשת זכות להורות במקרה דנן, הפגיעה עומדת במבחני המידתיות של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

23. לכך נשיב בשני מישורים, האחד פורמלי והשני מהותי. במישור הפורמלי, לא מונחת לפנינו עתירה חוקתית התוקפת את חוקיותם של חוק ההסכמים, חוק האימוץ או חוקים אחרים אשר המבקשת לא נכנסת בגדרם. בא כוחה של המבקשת אף הבהיר בדיון בעל פה בפנינו כי לא הגיש עתירה חוקתית, אלא בקשה למתן רשות ערעור ביחס להחלטותיהן הקודמות של ערכאות קמא בסוגיה הנידונה. מנימוקי הבקשה שהוגשו בכתב עולה כי ההסתייגות החוקתית אינה טענתה העיקרית של המבקשת, אלא היא נטענה בעיקר כהצדקה למעשייה והצגת תמונת המצב המורכבת בעניינה, שהחוק הקיים אינו מספק לה מענה. לפיכך, אין אנו נדרשים במסגרת המקרה שבפנינו לבחינה מעמיקה של חוקתיות סעיפים ספציפיים של החוקים האמורים, ולא נטענה טענה קונקרטיית שכזו במסגרת הבקשה כלפי אף אחד מהם. ואולם בנסיבות העניין, משעלטה טענה זו וחזרה על עצמה, אם כי לא בצורה ישירה, מצאתי לנכון להידרש לה, ולו באופן כללי, ככל הנדרש במסגרת הבקשה.

הזכות להורות הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו למשל: אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13 (2013); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (14.5.2006); בג"ץ 4293/01, לעיל). אולם, אין זה ברור האם הזכות להורות מתפרשת על כל דרכי הקנייתה, בעיקר ככל שמתרחקים ממודל ההורות הטבעית (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, בפסקה 12 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (12.6.2006); בג"ץ 4293/01, לעיל; פרשת פלונית, לעיל, בפסקאות כ"ז-כ"ט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; ברק, לעיל, בעמ' 26). בעיניי, הזכות להורות היא מועמדת ברורה לזכות העומדת בליבת כבוד האדם וחירותו. השאלה באילו נסיבות ובאיזו עוצמה הן סוגיות שאינן נדרשות להכרעה כאן, ולו רק מפני שהטענה לא הועלתה מבחינה פורמלית (לדיונים במהות הזכות, הפגיעה בה והאיזון שבין הפגיעה האמורה לבין זכויות יתר המעורבים בהליך, ובעיקרן התינוקת, וכן אינטרסים חברתיים רחבים ראו לדוגמה: פרשת משה, לעיל, בפסקה 26 לפסק דינה של השופטת א' חיות ובפסקה 32 לפסק דינה של השופטת מ' נאור; פרשת פלונית, לעיל, בפסקאות כ"ז-ל"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין ובפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז).

24. בענייננו, במישור המהותי איננו עוסקים בסוגיה כגון הקצאת משאבים למימון הליכי הפריה או טענה של פגיעה בשוויון בדין הקיים. מדובר בהגדרה משפטית על פי דין של זכות ההורות או ליתר דיוק של ההורות עצמה. לכל הדעות, זכות ההורות קשורה בין היתר לזיקה גנטית או פיזיולוגית. במובן זה, העדר יכולת ליצור זיקה כזו ולהשתתף בפועל, גנטית או פיזיולוגית, בתהליך יצירת היילוד עלול להוציא אדם מזה מחוץ למעגל המשפטי. ברם, זהו גם עניין של הגדרה ביולוגית ושל יכולת פיזית, ולא אפליה שנוצרה על פי דין. דווקא הטכנולוגיה מרחיבה כל העת את המעגל בצורה מפתיעה ומרשימה בכארבעים השנים האחרונות, והיד עוד נטויה.

אמנם, אכן קיים בנמצא מסלול חלופי בדמות חוק האימוץ, אך לא פרטי חוק זה עמדו לדיון בבקשה שהוגשה. בעניין זה אף יוער כי בפסיקה ישנן עמדות שונות בדבר קיומה של זכות חוקתית לאימוץ (העניין הושאר בצריך עיון בבג"ץ 4293/01, לעיל). כך או כך הבקשה נשענת, כפי שצוין, על טענת המבקשת שאי ההכרה בה כאם התינוקת היא שלא כדין, ואילו הניתוח המשפטי מוביל למסקנה שהמצב אינו כזה.

החיקוק והקטין

25. כפי שצוין לעיל, דווקא בשאלות חדשות המתעוררות בדיני משפחה אין להתעלם מעקרונות משפטיים, ובמיוחד מכאלה שעמדו בהצלחה במבחן הזמן. המרכזי שבהם הוא מעמד הילד וטובתו. הדברים מודגשים במיוחד ככל שמדובר בדרישה להכיר בהורות או בזכות להורות. המונח הורה, בהגדרתו, מתייחס לגורם נוסף – הוא הילד. האחרון אינו בגדר צד ג' ביחסים אלו, אלא הוא מהווה צד ב', וליתר דיוק אפילו חלק מצד א'. דהיינו, מקומו של הילד נוצר מעצם הבקשה של אדם להכיר בו כהורה. אין הורה ללא ילדו.

השארית נושא ההורות להסכמים פרטיים בין הצדדים הינה נוסחה לאי סדר עד לכדי תוהו ובוהו. התוצאה תהיה פגיעה בילד, גם אם אין שום כוונה לכך ואף אם לא בהכרח בכל מקרה ומקרה. החוק בהקשר זה ממלא תפקיד חברתי בקביעת מסגרות משפטיות לטכנולוגיה החדשה בהבאת ילדים לעולם. אכן, צעדיו של המשפט הם לעתים איטיים, אך ייתכן שהדבר נחוץ על מנת לשמור על היציבות, הרצף והעקרונות המנחים החשובים בעולם המשתנה בו אנו חיים.

נכון, כאשר מדובר בהולדה 'טבעית' אין פיקוח מראש של טובת הילד על ידי גורמים זרים. בחינה זו אינה אפשרית מבחינה מעשית, וככל הנראה שהימנעות ממנה נובעת גם מתפיסת חירותם של בני האדם להעמיד להם צאצאים גנטיים. הדבר כמובן אינו מונע בדיקה של כשירותם ההורית באם מתעורר חשש בעניין, שעשויה אף להוביל להוצאת הילדים מחיק הוריהם במקרים הנחוצים. ואולם, ככל

שמתרחקים ממודל ההולדה הטבעית, קיימים מנגנוני פיקוח שונים כאמור. אלו לא רק מפקחים על אופן ביצוע ההליך והמעורבים בו, אלא בוחנים אותו לאור עקרון טובת הילד (ראו למשל: סעיפים 1(ב), 19, 25 ו-28 לחוק האימוץ; וכן סעיפים 11(ב), 13(א) ו-14 לחוק ההסכמים).

אף ישנם שיקולים נוספים בעניין. קיימת הכרה מושרשת היטב בדין הטבע. אין רצון להחליף את המודל הגנטי והפיזיולוגי. אלא השאיפה היא להרחיב את המעגל, כך שאלה המתקשים להביא צאצאים לעולם בדרך הטבעית יוכלו להצטרף למודלים המוכרים. לשם כך עליהם להיעזר בגורמים שלישיים, שבתום מילוי תפקידם נכונים הם לרדת מבמת ההורות. מורכבות תהליך רב משתתפים זה, על היבטיו החברתיים המתפתחים, ואף הסיכון בהיבטים לא רצויים כגון החשש מפני סחר בילדים – מחייבים הסדר חקיקתי. בכגון דא אין להתיר את השטח ליוזמות פרטיות, המתבצעות ללא פיקוח. לשון אחר, במעבר מדין הטבע לטבע הדין נדרשת זהירות, פיקוח ומעורבות הדין.

ושוב יודגש כי הנפגע העיקרי מתהליכים כאלה – עשיית דין עצמי בתחום ההורות – יהיה הילד. בית המשפט חייב להעניק משקל רב לשיקול זה. מעניין הוא כי הכלל במשפט העברי לפיו "בית הדין הוא האפוטרופוס של יתומים" לובש פנים חדשות בעידן המאה העשרים ואחת. הכוונה אינה ליתומים על פי הפשט – ילדים שהוריהם נפטרו, אלא לילדים שעל הדין להגדיר מיהם הוריהם, ובכך 'להחיותם'. כדברי הפוסק הירושלמי הרב אליעזר ולדנברג, שנפטר לפני כשמונה שנים: "וברור הדבר דכשאמרו דבית דין אביהם של יתומים, הוא הדין שהן אביהן של קטנים כשנמצאים במצב של יתומים חיים" (שו"ת ציץ אליעזר חלק יז סימן נ).

סוף דבר

26. הבקשה דנן העלתה סוגיות סבוכות ורב ממדיות, הן במובן האישי של הנוגעים במקרה הקונקרטי, והן במובן הכללי לנוכח מעמדו הרם של סטטוס ההורות והשלכות עתידיות אפשריות של המקרה. דווקא בשל רגישות העניין

והשאלות החדשות שהוא מעלה, אין זה ראוי לתת לו מענה פסיקתי יש מאין, שלא במסגרת החוק. הדבר נובע מחשיבותו הרבה ביותר של הנושא, המחייבת כאמור פיקוח הדוק שיגן על זכויות כלל המעורבים בהליך, לרבות היילוד, וכן למנוע סחר בילדים. כמו כן, הקושי במקרה שלפנינו, מקום בו התינוקת נולדה זה מכבר, שהתה בשנתה הראשונה במשפחת אומנה וכעת תימסר לאימוץ – מדגיש את הצורך הרב בבהירות ובוודאות מראש, כפי שניתן לייצר באמצעות חקיקה, ולא בבחינת מקרים פרטניים לאחר מעשה.

אי הסדר רק צפוי לגדול ולהחריף, אם ייפתח הסכר להכרה במודל חדש של הורות הסכמית שלא על פי הדין, ואנשים יחלו לפעול מתוך תקווה כי ההליך שביצעו יאושר בהמשך. כך למשל, אנשים החפצים להיות הורים עלולים לפנות לדרכים יצירתיות ומגוונות, בתקווה כי בקשתם תתקבל. התוצאה בפועל תהיה כי אלה ישקיעו בכך משאבים כלכליים ונפשיים כבדים וייפגעו כאשר בקשתם תידחה; גורמים שלישיים ייעתרו להצעות שונות לסייע לאותם אנשים, מבלי שזכויותיהם מוסדרות במפורש ובאופן ראוי וצודק, היות שנעתרו להליך שלא בהכרח ניתן לגזור לגביו מחוק קיים; וייוולדו תינוקות אשר מעמדם אינו ברור - ואין עוררין על כך שחוסר זה יפגע בהם. זאת בנפרד מהשאלות הקשות שבמוסר ובהגדרות חברתיות משתנות שמתעוררות במצב זה. בהיבט המשפטי, ההכרה בשאיפה להורות אינה יכולה להוביל לתוצאה לפיה אדם יקבע על דעת עצמו, ושלא על פי דין, כי הוא ההורה הואיל והוא ליווה ויזם את התהליך, וחיבר מבחוץ בין כל המשתתפים. הגדרת ההורות חייבת לכלול ממדים אובייקטיביים, כללים וסטנדרטים – על פי בחירת המחוקק. כמובן שעל המחוקק לגלות רגישות, חכמה והבנה בעשיית המלאכה. נדמה כי המחוקק הישראלי עמל, ועודנו עומל, על חוקים מגוונים ומפורטים מאוד, במטרה להרחיב את מעגל ההורות ככל הניתן, במסגרת העקרונית והתכליתית המנחים שבמוסר ובמשפט על פי התפיסות החברתיות. כך גם פועלים משרדי הממשלה הרלוונטיים, לרבות משרד הבריאות, בפיתוח נהלים משלימים.

בהמשך ישיר לכך, ניתן לציין כי מאחר ובעניין זה הוקמה ועדת מור יוסף, והתיקון לחוק ההסכמים מצוי בימים אלו בשלבי חקיקה – יש להשאיר את הסוגיה לפתחו של המחוקק. מדובר בוועדה מקצועית ומגוונת, אשר בחנה לעומק את סוגיית הפיריון בישראל, לרבות הליכי פונדקאות, ונתנה את המלצותיה המלומדות. כמו כן תלויה ועומדת הצעת חוק לתיקון חוק הפונדקאות הקיים, שגם בעניינה נערכו דיונים רבים כפי שהוצג בדיון שהתקיים בפנינו, וניתנה הדעת להתפתחויות הטכנולוגיות ולתמורות החברתיות שחלו במרוצת השנים. תיקון זה לחוק עתיד לפתוח צוהר להורים מיועדים נוספים ולהקל במידה רבה על הפיכתם להורים.

27. לקראת סיום נשוב לתחילת הדרך. תיק זה פורש בראש ובראשונה את סיפורה האישי של המבקשת. אין בתוצאה האמורה בכדי לגרוע מההכרה בשאיפתה הלגיטימית והמובנת של המבקשת להיהפך לאם. נכונותה להוציא שאיפה זו אל הפועל – מעוררת אמפתיה רבה לעניינה וכאבה. לא במקרה תפילתה של הדמות התנ"כית חנה (שמואל א', פרקים א'-ב'), להביא ילד לעולם (לימים שמואל הנביא), מהווה לא רק השראה לדיני התפילה אלא גם מודל לתפילת היחיד, ונפסקו הלכות רבות בתלמוד על פי התנהגותה במקדש (ראו תלמוד בבלי, מסכת ברכות, פרק חמישי). התנהגות זו של חנה לא הייתה מובנת למתבונן מבחוץ, ומסופר כי עלי הכהן אף חשב שהיא שיכורה. הנה כי כן, האמפתיה למבקשת כוללת את ההכרה עד כמה קשה לאחר להבין עד תום את מצבה.

28. ואילו נימוקי הערעור. כפי שנפסק, הערעור נדחה ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

1. הסוגיה לפנינו לא פשוטה היא להכרעה ומערבת שיקולים אמוציונליים מחד, למול שיקולים רציונאליים מאידך. סוגיה זו, כפי שכבר ציינתי בהקשר דומה בעבר, עוסקת בלב הווייתו של אדם: הרצון להיות הורה, אל מול לב הוויית החברה: הסדרת אורחותיה באמצעות כללי הדין (וראו: בג"ץ 5771/12 ליאת משה

נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (18.9.2014), בפסקה 1 לפסק דיני (להלן: עניין משה)). התרחיש בענייננו – "הפקת ילד" באמצעות תרומת זרע, תרומת ביצית ושימוש באם פונדקאית ללא כל קשר גנטי או ביולוגי להורה המפיק – הוא תרחיש אשר בעבר היה בגדר התיאוריה בלבד, וכיום – כפי שנוכחנו – הוא בר ביצוע, ונותרנו עם השאלה האם יש לאפשר לאדם אשר הפיק את הילד לקבל הכרה כהורה המשפטי שלו, על אף היעדרו של קשר גנטי או ביולוגי, וזאת על יסוד ההסכמות שבין הצדדים הנוגעים בדבר.

2. לאחר הדיון בפנינו, ניתנה החלטה הדוחה את הערעור פה אחד ועתה אנו נדרשים לנימוקי החלטתנו, כפי שפורטו בהרחבה בחוות דעתו המקיפה של חברי השופט הנדל, לה אני מסכים. כמו חברי סבור גם אני כי לא ניתן על פי הדין להיעתר לבקשת המבקשת, ואין זה ראוי לאפשר את מבוקשה בדרך פסיקתית. לא אוסיף אלא מספר הערות קצרות.

3. כפי שעמד על כך בהרחבה חברי, לשם הקניית מעמד הורות בישראל, באמצעות הולדה שאינה 'טבעית', ההסדר החוקי דורש קיומה של אחת משלוש זיקות: זיקה גנטית של היילוד לפחות אל אחד מההורים המיועדים; זיקה פיזיולוגית ליילוד; או אימוץ של היילוד (וראו פסקאות 7-8 לחוות דעתו בהליך זה). ואולם, בין המבקשת ליילוד אין אף אחת מהזיקות הדרושות, ובייחוד אין ביניהם זיקה גנטית, והיא מבקשת להכיר בהורותה מכוח ההסכם שנעשה בינה לבין הצדדים המעורבים בהפקת היילוד. הרחבת ההורות מכוח הפסיקה – בדמות צו ההורות הפסיקתי – גם למקרים של "הורות הסכמית" ללא זיקה גנטית ליילוד, היא הרחבה משמעותית הטומנת בחובה צורך בהטמעת מנגנוני פיקוח ובקרה משמעותיים ואפקטיביים. סבורני כי את ההטמעה והאיזון העדין שבין הערכים המנוגדים בענייננו – הזכות להורות למול אינטרסים של המדינה, היילוד וצדדים שלישיים – על המחוקק לעשות, כפי שעשה בעבר למשל בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים לנשיאת עוברים) וחוק אימוץ ילדים, השתמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), ואין זהו מתפקידו של בית משפט זה. צו ההורות הפסיקתי נועד למקרים מיוחדים בהם בית

המשפט נאלץ לפתרון ביניים עד להשלמת פעולת החקיקה בנושא (או למקרים בהם ישנה זיקה לזיקה גנטית מתוקף קשר זוגיות), והוא אינו חלופה עצמאית נוספת ליצירת מודל הורות בישראל. צו זה ניתן בהרמוניה עם חוק האימוץ וחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (בו הוא גם מעוגן בסעיף 11) ועם עקרונותיהם, ולא בסתירה להם כדרך לעקיפתם.

4. למעלה מן הצורך יצוין, כי אינני רואה לנכון להכיר במקרה זה כחריג אשר הצעתי (ולא התקבל) בבג"ץ 566/11 זורון ממשט מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014), לפיו "מקום בו מצא בית המשפט בנסיבותיו של מקרה פרטני כי ההורות היא הורות כנה ועל פי הדין הנוהג במקום בו נקבעה ההורות, רשאי הוא להורות על רישום ההורות אף ללא הוכחת הזיקה הגנטית" (שם, פסקה 36 לפסק דיני). זאת משום שאני סבור, בדומה לחברי השופט הנדל ומנימוקיו, כי אין עסקינן בפונדקאות חו"ל ועל ההורות במקרה שלפנינו להיקבע לפי הדין הנוהג בישראל ולא לפי זה הנוהג בהודו.

5. המבקשת תולה את יהבה בעובדה הגמורה שהילוד כבר נולד ועלינו להתמודד עם מצב קיים. אך בדומה לחברי, אינני רואה בכך טעם לאפשר את מודל ההורות המבוקש, אלא להפך. מן הראוי היה להביא את הסוגיה לפתחנו מבעוד מעשה ולא לאחרי (כפי שעשו העותרות בעניין משה). המדיניות המשפטית הרצויה לא יכולה לאפשר הנאה מפירות הנובעים מזריעה שאינה מאושרת על פי החוק, ועל החלטתנו זו לשמש תמרור אזהרה לפרטים אשר מעצבים את החוק בידיהם ומבקשים להתאימו למעשיהם – לאחר מעשה, חזק רצונם ככל שיהיה. יוער, כי אין משמעות הדבר כי אנו מתעלמים ממשאלת לבה העזה של המבקשת ביילוד. משאלה זו, כפי שציינתי לעיל, היא לב הוויית האדם, ואין אנו מקלים ראש בה. אולם, עם זאת, על הפרט להתאים את מעשיו להוראות החוק ואל לו לפעול בדרכים עקיפות לו כאוות רצונו. כפי שציין בית המשפט המחוזי, הקניית מעמד הורות למבקשת מכוח הסכם מהווה עקיפה של הוראות חוק האימוץ והוראות חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, הדורשות מעורבות ופיקוח של רשויות הרווחה והמדינה בהליכים אלו, מבעוד מועד, תוך מתן דעת לכל הגורמים המעורבים וההיבטים הרחבים

המתעוררים סביב הליך הפונדקאות. לא ניתן להתעלם מהחשיבות של ההסדרה החוקית בנושאים רגישים אלו. ברם, יצוין, כי על אף שעסקינן בפעולה המנוגדת לחוק, אינני רואה מקום להטיל על המבקשת כל סנקציה נוספת, לנוכח היותה סובלת ממחלה קשה ולנוכח הנזק הרב שנגרם לה, הן הכלכלי והן הרגשי. יש לקוות כי המבקשת תמצא מזור בהגשמה מלאה ומספקת של רצונותיה האחרים בחיים.

סוף דבר, אני מצטרף לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל, על כל נימוקיה.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו היסודי של חברי השופט נ' הנדל.

אבקש להעיר מספר הערות קצרות:

1. כמיהתה הגדולה של המבקשת להפוך לאם נוגעת ללב ומעוררת אמפתיה רבה, אך מבחינה משפטית לא ניתן להכיר במבקשת כאמה של התינוקת בנסיבותיו הייחודיות של המקרה דנן. ביסודו של הליך זה עומדת טענתה של המבקשת כי יש להכיר בה כאמה של התינוקת מכוח מעורבותה האקטיבית ב"יצירתה", על אף שלא פסעה באף אחד מהאפיקים המוכרים במשפט הישראלי להורות. המבקשת שמסיבות רפואיות מצערות מצאה עצמה בפני דלתות נעולות בכל האפיקים הללו לא אמרה נואש ובצר לה יצרה, בתושייה רבה, "שרשרת" של הסכמים בעל-פה (בינה לבין אחייניתה שנשאה את ההריון, ובינה לבין תורם הזרע) והסכמים שלא ברור אם נערכו בכתב או בעל-פה אך ממילא לא הוצגו לבתי המשפט קמא (ההסכם עם תורמת הביצית, ההסכם לעריכת ההליך הרפואי בהודו), כשבסופה של "שרשרת הסכמים" זו באה לעולם תינוקת שבינה לבין המבקשת אין קשר גנטי,

שהמבקשת לא נשאה אותה ברחמה ושהמבקשת לא אימצה אותה כדין, והכל בחסות ההתפתחויות הטכנולוגיות המרשימות בתחום הרפואה והפרייון. בנסיבות אלה, שאין חולק בדבר ייחודיותן, לא ניתן להכשיר את פעולותיה של המבקשת ולהכיר בה כאמה של התינוקת אך על יסוד היותה הגורם שהניע ויצר את "שרשרת ההסכמים". הכרה כזו פותחת פתח פוטנציאלי להיווצרות "שוק תינוקות" שבו ניתן יהיה "ליצור" או "לרכוש" תינוק מבלי לעבור באחד האפיקים המוכרים כיום במשפט הישראלי, ולכך לא נוכל לתת ידנו.

2. המבקשת ביקשה להסתמך בטענותיה, בין היתר, על קונסטרוקציית ההורות המשפטית ("צו הורות פסיקתי") שנקבעה בפסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014). כפי שהבהיר חברי השופט הנדל, וראוי להדגיש זאת שוב, נסיבות המקרה דנן אינן דומות לאלה שנדונו בעניין ממת-מגד, ולכן אין לגזור גזירה שווה משם לכאן. די לציין כי בעניין ממת-מגד נדונו הליכי פונדקאות שנערכו בצורה מסודרת בארצות הברית בהתאם לדין שם, כי ההורים המיועדים חתמו על הסכמים מסודרים עם הפונדקאיות, כי בית המשפט בארצות הברית פיקח על ההליכים ואישרם, וכי בסופם נולד תינוק שיש לו קשר גנטי לאחד ההורים. בכל אחד מהפרמטרים הללו שונה המקרה דנן מהמקרה שנדון שם. זאת ועוד, קביעתו של בית משפט זה בעניין ממת-מגד כי זכותו של ההורה הלא-ביולוגי להירשם כהורה נוסף של התינוק, מבלי לעבור לצורך זה תהליך אימוץ או להידרש ל"צו הורות פסיקתי" מבית המשפט לענייני משפחה, התבססה על המסמכים שהציגו העותרים שם שהוכרו כ"תעודה ציבורית" לצורך סוגיית הרישום – תעודת לידה שהונפקה בבית חולים בארצות הברית וצו מבית המשפט שם, שהעידו על הורות ביולוגית של הורה אחד ועל הורות משפטית של ההורה השני (שאינו הורה ביולוגי) – ולא רק על יסוד המעורבות האקטיבית שלהם בהליך הפונדקאות. גם בפרמטר זה שונה המקרה דנן מהמקרה שנדון שם.

3. אין לכתחילה כי בפסיקתו של בית משפט זה ניכרת אט אט מגמה ליברלית ומבורכת המרחיבה את "מעגל ההורות", תוך הסתמכות, בין היתר, על קונסטרוקציות חוזיות במקרים שבהם הנסיבות מצדיקות זאת. אכן, המושגים

"הורות פסיכולוגית" ו"הורות משפטית" כבר אינם זרים למשפט הישראלי, ומכוחם כבר נקבע כי בנסיבות מסוימות עשויות לקום לטובתו של אדם זכויות ולצידן גם חובות כלפי ילד שאינו ילדו הביולוגי או המאומץ מכוח קונסטרוקציה חוזית, והכל בכפוף לעיקרון טובת הילד. לטעמי מדובר במגמה מבורכת המכירה באפשרויות המגוונות שקיימות בעולם המודרני ליצירת יחסי הורים וילדים [ראו, למשל פסק דיני בבע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (29.8.2013)], אך עם זאת, על בית המשפט להיזהר ולצעוד במתינות ובזהירות במשעול זה, וכאמור ברקע עומד החשש מפני היווצרות "שוק תינוקות" שבו ניתן יהיה "ליצור" או "לרכוש" תינוק על ידי כריתת "שרשרת" הסכמים ללא פיקוח וללא הסדרה.

4. נסיבות המקרה שלפנינו חריגות ביותר, ולכאורה משדנו בתי המשפט קמא ביסודיות בטענות המבקשת ודחו אותן בפסקי דין מקיפים ומנומקים שבסופם הגיעו לתוצאה זהה, עשויה להתעורר השאלה האם היה מקום לדיון ב"גלגול שלישי" בבית משפט זה. עם זאת, כפי שציין חברי השופט הנדל וכפי שצינתי לעיל, המקרה דגן מעלה שאלות כבדות משקל ומעורר חשש מפני השלכות רוחב בעתיד, ולטעמי די בכך כדי להצדיק דיון את הדיון שהתקיים לפנינו בהרכב מורחב ב"גלגול שלישי".

5. לבסוף אזכיר כי בפסק דיננו מיום 13.7.2014 (שניתן ללא נימוקים) קבענו, מבלי להביע עמדה לגופו של עניין ומבלי לקבוע מסמרות, כי המבקשת רשאית להגיש בקשה לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שיינתן לה מעמד בהליכי האימוץ הנוגעים לתינוקת. אביע תקווה, מבלי לקבוע מסמרות כמובן, כי כך אכן קרה וכי בית המשפט לענייני משפחה יגיע לפיתרון קונקרטי, פרגמטי וצודק בהקשר זה.

אשר על כן, בכפוף להערות אלה, אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו של חברי השופט נ' הנדל.

1. פיתוח טכניקות מלאכותיות לפיריון ולהולדה מאפשר לפרט לממש את רצונו להפוך להורה, וזאת בדרכים שלא היו קיימות בעבר. עקב כך, הולדה אינה עוד תלויה גורל, אלא נתונה במקרים רבים לבחירה (עיינו גם: פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח(3) 643 (2005)). כזה הוא המקרה שלפנינו. המבקשת, אשר מסיבות רפואיות לא יכולה הייתה להביא ילד לעולם, התקשרה עם אחייניתה בהסכם בעל-פה, שלפיו האחיינית תשמש לה כפונדקאית. לשם יצירת ההיריון, נעזרה המבקשת בתרומות זרע וביצית. כתוצאה מההליך המתואר, נולדה הקטינה מושא דיוננו. השאלה לה נדרשנו היא, אם יש מקום להכיר במבקשת כאמה של הקטינה.

2. בפתח הדברים אבהיר, כי מקובלת עליו מסקנתו של חברי השופט נ' הנדל, שלפיה הדין החל הוא הדין הישראלי. חברי ביסס את מסקנתו על סעיף 77 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית). סעיף 77 קובע כי על ענייני חוק הכשרות המשפטית יחול דין מושבו של הקטין. מקום מושבו של הקטין הוא המקום שבו נמצא מרכז חייו (סעיף 80 לחוק הכשרות המשפטית). נקודת המוצא לעמדה זו היא, כי חוק הכשרות המשפטית עוסק בהגדרת הורות, אף שאינו כולל הוראות מפורשות בנושא זה. במקרה שלפנינו, מקום מושבה של הקטינה הוא בישראל. כמו כן, אף שההפריה נעשתה בהודו, ההסכמים בין הצדדים נכרתו בישראל; ההיריון והלידה התרחשו בישראל; וכלל המעורבים, פרט לתורמת הביצית, הינם ישראלים. בנסיבות אלה, גם החלתם של כללי ברירת דין אפשריים אחרים, כדוגמת מקום המושב של האם הפונדקאית או גישת מירב הזיקות, מובילה למסקנה כי הדין החל הוא הישראלי. על כך עמדו הערכאות הדיוניות בפסקי הדין מושא בקשת רשות הערעור שלפנינו (וראו גם: מחקרה של שרון שקרגי "קביעת הורות במקרי פונדקאות המערבים יסוד זר – הצעה לכלל ברירת דין" עבודה לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים (2007), בעמודים 89-101, שצורף לכתב התביעה של המבקשת). נוסף על כך, בהתחשב במאפייניו של ההליך שביצעה המבקשת ובזיקותיו לישראל, דעתי, כדעתו של חברי השופט הנדל, היא, כי אין מדובר בפונדקאות חו"ל. ומכאן, לגוף העניין.

3. לפי המצב החוקי הקיים בישראל, לא ניתן לערוך הסכמים לנשיאת עוברים ללא פיקוח ובקרה, וחל איסור על מסירה פרטית של ילד מאדם לחברו (חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ובפרט סעיף 19 לחוק; סעיף 33 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; כן ראו: חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010). הסדרים אלה משקפים מדיניות, שלפיה עצם העובדה כי קיימות דרכים שונות להפוך להורה, אין משמעה בהכרח כי על המדינה לאפשר את מימושו. "לצד הזכות להורות, יש לשקול את טובתם של צדדים שלישיים המעורבים לעיתים בתהליך הולדה מלאכותי וכן שיקולים רפואיים, חברתיים ואתיים נוספים" (בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (18.9.2014), פסקה 2 לפסק דיני (להלן: עניין ליאת משה)).

4. לפי מערכת החוקים הקיימת, מה שעשתה המבקשת הוא אסור. כמפורט בפסק דינו של חברי השופט הנדל, החקיקה הקיימת נועדה להגן על כל המעורבים בתהליכי הולדה או אימוץ, ובפרט על האם הנושאת את ההיריון והיילוד עצמו (עיינו גם: נופר ליפקין ואתי סממה "פונדקאות בישראל: תמונת מצב 2010 והצעות לשינוי חקיקה" אשה לאשה – מרכז פמיניסטי חיפה (תשע"א-2011)). לשם כך, נקבעה בחקיקה חובת פיקוח ובקרה, והוסדר מעמדם המשפטי של הגורמים המעורבים בתהליכים מעין אלה. הכרה בהורות המבוססת על התקשרות חוזית פרטית, כבענייננו, אינה מתיישבת עם התכליות הנזכרות לעיל, ופוגעת באפשרות להגן על צדדים שלישיים מפני פגיעה או ניצול. הדבר עלול לעורר קשיים נוספים, כגון ספקות באשר לטיב ההסכמה של האם הנושאת או אי-בהירות באשר למעמד המשפטי של המעורבים בהליך. החששות מפני ניצול או סחר גוברים כאשר מדובר בהבאת ילד לעולם שאין לו קשר ביולוגי או גנטי ל"מזמין". בהקשר זה מן הראוי להפנות להמלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל (מאי 2012), אשר ראתה לנכון להמליץ להרחיב את מעגל הזכאים לפונדקאות, אך זאת תוך הבטחת קיומו של קשר גנטי או ביולוגי לפחות עם אחד מההורים המיועדים לגדל את הילד. נסיבותיו של המקרה שלפנינו ממחישות את הקשיים המתוארים. כך הדבר, בהתחשב בקיומם של פערי כוחות מסוימים בין המבקשת לבין אחייניתה, ובעובדה כי שתיהן הן חלק ממערך משפחתי

קרוב; ובשים לב לספק המתעורר – למקרא תגובתה של האחיינית לבקשת רשות הערעור ועדותה בבית המשפט לענייני משפחה – בדבר הבנתה את מהות ההליך שעברה ואת תוצאותיו ואת משמעות הסכמתה. נוכח האמור, אין מקום להכיר בהורות של המבקשת לגבי הקטינה. לאחרונה דחינו בדעת רוב עתירתן של בנות-זוג, אשר ביקשו להביא צאצא לעולם בדרך שאינה אפשרית על-פי הדין המצוי (עניין ליאת משה). כחברי השופט הנדל, אף אני סבורה כי הדברים שנקבעו שם יפים לענייננו בגדר קל וחומר. בעניין ליאת משה, הליך ההולדה המבוקש עירב את העותרות בלבד. לעומת זאת, בענייננו יש להביא בחשבון גם את טובתם של צדדים שלישיים המעורבים באופן ישיר בהיריון ובלידה. לצד זאת, המקרה הנוכחי שונה מנסיבותיו של פסק הדין ב-בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014) אשר עסק בפונדקאות חו"ל, ובפרט בשאלת רישום הורות הנתמכת בתעודה ציבורית זרה במרשם האוכלוסין.

5. עם כל ההבנה לקשייה של המבקשת ולמאמצים שהשקיעה על-מנת להביא ילד לעולם, לא ניתן להכיר בה כאם של הקטינה. אזכיר, כי בפסק דיננו ללא נימוקים קבענו, מבלי להביע עמדה לגוף העניין, כי המבקשת רשאית להגיש בקשה לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שיינתן לה מעמד בהליכי אימוץ הנוגעים לקטינה.

נ ש י

א ה

הנשיא (בדימ') א' גרוניס:

1. שוב באה בפנינו סיטואציה חדשה של "הורות", בעקבות חידושי המדע. כפי שאנו רואים, ניתן כיום להביא להולדת ילד בדרך המורכבת הבאה: פלוני תורם זרע, פלונית תורמת ביצית, ואלמונית תורמת את רחמה ונושאת את ההריון שנוצר מהפרייה מלאכותית של הביצית על ידי הזרע. וכמובן, בענייננו בנוסף לשלושת המעורבים האנושיים הנזכרים נמצאת המבקשת, שאירגנה את התהליך

כולו ומימנה אותו. בסיומו של התהליך נולדה תינוקת. המבקשת עותרת לכך שבית המשפט יקבע כי היא אימה של התינוקת. נתון נוסף שמייחד את המקרה, והוביל את המבקשת ללכת במסלול האמור, הוא שמסיבות רפואיות אין המבקשת יכולה לשאת הריון ואין היא יכולה ליתן תרומה של ביצית (על מנת שאשה אחרת תישא את ההריון). על כן, עסקינן במקרה בו אין כל קשר גנטי (באמצעות ביצית או באמצעות זרע אילו היה מדובר בגבר) או קשר פיזיולוגי (של נשיאת הריון) בין המבקשת לבין התינוקת שנולדה. כמו כן, אין קשר של זוגיות בין המעוניין או המעוניינת בהכרה כהורה לבין בן/בת הזוג שיש לו או לה קשר גנטי לילוד (מה שחברי, השופט נ' הנדל, מכנה "זיקה לזיקה").

2. חברי השופט נ' הנדל, שאני מסכים לאמור בחוות דעתו המקיפה והיסודית, מציג קשת שבצידה האחד הורות טבעית ובצידה האחר – אימוץ (פיסקה 8 לחוות דעתו). במקרה של הורות טבעית מדובר על שניים – אשה ואיש. ההריון נוצר משילוב של ביצית של האשה וזרע של האיש, ואת ההריון נושאת האשה. בקצה האחר של המשרעת נמצא, כאמור, האימוץ. במקרה של אימוץ אין כל קשר גנטי או פיזיולוגי בין ההורים המאמצים או ההורה המאמץ לבין התינוקת. המאמצים הופכים להורים מכוח החוק, בעקבות תהליך מורכב, ורק מכוח צו של בית משפט (סעיף 1(א) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, להלן – חוק האימוץ).

3. מה שקרה בענייננו דומה מבחינת הליך ההולדה לאימוץ, יותר מאשר לכל האפשרויות הנזכרות האחרות של הורות חוקית. זאת שכן, בדומה לאימוץ, גם בעניינה של המבקשת אין כל קשר גנטי או פיזיולוגי בינה לבין התינוקת שנולדה. בהליך אימוץ, אף אם הוא נעשה בהסכמתם של הורי הילוד, מעורב עובד סוציאלי (סעיפים 12 ו-15 לחוק האימוץ). והעיקר – צו אימוץ ניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה וכל זאת בהתקיים התנאי כי הדבר הינו "לטובת המאומץ" (סעיף 1(ב) לחוק האימוץ).

4. בניגוד לתהליך המורכב של אימוץ, בו מעורבים גורמי המדינה, הרי בענייננו עותרת המבקשת להכיר בה כאימה של התינוקת אך בשל כך שהיא

אירגנה את התהליך ומימנה אותו. אין זכר למעורבות כלשהי של גורמי המדינה, מינהליים ושיפוטיים, שכאמור בוחנים בהליך אימוץ את האפשרות של הכרה בהורות על יסוד עיקרון העל של טובת הילד. בתהליך אותו יצרה המבקשת לא נעשית כל בחינה של טובתה של התינוקת. עם זאת אבהיר, כי אין להבין מדבריי, כי סבור אני שהמבקשת מתעלמת מטובתה של התינוקת. המבקשת מדגישה, מטבע הדברים, את זכותה להורות. אין ספק כי מבחינתה הסובייקטיבית היא בדעה שהתהליך אותו יצרה הינו לא רק לטובתה שלה, אלא אף לטובתה של התינוקת. ברם, ההכרעה במקרה דנא אינה יכולה להיות מבוססת אך על רצונותיה, תחושותיה ואמונותיה של המבקשת. על גורמי המדינה, כולל בית המשפט, להעמיד במרכז שיקוליהם את טובתה של התינוקת. בחינה של טובתה יכולה להיעשות אך ורק בגדרו של הליך אימוץ. מבינים אנו לליבה של המבקשת. ברם, כל עוד אין הסדר חקיקתי למקרה דוגמת זה שבפנינו, אין מקום שבית המשפט ימלא את מקומו של המחוקק.

5. הכרה בהורות של המבקשת תאפשר בעתיד לכל זוג, לכל אשה ולכל גבר, שמצבם הרפואי אינו מאפשר מתן ביצית או זרע, ואינו מאפשר לאם העתידית לשאת הריון, להניע תהליך דומה לזה אותו הפעילה המבקשת. הכרה בתהליך כזה כיוצר הורות חוקית יהווה עקיפה של תהליך האימוץ, הקבוע בחוק. לדעתי, בית המשפט אינו רשאי ליתן גושפנקא לדרך זו בלא אסמכתא של המחוקק.

נ ש י א

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת לפסק דינו של חברי השופט נ' הנדל המפרט בהרחבה את הנימוקים שביסוד החלטתנו מיום 13.7.2014 (אשר ניתנה פה אחד וללא נימוקים באותו שלב) לדון בבקשה כבערעור ולדחות את הערעור לגופו.

1. במקרה דנן עותרת המבקשת להכרה בהורות על בסיס שרשרת של הסכמים פרטיים שיזמה והוציאה אל הפועל, אף שמהלך זה אין לו עיגון חוקי בדין הישראלי החל בנסיבות המקרה. אכן, ההתפתחויות הטכנולוגיות והמדעיות בתחום ההולדה נושאות בשורה משמעותית לכל מי שמבקשים לממש את רצונם להורות, אך לצד בשורה זו טומנת בחובה אותה הקידמה גם דילמות אתיות וחברתיות נכבדות ומורכבות וחששות לפגיעה בזכויותיהם של הגורמים המעורבים בתהליך ובהם "האם הנושאת", תורמי המטען הגנטי והיילוד הפוטנציאלי. דילמות אלה ואחרות מתעוררות גם כאשר מדובר במהלכים של פונדקאות ותרומת ביציות המוסדרים בחוק והמלווים באמצעים של פיקוח ובקרה (כך למשל לא ניתן להתעלם מההיבט הקומודיפיקטיבי (הסחרה) המתלווה למהלכים מסוג זה. ראו והשוו בהקשר זה: Margaret J. Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. (1987) (1859-1861, 1849). ואולם, ההסדרה בחקיקה מנסה להתמודד עם דילמות אלה ולתת להן מענה ראוי (ראו למשל: סעיפים 1, 9, 10 ו-12 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010; סעיף 5 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996; וסעיפים 1(ב), ו-6-9 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. ראו גם דברי הסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח 259, 260-265). לעומת זאת, כאשר מדובר במהלך המבוסס על הסכמים פרטיים שאין לו עיגון בדין והמבוצע, כמו במקרה שלפנינו, בלא ששלב כלשהו משלבי המהלך נתון לפיקוח או לבקרה של גורם רגולטיבי מוסמך, כי אז החששות של ניצול גורמים שלישיים המעורבים בתהליך ההולדה ושל פגיעה בטובת היילוד מתעוררים ביתר שאת. כמו כן, מתעצם לגבי מהלך כזה החשש - עליו עמד חברי השופט י' דנציגר - כי הוא ישמש קרקע פורייה לסחר בילדים וליצירת "שוק תינוקות", כלשונו (פסקאות 1 ו-3 לחוות דעתו). בחינה פרטנית של כל מקרה קונקרטי על מנת להסיר חששות אלה, איננה בשום אופן הדרך ההולמת להתמודד עימם וגם המצדדים בקביעת הורות משפטית בהסכמה סבורים שהמודל אותו יש לעצב בהקשר זה, חייב לעבור הסדרה בחוק ולהיות נתון לפיקוח ולהגבלות על מנת להגן על אינטרסים חברתיים חשובים הכרוכים בו. כך למשל, מציין ד"ר יחזקאל מרגלית בעניין זה כי:

"מתן חופש חוזים בהקשר של קביעת הורות משפטית בלא כל פיקוח והגבלה של דיני המשפחה עשוי לפגוע באינטרסים חברתיים מן המעלה הראשונה, שעליהם מבקשים כעניין שבשגרה דיני המשפחה להגן – מניעת ניצול ופגיעה בפרטים העשויים להיות מוחלשים בהקשר המשפחתי, שמירת טובת הילד וזכויותיו כמו זכויותיהם של יתר הפרטים המעורבים בהליך ההריוני ומניעת קומודיפיקציה שלהם על היבטיה השונים" (יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 858 (התשע"ב)).

2. חברי השופט הנדל התייחס בחוות דעתו, בין היתר, לפרשה אשר נדונה בבג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (18.9.2014) (להלן: עניין משה), ועמד על ההבדלים הקיימים בין המקרה דנן ובין אותה פרשה. בהקשר זה ראיתי להוסיף כי בעניין משה ביקשו בנות זוג לקבל הכשר מראש לביצוע הליך אשר במסגרתו תושלל ביצית של אחת מהן, המתקשה לשאת הריון, ברחמה של בת זוגה. דעת הרוב באותו עניין סברה כי הליך כזה אינו אפשרי על פי הדין הישראלי התקף. באותו עניין נמנתי עם דעת המיעוט בסוברי כי יש ליתן לעותרות סעד חוקתי הקורא אל תוך חוק תרומת ביציות הוראה כללית, אשר תאפשר לוועדת החריגים שהוקמה על פי החוק לאשר פעולות שונות הכרוכות בתרומת ביציות וזאת לא רק ברשימת המקרים "הסגורה" שנקבעה בו אלא גם במקרים ייחודיים המצדיקים זאת ושאותם לא ניתן לצפות מראש. לא למותר להזכיר אולי כי אחד הנימוקים המרכזיים שהובילו אותי לתוצאה זו נסמך על כך שהוראה דומה נכללה לכתחילה בהצעת החוק והוצאה ממנה בסופו של יום מתוך הנחה שגויה כי גם בהעדרה יוכל בית המשפט להתיר את הדבר. הדגשתי באותו עניין כי הוספת הוראה כללית כאמור תשמור את התהליך כולו בתוך המסגרת הנורמטיבית שהתווה החוק ותשרת את התכליות הראויות שאותן ביקש המחוקק להגשים באמצעותו, ובהן: קידום הולדה ומחקר, שמירה על בריאות הנשים המעורבות בתהליך, כמו גם על בריאות היילוד, וכן מניעת סחר בביציות וניצול נשים (עניין משה, פסקאות 28 ו-38 לחוות דעתי). הטעמים שבגינם ראיתי חשיבות לשמור את הסעד המוצע בתוך מסגרת החוק על דרך של תוספת סמכות לוועדת החריגים שהוקמה מכוחו, הם בעיניי בדיוק הטעמים אשר בגינם אין לאפשר הסדרים חוזיים פרטיים שאינם

תחומים במסגרת חוקית ואינם מפוקחים באמצעות מנגנוני בקרה מתאימים לשמירה על האינטרסים החברתיים הכרוכים בכך.

שׁוֹפֵט

ת

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף והמאלף של חברי, השופט נ' הנדל, ולהערות חברי להרכב. מבלי לגרוע מהאמור לעיל – רואה אני להוסיף מספר הדגשים ואלה יובאו להלן.

2. מוכן אני להניח כי המאוויים להורות של המבקשת, שראינו להעניק לה רשות ערעור (ולכן היא תיקרא מכאן ואילך – המערערת) – הם בגדר זכות חוקתית (מופשטת), הנגזרת מהזכות לכבוד, או מהזכות לחירות, או מהזכות לפרטיות, המעוגנות כולן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: רות זפרן, "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" משפטים על אתר ח' 1 (תשע"ה) (להלן – רות זפרן) והפסיקה המובאת שם בעמ' 3-9). עיינו גם: אהרון ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים ט"ז 13 (תשע"ד – דצמבר 2013). אני נכון אף לקבל את הפרופוזיציה שהעלתה ד"ר זפרן במאמרה הנ"ל ועל פיה:

“ניתן לטעון כי הכמיהה לילד, נקיטת היזמה להביאו לעולם, השקעת המאמץ והמחויבות לטפל בו – כל אלה מספיקות לצורך הכללתן בזכות להורות גם בהיעדר זיקה גנטית בין ההורים המיועדים לילד, במיוחד על רקע הזיקה ההדוקה בין הזכות לפיריון לזכות לקיום יחסי טיפול ודאגה. דברים אלה נכונים במיוחד כאשר אין נתונה לפרט חלופה אחרת להפוך להורה, לרבות על דרך אימוץ.” (שם בעמ' 15).

עם זאת זכות חוקתית מופשטת זו מקבלת צביון שונה כאשר מדובר בהורות שבאה כתוצאה מהולדה בדרך הטבע (שאז ככלל אין מקום להסדרה חיצונית לגביה) וכאשר היא פרי רבייה בסיוע מאסיבי של טכנולוגיות ביו-רפואיות (שאז דרושה

הסדרה והתערבות חקיקתית ביחס למותר ולאסור). עיינו: עמוס שפירא "פרשת נחמני: הורות בזכות ובכפיה, ביציות מופרות ויילודים עתידיים – סיפורים של קדמה מדעית וכשל נורמטיבי" מאזני משפט ד' 437, 446 בה"ש 11 (להלן: עמוס שפירא).

הנה כי כן בסוגיות שעלו בפנינו – הזכות החוקתית המופשטת להורות, לה טענה המערערת, טעונה השלמה סטוטורית, ובאין כזו – התשתית הנורמטיבית הקיימת כיום בישראל, כפי שזו הוצגה ע"י הנשיאה מ' נאור והשופט נ' הנדל בחוות הדעת שלהם כאן, אפילו היא פוגעת במערערת – אין לומר עליה כי היא חורגת מתנאי "פיסקת ההגבלה" הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3. מהאמור עד הנה גם מתבקשת מסקנה נוספת והיא שכל ההסדרים המעין-חוזיים שערכה המערערת עם: תורמת הביצית, תורם הזרע ואחייניתה הפונדקאית – אינם יכולים להעניק למערערת בדין הקיים את האפשרות לקבל "צו הורות", או הכרה כהורה של הילדה שנולדה. הטעם לכך נעוץ בעובדה שההסדרים שנעשו בהקשר זה ע"י המערערת יש לראותם כנוגדים כיום את "תקנת הציבור" (עיינו: נילי כהן "חוזים בין הבית והשוק – סיפורן של רות נחמני וזהרה כנען כמקרי מבחן". עתיד להתפרסם בספר שטרסברג כהן, בעמ' 18 (להלן – נילי כהן) והשוו בארה"ב לפסק הדין: (A.Z. V. B.Z., 725 N.E.2d 1051 (Mass. 2000)).

האם בכך נסתם הגולל סופית על סיכוייה של המערערת שלא חסכה עד כה כל מאמץ כדי להפוך לאם, או לקבל הכרה ככזו? (להשתלשלות האירועים עיינו גם: בג"צ 932/13 פלונית נ' משרד הרווחה (09.04.2013)). על כך אוסיף מספר מלים מיד בסמוך, שכן הדברים רלבנטיים גם לגבי בעלי מוגבלות אחרות, החפצים כמו המערערת להיעשות להורים, ואשר מטה מאבק הנכים, שביקש להצטרף כ"ידיד בית המשפט", היה להם לפה בפנינו.

4. בפסק הדין שהוצאנו ללא הנמקה בתיק זה בתאריך 13.07.2014 הערנו בסופו כך:

"המבקשת עתרה בפנינו לקבוע כי יינתן לה מעמד בהליכי האימוץ הנוגעים לקטינה שעניינה עלה בהליך דנא. המבקשת רשאית, כמובן, להגיש בקשה לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שיינתן לה מעמד באותם הליכים. ברם, סוגיה זו נתונה בידי בית המשפט לענייני משפחה, ואיננו מביעים עמדה לגביה."

אינני רוצה לחרוג מעבר לקביעה זו, ואולם האפשרות שנזכרה בפסק דינו כאמור מלמדת שיתכן והמערערת עשויה לקבל "זכות עמידה" בהליכי האימוץ (זאת לצד אחייניתה – לה זכות שבדין בהליכים אלה, בהיותה האם הנושאת ויולדת הילדה). לרלבנטיות של הליכי אימוץ במצבים דומים ראו: נילי כהן בעמ' 35-36 וכן עיינו בפסק הדין האמריקאי של בית המשפט העליון בניו ג'רסי (הנזכר במאמר של פרופ' נילי כהן): (J.B. v. M.B., 783 A.2d 707 (N.J. 2001)).

זאת ועוד – אחרת. דומה כי בעתיד הקרוב על הרשות המבצעת ועל המחוקק ליתן דעתם למצבם המיוחד של אנשים עם מוגבלויות בהקשרים אלה ולפעול ל"התאמת" הדינים הרלבנטיים במאטריה שלנו – ביחס אליהם. ארחיב על כך להלן.

5. מטלה זו המוטלת על הרשויות הנ"ל – נובעת משלושה מקורות:

(א) סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המורה אותנו כי: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה". עיינו: אהרון ברק "הזכות החוקתית להגנה והחובה לכבדה" (אמור להתפרסם במשפט וממשל בשנת 2015), והרי הבהרתי כבר לעיל כי, לשיטתי, הזכות להורות היא בגדר "זכות חוקתית", וזו נגזרת מזכויות המנויות בחוק היסוד האמור.

(ב) הוראות חוק זכויות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן – חוק השוויון). וכך קובע פרק א' לחוק השוויון:

1. **עקרון יסוד:** 'זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות';
2. **מטרה:** 'חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מירבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו';
3. **העדפה מתקנת:** 'אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות';
4. **הזכות לקבל החלטות:** 'אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות הנוגעות לחייו, על פי רצונו והעדפותיו, והכל בהתאם להוראות כל דין'.

סעיף 5 לחוק השוויון מגדיר "אדם עם מוגבלות" כך:

"אדם עם מוגבלות פיסית, נפשית, או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים".

סעיף 6 לחוק השוויון מציב עקרונות ביחס למימוש זכויות ומתן שירותים לבני אדם

עם מוגבלות, ומורה, בין השאר, כדלקמן:

"(א) מימוש זכות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות יעשו –

(1) תוך הקפדה על כבוד האדם וחירותו והגנה על פרטיותו;

(2) במסגרת השירותים הניתנים והמיועדים לכלל הציבור, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות הענין כאמור בחוק זה.
(ההדגשה שלי – ח"מ).

רעיון "ההתאמות" שבחוק השוויון משקף איפוא את ההבנה המודרנית שאין די בכך שאדם עם מוגבלות יתאים עצמו לחברה, אלא שדווקא על החברה להתאים עצמה לאדם עם המוגבלות, וזאת עליה לעשות באמצעות פעולות אקטיביות שיתנו "מענה הולם" לצרכיו המיוחדים של האדם עם המוגבלות "באופן שיאפשר לו

לחיות את חייו בעצמאות מירבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו" (סעיף 2 הנ"ל לחוק השוויון); להרחבה עיינו בפסק דיני ב-בג"צ 6069/10 רמי מחמלי נ' שירות בתי הסוהר (08.05.2014).

(ג) הוראות האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, (Convention on the Rights of Persons with Disabilities), אשר אומצה בעצרת הכללית של האומות המאוחדות ב- 13 לדצמבר 2006 ונכנסה לתוקף במאי 2008 (להלן: האמנה). במרץ 2007 חתמה מדינת ישראל על האמנה ובספטמבר 2012 אישרה אותה.

האמנה קוראת למדינות שהן צדדים לאמנה לבדוק ולהעריך מחדש את יחסן לאנשים עם מוגבלות על מנת לבנות סביבה נגישה יותר. **המדינות שהן צדדים לאמנה מחויבות לחוקק חוקים למניעת אפליה, ולבטל חוקים ופרקטיקות המפלים אנשים עם מוגבלות.** וזו לשון סעיף 23 לאמנה:

23.1: "מדינות שהן צדדים לאמנה תנקוטנה אמצעים כני-תועלת והולמים לביעור הפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות בכל הקשור לנישואין, משפחה, הורות ומערכות יחסים, **בשוויון עם אחרים**, כך שיובטח כי:

...

(ב) תוכר זכותם של אנשים עם מוגבלויות להחליט בחופשיות ובאחריות על מספר ילדיהם... **ויינתנו האמצעים הדרושים כדי לאפשר להם לממש זכויות אלה;**

23.2: "מדינות שהן צדדים תבטחנה את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ואת חובותיהם, בכל הנוגע ל**אפוטרופסות**, מעמד החסוי, נאמנות, אימוץ ילדים או מוסדות דומים, ככל שקיימים מושגים אלה בחקיקה הלאומית; בכל מקרה טובת הילד תהיה עליונה. מדינות שהן צדדים תענקנה סיוע הולם לאנשים עם מוגבלויות לצורך מילוי חובותיהם בקשר לגידול ילדים.

23.4: "מדינות שהן צדדים תבטחנה כי לא יופרדו ילדים מהוריהם בניגוד לרצון ההורים, אלא אם כן תקבענה רשויות מוסמכות הכפופות לביקורת שיפוטית, כי הפרדה כזו דרושה לטובתו של הילד, וזאת בהתאם לחוק ולהליכים החלים בהקשר זה. **בשום מקרה, לא יופרד ילד מהוריו אך ורק בשל מוגבלותו של הילד, או של הורה אחד, או של שני ההורים.**" (ההדגשות שלי – ח"מ).

6. נוכח התובנה שהגעתי אליה ועל פיה ביחס לאנשים עם מוגבלות, דוגמת המערערת, קיים בשלב זה חוסר נורמטיבי המונע היענות לשאיפתם הלגיטימית להורות – מתבקש איפוא כי מכוח המקורות, עליהם הצבעתי בפיסקה 5 שלעיל, יערכו בהקדם הסדרים נורמטיביים משלימים, שקולים, מפורטים ומושכלים, שיתחשבו בקשייהם למצוא בני זוג ולהוליד ילדים בהליך טבעי. בנתיב זה, אם ינקט, ימצא להם מזור – ובכפוף למצבם, לאילוצים רפואיים ולעקרון "טובת הילד" – ראוי שתפתח בפניהם עקרונית, במידת האפשר והצורך: הדרך לאמץ (עיינו: רות זפרן), או שתינתן להם נגישות וזכות להשתמש בטכנולוגיות ביו-רפואיות מתקדמות כדי להגיע להורות (עיינו: רות זפרן וכן: עמוס שפירא).

צעידה במסלולים הנ"ל אמורה ליתן מענה למציאות שבגדרה הטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. המחוקק ובתי המשפט נדרשים לפיכך ליצוק, במקרים אלה, את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים שלא היו בשימוש קודם לכן (משל היו אלה יין ישן המשתבח עם הזמן, וזקוק רק לכלי חדש יותר. השוו: (2009) 64 *STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY*; עיינו גם בחוות דעתי ב-ע"א 9183/09 *The Football Association Premier League Limited* נ' פלוני (13.05.2012)).

הנה כי כן, כמו שבעבר מוסד האימוץ בא לסייע לבעייתם של חשוכי הילדים, ניתן עתה להרחיבו, או לאפשר לפרטים שלא עומדת לרשותם כל חלופה אחרת – להעזר בטכנולוגיות רפואיות חדישות כדי להפוך להורים, או להחשב ככאלה, אפילו ללא זיקה גנטית.

לסיום: לבי לבי עם המערערת שבמצב המשפטי הנתון – לא יכולנו לסייע לה יותר בהליך הנוכחי.

על כן החלטנו, ביום 13.7.2014, פה אחד, לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות לפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 והוגש ערעור על פיה, ולדחות את הערעור לגופו בלא צו להוצאות.

נימוקים ניתנו היום, י"ב ניסן תשע"ה (1.4.2015).

נ ש י א (בדימ') נ ש י א ה ש ו פ ט ש ו פ ט

ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט