

עבודה סמינריונית

צו ההורות הפסיקתי להורה שאינו טבעי

מגיש יהודה פואה ת.ז. 036989986

למרצה ד"ר מרגלית יחזקאל

תוכן העניינים

מבוא 3-4

פרק ראשון : סקירת הפסיקה שהתפתחה בשנים האחרונות בצו

הורות פסיקתי להורה שאינו טבעי..... 5-12

פרק שני : הצגת הדיון בשאלה :

"מי הם ההורים של הילד בראי ההלכה"..... 12-16

פרק שלישי : סקירת החקיקה בעניין קביעת הורות..... 16-18

חוק בתי משפט לענייני משפחה

חוק האפוטרופסות סעיף 14

חוק אימוץ ילדים סעיף 16 כולל חוק הירושה סעיף 16

חוק הסכמים לנשיאת עוברים סעיפים 11-13

חוק תרומת ביציות סעיף 42

פרק רביעי : משפט משווה לפסיקה בחו"ל..... 19-20

פרק חמישי : סיכום..... 21-22

פרק שישי : הצעה לתיקון..... 23

הצעת החוק לתיקון המצב..... 24-25

רשימת קריאה..... 26-27

מבוא

בשנים האחרונות חלו בחברה הישראלית תמורות מרחיקות לכת ביחס למבנה התא המשפחתי. ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום הפריזון תורמות אף הן לשינויים חברתיים אלה.

בעוד שבעבר נעשה שימוש בהפריה חוץ גופית בעיקר לזוגות נשואים, שהוולד נוצר מהמטען הגנטי של שני בני הזוג (זרעון וביצית) היום היא משמשת רבות לאנשים שאינם נמשכים לבני המין השני. דבר היוצר תינוקות הקשורים רק לאחד משני האנשים שרוצים לגדל את התינוק הנולד. ובתי המשפט נותנים להורה השני שאין לו כל קשר טבעי לתינוק "צו הורות פסיקתי" באמצעותו ההורה שאינו טבעי הופך להורה.

"חוק הפונדקאות" בו מופיע בחקיקה "צו ההורות" נחקק כפתרון ל"מקרי קצה" של קשיי פריזון, ונועד לתת מענה לכ-30 מקרים בשנה. במהלך השנים עלה משמעותית הביקוש לפונדקאות, ובשנים 2008 – 2010 אישרה הועדה כ-90 תהליכי פונדקאות בשנה כך שסך הכול עד 2010, אושרו 700 בקשות.¹

אך לצד הפונדקאות בישראל שנעשית על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, בו קיימת חקיקה ברורה בה ברור מי הוא האבא ומי היא האמא של כל תינוק שבא לעולם והדברים מוסדרים בחקיקה ראשית ועם הרבה רגולציה ופיקוח. התפתחה בשנים האחרונות תופעה של ישראלים הנוסעים לחו"ל על מנת להביא לעולם ילד באמצעות פונדקאית תושבת המדינה הזרה.

מדובר בתופעה הולכת ומתגברת כאשר בשנת 2005² היה ידוע על מקרה יחיד. אך בשנת 2011 היו כבר עשרות³ ובשנת 2012 כבר מאות מקרים בשנה.⁴ בכתבה באתר גלובס מסוף 2018 נטען כי יש בארץ כבר 2000 ילדים שנולדו מפונדקאות חו"ל.⁵ כאשר ברוב המקרים מדובר בשני אנשים בעלי נטייה מינית זהה שזו להם הדרך היחידה בה הם יכולים להביא / לרכוש ילד.

ברוב רובם של המקרים מדובר במדינות עולם שלישי בעיקר בשל העובדה שמדובר במדינות בהן ההליכים זולים בהרבה מאשר במדינות המערב אך גם כי חסמי ההתקשרות עם הפונדקאית נמוכים

¹רותי אלכסנדרוביץ עווד ברמה יצחק טרכטינגוט דרורית פורת אילן קוסמן כיצד לטפל בתופעה של ריבוי ישראלים הנוסעים לקבל שירותי פונדקאות במדינות עולם שלישי האוניברסיטה העברית בירושלים הפקולטה למדעי החברה ביה"ס ע"ש פדרמן למדיניות ציבורית וממשל תוכנית המנהלים, מחזור ח' – סדנא בניתוח מדיניות תשע"ב

² ועדת מור יוסף המלצות הוועדה הציבורית, לבחינת הסדרה חקיקתית, של נושא הפריזון והולדה בישראל. ירושלים, אייר תשע"ב

³ ועדת מור יוסף לעיל

⁴ רותי אלכסנדרוביץ עיין בהערה 1

⁵ ליהיא כהן-דמבינסקי "נוהל חו"ל" הוא התעללות של המדינה הנוהל מייצר קושי עצום עבור הורים שעברו הליך פונדקאות חו"ל 27/12/2018 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001266559>

יותר. ואין חקיקה שאוסרת פונדקאות בכלל ופונדקאות בכסף בפרט דבר האסור ברוב רובו של העולם המפותח.

בעבודתי זאת לא אתייחס לשאלות הרות הגורל של מעמד האישה, הפגיעה האפשרית בפונדקאית והאם ניתן לעקוף את חוקי המדינה על ידי טיסה לחול. כמו כן לא אתייחס לשאלה האם מדינת ישראל מחויבת לספק לכל אזרח את ה"זכות להורות" גם כאשר אותו אדם לא מעוניין או לא יכול להתחתן וללדת ילד כדרך כל הארץ.

המצב בו מדינת ישראל מממנת על ידי קופות החולים חלק מהליך הפונדקאות שמבוצע בחול תוך עקיפת חוקי המדינה דורש מאמר נפרד ולא אתייחס לכך בעבודתי זאת.

בעבודה זאת אנסה להתייחס רק לשאלה של זהות ההורים של ילד שנולד בהליך לא טבעי ולא במסלול המוסדר בחקיקה הישראלית של "פונדקאות בארץ".

הצורך הדחוף בעבודה זאת נובע מכך שבחמש השנים האחרונות החל מ-2014 ועד היום (2019) בתי המשפט בארץ התחילו לנפק צווי הורות פסיקטיים להורים שאינם טבעיים כדבר שבשגרה. כאשר נכון להיום כל שני גברים שמגיעים מחו"ל עם ילד שנולד מפונדקאות, על סמך התאמה גנטית לאחד מהם בית המשפט נותן לשניהם "צו הורות פסיקטי". כך גם ביחס למקרה בו אישה מתעברת בזרע שרכשה ומבקשת לצרף כ"הורה" אישה החיה איתה ב"זוגיות".

ננסה בעבודה זאת להבין על סמך מה בתי המשפט מסיקים שיש להם סמכות לרשום הורים לילדים כאשר הם יודעים בוודאות שאין שום קשר גנטי או ביולוגי בין המבקש/ת לבין התינוק. למרות שעל פניו צו ההורות הוא צו אפוטרופסות בלבד בתי המשפט מתייחסים אליו כצו שיוצר הורות ממשית שלה יש משמעויות נוספות ורבות ובחוסר הבהירות שנוצר נשארות שאלות רבות ללא מענה. שאלות כגון: האם הורות היא מציאות? האם ניתן לעשות חוזים שיהפכו אדם לאבא או אישה לאמא? מה החוק אומר בעניין? מה ההלכה היהודית אומרת בעניין? והאם יש השקה השפעה ניגוד או זהות בין ההלכה לחוק בעניין קביעת ההורות? האם החוק הישראלי המשאיר את עניני "המעמד האישי" בעצם המשאיר גם את שאלת ההורות להלכה היהודית ומדוע עשה זאת?

שאלה ההורות פותחת פתח לשאלות נוספות שלא נעסוק בהם ישירות בעבודה אך הם מושפעות מהשאלות בהם נעסוק. כיוון שיכולה להיות השפעה לשאלת ההורות על המשפחה הרחוקה? האם ניתן להכיר בשני חברים כאחים? האם בית המשפט יכול לתת "צו אחים"? האם "צו הורות" מחבר גם בין הורי ה"אב" לבין הילד כלומר: האם הצו יוצר גם יחס של נכד? כמו כן האם צו ההורות יוצר יחס של דוד בין הילד לבין אחיו של ההורה? מעניין לגלות שבחיפוש במאגר החיפוש "נבו" בקטגורייה של "חקיקה" למילה "סבא" יש 122 תוצאות. ולמילה "אחיו" יש 55 תוצאות. כיוון שבחקיקה הישראלית יש משמעות לקרבת משפחה של אח וסבא ברגע שאנו מחליטים על "הורות" צריך לבחון האם ההורות הזאת גורמת גם לשאר ההקשרים המשפחתיים הנגזרים מההורות הזאת.

בסוף העבודה אשתדל להציע הצעת חוק שתפתור את בעיית "צווי ההורות" שהולכת ומתרחבת.

פרק ראשון הצגת המהפכה החוקית בנושא "צו הורות פסיקתי להורה שאינו טבעי"

ב 2014 בג"צ מכיר בפעם הראשונה בהורה שאינו ביולוגי שמבקש להירשם כאביו של ילד כאשר הקשר בינו לבין הילד הוא בכך שהוא "חיי" עם אביו של הילד.⁶

מדובר בפסק דין מכונן בבג"צ בהרכב של 7 שופטים בגז' 566/11 ממשט מגד נ' משרד הפנים.

העוצמה הרבה שהייתה לפסיקה זאת משתקפת מכך שכבר למחרת פסק הדין ניתנו החלטות על ידי כמה וכמה משופטי בתי המשפט למשפחה במחוזות השונים אשר ביקשו מהצדדים בתיקים השונים לעדכן את בית המשפט כיצד ברצונם לפעול לאור פסק דין זה (פרשת ממשט מגד)⁷. עיקר פסק הדין נכתב ע"י המשנה לנשיאה נאור שמציגה את העובדות כך:

" בני זוג מאותו מין, אשר מקיימים משק בית משותף למעלה מ-12 שנה ונישאו זה לזה בטקס נישואין אזרחי בקנדה בשנת 2009. לאחר מספר ניסיונות להביא ילד לעולם באמצעות הליכי פונדקאות שלא צלחו, התקשרו העותרים בשנת 2010 בהסכם פונדקאות עם אזרחית ארצות הברית, אשר הביא לבסוף להולדת בתם".

כאשר לעצם העתירה המשנה לנשיאה נאור מתייחסת בצורה הזאת.

"העובדה כי השניים רשומים כנשואים במרשם האוכלוסין, וביקשו להירשם כהוריה של הילדה. משרד הפנים מסר להם כי ניתן לרשום רק את ההורה הביולוגי במרשם, וסירב לרשום את העותר האחר (להלן: ההורה הלא-ביולוגי) כאביה של הילדה מבלי שזה יאמץ אותה. כנגד סירוב זה מופנית העתירה בה מבקשים העותרים להירשם במרשם האוכלוסין כהוריה של הילדה על יסוד המסמכים האמורים, ללא צורך בהליך אימוץ בכל הנוגע להורה הלא-ביולוגי."

ניתן לראות שנאור מסבירה בצורה ברורה על מה נסובה העתירה. אך כבדרך אגב היא משתמשת בביטויי שמבהיר לנו היטב איך היא רואה את הדברים כאשר היא כותבת "בתם

⁶ ניתן לעיין במאמר שנכתב על ידי מי שייצגה את העותרים בבג"צ זה. מזלייס יהודית זרקור: עתירה מגד נ' משרד הפנים לרישום שני אבות כהוריו של קטין 11/665 ללא הליך אימוץ. (569) זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית (2016)

ניתן לעיין גם במאמר נוסף הבוחן את פסק הדין בעניין ממשט מגד ראו חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומרטיביות בעקבות

בג"צ ממשט 11/566 מגד נ' שר הפנים מבזקי הארות 28, 5 (2014). פסיקה 11

⁷ מזלייס יהודית עיין בהערה הקודמת.

של העותרים... " זאת למרות שנאור יודעת שרק אחד מהעותרים הוא בעל קשר גנטי לילד ואילו העותר הנוסף משולל כל קשר גנטי או ביולוגי לילד ולמרות זאת היא בוחרת להשתמש בביטוי "בתם של העותרים" כאילו יש כבר הסכמה לכך שהילד שנולד שייך לעותר הלא ביולוגי.

נאור מציינת כי

"עתירה זאת נוגעת לרישום במרשם האוכלוסין בלבד, ואין היא תביעת אבהות, תביעה להכרה בפסק חוץ, תביעה להכרה בהורות ביולוגית או תביעה להורות מכוח אימוץ."

כחמשך להבנה זאת ההתייחסות בכל פסק הדין היא ל"עניין הרישום" או כלשונו של רובינשטיין "לקצץ בבירוקרטיה" שרק היא זאת שמונעת מההורים להירשם במרשם האוכלוסין.

במהלך פסק הדין נאור מסבירה כי אין היא קובעת דבר בנוגע להורות או ליחסים בין הילד לעותר אלא רק מחייבת רישום במרשם.

ולכן היא מצטטת את השופט חשין

"חוק המירשם, בעיקרו, חוק טכני הוא, וכי נטיל על כתפיו הדלות משא כבוד של שאלות הרות-עולם, לא יהיה בכוחו לשאתן. חוק המרשם לא נועד, מעיקרו, להכיל שאלות של עם ולאום, של דת ומדינה, של גיור כהלכה ושלא-כהלכה, של מיהו יהודי ומיהו שאינו-יהודי. הכרעות בשאלות אלו ובשאלות דומות להן הכרעות היסטוריות הן, ובהיותן מה שהן, אך מוזר – אף מגוחך – הוא הטיעון כי פקיד המרשם אמור להכריע בהן" בג"ץ 6539/03 גולדמן נ' משרד הפנים, פ"ד נט (3) (2004), 385, 395).

אך נאור גם מביאה את עמדת המיעוט של השופט צבי טל.

"יצוין כי ברבות מפרשות אלו הייתה גם דעת מיעוט לפיה, כלשונו של השופט צ' טל, "הגישה של רישום 'סטטיסטי' בלבד מתעלמת מן המציאות" בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד יט. (1993), 661, 705 (4).

השופטת נאור נשענת על פסק דין בארצות הברית שמכיר בשני הגברים התובעים בתיק זה כהורים של הילד ובכך יש כאן מצב רק של הכרה בפסקי חוץ שניתנו בחו"ל. השופטת נאור בהחלטתה מכירה בכך (בסעיף 45) שאחים של מי שנרשמו כילדיהם של הגברים עלולים לכפור בהמשך החיים בקשר של הנרשמים ברישום זה ולכן ממליצה לפנות לבית משפט למשפחה להוצאת "צו הורות". כך היא כותבת בפסק הדין.

"לדעתי מסלול הסדרת הרישום אין די בו. מי שמבקש לגדל ילד צריך לדאוג להסדיר לא רק את מעמדו כאזרח ישראל אלא גם את מעמדו האישי, את המחויבות של הוריו אליו, ואת הגנת המעמד מפני מי שעשויים לכפור בו כגון ילדים ביולוגים של אחד מבני הזוג."

השופט דנציגר חולק עליה וטוען שאין צורך בהליך זה :

"סבורני כי די ברישומו של בן הזוג השני כעת, בצירוף התנהגות זוגית והורית נמשכת לאורך שנים בעתיד (ומובן כי הדבר תלוי במערכת העובדתית הקונקרטית של כל מקרה ומקרה), כדי ליצור זיקת הורות משפטית בינו לבין הילד, וספק בעיניי אם יש צורך בנקיטת הליך משפטי א-פריורי בעניין זה"

המחלוקת בין נאור לדנציגר היא תהומית. בעוד שהשופטת נאור מבינה כי הורות היא הורות טבעית ובפסק הדין ניתן רק ליצר "רישום" של התובע שאינו הורה ביולוגי כהורה. השופט דנציגר הולך צעד אחד גדול קדימה ופוסק שיש כאן הורות חדשה שהיא הורות לכל דבר ועניין ותלויה בהתנהגות הזוגית וההורית הנמשכת במשך שנים. מי יקבע כמה שנים ומה היא התנהגות הורית או זוגית? (כמובן בית המשפט).

השופטת א חיות מסכימה עם נאור בסוגיה זאת וכותבת :

" יהיה זה נכון וראוי ... כי מערכת הזכויות והחובות ההוריות בין ההורה הלא-ביולוגי לילד שהצטרף לתא המשפחתי של בני הזוג החד מיניים, תמצא עיגון משפטי מתאים בדרך של צו הורות פסיקתי"

השופט אי רובינשטיין לעומת זאת בפסק הדין לא מוכן לקבל שהרישום יהיה פיקטיבי ודורש צו הורות פסיקתי בדרך המלך ולא רק רישום שנשען על פסק דין אמריקאי.

הוא מציין שיש בעיה קשה עם נושא היחוס. מציין כי ועדת מור יוסף הכינה את הצעותיה המחכות למחוקק שיישם אותם ויחוקק חוקים חדשים אך לטעמו ראוי לו לבית המשפט להמתין למחוקק שיחוקק ולא לעקוף אותו בפסיקה זאת.

רובינשטיין גם מציין שנכון לשנת 2012 רק 11 מתוך 50 המדינות של ארצות הברית התירו לקיים פונדקאות. מוסיף ואומר :

”האם ברישומו של ההורה הלא-ביולוגי כאביה של הקטינה, אם פעלו הוא רישום בלבד על פי תעודות מחו”ל, אין עלולה להיוצר טעות, ולעתים אף הטעיה (וכמובן אין חברתי המשנה לנשיא רוצה בכך חלילה), כשלא הובהרו זיקות הילדה עצמה להורה הלא-ביולוגי במישור המשפטי?”

השופט מלצר מצטרף לרובנשטיין ומוכיח כי אין לקבל את פסק הדין בארצות הברית לעניין ההורות וכי גם בדין האנגלי אין אפשרות לרשום הורה כאשר אדם לא תרם תרומה גנטית לילד. וכך במשפט האירופי כולו אין רישום ללא פרוצדורה משפטית במדינה בה נדרש הרישום. בנוסף לכך בצרפת ויפן בכלל לא מוכנים לשמוע על הורות כזאת.

”כאן ראוי לחזור ולהדגיש כי במשפט האנגלי – אין אפשרות להכיר כיום ב”הורות שיפוטית” שלא נותנת פתרון נאות להסדר גילוי סוג ההורות, בכוא הזמן לכך, לילד, כמובהר בפסקה 4 שלעיל. מכל מקום, בדין המשווה, לרבות המשפט האירופאי – עד כה פסקי דין זרים המצהירים על הורות כתוצאה מתהליך של פונדקאות מחייבים פרוצדורה של הכרה במדינה שבה מתבקשת ההסתמכות עליהם (ויש מדינות, כמו צרפת ויפן, שדוחות הכרה כזו מכל וכל).”

אך השופטים עדנה ארבל וג'ובראן, הצטרפו גם הם לנאור חיות ודנציגר ולכן ברוב של 5 נגד 2 הוחלט שהעתירה מתקבלת.

”במובן זה שההורה הלא-ביולוגי ירשם כאביה של הילדה במרשם האוכלוסין, על יסוד תעודת הלידה ופסק הדין הזר שצורפו לעתירה, בהם הוא רשום כאביה.”

מעניין לציין שגם שני השופטים שהתנגדו לפסק הדין כלומר מלצר ורובינשטיין מפנים את העניין לבית משפט למשפחה שצריך להוציא ”צו הורות” במקרה כזה. אך בבדיקה שערכתי ב”נבו” לא נמצא אף פסק דין של בית משפט למשפחה שנתן פסק דין של ”צו הורות פסיקתי” לאדם שאינו הורה גנטי לפני נתינת פסק דין זה בעליון וכך גם עולה מהמאמר של מזלייס יהודית⁸ שייצגה את התובעים בעתירה זו. כמו כן גם השימוש ב”צו הורות פסיקתי” במקרים של פונדקאות חו”ל כאשר ההורים הם הורים גנטיים התחיל רק זמן קצר לפני פסק דין זה⁹.

חשוב לציין שבית המשפט לא היה צריך באמת לנמק את הרישום כהורה כיוון שנציגי היועמ”ש הסכימו במהלך הדיונים לרישום זה כך שגם פסק דין זה שפורץ דרך חדשה בעניין לא נומק כל צורכו. כיוון שלא היו לפני בית המשפט שני צדדים שהוא היה צריך להכריע

⁸ עיין בהערה 5

⁹ ראה לדוגמא פסק הדין בעליון בפסק הדין תמש (ת”א) 2117-07-12 פלוני נ’ היועץ המשפטי לממשלה. שפורסם בתאריך 03/02/13 בבב

בניהם. העותרים והמשיבים הסכימו לכך שצריך לרשום את העותר כהורה, ובכך בעצם התייתר הדין. למרות הסכמה זאת שבעת שופטי העליון טרחו לכתוב פסק דין מנומק על מנת ליצור יסודות משפטיים ל"צו ההורות הפסיקתי" להורה שאינו טבעי. לעניות דעתו שופטי העליון ניצלו את ההזדמנות של מקרה נוח מבחינתם כאשר הפונדקאות נעשתה בארצות הברית ולא במדינות עולם שלישי וכן ניתן פסק דין אמריקאי שהכיר בהורות ולכן הקל על התקדים שהם רצו להוביל.

כפי שניתן לראות בפער שבין תחילת הדיונים (הבג"ץ הוגש ב 2011) לפסק הדין שניתן בתחילת 2014 חלפו 3 שנים של דיונים בהם יצא דוח ועדת מור יוסף (2012) שלמרות שהינו רק המלצות לחקיקה ואין לו סמכות בפני עצמו יצר כנראה את הרוח גבית שהובילה לשינוי המדיניות. הדוח מצוטט בכל פסקי הדין החשובים והמכוננים שנכתבו בנושא זה מאז הוא פורסם ונראה שכתבתו יצרה מהפך בדעת היועמ"ש שהפסיק להתנגד לרישום של הורה שאינו ביולוגי במרשם האוכלוסין כהורה.

חשוב לשים לב שמרגע שניתן פסק הדין התחיל שטף של פסקי דין שנשענו על פסק דין זה (שהתיר רק רישום) בהם ניתן צו הורות פסיקתי לאלו שאין קשר ישיר גנטי או ביולוגי בינם לבין התינוק שנולד לפונדקאית בחו"ל. הקשר כולו נסמך על קיום "קשר זוגי" בינם לבין הורה שני וטבעי לילד. מה שלאחר מכן הפך להכרה בהורות מכוח "זיקה לזיקה"¹⁰.

צו הורות ללא תזכיר עובד סוציאלי

למרות שחוק הפונדקאות מחייב עריכת תזכיר כתנאי ל"צו הורות" בתי משפט רבים הפסיקו לחייב תסקיר כזה בצווי הורות פסיקתיים¹¹

צו הורות לאחר פרידת ה"זוג"

טרם חלפה שנה לפסק הדין התקדימי שהתיר "רק" לרשום את "בן הזוג" לו אין קשר גנטי לתינוק. וכבר יש פסיקה חדשה שמכירה בשתי נשים שרואות עצמם כ"משפחה" כאשר כל אחת מהם ילדה ילד מתורם אנונימי מתוך כוונה ששתיהן יהיו האימהות של הילדים. לאחר הלידה הנשים הספיקו להיפרד ובניהן ניטש ויכוח מר על הסדרי ראייה והמזונות בעמ 4890/14 פלונית נ' פלונית פסק הדין מתייחס לערעור על הסדרי הראייה אך השופט פוגלמן מעיר בהערת אגב כי הוא לא רואה בעיה בכך שיינתן צו הורות. ובכך יש תקדים נוסף שאף מופיע ברשימת התקדימים באתר כל זכות העובד בשיתוף משרד המשפטים. לפי תקדים זה ניתן לתת צו הורות פסיקתי גם לאחר שבני הזוג כבר נפרדו.

צו הורות לתינוק שטרם נולד

¹⁰ בפרשת בע"מ 14/1118 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים פורסם בבנו, (2015.4.1) שנדונה בפני הרכב של שבעה שופטים הוסיף בית המשפט העליון לקטגוריה של תצורות הורות המוכרות בישראל גם את קטגוריית "הזיקה לזיקה", "קרי הכרה בהורות מתוקף קשר זוגיות של ההורה להורה שהוא בעל הזיקה הגנטית לילד – והכול בעקבות פרשת ממשט מגד
¹¹ אמ"צ (חיפה) 30030-09-14 פורסם (בנו 07.04.2016)

בקשה לאישור ומתן תוקף של פסק דין¹² פלוני ואחרי' להסכם שערכו הצדדים הכולל מעבר להוראות הרכושניות וההוראות לגבי סיום מערכת היחסים ביניהם, גם הוראות המסדירות את הורותם העתידית ואת ההסדרים הנובעים מכך בקשר עם הקטין אשר עתיד להיוולד להם בעוד מספר שבועות.

המלומד י' מרגלית מצביע על הצורך החברתי ליתן תוקף משפטי להסכמה בעת ההריון ובכך גם לקבוע ולהסדיר את גדרי ההסכמה וגבולותיה...אשר על כן לאור כל האמור לעיל לאור יצירת השותפות ההורית בין הצדדים ומתוך הכרה גם במעמדו של המבקש אני סבורה כי יש מקום לאשר את ההסכם וליתן לו תוקף של פסק דין כבר עתה בעת ההריון.

צו הורות רטרואקטיבי וצו הורות הצהרתי

השופט יחזקאל אליהו בתמ"ש 1319776-02-16 קובע כי אין לקבל את הטענה כי צו הורות הפסיקתי הינו צו מכונן שיוצר מציאות אלא מדובר בצו שמשקף מצב קיים בו קטין נולד לתוך תא משפחתי קיים

"ניסיונות המבקש להישען על ההורות הנוצרת מכוח חוק הפונדקאות או חוק אימוץ ילדים נדחתה אף היא זאת נוכח ההבדל בין ההורות הנוצרת מכוחו של צו הורות פסיקתי לבין ההורות הנוצרת מכוחם של חוק הפונדקאות או חוק האימוץ. בעוד הליך של אימוץ או פונדקאות נועד לנתק את זיקתו של הקטין מההורים הביולוגיים עפ"י חוק האימוץ או האם הנושאת עפ"י חוק הפונדקאות ולייחסו להורים המזמינים/המיועדים, בענייניו אין צורך בניתוקו של הקטין מצד שלישי כלשהו. לתורם הזרע אין כל מעמד משפטי והוא אינו צד רלוונטי או נדרש להליך והמשיבה 2 הופכת לאם נוספת ללא צורך בביטול כל זיקה קודמת של הקטין לצד ג'. יתר על כן לא זו בלבד שאין צורך בניתוקו של הקטין מצד שלישי כלשהו, אלא שהקטין במקרה דנא נולד לתוך תא משפחתי קיים ומתן הצו אך מצהיר עליו. צו ההורות אך משקף מצב עובדתי קיים."

יש כאן חידוש עצום שבית המשפט לוקח על כתפיו בכך שהוא מגדיר מה היא הורות ומה הוא תא משפחתי בצורה שאין בינה לבין קשר ביולוגי או פיזיולוגי קשר כל שהוא. אם עד עכשיו חשבנו כי צו ההורות יוצר מציאות כמו צו אימוץ השופט אליהו מנתץ הבנה זאת

¹² תה"ס 855-10-13 פלוני ואח' (טרם פורסם, 29.10.13) פסקה 43 – 44. נלקח ממצגת של ד"ר יחזקאל מרגלית לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל?

¹³ הפסיקה ניתנה ב"ח כסלו תשע"ז, 18 דצמבר 2016

והופך את צו ההורות לצו הצהרתי שלא יוצר או מכוון מציאות אלא רק מצהיר על מציאות קיימת. כנראה מתאים להבנה של השופט דנציגר בפסק הדין ממת מגד

לעומת זאת תמ"ש 8184-07-16¹⁴ השופטת עידית בן דב גוליאן קובעת בצורה ברורה

"צו הורות הינו צו המכוון סטטוס אישי חדש בין הקטין לבין ההורה ללא הקשר הגנטי, ומשכך תחולתו ממועד מתן הצו ואילך"

בבית המשפט המחוזי בחיפה הוכרע על ידי שלושה שופטים¹⁵ שמדובר בצו מכוון ולא הצהרתי. בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה על ידי השופט מזוז שקבע¹⁶ בדחיית הבקשה שצו ההורות הפסיקתי הוא צו מכוון. במידה ובית המשפט יקבע שהוא רטרואקטיבי הסמכות בידו לעשות כן.

יוצא כי בסופו של דבר צו ההורות הפסיקתי הוא יצור כלאים בו ניתן להנות מכל היתרונות של "צו הורות הצהרתי" שמגלה על המציאות הקיימת כגון: רטרואקטיבי, לאחר מוות ולאחר פרידה אך כאשר שואלים האם מדובר בצו מכוון או הצהרתי התשובה היא מכוון.

צו הורות לאחר מוות

מסתבר כי החידושים בעניין לא נגמרו ובפסק דין חדש תמ"ש 15547/03/19 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** שפורסם רק לאחרונה, בית המשפט בהמלצת היועץ המשפטי לממשלה מכיר בהורה שנפטר כבר ואין לו כל קשר גנטי לתינוק שנולד כהורה.

מדובר בשתי נשים שחיו "ביחד" במשך 8 שנים וגידלו יחד את בתה הבכורה של אחת מהן. הילדה נולדה לאחת מבנות הזוג והאישה הלא ביולוגית קיבלה צו הורות פסיקתי מבית המשפט, המכיר בהורות שלה. שלוש שנים אחרי לידת הבת הבכורה, בת הזוג שילדה אותה הרתה בשנית. באותה תקופה נלחמה בת זוגתה במחלה קשה במהלך ההיריון, שתי הנשים הגישו יחד בקשה למתן צו-הורות פסיקתי של האישה הלא ביולוגית. ימים ספורים בלבד לאחר לידת הבת השנייה, נפטרה האישה הלא ביולוגית. היועץ המשפטי לממשלה המליץ לבית המשפט לקבל את בקשתן ולהכיר במנוחה כאמה של התינוקת. בית המשפט היה צריך רק לחתום על הבקשה של היועץ המשפטי לממשלה.

¹⁴ ג.ו. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו 18/12/16)

¹⁵ בעמ"ש 28901-03-17 **היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית** (פורסם בנבו 24.5.2018)

¹⁶ בעמ 4880/18 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**

הורות הסכמית

ביהמ"ש לענייני משפחה קובע¹⁷ כי ניתן להוסיף אדן נוסף, מעבר לארבעת האדנים שקבע כבוד השופט הנדל בבע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה – אדן של הורות הסכמית, כיוצר הורות ומאפשר קבלת צו הורות פסיקטי¹⁸.

פרק שני: הצגת הדיון בשאלה: "מי הם ההורים של הילד בראי ההלכה"

כפי שראינו בפרק הקודם בתי המשפט בישראל מנפקים צווי הורות רבים בשנה במקרים בהם גברים או נשים שאין להם קשר ביולוגי לילד אך יש להם "חוזה כתוב" או "זוגיות" עם הורה של הילד המכיר בקשר שלהם לילד ועל סמך זה בית המשפט רושם את שני הבגירים כהורים.

כיוון שהכרזת העצמאות של מדינת ישראל פותחת במילים "אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית..." נראה כי במידה ויש למשפט העברי אמירה ברורה בשאלות בסיסיות שכאלו הדבר חייב להילקח בחשבון. במיוחד לאור העובדה כי בישראל אין לכאורה חוק שעוסק בפונדקאות חול¹⁹. ובעצם בית המשפט מייצר כאן יש מאין.

המחויבות להישענות על המשפט העברי במקרים כאלו גם מחויבת על פי חוק יסודות המשפט התש"ם שקובע:

סעיף 1 לחוק "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, הישור והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".

מלבד מרדכי הלפרין שמעלה עניין זה וכותב על התפיסה היהודית בעניין ולבד מהשופט רובינשטיין שנדרש לסוגיית הדין העברי במספר שורות מצומצם בפסק הדין מגד ממט. ניכר ששאר השופטים מתעלמים לחלוטין מחוק יסודות המשפט בסוגיה של רישום ההורים והם טרם ניסו לברר מה יש להלכה היהודית לומר בעניין זה.

¹⁷ תמ"ש (ת"א) 16260-08-17 ט.ב.נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה (פורסם בנבו, 09.06.18) נלקח ממצגת של ד"ר יחזקאל מרגלית לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל?

¹⁸ ראוי לציין את מאמרו של יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לדילמת קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** ה' 553 (2012). שקרא להורות הסכמית כקריאת כיוון בעקבותיה הלך בית המשפט

¹⁹ חוץ מחוק לנשיאת עוברים סעיף 19 קובע שמי שמבצע פונדקאות שלא לפי הכללים של החוק עונשו שנה מאסר. אומנם מדינת ישראל לא אוכפת עבירות שבוצעו בחול אך אין להסכים לשיתוף פעולה של בית המשפט עם מי שעובר עבירת עוון.

חשוב להבחין כי בהלכה היהודית יש השפעות רבות לשאלה של "הורות" וזאת במגוון רחב של תחומים. בשונה משאלות משפטיות שעוסקות בדיני ממונות של ירושה, חובת מזונות וכדומה ההלכה היהודית רואה חשיבות גדולה גם בייחוסו של אדם ובשאלה מי אביו ומי אימו של אדם. הדבר קריטי בשאלות של איסור והיתר ובענייני נישואין וגירושין. חשוב להבין כי אם בדינים ממוניים וכלכליים עוד ניתן היה לקבל את החוק הישראלי גם על ידי יהודים שומרי תורה ומצוות מדין "דינא דמלכותא דינא" כאשר יש התנגשות בין המשפט הישראלי להלכה היהודית בשאלות של איסור והיתר ובענייני נישואין יהודים שומרי תורה ומצוות לא יוכלו לקבל את החוק הישראלי אך חמור מכך גם כאשר יהודי שאינו שומר תורה ומצוות ילך לפי פסיקת בית המשפט שפסק "צו הורות פסיקתי" בה ההורה אינו הורה לפי ההלכה ייווצר מצב של איסור חתנות וממזרות שיקשו על חלקי העם להתחתן אלו עם אלו. כך לדוגמא, אדם שהעמיד מאות צאצאים באמצעות בנק הזרע כאשר בתי המשפט לא מכירים בו כאב לילדו בכך יכול להיווצר מצב בו ילדיו הרבים יתחתנו אלו עם אלו ויצרו גילוי עריות שיוצר ממזרות.

המחוקק התייחס לבעיה זאת ולכן בכל חוק שעוסק בדברים הקשורים לסוגיה זאת ובכללם "אימוץ", "פונדקאות" ו"תרומת ביצית". המחוקק מגדיר באופן ברור כי חשוב לו לשמור על "דיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין". לכן ניתן לומר כי המחוקק גילה דעתו שבענייני של ההורות מי שקובע זאת ההלכה היהודית. כמו כן ראוי כי לפני שנפליג וננסה להמציא דין ישראלי היכן שהוא לא קיים ננסה לחפור במקורותינו ובתרבותנו ולמצוא האם יש ליהדות עמדה ברורה בסוגיה זו.

ניכר שהרצון העז של בתי המשפט בישראל להכיר ב"הורות הזאת" נובעת מתוך הרצון להכיר בזכות ההורות שנובעת מתוך המסורת היהודית והתרבות היהודית שרואה ב"הורות" דבר בסיסי כל כך בחייו של אדם עד כדי כך שמצאנו בפוסקי ההלכה רצון לעידוד מימוש רצונם הטבעי של זוגות המתקשים בהבאת פרי בטן לעולם, תוך שימוש בפיתוחים טכנולוגיים שונים, תוך שימוש במקורות מחשבתיים והלכתיים. נראה כי לתפילותיהן הרבות של אבותינו ואימותינו עבור פרי בטן, יש מקום חשוב בענייני. כך למשל בתפילתו של יצחק נכתב בתורה: "ויעתר יצחק לה' לנכח אשתו כי עקרה היא, ויעתר לו ה' ותהר רבקה אשתו". בהמשך מעניין עקרותה של רחל: "ותרא רחל כי לא ילדה ליעקב, ותקנא רחל באחותה, ותאמר אל יעקב, הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי".

הדוגמה של יצחק ורבקה מבטאת את חשיבות העניין במידה רבה אך יחד עם זאת לא ניתן להסיק ממנה שיש לעשות מעבר להשתדלות טבעית והשתדלות בתפילה. לעומת זאת, המקרה של יעקב ורחל, מביא באופן מאוד מובהק את הצרה הגדולה בה נמצאת אשה אשר נמנע ממנה פרי בטן ואולי אף ניתן להסיק ממנו, שמדובר בפיקוח נפש, שכן, רחל חוותה את היותה עקרה, כחויית מוות. תשובתו של יעקב לרחל באותו מקום: "ויחר אף יעקב ברחל ויאמר התחת א-לוקים אנוכי, אשר מנע ממך פרי בטן". תשובה זו זוכה לביקורת של חז"ל וכך נכתב: "אמר לו הקב"ה: כך עונים את המעיקות?"²⁰ ואכן בעקבות דברים אלו פוסקי הדור עסקו במרץ בסוגיה מורכבת זו ומול כל חשש הלכתי, על מנת לסלול דרך נוספת להבאת ילדים לעולם, עבור זוגות חשוכי ילדים. זאת תוך תיעול הידע המדעי והפיתוחים הטכנולוגיים לאפיקים רצויים ומותרים על פי ההלכה.

²⁰ בראשית רבה פרשה עא

כך גם מצאנו בתלמוד "כל אדם שאין לו בנים, חשוב כמת"²¹ מסקנה זו עולה גם מדרשתו של רב יהודה במסכת מועד קטן על הפסוק "בכו בכו להלך" אמר רב יהודה: להולך בלא בנים". בנוסף, ישנן גם תוצאות הלכתיות לאי היכולת ללדת, דוגמה אחת לכך היא, שעקרונות הגבר היא עילה לתביעת גירושין מצד האישה.

דוגמאות אלו ממחישות לנו עד כמה חכמי ישראל ותורת ישראל ראו את הרצון להורות כרצון בסיסי וקיומי לאדם. ובשפה המשפטית רצון וצורך זה נקרא "הזכות להורות" יחד עם הרצון העז לאפשר לאדם להיות הורה אנו צריכים לבדוק מהו ארגון הכלים המשפטי שיש לנו?

האם שאלת ההורות היא שאלה משפטית בה יכול וממילא צריך בית המשפט לקבוע להכריע ולתת צווי הורות למי שמבקש או שמדובר בשאלה הלכתית בה ההלכה היא זאת שקובעת מי האבא החוקי בצורה מציאותית וטבעית.

ניתן לומר כי על פי היהדות הורי האדם הם אביו ואימו השותפים ביצירתו²² היהדות רואה במוסד הנישואין מוסד קדוש וחשוב בעל משמעות שרק הוא יכול להוביל לילדים. כך שתמיד יהיה במסורת היהודית אמא ואבא מאוד ברורים. בנוסף לכך ניתן לראות כי היהדות רואה במוסד הנישואין דבר בעל משמעות פומבית ציבורית ולא רק הסכמה פנימית ואישית בין שני בני הזוג.

הרמב"ם מביא בתחילת הלכות אישות פרק א הלכה א

"קודם מתן תורה, היה אדם פוגע אישה בשוק אם רצה הוא והיא אישא אותה מכניסה לביתו ובוטלה בינו לבין עצמו, ותהיה לו לאישה. כיון שניתנה תורה, נצטוו ישראל שאם ירצה האיש אישה יקנה אותה תחילה בפני עדים, ואחר כך תהיה לו לאישה: שנאמר "כי ייקח איש, אישה; ובא אליה" (דברים כב, יג). (ובהלכה ב) וליקוחין אלו, מצות עשה של תורה הם".

אומנם הרמב"ם לא קבע כאן את נושא ההורות אך אנו רואים שחידוש התורה בתחום המשפחה זאת המסגרת המחייבת. לפני מתן תורה ההסכמה המשותפת הייתה "בינו לבניה". אם נדייק בדברי הרמב"ם נראה כי "מוסד המשפחה" לא היה קיים לפני מתן תורה ולא היה מחייב פומביות ואילו אחרי מתן תורה ההסכמה היא "בפני עדים". כלומר שהתחייבות היא פומבית קבל עם ועדה. הרמב"ם בהלכה הראשונה של הלכות אישות פותח בכך שזה הוא החידוש של התורה שיצרה את הבסיס הפומבי ציבורי של המשפחה. כיוון שזאת הדרך ליצור משפחה זאת גם הדרך ללדת ילדים ולכן לכל ילד יש אבא ואמא ברורים וידועים.

גם במצבים של פטירת הבעל או גירושין ההלכה אוסרת נישואין לגבר חדש בתוך שלושה חודשים מהפטירה או הגירושין כדי למנוע מצב בו האישה תלד ילד ולא ידעו האם אביו הוא הבעל הקודם או הבעל החדש.

בברכת האירוסין, הפותחת כל חתונה, אנו אומרים: "אשר קדשנו במצותיו וציוונו על העריות ואסר לנו את הארוסות והתיר לנו את הנשואות לנו על ידי חופה וקידושין ברוך אתה ה' מקדש עמו ישראל על ידי חופה וקידושין" – מעלתו של עם ישראל, באה לידי ביטוי בקידושין. ויתור על קשר הקידושין,

²¹ מסכת נדרים, סד, ע"ב.

²² יחזקאל מרגלית "קביעת הורות הלכתית – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים" נמצא במרשתת

בדרך לבניית המשפחה, מהווה טשטוש של קדושת המשפחה. מובן כי ההשלכות של קידוש מוסד המשפחה מאפשר הורים מובחנים וברורים לכל ילד.

בנוסף לכך במקרים בהם אישה נשואה נבעלת על ידי אדם זר הוולד הוא ממזר. כלומר שההלכה רואה באב הביולוגי בעל המטען הגנטי כאביו של הילד.

השאלה היא מה קורה כאשר יש הורות שאינה טבעית.

הרב ד"ר רפאל הלפרין מתייחס²³ לארבעה מקרים שונים.

א. הזרעה מלאכותית בזרע הבעל (AIH).

ב. הזרעה מלאכותית בזרע תורם (AID).

ג. תרומת ביצית.

ד. פונדקאות.

לגבי שלושת המקרים הראשונים הוא מביא מקורות כבר מזמן הגמרא שבהם דנו בשאלה של הפריה חוץ גופית ע"י מצב בו אישה שרוחצת באמבטיה קולטת זרע של אדם שהיה בה לפני. לאחר רקע ארוך הוא מביא את המסקנה כי החוק הישראלי והמשפט העברי כאחת מכירים באבהותו של מי שנולד מזרעו צאצא בהפריה מלאכותית. הוא מביא ראיה לכך מחוקי האימוץ מהם עולה כי החוק הישראלי מכיר במשפחה הטבעית.

לעומת זאת בפונדקאות בה יש פיצול בין המטען הגנטי (הביצית) לבין האם הנושאת את ההריון והיולדת. ומאחר שהטכנולוגיה המודרנית מאפשרת חלוקת הפונקציות הללו בין שתי נשים, יש מקום לספק בשאלת האימהות בכגון זה. פוסקים רבים סוברים שהיולדת היא האם בניהם ניתן לציין את הרבנים: הרב ולדנברג²⁴, הרב יוסף שלום אלישיב²⁵, הרב מ' הלוי סולובייצ'יק²⁶, הרב זלמן נחמיה גולדברג²⁷. לעומת זאת, לדעת הרב שלמה זלמן אויערבאך²⁸, "אין ראיה ברורה בדבר כדי להכריע מי האם, גם בספרות ההלכתית, ויש עדיין ויכוח נוקב בשאלה אם הפונקציה הגנטית קובעת לעניין או שהיולדת נחשבת לאם". הרב מרדכי הלפרין כותב²⁹ כי יש נטייה ברורה גוברת והולכת אצל גדולי הפוסקים והמומחים למשפט עברי להעדיף את הפונקציה הפיזיולוגית ולראות ביולדת כראויה לקבל את התואר המשפטי "אם". בישיבה מיוחדת של הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים. הרב זלמן נחמיה גולדברג³⁰ נשאל מי היא האם החוקית על פי ההלכה במעשה הפונדקאות בו

²³ הלפרין מרדכי "אישה כי תזריע וילדה" הורות ביולוגית והורות גנטית. המרכז להוראת המשפט העברי ולימודו מכללת שערי משפט פרשת תזריע גליון 204 (תשס"ה)

²⁴ שו"ת ציץ אליעזר, חלק כ, סימן מט.

²⁵ נשמת אברהם, כרך ד השלמות לד' חלקי השולחן ערוך, חלק אבן העזר, סימן ב, ס"ק ב;

²⁶ משה הלוי סולובייצ'יק בדין תינוק המבחנה אור המזרח גליון 100 (תשמ"א), עמ' 124;

²⁷ "יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת", תחומין ה, עמ' 842-952

²⁸ נשמת אברהם, כרך ד' השלמות לד' חלקי השולחן ערוך, חלק אבן העזר, סימן ב, ס"ק ב,

²⁹ הלפרין מרדכי "אישה כי תזריע וילדה" הורות ביולוגית והורות גנטית. המרכז להוראת המשפט העברי ולימודו מכללת שערי משפט פרשת תזריע גליון 204 (תשס"ה)

³⁰ הישיבה התקיימה בכ"ב בסלו תשנ"ט

מתחלקת פונקציית האימהות בין שתי נשים. הרב זלמן נחמיה גולדבר השיב כי מדובר בהליכים חדשניים מאוד וחסרי תקדים בספרות ההלכה וכי ניתן לדון בהם רק בדרך היקש ודימוי למצבים אחרים. לכן, באופן מעשי יש להתייחס אל שתי האימהות לפחות כספק אימהות לגבי דיני יוחסין ועריות. על-כן פסיקה שתכיר בשתי אימהות כאשר לשתייהן יש קשר טבעי עם הילד היא דבר הגיוני ומתבקש על-פי ההלכה.

פרק שלישי: סקירת החקיקה בעניין קביעת הורות

חוק בתי משפט לענייני משפחה-

בהגדרת הסמכויות של בתי המשפט לענייני משפחה ניתן למצוא

סעיף 1 (4) תובענה לאבהות או לאמהות;

על סמך סעיף זה רואים עצמם בתי המשפט לענייני משפחה כיכולים לתת "צווי הורות" אך למעשה ברור שכוונת המחוקק הייתה לתת לבתי המשפט סמכות של בירור המציאות בעניין ההורות כמו שנעשה ב"משפט שלמה" או הכרעות בדומה להכרעות שנעשו עד שנת 2014 בהם היה קשר טבעי בין ההורה לבין הילוד. אך הסמכות להפוך אדם שאין לו כלל זיקה טבעית בינו לתינוק נראית כסמכות שכלל לא ניתנה לבתי המשפט ע"י המחוקק. לפחות לא בשעה בה החוק חוקק.

אומנם סעיף 11 לחוק הפונדקאות מגדיר את צו ההורות ואת סמכות בית המשפט לענייני משפחה לתת צו זה. אך הצו מדבר על נתינת צו הורות לאב גנטי³¹ ולאם שהינה לכאורה בעלת הביצית שהופרתה וכל הסיבה לחוק היא אי היכולת הרפואית שלה לסחוב את ההריון³².

חוק הכשרות המשפטית-

סעיף 14 לחוק הורות

"ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים"

חוק זה הוא המקור בחוק הישראלי ל"הורים טבעיים" אך כפי שניתן לראות החוק כלל לא קובע איך הופכים ל"הורים" ולא מגדיר בצורה ברורה האם דווקא הקשרים הגנטיים או הפיזיולוגיים הם אלו שקובעים את ההורות. לכן בסוף העבודה נציע הצעת חוק חדשה שבאה לשנות את סעיף זה כך שהגדרת ההורות תהפוך לתלויה במציאות טבעית בצורה ברורה ומחייבת.

³¹ סעיף 2 (2) בחוק הפונדקאות קובע "הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם הוא של האב המיועד" יש תיקון לחוק משנת תשע"ח שמאפשר גם לאישה יחידה להשתמש בחוק הפונדקאות ובכך בעצם ברור כי בעל הזרע לא יהיה קשור לילד הנולד.

³² סעיף 4 (2) לחוק קובע כי אחד המסמכים שצריך להגיש לוועדה הוא "חוות דעת רפואית של רופא מומחה בדבר אי-היכולת של האם המיועדת להתעבר ולשאת הריון עקב ליקוי רפואי, או כי הריון עלול לסכן משמעותית את בריאותה"

חוק האימוץ-

בסעיף 16 בחוק מגדיר את תוצאות האימוץ

"האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים ובין ילדיהם כלומר שהאימוץ יהיו בעל השלכות רק לגבי חובות וזכויות ולא לגבי "ההורות". כמו כן ניתן להבחין בכך שבשום מקום בחוק האימוץ ההורה המאמץ לא מוגדר כ- "הורה" אלא תמיד כ- "הורה מאמץ". מובן כי המחוקק ראה את ההורות כדבר מציאותי שלא ניתן לשנות באמצעות "צו אימוץ" והדבר היחיד שניתן ליצור הוא מחויבויות הדדיות בין "ההורים המאמצים" לבין "המאומץ".

בנוסף לכך בסעיף 16 (ב)

"האימוץ אינו פוגע בדיני איסור והיתר לעניני נישואין וגירושים". כלומר שחוק האימוץ מכפיף את עצמו להלכה היהודית בכל עניני המעמד האישי ולא מאפשר ל"צו אימוץ" לשנות יחסי הורות.

כך גם בחוק "חוק הירושה" סעיף 16 על שלושת סעיפיו קובע את השלכות של דיני האימוץ על הירושה ומגדיר כי השלכות אלו יתקיימו רק בין המאומץ למאמץ ולא יגלשו אל עבר שאר הקרובים. מלבד בניו של המאומץ. זאת מתוך הבנה שיש מוגבלות ל"צו אימוץ" והוא לא הופך את המאומץ לילדו של המאמץ לכל דבר ועניין.

סעיף 29 לחוק האימוץ קובע כי כל אימוץ ירשם בפנקס וסעיף 30 קובע את זכויות העיון בפנקס זה.

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)-

החוק מכיר בכך שיש אפשרות של משחק עם העניין הביולוגי כך שאישה שהייתה בהריון לא תחשב כאם, זאת למרות שהיא ילדה את הילד. אך גם בחוק זה נשמר העיקרון הפשוט שבו האב נותן את הזרע והאם נותנת את הביצית³³ הדבר היחיד שהחוק מאפשר ל"שחק איתו" זה עם ה"אם הנושאת" בגלל בעיה בריאותית שלא מאפשרת לה לשאת את ההריון. כך שהולד שנולד הוא בן ביולוגי של אביו ואימו. החוק עודכן בשנה שעברה (תשע"ח) כך שיש בו אפשרות ללדת ילד כאשר "אין אבא"³⁴

גם בחוק הפונדקאות מוגדר באופן ברור בסעיף 12 (ב) כי :

"אין בצו הורות כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לעניני נישואין וגירושים".

כמו כן יש הוראה נוספת של רישום בפנקס³⁵ סעיף 16 לחוק הפונדקאות. כך שברור שהמחוקק ראה בצו ההורות של הפונדקאות צו דומה לצו האימוץ שמצריך רישום של ההורה הטבעי בפנקס שינוהל

³³ עיין בשתי ההערות הקודמות.

³⁴ התיקון שינה את ההגדרה של הורים מיועדים כך שיכלו גם אם יחידה. "הורים מיועדים" – הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה; ולסעיף 2 (2) נוסף "הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם הוא של האב המיועד, ולעניין אם מיועדת יחידה – הביצית שבה נעשה שימוש במסגרת ביצוע ההסכם היא שלה";

³⁵ רישום בפנקס

16. (א) צו לפי סעיפים 11, 13 או 14 יירשם בפנקס שינוהל בידי רשם שימנה שר המשפטים.

(ב) פרטי הרישום וצורתו ייקבעו בתקנות שיתקין שר המשפטים באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת.

על ידי הרשם וזאת למרות שמדובר בהורים טבעיים שנתנו את המטען הגנטי לילד וכל הבעיה היא שבמהלך ההיריון השתמשו בפונדקאית.

חוק תרומת ביציות- 2010 תשע

סעיף 42 לחוק (א) יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), אין בחוק זה כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין, ומסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים.

חוק זה לראשונה בישראל מאפשר תרומת ביציות וקובע כי האם הנתרמת היא האם. החוק גם מאפשר ללדת ע"י תרומת ביצית ופונדקאית גם יחד.

סעיף 6 (ב) "לא תבוצע השתלת ביציות אלא בגופה של נתרמת, או בגופה של אם נושאת שהתקשרה עם נתרמת בהסכם לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים."

להבנתי במידה ודבר כזה קורה האם היא הפונדקאית עד לצו הורות כמו שקובע חוק הפונדקאות.

החוק מזכיר בתוכו פעמים רבים "תרומת זרע" ו"בנק זרע" זאת למרות שהדבר תוקן רק בתקנות³⁶ החתומות ע"י שר הבריאות ולא נחקקו בחקיקה ראשית. החוק מאפשר גם מצב בו ילד נולד כאשר אין לו אבא טבעי (תרומת זרע) ואין לו אמא גנטית (תרומת ביצית).

סעיף 13 (ה) 3 (ד) "היו הביציות שנשאבו מהתורמת מיועדות להפריה בזרעו של תורם זרע – תורם הזרע אינו קרוב משפחה של התורמת או של הנתרמת"

במצב זה כנראה שהאם הנושאת תהיה "אם הילד".

ניתן לומר שחוק זה סלל את הדרך למהפכת "צווי ההורות הפסיקטיים" אותה הצגנו בפרק הראשון.

יחד עם זאת גם חוק זה מחייב רישום של ההורים הטבעיים במרשם מיוחד כך פרקים ה' ו' ו-ז' לחוק מתייחסים למאגר המידע, מרשם היילודים, אנונימיות וסודיות, בהתאמה. כך שמובן שהמחוקק רואה בכל מרכיבי ההורות הטבעית דברים קריטיים שיוצרים את ההורות האמיתית שצריך שירשמו וישמרו במרשמים הממשלתיים.

(ג) הוראות סעיף 30 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, יחולו לענין זה בשינויים המחוייבים.

³⁶ תקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979

פרק רביעי: משפט משווה לפסיקה בחו"ל

³⁷ במשפט המשווה ניתן למצוא גישה מקבילה ביחס לחשיבות רישום ההורות Trociuk v. British Columbia (Attorney General), [2003] 1 : 835. R.C.S. , במרשם 34 SCC 2003, בית המשפט העליון הקנדי פסק, בין היתר, כך (בפסיקה 16 לפסק הדין "Including one's particulars on a birth registration is an important means of participating in the life of a child. A birth registration is not only an instrument of prompt recording. It evidences the biological ties between parent and child, and including one's particulars on the registration is a means of affirming these ties. Such ties do not exhaustively define the parent-child relationship. However, they are a significant feature of that relationship for many in our society, and affirming them is a significant means by which some parents participate in a child's life") :

במספר מדינות בעולם, בהן נהגו לאפשר את עמעום את מקור ההורות ולא לגלות מיהו ה"הורה הביולוגי" ומיהו זה ה"משפטי", התעוררו קשיים בלתי מבוטלים ולכן עתה גם בבריטניה, למשל, בסעיף 13 (6C) ל Human Human Fertilisation and Embryology Act - (כפי שתוקן ב Fertilisation and Embryology Act 1990 2008) הובטח עניין הגילוי של מקור ההורות וסוגו – לילד, זאת בזמן ובנסיבות מתאימות. לגישה זו ניתן אף הד וביטוי בסעיף 7 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (1696) עיינו בדעות שונות בהקשר לצורך לגלות את מקור ההורות Julie Wallbank, "The Role of Rights and Utility in Instituting a Child's Right to Margaret Know Her Genetic History" 13 SOC. & LEGAL STUD. 245 (2004) Somerville, Gay rights, children's rights NATIONAL POST (July 14 2005), available at:

במשפט הצרפתי והיפני מתנגדים בכלל לרישום הורות שאינה טבעית.

לעומת זאת במאמרים הבאים ניתן לראות מגמה עולמית של מעבר להורות הסכמית³⁸

What Does it Mean to Be A 'Parent'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights, 30 66 N.Y.U. L. REV. 353, 413-420 (1991);Alexa E. King, Solomon Revisited: Assigning Parenthood in the Context of Collaborative Reproduction, 5 UCLA WOMEN'S L.J. 329, 367-99 (1995);Perri Koll, The Use of the Intent Doctrine to Expand the Rights of Intended Homosexual Male Parents in Surrogacy Custody Disputes, 18 CARDOZO J.L. & GENDER 199, 223–24 (2011); Jesse M. Nix, "You Only Donated Sperm": Using Intent to Uphold Paternity Agreements, 11 J. L. &

³⁷ בחלק הראשון של פרק זה אביא מעט ממה שכתב השופט מלצר בפסק הדין העקרוני 566/11 ממשט מגד נ' משרד הפנים.

³⁸ מתוך מאמרו של יחזקאל מרגלית לקביעת הורות הלכתית הערה 30

FAM. STUD. 487, 494 (2009); Jason Oller, Can I Get That in Writing?: Established and Emerging Protections of Paternity Rights [In re K.M.H., 169 P.3d 1025 (Kan. 2007)], 48 WASHBURN L.J. 209, 220–23, 235–37 (2008); Dara E. Purvis, Intended Parents and the Problem of Perspective, 24 YALE J.L. & FEMINISM 210, 227–53 (2012); Andrea E Stumpf, Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies, 96 YALE L.J. 187, 192-208 (1986); Marjorie Maguire Shultz, Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality, 1990 Wis. L. Rev. 297, 321-98 (1990); Katherine M Swift, Parenting Agreements, The Potential Power of Contract, And the Limits of Family Law, 34 FLA. ST. U. L. REV. 913, 930-57 (2007); Deborah H. Wald, The Parentage Puzzle: The Interplay Between Genetics, Procreative Intent, and Parental Catherine); (2007 89-8, 38379 L. & Y'OLP .OCS DER ENG U.J. .MA, 15 Determining Legal Parentage Conduct in Villareale, The Case of Two Biological Intended Mothers: Illustrating the Need to Statutorily Define Maternity in Maryland, 42 U. BAL T. L. REV. 365 (2013); Mary Patricia Byrn & Erica Holzer, Codifying the Intent Test, 41 WM. MITCHELL L. REV. 130 (2015); Heather Kolinsky, The Intended Parent: The Power and Problems Inherent in Designating and Determining Intent in the Context of Parental Rights, 119 PENN ST. L. REV. 801 (2015); Melanie (B. Jacobs, Parental Parity: Intentional Parenthood's Promise, 64 Buff. L. Rev. 465 (2016

פרק חמישי: סיכום

כפי שראיינו בתי המשפט הם אלו שהובילו את המהפכה של "צווי ההורות לאנשים שאינם קשורים גנטית" אך כיוון שראינו שהיועץ המשפטי לממשלה הסכים למהפך הוא אחראי לשינוי זה באותה מידה בה בתי המשפט אחראים לשינוי.

ראינו שבמהלך חמש השנים האחרונות (2014-2019) בתי המשפט והיועץ המשפטי לממשלה מובילים אותנו צעד אחרי צעד ל"הורות הסכמית". הורות זו נוצרת על ידי "זוגיות" בין שני גברים או שתי נשים שאחד מהגברים כרת חוזה עם אם פונדקאית זרה או שאחת הנשים רכשה זרע ונכנסה באמצעותו להריון. מהפכה זאת יוצרת מצב חדש בישראל בו אלפי ילדים הינם תוצר של תהליכים אלו ואין להם או לכל גוף אחר במדינת ישראל דרך לדעת מי הם ההורים הטבעיים של ילדים אלו. ראינו שבחוק הסכמים לנשיאת עוברים המחוקק יצר מצב בו ניתן להירשם כהורים שלא בדרך הטבע ובחוק תרומת ביציות המחוקק אפילו נתן למחוקק את הקשר הטבעי בין נותנת הביצית ולרשום תחתיה את "הנתרמת" כ-"אם". אך חוקים אלו הוגבלו בהגבלות רבות של פיקוח ואכיפה כמו גם ניהול רישום של כל התהליך במרשם מיוחד. בתי המשפט והיועץ המשפטי לממשלה שנתקלו עם מאות מקרים של פונדקאות חו"ל ניסו להסדיר את המצב המשפטי המורכב אך בכך יצרו מצב בו מדינת ישראל ובתי המשפט מאפשרים לפונדקאות חו"ל להיראות כ"דרך המלך". וזאת למרות

שמדובר בעקיפת החוק הקיים בישראל וברוב רובו של העולם שלא מאפשר ללדת ילדים בלי לזכות אותם בזכות הטבעית והבסיסית לשני הורים. מה שמכונה "יתמות מהולדה". אומנם יש כאן שני אנשים ש"תכננו" את הלידה ומוכנים לקחת עליה אחריות אך למעשה הקשר בין אחד מהם לבין הילד הוא קשר חוזי ולא קשר דם. ניכר שכוחם של המבוגרים המעוניינים בילד ולא מעוניינים או לא יכולים ללדת כדרך כל הארץ הכריע את הכף ואילו קולם של הילדים שנולדים מתוך "תכנון" ולאחר כריתת "חוזה" לא נשמע. ניתן להעריך שכאשר אותם ילדים יגדלו ויתבגרו חלקם יהיו מעוניינים למצוא את הוריהם הטבעיים אך אפילו זכות זאת של אפשרות לגלות ולברר מי הם ההורים הטבעיים שמעוגנת היטב בחוק האימוץ בחוק הפונדקאות ובחוק לתרומת ביציות נשמטה מפסיקת בית המשפט. כמוה גם הזכות להתחתן עם אדם שאינו קרוב להם גם היא נשמטה כיוון שאין רישום ואין ידיעה מי ההורים הטבעיים.

אכן רצונם העז של אנשים שלא הקימו בית טבעי של איש ואשה לפרי בטן הוא רצון עז וחזק והזכות להורות היא זכות טבעית שאין לשלול אותה מאיש. רצון עז זה אינו סיבה ראויה ללדת ילדים יתומים מהולדה (מאב או מאם) ולרשום אותם כילדיהם של אותם אלו שהיו שותפים מלאים בתכנון וברצון להביא אותם לעולם ואף חתמו על חוזים לשם כך.

כיוון שכל הדיון הוא באנשים שהחליטו לעקוף את חוק הפונדקאות נראה כי אמור לחול עליהם סעיף 19 לחוק הפונדקאות שקובע³⁹ כי מי שיבצע הפריה חוץ גופית שלא בהתאם לחוק זה עונשו שנת מאסר. גם אם מדינת ישראל לא אוכפת את החוק על מי שעוברים על החוק בחו"ל. נוכח כך שמדובר בעבירה פלילית תמוה לראות שהמשנה לנשיאה נאור מציינת בפסק דינה בפרשת ממט מגד:

"נושא הפונדקאות בחו"ל הוא אפוא נושא "חדש" יחסית, במונחים ישראליים ובינלאומיים, אשר הסדרתו בדין רחוקה מלהיות משביעת רצון, ואפשר שהיא עומדת בפני שינוי. בצד זאת, אין חולק בענייננו כי החוק הישראלי איננו מונע מן העותרים או מאחרים לבצע בחו"ל הליכי פונדקאות מהסוג שביצעו העותרים במקרה זה"

האם המשנה לנשיאה מקילה ראש בעבירות שעונשם שנת מאסר?

³⁹ מי שעשה אחד מאלה, דינו – מאסר שנה, ואם הוא תאגיד, דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977:

(1) ביצע הפריה חוץ-גופית לשם השתלת ביצית מופרית באם נושאת או ביצע השתלת ביצית מופרית באם נושאת, בניגוד להוראות סעיף 2;

(2) קיבל או נתן תמורה בעד ביצוע הסכם לנשיאת עוברים, בניגוד להוראות סעיף 6(ב);

(3) התקשר בהסכם לנשיאת עוברים שלא אושר בידי ועדת האישורים או ביצע הסכם שלא אושר כאמור או שלא בהתאם להוראות ההסכם שאושר או לתנאי האישור, בניגוד להוראות סעיף 7;

(4) מסר למשמורת או קיבל למשמורת ילד שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שלא בנוכחות עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, בניגוד להוראות סעיף 10(ג).

בפסיקתה נשענת המשנה נאור וכן יתר השופטים על ועדה ציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל בראשות פרופ' שלמה מור-יוסף כאשר וועדה זו מונתה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות בחודש יוני 2010, ובין חבריה נכללים מומחים בתחום הרפואה, הרווחה, האתיקה, הפסיכולוגיה והמשפט. למרות הנציגים הרבים שישבו בוועדה לא היה בה אף לא נציג אחד שייצג את הדת היהודית.

למרות שבועדה לא היה אף נציג שייצג את הדת היהודית היא קבעה.

ברמה המשפטית מתעוררת בעיית ההכרה בהורות - חוק הסכמים לנשיאת עוברים מסמיך כיום את בית המשפט לתת צו הורות רק כאשר מדובר במי שביצעו את הפונדקאות בישראל, לאחר שיקבלו את אישורה של ועדת האישורים. צו הורות הוא מכשיר משפטי ייחודי שמקים חוק הסכמים לנשיאת עוברים ואינו חל במקרים שלא נעשו לפי חוק זה. לפיכך, כאשר מדובר במי שביצעו את הפונדקאות בחו"ל, ללא אישור הועדה ושלא לפי כללי החוק, אין כיום אפשרות משפטית להכיר בהורותם לכל דבר ועניין, רק מכח הסכם הפונדקאות.

בהעדר אפשרות ליתן צו הורות נותרות שתי הדרכים היחידות הקיימות היום בחקיקה להכרה הורות גנטית והורות מכח אימוץ.

כמו כן חמישה⁴⁰ חברי וועדה סברו "בדעת המיעוט" שחוק הפונדקאות גרם יותר נזק מתועלת וצריך לאסור פונדקאות בתשלום. ולצמצם את הסחר שנוצר בנשים בגלל הנזקים הגדולים שהוא גרם לנשים המשמשות כפונדקאיות.

מרדכי הלפרין כבר בשנת 2002 הבין את הבעייתיות שתצמח בהמשך מצו ההורות עוד בטרם הפך לצו הורות פסיקתי וכבר אז קרא במאמרו "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים"⁴¹ לחוקק חוק בהתאם למודל השוודי המגן על הזכות האנושית הבסיסית לאיתור השורשים. כך שגם מי שנולד מתרומת זרע או מתרומת ביצית יוכל להגיע להוריו הטבעיים.

הוא גם צופה כי כיוון שהעולם צועד לכיוון של הכרה בזכויות אדם בהמשך זכות זאת תוכר כזכות טבעית. עוד הוא מוסיף "אני מעריך שבמאה העשרים ואחת, אליה נכנסנו, נסתכל בתמיהה היסטורית על העידן הנוכחי, בו נפגעת זכותו הבסיסית של הצאצא" (לדעת מי הם הוריו) הדברים נכתבו הרבה לפני הצעדים הרדיקלים שנעשו אך הוא קרא את המפה מראש והבין לאן הדברים מתקדמים. וגם הציע הצעות לתיקון המצב אך לא היה מי שהקשיב לו אז.

⁴⁰ עו"ד יהושע שופמן, פרופ' אפרת לוי להד, פרופ' מרתה דירנפלד, פרופ' אברהם שטיינברג, ד"ר שלומית כהן, נמנע – ד"ר מרדכי הלפרין מופיע בעמוד 70 בדוח הוועדה

⁴¹ הרב מרדכי הלפרין "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים" דילמות באתיקה רפואית", 161, 176 – 175 רפאל כהן-אלמגור עורך, (2002)

פרק שישי: הצעה לתיקון

לדעתי הסיבה לכך שהגענו למצב זה בישראל היא שרבים מאוד הכותבים והמדברים בזכויות של הלהט"ב אך אין מי שעוסק מדבר וכותב בעניין שמירת "מוסד המשפחה" או אפילו שמירה על "מוסד ההורות" והצורך של הילדים בהורים טבעיים. כאשר צד אחד פעיל וצד שני שותק ומתחבא אין זה פלא שהיועץ המשפטי לממשלה ובתי המשפט מובילים מהלכים של הפיכת התא המשפחתי ל"חוזה". הדרך לתקן את המצב מתחילה בכתיבה והבנה של הציבור את המצב אליו הגענו ואת הסכנה הנשקפת ממנו לבריאותם הנפשית של ילדינו הגדלים בעולם בו אין מוסכמות בסיסיות. ההבנה כי הביטחון ההורי בו אנו גדלנו בטרם המציאו את "ההורות ההסכמית" עומד לחלוף מהעולם וכי ילדינו יגדלו בתוך עולם שאין בו משפחה טבעית בעלת קשר דם אמיתי ויציב מסכן את המסגרת הכי בסיסית של האדם "המשפחה". אני מאמין כי לאחר שינוי בתודעה הציבורית ותאפשר חקיקה שתגדיר בצורה ברורה שהורים אלו רק הורים טבעיים וכי צווי ההורות הוא עניין אפוטרופסי בדיוק כמו צווי אימוץ. לכאורה מדובר בדברים מוסכמים כבר היום כפי שניתן לראות באתר כל זכות העובד בשיתוף משרד המשפטים שמגדיר את צו ההורות כאפוטרופסות אך ניכר מהפסיקות המתחדשות שצריך להזכיר את הראשונות כי בתי המשפט הולכים והופכים את הגדרת ההורות הפסיקתית להורות לכל דבר.

לצורך כך ניסח אבי מורי מיכאל פואה הצעת חוק שהוגשה על ידי חה"כ פייגלין בכנסת ה-20 ועתה הוא שכלל אותה ובכוונתו לפעול להנחתה על שולחן הכנסת מיידי כשתיבחר. חוק זה נראה טריוויאלי כמו חוק הלאום אך סביר שיעורר התנגדות חזקה מזו שעורר חוק הלאום כיוון שבנושא של חיזוק מוסד המשפחה אין התעסקות בקרב הציבור השמרן ואילו בקרב קבוצת הלהט"ב האקטיביסטית מדובר בקרב קיומי שמשליך על ההכרה באפשרות שלהם להפוך להורים ללא קשר דם. אני מצרף את הצעת החוק שמתייחסת רק לחוק הכשרות המשפטית שיגדיר שהקשר ההורי הוא קשר טבעי אך לדעתי יש צורך גם בתיקונים בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות על מנת שגם חוקים אלו יתיישבו בצורה טובה יותר עם המשפט העברי שדוגל בהורות טבעית. בחוק הסכמים לנשיאת עוברים הייתי מציע להחליף את נוסח החוק הקיים בסעיף 2 (1) מהנוסח הקיים "הביצית שבה נעשה שימוש במסגרת ביצוע ההסכם אינה של האם הנושאת"; לניסוח הבא: "הביצית שבה נעשה שימוש במסגרת ביצוע ההסכם תהייה של האם המיועדת". כדי שיהיה ברור שאין שילוב של אם נושאת שמקבלת תרומת ביצית ומשאירה את התינוק הנולד ללא אם טבעית שרוצה בו.

כמו כן את חוק תרומת ביציות לדעתי ראוי למחוק לחלוטין כיוון שהוא משבש את כל נושא האחריות ההורית והופך את כל העניין לחוזי.

הצעת החוק המצורפת מופיעה כמו שהוכנה לפני כמעט שנה התובנות שעלו מהעבודה יגרמו כנראה לשינויים שיובאו בהצעת החוק שתוגש ב"ה בכנסת הבאה.

הכנסת העשרים

יוזמים: חברי הכנסת

הצעת חוק הסדרת ההורות – הוספה לחוק הכשרות המשפטית סעיף 14 – התשע"ט

- הוספת סעיף 14. (א) בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 (להלן – החוק העיקרי), אחרי סעיף 14 יבוא:
- ”הגדרות 14. (א) בפרק זה –
- ”הורה” – גבר או אישה השותפים מבחינה ביולוגית ביצירתו של הקטין.
- הוספת סעיף 14. (ב) 14. (ב) מאמץ לאחר מתן צו אימוץ כמשמעו בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א–1981, או הורה מיועד לאחר שקיבל צו הורות לפי סעיף 12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, התשנ"ו–1996, יהיה לאפוטרופוס של הקטין כל זמן שהצו תקף.
- הוספת סעיף 14. (ג) 14. (ג) אין בחוק זה כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין.

דבר ה ס ב ר

מטרת הצעה זו היא להורות דרך ברורה בקביעת ההורות. חוק הכשרות כפי שהוא טרם התיקון אמנם קובע כי " ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים", אך הוא אינו מגדיר מי הוא הורה. למעשה אין חוק במדינת ישראל המגדיר מי נחשב הורה לילד, למעט שני חוקים חוק האימוץ וחוק הפונדקאות. ההגדרות בחוקים אלו מתאימות למקרים בודדים, ומי אם כן נחשב הורה לפי החוק?

לכאורה התשובה ברורה, ויתכן שהמחוקקים בתחילת דרכה של המדינה לא חשו שיש צורך להבהיר את המובן מאליו. אולם חוסר הבהירות בהגדרת ההורות, הוציא אותה מהאבחנה הפשוטה שמולידיו של הקטין הם הוריו, ונתן פתח להגדרות שונות של הורות ומשפחה.

למעשה סוגיה זו היא עתיקה, וכך כותב הרב מרדכי הלפרין:

”המשפט הרומי וממשיכיו במשפט הקונטיננטלי גוזרים את יחס ההורות, יחס ההורים וצאצאיהם, מעקרון 'המשפחה החוקית', ולפיו מי שנולד מחוץ למסגרת הנישואין נחשב 'לא חוקי' ואינו מוכר כבנו של האב הביולוגי. לעומת זאת, המשפט העברי מאמץ בדרך כלל את תפיסת המשפחה

הביולוגית-טבעית וקובע את האבהות ואת האימהות לפי הקשר הביולוגי בין ההורים לצאצא, גם אם אינם נשואים". (מרדכי הלפרין "הורות ביולוגית והורות גנטית" דעת פרשת תזריע גיליון מס' 231 (תשס"ה)).

תמצית ההבדל בין המשפט הרומי ותולדותיו במשפט העמים, לבין משפט התורה היא השאלה: האם משפחה היא מציאות אובייקטיבית, או ענין הסכמי משפטי. אם משפחה היא מציאות כפי שמורה המסורת היהודית, הרי שהנגזרת היא שההורים הביולוגים תמיד יהיו הוריו של הילד הנושא את המטען שיש בזרע האב ביצית האישה והרחם ממנה יצא. אמנם ההתפתחות הטכנולוגית רפואית ומציאות החיים מייצרים מצבים בהם מי שבפועל יקבל את סמכות ההורות לא יהיה ההורה הטבעי, אך כל חריגה כזו תדרוש את נטילת הזכות והחובה הכרוכים בהורות בסמכות חוקית ברורה אשר תעניק להורה המשפטי מעמד כזוה, ולא תשלול את יחס ההורות בדין האישי מההורה הטבעי. לעומת זאת אם משפחה היא מראש רק מוסד משפטי, אז ניתן באמת לייצר אין ספור משפחות בהתאם למוסכם ולמקובל בחברה. חשוב לציין כי במקרים רבים, תודעת הזהות של ילדים קשורה מאוד לשורשים הביולוגיים שלהם, אם כי לא רק להם; ואין בכוחה של החלטה משפטית לבטל עובדה פסיכולוגית זו.

הצעה זו אינה מונעת מסגרות שונות של משקי בית בהם על פי החלטה משפטית תינטל האחריות ההורית מההורה ותועבר למאמץ או למי שבפועל מגדל את הילד. אך יחד עם זאת היא מונעת את הבלבול המבוכה והתסכול של ילדים הגדלים במציאות בה ההורות היא דבר נזיל הפתוח להחלטה משפטית. אנו סבורים כי יתרונה של הצעה זו הוא לא רק בכך שהיא תואמת את ערכי המסורת התרבות והמשפט של עמנו, אלא בעיקר בכך שהיא מעמידה את המשפחה על קרקע יציבה וברורה, שבה מעגלי האחריות חתומים בקשר הדם שאינו תלוי באף גורם מחוץ למשפחה. התערבות החברה והמדינה תהיה רק במקרים קיצוניים שבהם יוכח כי יש פגיעה חמורה באחד מבני המשפחה. לעומת זאת הפיכת המשפחה למוסד משפטי, גוררת למאבקים משפטיים רבים קשים ומרים, כשהסובלים הראשיים הם הילדים שבדרך כלל הם כלל לא צד לדיון. לא זו אף זו כאשר חס וחלילה המשפחה ההסכמית מתפרקת, נשארים הילדים שאינם "צד לחוזה" באחריות המדינה שהעניקה את הלגיטימציה להסכם שיצר משפחה זו. כל מעגלי האחריות הטבעיים פשוט לא קיימים. לתופעה זו השלכות חברתיות וכלכליות הרסניות לחברה ולמדינה שמחליפה בפועל את מעגל האחריות הטבעי של ההורים והמשפחה. התפתחות תופעה זו מזכירה את הניסיון הקומוניסטי בבריה"מ, ואת בתי הילדים בקיבוצים, ניסיון שכשל והשאיר צלקות רבות. אשר על כן באה הצעה זו לקבוע באופן ברור את מה שהיה מובן מאליו בעבר כי ההורה הוא מי ששותף בהבאת הילד לעולם מבחינה ביולוגית.

הצעת חוק דומה הונחה על שולחן הכנסת השמונה-עשרה על ידי חבר הכנסת משה פייגלין
(2359/19/9).

רשימת קריאה

מקורות בקודש:

1. הלפרין מרדכי **שמירת מידע על הורות ביולוגית - הנסיגה מדו"ח הביניים של ועדת אלוני**. אסיא חוברת ס"ה-ס"ו, אלול תשנ"ט (ספטמבר 1999)
2. הלפרין מרדכי **"הגדרת הורות (אבהות ואימהות) וזכות איתור השורשים הביולוגיים"** רפואה ומשפט גיליון מס' 12 (1995)
3. הלפרין מרדכי **"תרומת ביציות בישראל - דילמות והמלצות"** רפואה ומשפט גיליון מס' 25 (2001)
4. הלפרין מרדכי **"אישה כי תזריע וילדה" הורות ביולוגית והורות גנטית**. המרכז להוראת המשפט העברי ולימודו מכללת שערי משפט פרשת תזריע גליון 204 (תשסה)
5. הרב ולנדרברג אליעזר **שו"ת ציץ אליעזר מוסד הרב קוק ירושלים** (תשל"ח)
6. הרב משה הלוי סולוביציק **בדין תינוק המבחנה** אור המזרח גליון 100 (תשמ"א), עמ' 124
7. אברהם סופר ספר נשמת אברהם **הלכות חולים רופאים ורפואה**. ירושלים (תשמ"ג). א"ס אברהם.
8. הרב מרדכי הלפרין **"הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים "דילמות באתיקה רפואית"** 176 – 175, 161 רפאלכהן-אלמגור עורך, (2002)

מקורות משפטיים

9. תמ"ש 18103-04-15 **פלונית נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 31.07.16).
10. תמ"ש 15547/03/19 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בכל זכות ב 26/5/19)
11. בע"מ 4890/14 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו 2.9.2014)
12. בג"ץ 566/11 **דורון ממת-מגד ואח' נ' משרד הפנים ואח'** (פורסם בנבו, 28.1.2014).
13. תמש (ת"א) 2117-07-12 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו 03/02/13)
14. בע"מ 14 / 1118 **פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (פורסם בנבו, 1.4.2015)
15. תה"ס 855-10-13 **פלוני ואח' (טרם פורסם, 29.10.13)** פסקה 43 – 44

16. תמ"ש 8184-07-1642 ס.ג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו 18/12/16)
17. בעמ"ש 28901-03-17 היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית (פורסם בנבו 24.5.2018)
18. בעמ 4880/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו 24.1.2019)
19. תמ"ש 15547/03/19 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם)
20. ועדת מור יוסף המלצות הוועדה הציבורית, לבחינת הסדרה חקיקתית, של נושא הפירון וההולדה בישראל. ירושלים, אייר תשע"ב
21. יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לדילמת קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ה 553 (2012).
22. יחזקאל מרגלית "קביעת הורות הלכתית – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים" נמצא במרשתת.
23. הצעת החוק המיעדת "הסדרת הורות" שנכתבה על ידי אבי מורי מיכאל פואה מארגון בוחרים במשפחה.
24. רוני אלכסנדרוביץ עודד ברמה יצחק טרכטינגוט דרורית פורת אילן קוסמן כיצד לטפל בתופעה של ריבוי ישראלים הנוסעים לקבל שירותי פונדקאות במדינות עולם שלישי האוניברסיטה העברית בירושלים הפקולטה למדעי החברה ביה"ס ע"ש פדרמן למדיניות ציבורית וממשל תוכנית המנהלים, מחזור ח' – סדנא בניתוח מדיניות תשע"ב
25. מזלייס יהודית זרקור: עתירה מגד נ' משרד הפנים לרישום שני אבות כהוריו של קטין 11/665 ללא הליך אימוץ. (569) זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית (2016)
26. חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונורמטיביות בעקבות בג"צ ממט 11/566 מגד נ' שר הפנים מבזקי הארות 28, 5 (2014).פסיקה 11